

中国民法典释评

(十卷本)

- 婚姻家庭编
- 人格权编
- 物权编
- 侵权责任编
- 总则编
- 继承编
- 合同编·典型合同
- 合同编·通则



 中国人民大学出版社

VISIT...

LANZAROTE
Caliente.COM

中国民法典释评

(十卷本)

- 婚姻家庭编
- 人格权编
- 物权编
- 侵权责任编
- 总则编
- 继承编
- 合同编·典型合同
- 合同编·通则



 中国人民大学出版社

总目录

中国民法典释评·总则编
中国民法典释评·物权编（上下卷）
中国民法典释评·合同编·通则
中国民法典释评·合同编·典型合同
中国民法典释评·人格权编
中国民法典释评·婚姻家庭编
中国民法典释评·继承编
中国民法典释评·侵权责任编

中国民法典释评

ZHONGGUO MINFADIAN SHIPING

总则编

主 编 王利明

副主编 王叶刚



 中国人民大学出版社

版权信息

书名：中国民法典释评·总则编

作者：王利明

出版社：中国人民大学出版社

出版日期：2020-08-01

ISBN：978-7-300-28234-3

价格：180.00元

目录

CONTENTS

代总序 民法典的时代意义	
代序言 民法典总则的时代意义	
缩略语表	
第一编 总则	
第一章 基本规定	
第二章 自然人	
第一节 民事权利能力和民事行为能力	
第二节 监护	
第三节 宣告失踪和宣告死亡	
第四节 个体工商户和农村承包经营户	
第三章 法人	
第一节 一般规定	
第二节 营利法人	
第三节 非营利法人	
第四节 特别法人	
第四章 非法人组织	
第五章 民事权利	
第六章 民事法律行为	
第一节 一般规定	
第二节 意思表示	
第三节 民事法律行为的效力	
第一百五十五条	
第四节 民事法律行为的附条件和附期限	
第七章 代理	
第一节 一般规定	
第一百六十二条	
第二节 委托代理	
第三节 代理终止	
第八章 民事责任	
第九章 诉讼时效	
第十章 期间计算	
返回总目录	

代总序 民法典的时代意义



民法典是新中国成立以来第一部以“法典”命名的法律，也是第一部直接以“民”命名的法典。以“法典”命名，表明凡是纳入民法典的规则，都具有基础性、典范性的特点；以“民”命名，说明民法典把人民愿望置于首位，充分反映人民的利益诉求。民法典的立法宗旨和目的就是充分反映人民群众的意愿，保障私权，维护广大人民群众的利益。

习近平总书记指出，“民法典在中国特色社会主义法律体系中具有重要地位，是一部固根本、稳预期、利长远的基础性法律”。如何理解习近平总书记所说的“基础性法律”？我认为可以从两个方面理解：一是在整个社会主义法律体系中，民法典是一部基础性法律。所谓“典”，就是典范、典籍的意思，在整个社会主义法律体系中，民法典是宪法之下的基础性法律。法律分为公法与私法两部分，它们分别确认公权与私权。现代法治的核心是规范公权、保障私权。一般认为，保障私权是由民法典等民事法律实现的，而规范公权是由公法承担的，但实际上，民法典通过确认和保护私权，也起到了规范公权的作用，其他法律、行政法规以及单行法等，都应当与民法典保持一致。同时，行政执法、司法也都要以民法典为基本遵循。二是在民事领域，民法典是基础性法律，换言之，民法典是私法的基本法。民事关系纷繁复杂，它不仅依靠民法典调整，还需要大量的民事单行法，而在所有调整民事主体财产和人身关系的法律中，民法典居于基础性地位，民法典也被称为私法基本法。

（一）推进民事立法的体系化

我国民法典的颁布有力地促进了民事立法的体系化。一方面，迄今为止，我国已经颁布了多部民商事法律，在民法典之外，还存在大量的单行法，如公司法、保险法、破产法等。民法典的颁布，使各个民商事单行法在民法典的统帅下，构成一个完整的、系统化的整体。民法典和民事单行法之间的关系，就像树根、主干与枝叶之间的关系，民法典是树根和主干，而民事单行法是枝叶，民事单行法必须以民法典为基础和根据。民法典的颁布有效沟通了民法典和单行法，这有利于消除民法典与单行法之间的冲突和矛盾。另一方面，就内部体系而言，民法典按照“总—分”结构，形成由总则、物权、合同等构成的完整体系，各分编也在一定的价值和原则指引下形成了由概念、规则、制度构成的、具有内在一致性的整体，实现了形式的一致性、内容的完备性以及逻辑自足性。民法典共分七编，即总则编、物权编、合同编、人格权编、婚姻家庭编、继承编、侵权责任编，它们都以对民事权利的确认和保护而形成一个个体系化的整体。总则是对民事权利的一般规则作出的规定，各分编则是分别对物权、合同债权、人格权、婚姻家庭中的权利、继承权以及对各项权利的侵权责任制度所组成的规则体系。

民法典有助于制度的科学化，为良法善治奠定基础。在我国，由于长期没有民法典，许多调整民事关系的重要规则不能通过民事法律的方式表现出来，从而留下了法律调整的空白。这些法律空白一般是通过国务院各部委的规章及地方政府颁布的地方性规章予以填补的，而一些规章难免出现不当限制公民私权，或者变相扩张行政权的问题。民法典颁布后，其作为上位法，可以有效指导行政法规等制度，避免民法规范与行政法规、地方法规等的矛盾冲突，防止政出多门，保障交易主体的稳定预期，维持市场经济的正常运行。

（二）有效提升国家治理体系和治理能力的现代化

国家治理体系和治理能力现代化的主要特征是实现法治，即全面依法治国。如前述，现代法治的核心在于规范公权、保障私权。一方面，民法典构建了完备的民事权利体系，确立了完善的民事权利保护规则，鼓励个人积极维护自身权利，这不仅保障了私权，也有利于规范公权。民法典的各项规则也明确了各级政府依法行政的边界，就是说，国家机关要把民法典作为行政决策、行政管理、行政监督的重要标尺，不得违背法律法规随意作出减损自然人、法人和非法人组织合法权益或增加其义务的决定，这必将有力推动政府治理能力。另一方面，作为市民社会的一般私法以及百科全书，民法典通过合理的架构为民事活动提供各种基本准则，为交易活动确立基本的规则依据，为各种民事纠纷的预防 and 解决提供基本的遵循。民法典进一步强化私法

自治，充分鼓励交易，维护交易安全。合同编从合同的订立到履行都强调了增进合同自由和私法自治这一宗旨，将有力调动市场主体从事交易的积极性。此外，民法典还有效地处理了个人与个人、个人与社会、个人与国家的关系，在对个人的保护中，同时强调对公共利益的维护，以实现个人和社会之间关系的平衡，这必将推动社会共建共治共享，促进社会和谐有序。

（三）完善社会主义市场经济法律体系

社会主义市场经济本质上是法治经济。各项民法制度根植于市场经济的土壤，其也反作用于市场经济，是市场经济有序发展的重要制度保障。我国《民法典》总则编所规定的诚实信用、公平原则等，确立了市场主体活动的基本原则，为诚信经济的建立提供了法律保障；总则编中的民事主体就涵盖了市场主体，民事法律行为制度、代理制度为市场主体从事交易活动提供了极大的便利；民法典的物权制度、合同制度是市场经济最基本的规则，是支撑市场经济最重要的两根法律支柱；民法典的担保制度也为融通资金、繁荣经济、保障债权提供了有力的制度保障。编纂民法典不仅完善了市场经济基本的法律制度，而且有利于营造良好的营商环境，并充分调动民事主体的积极性和创造性，维护市场交易秩序和交易安全。^[1]

（四）为实现人民群众美好幸福生活提供保障

民法典的要义是为民立法，以民为本。“人民的福祉是最高的法律”。编纂民法典，就是顺应保障人民群众合法权益的需求，形成更加完备、更加切实的民事权利体系，完善权利保护和救济规则，形成较为有效的权利保护机制，使人民群众有更多、更直接、更实在的获得感、幸福感和安全感。我国《民法典》充分保障人民群众美好幸福生活，主要表现在以下几方面。

一是通过人格权编充分保障个人人格尊严。进入新时代，我国已经成为世界第二大经济体，人民物质生活条件得到了极大改善，不久即将全面建成小康社会。在基本温饱得到解决之后，人民群众就会有更高水平的精神生活追求，并希望过上更有尊严、更体面的生活。正因如此，“保护人格权、维护人格尊严，是我国法治建设的重要任务”^[2]，例如，针对发送垃圾短信、垃圾邮件侵扰个人私人生活安宁的行为，《民法典》人格权编专门在隐私权部分规定了此种侵害隐私权的行为类型，并第一次规定了私人生活安宁权，明确将个人私人生活安宁规定在隐私权之中，禁止非法进入、拍摄、窥视他人的住宅、宾馆房间等私密空间，禁止非法拍摄、窥视、窃听、公开他人的私密活动，禁止非法拍摄、窥视他人身体的私密部位（第1033条）。这有

利于保障社会生活的安定有序。

二是民法典通过各项制度安排充分保障人民群众的物质生活需求。例如,《民法典》之物权编新增的居住权制度,对于解决“住有所居”问题、保障个人的居住利益具有重要意义。再如,《民法典》合同编之典型合同完善了租赁合同的规则,完善了优先购买权规则,新增优先承租权规则(第734条)。这对于稳定租赁关系、规范租赁市场秩序、保障承租人的居住利益具有重要意义。又如,合同编之典型合同部分还完善了运输合同的规则,这对于保障个人出行安全、维护运输秩序具有重要意义。

三是民法典通过各项民事责任制度充分保障人民的合法权益。民法典通过各项规则,守护老百姓“舌尖上的安全”“车轮上的安全”“头顶上的安全”等财产和人身安全。例如,《民法典》侵权责任编在产品责任部分规定了惩罚性赔偿规则(第1207条),这必将有力遏制生产、销售不合格食品的行为,有利于保证人们“舌尖上的安全”;侵权责任编还重点完善了高楼抛物致人损害的责任(第1254条),这有利于充分保障人们“头顶上的安全”。

(五)有利于实现依法行政、公正司法

民法典具有基础性和典范性的特点,是公民权利保护的宣言书,是民事主体的行为准则、依法行政的基本依循,也是法院裁判民事案件的基本遵循。民法典对于依法行政、公正司法的作用还表现在:一是资讯集中,方便找法。实践中之所以出现“同案不同判、同法不同解”现象,重要的原因就在于,法官选择法条和裁判依据存在差别。而法典化的一个重要优势在于“资讯集中”。正所谓“法典在手,找法不愁”,执法者、法官只要有一部民法典在手,并通过领悟其规则和精神,就可以找到民事裁判的主要依据。二是统一裁判依据。民法典是基础性法律,是行政执法者、法官适用法律的基本遵循,因此,处理民事纠纷,首先要从民法典中找法。在我国,长期以来,有些新法颁布以后,因为没有废止旧法,且没有指明新法修改了哪些旧有的规定,所以就产生了新法与旧法同时适用的现象,造成了规则的不统一。《民法典》的颁布将从根本上改变这一现象。《民法典》的颁行可以保障法官裁判依据的统一性,而正是因为法律适用具有一致性,法官的自由裁量权将在规范的约束下进行,这就可以保障法官平等地、统一地对不同案件作出判决,保障“类似情况类似处理”,从而实现判决结果的可预测性,实现法的安定性。三是提升执法和司法人员的能力。民法典是法律工作者今后研究、处理涉及民事纠纷的基本依据,也是执法、司法的基本平台,民事纠纷的解决都应当在该平台中研讨。在民事领域考验我们的执法能力,很大程度上就是衡量我们准

确把握、理解和运用民法典的能力。《民法典》颁布后，如果执法和司法人员都能够真正学懂、弄通民法典的规则，就可以基本把握处理和裁判民事纠纷的基本规则，并能够按照体系化的思维方式处理民事纠纷。

注释：

[1] 王晨.关于《中华人民共和国民法典（草案）》的说明：二〇二〇年五月二十二日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上.人民日报，2020-05-23（6）.

[2] 沈春耀作关于民法典各分编（草案）修改情况和民法典（草案）编纂情况的汇报.人民日报，2018-08-28.

代序言 民法典总则的时代意义



法典化就是体系化，民法的体系化的重要标志之一就是民法总则的确立。“总则编的设置，是潘德克顿法学的产物”^[1]，也是《德国民法典》的一大特色。民法总则是通过“提取公因式”（von die Klammer zu ziehen）的方式所确立的民法的一般性规则，它是民法典中最基础、最通用、最抽象的部分，可以普遍适用于各个民商事单行法律。总则包含“民法典所赖以立足的抽象原则的阐述”^[2]，它是对民法典分则全部内容的抽象和概括。

自中国共产党十八届四中全会决议提出编纂民法典的任务，我国立法机关确定了“两步走”的方针，第一步就是制定民法总则。2017年3月15日，我国立法机关正式通过了《民法总则》。这在中国民事立法史上具有里程碑式的意义。《民法总则》分为11章，具体包括“基本规定”“自然人”“法人”“非法人组织”“民事权利”“民事法律行为”“代理”“民事责任”“诉讼时效”“期间计算”“附则”。该法进一步提升了我国民事立法的科学化和系统化。民法总则是民法典的总纲，纲举目张，整个民商事立法都应当在民法总则的统辖下具体展开。《民法总则》颁行后，民法典各分编以民法总则所确立的立法目的、原则、理念为基本的指导展开编纂。之后《民法总则》经过适当修改整体并入民法典，成为民法典的总则编。民法典最终形成了价值融贯、规则统一、体系完备的法典，《民法总则》的制定和体系安排起到了关键性的作用。

民法典作为高度体系化的成文立法，总则的设立增强了其形式合理性和体系逻辑性。德国马普研究所的卓布尼格教授即认为，设立总则的优点可以概括为：一是有利于统领分则条款，确保民法典的和谐

性；二是有助于减少分则条款，从而加快立法步伐；三是有利于民法典本身在新的社会经济情势面前作出必要的自我调整。^[3]事实上，总则的功能和优势可以概括为形式功能与实质功能两个方面。就形式功能而言，总则的最大优势在于避免重复，使法典更为简洁。这也成为民法典科学性的表现。由于民法典的内容丰富庞杂，条文众多，总则的设定可以使各个部分形成一个逻辑体系，从而减少对一些共性规则的重复规定。除此之外，总则将私法上的共同事项加以归纳，还可以避免大量采用准用性规定。^[4]而民法总则的实质功能主要体现为以下几个方面。

一是统领作用。民法总则是适用于民商法各个部分的基本规则，它统领整个民商立法，并提供了民商法各个部分共同适用的基本规则。民法总则既统领民法又统领商法，从而为民商合一的体制奠定了基础。所谓民商合一并不意味着民法典将公司、票据、破产等商事特别法都规定在民法典中，而是通过民法总则的统领功能实现的。这意味着，民法总则不仅统领民法典、普遍适用于民法各个部分，也统辖各个民事单行法律。尤其是基于民商合一原则，民法总则也要统领公司法、保险法、票据法等商事法律。因此，民法典作为高度体系化的成文立法，其体系性因总则的设立而进一步增强，并实现了从一般到具体的层层递进的逻辑体系。

二是基础作用。民法总则作为民法典的奠基部分，主要包括普遍适用于民商法各个部分的基本规则。它统领整个民商立法，因而构成民法典中最基础、最通用，同时也是最抽象的部分。如果说民法典是一部基础性法律，那么总则就是基础中的基础，具有“压舱石”的作用。民法总则是民法规范的生长之源，在民法典其他各编对某个具体问题没有规定的时候，必须通过民法总则中的基本原则、制度加以弥补，从而生长出填补法律漏洞与法律空白的新制度。总则规定的抽象性与普遍适用性为法律的发展留下了空间。

三是价值宣示作用。总则的设立对于弘扬民法的基本精神和理念具有重要作用。总则借助于抽象的原则宣示了民法的基本理念，弘扬了社会主义核心价值观。《民法典》之总则编开宗明义地宣告，要以弘扬社会主义核心价值观为立法目的，倡导自由、平等、公正、法治等价值理念，并确认了诚实信用原则、公序良俗原则等基本原则。民法总则要求从事民事活动，秉持诚实、恪守承诺，这有利于强化人们诚实守信、崇法尚德，推进诚信社会建设。除民法的基本原则规定外，总则主体制度中关于主体人格平等的规定、法律行为制度中关于意思自治的规定等，也是对民法的平等、自由等精神的弘扬。总则借助于抽象的原则和具体的制度，共同为民事主体提供了广泛的私法自

治的空间。

四是体系决定作用。现代法治的核心在于“规范公权、保障私权”，法律的功能主要是确认权利、分配权利、保障权利、救济权利。由于民法是权利法，民法典分则将以权利为中心展开。《民法典》之总则编以《民法通则》为基础，确立了私法主体的平等地位，注重保障人的人格尊严，弘扬私法自治，强化私权保障理念。民法典之所以被称为“民事权利的宣言书”，正是因为民法总则所确立的完整的权利保障体系能在各分编得到充分展开。《民法典》之总则编继续采纳《民法通则》的经验，专设“民事权利”一章，集中地确认和宣示自然人、法人、非法人组织所享有的各项民事权利，充分彰显了民法的私权保障功能。《民法典》之总则编所广泛确认的人格权、物权、债权、知识产权、亲属权、继承权等权利，为各分编的制定提供了遵循，决定着《民法典》的体系安排。

《民法典》之总则编虽然是借鉴潘德克顿体系的产物，但是它从我国实际出发，总结了改革开放以来的立法和司法实践经验，回应当代中国的现实需要，彰显了本土性的特征；同时也回应了21世纪互联网高科技时代的需要，作出了许多符合时代需求的重要创新。《民法典》之总则编在第一章规定基本原则，这在比较法上是没有先例的；在主体制度中，总则编在关于自然人的规定中，专门设置了个体工商户和农村承包经营户，而在“法人”一章中，首次确认营利法人和非营利法人的分类，规定了“特别法人”，并规定了“非法人组织”的民事主体地位，形成并发展了具有我国特色的民事主体制度；总则编设专章规定“民事权利”，构建了完整的民事权利体系。为了强调对民事权利的保护，《民法典》之总则编继续《民法通则》的做法，专设“民事责任”一章。这些全新的制度安排是《民法典》之总则编不落窠臼，因时制宜、因地制宜地提出的总则体例编排的全新方案。总则编把握住了中国的时代脉搏，全面保障人民群众的民事权益，为中国的市场经济发展保驾护航，从而使《民法典》既能走到群众身边，又能走进群众心里。

如果说民法典是社会主义法律体系的基础性法律，总则编则是“基础中的基础”。要全面深入理解、把握好博大精深的民法典，就必须从总则编着手。不能理解好总则编，就无法对民法典作出深入理解。只有在理解好总则编的基础上理解民法典，才能准确适用民法典，才能推进依法治国，实现国家治理体系和治理能力的现代化，使民法典从“纸面上的法律”转变成“行动中的法律”，真正实现人民群众对良法善治的美好期待。

注释：

[1] 谢怀栻.大陆法国家民法典研究//易继明.私法：第1辑第1卷.北京：北京大学出版社，2001.

[2] Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil,Année 1945—1946 , Paris,Librairie du Recueil Sirey.p.55.

[3] 徐海燕.制定《欧洲民法典》的学术讨论述评.当代法学，1999（2）.

[4] 王泽鉴.民法典·总则.北京：中国政法大学出版社，2001：26.

缩略语表

《中华人民共和国宪法》——《宪法》

《中华人民共和国民法典》——《民法典》

《中华人民共和国民法总则》——《民法总则》

《中华人民共和国民法通则》——《民法通则》

《中华人民共和国物权法》——《物权法》

《中华人民共和国侵权责任法》——《侵权责任法》

《中华人民共和国合同法》——《合同法》

《中华人民共和国担保法》——《担保法》

《中华人民共和国合伙企业法》——《合伙企业法》

《中华人民共和国消费者权益保护法》——《消费者权益保护法》

《中华人民共和国个人独资企业法》——《个人独资企业法》

《中华人民共和国公司法》——《公司法》

《中华人民共和国继承法》——《继承法》

《中华人民共和国民事诉讼法组织法》——《人民法院组织法》

《中华人民共和国婚姻法》——《婚姻法》

《中华人民共和国海洋环境保护法》——《海洋环境保护法》

《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》——《涉外民事关系法律适用法》

《中华人民共和国户口登记条例》——《户口登记条例》

《中华人民共和国未成年人保护法》——《未成年人保护法》

《中华人民共和国劳动法》——《劳动法》

《中华人民共和国义务教育法》——《义务教育法》

《中华人民共和国精神卫生法》——《精神卫生法》

《中华人民共和国老年人权益保障法》——《老年人权益保障法》

《中华人民共和国收养法》——《收养法》

《中华人民共和国商业银行法》——《商业银行法》

《中华人民共和国保险法》——《保险法》

《中华人民共和国证券法》——《证券法》

《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》——《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》

《中华人民共和国国务院组织法》——《国务院组织法》

《中华人民共和国慈善法》——《慈善法》

《中华人民共和国国家赔偿法》——《国家赔偿法》

《中华人民共和国残疾人保障法》——《残疾人保障法》

《中华人民共和国中外合作经营企业法》——《中外合作经营企业法》

《中华人民共和国企业法人登记管理条例》——《企业法人登记管理条例》

《中华人民共和国公司登记管理条例》——《公司登记管理条例》

《中华人民共和国农民专业合作社法》——《农民专业合作社法》

《中华人民共和国企业破产法》——《企业破产法》

《中华人民共和国公益事业捐赠法》——《公益事业捐赠法》

《中华人民共和国植物新品种保护条例》——《植物新品种保护条例》

《中华人民共和国妇女权益保障法》——《妇女权益保障法》

《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释（试行）》——《民法通则意见》

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》——《民事诉讼法解释》

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》——《婚姻法解释（三）》

《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、民政部关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》——《依法处理监护人侵害未成年人权益行为意见》

《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的解释》——《继承法意见》

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》——《公司法解释（二）》

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》——《公司法解释（三）》

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》——《合同法解释（一）》

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》——《合同法解释（二）》

《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》——《诉讼时效规定》

《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》——《精神损害赔偿司法解释》

第一编 总则

第一章 基本规定

第一条

为了保护民事主体的合法权益，调整民事关系，维护社会和经济秩序，适应中国特色社会主义发展要求，弘扬社会主义核心价值观，根据宪法，制定本法。

本条主旨

本条对民法典的立法目的作出了规定。

相关条文

《民法总则》第1条规定：“为了保护民事主体的合法权益，调整民事关系，维护社会和经济秩序，适应中国特色社会主义发展要求，弘扬社会主义核心价值观，根据宪法，制定本法。”

《民法通则》第1条规定：“为了保障公民、法人的合法的民事权益，正确调整民事关系，适应社会主义现代化建设事业发展的需要，根据宪法和我国实际情况，总结民事活动的实践经验，制定本法。”

《物权法》第1条规定：“为了维护国家基本经济制度，维护社会主义市场经济秩序，明确物的归属，发挥物的效用，保护权利人的物权，根据宪法，制定本法。”

《合同法》第1条规定：“为了保护合同当事人的合法权益，维护社会经济秩序，促进社会主义现代化建设，制定本法。”

《侵权责任法》第1条规定：“为保护民事主体的合法权益，明确侵权责任，预防并制裁侵权行为，促进社会和谐稳定，制定本法。”

理解与适用

一、立法目的

本条关于立法目的的表述，实际上包括了如下几点。

（一）保护民事主体的合法权益

制定民法典的首要目的是保护民事主体的合法权益。民法典常常被称为“民事权利的宣言书”，它以确认、保障民事权益为基本宗旨。

从民法典的内容和体系来看，保障民事权利是民法典体系结构安排中的红线和中心轴。民法典总则编就是按照“提取公因式”的方法，将民事权利保护的共性规则确立下来。有关自然人、法人和非法人组织的规定，就规定了民事权利的主体。有关民事权利的规定，就规定了民事权利的具体内容、体系以及民事权利的行使方式。有关民事法律行为和代理的规定，就是确认了民事权利行使所形成的法律关系。有关民事责任的规定，就是确认了因侵害民事权利所应承担的民法上的后果。有关诉讼时效和期限的规定，就是确认了民事权利行使的时间限制。在构建了完整的民事权利体系之后，民法典总则编也为民法

典分则的体系安排奠定了基础，因为民法典分则实际上是按照物权、合同债权、亲属权、继承权、人格权以及因侵害民事权利而产生的侵权责任等内容展开的。民法典总则编通过构建完整的民事权利体系，强化了私权保障，也为法治建设奠定了重要的基石，因为法治的基本价值是“规范公权，保障私权”，法律的主要功能在于确认权利、分配权利、保障权利、救济权利，其价值在于保障私权、限制公权。

民法典总则编构建了民事权利体系，弘扬了私权神圣和私法自治，强化了对人格尊严的保障，这些都为中国的法治建设提供了坚实基础与有力保障。民法典在全面保障私权方面呈现出许多亮点，体现了当代中国的时代特征，回应了我们时代的现实需求。例如，首次在法律上正式确认隐私权，有利于日益被人们重视的隐私权保护。又比如，针对互联网和大数据等技术发展带来的侵害个人信息现象，规定了个人信息的保护。将个人信息明确为新的民事权利，是重视人格尊严的体现，也是尊重基本人权的体现。这一举措，将有力遏制各种“人肉搜索”泛滥，非法侵入他人网络账户，贩卖个人信息导致网络、电信诈骗猖獗等现象。另外，关于知识产权的保护，民法典总则编也对知识产权的客体进行了详尽的列举，扩张了知识产权的保护范围。

（二）调整民事关系

民法的调整对象就是民法规范所调整的各种社会关系。更确切地讲，民法的调整对象就是因民法的调整而形成的民事关系，其主要包括两种关系：一是平等主体之间的人身关系。人身关系包括人格关系和身份关系。例如，因生命权、健康权、名誉权等的享有和行使而形成的关系就属于人格关系。再如，因配偶、父母子女等身份而形成的关系就属于身份关系。二是平等主体之间的财产关系。这里所说的财产关系，就是以财产为内容的关系，如基于物权、债权而形成的关系。

本条强调民法典的立法目的是调整民事关系，这一规定有助于正确地划分法律部门，区分民法与其他部门法，并在此基础上构建合理的民事法律体系。每一个法律部门都有其特定的调整对象与适用范围，正是因为调整对象的不同才形成了特定的法域，并在此基础上构建了整个法律体系。尽管各国的法律体系各具特点，但基本上都以调整对象或调整方法为标准划分各个法律部门。我国法律体系的构建也不例外。民法之所以能够成为我国最重要的法律部门之一，首先是因为它具有特定的调整对象。正是由于民法的调整对象是平等主体之间

的关系，因此其主要通过任意法规范赋予当事人以私法自治的权利（主要是通过法律行为），并以此种方式调整平等主体之间的社会关系。还要看到，特定的调整对象决定了特定的调整方法。民法调整对象的特殊性决定了它要采用平等、有偿、自愿等调整方法，并以私法自治作为其基本的价值理念。此外，明确调整对象有助于使法院明确对民事案件的管辖权限，有利于针对不同的调整对象适用不同的程序，以及在司法系统内部进行科学的分工。例如，平等主体之间的纠纷属于民事案件，而非平等主体之间的纠纷属于其他性质的案件，不同的案件应由法院内部不同的法庭来审理。

（三）维护社会和经济秩序

民法典被称为市民社会的百科全书和市场经济的基本法，是因为民法调整的人身关系和财产关系涉及社会生活的方方面面，直接关系到人民群众的切身利益和社会的生产生活秩序，同每个民事主体都密切相关。中国共产党十八届四中全会提出，要使市场在资源配置中起决定性作用，必须以保护产权、维护契约、统一市场、平等交换、公平竞争等为基础导向。因此，需要通过制定民法典来完善民商事领域的基本规则，引领经济社会发展，更好地平衡社会利益、调节社会关系、规范社会行为、维护社会经济秩序。^[1]例如，民法所确认的财产权制度，就是维护社会和经济秩序的基本制度。中国古代就有“一兔走，百人追之；积兔于市，过而不顾，非不欲兔，分定不可争也”的说法。产权的目的就是明确财富的归属，明晰权利的主体，进而达到定分止争的效果。财富归属上的安定性，是人类社会生活的前提，是人类的基本安全。完善产权保护制度是推动经济持续、健康发展的保障，保护产权就是要形成恒产恒心。再如，民法的人身权制度就是要保障人们基本的人身安全，保障人格尊严。在当今人民群众的生活水平得到极大提高的情况下，我们应当将对人格尊严的保障提高到重要的地位，如此，才能维护正常的社会秩序。

民法典通过一系列对制度和规则的完善，有力地维护了市场经济的法律环境和法治秩序。以民法典总则编为例：其确定了绿色原则，顺应了保护资源、维护环境的现实需要；对知识产权的客体进行了详尽的列举，确认了对数据等的保护，从而适应了创新型社会的发展需要；在法律上明确宣告“民事主体的物权受法律平等保护”，将有力地促进社会财富的创造；明确了法人的分类标准，丰富了法人的类型，确认了非法人组织的民事主体地位以及责任，将有力地激发市场主体的活力，促进社会经济的发展；此外，还完善了民事法律行为、代理和时效的相关规则，也将极大地促进市场法治环境的健全。

（四）适应中国特色社会主义发展要求

编纂民法典是健全社会主义市场经济制度、完善中国特色社会主义法律体系的必然要求。“法与时转则治”，虽然我国社会主义法律体系已经形成，基本涵盖了社会经济生活的主要方面，但我国社会主义法律体系需要与时俱进，不断完善。通过制定民法典，使整个民商事规则更加体系化、科学化、完备化，这是中国特色社会主义的必然要求。

民法典维护和巩固我国基本经济制度，我国是社会主义公有制国家，同时实行社会主义市场经济，公有制如何与市场经济结合，是人类历史上前所未有的新问题。一方面，民法典物权编明确规定“城市的土地，属于国家所有。法律规定属于国家所有的农村和城市郊区的土地，属于国家所有”（第249条）。同时，在第三分编单设用益物权制度，规定“国家所有或者国家所有由集体使用以及法律规定属于集体所有的自然资源，组织、个人依法可以占有、使用和收益”（第324条）。通过规定建设用地使用权等制度，通过当事人的自由协商和有偿使用的机制，实现资源的最有效配置。通过市场的手段，使土地等资源进入市场，使资源得到效率最大化的配置和使用，发挥最大的价值，这就实现了公有制与市场经济有机结合。同时，也要反映改革开放和市场经济建设的客观需要。制定民法典有助于解决我国民事立法中存在的相互矛盾、不协调、缺乏体系等问题，保障创新、协调、绿色、开放、共享的“五大发展理念”的落实，推进中国特色社会主义法治体系不断完善和国家治理体系、治理能力现代化。民法典也要充分反映时代精神和时代特色。21世纪是互联网时代，随着计算机和互联网技术的发展，人类社会进入一个信息爆炸的时代，也进入了一个知识经济的时代。互联网给人类的交往和信息获取、传播带来了方便，深刻地改变了人类社会的生活方式，甚至改变了生产方式和社会组织方式，“互联网+”也发展成为一种新的产业模式。在这一时代背景下，民法典如何反映互联网时代的特征，充分体现时代精神，显得尤为重要。如果说1804年《法国民法典》是19世纪风车水磨时代民法典的代表，1900年《德国民法典》是20世纪工业社会民法典的代表，那么，我国的民法典应当成为21世纪互联网时代的民法典代表作。

（五）弘扬社会主义核心价值观

社会主义核心价值观是社会主义核心价值体系的内核，体现社会主义核心价值体系的根本性质和基本特征，反映社会主义核心价值体

系的丰富内涵和实践要求，是社会主义核心价值体系的高度凝练和集中表达。^[2]具体来说，富强、民主、文明、和谐是国家层面的价值目标，自由、平等、公正、法治是社会层面的价值取向，爱国、敬业、诚信、友善是公民个人层面的价值准则。它们共同构成了我国社会主义核心价值观的基本内容。中国共产党十八大以来，中共中央高度重视培育和践行社会主义核心价值观。《民法总则》第1条开宗明义地指明：我国民法典的立法目的之一是，弘扬社会主义核心价值观。将社会主义核心价值观融入全过程，弘扬中华民族传统美德，强化规则意识，增强道德约束，倡导契约精神，弘扬公序良俗。^[3]

民法典对社会主义核心价值观的弘扬，主要表现在如下几个方面：一是确认了平等原则，强化了对财产权的平等保护。这些都是法律面前人人平等原则的具体化，也是反对特权、反对歧视等社会现实的要求。二是确认了自愿原则，贯彻私法自治理念，贯彻了“法无禁止皆自由”的精神。这实际上进一步弘扬了自由的理念。三是确认了诚信原则，要求从事民事活动遵循诚信原则，秉持诚实、恪守承诺，大力提倡契约精神。这有利于强化人们诚实守信、崇法尚德，为维护社会正常的生活和交易秩序、推进法治建设奠定良好的社会基础。四是确认了公序良俗原则，禁止滥用私权，要求在行使民事权利的同时，也要履行民事义务，鼓励见义勇为和救助行为，致力于构建和睦的人际关系。这也有助于社会道德风尚的弘扬和传统美德的培育，也是社会文明的要求。五是重视家庭的和睦，弘扬家庭美德，重视家庭文明建设。中华民族的传统美德就是敬老爱幼、重视治国齐家，重视家庭和睦与社会和谐。家庭成员应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。总之，民法通过其基本原则、具体制度和规则的构建，为弘扬社会主义核心价值观发挥了重要作用。

民法典在大陆法系的法律体系中具有举足轻重的地位。在大陆法系国家的法律体系中，民法典作为规范市民社会的基本法，具有仅次于宪法的地位。它确立了各类主体的基本行为规则，确定了市场经济运行的基本条件，所以也有“小宪法”之称。很多国家的法律汇编都将民法置于宪法之后。也正是因为民法在大陆法系国家的法律体系中居于如此重要的地位，大陆法系也被称为民法法系。

二、立法依据

本条确立了民法典的立法依据是宪法，即“根据宪法，制定本

法”。在法律体系中，宪法是根本法，处于一个国家法律体系的顶端，是一切法律、行政法规和其他规范性文件的依据，所以，民法应当以宪法为依据。我国宪法确立了保障公民人身权利和财产权利的原则。宪法的精神和原则必须在民事法律中予以体现和落实。通过编纂民法典，健全民事法律秩序，就是要加强对民事主体之合法权益的保护，更好地维护人民群众的切身利益。^[4]

宪法是我国的根本大法，我国民法典的编纂应当以宪法为基础和依据。宪法确立了国家的基本政治、经济制度，规定了公民的基本权利，在民法典总则编中明确写入“根据宪法，制定本法”，不仅具有政治宣示的意义，而且有利于具体落实宪法关于国家基本经济制度的规定，有利于进一步细化和落实宪法关于公民基本权利保护的规定，还有利于为合宪性解释方法的运用提供法律依据。具体来说，这一规定的现实意义主要在于以下方面。

第一，彰显宪法的根本法地位，维护法律体系的和谐、统一。“根据宪法，制定本法”至少内含如下含义：一方面，表明宪法具有最高的法律效力，民法典的规范不得与宪法的规定相抵触。在我国，宪法是国家的根本大法，是治国安邦的总章程，是保障国家统一、民族团结、经济发展、社会进步和长治久安的法律基础。^[5]我国是一个集中、统一的社会主义国家，法制不统一，就不能依法维护国家统一、政治安定、社会稳定。我国社会主义法律体系是以宪法为核心构建的完整体系，它在宪法的指引下，形成了一套规则的体系和价值的体系。因此，要维护法制的统一，首先必须保障宪法的实施，维护宪法的权威。^[6]另一方面，表明民法典规范的价值和效力来源于宪法规定。^[7]这就是宪法学者所说的“法源法定”。在民法典编纂过程中，相关规则的设计应当立足于宪法文本，遵守宪法的规定。^[8]我国《宪法》第5条第3款规定：一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。这也表明，民法典的制定必须符合宪法的原则和精神。

第二，实现对民法规范的合宪性控制，使民法典符合宪法的精神。一方面，民法典的基本体系和根本制度应当以宪法为基础，符合宪法的基本精神和价值取向。任何国家的法律体制从来都是一个有机的整体，与宪法规范相比，民法规范虽然具有一定的特殊性，但其仍然是宪法所确立的一国法律秩序和法律体系的重要组成部分，其基本精神和价值理念也应当符合宪法的精神。^[9]例如，民法典关于基本经济制度的规定应当以宪法所确认的基本经济制度为基础，民法典有关民事权利的规则也应当符合宪法关于公民基本权利的规定。另一方面，我国编纂民法典的过程也是对改革开放四十年来大量民事法

律、法规和司法解释的规定进行梳理、整合的过程，是对以1982年宪法为基础的改革开放的成就的法律确认。在这个过程中，宪法能够提供最重要的指引，从而使立法者在编纂民法典时对各种法律、行政法规和司法解释进行有效整合，以建立真正符合宪法精神的民法典规范体系。因此，在民法典中写入“根据宪法，制定本法”也强调了民法典应当符合宪法的精神。

第三，通过合宪性解释方法，准确解释民法规则。宪法可以为民法典规范的解释与适用提供指引，即在民法典规范存在多种解释时，裁判者可以运用合宪性解释的方法进行解释选择，从而使民法典规范的适用符合宪法的精神和价值。斯蒙德教授（Rudolf Smend）曾指出，宪法具有统一性，宪法代表了一种统一的价值，在这些价值之下促使民族的团结和统一。^[10]在我国审判实践中，合宪性解释具有进行合宪性控制的功能，进而起到保障宪法的实施、维护宪法的根本法地位的作用。因此，在对法律解释的结论可能违反宪法时，法官就应当对其进行合宪性控制，从而使宪法得到贯彻和落实。在民法典的立法目的中明确“根据宪法，制定本法”，可以为法官运用合宪性解释方法解释民法规则提供依据。

第四，保障宪法的实施。在我国，宪法规范不具有可司法性，无法直接作为案件裁判依据，所以，有必要通过部门法将宪法的原则、规范予以具体化。这也是我国宪法实施的重要方式。同时，宪法是国家的根本大法，其虽然规定了国家的政治、经济体制和公民的基本权利，但其规定大多抽象、原则，难以直接适用于具体的经济、社会生活事实。而民法典可以通过设置具体的规则来具体落实宪法的规定。例如，民法典物权编对各项物权进行保护，有利于具体落实宪法关于保护私人合法财产的精神。再如，民法典通过确认个人所享有的各项人格权，同时对人格权的许可使用行为进行必要的控制，有利于具体落实宪法关于保护个人人格尊严的规定。从这一意义上说，民法典在效力层级上以宪法为依据，也有利于民法典具体落实宪法的精神和具体规则。

依据宪法构建民事权利体系，也有利于贯彻宪法的原则和精神，维护法律体系的统一与和谐。民法典依据宪法构建民事权利体系，可以使民事权利体系具有上位法依据。宪法关于公民基本权利的规定具有主观权利和客观法的双重属性^[11]，其不仅直接约束公法体系，对私法体系同样构成价值指引。国家应通过立法、行政和司法实现对基本权利的制度保障，而通过民法典确立民事权利体系，实际上是国家的上述制度保障义务实现的重要方式之一。民法典依据宪法构建民事权利体系，有利于实现法律体系内部价值的融贯。例如，我国《宪

法》关于保障人权的規定，必須通過民法典中關於人格權的規定來具體化。同時，民法典依據憲法構建民事權利體系，也有利於使民法和其他法律之間形成一種協同關係，民法權利的確立、內容、保護能夠由同樣以憲法為依據的民法和其他法律共同承擔，從而實現公法和私法對民事權利的綜合保護機制。

當然，並非所有的憲法上的權利都能够規定在民法典中。並非所有的民法問題都涉及憲法，也並不是所有憲法上的權利都可以轉化為民事權利。一方面，憲法上的基本權利是針對國家的一種防禦權，使公民能够請求國家不通過立法、行政或司法行為不合比例地侵害基本權利，而民法典所保護的權利僅限於私權，而不包括所有的公法上的權利^[12]，因此，憲法所確認的公民所享有的基本權利，實際上並不都可以具體化為民事權利。民法上權利的來源也并非僅僅是憲法上的基本權利，二者之間不能簡單地畫等號。另一方面，憲法所確認的基本權利涉及多個法律部門，並不局限於民法。例如，憲法所確認的公民所享有的宗教信仰自由就應當由行政法予以保障，無法轉化為民事權利。再如，憲法所確認的公民所享有的勞動的權利，就主要應當由社會法予以保障。所以，憲法上權利的落實需要各個法律部門協作，並非僅僅依靠民法。例如，在國家公權力機關違法行使權力侵害公民依據憲法而享有的財產權和人身權時，必須通過行政訴訟法和國家賠償法來給予保護。再如，要防止個人數據信息被泄露，保護公民的通信秘密，還需要國家通過制定個人信息保護法等加以貫徹落實。

因此，在具体確定民法典應當如何落實憲法關於公民基本權利的規定時，首先應當確定其是否是憲法問題，如果不是憲法問題，如人格利益許可使用問題、精神損害賠償問題等，就沒有必要進行憲法層面的討論。對於不同類型的問題，需要採用不同的討論方法，對於涉及憲法的問題，需要考慮憲法的規定，但對非憲法的問題，則不應當一概考慮憲法。具體而言：

一是必須準確界定能够轉化為民事權利的基本權利的範圍。既然並非憲法所規定的所有基本權利都可以轉化為民事權利，那麼就需要準確界定哪些基本權利可以轉化為民事權利。一般而言，只有那些體現了特定主體的私益、具有私法上可救濟性的權利，才有必要具體化為民事權利。例如，“齊某苓案”^[13]本來是一起典型的侵害個人姓名權的案件，而有關司法解釋將其界定為侵害公民受教育權的糾紛，從而引發了學界爭議。事實上，我國憲法關於公民受教育權的規定主要是為了規定國家保障公民受教育權的義務，即規定國家負有為每個公民提供相應的教育設施及其他教育條件的義務。所謂受教育權受到侵害不能通過民法上的侵權責任來解決，而只能通過公法方式加以解

决。^[14]因此，此类权利不能转化为民事权利。

二是宪法关于对公民财产、通信秘密等的保护，这些主要涉及公民的人身、财产等基本权利的规定有必要具体化为民事权利。这些基本权利直接关系到公民的私人利益，且属于民法确认和保护的主要对象，故应当由民法将宪法的规定具体化。但此类基本权利的内涵和外延都十分广泛（如宪法上规定的公民的财产权就既包括物权，也包括债权、股权、知识产权等权利），难以直接作为裁判依据，这就有必要通过民法将这些基本权利予以具体化，以具体落实宪法规定这些基本权利的立法目的。

三是宪法中的一些保护权利的宣示性规定也可以具体化为民事权利。例如，《宪法》第37、38条是关于个人人身自由、人格尊严受保护的规定，这些个人基本权利虽然是由宪法规定的，但其主要功能在于保障个人的基本私人生活，具有私权的属性，因此，其可以通过民法予以具体保护，即民法可以通过确认个人享有一般人格权及各项具体的人格权，将宪法关于个人人格尊严与人身自由受保护的规定予以具体化。从这一意义上说，通过民法典对个人人格尊严与人身自由进行保护就是宪法精神的一种具体体现。

（本条由王利明撰写）

第二条

民法调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系。

本条主旨

本条对民法的调整对象作出了规定。

相关条文

《民法总则》第2条规定：“民法调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系。”

《民法通则》第2条规定：“中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。”

理解与适用

本条是关于民法之调整对象的规定。依据该条规定，民法的调整对象是作为平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系。

规定民法的调整对象具有如下几个方面的意义：第一，确定了民法的调整范围。任何一部法律都不可能调整全部的社会关系，不可能无所不包，而只能截取其中的部分进行调整。本条通过界定民法的调整对象，明确了民法和其他法律在调整范围上的区分，划清了民法和其他法律之间的界限。例如，该条区分了民法和经济法之间的关系，即由民法调整横向的市场交易关系，经济法（或称经济行政法）调整纵向的经济管理关系。这就从根本上划清了民法和经济法的调整范围。第二，通过确定调整对象，也概括了民法的定义，揭示了我国民法调整的社会关系的范围和任务，尤其是确立了我国民法统一调整社会主义市场经济交易关系的基本法地位。根据本条规定，我国民法统一调整平等主体之间的财产关系，而平等主体之间的财产关系实质上就是指商品关系或交易关系，因此，无论是何类民事主体从事交易，只要它们以平等的民事主体的身份从事交易，就应当遵循民法的规范，并受民法的调整。第三，民法典的分则就是由调整人身关系的法律和调整财产关系的法律构建起来的，所以，民法典关于调整对象的规定也预设了民法典的分则体系，具体而言，人身关系主要分为两大类，即人格关系和身份关系，对身份关系的调整将由婚姻家庭编、继承编承担，而对人格关系的调整应当由人格权编承担，而对财产关系的调整将在分则中分别独立成编，表现为物权编、合同编。可见，民法典关于民法调整对象的规定实际上也奠定了我国民法典分则编纂的基础。尤其需要指出，1986年的《民法通则》第2条规定：“中华人民共和国

民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。”从该条规定来看，其将人身关系置于财产关系之后，但本条规定：“民法调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系。”从本条规定来看，其将人身关系调整至财产关系之前，这也宣示了民法对公民人身权利的保护，强调人身自由和人格尊严不受侵害，并以此作为民事立法的基础。第四，本条的规定也确立了我国的民商合一体制。民法典并未根据主体或行为的性质区分普通民事主体和商事主体并在此基础上规定不同的行为规则，即我国民法不区分民事关系和商事关系。这不仅符合现代民事立法的趋向，而且消除了民、商法分离所产生的法律冲突的弊端。在民法典确定的体制下，商法是作为民法的特别法而存在的，并未与民法相分立。

根据本条的规定，我国民法调整平等主体之间的人身关系和财产关系。可见，民法调整的社会关系的本质特点在于其平等性，这是民法区别于其他法律部门的根本特点。所谓平等主体，强调主体以平等的身份介入具体的社会关系，而不是在一般意义上判断主体间的平等性。例如，国家和公民虽然在一般意义上不存在平等关系，但只要在其间发生的具体法律关系中双方都是以平等的身份出现的，即可判断该关系具有平等性，应当受到民法的调整。所谓平等，强调在财产关系和人身关系中当事人的地位平等，并不涉及在政治关系中当事人的地位平等问题。此种平等主要是指在具体的民事法律关系中，如合同关系或物权关系中，地位是平等的。在此种关系中，当事人任何一方不得命令或强迫另一方作出或者不作出某种行为。^[15]

根据本条的规定，民法调整的社会关系包括以下两类。

1. 平等主体之间的人身关系

所谓人身关系，是指没有直接的财产内容但有人身属性的社会关系。人身关系是基于一定的人格和身份产生的，因此人身关系包括以下两类。

第一，基于自然人、法人和非法人组织的人格产生的人身关系。这些关系在民法上表现为自然人和法人、非法人组织的人格权，包括自然人的生命和健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、婚姻自主权，以及宪法规定公民享有的人身自由不受侵犯、通信自由和通信秘密等权利，法人、非法人组织的名称权、名誉权、荣誉权。从民法权利体系的角度来看，人格权应该在其中占有重要的位置。

第二，基于自然人、法人和非法人组织的一定身份产生的人身关

系。本书认为，可以将身份界定为民事主体在特定的社会关系中所具有的地位，具体包括：一是在亲属关系中的地位。这类关系在民法上表现为公民的身份权，包括夫妻之间、父母子女之间、有扶养关系的祖父母与孙子女或外祖父母与外孙子女之间依法相互享有的身份权，以及因监护关系产生的监护权等。二是基于知识产权获得的地位，如自然人和法人、非法人组织通过智力创作活动取得著作、专利、商标而享有的人身权，以及公民享有的在发现权和发明权中的人身权。三是在其他社会关系中产生的身份权，如荣誉权等。身份关系是人们基于彼此间的身份而形成的相互关系。

法人和非法人组织一般不享有身份权，因而也不会产生身份关系，但是，依据法律规定，它们可以享有某些人格权，如名称权、名誉权、荣誉权，因而从广义上理解，它们也可以产生一定的人身关系。

2. 平等主体之间的财产关系

所谓财产关系，是指人们在产品的生产、分配、交换和消费过程中形成的具有经济内容的关系。财产关系是以社会生产关系为基础的，涉及生产和再生产的各个环节，包括各类性质不同的关系。平等主体间的财产关系，包括财产归属关系和财产流转关系。财产归属关系是指财产所有人和其他权利人因占有、使用、收益、处分财产而发生的社会关系。财产流转关系是指因财产的交换而发生的社会关系。财产归属关系往往是发生财产流转关系的前提条件，财产流转关系通常又是实现财产归属关系的方法。这两种财产关系，又称为横向财产关系，都应该由民法调整。这是由我国社会主义市场的统一性以及民法对市场经济关系进行统一调整所决定的。民法调整的财产关系的重心是交易关系。所谓交易，是指独立的、平等的市场主体就其所有的财产或利益进行的交换。在民法上，交易的表现形式多种多样，其正常的形式是合同，其特殊形式是侵权损害赔偿和不当得利返还等。

民法调整的财产关系是一种以经济利益的计算为核心的关系。财产关系充分体现了主体的自由意志。主体享有对其财产的处分权，并有权依其意志移转财产所有权权能。财产关系的产生、变更和消灭体现了法律给予主体充分的自由空间，国家尽量不予干预。但在身份关系中，对当事人的意思自由是有严格限制的。例如，法律对结婚、离婚、收养都进行了比较严格的限制，亲属法上许多权利如监护权、亲权等都具有专属性，不得随意抛弃和转让。财产关系遭受侵害时是用损害赔偿等财产性的救济方法来解决的；而在亲属、婚姻等身份关系受侵害时较多使用非财产性救济手段。

第三条

民事主体的人身权利、财产权利以及其他合法权益受法律保护，任何组织或者个人不得侵犯。

本条主旨

本条对民事权益受法律保护的原则作出了规定。

相关条文

《宪法》第13条规定：“公民的合法的私有财产不受侵犯。”“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。”“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”

《民法总则》第3条规定：“民事主体的人身权利、财产权利以及其他合法权益受法律保护，任何组织或者个人不得侵犯。”

《民法通则》第5条规定：“公民、法人的合法的民事权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯。”

《物权法》第4条规定：“国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。”

《合同法》第8条规定：“依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除

合同。”“依法成立的合同，受法律保护。”

《侵权责任法》第2条规定：“侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。”“本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”

理解与适用

本条确立了民事权益受法律保护的原则。本条的内涵包括：第一，民法主要保护人身、财产等权益。民法保护的民事权益范围非常宽泛，但并非所有的权益都受到民法的保护，一些公法上的权利，如劳动权、受教育权，主要受公法保护。民法保护的主要是私权，其中以人身、财产权益为基本内容。第二，民法不仅保护权利，而且保护利益。也就是说，不论是权利还是利益，都受到法律保护。这不仅与保护民事权益的基本原则相对应，而且为将来对新型民事权益的保护预留了空间，保持了民法典规则的开放性。第三，任何合法权益都受法律保护，任何组织和个人都不得非法侵害，也不得非法干预权利人行使权利。例如，任何人不得非法查封、扣押、没收公民的合法财产。第四，在民事权益受到侵害时，民法主要通过民事责任对权利人进行救济。在权利人的权利受到侵犯时，权利人可以诉请人民法院或仲裁机构予以判决或仲裁。

民事权益受法律保护是民法最重要的原则，之所以要将该原则作为民法的首要原则，主要原因在于，民法是权利法。民法总则被称为民事权利宣言书，正如英国学者彼得·斯坦所指出的，“权利的存在和得到保护的度，只有诉诸民法和刑法的一般规则才能得到保障”^[16]。民法总则的体系是以私权为中心轴而展开的：其所规定的民事主体（自然人、法人、非法人组织）是民事权利的享有者和民事义务的承担者；各项民事权利是私权完整的内容和结构；民事法律行为是行使私权而从事的行为；民事责任既是因侵害私权而产生的法律后果，也是保障私权实现的强有力手段。在构建了完整的民事权利体系之后，民法典分则的制定也就有了基础，因为民法典分则实际上是按照物权、合同债权、亲属权、继承权、人格权以及因侵害民事权利而产生的侵权责任等内容展开的。民法典总则编系统、全面地确认和保护各项民事权利，构建民事权利体系，弘扬私法自治，强化对人格尊

严的保障。因此，对权利的保护是整个民法的中心任务。

《民法典》将民事权益受法律保护作为基本原则加以规定，将有力地推进社会主义法治建设。一方面，法治的核心就是规范公权、保障私权，而民法总则就是一部民事权利宣言书，它构建了民事权利的体系，规定了民事权利行使的方式，并确认民事权利在受到侵害时受到法律的保障。《民法典》对民事权利的保护程度，不仅将为法治的大厦奠定基石，而且将成为衡量我国法治水平的重要标尺。另一方面，私权界定越清晰，公权的界限就越明确。公权的行使不得非法侵害私权，不得干预民事主体依法行使权利。从这一意义上说，民法全面确认私权也划定了公权力运行的界限。

民法保障私权也保障了广大人民群众的根本利益。保障私权就是为了更好地保障最广大人民群众的根本利益，保护人民群众对美好生活的向往，充分实现人民的福祉，促进个人的全面发展。例如，公民享有的人身权是其最基本的人权，切实保护公民的人身权，才能保障公民正常地参与各项民事活动。再如，保障公民的财产权就是维护其最大的民生，如果财产权都得不到保障，对民生的保障也难以实现。马克思说，法典是人民自由的圣经。^[17]权利赋予公民广泛的行为自由，保护权利也是维护公民的基本自由。

《民法典》在全面保障私权方面呈现出许多亮点，主要表现在：一是时代性，即体现了当代中国的时代特征，回应了当今社会的现实需求。例如，《民法典》首次正式确认隐私权，有利于强化对隐私的保护。再如，针对互联网和大数据等技术发展带来的侵害个人信息现象，《民法典》规定了个人信息的保护规则，维护了个人的人格尊严，并将有力遏制各种“人肉搜索”、非法侵入他人网络账户、贩卖个人信息、网络电信诈骗等现象。二是全面性，即系统、全面地规定了民事主体所享有的各项人身、财产权益。从保护公民财产权利的角度来看，《民法典》总则编在法律上使用了“平等”保护民事主体物权的表述，这是对物权法的重大完善。《民法典》对知识产权的客体进行了详尽的列举，扩张了知识产权的保护范围，进一步强化了对知识产权的保护。《民法典》强化了对英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉的保护，有助于弘扬公德，维护良好的社会风尚。三是开放性。《民法典》第126条规定：“民事主体享有法律规定的其他民事权利和利益。”依据该条规定，不论是权利还是利益，都受到法律保护。这不仅与保护民事权益的基本原则相对应，而且为将来对新型民事权益的保护预留了空间，保持了对私权保护的开放性。

（本条由王利明撰写）

第四条

民事主体在民事活动中的法律地位一律平等。

本条主旨

本条对平等原则作出了规定。

相关条文

《宪法》第33条第1~3款规定：“凡具有中华人民共和国国籍的人都是中华人民共和国公民。”“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。”“国家尊重和保障人权。”

《民法总则》第4条规定：“民事主体在民事活动中的法律地位一律平等。”

《民法通则》第3条规定：“当事人在民事活动中的地位平等。”

《合同法》第3条规定：“合同当事人的法律地位平等，一方不得将自己的意志强加给另一方。”

理解与适用

本条确立了平等原则。所谓平等原则，是指民事主体在法律地位上是平等的，其合法权益应当受到法律平等保护。平等原则，是我国民法将平等主体之间的财产关系和人身关系作为其调整对象的必然体

现。民法的平等原则集中反映了民法所调整的社会关系的本质特征，也是全部民事法律制度的基础。

在民法上，采纳该原则的主要意义在于：第一，集中体现了民法的调整对象和调整方法的特点，表现了民法的基本价值理念。因为民法的调整对象是平等主体之间的财产关系和人身关系，所以必须运用平等原则来确定民法调整社会关系的方法和特点以及在发生了民事违法行为以后的责任方式。第二，充分反映了市场经济的本质要求，也是构建市场经济秩序的基础。市场经济最本质的特征就体现为主体之间的平等。交易天然地要求交易双方的地位是平等的，在利益上是等价的，否则就不可能产生公平的竞争，从而也不可能形成有序的市场经济秩序。第三，体现了现代法治的基本精神，也有助于建设社会主义政治文明。现代法治社会以贯彻“平等原则”为特征。平等原则最本质的内涵就是人格的平等，它是对封建等级制度的否定，也是对宗法制度下人与人的依附关系的否定。平等原则构建了市场经济的基础，在政治层面上也是最为根本的原则：正是在平等的基础上才产生了近现代社会的各项民主制度。切实遵行民法的平等原则，才能够真正消除封建残余和特权思想，建立社会主义政治文明。第四，有利于强化对财产的平等保护，促进社会财富的增长。平等原则不仅强调对公有财产的保护，而且要求将对个人财产所有权的保护置于相当重要的位置。对国内财产进行一体化保护，有利于实现“有恒产者有恒心”，鼓励人们创造社会财富，实现社会财富的增长和经济的繁荣。

平等原则主要包括如下内容。

第一，人格平等。人格平等就是在法律上不分尊卑贵贱、财富多寡、种族差异、性别差异，而一律认为人与人的抽象人格是平等的。

《民法典》明确规定，自然人的民事权利能力一律平等。除法律特别规定的以外，任何组织或者个人不得限制和剥夺公民的民事权利能力。

第二，在具体的法律关系中当事人的法律地位平等。尤其是在合同关系中，无论参与合同关系的当事人在事实上是否具有隶属关系或不平等的地位，在合同关系中当事人都是完全平等的。平等原则还表现在民事主体在民事法律关系的设立、变更和消灭上必须平等协商，任何一方当事人不得将自己的意志强加给另一方当事人。

第三，对各类民事主体的平等对待，包括强势意义上的平等对待和弱势意义上的平等对待。所谓强势意义上的平等对待，是指尽可能避免对人进行分类，以对各类群体给予平等待遇。而弱势意义上的平等，是指针对不同情况，要区别对待。^[18]例如，合同法既确定了合

同自由原则，又兼顾合同正义，而合同正义的实现就建立在弱势意义上的平等对待的基础上。

第四，在补救方法上，也要充分贯彻平等。无论主体在所有制、经济实力等方面存在何种差异，当其权利受到侵害时，法律都给予一体保护。从损害的角度看，应当按照实际损害给予救济，而不能因人而异。此外，在民法上，民事主体地位的平等性决定了在民事责任方式上应当贯彻损失填补原则，以弥补受害人的损失为宗旨，一般不能对加害人的行为施以类似于公法上的惩罚性措施。当然，追究了民事责任并不影响对违法者追究公法上的责任，这两种责任并行不悖。

应该指出，民事主体在法律地位上平等，不等于在实际的民事法律关系中每个当事人所享有的具体的民事权利和承担的民事义务都是一样的。在具体的民事法律关系中，各个当事人根据法律和自身的意志享有不同的权利和履行不同的义务。

（本条由王利明撰写）

第五条

民事主体从事民事活动，应当遵循自愿原则，按照自己的意思设立、变更、终止民事法律关系。

本条主旨

本条对自愿原则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第5条规定：“民事主体从事民事活动，应当遵循自愿原则，按照自己的意思设立、变更、终止民事法律关系。”

《民法通则》第4条规定：“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。”

《合同法》第4条规定：“当事人依法享有自愿订立合同的权利，任何单位和个人不得非法干预。”

《担保法》第3条规定：“担保活动应当遵循平等、自愿、公平、诚实信用的原则。”

理解与适用

本条确定了民法上的自愿原则。所谓自愿原则，也称为意思自治原则，是指民事主体依法享有在法定范围内广泛的行为自由，并可以根据自己的意志设立、变更、消灭民事法律关系。尽管其在民法的各部分（身份法和财产法、物权法和债权法）中强度不同，但意思自治原则作为民法的一项基本原则，贯彻于整个民法之中，体现了民法最基本的精神。它具体体现为所有权神圣、合同自由、婚姻自由、家庭自治、遗嘱自由以及过错责任等民法的基本理念。

自愿原则奠定了民法作为市民社会基本法的基本地位。市民社会与政治国家的分离，导致了公法与私法的分立。公法的重要特点表现在规范的强制性方面，私法的重要特点表现在规范的任意性上，私法的任意性即主要体现在意思自治原则方面。

自愿原则最直接地反映了社会主义市场经济的本质需要，也体现了我国社会发展和进步的需求。一方面，市场经济条件下“尽可能地赋予当事人的行为自由是市场经济和意思自治的共同要求”^[19]。从国家治理体系层面来看，贯彻私法自治理念最为重要的是要实行负面清单管理模式。所谓负面清单（Negative List），是指仅列举法律法规禁止的事项，法律、法规没有明确禁止的事项，都属于法律、法规允许的事项。与负面清单管理模式相对应的是正面清单管理，即主要采用法律上列举的模式，人们只能在法律规定范围内行为。负面清单模式落实了“法无禁止即自由”这一私法自治的基本原则，因此是一种激发主体活力、促进社会财富创造的法律机制。《民法典》第5条确认

的自愿原则赋予市场主体享有在法定范围内广泛的行为自由，并能依据自身的意志从事各种交易和创造财富的行为。另一方面，改革开放成就的取得，其中一个重要原因就是人民群众享有的自由不断增长。农民工自由进城、老百姓自由择业、企业自主经营，都是社会主体自由权不断增长的体现，也客观上促进了中国社会经济的发展。自由意味着机会，自由意味着创造，自由意味着社会主体潜能的发挥。中国社会的每一次进步，都表现为人民自由的扩大。因此，为了更好地发挥中国社会中个人和企业的创新、创造的潜力，应当更大程度地保障民事主体的自主自愿和自由。所以，中国共产党十八大报告第一次将“自由、平等、公正、法治”作为社会主义核心价值体系的重要内容，使之成为全体人民的共同价值追求。

自愿原则的内容主要体现在如下几方面。

第一，赋予民事主体在法律规定范围内广泛的行为自由。意思自治的实质就是允许当事人在法律规定的范围内，自主决定自己的事务，自由从事各种民事行为，最充分地实现自己的利益。这具体包括如下几个方面：一是当事人有权依法从事某种民事活动和不从事某种民事活动。也就是说，在民事领域中，除法律另有规定之外，当事人是否实施某种行为或不行为，是否行使某种权利或不行使权利，完全应当由当事人自由安排。二是当事人有权选择其行为的内容和相对人。当事人可以通过平等协商，为自己设定权利和承担义务，在客观情况发生变化以后，可以依法变更权利和义务的内容。当事人之间的协议一经合法成立就具有法律效力，并可以改变民法的任意性规定。三是民事主体有权选择其行为的方式。民事主体从事法律行为，有权对口头形式、书面形式、公证等方式作出选择。但法律、行政法规要求采取某种特殊的形式的，必须采取该形式。四是民事主体有权选择补救方式。通常情况下，受害人能够选择对自己最为有利的责任方式，即便受害人选择不适当，除非他受到了不正当的影响，否则也应当由该受害人自己负担不利的后果。

第二，允许当事人通过法律行为调整他们之间的关系。基于自愿原则，允许主体在从事民事法律行为时，通过其意志设立、变更和消灭民事法律关系。这就是民法中的任意性调整方法。该方法的特点在于，它并不确立具体的行为准则，而只是划定了一个界限和范围，要求民事主体在该范围之内自主行为。

第三，确立了公权力机关干预民事主体的行为自由的合理界限。根据自愿原则，法无明文禁止即为自由，因此，民事主体在法定的范围内享有广泛的自由。也就是说，只要不违反法律、行政法规的强制性规定和公序良俗，国家就不得对其进行干预。意思自治原则划定了

民事主体和公权力机关的权限，确定了二者之间的正确关系。

当然，任何意思自治都不是绝对的自由，而是相对的、有限制的自由。在19世纪由于个人主义思潮的盛行，意思自治原则曾经被绝对化，但自20世纪以来，随着垄断的加强，国家加强了对经济领域的干预，私法自治原则受到了越来越多的限制。民法的三大原则都已经受到不同程度的限制，合同自由和契约自由所受的限制表现得尤为突出。甚至在家庭法领域，过去极少提倡国家干预，现在也出现了社会化、公法化的趋势。例如，扩大法院介入监护关系的权力，也体现了对当事人意思自由的限制。

（本条由王利明撰写）

第六条

民事主体从事民事活动，应当遵循公平原则，合理确定各方的权利和义务。

本条主旨

本条对公平原则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第6条规定：“民事主体从事民事活动，应当遵循公平原则，合理确定各方的权利和义务。”

《民法通则》第4条规定：“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。”

《合同法》第5条规定：“当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。”

《担保法》第3条规定：“担保活动应当遵循平等、自愿、公平、诚实信用的原则。”

《合伙企业法》第5条规定：“订立合伙协议、设立合伙企业，应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用原则。”

理解与适用

本条确立了我国民法上的公平原则。所谓公平原则，就是指民事主体应本着公平、正义的观念实施民事法律行为，司法机关应根据公平的观念处理民事纠纷，民事立法也应该充分体现公平的理念。法谚云，“法乃公平正义之术”。我国古代思想家也曾将公平视为国家治理的基础，认为“公与平者，即国之基址也”。作为调整平等主体之间的社会关系的法律，民法理应将公平作为其基本原则，从而维护社会公平正义，使人民群众从个案中感受到法律的公平正义。因此，《民法典》将公平原则确定为一项基本原则。

确立该原则的意义主要在于：

第一，确立行为准则功能。公平原则本身是民事活动的一项基本原则。民事主体在从事民事活动的过程中，应当按照公平的观念正当行使权利和履行义务。例如，在合同订立后，应当从顾及对方当事人的利益的角度出发，进行充分的准备。在权利的行使过程中，要充分顾及他人的利益，不得滥用权利。

第二，结果评价功能。这就是说，在交易过程中，公平原则也常常成为评价交易结果的重要标准。例如，虽然当事人订立合同时是自主自愿的，但在合同订立后，出现了当事人订立合同时无法预料的情况，使合同的继续履行对当事人显失公平，此时，当事人可以重新谈判，或者要求法院变更或者解除合同。再如，《民法典》第151条规定：“一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使民事法律行为成立时显失公平的，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”该规则的适用也需要交易结果是否公平。

第三，价值导向功能。在处理任何民事纠纷中，法官首先要考虑是否公平，这也是评价民事活动的重要标准。同样，在行政执法中，有关机关在处理民事纠纷时也需要考虑处理结果是否公平合理，不能使当事人之间的权利义务关系完全失衡。

第四，法律解释功能。公平原则是法官适用民法应当遵循的重要理念。民法最充分体现了公平正义的要求，这是民法最基本的价值理念。法官应当依据社会的一般公平正义观念进行司法活动。不过，正是因为公平原则过于抽象，所以它只能作为一种理念，而不能替代具体的民法规则。例如，在违约金调整、损害赔偿数额的确定等，均需要以公平原则为基本的依循。

公平原则体现了现代法治的精神，古罗马法学家凯尔苏斯（Celsus）曾言，“法乃公正善良之术”（Jus est ars boni et aequi）。自此以后，公平正义成为法律固有的属性。公平正义是一切法律所追求的价值，是法律的精髓和灵魂。正义体现了某种秩序的内在要求，是构建普适性秩序的内在需要。换言之，法律作为行为规范，以调整社会关系为目的，必然以公平正义作为其基本价值。当然，公平概念的内涵是动态的、发展的。随着时代的发展，人们对公平的认识也会产生相应的变化。所以，公平内涵的确定应当紧密结合社会历史发展潮流。

公平原则要求将公平的理念贯彻在整个民事法律制度的设计当中，公平地配置各方当事人之间的权利、义务。公平原则在合同法中运用得最为广泛，当事人订立合同时，应当充分体现公平、平等的要求。如果一方在订立合同时由于情事紧迫或者缺乏经验而订立了对自己明显不利的合同，其应当有权请求撤销或变更该合同。公平原则的一个具体体现是完全赔偿原则，即如果一方造成了另一方的损害，则其应当赔偿该损失，而且该赔偿数额应与受害人的损失相符。当然，公平原则作为民法的基本原则，既适用于违约责任，也适用于侵权责任。公平原则是一项“弹性”很强的原则，它给予司法人员一定的自由裁量权，以弥补法律规定的不足，纠正在贯彻意思自治原则的过程中可能出现的弊端，从而实现个案的公平正义。当然，由于公平原则过于抽象，法官在裁判过程中应当优先选择适用具体的法律规则，而不能以公平原则替代具体的民法规则。

（本条由王利明撰写）

第七条

民事主体从事民事活动，应当遵循诚信原则，秉持诚实，恪守承诺。

本条主旨

本条对诚信原则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第7条规定：“民事主体从事民事活动，应当遵循诚信原则，秉持诚实，恪守承诺。”

《民法通则》第4条规定：“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。”

《合同法》第6条规定：“当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。”

《合同法》第42条规定：“当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：（一）假借订立合同，恶意进行磋商；（二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（三）有其他违背诚实信用原则的行为。”

《担保法》第3条规定：“担保活动应当遵循平等、自愿、公平、诚实信用的原则。”

《消费者权益保护法》第4条规定：“经营者与消费者进行交易，应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则。”

《个人独资企业法》第4条规定：“个人独资企业从事经营活动必

须遵守法律、行政法规，遵守诚实信用原则，不得损害社会公共利益。”“个人独资企业应当依法履行纳税义务。”

《合伙企业法》第5条规定：“订立合伙协议、设立合伙企业，应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用原则。”

理解与适用

本条确立了民法上的诚信原则。

一、诚信原则的内涵和意义

在民法中，诚信原则是一项重要的原则，该原则常常被称为民法，特别是债法中的最高指导原则，或被称为“帝王规则”（König Lehrnorm）。从比较法上看，诚信原则不仅是普遍适用于民法的重要原则，同时，它也是法官解释民法的重要依据。在我国，诚信原则是民法中重要的基本原则，应适用于民法的整个领域，民事主体行使任何民事权利、履行任何民事义务，都应当遵守这一原则。诚信原则不仅适用于债法和合同法，而且也广泛适用于物权法等领域。

本条确定诚信原则，具有如下几个方面的意义。

第一，弘扬了社会主义核心价值观中的诚信价值。中华民族的传统道德就是遵守诺言、诚实守信，这也是儒家诚信忠义法律文化的当然要求。“与朋友交而不信乎”，“人而无信，不知其可也”。儒家诚信法律文化甚至将诚信上升到一般的做人准则。民间也历来有“君子一言，驷马难追”“君子一诺，重于泰山”“言必信，行必果”等说法，这些其实都构成了契约严守精神的文化基础。契约精神是市场经济社会的基础，也是最基本的商业精神和最低限度的商业道德，更是社会主义核心价值观的组成部分。民法典不仅以诚实信用为基本原则，而且将其贯彻在每一编之中，尤其是在今天市场经济中，市场经济本质上是诚信经济，民法始终以诚信原则为帝王原则。这一原则不仅适用于交易领域，而且适用于所有民事领域。

第二，确立了民事主体的行为规则。诚实信用原则在民法中具体表现为：一是要求民事主体正当行使民事权利，禁止滥用权利，造成对他人的损害。二是忍受轻微妨害的义务。对于来自邻人轻微的妨害，应当忍受。三是以正当的方式履行义务。在合同对义务的履行没有作出明确规定的情形下，应当根据诚信原则履行义务。四是情势变更原则。在合同订立后、履行完毕以前，发生了情势变更，导致当事人利益失衡时，如果符合法律规定的条件，应允许当事人变更或解除合同。五是附随义务的产生。在合同履行过程中，当事人应当依据诚信原则承担通知、协助、保密、忠实、告知、保护等附随义务。六是禁止从违法行为中获利原则，即任何人不得从违法行为中获取不正当利益。诚信原则在民法中所派生的具体规则不限于此，从今后的发展趋势来看，必然会从诚信原则中产生出更多的民法规则。诚信原则不仅仅适用于财产法领域，也广泛适用于对人身关系的调整之中。

第三，在法律与合同缺乏规定或规定不明确时，司法人员应依据诚信、公平的观念，准确解释法律和合同。诚信原则首先可以运用于填补法律漏洞。也就是说，在适用法律的过程中，如果出现法律的漏洞，法官可以运用诚信原则对法律的漏洞作出填补。诚实信用原则的一大功能在于法的续造。从比较法来看，两大法系的法官都依据诚信原则解释法律、填补漏洞，产生了一系列的规则，如附随义务、情势变更、禁止权利滥用、缔约过失责任、权利失权等。可见，诚信原则成为填补漏洞的重要依据。在适用法律方面，诚信原则要求司法人员能够依据诚信、公平的观念正确解释法律、适用法律，弥补法律规定的不足。还应当看到，诚信原则也是司法人员在解释合同时应当遵循的一项原则，因为在当事人订立合同过程中，合同的内容可能存在遗漏，即对于一些条款合同并没有作出规定，例如合同中缺少对质量条款的约定的，法官可以依诚信原则填补漏洞。

诚然，诚信原则是对伦理观念的法律确认，但这并不是说诚信原则只是一项道德原则。诚信原则将道德规范确认为法律原则以后，已成为法律上一项重要原则。在法律上，诚信原则属于强行性规范，当事人不得以其协议加以排除和规避。

二、秉持诚实，恪守承诺

秉持诚实，是指当事人要真实、真诚。在合同订立中，要如实披露相关订约信息，告知相关真实情况，不坑蒙拐骗，不欺诈他人。在

物权的行使中，要秉持诚信原则，不得滥用物权。“诚者自然，信是用力，诚是理，信是心，诚是天道，信是人道，诚是以命言，信是以性言，诚是以道言，信是以德言。”（《性理大全·诚篇》）为人诚实是我国传统文化的重要组成部分，在我国商业习惯中也历来将诚实守信、童叟无欺作为重要的商业道德。《民法典》所确立的诚信原则首先就要求民事主体秉持诚实，同时，《民法典》的相关制度中也进一步强化了诚信原则。例如，该法第146条第1款规定：“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。”该法第149条规定，第三人实施欺诈行为时一方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，对方知道或者应当知道的，则受欺诈方有权请求撤销。上述两个规则都是新增加的，表明该法进一步要求实施民事行为时秉持诚实。

恪守承诺就是指严守契约和允诺。严守合同（*Pacta sunt servanda*）、信守允诺（*Solus consensus obligat*）曾被认为是自然法的基本规则，也是基本的商业道德。中国古代历来就有“民有私约如律令”的说法。古时商鞅立木为信、季布一诺千金，曾被传为佳话。古人历来提倡“君子一言，驷马难追”“言必行，行必果”，儒学曾将“信”与“仁、义、礼、智”并列为“五常”，使其成为具有普遍意义的最基本的社会道德规范之一。守诚信、重允诺是中华民族优秀传统文化的重要组成部分。今天，诚信已经成为社会主义核心价值观的重要组成部分。《民法典》从维护社会主义核心价值观和市场秩序出发，必然要求民事主体从事民事活动时诚实守信、恪守承诺。《民法典》第119条规定：“依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。”依据这一规定，当事人在订立合同后，只要合同合法有效，就应当严格按照合同履行，非依法律规定和当事人约定，不得擅自变更或者解除合同。合同就是当事人之间的法律，其对当事人应当具有严格的拘束力。一方在向对方作出单方允诺之后，也应当严格遵守允诺，不得随意违背允诺损害对方的信赖利益。

秉持诚实、恪守承诺是维护正常的市场秩序的前提和基础。市场经济的有序运行要求建立保护产权、严守契约、统一市场、平等交换、公平竞争、有效监管的法律制度。在市场经济社会，市场正是由无数的交易组成的，只有当事人之间订立的合同能够得到履行，才能保证交易的有序进行。诚信原则是基本的商业道德，也是信用经济的基础。正是从这个意义上讲，契约精神也是构建市场的基础。严守契约不仅仅在市场经济社会的建设中意义重大，在法治社会的构建中也居功至伟。只有强化人们诚实守信的观念，督促当事人认真履行合同，才能保护交易的秩序，保障社会安定有序。

第八条

民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。

本条主旨

本条对合法原则和公序良俗原则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第8条规定：“民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。”

《民法通则》第6条规定：“民事活动必须遵守法律，法律没有规定的，应当遵守国家政策。”

《民法通则》第7条规定：“民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，扰乱社会经济秩序。”

《合同法》第7条规定：“当事人订立、履行合同，应当遵守法律、行政法规，尊重社会公德，不得扰乱社会经济秩序，损害社会公共利益。”

《物权法》第7条规定：“物权的取得和行使，应当遵守法律，尊重社会公德，不得损害公共利益和他人合法权益。”

《公司法》第5条规定：“公司从事经营活动，必须遵守法律、行政法规，遵守社会公德、商业道德，诚实守信，接受政府和社会公众的监督，承担社会责任。”“公司的合法权益受法律保护，不受侵犯。”

《合伙企业法》第7条规定：“合伙企业及其合伙人必须遵守法律、行政法规，遵守社会公德、商业道德，承担社会责任。”

理解与适用

本条确立了合法原则和公序良俗原则。

一、合法原则

合法原则，是各国法律普遍确认的基本原则。从狭义上讲，合法是指所有民事法律行为都不得违反法律的强制性规定。而广义上说，合法还包括民事法律行为不得违反公序良俗。因为本条就公序良俗作出了特别的规定，所以，此处所说的合法原则是从狭义上的。虽然本条就合法原则表述为“不得违反法律”，但是，其应当被理解为仅仅不得违反法律的强制性规定，因为法律的任意性规定原本就是可以通过当事人的约定限制或排除适用的。例如，合同法主要是任意法，允许当事人通过其合同排除法律的任意性规定。《民法典》第153条第1款规定：“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。”这就表明，当事人从事民事法律行为不得违反法律的强制性规定。从该规定来看，在评价民事法律行为的效力时，不仅要考虑私法中的强制性规定，还应当考虑公法中的强制性规定。这也提供了公法进入私法的通道，并且，可以保持公法评价和私法评价的一致。例如，走私、贩毒行为在刑法上是犯罪行为，而当事人订立的走私、贩毒合同也因为违反了刑法上的强制性规定而归于无效。这就可以使法秩序内部保持统一。

二、公序良俗原则

依据本条的规定，民事主体从事民事活动，不得违背公序良俗。如前所述，从广义上理解，违法也包括违背公序良俗。《民法典》第153条第2款也规定：“违背公序良俗的民事法律行为无效。”因此，任何违背公序良俗的行为，都应当无效。例如，当事人订立的“包二奶”协议、斡旋行贿等合同，都应当被认定为因违反公序良俗而无效。我国民法所规定的公序良俗原则，不仅适用于财产关系，也适用于人身关系。它是社会主义核心价值观的体现，与《民法典》第1条所确立的“弘扬社会主义核心价值观”的目的是一致的，对于维护社会伦理、维护社会秩序，都具有重要意义。

公序良俗，是由“公共秩序”和“善良风俗”两个概念构成的，具体而言：

第一，公共秩序。所谓公序就是指公共秩序，它主要包括社会公共秩序和生活秩序。公共秩序是指现存社会的秩序^[20]，或者说，是“社会之存在及其发展所必要之一般秩序”^[21]。关于对公共秩序的维护，在法律上大都有明确的规定，因此，危害社会公共秩序的行为通常也就是违反法律的强制性规定的行为。如果损害社会公共秩序的行为违反现行法律规定，如走私军火、买卖枪支和毒品、以从事犯罪或帮助犯罪行为作为内容的合同等，应当以违反了法律或行政法规的强制性规定为由宣告合同无效。但有时法律规定并不可能涵盖无余，因此，需要借助于公共秩序的概念实现对法律的有效补充。因此，凡是订立合同危害国家公共安全和秩序的，即使没有现行的法律规定，也应当被宣告无效。例如，购买“洋垃圾”、规避课税的合同等，即使现行法律没有明确作出禁止性规定，也应当认为是无效的。可见，有关禁止危害公共秩序的规定，实际上有助于弥补法律的强制性规定的不足。但是，应该看到，当前我国正处于一个社会转型的阶段，各个主体为了追求利益的最大化，难免会与他人利益或者社会利益发生冲突。这就需要借助于民法规范协调社会公共利益和民事主体的利益，避免片面强调某一方面的利益而漠视另一方面的利益的现象。而通过“公共秩序”这一概念的引入，就可以妥当协调社会公共利益和民事主体的私人利益。

第二，善良风俗。所谓良俗，就是善良风俗的简称，它相当于社会公共道德，是指由社会全体成员所普遍认许、遵循的道德准则。善良风俗的含义包含两个方面：一是指社会所普遍承认的伦理道德，例如救死扶伤、助人为乐、见义勇为等。二是指某个区域社会所普遍存

在的风俗习惯，例如婚礼不得撞丧礼。善良风俗本身就是社会生活中的一些基本规矩，而且，许多地方将善良风俗转化为乡规民约，使之成为软法，构成社会自治的重要内容。在善良风俗中，有许多道德规则已经表现为法律的强行规定，如不得遗弃老人等。我国民法提倡家庭生活中互相帮助、和睦团结，禁止遗弃、虐待老人和未成年人，禁止订立违反道德的遗嘱，禁止有伤风化、违背伦理的行为，提倡尊重人的人格尊严，切实保护公民的人格权，等等。在财产关系中，我国民法要求人们本着“团结互助，公平合理”的精神建立睦邻关系，提倡拾金不昧的良风美俗，确认因维护他人利益而蒙受损失者有权获得补偿，这些都是从正面倡导社会公德的。但还有很多现存或在发展中的道德还没有为法律所涵盖，所以需要通过善良风俗这一个条款，尽可能将其引入民法体系。《民法典》第153条第2款也规定：“违背公序良俗的民事法律行为无效。”在我国，社会公德是我国人民在长期的共同生活中培植形成的，它对于调整人与人之间的正常关系、建设社会主义精神文明，具有重要的作用。

公序良俗原则具有调节性的功能，它可以协调个人利益与社会公共利益、国家利益之间的冲突，维护正常的社会经济和生活秩序。“公序良俗的调整机能由确保社会正义和伦理秩序向调节当事人之间的利益关系、确保市场交易的公正性转变，从而使法院不仅从行为本身，而且结合行为的有关情势综合判断其是否具有反公序良俗性。”^[22]也就是说，这一原则实际上赋予了法官一定的自由裁量权，从而使其能够有效地调整各种利益冲突，具体表现在：一方面，如果民事主体因为追求利益的最大化所从事的行为和社会公共利益发生冲突和矛盾，不管是否存在对强行法的违反，首先应当维护社会公共利益。另一方面，一些法律、行政法规所确定的强行法规则可能过于僵化、缺乏弹性，或者在适用中具有明显的不合理性，此时法官就应当考虑援引公序良俗原则来解决个人利益与社会公共利益的冲突。

还应当看到，该原则可以弥补强行法的不足。公序良俗作为一个弹性条款，之所以要在法律上得到确认，根本原因在于，强行法不能穷尽万千生活的全部，其适用范围不能涵盖各种民事活动。民事活动纷繁复杂，强行法不可能对其一一作出规定，但是法律为了实现对秩序的控制，需要对民事活动进行规范，这种规范不仅要靠强行法来完成，还需要通过在法律上设立抽象的弹性条款，对民事行为提供更为全面的规则，并对其效力作出评价。例如，尽管民法中许多条款反映了很多道德规则，但民法也不可能将道德全部摄入其中。由于民事活动，无论是交易活动还是一般的社会生活，大都离不开道德的评价和规制。违反了社会所普遍接受的道德准则，不仅可能会给当事人造成损害，也会造成对社会秩序的妨害。这就需要采用公序良俗的原则，

以之作为强行法的组成部分，从而配合各种具体的强行法规则对民事活动起调控作用。正是由于这个原因，需要在民法中引入公序良俗原则，使之成为沟通道德与法律的桥梁，保持法秩序应对社会生活的能力。

公序良俗确实是一个较为抽象的不确定法律概念，难以在司法裁判中直接援引，需要通过法律补充来具体化。还必须指出，公序良俗的类型十分复杂，且其内涵也是不断发展的。它既是一个基本原则，又是一个不确定概念，此种概念无法通过定义的方式确定其内涵，因此在具体运用中，必须要对概念作类型化，从而使法官在适用中能够寻找到更为确定的标准。从我国的实际出发，可以对违反公序良俗的行为进行如下类型化：一是危害婚姻关系、损害正常的家庭关系秩序的行为，例如，双方离婚后约定禁止一方当事人生育，约定断绝亲子关系；夫妻在离婚时约定禁止任何一方在离婚后再婚；订立劳动合同时限制劳动者在几年内不得结婚、生育；等等。二是违反有关收养关系的规定。例如，收养人和送养人在签订收养协议时约定送养人收取一定的报酬。三是违反性道德的行为，如有偿性服务合同等。四是偿还赌债合同，即当事人因赌博欠债而订立的偿还赌债的合同。五是贬损人格尊严和限制人身自由的合同。例如，在雇佣合同中规定不准雇员外出，或规定离开工作场所时需要搜身等。六是限制职业选择自由的合同，如在合同中规定不准另一方选择任何合法的职业。七是违反公平竞争的行为，如拍卖或招标中的串通行为^[23]，数个企业互相约定共同哄抬价格、操纵市场等。八是违反劳动者保护的行为，例如，订立生死合同条款，即只要发生工伤事故雇主概不承担责任。对劳动者实行劳动保护，在我国宪法中已有明文规定，这是劳动者所享有的权利。约定“工伤概不负责”的条款，严重违反了社会主义公德，应属于无效的民事行为。九是诱使债务人违约的合同。十是禁止投诉的合同。例如在合同中约定，禁止一方投诉另一方的某种违法行为。公序良俗原则在债法中主要用于判断民事法律行为的效力，从而作为限制私法自治的工具，所以，如果当事人实施了违反道德的事实行为，则无法适用公序良俗原则。

（本条由王利明撰写）

第九条

民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护生态环境。

本条主旨

本条对绿色原则作出了规定。

相关条文

《宪法》第9条规定：“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有；由法律规定属于集体所有的森林和山岭、草原、荒地、滩涂除外。”“国家保障自然资源的合理利用，保护珍贵的动物和植物。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏自然资源。”

《民法总则》第9条规定：“民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护生态环境。”

《民法通则》第124条规定：“违反国家保护环境防止污染的规定，污染环境造成他人损害的，应当依法承担民事责任。”

《侵权责任法》第65条规定：“因污染环境造成损害的，污染者应当承担侵权责任。”

理解与适用

一、绿色原则的概念和意义

本条确立了绿色原则。所谓绿色原则，是指民事活动中应当遵循的节约资源、保护生态环境的原则。本条在基本原则的层面提出了生态环境保护的要求。《民法典》第132条规定：“民事主体不得滥用民事权利损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益。”该条所规定的禁止权利滥用规则与绿色原则相配合，能够直接起到保障民事主体正当行使民事权利、维护生态和环境的作用。

绿色原则是我国民法典积极回应现代社会问题的体现，也是我国传统法律文化的传承。它既传承了天地人和、人与自然和谐共生的我国优秀传统文化理念，又体现了中国共产党十八大以来的新发展理念，与我国是人口大国、需要长期处理好人与资源生态的矛盾这样一个国情相适应。^[24]尤其是，在我国，随着经济社会的快速发展，环境和生态日益成为严重的社会问题，关系到基本民生和人民群众的生命、健康。现阶段，我国水资源严重短缺，污染严重，空气质量恶化，许多城市深受雾霾困扰，人们对于青山绿水、蓝天白云、清新空气的需求，比以往任何时候都更为强烈。良好的生态环境是人们美好幸福生活的组成部分，是最普惠的民生福祉。虽然人类不能支配大自然的阴晴、风雨，但是人类可以支配自己的行为，可以通过法律来规范人类的行为，保护环境生态。所以，以人为中心的民法应当积极回应人民的关切，担当起节约资源、保护生态环境的使命。《民法典》规定绿色原则，将其作为民法的基本原则，将对人们的日常行为产生重要的引导作用。

绿色原则的提出，是我国民法典之时代性的体现，反映了因为资源环境日益恶化而强化对生态环境保护的现实需要。21世纪是一个面临严重生态危机的时代：生态环境被严重破坏，人类生存与发展的环境不断受到严峻挑战。全球变暖、酸雨、水资源危机、海洋污染等已经对人类的生存构成了直接的威胁，并引起了全世界的广泛关注。如何有效率地利用资源并防止生态环境的破坏，已成为直接调整、规范物的归属和利用的民法典的重要使命。中国共产党十八届五中全会提出了“五大发展理念”，即创新、协调、绿色、开放、共享的发展理念。坚持绿色发展，就是坚持节约资源和保护环境的基本国策，坚持可持续发展，坚定走生产发展、生活富裕、生态良好的文明发展道路，加快建设资源节约型、环境友好型社会，促进人与自然和谐共生，推进美丽中国建设。绿色原则的提出，是五大发展理念的具体体现。它表明民法规则应当在尊重民法逻辑自洽的前提下，在基本精神和理念上顺应生态规律，为资源保护和生态文明建设预留充分的空间。^[25]

二、绿色原则的内涵

第一，有效率地利用资源。现代社会，资源的有限性与人类不断增长的需求和市场的发展形成尖锐的冲突和矛盾。由于人口增长，发展速度加快，现代社会的资源对环境对发展的承受能力已临近极限。解决这种冲突和矛盾的有效办法就是有效率地利用资源。由于资源利用中冲突的加剧，民法典必须承担起引导资源合理和有效利用的功能，“以使互不相侵而保障物质之安全利用”^[26]。而在我国资源严重紧缺、生态严重恶化的情况下，更应当重视资源的有效利用。^[27]绿色原则要求人们的生产、生活等活动要与资源、环境相协调，要实现人与自然的和谐相处，有效率地利用资源、节约资源。我国民法确认和保护产权本身，就是有效利用资源的前提。只有产权界定明晰，才能更好地发挥资源的经济效用。我国民法上其他一些制度也都在一定程度上体现了节约资源、保护环境的理念。例如，《民法典》物权编确认了物尽其用的原则，该原则贯穿于物权法各项制度和规则之中，尤其是物权编所确认的有益物权制度的目的是更好地发挥资源的经济效用。再如，《民法典》第325条规定：“国家实行自然资源有偿使用制度，但是法律另有规定的除外。”该条确立了自然资源有偿使用制度，对于有效防止资源滥用具有重要意义。

第二，保护环境和生态。保护环境、生态是环境保护法等法律的重要任务。立法机关早在1989年就颁布了《环境保护法》。迄今为止，已经建立了一整套保护环境的法律制度。但是，这并不意味着民法就不应当承担环境保护的使命。实际上，现代民法的一个重要发展趋势就是保护环境、维护生态。民法典必须反映资源环境逐渐恶化的社会的特点。一方面，我国环境保护法注重通过行政手段和行政责任来强制当事人保护环境，而在一定程度上忽视了通过侵权责任来保护环境，未能形成与侵权责任法的有效衔接。行政处罚并非以损害后果作为确定处罚数额的依据，甚至某些处罚与损害后果并无直接的关联。此外，行政机关受其能力所限，难以对有关损害后果进行准确认定。因此，处罚的金额大多远远低于污染所造成的实际损失。因此，出现了违法成本低、执法成本高的问题。事实上，《民法典》侵权责任编专设“环境污染和生态破坏责任”一章，对污染环境造成损害时的污染者责任作出了规定，对于有效保护生态环境具有重要意义。另一方面，在世界范围内，传统的所有权绝对主义观念也在保护生态环境的大背景下出现松动，并在相当程度上融入了“预防原则”和“可持续发展原则”的要求。^[28]为此，有必要结合保护生态环境的具体需要，对财产权的客体、权能、属性以及用益物权、相邻关系、征收等制度进行重新审视，强化不动产所有人、使用人负有保护环境、维护生态的

义务。我国《民法典》规定了禁止滥用权利（第132条），增加了生态破坏责任，规定了公益诉讼（《民法典》第1235条），增加了故意违规污染环境、破坏生态的惩罚性赔偿（《民法典》第1232条），规定了破坏生态环境的修复责任（《民法典》第1234条），必将进一步强化对生态环境的保护。

我们要建设的国家，应当是山清水秀、空气清新、蓝天白云、绿树成荫的美丽国家。我们要建设的小康社会，应当是环境友好、人与自然充分和谐的社会。为了保护好环境生态，为子孙后代留下可持续发展的空间，必须要遵守民法的绿色原则，有效利用资源、保护好环境与生态。

（本条由王利明撰写）

第十条

处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。

本条主旨

本条对民法的渊源作出了规定。

相关条文

《民法总则》第10条规定：“处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。”

《民法通则》第6条规定：“民事活动必须遵守法律，法律没有规

定的，应当遵守国家政策。”

《民法通则》第7条规定：“民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，扰乱社会经济秩序。”

《物权法》第85条规定：“法律、法规对处理相邻关系有规定的，依照其规定；法律、法规没有规定的，可以按照当地习惯。”

《民法通则》第142条规定：“涉外民事关系的法律适用，依照本章的规定确定。中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。”“中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。”

《继承法》第35条规定：“民族自治地方的人民代表大会可以根据本法的原则，结合当地民族财产继承的具体情况，制定变通的或者补充的规定。自治区的规定，报全国人民代表大会常务委员会备案。自治州、自治县的规定，报省或者自治区的人民代表大会常务委员会批准后生效，并报全国人民代表大会常务委员会备案。”

理解与适用

本条是对民法渊源的规定。民法的渊源是指民事法律规范借以表现的形式，它主要表现为各国家机关根据其权限范围所制定的各种规范性文件。关于民法的渊源的内涵，可以从几个方面来理解：一是从立法意义上理解，即法律规范产生的原因。凡是能够成为法律规范或者能够成为法律规范产生的根据的，都可以成为法律的渊源。二是从司法上来看，凡是成为裁判依据的规则，不论其是否为法律规范，只要能够作为法官判案的依据都应当成为民法的渊源。三是从行为规则来看，只有能够作为裁判规则而且能够成为行为规范的规则才能成为民法的渊源。例如，交易习惯等可以作为法院审理合同案件、解决合同纠纷的依据，但不宜作为行为规则适用，因此，不应当成为民法的渊源。

一、法律

第一，宪法。宪法是国家的根本法，由全国人民代表大会制定，并具有最高的法律效力。毫无疑问，宪法作为国家的根本大法，理应成为民法的渊源。宪法中关于社会主义建设的方针和路线的规定、关于财产所有制和所有权的规定、关于公民基本权利和义务的规定等，都是调整民事关系的重要法律规范，也是各种单行民事法规在制定时必须遵循的法律依据。但是，关于宪法规范能否在裁判中引用，一直存在争议。2009年最高人民法院发布的《关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》第4条规定：“民事裁判文书应当引用法律、法律解释或者司法解释。对于应当适用的行政法规、地方性法规或者自治条例和单行条例，可以直接引用。”从该条规定来看，它并没有将宪法列入民事裁判文书可以引用的范围之列。因此，依据该规定，法官在裁判民事案件过程中，不得直接援引宪法裁判案件。但是，这并不意味着，裁判文书不能援引宪法。一方面，宪法可以成为裁判中说理论证的重要依据。另一方面，法官在裁判过程中，如果因适用法律出现复数解释，则应当以宪法的原则、价值和规则为依据，确定文本的含义，得出与宪法相一致的法律解释结论。通过合宪性解释来确定法律文本含义时，通常采取选择或排除的方式。这就是说，如果某个解释结论符合宪法，就应当选择其作为解释结论；如果所作的解释结论违反了宪法，就应当予以排除。通过这种方式，能够使文本的含义与宪法保持一致。由此可见，宪法是民法的重要渊源。

第二，民事法律。民事法律是由全国人民代表大会及其常委会制定和颁布的民事立法文件，是我国民法的主要表现形式。民事法律主要由两部分组成：一是《民法典》《涉外民事关系法律适用法》等民事基本法，以及《专利法》《商标法》《著作权法》。二是商事特别法。在商事特别法方面，我国已制定了《公司法》《保险法》《海商法》《票据法》《证券法》等法律。这些法律都是民事法律的重要组成部分，也是裁判中应当依循的基本规则，法官可以直接援引这些法律来裁判案件。在各项民事法律中，《民法典》是基础性法律，是私法的基本法。在《民法典》的统率下，各项民事法律构成了一个完整的整体。

第三，国务院发布的行政法规。国务院是最高国家行政机关，它可以根据宪法、法律和全国人民代表大会常务委员会的授权，制定、批准和发布法规、决定和命令，其中有关民事的法规、决定和命令是民法的重要表现形式，其效力仅次于宪法和民事法律。例如，2007年2月6日国务院颁布的《商业特许经营管理条例》、2011年1月21日国务院颁布的《国有土地上房屋征收与补偿条例》等，都是重要的民法的渊源。在处理民事案件时，法官也可以援引这些行政法规来裁判案件。

第四，司法解释。司法解释是最高人民检察院和最高人民法院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释。《立法法》第103条规定：最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释，应当主要针对具体的法律条文，并符合立法的目的、原则和原意。……最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释，应当自公布之日起30日内报全国人民代表大会常务委员会备案。这就确立了司法解释的法律渊源地位。全国人民代表大会常务委员会《关于加强法律解释工作的决议》第2条中规定：凡属于法院审判工作中具体应用法律、法令的问题，由最高人民法院进行解释。《人民法院组织法》第33条也规定了这种解释权。从法理的角度来看，司法解释并不属于法律体系的组成部分，但司法解释已经成为我国各级审判机关处理案件的裁判规则，并被当事人直接援引，甚至法院的裁判直接援引司法解释，所以司法解释已经成为法律渊源。

第五，地方性法规（自治条例和单行条例）。地方性法规是指地方各级人民代表大会、民族自治地方的自治机关，在宪法、法律规定的权限内所制定、发布的法规、自治条例、单行条例等规范性法律文件。地方性法规虽然在效力范围上具有从属性，且在适用范围上具有地域性，但地方性法规是地方国家权力机关依据宪法的授权而制定的法规，同样具有法的效力，其中调整民事关系的内容属于民法的渊源。自治条例是指民族自治地方的人民代表大会根据宪法和法律的规定，并结合当地民族自治地区的特点制定的管理自治地方事务的综合性法规。单行条例是指民族自治地方的人民代表大会及其常务委员会在自治权范围内，结合民族地区的特点，就某一方面的具体问题而制定的法规。根据最高人民法院《关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件法律文件的规定》第4条规定：民事裁判文书应当引用法律、法律解释或者司法解释。对于应当适用的行政法规、地方性法规或者自治条例和单行条例，可以直接引用。

二、不违背公序良俗的习惯

习惯要转化为习惯法并成为裁判的依据，必须经过“合法性”判断，即不得违反法律的强制性规定和公序良俗。

（1）不违反法律的强制性规定。不论是作为具体裁判规则的习惯，还是用于填补法律漏洞的习惯，都应当与其他法律渊源之间保持

一致，而且其内容都不得违反法律的强制性规定。违反法律之强制性规定的习惯不能作为漏洞填补的依据。例如，按照有的地方的习俗，“拜师学艺期间，马踩车压，生病死亡，师傅概不负责”^[29]。此类习惯显然与我国现行法中雇主应当对雇员在执行工作任务过程中遭受的人身伤害承担赔偿责任且当事人不能约定免除人身伤害的赔偿责任的法律规则之间存在冲突。还有的地方的习俗规定，寡妇不得改嫁。这显然不符合婚姻法的规定，不得作为民法的渊源。

（2）不违反公序良俗。比较法上普遍承认习惯不得违背公序良俗，因为公序良俗是从民族共同的道德感和道德意识中抽象出来的。公序良俗在内涵上由社会公共秩序、生活秩序以及社会全体成员所普遍认可和遵循的道德准则所构成，它是中华民族传统美德的重要体现，也是维护社会安定有序的基础。习惯作为法律渊源，能够弥补法律规定的不足，使法律保持开放性，但如果习惯本身与法律规则和公序良俗相冲突，甚至与整个社会公认的伦理道德观念相冲突，则将其引入法律渊源体系，可能导致体系违反的现象，也会破坏现有的法秩序。因此，只有符合公序良俗原则和国家整个法治精神的习惯，才可以被承认为习惯法；反之，那些违背公序良俗和一国整体法治精神的习惯将不会被承认为习惯法。例如，个别地方的习惯不允许寡妇改嫁，禁止嫁出去的女儿享有继承权，允许买卖婚姻，对宗族械斗者予以奖励，对违反族规者实行肉体惩罚甚至加以杀害等。这些陈规陋习不仅不能成为法律渊源，而且应当被法律禁止。因此，法官在适用这些习惯时，应当通过法律规定和公序良俗对其效力进行审查。^[30]

依据本条，采纳“有法律依法律，无法律依习惯”的规则。也就是说，在存在具体法律规则时，应当优先适用该具体的法律规则，而不能直接适用习惯法。此处所说的“法律”是指具体的法律规则，而不包括法律的基本原则。只有在不存在具体的法律规则时，法官才考虑适用习惯法。

（本条由王利明撰写）

第十一条

其他法律对民事关系有特别规定的，依照其规定。

本条主旨

本条对民事一般法与特别法的适用关系作出了规定。

相关条文

《民法总则》第11条规定：“其他法律对民事关系有特别规定的，依照其规定。”

《物权法》第8条规定：“其他相关法律对物权另有特别规定的，依照其规定。”

《合同法》第123条规定：“其他法律对合同另有规定的，依照其规定。”

《侵权责任法》第5条规定：“其他法律对侵权责任另有特别规定的，依照其规定。”

《婚姻法》第49条规定：“其他法律对有关婚姻家庭的违法行为和法律责任另有规定的，依照其规定。”

理解与适用

本条对民事一般法与特别法的适用关系作出了规定，明确确认了特别法优先于普通法的原则。此处所说的“其他法律”，不是指《民法典》之总则编以外的各分编，而是指《民法典》之外的各单行法律。在法理上，根据法律的适用范围有无限制，可以将法律分为普通法和特别法。所谓民事普通法，是指适用于全国领域、规定一般事项，并且无适用的时间限制的民事法律。民事特别法是指适用于特定区域、规定特定的事项，或在适用时间上有限制的民事法律。现代社会生活纷繁芜杂，《民法典》虽然在民事立法中有基础性地位，但一部《民法典》不可能调整所有的民事关系，即便是在制定民法典之后，《民

法典》也不能成为调整民事法律关系的唯一法律渊源，仍然需要单行法予以配套和补充。在法律适用方面，《民法典》与民事单行法是普通法与特别法之间的关系，适用特别法优先于普通法的规则，具体来说：

一是民事特别法优先于《民法典》。《民法典》虽然要统辖各个单行民事法律，但是在法律适用上，民事特别法的规定属于特别规定，应当优先适用。例如，对于知识产权的相关问题首先应当适用《著作权法》《专利法》《商标法》等法律的规定，在上述法律没有就某事项作出规定时，才适用《民法典》的规定。

二是商事特别法应当优先于《民法典》。我国已经颁布了《公司法》《票据法》《证券法》等一系列商事特别法。与《民法典》相比，其规定也属于特别规定，应当优先适用。需要指出的是，按照本条的规定，优先适用其他法律规定的前提是该“其他法律”应当与《民法典》处于同一法律位阶，否则，应当按照“上位法优先于下位法”的法律适用规则，优先适用较高位阶的法律规则。

需要指出的是，适用特别法优先于普通法的规则，应当存在三个前提条件：第一，对同一事项，《民法典》没有规定，而民事单行法作出了规定。在此情形下，才适用单行法。如果某一事项在民法典中有规定，则应当适用民法典的规定。第二，单行法和《民法典》之间存在明显的冲突。此种冲突既包括规则内容方面的冲突，也包括价值的冲突，此时，应当援引《民法典》，而不能援引单行法的规定。第三，虽然单行法有规定，但该规定不清晰，仍然应当适用《民法典》的规定。

需要指出的是，就特别法和普通法的关系而言，如果普通法已经修改了特别法，则不应当适用特别法优先于一般法的规则，而应当适用新法优先于旧法的规则。

（本条由王利明撰写）

第十二条

中华人民共和国领域内的民事活动，适用中华人民共和国法

律。法律另有规定的，依照其规定。

本条主旨

本条对《民法典》的地域效力范围作出了规定。

相关条文

《民法总则》第12条规定：“中华人民共和国领域内的民事活动，适用中华人民共和国法律。法律另有规定的，依照其规定。”

《民法通则》第8条规定：“在中华人民共和国领域内的民事活动，适用中华人民共和国法律，法律另有规定的除外。”“本法关于公民的规定，适用于在中华人民共和国领域内的外国人、无国籍人，法律另有规定的除外。”

《合同法》第126条规定：“涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，但法律另有规定的除外。涉外合同的当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律。”“在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，适用中华人民共和国法律。”

理解与适用

所谓民法典的地域效力范围，即民法典在空间地域上的适用范围。任何国家都是根据主权、领土完整和法制统一的原则，来确定各种法律、法规的空间效力范围的。法律的空间效力一般可以分为域内效力和域外效力。所谓域内效力，是指一国的法律效力可以及于该国管辖的全部领域，而在该国管辖领域以外无效。就民事领域而言，一

般的原则是，我国民事法律规范的效力及于我国主权管辖的全部领域，但在确定某一个具体民事法律法规的效力时，由于制定、颁布民事法律、法规的机关不同，民事法律、法规适用的空间范围也不相同。这大体上有两种情况：（1）凡属全国人民代表大会及其常委会、国务院及其所属各委、部、局、署、办等中央机关制定并颁布的民事法规，适用于中华人民共和国的领土、领空、领海以及根据国际法、国际惯例应当被视为我国领域的一切领域，例如，我国驻外使领馆、我国航行或停泊于境外的我国船舶、飞机等。（2）凡属地方各级立法机关根据各自的权限所颁布的民事法律、法规，只在各该立法机关管辖区域内发生效力，在其他区域不发生效力。所谓域外效力，是指法律在其制定国管辖领域以外的效力。^[31]在现代社会，法律一般不能当然产生域外效力，但是随着国际交往的发展，为保护国家和公民、法人、非法人组织的利益，也可以在例外情况下规定域外效力。例如，《海洋环境保护法》第2条第3款规定，在中华人民共和国管辖海域以外，造成中华人民共和国管辖海域污染的，也适用本法。

依据本条规定，外国人和无国籍人在中国领域内从事民事活动，和中国公民一样，享有平等的民事权利能力。当然，给予外国人的这种待遇通常是以该外国人所属国家对等地给予我国公民国民待遇为前提的。当然，本条第二句的规定，“法律另有规定的，依照其规定”。也就是说，如果法律对此作出了特别规定，则应当适用该特别规定。此处所说“法律”，主要是《涉外民事关系法律适用法》，例如，《涉外民事关系法律适用法》第2条规定：涉外民事关系适用的法律，依照本法确定。其他法律对涉外民事关系法律适用另有特别规定的，依照其规定。本法和其他法律对涉外民事关系法律适用没有规定的，适用与该涉外民事关系有最密切联系的法律。根据该法有关法律适用的规则，在我国境内的涉外民事关系的法律适用，应根据特定的民事法律关系之性质不同而具体适用不同的规范。

（本条由王利明撰写）

注释：

[1] 李建国.关于《中华人民共和国民法总则（草案）》的说明.中国人大网，www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/lfzt/rlyw/2016-07/05/content_1993422.htm.

[2] 钟明华，黄荟.社会主义核心价值观内涵解析.山东社会科学，2009（12）.

[3] 李建国.关于《中华人民共和国民法总则（草案）》的说明.中国人大网，www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/lfzt/rlyw/2016-07/05/content_1993422.htm.

[4] 李建国.关于《中华人民共和国民法总则(草案)》的说明.中国人大网, www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/lfzt/rlyw/2016-07/05/content_1993422.htm.

[5] 胡康生.学习宪法 忠于宪法 维护宪法权威.中国人大, 2009(5).

[6] 胡康生.学习宪法 忠于宪法 维护宪法权威.中国人大, 2009(5).

[7] 韩大元.由《物权法(草案)》的争论想到的若干宪法问题.法学, 2006(3).

[8] 叶海波.“根据宪法,制定本法”的规范内涵.法学家, 2013(5).

[9] 薛军.两种市场观念与两种民法模式.法制与社会发展, 2008(5).

[10] Stein, Staatsrecht, 8.Aufl., MohrSiebeck, Tübingen, 1982, SS.50-251.

[11] 张翔.基本权利的双重性质.法学研究, 2005(3).

[12] 王泽鉴.民法学说与判例研究:第2册.台北:自版, 1996: 218及以下.王泽鉴.侵权责任法:基本理论一般侵权行为.台北:自版, 1998: 97.孙森焱.民法债编总论:上.台北:自版, 1979: 210.

[13] 原告齐某苓发现被告假冒其姓名上大学,便向法院提起诉讼,认为被告的行为致使其姓名权、受教育权以及其他相关权益被侵犯,请求法院判令被告停止侵害、赔礼道歉,并赔偿原告损失。二审法院请示最高人民法院,最高人民法院经研究作出了《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》,指出,根据本案事实,陈某琪等以侵犯姓名权的手段,侵犯了齐某苓依据宪法规定所享有的受教育的基本权利,并造成了具体的损害后果,应承担相应的民事责任。但该批复后被废止。

[14] 张新宝.人格权法的内部体系.法学论坛, 2003(6).

[15] 卡尔·拉伦茨.德国民法通论:上册.王晓晔,等译.北京:法律出版社, 2003: 5.

[16] 彼得·斯坦,约翰·香德.西方社会的法律价值.王献平,译.北京:中国人民公安大学出版社, 1989: 41.

[17] 马克思恩格斯全集:第1卷.2版.北京:人民出版社, 1995: 176.

[18] 郑成良.法律之内的正义.北京:法律出版社, 2002: 40.

[19] 江平.市场经济和意思自治.中国法学, 1993(6).

[20] 卡尔·拉伦茨.德国民法通论:上册.王晓晔,等译.北京:法律出版社, 2003: 598.

[21] 史尚宽.民法总论.北京：中国政法大学出版社，2000：334.

[22] 李双元，温世扬.比较民法学.武汉：武汉大学出版社，1998：70.

[23] 梁慧星.市场经济与公序良俗原则//梁慧星.民商法论丛：第1辑.北京：法律出版社，1994：57-58.

[24] 李建国.关于《中华人民共和国民法总则（草案）》的说明.中国人大网，www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/lfzt/rlyw/2016-07/05/content_1993422.htm.

[25] 王旭光.环境权益的民法表达——基于民法典编纂“绿色化”的思考.人民法治，2016（3）.

[26] 史尚宽.物权法论.北京：中国政法大学出版社，2000：1.

[27] 2006年6月5日，国务院新闻办公室发表了《中国的环境保护（1996—2005）》白皮书，指出，由于中国人均资源相对不足，地区差异较大，生态环境脆弱，生态环境恶化的趋势仍未得到有效遏制。

[28] 石佳友.物权法中环境保护之考量.法学，2008（3）.

[29] 汤建国，高其才.习惯在民事审判中的运用.北京：人民法院出版社，2008：288.

[30] 广东省高级人民法院民一庭，中山大学法学院.民间习惯在我国审判中运用的调查报告.法律适用，2008（5）.

[31] 公丕祥.法理学.上海：复旦大学出版社，2002：383.

第二章 自然人

第一节 民事权利能力和民事行为能力

第十三条

自然人从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务。

本条主旨

本条对自然人享有民事权利能力的起止时间作出了规定。

相关条文

《民法总则》第13条规定：“自然人从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务。”

《民法通则》第9条规定：“公民从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务。”

《合同法》第9条规定：“当事人订立合同，应当具有相应的民事权利能力和民事行为能力。”“当事人依法可以委托代理人订立合同。”

《民法通则意见》第1条规定：“公民的民事权利能力自出生时开始。出生的时间以户籍证明为准；没有户籍证明的，以医院出具的出生证明为准。没有医院证明的，参照其他有关证明认定。”

理解与适用

自然人的民事权利能力始于出生。所谓自然人的民事权利能力，是指自然人依法享有民事权利、承担民事义务的资格。^[1]出生在性质上属于民事法律事实中的事件，其法律后果是使自然人产生民事权利能力。一般认为，出生应当具备如下两项条件：一是必须与母体相分离，二是出生时必须是活体。^[2]如果出生时是死体，则不属于法律意义上的出生，应认定个体从未享有民事权利能力。至于存活时间的长短，不影响个体在存活期间享有民事权利能力。关于出生时间的认定，存在不同的观点^[3]：一是阵痛说。此种观点认为，孕妇在胎儿出生前感受到阵痛时，视为胎儿已经出生。二是露出说。此种观点认为，在胎儿一部分或者全部露出母体时，视为胎儿已经出生。三是独立呼吸说。此种观点认为，胎儿完全脱离母体，而且在分离母体时能够呼吸的，则视为已经出生。如前所述，出生应当同时具备“与母体相分离”以及“出生时是活体”两个条件，就阵痛说而言，孕妇在生产前阵痛时，胎儿并未出生，不符合出生的条件；露出说虽然具备胎儿已经脱离母体的条件，但难以认定胎儿出生时是否为活体，因此也不符合出生的条件。独立呼吸说同时具备了前述两项条件，应当作为认定出生时间的标准。

自然人的民事权利能力终于死亡。依据本条规定，自然人在死亡时，民事权利能力终止。死亡分为自然死亡和宣告死亡。自然死亡是自然人生命的终结，在自然死亡的情形下，不论死亡的原因如何，自然人的民事权利能力当然终止。关于宣告死亡时自然人的民事权利能力是否终止，学者间存在不同的观点，有观点认为，在宣告死亡的情形下，自然人在其住所地空间内的民事权利能力终止，而在其实际存活地的民事权利能力没有终止。^[4]事实上，宣告死亡只是一种法律上

拟制的死亡，不能将其完全等同于自然死亡：一方面，法律上规定宣告死亡制度的目的在于了结被宣告死亡人的婚姻、财产关系，而不是消灭其民事权利能力即主体资格；另一方面，在被宣告死亡后，自然人可能并未自然死亡，其仍可能参加相关的民事活动，如果认定其民事权利能力已经终止，则可能影响法律秩序的稳定，影响交易安全。还应当看到，在被宣告死亡的人重新出现后，经本人或者利害关系人申请，人民法院应当撤销死亡宣告，其相关的人身、财产关系也会在一定程度上恢复。因此，宣告死亡并不能消灭自然人的民事权利能力。本条所规定的自然人的民事权利能力止于死亡应当仅限于自然死亡。

关于自然人自然死亡的时间，存在不同观点：一是心脏跳动停止说。此种观点认为，自然人的心脏一旦停止跳动，即应当认定其已经死亡。^[5]二是呼吸停止说。此种观点认为，在自然人的呼吸停止后，即应当认定其已经死亡。^[6]三是脑电波消失说。此种观点认为，自然人脑电波消失之时即为其死亡之时。^[7]我国过去一般以心脏停止跳动为判断死亡的标准，但随着医疗技术的进步，在心脏停止跳动和呼吸停止的情形下，自然人仍有可能被抢救过来，其仍然存在生存的可能，但如果是脑死亡，则一般不存在抢救的可能。因此，现在一般以脑死亡作为判断自然人死亡的标准。^[8]

民事权利能力是自然人享有权利、承担义务的一种资格。民事权利能力不同于民事权利：一方面，性质不同。民事权利能力是自然人享有民事权利、承担民事义务的资格，其只是自然人享有民事权利、承担民事义务的一种可能性，具有抽象性和概括性；而民事权利是法律为保护民事主体的特定利益而提供的一种法律之力的保护，是民事主体现实享有的利益，具有现实性和特定性的特点。另一方面，依据我国法律的规定，民事权利能力虽然是始于自然人出生之时，但其本质上还是法律赋予的结果，而不是自然人自己决定的；而民事权利的行使虽然可能受到一定的限制，但其是权利人所享有的一种为一定行为或者不为一定行为的自由，个人对权利的行使和处分享有较大的自由。此外，从存续期间来看，民事权利能力始于自然人的出生，终于其死亡，与自然人主体资格的存续时间一致；而民事权利是权利人基于一定的法律关系而取得的，其存续期间与自然人主体资格的存续期间不存在直接关联。

自然人的民事权利能力不具有可转让性，也不可抛弃。民事权利能力是自然人作为民事主体的前提条件，也是自然人参与民事活动的前提和基础，与主体资格不可分离，因此，自然人不得处分自己的民事权利能力，其既不得将其民事权利能力转让，也不可予以抛弃。而

且依据法律的规定，每个自然人自出生时起即享有民事权利能力，而且终生享有，因此，即便自然人转让其民事权利能力，也不存在转让的可能。

（本条由王叶刚撰写）

第十四条

自然人的民事权利能力一律平等。

本条主旨

本条对自然人之民事权利能力的平等性作出了规定。

相关条文

《民法总则》第14条规定：“自然人的民事权利能力一律平等。”

《民法通则》第10条规定：“公民的民事权利能力一律平等。”

理解与适用

自然人的民事权利能力具有平等性。自然人的民事权利能力一律平等，不因其性别、年龄、民族、职务、文化程度等方面的差异而存在差别，自然人都有平等享有权利和承担义务的资格。当然，对外国

人而言，如果该外国人所属国家对等地给予我国公民国民待遇，则其在我国领域内和我国公民一样，享有平等的民事权利能力。^[9]无国籍人在我国领域内实施民事活动时，也与我国公民享有平等的民事权利能力。

自然人的民事权利能力不仅具有平等性，而且具有内容广泛性，也就是说，自然人享有民事权利、承担民事义务的范围十分广泛。当然，如果法律对自然人的民事权利能力作出了一定的限制，则自然人的民事权利能力的范围不得超过该限制。此类限制主要包括两大类：一是依法不能由自然人享有的民事权利能力，如某些活动只能由法人实施，而不能由自然人实施。二是某些活动虽然能够由自然人实施，但自然人要实施该行为必须具备一定的法定条件，如结婚的民事权利能力只能由符合法定条件的人享有。^[10]

自然人之民事权利能力的平等性不仅体现为其主体资格的平等性，而且体现为平等地适用民法的规定，其取得权利和承担义务都适用同样的民法规则，此外，在权利受到侵害时，个人主张权利时所能够援引的法律规则也是相同的。《民法典》的许多规则都体现了对民事主体权利保护的平等性。例如，《民法典》第113条规定：“民事主体的财产权利受法律平等保护。”依据该条规定，民事主体的财产权利受到法律的平等保护。也就是说，在财产权利受到侵害时，民事主体在主张权利时能够援引的法律规则也是相同的。

在法律上规定自然人民事权利能力一律平等，是民法的本质要求。民法是私法，调整私法关系，而在私法关系中，主体能够平等地表达其意思、平等地参与民事活动的基本前提就是民事主体法律地位的平等，即能够平等地享有民事权利、承担民事义务，具有平等的民事权利能力。

（本条由王叶刚撰写）

第十五条

自然人的出生时间和死亡时间，以出生证明、死亡证明记载的时间为准；没有出生证明、死亡证明的，以户籍登记或者其他有效身份登记记载的时间为准。有其他证据足以推翻以上记载时

间的，以该证据证明的时间为准。

本条主旨

本条对自然人之出生时间和死亡时间的确定规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第15条规定：“自然人的出生时间和死亡时间，以出生证明、死亡证明记载的时间为准；没有出生证明、死亡证明的，以户籍登记或者其他有效身份登记记载的时间为准。有其他证据足以推翻以上记载时间的，以该证据证明的时间为准。”

《民法通则意见》第1条规定：“公民的民事权利能力自出生时开始。出生的时间以户籍证明为准；没有户籍证明的，以医院出具的出生证明为准。没有医院证明的，参照其他有关证明认定。”

《户口登记条例》第7条规定：“婴儿出生后一个月以内，由户主、亲属、抚养人或者邻居向婴儿常住地户口登记机关申报出生登记。”“弃婴，由收养人或者育婴机关向户口登记机关申报出生登记。”

《户口登记条例》第8条规定：“公民死亡，城市在葬前，农村在一个月以内，由户主、亲属、抚养人或者邻居向户口登记机关申报死亡登记，注销户口。公民如果在暂住地死亡，由暂住地户口登记机关通知常住地户口登记机关注销户口。”“公民因意外事故致死或者死因不明，户主、发现人应当立即报告当地公安派出所或者乡、镇人民委员会。”

理解与适用

自然人的出生和死亡属于重要的民事法律事实，自然人自出生时起开始享有民事权利能力，具有主体资格，可以广泛享有各项民事权利。自然人死亡后，其民事权利能力终止，主体资格消灭，也无法再享有相关的权利。当然，应当指出的是，死亡分为自然死亡和宣告死亡，只有自然死亡才能消灭自然人的主体资格，在宣告死亡而自然人仍然生存的情形下，自然人的主体资格并不消灭，但宣告死亡仍然具有消灭被宣告死亡人原有的财产关系和人身关系的效力。因此，准确认定自然人的出生时间和死亡时间对于准确认定相关的财产关系和人身关系具有重要意义。

依据本条规定，关于自然人的出生时间和死亡时间，首先应当以出生证明和死亡证明记载的时间为准。自然人出生后，医院会出具出生证明。自然人死亡后，医院和有关部门也会出具死亡证明。此时应当以出生证明和死亡证明记载的时间为准。从本条规定来看，即便户籍登记或者其他有效身份登记对自然人的出生时间和死亡时间作出了记载，也应当以出生证明和死亡证明所记载的时间为准。只有在没有出生证明和死亡证明的情形下，才以户籍登记或者其他有效身份登记所记载的时间为准。法律之所以作出此种规定，是因为由医院所出具的出生证明、由医院和有关部门出具的死亡证明能够更为准确地反映自然人出生和死亡的状态，户籍登记或者其他有效身份登记是在自然人出生和死亡后一段时间才会办理，距离自然人出生和死亡的时间相对较远，因此，应当优先通过自然人的出生证明和死亡证明确定自然人的出生时间和死亡时间。

当然，虽然自然人的出生与死亡关系到自然人享有民事权利、承担民事义务的时间，但出生与死亡毕竟是一个事实问题，如果出生证明、死亡证明、户籍登记或者其他有效身份登记记载的时间与自然人出生或者死亡的真实时间有出入的，则应当以自然人真实的出生、死亡时间为准。依据本条规定，只有在其他证据“足以”推翻上述证明文件所记载的时间时，才能以这些证据所证明的出生、死亡时间为准，否则，仍然应当以上述证明文件所记载的时间为准。

（本条由王叶刚撰写）

第十六条

涉及遗产继承、接受赠与等胎儿利益保护的，胎儿视为具有民事权利能力。但是，胎儿娩出时为死体的，其民事权利能力自始不存在。

本条主旨

本条对胎儿的利益保护规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第16条规定：“涉及遗产继承、接受赠与等胎儿利益保护的，胎儿视为具有民事权利能力。但是胎儿娩出时为死体的，其民事权利能力自始不存在。”

《民法通则》第9条规定：“公民从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务。”

《继承法》第28条规定：“遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生时是死体的，保留的份额按照法定继承办理。”

理解与适用

胎儿的利益应当受到法律保护。依据《民法典》第13条的规定，自然人的民事权利能力始于出生，因此，胎儿在出生前属于其母亲身体的一部分，并不属于独立的法律主体。但仍然有必要对胎儿的利益进行保护。胎儿虽然不是独立的法律主体，但对生命法益的侵害不同于对财产权的侵害，财产权在产生之前不可能受到侵害，而生命法益具有生物自体的本质，而且胎儿一旦出生，即可取得主体资格，因此，有必要对自然人的生长过程进行保护，以防止任何妨碍或者剥夺

人类成长过程的行为。正如有学者所言，鉴于自然人成长过程的特殊性，对胎儿利益的侵害，即便损害后果在出生之后才能显示出来，也不应因此影响对胎儿的保护。^[11]英国上议院在有关的法案中认为，虽然胎儿直到出生时止都是依靠母亲而生存的，但是从受孕时起，他就是一个独立的、区别于母亲的生物体。^[12]还应当看到，在继承等法律关系中，如果不对胎儿的利益进行保护，则胎儿在出生后可能难以维持正常的生活，这显然不利于保护胎儿的利益。

关于胎儿利益保护的范围。在《民法典》颁行前，一般认为，我国法律关于胎儿利益的保护主要体现在两个方面：一是继承时的特留份利益。《继承法》第28条规定：遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生时是死体的，保留的份额按照法定继承办理。也就是说，被继承人应当在遗嘱中为胎儿保留必要的份额。二是胎儿出生前遭受侵害时的救济问题，即胎儿在出生前遭受侵害的，如果其出生时为活体，则其可以作为主体独立提出请求；如果其出生时为死体，则其不能提出请求，而应当由其母亲以身体权、健康权受到侵害为由提出请求，当然，在胎儿出生前，其母亲也可以以其身体权、健康权受侵害为由提出请求。^[13]例如，胎儿受到侵害后导致胎儿母亲流产的，则该母亲可以以其健康权受侵害为由提出请求。^[14]关于胎儿利益保护的范围，本条规定，“涉及遗产继承、接受赠与等胎儿利益保护的，胎儿视为具有民事权利能力”。从该规定来看，其并没有明确限定所保护的胎儿利益的范围，而使用了“遗产继承、接受赠与等胎儿利益”这一表述。而且本条规定，在涉及胎儿利益保护的情形，“胎儿视为具有民事权利能力”。由于民事权利能力的范围十分广泛，因此，胎儿可以享有的民事权利的范围也是十分广泛的，并不限于遗产继承、接受赠与等情形。

关于胎儿利益受到保护的条件。依据《民法典》第13条的规定，自然人的民事权利能力始于出生，因此，胎儿在出生前并不属于民事主体。《民法典》虽然强化了对胎儿利益的保护，在胎儿出生前将其“视为具有权利能力”，但对胎儿的保护应当有一定的条件，依据本条的规定，如果“胎儿娩出时为死体的”，则“其民事权利能力自始不存在”。也就是说，对胎儿利益的保护，应当以其娩出时为活体为条件。如果胎儿娩出时为死体，则其出生前所取得的各项民事权益将自始不存在。例如，依据本条的规定，胎儿在出生前可以接受赠与，但如果其娩出时为死体，则其将自始无法保有该受赠利益，该受赠利益将返还赠与人；再如，胎儿在出生前继承了遗产的，如果其娩出时为死体，则其将自始不享有该继承利益，该利益应当作为被继承人的遗产进行处理。

《民法典》对胎儿利益进行保护，充分体现了民法的时代精神。21世纪最突出的时代精神就是人文关怀精神，即强化对的人格尊严的保护。《民法典》在本条对胎儿的利益提供保护，在第994条对死者的人格利益进行保护，真正实现了对人“从摇篮到坟墓”的保护，使每一个人都可以在民法慈母般的关怀下走完自己的人生旅程。

（本条由王叶刚撰写）

第十七条

十八周岁以上的自然人为成年人。不满十八周岁的自然人为未成年人。

本条主旨

本条对成年人与未成年人的年龄标准作出了规定。

相关条文

《民法总则》第17条规定：“十八周岁以上的自然人为成年人。不满十八周岁的自然人为未成年人。”

《民法通则》第11条规定：“十八周岁以上的公民是成年人，具有完全民事行为能力，可以独立进行民事活动，是完全民事行为能力人。”“十六周岁以上不满十八周岁的公民，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。”

《未成年人保护法》第2条规定：“本法所称未成年人是指未满十八周岁的公民。”

理解与适用

为了强化对未成年人的保护，同时维护交易安全，有必要对成年人的年龄标准作出准确界定。法律之所以要对未成年人进行保护，是因为未成年人处于人生发展过程中的特殊阶段，即生理、心理发育都尚未成熟，对外界的认知能力较弱，对外界各种情况缺乏足够的判断力；而且未成年人的自我保护能力弱，容易受到外界侵害，在受到外界侵害后也难以有效保护自身合法权益。同时，明确划定成年人的年龄标准也有利于维护交易安全，因为在明确划定成年人的年龄标准后，当事人在交易时就不需要对对方当事人的交易资格进行具体判断，这就有利于维护交易安全、提高交易效率。

本条以18周岁作为区分成年人与未成年人的标准，是比较合理的，主要理由在于：一方面，一般情况下，18周岁的人心智已经成熟，已经具有相应的社会经验和知识，而且已经能够独立生活、工作，对外界各种情况也有了自己独立的识别和判断力，在行为时也能准确认知自己的行为后果。^[15]因此，将18周岁作为成年人的年龄标准，符合社会生活的实际情况。我国《宪法》第34条规定，中华人民共和国年满18周岁的公民，不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限，都有选举权和被选举权；但是依照法律被剥夺政治权利的人除外。该条之所以规定年满18周岁的公民具有选举权和被选举权，也是因为年满18周岁的公民心智已经发育成熟，能够独立判断外界各种情况。另一方面，从比较法上看，各国民法所划定的成年人的年龄标准虽稍有差异，但一般也都在18周岁左右。例如，《意大利民法典》第2条第1款规定：年满18岁为成年。成年者取得从事一切活动的行为能力，有其他不同规定者除外。规定提供自己劳动的年龄低于此年龄的特别法除外。提供自己劳动的未成年人，享有劳动契约约定的权利和诉权。再如，《德国民法典》第2条规定：满18岁即为达到成年年龄。我国《民法典》将成年人的年龄标准划定为18周岁，也符合比较法上各国通行的做法。

《民法典》明确划定成年人与未成年人的年龄标准，也有利于准确确定相关民事法律行为的效力。《民法典》第17~20条以自然人的年龄为标准，对不同年龄阶段的自然人的民事行为能力作出了规定。本条划定成年人的年龄标准，也为法官准确认定自然人所实施的民事法律行为的效力奠定了基础。

（本条由王叶刚撰写）

第十八条

成年人为完全民事行为能力人，可以独立实施民事法律行为。

十六周岁以上的未成年人，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。

本条主旨

本条对完全民事行为能力人的范围以及其可以实施的民事法律行为作出了规定。

相关条文

《民法总则》第18条规定：“成年人为完全民事行为能力人，可以独立实施民事法律行为。”“十六周岁以上的未成年人，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。”

《民法通则》第11条规定：“十八周岁以上的公民是成年人，具有完全民事行为能力，可以独立进行民事活动，是完全民事行为能力人。”“十六周岁以上不满十八周岁的公民，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。”

《民法通则意见》第2条规定：“十六周岁以上不满十八周岁的公民，能够以自己的劳动取得收入，并能维持当地群众一般生活水平的，可以认定为以自己的劳动收入为主要生活来源的完全民事行为能力人。”

理解与适用

自然人的民事行为能力是自然人可以独立进行民事活动的资格或能力，即自然人能够以自己的行为行使民事权利、承担民事义务的资格。^[16]自然人的民事行为能力是以其意思能力为基础的，意思能力是自然人判断自己行为的能力。自然人的意思能力与其年龄、智力和精神状况存在密切关联，一个人只有在达到一定的年龄而且智力和精神状况均达到一定水平时，对外界情况才能有足够的判断力。因此，我国《民法典》在划定不同阶段的民事行为能力时，也主要以自然人的年龄、智力和精神状况为标准。《民法典》之所以对民事行为能力作出规定，主要是因为如下两方面的原因：一是保护无民事行为能力人和限制民事行为能力人的利益。无民事行为能力人和限制民事行为能力人的年龄较小，或者心智发育尚不成熟，对外界事物的认知能力和判断能力具有一定的局限性，因此，法律有必要对其进行特殊保护。这也是民法之人文关怀精神的体现。《民法典》设置民事行为能力制度，在将自然人分为无民事行为能力人、限制民事行为能力人和完全民事行为能力人的基础上，对其可以实施的民事活动的范围进行限定，有利于保护无民事行为能力人和限制民事行为能力人的利益。例如，无民事行为能力人和限制民事行为能力人所实施的民事行为如果超出其民事行为能力范围，则无效或者效力待定。在此种情形下，不论相对人是否善意，都不能补正法律行为效力上的瑕疵。从这一意义上说，民法对无民事行为能力人和限制民事行为能力人的保护超过了对善意第三人信赖利益的保护。^[17]二是保护交易安全。《民法典》通过明确划定无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的范围，可以使当事人在交易时准确判断对方当事人的交易主体资格是否适格。这就有利于提高交易效率，保护交易安全。例如，对于完全民事行为能力人而言，其在交易后不得以其心智发育不成熟为由否定交易的效力，这就有利于维护交易安全。

成年人为完全民事行为能力人，可以独立实施民事法律行为。依据《民法典》第17条的规定，“十八周岁以上的自然人为成年人”。所谓完全民事行为能力，是指自然人能以其自己的行为独立享有民事权利、承担民事义务的资格。^[18]由于成年人的心智已经发育成熟，对外界状况能够有自己独立的判断，因此，《民法典》将成年人规定为完全民事行为能力人。当然，依据《民法典》第21、22条的规定，成年人如果不能辨认或者不能完全辨认自己行为，则应当属于无民事行为能力人或者限制民事行为能力人。因此，本条中的成年人应当是心智发育正常、能够辨认自己行为的成年人。完全民事行为能力人能够

独立判断外界情况，因此，其能够独立实施民事法律行为，而不需要他人的辅助。因此，本条规定，完全民事行为能力人能够独立实施民事法律行为。

本条第2款规定：“十六周岁以上的未成年人，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。”关于该规定的内涵，应当注意以下几点：

第一，该规则仅适用于16周岁以上的未成年人。从该条的文义来看，即仅适用于16周岁至18周岁的自然人。对于16周岁以下的未成年人，即便其收入能够满足其基本生活，也不能将其视为完全民事行为能力人，其仍然应当属于无民事行为能力人或者限制民事行为能力人。

第二，必须以自己的劳动收入为主要生活来源。劳动收入应当是固定的收入，如工资、奖金等，不能是偶然、不确定的收入，如继承遗产、接受赠与等。^[19]同时，16周岁以上的未成年人必须以自己的劳动收入为主要生活来源。一般认为，“主要生活来源”是指该未成年人的劳动收入能够使其维持当地群众的一般生活水平。^[20]虽然16周岁以上的未成年人有一定的劳动收入，但如果该劳动收入不能使其维持当地群众的一般生活水平，则不能将其视为完全民事行为能力人。

第三，如果16周岁以上的未成年人能够以自己的劳动收入为主要生活来源，则将其视为完全民事行为能力人。“视为”在性质上属于一种推定，当然，从本条的规定来看，此处的“视为”应当属于不可推翻的推定，也就是说，只要16周岁以上的未成年人能够以自己的劳动收入为主要生活来源，则其就属于完全民事行为能力人，其他人不能通过举证推翻该推定。

本条第2款之所以作出此种规定，是因为：一方面，依据我国《劳动法》的规定，年满16周岁人可以参加劳动，获得劳动收入。该法第15条规定：“禁止用人单位招用未满十六周岁的未成年人。”“文艺、体育和特种工艺单位招用未满十六周岁的未成年人，必须遵守国家有关规定，并保障其接受义务教育的权利。”对于能够参加劳动、通过劳动收入满足基本生活的人而言，不应当对其参加社会活动进行过多的限制。另一方面，如果16周岁以上的未成年人能够以其劳动收入作为主要生活来源，则表明其心智已经发展成熟，有自己独立的判断能力，应当可以独立参加各类民事活动，因此，有必要肯定其为完全民事行为能力人。

（本条由王叶刚撰写）

第十九条

八周岁以上的未成年人为限制民事行为能力人，实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认；但是，可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力相适应的民事法律行为。

本条主旨

本条对8周岁以上的未成年人为限制民事行为能力人作出了规定，并对其能够实施的民事法律行为作出了规定。

相关条文

《民法总则》第19条规定：“八周岁以上的未成年人为限制民事行为能力人，实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认，但是可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力相适应的民事法律行为。”

《民法总则》第145条规定：“限制民事行为能力人实施的纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事法律行为有效；实施的其他民事法律行为经法定代理人同意或者追认后有效。”“相对人可以催告法定代理人自收到通知之日起一个月内予以追认。法定代理人未作表示的，视为拒绝追认。民事法律行为被追认前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。”

《民法通则》第12条第1款规定：“十周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人，可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动；其他民事活动由他的法定代理人代理，或者征得他的法定代理人的同意。”

《合同法》第47条规定：“限制民事行为能力人订立的合同，经法定代理人追认后，该合同有效，但纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同，不必经法定代理人追认。”“相对人可以催告法定代理人在一个月内予以追认。法定代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。”

《民法通则意见》第3条规定：“十周岁以上的未成年人进行的民事活动是否与其年龄、智力状况相适应，可以从行为与本人生活关联的程度、本人的智力能否理解其行为，并预见相应的行为后果，以及行为标的数额等方面认定。”

理解与适用

本条确认了8周岁以上的未成年人为限制民事行为能力人，并对其能够实施民事法律行为作出了规定。

（一）8周岁以上的未成年人为限制民事行为能力人

限制民事行为能力又称为不完全民事行为能力，是指自然人部分独立地，或者说在一定范围内具有民事行为能力。^[21]限制民事行为能力人的认识能力介于完全民事行为能力人与无民事行为能力人之间，也就是说，限制民事行为能力人对外界具有一定的判断力，但受其年龄和智力等因素的限制，其判断能力又相对较弱，需要法律对其进行特别保护。本条将8周岁以上的未成年人规定为限制民事行为能力人，具有一定的合理性，因为年满8周岁的未成年人已经有了一定的生活经历，能够对外界情况有一定的认识和判断力，应当肯定其能够实施一定的民事法律行为。此外，还应当看到，8周岁以上的未成年人已经达到了小学入学年龄。《义务教育法》第11条第1款规定：凡年满6周岁的儿童，其父母或者其他法定监护人应当送其入学接受并完成义务教育；条件不具备的地区的儿童，可以推迟到7周岁。从该条规定来看，小学入学年龄是6周岁，在特殊情况下可以推迟到7周岁。可见，8周岁的儿童普遍已经入学，肯定其为限制民事行为能力人，可以使其实施满足其日常基本生活需要的民事法律行为，如购买

文具等。本条将《民法通则》第12条所规定的限制民事行为能力人的年龄下限由10周岁调整为8周岁，体现了对人的自主意志的尊重，也体现了民法的人文关怀理念。

（二）8周岁以上的未成年人能够独立实施的民事法律行为

依据本条规定，8周岁以上的未成年人能够独立实施如下民事法律行为：

一是纯获利益的民事法律行为。所谓纯获利益的民事法律行为，是指能够获得利益但并不负有负担，或者虽然负有负担，但负担明显小于获利的民事法律行为。在此需要区分纯获法律上利益的民事法律行为与纯获利益的民事法律行为。所谓纯获法律上利益的行为，即限制民事行为能力人，既不承担义务，也不发生权利丧失之结果，而可以获取利益之行为。^[22]例如，限制民事行为能力人做成了一笔很便宜的买卖，如以很低的价格购买了一辆新的登山自行车。在该交易中，其获利明显大于其负担，但由于其在法律上仍然负担了支付价款的义务，因此，该行为并不属于纯获法律上利益的法律行为。^[23]有的国家的立法在规定限制民事行为能力人可以实施的民事法律行为时，采用了纯获法律上利益的表述。例如，《德国民法典》第107条规定：法定代理人的允许对于未成年人并不因之而纯获法律上的利益的意思表示，未成年人必须得到其法定代理人的允许。依据这一规定，凡是双务合同，实际上都会使未成年人负担一定的义务，故都不属于该条所规定的纯获法律上利益的法律行为。我国《民法典》第19条并没有采用《德国民法典》的表述，而是采用了“纯获利益的民事法律行为”这一表述，因此，除不承担任何义务的民事法律行为外，未成年人所负担的义务明显小于其所获得的利益且该义务不会过分加重该未成年人的负担的民事法律行为，也应当属于纯获利益的民事法律行为。

二是与其年龄、智力相适应的民事法律行为。依据本条规定，8周岁以上的未成年人可以实施“与其年龄、智力相适应的民事法律行为”。“与其年龄、智力相适应的民事法律行为”也称为日常生活必需的行为，如购买文具、零食等行为。在判断某一行为是否与限制民事行为能力人的年龄、智力状况相适应时，应当在个案中结合该未成年人的年龄、智力发育状况进行个案判断。对于此类日常生活必需的行为，限制民事行为能力人可以独立实施，既不需要其法定代理人代理实施，也不需要其法定代理人事先同意或者事后追认。法律作出此种

规定，主要是为了保障未成年人的行为自由。民事行为能力制度的主要目的是对欠缺民事行为能力人进行保护，但在保护其权益的同时也应当注重保障其行为自由，这就需要在具体的制度设计中妥当平衡二者之间的关系。对8周岁以上的未成年人而言，其对外界情况已经有了一定的判断力，应当尊重其行为自由，允许其独立实施日常生活必需的行为，而且对于日常生活必需的行为而言，允许8周岁以上的未成年人独立实施此类行为，也不会严重损害其利益。

（三）8周岁以上的未成年人不能独立实施的民事法律行为

从本条规定来看，其在划定8周岁以上的未成年人能够独立实施的民事法律行为的范围时采用了反面排除的方式，即明确列举8周岁以上的未成年人能够独立实施的民事法律行为类型，除此之外的民事法律行为，8周岁以上的未成年人都不能够独立实施。依据本条规定，除“纯获利益的民事法律行为”以及“与其年龄、智力相适应的民事法律行为”外，其他所有的民事法律行为，8周岁以上的未成年人都不能独立实施。法律作出此种规定，一方面是为了保护未成年人的利益，防止其因为年龄、智力状况的限制而实施损害其利益的民事法律行为；另一方面，是为了保护交易安全，即在作出此种规定后，相对人在与未成年人交易时，可以对其交易资格作出明确的判断，从而有利于维护交易安全，提高交易效率。

依据本条规定，对于8周岁以上的未成年人不能独立实施的民事法律行为而言，在如下情形下，其仍然可以实施。

第一，其法定代理人代理。依据《民法典》第23条的规定，无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是其法定代理人。也就是说，对于8周岁以上未成年人不能独立实施的民事法律行为而言，需要其监护人代理其实施。当然，监护人在代理未成年人实施相关民事法律行为时，虽然直接实施该民事法律行为，但并非该民事法律行为的当事人，该民事法律行为的当事人仍然是该未成年人。例如，甲（12周岁）的母亲乙在代理其向丙购买一台电脑时，该合同当事人是甲和丙，乙并不是合同当事人。

第二，得到其法定代理人的允许。依据本条规定，在得到其法定代理人的允许后，8周岁以上的未成年人也可以独立实施民事法律行为。法定代理人的允许主要有两种方式：一是事先同意。8周岁以上的未成年人的法定代理人可以事先允许其独立实施一定的民事法律行

为，此时，未成年人独立实施的此类民事法律行为就是有效的。法定代理人的事先同意一般是划定一定的行为范围，在该行为范围内，该未成年人可以独立实施各类民事法律行为。例如，甲（15周岁）的父亲给其3000元用作旅行费用，则甲在旅行过程中所实施的民事法律行为都应当是有效的民事法律行为。二是事后追认。8周岁以上的未成年人独立实施其不能独立实施的民事法律行为后，该民事法律行为也并非当然无效。对此，《民法典》第145条规定：限制民事行为能力人实施的纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事法律行为有效；实施的其他民事法律行为经法定代理人同意或者追认后有效。相对人可以催告法定代理人自收到通知之日起30日内予以追认。法定代理人未作表示的，视为拒绝追认。民事法律行为被追认前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。依据该条规定，8周岁以上的未成年人独立实施的其不能独立实施的民事法律行为属于效力待定的民事法律行为，在其法定代理人追认后，该民事法律行为有效。可见，8周岁以上的未成年人应当在其法定代理人的授权范围内实施民事法律行为，其所实施的民事法律行为超出该范围的，需要其法定代理人追认才能有效。依据《民法典》第145条的规定，法定代理人应当明确作出追认的意思表示，法定代理人未作表示的，视为拒绝追认，该民事法律行为无效。

（本条由王叶刚撰写）

第二十条

不满八周岁的未成年人为无民事行为能力人，由其法定代理人代理实施民事法律行为。

本条主旨

本条对不满8周岁的未成年人为无民事行为能力人的规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第20条规定：“不满八周岁的未成年人为无民事行为能力人，由其法定代理人代理实施民事法律行为。”

《民法总则》第144条规定：“无民事行为能力人实施的民事法律行为无效。”

《民法通则》第12条第2款规定：“不满十周岁的未成年人是无民事行为能力人，由他的法定代理人代理民事活动。”

《民法通则意见》第6条规定：“无民事行为能力人、限制民事行为能力人接受奖励、赠与、报酬，他人不得以行为人无民事行为能力、限制民事行为能力为由，主张以上行为无效。”

《民事诉讼法解释》第67条规定：“无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，无民事行为能力人、限制民事行为能力人和其监护人为共同被告。”

理解与适用

所谓无民事行为能力，是指自然人没有独立从事民事活动的资格，不具有以自己的行为取得民事权利和承担民事义务的资格。^[24]无民事行为能力人欠缺进行独立民事活动的能力。自然人在从事民事活动时，需要对其行为的性质、后果等有清晰的认识，具有充分的判断力，否则，法律将否定其所实施的民事法律行为的效力。对无民事行为能力人而言，其虽然是独立的法律主体，但由于其缺乏对其行为之性质、后果的认识，因此，其并不能独立实施民事法律行为，其独立实施的民事法律行为无效，不能发生当事人所欲实现的效果。

依据本条规定，不满8周岁的未成年人为无民事行为能力人。法律之所以将不满8周岁的未成年人规定为无民事行为能力人，主要是基于如下原因：一方面，对不满8周岁的未成年人进行保护。对不满8周岁的未成年人而言，由于其年龄尚小，虽然其具有一定的智力，但对外界仍然缺乏必要的判断力，其难以判断自己行为的性质和后果，

难以理性地从事民事活动。如果允许其独立实施民事法律行为，其很可能因为自己判断能力的不足而使自己遭受损害。因此，法律将不满8周岁的未成年人规定为无民事行为能力人，否定其独立实施的民事法律行为的效力，有利于保护其利益。另一方面，有利于维护交易安全。法律规定不满8周岁的未成年人为无民事行为能力人，可以使相对人准确判断未成年人的交易资格并谨慎订约，这也有利于保护交易安全。

不满8周岁的未成年人由其法定代理人代理实施民事法律行为。对于不满8周岁的未成年人而言，其独立实施的民事法律行为无效，但其法定代理人可以代理其实施民事法律行为。当然，在其法定代理人代理其实施民事法律行为时，其法定代理人并非该民事法律行为的主体，该民事法律行为的后果直接归属于该未成年人。

（本条由王叶刚撰写）

第二十一条

不能辨认自己行为的成年人为无民事行为能力人，由其法定代理人代理实施民事法律行为。

八周岁以上的未成年人不能辨认自己行为的，适用前款规定。

本条主旨

本条对成年无民事行为能力人和8周岁以上无民事行为能力人的规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第21条规定：“不能辨认自己行为的成年人为无民事行为能力人，由其法定代理人代理实施民事法律行为。”“八周岁以上的未成年人不能辨认自己行为的，适用前款规定。”

《民法总则》第144条规定：“无民事行为能力人实施的民事法律行为无效。”

《民法通则》第13条第1款规定：“不能辨认自己行为的精神病人是无民事行为能力人，由他的法定代理人代理民事活动。”

《精神卫生法》第83条规定：“本法所称精神障碍，是指由各种原因引起的感知、情感和思维等精神活动的紊乱或者异常，导致患者明显的心理痛苦或者社会适应等功能损害。”“本法所称严重精神障碍，是指疾病症状严重，导致患者社会适应等功能严重损害、对自身健康状况或者客观现实不能完整认识，或者不能处理自身事务的精神障碍。”“本法所称精神障碍患者的监护人，是指依照民法通则的有关规定可以担任监护人的人。”

《民法通则意见》第5条规定：“精神病人（包括痴呆症人）如果没有判断能力和自我保护能力，不知其行为后果的，可以认定为不能辨认自己行为的人；对于比较复杂的事物或者比较重大的行为缺乏判断能力和自我保护能力，并且不能预见其行为后果的，可以认定为不能完全辨认自己行为的人。”

《民法通则意见》第6条规定：“无民事行为能力人、限制民事行为能力人接受奖励、赠与、报酬，他人不得以行为人无民事行为能力、限制民事行为能力为由，主张以上行为无效。”

理解与适用

（一）不能辨认自己行为的成年人和8周岁以上的未成年人为无民事行为能力人

依据本条规定，除《民法典》第20条所规定的不满8周岁的未成年人外，无民事行为能力人还包括如下两类：一是不能辨认自己行为的成年人，二是八周岁以上不能辨认自己行为的未成年人。如前所

述，所谓无民事行为能力，是指自然人没有独立从事民事活动的资格，不具有以自己的行为取得民事权利和承担民事义务的资格。^[25]所谓不能辨认自己的行为，是指行为人在具体的民事法律行为中不能辨认自己行为的性质和法律后果。例如，在交易过程中，行为人无法辨认其交易的性质、交易价格是否合理等。

自然人在从事民事活动时，需要对其行为的性质、后果等有清晰的认识，具有充分的判断力，否则，法律将否定其所实施的民事法律行为的效力。对无民事行为能力人而言，其虽然是独立的法律主体，但由于其缺乏对其行为的性质、后果的认识，因此，其并不能独立实施民事法律行为，其独立实施民事法律行为无效，不能发生当事人所欲实现的效果。

法律之所以将不能辨认自己行为的成年人和8周岁以上的未成年人规定为无民事行为能力人，主要是基于如下原因：一方面，对不能辨认自己行为的成年人和8周岁以上的未成年人进行保护。对于不能辨认自己行为的成年人和8周岁以上的未成年人而言，虽然其为成年人或者年龄达到了8周岁以上，但由于疾病等原因，其对外界仍然缺乏必要的判断力，其难以判断自己行为的性质和后果，难以理性地从事民事活动。如果允许其独立实施民事法律行为，其很可能因为自己判断能力的不足而使自己遭受损害。因此，法律将不能辨认自己行为的成年人和8周岁以上的未成年人规定为无民事行为能力人，否定其独立实施的民事法律行为的效力，有利于保护其利益。另一方面，有利于维护交易安全。法律规定不能辨认自己行为的成年人和8周岁以上的未成年人为无民事行为能力人，可以使相对人准确判断其交易资格并谨慎订约，这也有利于保护交易安全。

（二）无民事行为能力人由其法定代理人代理实施民事法律行为

对于不能辨认自己行为的成年人和8周岁以上的未成年人而言，其独立实施的民事法律行为无效，但其作为民事主体，仍然需要参与社会交往、参与各种交易活动，因此，本条规定，对不能辨认自己行为的成年人和8周岁以上的未成年人而言，由其法定代理人代理其实施相关的民事法律行为。《民法典》第23条规定，无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是其法定代理人。也就是说，对于不能辨认自己行为的成年人和8周岁以上的未成年人而言，由其监护人作为法定代理人，代理其实施相关的民事法律行为。当然，在其法定代理人代理其实施民事法律行为时，其法定代理人并非该民事法律

行为的主体，该民事法律行为的后果直接归属于该未成年人。

（本条由王叶刚撰写）

第二十二條

不能完全辨认自己行为的成年人为限制民事行为能力人，实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认；但是，可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为。

本条主旨

本条对成年限制民事行为能力人的规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第22条规定：“不能完全辨认自己行为的成年人为限制民事行为能力人，实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认，但是可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为。”

《民法通则》第13条第2款规定：“不能完全辨认自己行为的精神病人是限制民事行为能力人，可以进行与他的精神健康状况相适应的民事活动；其他民事活动由他的法定代理人代理，或者征得他的法定代理人的同意。”

《精神卫生法》第83条规定：“本法所称精神障碍，是指由各种原因引起的感知、情感和思维等精神活动的紊乱或者异常，导致患者

明显的心理痛苦或者社会适应等功能损害。”“本法所称严重精神障碍，是指疾病症状严重，导致患者社会适应等功能严重损害、对自身健康状况或者客观现实不能完整认识，或者不能处理自身事务的精神障碍。”“本法所称精神障碍患者的监护人，是指依照民法通则的有关规定可以担任监护人的人。”

《民法通则意见》第4条规定：“不能完全辨认自己行为的精神病人进行的民事活动，是否与其精神健康状态相适应，可以从行为与本人生活相关联的程度、本人的精神状态能否理解其行为，并预见相应的行为后果，以及行为标的数额等方面认定。”

《民法通则意见》第5条规定：“精神病人（包括痴呆症人）如果没有判断能力和自我保护能力，不知其行为后果的，可以认定为不能辨认自己行为的人；对于比较复杂的事物或者比较重大的行为缺乏判断能力和自我保护能力，并且不能预见其行为后果的，可以认定为不能完全辨认自己行为的人。”

理解与适用

（一）不能完全辨认自己行为的成年人为限制民事行为能力人

依据本条规定，成年人如果不能辨认或者不能完全辨认自己的行为，则应当属于无民事行为能力人或者限制民事行为能力人。因此，《民法典》第18条第1款规定的“成年人为完全民事行为能力人”中的成年人应当是心智发育正常、能够辨认自己行为的成年人。完全民事行为能力人能够独立判断外界情况，因此，其能够独立实施民事法律行为，而不需要他人的辅助。而对于不能完全辨认自己行为的成年人而言，其部分独立地或者说在一定范围内具有民事行为能力，因此也属于限制民事行为能力人。^[26]对于不能完全辨认自己行为的成年人而言，其认识能力介于完全民事行为能力人与无民事行为能力人之间，也就是说，其对外界具有一定的判断力，但受其年龄和智力等因素的限制，其判断能力又相对较弱，即对其所实施的民事法律行为的性质、法律后果等认识不充分，因此需要法律对其进行特别保护。

（二）不能完全辨认自己行为的成年人实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认

从本条的规定来看，其在划定不能完全辨认自己行为的成年人能够独立实施的民事法律行为的范围时，采用了反面排除的方式，即明确列举了限制民事行为能力人能够独立实施的民事法律行为类型，除此之外的民事法律行为，限制民事行为能力人都不能够独立实施。依据本条的规定，除“纯获利益的民事法律行为”以及“与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为”，其他所有的民事法律行为，不能完全辨认自己行为的成年人都不能独立实施。法律作出此种规定，一方面是为了不能完全辨认自己行为的成年人的利益，防止其因为智力、精神健康状况的限制而实施损害其利益的民事法律行为；另一方面是为了保护交易安全，即在作出此种规定后，相对人在与不能完全辨认自己行为的成年人交易时，可以对其交易资格作出明确的判断，从而有利于维护交易安全、提高交易效率。

依据本条规定，对于不能完全辨认自己行为的成年人不能独立实施的民事法律行为而言，在如下情形下，其仍然可以实施。

第一，其法定代理人代理。依据《民法典》第23条的规定，无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是其法定代理人。也就是说，对于不能完全辨认自己行为的成年人不能独立实施的民事法律行为而言，需要其监护人代理其实施。当然，在监护人代理其实施相关民事法律行为时，虽然监护人直接实施了该民事法律行为，但其并非该民事法律行为的当事人，该民事法律行为的当事人仍然是该不能完全辨认自己行为的成年人。例如，甲（不能完全辨认自己行为的成年人）的母亲乙在代理其向丙购买一台电脑时，该合同的当事人是甲和丙，而乙并不是合同当事人。

第二，得到其法定代理人的允许。依据本条规定，在得到其法定代理人的允许后，不能完全辨认自己行为的成年人也可以独立实施民事法律行为。法定代理人的允许主要有两种方式：一是事先同意。不能完全辨认自己行为的成年人的法定代理人可以事先同意其独立实施一定的民事法律行为，此时，不能完全辨认自己行为的成年人独立实施的此类民事法律行为就是有效的。法定代理人的事先同意一般是划定一定的行为范围，在该行为范围内，该不能完全辨认自己行为的成年人可以独立实施各类民事法律行为。例如，甲（不能完全辨认自己行为的成年人）的父亲给其3000元用作旅行费用，则甲在旅行过程中

所实施的民事法律行为都应当是有效的民事法律行为。二是事后追认。不能完全辨认自己行为的成年人独立实施了其不能独立实施的民事法律行为后，该民事法律行为也并非当然无效。对此，《民法典》第145条规定：限制民事行为能力人实施的纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事法律行为有效；实施的其他民事法律行为经法定代理人同意或者追认后有效。相对人可以催告法定代理人自收到通知之日起30日内予以追认。法定代理人未作表示的，视为拒绝追认。民事法律行为被追认前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。依据该条规定，不能完全辨认自己行为的成年人独立实施的其不能独立实施的民事法律行为属于效力待定的民事法律行为，在其法定代理人追认后，该民事法律行为有效。可见，不能完全辨认自己行为的成年人应当在其法定代理人的授权范围内实施民事法律行为，其所实施的民事法律行为超出该范围的，需要其法定代理人追认才能有效。依据《民法典》第145条的规定，法定代理人应当明确作出追认的意思表示，法定代理人未作表示的，视为拒绝追认，该民事法律行为无效。

（三）不能完全辨认自己行为的成年人可以独立实施的民事法律行为

依据本条规定，不能完全辨认自己行为的成年人能够独立实施如下民事法律行为：一是纯获利益的民事法律行为。所谓纯获利益的民事法律行为，是指能够获得利益但并不负有负担，或者虽然负有负担，但负担明显小于获利的民事法律行为。除不负担任何义务的民事法律行为外，使不能完全辨认自己行为的成年人所负担的义务明显小于其所获得的利益，且该义务不会过分加重该不能完全辨认自己行为的成年人的负担的民事法律行为，也应当属于纯获利益的民事法律行为。二是与其年龄、智力相适应的民事法律行为。依据本条规定，不能完全辨认自己行为的成年人能够实施与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为。判断某一行为是否与不能完全辨认自己行为的成年人的智力、精神健康状况相适应，应当在个案中进行。

对于不能完全辨认自己行为的成年人能够独立实施的民事法律行为而言，既不需要其法定代理人代理实施，也不需要其法定代理人事先同意或者事后追认。

（本条由王叶刚撰写）

第二十三条

无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是其法定代理人。

本条主旨

本条对无民事行为能力人、限制民事行为能力人的法定代理人作出了规定。

相关条文

《民法总则》第23条规定：“无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是其法定代理人。”

《民法通则》第14条规定：“无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是他的法定代理人。”

《民事诉讼法》第57条规定：“无诉讼行为能力人由他的监护人作为法定代理人代为诉讼。法定代理人之间互相推诿代理责任的，由人民法院指定其中一人代为诉讼。”

理解与适用

本条对无民事行为能力人、限制民事行为能力人的法定代理人作出了规定。本条之所以为无民事行为能力人、限制民事行为能力人设置法定代理人，一方面是因为，受年龄、智力以及精神健康状况等因

素的影响，无民事行为能力人、限制民事行为能力人的判断能力较弱，无法独立参与有关的民事活动，因此，需要法定代理人的辅助；另一方面是因为，从我国《民法典》的相关规定来看，无民事行为能力人、限制民事行为能力人能够独立实施的民事法律行为有限，在客观上也需要其法定代理人代理其实施某些民事法律行为。对限制民事行为能力人而言，依据《民法典》第19条、第22条以及第145条的规定，限制民事行为能力人只能独立实施纯获利益的民事法律行为，以及与其年龄、智力以及精神健康状况相适应的民事法律行为。除上述民事法律行为外，限制民事行为能力人实施其他民事法律行为均需要其法定代理人的辅助。法定代理人的辅助行为体现为两种方式：一是代理该限制民事行为能力人实施相关的民事法律行为，二是对限制民事行为能力人独立实施相关行为进行事先同意或者事后追认。针对无民事行为能力人，《民法典》第144条规定：无民事行为能力人实施的民事法律行为无效。依据该条规定，无民事行为能力人无法独立实施任何民事法律行为，但其作为独立的民事主体，在客观上需要参与一定的民事活动，如接受报酬、接受赠与等，因而需要其法定代理人代理其实施相关的民事法律行为。

依据本条规定，无民事行为能力人、限制民事行为能力人的法定代理人为其监护人。本条作出此种规定的主要原因在于：从我国《民法典》的规定来看，无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人通常为其父母或者其他近亲属，其在代理该无民事行为能力人、限制民事行为能力人实施相关行为时，能够从实现被监护人利益最大化的角度实施相关行为，这在客观上有利于保护该无民事行为能力人、限制民事行为能力人的利益。同时，从监护制度的功能来看，其主要是为了实现对被监护人的监督、保护与照顾，监护人代理被监护人实施相关的民事法律行为也是监护人之监护职责的应有内容。

（本条由王叶刚撰写）

第二十四条

不能辨认或者不能完全辨认自己行为的成年人，其利害关系人或者有关组织，可以向人民法院申请认定该成年人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人。

被人民法院认定为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，经本人、利害关系人或者有关组织申请，人民法院可以根据其智力、精神健康恢复的状况，认定该成年人恢复为限制民事行为能力人或者完全民事行为能力人。

本条规定的有关组织包括：居民委员会、村民委员会、学校、医疗机构、妇女联合会、残疾人联合会、依法设立的老年人组织、民政部门等。

本条主旨

本条对成年人无民事行为能力、限制民事行为能力的认定规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第24条规定：“不能辨认或者不能完全辨认自己行为的成年人，其利害关系人或者有关组织，可以向人民法院申请认定该成年人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人。”“被人民法院认定为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，经本人、利害关系人或者有关组织申请，人民法院可以根据其智力、精神健康恢复的状况，认定该成年人恢复为限制民事行为能力人或者完全民事行为能力人。”“本条规定的有关组织包括：居民委员会、村民委员会、学校、医疗机构、妇女联合会、残疾人联合会、依法设立的老年人组织、民政部门等。”

《民法通则》第19条规定：“精神病人的利害关系人，可以向人民法院申请宣告精神病人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人。”“被人民法院宣告为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，根据他健康恢复的状况，经本人或者利害关系人申请，人民法院可以宣告他为限制民事行为能力人或者完全民事行为能力人。”

《民事诉讼法》第187条第1款规定：“申请认定公民无民事行为

能力或者限制民事行为能力，由其近亲属或者其他利害关系人向该公民住所地基层人民法院提出。”

《民法通则意见》第7条规定：“当事人是否患有精神病，人民法院应当根据司法精神病学鉴定或者参照医院的诊断、鉴定确认。在不具备诊断、鉴定条件的情况下，也可以参照群众公认的当事人的精神状态认定，但应以利害关系人没有异议为限。”

《民法通则意见》第8条规定：“在诉讼中，当事人及利害关系人提出一方当事人患有精神病（包括痴呆症），人民法院认为确有必要认定的，应当按照民事诉讼法（试行）规定的特别程序，先作出当事人有无民事行为能力的判决。”“确认精神病人（包括痴呆症人）为限制民事行为能力人的，应当比照民事诉讼法（试行）规定的特别程序进行审理。”

《民事诉讼法解释》第352条规定：“申请认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力的案件，被申请人没有近亲属的，人民法院可以指定其他亲属为代理人。被申请人没有亲属的，人民法院可以指定经被申请人所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会同意，且愿意担任代理人的关系密切的朋友为代理人。”“没有前款规定的代理人的，由被申请人所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任代理人。”“代理人可以是一人，也可以是同一顺序中的两人。”

理解与适用

一般而言，自然人在成年后，即具有完全民事行为能力，但在自然人成年后，其民事行为能力可能因为智力、精神健康状况的变化而发生变化，此时，有必要依据法定程序认定其为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人，以更好地保护其合法权益，并维护交易安全。与此相应，无民事行为能力或者限制民事行为能力的成年人的民事行为能力也可能恢复，此时，也有必要依据法定程序认定其恢复为限制民事行为能力人或者完全民事行为能力人，以便于其正常参与民事活动。因此，本条对成年人无民事行为能力、限制民事行为能力的认定规则作出了规定。

（一）申请认定自然人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的条件

依据本条规定，申请认定自然人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人，应当符合如下条件。

1.被申请的对象为不能辨认或者不能完全辨认自己行为的成年人

从本条规定来看，被申请认定为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的对象限于成年人，从我国《民法典》的规定来看，除个别例外情形外，未成年人均为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人，而且从年龄层面看，无民事行为能力、限制民事行为能力的未成年人与成年人之间的界限十分清晰，因此，对未成年人而言，并不需要专门设置认定其为无民事行为能力人、限制民事行为能力人的规则。因此，本条规定的适用对象为成年人。当然，从本条规定来看，只有成年人因智力、精神健康状况等方面的原因，不能辨认或者不能完全辨认自己的行为，在客观上已经丧失或者部分丧失民事行为能力，才能依据本条规定认定其为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人。

2.必须由该成年人的利害关系人或者有关组织提出申请

从本条第1款的规定来看，认定成年人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人必须由其利害关系人或者有关组织提出申请，人民法院不能依据职权认定某人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人。关于此处利害关系人的范围，本条并没有作出明确规定，有待将来的立法或者司法解释予以完善。由于成年人客观上不能辨认或者不能完全辨认自己的行为，客观上已经丧失或者部分丧失民事行为能力，而认定其为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人只是对其客观民事行为能力状况的一种确认，因此，不宜对此处的利害关系人的范围进行严格限定，只要是人身上或者财产上与该成年人具有一定利害关系的，如该成年人的债权人等^[27]，均可以被认定为本条中的利害关系人。关于有关组织的范围，依据本条第3款的规定，其具体包括：居民委员会、村民委员会、学校、医疗机构、妇女联合会、残疾人联合会、依法设立的老年人组织、民政部门等。

3.必须由人民法院依据法定程序予以认定

依据本条规定，认定成年人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人应当由相关主体向人民法院提出申请，由人民法院认定该成年人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人。我国《民事诉讼法》专门对无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的认定程序作出了规定。依据该法第177条的规定，认定成年人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的案件，由人民法院按照特别程序进行审理。《民事诉讼法》第187条规定：申请认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力，由其近亲属或者其他利害关系人向该公民住所地基层人民法院提出。申请书应当写明该公民无民事行为能力或者限制民事行为能力的事实和根。第189条规定：人民法院审理认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力的案件，应当由该公民的近亲属为代理人，但申请人除外。近亲属互相推诿的，由人民法院指定其中一人为代理人。该公民健康情况许可的，还应当询问本人的意见。人民法院经审理认定申请有事实根据的，判决该公民为无民事行为能力或者限制民事行为能力人；认定申请没有事实根据的，应当判决予以驳回。上述规定也对认定成年人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的具体程序作出了规定。

（二）民事行为能力的全部和部分恢复

如前所述，在成年人的民事行为能力全部或者部分恢复的情形下，为保障其参与相关的民事活动，有必要认定其恢复为限制民事行为能力人或者完全民事行为能力人。依据本条规定，认定成年人恢复为限制民事行为能力人或者完全民事行为能力人，需要符合如下条件。

1.适用对象为被人民法院认定为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的成年人

从本条第2款的规定来看，认定恢复为限制民事行为能力人或者完全民事行为能力人的适用对象限于被人民法院认定为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的成年人。如果某人事先并未被人民法院认定为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人，则不适用本条规定。例如，某人因为罹患精神疾病而丧失辨认自己行为的能力，但其利害关系人或者有关组织并没有向人民法院申请认定其属于无民事行为能力人或者限制民事行为能力人，后其精神疾病康复，完全恢复

了辨认其行为的能力。此时，依据本条规定，并不需要人民法院依据法定程序认定其恢复为完全民事行为能力人。

2.由本人、利害关系人或者有关组织申请

从本条规定来看，与认定某人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人一样，在某人客观上恢复或者部分恢复辨认其行为的能力后，也需要由相关主体向人民法院提出申请，认定其恢复为完全民事行为能力人或者限制民事行为能力人，人民法院不能依职权予以认定。从本条规定来看，有权提出申请的主体包括：一是本人。在成年人恢复或者部分恢复辨认其行为的能力时，其自己可以向人民法院提出申请，以认定其恢复为完全民事行为能力人或者限制民事行为能力人。二是利害关系人。本条没有对此处的利害关系人的范围作出规定，只要与该成年人具有人身或者财产上利害关系的主体，原则上均属于此处的利害关系人，均可以向人民法院提出申请。三是有关组织。从本条规定来看，申请认定成年人恢复行为能力的有关组织的范围与申请认定成年人为限制民事行为能力人或者无民事行为能力人的有关组织的范围相同，即居民委员会、村民委员会、学校、医疗机构、妇女联合会、残疾人联合会、依法设立的老年人组织、民政部门等。

3.由人民法院依据法定程序作出认定

如前所述，我国《民事诉讼法》对于认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力案件的程序作出了规定，即人民法院应当适用特别程序审理此类案件。对于成年人恢复民事行为能力的案件，《民事诉讼法》第190条规定：人民法院根据被认定为无民事行为能力人、限制民事行为能力人或者他的监护人的申请，证实该公民无民事行为能力或者限制民事行为能力的原因为已经消除的，应当作出新判决，撤销原判决。同时，依据《民法典》第24条的规定，人民法院在审理案件的过程中，可以根据其智力、精神健康恢复的状况，认定该成年人恢复为限制民事行为能力人或者完全民事行为能力人。也就是说，法院需要根据成年人之民事行为能力恢复的情况，具体认定其恢复为限制民事行为能力人或者完全民事行为能力人。

（本条由王叶刚撰写）

第二十五条

自然人以户籍登记或者其他有效身份登记记载的居所为住所；经常居所与住所不一致的，经常居所视为住所。

本条主旨

本条对自然人住所的确定规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第25条规定：“自然人以户籍登记或者其他有效身份登记记载的居所为住所；经常居所与住所不一致的，经常居所视为住所。”

《民法通则》第15条规定：“公民以他的户籍所在地的居住地为住所，经常居住地与住所不一致的，经常居住地视为住所。”

《民法通则意见》第9条规定：“公民离开住所地最后连续居住一年以上的地方，为经常居住地。但住医院治病的除外。”“公民由其户籍所在地迁出后至迁入另一地之前，无经常居住地的，仍以其原户籍所在地为住所。”

理解与适用

准确认定自然人的住所，在法律上具有重要意义。从《民法典》的规定来看，其许多规则的适用都涉及自然人的住所。例如，《民法

典》第31条规定：对监护人的确定有争议的，由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门指定监护人，有关当事人对指定不服的，可以向人民法院申请指定监护人；有关当事人也可以直接向人民法院申请指定监护人。居民委员会、村民委员会、民政部门或者人民法院应当尊重被监护人的真实意愿，按照最有利于被监护人的原则在依法具有监护资格的人中指定监护人。依据本条第1款规定指定监护人前，被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益处于无人保护状态的，由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会、法律规定的有关组织或者民政部门担任临时监护人。监护人被指定后，不得擅自变更；擅自变更的，不免除被指定的监护人的责任。该条对指定监护人的规则作出了规定，相关主体的确定就以确定被监护人的住所为前提。再如，《民法典》第1145条规定：继承开始后，遗嘱执行人为遗产管理人；没有遗嘱执行人的，继承人应当及时推选遗产管理人；继承人未推选的，由继承人共同担任遗产管理人；没有继承人或者继承人均放弃继承的，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人。该条对遗产的处理规则作出了规定，在被继承人“没有继承人或者继承人均放弃继承的，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人”，其中也涉及住所的认定问题。除《民法典》外，其他相关立法之相关规则的解释和适用也需要准确认定自然人的住所。例如，《民事诉讼法》第21条规定：对公民提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖；被告住所地与经常居住地不一致的，由经常居住地人民法院管辖。对法人或者其他组织提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖。同一诉讼的几个被告住所地、经常居住地在两个以上人民法院辖区的，各该人民法院都有管辖权。该条对民事诉讼一般地域管辖的规则作出了规定，其中就涉及自然人住所的认定问题。因此，《民法典》第25条对自然人住所的认定规则作出规定，对于准确适用《民法典》及相关立法的规则具有重要意义。

从本条规定来看，按照如下规则确定自然人的住所：

一是通常以自然人户籍登记或者其他有效身份登记记载的居所为住所。户籍登记是公安机关按照法律规定，对公民的身份信息进行登记和记载的制度。公民应当在其经常居住地进行户籍登记，户籍登记地是确定自然人住所的重要依据。除户籍登记外，其他有效身份登记记载的居所也是认定自然人住所的重要依据。随着我国城镇化进程的发展，人员流动日益频繁，一些人可能离开其户籍所在地，而长期在其他地区工作和生活，并因此取得相关的居住凭证，这也是认定其住所的重要依据。

二是经常居所与住所不一致的，经常居所视为住所。从本条规定来看，如果某人的经常居所与住所不一致，则将其经常居所视为住所。法律作出此种规定的主要原因在于：法律规定个人住所的主要目的在于确定其经常活动地，即与其具有最密切联系的地址，这有利于纠纷的解决。如果某人的经常居所与其住所不一致，将该经常居所视为住所，则能够更好地解决相关纠纷。我国《民事诉讼法》也作出了类似规定，例如，该法第21条规定：对公民提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖；被告住所地与经常居住地不一致的，由经常居住地人民法院管辖。对法人或者其他组织提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖。同一诉讼的几个被告住所地、经常居住地在两个以上人民法院辖区的，各该人民法院都有管辖权。

（本条由王叶刚撰写）

注释：

[1] 王利明.民法总则研究.2版.北京：中国人民大学出版社，2012：201.

[2] 同①220.

[3] 同①220.

[4] 柳经纬.民法总论.厦门：厦门大学出版社，2000：98.

[5] 郭自力.死亡标准的法律与伦理问题.政法论坛，2001（3）.

[6] 丁春艳.英国法上“死亡”定义之考察.法律与医学杂志，2006（3）.

[7] 张俊浩.民法学原理.北京：中国政法大学出版社，1997：106-107.

[8] 王利明.民法总则研究.2版.北京：中国人民大学出版社，2012：227.

[9] 王利明.民法总则研究.2版.北京：中国人民大学出版社，2012：218.

[10] 王利明.民法总则研究.2版.北京：中国人民大学出版社，2012：218.

[11] 迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论.邵建东，译.北京：法律出版社，2000：786-787.

[12] Ian Kennedy edited，Medical Law，Oxford University Press，1998，p.191.

[13] 王利明.民法总则研究.2版.北京：中国人民大学出版社，2012：223-224.

[14] 冯·巴尔.欧洲比较侵权行为法：下.焦美华，译.北京：法律出版社，2001：73.

[15] 王利明.民法总则研究.2版.北京：中国人民大学出版社，2012：233.

[16] 迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论.邵建东，译.北京：法律出版社，2000：409.

[17] 山本敬三.民法讲义：I总则.解亘，译.北京：北京大学出版社，2004：29.

[18] 王利明.民法总则研究.2版.北京：中国人民大学出版社，2012：233.

[19] 同①234-235.

[20] 柳经纬.民法总论.厦门：厦门大学出版社，2000：85.

[21] 王利明.民法总则研究.2版.北京：中国人民大学出版社，2012：235.

[22] 梅仲协.民法要义.北京：中国政法大学出版社，1998：108.

[23] 德国民法典：第3版.陈卫佐，译.北京：法律出版社，2010：38.

[24] 王利明.民法总则研究.2版.北京：中国人民大学出版社，2012：237.

[25] 王利明.民法总则研究.2版.北京：中国人民大学出版社，2012：237.

[26] 王利明.民法总则研究.2版.北京：中国人民大学出版社，2012：235.

[27] 石宏.中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及相关规定.北京：北京大学出版社，2017：53.

第二节 监护

第二十六条

父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务。

成年子女对父母负有赡养、扶助和保护的义务。

本条主旨

本条对父母子女间的义务作出了规定。

相关条文

《民法总则》第26条规定：“父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务。”“成年子女对父母负有赡养、扶助和保护的义务。”

《婚姻法》第21条规定：“父母对子女有抚养教育的义务；子女对父母有赡养扶助的义务。”“父母不履行抚养义务时，未成年的或不能独立生活的子女，有要求父母付给抚养费的权利。”“子女不履行赡养义务时，无劳动能力的或生活困难的父母，有要求子女付给赡养费的权利。”“禁止溺婴、弃婴和其他残害婴儿的行为。”

《老年人权益保障法》第14条规定：“赡养人应当履行对老年人

经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义务，照顾老年人的特殊需要。”“赡养人是指老年人的子女以及其他依法负有赡养义务的人。”“赡养人的配偶应当协助赡养人履行赡养义务。”

理解与适用

该条是对父母与子女之间法定监护建立基础的概括规定。父母与子女是家庭垂直关系中最为核心的内容：当子女尚未成年时，父母便对子女负有照顾生活、培养教育、保护安全的义务，而当子女长大，父母年迈甚至失能时，子女又反过来对父母担负起赡养帮扶和保护义务。这也符合中国传统文化孝道与亲情的观念。具体而言，本条分为两款，第1款是关于父母对未成年人子女监护内容的规定，第2款是关于成年子女对父母监护内容的规定。

“父母”是父亲和母亲的合称，不仅包括血缘关系上的亲生父母，也包括养父母、继父母等法律意义上的父母。第1款中的“父母”，侧重强调父母具备相应的民事行为能力，并且有一定的工作能力，能够承担起子女照顾生活、教育和抚养保护的义务；第2款中的“父母”，则特指年迈甚至失能的父母，因为身体健康、有生活来源的父母并不需要子女的赡养、扶助和保护。

“子女”是儿子和女儿的合称，不仅包括血缘关系上的亲生子女，也包括养子女、继子女等法律意义上的子女。该条第1款中的子女，是未成年子女，那么在民法上，未成年子女是指未满18周岁的子女。第2款中的子女，是指成年子女，即年满18周岁的子女。《民法典》第17条规定：18周岁以上的自然人为成年人。不满十八周岁的自然人为未成年人。判断子女是否达到成年人的标准，就从出生时间开始计算是否满18年，而根据《民法典》的规定，自然人的出生时间以出生证明记载的时间为准；没有出生证明的，以户籍登记或者其他有效身份登记记载的时间为准。有其他证据足以推翻以上记载时间的，以该证据证明的时间为准。

父母对未成年子女负有的抚养义务，是指抚育、教养。抚养不仅包括父母对未成年子女在生活上物质方面的提供，也包括在成长过程中精神上的关爱。抚养一般不附加任何条件，是父母与子女基于血缘家庭关系而产生的、自觉自发的关系。在物质层面，如果父母对子女不尽到抚养义务，导致子女处于被虐待、遗弃状态的，则父母便违反

了婚姻法的规定，严重的，则违反了刑法的相关罪名，构成虐待罪或者遗弃罪。

父母对未成年子女负有的教育义务，是指为了让子女能够适应社会化的需要，在成年之后能够具备融入社会、独立生活的能力，而从小开始进行的知识与技能方面的教化和培育。在现代社会，父母对子女的义务，不限于提供身体成长所必需的物质条件，还包括子女成长成才所应受到的教育，后者更为重要。生而不养、养而不教是父母对子女的严重不负责任。《三字经》就有“养不教，父之过”的说法。在国家为学龄未成年人普遍性地提供九年义务教育的环境下，父母应当为未成年子女接受学校教育提供一定的条件和支持，并且为未成年子女在家庭环境中提供良好的家庭教育，使子女成年之后具备社会所需要的知识与技能，具备沟通他人、融入社会、自食其力的能力。

父母对未成年子女负有的保护义务，主要是指父母对未成年子女之身体和精神的保护，使其免受他人的侵害，保持成长所必需的健康状态。此外，未成年子女有财产来源的，父母还应当保护未成年子女的财产，使之不受第三人的非法侵害，也不被未成年子女挥霍浪费掉。因此，父母对未成年子女的保护义务，主要是针对未成年子女的人身权益和财产权益。

成年子女对父母负有赡养的义务，这主要是指子女成年之后，参加了工作，具备了一定的经济能力，应当在生活上对自己父母进行照顾和帮助，尤其是当父母年迈、丧失劳动能力时，在经济上对父母进行帮助，使父母能够维持必要的生活水平。与父母对子女的抚养类似，赡养不仅仅是指经济上的帮助，也包括成年子女在精神和情感方面对自己父母进行的关爱。根据《老年人权益保障法》的要求，老年人养老以居家为基础，家庭成员应当尊重、关心和照料老年人，子女应当履行对老年人经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义务，照顾老年人的特殊需要，应当妥善安排老年人的住房，不得强迫老年人居住或者迁居条件低劣的房屋。子女还应当关心老年人的精神需求，不得忽视、冷落老年人。子女与老年人分开居住的，应当经常看望或者问候老年人。

成年子女对父母负有扶助的义务，是指父母在经济上存在困难、自我照顾存在一定障碍时，成年子女应当及时、无偿地为父母提供帮助，使父母能够维持一定的生活水准。根据《老年人权益保障法》的要求，子女应当使患病的老年父母及时得到治疗和护理；父母经济困难的，子女应当提供医疗费用；父母生活不能自理的，子女应当承担照料责任；子女不能亲自照料的，可以按照老年父母的意愿委托他人或者养老机构等照料。老年父母在农村承包有耕地的，子女有义务耕

种或者委托他人耕种父母承包的田地，照管或者委托他人照管父母的林木和牲畜等，收益归父母所有。

成年子女对父母负有保护的义务，是指在父母年迈之后，可能行动不便，或者缺乏相应的意思能力时，需要子女保护其人身安全，同时也可能因父母年迈，缺乏相关社会知识、金融和法律意识，需要成年子女保护其财产安全。根据《老年人权益保障法》的规定，老年父母自有的或者承租的住房，子女不得侵占，不得擅自改变产权关系或者租赁关系；父母自有的住房，子女负有有维修的义务，以保障父母的居住安全。

（本条由孟强撰写）

第二十七条

父母是未成年子女的监护人。

未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由下列有监护能力的人按顺序担任监护人：

（一）祖父母、外祖父母；

（二）兄、姐；

（三）其他愿意担任监护人的个人或者组织，但是须经未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。

本条主旨

本条对未成年人的法定监护人作出了规定。

相关条文

《民法总则》第27条规定：“父母是未成年子女的监护人。”“未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由下列有监护能力的人按顺序担任监护人：（一）祖父母、外祖父母；（二）兄、姐；（三）其他愿意担任监护人的个人或者组织，但是须经未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。”

《民法通则》第16条规定：“未成年人的父母是未成年人的监护人。”“未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由下列人员中有监护能力的人担任监护人：（一）祖父母、外祖父母；（二）兄、姐；（三）关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任，经未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会同意的。”“对担任监护人有争议的，由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的，由人民法院裁决。”“没有第一款、第二款规定的监护人的，由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。”

《民法通则意见》第11条规定：“认定监护人监护能力，应当根据监护人的身体健康状况、经济条件，以及与被监护人在生活上的联系状况等因素确定。”

理解与适用

本条有两款内容。第1款开宗明义，规定了父母作为未成年子女监护人的法律地位。第2款则规定在未成年人父母死亡或者没有监护能力情形下，其他主体作为监护人的范围和顺序。

本条主要是对未成年人法定监护的规定。所谓法定监护，就是指监护人由法律直接规定。本条第1款的规定沿袭了《民法通则》第16条的规定，但将“未成年人的父母是未成年人的监护人”的表述改为了更为符合语法规则的“父母是未成年子女的监护人”的表述。父母作为未成年子女的法定监护人，以子女出生这一法律事实为发生原因，一直延续到子女年满18周岁成年为止。父母对未成年子女的监护因子女

出生的法律事实而发生，除因死亡或按法定程序予以剥夺外，任何人不得加以剥夺或限制。养父母和养子女之间的权利和义务、继父母与继子女之间的权利义务，可适用法律对父母子女关系的有关规定。

未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，未成年人处于无人监护的状态，对其人身和财产的保护极为不利，并且这种状态的持续将严重影响未成年人的健康成长。在此情形下，本条规定，此时由下列有监护能力的人按顺序担任监护人：（1）祖父母、外祖父母；（2）兄、姐；（3）其他愿意担任监护人的个人或者组织，但是须经未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。

该款规定基本沿袭了《民法通则》第16条第2款的规定，但有较多完善。《民法通则》第16条第2款未明确除父母外其他有监护能力的人担任监护人的顺序问题，导致理论上和实践中均产生一定的争议。一种观点认为，上述人员并没有顺序限制；另一种观点认为，存在着顺序限制。实践中，当有监护资格的人争当监护人或者相互推诿时，如果没有顺序，法院对此类纠纷就缺乏解决的标准。《民法典》第27条强调了“按顺序”，即除父母外，第一顺位的监护人是祖父母、外祖父母，第二顺位的是兄、姐，第三顺位的才是其他愿意担任监护人的个人或者组织，但是须经未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。

“祖父母”是子女对父亲的父母的称谓，即祖父祖母，俗称爷爷奶奶；“外祖父母”是子女对母亲的父母的称谓，即外祖父、外祖母，俗称外公外婆、姥姥姥爷。“兄”是指同父母的子女中年龄较大的男性。作为未成年人监护人的兄，指成年的兄，即具备完全民事行为能力的人，否则不具备担任监护人的能力和资格。“姐”是指同父母的子女中年龄较大的女性。作为未成年人监护人的姐，也要求必须成年且具备完全民事行为能力。当然，由于我国《民法典》对父母的概念采取较为宽泛的概念，不仅包括亲生父母，还包括继父母、养父母，所以此处的兄、姐相应地也包括亲兄姐、继兄姐和养兄姐。现在农村中青壮年劳动力大量出走城市务工劳动，留下了为数众多的留守儿童，这些儿童长年留在农村生活学习，父母不在身边，经常只能由祖父母、外祖父母或者成年兄姐担任监护人。

本条关于顺位的规定也符合我国的社会生活习惯，因为子女在其父母双亡或一方死亡、另一方没有抚养能力的情况下，大多是先由祖父母、外祖父母来抚养的，在没有祖父母和外祖父母的情况下，由其成年兄姐抚养；没有兄姐的，才由未成年人的其他亲属抚养。

至于未成年人的祖父母、外祖父母、兄、姐之外的其他人担任监

护人的，由于这些人并非未成年人的核心亲属，除自愿担任监护人之外，还必须经未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。这表明公权力机关一定程度的介入和监督，以保障未成年人作为被监护人的合法权益。

（本条由孟强撰写）

第二十八条

无民事行为能力或者限制民事行为能力的成年人，由下列有监护能力的人按顺序担任监护人：

- （一）配偶；
- （二）父母、子女；
- （三）其他近亲属；

（四）其他愿意担任监护人的个人或者组织，但是须经被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。

本条主旨

本条对成年人的法定监护人作出了规定。

相关条文

《民法总则》第28条规定：“无民事行为能力或者限制民事行为能力的成年人，由下列有监护能力的人按顺序担任监护人：（一）配

偶；（二）父母、子女；（三）其他近亲属；（四）其他愿意担任监护人的个人或者组织，但是须经被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。”

《民法通则》第17条规定：“无民事行为能力或者限制民事行为能力的精神病人，由下列人员担任监护人：（一）配偶；（二）父母；（三）成年子女；（四）其他近亲属；（五）关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任，经精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会同意的。”“对担任监护人有争议的，由精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的，由人民法院裁决。”“没有第一款规定的监护人的，由精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。”

《民法通则意见》第12条规定：“民法通则中规定的近亲属，包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。”

理解与适用

本条是关于成年人监护的监护人范围的规定。这一制度源于《民法通则》第17条的规定，但作了适度调整。

设定无民事行为能力或者限制民事行为能力的成年人监护是对无民事行为能力或者限制民事行为能力的成年人的人身、财产及其他合法权益进行监督和保护的必要措施。成年人监护制度的设立目的，既是保护被监护人的合法权益，同时也保护交易安全，因为：无民事行为能力的成年人，可能是从未成年开始就不具备民事行为能力，也可能是曾经具备了完全民事行为能力，但后来因为精神疾病等缺乏意思能力，而成为无民事行为能力人。同样，限制民事行为能力的成年人也可能是从未成年开始即只具备部分民事行为能力，也可能是曾经具备完全民事行为能力，但后来欠缺部分意思能力而成为限制民事行为能力人。从外表看，这些人都已经是成年人，而且其欠缺意思能力的实质未必能够从表面获取，故为保护交易相对人和利益相关者的交易安全，有必要对这类成年人设立监护制度，由监护人代为保护其人身安全，代为管理其财产。

配偶关系因婚姻的合法成立而生效。在我国以夫妻进行结婚登记、取得结婚证的时间为配偶关系开始时间。配偶关系因一方死亡和双方离婚而终止。其他近亲属是指除配偶、父母以及子女之外的近亲属，包括兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。

该条相对于《民法通则》第17条的规定，一个变化就是强调了从有监护能力的人中间“按顺序”产生监护人。因为对精神障碍患者的亲属而言，担任监护人是一个沉重的负担，故常常容易出现亲属相互推诿、不愿意担任监护人的情况，有可能使精神障碍患者难以找到监护人，从而既不利于保护精神障碍患者的利益，也不利于保护他人的利益。所以本条规定强调了顺序性，即无民事行为能力或者限制民事行为能力的成年人的配偶为第一顺位监护人，其父母、子女为第二顺位监护人，其他近亲属是第三顺位监护人，其他愿意担任监护人的个人或者组织是第四顺位监护人。

类似于《民法典》第27条的规定，其他愿意担任监护人的个人或者组织要想担任监护人，除了要出于自愿，还必须经过被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门的同意。这同样是为了更好地保护被监护人的权益而让公权力适度介入监护人的选任。

（本条由孟强撰写）

第二十九条

被监护人的父母担任监护人的，可以通过遗嘱指定监护人。

本条主旨

本条对遗嘱指定监护人的规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第29条规定：“被监护人的父母担任监护人的，可以通过遗嘱指定监护人。”

理解与适用

遗嘱指定监护也是指定监护的一种，是指被监护人的父母亲通过遗嘱给自己未成年的子女或者成年但是没有民事行为能力或者限制民事行为能力的子女指定监护人。遗嘱指定监护符合遗嘱自由原则，因为遗嘱人生前基于其真实的意思标示，可以对其有权处分的财产或其他事项进行安排、处置，此种安排和处置在遗嘱人死亡时生效。^[1]在这种情形下，遗嘱生效的实质要件和形式要件与一般遗嘱的相同。

如果被监护人的父亲或母亲有一方已经去世，仅有父亲或者母亲单独作为监护人，而这唯一的监护人又因病或其他原因去世，那么未来的监护人就只能根据《民法典》第27条的规定，在祖父母、外祖父母、兄、姐以及其他愿意担任监护人的个人或者组织中按顺序产生，这样就难免将监护人的产生完全交由法律决定，当事人意思自治的空间不足。而按照本条的规定，被监护人的父亲或者母亲在去世前就可以立下遗嘱，从近亲属、亲戚朋友甚至相关组织中挑选自己信任的主体作为未成年人的监护人。如此既彰显了民法的意思自治原则，也更有利于对被监护人利益的保护。

当然，如果被监护人的父母均健在，那么仅父亲或母亲一方不能通过遗嘱为被监护人指定监护人，除非经过父母双方协商一致。因为按照《民法典》第27条和第28条的规定，父亲和母亲都是被监护人第一顺位的监护人，只要有一个健在，自然就担任监护人的职责，另一方不得单方进行遗嘱指定。

根据本条规定，遗嘱指定监护应具备如下要件：第一，进行指定的主体是被监护人的父母，其他人担任监护人的，无权进行遗嘱指定监护；第二，指定是以遗嘱的方式进行；第三，被监护人是无民事行为能力或者限制民事行为能力的子女，包括成年和未成年两种情况；第四，被父母遗嘱指定担任监护人的人需具有完全民事行为能力，即

具有监护能力；第五，作为遗嘱的一种类型，遗嘱指定监护同样在遗嘱生效时产生效力。

（本条由孟强撰写）

第三十条

依法具有监护资格的人之间可以协议确定监护人。协议确定监护人应当尊重被监护人的真实意愿。

本条主旨

本条对协议确定监护人的规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第30条规定：“依法具有监护资格的人之间可以协议确定监护人。协议确定监护人应当尊重被监护人的真实意愿。”

《民法通则意见》第15条规定：“有监护资格的人之间协议确定监护人的，应当由协议确定的监护人对被监护人承担监护责任。”

理解与适用

本条是对协议监护的规定，即具有监护资格的数人之间可以通过

协商并达成一致意见的方式为被监护人确定一名或几名监护人。该条规定相对于《民法通则》而言，是新增的规定，但是并非全新的制度，因为1988年《民法通则意见》第15条就曾规定：有监护资格的人之间协议确定监护人的，应当由协议确定的监护人对被监护人承担监护责任。可以说，《民法典》的此条规定，是将多年司法实践证明成熟可行的经验上升为民事立法。

协议确定监护是约定确定监护人的一种方式，是在具有监护资格的多个监护人之间为谁担任监护人职责而产生争议时，通过平等协商的方式来确定其中一位或几位担任监护人的方式。当监护人的确定存在争议时，虽然也可以通过《民法典》第31条规定的方式由有权机关进行指定，但首先在有监护资格的人中间通过协议的方式来确定监护人，既体现了意思自治，也有利于被监护人的利益，因为在协商的过程中，各位具有监护资格的人会进行协商讨论，或者征求被监护人的意见，最终确定出监护人。当然，如果协商之后仍然无法达成协议，则还需要相关机关以指定的方式来确定最后的监护人。

有权进行协商的人，必须是具有监护资格的人。监护资格的确定，应当按照《民法典》第27条和第28条的规定来进行，而且应当遵守这两条关于监护人顺位的规定，即必须先由上一顺位的数位具有监护资格的人进行协商，协商无法达成一致意见的，才能由次一顺位的数位具有监护资格的人进行协商。当上一顺位的监护人之间已经有了协商结果时，次一顺位的监护人就无权协商确定监护人。

本条还强调协议确定监护人应当尊重被监护人的真实意愿。这就是说，在协议确定监护人的过程中，各个具有监护资格的主体还应该尊重被监护人的意愿。如果被监护人希望其中一人来担任自己的监护人，那么各个有监护资格的监护人应当尊重被监护人的意愿，优先让被监护人心目中的理想主体来担任最后的监护人。当然，尊重被监护人意愿还包括被监护人特别排斥的具有监护资格的人不应当担任最后的监护人。在征求被监护人的意见时，根据被监护人是无民事行为能力人还是限制民事行为能力人，采纳其意愿的比例应有所不同，此外，还应结合监护人自身的客观条件和主观意愿来协商选定，但无论如何，应当依照最有利于被监护人的原则来选定。被选定的监护人如果未能依照约定或法定履行监护职责，应当根据《民法典》第34条的规定承担法律责任，此外，还可依据《民法典》第36条的规定被撤销监护资格。

（本条由孟强撰写）

第三十一条

对监护人的确定有争议的，由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门指定监护人，有关当事人对指定不服的，可以向人民法院申请指定监护人；有关当事人也可以直接向人民法院申请指定监护人。

居民委员会、村民委员会、民政部门或者人民法院应当尊重被监护人的真实意愿，按照最有利于被监护人的原则在依法具有监护资格的人中指定监护人。

依据本条第一款规定指定监护人前，被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益处于无人保护状态的，由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会、法律规定的有关组织或者民政部门担任临时监护人。

监护人被指定后，不得擅自变更；擅自变更的，不免除被指定的监护人的责任。

本条主旨

本条对指定监护人的规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第31条规定：“对监护人的确定有争议的，由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门指定监护人，有关当事人对指定不服的，可以向人民法院申请指定监护人；有关当事人也可以直接向人民法院申请指定监护人。”“居民委员会、村民委员会、民政部门或者人民法院应当尊重被监护人的真实意愿，按照最有利于被监护人的原则在依法具有监护资格的人中指定监护人。”“依照

本条第一款规定指定监护人前，被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益处于无人保护状态的，由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会、法律规定的有关组织或者民政部门担任临时监护人。”“监护人被指定后，不得擅自变更；擅自变更的，不免除被指定的监护人的责任。”

《民法通则》第16条规定：“未成年人的父母是未成年人的监护人。”“未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由下列人员中有监护能力的人担任监护人：（一）祖父母、外祖父母；（二）兄、姐；（三）关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任，经未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会同意的。”“对担任监护人有争议的，由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的，由人民法院裁决。”“没有第一款、第二款规定的监护人的，由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。”

《民法通则》第17条规定：“无民事行为能力或者限制民事行为能力的精神病人，由下列人员担任监护人：（一）配偶；（二）父母；（三）成年子女；（四）其他近亲属；（五）关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任，经精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会同意的。”“对担任监护人有争议的，由精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的，由人民法院裁决。”“没有第一款规定的监护人的，由精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。”

理解与适用

本条规定包括4款内容：第1款是关于担任监护人有争议的处理的规定，第2款是关于监护人指定主体应遵循基本原则的规定，第3款是关于被监护人之合法权益处于无人保护状态时担任临时监护人主体的规定，第4款是被指定监护人不得擅自进行变更的规定。

本条规定整合了《民法通则》第16条第3款和第17条第2款的规定，吸收了相关司法解释的经验，并进行了修改、完善。

指定监护是从有监护资格的人中依次选定监护人，因此，指定监护并不是在法定监护人之外确定监护人，而是在具有法定监护资格的人之间对担任监护人产生不确定或者争议时，由有权机关进行指定的监护。这仍然是在法定监护人范围之内确定监护人。

指定监护本质上仍然属于法定监护的范畴，因为指定监护必须在符合法律条件的监护人范围之内进行选择。指定监护的适用前提是担任监护人产生争议。这里的争议，在未成年人是其父母以外的监护人范围内的人争抢担任监护人或互相推诿都不愿意担任监护人；在成年精神障碍患者则是监护范围内的任何人之间的争议。指定监护是解决担任监护人争议的一种方式。通过指定监护的方式，可以解决协议确定不了监护人的纠纷。为确保当事人的合法权益得到保护，有关当事人对指定不服的，可以向人民法院申请指定监护人，也可以直接向人民法院申请指定监护人。

可见，监护人的确定存在争议时，在被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门的介入和监督下，由它们来指定监护人能最大限度保障被监护人的利益。

居民委员会、村民委员会、民政部门或者人民法院应当根据被监护人的意思能力状态，征求其意见，尊重被监护人的真实意愿，按照最有利于被监护人的原则，在依法具有监护资格的人中选择指定监护人。根据这一基本原则，有权机关在指定监护人时，一方面要考虑被监护人的真实意愿，另一方面也要充分考虑监护人的监护能力，即考虑监护人的身体健康状况、经济条件以及与被监护人在生活上的联系等状况，如此才能最大限度保护被监护人的利益。

当监护人的人选存在争议时，就表明被监护人在一定期限内失去了监护人。这对于被监护人而言是十分不利的境地。为最大限度保护被监护人的合法权益，本条第3款还规定了临时监护人制度。临时监护人，是指在指定监护人产生之前暂时对被监护人承担监护职责的主体。就职责和任务而言，临时监护人与一般的监护人没有本质的区别，只是由于其暂时担任监护人的性质，在监护人被确定后，其应当将被监护人的监护事项详细地向最后确定的监护人进行告知，确保被监护人的利益得到充分保护。临时监护人具有过渡的性质，是法律在真正的监护人产生之前避免被监护人的合法权益得不到周全保护而设置的角色。一旦监护人最终选定或指定，临时监护人的角色即告终，监护职责即移交被指定的监护人。

本条中的监护人乃是有权机关进行指定而产生的，因此，监护人被指定后，不得擅自进行变更。擅自变更的，其监护职责并不免除。

如果被指定的监护人确有理由不宜继续担任监护人，或者出现了侵害被监护人的合法权益的情形的，则可以根据本条的规定重新进行指定，或者根据《民法典》第36条的规定撤销其监护资格，另行选择其他具有监护资格的人担任监护人。

（本条由孟强撰写）

第三十二条

没有依法具有监护资格的人的，监护人由民政部门担任，也可以由具备履行监护职责条件的被监护人住所地的居民委员会、村民委员会担任。

本条主旨

本条对单位监护人的规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第32条规定：“没有依法具有监护资格的人的，监护人由民政部门担任，也可以由具备履行监护职责条件的被监护人住所地的居民委员会、村民委员会担任。”

《民法通则》第16条规定：“未成年人的父母是未成年人的监护人。”“未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由下列人员中有监护能力的人担任监护人：（一）祖父母、外祖父母；（二）兄、姐；（三）关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任，经未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会同意的。”“对担任监护人有争议的，由未成年人的父、母的所在单

位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的，由人民法院裁决。”“没有第一款、第二款规定的监护人的，由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。”

《民法通则》第17条规定：“无民事行为能力或者限制民事行为能力的精神病人，由下列人员担任监护人：（一）配偶；（二）父母；（三）成年子女；（四）其他近亲属；（五）关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任，经精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会同意的。”“对担任监护人有争议的，由精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的，由人民法院裁决。”“没有第一款规定的监护人的，由精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。”

理解与适用

本条是关于没有有监护资格的人的情形下，由有关部门和组织担任监护人的规定。从内容上来看，本条规定整合了《民法通则》第16条第4款和第17条第3款的规定，并进行了补充、完善。

在少数情况下，被监护人缺乏监护，且没有依法具有监护资格的人可供指定。此时只能由政府部门和基层群众自治组织承担起监护职责，保障被监护人的人身、财产权益。“无具备监护资格的人”，是指没有合格的法定监护人，而且无法指定适当的监护人。在这种情形下，首先由民政部门担任被监护人的监护人。此处的“民政部门”是指被监护人住所地县级人民政府的民政部门及其派出机构。民政部门担任监护人、进行监护活动时，属于特别法人。

同时，本条还规定在无具有监护资格的人的情况下，也可以由具备履行监护职责条件的被监护人住所地的居民委员会、村民委员会担任监护人。居民委员会、村民委员会具有基层群众性自治组织法人资格，可以从事为履行职能所需要的民事活动。对比民政部门担任监护人，居民委员会、村民委员会担任监护人要满足“具备履行监护职责条件”的要求，即在没有依法具有监护资格的人的情况下，民政部门可以直接担任监护人，而不要求其具备相关条件；而被监护人住所地的居民委员会、村民委员会虽然也可以担任监护人，但必须要具备履

行监护职责的条件。

之所以采取此种规定，是因为这些部门和组织的职责分工不同：民政部门本身应当具备安置、照料被监护人的条件，有国家专门的经费和人员作为保障，而被监护人住所地的居民委员会、村民委员会未必具备这些条件，故居民委员会或村民委员会只有在具备有比较健全的组织机构、有能够履行监护职责的人员和经费等条件时，才适宜担任监护人，否则将使监护人一职形同虚设。

（本条由孟强撰写）

第三十三条

具有完全民事行为能力的成年人，可以与其近亲属、其他愿意担任监护人的个人或者组织事先协商，以书面形式确定自己的监护人，在自己丧失或者部分丧失民事行为能力时，由该监护人履行监护职责。

本条主旨

本条对成年人意定监护人的规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第33条规定：“具有完全民事行为能力的成年人，可以与其近亲属、其他愿意担任监护人的个人或者组织事先协商，以书面形式确定自己的监护人。协商确定的监护人在该成年人丧失或者部分丧失民事行为能力时，履行监护职责。”

《老年人权益保障法》第26条规定：“具备完全民事行为能力的老年人，可以在近亲属或者其他与自己关系密切、愿意承担监护责任的个人、组织中协商确定自己的监护人。监护人在老年人丧失或者部分丧失民事行为能力时，依法承担监护责任。”“老年人未事先确定监护人的，其丧失或者部分丧失民事行为能力时，依照有关法律的规定确定监护人。”

理解与适用

本条是关于成年人意定监护的规定。成年人意定监护，是相对于成年人法定监护的概念，是指成年人在其具备完全民事行为能力时，提前与他人协商并以书面形式确定自己的监护人，待自己丧失民事行为能力时即由预先确定的人担任自己监护人的监护人确定制度。成年人意定监护，使本人在民事行为能力完全时，通过委托合同，预先为自己能力不足时的生活（尤其是老年）作出安排，以确保年老时的生活符合自己的意愿。如民事行为能力完全的人预先选任了受托人，当自己的能力不足以处理日常生活、医疗事务或者财产事务时，受托人成为监护人，代理本人（被监护人）管理事务。^[2]

成年人意定监护制度也是《民法典》相对于《民法通则》而言新增加的规定。但这一制度最早出现在《老年人权益保障法》第26条，该条规定：具备完全民事行为能力的老年人，可以在近亲属或者其他与自己关系密切、愿意承担监护责任的个人、组织中协商确定自己的监护人。监护人在老年人丧失或者部分丧失民事行为能力时，依法承担监护责任。老年人未事先确定监护人的，其丧失或者部分丧失民事行为能力时，依照有关法律的规定确定监护人。《民法典》将这一制度的适用范围从老年人扩大到全部成年人，充分体现和尊重了民事主体的意思自治。

首先，具有完全民事行为能力的成年人，依照《民法典》的规定，是指18周岁以上且智力和精神状况均属正常、能够辨认自己行为的自然人。一般而言，就是指智力水平和精神状况均正常的成年人。

其次，近亲属包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。

被监护人与他人或组织事先协商确定自己的监护人并签订的书面

文件，为委托监护协议，是当事人意思自治的体现。允许事先书面约定监护人的方式，在我国已经进入老龄社会的今天，具有重大的现实意义。随着社会老年化趋势的发展，人均寿命越来越高，但高龄老人中许多人随着年龄增长而丧失或者部分丧失了民事行为能力，需要他人的监护才能保障其人身和财产安全。但现代社会又是一个人员全球化流动的社会，传统的家庭结构和居住方式已经逐步转变，老人的子女很可能在国外工作、居住，或者在异地上班，无法在老人身边陪伴、贴身监护。此外，我国实行了多年的计划生育国策，一对夫妻只生一个孩子，当实行计划生育的夫妻年迈之后，唯一的孩子可能不在身边工作和生活，则顿时面临着无人监护的局面。此外，全国范围内还有为数不少的“失独”家庭。

国务院2017年2月28日印发的《“十三五”国家老龄事业发展和养老体系建设规划》指出：预计到2020年，全国60岁以上老年人口将增加到2.55亿人左右，占总人口比重提升到17.8%左右；高龄老年人将增加到2900万人左右，独居和空巢老年人将增加到1.18亿人左右，老年抚养比将提高到28%左右。因此，我国当下急需多元化的成年人监护方式来保障被监护人，尤其是老年人的合法权益。

成年人一般都具有一些财产，当成年人丧失或部分丧失民事行为能力时，其监护人有权代为管理和处置其财产，其中的利益重大。为避免事后的纠纷及保护交易安全，本条要求成年人意定监护必须以书面形式做成，即保留书面合同，便于日后举证，也便于向交易第三人表明监护人的身份。

意定监护与法定监护均是《民法典》规定的涉及成年人监护的制度，那么当存在意定监护时，是否还适用法定监护？或者说两者的地位孰优孰劣？基于民法尊重民事主体意思自治的基本原则，各国（地区）学说均同意定监护制度优先于法定监护制度。^[3]我国台湾地区学者亦指出：“立于尊重自己决定权之观点，本人若已缔结意定监护契约时，则法院不受理选定法定监护之声请，因此在结果上，成年人监护制度以意定监护为主、法定监护为辅，意定监护制度立法之必要性，由此可见。”^[4]

成年人意定监护是预先确定监护人，但并不生效，只有当该成年人丧失或者部分丧失民事行为能力时，协商确定的监护人才正式成为该成年人的监护人，开始履行监护职责。

（本条由孟强撰写）

第三十四条

监护人的职责是代理被监护人实施民事法律行为，保护被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益等。

监护人依法履行监护职责产生的权利，受法律保护。

监护人不履行监护职责或者侵害被监护人合法权益的，应当承担法律责任。

因发生突发事件等紧急情况，监护人暂时无法履行监护职责，被监护人的生活处于无人照料状态的，被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门应当为被监护人安排必要的临时生活照料措施。

本条主旨

本条对监护人的职责作出了规定。

相关条文

《民法总则》第34条规定：“监护人的职责是代理被监护人实施民事法律行为，保护被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益等。”“监护人依法履行监护职责产生的权利，受法律保护。”“监护人不履行监护职责或者侵害被监护人合法权益的，应当承担法律责任。”

《民法通则》第18条规定：“监护人应当履行监护职责，保护被监护人的人身、财产及其他合法权益，除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产。”“监护人依法履行监护的权利，受法律保护。”“监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的，应当

承担责任；给被监护人造成财产损失的，应当赔偿损失。人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销监护人的资格。”

《民法通则意见》第10条规定：“监护人的监护职责包括：保护被监护人的身体健康，照顾被监护人的生活，管理和保护被监护人的财产，代理被监护人进行民事活动，对被监护人进行管理和教育，在被监护人合法权益受到侵害或者与人发生争议时，代理其进行诉讼。”

《民法通则意见》第20条规定：“监护人不履行监护职责，或者侵害了被监护人的合法权益，民法通则第十六条、第十七条规定的其他有监护资格的人或者单位向人民法院起诉，要求监护人承担民事责任的，按照普通程序审理；要求变更监护关系的，按照特别程序审理；既要求承担民事责任，又要求变更监护关系的，分别审理。”

理解与适用

（一）监护人之监护职责的内容

本条规定采用的是“监护人的职责”这一表述，因此，在监护关系中，监护人负担的是监护职责，在内容上应当是权利与义务的结合。

《民法典》第26条规定，父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务。本条第1~3款规定：监护人的职责是代理被监护人实施民事法律行为，保护被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益等。监护人依法履行监护职责产生的权利，受法律保护。监护人不履行监护职责或者侵害被监护人合法权益的，应当承担法律责任。依据上述规定，监护人的监护职责包括如下内容。

一是代理被监护人实施民事法律行为。

《民法典》第23条规定，无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是其法定代理人。依据该条规定，在法定监护中，监护人是被监护人的法定代理人，代理被监护人实施民事法律行为。在指定监护中，监护人也是在被监护人丧失或者部分丧失民事行为能力时才开始履行监护职责，监护人也需要代理被监护人实施部分民事法律行为。监护制度的首要目的在于弥补被监护人行为能力的不足，监护人

作为被监护人的法定代理人，可以以被监护人的名义进行民事活动，为被监护人取得和行使权利、设定和履行义务。因此，凡是无民事行为能力人和限制民事行为能力人依法不能实施的民事行为，都应当由其监护人代理实施或同意其实施。如果未征得其同意而实施这些行为，必须要获得监护人的事后追认该行为才能有效。正因为监护人要代替或协助被监护人进行民事活动，所以监护人必须具有完全民事行为能力。

二是保护被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益。

监护制度的重要目的是对被监护人进行照管，因此，保护被监护人的人身、财产及其他合法权益也是监护人之监护职责的重要内容。^[5]对于未成年人来说，通常没有自己的独立财产，但在某些情况下（如通过继承、赠与等）也可能取得一定的财产。由于未成年人不具有管理、使用和处分财产的能力，因此应由未成年人的父母或其他监护人代为管理。监护人在履行其财产监护职责时，应注意如下问题：第一，要严格区分被监护人的财产与监护人的财产，避免因双方财产界限不清而造成对被监护人的财产的损害。即使是在父母对子女的监护关系中，如果子女通过继承或接受遗赠等取得了一定的财产，父母也应充分尊重子女的财产权利。为此，监护人应详细开具被监护人的财产目录，建立明确、清楚的账目。第二，监护人要保护被监护人的合法权益。这就要求监护人与被监护人不能有利害冲突，如果由与被监护人有利益冲突的人担任监护人，则容易损害被监护人的利益。监护人不得基于自己的利益而对被监护人的财产进行不正当的使用、调换或作其他用途，损害被监护人的利益。在管理财产的过程中，监护人只享有管理权，没有收益权。例如，监护人将被监护人的财产出租后，不得将租金据为己有。至于在管理过程中支付的必要的费用，应由被监护人以自己的财产承担。第三，监护人对被监护人的财产，如不是为了被监护人的利益，不得转让、出卖、无偿借给他人使用。第四，监护人不得接受被监护人的财产。不管是有偿的还是无偿的，监护人都不得通过赠与、买卖等方式接受被监护人的财产，否则，该行为是无效的。

监护人要保护被监护人的人身、财产不受侵害。在被监护人的人身、财产和其他合法权益受到非法侵害时，监护人作为法定代理人，有权代理被监护人请求法院给予保护，代为参加整个诉讼活动。^[6]

三是教育被监护人。

对未成年人监护来说，监护人的职责主要是保护、教育和关心未成年人，约束未成年人的行为，防止其实施侵害国家财产、集体财产

或他人之人身、财产的不法行为。父母对于子女有抚养、教育、管教、保护的權利和义务。所谓抚养、教育，是指教导和养育子女，使其身心健康发育。所谓管教、保护，是指约束被监护人并保护未成年人的人身安全，使未成年人健康成长。对于父母以何种方式履行其职责，法律一般不作规定。但父母的监护职责，在法律上有明确规定。我国为加强对未成年人的保护和教育，先后制定了《义务教育法》《未成年人保护法》等法律和法规，这些规定也是确定父母对未成年人子女的人身监护职责的重要依据。

四是监督和管教被监护人。

未成年人由于年龄尚小，常常不能对自己的行为作出正确的判断，这就需要对其管教和约束。所以，监护人对被监护人尽到管教、约束的责任，不仅仅是有利于监护人的，也是有利于他人和社会的。如果监护人没有尽到管教和约束被监护人的责任，致使被监护人实施侵害国家财产、集体财产或他人之人身、财产的不法行为的，监护人应当承担民事责任。

五是在被监护人侵害他人时承担侵权责任。

在被监护人导致他人损害时，监护人应当承担侵权责任，这也是其监护职责的重要内容。《民法典》第1188条规定：“无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，由监护人承担侵权责任。监护人尽到监护职责的，可以减轻其侵权责任。”“有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，从本人财产中支付赔偿费用；不足部分，由监护人赔偿。”据此，在被监护人侵害他人时，监护人要承担严格责任，只不过，监护人证明其尽到监护责任的，可以减轻其责任。另外，如果被监护人有财产的，应当先从其本人财产中支付赔偿费用，监护人仅就不足部分承担赔偿责任。

监护人依法履行其监护的职责，受法律的保护，任何组织和个人都不得非法干涉监护人履行自己的职责。但依据法律规定，监护人也应当认真履行其监护职责，若不履行监护职责或侵害被监护人的合法权益，则监护人应依法承担责任。例如，对被监护人虐待、遗弃，情节恶劣，构成犯罪的，监护人应承担刑事责任。监护人不履行或不适当履行监护职责，给被监护人造成财产损失的，应当赔偿损失。在监护人未尽监护职责，侵害被监护人之合法权益的情况下，对于不履行监护职责的监护人，人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销监护人的资格，另行指定他人担任监护人。^[7]

（二）紧急情况下对被监护人的临时照料

在出现突发事件等紧急情况时，监护人可能因此暂时无法履行监护职责，从而使被监护人的生活客观上处于无人照料的情形。例如，在出现新冠病毒疫情等公共卫生事件时，如果监护人罹患疫情，或者因疫情暴发被隔离，客观上无法履行监护职责，则被监护人将处于无人照料的状态，这就需要对被监护人进行临时照料。对此，本条第4款规定：因发生突发事件等紧急情况，监护人暂时无法履行监护职责，被监护人的生活处于无人照料状态的，被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门应当为被监护人安排必要的临时生活照料措施。该规定课以被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门对被监护人的生活进行临时照料的义务，主要目的是保障被监护人的生活，更好地保护其利益，防止其因无人照料而遭受损害；也充分彰显了人文关怀的精神。

（三）监护人不履行监护职责或者侵害被监护人合法权益的责任

依据《民法典》第34条的规定，监护人不履行监护职责或者侵害被监护人合法权益的，应当承担法律责任。如果监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益，则其应当承担相应的法律责任。该条所规定的“法律责任”一般是指侵权责任。当然，在意定监护中，监护人不履行监护职责的，也可能构成违约。

从本条规定来看，监护人承担法律责任的情形主要包括如下两种情况：一是监护人不履行监护职责。监护制度设立的主要目的是对被监护人进行保护和照顾，因此，监护人在履行监护职责时，应当按照最有利于被监护人的原则履行监护职责，这也是监护人的法定义务。二是侵害被监护人的合法权益。如果监护人在履行监护职责时侵害了被监护人的合法权益，则被监护人有权请求监护人承担责任。例如，监护制度的目的在于对被监护人进行管理和照顾，其既包括对被监护人的人身权益进行照顾，也包括对被监护人的财产进行照管。对被监护人的财产而言，监护人负有妥善管理的义务，不得擅自处分被监护人的财产，更不能通过处分被监护人的财产为自己谋利。对此，《民法典》第35条规定：除为维护被监护人利益的情形外，监护人不得处分被监护人的财产。如果监护人擅自处分被监护人的财产，造成其损害的，被监护人有权请求监护人承担责任。

第三十五条

监护人应当按照最有利于被监护人的原则履行监护职责。监护人除为维护被监护人利益外，不得处分被监护人的财产。

未成年人的监护人履行监护职责，在作出与被监护人利益有关的决定时，应当根据被监护人的年龄和智力状况，尊重被监护人的真实意愿。

成年人的监护人履行监护职责，应当最大程度地尊重被监护人的真实意愿，保障并协助被监护人实施与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为。对被监护人有能力独立处理的事务，监护人不得干涉。

本条主旨

本条对监护人履行监护职责的原则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第35条规定：“监护人应当按照最有利于被监护人的原则履行监护职责。监护人除为维护被监护人利益外，不得处分被监护人的财产。未成年人的监护人履行监护职责，在作出与被监护人利益有关的决定时，应当根据被监护人的年龄和智力状况，尊重被监护人的真实意愿。”“成年人的监护人履行监护职责，应当最大程度地尊重被监护人的真实意愿，保障并协助被监护人实施与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为。对被监护人有能力独立处理的事

务，监护人不得干涉。”

《民法通则》第18条规定：“监护人应当履行监护职责，保护被监护人的人身、财产及其他合法权益，除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产。监护人依法履行监护的权利，受法律保护。”“监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的，应当承担责任；给被监护人造成财产损失的，应当赔偿损失。人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销监护人的资格。”

理解与适用

本条规定的是监护人履行监护职责的原则，分为三款：第1款是关于监护人具体履行监护职责、处分被监护人财产应当遵守的一般原则的规定，第2款是关于未成年人的监护人履行监护职责应遵循的特别原则的规定，第3款是关于成年人的监护人履行监护职责所应遵循的特别原则的规定。

如《民法典》第34条第1款所规定的，监护人的职责是代理被监护人实施民事法律行为，保护被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益等。这一职责的范围是较为广泛的。但监护人自身的利益与被监护人的利益虽有重合，但并非完全一致。因此，法律必须对监护人的权利作出一定的限制，使监护职责的履行符合被监护人的最佳利益。最有利于被监护人的原则是民法监护制度的核心原则，也是最基本的原则。该原则贯穿于监护权产生、监护人确定、监护职责履行以及监护权终止等各个环节的全过程。如果监护人的监护行为违背该原则，就不会发生法律效力。

首先，关于监护职责履行的一般原则，本条确立为最有利于被监护人的原则。这一原则采用社会一般人的理性标准来判断，即社会上的一般人均认为监护人的监护行为最有利于被监护人，是被监护人利益的最大化选择，那么这一监护行为就是合理的，反之，则监护行为不具有合理性。

其次，当被监护人有一定的财产时，监护人监护职责的履行中涉及财产的处分的，只能是基于被监护人的利益维护之目的，否则不得处分被监护人的财产。为此，要做到如下几点：一是严格区分被监护人的财产与监护人的财产，不能随意进行财产的混同，否则将会因财

产界限不清而造成对被监护人之财产的损害。监护人应当对被监护人的财产开具财产目录，建立明确、清楚的账目，进行分账管理。二是监护人对被监护人之财产的处分不得与自己存在利益冲突。监护人不得基于自己的利益而对被监护人的财产进行不正当的使用、调换或作其他用途，损害被监护人的利益。在管理财产的过程中，监护人只享有管理权，没有收益权，不得侵占被监护人之财产的孳息。三是非基于被监护人的利益，监护人不得对被监护人的财产进行转让、出售和赠与。四是监护人不得代表被监护人与自己进行交易，获取被监护人的财产；也不得代表被监护人对自己进行财产的赠与，否则，该行为是无效的。

再次，未成年人的监护人在履行监护职责时，尤其是在作出与被监护人之利益相关的决定时，应当依据被监护人的年龄、智力状况、理解能力、意思表示能力等具体情况，征询其意见，尽量尊重被监护人的真实意愿。未成年人可能是无民事行为能力人，也可能是限制民事行为能力人，根据年龄、智力等情况的不同，具备一定的意思能力和表达能力，监护人履行监护职责，在必要时征求被监护人的意见，尊重被监护人的真实意愿，也是符合最有利于被监护人原则的具体体现。

最后，在成年人监护中，被监护人可能曾经具备过完全民事行为能力，因此具有一定的生活经验。这是未成年被监护人所不具备的。在此情形下，监护人履行职责时更应该最大限度地尊重被监护人的真实意愿，尊重其本人的意思表示，保障并协助被监护人实施与其智力、精神健康状态状况相适应的民事法律行为。同时，监护人还应当对被监护人保持一定的尊重，对于被监护人有能力独立处理的事务，应当交由被监护人自行决定和处理，监护人不得干涉。

（本条由孟强撰写）

第三十六条

监护人有下列情形之一的，人民法院根据有关个人或者组织的申请，撤销其监护人资格，安排必要的临时监护措施，并按照最有利于被监护人的原则依法指定监护人：

（一）实施严重损害被监护人身心健康的行为；

（二）怠于履行监护职责，或者无法履行监护职责且拒绝将监护职责部分或者全部委托给他人，导致被监护人处于危困状态；

（三）实施严重侵害被监护人合法权益的其他行为。

本条规定的有关个人、组织包括：其他依法具有监护资格的人，居民委员会、村民委员会、学校、医疗机构、妇女联合会、残疾人联合会、未成年人保护组织、依法设立的老年人组织、民政部门等。

前款规定的个人和民政部门以外的组织未及时向人民法院申请撤销监护人资格的，民政部门应当向人民法院申请。

本条主旨

本条对监护人资格的撤销作出了规定。

相关条文

《民法总则》第36条规定：“监护人有以下情形之一，人民法院根据有关个人或者组织的申请，撤销其监护人资格，安排必要的临时监护措施，并按照最有利于被监护人的原则依法指定监护人：

（一）实施严重损害被监护人身心健康行为的；（二）怠于履行监护职责，或者无法履行监护职责并且拒绝将监护职责部分或者全部委托给他人，导致被监护人处于危困状态的；（三）实施严重侵害被监护人合法权益的其他行为的。”“本条规定的有关个人和组织包括：其他依法具有监护资格的人，居民委员会、村民委员会、学校、医疗机构、妇女联合会、残疾人联合会、未成年人保护组织、依法设立的老年人组织、民政部门等。”“前款规定的个人和民政部门以外的组织未及时向人民法院申请撤销监护人资格的，民政部门应当向人民法院申

请。”

《民法通则》第18条规定：“监护人应当履行监护职责，保护被监护人的人身、财产及其他合法权益，除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产。”“监护人依法履行监护的权利，受法律保护。”“监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的，应当承担责任；给被监护人造成财产损失的，应当赔偿损失。人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销监护人的资格。”

《民法通则意见》第20条规定：“监护人不履行监护职责，或者侵害了被监护人的合法权益，民法通则第十六条、第十七条规定的其他有监护资格的人或者单位向人民法院起诉，要求监护人承担民事责任的，按照普通程序审理；要求变更监护关系的，按照特别程序审理；既要求承担民事责任，又要求变更监护关系的，分别审理。”

《婚姻法解释（三）》第8条规定：“无民事行为能力人的配偶有虐待、遗弃等严重损害无民事行为能力一方的人身权利或者财产权益行为，其他有监护资格的人可以依照特别程序要求变更监护关系；变更后的监护人代理无民事行为能力一方提起离婚诉讼的，人民法院应予受理。”

理解与适用

本条是关于撤销监护人资格情形的规定，一共有三款：第1款规定了得撤销监护人资格的三类情形，第2款是关于撤销申请人之具体范围的规定，第3款是关于无人提出撤销申请时由民政部门提出撤销申请的规定。

本条是对《民法通则》规定的撤销监护资格制度的重大完善，《民法通则》在第18条第3款规定了撤销监护资格的内容，但仅限于“人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销监护人的资格”，对于具体的要件和申请主体并未作详细规定。《民法典》的本条规定，以单列一条的形式，规定了撤销监护人资格的具体内容，完善了自然人监护制度。

民法上的撤销监护资格制度，就是撤销对被监护人不利的监护人资格，重新选择对被监护人有利的监护人。可见，撤销监护资格制度

是民法上自然人监护制度的重要内容，对于保护被监护人的合法权益具有重要意义。

撤销监护资格，是使监护人的监护资格归于消灭，监护人不再享有监护资格的行为。根据本条规定，撤销监护资格一般应出现在如下三类情形中。

一是监护人实施了严重损害被监护人之身心健康的行为。这是指对被监护人的身心健康利益造成严重损害的行为，例如对被监护人打骂冻饿、虐待欺凌等。较为严重的情形包括性侵害、出卖、遗弃、虐待、暴力伤害未成年人等。实践中，监护人的行为是否达到严重损害被监护人之身心健康的程度，需要从行为的性质、情节以及权威机构鉴定的损害后果等方面进行综合判断。

二是监护人自己不履行监护职责导致被监护人处于危困状态的。监护人自己不履行监护职责，包括两种情况，即：（1）监护人自身主观上怠于履行监护职责或客观上无法履行监护职责。（2）能委托他人代为履行监护职责而拒绝委托的。如果监护人确实存在困难，无法履行监护职责，并不会导致其监护资格被撤销，因为法律还允许其委托他人代为履行部分或全部监护职责，但如果监护人连委托他人也都予以拒绝，则将彻底导致被监护人处于无人监护的状态，严重损害被监护人之利益的，就要被撤销监护资格了。被监护人处于危困状态，是指被监护人处于危急、困难等状态，如缺衣少食、病痛、无人看管等。当然，危困状态并不局限于被监护人在经济和物质上的不利地位，也包括身心健康以及其他方面处于权利受损的状态。实践中监护人自己不履行监护职责导致被监护人处于危困状态的常见情形主要有：监护人将未成年人置于无人监管和照看的状态，导致未成年人面临死亡或者严重伤害危险，经教育不改的；监护人拒不履行监护职责长达6个月以上，导致未成年人流离失所或者生活无着的；监护人有吸毒、赌博、长期酗酒等恶习，无法正确履行监护职责或者因服刑等原因无法履行监护职责，且拒绝将监护职责部分或者全部委托给他人，致使未成年人处于困境或者危险状态的；等等。

三是监护人实施其他严重侵害被监护人之合法权益的行为。这是兜底性规定。实践中此类情形包括监护人胁迫、诱骗、利用未成年被监护人乞讨，经公安机关和未成年人救助保护机构等部门三次以上批评教育拒不改正，严重影响未成年被监护人正常生活和学习的；教唆、利用未成年被监护人实施违法犯罪行为，情节恶劣的；等等。

享有撤销申请权的主体包括个人和组织，具体而言，包括：监护人之外其他依法具有监护资格的人，居民委员会、村民委员会、学

校、医疗机构、妇女联合会、残疾人联合会、未成年人保护组织、依法设立的老年人组织、民政部门等。其中，民政部门承担着保底功能，即当其他个人或组织因种种原因未能及时向人民法院申请撤销时，民政部门应依职权提起撤销申请，使被监护人尽快脱离危困的状态。

此外，本条还规定，在人民法院决定撤销监护人的监护资格时，还应当为被监护人安排必要的临时监护措施，并按照最有利于被监护人的原则依法指定监护人。据此，人民法院在决定撤销监护人的监护资格时，同时负有两项义务：一是为被监护人安排必要的临时监护措施，使其不处于无人监护的状态，从而避免原监护人对被监护人，特别是对未成年人造成进一步伤害。二是依法为被监护人指定新的监护人。在指定新的监护人时，应当遵循最有利于被监护人的原则。

（本条由孟强撰写）

第三十七条

依法负担被监护人抚养费、赡养费、扶养费的父母、子女、配偶等，被人民法院撤销监护人资格后，应当继续履行负担的义务。

本条主旨

本条对被撤销监护人资格者所负义务的继续履行作出了规定。

相关条文

《民法总则》第37条规定：“依法负担被监护人抚养费、赡养

费、扶养费的父母、子女、配偶等，被人民法院撤销监护人资格后，应当继续履行负担的义务。”

理解与适用

本条是相对于《民法通则》而言全新的规定，强调了监护资格和抚养义务、赡养义务的区别与不同，即负有抚养、赡养义务的人，即便被撤销监护资格，其抚养、赡养义务并不受撤销的影响，其仍然应当负担抚养、赡养义务。

当然，从内容上看，本条内容并非在法律上首次出现，《未成年人保护法》第53条就曾规定：父母或者其他监护人不履行监护职责或者侵害被监护的未成年人的合法权益，经教育不改的，人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销其监护人的资格，依法另行指定监护人。被撤销监护资格的父母应当依法继续负担抚养费用。该条从民事基本法的层面对撤销监护资格的规则作出规定，对于强化被监护人利益的保护具有重要意义。

父母对未成年子女负有抚养的义务，成年子女对父母负有赡养的义务；同时，夫妻之间也负有互相抚养的义务，因此，父母子女之间、夫妻之间的义务，是法定义务，无论是否担任监护人，都不能免于此种义务的履行。

因此，本条强调，依法负担被监护人之抚养费、赡养费、扶养费的父母、子女、配偶等，即便被人民法院撤销监护人资格，并不能当然免除法定抚养、赡养或扶养的义务，还应当继续履行所负担的义务。

（本条由孟强撰写）

第三十八条

被监护人的父母或者子女被人民法院撤销监护人资格后，除

对被监护人实施故意犯罪的外，确有悔改表现的，经其申请，人民法院可以在尊重被监护人真实意愿的前提下，视情况恢复其监护人资格，人民法院指定的监护人与被监护人的监护关系同时终止。

本条主旨

本条对监护人资格的恢复作出了规定。

相关条文

《民法总则》第38条规定：“被监护人的父母或者子女被人民法院撤销监护人资格后，除对被监护人实施故意犯罪的外，确有悔改表现的，经其申请，人民法院可以在尊重被监护人真实意愿的前提下，视情况恢复其监护人资格，人民法院指定的监护人与被监护人的监护关系同时终止。”

《依法处理监护人侵害未成年人权益行为意见》第38条规定：“被撤销监护人资格的侵害人，自监护人资格被撤销之日起三个月至一年内，可以书面向人民法院申请恢复监护人资格，并应当提交相关证据。”“人民法院应当将前款内容书面告知侵害人和其他监护人、指定监护人。”

《依法处理监护人侵害未成年人权益行为意见》第40条规定：“人民法院经审理认为申请人确有悔改表现并且适宜担任监护人的，可以判决恢复其监护人资格，原指定监护人的监护人资格终止。”“申请人具有下列情形之一的，一般不得判决恢复其监护人资格：（一）性侵害、出卖未成年人的；（二）虐待、遗弃未成年人六个月以上、多次遗弃未成年人，并且造成重伤以上严重后果的；（三）因监护侵害行为被判处五年有期徒刑以上刑罚的。”

理解与适用

本条是关于监护资格被撤销之后恢复监护资格的规定，相对于《民法通则》而言是新增加的规定，是对司法实践经验的吸取和提升，使我国的自然人监护制度更为完整。设定恢复监护资格制度意在灵活处理被撤销监护人资格的父母子女确有悔改表现的情形，这也可以视为监护制度中最有利于被监护人原则的一种具体体现。

该制度适用于父母对子女的监护关系，以及成年子女对父母的监护关系。基于血缘或者抚养关系，父母与子女之间的关系是最为密切的家庭关系，父母与子女之间彼此相互了解，即使之前可能因为法定事由被撤销监护权，但是如果撤销的事由消失后，法律也应当鼓励父母继续担任子女的监护人、成年子女继续担任父母的监护人。

当然，适用该制度，必须排除监护人对被监护人实施故意犯罪而被撤销监护资格的情形，因为这一故意犯罪的情形表明监护人的主观恶性较大，社会危害性较大，难以轻易改正。2014年《依法处理监护人侵害未成年人权益行为意见》第40条的规定，监护人具有下列情形之一的，一般不得判决恢复其监护人资格：（1）性侵害、出卖未成年人的；（2）虐待、遗弃未成年人6个月以上、多次遗弃未成年人，并且造成重伤以上严重后果的；（3）因监护侵害行为被判处5年有期徒刑以上刑罚的。

此外，恢复被撤销监护资格者的监护资格，还应当尊重被监护人的意愿。首先由人民法院征求被监护人的真实意愿，然后再视具体情况决定是否恢复监护人的监护资格。即使被撤销监护资格者确有悔改表现，但是被监护人不愿意该监护人恢复监护资格的，则仍然不能恢复其监护资格。2014年《依法处理监护人侵害未成年人权益行为意见》第39条第2款规定：在此情形下，人民法院应当征求未成年人现任监护人和有表达能力的未成年人的意见，并可以委托申请人住所地的未成年人救助保护机构或者其他未成年人保护组织，对申请人监护意愿、悔改表现、监护能力、身心状况、工作生活情况进行调查，形成调查评估报告。申请人正在服刑或者接受社区矫正的，人民法院应当征求刑罚执行机关或者社区矫正机构的意见。

法院决定恢复监护人的监护资格的，则人民法院指定的监护人与被监护人的监护关系同时终止，否则，将出现复数监护权的情形。在人民法院作出的恢复监护人资格的判决生效后，之前被撤销监护资格者就自动重新获得了对被监护人的监护资格；而人民法院指定的新监

护人与被监护人的监护关系同时终止。前后监护人在进行监护职责交接时，应当尽到充分的报告、询问等义务，以确保被监护人利益的最大化。

（本条由孟强撰写）

第三十九条

有下列情形之一的，监护关系终止：

- （一）被监护人取得或者恢复完全民事行为能力；
- （二）监护人丧失监护能力；
- （三）被监护人或者监护人死亡；
- （四）人民法院认定监护关系终止的其他情形。

监护关系终止后，被监护人仍然需要监护的，应当依法另行确定监护人。

本条主旨

本条对监护关系的终止作出了规定。

相关条文

《民法总则》第39条规定：“有下列情形之一的，监护关系终止：（一）被监护人取得或者恢复完全民事行为能力；（二）监护人

丧失监护能力；（三）被监护人或者监护人死亡；（四）人民法院认定监护关系终止的其他情形。”“监护关系终止后，被监护人仍然需要监护的，应当依法另行确定监护人。”

《民法通则》第70条规定：“有下列情形之一的，法定代理或者指定代理终止：（一）被代理人取得或者恢复民事行为能力；（二）被代理人或者代理人死亡；（三）代理人丧失民事行为能力；（四）指定代理的人民法院或者指定单位取消指定；（五）由其他原因引起的被代理人 and 代理人之间的监护关系消灭。”

理解与适用

本条是关于监护关系终止的规定，分为两款：第1款是关于监护关系终止情形的规定，第2款是关于监护关系终止后应另行确定监护人的规定。

监护因一定的事实而发生，也因一定的法律事实而终止。监护关系的终止，是指监护人与被监护人之间关于监护的权利、义务和职责关系归于消灭。监护关系终止后，监护人不需要再履行保护被监护人之合法权益的职责，而被监护人也没有权利要求监护人对自己履行监护职责。

监护设立的根据不同，监护终止的原因也不相同。根据本条规定，监护主要因下列原因而终止。

（1）被监护人获得了完全民事行为能力，包括取得完全民事行为能力 and 恢复完全民事行为能力两种情形。对于前者，是指于对未成年人的监护，自被监护人成年之日起，监护关系自然终止。对于后者，主要是指被监护人曾经具备完全民事行为能力，因精神障碍而不能辨认或者不能完全辨认自己行为，故而失去了民事行为能力，但后来又恢复了完全民事行为能力。当然，对于精神障碍患者，在其痊愈后，需经利害关系人申请并由人民法院撤销对其作出的监护裁决，才能导致监护关系终止。

（2）监护人丧失监护能力。监护关系的成立以监护人具有完全民事行为能力为条件，监护人如果不具有完全民事行为能力，也就无法履行监护职责，从而应当导致监护关系终止。此外，如果监护人因

自身身体健康状况、经济状况的变化而无力承担监护职责，也属于丧失监护能力的情形。

（3）监护人或被监护人任何一方死亡。监护人的死亡，就意味着主体的消灭，自然不可能再履行监护职责，故监护关系终止；而被监护人的死亡，则意味着监护的必要性丧失，所以监护关系也就此终止。当然，被监护人死亡后，监护人还应当对被监护人的继承人尽到必要的清算、报告等义务。

（4）监护人被人民法院剥夺监护资格。如果监护人不依法履行其监护职责，或者滥用监护资格损害被监护人的利益，则人民法院可以根据有关人员或者单位的申请，经查明事实撤销监护人的监护资格，从而导致监护关系终止。

（5）人民法院认定监护关系终止的其他情形。这是指发生其他客观情况而导致监护关系终止的情形，例如，养父母与养子女之间的监护关系是建立在抚养关系的基础上的，故在抚养关系终止后，监护关系也就失去了存在的基础，由人民法院认定监护关系终止。

需要注意的是，本条基于对被监护人之最佳利益的保护，强调在监护关系终止后，被监护人仍然需要监护的，人民法院应当依法另行确定监护人。这样就使被监护人处于连续的被监护状态，不至于因监护关系的一次终止而处于无人关照的不利状态。

（本条由孟强撰写）

注释：

[1] 郭明瑞，张平华.遗嘱解释的三个问题.法学研究，2004（4）.

[2] 李霞.成年监护制度的现代转向.中国法学，2015（2）.

[3] 倪娜.老年人监护制度研究.厦门：厦门大学出版社，2012：180.

[4] 刘得宽.意定监护制度立法上必要性——以成年（高龄者）监护制度为中心.法学丛刊，第174期（1999年4月）：84.

[5] 魏振瀛.民法.北京：北京大学出版社，2000：66-67.

[6] 杨立新.人身权法论.修订版.北京：人民法院出版社，2002：938.

[7] “殷某1与殷某2申请撤销监护人资格案”，上海市杨浦区人民法院（2010）杨

民一（民）特字第12号民事判决书。

第三节 宣告失踪和宣告死亡

第四十条

自然人下落不明满二年的，利害关系人可以向人民法院申请宣告该自然人为失踪人。

本条主旨

本条对宣告失踪的法定条件作出了规定。

相关条文

《民法总则》第40条规定：“自然人下落不明满二年的，利害关系人可以向人民法院申请宣告该自然人为失踪人。”

《民法通则》第20条规定：“公民下落不明满二年的，利害关系人可以向人民法院申请宣告他为失踪人。”“战争期间下落不明的，下落不明的时间从战争结束之日起计算。”

《民法通则意见》第24条规定：“申请宣告失踪的利害关系人，包括被申请宣告失踪人的配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女以及其他与被申请人有民事权利义务关系的人。”

《民法通则意见》第26条规定：“下落不明是指公民离开最后居住地后没有音讯的状况。对于在台湾或者在国外，无法正常通讯联系的，不得以下落不明宣告死亡。”

理解与适用

宣告失踪是指自然人离开自己的住所下落不明达到法定的期限，经利害关系人申请，人民法院依照法定的程序宣告其为失踪人的一项制度。在我国，改革开放以后，人口流动性日益增强，跨地区、跨国的人口流动日益普遍。人口的大规模流动，经济和社会生活的日益复杂等，都可能带来人员失踪事件。自然人一旦失踪，将对其既有的财产关系产生重大影响：一方面，自然人失踪后，其财产将处于无人照管的状态，很容易受到他人侵害；另一方面，自然人失踪后，其难以主张债权，也难以及时履行债务，这可能影响经济秩序的稳定，对多方当事人的利益产生影响。因此，在法律上设置宣告失踪制度，通过人民法院确认自然人失踪的事实，并通过设置财产代管人管理失踪人的财产，及时了结其债权债务关系，以保护失踪人和利害关系人的利益，从而维护社会、经济秩序的稳定。

当然，宣告失踪的成立以自然人离开自己的住所下落不明达到一定期限为条件。虽然现代通讯方式十分发达，但个人偶尔中断与他人联系的现象时常发生^[1]，如果不设置个人下落不明达到一定期限的限制条件，很可能导致宣告失踪制度的滥用。因此，有必要明确宣告失踪的法定条件，尤其需要以自然人下落不明达到法定期限作为宣告失踪的限制条件。

依据本条规定，宣告失踪应当具备如下条件。

第一，必须有自然人下落不明满2年的事实。所谓下落不明，是指自然人离开最后居所和住所后没有音讯的状况，这种状况须持续、不间断地存在。^[2]如果自然人离开住所和居所后仍然有音讯，只是因为通讯等方面的原因无法联系到，并不属于下落不明。

关于下落不明的起算点，《民法典》第41条规定：“自然人下落不明的时间从其失去音讯之日起计算。战争期间下落不明的，下落不明的时间自战争结束之日或者有关机关确定的下落不明之日起计算。”依据该条规定，自然人下落不明的时间起算点并不是其离开住

所或者居所的时间，而是其失去音讯的时间。如果自然人是在战争期间下落不明的，则其下落不明的时间应自战争结束之日起计算。如果有关机关确定了自然人下落不明的时间，则其下落不明的时间自该机关确定的时间起算。

第二，必须由利害关系人向人民法院提出申请。由于宣告失踪仅涉及当事人之间的私人事务，一般不涉及社会公共利益，因此，人民法院不能依据职权进行失踪宣告，宣告失踪必须由失踪人的利害关系人提出申请。关于利害关系人的范围，《民法典》并没有作出规定，依据《民法通则意见》第24条的规定，申请宣告失踪的利害关系人，包括被申请宣告失踪人的配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女以及其他与被申请人有民事权利义务关系的人。从该条规定来看，其既没有对申请宣告失踪的利害关系人的人数作出规定，也没有对其申请顺序作出规定，因此，上述利害关系人可以单独申请，也可以同时申请，而且其申请并没有顺序限制。即便这些利害关系人就是否宣告失踪发生冲突，只要符合受理的条件，人民法院就应当受理。^[3]

第三，必须经过人民法院依据法定程序宣告。宣告失踪只能由人民法院作出，其他任何机关和个人无权作出宣告失踪的决定。人民法院在收到宣告失踪的申请以后，应当依据《民事诉讼法》规定的特别审理程序，发出寻找失踪人的公告，公告期满以后，仍没有该自然人的音讯时，人民法院才能宣告该自然人为失踪人。

（本条由王利明撰写）

第四十一条

自然人下落不明的时间自其失去音讯之日起计算。战争期间下落不明的，下落不明的时间自战争结束之日或者有关机关确定的下落不明之日起计算。

本条主旨

本条对“自然人下落不明”时间的计算规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第41条规定：“自然人下落不明的时间从其失去音讯之日起计算。战争期间下落不明的，下落不明的时间自战争结束之日或者有关机关确定的下落不明之日起计算。”

《民法通则》第20条规定：“公民下落不明满二年的，利害关系人可以向人民法院申请宣告他为失踪人。”“战争期间下落不明的，下落不明的时间从战争结束之日起计算。”

《民法通则意见》第26条规定：“下落不明是指公民离开最后居住地后没有音讯的状况。对于在台湾或者在国外，无法正常通讯联系的，不得以下落不明宣告死亡。”

《民法通则意见》第28条规定：“民法通则第二十条第一款、第二十三条第一款第一项中的下落不明的起算时间，从公民音讯消失之次日起算。”“宣告失踪的案件，由被宣告失踪人住所地的基层人民法院管辖。住所地与居住地不一致的，由最后居住地基层人民法院管辖。”

理解与适用

自然人下落不明达到一定期间是宣告其失踪的必要条件，因此，在法律上确定从何时开始计算自然人下落不明的时间，是准确适用宣告失踪制度的前提和基础，也是认定某自然人是否符合宣告失踪条件的基本依据。从本条规定来看，其将自然人下落不明的时间计算规则区分为如下两种情形：一是通常情形下的下落不明自该自然人失去音讯之日起计算。二是战争期间下落不明的，则自战争结束之日或者有关机关确定的下落不明之日起计算。

1.自然人下落不明的时间从其失去音讯之日起

计算

依据本条规定，一般情形下，自然人下落不明的时间从其失去音讯之日起计算。所谓失去音讯，是指通过任何通讯方式均无法联系到某人。如果可以联系到某人，但无法确定其具体位置，则不属于失去音讯，不符合宣告失踪的法定条件。需要指出的是，本条所规定的自然人失去音讯的状况应当持续存在、达到法定的期限，才符合宣告失踪的条件。如果某人失去音讯达到一定时间，但后来又再次出现，则应当从该人最后失去音讯之日起计算其下落不明的时间。

2.战争期间下落不明的，下落不明的时间自战争结束之日或者有关机关确定的下落不明之日起计算

依据本条规定，在战争期间下落不明的，则下落不明的时间自战争结束之日或者有关机关确定的下落不明之日起计算。这就对战争期间下落不明的时间计算规则作出了规定。与本条第一句相比，本条第二句属于特别规定，应当优先适用。依据这一规定，自然人在战争期间下落不明的，其下落不明的时间按照如下两种方法确定：一是战争结束之日。自然人在战争期间下落不明的，如果战争状态仍在持续，则难以确定该自然人是否下落不明，因此，将战争结束之日作为该自然人下落不明的时间点，有利于准确认定该自然人下落不明的时间。二是有关机关确定的下落不明的时间。在战争期间，如果某人下落不明，即便战争状态尚未结束，但如果确定无法联系到该人，则有关机关可以确定该人下落不明的时间起算点。同时，有的战争持续时间可能较长，一概以战争结束之日作为某人下落不明的起算点，也不利于保护其利益，因此，本条允许有关机关确定下落不明的时间点，从而使在战争期间确定某人下落不明的时间的规则更为灵活。当然，从本条规定来看，其并没有规定哪些机关有权在战争期限确定自然人下落不明的时间，还需要立法在将来予以进一步明确。

（本条由王叶刚撰写）

第四十二条

失踪人的财产由其配偶、成年子女、父母或者其他愿意担任财产代管人的人代管。

代管有争议，没有前款规定的人，或者前款规定的人无代管能力的，由人民法院指定的人代管。

本条主旨

本条对被宣告失踪人的财产代管人的确定规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第42条规定：“失踪人的财产由其配偶、成年子女、父母或者其他愿意担任财产代管人的人代管。”“代管有争议，没有前款规定的人，或者前款规定的人无代管能力的，由人民法院指定的人代管。”

《民法通则》第21规定：“失踪人的财产由他的配偶、父母、成年子女或者关系密切的其他亲属、朋友代管。代管有争议的，没有以上规定的人或者以上规定的人无能力代管的，由人民法院指定的人代管。”“失踪人所欠税款、债务和应付的其他费用，由代管人从失踪人的财产中支付。”

《民法通则意见》第30条规定：“人民法院指定失踪人的财产代管人，应当根据有利于保护失踪人财产的原则指定。没有民法通则第二十一条规定的代管人，或者他们无能力作代管人，或者不宜作代管人的，人民法院可以指定公民或者有关组织为失踪人的财产代管人。”“无民事行为能力人、限制民事行为能力人失踪的，其监护人即为财产代管人。”

《民事诉讼法解释》第343条规定：“宣告失踪或者宣告死亡案件，人民法院可以根据申请人的请求，清理下落不明人的财产，并指定案件审理期间的财产管理人。公告期满后，人民法院判决宣告失踪

的，应当同时依照民法通则第二十一条第一款的规定指定失踪人的财产代管人。”

理解与适用

在自然人失踪后，其财产处于无人管理的状态。为保护失踪人的利益，本条专门规定了失踪人的财产代管人的确定规则。同时，在某自然人失踪后，其债务人可能需要及时履行债务，其作为债务人也需要向其债权人履行债务。因此，本条对失踪人的财产代管人作出规定，也有利于及时了结其债权债务关系。

（一）失踪人的财产由其配偶、成年子女、父母或者其他愿意担任财产代管人的人代管

依据本条第1款的规定，在自然人失踪后，由其配偶、成年子女、父母或者其他愿意担任财产代管人的人代管。这就对失踪人财产代管人的一般规则作出了规定。本条之所以规定由失踪人的配偶、成年子女、父母或者其他愿意担任财产代管人的人代管失踪人的财产，主要是因为这些人与失踪人关系密切，由其担任代管人，更有利于保护失踪人的财产。

从本条第2款的规定来看，要担任失踪人的财产代管人应当具有一定的代管能力，否则无法担任代管人，因此，对本条第1款所规定的主体而言，其应当具有财产代管能力，否则无法担任财产代管人。

从本条第2款的规定来看，其规定了多个主体均可以担任失踪人的财产代管人，但其既没有规定各个主体担任失踪人之财产代管人的顺序，也没有对失踪人之财产代管人的人数作出限定，因此，可以由失踪人的配偶、成年子女、父母或者其他愿意担任财产代管人的人中的一人或者数人担任财产代管人，各个主体在担任财产代管人方面也没有顺序限制。当然，如果上述主体对于担任失踪人之财产代管人有争议，则依据本条第2款的规定，由人民法院指定失踪人的财产代管人。

（二）代管有争议，没有前款规定的人，或者前款规定的人无代管能力的，由人民法院指定的人代管

本条第2款对人民法院指定失踪人之财产代管人的规则作出了规定。依据该款规定，在如下情形下，将由人民法院指定失踪人的财产代管人。

一是代管有争议的。从该款规定来看，在某自然人失踪后，只要其财产代管有争议，则应当由人民法院指定的人代管。该款并没有明确规定“代管有争议”的内涵，结合本条规定的目的是确定财产代管人，可知此处的“代管有争议”应当包括如下两种情形：（1）失踪人的财产是否需要代管存在争议。也就是说，在某自然人失踪后，各个有资格担任代管人的主体对于该失踪人的财产是否需要代管存在争议。如果失踪人的财产有代管的必要，而各个有代管人资格的主体对此长期存在争议，则有必要由人民法院指定财产代管人。（2）各个有代管人资格的主体对于由谁担任失踪人的财产代管人有争议。如前所述，本条第1款并没有规定各个有代管人资格的人担任代管人的顺序，而各个主体可能对担任财产代管人发生争议，此时，应当由人民法院指定财产代管人。

二是没有第1款规定的人。依据本条第1款的规定，失踪人的财产由其配偶、成年子女、父母或者其他愿意担任财产代管人的人代管。但如果失踪人没有配偶、成年子女，其父母又已经死亡，且没有愿意担任其财产代管人的人，那么就有必要由人民法院为其指定财产代管人，以更好地保护其财产利益。

三是第1款规定的人无代管能力。本条第1款虽然规定了多个主体具有财产代管人资格，但如果这些主体均无法有效管理失踪人的财产，则均难以担任财产代管人。需要指出的是，本条所规定的财产代管能力不同于民事行为能力，完全民事行为能力人也并不当然就有代管能力，因为失踪人的财产管理活动可能具有专业性，或者需要代管人具有一定的管理资质。此时，即便配偶、成年子女、父母或者其他愿意担任财产代管人的人具有完全民事行为能力，其也可能无法有效管理失踪人的财产。因此，在此种情形下，需要由人民法院指定财产代管人。

此外，从本条规定来看，在代管有争议、没有第1款规定的人或者第1款规定的人无代管能力的情形下，由人民法院指定财产代管

人。该款并没有对人民法院指定财产代管人的范围作出限定。这也意味着，即便是各个具有代管资格的人对于担任财产代管人具有争议，人民法院也并不需要在本条第1款所规定的具有财产代管人资格的人之中进行指定，而是可以根据管理失踪人财产的需要，指定合适的财产代管人。

（本条由王叶刚撰写）

第四十三条

财产代管人应当妥善管理失踪人的财产，维护其财产权益。

失踪人所欠税款、债务和应付的其他费用，由财产代管人从失踪人的财产中支付。

财产代管人因故意或者重大过失造成失踪人财产损失的，应当承担赔偿责任。

本条主旨

本条对失踪人之财产代管人的职责作出了规定。

相关条文

《民法总则》第43条规定：“财产代管人应当妥善管理失踪人的财产，维护其财产权益。”“失踪人所欠税款、债务和应付的其他费用，由财产代管人从失踪人的财产中支付。”“财产代管人因故意或者重大过失造成失踪人财产损失的，应当承担赔偿责任。”

《民法通则》第21规定：“失踪人的财产由他的配偶、父母、成年子女或者关系密切的其他亲属、朋友代管。代管有争议的，没有以上规定的人或者以上规定的人无能力代管的，由人民法院指定的人代管。”“失踪人所欠税款、债务和应付的其他费用，由代管人从失踪人的财产中支付。”

《民法通则意见》第31条规定：“民法通则第二十一条第二款中的‘其他费用’，包括赡养费、扶养费、抚育费和因代管财产所需的管理费等必要的费用。”

《民法通则意见》第32条规定：“失踪人的财产代管人拒绝支付失踪人所欠的税款、债务和其他费用，债权人提起诉讼的，人民法院应当将代管人列为被告。”“失踪人的财产代管人向失踪人的债务人要求偿还债务的，可以作为原告提起诉讼。”

《合同法》第374条规定：“保管期间，因保管人保管不善造成保管物毁损、灭失的，保管人应当承担损害赔偿责任，但保管是无偿的，保管人证明自己没有重大过失的，不承担损害赔偿责任。”

理解与适用

（一）失踪人之财产代管人的职责

依据本条规定，财产代管人的职责包括如下内容。

（1）妥善管理失踪人的财产。

本条第1款规定：“财产代管人应当妥善管理失踪人的财产，维护其财产权益。”财产代管人管理失踪人财产的行为主要体现为一种消极的管理行为，如履行失踪人的债务、接受失踪人之债务人的履行等，其一般不得积极利用失踪人的财产。当然，在特殊情形下，为了保护失踪人的利益，财产代管人也需要对失踪人的财产进行积极处分，如为防止失踪人的房屋倒塌，应当允许财产代管人请人代为修缮。同时，依据本条规定，财产代管人应当妥善管理失踪人的财产，而且财产代管人在管理失踪人的财产时应当尽到善良管理人的管理义务。

依据本条第3款的规定，财产代管人只有因故意或者重大过失造成失踪人财产损失时，才需要承担赔偿责任，财产代管人在因一般过失造成失踪人财产损失时，并不需要承担赔偿责任。法律上作出此种规定，主要是考虑到我国法上就无偿委托、赠与等情形，仅要求当事人对其故意或重大过失行为负责。

（2）清偿失踪人的债务，并追索其债权。

财产代管人的另一项主要职责是代理失踪人履行债务和接受履行。一是财产代管人有权从失踪人的财产中支付税款、债务和其他应当支付的费用（如赡养费、抚养费等）。二是财产代管人应当尽力追索失踪人的债权，代理失踪人接受债权。如果财产代管人怠于主张债权或者怠于接受履行造成失踪人财产损失的，财产代管人应当承担赔偿责任。

当然，关于财产代管人是否有权请求报酬，《民法典》并未作出规定。笔者认为，财产代管主要是对失踪人的财产进行临时管理，其只是对失踪人的财产进行一种维护，而不需要使该财产增值，因此，财产代管人原则上只能请求失踪人偿还履行财产代管职责所支出的必要费用，而不能请求失踪人支付管理报酬。

（二）财产代管人因故意或者重大过失造成失踪人财产损失的，应当承担赔偿责任

关于财产代管人造成失踪人财产损失的责任，本条第3款规定：财产代管人因故意或者重大过失造成失踪人财产损失的，应当承担赔偿责任。依据这一规定，只有财产代管人因故意或者重大过失造成失踪人财产损失时，其才应当对失踪人承担赔偿责任。例如因为严重疏忽造成火灾，致失踪人财产毁损，应当负责赔偿。如果财产代管人只是因为一般过失造成失踪人财产损失，其并不需要承担赔偿责任。法律作出此种规定的主要原因在于：财产代管人在管理失踪人的财产时，并没有获得相应的报酬，属于无偿为失踪人管理财产的行为，故不当过分加重财产代管人的负担。

（本条由王利明撰写）

第四十四条

财产代管人不履行代管职责、侵害失踪人财产权益或者丧失代管能力的，失踪人的利害关系人可以向人民法院申请变更财产代管人。

财产代管人有正当理由的，可以向人民法院申请变更财产代管人。

人民法院变更财产代管人的，变更后的财产代管人有权请求原财产代管人及时移交有关财产并报告财产代管情况。

本条主旨

本条对财产代管人的变更规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第44条规定：“财产代管人不履行代管职责、侵害失踪人财产权益或者丧失代管能力的，失踪人的利害关系人可以向人民法院申请变更财产代管人。”“财产代管人有正当理由的，可以向人民法院申请变更财产代管人。”“人民法院变更财产代管人的，变更后的财产代管人有权要求原财产代管人及时移交有关财产并报告财产代管情况。”

《民法通则意见》第35条规定：“失踪人的财产代管人以无力履行代管职责，申请变更代管人的，人民法院比照特别程序进行审理。”“失踪人的财产代管人不履行代管职责或者侵犯失踪人财产权益的，失踪人的利害关系人可以向人民法院请求财产代管人承担民事责任。如果同时申请人民法院变更财产代管人的，变更之诉比照特别程序单独审理。”

《民事诉讼法解释》第344条规定：“失踪人的财产代管人经人民法院指定后，代管人申请变更代管的，比照民事诉讼法特别程序的有关规定进行审理。申请理由成立的，裁定撤销申请人的代管人身份，同时另行指定财产代管人；申请理由不成立的，裁定驳回申请。”

理解与适用

在自然人失踪期间，财产代管人可能因为丧失民事行为能力等原因而无法履行财产代管职责，此时，就有必要变更财产代管人。从比较法上看，一般都认为，当财产代管人不履行职责时，利害关系人可以申请由法院来撤换相应财产代管人。^[4]

（一）财产代管人变更的情形

依据本条第1款、第2款的规定，失踪人之财产代管人的变更包括如下两种情形。

一是失踪人的利害关系人申请变更。本条第1款规定：“财产代管人不履行代管职责、侵害失踪人财产权益或者丧失代管能力的，失踪人的利害关系人可以向人民法院申请变更财产代管人。”依据该规定，在财产代管人不履行代管职责、侵害失踪人之财产权益或者丧失代管能力的情形下，为失踪人设置财产代管人的目的将难以实现，甚至表明财产代管人的行为已与设置财产代管的目的相违背，此时，失踪人的利害关系人有权向人民法院申请变更财产代管人。

二是财产代管人申请变更。本条第2款规定：“财产代管人有正当理由的，可以向人民法院申请变更财产代管人。”依据该规定，如果财产代管人有正当理由，其也可以申请变更财产代管人。正当理由要依据代管的具体情形而判断，例如，财产代管人因为年龄、健康状况等原因难以有效履行财产代管职责，可能导致失踪人遭受损失的，此时，应当允许其向人民法院申请变更财产代管人。

（二）变更后的财产代管人有权请求原财产代管人及时移交有关财产并报告财产代管情

况

本条第3款规定：“人民法院变更财产代管人的，变更后的财产代管人有权请求原财产代管人及时移交有关财产并报告财产代管情况。”该款对财产代管人变更的法律后果作出了规定，即在人民法院变更失踪人的财产代管人后，为保障新的财产代管人有效履行代管职责，同时为了明确当事人之间的权利义务关系，减少纠纷，原财产代管人应当及时将失踪人的有关财产移转给新的财产代管人，并且及时向新的财产代管人报告其担任财产代管人期间的代管情况。

（本条由王利明撰写）

第四十五条

失踪人重新出现，经本人或者利害关系人申请，人民法院应当撤销失踪宣告。

失踪人重新出现，有权请求财产代管人及时移交有关财产并报告财产代管情况。

本条主旨

本条对失踪宣告的撤销规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第45条规定：“失踪人重新出现，经本人或者利害关系人申请，人民法院应当撤销失踪宣告。”“失踪人重新出现，有权

要求财产代管人及时移交有关财产并报告财产代管情况。”

《民法通则》第22条规定：“被宣告失踪的人重新出现或者确知他的下落，经本人或者利害关系人申请，人民法院应当撤销对他的失踪宣告。”

《民事诉讼法》第186条规定：“被宣告失踪、宣告死亡的公民重新出现，经本人或者利害关系人申请，人民法院应当作出新判决，撤销原判决。”

理解与适用

（一）撤销失踪宣告的条件

自然人在被宣告失踪后如果又重新出现，则其有权申请撤销失踪宣告，也可由其利害关系人申请撤销。关于失踪宣告的撤销，本条第1款规定：“失踪人重新出现，经本人或者利害关系人申请，人民法院应当撤销失踪宣告。”依据该规定，撤销失踪宣告应当符合如下条件。

（1）失踪人重新出现。依据本条规定，失踪人重新出现是撤销失踪宣告的条件。依据《民法典》第41条的规定，自然人失踪是指自然人下落不明，即“失去音讯”。与此相对应，失踪人重新出现是指有了失踪人的音讯。失踪人重新出现并不限于失踪人回到原住所或者居住地，如果确知其下落，也应当属于“失踪人重新出现”。

（2）经本人或者利害关系人申请。撤销失踪宣告需要失踪人本人或者其利害关系人向人民法院提出申请。从本条规定来看，失踪人本人或者其利害关系人在申请撤销失踪宣告方面并没有顺序限制，在失踪人重新出现后，利害关系人中的一人或者数人都可向人民法院申请撤销失踪宣告。

（3）由人民法院撤销。撤销失踪宣告的申请应当向作出失踪宣告的人民法院提出，由人民法院作出撤销决定。关于撤销失踪宣告的程序，《民事诉讼法》第186条作了详细规定：被宣告失踪、宣告死亡的公民重新出现，经本人或者利害关系人申请，人民法院应当作出

新判决，撤销原判决。

（二）撤销失踪宣告的法律后果

失踪宣告一旦被撤销，即产生如下法律效力。

一是财产代管关系终止。财产代管人是在自然人失踪期间代其管理财产，一旦失踪宣告被撤销，相应的财产代管关系也应当终止。当然，从本条第2款的规定来看，在失踪人重新出现的情形下，财产代管人即应当负有相应的移转财产和报告义务，此时，即应当认定财产代管关系已经终止。如果财产代管人以失踪人的名义与第三人订立了合同，则合同的效力不受影响，因为代管关系的终止仅对未来发生效力，不影响财产代管人在代管之时的代理权。

二是财产代管人的移交财产和报告义务。本条第2款规定：失踪人重新出现，有权请求财产代管人及时移交有关财产并报告财产代管情况。依据该条规定，一旦失踪人重新出现，则其有权请求财产代管人移交有关财产，并有权请求财产代管人报告代管其财产期间的相关情况。

（三）失踪人重新出现，有权请求财产代管人及时移交有关财产并报告财产代管情况

本条第2款规定：失踪人重新出现，有权请求财产代管人及时移交有关财产并报告财产代管情况。依据这一规定，在失踪人重新出现后，其有权请求财产代管人及时转交有关财产，并请求其报告财产代管情况。因为财产代管人代管失踪人之财产的目的在于临时管理失踪人的财产，以防止失踪人的财产因无人管理而遭受损失，所以，失踪人重新出现并向财产代管人提出请求后，财产代管关系也应随之终止。此时，财产代管人负有如下两项义务：一是及时移交有关财产；二是向重新出现的失踪人报告财产代管情况，即财产代管人代为主张债权、履行债务等情况。

需要指出的是，从本条规定来看，只要失踪人重新出现，其就有权请求财产代管人及时移交有关财产并报告财产代管情况。这并不以失踪宣告被撤销为条件，因为财产代管人管理失踪人财产就是为了防止其财产因无人管理而遭受损失，因此，在失踪人重新出现并向其提出请求时，财产代管人继续管理其财产也就失去了正当性基础，其应

当按照失踪人的请求移交财产并报告财产代管情况，而不论人民法院是否撤销了失踪宣告。

（本条由王利明撰写）

第四十六条

自然人有下列情形之一的，利害关系人可以向人民法院申请宣告该自然人死亡：

- （一）下落不明满四年；
- （二）因意外事件，下落不明满二年。

因意外事件下落不明，经有关机关证明该自然人不可能生存的，申请宣告死亡不受二年时间的限制。

本条主旨

本条对宣告死亡的法定条件作出了规定。

相关条文

《民法总则》第46条规定：“自然人有下列情形之一的，利害关系人可以向人民法院申请宣告该自然人死亡：（一）下落不明满四年；（二）因意外事件，下落不明满二年。”“因意外事件下落不明，经有关机关证明该自然人不可能生存的，申请宣告死亡不受二年时间的限制。”

《民法通则》第23条规定：“公民有下列情形之一的，利害关系人可以向人民法院申请宣告他死亡：（一）下落不明满四年的；（二）因意外事故下落不明，从事故发生之日起满二年的。”“战争期间下落不明的，下落不明的时间从战争结束之日起计算。”

《民法通则意见》第25条规定：“申请宣告死亡的利害关系人的顺序是：（一）配偶；（二）父母、子女；（三）兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女；（四）其他有民事权利义务关系的人。”“申请撤销死亡宣告不受上列顺序限制。”

《民法通则意见》第26条规定：“下落不明是指公民离开最后居住地后没有音讯的状况。对于在台湾或者在国外，无法正常通讯联系的，不得以下落不明宣告死亡。”

《民法通则意见》第27条规定：“战争期间下落不明的，申请宣告死亡的期间适用民法通则第二十三条第一款第一项的规定。”

《民法通则意见》第28条规定：“民法通则第二十条第一款、第二十三条第一款第一项中的下落不明的起算时间，从公民音讯消失之次日起算。”“宣告失踪的案件，由被宣告失踪人住所地的基层人民法院管辖。住所地与居住地不一致的，由最后居住地基层人民法院管辖。”

《民事诉讼法》第184条规定：“公民下落不明满四年，或者因意外事故下落不明满二年，或者因意外事故下落不明，经有关机关证明该公民不可能生存，利害关系人申请宣告其死亡的，向下落不明人住所地基层人民法院提出。”“申请书应当写明下落不明的事实、时间和请求，并附有公安机关或者其他有关机关关于该公民下落不明的书面证明。”

理解与适用

所谓宣告死亡，是指自然人下落不明达到法定期限，经利害关系人申请，人民法院经过法定程序在法律上推定失踪人死亡的一项制度。自然人长期下落不明可能导致相关的财产关系和人身关系长期处于不确定状态，这有可能影响经济秩序和社会秩序。通过宣告死亡制度，可以及时了结下落不明人与他人的财产关系和人身关系，从而维

护正常的社会秩序。

与自然死亡类似，宣告死亡虽然也可以了结被宣告死亡人相关的财产关系和人身关系，但宣告死亡不同于自然死亡：一方面，自然死亡将终局性地了结该自然人的财产关系和人身关系，不存在恢复的可能；而宣告死亡虽然也可以了结被宣告死亡人的财产关系和人身关系，但该民事法律关系存在恢复的可能，即一旦死亡宣告被撤销，相关的财产关系和人身关系即可能恢复。另一方面，自然死亡将消灭该死亡自然人的民事主体资格；而宣告死亡毕竟属于对下落不明人死亡的一种推定，在该自然人仍然生存的情形下，其仍然可以实施民事法律行为，依法取得民事权利、负担民事义务。

宣告死亡和宣告失踪的联系十分密切。在多数情况下，自然人下落不明后，其利害关系人都是先申请宣告失踪，后申请宣告死亡，但两者是存在区别的：一方面，从我国《民法典》的规定来看，宣告失踪并不是宣告死亡的必要步骤和条件。也就是说，只要符合申请宣告死亡的条件，不论利害关系人是否曾经申请宣告失踪，都可以直接到人民法院申请宣告死亡。^[5]另一方面，宣告死亡与宣告失踪的制度功能是不同的。宣告失踪制度主要解决的是被宣告失踪人的财产管理问题，而宣告死亡的制度是为了彻底结束民事法律关系因某自然人长期失踪而产生的不确定状态^[6]，消除某些可能使法律关系悬而不决的因素，维持法律关系的稳定。^[7]

依据本条规定，宣告死亡必须符合以下条件。

第一，自然人下落不明达到法定期限。如前所述，下落不明是指自然人离开最后居所和住所后没有音讯的状况。在宣告死亡的情形下，自然人的下落不明主要是指生死不明，如果确知某人仍然活着，只是没有和家人联系或者不知道其确切地址，不能认为其下落不明，此时，并不符合宣告死亡的条件。

依据本条的规定，在申请宣告死亡的情形下，自然人下落不明达到法定期限可以分为如下两种情形：一是一般情形下，下落不明满4年。可见，与宣告失踪相比，在宣告死亡的情形下，自然人下落不明的时间应当更长，因为在宣告失踪的情况下，只是发生了被宣告失踪人的财产代管和债权债务了结的后果，但宣告死亡以后，还会发生继承的开始、身份关系解除等，因此，宣告死亡的条件应当比宣告失踪的条件严格，所要求的下落不明的时间应当比宣告失踪时所要求的时间长。^[8]二是在自然人因意外事件下落不明时，其下落不明需要满两年。自然人在因意外事件下落不明的情形下生存的可能性相对较小，因此，宣告其死亡时对其下落不明的时间要求也相对较短。此外，依

据本条的规定，在自然人因意外事件下落不明的情形下，如果有关机关证明该自然人不可能生存的，则申请宣告该自然人死亡不受2年时间的限制，即在此情形下，其利害关系人即可申请宣告该自然人死亡。例如，发生沉船事故后，相关部门进行了紧急搜救，证实乘客已不可能生存，此时，其利害关系人可以立即申请宣告该人死亡，而不受2年期限的限制。当然，从本条规定来看，哪些机关可以证明该自然人不可能生存，并不明确，有待将来相关立法予以进一步明确。

第二，必须要由利害关系人提出申请。依据本条的规定，宣告死亡需要由利害关系人向人民法院提出申请。此处所说的利害关系人，是与被宣告死亡之法律后果具有利害关系的人。关于各利害关系人在申请死亡宣告时是否有顺序的先后，存在不同观点。一种观点认为：宣告死亡的利害关系人包含的范围很广，如果没有顺序的限制，就会出现此种情形，即父母要求宣告死亡，但配偶并不希望宣告死亡，如果满足父母的请求，就会干涉配偶的婚姻自主。因此，应有顺序规定。另一种观点认为：我国法律不应当规定申请宣告死亡的顺序，因为如果顺序在前的当事人不申请，则失踪人长期不能被宣告死亡，造成财产关系长期不能稳定。虽然《民法典》并没有对各利害关系人申请宣告死亡的顺序作出规定，但应当认为，各利害关系人在申请死亡宣告时有一定的顺序限制更为合理。

第三，必须要由人民法院作出宣告。依据本条的规定，死亡宣告应当由人民法院作出。人民法院在受理死亡宣告的申请后，应当按照《民事诉讼法》规定的特别审理程序发出寻找下落不明人的公告，公告期届满，没有其音讯的，人民法院才能作出死亡宣告。我国《民事诉讼法》对宣告死亡的程序也作出了规定，在进行死亡宣告时，应当依据相关规定处理。

（本条由王利明撰写）

第四十七条

对同一自然人，有的利害关系人申请宣告死亡，有的利害关系人申请宣告失踪，符合本法规定的宣告死亡条件的，人民法院应当宣告死亡。

本条主旨

本条对宣告失踪与宣告死亡的关系作出了规定。

相关条文

《民法总则》第47条规定：“对同一自然人，有的利害关系人申请宣告死亡，有的利害关系人申请宣告失踪，符合本法规定的宣告死亡条件的，人民法院应当宣告死亡。”

《民法通则意见》第29条规定：“宣告失踪不是宣告死亡的必经程序。公民下落不明，符合申请宣告死亡的条件，利害关系人可以不经申请宣告失踪而直接申请宣告死亡。但利害关系人只申请宣告失踪的，应当宣告失踪；同一顺序的利害关系人，有的申请宣告死亡，有的不同意宣告死亡，则应当宣告死亡。”

理解与适用

在某人下落不明达到一定期间后，同时符合宣告失踪与宣告死亡条件的，其部分利害关系人可能申请宣告其失踪，而部分利害关系人可能申请宣告其死亡。此时，如何处理两种申请之间的关系，存在疑问。

需要指出的是，宣告失踪和宣告死亡在法律效力层面存在一定的冲突，人民法院无法对同一人同时作出失踪宣告和死亡宣告。例如，财产关系而言，在宣告失踪的情形下，需要为失踪人确定财产代管人，以管理其财产；而在宣告死亡的情形下，在法律上将拟制该下落不明的自然人死亡，此时，其财产将会被作为遗产，由其继承人继承。再如，在宣告失踪的情形下，失踪人的婚姻关系并不会受影响；而在宣告死亡的情形下，依据《民法典》第51条的规定，“被宣告死亡的人的婚姻关系，自死亡宣告之日起消除”。此外，在失踪宣告和

死亡宣告被撤销后，其法律后果也存在一定的差别。因此，在某人同时符合宣告失踪与宣告死亡的条件且其利害关系人同时提出宣告失踪申请与宣告死亡申请的情形下，人民法院不能同时作出失踪宣告和死亡宣告，而只作出一种宣告。

为解决这一问题，本条规定：“对同一自然人，有的利害关系人申请宣告死亡，有的利害关系人申请宣告失踪，符合本法规定的宣告死亡条件的，人民法院应当宣告死亡。”依据这一规定，在利害关系人的申请发生冲突时，人民法院应当作出死亡宣告。法律之所以作出此种规定，主要是因为：从法律效果层面看，宣告死亡的法律效果更为广泛，其不仅可以终局地解决失踪人的财产关系，而且可以解决其人身关系。与作出失踪宣告相比，作出死亡宣告能够更好地解决失踪人的权利义务关系。^[9]

（本条由王叶刚撰写）

第四十八条

被宣告死亡的人，人民法院宣告死亡的判决作出之日视为其死亡的日期；因意外事件下落不明宣告死亡的，意外事件发生之日视为其死亡的日期。

本条主旨

本条对宣告死亡时间的推定规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第48条规定：“被宣告死亡的人，人民法院宣告死

亡的判决作出之日视为其死亡的日期；因意外事件下落不明宣告死亡的，意外事件发生之日视为其死亡的日期。”

《民法通则意见》第36条规定：“被宣告死亡的人，判决宣告之日为其死亡的日期。判决书除发给申请人外，还应当在被宣告死亡的人住所地和人民法院所在地公告。”“被宣告死亡和自然死亡的时间不一致的，被宣告死亡所引起的法律后果仍然有效，但自然死亡前实施的民事法律行为与被宣告死亡引起的法律后果相抵触的，则以其实施的民事法律行为为准。”

《继承法意见》第1条规定：“继承从被继承人生理死亡或被宣告死亡时开始。”“失踪人被宣告死亡的，以法院判决中确定的失踪人的死亡日期，为继承开始的时间。”

理解与适用

在宣告死亡的情形下，自然人之死亡时间的认定对于确定相关的权利义务关系具有重要意义。被宣告死亡是人民法院基于利害关系人的申请，依据法定程序推定下落不明的自然人死亡的一种法律制度。作出这种推定首先要确定死亡的具体时间，如果死亡的时间不确定，就不利于准确认定相关的权利义务关系。例如，自然人死亡时间的认定，对于死亡赔偿金的计算、养老金的领取、抚恤金的领取、继承开始时间的确定，甚至婚姻关系的终止时间等，均具有重要意义。

关于宣告死亡情形下自然人死亡时间的认定，本条规定：被宣告死亡的人，人民法院宣告死亡的判决作出之日视为其死亡的日期；因意外事件下落不明宣告死亡的，意外事件发生之日视为其死亡的日期。可见，本条将宣告死亡情形下自然人的死亡时间区分为两种情形。

一是一般情形下被宣告死亡时死亡时间的认定。依据本条规定，一般情形下，在自然人被宣告死亡时，人民法院宣告死亡的判决作出之日视为其死亡时间。该规则基本沿袭了《民法通则意见》的规则，该司法解释第36条第1款规定：被宣告死亡的人，判决宣告之日为其死亡的日期。判决书除发给申请人外，还应当在被宣告死亡的人住所地和人民法院所在地公告。该规则被实践证明是行之有效的。因此，《民法典》继受了这一经验，将人民法院宣告死亡的判决作出之日视

为自然人的死亡时间。

二是因意外事件被宣告死亡时死亡时间的认定。依据本条规定，意外事件导致自然人下落不明，该自然人被宣告死亡的，该意外事件发生的日期将视为该自然人的死亡日期。例如，马航MH370航班事故属于众所周知的意外事故，该事故发生后，相关人员生死未卜。此时，如果依法作出死亡宣告，则相关人员的宣告死亡时间应当是该事故发生的日期。

（本条由王利明撰写）

第四十九条

自然人被宣告死亡但是并未死亡的，不影响该自然人在被宣告死亡期间实施的民事法律行为的效力。

本条主旨

本条就宣告死亡对民事法律行为之效力的影响规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第49条规定：“自然人被宣告死亡但是并未死亡的，不影响该自然人在被宣告死亡期间实施的民事法律行为的效力。”

《民法通则》第24条规定：“被宣告死亡的人重新出现或者确知他没有死亡，经本人或者利害关系人申请，人民法院应当撤销对他的死亡宣告。”“有民事行为能力人在被宣告死亡期间实施的民事法律行

为有效。”

《民法通则》第9条规定：“公民从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务。”

《民法通则意见》第36条规定：“被宣告死亡的人，判决宣告之日为其死亡的日期。判决书除发给申请人外，还应当在被宣告死亡的人住所地和人民法院所在地公告。”“被宣告死亡和自然死亡的时间不一致的，被宣告死亡所引起的法律后果仍然有效，但自然死亡前实施的民事法律行为与被宣告死亡引起的法律后果相抵触的，则以其实施的民事法律行为为准。”

理解与适用

宣告死亡的目的在于终结被宣告死亡人原有的财产关系和人身关系，但其不同于自然死亡，其只是对下落不明的自然人死亡的一种拟制，不能完全等同于自然死亡。在德国法中，死亡宣告的效力仅仅产生一种推定，即推定失踪人在失踪判决所标明的时间为死亡，但这种推定可以被推翻，特别是为被宣告死亡者的重新出现所推翻。^[10]可见，宣告死亡并非为了绝对地消灭或剥夺被宣告死亡人的主体资格，而在于结束以被宣告死亡人住所地为中心的民事法律关系。^[11]

自然人在被宣告死亡后仍然可能生存，并且也必然会从事一些民事活动，由此产生一些新的民事法律关系。如果被宣告死亡的失踪人被认为完全没有权利能力，则其从事任何行为都是无效的。这显然不符合法理。假如被宣告死亡的自然人完全没有民事权利能力却还可以自行向法院申请撤销对他的死亡宣告，即实施有效的诉讼行为，这在民法上是无法解释的。^[12]因此，本条规定：自然人被宣告死亡但是并未死亡的，不影响该自然人在被宣告死亡期间实施的民事法律行为的效力。依据本条规定，在被宣告死亡后，如果自然人仍然生存的，则其主体资格并不受影响，其与被宣告死亡后所实施的民事法律行为的效力也不受影响。

（本条由王利明撰写）

第五十条

被宣告死亡的人重新出现，经本人或者利害关系人申请，人民法院应当撤销死亡宣告。

本条主旨

本条对死亡宣告的撤销规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第50条规定：“被宣告死亡的人重新出现，经本人或者利害关系人申请，人民法院应当撤销死亡宣告。”

《民法通则》第24条规定：“被宣告死亡的人重新出现或者确知他没有死亡，经本人或者利害关系人申请，人民法院应当撤销对他的死亡宣告。”“有民事行为能力人在被宣告死亡期间实施的民事法律行为有效。”

《民事诉讼法》第186条规定：“被宣告失踪、宣告死亡的公民重新出现，经本人或者利害关系人申请，人民法院应当作出新判决，撤销原判决。”

理解与适用

宣告死亡毕竟是一种法律上的死亡推定，该推定是可以被推翻的。^[13]自然人被宣告死亡后，其在客观上仍然可能处于生存状态。

在确知该自然人仍然生存时，其本人或者利害关系人即有权撤销之前的死亡宣告。对此，本条规定：被宣告死亡的人重新出现，经本人或者利害关系人申请，人民法院应当撤销死亡宣告。依据本条规定，死亡宣告的撤销应当具备如下条件。

一是被宣告死亡的人重新出现。被宣告死亡的人重新出现包括的情形很多，例如，该自然人回到原住所或者居住地，或者有人确知其下落，或者虽然难以确定其下落，但确定其仍然处于生存状态。只要出现了能够确定被宣告死亡人仍然生存、否定其已经死亡的情形，就可以认定属于本条所规定的“重新出现”。

二是必须经本人或者利害关系人申请。虽然被宣告死亡人重新出现，但并不意味着其原有的人身、财产关系就当然恢复，而必须要经过本人或利害关系人申请，由人民法院作出新的判决，撤销原有的死亡宣告。毕竟，死亡宣告的判决具有既判力，而且已经产生了相应的法律后果，所以，要推翻该判决，也必须经过法定的程序。^[14]这就是说，撤销死亡宣告需要被宣告死亡人或者利害关系人提出申请。关于申请撤销死亡宣告的利害关系人的范围，《民法典》并没有作出规定，因此，只要被宣告死亡的人重新出现，任何一个利害关系人都可以申请撤销死亡宣告。

三是由人民法院作出撤销宣告的判决。《民事诉讼法》在特别程序中对撤销死亡宣告作出了规定。该法第186条规定：被宣告失踪、宣告死亡的公民重新出现，经本人或者利害关系人申请，人民法院应当作出新判决，撤销原判决。

（本条由王利明撰写）

第五十一条

被宣告死亡的人的婚姻关系，自死亡宣告之日起消除。死亡宣告被撤销的，婚姻关系自撤销死亡宣告之日起自行恢复。但是，其配偶再婚或者向婚姻登记机关书面声明不愿意恢复的除外。

本条主旨

本条就宣告死亡对婚姻关系的影响作出了规定。

相关条文

《民法总则》第51条规定：“被宣告死亡的人的婚姻关系，自死亡宣告之日起消灭。死亡宣告被撤销的，婚姻关系自撤销死亡宣告之日起自行恢复，但是其配偶再婚或者向婚姻登记机关书面声明不愿意恢复的除外。”

《民法通则意见》第37条规定：“被宣告死亡的人与配偶的婚姻关系，自死亡宣告之日起消灭。死亡宣告被人民法院撤销，如果其配偶尚未再婚的，夫妻关系从撤销死亡宣告之日起自行恢复；如果其配偶再婚后又离婚或者再婚后配偶又死亡的，则不得认定夫妻关系自行恢复。”

理解与适用

从本条规定来看，其包含如下两方面含义：一是死亡宣告对被宣告死亡的人的婚姻关系的影响，二是死亡宣告被撤销对被宣告死亡的人的婚姻关系的影响。

1.被宣告死亡的人的婚姻关系，自死亡宣告之日起消除

宣告死亡制度的主要功能是为了结被宣告死亡人原有的人身关系和财产关系，因此，死亡宣告一旦作出，被宣告死亡人的婚姻关系即应当消灭。

2.死亡宣告被撤销对被宣告死亡的人的婚姻关系的影响

关于死亡宣告被撤销对被宣告死亡的人的婚姻关系的影响，本条规定：死亡宣告被撤销的，婚姻关系自撤销死亡宣告之日起自行恢复。但是，其配偶再婚或者向婚姻登记机关书面声明不愿意恢复的除外。依据本条规定，被宣告死亡人的婚姻关系原则上应当自行恢复，但在例外情形下，其婚姻关系不能自行恢复。依据本条规定，该例外情形包括如下两种。

一是其配偶已经再婚。在死亡宣告后，被宣告死亡人的婚姻关系已经消除，其配偶可以再婚，该婚姻也受到法律保护，因此，在此情形下，即便死亡宣告被撤销，被宣告死亡之人的婚姻关系也不能当然恢复。这有利于维持婚姻家庭关系的稳定。需要指出的是，依据本条规定，只要被宣告死亡的人的配偶再婚的，其婚姻关系就不能自行恢复，因此，如果配偶再婚，即使其再婚后又离婚或再婚后新配偶死亡，也属于本条所规定的“其配偶再婚”的情形。此种情形下，被宣告死亡的人与其配偶之间的婚姻关系也不得自动回复。

二是其配偶向婚姻登记机关书面声明不愿意恢复。也就是说，如果被宣告死亡之人的配偶不愿意恢复婚姻关系的，则其有权向婚姻登记机关声明不愿恢复婚姻关系。本条要求当事人作出书面声明，主要是为了避免发生争议。法律作出此种规定，有利于保护当事人的婚姻自由。^[15]从本条规定来看，其并没有对被宣告死亡之人的配偶作出书面声明的时间作出限定，因此，其既可以在死亡宣告被撤销前作出，也可以在死亡宣告被撤销后作出。

（本条由王利明撰写）

第五十二条

被宣告死亡的人在宣告死亡期间，其子女被他人依法收养的，在死亡宣告被撤销后，不得以未经本人同意为由主张收养行为无效。

本条主旨

本条就宣告死亡对收养关系的影响作出了规定。

相关条文

《民法总则》第52条规定：“被宣告死亡的人在被宣告死亡期间，其子女被他人依法收养的，在死亡宣告被撤销后，不得以未经本人同意为由主张收养关系无效。”

《民法通则意见》第38条规定：“被宣告死亡的人在被宣告死亡期间，其子女被他人依法收养，被宣告死亡的人在死亡宣告被撤销后，仅以未经本人同意而主张收养关系无效的，一般不应准许，但收养人和被收养人同意的除外。”

《收养法》第23条第1款规定：“自收养关系成立之日起，养父母与养子女间的权利义务关系，适用法律关于父母子女关系的规定；养子女与养父母的近亲属间的权利义务关系，适用法律关于子女与父母的近亲属关系的规定。”

《收养法》第26条规定：“收养人不履行抚养义务，有虐待、遗弃等侵害未成年养子女合法权益行为的，送养人有权要求解除养父母与养子女间的收养关系。送养人、收养人不能达成解除收养关系协议的，可以向人民法院起诉。”

《收养法》第29条规定：“收养关系解除后，养子女与养父母及其他近亲属间的权利义务关系即行消除，与生父母及其他近亲属间的权利义务关系自行恢复，但成年养子女与生父母及其他近亲属间的权利义务关系是否恢复，可以协商确定。”

理解与适用

在某自然人被宣告死亡的情形下，在法律上将拟制其已经死亡。其子女如果符合被收养的条件，将可以被收养。关于被收养的条件，《民法典》第1093条规定：“下列未成年人，可以被收养：（一）丧失父母的孤儿；（二）查找不到生父母的未成年人；（三）生父母有特殊困难无力抚养的子女。”关于宣告死亡对收养关系的影响，本条规定：“被宣告死亡的人在被宣告死亡期间，其子女被他人依法收养的，在死亡宣告被撤销后，不得以未经本人同意为由主张收养行为无效。”宣告死亡具有消灭自然人既有人身关系的效力，因此，自然人一旦被宣告死亡，如果符合收养的条件，其子女就可以被他人收养，依法产生的收养关系受法律保护，非因法律规定的原因，不得擅自解除或者被宣告无效。法律作出此种规定，有利于维护合法收养关系的效力，保持收养关系的稳定性，也有利于保护被收养人和收养人的利益。

（本条由王利明撰写）

第五十三条

被撤销死亡宣告的人有权请求依照本法第六编取得其财产的民事主体返还财产；无法返还的，应当给予适当补偿。

利害关系人隐瞒真实情况，致使他人被宣告死亡而取得其财产的，除应当返还财产外，还应当对由此造成的损失承担赔偿责任。

本条主旨

本条就撤销死亡宣告对财产的法律效果作出了规定。

相关条文

《民法总则》第53条规定：“被撤销死亡宣告的人有权请求依照继承法取得其财产的民事主体返还财产。无法返还的，应当给予适当补偿。”“利害关系人隐瞒真实情况，致使他人被宣告死亡取得其财产的，除应当返还财产外，还应当对由此造成的损失承担赔偿责任。”

《民法通则》第25条规定：“被撤销死亡宣告的人有权请求返还财产。依照继承法取得他的财产的公民或者组织，应当返还原物；原物不存在的，给予适当补偿。”

《民法通则意见》第39条规定：“利害关系人隐瞒真实情况使他人被宣告死亡而取得其财产的，除应返还原物及孳息外，还应对造成的损失予以赔偿。”

《民法通则意见》第40条规定：“被撤销死亡宣告的人请求返还财产，其原物已被第三人合法取得的，第三人可不予返还。但依继承法取得原物的公民或者组织，应当返还原物或者给予适当补偿。”

《物权法》第29条规定：“因继承或者受遗赠取得物权的，自继承或者受遗赠开始时发生效力。”

《物权法》第34条规定：“无权占有不动产或者动产的，权利人可以请求返还原物。”

《物权法》第244条规定：“占有的不动产或者动产毁损、灭失，该不动产或者动产的权利人请求赔偿的，占有人应当将因毁损、灭失取得的保险金、赔偿金或者补偿金等返还给权利人；权利人的损害未得到足够弥补的，恶意占有人还应当赔偿损失。”

理解与适用

从本条规定来看，其包含如下两方面含义：一是继承人的返还和适当补偿义务，二是利害关系人隐瞒真实情况的赔偿责任。

（一）继承人的返还和适当补偿义务

死亡宣告的撤销将产生财产关系恢复的效果。对此，本条第1款规定：被撤销死亡宣告的人有权请求依照《民法典》第六编取得其财产的民事主体返还财产；无法返还的，应当给予适当补偿。依据本款规定，一旦自然人的死亡宣告被撤销，其继承人应当向自己依照继承法所取得的财产，原则上应当返还原物。由于宣告死亡只是对死亡的一种拟制，被宣告死亡的自然人仍然可能生存，故在被宣告死亡的自然人重新出现后，对其死亡的拟制将被推翻，相关当事人通过继承所取得的财产应当返还给被宣告死亡的人。并且，继承人取得遗产是无偿的，课以其返还义务也不会不当加重其负担。

值得讨论的是：某人被宣告死亡后，其子女已经继承了其财产，后将该财产赠与他人的，受赠人是否应当返还？如果按照不当得利的规则，善意的受益人仅以其现存利益为限进行返还，所以，继承人不负有返还义务，但受赠人负有返还的义务，主要是因为受赠人无偿取得了利益。对此，《民法典》第988条规定：得利人已经将取得的利益无偿转让给第三人的，受损失的人可以请求第三人在相应范围内承担返还义务。

当然，继承人对宣告死亡的发生并无过错，且属于合法取得财产，在其取得财产后，有权将财产使用、消费，因此，在死亡宣告被撤销后，如果其所继承的财产无法返还，如财产已经毁损、灭失，则其并不承担赔偿责任，而只需要给予适当补偿。^[16]所谓适当，主要是考虑返还义务人取得财产的价值、返还能力以及获得的利益。

（二）利害关系人隐瞒真实情况的赔偿责任

关于利害关系人隐瞒真实情况的赔偿责任，本条第2款规定：利害关系人隐瞒真实情况，致使他人被宣告死亡而取得其财产的，除应当返还财产外，还应当对由此造成的损失承担赔偿责任。依据这一规定，利害关系人承担此种责任应当符合如下条件。

第一，利害关系人隐瞒了失踪人未死亡的信息。此处所说的“隐瞒真实情况”应当是指利害关系人明知或者应当知道失踪人并未死亡，但故意隐瞒这一事实，从而导致失踪人被错误地宣告死亡。^[17]利害关系人隐瞒真实情况，是指利害关系人明知被宣告死亡人未死

亡，但却故意告知其下落不明，或者在被询问时未告知被宣告死亡人未死亡的信息。

第二，必须因此致使他人被宣告死亡。也就是说，某人被宣告死亡，是因为利害关系人明知失踪人并未死亡，而故意隐瞒真相所致，如果利害关系人如实向人民法院告知失踪人未死亡的信息，则该失踪人将不会被宣告死亡。

第三，因死亡宣告取得其财产，即隐瞒真实信息的利害关系人因失踪人被宣告死亡而取得了其财产。当然，取得财产的原因可以是继承，也可以是其他原因。因此，在死亡宣告被撤销后，利害关系人应承担两种责任：一是返还财产，即在返还因此所取得的财产；二是如果被宣告死亡人还有其他损失，仍然应当予以赔偿。因为在利害关系人隐瞒真实情况的情形下，其取得相关财产具有一定的过错，所以其既需要向被宣告死亡人返还因此所取得的全部财产，还应当赔偿损失。此处的赔偿责任不同于本条第1款所规定的补偿责任，而是完全赔偿责任。

（本条由王利明撰写）

注释：

- [1] 陈甦.民法总则评注：上册.北京：法律出版社，2017：296.
- [2] 柳经纬.民法总论.厦门：厦门大学出版社，2000：94-95.
- [3] 柳经纬.民法总论.厦门：厦门大学出版社，2000：95.
- [4] MüKoBGB/Schwab，§1911，Rn.23.
- [5] 李适时.中华人民共和国民法总则释义.北京：法律出版社，2017：132.
- [6] 陈甦.民法总则评注：上册.北京：法律出版社，2017：330.
- [7] 朱庆育.民法总论.北京：北京大学出版社，2013：381.
- [8] 李适时.中华人民共和国民法总则释义.北京：法律出版社，2017：129.
- [9] 李适时.中华人民共和国民法总则释义.北京：法律出版社，2017：132.
- [10] 迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论.邵建东，译.北京：法律出版社，2000：789.
- [11] 王泽鉴.民法总则.北京：北京大学出版社，2009：111.

[12] 柳经纬.民法总论.厦门：厦门大学出版社，2000：97.

[13] 史尚宽.民法总论.北京：中国政法大学出版社，2000：97.

[14] 李适时.中华人民共和国民法总则释义.北京：法律出版社，2017：137.

[15] 石宏.中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及相关规定.北京：北京大学出版社，2017：106-107.

[16] 李适时.中华人民共和国民法总则释义.北京：法律出版社，2017：141.

[17] 陈甦.民法总则评注：上册.北京：法律出版社，2017：368-369.

第四节 个体工商户和农村承包经营户

第五十四条

自然人从事工商业经营，经依法登记，为个体工商户。个体工商户可以起字号。

本条主旨

本条对个体工商户的概念作出了规定。

相关条文

《民法总则》第54条规定：“自然人从事工商业经营，经依法登记，为个体工商户。个体工商户可以起字号。”

《民法通则》第26条规定：“公民在法律允许的范围内，依法经核准登记，从事工商业经营的，为个体工商户。个体工商户可以起字号。”

《民法通则意见》第41条规定：“起字号的工商户，在民事诉讼中，应以营业执照登记的户主（业主）为诉讼当事人，在诉讼文书注

明系某字号的户主。”

《民事诉讼法解释》第59条第1款规定：“在诉讼中，个体工商户以营业执照上登记的经营者为当事人。有字号的，以营业执照上登记的字号为当事人，但应同时注明该字号经营者的基本信息。”

理解与适用

本条明确了何为“个体工商户”，以及个体工商户起字号的权利。事实上，自然人一旦以个体工商户的名义从事工商业经营活动，就成为商事主体。^[1]这里所说的工商业是广义的。在历史上我国曾经限定个体工商户的经营范围^[2]，不过，目前，只要自然人申请登记的经营范围不属于法律、行政法规禁止进入的行业，都可以办理个体工商户登记^[3]，从而最大限度地保障了经营自由。例如，自然人开设服装店、理发店、日杂商店、小吃店、石材厂、建材厂等，都可以申请注册为个体工商户。

从历史的角度观察，个体工商户是我国20世纪80年代改革开放政策的产物，是在原禁止或限制自然人经营工商业的体制下逐渐允许私人经营而采取的法律形式，实际是我国自然人经商解冻，步向自由经营的先声。^[4]在这种背景下，我国《民法通则》规定了个体工商户制度。在我国民法典编纂过程中，面对已经改变了的社会情事和法律制度体系，对于个体工商户是否还需要在法律上予以规定，不少学者提出否定意见。他们认为：单个自然人从事工商业经营，可以采取个人独资企业的形式^[5]，而两个以上的自然人从事工商业经营，可以采取合伙协议或合伙企业的形式。^[6]而且个体工商户制度已经不符合历史发展需要。^[7]不过，最后，立法者大概是考虑到尊重我国既有的现实（目前有五千多万户）、国家对个体工商户的改革方向尚不明晰等因素，保留了个体工商户制度。

在立法保留个体工商户制度的前提下，个体工商户在民事主体制度中的归属和定位仍然值得探讨。就此，在理论上存在不同的看法。一种观点认为，个体工商户只是我国特有的自然人参与经营活动的方式，属于自然人的特殊形式。^[8]另一种观点认为，个体工商户属于非法人组织。^[9]还有一种观点认为，个体工商户如为一人经营，应为从事经营活动的自然人个人（商法学上称之为“商自然人”）；如为二人以上共同经营，则其性质应为合伙。^[10]笔者赞成最后一种观点。如

此可以使个体工商户很好地融入我国既有的民事主体制度，实现体系化。^[11]

为了规范个体工商户的登记和管理等，我国颁布了《个体工商户条例》《个体工商户登记管理办法》《个体工商户名称登记管理办法》等规范性法律文件。

从实际来看，自然人要从事工商业经营，都可以申请登记为个体工商户。当然，单个自然人从事工商业经营也可以注册个人独资企业，两个以上的自然人从事工商业经营可以仅订立合伙协议或者设立合伙企业。

目前，为了鼓励我国台湾居民、港澳居民在大陆投资创业，法律允许他们在大陆申请登记为个体工商户，不需要办理外资审批（不包括特许经营）。只不过，法律仅允许他们采取“个人经营”的形式。^[12]自然人申请登记为个体工商户的，应当向其经营场所所在地登记机关申请注册登记^[13]，并取得营业执照。在领取营业执照以后，可以办理税务登记^[14]，在银行或者其他金融机构开立账户^[15]，并可以根据经营需要招用从业人员，但应当依法与招用的从业人员订立劳动合同。^[16]

按照《民法典》第54条的规定，“个体工商户可以起字号”。这实际上使作为个体工商户的自然人享有一般自然人所不享有的一项特殊权利，即起字号的权利。^[17]具体来说，应当依据《个体工商户名称登记管理办法》办理，例如，“眉山市东坡区天池页岩建材厂”就是个体工商户的名称。^[18]

在民事诉讼中，个体工商户以营业执照上登记的经营者为当事人；有字号的，以营业执照上登记的字号为当事人，但应同时注明该字号经营者的基本信息；如果营业执照上登记的经营者与实际经营者不一致，则以登记的经营者和实际经营者为共同诉讼人。^[19]

（本条由周友军撰写）

第五十五条

农村集体经济组织的成员，依法取得农村土地承包经营权，

从事家庭承包经营的，为农村承包经营户。

本条主旨

本条对农村承包经营户的概念作出了规定。

相关条文

《民法总则》第55条规定：“农村集体经济组织的成员，依法取得农村土地承包经营权，从事家庭承包经营的，为农村承包经营户。”

《民法通则》第27条规定：“农村集体经济组织的成员，在法律允许的范围内，按照承包合同规定从事商品经营的，为农村承包经营户。”

《物权法》第125条规定：“土地承包经营权人依法对其承包经营的耕地、林地、草地等享有占有、使用和收益的权利，有权从事种植业、林业、畜牧业等农业生产。”

理解与适用

本条要规范的对象是农村承包经营户。确切地说，本条对何为“农村承包经营户”进行了界定。

农村承包经营户是我国20世纪70年代末农村经济体制改革的产物。当时，我国农村进行了以联产承包经营制为内容的经营方式改革（如包产到户）。^[20]可以说，至今农村承包经营户仍然是最为重要的农村集体经济的经营形式。^[21]

在我国民法典立法过程中，有学者提出，农村承包经营户制度应当废止。其主要理由在于，农村承包经营户的概念不具有科学性和严谨性^[22]，而且，背离了城乡一体化的改革目标。^[23]不过，立法者在《民法典》中仍然保留了这一制度。这大概是考虑到农村承包经营户大量存在的现实（2亿多户），同时，也是考虑到目前农村集体经济领域的改革仍处于探索阶段。

值得注意的是，2008年的中央一号文件就已经提出，要将家庭农场和专业大户作为规模经营的主体。中国共产党十八届三中全会再次强调这一问题。^[24]不过，对于家庭农场和专业大户与农村承包经营户的关系，《民法典》并没有明确。

依据本条规定，农村承包经营户是指依法取得农村土地承包经营权、从事家庭承包经营的农户。在《民法典》规定农村承包经营户的背景下，在解释上，如何确定农村承包经营户在民事主体制度中的归属和定位，也值得探讨。对此，理论上存在不同的观点。一是自然人说。此种观点认为，农村承包经营户只是我国特有的自然人利用农村集体经济组织的财产进行经营活动的方式，属于自然人的特殊形式。^[25]二是非法人组织说。此种观点认为，农村承包经营户有一定的组织机构和财产，且能够以自己的名义对外从事民事活动，符合非法人组织的特征。^[26]三是家庭合伙说。此种观点认为，农村承包经营户是以家庭成员为合伙人的、以营利为目的的家庭合伙。家庭合伙与普通合伙有相同之处，也有不同点。^[27]

笔者认为，如果农村承包经营户只有一人，则为自然人；如果其中有两人以上，则应当作为合伙来对待。在户内有两个或两个以上成员的情形，各个成员之间应当形成共有的关系。

按照我国《农村土地承包法》的规定，农村土地承包大体上采取两种方式：一是家庭承包，即由农村集体经济组织内部的家庭承包。二是其他方式的承包，即不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地，可以采取招标、拍卖、公开协商等方式承包。通常来说，农户的代表（即户主）应当与农村集体经济组织签订土地承包合同^[28]，在没有农村集体经济组织的地方，往往由村民委员会代行农村集体经济组织的职权，作为发包方。此后该特定家庭就成为农村承包经营户，而不需要像个体工商户那样进行核准登记。^[29]另外，农村承包经营户也不享有起字号的权利。^[30]

农村承包经营户取得的农村土地承包经营权是我国物权法确认的一种重要用益物权。在三权分置的背景下，农户甚至可以在农村土地承包经营权之上再设立经营权。另外，如果农户与农村集体经济组织

订立了承包合同，其还基于合同享有合同债权。如果农户所承包的土地被征收，其还可以依据《民法典》第243条等享有获得征收补偿的权利。

（本条由周友军撰写）

第五十六条

个体工商户的债务，个人经营的，以个人财产承担；家庭经营的，以家庭财产承担；无法区分的，以家庭财产承担。

农村承包经营户的债务，以从事农村土地承包经营的农户财产承担；事实上由农户部分成员经营的，以该部分成员的财产承担。

本条主旨

本条对个体工商户和农村承包经营户的债务承担作出了规定。

相关条文

《民法总则》第56条规定：“个体工商户的债务，个人经营的，以个人财产承担；家庭经营的，以家庭财产承担；无法区分的，以家庭财产承担。”“农村承包经营户的债务，以从事农村土地承包经营的农户财产承担；事实上由农户部分成员经营的，以该部分成员的财产承担。”

《民法通则》第29条规定：“个体工商户，农村承包经营户的债务，个人经营的，以个人财产承担；家庭经营的，以家庭财产承

担。”

《民法通则意见》第42条规定：“以公民个人名义申请登记的个体工商户和个人承包的农村承包经营户，用家庭共有财产投资，或者收益的主要部分供家庭成员享用的，其债务应以家庭共有财产清偿。”

《民法通则意见》第43条规定：“在夫妻关系存续期间，一方从事个体经营或者承包经营的，其收入为夫妻共同财产，债务亦应以夫妻共同财产清偿。”

《民法通则意见》第44条规定：“个体工商户、农村承包经营户的债务，如以其家庭共有财产承担责任时，应当保留家庭成员的生活必需品和必要的生产工具。”

理解与适用

总体上，本条明确了，无论是个体工商户还是农村承包经营户，都是由从事经营的人负担债务。笔者认为，本条确立的规则可以简单理解为：如果仅一个自然人从事经营，则由其自己承担债务；如果两个或两个以上的自然人从事经营，则由他们按照合伙的规则承担无限连带责任。这里所说的债务，包括因合同、侵权等产生的债务。例如，在迅达科技集团股份有限公司诉湖南省宁乡县黄材镇新一佳家电经营部侵害商标权纠纷案中，人民法院就认定，被告个体工商户的经营者（王某）承担商标侵权责任。^[31]

依据本条第1款的规定，对于个体工商户的债务承担要区分三种情形予以处理。

其一，个人经营的，以个人财产承担债务。此处所说的“个人经营”，是指单个自然人从事工商业经营。此时应当以该自然人的个人财产承担个体工商户的债务，这是一种无限清偿责任。^[32]不过，在夫妻关系存续期间，夫妻一方从事“个人经营”的，其收入应为夫妻共同财产，债务也应以夫妻共同财产清偿。^[33]这一规定明确了在夫妻共同财产制之下的债务承担规则，如果夫妻通过约定采取分别财产制，且债权人知道的，则该规定不应当适用。

其二，家庭经营的，以家庭财产承担个体工商户的债务。此处所说的“家庭经营”，是指家庭内的两个或两个以上的成员共同经营。如果个体工商户被注册为“家庭经营”，且参加经营的家庭成员姓名已备案的，自然可以认定为家庭经营。如果个体工商户被注册为“个人经营”，但是其他家庭成员也参与了经营活动的，也应当认定为家庭经营。例如，在邹某与李某、张某等买卖合同纠纷案中，李某是福建省南安市石井宗兴石材厂业主（个体工商户），工商登记的经营者是李某，但李某的妻子张某、儿子李某某均对外出具条据，且张某和李某某购买的刀头也是用于石材厂的实际经营，因此，人民法院认为，其妻子和儿子参与了石材厂的经营，因此，李某及其妻子、儿子都要承担该个体工商户的债务。^[34]

虽然本条使用“以家庭财产承担”的表述，但是，从民法的一般原理出发，尤其是考虑到与合伙制度的一致，“以家庭财产承担”应当被理解为以参与经营的家庭成员的共同财产承担。有学者认为，此处所说的“家庭财产”是指家庭共有财产，不包括家庭成员的个人财产。^[35]笔者认为，这一看法并不妥当，也与合伙制度不一致，如此处理会导致法秩序内部的判断矛盾。因此，家庭财产应当包括参与经营的家庭成员的个人财产和他们的共同财产。

其三，无法区分个人经营还是家庭经营的，以家庭财产承担债务。此处所说的“无法区分”的含义如何？笔者认为，如果是以自然人个人名义申请登记的个体工商户，但用家庭共有财产投资，或者收益的主要部分供家庭成员享用的，应当认定为“无法区分”，其债务应以家庭共有财产清偿。

从实践来看，法院一般认为，即使个体工商户已经注销，也不影响其经营者按照上述规则承担债务。例如，在王某诉洪某、田某买卖合同纠纷案中，田某和洪某曾经是夫妻，虽然田某注册、洪某参与经营的杭州农副产品物流中心冷冻食品交易市场××食品经营部已经被注销，但是，法院仍然认为，田某和洪某应当承担债务。^[36]

就农村承包经营户的债务承担而言，本条第2款明确了，原则上应当“以从事农村土地承包经营的农户财产承担”。这就是说，如果该农户内仅有一个自然人，则以该自然人的财产承担责任；如果该农户内有两个或两个以上的自然人，则以该数个自然人的财产（包括其个人财产和共同财产）承担责任，因为此时实际上形成了家庭内的合伙。^[37]

在实践中，农户内可能仅有部分成员实际地从事了农业经营。例如，户主的女儿已经出嫁，但是户口暂时没有迁出，也没有再参与该

农户的经营。考虑到这种情况，本条第2款特别规定，如果事实上由农户内的部分成员经营的，以该部分成员的财产承担。这一规定有利于解决户口本上记载的农户的成员与实际的农户的成员不一致的情形，具有积极意义。

（本条由周友军撰写）

注释：

[1] 王利明.民法.6版.北京：中国人民大学出版社，2015：57.

[2] 例如，1984年《国务院关于农村个体工商业的若干规定》（已失效）就明确了，农村个体工商业是指农村居民从事的适合个体经营的工业、手工业、商业、饮食业、服务业、修理业、运输业、房屋修缮业以及国家允许个体经营的其他行业。1981年《国务院关于城镇非农业个体经济若干政策性规定》（已失效）明确了，城镇非农业的个体经济，是指城镇非农业人口个体经营的各种小型的手工业、零售商业、饮食业、服务业、修理业、非机动车工具的运输业、房屋修缮业等。王胜明.试论个体工商户、农村承包经营户.中国法学，1986（4）：37.

[3] 《个体工商户条例》第4条第2款.

[4] 龙卫球.民法总论.北京：中国法制出版社，2001：351.

[5] 赵旭东.独资企业立法研究.政法论坛，1995（1）：68.

[6] 梁慧星.中国民法典草案建议稿附理由·总则编.北京：法律出版社，2004：21.

[7] 曹兴权.民法典如何对待个体工商户.环球法律评论，2016（6）：144及以下.李友根.论个体工商户制度的存与废——兼及中国特色制度的理论解读.法律科学，2010（4）：107及以下.黄波，魏伟.个体工商户制度的存与废：国际经验启示与政策选择.改革，2014（4）：110.

[8] 苏号朋.民法总论.北京：法律出版社，2006：131.

[9] 房绍坤.民法.北京：中国人民大学出版社，2009：62.

[10] 梁慧星.民法总论.4版.北京：法律出版社，2011：147：注2.

[11] 《民法通则意见》第50条规定：当事人之间没有书面合伙协议，又未经工商行政管理部门核准登记，但具备合伙的其他条件，又有两个以上无利害关系人证明有口头合伙协议的，人民法院可以认定为合伙关系。

[12] 国家工商行政管理总局《关于扩大开放台湾居民在大陆申办个体工商户登记

管理工作的意见》（工商个字〔2015〕224号）、国家工商行政管理总局《关于扩大开放港澳居民在内地申办个体工商户登记管理工作的意见》（工商个字〔2016〕99号）。

[13] 《个体工商户条例》第8条第1款.另外,《个体工商户条例》第3条规定:县、自治县、不设区的市、市辖区工商行政管理部门为个体工商户的登记机关.....登记机关按照国务院工商行政管理部门的规定,可以委托其下属工商行政管理所办理个体工商户登记。

[14] 《个体工商户条例》第17条第1款.

[15] 《个体工商户条例》第20条第1款.

[16] 《个体工商户条例》第21条.早期,我国要求个体工商户雇工不得超过7人,但是,随着社会的变迁,这一规定已经被突破。李友根.论个体工商户制度的存与废——兼及中国特色制度的理论解读.法律科学,2010(4):111及以下.《个体工商户条例》第21条第1款规定:个体工商户可以根据经营需要招用从业人员。该条并没有明确其雇工人数的限制。

[17] 龙卫球.民法总论.北京:中国法制出版社,2001:350.

[18] 四川省高级人民法院(2014)川民提字第495号民事判决书.

[19] 《民事诉讼法解释》第59条第2款.

[20] 杨震.民法总则“自然人”立法研究.法学家,2016(5):32.

[21] 苏号朋.民法总论.北京:法律出版社,2006:131.

[22] 房绍坤,张旭昕.我国民法典编纂中的主体类型.法学杂志:2016(12):13.

[23] 申惠文.论农村承包经营户的死亡.河南财经政法大学学报,2016(2):107.

[24] 杨震.民法总则“自然人”立法研究.法学家,2016(5):33.

[25] 同②132.

[26] 沈文朋.农村承包经营户:从独立民事主体到适当的有限责任.华南师范大学学报(社会科学版),2012(3):126及以下.

[27] 彭万林.民法学.北京:中国政法大学出版社,1999:133及以下.

[28] 例如,《新疆维吾尔自治区农村集体经济组织资产管理条例》第3条规定:本条例所称农村集体经济组织,是指乡(镇)、村、村民小组农民以生产资料集体所有的形式组成,实行独立核算、自负盈亏的社区性经济实体。

[29] 苏号朋.民法总论.北京:法律出版社,2006:132.

[30] 龙卫球.民法总论.北京：中国法制出版社，2001：350.

[31] 湖南省长沙市中级人民法院（2016）湘01民初1767号民事判决书.

[32] 王利明.民法.6版.北京：中国人民大学出版社，2015：57.

[33] “夏某德诉龚某瑾共同承担应缴税款、罚款债务纠纷案”，上海市闵行区人民法院（1991）民字第51号民事判决书.

[34] 福建省南安市人民法院（2013）南民初字第5370号民事判决书.

[35] 王利明.民法.6版.北京：中国人民大学出版社，2015：57.

[36] 浙江省杭州市余杭区人民法院（2015）杭余塘商初字第369号民事判决书.

[37] 龙卫球.民法总论.北京：中国法制出版社，2001：351.

第三章 法人

第一节 一般规定

第五十七条

法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。

本条主旨

本条对法人的概念作出了规定。

相关条文

《民法总则》第57条规定：“法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。”

《民法通则》第36条规定：“法人是具有民事权利能力和民事行

为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。”“法人的民事权利能力和民事行为能力，从法人成立时产生，到法人终止时消灭。”

《公司法》第3条规定：“公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。”“有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任；股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。”

理解与适用

本条关于法人的定义与《民法通则》中的定义完全相同，没有什么变化。由本条可知，在我国法上，法人是由法律认可的、具有独立法律人格的组织。其与自然人同为独立的民事主体，具有以下特征。

首先，法人是依法设立的。法人应当按照法律规定的条件和程序设立。

其次，法人具有民事权利能力和民事行为能力。法人能够以自己的名义独立地享受权利、承担义务，能够在法院起诉、应诉，这表明它的法律人格与成员（可能是自然人，也可能是法人）的法律人格完全分离。法人也具有民事行为能力，法人可以以自己的名义参与民事活动，从事法律行为，由此所产生的权利、义务也归属于法人。法人成员的死亡和退出不影响法人的存续。

最后，法人依法独立享有民事权利和承担民事义务。法人所享有的权利与其成员所享有的权利不同。法人具有权利、义务归属资格。义务是与责任相应的，违反民事义务，无论违反的是约定的民事义务还是法定的民事义务，都要承担相应的民事责任。而法人之所以能够独立享有权利和承担义务，就是因为法人具有独立的财产或经费，法人的财产不同于法人成员的财产，法人的民事责任也不同于其成员的民事责任。当法人以自己的名义从事民事活动时，由此产生的民事责任如违约责任、侵权责任等，原则上只能由法人以自身财产承担责任，无须法人的成员以其财产承担之，法人的创立人和成员对法人的债务不承担责任。这也是法人和非法人组织的重要区别。

（本条由程啸撰写）

第五十八条

法人应当依法成立。

法人应当有自己的名称、组织机构、住所、财产或者经费。法人成立的具体条件和程序，依照法律、行政法规的规定。

设立法人，法律、行政法规规定须经有关机关批准的，依照其规定。

本条主旨

本条对法人的成立条件作出了规定。

相关条文

《民法总则》第58条规定：“法人应当依法成立。”“法人应当有自己的名称、组织机构、住所、财产或者经费。法人成立的具体条件和程序，依照法律、行政法规的规定。”“设立法人，法律、行政法规规定须经有关机关批准的，依照其规定。”

《民法通则》第37条规定：“法人应当具备下列条件：（一）依法成立；（二）有必要的财产或者经费；（三）有自己的名称、组织机构和场所；（四）能够独立承担民事责任。”

《民法通则》第50条规定：“有独立经费的机关从成立之日起，具有法人资格。”“具备法人条件的事业单位、社会团体，依法不需要办理法人登记的，从成立之日起，具有法人资格；依法需要办理法人登记的，经核准登记，取得法人资格。”

《民法通则》第51条规定：“企业之间或者企业、事业单位之间

联营，组成新的经济实体，独立承担民事责任，具备法人条件的，经主管机关核准登记，取得法人资格。”

《公司法》第6条规定：“设立公司，应当依法向公司登记机关申请设立登记。符合本法规定的设立条件的，由公司登记机关分别登记为有限责任公司或者股份有限公司；不符合本法规定的设立条件的，不得登记为有限责任公司或者股份有限公司。”“法律、行政法规规定设立公司必须报经批准的，应当在公司登记前依法办理批准手续。”“公众可以向公司登记机关申请查询公司登记事项，公司登记机关应当提供查询服务。”

理解与适用

本条共分3款，分别对法人的成立条件作出了相应的规定。

（1）依据本条第1款，法人应当依法成立。本款有两层含义：首先，“依法成立”中的“法”既包括了法律，也包括了行政法规。前者如《民法典》，以及《公司法》《证券法》《保险法》《商业银行法》等民事特别法，后者如《基金会管理条例》《公司登记管理条例》《外资保险公司管理条例》等行政法规。其次，“法人依法成立”意味着，我国法人的成立原则上采取的是准则主义，而例外地采取核准主义，即：法律、行政法规预先就法人成立的具体条件和程序作出明确规定，只要符合这些条件和程序就可以取得法人资格。而至于特殊的法人，需要经过有关机关的审核批准，才能设立。

（2）本条第2款共分两句。其中，第一句是对法人一般成立条件的规定，也就是说，任何法人的设立，都必须符合该句中要求的条件。这些条件具体包括：1）有自己的名称、组织机构和住所。法人的名称是区别于其他法人的标志。法人无论其类型如何，都只有在具有自己的名称的情形下才能与其他同类型的法人加以区别，成为特定的民事主体。而依据《民法典》第110条第2款，法人享有名称权。法人的组织机构是对内管理法人事务、对外代表法人从事活动的机构的总称。不同类型的法人，其组织机构并不相同。但是，没有组织机构，则法人难以成立。无论是营利法人、非营利法人还是特别法人，都应当具有自己的住所，以便从事相应的生产经营活动或其他社会活动，因此，具有自己的住所，也是法人的成立条件之一。《民法典》第63条规定：“法人以其主要办事机构所在地为住所。依法需要办理

法人登记的，应当将主要办事机构所在地登记为住所。”在法律上，法人只能有一个住所，但是可以有多个场所。2) 有自己的财产或者经费。法人作为一类独立的民事主体，具有民事权利能力与民事行为能力。其中，营利法人广泛地参与各种民事活动，不仅享有民事权利，也承担民事义务。要能够履行民事义务以及承担违反义务的民事责任，营利法人必须具有财产。即便是非营利法人和特别法人如事业单位、社会团体、机关法人，其虽然不能如同营利法人那样广泛地参与民事活动，但是为了保证其正常的运行并实现其设立的目的，也必须具有相应的经费。由此可见，本条第2款第一句关于财产或者经费的要求是针对所有的法人而言的。当然，法人的财产和经费的来源可能是不同的，如有限责任公司、股份有限公司和其他营利法人，其财产来自投资者的出资；而非营利法人或特别法人的财产、经费或者来自国家财政拨款，或者来自设立人的捐赠等。

由于法人的类型不同，故此其具体的设立条件和程序也各不相同。《民法典》作为民事领域的基本法，只是对最基本的法人设立条件作出规定，不可能详细地规定每一类法人的具体设立条件和程序。故此，本条第2款第二句才规定，法人成立的具体条件和程序，依照法律、行政法规的规定。例如，设立有限责任公司，就应当依据《公司法》《公司登记管理条例》等法律和行政法规的规定。

(3) 本条第3款规定了，对一些特殊的法人的设立采取的是核准主义，即需要经过有关机关的审核批准。具体言之：首先，设立哪些法人必须经过有关机关的批准，必须依据法律、行政法规的规定，至于部门规章、地方性法规和地方政府规章，均无权规定哪些法人的设立必须经过有关机关的批准。其次，需要经过批准才能设立的法人主要包括以下一些：1) 少部分的营利法人，例如，金融法人，包括商业银行、证券公司、保险公司等。《商业银行法》第11条第1款规定：设立商业银行，应当经国务院银行业监督管理机构审查批准。

《保险法》第67条第1款规定：设立保险公司应当经国务院保险监督管理机构批准。《证券法》第118条规定：设立证券公司，应当……经国务院证券监督管理机构审查批准……未经国务院证券监督管理机构批准，任何单位和个人不得以证券公司名义开展证券业务活动。

2) 大部分的非营利法人。对于非营利法人，我国法原则上采取的是核准主义，即必须经过业务主管单位的审批。例如，《事业单位登记管理暂行条例》第3条第1款规定，事业单位经县级以上各级人民政府及其有关主管部门……批准成立后，应当依照本条例的规定登记或者备案。再如，依据《基金会管理条例》第9条的规定，基金会的设立必须提交业务主管单位同意设立的文件。依据《社会团体登记管理条例》第3条第1款，成立社会团体，应当经其业务主管单位审查同意。

3) 部分的特别法人。所谓特别法人，包括机关法人、农村集体经济组织法人、城镇农村的合作经济组织法人、基层群众性自治组织法人。其中，机关法人的设立必须经过批准。

(本条由程啸撰写)

第五十九条

法人的民事权利能力和民事行为能力，从法人成立时产生，到法人终止时消灭。

本条主旨

本条对法人的民事权利能力与民事行为能力作出了规定。

相关条文

《民法总则》第59条规定：“法人的民事权利能力和民事行为能力，从法人成立时产生，到法人终止时消灭。”

《民法通则》第36条规定：“法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。”“法人的民事权利能力和民事行为能力，从法人成立时产生，到法人终止时消灭。”

《公司法》第7条规定：“依法设立的公司，由公司登记机关发给公司营业执照。公司营业执照签发日期为公司成立日期。”“公司营业执照应当载明公司的名称、住所、注册资本、经营范围、法定代表人姓名等事项。”“公司营业执照记载的事项发生变更的，公司应当依法

办理变更登记，由公司登记机关换发营业执照。”

理解与适用

本条是对法人的民事权利能力和民事行为能力的规定，分述如下。

1.法人的民事权利能力

法人的民事权利能力是指法人作为民事权利主体，享受民事权利并承担民事义务的资格。依据本条之规定，法人的民事权利能力从法人成立时产生，到法人终止时消灭。法人的民事权利能力是法人实施民事法律行为和从事民事活动的前提和基础。尽管法人和自然人一样具有民事权利能力，但是“权利能力就其本意而言只有法人才享有，而法人的权利能力总是只在某些特定的、从成员的权利能力派生出来的意义上存在。因此，法人也就不能被看作是人所享有的全部权利的承担者”^[1]。易言之，自然人的民事权利能力意味着自然人具有作为一切民事权利的享有者和一切民事义务的承担者的资格或能力。而法人既然只是服务于一个特定目的的法律制度设计，其民事权利能力当然就是有限的，不可能如同自然人的那样充分。此种限制主要有以下两方面。

其一，法人自身性质的限制。法人作为一种组织，不是一个生命体，故此不是所有人格权的承担者，如法人不享有生命权、健康权、身体权等。此外，任何以性别、年龄、身份及亲属关系等为前提的权利、义务，也不能由法人享有和承担。对此，《瑞士民法典》第53条有明确的规定：法人享有除以自然人的本质为要件的，如性别、年龄或亲属关系以外的一切权利及义务。例如，法人不能享有亲属权，不能享有继承权。^[2]但是，法人可以享有名称权、荣誉权、名誉权等人格权。^[3]不过，即便法人可以享有这些人格权，我们也清楚法人享有这些权利的真正原因。例如，法人享有名称权，可法人之所以享有这一权利是因为其所有的成员具有如下自由权利：在一个特定的、共同的名称之下联合起来并开展活动。^[4]

其二，法律法规上的限制。自然人的民事权利能力由法律统一规定，具有普遍性和平等性，任何自然人不因其种族、性别、年龄、财

产等方面的原因而在民事权利能力方面具有差异。但法人的民事权利能力是一种特殊的权利能力，法人只能在法律或行政命令的范围内，具有享有权利和承担义务的能力。^[5]由于设立法人的法律法规有所不同，故此各类法人享有的权利能力也不相同。例如，《民法典》第683条原则上禁止国家机关担任保证人。《商业银行法》第43条禁止商业银行在我国境内从事信托投资和证券经营业务，也不得投资于非自用不动产，还不能在我国境内向非银行金融机构和企业投资。

2.法人的民事行为能力

法人的民事行为能力，是指法人作为民事权利主体，以自己的行为享受民事权利并承担民事义务的资格。依据本条之规定，法人的民事行为能力从法人成立时产生，到法人终止时消灭。法人是否具有如同自然人那样的民事行为能力，取决于对法人本质的认识。以拟制说为基础的代理人说认为：法人仅在观念上成为私法的主体，并不实际存在，因此只具有民事权利能力而没有意思表示能力或者民事行为能力。与未成年人一样，其行为必须由代理人加以完成。例如，就公司而言，董事或者董事长是公司的代理人，其法律后果依据民法上的代理关系由公司承受。以法人实在说为基础的机关说则认为：法人具有独立的意思即团体意思，其意思由法人的意思表示机关向第三人表示，法定代表人作为法人机关的成员，其行为就是法人本身的行为。

上述两种学说的差异在于：采取代理人说，则法人就被代理人的民事法律行为依据代理法律制度承受后果，而就被代理人的侵权行为依据雇主责任的法理承担责任；如果采取机关说，机关的行为就是法人的行为，机关的成员从事的民事法律行为以及侵权行为就是法人的行为。

从本条规定来看，我国法采纳的是机关说，而不是代理说。这就意味着，法人具有自身的独立意志，而团体的意志和其成员的意志、管理人的意志是分开的；法人机关只是法人组织体的构成部分，法定代表人对外可以代表法人，而法人的机关对内可以执行法人的事务，但机关的行为必须体现法人团体的意志。

（本条由程啸撰写）

第六十条

法人以其全部财产独立承担民事责任。

本条主旨

本条对法人独立承担民事责任作出了规定。

相关条文

《民法总则》第60条规定：“法人以其全部财产独立承担民事责任。”

《民法通则》第48条规定：“全民所有制企业法人以国家授予它经营管理的财产承担民事责任。集体所有制企业法人以企业所有的财产承担民事责任。中外合资经营企业法人、中外合作经营企业法人和外资企业法人以企业所有的财产承担民事责任，法律另有规定的除外。”

理解与适用

本条是对法人以其财产独立承担民事责任的规定。首先，法人能够独立承担民事责任。任何民事主体在从事民事活动时，因享受权利和承担义务，都可能会发生承担民事责任的问题，例如，因违反合同而承担违约责任，或者因实施了侵害他人民事权益的行为而承担侵权责任。既然法人与自然人一样都是独立地民事主体，具有民事权利能力和民事行为能力人，那么法人就必须能够独立地承担民事责任。法

人能够独立承担民事责任意味着：一方面，法人承担的民事责任不同于法人的成员或工作人员所承担的民事责任。除非法人的成员或工作人员的行为构成代表行为或代理行为，抑或符合法律关于用人者责任的规定，法人无须为其成员或工作人员的行为承担责任。同理，法人的成员或工作人员也不需要为法人的行为承担民事责任。另一方面，能否独立承担民事责任也是将法人与法人的分支机构、法人的职能部门相互区别的一个重要标准。

其次，法人是以其全部财产来承担民事责任。法人的成立条件中就包括了“有自己的财产或者经费”，法人的财产或者经费不同于法人的成员或者其工作人员的财产或者经费。无论法人是营利法人、非营利法人还是特别法人，也无论该法人是由何种主体设立的，法人对其财产享有的权利都是独立的。当然，法人对其财产的权利内容存在不同的差别。例如，作为最典型的营利法人，有限责任公司或股份有限公司有独立的法人财产，享有法人财产权（《公司法》第3条）。但是，国家举办的事业单位法人对其直接支配的不动产和动产享有的则是占有、使用以及依照法律和国务院的有关规定收益、处分的权利（《民法典》第256条）。

（本条由程啸撰写）

第六十一条

依照法律或者法人章程的规定，代表法人从事民事活动的负责人，为法人的法定代表人。

法定代表人以法人名义从事的民事活动，其法律后果由法人承受。

法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人。

本条主旨

本条对法人的法定代表人作出了规定。

相关条文

《民法总则》第61条规定：“依照法律或者法人章程的规定，代表法人从事民事活动的负责人，为法人的法定代表人。”“法定代表人以法人名义从事的民事活动，其法律后果由法人承受。”“法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人。”

《民法通则》第38条规定：“依照法律或者法人组织章程规定，代表法人行使职权的负责人，是法人的法定代表人。”

《民法通则》第43条规定：“企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营活动，承担民事责任。”

《民法通则意见》第58条规定：“企业法人的法定代表人和其他工作人员，以法人名义从事的经营活动，给他人造成经济损失的，企业法人应当承担民事责任。”

《合同法》第50条规定：“法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。”

理解与适用

本条是对法人之代表人的规定。

1.法定代表人的概念与特征

在我国，“法定代表人”最早出现在1982年的《民事诉讼法（试行）》中，后由《民法通则》第38条沿用。依据本条第1款之规定，所谓法人的法定代表人是指依照法律或法人章程的规定，代表法人从

事民事活动的负责人。由此可见，法人的法定代表人具有如下特征。

首先，法定代表人是由法律或者法人章程所确定的自然人。“法定代表人”一词非常容易使人误解为法定代表人是依法产生的。实际上，哪些人是法定代表人并非都是由法律规定的，有些是由法人章程所确定的。一方面，法律上直接规定了法定代表人的情形很常见，例如，依据《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第62条的规定，地方各级人民政府分别实行省长、自治区主席、市长、州长、县长、区长、乡长、镇长负责制，省长、自治区主席、市长、州长、县长、区长、乡长、镇长分别主持地方各级人民政府的工作，因此，省长、自治区主席、市长、州长、县长、区长、乡长、镇长就分别是省政府、自治区政府、市政府、县政府和乡政府等机关法人的负责人，即法定代表人。另一方面，法人章程确定法定代表人的情形也很常见，例如就营利法人如有限责任公司、股份有限公司而言，法定代表人是由股东大会或者董事会选举产生的，属于意定的而非法定的，例如，《公司法》第13条第一句就明确规定：公司法定代表人依照公司章程的规定，由董事长、执行董事或者经理担任，并依法登记。

其次，不同类型的法人，其法定代表人的具体名称各不相同。例如，依据《公司法》的规定，有限责任公司与股份有限公司的董事长、执行董事或经理都可以被选任为法定代表人；依据《全民所有制工业企业法》的规定，厂长是企业的法定代表人；事业单位法人与社会团体法人的法定代表人可能被称为“理事长”“校长”“院长”“所长”“主任”等。至于机关法人的法定代表人，可能被称为“处长”“局长”“厅长”“院长”“部长”“主席”等。依据《公司法》《企业法人法定代表人登记管理规定》《社会团体登记管理条例》等法律、行政法规、部门规章的规定，法定代表人应当记载于章程并进行登记。

最后，法人的法定代表人是**有权代表法人从事民事活动的人**。法定代表人根据法律和章程的规定，有权代表法人对外行为。法定代表人是法人的组成部分，法定代表人的行为就是法人的行为，因此，法定代表人执行职务的行为所产生一切法律后果都应由法人承担。

2.法定代表人的代表行为

依据本条第2款，法定代表人以法人名义从事的民事活动，其法律后果由法人承受。这种法律后果，可能是法定代表人以法人名义从事了订立合同等民事法律行为，由此产生的民事权利和民事义务由法人承受；也可能是法定代表人对外从事民事活动而产生的民事责任由

法人承担。

法定代表人可以以法人的名义从事民事活动，不需要事先获得法人的特别授权。在这一点上法定代表人不同于法人的代理人。二者的区别在于：首先，是否需要专门的授权不同。法定代表人对外以法人名义从事民事活动时并不需要专门的授权，这是因为：一则，相关的法律已经对法定代表人代表法人从事民事活动的权利作出了规定；二则，法人的章程中也会有关于法定代表人之代表权限的一般性规定。但是，法人的代理人每一次对外从事代理行为均需要专门的授权，否则就构成无权代理。其次，行为效果的归属不同。法定代表人以法人名义对外从事的代表行为本身就是法人的行为，不发生法律效果的归属过程。例如，公司的法定代表人对外签订的合同的当事人就是公司本身。但是代理人从事的代理活动需要发生法律效果的归属过程，如果代理人超越代理权限或代理权限终止后仍以法人作为被代理人对外从事民事活动的，除非构成表见代理，否则该行为的法律效果应当由无权代理人自行承担。

3.法定代表人的越权代表行为

本条第3款是对法定代表人之越权代表行为的规定。为了避免法定代表人对外以法人名义从事民事活动时损害法人的利益，法人的章程或者法人的权力机构可能会对法定代表人的权限作出一些限制，法定代表人不得超越该权限对外代表法人从事民事活动。然而，一旦法定代表人超越该权限从事了民事活动，该民事活动是否还能作为法人从事的民事活动，而由法人承担民事义务或民事责任呢？对此，本条第3款有明确的规定，即法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人。这就是所谓的表见代表行为，其旨在保护民事活动的交易安全，维护善意相对人的合法权益。

（本条由程啸撰写）

第六十二条

法定代表人因执行职务造成他人损害的，由法人承担民事责任。

法人承担民事责任后，依照法律或者法人章程的规定，可以向有过错的法定代表人追偿。

本条主旨

本条对法人的侵权责任作出了规定。

相关条文

《民法总则》第62条规定：“法定代表人因执行职务造成他人损害的，由法人承担民事责任。”“法人承担民事责任后，依照法律或者法人章程的规定，可以向有过错的法定代表人追偿。”

《民法通则》第43条规定：“企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营活动，承担民事责任。”

《民法通则意见》第58条规定：“企业法人的法定代表人和其他工作人员，以法人名义从事的经营活动，给他人造成经济损失的，企业法人应当承担民事责任。”

《侵权责任法》第34条规定：“用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任。”“劳务派遣期间，被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由接受劳务派遣的用工单位承担侵权责任；劳务派遣单位有过错的，承担相应的补充责任。”

理解与适用

本条是对法人的侵权责任的規定。

1.法人的侵权责任的含义

所谓法人的侵权责任，是指法人的法定代表人因执行职务造成他人损害时，法人应当承担的侵权责任。法定代表人是依照法律或者法人章程的规定，代表法人从事民事活动的负责人，如公司的董事长、执行董事、总经理等。法定代表人在执行职务过程中给他人造成损害的行为，就是法人自身的侵权行为，法人应当承担侵权责任。在《民法典》颁布之前，《侵权责任法》已对法人的侵权责任作出了规定。

《侵权责任法》第34条第1款规定：用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任。然而，就该款的理解存在不同的看法。一种观点认为，该款中的“用人单位的工作人员”不仅包括了一般的工作人员，也包括了用人单位的法定代表人、负责人、公司董事、监事、经理、清算人等。^[6]因此，《侵权责任法》并未区分法人的侵权责任和法人的用人者责任。另一种观点认为，《侵权责任法》第34条第1款规定的用人者责任是为他人行为的责任，故“用人单位的工作人员”不包含法人的法定代表人。法人的法定代表人属于法人的机关成员，法人对其机关成员的责任属于为自己行为的责任，完全可以适用一般规定，无须第34条特别规定。^[7]

笔者认为，尽管在理论上法人的侵权责任与用人者责任确实有一些差别，但由于我国法对用人者责任适用的是无过错责任原则，故此，纵然不区分法人的侵权责任与用人者责任，对于受害人而言亦不会有不利影响。^[8]这与那些就用人者责任采取过错原则的国家如德国，完全不同。^[9]因此，《侵权责任法》第34条第1款既包括法人作为用人者时承担的侵权责任，也包括法人就其法定代表人的加害行为承担的侵权责任。此次，《民法典》本条第1款明确规定了法人的法定代表人执行职务造成他人损害时，法人应当承担民事责任。这就协调了与侵权责任之间的关系。

2.法人的侵权责任的构成要件

法人的侵权责任的构成要件包括：第一，加害行为人为法人的法定代表人；第二，该法定代表人给他人造成了损害，即其行为构成了侵权行为；第三，法定代表人是因执行职务造成他人损害的。在上述三项构成要件中，最为复杂的就是“执行职务”。对于如何判断“执行职务”，学说上有主观说、客观说与折中说三种不同的观点。我国司法实务界和民法学界主流观点都认为应当采取客观说，因为此说更有利于保护受害人，符合比较法上的发展趋势。^[10]

客观说认为，在判断加害行为是否属于执行职务时，应从行为人的行为外观加以判断，即从外观上足以认定某行为属于执行职务的行为，则应当认定其属于执行职务的行为。^[11]客观说认为，是否属于执行职务当然要考虑用人单位的命令、授权或指示以及被使用人的主观能动性，但不能完全以此为标准，因为用人单位和工作人员究竟怎么想，对于遭受损害的第三人而言，均无法有效的查明，第三人也没有此种查明的义务。因此，依主观说将不能有效地保护受害人的合法权益，必须扩展判断执行职务的范围。最高人民法院颁布的《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》也明确采取了客观说。该解释第9条第2款规定：“前款所称‘从事雇佣活动’，是指从事雇主授权或者指示范围内的生产经营活动或者其他劳务活动。雇员的行为超出授权范围，但其表现形式是履行职务或者与履行职务有内在联系的，应当认定为‘从事雇佣活动’。”依据该规定可知，我国司法实务中判断执行职务的标准为：首先，要看该活动是否为法人授权或指示的活动。如果是，当然属于执行工作任务。反之，则转入第二层次的判断，即看该活动的表现形式是否为执行职务或者与执行职务有内在联系。

3.法人的追偿权

法人的侵权责任是一种替代责任，即加害行为人与侵权责任的承担人相分离，原本是法定代表人实施了侵权行为，但却由另一个民事主体即法人来承担侵权责任。从比较法上看，用人者就被使用者造成他人损害的行为承担侵权责任后，可以向被使用者进行追偿。不过，该追偿权往往受到许多限制。例如，奥地利《雇佣责任法》第4条第3款规定，如果雇员仅有轻微过失时，雇主不得行使追偿权。荷兰和比利时的法律规定，只有当雇员是故意或重大过失时，雇主才可以行使追偿权。^[12]日本最高法院的判例则是通过信义原则来限制使用者对被使用者的追偿权。^[13]

在我国，《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第9条第1款规定：雇员在从事雇佣活动中致人损害的，雇主应当承担赔偿责任；雇员因故意或者重大过失致人损害的，应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的，可以向雇员追偿。^[14]这就意味着只有当雇员是因故意或重大过失致人损害时，雇主方享有针对雇员的追偿权。该规定与荷兰、比利时的立法相似，值得赞同。《民法典》本条第2款明确规定了法人的追偿权，依据该款，法人承担民事责任后，依照法律或者法人章程的规定，可以向有过错的法定代表人追偿。所谓法律的规定，如《律师法》第54

条、《公证法》第43条第1款等。当然，法人也可以在章程中对追偿权作出规定，如规定对于那些因故意或者重大过失而在执行职务中造成他人损害的法定代表人，法人在承担责任后有权向其追偿。

（本条由程啸撰写）

第六十三条

法人以其主要办事机构所在地为住所。依法需要办理法人登记的，应当将主要办事机构所在地登记为住所。

本条主旨

本条对法人的住所作出了规定。

相关条文

《民法总则》第63条规定：“法人以其主要办事机构所在地为住所。依法需要办理法人登记的，应当将主要办事机构所在地登记为住所。”

《民法通则》第39条规定：“法人以它的主要办事机构所在地为住所。”

《公司法》第10条规定：“公司以其主要办事机构所在地为住所。”

《民事诉讼法解释》第3条规定：“公民的住所地是指公民的户籍所在地，法人或者其他组织的住所地是指法人或者其他组织的主要办

事机构所在地。”“法人或者其他组织的主要办事机构所在地不能确定的，法人或者其他组织的注册地或者登记地为住所地。”

理解与适用

《民法典》第25条规定了自然人的住所。与自然人一样，法人同样要有其住所，以便确立一个活动中心地对外联系、开展业务。本条规定：法人的住所是法人的主要办事机构所在地。依法需要办理法人登记的，应当将主要办事机构所在地登记为住所。所谓主要办事机构，是指在数个办事机构中处于中枢地位的办事机构，是统率法人业务的机构。根据有关法人登记法规的要求，营利法人、非营利法人以及包括农民专业合作社等在内的特别法人的住所，都属于必要的登记事项。并且法人住所依法确定后，不得任意变更；如果需要变动，还应当依法办理变更登记。

法人的住所不同于法人的场所。法人的场所既包括法人的住所，也包括法人从事业务活动的其他地点以及其分支机构的所在地等。因此，法人的住所只有一个，而法人的场所可以有多个。在法律上明确法人的住所，具有重要的法律意义：首先，明确法人的住所有助于据以确定诉讼管辖地。我国《民事诉讼法》第21条第2款规定，对法人、非法人组织提起的民事诉讼，由被告所在地人民法院管辖。法人是一类重要的民事主体，以法人为被告的民事诉讼，可以由法人住所地人民法院管辖。其次，明确法人的住所有助于据以确定法律文书的送达处所。根据我国《民事诉讼法》的规定，人民法院送达诉讼文书时，应直接送交受送达人；直接送达法律文书有困难的，可以邮寄送达。对法人来说，无论是直接送达还是邮寄送达，均以法人住所地为受送达处所。最后，明确法人的住所有助于据以确定债务履行处所。按照《民法典》第511条的规定，履行地点不明确，给付货币的，在接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行。对法人来说，其履行所在地应为其住所地。此外，在涉外民事诉讼中，当按属人法原则适用当事人本国法律时，一般按法人的住所确定适用何国法律。可见，住所对于确定法人的债务履行地、登记管辖地、诉讼管辖法院、法律文书的送达处所和涉外民事关系的准据法都具有极其重要的法律意义，因此，法人的住所应当是唯一且确定的。

（本条由黄忠撰写）

第六十四条

法人存续期间登记事项发生变化的，应当依法向登记机关申请变更登记。

本条主旨

本条对法人的变更登记作出了规定。

相关条文

《民法总则》第64条规定：“法人存续期间登记事项发生变化的，应当依法向登记机关申请变更登记。”

《民法通则》第44条规定：“企业法人分立、合并或者有其他重要事项变更，应当向登记机关办理登记并公告。”“企业法人分立、合并，它的权利和义务由变更后的法人享有和承担。”

《公司法》第7条规定：“依法设立的公司，由公司登记机关发给公司营业执照。公司营业执照签发日期为公司成立日期。”“公司营业执照应当载明公司的名称、住所、注册资本、经营范围、法定代表人姓名等事项。”“公司营业执照记载的事项发生变更的，公司应当依法办理变更登记，由公司登记机关换发营业执照。”

《公司法》第12条规定：“公司的经营范围由公司章程规定，并依法登记。公司可以修改公司章程，改变经营范围，但是应当办理变更登记。”“公司的经营范围中属于法律、行政法规规定须经批准的项目，应当依法经过批准。”

《公司法》第13条规定：“公司法定代表人依照公司章程的规定，由董事长、执行董事或者经理担任，并依法登记。公司法定代表

人变更，应当办理变更登记。”

《公司法》第179条规定：“公司合并或者分立，登记事项发生变更的，应当依法向公司登记机关办理变更登记；公司解散的，应当依法办理公司注销登记；设立新公司的，应当依法办理公司设立登记。”“公司增加或者减少注册资本，应当依法向公司登记机关办理变更登记。”

理解与适用

法人登记是登记机关对法人成立、变更、终止的法律事实进行记载，以为公示的制度，包括法人的设立登记、法人的变更登记和法人的终止登记三种基本类型。

法人的登记事项是指法人登记机关需要专门记载的具体内容，主要包括法人的名称、住所、法定代表人、资金、活动范围等。但不同的法人所需要具体登记公示的事项存在一定的差异，法人的具体登记事项一般由法律、行政法规专门规定。《公司登记管理条例》第9条规定：公司的登记事项包括：（1）名称；（2）住所；（3）法定代表人姓名；（4）注册资本；（5）公司类型；（6）经营范围；（7）营业期限；（8）有限责任公司股东或者股份有限公司发起人的姓名或者名称。《企业法人登记管理条例》第9条规定：企业法人登记注册的主要事项：企业法人名称、住所、经营场所、法定代表人、经济性质、经营范围、经营方式、注册资金、从业人数、经营期限、分支机构。《农民专业合作社登记管理条例》第5条规定：农民专业合作社的登记事项包括：（1）名称；（2）住所；（3）成员出资总额；（4）业务范围；（5）法定代表人姓名。《事业单位登记管理暂行条例》第8条第2款规定：事业单位法人登记事项包括：名称、住所、宗旨和业务范围、法定代表人、经费来源（开办资金）等情况。《民办非企业单位登记管理暂行条例》第12条第1款规定：准予登记的民办非企业单位，由登记管理机关登记民办非企业单位的名称、住所、宗旨和业务范围、法定代表人或者负责人、开办资金、业务主管单位，并根据其依法承担民事责任的不同方式，分别发给“民办非企业单位（法人）登记证书”“民办非企业单位（合伙）登记证书”“民办非企业单位（个体）登记证书”。《社会团体登记管理条例》第12条第2款规定，社会团体登记事项包括名称、住所、宗旨、业务范围、活动地域、法定代表人、活动资金和业务主管单位。

在法人存续期间，为了适应复杂的社会变迁、实现法人的目标，法人会对法人的组织形式和其他重要事项进行变更。比如，公司法人出于其发展经营的需要，可能会主动将有限责任公司变更为股份有限公司。法人变更是法人自由的重要内容，但法人的变更也会对对外交往，甚至社会公共利益带来影响，因此，为了维护交往安全和社会诚信，法人存续期间登记事项发生变化的，应当依法向原登记机关申请变更登记。变更登记是指在那些已经在登记机关登记的事项发生变更后，依照法定程序对变更后的状态予以登记的行为。

事实上，要求法人在登记事项发生变更时及时办理变更登记也是我国法人登记制度的惯例。《事业单位登记管理暂行条例》第10条规定：事业单位的登记事项需要变更的，应当向登记管理机关办理变更登记。《民办非企业单位登记管理暂行条例》第15条规定：民办非企业单位的登记事项需要变更的，应当自业务主管单位审查同意之日起30日内，向登记管理机关申请变更登记。民办非企业单位修改章程，应当自业务主管单位审查同意之日起30日内，报登记管理机关核准。《社会团体登记管理条例》第18条规定：社会团体的登记事项需要变更的，应当自业务主管单位审查同意之日起30日内，向登记管理机关申请变更登记。社会团体修改章程，应当自业务主管单位审查同意之日起30日内，报登记管理机关核准。《企业法人登记管理条例》第17条规定：企业法人改变名称、住所、经营场所、法定代表人、经济性质、经营范围、经营方式、注册资金、经营期限，以及增设或者撤销分支机构，应当申请办理变更登记。第18条规定：企业法人申请变更登记，应当在主管部门或者审批机关批准后30日内，向登记主管机关申请办理变更登记。第19条规定：企业法人分立、合并、迁移，应当在主管部门或者审批机关批准后30日内，向登记主管机关申请办理变更登记、开业登记或者注销登记。《公司登记管理条例》第27条规定：公司申请变更登记，应当向公司登记机关提交下列文件：（1）公司法定代表人签署的变更登记申请书；（2）依照《公司法》作出的变更决议或者决定；（3）国家工商行政管理总局规定要求提交的其他文件。公司变更登记事项涉及修改公司章程的，应当提交由公司法定代表人签署的修改后的公司章程或者公司章程修正案。变更登记事项依照法律、行政法规或者国务院决定规定在登记前须经批准的，还应当由公司登记机关提交有关批准文件。《农民专业合作社登记管理条例》第20条规定：农民专业合作社的名称、住所、成员出资总额、业务范围、法定代表人姓名发生变更的，应当自作出变更决定之日起30日内向原登记机关申请变更登记，并提交下列文件：（1）法定代表人签署的变更登记申请书；（2）成员大会或者成员代表大会作出的变更决议；（3）法定代表人签署的修改后的章程或者章程修正案；（4）法定代表人指定代表或者委托代理人的证明。

第六十五条

法人的实际情况与登记的事项不一致的，不得对抗善意相对人。

本条主旨

本条对法人登记的公信力作出了规定。

相关条文

《民法总则》第65条规定：“法人的实际情况与登记的事项不一致的，不得对抗善意相对人。”

《民法通则》第44条规定：“企业法人分立、合并或者有其他重要事项变更，应当向登记机关办理登记并公告。”“企业法人分立、合并，它的权利和义务由变更后的法人享有和承担。”

《公司法》第32条规定：“有限责任公司应当置备股东名册，记载下列事项：（一）股东的姓名或者名称及住所；（二）股东的出资额；（三）出资证明书编号。”“记载于股东名册的股东，可以依股东名册主张行使股东权利。”“公司应当将股东的姓名或者名称向公司登记机关登记；登记事项发生变更的，应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。”

理解与适用

法人登记的公信力是指凡是记入登记簿的事项，皆被推定为真实、准确、有效，善意第三人基于对该登记的信赖而实施的行为受到法律的保护，即使登记事项不真实，善意第三人也可以依照登记簿的记载主张权利，登记义务人不得以登记失实、法人的实际情况与登记的事项不一致为由进行抗辩。登记公信力对于提高交往效率、降低交往成本、维护交往安全具有重要的意义。

由于种种主、客观原因，登记义务人可能怠于申请登记或者报送的登记材料不符合客观事实，导致上述登记错误情况的发生，而第三人对此既没有过错也无力控制，因此，该种不真实登记带来的风险或损失，应当由登记义务人承担。唯有如此，方能保护第三人的正当利益，维护交往的效率与安全。^[15]《公司登记管理条例》第2条第2款还明确规定：“申请办理公司登记，申请人应当对申请文件、材料的真实性负责。”赋予法人登记以公信力的原因在于，登记行为的作出机关通常是国家的行政机关，行政机关的行政行为应当具有“正确性的推定”，或者说是在以国家信用来担保登记的正确性。

虽然法人登记具有公信力，但这种公信力并非绝对，即其只对善意第三人提供保护，而不保护恶意相对人。民法上的善意是指不知情或不应当知情，而恶意即明知或应当知情。如果相对人在主观上明知或者应当知道法人的实际情况与登记的事项不一致，仍与法人发生相关的法律关系的，那么我们可以认为其并没有对法人的登记形成正当的信赖，而且该恶意第三人要么是意欲利用登记簿的不实记载，要么是放任了该种记载带来的风险，事实上已经失去了受到保护的必要性和正当性。也正是因为如此，比较法上大都将登记公信力的保护对象限定为善意第三人。^[16]比如，《日本商法典》第12条规定：应登记的事项非于登记及公告后，不得以之对抗善意第三人。虽然登记及公告后，当事人因正当事由不知时，亦同。第14条规定：因故意或过失而登记不实事项者，不得以该与事实不符之事项对抗善意的第三人。本条也采取了这一认识，规定：法人的实际情况与登记的事项不一致的，不得对抗善意相对人。

（本条由黄忠撰写）

第六十六条

登记机关应当依法及时公示法人登记的有关信息。

本条主旨

本条对法人登记信息的公示作出了规定。

相关条文

《民法总则》第66条规定：“登记机关应当依法及时公示法人登记的有关信息。”

《民法通则》第44条规定：“企业法人分立、合并或者有其他重要事项变更，应当向登记机关办理登记并公告。”“企业法人分立、合并，它的权利和义务由变更后的法人享有和承担。”

《公司法》第6条规定：“设立公司，应当依法向公司登记机关申请设立登记。符合本法规定的设立条件的，由公司登记机关分别登记为有限责任公司或者股份有限公司；不符合本法规定的设立条件的，不得登记为有限责任公司或者股份有限公司。”“法律、行政法规规定设立公司必须报经批准的，应当在公司登记前依法办理批准手续。”“公众可以向公司登记机关申请查询公司登记事项，公司登记机关应当提供查询服务。”

理解与适用

本条是关于法人登记公示制度的规定。

法人登记公示制度是指法人登记机关通过一定的方式或媒介将登记的有关信息向外界加以公告和通知的制度。公示法人登记信息是法人登记制度的当然要求，真实、及时公示法人登记的有关信息不仅是使法人登记获得公信力的重要基础，而且也是行政机关加强事中、事后监管的重要改革举措，对于转变政府监管方式，提升监管水平，加快社会诚信体系建设，充分发挥信用在维护市场经济秩序方面的“基础桩”作用，都具有重要意义。

本条中的公示是指法人登记机关将法人登记的有关信息全部或一部分，通过一定的载体向社会公布。登记机关不仅需要依法人或其他利害关系人的申请依法向其提供登记信息，同时还应当依法及时主动公示法人登记的有关信息。一方面，登记机关公示法人登记的有关信息应当依法进行。法人登记机关所登记的信息有一些是涉及国家秘密、商业秘密和隐私的，因此哪些登记信息应当主动公开，哪些登记信息应当依申请才能公开，哪些信息不宜公开，都需要依据法律、法规的规定来具体判断。比如，就企业法人而言，《企业信息公示暂行条例》第3条中就明确规定：……公示的企业信息涉及国家秘密、国家安全或者社会公共利益的，应当报请主管的保密行政管理部门或者国家安全机关批准。县级以上地方人民政府有关部门公示的企业信息涉及企业商业秘密或者个人隐私的，应当报请上级主管部门批准。另一方面，登记机关公示法人登记的有关信息应当及时。现代社会瞬息万变，在很多时候，登记信息的准确性、有效性其实是要受到信息公布时间影响的。登记机关及时公布登记信息，有利于降低交往成本，预防和减少纠纷发生。

（本条由黄忠撰写）

第六十七条

法人合并的，其权利和义务由合并后的法人享有和承担。

法人分立的，其权利和义务由分立后的法人享有连带债权，承担连带债务，但是债权人和债务人另有约定的除外。

本条主旨

本条对法人的合并、分立作出了规定。

相关条文

《民法总则》第67条规定：“法人合并的，其权利和义务由合并后的法人享有和承担。”“法人分立的，其权利和义务由分立后的法人享有连带债权，承担连带债务，但是债权人和债务人另有约定的除外。”

《民法通则》第44条规定：“企业法人分立、合并或者有其他重要事项变更，应当向登记机关办理登记并公告。”“企业法人分立、合并，它的权利和义务由变更后的法人享有和承担。”

《合同法》第90条规定：“当事人订立合同后合并的，由合并后的法人或者其他组织行使合同权利，履行合同义务。当事人订立合同后分立的，除债权人和债务人另有约定的以外，由分立的法人或者其他组织对合同的权利和义务享有连带债权，承担连带债务。”

《侵权责任法》第18条规定：“被侵权人死亡的，其近亲属有权请求侵权人承担侵权责任。被侵权人为单位，该单位分立、合并的，承继权利的单位有权请求侵权人承担侵权责任。”“被侵权人死亡的，支付被侵权人医疗费、丧葬费等合理费用的人有权请求侵权人赔偿费用，但侵权人已支付该费用的除外。”

理解与适用

本条规定的是法人的合并、分立及其相应法律效果。

（一）法人的合并

法人的合并，是指两个以上的法人合并为一个法人。法人因合并而“人格”发生变化，合并之前的法人与合并之后的法人不再具有“人格”上的同一性。^[17]合并的方式有两种：一是新设合并，即两个以上的法人合并为一个新法人，原来的法人消灭，新的法人产生。例如，甲公司与乙公司合并成立丁公司。二是吸收合并，即一个或多个法人归并到一个现存的法人中去，被合并法人的主体资格消灭，存续法人的主体资格仍然存在。例如，甲公司并入乙公司。

（二）法人的分立

法人的分立，是指一个法人分成两个或两个以上的法人。分立的方式有两种：一种是创设式分立，即一个法人分成两个以上法人，原法人消灭；另一种是存续式分立，即原法人存续，但分出某一部分财产和人员设立新法人。

（三）法人合并、分立的登记

法人的合并、分立通常会导致登记事项发生变化。《公司登记管理条例》第38条规定：因合并、分立而存续的公司，其登记事项发生变化的，应当申请变更登记；因合并、分立而解散的公司，应当申请注销登记；因合并、分立而新设立的公司，应当申请设立登记。公司合并、分立的，应当自公告之日起45日后申请登记，提交合并协议和合并、分立决议或者决定以及公司在报纸上登载公司合并、分立公告的有关证明和债务清偿或者债务担保情况的说明。法律、行政法规或者国务院决定规定公司合并、分立必须报经批准的，还应当提交有关批准文件。

在法人合并、分立之后，如果法人并未依法对登记事项进行登记，由此导致法人的实际情况与登记的事项不一致的，不得对抗善意相对人（《民法典》第65条）。

（四）法人合并的法律效果

法人合并的，合并之前的各个法人解散，解散之前各个法人的权利和义务，由合并之后的新法人享有和承担。例如，《农民专业合作社法》第46条规定：农民专业合作社合并，应当自合并决议作出之日起10日内通知债权人。合并各方的债权、债务应当由合并后存续或者

新设的组织承继。

（五）法人分立的法律效果

在法人分立的情形，对于原法人的权利，由分立之后的法人享有连带债权；对于原法人的债务，由分立之后的法人承担连带债务。这表明，分立之后的法人在权利和义务上构成连带之债。所谓连带之债，是指债的主体一方为多数人，多数人一方的各个当事人之间存有连带关系的债。所谓连带关系，是指当事人各自的债务或债权具有共同目的，从而在债的效力上、债的消灭上相互发生牵连。连带之债包括连带债权和连带债务：前者是指债权主体一方为多数人且有连带关系，后者是指债务主体一方为多数人且有连带关系。^[18]但是债权人与债务人对分立之后债权的享有和债务的承担另有约定的，如果约定合法有效，应当从其约定。例如，《农民专业合作社法》第47条规定：农民专业合作社分立，其财产作相应的分割，并应当自分立决议作出之日起10日内通知债权人。分立前的债务由分立后的组织承担连带责任。但是，在分立前与债权人就债务清偿达成的书面协议另有约定的除外。

（本条由冉克平撰写）

第六十八条

有下列原因之一并依法完成清算、注销登记的，法人终止：

- （一）法人解散；
- （二）法人被宣告破产；
- （三）法律规定的其他原因。

法人终止，法律、行政法规规定须经有关机关批准的，依照其规定。

本条主旨

本条对法人的终止作出了规定。

相关条文

《民法总则》第68条规定：“有下列原因之一并依法完成清算、注销登记的，法人终止：（一）法人解散；（二）法人被宣告破产；（三）法律规定的其他原因。”“法人终止，法律、行政法规规定须经有关机关批准的，依照其规定。”

《民法通则》第45条规定：“企业法人由于下列原因之一终止：（一）依法被撤销；（二）解散；（三）依法宣告破产；（四）其他原因。”

《民法通则》第46条规定：“企业法人终止，应当向登记机关办理注销登记并公告。”

《公司法》第188条规定：“公司清算结束后，清算组应当制作清算报告，报股东会、股东大会或者人民法院确认，并报送公司登记机关，申请注销公司登记，公告公司终止。”

理解与适用

本条对法人终止的事由作出了规定。

（一）法人的终止

法人的终止，是指法人主体资格的消灭。法人终止后，其民事权利能力和民事行为能力丧失，民事主体资格消灭。由于法人实则仅有工具价值，在其主体资格消灭之前，必须了结法人设立成员、债权人

与债务人之间的权利义务关系。因此，法人终止之前必须经过财产清理程序即清算。通过清算，法人得以了结一切财产关系。

（二）法人解散

法人的解散是法人终止的重要原因。法人的解散与法人的终止不同。法人解散并不立即导致其法人资格发生消灭，而只是导致其法人资格发生消灭的原因。易言之，已经成立的法人，由于一定的原因而解散后，在清算目的范围内被视为存续，其法人资格仍然存在。

法人解散必须基于一定的事由，这种事由可能是公司章程的规定，可能是法人权力机构（如公司股东会）的决议，也可能是法律的直接规定，例如法人的合并、分立等，还可能是行政机关或者人民法院的命令，如法人依法被撤销。学理上通常将法人的解散事由归纳为两种情形：一是自愿解散事由，二是强制解散事由。^[19]《民法典》第69条规定了法人解散的事由。

（三）法人被宣告破产

企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的，经企业的法定代表人、主管部门以及企业法人的债权人等提出申请，由人民法院执行企业法人破产。企业被宣告破产后，由清算组织负责对企业法人的财产、债权和债务进行清理，并变卖企业的财产清偿债务。对于破产企业，应仅以其资产清偿其债务。依据《企业破产法》第121条，管理人应当自破产程序终结之日起10日内，持人民法院终结破产程序的裁定，向破产人的原登记机关办理注销登记。

（四）法律规定的其他原因

上述原因以外，法人亦可因为其他原因而终止。例如，因国家机构调整而导致机关法人的终止等。^[20]再如，对于慈善组织而言，连续2年未从事慈善活动的（《慈善法》第17条第3项），终止。

（五）清算与注销登记

在法人终止前，应当依法进行清算。但是，因合并、分立而解散

法人的，无须进行清算，这是例外。破产解散专门适用破产程序，这是特殊情形。在完成清算程序并经注销登记之后，法人的民事权利能力归于消灭。

对公司来说，公司清算组应当自公司清算结束之日起30日内向原公司登记机关申请注销登记。对基金会而言，《基金会管理条例》第18条第2款中规定：基金会应当自清算结束之日起15日内向登记管理机关办理注销登记。在基金会办理注销登记后，由登记管理机关向社会公告。

法人注销登记是法人终止的重要标志。法人自注销登记之日起即丧失民事主体资格，其民事权利能力和民事行为能力终止。

（本条由冉克平撰写）

第六十九条

有下列情形之一的，法人解散：

（一）法人章程规定的存续期间届满或者法人章程规定的其他解散事由出现；

（二）法人的权力机构决议解散；

（三）因法人合并或者分立需要解散；

（四）法人依法被吊销营业执照、登记证书，被责令关闭或者被撤销；

（五）法律规定的其他情形。

本条主旨

本条对法人的解散事由作出了规定。

相关条文

《民法总则》第69条规定：“有下列情形之一的，法人解散：

（一）法人章程规定的存续期间届满或者法人章程规定的其他解散事由出现；（二）法人的权力机构决议解散；（三）因法人合并或者分立需要解散；（四）法人依法被吊销营业执照、登记证书，被责令关闭或者被撤销；（五）法律规定的其他情形。”

《公司法》第172条规定：“公司合并可以采取吸收合并或者新设合并。”“一个公司吸收其他公司为吸收合并，被吸收的公司解散。两个以上公司合并设立一个新的公司为新设合并，合并各方解散。”

《公司法》第180条规定：“公司因下列原因解散：（一）公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现；（二）股东会或者股东大会决议解散；（三）因公司合并或者分立需要解散；（四）依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；（五）人民法院依照本法第一百八十二条的规定予以解散。”

《公司法》第182条规定：“公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东，可以请求人民法院解散公司。”

理解与适用

法人的解散分为任意解散与法定解散。本条前两项规定的是任意解散的事由，后三项规定的是法定解散的事由。

（一）法人章程规定的存续期间届满或者法人章程规定的其他解散事由出现

法人章程是法人的成员就法人的活动范围、组织机构以及内部成员之间的权利、义务等所订立的书面文件。对于公司而言，公司章程是公司设立的必要条件（《公司法》第23条第3项、第76条第4项）；对于非营利法人而言，组织章程同样是法人设立的必备条件（《慈善法》第9条第4项）。营利法人的章程与非营利法人的章程区别较大。前者体现的是法人成员的意志，而后者体现的是捐助人的意志，而捐助人的意志具有不可变更性。

法人章程规定的存续期间届满，则法人应当解散。但是，为贯彻公司维持原状，避免公司的不必要解散，《公司法》第181条规定：公司有本法第180条第1项情形的，可以通过修改公司章程而存续。依照前款规定修改公司章程，有限责任公司须经持有三分之二以上表决权的股东通过，股份有限公司须经出席股东大会会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。立法者要求延长公司寿命的股东会决议为特别决议，旨在防范延长公司存续期间给股东带来的投资风险，并温馨提示出资较多的股东格外当心。^[21]

法人章程规定的其他解散事由泛指法人章程自由设定的其他解散事由，例如特定消费群体的消失等。

（二）法人的权力机构决议解散

法人的权力机构决议解散，体现了私法自治的精神。法人既然可以基于法人成员的共同意思或者捐助人的意愿而成立，就可以基于股东或者会员的共同意思表示而解散。例如，公司设立的经营目的不能实现，或者公益法人设立的目的已经实现，则法人均丧失存在意义。

为显慎重，许多立法例将解散公司的股东会决议明确为绝对多数决的特别决议，而非简单多数决的普通决议。根据我国《公司法》第43条第2款的规定，股东会会议作出公司解散的决议，必须经代表2/3以上表决权的股东通过。根据该法第66条的规定，国有独资公司的解散必须由国资监管机构决定；其中，重要的国有独资公司合并、分立、解散、申请破产的，应当由国有资产监管机构审核后，报本级人民政府批准。根据该法第103条第2款的规定，股份有限公司股东大会作出公司解散的决议，必须经出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过。

（三）因法人合并或者分立需要解散

合并中，无论是吸收合并还是新设合并，均涉及法人解散问题。在吸收合并中，被吸收的法人解散；在新设合并中，合并各方解散。而在法人分立的情形，只是在创设式分立时，才发生被分立的法人解散；在存续式分立时，存续公司和分立公司均不发生解散。

（四）法人依法被吊销营业执照、登记证书，被责令关闭或者被撤销

法人若是违反了法律与行政法规中的强制性规定，例如从事违法经营活动，应依法予以解散。

在我国，对于企业法人，由市场监督管理机关吊销企业法人营业执照。例如《公司登记管理条例》第32条第2款规定：公司的经营范围中属于法律、行政法规或者国务院决定规定须经批准的项目被吊销、撤销许可证或者其他批准文件，或者许可证、其他批准文件有效期届满的，应当自吊销、撤销许可证、其他批准文件或者许可证、其他批准文件有效期届满之日起30日内申请变更登记或者依照本条例第六章的规定办理注销登记。又如，《公司登记管理条例》第67条规定：公司成立后无正当理由超过6个月未开业的，或者开业后自行停业连续6个月以上的，可以由公司登记机关吊销营业执照。至于非营利法人，则因被依法吊销登记证书而解散。

法人被责令关闭或者被撤销也属强制解散范畴，其与企业法人被吊销营业执照或者登记证书的区别在于处罚机关不同，此类处罚机关通常是市场监督管理机关之外的业务监管机构，如食品药品监管部门、质监部门、银保监会与证监会等。

（五）法律规定的其他情形

法律规定的其他情形，例如我国《公司法》第180条第5项将“人民法院依照本法第一百八十二条的规定予以解散”作为解散公司的事由之一。该项规定其实就是关于股东申请法院解散公司的规定。根据《公司法》第182条的规定，公司经营管理发生严重困难，继续存在会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司全部股东表决权10%以上的股东，可以请求人民法院解散公司。该条规定的目的在于解决公司僵局等公司内部纠纷问题。^[22]

（本条由冉克平撰写）

第七十条

法人解散的，除合并或者分立的情形外，清算义务人应当及时组成清算组进行清算。

法人的董事、理事等执行机构或者决策机构的成员为清算义务人。法律、行政法规另有规定的，依照其规定。

清算义务人未及时履行清算义务，造成损害的，应当承担民事责任；主管机关或者利害关系人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。

本条主旨

本条对法人解散时的清算作出了规定。

相关条文

《民法总则》第70条规定：“法人解散的，除合并或者分立的情形外，清算义务人应当及时组成清算组进行清算。”“法人的董事、理事等执行机构或者决策机构的成员为清算义务人。法律、行政法规另有规定的，依照其规定。”“清算义务人未及时履行清算义务，造成损害的，应当承担民事责任；主管机关或者利害关系人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。”

《民法通则》第40条规定：“法人终止，应当依法进行清算，停止清算范围外的活动。”

《民法通则》第47条规定：“企业法人解散，应当成立清算组织，进行清算。企业法人被撤销、被宣告破产的，应当由主管机关或者人民法院组织有关机关和有关人员成立清算组织，进行清算。”

《民法通则意见》第59条规定：“企业法人解散或被撤销的，应当由其主管机关组织清算小组进行清算。企业法人被宣告破产的，应当由人民法院组织有关机关和有关人员成立清算组织进行清算。”

《公司法》第183条规定：“公司因本法第一百八十条第（一）项、第（二）项、第（四）项、第（五）项规定而解散的，应当在解散事由出现之日起十五日内成立清算组，开始清算。有限责任公司的清算组由股东组成，股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。逾期不成立清算组进行清算的，债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。人民法院应当受理该申请，并及时组织清算组进行清算。”

《公司法》第189条规定：“清算组成员应当忠于职守，依法履行清算义务。”“清算组成员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司财产。”“清算组成员因故意或者重大过失给公司或者债权人造成损失的，应当承担赔偿责任。”

《公司法解释（二）》第7条规定：“公司应当依照公司法第一百八十三条的规定，在解散事由出现之日起十五日内成立清算组，开始自行清算。”“有下列情形之一的，债权人申请人民法院指定清算组进行清算的，人民法院应予受理：（一）公司解散逾期不成立清算组进行清算的；（二）虽然成立清算组但故意拖延清算的；（三）违法清算可能严重损害债权人或者股东利益的。”“具有本条第二款所列情形，而债权人未提起清算申请，公司股东申请人民法院指定清算组对公司进行清算的，人民法院应予受理。”

《公司法解释（二）》第8条规定：“人民法院受理公司清算案件，应当及时指定有关人员组成清算组。”“清算组成员可以从下列人员或者机构中产生：（一）公司股东、董事、监事、高级管理人员；（二）依法设立的律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等社会中介机构；（三）依法设立的律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等社会中介机构中具备相关专业知识并取得执业资格的人员。”

《公司法解释（二）》第18条规定：“有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东未在法定期限内成立清算组开始清算，导致公司财产贬值、流失、毁损或者灭失，债权人主张其在造成损失范围内对公司债务承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。”“有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东因怠于履行义务，导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算，债权人主张其对公司债务承担连带清偿责任的，人民法院应依法予以支

持。”“上述情形系实际控制人原因造成，债权人主张实际控制人对公司债务承担相应民事责任的，人民法院应依法予以支持。”

理解与适用

本条规定的是法人解散时的清算义务及责任。

（一）法人的解散清算

法人的清算是指清理已解散或破产法人的财产，清结相应的法律关系，从而使该法人归于消灭的行为和程序。

清算分为广义清算与狭义清算。广义清算包括破产清算与解散清算。破产清算是指法人被宣告破产之后，依据破产法规定的清算程序进行的清算。破产法人的清算是破产程序的一部分。解散清算则属狭义清算，是指法人因破产以外的原因而被解散以后，依据法定程序进行的清算。除法人合并或者分立的情形外，法人解散之后均要依法进行清算，以了结法人的财产及债权债务关系。解散清算的程序随法人类型、终止原因等因素不同而相异。

狭义的清算又可以分为自行清算与指定清算。前者是指法人自己组织的清算；后者是指经利害关系人申请由法院指定清算人进行的清算。本条第1款规定的是自行清算，第3款第二句规定的则是指定清算。

（二）清算组及其法律地位

法人解散之后进入清算状态，其民事行为能力受到极大限制，只能在清算目的范围内进行活动，并需要遵守相应的清算程序。

法人进入清算程序，其原有的管理机关（董事会或者理事会）即处于冻结状态，取而代之的是依法成立的清算组。在清算目的范围内，清算组作为清算中法人的临时机关，与解散事由出现前法人的机关具有同等的法律地位。易言之，解散法人进入清算程序后，法人原有代表及执行业务的机关均丧失其职权，而由清算组代表法人行使权

力，例如，清理法人财产，通知或者公告债权人，处理与清算公司未了结的业务，清缴所欠税款，清理债权债务，分配剩余财产，参加诉讼活动等。^[23]因此，在法律地位上，清算组是清算中法人的代表人和业务执行机关：对内执行清算业务，对外代表清算中的法人。

（三）自行清算

自行清算既适用于自愿解散，又适用于强制解散，但不包括法人因合并或分立而进行的解散。《民事诉讼法解释》第64条规定：企业法人解散的，依法清算并注销前，以该企业法人为当事人；未依法清算即被注销的，以该企业法人的股东、发起人或者出资人为当事人。为避免对被注销公司的债务承担连带责任，该规定使股东既有动力也有压力及时启动清算程序，而非跨过清算程序直接办理注销登记手续。

法人解散后，清算义务人应当及时对公司进行清算。对此，基于不同的法人类型，法律有不同的规定。（1）对于公司而言，《公司法》第183条规定，公司解散的，应当在解散事由出现之日起15日内成立清算组，开始清算；《公司登记管理条例》第41条规定，公司解散，依法应当清算的，清算组应当自成立之日起10日内将清算组成员、清算组负责人名单向公司登记机关备案。（2）对于公益法人来说，《慈善法》第18条规定，慈善组织解散的，慈善组织决策机构应当在解散事由出现之日起30日内成立清算组进行清算，并向社会公告。

（四）清算组的组成与清算义务

在自行清算的情形，清算组由清算义务人自行组建。所谓清算义务人，是指具有担任清算组成员资格的自然人。

本条第2款规定，法人的董事、理事等执行机构或者决策机构的成员为清算义务人；法律、行政法规另有规定的，依照其规定。具体而言：（1）对于公司来说，《公司法》第183条区分了有限责任公司与股份公司两种情况，分别确定了清算组的组成人员：有限责任公司解散的，清算组由股东组成；股份公司解散的，清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。（2）对于公益法人而言，依据《慈善法》第18条的规定，慈善决策机构（通常是理事会）属于清算组的组成人员。又如，《基金会管理条例》第18条第1款规定，基金会在办理注销登记前，应当在登记管理机关、业务主管单位的指导下成立清算组

织，完成清算工作。

清算义务人未及时履行清算义务，给法人或者债权人造成损害的，应当承担民事责任。依据《公司法解释（二）》第18条第1款的规定，有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东未在法定期限内成立清算组开始清算，导致公司财产贬值、流失、毁损或者灭失，债权人主张其在造成损失范围内对公司债务承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。如果此种情形系实际控制人原因造成，债权人主张实际控制人对公司债务承担相应民事责任的，人民法院应依法予以支持。

（五）指定清算

如果清算义务人逾期不成立清算组或者清算组不依法履行清算义务的，依据法人的主管部门或者利害关系人申请，人民法院可以指定有关人员组成清算组，对法人进行清算。

《公司法解释（二）》第7条第2、3款规定，有下列情形之一的，债权人申请人民法院指定清算组进行清算的，人民法院应予受理：

（1）公司解散逾期不成立清算组进行清算的；（2）虽然成立清算组但故意拖延清算的；（3）违法清算可能严重损害债权人或者股东利益的。具有本条第2款所列情形，而债权人未提起清算申请，公司股东申请人民法院指定清算组对公司进行清算的，人民法院应予受理。第8条规定：人民法院受理公司清算案件，应当及时指定有关人员组成清算组。清算组成员可以从下列人员或者机构中产生：（1）公司股东、董事、监事、高级管理人员；（2）依法设立的律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等社会中介机构；（3）依法设立的律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等社会中介机构中具备相关专业知识并取得执业资格的人员。

依据《慈善法》第18条第2款的规定，不成立清算组或者清算组不履行职责的，其主管部门即民政部门可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。

（本条由冉克平撰写）

第七十一条

法人的清算程序和清算组职权，依照有关法律的规定；没有规定的，参照适用公司法律的有关规定。

本条主旨

本条对法人的清算程序和清算组职权的依据作出了规定。

相关条文

《民法总则》第71条规定：“法人的清算程序和清算组职权，依照有关法律的规定；没有规定的，参照适用公司法的有关规定。”

《民法通则》第40条规定：“法人终止，应当依法进行清算，停止清算范围外的活动。”

《民法通则》第47条规定：“企业法人解散，应当成立清算组织，进行清算。企业法人被撤销、被宣告破产的，应当由主管机关或者人民法院组织有关机关和有关人员成立清算组织，进行清算。”

《民法通则意见》第60条规定：“清算组织是以清算企业法人债权、债务为目的而依法成立的组织。它负责对终止的企业法人的财产进行保管、清理、估价、处理和清偿。”“对于涉及终止的企业法人债权、债务的民事诉讼，清算组织可以用自己的名义参加诉讼。”“以逃避债务责任为目的而成立的清算组织，其实施的民事行为无效。”

《公司法》第184条规定：“清算组在清算期间行使下列职权：
（一）清理公司财产，分别编制资产负债表和财产清单；（二）通知、公告债权人；（三）处理与清算有关的公司未了结的业务；
（四）清缴所欠税款以及清算过程中产生的税款；（五）清理债权、

债务；（六）处理公司清偿债务后的剩余财产；（七）代表公司参与民事诉讼活动。”

理解与适用

本条规定的是法人的清算程序和清算组职权的依据。

（一）法人的清算程序和清算组职权，依照有关的规定

此处的法人，既包括营利法人、也包括非营利法人，还包括特别法人。法律或行政法规对于不同类型的法人，有一些具体的规定。例如，对于事业单位法人，《事业单位登记管理暂行条例》第13条第2款规定，事业单位办理注销登记前，应当在审批机关指导下成立清算组织，完成清算工作。《事业单位登记管理暂行条例实施细则》第52条第1、2款规定：事业单位在申请注销登记前，应当在举办单位和其他有关机关的指导下，成立清算组织，完成清算工作。清算组织应当自成立之日起10日内通知债权人，并于30日内至少发布三次拟申请注销登记的公告。债权人应当自第一次成立之日起90日内，向清算组织申报其债权。

（二）参照适用公司法的有关规定

如果法律或者行政法规对于法人的清算程序和清算组职权没有规定的，应当参照适用公司法的有关规定。这表明，公司法有关清算程序和清算组职权的规定，对于其他法人具有参照适用的功能。具体而言：

（1）清理公司财产，分别编制资产负债表和财产清单。清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，应当制订清算方案，并报股东会或者有关主管机关确认（《公司法》第186条第1款）。《公司法解释（二）》第15条第1款进一步细化规定：公司自行清算的，清算方案应当报股东会或者股东大会决议确认；人民法院组织清算的，清算方案应当报人民法院确认。未经确认的清算方案，

清算组不得执行。为了确保清算方案的正当性,《公司法解释(二)》第15条第2款规定,执行未经确认的清算方案给公司或者债权人造成损失,公司、股东或者债权人主张清算组成员承担赔偿责任的,人民法院应依法予以支持。

(2) 通知、公告。《公司法》第185条第1款第一句规定:清算组应当自成立之日起10日内通知债权人,并于60日內在报纸上公告。为增强该条的可诉性,《公司法解释(二)》第11条规定:公司清算时,清算组应当按照《公司法》第185条的规定,将公司解散清算事宜书面通知全体已知债权人,并根据公司规模和营业地域范围在全国或者公司注册登记地省级有影响的报纸上进行公告。清算组未按照前款规定履行通知和公告义务,导致债权人未及時申报债权而未获清偿,债权人主张清算组成员对因此造成的损失承担赔偿责任的,人民法院应依法予以支持。

(3) 债权的申报与核定。《公司法》第185条规定:……债权人应当自接到通知书之日起30日内,未接到通知书的自公告之日起45日内,向清算组申报其债权。债权人申报债权,应当说明债权的有关事項,并提供证明材料。清算组应当对债权进行登记。在申报债权期间,清算组不得对债权人进行清偿。这是为了确保债权人之间的公平受偿。《公司法解释(二)》第12条规定:公司清算时,债权人对清算组核定的债权有异议的,可以要求清算组重新核定。清算组不予重新核定,或者债权人对重新核定的债权仍有异议,债权人以公司为被告向人民法院提起诉讼请求确认的,人民法院应予以受理。

对于补充申报的债权,《公司法解释(二)》第13条规定:债权人在规定的期限内未申报债权,在公司清算程序终结前补充申报的,清算组应予登记。公司清算程序终结,是指清算报告经股东会、股东大会或者人民法院确认完毕。《公司法解释(二)》第14条第1款规定:债权人补充申报的债权,可以在公司尚未分配财产中获得清偿。如果公司尚未分配的财产不能全额清偿,债权人可以主张股东以其在剩余财产分配中已经取得的财产予以清偿。但这种情形仅限于债权人未申报债权无重大过错,如果债权人因重大过错未在规定期限内申报债权则不得主张从股东已分配财产中获得清偿。

(4) 了结现务,处理与清算有关的未了结业务。公司在解散前,通常存在尚未了结的合同或者其他交易。清算组有权决定是否执行或者履行这些合同或者交易。如果因不执行或不履行而给相对人造成损失的,则应当由清算中的公司承担赔偿责任。

(5) 清缴所欠税款以及清算过程中产生的税款。缴纳税款是公

司的一项强制性义务，必须依法清缴。

（6）分配剩余财产。《公司法》第186条第2、3款规定：公司财产在分别支付清算费用、职工的工资、社会保险费用和法定补偿金，缴纳所欠税款，清偿公司债务后的剩余财产，有限责任公司按照股东的出资比例分配，股份有限公司按照股东持有的股份比例分配。清算期间，公司存续，但不得开展与清算无关的经营活动。公司财产在未依照前款规定清偿前，不得分配给股东。

（7）代表公司参加民事诉讼活动。公司依法清算结束并办理注销登记前，有关公司的民事诉讼应当以公司的名义进行。公司成立清算组的，由清算组负责人代表公司参加诉讼；尚未成立清算组的，由原法定代表人代表公司参加诉讼 [《公司法解释（二）》第11条]。

（8）清算的中止。清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，发现公司财产不足以清偿债务的，应当依法向人民法院申请宣告破产。公司经人民法院裁定宣告破产后，清算组应当将清算事务移交给人民法院（《公司法》第187条）。

在指定清算的情形，人民法院指定的清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单时，发现公司财产不足以清偿债务的，可以与债权人协商制作有关债务清偿方案。债务清偿方案经全体债权人确认且不损害其他利害关系人利益的，人民法院可依清算组的申请裁定予以认可。清算组依据该清偿方案清偿债务后，应当向人民法院申请裁定终结清算程序。债权人对债务清偿方案不予确认或者人民法院不予认可的，清算组应当依法向人民法院申请宣告破产 [《公司法司法解释（二）》第17条]。

（9）报请股东会或人民法院确认清算报告。公司清算结束后，清算组应当制作清算报告，报请股东会或人民法院确认（《公司法》第188条）。

（10）清算的终止。公司清算组应当自公司清算结束之日起30日内，报送公司登记机关，申请注销公司登记，公告公司终止（《公司法》第188条、《公司登记管理条例》第42条）。

（11）清算期限。人民法院组织清算的，清算组应当自成立之日起6个月内清算完毕。因特殊情况无法在6个月内完成清算的，清算组应当向人民法院申请延长 [《公司法解释（二）》第16条]。

依据《公司登记管理条例》第43条的规定，公司申请注销登记，

应当提交下列文件：（1）公司清算组负责人签署的注销登记申请书；（2）人民法院的破产裁定、解散裁判文书，公司依照《公司法》作出的决议或者决定，行政机关责令关闭或者公司被撤销的文件；（3）股东会、股东大会、一人有限责任公司的股东、外商投资的公司董事会或者人民法院、公司批准机关备案、确认的清算报告；（4）“企业法人营业执照”；（5）法律、行政法规规定应当提交的其他文件。国有独资公司申请注销登记，还应当提交国有资产监督管理机构的决定，其中，国务院确定的重要的国有独资公司，还应当提交本级人民政府的批准文件。有分公司的公司申请注销登记，还应当提交分公司的注销登记证明。

（本条由冉克平撰写）

第七十二条

清算期间法人存续，但是不得从事与清算无关的活动。

法人清算后的剩余财产，按照法人章程的规定或者法人权力机构的决议处理。法律另有规定的，依照其规定。

清算结束并完成法人注销登记时，法人终止；依法不需要办理法人登记的，清算结束时，法人终止。

本条主旨

本条对清算法人作出了规定。

相关条文

《民法总则》第72条规定：“清算期间法人存续，但是不得从事与清算无关的活动。”“法人清算后的剩余财产，根据法人章程的规定或者法人权力机构的决议处理。法律另有规定的，依照其规定。”“清算结束并完成法人注销登记时，法人终止；依法不需要办理法人登记的，清算结束时，法人终止。”

《民法通则》第40条规定：“法人终止，应当依法进行清算，停止清算范围外的活动。”

《民法通则》第46条规定：“企业法人终止，应当向登记机关办理注销登记并公告。”

《公司法》第186条规定：“清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，应当制定清算方案，并报股东会、股东大会或者人民法院确认。”“公司财产在分别支付清算费用、职工的工资、社会保险费用和法定补偿金，缴纳所欠税款，清偿公司债务后的剩余财产，有限责任公司按照股东的出资比例分配，股份有限公司按照股东持有的股份比例分配。”“清算期间，公司存续，但不得开展与清算无关的经营活动。公司财产在未依照前款规定清偿前，不得分配给股东。”

《公司法》第188条规定：“公司清算结束后，清算组应当制作清算报告，报股东会、股东大会或者人民法院确认，并报送公司登记机关，申请注销公司登记，公告公司终止。”

《公司法解释（二）》第10条规定：“公司依法清算结束并办理注销登记前，有关公司的民事诉讼，应当以公司的名义进行。”“公司成立清算组的，由清算组负责人代表公司参加诉讼；尚未成立清算组的，由原法定代表人代表公司参加诉讼。”

理解与适用

本条分为3款：第1款规定的是清算中法人的活动范围，第2款规定的是法人清算后剩余财产的处理，第3款规定的是清算的终结及法人的终止。

（一）清算法人的性质与活动范围

清算期间的法人被称为清算法人。关于清算法人的性质，学说上有清算法人说、拟制存续说、同一人格说以及同一人格兼拟制说。我国学者多持同一人格说。^[24]依据此说，清算前的法人和清算后的法人具有同一人格，在清算过程中，法人继续存在。但是依法进行清算的法人，其民事权利能力与民事行为能力均受到法律的限制，仅仅为清算的目的具有人格，不得进行与清算目的无关的活动。法人原有的执行机构和代表机构停止职能，被清算组织取代。在清算期间，清算组织代表清算法人可以从事清算范围内的活动，包括清理财产、清偿债务、从事清算活动所必要的资金借贷、变卖法人的财产、追回被他人占有的财产、在法院起诉和应诉等。凡是出于清算目的而进行的活动，均在清算范围之内。

（二）法人清算后剩余财产的处理

法人清算后，可能还有剩余财产。对于这些财产，应当按照法人的章程的规定处理，或者依照法人的权力机构，例如公司的股东大会、非营利法人的成员大会等的决议处理。法律另有规定的，依照其规定。例如对于慈善组织，《慈善法》第18条第3款规定，慈善组织清算后的剩余财产，应当按照慈善组织章程的规定转给宗旨相同或相近的慈善组织；章程未规定的，由民政部门主持转给宗旨相同或者相近的慈善组织，并向社会公告。

（三）清算的终结及法人的终止

清算组织依法履行了清算程序，完成清算任务，清算终结。在清算结束后，清算组织应当申请法人注销登记，此登记一经完成，法人人格即归于消灭。对此，《公司法》第188条规定：公司清算结束后，清算组应当制作清算报告，报股东会、股东大会或者人民法院确认，并报送公司登记机关，申请注销公司登记，公告公司终止。《慈善法》第18条第4款规定，慈善组织清算结束后，应当向其登记的民政部门办理注销登记，并由民政部门向社会公告。若是依法不需要办理法人登记的，清算结束时，法人即告终止。

（本条由冉克平撰写）

第七十三条

法人被宣告破产的，依法进行破产清算并完成法人注销登记时，法人终止。

本条主旨

本条对法人因破产而终止作出了规定。

相关条文

《民法总则》第73条规定：“法人被宣告破产的，依法进行破产清算并完成法人注销登记时，法人终止。”

《民法通则》第46条规定：“企业法人终止，应当向登记机关办理注销登记并公告。”

《公司法》第188条规定：“公司清算结束后，清算组应当制作清算报告，报股东会、股东大会或者人民法院确认，并报送公司登记机关，申请注销公司登记，公告公司终止。”

《公司法》第190条规定：“公司被依法宣告破产的，依照有关企业破产的法律实施破产清算。”

理解与适用

本条规定的是法人破产清算及法人的终止。我国现行法律规定，

企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的，依照法律规定清理债务（《企业破产法》第2条第1款）。据此，进行破产宣告的法人，限于企业法人。

（一）普通清算与破产清算及其转化

依照程序和适用法律的不同，法人清算可以分为普通清算与破产清算，两者的主要区别在于：普通清算的理论前提是公司资产足以偿还对外所负的全部债务，债权人权益的实现具有一定的物质基础，司法权介入清算程序的深度和力度要具有谦抑性；而破产清算的理论前提是企业法人资不抵债，法人资产不足以偿还全部债务，债权人必然无法全额受偿，究竟债权人受偿比例如何在清算程序终结之前并不确定，因此司法权介入清算程序的深度与力度应当加大。^[25]对于普通清算，主要由《公司法》及其相关司法解释进行了详尽的规定；就破产清算而言，《企业破产法》第十章（第107～124条）进行了详细的规定。

在适用普通清算时，倘若清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，发现公司财产不足以偿债，应当向人民法院申请宣告公司破产。经人民法院裁定宣告破产后，清算组应当将清算事务移交给人民法院（《公司法》第187条）。公司被依法宣告破产的，依照有关企业破产的法律实施破产清算（《公司法》第190条）。企业法人已解散但未清算或者未清算完毕，资产不足以清偿债务的，依法负有清算责任的人应当向人民法院申请破产清算（《企业破产法》第7条第3款）。这样，就实现了公司的非破产清算程序向公司破产清算程序的转化。

（二）破产宣告与破产清算

破产宣告是破产清算的必经程序。因债务人或者债权人提出破产申请，人民法院依法宣告债务人破产的，应当自裁定作出之日起5日内送达债务人和管理人，自裁定作出之日起10日内通知已知债权人，并予以公告（《企业破产法》第107条）。破产宣告之后，人民法院应当同时指定管理人。破产管理人的地位类似于普通清算中的清算组。破产管理人依法履行下列职责：（1）接管债务人的财产、印章和账簿、文书等资料；（2）调查债务人的财产状况，制作财产状况报告；（3）决定债务人的内部管理事务；（4）决定债务人的日常开支和其他必要开支；（5）在第一次债权人会议召开之前，决定继续

或者停止债务人的营业；（6）管理和处分债务人的财产；（7）代表债务人参加诉讼、仲裁或者其他法律程序；（8）提议召开债权人会议；（9）人民法院认为管理人应当履行的其他职责（《企业破产法》第25条）。

（三）注销登记与法人的终止

破产清算完成之后，法人应当办理注销登记，由此导致法人人格归于消灭。《企业破产法》第121条规定，管理人应当自破产程序终结之日起10日内，持人民法院终结破产程序的裁定，向破产人的原登记机关办理注销登记。

（本条由冉克平撰写）

第七十四条

法人可以依法设立分支机构。法律、行政法规规定分支机构应当登记的，依照其规定。

分支机构以自己的名义从事民事活动，产生的民事责任由法人承担；也可以先以该分支机构管理的财产承担，不足以承担的，由法人承担。

本条主旨

本条规定的是法人的分支机构及其责任承担。

相关条文

《民法总则》第74条规定：“法人可以依法设立分支机构。法律、行政法规规定分支机构应当登记的，依照其规定。”“分支机构以自己的名义从事民事活动，产生的民事责任由法人承担；也可以先以该分支机构管理的财产承担，不足以承担的，由法人承担。”

《民法通则意见》第107条规定：“不具有法人资格的企业法人的分支机构，以自己的名义对外签订的保证合同，一般应当认定无效。但因此产生的财产责任，分支机构如有偿付能力的，应当自行承担；如无偿付能力的，应由企业法人承担。”

《公司法》第14条规定：“公司可以设立分公司。设立分公司，应当向公司登记机关申请登记，领取营业执照。分公司不具有法人资格，其民事责任由公司承担。”“公司可以设立子公司，子公司具有法人资格，依法独立承担民事责任。”

《民事诉讼法》第48条规定：“公民、法人和其他组织可以作为民事诉讼的当事人。”“法人由其法定代表人进行诉讼。其他组织由其主要负责人进行诉讼。”

《民事诉讼法解释》第52条规定：“民事诉讼法第四十八条规定的其他组织是指合法成立、有一定的组织机构和财产，但又不具备法人资格的组织，包括：（一）依法登记领取营业执照的个人独资企业；（二）依法登记领取营业执照的合伙企业；（三）依法登记领取我国营业执照的中外合作经营企业、外资企业；（四）依法成立的社会团体的分支机构、代表机构；（五）依法设立并领取营业执照的法人的分支机构；（六）依法设立并领取营业执照的商业银行、政策性银行和非银行金融机构的分支机构；（七）经依法登记领取营业执照的乡镇企业、街道企业；（八）其他符合本条规定条件的组织。”

理解与适用

（一）法人的分支机构概述

法人的分支机构，是指法人为了在空间上拓宽其业务活动范围，出资在一定区域设置的以完成法人部分职能的机构。法人的分支机构通常被称为代表处、分理处、分公司等。最高人民法院曾经认为，企

业法人的分支机构也可以具有法人资格。但是学说通常认为，法人的分支机构并不具备法人资格。^[26]如《公司登记管理条例》第45条规定：分公司是指公司在其住所以外设立的从事经营活动的机构。分公司不具有企业法人资格。《基金会管理条例》第12条第4款规定：基金会分支机构、基金会代表机构依据基金会的授权开展活动，不具有法人资格。法人分支机构应被视为法人机关的委任代理机构。分支机构的负责人实为事务代理人。^[27]

法人的分支机构具有以下法律特征：（1）分支机构是法人依法设立于不同地域的组织，是所属法人的组成部分，管理人员由所属法人指派；（2）分支机构在实现所属法人的宗旨和业务范围内经核准登记进行活动，它可以有自己的名称，但必须标明其与所属法人的隶属关系；（3）分支机构占有、使用的财产并非自己所有，而是所属法人之财产的组成部分；（4）分支机构从事业务活动的法律后果由其所属法人承担。^[28]

法人的分支机构从事的民事活动，如经法人授权对外提供担保的，所产生的民事责任由法人承担；也可以先以该分支机构管理的财产承担，不足以承担的，由法人承担。分支机构可担当民事诉讼中的原告、被告或者第三人，但不能独立承担民事责任。由于分支机构的财产是所属法人之财产的组成部分，法院或仲裁机构对分支机构所作的生效裁判文书对所属法人具有拘束力。

（二）法人分支机构的设立

（1）依法成立。法人的分支机构必须依照我国现行法律规定成立。法律、行政法规规定分支机构应当登记的，法人的分支机构应履行法定的核准登记程序。如《公司登记管理条例》第47条规定：公司设立分公司的，应当自决定作出之日起30日内向分公司所在地的公司登记机关申请登记；法律、行政法规或者国务院决定规定必须报经有关部门批准的，应当自批准之日起30日内向公司登记机关申请登记。《基金会管理条例》第12条第1款规定：基金会拟设立分支机构、代表机构的，应当向原登记管理机关提出登记申请，并提交拟设机构的名称、住所和负责人等情况的文件。

（2）拥有一定的财产或经费。法人的分支机构必须拥有必要的财产或经费，这是法人的分支机构进行业务活动的物质基础。

（3）有自己的名称、组织机构和场所。法人的分支机构须具有不同于其所属法人的、经依法核准登记的名称。为了实现设立分支机

构的宗旨，法人的分支机构应设有管理其内部事务及对外交往的组织机构，拥有进行业务活动的场所。如《公司登记管理条例》第46条规定：分公司的登记事项包括：名称、营业场所、负责人、经营范围。分公司的名称应当符合国家有关规定。分公司的经营范围不得超出公司的经营范围。又如《基金会管理条例》第12条第3款规定：基金会分支机构、基金会代表机构设立登记的事项包括：名称、住所、公益活动的业务范围和负责人。

（三）法人的分支机构从事民事活动的责任承担

法人的分支机构不具有民事权利能力，与法人之间是隶属关系。因此，分支机构在核准登记的范围内，以自己的名义从事民事活动，产生的民事责任由所属法人承担。法人的分支机构虽然不具有民事权利能力，但是在诉讼上，分支机构可作为独立诉讼主体参与诉讼。对此，《民事诉讼法》第48条第1款规定，公民、法人和其他组织可以作为民事诉讼的当事人。《民事诉讼法解释》第52条中规定，《民事诉讼法》第48条规定的其他组织是指合法成立、有一定的组织机构和财产，但又不具备法人资格的组织，包括依法设立并领取营业执照的法人的分支机构。依据上述法律的规定，分支机构可作为诉讼主体参加诉讼。若是分支机构管理的财产不足以执行，权利人可以追加设立该分支机构的法人作为共同被执行人。

（本条由冉克平撰写）

第七十五条

设立人为设立法人从事的民事活动，其法律后果由法人承受；法人未成立的，其法律后果由设立人承受，设立人为二人以上的，享有连带债权，承担连带债务。

设立人为设立法人以自己的名义从事民事活动产生的民事责任，第三人有权选择请求法人或者设立人承担。

本条主旨

本条对设立中的法人作出了规定。

相关条文

《民法总则》第75条规定：“设立人为设立法人从事的民事活动，其法律后果由法人承受；法人未成立的，其法律后果由设立人承受，设立人为二人以上的，享有连带债权，承担连带债务。”“设立人为设立法人以自己的名义从事民事活动产生的民事责任，第三人有权选择请求法人或者设立人承担。”

《公司法解释（三）》第2条规定：“发起人为设立公司以自己名义对外签订合同，合同相对人请求该发起人承担合同责任的，人民法院应予支持。”“公司成立后对前款规定的合同予以确认，或者已经实际享有合同权利或者履行合同义务，合同相对人请求公司承担合同责任的，人民法院应予支持。”

《公司法解释（三）》第3条规定：“发起人以设立中公司名义对外签订合同，公司成立后合同相对人请求公司承担合同责任的，人民法院应予支持。”“公司成立后有证据证明发起人利用设立中公司的名义为自己的利益与相对人签订合同，公司以此为由主张不承担合同责任的，人民法院应予支持，但相对人为善意的除外。”

《公司法解释（三）》第4条规定：“公司因故未成立，债权人请求全体或者部分发起人对设立公司行为所产生的费用和债务承担连带清偿责任的，人民法院应予支持。”“部分发起人依照前款规定承担责任后，请求其他发起人分担的，人民法院应当判令其他发起人按照约定的责任承担比例分担责任；没有约定责任承担比例的，按照约定的出资比例分担责任；没有约定出资比例的，按照均等份额分担责任。”“因部分发起人的过错导致公司未成立，其他发起人主张其承担设立行为所产生的费用和债务的，人民法院应当根据过错情况，确定过错一方的责任范围。”

《公司法解释（三）》第5条规定：“发起人因履行公司设立职责

造成他人损害，公司成立后受害人请求公司承担侵权赔偿责任的，人民法院应予支持；公司未成立，受害人请求全体发起人承担连带赔偿责任的，人民法院应予支持。”“公司或者无过错的发起人承担赔偿责任后，可以向有过错的发起人追偿。”

理解与适用

（一）设立中法人的法律地位

所谓设立中的法人，就是指从法人设立开始至法人成立之前，专门负责法人设立的组织体。^[29]在法人设立过程中，发起人往往要实施一系列的民事法律行为，例如借款，购买必要的材料、设备等，从而发生债权债务关系，这样就需要明确谁来承受由此产生的法律后果。在学说上，这涉及设立中法人的法律地位，以及设立中法人与成立后法人的关系问题。

设立中的法人与已成立的法人具有同一关系。设立中的法人是未来法人的前身，如同胎儿与婴儿为同一体。当然，这仅在法人成立的情形才具有意义。设立人则是设立中法人的机关。将设立中的法人与成立后的法人视为同一体的实益在于，设立中的法人缔结的法律关系就是成立后的法人缔结的法律关系。换言之，设立中的法人的债权债务关系当然转由成立后的法人继受，而无需履行特别的移转手续。^[30]

（二）设立人以设立中法人的名义创设的债权债务的归属

在法人的设立过程中，设立人以设立中法人的名义，如“公司（设立中）”“筹备组”“公司（筹）”等，与他人创设债权债务关系。由此产生的债权债务关系，归属于设立中的法人。具体而言：

1. 法人成立之后概括转移设立中法人的债权债务关系

设立中的法人与成立后的法人在人格上具有同一性，因此，设立人以设立中法人的名义而创设的债权债务，在法人设立后自动由成立后的法人概括继受。在此情形，应当否认设立人的个人责任。德国学说认为：通常情况下，大概应认定这种个人责任随法人的成立而消灭。既然行为人已经为未来有权利能力社团的利益出现在法律交易中，而该社团是根据法律规定承担责任的，那么对方当事人就得到了他原来可期待的东西。^[31]《公司法解释（三）》第3条第1款也确认了上述原则：发起人以设立中公司名义对外签订合同，公司成立后合同相对人请求公司承担合同责任的，人民法院应予支持。

为预防设立人恶意向公司转嫁债务，保障公司的利益，同时维护交易的安全，《公司法解释（三）》第3条第2款规定：公司成立后有证据证明发起人利用设立中公司的名义为自己的利益与相对人签订合同，公司以此为由主张不承担合同责任的，人民法院应予支持，但相对人为善意的除外。

2.法人未成立时债权债务关系的处理

在设立人设立法人的过程中，可能有法律上或事实上的原因导致法人无法完成设立登记，法人因此而未能成立。在此情形，设立过程中创设的债权债务关系的处理，需要区分对外关系与对内关系。具体而言：（1）在对外关系上，设立人应当承受设立中法人的债权债务。若是设立人有两人以上的，设立人享有连带债权、承担连带债务，即设立人承担的是无限连带清偿责任。依《公司法》第94条第1项和第2项，公司不能成立时，发起人要设立行为所产生的债务和费用负连带责任，并对认股人已缴纳的股款负返还股款并加算银行同期存款利息的连带责任。《公司法解释（三）》第4条第1款规定：公司因故未成立，债权人请求全体或者部分发起人对设立公司行为所产生的费用和债务承担连带清偿责任的，人民法院应予支持。（2）在对内关系上，设立人在对外享有连带债权、承担连带债务以后，可以根据发起设立协议确定的比例对其他设立人进行追偿。设立人有过错的，应当依据过错情况确立责任范围。《公司法解释（三）》第4条第2、3款规定：部分发起人依照前款规定承担责任后，请求其他发起人分担的，人民法院应当判令其他发起人按照约定的责任承担比例分担责任；没有约定责任承担比例的，按照约定的出资比例分担责任；没有约定出资比例的，按照均等份额分担责任。因部分发起人的过错导致公司未成立，其他发起人主张其承担设立行为所产生的费用和债务的，人民法院应当根据过错情况，确定过错一方的责任范围。

（三）设立人为设立法人以自己的名义创设的债权债务的归属

倘若设立人为设立法人而以自己的名义与他人创设债权债务关系，则此种债权债务为设立人的个人债务，应由设立人享有权利、承担义务。若是法人并未成立，则该债务当然为设立人的债务。《公司法解释（三）》第2条第1款规定：发起人为设立公司以自己名义对外签订合同，合同相对人请求该发起人承担合同责任的，人民法院应予支持。

但是，若是法人已经成立，对于该债务，依据本条的规定，第三人有权选择请求法人或者设立人承担。对此，缺乏必要的前提条件，即已成立的法人已经认可设立人为设立法人以自己的名义创设的债权债务。对此，《公司法解释（三）》第2条第2款规定：公司成立后对前款规定的合同予以确认，或者已经实际享有合同权利或者履行合同义务，合同相对人请求公司承担合同责任的，人民法院应予支持。该司法解释的规定值得借鉴。

（本条由冉克平撰写）

注释：

[1] 迪特尔·施瓦布.民法导论.郑冲，译.北京：法律出版社，2006：101.

[2] 史尚宽.民法总论.北京：中国政法大学出版社，2000：153.

[3] 程合红.商事人格权论.北京：中国人民大学出版社，2002：29-33.

[4] 迪特尔·施瓦布.民法导论.郑冲，译.北京：法律出版社，2006：101.

[5] 史尚宽.民法总论.北京：中国政法大学出版社，2000：153.

[6] 奚晓明.《中华人民共和国侵权责任法》条文理解与适用.北京：人民法院出版社，2010：245.

[7] 王利明，周友军，高圣平.中国侵权责任法教程.北京：人民法院出版社，2010：486.

[8] 尹田.论法人的侵权行为.河北法学，2002（2）.

[9] 关于德国法的情况，参见迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论.邵建东，译.北京：法律出版社，2000：849.

[10] 王利明.侵权责任法研究：下卷.北京：中国人民大学出版社，2011：99及以下.

[11] 2005年台上字第173号判决//黄立.民法债编总论.北京：中国政法大学出版社，2002：314.

[12] J.施皮尔.侵权法的统一：对他人造成的损害的责任.梅夏英，高圣平，译.北京：法律出版社，2009：404.

[13] 圆谷峻.判例形成的日本新侵权行为法.赵莉，译.北京：法律出版社，2008：301及以下.

[14] 有的法院认为，在道路交通事故中所谓雇员具有“重大过失”，是指雇员“被追究刑事责任、行政拘留、吊销驾驶证以及被认定负全部责任”。“李某茂诉秦某红雇主损害赔偿纠纷案”，河南省陕县人民法院（2010）陕民初字第100号民事判决书.

[15] 赵万一.商法.3版.北京：中国人民大学出版社，2009：8.

[16] 赵万一.商事登记制度法律问题研究.北京：法律出版社，2013：230.

[17] 朱庆育.民法总论.北京：北京大学出版社，2013：434.

[18] 王利明.债法总则研究.北京：中国人民大学出版社，2015：204.

[19] 施天涛.公司法论.3版.北京：法律出版社，2014：579.

[20] 王利明.民法总则研究.2版.北京：中国人民大学出版社，2012：312.

[21] 刘俊海.现代公司法：下册.3版.北京：法律出版社，2015：1128.

[22] 施天涛.公司法论.3版.北京：法律出版社，2014：585.

[23] 施天涛.公司法论.3版.北京：法律出版社，2014：591.

[24] 王利明.民法总则研究.2版.北京：中国人民大学出版社，2012：314.龙卫球.民法总论.北京：中国法制出版社，2001：407.

[25] 刘俊海.现代公司法：下册.3版.北京：法律出版社，2015：1153.

[26] 施天涛.公司法论.3版.北京：法律出版社，2014：69.

[27] 龙卫球.民法总论.北京：中国法制出版社，2001：397.

[28] 马俊驹，余延满.民法原论.4版.北京：法律出版社，2010：136.

[29] 王利明.民法总则研究.2版.北京：中国人民大学出版社，2012：301.

[30] 刘俊海.现代公司法：上册.3版.北京：法律出版社，2015：119.

[31] 迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论.邵建东，译.北京：法律出版社，2000：833.

第二节 营利法人

第七十六条

以取得利润并分配给股东等出资人为目的成立的法人，为营利法人。

营利法人包括有限责任公司、股份有限公司和其他企业法人等。

本条主旨

本条对营利法人作出了规定。

相关条文

《民法总则》第76条规定：“以取得利润并分配给股东等出资人为目的成立的法人，为营利法人。”“营利法人包括有限责任公司、股份有限公司和其他企业法人等。”

《民法通则》第41条规定：“全民所有制企业、集体所有制企业有符合国家规定的资金数额，有组织章程、组织机构和场所，能够独立承担民事责任，经主管机关核准登记，取得法人资格。”“在中华人民共和国领域内设立的中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资

企业，具备法人条件的，依法经工商行政管理机关核准登记，取得中国法人资格。”

《公司法》第2条规定：“本法所称公司是指依照本法在中国境内设立的有限责任公司和股份有限公司。”

理解与适用

本条规定的是法人分类中的营利法人。

法人是指自然人以外由法律创设得为权利、义务主体之组织。^[1]其中以取得利润并分配给其股东等出资人为目的成立的法人，为营利法人。传统民法将法人依其目的的不同，可分为营利法人与非营利法人。所谓营利，是指积极地营利并将其所的利益分配给其成员。注意：其一，此处营利是指以营利为目的，而非以营利为结果。例如，股东设立公司，连续亏损，但仍然是以营利为目的。其二，此处所说的“营利”，不是指法人本身营利，而是指法人为其成员营利，仅法人本身营利，如果不将所获得利益分配给成员，而是作为自身积累，则不属于营利法人。所谓以营利为目的，是以投资人取得经济上的回报为判断标准的。^[2]例如基金会等财团，虽有投资保值增值之盈利，但没有股东出资人，也不可能分配利润，当然属于非营利法人。

区分的意义在于设立所依据的法律、程序及国家对法人所进行的规制不同。营利法人和非营利法人的主要区别在于：第一，设立的依据不同。营利法人通常要依据特别法而设立，如根据《公司法》而成立公司，而非营利法人大多依据民法的规则而设立。第二，设立的原则不同。对于营利法人的设立一般采取准则主义，而对于非营利法人的设立一般采取许可主义。第三，设立的目的不同。区分这两类法人的重要标准在于是否实现社员本身的利益或者说是否满足公共利益的需要。^[3]第四，法人的能力不同。营利法人可以广泛从事各种营利活动，而非营利法人只能从事非营利活动。第五，组织形态不同。营利法人原则上只能采取社团的形式，但也有特殊的一人公司存在，而非营利法人可以采取社团的形式，也可以采取财团的形式。^[4]

值得注意的是，传统民法将法人分为营利法人与公益法人，但这种分类有不周延之处，营利法人与公益法人中间尚存灰色地带，有的法人类型并非非黑即白，所以有的学者主张在二者之间还应有一类中

间法人，即不以营利为目的，也不以公益为目的的法人，如同学会、同乡会等。^[5]为解决既不属于营利法人，也不宜归入公益法人的中间法人的现象，有的学者主张采用以德国和瑞士为代表的营利法人与非营利法人的划分方式，认为这样就可以将中间法人归入非营利法人之中。《民法典》采取了营利法人与非营利法人的二分法，没有采取公益法人的概念。

营利法人包括公司制营利法人与非公司制营利法人。公司制营利法人根据我国公司法的规定，包括两种：有限责任公司、股份有限公司。非公司制营利法人主要是在计划经济体制下的国有企业、集体企业等，它们中的大多数经过改制之后被改造为现代公司制营利法人。关于公司的概念，依大陆法系民商法学通说，公司者，为以营利为目的，依照公司法组织登记成立之社团法人也。其含义有四：（1）公司应为法人；（2）公司应为社团法人；（3）公司应为营利社团法人；（4）公司应依公司法组织登记成立。^[6]也有学者归纳出公司的三个特征：社团性、法人性、营利性。应当说，我国主流公司法学者还是继承了大陆法的公司法传统，这与我国民商法制继受欧陆、苏俄的历史传统是一致的。但也有学者基于现代公司制度的最新变化，对大陆法传统公司理论进行反思、修正，认为：随着西方国家一人公司的地位逐渐为许多国家的法律所承认，公司逐渐失去其社团性的特征。我国公司法承认了国有独资有限公司，因此，把社团性视为公司固有的法律特征就值得商榷了。所以，我国公司的概念也不能完全等同于传统西方国家的公司概念。因此，有学者概括出公司新的四个要素：（1）依法设立；（2）以营利为目的；（3）以股东投资行为为设立基础；（4）是独立的企业法人。^[7]还有学者干脆简化出两个特征，即营利性与法人性。^[8]

本条对法人的分类与《民法通则》采用的分类有根本不同。《民法通则》采取的是企业法人、非企业法人的分类。企业法人是以营利为目的、独立从事商品生产和经营活动的经济组织，因此，《民法通则》中的企业法人其实相当于《民法典》中的营利法人，改为营利法人的概念实为与传统民法中“营利法人”与“非营利法人”分类接轨。

《民法典》抛弃企业法人的概念具有合理性。企业一词，源于英语中的“enterprise”，并由日本人将其翻译成汉字词语，而传入中国。Enterprise原意是企图冒险从事某项事业，且具有持续经营的意思，后来引申为经营组织或经营体。^[9]据说，理论上给企业所下的定义不下几十种。大陆法系国家往往认为企业是一种人力和物力相结合的、有组织的经济实体。如德国的卡尔斯滕·施密特教授认为，企业应具有三个标志，即独立性、在市场中从事有偿的活动、其持续经营具有计划性和目的性。^[10]此外，依国际惯例，固定且相对稳定的个体经

营，亦不妨称被为企业，即所谓独资企业、合伙企业。^[11]可见，企业与法人、公司等概念不同，它并非严格意义上的法律概念，而是一种作为客观事实的社会现象，一种相对独立且持续存在的各生产要素相结合的组织体。因此，很多时候，企业被法律视为权利的客体而存在，而非主体意义上的“人”。作为权利客体的企业是用以从事经营活动的财产综合体，作为财产综合体的企业在整体上是不动产。企业在整体上以及企业的一部分可以是买卖、抵押、租赁和与设立、变更、终止物权有关的其他民事法律行为的客体。作为财产综合体的企业包括所有各种用于其活动的财产，其中包括土地、建筑物、构筑物、设备、器材、原料、产品、请求权、债务，以及对使企业、企业产品、工程和服务个别化的标志的权利和其他专属权，但法律和合同有不同规定的除外。^[12]德国的主要法学流派也一直倾向于认为企业是一种法律客体。^[13]因此，《民法典》改原来的企业法人、非企业法人为营利法人、非营利法人，用语上更加科学，更加符合大陆法系的民法传统。

（本条由马特撰写）

第七十七条

营利法人经依法登记成立。

本条主旨

本条对营利法人的设立作出了规定。

相关条文

《民法总则》第77条规定：“营利法人经依法登记成立。”

《公司法》第6条第1款规定：“设立公司，应当依法向公司登记机关申请设立登记。符合本法规定的设立条件的，由公司登记机关分别登记为有限责任公司或者股份有限公司；不符合本法规定的设立条件的，不得登记为有限责任公司或者股份有限公司。”

理解与适用

法人成立需要设立。法人设立就是依法产生法人的行为。法人设立的原则，因法人类型及时代的不同而不同，大致包括以下原则。

（1）自由设立主义，也称放任主义，即国家对于法人的设立，不加任何干涉，不作任何限制，完全由当事人自由处断。

（2）特许设立主义，也称特许主义，即法人的设立需要个案审查，有专门的法令或国家特别许可。特许主义可分为元首特许主义与法律特许主义。历史上英国最早采取特许主义设立公司，例如1600年设立的英国东印度公司。在我国如机关法人、妇联等特定社会团体法人，都是基于法律特许产生。

（3）许可设立主义，又称核准主义、许可主义、审批主义，是指法人设立时除了应符合法律规定的条件，还要经过行政主管部门的批准，主管部门依照规定进行审查，作出批准或不批准的决定。医院、学校等一般的非营利法人的设立大都采取许可主义。

（4）准则设立主义，也称登记主义，是指法律预先规定法人成立的条件，设立人可依照该条件设立，一旦符合法人的成立条件，无须经过行政主管部门批准，就可直接到登记机关办理登记，法人即可成立。普通营利法人，例如公司法上的公司的设立采准则设立主义，有工商登记即可。

（5）强制设立主义，即国家以法律规定某种行业或某种情况下必须设立一定法人组织的设立原则。

本条规定我国营利法人原则上采取登记主义，凡符合法人成立的条件且依法登记，即可成立，取得法人资格。此处登记，是指营利法

人应当进行的工商登记。但需注意的是，本条仅是规定营利法人的成立、取得独立的法人资格，以登记为准。根据特别法的规定，特殊的营利法人的设立采取核准主义，例如中外合资经营企业、中外合作经营企业、外商独资企业，由国家对外经济贸易主管部门负责审查批准工作。批准后，由国家对外经济贸易主管部门发给批准证书，然后才能到市场监督管理部门办理工商登记手续。

法人登记包括设立登记、变更登记和消灭登记。本条所谓的登记是指法人设立的登记。关于法人设立登记的效力，大陆法系国家一般采取成立要件主义，法人如未经登记，即便其设施、内容完备，也只能认为事实上成立，属于一种团体，而不得成为团体法人，亦即不能取得团体法人资格。^[14]日本采取不同的立法：依据民法设立的法人的设立登记采对抗要件主义，依据商法设立的法人的设立登记采取成立要件主义。比利时也采法人设立登记的对抗要件主义。我国《民法典》对法人设立登记采取成立要件主义，未经登记，法人不能成立，不能取得法人资格。

法人设立登记具有公法性，即法人设立登记本质上属于行政许可的公法行为。法人设立登记的目的在于公示法人信息，维护交易安全和迅捷。因此法人设立登记具有的效力为：创设力、推定力和公信力。创设力是指创设法人的主体资格，这是法人设立登记最基础的法律效力，也是其他效力的源泉。推定力是证据上的效力，是指登记簿上的记载事项被推定为真。公信力是商法外观主义的体现和要求，只要第三人不存在明知或者应知登记内容存在瑕疵的情形，该第三人信赖法人设立登记而与法人发生的交易即受到法律保护。法律赋予公示以公信力的目的是保护交易安全和善意第三人的利益。即便是错误或瑕疵的登记，异议人即使能够举出确凿的证据证明公示信息存在瑕疵，对公示的公信力仍不产生影响，第三人仍可借公示的正确性推定和自己对公示的瑕疵不知情而受到保护。

（本条由马特撰写）

第七十八条

依法设立的营利法人，由登记机关发给营利法人营业执照。
营业执照签发日期为营利法人的成立日期。

本条主旨

本条对营利法人的营业执照作出了规定。

相关条文

《民法总则》第78条规定：“依法设立的营利法人，由登记机关发给营利法人营业执照。营业执照签发日期为营利法人的成立日期。”

《公司法》第7条第1款规定：“依法设立的公司，由公司登记机关发给公司营业执照。公司营业执照签发日期为公司成立日期。”

理解与适用

在比较法上，营业执照并不是各国民法典规定的重点，这是其由市场经济体制决定的，但商业登记是营利法人的重要制度。法人的登记与颁发执照一样，具有法人对外公示的功能。例如《德国民法典》第64条规定：登记时，应在社团登记簿上载明社团的名称及其住所，订立章程的日期，以及董事会成员。有关董事会代表权范围的限制，或者偏离第28条第1款的规定而另定董事会决议事项的规定，应同样进行登记。《日本民法典》第46条规定：“（一）应登记事项如下：1，目的；2，名称；3，事务所；4，设立许可的年月日；5，定有存立时期者，其时期；6，资产总额；7，定有出资方法者，其方法；8，理事的姓名、住所。（二）前款所载事项发生变更时，应于二周内主事务所所在地、于三周内其他事务所所在地进行登记。在登记前，不得以其变更对抗他人。（三）停止理事职务、选任理事代行人的假处分有变更或被撤销时，应于主事务所及其他事务所所在地进行登记。于此情形，准用前款后段的规定。”

我国民法一贯重视法人登记和营业执照，这是我国工商管理的特点

色，也是计划经济向市场经济转轨的痕迹。例如《公司法》第7条规定：依法设立的公司，由公司登记机关发给公司营业执照。公司营业执照签发日期为公司成立日期。公司营业执照应当载明公司的名称、住所、注册资本、经营范围、法定代表人姓名等事项。公司营业执照记载的事项发生变更的，公司应当依法办理变更登记，由公司登记机关换发营业执照。《企业法人登记管理条例》第4条规定：企业法人登记主管机关（以下简称登记主管机关）是国家市场监督管理总局和地方各级市场监督管理部门。各级登记主管机关在上级登记主管机关的领导下，依法履行职责，不受非法干预。第16条：申请企业法人开业登记的单位，经登记主管机关核准登记注册，领取“企业法人营业执照”后，企业即告成立。企业法人凭据“企业法人营业执照”可以刻制公章、开立银行账户、签订合同，进行经营活动。登记主管机关可以根据企业法人开展业务的需要，核发“企业法人营业执照”副本。

营业执照是市场监督管理机关发给工商企业、个体经营户的准许从事某项生产经营活动的凭证。其格式由国家市场监督管理总局统一规定，其登记事项为：名称、地址、负责人、资金数额、经济成分、经营范围、经营方式、从业人数、经营期限等。营业执照分正本和副本，二者具有相同的法律效力。正本应当置于公司住所或营业场所的醒目位置，营业执照不得伪造、涂改、出租、出借、转让。没有营业执照的工商企业一律不许开业，不得刻制公章、签订合同、注册商标、刊登广告，银行不予开立账户。

营业执照的签发也是确定营利法人成立日期的重要依据。依据本条规定，营利法人的成立日期以营业执照的签发日期为准。

（本条由马特撰写）

第七十九条

设立营利法人应当依法制定法人章程。

本条主旨

本条对营利法人的章程作出了规定。

相关条文

《民法总则》第79条规定：“设立营利法人应当依法制定法人章程。”

《民法总则》第93条规定：“设立捐助法人应当依法制定法人章程。”“捐助法人应当设理事会、民主管理组织等决策机构，并设执行机构。理事长等负责人按照法人章程的规定担任法定代表人。”“捐助法人应当设监事会等监督机构。”

《公司法》第11条规定：“设立公司必须依法制定公司章程。公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力。”

理解与适用

法人的章程是指法人的成员就法人的整个活动范围、组织机构以及内部成员之间的权利义务等问题所订立的书面文件。根据《民法典》的规定，营利法人必须制定章程，非营利法人一般也应当制定章程，例如社会团体、基金会的设立也应当有章程，但事业单位这种中国特有的非营利法人，章程并不是其必要条件。特别法人中的机关法人、农村集体经济组织法人、城镇农村的合作经济组织法人、基层群众性自治组织法人也不是必须有章程。

营利法人必须制定章程，是因为章程相当于营利法人的宪法，是营利法人进行自治的基本框架，内部约定出资人之间的权利义务关系和法人的治理结构，外部构成对外公示的基础。营利法人必须持续对外进行经营活动，对交易安全的保护是首要功能。营利法人是以营利并向出资人分配利润为目的的。这都使营利法人的章程与非营利法人的有所不同。所以《公司法》第11条规定：设立公司必须依法制定公司章程。公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力。《企业法人登记管理条例》第7条规定：“申请企业法人登记的

单位应当具备下列条件：（一）名称、组织机构和章程……”

法人的章程的内容可分为绝对必要记载事项和任意记载事项。绝对必要记载事项是指法律规定在章程中必须具备的内容，不记载这些内容，该章程是无效的，登记机关将不予登记。绝对必要记载事项包括：法人的名称、宗旨、业务范围、住所、资本总额、所有制性质、人员等。任意记载事项，是指不是由法律明文规定不可缺少的事项，可以规定，也可以不规定在章程中。法人的章程对于法人关系甚巨，章程一经登记就具有法律效力，成为法人的行为准则。

章程的生效时间到底是登记之日还是签署之日，在理论上存在争议，目前主要有两种不同的观点：一种观点认为，章程自发起设立法人的发起人签字时生效；另一种观点认为，章程自法人成立时生效。一般认为，法人的章程为发起人股东就法人的相关事项签署的法律文件，并且对营利法人的全体股东有约束力，在某种意义上可以说是全体股东的协议，因此，只有法人成立后，章程才有效力，而法人一旦设立，章程就对法人、股东、董事、监事、高管产生约束力，所以章程的生效时间应当为法人登记设立时。但是，我们也要看到，章程是营利法人的自治文件，法人章程的内容并不限于法人本身，可能还有章程的签署者就法人设立事项的约定，这些内容并不因法人未设立而不生效。从这个意义来说，章程是股东的共同行为，只要全部股东签署了章程，章程自应在股东内部产生约束力，任一股东不得单方反悔。

（本条由马特撰写）

第八十条

营利法人应当设权力机构。

权力机构行使修改法人章程，选举或者更换执行机构、监督机构成员，以及法人章程规定的其他职权。

本条主旨

本条对营利法人的权力机构作出了规定。

相关条文

《民法总则》第80条规定：“营利法人应当设权力机构。”“权力机构行使修改法人章程，选举或者更换执行机构、监督机构成员，以及法人章程规定的其他职权。”

《民法总则》第82条规定：“营利法人设监事会或者监事等监督机构的，监督机构依法行使检查法人财务，监督执行机构成员、高级管理人员执行法人职务的行为，以及法人章程规定的其他职权。”

《公司法》第36条规定：“有限责任公司股东会由全体股东组成。股东会是公司的权力机构，依照本法行使职权。”

《公司法》第37条第1款规定：“股东会行使下列职权：（一）决定公司的经营方针和投资计划；（二）选举和更换非由职工代表担任的董事、监事，决定有关董事、监事的报酬事项；（三）审议批准董事会的报告；（四）审议批准监事会或者监事的报告；（五）审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案；（六）审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案；（七）对公司增加或者减少注册资本作出决议；（八）对发行公司债券作出决议；（九）对公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式作出决议；（十）修改公司章程；（十一）公司章程规定的其他职权。”

理解与适用

法人的机构是指根据法律或章程的规定，法人所赖以完成法人事务或执行法人功能的机构。法人机构是法人得以存在的必要条件，也

是法人表现其人格，从而成为交易主体的必要条件。任何法人的机构均须有意思机构和执行机构。意思机构是法人的决策机构，又称法人的权力机构。意思机构在法人之宗旨范围内，有权对法人的重大事务作出决策，由此决定法人活动的具体动向。法人的执行机构又称法人的代表机构、意思表示机构，即实现法人意志的机构。^[15]监督机构不是法人的必设机构。法人机构与担当法人机构之自然人，在法律观念上应严加区别。例如，为法人机关的董事或董事会，与担当董事或董事长的某人，截然不同。法人机构为法人组织机构之一部，系与法人不可分离之抽象观念。法人机构之担当者或为一人或为数人，担当者时有变更，而法人机构本身并不因而变更。^[16]

在社团法人，意思机关是社员大会，如公司的股东大会；财团法人根据其性质，不得有意思机关，财团法人的意思由捐助章程形成。我国《民法典》采营利法人、非营利法人的分类，营利法人是由出资人出资形成的，因此，根据本条规定，出资人（大）会是营利法人的权力机构。例如，公司制营利法人的股东（大）会就是其权力机构。股东（大）会由全体股东组成，任何一个公司股东，无论其所持公司股份（权）多少，都有权参加股东（大）会。公司其他机构则不是任何股东均可参加的。股东依所持的股份（权）在股东（大）会享有表决权，依照法律或章程规定进行表决。

出资人（大）会是营利法人的权力机构，其本身不是权利、义务的主体，它只决定法人的重大事项，对外不代表法人，对内不处理业务。重大事项包括：修改章程，选举或者更换执行机构、监督机构成员，并行使章程规定的其他职权。（1）修改章程。章程是法人的基本法，设置法人的机构及权限，约束法人的经营行为，因此修改章程属于权力机构的权限，必须经由出资人（大）会表决通过方可。

（2）执行机构、监督机构对权力机构负责，因此选举或更换其成员，必须通过出资人（大）会产生并对其负责。（3）行使章程规定的其他职权。这是一个弹性条款，赋予出资人（大）会较大的自治空间。出资人（大）会是法人的最高机构，其约束仅仅来自法律和章程，可以行使章程规定的权力，并且章程没有明确规定属于执行机构、监督机构的权力，保留归出资人（大）会即权力机构享有。

（本条由马特撰写）

第八十一条

营利法人应当设执行机构。

执行机构行使召集权力机构会议，决定法人的经营计划和投资方案，决定法人内部管理机构设置的，以及法人章程规定的其他职权。

执行机构为董事会或者执行董事的，董事长、执行董事或者经理按照法人章程的规定担任法定代表人；未设董事会或者执行董事的，法人章程规定的主要负责人为其执行机构和法定代表人。

本条主旨

本条对营利法人的执行机构与法定代表人作出了规定。

相关条文

《民法总则》第81条规定：“营利法人应当设执行机构。”“执行机构行使召集权力机构会议，决定法人的经营计划和投资方案，决定法人内部管理机构设置的，以及法人章程规定的其他职权。”“执行机构为董事会或者执行董事的，董事长、执行董事或者经理按照法人章程的规定担任法定代表人；未设董事会或者执行董事的，法人章程规定的主要负责人为其执行机构和法定代表人。”

《民法总则》第82条规定：“营利法人设监事会或者监事等监督机构的，监督机构依法行使检查法人财务，监督执行机构成员、高级管理人员执行法人职务的行为，以及法人章程规定的其他职权。”

《公司法》第46条规定：“董事会对股东会负责，行使下列职权：（一）召集股东会会议，并向股东会报告工作；（二）执行股东会的决议；（三）决定公司的经营计划和投资方案；（四）制订公司的年度财务预算方案、决算方案；（五）制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案；（六）制订公司增加或者减少注册资本以及发行公司

债券的方案；（七）制订公司合并、分立、解散或者变更公司形式的方案；（八）决定公司内部管理机构的设置；（九）决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项，并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项；（十）制定公司的基本管理制度；（十一）公司章程规定的其他职权。”

理解与适用

执行机构是执行法人章程、意思机构的决定等事项的机构。执行机构是必设机构。营利法人的执行机构由单个自然人担任时，称执行董事；由自然人团体担任时，称董事会。

执行机构是法人权力机构的执行机构，负责实现已经形成的法人意志，管理法人具体的业务，并向权力机构汇报工作。其职权包括：召集权力机构会议，决定法人的经营计划和投资方案，决定法人内部管理机构的设置，并行使章程规定的其他职权。例如针对最典型的公司制营利法人，我国公司法规定了董事会的如下职权：（1）召集股东会会议，并向股东会报告工作；（2）执行股东会的决议；（3）决定公司的经营计划和投资方案；（4）制订公司的年度财务预算方案、决算方案；（5）制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案；（6）制订公司增加或者减少注册资本以及发行公司债券的方案；（7）制订公司合并、分立、解散或者变更公司形式的方案；（8）决定公司内部管理机构的设置；（9）决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项，并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项；（10）制定公司的基本管理制度；（11）公司章程规定的其他职权。

执行机构的主要负责人是法人的法定代表人，法定代表人有权代表法人对外进行民事活动。执行机构为董事会或者执行董事的营利法人，董事长、执行董事或者经理依照法人章程的规定担任法定代表人；未设董事会或者执行董事的营利法人，法人章程规定的主要负责人为其执行机构和法定代表人。后者主要是指非公司制的企业法人，例如国有企业法人、集体企业法人，未经改制的往往没有董事会或执行董事，适用《全民所有制企业法》《城镇集体所有制企业条例》，实行政府任命或职工选举并经政府同意的厂长（经理）负责制，所谓章程规定的主要负责人就是指厂长（经理）。

本条第3款规定的是营利法人之法定代表人的产生机制。关于法定代表人制度，理论界和实务界均存在争议。法定代表人制度是我国法人制度中所独有的制度。所谓法定代表人，是指依照法律或者法人的章程的规定，代表法人行使职权的负责人。法定代表人虽然必须由一个特定自然人担当，但在法律上属于法人的一个机构，为代表机构。在法人与第三人的交往之中，谁能代表法人呢？民法理论上有两种学说：共同代表说和单独代表说。共同代表说认为法人执行机构整体上具有代表权；而单独代表说认为为了加强对第三人的保护，每一对外机构人员除章程另有规定外皆有代表权。我国采取的是单独代表说，但又具有自己的独特之处，即法定代表人制度。法人机构为单一机构的，单一的法人机构即为法定代表人，如国有企业之厂长（经理）；法人机构为集体的，并非各董事都有代表权，只有作为法定代表人的董事长才有代表权，其他人要获得法人的代表权，必须经作为法定代表人的董事长的授权。

关于法定代表人有两种截然相反的观点。赞成说认为，采用法定代表人制度有助于集中、统一，消除政出多门，维护法人信用和交易安全；反对说认为，法定代表人过于集权，过于僵化，不利于法人治理和制衡，我国历史上采法定代表人制度主要是学习苏联的“一长制”，强调厂长的绝对权威。法定代表人的规定在一定程度上限制了意思自治原则的适用。就我国的法定代表人制度而言，这种仅以一人代表法人的方式过于拘谨，影响了法人制度的功能，同时也不利于保护善意第三人。^[17]我国《民法典》最终延续了《民法通则》和《公司法》的法定代表人制度。有学者认为，将法人的代表人确立为一人，是基于法人对外活动的需要，也是基本保护交易安全的需要，对这种做法应予肯定。^[18]不过应当看到，我国法定代表人的权限过于集中，需要通过进一步完善法人的内部机构来加强对法定代表人的权力制衡，健全内部监督制衡机制，对法定代表人的权限作出限制。因此，《民法典》第85条规定：营利法人的权力机构、执行机构的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规、法人章程，或者决议内容违反法人章程的，营利法人的出资人可以请求人民法院撤销该决议。但是，营利法人依据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。此条确立出资人的撤销权，实为限制法定代表人的权限，并保障信赖代表行为的善意相对人。

（本条由马特撰写）

第八十二条

营利法人设监事会或者监事等监督机构的，监督机构依法行使检查法人财务，监督执行机构成员、高级管理人员执行法人职务的行为，以及法人章程规定的其他职权。

本条主旨

本条对营利法人的监督机构作出了规定。

相关条文

《民法总则》第81条规定：“营利法人应当设执行机构。”“执行机构行使召集权力机构会议，决定法人的经营计划和投资方案，决定法人内部管理机构设置，以及法人章程规定的其他职权。”“执行机构为董事会或者执行董事的，董事长、执行董事或者经理按照法人章程的规定担任法定代表人；未设董事会或者执行董事的，法人章程规定的主要负责人为其执行机构和法定代表人。”

《民法总则》第82条规定：“营利法人设监事会或者监事等监督机构的，监督机构依法行使检查法人财务，监督执行机构成员、高级管理人员执行法人职务的行为，以及法人章程规定的其他职权。”

《公司法》第53条规定：“监事会、不设监事会的公司的监事行使下列职权：（一）检查公司财务；（二）对董事、高级管理人员执行公司职务的行为进行监督，对违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出罢免的建议；（三）当董事、高级管理人员的行为损害公司的利益时，要求董事、高级管理人员予以纠正；（四）提议召开临时股东大会会议，在董事会不履行本法规定的召集和主持股东会会议职责时召集和主持股东会会议；（五）向股东会会议提出提案；（六）依照本法第一百五十一条的规定，对董

事、高级管理人员提起诉讼；（七）公司章程规定的其他职权。”

理解与适用

营利法人的治理结构中应该存在决策权、执行权和监督权的分离，分别由不同的机构享有，以实现相互监督，避免损害法人利益的可能性。监督机构可由单个自然人担任，也可由自然人团体担任，在自然人团体担任时称监事会。

第一，监督机构的设立。监督机构是根据法人章程和意思机构的决议对法人执行机构、代表机构实施监督的机构。监督机构不是法人必设机构，仅为公司法人的必设机构，机关法人、农村集体经济组织法人、合作经济组织法人、基层群众性自治组织法人、事业单位法人、社会团体法人，并不都存在内部的监督机构，即便在营利法人内部，全民所有制企业、集体所有制企业也不是必须设置监督机构。

第二，监督机构的功能就是监督。现代企业规模庞大，出资人众多且分散，经营越来越职业化，管理越来越专业化，专业知识差别很大，信息不对称严重，为了防止董事会、经理滥用职权，损害法人和出资人的利益，需要在出资人（大）会上选出专门的监督机构，代表出资人（大）会行使监督职能，使得执行机构不能偏离权力机构的意志。

第三，监督机构的职权。具体包括：一是依法检查法人财务。二是对执行机构成员及高级管理人员执行法人职务的行为进行监督。例如，针对最典型的公司制营利法人，我国公司法规定了监事会或监事的职权包括：对董事、高级管理人员执行公司职务的行为进行监督，对违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出罢免的建议；当董事、高级管理人员的行为损害公司的利益时，要求董事、高级管理人员予以纠正；提议召开临时股东会会议，在董事会不履行《公司法》规定的召集和主持股东会会议职责时召集和主持股东会会议；向股东会会议提出提案；对董事、高级管理人员提起诉讼。三是行使章程规定的其他职权。例如，章程可以规定监督机构可以审查法人董事或高级管理人员的任命。一旦章程如此规定，监督机构自然享有此等职权。

（本条由马特撰写）

第八十三条

营利法人的出资人不得滥用出资人权利损害法人或者其他出资人的利益；滥用出资人权利造成法人或者其他出资人损失的，应当依法承担民事责任。

营利法人的出资人不得滥用法人独立地位和出资人有限责任损害法人债权人的利益；滥用法人独立地位和出资人有限责任，逃避债务，严重损害法人债权人的利益的，应当对法人债务承担连带责任。

本条主旨

本条对营利法人出资人权利滥用的遏制规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第83条规定：“营利法人的出资人不得滥用出资人权利损害法人或者其他出资人的利益。滥用出资人权利给法人或者其他出资人造成损失的，应当依法承担民事责任。”“营利法人的出资人不得滥用法人独立地位和出资人有限责任损害法人的债权人利益。滥用法人独立地位和出资人有限责任，逃避债务，严重损害法人的债权人利益的，应当对法人债务承担连带责任。”

《民法总则》第60条规定：“法人以其全部财产独立承担民事责任。”

《公司法》第20条规定：“公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益；不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。”“公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失

的，应当依法承担赔偿责任。”“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。”

理解与适用

本条规定的是对出资人权利滥用的遏制，避免出资人滥用出资人权利损害法人或其他出资人的利益；并规定了出资人违反该义务时所应承担的责任。第1款规制的是出资人滥用权利损害法人或其他出资人的利益，第2款规制的是出资人滥用法人人格和有限责任特权损害债权人的利益。

本条脱胎于《公司法》第20条：公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益；不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的，应当依法承担赔偿责任。公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。除了把“股东”改为“出资人”，几乎原汁原味，立意不变。这主要是为了民法典与公司法的衔接。当然，这种规定是否有重复立法、叠床架屋之嫌？实际上有其必要。民法典中的营利法人制度除了适用于公司，还扩张适用于非公司制营利法人，对社会不无积极意义。

权利不得滥用是现代民法的基本原则之一。该原则是指民事权利的行使，均不得超过其正当界限，否则即构成权利的滥用，权利人应当承担相应责任。权利的行使本来是权利人的自由，依权利人的意思，不受他人干涉。但是任何权利的行使都应当有一定的程度和范围，如果权利的行使完全无视他人和社会的利益，则违反了权利存在的宗旨。虽然罗马法有“行使自己之权利，无论对于任何人，皆非不法”的法谚，但同时罗马法也存在不少限制以损害他人为目的的权利行使的判例，例如在相邻关系方面。在现代社会随着权利冲突加剧，有权利必有其限制。拉伦茨认为，“原则上，没有权利是不受到某种限制的”^[19]。例如，1896年《德国民法典》第226条规定，权利之行使不得专以损害他人为目的。1907年《瑞士民法典》第2条规定，明显的滥用权利，不受法律保护。1964年《波兰民法典》第5条规定，如果某人以作为或不作为而取得有悖于法典的社会经济目的和社会共

同原则的利益，即认为是滥用权利。

本条第1款规定的是营利法人出资人在行使权利时，不得滥用权利损害法人和其他出资人的利益，否则构成损害赔偿责任。现代公司制度下，股东滥用权利损害公司整体和其他股东之利益的现象非常严重，严重影响了广大社会投资者的投资热情，阻碍公司的健康发展。例如，我国公司法规定有限责任公司股东有查账权，如果股东以查账为由，窃取公司商业秘密，则构成股东滥用权利，公司有权起诉请求损害赔偿。再如股东有合法的股东（大）会出席权和质询权，但有股东在股东（大）会上恶意质询、无理取闹，导致会议很难继续，以此敲诈勒索公司，则构成滥用股东权利。出资人滥用权利损害其他出资人利益最典型的是有限责任公司中的股东压迫问题：有限责任公司缺乏控制权与退出机制，小股东极易受到控股股东的压迫，最典型的是长期恶意不分红，逼迫小股东低价退股。董事会决议可能从形式上看在会议召集程序、表决方式和决议内容方面都符合法律法规或者章程，但可能是大股东通过形式合法的董事会决议实现股东压迫，少数股股东可借助本条获得救济。

关于权利滥用的概念，理论界存在争论，有“恶意说”“本旨说”“界限说”“目的与界限混合说”等，笔者赞同第三种学说。关于权利滥用的认定标准，也存在争议，有主观说和客观说两种。主观说认为，行使权利时须有滥用、加害于他人的故意，方为滥用权利。客观说认为，应以行使权利的客观结果为标准，只要行使权利时损害了他人的利益，就是滥用权利。通说认为，对于是否滥用权利应该根据权利是否存在、行使权利是否损害他人或社会的利益、行为人主观上是否有过错来确定，即把主观标准和客观标准结合起来考虑。根据本条，出资人滥用权利的行为，必须是在行使权利过程中超越边界，主观上具有故意或过失，客观上给法人或其他出资人造成了损失。滥用权利的股东应承担损害赔偿责任。

本条第2款规定的是法人人格否认制度，也称“揭开公司的面纱”，是指在特殊情况下在公司的股东，特别是董事，在管理公司事务的过程中从事各种不正当行为，造成对公司债权人的损害时，应不考虑公司的独立人格，而要求公司的股东向债权人直接承担责任。公司作为现代企业的基本形态，以有限责任作为其责任形式。从历史上看，有限责任制度的产生曾为公司在社会经济生活中发挥重要的作用奠定了基础，激发了大众投资创业的热情。但有限责任的弊端是对债权人的保护薄弱，实践中一些不法行为人正是通过滥用公司的独立人格和有限责任来损害债权人的利益，或从事各种违法行为，妨害了交易安全和秩序。为维护经济秩序，保护债权人的利益，有必要在法律

上建立“揭开公司面纱”的制度。此种责任在大陆法中称为“直索责任”^[20]。“揭开公司面纱”的重要目的防止欺诈，防止通过使用公司形式而规避法定义务，滥用法人人格。例如，企业恶意利用公司法人的独立人格设立子公司，以子公司的名义对外进行民事交易，母公司的财产与子公司的财产混同，子公司赚到的钱被挪到母公司，子公司的借款也被挪到母公司，在子公司无力清偿债务的情况下，母公司以公司人格独立为理由拒绝承担履行债务的责任。此时，公司的主体地位被用作掩盖股东从事不法行为、规避法律的工具，于是公司的独立人格也就失去了其存在的价值。因此，法官在考虑行为人的责任时，不应拘泥于公司的独立人格。

关于股东滥用法人人格的行为是否需要具备主观条件，在大陆法系国家，一直存在主观滥用说和客观滥用说之争。主观滥用说认为，为了确保法的安全，防止公司法人格否认法理被滥用，支配股东的主观滥用意图必须确定，即公司背后的法人格利用者必须具有违法或不当目的。客观滥用说认为，应当采用客观标准，因为强调主观要件不合于社会的需要，而采用客观主义的标准，可以大大减轻法人格滥用目的的举证困难。^[21]考虑到股东或出资人和债权人之间的信息不对称，由债权人举证证明股东或出资人的主观目的实际上极为困难，故客观主义的标准更符合实践需要。

公司法人格否认并不是对有限责任的否定，而只是在特定情况下的直索责任。司法实践中，对公司法人格否认也采取了严格、谨慎的态度，认为公司法人格否认制度仅属于对公司独立人格制度的必要补充。^[22]该制度容易导致法官自由裁量权的滥用，因此应尽量类型化。虽然法人人格否认法理为两大法系许多国家所承认，但适用的范围和场合不同。根据学者的归纳，主要有以下几类：（1）滥用公司法人格诈害公司的债权人，例如，为避免债权人申请对公司财产的强制执行，使用金蝉脱壳之计，设立新公司，将原来公司的财产移转至新公司；（2）滥用公司法人格回避契约义务，例如，利用公司形式从事竞业禁止之行为，为避免承担契约上的义务而解散原有公司，再行设立新公司从事同样的业务活动，或利用复合企业逃脱契约责任；（3）滥用公司法人格回避法律义务，例如，为防止公司业务上的不法行为导致的巨额赔偿，将本属于一体化的企业财产分散设立若干公司，使每一公司的资产只达到法定的最低标准，因而难以补充受害人的损失，或利用公司形式逃避税务责任、社会保险责任或其他法定义务；（4）公司的形骸化，例如，不召开股东（大）会，不履行公司决策的法定程序，不保留公司必要的记录，业务混同、财产混同、账簿混同、过度控制等。^[23]

第八十四条

营利法人的控股出资人、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害法人的利益；利用关联关系造成法人损失的，应当承担赔偿责任。

本条主旨

本条就对营利法人关联交易的规制作出了规定。

相关条文

《民法总则》第84条规定：“营利法人的控股出资人、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害法人的利益。利用关联关系给法人造成损失的，应当承担赔偿责任。”

《公司法》第21条规定：“公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。”“违反前款规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。”

理解与适用

在市场经济社会，关联交易现象时有发生，特别是在较大的公司

和上市公司中。应当看到，如果交易双方存在关联关系而缔结公允的交易，可以节约大量谈判成本，提高效率，保障优先执行，以稳定业务，促进发展。但实践中常有关联关系人利用与从属公司的关联关系，迫使订立不公平合同，随意挪用公司资金，为自己或关联方提供担保，通过操纵交易条件等将从属公司的利润转移至关联方，严重损害从属公司、少数股东和债权人的利益。为此，各国公司法中对关联交易都有规定，全面规制关联方及关联交易，保障信息披露。关联交易分为公允的关联交易与非公允的关联交易。公允的关联交易，是指一个具体关联交易的结果对交易的相关权益人，特别是交易所涉及的非关联方，都是公平合理的；非公允的关联交易，是指一个具体关联交易的实质内容，主要是交易结果，实质上是不公平的，损害了交易的相关权益人，特别是交易所涉及的非关联方的权益。之所以这样分类，是因为非公允的关联交易是法律规制的重点。我国法律禁止利用关联交易损害法人的利益，从而危害交易安全和秩序。

本条脱胎于《公司法》第21条：公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。违反前款规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。所谓关联交易，是指营利法人关联方之间的交易。关联交易双方在法律形式上是平等的，但在实质上是不平等的，因为关联交易双方当事人之间本质上存在着控制与被控制关系，这种控制关系包括股权控制关系、公司法上的实际控制关系以及其他基于法律因素而形成的控制关系。^[24]根据财政部2006年颁布的《企业会计准则第36号——关联方披露》的规定，在企业财务和经营决策中，如果一方控制、共同控制另一方或对另一方施加重大影响，以及两方或两方以上同受一方控制、共同控制或重大影响的，构成关联方。所谓控制，是指有权决定一个企业的财务和经营政策，并能据以从该企业的经营活动中获取利益。所谓重大影响，是指对一个企业的财务和经营政策有参与决策的权力，但并不决定这些政策。参与决策的途径主要包括：在董事会或类似的权力机构中派有代表；参与政策的制定过程；互相交换管理人员等。凡是关联方之间发生转移资源或义务等事项，不论是否实际履行，均被视为关联交易。

本条分为两个层次的含义。

1. 营利法人的控股出资人、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害法人的利益

根据本条的规定，与公司有关联关系的五种人不得利用其与公司的关联关系损害公司利益。

首先是利用了关联关系。

所谓关联关系包括：（1）控股出资人，根据公司法是指其出资额占有限责任公司资本总额50%以上或者其持有的股份占股份有限公司股本总额50%以上的股东；出资额或者持有股份的比例虽然不足50%，但依其出资额或者持有的股份所享有的表决权已足以对股东会、股东大会的决议产生重大影响的股东。（2）实际控制人，是指虽然不是营利法人的股东，但通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配营利法人的人。（3）董事，是指营利法人出资人（大）会选举出来的董事会成员。（4）监事，是指营利法人出资人（大）会选举出来的监事会成员。（5）高级管理人员，是指营利法人的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和章程规定的其他人员。

其次是存在关联交易。

关联交易中的“交易”，比合同的含义要广泛，指的是一切财产上的行为，不仅包括债权契约、物权契约，而且包括债务免除等单方行为，还包括债权转让承认、债务承认、无因管理等准民事法律行为。
[25]

会计准则中列举了11种常见的关联交易类型：（1）购买或销售商品。最常见的关联交易形态，例如企业集团成员之间相互购买商品，公司与控股股东之间购买商品。这种交易由于将市场交易转变为公司集团的内部交易，可以节约交易成本，控制商品质量，但风险在于容易通过不公平的价格转移利润，或者通过虚构的交易粉饰财报。（2）购买或销售商品以外的其他资产，例如，母公司销售给其子公司设备或建筑物等。（3）提供或接受劳务。例如，甲企业是乙企业的控股股东，甲企业专门从事设备维修服务，乙企业的所有设备均由甲企业负责维修。（4）担保。担保有很多形式，如抵押、质押、保证。担保是有风险的，一旦被担保企业没有按期履行还款协议，担保企业可能承担担保责任。关联企业之间提供担保，可能有效解决企业的资金问题，但也可能转移财务风险。（5）提供资金（贷款或股权投资）。提供资金包括以现金或实物形式提供贷款或股权投资。例如，母公司利用集团内部的金融机构向子公司提供贷款，或者购入股份。（6）租赁。租赁包括经营租赁和融资租赁。关联方之间的租赁也是主要的交易形式。（7）代理，例如，关联方之间代理销售货物等。（8）研究与开发项目的转移，例如，关联方之间订立技术委托

开发协议。(9)许可协议，例如，关联方之间订立商标许可协议。

(10)代表企业或由企业代表另一方进行债务结算，例如，母公司为子公司支付广告费用，或者为子公司偿还已逾期的长期借款等。

(11)关键管理人员薪酬。一方支付给关联方关键管理人员薪酬也是一种主要的关联交易形式。

最后是利用关联关系损害了法人的利益。

最为常见是通过设备等关联交易，通过不公平的价格转移利润，实现利益输送和资产转移。此种不公允的关联交易会损害法人的利益，进而损害法人少数股东和其债务人的利益，危害交易的安全和秩序。

2.利用关联关系给法人造成损失的，应当承担赔偿责任

本条虽然规定了损害赔偿 responsibility，实际上除了赔偿还可能产生与合同效力瑕疵相关的请求。关联交易之诉的请求主要分为“效力请求”和“责任请求”：效力请求包括决议效力请求和合同效力请求；而责任请求包括关联交易合同方责任请求和非关联交易合同方责任请求。具体而言，关联交易之诉可归纳为以下四类：公司或股东请求与交易对方的合同无效及无效赔偿责任；股东请求公司的股东会决议、董事会决议无效或撤销；公司或股东请求关联人赔偿关联交易造成的损失或请求返还关联交易所得；公司或股东请求非关联董事承担职务失职赔偿责任等。^[26]

(本条由马特撰写)

第八十五条

营利法人的权力机构、执行机构作出决议的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规、法人章程，或者决议内容违反法人章程的，营利法人的出资人可以请求人民法院撤销该决议。但是，营利法人依据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。

本条主旨

本条对营利法人瑕疵决议的撤销作出了规定。

相关条文

《民法总则》第85条规定：“营利法人的权力机构、执行机构作出决议的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规、法人章程，或者决议内容违反法人章程的，营利法人的出资人可以请求人民法院撤销该决议，但是营利法人依据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。”

《民法总则》第94条规定：“捐助人有权向捐助法人查询捐助财产的使用、管理情况，并提出意见和建议，捐助法人应当及时、如实答复。”“捐助法人的决策机构、执行机构或者法定代表人作出决定的程序违反法律、行政法规、法人章程，或者决定内容违反法人章程的，捐助人等利害关系人或者主管机关可以请求人民法院撤销该决定，但是捐助法人依据该决定与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。”

《公司法》第22条规定：“公司股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。”“股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程的，股东可以自决议作出之日起六十日内，请求人民法院撤销。”“股东依照前款规定提起诉讼的，人民法院可以应公司的请求，要求股东提供相应担保。”“公司根据股东会或者股东大会、董事会决议已办理变更登记的，人民法院宣告该决议无效或者撤销该决议后，公司应当向公司登记机关申请撤销变更登记。”

理解与适用

本条涉及股东诉讼、章程的效力和对善意相对人的保护。

营利法人的权力机构和执行机构的决议给股东或出资人的权益造成损害的情形时有发生，当法人的出资人的合法权益受到法人的机构以会议或决议的方式侵犯时，股东有权获得救济，最主要的途径就是诉讼。本条对应的是公司法上的股东诉讼。公司法赋予股东两种诉讼权利：一种是股东直接诉讼，另一种是股东代表诉讼。所谓股东直接诉讼，是指股东为自己的利益以自己的名义向公司和其他侵权人提起的诉讼，主要包括股东会或董事会决议撤销之诉、决议无效之诉等。股东代表诉讼，也称股东代位诉讼或者股东派生诉讼，是指当董事、监事、高级管理人员或者他人的行为给公司造成损失，公司拒绝或者怠于向该违法行为人请求损害赔偿时，股东代替公司提起诉讼。本条规定的是仅营利法人的出资人有权直接诉讼，并赋予其撤销权。对应的是《公司法》第22条第2款：股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程的，股东可以自决议作出之日起60日内，请求人民法院撤销。

根据本条的规定，营利法人的权力机构和执行机构之决议的瑕疵分为内容瑕疵和程序瑕疵。内容瑕疵是指决议内容违反法人章程的瑕疵，出资人据此可以请求法院撤销决议。为什么没规定决议违反法律、法规的瑕疵呢？因为违法的决议不需要撤销，股东可以直接提起决议无效之诉，决议被法院认定为无效的，自始无效。程序瑕疵主要指召集程序、表决方式违反法律、行政法规及法人章程的瑕疵，出资人据此可以请求法院撤销决议。

本条明确了出资人提起撤销之诉的条件：（1）出资人提起诉讼时，应当具有法人出资人的适格性；（2）权力机构、执行机构的决议存在内容瑕疵或程序瑕疵，至于是否给出资人造成实际损失在所不问；（3）出资人以自己的名义提起诉讼。法律效果就是：决议被法院撤销的，自决议作出之日起溯及既往地失去效力。注意，《民法典》没有对该撤销权规定除斥期间，理论上无论多少年出资人也有权提起撤销之诉。但这似为法律漏洞，因为《公司法》第22条规定的撤销之诉的除斥期间为决议作出之日起60日。根据特别法优于一般法，公司法的规定优先适用，对其他营利法人之决议的撤销权的除斥期间应当类推适用公司法的规定。

当然，撤销法人机构的决议导致外部第三人信赖的保护问题，如何保障交易安全？因为第三人与法人订立合同做交易是基于法人的法定代表人的代表行为，该代表行为的依据是法人机构的决议，而该决议因为违反章程而被撤销后，法定代表人的代表行为就丧失了依据，

违背了法人的章程。对此，民法理论上有三种学说：一是民事权利能力限制说。该说认为，法定代表人受内部章程的限制，行为无效，法定代表人的越权行为是绝对无效。二是民事行为能力限制说。该说认为，法定代表人超越权限签订的合同，不是绝对无效，而是存在追认、补正的可能。三是代表权限制说。该说认为，公司章程对法定代表人的限制就是限制代表权，而与法人本身的民事权利能力、民事行为能力毫无关系，因此，法定代表人超越代表权和法定代理人超越代理权性质相似，相关行为并非无效，而是不可对抗善意相对人。合同法规定表见代理与表见代表都是为了保护善意相对人，本条的规定与之相衔接，保护信赖的精神是相同的，均旨在保护交易安全。在多数情况下，相对人做交易时不会去询问，也不了解、不知道法人的内部决议是否被撤销，只要不是特殊的必须予以注意的交易类型，如果法人没有事先明示通知其决议已经被撤销，即可推定交易相对人具有“善意”，属于“善意相对人”。

（本条由马特撰写）

第八十六条

营利法人从事经营活动，应当遵守商业道德，维护交易安全，接受政府和社会的监督，承担社会责任。

本条主旨

本条对营利法人的社会责任作出了规定。

相关条文

《民法总则》第86条规定：“营利法人从事经营活动，应当遵守商业道德，维护交易安全，接受政府和社会的监督，承担社会责任。”

《公司法》第5条第1款规定：“公司从事经营活动，必须遵守法律、行政法规，遵守社会公德、商业道德，诚实守信，接受政府和社会公众的监督，承担社会责任。”

理解与适用

诚信原则是市场经济的基本道德准则，是现代法治社会的基本原则，是一种具有道德内涵的法律规范。诚信原则已经被《民法典》确立为基本原则，成为民法领域的“帝王条款”。营利法人在经营活动中，遵守商业道德，维护交易安全，接受政府和社会的监督，是题中应有之意。本条规定的是民法之基本原则在营利性法人领域的反映和具体化，同时为特别法关于营利法人承担社会责任的具体规定奠定基础。

本条沿袭自我国《公司法》第5条第1款的规定：“公司从事经营活动，必须遵守法律、行政法规，遵守社会公德、商业道德，诚实守信，接受政府和社会公众的监督，承担社会责任。”所谓营利法人的社会责任（corporate social responsibility），就是指营利法人不能将以最大限度地为股东营利作为自己的唯一存在目的，还应当最大限度地增进股东利益之外的其他所有社会利益。“公司的社会责任”这个概念最早于1924年由美国学者谢尔顿（Sheldon）提出，并为两大法系所接受。^[27]之所以要明确公司的社会责任，是因为：一方面，要加强公司的道德责任。法律不可能穷尽公司的各种具体义务和责任，随着公司的发展和时代背景的变迁，社会责任的内容也是动态变化的，仅依靠法定义务来约束公司明显不足，应通过社会责任这种不确定概念和空白条款赋予法官干预公司的权力。另一方面，现代公司的定义从股东的赚钱工具变成了各种利益关系的综合体，公司具有很强的社会关联性，可能涉及大量的社会利益相关者，例如劳动者、消费者、债权人、中小竞争者、环境利益、社会弱者利益及整个社会利益等。这是公司社会责任的理论依据。

本条规定包含了营利法人从事经营活动中的三项义务，具体包括：

第一，遵守商业道德。商业道德是信用经济的基础，其有助于降低交易成本，也有助于维护正常的商业运行，保护交易的秩序。其中，《民法典》第7条所规定的诚信原则是基本的商业道德。

第二，维护交易安全。营利法人所从事的往往是商事交易行为，商事交易行为的重要特征就是对交易安全的注重。营利法人负有维护交易安全的义务，同样有助于维护市场经济和正常的商业运行。

第三，接受政府和社会的监督，承担社会责任。营利法人具有很强的社会关联性，规模越大的营利法人，其社会关联性越强，所涉及的利益相关者越多，此时，政府和社会的监督就会越强，营利法人所负有的社会责任越强。这要求营利法人作决策时，除了考虑到商业利益，还应考虑其他相关者的利益和公共利益。

(本条由马特撰写)

注释：

[1] 梅仲协.民法要义.北京：中国政法大学出版社，1998：64.

[2] 史尚宽.民法总则.北京：中国政法大学出版社，2000：143.

[3] 平托.民法总论.澳门：澳门大学法学院，澳门法律翻译办公室，1999：155.

[4] 江平.法人制度论.北京：中国政法大学出版社，1994：55.

[5] 洪逊欣.中国民法总则.台北：三民书局，1992：131.

[6] 张国键.商事法论.台北：三民书局，1980：116-118.

[7] 江平，方流芳.新编公司法教程.北京：法律出版社，1994：24-25.

[8] 范健.商法.北京：高等教育出版社，2000：65.

[9] 史际春.企业、公司溯源//王保树.商事法论集.第1卷.北京：法律出版社，1997：40.

[10] 范健.德国商法.北京：中国大百科全书出版社，1993：71-74.

[11] 史际春.企业、公司溯源//王保树.商事法论集：第1卷.北京：法律出版社，1997：40.

[12] 《俄罗斯民法典》第132条//俄罗斯民法典.黄道秀，李永军，鄢一美，译.北京：中国大百科全书出版社，1999：70-71.

[13] 托马斯·赖泽尔.联邦德国的企业法理论.法学译丛, 1998 (1).

[14] 郑玉波.民法总则.台北:三民书局, 1998: 157.

[15] 尹田.民事主体理论与立法研究.北京:法律出版社, 2003: 221-223.

[16] 梁慧星.民法总论.2版.北京:法律出版社, 2001: 169.

[17] 马俊驹.法人制度的基本理论和立法问题探讨.法学评论, 2004 (5).

[18] 尹田.民事主体理论与立法研究.北京:法律出版社, 2003: 225.

[19] 卡尔·拉伦茨.德国民法通论:上册.王晓晔,等译.北京:法律出版社, 2003: 304.

[20] 朱慈蕴.公司人格否认法理研究.北京:法律出版社, 1998: 79-92.

[21] 朱慈蕴.公司人格否认法理研究.北京:法律出版社, 1998: 159-160.

[22] “北京方正世纪信息系统有限公司与朱某等股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任赔偿纠纷上诉案”,安徽省高级人民法院(2010)皖民二终字第00150号民事判决书.

[23] 同①158-159.

[24] 董安生,等.不公平关联交易合同的可撤销性问题研究.法学杂志, 2009 (2).

[25] 李哲松.韩国公司法.吴日煊,译.北京:中国政法大学出版社, 2000: 507.

[26] 乔欣.关联交易纠纷诉讼中诉权与诉提起之形态分析.河北法学, 2010 (3).

[27] 汤春来.美国公司社会责任的流变及其启示.法学论坛, 2006 (3).

第三节 非营利法人

第八十七条

为公益目的或者其他非营利目的成立，不向出资人、设立人或者会员分配所取得利润的法人，为非营利法人。

非营利法人包括事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构等。

本条主旨

本条对非营利法人作出了规定。

相关条文

《民法总则》第87条规定：“为公益目的或者其他非营利目的成立，不向出资人、设立人或者会员分配所取得利润的法人，为非营利法人。”“非营利法人包括事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构等。”

理解与适用

所谓非营利法人，就是指不以社员获得经济利益为目的的法人。此处所谓的非营利性，是指不向其出资人、设立人或者会员分配所取得的利润，而非指法人不从事营利性活动，例如医院、学校等事业单位法人。

非营利法人的特征主要表现在：

第一，为公益目的或者其他非营利目的而成立。并非无偿服务，而是从事有偿的活动，只不过事业单位法人没有股东，其所获得的收入不能作为利润分配，而只能作为积累盈余用于单位的存续和发展；再如基金会，除了从事公益事业，基于资产保值增值的需要，也对外进行营利性的投资活动，

第二，但其所获得的利益不能对股东或捐资人分配利润。因为基金会是财团法人，根本没有股东，捐资人也不得分配基金会利润，该投资获益只能作为积累盈余依照基金会的章程运用。据此，仅法人本身营利，如果不将所获得的利益分配给成员，而是作为自身发展经费，则其不属于营利法人，而属于非营利法人。^[1]事业单位等非营利法人与公司等营利法人的区别在于，营利法人以出资人营利为目的，所赚取的利益要分配给出资人。这是两者最核心的区别。

非营利法人可以再分为公益法人和中间法人。公益法人是专门以社会公益为目的的法人，如慈善机构、福利院等。传统民法的分类为公益法人与非公益法人，但发现还有非公益也非营利的法人，称之为中间法人。中间法人既不以营利为目的，也不以公益为目的，例如行业协会、商会、同学会、俱乐部等。中间法人亦非为各国立法例所普遍采纳，有的立法例不承认中间法人。承认中间法人的有《德国民法典》第22条、《瑞士民法典》第60条。不承认中间法人的有《日本民法典》第34条。有学者认为广义解释“公益”自可涵盖“非营利”，如王伯琦主张：“所谓非营利者，亦未始不可解为公益。故在我国民法，即无承认中间法人存在之必要。”但我国通说认为非营利与公益是两码事，公益是为公共利益提供服务，中间法人可能是特定群体的内部互惠组织，但不涉及对社会的公益，故对此类组织应当予以区别。而非营利法人包括公益法人，也包括中间法人。《民法典》采纳了该说，于本条规定了“公益目的”或者“其他非营利目的”，具有“公益目的”的法人是公益法人，具有“其他非营利目的”的法人是中间法人，统称为非营利法人，与上一节规定的营利法人区分并列。

非营利法人包括事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构等。其中，事业单位、社会团体在新中国成立后即存在，是1986年《民法通则》确认的非企业法人类型；基金会、社会服务机构是根据社会发展需要而创设的新非营利法人类型。

第一，事业单位。按照《事业单位登记管理暂行条例》第2条第1款的规定，事业单位是指国家为了社会公益目的，由国家机关举办或者其他组织利用国有资产举办的，从事教育、科技、文化、卫生等活动的社会服务组织。

第二，社会团体。《社会团体登记管理条例》第2条第1款规定，社会团体，是指中国公民自愿组成，为实现会员共同意愿，按照其章程开展活动的非营利性社会组织。

第三，基金会。基金会的最早依据是1988年《基金会管理办法》，当时国家对基金会管制很严，仅有少数的国家兴办的基金会，例如宋庆龄基金会、希望工程基金会等。2004年《基金会管理条例》出台后，民间基金会蓬勃发展，各种公募、私募基金会迅速涌现，成为中国社会重要的一类非营利法人。

第四，社会服务机构。原来叫民办非企业单位，依据是1998年的《民办非企业单位登记管理暂行条例》，主要是民办学校、民办医院、民办科研机构、民办博物馆、民办体育俱乐部等民间实体。更早之前这类机构叫民办事业单位，但后来国家统一规定事业单位只限于国家举办的，民办事业单位就改称民办非企业单位。2016年《慈善法》把民办非企业单位又改称为社会服务机构。

（本条由马特撰写）

第八十八条

具备法人条件，为适应经济社会发展需要，提供公益服务设立的事业单位，经依法登记成立，取得事业单位法人资格；依法不需要办理法人登记的，从成立之日起，具有事业单位法人资格。

本条主旨

本条对事业单位法人的设立作出了规定。

相关条文

《民法总则》第88条规定：“具备法人条件，为适应经济社会发展需要，提供公益服务设立的事业单位，经依法登记成立，取得事业单位法人资格；依法不需要办理法人登记的，从成立之日起，具有事业单位法人资格。”

《民法通则》第50条第2款规定：“具备法人条件的事业单位、社会团体，依法不需要办理法人登记的，从成立之日起，具有法人资格；依法需要办理法人登记的，经核准登记，取得法人资格。”

理解与适用

事业单位（Public Institutions）是指由政府利用国有资产设立的，从事教育、科技、文化、卫生等活动的社会服务组织。“事业”是相对于“企业”而言的，与企业单位相比，事业单位具有以下特征。

第一，事业单位是非营利法人，不以营利为目的。所谓营利，是指通过商业活动获取利益，并将该利益分配给成员。仅仅营利而不能将利益分配给出资人的法人，不能称为营利法人，如公立学校虽然收取学费或从事其他营利活动，但所得利益只能用于增加学校资产规模，而不可能给股东或成员分红，所以仍属于非营利法人。

第二，事业单位大多是财团法人。关于事业单位到底属于财团还是社团在理论上有争议，笔者认为，事业单位大多不存在成员，不符合社团法人的特征，应当属于财团法人，只不过在中国事业单位只能是国家划拨资金设立的从事公益事业的财团法人。财政及其他单位拨

入的资金主要不以经济利益的获取为回报。

第三，事业单位的财产或经费全部或部分来自政府财政拨款，以其财产对外承担责任。事业单位是一个颇具中国特色的法人类型，形态比较复杂，分为参公事业单位和普通事业单位，普通事业单位分为全额拨款事业单位、差额拨款事业单位、自收自支事业单位。事业单位主要靠国家的财政拨款进行活动，在国家财政预算支出中，事业费占据重要比重，用于振兴教育、科学、文化事业。但事业单位未必都是全额财政拨款，医疗、教育、文化等活动也可能取得一定收入，但是获取的收益不能分配给出资人，即不以营利为目的。

事业单位法人的设立分为以下两种情况。

一是通过设立行为而设立的，主要指一般的事业单位，例如公立的医院、学校、出版社、电视台等。此类事业单位法人的设立采审批主义，需要主管部门的审批，但仅获得批文还不意味着法人成立，和企业法人一样，还应当依法办理登记手续，依法登记后成立，取得事业单位法人资格。根据我国《事业单位登记管理暂行条例》的规定，事业单位法人成立应当具备下列条件：（1）经审批机关批准设立；（2）有自己的名称、组织机构和场所；（3）有与其业务活动相适应的从业人员；（4）有与其业务活动相适应的经费来源。注意，章程并不是事业单位法人设立的必要条件。

二是通过法律规定和政府命令而直接设立。这种事业单位的设立无须登记，依法成立即可取得法人资格，例如证监会，其性质就是国务院直属的正部级事业单位。此类事业单位法人的设立采特许主义，需有专门的国家法令方可设立，成立即自动取得事业单位法人资格，不以登记为要件。

（本条由马特撰写）

第八十九条

事业单位法人设理事会的，除法律另有规定外，理事会为其决策机构。事业单位法人的法定代表人依照法律、行政法规或者法人章程的规定产生。

本条主旨

本条对事业单位法人的决策机构和法定代表人作出了规定。

相关条文

《民法总则》第89条规定：“事业单位法人设理事会的，除法律另有规定外，理事会为其决策机构。事业单位法人的法定代表人依照法律、行政法规或者法人章程的规定产生。”

《民法总则》第58条规定：“法人应当依法成立。”“法人应当有自己的名称、组织机构、住所、财产或者经费。法人成立的具体条件和程序，依照法律、行政法规的规定。”“设立法人，法律、行政法规规定须经有关机关批准的，依照其规定。”

理解与适用

本条规定的是事业单位法人的决策机构和法定代表人。

（一）事业单位法人的决策机构

事业单位法人的决策机构一般是理事会。所谓理事会是协商、咨询、评议问题的会议，在法人制度中是行使管理协调功能的机构。理事会成员为理事，会议由理事长召集、主持。在法人治理结构中，理事会是在法律上对一个团体负有监管责任的管理机构。在公司等营利法人中，通常称为董事会，是股东选举的执行股东意志的意思机构；在事业单位等非营利法人中，通常称为理事会，是组织的管理机构。非营利团体的章程规定了理事会的作用，以及理事会成员的组成、权利、义务和责任。

由于历史原因，我国很多事业单位在《民法通则》之前早已存在，没有设立理事会的治理结构，所以本条规定分两类处理：事业单位法人设理事会的，理事会为其决策机构；法律对事业单位法人的组织机构、法定代表人另有规定的，依照其规定。据此，事业单位法人并不一定设理事会，法律给予了较大的弹性。至于监督机构，本条没有规定，也不是事业单位法人的必设机构。

（二）事业单位法人的法定代表人

至于事业单位法人的法定代表人，依然按照一元论的单独代表制，理事会的理事长就是事业单位的法定代表人，独享代表权。这与营利法人的法定代表人制是一致的。事业单法人之法定代表人依照法律、行政法规或者法人章程的规定产生。

（本条由马特撰写）

第九十条

具备法人条件，基于会员共同意愿，为公益目的或者会员共同利益等非营利目的设立的社会团体，经依法登记成立，取得社会团体法人资格；依法不需要办理法人登记的，从成立之日起，具有社会团体法人资格。

本条主旨

本条对社会团体法人的设立作出了规定。

相关条文

《民法总则》第90条规定：“具备法人条件，基于会员共同意愿，为公益目的或者会员共同利益等非营利目的设立的社会团体，经依法登记成立，取得社会团体法人资格；依法不需要办理法人登记的，从成立之日起，具有社会团体法人资格。”

《民法通则》第50条第2款规定：“具备法人条件的事业单位、社会团体，依法不需要办理法人登记的，从成立之日起，具有法人资格；依法需要办理法人登记的，经核准登记，取得法人资格。”

理解与适用

社会团体法人是由其成员自愿组成的为实现公益目的或会员共同意愿，按照其章程开展活动的非营利性社会组织，主要包括各种政治团体（如各民主党派）、人民群众团体（如工会、妇联、共青团）、社会公益团体（如残联）、文学艺术团体（如作家协会）、学术研究团体（如中国法学会）。社会团体是由成员全体协商一致自愿成立的，在成立时会员必须订立社会团体的章程，符合法定的条件，如有一定的会员、规范的名称和相应的组织机构、固定的住所等，才能申请登记成立社会团体。

社会团体法人是非营利性的社团法人，具有以下特点。

第一，社会团体法人是非营利法人，必须基于非营利目的而设立和活动。非营利性包括为公益目的和会员共同利益，具有前一目的者属于公益性社会团体，具有后一目的者属于中间性社会团体。公益性社会团体，最典型的是工会、妇联、残联等，为了特定弱势群体的权益而奋斗，提供公益服务；中间性社会团体，最典型是各种同学会、各种行业协会等，主要为会员的共同利益服务。

第二，社会团体法人是社团法人。社会团体是以会员为基本单位组成的社会组织，以此而区别于基金会、事业单位。在传统民法的法人分类中，根据组织基础分为社团法人和财团法人。社会团体法人是人的组合，是典型的社团法人。社会团体法人与公司法人的区别在于，公司法人是营利性的社团法人，社会团体法人是非营利性的社团法人。社团法人与社会团体法人，是完全不同的概念。社团法人的范围大于社会团体法人的范围，社团法人是社会团体法人的上位概念。

第三，社会团体法人拥有独立的财产或经费，对外独立承担责任。许多社会团体法人的财产是通过自筹资金方式形成的，如向社会募捐，或由成员缴纳会费，或由社会有关组织和个人赞助。这些财产由社会团体法人享有所有权，构成责任的基础。在我国的社会环境下，计划经济的历史导致很多社会团体带有浓厚的政治色彩，甚至许多社会团体就是由中国共产党和政府率先发起的，承担一定的管理社会的职责，政府还给予许多全国性社团经费上的赞助以支撑其发展。例如民主党派、人民团体等，“准政府”特点比较突出，其扮演的角色决定了其与政府的关系极为特殊，甚至准用机关法人和公务员编制进行管理：编制由政府制定，工作人员拥有公务员身份，领导由国家任命，经费主要由国家财政拨款。

社会团体法人的设立分为以下两种情况。

一是通过设立行为而设立。这主要是指一般的社会团体，例如行业协会、律师协会、爱好者协会等社会自治性团体。此类社会团体的设立采审批主义，应当经其业务主管部门审查同意，并到民政部门依法进行登记后成立，取得社会团体法人资格。根据《社会团体登记管理条例》的规定，设立社会团体法人必须具备下列条件：（1）有50个以上的个人会员或者30个以上的单位会员；个人会员、单位会员混合组成的，会员总数不得少于50个；（2）有规范的名称和相应的组织机构；（3）有固定的住所；（4）有与其业务活动相适应的专职工作人员；（5）有合法的资产和经费来源，全国性的社会团体有10万元以上活动资金，地方性的社会团体和跨行政区域的社会团体有3万元以上活动资金。

二是通过法律规定、政府命令或特殊事件而直接设立。此类社会团体的设立采特许主义，无须登记，依法成立即可取得法人资格，最典型的如全国总工会、全国妇联、共青团这三大人民团体，虽属社会团体法人，但政治地位特殊，社会影响广泛，依据工会法、妇女权益保障法等法律直接设立。还有八大民主党派，根据《社会团体登记管理条例》的规定，只要参加过新中国成立前的人民政治协商会议，新中国成立后自动承认其社会团体的法人地位。此外，十几个全国性的社会团体也独树一帜，例如，中国文联、中国科协、全国侨联、中国作协、中国法学会、对外友协、中国残联、全国台联、中华全国工商联、黄埔同学会、欧美同学会、中国红十字总会等，其主要任务、机构编制和领导职数由中央机构编制管理部门直接确定。它们虽然是非政府性的组织，但在很大程度上行使着部分行政管理职能，被列入参照公务员法管理的社会团体。《社会团体登记管理条例》第3条规定，下列团体不属于本条例规定登记的范围：（1）参加中国人民政

治协商会议的人民团体；（2）由国务院机构编制管理机关核定，并经国务院批准免于登记的团体……

（本条由马特撰写）

第九十一条

设立社会团体法人应当依法制定法人章程。

社会团体法人应当设会员大会或者会员代表大会等权力机构。

社会团体法人应当设理事会等执行机构。理事长或者会长等负责人按照法人章程的规定担任法定代表人。

本条主旨

本条对社会团体法人的治理机制作出了规定。

相关条文

《民法总则》第91条规定：“设立社会团体法人应当依法制定法人章程。”“社会团体法人应当设会员大会或者会员代表大会等权力机构。”“社会团体法人应当设理事会等执行机构。理事长或者会长等负责人按照法人章程的规定担任法定代表人。”

《民法总则》第93条规定：“设立捐助法人应当依法制定法人章程。”“捐助法人应当设理事会、民主管理组织等决策机构，并设执行机构。理事长等负责人按照法人章程的规定担任法定代表人。”“捐助

法人应当设监事会等监督机构。”

理解与适用

本条规定的是社会团体法人的治理机制，包括章程和机构。

首先，要有章程。作为社会发起的自治性团体，社会团体自治的基础是章程，是社会团体法人设立的必要条件。社会团体所从事的各类活动不得违反法律和章程的规定。章程是社会团体成员的共同意志的体现，社会团体及其成员都应当按照章程开展活动，不得超出章程所规定的活动范围开展活动。

其次，社会团体法人的权力机构是会员大会，或者会员代表大会。由于社会团体是社团法人，是人的组合，所以全体会员的意志就是最高意志，社会团体必须服从全体会员的决定。全体会员表达意志的机构就是意思机构，也就是法人的权力机构、决策机构，即会员大会。如果特定社会团体会员人数众多，不可能召集在一起开会，为了法人运转，可以采取召开会员代表大会的方式，会员代表大会为社会团体法人的意思机构。是否采取会员代表大会的形式，具体应当由法人的章程规定。

最后，社会团体法人的执行机构是理事会，理事会对会员大会负责，执行会员大会的决策。至于法定代表人，依然按照一元论的单独代表制，社会团体的法定代表人由理事长或会长担任，独享代表权。法定代表人按照章程的规定产生。监督机构不是社会团体法人的必设机构。

（本条由马特撰写）

第九十二条

具备法人条件，为公益目的以捐助财产设立的基金会、社会服务机构等，经依法登记成立，取得捐助法人资格。

依法设立的宗教活动场所，具备法人条件的，可以申请法人登记，取得捐助法人资格。法律、行政法规对宗教活动场所所有规定的，依照其规定。

本条主旨

本条对捐助法人的设立作出了规定。

相关条文

《民法总则》第92条规定：“具备法人条件，为公益目的以捐助财产设立的基金会、社会服务机构等，经依法登记成立，取得捐助法人资格。”“依法设立的宗教活动场所，具备法人条件的，可以申请法人登记，取得捐助法人资格。法律、行政法规对宗教活动场所所有规定的，依照其规定。”

《民法总则》第90条规定：“具备法人条件，基于会员共同意愿，为公益目的或者会员共同利益等非营利目的设立的社会团体，经依法登记成立，取得社会团体法人资格；依法不需要办理法人登记的，从成立之日起，具有社会团体法人资格。”

《慈善法》第8条规定：“本法所称慈善组织，是指依法成立、符合本法规定，以面向社会开展慈善活动为宗旨的非营利性组织。慈善组织可以采取基金会、社会团体、社会服务机构等组织形式。”

理解与适用

所谓捐助法人，即西方国家民法中之财团法人。财团法人在西方国家法律中，与社团法人对称，是指为实现一定公益目的，以捐助财

产为基础而设立的法人。由此与以人的即成员的联合为基础而设立的社团法人迥然不同。^[2]社团法人是以一定组织的社员为其成立条件的法人，如公司、企业等，而财团法人是以捐助行为为其成立条件的法人，如基金会、寺庙等。^[3]关于捐助法人，我国理论上一直名称纷乱，有的称“基金会法人”，有的称“捐献法人”，有的称传统的“财团法人”。《民法典》现在统一命名为“捐助法人”。

捐助法人的设立基础是捐助行为。所谓捐助行为，是指以设立捐助法人（财团法人）为目的而捐赠财产的行为。捐助行为分两种：

（1）生前为之者，构成生前捐助行为。生前捐助行为必须要设立捐助章程，否则不能设立捐助法人。注意，旨在设立法人的捐助行为是单方法律行为，依捐助人一方的意思表示即可成立，不需要相对人。因为在实施捐助行为的时候，接受捐助的法人尚未成立，构不成相对人，法人是捐助行为的法律效果而非相对人，因此只需要捐助人的单方意思表示。传统民法学理上区分捐助与捐赠，捐助是单方行为，捐赠是合同行为。如果是法人已然成立，捐赠人实施捐赠，对该捐赠在民法上适用赠与合同的规定。赠与合同为单务合同；为无偿合同；为不要式合同；为诺成合同，依法成立的赠与合同，自成立时起生效，不以赠与物的交付作为合同的特别生效要件，只不过在实际转移物权之前，赠与人享有任意撤销权，但公益性、道德性赠与合同或者经过公证的赠与合同除外。《公益事业捐赠法》第12条也规定：捐赠人可以与受赠人就捐赠财产的种类、质量、数量和用途等内容订立捐赠协议。捐赠人有权决定捐赠的数量、用途和方式。捐赠人应当依法履行捐赠协议，按照捐赠协议约定的期限和方式将捐赠财产转移给受赠人。（2）以遗嘱方式为之者，构成遗嘱捐助。遗嘱是单方法律行为。有学者认为，此种遗嘱捐助，无另定章程的必要。如无遗嘱执行人，法院得依主管机关、检察官或利害关系人之申请，指定遗嘱执行人。^[4]

根据《民法典》的规定，捐助法人主要有三类：基金会、服务机构、宗教活动场所。

第一，基金会。

基金会是指利用自然人、法人或者非法人组织捐赠的财产，以从事公益事业为目的的非营利性法人。基金会分为面向公众募捐的基金会（公募基金会）和不得面向公众募捐的基金会（私募基金会）。公募基金会按照募捐的地域范围，分为全国性公募基金会和地方性公募基金会。基金会是非营利法人中的公益法人，不存在中间法人类型的基金会，因为基金会的活动宗旨是通过资金资助推进社会公益事业的发展。基金会是财团法人，它并没有自己的成员或会员，自愿捐赠的

资金脱离了捐助人之后，具有独立性，所有权也从原捐助人转移至基金会法人，为该法人所享有。^[5]基金会的管理者并不是基金会的成员，管理者的变动也不应当影响到基金会的存在。因此，基金会在性质上属财团法人，而非社团法人。社团是以人的结合为基础形成的团体，而基金会的设立是以财产为基础，纯粹是一个财产的集合，该财产根据基金会章程只能用于特定的公益事业。

我国《基金会管理条例》第8条规定，设立基金会，应当具备下列条件：（1）为特定的公益目的而设立。（2）全国性公募基金会的原始基金不低于800万元人民币，地方性公募基金会的原始基金不低于400万元人民币，非公募基金会的原始基金不低于200万元人民币；原始基金必须为到账货币资金。（3）有规范的名称、章程、组织机构以及与其开展活动相适应的专职工作人员。（4）有固定的住所。（5）能够独立承担民事责任。基金会经依法登记成立，取得捐助法人资格。

基金会法人的设立采审批主义。虽然我国《基金会管理条例》在成立要件上没有明确规定核准审批，似乎是采准则主义经登记基金会即可设立，但第7条规定了基金会须有业务主管单位：国务院有关部门或者国务院授权的组织，是国务院民政部门登记的基金会、境外基金会代表机构的业务主管单位。省、自治区、直辖市人民政府有关部门或者省、自治区、直辖市人民政府授权的组织，是省、自治区、直辖市人民政府民政部门登记的基金会的业务主管单位。第9条又规定，申请设立基金会，申请人应当向登记管理机关提交下列文件：……（5）业务主管单位同意设立的文件。因此，申请登记基金会法人之前必须获得业务主管单位的核准同意。民政部发布的“民政部就《基金会管理条例》相关政策问答”也明确作了说明：“四、基金会为什么要实行双重管理体制？答：《条例》规定了登记管理机关和业务主管单位双重管理的体制。双重管理体制是指：在登记环节上，登记管理机关负责基金会、基金会分支机构、基金会代表机构、境外基金会代表机构的最终审批登记；业务主管单位负责基金会及其分支机构、代表机构、境外基金会代表机构的初审。”^[6]

第二，社会服务机构。

社会服务机构是指企业事业单位、社会团体和其他社会力量以及公民个人利用非国有资产举办的从事非营利性社会服务活动的社会组织。社会服务机构以前被称为民办非企业单位，更早时被称为民办事业单位。本质上社会服务机构就是从事公益性服务的事业单位，只不过为了规范管理，现在统一规定事业单位只限于国家举办的公立性组织，而民间私人捐资兴办的非营利组织就称为社会服务机构。私人捐

资之后，该财产就构成了社会服务机构的独立财产，与捐资人无关，捐资人只能作为社会服务机构的管理人，而不是股东，原则上也不能通过法人向捐资人分红，该财产只能根据法人章程从事特定的非营利活动。因此，社会服务机构性质上属于非营利法人、财团法人。

《民办非企业单位登记管理暂行条例》第8条规定，申请登记民办非企业单位，应当具备下列条件：（1）经业务主管单位审查同意；（2）有规范的名称、必要的组织机构；（3）有与其业务活动相适应的从业人员；（4）有与其业务活动相适应的合法财产；（5）有必要的场所。民办非企业单位的名称应当符合国务院民政部门的规定，不得冠以“中国”“全国”“中华”等字样。

第三，宗教活动场所。

依法设立的宗教活动场所，具备法人条件的，可以申请法人登记，取得捐助法人资格。宗教活动场所是宗教制度化、社会化、符号化的表现。宗教活动场所不是人的集合，而是财产的集合，是由土地、建筑、庙产等构成的财产综合体。作为财产集合其性质应为财团法人。虽然有经营、管理、负责宗教活动场所的人，如方丈、神父等，但这些人不是宗教活动场所的组成分子，而是宗教活动场所的管理人。由此可知，宗教活动场所法人不是社团法人，而是财团法人。宗教活动场所不能以营利为目的，也无股东可供分配利润，故属于非营利法人。

本条第2款规定出自宗教界政协委员的提案和呼吁。据悉，2013年“两会”上，全国政协委员、中国佛教协会原会长传印长老指出，佛教、道教名山“被承包、被上市”现象已引起国家层面关注，但如果不能妥善解决寺院法人地位问题，则寺院仍无力维护自身权益。提案一出，佛教寺院至今无民事“法人”资格的尴尬境遇再次引起教内反响。^[7]《民法典》关于宗教活动场所法人化的规定，是我国立法的首创，无疑是宗教立法的一大进步。以往一般认为名山古刹等宗教活动场所属于国有资产，这导致了现实中的一个不良倾向：地方政府基于利益驱动，总是力图把宗教活动场所商业化，为地方GDP和财政收入服务。然而，宗教活动场所的过度商业化，导致了宗教的严肃性弱化，信仰沦丧，信众流失，把具有某种神圣性的宗教设施变成了牟利的工具，例如著名宗教名胜少林寺，其售票权一直被控制在地方政府手里，甚至一度被传要上市。这些现象引起了宗教界人士的强烈不满，但驻在宗教活动场所的宗教团体无力对抗地方政府的权力干预，因为在名义上宗教活动场所属于国有资产。本条第2款明确了宗教活动场所法人化的改革。这意味着经过法人化，宗教活动场所成为自治主体。宗教活动场所，包括土地使用权以及地上建筑的所有权，是否在

名义上就属于法人的独立财产，由法人享有所有权呢？对于这一点《民法典》并未明确，因为实际情况比较复杂，如果是现在信徒捐建的庙宇教堂等宗教活动场所，可以属于宗教活动场所法人名下的捐助财产；但历史形成的很多宗教活动场所，如名山古刹等，都属于国家保护文物，《民法典》第253条规定：法律规定属于国家所有的文物，属于国家所有。所以，这类法律特别规定属于国家的文物级宗教名胜古迹，其产权应当属于国家，但宗教人士作为管理人负责管理，在某种程度上也实现了宗教财产的自治，杜绝了地方政府的干预，抵制过度商业化的侵蚀。

我国的宗教活动场所法人不同于外国的宗教社团法人。国外涉及宗教的法人团体一般有两种：一种是以宗教活动场所为单位的宗教组织，如寺观教堂；另一种是人的联合，为宗教社团组织，如××教派协会，是由教徒、教主形成的社会团体。例如日本的宗教团体分两类：第一类是具备礼拜设施的神社、寺院、教会、修道院以及其他类似的团体，也称为宗教活动场所；第二类是包括前述第一类团体的教派、宗派、教团、教会、修道会以及其他类似的团体。日本《宗教法人法》规定，设立宗教法人，必须经过政府设立的专门咨询机构调查认证，具备宗教法人条件的，由管辖官署准予设立、登记，获得法人资格的宗教团体是宗教法人。成为法人的宗教团体必须具备两个条件：首先，它必须是一个拥有宗教设施、具有宗教职能、进行宗教活动、传布宗教教义、教化和培养宗教信徒的团体。其次，它必须具备一般社会团体法人的条件。^[8]我国的宗教社团，例如中国佛教协会、中国道教协会、中国基督教“三自”爱国运动委员会等，属于社会团体法人。本条第2款所规定的宗教活动场所法人，不是宗教社团法人，而是宗教财团法人。

法律、行政法规对宗教活动场所有规定的，依照其规定。这一规定为引致条款，没有规定具体内容，但作为一个通道为引入其他法律规定打开敞口。^[9]“法律、行政法规……有规定，依照其规定”这一引致条款，铺设了《民法典》通往其他法律、行政法规的通道。《民法典》本身没有对宗教活动场所作出具体的规定，必须结合相关的法律、行政法规的具体规定予以判断。引致条款通过引入其他法律规范，为对宗教活动场所的规制预留了空间，协调了《民法典》与其他特别法的关系，保持了规则的弹性和体系的一致性。此处所谓的法律、行政法规，根据文义解释，仅指全国人民代表大会及其常务委员会颁布的法律性文件，以及国务院颁布的行政法规。部门规章、地方性法规和地方政府规章，均不能对宗教活动场所另行设置特殊规则以修改或抵触《民法典》的规定。即此为全国人大与国务院的立法权限。

第九十三条

设立捐助法人应当依法制定法人章程。

捐助法人应当设理事会、民主管理组织等决策机构，并设执行机构。理事长等负责人按照法人章程的规定担任法定代表人。

捐助法人应当设监事会等监督机构。

本条主旨

本条对捐助法人的治理机制作出了规定。

相关条文

《民法总则》第93条规定：“设立捐助法人应当依法制定法人章程。”“捐助法人应当设理事会、民主管理组织等决策机构，并设执行机构。理事长等负责人按照法人章程的规定担任法定代表人。”“捐助法人应当设监事会等监督机构。”

《民法总则》第91条规定：“设立社会团体法人应当依法制定法人章程。”“社会团体法人应当设会员大会或者会员代表大会等权力机构。”“社会团体法人应当设理事会等执行机构。理事长或者会长等负责人按照法人章程的规定担任法定代表人。”

理解与适用

本条规定的是捐助法人的治理机制，包括章程和机构。本条为强制性规范。

（一）捐助法人应当制定章程

捐助法人作为财团法人，必须要依照捐助人的意思使用捐助财产，体现捐助人意思的最重要的工具就是法人章程。通常捐助设立法人的，必须要设置捐助章程，这是捐助法人设立的必要条件。财团法人的章程与社团法人的章程区别较大，财团法人的章程体现的是捐助人而非全体成员的意志，捐助人的意思具有不可变更性。捐助法人应当按照章程开展活动，从事的各类活动不得违反法律和章程的规定。

（二）捐助法人应当设决策机构和执行机构

捐助法人是财团法人，财团法人没有意思机构，只有管理机构。管理财团事务的理事会、民主管理组织是捐助法人的决策机构。一般而言，基金会、社会服务机构都设有理事会，由捐助人以及利益关系人、社会贤达、专业人士等组成理事，参与捐助法人的营运决策。民主管理组织主要适用于宗教活动场所法人，如庙宇大都没有理事会，而体现僧众民主管理的管理委员会就是民主管理组织，该管委会即为宗教活动场所法人的决策机构。

捐助法人的执行机构在实践中比较复杂，根据章程有不同机构名称，有的设常务理事会为执行机构，有的设执行委员会为执行机构。

（三）捐助法人的法定代表人

捐助法人的法定代表人，有理事会的一般是理事长；没有理事会的，一般是负责人，该负责人在宗教活动场所法人中的传统称呼较为复杂，例如庙宇的法定代表人是方丈，道观的法定代表人是观主。法定代表人按照章程的规定产生。

（四）捐助法人的监督机构

监督机构是捐助法人的必设机构。捐助法人应当设监事会等监督机构，这是由捐助法人的目的和性质决定的。捐助法人的财产必须依照捐助人的目的被用于公益。为了防止管理机构滥用权力，违背章程和捐助人的目的，侵夺捐助财产，法律规定必须设置专门的监督机构，行使监督职能。

（本条由马特撰写）

第九十四条

捐助人有权向捐助法人查询捐助财产的使用、管理情况，并提出意见和建议，捐助法人应当及时、如实答复。

捐助法人的决策机构、执行机构或者法定代表人作出决定的程序违反法律、行政法规、法人章程，或者决定内容违反法人章程的，捐助人等利害关系人或者主管机关可以请求人民法院撤销该决定。但是，捐助法人依据该决定与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。

本条主旨

本条就对捐助法人的监督作出了规定。

相关条文

《民法总则》第94条规定：“捐助人有权向捐助法人查询捐助财

产的使用、管理情况，并提出意见和建议，捐助法人应当及时、如实答复。”“捐助法人的决策机构、执行机构或者法定代表人作出决定的程序违反法律、行政法规、法人章程，或者决定内容违反法人章程的，捐助人等利害关系人或者主管机关可以请求人民法院撤销该决定，但是捐助法人依据该决定与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。”

《民法总则》第85条规定：“营利法人的权力机构、执行机构作出决议的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规、法人章程，或者决议内容违反法人章程的，营利法人的出资人可以请求人民法院撤销该决议，但是营利法人依据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。”

理解与适用

本条规定了对捐助法人的监督及行为撤销的规则。

（一）捐助人的监督

捐助人实施捐助行为或赠与行为后，即在法律上丧失该财产的所有权，该财产的所有权转由捐助法人享有。但捐助法人必须依照捐助章程行使捐助财产的所有权，接受捐助人的监督和建议。因此，捐助人完成捐助行为后，即便不担任捐助法人的管理人，也对该捐助法人享有知情权、监督权、建议权，有权向捐助法人查询捐助财产的使用、管理情况，并提出意见和建议，捐助法人应当及时、如实答复。在捐助法人中，披露义务较高的是从事慈善事业的基金会，因为涉及大量募捐善款的管理和使用。根据法律规定，基金会除了对登记机关负有接受年检监督的义务，对社会还负有公开披露的义务，必须将工作报告和财务报告在指定媒体上公布，接受社会公众的查询、监督。

（二）捐助人等利害关系人或主管机关的撤销权

民法典对于违法和违反捐助章程之行为的效力作出规定，明确规定捐助人等利害关系人享有撤销权。所谓撤销权，即将法律行为的效力予以撤销，使之无效的权利。“良以财团并无社员总会之设置，对于董事职务执行之监督，不能不假乎公力，以防止其恣滥专横，且谋补救。”^[10]例如，我国台湾地区“民法典”将此类行为规定为无效，于第64条规定：“财团董事，有违反捐助章程之行为时，法院得因主管机关、检察官或利害关系人之申请，宣告其行为无效。”“惟宣告无效之行为，以违反捐助章程者为已足，若竟违反法律时，则属于当然无效，固不劳再事宣告也。”^[11]

该撤销权具有如下特征。

（1）撤销事由有二：一为程序违规，即捐助法人的决策机构、执行机构或者法定代表人作出决定的程序违反法律、行政法规、法人章程。此处法律、行政法规是指全国人大及其常委会、国务院颁布的法律性文件，而且是强制性规范，在程序上违反法律、行政法规之规定才会导致被撤销的后果；章程是法人的宪章，对法人的内部运作具有强制的约束力，作出决定的程序违反章程之规定的，也会导致被撤销的后果。二为内容违规，即决定的内容违反法人章程。内容违规只限于违反法人章程，不包括违反法律、行政法规的强制性规定，因为内容违反法律、行政法规的强制性规定的，直接导致意思表示无效的后果，捐助人等不必行使撤销权，直接请求法院宣告无效即可。

（2）撤销权主体为捐助人等利害关系人或者主管机关，具体包括捐助法人的主管机关、捐助人、捐助人的利害关系人。所谓的利害关系人，包括捐助财产的受益人、捐助人的近亲属等，例如遗嘱捐助情形下，捐助人本人已逝，其近亲属为了维护捐助人生前遗愿，自当享有撤销权。

（3）撤销权必须以诉讼的方式行使，法院经由司法审查后方可判决撤销；不能够以单方意思表示行使。

（4）关于撤销权的行使法律没有规定除斥期间。撤销权性质上为形成权，法律没有规定除斥期间的，理论上其行使不受时间限制。

（5）撤销权行使的后果为该行为溯及既往地归于无效，没有履行的，无须履行；已经履行的，互相返还财产、恢复原状。

（三）决定行为被撤销不得对抗善意相对人

决定行为被撤销后，捐助法人依据该决定与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。这是善意相对人信赖保护原理的要求。但对与捐助法人交易的相对人之善意的认定应当从严，因为与合同法中的交易行为不同，捐助法人所实施的慈善行为大都为无偿行为，没有对价和交易性，违背章程很容易造成善款流失；而且捐助法人本身与营利法人不同，对于其捐助章程与设立目的，与之缔约的相对人应当足够警觉，负有较高的注意义务。

（本条由马特撰写）

第九十五条

为公益目的成立的非营利法人终止时，不得向出资人、设立人或者会员分配剩余财产。剩余财产应当按照法人章程的规定或者权力机构的决议用于公益目的；无法按照法人章程的规定或者权力机构的决议处理的，由主管机关主持转给宗旨相同或者相近的法人，并向社会公告。

本条主旨

本条对公益性非营利法人的财产归属及终止后的分配作出了规定。

相关条文

《民法总则》第95条规定：“为公益目的成立的非营利法人终止时，不得向出资人、设立人或者会员分配剩余财产。剩余财产应当按照法人章程的规定或者权力机构的决议用于公益目的；无法按照法人

章程的规定或者权力机构的决议处理的，由主管机关主持转给宗旨相同或者相近的法人，并向社会公告。”

理解与适用

根据其定义及设立宗旨，非营利法人不以营利为目的，不向出资人分配利润，但非营利法人终止时，与公司等营利法人终止时也有不同。营利法人终止，适用破产清算程序，清偿债务后有剩余财产的，由于法人人格消灭，该财产属于出资人，应当允许出资人取回出资。但非营利法人不以营利为目的，其中的基金会、社会服务机构统称为捐助法人，实质上就是传统民法上的基于捐助行为形成的财团法人。而捐助的本质特征是财产所有权无偿地转移给受赠对象。由于财产所有权已经转移，故赠与人就不能对已捐出的财产享有任何权利，因此实施捐助行为的出资人或设立人不得分配非营利法人的剩余财产。所以和社团法人相比，财团法人的独立人格与出资人的独立人格的分离程度更高。^[12]至于事业单位与社会团体，都是中国特色的非营利法人类型。事业单位是国家出资兴办的，社会团体是社会成员组成的，但都不以营利为目的，当该法人终止时，应当比照财团法人的规定处理剩余财产。例如，卫生主管部门规定：作为非营利法人的医院，无论是私立医院（社会服务机构）还是公立医院（事业单位），其资产无论是捐赠而来，还是发展积累而来，不属于任何私人或政府，均全部属于社会，只能用于公益目的。再如，作为非营利法人的民办学校是没有所有者的，没有人拥有学校的终极所有权，在学校正常运作的情况下，由学校的经营利润积累形成的资产只属于学校本身，当学校不能正常运作或者破产时，这部分资产应当按本条处理。

本条规定的适用主体范围是为公益目的成立的非营利法人。非营利法人包括公益法人和中间法人。公益法人适用本条没有问题，中间法人是否同样适用呢？在解释上有不同观点。笔者认为，中间法人属于互惠类组织，不属于公益类组织，基于对私人财产权的保护，应当严格解释“公益目的”，其不应包括“其他非营利目的”。也就是说，本条只适用于非营利法人中的公益法人，不适用于非公益的中间法人，如同学会、俱乐部等，此类法人如果终止解散，在清算完毕之后有剩余资产的，应当允许成员取回，方符合立法目的。

如果不允许在出资人之间分配，那么如何处理剩余财产呢？从性质上看，以公益为目的的非营利法人的财产不属于私人，也不属于政

府，而是属于社会，只能服务于公益目的。我国的《社会团体登记管理条例》《基金会管理条例》《慈善法》对该问题均作出了规定，堪称有益尝试。《民法典》借鉴、采纳之，本条规定分两步处置剩余财产。

第一，剩余财产按照章程的规定或者权力机构的决议用于公益目的。公益法人终止了，但章程有规定的，或者法人的权力机构作出剩余财产处置的决议的，依照相应的规定或决议处理。这是意思自治原则的体现。但须注意，章程的规定与决议之内容不得违反法律的强制性规定，特别是本条第1款的规定，不得分配给出资人。如果章程规定或大会决议把剩余财产在出资人间分配，则属于违法，无效。

第二，不能按照法人章程的规定或者权力机构的决议处理的，由主管机关主持转给宗旨相同或者相近的以公益为目的的法人，并向社会公告。这就是公益法人财产社会归属原则。较之于《民法通则》《物权法》《继承法》中关于无主财产收归国有的规定，该条规定尊重了公益法人之财产社会所有、公益目的之本旨，在立法上实属进步。

（本条由马特撰写）

注释：

[1] 梁慧星.民法总论.2版.北京：法律出版社，2001：146.

[2] 赵旭东.论捐助法人在民法中的地位.法学，1991（6）.

[3] 何孝元.民法总则.台北：三民书局，1953：53.

[4] 王泽鉴.民法概要.北京：中国政法大学出版社，2003：66.

[5] 佟柔.中国民法.北京：法律出版社，1990：128.

[6] 民政部.民政部就《基金会管理条例》相关政策答问.<http://www.china.com.cn/chinese/2004/Mar/526100.htm>.

[7] 董栋.关于“宗教活动场所”法人资格 各国都是怎么规定的.凤凰网，http://fo.ifeng.com/a/20151118/41508982_0.shtml.

[8] 董栋.关于“宗教活动场所”法人资格 各国都是怎么规定的.凤凰网，http://fo.ifeng.com/a/20151118/41508982_0.shtml.

[9] 卡尔·拉伦茨.德国民法通论：上册.王晓晔，等译.北京：法律出版社，2003：

588.

[10] 郑玉波.民法总则.台北：三民书局，1998：180.

[11] 郑玉波.民法总则.台北：三民书局，1998：180.

[12] 孙宪忠.财团法人财产所有权和宗教财产归属问题初探.中国法学，1990（4）.

第四节 特别法人

第九十六条

本节规定的机关法人、农村集体经济组织法人、城镇农村的合作经济组织法人、基层群众性自治组织法人，为特别法人。

本条主旨

本条对特别法人作出了规定。

相关条文

《民法总则》第96条规定：“本节规定的机关法人、农村集体经济组织法人、城镇农村的合作经济组织法人、基层群众性自治组织法人，为特别法人。”

理解与适用

何谓特别法人？就是前面两节“营利法人”与“非营利法人”无法涵

盖的法人类型，主要包括机关法人、农村集体经济组织法人、城镇农村的合作经济组织法人、基层群众性自治组织法人这四类法人，大致相当于大陆法系的公法人。

（一）公法人

大陆法系的法人首先被区分为公法人和私法人，但关于根据什么标准作此分类，各种观点颇不相同。一种观点认为，应以目的事业的公私为标准，或以是否对国家负有实现其职能的义务为标准。^[1]另一种观点认为，应以法人设立的法律根据为标准：依公法设立的法人为公法人，如县、市等；依私法设立的法人为私法人，如公司、企业等。^[2]公法人、私法人区分的意义在于两者的法律依据不同，是否行使公权力不同，以及涉诉时的救济程序不同。虽然基于公法和私法的分类标准一直存在争议，公法人和私法人的区分标准也不很明确，但公法人和私法人的区分仍然是法人的首要分类方法。^[3]我国早在《民法通则》时即将法人分为国家机关、事业单位、社会团体和企业法人，虽然没有采取传统民法中公法人和私法人的分类，但是各级国家机关法人类似于大陆法系国家民法中的公法人。

（二）特别法人的特殊性

机关法人在设立依据、目的、职能和责任最终承担上与其他法人均存在较大差别；基层群众性自治组织法人和农村集体经济组织法人在设立、变更和终止，管理的财产的性质，成员的加入和退出，承担的职能等方面都有其特殊性；城镇农村的合作经济组织法人既具有公益性质或者互益性，又具有营利性。将这些法人单独设立为一种法人类型，有利于其更好地参与民事生活，也有利于保护其成员和与其进行民事活动的相对人的合法权益。^[4]在民法典编纂过程中，有全国人大常委会组成人员及有关部门、地方和基层的代表提出，实践中有些法人与营利性法人和非营利性法人在设立、终止等方面有所不同，难以被纳入这两类法人，建议增设一类特别法人。全国人大法律委员会经研究认为，根据我国实践情况，机关法人、基层群众性自治组织法人、农村集体经济组织法人以及城镇农村的合作经济组织法人可归入特别法人类别。^[5]

这四类特别法人在《民法典》之总则编中得到统一规定，在此之前作为概念散见于宪法及各部法律：（1）机关法人来自《民法通则》；（2）农村集体经济组织法人在《宪法》中有规定，并在《土

地管理法》《农村土地承包法》《村民委员会组织法》等法律中存在；（3）合作经济组织法人来自《农民专业合作社法》；（4）基层群众性自治组织法人在《宪法》中有规定，并分别见于《村民委员会组织法》和《城市居民委员会组织法》。

（本条由马特撰写）

第九十七条

有独立经费的机关和承担行政职能的法定机构从成立之日起，具有机关法人资格，可以从事为履行职能所需要的民事活动。

本条主旨

本条对机关法人的设立作出了规定。

相关条文

《民法总则》第97条规定：“有独立经费的机关和承担行政职能的法定机构从成立之日起，具有机关法人资格，可以从事为履行职能所需要的民事活动。”

《民法通则》第50条第1款规定：“有独立经费的机关从成立之日起，具有法人资格。”

理解与适用

机关法人是指依照法律或行政命令组建的、享有公权力、主要从事国家管理活动的各级国家机关。机关法人在理论上具有公法人的地位。机关法人是行政法的主体，受公法约束，行使公权力，对教育、文化、军事及其他社会事务进行管理。近代国家基于“夜警国家”理念，多承担不得侵害公民基本权的消极义务，对社会与市场采放任主义。现代国家基于“福利国家”的理念，多承担积极作为的义务，主动干预市场，广泛参与、介入民事关系。此时，国家机关行使的是民事权利，从事的是民事活动，例如购置办公用品、租用房屋、发包工程，以及与企业签订土地使用权出让合同等。因此，机关法人具有双重性，扮演双重角色，既是公法主体，也是民事主体。当它们以民事主体身份出现时，形成的法律关系不是纵向的管理、服务关系，而是平等主体之间的民事关系。当然，机关法人的目的在于为社会公众服务，故其具有公共性，不能追求自身特定的利益，即便进行政府采购、发包或担保活动，也是为了公共利益。本条规定，机关法人只是“可以从事为履行职能所需要的民事活动”。因此，机关法人从事民事活动受到严格限制，不能广泛从事商业性经营活动，不能以营利为目的，否则就超越了其权利能力，极易导致滥用权力、公器私用。

机关法人的财产和经费均由国家预算划拨。这些经费是根据其承担的管理职能和工作需要，由国家和地方财政拨款形成。机关法人对外所负的债务，以其经费作为责任财产独立承担。不过，我国目前没有规定公法人的破产制度，在法律上不允许公法人破产清算。

机关法人的设立采特许主义。有独立经费的机关和承担行政职能的法定机构，从成立之日起，具有机关法人资格。由于机关法人的设立取决于宪法、法律和行政命令，因此其设立无须经专门机构核准登记。例如，根据《国务院组织法》和《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》的规定，国务院和地方人民政府根据工作需要，可以通过行政命令设立具体行政机关；根据《人民法院组织法》，人民法院依法成立即取得机关法人资格。

（本条由马特撰写）

第九十八条

机关法人被撤销的，法人终止，其民事权利和义务由继任的机关法人享有和承担；没有继任的机关法人的，由作出撤销决定的机关法人享有和承担。

本条主旨

本条对机关法人被撤销后的民事责任承担作出了规定。

相关条文

《民法总则》第98条规定：“机关法人被撤销的，法人终止，其民事权利和义务由继任的机关法人享有和承担；没有继任的机关法人的，由作出撤销决定的机关法人享有和承担。”

《国家赔偿法》第7条第5款规定：“赔偿义务机关被撤销的，继续行使其职权的行政机关为赔偿义务机关；没有继续行使其职权的行政机关的，撤销该赔偿义务机关的行政机关为赔偿义务机关。”

理解与适用

我国的机关法人不适用破产法，没有破产能力。所谓破产能力是指能够接受破产宣告成为破产者的资格。^[6]机关法人属于公法人，大多数国家不承认公法人具有破产能力，因为公法人是统治团体，如果进行清算的话，统治就无法进行。^[7]虽然机关法人不能破产，但可能依法被撤销，被撤销后法人资格归于消灭。例如我国经常进行机构改

革，很多行政机关分分合合，新设、消灭时有发生。当机关法人被撤销时，其所负的民事债务如何承担？由于不能适用破产清算还债程序，在现实中这是一个问题。为了保障民事秩序的稳定和债权人的权益，维护国家权威和政府信用，《民法典》突破了法人独立责任的窠臼，允许后续继受的机关法人或作出撤销决定的机关法人承担原机关法人的民事债务。实际上这是对民事债务的国家兜底。我国《国家赔偿法》对此已经有过成功的立法经验，例如，《国家赔偿法》第7条第5款规定：赔偿义务机关被撤销的，继续行使其职权的行政机关为赔偿义务机关；没有继续行使其职权的行政机关的，撤销该赔偿义务机关的行政机关为赔偿义务机关。故本条规定，机关法人因被撤销而终止的，其民事责任由继续履行其职能的机关法人承担；如果没有继续履行其职能的机关法人，由撤销该机关法人的机关法人承担。

（本条由马特撰写）

第九十九条

农村集体经济组织依法取得法人资格。

法律、行政法规对农村集体经济组织有规定的，依照其规定。

本条主旨

本条对农村集体经济组织法人作出了规定。

相关条文

《民法总则》第99条规定：“农村集体经济组织依法取得法人资

格。”“法律、行政法规对农村集体经济组织有规定的，依照其规定。”

理解与适用

集体经济组织来自集体所有制和对农业手工业私有制的社会主义改造。集体经济组织可以分为城市集体经济组织和农村集体经济组织两大类，城市的集体经济组织在改革开放时代大都改制为现代公司或消亡，目前中国社会存留的仅有农村集体经济组织。20世纪50年代初，经过合作化运动和人民公社化运动，农民的土地所有权变为集体所有制，在“三级所有、队为基础”的制度框架下，我国农民对农用土地的使用，只有社区团体内的分工与分配意义，并不表现为法律上，特别是民法上的权利义务关系。^[8]我国的集体所有制，从合作社到人民公社，农村集体经济在高度集中的计划经济体制的制约下，陷入了人民公社“一大二公”的僵化模式之中，压抑了农民的积极性，阻碍了生产力的发展。

中国共产党十一届三中全会后，我国农村进行了经济体制改革，推行了家庭承包责任制。集体通过与农户签订书面的土地承包经营合同，将土地的承包经营权下放给农户，而保留集体对土地的所有权。为了换取对土地使用权和收益的剩余索取权，农户必须分摊原来由集体承担的粮食征购任务和农村税收，以及交纳乡统筹和村提留。^[9]1988年宪法修正案第6条肯定了“家庭联产承包为主的责任制”。

虽然法律确立了农村土地的集体所有制，但是集体土地的所有权实际上是模糊不清的，并且在农村土地上存在着国家与集体、集体与农户之间的“双重的产权模糊”^[10]。集体土地所有权模糊不清的根本原因是集体主体本身的模糊性。“集体”“集体所有”“集体所有制”本都是政治经济学上的概念，而被纳入法律的范畴。“集体”应归入哪一类民事法律主体，现实中的“集体”应如何规制，都不是短期内所能解决的。^[11]关于集体土地所有权的性质，在我国法学界有三种观点：其一，集体土地所有权是一种由“集体经济组织”享有的单独所有权；其二，我国的集体所有权是一种新型的总有，集体成员对集体财产（土地）享有占有、使用和收益权，并且依法按照平等、自愿原则来行使对集体土地的所有权；其三，集体所有权是“个人化与法人化的契合”，集体财产（土地）应为集体组织法人所有，而集体组织成员对集体财产享有股权或社会权。^[12]无论是脱胎于日耳曼村社制度的“总有”还是新型“个人化与法人化的契合”，从中都可以看出，作为集体所

有权的主体，农村集体经济组织是中国社会客观存在的一种组织形态，有法律确认之必要，否则必然出现法律真空，导致农村土地集体所有权主体虚化，导致农村土地实际控制在少数村干部手里，广大农民成员的合法权益无法获得应有保障。在中国急速城市化、郊区农村土地拆迁频发的背景下，出现了侵占集体利益、侵吞拆迁款、擅自出租、暴力强拆的恶性事件。

因此，基于现实需要，民法典承认了农村集体经济组织的独立法人资格。农村集体经济组织是除国家以外唯一的对土地拥有所有权的主体。这个农村集体经济组织具体是指什么？在早期的人民公社、生产大队和生产队三种集体组织中，生产队是基础，拥有包括土地、耕畜和农具在内的大部分生产资料，因此，一般意义上的农村集体经济组织是指生产队，即现在的村民小组。此外，村集体经济组织、乡镇集体经济组织也能构成此类主体，拥有农村土地所有权。综上所述可以看出，我国的农村集体经济组织包括三类：乡镇集体、村集体、村民小组。它们均可依法成为独立的农村集体经济组织法人。农村集体经济组织虽然成为独立的法人主体，以自己的财产对外独立承担民事责任，但其主要财产农村土地所有权不能转让，只能通过被国家征收获得补偿金。根据我国破产法，农村集体经济组织没有破产能力，不能破产清算，债权人也不能获得农村集体土地的所有权以抵债。

法律、行政法规对农村集体经济组织有规定的，依照其规定。这是指《土地管理法》《农村土地承包法》等特别法对农村集体经济组织的规定，均可适用。

（本条由马特撰写）

第一百条

城镇农村的合作经济组织依法取得法人资格。

法律、行政法规对城镇农村的合作经济组织有规定的，依照其规定。

本条主旨

本条对合作经济组织法人作出了规定。

相关条文

《民法总则》第100条规定：“城镇农村的合作经济组织依法取得法人资格。”“法律、行政法规对城镇农村的合作经济组织有规定的，依照其规定。”

理解与适用

合作经济组织即传统民法上之合作社。所谓合作社，是指劳动者在互助互惠基础上，共同出资、共同经营、共同劳动、共享收益的经济组织。合作社不同于公司，也不同于事业单位、社会团体、基金会，在法律上是一种独立的法人主体。根据2002年6月20日第90届国际劳工大会通过的《合作社促进建议书》的规定，合作社是自愿联合起来的人们通过联合所有与民主控制的企业来满足他们共同的经济、社会与文化的需求与抱负的自治联合体。合作社与公司这两种主体形式同为工业化和资本主义的产物，公司是资本家的创造，合作社是社会主义者的创造，早期的空想社会主义者试图把合作社当作“全新的人类社会组织的细胞”，以劳动者平等联合实现改造社会的乌托邦梦想。1844年，世界公认最早的合作社“罗奇代尔公平先锋社”在英国的曼彻斯特诞生。^[13]罗奇代尔的实践确立了著名的合作社七大原则：（1）入社自由；（2）民主管理；（3）按交易额分配盈余；（4）限制股本分红；（5）对政治和宗教中立；（6）现金交易；（7）促进社员教育。尽管在现代市场经济社会，企业的组织形态主要是公司，但是合作社仍然大量存在，例如在欧盟，据2010年的统计，合作社产品所占的市场份额中，奶制品比例最高，达到55%以上；其次是蔬菜水果、葡萄酒，占40%以上；再次是橄榄油，接近40%；谷物的比例也超过了30%。在法国、芬兰、丹麦、荷兰等国家，合作社农产品的

市场份额都在50%以上。再如在以色列，合作社是农村经济的基本组织形式，超过50%的以色列农民生活在合作社组织之内。有句著名的口号是“合作社创造了以色列”。以色列第一个合作社组织基布兹于1909年在德加尼亚诞生，1921年又产生了一种新型合作社组织莫沙夫。这两种是最主要的农村合作经济组织。基布兹、莫沙夫、储蓄和信贷合作社、消费合作社等多种合作经济组织在犹太人定居点流行。基于合作社对经济发展和社会进步的突出贡献，联合国甚至把2012年确定为“国际合作社年”，主题是“合作社让世界更美好”。

我国的合作社发展走过曲折的历程。实际上我国的农村集体经济组织就是脱胎于合作社，早在1950年就制定了《中华人民共和国合作社法（草案）》，进而演化成人民公社，但由于计划经济追求“一大二公”的模式，合作社从自愿为基础变成了变相的强迫加入，故丧失了独立性和自主性，变成了计划经济的组成部分。改革开放之后，随着经济体制改革的深入，许多乡镇企业、集体所有制企业大量涌现，出现了股份合作制企业等多种形式。这种新型的合作经济组织需要法律的承认。2006年我国颁布了《农民专业合作社法》，不同于1950年代的合作化运动，建立在社员自愿、入退社自由、劳动者联合等原则之上的新合作社成为一种独立的法人主体。

合作社的性质和地位比较特殊。合作社是社团法人，不是财团法人；是社员联合的团体，但不同于同为社团法人的公司和社会团体。合作社不是传统的营利法人，亦非传统的非营利法人；既有资本联合，也有劳动联合，劳动联合重于资本联合；是一种独立的特殊法人。

合作社具有如下特征。

第一，合作社是一种劳动者自愿联合的经济组织。合作社的财产主要来源于合作社成员的出资，不接受非合作社成员的投资，即不能像公司一样向社会募集资金。社员入社自愿，退社自由，股份不能转让。

第二，合作社原则上不以营利为目的，旨在实现社员之间的互助、互惠、互利，主要为社员服务。

第三，合作社在分配制度上主要不是按资分配，而是限制分红，避免资本控制劳动，采取按劳分配、按交易额返还盈余等方式。例如，供销合作社主要按合作社与社员的交易额返还盈余。在许多股份合作制合作社中，职工入股后也要参与劳动。盈余分配以按劳动比例分配为主，以限制股金分红为辅。在联合的内容上，一般合作制企业以劳

动的联合为主，非企业员工不可入股。^[14]

第四，共同劳动。合作社的社员要参与经营或劳动，不能仅仅凭借出资来分享利润，把财产收入和剥削成分压缩到最低，因此在许多合作社中，按劳分配成为主要方式。合作社不得将任何社员排除在合作事业经营之外，而委托非社员经营合作事业。^[15]

第五，民主管理。在管理方式上，社员平等，一人一票，参与管理，不像公司那样按股份表决。合作社的权力机关为社员大会，通过社员大会全体社员表决选举管理者、决策重大事项；执行机构为理事会（或董事会）；监督机构为监事会。

《民法典》确认了合作经济组织（合作社）的法人地位。法律、行政法规对城镇、农村的合作经济组织有规定的，依照其规定。这是指《农民专业合作社法》等特别法对合作经济组织的规定，均可适用。

（本条由马特撰写）

第一百零一条

居民委员会、村民委员会具有基层群众性自治组织法人资格，可以从事为履行职能所需要的民事活动。

未设立村集体经济组织的，村民委员会可以依法代行村集体经济组织的职能。

本条主旨

本条对基层群众性自治组织法人作出了规定。

相关条文

《民法总则》第101条规定：“居民委员会、村民委员会具有基层群众性自治组织法人资格，可以从事为履行职能所需要的民事活动。”“未设立村集体经济组织的，村民委员会可以依法代行村集体经济组织的职能。”

理解与适用

群众性自治组织是指特定社区的群众为实现一定目标而自愿结合起来的自我管理、自我教育和自我服务的群体。在我国是指农村的村民委员会和城镇的居民委员会。^[16]我国宪法上规定城市和农村按居住地区应当设立居民委员会和村民委员会，这是我国的基层群众性自治组织。但民法上一直没有确认居民委员会和村民委员会的独立民事主体的法人地位，民法典首次予以规定。

居民委员会和村民委员会是基层群众性自治组织，不是一级政权，也不属于国家机关。居民委员会和村民委员会的成员也有别于公务员，不属于公务员编制，不从国家领取工资。但工作运转需要经费，成员付出时间、精力也需要补贴，所以居民委员会可以获得政府财政拨付，村民委员会有自己的村办企业、土地承包费等经济收入，也可以获得政府财政补助。居民委员会和村民委员会以自己的财产和经费对外独立承担民事责任，但根据我国破产法，居民委员会和村民委员会没有破产能力，不能破产清算。

居民委员会和村民委员会既是基层群众的自治组织，属于社团法人，又是政府联系人民群众的桥梁和纽带，基于社会管理的需要承担部分的公共职能，因而具有一定的机关法人的色彩。人民群众通过居民委员会、村民委员会以及下设的各种委员会管理社区事务，办理公共福利，协助政府解决生活、环保、卫生、治安、调解纠纷等问题。居民委员会和村民委员会主要从事公共服务和社会管理，其民事行为能力的范围受限制，不能从事广泛的商业经营活动，实施的民事活动以履行职能所需为限，例如居民委员会雇用临时工从事保洁服务，居民委员会租赁民房作为办公场所，等等。村民委员会本身也是从事公共服务的，但基于自身和中国乡村的特殊性，其从事的民事活动范围

比居民委员会的要更广泛，例如修桥补路、开办村学，现实中还可能通过设立村办企业、乡镇企业、农业合作社等方式发展经济，服务村民。根据本条第2款，在特殊情况下村民委员会还可以代行村集体经济组织的职能，发包集体土地，经营土地资产。

村集体经济组织和村民委员会，本来是两类法人组织，村集体经济组织是经济组织，村民委员会是群众自治组织，但有时候在组织和功能上是重合的。在未设立村集体经济组织的条件下，村民委员会可以依法代行村集体经济组织的职能。此类情况在现实中极为普遍，亟待立法确认。据悉目前全国36.5万个村由村民委员会代行村集体经济组织的职能。但在民事活动中，村民委员会不具有法人地位，性质上类似于“其他组织”，而法律对“其他组织”的权利与义务没作明确规定。虽然最高人民法院曾在司法解释中明确“村委会或者村民小组与他人发生民事纠纷的，村委会或者有独立财产的村民小组为当事人”，但实践中，有村民委员会抱怨称：发生纠纷后找不到明确而直接的权利救济方式。^[17]这就是本条第2款的立法理由。

（本条由马特撰写）

注释：

[1] 四宫和夫.日本民法总则.台北：五南图书出版公司，1995：85.

[2] 卡尔·拉伦茨.德国民法通论：上册.王晓晔，等译.北京：法律出版社，2003：179.

[3] 葛云松.法人与行政主体理论的再探讨——以公法人概念为重点.中国法学，2007（3）.

[4] 单玉晓.民法总则草案三读 新增“特别法人”分类.财新网，<http://china.caixin.com/2016-12-19/101028470.html>.

[5] 单玉晓.民法总则草案三读 新增“特别法人”分类.财新网，<http://china.caixin.com/2016-12-19/101028470.html>.

[6] 石川明.日本破产法.何勤华，周桂秋，译.北京：中国法制出版社，2000：29.

[7] 同①33.

[8] 陈甦.土地承包经营权物权化与农地使用权制度的确立.中国法学，1996（3）.

[9] 徐钢，钱涛.契约、农民利益与法治秩序.法学，2001（8）.

[10] 叶向阳,等.农村集体土地产权制度研究.中国法学,1993(6).

[11] 陈甦.土地承包经营权物权化与农地使用权制度的确立.中国法学,1996(3).

[12] 温世扬.集体所有土地诸物权形态剖析.法制与社会发展,1999(2).

[13] 1844年12月21日,在英国北部兰开夏小镇罗奇代尔,28个工人筹集28英镑成立了一个日用品消费合作社,取名“罗奇代尔公平先锋社”(Rochdale Society of Equitable Pioneers)。社员以每周节省下来的两个便士为股金开办了一个小商店,供应社员的生活用品,减轻商业的中间盘剥,改善社员的生活状况。这种尝试获得了成功,到建社100周年时,它已经拥有40多个支店和多处工厂及屠宰厂,社员人数达到3.2万人,年营业额为200万英镑。

[14] 许承光.股份合作企业的法律属性探析.江汉论坛,2000(12).

[15] 郑少华.法人运动与第二次法律革命.法学,2001(6).

[16] 蒋大兴.公司法的展开与评判——方法·判例·制度.北京:法律出版社,2001:19.

[17] 单玉晓.民法总则草案三读 新增“特别法人”分类.财新网, <http://china.caixin.com/2016-12-19/101028470.html>.

第四章 非法人组织

第一百零二条

非法人组织是不具有法人资格，但是能够依法以自己的名义从事民事活动的组织。

非法人组织包括个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构等。

本条主旨

本条对非法人组织的定义和种类作出了规定。

相关条文

《民法总则》第102条规定：“非法人组织是不具有法人资格，但是能够依法以自己的名义从事民事活动的组织。”“非法人组织包括个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构等。”

理解与适用

本条第1款界定了非法人组织的两个基本要素，即“不具有法人资格”“依法以自己的名义从事民事活动”；第2款则列举了个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构属于典型的非法人组织。

（一）非法人组织的概念和特点

依据本条第1款的规定，非法人组织指的是指“不具有法人资格，但是能够依法以自己的名义从事民事活动的组织”。从境外立法例视角而言，非法人组织相当于德国立法上的“无权利能力社团”、日本立法例上的“非法人社团和非法人财团”，我国台湾地区规定的“非法人团体”^[1]。

非法人组织具有如下特点。

首先，非法人组织必须依法成立。也就是说，要成为《民法典》上“非法人组织”这一民事主体，该类组织的设立必须遵循法定设立程序。依据《民法典》第103条的规定，非法人组织应当依法登记，法律、行政法规规定须批准的，还应经批准。登记和批准程序能够维护设立程序的有序性，有利于国家加强对非法人组织之设立、运作过程的管理和监督。

其次，非法人组织具有民事权利能力与民事行为能力。作为《民法典》所规定的自然人、法人之外的第三类民事主体，非法人组织当然地具有民事权利能力与民事行为能力。

再次，非法人组织能够以自己的名义从事民事活动。在紧密联系的社会关系中，非法人组织经常与自然人、法人和其他非法人组织产生民事法律关系，从事民事活动。在此过程中，非法人组织皆以自身独立名义从事活动。

最后，非法人组织不能独立承担民事责任。也就是说，虽然非法人组织与法人一样具有民事权利能力和民事行为能力，但是其并不能独立承担法律责任，当非法人组织出现资不抵债的情况时，其出资人和设立人仍然需要对该组织的债务承担兜底责任。“能否独立承担民事责任”与“独立财产”可以被视为一个问题的两个方面。显然，具备独

立的财产是独立承担民事责任的基础。法人拥有独立的财产，其独立性体现在法人的财产独立于成员的财产，所以原则上法人只以自身拥有的财产对外清偿债务、承担法律责任，其责任并不及于成员的财产，其最典型的例子就是现代公司法所普遍确立的股东有限责任原则。但是，非法人组织的财产在学理上仍被认为实际上归全体成员共有，其责任形式可以概括为“团体的有限责任+成员的无限责任”，换言之，团体以自己所有的财产对外承担责任而其财产不足以清偿债务时，则由其成员负连带责任或补充责任。^[2]

（二）非法人组织的类型

根据本条第2款的规定，非法人组织包括以下几种。

1.个人独资企业

根据《个人独资企业法》第2条的规定，个人独资企业是指“……在中国境内设立，由一个自然人投资，财产为投资人个人所有，投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任的经营实体”。

2.合伙企业

根据《合伙企业法》第2条的规定，合伙企业是指“……自然人、法人和其他组织依照本法在中国境内设立的普通合伙企业和有限合伙企业”。其中，普通合伙企业由普通合伙人组成，只要没有法律的特别规定，全体普通合伙人应当对合伙企业的债务承担无限连带责任；而有限合伙企业由普通合伙人和有限合伙人组成，普通合伙人对合伙企业的债务承担无限连带责任，有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业的债务承担责任。需要加以注意的是，普通合伙企业之全体合伙人必须对合伙企业的债务承担无限连带责任，全体合伙人都必须是普通合伙人，而有限合伙企业中必然包括普通合伙人和有限合伙人这两种合伙人，因为如果一个合伙企业只有普通合伙人则必然是普通合伙企业，若只有有限合伙人则只能变更为公司这一组织形式。

3.不具有法人资格的专业服务机构

对于“不具有法人资格的专业服务机构”而言，实践中的“咨询服务类公司”显然不属于此处的非法人组织，因为公司属于企业法人。这

一非法人组织形式认定的核心要素在于“不具有法人资格”和“专业服务”这两点。按照通常的理解，此处的“专业服务机构”应该是指会计师事务所和律师事务所：（1）就会计师事务所而言，我国现行《注册会计师法》第23条规定：会计师事务所可以由注册会计师合伙设立。合伙设立的会计师事务所的债务，由合伙人按照出资比例或者协议的约定，以各自的财产承担责任。合伙人对会计师事务所的债务承担连带责任。与此同时，《注册会计师法》也允许会计师事务所以法人方式设立，该法第24条规定，会计师事务所符合下列条件的，可以是负有限责任的法人：1）不少于30万元的注册资本；2）有一定数量的专职从业人员，其中至少有5名注册会计师；3）国务院财政部门规定的业务范围和其他条件。负有限责任的会计师事务所其全部资产对其债务承担责任。由此可知，在会计师事务所以合伙企业形式成立之时，其就属于《民法典》所规定的非法人组织类型中的“不具有法人资格的专业服务机构”。（2）就律师事务所而言，现行《律师法》第15条规定：设立合伙律师事务所，除应当符合本法第14条规定的条件外，还应当有3名以上合伙人，设立人应当是具有3年以上执业经历的律师。合伙律师事务所可以采用普通合伙或者特殊的普通合伙形式设立。合伙律师事务所的合伙人按照合伙形式对该律师事务所的债务依法承担责任。对于律师事务所的设立，现行《律师事务所管理办法》第7条同时规定：律师事务所可以由律师合伙设立、律师个人设立或者由国家出资设立。合伙律师事务所可以采用普通合伙或者特殊的普通合伙形式设立。由此可知，如果律师事务所采纳了合伙企业的形式，则不论是普通合伙企业还是特殊合伙企业，都属于此处的“专业服务机构”。但是如果律师事务所以个人形式设立，则其在形式上是究竟是被认定为“个人独资企业”还是被认定为“专业服务机构”，仍是值得进一步探讨的。

最后，如何理解非法人组织类型条款中的“等”，除了该条文明确列举的合伙企业、个人独资企业以及“不具有法人资格的专业服务机构”外，非法人组织形式还以其他方式存在，如企业法人的分支机构、业主委员会等。

（本条由石冠彬撰写）

第一百零三条

非法人组织应当依照法律的规定登记。

设立非法人组织，法律、行政法规规定须经有关机关批准的，依照其规定。

本条主旨

本条对非法人组织的设立规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第103条规定：“非法人组织应当依照法律的规定登记。”“设立非法人组织，法律、行政法规规定须经有关机关批准的，依照其规定。”

《民法通则》第33条规定：“个人合伙可以起字号，依法经核准登记，在核准登记的经营范围內从事经营。”

《个人独资企业法》第9条规定：“申请设立个人独资企业，应当由投资人或者其委托的代理人向个人独资企业所在地的登记机关提交设立申请书、投资人身份证明、生产经营场所使用证明等文件。委托代理人申请设立登记时，应当出具投资人的委托书和代理人的合法证明。”“个人独资企业不得从事法律、行政法规禁止经营的业务；从事法律、行政法规规定须报经有关部门审批的业务，应当在申请设立登记时提交有关部门的批准文件。”

理解与适用

本条是对非法人组织之设立的规定，主要是对非法人组织之设立

程序要件的规定。该条文包含两层意思。

（一）非法人组织应当依照法律的规定登记

（1）非法人组织原则上都应当进行登记。从本条规定来看，非法人组织原则上都应当进行登记。本条之所以作出此种规定，一方面是因为非法人组织的类型较多，登记有利于对各类非法人组织进行更有效率的管理；另一方面，要求非法人组织原则上都进行登记，有助于使不特定第三人了解对方当事人的主体资格和交易能力，进而维护交易安全。《合伙企业法》第9条第1款对合伙企业的登记问题作出了规定：“申请设立合伙企业，应当向企业登记机关提交登记申请书、合伙协议书、合伙人身份证明等文件。”《个人独资企业法》第9条第1款对个人独资企业的登记问题作出了规定：“申请设立个人独资企业，应当由投资人或者其委托的代理人向个人独资企业所在地的登记机关提交设立申请书、投资人身份证明、生产经营场所使用证明等文件。委托代理人申请设立登记时，应当出具投资人的委托书和代理人的合法证明。”

（2）如果没有登记，无法成为非法人组织意义上的民事主体，被视为一般的民事合伙关系。依据本条规定，非法人组织原则上都需要进行登记，未进行登记的社会组织在性质上就不属于非法人组织意义上的民事主体，而应当属于民事合伙。此类社会组织不享有民事权利能力，不能以自己的名义实施民事法律行为，也不能享有权利、承担义务。此类社会组织不受《民法典》中的民事主体制度的调整，而应当受到合同法律制度的调整。

对于未经登记的社会组织而言，其并不属于民事主体，无法享有民事权利。例如，其不得被登记为土地使用权的主体。同时，对于非法人组织之债务的承担，《民法典》第104条规定，非法人组织的财产不足以清偿债务的，其出资人或者设立人承担无限责任。这意味着，非法人组织的债务首先应由非法人组织的财产予以清偿，不足部分才由出资人或者设立人承担责任，但对未经登记的社会组织而言，其债务直接由其成员承担责任。

（二）须经有关机关批准的，依照其规定

对于特殊类型的非法人组织，法律、行政法规可能要求其设立必

须经有关机关批准。此时，设立此类非法人组织即应当按照法律、行政法规的规定予以批准。非法人组织的设立需要经有关机关批准的情形主要包括如下两种：一是某种类型的非法人组织设立本身需要经过批准。例如，设立律师事务所和会计师事务所需要经有关机关批准，对此，《律师法》第18条规定：设立律师事务所，应当向设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门提出申请，受理申请的部门应当自受理之日起20日内予以审查，并将审查意见和全部申请材料报送省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门。省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门应当自收到报送材料之日起10日内予以审核，作出是否准予设立的决定。准予设立的，向申请人颁发律师事务所执业证书；不准予设立的，向申请人书面说明理由。《注册会计师法》第25条第1款规定：设立会计师事务所，由省、自治区、直辖市人民政府财政部门批准。二是某种类型的非法人组织的设立本身不需要经过批准，但如果其经营范围属于需要批准的事项，则其也应当经有关部门批准。例如，《合伙企业法》第9条第2款规定：合伙企业的经营范围中有属于法律、行政法规规定在登记前须经批准的项目的，该项经营业务应当依法经过批准，并在登记时提交批准文件。依据该条规定，如果合伙企业的经营范围属于法律、行政法规规定应当批准的项目，则该合伙企业的设立应当经有关机关批准。《个人独资企业法》第9条第2款作出了同样规定：个人独资企业不得从事法律、行政法规禁止经营的业务；从事法律、行政法规规定须报经有关部门审批的业务，应当在申请设立登记时提交有关部门的批准文件。

当然，一般而言，对于应当经批准设立的非法人组织而言，在批准之后，仍然应当办理登记。批准和登记的功能存在一定的区别：批准主要是出于管理的需要，而登记主要起到一种公示的作用，即通过登记公示非法人组织的主体资格状况，来降低交易相对人的识别成本，维护交易安全。

（本条由王利明撰写）

第一百零四条

非法人组织的财产不足以清偿债务的，其出资人或者设立人承担无限责任。法律另有规定的，依照其规定。

本条主旨

本条对非法人组织的偿债规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第104条规定：“非法人组织的财产不足以清偿债务的，其出资人或者设立人承担无限责任。法律另有规定的，依照其规定。”

《民法通则》第35条规定：“合伙的债务，由合伙人按照出资比例或者协议的约定，以各自的财产承担清偿责任。”“合伙人对合伙的债务承担连带责任，法律另有规定的除外。偿还合伙债务超过自己应当承担数额的合伙人，有权向其他合伙人追偿。”

《个人独资企业法》第2条规定：“本法所称个人独资企业，是指依照本法在中国境内设立，由一个自然人投资，财产为投资人个人所有，投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任的经营实体。”

《合伙企业法》第2条第2款规定：“普通合伙企业由普通合伙人组成，合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任。本法对普通合伙人承担责任的形式有特别规定的，从其规定。”

理解与适用

本条规定包含如下两层含义。

（一）非法人组织的财产不足以清偿债务的，其出资人或者设立人承担无限责任

1.应当首先以非法人组织的财产清偿债务

非法人组织能够作为独立的民事主体，能够以自己的名义独立参与民事活动并享有财产权利，因此，如果非法人组织有财产，则首先应当以非法人组织的财产清偿其债务。例如，对合伙企业而言，《合伙企业法》第38条规定：合伙企业对其债务，应先以其全部财产进行清偿。对个人独资企业而言，《个人独资企业法》第31条规定：个人独资企业财产不足以清偿债务的，投资人应当以其个人的其他财产予以清偿。上述规定都确立了首先由作为非法人组织的合伙企业、个人独资企业优先以自己的财产偿还自己的债务的规则。

2.非法人组织的财产不足以清偿债务的，则其出资人或者设立人承担无限责任

依据本条规定，如果非法人组织的财产不足以清偿自己的债务的，则由其出资人或者设立人就不足部分承担无限责任。也就是说，非法人组织的出资人或者设立人以自己个人的全部财产对非法人组织的债务承担责任。而非仅以其出资为限承担责任。这也是非法人组织与法人的最大区别。例如，《合伙企业法》第39条规定：合伙企业不能清偿到期债务的，合伙人承担无限连带责任。

（二）法律另有规定的，依照其规定

如果有法律规定非法人组织的出资人或者设立人无须对非法人组织资不抵债部分之债务承担无限连带责任或者有其他限制的，则依据该具体规定确定出资人、设立人的责任。例如，依据《合伙企业法》第2条，有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。因此，在清偿合伙企业的债务时，有限合伙人所认缴的出资额是其责任承担的上限。如果有有限合伙人认缴了出资，但尚未实际履行出资义务，一旦合伙企业的财产不足清偿债务，则该有限合伙人应如实缴履行出资义务。如果其已实际履行出资义务，则在合伙企业的财产不足以清偿债务时，其不必再承担额外的清偿责任。再如，《个人独资企业法》第28条规定：个人独资企业解散后，原投资人对个人独资企业存续期间的债务仍应承担偿还责任，但债权人在5年内未向债务人提出偿债请求的，该责任消灭。

（本条由石冠彬撰写）

第一百零五条

非法人组织可以确定一人或者数人代表该组织从事民事活动。

本条主旨

本条对非法人组织的代表人制度作出了规定。

相关条文

《民法总则》第105条规定：“非法人组织可以确定一人或者数人代表该组织从事民事活动。”

《民法通则》第34条第2款规定：“合伙人可以推举负责人。合伙负责人和其他人员的经营活动，由全体合伙人承担民事责任。”

《合伙企业法》第26条第2款规定：“按照合伙协议的约定或者经全体合伙人决定，可以委托一个或者数个合伙人对外代表合伙企业，执行合伙事务。”

理解与适用

（一）非法人组织可以确定代表人

非法人组织作为独立的民事主体，可以独立从事民事活动，故非法人组织可以确定代表人代表非法人组织从事民事活动。允许非法人

组织确定代表人从事民事活动有助于维护交易安全，减少纠纷，使第三人在与非法人组织从事交易时能够明确知道谁能够有权代表非法人组织行为。代表人对外所从事的行为的法律后果原则上均由非法人组织承受，即使其代表行为已经超过了内部职权的限制，非法人组织也不得以此对抗善意第三人，主张不对“越权代表”行为的后果承担法律责任。

代表人与代理人具有一定的相似性，都可能发生行为效果的归属问题，但两者之间存在一定的区别，主要表现在：一是代理需要被代理人对代理人进行专门的授权，而代表不需要专门的授权。二是代理人之行为的法律效果归属于被代理人，而代表人的行为就直接被视为主体自身的行为，不需要发生法律效果的归属过程。三是举证责任不同。在越权代表的情形下，原则上法律行为有效，需要由非法人组织证明对方当事人知道或者应当知道代表人的代表权限。在无权代理的情形下，原则上法律行为效力待定，除非相对人证明成立表见代理。

虽然法人和非法人组织在主体上存在着显著的差异性，但是理解和适用本条规定的非法人组织的代表人制度时，很大程度上可以参照法人之法定代表人制度的类似规则，也即本条与《民法典》第61条存在本质上的相通性。因此，除法律有特别规定外，原则上非法人组织之代表人制度可以适用法人之法定代表人制度的一切规则。

（二）代表人可以为一人或数人

依据本条规定，非法人组织可以选择一人或者数人作为代表人，这有助于非法人组织更为灵活地确定代表人，从而充分保障其意思自治。例如，根据《合伙企业法》第26条第2款，按照合伙协议的约定或者经全体合伙人决定，可以委托一个或者数个合伙人对外代表合伙企业，执行合伙事务。此时，如果确定了代表人，应当由代表人代表非法人组织作出代表行为，其他成员不得代表。

（三）未确定代表人时，所有成员都可代表非法人组织从事民事活动

依据本条规定，非法人组织“可以”确定代表人，而非必须确定。在其未确定代表人时，非法人组织的所有成员都可代表非法人组织作出代表行为。例如，《合伙企业法》第26条第1款规定：合伙人对执行合伙事务享有同等的权利。因此，在对外代表合伙、执行合伙事务

的问题上，我国采取的是“共同执行”的原则，即每一位合伙人均可对外代表合伙，其执行合伙事务的行为对合伙人均发生效力。该规范中所体现的规范思想也应适用于其他非法人组织。

（本条由石冠彬撰写）

第一百零六条

有下列情形之一的，非法人组织解散：

- （一）章程规定的存续期间届满或者章程规定的其他解散事由出现；
- （二）出资人或者设立人决定解散；
- （三）法律规定的其他情形。

本条主旨

本条对非法人组织的解散作出了规定。

相关条文

《民法总则》第106条规定：“有下列情形之一的，非法人组织解散：（一）章程规定的存续期间届满或者章程规定的其他解散事由出现；（二）出资人或者设立人决定解散；（三）法律规定的其他情形。”

《合伙企业法》第85条规定：“合伙企业有下列情形之一的，应

当解散：（一）合伙期限届满，合伙人决定不再经营；（二）合伙协议约定的解散事由出现；（三）全体合伙人决定解散；（四）合伙人已不具备法定人数满三十天；（五）合伙协议约定的合伙目的已经实现或者无法实现；（六）依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；（七）法律、行政法规规定的其他原因。”

《个人独资企业法》第26条规定：“个人独资企业有下列情形之一的，应当解散：（一）投资人决定解散；（二）投资人死亡或者被宣告死亡，无继承人或者继承人决定放弃继承；（三）被依法吊销营业执照；（四）法律、行政法规规定的其他情形。”

理解与适用

所谓非法人组织的解散，即非法人组织根据出资人、投资人的合意或者于法律规定的情形终止民事主体资格。本条阐述了非法人组织解散的情形，即致使非法人组织解散的法律事实。解散事由大体上可以分为两类：一类是任意解散事由，即基于组织成员（出资人、设立人等）的意愿而解散，包含了“章程规定的存续期间届满或者章程规定的其他解散事由出现”和“出资人或者设立人决定解散”这些法定情形；另一类是强制解散事由，即非法人组织基于法律规定而被迫解散。具体而言，对本条可以从如下几方面进行解读。

（一）章程规定的存续期间届满而解散

这是指如果非法人组织的章程规定了组织的存续期间的，则该期间届满，非法人组织即可解散。如果存续期间届满后，设立人或组织成员不愿解散，则可以修改章程，并办理变更登记。如某一合伙企业的章程规定的存续期间届满而不愿解散，可至市场监督管理部门办理变更营业期限。该规定借鉴了《公司法》第180条第1项——公司因下列原因解散：（1）公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现……当然，公司也可以通过表决修改章程而存续。

（二）章程规定的其他解散事由出现而解

散

这是指章程中约定了其他解散事由的，若该其他解散事由出现，则非法人组织即可解散。举例而言，某合伙企业可以约定3年内盈利低于约定底线就解散，那么只要合伙企业3年内的盈利低于约定的最低数额时，则任一合伙人均有权主张解散合伙企业。

（三）出资人或设立人决定解散而解散

非法人组织一般由设立人、投资人自愿成立，当事人既可以决定成立组织，也能决定解散该组织。该规定与《合伙企业法》《个人独资企业法》的相关规定可谓一脉相承，如《合伙企业法》第85条第3项规定：全体合伙人决定解散，应当解散。《个人独资企业法》第26条第1项则规定：投资人决定解散，应当解散。由此可知，非法人组织的决议解散中，个人独资企业自然可由投资人独自决定解散；除了个人独资企业，任何具有团体性质的非法人组织的解散原则上均应当经全体投资人或者出资人决定。

在这一点上，非法人组织的解散与公司法人的解散还是存在一定不同的：（1）公司的协议解散采取的是“绝对多数决”的方式，即有限责任公司“经代表三分之二以上表决权的股东通过”，即可决议解散，股份有限公司“经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过”即可决议解散。简单说，公司的决议解散是不需要经过全体股东同意的。（2）公司有强制解散制度而非法人组织尚无此类制度。《公司法》第182条规定：公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东，可以请求人民法院解散公司。

（四）法律规定的其他情形出现而解散

这是兜底条款，设定目的主要是和其他法律相协调。这是指除以上情形外，出现了法律规定的解散情形时，非法人组织也应解散，如合伙企业因为违法被主管机关行政处罚，依法吊销营业执照而解散。

（本条由石冠彬撰写）

第一百零七条

非法人组织解散的，应当依法进行清算。

本条主旨

本条对非法人组织解散后的强制清算作出了规定。

相关条文

《民法总则》第107条规定：“非法人组织解散的，应当依法进行清算。”

《合伙企业法》第86条第1款规定：“合伙企业解散，应当由清算人进行清算。”

《个人独资企业法》第27条第1款规定：“个人独资企业解散，由投资人自行清算或者由债权人申请人民法院指定清算人进行清算。”

理解与适用

诚如前述，非法人组织解散是其主体资格消灭的必经程序，其解散的原因有主观上的原因，也有客观上的原因。主观上的原因如投资人决定解散，客观上的原因如被吊销营业执照、协议约定的目的已经实现或者无法实现等。在非法人组织解散后，应该进行清算，但不得开展与清算目的无关的经营活动。因为非法人组织在依法宣布解散后，要依照一定的程序来了结组织存续期间的事务，收回债权，清偿

债务并分配财产，使其主体资格最后归于消灭，若是继续开展与清算无关的经营业务，会使债权债务处于悬而未决的状态，不利于保护清算双方的利益。具体而言，对于非法人组织解散后强制清算的规定，主要可以从“清算的程序”和“清算的意义”两方面展开理解。

1.清算的程序

就清算程序而言，应当把握如下几个基本要点：第一，在清算开始时，必须先确定清算人，在清算期间代表组织执行与清算相关的事务。第二，清算人可以由组织成员的一人或数人担任，在特殊情况下，还可以由人民法院指定的人选担任。第三，在确立清算人后，清算开始，非法人组织的人格即进入受限制的状态，组织的权能由清算人统一行使，与清算无关的活动必须随即停止。第四，清算人应将解散清算事由通知全体债权人，债权人开始进行债权申报。若清算人未按照规定履行通知和公告义务，导致债权人未及时申报债权而未获清偿，则债权人可以对清算人主张因此造成的损失。第五，在发出通知和公告之后，债权人开始申报债权，清算人进行登记，并制作负债表和财产清单，并按照一定的顺序和比例进行财产分配。第六，清算结束后，清算人应编制清算报告，并办理注销登记，非法人组织即告终止。

2.清算的意义

清算不仅仅是对即将终止的财产、债务的清理，更重要的是通过清算程序对社会、对债权人作出一个明确的交代。清算程序的重要意义就在于，通过清算使即将完结的组织对社会的不良影响减少到最低限度，清算是一种将债权债务进行彻底清理的法律手段。^[3]具体地说，清算具有如下几点意义：（1）对债权人而言，通过清算程序可使他们的债权得到公平偿还，避免了在缺乏公平清偿秩序的情况下可能受到的损害，也避免了债权人求偿无门的情况发生。（2）对于出资人而言，通过清算程序，使他们能平等收回自己的投资，维护出资人的合法权益，降低投资风险。（3）对社会而言，其意义首先在于通过规范清算行为，维持正常的债务清偿秩序，其次在于通过清算，加强对非法人组织的管理，避免第三人因不知非法人组织解散而陷入可能发生的风险，维护正常的经济秩序。

（本条由石冠彬撰写）

第一百零八条

非法人组织除适用本章规定外，参照适用本编第三章第一节的有关规定。

本条主旨

本条对非法人组织参照适用法人规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第108条规定：“非法人组织除适用本章规定外，参照适用本法第三章第一节的有关规定。”

理解与适用

概言之，非法人组织首先应适用《民法典》之总则编第四章的规定，但在第四章没有规定的情形下，还可参照适用总则编第三章第一节即法人的一般性规定。

虽然《民法典》对非法人组织的规定极为简要，但是非法人组织所适用的法律规则还是较为复杂的，举例而言，非法人组织可以参照法人的规定得出如下适用结论：第一，合伙企业、个人独资企业等非法人组织的民事权利能力和民事行为能力，从其成立时产生，到其终止时消灭。第二，非法人组织以其主要办事机构所在地为住所，依法需要办理登记的，应当将主要办事机构所在地登记为住所。第三，非法人组织存续期间登记事项发生变化的，应当依法向登记机关申请变

更登记，实际情况与登记的事项不一致的，不得对抗善意相对人。第四，非法人组织合并的，其权利和义务由合并后的组织享有和承担；分立的，其权利和义务由分立后的组织享有连带债权、承担连带债务。第五，非法人组织解散的，除合并或者分立的情形外，清算义务人应当及时组成清算组进行清算。第六，非法人组织的出资人为清算义务人。清算义务人未及时履行清算义务，造成损害的，应当承担民事责任。主管机关或者利害关系人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。第七，清算期间法人存续，但是不得从事与清算无关的活动。第八，非法人组织可以依法设立分支机构。第九，代表人的越权代表行为的效力也可参照适用法人的规则。

（本条由石冠彬撰写）

注释：

[1] 梅仲协.民法要义.北京：中国政法大学出版社，1998：74.

[2] 朱明月.非法人组织的民事主体地位与权利能力.重庆社会科学，2008（12）.

[3] 王妍.我国企业清算中的法律问题.当代法学，2002（4）.

第五章 民事权利

第一百零九条

自然人的人身自由、人格尊严受法律保护。

本条主旨

本条对一般人格权作出了规定。

相关条文

《民法总则》第109条规定：“自然人的人身自由、人格尊严受法律保护。”

《民法通则》第101条规定：“公民、法人享有名誉权，公民的人格尊严受法律保护，禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。”

《宪法》第37条第1款规定：“中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。”

《宪法》第38条规定：“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵

犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。”

理解与适用

本条在法律上确认了一般人格权。所谓一般人格权（das allgemeine Persönlichkeitsrecht），是相对于具体人格权而言的，它是指由自然人享有的、以人格尊严、人格平等、人身自由为内容的，具有高度概括性和权利集合性特点的权利

（Auffangtatbestandsrecht）。^[1]在德国，最早提出一般人格权概念的是基尔克，后该概念为德国判例、学说所普遍接受。^[2]一般人格权形成了对人格权进行保护的兜底条款，这既保持了人格权体系的开放性，为对新型人格利益的保护预留了空间，也为法官提供了裁判依据。从本条规定来看，一般人格权仅适用于自然人，而不适用于法人。此外，该条还宣示了人格权保护的基本价值，即判断某些侵权行为所侵害的权益能否作为人格利益受到保护（如挖掘祖坟、砸毁墓碑、人格歧视等），就要看它是否体现了本条所规定的人身自由、人格尊严价值。

依据本条，一般人格权具有如下特点。

1.主体是自然人

一般人格权的主体仅限于自然人，法人、非法人组织不能成为一般人格权的主体。这主要是因为人身自由与人格尊严，都是针对自然人而言，其所保护的也是自然人的人格利益，法人、非法人组织因不享有人身自由与人格尊严，故不能成为一般人格权的主体。

2.一般人格权包括人身自由与人格尊严两方面的内容

（1）人身自由。

人身自由有广义和狭义之分。从广义上理解，人身自由不仅包括人身自由权，还包括精神的自由、个人依法享有的自主决定的权利。从这一意义上说，人身自由又属于一般人格权的范畴。《民法典》第

990条显然是从一般人格权的角度理解人身自由概念的。至于狭义的人身自由，仅指行动自由。我国《民法典》第1011条规定：以非法拘禁等方式剥夺、限制他人的行动自由，或者非法搜查他人身体的，受害人有权依法请求行为人承担民事责任。由此可见，狭义的行动自由在我国《民法典》中被纳入了身体权中加以保护。

作为一般人格权的人身自由包括如下几个方面的内容。

一是身体活动的自由。《民法典》第1011条规定所说的“行动自由”是指身体活动自由，主要是肢体行为等物理活动上的自由。这就是说个人可以自由支配其身体组成部分，并且进行自由活动。身体活动自由是个人参与社会活动、享有各种权利的基本前提，也是个人应当享有的基本权利。

二是自主决定。所谓自主决定，是指权利人对自己的人格利益依法利用或者在法律规定的范围内的处置。从比较法上看，一些国家通过判例确立了自主决定权，例如，美国罗伊诉韦德堕胎案（Roe v. Wade）一案确认堕胎自由属于个人自主决定的范围。^[3]我国也有不少学者主张将自主决定权作为一项独立的具体人格权。笔者认为，自主决定不应作为一项独立的人格权，而应当成为具体人格权和一般人格权的内容。主要理由在于：一方面，自主决定是私法自治的延伸，如果将自主决定权作为一项独立的人格权，其范围将很难决定，而且有很多具体的人格权都会涉及自主决定，也就容易造成不必要的竞合。自主决定的范围比较模糊，如果将其认可为独立的人格权，则很难确定权利的边界，也容易导致此种权利与其他权利不易区分。另一方面，人格权法上的自主决定是与人格利益联系在一起，这些自主决定都是人格自由的内容，而不宜作为一项具体人格权。人格权法上的自主决定不是一般意义上的自主决定，而是指可以包含在一般人格权的人格自由之中的人格利益。自主决定可以作为人身自由的内容，从而弥补具体人格权规定的不足。

三是精神活动的自由。它是指自然人按照自己的意志和利益，在法律规定的范围内自主思维的权利，是自然人自由支配自己内在思维活动的权利^[4]，是自然人进行意思表示或其他民事活动的意志决定自由。^[5]也有学者主张采用精神自由权的概念。^[6]在我国台湾地区，有学者认为，在欺诈、胁迫等情形，受害人有权请求侵害精神活动自由的赔偿。笔者认为，不宜将精神自由规定为具体人格权，作为一种人格利益，其应当受到一般人格权的保护。

（2）人格尊严。

“尊严”一词来源于拉丁文（dignitas），意指尊贵、威严。^[7]人格尊严是指人作为法律主体应当得到的承认和尊重。人格尊严是指每个人作为“人”所应有的社会地位，以及应受到的他人和社会的最基本尊重，是人作为社会关系主体的基本前提。人在社会中生存，不仅要维持生命，而且要有尊严地生活。人格尊严是人基于自己所处的社会环境、工作环境、地位、声望、家庭关系等各种客观要素，而对自己的人格价值和社会价值的认识与尊重，是人的社会地位的组成部分。人格尊严是受到哲学、法学、社会学等学科关注的概念。^[8]在民法中，人格尊严是人格权的基石。现代人格权法的构建应当以人格尊严的保护为中心而展开。

人格尊严是人作为社会关系主体的一项基本前提，意味着人作为人所应有的最基本的社会地位并且应当受到社会和他人的最基本的尊重，是每一个人基于自己所处的社会环境、地位、声望、工作环境、家庭关系等各种客观条件，对自己和他人的人格价值和社会价值的认识与尊重。经过改革开放四十年来的发展，中国持续、稳定地解决了十几亿人的温饱问题。中国已经成为世界第二大经济体，人民的物质生活条件得到了极大的改善，总体上实现了小康，不久即将全面建成小康社会。人民在其物质生活水平提高以后，必然要求进一步尊重其人格尊严。正因如此，中国共产党十九大报告在民生部分提出了要保障公民的合法权益，并且特别强调了对人格权的保护。这实际上就是将人格权的保护作为保障人民美好幸福生活的重要内容，突出了人格权保护的重要价值。

保护人格尊严是我国《民法典》之人格权编立法的根本目的，也是贯穿于人格权编的基本理念和精神，构成了整个人格权法的价值基础。康德认为，“人格”就意味着必须遵从这样的法则，即“不论是谁在任何时候都不应把自己和他人仅仅当作工具，而应该永远视为自身就是目的”^[9]。1982年《宪法》确认了对人格尊严的严格保护。该法第38条规定：中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。人格尊严虽然是一项宪法基本权利，但必须通过人格权制度来具体化，并且只有转化为一项民事权利，才能获得民法的保护。任何人侵害他人的人格尊严，受害人将依据民法获得救济。如果说人格权独立成编是从形式体系上完成了人格权的体系化，那么人格权编的价值体系是以维护人的尊严展开的。依据《民法典》第990条第2款，人格尊严既是一般人格权的内容，也是评价某种新型人格利益是否应当受到法律保护的重要标准。这也充分彰显了我国《民法典》的人文关怀精神。

一般人格权也具有派生性，即可以从一般人格权中派生出新的具

体人格权。随着社会的发展，新的人格利益不断产生，一般人格权可以为对这些新型人格利益的保护提供法律依据。一般人格权也能够起到兜底性条款的作用，从而能够对具体列举的具体人格权所未能涵盖的部分提供概括保护，为社会变迁中出现的新型人格利益确立请求权的基础。

（本条由王利明撰写）

第一百一十条

自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利。

法人、非法人组织享有名称权、名誉权和荣誉权。

本条主旨

本条对自然人、法人和非法人组织所享有的具体人格权作出了规定。

相关条文

《民法总则》第110条规定：“自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利。”“法人、非法人组织享有名称权、名誉权、荣誉权等权利。”

《民法通则》第98条规定：“公民享有生命健康权。”

《民法通则》第99条规定：“公民享有姓名权，有权决定、使用

和依照规定改变自己的姓名，禁止他人干涉、盗用、假冒。”“法人、个体工商户、个人合伙享有名称权。企业法人、个体工商户、个人合伙有权使用、依法转让自己的名称。”

《民法通则》第100条规定：“公民享有肖像权，未经本人同意，不得以营利为目的使用公民的肖像。”

《民法通则》第101条规定：“公民、法人享有名誉权，公民的人格尊严受法律保护，禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。”

《民法通则》第102条规定：“公民、法人享有荣誉权，禁止非法剥夺公民、法人的荣誉称号。”

《民法通则》第103条规定：“公民享有婚姻自主权，禁止买卖、包办婚姻和其他干涉婚姻自由的行为。”

理解与适用

依据本条规定，自然人所享有的具体人格权包括生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利，法人、非法人组织所享有的具体人格权包括名称权、名誉权和荣誉权。

（一）自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利

本条第1款从正面对自然人所享有的各项具体人格权作出了确认，彰显了民法典之权利法的特点；同时，本条第1款对自然人之具体人格权的列举也为《民法典》之人格权编对各项具体人格权作出细化规定奠定了基础。具体而言，自然人享有如下具体人格权。

（1）生命权。所谓生命权，是指以维护个人生命安全与生命尊严为内容的一项人格权。《民法典》第1002条规定：自然人享有生命

权。自然人的生命安全和生命尊严受法律保护。任何组织或者个人不得侵害他人的生命权。依据该条规定，生命权包含如下两方面的内容：一是维护生命安全。虽然个人享有维护生命安全的权利，但该权利的行使前提是存在不法侵害行为，即在行为人实施不法侵害行为，危及个人的生命安全时，个人有权通过正当防卫等方式，维护自身的生命安全。二是维护生命尊严。在生命权中增加生命尊严的内容，丰富了生命权的内容，即生命权不仅包含个人享有生命安全的权利，也包含以享有维护自己生命尊严的权利。

（2）身体权。所谓身体权，是指个人所享有的维护自身身体完整以及维持个人行动自由的权利。关于身体权，《民法典》第1003条规定：自然人享有身体权。自然人的身体完整和行动自由受法律保护。任何组织或者个人不得侵害他人的身体权。身体权作为一种物质性人格权，以个人的身体为客体，其权利主体限于自然人。法人和非法人组织作为组织体，虽然也具有一定的组织机构，但并不享有身体权。身体权的固有性是指自然人自出生之时即享有身体权，而不需要权利人积极实施一定的行为才能取得身体权。同时，身体权也具有人身专属性，在权利人之主体资格存续的期间内，身体权始终受到法律保护。身体权不可抛弃，也无法转让和继承。

（3）健康权。健康权是指维护个人身体机能的正常运转以及心理的良好状态的权利。健康权是个人所享有的一项重要的人格权。健康权与身体权存在一定的关联性，如强制抽取他人的血液，并因此使他人感染相关疾病的，既构成对他人身体权的侵害，也构成对他人健康权的侵害。但健康权不同于身体权，对健康权的侵害客观上需要影响他人生理或者心理的良好状态，而对身体权的侵害并不需要此种损害后果。例如，行为人非法拘禁他人，构成对他人身体权的侵害，但并不构成对他人健康权的侵害。

（4）姓名权。姓名权是自然人依法决定、使用、变更或者许可他人使用自己的姓名，并要求他人尊重自己姓名的权利。姓名是辨别个人之外在特征的一种语言符号，其主要功能在于将姓名权人与其他人区分开来。但姓名并不仅仅起到身份确定的功能。由于与特定的主体相关联，姓名还可以作为个人个性的一种表达和标志，因而包含一定的精神利益，因此，姓名权是一项重要的人格权，而且是个人所享有的一项重要的人格权。姓名权作为一种人格权，其主体限于自然人，其主要功能在于标志个人的身份。法人和法人组织作为组织体，通过名称标志其身份，无法享有姓名权。

（5）肖像权。所谓肖像权，是指自然人以其肖像所体现的精神利益以及财产利益为内容的权利。肖像权是一种重要的人格

权，即他人可以直接通过肖像识别个人的身份。肖像权中同时包含精神利益与财产利益，行为人故意毁损、污化他人肖像的，可能造成权利人精神痛苦，权利人有权依法请求行为人承担精神损害赔偿责任。行为人未经许可擅自使用他人肖像的，权利人有权请求行为人赔偿财产损失。肖像权以个人的肖像为客体，而肖像是个人外部形象的一种再现，因此，肖像权的主体限于自然人。法人和非法人组织在客观上无法享有肖像权。肖像权作为自然人专有的一种人格权，也具有人身专属性，仅能由权利人个人享有，无法转让和抛弃，也无法继承。

（6）名誉权。所谓名誉权，是指民事主体对其名誉所享有的不受他人侵害的权利。我国民事立法历来重视对名誉权的保护，《民法通则》第101条专门规定了对公民、法人名誉权的保护规则。该条规定：公民、法人享有名誉权，公民的人格尊严受法律保护，禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。《侵权责任法》第2条在規定侵权责任法保护的权益范围时，也专门规定了名誉权。名誉权的客体为名誉。依据《民法典》第1024条第2款的规定，名誉是对民事主体的品德、声望、才能、信用等的社会评价。从该款规定可以看出，名誉是对民事主体的一种客观社会评价，而且是一种良好的社会评价。这也意味着，如果行为人的行为没有导致他人的社会评价降低，则不构成对他人名誉权的侵害。例如，虽然行为人侮辱了他人，但如果该行为并没有被第三人知晓，则只是侵害了他人的名誉感，而不构成对他人名誉权的侵害。

（7）荣誉权。所谓荣誉权，是指民事主体对于自己已经获得或者可能获得的荣誉称号等依法享有的不受他人非法侵害的权利。关于荣誉权在性质上属于人格权还是身份权，存在一定的争议，但从立法层面看，我国民事立法历来将荣誉权规定为一项独立的人格权。荣誉权虽然也是对民事主体的一种良好的社会评价，与名誉权具有相似性，但与名誉权在评价内容、评价主体、受侵害的方式以及救济方式等方面均存在一定的差别，无法被名誉权包含，因此，《民法典》将其规定为一种独立的人格权。

（8）隐私权。所谓隐私权，是指个人免于外界公开和干扰的私人私密与私生活安宁的状态。现代意义上的隐私权概念起源于美国。我国《民法通则》在規定具体人格权的类型时，并没有规定隐私权。在我国司法实践中，主要通过名誉权规则保护隐私利益。《民法典》之人格权编对隐私权作出规定，从民事基本法的层面规定了隐私权的保护规则。这对于强化隐私权保护具有重要意义。隐私权仅能由自然人享有，法人和非法人组织并不享有隐私权。虽然法人也对其商业秘密享有权利，但商业秘密是财产权的客体，而非人格权的客体，主要

通过反不正当竞争法等法律规则受到保护，而不是通过隐私权规则受到保护。隐私权具有人身专属性，仅能由权利人本人享有，权利人无法转让其隐私权；权利人死亡后，其隐私权也消灭，不得成为继承的对象。隐私权的内容包括私人生活安宁、私密空间、私密活动以及私密信息。具体而言：1）私人生活安宁，即个人所享有的私人生活安定和宁静的一种状态。私人生活安宁包括个人的日常生活安宁、通讯安宁等内容。2）私密空间。传统意义上的私密空间主要是指个人的住宅，但在现代社会，作为隐私权客体的私密空间还包括网络空间内的个人私密空间，如个人的邮箱、采取安全措施的朋友圈等空间。3）私密活动。个人的私密活动如个人的日常活动、行为轨迹等，也属于隐私权的保护对象。4）私密信息。个人的私密信息是指个人不愿意公开的私密信息，其也属于隐私权的保护对象。需要指出的是，虽然个人对外公开了其私人信息，但如果其仅在特定范围内公开其私人信息，他人违背个人意愿擅自扩大公开范围的，也构成对他人的隐私权的侵害。例如，权利人将自己的名片给他人，如果接受名片的一方擅自将权利人名片中的信息上传至网络，则仍应当构成对权利人之隐私权的侵害。

（9）婚姻自主权。所谓婚姻自主权，是指个人有权自愿决定本人的婚姻，不受他人的非法干涉和强迫。关于婚姻自主权的性质，有观点认为其属于身份权，但本条将其规定为一项具体人格权。笔者认为，《民法典》的立场值得赞同，因为婚姻自主权虽然与个人的婚姻关系具有一定的关联，具有一定的身份属性，但其目的在于保护个人决定其婚姻关系的自由，并不以权利人具有一定的婚姻关系为前提，故其应当是一种精神性人格权。

此外，从本条规定来看，除上述具体人格权外，本条第1款在规定自然人所享有的具体人格权类型时，还使用了“等权利”这一兜底表述，保持了具体人格权类型的开放性。这也意味着，随着人格权保护观念的发展和人格权保护司法实践的发展，将来立法可以根据现实需要承认新的具体人格权类型。

（二）法人、非法人组织享有名称权、名誉权和荣誉权

依据本条第2款规定，法人、非法人组织享有名称权、名誉权和荣誉权。与《民法总则》第110条相比，本条在规定法人、非法人组织的人格权类型时，并没有使用“等权利”这一兜底表述。这表明，法人、非法人组织所享有的具体人格权类型具有封闭性，即其仅享有名

称权、名誉权和荣誉权这三项具体人格权，而不享有其他具体人格权。具体而言，法人、非法人组织所享有的具体人格权包括：

（1）名称权。所谓名称权，是指法人、非法人组织对其用以确定和代表自身并区别于他人的符号和标记所享有的权利。名称是法人、非法人组织标明自己的主体身份并区别于其他组织的一种标志。名称权也是一种标表型人格权。名称权的主体为法人和非法人组织，并应当通过法定程序取得，需要经过有关机关的核准和审批才能取得名称权。除名称权的取得外，名称的变更、转让等，也需要依据法律规定办理登记手续。对此，《民法典》第1016条第1款规定：“自然人决定、变更姓名，或者法人、非法人组织决定、变更、转让名称的，应当依法向有关机关办理登记手续，但是法律另有规定的除外。”名称权包括名称使用权、名称变更权、名称转让权和许可他人使用自己名称的权利。

（2）名誉权。如前所述，名誉权是指民事主体对其名誉所享有的不受他人侵害的权利。法人、非法人组织的名誉权，就是法人、非法人组织对其声誉、信用等良好社会评价所享有的权利。行为人侵害法人、非法人组织的名誉，造成其社会评价降低的，将构成对其名誉权的侵害。

（3）荣誉权。如前所述，荣誉权是指民事主体对自己已经获得或者可能获得的荣誉称号等依法享有的不受他人非法侵害的权利。法人、非法人组织的荣誉权是法人、非法人组织对其已经获得和可能获得的荣誉称号所享有的权利，行为人侵害法人、非法人组织已经获得的荣誉称号，或者实施非法行为，导致法人、非法人组织无法获得其本可获得的荣誉称号的，构成对其荣誉权的侵害。

（本条由王叶刚撰写）

第一百一十一条

自然人的个人信息受法律保护。任何组织或者个人需要获取他人个人信息的，应当依法取得并确保信息安全，不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息，不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息。

本条主旨

本条对自然人的个人信息保护作出了规定。

相关条文

《民法总则》第111条规定：“自然人的个人信息受法律保护。任何组织和个人需要获取他人个人信息的，应当依法取得并确保信息安全，不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息，不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息。”

理解与适用

法律之所以对个人信息予以保护，一方面是为了彰显个人的人格尊严，实现个人在社会中的人格形象；另一方面，是因为这些信息涉及个人的人格利益，涉及名誉、肖像、隐私等。^[10]

（一）自然人的个人信息受法律保护

所谓个人信息，是指与特定个人相关联的、反映个体特征的、具有可识别性的符号系统，包括个人身份、工作、家庭、财产、健康等各方面的信息。个人信息具有如下特征：一是个人性。个人信息的主体仅限于自然人，而不包括法人、非法人组织。二是人格利益性，即个人信息和人格利益密切相关，体现了个人人格尊重。个人信息是个人参与社会交往的载体，是个人进行人格表现和人格发展的工具。个人在参与社会交往过程中必然会产生许多个人信息，信息主体对个人信息流转范围和流转方式的掌握，和个人人格的发展密切联系，这也是在现实社会中保护个人信息相关权益的价值基础。三是可识别性。所谓可识别性，是指通过个人信息能够直接或者间接识别本人的身份和行动轨迹的特性。^[11]个人信息都要指向特定的对象，都要与特定

的自然人相联系。个人信息具有辨别或确定特定人的特性和功能，如果相关信息并非指向特定的自然人，则不属于个人信息。当然，有些个人信息是可以直接识别特定人的，如姓名、身份证号、肖像等；而有些信息虽然不具有直接识别特定人的功能，但是可以通过和其他个人信息结合而达到辨别和确定特定人的目的。这部分个人信息被称为间接个人信息。

《民法典》第1034条第2款规定：个人信息是以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息，包括自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息、住址、电话号码、电子邮箱地址、行踪信息等。根据个人信息与个人私人生活、人身和财产安全的关联性，可以将个人信息区分为敏感个人信息和非敏感个人信息。所谓个人敏感信息，是指信息的内容和个人的私人生活秘密密切相关，一旦被泄露、非法提供或滥用，可能危害人身和财产安全的信息。非敏感个人信息是指与个人私人生活关系并不是十分紧密，一旦遭到泄露或修改，一般只是会对标志的个人信息主体造成不良影响的个人信息。在我国理论上和实务中都普遍采纳敏感个人信息和非敏感个人信息的分类，两者的区别主要在于：一是与个人的人身、财产安全的关联性不同。对敏感信息主要考虑对信息主体的人身、财产安全有无危险，而非敏感个人信息与个人私人生活的关系以及人身、财产安全的联系并不十分密切。二是对敏感信息法律必须提供比对一般信息更为全面的保护。

应当指出的是，本条只是规定了个人信息应当受到法律保护，而没有使用“个人信息权”这一表述。这表明《民法典》并没有将个人信息作为一项具体人格权利，但本条为自然人的个人信息保护提供了法律依据。

（二）个人信息保护的内容

1. 依法取得，不得非法收集

依据本条规定，应当依法取得自然人的个人信息，不得非法收集。这包括两方面的内容：一是收集信息的主体必须合法。通常个人信息的收集机构主要有法律授权的主体（如国家机关）以及获得信息主体同意的信息收集机构，其收集他人信息必须目的合法、程序合法、依据合法。二是收集个人信息的手段必须合法。个人信息的收集必须遵循合法、自愿和必要原则。个人信息的收集必须基于与收集者本身的职能有关的合法目的^[12]，不能收集与有关机关行使职权无关

的个人信息；个人信息的收集应尊重信息主体的意愿，一般情况下以信息主体的自愿为前提，知情同意是个人信息作为信息自主决定权的具体体现。商业机构收集的个人信息也仅限于其同意的范围，未经同意或者在同意之外的，尤其是涉及个人私生活的个人信息，不得随意收集。收集他人的个人信息，还应当遵循必要的原则，即收集信息的数量和详细程度，以必要为原则，足以达到合法目的即可，不得收集不必要的信息。

2. 确保信息安全

《民法典》第1038条第2款规定：信息处理者应当采取技术措施和其他必要措施，确保其收集、存储的个人信息安全，防止信息泄露、篡改、丢失；发生或者可能发生个人信息泄露、篡改、丢失的，应当及时采取补救措施，按照规定告知自然人并向有关主管部门报告。这就确认了信息收集者、控制者应当采取技术措施和其他必要措施，确保其收集、存储的个人信息安全，防止信息泄露、篡改、丢失。

具体而言，这包括以下两方面的内容：一是指信息控制者应该采取安全措施保护个人信息不被泄露或者非法窃取、传播等；二是对于个人信息应当采取安全保护措施，发生或者可能发生信息泄露、篡改、丢失的、应当及时采取补救措施。^[13]个人信息的安全包括了储存安全、传递安全、使用安全等内容。储存安全是指信息的控制者要确保该信息以安全的方式储存；传递安全是指信息在传输过程中不至于发生不当的丢失、被截取、被修改或者被公开；使用安全是指信息在使用的过程中不得被非法或不当使用或被处理。^[14]为了达到此种信息安全，个人信息的控制者应当采取相应的安全保障措施，建立一套个人信息保护制度，明确责任人和内部管理流程，以及采取有效措施防范个人信息泄露的风险，发生泄露时应采取措施及时应对。在达到目的后，应该将相关个人信息及时删除，以防止不必要的危险。^[15]

3. 不得非法利用

依据本条规定的“不得非法使用、加工、传输他人个人信息”和“不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息”，对个人信息利用的形式包括使用、加工、传输、买卖、提供和公开等，个人信息控制者必须在法律规定的范围内和信息主体同意的范围内利用所收集的信息。

此处所说的非法买卖、提供，包括违反法律法规的规定和当事人的约定向他人提供信息，或者在未征得信息主体同意的情况下，向他人告知信息主体的个人信息。非法提供主要包括非法交换、共享等行为：一是买卖个人信息。所谓买卖，是指以有偿为目的，将所收集的个人信息转让给他人的行为。在买卖个人信息时，只要没有信息主体的同意，都是非法的。非法买卖个人私人信息将导致私人信息被非法公开，构成对权利人之隐私权的侵害；同时会导致个人信息的流转与利用违背个人的意愿，也构成对权利人个人信息的侵害，将可能构成刑事犯罪。二是向他人非法提供个人信息，包括未经同意与他人共享或交换个人信息。这里所说的共享，主要强调其非营利性，即信息收集者和控制者不以营利为目的，通过传输和复制等方式，将个人信息交由他人掌握。所谓交换，即以获得他人所掌握个人信息为目的，以传输或复制等方式，让个人信息交由他人掌握的行为。交换中通常包括两个主体之间所掌握个人信息的流转。擅自向他人提供个人信息构成对信息权利人的侵害，行为人应当承担法律责任。

（本条由王利明撰写）

第一百一十二条

自然人因婚姻家庭关系等产生的人身权利受法律保护。

本条主旨

本条对自然人所享有的身份权作出了规定。

相关条文

《民法总则》第112条规定：“自然人因婚姻、家庭关系等产生的人身权利受法律保护。”

《婚姻法》第14条规定：“夫妻双方都有各用自己姓名的权利。”

《婚姻法》第15条规定：“夫妻双方都有参加生产、工作、学习和社会活动的自由，一方不得对他方加以限制或干涉。”

理解与适用

所谓身份权，是指为法律所保护的基于民事主体某种行为、关系所产生的与其身份有关的人身权利。^[16]身份权是由一定的身份关系所产生的权利，权利人必须具有某种身份地位才能取得相应的身份权，例如，基于一定的血亲的身份而取得亲权等。依据本条规定，自然人的身份权是基于婚姻家庭关系等而产生的，这也反映了身份权以一定的身份关系为基础的特点，这也是其不同于人格利益的特点。尽管身份权和人格权都属于人身权的范畴，但二者是两类不同的权利，主要区别如下：一方面，从客体来看，人格权以人格利益为客体，人格利益包括维护自然人生理活动能力的安全利益、个人对其人格标志（如姓名、肖像等）所享有的权利、主体所获得的社会评价和自尊的安全利益等，而身份权的客体是基于一定的身份所取得的利益，简称为身份利益。当然，身份权所支配的不是特定的人及其身份，而是基于身份关系所体现的利益。另一方面，权利的取得不同。人格权因主体的出生或成立而取得，并不需要主体实施一定的行为。而身份权取得的原因各不相同，行为人取得某些身份权不仅要有一定的民事行为能力，而且还要实施一定的行为，如因结婚取得配偶权，因收养而形成父母子女关系等。虽然《民法典》第112条明确了自然人可以享有身份权，但是，至于具体享有哪些身份权，仍然需要借助于学说和司法实务来予以明确。一般认为，基于婚姻关系可以产生配偶权，基于家庭关系可以产生亲权。

依据本条规定，自然人的身份权以其婚姻家庭关系为基础，以一定的身份关系存续为前提，一旦这种身份关系消灭，则相关的身份利益也将不复存在。因自然人间之身份关系所产生的身份利益主要包括因婚姻关系而产生的身份利益和因家庭关系而产生的身份利益，故自然人之身份权主要包括夫妻之间、父母子女之间、有扶养关系的祖父母与孙子女或外祖父母与外孙子女之间依法相互享有的身份权，以及

因监护关系产生的监护权等。

（本条由王利明撰写）

第一百一十三条

民事主体的财产权利受法律平等保护。

本条主旨

本条对财产权利的平等保护作出了规定。

相关条文

《民法总则》第113条规定：“民事主体的财产权利受法律平等保护。”

《物权法》第4条规定：“国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。”

《民法通则》第75条规定：“公民的个人财产，包括公民的合法收入、房屋、储蓄、生活用品、文物、图书资料、林木、牲畜和法律允许公民所有的生产资料以及其他合法财产。”“公民的合法财产受法律保护，禁止任何组织或者个人侵占、哄抢、破坏或者非法查封、扣押、冻结、没收。”

《宪法》第13条第1款规定：“公民的合法的私有财产不受侵犯。”

理解与适用

平等保护是社会主义基本经济制度的固有内容，我国立法历来重视对民事主体之财产权利的平等保护。《宪法》第6条第2款规定：国家在社会主义初级阶段，坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度，坚持按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度。《民法通则》第3条强调，当事人在民事活动中的地位平等。

《物权法》第3条规定：国家在社会主义初级阶段，坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度。国家巩固和发展公有制经济，鼓励、支持和引导非公有制经济的发展。国家实行社会主义市场经济，保障一切市场主体的平等法律地位和发展权利。第4条规定：国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。

按照《宪法》第6条的规定，我国目前处于社会主义初级阶段，在所有制形态上实行以公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度。因此，“以公有制为主体，多种所有制并存”构成我国的基本经济制度。对财产权利的平等保护正是对这种基本经济制度的充分反映和具体体现。平等保护也是建立和完善社会主义市场经济体制的必然要求，为市场经济提供基本的产权制度框架，保障市场主体平等发展。平等保护也是依法治国的需要，体现了对民生的最大关注，促进社会财富的增长。

民事主体的财产权利受法律平等保护具体包括以下几个方面的内容。

（1）法律地位的平等。法律地位平等就是指所有的市场主体在民法中都具有平等的地位。这是我国宪法所确认的法律面前人人平等原则的具体体现。法律面前人人平等也包括了财产权的平等。尽管每个财产权的主体在享有财产权的范围上可能是不同的（例如，土地只能属于公有，即国家所有和集体所有，私人不得享有），但他们所享有的财产权利是平等的。这种平等性是社会主义市场经济的内在要求所决定的。

（2）适用规则的平等性。除法律有特别规定的情况外，任何财产权主体在取得、设定和移转物权时，都应当遵循共同的规则。以物权为例，所有权的取得都要合法，具有法律依据；除法律另有规定之外，物权的设定和移转必须采取法定的方式。各类财产权人在行使财产权时，也应当平等遵循财产权行使的规则，例如，要遵守合法原

则，不得损害他人。即使国有财产进入交易领域，也必须要和其他财产一样遵守相同的规则。

（3）保护的平等性。保护的平等性包括两个方面：第一，在就财产权归属发生争议以后，针对各个主体都应当适用平等的规则解决其纠纷。即使是国家与其他主体在权利归属上发生纠纷，当事人也都有权请求法院明晰产权、确认归属。也就是说，双方平等地享有确权请求权，在这方面任何一方都不应具有优越于他方的权利。在国有资产与其他财产发生争议时，国有资产监督管理机构也不宜作为争议解决机构。第二，在财产权受到侵害之后，各个财产权主体都应当受到平等保护。也就是说，对公有财产要予以保护，对私人的合法财产同样要予以保护。尤其是对于公民个人的财产，不仅仅要予以保护，而且要置于与国家财产同样的地位予以保护。

（本条由王利明撰写）

第一百一十四条

民事主体依法享有物权。

物权是权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利，包括所有权、用益物权和担保物权。

本条主旨

本条对物权的概念和类型作出了规定。

相关条文

《民法总则》第114条规定：“民事主体依法享有物权。”“物权是权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利，包括所有权、用益物权和担保物权。”

《物权法》第2条第3款规定：“本法所称物权，是指权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利，包括所有权、用益物权和担保物权。”

《物权法》第8条规定：“其他相关法律对物权另有特别规定的，依照其规定。”

理解与适用

本条规定主要包括如下几层含义。

（一）民事主体依法享有物权

“物权”一词最早起源于罗马法。罗马法曾确认了所有权（dominium）、役权（servitutes）、永佃权（emphyteusis）、地上权（superficies）、抵押权（hypotheca）、质权（pignus）等物权形式，并创设了与对人之诉（actio in personam）相对应的对物之诉（actio in rem），以对上述权利进行保护。罗马法学家也曾经使用过 iura in re（对物的权利）以及 jus ad res（对物之权）^[17]，但物权（iura in re）与他物权（iura in re aliena）等概念在罗马法中并未出现。^[18]罗马法中对物之诉与对人之诉的区分主要是从程式诉讼的便利考虑的，目的并不在于区分物权和债权。^[19]

《民法典》第114条规定：民事主体依法享有物权。物权是权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利，包括所有权、用益物权和担保物权。这就在法律上明确了物权的概念。依据这一规定，物权是指权利人对特定物所享有的直接支配和排他的权利，该规定对于界定物权的内容和效力、区别物权和债权具有重要意义。

本条第1款确认民事主体依法享有物权。该规则是对《宪法》关于公民权利保障规则的具体化，对于全面推进依法治国具有重要意义。我国《宪法》将“依法治国，建立社会主义法治国家”确立为一项

基本的治国方略，而衡量一个国家是否属于法治国家，首先就要看它是否有一套完善的法律制度，以充分保护公民的人身权利和财产权利。

《民法典》确认和保护物权，奠定了我国市场经济发展的基础。

《民法典》就对物权的保护作出规定，为市场交易创造了条件，对我国市场经济制度的发展具有基础性的意义。

古人说，有恒产则有恒心。如果缺乏完备的物权保护制度，就很难形成一套对财产予以确认和保护完整规则，那么人们对财产利益的享有就不能形成合理期待，就不会形成所谓的“恒产”，也很难使人们产生投资的信心、置产的愿望和创业的动力。自改革开放以来，我国广大人民群众财产普遍地得到了增长，这就迫切需要物权法对其予以确认和保护。《物权法》第一次以民事基本法的形式对各类物权类型予以确认，并规定了物权的保护制度和方式，从而完善了我国财产法律制度。《民法典》对物权的保护作出规定，有利于进一步强化对民事主体之物权的保护。

（二）物权是权利人依法对特定的物享有的直接支配和排他的权利

依据本条第2款的规定，物权是权利人依法对特定的物享有的直接支配和排他的权利。与其他财产权利不同，物权主要具有如下法律特征。

（1）物权的主体是特定的权利人。在物权关系中，权利人是特定的，而义务人是不特定的第三人。该条将物权的权利主体表述为权利人，权利人包括了自然人和法人、非法人组织，但又限于这三类主体，因为作为国家所有权主体的国家也是物权的主体，采用权利人这一具有高度概括性的概念，可以将各类民事主体概括进来，如国家所有权人、集体所有权人、私人所有权人等，并可以包括各种新型物权的权利主体。在具体的物权法律关系中，权利人都是指特定的权利人，例如，所有权人、宅基地使用权人、土地承包权人、建设用地使用权人、抵押权人、留置权人等。这些物权主体都可以通过“权利人”这一概念加以概括。

（2）物权的客体主要是有体物。物权的客体具有独立性、特定性，如某辆汽车、某栋房屋。^[20]除法律有特别规定之外，集合物不能作为物权的客体。物权的客体主要是有体物^[21]，包括动产和不动

产。与知识产权等财产权不同，物权一般不以无形财产、智力成果为客体，而主要以有体物作为其客体。依据《民法典》第115条的规定，物主要是动产和不动产。当然，在例外的情形，对于可以为人力所支配的无形的自然能量（如电力、光波、有线电视信号等），也可以准用物权的保护。法律规定权利作为物权客体的，依照其规定。这就是说，在法律有特别规定的情况下，无体财产也可以作为物权的客体。

（3）物权本质上是一种对物的直接支配权，体现了权利人对物的直接支配。所谓直接支配，强调主体对物的一种控制，这种控制状态既包括事实上的控制，也包括法律上的控制。当然，主体依据物权对物的支配，既包括对特定的动产和不动产的使用价值的支配，也包括对物的交换价值的支配。^[22]例如，维护用益物权人对土地和房产的支配，也就保护了用益物权人对不动产使用价值的支配；保护担保物权人对实物的支配，实际上也就保护了担保物权人对物的交换价值的支配。物权的支配性决定了物权所具有的优先性、追及性等特点。

（4）物权是排他的权利。物权的排他性主要包括以下几个方面的含义：一是所有权的排他性，是指同一物之上不得存在两个所有权，即一物不容二主。如果某人对某物依法取得所有权，另一人即使事实上占有该物，也不能享有法律上的所有权。任何人都负有不得妨害权利人对物的独占的支配权的义务。二是他物权的排他性，即同一物之上不得成立两个在内容上相互矛盾的他物权。物权的排他性不仅强调在同一物上不能设定两个所有权，还要求在同一物上不得设定相冲突的物权，这就确定了设定物权的规则。例如，在某物之上设定建设用地使用权之后，不能再为他人设定建设用地使用权。三是物权的对世效力。这就是说，任何人都负有不得侵害物权的义务。物权的效力可以对抗权利人之外一切不特定的人。^[23]任何人都负有不得妨碍权利人行使权利的义务，无论何人，非法取得所有人的财产的，都有义务返还，否则便侵犯了权利人的权利。四是物权的不可侵害性。物权具有不可侵害性，物权人行使权利，有权排除他人的侵害和妨害。在物受到他人侵夺时，权利人还可以对行为人主张物权请求权。

（5）物权的排他性是有限度的，而不是绝对的、无限的。一方面，任何物权都不是绝对地不受限制，物权的排他性要受到法律的限制，例如，政府依法征用某个人的财产时，物权人不得以排他效力对抗。另一方面，某一物权只是在该物权效力所及的范围内具有排他性，例如，在建筑物区分所有制中，业主就其专有空间之外的部分不得主张排他效力、禁止他人利用。

（三）物权包括所有权、用益物权和担保物权

所有权是指所有人依法享有的对其财产进行占有、使用、收益和处分的权利，它是指所有人在法律规定的范围内独占性地支配其财产的权利。^[24]所有权制度是物权制度的核心内容。从形态上说，所有权又可分为国家所有权、集体所有权以及私人所有权。

用益物权是指非所有人对他人之物所享有的占有、使用、收益的排他性权利。《民法典》第323条规定：用益物权人对他人所有的不动产或者动产，依法享有占有、使用和收益的权利。《民法典》确定了五种典型的用益物权，包括土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权、地役权以及居住权。在建设用地使用权中，《民法典》又规定了空间权。同时，《民法典》也规定了海域使用权、探矿权、采矿权、取水权和使用水域、滩涂从事养殖、捕捞的权利，这些权利又被称为准用益物权。

担保物权是指为了担保债权的实现，由债务人或第三人提供特定的物或者权利作为标的物而设定的限定物权。担保物权是为了确保债务的履行而对他人提供担保的物或权利的价值所享有的权利。《民法典》第386条规定：担保物权人在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，依法享有就担保财产优先受偿的权利，但是法律另有规定的除外。《民法典》之物权编所规定的担保物权包括抵押权、质权、留置权。担保物权与用益物权主要具有如下区别：一方面，用益物权是以对标的物使用、收益为目的的权利。用益物权人支配的是标的物的使用价值，权利人设立该权利的目的是获取使用价值，因而用益物权又可称为“使用价值权”。而担保物权侧重于对标的物交换价值的支配，它不以对物的实体进行利用为目的，而是通过支配物的交换价值来保障其所担保的债权获得圆满实现。另一方面，用益物权除地役权以外，都是主权利，而担保物权主要是为担保主债权的实现而设定的，因此是从权利。此外，二者的存在期限是否具有确定性不同。为了保障权利人对物进行持续的利用，用益物权的期限具有确定性，而且期限通常较长，而担保物权以担保债权的实现为目的，债权一旦获得清偿，担保物权即消灭。在债务人不履行债务或者发生当事人约定的情形时，债权人也有权行使其担保物权。因此，担保物权期限的确定性较弱，其与债权的实现程度有直接关联。

（本条由王利明撰写）

第一百一十五条

物包括不动产和动产。法律规定权利作为物权客体的，依照其规定。

本条主旨

本条对物权的客体作出了规定。

相关条文

《民法总则》第115条规定：“物包括不动产和动产。法律规定权利作为物权客体的，依照其规定。”

《物权法》第2条第2款规定：“本法所称物，包括不动产和动产。法律规定权利作为物权客体的，依照其规定。”

《担保法》第92条规定：“本法所称不动产是指土地以及房屋、林木等地上定着物。”“本法所称动产是指不动产以外的物。”

理解与适用

本条规定主要包括三层含义。

（一）物权的客体主要是有体物

从罗马法开始直到近代，物权的客体主要是土地。由于土地在农业社会的重要性以及其具有显而易见性（visibility）、固定性（fixity）、安全性（security），它一直成为物权的重要客体。但罗马法也承认了无体物的概念。^[25]在罗马法中有体物（res corporales）是指“实体存在于自然界之物质，而为人之五官所可觉及者也（quae tangi, possunt），如土地、房屋等”。无体物（res incorporales）是指“法律上拟制之关系（quae consistunt in jure），而为人之五官所不可觉及者也，如用益权、地役权”^[26]。大陆法系国家关于是否承认无体物为权利客体的问题，存在两种不同观点：一是以法国法为代表的国家将物分为有体物和无体物，认为有体物与无体物均可以作为权利客体，如《法国民法典》第526条规定，不动产的用益权、地役权或土地使用权和旨在请求返还不动产的诉权按其所附着的客体均为不动产。二是以德国法为代表的法律仅承认权利客体为有体物而排斥了无体物的概念，如《德国民法典》第90条规定：本法所称的物，仅指有体物。这两种观点各有利弊：德国民法对作为物权之客体的物的范围规定得过于狭小，使许多权利上的物权不能被纳入物权的范畴。而法国民法将许多权利都作为物对待，未严格区分权利与权利客体，因此也不完全妥当。^[27]

从我国《民法典》之物权编的规定来看，其主要调整基于有体物形成的财产关系，而基于无形财产形成的财产关系主要是通过特别法调整的。例如，对知识产权是通过知识产权法调整的，对股票、证券代表的权利是通过公司法、证券法等法律调整的。

依据本条规定，作为物权之客体的物主要具有如下特点。

（1）作为物权之客体的物，必须存在于人身之外，因为人本身不能作为客体，而附属于人体的各个器官和组织等，在与人体发生分离之前，本身不能成为物权的客体。

（2）作为物权之客体的物应当能够为人力所支配和控制，能够满足人们的某种需要。如果无法为人力所支配或者控制，就无法有效确定权利之归属和范围，自然也无法成为物权的客体。^[28]例如，空气、云彩、天体等，无法为人所控制和支配，谈论其归属和利用关系是没有意义的，因而它们都不能成为物权的客体。作为物权之客体的物，应当具有价值（包括使用价值和交换价值），能满足人类一定的生产、生活需要。如果物本身没有价值，对其进行占有和利用便无法形成一定的财产关系，那么对无价值的物赋予财产权利，就毫无意义。

（3）作为物权的客体的物主要是有体物。传统的物权法主要规

范的是因有体物上权利的设定、移转等而发生的法律关系，这是由物权主要是对有体物的支配权利所决定的。有体物是相对于无体物而言的。有体物是指具有一定的物质形体，能够为人们所感觉到的物，换句话说，是指有形的、可触觉并可支配的物。^[29]关于无体物的概念，在法律上有不同的观点。^[30]笔者认为，无体物主要是指除有体物以外的其他权利和利益，如对股票、债券、智力成果等的权利。^[31]它们只是在例外情形下才能成为物权的客体。

在物权法中，物权的客体仅限于有体物，尤其是就所有权而言，其客体原则上应限于有体物。在一般情况下，物权以有体物为支配对象，整个物权法的规则都是建立在对有体物支配的基础上的。例如，物权请求权主要就是为了使物权人恢复对有体物的占有和支配，排除他人对有体物的妨害，恢复有体物的原状，而这些方法是很难运用到对无体物之保护的。如果物权法主要调整无体物上权利的设立、移转关系，则整个物权法的概念、体系和基本规则都要发生根本性的改变。例如，所有权概念完全是建立在有体物概念之上的，在法律上不可能存在以无体物为客体的所有权，否则，将会出现债权的所有权、知识产权的所有权甚至所有权的所有权，由此，所有权的概念将会变得混乱不堪。再如，一物一权、物权的公示和公信、善意取得等原则与制度都是建立在有体物之基础上的，如果物权法主要调整无体物上权利的设立、移转关系，那么这些规则就都要改变。因此，物权的客体主要是有体物，即动产和不动产。

（二）物包括动产和不动产

物权的客体是特定的物，所谓特定的物主要指的是动产、不动产。动产与不动产的区分，最早起源于罗马法。大陆法系国家都采纳了这种区分。如《法国民法典》第516条规定：一切财产，无论是有体物还是权利，都可以分为动产和不动产。法国民法按照财产的性质、用途以及是否附着于不动产等多种标准对动产和不动产作出了区分。而德国和其他国家的民法没有像法国民法那样对动产和不动产作出细致的区分，但一般认为土地及其定着物为不动产，其余为动产。^[32]在普通法国家，也采纳了动产和不动产的区分方法。

所谓不动产，是指依照其物理性质不能移动或者移动将严重损害其经济价值的有体物。我国《不动产登记暂行条例》第2条第2款规定：本条例所称不动产，是指土地、海域以及房屋、林木等定着物。可见，该条例扩大了不动产的范围，将海域纳入了不动产的范围。所谓地上定着物，是指固定且附着于土地之物。^[33]地上定着物包括房

屋、林木等。其主要特征在于，它是附着于土地、固定且不易移动的物。所谓动产，就是不动产之外的物，是指在性质上能够移动，并且移动不损害其经济价值的物，如电视机、书本等。

对动产与不动产可按照如下标准进行区分：一是是否可以移动。动产通常可以移动，而不动产不能移动。当然，在现代社会中，随着科技的发展，房屋也可以移动，但是这毕竟属于例外现象，而且将耗资巨大。二是移动是否在经济上合理。房屋等土地附着物也可能是能够移动的，但一旦移动耗资巨大，而动产通常可以移动，即使是沉重的机器设备，也可以移动，且较之于不动产之移动而言，其移动耗资不大。三是是否附着于土地。不动产中除土地之外的其他财产如房屋、林木等都是附着于土地的，通常在空间上不可移动，若发生移动将影响它的经济价值。而动产通常并不附着于土地。四是是否附着于海域。一些附着于海域的定着物，亦属于不动产的范围。在物权法上，区分不动产和动产有利于区分权利的取得方式、转让的形式要件、物权公示的方法、利用方式、权利的性质以及诉讼管辖。

从物权法的发展趋势来看，动产和不动产呈现出相互渗透甚至相互转化的状况，表现在：一方面，由于不动产物权证券化趋势的发展，不动产具有动产化的趋向。不动产物权的证券化不仅有利于充分实现不动产的交换价值，也为物权人开辟了新的融资渠道。另一方面，某些动产，如船舶、航空器等，其物权变动也要在法律上采取登记方式，从而与不动产物权的变动规则完全一致。还要看到，在担保物权中，不动产抵押和动产抵押基本上适用相同的规则。正是由于这一原因，有一些学者认为应当使动产和不动产规则统一化。笔者认为，尽管动产和不动产在某些方面适用共同的规则（例如物权法的基本原则、物权请求权制度等对动产和不动产都是适用的），但也要看到，动产和不动产适用的仍然是两种不同的规则。

（三）法律规定权利作为物权客体的，依照其规定

这就是说，在法律有特别规定的情况下，权利本身也可以成为物权的客体。权利成为客体的情况主要是指：一是依据我国《民法典》之物权编，可以在建设用地使用权中设立“空间权”，在承包经营权等权利之上设立地役权。二是物权法规定，建设用地使用权等可以设定担保，如设定抵押或者质押。我国《民法典》之物权编规定的权利质押，实际上都是以权利作为物权之客体的情形。三是物权法规定了动产浮动担保，设定担保的财产中包括了现在和未来的某些财产权利。

需要指出的是，权利成为物权的客体必须要由法律规定。之所以要由法律规定，是因为：一方面，物权主要以有体物为客体，如果允许当事人随意以权利作为物权的客体，将会改变物权的性质和形态。例如，如果认为所有权的客体可以为无体物，特别是权利，则会出现债权的所有权、继承权的所有权，甚至所有权的所有权。如此，则所有权的概念本身将陷于自相矛盾与模糊不清的状态。这样的结果将会导致物权法定原则形同虚设。另一方面，物权法的基本规则都是建立于有体物的基础之上的，如果允许当事人随意以权利作为客体，也会导致物权法的基本规则发生改变。但是，不能由此推出，我国物权法实行“客体法定”的原则，这是因为：首先，由法律来规定物权之客体的全部范围，是不可能的。这样的做法只会严重阻碍物权法的发展和物权范围的扩大。其次，权利作为物权之客体本身只是一种非常例外的情况。这种非常例外的情况由法律予以规定，并不能被推广和扩大解释为物权的客体必须法定，否则，人们有效利用各种财产和资源的活动将会受到严重的制约。

（本条由王利明撰写）

第一百一十六条

物权的种类和内容，由法律规定。

本条主旨

本条对物权法定原则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第116条规定：“物权的种类和内容，由法律规定。”

《物权法》第5条规定：“物权的种类和内容，由法律规定。”

理解与适用

所谓物权法定原则，是指物权的种类、内容应由法律明确规定，而不能由法律之外的其他规范性文件确定，或由当事人通过合同任意设定。物权法定是大陆法系各国之物权法所普遍承认的基本原则，它对于准确地界定物权、定分止争、确立物权设立和变动规则、建立物权的秩序都具有十分重要的意义。

从本条规定来看，物权法定原则包括如下两方面内容。

1.物权的种类法定

所谓物权的种类法定，是指哪些权利属于物权、哪些不是物权，要由物权法和其他法律规定，不得由当事人随意创设。^[34]物权种类法定包含了下述两层含义：一方面，物权的具体的类型必须要由法律明确确认，法律之外的规范性文件（如行政法规、地方性法规）不得创设物权，当事人不得创设法律所不承认的新的类型的物权。此处所说的法律，必须是国家立法机关通过立法程序制定的规范性文件。只有在这种法律基础上设定的物权类型，才能产生正确引导当事人的行为和指导法官处理纠纷的作用。为了保证法律适用的一致性，也为了确保物权法定原则发挥其应有的功能，物权类型法定就不能仅仅具有限制当事人意思自治的作用，还要指限制立法机关之外的国家机关通过规范性文件或者司法机关通过个案设定物权类型的作用。另一方面，物权种类法定既不允许当事人任意创设法定物权之外的新种类物权，也不允许当事人通过约定改变现有的法律规定的物权类型。这与合同法的规则不同：合同法实行合同自由，因此存在着所谓有名合同和无名合同的区分。除了法律规定的买卖、租赁、承揽等有名合同，还有大量的无名合同。这些无名合同只要不违反法的强制性规定，都是有效的。但物权法实行物权法定原则，当事人不能享有创设无名物权的权利。当事人在其协议中不得明确规定其通过合同设定的权利为物权，也不得设定与法定的物权不相符合的物权。

2.物权的内容法定

物权的内容法定包括两个方面的含义：一方面，物权的内容必须由法律规定，当事人不得创设与法定物权内容不符的物权，也不得基于其合意自由决定物权的内容。^[35]当然，这里的内容法定是指物权的内质内核无法通过当事人的约定来扩展或者变更。例如，依据法律的规定，农村土地承包经营权的内容中的使用权能限于农业生产，则当事人不能通过合同约定更多的权能，例如，不能在土地上进行建设。对所有权的限制必须由法律作出规定，这也属于内容法定的范畴。另一方面，内容法定就是强调当事人不得作出与物权法关于物权内容的强制性规定不符的约定。例如，当事人在设定不动产抵押权时，不能约定不需要办理抵押登记手续债权人就能够取得抵押权。

物权法定原则应当具有强制性，这是保障该原则得到贯彻、遵循的基础，而这种强制性在很大程度上又体现在，如果违反了物权法定原则，将会引发法律上的不利后果。按照物权法定原则的要求，违反物权法定将导致设定与变动物权的行为无效，物权不能有效地设立与变动，但这并不影响合同的效力。《民法典》第215条规定：当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者当事人另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。这就意味着，凡是违反了法定的公示方法的，应当认定物权不能有效设定，但并不影响设定和变动物权的合同的效力。

（本条由王利明撰写）

第一百一十七条

为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序征收、征用不动产或者动产的，应当给予公平、合理的补偿。

本条主旨

本条对征收、征用制度作出了规定。

相关条文

《民法总则》第117条规定：“为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序征收、征用不动产或者动产的，应当给予公平、合理的补偿。”

《物权法》第42条第1款规定：“为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产。”

《宪法》第10条第3款规定：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿。”

《宪法》第13条第3款规定：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”

理解与适用

所谓征收，就是指国家基于公共利益通过行使征收权，在依法支付一定补偿的前提下，将组织或者个人的财产移转给国家所有。征用是基于公共利益强制使用民事主体的财产。依据《宪法》第10条第3款的规定，国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿。

（一）征收、征用是为了公共利益的需要

政府从事征收、征用行为，必须是为了满足公共利益的需要，而且要以实现公共利益最大化为目的，因为只有公共利益才是限制私有财产权的重要理由。公共利益本身在法律上是一个弹性条款，其内容具有不确定性和一定程度上的开放性特点，在不同领域内、不同情形

下，公共利益的内涵并不相同。《国有土地上房屋征收与补偿条例》第8条规定，为了保障国家安全、促进国民经济和社会发展等公共利益的需要，有下列情形之一，确需征收房屋的，由市、县级人民政府作出房屋征收决定：（1）国防和外交的需要；（2）由政府组织实施的能源、交通、水利等基础设施建设的需要；（3）由政府组织实施的科技、教育、文化、卫生、体育、环境和资源保护、防灾减灾、文物保护、社会福利、市政公用等公共事业的需要；（4）由政府组织实施的保障性安居工程建设的需要；（5）由政府依照城乡规划法有关规定组织实施的对危房集中、基础设施落后等地段进行旧城区改建的需要；（6）法律、行政法规规定的其他公共利益的需要。该条的规定实际上是对公共利益之内涵的一种表述，即公共利益是由法律和行政法规规定的，有关国家安全、促进国民经济和社会发展等方面的利益。一方面，公共利益必须法定化，不能由法官随意解释，也不能由当事人进行约定。另一方面，公共利益在内涵上应当与国家和社会的整体利益保持一致，是社会成员中多数人的利益，而不是某一个小团体、极少数人甚至个别人的利益。

（二）征收、征用必须是依照法律规定的权限和程序进行

依据本条规定，征收、征用必须依照法律规定的权限和程序进行。之所以如此规定，主要是因为：一方面，出于充分保护公民的财产权的需要。征收是永久性地剥夺公民的财产权利，为了防止一些地方政府及其工作人员以公共利益为名，滥用征收权力，损害被征收人的利益和农民的权益，必须强调要遵循法定的程序。另一方面，在征收中严格强调依据法定的权限和程序进行，有利于政府机关依法行政。程序是看得见的正义，只有保障程序公开、公正，才能保证征收行为的合法性。

《民法典》第244条规定：国家对耕地实行特殊保护，严格限制农用地转为建设用地，控制建设用地总量。不得违反法律规定的权限和程序征收集体所有的土地。我国人口众多，可耕地面积少，耕地后备资源不足，因此，国家对基本农田保护实行全面规划、合理利用、用养结合、严格保护的方针，以满足我国未来人口和国民经济发展对农产品的需求，促进农业生产和社会经济的可持续发展。全国耕地的红线保持在18亿亩。基本农田保护区经依法划定后，任何单位和个人不得改变土地用途。严格限制农用地转为建设用地，控制建设用地总量。政府征收集体土地时，必须严格法定的权限和程序，不得非法批地、非法占用土地。

（三）征收、征用后应当给予公平、合理的补偿

依据本条规定，在征收、征用的情形下，应当对权利人给予公平、合理的补偿。即便是为了公共利益，也不能毫无对价地剥夺私有财产，国家必须对被征收人予以补偿。该规定对于保护公民的财产、规范政府征收权的行使具有极为重要的意义。

本条规定征收、征用后的补偿是公平、合理的补偿，而非完全赔偿，因为完全赔偿实际上是将征收等同于普通的侵权行为，这与征收的性质不符，毕竟征收是对私有财产权的合法侵害。尤其是完全赔偿涉及直接损失和间接损失，如果对这两类损失都同时赔偿，也会导致征收、征用的成本过高，不能够起到维护公共利益的目的。因此，本条规定了公平、合理的补偿。所谓公平、合理的补偿，是指权衡公共利益和私人利益后，参考当事人的财产状况，确定补偿数额。例如，《民法典》第243条第2、3款规定：征收集体所有的土地，应当依法及时足额支付土地补偿费、安置补助费以及农村村民住宅、其他地上附着物和青苗等的补偿费用，并安排被征地农民的社会保障费用，保障被征地农民的生活，维护被征地农民的合法权益。征收组织、个人的房屋以及其他不动产，应当依法给予征收补偿，维护被征收人的合法权益；征收个人住宅的，还应当保障被征收人的居住条件。

（本条由王利明撰写）

第一百一十八条

民事主体依法享有债权。

债权是因合同、侵权行为、无因管理、不当得利以及法律的其他规定，权利人请求特定义务人为或者不为一定行为的权利。

本条主旨

本条对民事主体所享有的债权作出了规定。

相关条文

《民法总则》第118条规定：“民事主体依法享有债权。”“债权是因合同、侵权行为、无因管理、不当得利以及法律的其他规定，权利人请求特定义务人为或者不为一定行为的权利。”

《民法总则》第119条规定：“依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。”

《民法总则》第120条规定：“民事权益受到侵害的，被侵权人有权请求侵权人承担侵权责任。”

《民法总则》第121条规定：“没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失而进行管理的人，有权请求受益人偿还由此支出的必要费用。”

《民法总则》第122条规定：“因他人没有法律根据，取得不当利益，受损失的人有权请求其返还不当利益。”

《民法通则》第84条规定：“债是按照合同的约定或者依照法律的规定，在当事人之间产生的特定的权利和义务关系。享有权利的人是债权人，负有义务的人是债务人。”“债权人有权要求债务人按照合同的约定或者依照法律的规定履行义务。”

理解与适用

本条第1款规定：民事主体依法享有债权。该款宣示了民事主体可以依法享有债权。依据本条第2款的规定，所谓债权，是指特定主体请求特定主体为一定行为或者不为一定行为的权利。债权是重要的民事权利类型，而且在市场经济社会具有日益重要的地位。

本条第2款规定：债权是因合同、侵权行为、无因管理、不当得

利以及法律的其他规定，权利人请求特定义务人为或者不为一定行为的权利。本款对债权的发生原因作出了规定。依据该规定，债权主要分为如下几种类型。

1.因合同产生的债权

在各类债权中，合同是债权发生的重要原因，而且是基于当事人的意思而产生的债权，属于意定之债的范畴。《民法典》第119条规定：依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。该条对合同的约束力作出了规定。合同的法律约束力是指依法成立的合同在当事人之间产生的法律效力，它反映了法律对当事人之间的合意的评价。只要合同具备了法定的生效要件（或称有效要件），法律就赋予该合同一定的法律约束力：当事人应当依据合同约定行使权利和履行义务，违反合同义务应当承担相应的责任。在针对合同发生争议以后，当事人的约定就具有优先于法律规定而适用的效力。简言之，合同的法律约束力就是指当事人必须严守合同，否则应承担法律责任。市场经济的有序运行要求建立保护产权、严守契约、统一市场、平等交换、公平竞争、有效监管的法律制度，以充分发挥市场在资源配置中的基础性作用。《民法典》第119条对合同的约束力作出规定，对于督促当事人严守合同、维护交易安全和交易秩序具有重要意义。

2.因侵权而产生的债权

“侵权行为”是指一种侵害他人权益的行为以及造成损害结果的状态。《民法典》第120条规定：民事权益受到侵害的，被侵权人有权请求侵权人承担侵权责任。依据该规定，侵权行为是责任承担的前提和依据，凡是实施了侵权行为的行为人都要承担相应的后果。所谓侵权责任，是指侵权人因实施侵害或损害他人民事权益的行为而依据侵权责任法所应当承担的法律后果。它是民事责任的一种类型。《民法典》第120条使用了“民事权益受到侵害”的表述，以突显侵权责任法保护客体的开放性。因为侵权行为的发生，在当事人之间产生债的关系。因此，侵权行为不仅导致民事责任的产生，而且导致债的产生。

3.因无因管理产生的债权

所谓无因管理，是指没有法定或约定的义务而管理他人事务的行为。其中，行为人称为管理人，被管理人称为本人（又称为受益人）。所谓“无因”，即是指无法律上的义务。^[36]《民法典》第121条

规定：没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失而进行管理的人，有权请求受益人偿还由此支出的必要费用。依据该规定，无因管理的成立必须符合如下条件：一是没有法定或者约定的义务，实施了管理行为；二是行为人实施了管理他人事务的行为；三是管理人具有为他人的利益进行管理的意思；四是管理人不应违背本人明示或可得推知的意思进行管理。

依据《民法典》第121条的规定，管理人在管理本人事务时，虽然没有得到本人的允许，但不仅不构成侵权，反而可以依法向本人请求偿还因管理事务而支出的必要费用。这实际上就肯定了无因管理具有阻却违法的效力。依据该条规定，管理人有权请求受益人偿还由此支出的必要费用。这就是说，如果管理人因管理事务而支出了合理的费用，则其有权请求本人偿还。

4.因不当得利产生的债权

所谓不当得利，是指没有法律上的原因而获得利益，并使他人遭受损失的事实。例如，某人因不知道自己已经付款，又向出卖人支付了价款，出卖人所获得的第二笔价款就构成不当得利。《民法典》第122条规定：因他人没有法律根据，取得不当利益，受损失的人有权请求其返还不当利益。依据该条规定，不当得利的成立要满足如下条件：一是一方获得利益。二是无法律上的原因。虽然《民法典》第122条将其表述为“没有法律根据”，但在解释上应当与比较法上的理解相同，即没有法律上的原因。例如，因侵权行为而获得了利益，就属于典型的没有法律上的原因而获得利益。三是他方受到损害。所谓他方受到损害，是指一方当事人遭受了财产上的损失。损害通常是指权利人所遭受的人身或者财产上的不利益。四是获利与受损之间具有因果关系。所谓获利与受损之间具有因果关系，是指一方获利是他方受损的原因，而他方受损就是一方获利所造成的，在受损和获利之间具有原因和结果之间的关联性。只有受益人的获利与受害人的受损之间存在因果关系，才意味着法律需要对此种利益状态进行调整，此时不当得利返还请求权也才具有正当性。如果损失与获利之间毫无因果关系，则受损人向获利人主张返还不当得利就欠缺合理性基础。

（本条由王利明撰写）

第一百一十九条

依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。

本条主旨

本条对合同的约束力作出了规定。

相关条文

《民法总则》第119条规定：“依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。”

《民法通则》第85条规定：“合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。”“依法成立的合同，受法律保护。”

《合同法》第8条规定：“依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。”“依法成立的合同，受法律保护。”

理解与适用

本条对合同的约束力作出了规定。

（一）依法成立的合同，具有法律拘束力

合同的法律拘束力主要是指依法成立的合同在当事人之间所产生的法律效力。一般而言，合同只要具备法定的有效要件，就可以在当事人之间产生法律拘束力。合同的有效要件一般包括：当事人具有相应的民事行为能力；当事人的意思表示真实、自由；合同的内容合法。合同在性质上属于双方民事法律行为，我国《民法典》之总则编对民事法律行为的效力作出了规定，这也是认定合同效力的法律依据。就合同的成立而言，只要当事人就合同的主要条款达成合意，合同即宣告成立。合同成立后，除具有合同效力瑕疵的事由外，合同即对当事人产生法律拘束力。我国《民法典》之总则编对民事法律行为无效、可撤销以及效力待定的法定事由作出了规定，只有出现这些法定事由时才能否定合同的效力，否则，合同一经成立，即对当事人产生法律拘束力。这也体现了合同法鼓励交易的立法理念。

依法成立的合同，将对当事人产生如下法律拘束力：一方面，合同依法成立后，即对当事人产生效力，任何一方当事人都不得随意变更合同内容或者主张解除合同关系。另一方面，合同生效后，双方当事人均应当严格按照合同的约定履行合同，任何一方当事人违反合同约定，不履行合同或者履行合同不符合约定的，对方当事人即有权请求其承担违约责任。从这一意义上说，违约责任既是当事人违反合同义务的结果，也是督促当事人履行合同的重要保障。

（二）依法成立的合同，原则上仅对当事人具有法律约束力

从本条规定来看，依法成立的合同，对当事人具有法律拘束力，这也意味着，合同原则上仅对当事人产生法律拘束力，即合同关系具有相对性。合同关系的相对性是债的关系的相对性在合同之债中的体现，其主要包括如下几方面内容：第一，合同关系原则上仅在当事人之间发生效力。也就是说，在合同关系中，债务人仅对债权人负担债务，债权人原则上也仅能请求债务人履行债务，即便是第三人原因导致债务人无法履行债务，债权人也仅能请求债务人承担违约责任，而不能请求第三人承担违约责任。例如，甲向乙购买某玻璃饰品，在乙准备向甲交货的前一天，该玻璃饰品被丙打碎。在该案中，乙无法履行债务是第三人丙的行为导致的，但由于合同关系具有相对性，甲仅能请求乙承担违约责任，而无法请求丙承担违约责任。第二，原则上仅合同当事人能够享有合同权利、负担合同义务。也就是说，合同的内容即合同的权利、义务仅合同当事人能够享有、承担，合同关系之外的第三人原则上无法享有合同权利、负担合同义务。第三，违约责任原则上仅存在于合同当事人之间。在债务人不履行合同义务时，原

则上仅债权人有权请求债务人承担违约责任，债务人也仅需要对债权人承担违约责任。即便当事人约定由第三人对债权人履行义务，第三人也只是债务人的债务履行辅助人，如果第三人未履行义务或者履行义务不符合约定的，仍应当由债务人承担违约责任。对此，《民法典》第523条规定：当事人约定由第三人向债权人履行债务，第三人不履行债务或者履行债务不符合约定的，债务人应当向债权人承担违约责任。违约责任的相对性是合同权利义务之相对性的一种必然延伸。

（三）依法成立的合同，在例外情形下可对第三人产生法律拘束力

从本条规定来看，合同关系原则上仅对当事人产生法律拘束力，但在例外情形下，合同关系也可能对第三人产生法律拘束力。从我国《民法典》之规定来看，其也在特定情形下承认了合同可以对第三人产生法律拘束力。例如，就利益第三人合同而言，《民法典》第522条第2款规定：法律规定或者当事人约定第三人可以直接请求债务人向其履行债务，第三人未在合理期限内明确拒绝，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的，第三人可以请求债务人承担违约责任；债务人对债权人的抗辩，可以向第三人主张。该条对真正利益第三人合同作出了规定。依据该条规定，在真正利益第三人合同中，如果债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定，则第三人可以请求债务人承担违约责任。这实际上已经在一定程度上突破了合同关系的相对性原则。再如，在合同债权的保全中，依据《民法典》第535条之规定，如果债务人怠于行使其债权或者与该债权有关的从权利，影响债权人的到期债权实现的，债权人即可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人对相对人的权利。该条规定债权人在行使债权人代位权时可以向债务人的相对人行使权利，也突破了合同债权的相对性原则。依据《民法典》第538条、第539条的规定，债权人在行使债权人撤销权时，也将对第三人产生一定的效力，这实际上也突破了合同关系之相对性原则。此外，在合同关系依法成立后，当事人基于该合同所享有的债权也受到法律保护，他人不得恶意侵害。也就是说，虽然合同债权原则上不属于侵权责任法的保护对象，但如果第三人恶意诱使债务人违约，或者实施恶意侵害债权的其他行为，则债权人也有权请求行为人承担责任。

（本条由王叶刚撰写）

第一百二十条

民事权益受到侵害的，被侵权人有权请求侵权人承担侵权责任。

本条主旨

本条对侵权责任的一般规定作出了规定。

相关条文

《民法总则》第120条规定：“民事权益受到侵害的，被侵权人有权请求侵权人承担侵权责任。”

《侵权责任法》第2条规定：“侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。”“本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”

《侵权责任法》第3条规定：“被侵权人有权请求侵权人承担侵权责任。”

理解与适用

“侵权行为”也称为侵害行为或过错行为，其本意是一种侵害他人权利或利益的行为，也被称为侵害行为或过错行为。在英语中，“侵

侵权行为”一词为“tort”，来源于拉丁文中的“tortus”，原意是指“扭曲”和“弯曲”，以后逐渐演化为过错（wrong）的意思。在法语中，“délit”来源于拉丁语“delictum”，其原意为“过错”“罪过”。拉丁语名词“delictum”派生于动词“delinquere”（偏离正确的道路），意思是一个违法、一个失误或者一个错误。在欧洲大陆国家的语言中，侵权行为一词从产生之初就包含了过错的含义在内。尽管大陆法系各国用来指称侵权行为的词语并不相同，但其含义大都包含过错的意思，因此，侵权行为常常被称为有过错的行为。中文中的“侵权行为”一词“最早于清末编定《大清民律草案》时才开始应用”，并一直沿袭至今。

从字面上看，侵权行为首先指的是一种行为，而不是一种客观的损害状态。这种行为有时用“过错行为”表示，有时用“不法行为”表示，但其本意是指侵害他人之权利或利益的行为。一方面，侵权行为主要是指自己的加害行为，但又不限于自己的加害行为，还包括在法律上应当承担责任的“准侵权行为”，如雇员的加害行为、被监护人致人损害，以及物件致人损害等。另一方面，侵权行为指的是一种侵害他人权益的行为，其指向的是他人的民事权利和受到法律保护的利益。当然，不能仅从文义解释的角度理解“侵权行为”一词的内涵，还“必须对侵权行为作扩张解释：侵害的‘权’不仅包括民事权利，而且包括受到法律保护的利益；‘行为’不仅包括加害人的行为（作为或不作为），也包括‘准行为’（他人之行为、动物致人损害等）”。总之，从其固有的含义而言，“侵权行为”是指一种侵害他人权益的行为以及造成损害结果的状态。

所谓侵权责任，是指侵权人因实施侵害或损害他人民事权益的行为而依据侵权责任法所应当承担的法律后果，它是民事责任的一种类型。侵权行为是责任承担的前提和依据，凡是实施了侵权行为的行为人都要承担相应的后果，法律列举侵权行为形态的目的就是要确定责任。但在某些情况下，虽然行为人实施了侵权行为，但不符合法律规定的责任构成要件的，也不一定当然产生侵权责任。正是从这个意义上说，侵权责任和侵权行为是既有联系又有区别的概念，不能简单地将两者等同。从功能上看，侵权责任主要具有两个方面的功能：一是保护受害人，弥补受害人的实际损失；二是预防并制裁侵权行为。这两个功能缺乏其一，均难言完整。而侵权责任与其他法律责任的明显不同之处就在于其强调对受害人的保护，其基本制度是“以保护受害人为中心”建立起来的，所关注的主要是对受害人的补偿。^[37]

侵权责任具有以下几项法律特征：

第一，侵权责任以侵权行为为前提。侵权行为是行为人承担侵权

责任的前提，或者说侵权责任产生的法律基础是侵权行为。法律规定侵权责任的目的在于制裁侵权行为，保护自然人、法人、非法人组织的民事权利，恢复被侵权行为破坏了的财产关系和人身关系。^[38]当然，侵权行为可能不仅产生侵权责任，有些侵权行为也会产生行政责任，甚至刑事责任，但是行为人承担行政责任、刑事责任并不能够免除其承担侵权责任，因为这些不同责任所产生的依据不尽相同。

第二，侵权责任是依据侵权责任法的规定而应承担的责任。《民法典》第1164条规定：本编调整因侵害民事权益产生的民事关系。由此可见，侵权行为发生以后，都要依据侵权责任法的规定来承担责任。

第三，侵权责任主要是因侵害绝对权而产生的责任。本条规定：民事权益受到侵害的，被侵权人有权请求侵权人承担侵权责任。此处所说的“民事权益”主要是指合同债权以外的绝对权。一方面，侵权责任法所保护的权益主要限于绝对权。所谓绝对权，是指无须通过义务人实施一定的行为即可以实现并能对抗不特定人的权利。^[39]绝对权主要包括所有权、人身权、知识产权。侵权责任法保护的对象主要是民事权益中的绝对权，而相对权主要在特定的当事人之间发生，且缺乏公示性，故多不在侵权责任法的保护范围内。^[40]从义务人的范围来看，绝对权是指义务人不确定，权利人无须经义务人实施一定行为即可实现的权益。对于尚未有形成权利的权益，在法律上缺乏一种可预见性，人们并不知道何种行为会导致对他人权益的侵害以及将造成何种后果，所以，对侵害权益的侵权行为应当施加一定的限制，从而避免干涉人们的行为自由。另一方面，合同债权在性质上不是绝对权，故一般不应当受到侵权责任法的保护。在特定的合同关系中所产生的合同权益被侵害时，应当主要通过违约之诉来解决。^[41]

第四，侵权责任以损害赔偿为核心，但又限于损害赔偿。侵权责任法的主要功能在于对受害人提供补救，使受害人遭受的全部损失得到恢复。我国《民法典》第1167条列举了多种侵权责任的形式，因而侵权责任的范围大于损害赔偿之债的范围，它不仅包括金钱损害赔偿，也包括返还原物、恢复原状、赔礼道歉等。由于采用了多种责任形式，因此，不能说侵权责任都产生债的关系。当然，应当看到，在侵权责任法中，损害赔偿是主要的责任形式，因此，侵权责任法主要具有救济功能。这就表明，侵权责任虽以损害赔偿为核心，但绝对不局限于损害赔偿。

第五，侵权责任是对受害人所承担的责任。法律责任都是以国家强制力保障其实现的责任，但侵权责任不同于刑事责任和行政责任之处在于，侵权责任是通过损害赔偿等方式，实现对受害人的直接的

救济。而刑事责任和行政责任是行为人对国家所承担的责任，其虽然也可以间接地发挥保障受害人的作用，但毕竟无法直接给受害人提供救济。

（本条由王利明撰写）

第一百二十一条

没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失而进行管理的人，有权请求受益人偿还由此支出的必要费用。

本条主旨

本条对无因管理作出了规定。

相关条文

《民法总则》第121条规定：“没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失而进行管理的人，有权请求受益人偿还由此支出的必要费用。”

《民法通则》第93条规定：“没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失进行管理或者服务的，有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用。”

《民法通则意见》第132条规定：“民法通则第九十三条规定的管理人或者服务人可以要求受益人偿付的必要费用，包括在管理或者服务活动中直接支出的费用，以及在该活动中受到的实际损失。”

理解与适用

所谓无因管理，是指没有法定或约定的义务，而管理他人事务的行为。其中，行为人称为管理人，被管理人称为本人（又称为受益人）。所谓“无因”，即是指无法律上的义务。^[42]

（一）无因管理的成立条件

1.没有法定或者约定的义务

无因管理中的“无因”，是指没有法律上的原因。构成无因管理的基本前提是，管理人没有法定或者约定的义务而管理他人的事务。具体来说，其包括以下两种情形：一是无法律上的义务。所谓法律上的义务，是指依据法律规定而产生的义务。例如，依据法律规定负有赡养、扶养义务时，行为人在履行相关赡养、扶养义务时，不构成无因管理。二是无合同上的义务。例如，当事人之间订有委托合同，故而一方当事人负有义务，属于“有因”的管理。判断行为人管理他人事务是否无因，应当以开始管理事务之时作为判断的时间点。^[43]例如，保姆依据合同约定为他人照顾孩子，但在该合同解除后，其继续照顾他人孩子的，从此时开始，该保姆的行为就构成无因管理。

2.行为人实施了管理他人事务的行为

构成无因管理，以管理人所管理的事务为他人事务为构成要件。管理事务包含的范围十分宽泛，包括处理、管理、保存、改良及提供各种服务和帮助等。只要是有利于避免他人损失，或有利于他人的行为，都属于管理他人事务的行为。在管理事务的过程中，管理人有可能确切地知道其是在为某个具体的人管理事务，也有可能不知道本人的具体身份，但这并不妨碍无因管理的成立。^[44]例如，阳台上的花属于他人，管理人在下雨时将其搬进房屋，管理人不知道本人，并不妨碍无因管理的成立。

3.管理人具有为他人的利益进行管理的意思

为他人的利益进行管理的意思，简称为管理意思，也称为管理他人事务之意思（*animus aliena negotia gerendi*），它是指管理人具有

通过管理活动为他人谋利，或将管理所获得的利益归属于他人的意思。^[45]管理意思为无因管理成立的主观要件。无因管理的本质特点在于，其是在无法定或约定义务的情况下，为他人管理事务，而非为自己管理事务。在判断管理人有为他人管理事务的意思时，通常要求在管理行为发生时管理人大体上知道事务属于他人。但是，这并不意味着，管理人必须明确地知道本人是谁、具体认识到本人的身份，而只需要管理人有为他人管理事务的意图即可。关于存在管理的意思，应当由管理人负有举证责任。^[46]

4. 管理人不应违背本人明示或可得推知的意思进行管理

构成适法无因管理，应当以管理人的管理行为符合本人明示或可以推知的意思为前提，这就要求管理人在从事管理事务时，如果知道本人的存在，而且可以联系到本人，则应当与本人联系，以确定本人是否愿意由他人管理其事务。如果本人事先已经明示了其事务管理的方法、管理的期限等，且管理人了解本人这一意思，则管理人不应违背本人的这一意思管理其事务，否则，管理人管理本人事务的责任将加重。如果本人告知管理人，要求其停止管理，则管理人应当停止管理活动。无因管理制度既保护管理人的利益，鼓励助人为乐的行为，同时，也保护个人利益免受他人不当的干涉^[47]，因此，如果管理人明知本人明示或可得推知的意思，则出于对本人私人事务的尊重，一旦本人要求管理人停止管理，管理人即不得再实施管理行为。

（二）无因管理的法律效力

行为人未经本人许可而管理他人事务，将构成侵权，受害人有权请求行为人承担侵权责任，但在行为人的管理行为构成无因管理的情形下，该管理行为即具有阻却违法的效力。依据本条的规定，管理人在管理本人事务时，虽然没有得到本人的允许，但不仅不构成侵权，管理人反而可以依法向本人请求偿还因管理事务而支出的必要费用，这就实际上肯定了无因管理具有阻却违法的效力。

管理人对本人所享有的权利是无因管理制度的核心。在适法无因管理中，管理人主要享有如下权利：

第一，费用偿还请求权。依据本条规定，管理人有权请求受益人偿还由此支出的必要费用。这就是说，如果管理人因管理事务而支出

了合理的费用，则其有权请求本人偿还。合理的费用包括两种：一是必要的费用，即因为事务管理而必须要支出的费用。例如，因收留他人走散的耕牛而支出的饲料费。判断费用是否必要，应依社会一般人完成相同管理行为所需支出的费用为标准。二是有益的费用，即虽然不是必要的费用，但属于有益于被管理人的费用。例如，在收留迷路的儿童时为其支出的教育费用。对于上述两项费用，管理人都有权请求本人偿还。

第二，负债清偿请求权。管理人在管理事务的过程中，除支付相关的管理费用外，还可能因管理活动向他人负担了债务。此种请求权与费用偿还请求权，构成无因管理法律制度的两个核心元素。^[48]也就是说，这两者是无因管理之债的核心内容。对债务负担的范围也要依具体情形进行判断，只有对于因管理行为所必须负担的债务以及对管理事务有益的费用，管理人才有权请求本人偿还。^[49]

第三，损害赔偿请求权。在管理事务的过程中，管理人自身也可能遭受了损害。对于此种损害，管理人是否有权请求本人赔偿？学者间存在不同观点。笔者认为，本人应当赔偿管理人在管理活动中所遭受的损害，因为仅凭补偿管理人支出的管理费用或负担的债务，可能无法完全弥补管理人所遭受的损失，造成管理人“流血又流泪”的不良社会后果，与鼓励无因管理行为的立法目的相违背。从鼓励人们互助的角度出发，应当赋予管理人此种损害赔偿请求权。

（本条由王利明撰写）

第一百二十二条

因他人没有法律根据，取得不当利益，受损失的人有权请求其返还不当利益。

本条主旨

本条对不当得利作出了规定。

相关条文

《民法总则》第122条规定：“因他人没有法律根据，取得不当利益，受损失的人有权请求其返还不当利益。”

《民法通则》第92条规定：“没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人。”

《民法通则意见》第131条规定：“返还的不当利益，应当包括原物和原物所生的孳息。利用不当得利所取得的其他利益，扣除劳务管理费用后，应当予以收缴。”

理解与适用

所谓不当得利（unjust enrichment, ungerechtfertigte Bereicherung），是指没有法律上的原因而获得利益，并使他人遭受损失的事实。例如，某人因不知道自己已经付款，又向出卖人支付了价款，出卖人所获得的第二笔价款就构成不当得利。

（一）不当得利的成立条件

1. 一方获得利益

不当得利是以一方获得利益为前提的。因为如果无人获得利益，也就不存在得利“当”与“不当”的问题。所谓获利，是指因为一定的事实而导致其财产的增加或不减少。^[50]不当得利返还义务是用来回复不当得利事件发生时当事人之间所应当具有的利益状态，因此，不当得利制度主要维护财产的静态利益。^[51]按照举证责任的一般规则，如果遭受损害的一方提出不当得利返还的请求，其应当就获利人的获利负担举证责任，否则，其请求无法成立。不当得利中的“获利”包括

以下两种：一是积极的获利，即受益人在既有财产的基础上有所获得。通常来说，受利益都是受有财产利益，例如，因添附而导致所有权的客体范围增加。二是消极的获利，即受益人本应减少的财产未减少，例如，房屋所有权上的抵押权消灭。

2. 无法律上的原因

不当得利中的“不当”就是指没有法律上的原因。在不当得利中，受损人要求返还的利益必须有合法的基础。如果损害是由受损人的违法行为造成的，则法律将不对此种损害提供救济。具有法律上的原因是受益人保有利益的权利基础，没有合法的权利基础就构成不当得利。不当得利的成立以获利人所获利益欠缺法律上的原因为前提，不当得利构成要件中“无法律上的原因”通常包含以下情形：一是当事人之间不存在有效的合同关系。这主要是指在合同无效、被撤销、不成立或被解除后，当事人获利不再具有法律上的原因，从而构成不当得利。二是不具有法律规定的原因。如果法律上规定了作为义务等，当事人因履行此种义务而遭受损害的，不得向受益人请求返还不当得利。例如，姐姐履行了扶养弟妹的义务，这属于法律义务，不能请求不当得利返还。三是无道德上的义务。法律上的原因也包括基于亲属关系等而产生的道德上义务。在存在此种原因的情形下，也难以构成不当得利。例如，丧偶女婿对岳父母的赡养，虽然没有法律上义务，但有道德上的义务，因此也不构成不当得利。四是受损人并没有就其遭受的不利表示同意。在受损人遭受损失后，如果其就其所遭受的不利表示同意，则该同意的表示就可以成为“法律上原因”，否则，获利人的获利即构成不当得利。^[52]

3. 他方受到损害

所谓他方受到损害，是指一方当事人遭受了财产上的损失。损害通常是指权利人遭受的人身或者财产上的不利益。依据本条规定，不当得利请求权的适用以造成他人损失为前提。本条所规定的“损失”应当是指财产损失，包括积极损失和消极损失两个方面。所谓积极损失，应该是指现有财产利益的减少。所谓消极损失，是指应该获得的财产没有获得。其中既包括现存财产的减少，也包括应得利益的减少。当然，对不当得利中的损失应作宽泛的解释，不仅包括金钱价值的减少，还包括使用、收益等潜在价值的减少。关于受害人遭受的损失应当由受害人举证证明。

4.获利与受损之间具有因果关系

所谓获利与受损之间具有因果关系，是指一方获利是他方受损的原因，而他方受损就是由一方获利造成的，在受损和获利之间具有原因和结果之间的关联性。只有受益人获利与受损人受损之间存在因果关系，才意味着法律需要对此种利益状态进行调整，此时不当得利返还请求权也才具有正当性。如果损失与获利之间毫无因果关系，则受损人向获利人主张返还不当得利就欠缺合理性基础。

（二）不当得利的法律效力

依据本条规定，在成立不当得利时，“受损失的人有权请求其返还不当利益”。可见，不当得利的主要效力是在当事人之间产生返还义务，即受损人有权请求受益人返还其所受领的利益。具体而言，不当得利请求权返还的对象包括以下几类。

一是原物。在构成不当得利的情形下，受损人有权请求受益人返还原物。依据不当得利，受损人有权请求受益人返还原物，此外，如果原物灭失或者受益人因原物而获有其他利益的，受损人也有权请求受益人返还该利益。此种情况称为价额返还。^[53]这主要是指在原物灭失的情形下，如果受益人因此获得了代位物或者损害赔偿请求权，则受损人有权请求受益人返还该代位物或者移转该损害赔偿请求权。^[54]例如，原物因保险事故灭失，受益人因此受有保险金的，或者原物被第三人损毁，受益人由第三人处获得损害赔偿金的，等等，受损人应当有权请求受益人返还该代位物，或者请求受益人移转其对第三人的损害赔偿请求权。^[55]

二是原物产生的孳息。如果在受益人占有原物期间，原物产生了孳息，则受损人也有权请求受益人返还该孳息。此处的孳息包括原物在受益人占有期间产生的天然孳息和法定孳息等。^[56]如果当事人之间的合同被撤销或者被宣告无效，则标的物的所有权仍归属于出卖人，因此产生的孳息也应当归属于出卖人，出卖人保有因原物而产生的孳息即欠缺法律上的原因，因此，购买人在向出卖人请求返还不当得利时，除请求原物返还外，还有权请求出卖人返还原物所产生的孳息。^[57]

三是受益人通过原物而获得的收益，主要是指受益人通过将原物出租等方式而获得的收益。按照通说，此时，受损人也有权请求受益人返还该利益。^[58]在行为人非法使用他人的房屋或者其他物件的情

形下，行为人向权利人返还原物或者其他物件时，行为人仍获得一定的利益的，则权利人有权请求行为人返还该获利。在此情形下，如果行为人利用他人之物获得了租金，则应当返还该租金；如果没有获得租金，则应当比照租金或者使用费的标准予以返还。

四是受损人在请求受益人返还原物时，也有权请求受益人返还原物的权利证书、权属证明等证明文件。

当然，在确定不当得利的返还范围时，应当考虑受益人的主观状态，因为不当得利制度除了调整当事人之间欠缺法律原因的财产变动关系，还具有剥夺行为人之不法获利、预防不法行为的功能。因此，在确定不当得利返还的返还范围时，一方面需要考察受益人获利与受损人受损之间的关系，另一方面还要考察受益人的主观状态。这也有利于平衡当事人之间的合法权益。在受益人是善意的情况下，受益人并不知道其所获利益欠缺法律上的原因，其可能没有消费该物的计划，更无法预见其所获利益被请求返还时可能产生的后果，因此，其原则上只应当返还现存利益，如果课以其过重的返还义务，可能会不当加重其负担。而在受益人为恶意的情况下，其应当返还全部利益，即使在其所获利益不存在的情形下，受益人仍应当负担返还义务，因为受益人主观上具有恶意，而且其可以预见其所获利益被请求返还时可能产生的后果^[59]，课以其较大范围的返还义务并不会加重其负担。

（本条由王利明撰写）

第一百二十三条

民事主体依法享有知识产权。

知识产权是权利人依法就下列客体享有的专有的权利：

- （一）作品；
- （二）发明、实用新型、外观设计；
- （三）商标；

- （四）地理标志；
- （五）商业秘密；
- （六）集成电路布图设计；
- （七）植物新品种；
- （八）法律规定的其他客体。

本条主旨

本条对民事主体所享有的知识产权作出了规定。

相关条文

《民法总则》第123条规定：“民事主体依法享有知识产权。”“知识产权是权利人依法就下列客体享有的专有的权利：（一）作品；（二）发明、实用新型、外观设计；（三）商标；（四）地理标志；（五）商业秘密；（六）集成电路布图设计；（七）植物新品种；（八）法律规定的其他客体。”

《著作权法》第2条第1款规定：“中国公民、法人或者其他组织的作品，不论是否发表，依照本法享有著作权。”

《专利法》第2条第1款规定：“本法所称的发明创造是指发明、实用新型和外观设计。”

《专利法》第3条规定：“国务院专利行政部门负责管理全国的专利工作；统一受理和审查专利申请，依法授予专利权。”

《商标法》第3条第1款规定：“经商标局核准注册的商标为注册商标，包括商品商标、服务商标和集体商标、证明商标；商标注册人享有商标专用权，受法律保护。”

理解与适用

知识产权是指权利人对其智力成果和工商业标识享有的权利。本条第1款规定：民事主体依法享有知识产权。《民法典》作出这一规定，宣示了知识产权作为一种民事权利应当受到法律保护，同时，宣示了知识产权可适用《民法典》的规定。知识产权法无疑是民法的重要组成部分，但这并不意味着它应成为《民法典》的独立一编，因其内容非常庞杂、非常复杂，且随着科技的进步需要频繁进行修改，宜在民法典之外作为特别法单独规定。但知识产权兼具人身属性和财产属性，其本质上仍属于民事权利的范畴，是私法上财产权利和人身权利的结合。在发生知识产权纠纷后，如果知识产权法未作出特别规定，可以适用《民法典》的规定。例如，侵害知识产权的责任，在知识产权法中缺乏规定时，可适用《民法典》之侵权责任编的规定。

本条第2款规定：知识产权是权利人依法就下列客体享有的专有的权利：（1）作品；（2）发明、实用新型、外观设计；（3）商标；（4）地理标志；（5）商业秘密；（6）集成电路布图设计；（7）植物新品种；（8）法律规定的其他客体。从本款规定来看，其在规定知识产权的客体时，采用了具体列举与兜底规定相结合的方式，扩大了知识产权的范围，并为将来对新型知识产权的保护预留了空间。作为知识产权之客体的智力成果是没有外在形体的知识财富，非物质性是智力成果的本质属性，这也是其与传统意义上的所有权的最根本的区别。^[60]《民法典》规定知识产权之客体的意义主要在于：一是适应经济社会发展。相对于其他民事权利而言，知识产权受社会文化、经济发展、新技术革命影响更巨，总是处于不断发展变化之中，所以，在《民法典》中有必要对其客体作出规定。二是授权特别法就这些客体之上的知识产权作出规定。三是明确这些客体除了受知识产权法的保护，也应当受到《民法典》的保护。

具体来说，知识产权的客体包括如下几种。

第一，作品。作品是作者创造性智力劳动的成果，是著作权的产生依据。依据《著作权法实施条例》第2条的规定，著作权法所称作品是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果。著作权保护作者与作品间之精神和物质的联系，作者可以依据这种联系获得相关的人身利益和财产利益。例如，依据《著作权法》第9条的规定，作者与作品之间的联系不得被非法侵害，作品的内容不得被非法修改，并不得被非法利用。

第二，发明、实用新型、外观设计。发明、实用新型与外观设计是专利权的客体。依据《专利法》第2条第2~3款的规定，所谓发明，是指对产品、方法或者其改进所提出的新的技术方案；所谓实用新型，是指对产品的形状、构造或者其结合所提出的适于实用的新的技术方案；所谓外观设计，是指对产品的形状、图案或者其结合以及色彩与形状、图案的结合所作出的富有美感并适于工业应用的新设计。同作品一样，这些专利权的客体也是专利权人创造性劳动的成果，但和作品不同，专利通常具有一定的技术性内容，与权利人之人身联系相对较少，因此，对专利权人来说，专利主要体现为财产利益。^[61]

第三，商标。商标是商标权的客体。所谓商标，是指生产者或者经营者在其商品或者服务中使用的、用于区别商品或服务来源的、具有显著特征的标志。商标体现了生产经营者所提供的商品或服务的区别性，这种区别性反映了商品或者服务的品质或口碑。商标权所保护的就是这种品质或口碑中所蕴含的经济价值。依据我国《商标法》《反不正当竞争法》等法律的规定，不论是注册商标还是未注册商标，均受到法律保护。因此，当他人非法使用或者使用近似商标，足以致使消费者产生误解时，便侵害了商标权人的利益。^[62]

第四，地理标志。地理标志也是重要的知识产权客体。依据《商标法》第16条的规定，所谓地理标志，是指“标示某商品来源于某地区，该商品的特定质量、信誉或者其他特征，主要由该地区的自然因素或者人文因素所决定的标志”。地理标志在广义上属于商标的特殊类型，其作用是标志商品产自某地区，具有特定质量、信誉或者其他特征。这种由地域特殊性所带来的经济利益也为法律所保护。^[63]地理标志权是《与贸易有关的协定》所确定的七大类知识产权之一，是重要的知识产权类型。^[64]我国《民法典》对地理标志作出规定，为我国将来完善对地理标志的法律保护提供了依据。

第五，商业秘密。依据《反不正当竞争法》第9条第4款的规定，所谓商业秘密，是指“不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息等商业信息”。商业秘密的特点在于：一是不为公众所知悉。这就是说商业秘密具有一定程度的秘密性，只是为少数人所知道和使用，此外，商业秘密也具有一定的新颖性，即已经具有了一定的技术水平。^[65]二是能为持有人带来经济利益。三是具有实用性。实用性是指商业秘密的客观有用性，即商业秘密能够被实际运用，并通过运用可以为商业秘密的持有人创造出经济上的价值。四是具有保密性。所谓保密性，是指商业秘密的持有人主观上将其持有的某种商业信息作为秘密对待，并在客观上采取了保密

措施。商业秘密是否为一种权利，以及属于何种性质的权利，仍然存在争议。但毫无疑问，商业秘密作为一种知识产权的客体，应当获得法律保护。

第六，集成电路布图设计。集成电路布图设计也是重要的知识产权的客体。我国《集成电路布图设计保护条例》对集成电路布图设计的保护作出了规定。依据该条例第2条的规定。所谓集成电路布图设计是指集成电路中至少有一个是有源元件的两个以上元件和部分或者全部互连线路的三维配置，或者为制造集成电路而准备的上述三维配置。集成电路布图设计与集成电路的运行效率有密切联系，优秀的设计能够极大地提升集成电路的运行效率，因此，具有重要的经济利益。它也是设计者创造性智力劳动的成果，法律保护相关的设计者通过优秀设计获得相应利益的权利，并禁止他人的非法使用与拷贝。

第七，植物新品种。我国《植物新品种保护条例》对植物新品种的保护作出了规定，依据该条例第2条的规定，所谓植物新品种，是指经过人工培育的或者对发现的野生植物加以开发，具备新颖性、特异性、一致性和稳定性并有适当命名的植物品种。植物新品种要获得专利的保护，必须具备专利的条件，如新颖性、创造性和实用性。
[66]

第八，法律规定的其他客体。除上述知识产权的客体外，如果其他法律对知识产权之客体的保护有新的规定，则该知识产权的客体也受到法律保护。

本条对知识产权的客体使用兜底式的规定，保持了知识产权的客体的开放性，也为相关立法对新型知识产权之客体的保护提供了依据。

（本条由王利明撰写）

第一百二十四条

自然人依法享有继承权。

自然人合法的私有财产，可以依法继承。

本条主旨

本条对自然人所享有的继承权作出了规定。

相关条文

《民法总则》第124条规定：“自然人依法享有继承权。”“自然人合法的私有财产，可以依法继承。”

《宪法》第13条第2款规定：“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。”

《继承法》第1条规定：“根据《中华人民共和国宪法》规定，为保护公民的私有财产的继承权，制定本法。”

《继承法》第3条规定：“遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产，包括：（一）公民的收入；（二）公民的房屋、储蓄和生活用品；（三）公民的林木、牲畜和家禽；（四）公民的文物、图书资料；（五）法律允许公民所有的生产资料；（六）公民的著作权、专利权中的财产权利；（七）公民的其他合法财产。”

理解与适用

所谓继承权，是指继承人依据法律规定或者遗嘱而取得被继承人财产的财产的权利。广义上而言，继承权可以分为继承期待权和继承既得权两种。前者是指继承开始前，继承人享有的依照法律的规定或者遗嘱而继承被继承人财产的资格；后者是指继承开始后，继承人实际享有的可以依照法律的规定或者遗嘱而继承被继承人遗产的资格。

[67]继承权并不是财产权，也不是人身权，而是具有综合性的权利。

[68]本条第1款在法律上确认了自然人享有的继承权。

依据本条规定，一方面，继承权的客体必须是合法的私有财产。

如果财产是非法的，则不得成为继承的对象。对此，《民法典》第1122条规定：遗产是自然人死亡时遗留的个人合法财产。依照法律规定或者根据其性质不得继承的遗产，不得继承。该条对遗产的范围作为了规定，从该条规定来看，只有自然人死亡时所遗留的个人合法财产，才能成为遗产。另一方面，本条肯定了私有财产可以被继承，从而从继承的角度强化了对私有财产的保护。对继承权的保护主要是通过《民法典》之继承编来实现的。

（本条由王利明撰写）

第一百二十五条

民事主体依法享有股权和其他投资性权利。

本条主旨

本条对民事主体享有股权及其他投资性权利作出了规定。

相关条文

《民法总则》第125条规定：“民事主体依法享有股权和其他投资性权利。”

《公司法》第4条规定：“公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。”

理解与适用

从本条规定来看，其主要规定了两项权利：一是股权。从广义上讲，股权是指股东可以向公司主张的各种权利；从狭义上讲，股权是指股东因出资而取得的，依法律或者公司章程的规定和程序参与公司事务并在公司中享受财产利益的，具有可转让性的权利。股权实际上是成员权或社员权的一种类型。关于股权的内容，我国《公司法》已经作出了相关的规定。二是其他投资性权利。其他投资性权利主要是指民事主体通过各种投资而取得的权利，如通过购买基金、保险等而取得的权利。^[69]

本条规定包含如下几方面的含义。

第一，本条规定进一步明确了我国采用民商合一的立法体例。从本条规定来看，民事主体所享有的股权和其他投资性权利受民法典的保护。这也进一步明确了我国民商合一的立法体例。股权是指股东因出资而取得的权利，基于股权，股东可以依据法律规定或者公司章程规定享有参与公司事务并取得相关收益的权利。一般而言，股权等投资性权利是由公司法、保险法等特别法规定的，主要受特别法调整，本条对股权等投资性权利作出规定，表明此类权利也受《民法典》的调整和保护。这实际上是再次强调我国实行民商合一的立法体例，各商事特别法是我国民事立法的组成部分，《民法典》对各商事特别法具有统率作用。

第二，本条完善了我国的民事权利体系。一般认为，民事权利可以分为人身权和财产权，但在人身权和财产权这一民事权利基本分类之外，还发展出了一些其他权利。尤其是随着民法从个人法向团体法的发展，社员权独立的必要性凸显。例如，股权在性质上即属于社员权，无法为财产权的概念所涵盖。因此，本条对股权等投资性权利作出规定，也宣告了此类权利在性质上属于民事权利，即在物权、债权等民事权利之外，将股权等投资性权利纳入民事权利的范畴，这也进一步完善了我国的民事权利体系。

第三，本条对股权以及其他投资性权利的保护作出规定，也有利于鼓励投资，鼓励人们创造财富。从实践来看，股权以及其他投资性权利主要是因个人投资行为而产生的民事权利，法律保护股权等投资性权利，实际上起到了保护私人财产权的效果，有利于鼓励人们积极开展投资活动，积极创造财富。

（本条由王利明撰写）

第一百二十六条

民事主体享有法律规定的其他民事权利和利益。

本条主旨

本条对民事主体所享有的民事权利和利益作出了兜底规定。

相关条文

《民法总则》第126条规定：“民事主体享有法律规定的其他民事权利和利益。”

《侵权责任法》第2条第2款规定：“本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”

理解与适用

从本条规定来看，其实际上是一个民事权利和利益受法律保护的兜底性条款。其不仅使民事权利的保护形成了完整的体系，而且使对私权的保护进一步地保持了开放性。无论是对权利还是对利益的具体

列举，都可能是不周延的。“法条有限，世事无穷”，社会生活不断变化发展，列举权利和利益不可能满足实践的发展。随着社会经济的发展，还有一些新型的利益，例如，网络虚拟财产权、商业秘密、特许权等，也需要在法律中作出规定。在条件成熟的时候，也可以上升为民事权利类型，纳入民事权利体系。本条的开放性的规定，可以为法官提供足够的裁判依据。此处采用民事权利和利益的提法，就表明其所保护的对象不仅包括民事权利，还包括权利外的合法利益。

一般而言，民法所保护的權利外利益的典型情形主要有如下几种。

一是新型人格利益。人格权益体系是一个不断发展、变化的体系，具有开放性。^[70]我国《民法典》第111条并没有将个人信息规定为一项具体人格权，而是将其规定为一项人格利益。因此，个人信息在性质上属于新型人格利益。除个人信息外，个人的声音、特有的肢体动作等，在性质上均属于人格利益。

二是死者人格利益。死者人格利益在性质上并不是权利。自然人死亡后，其不可能再享有实际权利中包含的个人利益，但权利中包含了社会利益的因素，因此，在自然人死亡后，法律仍需要对这种利益进行保护。同时，侵害死者的人格利益还将导致死者的近亲属遭受财产与精神上的损害，因此，对死者之人格利益的保护并非对死者的保护，而只是对某些社会利益或个人利益的保护。我国《民法典》第994条对死者的人格利益保护作出了规定。

三是占有。在现实生活中，许多占有的状态尽管还没有形成权利，但法律从维护社会秩序和人对物的关系出发，需要对这些占有状态进行保护。如拾得遗失物和漂流物、发现埋藏物后，依据法律规定，占有人应及时将物返还失主或上交国家，而不能据为己有；占有人也不能因其占有而获得占有权并长期占有这些物。但占有一旦形成，便应当受到法律保护。假如对上述占有不予保护，任何人都可以凭借暴力从占有人手中侵夺其占有物，则社会经济秩序和财产秩序将遭到严重破坏，法律秩序也将荡然无存。

四是对新型智力成果享有的利益。一些新型智力成果，其可能并未被确认为知识产权的类型，但仍然属于民事利益，应当受到法律保护，我国司法实践也采纳了此种立场。例如，在“莒县酒厂诉文登酿酒厂不正当竞争纠纷案”中，法院认为，文登酿酒厂违背诚信原则，以仿制瓶贴装潢及压价手段竞争，属不正当竞争行为，因此应停止侵害，赔偿损失。本案中，瓶贴装潢虽未形成权利，但原告的瓶贴装潢代表了原告的白酒信誉，并能给原告带来一定的经济利益，因此应受

到侵权责任法的保护。^[71]

本条有效衔接了《民法典》与民事特别法之间的关系。从本条规定来看，民事主体享有法律规定的其他民事权利和利益。此处所说的“法律规定”不限于《民法典》的规定，也包括民事单行法的规定，即民事单行法所规定的民事权利和利益，也受到法律保护。例如，《反不正当竞争法》第11条规定：经营者不得编造、传播虚假信息或者误导性信息，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉。该条对企业信誉的保护作出了规定，其也受到法律保护。再如，《消费者权益保护法》第27条规定：经营者不得对消费者进行侮辱、诽谤，不得搜查消费者的身体及其携带的物品，不得侵犯消费者的人身自由。该条对消费者的人身自由作出了规定。《民法典》第126条规定民事主体享有法律规定的其他民事权利和利益，实际上也发挥了引致条款的作用，有效衔接了《民法典》与其他民事单行法。

（本条由王利明撰写）

第一百二十七条

法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的，依照其规定。

本条主旨

本条就对数据、网络虚拟财产的保护规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第127条规定：“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的，依照其规定。”

《民法通则》第75条第1款规定：“公民的个人财产，包括公民的合法收入、房屋、储蓄、生活用品、文物、图书资料、林木、牲畜和法律允许公民所有的生产资料以及其他合法财产。”

理解与适用

数据、网络虚拟财产也是重要的民事权利的客体。本条就对数据、网络虚拟财产的保护作出了规定，适应了互联网、大数据时代的要求。

第一，数据的权利。

众所周知，我们已经进入了一个互联网、大数据背景下的信息社会，也进入了数字经济时代。数据是财富，数据信息被喻为大数据时代的“新石油”，是经济增长和价值创造的重要源泉。一方面，数据的开发和利用已成为科技创新的重要内容；另一方面，数据也成为民事主体的重要财产。数据究竟包括哪些权利，是一个值得探讨的问题。笔者认为：首先，如果数据具有独创性，则其可以受到著作权法的保护。其次，即使是没有获得知识产权保护的数据，也要受到法律保护，数据控制者享有署名权、数据携带权（也有人称之为提取权，即权利人有权禁止或许可他人将数据转移到另一个载体存放）、数据利用权（禁止他人发行、传播数据库中的数据）。

还要看到，由于大数据是对海量的信息所进行的收集、存储和分析，因而，大量的数据涉及个人的个人信息和隐私，甚至涉及个人的敏感信息和核心隐私。^[72]例如，将个人病历资料开发成大数据，或者将个人的银行存款信息汇总开发成大数据时，如果还没有对这些数据资料进行匿名化处理，或者匿名化处理不完整，从相关的数据中仍然可以了解个人的相关信息和隐私，那么这就可能侵害个人的个人信息和隐私权。又如通过对大数据技术的运用，一些机构可以从相关的数据中分析出个人的身份、财产、消费习惯等方面的信息。^[73]如果这些信息经过整合后再投入数据黑市进行交易，则这些行为可能触犯刑法的规定，构成非法侵入计算机信息系统罪、侵犯公民个人信息罪等罪名。^[74]当然，即便上述行为不构成犯罪，其也构成对他人个人信息和隐私权的侵害。因此，相关主体在收集、利用个人信息数据的同时，应当以保护当事人对个人信息的控制权利和隐私权为前提，信息控制者负有保护个人信息和隐私的责任。^[75]所以，在未来有必要

规定大数据中个人信息和隐私的保护问题。这是适应信息社会、大数据时代的特殊要求，是面向21世纪的当然要求。

第二，网络虚拟财产。

网络虚拟财产是伴随着互联网发展而产生的新的财产，如比特币、网游中的装备、电子邮箱等。它们与一般的财产在本质上有很大共性，都具有一定的经济价值，甚至可以在一定范围内流通。在司法实践中，已经出现了电子游戏装备、QQ号码归属等纠纷。^[76]《民法典》就对网络虚拟财产的保护作出原则性规定，可以为对网络虚拟财产的保护提供法律依据。^[77]

关于网络虚拟财产的性质，存在不同观点：一是无形财产说。此种观点认为，将网络虚拟财产界定为物权或者债权的客体均面临一定的困难，网络虚拟财产在性质上应当属于无形财产。^[78]二是物权说。此种观点认为，网络虚拟财产具有可支配性，通过物权请求权对侵害网络虚拟财产的行为进行规制，比债权请求权的方式更有效率，因此，从纠纷解决和法经济学的角度来看，将网络虚拟财产界定为物权比界定为债权更为妥当。^[79]三是债权说。此种观点认为：网络虚拟财产本质上是一系列以专属性服务为内容的合同权利的集合，其在性质上应当属于债权。^[80]四是民事权利客体说。此种观点认为，网络虚拟财产并非债权的客体，因为从《民法典》第118条第2款的规定来看，债权的客体是民事主体的行为，而网络虚拟财产并非民事主体的行为，故无法成为债权的客体。网络虚拟财产可以成为各类民事权利的客体。^[81]

笔者认为：从本条规定来看，既然承认网络虚拟财产具有财产性质，就应当比照财产权的规则进行保护。对网络虚拟财产应当采用财产权保护方法，而不能采用人格权保护方法；对于侵害网络虚拟财产的也不能适用精神损害赔偿。至于网络虚拟财产究竟是物权还是债权，目前仍未达成共识。笔者认为，网络虚拟财产的存在以当事人之间存在网络服务协议为前提，故其应当属于债权，可适用债权的相关规定对此类财产予以保护。

（本条由王利明撰写）

第一百二十八条

法律对未成年人、老年人、残疾人、妇女、消费者等的民事权利保护有特别规定的，依照其规定。

本条主旨

本条就对未成年人、老年人、残疾人、妇女、消费者等主体之民事权利保护的规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第128条规定：“法律对未成年人、老年人、残疾人、妇女、消费者等的民事权利保护有特别规定的，依照其规定。”

《未成年人保护法》第3条规定：“未成年人享有生存权、发展权、受保护权、参与权等权利，国家根据未成年人身心发展特点给予特殊、优先保护，保障未成年人的合法权益不受侵犯。”“未成年人享有受教育权，国家、社会、学校和家庭尊重和保障未成年人的受教育权。”“未成年人不分性别、民族、种族、家庭财产状况、宗教信仰等，依法平等地享有权利。”

《残疾人保障法》第3条规定：“残疾人在政治、经济、文化、社会和家庭生活等方面享有同其他公民平等的权利。”“残疾人的公民权利和人格尊严受法律保护。”“禁止基于残疾的歧视。禁止侮辱、侵害残疾人。禁止通过大众传播媒介或者其他方式贬低损害残疾人人格。”

《妇女权益保障法》第2条规定：“妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利。”“实行男女平等是国家的基本国策。国家采取必要措施，逐步完善保障妇女权益的各项制度，消除对妇女一切形式的歧视。”“国家保护妇女依法享有的特殊权益。”“禁止歧视、虐待、遗弃、残害妇女。”

理解与适用

一方面，本条就对未成年人、老年人等主体的民事权利的保护作出规定，符合现代民法注重维护实质平等的价值理念；另一方面，本条也属于引致条款，即在特别法对未成年人、老年人等的民事权利保护有规定时，适用该规定。

（一）《民法典》强化对未成年人、老年人、残疾人、妇女、消费者等的民事权利的保护

本条对未成年人、老年人、残疾人、妇女、消费者等的民事权利的保护作出了规定，表明我国《民法典》在强调形式平等的同时，也注重维护实质平等。传统民法注重维护主体之间的形式平等，将民事主体视为同样的理性主体，较少考虑民事主体在年龄、行动能力以及自我保护能力等方面的差异。而在现代社会，社会经济结构已经发生重大变化。与庞大的社会组织相比，个人在行动能力、订约能力以及维权能力等方面，往往处于弱势地位。因此，现代民法在维护形式平等的同时，越来越强调兼顾不同民事主体在行为能力方面的差异，强调对特殊主体的民事权利的特殊保护。

需要指出的是，突出对特定民事主体的权利的保护并不违反平等原则，相反，恰恰是平等原则的具体体现，因为在民事主体的民事行为能力等方面不存在差异时，原则上应当对其等同对待，即强调形式平等；而在民事主体的民事行为能力等方面存在差异时，仍然坚持形式平等，则会在客观上造成对民事主体的权利的不平等。例如，与大型企业相比，消费者在订约能力，议价能力等方面明显处于弱势地位，此时，仍然强调大型企业与消费者之间的形式平等，在客观上会影响对消费者权益的保护。因此，在民事主体的能力客观上存在差异时，有必要对特定主体进行特殊保护，以维护实质上的平等。

（二）特别法就对未成年人等主体的民事权利的保护有特别规定的，依照其规定

从本条规定来看，它实际上是一个引致条款，即如果特别法就对

未成年人等主体的民事权利的保护有特别规定，则依照其规定。我国现行立法就对未成年人、老年人、残疾人、妇女、消费者等的民事权利的保护作出了规定，此时，应当依据这些规定保护其民事权利。具体而言：

一是我国立法关于保护未成年人的民事权利的规定。例如，《未成年人保护法》第10条规定：父母或者其他监护人应当创造良好、和睦的家庭环境，依法履行对未成年人的监护职责和抚养义务。禁止对未成年人实施家庭暴力，禁止虐待、遗弃未成年人，禁止溺婴和其他残害婴儿的行为，不得歧视女性未成年人或者有残疾的未成年人。该条对监护人履行监护职责的规则作出了规定，并且禁止对未成年人实施家庭暴力等行为，目的即在于保护未成年人的人身权和财产权。依据《民法典》第128条的规定，《未成年人保护法》中保护未成年人的民事权利的规则仍然有效。

二是我国立法关于保护老年人的民事权利的规定。例如，《老年人权益保障法》第16条规定：赡养人应当妥善安排老年人的住房，不得强迫老年人居住或者迁居条件低劣的房屋。老年人自有的或者承租的住房，子女或者其他亲属不得侵占，不得擅自改变产权关系或者租赁关系。老年人自有的住房，赡养人有维修的义务。该条针对老年人的居住利益和房屋所有权保护作出了规定。

三是我国立法关于保护妇女的民事权利的规定。《妇女权益保障法》第42条规定：妇女的名誉权、荣誉权、隐私权、肖像权等人格权受法律保护。禁止用侮辱、诽谤等方式损害妇女的人格尊严。禁止通过大众传播媒介或者其他方式贬低损害妇女人格。未经本人同意，不得以营利为目的，通过广告、商标、展览橱窗、报纸、期刊、图书、音像制品、电子出版物、网络等形式使用妇女肖像。该条对妇女的名誉权、荣誉权、隐私权、肖像权等人格权的保护作出了规定。与《民法典》之人格权编的规定相比，该条的规定更为细化。

四是我国立法关于保护消费者的民事权利的规定。例如，《消费者权益保护法》第18条规定：经营者应当保证其提供的商品或者服务符合保障人身、财产安全的要求。对可能危及人身、财产安全的商品和服务，应当向消费者作出真实的说明和明确的警示，并说明和标明正确使用商品或者接受服务的方法以及防止危害发生的方法。宾馆、商场、餐馆、银行、机场、车站、港口、影剧院等经营场所的经营者，应当对消费者尽到安全保障义务。该条对经营者的警示、说明义务以及安全保障义务作出了规定，目的即在于保护消费者的人身、财产权益。

依据《民法典》第128条的规定，除上述立法外，其他立法中有关于保护特定主体的民事权利的规定的，也应当依照其规定。这就实现了《民法典》与其他单行法之间的有效衔接。

（本条由王叶刚撰写）

第一百二十九条

民事权利可以依据民事法律行为、事实行为、法律规定的事件或者法律规定的其他方式取得。

本条主旨

本条对民事权利的取得规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第129条规定：“民事权利可以依据民事法律行为、事实行为、法律规定的事件或者法律规定的其他方式取得。”

《民法总则》第133条规定：“民事法律行为是民事主体通过意思表示设立、变更、终止民事法律关系的行为。”

《物权法》第30条规定：“因合法建造、拆除住房等事实行为设立和消灭物权的，自事实行为成就时发生效力。”

《物权法》第28条规定规定：“因人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等，导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自法律文书或者人民政府的征收决定等生效时发生效力。”

理解与适用

民事权利的取得，是指民事主体依据合法的方式或根据获得民事权利。关于民事权利的取得，本条规定：民事权利可以依据民事法律行为、事实行为、法律规定的事件或者法律规定的其他方式取得。依据这一规定，民事权利的取得可以分为如下几种情形。

第一，依民事法律行为取得。依民事法律行为取得民事权利，主要是指当事人通过买卖合同、赠与合同等而取得民事权利。例如，当事人通过合同取得对标的物的所有权。我国《民法典》之物权编对基于法律行为的物权变动规则作出了规定，该规则就是依民事法律行为取得物权的规则。从实践来看，依民事法律行为取得民事权利是民事权利最为主要的取得方式。

第二，依事实行为取得。当事人也可以依据事实行为取得物权，我国法律也对此种民事权利取得方式作出了规定。例如，《民法典》第231条规定：因合法建造、拆除房屋等事实行为设立或者消灭物权的，自事实行为成就时发生效力。该条所规定的因合法建造房屋而取得物权就是依事实行为而取得物权。

第三，依法律规定的事件取得。事件也可以成为民事主体取得民事权利的重要原因。例如，人的死亡可以使继承人取得继承遗产的权利；再如，基于添附而取得相关的民事权利等。除事件外，法律的直接规定也是民事主体取得民事权利的重要方式，例如，自然人因出生而获得人格权和身份权、财产权等基本的民事权利。

第四，依据法律规定的其他方式取得。除上述各种方式外，民事主体还可以依据法律规定的其他方式取得民事权利。例如，《民法典》第229条规定：因人民法院、仲裁机构的法律文书或者人民政府的征收决定等，导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自法律文书或者征收决定等生效时发生效力。当然，此种物权变动必须是基于人民法院的生效判决或仲裁委员会的生效裁决，且此种判决和裁决必须针对物权变动而作出。

可见，民事主体取得民事权利的方式多种多样，但无论采取何种方式，民事权利的取得都必须合法。

（本条由王利明撰写）

第一百三十条

民事主体按照自己的意愿依法行使民事权利，不受干涉。

本条主旨

本条对民事权利行使的自愿原则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第130条规定：“民事主体按照自己的意愿依法行使民事权利，不受干涉。”

《民法总则》第5条规定：“民事主体从事民事活动，应当遵循自愿原则，按照自己的意思设立、变更、终止民事法律关系。”

《民法通则》第4条规定：“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。”

《合同法》第4条规定：“当事人依法享有自愿订立合同的权利，任何单位和个人不得非法干预。”

理解与适用

所谓权利行使的自愿原则，是指民事主体有权按照自己的意愿行使权利，不受他人的非法干涉。权利行使的自愿原则是民法之自愿原则的具体体现。

依据本条规定，民事主体在行使民事权利时，首先可以选择行使或者不行使某种权利。权利本身就是赋予权利人的一种行为自由，而“法无禁止皆自由”，权利人有权依法从事某种民事活动或不从事某种民事活动。这就采纳了“负面清单管理模式”也就是说，在民事领域中，除法律另有规定之外，权利人是否行使某种权利，或者是否从事某种行为或不行为，完全应当由权利人自主决定。只要是在法律规定的范围内，权利人有权自主决定权利行使的内容、方式等。

其次，民事主体依法行使权利的行为不受他人的非法干涉。也就是说，“自由止于权利”，权利本身界定了人与人之间行为自由的界限，权利人享有的权利也是他人不得非法逾越的行为边界，任何个人和组织，即便是政府机构，也不得非法干涉他人合法行使权利的行为。

尊重民事主体依据自己的意愿行使民事权利，是私法自治的重要内容。私法自治既是民法调整市场经济关系的必然反映，也是民法作为市民社会的法律的本质要求。私法自治本质是尊重个人的自由和自主，尊重民事主体合法行使民事权利的自由，充分发挥个人在现代社会治理中的作用。只要不违反法律、行政法规的规定以及公序良俗，民事主体即享有广泛的行使民事权利的自由，可以自由地转让其财产，订立合同，大胆投资，勇于创新。如此才能有效激发市场主体的活力与创造力，推进社会财富的创造与增长。

当然，权利人在行使权利时，必须依法行使、严格履行义务，权利人行使权利既不得违反法律、行政法规的强制性规定，也不得违反公序良俗，否则将构成权利滥用。

（本条由王利明撰写）

第一百三十一条

民事主体行使权利时，应当履行法律规定的和当事人约定的义务。

本条主旨

本条规定了民事义务必须履行的规则。

相关条文

《民法总则》第131条规定：“民事主体行使权利时，应当履行法律规定的和当事人约定的义务。”

《民法总则》第7条规定：“民事主体从事民事活动，应当遵循诚信原则，秉持诚实，恪守承诺。”

《民法通则》第88条第1款规定：“合同的当事人应当按照合同的约定，全部履行自己的义务。”

理解与适用

虽然民法本质上是权利法，但民法在保障民事权利的同时，也注重义务的履行，从而构建了权利、义务一体的法律规则体系。本条规定：“民事主体行使权利时，应当履行法律规定的和当事人约定的义务。”依据这一规定，权利人在行使权利时，必须履行其应尽的义务。具体而言，这包括两个方面。

一是履行法律规定的义务。法治是规则之治，法律规则是明确的、普遍的、公开的规范，是人们行为的指引，是行政执法和司法裁判的依据。法律规则是指经过国家制定或认可的关于人们行为或活动的命令、允许和禁止的规范。所以，在民法上，守法除了要求依法行使权利，还意味着必须履行法律规定的义务，必须将法定义务内化于心、外化于行。

二是履行当事人约定的义务。契约必须严守是合同法的基本原则。早在罗马法，债即被形象地称为“法锁”，其本意是强调合同必须

严守。《法国民法典》第1134条规定：“依法成立的契约，在缔结契约的当事人间有相当于法律的效力。”这就确立了契约神圣的原则。我国古代就有“民有私约如律令”的说法，它不仅包含了严守合同、履行允诺的内涵，还将民间私契在当事人之间的效力与官府律令的效力等同起来，反映了契约神圣性的观念。重允诺、守信用也是我国优秀传统文化的重要内容。《民法典》第136条规定：民事法律行为自成立时生效，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。行为人非依法律规定或者未经对方同意，不得擅自变更或者解除民事法律行为。第119规定：依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。上述规则都要求当事人在交易过程中严守合同，并且按照诚信原则履行合同，同时，在一方当事人违反合同约定时，对方当事人有权请求其承担违约责任。这也有利于保障当事人严守合同。

只有严守合同、履行合同义务，才能构建良好的市场经济秩序，维护社会生活的平安有序。

（本条由王利明撰写）

第一百三十二条

民事主体不得滥用民事权利损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益。

本条主旨

本条对禁止权利滥用规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第132条规定：“民事主体不得滥用民事权利损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益。”

《宪法》第51条规定：“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”

《民法通则》第7条规定：“民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，扰乱社会经济秩序。”

《物权法》第7条规定：“物权的取得和行使，应当遵守法律，尊重社会公德，不得损害公共利益和他人合法权益。”

理解与适用

所谓权利滥用，是指行使权利违背权利设定的目的，损害了他人的利益。例如，某人在自家大门顶上安装探头，直接对准邻居的家门口，目的是监视邻居的往来客人等情况。此种行为虽然是个人行使物权的行爲，但侵害了他人的隐私权，构成权利的滥用。《宪法》第51条规定：中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。《民法典》依据《宪法》的规定，于本条规定：民事主体不得滥用民事权利损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益。这就确立了禁止权利滥用的规则。

权利意味着主体的意志自由，但这种自由是有一定的限度的。法律并不允许权利人以任何方式随心所欲地行使自己的权利，民事权利亦不例外。孟德斯鸠在《论法的精神》中宣称：“一切有权利的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验。……从事物的性质来说，要防止滥用权力，就必须以权力约束权力。”虽然这句名言主要适用于对公权力进行规范，但是民事权利同样存在被滥用的可能，法律也应当对民事权利行使规定一定的限制，以防止滥用。此种规定也是为了从根本上保障权利的正当行使。

从权利行使角度来看，自由止于权利。任何权利的实现不仅关涉权利人的利益，而且也涉及义务人的利益、国家和社会的利益。因此，各国立法无不对权利的行使规定了这样或那样的限制。在罗马法

中，曾经有“凡行使权利者，无论于何人皆非不法”的规定。但近代以来，各国基本都认可了禁止权利滥用的规则。^[82]例如，《德国民法典》第226条规定，权利的行使不得只以加损害于他人为目的。《日本民法典》规定，私权要遵守公共福利，行使权利和履行义务要遵守信义，忠实执行，不允许滥用权利。这是因为“权利存在于将要实现其作用的范围内。超出这一范围，权利享有人便超出或滥用了这些权利。滥用权利的行为是一种与国家制度和精神不相符合的行为”^[83]。禁止权利滥用是与法律赋予民事主体权利的目的相一致的。我国民法一方面鼓励权利人正当地行使权利，以满足个人利益的需要；另一方面又为权利的行使划定了行为界限，禁止权利人超出这些界限侵犯他人和社会的利益。我国法律、法规不仅通过许多强制性的规范确立了民事权利行使的目的和界限，也确立了禁止滥用权利的规则。

在民法上，关于判断滥用权利的标准，各国立法规定和实践中的做法也是极不统一的，大致可分主观说和客观说两种。主观说以权利人行使权利的主观状态为标准，认为行使权利时有故意滥用的意志的就构成滥用权利。例如，德国对禁止权利滥用采取主观说：一方面是存在独立于善良风俗的《德国民法典》第226条，另一方面是为了防止混淆不道德的行为和不法的行为，要求滥用具有主观意思（实际上也有客观标准）。德国的学者和法官认为，如果权利人缺乏正当权益，则可以推定其有加损害于他人的意思，同样构成滥用权利。客观说以权利行使的客观结果为标准，认为只要行使权利时损害了他人的和社会的利益，就为滥用权利。例如，《波兰民法典》第5条就规定：如果某人以作为或不作为而取得有悖于法典的社会经济目的和社会共同原则的利益，则认为是滥用权利。

笔者认为，滥用权利实际上是权利人在行使权利过程中实施的一种违法行为。判断是否滥用权利应当坚持主、客观标准的统一。滥用权利概念意味着权利主体在行使自己权利时，损害了他人的或社会的利益。依据《民法典》第132条，滥用权利，应当具备如下条件：首先，要有权利的存在。滥用权利是以权利的存在为前提的，它是以不正当方式行使权利的行为。尽管滥用的表现形式是多种多样的，但都是违背权利存在的目的的。如果根本就没有权利，也就谈不上“滥用”。其次，须损害了国家利益、社会公共利益或者他人的合法权益。损害他人的利益是滥用权利的客观标志。虽然权利的行使是权利人的自由，但权利人应当在法律规定的范围内行使权利。即使对所有人来说，其也只能在法律规定的范围内享有所有权的各项权能。权利的行使必须要有合理的界限，这个界限就是不得损害国家利益、社会公共利益和他人的合法权益。如行使权利造成他人损害，也构成滥用权利。最后，须行为人主观有过错。权利人行使权利过程中损害他

人或社会的利益的过错是构成滥用权利的主观上标准。主观上有过错，并不意味着一定要有损害的恶意。当然，滥用权利的过错在多数情况下表现为故意，但有时候也表现为过失，如实施正当防卫行为时的防卫过当，就不一定是故意的。

滥用权利本身也是权利人在行使权利过程中实施的违反其应负的法律义务的行为，因此，滥用权利者应当依法承担相应的法律责任。滥用权利是超过法律规定的限度的行为，但超过法律规定的限度的行为不都是滥用权利，因为法律对行使民事权利的限制的性质是不同的。一般来说，行使权利不得违背权利的用途、目的，不得违反法律和社会公德，不得扰乱社会、经济秩序，超出这一限度当然是违法行为，会构成滥用权利。针对权利的行使法律还规定了另外一些限制，例如，某些权利的行使需要具备相应的民事行为能力，如果权利人不具备相应的民事行为能力行使该权利，同样是超出限度的，却不能说是一种滥用权利的违法行为。

一般而言，滥用权利的行为将发生两方面的后果：一是不能发生行为人预期的法律效果。^[84]例如，当事人利用订约自由，恶意诱使他人违约，则不能发生合同生效的效果。二是滥用权利造成他人损害者将承担法律责任。^[85]滥用权利的行为常常造成他人遭受损害的后果，因而，滥用权利往往同时也构成侵权，行为人主观上具有过错，因此，行为人应当依据《民法典》第1165条第1款的规定承担侵权责任。

（本条由王利明撰写）

注释：

[1] 尹田.论一般人格权.法律科学，2002（4）.

[2] Otto von Gierke，Deutsches Privatrecht，Bd I（1895），S.703.

[3] Roe v.Wade,410 U.S.113(1973).

[4] 杨立新.人格权法专论.高等教育出版社，2005：324.

[5] 冉克平.论人格权法中的人身自由权.法学，2012（3）.

[6] 杨立新.民商法理论争议问题——精神损害赔偿.北京：中国人民大学出版社，2004：8.

[7] 也有学者认为该词与人的尊严无关。Robin Gotesky and Ervin

Laszlo,ed.,Dignity—This Century and the Next:An Interdisciplinary Inquiry into Human Rights,Technology,War,and the Ideal,New York:Gorden and Breach,1970,p.42.

[8] David A.Hyman,“Does Technology Spell Trouble with a Capital ‘T’?:Human Dignity and Public Policy”, 27 Harv.J.L.& Pub.Pol’y 3,3(2003).

[9] 康德.道德形而上学原理.苗力田,译.上海:上海人民出版社,2002:52.

[10] 张新宝.信息技术的发展与隐私权保护.法制与社会发展,1996(5).

[11] 齐爱民.个人资料保护法原理及其跨国流通法律问题研究.武汉:武汉大学出版社,2004.

[12] 张新宝.信息技术的发展与隐私权保护.法制与社会发展,1996(5).

[13] Christiane Féral-Schuhl, Cyber droit, le droit à l'épreuve de l'Internet, Dalloz, 2008, p.43.

[14] 齐爱民.拯救信息社会中的人格.北京:北京大学出版社,2009:275.

[15] 工信部:个人信息保护指南将出台.北京晚报,2012-04-05.

[16] 唐德华.民事审判若干理论与实践问题.长春:吉林人民出版社,2002:163.

[17] Vinding Kruse, The Right of Property, Oxford University Press, 1953, p.131.

[18] Gyorgy Diosdi, Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law, Akademiai Kiado, Budapest, 1970, p.107.

[19] Vinding Kruse, The Right of Property, Oxford University Press, 1953, p.131.

[20] 史尚宽.民法总论.北京:中国政法大学出版社,2000:254.

[21] 陈华彬.民法物权论.北京:中国法制出版社,2010:55.

[22] 谢在全.民法物权论:上.台北:三民书局,2003:20.

[23] 申卫星.物权法原理.北京:中国人民大学出版社,2008:45.

[24] 王泽鉴.民法物权·通则·所有权.台北:三民书局,2001:50.

[25] See Andrew Reeve, Property, Basingstoke: Macmilan Education Ltd., 1986, p.82.

[26] 陈朝璧.罗马法原理.上海：商务印书馆，1936：84.

[27] 陈旭琴.关于物与建立我国物权制度的法律思考.杭州大学学报（哲社版），1996（1）.

[28] 陈华彬.物权法原理.北京：国家行政学院出版社，1998：52.

[29] 鲍尔，施蒂尔纳.德国物权法：上.张双根，译.北京：法律出版社，2004：22.

[30] 第一种观点认为，无体物是指不具备一定的形状但占有一定的空间或能够为人们所支配的物，如电、热、声、光以及空间等在物理上表现为无形状态的物，它们在一定程度上也能够为人们所支配。第二种观点认为，无体物是指知识产权，因为知识产权是基于创造性智力和工商业标准所取得的权利，它并不是对有体物所享有的权利，所以常常被称为无体物或无形财产。第三种观点认为，无体物是指除有体物以外的其他权利和利益。

[31] 马俊驹，梅夏英.无形财产的理论和立法问题.中国法学，2001（2）.

[32] 《德国民法典》第94条，《日本民法典》第86条，《瑞士民法典》第655条.

[33] 王泽鉴.民法物权·通则·所有权.台北：三民书局，2001：53.

[34] MuechKomm/Gaier，Einleitung des Sachenrechts，Rn.11.

[35] MuechKomm/Gaier，Einleitung des Sachenrechts，Rn.11.

[36] 王泽鉴.债法原理.北京：中国政法大学出版社，2003：416.

[37] European Group on Tort Law，“Principles of European Tort Law：Text and Commentary”，Springer，2005，p.102.

[38] 张新宝.中国侵权行为法.2版.北京：中国社会科学出版社，1998：36.

[39] 洪逊欣.中国民法总则.台北：自版，1992：61.

[40] 胡波.中国民法典编纂体例之我见——以绝对权与相对权的二元结构为中心.河北法学，2007（4）.

[41] 王文钦.论第三人侵害债权的侵权行为//梁慧星.民商法论丛：第6卷.北京：法律出版社，1997.朱晓喆.债之相对性的突破——以第三人侵害债权为中心.华东政法学院学报，1995（3）.

[42] 王泽鉴.债法原理.北京：中国政法大学出版社，2003：416.

[43] Hans Brox，Besonders Schuldrecht，Muenchen，2007，S.418.

- [44] 江俊彦.民法债编总论.台北：新学林出版股份有限公司，2011：170.
- [45] 史尚宽.债法总论.北京：中国政法大学出版社，2000：62.
- [46] 王泽鉴.债法原理.2版.北京：北京大学出版社，2013：315.
- [47] 黄立.民法债编总论.北京：中国政法大学出版社，2002：171.
- [48] 冯·巴尔，等.欧洲私法的原则、定义与示范规则：欧洲示范民法典草案：第五卷至第七卷.王文胜，等译.北京：法律出版社，2014：135.
- [49] 郑玉波.民法债编总论.北京：中国政法大学出版社，2004：84.
- [50] 郑玉波.民法债编总论.北京：中国政法大学出版社，2004：92.
- [51] 黄茂荣.不当得利.台湾：植根法学丛书编辑室，2011：8.
- [52] 冯·巴尔，等.欧洲私法的原则、定义与示范规则：欧洲示范民法典草案：第五卷至第七卷.王文胜，等译.北京：法律出版社，2014：874.
- [53] 王泽鉴.不当得利.北京：中国政法大学出版社，2002：204.
- [54] Hans Brox, Besonders Schuldrecht, Muenchen, 2007, S.475.
- [55] 黄茂荣.不当得利.台湾：植根法学丛书编辑室，2011：230.
- [56] 同②S.474.
- [57] 郑玉波.民法债编总论.北京：中国政法大学出版社，2004：107.
- [58] 王泽鉴.不当得利.北京：中国政法大学出版社，2002：204.
- [59] 史尚宽.债法总论.北京：中国政法大学出版社，2000：94.
- [60] 吴汉东.关于知识产权本体、主体与客体的重新认识——以财产所有权为比较研究对象.法学评论，2000（5）.
- [61] 王岩.专利的价值及其运营.知识产权，2016（4）.
- [62] 彭学龙.寻求注册与使用在商标确权中的合理平衡.法学研究，2010（3）.
- [63] 石宏.中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及相关规定.北京：北京大学出版社，2017：289.
- [64] 王笑冰.关联性要素与地理标志法的构造.法学研究，2015（3）.
- [65] 戴建志，陈旭.知识产权损害赔偿研究.北京：法律出版社，1997：132.

[66] 管荣齐, 薛智胜.从TPP知识产权规则审视植物新品种的可专利性.知识产权, 2016 (3) .

[67] 史尚宽.继承法论.北京:中国政法大学出版社, 2000: 92-93.

[68] 牟延林, 吴安新.继承权应属于侵权法的保护对象.天津商学院学报, 2001 (3) .

[69] 石宏.中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及相关规定.北京:北京大学出版社, 2017: 298.

[70] Jean-Christophe Saint-Pau (dir.) , Droits de la personnalité , LexisNexis , 2013 , p.37.

[71] 最高人民法院公报, 1990 (3) .

[72] Allen , Anita L. , “Protecting One's Own Privacy in a Big Data Economy” , Harvard Law Review Forum , Vol.130 , Issue 2 (December 2016) , pp.71-78.

[73] Allen , Anita L. , “Protecting One's Own Privacy in a Big Data Economy” , Harvard Law Review Forum , Vol.130 , Issue 2 (December 2016) , pp.71-78.

[74] 叶竹盛.是时候给大数据套上法律笼头了.新京报, 2017-05-31.

[75] Gola/Klug/Körffer , in : Gola/Schomerus , BDSG , §13 , Rn.49.

[76] 例如, 在“李某诉北极冰公司案”中, 游戏玩家李某因为游戏道具被盗, 遂以游戏运营商侵害其私人财产为由诉至法院。法院认为: 关于丢失装备的价值, 虽然虚拟装备是无形的, 且存在于特殊的网络游戏环境中, 但并不影响虚拟物品作为无形财产的一种, 获得法律上的适当评价和救济。玩家参与游戏需支付费用, 可获得游戏时间和装备的游戏卡均需以货币购买, 这些事实均反映出作为游戏主要产品之一的虚拟装备具有价值含量。北京市第二中级人民法院 (2004) 二中民终字第02877号民事判决书。

[77] 北京市朝阳区人民法院 (2003) 朝民初字第17848号民事判决书。

[78] 李国强.网络虚拟财产权利在民事权利体系中的定位.政法论丛, 2016 (5) .

[79] 许可.网络虚拟财产权定位的证立——一个后果论的进路.政法论坛, 2016 (5) .

[80] 刘明.论网络虚拟财产禁止让与特约的法律规制.中国社会科学院研究生院学报, 2015 (1) .

[81] 杨立新.民法总则规定网络虚拟财产的含义及重要价值.东方法学, 2017 (3) .

[82] 我妻荣.新订民法总则.于敏,译.北京:中国法制出版社,2008.

[83] André Tunc , International Encyclopedia of Comparative Law , Vol.4 , Torts , Chapter 2 , Liability for One's Own Act , J.C.B.Mohr,Paul Siebeck , Tübingen , 1975 , p.11.

[84] 我妻荣.新订民法总则.于敏,译.北京:中国法制出版社,2008:33.

[85] 郑玉波.民法总则.北京:中国政法大学出版社,2003:550.

第六章 民事法律行为

第一节 一般规定

第一百三十三条

民事法律行为是民事主体通过意思表示设立、变更、终止民事法律关系的行为。

本条主旨

本条对民事法律行为的定义作出了规定。

相关条文

《民法总则》第133条规定：“民事法律行为是民事主体通过意思表示设立、变更、终止民事法律关系的行为。”

《民法通则》第54条规定：“民事法律行为是公民或者法人设

立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。”

理解与适用

本条对民事法律行为的概念作出了规定。依据这一规定，所谓民事法律行为，是指以意思表示为核心、能够产生当事人预期的法律效果的行为。法律行为的概念是德国学者古斯塔夫·胡果（Gustav Hugo）于1805年出版的《日耳曼普通法》一书中提出的，并为《德国民法典》所采纳。^[1]我国《民法通则》并没有使用“法律行为”这一术语，而用“民事行为”予以代替。《民法通则》使用了“民事法律行为”这一概念，但其是指合法的民事行为。对此，《民法通则》第54条规定：民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。从本条的规定来看，其并没有要求民事法律行为必须具有合法性，因此，《民法典》所规定的民事法律行为与《民法通则》所规定的民事法律行为并不属于同一概念，其与《民法通则》所规定的“民事行为”的内涵应当基本相同。

民事法律行为具有如下特征：

第一，民事法律行为是民事主体实施的以发生民事法律后果为目的的行为。依据本条规定，民事法律行为是民事主体所实施的行为。由于民事法律行为以意思表示为核心，并且主要发生私法上的效果，因此，民事法律行为应当是民事主体所实施的。民事法律行为以发生民事法律后果为目的。民事法律行为在性质上属于民事法律事实的范畴，能够使法律关系发生变化，具体而言：一是使法律关系产生。例如，当事人通过订立合同，在当事人之间产生合同之债的法律关系。二是使法律关系变更。例如，当事人通过约定变更合同内容，从而使当事人之间的合同关系发生变更。三是使法律关系消灭。例如，债权人免除债务人的债务，从而使当事人之间债的关系归于消灭。当然，应当指出的是，《民法典》并没有要求民事法律行为必须是合法的，因此，其所产生的法律后果既可能是合法的，也可能是非法的，前者如当事人订立有效的合同，在当事人之间产生合同之债的法律关系，后者如当事人之间恶意串通，实施了损害他人合法权益的民事法律行为，依据《民法典》第154条的规定，该行为即属于无效民事法律行为。

第二，民事法律行为以意思表示为核心。民事法律行为以意思表

示为核心，意思表示是民事主体向外部表明意欲发生一定私法上效果的意思的行为。《民法典》以专节的形式对意思表示的规则作出了详细规定，这对于准确认识民事法律行为的本质，准确认定民事法律行为的效力具有重要意义。当然，虽然民事法律行为以意思表示为核心，但二者并不能等同，因为民事法律行为的成立除需要意思表示外，还可能需要其他要件，如采用特定的形式等，同时，某些民事法律行为的成立可能需要一个以上的意思表示，如双方民事法律行为的成立即需要两个意思表示。

第三，民事法律行为能够产生当事人所预期的法律效果。民事法律行为能够产生当事人所预期的法律后果，这也是民事法律行为不同于其他民事法律事实的重要区别，其他民事法律事实所产生的法律后果可能是法律直接规定的，如因侵权行为而引发的侵权责任，即是法律直接规定的结果。民事法律行为所产生的法律后果是当事人所追求的，这也使民事法律行为是重要的私法自治的工具，即当事人可以借助民事法律行为达到其所欲实现的私法效果。^[2]当然，并非所有的民事法律行为都能产生当事人所追求的法律效果，只有有效的民事法律行为才能产生当事人所追求的法律效果，如果民事法律行为无效或者被撤销，则不能发生当事人所追求的法律效果。

（本条由王叶刚撰写）

第一百三十四条

民事法律行为可以基于双方或者多方的意思表示一致成立，也可以基于单方的意思表示成立。

法人、非法人组织依照法律或者章程规定的议事方式和表决程序作出决议的，该决议行为成立。

本条主旨

本条对民事法律行为的成立规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第134条规定：“民事法律行为可以基于双方或者多方的意思表示一致成立，也可以基于单方的意思表示成立。”“法人、非法人组织依照法律或者章程规定的议事方式和表决程序作出决议的，该决议行为成立。”

《民法通则》第55条规定：“民事法律行为应当具备下列条件：（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律或者社会公共利益。”

理解与适用

（一）民事法律行为可基于双方、多方或者单方意思表示成立

本条第1款规定：“民事法律行为可以基于双方或者多方的意思表示一致成立，也可以基于单方的意思表示成立。”据此，民事法律行为可以分为单方民事法律行为、双方民事法律行为、多方民事法律行为。

所谓单方民事法律行为，又称一方行为，是指根据一方的意思表示就能够成立的行为。换言之，是指某个人依据其意志而从事的能够发生法律效力行为。单方民事法律行为大体上可以分为两种：一是因行使个人权利而实施的单方行为，而该行为仅仅发生个人的权利变动，如无主物先占、抛弃所有权和其他物权等。二是该行为涉及他人权利的发生、变更或消灭等，如授予代理权、授予处分权、立遗嘱和抛弃继承、委托代理的撤销，以及行使解除合同权、选择权、择定权等。^[3]

所谓双方民事法律行为，是指双方当事人意思表示一致才能成立的民事法律行为。双方民事法律行为的典型形式是合同。合同是作为平等主体的自然人、法人及其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议，也就是说，合同是一种发生民法上效果的合意。合同的成立必须要有两个以上的当事人，各方当事人须互相作出意思表示。这就是说，当事人各自从追求自身的利益出发而作出意思表示，双方的意思表示是交互的才能成立合同。

所谓多方民事法律行为，又称为共同民事法律行为，是基于两个或两个以上共同的意思表示一致而成立的法律行为，例如，订立公司章程、订立合伙协议。我国一些学者认为，法律上有必要区分合同与契约，契约为双方民事法律行为，而合同为多方民事法律行为。^[4]此种观点也旨在区分双方民事法律行为和多方民事法律行为。共同民事法律行为和双方民事法律行为的区别在于：一方面，在实施共同民事法律行为时，当事人所追求的利益是共同的，而在双方民事法律行为中，当事人的利益是相对的。^[5]另一方面，在实施共同民事法律行为时，共同的意思表示的达成需要多数人的意思表示一致，并遵循一定的程序，而双方民事法律行为只需要双方意思表示一致。例如，订立章程要遵守一些订立章程的规则、程序，这不宜完全适用合同法的规定，根据合伙协议或法人的章程，一旦决议以规定的方式作出，那么它对未对决议投赞成票的人也具有约束力。

（二）决议行为

本条第2款规定：法人、非法人组织依照法律或者章程规定的议事方式和表决程序作出决议的，该决议行为成立。该款对决议行为作出了规定。应当说，决议行为与一般的民事法律行为一样，都是意思表示的产物。不论是民事法律行为，还是决议行为，都需要主体以意思表示的方式作出，因此，有关意思表示的规则，一般也都可以适用于决议行为。^[6]例如，有关欺诈、胁迫等意思表示瑕疵规则，也应当可以参照适用于决议行为。决议行为与共同民事法律行为不同，共同民事法律行为需要当事人意思表示一致，而决议行为可能实行多数决，并不当然需要当事人意思表示一致。

然而，《民法典》专门对决议行为作出规定，表明其与一般的民事法律行为存在一定的区别，此种区别主要体现在：

第一，主体不同。决议行为是法人和非法人组织及其内部所作出的决议，原则上只适用于法人或者非法人组织的内部决议事项。^[7]决议行为在性质上属于团体行为，其并不存在一般民事法律行为中的效

果意思形成阶段，所以，决议行为并不适用于自然人。决议行为具有对团体自身和其成员的拘束力，它不仅为团体设定权利、义务，也为团体成员设定了权利、义务。^[8]而一般的民事法律行为既可以是自然人所实施的行为，也可以是法人、非法人组织所实施的行为。

第二，是否需要意思表示一致不同。决议行为是法人、非法人组织依照法律或者章程规定的议事方式和表决程序作出决议的行为，因而，符合法律和章程规定的程序所作出的决定，即使没有得到所有成员的同意，也能够产生效力，而且成员不论是否参与表决该决议，或者是否同意该决议，都要受到该决议的约束。一旦决议以规定的方式作出，它对未参与表决的成员也具有约束力。而对双方和多方民事法律行为而言，必须各个当事人意思表示一致，否则无法成立。

第三，是否需要按照一定的程序表决不同。决议行为需要按照法定或者约定的程序作出。对决议行为而言，其主要实行多数决，只要是按照程序作出了决定，则成员不论是否参与或者同意该决议，都受该决议的约束。而实施一般的民事法律行为一般并不需要遵守某种特定的程序。

决议行为也不同于共同民事法律行为。应当承认，决议行为和共同民事法律行为一样，都可能需要按照一定的程序作出，因此，许多学者认为，决议行为应当包括在共同民事法律行为之中。但《民法典》将决议行为与共同民事法律行为分开规定，表明二者并非同一概念。两者的区别主要表现在：第一，是否需要合意不同。依据本条的规定，共同民事法律行为必需多方的意思表示一致才能成立，要求排除异见；而决议行为通常并不需要多方意思表示一致，而主要实行多数决。即便决议时出现了全体一致同意的状况，那也只能是一种偶然，而非决议所要求的意思表示合成规则。^[9]第二，适用对象不同。共同民事法律行为主要适用于自然人，而依据本条第2款的规定，决议行为适用于法人和非法人组织，并不适用于自然人。第三，是否有严格的程序要求不同。共同民事法律行为的作出通常并不需要遵循严格的程序，而从本条第2款的规定来看，决议行为需要依照法律或者章程规定的议事方式和表决程序作出，程序上的瑕疵可能影响决议行为的效力。

（本条由王利明撰写）

第一百三十五条

民事法律行为可以采用书面形式、口头形式或者其他形式；法律、行政法规规定或者当事人约定采用特定形式的，应当采用特定形式。

本条主旨

本条对民事法律行为的形式作出了规定。

相关条文

《民法总则》第135条规定：“民事法律行为可以采用书面形式、口头形式或者其他形式；法律、行政法规规定或者当事人约定采用特定形式的，应当采用特定形式。”

《民法通则》第56条规定：“民事法律行为可以采用书面形式、口头形式或者其他形式。法律规定用特定形式的，应当依照法律规定。”

理解与适用

所谓民事法律行为的形式，又称为民事法律行为的成立方式，即当事人意思表示的外在表现形式。本条规定：民事法律行为可以采用书面形式、口头形式或者其他形式；法律、行政法规规定或者当事人约定采用特定形式的，应当采用特定形式。从比较法上看，各国一般都尊重当事人在选择民事法律行为形式方面的意思自由，原则上允许

当事人自由选择民事法律形式。例如，关于合同的形式，《欧洲民法典草案》在确立合同自由内容时候，就规定了当事人有权选择合同的形式，并且在第2-1：106条明确规定合同当事人不受任何形式的约束。从本条的规定来看，我国《民法典》也规定了多种形式，而且没有要求当事人必须采用某种特定的形式。这实际上也尊重了当事人选择民事法律行为形式的自由。当然，对特殊类型的民事法律行为而言，如果法律、行政法规对其形式有特别的规定和要求，则当事人实施该种民事法律行为应当符合该形式要求。

依据本条规定，民事法律行为的形式具体包括以下几种。

一是书面形式。所谓书面形式，是指以文字等为主的可以再现民事法律行为内容的形式。书面形式主要是指合同书、信件、电报、电传、传真等，还包括微信、QQ等网络通信手段。《民法典》第469条第3款规定，以电子数据交换、电子邮件等方式能够有形地表现所载内容，并可以随时调取查用的数据电文，视为书面形式。将数据电文纳入书面形式范畴，符合世界各国商业发展与立法的趋势，可与国际电子商务的立法和实务相衔接，也有利于促进电子商务的发展。可见，书面形式的种类十分广泛，只要是能够再现当事人意思表示内容的形式，都有可能成为书面形式。民事法律行为的书面形式既可以由法律规定，也可以由当事人约定。书面形式的要求有利于准确界定当事人之间的权利义务关系，从而有效减少纠纷。此外，书面形式还具有防止欺诈、督促当事人谨慎行为的功能。

二是口头形式。口头形式是指当事人通过口头对话的方式实施民事法律行为。在社会生活中，口头形式是最为普遍的民事法律行为形式。例如，通过电话预订房间、购买产品等。口头形式的主要优点在于简便易行、快捷迅速。本条允许当事人采取口头形式实施民事法律行为，既尊重了当事人的意思自由，也有利于鼓励交易。但口头形式固有的缺点是缺乏文字凭据，一旦发生纠纷，也可能使当事人面临不能就合同关系的存在以及合同的内容作出举证的危险。

三是其他方式。本条规定了民事法律行为可以采取“其他形式”。关于此处的“其他形式”究竟包括哪些方式，存在不同观点。所谓其他形式是指以书面和口头形式以外的行为方式缔约的形式，其主要是指当事人不是通过语言或者文字的方式来作出意思表示，而是通过一定的行为作出意思表示。默示形式包括的范围也较为广泛，例如，房屋租赁合同期满后，出租人继续接受承租人所交纳的租金，根据这一特定的行为，可以推定当事人有延长房屋租赁合同期限的意思表示。再如，商店设置自动售货机，顾客将规定的货币投入自动售货机内，买卖合同即告成立，即通过顾客的投币行为就可以推定合同成立。

本条规定，“法律、行政法规规定或者当事人约定采用特定形式的，应当采用特定形式”。这也意味着，如果法律、行政法规对民事法律行为的形式作出了要求，当事人应当遵守，但问题在于：如果当事人没有遵守该规定，是否必然导致民事法律行为无效？也就是说，相关法律、行政法规关于民事法律行为形式的规定是否属于效力性强制性规定？如果法律、行政法规对当事人违反有关民事法律行为形式规定的法律后果作出了规定，则应当依据该规定认定民事法律行为的效力。但如果法律、行政法规没有对违反民事法律行为形式的法律后果作出规定，则从鼓励交易、保护当事人私法自治出发，不应当轻易否定当事人民事法律行为的效力。^[10]

（本条由王利明撰写）

第一百三十六条

民事法律行为自成立时生效，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

行为人非依法律规定或者未经对方同意，不得擅自变更或者解除民事法律行为。

本条主旨

本条对民事法律行为的拘束力规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第136条规定：“民事法律行为自成立时生效，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”“行为人非依法律规定或

者未经对方同意，不得擅自变更或者解除民事法律行为。”

《民法通则》第57条规定：“民事法律行为从成立时起具有法律约束力。行为人非依法律规定或者取得对方同意，不得擅自变更或者解除。”

理解与适用

（一）除法律另有规定或者当事人另有约定外，民事法律行为自成立时生效

所谓民事法律行为的生效，是指已经成立的民事法律行为符合法定的生效要件，因而能产生法律上的约束力。这主要是指私法上的效力，而不包括公法上的效力。

在绝大多数情况下，民事法律行为一旦依法成立，便会产生效力，因此，本条第1款中规定，民事法律行为自成立时生效。但在某些情况下，民事法律行为成立并不一定产生一定的法律效力，要产生法律效力，则必须要符合法定的生效要件。因此，有必要区分民事法律行为的成立与生效，两者的区别主要表现在以下方面。

第一，从性质上看，民事法律行为成立仅涉及当事人个人意思以及意思表示的问题，而民事法律行为的生效意味着法律采取一定标准对意思表示作出评价或干预。所以符合民事法律行为生效标准的行为就能够生效，产生当事人预期的效果。如果不符合该标准，将分别为无效、被撤销或效力待定。民事法律行为即使已经成立，如果不符合法律规定的生效要件，仍然不能产生法律效力。合法民事法律行为从行为成立时起具有法律效力，而违法的民事法律行为虽然成立但也可能不会产生当事人预期的法律效果。由此可见，民事法律行为成立后并不是当然生效的，民事法律行为是否生效，取决于其是否符合国家的意志和社会公共利益。民事法律行为生效制度体现了国家对民事法律关系的肯定或否定的评价，反映了国家对民事法律行为的干预。

第二，在时间上，两者所处的阶段不同。尽管在许多情况下，民事法律行为成立与生效在时间上是很难区别的，但它们毕竟处于两个不同阶段，所以，“近代民法学说，多将法律行为之成立及生效分为

两个阶段”^[11]。民事法律行为的成立是指当事人作出了单方意思表示或者意思表示达成合意，而民事法律行为生效是指民事法律行为对当事人产生实质法律拘束力。从法律评价标准来看，民事法律行为的生效实际上是在已经成立的基础上所作的价值判断，因此，民事法律行为生效的时间可能要晚于民事法律行为成立的时间。例如，对于需要政府审批的合同而言，其成立后需要经过政府审批才能生效。当然，一般情况下，只要民事法律行为的内容和形式合法，民事法律行为成立后即生效。

第三，两者的构成要件不同。民事法律行为的成立要件包括当事人、当事人作出意思表示、当事人就意思表示达成合致。而依据《民法典》第143条的规定，民事法律行为的生效需要具备下列条件：一是行为人具有相应的民事行为能力；二是意思表示真实；三是不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗。

第四，两者体现的国家干预的程度不同。民事法律行为的成立是当事人作出意思表示或意思表示达成合意。因此，它主要表现了当事人的意思，但该意思是否是当事人真实意思的表达，在成立要件中很难予以判断，而只有在生效要件中才能加以判断。至于民事法律行为的内容中是否存在着欺诈、胁迫和其他违法的因素，并不是民事法律行为成立制度而是民事法律行为生效制度调整的范围。^[12]而民事法律行为的生效是指国家对已经成立的民事法律行为予以认可，当事人的合意如果符合国家的意志，将被赋予法律拘束力。对意思表示是否真实的判断，应当考虑对信赖利益的保护等问题。也就是说，在生效要件中，要掺杂对交易安全等的价值评价。如果当事人的合意违背了国家意志，不仅不能产生法律约束力，而且将要承担民事法律行为被撤销或者被宣告无效的责任。由此可见，民事法律行为生效制度体现了国家对民事法律关系的肯定或否定的评价，反映了国家对民事关系的干预。^[13]

第五，从逻辑体系来看，如果区分成立和生效，则将进一步区分民事法律行为的不成立、被撤销和无效。长期以来，在我国司法实践中，由于未区分民事法律行为的不成立和民事法律行为的无效概念，将大量的民事法律行为不成立的问题被作为无效民事法律行为对待，混淆了当事人在民事法律行为无效后的责任和民事法律行为不成立时的责任。尤其因为未区分民事法律行为的成立和生效问题，一些已经成立但不具备生效要件的民事法律行为都被作为无效民事法律行为对待，许多已经成立但条款不齐备或不明确的情况都被作为无效民事法律行为对待，从而扩大了无效民事法律行为的范围，导致大量的本来可以成立的民事法律行为成为无效民事法律行为，本来不应该被消

灭的交易被消灭了。从法律后果上看，民事法律行为的不成立和无效产生的法律后果是不同的。^[14]如果民事法律行为一旦被宣告不成立，那么有过失的一方当事人应根据缔约过失责任制度，赔偿另一方所遭受的利益的损失；当事人如果已经作出履行，则应当各自向对方返还其已接受的履行。因民事法律行为的成立主要涉及当事人的合意问题，因此民事法律行为不成立只产生民事责任而不产生其他的法律责任。但对于无效民事法律行为来说，因为它在性质上根本违反了国家意志，所以无效民事法律行为不仅产生民事责任（如缔约过失责任、返还不当得利责任），而且将可能引起行政责任甚至刑事责任。

（二）行为人非依法律规定或者未经对方同意，不得擅自变更或者解除民事法律行为

本条第2款规定：行为人非依法律规定或者未经对方同意，不得擅自变更或者解除民事法律行为。这就是对民事法律行为的拘束力作出了规定。此处所说的法律拘束力，首先是指私法上的效力，而不应包括民事法律行为生效以后所可能引起的公法上的效果。其次，是指民事法律行为发生了行为人所意欲发生的法律效果，这种效果因民事法律行为形态的不同而有异。就单方民事法律行为而言，在大多数情况下，主要是对表意人产生法律拘束力。当然，在某些情况下，单方民事法律行为也可能对第三人产生法律拘束力，例如，遗嘱行为可能会对继承人产生效力。就双方民事法律行为而言，一旦合意达成，就对双方当事人产生了拘束力，即双方必须依据合同的规定享受权利、承担义务，乃至承担违约责任。

民事法律行为的效力可以分为对内的效力和对外的效力。所谓对内的效力，是指民事法律行为对当事人产生的法律拘束力。对此，本条第2款规定：行为人非依法律规定或者未经对方同意，不得擅自变更或者解除民事法律行为。例如，当事人在订立合同后，即应当受到合同的严格拘束，必须严格履行合同，否则应当承担违约责任。所谓对外的效力，是指民事法律行为对当事人以外的人产生的法律拘束力。例如，合同一旦生效，也可能对合同当事人以外的第三人产生效力。这主要表现在为第三人利益的合同、债权保全制度、租赁权物权化、债权不可侵害性等方面。

民事法律行为能够产生法律拘束力，从表面上看是当事人意思自治的结果，或者说是当事人自愿选择的结果，但从实质上看，民事法律行为的法律约束力或效力，不仅来源于当事人的意志，而且来源于法律的赋予。也就是说，由于当事人的意志符合国家的意志和社会利

益，因此国家赋予当事人的意志以拘束力，并且使当事人实施的民事法律行为能够产生其预期的效果。具体来说，民事法律行为一旦生效，就可能产生法律拘束力。

当然，民事法律行为的效力必须根据各种具体的民事法律行为的形态而确定，因为其效力在不同形态中是不同的：在生效的时间上不同，在对在当事人的拘束力的表现形态等方面也存在较大差别，有的是对行为人单方面产生拘束力，有的是对当事人双方产生拘束力，有的对第三人也产生拘束力。

民事法律行为的生效，是指民事法律行为产生了法律拘束力，意味着当事人所追求的目的得到实现，并发生了行为人预期的法律效果。在此有必要区分民事法律行为和事实行为的效力的差异。一般来说，民事法律行为的效力主要是发生了当事人所预期的法律效果，而事实行为只是发生了法律规定的效果，而不是当事人所预期的法律效果。例如，对于侵权行为而言，行为人从事不法侵害他人财产和人身的侵权行为以后，应当承担相应的侵权责任，但这种责任是法律规定的效果，而不是侵权行为人主观上意欲达到的效果。对于事实行为来说，不存在当事人预期的意思的效力的问题，行为人的行为（如侵权行为）只要符合法律规定的要件，依法即在当事人之间形成规定的权利义务关系。

当然，民事法律行为的效果，也可能是法律所规定的。例如，合同生效对当事人所产生的拘束力，以及违反合同所产生的责任，也要由合同法加以确认，但本质上，合同的法律效果是当事人所预期要实现的法律效果。根据是否是当事人意欲追求的法律效果，可以将法律事实区分为事实行为和民事法律行为。例如，关于对无权代理的追认行为，有人认为是民事法律行为，也有人认为是事实行为。笔者认为，尽管对无权代理的追认行为所产生的效果在法律上已经有明确规定，但是这种效果是本人意欲追求的效果。正是从这个意义上说，追认行为是一种单方民事法律行为而不是事实行为。

从本条第2款来看，行为人非依法律规定或者未经对方同意，不得擅自变更或者解除民事法律行为。具体而言：

一是行为人不得擅自变更民事法律行为。例如，就合同关系而言，原则上说，合同的变更必须经当事人双方协商一致，并在原合同的基础上达成新的协议。合同的任何内容都是经过双方协商达成的，因此，变更合同的内容须经过双方协商同意。任何一方未经对方同意，无正当理由擅自变更合同内容，不仅不能对合同的另一方产生约束力，反而将构成违约行为。由于合同变更必须经过双方协商，所

以，在协议达成以前，原合同关系仍然有效。特殊情况下，依据法律规定可以使一方享有法定变更合同的权利，如在重大误解、显失公平的情况下，受害人享有请求法院或仲裁机构变更合同内容的权利。但享有变更请求权的人必须实际请求法院或仲裁机构变更合同，且法院或仲裁机构经过审理，确认了变更的请求，合同才能发生变更。任何一方当事人即使享有请求变更的权利，也不得不经诉讼而单方面变更合同。

二是行为人不得擅自解除民事法律行为。该规定主要是就合同关系所作出的规定，也就是说，一旦合同成立，任何一方当事人都不得随意解除合同。从我国《民法典》之合同编的规定来看，合同的解除要么是基于当事人行使法律解除权而实现，要么是基于当事人的协议解除或者当事人约定的解除权的行使而实现。除上述原因外，任何一方当事人都不得主张解除合同，否则将构成违约。此外，即便当事人享有解除权，其解除合同的程序也应当符合法律规定，否则无法产生合同解除的效力。

（本条由王利明撰写）

注释：

[1] 王利明.法律行为制度的若干问题探讨.中国法学, 2003 (5).

[2] 迟颖.法律行为之精髓——私法自治.河北法学.2011 (1).

[3] 迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论.邵建东, 译.北京: 法律出版社, 2000: 431.

[4] 汪翰章.法律大辞典.上海: 大东书局, 1934.

[5] 郑玉波.民法总则.北京: 中国政法大学出版社, 2003: 299.

[6] 石宏.中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及相关规定.北京: 北京大学出版社, 2017: 323.

[7] 李适时.中华人民共和国民法总则释义.北京: 法律出版社, 2017: 420.

[8] 瞿灵敏.民法典编纂中的决议: 法律属性、类型归属与立法评析.法学论坛, 2017 (4).

[9] 瞿灵敏.民法典编纂中的决议: 法律属性、类型归属与立法评析.法学论坛, 2017 (4).

[10] 石宏.中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及相关规定.北京: 北京大

学出版社，2017：324-325.

[11] 王伯琦.法律行为之无效与不成立||郑玉波.民法债编论文选辑：中册.台北：五南图书出版公司，1984：723.

[12] 陈安.涉外经济合同的理论与实务.北京：中国政法大学出版社，1994：102.

[13] 同①103.

[14] 王家福.中国民法学·民法债权.北京：法律出版社，1991：315.

第二节 意思表示

第一百三十七条

以对话方式作出的意思表示，相对人知道其内容时生效。

以非对话方式作出的意思表示，到达相对人时生效。以非对话方式作出的采用数据电文形式的意思表示，相对人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统时生效；未指定特定系统的，相对人知道或者应当知道该数据电文进入其系统时生效。当事人对采用数据电文形式的意思表示的生效时间另有约定的，按照其约定。

本条主旨

本条对有特定相对人的意思表示作出了规定。

相关条文

《民法总则》第137条规定：“以对话方式作出的意思表示，相对人知道其内容时生效。”“以非对话方式作出的意思表示，到达相对人时生效。以非对话方式作出的采用数据电文形式的意思表示，相对人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统时生效；未指定特定系统的，相对人知道或者应当知道该数据电文进入其系统

时生效。当事人对采用数据电文形式的意思表示的生效时间另有约定的，按照其约定。”

《合同法》第14条规定：“要约是希望和他人订立合同的意思表示，该意思表示应当符合下列规定：（一）内容具体确定；（二）表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束。”

《合同法》第16条规定：“要约到达受要约人时生效。”“采用数据电文形式订立合同，收件人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统的时间，视为到达时间；未指定特定系统的，该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间，视为到达时间。”

理解与适用

以意思表示有无相对人，可以将意思表示区分为有相对人的意思表示与无相对人的意思表示，两种类型意思表示在表现形式、效力等方面存在一定的差别。从实践来看，民事主体所作出的意思表示一般都是有相对人的意思表示。《民法典》对有相对人的意思表示规则作出规定，对于准确认定相关民事法律行为的效力具有重要意义。

（一）以对话方式作出的意思表示，相对人知道其内容时生效

所谓以对话方式作出的意思表示，是指当事人直接以对话的形式发出意思表示。例如，当事人面对面地订立口头买卖合同，或者通过电话交谈的方式订立合同。以对话方式作出意思表示的，只有在表意人的意思表示即对话的内容被相对人知道时，意思表示才生效。因此，从本条规定来看，《民法典》对以对话方式作出的意思表示的生效采取了了解主义。

（二）以非对话方式作出的意思表示，到达相对人时生效

所谓以非对话方式作出的意思表示，是指当事人以对话以外的形

式发出的意思表示。对于以非对话方式作出的意思表示而言，其生效采取到达主义，即到达相对人时生效。所谓到达，是指根据一般的交易观念，已经进入相对人可以了解的范围。到达并不意味着相对人必须亲自收到，只要意思表示已进入受领人的控制领域，并在通常情况下可以期待受领人能够知悉意思表示的内容，就视为已经到达。^[1]

（三）以数据电文形式作出的意思表示的到达

依据本条规定，以数据电文形式作出的意思表示，其生效分为两种情形：

一是相对人指定了特定的系统接收数据电文的，此时，该意思表示自该数据电文进入该特定系统时生效。

二是相对人未指定特定的系统接收数据电文的，则自相对人知道或者应当知道该数据电文进入其系统时生效。依据《合同法》第16条的规定，在相对人未指定特定的系统接收数据电文时，相关数据电文进入收件人的任何系统的首次时间为到达时间。可见，《民法典》改变了《合同法》的规则，而采用了更为灵活的生效规则，即一般情形下，相关数据电文到达相对人的任何一个系统，即被推定为相对人应当知道，除非相对人举证证明其不应当知道。例如，其所用的邮箱长期不予使用且数据电文发出人明知的，则可以认定其不应当知道。

（本条由王利明撰写）

第一百三十八条

无相对人的意思表示，表示完成时生效。法律另有规定的，依照其规定。

本条主旨

本条对无相对人的意思表示的生效规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第138条规定：“无相对人的意思表示，表示完成时生效。法律另有规定的，依照其规定。”

理解与适用

所谓无相对人的意思表示，是指意思表示没有相对人。例如，所有权人抛弃其所有权的意思表示，就属于无相对人的意思表示。关于无相对人的意思表示的生效，本条确立了如下两项规则。

一是通常情况下，无相对人的意思表示自表示完成时生效。依据本条规定，对无相对人的意思表示而言，只要意思表示完成，该意思表示即生效。法律作出此种规定的主要原因在于，对无相对人的意思表示而言，并不存在受领该意思表示的相对人，因此不存在意思表示的到达与了解等问题，意思表示完成即可生效。可见，对无相对人意思表示的生效而言，《民法典》采取了表意主义。

二是法律对无相对人的意思表示的生效规则另有规定的，依照其规定。本条第一句就无相对人的意思表示的生效规则作出了一般规定，但如果法律对无相对人意思表示的生效规则作出了特别规定，则依据该特别规定确定意思表示的生效时间。例如，遗嘱人立遗嘱的行为属于单方民事法律行为，但在立遗嘱后，该遗嘱并不生效。《民法典》第1121条第1款规定，继承从被继承人死亡时开始。据此，遗嘱应当自被继承人死亡时生效。此种情形即属于法律对单方民事法律行为的生效规则作出特别规定的情形。本条作出此种规定，具有重要意义：一方面，其可以实现《民法典》之总则编关于民事法律行为生效的一般规则与《民法典》各分编以及特别法规定的衔接；另一方面，其也为将来立法对无相对人意思表示的生效规则作出特别规定预留了空间。

第一百三十九条

以公告方式作出的意思表示，公告发布时生效。

本条主旨

本条对以公告方式作出的意思表示规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第139条规定：“以公告方式作出的意思表示，公告发布时生效。”

理解与适用

所谓以公告的方式作出的意思表示，是指对不特定人发布公告所作出的意思表示。公告的方式多种多样，既可以是张贴招贴画，也可以是在路牌、橱窗、路灯等处悬挂展示，还可以是通过报纸、网络、电台等方式发布。以公告方式作出意思表示最为典型的是悬赏广告。所谓悬赏广告，是指悬赏人以广告的形式声明对完成悬赏广告中规定的特定行为的人，给付广告中约定报酬的行为。例如，刊登的各种寻人、寻物启事中提出如帮助寻找到某人或完成了某事，将支付若干报酬。《合同法》并未明确规定悬赏广告，《合同法解释（二）》第3

条规定：悬赏人以公开方式声明对完成一定行为的人支付报酬，完成特定行为的人请求悬赏人支付报酬的，人民法院依法予以支持。但悬赏有《合同法》第52条规定情形的除外。《民法典》在总结司法实践经验的基础上，于第499条规定：悬赏人以公开方式声明对完成特定行为的人支付报酬的，完成该行为的人可以请求其支付。这就从法律层面上第一次承认了悬赏广告。悬赏广告是以公开的方式所作出的意思表示。它是对完成特定行为的人给予报酬为内容的意思表示。在性质上，悬赏广告是一种单方民事法律行为。

以公告方式作出的意思表示在性质上也属于有相对人的意思表示，但与有特定相对人的意思表示不同，以公告方式作出的意思表示没有特定的相对人，难以判断何时到达相对人，因此，本条规定以公告发布时生效。

（本条由王利明撰写）

第一百四十条

行为人可以明示或者默示作出意思表示。

沉默只有在有法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯时，才可以视为意思表示。

本条主旨

本条对意思表示的方式作出了规定。

相关条文

《民法总则》第140条规定：“行为人可以明示或者默示作出意思表示。”“沉默只有在有法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯时，才可以视为意思表示。”

《民法通则意见》第66条规定：“一方当事人向对方当事人提出民事权利的要求，对方未用语言或者文字明确表示意见，但其行为表明已接受的，可以认定为默示。不作为的默示只有在法律有规定或者当事人双方有约定的情况下，才可以视为意思表示。”

《民法总则》第10条规定：“处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。”

《合同法解释（二）》第7条第1款规定：“下列情形，不违反法律、行政法规强制性规定的，人民法院可以认定为合同法所称‘交易习惯’：（一）在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用并为交易对方订立合同时所知道或者应当知道的做法；（二）当事人双方经常使用的习惯做法。”

理解与适用

（一）意思表示可以以明示或者默示方式作出

本条第1款规定：行为人可以明示或者默示作出意思表示。该款对意思表示的形式作出了规定，依据该款规定，意思表示可以以明示的方式作出，也可以以默示的方式作出。具体而言：

第一，以明示的方式作出意思表示。所谓以明示的方式作出意思表示，是指行为人将其内在意思明确地表达于外部。明示形式即以作为的方式使相对人能够了解意思表示的内容，表意人可以通过口头或者书面表达的方式作出意思表示，尽管表达的方式存在差异，但表意人都明确向对方当事人作出了意思表示。对以明示方式作出的意思表示而言，当事人之间的法律关系易于证明，这有利于减少纠纷、降低法律风险。在实践中，多数意思表示都是以明示方式作出的。

第二，以默示的方式作出意思表示。默示的表示行为是指行为人

没有作出明确的表示，但是可以根据法律规定进行推知。^[2]如点头、举手、起立、拍板等，都可以依据交易习惯被视为默示的意思表示。而且，如果一方当事人向对方当事人提出订约的要求，虽对方未用语言或者文字明确表示意见，但其行为表明已接受的，可以认定为默示。一般而言，法律上对当事人以默示形式作出意思表示有较为严格的限制。

（二）单纯的沉默原则上不得作为意思表示的方式

所谓沉默，是指未作出任何意思表示或不行为。从两大法系的规定来看，它们基本上都认为，单纯的缄默或不行动（silence or inactivity）本身不构成意思表示。沉默与默示的意思表示不同：在默示的意思表示情形下，表意人仍然作出了一定的表意行为，只不过未以口头或者书面形式明确表达意思表示的内容。而在沉默的情形下，当事人并未作出意思表示。例如，甲向乙、丙同时兜售某块手表，价值100元，甲问乙、丙是否愿意购买，乙沉默不语，未作任何表示，丙则点头表示同意。乙的行为属于缄默或不作为，而丙的行为属于默示地作出承诺。本条第2款规定：沉默只有在有法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯时，才可以视为意思表示。据此，沉默原则上不得作为意思表示的方式。但这并不意味着沉默在任何情况下都不能作为意思表示的方式。依据本条第2款的规定，在如下三种情形下，沉默可以被视为意思表示。

第一，有法律的特别规定。在法律有特别规定的情形下，沉默也可以产生意思表示的效果。例如，《民法典》第1124条规定：继承开始后，继承人放弃继承的，应当在遗产处理前，以书面形式作出放弃继承的表示；没有表示的，视为接受继承。受遗赠人应当在知道受遗赠后60日内，作出接受或者放弃受遗赠的表示；到期没有表示的，视为放弃受遗赠。

第二，有当事人的特别约定。例如，当事人双方事先约定，如果一方更改了相关合同条款，对方沉默的，视为同意更改。在此情形下，如果一方当事人更改了合同的条款，对方沉默的，即视为其同意了该更改。

第三，符合当事人之间的交易习惯。《民法典》之合同编中大量采用了交易习惯的概念。交易习惯是一个宽泛的概念，此处的习惯既包括当地的交易习惯，也包括当事人在长期交易中形成的习惯。在解

释“沉默”的意义时，不能运用一般的交易习惯，而只能采用当事人之间的交易习惯。如果按照当事人之间特定的交易习惯，沉默可以产生意思表示的效力，则沉默也可以被视为意思表示。《德国民法典》第151条规定，根据交易惯例，承诺无须向要约人表示，或者要约人预先声明承诺无须表示的，即使没有向要约人表示承诺，可认为有承诺的事实时，合同也认为成立。例如，当事人之间长期进行系列交易，通常一方在另一方发出要约后，一定期限内不作表示，就作为承诺对待。

（本条由王利明撰写）

第一百四十一条

行为人可以撤回意思表示。撤回意思表示的通知应当在意思表示到达相对人前或者与意思表示同时到达相对人。

本条主旨

本条对意思表示的撤回规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第141条规定：“行为人可以撤回意思表示。撤回意思表示的通知应当在意思表示到达相对人前或者与意思表示同时到达相对人。”

《合同法》第17条规定：“要约可以撤回。撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达受要约人。”

理解与适用

所谓意思表示的撤回，就是指在意思表示发出以后、到达意思表示的受领人之前，表意人将其意思表示撤回。本条规定，行为人可以撤回意思表示。撤回意思表示的通知应当在意思表示到达相对人前或者与意思表示同时到达相对人。据此，只要撤回的通知先于意思表示到达或者与意思表示同时到达，该撤回就是有效的。意思表示的撤回，只有在有相对人的时候才有意义。

依据《民法典》第137条的规定，非对话方式的意思表示必须在到达相对人时才能生效，因此，在其生效之前表意人发出撤回表示，且撤回表示在原意思表示生效之前生效或同时生效的，原意思表示当然不能生效。行为人要撤回意思表示，必须其撤回意思表示的通知先于意思表示到达相对人，或者与意思表示同时到达相对人。如果行为人撤回意思表示的通知晚于意思表示到达相对人，则不产生撤回意思表示的效力。由此可见，意思表示的撤回主要适用于非以数据电文方式作出的意思表示，因为以数据电文形式作出的意思表示会瞬间到达相对人，行为人撤回意思表示的通知很难先于意思表示到达相对人或者与意思表示同时到达相对人。

（本条由王利明撰写）

第一百四十二条

有相对人的意思表示的解释，应当按照所使用的词句，结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则，确定意思表示的含义。

无相对人的意思表示的解释，不能完全拘泥于所使用的词句，而应当结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则，确定行为人的真实意思。

本条主旨

本条对意思表示的解释规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第142条规定：“有相对人的意思表示的解释，应当按照所使用的词句，结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则，确定意思表示的含义。”“无相对人的意思表示的解释，不能完全拘泥于所使用的词句，而应当结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则，确定行为人的真实意思。”

《合同法》第125条第1款规定：“当事人对合同条款的理解有争议的，应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则，确定该条款的真实意思。”

理解与适用

（一）意思表示的解释的概念和特征

所谓意思表示的解释，就是指在意思表示不清楚、不明确而发生争议的情况下，法院或仲裁机构对意思表示进行的解释。《法国民法典》首次强调合同的解释不必拘泥于合同文字，而以探求文本背后的真意为目的。^[3]该民法典采取的是以主观主义（意思主义）为主、以客观主义（表示主义）为辅的方式。而现代民法在意思表示的解释方面，兼采主观主义和客观主义两种方式，以兼顾意思自治和交易安全的保障。本条对此作出了规定，从其规定来看，实际上也兼顾主观主义和客观主义的立场。^[4]

意思表示解释的特点在于：

第一，意思表示解释的主体是法院和仲裁机构，并不是任何机构都可以对意思表示进行解释。必须是当事人对意思表示发生争议，才有必要进行意思表示的解释。虽然当事人或第三人也可以对意思表示进行解释，但此种解释没有法律约束力，而且对于意思表示内容的确定没有实质性意义。

第二，意思表示解释的对象是当事人已经表示出来的意思。也就是说，以当事人已经作出的表示来解释其意思。解释的对象只能是表示出来的、确定的意思，而非深藏于内心的意思。深藏于内心的意思是无法解释的，因为深藏于内心的意思无法作为法律认识的对象。^[5]意思表示的解释的对象是意思表示的内容，它既包括目的意思，也包括效果意思。

第三，意思表示解释是法院和仲裁机构依据一定的规则进行的解释，而非完全主观的任意解释。也就是说，在意思表示的解释的过程中，法院或仲裁机构要遵循法定的规则，运用一定的解释方法，否则就会违背当事人的意愿。

第四，意思表示解释的功能主要有两个方面：一是民事法律行为的成立要件是否齐备，例如，通过解释来确定标的物是否特定。二是民事法律行为的具体法律效果如何^[6]，例如，通过解释来确定当事人的意思，以明确当事人所追求的法律效果。

民事法律行为的解释与意思表示的解释经常等同，因为前者实际上包括了后者，但两者又有一定的区别。一方面，两者的适用范围不完全相同。意思表示不完全是双方民事法律行为，它还包括了单方和多方民事法律行为。意思表示是表意人实现其民事法律行为意思的一种手段，它不完全是民事法律行为，还包括意思表示如要约、承诺，所以意思表示解释的对象、范围更为宽泛。另一方面，两者的解释规则不完全相同。民事法律行为的解释规则不一定能够运用到对意思表示的解释中去，例如根据交易习惯的解释就很难运用到对其他意思表示的解释中。

（二）有相对人的意思表示的解释和无相对人的意思表示的解释

意思表示的解释通常分为有相对人的意思表示的解释和无相对人的意思表示的解释。所谓有相对人的意思表示的解释，是指对表意人向特定的相对人发出的意思表示进行的解释。例如，要约是一种意思

表示，但要约必须要到达受要约人，因为它属于向特定人发出的意思表示，对此种意思表示的解释即属于有相对人的意思表示的解释。所谓无相对人的意思表示的解释，是指对不需要相对人的意思表示进行的解释。例如，对针对不特定人的悬赏广告、订立章程和决议等意思表示的解释即属于无相对人的意思表示的解释。本条区分了有相对人的意思表示的解释与无相对人的意思表示的解释。

区别这两种意思表示的解释的意义在于：

第一，是否要考虑对相对人的合理信赖予以保护不同。一方面，对有相对人的意思表示而言，对其进行解释应当考虑相对人对意思表示内容的合理信赖，因而不能完全按照表意人的内心真意来解释。也就是说，应当采表示主义的立场进行解释。如果表意人表达有误，使相对人对意思表示作出了不同于表意人所欲表达的理解，那么，表意人必须承认相对人实际所理解的意义是有效的。^[7]另一方面，对无相对人的意思表示而言，由于不涉及相对人的利益，所以对其进行解释就不必考虑相对人的信赖以及交易安全问题，而应当探求表意人的真实意思，采意思主义的立场进行解释。例如，对遗嘱的解释应当探求表意人的内心真意。因此，依据本条的规定，在解释无相对人的意思表示时，因为一般不存在对相对人的信赖利益保护问题，因此，不能完全拘泥于意思表示所使用的词句，而应当探求当事人的真意，注重“确定行为人的真实意思”。

第二，是否需要考虑受领人的理解水平不同。在对有相对人的意思表示进行解释时，此种意思表示的有效性以意思表示的受领人能够感知为必要^[8]，法官应当考虑一般的受领人的理解水平。但是对无相对人的意思表示进行解释，不需要考虑受领人的理解水平。^[9]就无相对人的意思表示，对其进行解释采意思主义，探究表意人的真意，只需要考虑表意人自己的表达^[10]，不需要考虑受领人的理解水平，因为此种意思表示本身就没有受领人。

第三，词句在意思表示解释中的作用不同。虽然上述两种意思表示的解释都应当从表意人所使用的词句出发，但表意人所使用的词句在对其意思表示的解释中的作用并不完全相同：对有相对人的意思表示的解释而言，需要从相对人一般情况下如何理解来探求表意人所使用词句的意思。而对无相对人的意思表示而言，表意人所使用的词句是探求当事人内心真意的依据之一，因此，对此种意思表示的解释“不能完全拘泥于所使用的词句”。

本条第1款规定：有相对人的意思表示的解释，应当按照所使用的词句，结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则，确

定意思表示的含义。该条实际上也就是要求对用语按照通常的理解进行解释。对用语应当按照通常的理解进行解释应当是意思表示解释的首要的方法。在关于意思表示的内容发生争议以后，法官应当考虑一个普通人在此情况下对有争议的意思表示用语所能理解的含义，以此作为解释意思表示的标准，避免荒谬的结论。按照一个普通人的标准来进行解释是指法官既不能根据当事人一方的理解来解释意思表示，更不能根据起草的一方对意思表示所作的理解来解释意思表示，而应当以一个合理的人对意思表示用语的理解进行解释。一个普通人既可能是社会中一般的人，也可能是在一定的地域、行业中从事某种特殊交易的人。如果意思表示当事人本身是后一种类型的人，则法官应当按照在该地域、行业中从事某种特殊交易的合理人的标准来理解该用语的含义。例如，买卖双方对交货的计量标准“车”的含义发生争执时，应当考虑当事人双方是从事何种活动的买卖，并按照从事该种行业的一般人对“车”的理解来进行解释。

（本条由王利明撰写）

注释：

[1] 徐国建.德国民法总论.北京：经济科学出版社，1993：96.

[2] 陈卫佐.德国民法总论.北京：法律出版社，2007：157.

[3] H.Trofimoff.Les sources doctrinales de l'ordre de présentation des articles 1156 à 1164 du Code civil sur l'interprétation des contrats，RHDFE，72（2）avr.-juin 1994，p.203 et s.

[4] 石佳友.我国《民法总则》的颁行与民法典合同编的编订.政治与法律，2017（7）.

[5] 迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论.邵建东，译.北京：法律出版社，2000：232.

[6] Reinhard Bork.Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs.2.Auf.，Rn.502ff.，S.191f..

[7] 卡尔·拉伦茨.德国民法通论：上册.王晓晔，等译.北京：法律出版社，2003：453-455.

[8] 陈卫佐.德国民法总论.北京：法律出版社，2007：161.

[9] 卡尔·拉伦茨.法学方法论.陈爱娥，译.台北：五南图书出版公司，1992：202.

[10] BeckOK BGB/Wendtland，§133，Rn.14.

第三节 民事法律行为的效力

第一百四十三条

具备下列条件的民事法律行为有效：

- （一）行为人具有相应的民事行为能力；
- （二）意思表示真实；
- （三）不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗。

本条主旨

本条对民事法律行为的一般有效要件作出了规定。

相关条文

《民法总则》第143条规定：“具备下列条件的民事法律行为有效：（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗。”

《民法通则》第55规定：“民事法律行为应当具备下列条件：

- (一) 行为人具有相应的民事行为能力；
- (二) 意思表示真实；
- (三) 不违反法律或者社会公共利益。”

《合同法》第44条规定：“依法成立的合同，自成立时生效。”“法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。”

《合同法解释（一）》第9条第1款规定：“依照合同法第四十四条第二款的规定，法律、行政法规规定合同应当办理批准手续，或者办理批准、登记等手续才生效，在一审法庭辩论终结前当事人仍未办理批准手续的，或者仍未办理批准、登记等手续的，人民法院应当认定该合同未生效；法律、行政法规规定合同应当办理登记手续，但未规定登记后生效的，当事人未办理登记手续不影响合同的效力，合同标的物所有权及其他物权不能转移。”

理解与适用

通常认为，所谓民事法律行为，是指旨在引起某种法律效果的意思表示。^[1]此种效果之所以得依法产生，皆因行为人希冀其发生。原则上，民事法律行为只有具备本条规定的条件才能具有法律效力，从而产生行为人所预期的法律效果。“行为人具有相应的民事行为能力”，是民事法律行为的主体适格要件；“意思表示真实”与“不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗”则是民事法律行为内容与形式的有效要件。具体而言：

（一）行为人具有相应的民事行为能力

民事法律行为都以当事人的意思表示为基础，并且以产生一定的法律效果为目的。因此，行为人必须具备正确理解自己行为的性质和后果、独立地表达自己的意思的能力，即行为人必须具备与从事某项民事法律行为相应的民事行为能力。^[2]行为人具有相应的民事行为能力，表明实施民事法律行为的人可以自主地形成法律关系，具备合理的形成意思的能力。行为人具有相应的民事行为能力，既包括自然人实施民事法律行为应当具有与其年龄、智力或精神健康状况相适应的民事行为能力（纯获利益的民事法律行为除外），也包括法人、非法人组织等从事民事法律行为应当具有相应的民事行为能力。未经法定

代理人的同意，限制民事行为能力人独立实施超出其年龄、智力或精神健康状况的民事法律行为的，该民事法律行为效力待定；无民事行为能力人不得独立实施民事法律行为，否则无效。这是为了保护限制民事行为能力人与无民事行为能力人的利益。法人或者非法人组织超出民事行为能力（目的事业范围）实施民事法律行为的，为了保护交易的安全，除违反法律、行政法规有关限制经营、特许经营或者禁止经营的规定外，民事法律行为的效力不受影响。

（二）意思表示真实

意思表示是民事法律行为的核心，是《民法典》总则得以创设的重要基石。^[3]民事法律行为在本质上乃是当事人的意志，此种意志符合法律规定，依法即可以产生法律拘束力。而当事人的意思表示能否产生此种拘束力，取决于此种意思表示是否与行为人的真实意思相符合。因此，所谓意思表示真实，是指行为人表现于外部的意思与其内在意志相一致。

于私法关系的变动，意思与表示之间一致固属理想，因受表意人自身或外在因素的影响，两者不一致的情况亦较常见，这被称为“意思表示瑕疵”^[4]。意思表示的瑕疵，包括意思与表示不一致、意思表示不自由两种类型。若行为人的意思表示是有瑕疵，则会导致以此为内容的民事法律行为可撤销或者无效的法律效果。具体而言：

（1）意思与表示不一致。意思与表示不一致是指表意人内心意欲发生的法律效果与表示内容发生的法律效果不相符，由此导致行为意思有瑕疵。其主要原因是心中保留、虚伪表示和错误（重大误解）。

（2）意思表示不自由。意思表示不自由是指在表意人的意思表示形成的过程中，其意思表示的自由受到不正当的干预，由此导致效果意思的欠缺。其主要原因包括欺诈、胁迫和乘人之危。

（三）不违反法律、行政法规的强制性规定

任何法律制度都只能在其政治制度的框架内提供通过民事法律行为实施的私法自治，私法上的民事法律行为不得逾越这一框架的范围。^[5]民事法律行为不得违反法律、行政法规的强制性规定，否则民

事法律行为不能发生行为人所预期的法律效果。违反强行法的民事法律行为无效是各国的共同规则，可称为民事法律行为生效的“适法性要件”。民事法律行为是否违反法律、行政法规的效力性强制性规定，可以从行为的目的、标的、条件和方式四个方面考察。所谓目的违法，是指行为人主观上所要达到的法律效果违法，如出卖某项动产，其目的是销赃、逃避清偿债务、侵占共有人利益等；所谓标的违法，通常指买卖、赠与等转移物的所有权的民事法律行为的标的物为禁止流通物或限制流通物（如毒品、文物等）；所谓条件违法，是指行为内容中与目的、标的有实质性关联的权利义务事项和其他事项违法，如附不法条件的遗嘱行为；所谓方式违法，是指行为的方式将产生违法的后果，如不正当竞争和非法垄断行为。

（四）不违背公序良俗

公序良俗是公共秩序与善良风俗的简称，是指社会公共利益或道德观念。公序良俗原则为民法的基本原则之一。通过公序良俗原则，民事法律行为制度得以与公共秩序与道德制度发生联系。因为立法时不可能预见一切损害社会公益和道德秩序的行为而作出详尽的禁止性规定，因此公序良俗原则可以弥补禁止性规定的不足。^[6]民事法律行为不得违背公序良俗，则是通过公序良俗这一弹性条款，以弥补强行性规范的不足。这被称为民事法律行为生效的“妥当性要件”。比较而言，“适法性要件”只是消极地划出一条“法律红线”，只要不逾越该红线，就会被认为“合法”，所以适法性要件“乃是一个消极概念，主要是指‘不违法’，而不是指民事法律行为的内容一定要有具体的法律作为依据”。而“妥当性要件”是消极地划出一条“道德红线”，要求民事法律行为不得具有“反社会性”的内容，阻止民事法律行为为实施不道德行为提供服务。^[7]

行为人实施的民事法律行为不得违反公序良俗，否则该民事法律行为无效。民事法律行为是否违反公序良俗，应就民事法律行为的内容、附随情况以及当事人的动机、目的和其他因素加以综合判断。行为人认识到民事法律行为违反公序良俗的相关情况即为已足，不以具有“违反公序良俗的意识”为必要。在判断时间上，由于公序良俗具有可变迁性，原则上应以民事法律行为作成之时为准据，但是遗嘱是否违背公序良俗应以其生效时作为判断时点。^[8]公序良俗原则仅具有消极地限制当事人的私法自治的功能，绝不意味着法律要去积极地强制要求某种道德行为的实施。善良风俗规范的目的在于不使民事法律行为成为违反伦理的工具。^[9]

（五）民事法律行为的内容确定、可能并非民事法律行为的生效要件

值得讨论的是：民事法律行为的内容或目的确定、可能，是否构成民事法律行为的生效要件？我国也有学者认为，标的确定和可能属于民事法律行为的生效要件。^[10]内容确定，应该是民事法律行为的成立要件，或者是题中应有之意，因为标的不确定，根本就不构成意思表示。^[11]域外立法均明确规定标的不能不影响民事法律行为的效力，例如，《国际商事合同通则》（PICC）第3.3条第1款、《欧洲合同法通则》（PECL）第4.102条，以及《欧洲民法典草案》2-7：102条、《德国民法典》第311a条第1款^[12]等。我国《民法典》没有将标的确定与可能作为民事法律行为的有效要件，符合国际上先进立法例的发展趋势。

（本条由冉克平撰写）

第一百四十四条

无民事行为能力人实施的民事法律行为无效。

本条主旨

本条对无民事行为能力人实施的民事法律行为作出了规定。

相关条文

《民法总则》第144条规定：“无民事行为能力人实施的民事法律

行为无效。”

《民法通则》第58条规定：“下列民事行为无效：（一）无民事行为能力人实施的……。”

理解与适用

所谓无民事行为能力人，是指不具有独立实施民事法律行为而取得民事权利和承担民事义务的自然人。依据《民法典》的规定，无民事行为能力人包括三类：（1）不满8周岁的未成年人。从人的毕生发展阶段来看，出生至1岁半属于婴儿期，1岁半至大约6岁属于童年早期。在此阶段，无论是人的生理发育、认知还是社会性，均属于童年期的发展阶段。^[13]由于不满8周岁的未成年人还不能理性地从事民事活动，因此从保护自身利益以及交易安全的角度考虑，其属于无民事行为能力人。（2）不能辨认自己行为的成年人。这类人虽然已经成年（年满18周岁），但是心智丧失，属于不能辨认自己行为的精神病人（包括痴呆症患者），因此也属于无民事行为能力人。（3）8周岁以上不能辨认自己行为的未成年人。对于8周岁以上的未成年人，如果其不能辨认自己的行为，也属于无民事行为能力人。

无民事行为能力人单独实施的民事法律行为无效，不能发生为人预期的法律效果。在类型上，本条中的民事法律行为不仅包括单独行为（例如代理权的授予），而且包括合同行为（例如买卖合同）以及决议行为（例如行使股东表决权）。本条规定的目的有二：一是保护无民事行为能力人的利益。通过民事法律行为无效，使其在独立实施民事法律行为时，不致因为年龄、智力的因素而遭受损害。民法通过设计专门的能力救济制度，即由其法定代理人代理实施民事法律行为，来满足无民事行为能力人参与民事活动的需要。二是维护交易秩序。民事法律行为无效的结果，将无民事行为能力人排除在承担法律后果的民事活动之外，以免因其误入民事活动而又不能承担法律后果的状况发生，从而维护相对人的合法权益。^[14]由于民事行为能力制度的首要目的在于保护思虑未臻成熟之人，并兼顾交易安全^[15]，因此，即使交易第三人为善意（即不知行为人为无民事行为能力人），该民事法律行为仍然无效。

（本条由冉克平撰写）

第一百四十五条

限制民事行为能力人实施的纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事法律行为有效；实施的其他民事法律行为经法定代理人同意或者追认后有效。

相对人可以催告法定代理人自收到通知之日起三十日内予以追认。法定代理人未作表示的，视为拒绝追认。民事法律行为被追认前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

本条主旨

本条对限制民事行为能力人实施的民事法律行为作出了规定。

相关条文

《民法总则》第145条规定：“限制民事行为能力人实施的纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事法律行为有效；实施的其他民事法律行为经法定代理人同意或者追认后有效。”“相对人可以催告法定代理人自收到通知之日起一个月内予以追认。法定代理人未作表示的，视为拒绝追认。民事法律行为被追认前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。”

《民法通则》第58条规定：“下列民事行为无效：（一）无民事行为能力人实施的；（二）限制民事行为能力人依法不能独立实施的……”

《合同法》第47条规定：“限制民事行为能力人订立的合同，经法定代理人追认后，该合同有效，但纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同，不必经法定代理人追

认。”“相对人可以催告法定代理人在一个月内予以追认。法定代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。”

《合同法解释（二）》第11条规定：“根据合同法第四十七条、第四十八条的规定，追认的意思表示自到达相对人时生效，合同自订立时生效。”

理解与适用

本条分为两款：第1款规定的是限制民事行为能力人实施的民事法律行为的类型及效力规则，第2款规定的是相对人的催告权与善意相对人的撤销权。

（一）限制民事行为能力人独立实施的民事法律行为的类型

本条规定的是限制民事行为能力人实施的民事法律行为的效力规则。所谓限制民事行为能力人，又称不完全民事行为能力人，是指已经达到一定年龄但尚未成年，以及虽已成年但精神不健全、不能完全辨认自己行为后果的自然人。限制民事行为能力人在与其年龄、智力和精神健康状况相适应的范围内有民事行为能力，超出此范围则无民事行为能力。依据《民法典》的规定，限制民事行为能力的人包括两种：（1）8周岁以上的未成年人，但16周岁以上不满18周岁、以自己的劳动收入为主要生活来源的自然人除外。（2）不能完全辨认自己行为的成年人。

依据本条的规定，限制民事行为能力人可以独立实施两种类型的民事法律行为。

第一，纯获利益的民事法律行为。纯获利益的行为有可能超出与限制民事行为能力人的年龄、智力和精神健康状况相适应的范围，即便如此，也不需要法定代理人的同意或者追认。所谓纯获利益，是指该项民事法律行为只为限制民事行为能力人创设法律上的利益。在此不以经济上的观察方式为准。问题并不在于这项民事法律行为从财产

方面来看对限制民事行为能力人是有利还是不利，因为经济上的评价标准很不可靠，将会大大缩减对未成年人的保护。^[16]因此，限制民事行为能力人纯获利益是指单纯取得权利或免除义务，其不因实施民事法律行为而产生了法律上的负担，这种负担可以是一项义务，也可以是丧失一项权利。至于有无经济上的利益，在所不问。

第二，与限制民事行为能力人的年龄、智力、精神健康状况相适应的民事法律行为。限制民事行为能力人实施的民事法律行为是否与其年龄、智力、精神健康状况相适应，可以从行为与本人生活相关联的程度、本人的智力或精神健康状态能否理解其行为并预见相应的行为后果以及行为标的之数额等方面认定。^[17]由于民事行为能力制度设置的首要目的是保护智力未臻完备的自然人的利益，因而对于与限制民事行为能力人的年龄、智力、精神健康状况相适应的民事法律行为的范围宜作从宽解释，扩大其自由生活的范围，以促进其人格的独立自由发展。

（二）法定代理人同意与追认的效力

在上述两种行为之外，限制民事行为能力人实施的民事法律行为，经法定代理人同意或者追认后有效。限制民事行为能力人超出民事行为能力实施民事法律行为的，应经法定代理人同意或追认。若是该民事法律行为未经法定代理人的同意或追认，则该民事法律行为处于浮动不确定的状态，被称为效力待定的民事法律行为。法律规定限制民事行为能力人实施超出其民事行为能力的民事法律行为的效力，以第三人同意为生效要件，其目的在于使法定代理人对民事法律行为的内容加以控制，从而保护限制民事行为能力人的利益，避免其遭受超出其年龄、智力和精神健康状态范围的损失。^[18]对于无民事行为能力人，法定代理人仅有法定代理权；对于限制民事行为能力人，法定代理人除有法定代理权外，尚有补充代理权。其补充代理权表现为：

第一，同意。所谓同意，是指法定代理人事前对于限制民事行为能力人超出其民事行为能力所实施的民事法律行为的允许。法定代理人既可以针对单项民事法律行为授予同意，也可以同意未成年人在某一领域内实施民事法律行为。提前同意未成年人可以实施任何民事法律行为的概括性同意应属无效。倘若可以授予不受限的概括性同意，那么有关未成年人实施民事法律行为须经其法定代理人同意的法律规定将失去其功效。^[19]经法定代理人同意的，限制民事行为能力人超出其民事行为能力所实施的民事法律行为有效。未经法定代理人同意

的，该民事法律行为处于效力待定的状态。

第二，追认。所谓追认，是指法定代理人事后对于限制民事行为能力人超出其民事行为能力所实施的民事法律行为的允许。在法定代理人决定追认之前，该民事法律行为效力处于一种不确定状态，被称为效力待定的民事法律行为。

（三）同意权与追认权

法定代理人的同意与追认均属于形成权，即法定代理人事前允许或者事后允许限制民事行为能力人超出其民事行为能力所实施的民事法律行为的效力的一种单方意思表示。

（1）同意权与追认权的主体。同意权与追认权的主体为限制民事行为能力人的法定代理人。但是，如果限制民事行为能力人在追认期限内取得或恢复了民事行为能力，则其本身亦可追认，产生与其法定代理人追认同等的效力。

（2）同意与追认的方式。法定代理人同意与追认的意思表示可以向民事法律行为的另一方或者限制民事行为能力人为之。同意与追认的方式无须按照限制民事行为能力人超出其民事行为能力所实施的民事法律行为的方式，即使该民事法律行为为要式行为，法定代理人的同意与追认也无须采取要式形式。

（3）同意的撤回。到民事法律行为实施时为止，法定代理人的同意可以撤回。法定代理人的撤回既可以向民事法律行为的另一方表示，也可以向限制民事行为能力人为之。

（4）追认的溯及力。法定代理人一经追认，民事法律行为溯及于成立之时即发生效力；反之，拒绝追认的，则该民事法律行为溯及于成立之日无效。一旦追认，法定代理人不得撤回。

（四）相对人的催告权

为了平衡双方当事人的利益和维护交易的安全，贯彻权利、义务对等的原则，本条第2款规定相对人可以催告法定代理人自收到通知之日起30日内予以追认。所谓催告权，是指效力未定的民事法律行为的相对人告知并催促追认权的主体是否追认的权利。由于效力待定民事法律行为的效力在追认权人决定追认之前处于一种不确定状态，为

了平衡双方当事人的利益和维护交易的安全，法律在规法定代理人有追认权的同时，也相应地赋予相对人以催告权。催告权的行使并不导致法律关系的变动，因此其并非形成权。催告的意思表示应当向法定代理人作出，催告其在30日内予以追认。法定代理人未作表示的，视为拒绝追认。

（五）善意相对人的撤销权

撤回权（撤销权）是指善意相对人在法定代理人追认之前，享有撤回其意思表示的权利。善意相对人行使撤回权应在法定代理人行使追认权之前，撤回的意思表示应向限制民事行为能力人的法定代理人、被代理人以及法人或非法人组织的权力机构为之。

（本条由冉克平撰写）

第一百四十六条

行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。

以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理。

本条主旨

本条对通谋虚伪表示作出了规定。

相关条文

《民法总则》第146条规定：“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。”“以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理。”

《民法通则》第58条第1款规定：“下列民事行为无效：（一）无民事行为能力人实施的；（二）限制民事行为能力人依法不能独立实施的；（三）一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所为的；（四）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的；（五）违反法律或者社会公共利益的；（六）以合法形式掩盖非法目的的。”

《合同法》第52条规定：“有下列情形之一的，合同无效：

（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。”

理解与适用

本条规定的是行为人与相对人通谋虚伪表示实施的民事法律行为的效力。

（一）通谋虚伪表示的概念

通谋虚伪表示又称为虚假行为，是指表意人和相对人一致同意表示事项不应该发生效力，亦即双方当事人一致同意仅仅造成订立某项民事法律行为的表面假象，而实际上并不想使有关民事法律行为的法律效果产生。^[20]法国合同法上称之为表见行为（la simulation），意指当事人将其真实意志掩藏其后的表面行为。^[21]在虚假行为中，表意人不具有任何迷惑相对人的意图，在这一点上与心中保留不同；表意人也无意使相对人暂时感到疑虑或混乱，在这点上与戏谑表示相异。相反，虚假行为的双方当事人的目的大多是欺骗或影响第三人，如债权人或税务机关等。^[22]虽然表意人与相对人通谋虚伪表示的目的通常在于欺诈第三人，但是其构成并不以此为必要。在通谋虚伪表示中，表意人与相对人虽有共同订立民事法律行为的外观，但是均不想使表示出来的内容产生法律效力或构成民事法律行为的内容。

因此表意人与相对人双方的表示行为与效果意思不一致，即欠缺与表示相应的效果意思。

（二）通谋虚伪表示在当事人之间的效力

通谋虚伪表示可以分为虚构行为与隐藏行为。具体而言：

第一，虚构行为的效力。如果表意人与相对人通谋仅针对行为的不生效达成一致，这被称为虚构行为或伪装行为。表意人与相对人之间的虚构表示无效，该无效是绝对的，不仅当事人之间可以主张，其他人亦可主张。例如，当事人之间在公开订立一项买卖合同时，秘密地约定出卖人仍然对出卖物保留所有权，其公开实施的买卖行为即为虚构行为。虚构行为（买卖合同）使人以为当事人之间已建立了一种买卖法律关系，但事实上该法律关系纯属虚构。当事人实施虚构行为的目的通常是对付“出卖人”的债权人，因为如果这些债权人无法证实当事人之间秘密约定的存在，则无法对其债务人已“出卖”的财产主张权利。虚构表示之所以无效，是因为相对人明知道意思表示的虚伪性，而且双方均不欲使该虚构表示发生效力。而且，当事人对意思表示亦无信赖，法律自然就没必要通过使意思表示产生约束力来保护其信赖。

第二，隐藏行为的效力。如果表意人与相对人希望其所表示的民事法律行为以外的内容生效，虚伪表示的目的仅在于掩盖其所真正希望作出的民事法律行为，则真正希望作出的民事法律行为被称为隐藏行为。^[23]于此情形，表意人和相对人进行通谋后并不希望发生所表示的后果，而是希望发生另一种法律后果。与当事人只是意欲使表示不生效力的虚构行为不同，隐藏行为确实在当事人之间建立了一种新的法律关系，但是这种法律关系与其表现出来的法律关系并不相同。^[24]隐藏行为分为完全的隐藏行为与部分的隐藏行为两种：如果当事人订立买卖合同之时私下约定“买受人”并不真正支付价金，即在表面上的买卖合同后面隐藏着真正的赠与行为，其“秘密约定”改变了合同的性质，则这种情形构成完全的隐藏行为。如果当事人通过秘密约定仅仅是增加了公开订立的买卖合同的价金，则这种情形构成部分隐藏行为。^[25]虽然虚构行为无效，但是隐藏行为体现了当事人的真实意图，如果隐藏行为符合所有有效条件，那么它应当有效。但是，如果隐藏行为违反法律的禁止性规定或者缺少法定形式要件，则该隐藏行为同样无效。^[26]

（三）通谋虚伪表示对第三人的效力

通谋虚伪表示无效，除非被虚伪表示掩盖的隐藏行为符合法律行为的有效要件。但是，这样一来，因信赖虚伪表示外观的善意第三人的利益将失去保障。为保护交易的安全，《民法总则（草案）》的第一至四次审议稿及大会审议稿均规定：“行为人与相对人通谋虚伪表示无效，不得对抗善意第三人。”但在最后审议之时，因有代表提出，民事法律行为无效或者被撤销后对第三人产生的法律后果，情况比较复杂，不宜一概规定不得对抗善意第三人，宜区分情形由民法典的物权编、合同编等分编作具体规定。该规定最后被删除。^[27]

（1）适用范围。《法国民法典》第1321条、《日本民法典》第94条第2款以及我国台湾地区“民法”第87条第1款第二句均规定，虚伪表示无效对于第三人不发生效力或者不得对抗善意第三人。《德国民法典》并未规定对第三人的信赖保护。但是，由于交易安全保护的强烈需求，为保护善意第三人，在解释上，通过引用相关规则保护第三人因虚伪行为无效所受的损害。如《德国民法典》第883、892条规定的不动产登记公信力制度，第172条规定的表见代理制度，第405条、第409条规定的表见让与债权制度。^[28]在日本民法上，由于其欠缺像德国民法那样对信赖交易外观的第三人进行保护的制度（特别是登记的公信力），因此《日本民法典》第94条第2款规定的“虚伪表示无效不得以此对抗善意第三人”具有极为重要的意义。^[29]由于我国现行法已规定动产与不动产善意取得和表见代理制度，足以保护善意第三人的合理信赖，因此，通谋虚伪表示不得对抗善意第三人主要适用于债权表见让与等其他情形。

（2）不得对抗善意第三人的意义。所谓不得对抗善意第三人，是指善意第三人固得主张通谋虚伪表示无效，亦得主张其为有效；若主张其有效时，则表意人不得以无效加以对抗。第三人主张表意人与相对人通谋而为虚伪意思表示的，该第三人应负举证责任。^[30]例如，在以虚构的买卖行为掩盖真实的赠与行为的情况下，如果“买受人”的债权人或特定财产承受人援引表见行为（即买卖行为并非无效而是有效），则等于视其债务人或特定财产出让人为出卖物的所有人。为此，该债权人可要求扣押该出卖物以清偿债务，该特定财产承受人可主张该出卖物的所有权已依财产转让关系而转由其享有。与此相反，“出卖人”的债权人或特定财产承受人可通过引用该秘密协议（即赠与行为无效而非有效）的方法，视其债务人或特定财产出让人为该财产的所有人，以维护自己的利益。这就是说，即使是虚伪表示掩盖的隐藏行为的有效，亦仅适用于虚伪表示的当事人间，虚伪表示的当事人不能主张该隐藏行为对第三人也为有效。

（3）善意的判定。所谓善意、恶意，以第三人是否知悉此表示

系虚伪表示为准。第三人知表意人与相对人的行为为虚伪表示的为恶意，不知其为虚伪表示的则为善意。第三人知与不知，应于第三人与虚伪表示之效力发生利害关系时判断：虚伪表示的成立在第三人与其效力发生利害关系之前的，第三人只需于产生利害关系之时系属不知，即为善意；虚伪表示之成立在第三人与其效力产生利害关系之后者，第三人只需于虚伪表示成立时系属不知，即为善意。[31]

（4）第三人的范围。第三人是指通谋虚伪表示的当事人及其概括继承人以外的特定财产的承受人以及当事人一方的债权人等利害关系人，虚伪买卖标的物的受让人、设定抵押权之人等。但是，第三人并不包括：1）一方当事人的全部权利概括继承人，因为后者被视为继承了前者的法律地位。例如，在公司吸收合并的情况下，被吸收合并的公司也不是第三人。2）虚伪表示之标的物的承租人。租赁合同的效力本不受通谋虚伪表示的影响，例如，甲通谋虚伪出售其房屋于乙，乙将该房屋出租给丙，丙即使善意信赖乙为所有人也不受保护，甲仍可向丙请求返还该房屋，丙仅可以请求乙承担违约损害赔偿责任。3）为第三人利益合同的第三人。如果当事人假装订立为第三人利益的合同，受益的第三人为善意时，由于第三人的受益以其合同有效为前提，故虚伪表示在当事人间即应为无效，受益之第三人虽为善意，当事人亦得以其无效对抗之。[32]例如，甲因债台高筑，为图脱产与乙订立虚伪的买卖合同，将甲的房屋出售给乙，并登记于不知情之丙。甲的债权人丁，可以甲、乙间之买卖合同系通谋虚伪表示为由，诉请涂销丙的所有权移转登记。

（本条由冉克平撰写）

第一百四十七条

基于重大误解实施的民事法律行为，行为人有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

本条主旨

本条对重大误解作出了规定。

相关条文

《民法通则》第59条规定：“下列民事行为，一方有权请求人民法院或者仲裁机关予以变更或者撤销：（一）行为人对行为内容有重大误解的；（二）显失公平的。”“被撤销的民事行为从行为开始起无效。”

《民法总则》第147条规定：“基于重大误解实施的民事法律行为，行为人有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”

《合同法》第54条规定：“下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：（一）因重大误解订立的；（二）在订立合同时显失公平的。”“一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。”“当事人请求变更的，人民法院或者仲裁机构不得撤销。”

理解与适用

本条规定的是行为人基于重大误解实施的民事法律行为及其法律效果。

（一）错误与重大误解

本条采用的是“重大误解”的概念。对此，有学者认为：虽然我国现行民事立法采用的是“重大误解”的概念，但从立法及司法解释看，此处的“误解”显然既包括内容错误，也包括表示错误，但并不包括大陆法系理论中的“误解”或“受领人错误”，即我国现行法上的“误解”与德国法上的“错误”应作同一解释。只是我国现行立法由于强调通俗易懂，采用了“误解”而没有采用“错误”^[33]。

笔者认为，从文义上看，重大误解既不能包括表示错误，也不能涵盖传达错误。前者如将10万元误写为1万元，无论如何也不能称为误解，那是纯粹操作上的失误，而不是心中对某个事物的理解错误，任何人都不可能把10万元误解为1万元。^[34]后者是表意人或受领人的传达人造成的错误，这也是《民法通则意见》第77条未用“误解”而用“错误”这一术语的原因。不过，在法教义学上，可以将重大误解与意思表示错误所规范的内容作大体相同的解释。

（二）错误的概念及其争议

对于意思表示从产生至到达的过程，大体可以划分为以下阶段：

（1）意思的形成。意思的形成是对各种正反的理由进行往往十分复杂的权衡的结果。（2）如何对意志加以表达。在深思熟虑形成意思之后，行为人必须找出那些能将这一意思以某种能为对方所理解的方式表达出来的话语或者其他表示符号。（3）使用表示符号予以表达。行为人使用表示符号将意思表达出来。（4）意思表示的发出。在有相对人的意思表示中，行为人还需要使意思表示到达相对人，如打电话或邮寄等。（5）相对人受领该意思表示。在意思表示到达以后，受领人对该意思表示的理解。^[35]在上述每一个阶段，行为人都可能因误会或不知而发生主观认识与现实状况不相符的情形，从而构成私法上的“错误”。然而，对“错误”概念的认知存在两种不同的观念。

第一，划分表达错误与动机错误，只有前者才属于意思表示错误并影响其效力，后者原则上无关紧要。这以德国民法为代表。在德国法上，意思表示错误被区分为意思形成时的错误与意思表达上的错误。前者是指当表意人错误地从一个对效果意思很重要的错误情况出发时，就存在意思形成错误（上述第一个阶段）。此种错误又被称为动机错误，即表意人意思表示的动因或缘由错误。其并非意思表示错误，动机错误原则上是不重要的。^[36]后者是指当表意人的表示与效果意思无意识地不相符时，即产生意思表达上的错误。在这方面，法律规定了内容错误（上述第二个阶段）、表示错误（上述第三个阶段）以及传达错误（上述第四个阶段）。^[37]至于相对人受领意思表示时的错误，由于其并未表示什么，因此不属于意思表示错误。^[38]

第二，强调实质性错误与非实质性错误，只有实质性的意思表示错误才属于可救济的错误并影响意思表示的效力。这以法国民法为代表。18世纪的法国学者波蒂埃认为，错误须涉及“缔约当事人视之为最重要的且构成物之实质的物之品质”^[39]。这就是说，无论是意思形

成阶段的错误还是意思表示上的错误（上述第一个至第五个阶段），只要属于实质性错误，就可能影响意思表示的效力。所谓错误，是指行为人实施民事法律行为时，因误会或不知而发生主观认识与现实状况不相符的情形。

由此可见，意思表示错误的概念与动机和效果意思的关系密切相关：如果认为动机与效果意思之间应当严格区分，则意思表示错误是指由于表意人的认知、判断与现实有分歧，在表意人没有认识到的情况下而产生的效果意思与外在表示的不一致。这被称为“错误二元论”^[40]。相反，如果认为效果意思包含动机（统称为“真实意思”），则意思表示错误是指由于表意人的认知、判断与现实有分歧，在表意人没有认识到的情况下而产生的表意人的真实意思（真意）与外在表示的不一致。^[41]这被称为“错误一元论”^[42]。比较而言，“错误二元论”以意思主义为原则，兼顾相对人的消极利益；而“错误一元论”通常还考察相对人的因素对错误构成的影响^[43]，以表示主义为原则，强制民事法律行为依据相对人对表示的合理信赖而生效，从而保护善意相对人的积极信赖利益，使交易的安全得到更为充分的保护。就《民法典》第147条的规定而言，重大误解的构成并不包含相对人的因素。这更类似于“错误二元论”。由于自20世纪以来，经济领域中日益精细的分工导致了合同关系的增加，人们在法律关系和交易中的联系越来越紧密，对信赖保护的需要和安全性的需求日益强烈^[44]，因此，笔者认为，在解释上应该借鉴“错误一元论”的有益元素。

（三）错误的类型

（1）表示错误。表意人在作出意思表示时根本无意作出包含这一内容的意思表示，就存在表示错误即表示行为错误。于此情形，表意人没有表达出他想表达的内容，其所使用的词语或符号本身发生了错误，如说错了、写错了或者弄错了。^[45]

（2）内容错误。表意人在作出意思表示时就意思表示的内容发生错误的，即为内容错误。内容错误与表示错误的区分在于：在内容错误的情形中，表意人认为其表示具有甲含义，而基于解释基本原则所得出的结论是该表示具有乙含义；反之，在表示行为错误的情形中，表意人虽然认为自己所发出的是表示信号甲，但是错误地使用了表示信号乙。^[46]但是，通常情况下，对标的物的价格的误解不属于重大误解的范畴。在相关案例中，法院认为，“主张重大误解而行使撤销权的当事人应举证证明对合同性质、当事人特定身份、标的物性质、质量、价值等主要条款发生了误解，误解造成了对当事人的重大

不利后果；订购机票在日期和价格等方面即使出现错误，都不属于对合同标的的存在或性质有关的事实上出现的重大认识错误，不能作为重大误解的理由”，故法院对于原告以误订机票日期为重大误解而主张撤销其购票行为的诉求，作出了不予支持判决。^[47]

（3）传达错误。传达错误是指传达人或机构（如邮局）不实传达引起的错误。在传达错误的情形中，表意人使用了一个传达人或机构作为表示工具，该工具的错误运行须归责于表意人。

（4）动机错误。动机是指意思表示的间接目的，即意思表示之远因。^[48]动机错误是指表意人对某些情形怀有不正确的设想，而这些情形对于他决定发出某一意义上的表示有着重要意义。如果他具备了正确的观念，那么其作出的将会是另一个决定。动机错误是意思形成阶段的错误，其破坏的是意思的决策。^[49]将动机错误排除在错误的范畴之外，主要理由在于，相对人通常无法知悉表意人作出意思表示的理由，如果允许表意人以动机错误为由撤销意思表示，将导致民事法律行为几乎完全丧失确定性。^[50]

在交易上被视为重要的人或者物之性质错误，被视为内容错误（《德国民法典》第119条第2款）。德国学术界占主导地位的学说认为，有关性质的想法是意思表示的动机，因此，性质错误是动机错误的一种类型。根据此说，在交易上被视为重要的人或者物之性质错误是“动机错误无关紧要”这一原则的一个例外。

（5）共同错误。在订立交易时，双方当事人以特定的设想或期待为出发点，但是这种设想或期待并未成为表示的内容。如果这种设想与实际不符或者这种期待落空，则属于共同错误。在德国法上，共同错误本身只是一个不予考虑的动机错误，2001年德国《债法现代化法》将其规定为主观交易基础障碍（第313条第2款）。

（6）法律错误。在我国，学者通常认为，除非误解方已将对法律后果的认识错误转化为自己的意思而使之成为内容错误，其他情形下，应当将法律错误归类为动机错误，应坚持古老的格言：对法律的认识错误不影响合同的效力。^[51]可以借鉴比较法上的多数做法，不对法律错误与事实错误进行区分。

（7）计算错误。计算错误是指表意人在计算他所说的数目或者在计算行为所依据的某项情形方面发生了错误。计算错误的风险如下：1）隐蔽的计算错误。表意人因使用了错误的计算基础，致使意思与表示不一致。隐蔽的计算错误只是一种“内部的”计算错误。这种错误只是一种动机错误，原则上是无关紧要的。^[52]2）公开的计算错

误。这可以通过意思表示解释的方式予以消除，包括：A.若是有一方的主观想法被确定为合同内容，则另一方可以主张该合同内容（表示）与其主观想法（意思）不一致，从而以表示错误为由撤销意思表示^[53]；B.双方当事人计算错误（共同错误）。

（四）误解必须“重大”

错误必须重大，否则表意人不得撤销。这就是说，错误应该是实质性错误，若是没有该错误，则误解方就会作出完全不同的意思表示或者根本不会作出意思表示。对此，可以从主观与客观两个方面进行解释：在主观上，如果没有错误，表意人就不会作那样的意思表示；在客观上，如果没有错误，处在相同境况的理性人也不会作那样的意思表示。易言之，按照通常的交易观念，不作那样的意思表示是正当的。这样要求，既可以保护表意人，也兼顾了交易的安全。

（五）善意相对人的赔偿请求权

在重大误解的情形下，意思主义选取的是表意人的真意，而忽视了意思表示受领人的信赖。这不仅否定了意思表示受领人（相对人或者第三人）的自由意志，也大大地损伤了受领人的信赖和交易的安全，因为受领人对表意人的表示经合理、谨慎判断得出表意人的真实意思，并对此予以信赖而作出回应。如果表意人以其表示与内心意思不一致而否定其表示出来的意思，则受领人将遭受信赖损害。^[54]在意思主义的立法政策之下，法律亦兼及相对人或者第三人的合理信赖。例如，依据《德国民法典》第122条第1款的规定，戏谑行为无效或者表意人撤销错误的意思表示的，表意人应当赔偿相对人或者第三人因信赖该意思表示有效而受到的损失。这里的“损失”是消极信赖（negativer Vertrauensschutz）利益的损害。^[55]相比较而言，我国《民法典》并未规定表意人因重大误解撤销法律行为之后，善意的相对人是否有权要求其承担信赖赔偿责任。这显然属于法的漏洞。对此，从保护交易安全与相对人信赖利益的角度出发，应当予以肯定。

（本条由冉克平撰写）

第一百四十八条

一方以欺诈手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

本条主旨

本条对基于欺诈所实施的民事法律行为作出了规定。

相关条文

《民法总则》第148条规定：“一方以欺诈手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”

《民法通则》第58条第1款规定：“下列民事行为无效：（一）无民事行为能力人实施的；（二）限制民事行为能力人依法不能独立实施的；（三）一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所为的；（四）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的；（五）违反法律或者社会公共利益的；（六）以合法形式掩盖非法目的的。”

《合同法》第52条规定：“有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益……”

《合同法》第54条规定：“下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：（一）因重大误解订立的；（二）在订立合同时显失公平的。”“一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。”“当事人请求变更的，人民法院或者仲裁机构不得撤销。”

理解与适用

（一）欺诈的含义及立法理由

欺诈是指在表意人形成意思表示的过程中，相对人或者在相对人知情的情形下第三人故意告知虚假情况或者隐瞒真实情况，致使表意人的表示行为与真实意思不一致。法律允许表意人撤销该有瑕疵的意思表示。法律这样规定的理由是：在这些情形下，表意人决定其意思的自由已不复存在，而自由地决定意思是私法自治的原则条件。

（二）构成要件

1. 欺诈行为

欺诈行为包括明示的欺诈与默示的欺诈。前者意指一方当事人故意告知对方虚假情况；后者是指一方当事人故意隐瞒真实情况，即沉默。对于沉默，有学者认为，沉默于依法律、习惯或契约有告知义务的场合，应构成欺诈行为。^[56]一般认为，民事生活中人们有相当程度的沉默权，不能动辄判定为欺诈，欺诈须发生在特定的场合和环境中。^[57]当事人的沉默要构成欺诈，需要：（1）当事人一方负有法定或约定的义务。如《民法典》之侵权责任编规定医务人员在诊疗活动中向患者及其近亲属负有说明病情和医疗措施等的义务。（2）依据交易习惯、公平与诚信原则，尤其是一方当事人依赖相对人的专业知识或技术时，相对人负有说明或者披露的义务。

并非一切虚假的陈述都构成欺诈，应当区分事实与意见。构成欺诈的错误性陈述必须是对事实的陈述，仅仅是对自己意见或者见解的错误陈述不构成欺诈。^[58]欺诈只能是针对某个具体的、客观的事实的虚假陈述，而不能仅仅表现为“一般性见解”。所谓一般性见解，是指对某种事物所具有的希望、预见或者信念的表达，此种见解常常带有极浓的、明显的感情色彩。在商业社会中，作为一般性见解的特殊方式，是所谓的“商业吹嘘”，只要其不离开宣传的范畴而变为对某一具体事实的陈述，亦即不违反广告法的禁止性规定而构成虚假广告时，就不构成欺诈。^[59]但是，当某人对其陈述的事实具有专门的知识 and 技能时，其实质上在陈述一种“专家意见”。鉴于该种意见在当今社会的普遍性、重要性，该种意见应被纳入欺诈规制的范畴之中。

^[60]

2. 欺诈的故意

所谓欺诈之故意，由两个意思构成：使被欺诈人陷于错误判断之意思，及使被欺诈人基于错误判断而为意思表示之意思。^[61]我国学说通常认为，一般情况下，欺诈都是故意造成的，不承认过失欺诈。^[62]或者认为，欺诈人必须有欺诈的故意，即行为人须有使表意人受欺诈而陷入错误并因此为意思表示的目的。至于是否有取得财产上的不法利益的故意，在所不问。^[63]

3. 表意人因相对人的欺诈行为陷入错误

表意人陷入错误，不仅包括表意人原无错误，纯因相对人的欺诈行为而陷入错误的情况，而且包括表意人原有错误，因欺诈者的诈欺行为而难于发现错误或其错误加深的情况。^[64]

4. 使表意人因陷入错误而作出意思表示（因果关系）

欺诈行为与表意人作出意思表示之间应当具有因果关系。易言之，表意人依赖于欺诈者的虚假陈述而作出意思表示。反之，虽欺诈人有故意欺诈行为，倘若相对人未因此而陷于错误，则并不构成民法上的欺诈，不发生欺诈的法律后果。此外，如果虚假陈述显然是虚假的，或者显然是不应该受到认真对待的，法院就不会允许撤销合同。^[65]

（本条由冉克平撰写）

第一百四十九条

第三人实施欺诈行为，使一方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，对方知道或者应当知道该欺诈行为的，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

本条主旨

本条对第三人欺诈的法律规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第149条规定：“第三人实施欺诈行为，使一方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，对方知道或者应当知道该欺诈行为的，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”

理解与适用

本条规定的是在第三人实施欺诈的情形下，表意人实施的民事法律行为及其法律效果。

（一）含义

依据意思表示有无相对人，意思表示可以分有相对人的意思表示与无相对人的意思表示。在无相对人的情况下，第三人实施欺诈，使表意人违背自己的意志作出意思表示的，表意人均有权撤销。例如，第三人欺诈保证人作出保证行为，生产者制造假冒伪劣商品，买受人从商家那里购买该产品等。^[66]在解释上，由于在此情形下无应受保护的相对人，自应使表意人得以撤销。^[67]

在有相对人的意思表示中，实施欺诈之人通常是表意人的相对人（意思表示受领人）。然而，在有些情况下，实施欺诈的人，系表意人与相对人（意思表示受领人）以外的第三人。所谓第三人欺诈，是指表意人与相对人以外的第三人实施欺诈行为，致使表意人违背真实的意思而实施民事法律行为的欺诈类型。在此情形下，法律需要协调表意人、相对人与第三人之间的利益关系，并合理规范基于第三人欺

诈所为之民事法律行为的效力。

（二）第三人的范围

若表意人受到第三人实施的欺诈的影响，则其表示就缺少了自决行为所需要的自由决策的可能性。但是，第三人欺诈中的“第三人”并不是指民事法律行为当事人之外的任何人，而是指与当事人无任何关系的第三人。正如有学者所言，“第三人是根据公平性权衡来界定的。第三人不包括意思表示受领人的‘信赖人’，也不包括那些‘依据公平性观点并考虑到利益状况’，其行为应该归责于意思表示受领人的人”^[68]。据此，第三人的范围应该受到如下限制：

第一，第三人不包括意思表示受领人的法定代表人、负责人、代理人或作为其缔约辅助人的人。对于由法定代表人、负责人、代理人以及缔约辅助人实施的欺诈行为，必须将其归责于意思表示受领人。

第二，在有些情况下，虽然实施欺诈或胁迫的第三人既不是意思表示受领人的代理人，也不是其所委托从事合同谈判工作的人，但该第三人在利益方面与其有密切的联系，故也必须将由第三人实施的欺诈行为归责于意思表示受领人。

第三，在为第三人利益的合同中，如果实施欺诈的人是受益第三人，在表意人作出意思表示而相对人不知欺诈的事实时，表意人是否可以撤销其意思表示？尽管受益第三人并非为第三人利益的合同的当事人，但是债务人对债权人的抗辩可以用于对抗第三人，因而基于表意人与受益第三人的关系，在表意人因被受益第三人欺诈而订立为第三人利益的合同，或因被其他第三人欺诈而订为第三人利益的合同时，受益第三人在订约时已知欺诈的事实或可得而知的，表意人可因其与受益第三人的关系，撤销该意思表示。只有作如此解释，在理论上才可与禁止权利滥用、诚实信用原则符合，才能维持表意人、相对人、受益第三人之间的公平，以实现协同生活的生活秩序。^[69]由此可见，受益第三人并非一般意义上的“第三人”的范畴。

（三）相对人知道或者应当知道的含义

相对人知道是指相对人明知。所谓明知，是指相对人认识到了第三人对表意人实施的欺诈行为。这反映了一种主观认知活动。之所以附加相对人知道第三人欺诈这个要件，主要是为了平衡相对人与受欺诈方（表意人）之间的利益冲突，维护相对人对合同有效的正当合理

的信赖。^[70]相对人应当知道即相对人应知，也称作因过失而不知，它以相对人本应或本会知道第三人的欺诈为前提，即相对人应知足以否定其对合同有效的正当合理的信赖。

（本条由冉克平撰写）

第一百五十条

一方或者第三人以胁迫手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受胁迫方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

本条主旨

本条对基于胁迫所实施的民事法律行为作出了规定。

相关条文

《民法总则》第150条规定：“一方或者第三人以胁迫手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受胁迫方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”

《民法通则》第58条第1款规定：“下列民事行为无效：（一）无民事行为能力人实施的；（二）限制民事行为能力人依法不能独立实施的；（三）一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所为的；（四）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的；（五）违反法律或者社会公共利益的；（六）以合法形式掩盖非法目的的。”

《合同法》第52条规定：“有下列情形之一的，合同无效：
(一) 一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益……”

《合同法》第54条规定：“下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：(一) 因重大误解订立的；(二) 在订立合同时显失公平的。”“一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。”“当事人请求变更的，人民法院或者仲裁机构不得撤销。”

理解与适用

本条规定的是在当事人或者第三人胁迫的情形下，表意人实施的民事法律行为及其法律效果。

(一) 胁迫的含义

所谓胁迫，是指行为人向被胁迫人预先告知某种不利情况，在后者看来，如果其不发出前者所希望发出的表示，行为人一定会使这种不利情况发生。^[71]行为人用来胁迫的事项的内容具有将来性。也就是说，这种胁迫的内容之危害在受胁迫人拒绝其要求时才能发生。如果是已经发生的事实，一般不发生胁迫问题。应将“暴力”概念与胁迫概念区别开来，“暴力”称为“绝对力量”(Vis absoluta)，导致意思根本不能形成。^[72]对此，亦有学者持不同看法，认为：胁迫包括威胁和强迫。威胁是指行为人一方以未做的不法损害相恐吓，使表意人陷入恐怖，并因此作出意思表示的行为。强迫是指行为人一方以现时的身体强制，使表意人处于无法反抗的境地而作出意思表示的行为。^[73]

笔者认为，胁迫应当仅限于精神胁迫，主要理由在于：(1) 胁迫与欺诈均是为了干预表意人的意思形成自由。由于行为人的胁迫行为，表意人不能自主地作出意思表示。按照表意人意思形成的自由受干预的程度，可以将胁迫分为绝对胁迫与相对胁迫。绝对胁迫没有给受害人留下选择的自由，受害人事事实上沦为了对他实施暴力的人的工具；相对胁迫将受胁迫人推入窘境，其必须在两种不幸中作出选择，即要么作出本不想作出的意思表示，要么遭受声称的伤害。不像绝对

胁迫，相对胁迫并没有强行压制受害人自己的意志，而是将受害人选择的自由局限于难以抉择的两害之中。这就是为什么前者毁灭了意志，而后者只是违背了意志。因此，只有相对胁迫构成合同签订过程中严格意义上的瑕疵。^[74]在身体受到直接强制而陷入无法反抗境地的情形，表意人实际上已经成为相对人意志表达的工具。（2）如果胁迫人直接伤害表意人（如殴打或者拘禁等），并扬言对其继续施加伤害或者施加更大的伤害，则表意人陷入恐惧，被迫作出意思表示。于此情形，虽然表意人受到直接的身体强制，但是所受恐惧是胁迫人意欲施加的更大伤害。正如有学者所言，“仅利用已开始之祸害，不足以构成胁迫，然告以依自己行为或不行为，使其祸害继续而使其恐怖延展者，则为胁迫”^[75]。由此可见，直接的身体强制并非一定构成胁迫，胁迫的实质是恐吓即精神胁迫。

（二）当事人胁迫及其构成要件

当事人胁迫，是指当事人一方以胁迫的方式加害于另一方，使后者在违背真实意思的情况下实施民事法律行为。当事人胁迫的构成要件如下：

（1）当事人一方实施胁迫行为。当事人一方实施的胁迫行为应当限于精神胁迫，即以加害威胁被胁迫人。加害的对象，不限于被胁迫人自身，还包括其亲友等；受害之客体包括自然人的生命健康、荣誉、名誉、财产等，或者法人的荣誉、名誉、财产等。通说认为，不问危害是否重大，只要达到使受胁迫人产生恐惧的程度就够了。^[76]

（2）故意。对于故意是否为胁迫的构成要件，我国学者认识不一。多数学者接受日本民法、我国台湾地区“民法”的双重故意说，认为胁迫人须有胁迫的故意，即胁迫人有通过胁迫行为而使表意人产生恐惧并因此而为一定意思表示的故意。^[77]但是有学者认为，我国法应当借鉴德国学者拉伦茨教授的观点，将受胁迫合同理解为一种侵害意思形成自由的合同，不把故意当作胁迫的构成要素。^[78]笔者认为，胁迫为严重侵害他人意思形成自由的行为，胁迫人希望通过胁迫行为使受胁迫人作出的意思表示与胁迫人的意愿一致，应以故意为要件。拉伦茨教授的观点即使在德国亦属于少数说。

（3）胁迫具有非法性。胁迫行为必须是非法的，对此应当借鉴德国、日本等国的民法的做法，通过胁迫的手段、胁迫的目的以及手段与目的之间的关联性予以判断，具体而言：一是用以胁迫的手段。如果用以胁迫的手段是为法律所禁止的，那么行为自然是非法的。至于胁迫行为所追求的目的，可在所不问。二是所追求的目的。如果胁

迫所追求的目的是法律禁止的，那么胁迫行为也属非法无疑。三是手段与目的之间的关系。只有行为的目的和手段都具有正当性，行为才没有违法性，因而不构成胁迫。反之，若是两者的结合，即目的—手段关系，依据诚实信用原则被视为不合理，并因此显得违法，则认定行为具有违法性。^[79]相反，若是合法地行使权利（如提起民事诉讼）以促使对方履行合同或赔偿适当的损失，则不构成胁迫。

（4）因果关系。须受胁迫人因胁迫行为违背自己的真实意思而作出意思表示，即胁迫行为与意思表示的作出具有因果关系。对于胁迫行为是否足以使受胁迫人为违心的意思表示的判断，学说上存在较大分歧，归纳而言：1）主观说。主观说认为，因胁迫行为是针对特定的当事人实施的，所以确定胁迫行为是否构成，应当以特定的受害人而不是一般人在当时的情况下是否感到恐惧为标准来加以判断。即使一般人不感到恐惧，而受害人感到恐惧的，亦可构成胁迫。^[80]类似观点认为，只需要受胁迫人在主观上产生恐惧并基于恐惧而为意思表示就够了，不必探究通情达理第三人若在此场合会是如何^[81]，因为胁迫制度的规范依据在于保护表意人的意思形成自由。如有学者所言：“纵系并非正经表示的胁迫，如表意人可以将其视为不是闹着玩的，仍可以撤销其意思表示。”^[82]因此，应采主观说。^[83]2）客观标准为原则，主观标准为补充。该说认为，如果胁迫人的威胁足以使一个正常人产生恐惧而作出有违自己意志的表示，即应认为胁迫已达到法定程度；但是，如果采用客观标准会导致严重的不公正时，应结合个别主体予以认定。^[84]

笔者认为，应当以客观标准结合主观标准来判断因果关系：

（1）如果胁迫行为依一般社会观念足以使受胁迫人产生恐惧并作出意思表示，则采取客观标准即理性人的标准，相对人只需证明威胁或者强迫行为的存在即可表明因果关系的存在；（2）如果胁迫行为依客观标准不足以使理性的第三人产生恐惧并作出意思表示，但受胁迫者主张有因果关系，则可采主观标准，即依据相对人之身体上、精神上的状况等予以判断，但相对人应当承担举证责任。

（三）第三人胁迫

第三人实施胁迫使表意人违背自己的意志作出意思表示时，表意人均有权撤销。例如，某人基于与一方当事人的利益关系或其他关系，胁迫另一方当事人必须订立合同。在有相对人的意思表示中，实施胁迫的人，有可能是表意人与相对人（意思表示受领人）以外的第三人。第三人不包括相对人的法定代表人、负责人、代理人、缔约辅

助人，以及依据公平性观点并考虑到利益状况，其行为应该归责于意思表示受领人之人。这与第三人实施欺诈中“第三人”的范围相同。

从《民法典》的立法来看，对于第三人欺诈与第三人胁迫，其采取的是区分模式，即前者以相对人知道或者应当知道作为表意人行使撤销权的条件，而后者无条件地属于可撤销原因。由此可见，在立法政策上，对于第三人胁迫，我国法律更注重保护表意人的利益。

（本条由冉克平撰写）

第一百五十一条

一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使民事法律行为成立时显失公平的，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

本条主旨

本条对显失公平作出了规定。

相关条文

《民法总则》第151条规定：“一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使民事法律行为成立时显失公平的，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”

《民法通则》第59条规定：“下列民事行为，一方有权请求人民法院或者仲裁机关予以变更或者撤销：（一）行为人对行为内容重大误解的；（二）显失公平的。”“被撤销的民事行为从行为开始起无

效。”

《合同法》第54条规定：“下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：（一）因重大误解订立的；（二）在订立合同时显失公平的。”“一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。”“当事人请求变更的，人民法院或者仲裁机构不得撤销。”

理解与适用

本条规定的是显失公平的民事法律行为及其法律效果。

（一）显失公平的民事法律行为的含义

显失公平的民事法律行为是指一方在实施民事法律行为时，故意利用对方处于危困状态、缺乏判断能力，导致民事法律行为成立时当事人之间利益不平衡的民事法律行为。民事法律行为显失公平的，属于可撤销的民事法律行为，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。显失公平与德国法上的暴利行为极为相似，《德国民法典》第138条第2款仅仅以“暴利行为”的形式部分继受了“非常损失规则”。该条规定：某人利用他人处于急迫情势、无经验、欠缺判断力或意志显著薄弱，以法律行为使该他人就某项给付向自己或第三人约定或给予与该项给付明显地不相当的财产利益的，该法律行为尤其无效。暴利行为属于违反善良风俗的法律行为的特殊情况。^[85]

（二）显失公平的构成要件

在构成要件上，显失公平应兼具主、客观两个方面，具体而言：

（1）主观要件，是指一方当事人利用对方的危困状态、缺乏判断能力。一是利用对方的危困状态。危困状态是指因暂时的危险、急迫窘境而对物或金钱给付存在迫切需求。二是利用对方缺乏判断能力。缺乏判断能力是指行为人明显缺乏理智考虑而实施民事法律行为或正确评判双方对待给付与民事法律行为经济后果之能力。缺乏判断

能力可能是由明显的意志薄弱引起的，也可能是由生活或交易经验缺乏引起的。^[86]在主观要件方面，若交易发生在商事主体之间，由于商事主体应当具有必要的知识和技能，因此对主观要件的认定相比消费者应当趋于严格。

（2）客观要件，是指给付明显不相称。对此，应以市场通行的情况来衡量，不相称必须达到这样一个程度，即以市场活动的本质无法对之作出解释的程度，更确切地说是该程度使人可以通过反推得出，遭受不利的那一方当事人的自由意志的形成受到了限制。^[87]给付的不相称以订立合同时为准，至于合同订立之后交易价格上涨属于商业风险，这一点已为我国审判实践所承认。^[88]

从比较法上显失公平的发展趋势来看，行为人的主观要件较充分，可以不要求当事人之间的给付显著不当；当事人之间的给付显著不当，则可以推定主观要件的存在。这可为我国相关立法与司法所借鉴。

（本条由冉克平撰写）

第一百五十二条

有下列情形之一的，撤销权消灭：

（一）当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内、重大误解的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起九十日内没有行使撤销权；

（二）当事人受胁迫，自胁迫行为终止之日起一年内没有行使撤销权；

（三）当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为表明放弃撤销权。

当事人自民事法律行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，撤销权消灭。

本条主旨

本条对撤销权的消灭作出了规定。

相关条文

《民法总则》第152条规定：“有下列情形之一的，撤销权消灭：（一）当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内、重大误解的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起三个月内没有行使撤销权；（二）当事人受胁迫，自胁迫行为终止之日起一年内没有行使撤销权；（三）当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为表明放弃撤销权。”“当事人自民事法律行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，撤销权消灭。”

《合同法》第55条规定：“有下列情形之一的，撤销权消灭：（一）具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内没有行使撤销权；（二）具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权。”

《合同法解释（一）》第8条规定：“合同法第五十五条规定的‘一年’、第七十五条和第一百零四条第二款规定的‘五年’为不变期间，不适用诉讼时效中止、中断或者延长的规定。”

理解与适用

本条规定的是撤销权的消灭，包括撤销权的除斥期间及其起算点、撤销权的抛弃以及撤销权的绝对消灭。撤销权的主体为因意思表示不真实而受损害的一方当事人，因此，对本条的当事人应当作限缩解释。从尊重权利人的意愿、平衡保护双方当事人的利益，以及维护交易的安全的需要出发，撤销权并非一种无条件、无时间限制的权利。

（一）撤销权行使的方法

撤销权人向对方作出撤销的意思表示的，若对方未表示异议，则可以直接产生撤销民事法律行为的后果；如果双方对撤销问题发生争议，则必须提起诉讼或申请仲裁，要求人民法院或仲裁机构予以裁决。撤销应以意思表示为之，但该意思表示亦得以诉讼方式为之。撤销权行使的效力不因诉讼关系如何而受影响，如撤销权人向法院起诉请求撤销，当起诉状副本送达至被告时，即生撤销的效力。即使日后法院判决予以撤销，应认为该合同的撤销非判决之效力，该判决只不过是确认撤销权人之撤销有效而已。撤销的意思表示，既可采用书面形式也可采用口头形式，既可采用明示的方式也可采用默示的方式（如要求对方返还已履行的给付或提起返还之诉）。但是，关于婚姻撤销权的行使，各国或地区立法均以诉讼方式为必要。撤销的意思表示应向合同的另一方当事人为之，然而在另一方当事人（相对人）为无民事行为能力人或限制民事行为能力人时，应向其法定代理人为之；当相对人具有民事行为能力时，亦可向其代理人为之，当然，应以其代理人有受领其撤销意思表示的代理权限为限。在第三人的欺诈、胁迫行为构成可撤销的原因时，撤销权行使的相对人非欺诈人或胁迫人而仍为合同的相对人。

（二）除斥期间的经过与起算点

撤销权为形成权，可因除斥期间经过而消灭。撤销权经除斥期间消灭的要件为：（1）具有撤销权的当事人知道或者应当知道撤销事由。至于其是否知道其享有撤销权，在所不问。所谓“知道或者应当知道”，是指具有撤销权的一方当事人事实上已知道或者根据一般情况应当知道。例如，在欺诈的情形下，是指受欺诈方知道或者应当知道被欺诈的事实。（2）享有撤销权的当事人在一年内没有行使撤销权。该一年为除斥期间，不存在中止、中断或延长的问题。其起算点是其知道或者应当知道撤销事由之日。如果撤销权人未在一年除斥期间内行使撤销权，则撤销权消灭，可撤销的民事法律行为便转化为完全有效的民事法律行为。

但是，因重大误解导致可撤销的民事法律行为的除斥期间为90日，自误解人知道或者应当知道撤销事由之日起开始计算。因胁迫导致可撤销的民事法律行为的起算点为胁迫行为终止之日，期间仍然为一年。这是因为，受胁迫人在遭受胁迫之时处于不能自由行使撤销权的状态。

（三）撤销权的抛弃

撤销权是当事人享有的民事权利，可因权利人抛弃而消灭。撤销权的抛弃分为两种：（1）明示的抛弃。明示的抛弃是指撤销权人以意思表示的方式表明抛弃撤销权。（2）默示的抛弃。默示的抛弃是指以行为推定的方式抛弃。如撤销权人在知道撤销事由之后，仍有全部或一部的履行，履行的请求、更改，担保的提供、将因可撤销合同所取得的权利全部或一部为转让、强制执行等。^[89]但是，沉默不能作为抛弃撤销权的方式。抛弃撤销权的意思表示既可由本人为之，也可由其代理人为之；抛弃撤销权的意思表示，除非经相对人同意，不得附条件，以免使相对人处于不安定的地位。

（四）撤销权的绝对消灭

自可撤销的民事法律行为发生之日起5年内没有行使撤销权的，撤销权即归于消灭。

（五）可撤销婚姻的特殊规定

《民法典》第1052条规定：因胁迫结婚的，受胁迫的一方可以向人民法院请求撤销婚姻。请求撤销婚姻的，应当自胁迫行为终止之日起一年内提出。被非法限制人身自由的当事人请求撤销婚姻的，应当自恢复人身自由之日起一年内提出。

（六）民事法律行为撤销后诉讼时效的计算

《诉讼时效规定》第7条第2款规定：合同被撤销，返还财产、赔偿损失请求权的诉讼时效期间从合同被撤销之日起计算。民事法律行为的撤销在我国只能通过诉讼或者仲裁的方式。自撤销之日起，权利人也已经明确知道其享有该权利，因此，诉讼时效应当自民事法律行为被撤销之日起算。

（本条由冉克平撰写）

第一百五十三条

违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。

违背公序良俗的民事法律行为无效。

本条主旨

本条对违反强制性规定和违背公序良俗的民事法律行为作出了规定。

相关条文

《民法总则》第153条规定：“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效，但是该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。”“违背公序良俗的民事法律行为无效。”

《民法通则》第58条第1款规定：“下列民事行为无效：（一）无民事行为能力人实施的；（二）限制民事行为能力人依法不能独立实施的；（三）一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所为的；（四）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的；（五）违反法律或者社会公共利益的；（六）以合法形式掩盖非法目的的。”

《合同法》第52条规定：“有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。”

《合同法解释（二）》第14条规定：“合同法第五十二条第（五）项规定的‘强制性规定’，是指效力性强制性规定。”

理解与适用

本条规定的是违反强制性规定或者违背公序良俗的民事法律行为无效。

无效民事法律行为，是指虽已成立，因欠缺法定的有效要件，在法律上确定地当然自始不发生法律效力的民事法律行为。例如，无效合同、无效遗嘱以及无效婚姻等都属于无效的民事法律行为。导致民事法律行为无效的原因主要表现为两个方面：一是违反法律、行政法规的效力性强制性规定，二是违背公序良俗。法律之所以规定违法和违反公序良俗的民事法律行为无效，是因为其危害性大。对这种恶的克服，不仅仅需要来自国家的高压管制，也需要来自社会的柔性压力，从而使民法对私法自治建立了一个完整的调控体系。^[90]

（一）违反法律、行政法规的效力性强制性规定的民事法律行为无效

民事法律行为不得违反法律、行政法规的强制性规定，否则该民事法律行为不能发生行为人所预期的法律效果。但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。

强制性规定类型很多，根据司法解释和学理的通说观点，依据强制性规定是否对私法上之行为的法律效力有影响，强制性规定可以区分为管理性规定和效力性规定。如果法律行为所违反的强制性规定是管理性规定，则不会导致法律行为无效。

效力性规定是指对于违反强制性规定的私法上的行为，在效力后果上以私法上的方式予以一定制裁的强制性规定，行为人所预期的私法上的法律效果因此会受到一定的消极影响，或者无效，或者效力待定等。管理性规定是指对于违法行为，行为人所预期的私法上的效果不会受到私法上的制裁的强制性规定。违反管理性规范不会导致民事法律行为无效，但并不排除行为人可能受刑事上或者行政上的制裁后

果。^[91]这就要求区分效力性强制性规定和管理性强制性规定及其法律后果，通过减少法律、行政法规对法律行为效力的限制，扩大民事主体意思自治的范围。

关于管理性强制性规定和效力性强制性规定的区分，《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第16条规定：人民法院应当综合法律法规的意旨，权衡相互冲突的权益，诸如权益的种类、交易安全以及其所规制的对象等，综合认定强制性规定的类型。如果强制性规范规制的是合同行为本身即只要该合同行为发生即绝对地损害国家利益或者社会公共利益的，人民法院应当认定合同无效。如果强制性规定规制的是当事人的“市场准入”资格而非某种类型的合同行为，或者规制的是某种合同的履行行为而非某类合同行为，人民法院对于此类合同效力的认定，应当慎重把握，必要时应当征求相关立法部门的意见或者请示上级人民法院。据此，关于效力性强制性规定和管理性强制性规定的区分可以从如下几个方面予以判断：第一，规范意旨。应当考察强制性规定的性质和目的，如果违反了强制性规定的合同继续有效将损害国家利益和社会公共利益，则应当认为该规定为效力性强制性规定。第二，权衡权益，即权衡强制性规定所要保护的利益和合同本身所确定的利益，考虑基本权利保护、交易安全、市场准入资格和合同行为等问题。第三，进行目的解释和体系解释。例如，《证券法》第63条规定：通过证券交易所的证券交易，投资者持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有一个上市公司已发行的有表决权股份达到5%时，应当在该事实发生之日起3日内，向国务院证券监督管理机构、证券交易所作出书面报告，通知该上市公司，并予公告，在上述期限内不得再行买卖该上市公司的股票。如果违反该信息披露义务进行买卖，合同是否无效？笔者认为，该规定应属于管理性规定，原因在于：合同无效并不一定能够实现防止操纵市场和内幕交易的目的；且《证券法》第197条并未规定违反第63条的行为无效；而第117条规定了，按照依法制定的交易规则进行的交易，不得改变其交易结果。依据体系解释，此等交易通过无效而改变；证券市场交易涉及面较广，涉及主体较多，合同无效可能会对许多交易当事人的交易行为的效力产生影响，不利于维护证券市场交易秩序。^[92]

（二）违背公序良俗的民事法律行为无效

公序良俗是公共秩序与善良风俗的简称，是指社会公共利益或道德观念，为民法的基本原则之一。通过公序良俗原则，民事法律行为制度得以与公共秩序与道德制度发生联系。因为立法时不可能预见一

切损害社会公益和道德秩序的行为而作出详尽的禁止性规定，因此公序良俗原则可以弥补禁止性规定的不足。^[93]

行为人实施的民事法律行为不得违反公序良俗，否则该民事法律行为无效。民事法律行为是否违反公序良俗，应就民事法律行为的内容、附随情况以及当事人的动机、目的和其他因素加以综合判断。行为人认识到民事法律行为违反公序良俗的相关情况即为已足，不以具有“违反公序良俗的意识”为必要。在判断时间上，由于公序良俗具有可变迁性，原则上应以法律行为作成之时为准据，但是遗嘱应以其生效时为判断时点。^[94]公序良俗原则仅具有消极地限制当事人的私法自治的功能，绝不意味着法律要去积极地强制要求某种道德行为的实施。善良风俗规范的目的在于不使法律行为成为违反伦理的工具。^[95]

（本条由冉克平撰写）

第一百五十四条

行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效。

本条主旨

本条对恶意串通作出了规定。

相关条文

《民法总则》第154条规定：“行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效。”

《民法通则》第58条第1款规定：“下列民事行为无效：（一）无民事行为能力人实施的；（二）限制民事行为能力人依法不能独立实施的；（三）一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所为的；（四）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的；（五）违反法律或者社会公共利益的；（六）以合法形式掩盖非法目的的。”

《合同法》第52条规定：“有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益……”

理解与适用

本条规定的是恶意串通的民事法律行为的效力。

（一）恶意串通的含义

从文义与结构上看，本条规定的“恶意串通”包括两个要素：一是当事人之间有故意的意思联络即串通，二是行为人对国家、集体或者第三人利益有欺诈性损害。所谓“恶意”，是指明知某民事法律行为会损害他人合法权益仍故意为之；所谓串通，是指当事人就恶意损害他人合法权益存在意思联络。^[96]从法律效果上看，恶意串通的民事法律行为无效。由此可见，行为人与相对人恶意串通实施民事法律行为，在法律效果上比重大误解、欺诈、胁迫、显失公平等更为严厉。

（二）恶意串通与通谋虚伪表示之比较

恶意串通与通谋虚伪表示有诸多相似之点：（1）恶意串通与通谋虚伪表示均为民事法律行为，而非事实行为，因唯有民事法律行为，才有有效与无效之分；事实行为则为合法与不法之别。（2）恶意串通与通谋虚伪表示的参与者均为两人以上，且相互之间具有意思联络并达成合意；（3）恶意串通和通谋虚伪表示通常指向的均为第三人，即通常有损害第三人利益的动机。^[97]

然而，恶意串通与通谋虚伪表示之间并不相同：（1）从表现形

式来看，恶意串通既包括双方通谋，使表示与真意不一致即构成虚伪表示的情形，还包括双方通谋而表示与真意一致的这种情况^[98]，如企业的采购人员为了获取回扣，与出卖人约定，高价购买低质量的商品。而通谋虚伪表示仅限于表示与真意不一致。（2）恶意串通以损害他人的合法权益为必要，而通谋虚伪表示并不以损害第三人的利益为必要。（3）恶意串通的无效并未涉及对第三人的效力，《民法典》并未作出相应规定，而通谋虚伪表示的无效不得对抗善意第三人。

（三）恶意串通的类型

从我国司法实务来看，法院对恶意串通的适用呈现多样化的局面。根据对最高人民法院及各地人民法院的相关典型案例的梳理，大体可以归结出以下五种类型的恶意串通。

第一，双方当事人恶意串通以逃避债务。此又可以分为：（1）恶意转让财产以逃避债务。债务人的财产作为责任财产，构成债权人债权的总担保。债务人与第三人之间低价或者无偿转让财产，如果是为了逃避债务的履行，就会因损害债权人的利益而被判定为无效。^[99]（2）恶意设立抵押权以逃避债务。债务人在清偿债务之前，于其财产之上为第三人设立担保，必然会导致此前债务的责任财产的减少。若是债务人与第三人具有逃避债务的共同意图，则该担保合同就会被认定为无效。^[100]

第二，双方当事人恶意串通，欺诈第三人。典型情形可以分为：（1）借款人与贷款人恶意串通，骗取他人担保。借款人与贷款人之间佯装订立贷款合同，共同欺诈第三人，使第三人为该虚假贷款合同提供担保。^[101]（2）数个投标者恶意串通竞标。这样的行为必然会损害其他竞买人以及招标人的利益。^[102]（3）拍卖人与买受人恶意串通竞标。2014年12月18日发布的最高人民法院第八批指导案例35号“广东龙正投资发展有限公司与广东景茂拍卖行有限公司委托拍卖执行复议案”中，法院认为，拍卖人与买受人恶意串通竞标的拍卖行为无效。^[103]此外，还有恶意串通以骗取受让人财产的案例。^[104]

第三，代理人与第三人恶意串通，损害被代理人的利益。代理人在行使代理权时，在代理职责范围内应尽必要的谨慎和勤勉义务。相反，若是代理人与第三人恶意串通，损害被代理人的利益，则该代理行为会被认定为无效。^[105]

第四，股权或者商标权的双重转让。我国司法实践认为，股权的

转让人双重转让，致使先订立合同的受让人的利益受到损害的，若有证据表明转让人与此后的受让人之间具有损害先受让人之利益的共同故意，则后一个转让合同会被认定为无效。^[106]商标权的双重转让也有相似判决^[107]。但是，对于动产与不动产的双重甚至多重转让，现行法不仅不认为其属于恶意串通，损害第三人的行为，而且还对多重买卖合同的效力与标的物所有权的获取规则予以了详尽的规定[最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释（法释〔2012〕8号）第9、10条]。

第五，双方当事人恶意串通，规避法律。当事人在订立合同时具有规避法律的共同意图的，则该合同因恶意规避法律而无效。^[108]

（四）恶意串通中他人的合法权益

从法律关系上讲，“损害他人合法权益”实质上是指损害合同当事人双方之外第三人的利益。他人的合法权益，在解释上可以包括国家利益、集体利益与个人利益。但是，从我国司法实践来看，双方当事人恶意串通损害国家、集体利益的案件极为少见，多是恶意串通损害特定个人利益的案件。行为人与相对人恶意串通，损害第三人的合法权益的，第三人可以提起民事法律行为无效之诉。

（本条由冉克平撰写）

注释：

[1] 卡尔·拉伦茨.德国民法通论：下册.王晓晔，等译.北京：法律出版社，2003：426.

[2] 王利明.民法总则研究.2版.北京：中国人民大学出版社，2012：572-573.

[3] Dieter Medicus.Allgemeiner Teil des BGB，10.Aufl.，2010，Rn.175.

[4] 布洛克斯，瓦尔克.德国民法总论.张艳，译.北京：中国人民大学出版社，2012：233-234.

[5] 迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论.邵建东，译.北京：法律出版社，2000：368.

[6] 梁慧星.民法总论.4版.北京：法律出版社，2011：51.

[7] 易军.法律行为生效要件体系的重构.中国法学，2012（3）.

[8] 王泽鉴.民法总则.4版.北京：北京大学出版社，2009：232-233.

[9] 卡尔·拉伦茨.德国民法通论：下册.王晓晔，等译.北京：中国人民大学出版社，2003：603.

[10] 龙卫球.民法总论.北京：中国法制出版社，2001：479.

[11] 马俊驹，余延满.民法原论.4版.北京：法律出版社，2010：188-189.

[12] 迪特尔·罗歇尔德斯.德国债法总论：第7版.沈小军，张金海，译.北京：中国人民大学出版社，2014：168.

[13] 理查德·格里格，菲利普·津巴多.心理学与生活：第16版.王垒，等译.北京：人民邮电出版社，2016：305及以下.

[14] 马俊驹，余延满.民法原论.4版.北京：法律出版社，2010：89.

[15] 王泽鉴.民法概要.2版.北京：北京大学出版社，2011：40.

[16] 迪特尔·施瓦布.民法导论.郑冲，译.北京：法律出版社，2006：508.

[17] 马俊驹，余延满.民法原论.4版.北京：法律出版社，2010：93.

[18] 王泽鉴.民法总则.北京：北京大学出版社，2009：396.

[19] 维尔纳·弗卢梅.法律行为论.迟颖，译.北京：法律出版社，2013：228-229.

[20] 卡尔·拉伦茨.德国民法通论：下册.王晓晔，等译.北京：法律出版社，2003：497.

[21] 尹田.法国现代合同法.2版.北京：法律出版社，2009：115.

[22] 陈卫佐.德国民法总论.北京：法律出版社，2007：309.

[23] 迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论.邵建东，译.北京：法律出版社，2000：446.

[24] 尹田.法国现代合同法.2版.北京：法律出版社，2009：116.法国法认为，虚伪表示意味着在相同的当事人之间存在两项协议，其中一项协议是可公开的协议，另一项是私下订立的秘密协议。而后一项秘密协议旨在变更或者取消第一项可公开的协议所作的规定。法国民法典：下.罗结珍，译.北京：法律出版社，2005：1007.如果秘密协议旨在取消公开协议，则这属于伪装行为；反之，如果秘密协议旨在变更公开协议，则这属于隐藏行为。

[25] 尹田.法国现代合同法.2版.北京：法律出版社，2009：116.

[26] 施启扬.民法总则.北京：中国法制出版社，2010：245.

[27] 2017年3月12日第十二届全国人民代表大会第五次会议主席团第二次会议通过的《第十二届全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国民法总则（草案）〉审议结果的报告》。

[28] 迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论.邵建东,译.北京:法律出版社,2000:450.

[29] 我妻荣.新订民法总论.于敏,译.北京:法律出版社,2008:273.

[30] 王泽鉴.民法总论.北京:北京大学出版社,2009:287.

[31] 胡长清.中国民法总论.北京:中国政法大学出版社,1997:236.

[32] 史尚宽.民法总论.北京:中国政法大学出版社,2000:387.

[33] 马俊驹,余延满.民法原论.4版.北京:法律出版社,2010:195.朱广新.合同法总论.北京:中国人民大学出版社,2012:220.

[34] 杨代雄.民法总论专题.北京:清华大学出版社,2012:189.

[35] 迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论.邵建东,译.北京:法律出版社,2000:565-566.

[36] 哈里·韦斯特曼.德国民法基本概念:第16版.增订版.哈尔姆·彼得·韦斯特曼,修订.张定军,等译.北京:法律出版社,2014:39.

[37] Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 34.Aufl., 2010, Rn.411.416.

[38] 同②570.

[39] James Gordley, The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine, Oxford: Clarendon Press, 1991: 130-131.

[40] 赞成“错误二元论”的观点,可参见梅伟.民法中意思表示错误的构造.环球法律评论,2015(3).赵毅.民法总则错误制度构造论.法商研究,2016(4)。

[41] 近江幸治 民法讲义:I-民法总则.渠涛,等译.北京:北京大学出版社,2015:190.

[42] 关于赞成“错误二元论”的观点,参见冉克平.法典总则视野下意思表示错误制度的构建.法学,2016(2)。

[43] 例如《奥地利普通民法典》(第871条)、《荷兰民法典》(第6:228条第1款c项)、《欧洲合同法原则》(第4:13条)、《国际商事合同通则》(第3.5条)以及《欧洲示范民法典草案》(第2-7:201条)等均规定,相对人对错误的发生可归责、相对人对错误可识别以及相对人的共同错误是表意人可基于合同成立时存在的关

于事实或法律的错误而宣布合同无效的必要条件。

[44] M.沃尔夫.民法的法典化.丁晓春,译.现代法学,2002(3).

[45] Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 34.Aufl., 2010, Rn.411, 412.

[46] 维尔纳·弗卢梅.法律行为论.迟颖,译.北京:法律出版社,2013:497.

[47] 上海市长宁区人民法院(2008)长民一(民)初字第564号民事判决书.

[48] Melvin A.Eisenberg.Mistake in Contract Law.Calif.L.Rev.91(2003), p.1582.

[49] 卡尔·拉伦茨.德国民法通论:下册.王晓晔,等译.北京:法律出版社,2003:514.

[50] Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 9.Aufl., Verlag C.H.Beck, München, 2004, S.652.

[51] 李永军.民法总论.2版.北京:法律出版社,2009:517.

[52] 布洛克斯,瓦尔克.德国民法总论.张艳,译.北京:中国人民大学出版社,2012:257.

[53] 杨代雄.民法总论专题.北京:清华大学出版社,2012:185.

[54] 叶金强.合同解释:私法自治、信赖保护与衡平考量.中外法学,2004(1).

[55] Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 10.Aufl., 2010, Rn.784.

[56] 梁慧星.民法总论.4版.北京:法律出版社,2011:180.

[57] 陈华彬.民法总论.北京:中国法制出版社,2011:397.

[58] 李永军.民法总论.2版.北京:法律出版社,2009:540.

[59] 尹田.民法典总则之理论与立法研究.北京:法律出版社,2010:555-556.

[60] 朱广新.合同法总则.2版.北京:中国人民大学出版社,2012:245.

[61] 梁慧星.民法总论.4版.北京:法律出版社,2011:180.朱广新.合同法总则.2版.北京:中国人民大学出版社,2012:243.

[62] 王利明.民法总则研究.2版.北京:中国人民大学出版社,2012:709.

[63] 马俊驹,余延满.民法原论.4版.北京:法律出版社,2010:196.

[64] 马俊驹,余延满.民法原论.4版.北京:法律出版社,2010:196.

[65] 李永军.民法总论.2版.北京:法律出版社,2009:540.

[66] 史尚宽.民法总论.北京:中国政法大学出版社,2000:429.

[67] 维尔纳·弗卢梅.法律行为论.迟颖,译.北京:法律出版社,2013:647.

[68] 迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论.邵建东,译.北京:法律出版社,2000:604.

[69] 洪逊欣.中国民法总则.台北:三民书局,1981:405.

[70] 朱广新.合同法总则.北京:中国人民大学出版社,2012:250-251.

[71] 卡尔·拉伦茨.德国民法通论:下册.王晓晔,等译.北京:法律出版社,2003:546.

[72] 龙卫球.民法总论.北京:中国法制出版社,2001:504.

[73] 佟柔.中国民法学·民法总则.北京:中国人民公安大学出版社,1990:239.王利明.合同法研究:第1卷.2版.北京:中国人民大学出版社,2011:650-651.马俊驹,余延满.民法原论.4版.北京:法律出版社,2010:196.李开国.民法总论.武汉:华中科技大学出版社,2013:192-193.

[74] 谭和平.意思表示瑕疵理论与立法比较研究.北京:中国政法大学出版社,2013:159.

[75] 史尚宽.民法总论.北京:中国政法大学出版社,2000:434.

[76] 王家福.中国民法学·民法债权.北京:法律出版社,1991:347.王利明.合同法研究:第1卷.2版.北京:中国人民大学出版社,2011:653.

[77] 梁慧星.民法总论.4版.北京:法律出版社,2011:181.王利明.合同法研究:第1卷.2版.北京:中国人民大学出版社,2011:651-652.胡康生.中华人民共和国合同法释义.2版.北京:法律出版社,2009:91.

[78] 朱广新.合同法总则.2版.北京:中国人民大学出版社,2012:258.

[79] 汉斯·约哈希姆·慕斯拉克,沃夫冈·豪.德国民法概论.刘志阳,译.北京:中国人民大学出版社,2016:120-121.

[80] 王利明.合同法研究:第1卷.2版.北京:中国人民大学出版社,2011:653.

[81] 韩世远.合同法总论.3版.北京:法律出版社,2011:193.李玫.论合同法中胁迫的构成要件.暨南学报(哲学社会科学版),2010(5).

[82] 黄立.民法总则.北京：中国政法大学出版社，2002：318.

[83] 朱广新.合同法总则.2版.北京：中国人民大学出版社，2012：256.

[84] 李永军.合同法.北京：法律出版社，2007：530.尹田.民法典总则之理论与立法研究.北京：法律出版社，2010：564.

[85] Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 34.Aufl., 2010, Rn.344.

[86] Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 34.Aufl., 2010, Rn.344f.

[87] 迪特尔·施瓦布.民法导论.郑冲，译.北京：法律出版社，2006：480.

[88] 最高人民法院公报，2006（5）.

[89] 例如《日本民法典》第125条规定：自依前条规定可进行追认时起，以后就可撤销行为有下列事实之一时，视为追认。但保留异议，不在此限：（1）全部或一部履行；（2）履行请求；（3）更改；（4）担保提供；（5）因可撤销行为而取得的权利的全部或者部分让与；（6）强制执行。

[90] 谢鸿飞.论法律行为生效的“适法规范”.中国社会科学，2008（1）.

[91] 耿林.强制规范与合同效力.北京：中国民主法制出版社，2009：85-86.

[92] 王利明.合同法研究：第1卷.3版.北京：中国人民大学出版社，2015：634.

[93] 梁慧星.民法总论.4版.北京：法律出版社，2011：51.

[94] 王泽鉴.民法总则.北京：北京大学出版社，2009：232-233.

[95] 卡尔·拉伦茨.德国民法通论：下册.王晓晔，等译.北京：中国人民大学出版社，2003：603.

[96] 王家福.中国民法学·民法债权.北京：法律出版社，1991：344.

[97] 朱建农.论民法上恶意串通行为之效力.当代法学，2007（6）.

[98] 王家福.中国民法学·民法债权.北京：法律出版社，1991：344.

[99] 如在“福建金石制油有限公司、中纺粮油（福建）有限公司等买卖合同纠纷案”中，法院认为：在受让人田源公司明知债务人福建金石公司欠债权人嘉吉公司巨额债务的情况下，其以不合理的低价购买福建金石公司的主要资产，足以证明田源公司与福建金石公司在签订国有土地使用权及资产买卖合同时具有主观恶意，属恶意串通，该合同的履行足以损害债权人嘉吉公司的利益。[最高人民法院（2012）民四终字第1号民事判决书。]此外，还有债务人与第三人转让股权损害债权人利益的案例，如“徐州华源投资有限公司与灵石县泉洲兔业发展有限责任公司、灵石县昌泰源矿产品

开发有限公司一般股权转让侵权纠纷案”[最高人民法院（2014）民提字第22号民事判决书]。

[100] 如在“中国光大银行与内蒙古包头华达合资卧具装饰厂、中国农业银行包头市青山区支行等侵权纠纷案”中，法院认为：华达装饰厂与农行青山支行的抵押行为系事后抵押，债务人与其中一个债权人恶意串通，将其全部或者部分财产抵押给该债权人……这种事后抵押应认定为无效……[最高人民法院（2008）民二终字第135号民事判决书。]另参见最高人民法院（2014）民二终字第70号民事判决书。

[101] 例如在“石家庄市商业银行金桥支行与中国出口商品基地建设河北公司等借款担保合同纠纷案”中，法院认为：本案800万元借款合同约定的借款用途是“购进钢材”，货代公司为此提供了保证。在货代公司不知情的情况下，基地公司改变了贷款用途，将800万元贷款归还了京华公司，金桥支行用特种转账传票从京华公司账户内将款项划出用于还贷……金桥支行与基地公司双方以新贷偿还旧贷的目的是明显的。由此，本案800万元的保证合同是在违背担保人货代公司的真实意思表示情况下签订的，已构成借贷双方串通，骗取担保……应免除货代公司对800万元借款合同的保证责任。最高人民法院（2001）民二终字第116号民事判决书。

[102] 如在“南通市泰华置业发展有限公司诉海安县国土资源局建设用地使用权出让合同纠纷案”中，法院认为：泰华公司未遵守竞买须知的规定，与润洋公司恶意串通，显然违反公开、公平、公正的竞争规则，直接妨碍其他竞买人在信息对等的情况下参加竞价，损害了土地出让市场的正常秩序。因此，海安国土局依据竞买须知的规定，有权解除其与泰华公司所签的出让合同。泰华公司的中买资格无效。江苏省高级人民法院（2003）苏民终字第213号民事判决书。

[103] 该案的“裁判要点”认为：拍卖行与买受人有关联关系，拍卖行为存在以下情形，损害与标的物相关权利人合法权益的，人民法院可以视为拍卖行与买受人恶意串通，依法裁定该拍卖无效：一是拍卖过程中没有其他无关联关系的竞买人参与竞买，或者虽有其他竞买人参与竞买，但未进行充分竞价的；二是拍卖标的物的评估价明显低于实际价格，仍以该评估价成交的。

[104] 如“沈某念、张某与杨某学、杨某全、杨某飞煤矿承包合同纠纷案”，最高人民法院（2012）民申字第315号民事裁定书。

[105] 如在“何某英与邓某燕房屋买卖合同纠纷案”中，法院认为：作为买方的杨某丙与代理人邓某燕存有母女的身份关系，有理由相信其明知邓某燕滥用代理权的行为……显然具有恶意串通损害卖方何某英利益的恶意……该合同对何某英不产生法律效力。广东省广州市中级人民法院（2014）穗中法民五终字第4779号民事判决书。

[106] 如在“四川京龙建设集团有限公司与简阳三岔湖旅游快速通道投资有限公司等股权确认纠纷案”中，法院认为：因鼎泰公司和合众公司在知道三岔湖公司、刘某某与京龙公司的股权转让合同尚未解除的情况下，分别就星展公司和锦荣公司、锦云公

司和思珩公司与三岔湖公司、刘某良达成股权转让协议，且受让价格均显著低于京龙公司的受让价格，并将受让公司过户到鼎泰公司、合众公司名下，而三岔湖公司、刘某良在未解除与京龙公司之间的合同的情形下将目标公司股权低价转让给关联公司，损害了京龙公司根据“股权转让协议”及其“补充协议”可以获取的利益，因……恶意串通属于无效合同。最高人民法院（2013）民二终字第29号民事判决书。

[107] 如在“百安奇售货设备集团公司与常州费斯托自动售货设备有限公司等商标转让合同纠纷案”中，法院认为：费斯托公司、徐某伟与周某之间转让涉案商标的行为属于恶意串通行为，该行为事实上成为费斯托公司不履行其与百安奇公司的商标转让合同的借口或障碍，明显损害了百安奇公司依据合同所享有的合法利益。综合本案的事实，应该认定费斯托公司与周某之间的“百安奇”商标转让合同属于《合同法》第52条第2项规定的恶意串通、损害第三人利益的无效合同。原审法院认定费斯托公司与周某之间的商标转让合同有效，适用法律错误，本院予以纠正。最高人民法院（2013）民提字第103号民事裁定书。

[108] 如在“中交第四公路工程局有限公司与辽宁交通建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”中，法院认为：中交四局和辽建集团签订的合作投标协议的意思表示是以辽建集团名义参加投标……双方签订合作招标协议，就是为了规避建设单位的要求，是一种恶意串通行为，侵害了建设单位的合法权益，据此也应当确认中交四局和辽建集团签订的合作投标协议无效。辽宁省高级人民法院（2009）辽民一终字第70号民事判决书。

第一百五十五条

无效的或者被撤销的民事法律行为自始没有法律约束力。

本条主旨

本条对无效或者被撤销的民事法律行为的拘束力作出了规定。

相关条文

《民法通则》第58条第2款规定：“无效的民事行为，从行为开始起就没有法律约束力。”

《民法通则》第59条第2款规定：“被撤销的民事行为从行为开始起无效。”

《民法总则》第155条规定：“无效的或者被撤销的民事法律行为自始没有法律约束力。”

《合同法》第56条规定：“无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力。合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。”

理解与适用

本条规定的是无效的或者被撤销的民事法律行为自始无效。

（一）无效的民事法律行为与被撤销的民事法律行为

无效民事法律行为与可撤销民事法律行为均是已成立的民事法律行为，都欠缺民事法律行为的有效要件。可撤销民事法律行为被撤销之后，与无效民事法律行为一样，都应自始无效。两者的区别主要有：（1）条件不同。对于无效民事法律行为而言，只要存在无效的事由，无论当事人是否主张无效，该民事法律行为当然无效、绝对无效。而可撤销民事法律行为效力的消灭，以撤销行为为条件。在撤销之前，可撤销民事法律行为一直有效。（2）引起的原因不同。无效民事法律行为无效主要是因为其违反了法律、行政法规的效力性强制性规定或者公序良俗原则；而可撤销民事法律行为无效主要是因为当事人意思表示不真实；（3）有权主张的人不同。对于无效民事法律行为，双方当事人、与该民事法律行为有利害关系的人，都可主张其无效；而对于可撤销民事法律行为，只有依法享有撤销权的当事人才能主张其无效。（4）法院或者仲裁机构能否依职权宣告不同。法院或仲裁机构处理案件时，对于无效民事法律行为，应依法主动宣告其无效；而对于可撤销民事法律行为，必须享有撤销权的人提出了申请，法院或仲裁机构才可以对其予以撤销。（5）申请确认无效有无限制不同。对于无效民事法律行为，确认其无效的时间不受任何限制；对于可撤销民事法律行为，可因撤销权的消灭而不得再主张撤销。^[1]

（二）无效民事法律行为与被撤销的民事法律行为溯及既往的效力

民事法律行为无效或者被撤销之后，一方面意味着该民事法律行为丧失了对当事人的法律约束力，意思表示不能产生当事人预期的法律效果；另一方面，基于当事人的过错及违法性，当事人要承担相应的法律后果。

民事法律行为在履行前被确认为无效的，该民事法律行为不得再履行。民事法律行为无效的效果表现为当事人原有财产状态不因民事法律行为的订立而发生变化。如果民事法律行为在履行后被确认为无效，则其无效具有溯及力，即当事人订立民事法律行为前的财产状态

应予恢复。这一民事法律行为无效后的财产返还原则被称为“民事法律行为无效的溯及力原则”。民事法律行为无效的溯及力表现为各方当事人均有权要求对方返还已为的给付。

（三）无效民事法律行为与被撤销的民事法律行为溯及既往效力的限制

无效民事法律行为或被撤销的民事法律行为并非在任何情况下均可溯及至行为开始之时。在法国法上，一些情形下合同无效的溯及力受到了限制，例如，鉴于某些合同行为在无效前已经部分履行（如租赁、雇佣等）且无法相互返还（承租人无法向出租人返还对租赁物已进行的“使用”，雇佣人无法向受雇人返还已进行的“劳动”）等，当事人已为给付的返还只能被予以排除，保留合同无效前已经履行部分的事实状态更为合理。^[2]在德国法上，某些长期债务关系，其中主要是公司关系，还包括劳动关系，所依据的合同虽然存在瑕疵，但是仍然得到了履行。于此情形，无效民事法律行为溯及既往的无效性以及撤销之溯及既往的效力（《德国民法典》第142条第1款），在很大程度上被排除了。民事法律行为的无效性，仅应针对未来主张，特别是通过终止表示来主张。对于“有瑕疵的公司关系”，德国联邦最高法院认为：“民法之无效后果和撤销后果，因具有溯及至法律行为订立之时的效力，因此一般不适用于公司关系。……此项原则业已成为公司法的一个稳定的组成部分。在今天已经达到的法律状态下，不应当也无须再以法律安全性为由，将这些原则的适用取决于个案的具体内容，也无须再审查偏离民法规则的做法是否出于某种紧迫的需要。”^[3]日本学者认为：原则上民事法律行为无效是自始不发生法律效力，民事法律行为因撤销而无效导致追溯性的无效。但是这并非绝对的，如关于设立团体行为（社团的设立、合伙契约）、雇佣契约、劳动契约，因为有必要保护第三人的信赖与就业者之利益，这些行为无效或者被撤销的效果被解释为自无效之主张提出的或自撤销之时，向将来发生。^[4]

对此，应当借鉴法国、德国及日本的立法、判例与学说，对无效民事法律行为与被撤销的民事法律行为的溯及力予以必要的限制。具体而言：（1）继续性合同不溯及自始归于消灭。继续性合同是指合同的内容，并非一次给付可以完结，而是继续地实现。其基本的特色是，时间因素在债的履行上居于重要的地位，总给付的内容取决于应为给付时间的长度。由于此类债权的主要效力在于履行状态的维持，因而有的学者称之为“状态债权”，典型的如合伙、劳动、雇佣等合同。继续性合同之无效或被撤销，如因当事人一方欠缺民事行为能力

而合同不生效力，或因意思表示错误、受诈欺或胁迫而当事人均未为给付时，不生问题。倘已为给付（进入履行阶段），应限制无效或撤销的溯及效力，使自当事人主张不生效力或撤销之时起向将来发生效力，过去的法律关系不因此而受影响。^[5]这可以为我国相关法律所借鉴。^[6]（2）不得对抗善意第三人。意思表示瑕疵通常涉及的是当事人之间的私益，为保护交易的安全及善意第三人的合理信赖，民事法律行为因意思表示瑕疵而无效或者被撤销的，不得对抗善意第三人。这就是说，民事法律行为仅在当事人之间为无效，但当事人不得以行为之无效否定善意第三人的权利或者利益主张。易言之，对于善意第三人而言，其既可以主张该民事法律行为有效，亦可主张该民事法律行为无效。（3）婚姻无效或被撤销的溯及力不及于善意配偶与子女。婚姻关系作为身份关系具有特殊性，婚姻被宣告无效或被撤销后，对于善意的配偶一方仍发生有效婚姻的效力，其对子女的效力亦不受影响。^[7]

（本条由冉克平撰写）

第一百五十六条

民事法律行为部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。

本条主旨

本条对民事法律行为的部分无效作出了规定。

相关条文

《民法总则》第156条规定：“民事法律行为部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。”

《民法通则》第60条规定：“民事行为部分无效，不影响其他部分的效力的，其他部分仍然有效。”

《合同法》第56条规定：“无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力。合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。”

《合同法》第57条规定：“合同无效、被撤销或者终止的，不影响合同中独立存在的有关解决争议方法的条款的效力。”

理解与适用

本条规定的是民事法律行为部分无效的规则。

（一）立法目的与适用范围

民事法律行为部分无效的规则的立法目的乃维护私法自治，即使当事人受欠缺无效部分之民事法律行为的拘束。此通常亦符合当事人之意思。^[8]本条适用范围包括无效的民事法律行为、被撤销的民事法律行为以及民事法律行为确定不发生效力的情形。

（二）适用的前提

（1）必须存在一个统一的民事法律行为。民事法律行为的部分无效以一个统一的民事法律行为为前提，判断该行为是否具有一体性，取决于行为的外部表现，即行为成立的一体性。^[9]尽管涉及多个民事法律行为但若它们彼此之间并非独立，也可以适用本条。起决定作用的是参与人的意思，可以从同时实施行为或者在统一的文件上签名推知民事法律行为的统一性。经济上的紧密联系也可以说明这一点^[10]，例如，当事人将一项行为的生效规定为另一项行为的条件或者规定为另一项行为的交易基础。一个统一、完整的行为，并不要求组成这个行为整体的各个行为都属于一种合同类型。比如，出租实物可

以同时和出售存货一起形成一个统一、完整的合同。[11]

(2) 统一的民事法律行为必须是可分的。作为一个整体确认的民事法律行为在不改变它的总体特点的情况下可以分割成各个部分，除去其中的无效部分，这些被分割开的各个行为仍然是一个独立的民事法律行为，同时又是整个民事法律行为的组成部分，而且这些行为也不与当事人的愿望相违背。也就是说，无效的这一部分完全可以从民事法律行为中合理地剥离出去。换言之，在拿掉该无效部分后，遗留下来的“剩余部分”作为民事法律行为仍然是合适的。[12]在合同一方有若干个人参与的情况下，也存在可分性，因为在这种情况下，每一个人都可以单独从事行为。在长期债务关系中，存在一种时间上的可分性。

(3) 统一的民事法律行为中的一部分必须无效。无效的原因，例如缺乏民事行为能力，形式上存在瑕疵，违反法律、行政法规的效力性强制性规定以及公序良俗原则，在此处并不重要。

(三) 推测当事人的意思及其标准

若民事法律行为的一部分无效，则民事法律行为其余部分有效还是无效取决于参与者的意愿，该意愿应通过解释查明。具体而言：

(1) 解释的结果可能是，参与人考虑到了部分无效的可能性并为该情况确定了规则：余下部分应引起法律后果。易言之，当事人可以约定，如果民事法律行为的一部分无效，该民事法律行为的有效性仍然存在。因此，人们经常会在内容广泛的合伙合同的结尾处看到以下条款：“若该合同的一部分无效，则它不影响合同其余部分的效力。”由此表明，本条仅仅是一个任意性条款，只有在当事人对所发生的情况没有具体约定时，才适用此条款。[13]

(2) 如果当事人对此没有约定，那么就要看，他们可能会怎样约定。如果他们在合同签订时就曾遇到此问题，他们是否仍然愿意合同在除去无效部分后继续有效。对此必须这样推测：每个当事人从无效部分失去的利益不是主要的，他们的利益可以从剩余的行为中得到保证。这里涉及的既不是对民事法律行为的解释，也不是对某项心理事实的认定，而是对当事人之具有决定性意义的利益的查明及权衡性评价。在进行评价或者评判时，应当以当事人的立场为准，而不应以某个“理智的第三人”或者审理案件的法官的立场为准。[14]需要权衡的是，参与人根据诚实信用原则在注意到交易习惯的情况下会理智地作出何种决定。此时须考虑案件中的全部情况（动机、交易习惯、利

益状况、追求的目标)。[15]具体而言：1)如果无效的只是民事法律行为中微不足道的部分，那么将参与人所重视的、民事法律行为的主要部分视为无效是没有意义的。2)维持民事法律行为的效力是否给当事人带来残酷的不利益。仅仅使民事法律行为的一部分无效，而维持民事法律行为残余部分的效力，对当事人来说，具有另外一层含义，即把本来实际上并未预想到的内容的民事法律行为强加给当事人。所以，在这样做会给当事人带来难以忍受之不利益时，需要认定民事法律行为全部无效，把当事人从该民事法律行为的拘束中解放出来。[16]

（四）民事法律行为部分无效的重要类型

通常情形，如民事法律行为无效的原因存在于民事法律行为全部，则会导致民事法律行为全部无效；如无效原因只存在于民事法律行为的某一部分或某几部分，而其余部分的效力可不受影响，能够独立存在时，则其余部分仍然有效。具体而言：第一，借贷合同约定的利率超过国家规定的最高利率，其高于国家规定的最高利率的部分无效。[17]第二，买卖合同标的物有数个，其中之一为法律禁止流通物的，则该买卖合同之买卖禁止流通物部分为无效。第三，《民法典》第506条规定，合同中的下列免责条款无效：（1）造成对方人身损害的；（2）因故意或者重大过失造成对方财产损失的。

（本条由冉克平撰写）

第一百五十七条

民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律另有规定的，依照其规定。

本条主旨

本条对民事法律行为无效等的法律后果作出了规定。

相关条文

《民法总则》第157条规定：“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律另有规定的，依照其规定。”

《民法通则》第61条规定：“民事行为被确认为无效或者被撤销后，当事人因该行为取得的财产，应当返还给受损失的一方。有过错的一方应当赔偿对方因此所受的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”“双方恶意串通，实施民事行为损害国家的、集体的或者第三人的利益的，应当追缴双方取得的财产，收归国家、集体所有或者返还第三人。”

《合同法》第58条规定：“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”

《合同法》第59条规定：“当事人恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的，因此取得的财产收归国家所有或者返还集体、第三人。”

理解与适用

本条规定的是民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后

的法律后果。

（一）民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力

民事法律行为无效，是指民事法律行为因违反法律、行政法规的效力性强制性规定或者公序良俗而被人民法院或者仲裁机构宣告无效。民事法律行为被撤销是指民事法律行为因意思表示不真实，经受害人请求而被人民法院或者仲裁机构予以撤销。民事法律行为确定不发生效力，是指附条件的民事法律行为所附条件不能成就，致使民事法律行为确定不发生效力；或者效力待定的民事法律行为确定不发生效力。

（二）返还财产

意思表示或民事法律行为被确认无效或被撤销以后，自始归于无效，受领人取得给付物所有权的法律依据消失殆尽，应当将因该民事法律行为取得的财产予以返还。返还财产，旨在恢复到无效民事法律行为或可撤销的民事法律行为成立之前的状态，借以消除无效或被撤销的民事法律行为所造成的不应有的后果。

财产返还分为原物的返还和价值的返还。原物的返还即原物存在时的返还请求权，而价值的返还指原物不存在时或没有必要返还原物时返还与原物相当的价值。具体而言：（1）返还原物的性质与是否采用物权行为理论直接关联。在采用物权行为理论的国家或地区，由于承认物权行为的独立性和无因性，物权的变动并不因作为其基础行为的债权行为被确认无效或被撤销而受影响，因而返还原物的性质只能是不当得利返还请求权；在未采用物权行为理论的国家或地区，物权的变动是债权行为的结果，债权行为无效，物权的变动因失去了其存在的依据而当然随之无效，因而返还原物的性质是物上请求权。通说认为，我国现行物权法采取的是以债权形式主义为原则、以债权意思主义为例外的物权变动模式，并未采纳物权行为理论，因而返还原物的性质为物上请求权。^[18]据此而言，在给付物为动产的情况下，受领人应当将该物返还给所有权人；在给付物为不动产或者特殊动产的情形，如果已经办理了物权变动的登记手续，受领人负有将权属登记注销，并协助所有权人恢复权属登记的义务，同时应将给付物返还给所有权人占有。（2）价值的返还依赖于不当得利制度，仅具有债权的效力。在受益人为善意时，其返还利益的范围以现存利益为

限；在善意人为恶意时，其返还义务的范围应是取得利益时的价额。^[19]

返还原物具有物权效力，即优先于普通债权的效力。当受领人的财产不足以清偿数个并存的债权时，给付人能够优先于其他人而获得财产的返还。当原物不存在时无此优先效力。返还财产为所有物返还时，返还范围应为受领给付时的原物以及收益。返还财产因原物不存在而变为不当得利返还时，返还范围以现存利益为限，除非受领人为恶意。^[20]

（三）折价补偿

本条第二句规定：不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。所谓不能返还，包括事实上不能返还和法律上不能返还。事实上不能返还，是指履行的标的物已经发生毁损、灭失或已经发生混合、附合等情形，客观上无法返还。法律上不能返还，是指当事人一方接受标的物之后将其转让，第三人因善意取得等情形而取得标的物的所有权。所谓没有必要返还，是指返还在经济上不具有合理性。标的物不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿，这就是说，将标的物按照市场价格进行计算，返还其价款。计算市场价格应当以返还时作为计算的时间点，因为返还义务是于返还时才负有的，而且以其为计算的时间点可以避免通货膨胀等因素对权利人产生不利影响。^[21]

（四）赔偿损失

民事法律行为被确认无效或者被撤销后，有过错的一方应当承担损害赔偿赔偿责任。学说认为，该损害赔偿赔偿责任在性质上应为缔约过失责任（culpa in contrahendo）。^[22]在赔偿范围上，主要是受害一方的合理信赖利益的损失如缔约费用、准备履行合同的费用以及相关利息等。有观点认为，由于缔约过失责任以保护缔约当事人对民事法律行为有效的正当信赖为目的，所以遭受损失的缔约一方明知或应知民事法律行为无效时，无权要求对方赔偿损失。^[23]对此，本条规定，各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。

（本条由冉克平撰写）

[1] 马俊驹, 余延满.民法原论.4版.北京:法律出版社, 2010: 207.

[2] 尹田.法国现代合同法.2版.北京:法律出版社, 2009: 265-266.

[3] 迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论.邵建东, 译.北京:法律出版社, 2000: 196-197.

[4] 四宫和夫.日本民法总则.唐晖, 钱孟姍, 译.台北:五南图书出版有限公司, 1995: 220.

[5] 王泽鉴.债法原理.2版.北京:北京大学出版社, 2013: 157.

[6] 《劳动合同法》第28条规定:劳动合同被确认无效,劳动者已付出劳动的,用人单位应当向劳动者支付劳动报酬。劳动报酬的数额,参照本单位相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。在解释上,“参照”表明已付出劳动之报酬请求权属于不当得利返还请求权。如果采取无效劳动合同无溯及力说,则劳动报酬请求权直接依据劳动合同即可享有。

[7] 陈苇.外国婚姻家庭法比较研究.北京:群众出版社, 2006: 170.余延满.亲属法原论.北京:法律出版社, 2007: 212.

[8] 王泽鉴.民法总则.北京:北京大学出版社, 2009: 386.

[9] 迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论.邵建东, 译.北京:法律出版社, 2000: 382.

[10] 布洛克斯, 瓦尔克.德国民法总论.张艳, 译.北京:中国人民大学出版社, 2012: 225.

[11] 卡尔·拉伦茨.德国民法通论:下册.王晓晔, 等译.北京:法律出版社, 2003: 633.

[12] 迪特尔·施瓦布.民法导论.郑冲, 译.北京:法律出版社, 2006: 499.

[13] 卡尔·拉伦茨.德国民法通论:下册.王晓晔, 等译.北京:法律出版社, 2003: 638.

[14] 迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论.邵建东, 译.北京:法律出版社, 2000: 386.

[15] 布洛克斯, 瓦尔克.德国民法总论.张艳, 译.北京:中国人民大学出版社, 2012: 227.

[16] 山本敬三.民法讲义:I总则.3版.解亘, 译.北京:北京大学出版社, 2012: 259.

[17] 《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》(法释

〔2015〕18号）第26条规定：借贷双方约定的利率未超过年利率24%，出借人请求借款人按照约定的利率支付利息的，人民法院应予支持。借贷双方约定的利率超过年利率36%，超过部分的利息约定无效。借款人请求出借人返还已支付的超过年利率36%部分的利息的，人民法院应予支持。

[18] 王利明.物权法研究：上.3版.北京：中国人民大学出版社，2013：252.崔建远.物权规范与学说：上.北京：清华大学出版社，2011：76-77.尹田.物权法.北京：北京大学出版社，2013：82-83.

[19] 王泽鉴.不当得利.北京：北京大学出版社，2009：175.

[20] 崔建远.合同法.5版.北京：法律出版社，2010：121-122.

[21] 王利明.合同法研究：第1卷.2版.北京：中国人民大学出版社，2011：724.

[22] 韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2011：229.

[23] 朱广新.合同法总则.2版.北京：中国人民大学出版社，2012：296.

第四节 民事法律行为的附条件和附期限

第一百五十八条

民事法律行为可以附条件，但是根据其性质不得附条件的除外。附生效条件的民事法律行为，自条件成就时生效。附解除条件的民事法律行为，自条件成就时失效。

本条主旨

本条对附条件的民事法律行为作出了规定。

相关条文

《民法总则》第158条规定：“民事法律行为可以附条件，但是按照其性质不得附条件的除外。附生效条件的民事法律行为，自条件成就时生效。附解除条件的民事法律行为，自条件成就时失效。”

《民法通则》第62条规定：“民事法律行为可以附条件，附条件的民事法律行为在符合所附条件时生效。”

《合同法》第45条第1款规定：“当事人对合同的效力可以约定附

条件。附生效条件的合同，自条件成就时生效。附解除条件的合同，自条件成就时失效。”

理解与适用

（一）附条件的民事法律行为概述

附条件的民事法律行为，是指当事人在民事法律行为中特别规定一定的条件，以条件的成就（发生或出现）与否作为民事法律行为效力发生或终止的根据。民事法律行为可以附条件，附条件的民事法律行为在符合所附条件时生效。附条件的民事法律行为的意义在于，它能不属于民事法律行为构成要素的行为人的动机作为民事法律行为的附设条件，从而赋予动机以法律意义。

附条件的民事法律行为不同于附负担的民事法律行为。在前者，如甲对乙说：“吸烟有害健康，若能禁止，就将手机赠与你。”于此情形，如果乙未能禁烟，甲不能诉请履行，但是赠与不生效力。在后者，如甲对乙说：“将手机赠与你，但须禁止吸烟。”于此情形，乙负有履行禁止吸烟的义务，如果乙不履行，甲可以撤销其赠与，并请求乙返还受赠的手机。由此可见，条件虽有停止民事法律行为之效力的作用，但无强制性；而负担虽有强制性，但无停止民事法律行为之效力的作用。^[1]

（二）所附条件的要求或限制

所谓条件，是指当事人以附款形式约定的决定民事法律行为效力发生或者终止的将来、客观、不能确定的事实。这种事实既可以是事件，也可以是行为。民事法律行为所附条件应当符合下列要求。

（1）必须是将来发生的事实。能够作为附条件的民事法律行为中的条件的，必须是当事人作出民事法律行为时尚未发生的事实。过去的、已经发生的事实不能作为条件。以过去的、已经发生的事实作为条件时，该种条件称为“即成条件”。当事人把已知的已经发生的事实作为条件时，如果该条件决定着民事法律行为效力的产生，则视为该民事法律行为未附任何条件时；如果该条件决定着民事法律行为效

力的消灭，则视为当事人并不希望从事该民事法律行为，因而该民事法律行为应被宣告无效。

（2）必须是不确定的事实。条件的本质特征在于，民事法律行为发生效力所依据的情况具有不确定性，该不确定性同时也是条件区别于期限的原因。条件必须是不确定的事实，这就是说，条件在将来是否发生当事人是不能肯定的。如果在民事法律行为成立时，当事人已经确定作为条件的事实必然发生，则实际上应当解释为当事人在民事法律行为中附期限，而不是在民事法律行为中附条件，例如，甲对乙说：“如果天气下雨，我就将电脑赠与你。”

（3）必须可能。条件成就必须为可能。民事法律行为所附的条件是客观上不能成就的事实即不可能发生的，称为“不能条件”。如果该条件决定着民事法律行为效力的产生，则视为当事人并不希望从事该民事法律行为，因而该民事法律行为应被宣告无效。如甲对乙说：“如果长江西流，则将iPad赠与你。”如果该条件决定着民事法律行为效力的消灭，则视为该民事法律行为未附任何条件。《民法通则意见》第75条规定：“附条件的民事行为，如果所附的条件是违背法律规定或者不可能发生的，应当认定该民事行为无效。”这里的条件，应该解释为停止条件。

（4）必须是合法的事实。以违法或违背公序良俗的事实作为民事法律行为的条件的，称为“不法条件”。附不法条件的民事法律行为一般应当被宣告无效。但在特殊情况下，如果单独宣告条件无效，而民事法律行为不具有违法性的，为了保护相对人的利益，该民事法律行为仍为有效。例如，甲雇主与乙雇员约定，以乙怀孕为解除条件订立劳动合同，则该条件因违法应当被宣告无效，而该劳动合同仍然有效。

（5）不得与附条件的民事法律行为的主要内容相矛盾。与民事法律行为的主要内容相矛盾的事实不能作为条件。如果相互矛盾，可以解释为该行为人不欲作出该民事法律行为，因而该民事法律行为无效，如当事人在合同中约定：“如果我将此房屋卖给了别人，则将此房屋赠与你。”

并非所有的民事法律行为均可附条件。不允许附条件的民事法律行为可分为两类：一是为维护公序良俗而不允许附条件的行为，如身份行为，结婚、离婚等。二是基于交易安全和法秩序稳定的要求而不允许附条件的行为，基于交易安全而不允许附条件的，如票据行为；基于法秩序稳定的要求而不允许附条件的，主要是行使形成权的行

为，但有两种例外：一为附加条件经相对人同意；二为条件的成就与

否，纯由相对人决定。

（三）条件的类型

1. 延缓条件与解除条件

以条件成就的法律效力不同为区别标准，可将条件分为延缓条件与解除条件。延缓条件，又称为生效条件、停止条件，是指民事法律行为效力的发生决定于所附条件的成就，待所附条件成就后民事法律行为才开始生效。解除条件，又称为失效条件，是指使民事法律行为之效力终止的条件。待条件成就时该项民事法律行为的效力即告终止，原来的权利或义务即行解除。

当事人对合同的效力可以约定附条件。附延缓条件的合同，自条件成就时生效。附解除条件的合同，自条件成就时失效。

2. 肯定条件与否定条件

以某种客观事实的发生与否为区别标准，可将附条件分为附肯定条件和附否定条件。肯定条件，是指以发生某种客观事实为其内容的条件，故又称积极条件。肯定条件可分为肯定的延缓条件和肯定的解除条件。否定条件，是指以不发生某种客观事实为其内容的条件，故又称消极条件。否定条件也可分为否定的延缓条件和否定的解除条件。

3. 随意条件、偶成条件与混合条件

以条件的成就是否受当事人意思的左右为区分标准，条件可分为随意条件、偶成条件与混合条件。

随意条件，是指依当事人一方的意思可决定条件成就或不成就的条件。它又可分为纯粹随意条件与非纯粹随意条件。条件成就还是不成就纯由一方当事人意思决定的，为纯粹随意条件。如约定：我如需要，则如何如何。条件的成就，虽与一方当事人的意思有关，但并非仅取决于该当事人的意思，还需有某种积极的事实与之竞合的，则属于非纯粹随意条件。如约定：我如上大学，则如何如何。非纯粹随意条件具有客观不确定性，通常为有效。而纯粹随意条件应区别情形而定。纯粹随意条件中，如属于仅取决于债务人一方意思的生效条件，

则合同无效。如约定：我如愿意，将赠与某物。该约定因毫无受拘束的意思而与民事法律行为的本质相悖。但如属于仅取决于债务人一方意思的解除条件，则附有该条件的合同应有效。例如约定：赠与某物给您，我需要时将取回。

偶成条件，是指条件的成就与否和当事人的意思无关，而取决于当事人以外的人的意思或自然事实。例如约定：今年丰收，则如何如何。

混合条件，是指条件的成就与否，取决于一方当事人与第三人的意思。如约定：如您与某人结婚，则赠与金钱若干。

（四）附条件的民事法律行为的效力

1. 条件成就与否未定时的效力

附延缓条件的民事法律行为，在条件成就与否未定之时，尚未发生效力。反之，附解除条件的民事法律行为，在条件成就与否未定之时，效力尚未消灭。然而，在附延缓条件的民事法律行为中，一方（或双方）有希望在条件成就时取得权利的权利（希望权）；而在附解除条件的民事法律行为中，因为条件的成就使民事法律行为失效，权利将复归于原权利人（复归权）。这两种权利都是对将来的权利或利益的期待，学者将此两种权利统称为“期待权”。由于这种权利因条件的成就，将从不确定的权利变为确定的权利，并将给当事人带来利益，因此法律保护当事人的“期待权”，禁止他人侵害。具体而言：

（1）对附条件权利侵害的禁止。附条件民事法律行为的当事人，在条件成就与否未定期间，不得侵害相对人因条件成就而享有的可由该行为产生的利益，如损害标的物或者对标的物作法律处分等，否则，要负损害赔偿的责任，但是均在条件成就时才负损害赔偿赔偿责任。

（2）对附条件权利的处分。当事人对于其在条件成就与否未定期间的权利，可以依民法的一般规定予以处分、继承、保存或担保。

2. 条件成就后的效力

附延缓条件的民事法律行为，自条件成就时起，发生效力。附解除条件的民事法律行为，自条件成就时起，丧失效力。行为人表示将条件成就的效果溯及于条件成就之前时，从其意思。

第一百五十九条

附条件的民事法律行为，当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已经成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。

本条主旨

本条对条件成就或不成就的拟制作出了规定。

相关条文

《民法总则》第159条规定：“附条件的民事法律行为，当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。”

《合同法》第45条第2款规定：“当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。”

理解与适用

本条规定的是附条件的民事法律行为的当事人不正当地阻碍或促

成条件成就的规则。

（一）规范目的

附生效条件的民事法律行为成立以后，在条件成就以前，当事人均不得为了自己的利益，以不正当的行为促成或阻止条件的成就，而只能听任作为条件的事实自然发生。这是一种对法律基本原则的适用，即任何人都不能出于自私的目的，从一个有违诚实信用原则的行为中得到法律上的利益。如果合同一方没有像合同另一方那样根据合同的内容以一个诚实可靠人所希望的那样行为，而是为了自己的私利促成条件的成就或阻止条件的成就，则他的行为属于“违反诚实信用”原则的行为。^[2]

（二）当事人为自己的利益不正当地阻止或促成条件成就

本条适用的前提条件是，相关当事人的行为致使条件成就或不成就。本条的适用以相关当事人不正当的作为或不作为为必要，换言之，以“阻止”或“促成”条件的成就为必要。这里所说的不正当行为，是指行为人违反法律、道德和诚实信用原则，以作为或不作为的方式促成或阻止条件的成就。^[3]有疑问的是：是否以当事人有故意为必要？从本条的文义来看，并无“故意”的表述，相关当事人有意识地违反诚实信用原则，且不正当地干预条件的发展进程即可。换言之，倘使其未实施该行为，条件将会成就或不成就。此外，本条不能针对任意条件适用，也不能适用于法定条件。

阻止条件成就的情形不仅包括条件因受阻而不成就的情形，而且包括条件延缓成就的情形。就后一种情形而言，民事法律行为在较早的时间点上生效。^[4]所谓条件成就，是指民事法律行为的内容事实上已实现；所谓条件不成就，是指民事法律行为的内容事实上确定地不实现。

（三）法律后果

当事人为自己的利益采取了不正当的行为促成或阻止条件成就的，为了制裁不法行为人，保护对方当事人的合法权益，法律拟制发生与不法行为人的意图相反的后果。具体而言，如果当事人不正当地

阻止条件成就的，视为条件已成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。

（本条由冉克平撰写）

第一百六十条

民事法律行为可以附期限，但是根据其性质不得附期限的除外。附生效期限的民事法律行为，自期限届至时生效。附终止期限的民事法律行为，自期限届满时失效。

本条主旨

本条对附期限的民事法律行为作出了规定。

相关条文

《民法总则》第160条规定：“民事法律行为可以附期限，但是按照其性质不得附期限的除外。附生效期限的民事法律行为，自期限届至时生效。附终止期限的民事法律行为，自期限届满时失效。”

《合同法》第46条规定：“当事人对合同的效力可以约定附期限。附生效期限的合同，自期限届至时生效。附终止期限的合同，自期限届满时失效。”

理解与适用

（一）附期限的民事法律行为的概念

所谓期限，是指当事人以将来客观确定到来的事实，作为决定民事法律行为之效力的附款。^[5]所谓附期限的民事法律行为，是指当事人在民事法律行为中设定一定的期限，并将期限的到来作为民事法律行为之效力发生或消灭之根据的民事法律行为。例如，当事人双方在合同中约定自2015年10月1日起，甲方将租赁乙方的房屋，为期两年。此类民事法律行为便属于附期限的民事法律行为。《民法通则》并没有对附期限的民事法律行为作出规定，而《民法典》对附期限的民事法律行为专门作出了规定。

期限具有如下特点：第一，期限是民事法律行为的一种附款。它与民事法律行为的其他内容一起共同构成了附期限的民事法律行为。由于它是一种附款，也就是说，期限是民事法律行为的组成部分，因此，原则上应当由民事法律行为的当事人自由约定。至于法律所规定的法定期限，如行使撤销权的期限等，不属于附期限的民事法律行为所称的期限。^[6]第二，期限是限制民事法律行为之效力的附款。如果民事法律行为约定了生效期限和终止期限，则民事法律行为的效力在时间上受到限制。有的期限直接决定着民事法律行为效力的发生，有的决定着民事法律行为效力的消灭。第三，期限是以将来确定事实的到来为内容的附款。因为期限是必然到来的，所以期限到来时，民事法律行为必然生效或终止。

民事法律行为附期限和民事法律行为附条件一样，都是为了控制未来的风险而采取的限制民事法律行为之效力的做法。所附的条件和期限实际上都是对民事法律行为的特别生效要件的约定，因为“当事人如不附以条件或期限，其法律行为本来之效力应即发生，自此方面而言，亦非法律行为效力发生之一般效力要件，故在附条件或附期限之法律行为，为其行为效力之发生须有条件之成就或期限届至”^[7]。

期限和条件一样都是民事法律行为的附款，但期限以将来确定的事实为内容。民事法律行为中所附的期限与民事法律行为中所附的条件一样，都是对民事法律行为之效力的特别限制，都能够直接限制民事法律行为之效力的发生或消失，但两者是有区别的。条件与期限的主要区别在于将来的事实是否确定。对此，王泽鉴教授区分了四种情况分别进行探讨：一是时期不确定，到来亦不确定，此为条件；二是时期确定，到来不确定，此为条件；三为时期不确定，到来确定，此为期限；四为时期确定，到来亦确定，此为期限。^[8]此种分类确有一定道理，该分类的主要依据在于到来的确定与否。作为条件的事实是否发生是不确定的，而期限的到来具有必然性。条件的成就与不成就

是当事人所不可预知的，条件可能成就，也可能不成就，因此，条件是不确定的事实。而期限的到来是必然发生的，能够为当事人所预知的，所以期限是确定的事实。当事人在作出民事法律行为时，对于确定的事实只需在民事法律行为中附期限，而不必附条件。期限以一定时间或期间的到来对民事法律行为的效力起限制作用，因此只有尚未到来且必然到来的时间和期间才能作为附期限的民事法律行为中的期限。

此外，依据本条规定，如果某民事法律行为在性质上不得附期限，则当事人不得通过约定对其附加期限。例如，《民法典》第568条第2款规定：当事人主张抵销的，应当通知对方。通知自到达对方时生效。抵销不得附条件或者附期限。依据这一规定，抵销权的行使就不得附期限。

（二）生效期限与终止期限

生效期限又称为延缓期限或始期，是指决定民事法律行为的效力发生的期限。于附生效期限的民事法律行为，在期限到来以前，民事法律行为已经成立，但其效力仍然处于停止状态，待期限到来时，效力才发生。例如，合同中规定，“本合同在某年某月某日生效”，该期限即为始期，至该期限到来后，当事人才能实际享受权利和承担义务。终止期限也称为解除期限或终期，是指决定民事法律行为的效力消灭的期限。于附终止期限的民事法律行为，在期限到来以前，民事法律行为继续有效，而在期限到来时，民事法律行为之效力消灭。例如，当事人在合同中约定，“本合同至某年某月某日终止”，该期限即为终止期限。

（本条由王利明撰写）

注释：

[1] 王泽鉴.民法总则.北京：北京大学出版社，2009：332-333.

[2] 卡尔·拉伦茨.德国民法总论：下册.王晓晔，等译.北京：北京大学出版社，2003：693.

[3] 王利明.民法总则研究.2版.北京：中国人民大学出版社，2012：586.

[4] 维尔纳·弗卢梅.法律行为论.迟颖，译.北京：法律出版社，2013：856.

[5] 梁慧星.民法总论.4版.北京：法律出版社，2011：179.

[6] 施启扬.民法总则.北京：中国法制出版社，2010：270.

[7] 史尚宽.民法总论.台北：正大印书馆，1980：425.

[8] 王泽鉴.民法总则.北京：北京大学出版社，2009：332.

第七章 代理

第一节 一般规定

第一百六十一条

民事主体可以通过代理人实施民事法律行为。

依照法律规定、当事人约定或者民事法律行为的性质，应当由本人亲自实施的民事法律行为，不得代理。

本条主旨

本条对代理的适用范围作出了规定。

相关条文

《民法总则》第161条规定：“民事主体可以通过代理人实施民事法律行为。”“依照法律规定、当事人约定或者民事法律行为的性质，

应当由本人亲自实施的民事法律行为，不得代理。”

《民法通则》第63条第1款规定：“公民、法人可以通过代理人实施民事法律行为。”第3款规定：“依照法律规定或者按照双方当事人约定，应当由本人实施的民事法律行为，不得代理。”

理解与适用

所谓代理，是指代理人以被代理人的名义实施民事法律行为，由被代理人承担代理行为的后果。代理制度的存在，使民事主体可以通过他人的行为来为自己获得利益，这就“扩大了本人在法律交往中实现自己利益的范围”^[1]，从而扩张了私法自治。代理制度也是法人通过行为实现自己意思、践行私法自治的基础。此外，代理通过为无民事行为能力人或限制民事行为能力人设定法定代理人补充了其民事行为能力，从而为其私法自治的辅助^[2]，弥补了被代理人民事行为能力的欠缺。^[3]

（一）民事主体可以通过代理人实施民事法律行为

在社会生活中，人们难以事必躬亲，大量的民事活动必须借助他人之力才能完成，但能够被代理的主要是民事法律行为。民事法律行为为私法自治的工具，而代理制度存在的主要目的在于进一步扩张或补充私法自治，允许他人代为民事法律行为，故而代理的核心在于将代理人代为发出或者接受意思表示的效果归属于被代理人，故而其适用应当以意思表示的发出或者接受为基础，原则上应当仅适用于民法上的表意行为，这主要是指民事法律行为。

虽然本条第1款规定，民事主体可以通过代理人实施民事法律行为，但该款意在宣示而非强制。解释上，准民事法律行为也不妨通过代理实施。所谓准民事法律行为，就是行为人表示一定的意思以告知他人事项的行为。准民事法律行为中行为人同样表明了自己的意思，但行为人表达该意思并非以发生一定的法律效果为目的。准民事法律行为的法律效果由法律直接规定。通常认为，准民事法律行为包括：第一，意思通知，即行为人表达一定的意思，但不论表意人是否愿

意，该意思的表达都直接发生法律规定的效果。此类通知如拒绝要约、履行催告、效力待定合同相对人的催告等。第二，观念通知。此时行为人并未表达其内心的意思，而只是将相关事实告知对方当事人。此时亦直接发生法律规定的法律效果。此类通知如承诺迟到通知、瑕疵通知等。^[4]但在我国法律中，债权让与通知性质上应当为单方民事法律行为而非观念通知。^[5]第三，感情表示。对于准民事法律行为，也不妨适用代理。但事实行为、侵权行为不能适用代理。

对于民法之外的具有法律意义的行为，例如，纳税、法人登记、专利申请、商标注册等，原则上因无须意思表示的发出或者接受，故而不能适用代理。其所谓代理人本质上只是委托合同的受托人或者债务履行辅助人而已，其所适用的也只是委托合同等相关规则。但如果在行为过程中涉及意思表示问题，则可能有代理制度的适用。例如，双方当事人在签订房屋买卖合同后，申请房屋所有权转移登记。在此过程中双方应当签署登记申请书。虽然就其性质存在争论，但笔者认为，其仍然是意思表示，故而有代理制度的适用。

（二）不得代理的情形

代理以行为的可代理性或曰容许性为前提^[6]，故而本条第2款对于不得适用代理的民事法律行为进行了规定。依据该款，“依照法律规定、当事人约定或者民事法律行为的性质，应当由本人亲自实施的民事法律行为，不得代理”。申言之：

首先，法律规定应当由本人亲自实施的民事法律行为，不得代理。

《民法典》第1049条规定，要求结婚的男女双方应当亲自到婚姻登记机关申请结婚登记。第1076条规定，夫妻双方自愿离婚的，应当签订书面离婚协议，并亲自到婚姻登记机关申请离婚登记。从《民法典》之继承编的规定来看，遗嘱行为也必须由遗嘱人亲自进行。故而，对于结婚行为、协议离婚行为以及遗嘱行为，法律规定行为人必须亲自实施，不得代理。

其次，当事人约定应当由本人亲自实施的民事法律行为，不得代理。

这里所言的约定，是指本人与相对人的约定。如果本人与相对人明确约定某一民事法律行为只能由本人实施，则该行为不得代理。

这里需要强调的是，这种约定是关于民事法律行为而非事实行为不得代理的约定。实践中，对于提供劳务的合同，例如承揽合同和演出合同，虽然当事人可能约定承揽人或表演人必须亲自履行，因为这些履行行为与个人的技艺、能力、风格、思维方式等密不可分，具有相当的人身信赖色彩，但这种履行行为只是事实行为，违反此种约定可能构成违约，但不涉及代理的问题，故而与本款的规范无关。

最后，依照民事法律行为的性质，应当由本人亲自实施的民事法律行为，不得代理。

依照性质不得代理的民事法律行为，是指具有人身性质的民事法律行为。正如洪欣逊先生所言：“代理行为因其意思表示之效果意思须由代理人决定，故性质上应绝对尊重本人意思之法律行为，如结婚、收养、遗嘱等身份上之法律行为，不得代理为之。”^[7]因此，可代理的行为应当限于财产行为。而强制某人对代理行为进行追认，实际上是对其自由权或曰人格权的限制，在完全可以通过本人的损害赔偿来加以救济的情况下，要求本人负有追认义务，显然与“以人为本”的基本价值和“人格权高于财产权”的理念是相违背的。实际上，前述法律规定不得代理的行为，也主要是对具有人身性质、不得代理的行为的规定。

“依照法律规定、当事人约定或者民事法律行为的性质，应当由本人亲自实施的民事法律行为，不得代理”，是法律对代理的适用范围的规定，实际上也意味着对本人授予代理权的强制性限制。如果当事人将这些行为通过代理人进行，则构成无权代理。

（本条由尹飞撰写）

注释：

[1] 卡尔·拉伦茨.德国民法通论：下册.王晓晔，等译.北京：法律出版社，2003：814.

[2] 梁慧星.民法总论.北京：法律出版社，1996：207.

[3] 王利明.民法总则研究.北京：中国人民大学出版社，2003.

[4] 黄立.民法总则.北京：中国政法大学出版社，2002：193.

[5] 尹飞.债权让与通知的主体与效力.判解研究，2003（3）.

[6] 江朝国.无权代理制度于保险法上之突破.万国法律，2002（12）.

[7] 洪逊欣.中国民法总则.台北：三民书局，1992：440.

第一百六十二条

代理人在代理权限内，以被代理人名义实施的民事法律行为，对被代理人发生效力。

本条主旨

本条对代理的构成与效果作出了规定。

相关条文

《民法总则》第162条规定：“代理人在代理权限内，以被代理人名义实施的民事法律行为，对被代理人发生效力。”

《民法通则》第63条第2款规定：“代理人在代理权限内，以被代理人的名义实施民事法律行为。被代理人对代理人的代理行为，承担民事责任。”

理解与适用

（一）代理的构成

依据本条，结合我国法律的上述规定，代理是指代理人在代理权限内，以被代理人名义实施民事法律行为，该行为的效力由被代理人承担。根据这一定义，代理的构成应当包括如下三个方面。

第一，被代理的行为为民事法律行为，而且应当是可代理的行为。如前所述，只有表意行为方可代理，而事实行为、侵权行为不能适用代理。《民法典》第161条第2款对不得代理的行为进行了明确规定：依照法律规定、当事人约定或者民事法律行为的性质，应当由本人亲自实施的民事法律行为，不得代理。对于依法不能代理的民事法律行为，应当按照无权代理处理。

第二，代理人在代理权限范围内行为。代理行为的效果直接归属于被代理人，基于私法自治原则，任何人非经他人同意不得为他人设定义务，因此，表意人必须得到被代理人的授权或者法律的授权，方可进行代理行为。如果代理人的行为超出了代理权限，则构成无权代理。

需要注意的是，代理人在代理权限内行为，核心是代理人独立发出或接受意思表示。易言之，代理人在其代理期限内有权独立的决定权。这也构成了代理和传达的根本区别，传达人只能不折不扣地传达别人的意思。因此，代理人原则上应当具有相应的民事行为能力，而传达人无须具有民事行为能力。《民法典》将代理适用的范围界定为以民事法律行为为主的表意行为，目的正在于此；我国司法实践中严格区分代理与传达，正是体现了这一要求。

第三，代理人以被代理人的名义行为。民事法律行为制度中，一般行为为人作出行为所引发的民事法律关系变动的效果直接及于其自己。但代理制度中行为的效果却并非及于行为人，而是及于被代理人。

契约自由为私法自治原则的重要体现，选择交易相对人的自由是契约自由的重要内容。在现代法中合同作为交易的主要法律形式，主要是由于其作为一种可期待的信用，能够把未来的财富引入现实的交易之中。合意与履行行为的分离和各自独立，是合同制度存在的前提。^[1]在合意与履行行为在时空上分离的情况下，合同履行与否，首先在于相对人责任财产的多少。这就要求当事人必须知道与之交易的本人究竟是谁，从而决定是否与之交易。

通过代理人进行的民事法律行为中，出面与相对人缔约的是代理人，而代理行为一旦完成，代理人即退出该法律关系，民事法律行为的效果直接对本人发生。如果相对人不知且不应知本人究竟是谁，自

然难以保护相对人的利益。在某些需要特别考虑当事人的信用、履约能力等情况的合同中，更应当使相对人知悉本人的存在和具体身份。这就要求代理人必须公开其代理意思，使相对人知悉其交易的对方并非代理人。

传统理论认为，代理意思的公开应当通过代理人“以本人名义”行为来实现。代理人“以本人名义”行为的目的无非是使相对人知悉行为的效果到底归属于谁，如果相对人已经知悉，则就没有必要要求代理人这样做。我国合同法引入了隐名代理制度，规定：即便代理人没有以被代理人的名义进行代理行为，而相对人知悉代理关系的，仍然可以发生代理的效果。换言之，代理人公开其代理意思可以通过两种方式：一是以本人名义行为。此种代理形式在学理上被称为显名代理。二是虽然代理人没有使用本人名义，但相对人已经知悉代理关系。此种代理形式在学理上被称为隐名代理。

在符合上述条件的情况下，可以发生代理的效果，即代理人所为的代理行为的效力直接及于本人。

（二）代理的效果

依据本条，构成代理的情况下，代理行为对被代理人发生效力。这里所言的“发生效力”，理解上是指被代理人应当对代理人的代理行为承担一切法律后果。换言之，如果代理行为有效，则据此产生的权利、义务由本人承担；如果代理行为不成立、无效或者被撤销、不生效，则所产生的缔约过失责任、不当得利返还等债务，也应当由本人承担。

代理规范本质上为归属性规范，“代理的法律意义实质在于，代理人处于被代理人的位置为他进行法律行为。就它的法律后果而言，把它视为与被代理人自己所为法律行为后果相同”^[2]。其解决的是代理人代被代理人所作出的行为的效果归属于谁的问题，而与代理行为本身是否有效无关。

申言之，符合前述代理的构成要件（或者虽无相应的代理权限但构成表见代理的）的，无论代理行为有效与否，后果均由被代理人承担。这就是说，代理行为的一切效果，不论是根据意思表示中的效果意思而发生的法律效果，还是法律所赋予的特殊效果，如出卖人的担保责任，代理人因错误、被欺诈或被胁迫而为意思表示时的撤销权等，都与被代理人自己进行该民事法律行为的效果相同。^[3]不符合代理的构成要件的，依据法律规定由代理人自行承担相应的后果，例如

无权代理所引发的缔约过失责任，隐名代理不能成立但合同本身有效所引发的合同履行的责任。《民法典》明定在构成代理的情况下，代理行为对被代理人发生效力。这凸显了代理规范为归属性规范的本质，颇值赞许。

需要进一步强调的是，确认代理规范为归属性规范，还意味着如下推论：第一，无权代理构成表见代理的，以及狭义无权代理经追认的，也应当发生有权代理的效果：代理行为的效果由被代理人承担。第二，在解释上，不应将狭义无权代理解释为效力待定，待定的只是代理行为的效果归属。

（本条由尹飞撰写）

第一百六十三条

代理包括委托代理和法定代理。

委托代理人按照被代理人的委托行使代理权。法定代理人依照法律的规定行使代理权。

本条主旨

本条对代理的类型作出了规定。

相关条文

《民法总则》第163条规定：“代理包括委托代理和法定代理。”“委托代理人按照被代理人的委托行使代理权。法定代理人依照法律的规定行使代理权。”

《民法通则》第64条规定：“代理包括委托代理、法定代理和指定代理。”“委托代理人按照被代理人的委托行使代理权，法定代理人依照法律的规定行使代理权，指定代理人按照人民法院或者指定单位的指定行使代理权。”

理解与适用

根据代理权来源的不同，代理可以分为委托代理以及法定代理。

（一）委托代理

1. 委托代理的概念

委托代理也称为意定代理。“委托代理人按照被代理人的委托行使代理权”，是指代理人基于本人的意思而享有并行使代理权。我国法律习惯上将意定代理称为委托代理。但是，委托合同只是被代理人授予代理人代理权的基础关系，此种基础关系并不以委托合同为限。故而，笔者认为采意定代理一词更符合其本质。

2. 委托代理人按照被代理人的委托行使代理权

关于意定代理权的来源，虽然《民法通则》和《民法总则》都使用了“委托代理人按照被代理人的委托行使代理权”的表述，但我国学者通常认为意定代理权源于代理人与被代理人间之基础关系之外的代理权授予行为。笔者认为，通常情况下，意定代理权来自本人的授权行为。但考虑到《民法典》第170条规定了职务代理，且未要求本人对职务代理人另行授权，将意定代理权的来源界定为本人的意思较为妥当。所谓“委托代理人按照被代理人的委托行使代理权”，也应当理解为委托代理人应当按照被代理人的意思享有并行使代理权。

（二）法定代理

依据本条，法定代理是指代理人依据法律的规定而直接确定，并

依照法律规定的权限行使代理权。法定代理权依据法律的规定而发生，通常认为其包括：第一，父母和其他监护人对被监护人的法定代理权。第二，基于紧急状态法律特别授权的代理。例如，在某种紧急的特殊情况下，船长、承运人、保管人依据法律规定的紧急代理权，可作为货主的代理人。^[4]第三，夫妻日常家事代理权。基于其配偶关系所生成的权利外观，为了保护善意相对人的信赖，法律直接规定对于日常家务，夫妻可互为代理人。所谓日常家事，是指夫妻及未成年子女共同生活所必需的事项，如食物、水电等。夫妻双方可以就家庭日常事务互为代理人，但是并不意味着对所有的事务都可以适用家事代理，对特别重大的事项，例如，不动产的转让、数额巨大的家庭财产的赠与、其他重大事务，不得适用家事代理。夫妻双方对家事代理权限的限制不得对抗善意第三人。^[5]第四，工会依据法律的特别规定，在特定情况下是其会员的法定代理人，可代理会员签订集体劳动合同、参与与劳动争议有关的诉讼^[6]等。

（本条由尹飞撰写）

第一百六十四条

代理人不履行或者不完全履行职责，造成被代理人损害的，应当承担民事责任。

代理人和相对人恶意串通，损害被代理人合法权益的，代理人和相对人应当承担连带责任。

本条主旨

本条对违反代理职责的法律后果作出了规定。

相关条文

《民法总则》第164条规定：“代理人不履行或者不完全履行职责，造成被代理人损害的，应当承担民事责任。”“代理人和相对人恶意串通，损害被代理人合法权益的，代理人和相对人应当承担连带责任。”

《民法通则》第66条第2款规定：“代理人不履行职务而给被代理人造成损害的，应当承担民事责任。”第3款规定：“代理人和第三人串通、损害被代理人的利益的，由代理人和第三人负连带责任。”

理解与适用

（一）代理人违反代理职责

1.代理职责

本条第1款强调，代理人不履行或者不完全履行职责，造成被代理人损害的，应当承担民事责任。无需讨论的是：这里所言的职责，其具体内涵应当如何确定？不少学者认为，在行使代理权过程中，代理人应当认真履行代理职责，应当尽到“善良家长”对其自己事务应尽的职责或者说“应有的注意”。此种职责来自法律的直接规定，其内涵具体包括尊重别人的指导和监督、报告代理事务的进展情况，尊重本人的财产利益、不牟取佣金以外的经济利益，保守本人的商业秘密，亲自完成代理事务等。^[7]也有观点将代理职责的内涵界定为亲自代理、不得双方代理、不得自己代理、不与第三人串通损害本人利益、不得代理违法行为等^[8]，否则即构成代理权的滥用，应当承担民事责任。在《民法典》编纂过程中，也有学者认为，所谓代理职责应当依据本人与代理人之间的基础关系确定，违反代理职责的责任也是如此，故而本条毫无必要，应当删去。

笔者认为，代理职责的来源包括两个方面：一是法律的直接规定，二是本人与代理人之间基础关系的约定。

一方面，《民法典》对代理权的行使作出了规定。这主要包括：
(1)原则上不得自己代理。意定代理人不得以被代理人的名义与自己实施民事法律行为，但是被代理人同意或者追认的除外（第168条第1款）。(2)原则上不得双方代理。意定代理人不得以被代理人的名义与自己同时代理的其他人实施民事法律行为，但是被代理的双方同意或者追认的除外（第168条第2款）。(3)原则上应当亲自实施代理行为。意定代理人需要转委托第三人代理的，应当取得被代理人的同意或者追认（第169条）。(4)忠诚义务。代理人和相对人恶意串通，损害被代理人的合法权益的，代理人和相对人应当承担连带责任（第164条第2款）。这些义务都是法律直接规定的，代理人应当认真履行职责。

另一方面，我国民法区分代理权的授予行为和基础关系。授予行为解决的是代理权的问题，涉及的是本人与相对人的法律关系或者说本人直接承受代理行为的法律后果的问题；而委托合同等基础关系旨在解决本人与代理人之间的权利义务关系，故而委托合同等基础关系中对代理人的要求或者说赋予代理人的职责，代理人同样应当认真履行。《民法典》第163条第2款前一句规定的“委托代理人按照被代理人的委托行使代理权”，所表达的也正是这个意思。我国学者所言的代理人的报告义务、保守商业秘密的义务等，实际上是委托合同等基础关系的要求。如果违反了委托合同等基础关系中对代理人职责的约定，代理人同样要承担相应的民事责任。当然，基础关系只是本人和代理人之间的内部关系，其原则上不影响代理权的存在和范围。

2.违反代理职责的后果

需要强调的是，本条第1款性质上为引致性规范，这就是说，该款不能直接作为本人追究代理人民事责任的请求权基础。申言之：

对于违反法定职责的行为，本人应当依据相关法律规范规定的法律后果寻求救济。例如，对于自己代理、双方代理，如果经被代理人同意或者追认，则代理行为有效，不存在要求代理人承担民事责任的问题；如果未经同意或者追认，则代理行为无效，本人可以依据民事法律行为无效的规则要求代理人承担缔约过失责任。再如，在代理人和相对人恶意串通，损害被代理人合法权益的情况下，本人应当依据本条第2款要求代理人和相对人承担连带责任。

对于违反基础关系确定的代理职责的行为，本人应当依据违约责任、无因管理等制度，追究代理人的相应责任。

（二）代理人和第三人串通，损害被代理人利益的责任

构成恶意串通，应当具备下列条件：第一，合同的实际订立人即代理人和相对人在主观上存在故意，即合同的实际订立人明知合同的履行将造成对被代理人利益的损害，而仍然订立合同，这表明其主观上具有加损害于他人之故意。第二，双方实施了串通行为，即双方在具有通过订立合同损害他人利益的故意的基础上，进行了意思上的联络，从而共同作出订立合同的行为。这种串通既可以是双方共同就此加以磋商并签订合同，也可以是一方当事人提出后，另一方明知对方此加害故意而接受。第三，合同的履行将造成对被代理人利益的损害。此种情况下，该代理行为本身是无效的，而且就被代理人的损害，应当由代理人和第三人依据共同侵权的规定承担连带责任。

（本条由尹飞撰写）

注释：

[1] 尹飞.合同成立与生效区分的再探讨.法学家，2003（3）.

[2] 杨代雄.表见代理的特别构成要件.法学，2013（2）.

[3] 洪逊欣.中国民法总论.台北：三民书局，1992：440.

[4] 梁慧星.民法总论.北京：法律出版社，1996：221.

[5] 王利明.民法总则研究.北京：中国人民大学出版社，2003：618.

[6] 彭万林.民法学.修订版.北京：中国政法大学出版社，1999：171.

[7] 佟柔.中国民法学·民法总论.北京：中国人民公安大学出版社，1990：289.江帆.代理法律制度研究.北京：中国法制出版社，2000：87.

[8] 寇志新.民法总论.北京：中国政法大学出版社，2000：258-259.

第二节 委托代理

第一百六十五条

委托代理授权采用书面形式的，授权委托书应当载明代理人的姓名或者名称、代理事项、权限和期限，并由被代理人签名或者盖章。

本条主旨

本条对委托代理授权作出了规定。

相关条文

《民法总则》第165条规定：“委托代理授权采用书面形式的，授权委托书应当载明代理人的姓名或者名称、代理事项、权限和期间，并由被代理人签名或者盖章。”

《民法通则》第65条规定：“民事法律行为的委托代理，可以用书面形式，也可以用口头形式。法律规定用书面形式的，应当用书面形式。”“书面委托代理的授权委托书应当载明代理人的姓名或者名称、代理事项、权限和期间，并由委托人签名或盖章。”“委托书授权不明的，被代理人应当向第三人承担民事责任，代理人负连带责任。”

理解与适用

（一）委托代理

委托代理这个概念并非强调委托代理权的内部基础关系必然是委托合同，委托合同是委托代理权的基础关系之一，劳动合同、合伙协议等同样可以作为委托代理权的基础关系。《民法典》在“委托代理”这一节中，于第170条规定了职务代理作为委托代理的一种类型，而职务代理权的基础关系并非委托合同，而是职务关系。这表明了委托代理权的基础关系是多元化的。

委托代理概念所真正强调的是委托代理权是根据被代理人的意思而产生的，故学理上多称之为“意定代理”。价值判断上，在委托代理中，被代理人的意思表示中包含代理人所作出的代理行为对自己产生效力的效果意思，根据此种意思，基于委托代理权所作出的代理行为的效果归属于被代理人。这与意思自治原则并不矛盾，甚至扩大了被代理人意思自治的可能性。相对应地，法定代理强调的是法定代理权产生于法律规定，价值上突出填补被代理人不能或只能有限行使意思自治所产生的不足。^[1]

（二）授权关系和基础关系

1. 委托代理中的法律关系

在委托代理所涉及的整体法律关系中，采取双重分离技术，即内部关系与外部关系的分离、基础行为（基础关系）与代理授权行为（授权关系）的分离。

2. 代理授权行为的独立性

按照本条文义，能够产生委托代理权的是“委托代理授权”行为，而非委托等基础行为，因此，基础行为和代理授权行为应予区分。

以最为典型的委托合同为例：并非所有的委托合同都伴随着代理权，例如委托开发某项产品但不得对外作出民事法律行为或者仅委托传达，此时即没有代理权问题。即使委托合同伴随着代理权，但产生代理权的行为并非作为基础行为的委托合同，而是代理授权行为。代理权是一种代理人取得以自己的意思表示改变被代理人的法律地位的法律权力（Rechtsmacht），由被代理人承受代理行为的法律效果，但代理人本人并没有根据代理权获得利益。换言之，代理权属于一种私法中的权力而非权利。^[2]同时，代理授权行为并不会课予代理人义务，只要代理权力未行使就无法产生权利、义务，故代理授权行为并非债的发生原因。^[3]因此，委托合同仅仅产生债权债务关系，产生私法中的权利，而代理授权行为的产生将代理行为效果归属于被代理人的私法权力，两者在法律效果上显然不同，效果意思的区分成为基础行为与代理授权行为之区分的基础。在通常的律师委托行为中，可以看到其中的区别：双方通常要先签订一个委托合同，之后再由委托人出具授权委托书，产生代理权的并非委托合同，而是授权委托书所表现出来的代理授权行为。

代理授权行为和基础行为区分的体系影响在于，代理授权行为所产生的代理权成为独立的民法制度组成，由《民法典》之总则编予以规定，而非被纳入委托等基础行为的规则的规制范围中。同时，对于代理权的有无、权限范围和无代理权时相对人的善意原则上都依据代理授权行为而非基础行为予以判断，在两者不一致时，应以代理授权行为作为依据。由此，该区分中最为重要的价值考虑是使相对人原则上无须对基础行为予以审查，而仅需审查代理授权行为中的代理权有无和权限，从而增加无权代理中相对人善意认定的可能性，降低相对人对代理权有无和权限范围的审查成本。^[4]

3.代理授权行为的无因性

与代理授权行为独立性不同的问题是其无因性问题。代理授权行为的无因性以其独立性为前提，但独立性并不必然伴随着无因性。所谓代理授权行为的无因性，最早由耶林提出，拉邦德予以系统论述^[5]，其含义是代理授权行为抽象于基础行为存在，前者的效力不受后者的效力瑕疵的影响。其目的在于保护相对人的交易安全，避免相对人受到被代理人与代理人之间的基础关系影响，同时使代理权限不受基础关系中的内部指示的限制。

代理授权行为的无因性与德国法中物权行为的无因性价值目标相同。但是，物权行为作为加利行为，本身就可以实现行为的经济目的，基础关系无效必然会产生得利的正当性问题，因此要通过不当得

利予以纠偏；而代理授权行为为仅仅产生代理权，代理人还必须作出代理行为，否则无法实现授权行为的目的，因此基础关系无效，不会产生得利问题，无涉不当得利。在处分领域中，物权行为和代理授权行为也存在诸多不同：代理权并非权利，由于人身信任关系也不具有如物权那样强的可处分性，并且代理授权行为采取形式自由原则，无所谓物权变动那样的公示公信，因此代理授权行为的无因性不具有制度基础，在处分领域中也具有物权行为无因性中所设想的如此强的交易安全需求。即使如德国法那样承认了代理授权行为的无因性，但《德国民法典》第168条第一句规定了基础关系的消灭会导致代理权消灭，并未彻底贯彻代理授权行为的无因性。在我国法中，如果不承认物权行为的无因性，则更不应承认代理授权行为的无因性。^[6]

从价值上考量，在代理授权行为的无因性构造下，由于基础行为的效力瑕疵不影响代理授权行为的效力，代理人的行为仍然会构成有权代理，这不符合被代理人可推断的意思；虽然于对相对人予以保护更有利，但却涉及对恶意相对人的过分保护，无法将恶意相对人排除在保护范围之外，导致价值实现的偏离。^[7]即使要对善意相对人予以保护，在有因性构造下同样能够实现：当基础关系存在嗣后的内部限制，或者被代理人与代理人的基础关系无效或被撤销，而代理人的无权代理行为已经发生，在相对人合理信赖的前提下，构成表见代理时，同样实现了对相对人的合理信赖和交易安全的保护。两相比较，代理权授予行为的有因性不仅能够实现保护交易安全的目的，且能够排除对恶意相对人的保护，价值判断上更为妥当。因此，应认为我国法无须承认代理授权行为的无因性。

《民法典》第173条第2项规定了被代理人取消委托或代理人辞去委托会导致委托代理的终止。取消委托或辞去委托的含义并不明确，文义上包含了代理授权行为的撤回、撤销，也包含了基础行为因解除、无效或被撤销等而终止。如果基础行为的无效、被撤销等构成了被代理人取消委托或代理人辞去委托，进而导致了委托代理权的消灭，则这隐含着代理授权行为的效力受到了基础行为之效力瑕疵的影响，表明采纳了代理授权行为的有因性原则。

（三）代理授权行为

代理授权行为为仅仅产生代理权，不会使代理人因此享有权利、承担义务，代理人的义务仅仅基于基础行为或法律规定而非代理授权行为而发生，因此，从利益上判断，代理授权行为无须代理人同意，因此，代理授权行为应是《民法典》第134条第1款所规定的基于被代理

人单方意思表示即可成立的单方民事法律行为，适用关于民事法律行为的一般规定。需注意的是，代理授权行为也需要行为人具有相应的民事行为能力，如果限制民事行为能力人作出超出其年龄、智力或精神健康状况的代理授权行为这种单方民事法律行为，该民事法律行为应是无效的，而非依据《民法典》第145条第1款是效力待定的民事法律行为。代理授权行为作为民事法律行为也可以附条件或期限，虽然这会导致行为效力的不确定，但是从利益上判断，相对人完全可以因为效力不确定的代理授权行为而选择不进行交易，从而避免利益受损，因此，代理授权行为附条件或期限对相对人之利益并无影响。

代理授权行为的方式是多样的。（1）可以是内部授权，此时代理授权意思表示的相对人是代理人，适用《民法典》第137条的规定；在内部授权后，可以补充以对交易相对方进行通知或对外进行公告，这种通知或公告并非民事法律行为，而应是准民事法律行为。

（2）也可以是外部授权。此时代理授权意思表示或者以交易相对方作为相对人，从而同样适用《民法典》第137条的规定，或者公告方式，从而适用《民法典》第139条的规定，该意思表示自公告发布时生效。这种区分对于代理授权意思表示的解释和代理权的权限判定具有重要意义，在《民法典》第142条的具体适用上，在仅存在内部授权的情形下，意思表示解释以代理人的理解为考虑因素；在存在对特定相对人的授权或通知时，意思表示解释以该特定相对人的理解为考虑因素。在存在不特定相对人的公告时，以该相对人群体的平均理解为考虑因素。^[8]同时，该区分对于表见代理中相对人善意的判断也具有意义，例如，在存在外部授权、通知的情形中，即使被代理人内部撤回了代理权，但并未以相同方式通知相对人，之后无权代理人作出代理行为的，仍一般应推定相对人为善意。

代理授权意思表示可以是明示，也可以是默示，最典型的就是《民法典》第170条规定的职务代理，只要存在内部的职权关系，即使不存在明示的代理授权意思表示，也可认为默示在职权范围内授予代理权。^[9]

代理授权行为是不要式法律行为。^[10]本条中的“委托代理授权采用书面形式的”，并非表明委托代理授权必须采用书面形式，相反，其意味着委托代理授权可采用也可不采用书面形式。即使代理行为是要式行为，代理权授予行为也无须为要式行为，除非在房地产或证券交易等情形中法律另有特殊规定或与形式条款的目的存在冲突。^[11]

（四）授权委托书

代理授权行为采用书面形式的，其书面形式被称为“授权委托书”。授权委托书仅仅是证明代理授权行为的证据，但却是常见而且有益的一种书面形式。如果存在授权委托书，即使代理权尚未授予或消灭，善意相对人的信赖仍然要受到保护，授权委托书是判断相对人是否善意的初步证据和确定代理权限的基本依据。如果代理人从事单方民事法律行为时未出示授权委托书，并且相对人因此毫不迟延地拒绝了该民事法律行为，则即使代理权存在，该行为的后果也不能由被代理人承担。而出示授权委托书为相对人创造了明确的法律状况，因此，相对人没有受保护的必要。^[12]

本条规定延续了《民法通则》第65条第2款的内容，据此，授权委托书应当载明代理人的姓名或者名称、代理事项、权限和期间，并由被代理人签名或者盖章。虽然本条使用了“应当”，但应将此理解为宣示性条款，仅仅意味着提示被代理人为了避免风险和不确定所可载明的事项，不具备其中某项并不意味着代理授权行为的不成立或无效。

（本条由朱虎撰写）

第一百六十六条

数人为同一代理事项的代理人的，应当共同行使代理权，但是当事人另有约定的除外。

本条主旨

本条对共同代理作出了规定。

相关条文

《民法总则》第166条规定：“数人为同一代理事项的代理人的，应当共同行使代理权，但是当事人另有约定的除外。”

理解与适用

（一）共同代理权的含义与产生

共同代理权即同一委托事项的代理人为两个以上且共同行使代理权。共同代理权应与集合代理权区分开。所谓集合代理权，是指数个代理人同时为同一被代理人利益而分别行使的代理权，例如，被代理人分别授权不同的代理人在不同地方采购同一型号的钢材。集合代理权本质上是数个代理权，每个代理人可分别行使其代理权。^[13]根据本条之“当事人另有约定的除外”，被代理人在关于同一事项的同一个代理授权行为中没有明确说明各代理人的代理权限的，应推定为共同代理；但是，如果关于同一事项，被代理人分别实施了不同的代理授权行为，则每一个代理人都享有单独代理权，除非被代理人另有意思表示。

共同代理权既可以基于当事人约定成立，从而是意定共同代理权，适用本条，也可以是法定共同代理权，例如，未成年人的父母作为法定共同代理人。对法定共同代理权，《民法典》未作出明确法律规定。基于同样的制度目的和利益状况，应类推适用本条规定，以避免法定共同代理人意见不一致时出现无所适从的局面。^[14]

（二）共同代理权的行使

依本条规定，共同代理人一般应当共同行使代理权。此规范意图在于借共同代理人之间的相互制约来维护被代理人的利益。既然目的在于维护被代理人的利益，那么被代理人当然可另作出不同的意思表示。同时，代理人作出消极代理行为，即代理受领他人的意思表示时，不涉及代理人之间相互制约的问题，同时也不应当增加相对人送达意思表示的困难，以免对其产生不利影响，因此，对消极代理行为应不适用本条规定，对本条应作出目的性限缩解释。^[15]

所谓的共同行使，是指共同代理人行使代理权时应共同协商。至

于如何共同协商，应交由共同代理人之间的约定，如果欠缺明确约定，应认为须由全体共同代理人一致同意。如果代理人全体协议授权由一人为代理行为，则与共同代理目的没有违背，也应认为属于共同行使。^[16]同时，共同行使代理权并非意味着代理人同时作出意思表示，也可先后作出，此时代理行为于最后一个共同代理人为意思表示时发生效力。^[17]在共同行使代理权时，如果数个共同代理人中一人之意思表示存在意思欠缺、被欺诈或胁迫等情形，则代理行为具有瑕疵。^[18]

（三）未共同行使代理权的代理行为

被代理人和代理人之间的关系属于基础关系范畴，而代理应重点解决的问题是外部关系，因此本条偏离了规范重心；并且，在确定未共同行使代理权所作出的代理行为的效力之前，也无法判断所承担责任的性质、要件和范围为何。

如果共同代理人中之一人或数人未共同行使代理权而作出代理行为，则应认为作出代理行为的代理人超越了其所拥有的代理权，属于超越代理权的表现，应构成无权代理，适用《民法典》第171、172条关于无权代理和表见代理的规定。具言之，如果相对人有合理的理由相信代理行为为数人共同作出或作出代理行为的代理人享有单独代理权的，则代理行为的效果应由被代理人承担，之后被代理人可依据其与代理人之间的基础关系或侵权关系向代理人予以追偿。反之，代理行为的效果取决于被代理人是否予以追认；如果被代理人予以追认，则被代理人依据其与代理人之间的基础关系或侵权关系向代理人予以追偿；即使被代理人不予以追认，固然代理行为不能对被代理人发生效力，但被代理人仍可能因无权代理行为遭受其他损失，此时被代理人仍有权依据其与代理人之间的基础关系或侵权关系向代理人请求赔偿。

（本条由朱虎撰写）

第一百六十七条

代理人知道或者应当知道代理事项违法仍然实施代理行为，

或者被代理人知道或者应当知道代理人的代理行为违法未作反对表示的，被代理人和代理人应当承担连带责任。

本条主旨

本条对违法代理的责任承担规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第167条规定：“代理人知道或者应当知道代理事项违法仍然实施代理行为，或者被代理人知道或者应当知道代理人的代理行为违法未作反对表示的，被代理人和代理人应当承担连带责任。”

《民法通则》第67条规定：“代理人知道被委托代理的事项违法仍然进行代理活动的，或者被代理人知道代理人的代理行为违法不表示反对的，由被代理人和代理人负连带责任。”

理解与适用

（一）意思联络情形中的连带责任

按照本条规定，可以区分为两种情形分别讨论，即：（1）代理事项违法而代理行为不违法；（2）代理事项不违法而代理行为违法。

第一种情形是代理事项违法而代理行为不违法。依据《民法典》第153条的规定，此时又有两种可能：代理事项违法导致被代理人 and 代理人之间的基础关系最终无效，或者最终有效。如果基础关系无

效，根据有因性原则，代理授权行为随之也无效，因此代理人无代理权。此时应当适用《民法典》第171、172条的无权代理或表见代理规则，相对人有权请求无权代理人或者被代理人承担不同的责任，但并不会产生代理人和被代理人之间的连带责任。如果基础关系有效，则代理人有代理权。此时相对人有权请求被代理人承担代理行为的后果，此时仍不存在代理人和被代理人之间的连带责任。

第二种情形是代理事项不违法而代理行为违法。依据《民法典》第153条的规定，此时同样有两种可能，即代理行为最终无效，或者最终有效。由于此时代理人享有代理权，所以在代理行为有效时，不管被代理人是否知道或应当知道代理行为违法，被代理人都要对相对人承担代理行为的后果，之后被代理人有权依据其与代理人之间的基础关系或侵权关系向代理人追偿；在代理行为无效时，因为代理行为的后果由被代理人承担，此时同样应由被代理人承担代理行为无效的后果，而无须考虑被代理人是否知道或应当知道代理行为违法，之后被代理人同样有权依据其与代理人之间的基础关系或侵权关系向代理人追偿。可见，无论如何，并不会产生被代理人和代理人之间的连带责任。

因此，在代理事项违法或代理行为违法的情形中，原则上并无被代理人和代理人之间的连带责任。^[19]即使在有权代理的情形中代理行为违法，但相对人本来信赖的就是被代理人而非代理人，为保护此种信赖，不论被代理人是否知道或应当知道代理人的代理行为违法，仅需被代理人向相对人承担代理行为无效或有效的后果即可。如果让被代理人和代理人承担连带责任，则对相对人的保护超过了相对人的信赖程度。主张此时被代理人和代理人承担连带责任，可能的正当理由在于，加强代理人和被代理人相互之间对违法事项的监督，避免违法行为的发生。即使如此，加强相互监督这个目的是否需要通过对相对人更优保护的连带责任予以实现，仍然存在疑问，因为被代理人对相对人承担责任之后，仍有权向代理人予以追偿，这种方式同样能够实现加强被代理人和代理人之间相互监督的制度目的。

基于以上原因，对本条应在另外一个方向上予以理解。在代理人知道或应当知道代理事项违法仍然实施代理行为，或者被代理人知道或者应当知道代理人的代理行为违法未作反对表示的情况下，被代理人和代理人构成了主观上的意思联络，如果致使相对人遭受损失，则相对人有权请求代理人和被代理人承担连带的缔约过失责任或侵权责任。当然，本条并未涉及代理人和被代理人之间内部关系问题，对该问题应依据代理人和被代理人之间的内部基础关系或侵权关系予以解决。

（二）相对人的选择权

代理人知道或者应当知道代理事项违法仍然实施代理行为，或者被代理人知道或者应当知道代理人的代理行为违法未作反对表示的，相对人有权根据上述情形分别依据《民法典》第162、171条或第172条请求代理人或被代理人承担不同的责任，同时，相对人也有权依据本条请求代理人和被代理人承担连带的缔约过失责任或侵权责任。由于责任承担主体、构成要件和赔偿责任范围存在不同，相对人有权在不同的请求权中予以选择。

（本条由朱虎撰写）

第一百六十八条

代理人不得以被代理人的名义与自己实施民事法律行为，但是被代理人同意或者追认的除外。

代理人不得以被代理人的名义与自己同时代理的其他人实施民事法律行为，但是被代理的双方同意或者追认的除外。

本条主旨

本条对禁止自己代理和双方代理的规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第168条规定：“代理人不得以被代理人的名义与自己实施民事法律行为，但是被代理人同意或者追认的除外。”“代理人

不得以被代理人的名义与自己同时代理的其他人实施民事法律行为，但是被代理的双方同意或者追认的除外。”

理解与适用

本条规定了禁止自己代理和双方代理的规则。所谓的自己代理，是指代理人以被代理人的名义与自己实施民事法律行为；双方代理，是指代理人以被代理人的名义与自己同时代理的其他人实施民事法律行为。在自己代理中，被代理人的利益和代理人自己的利益之间会发生冲突；在双方代理中，双方被代理人的利益之间会发生冲突。因此，为了避免此种利益冲突，保护被代理人的利益，原则上禁止自己代理和双方代理。

（一）民事法律行为效果的承担

禁止自己代理和双方代理是为了避免利益冲突，从而保护被代理人的利益，因此，自己代理中被代理人事先同意或者双方代理中被代理人均事先同意的，此为意思自治的表现，自当容许。此时，代理行为的效果由被代理人承担。在双方代理中，如果仅有一方被代理人事先同意，则代理行为仅对另一方被代理人不发生效力，由其决定是否追认。对事先同意根据被代理人的意思表示予以解释，例如，双方被代理人均提出卖出和买进的价格范围，如果代理人双方代理作出民事法律行为所最终形成的价格在该价格范围内，则应认为该代理行为已经取得了双方被代理人的事先同意。

在未取得被代理人事先同意的情形中，代理人所作出的民事法律行为原则上对被代理人而言是效力待定的。代理权行使的限制主要有约定限制和法定限制两种，法定限制包括禁止自己代理、双方代理和其他代理权滥用行为。违反代理权的约定限制，属于《民法典》第171条所规定的“超越代理权”，所作出的民事法律行为效力待定，除非符合《民法典》第172条构成表见代理；违反禁止自己代理和双方代理这种代理权的法定限制，在利益结构和价值判断上应无不同，故所作出的民事法律行为的效力状态此时同样应为效力待定。^[20]并且，在自己代理中，相对人同时就是代理人，代理人是知情的，而在双方代理中，代理人的知情被认为是同时作为相对人的被代理人的知情，因此不可能构成表见代理。本条中的“追认”即显示出自己代理或

双方代理所作出的民事法律行为原则上效力待定，但本条仅规定了代理行为效力待定后的被代理人的追认权。如类推适用《民法典》第171条第2款规定的无权代理规则，则在自己代理中，作为相对人的代理人享有催告权，但因具有恶意而不享有撤销权；在双方代理中，如果一方被代理人已经进行了追认，而另一方被代理人没有进行追认，则予以追认的该方被代理人应不再享有产生相反效果的撤销权，但其应享有催告权。被代理人不追认的，虽然代理行为对被代理人不发生法律效力，但被代理人仍可能遭受其他损失，此时被代理人有权依据其与代理人之间的内部基础关系或侵权关系向代理人请求赔偿。

但是，自己代理和双方代理作出的代理行为对被代理人而言效力待定这个规则应存在以下例外。

第一，如果是基于自己代理或双方代理作出的单方民事法律行为，此时对被代理人而言应不是效力待定而是无效，由此避免法律状态的不确定。

第二，不会出现利益冲突的情形。根据本条的制度目的，在不会出现利益冲突的情形中，应对本条进行目的性限缩解释，即使被代理人未事先同意，仍应允许自己代理和双方代理。所谓的不会出现利益冲突的情形，包括被代理人纯获利益的行为和专为义务履行的行为。^[21]纯获利益的民事法律行为，与《民法典》第22条和第145条第1款规定的保持一致，在自己代理中，使被代理人纯获利益的行为，不会出现利益冲突，此时代理行为有效，最典型的就是无任何负担的动产赠与，此时代理人可以代理被代理人作出有效的接受赠与意思表示；在双方代理中，如果一方被代理人纯获利益，则代理行为对该方被代理人而言有效。至于专为义务履行的民事法律行为，代理人不作出法律决定，无涉双方利益的冲突、权衡，仅仅代理履行内容已经事先确定的义务的，因这一义务在任何情况下均应得到履行，因此不存在对被代理人的不合理损害。^[22]但应注意，此时所谓的专为义务履行的民事法律行为，适用上应受很大的限制。行使法定抵销权的行为可被认为是专为义务履行的民事法律行为，但代物清偿、协议抵销仍有损害被代理人利益的可能性，仍会出现利益冲突，故应被认为并非专为义务履行的民事法律行为。此外，清偿行为、登记申请行为等涉及债务履行的行为性质上是否是民事法律行为？如果不承认其为民事法律行为，则在不承认物权行为的前提下，自然无所谓代理，此时仅可能基于相似的利益状态而类推适用代理的规则。^[23]

（二）类推适用和目的性扩张

本条所规定的是对委托代理权的限制，但相似的利益状态也出现于法定代理权中，故本条可类推适用于法定代理权情形中。例如，法定代理人也不能以被代理人的名义与自己实施民事法律行为，但如果是使被代理人纯获利益的行为，最典型的的就是法定代理人对被代理人进行无任何负担的动产的赠与，则法定代理人此时可代理被代理人作出有效的接受赠与意思表示。

同样，根据本条的制度目的，本条应目的性扩张适用于其他具有实质性利益冲突的情形，包括：实质上的自己代理，例如相对人是代理人的配偶，被代理人事先委托相对人选任代理人，以及其他存在实质性利益冲突的情形。^[24]

（本条由朱虎撰写）

第一百六十九条

代理人需要转委托第三人代理的，应当取得被代理人的同意或者追认。

转委托代理经被代理人同意或者追认的，被代理人可以就代理事务直接指示转委托的第三人，代理人仅就第三人的选任以及对第三人的指示承担责任。

转委托代理未经被代理人同意或者追认的，代理人应当对转委托的第三人的行为承担责任；但是，在紧急情况下代理人为了维护被代理人的利益需要转委托第三人代理的除外。

本条主旨

本条对转委托代理（复代理）作出了规定。

相关条文

《民法总则》第169条规定：“代理人需要转委托第三人代理的，应当取得被代理人的同意或者追认。”“转委托代理经被代理人同意或者追认的，被代理人可以就代理事务直接指示转委托的第三人，代理人仅就第三人的选任以及对第三人的指示承担责任。”“转委托代理未经被代理人同意或者追认的，代理人应当对转委托的第三人的行为承担责任，但是在紧急情况下代理人为了维护被代理人的利益需要转委托第三人代理的除外。”

《民法通则》第68条规定：“委托代理人为被代理人的利益需要转托他人代理的，应当事先取得被代理人的同意。事先没有取得被代理人同意的，应当在事后及时告诉被代理人，如果被代理人不同意，由代理人对自己所转托的人的行为负民事责任，但在紧急情况下，为了保护被代理人的利益而转托他人代理的除外。”

理解与适用

转委托代理也即复代理，是指代理人以自己的名义为被代理人选任代理人。此时，被代理人选任的代理人是本代理人，代理人选任的代理人是复代理人，复代理人并非被代理人选任的，因此，复代理人并非《民法典》第166条所规定的共同代理人。复代理权是代理人以自己的名义授予复代理人代理被代理人的代理权，复代理人以被代理人名义作出代理行为。

复代理权的权限范围可能小于或者等于本代理权的权限范围，但不能大于本代理权的权限范围，并且本代理权的终止会导致复代理权的终止。应予区分的情形是，被代理人以新代理人替换原代理人，此时被代理人授予新代理人以新的代理权，新代理权权限范围可能不同于甚至大于原代理权的权限范围，新代理权是否终止与原代理权的终止无关。

（一）本代理人的复任权

本代理人是否具有选择复代理人的复任权，取决于本代理人和被代理人之间的约定。但欠缺明确约定时，按照本条第1款的规定，本代理人不具有复任权，除非经过被代理人的同意或追认。这是基于维护被代理人利益的价值考量：被代理人之所以选择某人作为代理人，是因为被代理人对代理人的资格、能力等的信任，但这并不意味着被代理人就必然信任代理人基于其对他人的个人信任而选择的该他人。

（二）经被代理人的同意或追认

本代理人选任复代理人，应经过被代理人事先同意或事后追认。依据《民法典》第140条第1款的规定，被代理人的同意或追认的意思表示可以是明示，例如被代理人事先与本代理人约定了本代理人选任复代理人的权限，也可以通过其行为予以默示。但是，被代理人知道或应当知道本代理人选任复代理人而未表示反对的，依据《民法典》第140条第2款，这种单纯的沉默原则上不能被认为构成同意或追认的意思表示，除非存在法律规定、当事人约定或当事人之间的交易习惯。这一点在最高人民法院之前的司法解释中也体现出来，例如《最高人民法院关于审理海上货运代理纠纷案件若干问题的规定》第5条第2款规定：没有约定转委托权限，货运代理企业或第三人以委托人知道货运代理企业将海上货运代理事务转委托或部分转委托第三人处理而未表示反对为由，主张委托人同意转委托的，人民法院不予支持，但委托人的行为明确表明其接受转委托的除外。

如果经过了被代理人的事先同意或事后追认，则在外部关系中，此时复代理人就是被代理人的有权代理人，以被代理人的名义作出的代理行为的后果直接归属于被代理人；在其他方面，应适用代理的一般规则，例如，如果复代理人无权代理，则由复代理人作为无权代理人依据《民法典》第171条第3、4款对相对人承担无权代理责任；复代理人和被代理人之间的内部责任同样适用代理的一般规则，被代理人有权依据内部基础关系或侵权关系请求复代理人承担赔偿责任；对相对人依据《民法典》第172条予以表见代理的保护。

在本代理人、被代理人与复代理人之间的内部关系中，除适用代理的一般规则之外，在向复代理人指示的问题上，应依据本代理人和被代理人之间的约定，判断是由被代理人还是由本代理人向复代理人指示代理事项。在本代理人和被代理人没有明确约定时，依据《民法典》的规定，被代理人有权就代理事务直接指示复代理人。在本代理人的指示和被代理人的指示存在矛盾时，由于最终是由被代理人承担代理行为的后果，故应以被代理人的指示为准。

在本代理人选任复代理人经过被代理人事先同意或事后追认后，依据本条规定，代理人仅就第三人的选任以及对第三人的指示承担责任。这指的是本代理人与被代理人之间的内部关系，本代理人仅依据其与被代理人之间的内部关系就对复代理人的选任和指示对被代理人承担责任。根据保护被代理人利益的制度目的，对此应进行目的性扩张解释，本代理人还需就其选任复代理人之后的监督承担责任。^[25]这意味着，本代理人对被代理人承担责任以本代理人作出了真正的选任、指示或监督行为作为前提。如果被代理人明确指定了复代理人，本代理人并无选择复代理人的自由，则此时本代理人自然无须就复代理人的选任对被代理人承担责任。但是即使如此，如果本代理人明知复代理人存在不胜任等情形却怠于通知被代理人或者未尽对被代理人明确指定的复代理人的监督责任，则本代理人仍应对被代理人承担责任。^[26]在被代理人就代理事务直接或者通过本代理人指示复代理人的情形中，同理，本代理人自然无须就对复代理人的指示向被代理人承担责任。

至于本代理人和复代理人之间的责任问题，依据本代理人和复代理人之间的内部关系予以解决。

（三）紧急情况为了维护被代理人的利益

在紧急情况下，代理人为了维护被代理人的利益需要转委托第三人代理的，无须经过被代理人的同意或追认。所谓紧急情况，是指由于急病、通讯联络中断等特殊原因，委托代理人自己不能办理代理事项，又不能与被代理人及时取得联系，如不及时转托他人代理，会给被代理人的利益造成损失或者扩大损失。

紧急情况下的复代理所产生的法律后果与经过被代理人同意或追认的复代理所产生的法律后果相同。本条第3款前面规定“代理人应当对转委托的第三人的行为承担责任”，后面紧接着规定“但是，在紧急情况下代理人为了维护被代理人的利益需要转委托第三人代理的除外”。这容易使人误解为本代理人无须对复代理人的行为向被代理人承担责任。但是，按照体系解释和价值考量，即使是紧急情况下的复代理，在本代理人与被代理人的内部关系中，本代理人仍然要就对复代理人的选任、指示和监督向被代理人承担责任。

（四）非紧急情况下未经被代理人同意或者追认

在非紧急情况下，如果本代理人选任复代理人未经被代理人同意或者追认的，则在外部关系中，复代理人无代理权，适用《民法典》第171、172条的规定。如果不构成表见代理，且被代理人不追认的，依据本条，本代理人应当对复代理人的行为承担责任。但这仍然存在不清晰之处：是本代理人向相对人直接承担无权代理的责任，还是先由复代理人向相对人承担责任，然后由本代理人向复代理人承担责任呢？^[27]此时应当区分不同的情形：如果复代理人向相对人表明自己是复代理人，显示出多层代理关系，则相对人信赖本代理人是被代理人的代理人，此时无权代理责任由本代理人直接向相对人承担；相反，如果复代理人未表明自己是复代理人，则相对人信赖复代理人是被代理人的代理人，为保护相对人的信赖，无权代理责任由复代理人向相对人承担，本代理人不直接向相对人承担责任。^[28]复代理人和本代理人之间的内部责任承担依据他们的内部关系予以解决。

（本条由朱虎撰写）

第一百七十条

执行法人或者非法人组织工作任务的人员，就其职权范围内的事项，以法人或者非法人组织的名义实施的民事法律行为，对法人或者非法人组织发生效力。

法人或者非法人组织对执行其工作任务的人员职权范围的限制，不得对抗善意相对人。

本条主旨

本条对职务代理作出了规定。

相关条文

《民法总则》第170条规定：“执行法人或者非法人组织工作任务的人员，就其职权范围内的事项，以法人或者非法人组织的名义实施民事法律行为，对法人或者非法人组织发生效力。”“法人或者非法人组织对执行其工作任务的人员职权范围的限制，不得对抗善意相对人。”

理解与适用

（一）职务代理与代表

职务代理与代表在构造上应合一还是分开，与对法人和非法人组织采取拟制理论还是实在理论相关。拟制理论和实在理论均承认团体的权利能力，但两者的区分点在于是否承认民事行为能力。拟制理论否认民事行为能力，因此必须引入代理，此时代表和职务代理合一；而实在理论承认行为能力，法定代表人是法人或非法人组织的对外代表机构，非法定代表人的民事法律行为只能通过代理由法人或非法人组织承担代理行为后果，此时代表和职务代理分开。^[29]《民法典》第57条明确承认了法人的民事行为能力，第108条规定非法人组织参照法人的一般规定。这是以实在理论作为基础，故职务代理和代表在规范上也得到区分。《民法典》第61条及规定条文了代表，而本条规定了职务代理。

因此，本条所规定的“执行法人或者非法人组织工作任务的人员”指的是法人或非法人组织的机构（包括作为对外代表机构的法定代表人）之外的人员，其在职权范围内所作出的代理行为，应由作为被代理人的法人或者非法人组织承担法律后果，即本条所规定的“对法人或者非法人组织发生效力”。本条和《民法典》第61条及以下条文所规定的法定代表结合在一起，体现出《民法典》民商合一的立法特色。

（二）职务代理权的产生和权限范围

如上文所述，委托代理概念所真正强调的是委托代理权是根据被代理人的意思所产生的，从而体现意思自治。职务代理同样是依据作为被代理人的法人或者非法人组织的意思而产生的，故同样属于委托代理的一种。

根据《民法典》第165条的规定，委托代理权产生于代理授权行为，但有争论的是职务代理权是否同样产生于代理授权行为。^[30]肯定者和否定者对代理授权行为的理解并不相同。持职务代理权并非产生于代理授权行为观点者将代理授权行为理解为必须是明示的，而在职务代理中通常不存在明示和书面的代理授权行为，因此，职务代理权产生于职务而非代理授权行为。但是，代理授权行为并非必须是明示的，也可以是默示的，在一般的委托代理中，同样存在非明示的代理授权行为。在职务代理中，即使被代理人没有明示的代理授权行为，但是由于代理人和被代理人内部基础关系的存在，只要被代理人没有明确的相反意思，就可以推断出被代理人意图使代理人在职务范围内拥有代理权，故可认为此时存在默示的代理授权行为。^[31]

在职务代理权产生于默示的代理授权行为的情形中，关键是职权范围即代理权限的认定。在被代理人没有明确意思的情形下，应依据法律（例如《公司法》第49条关于有限责任公司经理之职权的规定）、行政法规、交易习惯、相对人知悉的公司章程或合伙协议以及法人或非法人组织的规定来具体判断职务代理人的职权范围。^[32]

（三）职务代理情形中的表见代理

依据本条第2款，如果法人或者非法人组织对职务代理人的职权范围予以限制，该限制不得对抗善意相对人。所谓的“不得对抗善意相对人”，是指在相对人为善意的情形下，由被代理人承担代理行为的后果。如果职务代理人无代理权而作出代理行为，此时自然应当适用《民法典》第171条规定的无权代理规则。在相对人有理由相信行为人有代理权，因而为善意的情形中，表见代理成立，适用《民法典》第172条，由作为被代理人的法人或非法人组织承担代理行为的后果，以保护相对人的利益。^[33]本条第2款仅规定了表见代理中超越代理权类型中的一种，属于表见代理的特殊规定。

之所以作出特殊规定，原因在于职务代理情形中表见代理构成的特殊性，即只要职务代理人无代理权且相对人为善意，表见代理就会成立，不会让表见代理的其他可能构成要件阻碍表见代理的成立。^[34]这体现出商事职务代理不同于民事代理而更为追求效率和外观信赖保护的特点，体现出《民法典》民商合一的立法特色。这一立法思

想不仅应适用于职务代理人在职权范围被限制时超越该限制作出代理行为的情形，还应适用于职务代理人对代理行为无代理权的其他情形。

（本条由朱虎撰写）

第一百七十一条

行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，未经被代理人追认的，对被代理人不发生效力。

相对人可以催告被代理人自收到通知之日起三十日内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。行为人实施的行为被追认前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

行为人实施的行为未被追认的，善意相对人有权请求行为人履行债务或者就其受到的损害请求行为人赔偿。但是，赔偿的范围不得超过被代理人追认时相对人所能获得的利益。

相对人知道或者应当知道行为人无权代理的，相对人和行为人按照各自的过错承担责任。

本条主旨

本条对无权代理作出了规定。

相关条文

《民法总则》第171条规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，未经被代理人追认的，对被代理人不发生效力。”“相对人可以催告被代理人自收到通知之日起一个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。行为人实施的行为被追认前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。”“行为人实施的行为未被追认的，善意相对人有权请求行为人履行债务或者就其受到的损害请求行为人赔偿，但是赔偿的范围不得超过被代理人追认时相对人所能获得的利益。”“相对人知道或者应当知道行为人无权代理的，相对人和行为人按照各自的过错承担责任。”

《民法通则》第66条规定：“没有代理权、超越代理权或者代理权终止后的行为，只有经过被代理人的追认，被代理人才承担民事责任。未经追认的行为，由行为人承担民事责任。本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的，视为同意。”“代理人不履行职务而给被代理人造成损害的，应当承担民事责任。”“代理人和第三人串通、损害被代理人的利益的，由代理人和第三人负连带责任。”“第三人知道行为人没有代理权、超越代理权或者代理权已终止还与行为人实施民事行为给他人造成损害的，由第三人和行为人负连带责任。”

《合同法》第48条规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。”“相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。”

《合同法解释（二）》第12条规定：“无权代理人以被代理人的名义订立合同，被代理人已经开始履行合同义务的，视为对合同的追认。”

理解与适用

（一）无权代理的构成

无权代理的构成以代理为前提，这要求无权代理人（行为人）必

须以被代理人的名义作出民事法律行为。无权代理与有权代理的区别仅仅在于行为人有无代理权，两者的其他构成要件完全相同。同时，这也是无权代理和无权处分的最大区别：无权处分的前提是无处分权的行为人以自己的名义作出处分，而无权代理的前提是无代理权的行为人以被代理人的名义作出民事法律行为。

无权代理的构成还包括行为人无代理权。行为人无代理权具体而言有如下几种情形：第一，行为人自始无代理权，包括被代理人没有作出代理授权行为，代理授权行为本身无效或被撤销具有溯及自始的效力、被代理人和行为人之间的基础关系无效或被撤销等具有溯及自始的效力导致代理授权行为无效等情形。第二，行为人享有代理权但超越代理权，即行为人有代理权但超越了代理权限。第三，行为人在代理权终止后继续作出代理行为，即行为人之前享有代理权，但代理权依据《民法典》第173条终止且不具有溯及自始的效力，之后行为人依然作出代理行为。

（二）被代理人的追认权

1.代理行为对被代理人而言的效力瑕疵

《民法典》第5条确立了自愿或意思自治原则，据此，在委托代理中，被代理人的意思表示中包含代理人作出的代理行为对自己产生效力的效果意思，根据此种意思，基于委托代理权作出的代理行为的后果归属于被代理人，这扩大了被代理人意思自治的可能性。但是，如果代理人无代理权，这意味着被代理人并无承担代理行为后果的意思表示，因此，代理行为的后果并不能直接由被代理人承担。故原则上而言，应由被代理人予以决定是否承担代理行为的后果，被代理人据此享有追认权。本条第1款即确定了这个一般规则。

但对该规则在如下情形中应予以目的性限缩解释：第一，无权代理行为是单方民事法律行为。此种情形中，该代理行为原则上对被代理人确定不发生效力，被代理人不承担代理行为的后果，且不享有追认权，因为相对人的意思表示对单方民事法律行为的效力没有影响。如果该单方民事法律行为对被代理人的效力完全取决于被代理人的追认，且相对人无撤销权予以保护，则可能会导致相对人过分地被动、不确定。但即使在单方民事法律行为的情形中，仍然可能例外地由被

代理人享有追认权，包括：相对人未对无权代理人所提出的代理权提出异议；相对人同意无代理权的代理行为；无权代理行为系受领意思表示的消极代理。^[35]原因是，在前两种情形中，相对人自甘冒险，故其无须被特别保护；在最后一中情形中，意思表示由相对人作出，在意思表示到达前相对人有权依据《民法典》第141条予以撤回，因此其无须其他特别保护。^[36]

第二，如果行为人的代理行为构成无因管理，而无因管理是管理人以被管理人的名义作出民事法律行为，则作为无因管理的法律后果，被管理人（被代理人）应具有追认义务，作为管理人的行为人可请求被代理人承担代理行为的后果。^[37]

2. 追认的意思表示

被代理人有权通过追认承担无权代理行为的法律后果。追认也是一种意思表示，故适用《民法典》关于意思表示的一般规定。

追认也需要被代理人具有相应的民事行为能力。如果被代理人是限制民事行为能力人，原则上需要由被代理人的法定代理人予以追认。依据《民法典》第145条第1款的规定，限制民事行为能力人例外地自己享有追认权，但此时不应当看他是否能够理解追认权的行使本身，而应当看无权代理行为是否对他来说属于纯获利益或与其年龄、智力、精神健康状况相适应的行为，否则限制民事行为能力人的追认行为作为单方民事法律行为应为无效。^[38]

追认是有相对人的意思表示，追认既可以向行为人作出，也可以向相对人作出，但是，在相对人进行催告后，如果被代理人的追认意思表示仍可向代理人作出，则可能不利于保护相对人的利益，故此时应认为追认只能向相对人作出。^[39]同时，根据《民法典》第137条的规定，对话意思表示自相对人知道其内容时生效，非对话意思表示到达相对人时生效^[40]，且该意思表示可以根据《民法典》第141条予以撤回。

追认意思表示，依据《民法典》第140条的规定，可以是明示，也可以是默示。依据《民法典》第140条第2款，被代理人单纯的沉默只有在有法律规定、当事人约定或者当事人之间的交易习惯时，才可以被视为追认的意思表示。在代理行为被作出且相对人行使催告权后，被代理人单纯的沉默按照本条第2款规定，应被视为拒绝追认的意思表示。

追认的意思表示也会出现效力瑕疵。如果追认因重大误解、显失公平作出，或者基于相对人欺诈作出，或者基于相对人或无权代理人胁迫作出，被代理人自然享有撤销权。在被代理人基于行为人欺诈而为追认时，为保护相对人的利益，应适用《民法典》第149条关于第三人欺诈的规定，认为只有在相对人知道或应当知道无权代理人之欺诈行为时，被代理人才享有撤销权。

被代理人可否追认代理行为的部分，可考虑区分下列情况分别处理：其一，如果无权代理行为是可以分割的，则被代理人可以追认其中的一项或数项，除非不同部分相互连接，产生了价格等方面对被代理人的优惠；其二，如果无权代理行为是不可分割的，则原则上不可部分追认，除非相对人同意；其三，无论被代理人是追认全部还是追认部分代理行为，都必须是概括的追认，而不能只追认其中的有利内容、拒绝其中的不利内容。

3. 追认期限

被代理人享有追认权，但其是否予以追认和何时追认，对相对人而言并不清楚。此种状态的长期存在不利于相对人，使相对人可能丧失良好的商业机会，且被代理人能够以相对人的成本为代价进行投机。因此，《民法典》对被代理人的追认予以期限限制。

在相对人催告时，本条规定，相对人可以催告被代理人自收到通知之日起三十日内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。相对人催告时是否有权确定一个并非30日的其他追认期限？对此观点不一。^[41]基于利益衡量的考虑，如果被代理人和相对人有约定或法律存在特别规定，自然约定或特别规定优先，并无理由排除双方的意思自治；如果相对人催告时自行确定追认期限，则法定的30日期限应为最短期限，以避免损害被代理人的利益。

同时，本条并未规定相对人没有催告情形中的追认期限。如果被代理人和相对人有约定，自然约定优先；如果不存在明确约定，也不存在特别规定，未经催告时的追认期限应当为自被代理人知道或应当知道无权代理行为之日起的合理期限，交由法官结合交易习惯、交易性质、标的数额等因素予以确定。

4. 追认效果

本条第1款后段规定，未经被代理人追认的，对被代理人不发生

效力。这意味着被代理人予以追认的，代理行为就对被代理人发生效力，被代理人承担代理行为的后果。但追认是对特定无权代理行为的事后同意，而不能被视为授予了将来的代理权。追认具有溯及效力，溯及至代理行为实施时对被代理人发生效力。但该溯及力不能侵犯第三人的利益，例如，乙无权代理甲，将甲的电脑卖给丙。之后不知情的甲与丁签订了另一个买卖合同，但因为前一个合同的价格更优，甲对此予以追认。此时追认具有溯及力即侵犯了丁的利益。^[42]

被代理人追认无权代理后，若代理人的行为超出基础关系之限制，被代理人有权依据其与无权代理人的内部关系或侵权关系请求无权代理人赔偿。

（三）相对人的催告权和撤销权

为保护被代理人的利益，本条规定被代理人享有追认权；同时，为体现被代理人和相对人之间的利益平衡，保护相对人的利益，本条同时规定了相对人的催告权和善意相对人的撤销权。

1. 催告权

相对人无论善意或恶意，都享有催告被代理人追认的权利，旨在尽快结束不确定的状态。在解释上可认为如果被代理人已经向相对人表示追认或拒绝追认，或者虽然被代理人向无权代理人表示追认或拒绝追认且相对人知情的，则由于行为的效力已经非常明确，旨在结束不明确状态的催告权就不能再行使。相对人的催告属于准民事法律行为中的意思通知，其效果是自被代理人自收到通知之日起算被代理人的追认期限。

《民法典》并未规定催告的其他效果。如果被代理人根本未作出追认或拒绝追认的意思表示，或者被代理人向无权代理人作出追认或拒绝追认但相对人不知情的，从利益衡量的合理性角度予以考虑，如前所述，在相对人进行催告后，被代理人的追认应只能向相对人作出；同时，在催告后，可认为被代理人在催告前已经对无权代理人作出的追认或拒绝追认意思表示失效，被代理人可重新向相对人作出追认或拒绝追认的意思表示。^[43]

2. 善意相对人的撤销权

善意相对人不能决定无权代理行为是否能够对被代理人发生效力，但能够在被代理人追认前撤销自己的意思表示，进而使无权代理行为对自己不能发生效力。这就是善意相对人所享有的撤销权。^[44]

撤销权的构成要件如下：

第一，相对人曾作出意思表示。如果无权代理人作出的代理行为是单方民事法律行为，相对人不曾作出意思表示，自然就不享有撤销其意思表示的权利。

第二，在无权代理行为被追认前撤销。同样，在撤销的意思表示还没有到达被代理人而被代理人的追认意思表示就到达相对人的情况下，撤销权也不得行使。

第三，相对人为善意。问题是如何理解此处的善意。有观点认为，只有明知行为人无代理权的相对人才不享有撤销权^[45]，但是，从本条第2款所采取的“善意相对人”的文义中并不能得出如此结论，并且本条第4款规定了“相对人知道或者应当知道行为人无权代理的”，与第3款规定的“善意相对人”对应，此时，对本条中的善意相对人应作相同的理解。因此，问题的关键就是如何理解本条第4款所规定的“相对人知道或者应当知道行为人无权代理的”。如下文所述，所谓的善意相对人是指相对人不知道且未因重大过失而不知道行为人无权代理。

善意相对人的撤销权应当以通知方式行使，这意味着撤销权的意思表示应是明示的。撤销权可向被代理人为之，也可向行为人为之。同时，与追认要求一致，撤销权的客体应为无权代理行为的全部，不得只撤销不利的部分，但如果无权代理行为是可分割的，则可以就其中的一部分行使撤销权，除非不同部分相互连接，产生了价格等方面对相对人的优惠。

（四）无权代理人的责任

在被代理人不承担代理行为的后果的情况下，为保护相对人的利益，相对人可请求行为人承担责任。行为人所承担的责任，根据本条第3、4款应区分相对人善意或恶意予以分别处理。

1. 相对人善意的认定标准

这涉及与《民法典》第172条规定的表见代理中的相对人善意的协调。表见代理和狭义无权代理的构成要件中都包括相对人善意，无权代理人之赔偿责任中相对人善意的确定，其实就是和表见代理中的相对人善意进行比较，分析其是否应当相同以及如何不同。从价值判断的角度看，既然表见代理是比无权代理人之赔偿责任更充分和更强大的保护方式，那么相对人主张构成表见代理的难度应该更高，相对人也应承担更多的调查义务，付出更大的调查成本。^[46]这一价值判断结论除了反映于表见代理的构成中还需要被代理人的可归责性，也应反映于相对人善意的判断标准。据此，可以认为，在表见代理中，对相对人善意的判断以没有抽象轻过失为标准；无权代理人的赔偿责任中，对相对人善意的判断标准是只要没有重大过失即可。

这从本条和第172条所使用的不同语词中可以看出。本条第4款规定，“相对人知道或者应当知道行为人无权代理”，相应地，善意相对人不知道且不应当知道行为人无权代理，而第172条所规定的善意相对人是“有理由相信行为人有代理权”，两相比较，第172条所要求的善意程度显然更高。^[47]据此，本条中的善意相对人应被解释为不知道且未因重大过失而不知道行为人无代理权，如果相对人具有抽象轻过失，虽然不能构成《民法典》第172条的善意相对人，但应能构成本条中的善意相对人。相应地，本条第4款中的“相对人知道或者应当知道行为人无权代理”应被解释为“相对人明知或因重大过失而不知道行为人无权代理”。

2.善意相对人的请求权

（1）选择权。

不知道且未因重大过失而不知道行为人无权代理的善意相对人信赖的是行为人有权代理。在不能依据《民法典》第172条构成表见代理的情形中，为保护善意相对人的此种信赖，虽然被代理人不承担代理行为的后果，但应由行为人承担代理行为的后果，如同代理行为对行为人发生了效力。因此，善意相对人有权选择请求行为人履行债务，或者就其受到的损害请求无权代理人赔偿。如果善意相对人请求行为人履行债务，则在相对人和行为人之间形成法定的债之关系，行为人自然应负有其有权代理时被代理人所应负有的履行债务义务，但其也具有相应的权利，例如享有对相对人的瑕疵担保责任请求权和合同所产生的抗辩权等。^[48]

如果善意相对人选择请求无权代理人赔偿，那么赔偿范围究竟是信赖利益还是履行利益？如果承认善意相对人有权请求行为人履行债

务，相对应地，其当然有权请求行为人承担履行利益的赔偿，代理行为中所约定的违约金、定金等约定条款也应予以适用，如同代理行为对行为人发生了效力。

但是，对善意相对人信赖的保护不能超过被代理人追认时或者行为人有权代理人时相对人所能获得的利益，因此，履行利益的赔偿应等于而不能超过被代理人追认时或行为人有权代理时相对人所能获得的利益。这意味着如果行为人可以证明被代理人根本不能履行合同或者无财产能力，则行为人也不需要承担履行债务或损害赔偿的责任。

[49]

（2）行为人不知其无权代理且无过错时。

即使相对人为善意，但行为人也可能不知其无权代理且无过错。此种情形较为少见，但并非没有，例如，被代理人是限制民事行为能力人而授权，但代理人过失地将被代理人误认为完全民事行为能力人。如果授权行为最终无效，导致代理人无代理权^[50]，则此时，让行为人承担履行债务的责任或履行利益的赔偿责任，在利益判断上较为失衡。但如果行为人不承担任何责任，则对相对人有失公允，毕竟善意相对人较之作出无权代理行为的行为人而言更值得保护。基于利益平衡的考虑，此时对本条第3款的前一句应进行目的性限缩解释，相对人不可请求行为人履行债务，但该款后一句仍予以适用，即相对人仍有权请求赔偿，但此时仅为信赖利益的赔偿而非履行利益的赔偿，且该利益无论如何不得超过被代理人追认时或行为人有权代理时相对人所能获得的利益。这是一种法定的风险合理分担规则。

3. 相对人恶意

如果相对人明知或因重大过失而不知道行为人无权代理，则其为恶意相对人。在价值判断上，较之善意相对人，恶意相对人受保护的程度应当较弱，故此时应由相对人和行为人按照各自的过错分担信赖利益的赔偿责任。行为人承担赔偿责任后是否享有对被代理人的追偿权，应依据他们的内部基础关系或侵权关系予以解决。

有观点认为，相对人明知行为人无权代理时，不可请求行为人承担赔偿责任，原因在于相对人自甘冒险，无须保护。^[51]但是，在行为人对无权代理的发生有过错的前提下，无权代理的发生毕竟是出于行为人的原因，如果由相对人承担全部信赖损失，未免在利益衡量上有失公允。因此，此种情形下，仍应依据本条规定，由相对人和行为人按照各自的过错分担信赖利益的赔偿责任。如恶意相对人请求行为

人承担责任，则应适用过错相抵；如果行为人对其无权代理不知且无过错，则其自然无须向相对人承担任何赔偿责任。

4.相对人对无权代理人无请求权的其他情形

如果行为人作出代理行为时受欺诈或胁迫，被代理人不予追认的，则此时行为人应有权撤销代理行为。在这种情况下，即使行为人是有权代理，相对人也不可请求被代理人承担有效代理行为的后果，故此时相对人不享有本条第3款所规定的对无权代理人的请求权。^[52]

在承认无权代理人可以为限制民事行为能力人的前提下，如果其未得到法定代理人同意，则基于对限制民事行为能力人的保护优先于对交易安全保护的价值判断，限制民事行为能力人不承担任何责任，相对人只能依据侵权责任法的规则请求限制民事行为能力人的监护人承担责任。

如果善意相对人行使本条第2款所规定的撤销权，有观点认为，此时被代理人无法行使追认权，因此，相对人无权请求行为人承担责任。^[53]但此时似乎对相对人保护不周，因为撤销权本来是为了保护善意第三人，目的仅在于消除不确定关系状态，但善意相对人行使撤销权反而对善意相对人不利。此时，善意相对人要在两难中予以选择：要么不行使撤销权，请求被代理人承担责任，要么只能行使催告权，但仍要忍受一定期间的不确定这种不利益。这在利益判断上是一个问题。因此，即使善意第三人行使了撤销权，善意第三人仍可依据本条第3款请求行为人承担责任。

（本条由朱虎撰写）

第一百七十二条

行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，相对人有理由相信行为人有代理权的，代理行为有效。

本条主旨

本条对表见代理作出了规定。

相关条文

《民法总则》第172条规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，相对人有理由相信行为人有代理权的，代理行为有效。”

《合同法》第49条规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。”

《合同法解释（二）》第13条规定：“被代理人依照合同法第四十九条的规定承担有效代理行为所产生的责任后，可以向无权代理人追偿因代理行为而遭受的损失。”

理解与适用

（一）制度目的

表见代理的制度目的是保护善意相对人，使相对人在行为人无权代理的情形下，仍有权请求被代理人承担代理行为的后果，从而使善意相对人不承担行为人破产或履行不能的风险，维护交易安全。

因此，表见代理是权利外观责任的一种，采取积极的信赖保护方式，同属于此的还有物权法所规定的善意取得。采取积极的信赖保护方式，而非对相对人的信赖利益或消极利益予以赔偿的消极的信赖保护方式，是因为在存在代理权外观而导致相对人合理信赖有权代理的情形中，既存的代理权外观必须获得承认，并使被代理人承担代理行

为的后果，即使法定代理人是无权代理。据此才能实现意思自治和交易安全这两种价值之间的合理权衡。

（二）表见代理的构成

依据本条规定，表见代理的构成要件包括行为人无权代理和相对人有理由相信行为人有代理权。根据更为细致的分析，后者应包括代理权外观存在、相对人善意和被代理人具有可归责性。当然，在具体适用过程中，相对人有理由相信行为人有代理权所包含的三个具体构成要件之目标是在被代理人 and 相对人之间实现一种利益平衡、一种动态的平衡。

1. 无权代理

表见代理以构成无权代理为前提。这首先要求是代理；其次要求行为人无代理权，如前文所述，包括行为人自始无代理权、享有代理权但超越代理权限以及在代理权终止后继续作出代理行为。

2. 代理权外观

代理权外观是指行为人之无权代理行为在客观上形成具有代理权的外观表象。包括诸多情形，例如，被代理人曾以书面、口头或者行为方式，直接或间接向相对人通知行为人为其代理人，实际上并未向行为人授权；被代理人允许行为人挂靠本单位经营，以本单位名义从事民事活动；行为人持有被代理人有代理权证明意义的印鉴，包括业务介绍信、合同专用章、盖有公章的空白合同书等；行为人依被代理人以往的业务代理惯例进行活动；被代理人对行为人有授权，但因授权不明，行为人超越了权限；被代理人对行为人的代理权所作的限制，相对人无法知道；被代理人对行为人之代理权事实上所作的限制，为相对人所不知；被代理人未以与授权方式相同或更具效力的方式撤回代理权，如被代理人采取公告授权方式，但之后未以相同方式撤回；代理权终止后，行为人仍持有代理授权书，被代理人未收回有效授权书或宣布其无效；代理人对相对人进行了外部授权行为，或者对代理人进行了内部授权后对相对人特别通知，但之后对代理人进行了撤回授权导致代理权消灭，而未通知相对人；等等。^[54]

上海市高级人民法院《商事合同案件适用表见代理要件指引（试行）》第6条列举了关于代理权利外观的主要考量因素，可供参考，

包括：（1）合同是否以被代理人名义订立。若签订合同未使用被代理人名义，合同文本没有任何与被代理人有关联的文字表述，须慎重认定表见代理。（2）行为人的身份、职务是否与被代理人有关联。如，行为人在被代理人处任职职务越高、与从事业务关联度越强，或者与被代理人之间的其他身份联系越密切，对表见代理的证明力就越强；反之则越弱。（3）被代理人对行为人是否存在可合理推断的授权关系。如，行为人原有代理权已被终止但被代理人未对外告知等情形。（4）合同等对外文件材料上是否加盖与被代理人有关的、可正常对外使用的有效印章。如，合同上加盖的被代理人项目部真实印章按常理可对外授权使用的，可作为考量因素；若按常理应当属于单位内部使用印章的，须慎重认定。（5）合同关系的建立方式是否与双方以往的交易方式相符。如，以往交易长期由某部门负责人实际操作进行，且被代理人从无异议并正常结算认可的，此次有争议交易也采用相同方式的，可参考以往交易行为判断。（6）合同订立过程、交易环境和周围情势等是否与被代理人有关。如，行为人签约前曾陪同合同相对人参观考察被代理人的施工现场；签约地在被代理人营业地或办公场所的，可以作为判断因素。（7）被代理人是否存在能够使人相信其参与合同履行的行为。如，被代理人实际支付过合同价款；被代理人就履约问题进行过交涉等，可作为考量因素。（8）标的物的用途、交付方式与交付地点等是否与被代理人有关，被代理人是否取得履行合同的利益。如，合同标的物交付至被代理人营业场所或负责管领的其他场所；标的物被应用于被代理人本身或者直接从事的业务所需的，可以作为考量因素。（9）其他具有代理权客观表象的情形。行为人在交易过程中存在其他行为，足以使一般商人合理推断该行为系基于被代理人合法授权的，可以作为认定的考量因素。

判断是否存在代理权外观，往往需要综合考量众多因素，上述因素及其组合可能形成或强或弱的代理权外观。

3.相对人善意

即使存在代理权外观，相对人仍有可能知道行为人无权代理，这要求相对人的善意。在表见代理中，对相对人的善意的判断以没有抽象轻过失为标准。^[55]如前所述，从价值判断的角度看，既然表见代理是比无权代理人的赔偿责任更充分和更强大的保护方式，那么相对人要主张构成表见代理的难度应该更高，相对人也应承担更多的调查义务。这一价值判断应反映于相对人善意的判断标准上。这从第171条和本条所使用的不同语词中可以看出。第171条第4款规定“相对

人知道或者应当知道行为人无权代理”，相应地，善意相对人不知道且不当知道行为人无权代理，而本条所规定的善意相对人是“有理由相信行为人有代理权”，两相比较，本条所要求的善意程度显然更高。

同时，可以将具有同样制度目的的表见代理和善意取得予以对比，进一步确定表见代理中的相对人善意要求。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释（一）》第15条规定，善意取得中相对人的善意是不知无处分权且无重大过失。较之善意取得，在表见代理中，行为人必须以被代理人的名义作出代理行为，因此相对人至少知道被代理人的存在，获知行为人无权代理的信息成本要低一些，因此，表见代理中相对人善意的要求程度更高一些。

《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第14条规定：人民法院在判断合同相对人主观上是否属于善意且无过失时，应当结合合同缔结与履行过程中的各种因素综合判断合同相对人是否尽到合理注意义务，此外还要考虑合同的缔结时间、以谁的名义签字、是否盖有相关印章及印章真伪、标的物的交付方式与地点、购买的材料、租赁的器材、所借款项的用途、建筑单位是否知道项目经理的行为、是否参与合同履行等各种因素，作出综合分析判断。上海市高级人民法院《商事合同案件适用表见代理要件指引（试行）》第7条列举了关于相对人善意的主要考量因素，可供参考：一般而言，上述第六条权利外观因素越充分，越能够说明合同相对人主观上善意无过失。此外，可供用于判断相对人主观善意的其他考量因素还可包括：（1）合同相对人与被代理人之间是否存在交易历史以及相互熟识程度。如交易双方彼此陌生，则相对人需说明并证明其对行为人代理权产生信赖的理由。（2）合同相对人在订立合同之前是否即已充分知悉权利外观事实。对权利外观事实的充分收集，是合理信任行为人具有代理权的前提。相对人主张自己善意且无过失，应证明自己知悉权利外观事实的时间早于实施交易行为，实施交易行为后或风险产生后才了解的相关事实则一般不能支持对相对人善意的判断。如，某案合同相对人举证的权利外观证据系纠纷发生后为诉讼之需而收集获取，不足以证明相对人交易行为发生之时的主观善意。（3）合同相对人注意义务与交易规模大小是否相称。一般而言，标的物数量大、金额高的大宗交易，合同相对人应更加谨慎，此类情况下其是否善意的审查判断标准也需相应更高；反之，小额、便捷的交易，审查判断相对人是否善意的标准相对降低。（4）交易对效率的要求与合同相对人核实代理权限的成本是否相称。若合同相对人核实代理权所需的时间和经济成本难以承受，并可能妨碍交易目的

实现，且其为追求效率而放松对代理权限的核实并承担相应风险在商业上是合理的，可作为判断善意与否的考量因素；反之，合同相对人有机会通过方便、廉价手段核实代理权限但并未采取相关措施，因此而承担了不合理商业风险的，可作为判断其过失的考量因素。（5）其他影响合同相对人主观判断的因素。

代理权外观和相对人善意的要求都是要判断相对人信赖的合理性，都需要面向个案及其所处场景来具体作出判断，法技术上可采用理性人标准之判断模式，通过理性人标准的构建、理性人所处场景的重构，来判断相应的理性人在所重构的场景中对个案中呈现的代理权外观会不会产生合理的信赖。^[56]由此，代理权外观和相对人善意呈现一种正相关的关系，即代理权外观可信赖度越高，相对人越有可能是善意的；代理权外观可信赖度越低，相对人善意的可能性越小。

4. 被代理人具有可归责性

关于表见代理的构成中是否考虑被代理人的可归责性，理论上观点各异。有些主张无须考虑^[57]；即使主张考虑者，在如何考虑方面仍有分歧，考虑重点或者是被代理人对代理权外观的产生是否具有过错（过错归责），或者是代理权外观的产生是否与被代理人存在关联（诱因归责），或者是代理权外观是否属于被代理人应承担的风险范围（风险归责），或者是综合考量所有因素。实践中也存在各种观点。^[58]

基于表见代理与善意取得的基本利益结构的相似性，为了避免评价矛盾，在表见代理的构成中也应顾及相同价值判断。^[59]《民法典》第311条、第312条隐含着占有委托物和占有脱离物的区分，对占有委托物能够适用善意取得，对占有脱离物则不能，而区分占有委托物和占有脱离物的依据就是权利人是否基于自己的意思丧失对物的控制，此时已经考虑到权利人的可归责性。据此，基于同样的价值判断结论，表见代理的构成中也应考虑被代理人的可归责性。

表见代理的实质是代理权外观产生的无权代理风险究竟如何分配的问题，据此，重点考虑的是无权代理风险现实化前谁更可能控制此风险以及在风险现实化后谁更应承担风险，包括谁开启了风险、谁提升了风险、谁更有能力控制风险的发生和提升、谁更有能力转嫁风险、谁根据此风险而获益等，这就涉及对被代理人 and 相对人的控制权利外观风险的成本（包括信息的获知成本、防免成本）、救济成本和获益等因素的具体比较。

具体而言，结合上述考量因素，在如下情形中，被代理人具有可归责性^[60]：（1）在被代理人向相对人发出了授权表示、通知或公告情形中，被代理人具有可归责性，即使授权行为、通知或基础关系无效或事后被撤销。（2）在被代理人未向相对人发出授权表示、通知或公告且被代理人明知无权代理而不予以阻止的情形中，被代理人具有可归责性；（3）如果被代理人未向相对人发出授权表示、通知或公告且被代理人不知行为人无权代理，要区分行为人是否基于被代理人的意思而占有代理权外观证明：A.如果行为人基于被代理人的意思而占有代理权外观证明，或类似情形（例如，行为人之前基于被代理人的意思多次作为代理人出现，但对目前所涉及的特定代理行为无代理权，且被代理人不知道），则被代理人具有可归责性，即使基础关系无效或事后被撤销；B.如果行为人非基于被代理人的意思而占有代理权外观证明或类似情形，则被代理人一般不具有可归责性。

同时，应对职务代理予以特别考虑。如果行为人和被代理人存在特定的职务关系，且行为人的职责在于管理代理权外观证明，则行为人是基于被代理人的意思而占有代理权外观证明，发生无权代理时被代理人具有可归责性。如果行为人的职责并非在于管理代理权外观证明，则此时行为人是非基于被代理人的意思而占有代理权外观证明，但因为行为人与被代理人存在职务关系，此时应认为被代理人具有组织缺陷（organisation smangel），被代理人对此等组织缺陷应具有可归责性。基于同样理由，如果行为人基于职务关系，虽不具有作出特定代理行为之职责，但多次作为代理人作出代理行为的，在商事交易中，即使被代理人不知，其仍然具有可归责性。换言之，在职务代理中，被代理人和行为人之间存在特定的职务关系本身即可表明被代理人的可归责性，这也指明了《民法典》第170条第2款为何要对表见代理的这种特殊情形予以特别规定。该款中所体现的这一立法思想应不仅适用于职务代理人的职权范围被限制其超越该限制作出代理行为的情形，还适用于职务代理人对代理行为无代理权的其他类型。

同样还有一些交易也特别注重交易安全和效率，最为典型的就是电子交易，应作出与商事交易类似的处理。在电子交易中，行为人使用他人的账户和密码登录并作出行为，有可能构成冒名行为，也有可能构成无权代理行为，具有类推或者直接适用无权代理和表见代理的可能性，因此仍需考虑账户持有人的可归责性。如果明知之前存在盗用行为或者明知目前所涉及的盗用行为，账户持有人可以通过修改密码等成本较低的方式予以避免，但其未如此作为，则账户持有人具有可归责性。在账户持有人不知情的情形中，如果账户持有人基于自己的意思将账户和密码交给他人，按照前述观点，则其应当具有可归责性。^[61]但是，即使账户持有人并未基于自己的意思而将账户和密码

交给行为人，由于电子交易中特别注重交易安全和效率，因此类似于商事交易，账户持有人的可归责性仍可能会构成。如果账户持有人在公共电脑中保存密码，或者将已进行账户登录的电脑放在公共空间内，或者在私人电脑中保存密码但未消除而将私人电脑丢失或交由他人修理，则该风险也应当属于账户持有人的风险。但如果行为人作为黑客避开电子交易保护机制盗用账户和密码，由于不可期待无权代理行为的发生，账户持有人也无义务进行最佳的电子交易保护机制，则账户持有人不具有可归责性。^[62]与上述情形不同的是被代理人和行为人之间存在婚姻家庭关系^[63]，在行为人非基于被代理人的意思而占有代理权外观证明的情形中，仅因此等关系的存在就认定被代理人具有可归责性，无疑会增加被代理人的防免成本，甚至破坏婚姻家庭关系，违反我国《宪法》规定的保护婚姻家庭条款（第49条第1款），似乎构成了对婚姻家庭关系的惩罚。

5. 举证责任

在表见代理中，相对人需要证明代理人无权代理和存在代理权外观，在该举证责任完成的情形下，为了避免道德风险，这时就需要由被代理人举证证明即使存在代理权外观但相对人的信赖不合理，同时还应当证明自己不具有可归责性。因为被代理人是否具有可归责性取决于被代理人这一方的因素以及被代理人和行为人之间的关系，故被代理人较之相对人更具有举证可能性。

（三）表见代理的法律后果

按照本条规定，如果构成表见代理，所产生的法律后果是“代理行为有效”，即由被代理人承担代理行为的后果。被代理人承担代理行为的后果之后，有权依据其与代理人之间的内部基础关系或侵权关系向代理人追偿。但这个后果无须在代理中予以特别规定，毕竟代理所主要解决的是外部关系问题。

争议问题之一在于：被代理人是否可以主张表见代理？对此仍然存在争论。《国际商事合同通则》采取效力影响最小的方法，因此只有相对人可主张表见代理，被代理人不可主张，只有在其追认代理行为的前提下，才能主动请求相对人履行代理行为中的义务。美国《代理法重述》和《欧洲合同法原则》采取了效力影响最大的方法，相对人和被代理人都可主张表见代理。比利时和荷兰采取折中方法，即相对人可以主张，但如果相对人主张了表见代理，则被代理人也可请求相对人履行义务。^[64]无论如何，在被代理人可以追认的情形中，如

果被代理人选择直接请求相对人履行义务，此时可解释为被代理人进行了默示追认；在被代理人无法追认的情形中，基于表见代理保护相对人信赖的制度目的，只有在相对人主张表见代理的情形中，被代理人才可请求相对人履行义务，如果相对人不主张表见代理，则被代理人不可请求相对人履行义务。

据此，虽然相对人可以主张不构成表见代理，但被代理人可以通过追认使自己承担代理行为的后果，请求相对人履行义务。随之而来的第二个争议问题在于：构成表见代理的情况下，相对人是否可依据《民法典》第171条行使撤销权而排除被代理人追认的可能性，从而避免被代理人请求自己履行义务？相对人又是否可以直接依据《民法典》第171条请求行为人承担无权代理责任？也即相对人是否有权选择适用《民法典》第171条还是第172条。这在价格剧烈波动或者被代理人无履行能力的情况下具有意义。[65]

德国法中，判例和通说观点认为相对人不享有选择权[66]，其最为重要的理由是，有权代理中，相对人不能主张撤销权或者选择向行为人请求赔偿责任，而表见代理对相对人的保护最多达到有权代理中保护相对人的程度，如果允许相对人选择，则相对人的地位会优于有权代理中相对人的地位。但许多学者仍然主张相对人具有选择权[67]，其主要理由是表见代理的效果应当被严格限制在相对人和被代理人之间，而并不影响行为人和相对人之间的关系，因此相对人具有选择权，这符合保护交易相对人的宗旨；同时，相对人很难去判断是否存在表见代理，如允许相对人选择，则相对人在无法获得表见代理保护时，仍可主张无权代理向行为人主张赔偿，但不允许相对人选择会带来难题。[68]

但是，肯定观点的主要理由在于表见代理构成的不确定性。基于诉讼风险所导致的诉讼策略，即使在实体法上否认选择权，也不反对在诉讼法层面给予相对人更大的自由选择空间，例如，相对人仅以行为人为被告请求其承担无权代理责任时，相对人和行为人都依据《民事诉讼法》第56条第2款的规定，请求法院将被代理人列为被告型无独立请求权第三人，在证明构成表见代理后，进而请求法院直接判决被代理人承担代理行为的后果。[69]此时被代理人和行为人之间存在利益冲突，被代理人为了避免责任，会提出有利于自己的证据。因此，关键的问题仍然在于，在表见代理已经得到证明的前提下，相对人是否有权进行选择。

这个问题实质上涉及被代理人和相对人之间的利益权衡，如果相对人有选择权，那么对相对人更有利。但此时仍然无法回避一个问题：表见代理保护相对人的信赖，但相对人的信赖的恰恰是被代理人

的履行能力。如果允许相对人有选择权，那么他的地位会优于有权代理中相对人的地位。为何表见代理中超越相对人的信赖，对相对人的保护程度超过有权代理中相对人所享有保护的度？基于此种利益权衡，在构成表见代理的情形下，相对人不得依据《民法典》第171条行使撤销权，也不能请求行为人承担责任。

（本条由朱虎撰写）

注释：

[1] 卡尔·拉伦茨.德国民法通论：下册.王晓晔，等译.北京：法律出版社，2003：817-818.

[2] 意定代理权的德语是Vollmacht，恰恰显示出将代理权作为一种权力而非权利的考虑，《欧洲民法典草案》第2-6：102条也将代理权限界定为能够影响被代理人法律地位的权力。关于代理权的性质，参见卡尔·拉伦茨.德国民法通论：下册.王晓晔，等译.北京：法律出版社，2003：827.朱庆育.民法总论.北京：北京大学出版社，2013：328.

[3] 王泽鉴.债法原理.北京：北京大学出版社，2009：282.

[4] 卡尔·拉伦茨.德国民法通论：下册.王晓晔，等译.北京：法律出版社，2003：856.谢鸿飞.代理部分立法的基本理念和重要制度.华东政法大学学报，2016（5）.当然，对于是否承认代理授权行为的独立性仍然存在争论，但这些争论在是否应当和如何保护相对人这个价值判断问题上并无区别。承认独立性可以实现对相对人的保护，不承认独立性同样可以通过其他方式实现对相对人的同等程度的保护，因此这些仅仅是理论性争议而已，争论本身不会导致价值判断上的区别。对此请参见山本敬三.民法讲义：I总则.3版.解亘，译.北京：北京大学出版社，2012：290.

[5] Vgl.Zweigert/Kötz，Einführung in die Rechtsvergleichung，Aufl.3，Tübingen，1996，S.431.

[6] 陈自强.代理权与经理权之间.北京：北京大学出版社，2008：71.朱庆育.民法总论.北京：北京大学出版社，2013：335.

[7] 谢鸿飞.代理部分立法的基本理念和重要制度.华东政法大学学报，2016（5）.叶金强.论代理权授予行为的有因构造.政法论坛，2010（1）.冉克平.代理授权行为无因性的反思与建构.比较法研究，2014（5）.殷秋实.论代理权授予与基础行为的联系.现代法学，2016（1）.

[8] 卡尔·拉伦茨.德国民法通论：下册.王晓晔，等译.北京：法律出版社，2003：862.

[9] Staudinger/Schilken, 2004, §167, Rn.13.欧洲民法典研究组, 欧盟现行私法研究组.欧洲私法的原则、定义与示范规则: 第1~3卷.高圣平, 等译.北京: 法律出版社, 2014: 369.

[10] 《民法通则》第65条第1款.

[11] 王泽鉴.债法原理.北京: 北京大学出版社, 2009: 276.维尔纳·弗卢梅.法律行为论.迟颖, 译.北京: 法律出版社, 2013: 1028.在形式规定具有警示功能时, 如果代理授权行为不遵守代理行为的形式要件, 则会导致警示目的无法实现.

[12] 《德国民法典》第174条.

[13] 梁慧星.中国民法典草案建议稿附理由: 总则编.北京: 法律出版社, 2004: 340.

[14] 朱庆育.民法总论.北京: 北京大学出版社, 2013: 338.

[15] 王泽鉴.债法原理.北京: 北京大学出版社, 2009: 285.迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论.邵建东, 译.北京: 法律出版社, 2000: 711.

[16] 王泽鉴.债法原理.北京: 北京大学出版社, 2009: 285.

[17] 王泽鉴.债法原理.北京: 北京大学出版社, 2009: 285.

[18] 王泽鉴.债法原理.北京: 北京大学出版社, 2009: 285.

[19] 同样观点, 参见马新彦.民法总则代理立法研究.法学家, 2016(5)。

[20] 因此, 有学者同样将这两种超越代理权法定限制作为无权代理, 参见山本敬三.民法讲义: I.总则.3版.解亘, 译.北京: 北京大学出版社, 2012: 292。

[21] 慕斯拉克, 豪.德国民法概论: 第14版.刘志阳, 译.北京: 中国人民大学出版社, 2016: 360及以下.卡尔·拉伦茨.德国民法通论: 下册.王晓晔, 等译.北京: 法律出版社, 2003: 831及以下.

[22] 朱庆育.民法总论.北京: 北京大学出版社, 2013: 341.布洛克斯, 瓦尔克.德国民法总论.张艳, 译.北京: 中国人民大学出版社, 2012: 354.

[23] 同样观点, 参见马新彦.民法总则代理立法研究.法学家, 2016(5)。

[24] 山本敬三.民法讲义: I.总则.3版.解亘, 译.北京: 北京大学出版社, 2012: 294.迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论.邵建东, 译.北京: 法律出版社, 2000: 725及以下.

[25] 关于同样观点, 参见马新彦.民法总则代理立法研究.法学家, 2016(5)。

[26] 参见《日本民法典》第105条第2款。

[27] 争议意见参见黄立.民法总则.北京：中国政法大学出版社，2002：414.布洛克斯，瓦尔克.德国民法总论.张艳，译.北京：中国人民大学出版社，2012：331及以下。

[28] 朱庆育.民法总论.北京：北京大学出版社，2013：340.卡尔·拉伦茨.德国民法通论：下册.王晓晔，等译.北京：法律出版社，2003：880及以下.迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论.邵建东，译.北京：法律出版社，2000：749。

[29] 对此的争论，参见博伊庭.德国公司法中的代表理论.邵建东，译||梁慧星.民商法论丛：第13卷.北京：法律出版社，2000.龙卫球.民法总论.北京：中国法制出版社，2001：320及以下。当然，在理论和规范上区分代表和代理，更多是理论解释上的不同，法定代表人机关与法人的关系和代理人与被代理人的关系在实践后果和价值判断上并无显著不同。

[30] 采肯定观点者有张俊浩.民法学原理.北京：中国政法大学出版社，2000：314。采取否定观点，认为职务代理权产生于职务而非特别的代理授权行为者有王利明.民法总则研究.2版.北京：中国人民大学出版社，2012：629.魏振瀛.民法.北京：北京大学出版社，高等教育出版社，2000：174。

[31] Staudinger/Schilken，2004，§167，Rn.13.迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论.邵建东，译.北京：法律出版社，2000：708.欧洲民法典研究组，欧盟现行私法研究组.欧洲私法的原则、定义与示范规则.第1~3卷.高圣平，等译.北京：法律出版社，2014：369.有学者认为，委托代理权并非仅产生于代理授权行为，还可能产生于法律规定、交易习惯、社会一般观念和当事人之间的基础关系，因此，委托代理权的来源是多元化的，其目的在于维护相对人的利益，维护交易安全.尹飞.体系化视角下的意定代理权来源.法学研究，2016（6）.但是，同一目的之实现并非只有一种方式，即使认为委托代理权仅产生于代理授权行为，但是，代理授权行为可以是默示的，此时仍然可以通过表见代理制度保护相对人的利益。可见，在不同的理论构造下，并不会产生价值判断上的差异。

[32] 王利明.民法总则研究.2版.北京：中国人民大学出版社，2012：629。

[33] 《江苏省高级人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的讨论纪要（一）》（苏高发审委〔2005〕16号）采用了同样观点，其第16条第4款规定：法人或者其他组织的工作人员超越其职权范围，以法人或其他组织的名义从事经营活动的，构成无权代理。相对人有理由相信有代理权的，构成表见代理。

[34] 具体请参见本书对《民法典》第172条所作的释评。

[35] 参见《德国民法典》第180条，《日本民法典》第118条。

[36] 布洛克斯, 瓦尔克.德国民法总论.张艳, 译.北京: 中国人民大学出版社, 2012: 318及以下.朱庆育.民法总论.北京: 北京大学出版社, 2013: 350.

[37] 梁慧星.民法总论.4版.北京: 法律出版社, 2011: 231.王泽鉴.债法原理.北京: 北京大学出版社, 2009: 295.

[38] 纪海龙.论无权代理中被代理人的追认权.清华大学学报(哲学社会科学版), 2002(3).

[39] 卡尔·拉伦茨.德国民法通论: 上册.王晓晔, 等译.北京: 法律出版社, 2003: 241及以下.

[40] 《合同法解释(二)》第11条即规定追认的意思表示自到达相对人时生效, 这应仅适用于非对话方式的追认意思表示.

[41] 否定观点的理由是, 如果交易对被代理人不利, 相对人可能催告时确定一个非常短的期限, 损害被代理人的利益.纪海龙.论无权代理中被代理人的追认权.清华大学学报(哲学社会科学版), 2002(3).肯定观点则认为, 并无充分理由排除意思自治, 不论何种情形都规定为30日可能会使相对人丧失交易机会, 损害相对人的利益.汪渊智.论无权代理之追认.江淮论坛, 2013(2).

[42] 朱庆育.民法总论.北京: 北京大学出版社, 2013: 350.

[43] 布洛克斯, 瓦尔克.德国民法总论.张艳, 译.北京: 中国人民大学出版社, 2012: 318及以下.

[44] 严格而言, 本条第2款所规定的撤销权应为撤回权。

[45] 叶金强.表见代理中的本人归责性要件.法律科学, 2010(5).王泽鉴.债法原理.北京: 北京大学出版社, 2009: 291; Staudinger/Schilken, 2004, §178, Rn.4.

[46] 殷秋实.论无权代理人的赔偿责任.法律适用, 2016(1).

[47] 以同样的观点为基础, 通过消极观念(不知且不应知无代理权)和积极观念(有理由相信有代理权)予以协调的, 参见王利明.民法.6版.北京: 中国人民大学出版社, 2015: 118.

[48] 慕斯拉克, 豪.德国民法概论: 第14版.刘志阳, 译.北京: 中国人民大学出版社, 2016: 365.

[49] 欧洲民法典研究组, 欧盟现行私法研究组.欧洲私法的原则、定义与示范规则: 第1~3卷.高圣平, 等译.北京: 法律出版社, 2014: 381.慕斯拉克, 豪.德国民法概论: 第14版.刘志阳, 译.北京: 中国人民大学出版社, 2016: 366.

[50] 朱庆育.民法总论.北京: 北京大学出版社, 2013: 352.

[51] 朱庆育.民法总论.北京：北京大学出版社，2013：352.谢鸿飞.代理部分立法的基本理念和重要制度.华东政法大学学报，2016（5）。

[52] 朱庆育.民法总论.北京：北京大学出版社，2013：352.

[53] 布洛克斯，瓦尔克.德国民法总论.张艳，译.北京：中国人民大学出版社，2012：362.

[54] 韩松.民商法理论与审判实务研讨会观点综述.法律适用，2003（1）。

[55] 《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第13条即要求行为人是“善意且无过失地相信行为人具有代理权”。

[56] 叶金强.表见代理中信赖合理性的判断模式.比较法研究，2014（1）。

[57] 梁慧星.民法总论.4版.北京：法律出版社，2011：241及以下。

[58] 关于对相关文献和实践观点的细致梳理，参见朱虎.表见代理中的被代理人可归责性.法学研究，2017（2）。

[59] 注意到善意取得与表见代理的评价具有一致性的有，Bork，Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs，2.Aufl.，Mohr Siebeck，2006，Rn.1541.王利明.民法总则研究.2版.北京：中国人民大学出版社，2012：691。

[60] 以下结论的具体论证，请参见朱虎.表见代理中的被代理人可归责性.法学研究，2017（2）。

[61] 有观点认为，如果账户持有人为处理特定事务将账户和密码交给家庭成员等具有信赖关系的人，但之后行为人进行其他代理行为，则账户持有人不具有可归责性，但如果是交给无信赖关系的行为人，则账户持有人具有可归责性。MüKoBGB/Schubert，§167，Rn.128.但是，只有在行为人非基于被代理人的意思而占有代理权外观证明的情形中，才需要进行此等考虑，而在行为人基于被代理人的意思而占有的情形中，无须进行此等考虑。

[62] 同样的观点，参见MüKoBGB/Schubert，§167，Rn.127。

[63] 德国通说认为，婚姻关系本身并不能表明被代理人的可归责性。Staudinger/Schilken，§167，Rn.36.

[64] 具体的梳理，see Busch，Macgregor，The Unauthorized Agency：Perspective from European and Comparative Law,Cambridge：Cambridge University Press,2009：392-394//朱广新.信赖保护原则及其在民法中的构造.北京：中国人民大学出版社，2013：200及以下。

[65] 有观点认为存在选择权，参见王利明.民法总则研究.2版.北京：中国人民大学

出版社, 2012: 694. 汪渊智. 我国《合同法》第四十九条的解释论. 政法论丛, 2012 (5). 吴国喆. 表见代理中相对人的对人救济权. 甘肃政法学院学报, 2008 (3). 日本的判例也存在类似观点, 参见山本敬山. 民法讲义: I 总则. 3版. 解亘, 译. 北京: 北京大学出版社, 2004: 356. 也有观点明确主张不能行使撤销权, 参见张谷. 略论合同行为的效力. 中外法学, 2000 (2). 丁南. 信赖保护与法律行为的强制有效. 现代法学, 2004 (1). 同时还有观点认为可行使撤销权, 但原则上不可请求行为人承担赔偿责任, 参见王泽鉴. 债法原理. 北京: 北京大学出版社, 2009: 300. 也有观点认为不能行使撤销权, 也不能选择请求行为人承担赔偿责任, 参见朱庆育. 民法总论. 北京: 北京大学出版社, 2013: 335, 361及以下. 本刊研究组. 表见代理情况下, 相对人是否享有撤销权. 人民司法, 2001 (9). 周清林. 自治的异化: 论表见代理的后果. 学术论坛, 2006 (10). 从体系上而言, 如果承认相对人享有撤销权, 就应当承认相对人有权向行为人主张无权代理责任, 如此才能实现体系一致性。

[66] BGHZ 61, 59, 69; 86, 273. Staudinger/Schilken, §177, Rn. 26. 布洛克斯, 瓦尔克. 德国民法总论. 张艳, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2012: 360.

[67] MüKoBGB/Schubert, §167, Rn. 136. 卡尔·拉伦茨. 德国民法通论: 下册. 王晓晔, 等译. 北京: 法律出版社, 2003: 895.

[68] 同时在德国法中, 《德国商法典》第15条也涉及表见代理, 但该条的判例却认为相对人具有选择权, 参见BGHZ 55, 266, 273; BGH WM 1990, 638, 639.

[69] 朱庆育. 民法总论. 北京: 北京大学出版社, 2013: 362. 在德国, 缓解此种诉讼风险的方式还有争议宣告、争议合作和实际的费用补偿请求权等。

第三节 代理终止

第一百七十三条

有下列情形之一的，委托代理终止：

- （一）代理期限届满或者代理事务完成；
- （二）被代理人取消委托或者代理人辞去委托；
- （三）代理人丧失民事行为能力；
- （四）代理人或者被代理人死亡；
- （五）作为代理人或者被代理人的法人、非法人组织终止。

本条主旨

本条对委托代理的终止作出了规定。

相关条文

《民法总则》第173条规定：“有下列情形之一的，委托代理终止：（一）代理期间届满或者代理事务完成；（二）被代理人取消委

托或者代理人辞去委托；（三）代理人丧失民事行为能力；（四）代理人或者被代理人死亡；（五）作为代理人或者被代理人的法人、非法人组织终止。”

《民法通则》第69条规定：“有下列情形之一的，委托代理终止：（一）代理期间届满或者代理事务完成；（二）被代理人取消委托或者代理人辞去委托；（三）代理人死亡；（四）代理人丧失民事行为能力；（五）作为被代理人或者代理人的法人终止。”

理解与适用

（一）委托代理的终止

本条规定的是委托代理的终止，即委托代理权的消灭。基于代理授权行为和内部基础关系的区分，代理授权行为具有独立性，委托代理的终止不必然会导致被代理人与代理人之间内部基础关系的终止，但无论如何，被代理人和代理人之间内部基础关系的终止会导致委托代理的终止，除非被代理人和代理人另有约定。

（二）委托代理终止的事由

1.代理期限届满或者代理事务完成

内部基础关系或代理授权行为均可明确指定代理权的存续期间和具体的代理事务。当内部基础关系定有存续期间时，如无其他意思表示，内部基础关系终止导致委托代理权的消灭，因此该存续期间同时就是委托代理权的存续期间。如果委托代理权存续期间或具体代理事务不确定，被代理人有权随时以自己的单方意思表示确定。^[1]

2.被代理人取消委托或者代理人辞去委托

被代理人取消委托或者代理人辞去委托可能指向被代理人和代理人之间的内部基础关系。内部基础关系终止的原因可能是（1）解除，这包括合同法所规定的协议解除、行使约定解除权和法定解除权以及委托合同的任意解除权等等，例如，作为继续性合同的委托合同的解除一般并无溯及力，故此时代理权的消灭也无溯及力。（2）内部基础关系无效、被撤销、拒绝追认等，此时内部基础关系的消灭导致了委托代理权的消灭，并且具有溯及力，如对《民法典》第165条的释义中所指出的，这隐含了代理授权行为的效力会受到内部基础关系的效力之影响，表明《民法典》采纳了代理授权行为的有因性原则。

但“取消委托”在文义上可能仅指向在内部基础关系仍然存在的前提下代理授权行为的撤回和撤销。这可以从与之有着对称关系的“辞去委托”得到印证，因为能够被辞去的仅可能是代理权，而不可能是义务，即使内部基础关系不终止而仅放弃代理权时，同样导致代理权的消灭。^[2]

在内部基础关系存在的前提下，代理权一般仅有利于被代理人，不会给代理人带来利益，故代理人不存在信赖保护问题，故被代理人可随时撤回代理权。被代理人依据自己意思授予不可撤回的代理权，此时从其意思。即使如此，在代理人滥用代理权等严重破坏信任关系的情形下被代理人仍可撤回。^[3]此外，代理权的授予是为了代理人的利益或者被代理人 and 代理人的共同利益时，被代理人也不可撤回代理权。例如，甲将自己的房屋卖给乙，同时授权乙以甲的名义去向乙自己或者向作为乙的被代理人的第三人进行该房地产所有权的移转。^[4]撤回可以对代理人作出，也可以对相对人作出，当然，如果对相对人作出的外部授权行为对代理人作出内部撤回，则对相对人依据《民法典》第172条规定的表见代理予以保护。为保护相对人的利益，撤回不具有溯及力，撤回前作出的代理行为仍为有权代理。

与此不同的是代理权的撤销。代理授权行为也是民事法律行为，因此应适用民事法律行为一般规定，从而出现被代理人的代理授权行为因意思表示有瑕疵而被撤销的问题。在代理人作出代理行为前，并无保护相对人利益的太大必要，因此，被代理人可撤销代理授权行为。但是，依据《民法典》第147条及以下条文的规定，此时撤销权必须以诉讼或仲裁方式行使，且存在除斥期间限制，因此，被代理人完全可以采取撤回代理权而不采取撤销的方式。

在代理人作出代理行为后，被代理人当然仍可以撤回代理权，但由于撤回不具有溯及力，故被代理人撤销代理授权行为就具有较大意义，但此时是否允许被代理人撤销存在较大争议。在德国法中，有的

认为代理授权行为也是民事法律行为，当然可以撤销；同时认为如果代理授权行为不可撤销，会产生评价矛盾，即纯粹代理权外观的信赖者比代理人享有委托代理权情形中的相对人获得更优的待遇。但反对者认为，如果代理授权行为可撤销，则构成无权代理，此时相对人虽然可以向代理人要求赔偿，但在代理人无履行能力的情形下，对善意相对人不利，而且，在因为被代理人重大误解等原因撤销代理授权行为时，代理人即使无过错也要依据《德国民法典》第179条第2款向相对人承担责任，这对代理人而言不公平，且如果允许撤销，代理人的意思表示瑕疵被当作被代理人自己的意思表示瑕疵，会影响到代理行为的效力，而被代理人的意思表示瑕疵同样会影响到代理行为的效力，而在被代理人自己实施民事法律行为时，只有被代理人自己的意思表示瑕疵会影响民事法律行为的效力，由此，如果允许撤销，则相对人遭受双重风险。还有采取折中观点者，或者认为原则上可以撤销，但在授权公告情形中为不特定第三人利益不可撤销（例如拉伦茨），或者区分意思表示瑕疵的类型而分别处理（例如弗卢梅）。[5]

笔者认为，授权行为或作为准民事法律行为的授权通知都是可以撤销的[6]，而对善意相对人的保护可通过表见代理实现，此时，对相对人为善意或恶意的判断应扩展到是否对撤销事由知情或是否应当知情，而不仅仅针对无代理权。在这种情形下，在代理授权行为被撤销后，代理权溯及自始地终止，代理人即为无权代理人，如果相对人为善意，则因为被代理人具有可归责性，适用表见代理规则，由被代理人承担代理行为有效的后果，由此保护相对人对被代理人承担代理行为后果的信赖，达到与不可撤销同样的结果，而被代理人有权依据其与代理人之间的内部基础关系或侵权关系向代理人追偿。如果相对人为恶意，则不构成表见代理，而适用《民法典》第171条规定的无权代理规则，此时相对人和代理人按照各自过错承担责任，对于代理人的过错应依据其对撤销有无过错予以判断；在代理人撤销并无关系的情形中。在被代理人因自己原因发生重大误解而撤销的情形中，代理人并不承担责任，此时相对人有权向被代理人直接请求承担缔约过失责任或侵权的损害赔偿，当然同时应适用过错相抵规则。

3. 代理人丧失民事行为能力

如果对代理人作民事行为能力要求是为了保护被代理人，那么被代理人可依自己的意思而放弃此种保护，同时代理人依据委托代理权作出的有权代理行为的后果归属于被代理人，此时代理人不会遭受法律上的不利，故此时代理授权行为是“中性行为”[7]，可目的性扩张适用《民法典》第145条规定的“纯获利益的民事法律行为”，限制民事

行为能力人也可作为代理人。同时，应考虑到，基于劳动合同也会产生职务代理这种委托代理，而劳动者16周岁即可签订劳动合同，即使其不能以自己收入作为主要生活来源，依据《民法典》第18条第2款不能被视为完全民事行为能力人，但其必然可作为代理人。在此种情况下，限制民事行为能力人也可作为代理人，因此，本条所规定的能够导致委托代理终止的“代理人丧失民事行为能力”，应仅指代理人成为无民事行为能力人。

但是，这里必须要考虑到被代理人和代理人之间的内部基础关系。如果内部基础关系并非纯获利益或者与作为代理人的限制民事行为能力人的年龄、智力、精神状况相适应的民事法律行为，如果未经代理人的法定代理人同意或追认，则内部基础关系无效，基于有因性原则，代理授权行为也无效。为了保护限制民事行为能力代理人的利益，代理人无权代理的，其也不应承担《民法典》第171条所规定的无权代理人赔偿责任，除非存在内部基础关系或其作为代理人经过了法定代理人的同意或追认。

在被代理人丧失民事行为能力的情形中，本条并未规定代理由此终止。但是，委托人丧失民事行为能力的，除当事人另有约定或者根据委托事务的性质不宜终止外，委托合同终止。此时依据代理授权行为的有因性原则，同样会导致代理权的消灭。按照体系解释，尤其是在被代理人死亡的情形中，我国所采取的方式是原则上委托代理权消灭，因此在被代理人丧失民事行为能力的情形中，基于同样的利益状况，也应作出同等处理，委托代理权原则上消灭。在此具有类推适用《民法典》第174条而使委托代理权例外不消灭的可能性。

4.代理人或者被代理人死亡或终止

委托代理权的授予以被代理人对特定代理人的信任关系为基础，一般不能认为，在代理人死亡后，被代理人希望由他可能并不认识的代理人的继承人进行代理，因此，代理权不具有可继承性，代理人死亡的，委托代理终止。在被代理人死亡的情形中，我国所采取的方式是原则上委托代理权消灭，除非符合《民法典》第174条所规定的情形。作为代理人或者被代理人的法人、非法人组织终止，与自然人死亡同等处理。

（三）委托代理终止的法律后果

委托代理终止的，如果代理人在无溯及力的情形下（例如，委托

合同解除导致委托代理终止等）继续作出代理行为，或者在有溯及力的情形下已经作出代理行为或继续作出代理行为，则构成无权代理，适用《民法典》第171条的规定。如果相对人为善意，则适用《民法典》第172条规定的表见代理对相对人予以保护。

同时，在代理终止后，被代理人有权要求代理人返还授权委托书或其他代理权外观证明，代理人或代理人的继承人等对此不享有留置权而必须立即返还，以避免对代理权外观证明的滥用；如果无法返还，被代理人可以宣布其无效。

（本条由朱虎撰写）

第一百七十四条

被代理人死亡后，有下列情形之一的，委托代理人实施的代理行为有效：

（一）代理人不知道且不应当知道被代理人死亡；

（二）被代理人的继承人予以承认；

（三）授权中明确代理权在代理事务完成时终止；

（四）被代理人死亡前已经实施，为了被代理人的继承人的利益继续代理。

作为被代理人的法人、非法人组织终止的，参照适用前款规定。

本条主旨

本条对委托代理终止的例外作出了规定。

相关条文

《民法总则》第174条规定：“被代理人死亡后，有下列情形之一的，委托代理人实施的代理行为有效：（一）代理人不知道并且不应当知道被代理人死亡；（二）被代理人的继承人予以承认；（三）授权中明确代理权在代理事务完成时终止；（四）被代理人死亡前已经实施，为了被代理人的继承人的利益继续代理。”“作为被代理人的法人、非法人组织终止的，参照适用前款规定。”

理解与适用

依据《民法典》第173条，被代理人死亡或终止的，原则上代理权消灭。但本条规定了例外情形，即代理权不消灭而仍然存续的情形，此时代理人是有权代理人，被代理人承担代理行为的后果。

（1）代理人不知道并且不应当知道被代理人死亡或终止的。这是为了维护代理人的利益，避免代理人对相对人承担无权代理人责任。

（2）被代理人的继承人或继受人予以承认。这也可以解释为被代理人的继承人或继受人对无权代理行为的追认，基于意思自治，自当允许。如果被代理人的继承人或继受人是多个人，则需要全部继承人或继受人均予以承认。

（3）授权中明确代理权在代理事务完成时终止。这是基于被代理人的意思自治所得出的当然结论。如果被代理人在代理授权行为中明确代理权在代理事务完成时终止，即使被代理人在代理事务完成前死亡或终止，代理权仍然要到代理事务完成时才终止。当然，如果被代理人在代理授权行为中明确代理权在被代理人死亡或终止之后但非代理事务完成的某个时点终止，同样应遵循被代理人的意思。

（4）被代理人死亡或终止前已经实施，为了被代理人的继承人或继受人的利益继续代理。这是基于保护被代理人的继承人或继受人的利益所作出的规定。

如对第173条的释义中所述，除被代理人死亡外，委托人或者受托人死亡、丧失民事行为能力或者破产的，委托合同终止，但当事人另有约定或者根据委托事务的性质不宜终止的除外。此时解释上应认为此种情况下委托代理权都消灭，但除被代理人死亡情形下直接适用本条外，其他情形下同样应具有类推适用本条而使委托代理权例外地不消灭。委托人死亡、丧失民事行为能力或者破产，致使委托合同终止将损害委托人的利益的，在委托人的继承人、法定代理人或者清算组织承受委托事务之前，受托人应当继续处理委托事务。如果继续作出代理行为是“继续处理委托事务”的一种，则代理权不消灭。受托人死亡、丧失民事行为能力或者破产致使委托合同终止将损害委托人的利益的，在委托人作出善后处理之前，受托人的继承人、法定代理人或者清算组织应当采取必要措施，如果继续作出代理行为是所应当采取的的必要措施，则代理权不消灭，由受托人的继承人、法定代理人或者清算组织继续享有。

（本条由朱虎撰写）

第一百七十五条

有下列情形之一的，法定代理终止：

- （一）被代理人取得或者恢复完全民事行为能力；
- （二）代理人丧失民事行为能力；
- （三）代理人或者被代理人死亡；
- （四）法律规定的其他情形。

本条主旨

本条对法定代理的终止作出了规定。

相关条文

《民法总则》第175条规定：“有下列情形之一的，法定代理终止：（一）被代理人取得或者恢复完全民事行为能力；（二）代理人丧失民事行为能力；（三）代理人或者被代理人死亡；（四）法律规定的其他情形。”

《民法通则》第70条规定：“有下列情形之一的，法定代理或者指定代理终止：（一）被代理人取得或者恢复民事行为能力；（二）被代理人或者代理人死亡；（三）代理人丧失民事行为能力；（四）指定代理的人民法院或者指定单位取消指定；（五）由其他原因引起的被代理人 and 代理人之间的监护关系消灭。”

理解与适用

法定代理的终止在法律效果上与委托代理终止的法律效果类似，但法定代理的终止事由具有一定的特殊性，故本条对此予以明确规定。法定代理一般是基于监护关系，监护关系的终止导致法定代理的终止，因此，法定代理的终止事由与《民法典》第39条规定的监护关系的终止事由相一致，具体包括如下情形。

（1）被代理人取得或者恢复完全民事行为能力。法定代理是基于补充被代理人民事行为能力的欠缺这个目的，因此被代理人取得或者恢复完全民事行为能力时，法定代理应终止，但被代理人取得或恢复限制民事行为能力时，仍有法定代理的必要，此时法定代理不终止。

（2）代理人丧失民事行为能力。法定代理人一般基于监护人资格，对被代理人实施全面照管，故法定代理人享有一般代理权，全面代理被代理人的民事法律行为，这要求代理人必须是完全民事行为能力人。因此，与委托代理权不同，法定代理权在代理人成为限制民事行为能力人或无民事行为能力人时消灭。

（3）代理人或被代理人死亡。如果被代理人死亡，补充被代理人民事行为能力的欠缺的法定代理就没有必要存续。如果代理人死

亡，基于监护人资格的法定代理权因不具有可继承性，也应消灭。

（4）法律规定的其他情形。例如，依据《民法典》第36条撤销监护人资格，导致监护关系终止的同时导致法定代理权消灭。

（本条由朱虎撰写）

注释：

[1] 王利明.民法总则研究.2版.北京：中国人民大学出版社，2012：671.

[2] 朱庆育.民法总论.北京：北京大学出版社，2013：347.

[3] 布洛克斯，瓦尔克.德国民法总论.张艳，译.北京：中国人民大学出版社，2012：335.

[4] 卡尔·拉伦茨.德国民法通论：下册.王晓晔，等译.北京：法律出版社，2003：870.维尔纳·弗卢梅.法律行为论.迟颖，译.北京：法律出版社，2013：1050.欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组.欧洲私法的原则、定义与示范规则：第1~3卷.高圣平，等译.北京：法律出版社，2014：395.

[5] 对此的争论，请参见杨代雄.法律行为制度中的积极信赖保护.中外法学，2015（5）.布洛克斯，瓦尔克.德国民法总论.张艳，译.北京：中国人民大学出版社，2012：343及以下.朱庆育.民法总论.北京：北京大学出版社，2013：350及以下。

[6] 同样观点，参见王利明.民法总则研究.2版.北京：中国人民大学出版社，2012：646.

[7] 王泽鉴.债法原理.北京：北京大学出版社，2009：275.

第八章 民事责任

第一百七十六条

民事主体依照法律规定或者按照当事人约定，履行民事义务，承担民事责任。

本条主旨

本条对民事义务与民事责任的一般性规定作出了规定。

相关条文

《民法总则》第176条规定：“民事主体依照法律规定和当事人约定，履行民事义务，承担民事责任。”

《民法通则》第106条规定：“公民、法人违反合同或者不履行其他义务的，应当承担民事责任。”“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任。”“没有过错，但法律规定应当承担民事责任的，应当承担民事责任。”

《侵权责任法》第2条规定：“侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。”“本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名

誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”

理解与适用

民事义务是与民事权利相对应的概念，是指义务人为满足权利人的要求而为一定的行为或不为一一定的行为的法律负担。从义务的来源来分，民事义务主要包括法定义务和约定义务两种类型。法定义务是基于法律的规定而直接产生的义务。

民事义务是民事法律关系内容的被动方面，具有以下特征：

（1）利他性。义务主体实施一定行为，其目的不是满足自己的利益，而是满足权利主体的利益。（2）限定性。民事义务是有边界的。义务人应当实施的行为种类（作为或不作为）和范围由权利人享有的民事权利决定。（3）拘束性。民事义务对义务人具有法律的拘束力，不能依被拘束的义务人的意思而随意变更或解除。因此，除非权利人免除或放弃，否则义务主体必须履行义务。义务主体如果违反其义务，当为而不为一定行为，或者不当为而为了一定行为，则应依法承担民事责任。

民事主体应当依照法律规定或者当事人约定全面履行民事义务。这里的义务不仅指依据法律的规定或当事人的约定而产生的主给付义务，还包括基于诚信原则、交易习惯等产生或法律规定的从给付义务和附随义务。履行义务的行为可能是民事法律行为，也可能是事实行为。以实施民事法律行为为履行义务之标的者，义务之履行人应有民事行为能力。例如，履行房屋买卖合同约定的移转房屋所有权之义务，就要求履行人有民事行为能力。以事实行为为履行义务之标的者，仅要求履行人具有为此事实行为的意思能力，如代人保管物品。义务之履行有要求权利人协同者，也有不要求权利人协同者，前者如债务之履行，后者如一般不作为义务之履行。义务之履行由法律规定的一系列责任加以督促，义务人不履行义务将遭受对其更为不利的法律后果。

从上述关于民事义务特征的表述中不难看出，民事责任是与民事义务相对应的概念。民事责任是指当事人不履行民事义务时所应承担的民法上的后果。^[1]民事主体如果不履行或者不完全履行民事义务，

就应当依法承担民事责任。

实际上，民事责任不仅与民事义务相对应，也与民事权利相对应，特别是与民事权利中的救济权相对应。在民事法律关系中，如果义务主体认真履行其义务，则权利主体的合法利益完全实现，该法律关系即正常消灭。如果义务主体不履行或不完全履行其义务，侵害了权利主体的合法利益，则原来的民事权利义务关系发生性质和内容上的变化，转化为以救济权和民事责任为内容的特殊民事法律关系——民事责任关系：原来的权利人因其原权受侵害而获得救济权，成为救济权主体；而原来的义务人因其义务的违反而依法承担民事责任，成为责任主体。从民事权利义务关系转化为民事责任关系的这一动态过程我们可以看出，民事责任与民事义务既有联系也有区别。特别是在我国，民事责任不仅有过错责任，也包括了无过错责任与公平责任。因此为体现《民法典》之总则编的概括性，本条规定，民事主体依照法律规定和当事人约定，履行民事义务，承担民事责任。

与刑事责任、行政责任等法律责任相比，民事责任具有如下特征：（1）财产性。古代社会，民刑不分，义务人不能履行义务时，可能会被当作奴隶使用或被出卖给他人，甚至被杀害。但随着社会进步，民事责任逐渐去除了人身的枷锁，改采财产责任。民事责任的财产性一方面彰显了近现代民法的文明，另一方面也为责任的实现带来了风险。（2）补偿性。由于民事主体之间是平等的，因此民事责任通常以补偿为目的，原则上不具有惩罚性。（3）任意性。基于民事法律关系的私人属性，法律通常允许民事主体就民事责任的承担作出预先约定，或者允许权利受到侵害的人减轻甚至放弃追究责任主体的责任。

（本条由黄忠撰写）

第一百七十七条

二人以上依法承担按份责任，能够确定责任大小的，各自承担相应的责任；难以确定责任大小的，平均承担责任。

本条主旨

本条对按份责任作出了规定。

相关条文

《民法总则》第177条规定：“二人以上依法承担按份责任，能够确定责任大小的，各自承担相应的责任；难以确定责任大小的，平均承担责任。”

《侵权责任法》第12规定：“二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，能够确定责任大小的，各自承担相应的责任；难以确定责任大小的，平均承担赔偿责任。”

理解与适用

按份责任又称“分割责任”，是与“连带责任”相对应的法律概念，指数个责任人各自按照其确定的份额承担责任。需要注意的是，我国法上的按份责任实际上是德国、法国民法中的可分之债。^[2]

按份责任具有以下特征。

（1）以可分给付为标的。标的可分是成立按份责任的必要条件。给付可分为数个给付，而不损其债之目的者，即为可分给付，否则为不可分给付。给付可分不可分如有疑义，应考察其是否因分割给付而减少全部给付的价值。以性质上不可分给付为标的之债，如果当事人约定分别给付，则因标的自始不能而导致债不成立。而性质上可分的给付，当事人约定不可分割履行，则因不损害给付的目的而有效。

（2）按份责任人之间不具有连带关系。在法律上，各按份责任人对同一债务仅就规定或约定的特定份额负责，一责任人对其他责任

人的债务份额不承担责任；债权人只能就按份责任人应负的责任份额请求执行；某一按份责任的履行只引起特定责任份额的消灭，不影响其他责任份额的存在；此外，在按份责任中，对某一责任人发生效力的免责事由并不当然地对其他责任人发生效力。

（3）法律未另有规定，当事人亦未另外约定。根据民法原理，数人负担同一责任，其给付可分者，除法律另有规定或当事人另有约定外，即为按份责任。

按份责任可以基于合同等民事法律行为而产生。比如，共同担保人可以约定担保的份额，进而成立按份担保责任。按份责任也可以直接基于法律的规定而产生，比如，《民法典》第1209条规定：因租赁、借用等情形机动车所有人、管理人与使用人不是同一人时，发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任的，由机动车使用人承担赔偿责任；机动车所有人、管理人对损害的发生有过错的，承担相应的赔偿责任。根据民法原理，数人负担同一责任，其给付可分者，除法律另有规定或当事人另有约定外，应当以成立按份责任为原则，以成立连带责任为例外。

与连带责任不同，各个按份责任人只需向权利人承担自己应承担的份额，对于超出其份额的责任没有履行之义务，因此在实务中就需要确定按份责任的份额。依本条规定，能够确定责任大小的，按份责任人各自承担相应的责任；难以确定责任大小的，平均承担责任。

（1）能够确定责任大小的，各自承担相应的责任。基于私人自治的原理，任何人通常仅就自己的行为负责。因此，为避免出现替人担责、代人受过的问题，有必要科学确定各个责任人的责任大小。在司法实践中，责任大小需要依据责任产生的原因来确定。如果按份责任是基于合同等民事法律行为而产生，则责任大小就首先要依据当事人的意思表示来确定。如果按份责任是基于法律的直接规定产生的，则通常可以综合各个责任人的过错程度、各个责任人行为与损害后果之关系的紧密程度、公平原则以及政策考量等因素，由法官在具体案件中综合确定。比如《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第3条第2款规定：二人以上没有共同故意或者共同过失，但其分别实施的数个行为间接结合发生同一损害后果的，应当根据过失大小或者原因力比例各自承担相应的赔偿责任。

（2）难以确定责任大小的，平均承担责任。在某些情形下，由于案情复杂，很难确定各个责任人的责任的大小。按照本条的规定，此时，各个责任人应当平均承担赔偿责任。这一规定其实是借鉴了确定各个连带责任人内部份额时的做法。比如，《俄罗斯民法典》第

1081条第2款中规定，当过错程度不能确定时，份额应均等。《意大利民法典》第2055条第3款规定，在有疑问的情况下，推定所有人的责任相同。我国《民法典》第1172条规定：二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，能够确定责任大小的，各自承担相应的责任；难以确定责任大小的，平均承担责任。

（本条由黄忠撰写）

第一百七十八条

二人以上依法承担连带责任的，权利人有权请求部分或者全部连带责任人承担责任。

连带责任人的责任份额根据各自责任大小确定；难以确定责任大小的，平均承担责任。实际承担责任超过自己责任份额的连带责任人，有权向其他连带责任人追偿。

连带责任，由法律规定或者当事人约定。

本条主旨

本条对连带责任作出了规定。

相关条文

《民法总则》第178条规定：“二人以上依法承担连带责任的，权利人有权请求部分或者全部连带责任人承担责任。”“连带责任人的责任份额根据各自责任大小确定；难以确定责任大小的，平均承担责任。实际承担责任超过自己责任份额的连带责任人，有权向其他连带

责任人追偿。”“连带责任，由法律规定或者当事人约定。”

《侵权责任法》第13条规定：“法律规定承担连带责任的，被侵权人有权请求部分或者全部连带责任人承担责任。”

理解与适用

连带责任是多数人责任的一种类型，是指多数人共担同一责任，而每一个责任人都对权利人负担全部履行义务。连带责任有利于保护权利人的利益，在社会生活中有重要的意义，是一项重要的责任承担方式。

连带责任的法律特征主要表现在：（1）连带责任是数个独立的责任，即在内部关系上各个责任人都有自己独立的责任份额，只是因法律的规定或当事人的约定而在对外关系上互相连带。因此，就某一责任人发生的事项原则上仅有相对效力。（2）数个责任的发生通常具有共同目的。多数责任人因共同目的而发生结合，各个责任不过是达到此目的的手段。因此，权利人因一个全部履行或其他可与履行同视的事项而实现其目的时，其他责任人的责任随即消灭。^[3]（3）责任人各负全部履行义务。在对外关系上，构成连带责任之各个责任，均以全部给付为内容。连带责任人即使对于内部责任份额有约定，亦不发生对外效力，权利人仍然有权请求一个或者数个连带责任人承担全部或者部分的责任。（4）各个责任不需以同一内容之给付为标的，亦不以同一发生原因为必要。如担保责任和主债务，既非基于同一原因发生，亦不一定以同一给付为标的。

连带责任的效力包括外部和内部两个层次。

（1）外部效力。权利人可先后或同时向全体或部分责任人请求履行全部或部分责任，而每个连带责任人都负有以全部履行为内容的责任。只要一个责任全部履行，权利人的权利即因目的实现而消灭，整个连带责任关系亦随之消灭，而转化为连带责任人内部的按份责任关系。其他如抵销、混同、免除、时效完成、债权人迟延等事项对其他连带责任人亦发生效力。除上述发生绝对效力的事项外，其他就连带责任人一人所发生之事项仅有相对效力，其利益或不利益，对其他责任人不发生效力。

连带责任对外是一个整体的责任，无论权利人是向一个还是向数个连带责任人请求承担责任，都不影响被请求的连带责任人对外承担全部责任。但是，《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第5条规定：“赔偿权利人起诉部分共同侵权人的，人民法院应当追加其他共同侵权人作为共同被告。赔偿权利人在诉讼中放弃对部分共同侵权人的诉讼请求的，其他共同侵权人对被放弃诉讼请求的被告应当承担的赔偿份额不承担连带责任。责任范围难以确定的，推定各共同侵权人承担同等责任。”“人民法院应当将放弃诉讼请求的法律后果告知赔偿权利人，并将放弃诉讼请求的情况在法律文书中叙明。”该司法解释的这一规定其实改变了连带责任的性质，造成被侵权人不起诉其他连带责任人的，人民法院就要求追加；被侵权人不同意追加的，就等于放弃了对未追加的连带责任人的诉讼请求，被诉的连带责任人对于放弃的份额不再承担侵权责任。《侵权责任法》第13条规定：法律规定承担连带责任的，被侵权人有权请求部分或者全部连带责任人承担责任。可见，《侵权责任法》扭转了上述司法解释的认识，重申了连带责任的外部效力问题。《民法典》本条再次明确，权利人有权请求部分或者全部连带责任人承担责任。

（2）内部效力。连带责任人对外承担了连带责任后，如果其承担了全部或超过自己责任份额的责任，那么该连带责任人就会成为新的权利人，其他连带责任人成为按份责任人，分别就自己分担的部分承担向新权利人履行的责任。因此，在连带责任人对外承担了连带责任后，就需要在连带责任人内部确定各自的责任份额。

追偿权在连带责任的内部关系中处于重要的地位，能保障连带责任人内部合理分担风险。通过行使追偿权，承担赔偿责任的连带责任人也完成了角色的转化，从对外以侵权人的身份承担赔偿责任，转化为对内以债权人的身份请求公平分担损失。因此，大陆法系国家和英美法系国家大多对连带责任中的追偿权作出了规定。

连带责任人内部的责任分担比例，由连带责任据以产生的内部关系决定。如果连带责任是基于合同等民事法律行为发生的，那么其内部分担比例就依当事人的约定确定。比如，合伙人的责任分担比例由合伙协议确定，保证人的连带责任份额由保证合同确定。如果连带责任人没有约定内部分担的比例，则依法律的规定，或者平均承担责任。

如果连带责任是基于法律的规定发生的，则连带责任人的内部分担比例应当根据各自责任大小确定责任份额。责任的大小一般依据以下原则来确定：一是根据各自的过错。比如，在共同侵权的连带责任中，需要对每个责任主体在实施侵权行为时的过错进行比较：有故意

或者有重大过失等较大过错者，承担的赔偿数额较大；过错较小者，比如只有轻微过失，可以承担较少的赔偿数额。二是对原因力进行比较。原因力是指在造成损害结果的多个原因中，每一个原因对于损害结果发生或者扩大所起的作用。原因力也是确定连带责任人赔偿数额的一个方面，特别是在无过错责任的情况下，需要对各责任主体在实施侵权行为时所起的作用进行比较：所起的作用较大者，应当承担较大的赔偿数额；所起的作用较小者，可以分担较小的赔偿数额。三是平均分担赔偿数额。如果根据过错和原因力难以确定连带责任人责任大小的，可以视为各连带责任人的过错程度和行为的原因力大小是相当的，在这种情况下应当由连带责任人平均承担赔偿责任。

需要强调指出的是，明确各连带责任人的责任份额并不意味着连带责任人的责任转化为按份责任。如果转化为按份责任，等于从实质上改变了侵权人承担责任的方式，于对被侵权人的保护是不利的。因此，责任份额仅在连带责任人内部发生效力，责任份额只是各连带责任人最终承担责任的依据，是今后连带责任人行使追偿权的基础，并不影响连带责任人对外承担连带责任。

从连带责任的效力可以看出，连带责任意味着责任的加重，带有“株连”的意味，因此，本条第3款规定，连带责任通常要依据法律的规定和当事人的约定而产生。换言之，凡法律没有明文规定或者当事人没有明确约定的，就不能随意认定当事人承担连带责任。^[4]我国法律对连带责任或连带债务的规定较为普遍，在公司、合伙、代理、侵权、担保等部分都存在相应的规范。

（本条由黄忠撰写）

第一百七十九条

承担民事责任的方式主要有：

- （一）停止侵害；
- （二）排除妨碍；
- （三）消除危险；

- (四) 返还财产；
- (五) 恢复原状；
- (六) 修理、重作、更换；
- (七) 继续履行；
- (八) 赔偿损失；
- (九) 支付违约金；
- (十) 消除影响、恢复名誉；
- (十一) 赔礼道歉。

法律规定惩罚性赔偿的，依照其规定。

本条规定的承担民事责任的方式，可以单独适用，也可以合并适用。

本条主旨

本条对民事责任的承担方式作出了规定。

相关条文

《民法总则》第179条规定：“承担民事责任的方式主要有：

(一) 停止侵害；(二) 排除妨碍；(三) 消除危险；(四) 返还财产；(五) 恢复原状；(六) 修理、重作、更换；(七) 继续履行；(八) 赔偿损失；(九) 支付违约金；(十) 消除影响、恢复名誉；(十一) 赔礼道歉。”“法律规定惩罚性赔偿的，依照其规定。”“本条规定的承担民事责任的方式，可以单独适用，也可以合并适用。”

《民法通则》第134条规定：“承担民事责任的方式主要有：

（一）停止侵害；（二）排除妨碍；（三）消除危险；（四）返还财产；（五）恢复原状；（六）修理、重作、更换；（七）赔偿损失；（八）支付违约金；（九）消除影响、恢复名誉；（十）赔礼道歉。”“以上承担民事责任的方式，可以单独适用，也可以合并适用。”“人民法院审理民事案件，除适用上述规定外，还可以予以训诫、责令具结悔过、收缴进行非法活动的财物和非法所得，并可以依照法律规定处以罚款、拘留。”

《侵权责任法》第15条规定：“承担侵权责任的方式主要有：

（一）停止侵害；（二）排除妨碍；（三）消除危险；（四）返还财产；（五）恢复原状；（六）赔偿损失；（七）赔礼道歉；（八）消除影响、恢复名誉。”“以上承担侵权责任的方式，可以单独适用，也可以合并适用。”

理解与适用

民事责任的承担方式，是指违法行为人应当承受的具体法律后果。责任的承担方式是法律责任制度的具体化。只有规定了具体、科学的责任承担方式，才能真正发挥法律的社会功能。而一个国家究竟规定哪些责任承担方式，取决于该国的立法政策和法律文化传统。^[5]本条规定了12种民事责任承担方式，分别为停止侵害；排除妨碍；消除危险；返还财产；恢复原状；修理、重作、更换；继续履行；赔偿损失；支付违约金；消除影响、恢复名誉；赔礼道歉；惩罚性赔偿。

（1）停止侵害。停止侵害就是要求行为人不再继续实施该违法行为。这种责任承担方式能够及时制止侵害，避免侵害后果的扩大。当然，采用这种责任承担方式以侵权正在进行或者仍在延续为条件，对于未发生或者已终止的侵权则不适用。

（2）排除妨碍。排除妨碍是指行为人实施的行为使他人无法行使或者不能正常行使人身、财产权益的，被妨碍人可以要求行为人排除妨碍权益实施的障碍。行为人不排除妨碍的，受害人可以请求人民法院责令其排除妨碍。例如，某人在他人门前设置路障妨碍通行，受害人就可以请求排除妨碍。当然，受害人请求排除的妨碍必须是不法的。如果权利人对妨碍负有容忍义务，则无排除妨碍请求权。

（3）消除危险。消除危险是指行为人的行为对他人之人身、财产权益造成现实威胁的，他人有权要求行为人采取有效措施消除这种现实威胁。例如，某人的房屋由于受到大雨冲刷随时有倒塌可能，危及邻居的人身、财产安全，但房屋的所有人不采取措施时，邻居可以请求该房屋的所有人采取措施消除这种危险。适用这种责任承担方式可以未雨绸缪，防患于未然，有效预防现实损害的发生，最大限度地保护他人的人身、财产安全。当然，适用这种责任承担方式必须是危险确实存在，对他人的人身、财产安全造成现实威胁，但还未发生实际损害。

（4）返还财产。返还财产责任因行为人无权占有他人财产而产生。例如，某人抢夺了他人的手机据为己有，构成了无权占有，手机所有人就有权要求无权占有人返还手机。《民法典》第460条规定，无权占有不动产或者动产的，权利人可以请求返还原物。有权请求返还财产的主体一般是该财产的所有人，但财产被他人合法占有期间，又被第三人非法占有的，该合法占有人也可以请求返还财产。适用返还财产责任承担方式的前提是该财产还存在，如果该财产已经灭失，就在事实上无法适用该责任承担方式。

（5）恢复原状。狭义的恢复原状是指法院判令行为人通过修复等手段使受到损坏的财产恢复到损坏前的状况的一种责任承担方式。广义的恢复原状还包括修理、赔礼道歉、消除影响、恢复名誉等。由于《民法典》已将这些都作为单独的责任承担方式，所以这里所指的恢复原状是狭义的。在财产具有独特价值时，恢复原状的责任承担方式具有重要意义。比如在环境污染责任中，恢复原状的责任承担方式对于实现生态环境修复、克服赔偿损失的功能缺陷都具有重要意义。采用恢复原状要符合以下条件：一是受到损坏的财产仍然存在且恢复原状有可能。受到损坏的财产不存在的，或者恢复原状不可能的，受害人只能请求赔偿损失。二是恢复原状有必要，即受害人认为恢复原状是必要的且具有经济上的合理性。若恢复原状没有经济上的合理性，就不能适用该责任承担方式。

（6）修理、重作、更换。修理、重作、更换属于广义的恢复原状责任承担方式。在我国民事立法中，修理、重作、更换最初见于《民法通则》第134条第1款。《合同法》第111条将“修理、更换、重作”作为了瑕疵履行的违约责任承担方式之一。《民法典》第237条规定：造成不动产或者动产毁损的，权利人可以依法请求修理、重作、更换或者恢复原状。这就对修理、重作、更换责任作出了规定。

（7）继续履行。继续履行，也称为实际履行、强制履行，是指违约方不履行合同义务时，另一方有权要求违约方依据合同的规定继

续履行合同义务。继续履行就其性质而言，是原合同义务的转化形式，它是通过法律规定的强制手段迫使债务人履行其原义务，是一种违约责任的承担方式。

（8）赔偿损失。赔偿损失是指行为人向受害人支付一定数额的金钱以弥补其损失的责任承担方式。其是最基本的责任承担方式，也是运用最为广泛的责任承担方式。这里的赔偿损失，包括人身损害赔偿、财产损失赔偿和精神损害赔偿，因此，赔偿损失不仅适用于违约责任，也适用于侵权行为及其他一些民事违法行为所产生的责任。赔偿损失的范围可由法律直接规定，或由双方约定。在法律没有特别规定和当事人没有另行约定的情况下，应按完全赔偿原则，赔偿全部损失。当然，损害赔偿的范围和具体数额需要依据个案的具体事实来个别确定。

（9）支付违约金。违约金是指当事人一方违约后，依照合同的预先约定或者法律的直接规定向对方支付一定数额的金钱。违约金依其发生原因不同，可以分为约定违约金和法定违约金。违约金作为预先确定的赔偿数额，在违约后对损失予以补偿，非常简便迅速，免除了受害人一方在另一方违约后就实际损失所负的举证责任，同时也省去了法院和仲裁机构在计算实际损失方面的麻烦，不仅可以督促债务人履行合同，而且有利于当事人在订约时计算风险和成本。

（10）消除影响、恢复名誉。消除影响、恢复名誉是指法院根据受害人的请求，责令行为人在一定范围内采取适当方式消除对受害人名誉的不利影响以使其名誉得到恢复的一种责任承担方式。具体适用消除影响、恢复名誉时，要根据侵权行为所造成的影响和受害人名誉受损的后果来决定。消除影响、恢复名誉主要适用于侵害名誉权的情形。

（11）赔礼道歉。赔礼道歉是指责任人通过向受害人承认错误、表达歉意、请求原谅来弥补受害人精神创伤的一种民事责任承担方式。《民法通则》将赔礼道歉这样一种具有道德性的责任承担方式纳入了法律范畴。要求责任人对受害人进行赔礼道歉是国家、社会对违法行为进行否定性评价的表现，不仅对于切实保护受害人的利益具有重要意义，而且对于正确处理当事人间的矛盾，促进当事人间的团结，提高人们的法纪观念，加强社会主义精神文明建设也有重要价值。作为《民法通则》的独创，赔礼道歉一直被认为是切合我国国情，并且行之有效的一种民事责任承担形式，其超越了近代民法在责任承担方式上单一化的窠臼，为受害人提供了多样化的救济方式，契合了市民社会的多元价值追求。^[6]赔礼道歉主要适用于侵害名誉权、隐私权、姓名权、肖像权、知识产权等情形。赔礼道歉可以公开进

行，也可以私下进行；可以以口头方式进行，也可以以书面等方式进行，具体采用什么形式由法官依据案件的具体情况作出决定。口头道歉是由行为人直接向受害人表示，基本不公开进行；书面道歉以文字形式进行，可以登载在报刊上，或者张贴于有关场所。行为人不赔礼道歉的，法院可以判决按照确定的方式进行，产生的所有费用由行为人承担。

（12）惩罚性赔偿。惩罚性赔偿又称报复性赔偿，其实是赔偿损失的一种类型，是指由法院所作出的赔偿数额超出实际的损害数额的赔偿。与赔偿性赔偿不同，惩罚性赔偿除具有一般赔偿损失的功能外，还具有惩罚、遏制不法行为的功能。由于民事责任以补偿为原则，因此惩罚性赔偿的适用必须以法律的具体规定为前提，并且通常以欺诈等故意违法为构成要件。为此，本条采取了参引性的方式，仅规定：法律规定惩罚性赔偿的，依照其规定。《消费者权益保护法》《食品安全法》等法律中都规定了惩罚性赔偿。

《民法典》规定的民事责任承担方式各有特点，在充分救济受害人的总体目标下，需要采用什么方式，就采用什么方式。个案中可以单独采用一种方式，也可以合并采用多种方式。例如，对于单纯的财产损失，可以单独采用赔偿损失的方式予以救济；对侵害名誉权、隐私权等人格权的，可以单独采用赔礼道歉、消除影响、恢复名誉，也可以并用赔礼道歉、消除影响、恢复名誉和精神损害赔偿。具体适用侵权责任承担方式应当掌握的原则是，在任何情况下，只要有救济损害的需要，如果一种方式不足以救济受害人，就应当同时适用其他方式。据此，本条第3款规定，以上承担侵权责任的方式，可以单独适用，也可以合并适用。是单独适用，还是合并适用，可以由受害人提出，然后由法官根据不同案情综合确定。

同时，还需注意的是，从受害人的角度来看，民事责任承担方式是受害人自己享有的请求权，受害人可以处分这种请求权。受害人坚持自己的请求权，若该请求权适当，且没有给侵权人施加不适当责任的，法官原则上应支持其请求权；受害人自愿放弃某种可以适用的民事责任承担方式的，法官不应当干预，如受害人自愿放弃对侵权人的赔偿损失请求权的，法官就不应当违背受害人的意愿强行判决侵权人赔偿损失。

（本条由黄忠撰写）

第一百八十条

因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。法律另有规定的，依照其规定。

不可抗力是不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。

本条主旨

本条对不可抗力作出了规定。

相关条文

《民法总则》第180条规定：“因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。法律另有规定的，依照其规定。”“不可抗力是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。”

《民法通则》第107条规定：“因不可抗力不能履行合同或者造成他人损害的，不承担民事责任，法律另有规定的除外。”

《民法通则》第153条规定：“本法所称的‘不可抗力’，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。”

《合同法》第117条规定：“因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。”“本法所称不可抗力，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。”

《侵权责任法》第29条规定：“因不可抗力造成他人损害的，不承担责任。法律另有规定的，依照其规定。”

理解与适用

本条规定了不可抗力的概念及法律效果。

（一）关于不可抗力的含义和范围

理论上与实务中对不可抗力的理解并不统一，概括起来有客观说、主观说和折中说三种观点。客观说强调不能避免并不能抗拒的外来力量为不可抗力；主观说强调当事人虽尽最大努力仍不能预见的客观情况为不可抗力；折中说强调当事人尽最大谨慎也不能预见、不能防止发生的事件为不可抗力。本条采取了折中说的立场，将不可抗力界定为是不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。^[7]

这里的“不能预见”是指，根据现有的科学技术水平，通常对该种客观情况的发生没有预知的能力。从认知的角度而言，一方面，人们对未来情况的预知能力受制于当时的科学技术水平。某些客观情况的发生，在过去不可预见，但随着科学技术水平的发展，现在就可预见。例如，现在天气预报的准确率达到百分之九十以上，人们对狂风暴雨的规避能力也已大大提高。另一方面，人们对未来情况的预知能力会因人而异，因此人们对未来情况的预知能力还要受制于具体认知主体的认知能力。比如，对于某些情况，有些人能预见到，有些人却无法预见，所以对于这里所谓的不能预见应当以一般人的认知预见能力作为标准予以判断。

这里所谓的“不能避免并不能克服”是指当事人已经尽到最大努力，并采取了一切可以采取的措施，仍然不能避免该客观情况的发生，或者克服该客观情况所造成的损害结果。“不能避免并不能克服”表明该客观情况的发生及导致的损害后果具有必然性。

关于不可抗力的具体范围，本条都没有明确列举。学理上通常认为不可抗力的范围包括以下三种情况：（1）自然灾害，如地震、台风、洪水、旱灾、海啸等。（2）政府行为。这主要是指在当事人订立合同以后，政府颁布新政策、法律和行政措施而导致合同不能履行。（3）社会异常事件。这主要是指一些偶发的事件，如战争、罢工、骚乱等阻碍合同的履行。《海洋环境保护法》第91条规定，完全属于下列情形之一，经过及时采取合理措施，仍然不能避免对海洋环境造成污染损害的，造成污染损害的有关责任者免于承担责任：（1）战争；（2）不可抗拒的自然灾害……

需要指出的是，不可抗力的外延并非绝对明晰。比如在法国，不可抗力与意外事件就无法绝对分开，其在立法上总是相伴出现。虽然本条将不可抗力认定为不能预见、不能避免并不能克服的客观情况，要求构成不可抗力必须具有不可预见性，但有些国家将虽然可以预见但不能克服和避免的情况也认定为不可抗力。从不可抗力的不确定性来看，不可抗力的确认本身就是政策考量的结果，这就导致立法上将不可抗力作为公平原则和政策考量因素，在民事责任构成要件成立的情况下，仍然实现免责。这就说明，不可抗力在性质上本来就不可能是一成不变的观点。^[8]

（二）不可抗力的法律后果

在过错责任中，对于不可抗力可以通过证明过错和因果关系的欠缺来实现免责；在无过错责任中，对于不可抗力可以通过证明因果关系的欠缺实现免责。因此，不可抗力既可作为过错责任的免责事由，也可作为无过错责任的免责事由。^[9]所以，将不可抗力作为法定免责条件，是现代各国法律的通例。在我国法上，因不可抗力不能履行民事义务的，原则上可以不承担民事责任。

但本条在明确因不可抗力不能履行民事义务不承担民事责任的同时，又规定法律另有规定的，依照其规定。这说明作为免责事由的不可抗力的适用是要受到特别法限制的。比如，《民用航空法》第124条规定，因发生在民用航空器上或者在旅客上、下民用航空器过程中的事件，造成旅客人身伤亡的，承运人应当承担责任；但是，旅客人身伤亡完全是由于旅客本人的健康状况造成的，承运人不承担责任。该事件包括因承运人过错而发生的事故，也含与承运人无关的不可抗力，只要造成了旅客人身伤亡，承运人即使无过错，也要承担违约的民事责任。再如，《邮政法》第48条规定，因下列原因之一造成的给据邮件损失，邮政企业不承担赔偿责任：（1）不可抗力，但因不可抗力造成的保价的给据邮件的损失除外……给据邮件，是指挂号信件、邮包、保价邮件等由邮政企业以其分支机构在收寄时出具收据，投递时要求收件人签收的邮件。按此规定，汇款和保价邮件即使由于不可抗力造成损害的，邮政企业也需对收件人承担赔偿责任。

在违约责任与侵权责任这两种主要的民事责任类型中，我国现行法均有排除不可抗力为免责事由的规定。根据《民法典》之合同编的规定，在下列两种情形下不能因不可抗力而免责：（1）金钱债务的迟延履行。在金钱债务未能及时履行时，无论迟延履行由何种原因引起，债务人都负继续履行的责任。（2）迟延履行后发生不可抗力，

不能免除责任。此外，在违约责任中，不可抗力的法律后果并非当然全部免除违约责任，而应视不可抗力的影响程度和给债务人造成的困难程度来分别处理。如果不可抗力已使合同债务人的履行成为不可能，则应解除合同，并免除违约方的违约责任。如果不可抗力只造成债务人的履行部分不能，则应变更合同关系，免除违约方的部分违约责任。如果不可抗力仅造成债务人履行债务的暂时困难，则可要求债务人延期履行，但免除迟延履行违约责任。

（本条由黄忠撰写）

第一百八十一条

因正当防卫造成损害的，不承担民事责任。

正当防卫超过必要的限度，造成不应有的损害的，正当防卫人应当承担适当的民事责任。

本条主旨

本条对正当防卫作出了规定。

相关条文

《民法总则》第181条规定：“因正当防卫造成损害的，不承担民事责任。”“正当防卫超过必要的限度，造成不应有的损害的，正当防卫人应当承担适当的民事责任。”

《民法通则》第128条规定：“因正当防卫造成损害的，不承担民事责任。正当防卫超过必要的限度，造成不应有的损害的，应当承担

适当的民事责任。”

《侵权责任法》第30条规定：“因正当防卫造成损害的，不承担责任。正当防卫超过必要的限度，造成不应有的损害的，正当防卫人应当承担适当的责任。”

理解与适用

本条是关于正当防卫与防卫过当的规定。

正当防卫是指为了使公共利益、本人或者他人的财产、人身免受正在进行的不法行为的侵害，而对不法行为人本人采取的防卫行为。正当防卫作为一项免责事由的根据是该防卫行为的正当性、合法性。法律不能屈从于不正义。正当防卫是法律赋予公民私力救济的权利，是属于受法律鼓励的行为，目的是保护公民本人、他人不受侵犯，因此，在比较法上，正当防卫均为不承担责任和减轻责任的情形之一。例如，《德国民法典》第227条规定：正当防卫的行为不违法。正当防卫是指为避免自己或者他人受现时的不法侵害而进行的必要防卫。

构成正当防卫，进而不承担民事责任，需同时具备以下六个要件：（1）必须是为了使公共利益、本人或者他人的人身、财产权利免受不法侵害而实施的。（2）必须有不法侵害行为发生。所谓“不法侵害”，是指对某种权利或利益的侵害为法律所明文禁止，既包括犯罪行为，也包括其他违法的侵害行为。（3）必须是正在进行的不法侵害。正当防卫的目的在于制止不法侵害，避免危害结果发生，因此，不法侵害必须是正在进行的，而不是尚未开始或者已实施完毕或者实施者确已自动停止的，否则，就是防卫不适时，防卫人应当承担民事责任。（4）必须是公共利益、本人或者他人的人身权利、财产权利遭受不法侵害，来不及请求有关国家机关救助。（5）必须是对不法侵害者本人实行，即正当防卫行为不能对没有实施不法侵害行为的第三者（包括不法侵害者的家属）造成损害。（6）不能明显超过必要限度造成损害。正当防卫是有益于社会的私力救济行为，但也受一定限度的制约，即正当防卫应以足以制止不法侵害为限。

只有满足以上六个要件，才能构成正当防卫，行为人（防卫人）才能不承担民事责任。实践中，区分正当防卫与相互斗殴是十分必要的。所谓相互斗殴是指双方基于不法侵害的故意而实施的伤害对方人

身与财产的行为。相互斗殴的行为人主观上并没有防卫的意图和目的，其行为不得被视为正当防卫。^[10]

防卫过当是指正当防卫行为超越了法律规定的防卫限度，因而防卫人应当负法律责任的情况。本条第2款规定，正当防卫超过必要的限度，造成不应有的损害的，正当防卫人应当承担适当的民事责任。

防卫过当的前提是进行正当防卫，但防卫过当又不同于正当防卫。在实务中，如何确定和理解正当防卫的必要限度非常重要。对此，通说认为应当从权衡各方利益的角度进行综合判断。比如，从防卫的时间上讲，对于侵害人已经被制服或者侵害人已自动停止侵害行为的，防卫人就不得再行攻击，否则就构成防卫过当；从防卫手段来讲，如果防卫人能够用较缓和的手段进行有效的防卫，就不允许用激烈手段进行防卫，否则就构成防卫过当。此外，在防卫对象上，对于没有明显危及人身、财产等重大利益的不法侵害行为，通常就不允许采取造成重伤等手段对侵害人进行防卫，否则就构成防卫过当。一旦正当防卫超过必要的限度，造成侵害人不应有的损害，防卫人就应当承担适当的责任。所谓“适当的责任”，是指不对侵害人的全部损失赔偿，而是根据防卫人过错的程度，由防卫人在损失范围内承担一部分责任，即承担与其过错相应的责任。

（本条由黄忠撰写）

第一百八十二条

因紧急避险造成损害的，由引起险情发生的人承担民事责任。

危险由自然原因引起的，紧急避险人不承担民事责任，可以给予适当补偿。

紧急避险采取措施不当或者超过必要的限度，造成不应有的损害的，紧急避险人应当承担适当的民事责任。

本条主旨

本条对紧急避险作出了规定。

相关条文

《民法总则》第182条规定：“因紧急避险造成损害的，由引起险情发生的人承担民事责任。”“危险由自然原因引起的，紧急避险人不承担民事责任，可以给予适当补偿。”“紧急避险采取措施不当或者超过必要的限度，造成不应有的损害的，紧急避险人应当承担适当的民事责任。”

《民法通则》第129条规定：“因紧急避险造成损害的，由引起险情发生的人承担民事责任。如果危险是由自然原因引起的，紧急避险人不承担民事责任或者承担适当的民事责任。因紧急避险采取措施不当或者超过必要的限度，造成不应有的损害的，紧急避险人应当承担适当的民事责任。”

《侵权责任法》第31条规定：“因紧急避险造成损害的，由引起险情发生的人承担责任。如果危险是由自然原因引起的，紧急避险人不承担责任或者给予适当补偿。紧急避险采取措施不当或者超过必要的限度，造成不应有的损害的，紧急避险人应当承担适当的责任。”

理解与适用

紧急避险，是指为了避免公共利益、本人或者他人的合法权益遭受正在发生的危险的损害，不得已而采取的损害另一种利益的自卫行为。天有不测风云，人有旦夕祸福。不论危险是由自然原因引起的，还是由他人行为导致的，出于趋利避害的本能，紧急避险人避让风险、排除危险的行为都存在正当性、合法性，因此在比较法上，也都将紧急避险作为不承担责任和减轻责任的情形之一。比如，《德国民

法典》第228条规定：为使自己或者他人避免急迫危险而损坏或者损毁他人之物的人，如果其损坏或者损毁行为系防止危险所必要，而且造成的损害又未超越危险程度时，其行为不为违法。如果行为人对危险的发生有过失，则应负损害赔偿义务。

本条基本上沿袭了《民法通则》第129条的规定，对紧急避险的内容没有明确规定，即没有明确是为了谁的利益而采取紧急避险行为。采取这种立法体例的还有越南，《越南社会主义共和国民法典》第618条规定：因紧急避险造成他人损害的，加害人不向受害人赔偿损害。超过紧急避险要求的限度造成他人损害的，加害人必须向受害人赔偿损害。引起危险情况发生，从而导致损害的人，必须向受害人赔偿损害。可见，越南民法典也没有明确紧急避险是为了谁的利益而实施。

但在比较法上，有些国家或地区的民法典中明确规定了紧急避险的内容，即将紧急避险界定为使本人或者他人的人身权利、财产权利免受正在发生的危险。除《德国民法典》有明确规定外，《俄罗斯民法典》第1067条规定：紧急避险所致损害，是指为了排除对本人或者他人构成威胁的危险而造成的损害，如果该危险在当时情况下不可能以其他方法排除，紧急避险所致损害应由致害人赔偿。法院可以考虑致害情况，责成因损害人的行为而受有利益的第三人负赔偿责任，或者全部或部分免除第三人或者致害人的赔偿责任。我国台湾地区“民法”第150条规定：因避免自己或他人生命、身体、自由或财产上有紧迫之危险所为之行为，不负损害赔偿之责。但以避免危险所必要，并未逾越危险所致之损害程度者为限。前项情形，其危险之发生，如行为人有责任者，应负损害赔偿之责。

对于紧急避险造成的损害，由引起危险发生的人承担赔偿责任。如果危险是由自然原因引起的，则紧急避险人不承担赔偿责任。避险措施不当或者超过必要限度，造成不应有的损害的，避险人应当承担适当的赔偿责任。

构成紧急避险，进而不承担民事责任或者仅仅给予适当补偿，需同时具备以下四个要件：（1）必须是为了避免公共利益、本人或者他人的合法权益遭受损害。这里的“损害”既包括对避险者本人、第三人对财产权利的损害，也包括对人身权利的损害。（2）必须是对正在发生的危险采取的紧急避险行为。倘若危险已经消除或者尚未发生，或者虽然已经发生但不会对合法权益造成损害，则不得采取避险措施。某人基于对危险状况的误解、臆想而采取避险措施，造成他人利益受损害的，应向他人承担民事责任。（3）必须是在不得已的情况下采取避险措施。所谓不得已，是指当事人面对突然而遇的危险，

不得不采取紧急避险措施，牺牲他人利益来保全较大利益。例如，甲、乙系邻居，乙的房子因雷击失火，甲为了引消防车进入，推倒了自己的院墙，使消防车进入后及时扑灭了乙家的大火。（4）避险行为不能超过必要限度。所谓不能超过必要限度，是指在面临紧急危险时，避险人应采取适当的措施，以尽可能小的损害来保全更大的法益，即紧急避险行为所引起的损害应轻于危险所可能带来的损害。

只有满足以上四个要件，才能构成紧急避险。

紧急避险造成损害时的责任承担问题应当区分危险的来源而作不同处理。

（1）如果危险是由他人引起的，那么紧急避险人造成本人或者他人损害的，就应当由引起险情发生的人承担责任。例如，甲、乙、丙系邻居，丙的房子因甲乱接电线而失火，丙为了引消防车进入，推倒了乙的院墙，使消防车进入后及时扑灭了丙家的大火。乙和丙的损失应当由甲承担赔偿责任。

（2）如果危险是由自然原因引起，紧急避险人为了他人的利益而采取避险行为，造成第三人利益受损害的，紧急避险人免于对第三人承担责任。例如，甲、乙、丙系邻居，丙的房子因雷击失火，甲为了引消防车进入，推倒了乙的院墙，使消防车进入后及时扑灭了丙家的大火。按照紧急避险的抗辩事由，甲对乙不承担赔偿责任，应由受益人丙对乙给予适当补偿。

（3）如果危险是由自然原因引起，紧急避险人为了本人的利益而采取避险行为，造成第三人利益受损害的，紧急避险人本人作为受益人，基于公平原则，应当对第三人的损害给予补偿。例如，甲、乙系邻居，甲的房子因雷击失火，甲为了引消防车进入，推倒了乙的院墙，使消防车进入后及时扑灭了自家的大火。甲作为受益人，应当对乙进行适当补偿。

此外，因紧急避险采取措施不当或者超过必要限度，造成不应有的损害的，紧急避险人应当承担适当的责任。“紧急避险采取措施不当”，是指在当时的情况下能够采取可能减少或避免损害的措施而未采取，或者采取的措施并非排除险情所必需。例如，甲的汽车自燃，因燃油泄漏，火势加大。乙在帮助灭火时，采取往燃烧的汽车上浇水的措施，水与燃油气体结合，导致火势进一步蔓延，将丙的房屋烧毁。由于乙采取的避险措施不当，对于丙的损失，乙应承担适当的责任。紧急避险“超过必要限度”，是指采取紧急避险措施没有减少损害，或者紧急避险所造成的损害大于所保全的利益。例如，甲家失

火，左邻乙家人帮助用水灭火。在大火已被扑灭的情况下，乙家人未观察火情，担心火势复燃，继续往废墟上浇水，导致大量污水流到了甲的右邻丙家。由于乙采取的紧急避险措施超过了必要限度，对于丙的损失，乙应承担适当的责任。

（本条由黄忠撰写）

第一百八十三条

因保护他人民事权益使自己受到损害的，由侵权人承担民事责任，受益人可以给予适当补偿。没有侵权人、侵权人逃逸或者无力承担民事责任，受害人请求补偿的，受益人应当给予适当补偿。

本条主旨

本条就受益人对见义勇为者的适当补偿义务作出了规定。

相关条文

《民法总则》第183条规定：“因保护他人民事权益使自己受到损害的，由侵权人承担民事责任，受益人可以给予适当补偿。没有侵权人、侵权人逃逸或者无力承担民事责任，受害人请求补偿的，受益人应当给予适当补偿。”

《民法通则》第109条规定：“因防止、制止国家的、集体的财产或者他人的财产、人身遭受侵害而使自己受到损害的，由侵害人承担赔偿责任，受益人也可以给予适当的补偿。”

《侵权责任法》第23条规定：“因防止、制止他人民事权益被侵害而使自己受到损害的，由侵权人承担责任。侵权人逃逸或者无力承担责任，被侵权人请求补偿的，受益人应当给予适当补偿。”

理解与适用

本条是关于因保护他人民事权益而使自己受到损害时的责任承担问题的规定。

见义勇为历来是中华民族的传统美德。在日常生活中，为防止、制止他人的民事权益被侵害而使自己受到损害的情况为数不少。例如，为了帮助被抢劫的人的财物免遭损失，阻止抢劫犯逃跑，从而被抢劫犯打伤。又如，旅游车掉入河里，见义勇为者为了救人导致自己受伤等。为了弘扬社会主义的良好风尚，鼓励和支持舍己为人的高尚行为，防止见义勇为者流血又流泪的情形发生，本条规定了见义勇为者的损害赔偿请求权和责任承担主体。

本条规定与《民法通则》第109条的核心精神是一脉相承的。

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第15条规定：为维护国家、集体或者他人的合法权益而使自己受到人身损害，因没有侵权人、不能确定侵权人或者侵权人没有赔偿能力，赔偿权利人请求受益人在受益范围内予以适当补偿的，人民法院应予支持。

在大陆法系国家，普遍的做法是以无因管理制度来规范见义勇为的行为。^[11]根据《俄罗斯民法典》第980条、第983条和第984条关于无因管理制度的明文规定，利害关系人应补偿见义勇为者的财产损失和人身损害，二者之间可以成立无因管理之债。在法国和瑞士，在处理见义勇为者的人身损害赔偿问题时，也灵活地适用了无因管理的制度。^[12]本条继承了《民法通则》和相关司法解释的做法，就受益人对见义勇为者的适当补偿义务专门予以了规定，形成了一项独立类型的法定补偿义务。

本条所确认的见义勇为者受到侵害时的损害赔偿请求权，与《民法典》第182条中紧急避险人不承担责任或者给予适当补偿的规定有所不同，主要表现在：第一，本条是关于因保护他人民事权益免遭损害而见义勇为者的请求权，而第182条规定的是紧急避险人为了避免自

己或者他人的人身、财产损失而损害了他人的财物时不承担责任的情形；第二，本条规定的被损害主体是见义勇为者，而第182条规定的被损害主体是紧急避险人之外的人；第三，本条不包括自然灾害引起的他人民事权益被侵害的情形，而第182条中的紧急避险既包括人的行为引起的险情，也包括自然原因引起的险情。

依据本条提出损害赔偿请求的必须是因保护他人民事权益而受到损害的人。换言之，受到损害的人不是为了自己的民事权益不受侵害，而是为了他人的民事权益不受侵害而为防止、制止行为。这里所谓的损害包括人身损害与财产损失。

从因果关系上讲，受害人的损害是侵权人的侵权行为导致的，而见义勇为者也是因为侵权人的侵权行为才见义勇为的，因此，对于见义勇为者所受的损害，也应当由侵权人承担民事责任。

按照侵权责任构成的一般原理，受益人不是侵权人，其对被侵权人即见义勇为者而言本身不存在任何过错，与被侵权人即见义勇为者的损害没有因果关系，因此不应当负有赔偿的责任。但是，从道德上讲，见义勇为者毕竟是为了他人的民事权益不受侵害才遭受损害的。如果不是为了受益人的利益，见义勇为者也不会遭受损害。特别是在无法查明侵权人、侵权人逃逸或者侵权人无力承担民事责任时，如果见义勇为者由于见义勇为遭受了损害却得不到任何赔偿和补救，显然也不公平。虽然我国的一些省、市建立了见义勇为基金，专门鼓励那些为了国家、集体、他人利益舍身相助、见义勇为的人，但见义勇为基金的设立并不普遍，而且领取也有限制，因此，在我国的责任保险制度尚不发达、社会保障制度还远未健全的背景下，为了较好地解决矛盾、平衡利益、分担损失，促进社会助人为乐良好风气的形成，规定由受益人给予适当补偿也是有积极意义的。^[13]当然，从长远来看，对于见义勇为者在见义勇为时所受损害，应该根据矫正正义和分配正义的要求，建立多元化的救济机制。^[14]

本条规定了受益人适当补偿的两种情形。一是自愿补偿。中华民族自古就有感恩的传统，滴水之恩当涌泉相报，如果受益人愿意对见义勇为者表示感谢，在侵权人承担民事责任之外给予适当补偿当然是值得提倡的。因此本条规定，为保护他人民事权益而使自己受到损害的，由侵权人承担民事责任，受益人可以给予适当补偿。二是法定补偿。在没有侵权人、侵权人逃逸或者无力承担民事责任时，受益人应当给予适当补偿。与自愿补偿相比，此时的补偿是法定的，不以受益人自愿为条件。但法定补偿的成立以没有侵权人、侵权人逃逸或者无力承担民事责任为前提。相反，如果侵权人没有逃逸或者有赔偿能力的，见义勇为者不能找受益人要求补偿。此外，这种法定补偿责任也

需要见义勇为者明确提出。

无论是自愿补偿还是法定补偿，受益人给予的都是适当的补偿。与采取填平损失原则的赔偿不同，补偿并不要求受损多少就偿付多少。补偿不是赔偿，“适当”这一限定语也具有弹性，因此本条所谓的“给予适当补偿”，就是赋予法官按照公平观念，根据见义勇为者的受损情况、受益人的受益情况等因素，行使其自由裁量权，决定受益人应当补偿的具体数额。^[15]

（本条由黄忠撰写）

第一百八十四条

因自愿实施紧急救助行为造成受助人损害的，救助人不承担民事责任。

本条主旨

本条对紧急救助行为人的豁免权作出了规定。

相关条文

《民法总则》第184条规定：“因自愿实施紧急救助行为造成受助人损害的，救助人不承担民事责任。”

理解与适用

助人为乐、见义勇为是中华民族的传统美德。如何通过法律弘扬这一美德是《民法典》编纂时的一项重要使命。本条规定了紧急救助行为人的豁免规则，有助于降低善意施救者所要承担的风险，鼓励善行。

紧急救助行为人享有豁免权须具备以下要件。

（1）为自愿施救者。我国立法目前不承认民事主体承担有普遍性的救助义务。与此相应，享有豁免权的施救者必须是那些对他人不承担一般救助义务，但对身处危难境地的他人主动实施救助行为的人，即自愿施救者。反之，承担特殊救助义务的人不享有豁免权。特殊救助义务可以源于合同的约定，也可以源于救助人的先前行为，还可以源于法律的规定。比如，《执业医师法》第24条规定，医师对患者有紧急救治的职责。

（2）行为人实施了无偿救助行为。实施救助行为，不仅包括行为人自己采取救助措施对处于危难者进行救助，也包括行为人呼他人对处于危难者进行救助。前者主要适用于行为人具有救助能力而主动实施救助的情形，后者主要适用于行为人不具有救助能力，或者情况危急、复杂，必须由专业人员介入等情形。

需要强调指出的是，在理论上，自愿施救者享有豁免权应当以其没有重大过失为前提。当救助者有重大过失造成被救助者损害的，救助者仍应承担责任。自愿施救者因重大过失可能涉及的民事责任主要包括两种类型：一是因行为人的不作为违反了先行行为所产生的救助义务而应当承担的侵权责任，二是行为人因救助不当违反救助义务所承担的侵权责任。反之，如果行为人仅有一般过失仍得免责。但在十二届全国人大五次会议各个代表团审议《民法总则（草案）》时，一些代表提出，上述但书的规定不能完全消除救助人的后顾之忧，对救助人的保护不够彻底，建议修改。法律委员会经研究，建议从举证责任、是否存在重大过失等方面对救助者特殊情况下承担责任予以严格限定。但此后一些代表继续提出，上述限定仍然难以免除见义勇为者的后顾之忧，不利于倡导、培育见义勇为、乐于助人的良好社会风尚，建议删除。法律委员会经研究，赞成这一意见，并最终删除了上述但书内容。据此，在解释论上，依据《民法典》第184条的规定，实施紧急救助行为造成受助人损害的，救助者就不承担民事责任。

（本条由黄忠撰写）

第一百八十五条

侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉，损害社会公共利益的，应当承担民事责任。

本条主旨

本条是关于侵害英雄烈士等的人格利益应当承担民事责任的规定。

相关条文

《民法总则》第185条规定：“侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉，损害社会公共利益的，应当承担民事责任。”

《英雄烈士保护法》第22条第2、3款规定：“英雄烈士的姓名、肖像、名誉、荣誉受法律保护。任何组织和个人不得在公共场所、互联网或者利用广播电视、电影、出版物等，以侮辱、诽谤或者其他方式侵害英雄烈士的姓名、肖像、名誉、荣誉。任何组织和个人不得将英雄烈士的姓名、肖像用于或者变相用于商标、商业广告，损害英雄烈士的名誉、荣誉。”“公安、文化、新闻出版、广播电视、电影、网信、市场监督管理、负责英雄烈士保护工作的部门发现前款规定行为的，应当依法及时处理。”

《英雄烈士保护法》第26条规定：“以侮辱、诽谤或者其他方式侵害英雄烈士的姓名、肖像、名誉、荣誉，损害社会公共利益的，依法承担民事责任；构成违反治安管理行为的，由公安机关依法给予治安管理处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”

理解与适用

本条沿袭了《民法总则》第185条的规定，对于维护民族精神、弘扬社会公德、有效保护英雄烈士人格利益具有重要意义。关于本条规定的立法目的，存在一定的争议，有学者认为：本条属于对英雄烈士进行特别保护的规定。虽然本条规定了“损害社会公共利益”，但行为人依据本条承担民事责任并不以“损害社会公共利益”为必要。^[16]还有学者认为，本条属于死者人格利益保护条款，其主要目的是保护死者人格利益，而不是保护社会公共利益，“即使本条文特别强调对英雄烈士的姓名、肖像、名誉、荣誉进行的保护，是弘扬社会主义核心价值观，是扬善抑恶，仍然是对死者人格利益的保护，适用的是同样的民法法理”^[17]。笔者认为，从本条规定的文义和立法背景来看，它并不是专门的死者人格利益保护条款，其规范目的也不仅仅是保护英雄烈士等的人格利益，还在于保护社会公共利益。

依据本条规定，构成侵害英雄烈士等人格利益的民事责任需要符合如下条件。

第一，侵害对象是“英雄烈士等”。

从本条规定来看，其所规定的民事责任的成立要求侵害了“英雄烈士等”的人格利益。关于何为烈士，《烈士褒扬条例》和《军人抚恤优待条例》分别对公民被评定为烈士的条件和现役军人被批准为烈士的条件作出了规定^[18]，如在依法查处违法犯罪行为、执行国家安全工作任务、执行反恐怖任务和处置突发事件中牺牲的公民，以及在执行外交任务或者国家派遣的对外援助、维持国际和平任务中牺牲的公民等。因此，本条中“烈士”的内涵和范围相对明确。但关于如何理解本条中“英雄”的含义，学者间存在一定的分歧：一种观点认为，本条中的“英雄”属于形容词，用于修饰“烈士”，即应当将本条中的“英雄烈士”解释为“具有英雄品质的烈士”。此种观点认为，如果将此处的“英雄”理解为名词，“则在其人格权益被侵害但尚未达到损害社会公共利益的程度时，应当由其自主决定是否要求侵权人承担民事责任，这是民法尊重意思自治的基本要求。只有在英雄烈士已经牺牲，其在事实上已经无法要求侵权人承担民事责任时，才需要本条特别规定该侵权人仍然需要承担民事责任”^[19]。另一种观点认为，本条中的“英雄”属于名词，即属于与烈士并列的人。此种观点又可以细分为两种不同的观点：一是认为“英雄”可以是生存的英雄，也可以是已经去世的英雄人物^[20]；二是认为此处的“英雄”应当指已经去世的英雄人物。^[21]

笔者认为，本条中的“英雄”应当属于名词，而且其不限于已经去世的英雄人物。将本条中的“英雄”解释为修饰“烈士”的形容词并不妥当，因为：一方面，从《烈士褒扬条例》和《军人抚恤优待条例》关于烈士评定和批准的规定来看，能够被认定为烈士的公民或者现役军人基本上都是“英雄的”，如果将本条中的“英雄”解释为形容词，用于修饰烈士，在客观上并不必要。而且将“英雄”理解为形容词用于形容“烈士”，是否意味着不具有英雄特征的烈士就不受本条保护？另一方面，在将本条中的“英雄”解释为名词时，并不意味着本条没有意义。如前所述，《民法典》颁行前，虽然我国立法也保护人格权，但其主要着眼于保护个人利益，而没有对侵害个人人格权益同时损害社会公共利益的行为进行规范。此时，本条强调对公共利益的保护，仍然具有重要意义。因为在行为入侵害英雄人物的人格权益且损害社会公共利益的情形下，英雄人物本人可能放弃请求行为入承担侵权责任，社会公共利益也将难以维护^[22]，这就有必要借助本条的规定追究行为入的民事责任。此外，由于本条的规范目的在于保护社会公共利益，对英雄人物而言，不论其是否已经去世，对其人格利益的侵害均有损害社会公共利益的可能，而且从本条的文义来看，其并没有规定保护范围限定为已经去世的英雄。因此，本条中的“英雄”可以是仍处于生存状态的英雄人物，也可以是已经去世的英雄人物。

关于对本条中“等”字的理解，存在不同观点。一种观点认为，应当采用同类解释规则，将其解释为与英雄、烈士具有同等地位的人。^[23]但关于何为“与英雄、烈士具有同等地位的人”，此种观点并没有作出明确说明。另一种观点认为，本条所规定的“等”具有特定的指向，其是指“在我国近现代历史上，为争取民族独立和人民自由幸福、国家繁荣富强作出了突出贡献的楷模”，“只要是能够作为民族精神的代表、民族文化的旗帜的人，都可以纳入本条保护的主体范围”^[24]。笔者赞成第一种观点，即应当采用同类解释规则来解释本条中“等”字的含义。所谓同类解释规则，是指如果法律上列举了具体的人或物，并将其归入“一般性的类别”，则该“一般性的类别”应当与具体列举的人或物属于同一类型。^[25]从本条规定来看，其使用“英雄烈士等”这一表述，意在扩大保护范围。但按照立法者的观点，其并没有无限扩大保护范围的意思。^[26]笔者认为，在运用同类解释规则确定本条中“等”字的含义时，需要考虑本条保护社会公共利益的规范目的，即对某人而言，侵害其人格权益能够产生同侵害英雄烈士人格利益相似的结果（即损害社会公共利益）的，应当将其纳入本条中“等”字的范畴，反之，则不应当纳入“等”字的范畴。此种解释方案实际上要求在个案中对本条中“等”字的含义进行具体判断：如果行为入侵害了他人的格权益，同时损害了社会公共利益，则不论受害人是否属于与英雄烈士具有同等品质的人，都应当将其纳入本条

中“等”字的范畴；反之，如果行为人侵害他人的人格权益，但没有损害社会公共利益，即便受害人属于“民族精神的代表、民族文化的旗帜”，也不应当将其纳入本条中“等”字的范畴。

第二，侵害了英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉。

从本条规定来看，其在规定所保护的人格利益范围时采用了具体列举的方式，即仅列举了姓名、肖像、名誉、荣誉这四项人格利益，而且没有采用兜底性的规定。也就是说，行为人只有在侵害了英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉时，才需要依据本条规定承担民事责任。

问题在于：如果行为人侵害了英雄烈士等的其他人格权益，同时损害了社会公共利益，此时，行为人是否需要依据本条规定承担民事责任？例如，行为人披露英雄烈士等的隐私，同时造成了不良的社会影响，此时，其是否需要依据本条规定承担民事责任？笔者认为，本条的规范目的在于保护社会公共利益，其主要规范侵害他人人格利益同时损害社会公共利益的行为，因此，不论是侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉，还是侵害其隐私等其他人格利益，只要损害了社会公共利益，原则上都应当受到法律的同等评价。《民法典》第185条仅列举了姓名、肖像、名誉、荣誉四项人格利益，而没有规定其他类型的人格权益，导致了不同人格利益在价值评价上的失衡，应当构成法律漏洞。对此，可以考虑运用类推适用的方法填补该法律漏洞。也就是说，如果行为人的行为侵害了英雄烈士等的其他人格利益，同时损害社会公共利益的，可以考虑类推适用本条的规定追究行为人的民事责任。

第三，损害社会公共利益。

从本条规定来看，行为人侵害英雄烈士等的人格利益必须同时损害社会公共利益时，其才需要依据本条规定承担民事责任。公共利益是由法律和行政法规规定的，有关国家安全、促进国民经济和社会发展等方面的利益。公共利益应当与国家、社会的整体利益保持一致，应当是社会成员多数人的利益，而不应当是某一个小团体、极少数人甚至个人的利益。^[27]本条将损害公共利益作为此种民事责任的构成要件，有利于凸显本条的规范目的，并可以为对本规则的解釋提供价值指引。但公共利益在性质上属于不确定概念，其内涵和外延都具有广泛的不确定性^[28]，将其作为行为人承担民事责任的条件也会产生一定的问题：一方面，可能赋予法官过大的自由裁量权。由于公共利益的内涵和外延不确定，不同法官对公共利益的认识可能存在一定的差别，即便在同一案件中，在判断某一行为是否损害社会公共利益

时，不同法官也可能得出相反的结论，这就可能导致司法的不统一，影响司法的权威与公信力。另一方面，可能影响个人的行为自由。由于公共利益的内涵不确定，个人的行为一旦涉及对英雄烈士等的人格利益的保护，即便是纯粹的学术研究或者新闻报道，行为人也有可能依据本条承担责任，而这将降低人们行为的可预期性，对个人的行为自由构成重大妨害。

正是基于上述原因，为保障本条的准确适用，需要准确界定本条中公共利益的范围，以为法官的裁判提供具体的指引，保障类似案件得到类似处理。就公共利益这一概念而言，其内涵具有不确定性和开放性，在不同领域内和不同情形下，其内涵会存在一定的差别。^[29]例如，在征收、征用中，公共利益主要体现为建设国防设施，发展交通、水利、卫生、教育等公共事业^[30]；而在政府信息公开领域，公共利益可能体现为国家秘密、公务员工作秘密等。^[31]因此，在界定公共利益的范围时，应当考虑其所处的语境和情境，尤其考虑具体法律规则中使用该概念的立法背景和立法目的。从本条的立法背景来看，制定本规则的主要诱因是实践中发生的“邱少云案”“狼牙山五壮士案”等侵害英雄烈士的人格利益纠纷，制定本规则的主要目的是促进社会尊崇英烈，扬善抑恶，弘扬社会主义核心价值观。据此，应当将本条中的“社会公共利益”界定为维护社会风气与社会公共道德。也就是说，即便行为人的行为侵害了英雄烈士等的人格利益，但如果其没有损害社会风气以及社会公共道德，其也不应当依据本条承担民事责任。例如，行为人未经许可将某英雄人物的肖像用于自己的产品包装，该行为不仅没有影响社会风气和公共道德，反而宣传了英雄事迹，取得了良好的社会反响。在此情形下，行为人的行为并没有损害社会公共利益，其不应当依据本条承担民事责任。

此外，还需要探讨的是：本条在规定侵害英雄烈士等的人格利益的民事责任时，将损害社会公共利益作为责任构成要件，这是否意味着，如果行为人侵害英雄烈士等的人格利益，并未损害社会公共利益，其就无须承担民事责任？笔者认为，此种理解并不妥当。本条的规范目的在于保护社会公共利益，因此在行为人侵害英雄烈士等的人格利益而未损害社会公共利益时，其虽然不需要依据本条规定承担民事责任，但这并不意味着该行为不构成侵权。在行为人侵害英雄烈士等的人格利益符合侵权责任的构成要件时，其仍然需要承担侵权责任，具体而言：对于仍然生存的英雄等，其人格权益受法律保护，在行为人侵害其人格权益时，其有权依据《民法典》之人格权编、侵权责任编的规定请求行为人承担侵权责任。对已经去世的英雄烈士等，如果行为人侵害其人格利益，其近亲属有权依据《民法典》第994条的规定请求行为人承担侵权责任。同时，由于本条意在保护社会公共

利益，因此，行为人在侵害英雄烈士等的人格利益，同时损害社会公共利益的情形下，其除了需要依据本条规定承担损害社会公共利益的民事责任，还可能被受害人本人或者其近亲属请求承担侵害人格权益的侵权责任。

（本条由王叶刚撰写）

第一百八十六条

因当事人一方的违约行为，损害对方人身权益、财产权益的，受损害方有权选择请求其承担违约责任或者侵权责任。

本条主旨

本条对违约责任与侵权责任的竞合作出了规定。

相关条文

《民法总则》第186条规定：“因当事人一方的违约行为，损害对方人身权益、财产权益的，受损害方有权选择请求其承担违约责任或者侵权责任。”

《合同法》第122条规定：“因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。”

理解与适用

本条是关于责任竞合的规定。

竞者，争也；合者，符合，该当也。从词义上讲，责任竞合是指一个不法行为同时满足两个责任规范的构成要件。^[32]由于现代法律多采取抽象规范模式，并从不同的角度进行调整，因此常常发生同一事实符合数个法律规范的要件，进而导致这些规范都可以适用于该事实的现象。学理上称之为“规范竞合”。由于规范竞合之存在，当事人对同一行为可能依不同的规范应承担数个不同的法律责任，而这些法律责任又不能同时并存，这即是所谓的责任竞合。责任竞合既可能发生在同一法律部门中，如违约责任和侵权责任的竞合，亦可能发生在不同的法律部门之间，如民事责任与刑事责任、行政责任的竞合。

本条规定是对民法内部之责任竞合的规定。虽然我国立法确定了统一民事责任制度，但这只是在责任承担方面淡化了违约责任、侵权责任等民事责任的差异，而不影响各个民事责任的构成，因此，各个民事责任之间的竞合问题仍然存在。在民法内部，侵权责任和违约责任是两种最基本的民事责任类型，因而本条专门就违约责任和侵权责任的竞合这一热点问题予以了规范。但这并不意味着违约责任、侵权责任之外的其他民事责任之间就不会出现竞合的可能。比如，违反不当得利返还义务所产生的债务不履行责任与侵权责任事实上也存在竞合的可能；非法使用他人的房屋，租赁期限届满而对租赁物继续使用和收益等，均构成对他人财物的侵害，行为人应负侵权责任，同时，由于行为人从财物之上获得利益无法律上的根据，其亦应负不当得利的返还责任。^[33]

所谓违约责任和侵权责任的竞合，是指一个违反民事义务的行为同时符合违约责任的要件和侵权责任的要件，从而导致违约责任和侵权责任一并产生的法律现象。侵权责任与违约责任是两种基本的民事责任类型。我国《民法典》在总则编专设“民事责任”一章，不仅就两类责任的共性问题作出了规定，而且就两类责任的具体问题分别作出了规定；合同编、侵权责任编又分别对违约责任和侵权责任的构成与法律后果等问题作了更为详细的规定。从上述概念我们可以看出，违约责任与侵权责任竞合具有以下特征：（1）必须是同一民事主体。引起侵权责任与违约责任同时发生的同一不法行为，是由一个民事主体实施的，受害人也是同一人。（2）必须是同一不法行为。如果行为人实施了两个以上的不法行为，引起侵权责任与违约责任同时发生的，应适用不同的法律规定，行为人承担不同的责任。（3）同一不

法行为既符合侵权责任的构成要件，又符合违约责任的构成要件，使两个民事责任在同一不法行为上并存。（4）违约责任与侵权责任相互排斥。违约责任与侵权责任既不能相互包容，也不能同时并存。数个民事责任的相互排斥的性质将民事责任竞合与责任聚合区别开来。

从实务来看，侵权责任与违约责任竞合主要有以下情况：（1）合同当事人的违约行为，同时侵犯法律规定的强行性义务，如保护、照顾、通知、忠实、保密等附随义务或其他法定的不作为义务，例如，出售有瑕疵的产品致人损害，违反合同约定的保密义务而致他人的隐私受到侵害等。（2）在某些情况下，侵权行为直接构成违约的原因，即所谓“侵权性的违约行为”，如在加工承揽合同中，因承揽人保管不善，定作物或定作人提供的材料毁损、灭失。同时，违约行为也可能造成侵权的后果，即所谓“违约性的侵权行为”，如在建设工程合同中，工程质量低劣而致发包方受有损害。（3）在加害人与受害人之间事先就存在着一种合同关系，这种合同关系的存在，使加害人对受害人的损害行为，既可以作为侵权行为，也可以作为违反当事人事先约定的义务的违约行为，如在医疗服务合同中，医生的故意或重大过失造成病人的伤害或死亡。

按照本条的规定，违约责任与侵权责任竞合的，受损害人可以选择违约责任或者侵权责任请求对方承担。换言之，当事人一方的违约行为侵害了对方的人身、财产权益的，受损害方有权选择依照合同法要求其承担违约责任，或者依照其他法律要求其承担侵权责任。于侵权行为与违约责任竞合时，赋予受损害方选择权，一方面充分尊重了受损害方的意愿^[34]，另一方面也可以避免受损害方重复主张，违背民事责任的补偿性原则。但在实务中，受损害方作出不同的选择，其受救济的程度可能会存在差异。因此受损害方在作出选择时，需要明确侵权责任与违约责任的主要区别。按照我国现行法的规定，侵权责任与违约责任的区别主要体现在以下方面。^[35]

（1）归责原则不同。违约责任原则上适用严格责任原则。《民法典》第577条规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。该规定显然是对严格责任的规定，而没有考虑主观过错。虽然侵权责任采用多种归责原则，但过错责任仍然是一般的归责原则。

（2）免责事由不同。违约责任存在约定免责事由与法定免责事由。法定免责事由仅仅有不可抗力。而即便是不可抗力，也并非当然使行为人免责，而必须基于不可抗力影响的范围，部分或全部地免除行为人的责任。在合同法中，当事人可以约定免责事由的自由受到严格限制，依据《民法典》第506条，造成对方人身损害以及因故意或

重大过失造成对方财产损失的免责条款无效。因此，当事人只能约定一般过失造成对方财产损失时的责任免除。但是，侵权责任法给予了侵权人很多法定的免责事由，侵权人只要证明免责事由的存在，就可以被免责。

（3）赔偿范围不同。侵权责任的损害赔偿范围是由法律规定的，包括对直接损失和间接损失的赔偿。而违约责任的损害赔偿范围，可由双方当事人事先约定。虽然违约损害赔偿也包括对直接损失和间接损失的赔偿，但通常赔偿数额不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失，因此，人身损害赔偿通常不包括在违约责任的赔偿范围内。

（4）诉讼时效可能不同。法律对侵权责任与违约责任的诉讼时效有时作出了特殊规定。比如，侵权责任与违约责任的诉讼时效一般为3年，但国际货物买卖合同和技术进出口合同的违约责任的诉讼时效为4年。

（5）诉讼管辖不同。因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖，合同的双方当事人也可以协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地和标的物所在地等的人民法院管辖；而因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或被告住所地人民法院管辖。

需要强调指出的是，上述区别仅是在抽象意义上而言的，我们尚不能简单认为侵权责任与违约任何者对受害人更优越，而只能结合个案之具体事实来具体确定。“对债权人言，侵权责任或契约责任，抽象言之，各具利弊，实际利益状态如何，仅能就具体案件决定之。”^[36]

还需要补充的是，责任竞合多发生在法律对两种责任的构成要件未作特别规定时。若法律对违约责任或侵权责任的构成要件作了特别规定，应直接依据该特别规定处理，排除责任竞合。比如，按照合同法中赠与合同的规定，赠与人故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵，造成受赠人损失的，赠与人应当承担损害赔偿责任。通说主张，此时依法律规定仅产生违约责任，应排除责任竞合。^[37]

（本条由黄忠撰写）

第一百八十七条

民事主体因同一行为应当承担民事责任、行政责任和刑事责任的，承担行政责任或者刑事责任不影响承担民事责任；民事主体的财产不足以支付的，优先用于承担民事责任。

本条主旨

本条对法律责任的聚合作出了规定。

相关条文

《民法总则》第187条规定：“民事主体因同一行为应当承担民事责任、行政责任和刑事责任的，承担行政责任或者刑事责任不影响承担民事责任；民事主体的财产不足以支付的，优先用于承担民事责任。”

《民法通则》第110条规定：“对承担民事责任的公民、法人需要追究行政责任的，应当追究行政责任；构成犯罪的，对公民、法人的法定代表人应当依法追究刑事责任。”

《侵权责任法》第4条规定：“侵权人因同一行为应当承担行政责任或者刑事责任的，不影响依法承担侵权责任。”“因同一行为应当承担侵权责任和行政责任、刑事责任，侵权人的财产不足以支付的，先承担侵权责任。”

理解与适用

本条是关于法律责任聚合与民事责任优先原则的规定。

法律责任是违反法律所要承担的不利后果。按照被违反法律的不同，法律责任可以分为民事责任、行政责任和刑事责任。民事责任，是指民事主体不履行或者不完全履行民事义务而依法承担的不利后果，包括侵权责任、违约责任等。行政责任，是指因违反行政法律、法规而应当承担的法定的不利后果。刑事责任，是指因违反刑事法律而应当承担的法定的不利后果。

（一）民事责任和行政责任、刑事责任的聚合

民事责任、行政责任和刑事责任是三种性质的不同法律责任，各自有其不同的发生根据和特定的适用范围。一般情况下，三者各自独立存在，并行不悖。但民事主体可能会因同一行为而同时违反民法、行政法、刑法等的规定，从而出现民事责任、行政责任和刑事责任的聚合问题。责任聚合亦称请求权聚合，是指同一法律事实基于法律的规定以及损害后果的多重性，而使责任人向权利人承担多种内容不同的法律责任的形态。^[38]比如，甲打伤了乙，乙因此花费医疗费1万元，甲的行为同时违反了侵权责任法和《治安管理处罚法》的规定，因此甲须同时承担民事赔偿责任和治安行政处罚（其中有罚款的规定）两种责任。也就是说，民事主体因同一行为应当承担民事责任、行政责任和刑事责任的，承担行政责任或者刑事责任并不影响承担民事责任。

责任聚合是近代法律制度区分不同法律部门的结果。责任聚合与传统意义上的责任竞合是既有区别又有联系的两个概念，二者的共同之处在于均有同一事实引起数个法律责任的特征，区别在于责任聚合所包括的数个责任之间并无冲突，而责任冲突是责任竞合的最基本特征。

（二）民事责任优先原则

在责任聚合的情况下，民事主体会因同一行为同时承担民事责任、行政责任和刑事责任。此时，如果民事责任、行政责任和刑事责任的具体内容完全不同，则三种责任的承担可以并行不悖，但如果民事责任、行政责任和刑事责任之具体内容相同，特别是均具有财产性内容，而民事主体的责任财产有限，那么如何确定承担责任的先后顺

序就显得非常重要。比如，某一民事主体的证券欺诈行为，因为构成侵权，所以行为人要向受害人承担民事赔偿责任；因为违反行政法律、法规，所以行为人被处以罚款、没收非法所得；因为构成犯罪，所以行为人被依法判处有期徒刑、没收财产。此时，如果该民事主体的财产不足以同时承担民事赔偿责任和罚款、罚金以及没收财产等行政或刑事责任，这三种责任就发生了冲突。

民事责任优先承担，还是包括行政责任、刑事责任在内的公法责任优先承担，不仅与民事责任、行政责任和刑事责任的性质有关，更涉及法律的价值选择。民事责任主要承担着救济受害人的功能，旨在维护权利人的合法权益，而行政责任、刑事责任主要维护的是公共秩序和社会公共利益，因此，责任聚合时责任承担的先后顺序实际上关涉私人利益与国家利益之间关系的协调。在我国，长期以来，受政治、经济体制的影响，国家利益占主导地位，个人利益必须服从国家利益，先刑后民观念根深蒂固。随着2004年人权保障条款“入宪”，2007年《物权法》颁布、实施，个人利益逐渐得到承认与尊重，平衡利益观、社会正义观逐步得到确立，个人利益优先受保护，只有为了避免更大的不正义，国家、社会利益才能优先于个人利益受到保护。^[39]正是遵循这一价值判断，本条确立了民事责任优先原则。所谓民事责任优先原则，是指在某一民事主体的财产不足以同时用于承担民事责任、行政责任或者刑事责任时，应当优先用于承担民事责任。比如，一企业生产、销售缺陷产品，造成消费者人身、财产损害，并构成生产伪劣产品罪，该企业需同时承担对消费者的侵权责任、违约责任以及生产伪劣产品罪的刑事责任，如果刑事责任的内容为罚金，则其财产不足以同时支付对受害人的赔偿以及罚金时，对受害人的赔偿优先于罚金。确立民事责任优先承担的原则，体现了对公民权益的优先保护。^[40]

当然，民事责任优先原则的适用也是有条件的。第一，民事主体所承担的民事责任须合法有效。第二，民事主体所承担的民事责任与行政责任、刑事责任的具体内容相同，通常都具有财产性内容。第三，民事主体的财产不足以同时用于承担民事责任、行政责任和刑事责任。换言之，如果民事主体的财产可以同时用于承担民事责任、行政责任和刑事责任，则这三种责任并行不悖，责任人应当同时承担这三种责任，只有在财产不足时，才出现民事责任的承担优先的问题。

（本条由黄忠撰写）

[1] 王利明.民法总则研究.北京：中国人民大学出版社，2003：263.

[2] 王利明.债法总则研究.北京：中国人民大学出版社，2015：183.

[3] 王利明.债法总则研究.北京：中国人民大学出版社，2015：226.

[4] 需要指出的是，主张必须有法律的明确规定或当事人的明确约定才能成立连带债务的做法其实并非比较法上的通例，德国法上就允许推定连带债务的成立。郑玉波.民法债编总论.北京：中国政法大学出版社，2004：391.

[5] 张新宝.侵权责任法原理.北京：中国人民大学出版社，2005：66.

[6] 王利明.为什么需要强制赔礼道歉.人民法院报，2012-10-16.黄忠.一个被遗忘的“东方经验”：再论赔礼道歉的法律化.政法论坛，2015（4）.

[7] 张新宝.侵权责任法原理.北京：中国人民大学出版社，2005：128.

[8] 伊泽孝平.民事法学辞典.东京：有斐阁，1960：1705.

[9] 陈本寒，艾围利.侵权责任法不可抗力适用规则研究.现代法学，2011（1）.

[10] 王利明.侵权行为法研究.北京：中国人民大学出版社，2004：558-559.

[11] 王利明.人身损害赔偿疑难问题.北京：中国社会科学出版社，2004：469-486.

[12] 曾大鹏.见义勇为为立法与学说之反思：以《民法通则》第109条为中心.法学评论，2007（2）.

[13] 王轶.作为债之独立类型的法定补偿义务.法学研究，2014（2）.

[14] 王雷.见义勇为为行为中的民法学问题研究.法学家，2012（5）.缪宇.论被救助者对见义勇为者所受损害的赔偿义务.法学家，2016（2）.

[15] 有关适当补偿要考虑的具体因素，可参见王利明.债法总则研究.北京：中国人民大学出版社，2015：613-624.

[16] 张新宝.《中华人民共和国民法总则》释义.北京：中国人民大学出版社，2017：401-403.

[17] 杨立新.英烈与其他死者人格利益的平等保护. [2017-04-15].http://www.legaldaily.com.cn/fxjy/content/2017-03/16/content_7056376.htm?node=70948.

[18] 参见《烈士褒扬条例》第8条、《军人抚恤优待条例》第8条。

[19] 张新宝.侵害英烈人格权益应当承担侵权责任的规定解读.

[2017-04-12] .http://www.legaldaily.com.cn/fxjy/content/2017-03/22/content_7063445.htm.

[20] 王利明.中华人民共和国民法总则详解：下册.北京：中国法制出版社，2017：857.

[21] 杨立新.英烈与其他死者人格利益的平等保护. [2017-04-15] .http://www.legaldaily.com.cn/fxjy/content/2017-03/16/content_7056376.htm?node=70948.

[22] 而且即便该英雄人物请求行为人承担侵权责任，也只是对其个人利益的救济，而没有对遭受损害的社会公共利益进行救济。

[23] 王利明.中华人民共和国民法总则详解：下册.北京：中国法制出版社，2017：858.

[24] 张新宝.《中华人民共和国民法总则》释义.北京：中国人民大学出版社，2017：402.

[25] 王利明.法学方法论.北京：中国人民大学出版社，2012：395.

[26] 石宏.中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及相关规定.北京：北京大学出版社，2017：440.

[27] 赵震江.法律社会学.北京：北京大学出版社，1998：244-245.

[28] 胡鸿高.论公共利益的法律界定：从要素解释的路径.中国法学，2008（4）.

[29] 胡鸿高.论公共利益的法律界定：从要素解释的路径.中国法学，2008（4）.

[30] 参见《国有土地上房屋征收与补偿条例》第8条。

[31] 王敬波.政府信息公开中的公共利益衡量.中国社会科学，2014（9）.

[32] 王利明.违约责任论.北京：中国政法大学出版社，2003：329.韩世远.合同法总论.3版.北京：法律出版社，2011：715.

[33] 张素华.《民法总则草案》（三审稿）的进步与不足.东方法学，2017（2）.

[34] 全国人大法制工作委员会民法室.《中华人民共和国合同法》立法资料选.北京：法律出版社，1999：168.

[35] 王利明.合同法.4版.北京：中国人民大学出版社，2013：249-250.

[36] 王泽鉴.民法学说与判例研究：第1册.北京：中国政法大学出版社，1998：

[37] 崔建远.合同法.2版.北京：北京大学出版社，2013：350.韩世远.合同法总论.3版.北京：法律出版社，2011：723.谢鸿飞.合同法学的新发展.北京：中国社会科学出版社，2014：532.

[38] 王利明.论责任聚合.判解研究，2003，2.

[39] 杨立新.侵犯知识产权中的责任聚合.人民司法，2012（21）.

[40] 王利明.论责任聚合.判解研究，2003，2.

第九章 诉讼时效

第一百八十八条

向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。法律另有规定的，依照其规定。

诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。法律另有规定的，依照其规定。但是，自权利受到损害之日起超过二十年的，人民法院不予保护，有特殊情况，人民法院可以根据权利人的申请决定延长。

本条主旨

本条对诉讼时效期间及其起算的一般规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第188条规定：“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。法律另有规定的，依照其规定。”“诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。法律另有规定的，依照其规定。但是自权利受到损害之日起超过二十年的，人民法院不予保护；有特殊情况，人民法院可以根据权利人的

申请决定延长。”

《民法通则》第135条规定：“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年，法律另有规定的除外。”

《民法通则》第136条规定：“下列的诉讼时效期间为一年：

（一）身体受到伤害要求赔偿的；（二）出售质量不合格的商品未声明的；（三）延付或者拒付租金的；（四）寄存财物被丢失或者损毁的。”

《民法通则》第137条规定：“诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。但是，从权利被侵害之日起超过二十年的，人民法院不予保护。有特殊情况的，人民法院可以延长诉讼时效期间。”

理解与适用

本条是关于诉讼时效期间及其起算的一般规定，包括普通诉讼时效期间及其计算、最长诉讼时效期间及其延长。具体来说，本条第1款规定的是普通诉讼时效期间；第2款第一句规定的是普通诉讼时效期间的起算点，第二句规定的是诉讼时效期间的其他起算点；第2款第三句前半句规定的是最长诉讼时效期间，第2款第三句后半句规定的是诉讼时效的延长。

（一）诉讼时效制度的功能

诉讼时效期间，是指权利人请求人民法院保护其民事权利的法定期间。诉讼时效制度适用于请求权，它的首要目的是督促权利人积极行使权利^[1]，体现了“法律保护勤勉者，不保护睡眠于权利之上的人”这一思路。在诉讼时效期间届满后，请求权的义务人可以针对请求权的行使提出抗辩。这有助于维护义务人的利益，在一定程度上缓和了义务人和权利人之间实力关系的不平等。^[2]其次，诉讼时效还以维护既定法律秩序的稳定为目标。请求权人长期不向义务人主张权利的，义务人可能会认为权利人放弃了他的请求权，从而在社会上形成了一种信赖，基于这种信赖，社会可能形成了相对稳定的财产秩序和相对秩序。从这一点来看，诉讼时效发挥着保护公共利益的功能。最

后，诉讼时效制度有利于证据的收集和判断，以及时解决法律纠纷。因为自一项请求权产生后，权利人不主张权利的时间越长，那么义务人甚至第三人可能会越发认为，权利人自己可能以为权利并未产生或权利人自己不再坚持要求履行，因此，随着时间的推移，查明基础事实、确定当事人间之法律关系，就会越发困难。因此，针对这种可能的举证困难，债权人本身应当通过及时行使请求权或者类似的证据保全手段来维护自己的利益，并对请求权成立的相关事实负举证责任，负担着这些事实因时间经过而无法查明的风险。与此相对，债务人通过抗辩阻止请求权行使、否认请求权存在的，就相关的事实负举证责任，并负担着这些事实因时间经过而无法查明的风险。因此，诉讼时效制度不仅是诚实信用原则的具体化，而且还避免当事人因证据收集而陷入困难。^[3]

（二）普通诉讼时效期间及其起算

普通诉讼时效期间，又称为一般诉讼时效期间，是指由民事基本法规定的普遍适用于应当适用诉讼时效的各种法律关系的时效期间。在法律没有特殊规定时，民事法律关系应当适用普通诉讼时效。普通诉讼时效期间的确定应考虑权利的性质，还与期间起算点的规定相互影响，二者依安全性价值与伦理性价值相互协调之原理而互为牵制，从而突出地体现了时效制度的正当性奠定在各种价值目标的衡平之上的特质。^[4]《民法通则》第135条将普通诉讼时效期间规定为2年。然而，这一诉讼时效期间因过短而不利于保护权利人。仅仅因为2年的时效期间经过，债务人即可拒绝履行债务，这与社会的一般道德观念有所抵触。因此，《民法通则》第135条确立的2年普通诉讼时效期间一直饱受学界批评^[5]，客观上滋生了投机分子赖账的行为。^[6]据不完全统计，《民法通则》实施以来，银行系统因诉讼时效期间过短而遭受的财产损失达700亿元之多^[7]，延长普通诉讼时效期间已成为共识。^[8]《民法典》没有沿用《民法通则》的规定，而是接受了学界的多数意见，将普通诉讼时效期间规定为3年。

依据本条第2款的规定，普通诉讼时效期间的起算时点是权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日。据此，诉讼时效期间的计算标准采纳了权利人知悉的主观标准，而没有采纳请求权成立或权利可以行使之日的客观标准。^[9]这里的“知道”包含两项内容：权利人知道或应当知道权利受到侵害（从而请求权产生）、权利人知道或应当知道具体的义务人。权利受到侵害是请求权产生的前提条件，如债务已届清偿期却未履行、所有人对物的占有被剥夺、身体健康遭受损害。在权利受到侵害的情况下，权利人可以主张请求权，并在必

要时通过向法院提起诉讼来保护自己的权利。权利人知道或应当知道权利受到损害，不要求权利人知道请求权据以产生的所有事实。权利人只需要知道损害发生的大致经过即可，并且知道，权利遭受损害的事实是认定请求权产生的关键因素。基于这一损害事实，权利人能够明确地认识到，他本身就是请求权的权利人，从而权利人可以基于这一事实针对特定的人提起诉讼。一般来说，权利人对权利受到损害等足以支持请求权产生的事实负有证明责任，这些事实一般不包括由债务人负证明责任的事实。对于这些事实，权利人不需要能够在事实层面和法律层面对它们作合理的评价。^[10]债务人是否能够提出抗辩、是否存在免责事由、是否存在过失相抵，均不属于权利人应当知道的事实。^[11]

需要区分的是权利遭受损害和清偿期届至。就合同之债而言，一般来说，清偿期届至时，债权人可以依法请求债务人履行债务。此时，诉讼时效期间可以开始起算。因此，债务人不履行的，债权人可以向法院起诉要求履行。但是，在侵权损害赔偿之债中，尤其是人身损害赔偿之债中，受害人遭受的第一次损害即身体健康权受损已经出现，受害人对于已经发生的治疗费等财产损失可以主张损害赔偿。但是，受害人未来可能遭受的后续损害何时发生尚不确定，受害人未来遭受的损害是否与第一次损害有关，可能还需要法院通过确认之诉查明。要求受害人以损害赔偿请求权履行期届至为主张请求权和计算诉讼时效期间的起点，难以操作。因此，在这种情况下，区分权利遭受损害和清偿期届至具有重要意义。^[12]

权利人知道义务人，是诉讼时效期间起算的另外一项要求。权利人是否知道或应当知道义务人，按照权利人凭借知道的信息能否提起诉讼为标准来认定。具体来说，权利人应当知道义务人的姓名和住址。^[13]如何解释“应当知道”？学界存在不同意见。第一种观点认为，对“应当知道”的认定应采纳合理人标准，即权利人作为一个合理的人、理性人在当时的情况下应当知道义务人^[14]，换言之，“应当知道”是指权利人尽到合理注意即可知道但权利人因过失而不知道；第二种观点认为，应当知道的认定应采重大过失标准，即权利人因重大过失不知义务人^[15]，换言之，如果权利人因轻过失而不知义务人，那么诉讼时效期间不起算。司法实践中在适用诉讼时效规定时如何理解“应当知道”？需要最高人民法院通过司法解释来明确。

一般来说，有履行期限的合同之债的诉讼时效期间，自履行期限届至时开始起算；未预定履行期限的合同之债，权利人应当通过催告给予义务人一定的准备履行期限，该宽限期届满的，履行期届至，诉讼时效期间开始计算。侵权损害赔偿之债的诉讼时效期间，自受害人

或权利人知道或应当知道权利被侵害时起算。返还不当得利请求权的诉讼时效期间，从权利人知道或者应当知道不当得利事实及受益人之日起计算。管理人因无因管理行为产生的给付必要管理费用、赔偿损失请求权的诉讼时效期间，从无因管理行为结束并且管理人知道或者应当知道本人之日起计算；本人因不当无因管理行为产生的赔偿损失请求权的诉讼时效期间，从其知道或者应当知道管理人及损害事实之日起计算。

（三）最长诉讼时效期间的确定及延长

最长诉讼时效期间，又称绝对诉讼时效期间，是指不适用诉讼时效中止、中断规定的时效期间。^[16]在采取主观标准确定诉讼时效期间起算点的情形下，债权人知道或者应当知道其权利受到侵害的时间存在极大的不确定性，诉讼时效期间可能会延长至数十年。此际，诉讼时效已被无限期地延迟，明显脱逃出时效制度之本旨。最长诉讼时效期间的规定即为主观起算点之下的平衡点：债权人无论知道与否，在该期间之后均不得主张请求权。^[17]由此可见，最长诉讼时效期间是对适用普通时效期间的矫正，发挥着尽量纠平制度本身带来的利益不平衡的功效。^[18]

本条沿袭了《民法通则》第137条但书对20年最长诉讼时效期间的规定：但是，从权利被侵害之日起超过20年的，人民法院不予保护。但就“20年期间”的性质，学界素有争议，大抵有最长诉讼时效说、除斥期间说和最长保护期限说等数种观点。^[19]笔者认为，该期间虽然在起算点上采取客观标准（“权利被侵害之日”），不同于普通时效期间对起算点采主观标准（“知道或者应当知道权利被侵害时”），但其在效力上与普通时效期间并无二致，均为债务人取得时效经过抗辩权。由此，“20年期间”的规定不过是弥补普通时效期间采主观起算点的不足，并不影响其作为诉讼时效期间的性质。

在解释上，最长诉讼时效期间是对民事权利设立的一个最长固定期限，因此，该期限不适用诉讼时效中止、中断的规定。一旦可以适用诉讼时效中止、中断的规定，最长诉讼时效就成为可变期间，与普通诉讼时效期间没有实质性的差别，也就丧失设立20年时效期间的初衷。^[20]从本条第2款第三句所使用的文句“自权利受到损害之日起超过二十年的，人民法院不予保护，有特殊情况的，人民法院可以根据权利人的申请决定延长”来看，诉讼时效期间的延长仅适用于20年最长诉讼时效期间。就普通诉讼时效期间而言，起算点和中止、中断的规定本身可以矫正较短的诉讼时效期间所造成的对权利人保护不足的

问题。

（本条由高圣平撰写）

第一百八十九条

当事人约定同一债务分期履行的，诉讼时效期间自最后一期履行期限届满之日起计算。

本条主旨

本条对分期履行债务的诉讼时效期间的起算规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第189条规定：“当事人约定同一债务分期履行的，诉讼时效期间自最后一期履行期限届满之日起计算。”

《诉讼时效规定》第5条规定：“当事人约定同一债务分期履行的，诉讼时效期间从最后一期履行期限届满之日起计算。”

理解与适用

本条是关于同一笔债务但约定分期履行的诉讼时效期间的起算的规定。

我国《民法通则》就此未作规定，导致在很长一段时间内，我国司法实践中的处理方式极不统一，主要存在两种观点：一种观点认为，诉讼时效期间应从每一笔债务履行期限届满之日起算；另一种观点则主张，诉讼时效期间应从最后一笔债务履行期限届满之日起算。最高人民法院在2000年作出的《关于借款合同中约定借款分期偿还应如何计算诉讼时效期间的答复》^[21]和在2004年作出的《关于分期履行的合同中诉讼时效应如何计算问题的答复》^[22]中所给出的处理意见也不一致。2008年《诉讼时效规定》出台，其中第5条规定：当事人约定同一债务分期履行的，诉讼时效期间从最后一期履行期限届满之日起计算。这在一定程度上统一了司法认识。

《民法典》于本条沿袭了《诉讼时效规定》第5条的规定，具有合理性。

第一，本条强调“同一债务”，符合整体性特征。当事人在同一份合同中约定就合同债务分期履行的，是为分期履行之债。^[23]其中，分期履行既包括分期付款，也包括分期交货。^[24]分期履行之债的缔约目的是对同一笔债务分期履行，该债务为单一的一个整体，具有唯一性。^[25]因此即使约定的每一期债务具有一定的独立性，但其权利义务关系终究是基于同一份合同而设定的，义务的内容作为一个整体构成了相对人的权利内容，权利人基于该合同所享有的权利也为一个整体，其主张合同权利是对这一个整体进行主张。^[26]故而权利人有权在该项权利最终到期而未能实现时，才就此项整体的权利提出主张，诉讼时效期间也应当从最后一期履行期届满时起算。

第二，在最大限度保护权利人的同时督促其行使权利，符合诉讼时效制度的立法目的。权利人未在每一期履行期届满时主张权利，并非其怠于行使自己的权利，而是基于对债务整体性的认识而产生了合理信赖，即其认为自己有权在所有履行期届满后对整体债权一次性主张权利。而诉讼时效制度设立的目的是督促权利人及行使权利，避免义务人长期处于不利益的状态。^[27]在同一债务中，保护债权人的合理信赖，并未放纵权利人滥用自身权利，符合诉讼时效制度的立法目的。

第三，基于维护当事人友好合作关系的考量。在分期付款或分期交货的交易中，双方当事人常为市场上的长期合作伙伴，尽量维护此类当事人之间的信任关系是解决履行障碍的基本态度。为促进双方当事人的友好合作关系，权利人不想也不愿意在部分债权受到侵害后就立刻主张权利。^[28]因此，规定从最后一期履行期限届满时起算诉讼时效将共同促进产业链中上下游企业的健康发展。

第四，可以有效减少当事人的诉累，并减轻法院的审判负担。如果规定从每一期履行期限届满时开始起算诉讼时效，权利人必然需要多次主张权利，并需要妥善保存此类证据，显得繁杂而困难。此外，从减少法院审理案件难度的角度看，如果分期起算诉讼时效，则需要查清每次所支付的款项所对应的债务引起了哪一笔债务的诉讼时效中断，从而增加了诉讼时效计算的复杂性。^[29]在不违背诉讼时效制度立法目的的前提下，节约司法资源、减少当事人诉累，促进社会关系的和谐、稳定，也应当成为立法的考量因素。

持相反观点的学者认为，在一定或不定的期间内，债务人的给付义务持续存在，每一期之间都相对独立，债务人应当在各自相对独立的债务履行期限届满时履行义务，否则即构成违约，是对相对独立的这部分合同权利的侵害。^[30]2004年《最高人民法院关于分期履行的合同中诉讼时效应如何计算问题的答复》（法函〔2004〕22号）即持这样的观点。由此，问题的焦点转向在定期给付债务的情况下是否适用同样的诉讼时效期间起算规则。

（本条由高圣平撰写）

第一百九十条

无民事行为能力人或者限制民事行为能力人对其法定代理人的请求权的诉讼时效期间，自该法定代理终止之日起计算。

本条主旨

本条对民事行为能力欠缺者基于法定代理所生请求权之诉讼时效期间的起算作出了规定。

相关条文

《民法总则》第190条规定：“无民事行为能力人或者限制民事行为能力人对其法定代理人的请求权的诉讼时效期间，自该法定代理终止之日起计算。”

理解与适用

本条是关于民事行为能力欠缺者基于法定代理所生请求权之诉讼时效期间起算的特别规定。

《民法典》第188条规定了诉讼时效期间起算的一般规则，即自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算，即采用主观标准说。但考虑到法定代理关系基于亲属或其他信赖的关系而产生，如果其间法定代理人侵害了被代理人的利益，为了保护被代理人的权益，避免破坏既存的法定代理关系，本条特别规定了诉讼时效期间的特殊起算点，使该种请求权之诉讼时效期间在法定代理关系终止之日方才开始计算，从而在一定程度上强化了对无民事行为能力人与限制民事行为能力人的保护。例如，作为法定代理人的继父在继子年幼时侵占其财产，则在法定代理关系终止之前，继子对其继父的损害赔偿请求权的诉讼时效期间不起算，在当事人之间的法定代理关系终止之日开始计算。

在此之前，我国《民法通则》并无类似的条文规定，只是明确了未成年人追索抚养费等带有人身性质的请求权不适用诉讼时效的规定，但是并没有将被代理人对其法定代理人的其他请求权，如损害赔偿请求权等，纳入特殊考虑。从比较法上看，多数国家和地区的立法都通过诉讼时效停止制度来救济这类身份关系中的债权人。从实践来看，对未成年人采用特殊时效保护，更有利于保护其利益。我国《民法典》借鉴了比较法的经验，对此专门作出了规定。

如何理解“自该法定代理终止之日起计算”？首先，依据《民法典》第175条的规定，法定代理终止的原因包括被代理人取得或者恢复完全民事行为能力、代理人丧失民事行为能力、代理人或者被代理人死亡，以及法律规定的其他情形。其次，本条对于无民事行为能力

人或限制民事行为能力人，给予了其对法定代理人的请求权一个特殊的诉讼时效期间起算点，而非诉讼时效开始的停止。确切地说，就是将诉讼时效期间推迟起算，而非开始起算之后的中止或者停止。

需要指出的是，本条所规定的诉讼时效期间特殊起算仅适用于无民事行为能力人或者限制民事行为能力人对其法定代理人所享有的请求权，而不包括法定代理人对无民事行为能力人或者限制民事行为能力人所享有的请求权。这种做法更为公正、合理，更能体现对无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的保护。^[31]

（本条由高圣平撰写）

第一百九十一条

未成年人遭受性侵害的损害赔偿请求权的诉讼时效期间，自受害人年满十八周岁之日起计算。

本条主旨

本条对未成年人遭受性侵害所生损害赔偿请求权的诉讼时效期间的起算作出了规定。

相关条文

《民法总则》第191条规定：“未成年人遭受性侵害的损害赔偿请求权的诉讼时效期间，自受害人年满十八周岁之日起计算。”

理解与适用

本条是关于未成年人遭受性侵害所生损害赔偿请求权的诉讼时效期间起算的特别规定。

在未成年人遭受性侵害的案件中，受害人本身为无民事行为能力人或限制民事行为能力人，通常不能独立寻求法律保护。在监护人疏于或基于社会传统观念而不履行监护职责，抑或监护人本身就是加害人的情况下，受害人受侵害的权利往往得不到法律的保护。在未成年人年满18周岁、可以独立寻求法律帮助之时，却极有可能因超过诉讼时效而得不到法院的支持。^[32]

为了加强对未成年人的保护，让受性侵害的未成年人在其成年之后能够顺利得到法律的保护，《民法典》特别规定了该种损害赔偿请求权的诉讼时效期间的特别起算点，即受害人年满18周岁之日，从而在一定程度上克服了主观标准说的弊端。

从比较法上看，在诉讼时效制度中对未成年人受性侵害的特殊保护规定，主要有以下三种。

第一，德国、苏格兰保护模式。《德国民法典》规定：因违反性自决而发生之请求权的时效，在债权人满21周岁之前，停止进行。在时效开始时，因违反性自决而发生之请求权的债权人，与债务人以家庭共同关系生活的，在家庭共同关系终止前，时效亦停止进行。也即在德国保护模式下，未成年人受性侵害的损害赔偿请求权的诉讼时效期间从受害人成年且能够无阻力地行使诉权时开始计算，以保证其能够有效获得法律强制力的保护。类似的规定还可见于苏格兰1973年的《时效法》中：（1）本条适用于包含损害赔偿请求权的（1997年《反骚扰法》第8条所规定的）骚扰诉讼。（2）服从于下列第（3）款和第19A条，本条中的诉讼时效期间为3年，从下列日期开始起算：（a）骚扰行为停止之日；或者（b）[如果该日期晚于（a）中规定的日期]原告知道，或者法院认为原告能够知道被告为骚扰人或者其雇主、被代理人之日。（3）在上述（2）中时效期间的计算上，被骚扰人因未成年或精神病而处于无行为能力状态的时间不计算在内。

第二，荷兰保护模式。《荷兰民法典》第3：310-4条规定：造成损害的事件为《刑法典》第240b条、第242条至第250条、第273f条或者第300条至第303条的犯罪，并且该事实是对不满18周岁的女性的性侵害，损害赔偿的诉讼时效在犯罪的诉讼时效届满前不届满。在

荷兰保护模式下，损害赔偿请求权的诉讼时效和犯罪行为的追诉时效捆绑，在犯罪行为的追诉时效届满前损害赔偿请求权的诉讼时效同样不届满。犯罪行为的追诉时效通常较民事诉讼时效更长，因而可以更好地保障受性侵的未成年人获得法律救济。

第三，法国保护模式。《法国民法典》第2226条第2款规定，但是，在针对未成年人实施拷打或野蛮行为、暴力或性侵犯造成损害的情况下，提起民事责任之诉讼，时效期间为20年。《法国民法典》直接为未成年人受性侵害的损害赔偿请求权规定了极长的诉讼时效期间，确保其成年后仍可主张权利。

我国《民法典》采纳了德国和苏格兰保护模式，应当说这种模式在保护受害人的同时，也将证据的易灭失性纳入了考量；在考虑当事人之民事行为能力的同时，也监督其积极行使自身权利，避免诉讼时效期间过长导致举证难度增加。

但在立法的过程中，也有专家学者对此条提出异议，认为：

（1）《民法典》总则编必须秉承提取公因式的立法技术，本条规定的事项太过具体，显然不具有《民法典》总则编自身的规范意义。

（2）未成年人受到性侵害首先是一个刑法问题，刑事追诉时效的上限为20年，受害人完全可以得到现行法律的保护，无须《民法典》对此予以特殊规定。

（3）通过解释诉讼时效的主观起算标准，已经可以完整保护未成年人遭受性侵害的诉讼救济权利，其不会承受诉讼时效已过的不利后果。也即未成年人在遭受性侵害时并不具备完全的心智，对于其所遭受的损害没有真实的认知和追诉意识，故而法院可推定当事人在未成年之时并不能知道其权利遭受了侵害，因而诉讼时效期间应从其成年之后开始计算。

（4）我国未成年人受性侵害的现状，并没有达到需要《民法典》加以强调、予以特殊保护的程度。这样的规定反而会让公众认为，我国未成年人受到性侵害的现状非常严重，引发恐慌。^[33]虽然这些不同意见不无道理，但《民法典》最终未采纳上述意见，而仍然规定了未成年人遭受性侵害所生损害赔偿请求权的诉讼时效期间的特殊起算规则。从实践来看，作出该规定十分必要。据“中国之声”《新闻纵横》栏目报道，2016年5月28日中国“女童保护”项目成立三周年发布会在北京举行。据发布会上“女童保护”项目负责人孙雪梅介绍，2015年全年媒体公开报道的未成年人受性侵害的案例总计340起，其中七成以上是熟人加害，有29起是家庭成员加害。^[34]在这种严峻的形势下，鉴于未成年人的特殊性，外加考虑到受中国社会传统观念的影响，遭受性侵害未成年人的家庭、监护人往往不敢、不愿寻求法律保护，长期隐瞒子女受侵害的事实，为了避免诉讼时效在此起到的消极作用，于本条明文规定未成年人受性侵害的

损害赔偿请求权的诉讼时效期间的特别起算点，具有必要性。

（本条由高圣平撰写）

第一百九十二条

诉讼时效期间届满的，义务人可以提出不履行义务的抗辩。

诉讼时效期间届满后，义务人同意履行的，不得以诉讼时效期间届满为由抗辩；义务人已经自愿履行的，不得请求返还。

本条主旨

本条对诉讼时效期间届满的法律后果作出了规定。

相关条文

《民法总则》第192条规定：“诉讼时效期间届满的，义务人可以提出不履行义务的抗辩。”“诉讼时效期间届满后，义务人同意履行的，不得以诉讼时效期间届满为由抗辩；”“义务人已自愿履行的，不得请求返还。”

《民法通则》第138条规定：“超过诉讼时效期间，当事人自愿履行的，不受诉讼时效限制。”

《诉讼时效规定》第4条规定：“当事人在一审期间未提出诉讼时效抗辩，在二审期间提出的，人民法院不予支持，但其基于新的证据能够证明对方当事人的请求权已过诉讼时效期间的情形除外。”“当事人未按照前款规定提出诉讼时效抗辩，以诉讼时效期间届满为由申请

再审或者提出再审抗辩的，人民法院不予支持。”

理解与适用

《民法通则》第135条对诉讼时效期间届满的法律效果采纳了“胜诉权消灭主义”^[35]，《诉讼时效规定》第1条改采“抗辩权发生主义”^[36]。本条延续了“抗辩权发生主义”，因此，诉讼时效期间届满的，实体权利不消灭，但是义务人可以对权利人的主张提出抗辩。

（一）诉讼时效期间届满的，义务人可以提出不履行义务的抗辩

本条第1款规定：诉讼时效经过后，义务人获得时效抗辩权，可以对抗权利人请求履行义务的权利。这确立了诉讼时效期间届满后的抗辩权发生主义，即义务人获得对抗权利人请求履行的权利。诉讼时效期间届满使义务人享有时效抗辩权，而该抗辩权的行使才会使权利人的实体诉权消灭，仅仅诉讼时效期间届满并不会产生此效果。^[37]因此，诉讼时效期间届满后，权利人的实体权利并未消灭，只是义务人获得了时效抗辩权，会使实体权利的行使遇到阻碍。义务人援引时效抗辩权才会使自然债务发生。^[38]胜诉权消灭说与抗辩权发生说的区别在于，前者从权利人的视角出发表现为权利的消灭，而后者从义务人的视角出发表现为权利的发生。正是胜诉权消灭说从权利人的视角出发表现为权利的消灭，使人民法院相应地负责查明权利人在权利消灭时仍享有相关利益的情形。而抗辩权发生说从义务人的视角出发表现为权利的发生，义务人是否行使该权利属于义务人的自由，法律不应作相关压迫自由的干涉，相应地，人民法院在诉讼程序中也应当尊重义务人对该权利的行使。诉讼时效期间届满，权利人的权利消灭表现为某种不利益，义务人的权利发生表现为某种利益。胜诉权消灭说实际上立足于权利人权利消灭的不利益，而忽视义务人因权利发生的利益；抗辩权发生说立足于义务人的利益，兼顾了权利人的不利益。因此，胜诉权消灭说与抗辩权发生说在诉讼程序中的最大区别在于，人民法院是否应当干涉义务人对时效抗辩权的行使，即人民法院是否有权主动审查诉讼时效期间届满与否。人民法院主动审查诉讼时效，将权利人的请求予以驳回，不仅排除了义务人对时效利益的自由处分，还将债权人的债权贬为自然之债，使其不具有权利实现的可

能，这也侵害了债权人潜在实现权利的可能性。

在本条第1款之下，义务人取得抗辩权利人请求权的权利是诉讼时效期间届满的直接法律效果。诉讼时效期间届满，义务人获得时效利益，其是否履行的义务已经不是法律上的义务，而属于道德上的义务。法律上作出如此法律效果安排的目的主要有：第一，督促权利人及时行使权利；第二，避免义务人举证困难和长期处于不利益的法律状态；第三，减轻人民法院的审判负担；第四，合理配置和有效利用司法资源；第五，维持社会秩序的稳定，以维护社会公共利益。^[39]时效抗辩权为永久抗辩权，即一旦义务人主张诉讼时效期间届满的抗辩，可永久阻止权利人请求义务人履行相关义务。^[40]

（二）诉讼时效期间届满后义务人放弃时效利益

诉讼时效期间届满后，义务人如期获得时效利益，但如果义务人以其行为或真实意思表示表明放弃时效利益，则权利人的权利因义务人的对抗消失而获得相应的保护。

根据本条第2款，义务人放弃时效利益包括两种情形。

第一，同意履行。同意履行实际上是义务人表示继续履行义务。在同意履行的情形下，不论义务人是否知道诉讼时效期间已经届满，只要其作出了同意履行的意思表示，都构成放弃时效利益。因此，该同意履行的意思表示不适用重大误解撤销规则。义务人作出同意履行的意思表示形式多样，有口头的，有书面的；有单方的，有双方达成协议的。有学者认为，时效利益的抛弃属于重大的权利处分行为，因此，单方允诺应以书面表示为准，不包括口头形式。^[41]笔者认为：时效利益的抛弃虽属于重大的权利处分行为，但依然属于义务人作出的意思表示。依据意思自治原则，义务人应当承担自己实施的抛弃利益行为的后果。这样，不论口头还是书面，只要构成民事诉讼法上的有力证据，就应当认定为构成时效利益抛弃。

第二，自愿履行。义务人自愿履行后，权利人的请求权因实现而消灭，义务人也不再享有相对应的抗辩权。由于义务人放弃时效利益，权利人的权利实现并非属于不当得利，义务人也便不得请求返还，其无权利基础。此外，义务人放弃时效利益并不影响担保人主张时效抗辩权。关于主债权的诉讼时效期间届满后，从权利的法律后果如何，本条未予以规定。这有待于《民法典》分则部分或司法解释加

以补充，从而不至于成为法律漏洞。

无论是同意履行还是自愿履行，都属于放弃时效利益。义务人放弃时效利益的前提是获得时效利益。法律不允许义务人预先放弃时效抗辩权，诉讼时效期间届满的时效利益的放弃必须是在诉讼时效期间届满后。这主要是为了防止债权人利用其优势地位迫使债务人预先放弃时效利益的不公平现象的发生。因此，当事人预先放弃时效利益的约定无效。除此限制外，抛弃时效利益属于义务人的权利与自由，法律不应加以过多干预，只需保障义务人的真实意思表示得到实现。这有利于缓和法律与道德的紧张关系。义务人作出同意履行的真实意思表示后，其丧失时效抗辩权，不得以诉讼时效期间届满为由抗辩，即义务人放弃之后，又以时效抗辩权来对抗权利人之请求权的，人民法院不予支持。

放弃时效利益，可以是双方协议，也可以是单方作出的意思表示，但是两者的法律效果有些差异。双方达成协议属于一个新合同、一种新债务^[42]，属于债的更改。^[43]但也有学者认为，其中的关键在于原债务是否消灭，从而影响原债务的担保是否消灭，而其中的主要分歧是物上担保在主债权的诉讼时效期间届满后继续存在还是消灭，因此有必要根据当事人的具体意思表示来确定。^[44]相反，义务人单方允诺履行债务属于单方民事法律行为，是抛弃原债务上的时效利益，并非产生新债务。^[45]义务人单方允诺履行债务被认定为抛弃时效利益，从而使原债权不因抗辩权的行使而成为自然之债。两者存在的此种差异对主债权几无影响，主要表现为担保物权比如抵押权在法律后果上的差异。

有学者认为，若债务人放弃时效利益的意思表示系受欺诈、胁迫而为，即使已经履行债务，也可以撤销。^[46]但也有学者认为，为缓和法律与道德之间的紧张关系，除非权利人采取暴力手段胁迫，权利人运用道德力量、经济压迫等手段胁迫、欺诈义务人作出的履行义务承诺，应当有效。^[47]笔者比较倾向于前一种观点。义务人放弃时效利益之意思表示是否系受欺诈、胁迫而为，应按照欺诈与胁迫的相关原理进行处理，不需要为缓和道德与法律之间的紧张关系而作特殊设计。债权人运用道德力量、经济压迫等手段必须有明显的确定性，而不能仅仅是债务人的个人感觉。这种手段是否符合法律的价值评价要求，应按欺诈与胁迫的相关原理进行分析和判断，而不应从道德义务与道德责任方面进行考量，即将道德上的评价与法律上的评价相区分。

（三）义务人已自愿履行的，不得请求返

还

诉讼时效期间届满，只是使义务人享有一定的抗辩权，权利人的权利并未消灭，因此，义务人自愿履行债务的，权利人仍有权保有该利益，而不构成不当得利，义务人不得请求返还。

（本条由高圣平撰写）

第一百九十三条

人民法院不得主动适用诉讼时效的规定。

本条主旨

本条对诉讼时效规定的援引作出了规定。

相关条文

《民法总则》第193条规定：“人民法院不得主动适用诉讼时效的规定。”

《诉讼时效规定》第3条规定：“当事人未提出诉讼时效抗辩，人民法院不应对诉讼时效问题进行释明及主动适用诉讼时效的规定进行裁判。”

理解与适用

在比较法上，大陆法系国家的民法典一般规定，时效只能由当事人提出而不能由法官依职权主动审查。例如，《法国民法典》第2247条规定：法官不得依职权（替代当事人）援用因时效所产生的方法。第2248条规定：除抛弃时效之外，无论诉讼进行至何种程度，即使在上述法院，均得主张时效。《日本民法典》第145条规定：除非当事人援用时效，法院不得根据时效进行裁判。《意大利民法典》第2938条规定：法官不得依职权提起没有主张的时效。第2939条规定：在当事人不主张消灭时效的效力时，债权人和任何与之有关联的人对消灭时效得提出主张。尽管一方当事人放弃了消灭时效的效力，但是第三方得提出抗辩。

诉讼时效期间届满以后，尽管义务人享有时效利益，但是该利益的实现是由当事人主动提出，还是由法官依职权主动审查？《民法通则》未就此作出明确的规定，司法实践中存在两种不同的观点。第一种观点认为：诉讼时效期间届满的事实应由法院依职权审查，一旦发现时效期间届满法院即应依职权驳回原告的诉讼请求。诉讼时效的规定属于强行法，无论当事人自己是否主张，人民法院或仲裁机构均可主动予以适用。第二种观点认为：时效利益是否抛弃，纯属义务人的自由，按照意思自治的原则，应完全由义务人自行决断。时效完成只是使义务人获得抗辩权，至于是否提出抗辩应由当事人自行决定，人民法院主动援用诉讼时效，是对当事人处分权的过分干涉。^[48]本条即采纳了这一观点。

人民法院之所以不得主动适用诉讼时效的规定，原因主要在于，人民法院在审理民事案件时，是否审查当事人的权利已过诉讼时效，依赖于当事人的请求，即具有被动性，不得主动审查。即使权利人的权利已过诉讼时效，并不表示其不具有权利实现的可能性。然而人民法院如果强行地进行诉讼时效审查，会排除当事人依据自己的意思表示进行民事活动之自由，也会妨碍权利人因义务人自愿履行而实现权利。时效抗辩权属于需要主张的权利，义务人是否主张有其道德良心和抗辩风险上的权衡。^[49]义务人因诉讼时效期间届满而享有时效利益时，其是否主张时效利益全依赖其自由意志，法律不应主动干涉。人民法院不得主动适用诉讼时效规定不仅要落实到对实体权利的审查中，还要落实到诉讼程序中。过去，在诉讼程序中，人民法院可以在受理案件后主动查明是否超过诉讼时效，并且有权将超过诉讼时效的请求驳回。这样，实际上将义务人的时效利益强行实现或者剥夺了义务人的主动权。时效抗辩权在一定程度上有证据作用，人民法院主动

审查和适用诉讼时效违背了“谁主张谁举证”的举证责任原则。^[50]因此，正确的处理方式是人民法院对诉讼时效的审查和适用以当事人的主张为前提。这符合私法自治的精神，有利于保护债权人的利益，有利于维护司法公正，并且符合大陆法系国家（地区）的传统和普遍做法。^[51]

所谓人民法院不得主动适用诉讼时效规定，是指在当事人没有提出时效抗辩的情况下，法官不能在裁判中依据职权直接适用诉讼时效规定。同时，在民事诉讼中，如果一方当事人没有提出时效的抗辩，则人民法院不应当行使释明权，向一方当事人告知其享有时效利益，或要求其行使时效抗辩权。

此外，《诉讼时效规定》第4条规定：当事人在一审期间未提出诉讼时效抗辩，在二审期间提出的，人民法院不予支持，但其基于新的证据能够证明对方当事人的请求权已过诉讼时效期间的情形除外。当事人未按照前款规定提出诉讼时效抗辩，以诉讼时效期间届满为由申请再审或者提出再审抗辩的，人民法院不予支持。据此，当事人提出时效抗辩，原则上限于在一审程序中。如果当事人在一审中没有提出，在二审和再审期间就不得提出时效抗辩，当然，在二审期间基于新的证据能够证明对方当事人的请求权已过诉讼时效的情形除外。

（本条由高圣平撰写）

第一百九十四条

在诉讼时效期间的最后六个月内，因下列障碍，不能行使请求权的，诉讼时效中止：

（一）不可抗力；

（二）无民事行为能力人或者限制民事行为能力人没有法定代理人，或者法定代理人死亡、丧失民事行为能力、丧失代理权；

（三）继承开始后未确定继承人或者遗产管理人；

（四）权利人被义务人或者其他人控制；

（五）其他导致权利人不能行使请求权的障碍。

自中止时效的原因消除之日起满六个月，诉讼时效期间届满。

本条主旨

本条对诉讼时效期间的中止作出了规定。

相关条文

《民法总则》第194条规定：“在诉讼时效期间的最后六个月内，因下列障碍，不能行使请求权的，诉讼时效中止：（一）不可抗力；（二）无民事行为能力人或者限制民事行为能力人没有法定代理人，或者法定代理人死亡、丧失民事行为能力、丧失代理权；（三）继承开始后未确定继承人或者遗产管理人；（四）权利人被义务人或者其他人控制；（五）其他导致权利人不能行使请求权的障碍。”“自中止时效的原因消除之日起满六个月，诉讼时效期间届满。”

《民法通则》第139条规定：“在诉讼时效期间的最后六个月内，因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的，诉讼时效中止。从中止时效的原因消除之日起，诉讼时效期间继续计算。”

《诉讼时效规定》第20条规定：“有下列情形之一的，应当认定为民法通则第一百三十九条规定的‘其他障碍’，诉讼时效中止：（一）权利被侵害的无民事行为能力人、限制民事行为能力人没有法定代理人，或者法定代理人死亡、丧失代理权、丧失行为能力；（二）继承开始后未确定继承人或者遗产管理人；（三）权利人被义务人或者其他人控制无法主张权利；（四）其他导致权利人不能主张权利的客观情形。”

理解与适用

（一）诉讼时效期间中止制度的规范目的

诉讼时效期间的中止，是指在诉讼时效进行中，因发生一定的法定事由，权利人不能行使请求权，从而暂时停止计算诉讼时效期间，待阻碍时效进行的法定事由消除后，继续进行诉讼时效期间的计算。广义的中止还包括时效的不完成，即在时效即将完成之际，一定事由的存在使已应完成的时效于该事由消灭后的法定期间内暂缓完成。关于诉讼时效中止与诉讼时效不完成的立法建议主要有：第一，不必规定诉讼时效不完成制度，但须对诉讼时效中止进行完善^[52]；第二，应当采用诉讼时效中止与不完成并存的方式^[53]；第三，既不必规定诉讼时效不完成制度，也无须对诉讼时效中止进行改造^[54]；第四，以诉讼时效不完成取代诉讼时效中止。^[55]最终，《民法典》关于诉讼时效中止的规定在原来的基础上进行了完善，采纳了《诉讼时效规定》关于中止事由的规定，同时规定中止事由消除之日起满6个月，诉讼时效期间届满。

诉讼时效中止的制度目的在于保障权利人在遭遇不能行使权利的客观情况时有足够的时间来主张其权利。诉讼时效中止需满足两个条件：其一，中止事由发生在或持续到诉讼时效期间的最后6个月内；其二，存在中止事由，客观上使权利人不能行使请求权。^[56]将中止事由发生限定在诉讼时效期间的最后6个月内，而非诉讼时效期间的任何时间段，原因在于：中止事由的发生多数不可预知，且诉讼时效期间的长度以及诉讼时效中断制度足以保障权利人在时效期间内主张权利，而直至期间届满的最后6个月内产生诉讼时效期间届满的迫切危机不至于让权利人急于主张权利，此时需要诉讼时效中止制度将中止事由阻碍权利人主张权利的时间段剔除。

（二）诉讼时效期间中止的具体事由

本条第1款规定的中止事由有以下几项。

第一，不可抗力。所谓不可抗力，是指不能预见、不能避免、不能克服的客观情况，包括自然原因，也包括社会群体运动等客观情况。不可抗力是导致诉讼时效中止的主要事由，但不可抗力事由的发生并未影响到权利人行使权利的，也不能产生诉讼时效中止的效果。

第二，无民事行为能力人或者限制民事行为能力人没有法定代理人，或者法定代理人死亡、丧失民事行为能力、丧失代理权。诉讼时效期间届满前的最后6个月内，无民事行为能力人或者限制民事行为能力人没有法定代理人，或者法定代理人死亡、丧失民事行为能力、丧失代理权，从而使无民事行为能力人或者限制民事行为能力人在法律上行使权利遇到障碍。此时，借助于诉讼时效中止制度，消除无民事行为能力人或者限制民事行为能力人行使权利的障碍，可以更好地保护无民事行为能力人和限制民事行为能力人的权利。自无民事行为能力人或限制民事行为能力人成为完全民事行为能力人或者重新设有法定代理人之日起满6个月，诉讼时效期间届满。需要指出的是，如果无民事行为能力人或者限制民事行为能力人侵害他人权利，则无民事行为能力人或者限制民事行为能力人无法定代理人等情形并不能导致诉讼时效中止。

第三，继承开始后未确定继承人或者遗产管理人。继承开始后，继承人或者遗产管理人尚未确定的，被继承人生前享有的权利无法行使，被继承人生前所负债务的债权人也无法确定义务人并无从请求和诉讼。如果此种情况正好发生在诉讼时效期间的最后6个月内，应当中止计算诉讼时效。此情形中被继承人的对外的权利以及被继承人的债权人权利都因被继承人死亡但未确定继承人或遗产管理人而中止，前者缺少合格的主张权利之人，后者缺少合格的主张权利之对象。

第四，权利人被义务人或者其他人控制。这主要指权利人的身自由或独立意思被义务人或其他人控制。这包括义务人是权利人的法定代表人，权利人是义务人的控股子公司，权利人被义务人或者其他人限制人身自由，义务人与权利人之间存在监护与被监护关系。^[57]

第五，其他导致权利人不能行使请求权的障碍。这属于兜底条款，有利于避免不能全面列举可以使权利人不能行使权利的其他中止事由的难题，保持中止事由的开放性，符合社会发展需要。这赋予了法官在审判实践中结合具体案情，判断某些事实情况是否属于诉讼时效中止事由的自由裁量权。法官在判断是否属于中止事由时可以任意发挥而有明确的依据。事实上，能够成为中止事由者，一是客观上使权利人不能主张权利，二是排除其可能构成诉讼时效中断，三是存在相关民族习惯或其他习惯。对于达成共识的中止事由，可以典型案例或司法解释的方式予以确定。

有学者主张，诉讼时效中止的情形还应包括：（1）当事人之间就债权债务相关事宜进行磋商未成的，时效中止；（2）某些特殊关系使时效中止，比如夫妻之间的请求权或家庭成员之间的请求权的时

效因夫妻关系或家庭关系的存在而中止；（3）未满18周岁的性侵害人之请求权的时效于18周岁前中止；（4）受害人与加害人处于共同生活关系，于共同生活关系解除前，时效中止。^[58]还有学者主张将“提起诉讼”以及破产等类似司法程序作为诉讼时效中止事由。^[59]有所争议的是，夫妻之间的请求权的诉讼时效是否因夫妻关系的存在而发生中止。有学者反对仅以夫妻关系的存在作为诉讼时效中止事由，理由是夫妻关系的存在会使当事人不愿主张权利，而其并非客观上的不能主张权利之障碍。^[60]支持者认为，夫妻关系存在属于影响夫妻间之权利主张的时效中止事由，尤其是婚前的债权应于婚姻关系存续期间因相互信赖关系发生时效中止。^[61]但是如果一方并不碍于情面而主张权利，则不得以婚姻关系存在作为时效中止理由。具体理由为：首先，夫妻之间的法定侵权之债以及婚前负债与夫妻个人财产制度使夫妻之间可能存在债权债务关系；其次，婚姻和睦的伦理特征使夫妻之间不便于主张权利。因此，应当灵活地通过扩大解释，将婚姻关系作为“其他导致权利人不能主张权利的客观情形”的时效中止法定事由。^[62]笔者认为，通过扩大解释被纳入时效中止事由者应当满足以下两个条件：不可能构成诉讼时效中断事由，并且必须客观上使权利人不能行使请求权。于前述各类情况应由法官结合具体情形考量它们是否客观上使权利人不能主张权利。就婚姻关系或家庭关系的存在而言，其中可能属于客观不能的是婚姻或家庭中的伦理关系压力，并且这种压力的程度对于每个人而言不同，有的人会基于这个压力而绝不可能于关系存续期间主张权利，有的人却能不因为有此压力而不主张权利。因此，在不能类型化提出相关问题的具体判断标准时，应当交由法官在自由裁量范围内进行处理。

（三）诉讼时效期间中止的法律效果

关于诉讼时效中止的法律效果，各国立法一般都承认在中止事由发生以后，中止事由发生前的时效期间仍然有效。因中止事由的发生诉讼时效期间的计算暂时停止，等到中止事由消灭以后，诉讼时效期间继续计算。但对于中止事由消灭后的诉讼时效期间如何计算，各国立法各不相同。一种做法是在中止事由消除以后，诉讼时效期间继续计算。我国《民法通则》采取此种做法。另一种做法是中止事由消除以后的诉讼时效期间由法律特别规定。例如，《俄罗斯民法典》规定，剩余期限如果不足6个月，则延长至6个月。

《民法典》于本条第2款修改了《民法通则》第139条关于诉讼时效中止的法律效果的规定，指出：自中止时效的原因消除之日起满6个月，诉讼时效期间届满。这样，中止时效的原因消除之日起，诉讼

时效剩余期间不满6个月的，补足到6个月。这样规定，目的在于保障权利人的权利行使，避免出现中止事由消除后继续计算的剩余诉讼时效期间比较短，致使权利人不能够充分地主张或行使其权利。将诉讼时效中止后期间不足6个月的补足6个月，属于在制度上取“时效不完成”之长，补“时效停止”之短。^[63]这可以说是诉讼时效中止与诉讼时效不完成的结合。但是，这并不改变原来诉讼时效中止制度中出现中止事由时诉讼时效停止计算的处理方式，只是将中止事由消灭后的时间由以前的继续计算改成补足6个月。由于诉讼时效中止事由发生中止效力必须在诉讼时效期间的最后6个月内，所以基本上所有发生诉讼时效中止的情形都需要补足6个月的诉讼时效期间。如此处理，也不会使诉讼时效期间的计算变得烦琐而不够明确。

（本条由高圣平撰写）

第一百九十五条

有下列情形之一的，诉讼时效中断，从中断、有关程序终结时起，诉讼时效期间重新计算：

- （一）权利人向义务人提出履行请求；
- （二）义务人同意履行义务；
- （三）权利人提起诉讼或者申请仲裁；
- （四）与提起诉讼或者申请仲裁具有同等效力的其他情形。

本条主旨

本条对诉讼时效期间的中断作出了规定。

相关条文

《民法总则》第195条规定：“有下列情形之一的，诉讼时效中断，从中断、有关程序终结时起，诉讼时效期间重新计算：（一）权利人向义务人提出履行请求；（二）义务人同意履行义务；（三）权利人提起诉讼或者申请仲裁；（四）与提起诉讼或者申请仲裁具有同等效力的其他情形。”

《民法通则》第140条规定：“诉讼时效因提起诉讼、当事人一方提出要求或者同意履行义务而中断。从中断时起，诉讼时效期间重新计算。”

《诉讼时效规定》第13条规定：“下列事项之一，人民法院应当认定与提起诉讼具有同等诉讼时效中断的效力：（一）申请仲裁；（二）申请支付令；（三）申请破产、申报破产债权；（四）为主张权利而申请宣告义务人失踪或死亡；（五）申请诉前财产保全、诉前临时禁令等诉前措施；（六）申请强制执行；（七）申请追加当事人或者被通知参加诉讼；（八）在诉讼中主张抵销；（九）其他与提起诉讼具有同等诉讼时效中断效力的事项。”

理解与适用

诉讼时效期间的中断，是指诉讼时效期间进行中，法定事由的发生，推翻了诉讼时效存在的基础，因而使已经进行的时效期间全归于无效，诉讼时效期间重新起算。^[64]

诉讼时效是对权利的时间限制，具有一种法律警察的性质。^[65]其规范功能在于督促权利人行使权利、稳定现存秩序、减轻法院负担，并使债务人免受意外困扰。^[66]但是，执行诉讼时效期间和起算的规定，会出现这样的困境：即使义务人拖延履行义务的时间，诉讼时效期间也会完成，进而会影响到权利人实现自己的权利。因此，要使诉讼时效制度的价值和功能得到充分合理的发挥，法律必须对诉讼时效期间的经过予以合理的限制。诉讼时效中断是诉讼时效障碍中的一项重要法律制度，其适用效果是已经进行的诉讼时效期间归于无效，进而重新起算诉讼时效。

根据本条规定，有下列情形之一的，诉讼时效中断，诉讼时效期间重新计算。

（一）权利人向义务人提出履行请求

权利人之请求，指的是权利人向义务人或其代理人、保证人、财产代管人等主张权利，要求其履行义务。^[67]权利人积极主张权利表明其已行使权利，从而使诉讼时效失去了适用的基础，使不行使权利的状态消除，诉讼时效也由此中断。关于请求的方式，法律无明文规定，应认为口头或书面等能实现请求效果的方式，均可使用。除向义务人提出请求外，权利人若向主债务之保证人、债务人的代理人及财产代管人提出请求的，亦发生请求的效果。

《诉讼时效规定》第10条对当事人主张权利的具体情形作出了规定，包括：当事人一方直接向对方当事人送交主张权利文书，对方当事人在文书上签字、盖章或者虽未签字、盖章但能够以其他方式证明该文书到达对方当事人的；当事人一方以发送信件或者数据电文方式主张权利，信件或者数据电文到达或者应当到达对方当事人的；当事人一方为金融机构，依照法律规定或者当事人约定从对方当事人账户中扣收欠款本息的；当事人一方下落不明，对方当事人在国家级或者下落不明的当事人一方住所地的省级有影响的媒体上刊登具有主张权利内容的公告的，但法律和司法解释另有特别规定的，适用其规定。

（二）义务人同意履行义务

义务人之同意，是指义务人向权利人表示同意履行义务的意思。义务人的同意，亦即对权利人之权利的承认，故与请求发生相同之中断时效的效果。关于同意的方式，法律未有限制，口头或书面、明示或默示，均无不可，而且也不问义务人的同意是否有中断时效的目的。同意履行应包括两种情况：一是实际履行，二是承诺履行。实际全部履行足令请求权实现，此时诉讼时效已无意义，因而，使时效中断的履行，只是分期履行、部分履行等不能全部消灭债之关系的履行。承诺履行则表明债务人对债务的承认，提供担保、请求延期履行、制订清偿计划等均属此类。^[68]《诉讼时效规定》第16条规定：义务人作出分期履行、部分履行、提供担保、请求延期履行、制订清偿债务计划等承诺或者行为的，应当认定为《民法通则》第140条规定的当事人一方“同意履行义务”。这些行为都表明义务人对权利人的权利存在予以认可，从而使双方的法律关系重新趋于稳定。在此情况

下，诉讼时效适用的理由不复存在，因此应当导致时效的中断。

（三）权利人提起诉讼或者申请仲裁

提起诉讼或仲裁，是指权利人提起民事诉讼或申请仲裁，请求法院或仲裁机构保护其权利的行为。诉讼之举，是权利人行使权利的最为强烈的表示，故提起诉讼之日便是诉讼时效中断之时。权利人提起本诉、反诉、刑事附带民事诉讼均可导致诉讼时效中断，诉讼时效从提交起诉状或者口头起诉之日起中断。债权人提起代位权诉讼的，债权人对债务人的债权以及债务人对第三人的债权均发生时效中断的效力。权利人若以有效的判决、裁定、调解协议等法律文书，向法院申请执行程序的，亦发生与起诉同等的中断时效的效果。《诉讼时效规定》第12条规定：当事人一方向人民法院提交起诉状或者口头起诉的，诉讼时效从提交起诉状或者口头起诉之日起中断。可见，该司法解释实际上采纳了从提出起诉之日起诉讼时效中断的观点。由于诉讼本身有一个过程，时效中断以后，诉讼过程都应当被视为权利人行使权利的持续状态，所以，起诉引起时效中断后，新的时效期间应从该诉讼过程结束时起计算。

（四）与提起诉讼或者申请仲裁具有同等效力的其他情形

引起诉讼时效中断的事由并非仅限于权利人的起诉，实际上，任何开启司法程序的行为都可导致诉讼时效中断，因此，除起诉外，申请调解、仲裁及进行其他司法程序同样引起时效中断。^[69]导致诉讼时效中断的法定事由是由法律明文规定的^[70]，所以与提起诉讼或者申请仲裁具有同等效力的其他情形必须是为法律和司法实践所认可的情形。《诉讼时效规定》第13条规定，下列事项之一，人民法院应当认定与提起诉讼具有同等诉讼时效中断的效力：（1）申请仲裁；（2）申请支付令；（3）申请破产、申报破产债权；（4）为主张权利而申请宣告义务人失踪或死亡；（5）申请诉前财产保全，诉前临时禁令等诉前措施；（6）申请强制执行；（7）申请追加当事人或者被通知参加诉讼；（8）在诉讼中主张抵销；（9）其他与提起诉讼具有同等诉讼时效中断效力的事项。第14条规定：权利人向人民调解委员会以及其他依法有权解决相关民事纠纷的国家机关、事业单位、社会团体等社会组织提出保护相应民事权利的请求，诉讼时效从提出请求之日起中断。第15条第1款规定：权利人向公安机关、人民检察院、人民法院报案或者控告，请求保护其民事权利的，诉讼时效从其

报案或者控告之日起中断。据此与提起诉讼或者申请仲裁具有同等效力的其他情形还包括：申请支付令，申请破产，申报破产债权，为主张权利而申请宣告义务人失踪或死亡，申请诉前财产保全，诉前临时禁令等诉前措施，申请强制执行，申请追加当事人或者被通知参加诉讼，在诉讼中主张抵销等。权利人向人民调解委员会以及其他依法有权解决相关民事纠纷的国家机关、事业单位、社会团体等社会组织提出保护相应民事权利的请求；权利人向公安机关、人民检察院、人民法院报案或者控告，请求保护其民事权利等。

诉讼时效中断以后，将发生如下效果：第一，已经经过的诉讼时效期间统归无效，已经计算的诉讼时效期间只要尚未届满，都可以因为中断事由的出现而失去效力。第二，在时效中断以后，可能会发生时效再次中断的效果。第三，中断事由消除以后，时效期间重新计算。中断后重新计算的时效期间究竟应当有多长？如果原时效为普通诉讼时效期间，重新计算的诉讼时效期间应保持不变；如果原时效为特别诉讼时效者，重新起算的诉讼时效期间应当转变为普通诉讼时效期间。至于中断后的诉讼时效期间自何时重新计算，本条作了明确规定，“从中断、有关程序终结时起”。

（本条由高圣平撰写）

第一百九十六条

下列请求权不适用诉讼时效的规定：

- （一）请求停止侵害、排除妨碍、消除危险；
- （二）不动产物权和登记的动产物权的权利人请求返还财产；
- （三）请求支付抚养费、赡养费或者扶养费；
- （四）依法不适用诉讼时效的其他请求权。

本条主旨

本条就不适用诉讼时效的请求权作出了规定。

相关条文

《民法总则》第196条规定：“下列请求权不适用诉讼时效的规定：（一）请求停止侵害、排除妨碍、消除危险；（二）不动产物权和登记的动产物权的权利人请求返还财产；（三）请求支付抚养费、赡养费或者扶养费；（四）依法不适用诉讼时效的其他请求权。”

《诉讼时效规定》第1条规定：“当事人可以对债权请求权提出诉讼时效抗辩，但对下列债权请求权提出诉讼时效抗辩的，人民法院不予支持：（一）支付存款本金及利息请求权；（二）兑付国债、金融债券以及向不特定对象发行的企业债券本息请求权；（三）基于投资关系产生的缴付出资请求权；（四）其他依法不适用诉讼时效规定的债权请求权。”

理解与适用

诉讼时效的客体或适用范围曾经在我国学界引起巨大的争议，学界关于适用诉讼时效的请求权的范围存在不同意见。^[71]严格来说，适用诉讼时效的请求权是实体法上的请求权，即法律规定的权利人可以要求义务人为一定行为或不为一定行为的权利，包括法定的请求权和基于法律行为发生的请求权。程序上的诉权，比如提起确认之诉的权利、请求作出形成判决的权利，不适用诉讼时效。也就是说，适用诉讼时效的请求权必须是存在于双方关系中的请求权，它包括财产性的请求权和非财产性的请求权。形成权、绝对权、抗辩权不属于诉讼时效的适用范围。

不适用诉讼时效规定的请求权有以下四种类型。

第一种类型是请求停止侵害、排除妨碍与消除危险。这三种请求权之所以不适用诉讼时效，原因在于，这三种类型的请求权都是指向现实存在的对权益的妨害和危险，并非值得尊重的社会交往现状，在通常情形下排除了向不特定第三人呈现此类请求权不存在状态的可能，不特定第三人也就无法产生相应类型的请求权不存在的信赖，因此不存在保护不特定第三人信赖利益的问题，而诉讼时效制度的核心功能对于这些类型的请求权就无法发挥。值得注意的是，停止侵害、排除妨碍、消除危险的请求权不适用诉讼时效的需求可能不大，因为停止侵害、排除妨碍、消除危险请求权的产生，以违法行为的存在为前提，而每一项违法行为都会导致新的停止侵害、排除妨碍、消除危险请求权的发生，而且因此，排除妨碍、消除危险请求权的权利人能够获得足够的保护。^[72]

第二种类型是不动产物权的权利人请求返还财产与登记的动产物权的权利人请求返还财产。就登记效力采生效要件主义的不动产物权如不动产所有权、建设用地使用权等而言，权利人享有的返还原物请求权不应适用诉讼时效制度，原因在于：只要登记簿上仍然显示不动产的权属状况，就会排除向不特定第三人呈现权利不存在状态的可能。不特定第三人仅仅基于加害人对不动产的占有就相信加害人无须向任何人负担返还财产的义务缺乏正当依据，因此，不存在保护不特定第三人信赖利益的必要。可见，诉讼时效制度的核心功能对于此种类型的请求权无法发挥。就登记效力采对抗要件主义的不动产物权如土地承包经营权、地役权而言，登记簿记载的权利人所享有的返还财产请求权，也不应适用诉讼时效制度，因为：登记对抗要件主义之下，法律保护交易关系中善意第三人对登记所公示的权利状态产生的消极信赖。这就意味着凡是登记簿上显示没有权利变动的，善意第三人可以相信从未发生过权利变动。任何人不得因民事主体对不动产的占有就相信该民事主体对不动产享有土地承包经营权或地役权等。因此，不特定第三人相信占有不动产的民事主体无须向任何人负担返还财产的义务缺乏依据和理由，不存在保护不特定第三人信赖利益的问题。

就船舶、航空器和机动车等动产而言，这些动产的物权变动采登记对抗要件主义，只有经过登记的物权变动才具有对抗善意第三人的效力，未经登记，不得对抗善意第三人。登记簿上的船舶、航空器以及机动车的所有权人享有的返还财产请求权之所以不适用诉讼时效制度，原因在于，在登记对抗要件主义之下，法律保护交易关系中善意第三人对登记所公示的权利状态产生的消极信赖。

存在较大争议的是，动产返还原物请求权、未登记的不动产返还

原物请求权是否适用诉讼时效。本条第1项和第2项对此似乎采纳了肯定说，即返还原物罹于诉讼时效，因此，动产和未登记不动产的返还原物请求权均适用诉讼时效。^[73]当然，返还原物请求权适用诉讼时效不代表不对物权进行保护，因为如果返还原物请求权的诉讼时效期间过短，那么作为返还原物请求权原权的物权在权利实现上可能会存在问题，物权可能会沦为“不完全权利”^[74]。

第三种类型是请求支付赡养费、抚养费以及扶养费的权利。这三种类型的请求权属于债权请求权，具有浓重的财产色彩，本来满足诉讼时效制度的适用条件，但其并不适用诉讼时效制度。原因在于：权利人一般是年幼、年老或其他缺乏劳动能力的人，抚养费、赡养费、扶养费是这些人生活的来源，涉及人的基本生存问题，如果因为时效届满而无法得到法律支持的话，有违社会道德。这种基于身份关系产生的请求权所对应的法定义务具有较高的道德性。比如在婚姻关系存续期间，夫妻分居后，妻子独自抚养孩子的，得向丈夫主张抚养费，这一请求权不罹于诉讼时效；同样的，夫妻离婚后，妻子独自抚养孩子的，针对丈夫的抚养费请求权也不罹于诉讼时效。确认请求支付赡养费、抚养费以及扶养费的权利不适用诉讼时效制度，说明《民法典》高度重视家庭关系在《民法典》中的地位，以及“家”在社会秩序中的独特功能。家庭是人最为基本的存在形式，是家庭成员彼此协同合作、容忍尊重的生活单元，是每个人的存在之根，对中国人具有异乎寻常的意义和价值。《民法典》所有的规则设计都应服务于提升家庭的凝聚力，而非鼓励利字当头、锱铢必较。确认请求支付赡养费、抚养费以及扶养费的权利不适用诉讼时效制度，就是这一价值判断的具体体现。

第四种类型是不适用诉讼时效的其他请求权。根据《诉讼时效规定》第1条，以下几种请求权是不适用诉讼时效的：（1）支付存款本金及利息请求权。居民存款的目的是将钱款进行储备，以备以后使用，并不一定在短期内行使这种债权。相对于银行而言，储户属于弱者，基于对储户特殊保护的要求，不应将支付存款本金及利息的请求权纳入诉讼时效的适用范围。（2）兑付国债、金融债券以及向不特定对象发行的企业债券本息请求权。国债是国家为筹措资金而向投资者出具的，承诺在一定的时期内按期支付利息和到期归还本金的借款凭证；金融债券，是指银行及非银行金融机构依照法定程序发行并约定在一定期限内还本付息的有价证券；企业债券通常又称为公司债券，是企业依照法定程序发行，约定在一定期限内还本付息的债券。为了保护投资者的利益，对于其国债、金融债券以及向不特定对象发行的企业债券的本息请求权给予特别保护，不应当适用诉讼时效制度。（3）基于投资关系产生的缴付出资请求权。和投资关系与储蓄

关系一样，基于投资关系产生的缴付出资请求权形成的都是继续性的法律关系，只要这种关系存续，其派生的请求权也因之存续，不应受诉讼时效限制。^[75]

“依法不适用诉讼时效的其他请求权”还包括消除影响、恢复名誉以及赔礼道歉。这些请求权事关人身权益的保障，即使请求权人长期不行使权利，也不存在不特定第三人对义务人的财产状态和经济实力产生错误判断的问题，因此，一方面，这些类型的请求权没有适用诉讼时效制度的正当性；另一方面，不适用诉讼时效制度更能体现对人身权益的高度尊重，符合《民法典》重视人文关怀的价值取向。^[76]

（本条由高圣平撰写）

第一百九十七条

诉讼时效的期间、计算方法以及中止、中断的事由由法律规定，当事人约定无效。

当事人对诉讼时效利益的预先放弃无效。

本条主旨

本条对诉讼时效的法定性作出了规定。

相关条文

《民法总则》第197条规定：“诉讼时效的期间、计算方法以及中止、中断的事由由法律规定，当事人约定无效。”“当事人对诉讼时效利益的预先放弃无效。”

《诉讼时效规定》第2条规定：“当事人违反法律规定，约定延长或者缩短诉讼时效期间、预先放弃诉讼时效利益的，人民法院不予认可。”

理解与适用

本条是关于诉讼时效之法定性的规定，这一规定延续了《诉讼时效规定》第2条的内容，并在表述上更为精确，明确了当事人不能通过意思表示自由缩短或延长3年普通诉讼时效期间以及20年最长诉讼时效期间，不能通过约定改变诉讼时效期间的起算点，不能通过约定排除或改变诉讼时效的中止、中断的事由，也不能自行添加其他中止、中断事由，不能在诉讼时效完成之前预先承诺不主张时效抗辩。诉讼时效是权利主体遭受损害后在法定期间内向司法机关寻求救济的制度，无论是时效期间的长短、计算方法，还是时效期间中止、中断的事由，都是由法律强制规定的，任何组织或个人对时效的延长、缩短、预先放弃等的约定都是无效的。^[77]具体来说，本条包含两层含义。

（一）不得通过约定改变法律规定的诉讼时效的期间、计算方法以及中止、中断的事由

在我国，无论是学界通说还是司法实践都认为诉讼时效具有法定性，当事人不得约定缩短或延长诉讼时效期间，不得约定诉讼时效中止、中断的事由，不得预先抛弃时效利益。^[78]《诉讼时效规定》第2条即采这一立场，其主要考虑在于，诉讼时效不仅是权利人的私益，更是具有规范目的的公益，不属于当事人可自行处分的事宜。法律上之所以不允许当事人通过约定改变诉讼时效的相关规则，原因在于：第一，法律关于诉讼时效期间长短的规定可以有效督促当事人积极行使权利，促进财产效用的发挥和社会经济的正常运转。如果当事人通过约定延长诉讼时效期间，就会与设立诉讼时效制度的这一初衷相违背。第二，有利于稳定当前的法律秩序。权利人长期不行使权利，会导致呈现一种权利不存在的状态，并使不特定的第三人对这种事实状态产生合理的信赖，形成当事人之间相应的稳定关系。诉讼时效制度的存在以及不可自由约定性，有利于保护基于此种事实基础而形成的各种新的法律关系，有助于生活秩序的稳定与交易安全。第三，诉讼

时效制度有利于具有证明价值的证据的收集和判断以及纠纷的及时解决。规定不能预先放弃时效利益的原因在于，如果允许当事人预先抛弃时效利益，则可能导致不公平的情形发生。例如，一方利用自己所处的优势地位，迫使另一方同意抛弃时效利益，这会损害后者的利益。

虽然在本条制定的过程中有不同的意见，但《民法典》维持了诉讼时效规定具有强制性的立场，即禁止当事人就诉讼时效作与法律规定不同的约定。当然，《民法典》第188条第2款第三句后半句延续了《民法通则》第137条第二句的立场，允许权利人向人民法院申请延长诉讼时效期间，从而在一定程度上缓和了诉讼时效规定的强制性。这意味着，权利人和义务人不得约定缩短诉讼时效期间；诉讼时效期间是否延长，取决于人民法院的自由裁量。

（二）当事人对时效利益的预先放弃无效

依据本条规定，当事人不得通过约定预先放弃诉讼时效期间届满后义务人所享有的时效利益。主要原因在于，允许当事人预先放弃时效利益可能使当事人利用自己经济上的强势地位损害对方当事人的利益，尤其通过订立格式条款的方式使当事人预先放弃时效利益，从而损害对方当事人的利益。如果允许当事人预先放弃，将与法律设定诉讼时效的目的不符。因此，无论是通过口头形式还是通过书面形式放弃时效利益，都是无效的。当然，这并不排除当事人在诉讼时效期间届满后放弃时效利益。

（本条由高圣平撰写）

第一百九十八条

法律对仲裁时效有规定的，依照其规定；没有规定的，适用诉讼时效的规定。

本条主旨

本条对仲裁时效与诉讼时效的关系作出了规定。

相关条文

《民法总则》第198条规定：“法律对仲裁时效有规定的，依照其规定；没有规定的，适用诉讼时效的规定。”

《仲裁法》第74条规定：“法律对仲裁时效有规定的，适用该规定。法律对仲裁时效没有规定的，适用诉讼时效的规定。”

理解与适用

本条是关于仲裁时效与诉讼时效间之关系的规定。

在《民法典》颁布之前，对于仲裁时效，并不是通过《民法通则》进行规定，而是在《仲裁法》以及相关法律条文中进行规定。

《仲裁法》第74条规定，法律对仲裁时效有规定的，适用其规定；没有规定的，适用诉讼时效的规定。由于《仲裁法》制定于1994年，当时我国的仲裁体系不甚成熟，因而许多仲裁规则，包括仲裁时效制度，都部分借鉴了《民法通则》以及《民事诉讼法》的相关规定。随着越来越多的新型民事关系的出现以及司法实践的发展，如何协调仲裁时效与诉讼时效的关系，成为民法人需要解决的重要问题之一。在《民法总则》制定工作开展后，2015年9月全国人大常委会法制工作委员会召开了一个民法总则草案讨论会，会上讨论的草案，不是该委员会正式公布的草案，而是该委员会民法室的内部草案，即《民法总则草案（2015年8月28日民法室室内稿）》。关于第八章期间和时效的讨论主要集中在：普通诉讼时效期间规定为3年还是5年？应否规定哪些请求权适用诉讼时效、哪些请求权不适用诉讼时效？是否规定人身损害赔偿等请求权适用10年长期诉讼时效期间？会上对于仲裁时效

的内容并未涉及。在2016年6月27日提交全国人大常委会初审的《民法总则（草案）》中，也未对仲裁时效进行规定。但是在2016年11月发布的《民法总则（草案）》的二审稿增加了这一条文。2017年3月15日通过的《民法总则》最终保留了关于仲裁时效的规定。在《民法总则》中并列规定诉讼时效与仲裁时效，在传统大陆法系民法典体系中，实属罕见。我国台湾地区“民法典”第125条至第147条，对时效的消灭进行了体系化的规定，包括时效起算、中断、中止以及不得预先放弃时效利益等，但是并未将仲裁时效单独列出。《德国民法典》第五章系统规定了时效制度，但也未对仲裁时效进行特殊规定。《法国民法典》第2219条规定“时效谓依法律特定的条件，经过一定的时间，而取得财产的所有权或免除义务的方法”，也没有单独对仲裁时效进行规定。《日本民法典》第六章对于时效利益、取得时效和消灭时效等进行了规定，也未涉及仲裁时效。但是大多数国家的民法体系都承认，仲裁作为私权的救济途径之一，原则上也应该适用诉讼时效制度，只是针对特殊类型的纠纷，需要单独规定仲裁时效规则。

那么《民法典》为何要单独对仲裁时效进行规定呢？仲裁作为“民间司法”与“准司法”手段，它与诉讼具有多方面的联系。诉讼与仲裁具有立法上的借鉴与互补关系、司法上的支持与监督关系。将仲裁时效的一般规定置于《民法典》之中，更具有科学性和合理性。比如，我国并未明确规定是否允许协议变更仲裁时效，依据本条规定，“法律对于仲裁时效没有规定的，适用诉讼时效的规定”。而《民法典》第188条规定，有特殊情况，人民法院可以延长诉讼时效期间，从而排除了当事人协议变更诉讼时效期间的可能，因此，仲裁时效的期间也不得由双方当事人协议变更。可见，在《民法典》中对仲裁时效与诉讼时效并列规定，有利于民事法律体系的协调与统一。

与诉讼时效制度类似，仲裁时效是指当事人在仲裁时效期间内如果不向仲裁机构请求仲裁，就丧失了通过仲裁方式解决纠纷，保护其合法权益的权利。仲裁时效制度设立之目的是防止权利人在“权利上睡眠”，督促其积极行使权利。依传统民商法理论分类，仲裁时效可以分为普通仲裁时效与特殊仲裁时效，前者适用于常见的民事、经济纠纷。对于此类纠纷的仲裁时效，大多数国家都采取了同普通诉讼时效保持一致的做法。而后者往往适用于特殊类型的民商事纠纷，比如因国际货物买卖和技术进出口合同引起的纠纷。对于该类纠纷的仲裁时效，法律往往进行单独规定。由此可见，“法律对仲裁时效有规定的，依照其规定”针对的是适用特殊仲裁时效的情况。例如，《民法典》第594条规定：因国际货物买卖合同和技术进出口合同争议提起诉讼或者申请仲裁的时效期间为4年。

第一百九十九条

法律规定或者当事人约定的撤销权、解除权等权利的存续期间，除法律另有规定外，自权利人知道或者应当知道权利产生之日起计算，不适用有关诉讼时效中止、中断和延长的规定。存续期间届满，撤销权、解除权等权利消灭。

本条主旨

本条对除斥期间作出了规定。

相关条文

《民法总则》第199条规定：“法律规定或者当事人约定的撤销权、解除权等权利的存续期间，除法律另有规定外，自权利人知道或者应当知道权利产生之日起计算，不适用有关诉讼时效中止、中断和延长的规定。存续期间届满，撤销权、解除权等权利消灭。”

《合同法》第55条规定：“有下列情形之一的，撤销权消灭：（一）具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内没有行使撤销权；（二）具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权。”

理解与适用

除斥期间，是指权利的存续期间，一旦该期间届满，权利即告消灭。除斥期间一般是一种不变期间，期间经过，实体权利消灭^[79]，当事人之间的法律关系就会发生变化。除斥期间的制度功能在于，保障法律秩序的安定和清晰、明确。一般来说，短期除斥期间旨在尽可能快捷地实现法律秩序的安定，保护义务人和法律交往其他当事人的可预测性，便于他们对自己的权益自由处分；长期除斥期间旨在确保法律秩序的清晰，一旦除斥期间届满，实体权利即告终局消灭，无须义务人提出抗辩。^[80]

（一）除斥期间的适用范围

除斥期间一般适用于形成权，如撤销权、解除权。权利人通过行使这些形成权，以自己的意思变更、消灭既有法律关系（如行使优先购买权、撤销权、解除权），或使不确定的法律关系趋于确定（如行使追认权、选择权）。值得注意的是，德国学界有观点认为，除斥期间适用于所有权利。^[81]因此，德国的除斥期间不仅适用于形成权，也适用于请求权^[82]，还适用于绝对权，如德国《著作权法》第64条规定，著作权自权利人死亡之日起70年消灭。^[83]在我国，学说上曾将除斥期间的适用范围限定为形成权。^[84]但是，学界逐渐开始接受德国法的立场，认为形成权之外的权利也可以适用除斥期间^[85]，比如，《产品质量法》第45条第2款规定的损害赔偿请求权、《个人独资企业法》第28条规定的债权人对解散后独资企业投资人的连带求偿权、《著作权法》第21条规定的著作权存续期间，等等。

主张除斥期间适用范围为形成权的学者，提出了法定的权利失效期间的概念，即法律规定民事权利在一定期间届满时未行使便归于消灭的期间。^[86]换言之，这类学者主张的权利失效期间包括两类：第一类是法律规定的权利失效期间；第二类基于诚实信用原则而发生的权利失效期间，即权利人长时间不行使权利，导致义务人相信权利人不会再行使权利或权利根本不存在，为了保护义务人的信赖，基于诚实信用原则，权利人不得再主张权利。不过，这种分类更多的是解释上的不同选择而已，因为：在德国法上，权利失效特指依诚实信用原则产生的权利失效期间，是禁反言原则的特定类型。^[87]按照德国学者的解释，与诉讼时效相比，权利失效不仅适用于请求权，还适用于形成权和抗辩权；与诉讼时效、除斥期间相比，权利失效没有具体的期间。^[88]按照这一解释，德国法中的权利失效限于上述学者所称权利失效期间的第二种类型，上述学者所称权利失效期间的第一种类型更多地属于除斥期间。不过，与除斥期间类似，权利失效期间由法院依职权援引。^[89]因此，适用于请求权、绝对权的权利保护期间到底

是除斥期间还是权利失效期间，只是一种类型化的解释选择而已。

此外，还有学者认为，绝对权适用的不是除斥期间而是狭义权利期间，因为权利人是否行使该权利对该权利存在与否不产生影响，而除斥期间的适用不仅要考虑时间要素还要考虑行使要素，故这一狭义权利期间独立于除斥期间，进而，著作权保护期间不是除斥期间，而是狭义权利期间。^[90]如前所述，是否区分独立的狭义权利期间和除斥期间，更多的是解释选择之争。是否承认独立的狭义权利期间，关键在于这一概念在体系构建上是否具有说明和解释的便利。实际上，德国《著作权法》第64条规定的70年往往被称为“一般保护期间”^[91]，这一期间届满，著作权即告消灭。从法律效果上来说，它与除斥期间并无区别。当然，就绝对权而言，绝对权不像请求权那样有确定的义务人，不像形成权那样指向特定的主体，因此其权利保护期间不像除斥期间那样重视“行使要素”。这一点是由绝对权本身的特性决定的。也就是说，承认狭义的权利期间只是一种解释选择而已。

（二）除斥期间的类型

本条规定了法定除斥期间和约定除斥期间。前者以合同法所规定的可撤销合同的撤销权为典型^[92]，后者以合同法所规定的解除权为代表。一般来说，除非法律另有规定，法定除斥期间不得延长。约定除斥期间可以由当事人自由约定，但是可能会受到诚实信用原则的限制。当事人对此发生争议的，法院可以对约定除斥期间进行内容审查，认定其效力。^[93]

（三）除斥期间的起算时间

本条规定，（除斥期间）“除法律另有规定外，自权利人知道或者应当知道权利产生之日起计算”。故原则上，除斥期间自权利人知道或者应当知道权利产生之日起计算，如合同法所规定的合同撤销权，但是法律另有规定的除外，即除斥期间的起算方式取决于关于各个除斥期间的法律规定。具体来说，除斥期间可以从行为发生之日起计算，也可以从行使催告权之日起计算。^[94]

（四）除斥期间不适用有关诉讼时效期间中止、中断和延长的规定

依据本条规定，除斥期间不适用有关诉讼时效中止、中断和延长的规定。诉讼时效可能因为一定事由的出现而中止、中断或者延长。而除斥期间在性质上属于不变期间，不因相关事实的出现而发生中止、中断和延长。

（五）除斥期间届满的后果

依据本条规定，除斥期间届满后，“撤销权、解除权等权利消灭”。可见，除斥期间届满会产生消灭撤销权、解除权等权利的效果。例如，一方享有合同解除权，解除权行使期间届满后，当事人就不得再主张解除合同。再如，当事人依据法律规定享有撤销权，在法律规定的撤销权行使期间届满后，当事人不得再主张撤销相关民事法律行为。除斥期间届满后，相关权利即消灭。这意味着，法官可以依职权进行审查。^[95]这与诉讼时效期间届满后人民法院不得主动适用诉讼时效规定不同。^[96]

（本条由高圣平撰写）

注释：

[1] 对诉讼时效制度正当性理由的批评，参见朱虎.返还原物请求权适用诉讼时效问题研究.法商研究，2012（6）。

[2] MünchKomm/Grothe，2012，Vor.§194（2012），Rn.6.

[3] MünchKomm/Grothe，Vor.§194（2012），Rn.6.

[4] 王利明.中国民法典学者建议稿及立法理由·总则编.北京：法律出版社，2005：430.

[5] 王利明.民法总则研究.2版.北京：中国人民大学出版社，2012：739.梁慧星.中国民法典草案建议稿附理由·总则编.北京：法律出版社，2013：385-386.

[6] 刘俊.诉讼时效制度的二元价值：再评我国诉讼时效制度的缺失.河北法学，2007（10）.冯恺.诉讼时效制度研究.济南：山东人民出版社，2007：112.

[7] 单虹宇，王艳华.谁为诉讼时效的受益者.中国律师，2003（6）.莫宗艳.论延长借款合同纠纷诉讼时效的必要性.人民司法，1999（1）。

[8] 王利明.民法总则研究.2版.北京：中国人民大学出版社，2012：430.

[9] 学者间有观点认为，从《民法通则》第137条规定的“诉讼时效期间从知道或者

应当知道权利被侵害时起计算”的立法本意来看，我国就诉讼时效期间的起算采取了主客观相结合的标准，即主观上应具备“知道或者应当知道权利被侵害”的要素，客观上应具备“侵害事实发生的要素”，其中，“知道或者应当知道权利被侵害”包括知道或者应当知道权利被侵害的事实以及侵害人。张雪樑.诉讼时效前沿问题审判实务.北京：中国法制出版社，2014：120-121.

[10] MünchKomm/Grothe，§199（2012），Rn.26.

[11] MünchKomm/Grothe，§199（2012），Rn.25.

[12] MünchKomm/Grothe，§199（2012），Rn.4.

[13] MünchKomm/Grothe，§199（2012），Rn.27.

[14] 王利明，杨立新，王轶，等.民法学.4版.北京：法律出版社，2014：139.崔建远.民法总论.北京：清华大学出版社，2010：201.

[15] 朱庆育.民法总论.2版.北京：北京大学出版社，2016：555.

[16] 王利明.民法总则研究.2版.北京：中国人民大学出版社，2012：741.

[17] Study Group on a European Civil Code，Research Group on EC Private Law（Acquis Group），Principles，Definitions and Model Rules of European Private Law：Draft Common Frame of Reference（DCFR），Volume 2，Full Edition，Munich：Sellier.European Law Publishers GmbH，2009：1186.

[18] 冯恺.诉讼时效制度研究.济南：山东人民出版社，2007：121.

[19] 王利明.民法总则研究.2版.北京：中国人民大学出版社，2012：742.崔建远.民法总论.北京：清华大学出版社，2010：201.冯恺.诉讼时效制度研究.济南：山东人民出版社，2007：120-121.

[20] 王利明.民法总论.2版.北京：中国人民大学出版社，2015：346-347.

[21] 2000年10月26日《最高人民法院关于借款合同中约定借款分期偿还应如何计算诉讼时效期间的答复》（法经〔2000〕244号）指出：在借款、买卖合同中，当事人约定分期履行合同债务的，诉讼时效应当从最后一笔债务履行期届满之次日开始计算。

[22] 2004年4月6日《最高人民法院关于分期履行的合同中诉讼时效应如何计算问题的答复》（法函〔2004〕23号）指出：对分期履行合同的每一期债务发生争议的，诉讼时效期间自该期债务履行期届满之日的次日起算。

[23] 张雪樑.诉讼时效前沿问题审判实务.北京：中国法制出版社，2014：129.

[24] 王利明.民法总则研究.2版.北京：中国人民大学出版社，2012：747.

[25] 最高人民法院民事审判第二庭.最高人民法院关于民事案件诉讼时效司法解释理解与适用.北京：人民法院出版社，2015：14.

[26] 冯恺.诉讼时效制度研究.济南：山东人民出版社，2007：150.

[27] 王轶.民法总则之期间立法研究.法学家，2016（5）.

[28] 最高人民法院民事审判第二庭.最高人民法院关于民事案件诉讼时效司法解释理解与适用.北京：人民法院出版社，2015：14.

[29] 张颖璐.分期履行债务诉讼时效期间的起算.人民法院报，2012-05-17.

[30] 王利明.中国民法典学者建议稿及立法理由·总则编.北京：法律出版社，2005：438.

[31] 冯恺.诉讼时效制度研究.北京：山东人民出版社，2007：211.

[32] 这也是梁慧星教授在《民法总则》起草的过程中极力支持本条的重要原因之一。梁慧星.《中华人民共和国民法总则（草案）》：解读、评论和修改建议.华东政法大学学报，2016（5）.

[33] 周果.未成年人受性侵特别诉讼时效条款之商榷.人民法院报，2017-01-18.

[34] 梁慧星.《中华人民共和国民法总则（草案）》：解读、评论和修改建议.华东政法大学学报，2016（5）.

[35] 王利明.民法总则研究.2版.北京：中国人民大学出版社，2012：764.梁慧星.民法总论.4版.北京：法律出版社，2011：249.

[36] 王利明.民法总则研究.2版.北京：中国人民大学出版社，2012：764.张雪梅.诉讼时效前沿问题审判实务.北京：中国法制出版社，2014：350.崔建远.民法总论.北京：清华大学出版社，2010：191.

[37] 李开国.民法总论.武汉：华中科技大学出版社，2013：302.

[38] 王利明.民法总论.2版.北京：中国人民大学出版社，2015：361.李永军.自然之债源流考评.中国法学，2011（6）.

[39] 王轶.民法总则之期间立法研究.法学家，2016（5）.

[40] 梁展欣.诉讼时效司法实务精义.北京：人民法院出版社，2010：60.

[41] 刘凯湘.民法总论.北京：北京大学出版社，2011：374.

[42] 王利明.民法总论.2版.北京：中国人民大学出版社，2015：365.

[43] 李永军.自然之债源流考评.中国法学，2011（6）.

[44] 朱晓喆.诉讼时效完成后债权效力的体系重构.中国法学，2010（6）.

[45] 王利明.民法总论.2版.北京：中国人民大学出版社，2015：365-366.

[46] 朱庆育.民法总论.2版.北京：北京大学出版社，2016：543.

[47] 李开国.民法总论.武汉：华中科技大学出版社，2013：299-300.

[48] 关于对分歧观点的梳理，参见王利明.民法总论.2版.北京：中国人民大学出版社，2015：338-339.张雪樑.诉讼时效前沿问题审判实务.3版.北京：中国法制出版社，2014：33-34.

[49] 李永军.民法总论.3版.北京：中国政法大学出版社，2015：303.

[50] 屈茂辉，许中缘.民法总则原理.北京：中国人民大学出版社，2012：496.

[51] 王利明.民法总则研究.2版.北京：中国人民大学出版社，2012：730-731.

[52] 郭明瑞.诉讼时效停止制度的立法选择.广东社会科学，2016（1）.

[53] 冯恺.论诉讼时效的不完成.法学杂志，2005（1）.

[54] 张力，郑志峰.中止抑或不完全：诉讼时效完成障碍之婚姻关系.河北法学，2015（5）.

[55] 汪渊智.我国民法诉讼时效制度之构想.法学研究，2003（3）.

[56] 尹田.民法典总则之理论与立法研究.北京：法律出版社，2010：835-836.朱庆育.民法总论.2版.北京：北京大学出版社，2016：557-558.梁展欣.诉讼时效司法实务精义.北京：人民法院出版社，2010：87-88.

[57] 段晓娟.我国诉讼时效中止若干问题研究.法律适用，2008（11）.

[58] 李永军.民法总论.3版.北京：中国政法大学出版社，2015：301.梁慧星.中国民法典草案建议稿附理由：总则编.北京：法律出版社，2013：416-426.

[59] 朱晓喆.诉讼时效制度的立法评论.东方法学，2016（5）.

[60] 段晓娟.我国诉讼时效中止若干问题研究.法律适用，2008（11）.

[61] 尹田.民法典总则之理论与立法研究.北京：法律出版社，2010：836.郑云瑞.民法总论.北京：北京大学出版社，2015：392.张力，郑志峰.中止抑或不完全：诉讼时

效完成障碍之婚姻关系.河北法学, 2015 (5) .

[62] 张力, 郑志峰.中止抑或不完成: 诉讼时效完成障碍之婚姻关系.河北法学, 2015 (5) .

[63] 尹田.民法典总则之理论与立法研究.北京: 法律出版社, 2010: 834.

[64] 王泽鉴.民法总则.北京: 北京大学出版社, 2009: 432.

[65] 迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论.邵建东, 译.北京: 法律出版社, 2000: 93.

[66] 《德国民法典》立法理由书.迪特尔·施瓦布.民法导论.郑冲, 译.北京: 法律出版社, 2006: 181.

[67] 龙卫球.民法总论.北京: 中国法制出版社, 2001: 631.

[68] 朱庆育.民法总论.北京: 北京大学出版社, 2013: 544.

[69] 朱岩.消灭时效制度中的基本问题.中外法学, 2005 (2) .

[70] 王利明.民法总则研究.2版.北京: 中国人民大学出版社, 2012: 751.

[71] 尹田.论诉讼时效的适用范围.法学杂志, 2011 (3) .

[72] MünchKomm/Grothe, 2012, §197, Rn.7.

[73] 参见《德国民法典》第197条、第901-902条。

[74] MünchKomm/Grothe, 2012, §197, Rn.2.

[75] 王利明.民法总论.2版.北京: 中国人民大学出版社, 2015: 342-343.

[76] 王轶.民法总则之期间立法研究.法学家, 2016 (5) .

[77] 梁慧星.民法总论.2版.北京: 法律出版社, 2001: 237.

[78] 王利明.民法总则研究.2版.北京: 中国人民大学出版社, 2012: 726-727.崔建远.民法总论.北京: 清华大学出版社, 2010: 191.

[79] 我国司法实践中有观点认为, 《民事诉讼法》第205条规定的当事人申请再审的期限为除斥期间。参见铜山县腾飞钢模出租站与铜山县锦源置业发展有限公司租赁合同纠纷再审复查与审判监督民事裁定书 [江苏省高级人民法院 (2015) 苏审二民申字第01833号] 。

[80] Vgl.Larenz/Wolf/Neuner, AT, 10.Aufl., 2012, §22, Rn.7.MünchKomm/Grothe, Vor., §194 (2012), Rn.10.

[81] Vgl.Larenz/Wolf/Neuner, AT, 10.Aufl., 2012, §22, Rn.6.Staudinger/Peters/Jacoby, Vor., §§194-225 (2009), Rn.14.

[82] 如《德国民法典》第382条、第562b条第2款、第651g条第1款、第801条第1款、第864条第1款、第977条第二句、第1002条第1款。

[83] Vgl.MünchKomm/Grothe, Vor., §194 (2012), Rn.10.Staudinger/Peters/Jacoby, Vor. §§194-225 (2009), Rn.14.Bork, AT, 4.Aufl., 2016, Rn.317.

[84] 梁慧星.民法总论.4版.北京:法律出版社, 2011: 246.崔建远.民法总论.北京:清华大学出版社, 2010: 212.

[85] 王利明.民法总则研究.2版.北京:中国人民大学出版社, 2012: 777-778.朱庆育.民法总论.2版.北京:北京大学出版社, 2016: 548.耿林.论除斥期间.中外法学, 2016 (3).

[86] 崔建远.民法总论.北京:清华大学出版社, 2010: 217.

[87] Larenz/Wolf/Neuner, AT, 10.Aufl., 2012, §20, Rn.89.Bork, AT, 4.Aufl., 2016, Rn.352.

[88] Larenz/Wolf/Neuner, AT, 10.Aufl., 2012, §20, Rn.89.

[89] MünchKomm/Grothe, Vor., §194 (2012), Rn.13.

[90] 耿林.论除斥期间.中外法学, 2016 (3).

[91] Ahlberg/Götting/Freudenberg, UrhG, §64 (2017), Rn.25.Dreier/Schulze/Dreier, Urheberrechtsgesetz, §64 (2015), Rn.1.Wandtke/Bullinger/Lüft, Praxiskommentar zum Urheberrecht, UrhG, §64 (2014), Rn.2.

[92] 我国司法实践中有观点认为,《合同法》第75条第一句规定的是特殊诉讼时效期间。参见“海南华富房地产开发公司、海南思维投资有限公司与海口海甸岛房地产开发总公司撤销权纠纷上诉案”,河南省高级人民法院(2005)民二终字第34号民事判决书;“刘某强与淮安市英华管桩有限公司、刘某青等债权人撤销权纠纷再审案”,江苏省高级人民法院(2014)苏审二民申字第175号民事裁定书。

[93] MünchKomm/Grothe, Vor., 2012, §194, Rn.12.崔建远.民法总论.北京:清华大学出版社, 2010: 214.

[94] 崔建远.民法总论.北京:清华大学出版社, 2010: 215-216.

[95] MünchKomm/Grothe, Vor., 2012, §194, Rn.10.Staudinger/Peters/Jacoby, Vor., 2009, §§194-225 (2009), Rn.14.

[96] 王利明.民法总则研究.2版.北京：中国人民大学出版社，2012：778-782.崔建远.民法总论.北京：清华大学出版社，2010：213-214.

第十章 期间计算

第二百条

民法所称的期间按照公历年、月、日、小时计算。

本条主旨

本条对期间计算的单位作出了规定。

相关条文

《民法总则》第200条规定：“民法所称的期间按照公历年、月、日、小时计算。”

《民法通则》第154条规定：“民法所称的期间按照公历年、月、日、小时计算。”“规定按照小时计算期间的，从规定时开始计算。规定按照日、月、年计算期间的，开始的当天不算入，从下一天开始计算。”“期间的最后一天是星期日或者其他法定节假日的，以节假日的次日为期间的最后一天。”“期间的最后一天的截止时间为二十四点。有业务时间的，到停止业务活动的时间截止。”

理解与适用

所谓的期间，是与期日相对应的一个时间概念，共同构建了时间在民法上的规范形式。就其内涵而言，期日表现的是时间的点，期间表现的是时间的段。^[1]比如，出生时间、死亡时间就是典型的期日。所以说，《民法典》之总则编第十章虽然仅仅规定了“期间计算”，但这并非意味着我国民法体系中就不存在期日的问题，比如《民法典》第13条规定“自然人从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力……”。该条文中的“出生时”“死亡时”就是典型的期日。对本条的掌握，主要可以从期间的内涵、立法模式、主要分类及法律意义几方面来展开。

（1）期间的内涵。

相对于期日是一个时间点而言，期间是指具有一定法律意义的一段时间，其包含了起始时间和终了时间，也即始期和终期。期间的产生原因可以源于当事人之间的约定、法律直接规定或者法律授权法院等特定部门予以指定。其一，约定期间，即当事人明确约定的期间。其二，法定期间。比如《民法典》第九章所规定的诉讼时效就属于法定期间，并不允许当事人额外约定，对此，《诉讼时效规定》第2条专门规定：当事人违反法律规定，约定延长或者缩短诉讼时效期间、预先放弃诉讼时效利益的，人民法院不予认可。当然，在特殊情况下，法律可能没有规定确定的一段时间，而只是规定了合理期间。此时，如果就期间问题发生争议，法官应根据具体情况加以判断。此外，一定期间的经过将导致某种民事法律关系的产生、变更或消灭，所以，期间经过也可以成为民法上的法律事实。^[2]其三，指定期间。指定期间是指法院或者其他机关在法律允许的范围内指定的期间。举例而言，现行《民事诉讼法》第65条第2款规定：人民法院根据当事人的主张和案件审理情况，确定当事人应当提供的证据及其期限……

（2）关于期间的立法模式。

根据各国立法例期间的计算方式主要有两种：第一种为历法计算法，即按照日历所定的年、月、日为期间计算的依据。该方法以日为计算期间的基本单位。根据该计算方法，所谓一年，需要按照日历天计算，一般年份一年天数为365天，闰年年份则是366天；所谓一月，是日历上的具体日数，比如7月是31日，8月也是31日，9月则是30日。第二种为自然计算法，即以实际时间精确地进行计算的方法，以时、分、秒为基本的时间计算单位，一分钟为60秒，一小时为60分

钟，一天为24小时，一月则为30日，一年为365日。^[3]结合《民法典》第202条的规定，笔者认为，《民法典》主要采纳了历法计算法。当然，小时这一计量单位的出现是否意味着同时采纳了自然计算法的立法模式，确实也是值得讨论的。

（3）期间的分类。

期间主要分为诉讼时效和除斥期间两分类。期间依据不同标准具有不同分类方式，除了法定期间、约定期间及指定期间的三分法，还存在着可变期间与不可变期间的二分法等等。但对于我国现行法律体系而言，诉讼时效和除斥期间应当说是最为重要的划分方法。

首先，除斥期间是指法律直接规定或当事人依法确定的某些形成权的预定存续期间，该期间的经过将使相应权利自然消灭。除斥期间多用于形成权。举例而言，《民法典》第541条规定的撤销权期间就属于除斥期间，该条规定：撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起1年内行使。自债务人的行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。也就是说，只要享有撤销权的债权人在知道或者应当知道撤销事由之日起1年内尚未行使撤销权的，或者该撤销事由发生已经经过5年的，债权人将无权行使该权利。

其次，诉讼时效多用于债权请求权，《诉讼时效规定》第3条规定：当事人未提出诉讼时效抗辩，人民法院不应就诉讼时效问题进行释明及主动适用诉讼时效的规定进行裁判。据此可知，我国目前就诉讼时效已经采纳时效抗辩主义，也就是说，过了诉讼时效的债权并不意味着其胜诉权必然消灭，而仅仅是说债务人可以以此来抗辩债权人的请求权，主张自己无法定义务履行债务。关于诉讼时效，在前文已有详细论述，在此不赘述。

（4）期间在民法上的法律意义。

诚如前述，期间属于民法上的时间，能够产生法律关系变动的效果。具体而言，大致可从以下几方面来理解。

其一，可能影响民事主体的资格。举例而言，《民法典》第46条规定：“自然人有下列情形之一的，利害关系人可以向人民法院申请宣告该自然人死亡：（一）下落不明满四年；（二）因意外事件，下落不明满二年。”“因意外事件下落不明，经有关机关证明该自然人不可能生存的，申请宣告死亡不受二年时间的限制。”该条款中的4年和2年就属于会影响失踪人之民事主体资格的期间。

其二，作为民事法律事实中的事件，直接引起民事法律关系变动。举例而言，附始期的合同在期限届满以后实际生效，附终期的合同在期限届满后失效。这两种合同中所附期限就属于民事法律事实中的事件。

其三，“期间可以作为民事权利的存续期限。在民法上，有一些权利是不受期限限制的，如所有权是永恒存在的。但绝大多数民事权利都有一定的权利存续期限，权利人必须在该期限内行使权利，否则经过一定的期限，权利将不存在，或失去效力，或效力减弱。这是法定的期限对权利的影响。”^[4]

其四，“期间可以作为一定的权利、义务实际行使或履行的期限。例如，合同中规定的履行期限。合同一旦规定了履行期限，即使合同已经成立并生效，但在履行期限到来之前，当事人仍然不能实际地行使权利和履行义务。”^[5]

（本条由石冠彬撰写）

第二百零一条

按照年、月、日计算期间的，开始的当日不计入，自下一日开始计算。

按照小时计算期间的，自法律规定或者当事人约定的时间开始计算。

本条主旨

本条对期间的起算时间点作出了规定。

相关条文

《民法总则》第201条规定：“按照年、月、日计算期间的，开始的当日不计入，自下一日开始计算。”“按照小时计算期间的，自法律规定或者当事人约定的时间开始计算。”

《民法通则》第154条规定：“民法所称的期间按照公历年、月、日、小时计算。”“规定按照小时计算期间的，从规定时开始计算。规定按照日、月、年计算期间的，开始的当天不算入，从下一天开始计算。”“期间的最后一天是星期日或者其他法定休假日的，以休假日的次日为期间的最后一天。”“期间的最后一天的截止时间为二十四点。有业务时间的，到停止业务活动的时间截止。”

理解与适用

本条是对《民法典》第200条规定的期间计量单位的起始点的规定，简单说，本条第1款与第2款分别就年、月、日的期间计算与小小时的期间计算确立了如下标准。

（1）以年、月、日为计量单位的期间的起算点：开始的当日不计算，自下一日开始计算。也就是说，不论是除斥期间还是诉讼时效期间，都必须从起算日期的第二天开始计算期间的截止日。举例而言，张三在2017年3月20日欠李四人民币5万元，约定借款期间为1年，则意味着张三应该在2018年3月20日归还借款，该债权债务的诉讼时效期间应该是从2018年3月21日开始起算，截止至2021年3月20日。但是，笔者认为，如果双方当事人对于期间起算另有约定的，应当遵从双方当事人的意思自治。

（2）以小时为计量单位的期间的起算点：自法律规定或者当事人约定的时间开始计算。

就“法律规定”而言，比如《海商法》第97条第1款对于船舶承租人的法定解除权作了如下规定：出租人在约定的受载期限内未能提供船舶的，承租人有权解除合同。但是，出租人将船舶延误情况和船舶预期抵达装货港的日期通知承租人的，承租人应当自收到通知时起48

小时内，将是否解除合同的决定通知出租人。按照文理解释，若出租人将租赁船舶的迟延履行情况及预期履行日期提前告知了承租人，则承租人应当自收到该通知的具体时间开始计算享有单方解除权的时间。该“具体时间”具体到分，甚至到秒为止。唯如此，方能更好地保障双方当事人的权益，符合法律限制承租人的“法定解除权”这一立法宗旨。而且，笔者认为，对于上述法律规定的48小时以及具体的起算时间，船舶出租人与承租人均有权通过意思自治达成特别约定，也就是本条中所陈述的“当事人约定”。

就“当事人约定”的单独适用而言，比如张三在5月1日13：40借款给李四人民币10万元，双方在借款时约定李四应当于24个小时后归还借款，则此时按照法律的规定及社会的通常理解，李四应该在5月2日13：40之前归还借款，但是若双方当事人约定，借款期间24小时的起算时间点为5月1日14：00或者5月2日24：00，那么期间起算点的计算应尊重当事人的意思自治。

此外，关于本条的适用应当注意如下两个问题。

第一，注意与《民法典》第13条的协调适用。《民法典》第13条规定：自然人从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务。该条款中的“从出生时起到死亡时止”本质上就是一个民事权利能力存在的期间，但是此处的“从出生时起”显然是包含自然人出生当天在内的，也就是说应当将其理解为本条的例外情形。而且，准确来说，《民法典》第13条规定的自然人之民事权利能力的起算时间点并不能说是以出生日为标准，而应当以出生日的具体时间点（即出生日的某时某分，甚至精确到某秒）。这种界定是存在一定法律意义的。当然，因为《民法典》第16条肯定了胎儿在遗产继承、接受赠与等问题上具有民事权利能力，所以上述对“出生时”的界定很大程度上并不会影响最终的法律后果，但是会影响到具体法律的适用。举例而言，某自然人出生于2017年5月1日15：00，有一笔赠与的意思表示是出现在13：00，如果将“出生时”理解为5月1日，那么应当认定该赠与合同发生在两个自然人之间；如果根据将出生的具体时间点作为“出生时”的司法认定标准，则显然该赠与合同属于对胎儿的赠与。

第二，在特殊情况下，对于当日是否包含在内发生歧义时，应当以平衡当事人的利益或更好地维护特定当事人某种显然具有特殊价值的利益作为司法实务的裁判态度^[6]，一定程度上甚至可以说不应违背常识。举例而言，前述的出生日的认定这一问题其实也事关年龄的计算，故应当认定为包含当日在内；此外，在产品质量保质期的认定上，也应当认为包含了生产日期本身，而不能认为产品的质量保质期

应当从生产日期的第二天开始计算。

（本条由石冠彬撰写）

第二百零二条

按照年、月计算期间的，到期月的对应日为期间的最后一日；没有对应日的，月末日为期间的最后一日。

本条主旨

本条对期间截止日的计算方法作出了规定。

相关条文

《民法总则》第202条规定：“按照年、月计算期间的，到期月的对应日为期间的最后一日；没有对应日的，月末日为期间的最后一日。”

理解与适用

诚如前述，民法学上的期间是指民事法律关系发生、变更和消灭的一个时间段^[7]，它是特定的某一动态的阶段，是故，其必然有一个开始日期与截止日期。《民法典》第200条规定了期间的计算单位，第201条规定了期间的起算时间点，本条则根据是否存在对应日，专

门针对以“年、月”为计量单位的期间的截止日的计算确定了“到期月的对应日”与“月末日”两个标准。这是期间问题上历法计算法的立法体现：其一，“到期月的对应日”标准。举例而言，若甲公司在2017年4月4日与某银行签订了最长还款期限为2年的债务清偿协议，则应当根据“按照年、月计算期间的，到期月的对应日为期间的最后一日”这一规定确定2019年4月4日即为甲公司归还贷款的具体日期。其二，“月末日”标准。举例而言，若乙公司向银行承诺在2017年4月份归还所欠贷款，则应当确认2017年4月30日为乙公司归还贷款的截止日期。

应当看到，明确期间问题中期日的计算标准具有重要的法律意义，可以有效避免相应纠纷的产生。这种规定的细化是民法精细化、时代化的表现和要求。随着民商事活动的日新月异，民事主体各方对权利的精细化要求更高，到期日的确定与对应的民事权利、民事义务紧密相连，所以完善民事期间制度，不仅有利于理顺民事活动各个阶段的衔接关系，有利于保护当事人合法权益，还有利于提高民事活动的效率。本条是对《民法通则意见》第198条关于“当事人约定的期间不是以月、年第一天起算的，一个月为三十日，一年为三百六十五日”的规定的完善与改变。从立法背景来说，自20世纪90年代末起，在金融、证券、票据等新兴金融产业迅猛发展的形态下，《民法通则意见》关于期间的计算方法略显粗糙，不能够满足金融时代的需要。举例而言，金融票据类产品时效性强，对期日的敏感度高，价格弹性大，期间截止日的确认对权利人最终权利的认定极为关键。《票据法》第107条规定：本法规定的各项期限的计算，适用民法通则关于计算期间的规定。按月计算期限的，按到期月的对日计算；无对日的，月末日为到期日。很显然，《民法典》第202条吸收了《票据法》第107条这一特别法，从而明确了“按照年、月计算期间时应当如何确定最后一日”的规则，使之成为民商事法律领域期间到期日计算的一般性规则，值得肯定。

此外，值得考虑的问题是，《民法典》第201条还明确了按照小时、日计算期间时“如何开始计算”的规则，但是并未在第202条明确按照小时、日计算期间时应当如何认定“终期”。就此，应当分别讨论：其一，对于按照“小时”计算的期间，应当按照实际时间精确计算到最后时刻，举例而言，如果在8时10分双方约定了三个小时，则应当认定11时10分是截止的时间。其二，对于按照“日”计算的期间，则应当从次日起算第一天，截止到所约定日期的最后一天的最后时刻。举例而言，双方如果在2020年5月28日约定，必须在4天内完成履约行为，那么意味着履约期间就是2020年5月29日到6月1日，截止的时间理论上应该是6月1日24时。当然，如果有明确营业时间的，则应当适用《民法典》第203条第2款的规定。至于所约定的截止日是法定节

假日的如何处理，原则上也应当按照《民法典》第203条第1款予以处理，但如果双方本来就明知截止日期就是节假日的，那么理应尊重双方的意思自治。

（本条由石冠彬撰写）

第二百零三条

期间的最后一日是法定休假日的，以法定休假日结束的次日为期间的最后一日。

期间的最后一日的截止时间为二十四时；有业务时间的，停止业务活动的时间为截止时间。

本条主旨

本条是关于期间截止日的特殊规定。

相关条文

《民法总则》第203条规定：“期间的最后一日是法定休假日的，以法定休假日结束的次日为期间的最后一日。”“期间的最后一日的截止时间为二十四时；有业务时间的，停止业务活动的时间为截止时间。”

《民法通则》第154条规定：“民法所称的期间按照公历年、月、日、小时计算。”“规定按照小时计算期间的，从规定时开始计算。规定按照日、月、年计算期间的，开始的当天不算入，从下一天开始计算。”“期间的最后一天是星期日或者其他法定休假日的，以休假日的

次日为期间的最后一天。”“期间的最后一天的截止时间为二十四点。有业务时间的，到停止业务活动的时间截止。”

理解与适用

本条第1款是关于期间最后一日顺延的规定，也即只要期间的截止日属于法定休假日的，就应当以法定休假日届满之后的第一个工作日为期间的最后截止日。本条第2款是关于期间最后一日的具体认定时间的规定，原则上需要过最后一日的24时，但是如果有业务时间的，就需要以业务停止时间作为最后一日结束的具体认定时间。该规定对于法人、非法人组织具有特殊法律意义。当然，需要注意的是，如果当事人在法定休假日为意思表示或给付，经相对人接受的，其效力并不因法定休假日而受影响。送达经过被送达人或其他有权代为接收送达人的接受，即使接受日为法定休假日，送达照样产生法律效力。而且，法定休假日在时间中而不是在时间的最后一日的，不得予以扣除并以延长的日数来代替。^[8]举例而言，如果国庆假期在某个期间之内，就不能扣除该国庆假期的具体天数来另行计算期间的截止日。

具体而言，对本条的理解需要从以下几个方面展开：第一，关于“法定休假日”的理解。根据《劳动法》的相关规定，笔者认为，元旦、春节、国际劳动节、国庆节等法定节假日以及双休日均属于此处的法定休假日。第二，关于“期间的最后一日的截止时间为二十四时”的理解。民事主体从事民事活动过程中，在经过到期日后会发生民事权利义务关系的产生、变更、消灭等法律后果，在法律上具有重要的意义，所以必须明确期间的截止时间点，否则民事法律关系的变动就处于一个不可预期的状态。举例而言，在某个买卖合同中，预定交付货物的日期为2020年1月1日，则意味着货物出卖人最晚有权在2020年1月1日24时向买受方交货，超过此时间点将构成违约，出卖人需要承担相应的违约责任。第三，对于“有业务时间的，停止业务活动的时间为截止时间”的理解。营利法人这类民事主体通常会有固定的业务时间，例如银行通常的营业时间为工作日的9：00-17：00，所以涉及银行的期间最后一日的截止时间点以其营业时间结束的点为准，而不再以当日24时为准。此外，需要注意的是，营业时间必须先通过公开公示的方式标明，否则不得对抗最后日24时的截止时间点。

第二百零四条

期间的计算方法依照本法的规定，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

本条主旨

本条是对期间计算方法的例外规定。

相关条文

《民法总则》第204条规定：“期间的计算方法依照本法的规定，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”

理解与适用

诚如前述，期间是相对于期日而言，乃时间动态的一定长度，有其开始及终止，例如某年至某年，某月至某月，某日至某日，或某日起若干日、若干星期、若干月、若干年，等等。通常来说，期间是根据期日所确定的时间的始点和终点来确定的所经过的时间区段、对应时间的长度。^[9]所以说，期间的计算方法必然涉及计量单位、起算时间点以及截止时间点的问题。《民法典》第200条至第203条分别就上述问题进行了原则规定，本条则是关于特别法上的期间计算方法优

先于《民法典》的规定、当事人意思自治优先的法律适用规定。

简单说，因为期间的计算规则通常情况下对法律关系的影响仅关乎当事人自身，理应属于任意性规范，法律没有理由禁止自由约定，因而，若是当事人约定以农历计算期间，或者自行约定起算时间、节假日或期间最后一日的截止时间，均应从其约定。尽管当事人约定期间对于期间计算方法的统一造成了一定影响，但是基于民法的私法性质，在不违反法律强制性规定的情况下应允许当事人通过意思自治达成一致。如果反对当事人约定的适用，则在一定程度上扩大了公法对私法的干预范围，违背了私法自治这一民法的最高价值。

（本条由石冠彬撰写）

注释：

[1] 龙卫球.民法总论.北京：中国法制出版社，2001：603.

[2] 王利明.民法总则研究.2版.北京：中国人民大学出版社，2012：773.

[3] 王利明.民法总则研究.2版.北京：中国人民大学出版社，2012：782-783.龙卫球.民法总论.北京：中国法制出版社，2001：606.

[4] 王利明.民法总则研究.2版.北京：中国人民大学出版社，2012：774.

[5] 王利明.民法总则研究.2版.北京：中国人民大学出版社，2012：774.

[6] 龙卫球.民法总论.北京：中国法制出版社，2001：607.

[7] 王利明，杨立新，王轶，等.民法学.4版.北京：法律出版社，2014：147.

[8] 杨立新.2.0版《中华人民共和国民法总则（草案）》建议稿.

[2017-03-21].<http://www.fxcxw.org/index.php/Home/So/artIndex/id/9295.html>.

[9] 朱庆育.民法总论.2版.北京：北京大学出版社，2016：534.

中国民法典释评

ZHONGGUO MINFADIAN SHIPING

物权编

上卷

崔建远 著



 中国人民大学出版社

版权信息

书名：中国民法典释评·物权编（上下卷）

作者：崔建远

出版社：中国人民大学出版社

出版日期：2020-08

ISBN：978-7-300-28235-0

价格：410.00元

目录

版权信息

代总序 民法典的时代意义

自序

缩略语

第二编 物权

第一分编 通则

第一章 一般规定

第二百零五条

第二百零六条

第二百零七条

第二百零八条

第二章 物权的设立、变更、转让和消灭

第一节 不动产登记

第二百零九条

第二百一十条

第二百一十一条

第二百一十二条

第二百一十三条

第二百一十四条

第二百一十五条

第二百一十六条

第二百一十七条

第二百一十八条

第二百一十九条

第二百二十条

第二百二十一条

第二百二十二条

第二百二十三条

第二节 动产交付

第二百二十四条

第二百二十五条

第二百二十六条

第二百二十七条

第二百二十八条

第三节 其他规定

第二百二十九条

第二百三十条

第二百三十一条

第二百三十二条

第三章 物权的保护

第二百三十三条

第二百三十四条

第二百三十五条

第二百三十六条

第二百三十七条

第二百三十八条

第二百三十九条

第二分编 所有权

第四章 一般规定

第二百四十条

第二百四十一条

第二百四十二条

第二百四十三条

第二百四十四条

第二百四十五条

第五章 国家所有权和集体所有权、私人所有权

第二百四十六条

第二百四十七条

第二百四十八条

第二百四十九条

第二百五十条

第二百五十一条

第二百五十二条

第二百五十三条

第二百五十四条

第二百五十五条

第二百五十六条

第二百五十七条

第二百五十八条

第二百五十九条

第二百六十条

第二百六十一条

第二百六十二条

第二百六十三条

第二百六十四条

第二百六十五条
第二百六十六条
第二百六十七条
第二百六十八条
第二百六十九条
第二百七十条

第六章 业主的建筑物区分所有权

第二百七十一条
第二百七十二条
第二百七十三条
第二百七十四条
第二百七十五条
第二百七十六条
第二百七十七条
第二百七十八条
第二百七十九条
第二百八十条
第二百八十一条
第二百八十二条
第二百八十三条
第二百八十四条
第二百八十五条
第二百八十六条
第二百八十七条

第七章 相邻关系

第二百八十八条
第二百八十九条
第二百九十条
第二百九十一条
第二百九十二条
第二百九十三条
第二百九十四条
第二百九十五条
第二百九十六条

第八章 共有

第二百九十七条
第二百九十八条
第二百九十九条
第三百条
第三百零一条

第三百零二条

第三百零三条

第三百零四条

第三百零五条

第三百零六条

第三百零七条

第三百零八条

第三百零九条

第三百一十条

第九章 所有权取得的特别规定

第三百一十一条

第三百一十二条

第三百一十三条

第三百一十四条

第三百一十五条

第三百一十六条

第三百一十七条

第三百一十八条

第三百一十九条

第三百二十条

第三百二十一条

第三百二十二条

第三分编 用益物权

第十章 一般规定

第三百二十三条

第三百二十四条

第三百二十五条

第三百二十六条

第三百二十七条

第三百二十八条

第三百二十九条

第十一章 土地承包经营权

第三百三十条

第三百三十一条

第三百三十二条

第三百三十三条

第三百三十四条

第三百三十五条

第三百三十六条

第三百三十七条

第三百三十八条

第三百三十九条

第三百四十条

第三百四十一条

第三百四十二条

第三百四十三条

第十二章 建设用地使用权

第三百四十四条

第三百四十五条

第三百四十六条

第三百四十七条

第三百四十八条

第三百四十九条

第三百五十条

第三百五十一条

第三百五十二条

第三百五十三条

第三百五十四条

第三百五十五条

第三百五十六条

第三百五十七条

第三百五十八条

第三百五十九条

第三百六十条

第三百六十一条

第十三章 宅基地使用权

第三百六十二条

第三百六十三条

第三百六十四条

第三百六十五条

第十四章 居住权

第三百六十六条

第三百六十七条

第三百六十八条

第三百六十九条

第三百七十条

第三百七十一条

第十五章 地役权

第三百七十二条

第三百七十三条

第三百七十四条
第三百七十五条
第三百七十六条
第三百七十七条
第三百七十八条
第三百七十九条
第三百八十条
第三百八十一条
第三百八十二条
第三百八十三条
第三百八十四条
第三百八十五条

第四分编 担保物权

第十六章 一般规定

第三百八十六条
第三百八十七条
第三百八十八条
第三百八十九条
第三百九十条
第三百九十一条
第三百九十二条
第三百九十三条

第十七章 抵押权

第三百九十四条
第三百九十五条
第三百九十六条
第三百九十七条
第三百九十八条
第三百九十九条
第四百条
第四百零一条
第四百零二条
第四百零三条
第四百零四条
第四百零五条
第四百零六条
第四百零七条
第四百零八条
第四百零九条
第四百一十条

第四百一十一条
第四百一十二条
第四百一十三条
第四百一十四条
第四百一十五条
第四百一十六条
第四百一十七条
第四百一十八条
第四百一十九条
第四百二十条
第四百二十一条
第四百二十二条
第四百二十三条
第四百二十四条

第十八章 质权

第四百二十五条
第四百二十六条
第四百二十七条
第四百二十八条
第四百二十九条
第四百三十条
第四百三十一条
第四百三十二条
第四百三十三条
第四百三十四条
第四百三十五条
第四百三十六条
第四百三十七条
第四百三十八条
第四百三十九条
第四百四十条
第四百四十一条
第四百四十二条
第四百四十三条
第四百四十四条
第四百四十五条
第四百四十六条

第十九章 留置权

第四百四十七条
第四百四十八条

[第四百四十九条](#)

[第四百五十条](#)

[第四百五十一条](#)

[第四百五十二条](#)

[第四百五十三条](#)

[第四百五十四条](#)

[第四百五十五条](#)

[第四百五十六条](#)

[第四百五十七条](#)

[第五分编 占有](#)

[第二十章 占有](#)

[第四百五十八条](#)

[第四百五十九条](#)

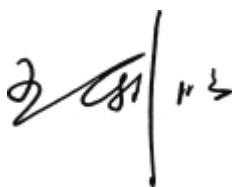
[第四百六十条](#)

[第四百六十一条](#)

[第四百六十二条](#)

[返回总目录](#)

代总序 民法典的时代意义



民法典是新中国成立以来第一部以“法典”命名的法律，也是第一部直接以“民”命名的法典。以“法典”命名，表明凡是纳入民法典的规则，都具有基础性、典范性的特点；以“民”命名，说明民法典把人民愿望置于首位，充分反映人民的利益诉求。民法典的立法宗旨和目的就是充分反映人民群众的意愿，保障私权，维护广大人民群众的利益。

习近平总书记指出，“民法典在中国特色社会主义法律体系中具有重要地位，是一部固根本、稳预期、利长远的基础性法律”。如何理解习近平总书记所说的“基础性法律”？我认为可以从两个方面理解：一是在整个社会主义法律体系中，民法典是一部基础性法律。所谓“典”，就是典范、典籍的意思，在整个社会主义法律体系中，民法典是宪法之下的基础性法律。法律分为公法与私法两部分，它们分别确认公权与私权。现代法治的核心是规范公权、保障私权。一般认为，保障私权是由民法典等民事法律实现的，而规范公权是由公法承担的，但实际上，民法典通过确认和保护私权，也起到了规范公权的作用，其他法律、行政法规以及单行法等，都应当与民法典保持一致。同时，行政执法、司法也都要以民法典为基本遵循。二是在民事领域，民法典是基础性法律，换言之，民法典是私法的基本法。民事关系纷繁复杂，它不仅依靠民法典调整，还需要大量的民事单行法，而在所有调整民事主体财产和人身关系的法律中，民法典居于基础性地位，民法典也被称为私法基本法。

（一）推进民事立法的体系化

我国民法典的颁布有力地促进了民事立法的体系化。一方面，迄今为止，我国已经颁布了多部民商事法律，在民法典之外，还存在大量的单行法，如公司法、保险法、破产法等。民法典的颁布，使各个民商事单行法在民法典的统帅下，构成一个完整的、系统化的整体。民法典和民事单行法之间的关系，就像树根、主干与枝叶之间的关系，民法典是树根和主干，而民事单行法是枝叶，民事单行法必须以民法典为基础和根据。民法典的颁布有效沟通了民法典和单行法，这有利于消除民法典与单行法之间的冲突和矛盾。另一方面，就内部体系而言，民法典按照“总—分”结构，形成由总则、物权、合同等构成的完整体系，各分编也在一定的价值和原则指引下形成了由概念、规则、制度构成的、具有内在一致性的整体，实现了形式的一致性、内容的完备性以及逻辑自足性。民法典共分七编，即总则编、物权编、合同编、人格权编、婚姻家庭编、继承编、侵权责任编，它们都以对民事权利的确认和保护而形成一个个体系化的整体。总则是对民事权利的一般规则作出的规定，各分编则是分别对物权、合同债权、人格权、婚姻家庭中的权利、继承权以及对各项权利的侵权责任制度所组成的规则体系。

民法典有助于制度的科学化，为良法善治奠定基础。在我国，由于长期没有民法典，许多调整民事关系的重要规则不能通过民事法律的方式表现出来，从而留下了法律调整的空白。这些法律空白一般是通过国务院各部委的规章及地方政府颁布的地方性规章予以填补的，而一些规章难免出现不当限制公民私权，或者变相扩张行政权的问题。民法典颁布后，其作为上位法，可以有效指导行政法规等制度，避免民法规范与行政法规、地方法规等的矛盾冲突，防止政出多门，保障交易主体的稳定预期，维持市场经济的正常运行。

（二）有效提升国家治理体系和治理能力的现代化

国家治理体系和治理能力现代化的主要特征是实现法治，即全面依法治国。如前述，现代法治的核心在于规范公权、保障私权。一方面，民法典构建了完备的民事权利体系，确立了完善的民事权利保护规则，鼓励个人积极维护自身权利，这不仅保障了私权，也有利于规范公权。民法典的各项规则也明确了各级政府依法行政的边界，就是说，国家机关要把民法典作为行政决策、行政管理、行政监督的重要标尺，不得违背法律法规随意作出减损自然人、法人和非法人组织合法权益或增加其义务的决定，这必将有力推动政府治理能力。另一方面，作为市民社会的一般私法以及百科全书，民法典通过合理的架构为民事活动提供各种基本准则，为交易活动确立基本的规则依据，为

各种民事纠纷的预防和解决提供基本的遵循。民法典进一步强化私法自治，充分鼓励交易，维护交易安全。合同编从合同的订立到履行都强调了增进合同自由和私法自治这一宗旨，将有力调动市场主体从事交易的积极性。此外，民法典还有效地处理了个人与个人、个人与社会、个人与国家的关系，在对个人的保护中，同时强调对公共利益的维护，以实现个人和社会之间关系的平衡，这必将推动社会共建共治共享，促进社会和谐有序。

（三）完善社会主义市场经济法律体系

社会主义市场经济本质上是法治经济。各项民法制度根植于市场经济的土壤，其也反作用于市场经济，是市场经济有序发展的重要制度保障。我国《民法典》总则编所规定的诚实信用、公平原则等，确立了市场主体活动的基本原则，为诚信经济的建立提供了法律保障；总则编中的民事主体就涵盖了市场主体，民事法律行为制度、代理制度为市场主体从事交易活动提供了极大的便利；民法典的物权制度、合同制度是市场经济最基本的规则，是支撑市场经济最重要的两根法律支柱，民法典的担保制度也为融通资金、繁荣经济、保障债权提供了有力的制度保障。编纂民法典不仅完善了市场经济基本的法律制度，而且有利于营造良好的营商环境，并充分调动民事主体的积极性和创造性，维护市场交易秩序和交易安全。^[1]

（四）为实现人民群众美好幸福生活提供保障

民法典的要义是为民立法，以民为本。“人民的福祉是最高的法律”。编纂民法典，就是顺应保障人民群众合法权益的需求，形成更加完备、更加切实的民事权利体系，完善权利保护和救济规则，形成较为有效的权利保护机制，使人民群众有更多、更直接、更实在的获得感、幸福感和安全感。我国民法典充分保障人民群众美好幸福生活，主要表现在以下几方面。

一是通过人格权编充分保障个人人格尊严。进入新时代，我国已经成为世界第二大经济体，人民物质生活条件得到了极大改善，不久即将全面建成小康社会。在基本温饱得到解决之后，人民群众就会有更高水平的精神生活追求，并希望过上更有尊严、更体面的生活。正因如此，“保护人格权、维护人格尊严，是我国法治建设的重要任务”^[2]，例如，针对发送垃圾短信、垃圾邮件侵扰个人私人生活安宁的行为，《民法典》人格权编专门在隐私权部分规定了此种侵害隐私权的行为类型，并第一次规定了私人生活安宁权，明确将个人私人生活安宁规定在隐私权之中，禁止非法进入、拍摄、窥视他人的住宅、宾馆房间等私密空间，禁止非法拍摄、窥视、窃听、公开他人的私密

活动，禁止非法拍摄、窥视他人身体的私密部位，这有利于保障社会生活的安定有序（第1033条）。

二是民法典通过各项制度安排充分保障人民群众的物质生活需求。例如，《民法典》物权编新增的居住权制度，对于解决“住有所居”问题、保障个人的居住利益具有重要意义。再如，《民法典》合同编典型合同完善了租赁合同的规则，完善了优先购买权规则，新增优先承租权规则（第734条），这对于稳定租赁关系、规范租赁市场秩序、保障承租人的居住利益具有重要意义。又如，合同编典型合同部分还完善了运输合同的规则，这对于保障个人出行安全、维护运输秩序具有重要意义。

三是民法典通过各项民事责任制度充分保障人民的合法权益。民法典通过各项规则，守护老百姓“舌尖上的安全”“车轮上的安全”“头顶上的安全”等财产和人身安全。例如，《民法典》侵权责任编在产品责任部分规定了惩罚性赔偿规则，这必将有力遏制生产、销售不合格食品的行为，有利于保证人们“舌尖上的安全”（第1207条）；侵权责任编还重点完善高楼抛物致人损害的责任，这有利于充分保障人们“头顶上的安全”（第1254条）。

（五）有利于实现依法行政、公正司法

民法典具有基础性和典范性的特点，是公民权利保护的宣言书，是民事主体的行为准则、依法行政的基本依循，也是法院裁判民事案件的基本遵循。民法典对于依法行政、公正司法的作用还表现在：一是资讯集中，方便找法。实践中之所以出现“同案不同判、同法不同解”现象，重要的原因就在于，法官选择法条和裁判依据存在差别。而法典化的一个重要优势在于“资讯集中”，正所谓“法典在手，找法不愁”，执法者、法官只要有一部民法典在手，并通过领悟其规则和精神，就可以找到民事裁判的主要依据。二是统一裁判依据。民法典是基础性法律，是行政执法者、法官适用法律的基本遵循，因此，处理民事纠纷，首先要从民法典中找法。在我国，长期以来，有些新法颁布以后，因为没有废止旧法，且没有指明新法修改了哪些旧有的规定，这就产生了新法与旧法同时适用的现象，造成了规则的不统一。民法典的颁布将从根本上改变这一现象。民法典的颁行可以保障法官裁判依据的统一性，正是因为法律适用具有一致性，法官的自由裁量权将在规范的约束下进行，这就可以保障法官平等地、统一地对不同案件作出判决，保障“类似情况类似处理”，从而实现判决结果的可预测性，实现法的安定性。三是提升执法和司法人员的能力。民法典是法律工作者今后研究、处理涉及民事纠纷的基本依据，也是执法、司法的基本平台，民事纠纷的解决都应当在该平台中研讨。在民事领域

考验我们的执法能力，很大程度上就是衡量我们准确把握、理解和运用民法典的能力。民法典颁布后，如果执法和司法人员都能够真正学懂、弄通民法典的规则，就可以基本把握处理和裁判民事纠纷的基本规则，并能够按照体系化的思维方式处理民事纠纷。

注释

[1]全国人民代表大会常务委员会副委员长王晨.关于《中华人民共和国民法典（草案）》的说明——2020年5月22日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上.

[2]沈春耀作关于民法典各分编（草案）修改情况和民法典（草案）编纂情况的汇报.人民日报，2018-08-28.

自序

这部释评书系我附和中国人民大学出版社法律分社之意而立项的作品。

我本无编写本释评书的打算，原因复杂。首先，《合同法》《合同法总论》（上卷、中卷）《物权法》《物权：规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》（上册、下册）《债权：借鉴与发展》

《合同解释论——规范、学说与案例的交互思考》《中国民事典型案例评释》等拙作的撰写经历，使我切身体会到：待包括全国人大常委会法工委释义《中华人民共和国民法典》在内的研究民法典的著述问世，自己学习、揣摩之后，再构思、动笔解读和阐释民法典的作品，可以梳理既有的研究成果，吸取他人著述中的精华，避免乃至减少重复性的工作，少走弯路，着力薄弱环节的探讨，提高自己阐释的可信度，效果会更佳。可是，依出版社的要求，一俟《中华人民共和国民法典》通过，即刻定稿《中国民法典释评·物权编》，不合上述经验，反倒突显自己的短板——尽管我应全国人大常委会法工委及民法室之邀，多次参与《中华人民共和国民法典（室内稿）》《中华人民共和国民法典（草案）》的研讨，终归非逐句逐条地草拟和打磨法律条文之人，对某些法律条款以及措辞难解其深意，而编写释评书恰恰需要逐字逐句地解读。

其次，《中华人民共和国民法典》颁行后，既有的合同法、物权法领域的作品均须修订，加上多家刊物约稿，我所负文债沉重，无力再揽新活儿。

再次，青少年时代的艰苦生活，磨炼了我，也启迪了我，渐育有这样的人生哲学：勤于学习和工作，积极上进，不虚度光阴，但不预设固定的结果；取得成绩，获得奖励，固然高兴！无此荣耀，也不怨天尤人，继续努力。执此理念，不愿“一窝蜂”地争先恐后，匆忙汇编

释义书，免得被人批评为“攒书”，赚取稿费。

世上之事，相当一些都未沿轨迹运行。中国人民大学出版社法律分社社长郭虹数次登门交流，苦口婆心，力劝我编写《中国民法典释评·物权编》，我一再婉谢，郭虹分社长就不断地以宽容条件为代价要我承诺：允许我不检索、附加有关物权纠纷的判决，由我自定释评书的质量和字数标准，可以延后交稿日期，可谓仁至义尽。精诚所至，金石为开。作为一名理性人，也作为与中国人民大学出版社长期合作且关系融洽的作者，我不得不应承下来。

起初是被动和无奈，但一经构思、动笔，便不愿敷衍了事，而是诚信待人，认真做事。可谓江山易改，禀性难移。况且，我也清楚出版社的真意是书的质量应为上乘，不问水准纯属虚假的意思表示。事情的转机出现在释评《中华人民共和国民法典》第206条和第207条，厘清市场主体的法律地位、发展权和法律平等保护物权三者间的关系阶段。随着检索、阅读文献的进展，学思相伴，越来越觉得不得人云亦云，应该发表自认为适当的意见。耗时近月，终成万言，释评这两条才暂告一个段落。实际上，此后也时有对之完善之语。自此，情绪高涨，信心大增，倾我所思，马不停蹄地前行，每日必到明理楼，风雨不误，雷打不动，连大年初一都在明理楼工作。

回头审视本释评书，值得提及的至少有如下几处：（1）吸纳他人著述之长，当然予以注释、说明；补其之短，扬己之长。只要有把握，就尽力阐发自己的理解。（2）我以往的作品可能是受编写体例限制，或许因一俊遮百丑，要么遗漏了某些法律条文，要么对某些法律规定轻描淡写。本释评书则不然，客观上要求逐条解读中国民法典物权编，不容回避。如此，我第一次做到了全面阐释物权法。如果说，给本科生讲授物权法，教师仅仅精于某些制度及学说，不懂另外一些制度及理论，肯定不合格，必须熟悉整个物权法及理论，至少明白教科书上的内容，由此逼得教师融会贯通物权法及学说，那么，编写本释评书也迫使我了解了物权法的角角落落。呈现给读者的，是对中国民法典物权编的完整解读。（3）出乎我自己的预料，在若干制度及理论方面，或是新增了观点，或是完善了，或是突破了，或是深化了，或是矫正了我既有的看法。例如，关于市场主体的法律地位·发展权·法律平等保护物权间的相互关系，关于股权的善意取得，关于记名登记不动产物权的法律效力，关于抵押权和质权并存于同一个动产上时的效力顺序，关于流押条款和流质条款的效力，关于超级优先权，均属新增的观点。关于指示交付与动产物权变动的关系，尤其是指示交付的完成要件和时间点，完善了我原来的阐释。关于恢复原状请求权是否同时为损害赔偿请求权和物权请求权，为突破了我过去的

看法。关于不动产物权登记的公信力制度的适用范围的见解，属于深化了我以往的意见。关于无权处分夫妻共同不动产的法律效力，本释评书矫正了《物权法》教科书、《物权：规范与学说——以中国物权的解释论为中心》（上册、下册）中的观点。（4）我之所以答应释评中国民法典物权编，该书之所以能于数月后定稿，一个重要原因是我对物权法及理论有二十余年的积累，本释评书的主干部分是以往的研究成果被装入该书之中而成的。这表明平素积累的必要性，所谓机会留给有准备之人也。行政管理岗位能获任命如此，就业求职成功如此，研究课题能够立项如此，撰写论文和著作也是如此。（5）说来话长，我在考上大学之前，担任过小学、中学的民办教师，教过两年的高中语文。这个经历使我在较长的期间认为自己在语法、逻辑和修辞方面不错。高考时作文特意设置老师教给学生修辞知识的课堂场景，其实是在显示自己的修辞知识。没想到，先后有三位老师郑重其事地指出我在语文方面的缺点。第一位批评我在语文方面问题的，是我的导师陈国柱教授。陈老师对我说：“你的文章使用复句太多，句子过长，这会使读者在阅读时喘不过气来。”担任民法教师后，时任《吉林大学社会科学学报》法学编辑的周维春先生也批评我的文字表达让人不太好理解。再后来，时任《法学研究》副主编的梁慧星教授在回复我请教《不当得利研究》一文的得失的信中指出：“你的优点是发现人所未见的问题，缺点是语言文字佶屈聱牙，艰涩难懂。”三位老师的批评，引起我高度重视，在其后的写作时我有意识地增加短句，尽力表达得通俗易懂。耳朵里听见了表扬之声。这两三年来，还偶用形象化的语言、比喻句，自以为贴切、易懂、生动（不过，这受到审稿专家的批评——太口语化）。同样未料到，中国人民大学出版社的法律编辑们更正我的遣词造句、词语搭配、标点符号，矫正误写的法律条文数目，指出某某法规、规章已被废止，这不止一处两处，而是占有相当的比例。其中大部分的处理都是正确的，可取的；也有一些校订不为我所认可，甚至遭我反对。尽管我对某些处理心存意见，强烈抗议，但一想到责任编辑们纠正了我那么多的错误（包括汉语拼音输入时同音不同义之字、只有状语却无主语、词语搭配不当，等等），避免了、至少是减少了作品瑕疵，呈现给读者的是相对完美的著述，感谢之情、感激之意便占据上风，把对责任编辑的意见排除一空。一部有瑕疵的著述好比一个蓬头垢面的演员，责任编辑消除瑕疵就如同化妆师为演员净面洁衣、梳妆打扮，为其梳理起优美的发型，待该演员登台时光鲜靓丽，赢得满堂彩。所以，我一直由衷地感谢中国人民大学出版社的责任编辑们！没有她们负责任的编辑工作，就没有如此质量的作品！

如果说本释评书确有积极价值，那么，除了感谢《中华人民共和国民法典》的制定和颁行外，还必须感谢清华大学法学院副教授龙俊

博士和中国人民大学出版社法律分社社长郭虹女士！龙俊博士被借调到全国人大常委会法工委民法室，一直在第一线参与草拟和研讨《中华人民共和国民法典（室内稿）》《中华人民共和国民法典（草案）》。他了解每个条款的文义、规范意旨和设计背景。他向我介绍了《中华人民共和国民法典》第368条、第369条（居住权），第388条中段所谓“担保合同包括抵押合同、质押合同和其他具有担保功能的合同”，第416条和第441条但书等条款的设计考量。这保证了对这些条款解读的准确性。郭虹分社长不但策划并约我签署《物权法》《合同法总论》（上卷、中卷、下卷）《合同解释论——规范、学说与案例的交互思考》《债权：借鉴与发展》《中国民事典型案例评释》，而且反复说服我参与释评中国民法典的浩大工程之中，方有本释评书的立项和出版，且我自己对之较为满意。好像是听到过陈兴良教授这样的感触：有些书纯粹是编辑设计的而自己从未想过的，有些书是编辑催促出来的。没有编辑，就不会撰写它们，或难以及时出版。此言非虚！我也有同感，就此也得致谢郭虹分社长！

崔建远

2020年7月15日

自序于清华大学明理楼

缩略语

《宪法》——《中华人民共和国宪法》（2018年修正）

《民法典》——《中华人民共和国民法典》

《民法通则》——《中华人民共和国民法通则》（2021年1月1日废止）

《民法总则》——《中华人民共和国民法总则》（2021年1月1日废止）

《物权法》——《中华人民共和国物权法》（2021年1月1日废止）

《土地管理法》——《中华人民共和国土地管理法》（2019年修正）

《农村土地承包法》——《中华人民共和国农村土地承包法》（2018年修正）

《城市房地产管理法》——《中华人民共和国城市房地产管理法》（2019年修正）

《合同法》——《中华人民共和国合同法》（2021年1月1日废止）

《农业法》——《中华人民共和国农业法》（2012年修正）

《海商法》——《中华人民共和国海商法》

《海域使用管理法》——《中华人民共和国海域使用管理法》

《领海及毗连区法》——《中华人民共和国领海及毗连区法》

《民族区域自治法》——《中华人民共和国民族区域自治法》
(2001年修正)

《草原法》——《中华人民共和国草原法》(2013年修正)

《森林法》——《中华人民共和国森林法》(2009年修正)

《矿产资源法》——《中华人民共和国矿产资源法》(2009年修正)

《煤炭法》——《中华人民共和国煤炭法》(2016年修正)

《渔业法》——《中华人民共和国渔业法》(2013年修正)

《野生动物保护法》——《中华人民共和国野生动物保护法》
(2018年修正)

《铁路法》——《中华人民共和国铁路法》(2015年修正)

《军事设施保护法》——《中华人民共和国军事设施保护法》
(2014年修正)

《国防法》——《中华人民共和国国防法》(2009年修正)

《公司法》——《中华人民共和国公司法》(2018年修正)

《企业国有资产法》——《中华人民共和国企业国有资产法》

《全民所有制工业企业法》——《中华人民共和国全民所有制工业企业法》
(2009年修正)

《乡镇企业法》——《中华人民共和国乡镇企业法》

《合伙企业法》——《中华人民共和国合伙企业法》(2006年修正)

《个人独资企业法》——《中华人民共和国个人独资企业法》

《乡村集体所有制企业条例》——《中华人民共和国乡村集体所有制企业条例》
(2011年修正)

《商业银行法》——《中华人民共和国商业银行法》（2015年修正）

《文物保护法》——《中华人民共和国文物保护法》（2017年修正）

《水土保持法》——《中华人民共和国水土保持法》（2010年修正）

《海岛保护法》——《中华人民共和国海岛保护法》

《建筑法》——《中华人民共和国建筑法》

《婚姻法》——《中华人民共和国婚姻法》（2001年修正，2021年1月1日废止）

《妇女权益保障法》——《中华人民共和国妇女权益保障法》（2018年修正）

《归侨侨眷权益保护法》——《中华人民共和国归侨侨眷权益保护法》（2009年修正）

《台湾同胞投资保护法》——《中华人民共和国台湾同胞投资保护法》（2019修正）

《工会法》——《中华人民共和国工会法》（2009年修正）

《教育法》——《中华人民共和国教育法》（2015年修正）

《高等教育法》——《中华人民共和国高等教育法》（2018年修正）

《公益事业捐赠法》——《中华人民共和国公益事业捐赠法》

《担保法》——《中华人民共和国担保法》（2021年1月1日废止）

《民用航空法》——《中华人民共和国民用航空法》（2018年修正）

《环境保护法》——《中华人民共和国环境保护法》（2014年修正）

《海洋环境保护法》——《中华人民共和国海洋环境保护法》
(2017年修正)

《大气污染防治法》——《中华人民共和国大气污染防治法》
(2018年修正)

《水污染防治法》——《中华人民共和国水污染防治法》(2017
年修正)

《环境噪声污染防治法》——《中华人民共和国环境噪声污染防
治法》(2018年修正)

《保密法》——《中华人民共和国保守国家秘密法》

《民事诉讼法》——《中华人民共和国民事诉讼法》(2017年修
正)

《仲裁法》——《中华人民共和国仲裁法》(2017年修正)

《村民委员会组织法》——《中华人民共和国村民委员会组织
法》(2018年修正)

《刑法》——《中华人民共和国刑法》

《监狱法》——《中华人民共和国监狱法》(2012年修正)

《海关法》——《中华人民共和国海关法》(2017年修正)

《邮政法》——《中华人民共和国邮政法》(2015年修正)

《清洁生产促进法》——《中华人民共和国清洁生产促进法》
(2012年修正)

《土地管理法实施条例》——《中华人民共和国土地管理法实施
条例》(2014年修订)

《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》——《中华人民共
和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》

《无线电管理条例》——《中华人民共和国无线电管理条例》
(2016年修订)

《城镇集体所有制企业条例》——《中华人民共和国城镇集体所

有制企业条例》（2016年修订）

《河道管理条例》——《中华人民共和国河道管理条例》（2018年修订）

《关于民法通则的意见》——《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》

《关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解答》——《最高人民法院关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解答》

法释〔2001〕30号——《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》

法释〔2002〕16号——《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》

法释〔2005〕5号——《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》

法释〔2005〕6号——《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》

法释〔2009〕5号——《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》

法释〔2009〕7号——《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》

法释〔2009〕11号——《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》

法释〔2012〕8号——《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》

法释〔2014〕2号——《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（2014年修正）

法释〔2015〕18号——《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》

法释〔2018〕2号——《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》

法〔2019〕254号——最高人民法院《全国法院民商事审判工作会议纪要》

《执行规定》——《最高人民法院关于执行工作若干问题的规定（试行）》

第二编 物权

第一分编 通则

《民法典》“第二编 物权”，即“物权编”，共辖“第一分编 通则”、“第二分编 所有权”、“第三分编 用益物权”、“第四分编 担保物权”和“第五分编 占有”。其中，“第一分编 通则”下设“第一章 一般规定”、“第二章 物权的设立、变更、转让和消灭”和“第三章 物权的保护”共三章。

“第一分编 通则”系关于物权编总则的规范总汇，界定物权编的调整对象，重申《宪法》固定的中国特色社会主义经济制度和社会主义市场经济原则，确立各种所有制形式的市场主体的发展权，确立平等保护国家、集体和私人的物权的原则，宣示物权变动应予公示，概要不动产物权变动的公示方法为登记、登记机构及其职责，以及动产物权变动的公示方法为交付（占有），奉行物权的公示原则和公信原则及其适用领域，区分不动产物权变动与其原因行为，明确不动产登记簿的记载与不动产权属证书之间的关系，查询不动产登记资料的主体及其权利与义务，设置若干重要的登记类型及其法律效果，规范登记错误及登记机构的赔偿责任，明确动产交付的类型和法律效能，创设非基于法律行为的物权变动规则，依次规定物权确认请求权、物权请求权以及物权的债法保护方式。

在《民法典》的框架内，对应总则编、合同编、人格权编等名称时，物权编的称谓十分确切。但这不妨碍把调整物的归属和利用的法律规范的总和依然叫作物权法，或曰物权制度。《物权法》单独立法时这顺理成章，变《物权法》为物权编后这也毫无问题。这确有其利，《德国民法典》下辖不当得利制度，可不少学者经常称呼其为不当得利法。

本分编的重要内容之一是明确物权编/物权法/物权制度的基本原则，如社会政治原则（第206条）、平等保护原则（第207条）、公示原则（第208、209条等）、公信原则（第216条第1款）等。同时应当注意，服从潘德克顿模式的要求，位于《民法典》“第一编 总则”中的物权法定原则/主义（第116条）也是并且当仁不让地是物权编/物权法/物权制度的基本原则，还特别重要。虽然《民法典》未设具体条文来表达物权优先于债权、一物一权主义，但统观整部《民法典》，应当说它们确是物权编/物权法/物权制度的基本原则，当然，均有例外，且须依发展的眼光来认识之。

本分编第205条关于物权编/物权法/物权制度的基本原则调整范围的规定，逻辑的结论是，《民法典》“第二编 物权”中的条文基本上为物权规范，其他编中关于物的归属或利用的规范也是物权规范，《民法典》之外的单行法有关物的归属或利用的规范同样属于物权规范。例如，《土地管理法》第9条规定的“城市市区的土地属于国家所有。农村和城市郊区的土地，除由法律规定属于国家所有的以外，属于农民集体所有；宅基地和自留地、自留山，属于农民集体所有”，第63条规定的“土地利用总体规划、城乡规划确定为工业、商业等经营性用途，并经依法登记的集体经营性建设用地，土地所有权人可以通过出让、出租等方式交由单位或者个人使用，并应当签订书面合同，载明土地界址、面积、动工期限、使用期限、土地用途、规划条件和双方其他权利义务”（第1款）；“通过出让等方式取得的集体经营性建设用地使用权可以转让、互换、出资、赠与或者抵押，但法律、行政法规另有规定或者土地所有权人、土地使用权人签订的书面合同另有约定的除外”（第3款）；“集体经营性建设用地的出租，集体建设用地使用权的出让及其最高年限、转让、互换、出资、赠与、抵押等，参照同类用途的国有建设用地执行”（第4款前段）。

第一章 一般规定

本章承继了《物权法》“第一章 基本原则”的主要内容，但因《民法典》“第一编 总则”已经明示了立法依据（第1条），且涵盖“第二编 物权”，所以，“第二编 物权”无须赘言立法依据，于是删除了《物权法》第1条关于“为了维护国家基本经济制度，维护社会主义市场经济秩序，明确物的归属，发挥物的效用，保护权利人的物权，根据宪法，制定本法”的规定；因《民法典》“第一编 总则”已经界定了物权（第114条），规定了不动产（土地及其附着物、矿产资源、水资源、海域）、动产（不动产以外的有体物）和权利可以依法作为物权

的客体（第115条），奉行物权法定主义（第116条），包括物权的取得和行使在内的民事活动不得违法（第8条），其他法律对包括物权关系在内的民事关系有特别规定的，依照其规定（第11条），所以，本章不再重复这些内容，未再抄袭《物权法》“第一章 基本原则”中的这些规则。

遵从《民法典》体系的要求，本章变《物权法》“基本原则”中关于物权法调整对象的规定为物权编调整对象的表述。

《民法典》“第二编 物权”重申《宪法》固定的中国特色的社会主义经济制度和社会主义市场经济原则，保障在社会主义市场经济中一切市场主体的平等法律地位和发展权利，确立平等保护国家、集体和私人的物权的原则，宣示物权变动应予公示。这些内容与《物权法》“第一章 基本原则”中的相一致。

所谓物权，按照《民法典》的规定，是指物权人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利，包括所有权、用益物权和担保物权（第114条第2款）。其中的所有权，包括国家所有权（第246条以下）、集体所有权（第260条以下）和私人所有权（第266条以下）。其中的用益物权，不但包括土地承包经营权（第330条以下）及土地经营权（第339条以下）、建设用地使用权（第344条以下）、宅基地使用权（第362条以下）、居住权（第366条以下）和地役权（第372条以下），而且含有海域使用权（第328条）、探矿权、采矿权、取水权、养殖权、捕捞权（第329条）。其中的担保物权，包括抵押权（第394条以下）、质权（第425条以下）和留置权（第447条以下）。

上述所有权、土地承包经营权、土地经营权、建设用地使用权、宅基地使用权、居住权、地役权、不动产抵押权、动产抵押权、动产质权、留置权等，都是以特定的物为客体的物权，具有优先效力甚至追及效力等，其设立无须行政许可，因此被称为典型物权。而探矿权、采矿权、取水权、养殖权、捕捞权等，与典型物权相比具有许多特殊性，如大多在设立上须经行政许可或特许，有些在客体方面具有不特定性，有的在追及效力方面具有特殊性，等等，且由特别法予以特殊调整。在德国、日本和中国台湾地区，民法典不规定它们，民法理论称之为准物权，而不径称为物权。

至于权利抵押权、权利质权，虽有学说认为它们属于准物权，但它们只在其客体是权利这点上具有特殊性，其他各方面都与典型物权相同，以至于许多人都把它们作为物权，忽略其准物权的属性。本释评书亦然。

在这种背景下，我们描述物权，要么沿袭德国民法的传统表达，同时指出准物权作为例外；要么推翻传统学说，重新抽象、概括物权的特征及效力。采取后一种思路，难免工程浩大，短期内难以完成。有鉴于此，笔者仍然选择经济的路径，将所论物权基本上限于典型物权，若论述到准物权，则会特别说明。

法国法规定了一组优先权，日本民法称之为先取特权。中国法也承认了若干种优先权。^[1]有些优先权的效力及于债务人的全部财产，这也与所有权、用益物权等物权的效力仅仅及于特定物的属性不同。应当说，某些优先权在属性上模糊了物权和债权之间的界限。如果对优先权和典型物权作统一说明，一是困难较大，颇费笔墨，二是意义如何，值得怀疑。正因如此，本释评书所论物权，除非特别说明，不包括优先权的类型。

[引申]

在广阔的视野下，物权的概念具有三个层次的意义。第一个层次，在民法内部，就物权自身而言，强调物权是物权人支配物的现象，表现为人与物的关系。上文所述的物权属于该层次的物权。揭示该层次物权的含义，能使我们易于识别出物权和债权的不同，归纳出物权的特征，找到发现物权内容的路径。第二个层次，从物权人对抗非物权人的角度看，物权是物权人与义务人之间的关系。其积极意义在于，设计及划分出物权的效力。第三个层次，在法理学、政治学等领域，强调物权意味着人与人之间的关系，从而为诸如物权具有阶级性等结论服务。

物权，尤其是同债权相比，具有如下法律性质。

（一）物权是主体可直接支配标的物的权利

物权的本质在于，法律将特定物归属于某权利主体^[2]，由其直接支配，享受其利益，并排除他人对此支配领域的侵害或干预。所谓直接支配，是指物权人可以按照自己的意思享受物的利益，无须他人的介入。例如，汽车的所有权人可依自己的意思驾驶、出租或设立抵押权，不需要他人的同意。与此不同，债权的实现则往往需要债务人的积极行为予以协助。

[评论]

人对于特定物所享有的权利，若被称为物权，需要具备人直接支配该物的事实。不过，这种事实关系是否上升为物权关系取决于立法

政策。法律对于诸如借用、租赁等人直接支配特定物的事实并未按照物权关系设计，而是将借用人的使用权、承租人的租赁权规定为债权。其深层原因在于债权能够满足承租人、使用人的需要，为防止出租人出卖住房等可能损害承租人的生存权，特设买卖不破租赁的原则也已足够；若为物权，则意味着借用人、承租人获取了超出甚至远远地超出了所付代价的利益，会阻碍出借人、出租人处分标的物，尤其在借用人、承租人利用借用权、租赁权融资的情况下，极有可能使出借人、出租人遭受重大的不利。

法律将物归属于某人支配，在于使其享受物的利益。物的利益可分为使用价值和交换价值。所有权的效力所及，系物的全部利益，包括占有、使用、收益和处分。所有权人不需要依赖他人的行为就能享受这些利益。用益物权的效力所及，系物的使用价值。用益物权人可以不经他人的同意就可以使用物并获得收益。严格地说，处分是对物的所有权的处分，而不是对这个物的处分^[3]，用益物权人显然无权处分标的物，仅仅可以处分用益物权自身，因而，用益物权所具有的被抵押、转让的效力，不是处分标的物（所有权）的表现，即用益物权无处分标的物（所有权）的效力。担保物权的效力所及，系物的交换价值，在债务人不履行其债务时，债权人可依法将担保物变价，就该价金满足其债权。^[4]

（二）物权原则上是排他性的权利

同一标的物上存在着某一物权时，便不允许互不两立的物权与其并存。同一不动产上若有两个以上的抵押权存在，则其顺位不同。而债权却可以在同一个标的物上成立数个。^[5]

[提示]

法律也例外地承认了无排他性的物权，此类物权和债权几乎相同。^[6]基于河岸权原则而设立的取水权，相互间没有排他性。入渔同一渔场的捕捞权，相互间亦无排他性。

由于物权的排他性对第三人的影响很大，出于保护善意第三人的需要，物权的存在乃至变动必须具有众人知晓的外部表征，即公示。《民法典》规定，动产物权的公示方法为占有，动产物权变动的公示方法为交付，不动产物权及其变动的公示方法为登记（第224条）。由于债权主要反映着相对人之间的关系，一般无必要公示，大多也无法公示。已经公示的物权具有对世性。未公示的物权，如船舶、航空器和机动车辆等物权的设立、变更、转让和消灭，未经登记，不得对抗善意第三人（《民法典》第225条）。

[探讨]

未经登记的物权虽然不得对抗善意第三人，但仍然不同于债权，兹举例说明如下：（1）在甲将A物的所有权移转给乙，但乙对A物的所有权尚未公示的情况下，甲又将A物出卖于知情的丙，丙不能取得A物的所有权。不过，在甲虽将A物出卖给乙，但尚未移转所有权的情况下，甲又将A物出卖于知情的丙，则丙可以取得A物的所有权，尽管丙为恶意，乙也无权抗辩。当然，在日本民法上，善意取得要求占有标的物之人没有过失。^[7]其原因就在于，前者场合，甲系出卖他人之物，丙是否取得A物的所有权必须按照善意取得规则予以确定；后者场合，甲系出卖自己之物，属于有权处分，丙取得A物的所有权与否，由甲和丙之间的买卖合同的效力 and 履行状况决定，不适用善意取得规则。（2）在甲将A物的所有权移转给乙的情况下，尽管尚未公示，在甲进入破产程序时，A物不属于破产财产。与此不同，如果A物只是甲所享有债权的标的物，则A物属于破产财产。再如，土地承包经营权、宅基地使用权、地役权不需要公示，如果因此把它们当成债权，在设立人破产或因其他原因而消灭的情况下，就会出现极为不公正的后果。因为，设立这些权利的主体破产，也就是债务人破产，于此场合，债权只能按比例获得清偿，甚至得不到清偿，最后归于消灭。设定这些权利的主体因其他原因而消灭，也就是债务人消灭，债权要随之消灭，于是，土地承包经营权、宅基地使用权、地役权等便化为乌有。可是，土地承包经营权、宅基地使用权、地役权若作为他物权，一经设立就具有独立性，只要其母权（如土地所有权）没有绝对消灭，只要这些他物权的存续期间没有届满，即使设立人破产或因其他原因而消灭，它们也照样存在。（3）甲对于乙占有的A车享有请求转移占有和所有权的债权，丙作为乙的债权人，申请人民法院强制执行A车，甲对抗丙的强制执行，可否？通说认为，甲若对A车享有物权，则可以对抗丙的执行申请，但仅仅享有债权则对抗不了丙的执行申请。可见，物权和债权在执行程序中所处的地位不同。^[8]（4）乙若对A物享有所有权，在第三人不法侵害该物的情况下，乙可以请求该第三人承担侵权责任；若仅仅享有债权，因中国现行法尚未承认债权为侵权行为的标的，所以，乙无权请求该第三人承担侵权责任。

（三）物权的客体具有特定性

基于物权直接支配其标的物的需要，物权的客体必须是特定的（《民法典》第115条），通常表现为特定物。对于仅仅确定种类和数量的物，债权虽然可以成立于其上，物权却不能。

权利抵押权、权利质权以权利为客体，这是由担保物权系价值权、不注重对标的物的物理形态的支配的性质所决定的，况且这没有

破坏客体特定性的要求，只是标的物的形态是权利而非有体物。

取水权固然以不特定的水资源为客体，但它系一种准物权，不属于典型物权，所以，这不影响上述针对典型物权所抽象出来的性质。^[9]

（四）物权人是特定的，义务人不特定

因债权以请求权为主要内容，属于相对权，故其当事人各方均为特定之人。因物权为直接支配权，不需要他人以积极行为予以协助，属于对世权，故物权人系特定之人，义务人则为不特定的人。

上述物权依一定的标准划分，形成以下分类。

（一）所有权与定限物权

1. 区分标准

以对标的物的支配范围为划分标准，物权可分为所有权和定限物权。

2. 界定

所有权，是指所有人依法对于标的物为全面支配的物权。所谓全面支配，是指支配标的物的使用价值和交换价值。所有权因此而被称为完全物权。不过，由于实务中所有权时常被定限物权所限制，所有权社会化强调对利用权的保护，利用权已经逐渐独立为永久的一面支配权，在这些情况下，所有权的弹力性难以恢复，所谓全面支配权，有些名实不符。^[10]

定限物权，又称为限制物权或他物权，则仅为特定目的，对标的物为一定支配的物权。^[11]所谓定限，一是指它的效力仅仅及于标的物的部分价值，二是指它系分享所有权中的部分权能而形成的物权，反过来对所有权呈现出限制。此类物权，除如所有人抵押权等特殊情况以外，通常都成立在他人的财产上，于是也叫作他物权。宅基地使用权、质权等属于此类。

3. 分类的法律意义

区分所有权和定限物权的法律意义在于：（1）权利行使的范围不同。所有权对标的物为全面的支配，定限物权仅支配标的物的特定范围。（2）所有权是定限物权产生的母权，系定限物权产生的根据

或根据之一。(3)定限物权天生地具有限制所有权的作用，其效力优先于所有权的效力。

(二) 用益物权与担保物权

1. 区分标准

定限物权，以其所支配的内容为标准，可分为用益物权和担保物权。

2. 界定

所谓用益物权，是指以支配标的物的使用价值为内容的物权，或者说是权利人对他人所有的物依法享有占有、使用和收益的物权（《物权法》第117条）。土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权、地役权、养殖权、捕捞权等属于此类。所谓担保物权，则系以支配标的物的交换价值为内容的物权。抵押权、质权、留置权，为其典型。

3. 分类的法律意义

区分用益物权和担保物权的法律意义在于：(1)在用益物权的情况下，权利人可以按照标的物的性质使用标的物，并取得收益。在担保物权的情况下，物权人原则上不得使用标的物，仅就标的物的折价或变价使其债权优先获得清偿。(2)除地役权、捕捞权、(许多)取水权等用益物权以外，一个标的物上存在了一个用益物权，即不得再于其上设立其他的用益物权。与此不同，同一个标的物上可以并存数个担保物权。(3)同一个标的物上可以并存担保物权和用益物权。

(三) 动产物权、不动产物权与权利物权

1. 区分标准

以标的物的种类为划分标准，物权可有动产物权、不动产物权和权利物权的分类。

2. 界定

所谓动产物权，是指以动产为标的物的物权。动产所有权、动产质权、动产抵押权和留置权属于此类。所谓不动产物权，是指以不动产为标的物的物权。不动产所有权、土地承包经营权、建设用地使用

权、宅基地使用权、地役权等为其代表。所谓权利物权，是指以权利为标的物的物权，如权利抵押权、权利质权。

3.分类的法律意义

按照《民法典》的规定，区分动产物权、不动产物权和权利物权的法律意义在于：（1）物权变动的要件不同。动产物权基于法律行为的变动，多数以交付为生效要件（第208条后段、第224条等）；不动产物权基于法律行为的变动以登记为生效要件（第208条前段、第209条第1款、第214条等）；权利抵押权以登记为生效要件（第402条）；权利质权比较复杂，股权质押、基金份额质权、知识产权质权等以登记为生效要件（第443条第1款、第444条第1款），以汇票、支票、本票、债券、存款单、提单、仓单等为标的物的质权则以交付权利凭证为生效要件；没有权利凭证的，以办理出质登记为生效要件（第442条后段）。法释〔2000〕44号则规定，以汇票、支票、本票出质，出质人与质权人没有背书记载“质押”字样，以票据出质对抗善意第三人的，人民法院不予支持（第98条）。以公司债券出质的，出质人与质权人没有背书记载“质押”字样，以债券出质对抗公司和第三人的，人民法院不予支持（第99条）。（2）权利的公示方式有所不同。不动产物权以登记为公示方式，除以船舶、航空航天器、机动车辆为标的物的动产物权（第225条）外，动产物权以占有或交付为公示方式（第208条后段等）。以船舶、航空航天器、机动车辆为标的物的动产物权，其变动以交付为生效要件（第224条），表明占有或交付为公示方式；同时，登记为对抗善意第三人的要件（第225条），这意味着登记也是公示方式。权利物权及其变动的公示方式，有的是登记，有的是交付权利凭证，有的是背书。

（四）登记物权与不登记物权

1.区分标准

以物权的变动是否须经登记为标准，存在登记物权和不登记物权的分类。

2.界定

物权的变动无须登记即生效力的物权，叫作不登记物权。反之，则为登记物权。按照《民法典》的规定，登记物权的变动必须以登记为生效要件（第209条等）。不动产物权一般属于此类。

应当注意，按照《民法典》的规定，法定抵押权无须登记。因人

民法院、仲裁委员会的法律文件或人民政府的征收决定等导致的不动产物权变动，自法律文书或人民政府的征收决定等生效时发生效力（第229条），因继承取得不动产物权的，自继承开始时发生效力（第230条），因合法建造、拆除房屋等事实行为设立或消灭不动产物权的，自事实行为成就时发生效力（第231条）。但是，处分这些不动产物权时，依照法律规定需要办理登记的，未经登记，不发生物权变动的效力（第232条）。

3.分类的法律意义

这种分类的法律意义在于，登记在两种物权的变动中所起的作用不同。

（五）意定物权与法定物权

1.区分标准

以物权的发生是否基于当事人的意思为标准，存在着意定物权和法定物权的分类。

2.界定

在物权法定主义的架构下，意定物权，是指基于当事人的意思而成立的物权。除法定抵押权、留置权以外，民法上规定的物权都可以基于当事人的意思而发生。在法定物权的情况下，物权，不问当事人的意思如何，径由法律规定而发生。

3.分类的法律意义

这种分类的法律意义在于，物权成立的要件和适用的法律不同。

（六）有期限物权与无期限物权

1.区分标准

以物权的存续有无期限限制为标准，存在着有期限物权和无期限物权的分类。

2.界定

有存续期限的物权，叫作有期限物权。存续期限无限制，且能永久存续的物权，称为无期限物权。定限物权大多为有期限物权，所有

权为无期限物权。但是，在中国法上，一方面，存在于以出让方式取得的建设用地之上的房屋所有权，则是“有期限物权”。另一方面，宅基地使用权虽为定限物权，却是无期限物权；行政划拨的建设用地使用权没有明确的终期，只要法定终止事由未出现，就持续存在。

3.分类的法律意义

这种分类的法律意义在于，有期限物权的存续期限届满时，即当然归于消灭；而无期限物权则除抛弃、标的物灭失或其他原因外，永存不灭。

（七）主物权与从物权

1.区分标准

以物权是否具有独立性为标准，存在着主物权和从物权的分类。

2.界定

主物权，是指可以独立存在，无须从属于其他权利的物权。从物权，是指不具有独立性，必须从属于其他权利的物权。属于前者的，如所有权、建设用地使用权、宅基地使用权等。属于后者的，如担保物权、地役权。

3.分类的法律意义

这种分类的法律意义在于，主物权可以独立存在，而从物权的命运原则上随从主权利的命运。

（八）既得权与期待权

1.区分标准

以物权是否已经取得为标准，存在着既得权和期待权的分类。

2.界定

既得权，在物权法领域，是指权利主体已经取得了并且能够实现的物权。所有权、建设用地使用权等均属此类。期待权包括物权性的期待权和债权性的期待权。前者是指取得物权的某些要件已经实现，而剩下的条件若实现即可取得物权的期待状态。就其消极方面而言，取得物权的过程尚未完成，所期待的物权尚未取得；自其积极方面来

说，物权的取得已经进入完成的过程，当事人已经有所期待。其中所谓“某些要件已经实现”，是指权利主体已经确定，取得物权的部分要件已经具备，所期待的特定利益的内容或范围亦已确定。所说的“期待状态”，是指权利主体的法律地位，且含有特定的利益，在机能上独立，受法律保护。^[12]属于此类情况的，例如，在所有权保留买卖关系中，买受人的地位；建设用地使用权出让场合，受让人已经提出过户登记申请但尚未登入不动产登记簿时所处的地位；在房屋买卖关系中，买受人已经提出过户登记申请但尚未登入不动产登记簿时所处的地位。

3.分类的法律意义

这种分类的法律意义在于，有助于人们认识并区分物权的生成过程，丰富物权的类型和体系及其理论，使立法者对每个阶段的法律状态配备相应的法律制度，运用不同的法律保护方法。

（九）完全物权与不完全物权

1.区分标准

以物权的效力是否完全为标准，存在着完全物权和不完全物权的分类。

2.界定

完全物权，是指法律效力齐备的物权。不完全物权，是指欠缺某些法律效力的物权。对此，可以建筑物的所有权为例加以说明。合法新建的建筑物，一经封顶，建设用地使用权人即取得其所有权。不过，在办理首次登记之前，该所有权欠缺处分的效力。只有办理完首次登记手续，该所有权才具有全部效力。登记之前的建筑物所有权属于不完全物权，登记完毕的建筑物所有权则为完全物权。

3.分类的法律意义

这种分类不同于既得权与期待权的分类，因为期待权不是物权，只是物权的期待，而完全物权和不完全物权都是物权。

这种分类的法律意义在于，物权的效力不同，物权人能够实现的利益有别，法律对物权转让设置的限定条件也有差异。例如，因人民法院的判决书、仲裁机构的裁决书而取得的不动产物权，因继承而取得的不动产物权，因合法建造房屋而取得的所有权，在物权人尚未将此类不动产登记在自己名下时，均属不完全物权。物权人若将此类不

动产出卖、赠与或互易，不生物权移转的效力，只有先行把此类物权登记在自己名下，再协助受让人办理过户登记手续，才会发生不动产物权变动的效果（《民法典》第232条）。

（十）本权与占有

1. 区分标准

以有无物权的实质内容为标准，存在着本权和占有。

2. 界定

占有，是对标的物有一定支配力的一种事实。对占有而言，所有权、定限物权，甚至租赁权，都是本权。

3. 分类的法律意义

这种分类的法律意义在于，确定有无本权的存在，以确定其保护方法。

（十一）其他分类

需要指出，有学说还把物权区分为民法上的物权和特别法上的物权，民法物权和特许物权，典型物权和准物权，私法物权和公法物权等。

第二百零五条

本编调整因物的归属和利用产生的民事关系。

本条主旨

本条是关于物权编调整对象的规定。

相关条文

本条系变通《物权法》第2条第1款关于“因物的归属和利用而产生的民事关系，适用本法”的规定而来。

与之相关的规定，如《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释（一）》（法释〔2016〕5号）第1条规定：“因不动产物权的归属，以及作为不动产物权登记基础的买卖、

赠与、抵押等产生争议，当事人提起民事诉讼的，应当依法受理。当事人已经在行政诉讼中申请一并解决上述民事争议，且人民法院一并审理的除外。”

理解与适用

本条所谓“物的归属”，望文生义，就是物归属于谁。出于物权法的目的及功能，以及物权法与其他法律部门的分工，“物的归属”层面的“物”，限于有体物，如一个苹果、一台电脑、一宗土地、一栋大楼，均属此类。如此，所谓“物的归属”，描述的是有体物归属于谁的关系，或曰有体物这个所有物与其主人之间的关系，所有物归属于所有权人之间的关系。

在民法上，物分为有体物和无体物。所谓无体物，如股票、债券、仓单、提单、债权、建设用地使用权、土地经营权、著作权、专利权、商标权等。无体物也有“归属”的问题，特别是人们的日常用语中有A专利属于张三，B股权归李四所有，等等。不过，用确切的法律用语来表达其法律意思，所谓A专利属于张三，是指A专利由张三享有专利权，而不是张三享有A专利的所有权；B股权归李四所有，是指B股权的股权人为李四，而不是李四享有B股权的所有权。抽象地说，有体物的归属，由所有权关系来表达；至于无体物的“归属”，不用所有权关系来描述，而是形成相应法律上的相应关系，如张三是A专利的专利权人，李四是B股权的股权人，王五是C著作的著作权人，等等。如果采用类比的方法，不用所有权来表述B股权、A专利权、C著作权，而是径直称作股权、专利权、著作权，不但股权、专利权、著作权等概念能够起到有体物所有权概念那样的作用，而且还发挥着所有权不具备的功能。这样设计、分工所有权与知识产权、股权等民事权利，最大的优点是法律适用具有层次性，效果理想。例如，遇到A专利的问题，首先适用专利法，其次是知识产权法的总则，最后是民法的相应规定。不得颠倒适用法律的顺序，以免酿成不当后果。

所谓“物的利用”，可有两个视角的观察和描述，一个视角是物的所有权人利用该物，另一个视角是他物权人利用其物。

按照前一个视角，所有权人按照该物的性能和用途使用该物，属之，这是狭义の利用，系物权关系中的使用权能；所有权人把该物消耗掉，也属于《民法典》第205条所谓的利用，这是广义的利用，系物权关系中的（事实上的）处分权能；所有权人以该物设立抵押权或质权，还同样属于《民法典》第205条所谓的利用，也是广义的利用，系物权关系中的（法律上的）处分权能；甚至于所有权人把其物抛弃，同样属于《民法典》第205条所谓的利用，也是广义的利用。

依据后一个视角，即他物权人利用物的视角。此处之“物”，有体物固然属之，就是有关的权利等无体物也在其列。例如，A宗地的所有权人（国家）授权甲国有土地资源管理局，将A宗地上的B国有建设用地使用权出让给乙。这是前一个视角下的利用。乙利用B国有建设用地使用权建造C大楼，这是后一个视角下的利用，是他物权人在利用物。不仅如此，乙把B国有建设用地使用权抵押给丙银行，或是同意丁就B国有建设用地享有地役权等，也都是在利用“物”，甚至于乙抛弃B国有建设用地使用权，还是在利用该“物”，只不过，于此场合的利用之“物”，不再是有体物，而是无体物。

总而言之，某特定物归属于某特定的所有权人，且必定是某特定的有体物归属于某特定的所有权人，属于《民法典》第205条所谓“物的归属”，由物权编调整；所有权人利用其物，包括自己使用、处分甚至抛弃，也包括以其物创设他物权，属于《民法典》第205条所谓“物的利用”，也由物权编调整；他物权人使用他物权的标的物，属于《民法典》第205条所谓“物的利用”，由物权编调整；他物权人以其他物权设立地役权、抵押权或质权甚至抛弃他物权，同样属于《民法典》第205条所谓“物的利用”，还由物权编调整。

第二百零六条

国家坚持和完善公有制为主体、多种所有制经济共同发展，按劳分配为主体、多种分配方式并存，社会主义市场经济体制等社会主义基本经济制度。

国家巩固和发展公有制经济，鼓励、支持和引导非公有制经济的发展。

国家实行社会主义市场经济，保障一切市场主体的平等法律地位和发展权利。

本条主旨

本条是关于中国特色社会主义的基本经济制度和社会主义市场经济中市场主体的法律地位平等及发展权的规定。

相关条文

《宪法》第6条 中华人民共和国的社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制，即全民所有制和劳动群众集体所有制。社

社会主义公有制消灭人剥削人的制度，实行各尽所能、按劳分配的原则。

国家在社会主义初级阶段，坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度，坚持按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度。

第7条 国有经济，即社会主义全民所有制经济，是国民经济中的主导力量。国家保障国有经济的巩固和发展。

第8条 农村集体经济组织实行家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制。农村中的生产、供销、信用、消费等各种形式的合作经济，是社会主义劳动群众集体所有制经济。参加农村集体经济组织的劳动者，有权在法律规定的范围内经营自留地、自留山、家庭副业和饲养自留畜。

城镇中的手工业、工业、建筑业、运输业、商业、服务业等行业的各种形式的合作经济，都是社会主义劳动群众集体所有制经济。

国家保护城乡集体经济组织的合法的权利和利益，鼓励、指导和帮助集体经济的发展。

第11条 在法律规定范围内的个体经济、私营经济等非公有制经济，是社会主义市场经济的重要组成部分。

国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益。国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展，并对非公有制经济依法实行监督和管理。

第15条 国家实行社会主义市场经济。

国家加强经济立法，完善宏观调控。

国家依法禁止任何组织或者个人扰乱社会经济秩序。

《物权法》第3条 国家在社会主义初级阶段，坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度。

国家巩固和发展公有制经济，鼓励、支持和引导非公有制经济的发展。

国家实行社会主义市场经济，保障一切市场主体的平等法律地位

和发展权利。

《土地管理法》第13条 农民集体所有和国家所有依法由农民集体使用的耕地、林地、草地，以及其他依法用于农业的土地，采取农村集体经济组织内部的家庭承包方式承包，不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等，可以采取招标、拍卖、公开协商等方式承包，从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产。家庭承包的耕地的承包期为三十年，草地的承包期为三十年至五十年，林地的承包期为三十年至七十年；耕地承包期届满后再延长三十年，草地、林地承包期届满后依法相应延长。国家所有依法用于农业的土地可以由单位或者个人承包经营，从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产。

发包方和承包方应当依法订立承包合同，约定双方的权利和义务。承包经营土地的单位和个人，有保护和按照承包合同约定的用途合理利用土地的义务。

《农村土地承包法》第3条 国家实行农村土地承包经营制度。

农村土地承包采取农村集体经济组织内部的家庭承包方式，不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地，可以采取招标、拍卖、公开协商等方式承包。

第5条第1款 农村集体经济组织成员有权依法承包由本集体经济组织发包的农村土地。

第9条 承包方承包土地后，享有土地承包经营权，可以自己经营，也可以保留土地承包权，流转其承包地的土地经营权，由他人经营。

第10条 国家保护承包方依法、自愿、有偿流转土地经营权，保护土地经营权人的合法权益，任何组织和个人不得侵犯。

第13条 农民集体所有的土地依法属于村农民集体所有的，由村集体经济组织或者村民委员会发包；已经分别属于村内两个以上农村集体经济组织的农民集体所有的，由村内各该农村集体经济组织或者村民小组发包。村集体经济组织或者村民委员会发包的，不得改变村内各集体经济组织农民集体所有的土地的所有权。

国家所有依法由农民集体使用的农村土地，由使用该土地的农村集体经济组织、村民委员会或者村民小组发包。

第14条 发包方享有下列权利：

(一) 发包本集体所有的或者国家所有依法由本集体使用的农村土地；

(二) 监督承包方依照承包合同约定的用途合理利用和保护土地；

(三) 制止承包方损害承包地和农业资源的行为；

(四) 法律、行政法规规定的其他权利。

第16条 家庭承包的承包方是本集体经济组织的农户。

农户内家庭成员依法平等享有承包土地的各项权益。

第17条 承包方享有下列权利：

(一) 依法享有承包地使用、收益的权利，有权自主组织生产经营和处置产品；

(二) 依法互换、转让土地承包经营权；

(三) 依法流转土地经营权；

(四) 承包地被依法征收、征用、占用的，有权依法获得相应的补偿；

(五) 法律、行政法规规定的其他权利。

《农业法》第5条 国家坚持和完善公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度，振兴农村经济。

国家长期稳定农村以家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制，发展社会化服务体系，壮大集体经济实力，引导农民走共同富裕的道路。

国家在农村坚持和完善以按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度。

《民族区域自治法》第26条 民族自治地方的自治机关在坚持社会主义原则的前提下，根据法律规定和本地方经济发展的特点，合理调整生产关系和经济结构，努力发展社会主义市场经济。

民族自治地方的自治机关坚持公有制为主体、多种所有制经济共

同发展的基本经济制度，鼓励发展非公有制经济。

《外商投资法》第17条 外商投资企业可以依法通过公开发行股票、公司债券等证券和其他方式进行融资。

第21条 外国投资者在中国境内的出资、利润、资本收益、资产处置所得、知识产权许可使用费、依法获得的补偿或者赔偿、清算所得等，可以依法以人民币或者外汇自由汇入、汇出。

第22条第2款 国家鼓励在外商投资过程中基于自愿原则和商业规则开展技术合作。技术合作的条件由投资各方遵循公平原则平等协商确定。行政机关及其工作人员不得利用行政手段强制转让技术。

《台湾同胞投资保护法》第5条 台湾同胞投资者投资的财产、工业产权、投资收益和其他合法权益，可以依法转让和继承。

第6条 台湾同胞投资者可以用可自由兑换货币、机器设备或者其他实物、工业产权、非专利技术 etc 作为投资。

台湾同胞投资者可以用投资获得的收益进行再投资。

理解与适用

一、中国特色社会主义的基本经济制度决定《宪法》及《民法典》设计中国特色的物权制度

马克思主义的基本原理之一是，经济基础决定上层建筑。《民法典》及其物权制度作为中国社会的上层建筑的重要组成部分，当然由中国的经济基础决定，反映其本质要求。

中国是社会主义国家，处于社会主义初级阶段，实行以公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度。2013年颁布的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》再次强调：“公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度，是中国特色社会主义制度的重要支柱，也是社会主义市场经济体制的根基。公有制经济和非公有制经济都是社会主义市场经济的重要组成部分，都是我国经济社会发展的重要基础。必须毫不动摇巩固和发展公有制经济，坚持公有制主体地位，发挥国有经济主导作用，不断增强国有经济活力、控制力、影响力。必须毫不动摇鼓励、支持、引导非公有制经济发展，激发非公有制经济活力和创造力。”《中国共产党第十九届中央委员会第四次全体会议公报》继续强调：“坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展和按劳分配为主体、多种分配方式并存，把社

会主义制度和市场经济有机结合起来，不断解放和发展社会生产力的显著优势。”

中国特色社会主义的公有制包括全民所有制和劳动群众集体所有制。这两种公有制形式，没有高下之分，无贵贱之别，对它们须平等保护。就此，《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》明确：“在符合规划和用途管制前提下，允许农村集体经营性建设用地出让、租赁、入股，实行与国有土地同等入市、同权同价。缩小征地范围，规范征地程序，完善对被征地农民合理、规范、多元保障机制。扩大国有土地有偿使用范围，减少非公益性用地划拨。建立兼顾国家、集体、个人的土地增值收益分配机制，合理提高个人收益。完善土地租赁、转让、抵押二级市场。”

强调中国特色社会主义公有制，不意味着否定或歧视非公有制经济。《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》宣明平等保护原则：“公有制经济财产权不可侵犯，非公有制经济财产权同样不可侵犯。”“国家保护各种所有制经济产权和合法利益，保证各种所有制经济依法平等使用生产要素、公开公平公正参与市场竞争、同等受到法律保护，依法监管各种所有制经济。”“非公有制经济在支撑增长、促进创新、扩大就业、增加税收等方面具有重要作用。坚持权利平等、机会平等、规则平等，废除对非公有制经济各种形式的不合理规定，消除各种隐性壁垒，制定非公有制企业进入特许经营领域具体办法。”

对于上述政策，2016年出台的《中共中央国务院关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》重申：“健全以公平为核心原则的产权保护制度，毫不动摇巩固和发展公有制经济，毫不动摇鼓励、支持、引导非公有制经济发展，公有制经济财产权不可侵犯，非公有制经济财产权同样不可侵犯。”“坚持权利平等、机会平等、规则平等，废除对非公有制经济各种形式的不合理规定，消除各种隐性壁垒，保证各种所有制经济依法平等使用生产要素、公开公平公正参与市场竞争、同等受到法律保护、共同履行社会责任。”

《中共中央国务院关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》还特别明确：“加快推进民法典编纂工作，完善物权、合同、知识产权相关法律制度，清理有违公平的法律法规条款，将平等保护作为规范财产关系的基本原则。健全以企业组织形式和出资人承担责任方式为主的市场主体法律制度，统筹研究清理、废止按照所有制不同类型制定的市场主体法律和行政法规，开展部门规章和规范性文件专项清理，平等保护各类市场主体。加大对非公有财产的刑法保护力度。”

上述中国特色的社会主义基本经济制度，既要固定化，又要动态化，才会迸发出活力，产生出人们所需要的物质财富甚至精神财富。其动态化的法律表现，首先由《宪法》予以固定（第6条以下），在其内部就完成了从所有制到所有权的转换，确立了国家所有权、集体所有权和私人所有权以及相关的物权制度。

诚然，《宪法》的赋权毕竟抽象，旨在指明方向，确定领域，设置边界，并不，也不必要和可能包揽一切，具体化到技术细节。这是因为，《宪法》上的各种所有权虽为财产的保护提供了纲领性规定和制度性保障，但财产效用的最大发挥需要将宪法上的所有权转化为民法上的所有权，将宪法规范转化为民法规范。法律调整财产的最终目的在于确保物权人对财产持续有效地利用。这也是由现代法的立法技术决定的：不由宪法一部法调整社会生活的全部，而是实行“大权独揽，小权分散”的法制体例，刑事的关系由刑法管辖，民事的关系由民商法调整，等等。内化于宪法规范之中的法律价值需要付诸具体部门法践行。民法规范的作用在于规范所有权的具体行使，促进财产效用的最大发挥。如此，有关所有权的可操作性的规范便交由《民法典》“第二编 物权”负责。

这首先体现在中国特色的社会主义基本经济制度成为《民法典》设计物权制度的灵魂和基本原则，其精神实质贯穿、体现在整个物权制度的始终，表现为物权制度的社会政治原则，市场主体的法律地位平等，保障其（平等的）发展权，以及对国家、集体、私人以及其他类型的主体所享有物权的平等保护原则。《物权法》如此（第1条、第3条、第4条、第45条以下），《民法典》亦然（第206条、第207条、第246条以下）。其次，彰显国家所有权（《民法典》第246条以下）、集体所有权（《民法典》第260条以下）更凸显其制度特色。再次，拾得遗失物、拾得漂流物、发现埋藏物或隐藏物的规则已经向国家倾斜（《民法典》第314条以下），最后，国有建设用地使用权与集体建设用地使用权同权同价（《民法典》第361条）。

二、市场主体的法律地位平等并受法律保障

（一）法律出处

《宪法》规定：“国家实行社会主义市场经济”（第15条第1款）。市场经济天然地使其主体在同一起跑线上赛跑，遵循机会平等，规则相同，等价交换，公平竞争，抽象地说，就是各个市场主体的法律地位平等。为反映和满足这种内在要求，《物权法》第3条第3款规定：“国家实行社会主义市场经济，保障一切市场主体的平等法律地位和发展权利。”《民法典》对此一字不差地予以承继（第206条

第3款)。

(二) 法律地位平等的终极根源

社会主义市场经济在基础部分是市场经济，在所有制和上层建筑方面采取社会主义的，它是商品经济的高级发展阶段的形态。它不遏制、不排斥商品经济平等、等价交换、有效率的本性和效能，相反，是充分利用和任其发挥；但商品经济依其自身规律运行带来的负面结果由社会主义机制来遏制、矫正，使其尽可能地朝向公平正义。

“一切商品，对于它的所有者，皆为非使用价值（Nicht-Gebrauchswert），但对于非所有者（Nicht-Bssitzer），则为使用价值。所以，任何一种商品，都有换一下手的必要。但这样换一下手，便是交换（Austausch），使商品以价值的资格互相对待，并实现为价值的，也就是交换。”^[13]“他和货币所有者相遇在市场上，必须彼此以平等的商品所有者的资格，发生关系，不过一个当作买者，一个当作卖者。所以，他们在法律上必须是互相平等的人格。”^[14]“平等！因为他们彼此皆以商品所有者资格发生关系，以等价物交换等价物。”^[15]“商品是天生的平等主义者。”^[16]

商品经济在社会主义市场经济条件下，各种所有制经济形成的市场主体都是在统一的市场上运作并发生相互关系的，都要遵守统一的市场“游戏规则”，只有地位平等、权利平等，才有公平竞争，才能形成良好的市场秩序。若不如此，就违背了市场经济原则，反过来又会损害社会主义基本经济制度。^[17]

(三) 法律地位平等的意义

民事权利能力，罗马法叫作人格（persona）^[18]，《拿破仑法典》亦然，用于某个人或某团体是民法上的“人”或曰民事主体的场合。凡不具有民事权利能力者均非民法上的“人”，不是民事主体。与此不同，法律地位一词可在若干场合使用，例如，农村集体经济组织的法律地位，自然人的法律地位，法人的法律地位，建筑公司的分公司的法律地位，清华大学法学院的法律地位，业主派驻工地代表的法律地位，等等。前三种场合的法律地位与民事权利能力可作相同意义的理解，后三种场合的法律地位则不具有民事权利能力的意义。之所以如此，一个重要的原因是，法律地位，望文生义，就是一个被界定对象在法律上的位置，相对确切地说，是法律认可或赋权一个被界定对象的地位。在法律的世界里，任何一个被界定的对象均有其位置，如张三为户主，李四是教师，王五是货摊主。不但之于客体的主体是这样，就连客体也有其法律上的位置，如流通物、主物、抵押物等。

从中不难看出，法律地位未必与民法认可或确立的“人”直接关联。但民事权利能力则不然，只在民法认可或确立的“人”这个层面上使用，凡是拥有民事权利能力者才是民事主体。至于建筑公司的分公司、大学的法学院、户主、教师等虽然在不同的法律部门中有其法律地位，但不具有民事权利能力，不是民法上的“人”；更遑论流通物、主物、抵押物之类虽有法律地位，但绝对不可享有民事权利能力，不是民事主体了。

《民法典》第206条第3款所谓法律地位，一方面限于社会主义市场经济中的地位，虽属民事权利能力的范畴，但其外延窄于自然人的民事权利能力的外延，生命、健康、肖像、继承等能力均不在其内。另一方面，由市场主体的本性决定，市场主体的法律地位和发展权利，虽然离不开物权，但肯定不会局限于此，市场主体的名称、字号、商誉、信息、商标甚至专利的权益和相应的义务，都是商家不可或缺或必需的；市场运行更离不开债权。就此说来，《民法典》第206条第3款所谓法律地位，其含义远远超过市场主体享有物权和负担相应义务的范围。

转换视角，结论有所不同。《民法典》第206条第3款处于物权规范群之中，立法者的本意重在宣示市场主体享有物权和负担相应义务的法律地位^[19]，即资格，或曰民事权利能力。从物权制度与人格权制度、知识产权制度、债权制度等有关法律制度的分工看，也可得出该项结论。只不过《民法典》第206条第3款是“超载”表达而已，从立法技术的角度看，《民法典》“第一编 总则”第4条已经规定“民事主体在民事活动中的法律地位一律平等”，它覆盖物权关系的领域，《民法典》再设第206条第3款，明显重复，似无必要。不过，若采取历史的观点，须大力纠正中央高度集权的计划经济体制下的不平等，以及个别地区在个别期间不区分情形地一律把民营企业排除于采矿的领域，则该条款也有“警钟长鸣”之用。此其一。观察这两个条款的文义，挖掘其规范意旨，可以说《民法典》第4条重在认可在中国境内从事民事活动者均为民法上的“人”，即民事主体，且其法律地位一律平等；而第206条第3款是在第4条确立的前提下，保障作为民事主体的市场主体已有的平等法律地位，换言之，第206条第3款为第4条“保驾护航”，成为它的“战略纵深”。就此说来，两个条款各有侧重，功用有别。此其二。当然，无论怎么说，《民法典》第206条第3款着重保障市场主体享有物权和负担相应义务的平等法律地位。有鉴于此，下文主要在这种意义上发表意见。

《民法典》第206条第3款所谓法律地位，是在非常抽象的意义上使用的，不关注一房、一地能否取得或保有。所谓抽象意义上的法律

地位，是指国家、集体和私人等任何市场主体均有享有物权的资格，也就是民事权利能力。至于长江、黄河不得由你、我、他取得所有权，只可归属于国家，那首先是《宪法》把此种发展权赋予谁的问题，《民法典》予以贯彻、落实；接下来是具体的长江所有权、黄河所有权由国家独享的问题。《宪法》及《民法典》等部门法没有把此类发展权开放给国家以外的市场主体，普通的市场主体也就不会实际取得长江、黄河的所有权。由此可见，抽象意义上的法律地位不同于发展权以及具体的民事权利。

所谓市场主体享有物权的资格，虽然不排斥其含有取得物权的资格这层意思，但其更关注保有物权的资格这层含义，即法律承认市场主体拥有物权是合法的，是受法律保障的，并且任何市场主体都有资格享有物权。所以，民营企业占有、使用的生产资料，私人拥有的财产，都不被非法没收，不被国有化；除非他们拥有这些财产构成犯罪或用于犯罪，依照刑法的规定应被没收。

在取得物权的资格方面，也是重在抽象的意义，关注国家、集体和私人等市场主体都具有取得物权的资格。你可以享有物权，我可以享有物权，他也可以享有物权，由此体现出平等性。虽然《宪法》及《民法典》等部门法不赋权普通的市场主体可以取得任何一种物权的资格，如不赋权集体组织、自然人取得泰山、黄河的所有权的资格，但这属于不赋予其发展权，绝不可因此说集体组织、自然人丧失取得物权的资格，或曰丧失法律地位。只要他们具备享有包括物权在内的民事权利的资格，就是具有法律地位。

国家、集体和私人等市场主体具有享有物权的法律地位，这不同于享有的物权多寡，因为一俟某物的物权到手，就不再属于法律地位的范畴，而是具体的物权及其行使的问题。

所谓“保障一切市场主体的平等法律地位”，已经限定此处所谓法律地位是市场主体的法律地位，而非其他主体的法律地位。国家、集体、私人，若不是以市场主体的身份出现，则法律不一定保障其法律地位平等。换个角度表述，在民商法的领域，法律“保障一切市场主体的平等法律地位”；在其他领域，法律未必保障其法律地位平等，甚至强调法律地位不平等。例如征收，它不在民商事领域，而受行政法的规制，它不遵循平等性，而是国家动用权力硬性消灭某民事主体的特定物权。在征收关系中，两方的法律地位绝非平等。更不要说在革命斗争中，推翻蒋家王朝时国家没收蒋宋孔陈四大家族的资产了。

所谓“保障一切市场主体的平等法律地位”，在一定意义上，也潜

在地含有这样的意思，尽管如此解读可能有些狭窄了：在交易过程中，在物权的享有和行使方面，国家、集体、私人等市场主体的法律地位是平等的，法律对此予以保障。如果这是正确的，则《宪法》规定“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有”（第9条第1款前段），“城市的土地属于国家所有”（第10条第1款），就容易理解了，原因就在于此类物权的取得不发生在市场经济运行层面的，不发生在交易领域。

以上所述表明，国家、集体、私人等市场主体的法律地位平等，不是绝对的，而是相对的。所谓不是绝对的，表现在它不像自然人之间的法律地位平等那样彻底：无论性别、民族、种族、出身、职业、职务、文化程度、宗教信仰、政治面貌、财产状况等如何，其法律地位都是平等的，都可以享有民事权利和承担民事义务。在中国民法中，既没有享有更为优越的民事权利能力的自然人，也没有不享有或不能享有民事权利能力的自然人。这很自然，认识不到这一点，就是幼稚的、天真的。“平等保护不是说不同所有制经济在国民经济中的地位和作用是相同的，依据宪法规定，公有制经济是主体，国有经济是主导力量，非公有制经济是社会主义市场经济的重要组成部分，它们在国民经济中的地位和作用是不同的。这主要体现在国家宏观调控、公共资源分配、市场准入等方面，在关系国家安全和国民经济命脉的重要行业和关键领域，必须确保国有经济的控制力。”^[20]所谓是相对的，有几个方面的表现。其一，现在相对于过去，国家、集体、私人等市场主体的法律地位要平等得多。在高度集权的计划经济时代，民营企业无法律地位，自然人只有享有生活资料的法律地位。如今，这已成历史，《民法典》确立的国家、集体、私人等市场主体的法律地位，达到了空前的平等。其意义非凡，贡献至巨！其原因之一在于，本来，现代民法特别是近代民法，持抽象人格观，赋予市场主体平等的法律地位，物权制度作为民法的重要组成部分，承认各种市场主体具有平等地享有物权的资格，乃逻辑的必然。《物权法》和《民法典》却特设专文宣示国家、集体、私人等市场主体具有平等的法律地位，正说明有段历史时期我们没有做到这一点，需要改正，恢复社会主义市场经济本质要求的原则。其二，国家相对于集体和私人，如果我们不是空洞地议论民事权利能力，而是着眼于民事权利能力的落实，即结合实际享有的物权观察，就不难发现国家处于绝对的优势地位，如河流、矿产资源、海域的物权只能归国家享有，集体组织及私人不得染指，只可取得自然资源的“使用权”。其三，未来相对于现在，解读《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》《中共中央国务院关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》《中国共产党第十九届中央委员会第四次全体会议公报》，不难发现，随着改革开放的深化，社会经济的发展，集体组织及私人等市场主体的

法律地位会越来越高。总之，国家、集体、私人等市场主体的法律地位平等，属于历史的范畴，是个发展的概念，它与差异性不是相互排斥的概念。

三、保障一切市场主体的发展权利

《物权法》第3条第3款、《民法典》第206条第3款规定：“国家实行社会主义市场经济，保障一切市场主体的……发展权利。”这是法律保障国家、集体、私人等市场主体具有平等的法律地位的应然结果。假如不保障甚至不允许集体、私人等市场主体在社会主义市场经济中依法、依自身规律向前发展，则所谓法律地位平等也就成了一句空话。仅仅有法律地位平等，没有发展权利来给市场主体带来实实在在的权益，如没有一个一个的具体的物权，没有具体的物权运动带来利益，法律地位平等就没有具体的内容和体现，久而久之，市场主体也就对其厌烦，至少是对之熟视无睹，法律地位平等也就难以为继。可见，市场主体的法律地位平等和发展权利两者相辅相成。

发展权利，简称为发展权，是人权的重要组成，也是人权发展到一定阶段的产物，是第三代人权。它在物权领域也具有不可替代的作用。《民法典》明确规定保障一切市场主体的发展权，很有境界，特别及时，非常必要。发展，有多种表现形式，适合于许多领域，为市场主体所必需。当今世界，即使专注于市场经济及其运行，也不局限于商品生产和交换，市场主体乃至市场经济的文化品位的，历史观的，理念更新的，形象的，人类命运共同体要求的素质和“硬件”，也是发展权不可或缺的构成要素。对于自然人而言尤其如此。

保障一切市场主体的发展权利，首先是准予市场主体进入市场，许其活跃在物权领域。如果把市场主体排斥于市场之外，那么，他们就没有机会从事生产、交换、物流、资金流等活动，“终日游手好闲”“坐吃山空”，只有等死一条路。如果吸取历史上不允许自然人及其家庭保有生产资料，不准进入机动车、设备等生产的领域，一律把民营企业排除于采矿的行业，未核准民营企业设立之类的教训，那么，《民法典》第206条第3款宣明“保障一切市场主体的……发展权利”，其意义就更加不可估量。应该准入的，法律不再禁止，任市场主体驰骋，其实乃法律地位平等的题中应有之义，因为给予市场主体在同一起跑线上的资格，机会均等，一视同仁，系法律地位平等的重要内容。发展权有“责任”落实之。

《民法典》第206条第3款处于物权制度领域，且受市场经济的“笼罩”，所以，市场主体的发展权必然包含取得和保有生产资料和生活资料的所有权，以便进行生产、经营以及获取利益之权。

市场主体生产的产品需要流通，服务贸易也占据不可小觑的比重，资金的流向之于企业犹如血液之于人体；再有证券化的运作，都需要债权的配置。债权使包括市场主体在内的人类生活更加丰富。在仅有物权关系的时代，可以说只能生活在过去和现在。但债权制度则可以使将来的给付预约变为现在的给付对价，除了过去和现在的财产外，还可以增加将来的财产。债权已不是取得物权和对物的利用的手段，它本身就是法律生活的目的。^[21]这显示债权是市场主体所需发展权的重要一环。

资金对于企业的重要性越来越凸显，市场主体利用财产融资已是常态，就是说融资权也是发展权的组成部分。

市场主体对于发展权的享有和运用，是因人而异，还是“各种市场主体都处于平等地位，享有相同权利，遵守相同规则，承担相同责任”^[22]？答案必须是遵守相同规则，不然，“就不可能发展社会主义市场经济，也不可能坚持和完善社会主义基本经济制度”^[23]。看来，发展权要以各个市场主体遵守相同规则为基础。在这方面，有经验和教训可供总结。

有必要说明，此处所谓享有相同权利、承担相同责任，是用于民事权利能力的层面上的，绝非用在具体的市场主体对A房享有所有权、对甲承担100万元人民币的赔偿责任之类的具体的权利、义务及责任的。道理很浅显，甲公司系小额贷款公司，乙公司为汽车的生产企业，甲公司不享有也不愿意享有1 000辆汽车的所有权，乙公司也难有1亿元人民币的自由资金。在经营活动中，甲公司鲜有向其他人承担侵权损害赔偿的案例，乙公司对其上家或下手承担逾期履行的违约责任，应不奇怪。就是说，各种市场主体在具体的民事法律关系中不易“享有相同权利，承担相同责任”。

在相当长的历史时期，商业开发建设需要农村集体所有的土地，必须先将集体所有的土地征收为国有，然后从国家土地所有权中“分离”出占有、使用、收益乃至处分权利自身的权能，由国土资源主管机关出让国有建设用地使用权给用地者，用地者才可在该国有建设用地上从事工业、商业的开发建设（2004年《土地管理法》第43条第1款前段、第44条以下），这就是“先征收、再出让”模式。它在客观上使国家获取了“剪刀差”，“没收”了集体所有权人乃至有关的土地承包经营权人、集体建设用地使用权人的部分收益。这是因为集体所有权人径直与用地者签订集体建设用地使用权出让合同，直接收取用地者支付的土地使用权出让金，该出让金的数额原则上就是集体建设用地使用权的“价值”本身，而通过征收制度补偿给集体土地所有权人的款额却低于甚至明显低于该数额；国家从出让国有建设用地使用权自用

地者处收取的土地使用权出让金又明显高于该数额。简单地讲就是，征收补偿款的数额低，土地使用权出让金的数额高。面对此情此景，人们不禁要问：同一宗土地的所有权怎么不如使用权的价值高？在此领域，有学者力主征收补偿一定要实行“同地同价”，即“同样位置的土地无论做公益用途或者是商业用途，应在市场价指导下，给予相同标准的费用”^[24]。

有鉴于此，《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》宣布：“在符合规划和用途管制前提下，允许农村集体经营性建设用地出让、租赁、入股，实行与国有土地同等入市、同权同价。缩小征地范围，规范征地程序，完善对被征地农民合理、规范、多元保障机制。扩大国有土地有偿使用范围，减少非公益性用地划拨。建立兼顾国家、集体、个人的土地增值收益分配机制，合理提高个人收益。完善土地租赁、转让、抵押二级市场”（第11条）。《中共中央国务院关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》重申“深化农村土地制度改革，坚持土地公有制性质不改变、耕地红线不突破、粮食生产能力不减弱、农民利益不受损的底线，从实际出发，因地制宜，落实承包地、宅基地、集体经营性建设用地的用益物权，赋予农民更多财产权利，增加农民财产收益”。如今，这些政策已经变成了法律。《土地管理法》经修订于2019年出台，其第63条规定：“土地利用总体规划、城乡规划确定为工业、商业等经营性用途，并经依法登记的集体经营性建设用地，土地所有权人可以通过出让、出租等方式交由单位或者个人使用，并应当签订书面合同，载明土地界址、面积、动工期限、使用期限、土地用途、规划条件和双方其他权利义务”（第1款）。“前款规定的集体经营性建设用地出让、出租等，应当经本集体经济组织成员的村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意”（第2款）。“集体经营性建设用地的出租，集体建设用地使用权的出让及其最高年限、转让、互换、出资、赠与、抵押等，参照同类用途的国有建设用地执行。具体办法由国务院制定”（第4款）。《民法典》对此予以肯定（第361条）。

所谓保障一切市场主体的发展权，就是凡是除国家战略安全、国家经济命脉、制约社会、国家长远发展所需的关键资源及尖端科技等不得不划为“禁区”的领域、行业，都依法允许市场主体进入，从事生产经营。这不但要除去不应设置的显性“壁垒”，而且必须清理不该有的隐形“路障”，如不必要的审批程序，真正使市场主体在法律允许的领域、行业顺畅地进行生产、经营活动。

四、法律地位——发展权——具体的民事权利（含物权）之间的关系

法律地位，最为抽象，其目的及功能在于解决国家、集体、私人或其他市场主体是否被民法承认为民事主体的问题，即能否享有民事权利（含物权）和负担相应义务的问题。具有法律地位者，就是民事主体，即可享有民事权利（含物权）和负担相应义务。反之，不具有法律地位者，就不是民事主体，就不得享有民事权利（含物权）和负担相应义务，金山、银山送到你的怀里也不归你拥有。例如，在罗马法上，家父、妻子、儿女，奴隶，都是自然法则上的人，他们之于动物，均为同类，可在市民法上，奴隶、妻子均无人格，不是主体。即使家父高兴，把住宅赏赐给奴隶，该奴隶也“无福消受”，不会成为该房的主人。^[25]依现代伦理，按照《宪法》及《民法典》的认可，在中国境内从事民事活动的“人”，你，我，他，都是民事主体，在经济中均为市场主体，并且都具有平等的法律地位。

具体的民事权利，包括物权，系具有法律地位之人借助法律事实而实际取得、享有的法律上之力。例如，张三自李四处购买A房，李四把A房的钥匙交付给张三，也协助办理完毕A房所有权的转移登记，张三取得A房的所有权。该所有权即为此处所谓具体的民事权利。张三具有法律地位，又有A房买卖合同这个法律事实，张三最终取得具体的民事权利。

发展权介于法律地位和具体的民事权利之间，有“桥梁”的意味。相对而言，法律地位有点“玄”，有些“虚”，有点“唱高调”：人人都有法律地位，且一律平等！至于张三、李四是否有吃有穿，王五有别墅，那六只好租用他人之屋，这不属于法律地位所管之事。发展权较为“实在”，它之于权益，市场主体不但能看到，而且可以进入相应的生产、经营的领域，从事相应的行业，只要他实际“动作”，如承包土地、取得采矿许可、获准金融业务，等等，就能切实地得到粮食、棉花、矿石、机床等，但是，距离实际得到粮食、棉花等物的所有权还隔着一层，需要法律事实的来临。只有法律事实出现了，在法律事实表现为法律行为时尚需适当履行，才会实际取得粮食、棉花等物的所有权。看来，发展权仍属资格、能力的范畴，而不与A房所有权、B车所有权等具体的民事权利同类。不过，发展权这种资格、能力要比法律地位这类资格、民事权利能力“接地气”，距离实际取得A房所有权仅一步之遥。具体的民事权利，才落在实处，“实实在在”。如果把全世界的人都可以取得向日葵画比作法律地位/民事权利能力，那么，甲、乙、丙、丁、戊、己、庚取得竞买人的资格就相当于取得了发展权，甲报价后拍卖师敲锤是法律事实，拍卖行把向日葵之画交给甲，甲才取得该画的所有权。再如，上个自然段所举之例，张三具有法律地位，抽象地享有取得A房所有权的资格。但是，他若欠缺发展权，就无法实际取得A房所有权。如果A房位于北京市，张三无北京市的户

籍，从未在北京市纳税过，那么，即使张三有万贯家财，也无权与李四签订受法律保护的A房买卖合同，即便签订了，在法律上也不能履行，总之，张三不能取得A房所有权。因为他不享有在北京市买房的发展权。如果他已取得了北京市的户籍，或者在北京市纳税满5年，即他有了在北京市买房的发展权，那么，他与李四签订A房买卖合同就受法律保护，履行完毕该合同，他便实际取得A房所有权。

发展权，对于众多的公司来讲至为重要，说对其性命攸关，也不夸张。发展，有正常发展、茁壮成长、在“夹缝里求生存”等不同形态，市场主体取得物权的状况会呈现出差异，这与特定社会、特定国家的基本制度直接相关。在典型的市场经济条件下，任何一个商品的生产者、交换者都有发展权，且呈现出平等性。在封建社会，如果用发展权的概念和分析工具解剖的话，只有地主阶级享有发展权，农民最多享有生存权，侈谈发展权。在“四人帮”横行的年头，高喊“割资本主义的尾巴”，农民不得拥有生产资料，没有发展权。在社会主义市场经济中，《宪法》及《民法典》赋予各种市场主体发展权，但出于国家战略利益、国家经济命脉、制约社会及经济发展所需的关键资源和尖端科技等方面的考量，赋予不同类型的市场主体的发展权是有差别的。不这样，就是幼稚的，会吃大亏的。

虽然法人都有法律地位，也假设都资金充足，可是若无相应的发展权，就无权经营证券业务、贷款业务，取得不了“堆积如山”的人民币这种具体的民事权利；就无权开采矿藏，不能取得矿石的所有权这种具体的民事权利；就无权制造导弹、隐形飞机，无法取得它们的所有权这种具体的民事权利；等等。

总而言之，法律地位/民事权利能力最为抽象，只管自然人或团体是否为民法上的主体这一点，当然也是最为“要害”的一点。正因其只管这关键之点，其平等性也较为彻底。发展权次之，但也属于资格的范畴，而非具体的民事权利。它的差异性十分明显，某类市场主体仅可从事这样的业务，另类市场主体只能从事那样的活动，不得超越边界。《民法典》第246条第1款、第247条、第248条、第249条前段、第250条正文、第252条、第254条第1款关于国家发展权的规定，最能表明这层意思。至于具体的民事权利，其与特定的民事主体相结合时，千差万别，有人万贯家产，有人身无分文；有人执掌公司，有人把守厂门；等等。对此，不宜从平等不平等的层面认识 and 解读，除非你持极端的平均主义。因为这不属于地位的范畴，不涉及相同的事物相同处理、相似的事物相同处理的问题，而是一片土地上百花开放的问题。

打个可能不太恰当的比喻，法律地位类似于张三具有A国的国

籍，他是A国之人；发展权决定着张三可以从事农林牧渔的生产、经营，但不得从事战斗机的制造；具体的民事权利，诸如张三已经拥有甲屋、乙车和对李四的100万元人民币的债权。

第二百零七条

国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律平等保护，任何组织或者个人不得侵犯。

本条主旨

本条是关于国家、集体、私人等主体的物权受法律平等保护之原则的规定。

相关条文

《宪法》第8条第3款 国家保护城乡集体经济组织的合法的权利和利益，鼓励、指导和帮助集体经济的发展。

第11条第2款 国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益。国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展，并对非公有制经济依法实行监督和管理。

第12条 社会主义的公共财产神圣不可侵犯。

国家保护社会主义的公共财产。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏国家的和集体的财产。

第13条 公民的合法的私有财产不受侵犯。

国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。

《民法通则》第5条 公民、法人的合法的民事权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯。

第73条第2款 国家财产神圣不可侵犯，禁止任何组织或者个人侵占、哄抢、私分、截留、破坏。

第74条第3款 集体所有的财产受法律保护，禁止任何组织或者个人侵占、哄抢、私分、破坏或者非法查封、扣押、冻结、没收。

第75条第2款 公民的合法财产受法律保护，禁止任何组织或者个人侵占、哄抢、破坏或者非法查封、扣押、冻结、没收。

第77条 社会团体包括宗教团体的合法财产受法律保护。

第80条 国家所有的土地，可以依法由全民所有制单位使用，也可以依法确定由集体所有制单位使用，国家保护它的使用、收益的权利；使用单位有管理、保护、合理利用的义务。

公民、集体依法对集体所有的或者国家所有由集体使用的土地的承包经营权，受法律保护。承包双方的权利和义务，依照法律由承包合同规定。

土地不得买卖、出租、抵押或者以其他形式非法转让。

第81条 国家所有的森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面等自然资源，可以依法由全民所有制单位使用，也可以依法确定由集体所有制单位使用，国家保护它的使用、收益的权利；使用单位有管理、保护、合理利用的义务。

国家所有的矿藏，可以依法由全民所有制单位和集体所有制单位开采，也可以依法由公民采挖。国家保护合法的采矿权。

公民、集体依法对集体所有的或者国家所有由集体使用森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面的承包经营权，受法律保护。承包双方的权利和义务，依照法律由承包合同规定。

国家所有的矿藏、水流，国家所有的和法律规定属于集体所有的林地、山岭、草原、荒地、滩涂不得买卖、出租、抵押或者以其他形式非法转让。

第82条 全民所有制企业对国家授予它经营管理的财产依法享有经营权，受法律保护。

《民法总则》第3条 民事主体的人身权利、财产权利以及其他合法权益受法律保护，任何组织或者个人不得侵犯。

第113条 民事主体的财产权利受法律平等保护。

第130条 民事主体按照自己的意愿依法行使民事权利，不受干涉。

《物权法》第4条 国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。

《土地管理法》第12条第2款 依法登记的土地的所有权和使用权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。

《农村土地承包法》第5条第2款 任何组织和个人不得剥夺和非法限制农村集体经济组织成员承包土地的权利。

第6条 农村土地承包，妇女与男子享有平等的权利。承包中应当保护妇女的合法权益，任何组织和个人不得剥夺、侵害妇女应当享有的土地承包经营权。

第7条 农村土地承包应当坚持公开、公平、公正的原则，正确处理国家、集体、个人三者的利益关系。

第8条 国家保护集体土地所有者的合法权益，保护承包方的土地承包经营权，任何组织和个人不得侵犯。

《城市房地产管理法》第5条后段 房地产权利人的合法权益受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。

《海域使用管理法》第6条第1款 国家建立海域使用权登记制度，依法登记的海域使用权受法律保护。

《农业法》第7条第1款 国家保护农民和农业生产经营组织的财产及其他合法权益不受侵犯。

第10条第1款 国家实行农村土地承包经营制度，依法保障农村土地承包关系的长期稳定，保护农民对承包土地的使用权。

《草原法》第9条 草原属于国家所有，由法律规定属于集体所有的除外。国家所有的草原，由国务院代表国家行使所有权。

任何单位或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让草原。

第11条 依法确定给全民所有制单位、集体经济组织等使用的国家所有的草原，由县级以上人民政府登记，核发使用权证，确认草原使用权。

未确定使用权的国家所有的草原，由县级以上人民政府登记造

册，并负责保护管理。

集体所有的草原，由县级人民政府登记，核发所有权证，确认草原所有权。

依法改变草原权属的，应当办理草原权属变更登记手续。

第12条 依法登记的草原所有权和使用权受法律保护，任何单位或者个人不得侵犯。

第15条 草原承包经营权受法律保护，可以按照自愿、有偿的原则依法转让。

草原承包经营权转让的受让方必须具有从事畜牧业生产的能力，并应当履行保护、建设和按照承包合同约定的用途合理利用草原的义务。

草原承包经营权转让应当经发包方同意。承包方与受让方在转让合同中约定的转让期限，不得超过原承包合同剩余的期限。

《森林法》第3条 森林资源属于国家所有，由法律规定属于集体所有的除外。

国家所有的和集体所有的森林、林木和林地，个人所有的林木和使用的林地，由县级以上地方人民政府登记造册，发放证书，确认所有权或者使用权。国务院可以授权国务院林业主管部门，对国务院确定的国家所有的重点林区的森林、林木和林地登记造册，发放证书，并通知有关地方人民政府。

森林、林木、林地的所有者和使用者的合法权益，受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。

《矿产资源法》第3条第1款 矿产资源属于国家所有，由国务院行使国家对矿产资源的所有权。地表或者地下的矿产资源的国家所有权，不因其所依附的土地的所有权或者使用权的不同而改变。

第3条第2款 国家保障矿产资源的合理开发利用。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏矿产资源。各级人民政府必须加强矿产资源的保护工作。

第3条第3款 勘查、开采矿产资源，必须依法分别申请、经批准取得探矿权、采矿权，并办理登记；但是，已经依法申请取得采矿权

的矿山企业在划定的矿区范围内为本企业的生产而进行的勘查除外。国家保护探矿权和采矿权不受侵犯，保障矿区和勘查作业区的生产秩序、工作秩序不受影响和破坏。

第4条前段 国家保障依法设立的矿山企业开采矿产资源的合法权益。

《水法》第3条 水资源属于国家所有。水资源的所有权由国务院代表国家行使。农村集体经济组织的水塘和由农村集体经济组织修建管理的水库中的水，归各该农村集体经济组织使用。

第6条 国家鼓励单位和个人依法开发、利用水资源，并保护其合法权益。开发、利用水资源的单位和个人有依法保护水资源的义务。

第9条 国家保护水资源，采取有效措施，保护植被，植树种草，涵养水源，防治水土流失和水体污染，改善生态环境。

《野生动物保护法》第3条 野生动物资源属于国家所有。

国家保障依法从事野生动物科学研究、人工繁育等保护及相关活动的组织和个人的合法权益。

第5条第1款 国家保护野生动物及其栖息地。县级以上人民政府应当制定野生动物及其栖息地相关保护规划和措施，并将野生动物保护经费纳入预算。

《文物保护法》第5条 中华人民共和国境内地下、内水和领海中遗存的一切文物，属于国家所有。

古文化遗址、古墓葬、石窟寺属于国家所有。国家指定保护的纪念建筑物、古建筑、石刻、壁画、近代现代代表性建筑等不可移动文物，除国家另有规定的以外，属于国家所有。

国有不可移动文物的所有权不因其所依附的土地所有权或者使用权的改变而改变。

下列可移动文物，属于国家所有：

（一）中国境内出土的文物，国家另有规定的除外；

（二）国有文物收藏单位以及其他国家机关、部队和国有企业、事业组织等收藏、保管的文物；

- (三) 国家征集、购买的文物；
- (四) 公民、法人和其他组织捐赠给国家的文物；
- (五) 法律规定属于国家所有的其他文物。

属于国家所有的可移动文物的所有权不因其保管、收藏单位的终止或者变更而改变。

国有文物所有权受法律保护，不容侵犯。

第6条 属于集体所有和私人所有的纪念建筑物、古建筑和祖传文物以及依法取得的其他文物，其所有权受法律保护。文物的所有者必须遵守国家有关文物保护的法律、法规的规定。

《外商投资法》第5条 国家依法保护外国投资者在中国境内的投资、收益和其他合法权益。

第20条第1款 国家对外国投资者的投资不实行征收。

第22条 国家保护外国投资者和外商投资企业的知识产权，保护知识产权权利人和相关权利人的合法权益；对知识产权侵权行为，严格依法追究法律责任。

国家鼓励在外商投资过程中基于自愿原则和商业规则开展技术合作。技术合作的条件由投资各方遵循公平原则平等协商确定。行政机关及其工作人员不得利用行政手段强制转让技术。

《归侨侨眷权益保护法》第3条 归侨、侨眷享有宪法和法律规定的公民的权利，并履行宪法和法律规定的公民的义务，任何组织或者个人不得歧视。国家根据实际情况和归侨、侨眷的特点，给予适当照顾，具体办法由国务院或者国务院有关主管部门规定。

第7条 归侨、侨眷有权依法申请成立社会团体，进行适合归侨、侨眷需要的合法的社会活动。归侨、侨眷依法成立的社会团体的财产受法律保护，任何组织或者个人不得侵犯。

第9条 国家对安置归侨的农场、林场等企业给予扶持，任何组织或者个人不得侵占其合法使用的土地，不得侵犯其合法权益。在安置归侨的农场、林场等企业所在的地方，可以根据需要合理设置学校和医疗保健机构，国家在人员、设备、经费等方面给予扶助。

第11条 国家鼓励和引导归侨、侨眷依法投资兴办产业，特别是兴办高新技术企业，各级人民政府应当给予支持，其合法权益受法律保护。

第12条第1款 归侨、侨眷在国内兴办公益事业，各级人民政府应当给予支持，其合法权益受法律保护。

第13条第1款 国家依法保护归侨、侨眷在国内私有房屋的所有权。

第15条 国家保护归侨、侨眷的侨汇收入。

第16条 归侨、侨眷有权接受境外亲友的遗赠或者赠与。

《台湾同胞投资保护法》第3条第1款 国家依法保护台湾同胞投资者的投资、投资收益和其他合法权益。

第4条前段 国家对台湾同胞投资者的投资不实行国有化和征收。

《工会法》第4条第3款 国家保护工会的合法权益不受侵犯。

第46条 工会的财产、经费和国家拨给工会使用的不动产，任何组织和个人不得侵占、挪用和任意调拨。

《公益事业捐赠法》第7条 公益性社会团体受赠的财产及其增值为社会公共财产，受国家法律保护，任何单位和个人不得侵占、挪用和损毁。

理解与适用

一、法律平等保护的法律出处

《物权法》第4条规定：“国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。”《民法典》在承继的基础上又向前发展了，于第207条明确：“国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律平等保护，任何组织或者个人不得侵犯。”其中更加突出了“法律平等保护”。这符合《中共中央国务院关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》强调的“坚持平等保护。健全以公平为核心原则的产权保护制度，毫不动摇巩固和发展公有制经济，毫不动摇鼓励、支持、引导非公有制经济发展，公有制经济财产权不可侵犯，非公有制经济财产权同样不可侵犯”。

二、法律平等保护的内涵与外延

《民法典》第207条所谓法律平等保护的对象不是市场主体的法律地位及其平等性，因为市场主体的法律地位及其平等性已由第206条第3款赋权，从立法技术的层面着眼，同一事项不应由两个法律条文重复规定。特别是，第206条第3款已经明确“保障……平等法律地位”，自己担负起保护平等法律地位的重任，就法律地位及其平等性而言，无须第207条来保护，何况第207条仅仅言明保护“物权”，而非“法律地位”。换个表述方式，由《民法典》第207条的文义和规范意旨决定，该条保护的对象是物权，而且是已经存在的物权。没有物权的存在，就没有法律保护对象，没有保护的目标，就没有保护的價值。学说也认为：“对物权之保护，自然以证明物权之存在为前提条件。”^[26]此其一。从逻辑的角度考虑，一个市场主体，应该先有承认和确定的法律地位，而后有发展权，再有具体的物权等民事权利，此时此刻法律平等保护物权原则方有用武之地。此其二。

其实，《民法典》第206条第3款所谓法律地位，仅仅是享物权等明示权利的资格，是特定民事主体取得物权等民事权利的前提和基础，并非民事权利本身。至少在有些情况下，某特定民事主体具有法律地位却无具体的民事权利。《民法典》第206条第3款所谓发展权利，也是法律地位之下的一种资格，是法律赋权市场主体进入市场的某个或某几个特定的领域，是从事市场活动的边界，取得和享物权等民事权利的前提，也不是具体的物权等民事权利。就是说，《民法典》第206条规定的法律地位及其平等性，是《民法典》第207条规定的法律平等保护物权的前提和基础，后者是前者的落实和结果表现之一。没有法律地位平等，难有法律平等保护物权。

事实是，法律地位处于高位，其下为发展权，再其下是民事权利，有了民事权利才有保护的问题，保护分为平等保护和差别对待。可见，法律平等保护与法律地位中间隔着几道环节，且处于下下位阶。可见，把法律地位平等纳入法律平等保护原则之内，作为法律平等保护的一种表现形式^[27]，是将法律地位与法律保护之间的关系本末倒置了，与《民法典》分设第206条第3款与第207条两个条款，先后规定法律地位和法律平等保护的文义和规范意旨不相一致。绝非法律平等保护包容法律地位平等，而是法律平等保护根源于法律地位平等。再者，《民法典》第207条所列主体不限于市场主体，如公益性基金会^[28]、工会、妇联、共青团、法学会等也是该条所说的主体，而《民法典》第206条第3款所谓主体特指市场主体，这也表明硬把两个条款规定的内容“拉郎配”在一起，在逻辑上存在障碍。

法律平等保护物权，依其文义和逻辑推演，应当是法律对业已存

在的物权予以认可、尊重和维护，而非轻视，更非否定，因为轻视、否定均非否定。并且这种认可、尊重和维护只认物权，不考虑物权人。物权人是国家时，法律如此对待；物权人是集体时，法律也是如此对待；物权人是私人或公益性基金会、工会、妇联、共青团、法学会等团体时，法律还是如此对待。所谓认“物”不认“人”是也，从而体现出法律保护的平等性。

所谓对业已存在的物权予以认可、尊重和维护，不仅仅对处于静态中的物权应持如此态度，而且对物权的行使甚至交换也应持这样的立场，采取这样的方法。例如，所有权人自己依法使用、收益和处分其物，法律对此予以认可、尊重和维护，且对任何人都如此；所有权人为其他人创设他物权，法律对此也认可、尊重和维护，且对任何人都同样对待；所有权人把其所有权转让给他人，法律对此照样认可、尊重和维护，且对任何人都一视同仁，从而彰显法律平等保护。

所谓对业已存在的物权予以认可、尊重和维护，应当从宽理解，包括对占有动产之人首先推动占有人享有该动产的所有权，除非有相反的证据推翻该项推定；对不动产登记簿的记载首先推定为正确，登记名义人为物权人，除非有相反的证据推翻该项推定（《民法典》第216条第1款）。^[29]这种物权推定对于任何种类的权利人都是一样的，从而体现出法律平等保护。

各种市场主体的物权受法律平等保护，还含有法律对同一种类的物权课以相同或类似的负担/义务之意，不宜因物权的主体不同而加以的负担/义务不同。例如，所有的社会化，对任何所有权人都应该一样。毗邻的不动产物权之间都遵循相同的相邻关系规则。至于相同类型的物权交易是否施以相同的税率，取决于税法的规定，按照民法的思维应当是尽可能同一。

因物权的归属、内容发生争议的，利害关系人可以请求确认权利（《民法典》第234条）。解决这种争议应当适用平等的规则，即使是国家与其他主体之间发生争议，权利人可以通过和解、调解、仲裁、诉讼等途径解决（参见《民法典》第233条），“平等地享有确认请求权。在这方面任何一方都不应具有优越于他方的权利。根据过去有关规定，在国有资产与其他财产发生争议时，应由国有资产监督管理部门处理，此种做法显然是不妥当的，因为国有资产监督管理部门代表国家行使国有产权，其本身就是争议的一方当事人，在国有财产之上，发生产权纠纷时，其无法承担裁判的角色，而必须由争议的当事人平等地向有关司法机关请求确认”^[30]。

法律保护物权，常在狭义上使用，即在物权受到侵害、妨害、有

受到侵害的危险的情况下，法律赋权物权人可视情形而主张物的返还请求权、排除妨害请求权、恢复原状请求权或消除危险请求权（《民法典》第235-236条）。此类物权请求权的成立和行使不因物权人的种类不同而有差异，体现出法律保护的平等性。

物权的标的物被他人无权占有，物权人也可以借助占有返还请求权要求无权占有人返还该标的物（《民法典》第462条第1款）。该占有返还请求权的成立和行使不因物权人的种类不同而有差异，体现出法律保护的平等性。

物权受到侵害，物权人还享有债权的保护方法，如不当得利返还请求权（《民法典》第985条正文）、侵权损害赔偿请求权（《民法典》第237条、第238条、第1165条、第1166条、第1184条）。这些请求权的成立和行使不因物权人的种类不同而有差异，体现出法律保护的平等性。

三、法律平等保护的经济制度根据

市场经济的本性决定了市场主体之间所为商品交换遵循等价原则，它被法律反映便是市场主体之间的权利义务对等，关系遭到破坏时，法律对各方予以平等保护。

四、法律平等保护的法律根据

法律地位平等影响甚至决定着若干规则：其一，它决定着市场主体平等地参与民事活动。其二，它是意思自治的前提和基础。如果法律关系不是法律地位平等的各方当事人形成的，而是以隶属、服从为特征的，那么，至少有些当事人只得唯唯诺诺，唯命是从，难以自主决定、自我发动地成立法律关系。其三，法律关系的内容，即一方的权利与另一方的权利，立于对价关系，以等值为原则。其四，法律关系遭到破坏时，施以救济的关系，或是原法律关系的替代，或是原法律关系的局部修复。前后关系具有质的同一性，原法律关系以平等为特色，救济关系亦然。

五、法律平等保护的法律制度建设

《中共中央国务院关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》要求：“完善物权、合同、知识产权相关法律制度，清理有违公平的法律法规条款，将平等保护作为规范财产关系的基本原则。健全以企业组织形式和出资人承担责任方式为主的市场主体法律制度，统筹研究清理、废止按照所有制不同类型制定的市场主体法律和行政法规，

开展部门规章和规范性文件专项清理，平等保护各类市场主体。加大对非公有财产的刑法保护力度。”

六、法律平等保护的意义

在社会主义市场经济条件下，各种所有制经济形成的市场主体都在统一的市场上运作并发生相互关系，各种市场主体都处于平等地位，享有相同的权利，遵守相同的规则，承担相同的责任。如果对各种市场主体不给予平等保护，解决纠纷的办法、承担的法律 responsibility 不一样，就不可能发展社会主义市场经济，也不可能坚持和完善社会主义基本经济制度。^[31]《中共中央国务院关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》重申：“坚持权利平等、机会平等、规则平等，废除对非公有制经济各种形式的不合理规定，消除各种隐性壁垒，保证各种所有制经济依法平等使用生产要素、公开公平公正参与市场竞争、同等受到法律保护、共同履行社会责任。”

第二百零八条

不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应当依照法律规定登记。动产物权的设立和转让，应当依照法律规定交付。

本条主旨

本条是关于物权变动以公示为原则的规定。

相关条文

《物权法》第6条 不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应当依照法律规定登记。动产物权的设立和转让，应当依照法律规定交付。

理解与适用

一、术语解释

本条所谓不动产物权的设立，又叫不动产物权的设定，是指不动产物权因一定的法律事实从无到有，与特定主体相结合的现象。例如，开发商甲和国土资源管理部门乙签订了建设用地使用权出让合同，办理了登记，建设用地使用权即告设立（《民法典》第209条第1

款、第349条)。

不动产物权的设立，有些属于原始取得。所谓不动产物权的原始取得，又称不动产物权的固有取得，或不动产物权的绝对发生，是指不依赖他人既存的权利而独立地取得不动产物权。

本条所谓不动产物权的变更，包括不动产物权的客体变更和不动产物权的内容变更。其中，不动产物权的客体变更，是指标的物在量上有所增减，如不动产抵押权的客体因部分毁损而减少。不动产物权的内容变更，是指不动产物权的内容有所改变，如建设用地使用权存续期限的延长或缩短，土地承包费的调整。

本条所谓不动产物权的转让，是指不动产物权从权利人之手转移给他人的现象。不动产物权转让属于不动产物权的继受取得。所谓不动产物权的继受取得，又称为传来取得，或不动产物权的相对发生，是指基于他人既存的权利而取得不动产物权。它包括移转继受取得和创设继受取得。所谓移转继受取得，是就原物权人既有的不动产物权，不变更其性质而予以取得的现象。基于买卖、赠与而受让不动产的所有权，或基于继承而取得被继承人的房屋所有权，均属此类。于此场合，取得人的不动产物权与前主的不动产物权，在分量上多为相同，也可能有所缩减（如前主转让其物权的一部），但两权的性质并无不同。所谓创设继受取得，是就他人的权利创设新的不动产物权而予以取得的现象。在他人的不动产所有权上设立定限物权为其例证。于此场合，取得人所取得的定限物权和前主的权利相比较，性质各异，如建设用地使用权不同于国家土地所有权、土地承包经营权不同于集体土地所有权，等等，但因取得人的不动产物权乃系基于前主的权利而取得的，故亦不失为继受取得。^[32]

本条所谓不动产物权的消灭，是指不动产物权与其主体相分离的现象。这是就不动产物权本身所做的界定，若就物权主体而言，即不动产物权的丧失。不动产物权的消灭分为绝对消灭和相对消灭。不动产物权的绝对消灭，是指不动产物权本身不复存在的事实，不动产物权脱离于任何人，对于任何人来说都不存在的现象。例如，甲对A地享有的土地承包经营权因A地塌陷变成一片汪洋归于消灭。

严格地说，不动产物权的相对消灭只是物权主体的变更，不动产物权仍然存续，所以它并非不动产物权的真正消灭。在中国，在相当长的历史时期，曾忽视甚至否认物权概念和体系，基本上不存在物权变动理论，主要关注所有权及其变动。理论上区分所有权的相对消灭和绝对消灭。所有权的相对消灭，是指所有权转让的情形，当所有权由甲转让给乙时，该所有权相对于甲而言就是消灭。所有权的绝对消

灭，是指所有权本身不复存在的事实，所有权脱离于任何人，对于任何人来说都不存在，就是所有权的绝对消灭。^[33]另一种观点不承认物权的相对消灭，在物权的绝对消灭的意义上使用物权消灭的概念，认为物权的消灭就是物权本身失去其存在。物权人将物权让与他人时，物权虽有移动，但并非物权的消灭。^[34]对第一种观点，不能认为其错误，特别是在忽视甚至否认物权概念和体系、基本上不存在物权变动理论、主要关注所有权及其变动的背景下，把所有权的消灭区分为相对消灭和绝对消灭，相对消灭也在描述着所有权的变动，有其价值。但时至今日，中国民法学说已经比较深入地讨论了物权变动制度及其理论，《民法典》设有物权变动的规定，而物权的变动系物权的设立、物权的变更、物权的移转和物权的消灭的总称，其中物权的相对消灭，就属于物权的移转。为了不使物权的移转、物权的消灭及物权的相对消灭几个概念发生混淆，采用物权移转这个概念描述物权由甲转让给乙的现象，更清晰、醒目、传神，所以，笔者赞同不再把物权的移转（过去所谓物权的相对消灭）划归物权的消灭体系之中，而赞成上述第二种观点，即将物权消灭概念限定于物权本身失去其存在（绝对消灭）这个含义。实际上也是如此，若无特别指明，人们通常所说的物权消灭指的是物权的绝对消灭。不动产物权为物权的重要一类，也自然如此。

本条所谓不动产物权的设立、变更、转让和消灭，简称为不动产物权的变动。

本条所谓动产物权的设立，又称动产物权的设定，是指动产物权因一定的法律事实从无到有，与特定主体相结合的现象。例如，甲以其古画向乙银行设立抵押权，融资500万元人民币。

本条所谓动产物权的转让，是指动产物权从权利人之手转移给他人的现象。它也包括移转继受取得和创设继受取得。

本条所谓动产物权的设立和转让，简称为动产物权的变动；所谓登记，系不动产物权变动的公示方法；所谓交付，为动产物权变动的公示方法；所谓应当按照法律规定，结合物权的绝对性和物权法定主义的要求，可有三层意思：一是表明物权变动要求公示乃强制性规定，当事人不得置之不理；二是公示与否以及公示的法律效果以法律的规定为准，当事人在这方面的约定不发生物权法上的效力，不具有对抗第三人的效力；三是对于有些物权变动，法律未要求必须公示。

二、公示原则及其依据

一般来说，物权具有绝对排他的效力，其变动必须具有足以由外

部可以辨认的表征，才可能透明其法律关系，减少交易成本，避免第三人遭受侵害，保护交易安全。这种可由外部辨认的表征，就是物权变动的公示方法。^[35]法律要求物权的存在及变动必须伴有这种表征的原则，即公示原则。《民法典》第208条的规定即为其体现。

其实，《民法典》第208条的规定，主要是针对基于法律行为的物权变动而言的，即基于法律行为的动产物权变动，以交付为生效要件，但是法律另有规定的除外（第224条等）。基于法律行为的不动产物权变动，以登记为生效要件，但是法律另有规定的除外（第209条等）。

《民法典》第208条所谓“应当依照法律规定”，其对面的意思就是法律未规定物权变动必须公示，这主要有两大方面的体现：其一，非基于法律行为的物权变动，不以公示为生效要件。如《民法典》第229-231条的规定。其二，基于法律行为的物权变动，本来以公示为生效要件，但有例外，如《民法典》第335条规定：“土地承包经营权互换、转让的，当事人可以向登记机构申请登记；未经登记，不得对抗善意第三人。”第341条规定：“流转期限为五年以上的土地经营权，自流转合同生效时设立。当事人可以向登记机构申请土地经营权登记；未经登记，不得对抗善意第三人。”第374条规定：“地役权自地役权合同生效时设立。当事人要求登记的，可以向登记机构申请地役权登记；未经登记，不得对抗善意第三人。”第365条规定：“已经登记的宅基地使用权转让或者消灭的，应当及时办理变更登记或者注销登记。”其反面推论是，没有办理登记的宅基地使用权转让或消灭的，不以登记为生效要件。

三、公示原则的适用范围

1. 公示原则固然重要，但也并非“法力”无边，不得将之绝对化，例如，公示所示物权人不得以公示为由对抗举证充分、确凿的真实的物权人；在某些领域，非公示的真实物权人也能对抗某些人，表现形式之一发生在强制执行领域，即非公示的真实物权人能够对抗第三人申请强制执行公示的财产，只要真实物权人举证充分、确凿，强制执行的标的物归属于他，而非被执行人，即使该财产未登记在其名下（不动产场合）或未被其占有（动产场合），也能阻止住对该财产的强制执行。其道理如下：强制执行，是执行被执行人的财产，而不是执行被执行人以外的第三人的财产，因为第三人的财产不是执行申请人的债权所指向的债务人（被执行人）的责任财产。既然是只能执行被执行人的责任财产，那么，问题成为确定出被执行人的责任财产。已经公示（登记、占有）的被执行人的责任财产固然是被执行人的责任财产，也随之是被执行的对象范围；未经公示的被执行人的责任财

产同样是被执行人的责任财产，同样随之属于被执行的对象范围。当然，将未经公示的被执行人的责任财产确定为被强制执行的对象，需要执行申请人举出充分、确凿的证据予以证明，只要有充分、确凿的证据证明是被执行人的责任财产，就是强制执行的对象。同理，只要未经公示的真实物权人有充分、确凿的证据证明登记在被执行人名下的或由被执行人占有的某特定财产是被执行人以外的第三人的财产，就不应作为强制执行的对象。

上述原理适合于代持股权、隐名合伙、借名登记的场合，真实的股权人、隐名合伙人、真实物权人可以对抗强制执行公示的股权、物权。

2.此外，侵权行为的对象其实不属于公示的物权人的物权，真实物权人有权请求侵权行为人向自己承担侵权责任，侵权行为人不得以公示的财产非属该真实物权人为由拒绝承担侵权责任。其道理不深奥，遭受侵害的物权人并非公示的物权人，而是未经公示的真实物权人。假如公示的物权人、非公示的真实物权人都请求侵权行为人向自己承担侵权责任，只要该真实物权人举证充分、确凿，侵权行为人就不得向公示的物权人承担侵权责任，只得满足真实物权人的请求。

四、《民法典》第208条的独立价值

本条确立物权变动的公示原则，这为物权制度所必需。但《民法典》第209条、第224条等条文含有物权变动的公示原则，显示出第208条单设似无必要。

第二章 物权的设立、变更、转让和消灭

本章规定了物权变动的规则以及不动产物权的登记原则、登记的主要种类、登记申请及相应的义务、登记机构及其职责、登记的查询、登记的效力、登记错误场合的赔偿责任等内容。

本章规定的物权变动规则，包括不动产物权变动的规则和动产物权变动的规则，同时包括基于法律行为而发生的物权变动的模式和非基于法律行为而发生的物权变动的模式。基于法律行为而发生的不动产物权变动以登记为生效要件，但法律另有规定的除外；非基于法律行为而发生的不动产物权变动，不以登记为生效要件。基于法律行为而发生的动产物权变动以交付为生效要件，但法律另有规定的除外；

非基于法律行为而发生的动产物权的变动，不以交付为生效要件。

物权变动，作为法律关系变更的一种，必然由一定的法律事实引起。此种法律事实即为物权变动的原因，包括法律行为、事实行为和法律的直接规定。实务中多见的是法律行为引发物权变动，如电脑买卖合同及其履行引发电脑所有权的转移。诸如电脑买卖合同之类的法律行为，又叫物权变动的原因行为。中国法在一段历史时期对物权变动与其原因行为有所混淆，结果负面，自《物权法》开始明确区分物权变动与其原因行为（第15条），效果良好，《民法典》承继了这种区分原则（第215条），这有助于矫正较长时期混淆二者的不当。

基于物权与债权的二分，法律赋予物权以绝对性以及随之而来的排他效力、优先效力、追及效力，再加上物权请求权，这使得物权的存在与变动对第三人/交易安全影响很大。出于保护物权人以外的民事主体的合法权益的需要，法律必然确认物权存续和变动的一定的外在标识，以达人们知晓物权及其变动的情形，从而趋利避害地抉择为一定行为或不为一定行为。这种外在标识的方法就是物权及其变动的公示。法律可以就此止步，由认知物权及其变动之人自己去解决这种公示是否真实地反映着客观存在的物权关系，也可以尽力减轻人们尽职调查的负担，往前进一步，赋予物权的公示以公信的效力，即只要交易相对人信赖了法律认可的物权公示，法律就全力保护善意的交易相对人，使其取得交易标的物的物权（当然，法律大多再增加一些要件，设置善意取得制度）。这就是物权的公信原则。《民法典》确立不动产物权登记的公信力（第216条第1款），意义重大。

第一节 不动产登记

本节规定了基于法律行为而发生的不动产物权的变动以登记为生效要件；国家对于自然资源享有所有权直接源自法律的规定，而非基于法律行为，可以不予登记；国家对不动产登记实行统一的登记制度；当事人申请登记须提交必要的材料；登记机构享有不动产物权登记的权限，同时负有登记的职责；不动产物权变动依法应当登记的，变动生效的时间点为登记事项被记载于不动产登记簿之时；区分不动产物权变动与其原因行为；确立不动产物权登记的公信力；不动产物权登记的查询以及相应的义务；若干重要的登记类型及其法律效力；登记错误场合的赔偿责任；不动产物权登记的收费标准。

观察《民法典》第209条以下的规定，登记的是不动产物权及其变动信息，其中包括不动产的情形；考察不动产物权登记的实务，不动产登记簿记载的事项包括不动产本身、不动产物权及其主体以及变

动信息。看来，《民法典》“第二编 物权”中“第二章 物权的设立、变更、转让和消灭”下设第一节的标题为“第一节 不动产登记”，名实不符，改称“第一节 不动产物权登记”为好。

第二百零九条

不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生效力，但是法律另有规定的除外。

依法属于国家所有的自然资源，所有权可以不登记。

本条主旨

本条是关于不动产物权的变动以登记为生效要件以及国有自然资源的所有权可以不予登记的规定。

相关条文

《物权法》第9条 不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外。

依法属于国家所有的自然资源，所有权可以不登记。

《土地管理法》第12条 土地的所有权和使用权的登记，依照有关不动产登记的法律、行政法规执行。

依法登记的土地的所有权和使用权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。

《城市房地产管理法》第36条 房地产转让、抵押，当事人应当依照本法第五章的规定办理权属登记。

第60条 国家实行土地使用权和房屋所有权登记发证制度。

第61条 以出让或者划拨方式取得土地使用权，应当向县级以上地方人民政府土地管理部门申请登记，经县级以上地方人民政府土地管理部门核实，由同级人民政府颁发土地使用权证书。

在依法取得的房地产开发用地上建成房屋的，应当凭土地使用权证书向县级以上地方人民政府房产管理部门申请登记，由县级以上地

方人民政府房产管理部门核实并颁发房屋所有权证书。

房地产转让或者变更时，应当向县级以上地方人民政府房产管理部门申请房产变更登记，并凭变更后的房屋所有权证书向同级人民政府土地管理部门申请土地使用权变更登记，经同级人民政府土地管理部门核实，由同级人民政府更换或者更改土地使用权证书。

法律另有规定的，依照有关法律的规定办理。

第62条 房地产抵押时，应当向县级以上地方人民政府规定的部门办理抵押登记。

因处分抵押房地产而取得土地使用权和房屋所有权的，应当依照本章规定办理过户登记。

《草原法》第11条 依法确定给全民所有制单位、集体经济组织等使用的国家所有的草原，由县级以上人民政府登记，核发使用权证，确认草原使用权。

未确定使用权的国家所有的草原，由县级以上人民政府登记造册，并负责保护管理。

集体所有的草原，由县级人民政府登记，核发所有权证，确认草原所有权。

依法改变草原权属的，应当办理草原权属变更登记手续。

《森林法》第3条第2款 国家所有的和集体所有的森林、林木和林地，个人所有的林木和使用的林地，由县级以上地方人民政府登记造册，发放证书，确认所有权或者使用权。国务院可以授权国务院林业主管部门，对国务院确定的国家所有的重点林区的森林、林木和林地登记造册，发放证书，并通知有关地方人民政府。

《渔业法》第11条第1款 国家对水域利用进行统一规划，确定可以用于养殖业的水域和滩涂。单位和个人使用国家规划确定用于养殖业的全民所有的水域、滩涂的，使用者应当向县级以上地方人民政府渔业行政主管部门提出申请，由本级人民政府核发养殖证，许可其使用该水域、滩涂从事养殖生产。核发养殖证的具体办法由国务院规定。

《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第7条第1款 土地使用权出让、转让、出租、抵押、终止及有关的地上建筑物、其他附

着物的登记，由政府土地管理部门、房产管理部门依照法律和国务院的有关规定办理。

第16条 土地使用者在支付全部土地使用权出让金后，应当依照规定办理登记，领取土地使用证，取得土地使用权。

第18条 土地使用者需要改变土地使用权出让合同规定的土地用途的，应当征得出让方同意并经土地管理部门和城市规划部门批准，依照本章的有关规定重新签订土地使用权出让合同，调整土地使用权出让金，并办理登记。

第25条 土地使用权和地上建筑物、其他附着物所有权转让，应当依照规定办理过户登记。

土地使用权和地上建筑物、其他附着物所有权分割转让的，应当经市、县人民政府土地管理部门和房产管理部门批准，并依照规定办理过户登记。

第35条 土地使用权和地上建筑物、其他附着物抵押，应当依照规定办理抵押登记。

第36条 抵押人到期未能履行债务或者在抵押合同期间宣告解散、破产的，抵押权人有权依照国家法律、法规和抵押合同的规定处分抵押财产。

因处分抵押财产而取得土地使用权和地上建筑物、其他附着物所有权的，应当依照规定办理过户登记。

第38条 抵押权因债务清偿或者其他原因而消灭的，应当依照规定办理注销抵押登记。

第40条 土地使用权期满，土地使用权及其地上建筑物、其他附着物所有权由国家无偿取得。土地使用者应当交还土地使用证，并依照规定办理注销登记。

第41条 土地使用权期满，土地使用者可以申请续期。需要续期的，应当依照本条例第二章的规定重新签订合同，支付土地使用权出让金，并办理登记。

《关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解答》第5条 出让合同出让的土地使用权未依法办理审批、登记手续的，一般应当认定合同无效，但在一审诉讼期间，对于出让集体土地

使用权依法补办了征用手续转为国有土地，并依法补办了出让手续的，或者出让未经依法批准的国有土地使用权依法补办了审批、登记手续的，可认定合同有效。

第6条 国有土地使用权的转让合同，转让的土地使用权未依法办理出让审批手续的，一般应当认定合同无效，但在一审诉讼期间，对于转让集体土地使用权，经有关主管部门批准补办了征用手续转为国有土地，并依法办理了出让手续的，或者转让未经依法批准的国有土地使用权依法补办了审批、登记手续的，可认定合同有效。

第7条 转让合同的转让方，应当是依法办理了土地使用权登记或变更登记手续，取得土地使用证的土地使用者。未取得土地使用证的土地使用者为转让方与他人签订的合同，一般应当认定无效，但转让方已按出让合同约定的期限和条件投资开发利用了土地，在一审诉讼期间，经有关主管部门批准，补办了土地使用权登记或变更登记手续的，可认定合同有效。

第8条 以出让方式取得土地使用权的土地使用者虽已取得土地使用证，但未按土地使用权出让合同约定的期限和条件对土地进行投资开发利用，与他人签订土地使用权转让合同的，一般应当认定合同无效；如土地使用者已投入一定资金，但尚未达到出让合同约定的期限和条件，与他人签订土地使用权转让合同，没有其他违法行为的，经有关主管部门认可，同意其转让的，可认定合同有效，责令当事人向有关主管部门补办土地使用权转让登记手续。

第9条 享有土地使用权的土地使用者未按照项目建设的要求对土地进行开发建设，也未办理审批手续和土地使用权转让手续，转让建设项目的，一般应当认定项目转让和土地使用权转让的合同无效；如符合土地使用权转让条件的，可认定项目转让合同有效，责令当事人补办土地使用权转让登记手续。

第12条 转让合同签订后，双方当事人应按合同约定和法律规定，到有关主管部门办理土地使用权变更登记手续，一方拖延不办，并以未办理土地使用权变更登记手续为由主张合同无效的，人民法院不予支持，应责令当事人依法办理土地使用权变更登记手续。

第13条 土地使用者与他人签订土地使用权转让合同后，未办理土地使用权变更登记手续之前，又另与他人就同一土地使用权签订转让合同，并依法办理了土地使用权变更登记手续的，土地使用权应由办理土地使用权变更登记手续的受让方取得。转让方给前一合同的受让方造成损失的，应当承担相应的民事责任。

第14条 土地使用者就同一土地使用权分别与几方签订土地使用权转让合同，均未办理土地使用权变更登记手续的，一般应当认定各合同无效；如其中某一合同的受让方已实际占有和使用土地，并对土地投资开发利用的，经有关主管部门同意，补办了土地使用权变更登记手续的，可认定该合同有效。转让方给其他合同的受让方造成损失的，应当承担相应的民事责任。

第15条 土地使用者未办理土地使用权抵押登记手续，将土地使用权进行抵押的，应当认定抵押合同无效。

第16条 土地使用者未办理土地使用权抵押登记手续将土地使用权抵押后，又与他人就同一土地使用权签订抵押合同，并办理了抵押登记手续的，应当认定后一个抵押合同有效。

第17条 以划拨方式取得的国有土地使用权为标的物签订的抵押合同，一般应当认定无效，但在一审诉讼期间，经有关主管部门批准，依法补办了出让手续的，可认定合同有效。

第18条 享有土地使用权的一方以土地使用权作为投资与他人合作建房，签订的合建合同是土地使用权有偿转让的一种特殊形式，除办理合建审批手续外，还应依法办理土地使用权变更登记手续。未办理土地使用权变更登记手续的，一般应当认定合建合同无效，但双方已实际履行了合同，或房屋已基本建成，又无其他违法行为的，可认定合建合同有效，并责令当事人补办土地使用权变更登记手续。

第19条 当事人签订合建合同，依法办理了合建审批手续和土地使用权变更登记手续的，不因合建一方没有房地产开发经营权而认定合同无效。

《不动产登记暂行条例》第2条第1款 本条例所称不动产登记，是指不动产登记机构依法将不动产权利归属和其他法定事项记载于不动产登记簿的行为。

理解与适用

一、基本含义

本条与《民法典》第208条不同，一是后者仅仅确立物权变动的公示原则，而前者不但含有公示原则，更进一步明确基于法律行为的不动产物权变动以登记为生效要件，这更为重要；二是本条只规定不动产物权变动与公示之间的关系，不含有动产物权变动与公示之间的

关系，而第208条含有这两方面的内容。

本条第1款正文规定了不动产物权的变动以登记为生效要件，但书显示，法律另有规定不以登记为生效的，依其规定。

此处所谓登记，即关于不动产物权变动的登记，且为不动产物权变动的生效要件，属于设权登记，而非确权登记，亦非宣示登记。

法律规定不动产物权变动不以登记为生效要件的，第一种情形是本条第2款规定的“依法属于国家所有的自然资源，所有权可以不登记”；第二种情形是非基于法律行为而发生的不动产物权变动不以登记为生效要件，如《民法典》第229-231条规定的情形，以及第322条规定的不动产与动产的附合；第三种情形是当事人双方约定以A楼设立抵押权，抵押登记也是如此记载的，但A楼所在地的B国有建设用地使用权也是该抵押权的标的物（《民法典》第397条），尽管抵押登记无此记载；第四种情形是，虽然不动产物权的变动基于法律行为，但基于立法政策，法律例外地规定不以登记为生效要件，如《民法典》第335条、第341条、第374条规定的情形。

本条第2款规定“依法属于国家所有的自然资源，所有权可以不登记”，情有可原。其一，矿藏、水流、海域等自然资源，《宪法》及有关法律早已宣明属于国家所有，法律规定本身即为公示，基本上起到与登记近似的法律效果。其二，国家取得这些自然资源的所有权不遵循民事程序，不是基于民事法律行为，似可归入非基于法律行为而发生的不动产物权变动之列，不以登记为生效要件，不违反逻辑。

尽管如此，相比较而言，这些自然资源所有权适时登记利大于弊。其一，时至今日，遥感测绘十分普遍，全国已经地质普查，对自然资源的权属予以登记不再是难事。其二，虽然长江、黄河、泰山归属于国家妇孺皆知，但某些自然资源是归属于国家还是归属于集体，界限并不清晰。例如，根据《民法典》第250条的但书，有些森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源归属于集体。究竟哪些归属于国家，哪些归属于集体？并不清楚，若有登记，则一目了然。发生权属争议时，解决起来也有根据。其三，长江、黄河等河流的入海口存在着涨滩，土地面积在增加，土地所有权相应地在扩张；有些矿区以及有关区域，地面塌陷，土地所有权在减缩；海域的变化直接决定着国土与专属经济区的界限，升为国家主权的高度；森林面积也有增有减；等等。通过登记，摸清家底，胸中有数，益处不言自明。其四，国家享有自然资源的所有权，并予以登记，就会形成以国家所有权为基准的、顺序科学的不动产登记簿页，其他人分享国家所有权中的部分权能，形成探矿权、采矿权、海域使用权、捕捞权、养殖权、国有建设

用地使用权等他物权，进行登记时便方便得多，准确得多。国有自然资源所有权不予登记，其实只是暂时的，待以国有自然资源所有权为母权，创设他物权时，恐怕还得登记。

二、影响本条确立不动产物权变动的模式的因素

（一）百姓大众的信赖

“私凭文书，官凭印”，这是中国历史的写照。不动产物权登记，登记机构向物权人颁发盖有鲜红国徽的不动产权属证书，这是百姓大众的期盼。他们信赖盖有国徽的不动产权属证书。办理不动产登记，才会有这样的证书。奉行基于法律行为而发生的不动产物权变动以登记为生效要件，与之契合。

（二）不动产物权变动时予以登记，已经形成传统。

1951年11月28日交海（51）字第360号命令公布的、1953年4月29日交参（53）字第247号命令修正的《船舶登记暂行章程》规定，船舶所有权全部或一部移转，或设定抵押权、租赁权或租赁权、抵押权移转时，均应订立书面契约（第4条前段）。船舶所有权、抵押权、租赁权之取得、设定、移转、变更或消灭，均应登记。非经登记，不生效力（第5条）。

1983年12月17日国务院发布的《城市私有房屋管理条例》规定，房屋所有权转移或房屋现状变更时，须到房屋所在地房管机关办理所有权转移或房屋现状变更登记手续（第6条第1款后段）。购买的私有房屋，须提交原房屋所有权证、买卖合同和契证，办理城市私有房屋所有权转移登记手续（第7条第1款第2项）；受赠的私有房屋，须提交原房屋所有权证、赠与书和契证，办理城市私有房屋所有权转移登记手续（第7条第1款第3项）；交换的私有房屋，须提交双方的房屋所有权证、双方签订的协议书和契证，办理城市私有房屋所有权转移登记手续（第7条第1款第4项）。

最高人民法院于1982年8月19日作出的《关于华侨买卖国内房屋问题的批复》中指出，华侨买卖国内房屋，必须向国内当地房管部门申请登记，经审查批准后，方可成交。

《关于民法通则的意见》规定，公民之间赠与关系的成立，以赠与物的交付为准。赠与房屋，如根据书面赠与合同办理了过户手续的，应当认定赠与关系成立；未办理过户手续，但赠与人根据书面赠与合同已将产权证书交与受赠人，受赠人根据赠与合同已占有、使用

该房屋的，可以认定赠与有效，但应令其补办过户手续（第128条）。

国务院于1990年出台的《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》多处规定都体现了登记为国有土地使用权出让、转让、抵押的生效要件，如第7条第1款、第16条、第18条、第25条、第35条、第36条、第38条、第40条和第41条等。

《城市房地产管理法》同样有一系列规定奉行登记为房地产权属变动的生效要件，如第36条、第60条、第61条和第62条。

《关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解答》第5-9条、第12-19条规定了以登记为房地产权属变动的生效要件。

这显现出以登记为不动产物权变动的生效要件已经形成传统。尊重传统，一脉相承，而非断崖式的突兀规定，便于百姓大众接受，有利于贯彻实施。《物权法》选取了这种模式（第9条第1款等），《民法典》予以承继（第209条第1款等）。

（三）比较法上的利弊分析

1. 概说

中国民法作为后发的法律部门，立法时学习、借鉴境外的立法例及其学说，吸收其经过实践证明是成功的经验，避免其教训，应为明智之举。《物权法》草拟和研讨阶段正是如此行事的。

专家、学者们发现，基于法律行为的不动产物权变动的模式大致有债权意思主义、债权形式主义、物权形式主义和多元混合模式。不同的模式直接影响着物权法的结构及物权法理论的态样，必须引起注意。

2. 债权意思主义

所谓债权意思主义，是指仅凭依当事人的意思而成立的买卖、赠与、互易、抵押等合同或单独行为生效，即发生不动产物权变动的效力，无须另外作成物权行为。其主要的规范模式有二：（1）买卖合同等生效时，买卖物（如甲屋）的所有权即行移转。英国法采纳了这种模式。（2）买卖合同等生效时，买卖物（如甲屋）的所有权即行移转，但非经登记不得对抗善意第三人。法国民法和日本民法奉行的是这种模式。^[36]

3. 物权形式主义

所谓物权形式主义，是指不动产物权变动效力的发生，需要物权意思表示甚至物权合意，并践行法定方式。就买卖标的物所有权的移转而言，除登记外，尚需当事人就此标的物的所有权移转作成一个独立于买卖合同的意思合致，即物权行为。德国民法、中国台湾地区“民法”采纳了这种模式。标的物的所有权移转，除买卖等合同外，尚需有一个独立的物权行为，学说上称为分离原则

（Trennungsprinzip），或曰物权行为的独立性。买卖等合同不成立、无效或被撤销时，物权行为的效力是否受其原因行为（买卖合同等）的影响，为物权行为有因、无因的问题。其受影响的，为物权行为有因性；其不受影响的，为物权行为无因性。德国民法、中国台湾地区“民法”奉行的是后者。^[37]

4. 债权形式主义

所谓债权形式主义，是指不动产物权变动效力的发生，不仅需要依当事人的意思而成立的买卖、赠与、互易、抵押等合同或单独行为生效，而且需要登记，但无须另外作成物权行为。^[38]

三、《民法典》的选择

债权意思主义最大的优点是有益于交易的便捷、迅速；最要害的问题是，登记对抗第三人的范围如何确定，才最为合理。见仁见智，莫衷一是。物权形式主义最大的优点是有益于交易安全，物权变动的节点和效力清晰；但缺点也不少，例如，（1）有时是非不分；（2）忽视了无过错的出卖人/转让方的正当权益；（3）对恶意的买受人给予优惠保护；（4）不存在标的物的买卖等合同照样有效，虚假债权的转让合同的效力不受影响，这会助推美国“次贷危机”，也会误导宏观经济决策；（5）需要借助不当得利制度医治物权行为无因性带来的“创伤”，可是不当得利规则及理论在中国很不发达。

权衡利弊，考虑到登记普遍化在操作上有一定难度，据说应照顾到农民不愿办理登记手续的习惯，《物权法》在物权变动上采取了多元混合模式，即区分不同情况而分别采取相应的物权变动模式，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应当登记；未经登记，不发生物权效力，同时设有若干例外（第9条第1款正文）；物权变动的效力发生的时间为记载于不动产登记簿之时（第14条）。这种多元混合模式被《民法典》完全承继（第209条第1款正文、第209条第2款、第214条、第229-231条、第322条、第397条等）。

但是，多元混合模式有将规则复杂化的不足，且与如今的中国社会现实有些脱节。其实，自1987年开始，全国全面开展了土地登记发证工作，对属于国家所有、集体所有的土地、森林、山岭、草原、滩涂、矿藏等自然资源等以及国家所有但法律规定由集体使用的不动产，进行了登记发证。^[39]登记普遍化已无技术困难，自2018年3月起，我国正式开展农村房屋不动产登记发证试点工作，广大农民基本上接受了登记的实务。^[40]

四、《民法典》第209条第1款正文适用时的刚性与柔性

基于法律行为的不动产物权变动，未予登记，不发生不动产物权变动的法律效力，受让人未取得不动产物权。这是本条款刚性的表现。

因此，受让人虽然有权基于不动产物权变动的原因行为请求转让人协助办理登记，但无权擅自占有标的物，也无权妨害转让人依标的物的性能和用途利用该物。

尽管如此，转让人负有将该不动产物权转移给受让人的债务，故受让人请求转让人协助办理登记手续时，转让人不得以自己系该标的物的物权人，未予办理不动产物权变动的登记手续为由，拒绝受让人的给付请求。

在转让人一物多卖的情况下，受让人只可以其债权人或利害关系人的身份向其他受让同一标的物之人主张权益，不得以物权人的地位向其他受让同一标的物之人主张权益。在有的受让人已经付清价款的情况下，应当适用或类推适用法释〔2005〕5号第10条第1款第3项、法释〔2012〕8号第9条第2项的规定，由付款的受让人取得标的物的物权，即转让人有义务协助办理登记手续，把标的物转移登记在该受让人的名下。在受让人均未付款的情况下，虽然法释〔2005〕5号第10条第1款第4项规定“合同均未履行，依法成立在先的合同受让方请求履行合同的，应予支持”；法释〔2012〕8号第10条第3项规定“均未受领交付，也未办理所有权转移登记手续，依法成立在先合同的买受人请求出卖人履行交付标的物 and 办理所有权转移登记手续等合同义务的，人民法院应予支持”，但笔者对此不予赞同，因为这破坏了债权平等原则。而破坏的唯一根据就是合同成立在先，其正当性显然严重不足。因为债权平等原则是由债权的本质属性所决定的，是立法者权衡方方面面的利益关系，基于民事权利体系的合理设置（尤其是物权与债权的区分）而确立的，轻易不许破坏。此其一。这些规定有损交易安全，因为第一份转让合同不具有公示性，第二受让人、第三受让人等不知标的物已经成为他人债权的对象，且无重大过失，时常是

根本没有过失。在这种情况下，剥夺第二受让人、第三人受让人取得标的物所有权的机会，不符合交易安全原则。此其二。为了避免出现无法取得标的物所有权的现象，第二受让人、第三受让人等需要花费人力、物力调查标的物是否亦为他人债权的对象，增加交易成本，也迟滞了交易的进程。此其三。在只有第二受让人或第三受让人提起诉讼的情况下，裁判机构误将第二受让人作为第一受让人，从而确定第二受让人将取得标的物的占有和所有权。但于该裁判文书生效后，实际上的第一受让人起诉到该裁判机构，并且援用法释〔2012〕8号第9条第3项的规定，主张取得标的物的占有和所有权，该裁判机构该如何处理？此其四。有鉴于此，笔者采取刘凯湘教授、李凡法官的意见，这些司法解释只在审判程序中适用，非诉情况不予适用。

在受让人已经付清价款的情况下，如果转让人的债权人申请强制执行该标的物，只要该标的物不是转让人与其债权人之间债之关系的标的物，那么，受让人有权对抗该强制执行的申请。

第二百一十条

不动产登记，由不动产所在地的登记机构办理。

国家对不动产实行统一登记制度。统一登记的范围、登记机构和登记办法，由法律、行政法规规定。

本条主旨

本条是关于不动产登记机构和国家实行不动产统一登记制度的规定。

相关条文

《物权法》第10条 不动产登记，由不动产所在地的登记机构办理。

国家对不动产实行统一登记制度。统一登记的范围、登记机构和登记办法，由法律、行政法规规定。

《土地管理法》第12条 土地的所有权和使用权的登记，依照有关不动产登记的法律、行政法规执行。

依法登记的土地的所有权和使用权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。

《城市房地产管理法》第61条 以出让或者划拨方式取得土地使用权，应当向县级以上地方人民政府土地管理部门申请登记，经县级以上地方人民政府土地管理部门核实，由同级人民政府颁发土地使用权证书。

在依法取得的房地产开发用地上建成房屋的，应当凭土地使用权证书向县级以上地方人民政府房产管理部门申请登记，由县级以上地方人民政府房产管理部门核实并颁发房屋所有权证书。

房地产转让或者变更时，应当向县级以上地方人民政府房产管理部门申请房产变更登记，并凭变更后的房屋所有权证书向同级人民政府土地管理部门申请土地使用权变更登记，经同级人民政府土地管理部门核实，由同级人民政府更换或者更改土地使用权证书。

法律另有规定的，依照有关法律的规定办理。

第62条 房地产抵押时，应当向县级以上地方人民政府规定的部门办理抵押登记。

因处分抵押房地产而取得土地使用权和房屋所有权的，应当依照本章规定办理过户登记。

第63条 经省、自治区、直辖市人民政府确定，县级以上地方人民政府由一个部门统一负责房产管理和土地管理工作的，可以制作、颁发统一的房地产权证书，依照本法第六十一条的规定，将房屋的所有权和该房屋占用范围内的土地使用权的确认和变更，分别载入房地产权证书。

《担保法》第42条 办理抵押物登记的部门如下：

（一）以无地上定着物的土地使用权抵押的，为核发土地使用权证书的土地管理部门；

（二）以城市房地产或者乡（镇）、村企业的厂房等建筑物抵押的，为县级以上地方人民政府规定的部门；

（三）以林木抵押的，为县级以上林木主管部门；

（四）以航空器、船舶、车辆抵押的，为运输工具的登记部门；

（五）以企业的设备和其他动产抵押的，为财产所在地的工商行政管理部门。

第43条 当事人以其他财产抵押的，可以自愿办理抵押物登记，抵押合同自签订之日起生效。

当事人未办理抵押物登记的，不得对抗第三人。当事人办理抵押物登记的，登记部门为抵押人所在地的公证部门。

《海域使用管理法》第32条第2款 海域使用权人应当自填海项目竣工之日起三个月内，凭海域使用权证书，向县级以上人民政府土地行政主管部门提出土地登记申请，由县级以上人民政府登记造册，换发国有土地使用权证书，确认土地使用权。

《草原法》第11条 依法确定给全民所有制单位、集体经济组织等使用的国家所有的草原，由县级以上人民政府登记，核发使用权证，确认草原使用权。

未确定使用权的国家所有的草原，由县级以上人民政府登记造册，并负责保护管理。

集体所有的草原，由县级人民政府登记，核发所有权证，确认草原所有权。

依法改变草原权属的，应当办理草原权属变更登记手续。

《森林法》第3条第2款 国家所有的和集体所有的森林、林木和林地，个人所有的林木和使用的林地，由县级以上地方人民政府登记造册，发放证书，确认所有权或者使用权。国务院可以授权国务院林业主管部门，对国务院确定的国家所有的重点林区的森林、林木和林地登记造册，发放证书，并通知有关地方人民政府。

《不动产登记暂行条例》第4条第1款 国家实行不动产统一登记制度。

第6条 国务院国土资源主管部门负责指导、监督全国不动产登记工作。

县级以上地方人民政府应当确定一个部门为本行政区域的不动产登记机构，负责不动产登记工作，并接受上级人民政府不动产登记主管部门的指导、监督。

第7条 不动产登记由不动产所在地的县级人民政府不动产登记机构办理；直辖市、设区的市人民政府可以确定本级不动产登记机构统一办理所属各区的不动产登记。

跨县级行政区域的不动产登记，由所跨县级行政区域的不动产登记机构分别办理。不能分别办理的，由所跨县级行政区域的不动产登记机构协商办理；协商不成的，由共同的上一级人民政府不动产登记主管部门指定办理。

国务院确定的重点国有林区的森林、林木和林地，国务院批准项目用海、用岛，中央国家机关使用的国有土地等不动产登记，由国务院国土资源主管部门会同有关部门规定。

第8条第2款 不动产登记机构应当按照国务院国土资源主管部门的规定设立统一的不动产登记簿。

理解与适用

一、基本含义

本条第1款规定不动产所在地的登记机构负责本地区的不动产物权的登记。本条第2款明确国家对不动产实行统一登记制度，统一登记的范围、登记机构和登记办法由法律、法规另行规定。

本条所谓不动产登记，周延的表述应是不动产物权及其变动的登记，可简称为不动产物权登记。这是因为不动产登记簿记载的事项既有不动产本身的信息，也有不动产物权及其主体的内容，再就是有关不动产物权变动的事项。我们可将不动产物权登记界定为：经权利人或利害关系人申请，由国家专职能部门将有关不动产物权及其变动事项记载于不动产登记簿的行为，是一种事实，也是一项法律制度。

不动产以不动产单元为基本单位进行登记。不动产单元具有唯一编码（《不动产登记暂行条例》第8条第1款）。

关于不动产物权登记的法律性质，大致有行政行为说、组合行为说、证明行为说和司法行为说。其中的行政行为说认为，在中国，不动产物权登记由行政部门或由其授权的事业单位实施，故不动产物权登记系行政行为。^[41]依据该说，此类案件由行政审判庭管辖，符合逻辑。当然，如此确定管辖，有其弱点，那就是从概率的角度看，行政审判庭的法官一般而言不如民事审判庭的法官熟悉民法及不动产物权变动制度及其理论。

组合行为说主张，登记行为不是一个一次性行为，而是一系列行为的组合。……一个完整的登记行为由两部分组成，其一为当事人独立完成的部分；其二为由登记机构完成的部分。前者是前提和基础，

后者是一定的国家机关所进行的审查和批准行为。在这个意义上，笼统地说登记行为就是一个公法行为，显然是不妥当的。严格说来，登记行为作为一个整体，是当事人所实施的申请登记的私法行为和登记机构所实施的登记许可的公法行为的结合。其中成为构成物权行为要件障碍的，仅是登记机构所实施的登记许可的公法行为。……我们完全可以将登记行为认定为物权行为分而治之，即将其中当事人所实施的申请登记的私法行为认定为物权行为的特别成立要件；而将登记机构所实施的登记许可的公法行为与其他主管机关的审查和批准行为同等看待，认定为物权行为的生效要件。^[42]据此学说，不动产物权变动以及出现于登记申请环节的争议由民事审判庭审理，顺理成章。至于出现于登记许可领域的纠纷，是由行政审判庭管辖还是由民事审判庭处理，取决于“拍板者”的理念及其所遵循的逻辑。如果孤立地看待登记许可与不动产物权变动，机械地适用法律，就很可能遵循登记许可可为行政行为→适用行政法→由行政审判庭管辖的结论。反之，如果侧重点和视角转换，看重登记机构所实施的登记许可的公法行为系不动产物权变动的生效要件这个性质和功能，坚持它应被纳入不动产物权变动制度之中、不可将之与不动产物权变动制度割裂开来的观点，那么，不动产登记错误由民事审判庭于审理不动产物权变动的纠纷时一并处理，这在逻辑上也是顺畅的。

司法行为说认为，不动产登记并非登记机构的行政管理行为，其本质应为产生司法效果的事实行为。

所谓统一登记，是指登记机构是统一的，是一个登记系统，而非分散为自然资源部系统、住房和城乡建设部系统。《不动产登记暂行条例》规定：国务院国土资源主管部门负责指导、监督全国不动产登记工作（第6条第1款）。县级以上地方人民政府应当确定一个部门为本行政区域的不动产登记机构，负责不动产登记工作，并接受上级人民政府不动产登记主管部门的指导、监督（第6条第2款）。不动产登记由不动产所在地的县级人民政府不动产登记机构办理；直辖市、设区的市人民政府可以确定本级不动产登记机构统一办理所属各区的不动产登记（第7条第1款）。跨县级行政区域的不动产登记，由所跨县级行政区域的不动产登记机构分别办理。不能分别办理的，由所跨县级行政区域的不动产登记机构协商办理；协商不成的，由共同的上一级人民政府不动产登记主管部门指定办理（第7条第2款）。

此外，国务院确定的重点国有林区的森林、林木和林地，国务院批准项目用海、用岛，中央国家机关使用的国有土地等不动产登记，由国务院国土资源主管部门会同有关部门规定（第7条第3款）。国务院确定的重点国有林区的森林、林木和林地，由国土资源部受理并会

同有关部门办理，依法向权利人核发不动产权属证书（《不动产登记暂行条例实施细则》第4条第1款）。国务院批准项目用海、用岛的登记，由国土资源部受理，依法向权利人核发不动产权属证书（《不动产登记暂行条例实施细则》第4条第2款）。

所谓统一登记的范围，包括集体土地所有权；房屋等建筑物、构筑物所有权；森林、林木所有权；耕地、林地、草地等土地承包经营权；建设用地使用权；宅基地使用权；海域使用权；地役权；不动产抵押权；法律规定需要登记的其他不动产权利。

二、不动产统一登记制度的建立和运行

从中国不动产物权登记制度的形成与发展过程来说，中国在民国时期继受西方法制，已经正式建立了不动产物权登记制度，然而该制度却主要是为土地私有制服务的。中华人民共和国成立初期，我们也曾建立起了不动产物权的登记制度，但随着社会主义改造的完成，中国在经济体制方面实行全面的公有制，登记制度失去了存在的基础，该制度在中国一度中断了三十多年。改革开放以后，特别是《土地管理法》颁布以后，不动产物权登记制度才逐渐恢复和发展。^[43]

不动产物权登记制度在中国虽然历史悠久，但真正意义上的作为不动产物权的公示手段和变动的生效要件之一的不动产登记（制度）却起步较晚，且一开始就服务于不动产行政管理的目的，带有浓厚的行政色彩，使该制度未能在维护交易便捷与安全方面发挥其应有的作用。^[44]

在较长的历史时期，登记机构因被登记的标的不同而有所差别。虽然《物权法》规定，不动产登记，由不动产所在地的登记机构办理。国家对不动产实行统一登记制度。统一登记的范围、登记机构和登记办法，由法律、行政法规规定（第10条）。但在若干年内，缺乏与之配套的制度设计和实务落实。土地登记机构是土地所在地的县级以上人民政府国土资源行政主管部门（《土地登记办法》第3条第1款），房屋登记机构是直辖市、市、县人民政府建设（房地产）主管部门或其设置的负责房屋登记工作的机构（《房屋登记办法》第4条）。

在大部制改革中，《第十二届全国人民代表大会第一次会议关于国务院机构改革和职能转变方案的决定》于2013年3月14日通过。

《国务院机构改革和职能转变方案》规定：“最大限度地整合分散在国务院不同部门相同或相似的职责，理顺部门职责关系。房屋登记、林地登记、草原登记、土地登记的职责，城镇职工基本医疗保险、城

镇居民基本医疗保险、新型农村合作医疗的职责等，分别整合由一个部门承担。”据此方案，国务院第31次常务会议等有关要求，首先落实好统一登记机构和统一登记依据，尽快协调有关部门，建立部际联席会议制度，加快组建不动产登记局，机构人员要到位，加强工作支撑。2014年11月24日，国务院公布《不动产登记暂行条例》，自2015年3月1日起施行。2015年6月29日国土资源部第3次部务会议审议通过《不动产登记暂行条例实施细则》，自公布之日即2016年1月1日起实施。在实际操作层面，从2014年开始，通过基础制度建设、逐步衔接过渡、统一规范实施，用3年左右时间能够全面实施不动产统一登记制度，用4年左右时间能够运行统一的不动产登记信息管理基础平台，实现不动产审批、交易和登记信息实时互通共享以及依法查询，形成不动产统一登记体系。2014年建立统一登记的基础性制度，2015年推进统一登记制度的实施过渡，2016年全面实施统一登记制度，2018年前，不动产登记信息管理基础平台投入运行，不动产统一登记体系基本形成。[45]

2018年3月5日，国土资源部办公厅印发通知要求，在全国不动产登记机构和登记窗口启用统一的不动产登记标识。不动产登记标识整体采用圆形设计，主色调为红、蓝两色。外圆为“不动产登记”中英文。内圆设计内容包含土地、房屋、林地、草原、海域等不动产要素，顶部和线条结合代表房屋、林地，蓝色代表海洋，底端图形和线条结合代表土地、草原，同时也构成了不动产登记簿造型，中间线条底端构成了笔尖效果，寓意不动产统一登记于不动产登记簿上。[46]

2018年3月17日第十三届全国人民代表大会第一次会议通过《国务院机构改革方案》，决定将国土资源部的职责，国家发展和改革委员会的组织编制主体功能区规划职责，住房和城乡建设部的城乡规划管理职责，水利部的水资源调查和确权登记管理职责，农业部的草原资源调查和确权登记管理职责，国家林业局的森林、湿地等资源调查和确权登记管理职责，国家海洋局的职责，国家测绘地理信息局的职责整合，组建自然资源部，作为国务院组成部门。这在组织上保障了不动产统一登记持续、扎实地进行。

三、不动产物权统一登记制度及其实务运行的优点

统一登记的优点较多，举其要者：（1）将分散在多个部门的不动产登记职责整合由一个部门承担，理顺部门职责关系，减少办证环节，减轻群众负担。（2）建立不动产物权登记信息管理基础平台，实现不动产审批、交易和登记信息在有关部门间依法依规互通共享。（3）推动建立不动产物权登记信息依法公开查询系统，保证不动产交易的安全，可将不动产物权的公信原则落到实处。[47]

第二百一十一条

当事人申请登记，应当根据不同登记事项提供权属证明和不动产界址、面积等必要材料。

本条主旨

本条是关于当事人申请不动产物权登记应当提供必要材料的规定。

相关条文

《物权法》第11条 当事人申请登记，应当根据不同登记事项提供权属证明和不动产界址、面积等必要材料。

《担保法》第44条 办理抵押物登记，应当向登记部门提供下列文件或者其复印件：

- （一）主合同和抵押合同；
- （二）抵押物的所有权或者使用权证书。

《海域使用管理法》第16条 单位和个人可以向县级以上人民政府海洋行政主管部门申请使用海域。

申请使用海域的，申请人应当提交下列书面材料：

- （一）海域使用申请书；
- （二）海域使用论证材料；
- （三）相关的资信证明材料；
- （四）法律、法规规定的其他书面材料。

《不动产登记暂行条例》第16条第1款 申请人应当提交下列材料，并对申请材料的真实性负责：

- （一）登记申请书；
- （二）申请人、代理人身份证明材料、授权委托书；
- （三）相关的不动产权属来源证明材料、登记原因证明文件、不

动产权属证书；

（四）不动产界址、空间界限、面积等材料；

（五）与他人利害关系的说明材料；

（六）法律、行政法规以及本条例实施细则规定的其他材料。

《不动产登记暂行条例实施细则》第9条 申请不动产登记的，申请人应当填写登记申请书，并提交身份证明以及相关申请材料。

申请材料应当提供原件。因特殊情况不能提供原件的，可以提供复印件，复印件应当与原件保持一致。

第11条 无民事行为能力人、限制民事行为能力人申请不动产登记的，应当由其监护人代为申请。

监护人代为申请登记的，应当提供监护人与被监护人的身份证或者户口簿、有关监护关系等材料；因处分不动产而申请登记的，还应当提供为被监护人利益的书面保证。

父母之外的监护人处分未成年人不动产的，有关监护关系材料可以是人民法院指定监护的法律文书、经过公证的对被监护人享有监护权的材料或者其他材料。

第12条 当事人可以委托他人代为申请不动产登记。

代理申请不动产登记的，代理人应当向不动产登记机构提供被代理人签字或者盖章的授权委托书。

自然人处分不动产，委托代理人申请登记的，应当与代理人共同到不动产登记机构现场签订授权委托书，但授权委托书经公证的除外。

境外申请人委托他人办理处分不动产登记的，其授权委托书应当按照国家有关规定办理认证或者公证。

理解与适用

一、当事人申请登记、有关机关请求登记与登记机构依职权登记

（一）当事人申请登记

本条所谓当事人申请登记，包括当事人共同申请和当事人单方申请。关于当事人共同申请的，例如《不动产登记暂行条例》第14条第1款规定：“因买卖、设定抵押权等申请不动产登记的，应当由当事人双方共同申请。”这是关于当事人双方共同申请的规定。此外，当事人多方共同申请不动产登记的，应当遵循《不动产登记暂行条例实施细则》第10条的如下规定：“处分共有不动产申请登记的，应当经占份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人共同申请，但共有人另有约定的除外”（第1款）。“按份共有人转让其享有的不动产份额，应当与受让人共同申请转移登记”（第2款）。“建筑区划内依法属于全体业主共有的不动产申请登记，依照本实施细则第三十六条的规定办理”（第3款）。

关于当事人单方申请的，例如，《不动产登记暂行条例》第14条第2款规定：“属于下列情形之一的，可以由当事人单方申请：（一）尚未登记的不动产首次申请登记的；（二）继承、接受遗赠取得不动产权利的；（三）人民法院、仲裁委员会生效的法律文书或者人民政府生效的决定等设立、变更、转让、消灭不动产权利的；（四）权利人姓名、名称或者自然状况发生变化，申请变更登记的；（五）不动产灭失或者权利人放弃不动产权利，申请注销登记的；（六）申请更正登记或者异议登记的；（七）法律、行政法规规定可以由当事人单方申请的其他情形。”再如，《不动产登记暂行条例实施细则》第33条第1款规定：“依法取得国有建设用地使用权，可以单独申请国有建设用地使用权登记。”第40条第1款规定：“依法取得宅基地使用权，可以单独申请宅基地使用权登记。”第44条第1款规定：“依法取得集体建设用地使用权，可以单独申请集体建设用地使用权登记。”

申请不动产物权的登记，权利人不一定亲自到场，可由代理人代为进行。对此，《不动产登记暂行条例》第15条第1款规定：“当事人或者其代理人应当到不动产登记机构办公场所申请不动产登记。”

值得注意的是，在不动产登记机构将申请登记事项记载于不动产登记簿前，申请人可以撤回登记申请（《不动产登记暂行条例》第15条第2款）。

（二）有关机关请求登记

除了当事人申请不动产物权的登记外，在有些情况下，现行法允许有关机关请求登记机构进行不动产物权登记。例如，《不动产登记暂行条例实施细则》第2条第1款关于“不动产登记应当依照当事人的申请进行，但法律、行政法规以及本实施细则另有规定的除外”的但书给出了这样的通道。其第4条规定：“国务院确定的重点国有林区的

森林、林木和林地，由国土资源部受理并会同有关部门办理，依法向权利人核发不动产权属证书”（第1款）。“国务院批准的项目用海、用岛的登记，由国土资源部受理，依法向权利人核发不动产权属证书”（第2款）。“中央国家机关使用的国有土地等不动产登记，依照国土资源部《在京中央国家机关用地土地登记办法》等规定办理”（第3款）。第19条第2款规定：“有下列情形之一的，不动产登记机构直接办理不动产登记：（一）人民法院持生效法律文书和协助执行通知书要求不动产登记机构办理登记的；（二）人民检察院、公安机关依据法律规定持协助查封通知书要求办理查封登记的；（三）人民政府依法做出征收或者收回不动产权利决定生效后，要求不动产登记机构办理注销登记的；（四）法律、行政法规规定的其他情形。”第90条规定：“人民法院要求不动产登记机构办理查封登记的，应当提交下列材料：（一）人民法院工作人员的工作证；（二）协助执行通知书；（三）其他必要材料。”第91条规定：“两个以上人民法院查封同一不动产的，不动产登记机构应当为先送达协助执行通知书的人民法院办理查封登记，对后送达协助执行通知书的人民法院办理轮候查封登记”（第1款）。“轮候查封登记的顺序按照人民法院协助执行通知书送达不动产登记机构的时间先后进行排列”（第2款）。第92条第1款规定：“查封期间，人民法院解除查封的，不动产登记机构应当及时根据人民法院协助执行通知书注销查封登记。”第93条规定：“人民检察院等其他国家有权机关依法要求不动产登记机构办理查封登记的，参照本节规定办理。”

（三）登记机构依职权登记

当事人申请不动产物权的登记最为正常，有关机关在必要和必需的情况下请求若干种不动产物权变动的登记也符合实际需求，当事人不予申请、有关机关不予或怠于请求，但物权秩序内在地要求适时地办理不动产物权变动的登记时，登记机构依职权办理特殊情形的不动产物权变动的登记，同样正当。对于后者，《不动产登记暂行条例实施细则》已有反映，如其第17条规定，登记事项不涉及国家机密时，不动产登记机构拟依职权更正登记、依职权注销登记的，应当在登记事项记载于登记簿前进行公告。公告应当在不动产登记机构门户网站以及不动产所在地等指定场所进行，公告期不少于15个工作日。公告所需时间不计算在登记办理期限内。公告期满无异议或者异议不成立的，应当及时记载于不动产登记簿。再如其第81条规定：“不动产登记机构发现不动产登记簿记载的事项错误，应当通知当事人在30个工作日内办理更正登记。当事人逾期不办理的，不动产登记机构应当在公告15个工作日后，依法予以更正；但在错误登记之后已经办理了涉及不动产权利处分的登记、预告登记和查封登记的除外。”

二、申请登记应当提供的必要材料

对于《民法典》第211条要求当事人应当根据不同登记事项提供必要材料，《不动产登记暂行条例》划定了大致的范围：（1）登记申请书；（2）申请人、代理人身份证明材料、授权委托书；（3）相关的不动产权属来源证明材料、登记原因证明文件、不动产权属证书；（4）不动产界址、空间界限、面积等材料；（5）与他人利害关系的说明材料；（6）法律、行政法规以及本条例实施细则规定的其他材料（第16条第1款）。

对于《民法典》第211条所谓根据不同登记事项提供必要材料，《不动产登记暂行条例实施细则》一一列举，兹汇总如下。

因继承、受遗赠取得不动产，当事人申请登记的，应当提交死亡证明材料、遗嘱或者全部法定继承人关于不动产分配的协议以及与被继承人的亲属关系材料等，也可以提交经公证的材料或者生效的法律文书（第14条）。

申请集体土地所有权首次登记的，应当提交下列材料：（1）土地权属来源材料；（2）权籍调查表、宗地图以及宗地界址点坐标；（3）其他必要材料（第30条）。

农民集体因互换、土地调整等原因导致集体土地所有权转移，申请集体土地所有权转移登记的，应当提交下列材料：（1）不动产权属证书；（2）互换、调整协议等集体土地所有权转移的材料；（3）本集体经济组织三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表同意的材料；（4）其他必要材料（第31条）。

申请集体土地所有权变更、注销登记的，应当提交下列材料：（1）不动产权属证书；（2）集体土地所有权变更、消灭的材料；（3）其他必要材料（第32条）。

申请国有建设用地使用权首次登记，应当提交下列材料：（1）土地权属来源材料；（2）权籍调查表、宗地图以及宗地界址点坐标；（3）土地出让价款、土地租金、相关税费等缴纳凭证；（4）其他必要材料（第34条第1款）。前款规定的土地权属来源材料，根据权利取得方式的不同，包括国有建设用地划拨决定书、国有建设用地使用权出让合同、国有建设用地使用权租赁合同以及国有建设用地使用权作价出资（入股）、授权经营批准文件（第34条第2款）。申请在地上或者地下单独设立国有建设用地使用权登记的，按照本条规定办理（第34条第3款）。

申请国有建设用地使用权及房屋所有权首次登记的，应当提交下列材料：（1）不动产权属证书或者土地权属来源材料；（2）建设工程符合规划的材料；（3）房屋已经竣工的材料；（4）房地产调查或者测绘报告；（5）相关税费缴纳凭证；（6）其他必要材料（第35条）。

申请国有建设用地使用权及房屋所有权变更登记的，应当根据不同情况，提交下列材料：（1）不动产权属证书；（2）发生变更的材料；（3）有批准权的人民政府或者主管部门的批准文件；（4）国有建设用地使用权出让合同或者补充协议；（5）国有建设用地使用权出让价款、税费等缴纳凭证；（6）其他必要材料（第37条）。

申请国有建设用地使用权及房屋所有权转移登记的，应当根据不同情况，提交下列材料：（1）不动产权属证书；（2）买卖、互换、赠与合同；（3）继承或者受遗赠的材料；（4）分割、合并协议；（5）人民法院或者仲裁委员会生效的法律文书；（6）有批准权的人民政府或者主管部门的批准文件；（7）相关税费缴纳凭证；（8）其他必要材料（第38条第1款）。不动产买卖合同依法应当备案的，申请人申请登记时须提交经备案的买卖合同（第38条第2款）。

具有独立利用价值的特定空间以及码头、油库等其他建筑物、构筑物所有权的登记，按照本实施细则中房屋所有权登记有关规定办理（第39条）。

申请宅基地使用权及房屋所有权首次登记的，应当根据不同情况，提交下列材料：（1）申请人身份证和户口簿；（2）不动产权属证书或者有批准权的人民政府批准用地的文件等权属来源材料；（3）房屋符合规划或者建设的相关材料；（4）权籍调查表、宗地图、房屋平面图以及宗地界址点坐标等有关不动产界址、面积等材料；（5）其他必要材料（第41条）。

因依法继承、分家析产、集体经济组织内部互换房屋等导致宅基地使用权及房屋所有权发生转移申请登记的，申请人应当根据不同情况，提交下列材料：（1）不动产权属证书或者其他权属来源材料；（2）依法继承的材料；（3）分家析产的协议或者材料；（4）集体经济组织内部互换房屋的协议；（5）其他必要材料（第42条）。

申请宅基地等集体土地上的建筑物区分所有权登记的，参照国有建设用地使用权及建筑物区分所有权的规定办理登记（第43条）。

申请集体建设用地使用权及建筑物、构筑物所有权首次登记的，

申请人应当根据不同情况，提交下列材料：（1）有批准权的人民政府批准用地的文件等土地权属来源材料；（2）建设工程符合规划的材料；（3）权籍调查表、宗地图、房屋平面图以及宗地界址点坐标等有关不动产界址、面积等材料；（4）建设工程已竣工的材料；（5）其他必要材料（第45条第1款）。集体建设土地使用权首次登记完成后，申请人申请建筑物、构筑物所有权首次登记的，应当提交享有集体建设土地使用权的不动产权属证书（第45条第2款）。

申请集体建设土地使用权及建筑物、构筑物所有权变更登记、转移登记、注销登记的，申请人应当根据不同情况，提交下列材料：

（1）不动产权属证书；（2）集体建设土地使用权及建筑物、构筑物所有权变更、转移、消灭的材料；（3）其他必要材料（第46条第1款）。因企业兼并、破产等原因致使集体建设土地使用权及建筑物、构筑物所有权发生转移的，申请人应当持相关协议及有关部门的批准文件等相关材料，申请不动产转移登记（第46条第2款）。

已经登记的土地承包经营权有下列情形之一的，承包方应当持不动产权属证书以及其他证实发生变更事实的材料，申请土地承包经营权变更登记：（1）权利人的姓名或者名称等事项发生变化的；（2）承包土地的坐落、名称、面积发生变化的；（3）承包期限依法变更的；（4）承包期限届满，土地承包经营权人按照国家有关规定继续承包的；（5）退耕还林、退耕还湖、退耕还草导致土地用途改变的；（6）森林、林木的种类等发生变化的；（7）法律、行政法规规定的其他情形（第49条）。

已经登记的土地承包经营权发生下列情形之一的，当事人双方应当持互换协议、转让合同等材料，申请土地承包经营权的转移登记：（1）互换；（2）转让；（3）因家庭关系、婚姻关系变化等原因导致土地承包经营权分割或者合并的；（4）依法导致土地承包经营权转移的其他情形（第50条第1款）。以家庭承包方式取得的土地承包经营权，采取转让方式流转的，还应当提供发包方同意的材料（第50条第2款）。

已经登记的土地承包经营权发生下列情形之一的，承包方应当持不动产权属证书、证实灭失的材料等，申请注销登记：（1）承包经营的土地灭失的；（2）承包经营的土地被依法转为建设用地的；（3）承包经营权人丧失承包经营资格或者放弃承包经营权的；（4）法律、行政法规规定的其他情形（第51条）。

申请海域使用权首次登记的，应当提交下列材料：（1）项目用海批准文件或者海域使用权出让合同；（2）宗海图以及界址点坐

标；（3）海域使用金缴纳或者减免凭证；（4）其他必要材料（第55条）。

有下列情形之一的，申请人应当持不动产权属证书、海域使用权变更的文件等材料，申请海域使用权变更登记：（1）海域使用权人姓名或者名称改变的；（2）海域坐落、名称发生变化的；（3）改变海域使用位置、面积或者期限的；（4）海域使用权续期的；（5）共有性质变更的；（6）法律、行政法规规定的其他情形（第56条）。

申请海域使用权转移登记的，申请人应当提交下列材料：（1）不动产权属证书；（2）海域使用权转让合同、继承材料、生效法律文书等材料；（3）转让批准取得的海域使用权，应当提交原批准用海的海洋行政主管部门批准转让的文件；（4）依法需要补交海域使用金的，应当提交海域使用金缴纳的凭证；（5）其他必要材料（第58条）。

申请海域使用权注销登记的，申请人应当提交下列材料：（1）原不动产权属证书；（2）海域使用权消灭的材料；（3）其他必要材料（第59条第1款）。

经依法登记的地役权发生下列情形之一的，当事人应当持地役权合同、不动产登记证明和证实变更的材料等必要材料，申请地役权变更登记：（1）地役权当事人的姓名或者名称等发生变化；（2）共有性质变更的；（3）需役地或者供役地自然状况发生变化；（4）地役权内容变更的；（5）法律、行政法规规定的其他情形（第61条第1款）。

已经登记的地役权因土地承包经营权、建设用地使用权转让发生转移的，当事人应当持不动产登记证明、地役权转移合同等必要材料，申请地役权转移登记（第62条第1款）。申请需役地转移登记的，或者需役地分割转让，转让部分涉及已登记的地役权的，当事人应当一并申请地役权转移登记，但当事人另有约定的除外。当事人拒绝一并申请地役权转移登记的，应当出具书面材料。不动产登记机构办理转移登记时，应当同时办理地役权注销登记（第62条第2款）。

已经登记的地役权，有下列情形之一的，当事人可以持不动产登记证明、证实地役权发生消灭的材料等必要材料，申请地役权注销登记：（1）地役权期限届满；（2）供役地、需役地归于同一人；（3）供役地或者需役地灭失；（4）人民法院、仲裁委员会的生效法律文书导致地役权消灭；（5）依法解除地役权合同；（6）其他导致地役权消灭的事由（第63条）。

自然人、法人或者其他组织为保障其债权的实现，依法以不动产设定抵押的，可以由当事人持不动产权属证书、抵押合同与主债权合同等必要材料，共同申请办理抵押登记（第66条第1款）。抵押合同可以是单独订立的书面合同，也可以是主债权合同中的抵押条款（第66条第2款）。

有下列情形之一的，当事人应当持不动产权属证书、不动产登记证明、抵押权变更等必要材料，申请抵押权变更登记：（1）抵押人、抵押权人的姓名或者名称变更的；（2）被担保的主债权数额变更的；（3）债务履行期限变更的；（4）抵押权顺位变更的；（5）法律、行政法规规定的其他情形（第68条第1款）。因被担保债权主债权的种类及数额、担保范围、债务履行期限、抵押权顺位发生变更申请抵押权变更登记时，如果该抵押权的变更将对其他抵押权人产生不利影响的，还应当提交其他抵押权人书面同意的材料与身份证或者户口簿等材料（第68条第2款）。

因主债权转让导致抵押权转让的，当事人可以持不动产权属证书、不动产登记证明、被担保主债权的转让协议、债权人已经通知债务人的材料等相关材料，申请抵押权的转移登记（第69条）。

有下列情形之一的，当事人可以持不动产登记证明、抵押权消灭的材料等必要材料，申请抵押权注销登记：（1）主债权消灭；（2）抵押权已经实现；（3）抵押权人放弃抵押权；（4）法律、行政法规规定抵押权消灭的其他情形（第70条）。

设立最高额抵押权的，当事人应当持不动产权属证书、最高额抵押合同与一定期间内将要连续发生的债权的合同或者其他登记原因材料等必要材料，申请最高额抵押权首次登记（第71条第1款）。当事人申请最高额抵押权首次登记时，同意将最高额抵押权设立前已经存在的债权转入最高额抵押担保的债权范围的，还应当提交已存在债权的合同以及当事人同意将该债权纳入最高额抵押权担保范围的书面材料（第71条第2款）。

有下列情形之一的，当事人应当持不动产登记证明、最高额抵押权发生变更的材料等必要材料，申请最高额抵押权变更登记：（1）抵押人、抵押权人的姓名或者名称变更的；（2）债权范围变更的；（3）最高债权额变更的；（4）债权确定的期间变更的；（5）抵押权顺位变更的；（6）法律、行政法规规定的其他情形（第72条第1款）。因最高债权额、债权范围、债务履行期限、债权确定的期间发生变更申请最高额抵押权变更登记时，如果该变更将对其他抵押权人产生不利影响的，当事人还应当提交其他抵押权人的书面同意文件与

身份证或者户口簿等（第72条第2款）。

当发生导致最高额抵押权担保的债权被确定的事由，从而使最高额抵押权转变为一般抵押权时，当事人应当持不动产登记证明、最高额抵押权担保的债权已确定的材料等必要材料，申请办理确定最高额抵押权的登记（第73条）。

最高额抵押权发生转移的，应当持不动产登记证明、部分债权转移的材料、当事人约定最高额抵押权随同部分债权的转让而转移的材料等必要材料，申请办理最高额抵押权转移登记（第74条第1款）。

申请在建建筑物抵押权首次登记的，当事人应当提交下列材料：（1）抵押合同与主债权合同；（2）享有建设用地使用权的不动产权属证书；（3）建设工程规划许可证；（4）其他必要材料（第76条）。

在建建筑物抵押权变更、转移或者消灭的，当事人应当提交下列材料，申请变更登记、转移登记、注销登记：（1）不动产登记证明；（2）在建建筑物抵押权发生变更、转移或者消灭的材料；（3）其他必要材料（第77条第1款）。

申请预购商品房抵押登记，应当提交下列材料：（1）抵押合同与主债权合同；（2）预购商品房预告登记材料；（3）其他必要材料（第78条第1款）。

预购商品房办理房屋所有权登记后，当事人应当申请将预购商品房抵押预告登记转为商品房抵押权首次登记。

权利人、利害关系人认为不动产登记簿记载的事项有错误，可以申请更正登记（第79条第1款）。权利人申请更正登记的，应当提交下列材料：（1）不动产权属证书；（2）证实登记确有错误的材料；（3）其他必要材料（第79条第2款）。利害关系人申请更正登记的，应当提交利害关系材料、证实不动产登记簿记载错误的材料以及其他必要材料（第79条第3款）。

利害关系人认为不动产登记簿记载的事项错误，权利人不同意更正的，利害关系人可以申请异议登记（第82条第1款）。利害关系人申请异议登记的，应当提交下列材料：（1）证实对登记的不动产权利有利害关系材料；（2）证实不动产登记簿记载的事项错误的材料；（3）其他必要材料（第82条第2款）。

申请预购商品房的预告登记，应当提交下列材料：（1）已备案的商品房预售合同；（2）当事人关于预告登记的约定；（3）其他必要材料（第86条第1款）。预购人单方申请预购商品房预告登记，预售人与预购人在商品房预售合同中对预告登记附有条件和期限的，预购人应当提交相应材料（第86条第3款）。申请预告登记的商品房已经办理在建建筑物抵押权首次登记的，当事人应当一并申请在建建筑物抵押权注销登记，并提交不动产权属转移材料、不动产登记证明。不动产登记机构应当先办理在建建筑物抵押权注销登记，再办理预告登记（第86条第4款）。

申请不动产转移预告登记的，当事人应当提交下列材料：（1）不动产转让合同；（2）转让方的不动产权属证书；（3）当事人关于预告登记的约定；（4）其他必要材料（第87条）。

抵押不动产，申请预告登记的，当事人应当提交下列材料：（1）抵押合同与主债权合同；（2）不动产权属证书；（3）当事人关于预告登记的约定；（4）其他必要材料（第88条）。

预告登记未到期，有下列情形之一的，当事人可以持不动产登记证明、债权消灭或者权利人放弃预告登记的材料，以及法律、行政法规规定的其他必要材料申请注销预告登记：（1）预告登记的权利人放弃预告登记的；（2）债权消灭的；（3）法律、行政法规规定的其他情形（第89条）。

人民法院要求不动产登记机构办理查封登记的，应当提交下列材料：（1）人民法院工作人员的工作证；（2）协助执行通知书；（3）其他必要材料（第90条）。

第二百一十二条

登记机构应当履行下列职责：

- （一）查验申请人提供的权属证明和其他必要材料；
- （二）就有关登记事项询问申请人；
- （三）如实、及时登记有关事项；
- （四）法律、行政法规规定的其他职责。

申请登记的不动产的有关情况需要进一步证明的，登记机构可以

要求申请人补充材料，必要时可以实地查看。

本条主旨

本条是关于登记机构应当履行的职责的规定。

相关条文

《物权法》第12条 登记机构应当履行下列职责：

- (一) 查验申请人提供的权属证明和其他必要材料；
- (二) 就有关登记事项询问申请人；
- (三) 如实、及时登记有关事项；
- (四) 法律、行政法规规定的其他职责。

申请登记的不动产的有关情况需要进一步证明的，登记机构可以要求申请人补充材料，必要时可以实地查看。

《不动产登记暂行条例》第10条 不动产登记机构应当依法将各类登记事项准确、完整、清晰地记载于不动产登记簿。任何人不得损毁不动产登记簿，除依法予以更正外不得修改登记事项。

第11条 不动产登记工作人员应当具备与不动产登记工作相适应的专业知识和业务能力。

不动产登记机构应当加强对不动产登记工作人员的管理和专业技术培训。

第12条 不动产登记机构应当指定专人负责不动产登记簿的保管，并建立健全相应的安全责任制度。

采用纸质介质不动产登记簿的，应当配备必要的防盗、防火、防渍、防有害生物等安全保护设施。

采用电子介质不动产登记簿的，应当配备专门的存储设施，并采取信息网络安全防护措施。

第13条 不动产登记簿由不动产登记机构永久保存。不动产登记簿损毁、灭失的，不动产登记机构应当依据原有登记资料予以重建。

行政区域变更或者不动产登记机构职能调整的，应当及时将不动产登记簿移交相应的不动产登记机构。

《不动产登记暂行条例实施细则》第7条 不动产登记机构应当配备专门的不动产登记电子存储设施，采取信息网络安全防护措施，保证电子数据安全。

任何单位和个人不得擅自复制或者篡改不动产登记簿信息。

第8条 承担不动产登记审核、登记簿的不不动产登记工作人员应当熟悉相关法律法规，具备与其岗位相适应的不不动产登记等方面的专业知识。

国土资源部会同有关部门组织开展对承担不动产登记审核、登记簿的不不动产登记工作人员的考核培训。

第15条 不动产登记机构受理不动产登记申请后，还应当对下列内容进行查验：

（一）申请人、委托代理人身份证明材料以及授权委托书与申请主体是否一致；

（二）权属来源材料或者登记原因文件与申请登记的内容是否一致；

（三）不动产界址、空间界限、面积等权籍调查成果是否完备，权属是否清楚、界址是否清晰、面积是否准确；

（四）法律、行政法规规定的完税或者缴费凭证是否齐全。

第16条 不动产登记机构进行实地查看，重点查看下列情况：

（一）房屋等建筑物、构筑物所有权首次登记，查看房屋坐落及其建造完成等情况；

（二）在建建筑物抵押权登记，查看抵押的在建建筑物坐落及其建造等情况；

（三）因不动产灭失导致的注销登记，查看不动产灭失等情况。

第17条 有下列情形之一的，不动产登记机构应当在登记事项记载于登记簿前进行公告，但涉及国家秘密的除外：

(一) 政府组织的集体土地所有权登记；

(二) 宅基地使用权及房屋所有权，集体建设用地使用权及建筑物、构筑物所有权，土地承包经营权等不动产权利的首次登记；

(三) 依职权更正登记；

(四) 依职权注销登记；

(五) 法律、行政法规规定的其他情形。

公告应当在不动产登记机构门户网站以及不动产所在地等指定场所进行，公告期不少于15个工作日。公告所需时间不计算在登记办理期限内。公告期满无异议或者异议不成立的，应当及时记载于不动产登记簿。

第20条 不动产登记机构应当根据不动产登记簿，填写并核发不动产权属证书或者不动产登记证明。

除办理抵押权登记、地役权登记和预告登记、异议登记，向申请人核发不动产登记证明外，不动产登记机构应当依法向权利人核发不动产权属证书。

不动产权属证书和不动产登记证明，应当加盖不动产登记机构登记专用章。

不动产权属证书和不动产登记证明样式，由国土资源部统一规定。

第21条 申请共有不动产登记的，不动产登记机构向全体共有人合并发放一本不动产权属证书；共有人申请分别持证的，可以为共有人分别发放不动产权属证书。

共有不动产权属证书应当注明共有情况，并列明全体共有人。

第23条 因不动产权利灭失等情形，不动产登记机构需要收回不动产权属证书或者不动产登记证明的，应当在不动产登记簿上将收回不动产权属证书或者不动产登记证明的事项予以注明；确实无法收回的，应当在不动产登记机构门户网站或者当地公开发行的报刊上公告作废。

.....

理解与适用

一、文义解释、目的解释

本条是对《物权法》第12条的复制。

本条第1款第1项关于“查验申请人提供的权属证明和其他必要材料”的规定中，所谓权属证明，即证明真实物权关系的文件或事实，诸如不动产权证、项目用海批准文件、行政主管部门的行政划拨的决定、异地安排建设用地的决定、宅基地使用权审批文件、乡镇企业的设立及有关批件等。^[48]究竟是哪种？不应一概而论，而应根据登记事项的本质要求加以确定。例如，申请集体土地所有权首次登记的，登记机构查验的权属证明为土地权属来源材料（《不动产登记暂行条例实施细则》第30条第1项），而申请海域使用权首次登记的，登记机构查验的权属证明则系项目用海批准文件（《不动产登记暂行条例实施细则》第55条第1项）。

本条第1款第1项规定“查验申请人提供的……其他必要材料”，此处“必要材料”包括哪些？确定和判断的实质标准，应是最能使登记机构查清真实的物权关系，从而保障登记事项符合真实物权关系所需要的材料。此类材料的必要性因登记事项的不同而不同。例如，申请集体建设用地使用权及建筑物、构筑物所有权首次登记的，除去有批准权的人民政府批准用地的文件等土地权属来源材料，“必要材料”至少包括建设工程符合规划的材料，权籍调查表、宗地图、房屋平面图以及宗地界址点坐标等有关不动产界址、面积等材料，建设工程已竣工的材料（《不动产登记暂行条例实施细则》第45条第1款）。而申请海域使用权首次登记的，“必要材料”则应有海域使用权出让合同、宗海图以及界址点坐标、海域使用金缴纳或者减免凭证等（《不动产登记暂行条例实施细则》第55条第1-4项）。

本条第1款第2项所谓“就有关登记事项询问申请人”中的“有关登记事项”，应是不动产登记簿必须记载事项中的全部或一部，究竟是哪些？应是登记机构认为不完整、不清楚、有疑问之类的事项。登记机构在办理不动产物权变动的登记时，不宜仅仅阅读申请人提供的材料，而应就这些事项进一步询问申请人。

本条第1款第3项规定登记机构要“如实、及时登记有关事项”，这是实事求是原则、效率原则和公信原则所要求的。既然善意的交易相对人基于信赖不动产登记簿的记载而与登记名义人交易，法律就保护该相对人，那么，不动产登记簿的记载真实、可靠就十分必要。不然，不动产登记簿的记载错误百出，对此家喻户晓，法律还保护应知

不动产登记簿的记载可能有误之人，就明显没有原则了。此其一。此处所谓“有关事项”，应视何种不动产物权的登记而定。例如，在异议登记中，登记机构应将异议事项记载于不动产登记簿，并向申请人出具异议登记证明（《不动产登记暂行条例实施细则》第83条第1款）。与此有别，同一不动产上设立多个抵押权的，不动产登记机构应当按照受理时间的先后顺序依次办理登记，并记载于不动产登记簿。当事人对抵押权顺位另有约定的，从其规定办理登记（《不动产登记暂行条例实施细则》第67条）。此其二。

本条第1款第4项所谓“法律、行政法规规定的其他职责”，例如，在监护人代无民事行为能力人、限制民事行为能力人申请不动产登记的，登记机构应当查验监护人与被监护人的身份证或者户口簿、有关监护关系等材料；因处分不动产而申请登记的，还应当提供为被监护人利益的书面保证（《不动产登记暂行条例实施细则》第11条第1款）。父母之外的监护人处分未成年人不动产的，登记机构有义务查验人民法院指定监护的法律文书、经过公证的对被监护人享有监护权的材料或者其他材料（《不动产登记暂行条例实施细则》第11条第2款）。不动产登记机构进行实地查看，重点查看下列情况：（1）房屋等建筑物、构筑物所有权首次登记，查看房屋坐落及其建造完成等情况；（2）在建建筑物抵押权登记，查看抵押的在建建筑物坐落及其建造等情况；（3）因不动产灭失导致的注销登记，查看不动产灭失等情况（《不动产登记暂行条例实施细则》第16条）。

本条第2款规定：“申请登记的不动产的有关情况需要进一步证明的，登记机构可以要求申请人补充材料，必要时可以实地查看。”这是应予坚持的经验之谈。登记机构的工作人员实地查看申请登记的不动产，具有不少优点。例如，这可有效防止本无不动产但有关人员为达不法目的（如骗取补偿款）而捏造某不动产如愿；避免或减少某特定房屋已经出卖、出租，但该房屋所有权人却将该房屋出卖、出租另外之人的案件；不动产量少、价值低却申请登记为量大、价值高的不动产；等等。在这方面，《不动产登记暂行条例实施细则》提出更加具体的要求，其第16条规定：“不动产登记机构进行实地查看，重点查看下列情况：（一）房屋等建筑物、构筑物所有权首次登记，查看房屋坐落及其建造完成等情况；（二）在建建筑物抵押权登记，查看抵押的在建建筑物坐落及其建造等情况；（三）因不动产灭失导致的注销登记，查看不动产灭失等情况。”

二、形式审查抑或实质审查

制定《物权法》时，有关专家、学者就争论：登记机构办理不动产物权登记时仅仅审查登记申请在登记手续、提供材料在形式上是否

合法、齐备、无瑕疵即足矣，还是必须实质性地审查申请登记的不动产物权以及为此提供的材料是否符合真实的物权关系？前者是形式审查，后者为实质审查。另有专家、学者从另外的视角界定实质审查：登记机构接受登记申请之后，应当对登记内容进行问询和调查，以确保登记内容的真实性。还有专家、学者认为，登记机构的审查权限及于不动产物权变动的原因关系的，就是实质审查；反之，就是形式审查。^[49]此外，针对有的专家、学者认为登记机构的工作人员到不动产所在地实地查看的，就是实质审查的观点，时任全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会副主任王胜明先生对此发表否定意见，理由是现场勘察只能保障部分场合的登记的物权关系与真实的物权关系相一致。^[50]

的确，实质审查，保障登记的不动产物权关系与真实的不动产物权关系相一致，仅仅到不动产所在地实地查看，审查这一手交易的原因关系，是难以确保登记的不动产物权关系与真实的不动产物权关系相一致的，原因简单：前一手交易、前前一手交易，前溯及数手交易，其中任何一手交易有瑕疵，都有可能导致登记的不动产物权关系不同于真实的不动产物权关系。实地查看也难免被骗。这告诉我们，真正的实质审查，时常甚至全部都得追溯到不动产总登记、不动产初始（首次）登记。以中国目前的登记队伍恐怕无力胜任实质审查，只好选择形式审查，同时尽可能地多做一些尽职调查，如《不动产登记暂行条例实施细则》第16条等条文要求的那样。

在不动产登记的审查方面，《民法典》没有改变《物权法》的立场及态度，应该采取形式审查说为妥。

第二百一十三条

登记机构不得有下列行为：

- （一）要求对不动产进行评估；
- （二）以年检等名义进行重复登记；
- （三）超出登记职责范围的其他行为。

本条主旨

本条是关于禁止登记机构实施有关行为的规定。

相关条文

《物权法》第13条 登记机构不得有下列行为：

- (一) 要求对不动产进行评估；
- (二) 以年检等名义进行重复登记；
- (三) 超出登记职责范围的其他行为。

《不动产登记暂行条例》第30条 不动产登记机构工作人员进行虚假登记，损毁、伪造不动产登记簿，擅自修改登记事项，或者有其他滥用职权、玩忽职守行为的，依法给予处分；给他人造成损害的，依法承担赔偿责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第32条 不动产登记机构、不动产登记信息共享单位及其工作人员，查询不动产登记资料的单位或者个人违反国家规定，泄露不动产登记资料、登记信息，或者利用不动产登记资料、登记信息进行不正当活动，给他人造成损害的，依法承担赔偿责任；对有关责任人员依法给予处分；有关责任人员构成犯罪的，依法追究刑事责任。

《不动产登记暂行条例实施细则》第103条 不动产登记机构工作人员违反本实施细则规定，有下列行为之一，依法给予处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

- (一) 对符合登记条件的登记申请不予登记，对不符合登记条件的登记申请予以登记；
- (二) 擅自复制、篡改、毁损、伪造不动产登记簿；
- (三) 泄露不动产登记资料、登记信息；
- (四) 无正当理由拒绝申请人查询、复制登记资料；
- (五) 强制要求权利人更换新的权属证书。

理解与适用

本条系禁止性规定、强制性规定。登记机构实施其中任何一种被禁止的行为的，都要依法承担法律责任，包括赔偿责任、行政责任直至刑事责任（《不动产登记暂行条例》第30条、第32条）。

本条规定有的放矢，针对实务中确实出现的如下现象而特意表明态度：一些地方的一些不动产登记机构，履行职责的态度不端正，管

理不严格，不考虑如何准确、及时地登记申请的事项，如何为当事人提供便利，而是挖空心思，利用手中职权给当事人设置重重障碍，在为单位和个人谋取私利上做足工夫，炮制出评估、年检等诸多名目，收取高额费用。这些现象在抵押登记领域尤为突出，群众意见很大。为杜绝、减少此类现象再次发生，本条作出上述禁止规定，不但明确列举“要求对不动产进行评估”和“以年检等名义进行重复登记”这两项反映强烈的问题；同时，又规定了“超出登记职责范围的其他行为”该项兜底内容，以防止这些低级机构改头换面，钻法律的空子；此外，也为当事人在权益受损时提供法律武器。^[51]

之所以要禁止“要求对不动产进行评估”，这是因为作为标的物的不动产的价值高低，应属交易的代价合理与否的问题，基本上关涉交易双方的利益分配关系，而不属于社会公共利益的范畴。在作为标的物的不动产价值几何的判断采取主观等值原则的背景下，结论尤应如此。

所谓主观等值原则，是指以当事人的主观意愿来判断，纵使以市场标准或自理性之人的角度衡量并非等值，但只要当事人具有真实的合意，在主观上愿意以自己的给付换取对方的给付，那么对双方而言就是公正的^[52]，也可以说对价合理。由于两种给付之间在客观上是否相当，例如对特定服务究竟应支付多少报酬，对特定商品究竟应支付多少价款，方为公平合理，涉及因素甚多，欠缺明确的判断标准，故在合同领域应采取主观等值原则，即当事人主观上愿以此给付换取对待给付，即为公平合理，至于客观上是否等值，在所不问。^[53]采取主观等值原则的深层原因在于合同自由。合同成立过程若健全而无意思瑕疵，且其意思形成在私法自治容许的范围内，法律秩序原则上应尊重当事人所拟合同条款所彰显的合同正义，给付和对待给付之间存在的主观的等值性，不应被恣意否定，否则，当事人对将来合同的履行已无预测的可能性，法律安定性、交易安全受到严重破坏，私法自治原则不啻镜花水月。^[54]康德说得直截了当：“当某人就他人事务作出决定时，可能存在某种不公正。但当他就自己的事务做决定时，则绝不可能存在任何不公正。”^[55]这些观点虽然过于极端，但却表明了个人意志在合同的成立以及合同权利义务之确定上的重要性。

既然“对不动产进行评估”非为社会公共利益的问题，登记机构要求“对不动产进行评估”就缺乏正当性，被法律禁止理所应当。

之所以要禁止“以年检等名义进行重复登记”，是因为抵押权一经登记设立便一直从属于被担保债权，且具有持续性，该持续性不依赖于抵押登记的不断进行，除非抵押权的使命完成或被当事人双方免去或被其他法律手段取代，抵押权的效力不会夭亡。就是说，依抵押权

的本性，不需要年检，不需要重复登记。既然如此，“以年检等名义进行重复登记”便缺乏正当性，被法律禁止理所应当。

不仅抵押权如此，诸如不动产所有权、土地承包经营权、土地经营权、建设用地使用权、宅基地使用权、居住权、地役权一旦设立，便依法或依约定存续下去，直至终了。不动产物权登记据此记载，即可了事，完全不需要年年检查、重复登记。

本条第3项所谓“超出登记职责范围的其他行为”，例如，《不动产登记暂行条例》第30条列举的不动产登记机构工作人员进行虚假登记、擅自修改登记事项；第32条列举的不动产登记机构泄露不动产登记资料、登记信息，或者利用不动产登记资料、登记信息进行不正当活动；《不动产登记暂行条例实施细则》第103条列举的对符合登记条件的登记申请不予登记，对不符合登记条件的登记申请予以登记；擅自复制、篡改、毁损、伪造不动产登记簿；泄露不动产登记资料、登记信息；无正当理由拒绝申请人查询、复制登记资料；强制要求权利人更换新的权属证书。

第二百一十四条

不动产物权的设立、变更、转让和消灭，依照法律规定应当登记的，自记载于不动产登记簿时发生法律效力。

本条主旨

本条是关于不动产物权变动依法应当登记的，自变动事项记载于不动产登记簿时发生法律效力。

相关条文

《物权法》第14条 不动产物权的设立、变更、转让和消灭，依照法律规定应当登记的，自记载于不动产登记簿时发生法律效力。

《不动产登记暂行条例》第21条 登记事项自记载于不动产登记簿时完成登记。

不动产登记机构完成登记，应当依法向申请人核发不动产权属证书或者登记证明。

理解与适用

一、基本含义

观察本条的文义，依据《民法典》关于不动产物权变动的系列规定的体系解释，可以说本条是关于基于法律行为而发生的不动产物权变动生效的时间点的规定。

至于非基于法律行为而发生的不动产物权变动，因《民法典》未规定以登记作为生效要件，未强行要求及时办理登记（第209条第2款、第229-231条），故此类不动产物权变动的生效时间点不以登记事项记载于不动产登记簿时为准。土地承包经营权的设立、互换、转让，土地经营权的设立，虽属基于法律行为而发生的不动产物权变动，但《民法典》明文规定以合同生效时发生效力（第333条第1款、第335条、第341条），也不以登记事项记载于不动产登记簿时为准。地役权的设立，尽管属于基于法律行为而发生的不动产物权变动，但《民法典》仍例外地规定以地役权合同生效为要件（第374条），还不以地役权设立的事项记载于不动产登记簿时发生效力。

本条所谓不动产登记簿，是指采取物的编成主义，由不动产登记机构依法制作的，对其辖区内某一特定区域的不动产物权及其变动的状况予以记载的官方记录汇集。对于这种记载，《民法典》赋予其公示不动产物权及其变动的效力（第209条、第214条等），《民法典》进一步赋予此种公示具有公信力（第216条第1款）。

围绕不动产登记簿的法律问题，《不动产登记暂行条例》及《不动产登记暂行条例实施细则》予以进一步细化，增强明确性和可操作性。《不动产登记暂行条例》第8条第1款规定：“不动产以不动产单元为基本单位进行登记。不动产单元具有唯一编码。”此处所谓不动产单元，是指权属界线封闭且具有独立使用价值的空间。没有房屋等建筑物、构筑物以及森林、林木定着物的，以土地、海域权属界线封闭的空间为不动产单元。有房屋等建筑物、构筑物以及森林、林木定着物的，以该房屋等建筑物、构筑物以及森林、林木定着物与土地、海域权属界线封闭的空间为不动产单元。以上所述房屋，包括独立成幢、权属界线封闭的空间，以及区分套、层、间等可以独立使用、权属界线封闭的空间（《不动产登记暂行条例实施细则》第5条）。不动产登记簿以宗地或者宗海为单位编成，一宗地或者一宗海范围内的全部不动产单元编入一个不动产登记簿（《不动产登记暂行条例实施细则》第6条）。《不动产登记暂行条例》第8条规定：“不动产登记机构应当按照国务院国土资源主管部门的规定设立统一的不动产登记簿”（第2款）。“不动产登记簿应当记载以下事项：（一）不动产的坐落、界址、空间界限、面积、用途等自然状况；（二）不动产权利的主体、类型、内容、来源、期限、权利变化等权属状况；（三）涉

及不动产权利限制、提示的事项；（四）其他相关事项”（第3款）。第9条规定：“不动产登记簿应当采用电子介质，暂不具备条件的，可以采用纸质介质。不动产登记机构应当明确不动产登记簿唯一、合法的介质形式”（第1款）。“不动产登记簿采用电子介质的，应当定期进行异地备份，并具有唯一、确定的纸质转化形式”（第2款）。《不动产登记暂行条例实施细则》第7条第1款规定：“不动产登记机构应当配备专门的不动产登记电子存储设施，采取信息网络安全防护措施，保证电子数据安全。”《不动产登记暂行条例》第10条规定：“不动产登记机构应当依法将各类登记事项准确、完整、清晰地记载于不动产登记簿。任何人不得损毁不动产登记簿，除依法予以更正外不得修改登记事项。”《不动产登记暂行条例实施细则》第7条第2款强调：“任何单位和个人不得擅自复制或者篡改不动产登记簿信息。”

二、不动产物权变动发生效力的时间点的确定及其根据

实际上，关于《民法典》第214条所涉问题的立法模式，一直存有不同的意见。第一种意见是以当事人向登记机构递交登记申请时为发生不动产物权变动的效力之时，第二种观点是以将登记事项记载于不动产登记簿时为发生不动产物权变动的效力之时。

这两种观点各有优长，相比较而言，以将登记事项记载于不动产登记簿时为发生不动产物权变动的效力之时这种观点，有其优点：

（1）这与基于法律行为而发生的不动产物权变动以登记为生效要件这个模式的文字表达相一致，而第一种意见以当事人向登记机构递交登记申请时发生不动产物权变动的效力，则不相符合。（2）公示，不是当事人的登记申请，而是不动产登记簿簿页上关于不动产物权及其变动的记载。公信力，也不是因当事人的登记申请而起，而是法律赋予公示的法律效力。就此说来，第二种观点与公示、公信力的精神实质相符，而第一种意见则否。

不过，转换视角，反倒是第一种意见更具长处，第二种观点处于下风。（1）当事人递交登记申请在先，登记机构将登记事项记载于不动产登记簿簿页之上在后，就是说，按照第二种观点，不动产物权变动发生效力的时间滞后了，遇有征收补偿、第三人侵害不动产时谁有权请求侵权行为人承担责任、一物多卖时认定是有权处分还是无权处分等问题，直接影响各方当事人的利益，多数情况下不利于买受人。依据第一种意见，在多数情况下有利于买受人。（2）在以同一个不动产为客体牵涉数个交易相对人的场合，例如甲将其A楼出卖于乙，又出卖给丙，乙先到登记机构申请转移登记，丙姗姗来迟，但登记机构的工作人员故意或过失地把A楼的所有权登记在丙的名下，这对乙非常不利，且不正当。如果按照第一种意见决定，就不会出现这

种不适当的后果。

接下来，分别考察法律关系。

在不动产交易双方的关系中，按照第二种观点，买受人取得不动产物权迟延一些，但在出卖人拒不协助办理不动产物权的转移登记，甚至干脆把该不动产出卖给第三人的情况下，买受人虽无该不动产的物权，但享有债权，可以请求出卖人履行协助办理转移登记的义务，并承担支付违约金或赔偿违约损害，出卖人无利可图。根据第一种意见，买受人取得不动产物权的时间点早一些，只要买受人向登记机构递交登记申请，该不动产的物权就转移至买受人，自此，出卖人对买受人所负主给付义务已经履行完毕，只剩下附随义务，或是侵权法上的不得侵害买受人对该不动产所享有的物权以及其他权利的义务。在这个阶段、这些方面，两种观点带来的结果虽有不同，但在利益关系方面没有实质的差异。此其一。但是，登记申请递交后但尚未登记完毕之时恰遇征收，则结果差异巨大，按照第一种意见，此时被征收人是买受人而非出卖人，买受人有权获得征收补偿；但根据第二种观点，被征收人是出卖人，他有权获得征收补偿。此其二。登记申请递交后但尚未登记完毕之时恰逢不可抗力，该不动产灭失，按照第一种意见，由买受人承担风险，若已付款则不需索回，若尚未付款则有义务继续支付；根据第二种观点，若该不动产的占有尚未转移，则风险由出卖人承担，若已经收取价款则须不当得利返还，若尚未收取则无权再请求支付；不过，若该不动产的占有已经转移给买受人，则风险负担翻转过来。此其三。登记申请递交后但尚未登记完毕之时，第三人侵害该不动产，按照第一种意见，买受人是请求权人；根据第二种观点，出卖人是请求权人，至于买受人是否能以其债权受第三人不法侵害为由请求该第三人向自己承担侵权责任，《民法典》暧昧不明，学说上意见不一，笔者赞同债权也是侵权行为的对象这派观点。此其四。

在买受人与第三人的关系中，两种观点引发的后果存有明显的差异。在出卖人把同一个不动产也出卖给第三人但尚未办理转移登记的情况下，按照第一种观点，买受人只要先行递交登记申请，就取得了该不动产的物权，虽因尚未登记完毕、欠缺公示，这对抗不了第三人，但可造成出卖人与该第三人之间的关系成为无权处分关系，该第三人欲取得该不动产的物权，须适用善意取得规则。这增加了该第三人如愿以偿的难度，因其可能已经非善意。与之不同，按照第二种观点，虽然买受人递交了登记申请，但只要登记机构尚未办理转移登记，该不动产的物权就依然归属于出卖人，出卖人与该第三人之间的关系是有权处分的关系，该第三人取得该不动产物权的障碍就少得

多。

最终的抉择是，《物权法》采纳了第二种观点（第14条），《民法典》完全复制（第214条）。

第二百一十五条

当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者当事人另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。

本条主旨

本条是关于不动产物权变动与其原因行为相区分的规定。

相关条文

《物权法》第15条 当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。

理解与适用

一、基本含义

（一）不动产物权变动与其原因行为的区分

本条把不动产物权变动与其原因行为分成两个法律现象，不动产物权变动由物权法调整，原因行为由合同法规制。例如，张三作为出卖人和李四作为买受人订立A楼买卖合同，A楼的所有权由张三转移给李四系不动产物权变动，归属于物权法，A楼买卖合同系不动产物权变动的原因行为，归属于合同法。

（二）不动产物权变动与其原因行为的相互关联

在基于法律行为而发生的不动产物权变动的模式下，没有原因行为，不会有不动产物权的变动，后者是结果，前者是原因，这是二者在因果关系中的定位。正因为二者处于此种因果关系之中，所以，不动产物权变动与否，不应影响原因行为的效力。其中一个表现是：登记是基于法律行为而发生的不动产物权变动的生效要件，不登记，不动产物权就不发生变动；但是处于结果一端的登记，这个不动产物权

变动的生效要件，不是处于原因一端的原因行为的生效要件，除非法律另有规定或当事人另有约定。《民法典》无此另外的规定，当事人可能有此类约定，那属于意思自治的范畴，笔者至今未见当事人在房屋买卖合同中约定转移登记是房屋买卖合同的生效要件。关于原因行为的成立和生效，《民法典》的立场和态度是：依法成立的合同自成立时生效（第502条第1款正文），这是常见的情形；法律、行政法规规定应当办理批准等手续生效的，依照其规定（第502条第2款前段），这为个别现象。即使个别现象里的“批准等手续”，也不包括作为不动产物权变动的生效要件之一的登记。

二、不动产物权变动与物权行为之间的关系

按照德国民法理论审视前两个自然段所述现象，A楼买卖合同系债权行为，A楼的所有权由张三转移至李四，站在法律行为的层面看待，它是物权行为；立于结果的角度看待，它是不动产物权的变动。与此不同，在法国、日本（通说）、中国的民法视野里，这里只有一个法律行为，即A楼买卖合同，至于A楼所有权的转移，那是A楼买卖合同履行的结果，是个事实，也可以说是事实行为。

德国民法如此对待生活关系，利弊相伴。其弊之一是，不动产物权变动/A楼所有权的转移这同一个现象被分析为两个现象，并且分处两端：一个作为原因行为/物权行为，一个作为结果；一个作为法律事实，一个作为法律关系。一方面，物权行为这个法律事实引发物权变动这种法律关系，可另一方面，展现在人们眼前的是：该物权变动这个法律关系正好是物权行为这个法律事实本身。在普通大众眼里，疑惑不解。当然，为了维持法律事实与法律关系、原因行为与物权变动这样的理论格局，只好说：这里存在着逻辑上的一秒，即把物权行为/原因行为看成先于物权变动这个结果一秒钟出现。

个别专家、学者可能是完全沉醉于德国民法理论之中了，脑海里除了德国民法思维再无其他民法逻辑，表现在这里就是：只要一见到物权变动，就认定存在物权行为。于是，这些专家、学者把《民法典》第215条开头所谓“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同”说成是物权行为，或将“设立、变更、转让和消灭不动产物权”理解为物权行为。这不能成立！首先，从《民法典》第215条的文义和规范意旨角度看，此处“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同”是原因行为，可能是不动产买卖合同、互易合同、赠与合同等，绝不是物权行为。即使按照德国民法理论审视，结论也是如此。其次，此处所谓“设立、变更、转让和消灭不动产物权”，是不动产物权变动，也不是物权行为。原来，不动产物权变动在任何法制上、任何国度或地区里都存在，可是在不同的

学说体系和背景下，对物权变动的认识存在着分歧。在英美法系、法国法系、苏联民法上，物权变动就是物权运动的现象，或为物权从无到有，或为物权从甲移转至乙，或为物权自身发生了变化，或为物权归于消灭，其中不含有意思表示乃至物权合意，没有所谓物权行为存在的余地。与此不同，德国法系通过人为的抽象，认为物权变动的现象含有多种因素，从结果的侧面总结是物权发生、变更、消灭，从行为的层面剖析，认为其中含有物权意思表示或物权合意，从动因的角度观察为物权行为。日本的民法学说对此看法不一，如今的通说采取法国法系的解释，少数说仍固守德国法系的理论。

中国法呢？关键是立法计划和立法目的。如果《民法典》的立法计划和立法目的是按照物权行为理论来设计物权制度，那么，《民法典》第215条就含有物权行为的内容；反之，则否。之所以如此，是因为法律行为系因法律承认意思表示于法律世界中实现行为人所欲然的法律判断^[56]，法律概念是对生活的抽象而不是生活本身，意思表示以及法律行为制度也是法律对现实生活的一种抽象，属于规范层面。^[57]在交易过程中所存在的围绕物权变动的意思因素，并不一定能够在民法世界中找到自己的位置。立法者的选择是多样的：可能忽视这些意思因素；可能赋予这些意思因素以法律意义；也可能在实际没有意思因素的地方拟制当事人的意思，并赋予其法律意义。^[58]物权行为是个人造的产物，是学者认识事物所形成的学术见解，是个法律创设的制度。学术上不抽象出物权行为，法律不设置物权行为制度，就没有物权行为这个东西。正因如此，立法者可以将抛弃物权等现象抽象设计为物权行为法律制度，也可以不作如此抽象，仅仅把此类现象设计为法律行为，不再区分是“物权行为”还是“债权行为”。在采取后一种方案的情况下，就不能说“抛弃物权系物权行为，乃客观存在”^[59]。

法国民法、苏联民法没有抽象物权行为，没有设置物权行为制度，在它们那里就没有物权行为。有专家、学者称物权行为独立性属于事实判断，物权行为无因性属于价值判断，这种断言适合于德国民法及其理论，但不适合法国的、苏联的民法及其学说。原因正在于德国民法上存在着物权行为这个事实，而法国的、苏联的民法上不存在物权行为这个事实。

笔者多次参与全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会及民法室组织的《民法总则》草案、《民法典（草案）》研讨会，从未闻知立法机关采纳物权行为理论。虽然在研讨会上曾有三两个学者力主《民法总则》《民法典》采取物权行为理论，但每次都有专家、学者予以反对，《民法总则》《民法典》没有采取物权行为理论。^[60]在

这里，可以援引长期在全国人大从事《民法通则》《合同法》《物权法》《侵权责任法》草拟和研讨工作，先后担任民法室主任、法制工作委员会副主任的王胜明先生的说明：《民法通则》《物权法》《合同法》等民事法律没有采纳物权行为理论^[61]，只能把物权变动定性为一种物权运动的客观现象，而非物权行为。《物权法》第15条的规定，区分的是物权变动与其原因行为，而非物权行为与其原因行为。这样解释的重要根据就在于《物权法》没有采取物权行为理论。^[62]

三、不动产物权变动与其原因行为之间的关系在法律层面的演变

在比较长的历史时期，中国法未注意区分不动产物权变动与其原因行为，甚至把两者紧紧地捆绑在一起，或者混淆它们。

最高人民法院于1982年8月19日作出的《关于华侨买卖国内房屋问题的批复》中指出，华侨买卖国内房屋，必须向国内当地房管部门申请登记，经审查批准后，方可成交；并按规定在国内支付款项交纳税金；否则不予承认。再如，最高人民法院于1985年8月10日作出的《关于国营企业购买私房已使用多年经补办批准手续后可承认买卖关系有效的批复》，认定私房买卖合同关系经补办县人民政府的批准手续后有效。最高人民法院于1982年12月18日发出的《关于王正贵与林作信、江妙法房屋买卖关系如何确认的批复》指出，房屋买卖关系，既未经过国家的契税手续，也没有取得房管部门的认可，该买卖合同无效。这些批复似乎把登记作为买卖等合同的有效要件了。

模棱两可的有，《关于民法通则的意见》规定，公民之间赠与关系的成立，以赠与物的交付为准。赠与房屋，如根据书面赠与合同办理了过户手续的，应当认定赠与关系成立；未办理过户手续，但赠与人根据书面赠与合同已将产权证书交与受赠人，受赠人根据赠与合同已占有、使用该房屋的，可以认定赠与有效，但应令其补办过户手续（第128条）。其中，有的表述把过户登记作为所有权移转的生效要件，有的表述则有登记为赠与关系的有效要件之意，概念不清。

无论是20世纪50年代的民法学著作，还是20世纪80年代的民法学著述，都把登记、批准作为买卖等合同的生效要件甚至成立要件^[63]，而不是把它们作为物权变动的生效要件。

《担保法》第41条关于“当事人以本法第四十二条规定的财产抵押的，应当办理抵押物登记，抵押合同自登记之日起生效”的规定，显然是把登记作为影响抵押合同效力的要件了。与此理念相仿，《担保法》第64条第2款关于“质押合同自质物移交于质权人占有时生效”的规定，也混淆了物权变动的生效要件与原因行为的生效要件。

《关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解答》第5条关于“出让合同出让的土地使用权未依法办理审批、登记手续的，一般应当认定合同无效，但在一审诉讼期间，对于出让集体土地使用权依法补办了征用手续转为国有土地，并依法补办了出让手续的，或者出让未经依法批准的国有土地使用权依法补办了审批、登记手续的，可认定合同有效”的规定，第6条关于“……转让未经依法批准的国有土地使用权依法补办了审批、登记手续的，可认定合同有效”的规定，第7条关于“……在一审诉讼期间，经有关主管部门批准，补办了土地使用权登记或变更登记手续的，可认定合同有效”的规定，第14条关于“土地使用者就同一土地使用权分别与几方签订土地使用权转让合同，均未办理土地使用权变更登记手续的，一般应当认定各合同无效；如其中某一合同的受让方已实际占有和使用土地，并对土地投资开发利用的，经有关主管部门同意，补办了土地使用权变更登记手续的，可认定该合同有效。转让方给其他合同的受让方造成损失的，应当承担相应的民事责任”的规定，第15条关于“土地使用者未办理土地使用权抵押登记手续，将土地使用权进行抵押的，应当认定抵押合同无效”的规定，第16条关于“土地使用者未办理土地使用权抵押登记手续将土地使用权抵押后，又与他人就同一土地使用权签订抵押合同，并办理了抵押登记手续的，应当认定后一个抵押合同有效”的规定，以及第18条中段关于“未办理土地使用权变更登记手续的，一般应当认定合建合同无效”的规定，都是错将不动产物权变动的生效要件作为原因行为的生效要件。

《物权法》率先澄清这个问题，于第15条明确确立不动产物权变动与其原因行为相区分的原则。《民法典》完全承继之（第215条）。

四、不动产物权变动与其原因行为相区分的意义

1.这种区分符合物权与债权二分、各自依其自身规律运动的基本原理。物权依其绝对性及强大效力有必要奉行公示原则，尤其在交易领域这还是交易安全的需要。所以，不动产物权以登记作为公示方法，其变动以登记作为生效要件，具有内在合理性。不动产物权变动的原因行为，诸如买卖合同、互易合同、赠与合同、以物抵债协议、抵押合同等，遵循合同的相对性，无公示的强烈需求，并且时常也无法公示。既然如此，把登记作为此类合同的生效要件不合合同的本质要求，画蛇添足。

2.这种区分意味着买卖、抵押等合同的效力不因未办理登记手续而受影响，即使未办理登记手续，这些合同也是有效的，买受人、“抵押权”人等权利人可以基于这些有效的合同请求出卖人、抵押

人等义务人继续履行合同项下协助办理登记的义务，达到不动产物权变动的结果。与此不同，把登记作为这些合同的生效要件，只要没有办理登记手续，这些合同便未生效，甚至无效，出卖人、抵押人等义务人协助办理登记手续的义务便不复存在，买受人、“抵押权”人等权利人无权请求出卖人、抵押人等义务人继续协助办理登记的义务，不动产物权变动成为泡影。这显然不利于买受人、“抵押权”人等权利人。

3.这种区分使原因行为大多处于有效的状态，出卖人、抵押人等义务人负有协助办理登记的义务。他们不履行此类义务，便构成违约，买受人、“抵押权”人等权利人可以追究其违约责任，如请求其支付违约金或赔偿履行利益（期待利益或曰预期利益）的损失。而把登记作为原因行为的生效要件，未登记则原因行为不发生效力甚至无效，买受人、“抵押权”人等权利人只可追究出卖人、抵押人等义务人的缔约过失责任。如此，违约金责任不复存在，损害赔偿，多数说认为限于直接损失（成本的支出），不得主张机会利益的损害赔偿。无机会利益的损害赔偿远远低于违约责任中的履行利益（期待利益或曰预期利益）的赔偿。这显然不利于买受人、“抵押权”人等权利人。

4.这种区分使原因行为大多处于有效的状态，买受人等债权人占有作为标的物的不动产属于有权占有，出卖人等无权请求返还该种占有。与此不同，把登记作为原因行为的生效要件，未登记，买卖合同不生效甚至无效，买受人等权利人尚无债权，其占有作为标的物的不动产构成无权占有，出卖人等义务人有权请求返还。这也不利于买受人等权利人。

五、不可从一个极端跳到另一个极端

笔者注意到，有些专家、学者持有下述认识甚至体现在判决里：既然物权变动与其原因行为相区分，那么，物权变动一经完成，就具有独立性，登记完毕的不动产物权依《物权法》第15条亦即《民法典》第215条的规定就具有绝对的效力，即使该物权变动的原因行为没有成立、无效，也要维持不动产物权的效力。因而，在有人认为不动产登记错误、提起确认之诉，请求人民法院把登记在甲名下的某不动产变更登记在自己名下的案件中，主审法院不予审理该不动产登记的原因行为是否有效，便径直以该不动产已登记在甲的名下为由驳回该诉讼请求。这是不正确的，因为不动产登记受法律保护是以其有法律根据作为前提的，如果某项不动产登记欠缺法律根据，就是错误登记，应予更正（《物权法》第19条第1款，《民法典》第220条第1款）；在不动产物权变动是基于法律行为而发生的情况下，只有该法律行为有效，该不动产物权的登记才受法律保护，在该法律行为不成

立、无效的情况下，该登记失去继续维持的法律根据，在真正的物权人请求确认该不动产物权归其享有的诉讼中，该不动产物权登记应被注销。

假如当事人仅仅诉请人民法院确认某不动产物权归属于他，不归登记名义人，但未同时诉请确认该不动产物权登记所基于的买卖等合同不成立或无效，那么，审判庭应予释明，以便一并解决该不动产物权登记与其原因行为的问题，把该不动产物权确认给真正的物权人。

第二百一十六条

不动产登记簿是物权归属和内容的根据。

不动产登记簿由登记机构管理。

本条主旨

本条是关于登记具有公信力以及不动产登记簿由登记机构管理的规定。

相关条文

《物权法》第16条 不动产登记簿是物权归属和内容的根据。

不动产登记簿由登记机构管理。

理解与适用

一、登记具有公信力

本条第1款前段赋予不动产物权登记具有公信力，其意义在于，不动产物权变动既以登记为公示方法，即使此类表征与真实的权利不符，对于信赖物权表征而为交易之人，法律仍然承认其具有与真实物权状态相同的法律效果，以为保护。^[64]该项原则即为公信原则，这种法律效力就是公信力。本条第1款前段即为其法律根据。

本条是对《物权法》第16条的复制。理解本条，有必要回顾专家、学者对《物权法》第16条的解读。清楚了《物权法》第16条及其解读与争论，也就明白了《民法典》第216条的意义。

《物权法》第16条第1款关于“不动产登记簿是物权归属和内容的根据”的规定，承认了权利正确性推定原则，结合《物权法》第106条第1款等条款的规定解释，也可以说它承认了不动产物权登记的公信原则、公信力。^[65]

当然，存在相反的见解，理由恐怕是《物权法》没有规定权利正确性推定原则，换句话说，《物权法》第16条第1款并非权利正确性推定的规定。^[66]

诚然，依《物权法》第16条第1款的文字表述，确实难见“视为”“推定”的意思，但若僵硬地遵循汉语语文的规则解释该条款，就此得出《物权法》尚未承认公信力的结论，就使得《物权法》第106条明确规定的善意取得制度失去存在的逻辑前提、技术前提。因为按照通说，善意取得制度必须以公示具有公信力为技术前提、逻辑前提。有鉴于此，不如宽松地解释《物权法》第16条第1款的意义，即所谓“不动产登记簿是物权归属和内容的根据”，固然是指不动产登记簿记载的权利状态符合真实的权利义务关系的场合，该记载当然是物权归属和内容的根据，任何人都无权无视，任何人都不得否认，否则，需承担法律责任；同时也包含这样的意思：不动产登记簿记载的权利状态不符合真实的权利义务关系时，只要没有举证推翻该项记载，没有注销该项记载，没有记载正确性的异议，对于信赖该项记载的善意相对人而言，“不动产登记簿关于权利状态的记载”，同样“是物权归属和内容的根据”。换句话说，把《物权法》第16条第1款的规定，解释为包含着权利正确性推定的意思。

如此解释，固然是为了正确地适用《物权法》，以妥当地解决无权处分问题，不得已而为之，但也不像表面看来的那样“不讲理”。这从历史解释中可以看出。

作为中国物权立法重要参考资料的物权法草案建议稿，有梁慧星教授主持的《中国物权法草案建议稿：条文、说明、理由与参考立法例》和王利明教授主持的《中国物权法草案建议稿及说明》等。梁慧星教授主持的《中国物权法草案建议稿：条文、说明、理由与参考立法例》第28条规定：“在不动产登记簿上记载某人享有某项物权时，推定该人享有该项权利。”其条名和说明中都明确承认该条是关于权利正确性推定的规定，并将该条与《德国民法典》第891条、中国台湾地区“土地法”第43条相提并论。该建议稿第29条规定：“以不动产登记簿为根据取得的不动产物权，不受任何人追夺。但取得人于取得权利时知悉权利瑕疵或者登记有异议抗辩的除外。”其条名和说明中都明确该条系关于善意保护的规定，并将该条与《德国民法典》第892条第1项前段的规定、《瑞士民法典》第973条和第974条的规定

相互对照。^[67]王利明教授主持的《中国物权法草案建议稿及说明》第26条规定：“在不动产登记簿上记载的权利人，依法享有该项物权”（第1款）。“权利人处分该项物权，受法律保护。但受让人明知权利人不应当取得该项权利，而仍然与之从事交易的，不在此限”（第2款）。“信赖登记所记载的权利而与权利人进行交易的人，推定其具有善意”（第3款）。其条名为登记的效力，其说明认为登记具有公信力，信赖该登记的善意受让人应当受到法律保护。用今天多数学者的语言描述就是，该第26条规定了登记的公信力和善意取得。第27条规定：“登记记载的权利人推定其为真正的权利人，其他人推定为不享有该项权利的人。”其条名为物权的推定，其说明认为该条规定了权利正确性推定。^[68]

《德国民法典》第891条就是关于权利正确性推定的规定，与《德国民法典》第892条和第893条关于善意取得效力的规定，源于同一思想，只是在构成要件上存在着差异：第891条作为举证负担规范，也就是恰在真实法律关系无法查明时，该规范才发挥作用：受土地登记簿内容的支持者，不负举证责任；第892条和第893条作为实体法上的权利表象要件，其规范出发点，为不正确的，也就是与真实法律关系不相符的土地登记簿。在土地交易中，信赖土地登记簿的内容者，其信赖受法律保护，他获得在土地登记簿状态与真实法律关系不相吻合时，应能取得的权利地位。故而也可以说：权利表象取代权利本身。^[69]中国台湾地区“土地法”第43条就是关于公信力的规定。^[70]

上述物权法草案建议稿对中国物权法草案产生了影响，只不过考虑到人民群众的接受能力，吸取地方人大、中央有关部门、单位和专家关于应将物权法草案第9条、第23条、第27条、第111条规定的物权变动的生效或对抗效力、物权公示的权利正确性推定的效力、物权公示的善意保护效力，予以整合、修改的意见^[71]，后几稿物权法草案以至《物权法》在行文上有所变化。例如，2002年1月28日的《中华人民共和国物权法（征求意见稿）》第12条规定：“不动产登记簿记载的事项，是权利人及其物权内容的根据”（第1款）。2002年12月17日的《中华人民共和国民法（草案）》第12条第1款、2004年8月3日的《中华人民共和国物权法（草案）》（修改稿）第13条第1款完全复述了上述规定。2004年10月15日的《中华人民共和国物权法（草案）》（委员长会议审议稿）第17条第1款规定：“不动产登记簿记载的事项，是物权归属和内容的根据。”2005年7月8日的《中华人民共和国物权法（草案）》（全国人大常委会办公厅公布的社会公开征求意见稿）第16条第1款、2006年6月6日的《中华人民共和国物权法（草案）》（修改稿）第16条第1款完全复述了2004年10月15日草

案第17条第1款的规定。2006年10月20日的《中华人民共和国物权法（草案）》（第六次审议稿）第16条第1款规定：“不动产登记簿，是物权归属和内容的根据。”2006年12月15日的《中华人民共和国物权法（草案）》（第七次审议稿）第15条第1款只是去掉了逗号，内容未变：“不动产登记簿是物权归属和内容的根据。”2007年3月5日的《中华人民共和国物权法（草案）》（第八次审议稿）第16条第1款复述了第七次审议稿的表述。第十届全国人民代表大会第五次会议于2007年3月16日通过的《中华人民共和国物权法》第16条第1款将第八次审议稿第16条第1款的规定正式法律化了。全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室编著的《物权法及其相关规定对照手册》^[72]，认为《物权法》第16条第1款的规定，与《德国民法典》第891条、第892条，与《瑞士民法典》第973条第1款[对于善意的第三人]关于“出于善意而信赖不动产登记簿的登记，因而取得所有权或其他权利的人，均受保护”的规定，与中国台湾地区“土地法”第43条关于“依本法所为之登记，有绝对效力”的规定，属于相关规定。换个角度说，中国《物权法》第16条第1款的规定，是参考、借鉴了这些境外立法例的相关规定而制定的。全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室编著的《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》也是这样认定的，并于其“说明”部分明确将《物权法》第16条第1款的规定作为权利正确性推定看待，在其“立法理由”部分认为它规定了公信力。^[73]时任全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会主任胡康生主编的《中华人民共和国物权法释义》对《物权法》第16条第1款规定的解释，与上述文献所持观点一脉相承。^[74]

考察至此，可以说《物权法》第16条第1款就是关于权利正确性推定、公信力的规定，只是法律条文的表述没有按照境外立法例的规程行文。顺理成章，《民法典》第216条也是如此。

权利正确性推定，是在推定不动产登记簿登记的不动产物权状态与真实的不动产物权关系相一致，法律对此认可和保护。它不仅就登记的不动产物权的存在及其归属具有推定的法律效力（推定不动产登记簿所登记的不动产物权属于登记名义人，或曰其享有该不动产物权），而且就该不动产物权变动的存在，也属于其推定的范围（不动产物权变动一经登记，就推定该不动产物权变动合法存在）。此其一。需要注意，具有权利正确性推定的登记，仅以关于不动产物权的登记为限，所以，关于不动产物权登记标示的记载，如土地的坐落、面积、地目、使用区分及建筑物的结构等与土地、建筑物的现状，都不为权利正确性推定的效力所及。交易相对人仅仅信赖这些内容不足以使其善意取得交易标的物。权利正确性推定的效力所及的，交易相对人应该信赖的，法律保护这种信赖的，应当是不动产登记簿所登记

的不动产物权的存在及其现在的状态，诸如不动产物权的种类、内容、顺序及权利人。此其二。^[75]这种理念及观点也适合对《物权法》第16条第1款和《民法典》第216条第1款的理解和把握。

二、确立公信原则的机理

不动产物权以登记为其公示方法，法律可以就此止步，不赋予登记以绝对的效力。至于登记是否准确地反映了真实的不动产物权关系，法律不打包票。这或暗或明地告诉人们，不动产登记簿的记载不一定正确，不得/不宜完全信赖该记载，与登记名义人发生关系时，欲保自己不因登记错误而受损失，需要做进一步的尽职调查，只有在充分、确凿的证据证明该登记为正确时，才与登记名义人交易，方可支付对价。日本民法就奉行此道。这虽然符合实事求是的原则，注重保护真实的物权人，但是，交易相对人势必投入相当的人力、物力尽职调查登记的不动产物权关系是否就是真实的不动产物权关系，以免因登记的物权人对不动产没有处分权而使交易相对人不能取得该不动产物权，从而遭受损失。

鉴于尽职调查耗时、费力，使交易成本大为增加；特别是，有些场合无法尽职调查。其结果是大大挫伤了人们进行交易的积极性，制约了财产的流转，降低了其社会价值。为改变这种局面，包括德国民法在内的一些立法例为了交易安全，及满足效率原则的要求，赋予不动产物权的登记以绝对的效力，保护信赖此类登记的善意相对人，在此类登记所彰显的不动产物权关系与真实的不动产物权关系不一致的情况下，固定了基于此类登记所为的不动产物权变动的关系，由善意取得制度配合，使善意的交易相对人取得该不动产物权。这就是公信原则/公信力得以确立的机理。

需要注意，公信原则所具有的保护交易安全（动的安全）的长处，是以牺牲真实的不动产物权人的利益（静的安全）作为代价的。真实的不动产物权人在不少情况下会失去其不动产物权，若专就真实的不动产物权人一侧重问题，特别是所有权绝对理念根深蒂固的话，则必定牢骚满腹。这无可厚非，可以理解。没有更好的对策，只得两害相权取其轻，对个体（individual）的所有权的尊重让位于交易安全的保障。当然，一部善法应当努力使动的安全和静的安全达到最佳的调和状态。为了合理地降低公信原则的负面影响，确实需要尽力实现不动产登记簿的记载正确。否则，静的安全就会因公信原则而受到极大威胁。换言之，在不动产登记簿的记载大体上尚未正确反映出真实的权利关系的情形，若对此种不动产登记簿的记载赋予公信力，真实权利人的利益就会受到不当损害，作为法律制度总体的均衡就会被打破，形成困难的局面。正是基于此种情事，对登记赋予公信力的德

国和瑞士的法制，才花费心血整备土地登记簿，对登记手续采取极其慎重的态度。^[76]此其一。严格善意取得的构成要件，适当地减少一些善意取得的机会，也就是使真实的不动产物权人保有其不动产物权的可能增多一些。此其二。充分发挥债法的作用，不动产物权人可以请求无权处分人返还不当得利返还或承担侵权损害赔偿责任，有时甚至可以向不动产物权的买受人等第三人予以请求，填补损失。此其三。适当限缩公信原则的适用范围，只在基于法律行为而发生的不动产物权变动的领域适用该项原则，在非交易领域遵循实事求是的原则。此其四。

三、公信原则的适用范围

所谓适当限缩公信原则的适用范围，就是不按《民法典》第216条第1款关于“不动产登记簿是物权归属和内容的根据”的字面意思予以理解和适用，在以下场合，有关当事人不得以不动产登记簿的记载为依据，主张对该登记的不动产享有某种权利。

（一）登记名义人与真实的不动产物权人之间的关系

公信原则不适用于登记名义人与真实的不动产物权人之间、占有人与真实的不动产物权人之间的关系，他们之间的关系仍然按照实事求是的原则处理，即对于真实的不动产物权人而言，不认为登记名义人或占有人享有不动产物权。例如，甲系乙的丈夫，二人实行夫妻共有财产制，在夫妻关系存续期间购买了A楼，但仅仅登记在甲的名下。其后，夫妻反目，妻子乙主张A楼亦属其所有，甲抗辩道：A楼登记在其名下，按照《民法典》第214条、第216条第1款的规定，A楼仅归其所有，因该楼未登记在乙的名下，故乙对A楼不享有所有权。笔者反对甲的主张，认为甲和乙之间为真实所有权人和登记名义人之间的关系，应遵循实事求是的原则，或曰贯彻实质主义，而不适用《民法典》第214条、第216条第1款的规定。如果甲能对抗乙的主张，说服裁判者支持其关于A楼仅归其所有的主张，就必须举证证明甲和乙实行夫妻分别财产制、A楼由甲自己的财产购得或换得，或者举证证明甲和乙于购得或换得A楼时已经离婚，或者举证证明离婚协议约定A楼归属于甲，……如果未能举证其中之一，就不得否认乙对A楼也享有所有权。此其一。公信原则适用于登记名义人、占有人与第三人之间的交易关系。公信原则适用于登记名义人与第三人之间的交易关系，适用于占有人与第三人之间的交易关系。^[77]此其二。

（二）登记的公信力之于不动产物权变动的直接当事人

登记的公信力之于不动产物权变动的直接当事人，需要区分情况

而下结论。(1) 此处所谓不动产物权变动的直接当事人,是指该不动产物权的登记名义人和交易相对人。假如登记原因无效或可撤销,在交易相对人未取得不动产权利前,真实的不动产物权人对于登记名义人仍可主张其权利。^[78]此时,该交易相对人不但无权以登记的公信力对抗真实的不动产物权人,也无权以登记具有公信力为由强制登记名义人必须将该不动产物权转移登记在自己名下。例如,甲将登记在其名下的A楼出卖与乙,但实际上A楼属于丙所有,只要A楼未过户登记至乙的名下,甲即可向乙说明A楼本属于丙,并出示证据,无法办理过户登记手续,乙便无权援引《民法典》第216条第1款的规定,以公信力为由,强求甲履行转移A楼所有权的义务,但可请求甲承担不能履行的违约责任。(2) 登记名义人与交易相对人之间的买卖等合同有效,即使登记名义人同时是该不动产的真实物权人,也不得援引《民法典》第214条、第216条第1款的规定,不得以该不动产的物权人自居,以物权优先于债权为由,对抗该交易相对人所享有的请求转移该不动产物权的债权;恰恰相反,登记名义人必须满足交易相对人关于转移该不动产的占有和所有权转移给他的请求,将该不动产的占有转移给交易相对人,配合交易相对人到不动产登记机构办理该不动产物权的转移登记手续。同理,占有的公信力在不动产物权变动的直接当事人之间也适用上述规则。(3) 登记名义人与交易相对人之间的买卖等合同有效,但登记名义人不是该不动产的真实物权人,于此场合,有无登记的公信力问题?若有,登记的公信力在哪个环节发挥作用?笔者认为登记的公信力于此发挥着作用,只不过作用领域在交易相对人与真实的不动产物权人之间的关系中,若已经满足了善意取得的构成要件,则交易相对人可以对抗真实的不动产物权人关于否定交易相对人取得该不动产物权的主张;若未满足善意取得的构成要件,那么,交易相对人无权对抗真实的不动产物权人关于其为该不动产物权人的主张。至于在登记名义人和交易相对人之间,从登记名义人一側看,他都无法借助登记的公信力获取物权法和债法上的权益,从交易相对人一側着眼,他在善意取得该不动产的物权之后,有权以登记的公信力和善意取得来对抗登记名义人否定该不动产物权变动的主张,保有该不动产物权;但在善意取得之前,登记名义人披露其无权处分的信息,交易相对人则无权以登记的公信力来抗辩。(4) 至于处于交易关系之外的第三人,是否有权援引登记的公信力对登记名义人、占有人主张对特定不动产的权利,对抗真实的不动产物权人,十分复杂,需要根据具体情况加以确定。例如,善意的交易相对人去世,其继承人有权援引登记的公信力对抗真实的不动产物权人,当然,这以善意取得已成事实为前提。此其一。一般第三人毁损了登记在甲名下的房屋,难以对抗该房屋的真正所有权人请求其承担侵权责任的主张,即该第三人不得以我只信赖不动产物权的登记而仅仅对登记名义人承担侵权责任。此其二。

（三）被执行的财产非为交易标的物的场合

公信原则适用于强制执行的对象正好是申请人与被执行人之间所为交易的标的物的领域。例如，甲购买乙的A楼，但乙拒不履行交付A楼的义务，甲申请人民法院强制执行A楼。即使A楼本为丙所有，但登记错误于乙的名下，只要甲为善意，就有权申请人民法院强制执行A楼，丙无权对抗。除此而外，公信原则在许多情况下不适用于强制执行制度中对于被执行人财产范围的认定，就此从四个角度予以阐释。

1. 拥有A楼的甲公司赊欠乙公司1亿元人民币，此债未清偿时被分立成丙公司和丁公司，依分立协议约定该1亿元人民币的债务由丁公司负担，A楼划归丙公司所有并办理了变更登记（过户登记）。乙公司申请强制执行，并意将A楼作为被执行财产，丙公司以所欠1亿元人民币的债务划归丁公司负责偿还而A楼已属自己所有为由来对抗乙公司的强制执行请求。

如果贯彻公信原则，则丙的抗辩便有依据，但却背离如下三方面的规则和原理：（1）强制执行不得破毁法人分立规则，应当遵循《民法典》第67条第2款关于“法人分立的，其权利和义务由分立后的法人享有连带债权，承担连带债务，但是债权人和债务人另有约定的除外”的规定。在债权人乙公司和债务人丁公司未约定丙公司和丁公司就甲公司对外债务不负连带责任的情况下，丙公司和丁公司之间关于“该1亿元人民币的债务由丁公司负担，A楼划归丙公司所有”的约定，因违反《民法典》第67条第2款正文而对乙公司而言无效。（2）再者，所谓“该1亿元人民币的债务由丁公司负担，A楼划归丙公司所有”，纯属丙公司和丁公司之间的约定，按照合同的相对性，它也不具有对抗乙公司关于强制执行的请求的效力。（3）乙公司申请强制执行登记在丙公司的名下的A楼，这不属于交易，因此在乙公司和丙公司之间的强制执行关系中不得适用《民法典》第216条第1款的规定，不得适用公信原则予以处理，而应适用另外的、相应的制度及规则。于此场合，应当适用《民法典》第67条第2款正文。

2. 《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第17条限于第三人对于未办理过户登记手续没有过错、《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定确定》第28条限于非因买受人自身原因未办理过户登记，有其道理：被强制执行的财产，应是被执行人的财产，而非被执行人以外的人或曰第三人的财产。界分被执行人的财产与第三人的财产，有实质上的界分与外观上的界分之别。所谓外观上的界分，在不动产的场合注重登记，简言之，某不动产登记在被执行人名下的，属于被执行人的财产，登记在第三人名下的，就不属于被执行人的财产。所谓实质

上的界分，就是依据事理、社会一般观念，注重某不动产在事实层面的归属。例如，某不动产系买卖的标的物，在买受人已经付清全款时，依据商品交换规则该不动产应归买受人所有，尽管在不动产登记簿上它仍然登记在出卖人的名下，依据《民法典》第209条、第214条等规定买受人尚未取得该不动产所有权。笔者主张，在基于法律行为而生的不动产物权变动的场合，应当采取外观上的界分，尤其是在对于第三人的关系上特别应当如此；但在执行领域，在执行申请人与被执行财产之间的关系方面，不属于基于法律行为而生的物权变动，第三人可否对抗执行申请，换言之，执行申请人指认的拟执行标的是归被执行人所有还是归属于第三人，不应适用《民法典》第209条、第214条和第216条第1款的规定，即不适用公信原则，而应遵循实事求是的原则，只要有充分、确凿的证据证明拟执行的财产不属于被执行人而属于第三人，该第三人就有权对抗强制执行。此处所谓属于第三人，不但包括形式要件齐全地属于第三人，也包括前述依实质上的界分拟申请执行的标的属于第三人。此其一。在与被执行人的法律关系上，执行申请人对其享有的债权为普通债权，指向被执行人的一般责任财产；买受人对于申请执行的标的所享有的债权，系买卖合同项下的债权，指向被执行人特定的标的物，并且该债权已经带有物权期待权的属性。暂时抛开物权期待权不论，执行申请人的债权和买受人的债权至少应受法律的平等保护。此处平等保护的应有表现是买受人就该特定不动产完全实现其债权，即被执行人及时办理不动产物权的转移登记；执行申请人就被执行人的其他责任财产实现其债权，达到“双赢”。但若强制执行买受人所购买的不动产，则意味着执行申请人实现了债权，而买受人于买卖合同项下的债权却无法实现。这没有做到平等保护，在被执行人的其他责任财产完全能够满足执行申请人的债权的情况下，更是如此。如果再把买受人的物权期待权考虑进来，支持执行申请人的请求，就更有失权衡。此其二。如果支持买受人请求被执行人履行完毕转移买卖物所有权的义务，即不支持执行申请人关于执行该买卖物的请求，用被执行人的其他责任财产满足执行申请人的债权，那么，三方之间的法律关系就都正常地结束，结果是法律关系简洁明了，社会秩序稳定。相反，如果支持执行申请人关于执行买卖物的请求，势必造成买受人请求被执行人承担违反不动产买卖合同的责任，形成新的诉讼，人为地使法律关系复杂化，这非上策。我们回想法律不允许连带债权不断地连带下去，而是在适当的环节使其变成按份之债，就不难明白上述道理。此其三。^[79]

3.与前述“2”之例的运动方向相反，但在不得将强制执行的对象指向外部表征为被执行人的所谓财产这一点上则相一致。例如，甲把A楼出卖给乙，乙付清全部房款，A楼过户登记在乙的名下。此时，该A楼买卖合同被认定为无效，于是甲将所收房款全部返还给乙，但乙尚

未办理A楼的复原登记。乙的债权人丙申请强制执行乙的财产，包括A楼。笔者不赞同把A楼作为强制执行的对象，理由在于：（1）按照《民法典》第155条关于“无效的或者被撤销的民事法律行为自始没有法律约束力”的规定，买卖合同无效，已经交付的买卖物，其所有权复归出卖人，对于买受人享有物权请求权，而非债权请求权；买卖物为不动产、尚未办理过户登记的场合，出卖人享有该不动产的返还请求权，买卖物为不动产且已办理完毕过户登记手续的场合，出卖人享有排除妨害请求权，即有权请求买受人注销过户登记，然后享有不动产返还请求权。具体到诉争案件，A楼买卖合同无效，意味着甲和乙的关系回复至签订该买卖合同之前的状态，A楼所有权自动复归甲，只不过在法律技术上它尚被登记在乙的名下而已，甲对于乙享有物权请求权，一方面有权请求乙注销A楼所有权的登记，一方面有权请求乙移转对A楼的占有。既然A楼的所有权已归甲享有，丙申请强制执行乙的财产，就不应包括A楼在内。（2）特别是，甲已将房款全部返还给乙了，故认定A楼归甲所有，这在甲和乙之间的利益关系方面也是衡平的。丙作为第三人，仅仅与乙存在债的关系，这种地位没有足够的理由破坏甲和乙之间的衡平关系。（3）强制执行并不处于交易领域，公信原则不适用于此，而应依据实事求是原则确定被执行的财产。如此，在丙申请强制的关系上，不宜把A楼作为乙的财产对待，而应将其作为甲的财产看待。

4.乙基于《民法典》第229-231条的规定取得A楼的所有权，但此时A楼仍然登记在甲的名下。甲欠丙借贷本息8 000万元人民币，至今未还。于是债权人丙申请强制执行A楼。由于A楼并非甲和丙之间交易的标的物，单就强制执行的标的而言，对于A楼归属于谁的认定，不得适用公信原则，而应按照实事求是的原则处理。就是说，对于丙申请的强制执行来说，A楼属于乙的财产，而不属于甲的财产，乙有权对抗丙的强制执行的申请。

总而言之，强制执行处于非基于法律行为而发生的物权变动的领域，不应适用公信原则，在确定被执行人的财产时，应依实事求是原则，确定被执行人的可被执行财产。

（四）侵权行为的场合

对于侵权行为侵害财产的认定，也不应拘泥于公示原则、公信原则。无论是公示的物权名义人还是真实的不动产物权人均有权请求侵权行为人承担侵权责任。对此，通过下面的例子予以说明。A楼实为甲的财产却登记在乙的名下，丙为报复乙而擅自炸毁A楼，构成侵权行为，为打击甲而无理霸占A楼，同样成立侵权责任。其中，丙依据A楼的登记认其为乙的财产并进而毁坏之，表面上是按照A楼所有权的

外观而实施侵权行为，这似乎在外观主义的射程之内，因而作为外观主义的例证。但是，于此场合，不存在两害相权取其轻、两利相权取其重的问题，不存在基于某种理念及规定保障A楼所有权人而基于另外的理念及规定保障侵权行为人的余地，只有侵权行为人承担侵权责任、A楼的所有权人享有侵权责任的请求权这种“一面倒”的局面。

四、不动产登记簿的管理

本条第2款规定的“不动产登记簿由登记机构管理”，经由《不动产登记暂行条例》及《不动产登记暂行条例实施细则》的细化，更具可操作性。

《不动产登记暂行条例》第12条规定：“不动产登记机构应当指定专人负责不动产登记簿的保管，并建立健全相应的安全责任制度”（第1款）。“采用纸质介质不动产登记簿的，应当配备必要的防盗、防火、防渍、防有害生物等安全保护设施”（第2款）。“采用电子介质不动产登记簿的，应当配备专门的存储设施，并采取信息网络安全防护措施”（第3款）。第13条规定：“不动产登记簿由不动产登记机构永久保存。不动产登记簿损毁、灭失的，不动产登记机构应当依据原有登记资料予以重建”（第1款）。“行政区域变更或者不动产登记机构职能调整的，应当及时将不动产登记簿移交相应的不动产登记机构”（第3款）。《不动产登记暂行条例实施细则》第7条规定：“不动产登记机构应当配备专门的不动产登记电子存储设施，采取信息网络安全防护措施，保证电子数据安全”（第1款）。“任何单位和个人不得擅自复制或者篡改不动产登记簿信息”（第2款）。

第二百一十七条

不动产权属证书是权利人享有该不动产物权的证明。不动产权属证书记载的事项，应当与不动产登记簿一致；记载不一致的，除有证据证明不动产登记簿确有错误外，以不动产登记簿为准。

本条主旨

本条是关于不动产登记簿的记载与不动产权属证书关系的规定。

相关条文

《物权法》第17条 不动产权属证书是权利人享有该不动产物权的证明。不动产权属证书记载的事项，应当与不动产登记簿一致；记

载不一致的，除有证据证明不动产登记簿确有错误外，以不动产登记簿为准。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条是对《物权法》第17条的复制，前段赋权不动产权属证书具有证据效力，中段宣明此种权属书记载的事项应当与不动产登记簿的记载相一致，后段确立不动产物权的状态以不动产登记簿的记载为准的原则，同时承认例外。

二、不动产权属证书的地位及效力

不动产登记簿的记载，系不动产物权及其变动的描述、记录。此类写照须有外在的表现形式，以便众人了解，达到公示的效果。此处所谓外在的表现形式，不动产登记的簿页为其一种，不论该簿页采用电子介质的，还是采用纸质介质的，都是如此。不过，此类外在的表现形式难被权利人自我保管，更遑论随身携带了。因此，它满足不了在若干场合的需要，如在不动产租赁、向交易相对人初现经济实力、某些公证、初步举证证明等情况下，只需要简化地显示自己为该不动产的权利人即可，却难举手之劳，必须周折、费力地前往不动产登记机构查询不动产登记信息。于是，不动产权属证书这种外在表现形式应运而生，并且百姓大众对之几乎笃信不疑。

但由于个别人蓄意伪造等原因，不动产权属证书与不动产登记簿的记载不一致也确有其例。不动产登记簿的记载与不动产权属证书所展示的不动产物权状况相一致，自然无事；但不一致时，以谁为准确定不动产物权的归属？这必须回答。本条确立的规则是“除有证据证明不动产登记簿确有错误外，以不动产登记簿为准”。

以不动产登记簿的记载为准，这与《民法典》奉行的不动产物权以登记为公示方法（第209条、第214条等）、此类登记具有公信力（第216条第1款）及善意取得的构成（第311条第1款）相互衔接、呼应，在体系方面是自洽的。换个表述方式就是，既然《民法典》确立的不动产物权及其变动的公示方法是登记，而非不动产权属证书；既然是赋予不动产物权及其变动的登记具有公信力，而非不动产权属证书，那么，在不动产登记簿的记载与不动产权属证书所展示的不动产物权状况不一致时，就必须以不动产登记簿的记载为准。至于不动产权属证书，重在举证证明等方面发挥作用。

三、举证证明责任的分配

不得不注意，本条附有“除有证据证明不动产登记簿确有错误外”这个状语，它在限定着“以不动产登记簿为准”的断语。对此，可作如下理解：其一，不动产登记簿的记载确有错误，只是不依该记载确定不动产物权的状态，也不必然以不动产权属证书展示的不动产物权状态为依据，确定不动产权属。只有在不动产权属证书所展示的不动产物权状况属实、而不动产登记簿的记载有错误的情况下，才依该权属证书所展示的不动产物权状况为准。换句话说，该状语仍未赋予不动产权属证书绝对的效力，即使不动产登记簿的记载有错误，有关当事人也必须举证证明不动产权属证书展示的不动产物权关系与真实的不动产物权关系相一致。其二，在不动产权属证书所示权利人以不动产登记簿的记载错误为由，请求登记机构予以更正的情况下，该权利人负有举证证明该不动产登记簿的记载错误，该证书不是关键的证据，必须另有关键证据，才足以认定不动产登记簿的记载错误。此处所谓关键证据，例如，该登记所依据的原因行为是伪造的，真实的原因行为是足以推翻登记的法律行为；该登记所依据的原因行为是真实的、有效的，但登记机构的工作人员未按该原因行为进行登记；该登记所依据的原因行为是真实的、有效的，登记也是据此而为，但其后被无端涂改；该登记之后，该不动产的物权发生变动，不动产登记簿的记载没有变更登记；等等。其三，交易相对人发现不动产权属证书所展示的不动产物权状况与不动产登记簿的记载不一致，要求该登记名义人澄清，于此场合的举证证明的责任在登记名义人。

第二百一十八条

权利人、利害关系人可以申请查询、复制不动产登记资料，登记机构应当提供。

本条主旨

本条是关于不动产资料查询、复制的权利义务的规定。

相关条文

《物权法》第18条 权利人、利害关系人可以申请查询、复制登记资料，登记机构应当提供。

《担保法》第45条 登记部门登记的资料，应当允许查阅、抄录或者复印。《海商法》第13条第3款 船舶抵押权的登记状况，允许公

众查询。

《民用航空法》第12条第2款 民用航空器权利登记事项，可以供公众查询、复制或者摘录。

《土地管理法实施条例》第3条第3款 土地登记资料可以公开查询。

《不动产登记暂行条例》第27条 权利人、利害关系人可以依法查询、复制不动产登记资料，不动产登记机构应当提供。

有关国家机关可以依照法律、行政法规的规定查询、复制与调查处理事项有关的不动产登记资料。

《不动产登记暂行条例实施细则》第94条以下。

理解与适用

一、基本含义与制定根据

本条复制了《物权法》第18条的规定，前段赋权权利人、利害关系人查询、复制登记资料之权，后段加以不动产登记机构满足权利人、利害关系人查询、复制登记资料请求的义务。

权利人、利害关系人可以申请查询系物权法奉行公示原则、不动产物权以登记为公示方法的逻辑结论。所谓不动产物权的公示，绝非将不动产登记簿关于不动产物权及其变动的记载信息昭然于天下，毫无私密可言，而是赋权特定范围的人通过以法律程序查询的途径及方式，知晓某特定不动产的物权及其变动的状况，因此才有本条的出现。

复制不动产资料，既是备忘的需要，又是向交易相对人等有关当事人展示不动产物权的需要，还是举证证明的需要。

不动产登记簿的记载不得大白于天下，允许哪些人查询、复制不动产资料呢？确定该范围需要兼顾不动产物权人的包括商业秘密在内的隐私、交易相对人的知情权、交易发动权及交易决定权，更为概括的、高境界的表达就是交易安全。据此，本条把查询、复制不动产资料者的范围划定在权利人、利害关系人。

本条所谓不动产资料，包括不动产登记簿等不动产登记结果和不动产登记原始资料。所谓不动产登记原始资料，包括不动产登记申请

书、申请人身份材料、不动产权属来源、登记原因、不动产权籍调查成果等材料以及不动产登记机构审核材料（《不动产登记暂行条例实施细则》第94条第1款）。

二、查询、复制不动产资料的具体规则

关于查询、复制不动产资料，《不动产登记暂行条例实施细则》作了较为详细的规定，兹汇总如下。

权利人、利害关系人按照《不动产登记暂行条例》第27条关于“权利人、利害关系人可以依法查询、复制不动产登记资料，不动产登记机构应当提供”的规定依法查询、复制不动产登记资料的，应当到具体办理不动产登记的不动产登记机构申请（第97条第2款）。因不动产交易、继承、诉讼等涉及的利害关系人可以查询、复制不动产自然状况、权利人及其不动产查封、抵押、预告登记、异议登记等状况（第97条第4款）。人民法院、人民检察院、国家安全机关、监察机关等可以依法查询、复制与调查和处理事项有关的不动产登记资料（第97条第5款）。其他有关国家机关执行公务依法查询、复制不动产登记资料的，依照本条规定办理（第97条第6款）。涉及国家秘密的不动产登记资料的查询，按照保守国家秘密法的有关规定执行（第97条第7款）。

权利人、利害关系人申请查询、复制不动产登记资料应当提交下列材料：（1）查询申请书；（2）查询目的的说明；（3）申请人的身份材料；（4）利害关系人查询的，提交证实存在利害关系材料（第98条第1款）。权利人、利害关系人委托他人代为查询的，还应当提交代理人的身份证明材料、授权委托书。权利人查询其不动产登记资料无需提供查询目的的说明（第98条第2款）。有关国家机关查询的，应当提供本单位出具的协助查询材料、工作人员的工作证（第98条第3款）。

有下列情形之一的，不动产登记机构不予查询，并书面告知理由：（1）申请查询的不动产不属于不动产登记机构管辖范围的；（2）查询人提交的申请材料不符合规定的；（3）申请查询的主体或者查询事项不符合规定的；（4）申请查询的目的不合法的；（5）法律、行政法规规定的其他情形（第99条）。

对符合本实施细则规定的查询申请，不动产登记机构应当当场提供查询；因情况特殊，不能当场提供查询的，应当在5个工作日内提供查询（第100条）。

查询人查询不动产登记资料，应当在不动产登记机构设定的场所进行（第101条第1款）。不动产登记原始资料不得带离设定的场所（第101条第2款）。查询人在查询时应当保持不动产登记资料的完好，严禁遗失、拆散、调换、抽取、污损登记资料，也不得损坏查询设备（第101条第3款）。

查询人可以查阅、抄录不动产登记资料。查询人要求复制不动产登记资料的，不动产登记机构应当提供复制（第102条第1款）。查询人要求出具查询结果证明的，不动产登记机构应当出具查询结果证明。查询结果证明应注明查询目的及日期，并加盖不动产登记机构查询专用章（第102条第2款）。

第二百一十九条

利害关系人不得公开、非法使用权利人的不动产登记资料。

本条主旨

本条是关于利害关系人不得公开、非法使用不动产资料的规定。

相关条文

《保密法》第48条 违反本法规定，有下列行为之一的，依法给予处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

……（五）非法复制、记录、存储国家秘密的；

（六）在私人交往和通信中涉及国家秘密的；

（七）在互联网及其他公共信息网络或者未采取保密措施的有线和无线通信中传递国家秘密的；

（八）将涉密计算机、涉密存储设备接入互联网及其他公共信息网络的；

（九）在未采取防护措施的情况下，在涉密信息系统与互联网及其他公共信息网络之间进行信息交换的；

（十）使用非涉密计算机、非涉密存储设备存储、处理国家秘密信息的；

.....

《不动产登记暂行条例》第28条 查询不动产登记资料的单位、个人应当向不动产登记机构说明查询目的，不得将查询获得的不动产登记资料用于其他目的；未经权利人同意，不得泄露查询获得的不动产登记资料。

第32条 不动产登记机构、不动产登记信息共享单位及其工作人员，查询不动产登记资料的单位或者个人违反国家规定，泄露不动产登记资料、登记信息，或者利用不动产登记资料、登记信息进行不正当活动，给他人造成损害的，依法承担赔偿责任；对有关责任人员依法给予处分；有关责任人员构成犯罪的，依法追究刑事责任。

《不动产登记暂行条例实施细则》第104条 当事人违反本实施细则规定，有下列行为之一，构成违反治安管理行为的，依法给予治安管理处罚；给他人造成损失的，依法承担赔偿责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

- (一) 采用提供虚假材料等欺骗手段申请登记；
- (二) 采用欺骗手段申请查询、复制登记资料；
- (三) 违反国家规定，泄露不动产登记资料、登记信息；
- (四) 查询人遗失、拆散、调换、抽取、污损登记资料的；
- (五) 擅自将不动产登记资料带离查询场所、损坏查询设备的。

理解与适用

不动产资料，属于不动产物权人的隐私及商业秘密，在物权法领域关乎处分权，在合同法领域显现履行能力，在侵权责任法领域为侵权行为的标的，应受法律保护。本条明确了查询、复制不动产资料的利害关系人的义务，这为其他法律部门规制违反这些义务者及其行为提供了前提和基础。利害关系人违反这些义务时，应当产生何种具体的法律后果，适用相应的法律部门的相关规定。

相对于《物权法》而言，本条属于增设，既是经过调研发现实务中确有违反这些义务的行为发生，有必要设置义务及责任，以儆效尤，从而保护不动产权利人乃至其利害关系人的权益。

第二百二十条

权利人、利害关系人认为不动产登记簿记载的事项错误的，可以申请更正登记。不动产登记簿记载的权利人书面同意更正或者有证据证明登记确有错误的，登记机构应当予以更正。

不动产登记簿记载的权利人不同意更正的，利害关系人可以申请异议登记。登记机构予以异议登记，申请人自异议登记之日起十五日内不提起诉讼的，异议登记失效。异议登记不当，造成权利人损害的，权利人可以向申请人请求损害赔偿。

本条主旨

本条是关于更正登记和异议登记的规定。

相关条文

《物权法》第19条 权利人、利害关系人认为不动产登记簿记载的事项错误的，可以申请更正登记。不动产登记簿记载的权利人书面同意更正或者有证据证明登记确有错误的，登记机构应当予以更正。

不动产登记簿记载的权利人不同意更正的，利害关系人可以申请异议登记。登记机构予以异议登记的，申请人在异议登记之日起十五日内不起诉，异议登记失效。异议登记不当，造成权利人损害的，权利人可以向申请人请求损害赔偿。

法释〔2016〕5号第3条 异议登记因物权法第十九条第二款规定的事由失效后，当事人提起民事诉讼，请求确认物权归属的，应当依法受理。异议登记失效不影响人民法院对案件的实体审理。

理解与适用

本条第1款规定了更正登记，第2款规定了异议登记，兹分别解释如下。

一、更正登记

（一）更正登记的概念

所谓更正登记，是指对不正确的不动产登记进行更正的登记。当事人有证据证明不动产登记簿的记载与真实权利状态不符、其为该不动产物权的真实权利人，请求确认其享有物权的，应予支持（法释

〔2016〕5号第2条)。通过对登记簿上不正确登记的纠正，使登记所昭示的权利状态符合真实的权利状态，进而避免真实的权利人因登记公信力受到损害。这是更正登记制度的目的所在。

（二）举证证明不动产登记簿的记载与真实权利状态不符

法释〔2016〕5号第2条所谓证明不动产登记簿的记载与真实权利状态不符的证据，究竟包括哪些？

首先说明，法释〔2016〕5号系对《物权法》若干规定的司法解释，不过，其中许多解释也适合于《民法典》的相应规定。在司法解释未因《民法典》的实施而完成清理、重新解释的工作之前，法释〔2016〕5号仍然有效。

再次申明，《民法典》第216条第1款确立的不动产登记的公信力，并非作用于所有的物权法领域：在交易场合，交易相对人有权援用该条款的规定，有时需要同时援用《民法典》第311条第1款的规定，主张自己已经取得标的物的不动产物权，对抗真实的物权人关于该物权的主张；真实的不动产物权人与交易相对人之间的关系，也适用《民法典》第216条第1款的规定。但在登记名义人与真实的不动产物权人之间的关系方面，登记名义人不得援用该条款的规定来对抗真实的不动产物权人关于该物权的主张。换句话说，《民法典》第216条第1款的规定不适用于登记名义人与真实的不动产物权人之间的关系，也不适用于非交易领域中的强制执行之中。如此说来，法释〔2016〕5号第2条的规定是正确的。对其理解，可从证明土地权利与建筑物、构筑物及其附属设施的物权、担保物权以及错误登记四个方面把握。

1. 确认土地权利（地权）的真实物权人所需证据

确认土地权利（地权）所需证据，可区分各种不同的土地权利而寻觅和锁定所需证据。（1）确认行政划拨的国有建设用地使用权的真实物权人，所需证据应当是有关行政主管部门的行政划拨的决定，或政府会议纪要；若无法举证出此类证据，“事实自证”应受重视，即占有人举证出其长期占有、使用和收益该行政划拨的土地，从而完成由占有到本权的证明，否定相对人关于其享有行政划拨的建用地使用权的主张。（2）出让的国有土地使用权的场合，确认真实的物权人所需证据为国有建设用地使用权出让合同，异地安排建设用地的决定，征地制度中补偿由开发商提前垫付的事实。（3）转让的国有建设用地使用权的场合，确认真实的物权人所需证据为国有建设用地使用权转让合同，或换合同（互易合同），或（拍卖场合的）成交确认

书，或（强制执行场合的）民事裁定。（4）宅基地使用权的场合，确认真实的物权人所需证据为宅基地使用权审批文件，或遗赠扶养协议，或住宅买卖合同。（5）集体建设用地使用权的场合，确认真实的物权人所需证据为乡镇企业的设立及有关批件；历史上占有、使用建设用地的的事实；集体组织与用地者之间的协议等。有必要指出的是，在广东省，集体建设用地使用权享有和行使的主体在范围方面明显扩大了。《广东省集体建设用地使用权流转管理办法》第8条第1项规定，兴办各类工商企业，包括国有、集体、私营企业、个体工商户、外资投资企业[包括中外合资、中外合作、外商独资企业、“三来一补”（来料加工、来样加工、来件加工、补偿贸易）企业]、股份制企业、联营企业，可以使用集体建设用地。确认这些主体是否享有集体建设用地使用权所需证据，是集体组织与用地者之间的协议、建设用地置换协议以及其他证据。（6）土地承包经营权的场合，确认真实的物权人所需证据为农村土地承包合同，或集体经济组织组织召开的社员大会或社员代表大会的决议。（7）地役权的场合，确认真实的物权人所需证据为地役权合同。

2. 确认建筑物、构筑物及其附属设施的真实物权人所需证据

确认建筑物、构筑物及其附属设施的真实物权人所需证据，同样需要区分各种不同的不动产物权类型而寻觅和锁定所需证据。（1）在新建建筑物、构筑物及其附属设施的情况下，最重要的“证据”是主张自己须有不动产物权者享有土地权利的证据，这由《民法典》第352条正文所决定。其道理在于，建筑物、构筑物及其附属物的所有权，不能凭空而立，必须依赖土地的权利（地权），即必须具有权源或曰正当根据。至于土地权利是物权还是债权，要看具体情形。大产权房的所有权以国有建设用地使用权为正当根据（权源），农民住宅所有权以宅基地使用权为权源，农村集体组织的房屋所有权以集体土地所有权为权源，农林牧渔经营所必需的构筑物及其附属设施的所有权以土地承包经营权为权源。但有些建筑物、构筑物及其附属设施的所有权，是以债权（如土地租赁权、土地借用权）为权源的。（2）通过交易的形式，确定真实物权人所需“证据”：交易文书所载明的身份为买受人或互易的一方或受赠人或抵押权人，完税人，至于交易对价（款项）的来源不处于重要地位，赠与人的口头承诺也不可靠，何时作出的家庭会议决议不确定的场合，即使该决议明确谁是真实的不动产物权人，这也难以起到作用。（3）在家庭共有的场合，确定真实的不动产物权人所需证据，包括亲属关系、对共有财产形成的贡献、无分别财产制的协议。（4）借名登记建设用地使用权、房屋所有权的场合，确定真实的不动产物权人所需证据，可有如下表现形式：借名协议；建设用地使用权出让或转让合同中的受让人是谁或商

商品房买卖合同中的买受人是谁；按揭贷款中的抵押人是谁，完税人是谁；至于出让金、房款项由谁出，这不关键。（5）在开发商与小业主之间确认房屋或停车库、停车位的所有权人所需证据，包括A.买卖合同的约定（若尚未过户登记，属于债法上的继续履行，不是物权法的问题）；B.公摊的项目及面积；C.面积测绘及其记载；D.国有建设用地使用权租赁的场合，确认建筑物、构筑物及其附属设施的真实所有权人所需“证据”，最为关键的是国有建设用地使用权租赁合同。

3. 确认不动产担保物权的真实权利人所需证据

主张自己拥有不动产担保物权者，可举证不动产登记簿页记载的他项权利登记；反对此种主张，而坚持自己方位真实的不动产担保物权人的，需要举证抵押合同等文件显示自己为不动产担保物权人/债权人。

4. 注销错误登记所需证据

登记错误的场合，只要举证成功登记错误，就可推翻登记的不动产物权关系，注销错误登记，将真实的不动产物权人登记于相应的簿页。

（三）更正登记的主体与程序

更正登记的请求权，简称为更正请求权，其权利人，为真实的权利人及其利害关系人（《民法典》第220条第1款前段）。这里的利害关系人，包括真实权利人的债权人、继承人、配偶等。在这方面，《不动产登记暂行条例实施细则》规定，权利人、利害关系人认为不动产登记簿记载的事项有错误，可以申请更正登记（第79条第1款）。权利人申请更正登记的，应当提交下列材料：（1）不动产权属证书；（2）证实登记确有错误的材料；（3）其他必要材料（第79条第2款）。利害关系人申请更正登记的，应当提交利害关系材料、证实不动产登记簿记载错误的材料以及其他必要材料（第79条第3款）。不动产权利人或者利害关系人申请更正登记，不动产登记机构认为不动产登记簿记载确有错误的，应当予以更正；但在错误登记之后已经办理了涉及不动产权利处分的登记、预告登记和查封登记的除外（第80条第1款）。不动产权属证书或者不动产登记证明填制错误以及不动产登记机构在办理更正登记中，需要更正不动产权属证书或者不动产登记证明内容的，应当书面通知权利人换发，并把换发不动产权属证书或者不动产登记证明的事项记载于登记簿（第80条第2款）。不动产登记簿记载无误的，不动产登记机构不予更正，并书面通知申请人（第80条第3款）。

如果真实的权利人及其利害关系人没有申请更正登记，登记机构发现不动产登记簿的记载有错误的，可依职权径直为更正登记。^[80]

《不动产登记暂行条例实施细则》第81条规定，不动产登记机构发现不动产登记簿记载的事项错误，应当通知当事人在30个工作日内办理更正登记。当事人逾期不办理的，不动产登记机构应当在公告15个工作日后，依法予以更正；但在错误登记之后已经办理了涉及不动产权利处分的登记、预告登记和查封登记的除外。

应当指出，《不动产登记暂行条例实施细则》第81条的规定，较之德国法的规定走得远了些。孰优孰劣，值得思考。在德国，在土地登记簿的不正确——以《土地登记条例》第29条所规定的法院的假处分命令等形式——被证明时，则不需要有更正的同意表示（《土地登记条例》第22条，亦参考该条例第25条）。其道理比较明显：若权利被涉及者已经掌握证明土地登记簿为不正确的公文书形式的材料，则更正同意的要求就纯属多余。^[81]这确实是积极和稳妥的，值得重视。《不动产登记暂行条例实施细则》第81条的规定，不易避免土地登记机构对登记认识错误时依职权更正登记所造成的损害，需要反思。

更正登记的前提是，不动产登记簿所记载的权利关系与真实的权利关系不一致，且源自登记簿记载的事项错误（《民法典》第220条第1款前段）。这里的错误包括记载的事项有遗漏。

仅有更正登记的申请，登记机构尚不得直接对不动产登记簿的记载进行更正，只有不动产登记簿记载的权利人书面同意更正或有证据证明登记确有错误时，登记机构才有义务予以更正（《民法典》第220条第1款）。不过，在登记机构依职权径直为更正登记时则不受登记簿记载的权利人是否同意的限制。在这里，需要指出，在德国，如果土地登记簿记载的权利人拒不签署同意更正的书面文件，则须强制其作出。法律赋予因登记簿不正确而在权利上被涉及者一项实体法上的请求为更正同意表示的请求权。法律规定这一救济手段的原因在于，不正确的登记状态体现为对真实权利人的妨害。而这一妨害必须能以实体法手段加以排除。所以，该请求权具有保全的特征。这为保护真实权利人所必需，值得中国物权法借鉴。^[82]

（四）更正登记的相关效果

在德国的更正登记制度中，被请求为更正同意表示的登记权利人，即更正登记请求权的相对人，拥有防御的权利。他可以驳斥更正登记请求权构成要件的欠缺，可以主张原告的请求违反诚实信用原则，也可主张土地登记簿虽不正确，但原告负有引起产生目前存在的

登记状态的债法上的义务，该相对人享有抗辩权。^[83]这确有道理，值得重视。

以诉讼方式所主张的更正请求权，并不能阻却请求权相对人就其登记权利为转让，但该诉讼程序的判决，可以对权利的继受人发生法律效力，除非该继受人为善意。依此而言，在这种情况下，异议也有其意义。^[84]《民法典》及其理论也应如此。

更正请求权为其赖以成立的不动产物权的派生物。在让与该不动产物权时，更正请求权随之转移给受让人。所以，更正请求权不得与该物权相分离而单独让与。与此相应，更正请求权也不适用诉讼时效的规定。^[85]在这方面，中国和德国的规则及其理论不存在差异。

二、异议登记

（一）异议登记的概念分析

所谓异议登记，是指在不动产登记簿记载的事项有错误的情况下，把真实的权利人及其利害关系人对不动产登记簿记载的权利所提出的异议记入登记簿，使登记簿记载的权利失去正确性推定的效力，第三人也不得主张依据登记的公信力受到保护。

异议登记之所以必要，是因为受不正确的不动产登记影响巨大的真实权利人，自然是希望尽快对登记簿予以更正，但实际权利关系常常并非清晰明确，以至于不能使他马上达到这一目的。于是，在不动产登记簿更正前的这段时间里，他就需要有一种保护措施，以避免第三人基于交易行为而善意取得该不动产物权，而使自己免遭权利上的不利益。这种保护措施就是异议及其登记。^[86]

异议制度并非是简单粗暴的救济手段，就是说，它不导致矫枉过正。准此而言，异议并不导致对不动产登记簿的“封锁”，亦即不导致不动产登记簿的冻结。登记权利人虽有可能仅仅是登记上的权利人，而非真实的权利人，但对权利仍然可以处分；而异议所阻却和排除的，只是基于该项处分（交易）的善意取得。^[87]

论其法律性质，异议既非“登记权利”的一项负担，也不是对登记权利人处分该项权利的绝对的或相对的限制，而是对一项在不动产登记簿中可能是不正确体现的，或者根本就未体现的物权的临时性保护。若嗣后证实不动产登记簿一直是正确的，则异议自始就丧失意义。故而，也就“不存在针对异议的异议”^[88]。按照《民法典》第220条第2款、《不动产登记暂行条例实施细则》第81条的规定，利害关

系人认为不动产登记簿记载的事项错误，权利人不同意更正的，利害关系人可以申请异议登记。利害关系人申请异议登记的，应当提交下列材料：（1）证实对登记的不动产权利有利害关系材料；（2）证实不动产登记簿记载的事项错误的材料；（3）其他必要材料。《不动产登记暂行条例实施细则》还规定，不动产登记机构受理异议登记申请的，应当将异议事项记载于不动产登记簿，并向申请人出具异议登记证明（第83条第1款）。

（二）异议登记与预告登记的运用领域

需要指出，异议登记制度也适用于预告登记的领域。其道理在于，异议的目的，旨在对真实的不动产物权予以保护。在对预告登记有善意取得的可能时，预告登记得视同为一项物权。例如，甲在不动产登记簿中被不正确地登记为所有权人。甲将该不动产出卖给乙，并同意为乙做一项预告登记。乙为恶意，明知真实权利人丙对该不动产享有所有权。在乙将该不动产让与丁时，若依通说，则丁可善意取得该不动产物权。按照通说的逻辑，此时就必须允许登记一项为丙的利益而针对该预告登记的异议。^[89]

（三）对异议登记的限制

如同上述，异议登记对真实的权利人的保护应当是临时性的，因为它同时也给不动产交易造成了一种不稳定的状态。为使因异议登记所带来的不稳定状态早日恢复正常，法律必须对异议登记的有效期间作出限制。于是，《民法典》第220条第2款规定，登记机构予以异议登记的，申请人在异议登记之日起15日内不起诉的，异议登记失效。《不动产登记暂行条例实施细则》规定，异议登记申请人应当在异议登记之日起15日内，提交人民法院受理通知书、仲裁委员会受理通知书等提起诉讼、申请仲裁的材料；逾期不提交的，异议登记失效（第83条第2款）。异议登记失效后，申请人就同一事项以同一理由再次申请异议登记的，不动产登记机构不予受理（第83条第3款）。

之所以作此限制，是因为申请人在异议登记之日起15日内不起诉，表明他不积极行使其权利，法律没有特别加以保护的必要，也避免进一步影响登记簿记载的权利人的利益和正常的交易秩序。^[90]尽管如此，异议登记因《民法典》第220条第2款规定的事由失效后，当事人提起民事诉讼，请求确认物权归属的，应当依法受理。异议登记失效不影响人民法院对案件的实体审理（法释〔2016〕5号第3条）。

（四）异议登记的法律效果

异议登记的法律效果之一是，不动产登记簿的公信力被击破，在不动产登记簿记载有异议的情况下，交易相对人不能善意取得异议指向的不动产物权。当然，若证实不动产登记簿的内容正确，则交易相对人仍取得该项权利，该异议自始失去其意义。异议登记的法律效果之二是，中止不动产登记簿的权利正确性推定的效力。^[91]

异议登记期间，不动产登记簿上记载的权利人以及第三人因处分权利申请登记的，不动产登记机构应当书面告知申请人该权利已经存在异议登记的有关事项。申请人申请继续办理的，应当予以办理，但申请人应当提供知悉异议登记存在并自担风险的书面承诺（《不动产登记暂行条例实施细则》第84条）。

异议登记不当（异议登记不成立），造成权利人损害的，权利人可以向申请人请求损害赔偿（《民法典》第220条第2款）。

（五）更正登记是否为异议登记的前置程序？

就《民法典》第220条第2款前段关于“不动产登记簿记载的权利人不同意更正的，利害关系人可以申请异议登记”的文义观察，容易得出更正登记是异议登记的前置程序的结论，但如此解释弊多利少，如有时无法满足利害关系人径直申请异议登记的要求，有时迂回曲折，增加成本，等等，不如将《民法典》第220条第2款的规定理解为仅仅是列举了异议登记启动的一种情况，而非涵盖了全部的先决条件。全面总结利害关系人的申请与更正登记和异议登记之间的关系，应当有如下类型：（1）利害关系人径直申请异议登记，无须更正登记，如利害关系人的认识错误，登记的权利状态与真实的权利关系相符；（2）利害关系人申请更正登记，无须异议登记，如登记名义人书面同意利害关系人关于更正登记的申请，登记机构办理完毕更正登记；（3）利害关系人径直申请异议登记，异议成立，需要办理更正登记；（4）利害关系人申请更正登记，不动产登记簿记载的权利人不同意更正的，利害关系人可以申请异议登记；异议成立，办理更正登记。

第二百二十一条

当事人签订买卖房屋的协议或者签订其他不动产物权的协议，为保障将来实现物权，按照约定可以向登记机构申请预告登记。预告登记后，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，不发生物权效力。

预告登记后，债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起九十日内未申请登记的，预告登记失效。

本条主旨

本条是关于预告登记的规定。

相关条文

《物权法》第20条 当事人签订买卖房屋或者其他不动产物权的协议，为保障将来实现物权，按照约定可以向登记机构申请预告登记。预告登记后，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，不发生物权效力。

预告登记后，债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起三个月内未申请登记的，预告登记失效。

法释〔2016〕5号第4条 未经预告登记的权利人同意，转移不动产所有权，或者设定建设用地使用权、地役权、抵押权等其他物权的，应当依照物权法第二十条第一款的规定，认定其不生物权效力。

第5条 买卖不动产物权的协议被认定无效、被撤销、被解除，或者预告登记的权利人放弃债权的，应当认定为物权法第二十条第二款所称的“债权消灭”。

理解与适用

一、预告登记的概念

预告登记，是指为保全旨在使物权于未来发生变动的债权所为的登记，以及个别情况下保全尚未本登记的物权所为的预备登记。

在临时性担保手段这点上，预告登记与异议具有相似性，但它们在原则上还是有区别的：异议所指向的，为不动产登记簿的正确性，保护真正权利人免受登记权利人处分该不动产的侵害；相反，预告登记并不反对不动产登记簿的正确性，而是包含着对一项将来物权变动的预告，并保护债权请求权人免受真正权利人处分该标的物的妨害，或强化某些物权的效力。因此可以说，“预告登记旨在预告”（Die Vormerkung prophezeit），即在不动产登记簿上预告一项将来的物权变动，或一种将要效力齐备的物权；而“异议乃进行抗议”（Der Widerspruch protestiert），即针对不动产登记簿的正确性。不过，在

个案中，预告登记与异议，何者为合适的法律救济手段，颇难抉择。故而，应当允许这两种救济手段并用，或者二者可以互相转换。^[92]

不过，预告登记和异议登记在功能和制度设计上毕竟存在很多的不同：（1）预告登记在于保全引发不动产物权得丧、变更、消灭的债权，而异议登记在于保全登记订正请求权；（2）二者的效力有所不同，预告登记后所为的登记若与之抵触则归于无效，而异议登记则在有理由时其后的登记才归于无效，反之则属有效；（3）预告登记本身有公信力，第三人得善意受让，而异议登记无公信力可言，无法善意取得。但由于二者同出一源，故而也存在较多的相同点：（1）二者均属于预备登记，均具暂时性；（2）二者均属保全登记，目的都在于确保登记权利人的权利得以实现，并均具有阻止登记公信力的作用；（3）二者均属限制登记，都是通过对登记名义人处分权之限制而达到保全登记权利人权利的目的。^[93]

预告登记的意义巨大，为债权向物权的转化提供了顺畅的通道，德国学说认为，预告登记具有担保以物权变动为内容的债法上的请求权的功能，它是一种临时性担保手段，同时，其本身的效力具有物权性质^[94]；在中国，它还为强化某些效力不够强大的物权的效力提供了一种途径，是本登记得以展开的准备阶段。

二、预告登记所保全的权利

预告登记所保全的，大多数为引起物权变动的债权，少数情况下有物权。兹示例如下：（1）买受人甲和出卖人开发商乙签订了A商品房预售合同，甲请求开发商乙移转A商品房的占有和所有权的债权（《民法典》第221条第1款、《不动产登记暂行条例实施细则》第85条第1款第1、2项）。（2）开发商甲和国土资源管理部门乙签订了A宗建设用地使用权出让合同，甲请求国土资源管理部门乙移转A宗建设用地使用权的债权（《民法典》第221条第1款）。（3）房屋买卖、互易、赠与等引发所有权转让场合，受让人请求转让人移转房屋所有权的债权（《不动产登记暂行条例实施细则》第85条第1款第1、2项）。（4）以预购商品房设立抵押权的场合，债权人固然可以径直请求办理抵押登记，一般说来，其法律效果也最为理想，但若因种种原因不便、不易或不宜办理抵押登记的，允许债权人请求办理预告登记，不失为一种较好的选择。于是，以预购商品房设立抵押权的场合，《不动产登记暂行条例实施细则》允许当事人申请办理预告登记（第85条第1款第3项）。（5）以房屋设立抵押权的场合，债权人请求抵押人办理抵押登记的债权（《不动产登记暂行条例实施细则》第85条第1款第3项）。在具备办理抵押登记的情况下，债权人固然可以径直请求办理抵押登记，法律效果也最为理想。但如果尚不具备办理

抵押登记的条件，允许债权人请求办理预告登记，显然是最佳的方案。（6）土地承包经营权、土地经营权、地役权等物权设立の場合，设立合同附有停止条件或始期，设立合同生效，土地承包经营权等物权尚不能即时产生。在这种情况下，允许当事人申请办理预告登记，应为上策（《民法典》第221条第1款）。（7）土地承包经营权、土地经营权、地役权等物权设立の場合，即使设立合同生效即产生了物权，但由于办理本登记的条件尚不具备等原因，物权人愿意办理预告登记，法律没有必要予以反对，况且依据《民法典》第221条第1款关于“其他不动产物权的协议”的文义进行解释，也不能排除此类预告登记。

[引申]

在预告登记的客体为债权请求权的情况下，预告登记重在保全债权，反过来，它在成立和存续上，也要依附于债权而存在，如同抵押权与被担保债权的相互关系一样，预告登记也随债权请求权的转让而让与新的权利人。这告诉我们，适当的债权是预告登记存续的前提条件。此处所谓“适当的债权”，必须是能够引发具有登记能力的不动产物权变动的债权，如不动产所有权移转请求权、设立抵押权的请求权、变更不动产物权内容的请求权等。^[95]同时，我们也应看到，就债权请求权与物“权”的联系（附随性）而言，预告登记与抵押权在目的上不同：抵押权赋予债权人——在基于被担保的金钱债权而产生的请求权之外——一项变价权；而预告登记的功能在于，在第三人于预告登记之后取得权利，并因此妨害通过预告登记所保护的物权变动请求权时，预告登记可针对该第三人，使该请求权实现其物权变动的内容。^[96]

三、预告登记的程序

有权申请办理预告登记的人，即预告登记权利人，是上述法律关系中的权利人，除为强化某些物权效力的预告登记之外，所谓权利人即为被担保债权的债权人。所谓被担保债权的相对人，除为强化某些物权效力的预告登记之外，须为因预告登记而被涉及的权利人或其继承人。也就是说，实体法律关系中的权利人地位与预告登记上的权利人地位必须一致，而债务人与因预告登记而受有负担的权利的权利人必须同一。但这并不排除为第三人利益合同的受益人可通过预告登记获得保护，因为该受益人有“请求给付”的权利。^[97]例如，买受人甲和出卖人开发商乙签订了A商品房预售合同，甲是预告登记权利人，乙是被担保债权的相对人，也是实体法律关系中的债务人。再如，开发商甲和自然资源管理部门签订了A宗建设用地使用权出让合同，甲为预告登记权利人，自然资源管理部门是被担保债权的相对人，也是

实体法律关系中的债务人。

《不动产登记暂行条例实施细则》规定，申请预购商品房的预告登记，应当提交下列材料：（1）已备案的商品房预售合同；（2）当事人关于预告登记的约定；（3）其他必要材料（第86条第1款）。预售人和预购人订立商品房买卖合同后，预售人未按照约定与预购人申请预告登记，预购人可以单方申请预告登记（第86条第2款）。预购人单方申请预购商品房预告登记，预售人与预购人在商品房预售合同中对预告登记附有条件和期限的，预购人应当提交相应材料（第86条第3款）。申请预告登记的商品房已经办理在建建筑物抵押权首次登记的，当事人应当一并申请在建建筑物抵押权注销登记，并提交不动产权属转移材料、不动产登记证明。不动产登记机构应当先办理在建建筑物抵押权注销登记，再办理预告登记（第86条第4款）。申请不动产转移预告登记的，当事人应当提交下列材料：（1）不动产转让合同；（2）转让方的不动产权属证书；（3）当事人关于预告登记的约定；（4）其他必要材料（第87条）。抵押不动产，申请预告登记的，当事人应当提交下列材料：（1）抵押合同与主债权合同；（2）不动产权属证书；（3）当事人关于预告登记的约定；（4）其他必要材料（第88条）。

《不动产登记暂行条例实施细则》规定，预告登记未到期，有下列情形之一的，当事人可以持不动产登记证明、债权消灭或权利人放弃预告登记的材料，以及法律、行政法规规定的其他必要材料申请注销预告登记：（1）预告登记的权利人放弃预告登记的；（2）债权消灭的；（3）法律、行政法规规定的其他情形（第89条）。

[探讨]

若就《民法典》第221条第1款的规定作反面推论，商品房买卖、建设用地使用权转让等合同未约定预告登记的事项，登记机构可以拒绝债权人关于办理预告登记的申请。但如此解释，在开发商、国土资源行政主管部门拒绝在合同中约定预告登记的事项场合，买受人、受让人就无法利用预告登记制度使自己免遭损害。有鉴于此，为了更好地保护买受人、受让人的合法权益，笔者提出如下救济路径：（1）有关部门在审查商品房预售、销售、建设用地使用权出让等合同时，发现欠缺允许买受人、受让人请求预告登记的条款的，有权也有义务加以补充；（2）在商品房预售等合同为格式合同且载有限制预告登记的条款场合，当事人可以援引《民法典》第497条后段的规定，主张限制请求预告登记的条款无效；（3）在商品房预售等合同欠缺预告登记的约定场合，当事人就有无预告登记的请求权发生纠纷时，主审法官有权认定合同存在着漏洞，将预告登记的条款补充入合同当

中。

四、预告登记的效力

1. 债权一经预告登记就具有否定其后于债权标的物上成立的物权的效力，未经预告登记的权利人同意，出卖人或转让人处分该不动产的，不生物权效力（《民法典》第221条第1款），准确地说，是不生物权变动的效力。例如，买受人甲就其请求开发商乙移转A商品房所有权的债权办理了预告登记之后，开发商乙把A商品房出卖与丙或抵押于丁银行，即使办理了过户登记手续或抵押登记手续^[98]，也不发生A商品房所有权的转移，A商品房抵押权亦不设立。在这方面，法释〔2016〕5号第4条已经明确：未经预告登记的权利人同意，转移不动产所有权，或者设定建设用地使用权、地役权、抵押权等其他物权的，应当依照《民法典》第221条第1款的规定，认定其不生物权变动的效力。

预告登记具有限制出卖人或转让人继续处分所保全债权的标的物的效力，已如上述。在预告登记之后，出卖人或转让人将保全债权的标的物出租与他人，能否对抗租赁权？连所有权、抵押权、建设用地使用权都能对抗，举重以明轻，租赁权也能对抗。

[探讨]

就文义看，《民法典》第221条第1款的规定，只是言及出卖人、转让人或抵押人处分该不动产并“不生物权效力”，没有明确商品房买卖合同、转让合同或抵押合同等合同无效。鉴于《民法典》已经将物权变动与其原因行为（买卖等合同）加以区分，两者的有效要件有所不同（第215条等），我们应当采取商品房买卖、建设用地使用权转让、抵押合同等合同不因未经预告登记的权利人同意而无效的态度，只要商品房买卖、建设用地使用权转让、抵押等合同不存在《民法典》第146条第1款、第153条和第154条规定的无效原因，不存在第147条、第148条、第149条、第150条和第151条规定的效力待定的原因，或虽然存在着第54条规定的可撤销的原因，但撤销权人不撤销，此类合同就应当有效，不受预告登记的权利人是否同意其后发生的物权设立或转让的影响。当然，此类合同会因预告登记的权利人不同意其后发生的物权设立或转让而成为不能履行，出卖人、转让人或抵押人向买受人、受让人或抵押权人承担违约责任。

不同的思路则是，买卖合同、转让合同或抵押合同的效力属于相对无效的范畴，已经办理预告登记的权利人认可出卖人、转让人或抵押人的处分行为的，买卖合同、转让合同或抵押合同有效；反之，则

无效。^[99]

笔者认为，这不失为一种路径，只是欠缺现行法上的依据。在解决某个民法问题或处理某件民法案件，可有两种以上的方案时，有的方案具有现行法上的依据，有的方案欠缺现行法上的依据，宜采取拥有现行法依据的方案。

2.物权一经预告登记就强化了自身的法律效力，能够对抗第三人。第三人很难以不知也不应知某特定标的物上存在着物权为由予以抗辩。

对《民法典》第221条第1款作反面推论，可以得出结论：在出卖人或转让人处分已经预告登记的债权的标的物场合，预告登记的权利人同意的，发生物权变动的效力。

3.在不动产预告登记生效期间，未经预告登记的权利人书面同意，处分该不动产权利申请登记的，不动产登记机构应当不予办理（《不动产登记暂行条例实施细则》第85条第2款）。预告登记后，债权未消灭且自能够进行相应的不动产登记之日起3个月内，当事人申请不动产登记的，不动产登记机构应当按照预告登记事项办理相应的登记（《不动产登记暂行条例实施细则》第85条第3款）。

4.在预告登记和本登记均已办理且日期不同的情况下，物权变动的时间点以何者为准？有观点认为，预告登记保全的债权因履行而转化为物权时，该物权的顺位依据登记时间予以确定，而不依其产生时在登记簿中记载的时间为准。^[100]在利益衡量的层面审视，这种观点具有一定的优势：（1）在尚未完成本登记的场合，遇有征收补偿，已经申请预告登记的买受人/受让人有权取得补偿款；（2）在尚未完成本登记的场合，作为交易标的物的不动产受到不法侵害，已经申请预告登记的买受人/受让人有权请求侵权行为人承担侵权责任；（3）在出卖人/转让人进入破产程序，公告申报破产债权，此时尚未完成本登记的预告登记申请人借助本登记完成时将不动产物权取得的时间点推进到预告登记之时之利，可将该不动产剥离出破产财产的名录。

当然，这种观点也有不利于预告登记申请人之处：在尚未完成本登记的场合，不可抗力摧毁了作为交易标的物的不动产，该风险由已经申请预告登记的买受人/受让人承担。

从体系解释的角度出发，下述观点更符合逻辑：由于《民法典》第221条未就此点明确规定，第214条却明定“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，依照法律规定应当登记的，自记载于不动产登记簿

时发生效力”，未设但书，我们应当采取物权变动的时间点以本登记为准的立场。就是说，在《民法典》上，预告登记不具有顺位效力。

五、预告登记的失效

预告登记对其保全的债权具有依附性，随着债权状态的改变而变动。当债权转让或消灭时，预告登记随之转让或消灭。债权消灭或自能够进行不动产登记之日起90日内未申请登记的，预告登记失效（《民法典》第221条第2款）。

如果上述债权或物权自始即不存在，则即使已为登记，预告登记也不成立。如果上述权利嗣后消灭，则预告登记也随之消灭。在这两种情况中，不动产登记簿为不正确。^[101]《民法典》第221条第2款前段使用的术语是，预告登记后债权消灭的，预告登记失效。笔者认为，如此规定确有道理：因为债权不复存在，《民法典》第221条第1款规定的预告登记，其本意就是要强化债权的效力，预告登记便失去了目的及意义，所以，预告登记失效合乎逻辑。对于此处所谓债权消灭，法释〔2016〕5号第5条解释谓：包括买卖不动产物权的协议被认定无效、被撤销、被解除，或者预告登记的权利人放弃债权诸种情形。笔者认为，如此解释亦有道理：基于法律行为而发生的物权变动，须有法律行为并生效，才会有物权变动。而且，该法律行为项下的债权是物权存续的根据。该债权存在，物权变动及其结果就巩固；该债权消灭了，物权变动的结果便无法保持，要发生不当得利返还（《民法典》第985条）或物的返还（《民法典》第235条）的结果。由此可见，债权的重要性，法释〔2016〕5号第5条的重要性。

六、实务中的问题与对策方案

1.预告登记有效期内，尚未办理本登记时，预告登记的权利人就预告登记的对象享有优先于其他权利人的权利吗？笔者认为，预告登记的效力在于阻止他人取得预告登记对象的所有权、抵押权等物权，并无使预告登记的权利人自预告登记时起取得物权的效力，除非办理完毕本登记。就此说来，只要就预告登记的对象没有办理完毕本登记，预告登记的权利人就预告登记的对象不享有优先于其他权利人的权利。

2.预告登记有效期内没有办理本登记，预告登记失去效力后，预告登记的权利人就预告登记的对象能够优先于其他权利人办理本登记，取得该对象的物权吗？回答是否定的，因为预告登记失效后，预告登记的权利人就预告登记的对象享有的权利至多与他人享有的处于平等地位，不会享有优先权。

3.预告登记能否对抗人民法院查封预告登记的债权的标的物A楼？能否对抗人民法院的强制执行？

这是个迂回曲折的思维课题。一方面，《民法典》第221第1款并未赋予预告登记对抗公权力查封A楼的法律效力，加之公权力的优势效力以及A楼出卖人甲的债权人丙应受保护，因此，预告登记无力对抗人民法院对于A楼的查封；另一方面，人民法院查封A楼的目的是什么？应该是通过司法拍卖，以A楼的变价履行甲所欠丙的债务，或迫使该甲以包括以A楼抵偿丙的债权等方式向申请查封A楼的丙清偿债权。于是，问题来了，假如以A楼抵偿丙的债权，便是处分A楼，使得A楼的所有权归属于丙，这就违背了《民法典》第221条第1款的规范意旨及法律效力，不应被承认；假如通过司法拍卖，以A楼的变价履行甲所欠丙的债务，拍定人丁同样不应取得A楼的所有权，不然，依然违背《民法典》第221条第1款的规范意旨及法律效力。既然丙也好，他人也罢均不可取得A楼的所有权，还允许人民法院查封A楼，进而允许人民法院拍卖A楼，不就都是没有实效的浪费吗？甚至阻碍经济流转。与其如此，莫不如不允许人民法院查封预告登记的债权的标的物A楼（当然，亦不宜绝对禁止人民法院查封A楼）。再者，不承认丙以A楼抵偿债权，不承认拍定人丁取得A楼的所有权，也就意味着不承认对A楼的强制执行，换言之，预告登记具有对抗强制执行预告登记的债权的标的物的效力。

如此说来，丙的债权就完全不受法律保护了吗？答案是：也不可如此认识问题，而应承认如下方案：其一，在预告登记的申请人乙尚未付清价款时，丙有权就该笔价款主张其债权。由于A楼已被查封，依照民事诉讼法关于“先下手为强”的理念及程序，丙优先于未对甲主张债权的其他债权人的债权受偿。其二，在预告登记的申请人乙已经付清A楼的价款的场合，丙不得请求人民法院查封A楼。

既然连人民法院的查封预告登记都能对抗，举轻以明重，预告登记也能对抗人民法院的强制执行。对此，有理论曰：“对预告登记之被保护者来说，强制执行行为亦不生效力。”^[102]

但须注意，按照《民法典》第221条第2款的规定，预告登记效力的存续为90日，该期限届满，预告登记失去效力；再就是保护的债权消灭时，预告登记也失去效力。在预告登记失去效力的情况下，申请查封债权的标的物A楼就没有法律障碍了。

4.甲公司把登记在其名下的A楼出卖于乙，乙申请办理了预告登记，只是尚未前进到本登记。此时，丙举证成功A楼应为其所有（如A楼所在地的国有建设用地使用权归丙享有、以丙的名义申请领取的建

筑规划许可证和建设工程施工许可证等），援用《民法典》第220条第1款的规定，向不动产登记机构申请更正登记，以消除登记错误。观察《民法典》第221条第1款的文义，预告登记没有阻止真实的物权人丙申请更正登记的效力，在甲公司书面同意更正登记的情况下，不动产登记机构有义务予以更正登记。于此场合，丙有无权利否定预告登记的效力，拒绝将A楼实际出卖于乙？第一种思路是：乙对A楼享有的债权已经甲公司的同意办理完毕预告登记，即使A楼的所有权尚未登记在乙的名下，现已知悉A楼归属于丙，甚至A楼已被更正登记在丙的名下，乙仍然有权请求丙同意将A楼过户登记在乙的名下，丙无权拒绝。^[103]其理论依据是预告登记的担保效力：“对被保护者来说，其请求权之债务人仍为权利人；被保护者得向该债务人，请求为实现其权利所必需的物权意思表示（比如《民法典》第873条第1款之物权合意、《民法典》第925条之土地所有权让与合意）。但由于取得人已登记于登记簿之中，故取得人须同意为实现被保护之请求权所必要之登记（《民法典》第888条）。”^[104]第二种思路是：该问题的解决涉及两个法律制度：一是预告登记的效力，二是善意取得制度。在中国现行法上，《民法典》第221条第1款规定的预告登记的效力有二：其一，否定其后于债权标的物上成立的物权的效力，未经预告登记的权利人同意，出卖人或转让人处分该不动产的，不发生物权效力；其二，物权一经预告登记就强化了自身的法律效力，能够对抗第三人。不难发现，预告登记无强制A楼的所有权人必须将A楼的所有权移转给乙的效力，尤其是无强制丙必须将A楼的所有权移转给乙的效力，因为甲公司把A楼出卖与乙是违背真正的所有权人丙的意思的，在丙特别需要A楼自用或A楼的售价偏低的情况下还损害了丙的合法权益。再从善意取得制度方面分析：尽管乙对A楼享有的债权已经办理完毕预告登记，但A楼业经更正登记程序已被登记在丙的名下，这意味着甲公司当初将A楼出卖与乙属于无权处分，乙若想取得A楼的所有权，把预告登记前进到本登记，必须适用善意取得制度，即满足《民法典》第311条第1款的要求。因为此时A楼尚未移转登记在乙的名下，预告登记无强制丙必须将A楼的所有权移转给乙的效力，所以，只要丙不同意办理该移转登记，不提交办理移转登记所需要的材料，就欠缺《民法典》第311条第1款第3项所要求的移转登记这项善意取得的要件。如果A楼的售价偏低，也欠缺《民法典》第311条第1款第2项所要求的价格合理这项善意取得的要件。既然欠缺成立要件，乙也就不能善意取得A楼的所有权。笔者认为这后一种思路更符合中国现行法的规定。

其实，按照德国民法的物权行为规则及理论衡量第一种思路，也并非没有疑问，因为甲公司和乙签订A楼买卖合同之时可能有物权合意，也可能没有物权合意，而且此类情形绝非鲜见。在后者的背景

下，事情演进至A楼的所有权已被更正登记在丙的名下这个阶段，丙坚决不同意和乙形成A楼所有权移转的物权合意，也随之不同意协助乙办理A楼所有权的移转登记。如此，没有A楼所有权移转的物权行为，何谈A楼所有权被乙取得？！就是说，即使在德国民法上，第一种思路存在着逻辑、理论上的障碍。

在乙不能善意取得A楼的所有权的前提下，乙因此遭受的损失如何偿付？由于A楼买卖合同非丙所签，有权基于所有权神圣捍卫其A楼的所有权，又无因此获取不当利益，因而丙对乙不承担损害赔偿责任。由于这种局面全因甲公司的原因所致，甲公司有义务赔偿乙的损失。在这里，乙的请求权基础是什么？如果适用《民法典》第597条第1款及法释〔2009〕5号第15条、法释〔2012〕8号第3条的规定，那么，A楼买卖合同不因甲公司无权处分而归于无效，若无《民法典》第146条第1款、第153条、第154条规定的无效原因，那么，A楼买卖合同有效。如此，加上丙拒绝移转A楼的所有权，乙可基于《民法典》第577条的规定请求甲公司承担违约损失赔偿。

上述案型中的情形，改变其中一种，即甲公司拒绝同意乙更正登记的请求。于此场合，乙可以援用《民法典》第220条第2款前段的规定，申请异议登记。登记机构予以异议登记的，申请人在异议登记之日起15日内又起诉。操作的结果是，不动产登记机构注销甲公司对A楼的所有权，将A楼的所有权登记在丙的名下。在这样的背景下，甲公司、乙和丙之间的相互关系，与上文所述更正登记下的结论相同，不再重述。

第二百二十二条

当事人提供虚假材料申请登记，造成他人损害的，应当承担赔偿责任。

因登记错误，造成他人损害的，登记机构应当承担赔偿责任。登记机构赔偿后，可以向造成登记错误的人追偿。

本条主旨

本条是关于登记错误所生赔偿责任以及登记机构的追偿权的规定。

相关条文

《物权法》第21条 当事人提供虚假材料申请登记，给他人造成损害的，应当承担赔偿责任。

因登记错误，给他人造成损害的，登记机构应当承担赔偿责任。登记机构赔偿后，可以向造成登记错误的人追偿。

《不动产登记暂行条例》第29条 不动产登记机构登记错误给他人造成损害，或者当事人提供虚假材料申请登记给他人造成损害的，依照《中华人民共和国物权法》的规定承担赔偿责任。

第30条 不动产登记机构工作人员进行虚假登记，损毁、伪造不动产登记簿，擅自修改登记事项，或者有其他滥用职权、玩忽职守行为的，依法给予处分；给他人造成损害的，依法承担赔偿责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第31条 伪造、变造不动产权属证书、不动产登记证明，或者买卖、使用伪造、变造的不动产权属证书、不动产登记证明的，由不动产登记机构或者公安机关依法予以收缴；有违法所得的，没收违法所得；给他人造成损害的，依法承担赔偿责任；构成违反治安管理行为的，依法给予治安管理处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第32条 不动产登记机构、不动产登记信息共享单位及其工作人员，查询不动产登记资料的单位或者个人违反国家规定，泄露不动产登记资料、登记信息，或者利用不动产登记资料、登记信息进行不正当活动，给他人造成损害的，依法承担赔偿责任；对有关责任人员依法给予处分；有关责任人员构成犯罪的，依法追究刑事责任。

《不动产登记暂行条例实施细则》第103条 不动产登记机构工作人员违反本实施细则规定，有下列行为之一，依法给予处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

（一）对符合登记条件的登记申请不予登记，对不符合登记条件的登记申请予以登记；

（二）擅自复制、篡改、毁损、伪造不动产登记簿；

（三）泄露不动产登记资料、登记信息；

（四）无正当理由拒绝申请人查询、复制登记资料；

（五）强制要求权利人更换新的权属证书。

第104条 当事人违反本实施细则规定，有下列行为之一，构成违反治安管理行为的，依法给予治安管理处罚；给他人造成损失的，依法承担赔偿责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

- （一）采用提供虚假材料等欺骗手段申请登记；
- （二）采用欺骗手段申请查询、复制登记资料；
- （三）违反国家规定，泄露不动产登记资料、登记信息；
- （四）查询人遗失、拆散、调换、抽取、污损登记资料的；
- （五）擅自将不动产登记资料带离查询场所、损坏查询设备的。

理解与适用

本条是对《物权法》第21条的复制。此处所谓登记错误系中性概念，不含道德评价，即该概念本身不意味着登记错误可归责于登记机构。

本条第1款规定的是，登记错误可归责于当事人的，由该当事人承担赔偿责任。这里奉行的是过错责任原则。

本条第2款规定的是，不论登记错误是否可归责于登记机构，只要受害人请求该登记机构承担赔偿责任，该登记机构就有义务承担该责任；如果该登记错误实际上归责于当事人，登记机构并无过错的，登记机构承担赔偿责任之后，有权向造成登记错误之人追偿。由此看来，登记机构在为当事人的过错行为承担赔偿责任的情况下，若着眼于过错行为人与承担责任人之间的牵连，那么，登记机构所负之责属于为代负责任，或曰转成责任；若聚焦于登记机构不是为自己的过错，而是为他人的过错行为负责的视角，那么，登记机构所负之责属于无过错责任。

关于登记机构对登记错误应否承担无过错责任，意见不一。登记机构系统一直呼吁应确立过错责任原则，但不为立法机关所采纳，主要理由是登记错误的受害人处于相对弱势的地位，无过错责任原则于其有利。^[105]

即使坚持此种观点，在代负责任的领域，也务请注意：在判断登记机构的赔偿责任成立时，必须以错误登记可归责于登记申请人为要件。如果错误登记不可归责于登记申请人，也不可归责于登记机构（如超级骇客攻破不动产登记簿的网络系统，篡改了不动产登记簿簿

页上的有关信息），那么，登记机构不承担赔偿责任。

再者，登记机构的赔偿责任究竟属于民事赔偿还是国家赔偿？

《不动产登记暂行条例》第29条规定：“不动产登记机构登记错误给他人造成损害，或者当事人提供虚假材料申请登记给他人造成损害的，依照《中华人民共和国物权法》的规定承担赔偿责任。”其实，物权法管辖物权关系，不调整损害赔偿责任。此处所谓赔偿责任或者属于侵权责任法的领域，或者适用国家赔偿法。

对于登记机构的赔偿责任采取普通的民事侵权之说，因赔偿基金、保险体系尚未形成而显现出如下问题：登记机构的责任财产中无赔偿金的储备，“挪用”办公经费支付赔偿金，使登记机构难以正常办公，可能导致连锁反应，后果很严重。在错误登记所涉不动产处于巨额交易时，错误登记导致的当事人的损失可能数额巨大，登记机构不堪重负。此外，在理论自洽性方面，登记错误在中国现行法上更具行政侵权的色彩。

国家赔偿责任之说与下述情形契合：（1）多数说认为，登记机构隶属行政机关，至少是行政机关的“代理人”，登记行为系行政行为，其侵权行为属于行政侵权，由公法调整，国家赔偿为最佳选择。（2）国家赔偿设有专项资金，用于具体的赔偿处理，不影响登记机构的正常运转。（3）国家赔偿设有上限，不至于使国家负担过重。

第二百二十三条

不动产登记费按件收取，不得按照不动产的面积、体积或者价款的比例收取。

本条主旨

本条是关于不动产登记收费的确定标准的规定。

相关条文

《物权法》第22条 不动产登记费按件收取，不得按照不动产的面积、体积或者价款的比例收取。具体收费标准由国务院有关部门会同价格主管部门规定。

理解与适用

本条源自《物权法》第22条前段的规定，有的放矢。实务中曾经

风行过按照不动产的面积、体积或者价款的比例收取，这有几点不妥：（1）登记工作的量和强度因登记事项的不同而有变化，不因被登记的不动产的面积、体积或者价款的差异而呈现明显的不同。打个比方，不动产登记，接近于承揽，而远离买卖，承揽的计费标准是劳动（技能、劳力等）的付出，而非货物的价款。（2）登记机构不是商人，不是营利性组织，而按照不动产的面积、体积或者价款的比例收费，实际上属于商业运作，这与登记机构的性质、功能不相符合。（3）按照不动产的面积、体积或者价款的比例收费，给当事人带来沉重的负担，大大增加了交易成本，这不合市场经济的内在要求。（4）在不动产抵押等领域，当事人为逃避高额收费而不申请办理抵押登记，而不登记则抵押权未设立，这明显降低了债权人的债权实现的概率。

在《物权法》（草案）的草拟和研讨过程中，多数意见认为，登记机构不是营利性组织，目前中国各地的不动产登记机构，尤其是房产登记机构，从事的登记工作一般也只是对登记申请人提供的有关材料是否符合规定的条件进行审核，在此基础上进行收费，不宜与不动产的面积、体积或者价款等因素挂钩，不宜把这些作为计费的标准。此外，有的部门提出，物权法不宜对登记收费问题作规定。有的专家也认为，登记收费的问题属于具体的程序性问题，可以由将来的不动产登记法去作规定，物权法作为民事基本法，对此可以不作规定。立法机关经研究认为，物权法关系人民群众的切身利益，为社会各方面普遍关注，对于社会生活中反映较多，与人民群众利益较为密切的问题，应当在物权法中作出适当的规定。^[106]立法机关的这种立场及观点由《物权法》固定（第22条），《民法典》承继（第223条）。

不过，《民法典》删除了《物权法》第22条后段所谓“具体收费标准由国务院有关部门会同价格主管部门规定”。这为具体收费标准究由狭义的“法律”予以明确还是可由法规、规章作出规定留下了空间。

第二节 动产交付

本节规定了基于法律行为而发生的动产物权变动以交付为生效要件的模式，把交付/占有作为动产物权变动的公示方法，并列明了交付的各种形态及其相应的法律效果。

本节也原则性地承认动产物权的变动不以交付为生效要件，以及

在特殊动产的物权变动时，登记具有对抗善意第三人的效力。

第二百二十四条

动产物权的设立和转让，自交付时发生法律效力，但是法律另有规定的除外。

本条主旨

本条是关于基于法律行为而发生的动产物权的变动以交付为生效要件及其例外的规定。

相关条文

《民法通则》第72条第2款 按照合同或者其他合法方式取得财产的，财产所有权从财产交付时起转移，法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

《合同法》第133条 标的物的所有权自标的物交付时起转移，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

第134条 当事人可以在买卖合同中约定买受人未履行支付价款或者其他义务的，标的物的所有权属于出卖人。

第135条 出卖人应当履行向买受人交付标的物或者交付提取标的物的单证，并转移标的物所有权的义务。

《物权法》第23条 动产物权的设立和转让，自交付时发生法律效力，但法律另有规定的除外。

理解与适用

一、基本含义

本条所谓动产物权的设立和转让，就是动产物权的变动。所谓“动产物权的设立和转让，自交付时发生法律效力”，就是动产物权的变动以交付为生效要件。就本条正文的字面意思观察，似乎它普遍适用于一切类型的动产物权变动，但联系本条但书以及其他有关规定，按照体系解释和目的解释的方法，应该说本条正文之意是基于法律行为而生的动产物权变动以交付为生效要件。

不动产物权变动包括不动产物权的设立、变更、转让和消灭，《民法典》规定它们依法经由登记才发生效力（第209条第1款）。但在动产物权的变动上，《民法典》规定动产物权的设立和转让自交付时发生效力（第224条正文），缺少“变更”和“消灭”两种表现形式。之所以如此，是因为动产物权的消灭（如面包被吃掉、一本释评书被烧毁）、动产物权因标的物的变化（如一棵白菜只剩下芯，一辆自行车丢失了铃铛）而导致的物权内容的变化以及不动产物权内容的径直变化（如汽车因限号规定而暂时不得上路）均不涉及交付。

交付是动产物权变动的公示方法，但不是动产物权一切变动形式的公示方法，只能作为基于法律行为而发生的动产物权变动的公示方法。非基于法律行为而发生的动产物权变动不以交付为公示方法，因为以这些方式取得动产物权，或者根本不发生交付（如先占、添附），或者交付在其中不具有法律意义（如以继承方式取得动产所有权）。除交付以外，占有也是动产物权的公示方法，是享有动产物权的公示方法，是动产物权存在的外衣。一般来说，占有公示的动产物权究竟属于何种类型，宜视占有人的意思而定，以所有的意思占有动产的，其公示的物权为所有权；以行使质权的意思而占有标的物的，其公示的物权为质权；以扣留返还债务人的动产以保障债权实现的意思而占有的，其公示的物权为留置权。^[107]

如果说不动产物权及其变动的公示方法为登记，且登记显示的不动产物权关系与真实的不动产物权关系大多相符合，登记错误的所占比重很少；那么，动产物权及其变动的公示方法为交付/占有，而占有所显示的动产物权关系与真实的动产物权关系不一致的比重多些。例如，甲的电脑交由乙仓库保管，或出借给丙使用，或出租给丁使用，或让与担保给戊，或遗失后被己拾到，等等。乙、丙、丁、戊、己对于该电脑的占有均非所有权的表象，但依公示规则，对于交易相对人庚来说，却推定上述诸人对该电脑享有所有权。正因如此，在进行动产交易时不得完全信赖对动产的占有，除了拍卖、超市、农贸市场等特殊场合外，交易相对人进行尽职调查是必要的。与此相关，动产的善意取得在构成要件方面相对严格些。

本条所谓法律另有规定的除外，有两层意思：一是指非基于法律行为而生的动产物权变动不以交付为生效要件，二是指某些基于法律行为而生的动产物权变动，如海上运输的指示单证，是以记名背书或空白背书为生效要件的（《海商法》第79条第2项），而不以交付为生效要件。还有，动产抵押权的设立也不需要交付抵押物（《民法典》第403条等）。

[\[延伸\]](#)

有必要指出，《民法典》未再沿袭《合同法》第133条后段关于“当事人另有约定的除外”的债权意思主义的思想，仅仅保留了“法律另有规定……除外”的但书，明文规定动产物权的变动以交付为生效要件（第224条正文），动产质权以交付留置财产为生效要件（第429条），只有动产抵押权除外（第403条等）。这引发一个问题：在特定物买卖场合，当事人双方没有遵循《民法典》第224条等规定实施交易，而是约定该买卖物的所有权自买卖合同生效时移转。该项约定能否发生法律效力？回答这个问题，离不开确定《民法典》第224条正文、第116条等有关规定是否为强制性规定，以及物权法定主义是否含有物权公示的内容。

笔者认为，《民法典》第224条正文等关于“动产物权的设立和转让，自交付时发生效力”规定，并非强制性规定。其理由如下。

首先，《民法典》之所以没有复制《合同法》第133条后段关于“当事人另有约定的除外”的但书，重在维护《民法典》第209条第1款、第214条正文关于不动产所有权甚至不动产他物权的移转须以登记为生效要件的强制性规定，以及第216条第1款关于公信力的强制性规定，防止当事人通过约定建筑物、构筑物及其附属设施的所有权自买卖、互易、赠与等合同生效时转移，来规避《民法典》的上述规定，并无坚决否认特定动产的所有权可以自买卖、互易、赠与等合同生效时移转之意。

其次，也是更为重要的是，虽然物权及其变动的公示关乎众人的利益，但因善意取得等制度的存在，当事人双方约定特定物买卖的所有权移转时间点，也不会损及善意的交易相对人的合法权益，所以，不把《民法典》的第224条正文等关于动产物权变动的公示要求划入强制性规定的范围，就并非强词夺理。

最后，联系现行法关于基于法律行为的动产物权变动的下述规定，在整体上把握，《民法典》第224条正文等关于“动产物权的设立和转让，自交付时发生效力”的规定并非强制性规定的结论，就更加显现出道理：（1）《民法典》第641条允许买卖物的所有权保留，变更了《民法典》第224条正文的规定；（2）《民法典》第227条承认了指示交付、第228条承认了占有改定，都变通了典型的交付形态。我们可以将之理解为在实质上修正了交付为动产物权变动的生效要件的模式。此外，《民法典》第333条第1款和第334条关于土地承包经营权的变动不以公示为生效要件的规定、第341条关于土地经营权设立的规定以及第374条前段关于地役权的设立不以公示为生效要件的规定，也在一定意义上加强了前述结论的可信度。

既然动产物权变动在公示方面的要求可由当事人通过约定加以改变，就表明此类法律规定并非强制性规定。而法律关于物权法定主义的规定被认为是强制性规定，为了避免法律及其理论内容存在矛盾，不宜认定《民法典》第116条的规定包含公示强制的内容。由此可见，德国民法理论将物权法定主义限于类型强制和类型固定，确有条理。

总之，当事人双方若约定特定物的所有权自买卖合同生效时移转，法律就不宜否定。当事人双方若无此约定，就要完全按照《民法典》第224条正文等规定确定动产物权变动的时间点。其道理在于，相对于《合同法》第133条关于“当事人另有约定的除外”的但书，《民法典》第224条正文及第429条等规定更为理想，因为按照动产的占有或交付确定动产物权的状态，更加符合物权及其变动的公示原则及其规范意旨；尽量使真实的物权关系与外观所表征的物权关系相一致，也与公信原则的创设前提之一相契合；在法律部门的分工方面，物权变动应由《民法典》“第二编 物权”而非《民法典》“第三编 合同”予以规范，在物权变动方面，《民法典》“第二编 物权”为“特别法”。

【探讨】

有人认为，《民法典》第224条关于“但法律另有规定的除外”的但书，包括《民法典》第320条规定的“主物转让的，从物随主物转让，但是当事人另有约定的除外”。其意在说，从物为动产场合，在主物的所有权已经移转的情况下，从物无须交付便移转所有权。对此，笔者不敢苟同，因为基于一物一权主义，主物和从物系两个物，每个物上各存在着一个所有权，其物权变动的法律行为仍应个别为之，始能生物权变动的效力，亦即从物为不动产或动产时，应分别为登记或交付，并非因主物（无论是不动产或动产）物权已经变动，其效力即可及之。^[108]此其一。假如不遵循上述规则，而认为从物无须交付便移转所有权，就意味着主物所有权的变动按照基于法律行为的物权规则变动处理，而从物所有权的变动则遵循非基于法律行为的物权变动规则处理，不够协调，缺乏美感。此其二。更为重要的是，从物所有权的变动一律不以公示为生效要件，不利于交易安全。此其三。

二、交付的概念和形态

交付，即移转占有，包括现实交付、观念交付，以及仓单等证券的交付或背书。观念交付包括简易交付、指示交付和占有改定诸形态。

此处只介绍现实交付、简易交付、指示交付和占有改定这三种交付形式在《民法典》相应的条文之处解释。

现实交付，系指对动产的事实管领力的移转，使受让人取得直接占有（《民法典》第224条等）。取得直接占有，必须基于出卖人的意思，买受人自行占有不构成交付。

随着交易形态的丰富，观念的变化，以及科学技术的发展，交付的形态继续在演变过程中，实务中出现了一些新的现象，值得注意和研讨。

其一，转让人依约将作为标的物的动产交由某特定仓库占有，应构成《民法典》第224条正文所规定的交付。例如，在灌装油、钢材、水泥等动产上设立质权，采取古典的现实交付的方式满足动产质权的设立对于交付的需要，可能会增大成本，不符合债权人的业务运营的实际，或者违拗债权人的心态。而采取债权人、出质人与第三人签订监管动产质权标的物的协议并实际履行的方式，由该第三人监控该标的物，标志着该标的物已经完成了交付，就兼顾了债权人和债务人的利益，也满足了动产质权设立的要件，值得肯定。

在实务运作中，有的是仅仅签订监管协议并实际履行，从而构成交付并进而设立动产质权；有的则复杂些，如先由第三人与出质人签订该动产的租赁合同并实际履行，实现该动产的移转占有；再由该第三人与债权人甚至加上出质人签订监管该动产的合同并实际履行，从而构成交付并进而设立动产质权。

需要指出的是，仅仅签订监管合同或者签订租赁合同与监管合同组合，并无实际履行的事实，标的物并未移转占有，没有满足动产质权的设立要件，不应认定动产质权已经设立。

其二，作为标的物的动产原由债务人单独占有（如在债务人的仓库），现在变为由债务人和债权人共同管控（如债务人和债权人合作方可打开仓库之锁）。

其三，作为标的物的动产存放于第三人之处，现在变为第三人和债权人乃至债务人共同管控。

其四，如果共管者没有打款者，则认定该笔款项进入几家共管账户构成交付，理由较为充分。假如共管者中包括打款者，该笔款项进入几家共管账户，还构成交付吗？看法不一。否定论者认为，既然打款者也是共管者之一，就表明该笔款项仍未脱离打款者的管控，也就

不好说移转了占有，因而算不上交付。肯定论者则反对这样固守形式逻辑的思维方式，主张须顺应交易形式的发展和需要，兼顾方方面面，聚焦实质，适当忽略枝节。尽管把打款者作为共管者之一，这与古典的现实交付的表现形态有点差异，致使债权人无法自由地利用该笔资金，但毕竟也隔绝了打款者与该笔资金的直接利用关系，具有保护债权人权益的一面，一俟条件具备便完全管控、自由利用该笔资金；同时这也大大降低了打款者遭遇不测的风险，符合其心理状态；为共管账户内的资金在附加有关因素后成为保证金、债权质权的标的物等法律手段提供前提和可能。

其五，动产物权业已证券化为仓单、提单等证券的，此类证券的交付或背书代替了动产的交付，从而发生动产物权的变动（参见《海商法》第79条等）。

交付不仅为动产所有权移转的生效要件，而且应是绝大部分动产物权变动的生效要件。例如，按照《民法典》的规定，交付质押财产是动产质权的设立要件（第429条），交付权利凭证是以不记名仓单等为标的物的质权设立的要件（第441条）。提单的交付等同于货物的交付，实现货物所有权的移转。提单的转让不仅转让单证本身，同时转让提单所代表的权利。^[109]

三、假他人之手为交付

在市场经济条件下，动产的交付时常假他人之手进行，主要有三种情形：（1）经由占有辅助人为交付。例如，甲售一车给乙，由甲的司机将该车交付给乙的司机。（2）经由占有媒介关系为交付。例如，甲将一匹马寄存于乙处，出售给丙，约定由甲将该马交给驯马人丁，代为训练。乙依甲的指示将该马交付给丁时，在丁与丙之间成立占有媒介关系，丁为直接占有人，丙为间接占有人。（3）经由被指令人为交付。例如，甲售A画给乙，乙转售给丙，乙请甲径直将该画交付于丙，甲同意并照办。于此场合，不能认为丙直接从甲处取得A画的所有权，因为丙可能不知道甲与乙之间的合同关系的性质和类型，即使为买卖合同，甲也可能保留A画的所有权。衡量当事人之间的利益状态，应认为移转所有权的让与合意在甲与乙、乙与丙之间分别成立。至于甲将A画交付给丙，应认为同时完成甲对乙的交付和乙对丙的交付。为解释这种合同关系，德国学说提出了被指令人的概念，即关于甲与乙之间的让与所有权，指令丙为交付受领人；关于乙与丙之间的让与，也指令丙为交付受领人。因而，在甲将A画交付给丙时，在一个“法律的瞬间时点”由乙取得所有权，再移转于丙。换言之，丙取得A画所有权，并非直接来自甲，而是经由乙。^[110]

第二百二十五条

船舶、航空器和机动车等的物权的设立、变更、转让和消灭，未经登记，不得对抗善意第三人。

本条主旨

本条是关于船舶等特殊动产的物权变动以登记为对抗要件的规定。

相关条文

《物权法》第24条 船舶、航空器和机动车等物权的设立、变更、转让和消灭，未经登记，不得对抗善意第三人。

《海商法》第9条第1款 船舶所有权的取得、转让和消灭，应当向船舶登记机关登记；未经登记的，不得对抗第三人。

第10条 船舶由两个以上的法人或者个人共有的，应当向船舶登记机关登记；未经登记的，不得对抗第三人。

第13条第1款 设定船舶抵押权，由抵押权人和抵押人共同向船舶登记机关办理抵押权登记；未经登记的，不得对抗第三人。

第14条第2款 建造中的船舶办理抵押权登记，还应当向船舶登记机关提交船舶建造合同。

《民用航空法》第11条 民用航空器权利人应当就下列权利分别向国务院民用航空主管部门办理权利登记：

- （一）民用航空器所有权；
- （二）通过购买行为取得并占有民用航空器的权利；
- （三）根据租赁期限为六个月以上的租赁合同占有民用航空器的权利；
- （四）民用航空器抵押权。

法释〔2016〕5号第6条 转让人转移船舶、航空器和机动车等所有权，受让人已经支付对价并取得占有，虽未经登记，但转让人的债权人主张其为物权法第二十四条所称的“善意第三人”的，不予支持，

法律另有规定的除外。

理解与适用

一、基本含义

本条系对《物权法》第24条的复制，明确了船舶、航空器和机动车等动产物权的变动以登记作为对抗第三人的要件。

虽然本条的字面意思没有言明其适用范围是限于基于法律行为而发生的船舶等特殊动产的物权变动情形，但基于体系解释和目的解释可以作肯定的结论。

通说认为，作为对抗要件的登记不具有公信力，交易相对人不可完全迷信于它，除了查询此类登记所记载的信息外，尚有从其他角度、方面进行尽职调查的注意义务，特别是占有状况；不然，就容易成为重大过失地不知，构成非善意。如此，在登记名义人不是真实的船舶等特殊动产的物权人的场合，不为较为全面的尽职调查的交易相对人因其重大过失地不知而不能善意取得。在这方面，法释〔2016〕5号第6条规定：“转让人转移船舶、航空器和机动车等所有权，受让人已经支付对价并取得占有，虽未经登记，但转让人的债权人主张其为物权法第二十四条所称的‘善意第三人’的，不予支持，法律另有规定的除外。”

二、船舶等特殊动产的物权变动以交付为生效要件

应当指出，交付本非完全的公示方法，再加上有观念交付的存在，更使其无法完全公示物权状况的缺点加深，故法律就某些动产的物权变动的公示，兼采登记的方法或将动产证券化，把交付作为动产物权变动的生效要件，将登记作为对抗（善意）第三人的要件。^[111]《民法典》第225条关于“船舶、航空器和机动车等物权的设立、变更、转让和消灭，未经登记，不得对抗善意第三人”的规定，显然采取了这种模式。

将《民法典》第225条的规定解释为“把交付作为船舶、航空器和机动车等动产物权变动的生效要件，将登记作为对抗（善意）第三人的要件”，而非合同生效时发生物权变动；同时承认生产设备，原材料，半成品，产品，正在建造的建筑物、船舶、航空器，交通运输工具设立抵押权时，抵押权自合同生效时设立，登记为对抗善意第三人的要件，有如下理由支持：（1）文义解释：该条没有正面规定船舶、航空器和机动车等动产物权变动的要件，既没有说自变动合同生

效时发生物权变动，也没有说自登记完毕时发生物权变动，属于不完全法条，需要结合有关条文加以解释，于是有（2）体系解释和目的解释：该条处于《民法典》“第二编 物权”之下“第二章 物权的设立、变更、转让和消灭”中的“第二节 动产交付”之下。该章共有三节，其中，第一节“不动产登记”，贯彻基于法律行为而发生的不动产物权变动以登记为生效要件的精神（《民法典》第209条第1款等），只承认法律另有规定不以登记为生效要件的例外（《民法典》第209条第1款但书、第209条第2款、第333条第1款、第335条、第341条、第374等）；第二节“动产交付”，贯彻基于法律行为而发生的动产物权变动以交付为生效要件的原则（《民法典》第224条正文，第429条），同样只承认法律另有规定不以交付为生效要件的例外（《物权法》第224条但书）；第三节“其他规定”，贯彻非基于法律行为而发生的物权变动不以公示为生效要件的理念，只有遗赠导致的物权变动属于基于法律行为而发生的物权变动，也不要求公示作为物权变动的生效要件（《民法典》第229-231条）。现在的问题是，法律对船舶、航空器和机动车的物权变动是否例外地规定了不以交付为生效要件。查《海商法》，没有正面规定船舶所有权变动、船舶抵押权设立的生效要件，只是明确地将登记作为对抗要件（第9条、第13条第1款）；《民用航空法》同样未正面规定民用航空器所有权变动、民用航空器抵押权设立的生效要件，只是明确地将登记作为对抗要件（第14条第1款、第16条）；《机动车登记规定》也没有正面规定机动车物权变动的生效要件。既然法律对于船舶、航空器和机动车的物权变动未作另外规定，那么，就应当按照动产物权变动的原则（《民法典》第224条正文）解释《民法典》第225条的规定，只有在设立抵押权时例外。（3）《民法典》第225条的规定原则上总揽船舶、航空器和机动车的所有权产生、转让，设立质权，设立抵押权，消灭等类型的物权变动，且未设例外。而《民法典》第429条明确规定：“质权自出质人交付质押财产时设立。”在这种情况下，只有将《民法典》第225条的规定解释为其贯彻的是“把交付作为船舶、航空器和机动车等动产物权变动的生效要件，将登记作为对抗（善意）第三人的要件”模式，才能自圆其说。当然，在设立抵押权时例外。假如将其解释为登记为船舶、航空器和机动车等动产物权变动的生效要件，则会造成《民法典》第225条和第429条之间的矛盾。（4）与“（3）”的道理类似的还有，《民法典》第403条规定，以包括交通运输工具在内的动产设立抵押权的，抵押权自抵押合同生效时设立，未经登记，不得对抗善意第三人。这表明以船舶、航空器和机动车设立抵押权，仍然不以登记为生效要件。（5）在理论上，通说坚持中国的物权变动采取债权形式主义，《民法典》“第二编 物权”之下“第二章 物权的设立、变更、转让和消灭”中的前两节以及其他有关规定予以落实，只有土地承包经营权和地役权的设立采取了债权意思主义（第333条第1

款、第335条、第341条、第374等），至于船舶、航空器和机动车的物权变动则未见有明确的条文采取债权意思主义。就此而言，也应当认为《民法典》对船舶、航空器和机动车的物权变动采取了以交付为生效要件的模式，而非合同生效时发生物权变动，只有在设立抵押权时例外。（6）假如将登记作为船舶、航空器、机动车诸物权的变动的生效要件，则会产生负面的结果。其道理如下：《民法典》第225条明文规定登记为这些物权变动的对抗要件，而作为对抗要件的登记，难以时时、事事地表征着真实的物权关系。换句话说，登记所昭示的物权关系与真实的物权关系有时不一致。因此，假如把登记作为船舶、航空器、机动车诸物权的变动的生效要件，就可能误将已经变动的船舶、航空器、机动车的物权关系当作尚未变动的物权关系，或者误将尚未变动的物权关系作为已经变动的物权关系看待。属于前者的例证有若干，例如，甲已经将作为买卖物的船舶现实地交付给了买受人乙，但尚未办理过户登记手续，若依据登记为船舶物权变动的生效要件说，则会仍然认为该船舶归甲所有，即使第三人明知该船舶所有权已经移转给乙的事实，乙也无权对抗该第三人。这显然违背了《民法典》第225条的规范意旨。属于后者的例证同样存在，例如，甲已经将作为买卖物的船舶现实地交付给了买受人乙，随后又将该船舶登记在第二个买受人丙的名下。于此场合，丙本来没有取得该船舶的所有权，但按照登记为船舶物权变动的生效要件说，则得出丙已经取得该船舶所有权的结论。这显然是不符合客观实际的，不适当地侵害了乙的合法权益。避免此类弊端的有效办法，就是坚持这样的观点：交付为船舶、航空器、机动车诸物权的变动的生效要件，登记仅为对抗善意第三人的要件。法释〔2012〕8号第10条第1项、法释〔2016〕5号第6条及第20条已经承认了这种观点。

当然，反对笔者上述思路及观点的论者或许这样诘问：交付/占有，不也难以时时、事事地反映真实的机动车物权关系吗？在这方面交付、占有可能还不如登记呢！为什么以登记难以时时、事事地反映真实的机动车物权关系为由来反对登记为机动车物权变动的生效要件主义呢？对此，笔者回应如下：（1）《民法典》第225条明文把登记作为机动车物权变动的对抗要件，而非生效要件，却未将交付/占有作为机动车物权变动的对抗要件。所以，在这里，首先应当关注的自然应是《民法典》第225条的文义及规范意旨，自然应当辨明该条后段所谓“未经登记，不得对抗善意第三人”与登记所昭示的物权关系、真实的物权关系之间的关系，而不应远离法律条文、“舍近求远”地首先探索“交付/占有与占有所昭示的机动车物权关系、真实的机动车物权关系之间的关系”。如此，通过考察得出结论：对抗要件主义下的登记难以时时、事事地反映真实的机动车物权关系，故不宜将《民法典》第225条的规定解读为它承认了登记为机动车物权变动的生效要

件。这个道理，从另一面阐释就是，假如《民法典》第225条明文规定登记为机动车物权变动的生效要件，那么，法律人首先聚焦的同样是法律条文的文义及规范意旨，直奔主题地观察和解读登记与登记所昭示的机动车物权关系、真实的机动车物权关系之间的关系，从而得出登记（基本上）反映着真实的机动车物权关系、登记为机动车物权变动的生效要件这样的结论，而不宜远离法律条文、“舍近求远”地首先探索“交付/占有与占有所昭示的机动车物权关系、真实的机动车物权关系之间的关系”。（2）至于交付/占有同样难以时时、事事地反映真实的机动车物权关系这一点，毋庸回避，更不容否认，但要积极地采取措施予以救济。《民法典》第225条后段明确“未经登记，不得对抗善意第三人”，就是救济措施之一。通过这样的制度设计，鼓励乃至促使当事人积极地到交通管理部门办理机动车登记，以便使公示的机动车物权关系尽可能地反映着真实的机动车物权关系，从而达到目的。（3）在实务操作上，如果依法办事，就令交易双方在办理机动车登记的过程中，将机动车本身、有关单证一起交给登记机构查验，核实无误后才予办理机动车登记，以最大限度地使交付/占有、登记反映着真实的机动车物权关系。这也正是《民法典》第224条和第225条相互衔接、配合的良苦用心之所在。

【探讨】

《民法典》第225条与第224条的规定，在个案中的适用，宜区分情况而作回答：（1）甲将其A船卖与乙，且已交付并办理了过户登记手续，后又卖与丙，无法交付和登记。于此场合，乙取得A船的所有权，并能对抗包括丙在内的一切人，应无疑问。甲和丙之间构成出卖他人之物的关系，按照《民法典》第597条第1款以及法释〔2009〕5号第15条关于“出卖人就同一标的物订立多重买卖合同，合同均不具有合同法第五十二条规定的无效情形，买受人因不能按照合同约定取得标的物所有权，请求追究出卖人违约责任的，人民法院应予支持”的规定，买卖A船的合同有效，但不影响A船所有权的归属，只是因甲无法将A船交付并登记给丙，成立违约责任。（2）甲将其A船卖与乙，尚未交付和登记，又将该船卖与丙，同样没有交付和登记。于此场合，两个买卖A船的合同都有效，按照债权平等和债务人任意履行的原则，谁先请求甲履行合同，甲也满足此项请求，则该买受人取得A船的所有权；当然，虽然后请求甲履行合同，但甲先满足该项请求，后请求者同样取得该船的所有权。需要说明，司法实务中，有些判决没有遵循债权平等和债务人任意履行的原则，在有证据证明后签订合同者明知一物多卖时，就不支持他（它）取得买卖物。对此，笔者持折中的立场，如果有证据证明一物多卖符合《民法典》第154条关于恶意串通损害第三人合法权益的规定的，可确认合同无

效，恶意的买受人不得取得买卖物，否则，还是应当坚持债权平等和债务人任意履行的原则。（3）甲将其A船卖与乙，尚未交付和登记，后又卖与丙，已经交付且办理了过户登记手续。于此场合，丙应当取得该船的所有权，并可对抗包括乙在内的所有的人。乙没有取得该船的所有权。（4）甲将其A船卖与乙，已经交付，但未办理过户登记手续，后又卖与丙，没有交付和登记。于此场合，乙取得该船的所有权，但不能对抗包括丙在内的善意第三人。丙没有取得该船的所有权。（5）甲将其A船卖与乙，且已交付，但未办理过户登记手续；后又卖与丙，没有交付但办理了过户登记。于此场合，乙取得了A船的所有权，但因尚未办理过户登记，不能对抗善意第三人；丙若不知甲已经将A船卖与乙的事实且无重大过失时，则构成善意，乙也不能对抗丙。不过，丙和甲之间没有交付A船的行为，按照《民法典》第224条的规定，丙并未取得A船的所有权。如何解开此扣？笔者认为，应当准用《民法典》第220条第1款的规定，乙有权凭A船买卖合同和基于合法占有该船的事实，请求登记机构更正登记。丙若书面同意更正，则问题迎刃而解；若不同意，则因证据确凿，登记机构也应予以更正。更正后，乙及时办理登记手续，对抗他人。同时，甲也有义务和权利请求登记机构注销登记，因丙为A船所有权人不符合事实。（6）甲将其A船卖与乙，尚未交付，但已办理过户登记手续；后又卖与丙，已经交付但尚未办理过户登记手续。于此场合，丙取得了A船的所有权，但因尚未办理过户登记手续，不能对抗善意第三人；乙若不知甲已经将A船卖与丙的事实且无重大过失，则构成善意，丙也不能对抗乙。不过，乙和甲之间没有交付A船的行为，按照《民法典》第224条的规定，乙并未取得A船的所有权。在这种情况下，仍应准用《民法典》第220条第1款的规定，丙有权凭A船买卖合同和基于合法占有该船的事实，请求登记机构更正登记。乙若书面同意更正，登记机构注销乙的登记，将A船的所有权登记在丙的名下；乙若不同意，因证据确凿，登记机构也应予以更正。更正后，丙及时办理登记，对抗他人。同时，甲也有义务和权利请求登记机构注销登记，因乙为A船所有权人不符合事实。（7）甲将其A船卖与乙，交付采取了占有改定的方式，也办理了过户登记手续。此后，甲又与丙签订了A船的买卖合同，并将A船现实交付于丙。于此场合，谁取得A船的所有权？首先，乙取得了A船的所有权应无疑问。甲与丙之间的买卖关系为出卖他人之物的合同关系，虽然按照《民法典》第597条第1款以及法释〔2009〕5号第15条的规定，甲和丙之间的买卖合同有效，不受乙追认与否的左右，也不受丙善意、恶意的影响，但A船所有权的归属不因此而受影响。特别需要指出的是，最高人民法院于2012年5月出台的法释〔2012〕8号，于第10条规定：“出卖人就同一船舶、航空器、机动车等特殊动产订立多重买卖合同，在买卖合同均有效的情况下，买受人均要求实际履行合同的，应当按照以下情形分别处理：

(一) 先行受领交付的买受人请求出卖人履行办理所有权转移登记手续等合同义务的，人民法院应予支持；(二) 均未受领交付，先行办理所有权转移登记手续的买受人请求出卖人履行交付标的物等合同义务的，人民法院应予支持；(三) 均未受领交付，也未办理所有权转移登记手续，依法成立在先合同的买受人请求出卖人履行交付标的物和办理所有权转移登记手续等合同义务的，人民法院应予支持；(四) 出卖人将标的物交付给买受人之一，又为其他买受人办理所有权转移登记，已受领交付的买受人请求将标的物所有权登记在自己名下的，人民法院应予支持。”最高人民法院于2015年12月通过的法释〔2016〕5号第6条规定：“转让人转移船舶、航空器和机动车等所有权，受让人已经支付对价并取得占有，虽未经登记，但转让人的债权人主张其为物权法第二十四条所称的‘善意第三人’的，不予支持，法律另有规定的除外。”尽管笔者不赞同其中“均未受领交付，也未办理所有权转移登记手续，依法成立在先合同的买受人请求出卖人履行交付标的物和办理所有权转移登记手续等合同义务的，人民法院应予支持”的规定，但它毕竟已经发生了法律效力，在审判实务中恐怕会得到遵循。

三、《物权法》《民法典》都未规定交付和登记均为特殊动产的物权变动的生效要件

(一) 公示方法与机动车物权变动的生效要件并不一定对应

笔者认为，所谓交付和登记均为特殊动产物权变动的公示方法，在物权变动的生效要件与公示方法完全统一的法制上，该学说不会引发不当的后果，但在物权变动的生效要件与公示方法不统一的模式下，该学说则模糊了作为物权变动的生效要件的公示方法与不作为物权变动的生效要件的公示方法之间的区别，以及模糊了作为物权变动的生效要件的公示方法与作为物权变动和存续的对抗要件的公示方法之间的不同，甚至会导致错误的认识和结论。在这里，基本的法理是：在公示作为物权变动的生效要件的法制下，公示，既发生物权变动的效力，也产生了对抗第三人的效力。但在公示作为物权变动的对抗要件的模式下，公示，不具有发生物权变动的效力，在不少的情况下，某物权虽然有公示的标志，但很可能并不符合真实的物权状况。例如，甲借用乙的电脑，甲虽然占有该电脑，却不是电脑的所有权人。再如，A房本为乙所有，但却错误地登记在甲的名下。对于电脑一案，由于甲对电脑是占有，乙无权请求甲返还该电脑，除非借用合同已经终止。对于A房一案，乙马上即可援用《民法典》第220条等规定，请求注销A房的所有权人的登记，将A房登记在自己的名下。如果把上例中A房替换成A车，则处理的路径及方法也是一样的，不再

赘言。

其实，公示，不作为物权变动的生效要件的现象，并非鲜见。例如，在房屋所有权的领域，登记这种公示方法是房屋所有权移转的生效要件，占有/交付虽然也起公示的作用，但绝非房屋所有权移转的生效要件。再如，在普通动产物权的变动场合，登记这种公示方法却不是生效要件，交付在一般情况下都是生效要件。

在现行法上，物权变动的对抗要件不同于物权变动的生效要件。如果说《民法典》第225条的规定尚不足以明确无疑地表明这一点，那么，如下法律规定则毫无疑问地证明了该项结论：（1）《民法典》第374条关于“地役权自地役权合同生效时设立。当事人要求登记的，可以向登记机构申请地役权登记；未经登记，不得对抗善意第三人”的规定，明确地告诉我们：地役权设立的生效要件是地役权合同生效，地役权（设立、存续、效力）的对抗要件是地役权登记。这十分清楚地区分了物权变动的生效要件与物权变动的对抗要件。（2）《民法典》第403条关于“以动产抵押的，抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人”的规定，明白无疑地宣示：动产抵押权及正在建造的船舶、航空器的抵押权设立的生效要件是抵押合同生效，动产抵押权及正在建造的船舶、航空器的抵押权（设立、存续、效力）的对抗要件是抵押登记。这是区分物权变动的生效要件与物权变动的对抗要件的又一例证。（3）《民法典》第333条第1款规定：“土地承包经营权自土地承包经营权合同生效时设立。”该条第2款规定：“登记机构应当向土地承包经营权人发放土地承包经营权证、林权证等证书，并登记造册，确认土地承包经营权。”这清楚地显示土地承包经营权设立的生效要件是土地承包经营合同生效，而非登记。至于其后办理的登记，虽然也是土地承包经营权的公示方法，但只是“确认”业已存在的土地承包经营权。于此场合，公示方法不是物权变动的生效要件，它与物权变动的生效要件不一致。（4）《民法典》第335条关于“土地承包经营权互换、转让的，当事人可以向登记机构申请登记；未经登记，不得对抗善意第三人”的规定，反映了什么意思和精神？基于同样的事物同样处理的原则，由于土地承包经营权自土地承包合同生效时设立，土地承包经营权的互换、转让，也应当自互换合同、转让合同生效时土地承包经营权移转至对方当事人。如此可知，《民法典》第335条贯彻的是：土地承包经营权的互换、转让，自互换合同、转让合同生效时土地承包经营权移转至对方当事人，登记只是对抗善意第三人的要件。于此场合，公示方法，仅仅是物权变动的对抗要件，而非物权变动的生效要件，即物权变动的对抗要件与物权变动的生效要件不一致。

《民法典》第225条的规定，在表述上与《民法典》第374条、第403条的规定基本相同，差别仅在于《民法典》第374条等条文同时包含物权变动的生效要件与对抗要件，而《民法典》第225条只有物权（变动）的对抗要件，却欠缺生效要件，属于不完全法条。这样的差异不足以、也不应当将《民法典》第225条作不同于《物权法》第374条等条文的解释。

既然《民法典》明确地把物权公示方法区分为对抗要件和生效要件，并分别赋予了不同的法律效果；既然《民法典》第225条规定的登记这种公示方法只是对抗要件，不是机动车物权变动的生效要件，那么，笼而统之地说交付和登记都是机动车物权变动的公示方法，进而得出登记是机动车物权变动的生效要件的结论，就是不能成立的。

（二）《物权法》第24条但书、《民法典》第224条的但书没有承认登记是机动车物权变动的生效要件

有学者为了证成登记也是机动车物权变动的生效要件，采取文义解释和体系解释的方法，认为《物权法》第23条（相当于《民法典》第224条）的正文是将交付作为一切动产物权变动的生效要件，但书引向登记为动产物权变动的生效要件的法律规定。《物权法》第24条（相当于《民法典》第225条）就是第23条“法律另有规定的除外”这一但书所指的法律，并且第24条就确立了登记为机动车等特殊动产物权变动的生效要件。^[112]

这是难以成立的，道理在于：从《物权法》第23条（相当于《民法典》第224条）的整个文义观察，不难发现，该第23条但书所谓法律，应当是“动产物权的设立和转让，自交付时发生效力”之相反内容的法律，也就是“动产物权的设立和转让”不以“交付时发生效力”的法律，或者说，“动产物权的设立和转让，自登记时发生效力”的法律，以及“动产物权的设立和转让，自合同生效时发生效力”的法律。^[113]因为通过上文的分析可知，在中国现行法上对抗要件不同于生效要件，因为《物权法》第24条（相当于《民法典》第225条）的文义是“船舶、航空器和机动车等物权的设立、变更、转让和消灭，未经登记，不得对抗善意第三人”，换言之，《物权法》第24条（相当于《民法典》第225条）的文义没有表明“船舶、航空器和机动车等物权的设立、变更、转让和消灭”，“自登记时发生效力”，亦未显示“船舶、航空器和机动车等物权的设立、变更、转让和消灭”，“自合同生效时发生效力”，所以，《物权法》第24条（相当于《民法典》第225条）不是该法第23条（相当于《民法典》第224条）“法律另有规定的除外”这一但书所指的法律。如此，从《物权法》第24条（相当于《民法典》第225条）与第23条（相当于《民法典》第224条）之间

的体系关系的路径，论证出登记作为机动车物权的设立、变更、转让和消灭的生效要件，并进而否认交付为生效要件，路径有误。

既然如此，据此认为《物权法》承认了登记是机动车等特殊动产的物权变动的生效要件，是站不住脚的。同理，认为《民法典》承认了登记是机动车等特殊动产的物权变动的生效要件，同样是站不住脚的。

（三）机动车过户登记的实际操作程序否定不了交付是机动车物权变动的生效要件

有学者认为，按照相关的行政法规，机动车办理过户登记要交验车辆，所以一般会先取得交付，这就意味着法释〔2012〕8号第10条关于交付与登记冲突时以交付为准的规定，是不正确的。^[114]

其实，不正确的恰恰是这种批评法释〔2012〕8号第10条第1项和第4项规定的路径及观点。之所以说这种断言法释〔2012〕8号第10条第1项和第4项不正确的批评意见反倒是它自己不正确，是因为有如下几点理由的支撑。

首先，在方法论上，只有举证证明交付为机动车物权的变动的生效要件会发生极不适当的后果时，才有一定的说服力，才有必要修正法释〔2012〕8号第10条的规定；否则，就应当坚持该条规定。因为该条规定符合《物权法》第24条（相当于《民法典》第225条）等规定的文义、体系和目的。

其次，交验车辆再予登记的事实，也颠覆不了法释〔2012〕8号第10条的规定。其道理在于，如果交付、登记这两者在个案中一致，即出卖人甲将A车出卖于乙，不但交付了，而且将A车过户登记在乙的名下，那么，无论是坚持以交付为机动车物权变动的生效要件的模式，还是采取登记为机动车物权变动的生效要件方案，都不会出现不适当的结果。如果交付、登记在个案中不统一，即出卖人甲将A车出卖并交付于乙，但又与丙签订A车买卖合同，没有交付，但将A车过户登记在丙的名下，那么，究竟是采取交付为机动车物权变动的生效要件的模式，还是奉行登记为机动车物权变动的生效要件方案，结果是不一样的，并且在不同的案件类型中对当事人各方的利益分配是不同的，甚至反映着公正与否。就此仍以上述例证加以说明：如果采取交付为机动车物权变动的生效要件的模式，则乙取得A车的所有权，丙未取得A车的所有权。至于乙能否对抗丙，取决于丙是否为善意，若丙为恶意，则乙可直接对抗丙；但丙若为善意，则在未注销丙对A车的所有权登记时，乙对抗不了丙，只有注销丙对A车的所有权登

记之后，乙才能对抗丙。与此不同，如果奉行登记为机动车物权变动的生效要件方案，那么，乙未取得A车的所有权，丙取得A车的所有权，且能够对抗乙。

行文至此的小结是：在丙为恶意时，交付为机动车物权变动的生效要件的模式符合公平正义，登记为机动车物权变动的生效要件方案则帮了恶意之人的忙，与公平正义不完全吻合；在丙为善意时，交付为机动车物权变动的生效要件的模式对公平正义也有所体现，但不如登记为机动车物权变动的生效要件方案体现得充分和彻底。

面对此情此景，选取谁，舍去谁，囿于交付的公示方法，或者局限于登记的公示方法，来思考和抉择，是难有正确的结论的，只有“跳到圈外”，依赖、参照其他事物，综合考量，整体审视，才会有正确的答案。所谓“其他事物”，在所论问题上应当是中国现行法，首先是《民法典》第224条、第225条及第429条等规定。如果这样思考的路径是正确的，那么，只有坚持交付为机动车物权变动的生效要件的模式才是可取的态度，因为这种模式符合《民法典》第225条的文义、体系和目的，符合《民法典》第224条及第429条等规定的文义、体系和目的，而登记为机动车物权变动的生效要件方案则不符合《民法典》第224条和第225条及第429条等规定的文义、体系和目的。

再次，如果交付、登记这两者不一致，且属于出卖人基于机动车买卖合同而将该机动车交付给第一买受人，却将该车登记在第二买受人的名下，则表明登记机构违反了操作规程，至少属于登记错误，或是出卖人与第二买受人恶意串通，损害第一买受人的合法权益，或是出卖人或买受人与登记工作人员之间合谋，予以恶意登记。在这种情况下，改采以登记为机动车的物权变动的生效要件，意味着默认了登记机构的违规操作，保护了恶意之人，颠倒是非，也违反了《民法典》第154条的规定，违背了有关行政法律、法规的规定及其精神；坚持以交付为机动车物权的变动的生效要件，才会避免这些缺点。

最后，从第二买受人的角度看，出卖人与第二买受人签订机动车买卖合同，属于无权处分，第二买受人要善意取得，很难，因为按照《民法典》第225条的规定，登记只是对抗要件，不是物权变动的生效要件，在不符合《民法典》第224条规定的情况下，难谓其无重大过失。有重大过失，就是恶意，而非善意。

假如将登记作为机动车物权变动的生效要件，则会产生负面的结果。其道理如下：《民法典》第225条明文规定登记为这些物权变动

的对抗要件，而作为对抗要件的登记，难以时时、事事地表征着真实的物权关系。换句话说，登记所昭示的物权关系与真实的物权关系有时不一致。因此，假如把登记作为机动车物权变动的生效要件，就可能误将已经变动的机动车的物权关系当作尚未变动的物权关系，或者误将尚未变动的物权关系作为已经变动的物权关系看待。属于前者的例证有若干，例如，甲已经将作为买卖物的机动车现实地交付给了买受人乙，但尚未办理过户登记手续，若依据登记为机动车物权变动的生效要件说，则会仍然认为该机动车归甲所有，即使第三人明知该机动车所有权已经移转给乙的事实，乙也无权对抗该第三人。这显然违背了《民法典》第225条的规范意旨。属于后者的例证同样存在，例如，甲已经将作为买卖物的机动车现实地交付给了买受人乙，随后又将该机动车登记在第二个买受人丙的名下。于此场合，丙本来没有取得该机动车的所有权，但按照登记为机动车物权变动的生效要件说，则得出丙已经取得该机动车所有权的结论。这显然是不符合客观实际的，不适当地侵害了乙的合法权益。避免此类弊端的有效办法，就是坚持这样的观点：交付为机动车物权变动的生效要件，登记仅为对抗善意第三人的要件。

船舶、航空器的物权的变动也是如此，不再赘言。

（四）交付、登记均为机动车物权变动的生效要件之说会酿成混乱

有学者认为，特殊动产是有体物，……除了交付取得物权的人之外，其他取得物权的人只能是登记权利人。而在一个当事人受领交付，而另一个当事人已经办理移转登记的情况下，已经取得物的占有的权利人不能对抗经过登记取得物权的善意的权利人。^[115]在特殊动产一物数卖的情况下，登记应当优先于交付。^[116]

其实，这种观点及其阐释，是违反《物权法》《民法典》的设计及物权变动的法理的。既然在《物权法》《民法典》上对抗要件不同于生效要件，只有生效要件具备时才引发物权变动，那么，对抗要件具备与否就不决定物权变动了没有，仅仅发生对抗第三人与否的效力。既然登记不是特殊动产物权变动的生效要件，只是对抗要件，那么，仅有登记而无特殊动产的交付，就不会发生特殊动产物权移转的效力。因此，在出卖人甲将A车交付给买受人乙，之后却将A车登记在第二个买受人丙的名下的场合，只有第一个买受人乙取得了A车的所有权，第二个买受人丙没有取得A车的所有权。所谓乙和丙都取得A车所有权的观点，不符合《物权法》第24条和第23条、《民法典》第224条和第225条的规定，难获赞同。

须知，此处所论问题，不同于A车先抵押给乙，后又抵押于丙并业已办理完毕抵押登记手续的情形。其道理在于，《物权法》《民法典》对于动产抵押采取了意思主义，即动产抵押权自抵押合同生效时设立；抵押登记只是对抗善意第三人的要件（《民法典》第403条）。如此，无论是乙还是丙都对A车享有抵押权，但因乙的抵押权未办理抵押登记手续，故丙的抵押权优先，乙的抵押权位列其后。在这样的案型——乙、丙都享有抵押权——中才有登记优先的问题。而在机动车所有权移转的案型中，只有一个主体——受领给付的买受人——享有机动车所有权，另一个主体——拥有登记却未受领给付的买受人——不享有机动车所有权，就不存在登记优先于交付的问题。打个可能不恰当的比喻，甲考取了A大学，这有案可稽，但录取通知书却发给了乙。于此场合，绝不可说在上A大学一事上，乙优先于甲，因为乙根本就没考取A大学。

如此，下述观点也值得商榷：“针对物权法第24条规定的‘未经登记，不得对抗善意第三人’，仍然存在不同看法。按照交付优先于登记的观点，在特殊动产物权的变动中，一旦交付，物权变动已经完成，再进行登记就没有实际意义。所以，交付完成后，即可以对抗任何登记权利人。在笔者看来，就登记对抗的本意而言，其就包括了交付不得对抗登记权利人的含义。从这个意义上说，交付不具有优先于登记的效力。”^[117]

对所谓“在特殊动产物权的变动中，一旦交付，物权变动已经完成，再进行登记就没有实际意义。所以，交付完成后，即可以对抗任何登记权利人”的议论，首先需要澄清的是，法释〔2012〕8号第10条第4项的文义和规范意旨，均无什么“交付完成后，即可以对抗任何登记权利人”之意，亦未否定《物权法》第24条（相当于《民法典》第225条）但书关于“未经登记，不得对抗善意第三人”的规定，还没有否定《物权法》第19条（相当于《民法典》第220条）等规定，法释〔2012〕8号第10条第4项只是略去了具体的操作环节（如已受领交付的买受人援用《物权法》第19条（相当于《民法典》第220条）的规定，请求注销登记名义人对于机动车的所有权人登记；请求将该机动车登记在自己名下；等等），径直明确了最终结果——主审法院支持已受领交付的买受人关于将标的物所有权登记在自己名下的诉讼请求。

这样处理有什么错吗？本来，法律体系自身的存在和发展规律，内含着法律设置某个具体规则时无须面面俱到，可以甚至有必要采取不完全法条的形式，以便简洁。至于法律人在解释和适用法律时，就必须整体地、全面地理解法律规定，包括以其他的法律条文补充不完

全法条。具体到此处所论，《物权法》已经设有第23条、第24条、第19条等条文（相当于《民法典》第224条、第225条、第220条），法律人处理法释〔2012〕8号第10条第4项所涉案件时，应当将这些法律规定统筹考量和适用。因此，法释〔2012〕8号第10条第4项没有排斥和否定《物权法》第23条、第24条、第19条等条文（相当于《民法典》第224条、第225条、第220条），只是略去了中间操作环节，这无可厚非。

对于所谓“就登记对抗的本意而言，其就包括了交付不得对抗登记权利人的含义。从这个意义上说，交付不具有优先于登记的效力”之说，法律人必须区分情况而分别考察，不宜笼而统之地下结论。（1）如果机动车登记在第一买受人甲的名下，甲也通过受领交付取得了该机动车的所有权，那么，第二买受人乙即便在此前或其后受领了该机动车的交付，也不得说（机动车交付给乙的）交付优先于（机动车登记在甲的名下的）登记。（2）如果机动车虽然登记在了第一买受人甲的名下，但甲从未受领过该机动车，第二买受人乙反倒是受领过该机动车，那么，将机动车登记在甲的名下属于错误登记，甲从未取得过该机动车的所有权，乙却自交付时起取得了该机动车的所有权。因为登记不是机动车所有权移转的生效要件，所以，在该机动车所有权取得的问题上，对甲的登记绝对不会优先于对乙的交付。于此场合称“交付不具有优先于登记的效力”，是不正确的。

至于所谓“在特殊动产物权的变动中，一旦交付，物权变动已经完成，再进行登记就没有实际意义”，也是没有看到事物的全貌的表现。实际上，机动车的登记具有不小的实际意义。这个问题将在下文专门讨论。

（五）登记在机动车物权变动中的价值/意义

法释〔2012〕8号第10条第1项和第4项关于交付是机动车物权变动的生效要件，登记是對抗善意第三人的要件的解释，并未否定、亦未贬低登记在机动车物权变动中的价值/意义。登记在机动车等特殊动产场合的价值/意义，主要表现在以下几个方面：（1）从行政管理的角度讲，对特殊动产设置登记制度，便于管理，便于掌握信息，便于处理问题，便于众人查询。（2）一般地说，登记较之占有能更为准确/真实地反映物权关系，对于特殊动产设置登记制度，能降低物权关系在外观与真实方面的不一致情况。（3）由于交付/登记均为特殊动产物权的公示方法，判断特殊动产物权的真实状态，不得单纯地信赖交付（占有），而应同时关注交付（占有）和登记。在交付（占有）和登记一致的情况下自无问题，在两者不一致的场合，就应当进一步核实，确定哪一种公示反映真实的物权关系。这对于判断买受人

是否为善意特别重要。

如果以上认识是正确的，那么，便有如下结论。

登记名义人享有机动车的所有权，占有人却主张该机动车归自己享有，于此场合如何认定机动车的所有权归属？对此，区分若干情况加以分析，从中观察将交付作为机动车所有权移转的生效要件是否不当。

1. 登记名义人甲享有机动车的所有权，但将之出卖并交付于乙，于此场合，甲负有协助办理过户登记手续的义务，占有人乙诉请该机动车归自己所有，属于给付之诉，应当得到支持。

2. 登记名义人甲享有机动车的所有权，但将之出借或出租于乙，于此场合，乙若主张该机动车的所有权，欠缺原因行为，自然不应获得支持。但这不是否定交付为机动车所有权移转的生效要件、支持登记为机动车所有权移转的生效要件的理由，因为借款合同（使用借贷合同）和租赁合同均非引发物权变动的法律行为。

3. 登记名义人甲享有机动车的所有权，乙拾到该车，不予归还，反倒主张该车归自己所有。于此场合，按照《物权法》第107条（相当于《民法典》第312条）的规定，该车肯定归甲所有，乙负返还原物的义务；乙拒不返还，符合《民法通则》第117条第1款（相当于《民法典》第235条、第258条）的规定，构成侵权，按照《侵权责任法》第15条（相当于《民法典》第179条）的规定，乙应负返还财产的责任。但这同样不是否定交付为机动车所有权移转的生效要件、支持登记为机动车所有权移转的生效要件的理由，因为乙拾到机动车的事实行为不是引发物权变动的原因，这里不存在基于法律行为而发生物权变动的现象，也就不涉及交付抑或登记作为物权变动的生效要件的问题。

4. 登记名义人甲享有机动车的所有权，乙偷盗该车，不予归还，反倒主张该车归自己所有。于此场合，更应将该车确权于甲。这同样不是否定交付为机动车所有权移转的生效要件、支持登记为机动车所有权移转的生效要件的理由，因为乙偷盗该车的事实行为完全不属于基于法律行为而发生物权变动的范畴，也就不涉及交付抑或登记作为物权变动的生效要件的问题。

5. 登记名义人甲享有机动车的所有权，不知谁将该车放置于乙的庭院之内，乙据此主张该车的所有权。这与上文“（3）”的情形类似，结论应当一样，不再赘述。

6.机动车所有权人甲将该机动车出卖于乙，并办理了过户登记手续。其后，甲不当地取回该车，又将之出卖并交付给丙，构成无权处分。由于丙负有注意义务，在占有、登记均为机动车权属的公示模式的模式下，不得单纯地凭借占有的事实来推定机动车所有权的归属，而应既看该车的占有事实又须查询该车的登记信息，综合情况，全面分析，而后判断。于此场合，不宜认定丙为善意，从而不成立善意取得。就是说，在这种情况下，以交付作为机动车所有权移转的生效要件，也不会导致不当的后果。

第二百二十六条

动产物权设立和转让前，权利人已经占有该动产的，物权自民事法律行为生效时发生效力。

本条主旨

本条是关于简易交付及其法律效果的规定。

相关条文

《物权法》第25条 动产物权设立和转让前，权利人已经依法占有该动产的，物权自法律行为生效时发生效力。

《合同法》第140条 标的物在订立合同之前已为买受人占有的，合同生效的时间为交付时间。

理解与适用

本条承继的是《物权法》第25条的内容，规定了简易交付及其法律效果，即简易交付系基于法律行为而发生的动产物权变动的生效要件。从体系解释和目的解释可以得出该项结论。

所谓简易交付，是指受让人已经占有动产，买卖等合同生效时移转动产所有权（《民法典》第226条）。之所以允许这种无形的交付，是因其交易便捷和符合效益原则。至于受让人占有动产的原因，是租赁、寄存还是借用或拾得遗失物，均在所不问。

简易交付引发动产物权的变动，换言之，动产物权的变动可以简易交付为生效要件。在这种模式下，动产物权发生变动的时间点是作为原因行为的民事法律行为生效之时。

这种模式同时符合公示原则和效率原则。作为交易标的物的动产已经被买受人、受赠人等受让人占有，按照占有的权利正确性推定，占有动产之人即被推定为该动产的所有权人。这对第三人而言已经达到了动产所有权公示的效果，不会害及善意的第三人。此其一。假如因循守旧地，坚持唯有现实交付才可发生动产物权的变动的观念，在动产物权变动之前，买受人等受让人已经占有作为标的物的动产，就得把该动产返还给出卖人等转让人，此等转让人再履行法律行为项下的债务，将该动产交付给买受人等受让人，至此，才发生动产物权的变动。这种迂回曲折、少慢差费的程序及方法，显然缺乏效率。简易交付规则正好能克服这些缺点，《民法典》设置它值得赞同。

第二百二十七条

动产物权设立和转让前，第三人占有该动产的，负有交付义务的人可以通过转让请求第三人返还原物的权利代替交付。

本条主旨

本条是关于指示交付及其法律效果的规定。

相关条文

《物权法》第26条 动产物权设立和转让前，第三人依法占有该动产的，负有交付义务的人可以通过转让请求第三人返还原物的权利代替交付。

理解与适用

一、基本含义

本条系稍微修订《物权法》第26条而来，它规定了指示交付及其法律效果。虽然从本条的字面意思尚难看出其适用范围限于基于法律行为而发生的动产物权变动以指示交付为生效要件，但从体系解释和目的解释应该得出该项结论。

所谓指示交付，又称返还请求权让与，是指在动产由第三人依法占有的情况下，转让人将其对该第三人的返还请求权让与受让人，以代替现实交付（《民法典》第227条）。学说称之为让与返还请求权，或返还请求权代位。所让与的对第三人的返还请求权，兼指债权的返还请求权和物权的返还请求权。这是为了解决标的物仍由第三人占有时的问题，法律特别设计的规则。例如，甲出租A车于乙，后甲

与丙又订立该车的买卖合同，甲可以将其对乙的返还A车的请求权让与给丙，以代交付，使丙取得对A车的所有权。指示交付可有三种情况：（1）转让人系间接占有人（如出租人、出借人、寄托人）时，可将他基于占有媒介关系（租赁、借用、寄存）所产生的债权返还请求权让与受让人，以代交付。这种返还请求权的让与同时为间接占有的移转。应注意的是，这种情形并非所有物返还请求权的让与，而是受让人因取得动产所有权，发生所有物返还请求权。（2）转让人既非间接占有人，亦无其他可让与的返还请求权，仅有所有物返还请求权。例如遗失A表并不知在何人之手。于此场合，通常认为转让人得让与其所有物返还请求权，以代交付。其理由有二：一是所让与的返还请求权不以对特定第三人为限；二是对于第三人的返还请求权包括所有物返还请求权。（3）动产所有权证券化时，其所有权的移转必须交付该证券，以代该动产之交付。^[118]

就由第三人占有的某特定动产及其物权在公示方面的效果而言，难以使交易相对人知晓出卖人等转让人对该动产拥有物权，故以出卖人等转让人为基准来说，该动产及其物权的公示效能很低、很差。不过，为达标准的公示及其效果，令出卖人等转让人先从第三人之处取回该动产，再将该动产交付给买受人等受让人，迂回曲折，效率不高，而承认指示交付规则，就能克服这个缺点。特别是，在有些场合，该第三人对于该动产的占有具有正当权源（如该第三人对该动产享有租赁权、借用权），出卖人无权取回该动产，这就更难以采取出卖人先取回、再现实交付给买受人的操作规程了。至于该动产的公示之于买受人等受让人保护的问题，可交由买受人等受让人实施尽职调查、出卖人等转让人举证证明其为该动产的物权人之类的途径及方法来解决。如果这样，勤勉的买受人等受让人也不会遭受不测之损害。因此，对于《民法典》第227条的规定，可资赞同。

尽管如此，指示交付规则仍有其弱点，那就是，交易相对人信赖占有该动产的第三人系该动产的真正物权人，并与之交易，则可能遭受损害，除非构成善意取得。不过，话说回来，难有十全十美的民法制度及理论。

[辨析]

笔者注意到，专家学者对于指示交付的内涵和外延把握得不尽一致，存在着将物权法视野下的指示交付与债法上的依指令而履行相混淆的现象，如某民事判决书认为：“经债权人指示债务人直接向第三人履行义务的方式，在法律上称之为指示交付。”^[119]

其实，物权法视野下的指示交付与债法上的依指令而履行二者既

有相交的情形，也有不搭界的领域，特别是二者的视角不同，在构成要件和法律效果方面存在差异，需要辨析。

（1）债法上的依指令而履行所涉标的，可能是有体物的交付，也可能是行为的实施，不涉及有体物。而物权法视野下的指示交付只在动产交付的场合才有价值，行为的实施和不动产的交付均不导致物权的变动，不在《民法典》第227条的适用范围之内。

（2）债法上的依指令而履行所涉法律关系，分为债权人和债务人之间的法律关系，笔者称之为内部法律关系，以及发出指令者（债权人或债务人）和接受指令者（第三人）之间的法律关系，笔者称之为外部法律关系。相似的，物权法视野下的指示交付所涉法律关系，分为转让人和受让人之间的法律关系，笔者同样称之为内部法律关系，以及转让人和占有动产的第三人之间的法律关系，包括占有媒介关系，笔者同样称之为外部法律关系。比较两个内部法律关系，不难发现债法上的依指令而履行制度中的内部法律关系，可能多种多样，如买卖合同关系、互易合同关系、赠与合同关系、保管合同关系、仓储合同关系、承揽合同关系，等等；而物权法视野下的指示交付制度中的内部法律关系，在类型方面则少得多，限于导致动产物权变动的法律关系，如买卖合同关系、互易合同关系、赠与合同关系，不引起动产物权变动的法律关系不在《民法典》第227条的管辖范围之内，如保管合同关系、仓储合同关系、承揽合同关系等不在《民法典》第227条的调整范围之内，除非这些合同关系属于外部法律关系。比较两个外部法律关系，不难看出物权法视野下的指示交付制度所涉第三人，必须是占有作为交易标的物的动产之人，而债法上的依指令而履行制度所涉第三人则未必是占有作为交易标的物的动产之人。

（3）债法上的依指令而履行制度中所谓指令，可由债务人向第三人发出，也可由债权人向第三人发出，呈现双向度，换句话说，依据债权人的指令，债务人向第三人为给付，属于债法上的依指令而履行；按照债务人的指令，第三人向债权人为给付，同样属于债法上的依指令而履行。与此有别，物权法视野下的指示交付仅仅是单向度的，即转让人将其对占有动产的第三人享有的返还请求权，让与受让人。专就基于法律行为而发生的物权变动而论，债法上的依指令而履行中，“依据债权人的指令，债务人向第三人为给付”，基本上不与物权法视野下的指示交付重合，因为此处所谓债权人若被移位到物权法视野下的指示交付中是受让人，此处所谓债务人若被移位到物权法视野下的指示交付中则是转让人，“转让人向第三人为给付”显然不符合《民法典》第227条所要求的法律结构；“按照债务人的指令，第三人向债权人为给付”，可能与物权法视野下的指示交付相交，因为此处

所谓债权人若被移位到指示交付中是受让人，“第三人向债权人为给付”符合《民法典》第227条所要求的法律构造。

（4）物权法视野下的指示交付在本质上是让与返还请求权，《德国民法典》第931条所用文句就是“返还请求权的让与”，而非指示交付。中国《民法典》第227条的措辞也是“转让请求第三人返还原物的权利”，所谓指示交付一词，只不过是中国物权法学说借用日本民法理论和中国台湾民法学说常用的术语的结果。与此有别，债法上的依指令而履行在表现形态方面多种多样，时常不存在返还请求权的让与，只是债权人指示第三人向债务人为给付，或者债务人指示第三人向债权人履行。

（5）在债法上的依指令而履行场合，交付动产之人未必是物权变动的当事人，而是既非占有辅助人、也非占有媒介人的享有独立占有地位的第三人。^[120]这与《民法典》第227条规定的观念交付——无须交付动产标的物，只要移转返还原物请求权——存在显著差别，因为依指令而履行中并未发生间接占有移转，只是直接占有发生了移转。在债法上的依指令而履行场合，直接占有的移转可能发生转让人与受让人一侧的指令人，也可能发生于转让人一侧的指令人与受让人，也可能在转让人与受让人两侧都有指令人，直接占有的移转根本没有发生于转让人与受让人之间。第三种情形在链式交易中最为典型，例如，生产商甲出卖某动产于中间商乙，乙又将该动产转卖给中间商丙，丙又与消费者丁就该动产订立买卖合同。在实际履行的过程中，该动产被直接从生产商甲运到消费者丁处，中间商乙和丙均未取得过该动产的直接占有。^[121]

（6）在债法上的依指令而履行场合，有关抗辩或抗辩权较为普遍地存在，并且存在于内部法律关系中的抗辩或抗辩权与存在于外部法律关系中的抗辩或抗辩权可能相互关联。与此有所不同，在物权法视野下的指示交付规则中，有些抗辩或抗辩权存在且应允许运用，有些抗辩或抗辩权则可能受到限制甚至被排斥。

既然物权法视野下的指示交付与债法上的依指令而履行二者在类型、构成要件和法律效果方面存在着差异，那么，只有认清这些差异而非将二者混为一谈，才会避免某些法律适用不当。

二、《民法典》第227条对《物权法》第26条的微调

《物权法》第26条将指示交付限定于动产由“第三人依法占有”的场合，作茧自缚，使一些本应通过指示交付来解决动产物权变动的问题却无法如愿，只得先由转让人从占有动产的第三人之处收回，再交

给受让人，徒增周折和成本。如果删除“依法”占有的限定，就会使局面改观，使如下的问题可通过指示交付得到解决：转让人非间接占有人时，可让与其基于侵权行为或不当得利而生的返还请求权。这种返还请求权的让与，与占有的移转无关。于此场合，所让与的也不是所有物返还请求权，而是受让人因取得所有权，而得主张的所有物返还请求权。

《物权法》第26条将指示交付限定于动产由“第三人依法占有”的不足之二表现在：第三人对标的物的占有原有本权，但其后本权不复存在，导致第三人无权占有标的物，例如，第三人作为借用人占有借用物，其后借用合同终止，变为无权占有。在这些情况下，物权人将此类标的物出卖与他人，因不符合《物权法》第26条关于指示交付必须发生在动产由“第三人依法占有”的要求，故只得先由转让人从占有动产的第三人之处收回，再交给受让人，徒增周折和成本。如果删除“依法占有”的限定，允许采取指示交付的方式，就会使局面改观。

《物权法》第26条将指示交付限定于动产由“第三人依法占有”的不足之三表现在：无法使受让人于让与合同生效不久就可取得标的物的直接占有，因为此时第三人对标的物仍处于有权占有的状态。

正是认识到了这一点，《民法典》第227条中不见了“依法”二字。这值得赞同。

三、关于指示交付下让与的返还请求权的定性与定位

让与的返还请求权若为债权的返还请求权，如交易标的物被第三人基于租赁、借用等合同有权占有的场合，出卖人对此类第三人享有的返还请求权，既可以是物的返还请求权，也可以是合同法上的债权的返还请求权，即保管、租赁、借用或其他合同终止时，保管人、承租人、借用人等占有人负有合同法上的返还标的物的债务。若以债权的返还请求权论，出卖人将该债权的返还请求权让与买受人时，自让与合同生效时买受人取得该返还请求权；但在与债务人的关系上，则按照《民法典》第546条第1款的规定，需要通知债务人，否则，让与对债务人不发生效力。就是说，出卖人或买受人未将让与债权的返还请求权这一事实通知债务人时，债务人有权拒绝买受人关于返还占有物的请求，只对出卖人负有返还占有物的债务。不过，这只是合同法上的效力表现。实际上，受让人与债务人之间的关系，还有物权法层面的表现，即受让人取得标的物所有权或其他物权之后，他可以向债务人主张标的物的所有权或其他物权，以此来对抗债务人。

让与的若为物权的返还请求权，如交易标的物被第三人无权占有

的场合，出卖人对该第三人享有物的返还请求权，属于此类。于此场合，让与返还请求权是否需要通知第三人（占有动产之人），法律未作规定，从物权为对世权的角度看，只要物权的返还请求权移转并同时完成了物权的公示的，则无须通知债务人，就可以对抗债务人；如果尚未完成物权的公示，则宜类推适用《民法典》第546条第1款的规定。^[122]

有学说不同意指示交付下让与的返还请求权为所有物返还请求权，而主张所让与的只能是债权的返还请求权，大概有四点理由。对这四点理由笔者均持有异议，兹分析、评论如下：其理由之一是，物权与物权请求权不可分离，所有物返还请求权并非独立的请求权，它只是为了实现所有权的圆满状态而发生的，不能与所有权分离而转让。^[123]转让人移转所有权于受让人，也就导致转让人强制性地失去了所有物返还请求权，受让人随着取得所有权也就得到了该返还请求权。^[124]因此，所有物返还请求权只是所有权的附属品^[125]，基于所有物而生的请求权移转不是所有权移转的前提，而是所有权移转的结果。为此，所有人如果不放弃所有权，就不能同时转让基于所有权所生的请求权。^[126]所以，要通过转让所有物返还请求权，来实现移转所有权的目，无疑是倒果为因，混淆目的和手段的关系。转让人转让所有权的动产究竟是处于间接占有之下，还是已经失去占有，原则上都不能通过让与所有物返还请求权的方式，这一请求权的让与只是所有权移转的结果而已。^[127]

笔者认为，上述认识不能说无理，但有些机械和僵硬。所有权与其请求权结为一体，所有权移转，所有物返还请求权也随之移转；作为物权效力的所有物返还请求权移转了，物权本体也得移转。如同转让抵押权时被担保债权也随之让与一样。此其一。所有权与其请求权结为一体，正好表明转让任何一个实质上都是全部转让。这类似于房地权属虽为两个，但转让时一体移转。之所以不径称移转标的物所有权，而谓之曰转让所有物返还请求权，是为了体现形式主义的物权变动，而非意思主义的物权变动，凑足“交付”这个要件，使物权变动有个原因。转让所有物返还请求权是“交付”的变形。在这里，说穿了，指示交付制度的设置，纯粹是为了满足动产物权变动以交付为生效要件这个原则，为了形式的统一，为了前后一致。否则，完全可以采取意思主义的物权变动，径直称转让人和受让人达成了移转转让物的合意，就发生了转让物所有权的移转。因为于此场合实行意思主义的物权变动，不会害及交易安全及占有媒介人：从保护交易相对人（第三人）的角度观察，转让物此时被占有媒介人实际控制，交易相对人作为一个理性人，不得盲目相信转让人享有转让物的所有权，需要请求转让人举证证明他对转让物享有所有权等处分权，甚至更进一步地调

查、核实，然后再做交易。通过这个过程，保障交易相对人不会遭受不测之损害。就是说，交易安全方面不会出现问题；从占有媒介人角度考虑，也不会出现问题，因为他明知转让物非他所有，谁有权请求返还，他应当清楚，因为物权法及合同法规定了所有权人的返还请求权及其实现条件和程序，合同法设计了第三人请求移转占有的要件和程序。此其二。至于“果”与“因”、“目的”与“手段”的界定及其关系，未必如此。从所有权本体与其请求权之间的关系来看，它们就是一个整体的组成部分。既然是一个整体的组成部分，就是部分与部分之间的关系，这样，就可能不好说谁是“因”，谁是“果”；谁是“目的”，谁是“手段”。如同心脏与肺叶均为人体的组成部分一样，不好说谁是“因”，谁是“果”；谁是“目的”，谁是“手段”。退一步说，即使按照“果”与“因”、“目的”与“手段”的思路思考，也要看基点放在哪里。如果从没有物权请求权就不会有真正的物权这个角度观察，所有物返还请求权倒是“因”，动产所有权却是“果”。如果从所有权人必须拥有所有物返还请求权，以便能够请求无权占有人返还动产的角度看，“目的”就是所有物返还请求权。为达此目的，需要拥有所有权。这样一来，所有权反倒成了“手段”。在奉行所有物返还请求权适用消灭时效制度的背景下，在个案中，某所有物返还请求权已经罹于时效，而所有权人特别想拥有所有物返还请求权，于此场合，所有物返还请求权为“目的”，动产所有权却为“手段”，至为明显。此其三。

其理由之二：处于间接占有地位的所有人并不享有对其占有媒介人的所有物返还请求权。^[128]按照主流学说，物权请求权只是在所有权的圆满状态受到妨害时才发生。^[129]也就是说，当他人无权占有所有物时，所有权的圆满状态便会受到妨害。占有媒介关系的当事人若就占有发生争议，应该诉诸他们的债法约定，行使占有媒介关系所生的返还请求权。^[130]当事人存有占有媒介关系的情况下，通常并不发生所有物返还请求权。^[131]

在笔者看来，准确地说，所有权人对于直接占有人享有物的返还请求权，只是此时尚不具备行使物的返还请求权的条件，只有等待直接占有人对于动产占有的权源消失（如保管、租赁、借用等合同终止）时，所有权人才可以行使物的返还请求权。此其一。在直接占有人和间接占有人（所有权人）之间存在债法上的约定时，所有权人对于直接占有人享有债权的返还请求权。但是，即使如此，于此场合行使债权的返还请求权的条件也不具备，仍须等待直接占有人对于动产占有的权源消失（如保管、租赁、借用等合同终止），方可实际请求直接占有人返还该动产。既然所有物返还请求权和债权的返还请求权均不具备行使的条件，实际行使返还请求权都是以后才可以的事情，那么，以“当事人存有占有媒介关系的情况下，通常并不发生所有物

返还请求权”这样的路径来证明指示交付下让与的不会是所有物返还请求权，欠缺逻辑的力量。此其二。

其三，对于“当事人存有占有媒介关系的情况下，通常并不发生所有物返还请求权”，却承认让与的标的可以是所有物返还请求权，可有若干解决之道。第一种是区分抽象意义上的物权请求权和具体意义上的物权请求权，有无妨害物权的具体行为的发生，或妨害物权的危险是否真实地存在，这种抽象的物权请求权都会存在。^[132]第二种是仍然遵从物权请求权于物权受到侵害或妨害时发生，但适用《物权法》第26条、《民法典》第227条的规定时，所有物返还请求权是未来发生的。

其四，诚然，论者为了证成其观点，提出了这样的理由：“倘若所有权的取得依赖于将来请求权的发生，而这一请求权的发生又有很大不确定性，此时即使出让人转让这一请求权，受让人也没有得到现实存在的请求权，而是只享有了一个法律地位远弱于请求权的可能性，这样的解释路径显然无法满足指示交付的构成要件。因此，只要这一请求权让与无法发生即刻的所有权移转，就不能满足受让人在指示交付中的利益。”

笔者认为，这种论证路径也欠缺说服力。须知，在直接占有人基于保管、借用等合同占有标的物、且合同继续存在时，转让人、受让人于此时并不享有原物返还请求权，所谓债权的返还原物请求权也是未来发生的。在这点上，物权的返还请求权和债权的返还请求权所面临的困难是同样的。看来，以未来发生的、有不确定性为由否定转让的是所有物返还请求权，理由并不充分。

必须看到，所谓让与的标的是债权的返还请求权之说，存在着先天的弱点，因为债务与动产占有并不在同一个层次上，二者分处于不同的法律领域，所以，只有受让人这个债权人请求占有动产的第三人履行债务，才会发生占有移转的法律效果，才会发生动产物权变动的结果。这一点，在债务履行期尚未届至的情况下，更为明显。既然如此，在让与的标的是债权的返还请求权场合，称指示交付导致动产物权变动，拟制的色彩十分浓厚，它至少是不确切的。与此相反，承认指示交付制度中让与的返还请求权，可以是所有物返还请求权，也可以是债权的返还请求权，具有明显的优势，道理在于，承认让与的标的是所有物返还请求权，在确定动产物权变动的时间点方面特别清晰，并且，转让人和受让人之间的物权关系，与他们和第三人之间的物权关系，在实质上都是一致的。就是说，让与所有物返还请求权之时就是动产所有权变动之时，因为所有物返还请求权与动产所有权自身连为一体，二者同时移转。

其理由之三：单纯让与所有物返还请求权，未能使转让人丧失对转让物干预的事实可能性，受让人也没有获得转让物的间接占有。当转让物由占有媒介人占有时，转让人通过转让基于占有媒介关系的原物返还请求权，使得受让人获得间接占有，由此才发生观念交付下的指示交付。因为指示交付的要害并非让与返还请求权，而是使得受让人取得转让物的间接占有，转让人丧失对物干预的可能性。在此体现了与交付原则（《物权法》第23条、《民法典》第224条）相同的思想：受让人必须基于转让人的意思获得全部的占有。两者不同之处在于，《物权法》第23条、《民法典》第224条必须移转全部的直接占有，而《民法典》第227条则要求间接占有的全部移转。由此可见，通过转让所有物返还请求权的方式来移转所有权，并不符合转让人在观念交付中至少取得间接占有的要求。^[133]

对此，笔者评论如下：（1）所谓“单纯让与所有物返还请求权，未能使转让人丧失对转让物干预的事实可能性”，这不符合指示交付制度的意旨，因为指示交付制度设计的目的及效果，就是发生这样的效力：所有物返还请求权一经移转给受让人，转让人就丧失了转让物所有权，同时，受让人就取得了转让物所有权。既然转让人已经丧失了转让物所有权，他还有什么权利对转让物进行合法的干预呢？（2）所谓“单纯让与所有物返还请求权，……受让人也没有获得转让物的间接占有”，也只是一家之言，是这一家的逻辑。其实，只要我们将“取得所有物返还请求权”作为受让人取得间接占有的原因，受让人基于所有物返还请求权而享有对动产的间接占有，就完全解决了受让人对转让物取得间接占有的问题。这并非强词夺理，因为受让人拥有债权的返还请求权时，对于转让物构成间接占有；享有所有物返还请求权时，对于转让物也构成间接占有。实际上，受让人取得所有物返还请求权与取得间接占有可以视为同时，从而满足了论者关于“指示交付的要害并非让与返还请求权，而是使得受让人取得转让物的间接占有，转让人丧失对物干预的可能性”的逻辑。（3）所谓“受让人必须基于转让人的意思获得全部的占有”，在让与的是所有物返还请求权的场合，也不成问题。因为受让人的确是基于转让人的意思在受让转让物。至于此处所谓“全部的占有”，其确切意思尚需明确，从论者的上下文来看，应当是指间接占有，而非直接占有和间接占有。如果这样认定是正确的，则受让人已经间接占有了转让物，满足了指示交付的要求。

其理由之四：“在指示交付的善意取得中，转让人将因不享有所有物返还请求权而无法完成善意取得。”^[134]

对此，笔者评论如下：该项理由若针对指示交付下所转让的请求

权在任何场合都可以是所有物返还请求权之说，能够成立，但若针对所转让的可以是所有物返还请求权，也可以是债权的返还请求权之说，则欠缺说服力。因为按照后一学说，则并不强求所转让的永远是所有物返还请求权，而应区分情况而定：存在所有物返还请求权时，所转让的可以是所有物返还请求权；不存在所有物返还请求权时，所转让的则是债权的返还请求权。它不让所有物返还请求权包打天下。在指示交付的善意取得中，所转让的是债权的返还请求权，而非所有物返还请求权，就破解了论者所出难题，就符合了逻辑。此其一。

其二，完全贯彻动产善意取得制度的本质要求，转让人对于转让物要占有，受让人对转让物也得占有，才会发生转让物的善意取得。既然论者所说的案型中转让人对于转让物没有占有，受让人也无法基于买卖等合同取得对转让物的占有，则指示交付场合不发生善意取得的后果。由于受让人明知转让人对转让物没有占有，没有理由推定转让人对于转让物享有所有权等处分权，为了自身的利益，他应当请求转让人举证证明对转让物享有所有权，双方按照有权处分的模式进行交易，否则，受让人就有重大过失，于是不符合善意取得的构成要件，不发生善意取得的结果。既然如此，论者称“不直接占有转让物的出让人如适用指示交付，他将因不享有所有物返还请求权而无法满足指示交付的构成要件，以致这一观念交付方式实际上被排除于善意取得之外，不利于交易安全的保护”，就不成立。

笔者不赞同让与的返还请求权仅限于债权的返还请求权，还有如下理由：在有些情况下，占有媒介关系并不存在债权的返还请求权，仅所有物返还请求权。例如，第三人占有动产原本是基于征收或征用，其后，该征收或征用被取消，于此场合，应当适用行政法关于征收、征用及其法律后果的有关规定和《物权法》第34条、《民法典》第235条关于物的返还请求权的规定，转让人作为该动产的所有权人对于征收、征用的机关并不享有债权的返还请求权，如此，称让与的是债权的返还请求权，是不成立的。当然，对于此种情况下的动产返还，如果坚持排除行政法的适用，而适用占有的不当得利制度，则另当别论。

[论争]

在物权法视野下的指示交付制度中，是否存在着有关抗辩或抗辩权，意见不一。例如，有学者主张，指示交付所让与的返还请求权不能含有抗辩，倘若行使的返还请求权负有障碍，则不能适用指示交付。^[135]相反的观点则为，指示交付制度能使占有媒介人得以向受让人主张基于原占有媒介关系所产生的抗辩。^[136]此外，针对物权法视野下的指示交付规则也适用于海商法的提单纠纷^[137]，从而指示交付

所让与的返还请求权不能含有抗辩或抗辩权的观点，庄加园博士评论道：由于海运提单作为典型的文义证券，提单人根据证券上的记载事项即可行使权利义务，由此切断原合同当事人（承运人和托运人）之间的抗辩，使得海运提单的便捷性和流转性远超民法（物权法）意义上的指示交付。就这点而言，所谓海运提单转让，便构成指示交付，至少从承运人不得主张提单记载之外的抗辩权而言，表现出明显不同于指示交付的特征。^[138]谢在全先生早就指出，仓单、提单、载货证券所载物品的交付，于交付该项证券于有受领权人时，与交付物品有同一的效力。因为此类证券为物权证券，动产的权利通过证券予以表彰，持有证券者即与占有动产相同；对动产权利的行使也要依证券而为之。所以，此类动产物权的变动不是需要交付证券，就是进行背书，而无指示交付规则的适用余地。^[139]

笔者赞同指示交付制度不排斥有关抗辩或抗辩权的观点，理由在于：（1）《物权法》第26条、《民法典》第227条关于指示交付的设计并未排斥有关抗辩或抗辩权的存在和运用，其他法律、法规、规章也无关于《物权法》第26条、《民法典》第227条适用时不得抗辩的明文规定。（2）作为动产物权变动原因的常态的现实交付场合，允许有关抗辩或抗辩权的存在和运用，笔者未见有反对的意见。按照相似的事物相同处理的原则，作为替代现实交付规则的指示交付规则也不宜一律排斥抗辩或抗辩权。诚然，现实交付的公示性强，指示交付的公示性弱，在受让人善意与否的判断、对于第三人合法权益保护等方面，它们二者所含抗辩或抗辩权可能存在些许差异，但不至于指示交付场合的抗辩或抗辩权全被排斥。（3）《民法典》第548条规定：“债务人接到债权转让通知后，债务人对让与人的抗辩，可以向受让人主张。”尽管债权转让与债权的返还请求权不完全相同，但在许多情况下可以忽视其差异点；尽管抵销与抗辩分属不同的法律制度，在相互抵销的两项债务分属于不同的法律关系中场合，本该抵销的主张若不提起反诉或反请求，难获裁判者的支持，但在属于同一非典型法律关系中的两项债务抵销时，则应允许通过抗辩来对抗原告或申请人的请求，不必苛求反诉或反请求的形式。如果这些看法立得住脚，那么，《民法典》第548条的精神可用于指示交付制度是否含有抗辩或抗辩权的问题，结论是：指示交付制度不宜一律排斥抗辩或抗辩权。

第二百二十八条

动产物权转让时，当事人又约定由出让人继续占有该动产的，物权自该约定生效时发生效力。

本条主旨

本条是关于占有改定及其法律效果的规定。

相关条文

《物权法》第27条 动产物权转让时，双方又约定由出让人继续占有该动产的，物权自该约定生效时发生效力。

理解与适用

本条是对《物权法》第27条的复制，规定了占有改定引发动产权的变动。虽然从该条的字面意思看不出其适用范围限于基于法律行为而发生的动产物权变动以占有改定为生效要件，但从体系解释和目的解释，应该得出该项结论。

所谓占有改定，是指出让人继续占有动产，出让人与受让人订立合同，使受让人取得对动产的间接占有，并取得动产所有权（《民法典》第228条）。买卖、互易、赠与、以物抵债等合同关系中可有此种现象。允许这种交付的原因，也在于简化动产所有权的移转流程。例如，甲出卖A钢琴给乙，如果甲尚需使用该琴参加比赛，那么可以与乙订立合同（移转A钢琴的所有权、借用A钢琴或租赁A钢琴），由乙取得间接占有，以替代现实交付，进而完成A钢琴所有权的移转。于此场合，出卖人对钢琴是直接占有还是间接占有，在所不问。^[140]

占有改定的成立，需要具备如下要件：（1）出让人和受让人之间存在实质交易行为，诸如买卖合同、赠与合同、以物抵债协议等，其合意中含有转移该动产所有权的意思表示，订立由出让人继续占有该动产、受让人间接占有该动产的合同。据此，出让人成为占有媒介人。（2）存在使受让人取得间接占有的合意，明示的、默示的，在所不问，只要能够产生间接占有的法律关系即可；单纯的“今后为受让人而占有”的表示，即抽象的改定，不能使受让人取得间接占有，故不能取得该动产的所有权。还有，间接占有的法律关系，不必基于有效的租赁、质押、借贷等合同，盖间接占有有所由产生的合同纵为无效，受让人不妨取得返还请求权。只是物权变动的合意，通常与租赁或借贷等约定，包含在同一个法律行为之中，因此，租赁、借贷等合同无效，也足以引起物权变动的合意无效。如代替间接占有关系而约定一种仅使出让人成为受让人的占有辅助人，则为现实交付。（3）唯有物的占有者，始得依占有改定为转移。其为直接或间接占有人，则非所问。出让人以为间接占有人为已足，盖间接占有的出让人，得使受让人取得上级间接占有。因占有改定取得所有权者得依占有改定

再转让之。出让人须于转让时为占有人，如于此时丧失占有，则不得依占有改定为转移的合意。出让人尚未取得占有者，得依预期的占有改定为转移的合意。受让人于出让人取得占有（因此成为所有权人）时，无须订立一个新合同，即取得动产物权。然而，于此时，出让人和受让人之间仍须有意思一致的事实。^[141]

若以受让人对于该动产的关系为审视的基点，则可以说占有改定的公示效果最差，受让人的下手难见其对该动产享物权。该下手只好通过尽职调查和令该受让人举证证明其为该动产的物权人，来避免遭受不测之损害。

出让人继续占有标的物，为其无权处分该动产敞开了方便之门。这只好由善意取得制度担负其责。

其实，若自受让人可否善意取得某动产的角度观察，在转让人无权处分、该受让人与转让人之间又采取了占有改定的交付方式的情况下，通说认为该受让人不能善意取得该动产，除非在善意取得的构成要件没有丧失的前提下，该受让人嗣后取得了对该动产的现实占有。

第三节 其他规定

本节规定了非基于法律行为而发生的物权变动不以公示为生效要件以及宣示登记及其法律效果。

本节规定了五大类非基于法律行为而发生的物权变动不以公示为生效要件的情形，一是人民法院、仲裁机构的法律文书生效，这些法律文书指向的财产立即发生物权变动；二是人民政府的征收决定生效，被征收的财产立即归属于国家；三是继承开始，遗产的物权立即依法转移给继承人；四是因合法建造房屋等建筑物、构筑物等事实行为（建造完成，在房屋的场合是封顶）而设立不动产所有权；五是因拆除等事实行为而消灭房屋等建筑物、构筑物的不动产所有权。

本节还规定了非基于法律行为而取得的不动产物权须经宣示登记方可发生处分（如转让不动产物权、将不动产设立抵押权）的法律效果。

需要注意，这些情形只是《民法典》的示例，除此而外，尚有添附等原因而生的物权变动的情况，仍然适用《民法典》的上述相关规定，不以登记或交付为生效要件。

这些类型的物权变动不经登记即发生效力，可以克服公示生效要件主义过于严苛的弱点。因为非基于法律行为而生的物权变动，若仍然贯彻须经公示才发生效力，不仅与社会实际不符，而且将难以有效地保护此类物权人。何况此类物权变动，或有法律依据，如继承；或有国家机关的公权力的介入，如征收。于此场合，不动产物权的变动业已发生，存在的状态也十分明确，没有违反物权公示的要求，其后再为公示，也无碍交易安全。当然，对此类原因事实是否存在有疑义时，物权的取得人负有举证责任。^[142]

公示毕竟是原则，中国现行法对此是尽力贯彻的，《不动产登记暂行条例》规定，因继承、接受遗赠取得不动产权利的，因人民法院、仲裁机构生效的法律文书或人民政府生效的决定等设立、变更、转让、消灭不动产权利的，当事人单方可以申请登记（第14条第2款第2、3项）。《不动产登记暂行条例实施细则》规定：“因继承、受遗赠取得不动产，当事人申请登记的，应当提交死亡证明材料、遗嘱或者全部法定继承人关于不动产分配的协议以及与被继承人的亲属关系材料等，也可以提交经公证的材料或者生效的法律文书”（第14条）。登记的类型为转移登记（第27条第5、7项）。特别是《物权法》第31条关于“依照本法第二十八条至第三十条规定享有不动产物权的，处分该物权时，依照法律规定需要办理登记的，未经登记，不发生物权效力”的规定，迫使不动产物权的取得人必须先行登记，而后方可处分不动产，回归公示原则。^[143]

第二百二十九条

因人民法院、仲裁机构的法律文书或者人民政府的征收决定等，导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自法律文书或者征收决定等生效时发生效力。

本条主旨

本条是关于人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等生效时，它们指涉的物权发生变动的效力的规定。

相关条文

《物权法》第28条 因人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等，导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自法律文书或者人民政府的征收决定等生效时发生效力。

《国有土地上房屋征收与补偿条例》（第590号）第4条 市、县级人民政府负责本行政区域的房屋征收与补偿工作。

市、县级人民政府确定的房屋征收部门（以下称房屋征收部门）组织实施本行政区域的房屋征收与补偿工作。

市、县级人民政府有关部门应当依照本条例的规定和本级人民政府规定的职责分工，互相配合，保障房屋征收与补偿工作的顺利进行。

第8条 为了保障国家安全、促进国民经济和社会发展等公共利益的需要，有下列情形之一，确需征收房屋的，由市、县级人民政府作出房屋征收决定：

（一）国防和外交的需要；

（二）由政府组织实施的能源、交通、水利等基础设施建设的需要；

（三）由政府组织实施的科技、教育、文化、卫生、体育、环境和资源保护、防灾减灾、文物保护、社会福利、市政公用等公共事业的需要；

（四）由政府组织实施的保障性安居工程建设的需要；

（五）由政府依照城乡规划法有关规定组织实施的对危房集中、基础设施落后等地段进行旧城区改建的需要；

（六）法律、行政法规规定的其它公共利益的需要。

法释〔2016〕5号第7条 人民法院、仲裁委员会在分割共有不动产或者动产等案件中作出并依法生效的改变原有物权关系的判决书、裁决书、调解书，以及人民法院在执行程序中作出的拍卖成交裁定书、以物抵债裁定书，应当认定为物权法第二十八条所称导致物权设立、变更、转让或者消灭的人民法院、仲裁委员会的法律文书。

第8条 依照物权法第二十八条至第三十条规定享有物权，但尚未完成动产交付或者不动产登记的物权人，根据物权法第三十四条至第三十七条的规定，请求保护其物权的，应予支持。

理解与适用

本条包括三大类型的非基于法律行为而发生的物权变动，一是人民法院、仲裁委员会的法律文书生效时，该法律文书所指向的物权发生变动的效力；二是人民政府的征收决定生效时，被征收财产的物权归于消灭；三是征收以外的行政命令生效时，该命令所指向的物权归于消灭。其中任何一种物权变动都不以登记或交付作为生效要件。

一、人民法院、仲裁委员会的法律文书生效时，该法律文书所指向的物权发生变动的效力

本条所谓“因人民法院、仲裁委员会的法律文书……，导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自法律文书……生效时发生法律效力”，是指只要人民法院、仲裁委员会的法律文书一经生效，该法律文书所指向的物权就发生变动，不以登记或交付为生效要件。例如，甲、乙兄弟二人继承其父母遗留的A楼等遗产，对A楼如何分享发生争执，诉讼到人民法院。经审理，人民法院判决A楼归属于甲，乙继承其他遗产。该判决送达甲和乙之时，A楼的所有权便归属于甲，尽管不动产登记簿页上的所有权人一栏记载的仍是甲、乙的父母之名。

本条所言人民法院、仲裁委员会的法律文书，就立法本意而言是泛指人民法院的给付判决及裁定、确权判决及裁定和形成判决及裁定，以及仲裁机构的给付裁决、确权裁决与形成裁决，并未限于人民法院的形成判决及裁定和仲裁机构的形成裁决。

之所以如此断言，是因为本条系对《物权法》第28条的复制。而《物权法》第28条所指法律文书就是广义上的。这不但是笔者一直参与《中华人民共和国物权法（草案）》研讨时的切身感受，而且可从全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室编写的《中华人民共和国物权法释义》对《物权法》第28条所作的如下解释（以下简称“民法室解释”）得到佐证：这里的法律文书，是指依其宣告就足以发生物权变动的效果的判决书、裁决书、调解书等。例如，离婚诉讼中确定当事人一方享有某项不动产的判决、分割不动产的判决、使原所有权人回复所有权的判决，属于《物权法》第28条所规定的设权判决、确权判决。此类设权或确权判决、裁决书、调解书本身，具有与登记、交付等公示方法相同的效力。因而依据此类判决、裁决书、调解书而进行的物权变动，无须再进行一般的物权公示而直接发生效力。鉴于上述类型的判决书、裁决书、调解书所针对的只是具体的当事人，而非一般人，其公示方法采取的是当庭宣判或送达当事人，以送达当事人为生效的条件，对当事人以外的第三人来说公示力和公信力较弱，《物权法》特别规定，物权取得人处分不动产时，不经登记不发生物权效力，除非法律不要求登记（第31条）。^[144]

其中所谓设权判决，应属给付判决，最高人民法院民事审判第一庭于其解读法释〔2016〕5号的《物权法司法解释（一）理解与适用》（以下简称“民一庭解读”）称之为给付性裁判，并且连同仲裁机构的给付裁决一并称作给付性法律文书，简称为给付性文书。

[145]“民一庭解读”认为，给付裁判是法院在认定当事人享有请求权的基础上，判令对方当事人履行原已存在的义务。它未使既存的法律关系发生变化，具有执行力而无变更权利义务关系的形成力。给付裁判不能直接导致物权变动。[146]对此，笔者表示赞同，认为对《民法典》第229条所言法律文书也应作这样的限缩解释。

“民法室解释”所说的确权判决，“民一庭解读”叫作确认性裁判，它不仅包括人民法院就确认之诉作出的裁判，还包括人民法院驳回原告诉讼（包括给付之诉、形成之诉和确认之诉）的裁判。所谓确认之诉，是指原告请求法院确认其与被告存在或不存在某种法律关系的诉。[147]在确认之诉中，当事人只请求法院确认其与对方当事人之间是否存在某种民事法律关系，并不要求判令对方履行某一民事义务，当事人之间没有行使权利与履行义务之争，法院的裁判不存在执行问题。[148]虽有意见认为确认性裁判直接引起物权变动，但最高人民法院于法释〔2016〕5号第7条没有采纳这种看法，而是赞同全国人民代表大会常务委员会法制工作办公室、国务院法制办公室等机关的如下观点：确认物权的法律文书是对业已存在的物权进行确认，而不是导致物权设立、变更、转让或者消灭，不应纳入《物权法》第28条规定的法律文书范围。[149]赞同的理由是：确认之诉并不以权利的实现为目的，仅就某种权利或法律关系以及事实的存在与否予以宣告，根本不能导致任何权利的变动。而《物权法》第28条所指法律文书应具备变动权利的功能，因此，该条所指法律文书不包括确认性法律文书。[150]对此，笔者表示赞同，认为对《民法典》第229条所言法律文书也应如此解释。

鉴于人民法院涉及物权变动的法律文书有判决、裁定以及调解书，仲裁机构涉及物权变动的法律文书有裁决及调解书，这样全面列举较为啰唆，“民一庭解读”采取给付性文书、确权性文书和形成性文书的称谓，本书原则上也如此措辞，除非这样表述在特定场合不合适。

不难发现，与《物权法》第28条及“民法室解释”有所不同的是，境外的有关立法例及其学说，将无须公示便依判决、裁定使其指向的标的物发生物权变动的法律文书，仅仅限于形成判决、形成裁决，如关于共有物分割的判决，至于下列各种判决、裁决、调解书则不包含在内：（1）命被告履行不动产登记的判决，性质上为给付判决，原

告于取得该确定判决后，尚须持该判决书向不动产登记机构申请办理变更登记。登记完毕，原告才取得该项不动产的产权。（2）相邻不动产物权人之间对其界限发生争执，起诉到法院，请求确认不动产的界限或设置界标。主审法院据此所为的判决，不是创设物权的判决。（3）确认某建筑物为其所有或请求确定一定界限内的建设用地使用权归其享有的诉讼，属于确认不动产权属之诉，主审法院据此所为的判决为确认判决，并非无须公示便依判决、裁定使其指向的标的物发生物权变动的法律文书。（4）按照民事诉讼法或仲裁法就某不动产变动事项所作成的和解或调解，尚无与形成判决、裁决同一的形成力，需要当事人持和解书或调解书到登记机构办理变更登记，否则，不生物权变动的效力。^[151]

面对这种背景，何去何从？这取决于法律人的法律理念。如果立法及解释法律之人看重交易的快捷，那么，给付性文书、确权性文书、形成性文书一经送达，就使法律文书指向的标的物发生物权变动，就是合乎逻辑的。反之，如果立法及解释法律之人更加关注物权的本性，重视物权的公示性及其对第三人的影响，那么，就会尽量压缩不经公示就发生物权变动的领域和物权变动的法律文书的类型。可取的态度及方案是后者，笔者认为，对《民法典》第229条所言法律文书应作如此解释，理由如下：第一，物权具有排他性、对世效力，对第三人的利益影响很大，从保护交易安全入手，物权，应当尽量公示，或者说物权以公示为原则，仅有极少数情况例外。从这个意义上说，对《民法典》第229条所言的法律文书应当进行限缩解释，把人民法院的给付判决、裁定及调解书排除在外，将仲裁机构的给付裁决及调解书排除在外，就是合理限缩解释的一种表现。第二，从比较法的层面看，《民法典》第229条的规定，系借鉴中国台湾地区“民法”第759条的结果，而中国台湾地区“民法”第759条所称的法院判决，不包括给付判决。与此类似的立法例还有，《瑞士民法典》第656条第2款第2项规定：取得人在先占、继承、征收、强制执行或法院判决等情形下，得在登记前，取得所有权。但是，非在不动产登记簿上登记，不得处分土地。《韩国民法典》第187条规定：因继承、征用、判决、拍卖及其他法律规定取得不动产物权的，不需要登记。但是，不登记时不得进行处分。第三，人民法院的给付判决、裁定及调解书和仲裁机构的裁决及调解书所认定的给付基本上是基于法律行为而形成的，关于以物抵债判决所基于的以物抵债属于法律行为。而基于法律行为而引起的物权变动，需要公示。鉴于《民法典》第229条的规定不适用于基于法律行为而引起的物权变动，我们解释其所言法律文书，应当认为它限于人民法院的形成判决、裁定和仲裁机构的裁决，不包括人民法院的给付判决、裁定及调解书和仲裁机构的给付裁决及调解书。^[152]第四，确权性文书只是裁判机关对既有的物权关

系进行权威性确定的判决、裁定、裁决，没有改变既有的物权关系，换言之，没有发生物权变动。既然没有发生物权变动，此类法律文书就不在《民法典》第229条所言法律文书之内。

法释〔2016〕5号即持这种见解，于第7条规定：“人民法院、仲裁委员会在分割共有不动产或者动产等案件中作出并依法生效的改变原有物权关系的判决书、裁决书、调解书，以及人民法院在执行程序中作出的拍卖成交裁定书、以物抵债裁定书，应当认定为物权法第二十八条所称导致物权设立、变更、转让或者消灭的人民法院、仲裁委员会的法律文书。”“民一庭解读”称，能够直接导致物权变动的法律文书限于形成性文书，不包括给付性文书和确权性文书。^[153]

最高人民法院通过法释〔2016〕5号第7条限缩《物权法》第28条（相当于《民法典》第229条）的适用范围，是僭越立法权还是具有立法法及法理上的依据？回答应为这非僭越立法权，而是正当的法律解释，属于最高人民法院的权限范围。因为《物权法》贯彻物权公示原则（第6条、第9条第1款、第14、23条等）（相当于《民法典》第208条、第209条第1款、第214条、第224条）乃至公信原则（第16条第1款）（相当于《民法典》第216条第1款），尽量缩小无须公示就发生物权变动的情形。这是整部《物权法》的立法计划和立法目的，并且应该覆盖《物权法》第28条（相当于《民法典》第229条）。如此，依立法目的及规范意旨，《物权法》第28条（相当于《民法典》第229条）的适用范围过宽，应予限缩，即其所谓法律文书不包含给付性文书、确权性文书，仅仅指形成性文书，如人民法院的形成判决、形成裁定和仲裁机构的形成裁决。

同时，还要注意，我们不可从一个极端走到另一个极端，《物权法》第28条（相当于《民法典》第229条）关于因人民法院、仲裁委员会的法律文书导致物权设立、变更、转让或消灭的，自法律文书生效时发生效力的规定，只是为了在特殊情况下加速物权变动的进程，并不否定物权公示的大原则、大方向，并不抵触物权宜尽可能地公示这种理念。因此，《不动产登记暂行条例实施细则》规定：因人民法院、仲裁委员会的生效法律文书导致不动产权利发生转移的，当事人可以向不动产登记机构申请转移登记（第27条第7项）；人民法院、仲裁委员会的生效法律文书导致不动产权利消灭的，当事人可以申请办理注销登记（第28条第1款第4项）。

适用法律，处理案件，是遵循《物权法》第28条（相当于《民法典》第229条）的本意及“民法室解释”的观点，还是根据法释〔2016〕5号第7条的规定及“民一庭解读”，在个案中的结果差异巨大，甚至天壤之别。对此，以一个以物抵债的案例加以展示。

甲房地产开发有限责任公司欠乙开发区银行的本息2 000万元人民币，一直无力偿付。乙开发区银行发现甲房地产开发有限责任公司拥有一宗国有建设用地使用权，请求以该使用权抵偿本息债权。主审法院支持了乙开发区银行的该项诉讼请求，判决以该宗国有建设用地使用权抵偿2 000万元人民币的本息，并送达到双方当事人。乙开发区银行急于持该判决书到不动产登记机构办理过户登记手续，直到行政主管部门执法检查时发现甲房地产开发有限责任公司在长达5年的时间内都未开发建设该宗建设用地，采取了收回的行政措施。

遵循《物权法》第28条（相当于《民法典》第229条）的本意及“民法室解释”，该“以物抵债”的判决已经生效，其指向的国有建设用地使用权因而移转归乙开发区银行，尽管尚未办理过户登记手续。如此，行政主管部门收回该宗国有建设用地使用权，是收回乙开发区银行的财产，而非甲房地产开发有限责任公司的财产。从甲房地产开发有限责任公司与乙开发区银行之间的法律关系来说，甲房地产开发有限责任公司欠乙开发区银行的本息已因“以物抵债”而不复存在了。与此相反，按照法释〔2016〕5号第7条及“民一庭解读”来审视该案，会发现不同的结果：由于“以物抵债”判决不属于形成判决，而是给付判决，受此影响，判决指向的国有建设用地使用权因尚未办理过户登记手续而没有移转至乙开发区银行，因而，在这种情况下行政主管部门收回该宗国有建设用地使用权，不是收回乙开发区银行的财产，而是收回甲房地产开发有限责任公司的财产。这样，甲房地产开发有限责任公司欠乙开发区银行的本息债务继续存在。

正因如此，法律人必须弄懂和把握《物权法》第28条（相当于《民法典》第229条）及法释〔2016〕5号第7条赋予它的意义。

以上所论基本上属于肯定法释〔2016〕5号第7条的范畴，现在商榷它的某些方面。

法释〔2016〕5号第7条将“在分割共有不动产或者动产等案件中作出并依法生效的改变原有物权关系的……调解书”纳入《物权法》第28条（相当于《民法典》第229条）所称法律文书之中，这是将法律文书“滋蔓”，依据不足。诚然，“民一庭解读”较为详细地反驳了调解书不能直接引起物权变动的否定说，为法释〔2016〕5号第7条辩护，并且区分给付性调解书、确权性调解书和形成性调解书，主张形成性调解书经过人民法院的最终认可，体现出国家公权力，具有引起物权变动的形成力，故应属于《物权法》第28条（相当于《民法典》第229条）所言的法律文书。至于给付性调解书、确权性调解书因其不具有引起物权变动的形成力，故不属于《物权法》第28条（相当于

《民法典》第229条)所言的法律文书。^[154]尽管如此辩解和阐释具有一定道理,但仍然存在如下值得商榷之点。

第一,法释〔2016〕5号第7条所言调解书并未将给付性调解书、确权性调解书排除在外,而是笼而统之地规定调解书直接引发(其指向的不动产或动产的)物权变动。所以,“民一庭解读”无法证成法释〔2016〕5号第7条关于(所有的)调解书直接引发(其指向的不动产或动产的)物权变动的规定是正确的。

第二,一般而言,诉讼两造于诉讼程序中和解,是成立了一个协议,或曰合同,在中国现行法上,该和解协议产生债权债务。既然产生债权债务,那么只有履行债务、实现债权时才会发生不动产或动产的物权变动,而不是德国民法上的物权行为,不是和解协议直接引发不动产或动产的物权变动。进而,这种产生债权债务的和解协议即使采取调解书的形式,得到了国家公权力的保障,但因其“基因”和“功效”的缘故,不会因披上了调解书的“外衣”,“罩上”了国家的公权力,或者说经过了诉讼程序,就“蜕变为”直接引发物权变动的物权行为;同样由于和解协议的“基因”和“功效”的缘故,调解书也不会质变为形成性文书。

第三,按照《物权法》的立法计划和法律体系,《物权法》第28条(相当于《民法典》第229条)所规制的物权变动属于非基于法律行为所产生的物权变动,该条所列调解书径直引发物权变动应属非基于法律行为所产生的物权变动。可是,和解协议系法律行为,同样依《物权法》的立法计划和法律体系,由其引发的物权变动应属基于法律行为的物权变动,应适用《物权法》第9条第1款、第14条(不动产物权变动的场合)(相当于《民法典》第209条第1款、第214条)或第23条(动产物权变动的场合)(相当于《民法典》第224条)等规定,以公示为生效要件。还是根据《物权法》的立法计划和法律体系,遵循物权应当尽可能地公示这个大原则、大方向、大理念,在由法律行为引发物权变动的领域,首先应适用《物权法》第9条第1款、第14条、第16条第1款等规定(不动产物权场合)(相当于《民法典》第209条第1款、第214条、第216条第1款),或者首先适用《物权法》第23条等规定(动产物权场合)(相当于《民法典》第224条),不宜适用本来用于调整非基于法律行为所产生的物权变动之一种类型的《物权法》第28条(相当于《民法典》第229条)的规定。可是,按照“民法室解释”、法释〔2016〕5号第7条及“民一庭解读”,根植于和解协议这个法律行为所产生的物权变动却错位地适用《物权法》第28条(相当于《民法典》第229条)及法释〔2016〕5号第7条的规定,还“滋蔓”地由调解书制度管辖,按照非基于法律行为所产生

的物权变动的规则发生法律效力。这是颠倒了实体法与程序法之间关系的理论，是偏离《物权法》关于物权应当尽可能地公示这个大原则、大方向、大理念的观点，是违反《物权法》体系、非逻辑的解释和解读。依此逻辑和操作，甲和乙签订A房买卖合同，双方发生争执，诉讼到法院，最终通过和解和制作调解书了事。于此场合，适用《物权法》第28条（相当于《民法典》第229条）及法释〔2016〕5号第7条的规定，《物权法》第9条第1款、第14条、第16条第1款（相当于《民法典》第209条第1款、第214条、第216条第1款）等统统派不上用场。以此类推，租赁合同纠纷、运输合同纠纷等等，只要最终通过和解和制作调解书的，就都适用《物权法》第28条及法释〔2016〕5号第7条的规定，而非适用《物权法》第9条第1款、第14条、第16条第1款（相当于《民法典》第209条第1款、第214条、第216条第1款）等。这就变相地取消了基于法律行为而发生的物权变动制度及规则，实质性地废除了公示原则乃至公信原则，有害于交易安全。

第四，“民一庭解读”为了证成其观点，举例合同变更，当事人经法院调解达成合同变更的调解书，则该调解书因变更了合同关系而具有形成力。^[155]这存在着缺陷：《物权法》第28条（相当于《民法典》第229条）及法释〔2016〕5号第7条都是调整（非基于法律行为所产生的）物权变动的，由此决定，此处所谓和解协议必须是引发物权变动的合同，否则，和解协议不属于此处所论的对象。可是，按照中国现行法的立法计划和立法目的，中国现行法上的合同没有物权合同，在物权法和债法领域运用的合同都是产生债权债务的合同（相当于德国法所说的债权行为），即使涉及物权变动的，也是通过履行合同项下的债务而达到目的。尽管有学说认为国有建设用地使用权出让合同、质押合同、抵押合同等合同为物权合同，但这是混淆了“约定”与“设定”物权的结果，更不要说这是采取德国民法区分债权行为与物权行为的分析结构，而无视中国现行法没有承认物权行为理论的现实了，这种观点不足取。^[156]在这种背景下，中国现行法上的此类合同变更，所能变更的法律关系也只能是变更债权、债务或标的物，标的物的变更也是导致债权、债务的变更，不可能直接变更物权关系。因此，即使如“民一庭解读”所说“调解书因变更了合同关系而具有形成力”，也是变更了债权债务关系，而非变更了物权关系。就是说，在中国现行法上，不会有径直导致物权变动的调解书。此其一。即使是当事人之间分割其共有物的合意，包括和解协议在内，在中国现行法上也不是径直引发所有权变化这种物权变动，而是此类和解协议等合意产生债权债务，即共有人负有分割共有物/共有权的债务，适当履行该债务导致物权变动。以此为内容的调解书怎么能直接引发共有权分解的物权变动呢？此其二。诚然，关于共有人请求分割共有物的权

利，即共有物分割请求权，有专家、学者采形成权说：共有物分割请求权是各个共有人得随时以一方的意思表示，请求其他共有人终止共有关系，而不是请求其他共有人同为分割的权利。因为该项权利的行使足以使其他共有人负有与之协议分割的义务，在协议不成时，得诉请法院裁判共有物分割的方法。^[157]其实，由此并不能得出共有物分割请求权的行使就即刻发生物权变动的结论。原来，形成权的类型不同，其法律属性和法律效力不尽一致。与撤销权、解除权之类的形成权一经行使便确定地发生一定的法律效果（如合同立即消灭）不同，共有物分割请求权的形成权性质和效力表现在：共有人（形成权人）行使共有物分割请求权时，其他共有人负有与之协议分割的义务，该义务属于债法上债务，而非物权法上的义务；其他共有人履行该债务表现为全体共有人之间成立协议分割共有物合同，该合同在德国民法、中国台湾地区的“民法”上属于债权行为；嗣后依该协议分割共有物，使共有人按约定取得一定的所有权，在德国民法、中国台湾地区的“民法”上，这个阶段涉及物权行为，发生物权变动的结果。^[158]其演变路线图为：共有物分割请求权行使→成立协议分割共有物合同→履行债权行为项下的债务→出现使共有人按约定取得一定的所有权的物权合意（物权行为）→共有人按约定实际取得一定的共有物的所有权（物权变动结果）。这是共有物协议分割方法与共有物上的物权变动的情形，我们不难看出，共有物分割请求权行使距离物权变动相差几个因果链条，绝非共有人（形成权人）一经请求分割共有物，就确定地形成新的物权关系。中国现行法虽未采纳物权行为理论，但在共有物分割请求权行使与物权变动之间的因果链条方面，也大体如此。共有物协议分割方法采取调解书的形式，如同上文“第二”所分析的那样，不会改变基本的格局。接下来再看共有物裁判分割方法下的物权变动情形：全体共有人就共有物分割达不成协议，或于协议分割共有物合同成立后因时效完成经共有人拒绝履行的，任何一个共有人均可诉请法院，裁判分割共有物。在这种裁判分割的方法中，诉讼结构为，同意共有物的共有人为原告，不同意的为被告，持其他态度的也列为被告，全体共有人均须参加。只要原告享有共有物分割请求权，且共有物无不得分割的限制的，主审法院即应予分割。判决的结果足以使各个共有人之间的共有关系变成单独所有权关系或共有关系的其他变更，创设共有人之间的权利义务关系，判决为形成判决。^[159]简言之，共有物分割采取裁判分割方法时，形成判决直接导致共有权的变动。但须注意，是形成判决直接引发物权变动，而非共有物分割请求权的行使直接引发物权变动。此其三。即使按照德国民法及其理论，由物权行为引发物权变动，和解协议就是物权合同，也难谓和解协议及其调解书直接引发物权变动。因为按照物权行为系由物权意思表示加上公示构成的学说，仅有和解协议，尚无登记（不动产场合）或交付（动产场合）的，物权行为尚不存在，这显然无法引发物权变

动。以这样的和解协议为内容作成的调解书怎么能直接引起物权变动呢？否则，巧妇难为无米之炊就不成立了！依据物权行为纯由物权意思表示构成的理论，仅有和解协议，尚无登记（不动产场合）或交付（动产场合）的，物权行为虽然存在，但仍无引发物权变动的法律效力。以这样的和解协议为内容作成的调解书照样无法直接引起物权变动。此其四。

第五，解除权、撤销权、选择权、追认权及有关形成权的行使，采取协商的形式，达成和解协议，最终采取调解书的形式，能否支持“民一庭解读”的观点呢？若非泛泛而论，而是紧扣《物权法》第28条（相当于《民法典》第229条）及法释〔2016〕5号第7条的规范意旨和适用范围，那么，回答是否定的，因为在中国现行法上，行使解除权、撤销权、选择权、追认权及有关形成权，都不径直引发物权变动，而是先发生债法上的效果，有关债务的履行才可能引起物权变动。针对它们作成的调解书，如同上文“第二”分析的那样，也难直接引发物权变动，除非论者不遵循逻辑而是随心所欲。

一种意见认为，上述设权或确权的判决书、裁决书、调解书本身，具有与登记、交付等公示方法相同的法律效力，因而依据此类法律文书而进行的物权变动，无须再进行一般的物权公示而直接发生效力。^[160]笔者认为，在物权变动的双方当事人之间，称设权、确权或变动物权的判决书、裁决书、调解书本身具有与登记、交付等公示方法相同的法律效力，问题不大，但就物权取得人与第三人之间的关系而言，则不尽如此。例如，某主审法院应甲和乙的请求将其共有的A楼及其相应的建设用地使用权作价分割，由乙取得产权，判决准许。该判决书于2005年2月7日送达，依据《物权法》第28条（相当于《民法典》第229条）的规定，A楼的所有权及基地的建设用地使用权于2005年2月7日全部归乙享有。在A楼及其相应的建设用地使用权一直没有办理过户手续、登记机构没有收到该判决书的情况下，甲于2006年1月20日向丙出示房地产权证书、乙放弃优先购买权的声明（伪造得常人无法辨别真伪），将其原就A楼及其相应的建设用地使用权所享有的份额转让与丙，价格合理，并于2007年5月25日办理了过户手续。待乙知晓此情主张A楼及其相应的建设用地使用权的权属时，丙援引《物权法》第106条第1款（相当于《民法典》第311条第1款）的规定，对抗乙的主张，认为自己已经善意取得了A楼的所有权及基地的建设用地使用权。丙的主张应当得到支持。如果乙就A楼及其相应的建设用地使用权及时地办理了变更登记，丙就无权主张善意取得A楼及其相应的建设用地使用权。可见，设权、确权的判决书、裁决书、调解书本身与登记、交付的公示方法相比，在法律效力方面存在不同。

这个案例也告诉我们，因人民法院、仲裁委员会的法律文书导致物权设立、变更、转让或者消灭的场合，人民法院、仲裁委员会应当把引起不动产物权变动的法律文书的副本抄送有关登记机构一份，以免无权处分的情况发生。如果人民法院、仲裁委员会没有抄送，物权取得人最好把法律文书的复印件送交有关登记机关，以免自己的合法权益遭受不必要的损失。

法释〔2004〕16号第29条规定：“动产拍卖成交或者抵债后，其所有权自该动产交付时起转移给买受人或者承受人”（第1款）。“不动产、有登记的特定动产或者其他财产权拍卖成交或者抵债后，该不动产、特定动产的所有权、其他财产权自拍卖成交或者抵债裁定送达买受人或者承受人时起转移”（第2款）。此处所谓拍卖或抵债，是指在民事执行中的拍卖或抵债，是以民事裁定的方式以物抵债或启动拍卖程序。以民事裁定的方式以物抵债，该物若为动产，其所有权自该动产交付时起转移给买受人或者承受人，符合《物权法》第23条（相当于《民法典》第224条）的规定，应予赞同；该物若为不动产，其所有权自抵债裁定送达买受人或者承受人时起转移，不符合《物权法》第9条第1款、第14条、第16条第1款（相当于《民法典》第209条第1款、第214条、第216条第1款）等规定，却与《物权法》第28条（相当于《民法典》第229条）规定的文义相一致，赞同还是反对，颇费思量。若持肯定的态度，符合《物权法》第28条（相当于《民法典》第229条）规定的文义，加速了不动产物权变动的进程。法释〔2004〕16号至今未被废止，而是继续有效，但不符合物权变动应尽可能地以公示为原则的理念，是将《物权法》第28条（相当于《民法典》第229条）规定所谓法律文书限缩为形成判决（裁定）的反动，因为以物抵债的民事裁定不属于形成裁定，而属于给付裁定。笔者认为，法释〔2004〕16号第29条的规定应予修正。

《物权法》第28条（相当于《民法典》第229条）关于因人民法院、仲裁委员会的法律文书导致物权设立、变更、转让或消灭的，自法律文书生效时发生效力的规定，只是为了在特殊情况下加速物权变动的进程，并不否定物权公示的大原则、大方向，并不抵触物权宜尽可能地公示这种理念。因此，《不动产登记暂行条例实施细则》规定：因人民法院、仲裁委员会的生效法律文书导致不动产权利发生转移的，当事人可以向不动产登记机构申请转移登记（第27条第7项）；人民法院、仲裁委员会的生效法律文书导致不动产权利消灭的，当事人可以申请办理注销登记（第28条第1款第4项）。

二、人民政府的征收决定生效时被征收财产的物权归于消灭

（一）基本含义

本条所谓“人民政府的征收决定等，导致物权……消灭的，自……征收决定……生效时发生效力”，是指人民政府的征收决定生效时，被征收财产的物权归于消灭，不以登记或交付为生效要件。例如，张三是A房的所有权人，其后，A房被人民政府征收，自该征收决定生效之时，张三对A房的所有权消灭，国家取得A房的所有权。此处所谓国家取得A房的所有权，不是继受取得，而是原始取得。

所谓征收，是指国家依照法律规定的权限和程序强制地将集体所有或私人所有的财产征归国有的制度。它属于行政法律关系，而非民事法律关系。但它导致被征收人丧失被征收财产的所有权及有关物权，国家取得被征收财产的所有权。

（二）反思

《民法典》第229条以征收决定生效之时作为被征收财产归属于国家的时点，原物权消灭。实务中出现的下述问题，迫使反思，呼吁选定更优的方案。

应当注意到，在因商业利益所为征收的场合，强制性并非初始即有的，征收决定宜在被征收人同意征收及其补偿之后作出，此前宜为征收意向。由此决定，只要被征收人未同意补偿数额，就不应产生征收决定，也就谈不上征收决定生效，作为征收对象的物权就不终止。

实务中出现的问题之一是，征收决定虽然已经公告，但征收主管机关和被征收人之间尚未就补偿款的数额达成一致。于此场合，机械地按照《民法典》第229条关于征收决定生效导致物权变动的规定处理问题，是在鼓励个别行政主管机关的违法行为，侵害了被征收人的合法权益。比较可取的方案是，可以将被征收财产的所有权终止的时间点确定在征收补偿款付清之时。中国台湾地区“土地征收条例”采取了这种方案。该条例第21条第1项规定：“被征收土地或土地改良物之所有权人，对于其土地或土地改良物之权利义务，于受领之补偿费发给完竣时终止。”该方案比较有利于被征收人，祖国大陆可以借鉴。但是，在被征收的财产为住宅、厂房、办公用房的领域，如果集体建设用地使用权的登记已经办理完毕、补偿款尚未付清，住宅、厂房、办公用房的所有权是否仍然在补偿款付清时终止呢？笔者倾向于否定说，而赞同将办理完毕住宅、厂房、办公用房的所有权移转登记手续之时作为集体、私人的所有权终止的时刻，这样，可以保持对内关系和对外关系的一致性，简洁明快。至于对被征收人的保护，可以通过明文规定办理住宅、厂房、办公用房的所有权移转登记以付清征收补偿款为前提条件、赋与被征收人抗辩权的路径来解决。^[161]

三、征收以外的行政命令生效时，该命令所指向的物权发生变动的效力

征收以外的行政命令，有的也能导致物权变动。例如，党政机关与其举办的公司脱钩时，依据行政命令，特定的办公楼及建设用地使用权归特定的主体拥有。

道理相同，《民法典》第229条关于因人民政府的征收决定导致物权消灭的，自人民政府的征收决定生效时发生效力的规定，只是为了在特殊情况下加速物权变动的进程，并不否定物权公示的大原则、大方向，并不抵触物权宜尽可能地公示这种理念。因此，《不动产登记暂行条例实施细则》规定：因人民政府的征收导致不动产权利消灭的，当事人可以申请办理注销登记（第28条第1款第3项）。

第二百三十条

因继承取得物权的，自继承开始时发生法律效力。

本条主旨

本条是关于遗产的物权自继承开始时发生转移的效力的规定。

相关条文

《物权法》第29条 因继承或者受遗赠取得物权的，自继承或者受遗赠开始时发生法律效力。

《继承法》第2条 继承从被继承人死亡时开始。

法释〔2016〕5号第8条 依照物权法第二十八条至第三十条规定享有物权，但尚未完成动产交付或者不动产登记的物权人，根据物权法第三十四条至第三十七条的规定，请求保护其物权的，应予支持。

理解与适用

本条所谓因继承或者受遗赠取得物权的，自继承开始时发生法律效力，是指遗产的物权自继承开始时转移给继承人。这与《民法典》第1121条关于“继承从被继承人死亡时开始”的规定相互衔接起来。

继承，不是交易，故本条不是关于基于法律行为而发生的物权变动的规定，而是关于非基于法律行为而发生的遗产物权转移的规定，

不以登记或交付为生效要件。

《物权法》第29条的原文是“因继承或者受遗赠取得物权的，自继承或者受遗赠开始时发生法律效力”，《民法典》第230条删除了“因……受遗赠取得物权的”，在体系和逻辑上更为合理，因为因受遗赠取得物权属于基于法律行为而发生的物权变动。不过，被继承人死亡，遗产物权何去何从宜尽快确定，久拖不决有弊无利，采取“被继承人死亡之时，遗产的物权即移转给继承人”的方案，不必坐等登记完毕或交付结束，也无可厚非。就是说，《物权法》第29条的模式和《民法典》第230条的模式各有其道理。

《民法典》第230条关于因继承取得物权的，自继承开始时发生效力的规定，只是为了在特殊情况下加速物权变动的进程，并不否定物权公示的大原则、大方向，并不抵触物权宜尽可能地公示这种理念。因此，《不动产登记暂行条例实施细则》规定：继承导致权利发生转移的，当事人可以向不动产登记机构申请转移登记（第27条第5项）；因依法继承导致宅基地使用权及房屋所有权发生转移申请登记的，申请人应当提交下列材料：依法继承的材料；其他必要材料（第42条）。

第二百三十一条

因合法建造、拆除房屋等事实行为设立或者消灭物权的，自事实行为成就时发生法律效力。

本条主旨

本条是关于因事实行为而设立或消灭物权自事实行为成就时发生效力的规定。

相关条文

《物权法》第30条 因合法建造、拆除房屋等事实行为设立或者消灭物权的，自事实行为成就时发生法律效力。

法释〔2016〕5号第8条 依照物权法第二十八条至第三十条规定享有物权，但尚未完成动产交付或者不动产登记的物权人，根据物权法第三十四条至第三十七条的规定，请求保护其物权的，应予支持。

理解与适用

一、因合法建造房屋的事实行为设立房屋所有权的，自事实行为成就时产生房屋所有权

合法建造房屋为事实行为，而非法律行为，不要求建造行为有意思表示，不适用《民法典》关于法律行为效力的规定。就房屋所有权的取得而言，因合法建造房屋而取得房屋的所有权系原始取得，不同于基于法律行为而取得物权，不涉及交易安全的问题，故不以登记为要件，只要建造建筑物的事实行为成就，建造人即取得房屋的所有权。

本条所谓房屋，应作扩大解释，泛指建筑物、构筑物，甚至还可包括附属设施。不过，临时性的展棚、修车棚、警务室等不作为不动产，不宜被包括在内。

需要讨论的是，尚未封顶的建筑物，也可以叫作在建房屋，是否属于本条所言房屋？在满足如下条件的情况下，可以视为此处所谓房屋：（1）具备了构造上的独立性。所谓构造上的独立性，又叫物理上的独立性，是指建筑物已经以墙壁、楼板等建筑构造物与建筑物的其他部分相隔离，达到适合作为物的支配的程度，客观上足以明确区划其范围。（2）具备了利用上的独立性。所谓利用上的独立性，又称功能上的独立性，是指尚未封顶的建筑物，可以作为一建筑物单独使用，如同一般的建筑物，具有独立的经济效用，能够满足社会经济生活目的。中国台湾地区“最高法院”1986年台上字第2027号判决认为：“已足避风雨，可达经济上使用目的之建物，固属‘民法’第六十六条第一项所指土地之定着物，但所为可达经济上使用之目的，系指该建物，得独立为交易及使用之客体而言。”就是说，已经能够避风雨、可以达到经济上使用目的的尚未封顶的建筑物，视为房屋。（3）在法律上可将之作为一个独立的不动产，能够登记为一个不动产。

本条所说的事实行为成就，指的是房屋建成之时。^[162]在实务操作中，建筑物封顶视为建成。

本条所谓的合法，范围较为广泛，包括符合如下要求：（1）建造人依法取得基地的建设用地使用权（如商品房开发经营场合），或宅基地使用权（农户建造住房场合），或集体建设用地使用权（如兴办乡镇企业场合），或集体土地所有权（如村委会建造办公楼场合）；（2）建造人依法取得建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、开工许可证、建设用地批准通知书等。

建造房屋之人拥有基地的建设用地使用权等地权是必要的，专就

物权法内部而言，由房地权属变动原则上应当一体所决定，此类地权是房屋所有权取得和保有的正当根据（权源），无此地权作为基础的房屋的所有权不易甚至不能立足（当然，有理论认为对土地的债权也可以成为房屋的权源）（《民法典》第352条正文）。把视野延伸出物权法的领域，建造房屋之人拥有相应的地权应是如下各种因素、要求综合考虑、决定的结果：（1）就人与自然的关系而言，此类地权的确定和出让宜满足绿化、河流、湖泊、野生动植物等自然因素与建筑之间的配比。（2）就人居与生产、生活的关系来讲，此类地权的确定和出让宜符合建筑与厂矿建设、商贸、蔬菜及副食品供应基地的比例关系。还应当考虑居住区服务设施，环卫设施（垃圾转运站、公共厕所），电力设施（配电站、配电所），电信设施（电话局、邮政局），燃气设施（煤气调压站）等。对一些特殊的地区，还宜考虑烟雾、噪声、粉尘、异味等因素。（3）从人居与交通、消防的关系看，此类地权的确定和出让应尽量满足顺畅无阻的要求，便于防灾、抗灾。（4）从人居与教育的关系着眼，此类地权的确定和出让应当与幼儿园、大中小学的布局相协调。（5）从人居与管理的角度入手，此类地权的确定和出让不得忽视党政机关及事业单位的布局。（6）从现在与历史的角度考虑，此类地权的确定和出让不得忽视古建筑、历史文化等因素。这些且不限于这些，决定了建造房屋不得欠缺基地的地权，把无地权的建筑物、构筑物甚至附属设施作为违法建筑，有其根据和必要。

建设工程规划，如果不被合并入建设用地使用权的确定和出让环节之内，那么，上述地权与建筑之间关系的道理大多也适合于此。此外，它还牵涉如下内容：建筑控制高度、建筑密度、容积率、建筑间距、建筑后退红线距离、机动车出入口方位、停车泊位及其他需要配置的公用设施，甚至关涉建筑形式、体量、风格要求，建筑色彩要求，以及其他环境要求。既然如此重要，不符合建设工程规划的建筑为不合法，也有道理。

与上所述不同，开工许可，不涉及以上所述，即使在无开工许可的情况下施工，也是行为违法，与建筑物、构筑物本身无关，这就没有道理令其影响建筑物、构筑物的所有权。

总而言之，《民法典》第231条要求“合法建造”，有利于实现上述各种要求，杜绝、减少“私搭乱建”，有其必要性，但同时应当限缩解释此处的“合法”，把欠缺开工许可等要求排除在外。

根据《民法典》第231条规定的反面推论，违法建筑物不得归建造人所有。这与中国台湾地区的规定及其理论不同。^[163]

[探讨]

在这里，需要探讨的有，甲擅自用A宗行政划拨地和乙合作建造A酒店，违反了有关部门关于划拨地用途和划拨地不得用于商业经营项目的规定。在这种背景下，建成的A酒店可否根据《民法典》第231条的规定确定所有权？否定说认为，《民法典》第231条规定的是合法建造的房屋自事实行为成就时产生所有权，甲违反划拨地的用途和划拨地不得用于商业经营的规定，显然违法，所以不得根据《民法典》第231条的规定确定A酒店的所有权。本释评书认为，甲享有A宗地的建设用地使用权，便阻止了建成的A酒店归国家所有。在这种背景下，假如不适用《民法典》第231条的规定确定A酒店的所有权，A酒店就会成为无主物。无主物在利用、对抗侵权行为、流转等许多方面都显现出弱点，这种方案显然不是合适的选择。莫不如把《民法典》第231条关于“合法建造”的合法限缩解释，不包括甲违反划拨地的用途和划拨地不得用于商业经营的规定，使得A酒店产生所有权，效果更佳。

更有观点认为，违法建筑物也由建设用地使用权人或宅基地使用权人取得建筑物所有权。至于建造建筑物违反了公法的规定，发生公法上的效果，如责令拆毁、罚款等，就足够了，不宜自始就不发生所有权产生的效果。

确定合法建筑物所有权的归属，关键的依据是基地的权属，而非出资人。在集体土地上建成的住房，其所有权归属于宅基地使用权人。在集体土地上建成的乡镇企业的厂房，其所有权归属于集体土地使用权人。在国有土地上建成的建筑物，其所有权归属于建设用地使用权人（《民法典》第352条正文及其类推适用）。在出租的国有土地上建造的建筑物，其所有权归属于承租人（《民法典》第352条后段、《规范国有土地租赁若干意见》第4条）。

[提示]

在不享有上述土地权属的情况下，在他人的土地上投资建造建筑物，最好的前景是，按照合同的约定适当地履行义务获得与投资额相当的房屋所有权；最坏的结果是，非但不能获得房屋所有权，反而构成了侵权行为，承担侵权责任；通常的处理方式是，投资人请求土地权利人返还不当得利，但得不到房屋所有权。

二、合法拆除房屋等事实行为成就时，该房屋物权消灭

本条所谓“合法……拆除房屋等事实行为”，意味着房屋灭失进而

消灭房屋物权的事实行为，不限于拆除，还有地震、炮火等不可抗力
的事实毁坏房屋，房屋物权因标的物不复存在而归于消灭。

三、房屋物权的设立、消灭与登记的关系

《民法典》第231条关于因合法建造、拆除房屋等事实行为设立或者消灭物权的，自事实行为成就时发生效力的规定，只是为了在特殊情况下尽快承认业已存在的物权，并不否定物权公示的大原则、大方向，并不抵触物权宜尽可能地公示这种理念。因此，《不动产登记暂行条例实施细则》规定：依法利用国有建设用地建造房屋的，可以申请国有建设用地使用权及房屋所有权登记，当事人可以向不动产登记机构申请转移登记（第33条第2款）。依法利用宅基地建造住房及其附属设施的，可以申请宅基地使用权及房屋所有权登记（第40条）。依法利用集体建设用地兴办企业，建设公共设施，从事公益事业等的，可以申请集体建设用地使用权及地上建筑物、构筑物所有权登记（第44条第2款）。

第二百三十二条

处分依照本节规定享有的不动产物权，依照法律规定需要办理登记的，未经登记，不发生物权效力。

本条主旨

本条是关于宣示登记及其效能的规定。

相关条文

《物权法》第31条 依照本法第二十八条至第三十条规定享有不动产物权的，处分该物权时，依照法律规定需要办理登记的，未经登记，不发生物权效力。

《不动产登记暂行条例实施细则》第24条 不动产首次登记，是指不动产权利第一次登记。

未办理不动产首次登记的，不得办理不动产其他类型登记，但法律、行政法规另有规定的除外。

理解与适用

一、基本含义

本条一方面认可《民法典》第229-231条规定的非基于法律行为而发生的物权变动不以公示为生效要件，另一方面又告知：此类物权再被处分时，必须先行办理登记，如形成判决生效后的再办理转移登记或变更登记，征收生效后的注销登记，房屋所有权的首次登记，继承场合的转移登记，房屋灭失后的注销登记等；不然，此类物权不得处分，即使物权人处分，也不发生物权变动的效力，即买受人等受让人取得不了此类物权。

本条所谓“未经登记，不发生物权效力”中的登记，学说认为在性质上属于“宣示登记”，不同于《民法典》第209条第款中的“设权登记”。换句话说，此项登记并未创设物权的效力，不过在于宣示已经发生的物权变动而已。^[164]

本条所谓“未经登记，不发生物权效力”，准确地说，是不发生物权变动的效力，例如，甲继承了A楼，在尚未办理宣示登记的情况下，把A楼出卖于乙，登记机构不会给乙办理A楼的过户登记，乙不能取得A楼的所有权。只有先办理了宣示登记，登记机构才会给乙办理A楼的过户登记，乙才能取得A楼的所有权。再如，甲依法建造A楼，建成时即取得所有权。但在尚未办理宣示登记的情况下，甲把A楼出卖于乙，登记机构不会给乙办理A楼的过户登记，乙不能取得A楼的所有权。只有先办理宣示登记，才会有过户登记，乙才会取得A楼的所有权。

二、宣示登记的意义

公示毕竟是原则，中国现行法对此是尽力贯彻的，《不动产登记暂行条例》规定，因继承、接受遗赠取得不动产权利的，因人民法院、仲裁机构生效的法律文书或人民政府生效的决定等设立、变更、转让、消灭不动产权利的，当事人单方可以申请登记（第14条第2款第2、3项）。《不动产登记暂行条例实施细则》规定：“因继承、受遗赠取得不动产，当事人申请登记的，应当提交死亡证明材料、遗嘱或者全部法定继承人关于不动产分配的协议以及与被继承人的亲属关系材料等，也可以提交经公证的材料或者生效的法律文书”（第14条）。登记的类型为转移登记（第27条第5、7项）。特别是《民法典》第232条关于“处分依照本节规定享有的不动产物权，依照法律规定需要办理登记的，未经登记，不发生物权效力”的规定，迫使不动产物权的取得人必须先行登记，而后才可以处分不动产，回归公示原则。^[165]

三、示例说明

甲公司拥有A宗地的国有建设用地使用权，与乙房地产开发有限公司签订《A宗地合作开发合同》，约定甲公司提供开发土地，乙房地产开发有限公司提供全部开发资金。其后，丙公司与乙房地产开发有限公司签订《A宗地建设内部承包协议》及其《补充协议》，约定A宗地被区分为a和b两部分，b部分由丙公司承包建设，但均以乙房地产开发有限公司的名义进行经营，不得另立名义和对外宣传；双方共同执行乙房地产开发有限公司与甲公司签订的《A宗地合作开发合同》的内容条款，共同享受和承担乙房地产开发有限公司在该合同中应承担的相应权利、义务和责任；b部分的具体开发、施工、建设资金的筹措均为丙公司之事，经营亏损和风险亦由丙公司承受。再其后，甲、乙和丙三家共同签署《A宗地合作开发三方协议书》，约定于b部分建设用地上建成的房屋归丙公司所有，销售该房屋的款项归属于丙公司。在A宗地上所建房屋尚未登记、亦未销售的情况下，甲公司的债权人丁诉请甲公司清偿债务并请求人民法院强制执行A宗地上建成的房屋。丙公司对该执行提出执行异议之诉，对抗丁公司的执行请求，理由是A宗地的b部分建设用地上建成的房屋系其出资及组织施工而成，特别是《A宗地合作开发三方协议书》已经约定这些房屋归其所有。

两审法院均以丙公司对于A宗地的b部分建设用地上建成的房屋不享有物权，在系争案件中仅仅享有合同债权为由驳回了丙公司关于执行异议的诉讼请求。对此，笔者予以赞同，理由如下。

在《A宗地建设内部承包协议》及其《补充协议》成立和履行的阶段，丙公司与其与乙房地产开发有限公司之间的关系上，为独立的民事主体，但相对于甲公司、乙房地产开发有限公司的债权人和债务人、不动产登记机构而言，丙公司并非《A宗地建设内部承包协议》及其《补充协议》项下债权债务的当事人，在无受让这些债权或买受案涉房屋的情况下，自然不会是这些债权债务转化而成的物权主体。既然丙公司不是权利主体，就谈不上它就《A宗地建设内部承包协议》及其《补充协议》项下的权利转化为物权。

诚然，自《A宗地合作开发三方协议书》成立开始，因甲公司对于丙公司法律地位及所享权利的承认，故丙公司与其与甲公司的关系上已经成为独立的民事主体。不过，即使如此，即使认可丙公司所谓《A宗地建设内部承包协议》及其《补充协议》构成丙公司与乙房地产开发有限公司合作开发案涉项目，丙公司在《A宗地合作开发三方协议书》项下的权利也依然是合同债权，而非物权。

反对这样认定的理由之一是，丙公司基于《A宗地建设内部承包协议》及其《补充协议》和《A宗地合作开发三方协议书》的约定投

入案涉项目中相当数额的资金，由此形成一定数量的案涉房屋。按照“谁投资谁受益”原则，丙公司对这些案涉房屋应当享有所有权。这在笔者看来是错用了“谁投资谁受益”的理念和原则。原来，“谁投资谁受益”原则出台的背景是：在实行人民公社制度的年代，一方面，宪法及法律规定江河湖海归国家所有，另一方面国家的财力有限，难以担负起兴建水利工程的全部费用，于是倡导、鼓励农村集体经济组织兴修水利或参与其他类型工程的建设，其措施之一是农村集体经济组织对其投资兴建的工程及其发挥的效益享有权益。此处所谓权益，用今天的话语描述它至少包含物权，以此来保护农村集体经济组织投资的积极性和由此而产生的财产权益。其后的实践，即使在某些事项的处理上搬用了“谁投资谁受益”，但也极其有限。一句话，“谁投资谁受益”原则不具有普遍适用性。特别是，《民法通则》及《物权法》等法律、法规的颁行，《民法典》对其精神的延续，关于物的归属和利用大多有自己独特的规则，物权制度及规则拥有其独特的运作规律；对于物权关系的规制和处理必须优先适用物权规范，至多援用物权法乃至民法的基本原则，绝对不可动辄运用“谁投资谁受益”的原则确定和处理物权关系。即使“谁投资谁受益”原则被当作法律原则，那么，它相对于物权制度及规则而言也是“普通法”，应当后于具体的物权制度及规则而适用。具体到系争案件，案涉房屋的归属已有《民法典》第231条、第232条、第352条正文等条文来规制，必须优先适用这些规则，而不可动辄“谁投资谁受益”。

主张丙公司对于案涉房屋享有所有权的另一个理由是，系争《A宗地合作开发三方协议书》约定案涉房屋归属于丙公司。按照意思自治原则，该种约定应该得到法律的承认和支持。笔者对此理由持反对态度，因为不动产所有权的归属不直接取决于当事人之间的约定，而须遵循法律的规定。当事人之间的此类约定只有得到适当履行之后，再配合特定程序的完成，才会发生物权变动。其实，对于案涉房屋归属，《物权法》设有完备的规范体系。首先，适用《民法典》第231条关于“因合法建造……房屋……的，自事实行为成就时发生效力”的规定，案涉房屋自其封顶时产生房屋所有权，即使未办宣示登记也是如此。其次，该房屋所有权归属于谁？适用《民法典》第352条正文关于“建设用地使用权人建造的建筑物、构筑物及其附属设施的所有权属于建设用地使用权人”的规定，最为适当。案涉房屋位于甲公司名下的国有建设用地之上，甲公司对于该宗建设用地享有国有建设用地使用权，加上《建设规划用地许可证》《建设工程规划许可证》《建筑工程施工许可证》等“五证”均以甲公司的名义取得，案涉房屋应归甲公司所有。最后，假如丙公司拟取得案涉房屋的所有权，必须先由甲公司和乙房地产开发有限公司协作，到不动产登记机构办理案涉房屋的宣示登记。办理完毕该宣示登记后，再由作为出卖人/转让

人的甲公司或乙房地产开发有限公司与作为买受人/受让人的丙公司协作，到不动产登记机构办理案涉房屋所有权的转移登记（过户登记）。《不动产登记暂行条例实施细则》第24条第2款正文明确规定：“未办理不动产首次登记的，不得办理不动产其他类型登记。”办理完毕转移登记后，丙公司才取得案涉房屋的所有权。只有到了这个阶段，丙公司才有权对抗丁公司的执行申请。从系争案件的卷宗证据看，没有发现案涉房屋已经办理宣示登记和转移登记（过户登记），可以肯定地说，丙公司对于案涉房屋不享有所有权，也不享有他物权。

有必要指出的还有，假如承认丙公司对于案涉房屋享有所有权，还可能害及承包人的权益。按照《民法典》第807条及法释〔2018〕20号的规定，承包人对其承包施工的工程享有优先权，但未明确该工程的物权已经转归他人时该优先权是否存续于该工程之上。思路是援用《民法典》第406条关于抵押权的追及效力的规定，无论该工程流转至何人之手，《民法典》第807条及法释〔2018〕20号规定的优先权都追及所至而继续存在。

四、延伸

在这里，疑问最大的是，在尚未办理宣示登记的情况下，甲和乙签订了A楼的买卖合同，或赠与合同，或互易合同，此类合同是否有效。笔者认为，甲尚未办理宣示登记，不构成《民法典》第146、153、154条等规定的无效原因，不宜因此而认定A楼的买卖合同（或赠与合同或互易合同）无效。

第三章 物权的保护

本章依次规定了物权保护的程序性路径、物权确认请求权、物的返还请求权、排除妨害请求权、消除危险请求权、恢复原状请求权及损害赔偿请求权，以及这些物权的保护方式，可以单独运用，也可以在构成要件具备时合并运用。

其实，物权的保护，所含有的所涉及的内容不限于本章条文所定规则，《民法典》第207条规定的法律平等保护各种主体的物权，甚至第206条第3款规定的法律保障一切市场主体的平等法律地位和发展权，均为物权保护的范畴。

扩展视野，物权的保护，包括私法上的保护和公法上的保护。公法对物权的保护方式，首先是宪法上的所有权保障制度。

公法对物权的保护方式，中外法制上存在一些差别。在德国法上，宪法上的所有权保障、权利保护的诉讼程序都属于公法上的保护制度。德国《基本法》第14条宣布，“所有权受保障”。该条包含着对（作为一项法律制度的）所有权的制度保障，以及对作为针对国家主观公法的所有权自由的保障。所谓制度保障，表示立法者虽可“规定”所有权的“内容与范围”，但不得“侵犯”该法律制度，也就是不得“侵犯”所有权以私益和对所有权客体原则上的处分权能为其“本质内容”（《基本法》第19条第2项）。假如对所有权予以干涉，则“干涉必须具有合法性”。在这种“干涉必须具有合法性”中，体现了主观公法权利意义上的所有权自由的内涵：若无符合基本法的法律授权，国家不得实施任何干涉所有权的行为。由此也产生出一项所有权具有不可侵害性的推定。《基本法》对于征收严格限制：其一，征收仅在为公众福祉时才被允许；其二，对征收实行更为严格的“干涉必须具有合法性”原则，就是说，仅有一项现有的立法基础，以及明确规定所有权受限制的立法为依据，尚不能实行征收（第19条第1项），而必须在征收法本身，还要对因征收而予以“补偿的方式与范围”作出规定。[166]诸如军事演习致使原告的树木着火等“具有征收性质的干预”，行政机关违法地直接干预私人所有权并造成损害的“具有征收效果的干预”，虽不符合征收的概念，却产生如同征收的效果。[167]不过，由于在运用德国联邦宪法法院的司法判例时，“具有征收性质的干预”和“具有征收效果的干预”，并非《基本法》第14条意义上的征收，故而该条所规定的征收补偿，不能适用于这两种情形。[168]受害人享有何种救济途径及手段？德国联邦最高法院原来认为，受害人可以在寻求行政诉讼和在普通民事法院立即提起补偿请求两者中选择[169]，但近来受德国联邦宪法法院“采挖湿砾石判决”[170]的推动，而采取如下看法：（1）如果所涉及的行政行为虽然违法，但符合形式的征收概念，则只能选择行政法上的（行政诉讼的）法律救济手段，以废止该行政行为。[171]（2）在“具有征收效果的干预”的其他情形，受害人不采取一项合法的且为可期待的法律救济手段，可构成受害人的与有过失。但该法律救济的双重前提条件（合法性和可期待性），在国家事实行为已经实施完毕，以及因国家颁发许可迟延而产生损害等情形，均不成立。[172]

在中国台湾地区，公法对物权的保护接近于德国法上的方式，其“宪法”第15条规定，人民的财产权应予保障。第23条规定，此项受“宪法”保障的财产权“除为防止妨碍他人自由，避免紧急危难，维持社会秩序或增进公共利益所必要者外，不得以法律限制之”。“司法

院”的大法官依“法律保留”和“比例原则”审查限制财产权法令的合宪性，作成许多解释。^[173]对所有权征收，必须有法律依据，符合法定要件，依一定程序，并为相当的补偿。^[174]对所有权的限制，构成个人特别牺牲的，亦应予合理补偿。^[175]

在中国大陆，鉴于1982年《宪法》以及历次修正案都只规定了可以征用土地却未规定予以合理补偿，未规定对公民的私有财产实行征收或征用时给予合理补偿，未凸现私有财产不可侵犯，实务中发生了相当的征收土地补偿不合理或不到位的情况，出现了违法侵害公民的私有财产权的案件，使农民丧失了生活来源及谋生手段，影响了社会稳定，第十届全国人民代表大会第二次会议于2004年3月14日通过了《中华人民共和国宪法修正案》，修正后的《宪法》规定：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿”（第10条第3款）。“公民的合法的私有财产不受侵犯”（第13条第1款）。“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权”（第13条第2款）。“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿”（第13条第3款）。所有这些，都是公法对物权保护的宪法制度，并成为公法和私法保护物权的最高效力的法律基础。

由于房屋拆迁在目前成为备受关注的社会问题，作为一项独立于征收的制度存在诸多不顺，而应作为征收制度的一个环节，以理顺各项关系；又由于征收补偿问题尚有完善的空间，《民法典》特设第117条、第229条、第243条、第244条、第327条、第338条和第390条，加强了对集体土地所有权人、土地承包经营权人、建设用地使用权人、房屋所有权人和担保物权人的合法权益的保护，完善了征收制度。

公法对物权的保护，还包括刑法保护和行政法保护。刑法保护是通过刑事诉讼程序，用刑事制裁的方法，惩罚犯罪，追回财产，威慑和教育他人不要侵害所有权及其他物权，从而保护所有权及其他物权。行政法的保护是通过行政诉讼程序，用行政措施的方法，同侵害所有权及其他物权的不法行为做斗争，从而保护所有权及其他物权。^[176]

实体法上的物权保护，若无完整的诉讼程序上的权利保护制度与之相配套，则犹如无刃之剑。在德国，存在通过行政法院的诉讼途径、宪法法院上诉的方式和民事法院的管辖三种诉讼上的物权保护制度。（1）所有权以及其他物权遭受公权力干预时，对其所赋予的基本保护，通过行政诉讼管辖来实现。只要受害人能够证明其权利因一项行政行为而受到侵害，则依据一般条件（Generalklausel），均可通

过行政法院而获得法律救济。^[177]对物权保护来说，主要适用撤销之诉和义务之诉。^[178]（2）依据《基本法》第93条第1项第4a款和《联邦宪法法院法》第90条以下的规定，通过在联邦宪法法院提起宪法上诉的方式，也可以对所有权以及其他物权提供保护。该上诉的条件是，必须主张基本权利受到侵害，并且在通常情况下，在上诉至联邦宪法法院之前，其他诉讼途径均已尝试，但无果（《联邦宪法法院法》第90条第2项）。（3）如果在征收中，就补偿数额发生争议，则由民事法院对此予以判决（《基本法》第14条第3项第4款）。同样，在具有征收性质的干预和具有征收效果的干预中，就其补偿数额所发生的纠纷，也属于民事法院管辖（《行政法院法》第40条第2款第2句以及《行政诉讼法》第48条）。^[179]

对于物权的刑法保护适用刑事诉讼程序，行政法的保护适用行政诉讼程序，中国现行法未设宪法法院及其相应的程序。

私法对物权的保护，可分为物权法上的救济和债法上的救济。前者指物权确认请求权和物上请求权，物上请求权又包括物权的请求权和占有人的物上请求权。后者包括侵权责任法上的损害赔偿请求权和不当得利返还请求权。^[180]

所谓物权请求权，即物权所具有的请求权，是指物权人于其物权受到侵害或妨害或有被侵害的危险时，基于物权而请求侵害人为一定行为或不为一定行为，使物权恢复到原有状态或侵害危险产生之前的状态的权利。它包括物的返还请求权、排除妨害请求权、消除危险请求权^[181]，某些场合的恢复原状请求权。它们具有如下法律性质。

1. 物权请求权是物权所具有的请求权

物权请求权是物权所具有的请求权，没有物权就不会有物权请求权，或是占有自力救济权，或是占有保护请求权，或是债法上的请求权。

物权请求权应被承认的根本理由在于，物权为对标的物的直接的支配权，即享有物权的人欲实现物权的内容，无须他人行为的存在。但当物权内容的实现，因属他人支配的范围内而受到妨害时，虽是享有物权的人，也不允许以侵害他人的支配来实现其物权的内容，因此，物权必须具有对处于支配该妨害情由地位的人请求除去其侵害或妨害乃至有妨害之虞的力量。否则，物权就会有名无实。^[182]这种法律赋予的力量，就是物权请求权。

[引申与探讨]

物上请求权和物权请求权两个概念之间的关系，学说上存在着分歧。含义相同说认为，物上请求权就是物权请求权。对此，有的学者直截了当地断言，有的学者则通过对物上请求权的界定表达出这个观点，有的学者则兼而有之。不同概念说则认为，物上请求权系物权请求权的上位概念，不但包括物权请求权，还含有基于占有而产生的请求权。

持含义相同说者，不乏其人。例如，我妻荣教授不仅在标题上将物上请求权和物权的请求权等同，而且在叙述上也把两者作为含义相同的范畴运用：就占有权，《日本民法典》认可了占有回收之诉（第200条）、占有保持之诉（第198条）和占有保全之诉（第199条）三种请求权。在学说上，就所有权一般都认可了与其对应的所有物返还请求权（*rei vindicatio*）、所有物妨害除去请求权（*actio negatoria*）和所有物妨害防止请求权。不仅如此，对其他的物权——对应于物权各自的内容虽多少有差异——也认可了与其对应的请求权。并作为物权的一般效力，而称其为物上请求权或物权的请求权。^[183]田山辉明教授同意把物上请求权和物权的请求权这两个概念等同使用，将物上请求权界定为“物权人在其权利遭到侵害或有被侵害的危险时，基于物权而要求特定侵害人恢复其物权的原有状态或侵害危险产生之前的状态的权利”^[184]。史尚宽先生认为排除妨害，回复物权圆满支配状态的请求权，谓之物权的请求权，亦称物上请求权（*dingliche Anspruch*），有返还请求权、妨害除去请求权及妨害防止请求权三种。^[185]郑玉波教授界定到：当物权内容的完全实现上，遭有某种事由的妨害时，则物权人有对使该项事由发生的人，请求除去其妨害的权利，是谓之物上请求权，亦称物权的请求权。^[186]寇志新教授和韩松教授认为，物上请求权，也称物权请求权，是指物权人为恢复对物的圆满支配状态而对妨害其物权行使的人发出的请求权，包括原物返还请求权、妨害排除请求权、妨害防止请求权。^[187]梁慧星教授和侯利宏女士把物上请求权等同于物权请求权：物上请求权，也称物权的请求权，是指当物权的圆满状态受到妨害或有被妨害之虞时，物权人为了排除或预防妨害，请求对方为一定行为或不为一定行为的权利。^[188]陈华彬教授持相同观点^[189]，魏振瀛教授和钱明星教授亦然，直接说物上请求权，有时也称为物权的请求权。^[190]

持不同概念说者，也有相当的人数。例如，沃尔夫教授在使用物上请求权的概念时，涵盖基于所有权而产生的请求权和占有人的物上请求权。^[191]王泽鉴教授认为，物上请求权（物的请求权，*dingliche Anspruche*），包括两种请求权，一为基于所有权及其他物权而生的请求权，即物权人于其物权被侵害或有被侵害之虞时，得请求回复圆满状态的权利（物权请求权）。一为占有人的物上请求权。^[192]谢在

全先生阐明，物上请求权（物的请求权、对物诉权、物上诉讼权）包括基于所有权或其他物权所生的物上请求权及占有人的物上请求权，前者是指物权人对于其物权被妨害或有被妨害之虞时，得请求回复物权圆满状态或防止妨害的权利（物权之请求权、物权请求权），后者是指占有人于其占有被侵夺或受其他妨害，或有被妨害之虞的，得请求回复原占有的状态或予以防止的权利。^[193]王利明教授认为，物上请求权和物权请求权两个概念存在区别，一方面，物权请求权是基于物权产生的请求权，在物权受到侵害或者有遭受侵害的可能时才能行使；而物上请求权，则是基于物产生的请求权，是在物受到侵害或者有遭受侵害的可能时行使的。物权请求权源于物权的绝对性、支配力，是物权的权能实现的保障和效力的体现，物上请求权的概念没有抽象出这种法律特性。另一方面，物权请求权表明它是与债权请求权相对应的，而物上请求权则没有表明此种区别。因此用物权请求权代替物上请求权更科学。^[194]

笔者认为，日本学者把物上请求权等同于物权请求权，可能与日本民法把占有当作物权有关。由于占有系一种物权，基于占有而产生的请求权自然为基于物权而产生的请求权，即属于物权的请求权，属于物上请求权。这样，物上请求权和物权请求权的外延完全相同，其实，其内涵也一致。郑玉波教授等曾经留学日本，可能受日本民法学的影响，把物上请求权和物权请求权视为同一个概念。

与此不同，德国民法把占有作为一种事实，不看作一种物权，若把物权请求权只作为基于物权产生的请求权，则显然不会包括基于占有而生的请求权，即不包含占有人的物上请求权。如果把物上请求权作为统辖物权请求权和基于占有而生的请求权，则物上请求权便成为物权请求权的上位概念。中国民法同样把占有作为一种事实，而非一种物权，因而，从逻辑严谨的要求着眼，区别物上请求权和物权请求权，把它们作为两个不同的概念使用，更为适当。当然，在行文上，称物的返还请求权、妨害除去请求权、妨害防止请求权为物上请求权，也无错误。只要不把占有人的物上请求权称为物权请求权即符合逻辑。

2. 物权请求权是物权的消极权能

物权请求权属于物权的消极权能。物权，既含有积极权能，也包括消极权能，温德沙伊德甚至将对物权的内容仅仅理解为对他人的禁止，仅仅理解为某种消极的东西。^[195]这种思想至今都在影响着不少学者，例如克尼佩尔教授指出：“完全的所有权自由的社会意义不在于所有权人的积极能力，而在于其‘消极’一面，即禁令，排除所有其他‘法律主体’对于所有权客体的侵犯是该权利的本质时刻。”^[196]

这种禁令，排除他人对物权的侵害或妨害或妨害之虞的法律之力，首先来自法律的概括规定，如《民法典》第225条和第226条乃至第227条的规定，形成了法律规范层面上的物权请求权。有无妨害物权的具体行为的发生，或妨害物权的危险是否真实地存在，这种抽象的物权请求权都会存在。这是不能实际行使的，不能诉求的。其次，当妨害物权的具体行为发生，或妨害物权的危险现实地存在，符合了《民法典》第225条或第226条乃至第227条规定的构成要件时，具体的物的返还请求权、排除妨害请求权、消除危险请求权或恢复原状请求权就会成立。物权人可以实际地行使它们，更可以通过诉讼的方式行使。这是具体意义上的物权请求权，也就是人们通常所说的物权请求权。

该消极权能运动的结果或曰其达到的目标是使物权保持或回复圆满状态^[197]，如标的物被他人无权占有时，物权人请求其返还之，结果是物权人对该物享有占有、使用、收益和处分的全面支配力。

[引申与探讨]

区分抽象意义上的物权请求权和具体意义上的物权请求权，具有重要意义：（1）可以用来说明它们各自同物权本体的关系有别。抽象意义上的物权请求权完全蕴藏于物权本体，并非一种独立存在的有形权利，我们只能把它作为物权的有机组成部分看待，不得视为债权、准债权或一种独立的请求权，等等。具体意义上的物权请求权则具有相对的独立性。（2）抽象意义上的物权请求权为具体意义上的物权请求权的源泉，没有前者就不会有后者的不断滋生。（3）抽象意义上的物权请求权不同具体的侵害行为相联系，不适用诉讼时效。具体意义上的物权请求权一经产生，就存在着是否适用诉讼时效（消灭时效）、在多大程度上准用债法的规范等问题。^[198]对此，拉伦茨教授举例说明如下：如果所有人E的所有物被偷，后来发现这个物30年来一直由X占有，由于X不是善意占有人，那么，X就不能根据取得时效来取得这个物的所有权，但同时，由于《德国民法典》第195条所规定的消灭时效期间已过，E对X的返还请求权也随之消灭。X可以以时效抗辩权反对E的请求权，并使E的请求权不能实现。但是依据《德国民法典》第985条，由于所有权人的返还请求权是针对当时的占有人的，所以，针对X的返还请求权在X因某种理由失去占有的同时也就消失了，从而针对新的占有人取得占有时，发生一个新的返还请求权。如果Y取得了这个物的占有，而他又不是X的权利继承人，那么，他不能以原来的返还请求权已过时效或以前的时效期间已经届满等理由来对抗E在Y取得占有时发生的新的返还请求权。^[199]

3. 物权请求权与物权密不可分

物权请求权既为物权的消极权能、物权的作用、物权的内容，也就是物权的效力。由此决定，物权请求权与物权密不可分。假如物权请求权可以脱离物权本体而消失或归属于他人，那么，当他人无权占有标的物，妨害物权的行使，或有妨害物权的危险时，物权人因无物权请求权可以行使，其物权就会有名无实。

[引]申与探讨]

物权请求权在因特定的侵害行为或妨害行为而产生时，确实是特定主体之间的关系，且以请求相对人为一定行为或不行为为内容。所有这些，都显现出物权请求权具有债权的属性。即使如此，也不宜将其定性为债权，理由如下：（1）物权请求权存在着抽象的物权请求权与具体的物权请求权，前者在特定的侵害行为或妨害行为出现之前即已存在，除非物权本体消失。显然，抽象的物权请求权的义务主体是不特定的任何人，不符合债权的特征。（2）这种观点人为地肢解物权本体，因为物权本来是由积极权能与消极权能构成的一个完整的民事权利。其中的消极权能就是物权请求权，把它们作为债权处理，因债权与物权乃并立的两类民事权利，物权本体中不能含有债权，于是只有将物权请求权从物权中分离出去，只剩下积极权能，使之残疾。假如残疾更有利于物权人乃至社会秩序，也可以忍痛割爱，不追求自身的完美，牺牲形式逻辑，但事实恰恰相反。“所有权法的‘积极’作用，即把一种全面对物的支配赋予给所有人，必然就有与此相对应的‘消极’作用，即排除一切他人对此物的任何干涉。”^[200]

（3）债权，除保证债权等为数不多的债权具有从属性，有些不具有让与性之外，大多是独立的权利，可以不依附于其他权利而存在，而单独让与，并且如今有强化债权自由让与的发展趋势。与此不同，物权请求权“自”物权中产生，并与物权紧密联系在一起，就是说，比如所有物返还请求权是不能脱离所有权而单独予以转让的。^[201]不能将所有权的两个方面——积极作用和消极作用——割裂开来，而必须结合起来看。^[202]（4）法律适用方面的考虑。若将物权请求权定性为债权，就得适用债法的规则，除非特别排除并有令人信服的理由。而如适用债法规则会带来一系列的麻烦，必须设置不少的例外，如不得单独转让、不适用或大部不适用诉讼时效制度等。显然有自寻烦恼之虞，无形中增添许多工作量。

4. 物权请求权在类型和内容方面有别于其他请求权

物权请求权的类型和内容，表现为物的返还请求权、排除妨害请求权、消除危险请求权和个别场合的恢复原状请求权。

5. 物权请求权在效力顺序方面具有优先性

物权请求权的效力，优先于普通债权的请求权的效力。

关于债法上的救济方式，在中国现行法上，首推侵权责任的方
式。例如，《民法典》规定：国家所有的财产受法律保护，禁止任何
组织或者个人侵占、哄抢、私分、截留、破坏（第258条）；违反国
有财产管理规定，在企业改制、合并分立、关联交易等过程中，低价
转让、合谋私分、擅自担保或者以其他方式造成国有财产损失的，应
当依法承担法律责任（第259条第2款）；集体所有的财产受法律保
护，禁止任何组织或者个人侵占、哄抢、私分、破坏（第265条第1
款）；私人的合法财产受法律保护，禁止任何组织或者个人侵占、哄
抢、破坏（第267条）。《民法典》规定：承担民事责任的方式主要
有停止侵害、排除妨碍、消除危险、返还财产、恢复原状、赔偿损
失、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉（第179条第1款）等；造成不动
产或者动产毁损的，权利人可以依法请求修理、重作、更换或者恢复
原状（第237条）；侵害物权，造成权利人损害的，权利人可以依法
请求损害赔偿，也可以依法请求承担其他民事责任（第238条前
段）。

不当得利返还也是保护物权的一种债权的救济方式（《民法典》
第985条）。

第二百三十三条

物权受到侵害的，权利人可以通过和解、调解、仲裁、诉讼等途
径解决。

本条主旨

本条是关于物权保护的程序性路径及方式的规定。

相关条文

《农村土地承包法》第55条 因土地承包经营发生纠纷的，双
方当事人可以通过协商解决，也可以请求村民委员会、乡（镇）人民政
府等调解解决。

当事人不愿协商、调解或者协商、调解不成的，可以向农村土地
承包仲裁机构申请仲裁，也可以直接向人民法院起诉。

《民事诉讼法》第50条 双方当事人可以自行和解。

法释〔2016〕5号第1条 因不动产物权的归属，以及作为不动产物权登记基础的买卖、赠与、抵押等产生争议，当事人提起民事诉讼的，应当依法受理。当事人已经在行政诉讼中申请一并解决上述民事争议，且人民法院一并审理的除外。

理解与适用

一、定性与定位

本条规定不含有构成要件和法律效果，故其非为裁判规范，仅为行为规范。就是作为行为规范，也因其系不完全法条，尚需与其他有关条文结合才会真正起到引导人们向前的作用。

本条属于引致性（管道性）的规定，犹如路标，告知处于争议中的当事人可寻求何种救济途径。因其指示的仅为和解、调解、仲裁、诉讼等途径，未指引解决争议所必需的请求权基础，如没有告诉《民法典》第235条关于物的返还请求权的规定，故该引致性的规定大多属于程序规则，但也有一些实体法上的规则，如民法上的和解。

诚然，程序是实体之母^[203]，“救济先于权利”（Remedy Precedes Rights）^[204]，并且，程序规范并非民事诉讼法的专利，实际上民事诉讼法与民法都肩负着设置某些程序规范的重任。程序为实体法的运行开辟通道，提供平台，使得物权的争议得到解决。所以，法律人万不可轻视程序。

二、术语解释

1.和解

所谓和解，是指当事人约定，互相让步，以终止争执或防止争执发生的合同（中国台湾地区“民法”第736条）。看来，和解以当事人各方存在争执为前提，没有争执，无所谓和解。至于所谓争执，乃当事人对于法律关系的存否、内容、范围、效力等，为相反或不一致的主张；或者关于法律关系存有不确定感、关于权利的实现存有不安全感，从而提出来，请求消除。此其一。和解，当为当事人互相让步的合同，这是和解的“互让性”。所谓让步，是指权利或利益之抛弃、义务或负担之承认、损失之承受，而在权益方面有所牺牲的现象。假如仅有一方让步，相对人不让步，则仅为权利的抛弃，或仅为义务的承认或承担，即使因而息止争执，且以合同为之，也不是和解。^[205]此其二。当事人在诉讼进行中，自愿协商，重新确定其民事权益的享有或民事责任的承担，以解决纠纷，结束诉讼的活动，此为民事诉讼进

行中的和解。在初审程序、上诉程序和再审程序中，自程序开始后至判决作出前，双方当事人均可进行和解，达成和解协议。^[206]此外，《民事诉讼法》第230条第1款规定：“在执行中，双方当事人自行和解达成协议的，执行员应当将协议内容记入笔录，由双方当事人签名或者盖章。”这规定了执行和解协议：在执行过程中，权利人与义务人通过协议变更执行根据中所确定的类型义务、履行期限以及履行方式。^[207]其构成要件包括：（1）执行当事人应有诉讼行为能力；（2）遵循基本合法、基本自由和公平原则，否则，执行和解协议无效或可被撤销；（3）一般应采用书面形式。执行和解协议具备这些要件的，能够产生实体法上的效力。它是双方当事人之间的一种合同，以协议的方式变更了原执行名义的内容，即重新约定了执行权利人和执行义务人之间的实体权利义务关系，具有合同效力，双方应受其约束，自觉履行。同时，它还产生程序法上的效力：（1）执行和解协议生效后，法院应当中止执行原执行名义；（2）对于当事人按照执行和解协议已经履行的债务，法院不得再执行；（3）若当事人对执行和解协议已经全部履行的，法院则裁定执结，不许当事人再次申请执行原执行名义。^[208]务请注意，执行和解协议与一般程序外的实体协议不同，它是为了实现权利义务所达成的协议，而不是为了其他目的所设立权利义务的协议，在性质上属于程序上的协议，因此不具有可诉性。于其不履行时，适用《民事诉讼法》第230条第2款关于“申请执行人因受欺诈、胁迫与被执行人达成和解协议，或者当事人不履行和解协议的，人民法院可以根据当事人的申请，恢复对原生效法律文书的执行”的规定，而不得针对执行和解协议提起诉讼，以免提高纠纷解决的成本、浪费司法资源。^[209]此其三。

看来，民法与民事诉讼法在和解的内容和法律效力方面不完全一致。《民法典》第233条未明确其所谓和解的内涵与外延，不妨作灵活的解释，因为哪种类型的和解都不抵触物权的保护。由于和解出于当事人双方的自愿，并且是在明知执行难等客观现实的背景下所为，因而利于实现包括物权在内的权利。

2. 调解

调解，在最广义上是通过第三人居中调停解决纠纷^[210]，但法律人常在程序法的层面认识及界定它。法院调解，是指在人民法院审判人员的主持下，双方当事人通过自愿协商，达成协议，解决民事争议的活动和结案方式（《民事诉讼法》第9条、第93条以下）。^[211]仲裁调解则是在仲裁庭的主持下，申请人和被申请人自愿协商，达成协议，了结商事纠纷的活动和结案方式（《仲裁法》第51、52条）。由于调解也是在当事人双方自愿的基础上成功结案的，与和解具有共

性，因而便于执行，有利于实现包括物权在内的权利。

3.民事诉讼

民事诉讼，是指民事争议的当事人向人民法院提出诉讼请求，人民法院在双方当事人和其他诉讼参与人的参加下，依法审理和裁判民事争议的程序和制度。由法院代表国家作为裁判者以中立的立场来审理和裁判的当事人的物权争议，并通过执行制度来保证裁判的实现，应是最强有力的解决物权争议的途径及方式。^[212]

4.仲裁

仲裁，是在有仲裁协议或仲裁条款的前提下，双方当事人协议将争议提交仲裁机构，由仲裁机构居中争议的是非曲直进行评判并作出裁决的一种解决争议的方法。仲裁异于诉讼和审判，仲裁需要双方自愿，也异于强制调解，是一种特殊调解，是自愿型公断，区别于诉讼等强制型公断。仲裁活动和法院的审判活动一样，关乎当事人的实体权益，是解决包括物权争议在内的民事争议的方式之一。^[213]

第二百三十四条

因物权的归属、内容发生争议的，利害关系人可以请求确认权利。

本条主旨

本条是关于物权确认请求权的规定。

相关条文

《物权法》第33条 因物权的归属、内容发生争议的，利害关系人可以请求确认权利。

法释〔2016〕5号第1条 因不动产物权的归属，以及作为不动产物权登记基础的买卖、赠与、抵押等产生争议，当事人提起民事诉讼的，应当依法受理。当事人已经在行政诉讼中申请一并解决上述民事争议，且人民法院一并审理的除外。

第2条 当事人有证据证明不动产登记簿的记载与真实权利状态不符、其为该不动产物权的真实权利人，请求确认其享有物权的，应予支持。

一、物权确认请求权的定性与定位

本条关于“因物权的归属、内容发生争议的，利害关系人可以请求确认权利”的规定中，在物权的内容发生争议的情况下，利害关系人请求确认的权利，包括请求确认物权的边界、物权的顺序、物权得对抗人的范围等。在财团抵押权、浮动抵押权等场合，确认物权的内容，还包括于抵押权行使之际确认抵押物的范围。分析这些内容，可知有的属于妨害排除请求权，有的属于物的返还请求权。就是说，请求确认物权内容的权利，应当属于物权请求权的范畴。其内容将在《民法典》第235条、第236条乃至第237条规定的“物权请求权”中讨论，此处不赘。

与此不同，在物权的归属发生争议的情况下，利害关系人请求确认的权利，叫作物权确认请求权，或称确认物权的请求权。其性质和地位如何，学界一直存在不同的认识。有学者认为物权确认请求权属于物上请求权^[214]，有的学者主张物权确认请求权属于物权请求权^[215]，有的学者则主张，物权确认请求权虽然是保护物权的方法，但不属于物权请求权的范畴。^[216]

笔者赞同后一观点，理由有三：（1）从物权请求权系基于物权而生的权利这点思考，物权的必定存在应当是物权请求权产生的前提，没有物权便没有物权请求权。^[217]物权确认请求权发生于物权是否存在或物权归属于谁有疑问的场合，不好断言物权一定存在。没有物权的人也享有物权确认请求权，这与物权请求权乃物权效力的表现明显不同。（2）物权请求权的行使，既可以采取自力救济的方式，更可以甚至必须依赖公权力。而物权确认请求权的行使，必须求助于公权力。如果是通过诉讼的方式行使，《民法典》规定的物权确认请求权与《民事诉讼法》设置的确认之诉，就呼应配合，相得益彰。

（3）物权请求权的行使，发生使物权恢复到圆满状态的结果，确定地产生实体法上的效果。物权确认请求权的行使则不然，不要说行使者没有物权时不产生实体法上的效力，就是真实的物权人行使物权确认请求权，仅仅凭借此权是无法使物权恢复到圆满状态的，必须再借助物权请求权，甚至于必须同时依据《民法典》第220条、第229条、第230条、第231条、第352条正文等条款，才会产生实体法上的效果。换句话说，物权确认请求权只是一条通道，在对物权的归属有争议的场合，欠缺它，行使者即使果真享有物权，也难以使其物权恢复到圆满状态；只有沿着它前进，再结合有关权利或制度，才会使物权恢复到圆满状态。从这个意义上说，物权确认请求权不是基于物权本身而产生，而是基于程序制度而享有，它属于程序上的权利。^[218]

就此看来，也不宜把物权确认请求权归属于物权请求权。

有人说，物权编/物权制度/物权法为实体法，所含规范应当规定实体权利，把物权确认请求权划归程序上的权利，于此不合。其实，各个法律部门规定何种规范只是个大致的分工，出于顺势而为使某具体制度相对集中、醒目的考量，在刑法中“掺杂”个别民事规范，在民法中设条文引致刑法上，民事诉讼法中伴有民法规范、民法尤其是物权法中带有若干程序规定，并非鲜见。

物权确认请求权是物权保护请求权的一种。^[219]在物权确认请求权的行使者就是物权人的情况下，物权确认请求权的行使确实保护了物权，因而《民法典》把它作为物权的保护方法，是可取的。

二、权利人和确认人

按照本条的规定，物权确认请求权的主体为与物权有利害关系的人。这里的利害关系人，包括物权人本人，物权人的监护人及其他近亲属，委托代理人，指定代理人。在合建房屋合同不成立、被确认无效或被撤销的情况下，主张对建成的房屋享有所有权的出资人，属于本条所指的利害关系人。在亲朋好友出资，帮助宅基地使用权人建造住房，主张对建成的住房拥有所有权的情况下，这些亲朋好友也属于本条所指的利害关系人。在登记错误的情况下，登记名义人和真实的物权人都是本条所指的利害关系人。

有权确认物权的归属的人，包括行政机关、人民法院和仲裁机构。之所以如此，是因为普通民事主体既不拥有行政裁决权，也不拥有司法裁判权或仲裁裁决权，无权对物权的归属作出权威性判定，私力的救济和判断终不能从根本上解决争议。^[220]

三、物权确认请求权的内容

物权确认请求权的内容，是请求确认物权的归属。所谓确认物权的归属，就是确认物权的权利主体，即确认对特定的物权享有直接支配和排他权利的权利人，如所有权人、用益物权人、担保物权人。^[221]至于请求确认物权的内容，则非物权确认请求权的内容，而属于物权请求权的范畴。

四、物权确认请求权与诉讼时效

物权确认请求权不应适用诉讼时效制度^[222]，因其不是实体法上的权利。

第二百三十五条

无权占有不动产或者动产的，权利人可以请求返还原物。

本条主旨

本条是关于物的返还请求权的规定。

相关条文

《物权法》第34条 无权占有不动产或者动产的，权利人可以请求返还原物。

《民法通则》第117条第1款 侵占国家的、集体的财产或者他人财产的，应当返还财产，不能返还财产的，应当折价赔偿。

法释〔2016〕5号第8条 依照物权法第二十八条至第三十条规定享有物权，但尚未完成动产交付或者不动产登记的权利人，根据物权法第三十四条至第三十七条的规定，请求保护其物权的，应予支持。

理解与适用

一、物的返还请求权的概念和构成

本条所谓权利人可以请求他人返还其无权占有之物，这种权利就是物的返还请求权。当然，本条所谓“无权占有不动产或者动产的，权利人可以请求返还原物”，省略了状语中的主语，其完整的表述就是“权利人无权占有不动产或者动产的，权利人可以请求返还原物”。这显然是词不达意，不合立法本意，原因在于状语“无权占有不动产或者动产的”中的主语肯定不是“权利人”，而是他人，是无权占有人。在这里，避免错误的操作十分简单，要么采取被动式的表达，即“不动产或者动产被无权占有的，权利人可以请求返还原物”；要么给状语加上主语，即“他人无权占有不动产或者动产的，权利人可以请求返还原物”。对诸如此类的问题，专家、学者们不止一次地提出修改建议，遗憾的是错误依旧。

本条所言之物，包括动产和不动产，不含有权利。权利的回归由相应的制度解决。物的返还请求权旨在使物权人获得对标的物的占有，构成要件如下。

1.请求权的主体必须是物权人，虽然不是物权人，但依法律规定得行使物的返还请求权的人，如破产管理人、遗嘱执行人、失踪人的

财产代管人、国有财产的管理人（国资委等），也可行使物的返还请求权。

在共有物被他人无权占有的情况下，若为按份共有，各个共有人有权就共有物的全部行使物的返还请求权，但回复共有物原状的要求，只在为共有人的全体利益的情况下才可实施；若为共同共有，共有人中的一人或数人行使所有物返还请求权时，除法律另有规定或当事人另有约定之外，应当征得其他共有人的同意。^[223]

2.相对人必须是无权占有人

（1）无权占有的概念

物权人请求返还标的物，必须是占有人为无权占有。所谓无权占有，是指无正当权源而占有他人之物的状态。至于无权占有的发生原因如何，期间长短，占有人善意或恶意，有无过失，均在所不问。^[224]

（2）无权占有人

无权占有人，包括直接占有人、间接占有人。^[225]占有辅助人系受他人指示而占有，非属占有人，不得为请求的对象。例如，甲有A画被乙盗走，乙将之出卖给丙，丙把它寄存于丁处，丁交给其雇员戊保管。在这种情况下，甲行使物的返还请求权的相对人为丙（间接占有人）、丁（直接占有人）。乙不是现在的占有人，戊为丁的占有辅助人，他们二位均不是物的返还请求权行使的对象。^[226]

无权占有人为法人场合，例如，甲的A停车场被乙公司的董事长丙擅自占用，其中，丙系法人机关，对停车场的事实支配归属于乙公司，故乙公司为占有人。于此场合，丙也不是辅助占有人。^[227]

（3）无权占有与占有本权

占有人对占有拥有正当权源的，为有权占有，物权人不得对其行使物的返还请求权。有权占有，可以是基于物权（如建设用地使用权、宅基地使用权、土地承包经营权等）而占有他人之物；也可以是基于债权而占有，如承租人基于租赁合同关系而占有租赁物，借用人基于借用合同关系而占有借用物等，均属此类。^[228]

二、举证责任

请求人向相对人主张物的返还请求权，应举证证明自己是物权

人，占有人属于无权占有人。在登记物权场合，请求人只要举证自己为登记名义人即可，因为不动产登记簿的记载具有物权的推定力（《民法典》第216条第1款、第311条等）。占有人若对抗请求人，须举证证明请求人欠缺物权。[229]

占有人对请求人享有物权无争议，仅以有权占有为对抗的，得举证证明自己对该物的占有存在着正当权源；请求人不负证明占有人无权占有的举证责任。[230]

三、法律效果

1.占有物的返还：无权占有人有义务返还占有物，物权人有权请求返还。所谓返还占有物，是指将物复归于物权人在事实上的支配。无权占有他人土地建造建筑物、构筑物及其附属设施的，应拆房还地。[231]

2.费用负担：返还的费用原则上应由无权占有人负担，但在无权占有的形成，不可归责于双方当事人场合，例如，狂风吹落树枝于邻居的地上，化学污染物被窃贼放置于甲的土地上等，完全由无权占有人负担，有失权衡，在中国现行法尚无明文的背景下，不妨依据公平原则处理，双方合理负担。

[引申]

1.对直接占有人、间接占有人为物的返还请求权

甲出借一屋于乙，乙未经甲同意将该屋借给丙使用，丙对甲构成无权占有。在甲和乙的借用合同终止前，甲只能请求丙（直接占有人）将该屋返还给乙（间接占有人）。如果乙不愿或不能受领时，甲可请求丙把该屋返还给自己。[232]

甲有一车，被乙盗窃，乙随即将该车出借给丙。乙为间接占有人，丙为直接占有人，对甲均构成无权占有。在这种情况下，甲有权请求丙返还该车，也有权请求乙将其对丙的返还请求权转让给自己。直接占有人和间接占有人均为占有人，应负共同返还义务。[233]

2.金钱的返还

无权占有的标的物为金钱时，应返还原物，而非偿还价值额。金钱存入银行或其他事由，难以辨别时，适用混合的规定。金钱已经被使用的，只能依据不当得利返还请求权请求返还。[234]

四、物的返还请求权的让与性

物的返还请求权为物权效力之一，不得脱离物权而单独让与。

[引申]

1.实际上，就物的返还请求权可否单独转让，尚有争论，通说采取否定的见解，认为若可单独转让物的返还请求权，会使得物权丧失返还请求权，失去保护，失去其占有和利用的基本功能。

2.物的返还请求权在结构上与债的请求权相同，可以类推适用《民法典》关于履行的规定。具体些说，A.关于不能履行的规定：在占有物因灭失、毁损或其他事由致使不能返还时，可类推适用《民法典》第563条第1项或第4项的规定，不再返还原物。B.关于逾期履行的规定：物的返还请求权，可视情况而决定是否类推适用《民法典》第577条等规定。C.关于不完全履行的规定：物的返还请求权，可视情况而决定是否类推适用《民法典》第577条等规定。

五、物的返还请求权与诉讼时效

对于物的返还请求权与适用诉讼时效制度之间的关系，《民法典》区分情况，于第196条第2项规定：“不动产物权和登记的动产物权的权利人请求返还财产”“不适用诉讼时效的规定”，言外之意是在不动产物权和未登记的动产物权场合，物的返还请求权，不适用诉讼时效的规定。

第二百三十六条

妨害物权或者可能妨害物权的，权利人可以请求排除妨害或者消除危险。

本条主旨

本条是关于排除妨害请求权和消除危险请求权的规定。

相关条文

《民法通则》第134条第1款 承担民事责任的方式主要有：

（一）停止侵害；

(二) 排除妨碍；

(三) 消除危险；

.....

《物权法》第35条 妨害物权或者可能妨害物权的，权利人可以请求排除妨害或者消除危险。

理解与适用

一、语义澄清

本条所谓“妨害物权或者可能妨害物权的，权利人可以请求排除妨害或者消除危险”，省略了状语中的主语，其完整的表述就是“权利人妨害物权或者可能妨害物权的，权利人可以请求排除妨害或者消除危险”。这显然是词不达意，未合规范意旨，原因在于状语“妨害物权或者可能妨害物权的”中的主语肯定不是“权利人”，而是他人，是侵权行为人。在这里，避免错误的操作十分简单，要么采取被动式的表达，即“物权被妨害或者可能被妨害的，权利人可以请求排除妨害或者消除危险”；要么给状语加上主语，即“他人妨害物权或者可能妨害物权的，权利人可以请求排除妨害或者消除危险”。对诸如此类的问题，专家、学者们不止一次地提出修改建议，遗憾的是错误依旧。

本条所述内容被分解开来就形成两个亚条款：（1）“他人妨害物权或者可能妨害物权的，权利人可以请求排除妨害”，这承认了物权人的排除妨害请求权；（2）“他人妨害物权或者可能妨害物权的，权利人可以请求消除危险”，这设置了物权人的消除危险请求权。

二、排除妨害请求权

（一）概念和构成

所谓排除妨害请求权，是指物权人于其物权的支配状态被占有以外的方法妨害时，请求妨害物权之人除去该妨害的权利。此处所谓占有以外的方法妨害，最为典型的案型是物权的客体丝毫未被他人染指，但物权的行使无法达到圆满的状态，如甲所有的A楼完全在甲的掌控之中，但A楼通往四周的路径在外围被不法切断。有些情形是，物权的客体似乎被他人无权占有，但实则不然，可是物权的行使受限甚至不能，于此场合不成立物的返还请求权，必须构成排除妨害请求权。例如，甲的停车位被乙的汽车占据，使得甲无法停放自己的车辆，由于占有在时间方面有其独特的要求，乙占据甲的停车位的时间

过短，达不到构成占有的要求，故甲于此场合无物的返还请求权，只有排除妨害请求权。诸如丙临时无权占据甲的客厅、一群人临时无权占据甲的教室之类，甲均无物的返还请求权，只得依赖排除妨害请求权。其实，依笔者的理念，即便妨害物权保有和行使的状态构成无权占有，也不妨承认物的返还请求权与排除妨害请求权并存，或是竞合，或是聚合。例如，本属甲的A楼被错误登记在乙的名下，也被乙占有，解决此案，甲行使排除妨害请求权，请求注销乙享有A楼所有权的登记；达成目标后，行使物的返还请求权，请求乙把A楼的占有转移给甲。

《民法典》第236条规定了排除妨害请求权，旨在赋权物权人排除已经存在的妨害，使物权恢复至应有的状态。排除妨害请求权的构成要件如下。

1.对于物权有妨害

所谓妨害，是指以占有以外的方法，客观上不法阻碍物权支配状态的现象。之所以强调不包括以占有的方法妨害物权支配状态，是因为以占有的方法妨害物权的支配可能性，由物的返还请求权解决。因此，构成排除妨害请求权所需要的妨害，是物权人仍然占有标的物情况下他人不法妨害物权的支配状态的情形。

在这里，物权人仍然占有标的物，构成他人不法妨害物权，成立排除妨害请求权，并不排斥无权占有也实际占有标的物。例如，甲擅自停车于乙的停车位A，甲和乙都在占有停车位A。于此场合，乙有权请求甲排除对停车位A的妨害。

此处的妨害，可有如下表现形态：（1）可量物的侵入，如丢弃废物于他人庭院；（2）否认他人对特定物的物权，即使经过确认之诉，裁判该否认于法无据，仍然否认；（3）不动产登记的错误、遗漏或不实^[235]；（4）堵塞他人的进出停车位的通道；（5）甲机关所用大功率发射台使得乙公司的发射装置的工作效果时弱时断；（6）地铁的开通致使某实验室的实验数据失准；（7）处于高地改种水稻，导致洼地的地下水位上涨，原本种植玉米的习惯难以为继。

从这些例证中可以发现，妨害物权包含侵害物权与妨害物权行使两种状态。例如，甲擅自在乙的外墙上悬挂广告牌，无疑在侵害乙的房屋所有权，同时，此举妨害了乙拟利用外墙绘画，构成妨害乙对其房屋的支配状态。此其一。妨害物权的支配状态和无权占有有时也重合，因而排除妨害请求权与物的返还请求权有时发生竞合。甲擅自在乙的外墙上悬挂广告牌，也属此例。再如，甲装载玉米秸秆的马车倾

翻于乙的承包地，使乙无法播种大白菜菜籽。此其二。请求排除妨害，不要求举证行为人有过错，而请求损害赔偿，大多需要行为人有过错，因而，区分妨害和损害在法律适用上较为重要。在个案中，究竟是援用《民法典》第236条请求行为人排除妨害，还是援用第179条第1款第8项请求行为人承担赔偿责任，宜视证据情况而选择。当然，如果两个请求权的构成要件都具备，可以一并主张，于此场合不是竞合，而是聚合。此其三。

2.妨害具有不法性

妨害须为不法，物权人才可以请求排除妨害。物权人有容忍义务的，无排除妨害请求权。至于妨害人对其妨害有无过错，则在所不问。^[236]

容忍义务包括私法上的和公法上的。私法上的容忍义务，如A停车位的所有权人甲向B车的所有权人乙表示，B车可以停放于A停车位前面的私家通道上2日；也可以产生于用益物权，如物权人对地役权人存放于其住宅门前的鲜鱼1日，负有容忍义务；还可以直接基于法律的规定而生，主要情形体现为相邻关系上的容忍义务：来自邻地干涉而生的对物权的妨害，若该干涉是轻微的或为当地通行的，则物权人对该妨害不得提起排除妨害之诉。^[237]公法上的容忍义务，可产生于公法的规定，也可以产生于具体的行政行为。^[238]

3.请求权的当事人

请求权的主体为物权人。请求权的相对人，为任何妨害物权的支配状态之人，包括行为妨害人、状态妨害人。所谓行为妨害人，是指依自己行为对他人的物权的支配状态为妨害之人，如前述B车可以停放于A停车位前面的私家通道上2日，地役权人将其鲜鱼存放于作为供役地的住宅的门前1日。妨害人有无过失，在所不问。所谓状态妨害人，是指持有或经营某种妨害他人物权支配状态的物或设施之人。例如，甲于其房屋后院植树，被强风吹落于邻居院里，甲为妨碍人。^[239]状态妨害人对妨害的“状态”在某种程度上须负责任（Verantwortlichkeit）；但此处所谓负责任，并不必然地包含有过错谴责成分。^[240]

妨害人可能是数人，例如，某建设工程施工合同关系中的总承包人和分包人把石料擅自堆放于甲的承包地上。

（二）法律效果

物权人有权请求妨害人除去妨害，如拆除违法建筑物，清理丢弃的垃圾。值得注意的是，注销登记也属于排除妨害。

排除妨害请求权行使场合，物权人只能请求除去妨害的因素，至于能否恢复原状，则不宜强求。

（三）排除妨害请求权的让与性

排除妨害请求权，不得脱离物权单独让与。

（四）排除妨害请求权与诉讼时效

妨害请求权不宜适用诉讼时效制度，否则，与现代社会伦理相悖，因为怎么能因时间的经过，就任凭行为人妨害物权及其行使，而无权令其停止？！听任不法的行为或状态妨害物权及其行使，无法做到物尽其用，显然不符合效率原则。再说，侵害行为正在进行中，属于一个侵权行为尚未结束，侵权损害赔偿请求权因量的因素尚未确定而未完全成立，相应的，损害赔偿债务亦尚未完全形成，作为管辖债权（债务）的诉讼时效制度不得立即发挥作用，在这里表现为诉讼时效期间不开始起算；该侵权行为停止时，针对排除妨害的诉讼时效的起算又失去其意义。故《民法典》第196条第1项规定，排除妨害请求权不适用诉讼时效制度。不过，如果时过境迁，妨害物权的现象已经秩序化，再请求排除妨害会损害公共利益，可以运用权利失效等制度解决。

三、消除危险请求权

（一）概念与构成

消除危险请求权，在大陆法系的学说上，又称妨害防止请求权，或妨害预防请求权，或物权保全请求权，按照《民法典》第236条的规定，是指对极有可能妨害物权的危险，或者说对妨害物权之虞，物权人请求有关责任者予以消除的权利。它旨在阻却将来发生的妨害。其构成要件如下。

1.存在着妨害物权的支配状态的危险

妨害物权的支配状态的危险，学说称作有不法妨害之虞。所谓不法妨害之虞，需要在个案中结合具体情况，依社会的一般观念决定。

2.请求权的主体

消除危险请求权的请求权人，为物权人；请求的相对人，是就可能发生的妨害（危险），具有将之除去的支配力者。

3.危险具有不法性

妨害物权的支配状态的危险，须具有不法性，反之，则不得主张消除危险请求权。

（二）法律效果

就可能发生的妨害（危险）具有将之除去的支配力者，负有消除危险的义务，物权人有权请求其消除。由此发生的费用，由具有除去支配力者负担。

（三）消除危险请求权的让与性

消除危险请求权不得单独让与，其道理如同排除妨害请求权不得单独让与。

（四）消除危险请求权与诉讼时效

消除危险请求权不适用诉讼时效制度（《民法典》第196条第1项），其道理如同排除妨害请求权不宜适用诉讼时效制度中的阐释。

第二百三十七条

造成不动产或者动产毁损的，权利人可以依法请求修理、重作、更换或者恢复原状。

本条主旨

本条是关于物权的客体被毁损时成立修理、重作、更换的请求权或者恢复原状请求权的规定。

相关条文

《民法通则》第117条第2款 损坏国家的、集体的财产或者他人财产的，应当恢复原状或者折价赔偿。

第134条第1款 承担民事责任的方式主要有：

.....

(五) 恢复原状；

(六) 修理、重作、更换；

.....

《物权法》第36条 造成不动产或者动产毁损的，权利人可以请求修理、重作、更换或者恢复原状。

理解与适用

一、语义澄清

本条所谓“造成不动产或者动产毁损的，权利人可以依法请求修理、重作、更换或者恢复原状”，省略了状语中的主语，其完整的表述就是“权利人造成不动产或者动产毁损的，权利人可以依法请求修理、重作、更换或者恢复原状”。这显然是错误的，词不达意，不合立法本意，原因在于状语“妨害物权或者可能妨害物权的”中的主语肯定不是“权利人”，而是他人，是侵权行为人。在这里，避免错误的操作十分简单，要么采取被动式的表达，即“不动产或者动产被毁损的，权利人可以依法请求修理、重作、更换或者恢复原状”；要么给状语加上主语，即“他人毁损不动产或者动产的，权利人可以依法请求修理、重作、更换或者恢复原状”。对诸如此类的问题，专家、学者们不止一次地提出修改建议，遗憾的是错误依旧。

本条所谓修理，是指物权的标的物被他人毁损，有修复可能并为物权人所需要时，行为人应物权人的请求将标的物修复如初的救济措施；更换，是指物权的标的物被他人毁损，无修理可能，或修理所需要的费用过高，或修理所需要的时间过长，为物权人所不需要的场合，行为人应物权人的请求而以同种类同质量同数量之物予以替代的救济措施；重作，是指物权的标的物被他人毁损，不能修理或修理所需要的费用过高，行为人应物权人的请求而制作同种类同质量同数量之物予以替代的救济措施。恢复原状，是指物权的标的物被他人毁损，行为人应债权人的请求将标的物修复如初的救济措施。

十分明显，重作和更换，在物权被侵权的场合很难被运用，也难怪，它们本是合同法领域瑕疵给付场合的救济方式。至于修理，虽然可用于侵权行为损坏了物件的场合，但此情此景中的修理属于恢复原状，同一个法律条文并列规定修理和恢复原状两种救济方式显然浪费，也不合逻辑。连立法机关的专家都解释道：“修理、重作、更换属于恢复原状。”^[241]

再进一步剖析，会发现：在物权的一面，（1）如果物权继续存在于被毁损之物上，那么重作之物、更换之物上存在的物权实属新设立的物权，该物权与原物权并列，只不过物权人是同一个主体罢了。既然两权并存，“你是你，我是我”，原物权存续于被毁损之物上，“伤痕累累”依旧，新设物权没有“医治”原物权的“创伤”，而是另立门户，即不是对受侵害的原物权的救济，因此，这种场合的重作、更换不是原物权的救济方式，不是原物权的保护方法。（2）如果被毁损之物上已无物权存续，那么，重作之物、更换之物上存在的物权同样属于新创设的物权，完全异于原物权。既然原物权已经不复存在，那么重作之物、更换之物上存在的物权就不是在救济受侵害的原物权，而是相同的当事人双方新为的交易。

在意思表示的一面，无论当事人双方是否意识到，重作、更换之所以能够成为现实，没有物权人的同意是不可想象的。就是说，重作、更换实质上是行为人和物权人之间成立了新的合同，即重作合同、更换合同。这些合同为解决不动产、动产毁损的救济问题应运而生。由于上个自然段已有结论，它们不是在救济原物权，因而，它们只能是在解决行为人毁损物权人的标的物所产生的赔偿或补偿问题，重作合同、更换合同的成立并落到实处，就了断了双方的赔偿或补偿的关系。就此说来，重作合同、更换合同类似于以物抵债协议，或曰以物抵债的特殊类型；在行为人已将重作之物、更换之物交付给物权人时，重作合同、更换合同类似于代物清偿，或曰代物清偿的特殊表现形式。

二、恢复原状请求权的定性与定位

简要考察《民法典》所涉恢复原状，大致被用于如下场合并具有相应的含义：（1）《民法典》第237条关于恢复原状的规定，其适用的前提是不动产或动产之类的有体物被他人不法毁损，这符合侵权责任的规格，产生恢复原状的救济方式，故可说该条系《民法典》第179条第1款第5项的一种具体体现，就此说来，应将其解释为“将毁损的有体物修复如初，属于侵权损害赔偿的一种形态”。此其一。有体物遭受损坏，物权人即受到损失；该有体物修复如初，物权人的损失就得到填补或者部分得到补偿。此种恢复原状只能是相当于对毁损之物修复的损害赔偿类型。从这个意义上说，恢复原状属于损害赔偿的范畴。尤其按照德国民法和中国台湾地区“民法”，损害赔偿以回复原状为原则，以金钱赔偿为例外，如此，将受到损坏的有体物修复如初的恢复原状，属于损害赔偿的一种方式，就更无疑问。^[242]此其二。一旦该损害赔偿构成，受害人就有权请求责任人予以赔偿，责任人就有义务满足受害人的该项请求，从而在双方之间形成债权债务关系。

在这个层面上观察，此类损害赔偿关系属于债的范畴，其请求权属于债权请求权。此其三。（2）《民法典》第566条第1款关于“已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以请求恢复原状或者采取其他补救措施，并有权请求赔偿损失”的规定中的恢复原状与不当得利返还、赔偿损失相并列，或者说它是不当得利返还、赔偿损失以外的恢复原状，实际上是原物返还。因该返还系合同解除的效力表现，并非违反义务的结果，故它为一种义务，并非侵权责任。如果合同解除有溯及既往的效力，则合同已经解除，原物若为动产，则其所有权重新复归于给付人，于是，从权利的方面观察返还原物，就是物的返还请求权；原物若为不动产，在已经办理了不动产物移转登记的情况下，受领人负有办理注销登记的义务，给付人享有请求办理变更登记的权利，即排除妨害请求权。（3）《民法典》第286条第2款关于“业主大会或者业主委员会，对任意弃置垃圾、排放污染物或者噪声、违反规定饲养动物、违章搭建、侵占通道、拒付物业费等损害他人合法权益的行为，有权依照法律、法规以及管理规约，请求行为人停止侵害、排除妨碍、消除危险、恢复原状、赔偿损失”的规定中的恢复原状，具有清除垃圾等污染物、消除噪声、放弃违反规定的饲养、拆除违章建筑物、清理通道之意，属于“回复生活”的类型，彰显以环境再生为中心的回复人的生活意义。^[243]（4）《民法典》第715条第2款关于“承租人未经出租人同意，对租赁物进行改善或者增设他物的，出租人可以请求承租人恢复原状或者赔偿损失”的规定中的恢复原状，是指恢复租赁物原貌，从物权的角度审视它属于对物权客体的复原，进而在占有和使用方面还原物权的支配状态。

看来恢复原状在《民法典》设计的不同制度中的含义不尽相同，需要在具体情况下予以甄别和确定。“（2）（3）（4）”所论不属于此处研讨的对象，暂且不论，“（1）”的分析结论是《民法典》第237条规定的恢复原状属于一种特殊形态的侵权损害赔偿。不过，到此不算彻底完成任务，因为该条处于“物权的保护”一章，被物权请求权的条文包围，疑问随之而来：它是否同时为物权请求权的一种表现形式？

如果把物权请求权的规格定位在使物权保持或回复到圆满状态，而且该圆满状态指的仅仅是物权支配力这种状态，那么，无论已被毁损的标的物修复与否，物权人都对标的物享有支配力，恢复原状并未改变这种局面，因此，称恢复原状请求权属于物权请求权欠缺逻辑的力量。再者，标的物毁损，行为人不施以修复，而是径直金钱赔偿，无论赔偿兑现与否，物权人支配标的物的法律上之力都在，就是说，单就物权人对于标的物的支配力而言，恢复原状请求权和金钱赔偿请求权所起作用似无差别，法律对它们得同样对待，要么二者都是物权

请求权，要么都不是物权请求权。笔者尚未见到把金钱赔偿请求权划归物权请求权的学说，那么，恢复原状请求权也就不宜被作为物权请求权之一种。一句话，恢复原状请求权和金钱赔偿请求权都仅为债权请求权。

与此有别，如果将物权请求权的规格定位在不但使物权人对标的物保持或回复支配力，而且使物权人对标的物的占有、使用、收益、处分各个方面都保持或回复到圆满状态，即全方位的圆满状态，那么，毁损之物尚未恢复原状时，“占有”的覆盖面可能减缩了，“使用”或许不能了或打了折扣，“收益”不见了或减少了，“处分”，尤其是事实上的处分，在量的方面不可同日而语了。毁损之物被恢复原状之后，物权人对于标的物的支配全方位地理想化了，即占有、使用、收益和处分的状态如初。一句话，恢复原状所起的作用如同物的返还请求权、排除妨害请求权所起的作用。就此说来，恢复原状请求权具有物权请求权的一面。这种恢复原状请求权兼有债权请求权和物权请求权的双重属性。

不过，实际情形原非如此单纯，而是呈现多样化。（1）有时，被毁损之物即使未被恢复原状，物权人支配标的物的圆满状态也基本上未受影响。例如，和氏璧破损一角，在用黄金补角之前，没有影响皇帝对其使用、收益；占有嘛，虽无以往那样圆满，但也无关大局，可忽略不计；果真要处分，也是可以的。用黄金补角之后，皇帝对和氏璧的占有、使用、收益还是如此。就是说，此类场合的恢复原状不具有物权请求权的性质和效能。（2）有时，被毁损之物的天然孳息与恢复原状之物的天然收益相差无几；仅仅是在法定孳息的取得方面后者更高，但这已经远离物权人对于标的物的支配力的领域，属于交换对价的范畴，由债法调整。可以说，于此场合的恢复原状请求权不宜作为物权请求权看待。（3）有时，被毁损之物与恢复原状之物在使用方面差异显著，恢复原状明显地使物权人支配标的物的状态圆满了，此种恢复原状请求权应被作为物权请求权。当然，它同时也有侵权损害赔偿请求权的属性，为债权请求权之一种。

恢复原状请求权纯粹为侵权损害赔偿请求权时，应当适用诉讼时效制度。恢复原状请求权兼有物权请求权和债权请求权的双重属性时，如何适用诉讼时效的规定便成为问题。笔者主张，恢复原状请求权兼有物权请求权的属性的，不应适用诉讼时效制度，理由在于，毁损之物被修复，为物尽其用、物的效能最大化提供了物理前提，且该效能不仅属于物权人，而且就整个社会财富的总量而言有所增加。假如因3年的期间经过而不得请求行为人修复被毁损之物，就意味着使物的效能最大化、可增加的社会财富总量只在毁损不动产或动产之时

起的3年之内才具有确定的可能性，3年期满便不再确定，除非行为人突然良心发现。为了使物的效能最大化、增加社会财富总量得以确保，恢复原状请求权不适用诉讼时效的规定是有力措施之一。与此不同，损害赔偿，只是一定数量的金额在物权人和行为人之间“流动”，社会财富的总量并未增加，故无必要过于“宽容”物权人，相反，得督促其及时向行为人请求赔偿损失。为达此目的，诉讼时效制度适用于此是必要的。

诚然，物权人对其物被毁损熟视无睹，对请求恢复原状漫不经心，迟迟不请求行为人将毁损之物恢复原状，也是有负面结果的，所谓社会财富的总量增加，可能仅为纸上谈兵。为防止此种负面结果的出现，也有必要督促物权人及时向行为人请求恢复原状，可用诚信原则，最好是创设权利失效制度，来达到目的。

第二百三十八条

侵害物权，造成权利人损害的，权利人可以依法请求损害赔偿，也可以依法请求承担其他民事责任。

本条主旨

本条是关于侵害物权使物权人遭受损害时依法成立损害赔偿和其他民事责任的规定。

相关条文

《民法通则》第117条第2款 损坏国家的、集体的财产或者他人财产的，应当恢复原状或者折价赔偿。

第134条第1款 承担民事责任的方式主要有：

.....

（五）恢复原状；

.....

《民法总则》179条第1款 承担民事责任的方式主要有：

.....

（五）恢复原状；

.....

《物权法》第37条 侵害物权，造成权利人损害的，权利人可以请求损害赔偿，也可以请求承担其他民事责任。

理解与适用

一、基本含义

本条基本上承继的是《物权法》第37条的规定，只是增加“依法”一词作为“请求承担其他民事责任”的状语，其作用在于表明，本条并非权利人请求行为人承担其他民事责任的请求权基础，权利人必须另觅请求权基础才能实现令行为人实际承担其他民事责任的目标。

本条规定的侵害物权使物权人遭受损害的，依法成立损害赔偿。它属于侵权损害赔偿。其中“依法”一词，表明本条并非请求权基础，只是引致性规定，仅凭本条规定尚难在个案中判断和确定侵权损害赔偿可否成立，必须寻觅侵权损害赔偿的请求权基础，方可解决问题。此类请求权基础，应是《民法典》第1165条奉行的过错责任原则，若为该条第2款规定的过错推定，尚需结合另外的法条；如果是援引《民法典》第1166条确立的无过错责任原则，则必须再觅具体的相应法条即真正的请求权基础，第1166条本身不是请求权基础。

本条所谓“也可以依法请求承担其他民事责任”，所要解决的，是无权占有人向物权人返还就占有物所获取的收益问题，如果一定寻觅《德国民法典》的对应规定，可有《德国民法典》的第988条、第993条、第990条、第987条等规定，较为复杂，有的适用这些特别规定，有的适用不当得利返还的一般规定。鉴于《民法典》已就不当得利返还的构成要件和法律效果作出规定（第985条以下），加之在总体上《民法典》不采纳德国民法的“所有权人——占有人关系”规则及其理论，笔者主张把《民法典》第238条规定的“也可以依法请求承担其他民事责任”，作为引致性的规定，引向《民法典》第985条以下所设不当得利返还的规则。

不当得利返还请求权作为债权，且与物权请求权各为独立的制度，应当适用诉讼时效制度。

二、本条所规定的损害赔偿请求权属于债权请求权

尽管有意见认为本条所规定的损害赔偿请求权属于物权请求权，

但这难以成立，因为它不符合物权请求权的规格。（1）物权请求权旨在使物权保持或回复到圆满状态，欠缺它，物权人就难以圆满地支配标的物。例如，欠缺物的返还请求权，但标的物被他人无权占有时，物权人就无法占有、使用、收益和处分该物。而本条规定的损害赔偿请求权行使与否、实现与否，都对物权人支配标的物的状态没有影响，起作用的是物权人因其物权被侵害而遭受的损害得到全部或部分地填补。（2）物权请求权与物权本体不可分离，而该损害赔偿请求权可以脱离物权本体而转由他人取得，或由物权人的债权人代位行使。（3）与此相关，除去不登记物权的物的返还请求权，物权请求权都不适用诉讼时效制度，而本条所规定的损害赔偿请求权没有理由不适用诉讼时效的规定。

其实，本条所规定的损害赔偿请求权，符合债权请求权的规格，如其为相对权，遵循平等性，可单独转让，适用诉讼时效的规定。

上述结论的妥当性，可从下文“回顾争点：多视角的分析和证立”中获得助力，得到印证。

（一）回顾争点：多视角的分析和证立

《民法典》第238规定的侵害物权所产生的损害赔偿请求权，与物权请求权、债权请求权之间的关系如何，存在着不同的理解。由于本条系承继《物权法》第37条而来，因而对《物权法》第37条的理解存在分歧，实际上意味着对本条的理解也见仁见智。有鉴于此，先介绍专家、学者对《物权法》第37条的理解与论争，最后的结论也就自然而然地得出来了。

多数意见认为，《物权法》第37条规定的损害赔偿请求权属于侵权的损害赔偿请求权，应适用侵权责任法的规则。与此见解不同，有学者在其中国物权法草案中设计物权保护制度时，有一条文：“第六十条[损害赔偿的请求权]在第五十八、五十九条的情形，物权人受有损害时可以继续向侵害人请求损害赔偿。”对该条的说明为：侵害物权所产生的“损害赔偿在物权保护中的应用，目的还是为了达到恢复物权的完满状态，是在物权人的物权利益受到侵害而依据上述的物权保护方式无法完全达成保护的目时，而以金钱补偿为手段，使其整体的利益能够得到公平的补偿。因此，本条规定的损害赔偿请求权，是物权保护的一种法律手段，性质上属于物权请求权。物权人依据本条向侵害人请求损害赔偿，只须符合第58条或者第59条的要件，及本条规定的‘受有损害’要件，即应成立损害赔偿。此与侵权行为责任的构成要件是有区别的”^[244]。据此理解《物权法》第37条的规定，可得出它规定的是物权请求权，而非侵权的损害赔偿请求权。对

此，笔者不予赞同，兹分析如下。

上述学者的意见，是借鉴《德国民法典》设计的“所有权人—占有人关系”规则（第990条、第989条、第992条等）及其学说，稍加改造而形成的。而德国民法上的“所有权人—占有人关系”规则仅适用于无权占有领域，在《德国民法典》第990条以下规定中，区分了善意占有人与非善意占有人；而占有之分为善意或非善意，永远只能就无权占有而言；就有权占有人，既不能称其为善意，也不能称其为非善意。^[245]与此不同，中国《民法典》第238条关于侵害物权所生损害赔偿的规定，至少从文义上看，包括无权占有和有权占有人对物权的侵害所生的损害赔偿责任。^[246]这从该条处于《物权法》总则的地位，适用于各种物权在各种情况下的保护，即可看出。

假如不同意上述解释，就只能得出这样的结论：有权占有人侵害物权的损害赔偿，在《物权法》中就欠缺相应的规定，只好到《民法通则》和《侵权责任法》中去寻觅请求权基础。《民法通则》有第106条第2款、第117条的规定可用作追究侵权行为人的损害赔偿责任，《侵权责任法》则有第6条、第7条等规定。而这样解释酿成了割裂适用法律的局面：对无权占有场合的侵害物权适用《物权法》分则第242条、第244条的规定，对有权占有场合的侵害物权适用《民法通则》第106条第2款、第117条的规定，及《侵权责任法》第6条或第7条等规定。这种解释无疑在宣告《物权法》关于侵害物权所生损害赔偿的设计存在着立法技术上的缺陷。这在事实上冤枉了《物权法》。这种解释也有违文义解释和目的解释的规则，因为《物权法》第37条的规定并无仅仅适用于无权占有场合侵害物权的文义和立法目的。

所以，还得承认《物权法》第37条的规定一体适用于无权占有人和有权占有人侵害物权所产生的损害赔偿责任的场合。如此，由于物的返还请求权只能成立于无权占有的场合，把《物权法》第37条规定的损害赔偿请求权作为物权请求权，就难以说得通。此其一。

尽管《物权法》第37条的规定，没有出现过错的字样，与《民法通则》第106条第2款和《侵权责任法》第6条第1款明确要求过错有所不同，乃因《物权法》第37条的规定既适用于侵害物权的行为系一般侵权行为领域，也适用于侵害物权的行为系特殊侵权行为的场合。例如，甲饲养的动物撕破乙的西装场合，甲对乙的损害赔偿，不要求甲有过错。与此不同，甲亲自将乙的西装撕成碎片场合，赔偿乙的损失，则必须具有过错。《民法通则》第117条未使用过错的字样也有这种用意。就是说，以《物权法》第37条没有使用过错的字样为由，将它规定的损害赔偿请求权排除在侵权损害赔偿请求权之外，理由不

足。由于物权请求权不以过错为成立要件，而该损害赔偿请求权的成立有时需要过错这个主观要件，将之作为物权请求权，显然不适当。此其二。

《物权法》第37条规定的侵害物权所生损害赔偿的请求权，被物权人行使，无法使被侵害的物权回复如初，只能使物权人因其物权被侵害所遭受的损失得到填补。这与物权请求权可使被侵害的物权回复到圆满状态在目的及功能方面是不同的，仅与侵权损害赔偿的目的及功能一致。就是说，《物权法》第37条规定的侵害物权所产生的损害赔偿请求权，不是物权请求权，而是侵权损害赔偿请求权。此其三。

既然《物权法》第37条规定的损害赔偿请求权，有时发生在有权占有场合，有时需要过错的构成要件，无法使受侵害的物权本体回复到圆满状态，就可以肯定地说，它不会是物权请求权。由于它符合侵权损害赔偿请求权的全部要求，我们只能把它作为侵权损害赔偿请求权。

诚然，《物权法》第37条规定的侵害物权所生损害赔偿的请求权，毕竟包括无权占有产生的损害赔偿请求权。而对无权占有产生的损害赔偿请求权，《物权法》于第242条、第244条作了特别规定。所以，欲全面而准确地把握《物权法》第37条的规定，不可不联系该法第242条、第244条的规定进行解读。

第242条规定的责任构成，其客观要件包括无权占有人实施了侵权行为、物权人遭受了损失、两者之间有因果关系，其主观要件为无权占有人必须具有恶意，善意的占有人即使侵害了所占有的不动产、动产，也不承担损害赔偿责任。无权占有人的恶意，从另一层面观察就是故意和重大过失。这告诉我们，《物权法》第242条规定的损害赔偿，只有在无权占有人具有故意或重大过失的情况下，遭受损害的物权人才有权向无权占有人请求损害赔偿；在无权占有人就其侵害物权仅具有一般过失或没有过失的情况下，不成立损害赔偿责任。它属于《物权法》第37条规定的侵权损害赔偿的范围。

这与有权占有、占有以外场合物权遭受侵害所产生的损害赔偿在构成要件方面不同。有权占有、占有以外场合，行为人侵害物权，大多属于一般侵权行为，构成损害赔偿的客观要件包括侵权行为、损害事实和因果关系，与无权占有场合的客观要件没有差异；但主观要件却不同，即除了故意、重大过失，还有一般过失。有权占有、占有以外场合，物权遭受侵害，若因国家机关或其工作人员履行职责的行为所致，或因高度危险作业所致，或因饲养的动物所致等，构成损害赔偿的客观要件相同，但不需要过错这个主观要件。

至于侵权责任的方式，《物权法》第242条与《物权法》第37条的相同，即均为侵权损害赔偿。在损害赔偿的范围方面，符合《物权法》第242条规定的，该规定优先于《物权法》第37条而适用；符合《民法通则》第106条第2款与《侵权责任法》第6条规定的，贯彻完全赔偿原则；符合《民法通则》第106条第3款及有关特殊侵权的具体规定与《侵权责任法》第7条及具体的特殊侵权的规定的，为限制赔偿。

无权占有场合，物权遭受无权占有人的侵害，有时要适用《物权法》第244条关于“占有的不动产或者动产毁损、灭失，该不动产或者动产的权利人请求赔偿的，占有人应当将因毁损、灭失取得的保险金、赔偿金或者补偿金等返还给权利人；权利人的损害未得到足够弥补的，恶意占有人还应当赔偿损失”的规定。

分析该项规定，可发现在赔偿责任的客观要件方面，它增加了善意占有人就受害物权而取得保险金、赔偿金或补偿金这个消极要件；由此决定了，《物权法》第244条的适用范围较第242条的广泛，即善意占有人仍须于其受益的范围内承担损害赔偿责任；在主观要件是否包括占有人的过错这个方面，不易决断，需要做如下分析。

与《物权法》第244条相当的《日本民法典》第191条，以及中国台湾地区“民法”第953条，都明确规定，占有人就占有物灭失或毁损承担赔偿责任，需要可归责于占有人的事由。其学说也如此解释。^[247]与此不同，中国大陆有学说认为，善意占有人的责任既然限定在以其所受利益为限，则造成毁损、灭失的原因可以不必追究，无论是否可归责于占有人，只要其对占有物的毁损、灭失受有利益，就应在所受利益的范围内对权利人（回复请求人）承担责任。^[248]这有其合理性。笔者认为，在中国《物权法》尚未完全沿袭德国法“所有权人—占有人关系”规则的背景下，尽管《物权法》第244条的规定优先于《物权法》第37条、《民法通则》第106条第2款和第117条及《侵权责任法》第6条等规定而适用，但总的讲，它规定的损害赔偿责任仍属于侵权损害赔偿责任，并非物权请求权，不宜一律无须占有人的过错，也不宜一律必需占有人的过错。该损害赔偿责任大多属于一般侵权损害赔偿，需要过错这个主观要件；在国家机关或其工作人员履行职责时致无权占有的物及其物权以损害、高度危险作业致无权占有的物及其物权以损害、饲养的动物致无权占有的物及其物权以损害等场合，产生特殊侵权的损害赔偿，无须过错这个主观要件。

总之，《物权法》第242条和第244条的存在且有效，使得无权占有人侵害物权所产生的损害赔偿，在构成要件、赔偿范围方面，不同于有权占有、占有以外场合产生的损害赔偿，进而，不同于人格

权、（实际上还有某些身份权）、知识产权遭受侵害所产生的赔偿责任。

《物权法》第37条规定的损害赔偿，在构成要件方面，若个案符合《物权法》第244条的规定，首先适用该规定；若符合《民法通则》第106条第2款和《侵权责任法》第6条等规定，则适用该规定；若符合《民法通则》第106条第3款及有关特殊侵权的规定，与《侵权责任法》第7条及具体的特殊侵权的规定，则适用它们。在赔偿范围方面，需要根据个案和《民法通则》第106条第2款或第3款等规定，依据《侵权责任法》第6条或第7条等规定、《物权法》的其他规定才能最后确定。所谓《物权法》的其他规定，包括其第244条。

既然如此，把《物权法》第242条、第244条规定的损害赔偿 responsibility，作为该法第37条的特别规定，其实也是《民法通则》第106条第2款、第117条与《侵权责任法》第6条的特别规定，就能妥当地解决问题。

断言《物权法》第244条规定的侵权损害赔偿 responsibility，有时完全相同于《民法通则》第106条第2款、第117条与《侵权责任法》第6条等规定的一般的侵权损害赔偿 responsibility，还可从比较法的角度加以说明。德国民法及其通说认为，在他主占有人臆想其享有占有权，但实际上超越了臆想的占有权的界限，有过错地使占有物毁损的情况下，应适用侵权责任法的规则。故意以违背善良风俗的方法侵害他人的规则（《德国民法典》第826条），适用于所有人类类型的无权占有人的情况，即适用侵权损害赔偿规则处理无权占有人毁损占有物的赔偿案件。^[249]借鉴此说，解释中国《物权法》第244条的规定，可知该条规定的损害赔偿 responsibility 至少在若干情况下属于一般的侵权损害赔偿 responsibility。

至于《物权法》第37条可否作为请求权基础，有观点认为，该条主要起宣示和指引的作用，表明物权遭受侵害的要产生损害赔偿请求权，沟通《民法通则》第106条第2款或第3款和侵害物权所生损害赔偿请求权的具体规定。^[250]因而它不是完全法条，不能单独作为请求权基础，需要与其他条文一起作为请求权基础。^[251]这有其道理，值得重视。其道理在于，在《国家赔偿法》第3、4条等条款具体列举了行政赔偿的类型与构成，《侵权责任法》第69-76条类型化地规定了高度危险责任，第78-83条清晰地规定了饲养动物损害责任的背景下，在侵害物权属于国家机关及其工作人员履行职务时损害了物权、高度危险作业损害了物权、饲养的动物损害了物权等场合确定侵权责任，完全可以依据《国家赔偿法》或《侵权责任法》的具体规定。

需要回答的问题还有，《物权法》第37条、第242条和第244条规定的无权占有场合侵害物权所产生的损害赔偿请求权，是物权请求权的从请求权吗？

有学者采取德国民法关于“所有权人—占有人关系”规则的模式解释中国《物权法》第37条、第242条和第244条的规定，认为在无权的自主占有人、无权的他主占有人不法损坏物权客体的情况下，这种类型的损害赔偿请求权为附属于物权请求权的从请求权，不再单独地适用侵权责任的规定。对此，笔者回应如下。

必须注意，德国民法及其学说承认存在着例外，如善意的无权他主占有人，在超越其——假想的——占有权限时，也可适用《德国民法典》第823条关于侵权损害赔偿的规定。^[252]在创设“所有权人—占有人关系”规则的德国尚且承认无权占有场合侵害物权所生损害赔偿有些属于一般的侵权损害赔偿，把中国《物权法》第37条、第242条和第244条规定的损害赔偿请求权一律作为物权请求权的从请求权，显然缺乏充分的理由。

更为关键的是，把《物权法》第37条、第242条和第244条规定的损害赔偿请求权一律作为物权请求权的从请求权，且一律不要求过错这个构成要件，即从请求权说，是不适当的，还表现在如下方面：其一，它不符合《物权法》第242条、第244条关于因无权占有人善意、恶意的不同而承受不同后果的设计思路，此处所谓恶意，从另一个层面观察就是故意、重大过失，表明这两条的规定考虑了侵权人（无权占有人）的主观状态。其二，从请求权且不要求过错的观点，不符合这样的事实：无权占有人侵害其占有的物权常常属于一般侵权行为，而一般侵权行为以过错为构成要件。其三，从请求权说增大了《物权法》第37条、第242条和第244条规定的损害赔偿请求权是否适用诉讼时效制度的困惑度，因为物权请求权大多不适用诉讼时效制度，按照主权利和从权利相互关系的规则及理论，很容易得出《物权法》第37条、第242条和第244条规定的损害赔偿请求权也随之不适用诉讼时效制度的结论。可是，该结论是不适当的，因为该损害赔偿请求权宜适用诉讼时效制度。其四，基于主权利和从权利相互关系的规则及理论，采用从请求权说，容易得出物权及其请求权转让，《物权法》第37条、第242条和第244条规定的损害赔偿请求权也随之转让的结论。可是，这种模式僵硬，不利于物权人（受侵害人）审时度势地决定哪种财产权流转，哪种财产权不转让，人为地限制了物权人（受侵害人）单独地将该损害赔偿请求权转让或单独地转让物权及其请求权的自由度，在一定程度上降低了物权人（受侵害人）保有的财产权的价值。这也反映出从请求权说的不足。其五，从请求权说不利

于物权人之点还表现在：物权人将受侵害的物权质押（动产场合）或抵押（动产、不动产场合）给他人的场合，物权请求权作为物权的从权利，应为质权或抵押权的效力所及，除非另有规定或约定；同理，《物权法》第37条、第242条和第244条规定的损害赔偿请求权作为物权请求权的从权利，亦为质权或抵押权的效力所及，除非另有规定或约定。显然，这限制了物权人处分该损害赔偿请求权的权利，不利于物权人依实际情况而将该损害赔偿请求权自己实现或转让与他人，以获取最佳的经济效益。

还有，无权占有场合适用“所有权人—占有人关系”规则，有权占有场合适用侵权责任法规则，这种分裂地适用法律的思路，在中国现行法的规定下，难以发现有何积极价值；德国民法的“所有权人—占有人关系”规则，是仅仅适用于无权的自主占有人，还是也适用于无权的他主占有人，存在疑问，在中国现行法上就更加疑惑不解；中国现行法亦未像《德国民法典》那样设计“所有权人—占有人关系”规则，民法人对该规则及其理论是陌生的；侵害物权所生损害赔偿请求权何时作为附属于物权请求权的从请求权，适用“所有权人—占有人关系”的规则，何时作为独立的侵权损害赔偿请求权，适用侵权责任法的规定，较为复杂，不宜把握，很少有立法例及其理论沿袭；按照侵权责任法处理个案，尚未发现或想象到有何不妥。

有鉴于此，笔者坚持通说，把中国《物权法》第37条、第242条和第244条规定的损害赔偿请求权解释为侵权的损害赔偿请求权，属于侵权责任法的范畴；而不一律将之作为物权请求权的从请求权。对于《民法典》第238条、第459条和第461条规定的损害赔偿请求权也作此解释。

就该损害赔偿请求权与诉讼时效之间的关系而言，它适用诉讼时效制度。

（二）恢复原状请求权与物权请求权、债权请求权之间的关系

《物权法》第36条规定的“修理、重作、更换”本属于合同法上的救济方式，不属于物权的保护方式，《物权法》把它们作为物权保护方式规定并不适当，此处不讨论它。

《物权法》第36条规定的“恢复原状”，与《民法通则》第134条第1款第5项及《侵权责任法》第15条第1款第5项规定的恢复原状同义，是指在物权人的有体物被他人不法损坏的情况下，请求侵害人将该物修复如初。这里的恢复原状为损害赔偿的一种表现形式，属于侵权责任的一种方式。一旦该损害赔偿构成，受害人就有权请求责任人

予以赔偿，责任人就有义务满足受害人的该项请求，从而在双方之间形成债权债务关系。在这个层面上观察，此类损害赔偿关系属于债的范畴。债权一般适用诉讼时效制度。

既然恢复原状请求权属于损害赔偿请求权的范畴，那么，它与《物权法》第37条规定的损害赔偿请求权应当同样对待，即不宜按照德国民法“所有权人—占有人关系”规则及其学说处理，而应将之作为独立的侵权损害赔偿请求权对待。如此，它应当适用诉讼时效制度。

既然《物权法》第37条规定的损害赔偿请求权不是物权请求权，而是债权请求权；既然《民法典》第238条基本上是《物权法》第37条的复制，那么，《民法典》第238条规定的损害赔偿请求权就不是物权请求权，而是债权请求权。

第二百三十九条

本章规定的物权保护方式，可以单独适用，也可以根据权利被侵害的情形合并适用。

本条主旨

本条是关于物权保护方式可以单独运用也可以聚合的规定。

相关条文

《民法通则》第134条第2款 以上承担民事责任的方式，可以单独适用，也可以合并适用。

《民法总则》第179条第3款 本条规定的承担民事责任的方式，可以单独适用，也可以合并适用。

《物权法》第38条 本章规定的物权保护方式，可以单独适用，也可以根据权利被侵害的情形合并适用。

侵害物权，除承担民事责任外，违反行政管理规定的，依法承担行政责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

理解与适用

本条所谓物权保护方式，包括物权确认请求权、物权请求权、损害赔偿请求权及不当得利返还请求权等债权请求权。

这些物权保护方式，可以单独运用，也可以根据权利被侵害的情形合并运用。所谓合并运用，就是在符合构成要件的前提下，物权人可以向行为人请求若干种保护方式。须注意，合并运用必须符合如下条件：一是拟主张的每种保护方式都必须具备了成立要件；二是必须是物权人向行为人主张，二者缺一不可。若不具备成立要件，即使物权人主张了，也不可得到支持。虽然已经具备成立要件，物权人不主张，裁判者不可依职权裁判行为人实施救济措施。

所谓具备成立要件，暗含着这样的意思和精神：物权人同时向行为主张多重保护方法时，不得双重获利，以免对行为人不公。例如，物权人行使物的返还请求权之后，其物权可依其意思行使，不再有障碍，也无财产损失，那么，该物权人不得向该行为人请求排除妨害，也不得请求赔偿损失。

在解释本条时，笔者之所以未用本条所使用的“适用”一词，而使用“运用”的概念，是因为在笔者经过研习法学而形成的先见中，适用是指国家机关、公职人员以及被授权的单位依其职权范围，通过法定程序实施法律规范的一种方式。它是国家机关、公职人员以及被授权的单位的专有活动，具有公务的性质；是按照法定程序把法律规范的一般规定应用于具体情况，导致一定的法律后果，并表现为一定法律文件的活动方式来实现法律规范，如司法机关依照诉讼程序将法律规范应用于具体案件，作出判决，并以判决书的法律文件形式宣告一定法律关系的产生、改变或废止。^[253]据此判断，《民法典》第239条所定内容，是诸如物的返还请求权等权利在个案中可以一并主张，而非法律适用层面的活动。

注释

[1]例如，《民法典》第807条规定的承包方对发包方享有的工程款债权属于优先权；《企业破产法》第113条规定的职工对破产企业享有的工资债权，医疗、伤残补助、抚恤费用的债权，优先于普通破产债权。

[2]目前德国民法的通说把物权作为归属权，或称物的财产归属权，并将之分为两种，归属权（即物直接归属权利人）与绝对的归属权（即对抗任何人的效力）。Swab/Putting, Sachenrecht, 28. Aufl., München: Beck, 1999, Rdhr. 14; M. Wolf, Sachenrecht, München, 1999, Rdhr. 1.转引自蔡明诚：《论物权的概念与类型》，载《财产法学篇》（一），台北，学林文化事业有限公司2002年版，第105页。

[3][德]冯·图尔：《德国民法总论》，第1卷，第18章注释第26和第2卷第1部分，第54章注释第36。转引自[德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译，谢怀栻校，北京，法律出版社2003年版，第403

页。

[4]王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第38～39页。

[5][日]我妻荣：《日本物权法》，有泉亨修订，李宜芬校订，台北，五南图书出版公司1999年版，第9～10、10页。

[6][日]我妻荣：《日本物权法》，有泉亨修订，李宜芬校订，台北，五南图书出版公司1999年版，第9～10、10页。

[7][日]田山辉明：《物权法》（增订本），陆庆胜译，齐乃宽、李康民审校，北京，法律出版社2001年版，第105～106页。

[8]《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第17条、《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第28条规定，在具备若干条件的情况下债权人有权对抗强制执行。

[9]详细论述，见崔建远：《准物权研究》，北京，法律出版社2003年版，第26页；崔建远：《土地上的权利群研究》，北京，法律出版社2004年版，第32～34页。

[10]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第73页。

[11]限定物权一语，系日本学者松冈义正所创，最早源出于罗马法*jus in re aliena*。转引自谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第76页；陈华彬：《物权法原理》，北京，国家行政学院出版社1998年版，第78页。

[12][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第46～47页；申卫星：《期待权基本理论研究》，北京，中国人民大学出版社2006年版，第12～42页。

[13]马克思：《资本论》（第1卷），郭大力、王亚南译，上海，上海三联书店2009年版，第40、101、108、39页。

[14]马克思：《资本论》（第1卷），郭大力、王亚南译，上海，上海三联书店2009年版，第40、101、108、39页。

[15]马克思：《资本论》（第1卷），郭大力、王亚南译，上海，上海三联书店2009年版，第40、101、108、39页。

[16]马克思：《资本论》（第1卷），郭大力、王亚南译，上海，上海三联书店2009年版，第40、101、108、39页。

[17]全国人民代表大会法律委员会在2006年10月27日十届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议上《关于〈中华人民共和国物权法（草案）〉修改情况的说明》，载全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室编著：《物权法立法背景与观点全集》，北京，法律出版社2007年版，第57页。

[18]周栢：《罗马法提要》，北京，北京大学出版社2008年版，第16页。

[19]参考胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第28页。

[20]王兆国：《关于〈中华人民共和国物权法（草案）〉的说明》（在2007年3月8日第十届全国人民代表大会第五次会议上），载全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室编著：《物权法立法背景与观点全集》，北京，法律出版社2007年版，第7页。

[21][日]我妻荣：《债权在近代法中的优越地位》，王书江、张雷译，谢怀栻校，北京，中国大百科全书出版社1999年版，第6～7页。

[22]王兆国：《关于〈中华人民共和国物权法（草案）〉的说明》（在2007年3月8日第十届全国人民代表大会第五次会议上），载全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室编著：《物权法立法背景与观点全集》，北京，法律出版社2007年版，第6页。

[23]王兆国：《关于〈中华人民共和国物权法（草案）〉的说明》（在2007年3月8日第十届全国人民代表大会第五次会议上），载全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室编著：《物权法立法背景与观点全集》，北京，法律出版社2007年版，第6页。

[24]石凤友：《我国土地征收法律制度研究》，载房绍坤、王洪平主编：《不动产征收法律制度纵论》，北京，中国法制出版社2009年版，第156页。

[25]周栢：《罗马法提要》，北京，北京大学出版社2008年版，第18～24页。

[26][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第176页。

[27]王利明：《物权法研究》（修订版）（上卷），北京，中国人民大学出版社2007年版，第148～149页；王兆国：《关于〈中华人民共和国物权法（草案）〉的说明》（在2007年3月8日第十届全国人民代表大会第五次会议上），载全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室编著：《物权法立法背景与观点全集》，北京，法律出版社2007年版，第6～7页。

[28]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第30页。

[29]参见[德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第177、180～181页；崔建远：《物权：规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》（上册），北京，清华大学出版社2011年版，第269～270页。

[30]王利明：《物权法研究》（修订版）（上卷），北京，中国人民大学出版社2007年版，第150页。

[31]王兆国：《关于〈中华人民共和国物权法（草案）〉的说明》（在2007年3月8日第十届全国人民代表大会第五次会议上），载全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室编著：《物权法立法背景与观点全集》，北京，法律出版社2007年版，第6页。

[32]参见[德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译，谢怀栻校，北京，法律出版社2003年版，第313～315页；刘得宽：《民法总则》（增订4版），北京，中国政法大学出版社2006年版，第158页；王泽鉴：《民法总则》（增订版），台北，三民书局有限公司2000年，第258页。

[33]参见佟柔主编：《民法原理》（修订本），北京，法律出版社1986年版，第145页；金平主编：《民法学教程》，呼和浩特，内蒙古大学出版社1987年版，第182页。

[34]参考[日]我妻荣：《日本物权法》，有泉亨修订，李宜芬校订，台北，五南图书出版公司1999年版，第228页；[日]田山辉明：《物权法》（增订本），陆庆胜译，北京，法律出版社2001年版，第112页。

[35]王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第92页。

[36][日]鹰巢信孝：《物权变动论的法理的检讨》，九州大学出版会1994年版。转引自王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第73页。

[37]王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第72～73页。

[38]关于债权形式主义的详细论述，请见王轶：《物权变动论》，北京，中国人民大学出版社2001年版，第48页以下。

[39]《有关不动产登记的规定、实际情况和意见》，载全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室编著：《物权法立法背景与观点全集》，北京，法律出版社2007年版，第201～202页。

[40]<https://baike.baidu.com/item/%E4%B8%8D%E5%8A%A8%E4%BA%A7%E7%99%BB%E8%AE%B0/2666287?fr=aladdin>. 2020年3月18日最后访问。

[41]应松年：《行政法学新论》，北京，中国方正出版社1998年版，第246页；崔建远、孙佑海、王宛生：《中国房地产法研究》，北京，中国法制出版社1995年版，第238页；梁慧星主编：《中国物权法研究》（上），北京，法律出版社1998年版，第199页；王利明主编：《中国物权法草案建议稿及说明》，北京，中国法制出版社2001年版，第187页；王达：《物权法中的行政法问题：不动产登记制度》，载《人民法院报》2007年3月27日；[德]Lent-Schwab, Sachenrecht, 17Aufl. 1979, S. 43f. 转引自王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第5册），北京，北京大学出版社2009年版，第5页。

[42]王轶：《物权变动论》，北京，中国人民大学出版社2001年版，第93页。

[43]信息来源：<https://baike.baidu.com/item/%E4%B8%8D%E5%8A%A8%E4%BA%A7%E7%99%BB%E8%AE%B0/2666287?fr=aladdin>. 2020年3月18日最后访问。

[44]信息来源：<https://baike.baidu.com/item/%E4%B8%8D%E5%8A%A8%E4%BA%A7%E7%99%BB%E8%AE%B0/2666287?fr=aladdin>. 2020年3月18日最后访问。

[45]信息来源：<http://finance.people.com.cn/n/2014/0422/c1004-24925747.html>. 2020年3月18日最后访问。

[46]信息来源：<https://baike.baidu.com/item/%E4%B8%8D%E5%8A%A8%E4%BA%A7%E7%99%BB%E8%AE%B0/2666287?fr=aladdin>. 2020年3月18日最后访问。

[47]信息来源：<https://baike.baidu.com/item/%E4%B8%8D%E5%8A%A8%E4%BA%A7%E7%99%BB%E8%AE%B0/2666287?fr=aladdin>. 2020年3月18日最后访问。

[48]崔建远：《实体法与程序法相辅相成——法释〔2016〕5号之解读、评论与升华》，载《现代法学》2016年第6期，第178～179页。

[49]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第47页。

[50]在《中华人民共和国物权法（草案）》的研讨会上，王胜明副主任发表了这种意见。

[51]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第48～49页。

[52]崔建远、戴孟勇：《合同自由与法治》（上），戴孟勇执笔，载高鸿钧等：《法治：理念与制度》，北京，中国政法大学出版社2002年版，第312页。

[53][德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译，谢怀栻校，北京，法律出版社2003年版，第63～64页；[德]迪特·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，北京，法律出版社2000年版，第657页；王泽鉴：《债法原理》，北京，法律出版社2009年版，第58页。

[54]陈自强：《民法讲义·I·契约之成立与生效》，北京，法律出版社2002年版，第127页。

[55][德]康德：《法律理论》（*Doctrine du droit*）。转引自尹田：《法国现代合同法》（第2版），北京，法律出版社2009年版，第26页。

[56][德]迪特·梅迪库斯（Dieter Medicus）：《德国民法总论》，邵建东译，北京，法律出版社2000年版，第142～143页。

[57]田士永：《物权行为理论研究》，北京，中国政法大学出版社2002年版，第325页。

[58]王轶：《论我国物权变动模式的立法选择》，载崔建远主编：《民法9人行》第1卷，香港，金桥文化出版（香港）有限公司2003年版，第124页。

[59]崔建远：《从立法论看物权行为与中国民法》，载《政治与法律》2004年第2期，第43页。

[60]关于中国法没有采取物权行为理论，笔者在不同阶段、针对不同争点、解释和评论不同规定而先后发表了数篇论文，可供有兴趣于物权行为者阅读和评论。请见崔建远：《无权处分辨》，载《法学研究》2003年第1期，第3～24页；崔建远：《从解释论看物权行为与中国民法》，载《比较法研究》2004年第2期，第6～76页；崔建远：《从立法论看物权行为与中国民法》，载《政治与法律》2004年第2期，第43～50页；崔建远：《物权：规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》（上册），北京，清华大学出版社2011年版，第79页以下；崔建远：《无权处分合同的效力、不安抗辩、解除及债务承担》，载《法学研究》2013年第6期，第77～79页；《处分行为理论真的那么美妙吗？——〈中华人民共和国民法总则〉不宜采取负担行为与处分行为相区分的设计》，载《中国政法大学学报》2016年第5期，第53～61页。

[61]关于中国法没有采取物权行为理论，笔者在不同阶段、针对不同争点、解释和评论不同规定而先后发表了数篇论文，可供有兴趣于物权行为者阅读和评论。请见崔建远：《无权处分辨》，载《法学研究》2003年第1期，第3～24页；崔建远：《从解释论看物权行为与中国民法》，载《比较法研究》2004年第2期，第6～76页；崔建远：《从立法论看物权行为与中国民法》，载《政治与法律》2004年第2期，第43～50页；崔建远：《物权：规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》（上册），北京，清华大学出版社2011年版，第79页以下；崔建远：《无权处分合同的效力、不安抗辩、解除及债务承担》，载《法学研究》2013年第6期，第77～79页；《处分行为理论真的那么美妙吗？——〈中华人民共和国民法总则〉不宜采取负担行为与处分行为相区分的设

计》,载《中国政法大学学报》2016年第5期,第53~61页。

[62]王胜明:《物权法制定过程中的几个重要问题》,载《法学杂志》2006年第1期,第37页;王胜明:《关于物权法若干问题的思考》,中国人民大学逸夫会议中心二层报告厅,2005年10月25日,载中国法学会民法学研究会、中国人民大学法学院、广东省律师协会编:《中国物权法疑难问题研讨会论文集》,2005年12月7日,第21页。

[63]佟柔、赵中孚、郑立主编:《民法概论》,北京,中国人民大学出版社1982年版,第61页;佟柔主编:《民法原理》,北京,法律出版社1983年第1版,第82、270页;佟柔主编:《民法原理》(修订本),北京,法律出版社1986年第2版,第98、101页;金平主编:《民法学教程》,呼和浩特,内蒙古大学出版社1987年版,第103、107页;马原主编:《中国民法讲义》(上册),全国法院干部业余法律大学编,1986年12月,第104页;唐德华主编:《民法教程》,北京,法律出版社1987年版,第84页;李源植主编:《民法学》(上),长春,吉林人民出版社1989年版,第140页;王利明、郭明瑞、方流芳:《民法新论》(上册),北京,中国政法大学出版社1988年版,第371页。

[64]参见谢在全:《民法物权论》(上册),台北,三民书局有限公司2003年7月修订2版,第85页。

[65]参阅全国人大常委会法制工作委员会民法室:《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》,北京,北京大学出版社2007年版,第24~25页;胡康生主编:《中华人民共和国物权法释义》,北京,法律出版社2007年版,第53~54页;黄松有主编:《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》,北京,人民法院出版社2007年版,第93页。

[66]参见王利明、尹飞、程啸:《中国物权法教程》,北京,人民法院出版社2007年版,第444页注1。

[67]梁慧星主编:《中国物权法草案建议稿:条文、说明、理由与参考立法例》,北京,社会科学文献出版社2000年版,第9、154~156页。

[68]王利明主编:《中国物权法草案建议稿及说明》,北京,中国法制出版社2001年版,第8、184~185页。

[69][德]鲍尔/施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,北京,法律出版社2004年版,第489页。

[70]王泽鉴:《民法物权·通则·所有权》(总第1册),台北,三民书局有限公司2003年8月增补版,第93页。

[71]地方人大、中央有关部门、单位和专家对《中华人民共和国物权法》(草

案)》(社会公开征求意见稿)的意见,载全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室编著:《物权法立法背景与观点全集》,北京,法律出版社2007年版,第138页。

[72]全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室编著:《物权法及其相关规定对照手册》,北京,法律出版社2007年版,第25~27页。

[73]全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室编著:《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》,北京,北京大学出版社2007年版,第16~17页。

[74]胡康生主编:《中华人民共和国物权法释义》,北京,法律出版社2007年版,第53~54页。

[75]谢在全:《民法物权论》(修订二版),台北,三民书局有限公司2003年版,第140~141页。

[76][日]我妻荣:《日本物权法》,有泉亨修订,李宜芬校订,台北,五南图书出版公司1999年版,第42~43页;[德]鲍尔/施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,北京,法律出版社2004年版,第276页。

[77]参见谢在全:《民法物权论》(上),台北,新学林出版股份有限公司2014年修订6版,第90页。

[78]参见谢在全:《民法物权论》(上),台北,新学林出版股份有限公司2014年修订6版,第90页。

[79]此处“此其二”“此其三”系北京大学法学院的潘剑锋教授、中国人民大学法学院的杨立新教授和笔者于2020年7月3日讨论疑难案件时形成的共识。特此致谢潘剑锋教授和杨立新教授!

[80]胡康生主编:《中华人民共和国物权法释义》,北京,法律出版社2007年版,第58页;李昊、常鹏翱、叶金强、高润恒:《不动产登记程序的制度建构》,北京,北京大学出版社2005年版,第390~391页。

[81]李昊、常鹏翱、叶金强、高润恒:《不动产登记程序的制度建构》,北京,北京大学出版社2005年版,第373页。

[82][德]鲍尔/施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,北京,法律出版社2004年版,第372~373、376~377页。

[83][德]鲍尔/施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,北京,法律出版社2004年版,第372~373、376~377页。

[84][德]鲍尔/施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,北京,法律出版社2004年版,第378、379~380、366页。

[85][德]鲍尔/施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,北京,法律出版社2004年版,第378、379~380、366页。

[86][德]鲍尔/施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,北京,法律出版社2004年版,第378、379~380、366页。

[87][德]鲍尔/施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,北京,法律出版社2004年版,第378、379~380、366页。

[88][德]鲍尔/施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,北京,法律出版社2004年版,第378、379~380、366页。

[89]转引自[德]鲍尔/施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,北京,法律出版社2004年版,第368~369页。

[90]胡康生主编:《中华人民共和国物权法释义》,北京,法律出版社2007年版,第60页。

[91][德]鲍尔/施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,北京,法律出版社2004年版,第369~370页。

[92][德]鲍尔/施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,北京,法律出版社2004年版,第420、419页。

[93]参见卢佳香:《预告登记之研究》,台湾辅仁大学硕士学位论文(1995),第212~214页;张龙文:《民法物权实务研究》,台北,汉林出版社1977年版,第170~171页;李昊、常鹏翱、叶金强、高润恒:《不动产登记程序的制度建构》,北京,北京大学出版社2005年版,第430页。

[94][德]鲍尔/施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,北京,法律出版社2004年版,第420、419页。

[95]李昊、常鹏翱、叶金强、高润恒:《不动产登记程序的制度建构》,北京,北京大学出版社2005年版,第431页。

[96][德]鲍尔/施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,北京,法律出版社2004年版,第419页。

[97][德]鲍尔/施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,北京,法律出版社2004年版,第422~423页。

[98]按照中国现行的抵押登记规则,就某不动产办理了预告后,登记机构不应再

为他人办理所有权、建设用地使用权、抵押权的本登记。但不排除预告登记没有记载于不动产登记簿之上的可能，以及个别工作人员违法地为他人办理本登记的情况。

[99]中国人民大学法学院教授王轶博士于2007年11月3日在由中国人民大学法学院、中国国际经济贸易仲裁委员会联合举办的“第二期仲裁员高级研修班”的讲座中持此观点。

[100]李昊、常鹏翱、叶金强、高润恒：《不动产登记程序的制度建构》，北京，北京大学出版社2005年版，第432页。

[101][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第426页。

[102][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第434、445～446、432页。

[103][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第434、445～446、432页。

[104][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第434、445～446、432页。

[105]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第64～65页。

[106]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第66～67页。

[107]梁慧星、陈华彬：《物权法》（第2版），北京，法律出版社2003年版，第84～85页。

[108]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年修订2版，第156页；王泽鉴《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第57页。

[109]司玉琢主编：《海商法专题研究》，大连，大连海事大学出版社2002年版，第68、94页。

[110]王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第134～136页。

[111]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年修订2版，第150页。

[112]王利明：《特殊动产物权变动的公示方法》，载《法学研究》2013年第4

期，第127页。

[113]假如《物权法》第23条所谓“转让”包括设立抵押权、质权，那么《物权法》第181条、第188条、第189条第1款关于动产抵押权、浮动抵押权的设立无需交付的规定，也是《物权法》第23条但书所指的法律。当然，严格地说，抵押权设立、质权设立属于处分，但不属于转让；物权的转让虽属处分，但只是处分的一种。抵押权设立、质权设立和物权转让，均属处分。此种分析和结论也适合于《民法典》的相应规定。

[114]这是有些专家、学者在中国民法学研究会于2013年9月29—30日在西南政法大学召开的年会上提出来的观点。

[115]王利明：《特殊动产物权变动的公示方法》，载《法学研究》2013年第4期，第131、133页。

[116]王利明：《特殊动产物权变动的公示方法》，载《法学研究》2013年第4期，第131、133页。

[117]王利明：《特殊动产物权变动的公示方法》，载《法学研究》2013年第4期，第130页。

[118]王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第137～139页；谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年修订2版，第152页。

[119]上海市徐汇区人民法院徐民三（民）初字第2350号民事判决书，北大法宝引证码CLI.C.941924。

[120]有关指令交付的理论介绍，参见庄加园：《德国法上三角关系的指令取得（Geheißerwerb）》，载崔建远主编：《学理与判例：民法原理与案例分析》，北京，法律出版社2010年版，第98页以下；[德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（下册），申卫星、王洪亮译，北京，法律出版社2006年版，第360页；王泽鉴：《民法物权》，北京，北京大学出版社2009年版，第98页。该信息来源于庄加园：《基于指示交付的动产所有权移转》注8，载《法学研究》2014年第4期，第169页。

[121]庄加园：《基于指示交付的动产所有权移转》注9，载《法学研究》2014年第4期，第169页。

[122]参考谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年修订2版，第153页。

[123]王利明：《物权法研究》（上册），北京，中国人民大学出版社2007年版，第210页；崔建远：《物权法》，北京，中国人民大学出版社2011年版，第87页；申卫星：《物权法》，北京，中国人民大学出版社2008年版，第126页；朱岩、高圣平、

陈鑫：《中国物权法评注》，北京，北京大学出版社2007年版，第170页。

[124]Hans Josef Wieling, Sachenrecht, 2. Auflage, Berlin und Herdelberg 2006, S. 322.转引自庄加园：《基于指示交付的动产所有权移转》注36，载《法学研究》2014年第4期，第174页。

[125]Felicitas Einsele-Wili, Die Vindikationszession, Zürich 1975, S. 52.转引自庄加园：《基于指示交付的动产所有权移转》注36，载《法学研究》2014年第4期，第174页。

[126]Staudinger/Wiegand, 2004, §931 Rn.11；Karl H. Neumayer, Die sogenannte Vindikationszession (§931 BGB) im dogmatischen Spannungsfeld zwischenÜbereignung und procuratio in rem, in Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag, 25. März 1970, Hrsg. von Kurt Kuchinke, München 1970, S. 308.转引自庄加园：《基于指示交付的动产所有权移转》注36，载《法学研究》2014年第4期，第174页。

[127]参考庄加园：《基于指示交付的动产所有权移转》，载《法学研究》2014年第4期，第174页。

[128]Karl H. Neumayer, Die sogenannte Vindikationszession (§931 BGB) im dogmatischen Spannungsfeld zwischenÜbereignung und procuratio in rem, in：Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag, 25. März 1970, Hrsg. von Kurt Kuchinke, München 1970, S. 310.转引自庄加园：《基于指示交付的动产所有权移转》注36，载《法学研究》2014年第4期，第175页。

[129]梁慧星主编，侯利宏执笔：《中国物权法研究》（上），北京，法律出版社1998年版，第109页；王利明：《物权法研究》（上册），北京，中国人民大学出版社2007年版，第223页；朱岩、高圣平、陈鑫：《中国物权法评注》，北京，北京大学出版社2007年版，第172页。

[130]参考庄加园：《基于指示交付的动产所有权移转》，载《法学研究》2014年第4期，第175、174～175页。

[131]参考庄加园：《基于指示交付的动产所有权移转》，载《法学研究》2014年第4期，第175、174～175页。

[132]崔建远：《准物权研究》，北京，法律出版社2003年版，第162～163页。

[133]庄加园：《基于指示交付的动产所有权移转》，载《法学研究》2014年第4期，第175页。

[134]庄加园：《基于指示交付的动产所有权移转》，载《法学研究》2014年第4期，第175页。

[135]王利明：《物权法研究》（上册），北京，中国人民大学出版社2007年版，第380页。

[136]Wolfgang Ernst, Eigenbesitz und Mobiliärerwerb, Tübingen 1992, S. 278; Werner Schubert, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung, Berlin 1966, S.164.转引自庄加园：《基于指示交付的动产所有权移转》，载《法学研究》2014年第4期，第171页。

[137]王泽鉴：《民法物权》，北京，北京大学出版社2009年版，第98页；朱岩、高圣平、陈鑫：《中国物权法评注》，北京，北京大学出版社2007年版，第156页；杨代雄：《拟制交付在物权公示中的效力——兼谈我国〈物权法〉第26条的修订》，载《重庆工学院学报》（社会科学版），2008年第6期，第89页。

[138]庄加园：《指示交付下的动产所有权移转》，载《法学研究》2014年第4期，第169页。

[139]谢在全：《民法物权论》（上），台北，新学林出版股份有限公司2010年修订5版，第133页。

[140]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年修订2版，第137页。

[141]史尚宽：《物权法论》，台北，荣泰印书馆股份有限公司1979年版，第35～36页。

[142]参考谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第126页。

[143]这种思路，见谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第126页。

[144]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第78～79页。

[145]最高人民法院民事审判第一庭：《物权法司法解释（一）：理解与适用》，北京，人民法院出版社2016年版，第212、213、214、214页注4、214～215页。

[146]最高人民法院民事审判第一庭：《物权法司法解释（一）：理解与适用》，北京，人民法院出版社2016年版，第212、213、214、214页注4、214～215页。

[147]最高人民法院民事审判第一庭：《物权法司法解释（一）：理解与适用》，北京，人民法院出版社2016年版，第212、213、214、214页注4、214～215页。

[148]常怡：《民事诉讼法学》，北京，中国政法大学出版社1999年版，第137

页。

[149]最高人民法院民事审判第一庭：《物权法司法解释（一）：理解与适用》，北京，人民法院出版社2016年版，第212、213、214、214页注4、214～215页。

[150]最高人民法院民事审判第一庭：《物权法司法解释（一）：理解与适用》，北京，人民法院出版社2016年版，第212、213、214、214页注4、214～215页。

[151]谢在全：《法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年版，第128～129页。

[152]崔建远：《物权法》（第3版），北京，中国人民大学出版社2014年版，第66页。

[153]最高人民法院民事审判第一庭：《物权法司法解释（一）：理解与适用》，北京，人民法院出版社2016年版，第212～218页。

[154]最高人民法院民事审判第一庭：《物权法司法解释（一）：理解与适用》，北京，人民法院出版社2016年版，第218～226页。

[155]最高人民法院民事审判第一庭：《物权法司法解释（一）：理解与适用》，北京，人民法院出版社2016年版，第219页。

[156]崔建远：《物权：规范与学说——以中国物权的解释论为中心》（上册），北京，清华大学出版社2011年版，第95～113页；崔建远：《物权法》（第3版），北京，中国人民大学出版社2014年版，第451页。

[157]王泽鉴：《民法物权》，北京，北京大学出版社2009年版，第242页；谢在全：《民法物权论》（上），台北，新学林出版股份有限公司2010年修订5版，第546页。

[158]谢在全：《民法物权论》（上），台北，新学林出版股份有限公司2010年修订5版，第551页。

[159]谢在全：《民法物权论》（上），台北，新学林出版股份有限公司2010年修订5版，第555～558页。

[160]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第79页。

[161]崔建远：《征收制度的调整及体系效应》，载《法学研究》2014年第4期，第72～73页。

[162]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第82页。

[163]参考王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第117～118页。

[164]参考王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第114页。

[165]这种思路，见谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第126页。

[166][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第253～254、255、258、259、260页。

[167][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第253～254、255、258、259、260页。

[168][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第253～254、255、258、259、260页。

[169][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第253～254、255、258、259、260页。

[170]《联邦宪法法院判例集》，第58卷，第300页。转引自[德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第260页。

[171]《联邦宪法法院判例集》，第56卷，第249页。转引自[德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第260页。

[172][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第253～254、255、258、259、260页。

[173]王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第13页。

[174]“土地法”第208条以下、“土地征收条例”和“司法院”大法官相关解释。转引自王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第70页。

[175]吴庚：《行政法之理论与实务》，台北，三民书局有限公司2000年增订第6版，第652页以下；王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第70页。

[176]佟柔主编：《民法原理》（修订本），北京，法律出版社1986年第2版，第146页；陈国柱主编：《民法学》，长春，吉林大学出版社1987年第2版，第141页；李由义主编：《民法学》，北京，北京大学出版社1988年版，第184页；王利明：《物

权法论》（修订本），北京，中国政法大学出版社2003年修订版，第96页。

[177][德]巴杜拉（Badura）：《法学工作报》，1984年，第83页。转引自[德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第262页。

[178][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第263、264页。

[179][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第263、264页。

[180]王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第67页；王利明：《物权法论》（修订本），北京，中国政法大学出版社2003年7月修订版，第96～97页。

[181]传统民法理论把停止侵害请求权和排除妨碍请求权合并为一种物权请求权，取名为妨害除去请求权；将消除危险请求权叫作妨害防止请求权。

[182][日]我妻荣：《日本物权法》，有泉亨修订，李宜芬校订，台北，五南图书出版公司1999年版，第20页。

[183][日]我妻荣：《日本物权法》，有泉亨修订，李宜芬校订，台北，五南图书出版公司1999年版，第19～20页。

[184][日]田山辉明：《物权法》（增订本），陆庆胜译，齐乃宽、李康民审校，北京，法律出版社2001年版，第17页。

[185]史尚宽：《物权法论》，台北，荣泰印书馆股份有限公司1979年第5次印刷，第10页。

[186]郑玉波：《民法物权》，台北，三民书局有限公司1988年2月修订第12版，第24页。

[187]寇志新总编：《民法学》，西安，陕西人民出版社1998年版，第314～315页。

[188]梁慧星主编：《中国物权法研究》（上），北京，法律出版社1998年版，第89页。

[189]陈华彬：《物权法原理》，北京，国家行政学院出版社1998年版，第97页。

[190]魏振瀛主编：《民法》，北京，北京大学出版社、高等教育出版社2000年版，第208页。

[191][德]曼弗雷德·沃尔夫：《物权法》，吴越、李大雪译，北京，法律出版社2002年版，第143页。

[192]王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第65页。

[193]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订第2版，第48页。

[194]王利明：《物权法论》（修订本），北京，中国政法大学出版社2003年版，第96页。

[195]Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Erster Band, Literarische Anstalt, Frankfurt a. M., 1990. achte Auflage, S.140, 141 Anm. 3.转引自金可可：《温德沙伊德论债权与物权的区分》，载王洪亮、张双根、田士永主编：《中德私法研究》（第1卷），北京，北京大学出版社2006年版，第165页。

[196][德]罗尔夫·克尼佩尔：《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》，朱岩译，杜景林、卢谡校，北京，法律出版社2003年版，第251页。

[197]刘凯湘：《论基于所有权的物权请求权》，载《法学研究》2003年第1期，第26页。

[198]崔建远：《准物权研究》，北京，法律出版社2003年版，第162～163页。

[199][德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔、邵建东、程建英、徐建国、谢怀栻译，谢怀栻校，北京，法律出版社2003年版，第327页。

[200][德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔、邵建东、程建英、徐建国、谢怀栻译，谢怀栻校，北京，法律出版社2003年版，第257页。

[201][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第13页。

[202][德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔、邵建东、程建英、徐建国、谢怀栻译，谢怀栻校，北京，法律出版社2003年版，第257页。

[203][日]谷口安平：《程序的正义与诉讼》（增补本），王亚新译，北京，中国政法大学出版社2002年版，第7页。

[204][美]格伦顿、戈登、奥萨魁：《比较法律传统》，米建、贺卫方、高鸿钧译，北京，中国政法大学出版社1993年版，第139页；沈达明、冯大同、赵宏勋：《国际商法》（上册），北京，对外贸易出版社1982年版，第23页。

[205]刘春堂：《民法债编各论》（下），台北，三民书局有限公司2008年版，第

309~310页。

[206]张卫平：《民事诉讼法》，北京，法律出版社2004年版，第281页；邵明：《民事诉讼法学》，北京，中国人民大学出版社2007年版，第418~419页。

[207]张卫平：《民事诉讼法》，北京，法律出版社2004年版，第417~418页。

[208]邵明：《民事诉讼法学》，北京，中国人民大学出版社2007年版，第563页。

[209]张卫平：《民事诉讼法》，北京，法律出版社2004年版，第418、281页。

[210]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第84页。

[211]张卫平：《民事诉讼法》，北京，法律出版社2004年版，第418、281页。

[212]张卫平：《民事诉讼法》，北京，法律出版社2004年版，第5页。

[213]<https://baike.baidu.com/item/%E4%BB%B2%E8%A3%81/515081?fr=aladdin>. 2020年3月25日最后访问。

[214]郭明瑞、唐广良、房绍坤：《民商法原理·物权法·知识产权法》（总第2册），北京，中国人民大学出版社1999年版，第60页。

[215]王利明主编：《中国物权法草案建议稿及说明》，北京，中国法制出版社2001年版，第206~210页；梁慧星：《物权法草案（第二次审议稿）若干条文的解释与批判》，载易继明主编：《私法》（第5辑·第1卷），北京，北京大学出版社2005年版，第20页。

[216]崔建远：《土地上的权利群研究》，北京，法律出版社2004年版，第376页。

[217]刘凯湘：《论基于所有权的物权请求权》，载《法学研究》2003年第1期，第27页。

[218]梁慧星教授认为，物权确认请求权是一种诉权（见梁慧星：《物权法草案（第二次审议稿）若干条文的解释与批判》，载《民商法学》2005年第8期，第13页）。季秀平博士认为，物权确认请求权具有裁判请求权的属性（见季秀平：《物权之民法保护制度研究》，北京，中国法制出版社2006年版，第115页）。

[219]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第85页。

[220]黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法

院出版社2007年版,第135~136、136页。

[221]黄松有主编:《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》,北京,人民法院出版社2007年版,第135~136、136页。

[222]梁慧星主编:《中国物权法草案建议稿条文、说明、理由与参考立法例》,北京,社会科学文献出版社2000年版,第211页;王利明主编:《中国物权法草案建议稿及说明》,北京,中国法制出版社2001年版,第208页。

[223]王泽鉴:《民法物权·通则·所有权》(总第1册),台北,三民书局有限公司2003年8月增补版,第167、169页。

[224]王泽鉴:《民法物权·通则·所有权》(总第1册),台北,三民书局有限公司2003年8月增补版,第167、169页。

[225]北京大学法学院教授刘凯湘教授主张区分间接占有的情形而定,详见刘凯湘:《论基于所有权的物权请求权》,载《法学研究》2003年第1期,第29页。

[226]王泽鉴:《民法物权·通则·所有权》(总第1册),台北,三民书局有限公司2003年8月增补版,第168、167、169、176~177、177、177页。

[227]王泽鉴:《民法物权·通则·所有权》(总第1册),台北,三民书局有限公司2003年8月增补版,第168、167、169、176~177、177、177页。

[228]王泽鉴:《民法物权·通则·所有权》(总第1册),台北,三民书局有限公司2003年8月增补版,第168、167、169、176~177、177、177页。

[229]王泽鉴:《民法物权·通则·所有权》(总第1册),台北,三民书局有限公司2003年8月增补版,第168、167、169、176~177、177、177页。

[230]王泽鉴:《民法物权·通则·所有权》(总第1册),台北,三民书局有限公司2003年8月增补版,第168、167、169、176~177、177、177页。

[231]王泽鉴:《民法物权·通则·所有权》(总第1册),台北,三民书局有限公司2003年8月增补版,第168、167、169、176~177、177、177页。

[232]王泽鉴:《民法物权·通则·所有权》(总第1册),台北,三民书局有限公司2003年8月增补版,第167、178页。

[233]王泽鉴:《民法物权·通则·所有权》(总第1册),台北,三民书局有限公司2003年8月增补版,第167、178页。

[234]王泽鉴:《民法物权·通则·所有权》(总第1册),台北,三民书局有限公司2003年8月增补版,第167、178页。

[235]参考王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第181～182页。

[236][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第227、231～232页。

[237][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第230～231页；王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第183页。

[238][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第227、231～232页。

[239]王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第183页。

[240][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第227页。

[241]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第88页。

[242]参见梁慧星主编：《中国物权法研究》（上），北京，法律出版社1998年版，第93～94页。

[243]相关文献，请参阅[日]淡路刚久：《公害裁判与环境再生》，载《环境与公害》第31卷第1号，第8页。转引自罗丽：《中日环境侵权民事责任比较研究》，清华大学法学院民商法学博士学位论文（2004），第211页。

[244]梁慧星主编：《中国物权法草案建议稿：条文、说明、理由与参考立法例》，北京，社会科学文献出版社2000年版，第210页。

[245][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第196～197页。

[246]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第513、519页。

[247][日]我妻荣：《日本物权法》，有泉亨修订，李宜芬校订，台北，五南图书出版公司1999年版，第454页；[日]田山辉明：《物权法》（增订本），陆庆胜译，齐乃宽、李康民审校，北京，法律出版社2001年版，第136页；史尚宽：《物权法论》，台北，荣泰印书馆股份有限公司1979年版，第526页；郑玉波：《民法物权》，台北，三民书局有限公司1988年修订12版，第402页；谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第623～624页；王泽鉴：《民法物权·

用益物权·占有》（总第2册），北京，中国政法大学出版社2001年版，第326页。

[248]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第518页。

[249][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第204页；王洪亮：《论所有权人与占有人关系——论所有物返还请求权及其从请求权》，载王洪亮、张双根、田士永主编：《中德私法研究》（第1卷），北京，北京大学出版社2006年版，第79～80页。

[250]在“2008年第六届东吴大学法学院主持的海峡两岸民法典暨吕光院长百岁冥诞纪念研讨会”上，东吴大学法学院的黄阳寿教授评论笔者所做报告时，阐发了这种观点，谨表谢意！

[251]在2008年11月中国人民大学民商事法律研究中心举办的侵权行为法前沿系列讲座上，中国人民大学法学院的王轶教授在评论笔者关于“制定侵权责任法应当注意与物权法的衔接”的报告时，阐发了这种观点。谨表谢意！

[252][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第204页。

[253]《法学词典》（增订版），上海，上海辞书出版社1984年版，第620页。

第二分编 所有权

本分编共辖六章，依次为“第四章 一般规定”、“第五章 国家所有权和集体所有权、私人所有权”、“第六章业主的建筑物区分所有权”、“第七章相邻关系”、“第八章共有”和“第九章所有权取得的特别规定”。

所有权，不但民法上有（《民法典》第240条等），哲学、经济学、宪法学等学科中也有，如经济学上的财产权（property right）概念、宪法上的所有权概念等。宪法上的所有权，是指应能受宪法对所有权的保障的所有财产利益，其客体也不仅仅是物，无形财产权、在不可把握的客体上所成立的著作权、集合物、财团以及企业等，它们均受宪法保护。所有权在宪法及其学说上，是所有权应作为什么样的地位而受到保护，而国家又是在何种程度上享有对这种地位的内容，予以规定和限制的权限。^[1]

民事主体创作产生的作品、从事科研而发明的技术以及商标等，也被赋予法律上之力，受到法律的保障，但在部门法分工明确的现代法律体系中，这些权利不被归入所有权之类，而是被设计为著作权（版权）、专利权、商标权等知识产权。它们与所有权相似，起着所有权能起的作用，还发挥着所有权所不能发挥的功能。有鉴于此，在知识产权法领域，所有权只存在于作品、专利技术等客体的载体上，如印刷着文字的书本、雕刻有人物造型的石版等，作品、专利技术等客体上存在的权利就只是著作权、专利权等知识产权，没有必要说还存在着所有权。称作品、专利技术等客体上同时竖立着知识产权和所有权，非但没有积极的价值，反而会导致混乱。

即使是民法上的所有权，也并非占有、使用、收益和处分四项权能的算术和，而是内涵丰富、效力全面、衍生力强的基本权利。这不仅表现在所有权还拥有所有物返还请求权、排除妨害请求权、消除危险请求权和个别场合的恢复原状请求权这些消极权能，而且表现在近现代法上的所有权蕴涵着的义务，更表现在占有等四项权能均被他人分享场合，所有权依然存续，仍旧是所有权人支配所有物的体现，而非所有权的消灭。在这个意义上，学说将所有权界定为所有权人一般地概括地支配其所有物并排除他人干涉的权利，更准确地揭示了所有

权的本质属性。这就是所有权的整体性。

从另一个方向看，在特定的情况下，某具体的所有权未必总能呈现出所有权人占有、使用、收益和处分其物的状态。例如，集体土地所有权，在实际上欠缺按照民法程序和方法所进行的流转，只有依照征收制度被归为国有这样一种法律上的处分形式。

所有权不但具有整体性，而且具有弹力性。弹力性所描述的是这样的状态和性质：占有、使用、收益乃至处分诸项所有权的权能，可以因法律的规定或当事人的约定被非所有权人分享，形成他物权。所有权因其标的物上设有用益物权或担保物权而受限制，但此类限制一旦除去，所有权即回复其完全的、圆满的状态。

所有权的弹力性在国家所有权中更为常见。国家所有权在许多情况下，其权能依法律规定而与所有权相分割，依情况而由国家机关、国家举办的事业单位分享（《民法典》第255条、第256条、第257条）。

[引申]

虽然准确的表述是所有权在内容或时间上不得加以分割，但为了方便和形象，人们时常把他人分享所有权的权能而形成他物权的现象，从所有权自身发生形变的角度描述，叫作所有权与其权能的分离。本释评书有时也如此行文。

在中国，除宅基地使用权可以永续存在之外，建设用地使用权、土地承包经营权等他物权具有期限性，存续期限届满，或导致他物权终止的其他事由出现，他物权就归于消灭。他物权消灭场合，构成其内容的占有、使用、收益诸项权能不是跟随它走进坟墓，而是回归入所有权之中。此时的所有权含有全部的权能，回复到圆满状态。所有权所具有的这种权能可以分离出去，自己出现“虚化”状态，权能又可以回归，使自己回复到圆满状态的属性，被称作所有权的弹力性。

所有权的弹力性，早在罗马法时就得到了承认，只不过表述有所不同。“所有权所一般保障的权利，甚至最基本的权利（如对物的处分权，转让权和请求返还权）都可能在不同程度上甚至在这个外延上，因某些关系或竞合的权利（如对转让或索还的禁止，地役权，用益权，永佃权，等等）而被从所有主那里剥夺；但是，即便在这些最一般的情况中，所有权仍潜在地保留着其完整性，因为上述关系或竞合权利的终止将使它当然地（*ipso iure*）重新取得它通常所固有的那些权利。这种主宰权的潜在在因权利竞合降低到最低限度之后，可能

重新得到扩张和充实，现代学者称这为‘所有权的弹性’。”^[2]罗马法的这种思想被后世所继受。“近代的所有权的全面支配权，并不是各种权能的综合，它的内容是混而为一的东西。……所有权中即使设定了他人的用益物权或担保物权，当这些权利消灭时，所有权能自然地复活全面的支配权能，即恢复到原先的完整的所有权。”^[3]“所有权人在自己没有能力或不必要自行行使所有权时，所有权人可以根据自己的意志和利益，将所有权的各项权能全部或部分地授与非所有人行使，以实现对其所有物的收益。这种所有权与其权能的分离是以所有权人与非所有人之间的主体的相互独立为基础，并形成所有权与用益物权、担保物权及债权（如租赁使用权）的对立。其分离和对立的基础就是所有权的弹力性。”^[4]也即“所有人为他人设定地上权及抵押权等各种他物权，虽其事实的内容几成一个空虚的权利，然所有人于保有处分力之限度内，其所有权尚不失其统一支配力。日后他物权消灭，所有权之负担被除去时，仍得恢复其原来之圆满的状态，而实现一般的支配权，此谓之所有权之弹力性或归一力”^[5]。

在这里，不应回避梅因的下述意见：在罗马法上，佃农具有一种有限的所有权，这在后来就成为“永佃权”^[6]。永佃权是一个显著的双重所有权的例子，这种双重所有权是封建财产权的特点。^[7]这似乎是在否定所有权与其权能分离，否定所有权的弹力性，但是，他下面的描述又表明所有权具有弹力性：在同时，我们不能以为租借人的所有权已经消灭或是停止了。他的所有权仍旧存在，因为他在（永佃权人）不付租金时有权收回租地，对于耕种的方式有一定的控制权。^[8]这又表现出所有权与其权能分离的属性，以及所有权的弹力性。

究竟孰是孰非？罗马法的直接规定可能更能说明问题。查士丁尼在《法学总论——法学阶梯》第二卷第四篇中说：“用益权可以从所有权中分离出来的，这种分离可采取各种不同方式。例如某人把用益权遗赠他人，则继承人只享有所有权，而受遗赠人则享有用益权；反之，如以遗产除去用益权遗赠他人，受遗赠人只享有所有权，而继承人则享有用益权。又可以把用益权遗赠一人，而以土地除去用益权遗赠另一人。如果不用遗嘱设定用益权，则应以约定和要式口约的方式为之。但是为了不使所有权由于用益权永远分开而完全陷于无用，经规定一定方式使用用益权消灭，而重新纳入所有权之内。”“用益权因用益权人将其权利移转于所有人（用益权移转于第三人的并不产生这一效果），或相反的情形，因用益权人取得物的所有权——这种情形称合并——而消灭。”“用益权终止时，它重新归属所有权，从此，原先只有所有权的人对物享有全部充分的权力。”^[9]用现代意识解释这些规定，就是它们含有所有权与其权能分离、所有权具有弹力性的思想。在笔者看来，它们已经承认了用益权自所有权派生，所有权是用

益权的母权；同时反映了所有权的弹性性。

查士丁尼在《法学总论——法学阶梯》第二卷第五篇曰：“单纯使用权的设定方式与用益权相同，也依用益权终止的各种方式而消灭。”^[10]这同样承认了所有权与其权能分离、所有权具有弹性性的思想。在笔者看来，它们已经承认了用益权自所有权派生，所有权是用益权的母权。

在所有权与其权能分离形成用益物权的情况下，被他人所分享的权能仅仅包括占有、使用和收益三项，不含有处分。换言之，用益物权欠缺处分标的物的效力，只拥有处分用益物权自身的效力。在所有权与其权能分离形成担保物权的情况下，自担保物权行使之时起，处分权从所有权中分离出去，归担保物权人享有，担保物权人可以处分担保物。不仅如此，在抵押权场合，自抵押权设立时起，抵押人对抵押物的处分权即受到限制（《民法典》第406条第2款、第408条）。

所有权的弹性性，在一个侧面的表现是所有权与其权能可以分离。

1.概念

所谓所有权与其权能分离的属性，指所有权的占有、使用、收益、处分诸项权能，可以基于一定的法律事实暂时由他人享有，大多形成他物权，有时形成租赁权、借用权等债权。这种状态的所有权自所有权人的角度观察，是其缺少若干权能，呈现“虚化”或曰“裸体化”；但就所有权这个物权而言，并未变成残缺不全的权利，只不过其权能由谁享有和行使有所不同罢了。打个可能不恰当的比喻，所有权的权能统归所有权人自我享有和行使时犹如一个健全之人，其部分权能由他人分享时仍未变成残障之人，依旧是健全之人，差别在于仅为自己服务还是也为他人服务。看来，分析和描述这个现象的理论，被命名为所有权与其权能分离原理，只是个较为形象的说法。

在所有权与其权能的分离场合，自所有权中分离出去的权能，并未消失殆尽，也没有自由游走，而是聚集在一起，形成了他物权，或者构成了租赁权、借用权等债权。限于论题的需要，此处主要研讨所有权与其权能分离而形成他物权的现象。

在所有权与其权能分离场合，从这些权能“所归”的角度观察，是它们聚集一处，形成了他物权。在这个意义上可以说“这些权能”就是他物权。如此，从这些权能“所出”的角度观察，也可以说从他物权“所出”的角度观察，可知他物权是自所有权中派生出来的。他物权“所

出”的权利为所有权，所有权的权能分离出去“所归”的权利是他物权。所有权就像母亲，他物权如同子女，用“母权”和“子权”的概念及其相互关系表达，就是所有权是产生他物权的“母权”，他物权为所有权生出的“子权”。这就是“他物权必然产生于自物权，自物权是他物权的母权；无母权则无他物权”的由来。

2.所有权乃他物权的母权：在罗马法时代的理论和实践

所有权与其权能分离，“他物权必然产生于自物权，自物权是他物权的母权；无母权则无他物权”，这是客观存在，并非法律人的随意杜撰。例如，“罗马法把物权分为自物权（*jus in re propria*）和他物权（*jus in re aliena*）。自物权是指物权的标的物属于权利人本人的物权，即所有权。他物权是指物权的标的物属于他人所有的物权。由于他物权是派生和依附于自物权的，因此自物权与他物权的关系是一种完全权与不完全权的关系。”^[11]“他物权是所有权派生的，并受设立时规定的特定目的所限制，因而又称为派生物权或限定物权。”^[12]“所有人鉴于社会的需要，也常常要自觉或不自觉地，自愿或被迫地出让自己的部分权能。而且，所有人同样可以出于本身需要，在一定范围和一定期间内舍弃、出让其部分权能，同时又可对自己的权利自行限制以取得实现权利的保障。”^[13]“罗马人所承认的物权形式或种类有：所有权，役权，永佃权，地上权，根据一般的观点还包括质权和抵押权。所有权是最显著和最广泛的权利，而且它同物本身融合在一起，因为物品以最绝对的方式归某人所有，其他物权尤其是役权是从属的权利，它们只能对已属某人所有的物而产生。罗马人称它们为*iura*（权利）或*iura in re*（对物的权利），现代人称其为‘他物权（*iura in re aliena*）’。”^[14]这些阐述十分清楚地表明：所有权的部分权能可以分离出去，他物权设立在他人所有的物上，他物权派生和依附于所有权。我们把这些话联系起来考虑，就不难得出结论：它们表达了所有权与其权能分离、所有权是产生他物权的母权的思想。

乌尔比安在《论萨宾》第17卷中说：“使用权（*usus*）属于一个人，无使用权的收益权（*fructus sine usu*）属于一个人，而所有权（*proprietas*）属于另一个人，这是可能的。”^[15]这表达了他物权和所有权分属于不同的人享有的意思，虽然没有直接言及他物权是否分享所有权的部分权能，由所有权派生而出，但只要我们联系其他法学家的相应论述，结合罗马法的有关规定，可以得出所有权可以与其权能分离的结论来。如果说这样的分析存在太多的笔者的联想，那么，下文则是直截了当地道出了所有权与其权能分离的理论。

3.所有权乃他物权的母权：在法国的实践和理论

在法国，传统观点认为，用益权是所有权的派生权利，表现为所有权中的使用权和收益权被赋予用益权人，而所有权的其他权利则属于虚有权人。……所有权的权能在所有权人和用益权人之间重新分配。用益权人享有使用权、收益权，虚有权人享有处分权，但其仅有处分虚有权的权利，而无消灭物的权利，使物具有不可转让性。这导致了用益权人和虚有权人的权利相互孤立。^[16]

毋庸讳言，法国的卡尔波尼埃等学者为了相对容易地确定虚有权人和用益权人之间的关系，使用益权的运用更为灵活，提出了“用益权不是所有权的派生权利，而是一种所有权在性质和期间上的限制，即一项‘临时所有权’对收益的限制”^[17]的观点。这颇有点用益权与所有权为同种权利的意味，并在实质上否定所有权与其权能分离的原理。对此应当如何认识？其一，卡尔波尼埃等学者的上述观点，试图将虚有权人和用益权人视为同等类别。可是事实上，只存在一个所有人，即虚有权人。他的地位才具有永久性。物的真正主人是虚有权人。虚有权才可以长期行使。^[18]而用益权的存续总是暂时的。因为假如它具有永久性，会导致所有权与其权能永久分离，也就是所有权权能与所有人永久分离，就令人想起身份权（le domaine eminent）和使用产权（le domaine utile）的封建分类。反言之，永久性权利不能成为用益权。^[19]其二，将用益权视为一项“临时所有权”，不符合大陆法系近现代关于一个有体物上不得并存两个所有权的理念，违反一物一权主义。其三，如果只是为了说明用益权属于“一种所有权在性质和期间上的限制”，为了相对容易地确定虚有权人和用益权人之间的关系，使用益权的运用更为灵活，依据用益权派生于所有权的理论，即所有权与其权能分离的原理，完全能够做到，大可不必另起炉灶。

4.所有权乃他物权的母权：在德国、日本的实践和理论

在德国，拉伦茨教授指出，权能如果没有从权利中分离出来，还不能独立地被转让时，它们本身就还不能被作为“权利”。比如，所有权人有权占有、使用、消费其所有物，将之改变形状，或将之毁灭，但他并不因此就用尽其权利。他可以将某种权能在一定的时间内从所有权中单分出来，并转让给他人，从而使他人享有所谓限制物权，比如，用益权。^[20]限制物权只赋予权利人在内容上、常常也在时间上对物以一定方式施加有限制的影响的权能，或赋予权利人一种对该项权利的处分权能。所有权人的权利受到上述限制时，这种权能就优先于所有权人的对物的支配权。^[21]鲍尔和施蒂尔纳教授认为，可分离性为所有权的一项特点。^[22]所有权人有可能为了他人的利益，自其完全权利中“分离”出去一部分权能，并且这种分离可以采取使该他人

取得一项物权性权利的方式。当然，这种分离并不是任意性的，而只能选择为立法所许可的权利类型；这些权利类型，就是所谓的一系列的限制物权。^[23]

上述观点在德国、日本均有学者主张。例如，德国、日本的学者在研讨权利质权的性质的过程中，出现了设定性让渡主义，认为权利质权设定人以出质的标的所必需为准，在既存权利的各项权能中分离出部分权能来，允许质权人行使，从而由这些权能形成一个新的权利，即质权。这就像物权设定场合，将既存的权利视为母权，将分割出的权能所形成的权利视为子权。子权和母权虽然形式一样，但内容不同。子权只是行使母权的一部分权能。子权在开始设定时，虽然与母权有着密切的关系甚至有着共同的命运，但是自其设定行为完成之后，就与母权完全分离，成为一种独立的、新的、不同种类的权利。拥有子权的质权人，不是作为代理人在行使他人的权能，而是在行使自己的权能。另一方面，母权依然留在设定人之处，本体没有受到损害，仅仅是部分权能被分割出去而作为了子权内容的权能，母权人在行使母权的各项权能时，遇到构成子权内容的特定权能时，将暂时地受到限制。^[24]

这是关于所有权乃他物权的母权的直接阐释。其实，所有权与其权能分离的属性和原理、所有权的弹力性，都与所有权乃他物权的母权一脉相承，都是所有权乃他物权的母权的理论依据。只要我们的视野广阔，融会贯通了民法理论，就不难得出这个结论。

5. 所有权与其权能的分离：在中国的实践

在中国，建设用地使用权人在建设用地上建造建筑物，确实使土地所有权人在建设用地使用权存续期间不能占有、使用该宗建设土地，收益体现为建设用地使用权出让金上。这些占有、使用和部分收益的权能哪里去了？没有消失无踪，而是凝聚成了建设用地使用权。与此相像，宅基地使用权人在集体所有的土地上建造住房，使得土地所有权人在宅基地使用权存续期间丧失了占有、使用该宗土地，收益大多没有体现，作为社区成员的福利的一部分留给了宅基地使用权人。在这个制度中，集体土地所有权中的占有权、使用权分离出去，形成了宅基地使用权。再如，土地承包经营权人在发包人所有的土地上从事农林牧渔，的确使土地所有权人在土地承包经营权存续期间不能占有、使用该宗土地，收益体现为收取承包费上。这些占有、使用和部分收益的权能哪里去了？形成了土地承包经营权。……

所有权与其权能分离的属性和原理，早在中国实行改革开放政策，讨论中国的国家所有权与国有企业的经营权的过程中，就被经济

学界和法律界普遍接受了。^[25]当然，这种所有权与其权能分离的现象早在古代法上就已经存在，所有权与其权能分离的理论形成于西方的民法学。

6. 所有权与其权能分离的属性、所有权的弹性性、所有权乃他物权的母权三者间的关系

行文至此，追问自然产生：所有权与其权能分离的属性、所有权的弹性性、所有权乃他物权的母权三者是什么关系？

通过上文的陈述可知，所有权与其权能分离的属性及其原理，关注点在于所有权自身及其包含的权能，以及这些权能具有分离的性质和能力，至于权能分离后的去向，是否形成权利，形成何种类型的权利，则在所不问。所有权乃他物权的母权，既关注权能的出处，又重视权能的去向，更强调所有权与他物权之间的派生关系。所有权的弹性性没有关心权能分离形成他物权，在这方面与所有权与其权能分离属性相同，但它概括了权能可以自所有权中分离出去又可以回归的现象，描述了所有权有时“虚化”有时“圆满”状态，这比所有权与其权能分离原理的直接含义完整，因为所有权与其权能分离原理的直接含义不包含权能可以回归，使所有权回复到圆满状态的内容。

三者的上述差别，是其字面含义与关注点所昭示出来的，并不一定表明这三者的本质果真不同。我们知道，在社会生活中，对事物属性的概括、一项理论的命名，出于更醒目、一针见血或者便于人们理解和记忆等原因，只侧重于一个方面或者某些方面属性的概括，没有揭示其全部意义，并不罕见；并且，选择哪个或者哪些侧重点而命名，最好为点睛之笔，取决于命名者主观好恶的情形也难以避免。所有权与其权能分离的属性、所有权的弹性性、所有权乃他物权的母权三者是否属于这种情形？需要探寻。就使用场合与频率而言，所有权的弹性性常用于描述所有权的法律性质的领域，所有权与其权能分离常用于阐明他物权的来源场合，众人早就如此概括和表达，民法人已经耳熟能详。所有权乃他物权的母权的命题亦非笔者的杜撰，只不过在探讨矿业权、取水权和渔业权的设定时，为了区别行政许可与（矿产资源、水资源的）所有权在创设这些准物权时所发挥的不同作用，为了表达得更为直接、更为顺畅，特意使用了这个命题，确实是事实。

所有权乃他物权的母权，完整的表述为“他物权必然产生于自物权，自物权是他物权的母权；无母权则无他物权”。这不过是所有权与其权能分离、所有权的弹性性在他物权创设方面的变形表述，其暗含意义的彰显，乃其题中应有之义。可以这样说，只要所有权与其权

能分离、所有权的弹力性是客观存在，以至于形成了法理，所有权乃他物权的母权就能屹立不倒。

除了整体性和弹力性以外，所有权还有永久性。所有权以永久存续为本质，当事人不得依合同预定其存续期间。这与建设用地使用权、土地承包经营权、抵押权等可以约定存续期间不同。不过，所有权的移转可以附加解除条件或终期，在解除条件成就或终期届满时发生所有权人的变更。但这不是对所有权的永续性的否定。^[26]

需要注意，中国现行法设计的以出让方式取得的建设用地使用权是有期限的，地上房屋的所有权也随之表现出了有期性（《民法典》第348条、第352条、第358条、第359条），与一般的所有权不同。

最后，所有权受到私法、公法的诸多限制，承载着义务，以维护社会公共利益。这就是所有权的社会性。在所有权中，自由与限制相伴，统为其内容。^[27]例如，《民法典》规定，业主行使权利不得危及建筑物的安全，不得损害其他业主的合法权益（第71条后段）；业主不得以放弃权利为由不履行义务（第272条后段）；业主不得违反法律、法规以及管理规约，将住宅改变为经营性用房（第279条前段）。

所有权在民法上乃至整个社会都十分重要，表现之一，所有权是物权制度的“基石”。所有权不但其自身即为物权制度的构成部分，而且因其权能分离而形成用益物权和担保物权，从而构成物权制度的“大厦”。没有所有权，就没有他物权。在这个意义上，可以说没有所有权就没有物权。由此可见所有权的基石地位。如果把物权制度比作黄河，那么，所有权就是其水源地。如果把物权制度看成一台发动机，那么，所有权就是其轴心。

表现之二，所有权是社会生活的法律前提。动产、不动产的所有权是生产和生活的法律前提。没有所有权，不得消费生活必需品、原材料，难以保障持久且稳定地利用生产资料，也就谈不上健康发展的社会生活。

表现之三，所有权制度是社会秩序的基础。社会秩序的核心之一是法律秩序，法律秩序的基础是财产法律制度的定型化。土地、房屋、水流、矿藏、森林及企业等财产的所有权一经确定，一个社会的基本结构即告形成。由此彰显了所有权制度是社会秩序的基础。

表现之四，所有权是人格独立与伦理发展的重要前提。个人的自我实现及人格发展，必须有其可以支配的财产。无所有权便无人格。

个人只有拥有财产才会经济自主，生存获得基本保障，这有助于人格的形成。废除私有财产会使个人沦为奴隶。私有财产通常由劳动获得，因此具有伦理性。所有权制度固然使人自私，但也会唤醒所有权人对家庭、后代的关怀，对社会的回馈，具有伦理价值。^[28]

表现之五，所有权是维护社会公共利益的法律手段。所有权受法律限制，附有义务，目的在于维护社会公共利益。例如，所有权人及使用权人可以自由支配其物，但须受相邻关系的限制，受环境保护法律的约束。就中国前个阶段的情况来看，建设用地使用权市场化以后，地价、房价日益攀升，居民取得建设用地使用权和房屋所有权更加困难，长此以往会影响社会安定，难以建成和谐社会。有鉴于此，政府颁布若干政策，试图限制房价增长过快的趋势：对房地产开发商的建设用地使用权加以约束，要求楼盘封顶后方可出售、所建房屋中必须有相当数量的90平方米以下的户型等；政府还在计划征收房地产保有税，力图通过这些措施满足不同阶层的居民对住房的不同需求，减少矛盾，构建和谐社会。

其实，所有权还是许多债赖以产生的前提，诸如买卖、互易、代物清偿、租赁等；也是债欲通过履行而达到的目标。

所有权本身应内在于一定的约束，是一种蕴涵着义务的权利。这种约束的产生，既基于对以国家形式所组成的社会公众需求的考虑，也源于对其他所有权人合法利益的尊重。^[29]就是说，所有权存在着限制，包括私法上的和公法上的限制。

私法规范对所有权的限制，其一表现在以私法规范限制所有权的行使，如禁止权利滥用原则、诚信原则等；其二表现在通过相邻关系限制相邻另一方行使其所有权的绝对自由。^[30]也可通过地役权制度达此目的。

所谓禁止权利滥用原则，是指民事主体行使民事权利，不得超越正当的范围，不得损害他人的合法权益，否则，即承担民事责任的原则。所有权的行使亦应受禁止权利滥用原则的限制。《民法典》第132条承认了这项原则。

[难点与争点]

对于权利滥用的判断标准如何，观点不一。（1）故意损害他人，如为遮挡邻居的采光而建高墙。法国早期的判例及理论，及属法国法系的比利时、荷兰的法官持有这个标准。墨西哥、埃及、叙利亚和利比亚的民法典采纳了这个标准。黎巴嫩、委内瑞拉和葡萄牙的法

律采取了灵活的标准，但其中包括这个标准。其不足表现在，故意的有无不易举证，遗漏了重大过失场合的权利滥用。（2）缺乏正当利益，如在自己土地上打了一眼无利于自己的水井，目的在于减少邻居水井中的水源。法国第二阶段的判例及理论，德国、瑞士等国的判例及理论持有这种标准。其不足表现在，与故意损害的标准很难区别，举证证明困难。（3）选择有害的方式行使权利，如不顾邻居关于“用薄材砌墙，镶嵌毛玻璃，既遮挡灰尘，又使光线透过阴暗之处”的要求，固执地砌起一堵共用的墙，其方式损害了邻居的利益。法国、瑞士、德国等国的某些法官、学者坚持这种观点。其不足表现在，损害应达到何种程度，主观状态如何，均不确定。（4）损害大于获利，如无意地将一小段墙砌在了邻居的土地上，23年后，邻居起诉恢复原状，而非损害赔偿。埃及、利比亚、叙利亚的法律坚持此说。其不足表现在，获益和损害的比例多大，以及主观状态如何，均不好把握。（5）不顾权利存在的目的，如船主拒绝邻居使用其船舶，而不管邻人妻子病情严重。苏联、黎巴嫩、委内瑞拉、葡萄牙的法律采纳这种标准。其不足表现在，该标准含糊不清，社会目的、经济目的难以实现，容易形成任意裁判。（6）违反侵权行为法的一般原则。法国法院目前采取这种标准。其不足表现在，权利滥用原则与侵权行为法如何分工？界限模糊；过失场合构成侵权责任，也构成权利滥用？值得怀疑。^[31]

这告诉我们，确立权利滥用的判断标准，区分权利滥用的类型，细化权利滥用的法律后果，是我们面临的艰巨而又必须完成的任务。

诚信原则系民法的基本原则，其统治领域不仅限于债法，而且涉及物权法，所有权的行使亦应遵循它。例如，甲租赁乙的房屋，租期届满后继续居住，系因甲妻即将生产婴儿。在这种背景下，乙要求甲搬出房屋，行使所有权，有违诚实信用，不应得到支持。

[辨析]

诚实信用（Treu und Glauben），在词源上可以追溯到拉丁语 *bona fides*，意思是忠实的行为（ein loyales Verhalten）。^[32]在德国民法上，就字面而言，“诚实（Treu）”是指建立在值得信赖、真诚和为他人着想基础上的对他人的外部行为和内心活动。“信用（Glauben）”是指对这种行为的信赖。^[33]所以，德语用词的字面意思可以理解成：（你）诚实，（我）信赖。两个字加在一起的意思是指，要把社会中普遍的社会道德观念融入权利中去。一方当事人有义务公平地考虑对方需要保护的利益，要正直和诚实地行事。^[34]总之，诚实信用，就是当事人相互之间基于对方对自己的考虑而产生的相互信任关系。至于“考虑”的性质和程度的确定，则原则上必须考虑

当事人行为的目的，或者如果是涉及法定的权利和义务，则须考虑规范的目的。^[35]从另一个角度来看，诚实信用实际上也是权利滥用的禁止。

权利失效期间限制所有权的行使，表现在他人不法侵害了所有权的场合，该所有权人在相当期间内不行使其物权请求权，依特别情事足以使该不法侵害者相信该所有权人不再行使其物权请求权的，则基于诚实信用原则不允许其再为主张物权请求权。不过，该所有权人可以主张损害赔偿请求权。

《民法典》规定的正当防卫、紧急避险、自助行为（第181条、第182条、第1177条），也限制了所有权的行使。

建筑物区分所有中还有特殊限制，如《民法典》规定，业主行使权利不得危及建筑物的安全，不得损害其他业主的合法权益（第272条后段）；业主不得以放弃权利为由不履行义务（第273条第1款后段）；业主不得违反法律、法规以及管理规约，将住宅改变为经营性用房（第274条前段）。所有这些，都限制了建筑物区分所有权的行使。

所有物上设立了他物权，所有权的行使显然受到了限制。

租赁、借用等合同生效，租赁物、借用物的占有、使用和收益都受到了限制。对租赁物的处分也受到优先购买权等因素的制约。

《民法典》设置的预告登记制度限制了开发商对商品房所有权的行使（第212条）。

公法上对所有权的限制，多出于保护公共利益，种类繁多，范围甚广。诸如《土地管理法》中的耕地保护规则，《大气污染防治法》等环境法规中的环境保护规则，《野生动物保护法》中的动物保护规则，文物法律法规中的文物保护规则等，都限制了所有权的行使。征收、征用也属于公法行为，它们更是限制了所有权。

依潘德克顿模式，人格抽象，且平等，于是对男女、贫富、贵贱等都视而不见，见而不管。这表现在所有权上同样是抽象的所有权，聚焦于不动产所有权、动产所有权之类，而不设张三所有权、李四所有权等规则。《物权法》制定过程中就有专家、学者如此主张。立法机关坚持“制定物权法是坚持社会主义基本经济制度的需要。坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展是国家在社会主义初级阶段的基本经济制度。通过制定物权法，明确国有财产和集体财产的范围、

国家所有权和集体所有权的行使、加强对国有财产和集体财产的保护，有利于巩固和发展公有制经济；明确私有财产的范围、依法对私有财产给予保护，有利于鼓励、支持和引导非公有制经济的发展”[36]。加上潘德克顿模式即使在其发祥地的德国也被突破，如其承认消费者作为主体（《德国民法典》第312条以下），颁行《住宅所有权法》，承认住宅所有权[37]，对所有权也从主体的角度加以区分和规定，不再墨守潘德克顿模式。这就是《物权法》着眼于所有权的主体，专设“国家所有权和集体所有权、私人所有权”一章（第五章，第45条以下）的根本原因。《民法典》予以承继，于“第二编物权”所辖“第二分编所有权”中设“第五章国家所有权和集体所有权、私人所有权”。

《民法典》对潘德克顿模式的突破还表现在“第二编物权”所辖“第二分编所有权”中设“第六章业主的建筑物区分所有权”。这是典型的为满足社会实际生活的需求而设置对策方案的表现。在中国这样人口众多、土地资源有限的国度里，建筑物区分所有普遍存在，且擅自改变住宅用途、打掉承重墙、停车库、停车位等纠纷不断，亟待解决。

不动产物权，特别是不动产所有权的行使，难免与其他不动产所有权及其他物权发生“你进我退”的权利的效力扩张和另外的物权效力萎缩的现象，解决远距离的不动产物权之间的此类问题由地役权制度担当，而解决相互毗邻的不动产物权之间的此类问题则交由相邻关系规则负责。所以，本分编安排相邻关系一章毫不奇怪。

单独所有权最有效率，但因交易的需要、家庭关系的连接等原因，由若干人共享一个所有权，也不鲜见。加上这些人相互承受何种、多少权利义务，相对复杂，法律设置专门的规则予以调整，十分必要。鉴于其为所有权的表现形式之一，故于“第二分编所有权”中设置“第八章共有”系逻辑的必然。

既然所有权如此重要，更加不得无缘无故地取得或丧失，必须存在“说得过去”的原因，才符合公平正义。因此，“第二分编所有权”中设有“第九章所有权取得的特别规定”，符合体系自洽的要求。

第四章 一般规定

《民法典》在多处突破潘德克顿模式，在所有权事项的“一般规定”中也是如此，它没有于界定所有权之后，规定所有权的种类、所

有权的效力、所有权的行使、所有权的消灭等所有权“自身”的内容，而是特别强调国家所有权及其优越地位，如赋权国家对于某些不动产、动产享有专属权（第242条）；强化对耕地的特殊保护（第244条），以保国家战略安全和全社会的福祉；明确征收、征用这些国家独有的特权，其对面就是消灭被征收财产的原所有权（第243条），在特定时期剥夺被征用财产的原物权人的占有、使用之权（第245条）。

看来，本章的六个条文中只有前两个条文属于民事法律规范，第240条属于所有权的概念，第245条则在宣明所有权的权能可被他人分享形成他物权。本章的后四个条文均非民事法律规范，而是宪法规范及行政法律规范。当然，国家对耕地实行特殊保护，在物权法内部也属于所有权等物权的社会性问题。这至少引出两个问题：其一，本章的标题用“一般规定”，名实不符；其二，欲全面、整体地把握所有权的规则，目光不得局限于本章的条文，必须放眼于整个《民法典》乃至全部中国法。例如，《民法典》第234条规定的物权确认请求权、第235条以下规定的物权请求权、第238条规定的损害赔偿请求权，都适用于所有权。

第二百四十条

所有权人对自己的不动产或者动产，依法享有占有、使用、收益和处分的权利。

本条主旨

本条是关于所有权的积极权能的规定。

相关条文

《民法通则》第71条 财产所有权是指所有人依法对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利。

《海商法》第7条 船舶所有权，是指船舶所有人依法对其船舶享有占有、使用、收益和处分的权利。

《物权法》第39条 所有权人对自己的不动产或者动产，依法享有占有、使用、收益和处分的权利。

理解与适用

本条规定了所有权的积极权能，包括占有、使用、收益和处分。所谓占有，是指对物的事实支配状态。所谓使用，是指按照物的性能，不毁损其物或变更其性质地加以利用，以满足其生产或生活上的需要。这是使用的典型形态。除此之外，所有权人对其所有物的利用即使未能完全依其性能，一般也应视为使用，除非其行为违反了公序良俗。所谓收益，是指收取物的孳息，包括天然孳息（如果树结的果实、母畜生的幼畜等）和法定孳息（租金、利息等）。

[论争]

有学者将收益扩展到运用原物进行生产活动所产生的利润等。^[38]如此，孳息只是收益的一部分。另有学者则认为，如果将收益概念扩展到利润等情况，会导致使用与收益难以分开，不如将二者合而为一，统称其为“用益”（Nutzungen），包括孳息（Früchte）和使用利益（Gebrauchsvorteile）。^[39]德国法上，用益还被区分为正常用益与过度用益，在实体法上，过度用益并不是经济上用益，而是对物的实体进行侵害的结果。所有权以外的第三人，即使是基于合同取得用益权利的第三人也不得过度用益。在存有过度用益的情况下，得将其返还给所有权人。^[40]

所谓处分，是指决定物在法律上或事实上的命运。决定物在法律上的命运，叫作法律上的处分，是指处分所有物（也是所有权）及所有权的某些权能。例如，出售所有物、出租所有物、抛弃所有权，以及在所有物上设立抵押权、质权等负担等。决定物在事实上的命运，称为事实上的处分，是指在事实上改变所有物的性状。例如，把作为所有物的食物吃掉、把作为所有物的煤炭焚烧掉等。

为法律上的处分，处分人应有处分权，所有权是拥有处分权的一种法律根据。

占有、使用、收益和处分是所有权在正常状态下的内容及表现，所有权人依据自己之力，无须借助他人的行为，即可进行，被称作所有权的积极权能。

本条未规定所有权的消极权能，并不意味着《民法典》否认所有权具有消极权能，而是为了避免重复，不再把第235条以下关于物权请求权的规定照搬于此，而是根据解释论（法教义学），所有权作为物权的一种，当然具有物权请求权。

务请注意，所有权具有整体性，即上文所述的所有权“并非占有、使用、收益和处分四项权能的算术和，而是内涵丰富、效力全

面、衍生力强的基本权利”。唯有如此，才可以解释诸如此类的现象：国家把动产交给国家机关，后者不但占有、使用这些动产，取得收益，而且还将其出卖，但仍曰国家对这样的财产拥有所有权。

[引申]

从实质上观察所有权的内容，可以看出它包括两方面的权能：一是对标的物管理的权能，二是从标的物收益的权能。所谓对标的物的管理的权能，是指决定如何维持和改善标的物，以及用何种方法进行收益和如何处分等权能。所谓从标的物收益的权能，是指以接受标的物产生的现实利益作为自己的得利的权能。这两种权能在单独所有权场合也许未被人们明显地意识到，但在共有场合却表现得十分明显。
[41]

第二百四十一条

所有权人有权在自己的不动产或者动产上设立用益物权和担保物权。用益物权人、担保物权人行使权利，不得损害所有权人的权益。

本条主旨

本条是关于所有权人可以就其所有物设立他物权的规定。

相关条文

《民法通则》第80条第1款 国家所有的土地，可以依法由全民所有制单位使用，也可以依法确定由集体所有制单位使用，国家保护它的使用、收益的权利；使用单位有管理、保护、合理利用的义务。

第81条 国家所有的森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面等自然资源，可以依法由全民所有制单位使用，也可以依法确定由集体所有制单位使用，国家保护它的使用、收益的权利；使用单位有管理、保护、合理利用的义务。

国家所有的矿藏，可以依法由全民所有制单位和集体所有制单位开采，也可以依法由公民采挖。国家保护合法的采矿权。

公民、集体依法对集体所有的或者国家所有由集体使用的森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面的承包经营权，受法律保护。承包双方的权利和义务，依照法律由承包合同规定。

国家所有的矿藏、水流，国家所有的和法律规定属于集体所有的林地、山岭、草原、荒地、滩涂不得买卖、出租、抵押或者以其他形式非法转让。

《物权法》第40条 所有权人有权在自己的不动产或者动产上设立用益物权和担保物权。用益物权人、担保物权人行使权利，不得损害所有权人的权益。

《土地管理法》第10条 国有土地和农民集体所有的土地，可以依法确定给单位或者个人使用。使用土地的单位和个人，有保护、管理和合理利用土地的义务。

第13条 农民集体所有和国家所有依法由农民集体使用的耕地、林地、草地，以及其他依法用于农业的土地，采取农村集体经济组织内部的家庭承包方式承包，不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等，可以采取招标、拍卖、公开协商等方式承包，从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产。家庭承包的耕地的承包期为三十年，草地的承包期为三十年至五十年，林地的承包期为三十年至七十年；耕地承包期届满后再延长三十年，草地、林地承包期届满后依法相应延长。

国家所有依法用于农业的土地可以由单位或者个人承包经营，从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产。

发包方和承包方应当依法订立承包合同，约定双方的权利和义务。承包经营土地的单位和个人，有保护和按照承包合同约定的用途合理利用土地的义务。

《海域使用管理法》第3条 海域属于国家所有，国务院代表国家行使海域所有权。任何单位或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让海域。

单位和个人使用海域，必须依法取得海域使用权。

《城市房地产管理法》第3条 国家依法实行国有土地有偿、有限期使用制度。但是，国家在本法规定的范围内划拨国有土地使用权的除外。

第8条 土地使用权出让，是指国家将国有土地使用权（以下简称土地使用权）在一定年限内出让给土地使用者，由土地使用者向国家支付土地使用权出让金的行为。

第23条 土地使用权划拨，是指县级以上人民政府依法批准，在土地使用者缴纳补偿、安置等费用后将该幅土地交付其使用，或者将土地使用权无偿交付给土地使用者使用的行为。

依照本法规定以划拨方式取得土地使用权的，除法律、行政法规另有规定外，没有使用期限的限制。

第28条 依法取得的土地使用权，可以依照本法和有关法律、行政法规的规定，作价入股，合资、合作开发经营房地产。

《草原法》第10条 国家所有的草原，可以依法确定给全民所有制单位、集体经济组织等使用。

使用草原的单位，应当履行保护、建设和合理利用草原的义务。

《矿产资源法》第3条 矿产资源属于国家所有，由国务院行使国家对矿产资源的所有权。地表或者地下的矿产资源的国家所有权，不因其所依附的土地的所有权或者使用权的不同而改变。

国家保障矿产资源的合理开发利用。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏矿产资源。各级人民政府必须加强矿产资源的保护工作。

勘查、开采矿产资源，必须依法分别申请、经批准取得探矿权、采矿权，并办理登记；但是，已经依法申请取得采矿权的矿山企业在划定的矿区范围内为本企业的生产而进行的勘查除外。国家保护探矿权和采矿权不受侵犯，保障矿区和勘查作业区的生产秩序、工作秩序不受影响和破坏。

从事矿产资源勘查和开采的，必须符合规定的资质条件。

《水法》第7条 国家对水资源依法实行取水许可制度和有偿使用制度。但是，农村集体经济组织及其成员使用本集体经济组织的水塘、水库中的水的除外。国务院水行政主管部门负责全国取水许可制度和水资源有偿使用制度的组织实施。

第48条 直接从江河、湖泊或者地下取用水资源的单位和个人，应当按照国家取水许可制度和水资源有偿使用制度的规定，向水行政主管部门或者流域管理机构申请领取取水许可证，并缴纳水资源费，取得取水权。但是，家庭生活和零星散养、圈养畜禽饮用等少量取水的除外。

实施取水许可制度和征收管理水资源费的具体办法，由国务院规定。

《渔业法》第11条 国家对水域利用进行统一规划，确定可以用于养殖业的水域和滩涂。单位和个人使用国家规划确定用于养殖业的全民所有的水域、滩涂的，使用者应当向县级以上地方人民政府渔业行政主管部门提出申请，由本级人民政府核发养殖证，许可其使用该水域、滩涂从事养殖生产。核发养殖证的具体办法由国务院规定。

集体所有的或者全民所有由农业集体经济组织使用的水域、滩涂，可以由个人或者集体承包，从事养殖生产。

理解与适用

本条是对《物权法》第40条的复制。

本条承认和允许所有权人可以就其所有物为他人设立用益物权和担保物权诸种他物权，这是利用所有权的弹力性，运用所有权与其权能可以分离的原理的具体体现。

所有物上一经设立用益物权或担保物权，所有权的效力就受到他物权的压制，换言之，他物权的效力优先得到发挥，所有权的效力不得影响他物权的效力，更不得取而代之。但是，这不意味着他物权的效力没有界限，其界限之一就是他物权的存续和行使不得损害所有权人的权益。例如，A地发包给农户之后，该农户不得掠夺性地耕种。

本条无他物权设立所需要的成立要件，亦无设立后的法律效果，故其非为请求权基础，仅具宣示意义。当事人实际设立某种他物权时必须依据含有成立要件和法律效果的其他具体规范。例如，甲将其电脑出质给乙，适用《民法典》第427条的规定。

第二百四十二条

法律规定专属于国家所有的不动产和动产，任何组织或者个人不能取得所有权。

本条主旨

本条是关于国家专有的规定。

相关条文

《宪法》第9条第1款 矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有；由法律规定属于集体所有的森林和山岭、草原、荒地、滩涂除外。

第10条第1款 城市的土地属于国家所有。

《民法通则》第72条第1款 财产所有权的取得，不得违反法律规定。

《土地管理法》第2条第1款、第2款 中华人民共和国实行土地的社会主义公有制，即全民所有制和劳动群众集体所有制。

全民所有，即国家所有土地的所有权由国务院代表国家行使。

第9条第1款 城市市区的土地属于国家所有。

《物权法》第41条 法律规定专属于国家所有的不动产和动产，任何单位和个人不能取得所有权。

《矿产资源法》第3条第1款 矿产资源属于国家所有，由国务院行使国家对矿产资源的所有权。地表或者地下的矿产资源的国家所有权，不因其所依附的土地的所有权或者使用权的不同而改变。

《水法》第3条 水资源属于国家所有。水资源的所有权由国务院代表国家行使。农村集体经济组织的水塘和由农村集体经济组织修建管理的水库中的水，归各该农村集体经济组织使用。

《煤炭法》第3条 煤炭资源属于国家所有。地表或者地下的煤炭资源的所有权，不因其依附的土地的所有权或者使用权的不同而改变。

理解与适用

本条系对《物权法》第41条的承继，是对《宪法》关于国家对特定种类的不动产和动产的专有权的落实并转化为民法上的物权，以便由民事诉讼法等程序法和刑事法以及行政法进行配套保障。

本条重在宣明国家对特定种类的不动产和动产的专有权，不含有成立要件和法律效果，故非请求权基础，而是引致性（管道性）的条文。究竟哪些不动产和动产专属于国家，必须另觅其他法律规定。例如，《民法典》第247条关于“矿藏、水流、海域属于国家所有”的规定，第248条关于“无居民海岛属于国家所有，国务院代表国家行使无

居民海岛所有权”的规定，第249条关于“城市的土地，属于国家所有。法律规定属于国家所有的农村和城市郊区的土地，属于国家所有”的规定，等等，以及《水法》第3条前段关于“水资源属于国家所有”的规定，《矿产资源法》第3条第1款关于“矿产资源属于国家所有，由国务院行使国家对矿产资源的所有权。地表或者地下的矿产资源的国家所有权，不因其所依附的土地的所有权或者使用权的不同而改变”的规定，等等。

国家对特定种类的不动产和动产专有，完全基于《宪法》及《民法典》等法律的强制规定，不依赖民事程序和不要具备民事条件而取得。

《宪法》及《民法典》等法律规定特定种类的不动产和动产专属于国家，这是发展权层面的问题，而非法律地位的问题，不是对法律地位平等的否定。此种模式有其合理性：物尽其用，实现效益最大化，合理地分配自然资源于各个主体之间，满足社会公共利益、国家战略利益的需要。^[42]例如，引黄河之水入黑河流域，使干涸的荒漠重现绿洲，极大地改善了生态环境。长江流域的特大洪水被分流，化险为夷，求得人民生命财产的安全。所有这些，只有使黄河、长江专属于国家而非自然人、公司所有，才可成为事实。

其实，就某些特定种类的财产特别规定专属于国家，不独中国法如此，资本主义国家的法律也有其例。例如，施行于英格兰与威尔士的《水资源法》《水法》一反普通法的原则，改采水资源归国家所有的制度。美国的一些州法规定水资源属于公有。澳大利亚作为英联邦成员，原继受普通法水资源属于土地的组成部分的原则，直到20世纪初期，根据其水资源不丰裕的实际，通过立法将水资源与土地权属分离，河道内的水和地下水归州政府所有，用水者基于水权而用水。该水权需要用水者提出申请，经过水资源行政管理部门审批才能取得。^[43]日本制定于1892年修改于1957年的《河川法》，规定河川水资源属于公共财产（第2条）。至于矿物，早在古代就实行矿物所有权与土地所有权相区别的制度，矿物归君主所有，至幕府时代，金银由幕府专有，其他矿物属于封建诸侯所有。明治维新之际，将土地所有权赋予了国民，矿物则由政府专有，实行了矿业独占主义。明治二十三年（1890年）3月27日公布了旧《日本民法》，其中的“财产编”第1章第35条明文规定：“矿物的所有权及其试掘或者开坑以特别法规定之。”奉行了同一宗旨。其后，明治二十三年的《矿业条例》便明确规定：“矿物，未采掘者，为国家所有”（第2条第1项）。旧矿业法承继了这一原则，规定“未采掘矿物（含废物及矿渣）为国家所有”（第3条）。据此沿革，不得把未采掘矿物上的国家“所有”理解为以自由

使用、收益、处分为内容的民法意义上的所有，而应解释为矿物的支配权能从土地所有权中排除出来，归属于国家，是只能依国家独占赋予矿业权才能采掘的制度，即特许制度的前提。因为有学说和判例把旧矿业法规定的矿物归国家所有视为民法上的所有，导致了无益的麻烦，所以，现行《矿业法》规定：“国家就未采掘的矿物，有赋予其采掘及取得矿物的权利的权能”（第2条）^[44]。法国对土地实行私有制，但《法国民法典》同时承认法国的矿山法规关于矿产资源归国家所有的规定（第552条第3款）。与此相像，1992年的《法国水法》规定，水是国家共同资产的一部分。法国水管理组织法律明确宣示，地表水和地下水属于国有财产（A1）。^[45]

第二百四十三条

为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和组织、个人的房屋以及其他不动产。

征收集体所有的土地，应当依法及时足额支付土地补偿费、安置补助费以及农村村民住宅、其他地上附着物和青苗等的补偿费用，并安排被征地农民的社会保障费用，保障被征地农民的生活，维护被征地农民的合法权益。

征收组织、个人的房屋以及其他不动产，应当依法给予征收补偿，维护被征收人的合法权益；征收个人住宅的，还应当保障被征收人的居住条件。

任何组织或者个人不得贪污、挪用、私分、截留、拖欠征收补偿费等费用。

本条主旨

本条是关于征收的规定。

相关条文

《宪法》第10条第3款 国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿。

《民法总则》第117条 为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序征收、征用不动产或者动产的，应当给予公平、合理的补偿。

《物权法》第42条 为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产。

征收集体所有的土地，应当依法足额支付土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗的补偿费等费用，安排被征地农民的社会保障费用，保障被征地农民的生活，维护被征地农民的合法权益。

征收单位、个人的房屋及其他不动产，应当依法给予拆迁补偿，维护被征收人的合法权益；征收个人住宅的，还应当保障被征收人的居住条件。

任何单位和个人不得贪污、挪用、私分、截留、拖欠征收补偿费等费用。

《土地管理法》第2条第4款 国家为了公共利益的需要，可以依法对土地实行征收或者征用并给予补偿。

第45条 为了公共利益的需要，有下列情形之一的，确需征收农民集体所有的土地的，可以依法实施征收：

（一）军事和外交需要用地的；

（二）由政府组织实施的能源、交通、水利、通信、邮政等基础设施建设需要用地的；

（三）由政府组织实施的科技、教育、文化、卫生、体育、生态环境和资源保护、防灾减灾、文物保护、社区综合服务、社会福利、市政公用、优抚安置、英烈保护等公共事业需要用地的；

（四）由政府组织实施的扶贫搬迁、保障性安居工程建设需要用地的；

（五）在土地利用总体规划确定的城镇建设用地范围内，经省级以上人民政府批准由县级以上地方人民政府组织实施的成片开发建设需要用地的；

（六）法律规定为公共利益需要可以征收农民集体所有的土地的其他情形。

前款规定的建设活动，应当符合国民经济和社会发展规划、土地利用总体规划、城乡规划和专项规划；第（四）项、第（五）项规定的建设活动，还应当纳入国民经济和社会发展年度计划；第（五）项

规定的成片开发并应当符合国务院自然资源主管部门规定的标准。

第46条 征收下列土地的，由国务院批准：

- （一）永久基本农田；
- （二）永久基本农田以外的耕地超过三十五公顷的；
- （三）其他土地超过七十公顷的。

征收前款规定以外的土地的，由省、自治区、直辖市人民政府批准。

征收农用地的，应当依照本法第四十四条的规定先行办理农用地转用审批。其中，经国务院批准农用地转用的，同时办理征地审批手续，不再另行办理征地审批；经省、自治区、直辖市人民政府在征地批准权限内批准农用地转用的，同时办理征地审批手续，不再另行办理征地审批，超过征地批准权限的，应当依照本条第一款的规定另行办理征地审批。

第47条 国家征收土地的，依照法定程序批准后，由县级以上地方人民政府予以公告并组织实施。

县级以上地方人民政府拟申请征收土地的，应当开展拟征收土地现状调查和社会稳定风险评估，并将征收范围、土地现状、征收目的、补偿标准、安置方式和社会保障等在拟征收土地所在的乡（镇）和村、村民小组范围内公告至少三十日，听取被征地的农村集体经济组织及其成员、村民委员会和其他利害关系人的意见。

多数被征地的农村集体经济组织成员认为征地补偿安置方案不符合法律、法规规定的，县级以上地方人民政府应当组织召开听证会，并根据法律、法规的规定和听证会情况修改方案。

拟征收土地的所有权人、使用权人应当在公告规定期限内，持不动产权属证明材料办理补偿登记。县级以上地方人民政府应当组织有关部门测算并落实有关费用，保证足额到位，与拟征收土地的所有权人、使用权人就补偿、安置等签订协议；个别确实难以达成协议的，应当在申请征收土地时如实说明。

相关前期工作完成后，县级以上地方人民政府方可申请征收土地。

第48条 征收土地应当给予公平、合理的补偿，保障被征地农民原有生活水平不降低、长远生计有保障。

征收土地应当依法及时足额支付土地补偿费、安置补助费以及农村村民住宅、其他地上附着物和青苗等的补偿费用，并安排被征地农民的社会保障费用。

征收农用地的土地补偿费、安置补助费标准由省、自治区、直辖市通过制定公布区片综合地价确定。制定区片综合地价应当综合考虑土地原用途、土地资源条件、土地产值、土地区位、土地供求关系、人口以及经济社会发展水平等因素，并至少每三年调整或者重新公布一次。

征收农用地以外的其他土地、地上附着物和青苗等的补偿标准，由省、自治区、直辖市制定。对其中的农村村民住宅，应当按照先补偿后搬迁、居住条件有改善的原则，尊重农村村民意愿，采取重新安排宅基地建房、提供安置房或者货币补偿等方式给予公平、合理的补偿，并对因征收造成的搬迁、临时安置等费用予以补偿，保障农村村民居住的权利和合法的住房财产权益。

县级以上地方人民政府应当将被征地农民纳入相应的养老等社会保障体系。被征地农民的社会保障费用主要用于符合条件的被征地农民的养老保险等社会保险缴费补贴。被征地农民社会保障费用的筹集、管理和使用办法，由省、自治区、直辖市制定。

第49条 被征地的农村集体经济组织应当将征收土地的补偿费用的收支状况向本集体经济组织的成员公布，接受监督。

禁止侵占、挪用被征收土地单位的征地补偿费用和其他有关费用。

《城市房地产管理法》第9条 城市规划区内的集体所有的土地，经依法征收转为国有土地后，该幅国有土地的使用权方可有偿出让，但法律另有规定的除外。

《农业法》第71条 国家依法征收农民集体所有的土地，应当保护农民和农村集体经济组织的合法权益，依法给予农民和农村集体经济组织征地补偿，任何单位和个人不得截留、挪用征地补偿费用。

《草原法》第38条 进行矿藏开采和工程建设，应当不占或者少占草原；确需征收、征用或者使用草原的，必须经省级以上人民政府

草原行政主管部门审核同意后，依照有关土地管理的法律、行政法规办理建设用地审批手续。

第39条 因建设征收、征用集体所有的草原的，应当依照《中华人民共和国土地管理法》的规定给予补偿；因建设使用国家所有的草原的，应当依照国务院有关规定对草原承包经营者给予补偿。

因建设征收、征用或者使用草原的，应当交纳草原植被恢复费。草原植被恢复费专款专用，由草原行政主管部门按照规定用于恢复草原植被，任何单位和个人不得截留、挪用。草原植被恢复费的征收、使用和管理办法，由国务院价格主管部门和国务院财政部门会同国务院草原行政主管部门制定。

《煤炭法》第18条第1款 煤矿建设使用土地，应当依照有关法律、行政法规的规定办理。征收土地的，应当依法支付土地补偿费和安置补偿费，做好迁移居民的安置工作。

《电力法》第16条第1款 电力建设项目使用土地，应当依照有关法律、行政法规的规定办理；依法征收土地的，应当依法支付土地补偿费和安置补偿费，做好迁移居民的安置工作。

《渔业法》第14条 国家建设征收集体所有的水域、滩涂，按照《中华人民共和国土地管理法》有关征地的规定办理。

《铁路法》第36条第2款 有关地方人民政府应当支持铁路建设，协助铁路运输企业做好铁路建设征收土地工作和拆迁安置工作。

《外商投资法》第20条 国家对外国投资者的投资不实行征收。

在特殊情况下，国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对外国投资者的投资实行征收或者征用。征收、征用应当依照法定程序进行，并及时给予公平、合理的补偿。

《归侨侨眷权益保护法》第13条第2款 依法征收、征用、拆迁归侨、侨眷私有房屋的，建设单位应当按照国家有关规定给予合理补偿和妥善安置。

《台湾同胞投资保护法》第4条 国家对台湾同胞投资者的投资不实行国有化和征收；在特殊情况下，根据社会公共利益的需要，对台湾同胞投资者的投资可以依照法律程序实行征收，并给予相应的补偿。

《军事设施保护法》第13条 军事禁区、军事管理区范围的划定或者扩大，需要征收、征用土地、林地、草原、水面、滩涂的，依照有关法律、法规的规定办理。

《国有土地上房屋征收与补偿条例》（第590号）第2条 为了公共利益的需要，征收国有土地上单位、个人的房屋，应当对被征收房屋所有权人（以下称被征收人）给予公平补偿。

第3条 房屋征收与补偿应当遵循决策民主、程序正当、结果公开的原则。

第4条 市、县级人民政府负责本行政区域的房屋征收与补偿工作。

市、县级人民政府确定的房屋征收部门（以下称房屋征收部门）组织实施本行政区域的房屋征收与补偿工作。

市、县级人民政府有关部门应当依照本条例的规定和本级人民政府规定的职责分工，互相配合，保障房屋征收与补偿工作的顺利进行。

第8条 为了保障国家安全、促进国民经济和社会发展等公共利益的需要，有下列情形之一，确需征收房屋的，由市、县级人民政府作出房屋征收决定：

（一）国防和外交的需要；

（二）由政府组织实施的能源、交通、水利等基础设施建设的需要；

（三）由政府组织实施的科技、教育、文化、卫生、体育、环境和资源保护、防灾减灾、文物保护、社会福利、市政公用等公共事业的需要；

（四）由政府组织实施的保障性安居工程建设的需要；

（五）由政府依照城乡规划法有关规定组织实施的对危房集中、基础设施落后等地段进行旧城区改建的需要；

（六）法律、行政法规规定的其他公共利益的需要。

第9条 依照本条例第八条规定，确需征收房屋的各项建设活动，

应当符合国民经济和社会发展规划、土地利用总体规划、城乡规划和专项规划。保障性安居工程建设、旧城区改建，应当纳入市、县级国民经济和社会发展规划。

制定国民经济和社会发展规划、土地利用总体规划、城乡规划和专项规划，应当广泛征求社会公众意见，经过科学论证。

第10条 房屋征收部门拟定征收补偿方案，报市、县级人民政府。

市、县级人民政府应当组织有关部门对征收补偿方案进行论证并予以公布，征求公众意见。征求意见期限不得少于30日。

第11条 市、县级人民政府应当将征求意见情况和根据公众意见修改的情况及时公布。

因旧城区改建需要征收房屋，多数被征收人认为征收补偿方案不符合本条例规定的，市、县级人民政府应当组织由被征收人和公众代表参加的听证会，并根据听证会情况修改方案。

第12条 市、县级人民政府作出房屋征收决定前，应当按照有关规定进行社会稳定风险评估；房屋征收决定涉及被征收人数量较多的，应当经政府常务会议讨论决定。

作出房屋征收决定前，征收补偿费用应当足额到位、专户存储、专款专用。

第13条 市、县级人民政府作出房屋征收决定后应当及时公告。公告应当载明征收补偿方案和行政复议、行政诉讼权利等事项。

市、县级人民政府及房屋征收部门应当做好房屋征收与补偿的宣传、解释工作。

理解与适用

一、基本内容和解释的依据

本条就征收的核心条件、征收机关、征收的对象（被征收财产）、征收补偿的原则和补偿款的落到实处作了规定。

所谓征收，是指国家依照法律规定的权限和程序强制地将集体所有或私人所有的财产征归国有、消灭既有物权的制度。它属于行政法

律关系，而非民事法律关系。但它导致被征收人丧失被征收财产的所有权及有关物权，国家取得被征收财产的所有权。

征收，最为重要的环节至少有四：一是准确地界定和确定作为征收前提和要件的公共利益；二是严格、合理的法定程序；三是谁是在个案中确定公共利益的决定者；四是及时到位的足额补偿款。

公共利益，作为不特定多数人的利益，无疑具有质的规定性，不得随心所欲地“指鹿为马”；同时也具有一定的模糊性和相对性。所谓一定的模糊性和相对性，例如，多少人算作不特定多数人？否定北京市天通苑建筑区划内的利益为公共利益的论据是该建筑区划内的人数是固定的，而非不特定的。但笔者反驳之点在于，整个中国，人口数不也是固定的吗？至少截至一定的时间点是固定的。为何把事关全体中国人的利益认定为公共利益？所以，此处所谓不特定、多数人，只是个相对的概念。再如，在市区建设大型商业中心，从项目所有人即经营者的角度看，显然具有商业目的及商业利益，但它确实满足众人的衣食玩乐等方面的需求，符合公共利益的规格。

正因公共利益具有模糊性和相对性，在个案中可能存在认定偏差，导致不适当的结果，所以将哪个或哪类主体确定为公共利益的“拍板人”就显得特别关键。不仅在公共利益的认定方面见仁见智，而且在谁为“拍板人”的问题上也是众说纷纭。不过，至少多数说主张征收机关不宜作为在个案中认定公共利益的“拍板人”。《中共中央国务院关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》要求：“完善土地、房屋等财产征收征用法律制度，合理界定征收征用适用的公共利益范围，不将公共利益扩大化，细化规范征收征用法定权限和程序。遵循及时合理补偿原则，完善国家补偿制度，进一步明确补偿的范围、形式和标准，给予被征收征用者公平合理补偿。”

严格、合理的法定程序，有待于法律作出规定。《国有土地上房屋征收与补偿条例》（第590号）规定的国有土地上房屋征收的程序，可作为参考。

第10条 房屋征收部门拟定征收补偿方案，报市、县级人民政府。

市、县级人民政府应当组织有关部门对征收补偿方案进行论证并予以公布，征求公众意见。征求意见期限不得少于30日。

第11条 市、县级人民政府应当将征求意见情况和根据公众意见修改的情况及时公布。

因旧城区改建需要征收房屋，多数被征收人认为征收补偿方案不符合本条例规定的，市、县级人民政府应当组织由被征收人和公众代表参加的听证会，并根据听证会情况修改方案。

第12条 市、县级人民政府作出房屋征收决定前，应当按照有关规定进行社会稳定风险评估；房屋征收决定涉及被征收人数量较多的，应当经政府常务会议讨论决定。

作出房屋征收决定前，征收补偿费用应当足额到位、专户存储、专款专用。

第13条 市、县级人民政府作出房屋征收决定后应当及时公告。公告应当载明征收补偿方案和行政复议、行政诉讼权利等事项。

市、县级人民政府及房屋征收部门应当做好房屋征收与补偿的宣传、解释工作。

房屋被依法征收的，国有土地使用权同时收回。

第14条 被征收人对市、县级人民政府作出的房屋征收决定不服的，可以依法申请行政复议，也可以依法提起行政诉讼。

第15条 房屋征收部门应当对房屋征收范围内房屋的权属、区位、用途、建筑面积等情况组织调查登记，被征收人应当予以配合。调查结果应当在房屋征收范围内向被征收人公布。

第16条 房屋征收范围确定后，不得在房屋征收范围内实施新建、扩建、改建房屋和改变房屋用途等不当增加补偿费用的行为；违反规定实施的，不予补偿。

房屋征收部门应当将前款所列事项书面通知有关部门暂停办理相关手续。暂停办理相关手续的书面通知应当载明暂停期限。暂停期限最长不得超过1年。

二、征收的对象

征收的对象，应为集体土地所有权、房屋所有权，个别场合的动产所有权，而不包括国有建设用地使用权、集体建设用地使用权、土地承包经营权、宅基地使用权、居住权、地役权。

诚然，笔者注意到有关学说持有相反的意见，主张征收的标的包括他物权、知识产权、债权、非财产权益。^[46]这有其理论背景：尽

管法律归属关系存在，但与财产联系在一起的所有典型使用权和处分权利都被割除，财产权只剩下空洞的外壳，也应认为属于征收。^[47]在德国，宪法法院认定的可以作为征收客体的财产，除了实物财产（不动产和动产）外，还包括私权利中具有财产价值的所有权利，以及公权利中的具有财产价值的权利，但不包括对财产内容和范围的限制。^[48]在日本，征收的概念也出现扩大化现象，征收的对象从土地扩大到一般财产权。^[49]在法国，严格区分公用征收和公用征调，其中的公用征收是指，政府强制取得不动产的所有权和他物权。^[50]

即使如此，笔者仍然主张征收的标的不包括他物权，理由在于，中国现行法上的征收概念为消灭被征收对象的所有权，国家原始取得所有权。以此区别于仅仅移转标的物使用权的征用。这与美国等国家不特意区分征收和征用的模式有别。此其一。中国法的有关规定未将国家行政机关依国家权力消灭建设用地使用权、宅基地使用权、土地承包经营权、居住权、地役权作为征收的对象。例如，《民法典》第243条第1款的表述为“为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和组织、个人的房屋以及其他不动产”。它强调的是，“集体所有的土地”，而非主体使用的房屋。所谓“组织、个人的房屋”，房屋与房屋所有权在实质具有同一性，房屋与房屋使用权不具有同一性。可见，该条款是将征收所消灭的权利限定于所有权。再如，《民法典》第243条第2款关于“征收集体所有的土地，应当依法及时足额支付土地补偿费、安置补助费以及农村村民住宅、其他地上附着物和青苗等的补偿费用，并安排被征地农民的社会保障费用，保障被征地农民的生活，维护被征地农民的合法权益”的表述，第327条关于“因不动产或者动产被征收、征用致使使用益物权消灭或者影响用益物权行使的，用益物权人有权依据本法第二百四十三条、第二百四十五条的规定获得相应补偿”的表述，都折射出农民/农户的土地承包经营权、经营权、宅基地使用权、其他用益物权都是随着被征收不动产的所有权消灭时才消灭，而非直接为征收的对象。此其二。《民法典》第358条关于“建设用地使用权期限届满前，因公共利益需要提前收回该土地的，应当依据本法第二百四十三条的规定对该土地上的房屋以及其他不动产给予补偿，并退还相应的出让金”的表述，是“因公共利益需要提前收回该土地的”，而没有使用“因公共利益需要征收该土地使用权”，也表明建设用地使用权不是征收的对象。之所以如此设计，是因为征收乃国家把集体所有的土地和单位、个人的财产变为国有的财产，是一种改变所有权的法律行为，中国城镇的土地属于国家所有，建设用地使用权人取得的是对土地使用的权利，国家收回本来就属于自己的建设用地，运用所有权与其权能之间关系的原理即可，不适用有关征收的规定。^[51]一方面扩张征收的标的，将建设用地使用权作为征收的对象^[52]，另一方面又

特意区分征收与土地收回^[53]，这在逻辑上似乎存有障碍，因为既然是收回，且收回不同于征收，怎么又将应予收回的建设用地使用权作为征收对象处理呢？此其三。在被征收的集体土地所有权消灭时，以该所有权为母权的土地承包经营权、宅基地使用权等子权消灭，完全可以按照母权消灭子权随之消灭的原理解释，无须向征收制度求援。在宅基地使用权消灭时，宅基地上的住宅所有权消灭；商品房所有权消灭时，基地的建设用地使用权消灭，完全可以按照《民法典》第352条正文关于房地权属一体的规定及相应的理论加以说明，无须由征收制度解决。此其四。被征收的房屋存在抵押权时，该抵押权并不因为该房屋被征收而归于消灭，而是继续存在于征收补偿款请求权之上。假如于征收集体土地所有权时也把土地承包经营权等用益物权作为征收的对象，那么，同是他物权，抵押权为什么不作为征收的标的呢？就此说来，把他物权作为征收对象存在着逻辑障碍。此其五。

征收制度涉及许多内容，特别是中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议于2013年11月12日通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》引发征收制度调整，由此带来体系效应。

《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》规定：“国家保护各种所有制经济产权和合法利益，保证各种所有制经济依法平等使用生产要素、公开公平公正参与市场竞争、同等受到法律保护，依法监管各种所有制经济”（第5条第2款）。“在符合规划和用途管制前提下，允许农村集体经营性建设用地出让、租赁、入股，实行与国有土地同等入市、同权同价。缩小征地范围，规范征地程序，完善对被征地农民合理、规范、多元保障机制”（第11条前段）。“建立农村产权流转交易市场，推动农村产权流转交易公开、公正、规范运行”（第21条后段）。“维护农民生产要素权益，……保障农民公平分享土地增值收益”（第22条前段）。习近平总书记在《关于〈中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定〉的说明》中强调：“推进城乡要素平等交换和公共资源均衡配置。主要是……保障农民公平分享土地增值收益。”贯彻落实这些决定和要求，必然会使农村土地制度发生不小的变革，相应的，征收制度也须作出调整。这种调整及体系效应会直接影响法律人对于《民法典》第243条规定的解释走向，务必注意。

三、征收制度在中国的演变

欲效果最佳地调整征收制度，离不开明了征收制度在中国的演变，清楚在什么环节、部位“动手术”，否则，就会无的放矢，反倒添乱。

在较长的历史时期，特别是2019年修订《土地管理法》之前，中国法上的征收有两种类型。第一种是，基于社会公共利益的需要，国家行政机关依国家权力将财产权消灭，由国家取得财产权的现象。《宪法》第10条第3款关于“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿”，第13条第3款关于“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿”的规定，为其直接且系最高法律效力的依据。《物权法》予以承继并具体落实，特设第42条和第43条两个条文。为此，第十届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议于2004年8月28日通过《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国土地管理法〉的决定》，“对《中华人民共和国土地管理法》作如下修改：一、第二条第四款修改为：‘国家为了公共利益的需要，可以依法对土地实行征收或者征用并给予补偿。’二、将第四十三条第二款、第四十五条、第四十六条、第四十七条、第四十九条、第五十一条、第七十八条、第七十九条中的‘征用’修改为‘征收’。”第十届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议于2007年8月30日通过《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国城市房地产管理法〉的决定》，“在第一章‘总则’中增加一条，作为第六条：‘为了公共利益的需要，国家可以征收国有土地上单位和个人的房屋，并依法给予拆迁补偿，维护被征收人的合法权益；征收个人住宅的，还应当保障被征收人的居住条件。具体办法由国务院规定。’”第二种征收是，并非基于社会公共利益的需要，如为了商业利益的需要，国家行政机关依国家权力将财产权消灭，由国家取得财产权的现象。之所以出现第二种类型的征收，是因为用地者（基本上是开发商，下同）利用集体所有的建设土地从事商业开发建设的场合，当时实施的《土地管理法》和《城市房地产管理法》等法律、法规不允许用地者直接与集体土地所有权人洽商，径直取得集体建设使用权，而后开发建设^[54]；而是必须先将集体所有的土地征收为国有，然后从国家土地所有权中“分离”出占有、使用、收益乃至处分权利自身的权能，由国土资源主管机关出让国有建设用地使用权给用地者，用地者才可在该国有建设用地上从事商业的开发建设。例如，2004年的《土地管理法》第43条第1款规定：“任何单位和个人进行建设，需要使用土地的，必须依法申请使用国有土地；但是，兴办乡镇企业和村民建设住宅经依法批准使用本集体经济组织农民集体所有的土地的，或者乡（镇）村公共设施和公益事业建设经依法批准使用农民集体所有的土地的除外。”《城市房地产管理法》第9条规定：“城市规划区内的集体所有的土地，经依法征收转为国有土地后，该幅国有土地的使用权方可有偿出让。”这种模式可被简称为“先征收、再出让”模式。

至于滥觞于美国判例法上的管制性征收（regulatory takings），

即管制行为对土地使用的限制，即使达不到完全排除其经济效益的程度，仍然可能构成征收^[55]，在中国现行法上尚付阙如，但在立法论的层面呼吁填补法律漏洞，主要理由是，为周全地保障被征收人的财产权益，法律应例外地突破比例原则的限制，赋予被征收人扩张请求权，请求征收人征收超出必要范围的标的。^[56]这从征收的标的角度着眼是征收标的的扩张，从被征收人的权利方面观察是“全部征收请求权”和“完全征收请求权”^[57]，从征收的类型视角描述，由于上述两种类型的征收难以涵盖它，可以称其为第三种类型的征收。不过，它毕竟与上述两种类型的征收不在同一个层次，限于此处解释《民法典》第243条的主旨及任务，暂且不讨论它。

第一种类型的征收和第二种类型的征收之间，存在着如下差异：

（1）第一种类型的征收以社会公共利益的需要为其正当性依据，而第二种类型的征收则无此内在基础，其诞生和存续主要是为了破解法律、法规不允许集体土地所有权依照民事程序流转，用地者又确实需要利用集体所有的建设土地进行开发建设这种矛盾，“先征收、再出让”的制度及措施应运而生。由此可见其正当性先天不足。这也是对它应予调整的内在要求。当然，调整必须适中，例如，设立集体建设用地使用权兼有社会公共利益和商业利益的，还得坚持“先征收、再出让”的制度及措施。第一种类型的征收为西方发达国家所承认^[58]，因其宪法规定征收的目的是公共利益、公共福利或公共福祉^[59]，故有学者将其简称为公益征收^[60]，也有命名为公用征收的。^[61]（2）在第一种类型的征收场合，被征收人无权拒绝国家行政机关依国家权力将其不动产物权消灭的行为，必须服从征收的决定，但有权就征收的补偿是否足额而讨价还价。从理论上讲，此类征收决定可以在被征收人拒不同意征收的情况下作出并公告。当然，为了和谐，也为了便于顺利拆迁，减少纷争，在实际操作上最好是先与被征收人就足额补偿、补偿方式等有关问题协商一致，然后再颁发征收决定。在第二种类型的征收场合，被征收人享有两种权利：一是可以拒绝国家行政机关依国家权力将其不动产物权消灭的行为，或曰有权保有其不动产物权；二是在同意征收的前提下，有权就征收的补偿是否足额而讨价还价。如此，在实际操作层面上，最好是征收主管机关先向被征收人（准确地说是未来的被征收人，或意向被征收人，下同）表达征收意向，待就征收补偿等必要事项达成一致后再颁发征收决定，效果最佳。反之，在被征收人拒不同意其财产被征收或不同意征收补偿数额或不同意补偿方式的情况下，贸然发布征收公告，一是给漫天要价者创造了可乘之机，二是陷入征收僵局时有损政府的权威性。

（3）在第一种类型的征收制度中，补偿款源自财政拨款或专项基金，用地者与此没有关联。与此有所不同，在第二种类型的征收制度中，虽然专就征收法律关系而言，一方是征收人——国家行政机关

关，另一方是被征收人——不动产物权人，补偿款应由征收人支付，但是，在实际操作的层面，由于征收人握有的补偿款严重不足，时常是利用建设用地使用权出让合同关系，让未来取得建设用地使用权的开发商先行支付土地使用权出让金的一部，付给被征收人，往往是该开发商将该笔款项直接打入被征收人的账户。这也是某些人误以为未来取得建设用地使用权的开发商与被征收人直接发生征收法律关系、误将征收法律关系与建设用地使用权出让关系混为一谈的原因。这是应予纠正的，以免错误地适用法律。（4）尽管《物权法》第42条第2款规定“征收集体所有的土地，应当依法足额支付土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗的补偿费等费用，安排被征地农民的社会保障费用，保障被征地农民的生活，维护被征地农民的合法权益”，第121条予以重申和强调，但补偿款相较于土地使用权出让金还是要低许多，所以，第二种类型的征收在客观上是国家获取了“剪刀差”，“没收”了集体土地所有权人乃至有关的土地承包经营权人、集体建设用地使用权人的部分收益。这是因为集体土地所有权人径直与用地者签订集体建设用地使用权出让合同，直接收取用地者支付的土地使用权出让金，该出让金的数额原则上就是集体建设用地使用权的“价值”本身，而通过征收制度补偿给集体土地所有权人的款额却低于甚至明显低于该数额，国家通过出让国有建设用地使用权自用者收取的土地使用权出让金又明显高于该数额。简单地说就是，征收补偿款的数额低，土地使用权出让金的数额高。面对此情此景，人们不禁要问：同一宗土地的所有权怎么不如使用权的价值高？有学者力主征收补偿一定要实行“同地同价”，即“同样位置的土地无论做公益用途或者是商业用途，应在市场价指导下，给予相同标准的费用”^[62]。至于第一种类型的征收，虽然补偿款的数额也不太高，但这是为了社会公共利益而必须承受的代价，这是不动产权利人应尽的社会责任，具有正当性。在这个意义上说，第一种类型的征收即公益征收，在补偿标准方面不宜完全相同于第二种类型的征收即商业性征收，所以，绝对的“同地同价”似乎也不可取。从上述简要的分析中不难发现，第二种类型的征收必须缩小其适用范围，甚至被取消。

率先有条件地突破第二种类型的征收即“先征收、再出让”模式的，发生在广东省。《广东省集体建设用地使用权流转管理办法》第8条第1项规定：兴办各类工商企业，包括国有、集体、私营企业、个体工商户、外资投资企业[包括中外合资、中外合作、外商独资企业、“三来一补”（来料加工、来样加工、来件加工、补偿贸易）企业]、股份制企业、联营企业，可以使用集体建设用地。这就无须先将集体所有的土地征收为国有，而后由国土资源管理部门将国有建设用地使用权出让给用地者。

一省的试验毕竟在区域效果上有限，《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》宣布：“在符合规划和用途管制前提下，允许农村集体经营性建设用地出让、租赁、入股，实行与国有土地同等入市、同权同价。缩小征地范围，规范征地程序，完善对被征地农民合理、规范、多元保障机制。扩大国有土地有偿使用范围，减少非公益性用地划拨。建立兼顾国家、集体、个人的土地增值收益分配机制，合理提高个人收益。完善土地租赁、转让、抵押二级市场”（第11条）。《中共中央国务院关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》重申“深化农村土地制度改革，坚持土地公有制性质不改变、耕地红线不突破、粮食生产能力不减弱、农民利益不受损的底线，从实际出发，因地制宜，落实承包地、宅基地、集体经营性建设用地的用益物权，赋予农民更多财产权利，增加农民财产收益。”

如今，这些政策已经变成了法律。《土地管理法》于2019年经修订，删除了2004年修订的《土地管理法》第43条关于“任何单位和个人进行建设，需要使用土地的，必须依法申请使用国有土地；但是，兴办乡镇企业和村民建设住宅经依法批准使用本集体经济组织农民集体所有的土地的，或者乡（镇）村公共设施和公益事业建设经依法批准使用农民集体所有的土地的除外”（第1款）；“前款所称依法申请使用的国有土地包括国家所有的土地和国家征收的原属于农民集体所有的土地”（第2款）的规定，于其第63条规定：“土地利用总体规划、城乡规划确定为工业、商业等经营性用途，并经依法登记的集体经营性建设用地，土地所有权人可以通过出让、出租等方式交由单位或者个人使用，并应当签订书面合同，载明土地界址、面积、动工期限、使用期限、土地用途、规划条件和双方其他权利义务”（第1款）。“前款规定的集体经营性建设用地出让、出租等，应当经本集体经济组织成员的村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意”（第2款）。“集体经营性建设用地的出租，集体建设用地使用权的出让及其最高年限、转让、互换、出资、赠与、抵押等，参照同类用途的国有建设用地执行。具体办法由国务院制定”（第4款）。

四、《民法典》固定改革成果

（一）强调征收系为公共利益的需要

《民法典》一方面强调以为公共利益的需要才可以征收，且须依照法律规定的权限和程序（第243条第1款），另一方面大力改革集体建设用地使用权制度（第361条），其第361条与《物权法》第151条在表达语句方面类似，但其精神实质却大不相同。其原因在于，《物权法》第151条指向的土地管理法是2004年修订的《土地管理

法》，而《民法典》第361条指向的土地管理法却是2019年修订的《土地管理法》，两者在集体经营性建设用地使用权的流转性方面发生了实质上的变化，2004年修订的《土地管理法》突出“先征收，再出让”的模式，而2019年修订的《土地管理法》第63条等规定则确立了集体经营性建设用地使用权的转让、互换、出资、赠与或者抵押的规则。这就意味着将征收限于为了公共利益的目的，非公共利益用地不采用“先征收，再出让”的模式，集体组织据此可以径直向实际用地者出让集体经营性建设用地使用权。

《土地管理法》第63条的立法计划和立法目的，同时就是《民法典》的立法计划和立法目的，能达到吗？有专家、学者担心有人假道《土地管理法》第45条第1款第5项关于“在土地利用总体规划确定的城镇建设用地范围内，经省级以上人民政府批准由县级以上地方人民政府组织实施的成片开发建设需要用地”的规定偏离前述立法计划和立法目的，具体些说就是，所谓“成片开发建设需要用地”并非为了公共利益，但却因此征收集体土地。

防止此种偏离，方法和措施之一是，应当坚持对《土地管理法》第45条的规定予以整体解释。其实，无论是就该条的文义和体系还是就其规范意旨而言，“成片开发建设需要用地”的征收都必须“为了公共利益的需要”，而非为了商业的需要。理论和期待如此，实际上能否如此彻底，有待观察。

在实践操作的层面，需要甄别“成片开发建设需要用地”在何种情况下是“为了公共利益的需要”。对成片开发建设需要用地是否为公共利益，在各阶段均须以一定的事实审查作为基础。其审查步骤依次包括征收目的本身的正当性、征收目的实现的有效性、征收目的实现的必要性、公益目的与私益损失之间合乎比例，其方法兼具“问题思考”与“体系思考”的特性，是促进国家权力结构平衡、调和公益与私利，达到实质正义的一种理性法则。这一法则借鉴价值较高，当然对法官的要求也很高，应该尝试，也借以避免社会不稳定因素的发酵。
[63]

（二）2019年《土地管理法》和《民法典》实施下征收消灭的权利

必须注意的是，为贯彻落实《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，《土地管理法》已被相应地修订、《民法典》予以承继之后，用地者自集体所有土地创设取得集体建设用地使用权，可不再适用征收制度。于此场合，集体土地所有权并未消灭，自该集体土地所有权派生出来的土地承包经营权、宅基地使用权、地役权的命

运如何呢？母权消灭子权随之消灭的原理恐怕不得再用，于是疑问随之产生：这些用益物权是消灭呢，还是继续存在？若消灭，原理是什么？

如果是这些类型的他物权不再适用征收制度，集体土地所有权人与用地者径直签订集体建设用地使用权出让合同，那么，由于集体土地所有权并不因此而归于消灭，既存于该集体土地上的土地承包经营权、宅基地使用权、住宅所有权、居住权、地役权不会自动地归于消灭，而是呈现较为复杂的局面，几种法律制度及其理论都要派上上场。

集体土地所有权人与用地者径直签订集体建设用地使用权出让合同，设立集体建设用地使用权，应当类推适用《民法典》第349条关于“设立建设用地使用权的，应当向登记机构申请建设用地使用权登记。建设用地使用权自登记时设立。登记机构应当向建设用地使用权人发放权属证书”的规定。这就是说，此类集体建设用地使用权的设立，不但要有出让合同，而且须经土地资源管理机关的登记，未经登记便不产生集体建设用地使用权。

在集体建设用地使用权的登记已经办理完毕的情况下，因为土地承包经营权、宅基地使用权都要占有、使用土地，所以，在同一宗集体土地之上无法并存土地承包经营权、土地经营权、宅基地使用权，后三种权利必须消灭。负责消灭的义务人是集体土地所有权人，而非用地者。至于消灭的途径及方法，可视情况的不同而灵活确定：如果是土地承包经营权的存续期满，则不再延长土地承包经营权的存续期限即可达到目的；如果是土地承包经营权尚未期满，则可以由集体土地所有权人与土地承包经营权人协商，将土地承包经营权终止；如果是土地经营权尚未届期，则可以由土地承包经营权人与土地经营权人协商，将土地经营权终止；如果是宅基地使用权人不复存在，或因前往异地而主动放弃权利，则宅基地使用权就归于消灭；如果是宅基地使用权人仍然需要保有其权利，则可以通过替换宅基地的方式加以解决。

值得注意的是，由集体土地所有权人与用地者径直签订集体土地使用权出让合同，用地者取得集体建设用地使用权，消灭土地承包经营权，并非普遍现象，仅仅在极少数情况下才会发生，而且须经严格的审批程序。这是因为，多年来，中国一直强调确保耕地红线，即中国耕地保有量到2010年和2020年分别保持在18.18亿亩和18.05亿亩，确保15.60亿亩基本农田数量不减少，质量有提高。此次《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》再次重申：“坚持和完善最严格的耕地保护制度”（第20条）。就是说，依据法律规定及操

作程序，“先征收、再出让”时由国土资源主管机关与其他有关机关多重把关，确保耕地红线；如果未来不再采取征收措施，由集体土地所有权人径直与用地者签订集体土地使用权出让合同，就更加需要由有关行政主管部门把关，绝不允许放任自流，以确保耕地红线。这样，原则上不允许在耕地上创设集体建设用地使用权，而基本上是在宅基地、乡镇企业建设用地、乡镇政府办公用地以及“四荒”土地上创设集体建设用地使用权。既然不在耕地上创设集体建设用地使用权，就不会出现集体建设用地使用权产生、土地承包经营权消灭的现象。只有在耕地上创设集体建设用地使用权的场合，才会产生土地承包经营权终止的问题。

在集体建设用地使用权的登记已经办理完毕的情况下，地役权与集体建设用地使用权的功能不相抵触的，二权可以并存，地役权已经登记的，可以对抗集体建设用地使用权人；地役权尚未登记的，则不能对抗善意的集体建设用地使用权人。

在集体建设用地使用权的登记已经办理完毕的情况下，地役权与集体建设用地使用权的功能相冲突的，则地役权必须终止，集体土地所有权人有义务了断此事。其具体路径及方法，可以由双方协商一致，也可以由集体土地所有权人单方面撕毁地役权设立合同，强行终止地役权，当然，其同时向地役权人承担违约责任。需要注意，如果地役权业已登记，则集体土地所有权人仅仅依靠撕毁地役权设立合同，恐怕还不能终止地役权。

在集体建设用地使用权的登记尚未办理的情况下，既存于该集体土地上的宅基地使用权或地役权，个别情况下是土地承包经营权，并无与之相冲突的集体建设用地使用权存在，因而，在理论上，宅基地使用权、地役权、土地承包经营权不会因此而消灭。但在实际上，由于集体建设用地使用权的登记只是时间问题，只要该项登记完毕，既存于该集体土地上的宅基地使用权、土地承包经营权就必须终止，既存于该集体土地上的地役权若与即将设立的集体建设用地使用权在功能方面相同，也必须终止。有鉴于此，即使集体建设用地使用权的登记尚未办理，先行终止既存于该集体土地上的土地承包经营权、宅基地使用权以及在功能上相冲突的地役权，也不失为未雨绸缪的明智之举。

（三）住宅、厂房、办公用房的所有权消灭的模式

宅基地上的住宅、乡镇企业的厂房、乡镇政府的办公用房（以下简称住宅、厂房、办公用房），是作为征收的对象，适用征收规则[64]；还是不作为征收的对象，按照“宅基地上的房屋所有权因宅基地

使用权的终止而失去权源，乡镇企业的厂房、乡镇政府的办公用房因集体建设用地使用权的终止而欠缺正当根据，于是消灭”的解释路径？这两种解释都说得通，笔者更愿意将住宅、厂房、办公用房作为征收的对象，理由之一在于，中国现行法将土地和房屋作为两种各自独立的物，而不是如同德国民法典那样将房屋视为土地的添附，成为一个不动产，这为采取土地征收和房屋征收的二元模式提供了前提；理由之二在于，便于将土地征收的补偿款和房屋征收的补偿款分别支付，利于房屋所有权人实际获得补偿款。因为仅仅将集体土地作为征收的对象，不把住宅、厂房、办公用房纳入征收的范围，则住宅、厂房、办公用房的所有权并非因征收而归于消灭，只是因其缺乏地权而无继续存在的基础而不复存在。这样，住宅、厂房、办公用房的所有权的消灭及其补偿关系，属于集体土地所有权人与用地者之间的关系，能否算作征收法律关系的范畴，尚有争论。如此，征收法律关系中的补偿款直接付给集体土地所有权人，而不是直接付给住宅、厂房、办公用房的所有权人，也说得过去。可是，如此操作容易发生集体土地所有权人截留补偿款，有偿取得宅基地使用权的住宅所有权人、集体建设用地使用权人未获或少获补偿款的问题，从而侵害住宅、厂房、办公用房的所有权人的合法权益。权衡利弊，还是把住宅、厂房、办公用房作为征收的对象优点更多。

将住宅、厂房、办公用房作为征收的对象，住宅、厂房、办公用房的私人所有权何时终止，或者说私人房屋所有权何时转变为国家所有权或开发商的所有权？《民法典》第229条规定，因人民政府的征收决定导致物权设立、变更、转让或消灭的，自征收决定生效时发生效力。其文义明白确定，似无疑问。但实务中出现的下述问题，迫使我们不得不选定解决的方案。

应当注意到，在因商业利益所为住宅、厂房、办公用房的征收场合，强制性并非初始即有的，征收决定宜在被征收人同意征收及其补偿之后作出，此前宜为征收意向。由此决定，只要被征收人未同意补偿数额，就不应产生征收决定，也就谈不上征收决定生效，作为征收对象的物权就不终止。

实务中出现的问题之一是，征收住宅、厂房、办公用房的决定虽然已经公告，但征收主管机关和被征收人之间尚未就补偿款的数额达成一致。于此场合，机械地按照《民法典》第229条关于征收决定生效导致物权变动的规定处理问题，是在鼓励个别行政主管机关的违法行为，侵害了被征收人的合法权益。比较可取的方案是，可以将被征收住宅、厂房、办公用房的所有权终止的时间点确定在征收住宅、厂房、办公用房的补偿款付清之时。中国台湾地区“土地征收条例”采取

了这种方案。该条例第21条第1项规定：“被征收土地或土地改良物之所有权人，对于其土地或土地改良物之权利义务，于应受之补偿费发给完竣时终止。”该方案比较有利于被征收人，中国大陆可以借鉴。但是，在集体建设用地使用权的登记已经办理完毕、补偿款尚未付清的情况下，住宅、厂房、办公用房的所有权是否仍然在补偿款付清时终止呢？笔者倾向于否定说，而赞同将办理完毕住宅、厂房、办公用房的所有权移转登记手续之时作为私人所有权终止的时刻，这样，可以保持对内关系和对外关系的一致性，简洁明快。至于对被征收人的保护，可以通过明文规定办理住宅、厂房、办公用房的所有权移转登记以付清征收补偿款为前提条件、赋与被征收人抗辩权的路径来解决。^[65]

在不采取“先征收、再出让”模式，而由集体土地所有权人径直出让集体建设用地使用权给用地者的情况下，住宅、厂房、办公用房的所有权的消灭，无法按照征收消灭被征收财产所有权的规则解决，只能依据母权消灭子权随之消灭的原理处理。分解开来说，住宅所有权因宅基地使用权的终止而失去权源，因而归于消灭；乡镇企业的厂房的所有权、乡镇政府的办公用房的所有权因（原）集体土地使用权的终止而欠缺正当根据，因而归于消灭。

有必要提示的是，无论是否采取“先征收、再出让”的模式，住宅、厂房、办公用房的所有权的消灭，都得按照《民法典》的规定及精神，办理所有权的注销登记（第214条、第360条、第365条、第370条、第385条）。

（四）补偿款规则的变革及其走向

征收补偿，是征收制度不可分割的组成部分和重要特征。^[66]德国法甚至把征收规则和补偿规则联系在同一个法律里的要求，通常叫作一揽子条款。^[67]完全补偿、公平补偿、合理补偿，是我们高唱的征收制度的愿景之一。^[68]《民法典》在这方面也有不小的进步，第243条第2款关于“征收集体所有的土地，应当依法及时足额支付土地补偿费、安置补助费以及农村村民住宅、其他地上附着物和青苗等的补偿费用，并安排被征地农民的社会保障费用，保障被征地农民的生活，维护被征地农民的合法权益”的规定，相较于《物权法》第42条第2款的规定，增加了“及时”作为“足额支付土地补偿款”的状语，增加了“以及农村村民住宅”以凸显住宅所有权作为征收对象和“及时足额”地予以补偿，在“其他地上附着物和青苗”之后增加“等”以明确“土地补偿费、安置补助费以及农村村民住宅、其他地上附着物和青苗”仅仅是列举，并未穷尽应予补偿的科目，提醒补偿不应遗漏。

在采取“先征收、再出让”模式的背景下，在征收人（国土资源主管机关，下同）与被征收人（集体土地所有权人，住宅、厂房、办公用房的所有权人，下同）之间，发生被征收的土地归国家所有、集体土地所有权终止的法律效果，这比较清楚。疑问在于，是征收人向被征收人给与足额补偿，还是由用地者支付补偿款？中国台湾地区的“土地征收条例”采取的是用地者支付补偿款的模式（第11条、第19条以下）。在中国大陆，有的采取用地者（大多为开发商，下同）直接与征收人签订合同，约定补偿款及其计算标准、支付时间和数额的模式；有的则是征收人直接与征收人签订合同，约定土地补偿款及其计算标准、支付时间和数额，被征收住宅、厂房、办公用房的补偿由用地者与住宅、厂房、办公用房的所有权人签订合同，约定住宅、厂房、办公用房的补偿款及其计算标准、支付时间和数额。如果严格按照法律关系分析，应当是征收人向被征收人及住宅、厂房、办公用房的所有权人补偿，用地者（建设用地使用权的受让人）向国土资源主管机关缴纳土地使用权出让金。但不妨碍在实际操作上，建设用地使用权的受让人直接向被征收人及住宅、厂房、办公用房的所有权人支付补偿款，相当于建设用地使用权的受让人按照国土资源管理机关的指令向债权人付款。

在采取“先征收、再出让”模式的背景下，集体土地所有权因征收而不复存在，设立在该宗土地上的土地承包经营权、土地经营权、集体建设用地使用权随着母权的消灭而终止。在征收人与征收利害关系人（土地承包经营权人、集体建设用地使用权人，下同）之间，发生补偿关系，其内容包括承包地的青苗补偿、农用设施的补偿等。是否补偿土地承包经营权提前终止致使承包人的预期利益的损失？尽管许多法律及其学说都反对征收场合补偿预期利益，例如，德国法上的征收补偿不包括可得利益的损失，甚至在具有理由的例外情况下，如为了防止洪水、保护公共财产通过法律直接征收几乎没有价值的水坝，还可以减少补偿^[69]，但是，笔者仍然持赞同态度，理由如下：其一，土地承包经营权、土地经营权为财产权，具有财产价值，承包人本有可靠的预期，兹因征收导致土地承包经营权提前终止，使其遭受了损失，应当获得补偿。当然，对于预期利益的补偿肯定要有限制，侵权损害赔偿在大多数的情况下都不赔偿预期利益，何况并非民事侵权的公益征收制度之中的补偿呢！同时，需要注意，在法国，征收补偿的对象必须是直接的、物质的和确定的损失，不包括与公用征收无直接因果关系的损失，精神上、感情上的损失和将来可能发生的不确定的损失也不包括在内。^[70]在中国，也大体如此。其二，将集体土地所有权的征收补偿款和土地承包经营权、土地经营权的征收补偿款分开，向农村集体经济组织、承包人、土地经营权人分别支付，更能保障承包人获得补偿，避免将补偿款一并发给农村集体经济组织却被截

留，失地农民实际上没有获得补偿款，酿成社会问题。

集体所有的土地被征收之后，国土资源主管机关将建设用地使用权出让给用地者，该用地者应当按照出让合同向国土资源主管机关支付土地使用权出让金，没有疑问。有疑问的是，用地者是否向被征收人及利害关系人支付补偿款？中国实务中普遍存在用地者补偿被征收人的现象，不论被征收的是土地还是房屋，都是如此。这符合权利义务相一致的原则，取得土地权利、房屋所有权，应当支付相应的代价。至于利害关系人的补偿，则模式不同，有的是直接支付，有的是先付给集体所有权人，再由它转交给利害关系人。为了防止集体土地所有权人截留，笔者赞同将补偿款直接付给利害关系人的做法。

在不采取“先征收、再出让”模式，而由集体土地所有权人径直与用地者签订集体建设用地使用权出让合同的背景下，用地者须向集体土地所有权人支付对价，至于该对价是命名为土地使用权出让金，还是补偿款，倒并不关键。一般说来，该对价在数额上要明显高于采取“先征收、再出让”模式时国土资源主管机关支付的土地使用权出让金，从而提高集体土地所有权人的获益，实现《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》的目的之一。

上述集体建设用地使用权的设立，使得既存的土地承包经营权、土地经营权、有偿取得的宅基地使用权、集体建设用地使用权归于消灭的，土地承包经营权人、土地经营权人、有偿取得的宅基地使用权人、原集体建设用地使用权人也应获得相应的补偿。由于于此场合的土地承包经营权、土地经营权、有偿取得的宅基地使用权、集体建设用地使用权的消灭，是依据母权消灭子权随之消灭的原理运作的，符合事物本质的补偿款支付的流程应当是，由集体土地所有权人向土地承包经营权人、土地经营权人、有偿取得的宅基地使用权人、原集体建设用地使用权人支付。从另一个角度说，是用地者向集体土地所有权人所负对价中含有土地承包经营权、有偿取得的宅基地使用权、集体建设用地使用权的消灭的代价。

诚然，实务操作时，向土地承包经营权人、土地经营权人、有偿取得的宅基地使用权人、原集体建设用地使用权人支付补偿款，也可以由用地者径直向土地承包经营权人、土地经营权人、有偿取得的宅基地使用权人、原集体建设用地使用权人支付。只不过如此操作时，用地者向集体土地所有权人支付的对价中不含有土地承包经营权、有偿取得的宅基地使用权、集体建设用地使用权的消灭的代价。

考虑到实务操作中某些村干部掌握土地补偿费时，往往将土地补偿费挪用为村干部工资或其他行政费用，产生村干部贪污腐化现象

[71]，补偿款由用地者径直向土地承包经营权人、有偿取得的宅基地使用权人、原集体建设用地使用权人支付，更有利于农民，笔者更赞同这种补偿款的流向图。

需要多说几句的是，对于宅基地使用权人是否补偿？宅基地使用权若为有偿取得的，应予补偿，只是必须考虑另行择地的因素；若为无偿取得的，则不予补偿，但应另行提供一宗宅基地。

第二百四十四条

国家对耕地实行特殊保护，严格限制农用地转为建设用地，控制建设用地总量。不得违反法律规定的权限和程序征收集体所有的土地。

本条主旨

本条是关于特殊保护耕地、禁止非法征地的规定。

相关条文

《物权法》第43条 国家对耕地实行特殊保护，严格限制农用地转为建设用地，控制建设用地总量。不得违反法律规定的权限和程序征收集体所有的土地。

《土地管理法》第3条 十分珍惜、合理利用土地和切实保护耕地是我国的基本国策。各级人民政府应当采取措施，全面规划，严格管理，保护、开发土地资源，制止非法占用土地的行为。

第4条 国家实行土地用途管制制度。

国家编制土地利用总体规划，规定土地用途，将土地分为农用地、建设用地和未利用地。严格限制农用地转为建设用地，控制建设用地总量，对耕地实行特殊保护。

前款所称农用地是指直接用于农业生产的土地，包括耕地、林地、草地、农田水利用地、养殖水面等；建设用地是指建造建筑物、构筑物的土地，包括城乡住宅和公共设施用地、工矿用地、交通水利设施用地、旅游用地、军事设施用地等；未利用地是指农用地和建设用地以外的土地。

使用土地的单位和个人必须严格按照土地利用总体规划确定的用

途使用土地。

第30条 国家保护耕地，严格控制耕地转为非耕地。

国家实行占用耕地补偿制度。非农业建设经批准占用耕地的，按照“占多少，垦多少”的原则，由占用耕地的单位负责开垦与所占用耕地的数量和质量相当的耕地；没有条件开垦或者开垦的耕地不符合要求的，应当按照省、自治区、直辖市的规定缴纳耕地开垦费，专款用于开垦新的耕地。

省、自治区、直辖市人民政府应当制定开垦耕地计划，监督占用耕地的单位按照计划开垦耕地或者按照计划组织开垦耕地，并进行验收。

第31条 县级以上地方人民政府可以要求占用耕地的单位将所占用耕地耕作层的土壤用于新开垦耕地、劣质地或者其他耕地的土壤改良。

第32条 省、自治区、直辖市人民政府应当严格执行土地利用总体规划和土地利用年度计划，采取措施，确保本行政区域内耕地总量不减少、质量不降低。耕地总量减少的，由国务院责令在规定期限内组织开垦与所减少耕地的数量与质量相当的耕地；耕地质量降低的，由国务院责令在规定期限内组织整治。新开垦和整治的耕地由国务院自然资源主管部门会同农业农村主管部门验收。

个别省、直辖市确因土地后备资源匮乏，新增建设用地后，新开垦耕地的数量不足以补偿所占用耕地的数量的，必须报经国务院批准减免本行政区域内开垦耕地的数量，易地开垦数量和质量相当的耕地。

第33条 国家实行永久基本农田保护制度。下列耕地应当根据土地利用总体规划划为永久基本农田，实行严格保护：

（一）经国务院农业农村主管部门或者县级以上地方人民政府批准确定的粮、棉、油、糖等重要农产品生产基地内的耕地；

（二）有良好的水利与水土保持设施的耕地，正在实施改造计划以及可以改造的中、低产田和已建成的高标准农田；

（三）蔬菜生产基地；

（四）农业科研、教学试验田；

（五）国务院规定应当划为永久基本农田的其他耕地。

各省、自治区、直辖市划定的永久基本农田一般应当占本行政区域内耕地的百分之八十以上，具体比例由国务院根据各省、自治区、直辖市耕地实际情况规定。

第34条 永久基本农田划定以乡（镇）为单位进行，由县级人民政府自然资源主管部门会同同级农业农村主管部门组织实施。永久基本农田应当落实到地块，纳入国家永久基本农田数据库严格管理。

乡（镇）人民政府应当将永久基本农田的位置、范围向社会公告，并设立保护标志。

第35条 永久基本农田经依法划定后，任何单位和个人不得擅自占用或者改变其用途。国家能源、交通、水利、军事设施等重点建设项目选址确实难以避让永久基本农田，涉及农用地转用或者土地征收的，必须经国务院批准。

禁止通过擅自调整县级土地利用总体规划、乡（镇）土地利用总体规划等方式规避永久基本农田农用地转用或者土地征收的审批。

《煤炭法》第18条 煤矿建设使用土地，应当依照有关法律、行政法规的规定办理。征收土地的，应当依法支付土地补偿费和安置补偿费，做好迁移居民的安置工作。

煤矿建设应当贯彻保护耕地、合理利用土地的原则。

地方人民政府对煤矿建设依法使用土地和迁移居民，应当给予支持和协助。

理解与适用

本条是对《物权法》第43条的复制。它既是宪法问题、基本国策问题，在物权法内部也是所有权等物权的社会性问题。

土地是人类赖以生存和发展的物质条件，一切生产和生存的源泉。实现社会经济的可持续发展，最基础、最根本的保证是实现资源的可持续利用。我国人均耕地面积不到世界水平的1/3，国土资源紧缺稀薄。粮食（及棉油）问题事关国家战略安全，假如依赖粮食进口以解决中国人的吃饭问题，那实在是太危险了。有鉴于此，多年来，中国一直强调确保耕地红线，即中国耕地保有量到2010年和2020年分别保持在18.18亿亩和18.05亿亩，确保15.60亿亩基本农

田数量不减少，质量有提高。此次《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》再次重申：“坚持和完善最严格的耕地保护制度”（第20条）。《土地管理法》就国家对耕地实行特殊保护作了较为细致的规定（第30-43条），《民法典》予以肯定，设置本条，是十分必要的。

本条的核心是以法律的形式固定、保护国家对耕地实行特殊保护的基本国策，明确通过严格限制农用地转为建设用地、控制建设用地总量和禁止违法征收具体措施来保障基本国策的落实。

在具体落实《土地管理法》《民法典》的规定方面，行政机关已有具体的方针、步骤和措施。国务院原则同意《全国土地整治规划（2016—2020年）》，由国土资源部、国家发展改革委发布实施。

国务院要求，《全国土地整治规划（2016—2020年）》的实施，要按照党中央、国务院决策部署，坚持最严格的耕地保护制度和最严格的节约用地制度，实施藏粮于地和节约优先战略，以提升粮食产能为目标，大力推进农用地整理和高标准农田建设，夯实农业现代化基础；以促进城乡统筹发展为导向，大力推进城乡散乱、闲置、低效建设用地整理，推动美丽宜居乡村建设和新型城镇化发展；以精准扶贫、精准脱贫为要求，大力推进贫困地区土地综合整治，加大政策、项目、资金支持，助力脱贫攻坚；以保护生态环境为前提，大力推进废弃、退化、污染、损毁土地的治理、改良和修复，促进土地资源永续利用。

通过《全国土地整治规划（2016—2020年）》实施，“十三五”期间，确保建成4亿亩、力争建成6亿亩高标准农田，使经整治的基本农田质量平均提高1个等级；通过土地整治补充耕地2 000万亩，通过农用地整理改造中低等耕地2亿亩左右，耕地数量质量保护水平全面提升；整理农村建设用地600万亩，改造开发城镇低效用地600万亩，促进单位国内生产总值的建设用地使用面积降低20%，节约集约用地水平进一步提高；全面推进土地复垦，复垦率达到45%以上，开展土地生态整治，使土地资源得到合理利用，生态环境明显改善。

国务院提出，地方各级人民政府要加强组织领导，切实落实主体责任，完善各项政策措施，依据上一级土地整治规划确定的目标和任务，做好本行政区域土地整治规划的编制实施，统筹安排高标准农田建设、农用地整理、城乡建设用地整理、土地复垦等各项工作，全面落实《全国土地整治规划（2016—2020年）》确定的土地整治目标任务。国务院有关部门和单位要根据职责分工，密切协调配合，在规

划编制、政策实施、项目安排、资金保障和体制机制创新等方面给予积极支持。国土资源部、国家发展改革委要牵头做好《全国土地整治规划（2016—2020年）》的组织实施工作，加强跟踪分析、督促检查和考核评估，认真研究解决《全国土地整治规划（2016—2020年）》实施中出现的问题，推动《全国土地整治规划（2016—2020年）》各项目标任务落实，重大问题及时向国务院报告。^[72]

关于耕地实行特殊保护，《土地管理法》设有专章“第四章”，共计13个条文，足见重视程度。有些规定斩钉截铁，例如，第33条规定：“国家实行永久基本农田保护制度。下列耕地应当根据土地利用总体规划划为永久基本农田，实行严格保护：（一）经国务院农业农村主管部门或者县级以上地方人民政府批准确定的粮、棉、油、糖等重要农产品生产基地内的耕地；（二）有良好的水利与水土保持设施的耕地，正在实施改造计划以及可以改造的中、低产田和已建成的高标准农田；（三）蔬菜生产基地；（四）农业科研、教学试验田；（五）国务院规定应当划为永久基本农田的其他耕地”（第1款）；“各省、自治区、直辖市划定的永久基本农田一般应当占本行政区域内耕地的百分之八十以上，具体比例由国务院根据各省、自治区、直辖市耕地实际情况规定”（第2款）。

第二百四十五条

因抢险救灾、疫情防控等紧急需要，依照法律规定的权限和程序可以征用组织、个人的不动产或者动产。被征用的不动产或者动产使用后，应当返还被征用人。组织、个人的不动产或者动产被征用或者征用后毁损、灭失的，应当给予补偿。

本条主旨

本条是关于征用的规定。

相关条文

《物权法》第44条 因抢险、救灾等紧急需要，依照法律规定的权限和程序可以征用单位、个人的不动产或者动产。被征用的不动产或者动产使用后，应当返还被征用人。单位、个人的不动产或者动产被征用或者征用后毁损、灭失的，应当给予补偿。

《国防法》第48条 国家根据动员需要，可以依法征收、征用组织和个人的设备设施、交通工具和其他物资。

县级以上人民政府对被征收、征用者因征收、征用所造成的直接经济损失，按照国家有关规定给予适当补偿。

理解与适用

在较长的历史时期内，中国法不区分征收和征用，统用征用的术语。2004年3月14日，第十届全国人民代表大会第二次会议通过《中华人民共和国宪法修正案》，其中第20条决定将《宪法》第10条第3款关于“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征用”的规定，修改为“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿”。2004年3月14日该修正案由全国人民代表大会公告公布施行。为贯彻、落实该修正案，第十届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议于2004年8月28日通过《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国土地管理法〉的决定》，“对《中华人民共和国土地管理法》作如下修改：一、第二条第四款修改为：‘国家为了公共利益的需要，可以依法对土地实行征收或者征用并给予补偿。’二、将第四十三条第二款、第四十五条、第四十六条、第四十七条、第四十九条、第五十一条、第七十八条、第七十九条中的‘征用’修改为‘征收’”。

在区分征收和征用的前提下，所谓征用，是指因抢险救灾、疫情防控等紧急需要，国家依照法律规定的权限和程序强制利用他人的不动产、动产。它与征收具有共性：（1）都是行政命令；（2）都是动用国家权力；（3）相对人都必须服从；（4）被征用财产的物权人永久地或暂时地失去占有、使用该财产的权能；（5）补偿非讨价还价形成。两者也有明显的差异：（1）征收，是消灭征收标的的所有权；征用，至少在初衷方面不是消灭被征用财产的所有权，是暂时剥夺物权人的占有、使用之权，至于被征用之物灭失了，那属于另外的问题，并非征用必然含有的因素。（2）征收适用的前提和要件是公共利益的需要，不限于抢险救灾、疫情防控等紧急需要；而征用适用的前提和要件是抢险、救灾等紧急需要。（3）征收的场合仅有补偿被征收人的问题，征用的场合，首先是于抢险救灾、疫情防控等紧急情形结束后，国家要把被征用的财产返还给被征用之人，并予以一定的补偿，只有被征用之物灭失时才发生折价补偿。（4）征收，多用于不动产的场合，征用，多用于动产的情形。

第五章 国家所有权和集体所有权、私人所有权

本章从所有权主体的类型角度分别规定了国家所有权、集体所有权和私人所有权，集中体现了中国社会主义基本经济制度的要求。这是经济基础决定上层建筑的典型表现。

国家所有权在本质上是社会主义全民所有制在法律上的表现，是国家对国有财产的占有、使用、收益和处分的权利。它包括国家土地所有权、海域所有权、矿产资源所有权、水资源所有权，以及建筑物、构筑物及其附属设施的所有权等，还有各种动产的所有权。它具有如下特征。

1.主体的特殊性。国家所有权的主体为国家，而非其他任何人。国家虽然同时是主权的享有者、政权的承担者和财产的所有人，但在以所有权人的身份为民事活动时，主权享有者、政权承担者的身份隐而不露。由于国家所有权是全民所有制的法律表现，国家是代表全体人民行使所有权的，它本身没有特殊的利益，国家所有权的享有及行使所获得的利益，最终是为了满足广大人民的物质和文化生活的需要。国家在行使国家所有权的过程中，也应当充分反映全体人民的意志和利益。^[73]国有财产由国务院代表国家行使所有权；法律另有规定的除外（《民法典》第246条第2款）。

2.客体范围的广泛性。《宪法》及《民法通则》等法律将国家所有的财产规定得十分广泛，《物权法》予以承继并更加具体和明确，《民法典》亦然（第247条以下）。

3.某些客体的专属性。矿藏、水流、海域、城市的土地等财产专属于国家，任何单位和个人不能取得其所有权（《民法典》第247条等）。当事人取得专属于国家的财产的合同，根据《民法典》第153条第2款的规定，因为违反法律的禁止性规定而无效，不能发生取得国家专属财产权的效果。对于专属于国家的财产，不适用《民法典》关于善意取得的规定（第311条）。

4.取得方式的多样性。国家可以凭借其公权力通过征收、国有化、没收等方式强制性地将普通民事主体的财产收归国有；依其行政权强制性地征收税金而取得所有权。当然，国家采取这些方式取得所有权时必须严格依照法定条件、遵循法定程序，以保障公民、法人等主体的合法权益，维护正常的社会秩序，显现出正当性。显现正当性的另一方面的表现是，国家借助国家强执行力征收、国有化、没收，不是国家“私吞”他人的财产，而是用于公共利益方面。此外，《民法典》规定，遗失物自发布招领公告之日起1年内无人认领的，归国家

所有（第318条）；拾得漂流物、发现埋藏物或者隐蔽物的，参照拾得遗失物的规定，除非文物保护法等法律另有规定（第319条）；无人继承又无人受遗赠的遗产，归国家所有，用于公益事业；死者生前是集体所有制组织成员的，归所在集体所有制组织所有（第1160条）。

5.行使方式的多层性。国家作为非常抽象的实体，大多无法直接占有、使用其财产，得交由国家机关、国家举办的事业单位代行所有权（《民法典》第255条、第256条）；至于国家出资的企业，由国务院、地方人民政府依照法律、行政法规的规定分别代表国家履行出资人的职责，享有出资人的权益（《民法典》第257条），于此情形，国家所有权已经转化成股权。

6.法律保护的优越性。国家所有权受到侵害或妨碍，不但有物权请求权、不当得利返还请求权、侵权损害赔偿请求权等这些普通民事主体能够行使的保护方式，而且拥有普通民事主体所没有的保护手段，如提前收回建设用地使用权（《民法典》第358条）。例如，《城市房地产管理法》第26条中段规定，土地使用权人满2年未动工开发建设用地的，可以无偿收回土地使用权。

集体所有权，是指集体组织及其全体成员对集体财产享有的占有、使用、收益和处分的权利。它具有如下特点。

1.所有权人的复合结构。集体所有权的主体，首先包括一些集体组织。这里的集体组织，是指劳动群众集体，包括农村劳动群众集体和城镇劳动群众集体（《民法典》第262条、第263条）。但应注意到，城镇劳动群众集体企业逐渐被改制为有限责任公司、股份有限公司等法人形式，以及合伙企业形式。这些组织所享有的所有权已经不是集体所有权了。

集体所有权的主体还包括集体组织的全体成员（《物权法》第261条）。集体成员，应该根据集体成立时的原始成员进行判断。原始成员死亡的，其相应的成员资格应该由其继承人继承。户口是判断成员的重要但非唯一证据。在村这种农村集体组织中，集体组织成员所生的未成年人当然成为集体组织成员，无须继承集体成员的资格。

集体组织与其全体成员同为集体财产的所有权人，出现了集体所有权主体的复合结构。

[讨论]

《宪法》把集体所有权的主体限定在集体组织，《物权法》对此在承继的基础上又有所发展，其第59条第1款明确了集体组织成员亦为集体所有权的主体，目的在于解决集体所有权的主体虚化，某些地区的集体所有的财产被少数村干部作为谋取私利的工具，全体成员却难以真正行使对集体财产的权利，本应取得的利益被限制乃至被剥夺等问题。可见，立法本意是正面的、积极的，因此，《民法典》予以承继（第261条）。

不过，仅就法律技术而言，集体组织毕竟不同于集体组织成员，二者是各自不同的民事主体。集体组织作为所有权的主体，该所有权的主体是单一的，该所有权为单一的所有权，即单独所有权或曰个体所有权。集体组织成员作为所有权的主体，该所有权的主体是复数的，该所有权为共有权，而非单独所有权。在通说将集体所有权作为单独所有权看待的背景下，称集体组织和全体集体组织成员一起作为集体所有权的主体，在逻辑上存在着障碍。

2.客体的范围受到限制。相对于国家所有权的客体的广泛性，集体所有权的客体在范围上明显地受到了限制，如不得享有河流、矿藏的所有权（《民法典》第260条等）。

3.所有权运行的民主性。集体所有权的运行，必须充分反映集体组织成员的共同意志，实现集体组织成员的权益。集体组织成员的权益主要是通过成员权来体现的。成员权分为自益权和共益权，集体成员通过自益权实现其收益，通过共益权来行使集体所有权。^[74]

4.特殊的保护手段。对于集体所有权的法律保护，自然离不开物权请求权、侵权损害赔偿请求权、不当得利返还请求权等方式，此外还有集体成员的撤销权（《民法典》第265条第2款）。

[引申与讨论]

集体经济组织、村民委员会或其负责人作出的侵害集体成员合法权益的决定，是指违反法律、法规及集体组织章程的处分集体财产的行为。^[75]它首先应为行政行为，也不排除向其他民事主体作出的要约或承诺，甚至是单方允诺。行政行为可能直接构成侵权行为，也可能导致侵权行为的发生。

这里所说的决定，应当是有关集体所有权及其行使的决定。此处所言的集体成员的合法权益，不是集体成员作为一个独立于集体组织的民事主体的个人的权益，而是作为集体组织成员在集体组织中所应享有的合法权益。

在“决定”为要约或承诺或单方允诺的情况下，或者“决定”引发了与交易相对人间的法律行为的场合，如集体经济组织、村民委员会或其负责人同意了某房地产开发公司利用集体土地从事房地产开发的条件，或将集体土地出租给了第三人，存在着保护善意第三人的问题，不得损害交易安全。于此场合，宜参照《民法典》第538-542条关于债权人撤销权的规定处理。

集体所有权的行使，具有代表行使、民主决策和设立他物权的色彩（《民法典》第261条、第262条等）。

集体所有权，归根结底应当服务于全体集体组织成员。为了减少乃至避免个别村干部利用集体所有权谋取私利，为了集体组织成员切实地就集体所有权而享受到利益，由集体组织成员（准确地说是农户）分享集体土地所有权中的占有、使用、收益的权能，取得宅基地使用权、土地承包经营权。这是集体所有权行使的一种表现，并且因他物权的效力优先于所有权而使集体组织成员（准确地说是农户）直接享受到集体土地所有权所产生的利益。

集体所有权的效力：集体所有权具有占有、使用、收益和处分的积极权能，也有物权请求权的消极权能。

《民法典》规定了私人所有权（第266条以下），其含义如何，需要界定。首先，私人所有权不同于私所有权，因为私所有权是相对于公所有权而言的，它不仅包括自然人的单独所有权，也包括企业法人所有权，还包括国家机关从事民事活动时呈现的法人所有权。

其次，《民法典》在私人所有权制度中使用的“私人”（第266条以下），宜被理解为自然人、个体工商户、个人独资企业、合伙、中外合资经营企业、中外合作经营企业、股份有限公司、有限责任公司，以及学校、医院、寺庙等主体。私人财产应当包括自然人、个体工商户、个人独资企业、合伙、中外合资经营企业、中外合作经营企业、股份有限公司、有限责任公司所拥有的财产，以及学校、医院、寺庙等主体所拥有的财产。但由于中外合资经营企业、股份有限公司、有限责任公司、学校、医院等均为法人，其财产权为法人所有权，系独立于自然人的单独所有权、国家所有权、集体所有权的一种所有权类型，而《民法典》第60条专门规定了法人所有权，与第266条以下规定的私人所有权并列，故可说私人所有权不包括中外合资经营企业、股份有限公司、有限责任公司的法人所有权。由于个体工商户、个人独资企业、合伙、不具备法人资格的中外合作经营企业的财产权形式为共有权，不是单独的单独所有权，最终落实为自然人的单独所有权。在这个层面上，《民法典》第266条以下规定的私人所有权只

能是自然人的单独所有权。不过，问题还有另一面，当私人所有权作为与国家所有权、集体所有权相并列的概念而使用时，法人所有权也应属于私人所有权。

[论争与评论]

实际上，《民法典》第266条以下规定的私人所有权中的“私人”及“私人所有权”，其内涵和外延如何，其说不一。第一种观点将这里的私人等同于公民。^[76]第二种观点认为，这里的私人应被限缩解释为自然人。^[77]第三种观点主张，这里的私人是对国家、集体相对应的物权主体，不但包括中国的公民，也包括在中国合法取得财产的外国人和无国籍人。不仅包括自然人，还包括个人独资企业、个人合伙等非公有制企业。^[78]第四种观点强调，私人所有权的主体主要是自然人，但不限于自然人。私人所有权指称的范围更广，包括了个体工商户、合伙、各类企业法人、三资企业中投资者的权益等。^[79]对此，本释评书分析和评论如下。

第一种观点人为地缩小了私人的范围，不符合一定数量的外国人、无国籍人已经在合法购置房屋并享有所有权，法律对此予以保护的现实；也有违《民法典》力图保护自然人、个体工商户、个人独资企业、合伙企业、中外合资经营企业、中外合作经营企业等非公有制企业的合法财产权的立法本意，难被赞同。

第二种观点在将私人所有权限缩为自然人的单独所有权这点上，值得赞同，但毅然决然地把个体工商户、个人独资企业、个人合伙、中外合资经营企业、中外合作经营企业等非公有制企业排除在私人的范围之外，在暂不考虑所有权的类型的前提下，有些缩小了，不符合《民法典》的立法本意。故本释评书只能部分地吸收其合理成分。

第三种观点注意到了现行法上的民事主体的多样性，若不联系所有权的种类，仅仅从所有制的层面观察民事主体的类型，将自然人、个人独资企业、个人合伙等非公有制企业作为私的主体，值得赞同（不仅如此，笔者还认为，个体工商户、学校、医院、寺庙等也是私的主体）。但是，如果结合所有权来理解私人，即界定私人所有权时，就不宜断言私人所有权包括自然人的单独所有权、个体工商户的单独所有权、个人独资企业的单独所有权、个人合伙的单独所有权。其道理在于，共有权不是所有权的一种独立类型，仅仅是所有权人为复数而已，而个体工商户、个人独资企业、个人合伙的财产权形式仍然是共有权（个体工商户场合是家庭成员的共有权，个人独资企业场合是作为出资人的自然人的共有权，个人合伙场合是合伙人的共有权），最终落实为自然人的单独所有权。就是说，私人所有权就是自

然人的单独所有权，不应含有个人独资企业的单独所有权、个人合伙的单独所有权。不过，私人与国家、集体相对称使用时，则应包括个体工商户、个人独资企业、法人、非法人型的学校、医院及寺庙等。

第四种观点认为，私人所有权的范围不限于自然人，还包括私人对企业出资的财产所享有的权利。这混淆了所有权和股权，因为私人出资到有限责任公司、股份有限公司中的财产已经变成了法人所有权的客体，不再是个人所有权的标的，私人只是享有股权了。此其一。第四种观点主张，私人所有权包括个体工商户、合伙中投资者的权益，混淆了单独所有权和共有权，因为个体工商户经营管理的财产归家庭成员共有，合伙财产归全体合伙人共有。此其二。鉴于笔者赞同所有权、共有权、股权为不同的概念和制度的通说，本释评书无法赞同第四种观点。

私人所有权具有下效力：私人所有权具有占有、使用、收益和处分的积极权能，也有物权请求权的消极权能。

为了社会公共利益的需要，国家依照法律规定的权限和程序可以征收私人的不动产或动产（《民法典》第243条）；因抢险、救灾等紧急需要，依照法律规定的权限和程序可以征用私人的不动产或动产（《物权法》第245条），私人无法依其所有权予以对抗。但另一方面，在国家机关不能证明其征收系为了社会公共利益的需要，不能证明其征用系因抢险、救灾等紧急需要的情况下，私人可以依其所有权对抗征收、征用。这也是私人所有权的效力的表现。

私人所有权与法人所有权之间的关系如何？界定法人所有权，可有两思路。遵循《民法典》界定所有权的思路（第240条），法人所有权是指法人对其财产享有占有、使用、收益和处分的权利；按照学说界定所有权的思路，法人所有权为法人对其财产全面支配并排除他人干涉的权利。至于出资人将其财产出资到法人的权利，不再表现为所有权，而是转化成了股权，《民法典》称之为出资者的权益（第76条等）。鉴于后者更准确地解释了法人所有权的本质属性，本释评书更愿意采纳这种界定路径。

据此可知，《民法典》承认了法人所有权，体现在第57条关于“法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织”的规定和第60条关于“法人以其全部财产独立承担民事责任”的规定，以及第268条等规定之中^[80]，特别是《公司法》第3条关于“公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任”（第1款）；“有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任；股份有限公

司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任”（第2款）的规定。

第二百四十六条

法律规定属于国家所有的财产，属于国家所有即全民所有。

国有财产由国务院代表国家行使所有权。法律另有规定的，依照其规定。

本条主旨

本条是关于国有财产的范围、国家所有即全民所有和国务院代行国家所有权的規定。

相关条文

《宪法》第9条第1款 矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有；由法律规定属于集体所有的森林和山岭、草原、荒地、滩涂除外。

《民法通则》第73条第1款 国家财产属于全民所有。

《物权法》第45条 法律规定属于国家所有的财产，属于国家所有即全民所有。

国有财产由国务院代表国家行使所有权；法律另有规定的，依照其规定。

《土地管理法》第2条第1款、第2款 中华人民共和国实行土地的社会主义公有制，即全民所有制和劳动群众集体所有制。

全民所有，即国家所有土地的所有权由国务院代表国家行使。

第5条 国务院自然资源主管部门统一负责全国土地的管理和监督工作。

县级以上地方人民政府自然资源主管部门的设置及其职责，由省、自治区、直辖市人民政府根据国务院有关规定确定。

第6条 国务院授权的机构对省、自治区、直辖市人民政府以及国务院确定的城市人民政府土地利用和土地管理情况进行督察。

《草原法》第9条第1款 草原属于国家所有，由法律规定属于集体所有的除外。国家所有的草原，由国务院代表国家行使所有权。

《森林法》第10条 国务院林业主管部门主管全国林业工作。县级以上地方人民政府林业主管部门，主管本地区的林业工作。乡级人民政府设专职或者兼职人员负责林业工作。

《水法》第3条 水资源属于国家所有。水资源的所有权由国务院代表国家行使。农村集体经济组织的水塘和由农村集体经济组织修建管理的水库中的水，归各该农村集体经济组织使用。

《矿产资源法》第3条第1款 矿产资源属于国家所有，由国务院行使国家对矿产资源的所有权。地表或者地下的矿产资源的所有权，不因其所依附的土地的所有权或者使用权的不同而改变。

第11条 国务院地质矿产主管部门主管全国矿产资源勘查、开采的监督管理工作。国务院有关主管部门协助国务院地质矿产主管部门进行矿产资源勘查、开采的监督管理工作。省、自治区、直辖市人民政府地质矿产主管部门主管本行政区域内矿产资源勘查、开采的监督管理工作。省、自治区、直辖市人民政府有关主管部门协助同级地质矿产主管部门进行矿产资源勘查、开采的监督管理工作。

《海域使用管理法》第3条第1款前段 海域属于国家所有，国务院代表国家行使海域所有权。

《煤炭法》第12条 国务院煤炭管理部门依法负责全国煤炭行业的监督管理。国务院有关部门在各自的职责范围内负责煤炭行业的监督管理。

县级以上地方人民政府煤炭管理部门和有关部门依法负责本行政区域内煤炭行业的监督管理。

《渔业法》第6条 国务院渔业行政主管部门主管全国的渔业工作。县级以上地方人民政府渔业行政主管部门主管本行政区域内的渔业工作。县级以上人民政府渔业行政主管部门可以在重要渔业水域、渔港设渔政监督管理机构。

县级以上人民政府渔业行政主管部门及其所属的渔政监督管理机构可以设渔政检查人员。渔政检查人员执行渔业行政主管部门及其所属的渔政监督管理机构交付的任务。

第7条 国家对渔业的监督管理，实行统一领导、分级管理。

海洋渔业，除国务院划定由国务院渔业行政主管部门及其所属的渔政监督管理机构监督管理的海域和特定渔业资源渔场外，由毗邻海域的省、自治区、直辖市人民政府渔业行政主管部门监督管理。

江河、湖泊等水域的渔业，按照行政区划由有关县级以上人民政府渔业行政主管部门监督管理；跨行政区域的，由有关县级以上地方人民政府协商制定管理办法，或者由上一级人民政府渔业行政主管部门及其所属的渔政监督管理机构监督管理。

《野生动物保护法》第3条第1款 野生动物资源属于国家所有。

理解与适用

本条复制了《物权法》第45条的规定，含有国家所有财产的确权原则、国家所有与全民所有之间的关系、国务院代表国家行使所有权以及例外情形。本条重在宣明，法律适用时需要结合其他法律条文。

本条第1款前段所谓法律规定属于国家所有的财产，首先是指《宪法》规定的属于国家所有的财产（第9条等），其次是《民法典》规定的属于国家所有的财产（第247条等），再次是《土地管理法》等许多法律、法规规定的属于国家所有的财产。

本条第1款后段所谓国家所有即全民所有，并非定义，而是全民所有由国家所有来体现。之所以如此认识，是因为全民所有的主体是全体人民，而国家所有的主体是国家，全体人民和国家显然不是一个层面的概念。

国家是个抽象的政治实体，作为民事权利主体，其本身的虚拟性、抽象性以及模糊性，导致其活动能力受到局限，实际上，国家不可能真正去占有、使用国有财产，因而，国家所有权必须有人代其运作，因而本条第2款规定，国有财产由国务院代表国家行使所有权。在这方面，有若干部法律、法规予以具体化。例如，《企业国有资产法》规定：“国务院和地方人民政府依照法律、行政法规的规定，分别代表国家对国家出资企业履行出资人职责，享有出资人权益”（第4条第1款）；“国务院确定的关系国民经济命脉和国家安全的大型国家出资企业，重要基础设施和重要自然资源等领域的国家出资企业，由国务院代表国家履行出资人职责。其他的国家出资企业，由地方人民政府代表国家履行出资人职责”（第4条第2款）。《企业国有资产监督管理暂行条例》落实这些规定（第4条、第5条）。

其实，国有资产的规模庞大、分布广泛，国务院对此事必躬亲是

不现实的，需要分级管理。因而，《企业国有资产法》规定：“国家建立健全与社会主义市场经济发展要求相适应的国有资产管理与监督体制，建立健全国有资产保值增值考核和责任追究制度，落实国有资产保值增值责任”（第8条）；“国家建立健全国有资产基础管理制度。具体办法按照国务院的规定制定”（第9条）。“国务院国有资产监督管理机构和地方人民政府按照国务院的规定设立的国有资产监督管理机构，根据本级人民政府的授权，代表本级人民政府对国家出资企业履行出资人职责”（第11条第1款）；“国务院和地方人民政府根据需要，可以授权其他部门、机构代表本级人民政府对国家出资企业履行出资人职责”（第11条第2款）；“代表本级人民政府履行出资人职责的机构、部门，以下统称履行出资人职责的机构”（第11条第3款）；“履行出资人职责的机构代表本级人民政府对国家出资企业依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等出资人权利”（第12条第1款）；“履行出资人职责的机构依照法律、行政法规的规定，制定或者参与制定国家出资企业的章程”（第12条第2款）；“履行出资人职责的机构对法律、行政法规和本级人民政府规定须经本级人民政府批准的履行出资人职责的重大事项，应当报请本级人民政府批准”（第12条第3款）。

《企业国有资产监督管理暂行条例》规定：“省、自治区、直辖市人民政府和设区的市、自治州级人民政府分别代表国家对由国务院履行出资人职责以外的国有及国有控股、国有参股企业，履行出资人职责。其中，省、自治区、直辖市人民政府履行出资人职责的国有及国有控股、国有参股企业，由省、自治区、直辖市人民政府确定、公布，并报国务院国有资产监督管理机构备案；其他由设区的市、自治州级人民政府履行出资人职责的国有及国有控股、国有参股企业，由设区的市、自治州级人民政府确定、公布，并报省、自治区、直辖市人民政府国有资产监督管理机构备案”（第5条第2款）；“国务院，省、自治区、直辖市人民政府，设区的市、自治州级人民政府，分别设立国有资产监督管理机构。国有资产监督管理机构根据授权，依法履行出资人职责，依法对企业国有资产进行监督管理”（第6条第1款）。

在按照国有财产的种类分工管理方面，《自然资源部职能配置、内设机构和人员编制规定》明确：自然资源部落实中央关于统一行使全民所有自然资源资产所有者职责，统一行使所有国土空间用途管制和生态保护修复职责的要求，强化顶层设计，发挥国土空间规划的管控作用，为保护和合理开发利用自然资源提供科学指引。进一步加强自然资源的保护和合理开发利用，建立健全源头保护和全过程修复治理相结合的工作机制，实现整体保护、系统修复、综合治理。创新激

励约束并举的制度措施，推进自然资源节约集约利用。进一步精简下放有关行政审批事项、强化监管力度，充分发挥市场对资源配置的决定性作用，更好发挥政府作用，强化自然资源管理规则、标准、制度的约束性作用，推进自然资源确权登记和评估的便民高效（第3条第21款）。根据中央授权，对地方政府落实党中央、国务院关于自然资源和国土空间规划的重大方针政策、决策部署及法律法规执行情况进行督察。查处自然资源开发利用和国土空间规划及测绘重大违法案件。指导地方有关行政执法工作（第3条第17款）。自然资源部负责全民所有土地、矿产、森林、草原、湿地、水、海洋等自然资源资产所有者职责和所有国土空间用途管制职责。拟订自然资源和国土空间规划及测绘、极地、深海等法律法规草案，制定部门规章并监督检查执行情况（第3条第1款）。负责自然资源调查监测评价。制定自然资源调查监测评价的指标体系和统计标准，建立统一规范的自然资源调查监测评价制度。实施自然资源基础调查、专项调查和监测。负责自然资源调查监测评价成果的监督管理和信息发布。指导地方自然资源调查监测评价工作（第3条第2款）。负责自然资源统一确权登记工作。制定各类自然资源和不动产统一确权登记、权籍调查、不动产测绘、争议调处、成果应用的制度、标准、规范。建立健全全国自然资源和不动产登记信息管理基础平台。负责自然资源和不动产登记资料收集、整理、共享、汇交管理等。指导监督全国自然资源和不动产确权登记工作（第3条第3款）。负责自然资源资产有偿使用工作。建立全民所有自然资源资产统计制度，负责全民所有自然资源资产核算。编制全民所有自然资源资产负债表，拟订考核标准。制定全民所有自然资源资产划拨、出让、租赁、作价出资和土地储备政策，合理配置全民所有自然资源资产。负责自然资源资产价值评估管理，依法收缴相关资产收益（第3条第4款）。负责自然资源的合理开发利用。组织拟订自然资源发展规划和战略，制定自然资源开发利用标准并组织实施，建立政府公示自然资源价格体系，组织开展自然资源分等定级价格评估，开展自然资源利用评价考核，指导节约集约利用。负责自然资源市场监管。组织研究自然资源管理涉及宏观调控、区域协调和城乡统筹的政策措施（第3条第5款）。负责建立空间规划体系并监督实施。推进主体功能区战略和制度，组织编制并监督实施国土空间规划和相关专项规划。开展国土空间开发适宜性评价，建立国土空间规划实施监测、评估和预警体系。组织划定生态保护红线、永久基本农田、城镇开发边界等控制线，构建节约资源和保护环境的生产、生活、生态空间布局。建立健全国土空间用途管制制度，研究拟订城乡规划政策并监督实施。组织拟订并实施土地、海洋等自然资源年度利用计划。负责土地、海域、海岛等国土空间用途转用工作。负责土地征收征用管理（第3条第6款）。负责统筹国土空间生态修复。牵头组织编制国土空间生态修复规划并实施有关生态修复重大工程。负责国

土空间综合整治、土地整理复垦、矿山地质环境恢复治理、海洋生态、海域海岸线和海岛修复等工作。牵头建立和实施生态保护补偿制度，制定合理利用社会资金进行生态修复的政策措施，提出重大备选项目（第3条第7款）。负责组织实施最严格的耕地保护制度。牵头拟订并实施耕地保护政策，负责耕地数量、质量、生态保护。组织实施耕地保护责任目标考核和永久基本农田特殊保护。完善耕地占补平衡制度，监督占用耕地补偿制度执行情况（第3条第8款）。负责管理地质勘查行业和全国地质工作。编制地质勘查规划并监督检查执行情况。管理中央级地质勘查项目。组织实施国家重大地质矿产勘查专项。负责地质灾害预防和治理，监督管理地下水过量开采及引发的地面沉降等地质问题。负责古生物化石的监督管理（第3条第9款）。负责矿产资源管理工作。负责矿产资源储量管理及压覆矿产资源审批。负责矿业权管理。会同有关部门承担保护性开采的特定矿种、优势矿产的调控及相关管理工作。监督指导矿产资源合理利用和保护（第3条第11款）。负责监督实施海洋战略规划和发展海洋经济。研究提出海洋强国建设重大战略建议。组织制定海洋发展、深海、极地等战略并监督实施。会同有关部门拟订海洋经济发展、海岸带综合保护利用等规划和政策并监督实施。负责海洋经济运行监测评估工作（第3条第12款）。负责海洋开发利用和保护的监督管理工作。负责海域使用和海岛保护利用管理。制定海域海岛保护利用规划并监督实施。负责无居民海岛、海域、海底地形地名管理工作，制定领海基点等特殊用途海岛保护管理办法并监督实施。负责海洋观测预报、预警监测和减灾工作，参与重大海洋灾害应急处置（第3条第13款）。负责测绘地理信息管理工作。负责基础测绘和测绘行业管理。负责测绘资质资格与信用管理，监督管理国家地理信息安全和市场秩序。负责地理信息公共服务管理。负责测量标志保护（第3条第14款）。

其他方面，如《森林法》第10条规定：“国务院林业主管部门主管全国林业工作。县级以上地方人民政府林业主管部门，主管本地区的林业工作。乡级人民政府设专职或者兼职人员负责林业工作。”《水法》第3条规定：“水资源属于国家所有。水资源的所有权由国务院代表国家行使。农村集体经济组织的水塘和由农村集体经济组织修建管理的水库中的水，归各该农村集体经济组织使用。”

第二百四十七条

矿藏、水流、海域属于国家所有。

本条主旨

本条是关于国家对矿藏、水流、海域享有所有权的规定。

相关条文

《宪法》第9条第1款 矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有；由法律规定属于集体所有的森林和山岭、草原、荒地、滩涂除外。

《物权法》第46条 矿藏、水流、海域属于国家所有。

《矿产资源法》第3条第1款 矿产资源属于国家所有，由国务院行使国家对矿产资源的所有权。地表或者地下的矿产资源的国家所有权，不因其所依附的土地的所有权或者使用权的不同而改变。

《水法》第3条 水资源属于国家所有。水资源的所有权由国务院代表国家行使。农村集体经济组织的水塘和由农村集体经济组织修建管理的水库中的水，归各该农村集体经济组织使用。

《煤炭法》第3条 煤炭资源属于国家所有。地表或者地下的煤炭资源的国家所有权，不因其依附的土地的所有权或者使用权的不同而改变。

《海域使用管理法》第3条第1款前段 海域属于国家所有，国务院代表国家行使海域所有权。

《领海及毗连区法》第2条 中华人民共和国领海为邻接中华人民共和国陆地领土和内水的一带海域。

中华人民共和国的陆地领土包括中华人民共和国大陆及其沿海岛屿、台湾及其包括钓鱼岛在内的附属各岛、澎湖列岛、东沙群岛、西沙群岛、中沙群岛、南沙群岛以及其它一切属于中华人民共和国的岛屿。

中华人民共和国领海基线向陆地一侧的水域为中华人民共和国的内水。

理解与适用

本条是对《物权法》第46条的复制，规定了三类专属于国家所有的自然资源。本条同样重在宣明矿藏、水流和海域由国家所有，至于具体的可操作性规定则由单行法完成。矿藏方面的是《矿产资源法》，水流方面的有《水法》等法律、法规，海域方面的是《海域使

用管理法》。

[illegible]

岩)、板岩(饰面用板岩、水泥配料用板岩)、片麻岩、角闪岩、泥炭、矿盐(湖盐、岩盐、天然卤水)、镁盐、碘、溴、砷。属于水气矿产的有:地下水、矿泉水、二氧化碳气、硫化氢气、氦气、氖气。

应当指出,虽然地球的总自然禀赋本质上是固定的,但资源却是动态的,没有已知的或固定的极限。迄今的资源利用史一直是不断发现的历史,对资源基础的定义在不断拓展。历史上的技术革新,可从原先无价值或未利用的自然物质中突然创造出各种资源。例如,由于1886年霍尔——埃鲁电解精炼过程的发现,使得铝的商业性萃取成为可能,于是铝矾土取得其资源地位。更近的事情是核动力的发展,无论是用于军事目的或用于发电,都创造出铀矿的资源价值。法律规定矿产资源范围的增加还取决于人类价值、渴望和生活方式的变化。^[81]这表明,法律规定成为矿业权作用对象的矿产资源,随着科学技术的进步、经济社会需要的变迁而逐渐增加。^[82]

关于矿渣是否属于矿产资源,在日本,自旧矿业法以来,就废矿及矿渣也特别设置了规定,法定矿物的废矿或矿渣而与土地附合者,视为矿物(《矿业法》第3条第2项),其采掘,必须依据矿业法。^[83]在中国,原地质矿产部于1995年2月15日作出了《关于矿渣是否属于矿产资源的复函》(地函42号),体现出承认废石(矸石)、尾矿为矿产资源的立场,但其矿产资源补偿费实行免、减优惠。

水流,泛指江、河,在《水法》上称作水资源。根据世界气象组织(WMO)和联合国教科文组织(UNESCO)的《INTERNATIONAL GLOSSARY OF HYDROLOGY》(国际水文学名词术语,第三版,2012年)中有关水资源的定义,水资源是指可资利用或有可能被利用的水源,这个水源应具有足够的数量和合适的质量,并满足某一地方在一段时间内具体利用的需求。根据全国科学技术名词审定委员会公布的水利科技名词(科学出版社,1997)中有关水资源的定义,水资源是指地球上具有一定数量和可用质量、能从自然界获得补充并可资利用的水。^[84]

海域,从地理意义上讲,是指海洋中区域性的立体空间;从法律意义上讲,海域的概念可以分为《海域使用管理法》层面上的海域、国家主张管辖范围层面上的海域:既包括《海域使用管理法》所调整的内水、领海海域,同时也包括专属经济区和大陆架。《海域使用管理法》规定海域指的是中华人民共和国内水、领海的水面、水体、海床和底土;海域中的内水,是指中华人民共和国领海基线向陆地一侧至海岸线的海域。^[85]在很长的历史时期,在众多的国家,海域的术语鲜被使用,大多用领海的概念来表达国家主权所及。《海域使用管理法》首次把海域作为民法上的概念,作为不动产的一种类型,既可

设立海域所有权，又可产生海域使用权，这具有划时代的意义，也引起了国际社会的广泛关注。《物权法》和《民法典》先后把它规定为国家所有权的客体。

关于这些所有权的效力、行使、保护等方面的内容，则适用《民法典》第241条、第242条、第233条至第239条、第177条以下、第1165条以下的规定。

第二百四十八条

无居民海岛属于国家所有，国务院代表国家行使无居民海岛所有权。

本条主旨

本条是关于无居民海岛专属于国家、由国务院代行所有权的规定。

相关条文

《海岛保护法》第4条 无居民海岛属于国家所有，国务院代表国家行使无居民海岛所有权。

理解与适用

本条是对《海岛保护法》第4条的复制，重在宣明国家对无居民海岛享有所有权。

海岛，是指被海水环绕的小片陆地。在地质学上，按照中国国家标准《海洋学术语海洋地质学GB/T18190—2000》的界定，海岛指散布于海洋中面积不小于500平方米的小块陆地。但是，海岛的法学定义一直以来在国际上存在争议，历经多次修改，通常是引用1982年《联合国海洋法公约》第121条的明确规定：“岛屿是四面环水并在高潮时高于水面的自然形成的陆地区域。”根据不同属性，海岛有多种分类方法，可分为大陆岛、列岛、群岛、陆连岛、特大岛等。中国有500平方米以上的海岛6 500个以上，总面积6 600多平方千米，其中455个海岛人口470多万。中国海岛有94%属于无居民海岛，它们大多面积狭小，地域结构简单，环境相对封闭，生态系统构成也较为单一，而且生物多样性指数小，稳定性差。^[86]

关于无居民海岛所有权的另外的规则，适用《海岛保护法》的具

体规定；关于无居民海岛所有权的效力、行使、保护等方面的内容，则适用《民法典》第241条、第242条、第233条至第239条、第177条以下、第1165条以下的规定。

第二百四十九条

城市的土地，属于国家所有。法律规定属于国家所有的农村和城市郊区的土地，属于国家所有。

本条主旨

本条是关于国家对土地享有所有权的规定。

相关条文

《宪法》第10条第1款、第2款 城市的土地属于国家所有。

农村和城市郊区的土地，除由法律规定属于国家所有的以外，属于集体所有；宅基地和自留地、自留山，也属于集体所有。

《物权法》第47条 城市的土地，属于国家所有。法律规定属于国家所有的农村和城市郊区的土地，属于国家所有。

《土地管理法》第9条 城市市区的土地属于国家所有。

农村和城市郊区的土地，除由法律规定属于国家所有的以外，属于农民集体所有；宅基地和自留地、自留山，属于农民集体所有。

理解与适用

本条是对《物权法》第47条的复制，重在宣明国家对城市土地的专属权，以及对农村和城市郊区的某些土地享有所有权。

土地（Land）是由地球陆地部分一定高度和深度范围内的岩石、矿藏、土壤、水文、大气和植被等要素构成的自然综合体。中国地理学家普遍赞成土地是一个综合的自然地理概念。土地“是地表某一地段包括地质、地貌、气候、水文、土壤、植被等多种自然要素在内的自然综合体”。作为自然物的土地是逐渐由人类生存和发展的最基本生态环境要素转化为人的劳动对象和劳动资料，日益作为人类生活和生产活动的自然资源宝库，而成为一切生产资源和生产资料的源泉和依托；并使自然资源和生态环境要素的土地转化为人工自然资源和人

工生态环境要素而成为自然资源综合体，使土地不仅具有使用价值，而且有了价值（劳动价值）。其自然特性有：（1）不可替代性。地表上绝对找不出两块完全相同的土地。任何一块土地都是独一无二的，故又称土地性能的独特性或差异性。其原因在于土地位置的固定性及自然、人文环境条件的差异性。即使是位于同一位置相互毗邻的两块土地，由于地形、植被及风景等因素的影响，也不可能完全相互替代。（2）土地面积的有限性。土地不能像其他物品一样可以从工厂里不断制造出来。由于受到地球表面陆地部分的空间限制，土地的面积是有限的。正像马克思所说的那样，它不能像工业生产中那样随意增加效率相同的生产工具的数量，即肥沃程度相同的土地数量。列宁曾指出：“土地有限是一个普遍现象。”人类可以围湖或填海造地，但这只是对地球表层土地形态的改变。从总体看，人类只能改变土地的形态，改善或改良土地的生产性能，但不能增加土地的总量。所以，人类必须充分、合理地利用全部土地，不断提高集约化经营程度，在不合理利用的情况下，土地将出现退化，甚至无法利用，从而使可利用的土地面积减少。（3）土地位置的固定性。土地位置的固定性，亦称不可移动性，是土地区别于其他各种资源或商品的重要标志。我们可以把可移动的商品如汽车、食品、服装以及可移动的资源如人力、矿产等，由产地或过剩地区运送到供给相对稀缺或需求相对旺盛因而售价较高的地区。但我们还无法把土地如此移动。（4）土地质量的差异性。土地的特性和质量特征，是土地各构成要素（地质、地貌、气候、水文、土壤、植被等）相互联系、相互作用、相互制约的总体效应和综合反映。地理位置不同，地表的气候、水热对比条件不一样，地质、地貌对其具有再分配的功能，使得地表的土壤、植被类型也随之发生变化，因而造成土地的巨大自然差异性。这种差异性不仅存在于一个国家或一个地区的范围之内，即使在一个基层生产单位内也同样存在着。随着生产力水平的提高和人类对土地利用范围的扩大，这种差异性会逐步扩大，而不是趋于缩小。土地的空间差异性，要求人们因地制宜地合理利用各类土地资源，确定土地利用的合理结构与方式，以取得土地利用的最佳综合效益。（5）土地永续利用的相对性。土地利用永续性有两层含义：作为自然的产物，它与地球共存亡，具有永不消失性；作为人类的活动场所和生产资料，可以永续利用。但土地的这种永续利用是相对的，只有在利用中维持了土地的功能，才能实现永续利用。[87]

土地有其经济特性，即人们在利用土地的过程中，在生产力和生产关系方面表现出来的特性，包括：（1）土地经济供给的稀缺性。两层含义：其一，给人们从事各种活动的土地面积是有限的；其二，特定地区，不同用途的土地面积也是有限的，往往不能完全满足人们对各类用地需求。（2）土地用途的多样性。对一种土地的利用，常

常产生两个以上用途的竞争，并可能从一种用途转换到另一种用途。这种竞争常使土地趋于最佳用途和最大经济效益，并使地价达到最高。这就要求人们在利用土地时，考虑土地的最有效利用原则，使土地的用途和规模等均为最佳。（3）土地用途变更的困难性。土地用途的变更一般要经过国土资源管理部门和城市规划部门的同意，经过一定的审查程序才能完成。（4）土地增值性。一般商品的使用随着时间的推移总是不断地折旧直至报废，而土地则不同，在土地上追加投资的效益具有持续性，而且随着人口增加和社会经济的发展，对土地的投资具有显著的增值性。（5）土地报酬递减的可能性。在技术不变的条件下对土地的投入超过一定限度，就会产生报酬递减的后果，这就要求人们在利用土地、增加投入时，必须寻找在一定技术、经济条件投入下投资的适合度，确定适当的投资结构，并不断改进技术，以便提高土地利用的经济效益，防止出现土地报酬递减的现象。土地报酬递减规律是房地产开发商确定商品房开发层数的重要因素。（6）土地的产权特性。不同的权利附加意味着土地价值巨大的差异，土地的价值更多地取决于土地上附加的权益。（7）土地的不动产特性。与土地位置的固定性关联，且需求一般为刚性需求，价值量也较大。[88]

具体到民法上，所谓土地，受权利作用客体的观念限制，不是就整个地球表面而言的范畴，而是专就其中某个特定部分的称谓。这就与物理上的广阔无垠的土地不太一致。独立之物，是就整个地球的地表来说的，还是就具体物权支配的地表的特定部分而言的？后者符合物权制度的本质要求，但是否符合独立之物的规格？还有，在地学、生态学、经济学诸学科看来，地表水和地下水均为土地的组成部分。[89]

至于如何划分农村和城市郊区的土地的归属，由单行法负担。例如，《福建省林木林地权属争议处理办法》（已失效）规定：“解放后营造的林木发生权属争议的，按谁造林管护，林权归谁所有的原则处理。但明知林地权属有争议抢造林木的除外”（第8条）。“处理县内权属争议，以县级以上人民政府依法发给的山林权证为处理依据，但山林权证错发的除外；无山林权证的，参考合作化时期或土地改革时期的有效权属凭证”（第9条第1款）。“处理市（地）际、县际权属争议，以县级以上人民政府依法发给的土地证为处理依据；无土地证的，参考合作化时期或土地改革时期的有效权属凭证；乡有林、村有林以土改或林改清册为处理依据”（第9条第2款）。“土地改革时收归国有的林木、林地，以国有林清册或林改清册为处理依据”（第9条第3款）。“土地改革时期，县级人民政府在本行政区域内确未发放土地证的，由争议双方协商解决。协商不成的，由争议双方共同的上一级

人民政府确定权属”（第10条）。“国有林业单位与乡（镇）、村之间的权属争议，以双方原签订的协议书、赠送书或者县级以上人民政府印发的文件、证照为依据，参考国有林业单位建场时总体设计书载明的经营范围，确定权属”（第11条）。“权属争议双方均无有效权属凭证的，其权属归国家所有，由争议双方共同的上一级人民政府确定委托管理者”（第12条）。“同一权属争议双方都能出具合法权属、权源证明文件，经协商不成的，由其共同的上一级人民政府兼顾双方利益，结合自然地形确定权属”（第13条）。“土地改革前的所有权属凭证，不能作为权属争议的依据。森林资源调查界线和各类地图上省、县、乡、村界线，均不作为确定权属划界的依据”（第14条）。“毗邻行政区域之间林木、林地互相插花的权属争议，应当协商解决。协商不成的，由争议双方共同的上一级人民政府进行调整，并确定权属界线”（第15条）。再如，《黑龙江省土地管理条例》第4条第1款规定：“除国家法律、行政法规规定外，下列土地属于国家所有：（一）国家拨给机关、企业、事业等单位及部队使用的土地；（二）国家拨给农民集体经济组织和个人使用的土地；（三）未经确权的荒山、荒地、岛屿等土地。”

关于国家土地所有权和集体土地所有权的效力、行使、保护等方面的内容，则适用《民法典》第241条、第242条、第233条至第239条、第177条以下、第1165条以下的规定。

第二百五十条

森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，属于国家所有，但是法律规定属于集体所有的除外。

本条主旨

本条是关于森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源属于国家所有以及例外地属于集体所有的规定。

相关条文

《宪法》第9条第1款 矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有；由法律规定属于集体所有的森林和山岭、草原、荒地、滩涂除外。

《民法通则》第74条第1款 劳动群众集体组织的财产属于劳动群众集体所有，包括：

(一) 法律规定为集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂等；

(二) 集体经济组织的财产；

(三) 集体所有的建筑物、水库、农田水利设施和教育、科学、文化、卫生、体育等设施；

(四) 集体所有的其他财产。

《物权法》第48条 森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，属于国家所有，但法律规定属于集体所有的除外。

《森林法》第3条第1款、第2款 森林资源属于国家所有，由法律规定属于集体所有的除外。

国家所有的和集体所有的森林、林木和林地，个人所有的林木和使用的林地，由县级以上地方人民政府登记造册，发放证书，确认所有权或者使用权。国务院可以授权国务院林业主管部门，对国务院确定的国家所有的重点林区的森林、林木和林地登记造册，发放证书，并通知有关地方人民政府。

《草原法》第9条第1款 草原属于国家所有，由法律规定属于集体所有的除外。国家所有的草原，由国务院代表国家行使所有权。

《民族区域自治法》第27条第1款 民族自治地方的自治机关根据法律规定，确定本地方内草场和森林的所有权和使用权。

理解与适用

本条是对《物权法》第48条的复制，重在宣明这些自然资源归属的基本精神，作为个案中确定某宗自然资源的具体归属的指导原则。

森林，指的是由乔木、直径1.5cm以上的竹子组成且郁闭度0.20以上，以及符合森林经营目的的灌木组成且覆盖度30%以上的植物群落，包括郁闭度0.20以上的乔木林、竹林和红树林，国家特别规定的灌木林、农田林网以及村旁、路旁、水旁、宅旁的林木等。联合国粮食及农业组织（FAO）将森林定义为：“面积在0.5公顷以上、树木高于5米、林冠覆盖率超过10%，或树木在原生境能够达到这一阈值的土地。不包括主要为农业和城市用途的土地。”^[90]

山岭指连绵的高山，亦泛指山岳。山岭地貌具有山顶、山坡、山

脚等明显的形态要素。山顶呈长条状延伸时称山脊。由脊标高较低的鞍部，即相连的两山顶之间较低的山腰部分称为垭口。一般来说，山体岩性坚硬、岩层倾斜或因受冰川的创蚀时，多呈尖顶或很狭窄的山脊；在气候湿热，风化作用强烈的花岗岩或其他松软岩石分布地区，山顶多呈圆顶；在水平岩层或古夷平面分布地区，山顶则多呈平顶。山坡是山岭地貌的重要组成部分。在山岭地区，山坡分布的地面最广，山坡的形状取决于新构造运动、岩性、岩体结构及坡面剥蚀和堆积的演化过程等因素。山脚是山坡与周围平地的交接处。由于坡面剥蚀和坡脚堆积，使山脚在地貌上一般并不明显，通常存在有缓坡作用的过渡地带，它主要由一些坡积裙、冲积锥、洪积扇及岩堆、滑坡堆积体等流水堆积地貌和重力堆积地貌组成。[91]

草原是地球生态系统的一种，分为热带草原、温带草原等多种类型，是地球上分布最广的植被类型。草原的形成原因是土壤层薄或降水量少，草本植物受影响小，使植物无法广泛生长。中国是世界上草原资源最丰富的国家之一，草原总面积将近4亿公顷，占全国土地总面积的40%，为现有耕地面积的3倍。如果从中国的东北到西南画一条斜线，也就是从东北的完达山开始，越过长城，沿吕梁山，经延安，一直向西南到青藏高原的东麓为止，可以把中国分为两大地理区：东南部分是丘陵平原区，离海洋较近，气候温湿，大部分为农业区；西北部分多为高山峻岭，离海洋远，气候干旱，风沙较多，是主要的草原区。[92]

广义的荒地指可供开发利用和建设而尚未开发利用和建设的一切土地，主要包括宜农、宜林和宜牧荒地等。狭义的荒地通常指宜农荒地，即宜于耕种而尚未开垦种植的土地和虽经耕垦利用，但荒废而停止耕种不久的土地。前者为生荒地，后者为熟荒地，两者均是农业用地中的一项重要后备土地资源。据统计，中国尚有宜农荒地资源3500多万公顷，其中可垦为农田的为1300多万公顷，主要集中在北纬35°以北地区，以东北最多，开发利用潜力较大，次为内蒙古和西北地区。在南方广大红黄壤丘陵山地和滨海地区，分别拥有相当数量的宜农荒山荒地和滩涂资源，有利于开荒和围垦利用。[93]

滩涂，是海滩、河滩和湖滩的总称，指沿海大潮高潮位与低潮位之间的潮浸地带，河流湖泊常水位至洪水位间的滩地，时令湖、河洪水位以下的滩地，水库、坑塘的正常蓄水位与最大洪水位间的滩地面积。在地貌学上称谓“潮间带”。由于潮汐的作用，滩涂有时被水淹没，有时又露出水面，其上部经常露出水面，其下部则经常被水淹没。现在滩涂一般多指沿海滩涂。海洋行政主管部门将滩涂界定为平均高潮线以下低潮线以上的海域，国土资源管理部门将沿海滩涂界定

为沿海大潮高潮位与低潮位之间的潮浸地带。两部门对滩涂的表述虽然有所不同，但可以看出滩涂既属于土地，又是海域的组成部分。中国的海涂主要分布在辽宁、山东、江苏、浙江、福建、台湾、广东、广西和海南的海滨地带，是海岸带的一个重要组成部分。中国海洋滩涂总面积217.04万公顷。^[94]

在《民法典》上，其第250条将森林单独规定为属于国家所有或者集体所有，《不动产登记暂行条例》第2条第2款、第5条第2项、第19条第1款第1项以及《不动产登记暂行条例实施细则》第2条第2款、第5条第2款、第16条第1项、第36条、第65条第1款第1项的规定，也显示出把森林、林木作为独立于土地、土地承包经营权的不动产。就此看来，所谓林木是独立于、区别于土地的不动产的观点^[95]，有其依据。森林、林木不属于土地的重要成分，也就是不适用附合规则，在林地已经发包给林业职工或农民时，由土地承包经营权人、林权人享有育林、护林、依法采伐、出卖、抵押林木的权利，有利于调动土地承包经营权人、林权人经营林业的积极性，保护他们的权益，也反射地有利于森林、林木的繁茂、养护，有利于生态平衡。这符合农地、林地“三权分置”改革的方向，应予坚持。

山岭、草原、荒地和滩涂，在中国法上从未视为土地的组成部分，而是独立于土地的不动产，它们单独地成为所有权的客体，在归属于国家时，成为国家所有权的客体。

在个案中适用法律不得仅凭本条的规定，需要结合具体的法规、规章及行政行为。所谓具体的法规、规章，例如，《内蒙古自治区草原管理条例》第5条规定：“（一）旗县及以上人民政府批准拨给国营企业、事业单位使用的草原，没有开发利用的草原和其他不属于集体所有的草原，都属于全民所有。（二）牧区、农村集体经济组织使用的草原，都属于劳动群众集体所有。（三）草原上的小片林木、灌木、芦苇、药材等野生植物，除经旗县及以上人民政府批准划拨给国营企业、事业单位单独经营的，属于全民所有以外，均属拥有草原所有权的单位所有。”又如，《福建省森林条例》规定：“林农对其所有的森林、林木依法享有所有权，对其使用的林地依法享有经营自主权和其他合法权益”（第32条第1款）。“森林、林木划为公益林的，除林权单位或者个人依法转让所有权外，森林、林木所有权不变”（第5条第2款）。再如，国家林业局2011年1月25日修正的《林木和林地权属登记管理办法》第3条规定：“林权权利人是指森林、林木和林地的所有权或者使用权的拥有者。”

法律规定属于国家所有的野生动植物资源，属于国家所有。

本条主旨

本条是关于国家依法对野生动植物资源享有所有权的规定。

相关条文

《物权法》第49条 法律规定属于国家所有的野生动植物资源，属于国家所有。

《野生动物保护法》第3条 野生动物资源属于国家所有。

国家保障依法从事野生动物科学研究、人工繁育等保护及相关活动的组织和个人的合法权益。

理解与适用

本条是对《物权法》第49条的复制，旨在宣明国家对某些野生动植物享有所有权，至于哪些野生动植物归属于国家，需要具体的法律、法规予以确定。这决定了本条属于引致性条文的性质和功能。

[96]

本条规定的是野生动植物资源的归属，而未规定野生动植物的归属。野生动物资源与野生动物的内涵和外延是不相同的。野生动物资源是一个广义的法律概念，是所有野生动物群体和个体的总称。野生动物则是一个狭义的概念，是野生动物资源的组成部分。^[97]那么，野生动物资源属于国家所有，野生动物是野生动物资源的组成部分，是否可以得出所有野生动物就一定属于国家所有的结论呢？回答是否定的。根据《宪法》和相关法律的规定，野生动物资源所有权的主体只能是国家，不允许任何自然人和法人享有野生动物资源所有权。但是，事实上，自然人和法人均可享有野生动物所有权。驯养繁殖国家重点保护野生动物的单位和个人的这种“出售”行为，实际上是对野生动物或其产品的一种处分，无疑应以其拥有野生动物所有权为前提。由此可以推知，驯养繁殖国家重点保护野生动物的单位和个人对其驯养繁殖的野生动物已取得所有权，进而可以得出单位和个人可以享有野生动物所有权的结论。^[98]另外，依据依法享有的狩猎权，私人亦可取得野生动物的所有权。狩猎权人在成功地实施狩猎行为之后，由其依法取得猎获物的所有权，也是狩猎权的重要内容，是狩猎权所具有的收益权能的具体表现。^[99]

具体而言，野生动物资源所有权与野生动物所有权的区别主要体

现在以下三个方面：首先，客体不同。前者的客体是抽象的野生动物资源；后者的客体则是具体的野生动物。其次，主体不同。野生动物资源是重要的自然资源，其所有权主体只能是国家；而野生动物所有权的主体不限于国家，自然人、法人和其他组织在符合法律规定的条件下，均可能成为野生动物所有权的主体。最后，产生原因不同。野生动物资源所有权的产生原因是国家拥有主权，这也是野生动物资源所有权产生的唯一原因；而野生动物所有权的产生原因则多种多样，常见的就是基于合法的驯养繁殖活动取得野生动物的所有权。^[100]

本条所谓法律规定属于国家所有的野生动植物资源，例如，《野生动物保护法》保护的野生动物，即珍贵、濒危的陆生、水生野生动物和有益的或者有重要经济、科学研究价值的陆生野生动物。未被列入《野生动物保护法》的保护范围之中的那些野生动物，有些可能具有一定的经济价值或利用价值，例如老鼠、蚱蜢、蝉等；有些则没有什么经济价值，例如蚊子、苍蝇等。由于这些野生动物既不属于《野生动物保护法》的保护范围，通常也没有或者只有很少的利用价值，故没有必要将其划入国家所有权的客体之中。在野生动物资源所有权与野生动物所有权相区分的情况下，可以将其作为无主物来对待，以解决此类野生动物的开发利用问题。

按字义理解，野生动物是一个与家养动物相对的概念，即“处于野外的非家养动物”。但是“野生动物”并不是“野生”和“动物”简单的字词叠加。野生动物是指非人工驯养，在自然状态下生存的各种野生动物，包括哺乳动物、鸟类、爬行动物、两栖动物、鱼类、软体动物、昆虫、腔肠动物及其他动物。^[101]依据《野生动物保护法》第2条第2款的规定，该法保护的野生动物是指“珍贵、濒危的陆生、水生野生动物和有益的或者有重要经济、科学研究价值的陆生野生动物”。

在《野生动物保护法》等法律、行政法规中，明确规定可以对野生动物进行驯养繁殖，对野生植物进行培育等问题，以致形成了在实践中单位和个人可以占有、处分，甚至使用和收益由其驯养繁殖和培育的物种的现象，并较为普遍。这就引出了对这些经驯养繁殖和培育的物种享有私人所有权是否违反宪法原则的问题。

驯养繁殖和培育机构除了由国家或地方政府建立的以外，有很多是领取了合法的许可证和营业执照的单位或个人所投资兴建的。因此，依法投资、驯养繁殖和培育的野生动物理应属于其所有。如果按照现行宪法的原则，根本否定私人对自然资源，包括上述经驯养繁殖和培育的物种的所有权，那么就不能认定驯养繁殖者和培育者有权占有、使用、收益和处分经其驯养繁殖和培育的物种。这样就会影响私人驯养繁殖和培育物种的积极性，同时对于社会现实问题也难以说

明、解释与化解。^[102]例如，在实践中，驯养繁殖者通过履行一定的手续，可以处分自己所驯养的但在法律上非为自己所有的野生动物或者其产品，如将其出售、加工、销毁等。这样便会产生没有民法上的所有权但却可以行使处分权的矛盾，因为从法理上来说，处分权一般以享有所有权为前提。

总而言之，野生动植物资源的所有权归属于国家，而非其他主体，但某些个体的野生动植物则可以由法人、自然人所有。

第二百五十二条

无线电频谱资源属于国家所有。

本条主旨

本条是关于无线电频谱资源属于国家所有的规定。

相关条文

《物权法》第50条 无线电频谱资源属于国家所有。

《无线电管理条例》第3条 无线电频谱资源属于国家所有。国家对无线电频谱资源实行统一规划、合理开发、有偿使用的原则。

理解与适用

本条是对《物权法》第50条的复制。^[103]

根据物理学的知识，无线电频谱是电磁波的一种，一般是指9KHz~3 000GHz频率范围内发射无线电波的无线电频率的总称。^[104]无线电频谱资源可用来进行声音和图像广播、气象预报、导航、无线通信、灾害报警、报时等业务。^[105]就像车辆必须行驶在道路上一样，所有的无线电业务都离不开无线电频率。无线电频率是自然界存在的一种电磁波，是一种物质，是一种各国可均等获得的看不见、摸不着的自然资源。^[106]对于无线电频谱资源所具有的价值性，法学界也早有认识。盐野宏教授就曾指出，电波是贵重的资源，在这一点上类似于流水。^[107]

在当今社会中，不仅通信领域需要大量用到无线电频谱资源，其他学科也需要扩展利用无线电频谱资源的范围。无线电通信广泛应用于公众通信、广播、电视、铁路、交通（包括水上）、航空、水上、

石油、化工、地政、农村、气象、渔业、旅游、建筑、卫生、教育、国防、公安、安全等部门，并大量用于外贸、金融、证券、工商、体育等社会的各行各业，对于促进信息交流、保障国家安全、维护社会稳定、搞好生产调度、丰富人民物质、文化生活都发挥着重要的作用，具有明显的社会效益和经济效益。^[108]目前，无线电频谱资源的利用已非常紧张，其价值性也日益凸显。

根据物理学知识，无线电频谱资源是有限的。包括红外线、可见光、X射线在内的电磁波的频谱相当之宽，而无线电通信使用的频谱资源只限于3kHz至3 000GHz之间。更高的电磁频谱当然不以3 000GHz为限，使用3 000GHz以上电磁频谱的电信系统也在研究探索之中，但它最大不能超过可见光的范围。另外，尽管人们可以通过频率、时间、空间这三维相互关联的要素进行频率的多次复用指配来提高频率利用率，但就某一频率或频段而言，在一定的区域、一定的时间、一定的条件之下，它又是有限的。^[109]

从频谱资源利用的角度来看，无线电频谱资源具有自然资源所具有的地域性特征。任何使用者在一定的时间、空间条件下对某一频段的占用，都排斥了他人在同一时间、空间内对该频段的使用。

由于无线电频谱资源利用中物理设备的特殊性，无线电频谱资源的干扰是该资源使用的主要矛盾。据希永久先生介绍，对无线电频谱的滥用，如使用非许可频率、自行加大发射功率、使用不合格电气性能设备等，可导致电磁环境恶化，可利用的频谱资源减少等严重威胁无线电通信的结果。无线电频谱资源有其固有的传播特性，“它最容易受到人为噪声和自然噪声的干扰如反射、折射、散射和波导等，使之无法正常操作和准确而有效地传送各类信息”^[110]。因此，任何一个国家、一个地区、一个部门甚至个人都不得随意地使用，否则会造成相互干扰，不能确保正常通信。

无线电频谱资源作为一种特殊的自然资源，具有易受干扰又易污染电磁环境的特点。对电磁环境的影响也反映了其作为自然资源的整体性特征。如王毅先生所言，电磁辐射即是一个很好的例证。电磁辐射是指能量以电磁波形式由磁源发射到空间的现象。恶化的电磁辐射环境不仅对人类生活日益依赖的通信、计算机与各种电子系统造成严重的危害，而且会对人类身体健康带来威胁。^[111]如果无线电频率使用不当，就会受到其他无线电台、自然噪声和人为噪声的干扰而无法正常工作，或者干扰其他无线电台站，使其不能正常工作，使之无法准确、有效和迅速地传送信息。^[112]

实现无线电频谱资源的合理化配置，首先必须明确无线电频谱资

源的所有权主体。因为只有无线电频谱资源的所有权人明确了，无线电频谱资源才可能在所有权人的意愿下加入市场交易中去。另一方面，只有所有权主体明确了，所有权的排他性才会构成滥用稀缺资源的坚固屏障，阻拦一切人的滥用和搭便车行为。有限的法律资源与人们对其不断增长的无线电频谱资源需求之间的矛盾已经在一定程度上影响了我国信息产业的法治化。无线电频谱资源的所有权归属和行使问题受到了越来越多的关注。^[113]

就无线电频谱资源本身的属性来说，无线电频谱资源不属于一般的物，其私有化与否不仅仅是权利本身的问题，而且对国民经济的健康发展及国家的稳定和安全具有重大影响。在此意义上讲，无线电频谱资源关乎一国的国防及国家安全，必须由国家所有。

国家对无线电频谱资源进行控制和管理是发挥无线电频谱资源效益的有效路径。在日本，据盐野宏教授介绍，与道路及河川水资源不同，“电波却并不包括在公物之中。本来，将公物法中的观点类推适用于规定电波管理的《电波法》的解释，也是可能的，但是，电波不属于传统的公物法的范畴。存在概括性公物概念的德国、法国也是一样，没有一个国家将电波作为公物从正面展开论述的。这主要是基于历史性理由，即创建公物法的时候，电波尚未成为人类支配管理的对象”^[114]。实际上，“电波是贵重的资源，在这一点上类似于流水。从电波公物的构思出发，即从电波为国民共有的财产这一角度出发，试图将对电波利用的公共规制正当化的尝试，有时也得以进行”^[115]。根据日本2005年颁布的《电波法》第4条的规定，任何人如想设置电台必须取得部长的许可。^[116]由此可见，虽然日本对无线电频谱资源的所有权没有明确条文，但其通过对电台执照的行政许可表明了国家对无线电频谱资源事实上的所有权。

在中国，无线电频谱资源所有权的主体是国家。《无线电管理条例》第4条规定：“无线电频谱资源属国家所有。国家对无线电频谱资源实行统一规划、合理开发、有偿使用的原则。”《物权法》第50条也规定：“无线电频谱资源属于国家所有。”该条将无线电频谱资源归属于国家所有的立法意旨在于：“无线电频谱资源是有限的自然资源。为了充分、合理、有效地利用无线电频谱，保证各种无线电业务的正常运行，防止各种无线电业务、无线电台站和系统之间的相互干扰，本条规定无线电频谱资源属于国家所有。”^[117]《民法典》对此完全承继（第252条）。

第二百五十三条

法律规定属于国家所有的文物，属于国家所有。

本条主旨

本条是关于国家依法享有文物的所有权的规定。

相关条文

《物权法》第51条 法律规定属于国家所有的文物，属于国家所有。

《文物保护法》第2条 在中华人民共和国境内，下列文物受国家保护：

（一）具有历史、艺术、科学价值的古文化遗址、古墓葬、古建筑、石窟寺和石刻、壁画；

（二）与重大历史事件、革命运动或者著名人物有关的以及具有重要纪念意义、教育意义或者史料价值的近代现代重要史迹、实物、代表性建筑；

（三）历史上各时代珍贵的艺术品、工艺美术品；

（四）历史上各时代重要的文献资料以及具有历史、艺术、科学价值的手稿和图书资料等；

（五）反映历史上各时代、各民族社会制度、社会生产、社会生活的代表性实物。

文物认定的标准和办法由国务院文物行政部门制定，并报国务院批准。

具有科学价值的古脊椎动物化石和古人类化石同文物一样受国家保护。

第5条 中华人民共和国境内地下、内水和领海中遗存的一切文物，属于国家所有。

古文化遗址、古墓葬、石窟寺属于国家所有。国家指定保护的纪念建筑物、古建筑、石刻、壁画、近代现代代表性建筑等不可移动文物，除国家另有规定的以外，属于国家所有。

国有不可移动文物的所有权不因其所依附的土地所有权或者使用权的改变而改变。

下列可移动文物，属于国家所有：

（一）中国境内出土的文物，国家另有规定的除外；

（二）国有文物收藏单位以及其他国家机关、部队和国有企业、事业组织等收藏、保管的文物；

（三）国家征集、购买的文物；

（四）公民、法人和其他组织捐赠给国家的文物；

（五）法律规定属于国家所有的其他文物。

属于国家所有的可移动文物的所有权不因其保管、收藏单位的终止或者变更而改变。

国有文物所有权受法律保护，不容侵犯。

理解与适用

本条是对《物权法》第51条的复制。

本条所谓法律规定属于国家所有的文物，主要是指《文物保护法》第5条等规定的文物。

文物包含或反映了当时的科学技术水平，从某个侧面反映了当时的社会政治、经济、军事、文化状况。所以，从整体来看，文物是具有历史、艺术和科学价值的历史遗存。^[118]祖国文物是文化遗产的重要组成部分，是中华民族历史发展的见证。它真实地反映了中国历史各个发展阶段的政治、经济、军事、文化、科学和社会生活的状况，蕴藏着各族人民的创造、智慧和崇高的爱国主义精神，蕴含着中华民族特有的精神价值、思维方式、想象力，体现着中华民族的生命力和创造力，对世世代代的中华儿女都有着强大的凝聚力和激励作用。^[119]这对法律提出了权利保护的必要性，而文物由国家保管和保护最安全、可靠。《物权法》反映这种需求，规定“法律规定属于国家所有的文物，属于国家所有”（第51条）。《民法典》予以承继（第253条）。

关于文物所有权的效力、行使、保护等方面的内容，则适用《民

法典》第241条、第242条、第233条至第239条、第177条以下、第1165条以下的规定。

第二百五十四条

国防资产属于国家所有。

铁路、公路、电力设施、电信设施和油气管道等基础设施，依照法律规定为国家所有的，属于国家所有。

本条主旨

本条是关于国防资产归属于国家以及属于国家所有的基础设施的规定。

相关条文

《物权法》第52条 国防资产属于国家所有。

铁路、公路、电力设施、电信设施和油气管道等基础设施，依照法律规定为国家所有的，属于国家所有。

《电力法》第4条 电力设施受国家保护。

禁止任何单位和个人危害电力设施安全或者非法侵占、使用电能。

第52条 任何单位和个人不得危害发电设施、变电设施和电力线路设施及其有关辅助设施。

在电力设施周围进行爆破及其他可能危及电力设施安全的作业的，应当按照国务院有关电力设施保护的规定，经批准并采取确保电力设施安全的措施后，方可进行作业。

《建筑法》第42条 有下列情形之一的，建设单位应当按照国家有关规定办理申请批准手续：

- （一）需要临时占用规划批准范围以外场地的；
- （二）可能损坏道路、管线、电力、邮电通讯等公共设施的；
- （三）需要临时停水、停电、中断道路交通的；

（四）需要进行爆破作业的；

（五）法律、法规规定需要办理报批手续的其他情形。

《国防法》第37条 国家为武装力量建设、国防科研生产和其他国防建设直接投入的资金、划拨使用的土地等资源，以及由此形成的用于国防目的的武器装备和设备设施、物资器材、技术成果等属于国防资产。

国防资产归国家所有。

理解与适用

国防资产是国家用于国防目的的不动产、动产及有关权利的总和，是国有资产的重要组成部分。国防资产在国防活动中具有重大作用，如军队资产是军队训练、作战、生活的物质依托，尤其是军事基地、军事设施、武器装备、军事工程、仓库、营房等，在军事活动中起着物质支撑作用；国防科技工业资产，是研究、试制、生产武器装备及其他军用物资的物质保证，同时对于国民经济的发展也具有重要意义。

国防资产是国防活动的物质基础，如何以法治化为归依，实现其安全、完整与有效是当前国防建设的当务之急。国防资产具有社会性、公共性、专用性、封闭性特点，产权多级委托代理及内部人控制等问题的现实存在，决定了国防资产具有易致流失的天然缺陷。在对国防资产法治保护必然性及现行法制安排检讨的基础上，应当构建完善的国防资产法律保护体系，通过良法之治把国防资产流失的风险降低到最低限度。^[120]1988年1月，国务院成立国有资产管理局，行使对包括国防资产在内的全部国有资产的管理职能；1990年7月，国务院发出《关于加强国有资产管理工作通知》；1994年7月，中国人民解放军总参谋部、总政治部和总后勤部联合颁发《中国人民解放军国有资产管理暂行规定》。这些法规和措施，使中国在社会主义市场经济条件下的国防资产管理工作进一步走上正确的轨道。《国防法》明确“国家为武装力量建设、国防科研生产和其他国防建设直接投入的资金、划拨使用的土地等资源，以及由此形成的用于国防目的的武器装备和设备设施、物资器材、技术成果等属于国防资产”（第37条第1款）；“国防资产归国家所有”（第37条第2款）。第十届全国人民代表大会第五次会议于2007年3月16日通过《物权法》，规定“国防资产属于国家所有”（第52条第1款）。《民法典》予以承继（第254条第1款）。

如此设计的原因至少有：（1）国防资产是由国家投资形成的，按照“谁投资，谁受益”的原理和政策，国家对国防资产享有所有权最具正当性；（2）国家以所有权人的地位和名义利用国防资产更为可靠、便利和有效率；（3）国防，尤其是战时急需，国家对国防资产享有所有权更具理由。

本条第2款关于“铁路、公路、电力设施、电信设施和油气管道等基础设施，依照法律规定为国家所有的，属于国家所有”的规定，也是必要的，有其理由：（1）铁路、公路、电力设施、电信设施和油气管道等基础设施，多数由国家投资建设，按照“谁投资，谁受益”的原理和政策，国家对由其投资形成的国防资产享有所有权最具正当性；（2）这些基础设施对于国家战略安全、国计民生起着巨大的、不可替代的作用，由国家对其享有所有权，保障性强劲。

本条所谓依照法律规定为国家所有的，主要指有关投资及其所享有的权利方面的规定，以及征收、国有化方面的规定。

第二百五十五条

国家机关对其直接支配的不动产和动产，享有占有、使用以及依照法律和国务院的有关规定处分的权利。

本条主旨

本条是关于国家机关所享物权的規定。

相关条文

《物权法》第53条 国家机关对其直接支配的不动产和动产，享有占有、使用以及依照法律和国务院的有关规定处分的权利。

《森林法》第27条第1款 国有企业事业单位、机关、团体、部队营造的林木，由营造单位经营并按照国家规定支配林木收益。

《国防法》第38条第2款 国防资产的管理机构和占有、使用单位，应当依法管理国防资产，充分发挥国防资产的效能。

第39条 国家保护国防资产不受侵害，保障国防资产的安全、完整和有效。

禁止任何组织或者个人破坏、损害和侵占国防资产。未经国务

院、中央军事委员会或者国务院、中央军事委员会授权的机构批准，国防资产的占有、使用单位不得改变国防资产用于国防的目的。国防资产经批准不再用于国防目的的，依照有关法律、法规的规定管理。

《监狱法》第9条 监狱依法使用的土地、矿产资源和其他自然资源以及监狱的财产，受法律保护，任何组织或者个人不得侵占、破坏。

理解与适用

本条是对《物权法》第53条的复制。

本条所谓“国家机关对其直接支配的不动产和动产，享有占有、使用以及依照法律和国务院的有关规定处分的权利”，若依照所有权为占有、使用、收益和处分标的物的权利这种界定，可以说该规定承认了国家机关对其支配的财产享有所有权。不过，依据《民法典》的立法本意，国家机关所直接支配的财产仍归国家所有，本条只不过规定了国家所有权的行使方式，国家机关依法代国家行使国家所有权。^[121]再者，按照《民法典》规定的所有权类型的体系，其第255条处于有关国家所有权的规范之中。^[122]国家机关依其性质和权限而执行公务，无营利的功能，所需经费由财政拨款解决；其占有、使用国有财产，只是为了完成国家赋予其使命的需要，而非商业经营；法律、法规和政策也再三强调党政机关不得经商办企业，即使在占有、使用或处分国有财产的过程中确有收益，也归国家享有，所谓“收支两条线”为其表现之一，所以，《民法典》没有授予其收益的权能。

第二百五十六条

国家举办的事业单位对其直接支配的不动产和动产，享有占有、使用以及依照法律和国务院的有关规定收益、处分的权利。

本条主旨

本条是关于国家举办的事业单位享有物权的規定。

相关条文

《物权法》第54条 国家举办的事业单位对其直接支配的不动产和动产，享有占有、使用以及依照法律和国务院的有关规定收益、处

分的权利。

《森林法》第27条第1款 国有企业事业单位、机关、团体、部队营造的林木，由营造单位经营并按照国家规定支配林木收益。

《教育法》第29条 学校及其他教育机构行使下列权利：

.....

（七）管理、使用本单位的设施和经费；

.....

第32条 学校及其他教育机构具备法人条件的，自批准设立或者登记注册之日起取得法人资格。

学校及其他教育机构在民事活动中依法享有民事权利，承担民事责任。

学校及其他教育机构中的国有资产属于国家所有。

学校及其他教育机构兴办的校办产业独立承担民事责任。

《高等教育法》第38条 高等学校对举办者提供的财产、国家财政性资助、受捐赠财产依法自主管理和使用。

高等学校不得将用于教学和科学研究活动的财产挪作他用。

第61条 高等学校的举办者应当保证稳定的办学经费来源，不得抽回其投入的办学资金。

第64条 高等学校收取的学费应当按照国家有关规定管理和使用，其他任何组织和个人不得挪用。

理解与适用

本条是对《物权法》第54条的复制。

本条所谓“国家举办的事业单位对其直接支配的不动产和动产，享有占有、使用以及依照法律和国务院的有关规定收益、处分的权利”，若依照所有权为占有、使用、收益和处分标的物的权利这种界定，可以说该规定承认了国家举办的事业单位对其支配的财产享有所有权。不过，依据《民法典》的立法本意，国家举办的事业单位所直

接支配的财产仍归国家所有，本条只不过规定了国家所有权的行使方式，国家举办的事业单位依法代国家行使国家所有权。^[123]再者，按照《物权法》规定的所有权类型的体系，其第54条处于有关国家所有权的规范之中。^[124]但应注意，事业单位，如许多房屋登记机构、测绘机构、培训单位，在占有、使用国有财产的过程中可能获得了利益，完全归属于国家，未必效果最佳，在事业单位和国家之间合理分配，可能更利于调动事业单位的积极性。就此看来，本条关于事业单位依照法律和国务院的有关规定享有收益权、处分权的规定，确有条理。

第二百五十七条

国家出资的企业，由国务院、地方人民政府依照法律、行政法规规定分别代表国家履行出资人职责，享有出资人权益。

本条主旨

本条是关于国家在其出资企业享有出资人权益的规定。

相关条文

《宪法》第16条 国有企业在法律规定的范围内有权自主经营。

国有企业依照法律规定，通过职工代表大会和其他形式，实行民主管理。

《民法通则》第82条 全民所有制企业对国家授予它经营管理的财产依法享有经营权，受法律保护。

《物权法》第55条 国家出资的企业，由国务院、地方人民政府依照法律、行政法规规定分别代表国家履行出资人职责，享有出资人权益。

《煤炭法》第13条 煤炭矿务局是国有煤矿企业，具有独立法人资格。

矿务局和其他具有独立法人资格的煤矿企业、煤炭经营企业依法实行自主经营、自负盈亏、自我约束、自我发展。

《电力法》第7条 电力建设企业、电力生产企业、电网经营企业依法实行自主经营、自负盈亏，并接受电力管理部门的监督。

《全民所有制工业企业法》第2条 全民所有制工业企业（以下简称企业）是依法自主经营、自负盈亏、独立核算的社会主义商品生产和经营单位。

企业的财产属于全民所有，国家依照所有权和经营权分离的原则授予企业经营管理。企业对国家授予其经营管理的财产享有占有、使用和依法处分的权利。企业依法取得法人资格，以国家授予其经营管理的财产承担民事责任。

《公司法》第3条 公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。

有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任；股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。

第4条 公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。

第65条 国有独资公司章程由国有资产监督管理机构制定，或者由董事会制订报国有资产监督管理机构批准。

第66条 国有独资公司不设股东会，由国有资产监督管理机构行使股东会职权。国有资产监督管理机构可以授权公司董事会行使股东会的部分职权，决定公司的重大事项，但公司的合并、分立、解散、增加或者减少注册资本和发行公司债券，必须由国有资产监督管理机构决定；其中，重要的国有独资公司合并、分立、解散、申请破产的，应当由国有资产监督管理机构审核后，报本级人民政府批准。

前款所称重要的国有独资公司，按照国务院的规定确定。

第67条 国有独资公司设董事会，依照本法第四十六条、第六十六条的规定行使职权。董事每届任期不得超过三年。董事会成员中应当有公司职工代表。

董事会成员由国有资产监督管理机构委派；但是，董事会成员中的职工代表由公司职工代表大会选举产生。

董事会设董事长一人，可以设副董事长。董事长、副董事长由国有资产监督管理机构从董事会成员中指定。

第68条 国有独资公司设经理，由董事会聘任或者解聘。经理依照本法第四十九条规定行使职权。

经国有资产监督管理机构同意，董事会成员可以兼任经理。

第69条 国有独资公司的董事长、副董事长、董事、高级管理人员，未经国有资产监督管理机构同意，不得在其他有限责任公司、股份有限公司或者其他经济组织兼职。

第70条 国有独资公司监事会成员不得少于五人，其中职工代表的比例不得低于三分之一，具体比例由公司章程规定。

监事会成员由国有资产监督管理机构委派；但是，监事会成员中的职工代表由公司职工代表大会选举产生。监事会主席由国有资产监督管理机构从监事会成员中指定。

监事会行使本法第五十三条第（一）项至第（三）项规定的职权和国务院规定的其他职权。

《商业银行法》第4条 商业银行以安全性、流动性、效益性为经营原则，实行自主经营，自担风险，自负盈亏，自我约束。

商业银行依法开展业务，不受任何单位和个人的干涉。

商业银行以其全部法人财产独立承担民事责任。

理解与适用

本条是对《物权法》第55条的复制。

本条所谓国家出资的企业，不限于独资国有企业，国家控股的公司、国家参股的有限责任公司和股份有限公司，均属此类。

本条所谓“国家出资的企业，由国务院、地方人民政府依照法律、行政法规规定分别代表国家履行出资人职责，享有出资人权益”的规定，若结合《民法典》第268条关于“国家、集体和私人依法可以出资设立有限责任公司、股份有限公司或者其他企业。国家、集体和私人所有的不动产或者动产投到企业的，由出资人按照约定或者出资比例享有资产收益、重大决策以及选择经营管理者等权利并履行义务”的规定，以及《公司法》第4条关于“公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利”的规定，进行解释，可以说它承认了法人所有权，国家作为出资人享有该企业中的股权。因为本条明确区分了所有权与股权，清晰地规定了国务院、地方人民政府依照法律、行政法规规定分别代表国家履行出资人职责，享有出资人权益，可以肯定地说，国家出资的企业享有法人所有权。

但是，如果结合《全民所有制工业企业法》第2条第2款关于“企业的财产属于全民所有，国家依照所有权和经营权分离的原则授予企业经营管理。企业对国家授予其经营管理的财产享有占有、使用和依法处分的权利”的规定，予以解释，似乎又可得出国家出资的企业对其经营管理的财产仅仅享有经营权，而非法人所有权的结论。

笔者认为，因为《公司法》于《全民所有制工业企业法》修订（2009年）之后又有修订（2013年），而《公司法》第3条、第4条、第65条以下的规定，都体现的是企业对其经营管理的财产享有所有权、国家对其出资的财产享有出资人权益的意思和精神，而出资人可被称作股东，出资人权益可被叫作股权/股份，所以，根据新法优先于旧法的规则，对《民法典》第257条的规定依据《公司法》树立的原则、精神进行解释，具有法律依据。此其一。假如采取国家对其出资的财产享有所有权、所设企业无法人所有权的解释，则对国家参股有限责任公司、股份有限公司的案型无法说得通，只有采取“企业对其经营管理的财产享有所有权、国家对其出资的财产享有出资人权益的”的法律结构予以解释，才可立得住脚。此其二，对于独资国有企业按照“企业对其经营管理的财产享有所有权、国家对其出资的财产享有出资人权益的”的法律结构予以解释，也更合解释论的逻辑。此其三。

国家作为抽象的政治实体，无法以自己的行为亲力亲为，只得委托授权国务院、地方人民政府依照法律、行政法规规定分别代表国家履行出资人职责，享有出资人权益。对于其分工，《企业国有资产监督管理暂行条例》规定：国务院代表国家对关系国民经济命脉和国家安全的大型国有及国有控股、国有参股企业，重要基础设施和重要自然资源等领域的国有及国有控股、国有参股企业，履行出资人职责。国务院履行出资人职责的企业，由国务院确定、公布（第5条第1款）。省、自治区、直辖市人民政府和设区的市、自治州级人民政府分别代表国家对由国务院履行出资人职责以外的国有及国有控股、国有参股企业，履行出资人职责。其中，省、自治区、直辖市人民政府履行出资人职责的国有及国有控股、国有参股企业，由省、自治区、直辖市人民政府确定、公布，并报国务院国有资产监督管理机构备案；其他由设区的市、自治州级人民政府履行出资人职责的国有及国有控股、国有参股企业，由设区的市、自治州级人民政府确定、公布，并报省、自治区、直辖市人民政府国有资产监督管理机构备案（第5条第2款）。国务院，省、自治区、直辖市人民政府，设区的市、自治州级人民政府履行出资人职责的企业，以下统称所出资企业（第5条第3款）。国务院，省、自治区、直辖市人民政府，设区的市、自治州级人民政府，分别设立国有资产监督管理机构。国有资产

监督管理机构根据授权，依法履行出资人职责，依法对企业国有资产进行监督管理（第6条第1款）。企业国有资产较少的设区的市、自治州，经省、自治区、直辖市人民政府批准，可以不单独设立国有资产监督管理机构（第6条第2款）。

按照《企业国有资产监督管理暂行条例》的规定，国有资产监督管理机构的主要职责是：依照《中华人民共和国公司法》等法律、法规，对所出资企业履行出资人职责，维护所有者权益；指导推进国有及国有控股企业的改革和重组；依照规定向所出资企业派出监事会；依照法定程序对所出资企业的企业负责人进行任免、考核，并根据考核结果对其进行奖惩；通过统计、稽核等方式对企业国有资产的保值增值情况进行监管；履行出资人的其他职责和承办本级政府交办的其他事项（第13条第1款）。国有资产监督管理机构的主要义务是：推进国有资产合理流动和优化配置，推动国有经济布局和结构的调整；保持和提高关系国民经济命脉和国家安全领域国有经济的控制力和竞争力，提高国有经济的整体素质；探索有效的企业国有资产经营体制和方式，加强企业国有资产监督管理工作，促进企业国有资产保值增值，防止企业国有资产流失；指导和促进国有及国有控股企业建立现代企业制度，完善法人治理结构，推进管理现代化；尊重、维护国有及国有控股企业经营自主权，依法维护企业合法权益，促进企业依法经营管理，增强企业竞争力；指导和协调解决国有及国有控股企业改革与发展中的困难和问题（第14条）。国有资产监督管理机构应当向本级政府报告企业国有资产监督管理工作、国有资产保值增值状况和其他重大事项（第15条）。

第二百五十八条

国家所有的财产受法律保护，禁止任何组织或者个人侵占、哄抢、私分、截留、破坏。

本条主旨

本条是关于国有财产保护的规定。

相关条文

《民法通则》第73条 国家财产属于全民所有。

国家财产神圣不可侵犯，禁止任何组织或者个人侵占、哄抢、私分、截留、破坏。

《物权法》第56条 国家所有的财产受法律保护，禁止任何单位和个人侵占、哄抢、私分、截留、破坏。

《草原法》第9条第1款 草原属于国家所有，由法律规定属于集体所有的除外。国家所有的草原，由国务院代表国家行使所有权。

理解与适用

本条所谓国家所有的财产范围广泛：（1）《民法典》第247条至第254条规定的矿藏、水流等诸多的不动产、动产；（2）《民法典》第255条规定的国家交由国家机关占有、使用的财产；（3）《民法典》第256条规定的国家交由事业单位占有、使用的财产；（4）国家的股权及其股息红利；（5）国家的财政收入、税收、外汇储备等。

本条所谓“侵占”是指以非法占有为目的，将其经营、管理的国有财产非法占为己有。“哄抢”是指以非法占有为目的，组织、参与多人一起强行抢夺国有财产的行为。“私分”是指违反国家关于国有财产分配管理规定，以单位名义将国有财产按人头分配给单位内全部或者部分职工的行为。“截留”是指违反国家关于国有资金等国有财产拨付、流转的决定，擅自将经手的有关国有财产据为己有或挪作他用的行为。“破坏”是指故意毁坏国有财产，影响其发挥正常功效的行为。
[125]

对于侵占、哄抢、私分、截留、破坏国有财产的不法行为，可有公法上的制裁措施和私法上的法律后果，前者包括追究侵害人行政责任、刑事责任；后者包括物权确认请求权、物权请求权以及不当得利返还请求权、侵权损害赔偿请求权。

第二百五十九条

履行国有财产管理、监督职责的机构及其工作人员，应当依法加强对国有财产的管理、监督，促进国有财产保值增值，防止国有财产损失；滥用职权，玩忽职守，造成国有财产损失的，应当依法承担法律责任。

违反国有财产管理规定，在企业改制、合并分立、关联交易等过程中，低价转让、合谋私分、擅自担保或者以其他方式造成国有财产损失的，应当依法承担法律责任。

本条主旨

本条是关于国有财产管理的义务和责任的规定。

相关条文

《物权法》第57条 履行国有财产管理、监督职责的机构及其工作人员，应当依法加强对国有财产的管理、监督，促进国有财产保值增值，防止国有财产损失；滥用职权，玩忽职守，造成国有财产损失的，应当依法承担法律责任。

违反国有财产管理规定，在企业改制、合并分立、关联交易等过程中，低价转让、合谋私分、擅自担保或者以其他方式造成国有财产损失的，应当依法承担法律责任。

理解与适用

本条是对《物权法》第57条的复制，第1款规定国有资产管理部門及其工作人员的职责和过错责任，第2款规定在企业改制等过程中恶意造成国有资产流失的，应当依法承担法律责任。

加大对国有财产的保护力度，切实防止国有财产流失，是巩固和发展公有制经济的重要内容。从国有财产流失的主要情形看，加大对国有财产的保护力度，切实防止国有财产流失，一方面要加强对国有财产的管理、监督。根据党的十六大和十六届二中全会关于深化国有资产管理体制改革和设立专门国有资产管理监督机构的精神，经十届人大一次会议批准，设立了国务院国有资产监督管理委员会。地方各级政府也组建了相应的国有资产监督管理机构。十六届三中全会的决定指出：“国有资产管理机构对授权监管的国有资本依法履行出资人职责，维护所有者权益，维护企业作为市场主体依法享有的各项权利，督促企业实现国有资本保值增值，防止国有资产流失。”另一方面要明确规定造成国有资产流失的应承担的法律责任。《中共中央国务院关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》要求：“深化国有企业和国有资产监督管理体制改革，进一步明晰国有产权所有者和代理人关系，推动实现国有企业股权多元化和公司治理现代化，健全涉及财务、采购、营销、投资等方面的内部监督制度和内控机制，强化董事会规范运作和对经理层的监督，完善国有资产交易方式，严格规范国有资产登记、转让、清算、退出等程序和交易行为，以制度化保障促进国有产权保护，防止内部人任意支配国有资产，切实防止国有资产流失。建立健全归属清晰、权责明确、监管有效的自然资源资产产权制度”。《中国共产党第十九届中央委员会第四次全体会议公报》载明：“全会提出，坚持和完善党和国家监督体系，强化对权力运行的制约和监督。党和国家监督体系是党在长期执政条件下实现自

我净化、自我完善、自我革新、自我提高的重要制度保障。必须健全党统一领导、全面覆盖、权威高效的监督体系，增强监督严肃性、协同性、有效性，形成决策科学、执行坚决、监督有力的权力运行机制，构建一体推进不敢腐、不能腐、不想腐体制机制，确保党和人民赋予的权力始终用来为人民谋幸福。”

本条从法律的角度，对加大国有资产的保护力度，切实防止国有资产流失作出规定，与有关国有资产监管的法律相衔接。第1款对履行国有财产管理、监督职责的机构及其工作人员切实履行职责作了规定；同时，第2款针对现实中存在的国有财产流失的突出问题作了规定。

关于国务院国有资产监督管理委员会的职责，根据《企业国有资产监督管理暂行条例》等法律、规章的规定，大体表现在如下几个方面：（1）根据国务院授权，依照《公司法》等法律和行政法规履行出资人职责。（2）指导推进国有企业改革和重组；对所监管企业国有资产的保值增值进行监督，加强国有资产的管理工作；推进国有企业的现代企业制度建设，完善公司治理结构；推动国有经济结构和布局的战略性调整。（3）代表国家向部分大型企业派出监事会；负责监事会的日常管理工作。（4）通过法定程序对企业负责人进行任免、考核并根据其经营业绩进行奖惩；建立符合社会主义市场经济体制和现代企业制度要求的选人、用人机制，完善经营者激励和约束制度。（5）通过统计、稽核对所监管国有资产的保值增值情况进行监管；建立和完善国有资产保值增值指标体系，拟订考核标准；维护国有资产出资人的权益。（6）起草国有资产管理的法律、行政法规，制定有关规章制度；依法对地方国有资产管理进行指导和监督。还有三点需要注意：一是，履行国有财产管理、监督职责的机构不仅仅是中央政府和地方政府设立的国有资产监督管理委员会（局），而且包括其他机构，比如，财政部门、审计部门、水利部门、外汇管理部门、银行业监督管理委员会等，还有国家机关和国家举办事业单位内部设立的国有财产管理部门等，都负有一定的国有财产管理、监督职责。二是，国有财产监督管理机构应当支持企业依法自主经营，除履行出资人职责以外，不得干预企业的生产经营活动。三是，本条强调了国有财产管理、监督职责的机构的工作人员的责任。如果滥用职权，玩忽职守，造成国有资产损失的，还要依法承担行政责任、刑事责任等。^[126]

据了解，造成国有财产流失的，主要发生在国有企业改制、合并分立、关联交易的过程中。造成国有财产损失的常见有以下的情形：（1）低价转让。有的不按规定进行国有财产评估或者压低评估价

格。有的不把国家划拨的土地计入国有股；有的对专利、商标等无形资产不作评估；有的将国有财产无偿转让或者低价折股、低价出售给非国有单位或者个人；有的在经营活动中高价进、低价出。（2）违反财务制度，合谋私分侵占国有财产。有的将应收账款做成呆账、坏账，有的私设“小金库”或者设立“寄生公司”，以后再侵占私分。

（3）擅自担保。有的根本不认真调查被担保人的资信情况，未经法定程序和公司章程规定，擅自向非国有单位或者个人担保，造成国有财产损失。（4）通过管理层持股非法牟利。（5）有的低估企业财产，虚构企业债务，以降低持股所需资金；有的不实际出资，以拟收购的企业财产作为融资担保。（6）贪污、挪用国有财产；虚假破产，逃避债务。（7）利用分立重组方式，把优良资产装入新企业之中，自己充任其中的股东；把债务留在原企业，使原企业空壳化，侵害银行的国有财产。（8）直接负责的主管人员玩忽职守，导致企业破产或严重亏损等。^[127]

上述行为引起法律责任，包括民事责任、行政责任和刑事责任。

《企业国有资产监督管理暂行条例》规定：国有资产监督管理机构不按规定任免或者建议任免所出资企业的企业负责人，或者违法干预所出资企业的生产经营活动，侵犯其合法权益，造成企业国有资产损失或者其他严重后果的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任（第38条）。所出资企业中的国有独资企业、国有独资公司未按照规定向国有资产监督管理机构报告财务状况、生产经营状况和国有资产保值增值状况的，予以警告；情节严重的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予纪律处分（第39条）。国有及国有控股企业的企业负责人滥用职权、玩忽职守，造成企业国有资产损失的，应负赔偿责任，并对其依法给予纪律处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任（第40条）。对企业国有资产损失负有责任受到撤职以上纪律处分的国有及国有控股企业的企业负责人，5年内不得担任任何国有及国有控股企业的企业负责人；造成企业国有资产重大损失或者被判处刑罚的，终身不得担任任何国有及国有控股企业的企业负责人（第41条）。

第二百六十条

集体所有的不动产和动产包括：

（一）法律规定属于集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂；

（二）集体所有的建筑物、生产设施、农田水利设施；

（三）集体所有的教育、科学、文化、卫生、体育等设施；

（四）集体所有的其他不动产和动产。

本条主旨

本条是关于集体财产范围的规定。

相关条文

《宪法》第9条第1款 矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有；由法律规定属于集体所有的森林和山岭、草原、荒地、滩涂除外。

第10条第2款 农村和城市郊区的土地，除由法律规定属于国家所有的以外，属于集体所有；宅基地和自留地、自留山，也属于集体所有。

《民法通则》第74条第1款、第2款 劳动群众集体组织的财产属于劳动群众集体所有，包括：

（一）法律规定为集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂等；

（二）集体经济组织的财产；

（三）集体所有的建筑物、水库、农田水利设施和教育、科学、文化、卫生、体育等设施；

（四）集体所有的其他财产。

集体所有的土地依照法律属于村农民集体所有，由村农业生产合作社等农业集体经济组织或者村民委员会经营、管理。已经属于乡（镇）农民集体经济组织所有的，可以属于乡（镇）农民集体所有。

《物权法》第58条 集体所有的不动产和动产包括：

（一）法律规定属于集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂；

（二）集体所有的建筑物、生产设施、农田水利设施；

（三）集体所有的教育、科学、文化、卫生、体育等设施；

（四）集体所有的其他不动产和动产。

《土地管理法》第9条第2款 农村和城市郊区的土地，除由法律规定属于国家所有的以外，属于农民集体所有；宅基地和自留地、自留山，属于农民集体所有。

《森林法》第3条第1款 森林资源属于国家所有，由法律规定属于集体所有的除外。

《草原法》第9条第1款 草原属于国家所有，由法律规定属于集体所有的除外。国家所有的草原，由国务院代表国家行使所有权。

理解与适用

本条是对《物权法》第58条的复制，是对集体所有权的客体的范围的原则性规定，即除去国家专有的不动产和动产以外的不动产、动产。这是在落实《宪法》赋予集体组织在国家经济甚至社会中的地位，更是赋予集体组织的发展权。正因为表达的是发展权，也就不奇怪可由集体所有的不动产在范围、品质等方面远远弱于国家所有的不动产了。

例如，本条所谓土地，肯定不含城市的土地，即使是城市郊区甚至农村的土地也不全归集体所有。再如，海洋滩涂，只有位于浙江省的小面积的海洋滩涂属于集体所有，除此以外的海洋滩涂均归国家所有。

本条第4项所谓集体所有的其他不动产和动产，如集体企业所有的生产资料、半成品和成品，村建道路，村建敬老院等，均属此列。
[128]

第二百六十一条

农民集体所有的不动产和动产，属于本集体成员集体所有。

下列事项应当依照法定程序经本集体成员决定：

（一）土地承包方案以及将土地发包给本集体以外的组织或者个人承包；

（二）个别土地承包经营权人之间承包地的调整；

（三）土地补偿费等费用的使用、分配办法；

（四）集体出资的企业的所有权变动等事项；

（五）法律规定的其他事项。

本条主旨

本条是关于农民集体所有权以及重大事项经由民主决策的规定。

相关条文

《物权法》第59条 农民集体所有的不动产和动产，属于本集体成员集体所有。

下列事项应当依照法定程序经本集体成员决定：

（一）土地承包方案以及将土地发包给本集体以外的单位或者个人承包；

（二）个别土地承包经营权人之间承包地的调整；

（三）土地补偿费等费用的使用、分配办法；

（四）集体出资的企业的所有权变动等事项；

（五）法律规定的其他事项。

《土地管理法》第11条 农民集体所有的土地依法属于村农民集体所有的，由村集体经济组织或者村民委员会经营、管理；已经分别属于村内两个以上农村集体经济组织的农民集体所有的，由村内各该农村集体经济组织或者村民小组经营、管理；已经属于乡（镇）农民集体所有的，由乡（镇）农村集体经济组织经营、管理。

第13条 农民集体所有和国家所有依法由农民集体使用的耕地、林地、草地，以及其他依法用于农业的土地，采取农村集体经济组织内部的家庭承包方式承包，不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等，可以采取招标、拍卖、公开协商等方式承包，从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产。家庭承包的耕地的承包期为三十年，草地的承包期为三十年至五十年，林地的承包期为三十年至七十年；耕地承包期届满后再延长三十年，草地、林地承包期届满后依法相应延长。

国家所有依法用于农业的土地可以由单位或者个人承包经营，从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产。

发包方和承包方应当依法订立承包合同，约定双方的权利和义务。承包经营土地的单位和个人，有保护和按照承包合同约定的用途合理利用土地的义务。

《农村土地承包法》第19条 土地承包应当遵循以下原则：

（一）按照规定统一组织承包时，本集体经济组织成员依法平等地行使承包土地的权利，也可以自愿放弃承包土地的权利；

（二）民主协商，公平合理；

（三）承包方案应当按照本法第十三条的规定，依法经本集体经济组织成员的村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意；

（四）承包程序合法。

第20条 土地承包应当按照以下程序进行：

（一）本集体经济组织成员的村民会议选举产生承包工作小组；

（二）承包工作小组依照法律、法规的规定拟订并公布承包方案；

（三）依法召开本集体经济组织成员的村民会议，讨论通过承包方案；

（四）公开组织实施承包方案；

（五）签订承包合同。

《村民委员会组织法》第24条 涉及村民利益的下列事项，经村民会议讨论决定方可办理：

（一）本村享受误工补贴的人员及补贴标准；

（二）从村集体经济所得收益的使用；

（三）本村公益事业的兴办和筹资筹劳方案及建设承包方案；

(四) 土地承包经营方案；

(五) 村集体经济项目的立项、承包方案；

(六) 宅基地的使用方案；

(七) 征地补偿费的使用、分配方案；

(八) 以借贷、租赁或者其他方式处分村集体财产；

(九) 村民会议认为应当由村民会议讨论决定的涉及村民利益的其他事项。

村民会议可以授权村民代表会议讨论决定前款规定的事项。

法律对讨论决定村集体经济组织财产和成员权益的事项另有规定的，依照其规定。

理解与适用

本条是对《物权法》第59条的复制：第1款是关于农民集体所有权及其主体的规定，明确“集体成员集体”系所有权人；第2款是关于农民集体所有权的行使实行集体民主决策的规定。

“集体成员集体”，是指由全体集体成员组合而成的集体，是全体集体成员的“聚合”，它不同于该集体的领导层，如不同于村委会、村党支部或村党委，更不同于村长、村书记；也不同于单个的集体成员，因为后者是个体，而非“集体”。

本条第2款所列举的应由集体成员依照法定程序决定而非某个人或某几个人“说了算”的事项显示，并非农民集体组织所有的事项都由集体成员依照法定程序决定，而是“重要”的事项才由集体成员依照法定程序决定。这些重要的事项包括土地承包方案以及将土地发包给本集体以外的组织或者个人承包；个别土地承包经营权人之间承包地的调整；土地补偿费等费用的使用、分配办法；集体出资的企业的所有权变动等事项；以及法律规定的其他事项。

所谓法律规定的其他事项，按照《村民委员会组织法》第24条第1款的规定，包括本村享受误工补贴的人员及补贴标准；从村集体经济所得收益的使用；本村公益事业的兴办和筹资筹劳方案及建设承包方案；村集体经济项目的立项、承包方案；宅基地的使用方案；征地补偿费的使用、分配方案；以借贷、租赁或者其他方式处分村集体财

产；村民会议认为应当由村民会议讨论决定的涉及村民利益的其他事项。

本条所谓依照法定程序，《村民委员会组织法》计有如下规定：村民会议由本村18周岁以上的村民组成（第21条第1款）。村民会议由村民委员会召集。有1/10以上的村民或者1/3以上的村民代表提议，应当召集村民会议。召集村民会议，应当提前10天通知村民（第21条第2款）。召开村民会议，应当有本村18周岁以上村民的过半数，或者本村2/3以上的户的代表参加，村民会议所作决定应当经到会人员的过半数通过。法律对召开村民会议及作出决定另有规定的，依照其规定（第22条第1款）。召开村民会议，根据需要可以邀请驻本村的企业、事业单位和群众组织派代表列席（第22条第2款）。

第二百六十二条

对于集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂等，依照下列规定行使所有权：

（一）属于村农民集体所有的，由村集体经济组织或者村民委员会依法代表集体行使所有权；

（二）分别属于村内两个以上农民集体所有的，由村内各该集体经济组织或者村民小组依法代表集体行使所有权；

（三）属于乡镇农民集体所有的，由乡镇集体经济组织代表集体行使所有权。

本条主旨

本条是关于行使农民集体所有权的代表的确定根据的规定。

相关条文

《民法通则》第74条第2款 集体所有的土地依照法律属于村农民集体所有，由村农业生产合作社等农业集体经济组织或者村民委员会经营、管理。已经属于乡（镇）农民集体经济组织所有的，可以属于乡（镇）农民集体所有。

《物权法》第60条 对于集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂等，依照下列规定行使所有权：

（一）属于村农民集体所有的，由村集体经济组织或者村民委员会代表集体行使所有权；

（二）分别属于村内两个以上农民集体所有的，由村内各该集体经济组织或者村民小组代表集体行使所有权；

（三）属于乡镇农民集体所有的，由乡镇集体经济组织代表集体行使所有权。

《土地管理法》第11条 农民集体所有的土地依法属于村农民集体所有的，由村集体经济组织或者村民委员会经营、管理；已经分别属于村内两个以上农村集体经济组织的农民集体所有的，由村内各该农村集体经济组织或者村民小组经营、管理；已经属于乡（镇）农民集体所有的，由乡（镇）农村集体经济组织经营、管理。

《村民委员会组织法》第8条第2款 村民委员会依照法律规定，管理本村属于村农民集体所有的土地和其他财产，引导村民合理利用自然资源，保护和改善生态环境。

理解与适用

本条是对《物权法》第60条的复制，区分三种情形来确定代行集体所有权的代表。

1.对于属于村农民集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂等不动产行使所有权，由村集体经济组织或者村民委员会代表集体为之。

本条所言农民集体经济组织，有个历史演变过程。它产生于20世纪50年代初的农业合作化运动，是全国农民拥有土地所有权，由全国农民组成农村集体经济组织。农村集体经济组织既不同于企业法人，又不同于社会团体，也不同于行政机关，自有其独特的政治性质和法律性质。农村集体经济组织是除国家以外对土地拥有所有权的唯一的一个组织。它是为实行社会主义公有制改造，在自然乡村范围内，由农民自愿联合，将其各自所有的生产资料（土地、较大型农具、耕畜）投入集体所有，由集体组织农业生产经营，农民进行集体劳动，各尽所能，按劳分配的农业社会主义经济组织。农村集体经济组织在人民公社解体后，生产队一级组织仍按原规模延续下来，但名称有的已变化，各地称谓不一；其经营方式，已由原来的集体经营按劳分配变为家庭经营了。人民公社自此时演变为农村集体经济组织（大队），在1978年改革开放后，由村民委员会（即俗称的村委会）或村

民小组代表。[129]

本条所谓“村”，是指行政村。此处所谓村民委员会，按照《村民委员会组织法》第2条的规定，是指村民自我管理、自我教育、自我服务的基层群众性自治组织，实行民主选举、民主决策、民主管理、民主监督的组织体。它办理本村的公共事务和公益事业，调解民间纠纷，协助维护社会治安，向人民政府反映村民的意见、要求和提出建议。村民委员会向村民会议、村民代表会议负责并报告工作。

本条所谓村民小组，同样有个历史演变过程。早在人民公社时期，“三级所有，队为基础”的制度安排充分彰显出生产队在农村治理中的基础性地位。此类生产队即为村民小组，是一个行政建制单位，跟自然村高度重合的现象非常普遍。特别在南方宗族性村庄，一个村民小组（甚至一个行政村）的村民往往同属一个房支或者家族。人民公社解体后，村一组体制基本承袭了之前的大队—生产队体制。村民小组仍然是一个基础性的治理单位。尽管1998年《村民委员会组织法》规定村委会是行政村的法人代表，但村民小组依然具有较大的自主权。取消农业税后，全国许多地方都推行了合村并组的改革措施。在不少地方还取消了村民小组长，改由村干部包组。村民小组的权力被进一步削弱，甚至名存实亡。但在某些地区，如四川省，村组体制至今保留完好。村民小组仍然是一个完整的实体化治理单位。[130]

2.对于分别属于村内两个以上农民集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂等不动产行使所有权，由村内各该集体经济组织或者村民小组依法代表集体行使所有权。此处所谓村民小组，按照《村民委员会组织法》第3条第3款的规定，村民委员会可以根据村民居住状况、集体土地所有权关系等分设若干村民小组。第28条第3款规定：“属于村民小组的集体所有的土地、企业和其他财产的经营管理以及公益事项的办理，由村民小组会议依照有关法律的规定讨论决定，所作决定及实施情况应当及时向本村民小组的村民公布。”

3.对于属于乡镇农民集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂等不动产行使所有权，由乡镇集体经济组织代表集体行使所有权。

本条所谓乡镇集体经济组织，在某些地区叫作乡集体经济组织，在另外的地区称为镇集体经济组织。它们是原人民公社（现在的乡、镇）、生产大队（现在的村）、生产队（现在的村民小组）建制经过改革、改造、改组形成的合作经济组织。它们不同于乡镇政府，乡镇政府属于国家政权机构的基层组织。[131]

第二百六十三条

城镇集体所有的不动产和动产，依照法律、行政法规的规定由本集体享有占有、使用、收益和处分的权利。

本条主旨

本条是关于城镇集体所有权的规定。

相关条文

《宪法》第8条第2款、第3款 城镇中的手工业、工业、建筑业、运输业、商业、服务业等行业的各种形式的合作经济，都是社会主义劳动群众集体所有制经济。

国家保护城乡集体经济组织的合法的权利和利益，鼓励、指导和帮助集体经济的发展。

《物权法》第61条 城镇集体所有的不动产和动产，依照法律、行政法规的规定由本集体享有占有、使用、收益和处分的权利。

《森林法》第27条第2款、第3款、第4款 集体所有制单位营造的林木，归该单位所有。

农村居民在房前屋后、自留地、自留山种植的林木，归个人所有。城镇居民和职工在自有房屋的庭院内种植的林木，归个人所有。

集体或者个人承包国家所有和集体所有的宜林荒山荒地造林的，承包后种植的林木归承包的集体或者个人所有；承包合同另有规定的，按照承包合同的规定执行。

理解与适用

本条是对《物权法》第61条的复制，确立了与农村集体所有权并列的城镇集体所有权。

城镇集体所有制经济，是城镇劳动者集体占有和支配生产资料的社会主义公有制经济，是社会主义集体所有制经济的重要组成部分。其来源一部分是对城镇手工业者、小商贩实行合作化的结果；一部分

是在国家和国营经济的指导和扶持下，组织社会闲散劳动力而成立起来的，其中多数是由劳动者自筹或部分自筹资金的自愿组合。主要形式有生产合作社、合作工厂、合作商店、劳动者集资经营的合作组织。^[132]这些组织亦即企业，就是城镇集体企业，城镇集体组织。

按照《城镇集体所有制企业条例》的规定，城镇集体所有制企业（以下简称城镇集体企业）是财产属于劳动群众集体所有、实行共同劳动、在分配方式上以按劳分配为主体的社会主义经济组织（第4条第1款）。城镇集体企业依法取得法人资格，以其全部财产独立承担民事责任（第6条）。城镇集体企业在国家法律、法规的规定范围内对其全部财产享有占有、使用、收益和处分的权利，拒绝任何形式的平调（第21条第1项）。城镇集体企业的联合经济组织的投资，归该联合经济组织范围内的劳动群众集体所有（第38条第1款）。

第二百六十四条

农村集体经济组织或者村民委员会、村民小组应当依照法律、行政法规以及章程、村规民约向本集体成员公布集体财产的状况。集体成员有权查阅、复制相关资料。

本条主旨

本条是关于代行集体所有权之人依法公布集体财产状况、集体成员享有知情权的规定。

相关条文

《物权法》第62条 集体经济组织或者村民委员会、村民小组应当依照法律、行政法规以及章程、村规民约向本集体成员公布集体财产的状况。

《农业法》第73条第3款 农村集体经济组织和村民委员会对涉及农民利益的重要事项，应当向农民公开，并定期公布财务账目，接受农民的监督。

《村民委员会组织法》第29条 村民委员会应当实行少数服从多数的民主决策机制和公开透明的原则，建立健全各种工作制度。

第30条 村民委员会实行村务公开制度。

村民委员会应当及时公布下列事项，接受村民的监督：

(一) 本法第二十三条、第二十四条规定的由村民会议、村民代表会议讨论决定的事项及其实施情况；

(二) 国家计划生育政策的落实情况；

(三) 政府拨付和接受社会捐赠的救灾救助、补贴补助等资金、物资的管理使用情况；

(四) 村民委员会协助人民政府开展工作的情况；

(五) 涉及本村村民利益，村民普遍关心的其他事项。

前款规定事项中，一般事项至少每季度公布一次；集体财务往来较多的，财务收支情况应当每月公布一次；涉及村民利益的重大事项应当随时公布。

村民委员会应当保证所公布事项的真实性，并接受村民的查询。

理解与适用

本条除承继《物权法》第62条的规定之外，还增补了“集体成员有权查阅、复制相关资料”的规定，这为核实公布的信息是否属实、完整，在代行集体所有权之人未依法公布时，可以积极、主动地查阅相关资料，了解集体所有权及其行使的状况，很有必要。其中的复制相关资料，既是备忘的需要，更是举证证明的需要。复制相关资料可作为证据，以证明自己的主张为正当，推翻对方的主张及举证。总之，该项增补值得赞同。

集体所有的财产关系到每一个集体成员的切身利益，因此，每一个集体成员有权参与对集体财产的民主管理和民主监督。尊重集体成员的民主权利，保障集体成员的财产权益，才能调动劳动群众的积极性，推动集体经济向前发展。现实中，有的集体经济组织的管理人为政不勤、未尽尽职尽责地为集体办事，而是以权谋私，挥霍浪费，造成了集体财产巨大的损失，损害了广大集体成员的权益。解决这一问题的根本在于必须建立、健全民主管理、监督制度，形成有效的激励、约束、监督机制，充分调动广大集体成员的劳动积极性和创造性，促进集体经济的发展走上规范化和制度化的轨道。因此，本条从广大集体劳动群众普遍关心的和涉及群众切身利益的实际问题入手，规定了集体经济组织等行使集体财产所有权的组织应当向本集体成员公布集体财产的状况，这是完善集体事务民主监督和民主管理的基础。[133]

本条的含义主要有以下几项内容。[134]

1.本条规范的主体是行使集体财产所有权的组织，包括农村集体经济组织、城镇集体企业，也包括代表集体行使所有权的村民委员会、村民小组。

2.公布的内容是本集体的财产状况，包括集体所有财产总量的变化（如集体财产的收支状况、债权债务状况），所有权变动的情况（如转让、抵押），集体财产使用情况（如农村集体土地承包），集体财产分配情况（征收补偿费的分配）等涉及集体成员利益的重大事项。

3.公布的要求。本条规定，应当依照法律、行政法规、章程和村规民约的规定，向本集体成员公布集体财产状况。如《村民委员会组织法》第22条规定，下列事项及其实施情况，村民委员会至少6个月向本村村民公布一次，接受村民的监督：村集体经济所得收益的使用；村办学校、村建道路等村公益事业的经费筹集方案；村集体经济项目的立项、承包方案及村公益事业的建设承包方案；村民的承包经营方案；宅基地的使用方案等。此外，公布集体财产状况，还要做到以下几点：一是公布内容简洁明了，便于集体成员了解。公布的形式和方法可根据实际情况因地制宜、灵活多样，如采用张榜公布、召开集体成员大会或者代表大会等。二是公布要做到及时。可以采取定期的形式，也可以根据集体财产重大变动事项，可以根据进展的不同阶段随时公布。三是公布要做到内容真实。公布的内容要真实可靠，有凭有据，不得谎报、虚报、瞒报。本集体成员对于公布的内容，有权进行查询，集体经济组织或者村民委员会、村民小组应当自觉接受查询。

集体经济组织或者村民委员会、村民小组没有依照法律、行政法规、章程、村规民约向本集体成员公布集体财产状况的，或者不及时公布、公布内容不真实的，本集体成员可以依照有关规定，更换有关负责人，并可以依法向有关部门反映。根据《村民委员会组织法》第22条的规定，村民委员会不及时公布应当公布的事项或者公布的事项不真实的，村民有权向乡、民族乡、镇人民政府或者县级人民政府及其有关主管部门反映。接到反映意见的乡镇人民政府或者县级人民政府及其有关主管部门，如民政局等政府机关，应当负责调查核实有关情况，责令村民委员会公布，对于经查证核实确有弄虚作假等违法行为的，应当依法追究有关人员的责任。

第二百六十五条

集体所有的财产受法律保护，禁止任何组织或者个人侵占、哄

抢、私分、破坏。

农村集体经济组织、村民委员会或者其负责人作出的决定侵害集体成员合法权益的，受侵害的集体成员可以请求人民法院予以撤销。

本条主旨

本条是关于集体财产权的保护以及集体成员撤销权的规定。

相关条文

《宪法》第12条 社会主义的公共财产神圣不可侵犯。

国家保护社会主义的公共财产。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏国家的和集体的财产。

第16条 国有企业在法律规定的范围内有权自主经营。

国有企业依照法律规定，通过职工代表大会和其他形式，实行民主管理。

第17条 集体经济组织在遵守有关法律的前提下，有独立进行经济活动的自主权。

集体经济组织实行民主管理，依照法律规定选举和罢免管理人员，决定经营管理的重大问题。

《物权法》第63条 集体所有的财产受法律保护，禁止任何单位和个人侵占、哄抢、私分、破坏。

集体经济组织、村民委员会或者其负责人作出的决定侵害集体成员合法权益的，受侵害的集体成员可以请求人民法院予以撤销。

《农业法》第72条 各级人民政府、农村集体经济组织或者村民委员会在农业和农村经济结构调整、农业产业化经营和土地承包经营权流转等过程中，不得侵犯农民的土地承包经营权，不得干涉农民自主安排的生产经营项目，不得强迫农民购买指定的生产资料或者按指定的渠道销售农产品。

《乡村集体所有制企业条例》第5条 国家保护乡村集体所有制企业的合法权益，禁止任何组织和个人侵犯其财产。

理解与适用

本条是对《物权法》第63条的复制，与《宪法》第12条、《民法典》第206条、第207条、第233-239条的规定一脉相承。

本条第1款所谓“集体所有的财产”主要是指本法所规定的集体所有的不动产和动产，包括法律规定属于集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂；集体所有的建筑物、生产设施、农田水利设施；集体所有的教育、科学、文化、卫生、体育等设施；以及集体所有的其他不动产和动产。从所有者来讲，既包括农民集体所有的财产，也包括城镇集体所有的财产。^[135]

针对损害集体财产的主要行为，本条强调了禁止任何单位和个人侵占、哄抢、私分、破坏集体财产。侵占、哄抢、私分、破坏集体所有财产的，应当根据构成要件而成立返还原物、恢复原状、赔偿损失等民事责任；触犯治安管理处罚法和刑法的，还应当承担相应的法律责任。有关单位的责任人也要依法承担行政甚至是刑事责任。

本条第2款创设了集体成员的撤销权，对于保护集体成员的合法权益，具有积极的意义。

本条所谓决定，应当是有关农村集体所有权及其行使的决定。决定的作出者或是农村集体经济组织，或是村民委员会，或是其负责人。决定生效后会侵害集体成员的合法权益。决定违反法律、法规及集体组织章程。决定首先应为行政行为，也不排除向其他民事主体作出的要约或承诺，甚至是单方允诺。行政行为可能直接构成侵权行为，也可能导致侵权行为的发生。

需要注意的是，《物权法》第63条第2款规定的集体成员撤销权，作为撤销对象的决定，依据体系解释，既可以是农村集体组织的决定，也可以是城镇集体组织的决定。^[136]但是，《民法典》第265条规定的集体成员撤销权，在可撤销的标的方面，明确地将作出决定的主体限于农村集体组织、村民委员会或者其负责人，未包含城镇集体组织。

本条所言集体成员的合法权益，不是集体成员作为一个独立于集体组织的民事主体的个人的权益，而是作为集体组织成员在集体组织中所应享有的合法权益。

在“决定”为要约或承诺或单方允诺的情况下，或者“决定”引发了与交易相对人间的法律行为的场合，如集体经济组织、村民委员会或

其负责人同意了某房地产开发公司利用集体土地从事房地产开发的条件，或将集体土地出租给了第三人，存在着保护善意第三人的问题，不得损害交易安全。于此场合，宜参照《民法典》第538-542条关于债权人撤销权的规定处理。

正因如此，集体成员的撤销权具有形成权的性质，所以，该权利行使、存续的期间宜为除斥期间，或失权期间，而不应为诉讼时效期间，故下面关于该权适用诉讼时效制度的观点不正确：“提起诉讼的时间，本条没有明确限制。根据民法通则的规定，除法律另有规定外，向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年。诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。但是，从权利被侵害之日起超过二十年的，人民法院不予保护。有特殊情况的，人民法院可以延长诉讼时效期间。因此，集体成员从知道或者应当知道其权利被侵害时起二年内向人民法院提起诉讼，请求撤销集体经济组织或者村民委员会或其负责人作出的不当决定。”^[137]

第二百六十六条

私人对其合法的收入、房屋、生活用品、生产工具、原材料等不动产和动产享有所有权。

本条主旨

本条是关于私人所有权及其客体范围的规定。

相关条文

《宪法》第13条第1款、第2款 公民的合法的私有财产不受侵犯。

国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。

《民法通则》第75条 公民的个人财产，包括公民的合法收入、房屋、储蓄、生活用品、文物、图书资料、林木、牲畜和法律允许公民所有的生产资料以及其他合法财产。

公民的合法财产受法律保护，禁止任何组织或者个人侵占、哄抢、破坏或者非法查封、扣押、冻结、没收。

《物权法》第64条 私人对其合法的收入、房屋、生活用品、生产工具、原材料等不动产和动产享有所有权。

《外商投资法》第21条 外国投资者在中国境内的出资、利润、资本收益、资产处置所得、知识产权许可使用费、依法获得的补偿或者赔偿、清算所得等，可以依法以人民币或者外汇自由汇入、汇出。

理解与适用

本条是对《物权法》第64条的复制，确立了私人所有权的合法地位，也大致勾勒出私人所有权的客体范围。

本条所谓私人，宜被理解为自然人、个体工商户、个人独资企业、合伙、中外合资经营企业、中外合作经营企业、股份有限公司、有限责任公司，以及学校、医院、寺庙等主体。私人财产应当包括自然人、个体工商户、个人独资企业、合伙、中外合资经营企业、中外合作经营企业、股份有限公司、有限责任公司所拥有的财产，以及学校、医院、寺庙等主体所拥有的财产。但由于中外合资经营企业、股份有限公司、有限责任公司、学校、医院等均为法人，其财产权为法人所有权，系独立于自然人的单独所有权、国家所有权、集体所有权的一种所有权类型，而《民法典》第60条专门规定了法人所有权，与第266条以下规定的私人所有权并列，故可说私人所有权不包括中外合资经营企业、股份有限公司、有限责任公司的法人所有权。由于个体工商户、个人独资企业、合伙、不具备法人资格的中外合作经营企业的财产权形式为共有权，不是单独的所有权，不过，共有权消灭时落实为自然人的单独所有权。在这个层面上，《民法典》第266条以下规定的私人所有权只能是自然人的单独所有权。不过，问题还有另一面，当私人所有权作为与国家所有权、集体所有权相并列的概念而使用时，法人所有权也应属于私人所有权。

本条所列私人所有权的客体，不仅包括生活资料，如生活用品、住房等，还包括生产资料，如生产工具、原材料等。很明显，土地、矿藏、水流、草原、山岭、滩涂、森林等自然资源均不得由私人所有，私人所有权在客体范围上大大窄于国家所有权、集体所有权。

[讨论]

《物权法》在私人所有权的标题下，规定了私人合法的储蓄、投资及其收益受法律保护（第65条），是否意味着储蓄、投资及其收益成为所有权的客体？按照通说，私人储蓄形成债权，私人投资产生股权，投资收益为股权的效力表现，都不属于所有权的范畴。笔者赞同通说，民法典删除《物权法》第65条所列储蓄诚为适当。

本条所定私人所有权，具有占有、使用、收益和处分的积极权

能，也有物权请求权的消极权能。

为了社会公共利益的需要，国家依照法律规定的权限和程序可以征收私人的不动产或动产（《民法典》第243条）；因抢险救灾、疫情防控等紧急需要，依照法律规定的权限和程序可以征用私人的不动产或动产（《民法典》第245条），私人无法依其所有权予以对抗。但另一方面，在国家机关不能证明其征收系为了社会公共利益的需要，不能证明其征用系因抢险救灾、疫情防控等紧急需要的情况下，私人可以依其所有权对抗征收、征用。这也是私人所有权的效力的表现。

第二百六十七条

私人的合法财产受法律保护，禁止任何组织或者个人侵占、哄抢、破坏。

本条主旨

本条是关于私人的合法财产受法律保护的规定。

相关条文

《宪法》第13条第1款 公民的合法的私有财产不受侵犯。

《民法通则》第75条 公民的个人财产，包括公民的合法收入、房屋、储蓄、生活用品、文物、图书资料、林木、牲畜和法律允许公民所有的生产资料以及其他合法财产。

公民的合法财产受法律保护，禁止任何组织或者个人侵占、哄抢、破坏或者非法查封、扣押、冻结、没收。

《物权法》第66条 私人的合法财产受法律保护，禁止任何单位和个人侵占、哄抢、破坏。

《森林法》第7条 国家保护林农的合法权益，依法减轻林农的负担，禁止向林农违法收费、罚款，禁止向林农进行摊派和强制集资。

国家保护承包造林的集体和个人的合法权益，任何单位和个人不得侵犯承包造林的集体和个人依法享有的林木所有权和其他合法权益。

《外商投资法》第5条 国家依法保护外国投资者在中国境内的投资、收益和其他合法权益。

《合伙企业法》第8条 合伙企业及其合伙人的合法财产及其权益受法律保护。

理解与适用

本条所谓合法财产，是指私人享有所有权的财产，这从本条处于“所有权”这一分编之内可以得到结论。但在解释上不妨扩张其管辖范围，延伸至他物权。如此扩张解释的理由有二：一是该条的用语是“财产”，而财产不限于所有权，也包含他物权；二是可以类推适用。

本条所谓法律保护上述财产，包括公法保护和私法保护，前者包括追究侵害人行政责任、刑事责任，非经法律规定的权限和程序，不得征收、征用；后者包括物权确认请求权、物权请求权以及不当得利返还请求权、侵权损害赔偿请求权。

鉴于占有在《民法典》上是作为事实而非物权设计的（第459-462条），加上法律制度的分工，为避免负面结果，本条所谓私人的合法财产不包含私人的占有在内。

对本条所谓“私人的合法财产受法律保护”作反面推论，可有如下结论：（1）拾得的遗失物，发现的地下埋藏物、隐藏物，打捞的漂流物，不受本条管辖，法律不保护拾得人之于这些物的所谓“合法财产”；（2）“私搭乱建”的违法建筑，法律不予保护，建造人不得阻碍拆除，不得主张“征收补偿款”；（3）“通过侵占、贪污、盗窃国有、集体的资产而取得财产，法律不但不予保护，而且还要依法追缴。行为构成犯罪的，还要承担刑事责任”^[138]。

第二百六十八条

国家、集体和私人依法可以出资设立有限责任公司、股份有限公司或者其他企业。国家、集体和私人所有的不动产或者动产投到企业的，由出资人按照约定或者出资比例享有资产收益、重大决策以及选择经营管理者等权利并履行义务。

本条主旨

本条是关于出资人在其出资企业享有权益的规定。

相关条文

《公司法》第4条 公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。

《物权法》第67条 国家、集体和私人依法可以出资设立有限责任公司、股份有限公司或者其他企业。国家、集体和私人所有的不动产或者动产，投到企业的，由出资人按照约定或者出资比例享有资产收益、重大决策以及选择经营管理者等权利并履行义务。

《乡镇企业法》第10条 农村集体经济组织投资设立的乡镇企业，其企业财产权属于设立该企业的全体农民集体所有。

农村集体经济组织与其他企业、组织或者个人共同投资设立的乡镇企业，其企业财产权按照出资份额属于投资者所有。

农民合伙或者单独投资设立的乡镇企业，其企业财产权属于投资者所有。

第11条 乡镇企业依法实行独立核算，自主经营，自负盈亏。

具有企业法人资格的乡镇企业，依法享有法人财产权。

第13条 乡镇企业按照法律、行政法规规定的企业形式设立，投资者依照有关法律、行政法规决定企业的重大事项，建立经营管理制度，依法享有权利和承担义务。

《合伙企业法》第20条 合伙人的出资、以合伙企业名义取得的收益和依法取得的其他财产，均为合伙企业的财产。

《个人独资企业法》第17条 个人独资企业投资人对本企业的财产依法享有所有权，其有关权利可以依法进行转让或继承。

《乡村集体所有制企业条例》第6条第1款 乡村集体所有制企业实行自主经营，独立核算，自负盈亏。

理解与适用

本条是对《物权法》第67条的复制，表达了三层意思：（1）国家、集体和私人依法可以出资设立公司；（2）出资到公司的财产归公司享有物权等财产权（如知识产权）；（3）国家、集体和私人出资后的法律地位是出资人，或曰股东，享有出资人的权益。本条所涉

关系基本上适用《公司法》的有关规定。

按照《公司法》的规定，国家、集体和私人可以出资到公司中的财产，可以是货币，也可以是实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价，除非某些财产被法律、行政法规禁止出资（第27条第1款）。公司成立后，股东不得抽逃出资（第35条）。公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任（第3条第1款）。有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任；股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任（第3条第2款）。国家、集体和私人出资到公司之后，依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利（第4条）。

本条后段所谓出资人按照约定或者出资比例享有资产收益、重大决策以及选择经营管理者等权利并履行义务，表达了如下意思：

（1）在出资人对其享有的权益分配方面有约定的，依其约定，贯彻了意思自治原则；（2）在无此约定的情况下，适用《公司法》第34条前段关于“股东按照实缴的出资比例分取红利；公司新增资本时，股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出资”的规定；（3）出资人享有资产收益、重大决策以及选择经营管理者等权利并履行义务。

本条所谓出资人享有资产收益之权，通过公司的盈余分配取得股息、红利（《公司法》第34条）。

国家、集体和私人出资得以享有的决策权，不是直接对所设立的公司发号施令，而是适用《公司法》的有关规定，透过股东会或股东大会的机制达到目的。所谓《公司法》的有关规定，如第36条关于“有限责任公司股东会由全体股东组成。股东会是公司的权力机构，依照本法行使职权”的规定；第37条第1款关于“股东会行使下列职权：（一）决定公司的经营方针和投资计划；（二）选举和更换非由职工代表担任的董事、监事，决定有关董事、监事的报酬事项；（三）审议批准董事会的报告；（四）审议批准监事会或者监事的报告；（五）审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案；（六）审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案；（七）对公司增加或者减少注册资本作出决议；（八）对发行公司债券作出决议；（九）对公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式作出决议；（十）修改公司章程；（十一）公司章程规定的其他职权”的规定；第38条关于“首次股东会会议由出资最多的股东召集和主持，依照本法规定行使职权”的规定。

当然，国有独资公司不设股东会，由国有资产监督管理机构行使

股东会职权。国有资产监督管理机构可以授权公司董事会行使股东会的部分职权，决定公司的重大事项，但公司的合并、分立、解散、增加或者减少注册资本和发行公司债券，必须由国有资产监督管理机构决定；其中，重要的国有独资公司合并、分立、解散、申请破产的，应当由国有资产监督管理机构审核后，报本级人民政府批准（《公司法》第66条）。

国家、集体和私人出资设立公司，享有选择经营管理者之权，也是按照《公司法》的规定行事，如依法定程序设置董事会，并且“两个以上的国有企业或者两个以上的其他国有投资主体投资设立的有限责任公司，其董事会成员中应当有公司职工代表；其他有限责任公司董事会成员中可以有公司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生”（第44条第2款），借助董事会的下列职权，实现出资人的利益：执行股东会的决议；决定公司的经营计划和投资方案；制订公司的年度财务预算方案、决算方案；制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案；制订公司增加或者减少注册资本以及发行公司债券的方案；制订公司合并、分立、解散或者变更公司形式的方案；决定公司内部管理机构的设置；决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项，并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项；制定公司的基本管理制度（《公司法》第46条）。

除此之外，国家、集体和私人出资设立公司还有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告（《公司法》第33条第1款）；有权要求查阅公司会计账簿。当然，此时应当向公司提出书面请求，说明目的。公司有合理根据认为作为出资人的国家、集体和私人查阅会计账簿有不正当目的，可能损害公司合法利益的，可以拒绝提供查阅，并应当自出资人提出书面请求之日起15日内书面答复出资人并说明理由。公司拒绝提供查阅的，作为出资人的国家、集体和私人可以请求人民法院要求公司提供查阅（《公司法》第33条第2款）。

国家、集体和私人作为出资人，不但享有权利，而且负有义务，如履行出资义务，遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益；不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益（《公司法》第20条、第27条等）。

第二百六十九条

营利法人对其不动产和动产依照法律、行政法规以及章程享有占有、使用、收益和处分的权利。

营利法人以外的法人，对其不动产和动产的权利，适用有关法律、行政法规以及章程的规定。

本条主旨

本条是关于营利法人财产权的规定。

相关条文

《公司法》第3条第1款 公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。

《物权法》第68条 企业法人对其不动产和动产依照法律、行政法规以及章程享有占有、使用、收益和处分的权利。

企业法人以外的法人，对其不动产和动产的权利，适用有关法律、行政法规以及章程的规定。

《乡镇企业法》第11条 乡镇企业依法实行独立核算，自主经营，自负盈亏。

具有企业法人资格的乡镇企业，依法享有法人财产权。

《乡村集体所有制企业条例》第24条 企业在生产经营活动中享有下列权利：

- （一）占有和使用企业资产，依照国家规定筹集资金；
- （二）在核准登记的范围内自主安排生产经营活动；
- （三）确定企业内部机构设置和人员配备；依法招聘、辞退职工，并确定工资形式和奖惩办法；
- （四）有权自行销售本企业的产品，但国务院另有规定的除外；
- （五）有权自行确定本企业的产品价格、劳务价格，但国务院规定由物价部门和有关主管部门控制价格的除外；
- （六）自愿参加行业协会和产品评比；

(七) 依照国家规定自愿参加各种招标、投标活动，申请产品定点生产，取得生产许可证；

(八) 自主订立经济合同，开展经济技术合作；

(九) 依法开发和利用自然资源；

(十) 依法利用外资、引进先进技术和设备，开展进出口贸易等涉外经济活动，并依照国家规定提留企业的外汇收入；

(十一) 拒绝摊派和非法罚款，但法律、法规规定应当提供财力、物力、人力的除外。

理解与适用

本条是将《物权法》第68条稍加改造而来，第1款承认营利法人对其占有、使用、收益和处分的财产享有法人财产权，第2款系引致性规定，对于营利法人以外的法人所享有财产权的定性和定位适用相应的规定。

营利法人的财产权适用《公司法》第3条第1款前段关于“公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权”的规定，学说将此类财产权命名为法人所有权。当然，与自然人对于某不动产或动产享有所有权相比，法人所有权有其特点。例如，其客体可以是数种、多个财产的集合，如建设用地使用权、房屋、场地、设备、工具、知识产权等。

本条第2款引向的法律、法规以及章程的规定，包括《民法典》第255条关于“国家机关对其直接支配的不动产和动产，享有占有、使用以及依照法律和国务院的有关规定处分的权利”；第256条关于“国家举办的事业单位对其直接支配的不动产和动产，享有占有、使用以及依照法律和国务院的有关规定收益、处分的权利”的规定；等等。

第二百七十条

社会团体法人、捐助法人依法所有的不动产和动产，受法律保护。

本条主旨

本条是关于社会团体的财产受法律保护的规定。

相关条文

《民法通则》第77条 社会团体包括宗教团体的合法财产受法律保护。

《物权法》第69条 社会团体依法所有的不动产和动产，受法律保护。

《归侨侨眷权益保护法》第7条 归侨、侨眷有权依法申请成立社会团体，进行适合归侨、侨眷需要的合法的社会活动。

归侨、侨眷依法成立的社会团体的财产受法律保护，任何组织或者个人不得侵犯。

理解与适用

本条是承继《物权法》第69条并稍加改造而来。

所谓社会团体，是指中国公民行使结社权利，自愿组成的，为实现会员的共同意愿，按照其章程开展活动的非营利性社会组织。社会团体可以是法人，也可以不是法人，但必须都是依法成立的。例如，人民群众团体（如共青团、工会、妇联）、社会公益团体（如希望工程基金会）、专业团体（如律师协会）、学术研究团体（如法学会）、宗教团体（如佛教协会）等。不过，《民法典》第270条只规范作为法人的社会团体所享有的财产权。

由于依法支配其合法财产是开展社团活动的必要条件之一，为了保障公民的结社自由，维护社会团体的合法权益，本条因而明确规定：“社会团体法人……依法所有的不动产和动产，受法律保护。”

社会团体法人，按照《民法典》第90条的规定，需要具备法人条件，基于会员共同意愿，为公益目的或者会员共同利益等非营利目的设立的社会团体，经依法登记成立，取得社会团体法人资格；依法不需要办理法人登记的，从成立之日起，具有社会团体法人资格。

所谓具备法人条件，需要适用《民法典》第58条关于“法人应当依法成立”（第1款）；“法人应当有自己的名称、组织机构、住所、财产或者经费。法人成立的具体条件和程序，依照法律、行政法规的规定”（第2款）；“设立法人，法律、行政法规规定须经有关机关批准的，依照其规定”（第3款）的规定。此外，还应当依法制定法人章程、应设会员大会或者会员代表大会等权力机构、应设理事会等执行机构。理事长或者会长等负责人按照法人章程的规定担任法定代表人

(第91条)。

捐助法人，根据《民法典》的规定，需要具备法人条件，为公益目的以捐助财产设立的基金会、社会服务机构等，经依法登记成立，取得捐助法人资格（第92条第1款）。依法设立的宗教活动场所，具备法人条件的，可以申请法人登记，取得捐助法人资格。法律、行政法规对宗教活动场所所有规定的，依照其规定（第92条第2款）。设立捐助法人应当依法制定法人章程（第93条第1款）。捐助法人应当设理事会、民主管理组织等决策机构，并设执行机构。理事长等负责人按照法人章程的规定担任法定代表人（第93条第2款）。捐助法人应当设监事会等监督机构（第93条第3款）。

本条所谓社会团体法人、捐助法人所有的不动产、动产，来源于成员的出资、成员缴纳的会费、国家拨付的资产和补助、接受捐赠的财产、社会团体积累的财产等。这些财产及其来源必须合法。^[139]学说认为，承认了社会团体所有权，包括人民群众团体的法人所有权、社会公益团体的法人所有权、文艺团体的法人所有权、学术研究团体的法人所有权、宗教团体的法人所有权、基金会的法人所有权等具体类型。^[140]

本条所谓法律保护上述财产，包括公法保护和私法保护，前者包括追究侵害人行政责任、刑事责任，非经法律规定的权限和程序，不得征收、征用；后者包括物权确认请求权、物权请求权以及不当得利返还请求权、侵权损害赔偿请求权。

第六章 业主的建筑物区分所有权

本章集中规定了关于业主的建筑物区分所有权的较为完备的规则，确立该权由专有权、共有权和共同管理权构成，以及专有权、共有权和共同管理权各自的构成和效力。本章对于业主生活重要又敏感的停车库、停车位着力规范，予以定位和定性。本章对于业主大会和业主委员会的权限以及业主的主要权利一一列举。

业主的建筑物区分所有权，简称为建筑物区分所有权，其称谓在不同的立法例及其理论上并不相同。法国1938年《有关区分各阶层不动产共有之法律》将之称作区分各阶层不动产的共有，1965年《住宅分层所有权法》改称住宅分层所有权。意大利和英国的法律使用公寓所有权的名称。在美国，有的叫作单位所有权，有的称为水平财产

权，更多的叫法是公寓所有权，不过，美国联邦住宅局制定的《公寓所有权标准示范法》及多数州的法律都采用公寓所有权的命名。瑞士则叫楼层所有权或分层建筑物所有权。日本和中国台湾地区的法律及其学说使用建筑物区分所有权的概念。^[141]1951年3月15日的德国《住宅所有权与长期居住权法》（简称为《住宅所有权法》）创设了住宅所有权制度。^[142]按照《住宅所有权法》第1条第2款和第3款的规定，住宅所有权系特定主体对同一宗土地（与其他共有人）享有共有权与对住宅拥有特别所有权相结合的所有权。根据《住宅所有权法》第1条第5款的规定，属于共有权的对象主要是土地；同时依据《住宅所有权法》第5条第2款的规定，属于共有权的对象还有整个建筑物的“承重”结构部分以及公共设施。（对住宅的）特别所有权不可分地包含于对共有权的共有份额之中。在法律上，共有权占支配地位，而特别所有权尽管为真正的所有权，但其仅为共有权的“附属物”^[143]。这是《德国民法典》中物的重要成分不能成为特殊权利的标的物这种一般原则（第93条、第94条）的例外。^[144]

关于建筑物区分所有权的概念，本有一元论、二元论和三元论的分歧。一元论又分为专有权说和共有权说。按照一元论的专有权说，建筑物区分所有权，是在区分所有的建筑物的专有部分上成立的所有权。^[145]一元论的共有权说以集团性、共同性为立论基础，将建筑物整体视为全体区分所有权人的共有。究其实质，是将区分所有权作为一种共有所有权予以理解和把握。^[146]二元论则认为，建筑物区分所有权，是由专有部分所有权和共用部分所有权相互结合而形成的权利。^[147]与之不同，在三元论看来，建筑物区分所有权，是包括专有部分所有权、共有部分持分权和成员权的三位一体的复合性权利。^[148]或者说，建筑物区分所有权，是由专有权、共有权和共同管理权组成的权利。^[149]建筑物区分所有权乃专有权、共有权和共同管理权组成的权利之说，符合《民法典》第271条的规定，本释评书从之。

当今世界，城市人口急剧增长，住房及经营性用房的需求日益增大，然而土地资源有限。中国尤其如此。为了有效率地利用土地，解决住宅及经营性用房紧张的问题，建筑高层建筑物势所必然。为了解决用房人的资金有限，用房有限，开发的商品房易于销售，物尽其用等问题，也为了吸引小资本投入商品房市场，建筑物区分所有权制度不失为较为理想的选择。

数个建筑物区分所有权人共同生活在一栋大厦里乃至建筑区划内，专有权和共有权交织在一起，相邻关系呈现立体化、有体和无体相结合、以共有部分为媒介、法律和规约共同调整的特色^[150]，业主间的相互关系复杂，个体和集体的理念交相辉映，需要专门的建筑物

区分所有权制度统一规范。

因此，《民法典》专设“业主的建筑物区分所有权”一章，共17个条文是完全必要的。

第二百七十一条

业主对建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分享有所有权，对专有部分以外的共有部分享有共有和共同管理的权利。

本条主旨

本条是关于业主的建筑物区分所有权的概念的规定。

相关条文

《物权法》第70条 业主对建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分享有所有权，对专有部分以外的共有部分享有共有和共同管理的权利。

法释〔2009〕7号第1条 依法登记取得或者根据物权法第二章第三节规定取得建筑物专有部分所有权的人，应当认定为物权法第六章所称的业主。

基于与建设单位之间的商品房买卖民事法律行为，已经合法占有建筑物专有部分，但尚未依法办理所有权登记的人，可以认定为物权法第六章所称的业主。

第2条 建筑区划内符合下列条件的房屋，以及车位、摊位等特定空间，应当认定为物权法第六章所称的专有部分：

- （一）具有构造上的独立性，能够明确区分；
- （二）具有利用上的独立性，可以排他使用；
- （三）能够登记成为特定业主所有权的客体。

规划上专属于特定房屋，且建设单位销售时已经根据规划列入该特定房屋买卖合同中的露台等，应当认定为物权法第六章所称专有部分的重要组成部分。

本条第一款所称房屋，包括整栋建筑物。

第3条 除法律、行政法规规定的共有部分外，建筑区划内的以下部分，也应当认定为物权法第六章所称的共有部分：

（一）建筑物的基础、承重结构、外墙、屋顶等基本结构部分，通道、楼梯、大堂等公共通行部分，消防、公共照明等附属设施、设备，避难层、设备层或者设备间等结构部分；

（二）其他不属于业主专有部分，也不属于市政公用部分或者其他权利人所有的场所及设施等。

建筑区划内的土地，依法由业主共同享有建设用地使用权，但属于业主专有的整栋建筑物的规划占地或者城镇公共道路、绿地占地除外。

第4条 业主基于对住宅、经营性用房等专有部分特定使用功能的合理需要，无偿利用屋顶以及与其专有部分相对应的外墙面等共有部分的，不应认定为侵权。但违反法律、法规、管理规约，损害他人合法权益的除外。

理解与适用

本条是对《物权法》第70条的复制，明确业主的建筑物区分所有权由专有权、共有权和共同管理权构成。

一、建筑物区分所有权的界定

业主的建筑物区分所有权，简称为建筑物区分所有权，是指业主对建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分享有所有权，对共有部分享有共有权和共同管理权的复合所有权（《民法典》第271条）。

本条所谓建筑物，包括住宅和经营性用房。所谓住宅，是指以居住为目的及用途，供家庭居住使用的房屋。所谓经营性用房，是指以经营为目的及用途，供商业使用的房屋。

所谓区分，有的是纵的区分，如分栋纵切；有的是横的区分，如分层横切；更多的是纵切和横切的混合，如一栋19层的公寓大厦被区分为115套房间。

所谓专有部分，是指具有构造上（物理上）和使用上的独立性，并能成为建筑物区分所有权客体的部分。^[151]所谓共有部分，有些立

法例及其理论称作共用部分，是指专有部分以外的归业主共同所有的部分，包括楼梯、电梯、走廊、水塔、消防设备等。所谓共同管理，是指业主对于区分所有建筑物的共有部分和由此产生的共同事务所从事的管理。业主对专有部分享有专有权，对共有部分享有共有权及共同管理权。这三种权利共同构成建筑物区分所有权。

所谓业主，在《民法典》上就是建筑物区分所有权人，按照《物业管理条例》第6条第1款、法释〔2009〕7号第1条的规定，是指房屋所有权人，即专有部分的所有权人，并不包括房屋承租人、占有人等。不过需要指出，在预售商品房的情况下，往往是在房屋交付给购房人很长时间后才办理房屋所有权及相应的建设用地使用权的变更登记手续。为了保护这些购房人的合法权益，不妨将这些购房人视为业主。对此，法释〔2009〕7号已经予以了认可，于第1条第2款规定：“基于与建设单位之间的商品房买卖民事法律行为，已经合法占有建筑物专有部分，但尚未依法办理所有权登记的人，可以认定为物权法第六章所称的业主。”还有，形成判决或裁决生效，导致建筑物区分所有权移转的，该所有权人亦为业主，尽管尚未办理变更登记。因继承或受遗赠取得建筑物区分所有权的，亦然。

[辨析]

业主和住户的称谓所指有所不同，前者专指建筑物区分所有权人，后者包括建筑物区分所有权人、承租人及其他经业主同意而对专有部分享有使用权的人。^[152]

二、建筑物区分所有权的性质

1. 权利构成的复合性

建筑物区分所有权由专有权、共有权和共同管理权组成，表现出复合性。而一般所有权具有单一性，即它仅仅是权利人对于所有物占有、使用、收益和处分的权利，没有共有权和共同管理权。^[153]

2. 权利客体的特定性与观念性

建筑物区分所有权的客体，包括专有部分，也包括共有部分。其中，专有部分具有特定性，而共有部分相对于全体业主而言是特定的，对于特定的业主来说则大多是以价值额的形式表现出来的，换言之，共有部分作为特定建筑物区分所有权的客体，在许多场合只具有观念性。例如，对于屋顶、电梯、绿地等共有部分，某个特定的业主无权声称对其特定部分享有占有、使用的权利。

3. 专有权利的主导性

在建筑物区分所有的场合，业主的共有权包括建设用地使用权、建筑物承重结构部分以及公共设施的共有权，单就经济价值而言，共有部分的经济价值更大。于是，德国法将共同所有权（相当于中国《民法典》上的共有权）置于支配地位，而特别所有权（相当于中国《民法典》上的专有权）则仅仅为共同所有权的“附属物”，特别所有权和共同所有权的共有份是不可分离的，在共同所有权上成立的权利，也及于特别所有权，对特别所有权的废止，不影响共同所有权的存续。^[154]与德国法不同，从中国《民法典》第273条第2款关于“业主转让建筑物内的住宅、经营性用房，其对共有部分享有的共有和共同管理的权利一并转让”的规定观察，业主的专有权处于主导地位，共有权和共同管理权则从属于专有权。其表现之一是，如果建筑物所有权人甲将其区分所有的建筑物A出卖与建筑区划外的乙，尽管A建筑物伴有电梯、走廊、屋顶平台、绿地等共同部分，其他建筑物区分所有权人对这些共有部分也享有共有权，但他们仍无权援引《民法典》第306条关于按份共有人对份额（应有部分）享有优先购买权的规定，请求甲必须将A建筑物卖与自己，也无权就甲把A建筑物卖与乙而请求甲承担损害赔偿责任。

[学说及其论争]

在德国，有少数学者认为特别所有权（专有权）为“主物，而共有份为该主物的重要成分”^[155]。在中国，有学者从三个方面论证了专有权利的主导性：（1）区分所有权人取得专有权，即意味着取得了共用部分持分权（共有所有权）及社员权。反之，区分所有权人丧失了专有所有权，亦即意味着丧失了共用部分持分权与成员权。（2）一般而言，区分所有权人专有所有权的大小，将决定其共用部分持分权及成员权（如表决权）的大小。（3）在区分所有权成立登记上，只登记专有所有权，而共用部分持分权及成员权则不单独登记。^[156]

4. 权利存续与处分整体性

建筑物区分所有权的三要素原则上结为一体，在转让、抵押、继承等场合，应将它们视为一体，不宜保留其一或其二而转让、抵押其他权利。^[157]就其质而言，专有权、共有权和共同管理权均为建筑物区分所有权的构成部分，缺少任何一项因素都会严重伤及建筑物区分所有权，尤其是专有部分更是建筑物区分所有权须臾不可离开的因素，共同管理权和楼梯、电梯、走廊等部分的共有权若缺失，就会伤及建筑物区分所有权的筋骨，甚至导致其功效的丧失。在这个意义上说，建筑物区分所有权具有整体性。不过，某些共有部分，如作为共

有部分的停车位、停车库、会所等，可以脱离建筑物区分所有权单独转让，只要不损害业主的权益，法律就没有必要禁止。

5.人法的因素浓厚

建筑物区分所有权关系并非单纯的财产关系，其中管理关系占相当的比重，共同管理权占据突出的位置，因而人法的因素十分浓厚。这是一般所有权所不具备的。

第二百七十二條

业主对其建筑物专有部分享有占有、使用、收益和处分的权利。业主行使权利不得危及建筑物的安全，不得损害其他业主的合法权益。

本条主旨

本条是关于专有权及其行使限制的规定。

相关条文

《物权法》第71条 业主对其建筑物专有部分享有占有、使用、收益和处分的权利。业主行使权利不得危及建筑物的安全，不得损害其他业主的合法权益。

法释〔2009〕7号第2条 建筑区划内符合下列条件的房屋，以及车位、摊位等特定空间，应当认定为物权法第六章所称的专有部分：

- （一）具有构造上的独立性，能够明确区分；
- （二）具有利用上的独立性，可以排他使用；
- （三）能够登记成为特定业主所有权的客体。

规划上专属于特定房屋，且建设单位销售时已经根据规划列入该特定房屋买卖合同中的露台等，应当认定为物权法第六章所称专有部分的重要组成部分。

理解与适用

本条是对《物权法》第71条的复制，第1款界定构成建筑物区分

所有权的专有权，第2款明确对行使专有权的限制。

一、专有权的概念

专有权，全称为专有部分的所有权，还可称为专有所有权，德国法叫作特别所有权，是指区分所有权人对于建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分所享有的占有、使用、收益和处分的权利（《民法典》第272条前段）。

就专有权的性质，理论上意见不一，通说认为是一种空间所有权[158]，一种不动产所有权。[159]

二、专有权的客体

专有权的客体是建筑物内的住宅、经营性用房等的专有部分。在这方面，法释〔2009〕7号第2条规定：“建筑区划内符合下列条件的房屋，以及车位、摊位等特定空间，应当认定为物权法第六章所称的专有部分：（一）具有构造上的独立性，能够明确区分；（二）具有利用上的独立性，可以排他使用；（三）能够登记成为特定业主所有权的客体”（第1款）。“规划上专属于特定房屋，且建设单位销售时已经根据规划列入该特定房屋买卖合同中的露台等，应当认定为物权法第六章所称专有部分的组成部分”（第2款）。对此，分析如下。

1. 必须具备构造上的独立性

所谓构造上的独立性，又叫物理上的独立性，是指建筑物经过区分而形成的特定部分，系以墙壁、楼板等建筑构造物与建筑物的其他部分相隔离，达到适合作为物的支配的程度，客观上足以明确区划其范围。[160]

[引申]

建筑物经过区分而形成的特定部分是否具备构造上的独立性，涉及两项判断标准。其一，建筑物经过区分而形成的特定部分必须有明确的外部范围，亦即该项特定部分与建筑物的其他部分，在外观上存在着可资明确区别的境界标志或区分点。学说称之为“区分的明确性”。这是物权客体的独立性和一物一权主义所要求的。其二，该特定部分必须具有与建筑物的其他部分或外界隔离的构造物存在，从而具备可供人们利用的机能。构造物在通常情况下表现为屋顶、墙壁、地板、门窗等。学说称之为“遮断性”。该遮断性的需求因客体用途的不同而在严密程度上表现出差异。在住宅场合，要求具有屋顶、墙

壁、地板等具有相当固定性的区隔构造物，以达与外界四周完全区隔或遮断的结果。在开放式店铺场合，以卷帘式百叶窗为区隔即符合遮断性的要求。在室内停车场，有梁柱和铁管等为区隔，便足够了。^[161]

建筑物在构造上的独立性可能因未来建筑技术的发展、社会生活的演变而有宽严的不同，但基于建筑物所有权和土地所有权或其他建筑物所有权的支配范围必须有一定的界限，仍然是成为专有部分的必要条件。^[162]

2. 必须具备利用上的独立性

所谓利用上的独立性，又称功能上的独立性，是指建筑物经过区分而形成的特定部分，必须可作为一建筑物单独使用，如同一般的建筑物，具有独立的经济效用，能够满足社会经济生活目的。^[163]

通常，专有部分是否具有独立满足社会经济生活目的的功能，应依下述标准判断：一是单独使用，二是独立的经济效用。所谓单独使用，是指建筑物的专有部分无须其他部分的辅助即可独立使用。所谓独立的经济效用，是指一栋建筑物的专有部分必须具有与一般建筑物同样的独立经济效用。^[164]专有部分是否能单独使用，有无独立的经济效用，应就其有无明确性、间隔性、通行直接性，以及存否专用设备和共用设备等因素加以判断。^[165]如果建筑物的部分具有明确性、间隔性、通行直接性，存在着专用设备，而无贮水槽、给水箱、加压设备及配电室等共用设备，则应认定它为专有部分。之所以强调不得存在共用设备，是因为存在共用设备的空间若作为专有部分，必须委托专有部分的所有权人支配它们，势必有害于区分所有的建筑物的共同利益。^[166]所谓通行直接性，是指有独立门户与公共走廊或公共楼梯等公共设施相通，可单独使用。如果没有独立门户，则无通行直接性。

3. 能够登记成为特定业主所有权的客体

一栋建筑物的特定部分即使已经具备专有部分的前述要件，但也只是观念和抽象的专有部分，并不必然成立建筑物区分所有权。只有在业主将该专有部分作为区分所有权客体现实化、具体化，表现于外部的情况下，才可成为专有部分。其道理在于，一人拥有一栋高楼而不区分为数个特定部分，无意使之表现为建筑物区分所有的形态，固不发生建筑物区分所有权的问题；就是数人拥有一栋高楼而不区分为数个特定部分，以共有方式享有一个楼宇所有权，纵使每个所有权人各自分管一层，也不成立建筑物区分所有权。可见，一栋高楼的全部

不可能成为区分所有权的客体。[167]

这样现实化、具体化、表现于外部的部分能够登记为一个不动产，可以成为建筑物区分所有权的客体。

法释〔2009〕7号第2条第2款规定：“规划上专属于特定房屋，且建设单位销售时已经根据规划列入该特定房屋买卖合同中的露台等，应当认定为物权法第六章所称专有部分的组成部分。”

学者把第三个要件叫作形式上的独立性要件，将前两项要件称作实质上的独立性要件。

《不动产登记暂行条例实施细则》第5条规定，有房屋等建筑物、构筑物以及森林、林木定着物的，以该房屋等建筑物、构筑物以及森林、林木定着物与土地、海域权属界线封闭的空间为不动产单元（第3款）。前款所称房屋，包括独立成幢、权属界线封闭的空间，以及区分套、层、间等可以独立使用、权属界线封闭的空间（第4款）。申请国有建设用地使用权及房屋所有权首次登记的，应当提交下列材料：（1）不动产权属证书或者土地权属来源材料；（2）建设工程符合规划的材料；（3）房屋已经竣工的材料；（4）房地产调查或者测绘报告；（5）相关税费缴纳凭证；（6）其他必要材料（第35条）。办理房屋所有权首次登记时，申请人应当将建筑区划内依法属于业主共有的道路、绿地、其他公共场所、公用设施和物业服务用房及其占用范围内的建设用地使用权一并申请登记为业主共有。业主转让房屋所有权的，其对共有部分享有的权利依法一并转让（第36条）。

[辨析]

在传统民法理论看来，一栋建筑物为一个物，存在一个所有权，而专有所有权以建筑物的特定部分为所有权的客体，不符合物权的客体应为独立物，违反了一物一权主义。如此，专有权乃至建筑物区分所有权都不得存在。可是，这不能满足社会生活的需要。为了协调法律原则与社会需要间的相互关系，如今的学说认为，在区分建筑物的情况下，专有部分就是一个独立之物，专有权以专有部分为客体，仍然符合一物一权主义。

三、专有部分的范围

就专有部分的范围，理论上不同观点，大致有四说。其一，中心说，又叫壁心说，认为专有部分的范围达到墙壁、柱、地板、天花

板等境界部分厚度的中心。[168]其二，空间说，亦称全部属于共用部分说，认为专有部分的范围仅限于由墙壁（共同墙壁）、地板、天花板所围成的空间部分，而界限点上的分隔部分，如墙壁、地板、天花板等则为全体或部分区分所有权人共有。[169]其三，最后粉刷表层说，认为专有部分包括墙壁、柱等境界部分表层所粉刷的部分，亦即境界与其他境界的本体属于共用部分，但境界壁上最后粉刷的表层则属于专有部分。[170]其四，壁心和最后粉刷表层说，又称中央部分属于共用部分，表面属于专有部分说，认为专有部分的范围应分内部关系和外部关系而论。在区分所有权人相互间，尤其是有关建筑物的维持、管理关系上，专有部分仅包含至壁、柱、地板、天花板等境界部分表层所粉刷的部分；但在外部关系上，尤其是对第三人关系上，专有部分则包含至壁、柱、地板、天花板等境界部分厚度的中心线。[171]壁心和最后粉刷表层说能据以澄清区分所有权人相互间以及区分所有权人与第三人间的权益，符合社会的现实情形与未来的发展需要，可资赞同。[172]

专有部分面积，按照法释〔2009〕7号第8条的规定，可以按照下列方法认定：（1）专有部分面积，按照不动产登记簿记载的面积计算；尚未进行物权登记的，暂按测绘机构的实测面积计算；尚未进行实测的，暂按房屋买卖合同记载的面积计算；（2）建筑物总面积，按照前项的统计总和计算。

在德国法上，建筑物区分所有权自身是一项真正的所有权，专有部分、共有部分所有权等只是该所有权的“成分”，所以，业主占有、使用与处分的都是建筑物区分所有权，而并非仅仅是专有部分。[173]中国《民法典》第272条将专有权规定为一项独立的物权，而且在第273条第2款规定，业主转让建筑物内的住宅、经营性用房，其对建筑物共有部分享有的共有和共同管理的权利一并转让。在这里，建筑物区分所有权并没有被认为是集共有权、专有权以及管理权于一身的整体性权利，而是将三者分立，并且以专有权为核心。在理论上，将建筑物区分所有权理解为专有部分所有权，与《民法典》第271条的规定并不相同。我们倾向于将建筑物区分所有权作广义的理解，即按照《民法典》第271条的规定理解。

第二百七十三条

业主对建筑物专有部分以外的共有部分，享有权利，承担义务；不得以放弃权利为由不履行义务。

业主转让建筑物内的住宅、经营性用房，其对共有部分享有的共

有和共同管理的权利一并转让。

本条主旨

本条是关于构成建筑物区分所有权的共有权的规定。

相关条文

《物权法》第72条 业主对建筑物专有部分以外的共有部分，享有权利，承担义务；不得以放弃权利不履行义务。

业主转让建筑物内的住宅、经营性用房，其对共有部分享有的共有和共同管理的权利一并转让。

法释〔2009〕7号第3条 除法律、行政法规规定的共有部分外，建筑区划内的以下部分，也应当认定为物权法第六章所称的共有部分：

（一）建筑物的基础、承重结构、外墙、屋顶等基本结构部分，通道、楼梯、大堂等公共通行部分，消防、公共照明等附属设施、设备，避难层、设备层或者设备间等结构部分；

（二）其他不属于业主专有部分，也不属于市政公用部分或者其他权利人所有的场所及设施等。

建筑区划内的土地，依法由业主共同享有建设用地使用权，但属于业主专有的整栋建筑物的规划占地或者城镇公共道路、绿地占地除外。

第4条 业主基于对住宅、经营性用房等专有部分特定使用功能的合理需要，无偿利用屋顶以及与其专有部分相对应的外墙面等共有部分的，不应认定为侵权。但违反法律、法规、管理规约，损害他人合法权益的除外。

理解与适用

本条是对《物权法》第72条的复制，第1款前段界定构成建筑物区分所有权的共有权，后段宣明不得以放弃权利为由不履行义务的原则；第2款引出共同管理权，并明确建筑物区分所有权整体转让的规则，即共有权和共同管理权随同专有部分的转让而一并转让。

一、共有权的概念

共有权，此处特指区分建筑物的共有部分的所有权，又叫共有部分的持分权，是指业主依照法律的规定或管理规约及业主大会的决定，对建筑物内住房或经营性用房的专有部分以外的共用部分所享有的占有、使用、收益和处分的权利（《物权法》第72条第1款前段）。

所谓共有持分，又称共同所有配分率（*tantieme decopropriété*）或共同所有千分率（*millieme de copropriété*），是指业主对共有部分的潜在的应有份额；从权利的角度观察，为共有持分权。^[174]

[辨析]

严格地说，共有部分和共用部分两个概念本来有所区别。前者指明了业主对于建筑物的某些部分或建设用地使用权的所有关系，重在物权关系的本质；而后者则重在建筑物的某些成分或建设用地系供业主共同使用的属性，就其字面含义而言，不一定是业主对此项共同部分拥有所有权，可能享有租赁权或借用权等。例如，归某业主拥有的A专有部分，通过约定归全体业主使用，因而成为共用部分，但不宜称之为共有部分。不过，在中国建筑物区分所有权的法律关系及其理论中，人们略去了二者的上述差别，将之作为同一概念使用。本释评书在多数情况下也是如此，但在业主约定某专有部分为全体业主的共用部分的场合，则宜区分共有部分和共用部分两个概念。

这种共有权同一般共有权相比，存在着如下差异：（1）从主体上看，权利人的身份具有复合性。他同时是共有权人、专有权人和建筑物区分所有权人管理团体的一个成员。而一般共有权人的身份是单一的，只是共有权人。（2）从客体上看，此类共有权的客体范围十分广泛，不仅包括法定共有部分，也包括约定共有部分。而一般共有权的客体通常限于一项财产。（3）从内容上看，这种共有权包含的权利义务较为丰富，主要包括：1）全体业主对建筑物的整体所共同承受的权利义务；2）对建筑物某一部分所共同承受的权利义务；3）因一部分业主在一部共用部分上设立专用使用权而产生的权利义务；4）因对建筑物的基地的利用而发生的房地权属关系。而在一般共有权场合，共有权人的权利义务相对简单，仅指各共有人因共有财产而发生的权利义务。（4）从种类看，此类共有权可依不同标准而作出不同分类，如法定共有权和约定共有权、全体共有权和部分共有权、对建筑物的共有权和对附属建筑物的共有权等。而一般共有权在《民法典》上只有按份共有和共同共有。（5）从权利变动上看，这种共有权的变动决定于专有权的变动。而一般共有权的变动没有主从关系。此外，这种共有权随着专有权的转让而转让时，其他共有权人没有优先购买权。而在一般共有权场合，其他共有权人往往有优先购买

权。^[175]（6）从权利的行使方式看，这种共有权的行使要遵循法律和管理规约，常常采用持有份的方式。^[176]（7）在所有权关系中，权利的存续意味着依所有权人的意思就所有物取得利益，但在建筑物区分所有权关系中，共有权在若干方面却表现出“负担”“不利益”：

1）在依建筑面积计算房价的情况下，业主（买受人）须就共有部分及共有权向房屋出卖人支付相应的房款；2）业主须就共有部分的维修分摊维修费用；3）业主须就共有部分承担相应的物业费；4）在依建筑面积计算房价的场合，业主（买受人）须就共有部分承担相应的契税；5）在征收物业税的体制下，业主须就共有部分承担相应的税金。

二、共有部分的构成与法律性质

（一）共有部分的构成

共有部分包括四种情形：一是法律、行政法规规定的共有部分；二是建筑物的基础、承重结构、外墙、屋顶等基本结构部分，通道、楼梯、大堂等公共通行部分，消防、公共照明等附属设施、设备，避难层、设备层或者设备间等结构部分；三是其他不属于业主专有部分，也不属于市政公用部分或其他权利人所有的场所及设施等（法释〔2009〕7号第3条第1款）；四是建筑区划内的土地，依法由业主共同享有建设用地使用权，除非属于业主专有的整栋建筑物的规划占地或城镇公共道路、绿地占地（法释〔2009〕7号第3条第2款）。

【拓展】

关于共有部分的第二种情形，包括自来水、电力、天然气（煤气）、管线设备等，若为专供专有部分使用的分支部分，除去该部分不致影响区分所有的建筑物的使用的，则仍属专有部分。即使该管线是在区分所有的建筑物之外与主管线相接，也是如此；它们若存在于专有部分之内，更属当然。^[177]

关于共有部分的第三种情形，在中国台湾地区，“公寓大厦管理条例”及其理论使用共用部分的概念，表述为“区分所有人约定供共同使用的专有部分与其附属物”。认为此部分为区分所有建筑物的专有部分，具有独立性可作为区分所有权的客体，然经区分所有人的约定，供共同使用，而作为共用部分。例如，区分所有人约定作为集会室、管理室或停车库使用的专有部分，就是如此。^[178]但在中国《民法典》及其理论上，使用“共有部分”的概念，不得把停车库等专有部分出租或出借给全体业主使用的部分叫作“共有部分”，但可以称为“共用部分”。

（二）共有部分的法律性质

1.共有部分的从属性

共有部分在法律上为附随于专有部分而存在的附属物或从物，具有一定的从属性。例如，随着专有部分的转让而转让。当然，这种从属性是以建筑区划内的绿地、停车位、停车库、锅炉房等已经归业主共有为前提而言的，如果依照法律和商品房预售合同等法律文件规定，绿地、停车库等不归业主共有，则不存在此处的从属性，在被单独地登记为独立的不动产时，可以单独抵押、转让，我们不得以从属性为由否定此类抵押、转让。

2.共有部分的不可分割性

所谓共有部分的不可分割，首先是指为专有部分所必需的共有部分与专有部分不可分割，如走廊等与专有部分不可分割；其次是指共有部分本身只能与专有部分一起抵押、转让，不得将共有部分的某些成分单独抵押、转让等。至于某些共有部分，如地下室、防空洞等，并非专有部分不可须臾离开的成分，可以在被单独登记为一个独立之物等条件下脱离专有部分及其他共有部分而转让给他人。

正因共有部分与专有部分不可分割，或者说共有部分附随于专有部分，使得建筑物区分所有权里的共有不同于按份共有和共同共有，属于一种特殊的共有形态^[179]，有时依照按份共有处理，例如，对建筑物及其附属设施的费用分摊、收益分配等事项无约定或约定不明时，按照业主专有部分占建筑物总面积的比例确定（《民法典》第283条）；有时则适用共同共有的规则，例如，建筑区划内的绿地属于业主共有（《民法典》第274条前段）。

[提示]

建筑物区分所有权中的共有部分，其法律性质如何，存在着总有说、共同共有说、按份共有说的分歧。^[180]

3.共有部分的客体较为广泛

共有部分涉及范围甚广，主要有建设用地使用权、外墙、承重结构等，不易一一列举。《民法典》专门就建筑区划内的道路、绿地、车库等争议较大的问题设置了明文（第274条）。

共有部分可以是同一建筑物的共有部分，例如，同一单元的业主对本单元楼梯的共有；也可以是同一建筑区划的共有部分，例如，业

主对建筑区划内规划绿地的共有。同一建筑区划可能包含数栋独立建筑物。

三、共有部分的分类

（一）法定共有部分与约定共有部分

依照法律的规定，业主共同拥有建筑区划内的建筑物的某些部分乃至整栋建筑物、建设用地使用权等的场合，此类建筑物的某些部分乃至整栋建筑物、建设用地使用权不得作为专有部分使用，也不得约定为专有部分，属于法定共有部分。与此有别，业主和开发商就建筑区划内的停车位、停车库、地下室等，约定属于业主共有的场合，此类停车位等为约定共有部分。

[探讨与论辩]

有观点认为，法定共用部分，亦称性质上、构造上的共用部分。对其判断，应从该部分的内部构造及其在整体建筑物中所占的位置着眼。^[181]不同意见则主张，法定共用部分的判断不单纯以构造为基础，也必须从利用上予以综合判断。^[182]笔者认为，法律规定法定共有部分时所考虑的因素方方面面，需要全面审视。有的是基于构造上有无独立性，如建筑物的共同出入口、支柱、共同墙壁、天花板、地板等，在构造上并无独立性，不得或不宜成为专有部分，应当作为共有部分。有的虽然具有独立性，但因其为区分所有的建筑物发挥正常功能所不可或缺的设施，如中国东北地区为建筑区划内供热的锅炉房，不宜成为专有部分，应当作为共有部分。有的虽然具有独立性，设计为某业主的专有部分未尝不可，但为了保障建筑区划内全体业主的生活品质，首先推定它们为共有部分，但允许有关当事人依约定改变。绿地等即属这种情况。有的是为了避免建筑物成为无权占有，失去存在的正当根据（权源），为了减少纠纷，简化法律关系，法律不允许它成为专有部分，只能作为共有部分。建设用地使用权即属此类。

值得提出的是，区分所有的建筑物的专有部分可被约定为供业主共同使用，约定共有部分因此类约定而产生。例如，将区分所有的建筑物的专有部分约定作为传达室、会客室等。此处所谓约定，是指按照管理规约或业主大会的决议。因此，这种约定共有部分又叫规约共有部分。^[183]

区分法定共有部分与约定共有部分，具有如下法律意义：（1）意思自治原则发挥作用的空間有所差别。法定共有部分主要依法律规

定予以调整。(2)在有关当事人就建筑物及其附属设施的特定部分约定为共有部分或专有部分时,可基于这种分类及其标准判断此类约定是否有效。例如,有关当事人约定电梯、走廊为专有部分,就不会依其约定发生法律效力,因为电梯、走廊是法定共有部分,当事人不得依约定加以改变。

(二) 全体共有部分与一部共有部分

建筑物或其特定部分、绿地、建设用地使用权等属于建筑区划内的全体业主共有,这些共有部分即为全体共有部分。锅炉房、建设用地使用权、绿地等一般都属于全体共有部分。某层的配电室、保洁工具存放室、走廊等,仅仅供一部分业主使用,一般定为一部共有部分,除非法律另有规定或业主和开发商另有约定。究为全体共有部分或一部共有部分,应依实际使用和所有的情况加以确定。有疑义时,宜解释为全体共有部分。^[184]

区分全体共有部分与一部共有部分,其法律意义在于,共有部分所需费用的负担和产生收益的分配规则有所不同,在法律就此未作规定、当事人就此未加约定的情况下,一部共有部分所需费用由该部分的共有权人负担,所产生的收益由该部分的共有权人分享;而全体共有部分所需费用则由全体共有权人分担,所生收益由全体共有权人分享。

四、共有权的内容

本条所谓业主对共有部分享有权利、承担义务,即共有权的内容,表现在如下几个方面。

(一) 共有权人的权利

共有权的内容包含共有权人的权利和义务。共有权人的权利主要有以下四项。

1. 共有部分的使用权

使用,包括共同使用和轮流使用。作为共用设施的电梯、走廊等,依其性质可以共同使用。作为共用设施的电话、洗衣机等,因其使用具有排他性,仅可轮流使用。^[185]

为了维修物业或公共利益,业主有权临时占用、挖掘道路、场地,但应当征得业主委员会和物业服务企业的同意(《物业管理条例》第50条第2款前段)。

业主人有利用物业共用部位、共用设施设备进行经营，应当在征得相关业主人、业主人大会、物业服务企业的同意后，按照规定办理有关手续（《物业管理条例》第54条前段）。

业主人基于对住宅、经营性用房等专有部分特定使用功能的合理需要，无偿利用屋顶以及与其专有部分相对应的外墙面等共有部分的，不应认定为侵权。但违反法律、法规、管理规约，损害他人合法权益的除外（法释〔2009〕7号第4条）。

2.共有部分的收益权

共有业人可依规约或其共有持分权取得共有部分所生的利益（《民法典》第283条）。例如，外墙因悬挂他人的广告牌而取得的租金，屋顶因竖立他人的接收卫星信号的设施而取得的租金，共有的会所因他人占用而取得的租金，等等，共有业人均有权分享。

收益的分配规则，有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，按照业主人专有部分占建筑物总面积的比例确定（《民法典》第283条）。所谓建筑总面积，是指建筑物专有部分面积之和。

3.共有部分的保存、修缮、改良的权利

业主人有权修缮共有部分，但应当事先告知物业服务企业参见（《物业管理条例》第52条第1款）。

业主人有权依法改变公共建筑和共用设施的用途，但应当在依法办理有关手续后告知物业服务企业（《物业管理条例》第49条第2款前段）。

4.物权请求权

业主人对于共有部分享有物的返还请求权、排除妨害请求权、消除危险请求权（《民法典》第286条第2款中段）。

建设单位或其他业人擅自占用、处分业主人共有部分、改变其使用功能或者进行经营性活动，业人请求排除妨害、恢复原状、确认处分行为无效或者赔偿损失的，人民法院应予支持（法释〔2009〕7号第14条第1款）。属于前述所称擅自进行经营性活动的情形，业人请求业人将扣除合理成本之后的收益用于补充专项维修资金或业主人共同决定的其他用途的，人民法院应予支持。业人对成本的支出及其合理性承担举证责任（法释〔2009〕7号第14条第2款）。

业主或其他行为人违反法律、法规、国家相关强制性标准、管理规约，或违反业主大会、业主委员会依法作出的决定，实施下列行为的，可以认定为《物权法》第83条第2款所称的其他“损害他人合法权益的行为”：（1）损害房屋承重结构，损害或违章使用电力、燃气、消防设施，在建筑物内放置危险、放射性物品等危及建筑物安全或妨碍建筑物正常使用；（2）违反规定破坏、改变建筑物外墙面的形状、颜色等损害建筑物外观；（3）违反规定进行房屋装饰装修；（4）违章加建、改建，侵占、挖掘公共通道、道路、场地或其他共有部分（法释〔2009〕7号第15条）。于此场合，业主有权行使物权请求权及损害赔偿请求权。

（二）共有权人的义务

1.按照共有部分的本来用途使用共有部分

所谓本来用途，又称固有用途，是指按照共有部分的种类、位置、构造、性质或依管理规约规定的共有部分的目的或用途使用共有部分。^[186]对此，《物业管理条例》规定，物业管理区域内按照规划建设的公共建筑和共用设施，不得改变用途（第7条第2项、第49条第1款）。业主依法确需改变公共建筑和共用设施用途的，应当在依法办理有关手续后告知物业服务企业（第49条第2款前段）。

当然，对某些非按其本来用途使用共有部分，但无损于建筑物的保存和不违背业主的共同利益的，则应允许。例如，为求走廊的美观，允许在墙壁上悬挂字画或镜架。^[187]

2.分担共同费用和负担

对于建筑物共有部分及其附属设施的保存、修缮乃至改良，业主应当按照国家有关规定交纳专项维修资金（《物业管理条例》第7条第4项、第53条第1款）。专项维修资金属于业主所有，专项用于物业保修期满后物业共用部位、共用设施设备的维修和更新、改造，不得挪作他用（《物业管理条例》第53条第2款）。

建筑物共有部分及其附属设施的费用分摊等事项，有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，按照业主专有部分占建筑物总面积的比例确定（《民法典》第283条）。所谓约定，可以表现为管理规约，也可以表现为业主大会的决定。所谓建筑物总面积，可能是指一栋区分所有的建筑物的面积之和，也可能是指整个建筑区划内的全部建筑物的面积之和。究竟何指，需要根据保存、修缮乃至改良的对象及其与业主的利益关系来确定。如果保存、修缮的对象为A楼的

电梯，则建筑物总面积为A楼的面积总和。如果保存、修缮乃至改良的对象为建筑区划内的入口、为全部区分所有的房间供热的锅炉房等，则建筑物总面积为建筑区划内的全部建筑物的面积总和。对此，法释〔2009〕7号第8条第2项规定：“建筑物总面积，按照前项的统计总和计算。”

所谓业主专有部分占建筑物总面积的比例，属于一种算定共有持分的基准。所谓共有持分，是指业主对共有部分的潜在的应有份额（应有部分）。^[188]

〔引申〕

实际上，关于共有持分的算定基准，有关立法例及其理论并不统一。（1）法国1965年制定并实施至今的《住宅分层所有权法》第5条规定，共有持分按照“与建筑物的使用无关系的享益部分的性质、表面积及位置所形成的诸价值”算定。所谓享益部分的性质，是指该享益部分的物质状态和物理构造。所谓表面积，包括基地面积、专有面积和实质面积。所谓享益部分的位置，是指从享益部分所能瞭望到的视野、享益部分的明亮程度、日照及闲静状态等。《住宅分层所有权法》规定的此项关于共有持分的算定基准的基本依据是专有部分的相对价值。^[189]（2）美国1962年的《公寓大厦所有权创设示范法》（The Federal Housing Administration's Model Statute for the Creation of Apartment Ownership, 1962）第6条A规定，以专有部分与整个财产价值的比率为依据算定共有持分。但在加利福尼亚州，持分比例被推定为每一区分单位相等。^[190]学者则主张应以个别区分所有权人的专有部分与整个财产价值的比例决定其持分比例。^[191]（3）日本《建筑物区分所有权法》第14条规定，各共有人的份额，依其所有的专有部分面积与整个区分所有建筑物专有部分的总面积的比例确定。（4）《瑞士民法典》第712条之五第1项和第712条之八第3项规定，各共有人的持分比例，应以不动产价值或建筑权价额的百分数或千分数表示。但个别区分所有权人对某些共同部分、公用设备未有受益或受益甚微时，分摊上述费用时应予适当照顾。^[192]（5）新加坡在实践中采取以下方法确定持分比例的大小：专有部分地板总面积100平方米以下的，持分为3.0；101～200平方米的，持分为4.0；201～300平方米的，持分为5.0；301平方米以上的，持分为6.0。^[193]（6）中国台湾地区的学说推定为均等。^[194]

共有持分与按份共有中的份额（应有部分）有所不同：（1）份额（应有部分）可以独立转让、抵押、抛弃，甚至还产生优先购买权；共有持分则不得如此，若建筑物所有权人将其建筑物、构筑物及其附属设施出卖与他人，其他建筑物区分所有权人对此无权主张优先

购买权。(2) 份额(应有部分)是财产份额,而共有持分的意义窄于此,不是全部的财产份额,仅仅是业主的专有部分在建筑物总面积中的比例。(3) 份额(应有部分)是并且首先是确定和衡量按份共有人的权利义务的基本依据,而共有持分只有在没有约定或约定不明时才发挥如下作用:1) 确定业主享有建设用地使用权的比例;2) 业主按照共有持分行使管理权;3) 业主依据共有持分分担费用和负担;4) 业主依据共有持分获得收益。[195]

3. 征得同意的义务

因维修物业或公共利益,业主确需临时占用、挖掘道路、场地的,应当征得业主委员会和物业服务企业的同意;物业服务企业确需临时占用、挖掘道路、场地的,应当征得业主委员会的同意(《物业管理条例》第50条第2款)。

利用物业共用部位、共用设施设备进行经营的,应当在征得相关业主、业主大会、物业服务企业的同意后,按照规定办理有关手续。(《物业管理条例》第54条前段)。

4. 告知义务

业主需要装饰装修房屋的,应当事先告知物业服务企业(《物业管理条例》第52条第1款)。

5. 协助义务

物业存在安全隐患,危及公共利益及他人合法权益时,责任人应当及时维修养护,有关业主应当给予配合(《物业管理条例》第55条第1款)。

6. 恢复原状的义务

业主应当将临时占用、挖掘的道路、场地,在约定期限内恢复原状(《物业管理条例》第50条第3款)。

五、业主不得以放弃权利为由不履行义务

义务,乃应负的负担,具有法律的强制性。权利,作为一种利益,虽然在一般情况下可被放弃,但于其与义务交织在一起的时候,以放弃权利为对价不履行义务很可能害及相对人的权益。若果真害及,则不得以放弃权利为对价而不履行义务,否则,就是对相对人的损害,违背诚信原则和公平原则。特别是在建筑物区分所有权中的共

有关系中，与共有权相伴随的义务及其履行对于其他共有人，甚至对于区分所有的建筑物，都关系较大甚至重大，例如，拒不缴纳维修基金，可能导致电梯无修理资金而只得停运，甚至因无力清除下水道的堵塞而致使水淹建筑区划小区。诸如此类的场合，业主履行义务是必须的，必要的，是放弃权利替代不了的。因此，本条第1款后段明确规定，业主不得以放弃权利为由不履行义务。例如，业主不得以不使用电梯为由，不交纳电梯维修费用；在集中供暖的情况下，不得以冬季不在此住宅居住为由，不交纳暖气费用。[196]

六、共同管理权

本条第2款所谓“共同管理的权利”，学说称之为共同管理权，是指业主对于共有部分和共同事务从事管理的权利。它具有如下法律性质。

1. 共同管理权是基于业主间的共同关系而生的权利

建筑物区分所有权的成立，以一栋建筑物为基础。在该栋建筑物上，各业主的专有部分通过共同墙壁、地板和天花板等共有部分相互连接，使彼此的用役面如火柴盒一般，紧密地堆砌在一起。各业主为了使用专有部分必须利用共有部分；各业主在行使专有权时不得妨碍其他业主对其专有部分的使用和违反全体业主的共同利益。这种建筑物的构造、权属及其行使的不可分离关系，使业主间形成事实上的共同体关系。为了维持该共同体关系的存续和发展，尤其为了管理相互间的共同事务及共有部分的使用、收益，每个业主不得不享有共同管理权。[197]

2. 共同管理权是独立于专有权和共有权以外的权利

专有权和共有权中虽也含有必须遵守管理规约等内容，但这不过是为了全体业主的利益所加以的限制，无法囊括表决权、参与订立规约权、选举和解除管理人权、请求召集业主大会或代表大会之权等内容。而表决权等权利又是建筑物区分所有权不可或缺的组成内容，为了维持建筑物区分所有权的完整性，使之发挥出全部功效，将表决权等归入共同管理权无疑是必要的，也是可能的。由此也可看出，共同管理权是专有权和共有权以外的权利。[198]

3. 共同管理权是专属于业主的权利

共同管理权虽然是管理共有部分和共同事务的权利，但离开专有部分则肯定大异其趣，乃至不复存在，而专有权为业主所独享，因而

说共同管理权是专属于业主的权利。

4.共同管理权是与区分所有的建筑物相始终的权利

由于共同管理权是基于业主间的共同关系而生的权利，业主间的共同关系是基于专有权和共有权之间的相互关联而生的，只要区分所有的建筑物存在，业主间的共同关系即会存续，原则上不得终止。可见，共同管理权是与区分所有的建筑物相始终的权利。[\[199\]](#)

七、整体转让

本条第2款明确表达了转让区分所有的建筑物的专有权时共有权和共同管理权一并转让的意思，即建筑物区分所有权的整体转让性。这是因为建筑物区分所有权的三要素原则上结为一体，在转让、抵押、继承等场合，应将它们视为一体，不宜保留其一或其二而转让、抵押其他权利。[\[200\]](#)就其质而言，专有权、共有权和共同管理权均为建筑物区分所有权的构成部分，缺少任何一项因素都会严重伤及建筑物区分所有权，尤其是专有部分更是建筑物区分所有权须臾不可离开的因素。若无专有权，则即便享有共有权和共同管理，于业主也无助益。这样的业主若怀有雷锋精神，则纯为他人服务；若无善良之意，则会搅局，损害其他业主的利益。转换视角，共同管理权和楼梯、电梯、走廊等部分的共有权若缺失，就会伤及建筑物区分所有权的筋骨，甚至导致其功效的丧失。因为仅有专有权的业主缺乏共有权和共同管理权，又得不到其他业主的允许，寸步难行，专有部分出现问题，也难以修补。在这个意义上说，建筑物区分所有权具有整体性，显现出本条第2款的规定十分必要。

不过，某些共有部分，如作为共有部分的停车位、停车库、会所等，可以脱离建筑物区分所有权单独转让，只要不损害业主的权益，法律就没有必要禁止。在这个意义上，本条第2款的规定涵盖过宽，应设但书，规定例外情形，却没有设置，构成法律漏洞，应予目的性限缩，承认例外。

第二百七十四条

建筑区划内的道路，属于业主共有，但是属于城镇公共道路的除外。建筑区划内的绿地，属于业主共有，但是属于城镇公共绿地或者明示属于个人的除外。建筑区划内的其他公共场所、公用设施和物业服务用房，属于业主共有。

本条主旨

本条是关于建筑区划内的道路、绿地、其他公共场所、公用设施和物业服务用房的归属的规定。

相关条文

《物权法》第73条 建筑区划内的道路，属于业主共有，但属于城镇公共道路的除外。建筑区划内的绿地，属于业主共有，但属于城镇公共绿地或者明示属于个人的除外。建筑区划内的其他公共场所、公用设施和物业服务用房，属于业主共有。

《物业管理条例》第37条 物业管理用房的所有权依法属于业主。未经业主大会同意，物业服务企业不得改变物业管理用房的用途。

理解与适用

本条是对《物权法》第73条的复制，前段明确建筑区划内的道路归业主共有，但属于城镇公共道路的除外；中段明确建筑区划内的绿地归业主共有，但属于城镇公共绿地或明示属于个人的除外；后段规定建筑区划内的其他公共场所、公用设施和物业服务用房，属于业主共有。

一、建筑区划内的道路归属

建筑区划内的道路位于建筑区划内，与国有建设用地使用权相附合而成为该建设用地使用权的组成部分，其归属自然随同国有建设用地使用权。在该建设用地使用权由开发商自国土资源管理部门之处通过出让方式而取得时，位于建筑区划内的道路应归开发商所有。在开发商出卖商品房并将道路公摊入出售的商品房的面积之中时，该道路归属于业主共有。这是思路之一。思路之二是，把道路看作独立于国有建设用地使用权的另一不动产，类似于构筑物，适用《民法典》第352条正文的规定，结论仍是道路归属于其位于的国有建设用地的使用权人。就是说，这两种思路的结论是一样的。

本条所谓但属于城镇公共道路的除外，指的应是用地规划设计文件已经确定某建筑区划内的某条道路属于城镇公共道路，或是用地规划设计文件没有如此确定，但其后国家通过征收的途径将某建筑区划内的某条道路变成城镇公共道路。如果是用地规划设计文件确定的，公正的处理方式应是国土资源部门出让给某开发商的国有建设用地使

用权中不包括公共道路这部分，或者说不收取公共道路所占建设用地的出让金。如果用地规划设计文件没有确定建筑区划内设有公共道路，事后又不征收，那么，建筑区划内不应有城镇公共道路。

二、建筑区划内的绿地归属

建筑区划内的绿地归属于谁，取决于诸多因素。例如，绿地属于城镇公共绿地的，不得归属于开发商、某特定的业主、全体业主（《民法典》第274条中段但书）。除此而外，绿地可以归全体业主共有，也可以归特定的业主单独所有，还可以被保留在开发商之手。究竟如何，需要具体分析如下。

绿地尚未被单独登记为一项不动产时，只能被公摊到区分所有建筑物的面积之中，由业主共有。开发商保留部分区分所有的建筑物场合，作为业主，对绿地享有共有权，不得享有单独的所有权，否则，就是对其他业主的合法权益的侵害。因而，《民法典》第274条中段规定，建筑区划内的绿地，属于业主共有。

绿地已被单独地登记为一项不动产时，可以按照临时规约或商品房预售合同或销售合同的约定归某特定的业主享有，也可以依临时规约归全体业主共有，还可被保留在开发商之手。对此，《民法典》第274条中段但书规定，绿地被明示归属于个人的，由该个人所有。此处所谓个人，包括业主和开发商。

应当注意的是，商品房预售合同或销售合同的约定欠缺公示方式，其他预购人或买受人难以知晓，加上合同相对性的限制，通过商品房预售合同或销售合同约定某特定区块的绿地归属于某业主，并非理想的途径，而经公示的临时规约予以确定则较为理想。

还有，应当注意，绿地归属于某特定业主或开发商，若被不适当地利用，导致其他业主的生活品质严重降低时，这些业主或业主委员会有权制止。

在绿地归属于某特定业主或开发商的情况下，其他业主有权基于相邻关系规则利用绿地。

绿地于其被单独地登记为一项不动产的情况下，可于其上设立消极地役权。

三、建筑区划内的公共场所的归属

本条所谓建筑区划内的公共场所，包括建筑区划内的小型广场、

小型公园、娱乐室、体育场馆等公共场所。其归属的确定原则应是：用地规划设计文件已经确定此类公共场所归属于市政的，或是用地规划设计文件没有如此确定，但其后国家通过征收的途径将其变成市政所有的，就据此确定。如果是用地规划设计文件确定的，公正的处理方式应是国土资源部门出让给某开发商的国有建设用地使用权中不包括公共场所这部分面积，或者说不收取公共场所所占建设用地的出让金。如果用地规划设计文件没有确定建筑区划内设有公共场所，事后又不征收，那么，这些公共场所不属于市政，而以业主共有为原则。

假如把这些公共场所确定给开发商或是某个或某些业主，就难以保障它们持续地、正常地供业主利用，难免发生纠纷。

四、建筑区划内的公用设施的归属

（一）确定归属的思路和原则

本条后段所谓公用设施，包括建筑物的基础、承重结构、外墙、屋顶等基本结构部分，通道、电梯、楼梯、大堂等公共通行部分，消防、公共照明等附属设施、设备，避难层、设备层或者设备间等结构部分（法释〔2009〕7号第3条第1款第1项）。确定这些公用设施属于共有部分还是专有部分，抑或单独所有权的客体，需要综合考虑以下因素：（1）它是否或能够被单独登记为一个独立之物。如果尚未被单独登记为一个独立之物，则应为共有部分；反之，可以成为专有部分或单独所有权的客体。不过，锅炉房等建筑物登记与否均不影响成为共有部分。（2）建筑物区分所有权的本质属性。我们确定建筑物的基础、承重结构、外墙、屋顶等基本结构部分，通道、电梯、楼梯、大堂等公共通行部分，消防、公共照明等附属设施、设备，避难层、设备层或者设备间等结构部分的性质和所属，不得违背建筑物区分所有权的本质属性。（3）法律、行政法规的强制性规定。如果法律、行政法规的强制性规定就此作了专门规定，该规定应为我们确定其性质和所属的依据。当然，此类强制性规定不应违反前述原理。

（4）有关当事人的约定。如果有关当事人在不违反前述（1）（2）（3）的前提下，就此作了约定，应依其约定。（5）停车库、停车位的问题将在《民法典》第275条、第276条的“理解与适用”中讨论。

（二）建筑物的基础、承重结构及附属设施的归属

建筑物的基础、承重结构等基本结构部分，通道、电梯、楼梯、大堂等公共通行部分，消防、公共照明等附属设施、设备，避难层、设备层或者设备间等结构部分原则上应属业主共有（法释〔2009〕7号第3条第1款第1项），以免背离建筑物区分所有权的本质属性，给

众多的业主带来极大的负面后果。

（三）区分所有建筑物的外墙的归属

外墙可用于悬挂广告等，产生可观的利益，归属于谁，引人注目。方案可能有三：其一，归业主共有；其二，归特定业主专有；其三，归开发商所有。

笔者认为，外墙不得归属于开发商，只能由业主享有。其理由在于，外墙不具有独立的物理构造，不具有独立的经济价值，一句话，不是独立之物，因而不得被登记为独立的不动产，不得独立交易。如此，外墙在法律上也只能与区分所有建筑物结合在一起，归属于建筑物区分所有权人，即业主。开发商不得单独取得外墙的所有权，不过，它作为业主的一分子时，可以取得建筑物区分所有权，包括以相应比例获得外墙的共有权。

有观点主张，数人区分一建筑物而各有一部，除该建筑物及附属物的共同部分被推定为各共有人的共有之外，建筑物的外墙属于区分所有权人的专有部分。^[201]反对意见则认为，建筑物的结构为建筑物的存在要素，不能区分由各共有人专有而各有一部，建筑物的外墙自由由各共有人共有，外墙的使用应依当地习惯及使用方法以为决定。^[202]本释评书赞同后一种意见，理由有二：（1）外墙不符合专有部分的界定。专有部分是以地板、天花板、界墙的中心线向里围成的空间，而外墙处于该中心线以外。（2）设计为专有部分也难做到时时事事都物尽其用，如因悬挂的广告牌巨大，作为某特定业主专有部分的外墙容纳不下，需要利用其他特定业主所专有的外墙，却遭拒绝，丧失良机。如果采取共有部分的法律设计，业主委员会很容易地处理此类问题。总之，外墙作为共有部分，符合共有部分的界定、建筑物区分所有权的属性和效率原则，最为适当。

需要指出，尽管外墙作为共有部分最为适当，但若通过规约或业主大会约定某部分外墙作为专用部分，由某业主取得专用权，应依其约定。^[203]法释〔2009〕7号原则上将外墙作为共有部分，但在法律、行政法规规定外墙为专有部分的，依其规定（第3条第1款第1项）。

还要指出，外墙虽然原则上为共有部分，但若业主基于对住宅、经营性用房等专有部分特定使用功能的合理需要，无偿利用与其专有部分相对应的外墙面的，不应认定为侵权，除非违反了法律、法规、管理规约，损害他人的合法权益（法释〔2009〕7号第4条）。

（四）区分所有建筑物的屋顶平台

1. 区分所有建筑物的屋顶平台未被登记为一项不动产场合的归属

区分所有建筑物的屋顶平台，一般都未被单独登记为一项独立的不动产，没有单独的所有权证，因而不得单独作为一项财产，留给开发商自己，或作为买卖物出售与他人，只能公摊到区分所有建筑物的面积之中，归业主共有（法释〔2009〕7号第3条第1款第1项）。即使开发商留有部分区分所有的建筑物，它也只能以业主的身份，对屋顶平台享有共有权，而非单独的所有权。

屋顶平台归业主共有，原因有二：（1）商品房预售合同或销售合同明文约定屋顶平台归业主共有。（2）商品房预售合同或销售合同没有约定屋顶平台的归属，依据建筑物区分所有权的原理，屋顶平台事关业主的切身利益和实际使用的需要，应当推定屋顶平台归业主共有。

在屋顶平台归业主共有的情况下，全体业主或业主委员会有权将屋顶出租，收取租金；但不得单独出卖，因为它不是一个独立之物。还有，业主若基于对住宅、经营性用房等专有部分特定使用功能的合理需要，无偿利用屋顶的，不应认定为侵权，除非违反了法律、法规、管理规约，损害他人的合法权益（法释〔2009〕7号第4条）。

2. 区分所有建筑物的屋顶平台已被登记为一项不动产场合的归属

在屋顶平台被单独地登记为一项不动产的情况下，屋顶平台相当于一个区分所有的建筑物，其上竖立着一个单独的所有权。它可以依据商品房预售合同或销售合同归某特定的业主享有，也可以依据商品房预售合同或销售合同的约定归全体业主共有，还可被保留在开发商之手，或出卖给业主之外的第三人。

业主对屋顶平台尽管需要，但终究不如建筑物的基础、承重结构等基本结构部分，通道、电梯、楼梯、大堂等公共通行部分，消防、公共照明等附属设施那样不可或缺。因此，开发商与业主之间在商品房买卖合同等文件中对此有约定归属的，不妨依其约定；若无约定，则应共有。

不过，应当注意，屋顶平台归属于某特定业主或开发商或第三人，若导致其他业主的建筑物区分所有权难以发挥应有的作用，业主遭受严重的损害时，这些业主或业主委员会有权主张上述约定无效。

屋顶平台于其被单独地登记为一项不动产的情况下，可以作为借用物、租赁物，还可以于其上设立地役权。

在屋顶平台归属于某特定的业主或开发商或第三人的情况下，其他业主可以基于相邻关系规则利用屋顶，对抗屋顶平台所有权人利用屋顶平台损害其他业主合法权益的主张。

（五）地下室

1. 地下室未被登记为一项不动产场合的归属

地下室未被单独地登记为一项不动产的场合，只能被公摊到区分所有建筑物的面积之中，由业主共有。开发商保留部分区分所有的建筑物场合，作为业主对地下室享有共有权，不得享有单独的所有权，否则，就是对业主的合法权益的侵害。

2. 地下室已被登记为一项不动产场合的归属

地下室已被单独地登记为一项不动产时，相当于一套区分所有的建筑物，其上竖立着一个建筑物区分所有权。它可以按照商品房预售合同或销售合同的约定归某特定的业主享有，也可以依约归全体业主共有，还可被保留在开发商之手，或出卖与第三人。

业主对地下室尽管需要，但终究不如建筑物的基础、承重结构等基本结构部分，通道、电梯、楼梯、大堂等公共通行部分，消防、公共照明等附属设施那样不可或缺。因此，开发商与业主之间在商品房买卖合同等文件中对此有约定归属的，不妨依其约定；若无约定，则应共有。

不过，应当注意，地下室归属于某特定业主或开发商或第三人，若导致其他业主的建筑物区分所有权难以发挥应有的作用，业主遭受严重的损害时，这些业主或业主委员会有权主张上述约定无效。

在地下室归属于某特定业主或开发商或第三人的情况下，其他业主有权基于相邻关系规则利用地下室，对抗地下室的所有权人侵害自己合法权益的主张。

地下室于其被单独地登记为一项不动产的情况下，可以作为借用物、租赁物，还可以于其上设立地役权。

地下室可能被区隔了若干停车位、停车库，用于停放车辆。于此场合，确定地下室的归属及利用，还要结合停车位、停车库的归属及

利用的规则。

（六）防空洞

防空洞归属于谁，同样取决于它是否被单独登记为一项不动产，如果它尚未被单独登记，则只能作为区分所有建筑物的组成部分，不宜认定其归国家所有，除非国家拥有防空洞所在地的建设用地使用权；如果已被单独登记了，就存在着一个独立的所有权，发生了防空洞归属于谁的问题。

多数说认为，防空洞用于国防，不论由谁出资建造，均应归属于国家。但笔者认为，用于国防，固然重要，必须绝对保障其功能，不过，这并非防空洞非归国家所有不可的理由。只要防空洞优先并必须保障为国防所需要，防空洞归私人所有也未尝不可。回想国家将私人之物征用，用于防洪抗灾、战争等之用，不是取得了预期的效果吗？有鉴于此，对于防空洞的归属，不妨仍然贯彻建筑物所有权与建设用地使用权相一致（《民法典》第352条正文）及谁出资谁享有所有权的原则，国家出资建造的防空洞归国家所有，开发商出资建造的归开发商所有，但必须优先并保障国防之用。

防空洞可能被区隔了若干停车位、停车库，用于停放车辆。于此场合，确定防空洞的利用，还要结合停车位、停车库的利用规则。

（七）锅炉房

为建筑区划内的区分所有建筑物正常发挥服务功能的锅炉房，不同于地下室、停车位、停车库等非经登记不会成为独立的不动产，它本身即为一项独立的不动产，即使尚未办理初始登记，也成立建筑物所有权，且首先归开发商享有（《物权法》第231条、第352条正文），只是欠缺处分的效力（《民法典》第232条）。至于其后是否转归业主共有，或卖与特定业主，或出售给第三人，取决于当事人间的约定，除非其约定违反了法律、行政法规的强制性规定。

在这样的背景下，锅炉房可以作为从物，而区分所有建筑物为主物，两者依据主从物的关系规则处理；锅炉房也可以被公摊到区分所有建筑物的面积之中，作为区分所有建筑物的组成部分。

在后者场合，锅炉房归全体业主共有，不得单独归开发商所有，也不得单独归某特定业主或第三人所有。这也为保障区分所有建筑物充分发挥效能所需要。

在前者场合，开发商可以继续保有锅炉房的所有权，也可以将其转让给特定业主或第三人，只是必须先行办理初始登记，然后签订买卖合同或互易合同或赠与合同，再办理变更登记（过户登记）。在此必须强调，锅炉房的所有权人负有不妨碍锅炉房为区分所有建筑物服务的义务。

（八）会所

与锅炉房一经封顶即成立所有权相同，会所于其建成之时即由开发商取得所有权（《民法典》第231条、第352条正文），只是尚未登记时欠缺处分的效力（《民法典》第232条）。

建筑区划内的会所可以因开发商和业主签订买卖合同，将会所的所有权转归业主共有。这一般不会违反法律、行政法规的强制性规定，应受保护。在会所与业主的日常生活、重要活动极为密切，如系业主委员会的办公场所、业主康体及医病之处、业主娱乐之所等，将之归为业主共有，较为理想。

应当看到，业主共有的模式在许多情况下不宜倡导，因为业主共有同时意味着业主负担相应的费用，加上业主一般都不擅长管理，只好把会所委托由物业服务公司或其他专业人士管理，成本增加，甚至填补经营亏损，不堪重负。会所若与业主的生活关系不大，主要是商业性的住宿、餐饮、娱乐等场所，或完全由物业服务公司使用的情况下，不宜归业主共有。

会所已经办理初始登记时，开发商自己保有其所有权，或将之出卖与第三人，应是可取的选择。

（九）幼儿园、小学校

幼儿园、小学校都是自其封顶时产生所有权，由开发商取得（《物权法》第231条、第352条正文），只是尚未登记时欠缺处分的效力（《物权法》第232条）。

有无必要令开发商将建筑区划内的幼儿园、小学校的所有权转让与业主，形成业主共有的格局？从费用的负担、管理的难度、事务的繁杂等方面考虑，业主共有的制度并不利于业主，莫不如重在保障幼儿园、小学校的功能正常发挥，公平合理地接收儿童的入托、入学，赋予业主子女优先权，至于幼儿园、小学校的所有权归属于谁，则在所不问。

总结上述可知，建筑区划内的地下室、防空洞、会所、幼儿园、小学校归属于谁，应当区分情况而定，一律归业主共有未必允当。所以，对《民法典》第274条后段关于“建筑区划内的其他公共场所、公用设施和物业服务用房，属于业主共有”的规定，须作目的性限缩的解释，承认例外。

五、建筑区划内的物业服务用房的归属

本条后段规定，物业服务用房属于业主共有。《物业管理条例》规定：“物业管理用房的所有权依法属于业主。未经业主大会同意，物业服务企业不得改变物业管理用房的用途”（第37条）。“物业服务合同终止时，物业服务企业应当将物业管理用房和本条例第二十九条第一款规定的资料交还给业主委员会”（第38条第1款）。

第二百七十五条

建筑区划内，规划用于停放汽车的车位、车库的归属，由当事人通过出售、附赠或者出租等方式约定。

占用业主共有的道路或者其他场地用于停放汽车的车位，属于业主共有。

本条主旨

本条是关于停车位、车库归属的规定。

相关条文

《物权法》第74条第2款、第3款 建筑区划内，规划用于停放汽车的车位、车库的归属，由当事人通过出售、附赠或者出租等方式约定。

占用业主共有的道路或者其他场地用于停放汽车的车位，属于业主共有。

法释〔2009〕7号第5条 建设单位按照配置比例将车位、车库，以出售、附赠或者出租等方式处分给业主的，应当认定其行为符合物权法第七十四条第一款有关“应当首先满足业主的需要”的规定。

前款所称配置比例是指规划确定的建筑区划内规划用于停放汽车的车位、车库与房屋套数的比例。

第六条 建筑区划内在规划用于停放汽车的车位之外，占用业主共有道路或者其他场地增设的车位，应当认定为物权法第七十四条第三款所称的车位。

理解与适用

本条是对《物权法》第74条第2款、第3款的复制，前段规定由当事人约定确定停车位、停车库的归属，后段明确了业主共有停车位、停车库的情形。

一、确定停车位、停车库的归属应考虑的因素

停车库在外观上表现为建筑物，而停车位则无此外形，尽管如此，也应将其视为建筑物。

停车位、停车库归属于业主，还是开发商，抑或第三人，取决于若干因素，如已被登记为一项独立的不动产、开发商与交易的相对人关于停车位或停车库的约定、法律法规的强制性规定等。其中，前提性的条件是，停车位、停车库是否已被登记为一项独立的不动产，其上是否存在一项独立的所有权。它若尚未被登记为一项独立的不动产，则只能作为区分所有建筑物的组成部分，不得成为单独的买卖对象；在已被公摊于区分所有建筑物的面积之中时，归业主享有；在尚未被公摊于区分所有的建筑物的面积之中时，则归属于尚未出售的区分所有建筑物的面积之中，由开发商享有。停车位、停车库已被登记为一项独立的不动产时，其上存在着一项独立于建筑物区分所有权的停车位、停车库的所有权，可以单独买卖，其归属依开发商与其交易的相对人之间的约定（《民法典》第275条），当然，该约定不得违反法律、行政法规的强制性规定，不得背离公序良俗（《民法典》第153条）。

二、确定停车位、停车库的归属根据

1. 停车位、停车库依法定归属于业主共有

《民法典》第275条第2款规定：“占用业主共有的道路或者其他场地用于停放汽车的车位，属于业主共有。”法释〔2009〕7号第6条解释道：“建筑区划内在规划用于停放汽车的车位之外，占用业主共有道路或者其他场地增设的车位，应当认定为物权法第七十四条第三款所称的车位。”它们属于强制性规定，不得违反，否则，约定无效。之所以认定该条款为强制性规定，是因为它是调整公共利益的规定。

2.停车位、停车库依约定归属于业主

《民法典》第275条第1款规定：“建筑区划内，规划用于停放汽车的车位、车库的归属，由当事人通过出售、附赠或者出租等方式约定。”对此规定，阐释如下。

（1）该条款是关于停车位、停车库归属的规定，不同于《民法典》第276条确立的建筑区划内的停车位、停车库的使用规则。

（2）该条款规定建筑区划内的停车位、停车库可依出售、附赠的方式确定其归属，值得赞同，但规定可依出租方式确定停车位、停车库的归属，则是错误的，因为出租只能决定停车位、停车库的使用权归属于谁，不能决定所有权的归属。所以，《民法典》第275条第1款规定由出租合同决定停车位、停车库，是错误的。

（3）其中规定的由出售等方式确定停车位、停车库的归属，“等方式”包括互易的方式，如开发商与建筑区划内业主或其他相对人签订合同，开发商以其停车位置换相对人的汽车，待该停车位过户于该相对人时，该停车位的所有权即归属于该相对人。

（4）开发商与业主或其他相对人签订买卖、赠与、互易停车位或停车库的合同，或者在商品房预售合同或商品房销售合同或互易合同中附有停车位、停车库归属的款项，一般都会有效，但仍有两种场合是无效的。第一种情形是，该约定违反了《民法典》第275条第2款关于“占用业主共有的道路或者其他场地用于停放汽车的车位，属于业主共有”的规定，而该规定属于强制性规定，违反它，依据《民法典》第153条第1款的规定，应当无效。第二种情形是，该约定与测绘机构出具的关于区分所有的建筑物的面积的文件相抵触。由于该文件是行政主管机关授权的机构通过实地勘查测量而形成的，具有权威性；由于该文件已经载明停车位或停车库属于区分所有的建筑物的组成部分，业主对此拥有所有权，那么，开发商和业主签订商品房预售合同或销售合同，约定停车位或停车库归开发商所有，就侵害了业主的所有权，业主有权主张此类约定无效。

第二百七十六条

建筑区划内，规划用于停放汽车的车位、车库应当首先满足业主的需要。

本条主旨

本条是关于建筑区划内的停车位、停车库的使用规则的规定。

相关条文

《物权法》第74条第1款 建筑区划内，规划用于停放汽车的车位、车库应当首先满足业主的需要。

法释〔2009〕7号第6条 建筑区划内在规划用于停放汽车的车位之外，占用业主共有道路或者其他场地增设的车位，应当认定为物权法第七十四条第三款所称的车位。

理解与适用

本条是对《物权法》第74条第3款的复制，确立了建筑区划内的停车位、停车库的使用规则。

本条的规定着眼于停车库、停车位的使用权，至少有四个问题需要澄清。

其一，所谓规划用于停放汽车的车位、车库，其中的规划是指业主的计划，还是开发商的规划，抑或规划设计机构的规划？

此处所谓规划，不是业主关于停车位、停车库的计划，其理由是，假如以业主的计划，就难免出现业主要求获得的停车位、停车库等于或多于开发商建造的全部停车库、停车位的现象，使开发商处分停车位、停车库的自由度和盈利额降低，打击开发商建造停车位、停车库的积极性。这样，在开发商因趋利避害而少建停车位、停车库时，反过来会满足不了业主对停车位、停车库的需求。

此处所谓规划，也不是开发商建造停车位、停车库的规划，其道理在于，假如是指开发商建造停车位、停车库的计划，开发商于其感觉建造停车位、停车库薄利或亏损时，便会少造，这会不利于业主。

此处所谓规划，应当是指建筑区划内的规划机构所作出的规划设计文件关于建筑区划内停车位、停车库的规划，如500户业主的建筑区划内应当至少建造500个停车位、停车库，或600个停车位、停车库等。这是因为，规划机构是行政主管部门或其委托授权的机构，负责社会公共事务及行政管理，不属于开发商和业主而处于中立的地位，所作建筑区划内停车位、停车库的建造数量，应当是较为客观和公正的。

其二，所谓应当首先满足业主的需要，其判断标准是什么？是业

主的主观要求及客观需要，还是开发商的建造计划？答案是否定的，其道理如上文“其一”中所述。最为理想的判断标准是，建筑区划内的规划机构所作出的规划设计文件关于建筑区划内停车位、停车库的配备比例，如1:1或1:0.5等。这是因为，规划机构是行政主管部门或其委托授权的机构，负责社会公共事务及行政管理，不属于开发商和业主而处于中立的地位，所作建筑区划内停车位、停车库的建造数量及配备给业主的比例，应当是较为客观和公正的。对此，法释

〔2009〕7号第5条第2款已经明确，配置比例是指规划确定的建筑区划内规划用于停放汽车的车位、车库与房屋套数的比例。

其三，满足业主的需要的含义如何？满足业主的需要，只要按照规划设计文件规定的建筑区划内停车位、停车库的配备比例将它们交由业主即可，至于是出售给业主还是出租给业主，均在所不问。法释〔2009〕7号第5条第1款已经明确：“建设单位按照配置比例将车位、车库，以出售、附赠或者出租等方式处分给业主的，应当认定其行为符合物权法第七十四条第一款有关‘应当首先满足业主的需要’的规定。”

其四，开发商违反《民法典》第276条的规定，提供给业主的停车位、停车库，没有满足业主的需要，应当如何处理？这取决于该条款的性质和作用。该条款若属于任意性规定，则对于开发商的违反行为不会作无效处理；若属于强制性规定，则开发商的违反行为应当无效（《民法典》第153条第1款）。

笔者认为，《民法典》第276条的规定属于强制性规定，其理由在于，该条款不仅使用了“应当”的字样，更重要的是该条款是调整公共利益的。之所以称之为调整公共利益的条款，是因为它所指建筑区划内的停车位、停车库首先满足业主的需要，不是满足某特一特定的业主的需要，而是满足全建筑区划内的所有的业主对停车位、停车库的需要。既然是全建筑区划内的业主对停车位、停车库的需要，就属于全建筑区划内的利益，而建筑区划内利益不同于一家一户的业主的利益，建筑区划内利益表现为建筑区划内的文化、建筑区划内的治安、建筑区划内的形象，一句话，建筑区划内的利益属于公共利益。既然《民法典》第276条的规定调整的是公共利益，其性质属于强制性规定，开发商违反它而将建筑区划内的停车位、停车库出卖或出租给业主以外的人，而在与业主签订的商品房预售合同或销售合同中，没有将停车位、停车库赠与、出卖或出租给业主的约定，与规划设计文件关于建筑区划内停车位、停车库的配备比例相抵触，也就违反了《民法典》第276条，因而应归无效，业主有权主张开发商与其签订的商品房预售合同或销售合同中的停车位、停车库条款无效。

第二百七十七条

业主可以设立业主大会，选举业主委员会。业主大会、业主委员会成立的具体条件和程序，依照法律、法规的规定。

地方人民政府有关部门、居民委员会应当对设立业主大会和选举业主委员会给予指导和协助。

本条主旨

本条是关于业主大会、业主委员会的设立的规定。

相关条文

《物权法》第75条 业主可以设立业主大会，选举业主委员会。

地方人民政府有关部门应当对设立业主大会和选举业主委员会给予指导和协助。

《物业管理条例》第8条 物业管理区域内全体业主组成业主大会。

业主大会应当代表和维护物业管理区域内全体业主在物业管理活动中的合法权益。

第9条 一个物业管理区域成立一个业主大会。

物业管理区域的划分应当考虑物业的共用设施设备、建筑物规模、社区建设等因素。具体办法由省、自治区、直辖市制定。

第10条 同一个物业管理区域内的业主，应当在物业所在地的区、县人民政府房地产行政主管部门或者街道办事处、乡镇人民政府的指导下成立业主大会，并选举产生业主委员会。但是，只有一个业主的，或者业主人数较少且经全体业主一致同意，决定不成立业主大会的，由业主共同履行业主大会、业主委员会职责。

理解与适用

本条继承并细化了《物权法》第75条关于业主大会和业主委员会

的设立的规定。

《民法典》设计的共同管理权需要落实，这体现在若干方面，其中包括全体业主组织起来，形成共同体。《民法典》及《物业管理条例》设置了业主大会及业主委员会的组织结构和形式。当然，如果只有一个业主，或业主人数较少且经全体业主一致同意，决定不成立业主大会的，由业主共同履行业主大会、业主委员会职责（《物业管理条例》第10条后段）。

一、业主大会

（一）业主大会的界定和性质

业主大会由全体业主组成（《物业管理条例》第8条第1款），是管理建筑区划内建筑物及其附属设施的共有部分和共同事务的自治组织，代表和维护物业管理区域内全体业主在物业管理活动中的合法权益（《物业管理条例》第8条第2款）。它具有如下法律性质。

1. 业主大会是个自治组织

业主大会是全体业主作为成员的所有权人联合体，不是国家机关，也不是事业单位，更不是营利性的机构，所以不得被居民委员会所替代，也不等同于企业法人。^[204]

2. 业主大会是个独立的社会组织

业主大会，在法国、新加坡等立法例上为一法人，在德国等立法例上则不具有法人人格。^[205]中国《民法典》及《物业管理条例》对业主大会均未赋予法人人格，但这不妨碍它是一个独立的社会组织。其原因在于，业主大会不是全体业主汇集在一起参加某个会议，也不是业主之间的松散联合。它有自己的章程，有自己的执行机关——业主委员会，可以按照章程和议事规则形成自己的决定，以自己的名义开立账户，以自己的名义享有权利和承担义务。在对外关系上，它可以以自己的名义与物业服务企业签订物业服务合同，也可以授权业主委员会从事这些行为。^[206]

[探讨]

业主大会是否具有民事主体资格，尚有争论。一种观点认为，《民法典》承认了业主大会为民事主体，但未承认其独立的诉讼主体资格，即业主大会不得作为原告、被告参加诉讼。这是因为依法成立业主大会的目的在于便于管理业主的共同事务和共有财产，而非从事

经营性活动，加之它无独立的财产，无法独立承担民事责任。^[207]笔者不但赞同业主大会为一独立的民事主体的观点，而且主张其可以原告和被告的身份参加诉讼，至于它无独立财产的问题，可由全体业主的共有财产解决有关义务和责任的承受问题，不能因此影响其诉讼主体资格。何况实务中已有相当的业主委员会作为原告参加诉讼的实例。最高人民法院〔2002〕民立他字第46号规定，对房地产开发单位未向业主委员会移交住宅规划图等资料、未提供配套公用设施、公用设施专项费、公用部位维护费及物业管理用房、商业用房的，可以自己的名义提起诉讼。^[208]业主大会可作为独立的民事主体及诉讼主体的道理，如同合伙企业、农村承包经营户虽无独立财产却仍为独立的民事主体和诉讼主体一样。^[209]

3. 业主大会是管理全体业主的共有财产和共同事务的自治组织

业主大会的职能较为专一，只是管理全体业主的共有财产和共同事务，不得作出与物业管理无关的决定，不得从事与物业管理无关的活动。其法律根据是《民法典》第277条、第278条等规定，以及《物业管理条例》第8条、第9条、第10条、第11条、第19条等规定。

[引申]

业主大会或业主委员会作出了与物业管理无关的决定，或从事了与物业管理无关的活动场合，属于违反强制性规定的情形，按照《民法典》第153条第1款的规定，自始就不具有法律效力，对业主不具有约束力。^[210]

（二）业主大会的形成

业主大会是业主的自治组织，其成立应由业主自行筹备，自主组建。但是，一个建筑区划内，业主来自五湖四海，互不相识，入住的时间又有先后，有的相差几年，使得全体业主成立业主大会相对困难。而业主大会的成立关系着业主如何行使其权利，关系到广大业主的切身利益，关系到建筑区划内的安定团结，甚至关系到社会的稳定。有鉴于此，《民法典》特别规定，全体业主设立业主大会，地方人民政府有关部门应当对此给予指导和协助（第277条第2款）。《物业管理条例》规定，一个物业管理区域成立一个业主大会。物业管理区域的划分应当考虑物业的共用设施设备、建筑物规模、社区建设等因素（第9条）。

（三）业主大会的职权

业主大会是个决议机构，就一些涉及全体业主的共有部分和共同事务的重大事项进行决议，也可以通过管理规约或章程的形式加以确定。《民法典》第278条第1款规定全体业主的权利，因这些权利的行使要通过业主大会的形式和程序，所以可以说它们同时是业主大会的职权。

（四）业主大会会议

业主大会会议分为定期会议和临时会议（《物业管理条例》第13条第1款）。业主大会定期会议应当按照业主大会议事规则的规定召开。经20%以上的业主提议，业主委员会应当组织召开业主大会临时会议（《物业管理条例》第13条第2款）。业主大会会议可以采用集体讨论的形式，也可以采用书面征求意见的形式（《物业管理条例》第12条第1款前段）。召开业主大会会议，应当于会议召开15日以前通知全体业主（《物业管理条例》第14条第1款）。业主可以委托代理人参加业主大会会议（《物业管理条例》第12条第2款）。住宅小区的业主大会会议，应当同时告知相关的居民委员会（《物业管理条例》第14条第2款）。业主委员会应当做好业主大会会议记录（《物业管理条例》第14条第3款）。

二、业主委员会

业主委员会是业主大会的事务执行机构，受业主大会的委托来管理全体业主的共有财产和共同事务。对此，可从以下几方面把握。

1. 业主委员会是业主大会的事务执行机构

业主委员会基于业主大会的授权，具体执行业主大会通过的管理规约和决定，不得独立于业主大会而存在和活动，表明它是业主大会的事务执行机构。^[211]

2. 业主委员会必须由业主大会经过民主程序选举产生

业主委员会由业主大会经过一定的民主程序选举产生（《物业管理条例》第6条第5项、第10条前段、第16条）。业主委员会委员应当由热心公益事业、责任心强、具有一定组织能力的业主担任（《物业管理条例》第16条第2款）。业主委员会主任、副主任在业主委员会成员中推选产生（《物业管理条例》第16条第3款）。业主委员会应当自选举产生之日起30日内，向物业所在地的区、县人民政府房地产行政主管部门和街道办事处、乡镇人民政府备案（《物业管理条例》第16条第1款）。

3. 业主委员会是业主大会的常设机构

在业主大会闭会期间，业主委员会具体执行业主大会通过的管理规约和决定，表明它是业主大会的常设机构。^[212]

4. 业主委员会的职责最终来源于合法的全体业主的意志

从形式上看，业主委员会基于业主大会的授权具体执行业主大会通过的管理规约和决定，业主委员会的职权源自业主大会的授权。由于业主大会的授权是全体业主按照法定程序表达出来的意志，且被法律认可，所以，从终极的意义上探究，业主委员会的职责最终来源于合法的全体业主的意志。

三、政府组织指导和协助业主大会、业主委员会的设立

同一个物业管理区域内的业主，应当在物业所在地的区、县人民政府房地产行政主管部门或街道办事处、乡镇人民政府的指导下成立业主大会，并选举产生业主委员会（《物业管理条例》第10条前段）。地方人民政府有关部门应当向准备成立业主大会的业主提供相关的法律、法规及规章，提供政府部门制定的业主大会议事规则、管理规约等示范文本，协调业主之间的不同意见，为业主大会成立前的相关活动提供必要的活动场所，积极主动地参加业主大会的成立大会等。^[213]

第二百七十八条

下列事项由业主共同决定：

- （一）制定和修改业主大会议事规则；
- （二）制定和修改管理规约；
- （三）选举业主委员会或者更换业主委员会成员；
- （四）选聘和解聘物业服务企业或者其他管理人；
- （五）使用建筑物及其附属设施的维修资金；
- （六）筹集建筑物及其附属设施的维修资金；
- （七）改建、重建建筑物及其附属设施；

(八) 改变共有部分的用途或者利用共有部分从事经营活动;

(九) 有关共有和共同管理权利的其他重大事项。

业主共同决定事项，应当由专有部分面积占比三分之二以上的业主且人数占比三分之二以上的业主参与表决。决定前款第六项至第八项规定的事项，应当经参与表决专有部分面积四分之三以上的业主且参与表决人数四分之三以上的业主同意。决定前款其他事项，应当经参与表决专有部分面积过半数的业主且参与表决人数过半数的业主同意。

本条主旨

本条是关于业主决定建筑区划内重大事项及表决权的規定。

相关条文

《物权法》第76条 下列事项由业主共同决定：

- (一) 制定和修改业主大会议事规则；
- (二) 制定和修改建筑物及其附属设施的管理规约；
- (三) 选举业主委员会或者更换业主委员会成员；
- (四) 选聘和解聘物业服务企业或者其他管理人；
- (五) 筹集和使用建筑物及其附属设施的维修资金；
- (六) 改建、重建建筑物及其附属设施；
- (七) 有关共有和共同管理权利的其他重大事项。

决定前款第五项和第六项规定的事项，应当经专有部分占建筑物总面积三分之二以上的业主且占总人数三分之二以上的业主同意。决定前款其他事项，应当经专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主同意。

《物业管理条例》第11条 下列事项由业主共同决定：

- (一) 制定和修改业主大会议事规则；
- (二) 制定和修改管理规约；

- (三) 选举业主委员会或者更换业主委员会成员；
- (四) 选聘和解聘物业服务企业；
- (五) 筹集和使用专项维修资金；
- (六) 改建、重建建筑物及其附属设施；
- (七) 有关共有和共同管理权利的其他重大事项。

第12条 业主大会会议可以采用集体讨论的形式，也可以采用书面征求意见的形式；但是，应当有物业管理区域内专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主参加。

业主可以委托代理人参加业主大会会议。

业主大会决定本条例第十一条第（五）项和第（六）项规定的事项，应当经专有部分占建筑物总面积2/3以上的业主且占总人数2/3以上的业主同意；决定本条例第十一条规定的其他事项，应当经专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主同意。

理解与适用

一、概说

本条是关于业主决定建筑区划内重大事项及表决权的規定。相较于《物权法》第76条第1款的规定，本条第1款增补第8项“改变共有部分的用途或者利用共有部分从事经营活动”，把《物权法》第76条第5项“筹集和使用建筑物及其附属设施的维修资金”分拆为第5项“使用建筑物及其附属设施的维修资金”和第6项“筹集建筑物及其附属设施的维修资金”；第2款将《物权法》第76条第2款的两个2/3下调为两个3/4。

二、业主共同决定的事项

（一）制定和修改业主大会议事规则由业主共同决定

业主大会议事规则是业主大会组织、运作的规程，是对业主大会的宗旨、组织体制、议事方式、表决程序、业主委员会的组成、成员任期及权利义务等内容进行记载的业主自律性文件（《物业管理条例》第18条）。业主大会通过业主大会议事规则建立大会的正常秩序，保证大会内业主集体意志和行为的统一。^[214]就是说，议事规则

是业主大会筹备、召开、正常进行和圆满结束的必备要素。制定和修改业主大会的议事规则，需要全体业主共同决定（《民法典》第278条第1款第1项）。

制定和修改业主大会议事规则，应当由专有部分面积占比2/3以上的业主且人数占比2/3以上的业主参与表决（《民法典》第278条第2款前段）。

（二）制定和修改管理规约，由业主共同决定

所谓管理规约，是指业主大会依照法定程序通过的对业主具有拘束力的关于共同事务及共有财产的管理的具体规则。^[215]它是全体业主之间的共同行为，是业主自我管理、自我约束、自我规范的规则约定。^[216]它关系重大，需要全体业主共同制定和修改（《民法典》第278条第1款第2项）。

【拓展】

管理规约，简称规约，或曰住户规约、管理协议、区分所有规约、管理组织规约等。其性质如何，众说纷纭，主要有以下观点：管理规约是区分所有权人之间的合同；是比双方当事人合同发展形态更社会化的合同；是集团性的协议，与一般合同有异，具有合伙的性质；是类似于劳动法上的劳动协议；是具有规定性的规则；是规范区分所有权人相互关系的规则，具有自治法的性质；是关于区分所有权人相互间权利义务关系的基本规定，属于自治法规或自治规则。^[217]

管理规约的设定、变更和废止，可以基于业主大会的决议，也可以由开发商预先制定格式化的管理规约，在预售或出售商品房时，分别与具体业主达成同意该管理规约的合意。^[218]后一种途径产生的管理规约，《物业管理条例》称之为临时管理规约，规定建设单位应当在销售物业之前，制定临时管理规约，对有关物业的使用、维护、管理，业主的共同利益，业主应当履行的义务，违反临时管理规约应当承担的责任等事项依法作出约定（第22条第1款）。建设单位应当在物业销售前将临时管理规约向物业买受人明示，并予以说明（第23条第1款）。物业买受人在与建设单位签订物业买卖合同时，应当对遵守临时管理规约予以书面承诺（第23条第2款）。

本释评书认为，基于业主大会决议的路径符合管理规约的本质属性，能够保障业主的合法权益，值得提倡。而临时管理规约，难免形成开发商的意志强加于业主的局面，损害业主的合法权益。为了避免全体业主的合法权益受到损害，《物业管理条例》特别规定，建设单

位制定的临时管理规约，不得侵害物业买受人的合法权益（第22条第2款）。

管理规约包括哪些事项（内容），依管理规约的本质和意思自治原则，应由全体业主通过业主大会确定。但管理规约应当尊重社会公德，不得违反法律、法规或损害社会公共利益（《物业管理条例》第17条第2款），不得悖于建筑物区分所有权的本质。^[219]

[拓展]

借鉴各国和地区的经验，可知管理规约的事项常因区分所有的建筑物的规模、用途，以及业主的生活水准和需要的不同而有差别。据此，管理规约至少包括如下事项：（1）有关业主之间基础法律关系的事项。例如，共有部分的持分（份额）比例，一部共有部分和全体共有部分的比例，各专有部分与建设用地使用权间的比例，建筑物一部灭失场合各业主的权利义务等。（2）有关业主之间的共同事务的事项。例如，管理团体的组织机构、人数、权限及运作方式，管理人的选任、任期、解任和职务权限，集会的运作方式（如召集业主大会或业主委员会的通知、表决权的比例、法定人数的变更等），管理费用的数额及缴纳方式（如缴费日期、迟延利息及存放等）。（3）有关调整业主之间的利害关系的事项，主要包括：1）专有部分的使用限制。专有部分虽为专有权利的客体，业主可基于自己的意志占有、使用、收益和处分，但为了建筑物整体的保存管理，为了维持业主之间的共同体秩序，专有权利的行使必须受有一定的限制。例如，依据管理规约的规定，重量物、易燃物、危险物、不洁物、散发恶臭物等不得带入建筑区划内或不得擅自设置的，业主必须遵守。依据管理规约的规定，对其他业主构成妨碍或危害的动物不得饲养的，业主同意必须遵守。“业主不得违反法律、法规以及管理规约，将住宅改变为经营性用房”（《民法典》第279条前段）。2）共有部分及附属设施的使用方法。例如，在基地内的一楼住宅，某特定业主接续一定部分作为自己的专用庭院，或将基地的一部分作为停车位，等等，都必须基于业主和开发商之间的商品房预售合同或销售合同或专门的合同，或者管理规约的规定或业主大会的决定，否则，其他业主、业主委员会有权请求该业主恢复原状乃至赔偿损失。（4）有关对违反者的处置事项。^[220]《民法典》对此虽有规定（如第279条、第286条第2款等），但难免挂一漏万，管理规约可以根据特定规划区的具体情况详细规定。

管理规约系业主团体的最高自治规则，全体业主应当予以遵守（《民法典》第286条第1款及第279条前段），业主大会及业主委员会的决定、管理人的行为等都不得与之抵触，否则，无效。^[221]

[引申][222]

管理规约的生效时间，依管理规约的规定；若无规定，应解释为自管理规约制定之日起生效。

管理规约的效力能够拘束全体业主及其继受人。继受人包括移转继受人和设定继受人。移转继受人包括建筑物区分所有权的受让人、受遗赠人、业主的继承人等。设定继受人包括区分所有的建筑物的承租人、借用人。这些人不属于管理规约制定、变更、废止中所指称的当事人，故他们仅受有关使用事项的拘束。

管理规约应由管理人保管，无管理人时由管理规约或业主大会或业主委员会的决定所指定的人保管。保管管理规约的人，对于利害关系人请求阅览管理规约的，无正当理由不得拒绝。

制定和修改建筑物及其附属设施的管理规约，应当由专有部分面积占比2/3以上的业主且人数占比2/3以上的业主参与表决（《民法典》第278条第2款前段）。业主人数，按照专有部分的数量计算，一个专有部分按一人计算。但建设单位尚未出售和虽已出售但尚未交付的部分，以及同一买受人拥有一个以上专有部分的，按一人计算；总人数，按照前项的统计总和计算（法释〔2009〕7号第9条）。

（三）选举业主委员会或者更换业主委员会成员，由业主共同决定

业主委员会是业主大会的执行机关，按照管理规约及业主大会的决定，代表全体业主对内决定建筑区划内的日常事务，对外代理业主从事必要的活动。业主委员会及其成员履行职责的行为直接关系到全体业主的切身利益。为了使其真正代表全体业主的利益，表达业主的意志，业主委员会应当向业主大会负责并接受业主大会的监督，其成立必须由业主大会经过民主程序选举产生，其成员的更换也有必要由全体业主共同决定。^[223]

选举业主委员会或更换业主委员会的成员，应当经专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主同意（《民法典》第278条第2款前段）。

（四）选聘和解聘物业服务企业或其他管理人，由业主共同决定

物业服务企业或其他管理人是全体业主的受托人，基于全体业主的委托授权，按照物业服务合同的约定，对房屋及配套的设施设备和

相关场地进行维修、养护、管理，维护物业管理区域内的环境卫生和相关秩序的活动（《物业管理条例》第2条）。国家提倡业主通过公开、公平、公正的市场竞争机制选择物业服务企业（《物业管理条例》第3条）。

物业服务企业或其他管理人应当勤勉谨慎地管理共有部分和共同事务，力求结果有利于全体业主。若管理违法，违反管理规约及业主大会或业主委员会的决定，违反物业服务合同的约定，不符合共有部分和共同事务的本质要求，全体业主有权通过法定程序解聘物业服务企业或其他管理人。特别是在业主、业主大会选聘物业服务企业之前，建设单位选聘物业服务企业（《物业管理条例》第21条）的背景下，物业服务企业的管理行为可能更容易侵害业主的合法权益，《民法典》（第278条第1款第4项）及《物业管理条例》（第11条第4项）赋予全体业主共同解聘物业服务企业的权利，尤为必要。

选聘和解聘物业服务企业或其他管理人，应当经专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主同意（《民法典》第278条第2款前段）。

（五）使用建筑物及其附属设施的维修资金，由业主共同决定

维修资金，在建筑物区分所有权制度中属于主要事项，法律给予了特别关注。《物业管理条例》规定：住宅物业、住宅小区内的非住宅物业或与单幢住宅楼结构相连的非住宅物业的业主，应当按照国家有关规定交纳专项维修资金（第53条第1款）。专项维修资金属于业主所有，专项用于物业保修期满后物业共用部位、共用设施设备的维修和更新、改造，不得挪作他用（第53条第2款）。《民法典》规定，建筑物及其附属设施的维修资金，属于业主共有。经业主共同决定，可以用于电梯、水箱等共有部分的维修。维修资金的使用情况应当公布（第281条第1款前段）。考虑到维修资金事关全体业主的共同利益，得管好用好，《物业管理条例》规定，专项维修资金收取使用、管理的办法由国务院建设行政主管部门会同国务院财政部门制定（第53条第3款）。利用物业共用部位、共用设施设备进行经营的，业主所得收益应当主要用于补充专项维修资金，也可以按照业主大会的决定使用（第54条）。

这告诉我们，使用维修资金的具体途径和方法仍然需要全体业主共同决定。不仅如此，《民法典》考虑到维修资金事关全体业主的共同利益，特别规定，维修资金的使用事项，应当经专有部分占建筑物总面积2/3以上的业主且占总人数2/3以上的业主同意（第278条第2款前段）。此处所说的业主人数和总人数，按照法释〔2009〕7号第

9条的规定，可以按照下列方法认定：（1）业主人数，按照专有部分的面积计算，一个专有部分按一人计算。但建设单位尚未出售和虽已出售但尚未交付的部分，以及同一买受人拥有一个以上专有部分的，按一人计算；（2）总人数，按照前项的统计总和计算。

（六）筹集建筑物及其附属设施的维修资金，由业主共同决定

《物业管理条例》规定，利用物业共用部位、共用设施设备进行经营的，业主所得收益应当主要用于补充专项维修资金，也可以按照业主大会的决定使用（第54条）。《民法典》规定，建筑物及其附属设施的费用分摊、收益分配等事项，有约定的，按照约定；没有约定或约定不明确的，按照业主专有部分占建筑物总面积的比例确定（第283条）。

这告诉我们，筹集维修资金的具体途径和方法仍然需要全体业主共同决定。不仅如此，《民法典》考虑到维修资金事关全体业主的公共利益，特别规定，筹集建筑物及其附属设施的维修资金，应当经参与表决专有部分面积3/4以上的业主且参与表决人数3/4以上的业主同意。决定前款其他事项，应当经参与表决专有部分面积过半数的业主且参与表决人数过半数的业主同意（第278条第2款后段）。

[引申与讨论]

对于一部共有部分的费用分摊和收益分配，《民法典》未设其规则，学说将一部共有部分推定为相关业主共有，应由相关业主分摊费用、分享收益。^[224]笔者认为，首先按照管理规约或业主大会决定等法律文件的约定处理，没有约定时才依据此项理论确定。但在一部共有部分的理论与《民法典》第283条关于按照专有部分占建筑物总面积的比例确定不一致时，如何确定，需要探讨。

在规模较大的建筑区划内一栋楼房的共有部分产生的收益，是归该栋楼房的业主共有，还是归整个建筑区划内的业主共有？一种意见认为，建筑区划内的建设用地使用权是归整个建筑区划内的全体业主共有的，各个建筑物与绿地、道路等各种设施是不可分割的，业主的区分所有权不是仅仅限于对其所在的权利，还一定包括建筑区划内的建设用地使用权等财产权利。从这个角度看，建筑区划内各个楼房的共有部分及其附属设施及建筑区划内的共有部分，均应属于全体业主共有。因而，建筑区划内一栋楼房的共有部分产生的收益，应当由建筑区划内的全体业主共享，产生的费用由全体业主分摊。^[225]笔者感到，这种观点与一部共有部分的理论不尽一致，需要反思。其实，建筑区划内的建设用地使用权实质上已被公摊到建筑区分

所有权中的共有部分了，在许多情况下形成了一部共有部分的状态。有鉴于此，笔者仍然坚持，对于建筑区划内一栋楼房的费用和收益的分配，应当首先按照管理规约或业主大会决定等法律文件的约定处理，没有约定时，适用《民法典》第283条关于按照专有部分占建筑物总面积的比例确定的规定。

（七）改建、重建建筑物及其附属设施，由业主共同决定

改建建筑物及其附属设施，是指对建筑物进行局部的改造。重建则指先将建筑物及其附属设施全部拆除，再予重新建造。它们都涉及建筑物及其附属设施的重大变化，需动用维修资金，可能还要重新筹集款项，同时可能改变建筑区划内建筑物的原有规划及格局，非同小可，必须经全体业主依法定程序共同决定。

关于表决人数的比例，《物权法》曾要求“应当经专有部分占建筑物总面积三分之二以上的业主且占总人数三分之二以上的业主同意”（第76条第2款前段），但实践经验和教训表明，该门槛有些高了，不少场合亟待业主大会或代表大会作出决定，以便适时地改建、重建建筑物及其附属设施，但因达不到这样的比例要求而流产，导致不必要的损失。有鉴于此，《民法典》要求应当经专有部分占建筑物总面积3/4以上的业主且占总人数3/4以上的业主同意。决定前款其他事项，应当经专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主同意（第278条第2款后段）。^[226]

（八）改变共有部分的用途或者利用共有部分从事经营活动，由业主共同决定

建筑区划内的建筑物、构筑物及其附属设施如何利用，事关建筑区划内的秩序、文化、风气、生活品质，所以，合格的管理部门会在用地规划设计文件中明确，配置得较为合理，理性的业主购房也考量到这一点。正因如此，共有部分的用途不得随意改变，不得利用共有部分从事经营活动。不过，另一方面，业主既然是建筑区划内的主人，也享有一定的自主权来安排自己的生活，包括共同决定改变共有部分的用途或者利用共有部分从事经营活动。当然，这毕竟事关重大，务必慎重行事，于是，《民法典》第278条第2款后段规定：“应当经参与表决专有部分面积四分之三以上的业主且参与表决人数四分之三以上的业主同意。决定前款其他事项，应当经参与表决专有部分面积过半数的业主且参与表决人数过半数的业主同意。”

（九）有关共有和共同管理权利的其他重大事项，也由业主共同决定

所谓有关共有和共同管理权的其他重大事项，按照法释〔2009〕7号第7条的规定，改变共有部分的用途、利用共有部分从事经营活动、处分共有部分，以及业主大会依法决定或管理规约依法确定应由业主共同决定的事项，应当认定为《物权法》第76条第1款第7项规定的有关共有和共同管理权利的“其他重大事项”。由于《物权法》第76条第1款第7项已被《民法典》第278条第1款第9项予以复制，因而该项司法解释同样适合于对《民法典》第278条第1款第9项的解释。举例来说，共有停车位、停车库的使用，建筑区划内增建建筑物，将建筑物的屋顶出租给发射台等，直接关系到业主的切身而重大的利益，可能有必要经过业主大会讨论决定^[227]，并且应当经专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主同意（《民法典》第278条第2款前段）。

第二百七十九条

业主不得违反法律、法规以及管理规约，将住宅改变为经营性用房。业主将住宅改变为经营性用房的，除遵守法律、法规以及管理规约外，应当经有利害关系的业主一致同意。

本条主旨

本条是关于将住宅改变为经营性用房的限制的规定。

相关条文

《物权法》第77条 业主不得违反法律、法规以及管理规约，将住宅改变为经营性用房。业主将住宅改变为经营性用房的，除遵守法律、法规以及管理规约外，应当经有利害关系的业主同意。

《物业管理条例》第49条 物业管理区域内按照规划建设的公共建筑和共用设施，不得改变用途。

业主依法确需改变公共建筑和共用设施用途的，应当在依法办理有关手续后告知物业服务企业；物业服务企业确需改变公共建筑和共用设施用途的，应当提请业主大会讨论决定同意后，由业主依法办理有关手续。

理解与适用

如同本释评书在上文所述，建筑区划内的建筑物、构筑物及其附属设施如何利用，事关建筑区划内的秩序、文化、风气、生活品质，

所以，合格的管理部门会在用地规划设计文件中明确，配置得较为合理，理性的业主购房也考量到这一点。假如允许某个或某些业主将住宅变成餐馆，其气味会使友邻右舍反感甚至反胃；若变成工厂，难免影响交通、污染环境；若变成歌厅，其噪声可能酿成严重的噪声污染，周边秩序也令人堪忧，无疑会大大降低业主们的生活品质。有鉴于此，《民法典》设有限制性规定：“业主不得违反法律、法规以及管理规约，将住宅改变为经营性用房。业主将住宅改变为经营性用房的，除遵守法律、法规以及管理规约外，应当经利害关系的业主一致同意”（第279条）。法释〔2009〕7号对此解释道：业主将住宅改变为经营性用房，未按照《物权法》第77条的规定经利害关系的业主同意，有利害关系的业主请求排除妨害、消除危险、恢复原状或赔偿损失的，人民法院应予支持（第10条第1款）。将住宅改变为经营性用房的业主以多数有利害关系的业主同意其行为进行抗辩的，人民法院不予支持（第10条第2款）。业主将住宅改变为经营性用房，本栋建筑物内的其他业主，应当认定为《物权法》第77条所称“有利害关系的业主”。建筑区划内，本栋建筑物之外的业主，主张与自己有利害关系的，应证明其房屋价值、生活质量受到或可能受到不利影响（第11条）。由于《物权法》第77条已被《民法典》第279条予以复制，因而该项司法解释同样适合于对《民法典》第279条的解释。

第二百八十条

业主大会或者业主委员会的决定，对业主具有法律约束力。

业主大会或者业主委员会作出的决定侵害业主合法权益的，受侵害的业主可以请求人民法院予以撤销。

本条主旨

本条是关于业主大会、业主委员会的决定效力以及可被撤销的规定。

相关条文

《物权法》第78条 业主大会或者业主委员会的决定，对业主具有约束力。

业主大会或者业主委员会作出的决定侵害业主合法权益的，受侵害的业主可以请求人民法院予以撤销。

《物业管理条例》第12条 业主大会会议可以采用集体讨论的形式，也可以采用书面征求意见的形式；但是，应当有物业管理区域内专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主参加。

业主可以委托代理人参加业主大会会议。

业主大会决定本条例第十一条第（五）项和第（六）项规定的事项，应当经专有部分占建筑物总面积2/3以上的业主且占总人数2/3以上的业主同意；决定本条例第十一条规定的其他事项，应当经专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主同意。

业主大会或者业主委员会的决定，对业主具有约束力。

业主大会或者业主委员会作出的决定侵害业主合法权益的，受侵害的业主可以请求人民法院予以撤销。

理解与适用

本条是对《物权法》第78条的复制，第1款规定业主大会或者业主委员会的决定，对业主具有约束力；第2款规定该种决定可被业主请求人民法院予以撤销。

建筑区划内的建筑物及其附属设施和全体业主的共同事务的管理，凡是重大的、一般性的，要纳入管理规约之中。管理规约未作规定的，如临时性的、突发的事件确实关系到整个建筑区划内全体业主的切身利益，需要全体业主步调一致地行动的，业主大会或业主委员会就此作出决定就显得十分必要。

住宅小区的业主大会、业主委员会作出的决定，应当告知相关的居民委员会，并认真听取居民委员会的建议（《物业管理条例》第20条第3款）。

业主大会或业主委员会的决定对业主具有约束力（《民法典》第280条第1款）。当然，它必须是业主大会或业主委员会依据法定程序作出的，必须是符合法律、法规及规章的，必须是不违背社会公德，不损害社会公共利益、国家利益和他人合法权益的。^[228]例如，形成决定的会议应当有物业管理区域内专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主参加（《物业管理条例》第12条第1款）。再如，业主大会决定筹集专项维修资金、改建或重建建筑物及其附属设施的事项时，应当经专有部分占建筑物总面积3/4以上的业

主且占总人数3/4以上的业主同意；决定其他事项，应当经专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主同意（《民法典》第278条第2款后段）。业主大会的决定若不符合上述要求，对业主就没有约束力。并且，《物业管理条例》第19条第2款规定，业主大会作出的决定违反法律、法规的，物业所在地的区、县人民政府房地产行政主管部门或街道办事处、乡镇人民政府，应当责令限期改正或撤销其决定，并通告全体业主。

这种撤销是行政法上的措施，权利人是有关行政机关。除此而外，《民法典》还有条件地赋予了业主撤销权（第280条第2款），《物业管理条例》予以贯彻（第12条第5款）。

业主的撤销权必须符合下列条件才能成立：（1）业主大会或业主委员会的决定违法，如没有按照法定程序作出决定；（2）业主大会或业主委员会的决定侵害了业主合法权益，如决定将明示归属于某特定业主的绿地作为全体业主共有的停车位。此类撤销权属于受侵害的业主，未受侵害的业主不在其中。^[229]此类撤销权的行使要通过诉讼的方式，即受侵害的业主须请求人民法院予以撤销业主大会或业主委员会的决定（《民法典》第280条第2款）。

[引申]

业主大会或业主委员会的决定，不仅约束业主，而且约束建筑物区分所有权的买受人、互易人和赠与人，业主死亡后的继承人及受赠人，区分所有的建筑物的承租人、借用人。^[230]

[讨论]

关于此处撤销权行使的问题，存在不同意见。一种观点认为，所应适用的法律，有《民法通则》《民事诉讼法》等法律的规定。例如，除法律另有规定的以外，受侵害的业主应当在知道或应当知道权益被侵害之日起2年内向有管辖权的人民法院提出撤销的请求，要有明确的诉讼请求和事实及理由。^[231]另一种观点主张，《民法通则》有关可撤销的民事行为原理以及《关于民法通则的意见》规定的可撤销的民事行为，自行为成立时起超过1年当事人才请求撤销的不受法律保护等规定，从总的方面看，是可以适用于《物权法》中有关类似情形的。包括《合同法》第75条规定的撤销权自债权人知道或应当知道撤销事由之日起1年内行使等内容，也可以在审判实践中参照适用。如何确定业主知道或应当知道其合法权益被侵害，一般情况下，以业主大会或业主委员会的决定公布、公示或传达等业主稍加注意就能得知作为标准。需要注意的是，《物权法》本条规定的业主享有撤

销权行使期限，已被理解为一个不变期间，不是诉讼时效，即不存在中止、中断、延长等情况。^[232]对此，法释〔2009〕7号已经表态：业主以业主大会或者业主委员会作出的决定侵害其合法权益或者违反了法律规定的程序为由，依据《物权法》第78条第2款的规定请求人民法院撤销该决定的，应当在知道或者应当知道业主大会或者业主委员会作出决定之日起1年内行使（第12条）。

但是，在笔者看来，《物权法》第78条第2款规定的业主的撤销权，其客体不是一般的民事行为甚至是非民事行为，当事人双方亦非法律地位完全平等的主体，撤销所涉及的利益不限于当事人双方的，还牵涉全体业主的，因而其法律适用只能是类推、参照《民法通则》《合同法》等有关规定。此其一。《关于民法通则的意见》第73条第2款关于“可变更或者可撤销的民事行为，自行为成立时起超过一年当事人请求变更或撤销的，人民法院不予保护”的规定，对受侵害的业主过于苛刻，不宜参照。此其二。鉴于《合同法》第55条等条文规定的除斥期间多为1年，《物权法》第78条第2款规定的撤销权予以准用，理由相对充分。故不宜采纳以下意见：受侵害的业主应当在知道或应当知道权益被侵害之日起2年内向有管辖权的人民法院提出撤销的请求。此其三。

上述观点的基本精神至今仍有其用，即《民法典》第280条第2款规定的业主的撤销权在时间限制方面不适用诉讼时效的规定，而应准用《民法典》152条第1款规定的1年期限的除斥期间。

第二百八十一条

建筑物及其附属设施的维修资金，属于业主共有。经业主共同决定，可以用于电梯、屋顶、外墙、无障碍设施等共有部分的维修、更新和改造。建筑物及其附属设施的维修资金的筹集、使用情况应当定期公布。

紧急情况下需要维修建筑物及其附属设施的，业主大会或者业主委员会可以依法申请使用建筑物及其附属设施的维修资金。

本条主旨

本条是关于建筑物及其附属设施的维修资金的归属、用途以及筹集和使用的规定。

相关条文

《物权法》第79条 建筑物及其附属设施的维修资金，属于业主共有。经业主共同决定，可以用于电梯、水箱等共有部分的维修。维修资金的筹集、使用情况应当公布。

《物业管理条例》第53条 住宅物业、住宅小区内的非住宅物业或者与单幢住宅楼结构相连的非住宅物业的业主，应当按照国家有关规定交纳专项维修资金。

专项维修资金属于业主所有，专项用于物业保修期满后物业共用部位、共用设施设备的维修和更新、改造，不得挪作他用。

专项维修资金收取、使用、管理的办法由国务院建设行政主管部门会同国务院财政部门制定。

理解与适用

本条第1款是对《物权法》第79条的承继并有所完善，第2款为新增内容。

关于建筑物及其附属设施的维修资金的归属，本条第1款前段规定由业主共有。

关于建筑物及其附属设施的维修资金的使用，《物权法》第79条规定：“经业主共同决定，可以用于电梯、水箱等共有部分的维修。”经过时间检验，这不够周详，有待完善，《民法典》第281条中段从两个方面予以完善：（1）在所用科目方面，在保留“电梯”的前提下，增加了“屋顶、外墙、无障碍设施等共有部分”；（2）在用途方面，除“维修”以外，增补了“更新和改造”。所有这些，都是经验的总结并上升为法律，都是必要的。

考虑到维修资金事关全体业主的共同利益，得管好用好，《物业管理条例》规定，专项维修资金收取使用、管理的办法由国务院建设行政主管部门会同国务院财政部门制定（第53条第3款）。专项维修资金属于业主所有，专项用于物业保修期满后物业共用部位、共用设施设备的维修和更新、改造，不得挪作他用（第53条第2款）。利用物业共用部位、共用设施设备进行经营的，业主所得收益应当主要用于补充专项维修资金，也可以按照业主大会的决定使用（第54条）。

由于建筑物及其附属设施的维修资金如何筹集、使用，事关其所有权人——业主的切身利益，可能影响区分所有的建筑物的使用效果甚至使用寿命，进而左右着业主的生活品质，因而，集思广益、“好

钢要用到刀刃上”，接受所有权人的监督，及时听取所有权人的合理化建议，都是必要的。有鉴于此，本条第1款后段规定：“建筑物及其附属设施的维修资金的筹集、使用情况应当定期公布。”

建筑区划内的业主可能遍布于各行各业，忙碌程度不一，境界参差不齐，性格差异不小，每笔筹集、每次使用都要通过业主大会作出决定，且要有专有部分占建筑物总面积2/3以上的业主且占总人数2/3以上的业主，或者由专有部分面积占比2/3以上的业主且人数占比2/3以上的业主参与表决，可能误事。为了及时、有效地使用维修资金，本条第2款规定：“紧急情况下需要维修建筑物及其附属设施的，业主大会或者业主委员会可以依法申请使用建筑物及其附属设施的维修资金。”这符合效率原则，也对主大会或业主委员会使用维修资金加以限制，还赋权业主把关，考虑周详，值得赞同。由于采取何种程序、限于多长时间批准此类申请事关多方利益，法律、法规予以明确是必要的，但现行法却未加规定，应予补充。

第二百八十二条

建设单位、物业服务企业或者其他管理人等利用业主的共有部分产生的收入，在扣除合理成本之后，属于业主共有。

本条主旨

本条是关于管理人等利用业主的共有部分产生的净收入归属于业主共有的规定。

相关条文

《物业管理条例》第54条 利用物业共用部位、共用设施设备进行经营的，应当在征得相关业主、业主大会、物业服务企业的同意后，按照规定办理有关手续。业主所得收益应当主要用于补充专项维修资金，也可以按照业主大会的决定使用。

理解与适用

本条为新增加的条文，设计根据至少有三：一是所有权的客体产生的收益应归所有权人享有，除非当事人之间另有约定，或者该客体同时为用益物权的标的物（类推适用《民法典》第321条第1款的规定）；二是利用业主的共有部分之人，诸如建设单位、物业服务企业或者其他管理人等人，其实施行为应当获取的利益属于它们与业主之

间的其他法律关系的内容，另有解决的根据；三是建设单位、物业服务企业或者其他管理人等人利用业主的共有部分时有支出的，属于成本，应由取得利益的业主负担，故建设单位、物业服务企业或者其他管理人等人向业主转交利用共有部分所获收入时，有权主张扣除该种成本，并可用抵销的手段为之。

关于请求建设单位、物业服务企业或者其他管理人等人移交净收入的权利人，从本条的文义看应为业主们，但鉴于业主们不见得长于此事，加之业主委员会至少在理论上代表业主利益，故业主委员会亦应为请求权人。

第二百八十三条

建筑物及其附属设施的费用分摊、收益分配等事项，有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，按照业主专有部分面积所占比例确定。

本条主旨

本条是关于建筑物及其附属设施的费用分摊、收益分配等事项处理规则的规定。

相关条文

《物权法》第80条 建筑物及其附属设施的费用分摊、收益分配等事项，有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，按照业主专有部分占建筑物总面积的比例确定。

《物业管理条例》第54条 利用物业共用部位、共用设施设备进行经营的，应当在征得相关业主、业主大会、物业服务企业的同意后，按照规定办理有关手续。业主所得收益应当主要用于补充专项维修资金，也可以按照业主大会的决定使用。

理解与适用

建筑物及其附属设施正常运转离不开养护和维护，而养护和维护必然需要费用。由于建筑物及其附属设施属于业主共有，这些费用由业主负担并予以分摊就顺理成章。依据何种原则及方法由业主分摊？本条前段规定“有约定的，按照约定”，这符合业主的意思自治原则。不过，此处所谓约定远比合同法上的合同约定丰富和复杂。首先，查阅管理规约对此有无约定，若有，则按照管理规约的约定；若无，需

要进入下“其次”环节。之所以把管理规约排在第一位，是因为它是规范区分所有权人相互关系的规则，具有自治法的性质；是关于区分所有权人相互间权利义务关系的基本规定，属于自治法规或自治规则。^[233]其次，业主大会对此有无决议，若有，则依据此种决议；若无或者决议得不明确，则“按照业主专有部分面积所占比例确定”。之所以把业主大会的决议排在业主专有部分面积所占比例之前，是因为此类决议是依法定程序形成的代表全体业主意志的规范性意见，对全体业主都有法律约束力，并且此类决议针对具体情形而作出，较为符合客观实际和利益平衡。

所谓建筑物总面积，可能是指一栋区分所有的建筑物的面积之和，也可能是指整个建筑区划内的全部建筑物的面积之和。究竟何指，需要根据保存、修缮乃至改良的对象及其与业主的利益关系来确定。如果保存、修缮的对象为A楼的电梯，则建筑物总面积为A楼的面积总和。如果保存、修缮乃至改良的对象为建筑区划内的入口、为全部区分所有的房间供热的锅炉房等，则建筑物总面积为建筑区划内的全部建筑物的面积总和。对此，法释〔2009〕7号第8条第2项规定：“建筑物总面积，按照前项的统计总和计算。”

所谓业主专有部分面积所占比例，属于一种算定共有持分的基准。所谓共有持分，是指业主对共有部分的潜在的应有份额（应有部分）。^[234]稍微具体些说，所需修缮费用可依下列规则处理：（1）共有房屋主体结构中的基础、柱、梁、墙的修缮，由共有房屋所有人按份额比例分担。（2）共有墙体的修缮（包括因结构需要而涉及的相邻部位的修缮），按两侧均分后，再由每侧房屋所有人按份额比例分担。（3）楼盖的修缮，其楼面与顶棚部位，由所在层房屋所有人负责；其结构部位，由毗连层上下房屋所有人按份额比例分担。（4）屋盖的修缮：A.不上人屋盖，由修缮所及范围覆盖下各层的房屋所有人按份额比例分担。B.可上人屋盖（包括屋面和周边护栏），如为各层所共用，由修缮所及范围覆盖下各层的房屋所有人按份额比例分担；如仅为若干层使用，使用层的房屋所有人分担一半，其余一半由修缮所及范围覆盖下各层房屋所有人按份额比例分担。（5）楼梯及楼梯间（包括出屋面部分）的修缮：A.各层共用楼梯，由房屋所有人按份额比例分担。B.为某些层所专用的楼梯，由其专用的房屋所有人按份额比例分担。（6）房屋共用部位必要的装饰，由受益的房屋所有人按份额比例分担。（7）房屋共有、共用的设备和附属建筑（如电梯、水泵、暖气、水卫、电照、沟管、垃圾道、化粪池等）的修缮，由所有人按份额比例分担。

建筑物及其附属设施若被用于经营，可能带来收益。对此收益的

分配，在管理规约有约定时，依其约定；在管理规约无此约定时，遵循业主大会的决议；若无此决议，则“按照业主专有部分面积所占比例确定”。

第二百八十四条

业主可以自行管理建筑物及其附属设施，也可以委托物业服务企业或者其他管理人管理。

对建设单位聘请的物业服务企业或者其他管理人，业主有权依法更换。

本条主旨

本条是关于业主具有物业管理权和选聘决定权的规定。

相关条文

《物权法》第81条 业主可以自行管理建筑物及其附属设施，也可以委托物业服务企业或者其他管理人管理。

对建设单位聘请的物业服务企业或者其他管理人，业主有权依法更换。

《物业管理条例》第21条 在业主、业主大会选聘物业服务企业之前，建设单位选聘物业服务企业的，应当签订书面的前期物业服务合同。

第22条 建设单位应当在销售物业之前，制定临时管理规约，对有关物业的使用、维护、管理，业主的共同利益，业主应当履行的义务，违反临时管理规约应当承担的责任等事项依法作出约定。

建设单位制定的临时管理规约，不得侵害物业买受人的合法权益。

第23条 建设单位应当在物业销售前将临时管理规约向物业买受人明示，并予以说明。

物业买受人在与建设单位签订物业买卖合同时，应当对遵守临时

管理规约予以书面承诺。

第24条 国家提倡建设单位按照房地产开发与物业管理相分离的原则，通过招投标的方式选聘具有相应资质的物业服务企业。

住宅物业的建设单位，应当通过招投标的方式选聘具有相应资质的物业服务企业；投标人少于3个或者住宅规模较小的，经物业所在地的区、县人民政府房地产行政主管部门批准，可以采用协议方式选聘具有相应资质的物业服务企业。

第25条 建设单位与物业买受人签订的买卖合同应当包含前期物业服务合同约定的内容。

第26条 前期物业服务合同可以约定期限；但是，期限未满、业主委员会与物业服务企业签订的物业服务合同生效的，前期物业服务合同终止。

第34条 业主委员会应当与业主大会选聘的物业服务企业订立书面的物业服务合同。

物业服务合同应当对物业管理事项、服务质量、服务费用、双方的权利义务、专项维修资金的管理与使用、物业管理用房、合同期限、违约责任等内容进行约定。

理解与适用

本条是对《物权法》第81条的复制，第1款规定业主有权决定自行管理物业还是委托他人代为管理，第2款赋权业主可以依法更换代管物业之人。

建筑区划内的建筑物及其附属设施的管理肯定必不可少，但管理的方式不一定整齐划一，因为建筑区划的规模有大有小，建筑区划内的建筑物及其附属设施有多有少。在建筑区划的规模不大、建筑区划内的建筑物及其附属设施不多的情况下，业主自我管理不成问题，且可节约费用；或者建筑区划内的建筑物及其附属设施虽然不少，但业主（如无工作单位的自由人）有时间和精力自行管理，那么，应当尊重业主大会作出的自行管理的决定，所以说，本条第1款前段关于“业主可以自行管理建筑物及其附属设施”的规定，符合实际，值得赞同。与此有别，有些建筑区划的规模庞大，建筑区划内的建筑物及其附属设施林林总总，居住、服务、休憩、入托、入学、交通、安保等纷繁复杂，专业技术性强，业主们委托物业服务企业或者其他管理人

管理，显得必要，益处较多；或者，即使建筑区划规模不大、建筑区划内的建筑物及其附属设施不太多，但业主们不擅长或不愿自行管理，委托物业服务企业或者其他管理人管理，也不失为可取的选项。就此说来，本条第1款后段规定“也可以委托物业服务企业或者其他管理人管理”，同样符合实际，值得赞同。

所谓物业服务企业，是指符合法律规定，依法及物业服务合同向业主提供物业服务的企业法人。它必须具有从事物业管理活动的资质（《物业管理条例》第32条）。所谓其他管理人，是指物业服务企业以外的从事物业服务管理的自然人，不得是企业，否则，就规避了中国现行法关于物业服务企业必须具有资质的要求。所谓物业管理，是指业主通过选聘物业服务企业，由业主和物业服务企业按照物业服务合同约定，对房屋及配套的设施设备和相关场地进行维修、养护、管理，维护物业管理区域内的环境卫生和相关秩序的活动（第2条）。

物业服务企业具有专业性，长于对建筑区划内的建筑物及其附属设施的管理。这是因为《物业管理企业资质管理办法》对其设立和工作严格要求：一级资质的物业管理企业的条件如下：（1）注册资本人民币500万元以上。（2）物业管理专业人员以及工程、管理、经济等相关专业类的专职管理和技术人员不少于30人。其中，具有中级以上职称的人员不少于20人，工程、财务等业务负责人具有相应专业中级以上职称。（3）物业管理专业人员按照国家有关规定取得职业资格证书。（4）管理两种类型以上物业，并且管理各类物业的房屋建筑面积分别占下列相应计算基数的百分比之和不低于100%：1）多层住宅200万平方米；2）高层住宅100万平方米；3）独立式住宅（别墅）15万平方米；4）办公楼、工业厂房及其它物业50万平方米。

（5）建立并严格执行服务质量、服务收费等企业管理制度和标准，建立企业信用档案系统，有优良的经营管理业绩。二级资质的物业管理企业的条件如下：（1）注册资本人民币300万元以上。（2）物业管理专业人员以及工程、管理、经济等相关专业类的专职管理和技术人员不少于20人。其中，具有中级以上职称的人员不少于10人，工程、财务等业务负责人具有相应专业中级以上职称。（3）物业管理专业人员按照国家有关规定取得职业资格证书。（4）管理两种类型以上物业，并且管理各类物业的房屋建筑面积分别占下列相应计算基数的百分比之和不低于100%：1）多层住宅100万平方米；2）高层住宅50万平方米；3）独立式住宅（别墅）8万平方米；4）办公楼、工业厂房及其它物业20万平方米。（5）建立并严格执行服务质量、服务收费等企业管理制度和标准，建立企业信用档案系统，有良好的经营管理业绩（第5条）。物业管理企业取得资质证书后，不得降低企业的资质条件，并应当接受资质审批部门的监督检查（第19条第1

款)。资质审批部门应当加强对物业管理企业的监督检查(第19条第2款)。有下列情形之一的,资质审批部门或者其上级主管部门,根据利害关系人的请求或者根据职权可以撤销资质证书:(1)审批部门工作人员滥用职权、玩忽职守作出物业管理企业资质审批决定的;(2)超越法定职权作出物业管理企业资质审批决定的;(3)违反法定程序作出物业管理企业资质审批决定的;(4)对不具备申请资格或者不符合法定条件的物业管理企业颁发资质证书的;(5)依法可以撤销审批的其他情形(第20条)。

既然物业服务企业具有管理物业的优势,业主们大多委托它管理物业自在情理之中。当然,事情并不单一,由于种种原因,有些物业服务企业管理物业的能力不理想,这既有主观原因,也有客观的因素。此类物业服务企业管理建筑区划内的建筑物及其附属设施,结果负面。为了保障业主们的利益,也为利于建筑物及其附属设施的使用寿命,赋权业主们更换不称职的物业服务企业,是必要的。有鉴于此,本条第2款规定:“对建设单位聘请的物业服务企业或者其他管理人,业主有权依法更换。”《物业管理条例》第39条规定:“物业服务企业可以将物业管理区域内的专项服务业务委托给专业性服务企业,但不得将该区域内的全部物业管理一并委托给他人。”

尽管国家提倡建设单位按照房地产开发与物业管理相分离的原则,通过招投标的方式选聘具有相应资质的物业服务企业(《物业管理条例》第24条第1款);住宅物业的建设单位,应当通过招投标的方式选聘具有相应资质的物业服务企业;投标人少于3个或者住宅规模较小的,经物业所在地的区、县人民政府房地产行政主管部门批准,可以采用协议方式选聘具有相应资质的物业服务企业(《物业管理条例》第24条第2款),但是,有些物业服务企业却是建设单位选聘的,甚至是由其投资设立的。这也难免,一栋楼或一个住宅小区建好后,就要对建筑物及其附属设施进行管理,但业主们是陆陆续续地迁入小区居住的,业主大会尚未成立,难以及时委托物业服务企业。在这种情况下,由建设单位选聘物业服务企业进行物业管理,较为常见。^[235]为尽量避免此类物业服务企业为了建设单位的利益而牺牲业主们的权益的情形,《物业管理条例》规定:在业主、业主大会选聘物业服务企业之前,建设单位选聘物业服务企业的,应当签订书面的前期物业服务合同(第21条)。

第二百八十五条

物业服务企业或者其他管理人根据业主的委托,依照本法第三编有关物业服务合同的规定管理建筑区划内的建筑物及其附属设施,接

受业主的监督，并及时答复业主对物业服务情况提出的询问。

物业服务企业或者其他管理人应当执行政府依法实施的应急处置措施和其他管理措施，积极配合开展相关工作。

本条主旨

本条是关于物业服务企业等管理人对业主承担“物业服务合同”项下的服务义务以及接受监督、回答咨询的规定。

相关条文

《物权法》第82条 物业服务企业或者其他管理人根据业主的委托管理建筑区划内的建筑物及其附属设施，并接受业主的监督。

《物业管理条例》第35条 物业服务企业应当按照物业服务合同的约定，提供相应的服务。

物业服务企业未能履行物业服务合同的约定，导致业主人身、财产安全受到损害的，应当依法承担相应的法律责任。

第36条 物业服务企业承接物业时，应当与业主委员会办理物业验收手续。

业主委员会应当向物业服务企业移交本条例第二十九条第一款规定的资料。

第45条 对物业管理区域内违反有关治安、环保、物业装饰装修和使用等方面法律、法规规定的行为，物业服务企业应当制止，并及时向有关行政管理部门报告。

有关行政管理部门在接到物业服务企业的报告后，应当依法对违法行为予以制止或者依法处理。

第46条 物业服务企业应当协助做好物业管理区域内的安全防范工作。发生安全事故时，物业服务企业在采取应急措施的同时，应当及时向有关行政管理部门报告，协助做好救助工作。

物业服务企业雇请保安人员的，应当遵守国家有关规定。保安人员在维护物业管理区域内的公共秩序时，应当履行职责，不得侵害公民的合法权益。

理解与适用

本条在承继《物权法》第82条的基础上有所完善，第1款规定物业服务企业等管理人对业主承担“物业服务合同”项下的服务义务，接受业主监督的义务并及时答复业主咨询的义务。第2款规定物业服务企业等管理人应当执行政府依法实施的应急处置措施等管理措施，积极配合开展相关工作。

根据《民法典》的规定，物业服务企业等管理人在管理建筑区划内的建筑物及其附属设施的过程中一般负有如下义务：物业服务人应当按照约定和物业的使用性质，妥善维修、养护、清洁、绿化和经营管理物业服务区域内的业主共有部分，维护物业服务区域内的基本秩序，采取合理措施保护业主的人身、财产安全（第942条第1款）。对物业服务区域内违反有关治安、环保、消防等法律法规的行为，物业服务人应当及时采取合理措施制止、向有关行政主管部门报告并协助处理（第942条第2款）。物业服务人应当定期将服务的事项、负责人员、质量要求、收费项目、收费标准、履行情况，以及维修资金使用情况、业主共有部分的经营与收益情况等以合理方式向业主公开并向业主大会、业主委员会报告（第943条）。在这方面，《物业管理条例》规定：物业服务企业应当按照物业服务合同的约定，提供相应的服务（第35条第1款）。物业服务企业未能履行物业服务合同的约定，导致业主人身、财产安全受到损害的，应当依法承担相应的法律责任（第35条第2款）。物业服务企业承接物业时，应当与业主委员会办理物业验收手续（第36条第1款）。物业管理区域内违反有关治安、环保、物业装饰装修和使用等方面法律、法规规定的行为，物业服务企业应当制止，并及时向有关行政管理部门报告（第45条第1款）。物业服务企业应当协助做好物业管理区域内的安全防范工作。发生安全事故时，物业服务企业在采取应急措施的同时，应当及时向有关行政管理部门报告，协助做好救助工作（第46条第1款）。物业服务企业雇请保安人员的，应当遵守国家有关规定。保安人员在维护物业管理区域内的公共秩序时，应当履行职责，不得侵害公民的合法权益（第46条第2款）。

既然物业服务企业对业主负有义务，那么业主作为权利人当然可以监督物业服务企业履行义务是否符合约定的、法定的要求。当然，监督不得影响物业服务企业正常的物业管理工作。

所谓物业服务企业等管理人及时答复业主咨询的义务，含有如下内容：（1）咨询的范围，由物业服务合同约定和法律的规定来确定，限于管理建筑物及其附属设施所涉及的问题，且不得侵害他人的隐私，不得漫无边际，否则，就是权利义务不对等；（2）答复应及

时，若急于答复，可能误事。

无论是监督权还是咨询权，从本条的文义看，统归业主们享有并行使，但考虑到业主们未必长于此事，加上至少在理论上业主委员会代表业主们的利益，故可允许业主委员会行使监督权和咨询权。

以上所述不见政府依法行政的影子，这在通常情况下，尤其是不涉及社会公共利益时，可以理解。但新冠肺炎疫情及其防控的实践表明，政府依法实施应急处置措施和其他管理措施是非常必要和有效的。第一，政府掌握较为全面的、详尽的带有全局性的信息，可以据此制定针对性的、环环相扣的且具有前瞻性的策略并作出相应的部署。第二，政府由健全的组织机构组成，有组织保障应对突发的或严重的事态，收效快，效益面宽。第三，政府可以联系、号召并组织社会各方面的团体及力量，形成全社会的有序、有效的抗击战线，收到预期效果。第四，政府拥有雄厚的物资储备，还可以通过征收、征用予以补充，这是战胜突发的或严重的事态必不可少的物质基础。第五，政府依法实施应急处置措施和其他管理措施有国家机器来保障，可以达成目的。所有这些，都是物业服务企业及其管理机制所不具备的。这是问题的一方面，但还有另一方面，即物业服务企业等管理人若不执行或敷衍政府依法实施的应急处置措施和其他管理措施，效果至少是大打折扣。看来，政府及其行为与物业服务企业等管理人及其相应行为相结合，方为上策。有鉴于此，《民法典》设置第285条第2款“物业服务企业或者其他管理人应当执行政府依法实施的应急处置措施和其他管理措施，积极配合开展相关工作”。

第二百八十六条

业主应当遵守法律、法规以及管理规约，相关行为应当符合节约资源、保护生态环境的要求。对于物业服务企业或者其他管理人执行政府依法实施的应急处置措施和其他管理措施，业主应当依法予以配合。

业主大会或者业主委员会，对任意弃置垃圾、排放污染物或者噪声、违反规定饲养动物、违章搭建、侵占通道、拒付物业费等损害他人合法权益的行为，有权依照法律、法规以及管理规约，请求行为人停止侵害、排除妨碍、消除危险、恢复原状、赔偿损失。

业主或者其他行为人拒不履行相关义务的，有关当事人可以向有

关行政主管部门报告或者投诉，有关行政主管部门应当依法处理。

本条主旨

本条是关于业主守法、守约的义务以及责任的规定。

相关条文

《物权法》第83条 业主应当遵守法律、法规以及管理规约。

业主大会和业主委员会，对任意弃置垃圾、排放污染物或者噪声、违反规定饲养动物、违章搭建、侵占通道、拒付物业费等损害他人合法权益的行为，有权依照法律、法规以及管理规约，要求行为人停止侵害、消除危险、排除妨害、赔偿损失。业主对侵害自己合法权益的行为，可以依法向人民法院提起诉讼。

《物业管理条例》第50条 业主、物业服务企业不得擅自占用、挖掘物业管理区域内的道路、场地，损害业主的共同利益。

因维修物业或者公共利益，业主确需临时占用、挖掘道路、场地的，应当征得业主委员会和物业服务企业的同意；物业服务企业确需临时占用、挖掘道路、场地的，应当征得业主委员会的同意。

第66条 业主以业主大会或者业主委员会的名义，从事违反法律、法规的活动，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依法给予治安管理处罚。

理解与适用

本条第1款、第2款是对《物权法》第83条的承继，且有完善。第1款增加了业主行为必须符合绿色原则，要求业主配合物业服务企业等管理人执行政府实施的应急处理措施和其他管理措施；第2款增加了“恢复原状”的救济方式；第3款纯为新增的内容，明确了有权追究业主违反义务的行政机关。

本条第1款开首要求业主遵守法律、法规，符合法治原则，系业主作为公民所必为行为。接着规定业主应当遵守管理规约，这反映了建筑物区分所有权制度的内在要求，是科学的、必要的。第1款后段增设的业主行为须守绿色原则，反映了时代特征和要求。面对自1975年以来自然界的自然供给低于人类所需的严峻现实，务必树立这样的理念乃至行为规则：资源是大家的，资源是社会的，资源是整个地球的，能源、环境、气候领域的自然哲学大潮，人类命运共同体的构

想，都要求《民法典》高扬绿色原则，并具体落实在有关制度及规则之中，业主行为准则为其中之一。本条第1款后段如此规定，也与《民法典》第9条、第326条、第346条、第509条第3款、第585条等贯彻绿色原则的规定遥相呼应，共同体现出《民法典》的特质。

本条第1款后段还要求业主配合物业服务企业等管理人执行政府实施的应急处理措施和其他管理措施，乃抗击新冠肺炎疫情的经验升华为法律的表现，同样是必要的。

本条第2款进一步细化本条第1款的原则性规定，一一列举禁止业主所为行为的类型，如业主不得任意弃置垃圾、排放污染物等。处于下位阶的法规、规章也都设有相应的规定。例如，《物业管理条例》第7条规定：“业主在物业管理活动中，履行下列义务：（一）遵守管理规约、业主大会议事规则；（二）遵守物业管理区域内物业共用部位和共用设施设备的使用、公共秩序和环境卫生的维护等方面的规章制度；（三）执行业主大会的决定和业主大会授权业主委员会作出的决定；（四）按照国家有关规定交纳专项维修资金；（五）按时交纳物业服务费用；（六）法律、法规规定的其他义务。”

业主违反上述任何一项义务，本条第2款后段赋权业主大会或业主委员会都有权依照法律、法规以及管理规约，请求行为人停止侵害、排除妨碍、消除危险、恢复原状、赔偿损失。其中，请求行为人停止侵害、排除妨碍、消除危险的法律规范基础是《民法典》236条，也可以是第179条第1款第1-3项；请求行为人恢复原状的法律规范基础是《民法典》第237条，也可以是第179条第1款第5项。请求行为人赔偿损失，若因业主违反管理规约所致，则业主大会或业主委员会可以援用《民法典》第577条的规定，追究业主的违约损害赔偿。与此不同，如果业主违反的不是管理规约项下的义务，而是法律、法规规定的义务，那么，业主大会或业主委员会请求业主承担损失赔偿的法律规范基础是《民法典》第1165条以及第179条第1款第8项、第238条。

业主拒不履行法律、法规以及管理规约规定的义务，除去业主大会或业主委员会有权追究违反者的法律责任外，本条第3款规定有关行政主管部门也是处罚违反者的有权机关。其程序是有关当事人向有关行政主管部门投诉，适用行政诉讼法的规定。此处所谓有关当事人，包括业主、业主大会及业主委员会。

第二百八十七条

业主对建设单位、物业服务企业或者其他管理人以及其他业主侵害自己合法权益的行为，有权请求其承担民事责任。

本条主旨

本条是关于业主享有追究侵权的建设单位、物业管理人或其他业主的民事责任的规定。

相关条文

《物业管理条例》第31条 建设单位应当按照国家规定的保修期限和保修范围，承担物业的保修责任。

第35条第2款 物业服务企业未能履行物业服务合同的约定，导致业主人身、财产安全受到损害的，应当依法承担相应的法律责任。

第57条 违反本条例的规定，建设单位擅自处分属于业主的物业共用部位、共用设施设备的所有权或者使用权的，由县级以上地方人民政府房地产行政主管部门处5万元以上20万元以下的罚款；给业主造成损失的，依法承担赔偿责任。

第59条第1款 违反本条例的规定，未取得资质证书从事物业管理的，由县级以上地方人民政府房地产行政主管部门没收违法所得，并处5万元以上20万元以下的罚款；给业主造成损失的，依法承担赔偿责任。

第60条 违反本条例的规定，物业服务企业将一个物业管理区域内的全部物业管理一并委托给他人的，由县级以上地方人民政府房地产行政主管部门责令限期改正，处委托合同价款30%以上50%以下的罚款；情节严重的，由颁发资质证书的部门吊销资质证书。委托所得收益，用于物业管理区域内物业共用部位、共用设施设备的维修、养护，剩余部分按照业主大会的决定使用；给业主造成损失的，依法承担赔偿责任。

理解与适用

相较于《物权法》，本条为新设条文，明确了业主对建设单位、物业管理人或其他业主侵害其合法权益的行为人有权追究其民事责任。

本条明确的侵权行为人包括建设单位、物业服务企业、其他物业管理人、侵权的业主，明确的请求权人为受损害的业主。虽然本条的

文义仅仅列举受损害的业主为请求权人，但考虑到业主未必长于此事，加上至少在理论上业主委员会代表业主的利益，故在解释上应认可业主委员会也有权请求侵害业主权益的建设单位、物业服务企业或其他物业管理人以及其他业主承担民事责任。

建设单位、物业服务企业、其他物业管理人以及其他业主侵害业主合法权益的行为，大多由侵权责任编调整，即何种行为应由其行为人承担侵权责任必须符合侵权责任的构成要件。于此场合的请求权基础为《民法典》第1165条的规定。

如果建设单位、物业服务企业、其他物业管理人以及其他业主侵害业主合法权益的行为，属于物业服务合同或管理规约等合同项下的义务，那么，可成立违约责任。于此场合的请求权基础为《民法典》第577条的规定。

总之，本条属于不完全条款，必须结合其他有关条款方能达到目的。

第七章 相邻关系

本章首先明确了处理相邻关系的重要原则以及法律适用规则，然后依次规定了各种类型的相邻关系规则。

所谓相邻关系，又称不动产相邻关系，是指相邻不动产的权利人之间，因行使不动产权利而需要相邻各方给以便利和接受限制，法律为调和此种冲突以谋求相邻各方之间的共同利益而直接规定的权利义务关系。对此，可从以下方面把握。

1. 相邻关系源于不动产的毗邻关系及其法律调整。此处的不动产，包括土地，也包括建筑物及其附属设施。动产及其权利不在相邻关系规则调整的范围之内。所谓毗邻，是指地理位置相邻，包括数个不动产之间相互连接（直接毗邻），及数个不动产之间的相互邻近（间接毗邻）。间接毗邻的情形，以不动产占有、使用方面存在影响为限。毗邻关系的实质是，相邻一方的不动产权利在行使时需要扩张至相邻他方的不动产之上，相邻一方的不动产物权的支配力与相邻他方的不动产物权的排他力发生了相互冲突^[236]，为了物尽其用，取得理想的效益，法律特别规定，相邻他方应当容忍相邻一方不动产权利在行使方面的扩张，甚至需要提供便利。为了“人类共同生活以及组

组织化群体之需要”而对不动产权利予以限制。[237]

2.相邻关系的主体是相邻不动产的权利人，包括土地所有权人、建筑物的所有权人、建设用地使用权人、宅基地使用权人、土地承包经营权人，但不包括租赁权人和借用人。

[论争]

相邻关系制度最初是以不动产所有权的行使与限制为原型设计的，随着社会生活的复杂化，不动产上竖立的权利类型逐渐增多，提出了不动产上存在的物权性使用权（如地上权等）和债权性利用权（如租赁权等）是否适用相邻关系规则的问题。对此，判例学说最初多采取否定的立场，如今则持肯定的态度，连债权性利用权与不动产物权之间的关系也适用相邻关系规则。[238]例如，德国相邻关系法调整的，不仅仅为数个土地所有权人之间的关系，还包括土地所有权人与土地占有人（如使用承租人），以及土地占有人彼此间的相邻关系（《德国民法典》第862条，第906条）。[239]由于中国现行法不允许国家土地所有权流转，禁止集体土地所有权按照民法的方式转让，实际流转并发挥巨大的经济效益的是（出让的）建设用地使用权及土地承包经营权，实务中需要扩张相邻一方的不动产的权利，往往是建设用地使用权、土地承包经营权、宅基地使用权及建筑物所有权等，若把相邻关系规则适用的权利范围仅仅限制于土地所有权领域，显然不符合实际生活的需要。有鉴于此，中国必须突破传统的见解，将相邻关系规则适用的权利范围扩张至建设用地使用权、土地承包经营权、宅基地使用权等物权性使用权，以及建筑物所有权。至于能否延伸到债权性利用权，可有三种方案：第一种是相邻关系直接扩张至债权性利用权；第二种是承租人等债权人以不动产占有人的身份出现，相邻关系规则适用于相邻不动产的占有人之间的关系；第三种是允许承租人、借用人等债权人代为行使出租人、出借人等债务人的相邻权。第二种方案为德国等民法所采纳，可以借鉴。第三种方案也有考虑的价值。第一种方案存在法理上的障碍，即债权并非以特定的相邻不动产为其客体的，而是以给付为标的，不属于不动产权利，使之适用于相邻关系规则，不符合相邻关系的概念要求。此其一。债权为相对权，若允许其效力延伸至相邻他方及其不动产，便突破了债权的相对性原则。如果法律如此设计，需要坚强有力的理由才能服人。既然利用承租人等债权人可以代为行使出租人等债务人的相邻权的思路，也能解决问题，且法理障碍较小，我们就没有必要选择法理障碍很大的方案。此其二。

3.相邻关系的客体是行使不动产权利所引起的与相邻方有关的利益。不动产权利人在享有并行使其权利时，既要实现自己的利益，又

须为相邻他方行使不动产权利提供便利，因而相邻关系指向的对象并非不动产本身，而是行使不动产权利所引起的与相邻方有关的利益。这种利益可能是经济利益，如将肥料通过袋地运入自己承包的农田；也可能是非经济利益，如相邻他方只容忍低于法定限度的噪声、空气污染等。

4.相邻关系的内容是，相邻一方行使不动产权利时要求相邻他方容忍甚至提供必要的便利，相邻他方负有容忍甚至提供便利的义务。所谓必要便利，是指相邻一方非从相邻他方获得这种便利，就不能正常行使其不动产权利。相邻一方于其可以正常行使其权利时还要求相邻他方进一步提供便利，以达锦上添花的效果，就不再是权利的行使，而是权利的滥用，相邻他方有权拒绝。

相邻一方行使其不动产权利时要求相邻他方容忍甚至提供必要便利的权利，叫作相邻权。它是不是一种物权，对此存在着争论。有观点认为：“相邻权属于物权范畴，是由物权派生的权利。”^[240]“相邻权属于不动产物权。它是用益物权的一种，是依法律规定直接发生的。”^[241]而反对的意见则认为，在《物权法》上，相邻权不是一种独立的用益物权，而只是对不动产所有权的限制和延伸，是所有权的内容。在《物权法》的结构安排上，相邻关系是置于第二编“所有权”之中的，从体系解释的角度来看，立法者是将其作为所有权的内容加以规定的。《物权法》没有采取将相邻关系和地役权合一的观点，而对相邻关系和地役权分别作出规定，因而《物权法》没有承认相邻权是一种独立的他物权。^[242]这种观点及其论证思路同样适合于《民法典》。笔者赞同后一种观点。的确，相邻关系主要表现在相邻一方有权请求相邻他方容忍其行使不动产物权，在性质上属于相邻他方不动产所有权及其他物权所受的法律上限制，而不是强调相邻一方对相邻他方的不动产的支配。相邻权和容忍义务都是不动产物权的效力的体现。可见，相邻权不符合物权的本质属性，不是独立的物权。因而，相邻权无物的返还请求权、排除妨害请求权和消除危险请求权等物权的效力。

5.相邻关系基于法律的直接规定而存在，只能根据不动产相邻的事实进行判断，不能以法律行为发生变动，不登记也能对抗第三人。

相邻关系的这个特点也把相邻关系与地役权区别开来，二者间的具体差异将在本释评书关于“地役权”的有关条文中发表意见。

相邻关系在建筑物区分所有权制度中显现出特色，主要表现在以下方面。

1.立体式的相邻关系。“直接支持二层之专有部分者为一层之专有部分；直接支持三层之专有部分者为二层之专有部分而非基地地盘，二层以上之专有部分与基地地盘并无直接的支持关系，而仅有间接的关系，因此，第二层的区分所有者之对于第一层之专有部分，第三层的区分所有者之对于第二层之专有部分，必须具备所由支持之权利（right of support）。它们之间可以想象为立体式的相邻关系。”^[243]这种立体式的相邻关系，既表现为业主享有并行使相应的建设用地使用权时产生的相互关系，又表现为业主享有并行使专有权时限制其他建筑物区分所有权时的相互关系，还表现在各业主在享有并行使共有权时的相互关系。

2.有体和无体相结合的相邻关系。建筑物区分所有权制度中的相邻关系，包含有相邻通行关系、相邻环保关系、相邻安全关系、互不影响正常休息等，其中有的为有体关系，有的为无体关系，同时并存。

3.以共有部分为媒介的相邻关系。普通相邻关系均为单独所有权或他物权在行使时产生的外部关系，而建筑物区分所有权制度中的相邻关系则是专有权媒介共有部分而产生的相邻关系，以及共有权享有并行使时产生的相邻关系。

4.法律和管理规约共同规制的相邻关系。普通相邻关系完全由法律直接规定，不存在当事人之间的约定。当事人约定可产生地役权，但不发生相邻关系。而建筑物区分所有权制度中的相邻关系既基于法律的直接规定，又受制于业主大会形成的管理规约。“如此，有人解之为相邻关系之延长。”^[244]

基于共同生活的思想，所有权的自由受到限制，而限制的根据因相邻关系的内容不同而有所差别。在有的情况下，所有权人不具有值得保护的利益，如土地所有权人有容忍地下矿产勘探、开采的义务；在有的情况下，干涉所有权之人的利益更值得保护，比如在用水、排水以及必要通行的情况下，就是如此；而在不可量物的问题上，不仅有欠缺自有利益的思想，而且有所有权人平均主义的思想，即干涉的方式与范围，同等地涉及某一地区全部所有权人的土地所有权。^[245]

在中国，土地上的权利为一组权利群，呈现着多层次的结构：

（1）最为基础的是国家的自然资源所有权，包括国家土地所有权、海域所有权、矿产资源所有权、水资源所有权等；同时并存着集体土地所有权。（2）以国家土地所有权为基础派生出来的用益物权，包括建设用地使用权、新疆建设兵团等地少数的土地承包经营权以及地役权。（3）以集体土地所有权为基础派生出来的用益物权，包括土

地承包经营权、宅基地使用权、建设用地使用权以及地役权。（4）以矿产资源所有权为基础派生出来的探矿权、采矿权。（5）以水资源所有权为基础派生出来的取水权、航运水权、水利水权等。（6）以海域所有权为基础派生出来的海域使用权。

土地上还竖立着建筑物、构筑物及其附属设施，相应地存有建筑物、构筑物及其附属设施的所有权。以此类所有权为基础派生出地役权等他物权。

在上述各种权利的运行中，存在着对土地所有权、房屋所有权的限制，以及各他物权相互之间的限制。所有权人对这些他物权的行使负有容忍义务，但他物权人的行为危及不动产所有权的安全或造成不动产所有权损害的，可成立物权请求权及损害赔偿请求权。同样，有的他物权人对另外的他物权的行使也负有容忍义务，另外的他物权人的行为危及某他物权的安全或造成损害的，也可成立物权请求权及损害赔偿请求权。

为了妥善解决因上述各种不动产权利的运行而产生的冲突，《民法通则》（第83条）及《物权法》（第84条）以至于如今的《民法典》总结了被证明是成功的经验，规定不动产的相邻权利人应当按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的原则，正确处理相邻关系。

第二百八十八条

不动产的相邻权利人应当按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的原则，正确处理相邻关系。

本条主旨

本条是关于处理相邻关系的原则的规定。

相关条文

《民法通则》第83条 不动产的相邻各方，应当按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的精神，正确处理截水、排水、通行、通风、采光等方面的相邻关系。给相邻方造成妨碍或者损失的，应当停止侵害，排除妨碍，赔偿损失。

《物权法》第84条 不动产的相邻权利人应当按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的原则，正确处理相邻关系。

理解与适用

本条是对《物权法》第83条的复制，承认有利生产等四项处理相邻关系的原则。它们都是对长期通行于社会生活实际的、公正的、行之有效的经验总结，值得赞同，坚决遵循。

袋地通行规则、地下管线埋设规则等规则无疑都是有利于生产的。相邻用水、排水规则，相邻通风、采光规则等规则系方便生活所需要，也是团结互助、公平合理的保障。

这些处理相邻关系的原则与相邻关系的具体规则之间存有如下差异：（1）处理相邻关系的原则是适用于相邻关系的基本准则，贯穿于整个相邻关系的领域，统率相邻关系领域的各项具体规则；相邻关系的具体规则是适用于特定类型的相邻关系。（2）处理相邻关系的原则体现民法对于处理相邻关系所持的基本价值，是法律适用及研究相邻关系规则的总指导思想；相邻关系的具体规则虽然也体现基本价值，但直接反映的是处理特定类型的相邻关系的价值，仅是特定领域的指导思想。（3）处理相邻关系的原则是国家对相邻关系的基本政策的集中体现，反映着相邻关系的本质要求；相邻关系的具体规则对此体现和反映得往往间接些。

相邻关系的具体规则，是由构成要件与法律后果组成的具体明确的法律规则，具有如下两个特征：（1）它必须具备有效性的要求，质言之，它系有拘束力的行为要求，或有拘束力的判断标准，也就是具有规范性特质；（2）它非仅仅适用于特定事件，反之，于其地域和时间的效力范围，对所有“此类”事件均有其适用，这就是一般性特质。^[246]它与处理相邻关系的原则虽然同为法律规范，但二者存在着明显的区别：（1）在内容上，相邻关系的具体规则明确而具体，具备构成要件与法律后果，裁判者自由裁量的余地相对小些。与此相比，处理相邻关系的原则较为概括和抽象，或者没有明确的构成要件、法律后果，或者欠缺一些构成要件、法律后果。在法律适用时需要裁判者予以价值补充。（2）在适用范围上，相邻关系的具体规则因其内容具体明确，故只适用于某一类型的相邻关系；而处理相邻关系的原则因其覆盖面广和抽象性强，故为处理相邻关系的通用价值准则，适用范围比相邻关系的具体规则的宽广。（3）在适用方式上，相邻关系的具体规则是以“全有或全无的方式”适用于个案的：如果某一具体规则正是解决某特定的相邻关系案件所需要的，或这条规则是有效的，就必须接受该规则所提供的解决办法；或者如果该规则是不适合于某特定的相邻关系案件的，就对裁判不起任何作用。处理相邻关系的原则的适用则不同，不是以“全有或全无的方式”适用于个案的，因为处理相邻关系的原则具有不同的“强度”，处理相邻关系的强

度较高的原则对个案的裁判具有指导性的作用，但另一处理相邻关系的原则并不因此无效，也并不因此被排除在相邻关系制度之外，因为在另一个案中，这两个原则的强度关系可能会改变。（4）在作用上，相邻关系的具体规则具有比处理相邻关系的原则强度大的显示性特征，即相对于处理相邻关系的原则，法官更不容易偏离相邻关系的具体规则作出裁判。因此，可以说，相邻关系的具体规则形成了相邻关系制度中坚硬的部分，没有相邻关系的具体规则，相邻关系制度就缺乏硬度。但另一方面，处理相邻关系的原则也是相邻关系制度必不可少的部分，它们是相邻关系的具体规则的本源和基础；它们可以协调相邻关系的具体规则之间的矛盾，弥补具体规则的不足与局限，它们甚至可以直接作为法官裁判个案的法律依据；同时，处理相邻关系的原则通过对法官“自由裁量”的指导，不仅能保证个案的个别公正，避免僵化地适用法律规则可能造成的实质不公正，而且使相邻关系制度具有一定的弹性张力，在更大程度上使相邻关系的具体规则保持安定性和稳定性。

第二百八十九条

法律、法规对处理相邻关系有规定的，依照其规定；法律、法规没有规定的，可以按照当地习惯。

本条主旨

本条是关于相邻关系的法律适用的规定。

相关条文

《物权法》第85条 法律、法规对处理相邻关系有规定的，依照其规定；法律、法规没有规定的，可以按照当地习惯。

《水法》第56条 不同行政区域之间发生水事纠纷的，应当协商解决；协商不成的，由上一级人民政府裁决，有关各方必须遵照执行。在水事纠纷解决前，未经各方达成协议或者共同的上一级人民政府批准，在行政区域交界线两侧一定范围内，任何一方不得修建排水、阻水、取水、截（蓄）水工程，不得单方面改变水的现状。

第57条 单位之间、个人之间、单位与个人之间发生的水事纠纷，应当协商解决；当事人不愿协商或者协商不成的，可以申请县级以上地方人民政府或者其授权的部门调解，也可以直接向人民法院提起民事诉讼。县级以上地方人民政府或者其授权的部门调解不成的，

当事人可以向人民法院提起民事诉讼。

在水事纠纷解决前，当事人不得单方面改变现状。

《建筑法》第39条 建筑施工企业应当在施工现场采取维护安全、防范危险、预防火灾等措施；有条件的，应当对施工现场实行封闭管理。

施工现场对毗邻的建筑物、构筑物和特殊作业环境可能造成损害的，建筑施工企业应当采取安全防护措施。

第40条 建设单位应当向建筑施工企业提供与施工现场相关的地下管线资料，建筑施工企业应当采取措施加以保护。

第41条 建筑施工企业应当遵守有关环境保护和安全生产的法律、法规的规定，采取控制和处理施工现场的各种粉尘、废气、废水、固体废物以及噪声、振动对环境的污染和危害的措施。

《关于民法通则的意见》第96条 因土地、山岭、森林、草原、荒地、滩涂、水面等自然资源的所有权或者使用权发生权属争议的，应当由有关行政部门处理。对行政处理不服的，当事人可以依据有关法律和行政法规的规定，向人民法院提起诉讼；因侵权纠纷起诉的，人民法院可以直接受理。

理解与适用

本条是对《物权法》第85条的复制，确立了处理相邻关系适用法律的一般规则，即当地习惯只有在对某种相邻关系或某件相邻关系的案件欠缺法律规定时才被作为处理案件的根据。

法律具有国家权力保障的、全国一体遵循的强制力，处理相邻关系案件适用法律乃不言自明之理。需要提示的是，本条所谓法律、法规，不限于《民法典》第288-296条关于相邻关系的集中规定，还包括其他单行法及司法解释关于相邻关系的规定。例如，《水法》第56条关于“不同行政区域之间发生水事纠纷的，应当协商解决；协商不成的，由上一级人民政府裁决，有关各方必须遵照执行。在水事纠纷解决前，未经各方达成协议或者共同的上一级人民政府批准，在行政区域交界线两侧一定范围内，任何一方不得修建排水、阻水、取水和截（蓄）水工程，不得单方面改变水的现状”的规定；第57条关于“单位之间、个人之间、单位与个人之间发生的水事纠纷，应当协商解决；当事人不愿协商或者协商不成的，可以申请县级以上地方人民政

府或者其授权的部门调解，也可以直接向人民法院提起民事诉讼。县级以上地方人民政府或者其授权的部门调解不成的，当事人可以向人民法院提起民事诉讼”（第1款），“在水事纠纷解决前，当事人不得单方面改变现状”（第2款）的规定。《建筑法》第39条关于“建筑施工企业应当在施工现场采取维护安全、防范危险、预防火灾等措施；有条件的，应当对施工现场实行封闭管理”（第1款），“施工现场对毗邻的建筑物、构筑物和特殊作业环境可能造成损害的，建筑施工企业应当采取安全防护措施”（第2款）的规定；第40条关于“建设单位应当向建筑施工企业提供与施工现场相关的地下管线资料，建筑施工企业应当采取措施加以保护”；第41条关于“建筑施工企业应当遵守有关环境保护和安全生产的法律、法规的规定，采取控制和处理施工现场的各种粉尘、废气、废水、固体废物以及噪声、振动对环境的污染和危害的措施”的规定。

相邻关系在全国各地、各民族区域不尽相同，各族、各地的风俗习惯有别，其处理规则存有差异，系不争的事实。

现行法如《民法典》关于相邻关系的规定一是提纲挈领式，二是基本上限于典型的、成熟的规则，对于某种或某些相邻关系或具体案型欠缺规范。这就免不了依赖于当地习惯处理相邻关系的个案。

本条之所以规定“按照当地习惯”处理相邻关系，是因为习惯是在人们长期反复实践的基础上形成的，在某一地域、某一民族、某一行业中普遍采用的做法，能够被众人所认知、接受和遵从。一些与现行法律、法规等规范性文件不相抵触、经国家认可的某些习惯，还常常成为民事法律的渊源。因此，在处理相邻关系案件中，按照当地习惯，不仅符合系争当事人的利益和愿望，而且符合社会正义和法律的要求。

本条所谓“按照当地习惯”处理相邻关系，暗含着属地主义之意，而不奉行属人主义。例如，张三一家原居Y省，现在落户N自治区，两地处理相邻关系的习惯有所不同，但相邻关系的纠纷发生在N自治区，那么，宜依N自治区的习惯平息纷争。

英国法在解决商事纠纷时重视习惯的功效，要求满足三个条件：（1）一定要肯定，即习惯的做法非常明确和受到承认，当事人各方在缔约时就已经存在于其脑海里；（2）一定要出名，因为如果一个商业习惯做法/惯例不是出名的，就无法合理估计缔约各方在缔约时有这样的商业习惯做法/惯例在他们的脑海里，有可能其中一方或是各方都不知道有这种所谓习惯做法；（3）一定要合理，从反面说，商业习惯不能是不合理的，不可在基本法律原则或规则下显得不合

理，不可在合同明示条款或架构下显得不合理。^[247]德国民法坚持，只有那些符合“诚实信用”，且已经成为法律秩序有机组成部分的交易习惯才应被重视。^[248]法律不承认“恶习”^[249]。

笔者认为，这些理念及观点也适合于按照当地习惯处理相邻关系案件，值得中国法及理论借鉴。应予注意的有以下几点：（1）当地习惯必须是客观存在的、符合其构成的行为规范。（2）当地习惯必须适法。首先，当地习惯的内容违反强制性规定者，应确认它为无效。纵使系争当事人有依此的意思，也不能以此作为处理案件的根据。当地习惯只有在符合法律制度的价值标准的范围内才具有意义，它们本身不能作为认识法律的源泉。^[250]其次，当地习惯的内容既不违反强制性规定，又不违反任意性规定者，该当地习惯具有裁判案件的法律效力。

第二百九十条

不动产权利人应当为相邻权利人用水、排水提供必要的便利。

对自然流水的利用，应当在不动产的相邻权利人之间合理分配。
对自然流水的排放，应当尊重自然流向。

本条主旨

本条是关于相邻用水、排水规则的规定。

相关条文

《物权法》第86条 不动产权利人应当为相邻权利人用水、排水提供必要的便利。

对自然流水的利用，应当在不动产的相邻权利人之间合理分配。
对自然流水的排放，应当尊重自然流向。

《关于民法通则的意见》第98条 一方擅自堵截或者独占自然流水，影响他方正常生产、生活的，他方有权请求排除妨碍；造成他方损失的，应负赔偿责任。

第99条 相邻一方必须使用另一方的土地排水的，应当予以准许；但应在必要限度内使用并采取适当的保护措施排水，如仍造成损失的，由受益人合理补偿。

相邻一方可以采取其他合理的措施排水而未采取，向他方土地排水毁损或者可能毁损他方财产，他方要求致害人停止侵害、消除危险、恢复原状、赔偿损失的，应当予以支持。

理解与适用

一、概说

本条是对《物权法》第86条的复制，将相邻用水和相邻排水并列规定，相邻用水关系和相邻排水关系便分别为两种亚类型的相邻关系。

二、相邻用水关系

所谓相邻用水关系，是指相邻权利人（相邻用水人）依法引取定量之水、存蓄定量之水场合，需要利用相邻他方的不动产时，相邻他方负有容忍义务甚至提供必要便利而形成的相邻关系。

《民法典》对相邻用水的规则着墨不多，遵循《民法典》第289条关于“法律、法规没有规定的，可以按照当地习惯”的规定，借鉴成功的经验及适当的理论，归纳总结如下规则：（1）相邻用水人利用自然流水时，应当尊重自然形成的流向，从高到低、由近及远地用水。相邻各方均不得擅自堵截或独占自然流水，也不得擅自改变水的自然流向，害及相邻他方的用水。否则，受损害的相邻一方有权请求相邻用水人排除妨害，乃至承担损害赔偿责任。（2）水流两岸的土地所有权或使用权（如土地承包经营权、建设用地使用权）分属不同的主体时，相邻用水人不得变更水的流向，不得拓宽水流的宽度。如果水流两岸的土地所有权或使用权同归一人时，用水人则依法可以变更水的流向或宽度，但应给下游留出自然水路。当然，在这方面存在着地方习惯的，应当从该习惯。^[251]（3）相邻用水人抽取地下水不得害及相邻他方的合法权益。例如，相邻用水人抽取地下水不得导致相邻他方的土地塌陷、建筑物倒塌。再如，相邻用水人抽取暗河之水，不得当减少相邻他方利用暗河的水。（4）相邻用水人依法存蓄一定量的水时，不得害及相邻他方的合法权益。例如，水库或水塔应当符合法律、法规及规章关于水利设施的安全标准，以免这些设施时刻威胁相邻他方的人身、财产的安全。否则，受损害的相邻一方有权请求相邻用水人排除妨害或消除危险，乃至承担损害赔偿责任；也可首先请求行政主管部门加以解决。（5）相邻用水人需要利用相邻他方的输水设施时，相邻他方应予允许。但相邻用水人应按其受益程度负担该设施的设置和保存的费用。（6）相邻用水人对其引水、蓄水等设施破溃、阻塞致使相邻他方的不动产遭受损害，或有破溃、阻

塞的巨大危险时，应以自己的费用进行必要的修缮、疏通和预防；在相邻他方仍有损失时，相邻用水人还要承担损害赔偿责任。当然，当地对此存在着不同的习惯时，从习惯。^[252]

[辨析与引申]

在传统民法上，用水相邻关系，既包含相邻用水人引取定量之水或贮存定量之水时，需要利用相邻他方的不动产的场合，相邻他方负有容忍义务，提供相应的便利这样的内容；也包括相邻用水人就引取定量之水、贮存定量之水本身享有权利的题中应有之义；还包含相邻各方合理分配使用定量之水的延伸意义。其原因在于，定量之水尚未与土地分离而成为独立的物权客体，而是属于土地的组成部分，作为土地所有权的客体（客体的成分）出现的。如此，相邻用水人同时为土地所有权人时，其土地所有权当中自然含有占有、使用、收益、处分定量之水的权利，用水的权利及其衍生的有关问题，就是土地所有权及其行使的问题，其中包括相邻关系的内容。即使现代民法将相邻关系规则的适用范围扩张至整个不动产权利领域，也没有改变用水相邻关系的这种基本属性。^[253]

但随着水资源愈来愈成为短缺的自然资源，继续墨守水为所处土地的成分或为无主物的成规，已无力解决实际生活用水的矛盾，法律开始明确水资源的归属及利用水的权利，以定分止争，水资源所有权和水权的制度应运而生。《水法》明确规定了水资源国家所有权（第3条）和取水权（第48条），《物权法》对此确认，只不过把水资源的术语变更为水流的称谓（第46条、第123条），《民法典》亦然（第247条、第329条）。在这种背景下，不动产权利人用水，仅仅以其不动产权利为依据已不再合法，只有首先获得取水权才名正言顺。并且，不动产权利人取水权利本身、合理分享自然流水的权利本身不复是相邻权的范畴，而是取水权的题中应有之义；主体的身份准确地说应为取水权人，只不过于此场合，不动产权利人和取水权人合而为一罢了。就是说，真正属于相邻关系内容的，已经明显减少了。^[254]由此看来，《民法典》第290条第2款前段关于“对自然流水的利用，应当在不动产的相邻权利人之间合理分配”的规定，显然是把取水权的内容错位到相邻关系制度中来了。从立法论的角度讲，修法时应当将之删除。

三、相邻排水关系

所谓相邻排水关系，是指相邻不动产权利人（相邻排水人）排水，需要利用相邻他方的不动产时，相邻他方负有容忍义务甚至提供必要便利而形成的相邻关系。

《民法典》对相邻排水的规则有所规定，但仍嫌不够，遵循《民法典》第289条关于“法律、法规没有规定的，可以按照当地习惯”的规定，借鉴成功的经验及适当的理论，归纳总结如下规则。

1.相邻排水人正当地排水，必须利用相邻他方的不动产时，相邻他方必须允许。对自然流水的排放，应当尊重自然流向（《民法典》第290条第2款后段）。

自然流水的排放包括自然排放和人工排放。所谓自然排放，是指自然流水按照自然规律由高地向低地排放。如此，低地段的不动产权利人有承水的义务。在水流丰沛时，低地段的不动产权利人不得擅自筑坝设阻，以减缓水流的下泻速度甚至使水流倒灌，影响高地段的相邻排水人的排水。

所谓人工排放，是指自然流水借助人造设施排放水流。按照许多立法例及其学说，相邻排水人为人工排水，原则上无使用邻地的权利，也不得设置屋檐或其他构筑物，使其不动产上的雨水直接注于相邻他方的不动产上。雨水虽为自然水，但非自然流动，而系由人工导引的，低地或建筑物、构筑物及其附属设施的权利人自无承水义务。但在特定情况下，法律不妨允许其利用邻地排水之权利。^[255]高地段的相邻排水人为使其浸水之地干涸，或排泄家庭用水、农业用水、工业用水至公共排水通道，需要利用相邻他方的低洼地段时，相邻他方负有容忍义务。同时，相邻排水人应当选择于低洼地段损害最小的处所和方法为之，并承担损害赔偿责任。

2.相邻排水人需要利用相邻他方的排水设施时，相邻他方应予允许。但相邻排水人应按其受益程度负担该设施的设置和保存的费用。

3.水流因事变在低洼地段阻塞时，高地段的不动产权利人为保障其正当地排水，有权以自己的费用在低洼地段建造疏通流水的必要工事，但须负责赔偿由此给低洼地段的不动产权利人造成的损害。当然，对费用的承担另有习惯的，从其习惯。

4.相邻排水人不得向邻地排放法律、法规明文禁止排放的污水。

5.相邻排水人对其排水设施破溃、阻塞致使相邻他方的不动产遭受损害，或有破溃、阻塞的巨大危险时，应以自己的费用进行必要的修缮和预防；相邻他方仍有损失的，相邻排水人还要承担损害赔偿责任。当然，当地对此存在着不同的习惯时，从习惯。

[探讨]

在排污权已经成为独立的权利的背景下，相邻排水关系原来包括的排污权的内容应被分离出来，归入排污权制度之中。

第二百九十一条

不动产权利人对相邻权利人因通行等必须利用其土地的，应当提供必要的便利。

本条主旨

本条是关于相邻通行等规则的规定。

相关条文

《物权法》第87条 不动产权利人对相邻权利人因通行等必须利用其土地的，应当提供必要的便利。

《关于民法通则的意见》第100条 一方必须在相邻一方使用的土地上通行的，应当予以准许；因此造成损失的，应当给予适当补偿。

第101条 对于一方所有的或者使用的建筑物范围内历史形成的必经通道，所有权人或者使用权人不得堵塞。因堵塞影响他人生产、生活，他人要求排除妨碍或者恢复原状的，应当予以支持。但有条件另开通道的，也可以另开通道。

理解与适用

本条是对《物权法》第87条的复制，承认了相邻通行等规则。

所谓相邻通行关系，是指在相邻权利人因通行而必须利用相邻他方的不动产的情况下，该相邻他方应当容忍其通行的权利义务关系。

需要指出，笔者关于相邻通行关系的界定与本条关于相邻通行关系的规定在措辞上不完全一致，有必要予以说明。本条的原文如下：“不动产权利人对相邻权利人因通行等必须利用其土地的，应当提供必要的便利。”由于该条使用了“通行等”的措辞，这里的“通行”就必须作广义解释，它应包括人、牲畜、机动车等设备的通行，也包括地下污水通道等设施的通行。只有这样理解，才符合社会生活的实际，也避免了该条表述的瑕疵。此其一。本条使用的是“必须利用其土地的”的表述，而未使用“利用其不动产的”的行文。可这一表述满足不了社会实际生活的需要，有违《民法典》关于相邻通行关系的立法

计划和立法目的。有鉴于此，有必要对“土地”一词作扩大解释，将之解释为“不动产”，包括房屋等建筑物。^[256]

关于相邻通行关系的构成，除须具备一般相邻关系的要件以外，尚需具备如下要件。

1. 须不动产与公共交通网络无适宜的联络

本条虽无此项构成要件，但就相邻通行关系的规范目的而言，相邻通行权利人的不动产应当与公共交通网络并无适宜的联络时，方可请求相邻他方容忍其通行。所谓“无适宜的联络”，包括两种情况：其一为袋地情况，即某不动产四周全部不能通往公共道路；其二为准袋地情况，某不动产虽然与公共道路相通，但据此通行过于危险、不便利或需要过高的费用，如通行需要爬越高崖等情况。^[257]

对于历史上形成的通道、桥梁、渡口、道路、堤坝等，任何人不得堵塞、设置障碍，妨碍他人正常通行。此时，无须“无适宜的联络”的要件。

2. 须确有从相邻不动产通行的必要

本条特别强调“必须利用其土地”，意指相邻不动产通行权利人确有从相邻他方的不动产通行的必要。至于判断是否有通行的必要，需要根据不动产的位置、地势、面积、形状、用途等进行判断。^[258]

3. 与公共交通无适宜的联络非因相邻不动产通行权利人任意行为所致

所谓与公共交通无适宜的联络非因相邻不动产通行权利人任意行为所致，例如，相邻不动产通行权利人的物品偶然失落于或其动物偶然进入相邻他方的不动产等。于此场合，相邻他方应当允许物品、动物的所有权人或管理人进入该不动产取回。与此不同，如果相邻不动产与公共交通无适宜的联络系因其权利人任意行为所致，如抛弃既有的地役权或破坏原有桥梁等，则他不再享有相邻通行权。

相邻通行规则的法律效果如下：相邻不动产通行权利人必须通行于相邻他方的不动产时，相邻他方应当提供必要的便利，即在满足通行所必需的条件方面提供便利。在他人不动产上通行，应当选择造成损失最小的线路，对于造成的损失，应当予以赔偿。

不动产权利人因建造、修缮建筑物以及铺设电线、电缆、水管、暖气和燃气管线等必须利用相邻土地、建筑物的，该土地、建筑物的权利人应当提供必要的便利。

本条主旨

本条是关于利用相邻不动产的规则的规定。

相关条文

《物权法》第88条 不动产权利人因建造、修缮建筑物以及铺设电线、电缆、水管、暖气和燃气管线等必须利用相邻土地、建筑物的，该土地、建筑物的权利人应当提供必要的便利。

《关于民法通则的意见》第97条 相邻一方因施工临时占用他方使用的土地，占用的一方如未按照双方约定的范围、用途和期限使用的，应当责令其及时清理现场，排除妨碍，恢复原状，赔偿损失。

理解与适用

一、概说

本条是对《物权法》第88条的复制，规定了两类相邻关系：一是因建造、修缮建筑物而临时使用相邻他方的不动产所形成的相邻关系；二是铺设电线、电缆、水管、暖气和燃气等管线必须利用相邻土地、建筑物而形成的相邻关系。该条的立法根据在于干涉人（不动产权利人）的利益居于优势地位。

二、因建造、修缮建筑物而临时使用相邻他方的不动产所形成的相邻关系

不动产权利人因建造、修缮建筑物而临时且必须使用相邻他方的不动产的，相邻他方应当提供必要的便利，由此形成一种相邻关系。例如，甲的四合院背山面湖，西侧与丙的四合院相连，在这三面均无法放置建筑材料和涂料，只有东侧的乙的宅基地闲置着。在这种情况下，甲为修缮其四合院而堆放建筑材料和涂料，必须暂时利用乙的部分宅基地，乙应当允许，提供必要的便利。当然，甲必须选择对乙造成损害最少的方法，施工完毕后应及时清理现场，恢复原状，在乙存在损失的情况下，甲还要承担损害赔偿责任。

认定此种类型的相邻关系，关键是正确理解“必须利用相邻土地、建筑物”的含义。本释评书赞同这样的解释：所谓必须利用相邻

土地、建筑物，是指除使用相邻土地或建筑物以外，便无以完成其建造或修缮建筑物之工作而言，若只是为了减少工作的时间或费用，则不能认为是有使用的必要。^[259]

三、不动产权利人铺设电线、电缆、水管、暖气和燃气管线等必须利用相邻土地、建筑物而形成的相邻关系

不动产权利人铺设电线、电缆、水管、暖气和燃气管线等必须利用相邻土地、建筑物的，相邻他方应当提供必要的便利，由此形成一种相邻关系。例如，甲天然气公司为了向A建筑区划内的18栋区分所有的建筑物输送天然气，必须通过乙的建设用地的地下，乙应当提供必要的便利。在这里，关键是如何理解此处的“必须利用相邻土地、建筑物的”。本释评书赞同这样的解释：所谓必须利用相邻土地、建筑物，是指非经过他人的土地、建筑物不能安设管线，或虽能安设但所需费用过高。^[260]在铺设管线时，管线可以安设于土地之上或地下，但不得安于地表，而且须选择损害最少之方法为之。^[261]

值得注意的是，德国等国家的立法禁止通过管道将煤气、蒸汽等导入邻地（《德国民法典》第906条第3款）。

第二百九十三条

建造建筑物，不得违反国家有关工程建设标准，不得妨碍相邻建筑物的通风、采光和日照。

本条主旨

本条是关于相邻通风、采光、日照的规则的规定。

相关条文

《物权法》第89条 建造建筑物，不得违反国家有关工程建设标准，妨碍相邻建筑物的通风、采光和日照。

理解与适用

一、概说

本条是对《物权法》第89条的复制，之所以有此规定，是因为建筑物的通风、采光和日照为人们保持其生活品质的必要因素，且由于城市土地价值的提升，建筑物之间的距离较以往缩小，高层建筑日益

增多，使得建筑物之间通风、采光和日照的纠纷呈上升的趋势，迫切需要在《民法通则》有关规定的基礎上，进一步规定这方面的规则，《物权法》承担了这项任务（第89条），《民法典》予以承继（第293条）。

[思考]

建筑物的通风、采光和日照，是否属于不动产所有权的内容？如果否，则建筑物的通风、采光和日照不属于相邻关系的组成部分；如果是，才可以使不动产所有权人负担容忍义务，形成相邻关系。

二、通风、采光和日照的相邻关系的内容

1.不动产权利人建造建筑物时，不得妨碍相邻建筑物的通风、采光和日照

在法律手续齐全的前提下，不动产权利人有权于其建设用地或宅基地上建造建筑物；同时，也有义务遵守相关的工程建设标准，不得妨碍相邻建筑物的通风、采光和日照。

建造建筑物妨碍了相邻建筑物的通风、采光和日照，相邻他方有权请求停止侵害，有损失时还可请求损害赔偿。

在这里，需要讨论的问题是，假如建造建筑物较为严重地妨碍了相邻建筑物的通风、采光和日照，相邻他方有无权利请求建筑物的权利人拆除该建筑物？有学者认为，如果该建筑物的建造明显违反国家的工程建设标准，严重妨碍了相邻建筑物的通风、采光和日照，相邻他方有权请求拆除；如果没有违反工程建设标准，但确实影响了相邻建筑物的通风、采光和日照，相邻他方无权请求拆除，但有权请求损害赔偿。^[262]这种意见值得重视。

2.不动产权利人建造建筑物时，不得违反国家有关工程建设标准

国家有关工程建设标准，《民法典》并未作具体规定。这是因为中国地域辽阔，各地经济发展很不平衡，加之于某个社会发展阶段，对建设工程标准的要求也应有所不同，工程建设标准是动态的，《民法典》不宜全国划一地规定僵化的具体标准。^[263]较为灵活的办法是由住房和城乡建设部规定规章，既能发挥规范和指导作用，又便于适时修订。这方面的法律文件有建设部于2012年12月颁布的《建筑采光设计标准》，于2002年3月11日发布、2016年6月28日修订的《城市居住区规划设计规范》，于2002年8月30日专门就房屋建筑发布

《工程建设标准强制性条文》，其后又予补充，现有2013年版的《工程建设标准强制性条文》，等等。这些规范文件对住宅的日照、天然通风、自然采光等问题都有明确要求，例如，旧区改造住宅日照标准按照大寒日的日照不低于1小时执行。

[讨论]

关于国家有关工程建设标准在认定建造建筑物是否妨碍了相邻建筑物的通风、采光和日照中的地位和作用，意见不一。甲说认为，判断建造建筑物是否构成了妨碍相邻建筑物的通风、采光和日照，必须要考虑是否违反了国家有关工程建设标准。只有违反了，才能认定建造建筑物妨碍了相邻建筑物的通风、采光和日照；如果没有违反，则不可认定建造建筑物妨碍了相邻建筑物的通风、采光和日照。乙说主张，判断建造建筑物是否妨碍了相邻建筑物的通风、采光和日照，不应仅以违反国家有关工程建设标准为根据。例如，在没有纳入规划的空地上建造房屋，也会发生妨碍相邻建筑物的通风、采光和日照的问题。更何况，在广大农村，虽然尚未完全按照国家有关工程建设标准来建设，但一旦发生了通风、采光和日照的纠纷，也应当按照相邻关系处理。^[264]乙说符合实际，值得重视。

[思考]

国家规定的建筑物间隔、住宅设计标准等只是公法规范，在相邻不动产权利人违反的情况下，行政机关得对其进行行政处罚，如果行政机关不处罚，相邻不动产权利人得通过行政诉讼督促行政机关处罚。^[265]

建造建筑物违反了国家有关工程建设标准，妨碍了相邻建筑物的通风、采光和日照，相邻他方有权请求停止侵害、恢复原状，已经遭受损失的，还有权请求相邻建造建筑物者承担损害赔偿责任。

第二百九十四条

不动产权利人不得违反国家规定弃置固体废物，排放大气污染物、水污染物、土壤污染物、噪声、光辐射、电磁辐射等有害物质。

本条主旨

本条是关于不可量物侵入的相邻关系的规定。

相关条文

《物权法》第90条 不动产权利人不得违反国家规定弃置固体废物，排放大气污染物、水污染物、噪声、光、电磁波辐射等有害物质。

理解与适用

本条是对《物权法》第90条的复制。

在相邻关系中，大量发生的是相互排放不可量物，基于不动产权利人之间的相互平均思想，法律规定了不可量物侵入的处理规则。与不可量物相对的是可量物，所谓可量物，主要是指固体物，如折断的树干、碎石块等。不动产权利人对于可量物不承担容忍义务。而不可量物主要是大气污染物、水污染物、固体废物以及施放噪声、光辐射、电磁辐射等。

对不可量物的侵入，法律并非整齐划一地绝对禁止，而是区分情况，关键看它是否违反了国家规定（《民法典》第294条）。如此，国家调整不可量物的法律便处于重要的位置。这方面的法律，主要有《环境保护法》、《大气污染防治法》、《环境噪声污染防治法》及《广播电视设施保护条例》等，各地方人大及其常务委员会、地方人民政府也制定了许多相应的实施办法。

对不可量物的侵入，不可量物的酿造者或控制者应否承担法律责任，首先看是否违反了国家规定，若违反了，则产生法律责任；反之，则不成立法律责任。承担法律责任的方式有停止侵害、排除妨害、消除危险以及损害赔偿。

应当指出，对于不可量物侵入的法律责任的构成，虽然本条仅限于违反国家规定，但因现行法对某些特定类型的不可量物的侵入尚无规定，此类不可量物的侵入在客观上已经造成巨大的损害，远远超出了理性人可忍受的程度，于此场合，若囿于本条的规定，不允许受害的相邻他方请求不可量物的酿造者或控制者承担相应的法律责任，显然极不适当。合适的解决方案是，承认本条规定的适用范围过宽，不符合立法目的，应限缩其适用领域，增加例外，即对国家尚无规定的不可量物侵入，应根据具体情况加以确定。关键看不可量物侵入造成损害是否异常和过度，若异常和过度，不可量物的酿造者或控制者就应承担相应的法律责任；反之，不可量物侵入被控制在合理的限度内，处于理性人的容忍程度之内，则不成立法律责任。^[266]

第二百九十五条

不动产权利人挖掘土地、建造建筑物、铺设管线以及安装设备等，不得危及相邻不动产的安全。

本条主旨

本条是关于相邻不动产安全的规定。

相关条文

《物权法》第91条 不动产权利人挖掘土地、建造建筑物、铺设管线以及安装设备等，不得危及相邻不动产的安全。

《建筑法》第39条第2款 施工现场对毗邻的建筑物、构筑物和特殊作业环境可能造成损害的，建筑施工企业应当采取安全防护措施。

第41条 建筑施工企业应当遵守有关环境保护和安全生产的法律、法规的规定，采取控制和处理施工现场的各种粉尘、废气、废水、固体废物以及噪声、振动对环境的污染和危害的措施。

《关于民法通则的意见》第103条 相邻一方在自己使用的土地上挖水沟、水池、地窖等或者种植的竹木根枝伸延，危及另一方建筑物的安全和正常使用的，应当分别情况，责令其消除危险，恢复原状，赔偿损失。

理解与适用

本条是对《物权法》第91条的复制，对危险性设施以及危险性挖掘行为进行了规范，即不动产权利人挖掘土地、建造建筑物、铺设管线以及安装设备等，不得危及相邻不动产的正常使用和安全。其规范的立足点在于不动产权利人的权利，并且以预防性的消除危险和排除妨害为主要手段。

本条确立的规则与物权请求权中的消除危险请求权（《民法典》第236条）是相呼应的，但对其预防措施的采取，不以现实危险性为必要，因为相邻不动产权利人有预防的义务，也不问被干涉的相邻不动产权利人是否另有避免损害的方法，在发生损害的情况下，不论被干涉的相邻不动产权利人是否曾请求防免，都有损害赔偿赔偿责任发生。

[267]

本条所谓不得危及相邻不动产的安全，主要包括如下几个方面的

内容。[268]

1.在自己的土地上开挖地基时，要注意避免使相邻土地的地基发生动摇或动摇之危险，致使相邻土地上的建筑物受到损害。很多国家或地区对此设有规定，例如《瑞士民法典》第685条第1款规定：“所有人在挖掘或建筑时，不得使邻人的土地发生动摇，或有动摇的危险，或使其土地上的设施受到危害。”中国台湾地区“民法”第794条规定：“土地所有人开掘土地或为建筑时，不得因此使邻地之地基动摇或发生危险，或使邻地之建筑物或其他工作物受其损害。”

2.在与相邻不动产的疆界线附近处理设水管时，要预防土沙崩溃、水或污水渗漏到相邻不动产。

3.不动产权利人在自己的土地范围内种植的竹木根枝伸延，危及另一方建筑物的安全和正常使用时，应当消除危险、恢复原状。《关于民法通则的意见》第103条规定：“相邻一方在自己使用的土地上挖水沟、水池、地窖等或者种植的竹木根枝伸延，危及另一方建筑物的安全和正常使用的，应当分别情况，责令其消除危险，恢复原状，赔偿损失。”

4.不动产权利人在相邻土地上的建筑物有倒塌的危险从而危及自己土地及建筑物安全时，有权要求相邻不动产权利人消除危险。例如《德国民法典》第908条规定，因与邻地相关的建筑物或其他工作物有倒塌的危险，或因建筑物或工作物的一部分有崩离的危险，致土地有受损害之虞时，所有人对发生的损害可能应负责的人，得请求采取为防止危险发生所必要的措施。中国台湾地区“民法”第795条规定：“建筑物或其他工作物之全部，或一部有倾倒之危险，致邻地有受损害之虞者，邻地所有人，得请求为必要之预防。”

《建筑法》对施工现场关于相邻建筑物的安全、地下管线的安全提出了明确要求：“施工现场对毗邻的建筑物、构筑物和特殊作业环境可能造成损害的，建筑施工企业应当采取安全防护措施”（第39条第2款）。“建设单位应当向建筑施工企业提供与施工现场相关的地下管线资料，建筑施工企业应当采取措施加以保护”（第40条）。

在相邻关系中，还有一种所谓的支付使用费关系，如在管线铺设的情况下，支付使用土地对价方可铺设。[269]该支付使用费关系所成立的还是一种法定债之关系，并不能因此成立租赁或地役法律关系。

在相邻关系中，就邻地利用，相邻不动产权利人事先有约定的，应从其约定。

第二百九十六条

不动产权利人因用水、排水、通行、铺设管线等利用相邻不动产的，应当尽量避免对相邻的不动产权利人造成损害。

本条主旨

本条是关于利用相邻不动产时尽量避免损害的规定。

相关条文

《民法通则》第83条 不动产的相邻各方，应当按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的精神，正确处理截水、排水、通行、通风、采光等方面的相邻关系。给相邻方造成妨碍或者损失的，应当停止侵害，排除妨碍，赔偿损失。

《物权法》第92条 不动产权利人因用水、排水、通行、铺设管线等利用相邻不动产的，应当尽量避免对相邻的不动产权利人造成损害；造成损害的，应当给予赔偿。

《水法》第76条 引水、截（蓄）水、排水，损害公共利益或者他人合法权益的，依法承担民事责任。

理解与适用

本条承继了《物权法》第92条的绝大部分内容，再次宣明利用相邻不动产时尽量避免损害的规则。所谓应当尽量避免对相邻的不动产权利人造成损害，是指在利用相邻不动产的过程中，一般是在用水、排水、通行、铺设管线、施工等情况下，如果能不造成损害的，应当采取不造成损害的方式，如果损害难以避免，则应当采取造成损害较小的方式。在理解上，如果在利用相邻不动产时，未“尽量避免对相邻的不动产权利人造成损害”的，被干涉之相邻不动产权利人得拒绝承担容忍义务。

相较于《物权法》第92条的规定，本条删除了“造成损害的，应当给予赔偿”，并非否定相邻关系中的损害赔偿或损失补偿，而是适用相应的法律规定加以解决。所谓相应的法律规定，例如，《水法》第76条关于“引水、截（蓄）水、排水，损害公共利益或者他人合法权益的，依法承担民事责任”的规定。再就是可以适用《民法典》第1186条确立的公平分担规则，或是第1166条确立的无过错责任原则。

第八章 共有

本章计有14个条文，首先界定共有并将其分为按份共有和共同共有两大类，接着规定按份共有的法律关系和共同共有的法律关系，最后提示准共有及其法律适用。

就所有权人与所有物之间的对应关系而言，民法上的所有权分为两类，一为单独所有权，一为共有。

所谓单独所有权，是指所有权的主体为一人的法律状态。它是对个人独立自主人格的肯定，使所有权不受部落、家族以及其他团体的束缚，所有权人可以在法律允许的范围内自由占有、使用、收益和处分其物，从事交易，发挥货畅其流、物尽其用的经济效能。故民法以单独所有权为原则。^[270]

有理论认为，所有权可从质和量上被分割。当所有权的部分权能与所有权分离而由非所有权人享有时，为所有权“质”的分割，如日耳曼法上的“上级所有权”（Obereigentum）和“下级所有权”（Untereigentum），以及在所有权上设立抵押权、地役权等，均属于所有权“质”的分割。与此有别，当同一财产由两人或两个以上的复数人共同享有时，则为所有权“量”的分割，表现为共有。^[271]所谓所有权被“分割”，可能不如说将所有权整体性内容的一部分具体化并作出让与，形成他物权^[272]，更为准确。就所有权的发展进程来看，所有权经历了从“共同所有权”较为普遍到重“单独所有权”的演变^[273]，但共同所有权（共有权）仍有其存在的价值。

在法律史及境外的民法上，存在着总有（Gesamteigentum, propriété collective）、共有（Miteigentum[nach Bruchteilen], Copropriété）和合有（总的共有）（Eigentum zur gesamten Hand）。总有，是多数人的结合，但尚未形成法律人格的共同体，以团体组成成员的资格而所有的状态。日耳曼法村落共同体的所有形态为其典型。村落共同体是村民不失“个性”地位，作为“一个整体”而结合起来的团体，即所谓实在的综合人（Genossenschaft）。村落共同体的所有，直接反映了这种团体结合关系，管理权能全部归属于村落本身，由规律村落共同生活的社会规范来调整，只剩下收益权能分属于各村落住民（Genosse）。因此，总有中各共同所有权人的权利，是单纯的收益权，不具有近代法中所有权的内容。而且，部落对收益权能的统制也非常强，各村落住民取得村落住民的资格后，方能取得

收益权能；丧失其资格时，则自然也丧失收益权能。至于村落住民资格取得和丧失的要件，当然由规律村落共同生活的规范来决定。所以，村落住民的收益权能并不具有脱离村落住民资格而独立存在的财产权的性质。总之，在总有的情形，所有权所包含的管理权能和收益权能，是完全相分离的，各共同所有人并不具有共有中的持分（份额）权。^[274]中国现行法中没有这种共有形态。

共有，又称分别共有，为罗马法共同所有的形态。共同所有的成员依然保留对标的物的管理权能和收益权能。当然，对标的物本身的管理，有时也以复数决的方式决定。有应有部分存在，各个共有人可将其之自由处分，还可请求分割共有物。^[275]可见，它相当于中国现行法上的按份共有。

合有（总的共有），亦称公同共有，是数人基于共同关系，而共同享有一物的所有权的状态。德国民法上的合伙财产、共同继承财产和夫妻共有财产，均属此类。其特征有：（1）它介于上述总有和共有之间，更接近于共有。（2）共有人有管理权能（包括处分权能），但应受公同关系所成立的目的的拘束，故原则上应经共有人的全体同意。（3）共有人有收益权能，亦应受公同关系的规律。（4）各个共有人虽有应有部分，但应受共同目的的拘束，故无自由处分可言。有学者称之为潜在的应有部分。在公同关系终止前，不得请求分割共有物。^[276]它相当于中国现行法上的共同共有。

中国现行法上的共有制度具有特色，一方面吸取了境外立法例在国有制度上的优点，另一方面坚持按份共有和共同共有两分法。但实际上，有些共有既有按份共有的属性，也有共同共有的色彩。例如合伙，各合伙人出资形成的共有为按份共有，盈利的分配和风险的承担也时常以份额为基准。就此看来，合伙具有按份共有的性质。不过，在事务管理等方面，各个合伙人具有共同的平等的权利，又体现出共同共有的色彩。

第二百九十七条

不动产或者动产可以由两个以上组织、个人共有。共有包括按份共有和共同共有。

本条主旨

本条是关于共有及其类型的规定。

相关条文

《民法通则》第78条 财产可以由两个以上的公民、法人共有。

共有分为按份共有和共同共有。按份共有人按照各自的份额，对共有财产分享权利，分担义务。共同共有人对共有财产享有权利，承担义务。

按份共有财产的每个共有人有权要求将自己的份额分出或者转让。但在出售时，其他共有人在同等条件下，有优先购买的权利。

《物权法》第93条 不动产或者动产可以由两个以上单位、个人共有。共有包括按份共有和共同共有。

《海商法》第10条 船舶由两个以上的法人或者个人共有的，应当向船舶登记机关登记；未经登记的，不得对抗第三人。

《合伙企业法》第20条 合伙人的出资、以合伙企业名义取得的收益和依法取得的其他财产，均为合伙企业的财产。

理解与适用

本条承继了《物权法》第93条的规定，只是把“单位”一词替换成“组织”的术语，基本精神未变。

一、共有的概念分析

共有，是指两个或两个以上的民事主体对同一不动产或动产共同享有所有权的法律状态（《民法典》第297条前段）。如果是两个或两个以上的民事主体共同享有建设用地使用权、地役权等权利，则为准共有（《民法典》第310条）。

其中，同一不动产或动产，在《民法通则》上叫作共有财产（第78条第1款等），学说多称之为共有物。两个或两个以上的民事主体，简称为共有人。共有人对共有物享有的所有权，即为共有权。

共有具有以下几项法律性质。

1.共有的主体是两个或两个以上的民事主体。这些民事主体可以是自然人、法人或其他权利人。

2.共有的客体为一项特定的同一项财产。所谓同一项财产，不一

定是一个单一物，可以是一个集合物，还可以是合成物。共有的客体也可以是权利，如建设用地使用权、土地承包经营权、抵押权、债权、知识产权、股权等。由于数人对权利的共有与对有体物的共有既有共性，又有差异，学说称之为准共有，即准用物权法关于共有的规定（《民法典》第310条）。

3.各个共有人对同一项财产享有权利、承担义务，或是按一定份额确定，或是依平等原则确定。在多数情况下，共有权的行使和义务的分担需要体现全体共有人的意志，由全体共有人决定。

4.共有物上的所有权只有一个，只是所有权人为复数，仍然符合一物一权原则。共有不是一种独立的所有权形式，只是同种或不同种类的所有权的联合。所谓同种所有权的联合，如个人和个人的共有，集体和集体的共有。所谓不同种类的所有权的联合，如国家和集体的共有，集体和个人的共有，国家、集体和个人的共有。^[277]

[辨析]

在集合物作为共有物的情况下，原则上是集合物中的每个物存在着一个所有权，归全体共有人享有，并非整个集合物上存在着一个共有权。所谓“共有物上的所有权只有一个，只是所有权人为复数，仍然符合一物一权原则”，其中的共有物指的是单一物，或合成物。至于共有物表现为集合物的场合，在一物一权主义的语境中，需要将集合物分解，被分解成的单一物、合成物作为标的物，每个标的物上存在着一个所有权，归全体共有人享有。

5.共有不同于公有。公有权在现行法上包括国家所有权和集体所有权（《民法典》第246-265条）。首先，国家所有权是全民所有制在法律上的表现，其主体是单一的，就是国家。每位中华人民共和国公民作为一分子享有权利，是极为抽象的，没有民法的表现形式，也不适用民事诉讼程序解决争执。可见它不同于共有。其次，集体所有权是劳动群众集体所有制在法律上的表现，集体所有权的主体，在《宪法》（第10条第2款）及《民法通则》（第74条）上为集体经济组织，是单一的；在《物权法》上具有复合性，集体经济组织固然是集体所有权人（《物权法》第61条），但集体组织全体成员也是主体之一（《物权法》第59条）；在《民法典》上也是如此（第261条）。集体所有权不适用共有的法律规范，由专门的法律规范调整。就是说，集体所有权不是共有权。

[引申]

从一定的层面观察，所有权的内容可被分为对标的物管理的权能和从标的物收益的权能。这在共有场合表现得十分明显。因为即使在共同共有的场合，虽然收益权能一般也分属于各个共有人，但由于管理权能或多或少地需要全体共有人的协作，收益权能和管理权能在形式上是分离的。当然，在这种共同共有管理中，全体共有人的协作可以有强弱不同的种种形态：或需要全体共有人的同意，或按人数或份额取多数决，或根据共有人中一部分人的意思来决定。但是，无论哪种情形，都是共有人之间的团体规则起着决定作用。换言之，在共有中，共有人之间一般都或多或少地存在着团体的结合关系，此种结合关系决定着共有物的管理权能。因此，根据共有人之间结合关系的强弱，对各个共有人管理权能的团体约束力的强弱也不同。而且，在共有的形态中，是个人色彩强烈，还是团体色彩强烈，主要根据对共有物管理的团体约束力的强弱来决定。当然，即使对共有关系中收益权能的实现，团体约束力也并非全然不起作用。收益的比例、方法、时间等均依管理权能决定，所以，在这种限度下受约束。不过，在依管理权能各自所分离的范围内，可以说各个共有人的收益权能仍然作为个人的收益权能，分属于各个共有人。[278]

二、共有的类型

按照《民法典》规定，共有包括按份共有和共同共有（第297条后段）。但实际上，有些共有既有按份共有的属性，也有共同共有的色彩。例如合伙，各合伙人出资形成的共有为按份共有，盈利的分配和风险的承担也时常以份额为基准。就此看来，合伙具有按份共有的性质。不过，在事务管理等方面，各个合伙人具有共同的平等的权利，又体现出共同共有的色彩。不妨称其为混合共有。再加上准共有，可以说现行法上的共有共计四类。本释评书主要介绍和阐释共同共有、按份共有及准共有。共同共有和按份共有存在着如下区别。

1.成立的原因不同。共同共有的成立，以共有人之间存在着共同关系为前提；而按份共有却无须如此。

2.权利享有和义务承担上不同。在按份共有关系中，共有人依其应有份额（应有部分）享有权利和承担义务（《民法典》第298条）；而共同共有人的权利及于共有物的全部而不局限于某一部分，各个共有人对共有物不分份额地共同享有权利和承担义务（《民法典》第299条）。

3.分割的限制上不同。在共同关系存续期间，共同共有人不得请求分割共有物，除非共有基础丧失或有重大理由确需分割共有物（《民法典》第303条后段）；而在按份共有场合，共有人可以随时

请求分割共有物，但共有人约定不得分割共有物，以维持共有关系的，应依其约定，共有人若有重大理由需要分割的，可以请求分割（《民法典》第303条前段）。需要注意，在建筑物区分所有权中的按份共有场合，诸如绿地、屋顶、外墙、电梯、走廊等按份共有，业主不得任意请求分割。

4.对共有物的管理不同。在按份共有场合，除非法律另有规定或合同另有约定，对共有物的简易修缮和保存行为，共有人可以单独实施；一般的改良行为则在获得共有人过半数或应有部分合计过半数的共有人的同意后，才可为之^[279]；对于改建区分所有的建筑物及其附属设施，《民法典》规定应当经过参与表决专有部分面积3/4以上的业主且参与表决人数3/4以上的业主同意（第278条第2款中段）。在共同共有场合，对共有物的管理应得到全体共有人的同意，除非法律另有规定或当事人另有约定。

5.对共有物的处分不同。在按份共有场合，各个共有人得自由处分其份额（应有部分），除非法律另有规定或当事人另有约定；而在共同共有场合，则无份额（应有部分）的处分可言。^[280]

6.存续期间不同。共同共有的存续取决于共同关系的存在，婚姻关系、家庭关系等共同关系较为稳定，共同共有的存续期间也较长；而按份共有关系，就其本质而言，具有暂时性。^[281]

既然按份共有和共同共有存在着较大的差异，关系着共有人的权利义务，应予特别注意。共有人对共有物没有约定为按份共有或共同共有，或者约定不明确的，除共有人具有家庭关系等外，视为按份共有。这是《民法典》第308条的明文规定，具有区分情况而推定共有类型的思想。它与《关于民法通则的意见》第88条关于“对于共有财产，部分共有人主张按份共有，部分共有人主张共同共有，如果不能证明财产是按份共有的，应当认定为共同共有”的规定不尽一致。由于《关于民法通则的意见》随着《民法典》的生效而被废止，特别是该第88条失效的时间点更早，故共有类型推定应以《民法典》第308条的规定为准。实际上，《民法典》第308条的规定也更具合理性，因为共有人对按份共有抑或共同共有尚无约定或约定不明，可能发生在无共同关系场合。于此场合，如果遵循《关于民法通则的意见》第88条的规定，因无约定或约定不明而推定为共同共有，显然违背了共同共有必以共同关系为基础的本质属性。此其一。即使存在着共同关系，现代发展趋势也有条件地承认按份共有，夫妻分别财产制、某些立法例关于合伙人出资的财产为按份共有、建筑物区分所有权制度中的相当类型的共有等，均为其表现。既然如此，动辄推定为共同共有有些僵硬，未完全跟随发展潮流。此其二。对于以家庭关系、夫妻关

系等作为基础关系的共有，在无约定或约定不明时，推定为共同共有；而对不存在共同关系作为基础关系的共有，在无约定或约定不明时，推定为按份共有，使共有制度与实际生活需要相匹配，值得赞同。此其三。共同共有制度对于各个共有人的限制较多，不利于共有法律关系的简化，除非必要，不宜推定为共同共有。

第二百九十八条

按份共有人对共有的不动产或者动产按照其份额享有所有权。

本条主旨

本条是关于按份共有的规定。

相关条文

《民法通则》第78条第2款中段 按份共有人按照各自的份额，对共有财产分享权利，分担义务。

《物权法》第94条 按份共有人对共有的不动产或者动产按照其份额享有所有权。

理解与适用

本条是对《物权法》第94条的复制，确立了按份共有的基本规则。

一、按份共有及份额概述

按份共有，又称分别共有，是指两个或两个以上的共有人，按照各自的份额，对共有财产享有权利，承担义务的共有关系。

与共同共有相比，按份共有最显著的特征在于，各按份共有人对于共有物享有一定的份额。所谓份额，又称“应有部分”，日本民法称作持分，是各个共有人对共有物所得行使权利的比例^[282]，是对共有物的所有权在量上应享有的部分。^[283]它是抽象的，是份数上的量的划分，不是对共有物所有权的质的分割，亦非对共有物所有权的权能的划分，而不局限于共有物的某特定部分，抽象地存在于共有物的任何微小的部分上。它是各按份共有人对于共有财产在分量上应享有的部分。^[284]

[拓展]

关于份额（应有部分）的性质，存在着不同的认识。（1）实在的部分说：共有物确有实在的部分存在，各个共有人在其实在的部分上各享有一个所有权。（2）理想的分割说：各个共有人在其标的物上为理想的部分的分割，各自享有一个所有权。（3）内容分属说：所有权的各种作用可分别由共有人享有。（4）计算的部分说：所有权有金钱计算的价格，共有人按其价格比例共有所有权。（5）权利范围说：因一物由数人共享所有权，故为避免行使权利的冲突，不得不确立一定的范围，以使各共有人在其范围内享有权利。该范围，即各个共有人的应有部分。权利范围说现为通说。^[285]

份额（应有部分）的分量虽不如所有权的大，但其内容、性质和效力与所有权无异，只是各按份共有人行使权利受该份额的限制而已。各按份共有人可以处分其应有部分，也可以在其应有部分设立负担（如设立抵押权），其应有部分受法律保护。^[286]某按份共有人转让其应有部分时，其他共有人在同等条件下享有优先购买权（《民法典》第305条）。

份额（应有部分）可以是等份的，也可以是不等份的。例如，甲乙丙三人按份共有一辆价值15万元的轿车，可以是每位共有人享有5万元的份额（应有部分），也可以是甲享有8万元的份额（应有部分），乙享有3万元的份额（应有部分），丙享有4万元的份额（应有部分）。

份额（应有部分）的多少，通常依共有发生的原因确定，即（1）基于当事人的意思而发生的按份共有，份额（应有部分）依其意思确定。（2）基于法律的直接规定而成立的按份共有，份额（应有部分）依法律规定确定。^[287]

两个或两个以上的民事主体共有一项不动产或准不动产的，不动产登记簿上不应仅仅记载一名共有人，而应记载全体共有人，并由登记机构发给不动产权属的共有证书。实务中，相当多的房屋所有权证、建设用地使用权证仅仅记载一名共有人，容易损害其他共有人的合法权益，第三人善意取得共有房屋所有权场合即为一例，应予纠正。

二、按份共有人依其份额享有所有权

各个共有人按其份额（应有部分）对共有物的全部，而非特定部分，享有所有权，包括使用、收益之权。但需注意，该用益权虽然覆

盖共有物的全部，但因共有的缘故，其行使则必须按份额（应有部分）为之。所谓按份额（应有部分）为之，是指各个共有人行使用益权必须受份额（应有部分）的限制，亦即行使用益权不得影响其他共有人按其份额（应有部分）所可以行使的用益权。若未按份额（应有部分）使用时，其他共有人可视具体情况而主张有关权利，如所有物返还请求权、排除妨害请求权、不当得利返还请求权、侵权损害赔偿请求权。^[288]

第二百九十九条

共同共有人对共有的不动产或者动产共同享有所有权。

本条主旨

本条是关于共同共有的规定。

相关条文

《民法通则》第32条 合伙人投入的财产，由合伙人统一管理和使用。

合伙经营积累的财产，归合伙人共有。

第78条第2款后段 共同共有人对共有财产享有权利，承担义务。

《物权法》第95条 共同共有人对共有的不动产或者动产共同享有所有权。

《婚姻法》第17条 夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：

- （一）工资、奖金；
- （二）生产、经营的收益；
- （三）知识产权的收益；
- （四）继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外；
- （五）其他应当归共同所有的财产。

夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。

《妇女权益保障法》第47条 妇女对依照法律规定的夫妻共同财产享有与其配偶平等的占有、使用、收益和处分的权利，不受双方收入状况的影响。

夫妻书面约定婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有，女方因抚育子女、照料老人、协助男方工作等承担较多义务的，有权在离婚时要求男方予以补偿。

《关于民法通则的意见》第88条 对于共有财产，部分共有人主张按份共有，部分共有人主张共同共有，如果不能证明财产是按份共有的，应当认定为共同共有。

第89条 共同共有人对共有财产享有共同的权利，承担共同的义务。在共同共有关系存续期间，部分共有人擅自处分共有财产的，一般认定无效。但第三人善意、有偿取得该财产的，应当维护第三人的合法权益；对其他共有人的损失，由擅自处分共有财产的人赔偿。

理解与适用

本条是对《物权法》第95条的复制，确立共同共有的核心规则。

一、共同共有的概念分析

按照本条规定，共同共有，是指数人基于法律的规定或合同的约定而形成某一共同关系，他们基于该共同关系而对共有物共同享有所有权的现象。

较之按份共有，共同共有最大的特色在于，它以共有人之间存在着共同关系为产生和存续的前提，共有人对共有物所享有的权利和所承担的义务不取决于份额，而具有平等性。

二、共同共有的类型

（一）基于夫妻关系而产生的共同共有

基于夫妻关系而产生的共同共有，是指于夫妻双方婚姻关系存续期间所取得的财产，未约定归各自所有或部分归各自所有、部分属于共同所有的，或者虽有此种约定但不甚明确的，便形成共同共有。夫妻双方于其婚姻关系存续期间取得的财产，可以是工资、奖金、劳务报酬，也可以是生产、经营投资的收益，还可以是基于知识产权所取

得的收益，或是因继承或赠与所得的财产（《民法典》第1062条）。但是，《民法典》第1063条规定的情形，即一方的婚前财产，一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用，遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产，一方专用的生活用品，其他应当归一方的财产，属于个人的财产，而非共同共有的财产。

（二）基于家庭生活关系而产生的共同共有

基于家庭生活关系而产生的共同共有，即家庭共有财产，是指家庭成员在家庭生活关系存续期间共同创造、共同所得，用于维持家庭成员共同生产、生活的财产。家庭共有财产不同于家庭财产，后者除包括前者之外还包括家庭成员的个人财产。

这里所谓的家庭，可能是仅由夫妻与其子女组成的小家庭，也可能是由祖父母、外祖父母、子女、孙子女等组成的大家庭。究竟何指，需要根据具体情况加以判断。

一项或几项财产是否属于家庭共同共有的财产，需要根据财产的来源、用途等因素予以确定。如果是家庭成员共同劳动所得且用于维护整个家庭的生产或生活的财产，就属于家庭共有财产。否则，不能认定为家庭共有财产。

（三）基于继承关系而产生的共同共有

被继承人死亡后，遗产分割前，全体继承人对于该遗产享有共同共有权。

（四）关于建筑物区分所有权关系中的共有属性

建筑物区分所有权中的共有部分，按份共有居多（《民法典》第283条等），但某些不公摊到区分所有的建筑物面积当中的共有部分，例如，建筑规划区内的道路、他人赞助的露天健身器材等，及某些建筑规划区内的幼儿园、小学校，作为共同共有更符合客观实际。如此，也出现了新类型的共同共有。

（五）关于合伙财产的共有属性

关于合伙人对于合伙财产究竟是按份共有还是共同共有，理论上有不同的看法。一种观点认为，合伙财产属于按份共有，理由在于：首先，共同共有是不能划分份额的，而在合伙财产中，实际上是按照投资比例划分份额的；其次，按份共有是按照自己的份额享有共有财产的收益，而合伙人对收益的分配也主要是按照投资比例确定的。另

一种观点认为，合伙关系存在期间，合伙人对于合伙财产为共同共有。因为合伙财产符合共同共有的特征。首先是共同管理，个人不得处分；其次是在共有关系解除之前，不得请求分割共有财产。无论是合伙企业还是没有成立合伙企业的合伙，合伙人对于合伙财产都应当是共同共有关系，否则既抹杀了合伙企业财产的独立性，也不利于合伙关系的维持。^[289]这种观点较为符合《合伙企业法》第20条、第21条的下述规定：合伙企业存续期间，合伙人的出资、以合伙企业名义取得的收益和依法取得的其他财产，均为合伙企业的财产。合伙人在合伙企业清算前，除非法律另有规定，否则不得请求分割合伙企业的财产。

第一种观点描述的是合伙人出资形成合伙财产的性质、状态，第二种观点描述的是合伙运营所获收益的性质、状态，以及各个合伙人管理合伙财产的权利状态，均有所据，但不够全面，不如综合起来，把合伙财产看作混合的共有，较为符合实际。

三、共同共有人对共有物享有平等的所有权

在共同关系存续期间，各个共有人对共有物共同享有所有权（《民法典》第299条），其权利及于共有物的全部，而不局限于共有物的特定部分。

第三百条

共有人按照约定管理共有的不动产或者动产；没有约定或者约定不明确的，各共有人都有管理的权利和义务。

本条主旨

本条是关于共有物管理权的规定。

相关条文

《物权法》第96条 共有人按照约定管理共有的不动产或者动产；没有约定或者约定不明确的，各共有人都有管理的权利和义务。

理解与适用

一、总说

本条是对《物权法》第96条的复制，前段贯彻意思自治原则，其

意思是，共有人约定各个共有人平等地管理共有物的，依其约定（共同共有关系的管理模式）；共有人约定按照份额管理共有物的，同样依其约定（按份共有关系的管理模式）；共有人约定除前两种以外的管理共有物的其他方式的，仍然依其约定。后段奉行的是共有人平等地管理共有物的原则（共同共有关系的管理模式），但设有前提——共有人对管理共有物没有约定或者约定不明确。

二、按份共有人对共有物的管理

（一）概述

数人共有一物，如何对共有物管理，是按份共有的核心问题。广义的管理包括对共有物的处分、保存、改良、使用、收益等。^[290]使用、收益在释评《民法典》第240条时已经讨论过，应被排除。处分，《民法典》将其与管理并列，专门规定（第301条），亦应除去。这有其道理，原因在于，保存和改良原则上均系为共有人的共同利益而为，与处分常常损害共有人的权益不同。于是，此处所谓管理是狭义的，包括保存行为、改良行为和利用行为。^[291]《民法典》第300条规定的对共有物的管理，即指此义。

共有人就共有物的管理有约定的，据此约定管理共有物（《民法典》第300条前段）；没有约定或约定不明确的，各个共有人都有管理的权利和义务（《民法典》第300条后段）。

此处所谓共有人关于共有物管理的约定，是指全体共有人之间就共有物的使用、收益或管理方法等事项而订立的协议。它包括全体共有人订立的分管协议。

所谓分管协议，又叫分管契约，是指全体共有人之间约定各自分别占有共有物的特定部分而实施管理的协议。^[292]分管契约的成立应由共有人全体以协议订立，明示或默示都可以，不以采取书面为必要，其内容为分别占有共有物的特定部分而为管理。它所约定占有共有物的特定部分，不以按份额（应有部分）换算的为限，较应有部分换算为多或少，均无不可。部分共有人未占有共有物，甚至将部分共有物交给第三人使用、收益，也被允许。再者，管理的态样不限于共有物的使用、收益，将自己分管的部分出租给他人，也在管理所允许的范围。^[293]中国大陆的现行法尚未规定分管协议，可以借鉴中国台湾地区的规则。

[引申]

分管契约乃物权关系上关于共有物管理的约定，性质上属于债权契约。其对内效力为，共有人有权依分管内容就共有物的分管部分取得管理权能，可以实施分管契约范围内的管理行为等。在对外效力方面，分管契约仅具有债权的效力，本无对抗第三人的效力，何况法律既然没有规定应有部分的受让人应当受分管契约的拘束，那么，在理论上，分管契约并不当然随着应有部分的转让而移转于受让人。也就是说，应有部分的受让人并不受前手所订立的分管契约的约束，除非当事人另有约定。^[294]但在实务中，为了避免共有人在订立分管协议后，任意将应有部分转让给他人，导致对原有分管状态和效力的破坏，有失公平，于是有判例认为各个共有人和其他共有人订立分管契约后，转让应有部分与第三人的，分管契约对于受让人仍继续存在。^[295]这是因为分管契约系共有人之间关于共有物管理的约定，与各个共有人的应有部分确有不宣分离的关系，若分管契约不得对应有部分的受让人主张，而仅能向让与人请求债务不履行的损害赔偿，亦无济于分管契约解体，显然不当。^[296]但是，中国台湾地区“司法院”释字第349号解释认为，上述判例就维持法律秩序的安定性而言固有其必要，唯应有部分的受让人若不知悉有分管协议，也不可得知的情形，受让人仍受让与人所定分管契约的拘束，有使善意第三人受不测损害之虞，与“宪法”保护人民财产权的意旨有违，上述判例在此范围内，嗣后不再援用。^[297]

（二）保存行为

共有物的保存行为，是指以防止共有物的灭失、毁损或其权利丧失、受到限制等为目的，维持其现状的行为。共有物的简易修缮即属于保存行为。例如，暴雨来袭之际共有房屋的屋顶破损急需修补，此时某一共有人对之加以修缮的行为就属于保存行为。它所需费用往往比较少，对于全体共有人有利无害，且多属较为急迫的行为，因此共有人可无须经过其他共有人的同意而实施（《民法典》第300条）。

（三）改良行为

共有物的改良行为，是指不变更共有物的性质，而增加其效用或价值的行为。例如，在准共有场合，开垦共同承包的荒地使之成为良田。对共有物的重大修缮即属于改良行为。

对于共有物的重大修缮，《民法典》第301条规定，共有人之间有约定的，依其约定；若无约定，应当经占份额2/3以上的按份共有人同意。这是因为，对共有物进行重大修缮，需要支出大笔费用，且时常并非相当急迫，因此该费用在没有得到按份共有人的同意前，令其分摊显然是不公正的。

（四）利用行为

共有物的利用行为，是指以满足共有人共同需要为目的，不变更共有物的性质，决定其使用、收益的方法的行为。例如，决定将共有房屋出租或出借于他人，即属对共有物的利用。

对共有物的利用，共有人有约定的，依其约定；无约定的，应当由全体共有人共同管理；不能共同管理时，分割共有物，消灭共有关系。

[辨析]

此所谓“利用行为”，与对共有物的使用、收益，有何区别？本释评书赞同这样的意见：所谓对共有物的使用、收益，是指共有人对其份额（应有部分）的利用，是实际的利用；而此处的利用行为则是指共有人决定共有物的利用方法的行为，是一种决策行为。后者是前者的前提。此其一。在决定共有物的利用方法时，若共有人之间既无约定也达不成一致意见的，可类推适用《民法典》第301条关于“处分共有的不动产或者动产以及对共有的不动产或者动产作重大修缮、变更性质或者用途的，应当经占份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人同意，但是共有人之间另有约定的除外”的规定。这是因为，如果仅仅由于各个共有人就共有物的利用方法达不成一致意见就分割共有物，一则未必符合共有人的意志（例如房屋共有人都想维持共有关系，但是就该房屋应分割出租还是整体出租达不成一致意见），二则容易导致共有关系过于脆弱。^[298]此其二。

三、共同共有人对共有物的管理

在共同关系存续期间，各个共有人对共有物共同享有所有权（《民法典》第299条），其权利及于共有物的全部，而不局限于共有物的特定部分。

这一点既说明共同共有人在共同共有关系中并不像按份共有那样存在所谓的份额（应有部分），也足以表明共同共有是多个人共同享有一项所有权的实质。

立法例及其理论通常都确认各个共同共有人对于共有物享有平等的权利，但是实践中共同共有人如何对共有物进行具体的管理，通常看当事人的约定。如果当事人没有约定或约定不明，那么各个共同共有人都有管理的权利和义务（《民法典》第300条）。例如，法释〔2001〕30号第17条明确规定，《婚姻法》第17条关于“夫或妻对夫

妻共同所有的财产，有平等的处理权”的规定，应被理解为：（1）夫或妻在处理夫妻共同财产上的权利是平等的。因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有权决定。（2）夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。

第三百零一条

处分共有的不动产或者动产以及对共有的不动产或者动产作重大修缮、变更性质或者用途的，应当经占份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人同意，但是共有人之间另有约定的除外。

本条主旨

本条是关于共有物的处分和重大修缮有门槛规定的规定。

相关条文

《物权法》第97条 处分共有的不动产或者动产以及对共有的不动产或者动产作重大修缮的，应当经占份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人同意，但共有人之间另有约定的除外。

《关于民法通则的意见》第89条 共同共有人对共有财产享有共同的权利，承担共同的义务。在共同共有关系存续期间，部分共有人擅自处分共有财产的，一般认定无效。但第三人善意、有偿取得该财产的，应当维护第三人的合法权益；对其他共有人的损失，由擅自处分共有财产的人赔偿。

理解与适用

一、总说

本条在承继《物权法》第97条的基础上又有完善，增补对共有的不动产或者动产“变更性质或者用途的”也需要高门槛。本条的但书高倡意思自治原则：共有人对于共有物的处分和重大修缮有约定的，依其约定；本条的正文宣明处分和重大修缮共有物事关重大，不仅直接影响每个业主的切身利益，会使建筑区划内的建筑物及其附属设施发生重大改变，还可能酝酿着危险，甚至可能改变住宅小区的文化、风气、秩序，故设高门槛，“应当经占份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人同意”。

二、按份共有关系中的处分共有物

对共有物的处分，有的立法例（如中国台湾地区“民法”第819条）规定需要全体共有人的同意。但在实践中经常会出现全体共有人就共有物的处分无法达成一致的情形，结果影响了共有物的处分，不尽符合效率原则。有鉴于此，《物权法》放宽了按份共有人对共有物处分的限制，于第97条规定，处分共有物，只要经过占份额2/3以上的按份共有人的同意即可，除非当事人对此另有约定或法律另有规定。之所以要求占份额2/3以上的按份共有人同意，是因为在按份共有中，共有人是按照其份额就共有财产享有权利或承担义务的，所以既然采取多数决原则，就应当经过占份额2/3以上的共有人而非共有人的2/3以上同意。这有道理，《民法典》予以承继（第301条）。

某个或几个按份共有人未经其他共有人的同意而擅自处分共有财产，构成无权处分。按照《民法典》第597条及法释〔2009〕5号第15条的规定，合同的效力不受其他共有人追认与否的影响。在物权变动的效力方面，在符合《民法典》第311条第1款的规定时，善意取得共有物。

占份额2/3以上的共有人同意出卖共有物，实际上是出卖各个共有人份额（应有部分）的总和。从另一个视角观察，只要不同意出卖共有物的按份共有人愿意保留对共有物的所有权，就意味着其愿意购买同意出卖共有物的按份共有人的份额（应有部分）。于此场合，同意出卖共有物的按份共有人应负有强制缔约义务，将其份额（应有部分）出卖给不同意出卖共有物的按份共有人；换言之，不同意出卖共有物的共有人，对同意出卖的共有人所持份额（应有部分）的出卖，应当享有优先购买权。此种对共有物的优先购买权，在性质、同等条件、通知义务等各方面，应当相同于按份共有人对份额（应有部分）的优先购买权。^[299]

[论争]

对此，有相反的意见：（1）从解释论的角度来说，似不宜认为不同意出卖共有物的共有人对同意出卖共有物的共有人所持份额（应有部分）享有优先购买权，因为优先购买权只能来源于法律的直接规定或当事人的约定，而《物权法》并无此类规定，当事人通常也没有此类约定。（2）从理论上来说，占份额2/3以上的共有人同意出卖共有物时，仅仅是就共有物的处分问题作出了一个基本决策，未必确定具体的出卖价格，通常也没有与买受人订立合同，甚至根本不知道会卖给谁（例如，在实务中，很可能是在共有人同意出卖共有物之后，才开始去寻找买受人或进一步商量出卖的价格、方式等内容）。在这

种情况下，即便（从立法论的角度）承认不同意出卖的共有人对同意出卖者的份额（应有部分）享有优先购买权，也会因无法确定交易的“同等条件”而难以行使优先购买权。（3）从逻辑上来说，占份额2/3以上的共有人所同意的乃是出售整个共有物，而非出售自己的份额（应有部分）。于此情形，若为保护不同意出售者的利益，在立法上赋予其优先购买整个共有物的权利（然后再将价金依份额分配给全体共有人），在逻辑上可以说得通；但若在立法上赋予其优先购买其他同意出售者的份额（应有部分）的权利，在逻辑上就难以自圆其说，因为其他赞同出售者并未表示要出售自己的份额（应有部分），而仅仅表示同意出售整个共有物。^[300]上述观点，同样适合于《民法典》。

三、按份共有关系中对共有物作重大修缮、变更其性质或用途

如同上文所述，对共有物作重大修缮属于改良行为，但变更共有物的性质则非改良行为，颇有将此物变成彼物的意味，这显然较大地甚至根本地影响着共有人的切身利益。至于改变共有物的用途，涉及共有物的使用寿命、能否获利或获利多寡，也明显地影响着共有人的切身利益。由此决定，需要慎重行事，本条采取的对策是“应当经占份额三分之二以上的按份共有人”“同意”。

四、共同共有关系中的处分共有物

共同共有人对共有物享有平等的权利，本条据此规定，在共同共有关系存续期间，对共有物的处分应当得到全体共有人的同意，除非共有人另有约定。

五、共同共有关系中对共有物作重大修缮、变更其性质或用途

如同上文所述，对共有物作重大修缮、变更其性质或用途，涉及共有物的使用寿命、能否获利或获利多寡，明显地影响着共有人的切身利益，加上共同共有人对共有物享有平等的权利这种共同共有的特性，本条规定应经全体共有人同意。

当然，如果是对共有物进行保存或简单的修缮，则无须经过全体共同共有人的同意。还有，夫妻为了日常生活的需要而处分价值额不大的共有物时，无须征得另一方的同意（法释〔2001〕30号第17条第1项），但处分房地产等价值额很高的共有物时，必须有配偶另一方的书面授权。

第三百零二条

共有人对共有物的管理费用以及其他负担，有约定的，按照其约定；没有约定或者约定不明确的，按份共有人按照其份额负担，共同共有人共同负担。

本条主旨

本条是关于共有物的费用如何负担的规定。

相关条文

《物权法》第98条 对共有物的管理费用以及其他负担，有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，按份共有人按照其份额负担，共同共有人共同负担。

理解与适用

本条是对《物权法》第98条的复制，其中所谓对共有物的管理费用，包括因共有物的保存、改良和利用所产生的费用；所谓其他负担，包括各种税款、保险费以及因共有物致人损害所支付的赔偿金。

共有物的管理费用和其他负担，合称共有物的费用。它们如何被负担？本条规定：共有人之间有约定的，依其约定；没有约定或约定不明确的，在按份共有关系的场合，由各个共有人按其份额分摊；在共同共有关系中，共同共有人共同负担。

本条规定贯彻了三项原则：一是区分共有的类型而可能有不同的负担规则；二是意思自治原则起决定性作用；三是贯彻权利和义务相一致原则。

所谓意思自治原则起决定性作用，是指不论哪种共有关系，不管费用的种类和产生的原因，只要共有人之间对费用的负担有约定，就都依其约定。

在共有人之间没有约定如何负担费用的情况下，必须区分共有的类型，然后根据类型确定费用负担的规则。本条规定在按份共有关系中按照共有人占有共有物的份额依比例确定负担数额，这正与共有人依其份额分享共有物产生的利益相匹配。本条还规定，在共同共有关系中，共同共有人共同负担共有物产生的费用，这也与共同共有人在共有关系中平等地享有权利相匹配。

无论是按份共有中的按照份额负担，还是共同共有中的共有人共同负担，都是权利和义务相一致原则的落实、体现。

第三百零三条

共有人约定不得分割共有的不动产或者动产，以维持共有关系的，应当按照约定，但是共有人有重大理由需要分割的，可以请求分割；没有约定或者约定不明确的，按份共有人可以随时请求分割，共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割。因分割造成其他共有人损害的，应当给予赔偿。

本条主旨

本条是关于共有物分割原则的规定。

相关条文

《物权法》第99条 共有人约定不得分割共有的不动产或者动产，以维持共有关系的，应当按照约定，但共有人有重大理由需要分割的，可以请求分割；没有约定或者约定不明确的，按份共有人可以随时请求分割，共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割。因分割对其他共有人造成损害的，应当给予赔偿。

《合伙企业法》第21条 合伙人在合伙企业清算前，不得请求分割合伙企业的财产；但是，本法另有规定的除外。

合伙人在合伙企业清算前私自转移或者处分合伙企业财产的，合伙企业不得以此对抗善意第三人。

《关于民法通则的意见》第54条 合伙人退伙时分割的合伙财产，应当包括合伙时投入的财产和合伙期间积累的财产，以及合伙期间的债权和债务。入伙的原物退伙时原则上应予退还；一次清退有困难的，可以分批分期清退；退还原物确有困难的，可以折价处理。

第90条 在共同共有关系终止时，对共有财产的分割，有协议的，按协议处理；没有协议的，应当根据等分原则处理，并且考虑共有人对共有财产的贡献大小，适当照顾共有人生产、生活的实际需要等情况。但分割夫妻共有财产，应当根据婚姻法的有关规定处理。

第91条 共有财产是特定物，而且不能分割或者分割有损其价值

的，可以折价处理。

理解与适用

一、总说

本条是对《物权法》第99条的复制，在按份共有关系中分割共有物与否贯彻意思自治原则，但承认有例外；在共同共有关系中，分割共有物与否基本上取决于共同关系是否存续。

二、按份共有关系中的共有物分割

1.本条开宗明义：“共有人约定不得分割共有的不动产或者动产，以维持共有关系的，应当按照约定”。这既是贯彻意思自治原则的当然结论，又反映了共有关系的稳定与共有物的整体保有和运行的要求，还是保护共有人权益的体现。倘若允许共有人对共有物随意分割，可能害及甚至阻碍共有物发挥正常的功效，这在共有物属于不可分物时尤其如此，结果是损害其他共有人的合法权益。

2.凡事不宜绝对化，共有物的保有和运行也是如此，有时共有物的分割是事物发展进程中的需要，或是不得已而为之的。即使共有人事先约定共有物不得分割，也不得阻止必要的共有物分割。有鉴于此，本条随即设有但书：“共有人有重大理由需要分割的，可以请求分割”。所谓重大理由，是指分割共有物对于共有人具有重要的法律上和生活上的利益，若不分割共有物会严重损害某一或某些共有人的利益。^[301]例如，甲和乙各出资120万元购买了一套房屋，双方约定5年之内不得分割该共有物，以便等待住房升值。但是，两年后甲的妻子患重病急需钱治病，即属重大理由，此时甲有权请求分割该住房。但如果甲为了购买奔驰车请求分割该住房，则不属于有重大理由。^[302]

3.共有人没有约定不得分割共有物或约定不明确的，按份共有人可以随时请求分割共有物（《民法典》第303条中段）。

[反思]

鉴于如同上文所述的共有物的整体保有重要，分割共有物可能带来负面结果，甚至导致共有关系的破裂和终结，本条中段不加限定地允许按份共有人可以随时请求分割共有物，弊大于利。应该增加些限制分割的条件，如请求分割共有物不得违背诚信原则及禁止权利滥用原则，不得违背法律、法规、一定位阶的规章关于禁止分割某物的规定，不得违反共有协议、合伙章程等法律文件规定的共有物保有和存

续的期间等。

4.因分割共有物而对其他共有人造成损害的，请求分割的共有人应当对此承担赔偿责任（《民法典》第303条后段）。

[反思]

有必要指出，既然按照本条中段的规定，按份共有人在没有约定或约定不明时有权随时请求分割共有物，其他共有人负有容忍分割的义务，那么不宜称行使此种权利会给其他共有人造成损害。不然，动辄令请求分割共有物者承担损害赔偿，意味着阻碍甚至禁止其行使分割共有物的权利。有鉴于此，对本条后段的适用范围应予限缩，即按份共有人只有在以悖于善良风俗的方式行使分割共有物的权利而损害其他共有人时，才对由此造成的损害承担赔偿责任。也就是说，不能仅仅以存在分割共有物的行为和其他共有人有损害这两项要件而令请求分割的共有人承担责任。^[303]

共有人请求分割共有物的权利，不是请求其他共有人同意分割共有物的权利，而是某个或某些共有人请求分割属于自己的份额（应有部分）的权利，性质上为形成权，并非请求权，不适用诉讼时效制度。^[304]当然，也有反对说。^[305]

关于共有物的分割方式，按照《民法典》第304条第1款的规定，首先由当事人协商确定。如果当事人就此达不成协议，共有物可以分割且不会因此减损其价值的，应当对实物予以分割；难以分割或因分割会减损其价值的，应当将共有物折价、拍卖或变卖，就其价款予以分割。

三、共同共有关系中的共有物分割

本条后段的规范意旨是，对共同共有物原则上不得分割。这是因为，共同共有是基于一定的共同关系而产生的，共有物也是以维持这种共同关系的存在为目的的。在共同关系仍然存在之时，如果允许共同共有人可以随时请求分割共有物，势必会破坏这种共同关系的存续。即使就某个共有物来说，在该共有物为不可分之物时，分割共有物可能降低该物的价值甚至毁灭该物。

所谓共同共有的基础丧失，如夫妻财产的共同共有场合，婚姻关系被解除；再如，合伙财产场合，合伙被解散。所谓重大理由，例如，在婚姻关系存续期间，夫妻双方约定由原来的夫妻共同财产制，改变为夫妻分别财产制。^[306]

还有，《合伙企业法》第21条第1款规定：“合伙人在合伙企业清算前，不得请求分割合伙企业的财产；但是，本法另有规定的除外。”这个“本法另有规定的除外”，指的是依法退伙等情形。如《合伙企业法》第48条第1款的规定。这也表明了共同共有物原则上不得分割的精神。

因分割共有物而对其他共有人造成损害的，请求分割的共有人应当对此承担赔偿责任（《民法典》第303条后段）。

第三百零四条

共有人可以协商确定分割方式。达不成协议，共有的不动产或者动产可以分割且不会因分割减损价值的，应当对实物予以分割；难以分割或者因分割会减损价值的，应当对折价或者拍卖、变卖取得的价款予以分割。

共有人分割所得的不动产或者动产有瑕疵的，其他共有人应当分担损失。

本条主旨

本条是关于共有物分割方式以及分割致损的分担规则的规定。

相关条文

《物权法》第100条 共有人可以协商确定分割方式。达不成协议，共有的不动产或者动产可以分割并且不会因分割减损价值的，应当对实物予以分割；难以分割或者因分割会减损价值的，应当对折价或者拍卖、变卖取得的价款予以分割。

共有人分割所得的不动产或者动产有瑕疵的，其他共有人应当分担损失。

《关于民法通则的意见》第90条 在共同共有关系终止时，对共有财产的分割，有协议的，按协议处理；没有协议的，应当根据等分原则处理，并且考虑共有人对共有财产的贡献大小，适当照顾共有人生产、生活的实际需要等情况。但分割夫妻共有财产，应当根据婚姻法的相关规定处理。

91 共有财产是特定物，而且不能分割或者分割有损其价值的，可以折价处理。

理解与适用

本条是对《物权法》第100条的复制。第1款规定了协议分割、实物分割、折价分割（或曰作价分割，下同）和变价分割四种方式，至于实际上采取何种分割方式，首先取决于共有人的合意；第2款规定了共有物因分割所致瑕疵的分担规则。

本条第1款开宗明义的共有人协商分割共有物，简称为协议分割方式，是需要全体共有人一致同意，还是实行多数决？法未明言，需要探讨。有学说、判例主张一致同意说。^[307]

本条第1款所谓“共有的不动产或者动产可以分割且不会因分割减损价值的，应当对实物予以分割”，规定了实物分割方式运用的前提条件之一是，共有人未就共有物的分割方式达成一致意见；前提条件之二是共有物系可分物。例如，共有物为3吨大米，三个共有人每人分得1吨大米。如果共有物系不可分物，即一旦分割就会减损物的价值甚至毁灭该物，或是在物理上无法分割，那么，就不得运用实物分割方式。

本条第1款所谓“难以分割或者因分割会减损价值的”“应当对折价”“予以分割”，就是人们常说的折价分割。该分割方式以共有物“难以分割或者因分割会减损价值”和共有人未就共有物的分割方式达成一致意见为前提条件。说白了，折价分割方式就是把共有物评估作价，由一位共有人或几位共有人取得该共有物的所有权，取得所有权之人向不取得该共有物所有权的共有人支付合理的钱款。当然，该条的措辞可以更明白无误些、更完美些，如改写为“难以分割或者因分割会减损价值的，可将其作价，共有物归属于共有人中的一人或者数人，取得共有物所有权者向其他共有人支付合理的钱款”。

本条第1款所谓“难以分割或者因分割会减损价值的”“应当对”“拍卖、变卖取得的价款予以分割”，就是人们常说的变价分割，指的是将共有物出卖与第三人，买受人支付的价款由各个共有人分享。例如，共有物是A楼，第三人买受A楼，付出3亿元人民币，各个共有人分取相应的款额。变价分割方式运用的前提条件同样是共有物“难以分割或者因分割会减损价值”和共有人未就共有物的分割方式协商一致。

[探讨]

观察本条的字面意思，它似乎在说共有物的分割方式完全取决于共有人之间的协商一致，只有协商不成时，才轮到三种分割方式在个案中的选取规则。笔者认为这过于绝对了，共有人的合意固然需要尊重，但其合意若不符合事物的本质，违背物的利用和处分规律，如共有人一致同意的分割方式会毁掉共有物，那么，就不应按照共有人之间的分割方式的合意行事。特别是，法律规定某种、某类的共有物不得分割实物的，如已经被确定为文物的A楼必须保有其原貌，也不得实物分割。有鉴于此，应当对本条前段所谓“共有人可以协商确定分割方式”的适用领域加以必要的限定，即其协商不得违反法律、法规甚至一定位阶的规章的强制规定，不得违背事理，不得违背物的利用和处分规律。

本条第2款所谓“共有人分割所得的不动产或者动产有瑕疵的，其他共有人应当分担损失”，盖有如下情形：（1）对于共有物采取折价分割的，实质上相当于取得共有物所有权之人作为买受人，其他共有人作为出卖人，将份额出卖给取得共有物所有权之人。如果该共有物存有质量瑕疵，则应当适用《民法典》第582条关于物的瑕疵担保责任的规定，相当于出卖人的其他共有人依其份额向取得共有物所有权的共有人承担物的瑕疵担保责任。（2）对于共有物采取折价分割，把共有物的数量或质量低估了，类似于买卖物的数量或质量存在瑕疵，若是其他共有人对此存在过错，那么，取得共有物所有权的共有人有权援用《民法典》第577条以下的规定，请求其他共有人依其份额承担违约责任；若是没有过错，则可以类推适用《民法典》第1186条的规定，取得共有物所有权的共有人有权请求其他共有人依其份额给予适当补偿。（3）对于共有物采取折价分割，但第三人对于该共有物享有权利的，如享有抵押权、用益物权甚至所有权，取得共有物所有权的共有人有权援用《民法典》第612条、第613条的规定，请求其他共有人承担权利瑕疵担保。（4）对于共有物采取实物分割的方式，某位或某几位共有人取得的分割物存在质量瑕疵，其他共有人取得的分割物无瑕疵，后者应向前者承担物的瑕疵担保责任。（5）对于共有物采取实物分割的方式，其后第三人对于共有物主张抵押权等权利，由此导致的费用（赔偿金可能是其中之一）由各共有人依其份额分担。（6）对于共有物采取变价分割的方式，无论是买受人向共有人就该物主张物的瑕疵担保还是第三人向共有人主张权利，各共有人都有义务依其份额分担相应的损失。

第三百零五条

按份共有人可以转让其享有的共有的不动产或者动产份额。其他

共有人在同等条件下享有优先购买的权利。

本条主旨

本条是关于共有人有权转让份额、其他共有人享有优先购买权的规定。

相关条文

《民法通则》第78条第3款 按份共有财产的每个共有人有权要求将自己的份额分出或者转让。但在出售时，其他共有人在同等条件下，有优先购买的权利。

《物权法》第101条 按份共有人可以转让其享有的共有的不动产或者动产份额。其他共有人在同等条件下享有优先购买的权利。

法释〔2016〕5号第9条 共有份额的权利主体因继承、遗赠等原因发生变化时，其他按份共有人主张优先购买的，不予支持，但按份共有人之间另有约定的除外。

第10条 物权法第一百零一条所称的“同等条件”，应当综合共有份额的转让价格、价款履行方式及期限等因素确定。

理解与适用

一、概说

本条是对《物权法》第101条的复制，前段规定共有人有权转让份额，后段规定其他共有人享有优先购买权、权利标的、权利行使的条件。

二、份额转让

本条前段赋权共有人可以转让其于共有物中的份额，即按份共有人依法将其在共有物中的份额让与他人。按份共有人转让其份额，且共有物为动产的，必须交付其份额，使受让人与其他共有人共同占有该动产。

由于共有人的份额是抽象的，除非按份共有人之间基于分管契约，作为让与人的共有人已经占有共有物的特定部分，否则，受让人不能请求交付共有物的特定部分。

按份共有人转让其份额，且共有物为不动产的，应当办理变更登记，否则，不发生份额（应有部分）让与的效力。

三、优先购买权的概念分析

本条后段规定按份共有人在转让其享有的共有物的份额时，其他共有人在同等条件下，享有优先购买的权利。这种优先购买权，在法国、德国、瑞士的民法上叫作先买权，中国台湾地区的立法及其理论称之为优先承买权或优先承受权。

优先购买权，为附有条件的形成权，即优先购买权人得依一方的意思表示，形成以义务人出卖与第三人同样条件为内容的合同，无须义务人的承诺。只是该项形成权附有停止条件，必须待义务人出卖标的物于第三人时，才可以行使。^[308]它是一种附条件的权利，一种技术性的、手段性的权利，并附从于基础法律关系的权利。^[309]共有人就份额所享有的优先购买权，就是一种附停止条件的权利，一种技术性、手段性的权利，附从于共有关系。

[拓展]

实际上，关于优先购买权的性质，学说存有分歧。一为订立买卖合同的请求权说。该说认为，优先购买权为订立买卖合同的请求权，是权利人得请求出卖人与自己订立买卖合同的权利，应其请求，出卖人有承诺的义务。^[310]依该说，优先购买权人所作以同等条件购买的意思表示只是要约，如出卖人拒绝承诺，则合同自不成立。此时，优先购买权人如何获得保护，不无疑问。^[311]二为债权的效力说。该说认为，优先承买权在性质上为请求权，仅具有债权的效力，如果买卖当事人之间已经办理了应有部分的移转登记，共有人即不得请求涂销该项登记。优先承买权的优先次序应在其他具有物权效力的优先购买权之后。^[312]该说的主要问题在于没有就是否承认优先购买权为形成权作出表态，特别是在应当阻止恶意受让人取得份额（应有部分）的依据方面，显得无能为力。这从下文关于其他共有人的优先购买权遭受侵害所导致的法律后果的研讨中可以清楚地看出来。三为物权取得权说。该说认为，优先购买权具有排他的效力，故为物权，但优先购买权既非用益物权，又非担保物权，而是属于形成权的物权取得权。^[313]该说一方面认为优先购买权为形成权，另一方面又承认它为物权，显然存在着冲突。^[314]更为要害的是，优先购买权不符合物权为支配权的根本属性，其自身对权利人而言也不具有实质性利益。仅仅凭借优先购买权的行使，往往不能取得物权，只有在动产为交付、不动产为登记之后，才能发生物权变动的结果。四为具有物权性质的债权期待权说。该说认为，如果第三人的条件比其他共有人的条件为

优，其他共有人的优先购买权就没有了。如果共有人不转让其份额，其他共有人的该项权利也仅仅是期待的。由于其他共有人不能直接支配拟转让的份额，不符合物权的支配性特点，故优先购买权不是物权，而为债权。但由于债权具有平等性，而优先购买权却使权利人有权优先签订买卖合同，故其应为物权化的债权，且为期待权。^[315]该说的不足如同前二种学说，为本释评书所不采。五为附有条件的形成权说，已如上述。

四、优先购买权规则的适用范围

按份共有人的优先购买权制度，仅仅适用于按份共有人向共有人之外的人转让其份额（应有部分）的场合。对此，法释〔2016〕5号已经明确：“按份共有人向共有人之外的人转让其份额，其他按份共有人根据法律、司法解释规定，请求按照同等条件购买该共有份额的，应予支持”（第12条第1款）。“按份共有人之间转让共有份额，其他按份共有人主张根据物权法第一百零一条规定优先购买的，不予支持，但按份共有人之间另有约定的除外”（第13条）。其道理在于，法律确立按份共有人就份额（应有部分）享有优先购买权，是为了减少共有人的数量，防止因外人的介入而使共有人内部关系复杂化，从而简化甚至消除共有物的共同使用关系，实现对共有物利用上的效率。^[316]如此，当某一共有人向另一共有人转让其份额（应有部分）时，是在减少共有人的数量和简化共有物的使用关系，不影响其他共有人的权益，故无必要赋予他们优先购买权。

[辨析]

法释〔2016〕5号第13条但书所谓“但按份共有人之间另有约定的除外”，即在共有人之间依其约定产生优先购买权，属于约定优先购买权，而非法定优先购买权，它不具有《物权法》第101条亦即《民法典》第305条规定的优先购买权那样的较为强大的效力。换句话说，它仅仅在共有人之间发生法律效力，不具有对抗其他人的法律效力。

应注意，按份共有人的优先购买权制度在适用范围上受有限制。例如，共有份额的权利主体因继承、遗赠等原因发生变化时，其他按份共有人主张优先购买的，不予支持，但按份共有人之间另有约定的除外（法释〔2016〕5号第9条）。这有其道理，阐释如下：

（1）共有人的优先购买权制度，无论就其文义还是规范意旨观察，都是作用于有偿转让财产（交易）领域的法律制度，无偿移转财产领域不存在共有人在同等条件下优先购买的问题。因此，将《物权法》第101条亦即《民法典》第305条关于“按份共有人可以转让其享有的

共有的不动产或者动产份额。其他共有人在同等条件下享有优先购买的权利”的规定中的“转让”与“共有人在同等条件下享有优先购买的权利”联系起来观察，只能得出此处所谓“转让”仅具有有偿转让之意的结论。而继承、遗赠都不是共有份额的有偿转让，故不适用《物权法》第101条亦即《民法典》第305条的规定。^[317]（2）遗赠和继承中的遗嘱继承，均非交易，而是无偿转让财产，施惠于人，这更应尊重立遗嘱人的意志。既然立遗嘱人意在将其遗产无偿地移转给中意的遗嘱继承人、受遗赠人，那么，法律没有理由违背立遗嘱人的意志，“逼迫”其将财产无偿地移转给另外的人，甚至是其不喜欢的人，除非遗嘱违背了公序良俗或违反了法律、行政法规的强制性规定。假如法律硬性规定共有人的优先购买权制度适用于继承、遗赠的领域，只要不涉及公序良俗、强制性规定，就是没有理由地违背立遗嘱人的意志，“逼迫”其将财产无偿地移转给另外的人，甚至是其不喜欢的人。其正当性值得怀疑。（3）法定继承制度的宗旨之一是，使遗产转归被继承人的有关血亲或配偶，倘若允许将优先购买权运用其中，导致作为遗产的共有份额落入与被继承人无血亲或配偶关系的人之手，就背离了法定继承制度的立法目的。法释〔2016〕5号于法定继承场合否定其他按份共有人的优先购买权，是彻底贯彻伦理的表现。在这个领域，伦理的价值位阶高于其他按份共有人的优先购买权所体现的价值。（4）《物权法》第101条亦即《民法典》第305条所谓“共有人在同等条件下享有优先购买的权利”中的“同等条件”，首先是指价格，这是法律人的共识。而继承、遗赠的场合不存在同等条件的问题，也就没有优先购买权运用的余地。（5）法律设立共有人的优先购买权制度，是为了减少共有人的数量，防止因外人的介入而使共有人内部关系复杂化，从而简化甚至消除共有物的共同使用关系，实现对共有物利用上的效率，而继承场合，至少在理论上推定不具备行使优先购买权的条件。（6）行使优先购买权的结果是在转让人（被继承人、立遗嘱人）与受让人之间成立份额转让合同，而继承、遗赠的场合，遗产所有权人（被继承人、立遗嘱人）已经不复存在，欠缺份额转让合同的一方当事人，谈不上洽商、确定“同等条件”等事宜，无法成立份额转让合同。

当然，贯彻意思自治原则，按份共有人之间另有约定允许共有人享有并行使优先购买权的，依其约定。同样需要明确，此种优先购买权源自当事人的约定，属于约定优先购买权，而非法定优先购买权，它不具有《物权法》第101条亦即《民法典》第305条规定的优先购买权那样的较为强大的效力。换句话说，它仍然受制于合同的相对性，仅仅在共有人之间发生法律效力，不具有对抗其他人的法律效力。在共有份额转让人侵害了约定优先购买权的情况下，约定优先购买权人可以基于合伙等合同请求转让人承担违约责任，但无权否定交

易相对人与共有份额转让人之间的合同的效力。

不难发现，法释〔2016〕5号第9条体现着民法之美。本来，意思自治原则成为在遗嘱继承、遗赠领域排除共有人的优先购买权的核心依据，伦理乃在法定继承领域排斥共有人的优先购买权的基石性理由，遵循理论只有彻底才最有力量的哲学思想，应当是在继承、遗赠领域绝对地、永远地拒绝共有人的优先购买权，可是法释〔2016〕5号第9条关于“但按份共有人之间另有约定的除外”的但书一出，似将这些核心依据、基石性理由彻底击穿、粉碎，使人觉得法律人“头头是道”的理论及其论证纯属欺人之谈，或者惊讶于法释〔2016〕5号第9条的自相矛盾。其实，沉思下来，就会发现该但书是在共有人之间的关系方面贯彻意思自治，仅此而已；而法释〔2016〕5号第9条正文贯彻的意思自治体现的伦理价值，不但适用于共有份额转让人与交易相对人之间的转让合同关系，而且适用于共有份额转让人与其他共有人之间的共有关系及份额处分关系。两个意思自治原则作用于两个领域。换句话说，法释〔2016〕5号第9条的但书因其仅具在共有人之间的债的效力，故无否定法释〔2016〕5号第9条正文之力。

按份共有人的优先购买权制度，也不适用于建筑物区分所有权领域。这主要是因为建筑物区分所有权场合的共有部分从属于专有部分；还因为某些共有部分不是按份共有，至少不是典型的按份共有；再就是相对于《民法典》第297条以下关于普通共有关系的规范来说，《民法典》第271条以下关于建筑物区分所有权的规范为特别法，应当优先适用。

五、作为优先购买权行使条件的同等条件

本条后段强调优先购买权以同等条件为其行使条件。所谓同等条件，法释〔2016〕5号第10条规定：“物权法第一百零一条所称的‘同等条件’，应当综合共有份额的转让价格、价款履行方式及期限等因素确定。”在笔者看来，此处所谓同等条件，首先是指价款条件相同，即优先购买权人支付的价款应当等同于第三人在买卖合同（转让合同）中允诺支付的价款。其次，关于价款支付的方式，也应等同于第三人允诺的方式。^[318]如果第三人允诺一次付清，优先购买权人不得主张分期付款。^[319]再次，受让人的信用状况及是否提供担保，属于构成同等条件不可忽视的因素。最后，付款地点有时也构成同等条件的因素。当然，价格条件处于核心地位。^[320]

为使其他共有人行使优先购买权，转让份额的按份共有人应当通知其他共有人，将其与第三人所订转让合同的全部条件告知其他共有人。转让人违反该项义务时，应承担不利的法律后果。

六、优先购买权受侵害时的法律后果

按份共有人不通知其他共有人，就其份额的转让与非共有人（受让人）签订转让合同，从而侵害了其他共有人的优先购买权，其法律效果如何？法释〔2016〕5号第12条第2款第2项规定，其他按份共有人以其优先购买权受到侵害为由，仅请求撤销共有份额转让合同或者认定该合同无效的，人民法院不予支持。这符合交易安全原则，区别内部关系与外部关系，值得赞同。此外，笔者再发表如下意见：由于《物权法》已经区分了物权变动和发生物权变动的原因行为（第15条），注重交易安全（第16条等），《民法典》亦然（第215条、第216条等），故应当得出如下结论：（1）其他共有人行使优先购买权的，转让人负有强制缔约的义务，转让人和行使优先购买权的其他共有人之间形成转让该份额的合同，与转让人和作为非共有人的受让人之间签订的该份额转让合同并存。（2）在共有物为动产的情况下，受让人不知也不应当知道转让人侵害了其他共有人的优先购买权，且已经占有了份额的，宜类推适用《民法典》第311条第1款关于善意取得的规定，受让人终局地取得该份额。此时份额转让合同也有效。

（3）在共有物为不动产的情况下，受让人不知也不应当知道转让人侵害了其他共有人的优先购买权，且已经办理了份额的转移登记（过户登记）的，宜类推适用《民法典》第311条第1款关于善意取得的规定，受让人终局地取得该份额（应有部分）。此时份额（应有部分）转让合同也有效。（4）在共有物为动产，且未被受让人占有的情况下，或在共有物为不动产，且未办理变更登记手续的情况下，受让人为善意，但其他共有人主张优先购买权，否认受让人取得份额的，此时可有两种解决路径：其一，因其他共有人主张优先购买权，转让人负有强制缔约义务，所以，在转让人和主张优先购买权的其他共有人之间立即成立该份额的转让合同。转让人和作为非共有人的受让人之间业已成立的转让合同依然有效。于此场合，究竟谁能取得该份额，实际上取决于转让人向谁清偿。其二，在其他共有人主张优先购买权时，转让人和该（或这些）共有人之间立即成立该份额的转让合同。至于转让人和作为非共有人的受让人业已成立的该份额转让合同的效力问题，可有如下解决的方案：如果不能举证证明转让人和受让人之间存在着恶意串通，视转让人和作为非共有人的受让人之间的转让合同为法律上的不能履行，从而转让人必须向主张优先购买权的共有人转让份额。

七、优先购买权的竞存

（一）共有人的优先购买权的竞存

在共有人转让其份额，两个或两个以上的其他共有人均主张优先

购买权，且协商不成的，法释〔2016〕5号第14条规定，请求按照转让时各自份额比例行使优先购买权的，人民法院应予支持。这样，可维持各个共有人对共有物的比例关系不变，较为公平^[321]，兼顾了各位优先购买权人的利益，且不损害转让人的权益，不违背优先购买权的规范意旨。

（二）共有人的优先购买权与承租人的优先购买权的竞存

《民法典》第726条规定：“出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利”。这承认了承租人的优先购买权。按照法释〔2009〕11号的规定，房屋买卖合同，出租人与抵押权人协议折价、变卖租赁房屋偿还债务诸场合，承租人均可行使优先购买权（第21条、第22条）。但具有下列情形之一，承租人主张优先购买房屋的，人民法院则不予支持：（1）房屋共有人行使优先购买权的；（2）出租人将房屋出卖给近亲属，包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女的；（3）出租人履行通知义务后，承租人在15日内未明确表示购买的；（4）第三人善意购买租赁房屋并已经办理登记手续的（第24条）。

[反思]

承租人主张优先购买权，未必是请求确认出租人和第三人之间的房屋买卖合同无效，可能是请求出租人承担违约责任。若为后者，人民法院应予支持。所以，法释〔2009〕11号第24条第4项规定的“第三人善意购买租赁房屋并已经办理登记手续的”场合，对于“承租人主张优先购买房屋的，人民法院不予支持”，应作限缩解释：人民法院仅仅不支持关于确认出租人与善意第三人签订的租赁房屋买卖合同无效的请求。

关于承租人优先购买权行使的效果，法释〔2009〕11号第21条明文规定：“出租人出卖租赁房屋未在合理期限内通知承租人或者存在其他侵害承租人优先购买权情形，承租人请求出租人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。但请求确认出租人与第三人签订的房屋买卖合同无效的，人民法院不予支持。”

共有物出租与丁之后，按份共有人甲转让其份额，其他按份共有人乙、丙当然享有优先购买权，承租人丁是否也享有优先购买权？应当区分情况而定。（1）在共有物整体不转让而仅转让份额的情况下，承租人无权行使优先购买权。其道理在于，就《民法典》第726条规定文义看，承租人的优先购买权所针对的，是共有物整体，而非

其份额。也就是说，在仅转让共有物份额时承租人的优先购买权尚不具备行使的条件。此其一。承租人的利益在于继续利用租赁物，不因出租人的变更而受影响。在共有物整体不转让而仅转让份额的情况下，承租人的这种利益完好无损。倘若赋予其行使优先购买权的权利，反倒是使其获得了额外的保护。此其二。在共有物整体不转让而仅转让份额的情况下，使其他共有人有权行使优先购买权，恰恰体现了这项制度的立法目的。此其三。（2）在共有物实行补偿分割、共有物整体转归某共有人的情况下，其他共有人有权行使优先购买权，承租人也有权行使优先购买权，两权发生冲突时，何者优先？应当贯彻前者优先的规则。其道理在于，承租人通过买卖不破租赁的原则获得了足够的保护，无须使其优先购买权优越于共有人的优先购买权。此其一。从立法目的上看，共有人的优先购买权的规范意旨在于，为了简化共有关系，尽量消灭共有状态。假如确立承租人的优先购买权优越于共有人的优先购买权，势必违反立法目的。此其二。

第二百零六条

按份共有人转让其享有的共有的不动产或者动产份额的，应当将转让条件及时通知其他共有人。其他共有人应当在合理期限内行使优先购买权。

两个以上其他共有人主张行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的共有份额比例行使优先购买权。

本条主旨

本条是关于优先购买权行使的条件、时间和界限的规定。

相关条文

法释〔2016〕5号第11条 优先购买权的行使期间，按份共有人之间有约定的，按照约定处理；没有约定或者约定不明的，按照下列情形确定：

（一）转让人向其他按份共有人发出的包含同等条件内容的通知中载明行使期间的，以该期间为准；

（二）通知中未载明行使期间，或者载明的期间短于通知送达之日起十五日的，为十五日；

（三）转让人未通知的，为其他按份共有人知道或者应当知道最终确定的同等条件之日起十五日；

（四）转让人未通知，且无法确定其他按份共有人知道或者应当知道最终确定的同等条件的，为共有份额权属转移之日起六个月。

第12条 按份共有人向共有人之外的人转让其份额，其他按份共有人根据法律、司法解释规定，请求按照同等条件购买该共有份额的，应予支持。

其他按份共有人的请求具有下列情形之一的，不予支持：

（一）未在本解释第十一条规定的期间内主张优先购买，或者虽主张优先购买，但提出减少转让价款、增加转让人负担等实质性变更要求；

（二）以其优先购买权受到侵害为由，仅请求撤销共有份额转让合同或者认定该合同无效。

第13条 按份共有人之间转让共有份额，其他按份共有人主张根据物权法第一百零一条规定优先购买的，不予支持，但按份共有人之间另有约定的除外。

第14条 两个以上按份共有人主张优先购买且协商不成时，请求按照转让时各自份额比例行使优先购买权的，应予支持。

理解与适用

一、概说

本条第1款前段规定转让份额的共有人负有通知义务，后段规定其他共有人行使优先购买权有时间限制。第2款确立数个共有人行使优先购买权时发生法律效力效果的规则。

二、共有人转让份额场合的通知义务

共有人的优先购买权以共有人转让其于共有物中的份额为产生条件和行使条件，该条件的成就这种事实必须让有权行使优先购买权的共有人知晓，不然，不要说优先购买权无法行使，其实该权也没有产生。因此，本条第1款前段规定转让份额的共有人负有把转让条件及时通知其他共有人的义务。

关于该项通知义务在时间方面的要求，本条第1款前段的措辞是“及时”，带有弹性。何谓及时，需要在个案中综合方方面面的因素加以判断。例如，共有物为鲜活货物，必须及时处理，通知的时间点不得迟于出售货物的佳期。再如，共有物的价格在市场上波动频繁且相差较大，通知的时间点也应尽快。还如，共有物系房屋，在通常情形，房价相对平稳且带有一定规律性，通知的时间点可以相对宽容；但若面临着限购等措施的出台，不得怠于通知。无论如何，把握和确定通知时间的底线是份额的权属转移至受让人之前，假如权属已经转移完毕，受让人已经取得份额的权属，其他共有人知情与否，不受影响，此时优先购买权规则就形同虚设。

通知义务在内容方面的要求，本条第1款前段明确是份额的转让条件，至于该转让条件是如何形成的，潜在的受让人是谁，属于商业秘密，不必告知。此处所谓转让条件，恐怕主要是“同等条件”。关于同等条件，法释〔2016〕5号第10条给出了较具体、明确的解释，笔者也多次发表意见^[322]，在本释评书对《民法典》第305条的释评中作了归纳、总结，此处不赘。

同等条件的形成，鲜有拟转让份额的共有人凭空编造的，先向拟主张优先购买权的共有人提出，而后再与第三人洽商的，也不多见。多数场合是共有人与第三人洽商、签署份额转让协议，包括价款、交割时间、担保等条款，自此暂时中止，转向其他共有人，问询其是否同意此种转让条件。共有人若同意，则共有人之间形成份额转让合同，优先购买权行使到位，使命完成；若不同意，转让份额的共有人与第三人成交，实际履行。

三、其他共有人在合理期限内行使优先购买权

为防止优先购买权的持续存在导致交易关系动荡，阻碍共有人转让其份额，贻误转让份额的佳期，毁掉转让份额的交易（包括与第三人之间的、与其他共有人之间的），甚至永远无法再转让出去份额，对该权利的存续期间有必要作出限制。有鉴于此，本条第1款后段规定，其他共有人应当在合理期限内行使优先购买权。

对于此处所谓合理期限，有学说认为，在转让人履行通知义务の場合，可依约定的期间为准，自转让份额（应有部分）的通知到达其他共有人之时起算，除非该约定不合理。在转让人未履行通知义务の場合，可比照《合同法》第55条规定的1年除斥期间予以确定。^[323]法释〔2016〕5号没有采纳这种意见，而是另辟蹊径：“优先购买权的行使期间，按份共有人之间有约定的，按照约定处理；没有约定或者约定不明的，按照下列情形确定：（一）转让人向其他按份共有人发

出的包含同等条件内容的通知中载明行使期间的，以该期间为准；（二）通知中未载明行使期间，或者载明的期间短于通知送达之日起十五日；（三）转让人未通知的，为其他按份共有人知道或者应当知道最终确定的同等条件之日起十五日；（四）转让人未通知，且无法确定其他按份共有人知道或者应当知道最终确定的同等条件的，为共有份额权属转移之日起六个月”（第11条）。因为优先购买权为形成权，必然受制于除斥期间，所以其他按份共有人未在上述期间内主张优先购买，人民法院不予支持（法释〔2016〕5号第12条第2款第1项）。虽然主张优先购买，但提出减少转让价款、增加转让人负担等实质性变更要求的，意味着不是同等条件，人民法院也不予支持此种“优先购买权”的行使（法释〔2016〕5号第12条第2款第1项）。

法释〔2016〕5号第11条规定的优先购买权的行使期间有可资赞同的一大面，也有可商榷之点。其第2项和第3项兼顾了转让人未约优先购买权行使的期间或所约期间过短这种主观状态、形成权因其破坏力较强而不宜较长时间地存续，及优先购买权人思考、决断所需时间诸项因素，考虑问题全面、周到。其第4项系综合考量形成权的除斥期间不宜过长、转让人未发问询其他共有人是否优先购买的通知这种主观状态，权衡转让人、其他按份共有人、受让人之间的利益关系而后作出规定。所有这些，都值得肯定。但其第1项的规定却存在缺点：以转让人向其他按份共有人发出的包含同等条件内容的通知中载明的行使期间为准，乃贯彻意思自治原则的体现，虽可接受，但它忽视了优先购买权人接到通知后思考、决断是否购买所必需的时间。如果通知中载明行使优先购买权的期间过短，不合交易习惯，不合情理，就不宜以通知中载明行使优先购买权的期间为准。

四、数人行使优先购买权的规则

在共有人转让其份额，两个或两个以上的其他共有人均主张优先购买权的场合，且协商不成的，如何处理？曾有学说主张，参照《公司法》第71条第3款后段关于“两个以上股东主张行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权”的规定处理，即该数个共有人按各自在共有物中所占的比例取得转让的份额（应有部分）。这样，可维持各个共有人对共有物的比例关系不变，较为公平^[324]，法释〔2016〕5号第14条规定：“两个以上按份共有人主张优先购买且协商不成时，请求按照转让时各自份额比例行使优先购买权的，应予支持。”这样，兼顾了各位优先购买权人的利益，且不损害转让人的权益，不违背优先购买权的规范意旨。本条第2款吸纳了法释〔2016〕5号第14条的规定，值

得赞同。

第三百零七条

因共有的不动产或者动产产生的债权债务，在对外关系上，共有人享有连带债权、承担连带债务，但是法律另有规定或者第三人知道共有人不具有连带债权债务关系的除外；在共有人内部关系上，除共有人另有约定外，按份共有人按照份额享有债权、承担债务，共同共有人共同享有债权、承担债务。偿还债务超过自己应当承担份额的按份共有人，有权向其他共有人追偿。

本条主旨

本条是关于共有关系中外部债权债务关系与内部债权债务关系以及追偿权的规定。

相关条文

《物权法》第102条 因共有的不动产或者动产产生的债权债务，在对外关系上，共有人享有连带债权、承担连带债务，但法律另有规定或者第三人知道共有人不具有连带债权债务关系的除外；在共有人内部关系上，除共有人另有约定外，按份共有人按照份额享有债权、承担债务，共同共有人共同享有债权、承担债务。偿还债务超过自己应当承担份额的按份共有人，有权向其他共有人追偿。

理解与适用

一、概说

本条是对《物权法》第102条的复制，前段规定因共有物产生的债权债务，在对外关系方面以连带为原则；中段规定，在按份共有的内部关系方面，以以份额为准确定债权债务为原则，在共同共有的内部关系方面以平等承受为原则；后段规定了按份共有人的追偿权。

二、按份共有场合的因共有物产生的债权债务对外的效力

因共有物产生的债权债务，共有人对于作为债权人或债务人的第三人享有何种债权、负担何种债务，可能存在着约定，如约定按份承受，或约定连带承受。但是，《民法典》于此场合未将意思自治原则放置高位，不完全依从共有人的约定，而是奉行法定承受原则，同时设置例外，在例外中适当考量共有人的约定。

（一）各个按份共有人对第三人的债权

因共有物产生的对于第三人的债权，无论各个共有人之间约定是按份享有还是连带享有，在对第三人的关系方面，各个按份共有人享有连带债权。除非法律另有规定或第三人知道共有人之间不具有连带债权关系（《民法典》第307条前段）。按照共有债权（且为连带债权）的行使规则，各个按份共有人可以单独提起债权请求权的诉讼。

本条前段正文关于按份共有关系中任何一位共有人连带地享有因共有物产生的对于第三人的债权的规定，是个推定，而非视为。既然是推定，那么，在该推定与客观真实的债权债务关系不相符合时，第三人（债务人）有权举出证据推翻之，所举证据包括共有人之间约定由各个共有人按份负担债务，或者法律有这方面的规定。换个角度表述，如果真实的情形是共有人之间不具有连带债权关系，则意味着共有人甲仅就自己的份额享有向第三人主张的权利，无权就乙、丙等其他共有人的份额享有向第三人主张的权利。既然如此，在不享有连带债权的共有人甲向第三人主张超出其份额的相应债权时，作为债务人的第三人有权举证证明共有人甲不享有连带债权，拒绝甲的清偿请求。

本条前段的但书所谓法律另有规定共有人不具有连带债权关系的，共有人也不享有连带债权，例如，《民法典》第56条前段关于“个体工商户的债务，个人经营的，以个人财产承担”的规定，若从债权方面理解，就是个体工商户的债权，个人经营的，该个人对外享有债权。

（二）各个按份共有人对第三人的义务

因共有物所产生的对第三人的义务，如委托第三人保管共有物所产生的保管费债务，委托第三人修缮共有物所产生的报酬债务，等等，无论债务可分与否，在对该第三人的关系方面，各个按份共有人均连带承担，除非法律另有规定或第三人知道共有人不具有连带债务关系《民法典》（第307条前段）。

法律奉行因共有物所产生的对第三人的义务由共有人连带负责的原则，有利于作为债权人的善意第三人，使善意第三人觉得与合伙等共有团体从事交易更有获得清偿的保障，即交易安全有保障；由此一来，合伙等共有团体在清偿能力、保障方面的信誉高，易于吸纳交易相对人，也使自己的交易更加活跃，获取交易利益。

此处所谓法律另有规定各个共有人对外不承担连带债务，《民法

典》第56条前段关于“个体工商户的债务，个人经营的，以个人财产承担”的规定，属于此类。

本条前段正文关于按份共有关系中任何一位共有人连带地负担因共有物产生的对于第三人的债务的规定，同样是个推定，而非视为。既然是推定，那么，在该推定与客观真实的债权债务关系不相符合时，共有人（债务人）有权举出证据推翻之，所举证据包括共有人之间存在各个共有人按份负担债务的约定，或者法律有各个共有人依其份额负担对外债务的规定；第三人（债权人）知道存在此类约定或法定。

三、按份共有场合的内部债权债务关系

与对外关系中因共有物所生的债务由共有人连带负责的原则及其确定根据不同，在各个共有人之间的关系即内部关系中，不存在因共有物产生的债权债务需要共有人从外观上产生信赖的需要和动力，共有团体的产生和运作在依份额确定权利义务方面是既定的、公开的、透明的，因而，因共有物产生的债权，按份共有人按照份额享有；因共有物产生的债务，按份共有人按照份额承担。当然，共有人另有约定的，依其约定（《民法典》第307条中段）。

四、共同共有场合的外部债权债务关系

由共同共有的基础关系的本质决定，立法例及其理论据此都确认，各个共同共有人对于共有物享有平等的权利，并不像按份共有那样依据所谓的份额确定权利义务，因共有物产生的债权债务也是如此。在一定意义上，可以说：共同共有本身就是公示，其内容之一是共同共有人对外承担连带债务，享有连带债权。正因如此，本条前段规定，因共有物而使共同共有人与第三人产生的债权，各个共同共有人享有连带债权。例如，第三人不法侵害共有物，各个共同共有人均有权请求该侵权行为人承担全部赔偿责任。共同共有人对因共有物所产生的各类债务，承担连带责任。例如，因修缮共有物而产生的费用、因共有物致人损害而产生的赔偿责任等，均由全体共同共有人连带承担。

需要指出，以上所述为原则，即使共同共有具有与按份共有不同的本质，在对外关系方面仍然适用本条前段关于“但是法律另有规定或者第三人知道共有人不具有连带债权债务关系的除外”的规定。在这方面典型且突出的是夫妻债务。例如，法释〔2018〕2号规定：“夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，应当认定为夫妻共同债务”（第1条）。“夫妻一方在婚姻关系存续期

间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院应予支持”（第2条）。“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院不予支持，但债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外”（第3条）。

最高法民一庭负责人把法释〔2018〕2号第2条解释为：在夫妻未约定财产分别制或者虽约定但债权人不知道的情况下，夫妻一方以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，应当认定为夫妻共同债务。^[325]换个角度表述，夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，夫妻约定财产分别制，债权人知道该种约定的，无权请求未以自己名义负债的配偶另一方清偿，只可请求名义举债人负责清偿。

法释〔2018〕2号第3条的含义之一是，夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，债权人不能举证证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或基于夫妻双方共同意思表示的，只可请求名义举债人负责清偿，换言之，不是夫妻对债权人连带负责。但是，债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的，夫妻双方对债权人连带负责。

对于法释〔2018〕2号第2条、第3条的规定，最高法民一庭负责人解释称：从举证责任分配的角度看，实际上可以分为两类，一是日常家事范畴内的共同债务；二是超出日常家事范畴的共同债务。对于前者，债权人一般无须举证，配偶一方如果主张不属于夫妻共同债务，则需要举证证明举债人所负债务并非用于家庭日常生活。对于后者，原则上不作为共同债务，债权人主张的，需要举证证明。如果债权人不能证明夫妻一方超出家庭日常生活需要所负的债务用于上述夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示，则不能认定为夫妻共同债务。^[326]

五、共同共有场合的内部债权债务关系

本条中段明确：“在共有人内部关系上，除共有人另有约定外，……共同共有人共同享有债权、承担债务。”这符合共同共有的本质属性，值得赞同。

六、按份共有人的追偿权

按份共有关系中，每个共有人依其份额享有权利、负担义务，不享有超出其份额的权利，也应无义务负担超出其份额的负担。这是确定各个按份共有人在按份共有关系中的地位及权利义务的基本准则。至于在对外关系中，某位或某几位共有人应债权人基于连带债务规则的请求负担了超出其份额的债务，这只是出于交易安全、方便和保障债权人的权益的需要，并不改变共有人固有的义务的质和量，否则，就违背公平正义了。正因如此，本条后段规定：“偿还债务超过自己应当承担份额的按份共有人，有权向其他共有人追偿。”《合伙企业法》第40条也规定：“合伙人由于承担无限连带责任，清偿数额超过本法第三十三条第一款规定的其亏损分担比例的，有权向其他合伙人追偿。”

第三百零八条

共有人对共有的不动产或者动产没有约定为按份共有或者共同共有，或者约定不明确的，除共有人具有家庭关系等外，视为按份共有。

本条主旨

本条是关于按份共有推定的规定。

相关条文

《物权法》第103条 共有人对共有的不动产或者动产没有约定为按份共有或者共同共有，或者约定不明确的，除共有人具有家庭关系等外，视为按份共有。

《关于民法通则的意见》第88条 对于共有财产，部分共有人主张按份共有，部分共有人主张共同共有，如果不能证明财产是按份共有的，应当认定为共同共有。

理解与适用

本条是对《物权法》第103条的复制，含有几层意思：（1）共有人对共有物是按份共有还是共同共有有约定的，依其约定；（2）以家庭关系作为基础的共有为共同共有；（3）对于共有类型，共有人无约定或约定不明确的，视为按份共有。

由于共有关系是采取按份共有制还是共同共有制，不涉及公共利益，属于共有人之间的事情，因而应当奉行意思自治原则，尊重共有

人之间的约定。所以，本条第一层意思拥有根据，值得赞同。

家庭关系特殊，血缘、婚姻系其根基，为其纽带，互敬互爱不可或缺，养老育幼系天职，因而，共同共有更适合其要求。可见，本条第二层意思具有伦理基础，也负担了一定的社会职能，值得赞同。

共有人对于共有类型无约定或约定不明确的情形，究竟推定为何种共有，在中国有个演变过程。《关于民法通则的意见》第88条规定：“对于共有财产，部分共有人主张按份共有，部分共有人主张共同共有，如果不能证明财产是按份共有的，应当认定为共同共有。”这可能与那个时代国家强调集体主义、高扬友爱互助有关。但考察境外的立法例及理论，发现它们以按份共有为原则，共同共有作例外。笔者体悟，民法作为强调民事权利、分清民事责任、颇有些“斤斤计较”的法律，按份共有更适合该特色。就此看来，本条改变原有观念，奉行新规，共有人对于共有类型无约定或约定不明确的，视为按份共有，有其内在根据。至于扶困济贫、关照弱者的需要，也应予重视并设计出解决方案，完善社会保障制度、设立相应的基金制度等势在必行。

抽象地说，视为共同共有，更契合团体主义、社会主义的本质属性；视为按份共有，比较符合民法的自然本性。中国法及理论的任务是适当调和这两种价值取向。

第三百零九条

按份共有人对共有的不动产或者动产享有的份额，没有约定或者约定不明确的，按照出资额确定；不能确定出资额的，视为等额享有。

本条主旨

本条是关于按份共有关系中份额确定和等额享有推定的规定。

相关条文

《物权法》第104条 按份共有人对共有的不动产或者动产享有的份额，没有约定或者约定不明确的，按照出资额确定；不能确定出资额的，视为等额享有。

理解与适用

本条是对《物权法》第104条的复制。

本条暗含着一个前提，即按份共有人就共有物享有的份额分配有约定时，依其约定。这是贯彻意思自治原则的体现，具有正当性，因为共有人如何享有份额不涉及公共利益，纯属共有人之间的利益分配，无须也不宜用公序良俗原则加以干预。特别是，此种约定兼顾了出资额、管理共有事务、使共有物保值甚至增值的贡献，按照共有人的约定确定份额，就更具正当性。

本条前段规定，在共有人未就共有人对于共有物享有的份额进行约定或约定不明确时，按照出资比例确定。这具有合理性，因为共有物是由共有人的出资构成的，谁出资，谁受益，出资多，受益高，符合权利义务相一致的原则。当然，这种结论是建立在下面的前提之下的：某位或某几位管理共有事务、保有共有物的价值、使共有物增值、利用共有物创造价值所应该得到的回报，另有安排，比如由薪水、奖金来体现。

本条后段规定不能确定出资额的，视为等额享有。这是在各种有效办法都用尽仍难以确定份额的情况下，采用的最为合理的规则，也符合平均主义。

第三百一十条

两个以上组织、个人共同享有益物权、担保物权的，参照适用本章的有关规定。

本条主旨

本条是关于准共有准用《民法典》关于共有规则的规定。

相关条文

《物权法》第105条 两个以上单位、个人共同享有益物权、担保物权的，参照本章规定。

理解与适用

本条是对《物权法》第105条的复制，只不过把原来使用的“单位”更换为现在的“组织”罢了。

本条所谓“两个以上组织、个人共同享有益物权、担保物权”，

就是准共有，用学理的语言描述就是，两个或两个以上的主体不是对有体物/所有权享有共有权，而是对所有权以外的财产权享有共有权的现象。例如，三个法人按份共有A宗国有土地的建设用地使用权，两家银行共同享有B房地产的一个抵押权。准共有具有以下法律性质。^[327]

1.准共有的标的物是所有权之外的财产权，包括建设用地使用权、海域使用权、地役权、采矿权、取水权、抵押权、质权、专利权、著作权以及债权等。人格权、身份权等非财产权不得作为准共有的标的物。占有不是一种权利，不会形成准共有，而是成为共同占有，由另外的法律制度解决。

2.准共有关系准用法律关于共有的有关规定。究竟是准用法律关于共同共有的规定，还是准用法律关于按份共有的规定，应当视其共有关系究竟属于按份共有关系还是共同共有关系而定。对于以家庭关系、夫妻关系、继承关系等作为基础关系的共有，一般准用共同共有的规定。对于没有共同关系作为基础关系的共有，准用按份共有的规定。

3.准共有准用按份共有或共同共有的规定，仍然以该财产权的法律没有特别规定的为限。如果其法律有特别规定的，则应首先适用该特别规定。在共有地役权时，应注意地役权的不可分性的特质。

本条所谓“参照适用本章的有关规定”，就是参照适用《民法典》第297-309条关于有体物/所有权共有的规定。所谓“参照适用”，就是学说使用的“准用”。所谓准用，不是适用法律关于系争案型的直接规定，因为于此场合援用的法律规范是法律针对另外的案型设计的；也不是类推适用，因为类推适用的前提之一是，法律未设明文允许“适用”某某规定，只不过系争案型与法定案型具有类似性，才将法定案型用作解决系争案型的法律根据。

第九章 所有权取得的特别规定

本章规定了除《民法典》第二编第二章“物权的设立、变更、转让和消灭”以及其他有关所有权取得的规定以外的所有权取得的原因，或曰法律事实，诸如善意取得、拾得遗失物、拾得漂流物、发现埋藏物或隐藏物、从物的归属、孳息的取得、添附，均在其中，较为丰富。

不少立法例及理论仅仅承认动产物权的善意取得，只有德国民法确立了不动产物权的善意取得，中国台湾地区的少数学者持肯定态度，不少学者以善意受让或登记的公信力为题阐述相同的事项。中国《物权法》和《民法典》先后都正面规定不动产物权的善意取得，是厘清、捋顺不动产登记的公信力与善意取得之间关系的成功表现，可喜可贺！当然，就应然层面而论，不动产物权的善意取得与动产物权的善意取得在构成要件方面应当有所差异，后者应当更严格一些，因为占有表彰的动产物权关系未能真实地反映实际的动产物权关系的事例相对多些。《物权法》和《民法典》没有做到这一点，有必要在修法时加以改进。但瑕不掩瑜，明确构建不动产物权的善意取得制度功莫大焉！

在拾得遗失物、拾得漂流物、发现埋藏物或隐藏物的制度中，《物权法》和《民法典》一以贯之地坚持中国特色，不赋权拾得人、发现人取得遗失物、埋藏物或隐藏物的所有权，而是确立归属于所有权人，无所有权人或所有权人不明确时归属于国家的规则。这与自古以来风行的拾金不昧的道德理念相互契合，是雷锋精神的法律体现。当然，毋庸讳言，这在一定程度上消减了某些人在遗失物、漂流物、埋藏物、隐藏物方面的积极作为。

添附，尤其是动产与不动产的附合，在日常生活中常见，如承租人装修租赁物，在诸如此类的场合如何认定原物所有权的消失和另一物的所有权新生，是回避不了的客观存在。法律对此予以反映和调整势在必行，《物权法》在这方面没有完成使命，《民法典》终于因应了社会生活的实际需求，值得赞扬！

第三百一十一条

无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：

（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意；

（二）以合理的价格转让；

（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。

受让人依据前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权

人有权向无处分权人请求损害赔偿。

当事人善意取得其他物权的，参照适用前两款规定。

本条主旨

本条是关于善意取得的规定。

相关条文

《物权法》第106条 无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：

（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；

（二）以合理的价格转让；

（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。

受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。

当事人善意取得其他物权的，参照前两款规定。

法释〔2016〕5号第15条 受让人受让不动产或者动产时，不知道转让人无处分权，且无重大过失的，应当认定受让人为善意。

真实权利人主张受让人不构成善意的，应当承担举证证明责任。

第16条 具有下列情形之一的，应当认定不动产受让人知道转让人无处分权：

（一）登记簿上存在有效的异议登记；

（二）预告登记有效期内，未经预告登记的权利人同意；

（三）登记簿上已经记载司法机关或者行政机关依法裁定、决定查封或者其他形式限制不动产权利的有关事项；

（四）受让人知道登记簿上记载的权利主体错误；

（五）受让人知道他人已经依法享有不动产物权。

真实权利人有证据证明不动产受让人应当知道转让人无处分权的，应当认定受让人具有重大过失。

第17条 受让人受让动产时，交易的对象、场所或者时机等不符合交易习惯的，应当认定受让人具有重大过失。

第18条 物权法第一百零六条第一款第一项所称的“受让人受让该不动产或者动产时”，是指依法完成不动产物权转移登记或者动产交付之时。

当事人以物权法第二十五条规定的方式交付动产的，转让动产法律行为生效时为动产交付之时；当事人以物权法第二十六条规定的方式交付动产的，转让人与受让人之间有关转让返还原物请求权的协议生效时为动产交付之时。

法律对不动产、动产物权的设立另有规定的，应当按照法律规定的时间认定权利人是否为善意。

第19条 物权法第一百零六条第一款第二项所称“合理的价格”，应当根据转让标的物的性质、数量以及付款方式等具体情况，参考转让时交易地市场价格以及交易习惯等因素综合认定。

第20条 转让人将物权法第二十四条规定的船舶、航空器和机动车等交付给受让人的，应当认定符合物权法第一百零六条第一款第三项规定的善意取得的条件。

第21条 具有下列情形之一，受让人主张根据物权法第一百零六条规定取得所有权的，不予支持：

（一）转让合同因违反合同法第五十二条规定被认定无效；

（二）转让合同因受让人存在欺诈、胁迫或者乘人之危等法定事由被撤销。

理解与适用

一、本条内容的概貌

本条是对《物权法》第106条的复制，第1款明确善意取得所有权的构成要件，第2款赋权失去所有权的主体可以请求无处分权人承担

损害赔偿责任，第3款确立其他物权的善意取得准用第1款、第2款关于所有权善意取得的规定。

二、不动产物权的善意取得

（一）不动产物权善意取得概述

所谓善意取得，是指转让人和受让人之间以移转或成立物权为目的实施法律行为，转让人若已把标的物交付给受让人（动产场合）或登记在受让人的名下（不动产场合），即使欠缺处分权（即处分特定物的具体权能，下同），受让人若于受让时处于善意，也依然取得标的物的物权的现象。

在一些立法例上，善意取得制度仅仅适用于动产物权，不动产的无权处分由登记的公信力制度解决。中国的既有理论也如此主张。^[328]《物权法》改弦易辙，将善意取得制度统一适用于动产物权和不动产物权的取得上（第106条第1款），《民法典》对此予以承继（第311条第1款），这都值得肯定。^[329]

[论争]

关于善意取得制度是否适用于不动产场合，素有争论。通说认为，动产物权适用善意取得制度，登记的公信力解决不动产物权的无权处分问题。这种理论首先面临的诘问是，在占有和登记均有公信力的法制下，对于受让人于无权处分场合取得标的物的物权问题，登记的公信力足以解决问题，而占有的公信力为什么不能？对此，通说往往这样回答：动产物权的公示方法为占有，而占有所昭示的物权关系与真实的物权关系不一致的情形较为常见，仅仅凭借对占有的信赖即使受让人取得动产物权，过于轻率，过分地牺牲了真实物权人的利益，因而，在无权处分场合，需要增加和细化取得动产物权的要件，适当减少受让人取得动产物权的机会，扩大保护真实物权人的范围。这正是善意取得制度的用武之地。与此有别，不动产物权的公示方法为登记，而登记所昭示的物权关系与真实的物权关系很少脱节，即使个别情况下存在着登记名义人与真实物权人不一致，不动产物权登记的公信力也足以解决善意第三人的保护问题，无须附加其他条件即可由受让人取得不动产物权，换言之，没有善意取得制度的立锥之地。

其实，在中国，不动产登记名义人与真实物权人不一致的情况不在少数，主要发生原因有如下几种：（1）登记机构的错误或疏漏。例如，误将甲所有的某不动产登记在乙的名下，或误把A楼登记为B楼。（2）不动产登记簿外的法律变动。例如，甲死亡，由乙办理了

继承登记，但真正的继承人为丙。（3）不动产物权变动的原因行为被确认为无效或被撤销，或未被追认，不动产物权失去其变动的根据。例如，抵押合同违反了法律、行政法规的强制性规定。（4）根据法律规定取得不动产物权，但尚未办理过户登记。例如，某主审法院应甲和乙的请求将其共有的A楼及其相应的建设用地使用权作价分割，由甲取得产权，判决准许。不过，该判决书送达后一直未办理A楼及其相应的建设用地使用权的变更登记手续。^[330]（5）夫妻共有或家庭共有等场合，不动产登记簿记载的物权人只有部分成员，欠缺其他共有人的信息。当然，《不动产登记暂行条例实施细则》已经要求改变这种操作，要列明全体共有人（第10条、第21条）。（6）出于规避法律或其他考虑，将自己购买的房屋等登记在他人名下，并无赠与的效果意思。

面对如此情形，受让人仅仅凭借自己没有过失地信赖了不动产登记簿的记载，就取得不动产物权，对真实物权人恐怕过于苛刻。对交易相对人再增加些要求，例如，必须是有偿的交易行为且价格合理，不动产已被变更登记或被交易相对人占有等，才能公平合理地平衡交易相对人和真实物权人之间的利益关系。而这些条件，难以被公信力制度所容纳，却正是善意取得制度的题中应有之义。就此，德国物权法大家鲍尔教授和施蒂尔纳教授的下述阐释非常有助益：《德国民法典》第891条是关于权利正确性推定的规定，与《德国民法典》第892条和第893条关于善意取得效力的规定，虽源于同一思想，但在其构成要件和效力上，又有差异。第891条作为举证负担规范，也就是恰在真实法律关系无法查明时，该规范才发挥作用；受土地登记簿内容的支持者，不负举证责任；第892条和第893条作为实体法上的权利表象要件，其规范出发点，为不正确的，也就是与真实法律关系不相符的土地登记簿。在土地交易中，信赖土地登记簿的内容者，其信赖受法律保护，他获得在土地登记簿状态与真实法律关系不相吻合时，应能取得的权利地位。故而也可以说：权利表象取代权利本身。

^[331]

善意取得制度统一适用于动产物权和不动产物权，便于说明公示的公信力制度和善意取得制度之间的相互关系。公示的公信力是善意取得制度得以建立和存在的逻辑前提及技术前提，善意取得制度则是公信力的必然结果，是公信力落实的具体体现之一。没有公信力制度，受让人取得无权处分之物的物权就缺乏正当性；没有善意取得制度，仅凭公信力制度，受让人取得无权处分之物的物权有过滥之嫌，对真实物权人有过苛之弊，有失权衡。善意取得制度细化的受让人取得无权处分之物的要件，排除了某些情况下受让人取得物权的可能，较好地平衡了各方当事人的利益关系，不可或缺。

受让人取得无权处分之物的物权，是否承受该物上的既有负担？公信力制度对此语焉不详，按照逻辑推演，似乎是肯定的结论。这对受让人来说有时不尽公平合理。而善意取得制度，至少按照通说，区分情况而做决定，较为适当。这也是善意取得制度统一适用于动产物权和不动产物权的理由之一。

可能因为如此，德国民法理论开始承认不动产物权的善意取得[332]，中国台湾地区的学说亦有这样的动向。[333]

由此可见，《物权法》（第106条第1款）、《民法典》（第311条第1款）承认不动产物权的善意取得，在方向上值得赞同。

（二）不动产物权善意取得的构成要件

《民法典》第311条第1款规定了善意取得的要件，分析其意思，可知不动产物权善意取得的要件计有四项：受让人基于交易行为取得不动产物权；受让人受让不动产时是善意的；受让人受让不动产物权所应（已）支付的价格合理；转让的不动产已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。转让合同有效则不在其中。[334]

1. 受让人基于交易行为取得不动产物权

善意取得制度在于保护交易安全，受保护的限于交易引发的不动产物权变动，任何非交易性质的取得，以及任何不包含对权利的处分而仅仅导致债权权利产生的变动过程，均不适用善意取得制度。[335]例如，受让房屋所有权、建设用地使用权或设立不动产抵押权等。直接依据法律规定（如继承、征收等）而取得不动产物权，不包括在内。还有，《民法典》及《土地管理法》等现行法禁止国家土地所有权转让，禁止集体土地所有权依民事程序流转，不存在国家土地所有权、集体土地所有权的交易，所以，无发生善意取得的余地。

[论争]

关于交易行为（转让合同）是否必须有效，存在着较为激烈的争论。《中华人民共和国民法（草案）》（2002年12月17日）第99条第1款第4项和第5项规定，法律不禁止或限制转让、转让合同不属于无效或被撤销，均为善意取得的构成要件。《中华人民共和国物权法（征求意见稿）》（2002年1月28日）于第101条第1款第4项和第5项、《中华人民共和国物权法（草案）》（2004年8月3日）于第104条第1款第4项和第5项都重申了上述规定。2004年10月15日的《中华人民共和国物权法（草案）》第106条第1款规定善意取得以转让合同

有效为要件（第4项），删除了“法律不禁止或者限制转让”这个要件。2005年7月11日的《中华人民共和国物权法（草案）》（第111条第1款第4项）、2006年6月6日的《中华人民共和国物权法（草案）》（第110条第1款第4项）亦然。只是到了2006年10月20日的《中华人民共和国物权法（草案）》（六次审议稿）才删除了转让合同有效这个要件（第105条第1款），2006年12月15日的《中华人民共和国物权法（草案）》（七次审议稿）予以承继（第105条第1款），最后于2007年3月16日被第十届全国人民代表大会第五次会议通过的《中华人民共和国物权法》确定（第106条第1款）。

尽管如此，有学者依然坚持转让合同有效为善意取得的要件之一。^[336] 法释〔2016〕5号第21条规定，转让合同因违反《合同法》第52条规定被认定无效的，以及转让合同因受让人存在欺诈、胁迫或者乘人之危等法定事由被撤销的，受让人主张根据《物权法》第106条的规定取得所有权的，人民法院不予支持。这似乎是采纳了转让合同有效说。对此，笔者则持有异议。总的说来，它是混淆物权法与债法适用的反映，是混淆善意取得物权与保有物权两项制度及功能的表现，给善意取得制度添加了一些不适当的因素。兹从以下四个方面予以阐明。

A. 不可忽视中德两国民法在无权处分构造上的差别

德国民法区分物权行为和债权行为，物权行为作为处分行为，唯有处分人具有处分权限，才能生效；与此相反，债权行为作为负担行为，任何人都可以从事，不以具有处分权限为必要。^[337] 如此，在无权处分的情况下，债权行为的法律效力不受处分权有无的影响，一般都会有效，只有物权行为因欠缺处分权限而处于效力待定的状态。若交易相对人为善意，“依关于善意保护之规定，善意人亦得由非权利人取得。善意在一定程度上代替了处分权”^[338]。或者说善意补正了处分权的欠缺^[339]，使受让人取得物权。与此不同，中国法无债权行为与物权行为的区分，更无所谓物权行为无因性，至少在笔者看来，买卖合同也需要出卖人等转让人拥有处分权。

其实，即使在德国法系，也不刻意追求债权行为的有效，至少有学说如此认识，于是有动产的善意取得不必以原因行为（债权行为）的有效为要件之论。^[340] 中国台湾地区的“民法”第759-1条第2项规定：“因信赖不动产登记之善意第三人，已依法律行为为物权变动之登记者，其变动之效力，不因原登记物权之不实而受影响。”德国民法承认买卖合同等债权行为的效力不因欠缺处分权而受影响，并非因为善意取得制度的本质要求，只是奉行物权行为和债权行为二分架构的必然结果。

在此，需要指出，德国民法的通说主张善意取得为继受取得。如此，物权行为非有效不可。至于债权行为，则依据债法规则处理，不违反法律行为有效要件的，有效，不受处分人欠缺处分权的影响；具备无效原因的，则无效。债权行为有效时，善意受让人终局地保有标的物的物权；债权行为无效时，受让人负有不当得利返还的义务，难以终局地保有标的物的物权。与此有别，中国现行法的多数说对善意取得采取原始取得说，认为善意的受让人系基于法律的直接规定取得标的物的物权，而非基于法律行为。如此，转让合同有效与否，不影响善意取得的成立，但可能导致在受让人能否终局地保有标的物的物权方面出现差别：在转让合同有效时，受让人可终局地保有标的物的物权；在转让合同无效时，转让人可能行使物的返还请求权（于给付物所有权复归于转让人的场合），或受让人承担不当得利返还的义务，应转让人的请求而将该物权作为不当得利返还给受害人，于是，受让人无法终局地保有标的物的物权。不过，按照笔者借助于《民法典》第985条关于“没有法律根据”的规定对不当得利制度的改造，引入差额说，不是将该物权作为不当得利，而是将该物权与受让人支付的价款之间的差额作为不当得利，也能使受让人终局地保有标的物的物权。

还有，在《民法典》第145条规定，限制行为能力人签订合同，其效力待定，除非该合同为纯获利益或与其年龄、智力、精神健康状况相适应。该法第171条规定，无权代理的合同效力待定。如果限制行为能力人擅自出卖其监护人之物，受让人对此不知情，也无重大过失，笔者认为应当善意取得。行为人超越代理权限出卖被代理人之物，亦然。

对此，存在着反对意见，认为在有权处分情况下，只要权利人不予追认，合同归于无效，受让人无法取得标的物的物权；在无权处分场合，受让人反倒善意取得，有失权衡。^[341]对于这种意见，笔者回应如下：（1）在此不应混淆善意取得的成立与物权的保有以及不当得利的返还。善意取得且转让行为有效的，善意的受让人取得的物权能够继续保有；转让合同无效场合，善意的受让人取得标的物的物权，没有合法根据，可发生不当得利返还的效果，从终局的结果看，善意取得人仍然不能保有标的物的物权。有权处分同样如此，买卖合同等原因行为有效时买受人等受让人能够保有标的物的物权，原因行为无效、被撤销等场合受让人依然不能保有标的物的物权。就是说，根本就不存在什么有失权衡的现象。所谓有失权衡论是伪命题。

（2）限制行为能力人擅自出卖其监护人之物，无权代理人超越权限出卖被代理人之物，是否属于有权处分，不无疑问。只有在该监护人、被代理人对该物仅仅享有名义上的（或曰外观上的）的物权，并

无真实的物权的情况下，限制行为能力人擅自出卖该物、无权代理人超越权限出卖该物，才会发生善意取得。例如，登记在甲名下的A房其实属于乙所有，丙无权代理出卖该房与丁，且约定的房价合理，该房又过户在了丁的名下，此时由丁善意取得该房。（3）在隐名代理场合发生的无权代理，被代理人不追认无权代理行为，由无权代理人承担法律后果，拒绝善意受让人取得标的物所有权，显然不当；在无权代理人拥有交易的标的物场合，更应适用善意取得制度。（4）限制行为能力人擅自出卖其监护人之物，其监护人不予追认，受让人不但在限制行为能力人欠缺处分权方面是善意的，在不知转让人为限制行为能力人方面也是无过错的，使之善意取得交易标的物，才较好地平衡了各方的利益关系。因为于此场合，限制行为能力人的监护人具有过错。虽然存在着无行为能力人和限制行为能力人的保护优先于交易安全的原则，无行为能力人处分其财产时，合同无效；限制行为能力人处分其财产时，合同的效力待定，皆不因相对人善意而使合同有效。^[342]笔者认为，该原则是否延伸至无行为能力人和限制行为能力人擅自处分其监护人的财产，不无疑问，在监护人具有过错的情况下尤其如此。（5）在德国民法上，善意取得成立，而作为物权行为的原因行为无效或被撤销时，善意（取得人）不因过失而承担《德国民法典》第823条上的侵权责任，否则，会使《德国民法典》第892条第1项前段（公信力、善意取得）的规范目的落空，而是由不当得利法予以救济：在善意受让人有偿取得场合，依《德国民法典》第816条第1项前段关于“无权利人就某一标的而做出对权利人有效力的处分的，无权利人有义务向权利人返还因该项处分而取得的利益”的规定，出让人以善意取得人向自己所负金钱（请求权）作为标的向标的物所有权人返还不当得利；在善意取得人无偿取得场合，则依据《德国民法典》第816条第1项后段关于“处分系无偿地为之的，基于该项处分而直接取得法律上利益的人负有同样的义务”的规定，权利人对善意取得人享有回复转让的请求权，即原物的返还。^[343]借鉴这种思想，在中国现行法上，应当形成以下规则：无偿交易中发生善意取得的，交易行为被确认为无效、被撤销或不被追认时，善意取得人返还标的物原物。有偿交易中发生善意取得的，交易行为被确认为无效、被撤销或不被追认时，善意取得人若付清了全部价款，则终局地取得标的物的所有权；支付了部分价款的，因合同项下的另外部分的付款义务不复存在，善意取得人应当返还不当得利，该不当得利的利益，不是原物，而是原物价值额与部分价款的差额，故善意取得人返还的不当得利是该差额。当然，存在着相反的意见，认为于此场合的不当得利返还不宜采取差额说，于是，原物可回归于真正的权利人之手。尚未支付价款的，因合同项下的付款义务不复存在，善意取得人应当返还不当得利，该不当得利的利益，宜为标的物原物。不然，对真正权利人过苛。^[344]

在这种背景下，中国的数件物权法草案都把转让合同有效作为善意取得的要件之一，似乎只看到了德国民法的外表而未洞察其内在的构造及逻辑。由于德国民法在善意取得场合并不刻意追求债权行为有效，在外表也不尽一致。特别需要指出的是，置《民法典》第145条、第171条、第147-152条、第925条的规定于不顾，另起炉灶，会人为地酿成规范矛盾：同一项出卖他人之物的交易，既符合《民法典》第145条、第171条、第147-152条或第925条的规定，构成买卖等合同可撤销、效力待定或无效，又符合《民法典》关于善意取得构成要件的规定，致使买卖等合同有效，表现出不同的法律后果，容易诱使人们对法律的权威性产生怀疑。

由于民法典“第三编 合同”和“第二编 物权”是同位阶的法律，难以运用特别法优先于普通法的规则化解这种规范矛盾，采用新法优先于旧法的规则虽然可以，达到避免形成碰撞漏洞的结果，但将该规则应用于此处，理由不够充分有力，又缺乏美感。

B. 路径依赖：法律的直接规定抑或法律行为有效

诚然，倘若转让合同有效作为善意取得的要件符合实质正义的要求，即使缺乏美感，有违形式逻辑，也无可厚非。真实情形到底如何呢？

在善意取得的问题上，受让人取得物权的正当根据，究竟是到特殊的立法政策和法律的直接规定层面寻找，还是到有效的法律行为方面寻觅？把转让合同有效作为善意取得的要件之一，选择了后者。这样一来，引出了方方面面的问题。

a. 与法律行为理论不符

德国民法典立法理由书写道：“就常规言，意思表示与法律行为为同义之表达方式。使用意思表示者，乃侧重于意思表达之本身过程，或者乃由于某项意思表示仅是某项法律行为事实构成之组成部分而已。”^[345] 尽管后来的德国学者认识到意思表示仅仅是法律行为中某种更为基本的要素，它并不等同于法律行为，而具体的法律行为还可能包括其他事实要素，但是在理论上，学者们从来不怀疑：法律行为之本质乃意思表示。^[346] 以至于在今天仍有相当多的著名的德国学者采取“私人的、旨在引起某种法律效果的意思表示”^[347] 的界定。这也自然，私法自治是各个主体根据其意志自主形成法律关系的原则^[348]，法律行为作为私法自治的工具必然反映这种本质要求。由于意思表示由效果意思和表示行为构成^[349]，有学者主张意思表示由目的意思、效果意思和表示行为构成^[350]，有学者认为其由效果意思、表

示意思和表示行为构成^[351]，有学者将其整合为内在意思和外在表示^[352]，德国传统民法学说则细分为目的意思、效果意思、表示意识、行为意思和表示行为。^[353]十分明显，无论采取何种学说，交易相对人的善意都不属于意思表示的因素，也不是法律行为的构成要素。

交易相对人的善意是不是法律行为有效要件的构成要素呢？梅迪库斯教授指出，任何一个法律制度都只能在其政治制度的框架内提供通过法律行为实施的私法自治。私法上的法律行为也不得逾越这一框架的范围，一系列的限制是必要的或合目的的。其中涉及法律行为的内容合法、道德评价、从事法律行为的人得具备某种合理地形成其意思的能力（行为能力）、不存在意思瑕疵等。^[354]所有这些，都属于我们所说的法律行为的有效要件的范畴。同样显而易见，其中不包含交易相对人的善意。

b. 与中国现行法规定的法律行为的有效要件及其学说不符

关于法律行为的有效要件，《民法典》规定有三项，一是行为人具有相应的行为能力，二是意思表示真实，三是不违反法律或社会公共利益（第143条），没有提及交易相对人的善意。民法通说对此持赞同态度，至多增加了形式方面的考虑。^[355]

在现行法上，交易相对人的欺诈、重大误解、善意或恶意等主观状态，不是法律行为的构成部分，亦非决定法律行为有效的积极要件，只是立法者在利益衡量的基础上，采取了特殊的立法政策，把这些主观状态作为可能影响法律行为效力的消极因素。所谓交易相对人的主观状态可能影响法律行为效力的消极因素，有的是法律行为无效的原因，有的是法律行为可以变更或撤销的原因，有的是交易相对人坚持或否认法律行为效力的法定依据，有的是表意人不得否认法律行为效力的因素，有的是表意人对法律行为所生后果是否承受的条件，有的是真正的权利人能否保有其权利的条件。兹举例说明如下：

（1）交易相对人的欺诈作为可能影响法律行为效力的消极因素，《民法通则》是令因欺诈而实施的民事行为无效（第58条第1款第3项）。这有失权衡，于是《合同法》将其修正为作为可变更或撤销的原因（第54条第2款），《民法典》作为可撤销的原因（第148条、第149条）。（2）交易相对人的重大误解作为可能影响法律行为效力的消极因素，《民法通则》（第59条第1款第1项）和《合同法》（第54条第1款第1项）赋予了重大误解人变更或撤销法律行为的权利，《民法典》只是删除了变更权（第151条）。（3）交易相对人的善意、恶意被归入交易安全的范畴，外在于并且后于法律行为及其有效要件，限制着法律行为的效力。在法律行为符合积极的要件的情况下，善意或恶意不会导致法律行为有效抑或无效，只有在法律行为

欠缺积极的有效要件的情况下，善意或恶意才可能影响法律行为的效力。它在中国现行法上的地位和功能比较复杂，需要类型化。第一种类型是作为坚持或否认法律行为效力的法定依据，交易相对人为善意时可以否认法律行为的效力，为恶意时则不得否认法律行为的效力。例如，按照《民法通则》第66条第1款后段的规定，本人知道他人以本人的名义实施民事行为而不作否认表示的，视为同意。就是说，本人为恶意时不得以无权代理行为作为抗辩，不得拒绝承受无权代理行为所产生的法律效果。再如，按照《合同法》第49条规定，交易相对人对于无代理权的事实为善意时，被代理人无权否认代理行为的法律效力。《民法典》亦然（第172条）。第二种类型是，交易相对人的善意、恶意作为表意人对法律行为所生后果是否承受的条件。例如，按照《合同法》第50条规定，法人或其他组织的法定代表人、负责人实施了越权行为，交易相对人为善意时，该越权行为有效；交易相对人为恶意时，法人有权否认该越权行为对自己具有法律约束力。《民法典》对此予以承继（第504条）。

转让合同有效作为善意取得的要件之一，意味着承认了善意补正了法律行为有效要件的欠缺，善意成了法律行为的有效要件之一。这与现行法规定的法律行为的有效要件及其学说，与将交易相对人的欺诈、重大误解、善意等主观状态作为可能影响法律行为的消极原因的制度设计，均不相符。^[356]

c.与既有的物权取得原因的体系不符

如果把转让合同有效作为善意取得的要件之一，且认为善意补正转让合同的效力，受让人取得标的物的所有权在性质上属于继受取得，那么，在体系上把善意取得归入基于法律行为的继受取得之中，更符合逻辑。可是，无论是既有理论，还是《物权法》和《民法典》，均未如此认识和设计。

既有的物权取得原因的理论，都未将善意取得作为基于法律行为而取得物权的类型看待，而是把善意取得作为独立于法律行为的物权取得的种类。^[357]《民法典》亦然，于其“第二编 物权”中的“第九章 所有权取得的特别规定”中把善意取得作为所有权取得的特别情形之一（第311条第1款）。这告诉我们，把转让合同有效作为善意取得的要件之一，与既有的物权取得原因的体系不符。

d.时间、逻辑和权限方面的障碍

在德国民法及其理论上，物权行为因欠缺处分权限而效力待定，由善意替代处分权限。即使采取善意补正法律行为（德国民法上的物

权行为，《合同法》上的买卖合同）效力的学说，也存在着从效力待定到确定地有效的补正过程，绝不可以说法律行为自始具有完全的法律效力，至少在逻辑上是这样。数件中国物权法草案将转让合同有效作为善意取得的要件之一，法释〔2016〕5号第21条规定：“具有下列情形之一，受让人主张根据物权法第一百零六条规定取得所有权的，不予支持：（一）转让合同因违反合同法第五十二条规定被认定无效；（二）转让合同因受让人存在欺诈、胁迫或者乘人之危等法定事由被撤销。”所有这些，都意味着要求转让合同一开始就是有效的，而不是依赖善意的补正才变成有效的。这不是对真实的德国民法及其理论的借鉴，而是重新设计了法律行为的有效要件。笔者认为，在善意取得这样的具体制度中重新设计法律行为的有效要件，颇有些越权的味道，不尽妥当。[358]

C.利益衡量：何种受让人应受到优惠保护

赞同善意取得以转让合同有效为前提的专家、学者，认为这样可以使受让人向无处分权人主张违约责任，于其有利。对此，笔者持有异议。不错，违约责任确实较缔约过失责任为重，但应当用得恰当。受让人若为善意，只要愿意，一定能够取得标的物的所有权，此时不存在损失，无权向无处分权人主张赔偿责任。于此场合，设置违约责任还是缔约过失责任，有什么关系呢？受让人若为恶意，真正的权利人追认或者无处分权人取得了处分权，转让合同有效，受让人据此合同而取得标的物的所有权，无损失可言，违约责任、缔约过失责任还是派不上用场；在无处分权人没有取得处分权、真正的权利人又不予追认的情况下，转让合同归于无效，受让人不能取得标的物所有权，于此场合，受让人向无处分权人主张缔约过失责任，可能不如追究违约责任有利。这是应当的，对于恶意之人为什么要特别保护呢？！就是说，从利益衡量的角度考虑，也无必要规定善意取得以转让合同有效为要件。[359]

当然，在转让人尚未交付作为动产的标的物或尚未办理不动产的移转登记场合，善意的受让人仍不能善意取得的情况下，转让合同有效模式确实能够使受让人向转让人追究违约责任，较出卖他人之物合同因真正的权利人不予追认而无效更有利于受让人。仅就这点来说，转让合同有效的模式具有优越性。即使如此，也要注意以下四点：第一，这种有利于善意受让人，并非物权领域的利益，仅为债权领域的利益，即善意受让人能够基于有效的转让合同向无处分权人主张违约金或损害赔偿。第二，我们应当将这种对善意受让人的有利，放置于整个善意取得制度甚至于相关制度的大背景下进行利益衡量，全面考虑善意取得制度的方方面面，不难发现转让合同有效模式的缺点过

多，优越性过少，权衡利弊，还是不宜将转让合同有效作为善意取得的要件。第三，受让人善意却不能取得标的物的所有权，属于善意取得没有达成，于此场合，相对于善意取得制度而言，转让合同有效作为善意取得的构成要件已经失去本身的意义，换句话说，它不是作为善意取得的构成要件而呈现出价值，只是作为判断无处分权人违约与否的标准而发挥着作用，可这已经不属于善意取得制度的范围了，而是归入法律行为制度的内容了。既然如此，将转让合同有效作为善意取得的构成要件就是画蛇添足，莫不如还转让合同的本来面目和作用，在善意取得的构成要件中不涉及转让合同的效力问题。[360]第四，这种仅仅为了追究无处分权人的违约责任而将转让合同有效作为善意取得的构成要件，会造成整个民法体系的不和谐，难以合理解释如下法律制度及规定：（a）《民法典》第153条关于违反法律或社会公共利益的民事法律行为无效的规定。就是说，无权处分违反公序良俗原则，转让合同归于无效，但受让人受让标的物的物权符合《民法典》第311条第1款规定的善意取得的要件。于此场合，坚持善意取得以转让合同有效为要件的观点陷于尴尬的境地。（b）《民法典》第157条关于民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿的规定。对此稍加解释就是，无权处分场合，转让合同符合《民法典》第146条第1款、第153条、第154条或第147-149条规定的原因，但物权变动符合《民法典》第311条第1款规定的善意取得的要件，《民法典》第157条本有适用的余地，可是按照转让合同有效说，则出现了冲突。（c）《民法典》第545-550条关于债权让与的规定。这里的问题主要是，债权让与违反了当事人禁止让与的约定，按照《民法典》第545条第1款的规定，债权让与合同无效。但另一方面，受让人对此为善意，按照一种学说，债权有外部表征即有公示方法时，也发生善意取得。如此，转让合同有效说便无法自圆其说。（d）《民法典》第147条、第157条关于重大误解及其法律后果的规定。对此稍加解释就是，无权处分人不知其无处分权，受让人亦不知晓，按照《民法典》第147条、第157条的规定，该合同可被撤销，无处分权人实际上也行使了撤销权；另一方面，受让人可基于《民法典》第311条第1款善意取得标的物。于此场合，采取转让合同有效说，十分被动。[361]第五，如果非得使善意的受让人能够请求转让人对无权处分承担履行利益的损害赔偿而非缔约过失责任制度中固有的信赖利益的损害赔偿不可的话，也可以通过改造缔约过失责任制度的途径达到目的。例如，法释〔2010〕9号第6条第2款关于“转让方和外商投资企业拒不根据人民法院生效判决确定的期限履行报批义务，受让方另行起诉，请求解除合同并赔偿损失的，人民法院应予支持。赔偿损失的范围可以包括股权的差价损失、股权收益及其他合理损失”的规定，就是在缔约过失责任中承认了履行利益的损害赔偿。

在善意取得制度及原因行为方面也完全可以如此设计。

D.驳“物权法规定转让合同有效系为了解决转让合同存在着欺诈、胁迫等可撤销的原因问题”说

有专家认为，中国物权法草案把转让合同有效作为善意取得的构成要件，系为了解决转让合同存在着欺诈、胁迫等可撤销的原因问题。^[362]法释〔2016〕5号采纳此说（第21条第2项）。笔者认为，这是一个似是而非的问题，故持反对意见。其理由如下：在欺诈、胁迫、乘人之危而订立合同场合，如果它们未发生在无权处分场合，则此类合同的效力与善意取得制度不发生关联，无须在此讨论。如果它们发生在无权处分场合，则有如下结论：假如欺诈、胁迫、乘人之危等系无处分权人所为，那么，善意受让人只要不行使撤销权，转让合同就继续有效，无处分权人不可能因此而阻断善意取得；倘若欺诈、胁迫、乘人之危等系受让人所为，则他为恶意^[363]，当然不构成善意取得。所以，在善意取得问题上，没有必要牵扯转让合同有效无效的问题，而应将之放归债法领域。这在下文继续讨论。^[364]

E.析转让合同无效不得发生善意取得说及“转让合同因违反法律或行政法规的强制性规定，或违反公序良俗而被宣告无效，则根本无法发生善意取得的法律效果”说。

赞同转让合同有效为善意取得要件的理由还有，转让合同因违反法律或行政法规的强制性规定，或违反公序良俗而被宣告无效，则根本无法发生善意取得的法律效果。^[365]法释〔2016〕5号第21条第1项关于转让合同因违反《合同法》第52条的规定被认定无效的，受让人主张根据《物权法》第106条的规定取得所有权的，不予支持的规定，系对这种观点及理由的采纳。对此，笔者分析如下：

a.在物权变动的问题上，理清善意取得与转让合同之间的关系，尤其是在不同阶段的法律状态，对于认识此处所论十分重要。兹分几个阶段解析如下：a) 在基于法律行为的物权变动领域，从未成立过诸如买卖、互易等转让合同，肯定不会发生标的物的物权变动。b) 在一般情况下，成立了买卖、互易等转让合同，没有履行买卖、互易等法律行为项下的债务，即动产尚未交付、不动产物权没有办理过户登记，也不会发生标的物的物权变动。c) 只有履行完毕债务，即动产已经交付、不动产物权的过户登记办理完毕，才会发生标的物的物权变动。债务的适当履行，也就是债权的实现。d) 在买卖、互易等法律行为的存续期间与债权的存续期间相同时，可以说买卖、互易等转让合同是标的物发生物权变动的原因/根据，也可以说买卖、互易等转让合同项下的债务及其履行，或曰债权及其实现，是标的物发生

物权变动的原因/根据。在买卖、互易等转让合同约定了较短的存续期间，尤其是该等转让合同已经消失的场合，称债务及其履行或曰债权及其实现，是标的物发生物权变动的原因/根据，更加显而易见。由此可见，债务及其履行/债权及其实现在标的物发生物权变动中所处的重要地位及功能。e) 标的物的物权变动与买卖、互易等转让合同之间的关系，在有权处分的情况下是这样，在无权处分且符合《民法典》第311条第1款规定的条件下，也是如此。有权处分与无权处分之于物权变动，其中的差异及其解决方案，在德国法系不是着眼于买卖、互易等转让合同的效力，而是聚焦于受让人的善意抑或恶意，在中国《民法典》上除此而外还增加了交易有偿且价格合理这一点。f) 诚然，面对这样的结论，反对者会质问：这不是在忽视甚至抛弃买卖、互易等转让合同的效力与功能吗？或者换个角度质问：买卖、互易等转让合同的效力还有什么用呢？笔者对此的回应是，买卖、互易等转让合同的效力在受让人取得标的物的物权之后能否继续保有它的方面起着至关重要的作用：受让人取得标的物的物权之后，买卖、互易等转让合同被确认为无效或被撤销，则受让人取得物权所依据的债权不复存在，也就是取得物权的原因消失，继续保有物权的根据没有了，动产物权场合丧失动产物权，不动产物权场合将要注销不动产物权的登记。有权处分的场合是这样，无权处分的情况下也是如此，换句话说，善意取得与有权处分二者在发生物权变动这个阶段还是没有差异。一句话，受让人取得标的物的物权之后，转让合同不发生无效或被撤销情形的，受让人能够继续保有物权；转让合同被确认为无效或被撤销的，受让人取得的物权不能继续保有，得而复失。这个结论同样适合于有权处分发生物权变动的场合和无权处分发生善意取得的场合。再换个说法，善意取得与物权保有系属两项法律制度，善意取得是物权设立的法律事实，管的是“入口”；物权保有属于物权存续而非得而复失的范畴，是“入口”之后能在物权的大本营里“驻扎”得住的现象。可以这么说，转让合同有效，善意取得的法律效果（取得物权）能够有权源地保持下去；转让合同无效，善意取得的法律效果（取得物权）得而复失，受让人取得的物权又回归真实的物权人。于是笔者不禁要问：在有权处分发生物权变动的领域，人们不要求以转让合同有效为要件，为什么在无权处分发生善意取得的领域却要求以转让合同有效为要件之一呢？这样差别对待的合理性到底在哪里呢？笔者呼吁：法律人不应把物权变动与物权保有相混淆，同理，不应将善意取得与物权保有相混淆。转让合同有效抑或无效，是取得的物权能否继续保有的问题，不是物权能否及是否变动了的问题，不是善意取得能否构成的问题。

b.即使“转让合同因违反法律或行政法规的强制性规定，或违反公序良俗而被宣告无效，则根本无法发生善意取得的法律效果”的观点

成立，也难以强劲地支持善意取得必须以转让合同有效为要件的意见，因为在无处分权人系限制行为能力人、无权代理人的场合，转让合同是效力待定的，而非有效的，但照样可以善意取得。

c.合同违反公序良俗，受让人有重大过失时，不符合善意取得的构成要件。就是说，转让合同违反公序良俗而无效有时不可能发生善意取得，并非证成转让合同有效为善意取得要件的理由，因为于此场合不成立善意取得乃因缺乏善意这个构成要件，而非欠缺合同有效这个要件。例如，甲男已婚，与妻子乙女共有一房产A，但房产登记簿上仅登记有甲男一个人的名字。而甲男有婚外情，但丙女（婚外情对象）被甲男欺骗，一直认为甲男单身，完全不知道甲男已婚。甲男为了讨丙女欢心而维持婚外情，遂将A房产转让并登记至丙女名下，而且该转让乃有偿转让，价格亦合理（转让动机可以是看好房产价格大涨，让丙女享受房屋涨价后之利益，故没有作成赠与）。在此情况下，甲男有偿转让房产与丙女的合同严格来看似应构成违反公序良俗（由甲男的目的观之）。但丙女由于完全不知道甲男乃为维持婚外情而为房产转让，似应为善意且以合理价格受让了该房产，并登记至其名下。甲男未经妻子乙同意擅自处分房产，构成无权处分。故在转让合同违反公序良俗情况下，似仍应有善意取得之适用。[366]

d.转让合同违反法律或行政法规的强制性规定场合，并非一律禁止善意取得：若违法者为受让人，不论是不知转让人欠缺处分权，且无重大过失，还是除此而外的故意违法或重大过失地违法，均应阻止他取得标的物的所有权；在受让人同时知晓或因重大过失而不知让与人无处分权时，不适用善意取得制度。若违法者为让与人，受让人为善意，同时具备善意取得的其他要件时，笔者认为仍应适用善意取得制度。例如，甲将丙所有但登记在自己名下的A房卖给乙，强迫乙同意直接将A房从自己名下过户给乙，威胁说，若乙把此事告知税务机关，就打断乙的双腿。于此场合，乙不知A房为丙的，对此也无重大过失，则应当善意取得。

至于合同无效，依据《民法典》第157条的规定，善意取得人负有返还给付物的义务，是合同无效后果的表现，但不是否定善意取得本身的根据。所以，转让合同违反法律、行政法规的强制性规定而无效，不可能发生善意取得，同样不是证成转让合同有效为善意取得要件的理由。

【辨析】

无权代理并非无权处分，理由如下：（1）在无权代理的场合，不是代理人在处分被代理人的财产，而是被代理人在处分其财产，被

代理人才是实体交易的主体，代理人不是实体交易的当事人，仅仅是“代”被代理人为意思表示或接受意思表示。无权处分的场合，在外观上是处分人以自己的名义处分自己的财产，但实质上该财产却归属于他人。所以，判断处分权的有无，是看被代理人对于交易的标的物有无处分权，而不是看代理人对交易的标的物有无处分权。（2）无权代理只要未被被代理人追认，“代理人”实施行为的法律后果由“代理人”独自承受，可能是基于《民法典》第577条等条款的规定承担违约责任，也可能是依据《民法典》第157条的规定承担缔约过失责任；无权处分未被真正的物权人追认、处分人于其后也没有取得处分权，适用《民法典》第597条以及法释〔2009〕5号第15条和法释〔2012〕8号第3条的规定，则无权处分合同的效力不因此而受影响，处分人要承担违约责任。

[辨析]

越权行为，如甲公司的法定代表人张某将甲公司的财产以甲公司的名义为乙公司设定担保，又如张某将甲公司的财产增资扩股于丙公司，等等，是否属于无权处分？回答是否定的，因为越权行为的场合是法定代表人张某以甲公司的名义处分甲公司的财产，且张某具有代表权，只不过超越了权限范围而已。不难发现，此种情形在实质上是甲公司在处分自己的财产，而非张某在以自己的名义处分在外观上属于他但实质上属于甲公司的财产，故属有权处分。

2. 受让人在受让不动产物权时为善意

这里的善意，含义如何，存在着不知情说和不知情且无重大过失说的分歧。^[367]鉴于前者意味着要求真正权利人必须举证受让人明知不动产登记簿的记载与真实的物权关系不符，即要求举证受让人的内心状态，使真正权利人处于极为不利的境地，过于苛刻，有失权衡，笔者赞同后者，将善意界定为，受让人无重大过失地不知不动产登记簿记载的物权关系与真实的物权关系不一致，或曰受让人对于不动产登记簿记载的物权关系与真实的物权关系不一致的情形不知，没有过失或只有一般过失。如此界定的理由还有，《民法典》第311条规定的善意取得统一适用于动产物权和不动产物权场合，在构成要件上，未如《德国民法典》那样规定动产物权的善意取得要求受让人不知情或无重大过失地不知情（第932条第2项），不动产物权的善意取得仅要求受让人不知情（第892条、第893条）。这样，为将中国《民法典》第311条第1款规定的善意统一解释为不知情且无重大过失提供了空间。

如今，法释〔2016〕5号采纳了这种观点：“《物权法》第106条

第1款第1项所称的‘受让人受让该不动产……时’，是指依法完成不动产物权转移登记……之时”（第18条）。“受让人受让不动产……时，不知道转让人无处分权，且无重大过失的，应当认定受让人为善意”（第15条第1款）。首先说明，法释〔2016〕5号第15条第1款对于善意的界定，不同于不当得利制度中的善意，因为后者场合的善意是指受益人不知情，至于该不知情是发生在重大过失情况下还是一般过失甚至确实没有过失，均在所不问^[368]；也不同于债权人撤销权制度所要求的善意，在那里，对于债务人的恶意、善意的判断，只要求债务人不知，其不知是否出于过失，在所不问。^[369]

其次明确，法释〔2016〕5号第15条第1款将善意界定为“不知道转让人无处分权，且无重大过失”，与《德国民法典》第892条、第893条确定的善意不同。《德国民法典》区分不动产物权与动产物权的领域而赋予善意不同的含义，在不动产物权善意取得制度中，依据《德国民法典》第892条、第893条的规定，取得人仅在明知土地登记簿之不正确时，为非善意。取得人重大过失地不知此情的，不妨碍《德国民法典》第892条、第893条规定的适用。与此有别，在动产物权善意取得制度中，按照《德国民法典》第932条第2款的规定，取得人知道或因重大过失而不知该动产不属于让与人的，非为善意。法律上如此区别处理的理由，乃立法者认为土地登记簿相比较于占有，能提供更为坚实的信赖基础。^[370]“善意之成立，不以取得人事实上确已查阅土地登记簿为前提。只要土地登记簿之登记状态，对其权利取得为支持时，即可成立其善意（联邦最高法院民事判例集，第104卷，139、143页）。”^[371]

在这里，笔者更赞同法释〔2016〕5号第15条第1款关于善意的界定，它暗含着受让人负有查阅不动产登记簿的义务，不查阅便签订买卖合同，在让与人非为不动产登记簿记载的权利人的情况下，受让人具有重大过失，算不上不动产善意取得构成要件中的善意。

笔者不赞同照抄照搬《德国民法典》第892条、第893条的规定，因为在德国受让人无须查阅不动产登记簿，就被推断为善意，所以，在让与人根本就不是土地登记簿记载的权利人，或者土地登记簿的记载错误百出的场合，受让人不查阅土地登记簿，又无其他证据证明受让人明知土地登记簿的记载，还要推定受让人为善意，实在令人费解。试问：不加之受让人查阅土地登记簿的义务，受让人不是睡眠就是游玩，照样认定其为善意，这符合情理吗？什么情况下受让人才是明知土地登记簿的记载与让与人不一致呢？此其一。受让人无须查阅土地登记簿就被推定为善意，这对受让人的要求过于低下了。合同法对于法人作为当事人的合同文本，要求于其上加盖法人公章或法人

的合同专用章，或者法定代表人在合同文本上亲笔签字或加盖其私章。如果合同文本上既无法人之章又无法定代表人的签章，则法人有权拒绝承受该合同项下的权利义务。在原理相同或相似的领域，物权法应与合同法有大体相当的要求。此其二。

其实，连德国专家、学者都在反思《德国民法典》第892条、第893条的规定：这种差别处理有无其内在合理性，颇值怀疑。^[372]“真实权利人之地位，还因下述两点而变得更糟：其一，对产生登记簿不正确之事实，取得人虽明知，但并不因此而使其为非善意；就取得人非善意之构造，还要求取得人须自该事实而推导出登记簿之不正确。^[373]其二，取得人之善意，先已被法律所推定——这可由民法典第892条第1款之规定得出——；也就是说，因民法典第892条之取得而受损害者（真实权利人），须举证证明取得人已明知土地登记簿之不正确。由于该明知为内心之事实，且从经验上看，即使法官依民事诉讼法第445条、第448条对取得人进行当事人讯问，也常常无法查明该内心事实之是否存在，故而，对该事实之举证，就显得尤为困难。”^[374]有鉴于此，在存在重大过失的极端情形中，司法判例就试图借助《德国民法典》第226条关于权利滥用之禁止、第826条关于违反善良风俗的故意侵害的规定，施与救济。^[375]

需再反思，尽管不动产登记簿记载的权利状态与真实的权利状态不一致的情形也有一些^[376]，但两种状态相吻合的比例终究高于占有所公示的权利状态与真实的权利状态相吻合的比例，诸如借用、租赁、仓储、让与担保等场合，占有均未反映真实的动产所有权状态。如此，如果说在不动产物权变动的场合，受让人经查阅不动产登记簿得知让与人就是记载的物权人，从而与之交易，即使登记簿记载错误，也不构成重大过失，属于善意，那么，受让人仅仅凭借让与人占有买卖物这个状态，不做其他有关方面的尽职调查，诸如查阅借用、租赁、仓储等合同，就排除其重大过失，这是轻率的、难获赞同的。再者，法释〔2016〕5号第17条规定：“受让人受让动产时，交易的对象、场所或者时机等不符合交易习惯的，应当认定受让人具有重大过失。”这也表明受让人受让不动产物权时有无重大过失的判断因素较为丰富，相对而言，受让人受让不动产物权时有无重大过失的判断因素较为单纯。因此，法释〔2016〕5号第15条第1款采取统一的重大过失的判断标准，值得商榷。笔者认为，在动产物权变动的场合，受让人是否存在重大过失的判断因素应多于不动产物权变动的场合。在这点上，《中华人民共和国民法典·物权编》不宜采纳法释〔2016〕5号第15条第1款对重大过失的判断采取同一标准的路径及方法。

最后，法释〔2016〕5号第16条第1款列举的下列五种情形均为

不动产受让人知道转让人无处分权：（1）登记簿上存在有效的异议登记；（2）预告登记有效期内，未经预告登记的权利人同意；（3）登记簿上已经记载司法机关或者行政机关依法裁定、决定查封或者其他形式限制不动产权利的有关事项；（4）受让人知道登记簿上记载的权利主体错误；（5）受让人知道他人已经依法享有不动产物权。法释〔2016〕5号第16条第2款系兜底条款：“真实权利人有证据证明不动产受让人应当知道转让人无处分权的，应当认定受让人具有重大过失。”这种列举加兜底条款的模式，既有明示，便于操作，又防止挂一漏万，应予赞同。

此处所谓证据，例如，甲与其妻乙采取夫妻财产共有制，但其A房登记在甲的名下，丙为直接办理A房登记的工作人员。现在甲与丙签订A房的买卖合同，未出示其妻乙的授权。于此场合，丙为应当知道转让人甲无处分权，至少构成重大过失。

恶意取得不动产物权的，不在保护之列。基于不动产登记的公信力，应推定信赖不动产登记簿记载的受让人为善意。法释〔2016〕5号第15条第2款关于真实权利人主张受让人不构成善意的，应当承担举证证明责任的规定，将举证受让人恶意的责任分配给了真实权利人，使《民法典》第311条第1款设计的善意取得制度倾斜于真实权利人的天平，往相对平衡的角度矫正了一些，值得肯定。这在比较法的层面也有支持的例证：《德国民法典》及其学说也是由真实物权人举证受让人恶意的。^[377]

[引申与辨析]

A.实际上，判断受让不动产物权者是否善意，只有结合个案情况，才不会出问题。例如，甲和乙系夫妻，于其夫妻关系存续期间，购买了A楼。但因登记机构的操作惯例，不动产登记簿的所有权人一栏只有甲的姓名，共有人一栏也未记载有乙。现甲将A楼出售与丙。丙和甲乙素不相识，查询不动产登记簿，难以发现乙系A楼的共有人。于此场合，确定丙为善意，当无疑义，除非乙举出相反的证据。

不过，如果稍微变换条件，结果则不相同。假设丙和甲乙系同事关系，丙明知甲乙采取的是夫妻财产共有制，A楼为其夫妻关系存续期间所购。现甲把A楼出售与丙，并办理了过户登记手续。乙得知此情，否认该买卖合同关系，主张A楼的所有权。于此场合，丙至少是重大过失地不知A楼为甲乙所共有，因而应为恶意。

B.不动产物权未登记在出卖人或转让人的名下，受让人买受或受让该不动产的，非为善意。

C.在借名登记不动产的情况下，出卖人或转让人以自己的名义处分该不动产，受让人发现出卖人或转让人与第三人存有借名协议，登记簿载明该不动产本为该第三人所有或拥有，该出卖人或转让人又无代理权的授予，于此场合，受让人为非善意。

D.家事代理仅仅适用于价值不太大的财产处分的领域，不动产的处分不适用于家事代理。因此，配偶一方处分本属夫妻共同所有但登记在自己名下的不动产，受让人知晓该出卖人或转让人采取夫妻共同财产制的，便有调查该不动产归属的义务，包括索取配偶另一方授权处分的文件，否则，该受让人非为善意。

判断善意的时间点，有申请登记时、登记完毕时等不同的意见。
[378]鉴于此处所要求的善意必须是受让人于受让不动产物权时不知无权处分的事实且无重大过失，鉴于受让不动产物权直至办理完毕变更登记才算受让不动产物权，此处所谓善意，则只能是受让人自交易开始至变更登记完毕时整个阶段一直处于不知无权处分的事实且无重大过失的状态。否则，在该阶段的任何一个时间点受让人了解了无权处分的事实，或虽未了解但有重大过失的，就都构成恶意。换个表述方法就是，受让人在不动产登记簿尚未记载不动产物权的状况时，就决定与声称为物权人的转让人进行交易，显然盲动，在该转让人确实无处分权的场合，应当认定受让人具有重大过失。只有在不动产登记簿已经记载了不动产物权的状况，受让人据此与登记的物权人交易，才可说是善意的。有鉴于此，加上《民法典》第214条规定，不动产物权变动自记载于不动产登记簿时发生效力，把判断受让人是否为善意的时间点确定在记载于登记簿时，根据更充分些。法释〔2016〕5号采纳了此种见解，于第18条明确：“物权法第一百零六条第一款第一项所称的‘受让人受让该不动产或者动产时’，是指依法完成不动产物权转移登记或者动产交付之时。”

3. 受让人受让不动产物权所应（已）支付的价格合理

与德国民法在善意取得方面不强调交易行为有偿无偿的模式不同，中国《民法典》不仅要求交易行为有偿，而且强调价格合理（第311条第1款第2项），具有特色，不可不察。

[探讨]

对于价格是否合理的判断，究竟是依据主观标准还是遵从客观标准，是亟待解决的问题。所谓主观标准，是指以当事人主观上认可的价格为准，至于客观上价格是否与标的物的价值大体相当，在所不问。所谓客观标准，是指按照社会观念，认为价格与标的物的价值大

体相当的，即认定为价格合理。本来，合同法以给付与对待给付之间的主观等值性为原则，客观等值性为例外。^[379]但在善意取得制度中，就交易价格是否合理也贯彻主观判断标准，会给无处分权人和受让人恶意地将过低的价格谎称为合理的价格提供机会，对抗真实的物权人否认无权处分的主张，这有失公平正义。若采取客观判断标准，则会避免此类情况。

这个结论的合理性具有深层的原因。在合同当事人之间，就两项给付间的关系强调主观等值性，是理性原则和合同正义原则的体现。在善意取得制度中，交易价格是否合理及其判断，更多的是关乎真实的物权人能否成功地否认无权处分，而保有其权利。既然两者存在着如此巨大的差别，不同的事物不同处理就有较为充分的理由。

在这个问题上，法释〔2016〕5号第19条规定：“物权法第一百零六条第一款第二项所称‘合理的价格’，应当根据转让标的物的性质、数量以及付款方式等具体情况，参考转让时交易地市场价格以及交易习惯等因素综合认定。”例如，通过拍卖程序拍定的A楼，成交确认书签署后发现价格偏低，也不得主张价格不合理，而宜认定为价格合理。再如，A房预售合同约定，A房的价款于合同签订后5日内付清。买受人据此履行了付款义务，此时开发商以与A房同类型的B房价款明显高于A房的价款为由主张约定的房款偏低，请求调整，笔者认为，此种主张不可得到支持。因为B房预售合同约定B房的价款在5年内付清，而非于合同签订后5日内付清。由于付款方式不同，期限利益不同，两份合同约定的房款不具有可比性，不可支持开发商关于调整房款的请求。

【引申】

价格合理中的价格，是指约定的价格，还是指已经支付的价格（价款）？还是两者均可？《北京市高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的指导意见（试行）》（京高法发〔2010〕458号）第19条第2项明确规定：“‘以合理的价格转让’是指买卖双方之间存在以合理价格转让房屋的交易行为，且买受人已实际全部或部分支付了房屋价款。”笔者则认为，已付合理价款固然为此处所谓合理价格，即便尚未支付，只要约定的价格合理，同样是此处所谓合理价格，理由如下：（1）就《民法典》第311条第1款的文义来看，它用的是“价格”而未用“价款”。按照通常的习惯称谓，当事人已经支付的标的物的对价（钱款），不叫“价格”，而称“价款”；合同约定的买受人等应当支付的标的物的对价，称作“价格”，可能是买受人等业已支付的，也可能是尚未支付的。依据《现代汉语词典》的解释，价款是买卖货物时收付的款项，价格为商品价值的货币表现

[380]，这表明价格一词具有中性，不以支付为界定的标准。由此可以得出结论，作为构成善意取得要件之一的价格合理，既指受让人已经向转让人付清了合理的价款，也包括受让人尚未实际付款，但合同约定了合理的价格。（2）善意取得制度的设立以物权（变动和存续的）公示具有公信力为前提，如果法律没有赋予物权（变动和存续的）公示以公信的效力，就不应该有善意取得制度。而物权（变动和存续的）公示制度和公信制度内在地不含有价款及其支付这个元素，只在于使信赖具有公信力的物权（变动和存续的）公示的交易相对人能够取得标的物的物权。如此，善意取得制度天然地不要求价款支付这样的成立要件，甚至于不要求价款这样的成立要件。既然如此，某些解释法律之人却主观地认定《民法典》第311条第1款第2项关于善意取得要求“以合理的价格转让”这个成立要件，是指受让人业已付清价款，这显然脱离了物权（变动和存续的）公示制度与公信制度的要义，而这是不符合法教义学的规则的。所以，纯粹从逻辑的层面考虑和推演，善意取得的成立是不需要合理的价格这个要件的，更不要说价款已经支付这个离谱的要素了。（3）诚然，立法者不完全囿于形式逻辑，适当地偏离些形式逻辑的要求，在成立要件上，或在法律效果方面，人为地附加些其他要件/要素，只要是出于利益衡平的需要、实现公平正义的需要、社会公共利益的要求，也是可以的，甚至是必要的。《民法典》冲破物权（变动和存续的）公示制度与公信制度的藩篱，于第311条第1款强调善意取得以有偿交易为必要，即为明证。这样的设计既避免了将善意取得制度适用于无偿交易的领域同时配有不当得利返还制度以矫正出现的不当结果这种烦琐复杂、迂回曲折的不足，又在深层衡平了真正的物权人与交易相对人之间的利益关系，达到了实质正义，值得肯定。但是，什么事情做过了头儿，效果就适得其反。将《民法典》第311条第1款第2项关于“以合理的价格转让”解释为价款已经支付，就属于“做过了头儿”。如此断言的理由之一在于，善意取得制度之所以得以确立，之所以据此“剥夺”真正物权人的物权，牺牲其有关利益，正在于使善意的交易相对人放心，只要存在着并信赖了具有公信力的物权（变动和存续的）公示，即可放心地与公示表征的物权之人实施交易，而且肯定会取得交易标的物的物权。至于价款付清与否，完全交由债法管辖，不在善意取得制度的视野里。这样的制度设计，应当是衡平了各方的利益关系，结果是适当的。假如我们反对这样设计，增加已经付清价款方可成立善意取得的条件，那么，就不可避免地出现不适当的后果，至少在下述情况下必定是失衡的：A. 转让人无理拒收价款，致使受让人没有付清价款；B. 合同约定先交货后付款，受让人依约行事；C. 以付清价款为条件，意味着交易行为（物权变动的原因行为）全部履行完毕，债的关系基本上功成身退，只剩下物权关系设立并存续了，这在利益衡平上对受让人过于苛刻；D.如果不强求价款必须支付，而将《民法典》第311

条第1款第2项的规定解释为约定了合理的价格，至于是否实际支付了价款，则在所不问，就完全避免了上述失衡。（4）上文（3）的分析和结论符合等价有偿原则的本质要求。《民法典》第311条第1款第2项要求善意取得“以合理的价格转让”，系等价有偿原则的体现和落实。鉴于民法主要重视形式平等、形式正义，仅仅在个别之处才考虑实质平等，关心实质正义，应当说，等价有偿的衡量标准和时点重在法律行为成立之时，至于履行的结果是否体现了等价有偿，那是履行制度及救济制度所关注和解决的问题。价款实际支付，就属于履行的结果。如果没有付清价款，则属于债权人援用《民法典》第577条请求继续履行或违约损害赔偿的范畴。而这些均属债法的领域，若在物权法领域的善意取得制度中刻意强调本属债法的规则，似乎有些“劲儿”使得不是地方，有些“错位”。（5）从比较法的方面看，境外的立法例及其学说都承认无偿法律行为场合也发生善意取得，这本来是符合物权（变动和存续的）公示制度和公信制度的内在要求的。中国现行法确立自己的立法政策，不受逻辑的羁绊，限缩善意取得制度的适用范围——仅限于有偿法律行为的场合，这已经够严格的了，若还要进一步压缩到业已付清价款的交易领域才成立善意取得，委实矫枉过正，有失权衡。

[论争]

有学者不赞同这种解释，而认为价款原则上必须实际支付，如果只是达成了协议，不能认为已经符合了善意取得的构成要件。因为一方面，如果没有支付价款，原权利人可以以没有完成交易为由否认善意取得的成立，这就很有可能引发很多纠纷；另一方面，这也可以为善意的判断提供明确的标准。假如没有支付合理价款，将导致很多实质上无偿、形式上有偿的转让为法律所保护，这就有违善意取得制度的宗旨。^[381]对此，笔者分析如下。

（1）原权利人以没有完成交易为由否认善意取得成立的理由，是站不住脚的，因为交易是指转让合同，在德国民法上还包括物权行为，支付价款仅仅是合同义务的履行，而非交易行为本身。

（2）引发纠纷说不是切中要害的理由，即使受让人付清了全部价款，原权利人也可能向受让人追讨，从而引发纠纷。事实上，纵观各个立法例及其运作，不乏法律制度设计得合理但实务中纠纷较多的实例。

（3）不支付价款有违善意取得制度的宗旨说，也难获赞同。其道理在于，善意取得制度的宗旨是什么，需要厘清。德国法系上的善意取得制度不要求交易行为有偿，无偿交易场合的善意取得不存在支

付价款的问题。中国《民法典》上的善意取得制度，尽管强调有偿且等价的交易作为要件（第311条第1款第2项），但是它即使构成了善意取得制度的“宗旨”，也只是其中之一。善意取得制度的功能在于解决转让人无处分权而受让人善意时的所有权变动问题，并不解决受让人取得财产的结果公平与否的问题。^[382]为了稳妥，可将该表述稍作修正，善意取得制度旨在解决无权处分场合受让人善意时的物权变动问题，不刻意考虑受让人取得物权是否公平。至于受让人因此而取得利益有违公正的问题，交由不当得利等制度矫正。

需要指出，建设用地使用权、不动产抵押权等他物权的善意取得，是参照《民法典》第311条第1款的规定（《民法典》第311条第3款），因而不宜机械地要求不动产抵押权发生善意取得时，抵押权人必须支付合理的价格。

4. 不动产物权已经登记在受让人名下，或不动产已经交付给受让人

《民法典》第311条第1款第3项规定：“转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。”对于该项善意取得的条件，可有两种解释。第一种解释是，对于不动产物权的存在与变动，无论法律是否把登记作为物权变动的生效要件，均可成立善意取得。只不过在法律要求不动产物权的变动必须登记的场合，不动产物权的善意取得以办理了变更登记为要件；在法律不要求不动产物权的存在与变动以登记为生效要件的场合，不动产物权的善意取得以不动产已经交付为要件。^[383]第二种解释是，不动产物权的善意取得一律以办理了变更登记为要件，法律未要求不动产物权的存在与变动以登记为生效要件的，受让人就无权处分的不动产为交易时难谓善意，故不得发生善意取得的效果。正所谓善意取得必须依据一个外部标记，而这个标记在动产物权中是占有，在不动产物权中就是土地登记簿的登记状态。^[384]至于《民法典》第311条第1款第3项所谓“不需要登记的已经交付给受让人”，是仅就动产物权的善意取得而言的。

日本民法就不动产物权的变动没有采用公信原则，因之不承认不动产物权的善意取得。^[385]例如，就甲所有的A不动产，丙伪造文书进行移转登记，进而又将A不动产让与丁并进行移转登记。此时，丁虽然表面上呈现拥有A不动产所有权的外观，但由于登记没有公信力，丁即使是信赖丙的登记而买受了A不动产，在A不动产上也不取得任何权利。^[386]在日本，由于登记簿本身相当不完全，构成不实登记的可能性非常大（对建筑物尤甚）。若非在确实实行公示原则的基础上采用公信原则，静的安全就会因公信原则而受到极大威胁。换言之

之，在登记簿的记载大体上尚未正确反映出真实的权利关系的情况下，若对此种登记簿的记载赋予公信力的话，真实权利人的利益就会受到不当损害，制度总体的均衡就会被打破，形成困难的局面。[387]

遵循这种思路，土地承包经营权、宅基地使用权、地役权，以及按照《民法典》第229条、第230条的规定发生的不动产物权变动，均不要求登记，于是登记就不具有公信力，也就不宜适用善意取得制度。换言之，仅仅移转占有，没有办理变更登记手续的场合，不发生善意取得的效力。其法理依据在于，在仅仅承认不动产登记具有对抗效力、未赋予不动产登记以公信力的背景下，不承认不动产物权的善意取得，有其道理，因为此类不动产登记并非不动产物权变动的生效要件，登记所表征的不动产权属状态不一定是真实的不动产物权关系，不动产物权变动之后，怠于或客观上无法及时予以变更登记（过户登记）的情形确实存在，A不动产物权虽然登记在甲名下，但已经移转给了乙，即属此类。在这种情况下，作为理性人的交易相对人不可完全信赖不动产登记，应当适当怀疑登记是否客观地反映了真实的不动产物权关系，因而负有一定的注意义务。交易相对人不履行该项注意义务，盲目地相信登记，不宜认定为善意。所以，在不动产登记仅仅具有对抗效力的法制下，不承认善意取得，在法理上说得通。如此，第二种解释有其根据。

特别需要指出的有二：第一，《农村土地承包法》第53条规定：“通过招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地，经依法登记取得权属证书的，可以依法采取出租、入股、抵押或者其他方式流转土地经营权。”这告诉我们，关于此类土地承包经营权转让，转让前已办理了登记，转让后，受让人取得土地承包经营权亦须办理变更登记，否则，不发生转让的效力。据此推论，他人擅自转让此类土地承包经营权，受让人仅仅凭对承包地的占有尚不得主张善意取得，只有办理了变更登记，才可主张善意取得了土地承包经营权。

第二，《民法典》第232条规定：“处分依照本节规定享有的不动产物权，依照法律规定需要办理登记的，未经登记，不发生物权效力。”物权人向第三人转让基于《民法典》第229条至第230条的规定取得的尚未办理变更登记的不动产物权的，该第三人不能取得该不动产物权。就此推论，非不动产物权人向第三人转让此类不动产物权，更不会发生物权变动的效力。就是说，在这些领域，不会发生善意取得的情形，第二种解释符合法理。

[探讨]

但是，上述结论仍不足以证明第一种解释全无道理。例一，甲和

建设用地使用权人乙就通行于A宗建设用地而签订了地役权合同，甲于该地役权合同生效时取得地役权，但一直没有办理登记手续。实际上，甲并未行使该项地役权，而是丙一直在以地役权人的名义通行于该宗建设用地之上，乙对此听之任之。后来，乙和丁就该建设用地使用权签订转让合同，丙以地役权人的身份同意将存在于该宗建设用地上地役权转让给丁。建设用地使用权的转让和地役权的转让采用同一合同文本的形式，乙、丙和丁分别在转让人和受让人处签字。丁随即在该宗建设用地上行使地役权。当甲发现此情而否认丁的地役权时，丁能否基于善意取得而对抗甲呢？从利益衡平的角度看，承认善意的丁取得地役权似乎更具有合理性。至于这种取得究竟是叫作善意取得还是其他特别的制度，需要继续研究。

例二，甲村把良田B发包给乙农户，乙自土地承包合同生效时取得土地承包经营权，一直没有办理登记。实际上，丙一直以土地承包经营权人的名义在该宗承包地上耕种，甲村村委会不但默认，而且在丙把该土地承包经营权转让给丁时，同意该转让行为。事后，乙提出异议，不承认丁的土地承包经营权，善意的丁则主张取得该土地承包经营权。从利益衡平的角度观察，似乎更应支持丁的主张。至于这种取得究竟是叫作善意取得还是其他特别的制度，需要继续研究。

由此看来，在登记仅为对抗效力的法制下，是否例外地承认若干“善意取得”，以及如何命名，颇费思量。

（三）法律效力

1. 受让人取得不动产物权。该取得并非基于让与人既存的权利，故该不动产上的原有权利消灭。这里所谓原有权利，包括以不动产为标的物的抵押权、借用权等权利。在继受取得的情况下，这些权利随着不动产物权的移转而移转。只有原始取得场合，这些权利才不会移转至受让人之手。可知，《民法典》对善意取得采取的是原始取得说。

[探讨]

就善意取得的不动产上存在的原有权利是否因善意取得而不由受让人承受，《物权法》（第106条）和《民法典》（第311条）均未表态，值得深思和探讨。不妨依不动产登记的公信力予以处理，即，只要不动产登记簿簿页上记载的各项从权利，就都继续存在于该不动产之上，均应由受让人承受，除非不动产物权转让合同明确排除，且该排除系有法律依据的表现。例如，登记名义人获有该不动产抵押权人的授权，可以决定该抵押权的注销；或者已经获得地役权人的承

诺，有权自行决定地役权不随着不动产物权的转让而转让，而是因不动产物权的转让而归于终止。从对面说，凡是不动产登记簿簿页上未记载的原权利，受让人都不予承受之，因为登记的公信力不涉及保护未予公示的权利。

2. 受让人取得不动产物权，系因法律基于保护交易安全的需要，受让人终局地保有所取得的不动产物权。但受让人于其尚未付清价款时，应就该价值形态的利益，负返还不当得利的义务。

[引申]

为达使受让人终局地保有善意取得的物权的目的，德国法系民法学说认为，受让人取得所有权对原所有权人而言系有法律上的原因，自无不当得利可言，原所有权人无从依不当得利的规定请求受让人返还其所受的利益。唯让与人系无偿让与场合，为顾及原所有权人的利益，应使受让人负返还利益为宜。法院应当依衡平的不当得利最高指导原则，创设例外规定，使原所有权人得依不当得利的规定请求受让人返还所受利益。^[388]笔者认为，中国《民法典》关于不当得利构成的规定，未使用“无法律上的原因”的传统表述，而是采用了“没有法律依据”，这为便利地解决善意取得场合的利益返还提供了法律基础。就是说，善意受让人取得标的物所有权，其法律依据在于善意取得，取得标的物所有权具有合法根据，但若无对价而取得，或者尚未支付对价或尚未支付全部对价而取得，就此享有的利益——价值形态的利益——没有合法根据，依然构成不当得利，应予返还。^[389]

3. 原物权人既已丧失了物权，对于让与人可就如下权利择一行使：（1）在双方当事人之间，如原有债的关系（如租赁关系、保管关系等）存在时，可请求让与人（债务人）承担违约责任。（2）让与人（债务人）无权处分物权，构成侵权责任，原物权人可请求侵权损害赔偿。（3）让与人（债务人）取得的对受让人的对价（如价款或其请求权），原物权人可基于不当得利制度请求返还。^[390]

4. 让与人嗣后又取得让与标的物的所有权时，无论是否由于让与人的恶意安排，或是让与人的偶然复得，例如巧合地购买了标的物，或是让与人和受让人之间让与标的物的关系不复存在，让与人再取回占有，解释上均认为让与人不能取得物权，而应坚持这样的立场：原物权人的物权因而复活，该标的物上的负担也一并复活。^[391]

[拓展]

因善意信赖不动产登记而取得不动产物权的，取得如同该不动产

登记若为正确时同样的权利。兹举例说明如下：

（1）甲冒名将乙所有的A楼登记在了自己的名下，然后把它抵押给了丙银行，并办理了抵押登记手续。丙就A楼享有抵押权，能够对抗乙（积极信赖保护）。[392]

（2）甲在乙承包的A地已经享有的地役权误被涂销，乙将A地的承包经营权转让与丙，丙取得A地的承包经营权，没有地役权的负担（消极信赖保护）。[393]

（3）甲冒名登记为A楼的所有权人，后以该楼为银行乙设立抵押权。该抵押权因债务适当履行而归于消灭，但未办理注销抵押登记。其后，甲把A楼出卖与丙，丙因信赖登记、付清了合理的价款并办理了过户登记而取得A楼的所有权。银行乙不得以丙明知A楼有抵押登记而主张抵押继续存在，因为善意受让制度旨在保护第三人的利益，事实上不存在的权利没有保护的必要。所以，丙可以请求注销乙的抵押登记。[394]

（4）某对夫妻实行共同财产制，夫把以妻为登记名义人的A楼出卖给第三人，善意第三人也可因信赖登记、付清合理价款且办理了过户登记手续而取得A楼的所有权。[395]对此，我们不可盲从，理由如下：正因为信赖A楼的所有权登记，该第三人有义务查清该“夫”有无代理权向自己出卖登记在该“妻”名下的A楼。如果该“夫”出示了其妻的授权书，则该“夫”实施了有权处分；反之，该“夫”未出示其妻的授权书，则该“夫”实施了无权处分。于无权处分的场合，该第三人仍然购买A楼，构成非善意。该项结论有《民法典》的下述规定支撑：第1062条第2款关于“夫妻对共同财产，有平等的处理权”的规定；第301条正文关于处分共有的不动产或者动产的，应当经占份额2/3以上的按份共有人或者全体共同共有人同意的规定；第1060条关于“夫妻一方因家庭日常生活需要而实施的民事法律行为，对夫妻双方发生效力，但是夫妻一方与相对人另有约定的除外”（第1款）；“夫妻之间对一方可以实施的民事法律行为范围的限制，不得对抗善意相对人”（第2款）的规定。

（5）甲于其建设用地使用权设立抵押权与乙，误被注销，甲就同一建设用地使用权再次设立抵押权与善意之丙，丙取得第一顺位的抵押权。[396]

三、动产物权的善意取得

（一）动产物权善意取得概述

动产物权的善意取得，是指转让人转让他人的动产，受让人于取得该动产的占有时为善意，则取得该动产的所有权的现象。就其构成而言，它和不动产物权善意取得本应有些差别，但由于《民法典》在同一个条文里一并规定了两者的构成要件（第311条第1款），在某种程度上模糊了两者的差异。对此，需要注意。

（二）构成要件

1. 受让人基于交易行为取得动产物权

这里所谓的交易行为，除了标的物限于动产外，其他方面相同于不动产物权的善意取得中的构成，不再赘述。

需要考察和探讨的是，作为善意取得标的物的动产，是有条件限制的。近代以来，在善意取得适用的范围上，是区分“占有委托物”和“占有脱离物”的。所谓占有委托物，是指基于租赁、保管、借用等合同关系，由承租人、保管人、借用人等实际占有的属于出租人、委托人、出借人等人所有的动产。出租人等人丧失对这些动产的占有，是基于自己的意思。而占有脱离物则是非基于真正权利人的意思而被他人占有的，包括赃物、遗失物、遗忘物、误取物等。占有委托物原则上发生善意取得，而占有脱离物则有条件地发生。^[397]对此，我们应当有条件地参考，对于在拍卖场所拍定占有脱离物，在信托商店购买某物品，等等，承认善意取得。

作为善意取得标的物的动产，占有委托物是最主要的，还有某些无记名有价证券，仓单、提单所表彰的货物等。^[398]票据权利的转让固然依据《票据法》的规定处理，但就其依背书转让而言，在连续背书的过程中也会发生无权处分，故有善意取得制度的适用。记名有价证券需要依背书转让的场合，同样存在着善意取得的现象。

股权可否善意取得，素有争论，法释〔2014〕2号第25条第1款、第27条第1款，法〔2019〕254号第8条正文都持肯定态度。在学说方面，则没那么简单，理念及意见不一。有学说认为，股权转让采取的是意思主义^[399]，转让人和受让人就股权转让达成合意并生效时，作为标的物的股权即转归受让人。这样的权利归属关系或权利人的权利地位欠缺相应的公示手段，从而难以构造作为善意取得的基础的“权利外观基础”^[400]。股东名册仅在目标公司内部发挥效能，不是对外公示的方式；股权转让的生效并非基于股东名册的记载，而是基于股权转让协议等基础法律关系。^[401]

不可否认，中国现行法关于股东名册、股东工商登记等制度的设

计，之于股权善意取得制度的应然要求，的确存在“间隙”，甚至是不小的障碍。就此说来，反对说确有道理。但是，只要我们不是进行哲学交流，因为在那个境界里是“你走你的阳关道，我蹀我的独木桥”，难以要求一方必须接受另一方的见解；只要我们不是完美主义者，因为法律是利益集团博弈的产物、妥协的结果，不易完美，法律人无法完成任务，只好“休息”；只要我们存有善意受让人在股权取得方面应受有利保护这样的共识——事情便转化了，转化为通过何种路径实现该共识。

坐等完美的立法设计？这过于消极，《民法典》刚刚颁行，《公司法》何时修订尚不可知；“就地取材”，利用既有的善意取得制度，在构成要件的“装配”方面，“因陋就简”，方为可取之策。因其符合这样的法政策：更看重交易安全，给主要为自己考虑而采取隐名策略的出资人分配多一些的风险。

所谓“就地取材”“因陋就简”，可有如下表现：（1）《公司法》及其司法解释未明定股权转让采取意思主义，反倒有《公司法》第32条第2款关于“记载于股东名册的股东，可以依股东名册主张行使股东权利”的表达。所谓记载于股东名册，情形可有种种，其中包括股权代持人作为股东被记载其上，也包括受让人受让股权的状态（作为股东）被记载其上。受让人作为股东被记载于股东名册，可以是类似于《民法典》第225条、第335条、第341条、第374条、第403条等条款规定的效果，即股权已因转让合同的履行而归于受让人，记载于股东名册只是对抗他人的要件；也可以是类似于《民法典》第214条、第216条第1款、第349条、第368条、第402条、第441条等条款规定的效果，即股权尚未归于受让人，只有被记载于股东名册才发生变动。如何抉择，既取决于解释者的立场和理念，又受制于相关的法律制度及规则。（2）《公司法》第32条第2款的规定是面向世人的，具有公示的效力，由此决定了受让股权之人有义务查询股东名册，以免受让的股权被他人追回，避免因他人主张无权代理等事由而使自己失去交易良机。受让人不查询，就具有重大过失，也就无权对抗真正股权人保有其股权的主张。这在实质上显示出经由工商登记，本为目标公司内部文件的股东名册具有公示性^[402]，同时增添其功效——法技术的处理，逻辑的结论——把股东名册的记载作为股权转让的生效要件。^[403]这就与《民法典》第209条第1款以公示作为不动产物权变动的生效要件的精神一致起来了；在善意取得方面，与《民法典》第311条第1款规定的条件相衔接了。（3）《公司法》第32条第2款的表述，类似于《民法典》第216条第1款“不动产登记簿是物权归属和内容的根据”的规定，这就为股权转让以股东名册的记载作为（有限责任公司中的）生效要件，而非采取意思主义，提供了可能。（4）

《德国有限责任公司法》经过2008年的修订，改造、升级有关规则和操作，把股东名册作为股权善意取得的“权利外观基础”（第16条第3款以及第40条第1款和第2款），确立了股权善意取得制度^[404]；中国最高人民法院通过司法解释明确承认股权可以善意取得，再借助学说进一步完善，也不失为一条路径。

在这里，存在着二者难以两全时如何选取的问题：进路虽美，但只能到达A地，而到达B地更符合目的，只是道路坑坑洼洼。偏好不同，选取的目标便有差异。笔者更倾向于后者，之所以如此，原因不少，其中之一是法律史上曾有过的一例，给了启示和勇气。

在法国，为了解决车辆、机器等侵权案件，法官曾经扩张《法国民法典》第1384条第1项。原来，《法国民法典》对于侵权行为原则上以过失为成立要件。关于由物本身事实所产生的损害，唯有动物及建筑物为例外，可无须证明占有人或所有人的过失而请求赔偿，其余则统须依一般原则，非有过失不负责任。到了19世纪末叶，机械的使用日益频繁，对于建筑物以外的其他无生命物，如车辆、机器等致人的损害，倘若要求证明占有人或所有人的过失，则十之八九无法获得赔偿。这在正义道德上是说不过去的事，在法律上是无法补救的。到了1896年，忽然发现了第1384条的第1项。以往对这项规定的解释，仅是将其作为同条第2、3、4项及第1385条、第1386条的一段开场白，向来的判例学说从未重视它。但法国最高法院民庭于1898年6月16日的一则判决里，挑出了“对于所占有之物所致之损害亦应负责”这一句，断章取义，认为这是关于无生命物所致的损害，无须证明占有人之过失即得请求赔偿的一般规定。这是奇妙的发现，亦是理性的新创造。这是逻辑的矛盾，亦是艺术的和美。^[405]

如果接受上述立场和观点，那么，有限责任公司中的股权转让，要发生善意取得的效果，除去股权转让款应当合理的要件，还要求股东名册所记载的股东（代持人）转让其名下的股权，该股东名册系善意取得的权利外观基础；受让人信赖此种公示，才可构成善意取得所要求的善意，工商登记仅仅在判断受让人有无重大过失时才起着辅助作用。这是因为，股东名册的记载，系股权公示之所在，工商登记仅仅是对抗目标公司的债权人等第三人的公示，不是股权变动的生效要件。按照法〔2019〕254号第8条正文关于“当事人之间转让有限责任公司股权，受让人以其姓名或者名称已记载于股东名册为由主张其已经取得股权的，人民法院依法予以支持”的规定，受让人自其被记载于目标公司的股东名册时取得股权，成为股东。

至于上市公司中的股权转让，同样因《公司法》及其司法解释未明定采取意思主义，故可把证券登记结算机构办理完毕登记作为生效

要件，与《民法典》规定股权质押的设立以登记为生效要件（第443条第1款）的模式匹配起来。如此，除去股权转让款应当合理这个要件，还要求转让人（股权代持人）就是中国证券登记结算有限责任公司（或其下设深圳分公司或上海分公司）所设登记系统中的登记名义人；受让人信赖此种登记，构成善意，交易的股权自该登记系统完成变更登记时发生转移的效力。

退一步说，即使认可股权转让采取意思主义的观点，也可以变通理念及观点。如果对股权转让场合的善意受让人应予周到的保护，这是共识，那么，可以通过宽松把握“权利外观”的途径，达到与登记、占有具有公信力同样的结果。例如，把名义股权人在目标公司中以股东的身份行事，其他股东证明名义股权人具有股东地位，工商登记记载名义股权人为目标公司的股东等，都作为“权利外观”的构成元素。只要受让人通过尽职调查取得了这些证据，就认定其为善意，从而支持其善意取得股权的主张。此种理念及观点，可从法国民法和日本民法中得到佐证。它们对于动产甚至不动产的买卖采取意思主义，但这并未影响其保护善意买受人的立场及处理。只不过它们将其称作即时取得，未叫善意取得罢了。其实，越来越多的学者更新观念，不再从取得时效的角度，而是改用善意取得的理念看待该项制度。^[406]

与此有别，如果是名义股权人欠付第三人的债务未获清偿，该第三人申请人民法院强制执行股权，由于该执行标的不是名义股权人与该第三人之间交易的标的物，而是名义股权人的一般责任财产，因而不得按照公示和公信的原则处理，即不因股东名册上记载的股权属于名义股权人（持有有限责任公司中的股权的场合），或中国证券登记结算有限责任公司（或其下设深圳分公司或上海分公司）所设登记系统中的登记名义人（持有上市公司中的股权的场合），便将代持股权认定为名义股权人的财产，从而作为执行标的；而应贯彻实事求是的原则，采取实质主义，甄别出属于作为被执行人的名义股权人的责任财产，才可被执行，不属于名义股权人的责任财产，即便在外观上显示为名义股权人的，也不得作为执行标的。既然如此，只要真正的股东举证出充分、确凿的证据，证明其为股东名册上记载的股权的真正股权人，就可以对抗该第三人申请的强制执行。^[407]

变换一些条件，结论会不一样。如果被申请强制执行的股权（执行标的）正是名义股权人转让给强制执行申请人的股权，此股权系他们双方交易的标的物，强制执行申请人自然有权援用《民法典》第577条的规定，请求名义股权人继续履行，即把该股权转让到自己名下。名义股权人未满足该项请求时，强制执行申请人有权持胜诉判决，申请强制执行。

在这样的背景下，强制执行申请人能否取得该股权，或曰执行局是否支持该强制执行的申请？这就必须贯彻公示和公信的原则，适用善意取得制度，只要具备《民法典》第311条第1款要求的条件，受让人即可取得股权，即便真实股东举证证明成功其为真正的股权人，也改变不了这种结局。

遗失物、漂流物、埋藏物、隐藏物在许多立法例上亦为善意取得的对象，但按照《民法典》的规定，它们原则上不适用善意取得制度，只是原所有权人自其知道或应当知道受让人有偿受让遗失物、漂流物、埋藏物、隐藏物时起，逾2年未请求返还的，受让人有权拒绝返还（第312条、第319条）。对此，可理解为发生了善意取得的效果。

对于赃物，《物权法》立法时的考虑是，对被盗、被抢的财物，主要由司法机关依照刑法、刑事诉讼法、治安管理处罚法等有关法律的规定追缴后退回所有权人。在追赃过程中，如何保护善意受让人的权益，维护交易安全和社会经济秩序，可以通过进一步完善有关法律解决，《物权法》对此可以不作规定，《民法典》亦然。^[408]最高人民法院、最高人民检察院、公安部和国家工商行政管理局联合发布的《关于依法查处盗窃、抢劫机动车案件的规定》第12条规定，对明知是赃车而购买的，应将车辆无偿追缴；对违反国家规定购买车辆，经查证是赃车的，公安机关可以根据《刑事诉讼法》第110条、第114条规定进行追缴和扣押。对不明知是赃车而购买的，结案后予以退还买主。在学说上，有观点主张，赃物若为通过公开市场购买的，或通过严格的拍卖程序获得的，受让人支付了合理的对价，且已经实际占有，则应当善意取得该赃物的所有权。^[409]这符合交易安全的要求，原则上值得赞同，但鉴于《物权法》和《民法典》等现行法在总体上坚持遗失物、漂流物、埋藏物、隐藏物归其所有权人享有，所有权人不明时归国家的原则，考虑到《民法典》仅仅在第三人善意受让遗失物，遗失物所有权人自其知道或应当知道该事实起满2年未请求返还的场合，才例外地承认该第三人取得该遗失物的所有权（第312条中段），在价值评价方面，赃物的善意取得不得较遗失物的善意取得更为宽松，因而，笔者赞同对赃物例外情况下的善意取得同样适用《民法典》第312条中段的规定。^[410]

至于债权，不属于动产，不是动产善意取得的客体，至为明显。^[411]但债权可否为其他权利的善意取得的对象？在欠缺公示方式的债权场合，不得适用善意取得制度，为通说。对于已经公示的债权，如票据所表彰的债权、股票所表彰的股权^[412]、大额可转让存单等，可适用善意取得制度。^[413]

2. 受让人在受让动产物权时为善意

受让人在受让动产物权时为善意，是善意取得的必要条件。

此处所谓善意，依据法释〔2016〕5号第15条的规定，是指“受让人受让……动产时，不知道转让人无处分权，且无重大过失”的状态（第1款）。就是说，在《民法典》上，善意在不动产物权的善意取得和动产物权的善意取得中具有相同的意义。

在此再次强调，因为《民法典》第224条、第225条将船舶、航空器、机动车的物权变动模式设计成交付为生效要件、登记为对抗要件，所以，在判断交易相对人善意与否时，需要综合考虑交易相对人对于交付和登记的关注度。换句话说，交易相对人单凭信赖交付而忽视登记就与转让人从事船舶、航空器或机动车的交易，不宜被认定为构成善意，只有对交付和登记均予关注才可认定为善意。例如，甲将其汽车出卖与乙，办理了登记而未交付，接着将该车出卖与丙，交付了但未登记。于此场合，丙不核实登记便信赖甲对该车的占有，并推定其享有所有权，就是具有重大过失，不构成善意。

此处所谓“受让人受让……动产时”，按照法释〔2016〕5号第18条的规定，“是指……动产交付之时”（第1款）。“当事人以物权法第二十五条规定的方式交付动产的，转让动产法律行为生效时为动产交付之时；当事人以物权法第二十六条规定的方式交付动产的，转让人与受让人之间有关转让返还原物请求权的协议生效时为动产交付之时”（第2款）。“法律对……动产物权的设立另有规定的，应当按照法律规定的时间认定权利人是否为善意”（第3款）。

所谓《物权法》第25条规定的方式，也就是《民法典》第226条规定的方式，即简易交付。于此场合，动产已在买受人等受让人之手，故法律行为生效时物权移转，将法律行为生效之时确定为“受让”之时，确有道理。

所谓《物权法》第26条规定的方式，也就是《民法典》第227条规定的方式，即指示交付。于此场合，动产在第三人之手，故转让人与受让人之间有关转让返还原物请求权的协议生效时发生物权变动，将转让人与受让人之间有关转让返还原物请求权的协议生效之时确定为“受让”之时，能够成立。

所谓“法律对……动产物权的设立另有规定的，应当按照法律规定的时间认定权利人是否为善意”，例如，按照《民法典》第447条第1款关于“债务人不履行到期债务，债权人可以留置已经合法占有的债

务人的动产，并有权就该动产优先受偿”的规定，留置权的成立不是自债权人占有债务人的动产时，而是债务人不履行到期债务时，由此决定，留置权的善意取得场合确定善意的时间点，不是看债权人占有第三人的动产时知情与否或有无重大过失的不知，而是看债务人不履行到期债务时债权人是否知道占有的是第三人的动产，并且对于不知有无重大过失。

在举证责任的分配方面，法释〔2016〕5号规定：“真实权利人主张受让人不构成善意的，应当承担举证证明责任”（第15条第2款）。不过，“受让人受让动产时，交易的对象、场所或者时机等不符合交易习惯的，应当认定受让人具有重大过失”（第17条），无须真实权利人举证证明。例如，在机场、车站以极为低廉的价格出售手机、笔记本电脑、名表等，买受人贪图便宜而购买，应当认定其有重大过失。而在拍卖场所拍定拍卖物、在信托商店购买物品，即使价格便宜，也不宜认定其有重大过失。

3. 受让人受让动产物权所应（已）支付的价格合理

以合理的价格，是《物权法》所要求的动产善意取得的另一要件。其意义在本释评书关于不动产物权的善意取得中已经阐释，此处不赘。

需要指出的是，质权善意取得场合，按照《民法典》第311条第3款的规定，是参照《民法典》第311条第1款的规定，故不宜强调价格及其合理这个要件。

4. 动产已经被受让人占有

动产所有权的移转以交付为生效要件，除非法律另有规定（《民法典》第224条）。动产未交付，动产所有权便未移转，受让人自然没有取得动产的所有权。正所谓善意取得必须依据一个外部标记，而这个标记在动产物权中就是占有。^[414]“转让人将物权法第二十四条规定的船舶、航空器和机动车等交付给受让人的，应当认定符合物权法第一百零六条第一款第三项规定的善意取得的条件”（法释〔2016〕5号第20条）。

这告诉我们，船舶、航空器和机动车场合的善意取得，以受让人占有船舶、航空器或机动车为成立要件，仅有转移登记于受让人的名下却无受让人占有船舶、航空器或机动车，并不成立善意取得。

交付，若表现为现实交付、简易交付，让与人已经丧失了对动产

的占有，且占有的变动能够从外部识别，发生善意取得，容易理解。但交付表现为占有改定时，由于占有改定表现为受让人取得间接占有，让与人仍然继续占有着动产，是否使受让人善意取得该动产所有权，则不无疑问。《德国民法典》第933条明文规定，以占有改定方式让与动产的，必须是非所有权人的让与人已经把该动产交付给受让人时，受让人才取得该动产所有权。^[415]《物权法》和《民法典》对此未设明文，有学说主张，善意取得制度涉及真正权利人（原权利人）和权利取得人（受让人）间的利益衡量，受让人既然是以占有改定受让占有，让与人仍继续占有标的物，此与真正权利人系信赖让与人而使之占有动产完全相同，实难谓受让人的利益有较诸原所有权人的利益更应受保护的理，何况真正权利如所有权的保护，乃民法甚至宪法的优先价值秩序，所以，占有改定场合，不应发生善意取得^[416]，除非让与人已将动产交付给了受让人。这说理透彻，值得我们借鉴。

在指示交付的场合可否成立善意取得，应当区分情形而下结论。第一种情形，转让人甲将乙所有却由自己占有的动产A因某种原因而交由乙直接占有，甲与丙成立该动产A的买卖合同，约定的价格合理，并将其对于乙的返还请求权让与丙，致使甲完全丧失了对于动产A的占有，或曰甲对于动产A没有了一点点占有的残余，于此场合，善意的丙善意取得动产A。第二种情形，前述例子中甲尚未将其对于乙的返还请求权让与丙时，甲对于动产A构成间接占有，或曰对于动产A留有占有残余，丙尚未取得对于动产A的占有，故丙即使善意也不能善意取得动产A。^[417]第三种情形，乙占有甲的动产A，乙将之让与善意的丙，而以占有改定为交付，丙又将之让与善意的丁，并将对乙的返还请求权让与丁，以代交付，丁于受现实交付前，不发生善意取得。第四种情形，转让人甲对于第三人乙无返还请求权，却对受让人丙表示让与返还请求权，来作为动产A占有的转移，因转让人甲无返还请求权可资让与，于此场合，不发生指示交付的效力，只有丙取得对于动产A的现实占有时，才会发生善意取得的效果。^[418]

【反思】

站在立法论的立场上，《物权法》和《民法典》将动产物权的善意取得和不动产物权的善意取得统一规定在同一个条文中，极易模糊两者的差异，似有斟酌的余地。未来修法或制定新法时，宜分别规定，且明确规定两者在构成要件及举证责任方面的不同。

（三）法律效力

动产物权的善意取得的法律效力，将在对《民法典》第313条的

释评中介绍，此处不赘。

第三百一十二条

所有权人或者其他权利人有权追回遗失物。该遗失物通过转让被他人占有的，权利人有权向无处分权人请求损害赔偿，或者自知道或者应当知道受让人之日起二年内向受让人请求返还原物；但是，受让人通过拍卖或者向具有经营资格的经营者购得该遗失物的，权利人请求返还原物时应当支付受让人所付的费用。权利人向受让人支付所付费用后，有权向无处分权人追偿。

本条主旨

本条是关于遗失物的善意取得的规定。

相关条文

《物权法》第107条 所有权人或者其他权利人有权追回遗失物。该遗失物通过转让被他人占有的，权利人有权向无处分权人请求损害赔偿，或者自知道或者应当知道受让人之日起二年内向受让人请求返还原物，但受让人通过拍卖或者向具有经营资格的经营者购得该遗失物的，权利人请求返还原物时应当支付受让人所付的费用。权利人向受让人支付所付费用后，有权向无处分权人追偿。

理解与适用

本条是对《物权法》第107条的复制，含有如下几层意思。

1.前段宣明以遗失物不适用善意取得为原则，遗失物的所有权人或者其他权利人有权向拾得人请求返还遗失物。此处所谓其他权利人，如遗失物的承租人、借用人、代管人，遗失物为破产财产时，破产管理人也是此处其他权利人。

2.在满足法定条件时，遗失物可被善意取得。此处所谓法定条件，即遗失物善意取得的构成要件，根据本条并结合《民法典》第311条第1款的规定，遗失物的善意取得必须具备如下要件：（1）拾得人甲已将遗失物转让（如出卖、以物抵债等）给受让人乙；（2）约定的转让价款合理；（3）受让人乙已经占有该遗失物；（4）乙占有该遗失物时为善意；（5）受让人乙占有该遗失物的期间必须自遗失物的所有权人知道或应当知道受让人乙之日起已满2年。

3.在善意取得成立的情况下，权利人有权向无处分权人请求损害赔偿。该损害赔偿的性质应为侵权损害赔偿，其请求权基础为《民法典》第1165条。尽管《民法典》第311条第2款、第312条中段都规定了权利人有权向无处分权人请求损害赔偿，但这两个条款的规定没有损害赔偿的构成要件，不是请求权基础。

4.权利人自知道或应当知道受让人之日起2年内，有权向受让遗失物之人请求返还遗失物，换言之，于此场合善意取得不成立，受让人无权对抗权利人的该项请求。

[探讨]

《民法典》第312条中段规定，遗失物所有权人有权自知道或应当知道受让人之日起2年内向受让人请求返还原物。该原物返还请求权属于物权请求权，因为它符合《民法典》第235条规定的构成，及第312条前段规定的文义。

此处的2年期间为一不变期间，无中止、中断和延长的余地，故非诉讼时效期间。由于遗失物所有权人请求受让人返还原物的权利为物权请求权，而非形成权，该2年期间亦非除斥期间。由于学说把《民法典》第692条等规定的保证期间解释为权利失效期间^[419]，不妨对《民法典》第312条规定的2年期间作同样的理解。

5.受让人通过拍卖或者向具有经营资格的经营者购得遗失物，只要权利人自知道或应当知道受让人之日起未满2年的，善意取得不成立，权利人有权请求受让人返还该遗失物，但应当支付受让人所付的费用。普通之物通过拍卖的途径或是被信托商店等具有经营资格的经营者出卖的，即便是无权处分，只要具备《民法典》第311条第1款规定的善意取得的构成要件，无须权利人自知道或应当知道受让人之日起满2年这个要件，就成立善意取得，权利人无权请求受让人返还标的物。但在遗失物通过拍卖的途径或是被信托商店等具有经营资格的经营者出卖的场合，不但必须具备《民法典》第311条第1款规定的善意取得的构成要件，也需要权利人自知道或应当知道受让人之日起满2年这个要件。

6.受让人通过拍卖或者向具有经营资格的经营者购得该遗失物并符合善意取得的构成要件的，权利人无权请求受让人返还原物，但有权请求返还转让款；在受让人尚未付款的情况下，转让款支付请求权成为不当得利返还的标的物，权利人可向受让人请求该种形态的不当得利返还。

第三百一十三条

善意受让人取得动产后,该动产上的原有权利消灭。但是,善意受让人在受让时知道或者应当知道该权利的除外。

本条主旨

本条是关于动产物权善意取得法律效果的规定。

相关条文

《物权法》第108条 善意受让人取得动产后,该动产上的原有权利消灭,但善意受让人在受让时知道或者应当知道该权利的除外。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条是对《物权法》第108条的复制,含有如下三层意思:(1)受让人取得动产所有权;(2)该动产上的原有权利因受让人善意取得该动产所有权而归于消灭;(3)善意受让人在受让时知道或者应当知道该动产上存有原权利的,这些原权利由受让人承受。

二、展开解读

1.受让人取得动产的所有权,并且是原始取得,但有所变形,即受让人在受让动产时知道或应当知道动产上存在着抵押权等负担的,这些负担继续存在于该动产之上。

2.受让人取得动产所有权,系因法律基于保护交易安全的需要,受让人终局地保有所取得的动产所有权。但受让人于其尚未付清价款时,应就该价值形态的利益,负返还不当得利的义务。当然,存在着相反的意见,认为于此场合的不当得利返还不宜采取差额说,于是,动产可回归原所有权人之手。

3.原所有权人既已丧失了所有权,可视具体情况而请求让与人承担违约责任(限于他们之间存在租赁、保管、借用等关系场合),或侵权损害赔偿,或不当得利返还(在让与人取得对受让人的对价场合)。^[420]

4.让与人嗣后又取得让与标的物的所有权时,无论是否由于让与人的恶意安排,或是让与人的偶然复得,如巧合地购买了标的物,或

是让与人和受让人之间让与标的物的关系不复存在，让与人再取回占有，解释上均认为让与人不能取得所有权，原所有权人的所有权因而复活，该标的物上的负担也一并复活。^[421]

第三百一十四条

拾得遗失物，应当返还权利人。拾得人应当及时通知权利人领取，或者送交公安等有关部门。

本条主旨

本条是关于遗失物不归属于拾得人的基本规则的规定。

相关条文

《民法通则》第79条第2款 拾得遗失物、漂流物或者失散的饲养动物，应当归还失主，因此而支出的费用由失主偿还。

《物权法》第109条 拾得遗失物，应当返还权利人。拾得人应当及时通知权利人领取，或者送交公安等有关部门。

《关于民法通则的意见》第94条 拾得物灭失、毁损，拾得人没有故意的，不承担民事责任。拾得人将拾得物据为己有，拒不返还而引起诉讼的，按照侵权之诉处理。

《铁路旅客运输规程》第55条 对旅客的遗失物品应设法归还原主。如旅客已经下车，应编制客运记录，注明品名、件数等移交下车站。不能判明时，移交列车终点站。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条是对《物权法》第109条的复制，确立了遗失物不归属于拾得人的基本规则。

本条前段规定，拾得遗失物，拾得人应当将之返还给遗失物的权利人。此处所谓权利人，首先是遗失物的所有权人；如果该遗失物系他物权的客体，则可以甚至应当返还给他物权人；如果该遗失物已被他人租赁、借用、仓储、保管等，则这些债权人也是本条所谓权利人。

本条后段规定了拾得人的通知义务、送交公安等部门的义务。

本条规则具有特色。拾得遗失物，在有些立法例上，拾得人可以在一定时间后获得该物上的所有权，属于基于法律规定的原始取得。
[422]

二、拾得遗失物的构成要件

1.必须为遗失物。所谓遗失物，是指非基于占有人的意思而丧失占有，现在无人占有且非为无主物的动产。据此可知，遗失物的构成，必须具备如下要件：（1）必须是占有人丧失占有。是否丧失占有，应依社会观念及客观情况决定。控制力一时不能实现，不属于丧失占有，例如，占有之物偶然落于他人土地上，不属于遗失物。忘置在公共场所的物品，则因该场所为公众所出入，占有人对该物的事实上的支配力已经丧失，属于遗失物。（2）占有人丧失占有必须非基于占有人的意思。占有人同时为所有权人的场合，则其占有的丧失系由于自己的意思，成为所有权的抛弃，该物品属于无主物，而非遗失物。（3）必须现在无人占有。动产虽然不是因占有人的意思而脱离占有，但如该动产现在是有人占有的，仍不属于遗失物。（4）必须是动产，且为有主物。因为不动产在性质上不可能遗失，无主物适用先占规则，而非遗失物规则。遗失物是否为限制流通物或禁止流通物，在所不问，因为遗失物返还并不涉及流通问题，但这不妨碍有关机关依照法律、行政法规的规定采取相应措施。例如，对于遗失违禁物品采取相应措施。
[423]

2.必须有拾得行为。拾得遗失物，是指发现他人遗失物而占有的事实行为。如果只是发现而不占有，不构成拾得。所谓发现，是指认识到物之所在。而占有系对标的物的事实上的支配力。如此，发现后指示其雇员或其他占有辅助人为占有的，固属拾得；执勤警察查获遗失物的场合，应将警察所属的公安局认定为拾得人。还有，拾得遗失物是一种事实行为，未成年人也可以拾得。判断拾得的标准，是对遗失物进行了占有，而不是发现了遗失物。
[424]

三、法律效果

拾得人占有遗失物后，据为己有，则构成侵权行为，由侵权责任编调整；若拟将之返还给遗失人，则与遗失人之间产生无因管理关系，其中，拾得人负有告知、保管以及返还等义务（《民法典》第314条、第316条、第317条第3款）。

在无因管理关系中，拾得人负有将拾得遗失物的事实通知遗失人

的义务。至于通知方式，可以是口头的，也可以是书面的。只要发出通知，拾得人即履行了其义务。通知必须及时。

如果拾得人不愿意进行通知或通知不能的（如不知道遗失人是谁），或者虽然已经通知遗失物的权利人，但该权利人不于合理期间前来领取遗失物的，拾得人可以将拾得物交给公安等有关部门（《民法典》第314条）。不然，拾得人的负担过重，不尽合理。

拾得遗失物的其他法律效果将在对《民法典》第315条等条款的释评中叙述，此处不赘。

第三百一十五条

有关部门收到遗失物，知道权利人的，应当及时通知其领取；不知道的，应当及时发布招领公告。

本条主旨

本条是关于有关部门管理遗失物的规则的规定。

相关条文

《物权法》第110条 有关部门收到遗失物，知道权利人的，应当及时通知其领取；不知道的，应当及时发布招领公告。

理解与适用

本条是对《物权法》第110条的复制，前段规定了收到遗失物的部门知道权利人的，应当及时通知其领取；后段规定收到遗失物的部门不知道遗失物的权利人的，应当及时发布招领公告。

收到遗失物的部门为行政机关，其所负通知权利人、及时发布招领公告的义务属于行政法上的义务，应该适用行政法的有关规定。如果这些机关怠于履行义务，可成立行政责任，包括国家损害赔偿。

第三百一十六条

拾得人在遗失物送交有关部门前，有关部门在遗失物被领取前，应当妥善保管遗失物。因故意或者重大过失致使遗失物毁损、灭失的，应当承担民事责任。

本条主旨

本条是关于拾得人的保管义务及违反时的责任的规定。

相关条文

《物权法》第111条 拾得人在遗失物送交有关部门前，有关部门在遗失物被领取前，应当妥善保管遗失物。因故意或者重大过失致使遗失物毁损、灭失的，应当承担民事责任。

《关于民法通则的意见》第94条 拾得物灭失、毁损，拾得人没有故意的，不承担民事责任。拾得人将拾得物据为己有，拒不返还而引起诉讼的，按照侵权之诉处理。

《铁路旅客运输规程》第56条 客流量较大的车站应设失物招领处。失物招领处对旅客遗失物品应妥善保管，正确交付。遗失物品需通过铁路向失主所在站转送时，物品在5千克以内的免费转送；超过5千克时，到站按品类补收运费；但对第53条中1、2、3、4项物品及食品不办理转送。

理解与适用

本条是对《物权法》第111条的复制，前段规定了拾得人在将遗失物送交有关部门前，对遗失物负有妥善保管义务，后段规定了拾得人因过错致使遗失物毁损、灭失的，应当承担民事责任。

本条前段规定了拾得人妥善保管遗失物的义务，其义务基础为无因管理，而非保管合同；其注意程度为善良管理人的注意，而非管理自己事务的注意标准。拾得人应当按照可以推断出来的遗失人关于遗失物的保管要求、客观规律、社会常识，尽善良管理人的注意，对遗失物予以保管。

拾得人的保管义务通常限于保存行为，不得为变价行为，如果遗失物不适合较长时间的保管，需要及时变卖，应尽可能地把遗失物交由有关部门保管，除非来不及如此操作。

本条后段规定，因拾得人故意或重大过失致使遗失物毁损、灭失的，应当承担民事责任。这究竟是引致性（管道性）条款，还是请求权基础，可以继续探讨。就其具备损害赔偿的构成要件（拾得人为侵权行为人、遗失物的权利人为受害人）来看，符合请求权基础的规格。假如它不是请求权基础，就把《民法典》第1165条第1款关于“行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵权责任”的规

定作为请求权基础。

第三百一十七条

权利人领取遗失物时，应当向拾得人或者有关部门支付保管遗失物等支出的必要费用。

权利人悬赏寻找遗失物的，领取遗失物时应当按照承诺履行义务。

拾得人侵占遗失物的，无权请求保管遗失物等支出的费用，也无权请求权利人按照承诺履行义务。

本条主旨

本条是关于遗失物的权利人所享权利、所负义务的规定。

相关条文

《物权法》第112条 权利人领取遗失物时，应当向拾得人或者有关部门支付保管遗失物等支出的必要费用。

权利人悬赏寻找遗失物的，领取遗失物时应当按照承诺履行义务。

拾得人侵占遗失物的，无权请求保管遗失物等支出的费用，也无权请求权利人按照承诺履行义务。

《刑法》第270条 将代为保管的他人财物非法占为己有，数额较大，拒不退还的，处二以下有期徒刑、拘役或者罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处二年以上五年以下有期徒刑，并处罚金。

将他人的遗忘物或者埋藏物非法占为己有，数额较大，拒不交出的，依照前款的规定处罚。

本条罪，告诉的才处理。

理解与适用

一、遗失物返还义务与费用偿还义务及其同时履行抗辩关系

本条是对《物权法》第112条的复制。第1款规定，在遗失物由拾

得人保管的情况下，遗失物的权利人享有请求拾得人返还遗失物的权利，所负义务是向拾得人支付保管遗失物等支出的必要费用。从拾得人的一侧描述是，拾得人对于遗失物的权利人享有费用偿还请求权，负有返还遗失物的义务。

此处所谓保管遗失物支出的必要费用，例如，遗失物为牛马羊等动物时，拾得人支出饲料的费用、治疗其疾病所花费的费用；遗失物为贵重物品时租用保管箱所支出的费用；等等。此处所谓“……等支出的费用”，例如，发出领取遗失物的通知所支出的费用、发布招领启事所支出的费用等。

权利人支付必要费用的义务与拾得人返还遗失物义务，构成同时履行关系，拾得人在权利人未支付必要费用时，可以援用《民法典》第525条的规定，主张同时履行抗辩权，暂时拒绝返还遗失物。

在遗失物由公安等部门保管的情况下，遗失物的权利人享有请求保管遗失物的部门返还遗失物的权利，所负义务是向保管部门支付保管遗失物等支出的必要费用。费用的细目与拾得人保管遗失物的情形一样，不再重复。

二、悬赏承诺酬谢金的支付义务

本条第2款规定悬赏寻找遗失物的场合，遗失物的权利人负担悬赏允诺的酬谢金支付义务。对于悬赏，无论采取单独行为说还是合同说，其受法律认可可是肯定的。只要拾得人的拾得行为符合悬赏允诺的情形，拾得人即享有请求遗失物的权利人付清酬谢金的权利。

三、遗失物返还义务、损害赔偿义务与费用偿还义务、酬谢金支付义务形成同时履行抗辩关系

本条第3款所谓拾得人侵占遗失物，是指拾得人在返还请求权人提出返还请求后无正当理由拒绝返还遗失物或对遗失物无权处分的情形。所谓拾得人侵占遗失物的，无权请求保管遗失物等支出的费用，也无权请求权利人按照承诺履行义务，是费用偿还请求权、酬谢金支付请求权消失，还是履行抗辩权的体现？换言之，拾得人返还遗失物的义务与遗失物的权利人费用偿还的义务、酬谢金支付的义务形成同时履行抗辩的关系？两种方案均有道理，但抗辩权说更为合理，因为拾得人侵占遗失物产生的物的返还请求权必然存在，因此给遗失物的权利人造成损失时还成立损害赔偿请求权，此种状态不会因费用偿还请求权、酬谢金支付请求权的消失而改变。假如采取费用偿还请求权、酬谢金支付请求权消失说，就意味着拾得人只有遗失物返还义务、损

害赔偿义务，而无费用偿还请求权、酬谢金支付请求权，失去平衡。

第三百一十八条

遗失物自发布招领公告之日起一年内无人认领的，归国家所有。

本条主旨

本条是关于无人认领的遗失物归属于国家的规定。

相关条文

《物权法》第113条 遗失物自发布招领公告之日起六个月内无人认领的，归国家所有。

《民事诉讼法》第192条 人民法院受理申请后，经审查核实，应当发出财产认领公告。公告满一年无人认领的，判决认定财产无主，收归国家或者集体所有。

《海关法》第51条 进出境物品所有人声明放弃的物品、在海关规定期限内未办理海关手续或者无人认领的物品，以及无法投递又无法退回的进境邮递物品，由海关依照本法第三十条的规定处理。

第30条 进口货物的收货人自运输工具申报进境之日起超过三个月未向海关申报的，其进口货物由海关提取依法变卖处理，所得价款在扣除运输、装卸、储存等费用和税款后，尚有余款的，自货物依法变卖之日起一年内，经收货人申请，予以发还；其中属于国家对进口有限制性规定，应当提交许可证件而不能提供的，不予发还。逾期无人申请或者不予发还的，上缴国库。

确属误卸或者溢卸的进境货物，经海关审定，由原运输工具负责人或者货物的收发货人自该运输工具卸货之日起三个月内，办理退运或者进口手续；必要时，经海关批准，可以延期三个月。逾期末办手续的，由海关按前款规定处理。

前两款所列货物不宜长期保存的，海关可以根据实际情况提前处理。

收货人或者货物所有人声明放弃的进口货物，由海关提取依法变卖处理；所得价款在扣除运输、装卸、储存等费用后，上缴国库。

《邮政法》第33条 邮政企业对无法投递的邮件，应当退回寄件人。

无法投递又无法退回的信件，自邮政企业确认无法退回之日起超过六个月无人认领的，由邮政企业在邮政管理部门的监督下销毁。无法投递又无法退回的其他邮件，按照国务院邮政管理部门的规定处理；其中无法投递又无法退回的进境国际邮递物品，由海关依照《中华人民共和国海关法》的规定处理。

《物资部仓库盘盈物资及无主货管理暂行办法》第4条 无主货的确认。盘点检查中发现的不明货主物资，自发现之日起三个月内，仓库应采取必要措施寻找货主。三个月期满后确实找不到货主时方可确认为无主货。记入无主货账。

第6条 盘盈物资和无主货要单独存放，单独及时建账、建卡，专人保管和保养。

第7条 盘盈物资入账后即可处理；无主货从确认之日起，半年内要继续寻找货主，半年内未找到货主，又无人认领时，可做变卖处理。

第8条 盘盈物资处理和无主货变卖权属仓库主管部门。各主管部门要制订具体管理办法并报物资部备案。

第9条 处理盘盈物资和无主货，必须严格执行国家有关政策的规定，不得随意抬高价格。要尽量处理给有关归口管理的物资经销部门或生产建设急需部门。

理解与适用

本条在承继《物权法》第113条的基础上有所修改，即把《物权法》规定的6个月的认领期延长为1年，体现了尽可能把遗失物归属于原主的精神。

本条规定于1年内无人认领的遗失物归属于国家，与有关法律、法规、规章的规定相互衔接。例如，《民事诉讼法》第192条规定：“人民法院受理申请后，经审查核实，应当发出财产认领公告。公告满一年无人认领的，判决认定财产无主，收归国家或者集体所有。”再如，《海关法》第51条、第30条规定：“进出境物品所有人声明放弃的物品、在海关规定期限内未办理海关手续或者无人认领的物品，以及无法投递又无法退回的进境邮递物品”，“逾期无人申请或者

不予发还的，上缴国库”。

第三百一十九条

拾得漂流物、发现埋藏物或者隐藏物的，参照适用拾得遗失物的有关规定。法律另有规定的，依照其规定。

本条主旨

本条是关于拾得漂流物、发现埋藏物或者隐藏物的规定。

相关条文

《民法通则》第79条 所有人不明的埋藏物、隐藏物，归国家所有。接收单位应当对上缴的单位或者个人，给予表扬或者物质奖励。

拾得遗失物、漂流物或者失散的饲养动物，应当归还失主，因此而支出的费用由失主偿还。

《物权法》第114条 拾得漂流物、发现埋藏物或者隐藏物的，参照拾得遗失物的有关规定。文物保护法等法律另有规定的，依照其规定。

《文物保护法》第5条 中华人民共和国境内地下、内水和领海中遗存的一切文物，属于国家所有。

古文化遗址、古墓葬、石窟寺属于国家所有。国家指定保护的纪念建筑物、古建筑、石刻、壁画、近代现代代表性建筑等不可移动文物，除国家另有规定的以外，属于国家所有。

国有不可移动文物的所有权不因其所依附的土地所有权或者使用权的改变而改变。

下列可移动文物，属于国家所有：

（一）中国境内出土的文物，国家另有规定的除外；

（二）国有文物收藏单位以及其他国家机关、部队和国有企业、事业组织等收藏、保管的文物；

（三）国家征集、购买的文物；

（四）公民、法人和其他组织捐赠给国家的文物；

（五）法律规定属于国家所有的其他文物。

属于国家所有的可移动文物的所有权不因其保管、收藏单位的终止或者变更而改变。

国有文物所有权受法律保护，不容侵犯。

《关于民法通则的意见》第93条 公民、法人对于挖掘、发现的埋藏物、隐藏物，如果能够证明属其所有，而且根据现行的法律、政策又可以归其所有的，应当予以保护。

《刑法》第270条 将代为保管的他人财物非法占为己有，数额较大，拒不退还的，处二以下有期徒刑、拘役或者罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处二年以上五年以下有期徒刑，并处罚金。

将他人的遗忘物或者埋藏物非法占为己有，数额较大，拒不交出的，依照前款的规定处罚。

本条罪，告诉的才处理。

《河道管理条例》第33条 在河道中流放竹木，不得影响行洪、航运和水工程安全，并服从当地河道主管机关的安全管理。

在汛期，河道主管机关有权对河道上的竹木和其他漂流物进行紧急处置。

《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第2条第1款 国家按照所有权与使用权分离的原则，实行城镇国有土地使用权出让、转让制度，但地下资源、埋藏物和市政公用设施除外。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条在承继《物权法》第114条的基础上稍微有所修正，即适用拾得漂流物、发现埋藏物或者隐藏物的法律，不限于《民法典》及《文物保护法》，故删除了《物权法》第114条后段的“文物保护法等”。

本条前段为引致性的规定，宣明关于拾得漂流物、发现埋藏物或

者隐藏物的问题准用《民法典》以及其他有关遗失物的法律规定。简要说，就是应将所拾得并占有的漂流物、所发现并占有的埋藏物或隐藏物返还给所有权人；无所有权人或所有权人不明的，交由国家有关机关发布招领公告，公告之日起1年内无人认领的，由国家取得所有权（《民法典》第318条）。这不同于许多立法例及理论，如在德国法上，发现人与掩埋着埋藏物之物的所有权人各取得一半的所有权，其基本考量是对“发现”予以奖励。^[425]

本条后段认可有不同于《民法典》第319条前段、第314-318条的法律规则。

二、有关概念

漂流物，是指漂流在水面而占有人丧失其占有的遗失物。对于拾得漂流物，《民法典》第319条规定“参照适用拾得遗失物的有关规定”。稍微展开来说：其一，漂流物的物权人明确的，物权人可以援用《民法典》第235条、第314条前段的规定，请求拾得人返还；拾得人有义务满足漂流物的物权人的该项请求，予以返还，否则，构成侵权，成立侵权责任。其二，漂流物的物权人不明确的，适用《民法典》第314条后段关于“拾得人……送交公安等有关部门”的规定，以及第315条至第318条关于拾得遗失物的规定。

埋藏物、隐藏物，是长期处于隐藏状态的物，其所有权人是谁并不明确。如果所有权人明确，则不能适用埋藏物规则。埋藏物不同于无主物，并不以所有权人抛弃为前提；埋藏物也不同于遗失物，不一定是无人占有的。

所谓发现，是指认识埋藏物、隐藏物之所在。发现埋藏物重在于发现而不在于取得其占有。发现，为事实行为，未成年人也可以为发现行为。

三、“法律另有规定的，依照其规定”的含义

本条后段规定“法律另有规定的，依照其规定”。此处所谓法律，至少有两种解读：其一，凡是《民法典》以外的法律、法规有关拾得漂流物、发现埋藏物或隐藏物的规定，均属其列；其二，由两个构成要素，一个是《民法典》以外的法律、法规，另一个是与《民法典》的规定在构成要件或法律效果方面存在差异的法律规定。相比较而言，第一种解读弱点多些，虽然是《民法典》以外的法律、法规，但如果其关于拾得漂流物、发现埋藏物或隐藏物的规定与《民法典》的规定在构成要件和法律效果方面没有不同，径直适用《民法典》的规

定足以解决问题，为何绕道千里，再去寻觅那些法律、法规？唯有与《民法典》的规定有出入，才有另觅请求权基础的必要。如此说来，第二种解读有其价值，也符合特别法优先于普通法的规则。据此衡量，下面一些法律、法规的规定更符合本条后段所谓“法律另有规定的，依照其规定”的含义。

《文物保护法》第5条第1款规定：“中华人民共和国境内地下、内水和领海中遗存的一切文物，属于国家所有。”由于《民法典》在发现埋藏物、隐藏物的归属方面奉行有所有权人的归所有权人，无所有权人或所有权人不明的归国家，而《文物保护法》第5条第1款之意却是统统归属于国家，因而，这与《民法典》的规定及精神不同，在处理中国境内地下、内水和领海中遗存的一切文物归属的案件中，应当优先适用之。

《河道管理条例》第33条第2款规定：“在汛期，河道主管机关有权对河道上的竹木和其他漂流物进行紧急处置。”这虽未明言这些漂流物径直归属于国家，但其紧急处置的规定显然与《民法典》第314条以下的规定不一致，在对待河道上的竹木和其他漂流物的问题上，也应当优先适用之。

第三百二十条

主物转让的，从物随主物转让，但是当事人另有约定的除外。

本条主旨

本条是关于从物原则上随同主物转让的规定。

相关条文

《物权法》第115条 主物转让的，从物随主物转让，但当事人另有约定的除外。

《合同法》第164条 因标的物主物不符合约定而解除合同的，解除合同的效力及于从物。因标的物的从物不符合约定被解除的，解除的效力不及于主物。

《关于民法通则的意见》第87条 有附属物的财产，附属物随财产所有权的转移而转移。但当事人另有约定又不违法的，按约定处

理。

理解与适用

本条是对《物权法》第115条的复制，正文确立从物随同主物的转让而转让的规则，但书宣明当事人关于主物和从物之间关系的约定优先。

本条正文所谓从物，指的是并非主物的成分，时常辅助主物的效用而与主物同属于一人的物。本条正文所谓主物，是指从物所从属的物。

构成从物的要件包括：（1）它不是主物的成分；（2）时常辅助主物发挥效用；（3）与主物同属于一人；（4）交易上无特别习惯（无与一般习惯不同的习惯）。戏院和其座椅、台灯和灯罩、日式房屋和榻榻米等，都表现为主物和从物的关系。[426]

从物是否限于动产，瑞士和德国的民法持肯定见解，日本民法和中国台湾地区的“民法”则采取否定观点。依据后者，设置于房屋之外的停车场、厕所，属于房屋这个主物的从物。[427]

本条正文遵从民法通例，奉行对主物的处分及于从物的原则。这样有利于维护物的经济上的利用价值，某物既然时常辅助另一个物发挥效用，若把此类二物分别归属于二人，势必减少其效用，对社会经济不利。[428]

不过，本条但书又把意思自治原则放置高位，只要当事人之间约定不遵从对主物的处分及于从物的原则，如约定从物留在原所有权人之手，依其约定。这也有道理，如受让主物之人不需要从物，或从物对主物的所有权人依然有用，在诸如此类的情况下从物不随主物的转让而转让，显然是必要的、合乎情理的。此其一。从物的归属属于有关当事人之间的事项，不涉及公共利益，公序良俗及强制性规定乃至诚信原则都不宜干涉。此其二。

当然，也有可能唯有从物与主物密切配合方可效益最大化，但当事人却置此常识于不顾，或不懂其中道理，约定从物继续留归主物的所有权人。对此，是干预意思自治，还是听之任之？恐怕还是以意思自治原则为原则，只有在极个别的情况下才有例外，较为合适。其道理在于：（1）社会尚未发展到效益至上、忽视交易各方意愿的阶段，在这样的大背景下，即使当事人约定从物不随同主物的转让而转让，也只好默认。（2）在主物转让之事上，如果转让人和受让人之

间成立合同约定的标的物只有主物，没有从物，从合同效力所及的角度看，硬性地让从物随同主物转让而转让，不合合同法理论，还有“拉郎配”之嫌。

不过，如果主物的历史价值、文物价值巨大，唯有主物和从物密切配合才可达到目的，尤其不在交易领域，诸如捐献给国家等，那么，笔者倾向于于此场合不适用本条但书。

[探讨]

《民法典》第320条前段关于“主物转让的，从物随主物转让”的规定中，关于从物的转让是否以公示作为生效要件，存在着不同的意见。甲说认为，只要主物的转让依据《民法典》的规定发生了法律效力，如主物为建设用地使用权、房屋，办理了过户登记，建设用地使用权转移给了受让人，房屋的所有权移转给了买受人，那么，从物为不动产的，无须办理过户登记手续，从物为动产的，无须交付，其所有权也随主物的物权变动而移转给买受人等受让人。乙说则主张类型化，（1）法律另有规定、当事人另有约定的，依其规定或约定；

（2）主物所有权转让时，并不当然使从物的所有权随之移转。因为基于一物一权主义，主物和从物系两个物，每个物上各存在着一个所有权，其物权变动的法律行为仍应个别为之，始能生物权变动的效力，亦即从物为不动产或动产时，应分别为登记或交付，并非因主物（无论是不动产或动产）物权已经变动，其效力即可及之。^[429]

（3）动产质权的设立，以动产的移转占有为生效要件，为贯彻此项公示目的，从物亦须交付，始为质权的效力所及。^[430]（4）在不动产抵押权场合，不动产无须移转占有，其从物自无须交付与抵押权人，纵在从物为不动产的场合，在理论上言，似亦不以登记为必要。^[431]笔者认为，乙说的理由更为充分。除了上述各点外，还有一项理由，即，依据乙说处理，在主物所有权移转、主物用益物权转让、主物质权设立诸场合，强调从物的物权变动亦以公示为生效要件，符合交易安全的需要。

第三百二十一条

天然孳息，由所有权人取得；既有所有权人又有用益物权人的，由用益物权人取得。当事人另有约定的，按照其约定。

法定孳息，当事人有约定的，按照约定取得；没有约定或者约定不明确的，按照交易习惯取得。

本条主旨

本条是关于孳息收取规则的规定。

相关条文

《物权法》第116条 天然孳息，由所有权人取得；既有所有权人又有用益物权人的，由用益物权人取得。当事人另有约定的，按照约定。

法定孳息，当事人有约定的，按照约定取得；没有约定或者约定不明确的，按照交易习惯取得。

《合同法》第103条 标的物提存后，毁损、灭失的风险由债权人承担。提存期间，标的物的孳息归债权人所有。提存费用由债权人负担。

《担保法》第47条 债务履行期届满，债务人不履行债务致使抵押物被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押权人有权收取由抵押物分离的天然孳息以及抵押人就抵押物可以收取的法定孳息。抵押权人未将扣押抵押物的事实通知应当清偿法定孳息的义务人的，抵押权的效力不及于该孳息。

前款孳息应当先充抵收取孳息的费用。

理解与适用

本条是对《物权法》第116条的复制，第1款规定天然孳息的取得规则，第2款规定法定孳息的取得规则。

所谓孳息，是指由原物所生的物或收益，分为天然孳息和法定孳息。天然孳息，是指果实、动物的出产物及其他按照物的使用方法所收获的出产物。此处所谓出产物，不仅包括有机物的出产物，如果实、鸡蛋等，也包括无机物的出产物，如矿产品、砂石等。埋藏物，属于独立于埋藏该物之物而存在的物，不存在从中“出产”的问题，所以不属于天然孳息。^[432]

天然孳息在未与原物分离时，为原物的构成部分，不是独立物，因而不得独立为物权的客体。天然孳息与原物分离时，罗马法采取“原物主义”，即已经分离的孳息归收取权利人享有。此处所谓权利人，包括原物所有人、承租人和善意占有人。德国、法国、瑞士、日本、泰国和中国台湾地区等国家或地区的法律沿袭了该项原则。^[433]

中国《物权法》规定得较为周全：“天然孳息，由所有权人取得；既有所有权人又有用益物权人的，由用益物权人取得。当事人另有约定的，按照约定”（第116条第1款）。《民法典》承继了《物权法》的这些规定（第321条）。

本条第1款把意思自治原则放置高位，只要当事人之间存有关于天然孳息由谁取得的约定，就依其约定。这有其道理，即天然孳息的归属属于有关当事人之间的事项，不涉及公共利益，公序良俗及强制性规定乃至诚信原则都不宜干涉。

在当事人之间未约定天然孳息由谁取得的前提下，本条第1款规定用益物权人优先于所有权人取得孳息，符合用益物权的目的及功能的要求，以及所有权与用益物权之间的利益划分关系。不要说土地承包经营权及土地经营权的目的及功能正是在他人土地之上从事农林牧渔并享有农获物（含渔获物）即土地的天然孳息的所有权，就是建设用地使用权、宅基地使用权、海域使用权、地役权等用益物权，也具有附带地取得标的物所生孳息（天然孳息）的法律效力，采矿权、养殖权、捕捞权等用益物权（也是准物权）的主要效力之一就是取得天然孳息。此其一。用益物权的客体上的天然孳息，其产出时常有用益物权人的工作助力其中，而该客体的所有权人则无此贡献。就此说来，天然孳息由用益物权人取得也是合理的。此其二。用益物权人系客体的占有人、使用人，由其享有收益权，也在法理、情理之中。这样处理，可以不必考察、确定用益物权人对于孳息的生长、获取有无过错，不必协调所有权人看护、收取天然孳息时与用益物权人行使权利发生的“扩张”与“让步”的关系，即，可以避免法律关系的复杂化，减少乃至杜绝所有权人和用益物权人之间就此发生纠纷。此其三。

既无当事人的约定，又不存在用益物权，本条第1款开宗明义地规定天然孳息由所有权人取得，正符合原物与孳息之间关系的原理，乃人之常情。

本条第2款所谓法定孳息，是指利息、租金及其他因法律关系所获得的收益。此处所谓法律关系，包括因法律行为而形成的法律关系，也包括基于法律的直接规定而产生的法律关系，如法定利息关系。^[434]

本条第2款前段仍然把当事人的约定放在确定法定孳息归属的首位，契合法定孳息的由来和本性。既然法定孳息产生于法律关系之中，尤其是利息、租金之类，都是基于当事人的约定，那么，法定孳息的归属，当事人有约定的，按照约定处理，就是顺理成章的。

本条第2款后段所谓没有约定或约定不明确的，按照交易习惯取得，有以下几点值得重视：（1）交易习惯必须适法。首先，交易习惯的内容违反法律、法规的强制性规定的，应确认它为无效。纵使合同当事人有依此的意思，也不能以此确定或填补合同的含义及内容。交易习惯只有在符合法律制度的价值标准的范围内才具有意义。^[435]其次，交易习惯的内容既不违反法律、法规的强制性规定，又不违反任意性规定的，除当事人明示排斥，或在当事人的职业、阶层、地域等关系中非为普遍而不被各方所知悉者外，该交易习惯就有参照适用的效力。（2）交易习惯应当是当事人各方已经知道或应当知道而又没有明示排斥的。在当事人各方均不知道该交易习惯存在，或仅为一方所知悉的情况下，则应依照法律的任意性规定确定法定孳息的归属。（3）交易习惯依其范围可分为一般习惯（通行于全国或全行业的习惯）、特殊习惯（地域习惯或特殊群体习惯）和当事人之间的习惯。在确定法定孳息归属的问题上，其效力依序增强：在合同文义无明显反对该交易习惯的前提下，当事人之间的交易习惯优于特殊习惯，特殊习惯优于一般习惯。但如果当事人一方仅有一般习惯而另一方有特殊习惯，或者当事人来自不同地域或群体而有不同的特殊习惯，则应视具体情况而定：1）当事人一方将特殊习惯在缔约时或其后告知对方，对方未表示反对的，则依各方明知的习惯予以确定。2）一方虽未积极地将其意指的特殊习惯通知对方，但对方对此理应知晓的，仍应依该特殊习惯予以解释。3）如果当事人各方互不了解各自意指的特殊习惯，或者一方不知或不应知对方的特殊习惯，则依一般习惯而不是依特殊习惯解释合同，地域习惯与群体习惯冲突时，适用上述规则加以确定。^[436]（4）这里涉及交易习惯与法律规定之间的关系。本条第2款后段虽然仅仅言明“按照交易习惯取得”，没有提及法律规定，但笔者认为，不可把法律规定排除在外，理由如下：1）某些新型领域，尚未形成交易习惯，于此场合必须适用法律规定，若无具体的法律规定，则应适用法律的基本原则；2）虽有交易习惯但其违反法律、法规的强制性规定，或背离公序良俗，因此归于无效，于此场合，必须适用法律规定；3）在民间借贷领域，如果当事人对于利率没有约定，则应当适用法释〔2015〕18号第26条关于“借贷双方约定的利率未超过年利率24%，出借人请求借款人按照约定的利率支付利息的，人民法院应予支持”（第1款）和“借贷双方约定的利率超过年利率36%，超过部分的利息约定无效。借款人请求出借人返还已支付的超过年利率36%部分的利息的，人民法院应予支持”（第2款）的规定；第28条关于“借贷双方对前期借款本金本息结算后将利息计入后期借款本金并重新出具债权凭证，如果前期利率没有超过年利率24%，重新出具的债权凭证载明的金额可认定为后期借款本金；超过部分的利息不能计入后期借款本金。约定的利率超过年利率24%，当事人主张超过部分的利息不能计入后期借款本金的，人民法

院应予支持”（第1款）和“按前款计算，借款人在借款期间届满后应当支付的本息之和，不能超过最初借款本金与以最初借款本金为基数，以年利率24%计算的整个借款期间的利息之和。出借人请求借款人支付超过部分的，人民法院不予支持”（第2款）的规定；第29条第1款关于“借贷双方对逾期利率有约定的，从其约定，但以不超过年利率24%为限”的规定；等等。

第三百二十二条

因加工、附合、混合而产生的物的归属，有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，依照法律规定；法律没有规定的，按照充分发挥物的效用以及保护无过错当事人的原则确定。因一方当事人的过错或者确定物的归属造成另一方当事人损害的，应当给予赔偿或者补偿。

本条主旨

本条是关于添附的规定。

相关条文

《关于民法通则的意见》第86条 非产权人在使用他人的财产上增添附属物，财产所有人同意增添，并就财产返还时附属物如何处理有约定的，按约定办理；没有约定又协商不成，能够拆除的，可以责令拆除；不能拆除的，也可以折价归财产所有人，造成财产所有人损失的，应当负赔偿责任。

理解与适用

一、概说

本条吸收了《关于民法通则的意见》第86条的有益的内容，同时大大合理化了某些规则。只是本条过于概括，亟待判决、学说细化、丰富和发展添附规则。

所谓添附，是附合、混合和加工的总称。所谓附合，是指分别属于两个或两个以上主体的物密切结合在一起，在社会交易上已认为形成了新物，虽能辨别原物，但无法分离或分离后会大大降低新物的价值。所谓混合，是指不同所有人的动产互相混合，不能识别或识别需要的费用过大的情况。所谓加工，是指对他人所有之物进行加工改造，使之成为新物。

二、附合

（一）动产与不动产附合

1. 界定

动产与不动产附合，简称为不动产附合，是指动产与他人的不动产相结合，成为其重要成分，而发生动产所有权变动的法律事实。

2. 构成要件

（1）必须是动产与不动产附合，即附合的必须为动产，被附合的为不动产。至于附合的原因，系出于当事人的行为，或第三人的行为，或系由于自然力，均非所问。在附合的原因系人的行为场合，也不关注善意恶意的因素。若人的行为构成侵权，由侵权人向动产所有权人承担侵权损害赔偿责任，不影响附合的构成及发生的法律效果。

（2）必须是动产成为不动产的重要成分。所谓重要成分，是指两物结合后，非经毁损或变更其物的性质，不能分离的成分。所谓毁损，不仅系对附合物而言，而且分离如足以造成附合的动产或被附合的不动产毁损的，也属于毁损。两物的结合，必须不是暂时性的，而是继续性的。（3）动产与其附合的不动产必须分属于不同的主体，因为若同属于一人，附合物的所有权早已确定地归属于该人，无须借助附合规则确定所有权的归属。^[437]至于是否需要“不具有使用不动产的权利”的要件，存在着不同意见。^[438]

值得讨论的是上述构成要件是否需要微调？国有的泥沙与国有的堤岸、海岸、滩涂相结合形成涨滩时，显然是结合之前的动产与不动产同属于一个所有权人。单就这点而言，依传统的不动产附合构成要件衡量，此类涨滩不应适用附合规则。可是，于此类涨滩场合，原来的泥沙所有权已经不复存在，堤岸所有权或海岸所有权或滩涂所有权已经发生了变更，换言之，动产所有权消失了，不动产所有权变更了，遵循法律关系的设立、变更或终止必得由法律事实引起的通说，于此场合的法律事实是什么？遵循法律事实的分类理论，不动产附合似乎处于首选位置，理由如下：（1）不动产附合规则调整的生活事实是动产与不动产结合在一起，形成一个不动产，原来的动产成为不动产的重要成分，失去独立之物的性质。涨滩场合国有的泥沙与国有的堤岸、海岸、滩涂相结合，泥沙成为堤岸、海岸、滩涂的重要成分。从物理的层面观察，这与不动产附合规则调整的生活事实一模一样。在这个层面的逻辑结论应是不动产附合规则理所应当适用于此类涨滩。（2）为什么传统的不动产附合规则理论却反其道而行之呢？原来不动产附合规则建立的初衷是，法律彻底贯彻一物一权主

义，在本由数人分别享有所有权的动产、不动产附合时，使附合物所有权单一化而归由一人取得，达到维护添附物经济价值的目的，避免纷争，有利于社会秩序。^[439]换句话说，不动产附合规则不是为解决动产和不动产同属一人但二物结合为一物时确定所有权的问题而出现的，而是专为处理动产和不动产分属不同之人但二物结合为一个不动产时确定所有权归属的问题而设计的，故其构成要件中未认可动产和不动产同属一人的情况。但是，自然界，社会上，有些事物有异变，有些制度有辐射作用，在满足一定条件时，可以“顺手牵羊”，附带解决相关问题。笔者认为，不动产附合规则可以延伸至国有的泥沙与国有的堤岸、海岸、滩涂结合为一个不动产的领域，就是这样的道理。

（3）传统的不动产附合规则强调附合前的动产与不动产分属于不同的所有权人的理由，即“动产与其附合的不动产必须分属于不同的主体，因为若同属于一人，附合物的所有权早已确定地归属于该人，无需借助附合规则确定所有权的归属”^[440]，忽略了附合前的动产所有权消灭、不动产所有权变更这类法律关系的变更、终止必然有、必须有法律事实，而于此场合相对贴切的法律事实就是“附合”，规制“附合”这类法律事实的法律制度正是不动产附合规则。不动产附合，就是附合前的动产与不动产结合在一起，形成一个新的不动产。附合前的动产与不动产归属的不同没有改变这个客观现象。（4）假如不求助于不动产附合规则，另觅其他法律事实及其法律规则，在笔者知识储备里未见到比附合更贴切的。

既然如此，莫不如修正不动产附合规则，承认不动产附合构成要件存在例外，在涨滩场合不强求泥沙与堤岸、海岸、滩涂分属于不同的所有权人。

3. 法律效果

根据本条的规定，动产与不动产附合的法律效力应为：附合后物的归属，当事人有约定的，依其约定；没有约定或者约定不明确的，依照法律规定；法律没有规定的，按照充分发挥物的效用以及保护无过错当事人的原则确定（《民法典》第322条前段）。这包含如下几层意思：

（1）关于所有权的归属，把意思自治原则放置高位，尊重当事人的约定。这值得赞同，因为此处所有权归属于谁，属于动产所有权人和不动产物权之间的利益分配，不涉及公共利益，法律不宜强行干预。

（2）没有约定或者约定不明确的，依照法律规定。此处所谓法律规定，例如，《民法典》第352条正文关于“建设用地使用权人建造

的建筑物、构筑物及其附属设施的所有权属于建设用地使用权人”的规定。

(3) 既无约定又无法定的情况下，按照充分发挥物的效用的原则确定。在笔者看来，在动产和不动产附合的场合，只有把附合后的不动产物权归属于原不动产物权人才最能体现充分发挥物的效用。假如把附合后的不动产划归动产所有权人所有，会牵涉一些变动，如不动产物权的变更登记，不动产占有、使用的变更，原不动产之上的建筑物、构筑物及其附属设施的权属变化以及使用变化，原房地产已经设立抵押权时引发抵押权的相应变更，原不动产若为租赁、借用的标的物时，还牵涉债的关系的变化，等等。此外，不动产所有权人熟悉不动产利用关系的过程，动产所有权人不见得有能力不当得利返还。显而易见，将附合后的不动产物权归属于原不动产物权人，方为上策。此其一。动产与不动产附合，动产已经成为不动产的重要成分，动产不复存在，而不动产继续存在，不动产物权继续存在，只不过其客体有所变化进而导致不动产物权有所变更罢了。从这方面看，延续不动产物权人的法律地位，也是合理的。此其二。

(4) 既无约定又无法定的情况下，按照保护无过错当事人的原则确定附合后的不动产物权的归属，这与按照充分发挥物的效用的原则确定不动产物权的归属之间是什么关系？从以上所述的道理看，按照保护无过错当事人的原则确定附合后的不动产物权的归属，仅仅起辅助作用，起增强些由不动产物权人取得新物物权的说服力的作用，不可起主导作用，就是说，不得因原不动产物权人在附合事项上存在过错，就把附合后的不动产物权确定由动产所有权人享有。例如，承包人甲误将乙的化肥播撒在自己承包地里，虽有过错甚至故意，但仍不由化肥所有权人取得土地承包经营权或土地经营权。再如，建设用地使用权人丙把丁的一车砖砌在自己建造的大厦的地基里，虽有过错，但仍应由丙取得该大厦的所有权。

总之，不动产物权人取得动产的所有权，且为原始取得。附合行为入纵然是无权处分，被附合物的所有权人即使为恶意，也不改变所有权变动的这项规则，只是发生侵权责任或不当得利返还义务。

(5) 动产所有权因之消灭，该动产上的其他权利亦然。不动产经过附合后，物权遂发生确定的终局的效力，即使日后该物再被分为两个物，也不发生权利回复的问题。

(6) 本条后段规定：因一方当事人的过错或者确定物的归属造成另一方当事人损害的，应当给予赔偿或者补偿。就是说，丧失动产权利而遭受损害的主体，可根据实际情况而依侵权损害赔偿或不当得

利返还的规定，请求救济。

（7）抵押物因附合使其所有权归第三人所有的，抵押权的效力及于抵押人因此而可以获得的补偿金；原抵押物所有人取得了该附合物所有权的，抵押权的效力及于附合物；第三人与原抵押物所有人共同取得附合物的所有权的，抵押权的效力及于抵押人对共有物享有的份额（法释〔2000〕44号第62条）。

[检讨]

在房屋租赁、房屋借用等合同关系中，承租人、借用人装修所租、所借的房屋乃常有之事，装修材料与房屋结合而成为房屋的重要成分时，适用不动产附合规则，最为适当。法释〔2009〕11号第9条第2款、第11-13条都或明或暗地体现了不动产附合的思想。

不动产附合规则的构成要件中不含有故意、过失、恶意、善意的要素，法律效力包含三项：（1）不动产所有权人取得附合后的不动产所有权；（2）动产所有权因附合而消灭，该动产上的其他权利亦然；（3）该动产权利消灭而受损害者，有权基于不当得利制度请求偿还价额。^[441]当然，第三项效力在泥沙与国有的堤岸、海岸、滩涂形成涨滩的情况下不复存在。

据此衡量法释〔2009〕11号第9条第2款后段、第10条至第13条的规定，值得商榷。其中未见不当得利制度的踪影，反倒遍布着损害赔偿的规则，个别地方则为风险负担；最高人民法院民一庭负责人对该司法解释的理解和说明^[442]也只是提到了“不当得利”四个字，但其思路亦与不当得利制度相去甚远，同样充满着损害赔偿的思想。如此断定的根据如下^[443]：（1）“不当得利请求权曾艰辛地借助于衡平思想，成为一项法律制度。业经制度化的不当得利，已臻成熟，有其一定之构成要件及法律效果，正义与公平应该功成身退。”^[444]可是法释〔2009〕11号第11条第4项的规定，以及最高人民法院民一庭负责人的理解和说明，却强调“按照公平原则分担”“剩余租赁期内的装饰装修残值损失”，不合上述公平原则应当功成身退的要求。（2）不当得利返还请求权，就其功能而言，在于剥夺受益人无法律上原因的全部利益，一方当事人获得利益，不以他方当事人财产上受到损失为必要。^[445]可是法释〔2009〕11号第11条第1项、第2项和第4项，第12条和第13条的规定，以及最高人民法院民一庭负责人的理解和说明，都是以损失为准来规定赔偿或补偿的。而损害赔偿在这里是违约损害赔偿，或缔约过失责任，或侵权损害赔偿，或风险负担，并非不当得利的返还。（3）不当得利的成立无须过错这个要件，就是不当得利的返还范围，也是受恶意、善意的影响，不宜说取决于过错。可

是法释〔2009〕11号第9条第2款后段、第10条、第11条第3项的规定，以及最高人民法院民一庭负责人的理解和说明，都是以过错来决定损害的赔偿、补偿及其范围的。众所周知，以过错确定损害赔偿是否成立及赔偿范围，正是民事责任制度精神及规则的体现。（4）不当得利是与违约责任、缔约过失责任、侵权责任、风险负担诸项制度相并列的独立制度，尤其在抛弃不当得利返还请求权辅助性理论的今天，不当得利返还请求权更是与违约损害赔偿请求权等请求权竞合并存，由当事人选择行使的请求权。^[446]可是法释〔2009〕11号第11条第1项的规定以违约损害赔偿覆盖了不当得利；第11条第2项前段的规定将违约损害赔偿与不当得利返还对立，并排斥了不当得利，且设置了过错者自食苦果的规则；第11条第2项后段使用了“出租人同意利用的，应在利用价值范围内予以适当补偿”，极不利于作不当得利返还的解释；第11条第3项的规定用违约损害赔偿及过失相抵取代了不当得利；第11条第4项的规定以风险负担取代了不当得利。法释〔2009〕11号第13条后段关于“出租人请求承租人恢复原状或者赔偿损失的，人民法院应予支持”的规定将侵权责任与不当得利对立，并以侵权责任吞没了不当得利。

[辨析]

某房屋租赁合同第9.1条规定：“租赁期间内，承租人以建设、装修、安装、购置、更换等各种形式投资形成的装修、设备、设施、不动产及其他附属物、附着物等各种形式的资产的所有权属于承租人。”第9.3条规定：“上述租赁期间内所有权归承租人的新增资产，因合同提前终止或合同期满后承租人不再续约，承租人撤场时，除可移动的独立设备、设施以及货物和货架外，其他须以不可重新安装的破坏性拆除方式体现的资产，其所有权自动归属出租人，承租人不得拆除。”其中包括动产被附合于不动产的情形，且当事人约定了附合物的归属。应该注意，动产被附合于不动产场合，动产的所有权因被不动产的所有权吸收而不复独立存在，承租人已经丧失了这些动产的所有权。而该约定称“租赁期间内，承租人以建设、装修、安装、购置、更换等各种形式投资形成的装修、设备、设施、不动产及其他附属物、附着物等各种形式的资产的所有权属于承租人”，其中涉及已被附合到房屋上的动产仍归属于承租人的约定，显然背离了添附规则和物的重要成分的理论。如果约定这部分资产属于出租人和承租人共有，则顺理成章。

（二）动产与动产附合

1. 界定

动产与动产的附合，是指不同所有权人的两个或两个以上的动产相互结合，非经毁损不能分离或分离需要的费用过高，而发生动产所有权变动的法律事实。

2.构成要件

(1) 必须是动产与动产附合。其附合，可能是出于人为，也可能由于天然力。若为人为，可能是恶意所为，也可能是善意所为。
(2) 两个或两个以上的动产必须分属于不同的主体。(3) 必须是未经毁损不能分离或分离需要的费用过高。[447]

3.法律效果

依据本条的规定，动产与动产附合的法律效力表现为如下几个方面。

(1) 动产与动产附合形成的物，叫作合成物。对此，当事人有约定的，依其约定。这是尊重意思自治的表现，值得赞同。

(2) 没有约定或者约定不明确的，依照法律规定。

(3) 既未约定，又无法律规定的，按照保护无过错当事人的原则确定。如果出于该动产所有权人的恶意，即所谓恶意的附合，该恶意之人不得取得合成物的所有权或共有权。[448]

(4) 既未约定，又无法律规定，还没有恶意附合的，按照充分发挥物的效用的原则确定合成物的所有权归属。如果其中的动产可视为主物的，则该主物的所有权人取得合成物的单独所有权，而非共有。[449]所谓可视为主物，并非果真存在着主从关系，只是依据一般交易观念，如动产的价值、效用或其性质等因素，认定某动产可视为主物。[450]

需要注意，与动产和不动产的附合领域按照充分发挥物的效用的原则确定不动产物权人延续其法律地位、不可因不动产物权人在这方面有过错而改变这种状况不同，动产与动产的附合，确定哪个动产的所有权人取得合成物的所有权，保护无过错当事人的原则起决定性作用，即禁止恶意之人取得合成物的所有权，即使由其取得该所有权可能效益更大些，也是如此。

(5) 主物所有权人取得合成物的所有权时，该主物的原所有权并未消失，该主物上既存的第三人的权利不仅继续存在，而且其效力扩及全部合成物上。

（6）从物的所有权因附合而归于消灭，该从物上存在的第三人的权利归于消灭。不过，该第三人的权利为担保物权时，该担保物权可代位存在于从物所有权人的赔偿金请求权上。

（7）动产所有权人共有合成物时，各个所有权人的原所有权归于消灭，各个动产上既存的权利原则上也归于消灭。但是，各个动产所有权人对于合成物享有应有部分（份额），该应有部分在经济上应视为原动产所有权的代替物，如果既存的权利为担保物权，该担保物权应代位存在于合成物的应有部分上。[451]

（8）本条后段规定：因一方当事人的过错或者确定物的归属造成另一方当事人损害的，应当给予赔偿或者补偿。就是说，丧失动产所有权而遭受损害的主体，可根据实际情况而依侵权损害赔偿或不当得利返还的规定，请求救济。

三、混合

（一）界定

所谓混合，是指分属不同主体的两个或两个以上的动产互相结合，不能识别或识别所需费用过高，而发生所有权变动的法律事实。

（二）构成要件

（1）必须是动产与动产混合。混合的情形，有固体和固体的混合，有液体和液体的混合，有气体和气体的混合。（2）两个或两个以上的动产分属于不同的主体。（3）必须是不能识别或识别所需费用过高。

（三）法律效果

按照本条的规定，混合场合的法律效果表现在如下几个方面。

1.动产和动产混合时形成混合物，其归属，当事人有约定的，依其约定。这是尊重意思自治的表现，值得赞同。

2.没有约定或者约定不明确的，依照法律规定。

3.既无约定，又无法律规定的，按照保护无过错当事人的原则确定混合物的归属，即恶意的动产所有权人不得取得混合物的所有权。

4.既无约定，又无法律规定，还无恶意混合的，按照充分发挥物

的效用的原则确定混合物的所有权归属，即把混合物的所有权确定给更能发挥混合物的功效之人。当然，在这里，运用视为主物的思路 and 理论更为精准，即把混合物的所有权确定给原动产价值高的主体。例如，砂石与水泥混合，由水泥的所有权人取得混合物的所有权；半瓶茅台酒与半瓶二锅头混合，将混合物的所有权确定给茅台酒的所有权人。

5. 丧失动产所有权的主体，可基于不当得利或侵权损害赔偿请求救济。

6. 抵押物因混合使其所有权归第三人所有的，抵押权的效力及于抵押人因此而可以获得的补偿金；原抵押物所有人取得了该混合物所有权的，抵押权的效力及于混合物；第三人与原抵押物所有人共同取得混合物的所有权的，抵押权的效力及于抵押人对共有物享有的份额（法释〔2000〕44号第62条）。

7. 本条后段规定：因一方当事人的过错或者确定物的归属造成另一方当事人损害的，应当给予赔偿或者补偿。

四、加工

（一）概念与构成

所谓加工，是指利用他人的动产制造新物。其构成要件包括：

（1）加工标的物限于动产。对于不动产施以工作，不适用民法关于加工的规则，而依无因管理或不当得利的规定处理。有问题的是，对数个动产予以加工，制造出的新物为不动产的，如何解决。例如，利用他人的建筑材料建造成新楼，是否适用加工的规则？有学者持肯定的见解，值得重视。^[452]但需要注意，在出资合建房屋的情况下，当事人有约定且合法有效时，建筑物所有权的归属依其约定；若约定无效，适用《民法典》第231条和第352条的规定解决。（2）加工的材料必须为他人所有。（3）必须有加工行为。加工行为系事实行为。加工通常皆出于人为，该加工人为善意或恶意，一般不予考虑，但是，恶意加工的结果，不仅没有增加动产的价值，反倒减少其价值或失去其原有效用的，应无适用加工规则的余地，而应当由加工人承担侵权责任。^[453]（4）加工规则的适用，是否需要具备加工后形成新物这个要件，前后有所变化。罗马法要求加工物必须制成新物，因为如果没有形成新物，原有的动产（材料）没有变化，其所有权不应发生变动，仍然归属于原所有权人。是否为新物的判断，应按照社会的交易观念确定，通常指在加工后产出的物与原有的动产（材料）各为一物，或其名称或其经济机能已经不同。法国、德国、瑞士的民法对

此均予承继，日本和中国台湾地区的通说也如此解释。值得注意的是，近来有力说认为，加工规则的适用，不以加工后形成新物为必要，只要加工产生的价值显著超过材料的价格时，加工人即可取得该物的所有权。这是因为，近代加工规定的首要立法意旨，已非如罗马法仅仅在于解决动产所有权的变动问题，而是重在鼓励经济价值的创造。由此决定，确定加工人能否取得加工物所有权的标准，不在于加工物是否成为新物，而在于加工物的价值是否已经显著增加。[454]

还须指出，在高倡合同自由的时代，加工物归属于谁，应由当事人自由决定。如此，根据劳动合同、雇佣合同、委托合同、承揽合同等所进行的加工，其成果的归属应依当事人的约定，排除加工规则的适用。[455]

（二）法律效果

根据本条的规定，加工的法律效力表现在如下几个方面。

1.加工物的归属，当事人有约定的，依其约定。这是尊重意思自治的表现，值得赞同。

2.没有约定或者约定不明确的，依照法律规定。

3.既无约定，又无法律规定的，按照保护无过错当事人的原则确定加工物的归属，即恶意的加工人不得取得加工物的所有权。

4.既无约定，又无法律规定，还无恶意加工的，按照充分发挥物的效用的原则确定加工物的所有权归属。在具体操作上，一般情况下加工物所有权归材料的所有权人享有，但如果加工物所增加的价值明显高于材料价值的，加工物归加工人所有。不过，恶意加工人不能取得加工物的所有权。

5.加工物所有权如由加工人取得，则加工人乃是依据法律规定而取得，而非基于他人既存的权利，故属原始取得。于此场合，材料所有权人的权利消灭，该材料上的其他权利也随之消灭。但是，法释〔2000〕44号规定，抵押物因加工使其所有权归第三人所有的，抵押权的效力及于抵押人因此而可以获得的补偿金；原抵押物所有人取得了该加工物所有权的，抵押权的效力及于加工物；第三人与原抵押物所有人共同取得加工物的所有权的，抵押权的效力及于抵押人对共有物享有的份额（第62条）。

6.本条后段规定：因一方当事人的过错或者确定物的归属造成另

一方当事人损害的，应当给予赔偿或者补偿。

注释

[1][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第513页以下。

[2][意]彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，北京，中国政法大学出版社1992年版，第194页。

[3][日]田山辉明：《物权法》（增订本），陆庆胜译，齐乃宽、李康民审校，北京，法律出版社2001年版，第155～156页。

[4]钱明星：《我国用益物权制度存在的依据》，载《浙江社会科学》2002年第2期（总第102期），第95页。

[5]史尚宽：《物权法论》，台北，荣泰印书馆股份有限公司1979年6月第5次印刷，第56页。

[6][英]梅因：《古代法》，沈景一译，北京，商务印书馆1959年版，1995年第4次印刷，第169、170、170页。

[7][英]梅因：《古代法》，沈景一译，北京，商务印书馆1959年版，1995年第4次印刷，第169、170、170页。

[8][英]梅因：《古代法》，沈景一译，北京，商务印书馆1959年版，1995年第4次印刷，第169、170、170页。

[9][罗马]查士丁尼：《法学总论——法学阶梯》，张企泰译，北京，商务印书馆1989年版，第61、62页。

[10][罗马]查士丁尼：《法学总论——法学阶梯》，张企泰译，北京，商务印书馆1989年版，第61、62页。

[11]周枬：《罗马法原论》（上册），北京，商务印书馆1994年第1版，第321页。

[12]同上书，第389页。

[13]江平、米健：《罗马法基础》（第3版），北京，中国政法大学出版社2004年版，第221页。

[14][意]彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，北京，中国政法大学出版社1992年版，第183页。

[15][意]桑德罗·斯契巴尼：《物与物权》，范怀俊译，北京，中国政法大学出版社1999年版，第147页。

[16]尹田：《法国物权法》，北京，法律出版社1998年版，第340页。

[17]J.Carbonnier, no104, *Theorie juridique rapporte de l'usufruit avec la chose*.转引自尹田：《法国物权法》，北京，法律出版社1998年版，第340页。

[18]Maurie et Aynes, *Les biens*, p. 235.转引自尹田：《法国物权法》，北京，法律出版社1998年版，第340页。

[19]尹田：《法国物权法》，北京，法律出版社1998年版，第339页。

[20][德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译，谢怀栻校，北京，法律出版社2003年版，第263～264、286页。

[21][德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译，谢怀栻校，北京，法律出版社2003年版，第263～264、286页。

[22][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第6、32页。

[23][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第6、32页。

[24][日]神户寅次郎：《权利质的性质》，载《法学协会》第28卷第10号，第2124页。转引自刘银春：《债权质权的理论与实践》，清华大学法学博士学位论文（2005），第13页。

[25]见吴文翰主编：《国家所有权与企业经营权适度分离研究》，兰州，兰州大学出版社1991年版，第1～250页。

[26]崔建远：《论争中的渔业权》，北京，北京大学出版社2006年版，第152页。

[27]郑玉波：《民法物权》，台北，三民书局有限公司1988年修订12版，第52～53页；谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第174～176页；王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第153页。

[28]王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第155页；梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第115～116页。

[29][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第3～4页。

[30]梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第131页。

[31]Torts Liability for One's Act, *International Encyclopedia of Comparative Law*, 105-119.王利明译，载中国人民大学法律系编：《外国民法论文选》（第2辑），内部印刷1985年，第433~450页。

[32]Kaser, M., *Das roemische Privatrecht*, I.Abschnitt, Muenchen, 1955, S. 181.转引自耿林：《强制规范与合同效力》，北京，中国民主法制出版社2009年版，第116页。

[33]Palandt/Heinrichs, Kommentar, §242, Rn 3, S. 244 u. 245.转引自耿林：《强制规范与合同效力》，北京，中国民主法制出版社2009年版，第117页。

[34]Palandt/Heinrichs, Kommentar, §242, Rn 3, S. 245.转引自耿林：《强制规范与合同效力》，北京，中国民主法制出版社2009年版，第117页。

[35]Deschenaux, in: Gutzwiller, Max (Hrsg.), a. a. O. S. 145 u. 146.转引自耿林：《强制规范与合同效力》，北京，中国民主法制出版社2009年版，第117页。

[36]王兆国：《关于〈中华人民共和国物权法（草案）〉的说明》（在2007年3月8日第十届全国人民代表大会第五次会议上），载全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室编著：《物权法立法背景与观点全集》，北京，法律出版社2007年版，第4页。

[37][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第634页以下。

[38]马俊驹，余延满：《民法原论》（第2版），北京，法律出版社2005年版，第327页。

[39][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第31页以下。

[40]崔建远、申卫星、王洪亮、程啸：《物权法》，王洪亮执笔，北京，清华大学出版社2008年版，第103页。

[41][日]我妻荣：《日本物权法》，有泉亨修订，李宜芬校订，台北，五南图书出版公司1999年版，第290页。

[42]崔建远：《准物权研究》（第2版），北京，法律出版社2012年版，第78页。

[43]赵卫：《完善我国水权制度》，载水利部政策法规司编：《水权与水市场》（资料选编之一），2001年3月，第45页。

[44][日]我妻荣、丰岛升：《矿业法》，东京，有斐阁1958年版，第65～66页。

[45]王名扬：《法国行政法》，北京，中国政法大学出版社1988年版，第309～310页。

[46]房绍坤、王洪平：《公益征收法研究》，北京，中国人民大学出版社2011年版，第239页以下。

[47]参见[德]哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，北京，法律出版社2000年版，第683～684页。

[48][德]哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，北京，法律出版社2000年版，第680～688页。

[49]参见[日]盐野宏：《行政法》，杨建顺译，北京，法律出版社1999年版，第499页。

[50]参见王名扬：《法国行政法》，北京，中国政法大学出版社1998年版，第365～410页。

[51]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第331页。

[52]房绍坤、王洪平：《公益征收法研究》，北京，中国人民大学出版社2011年版，第241～244、96～99页。

[53]房绍坤、王洪平：《公益征收法研究》，北京，中国人民大学出版社2011年版，第241～244、96～99页。

[54]王太高：《论农村集体土地所有权制度中的利益冲突与协调》，载房绍坤、王洪平主编：《不动产征收法律制度纵论》，北京，中国法制出版社2009年版，第25页。

[55]谢哲胜：《准征收之研究——以美国法之研究为中心》，载《财产法专题研究（二）》，台北，元照出版公司1999年版，第250页；房绍坤、王洪平：《公益征收法研究》，北京，中国人民大学出版社2011年版，第31、51页。

[56]房绍坤、王洪平：《公益征收法研究》，北京，中国人民大学出版社2011年版，第257页。

[57]房绍坤、王洪平：《公益征收法研究》，北京，中国人民大学出版社2011年版，第257页。

[58]全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室：《物权法及其相关规定对照手册》，北京，法律出版社2007年版，第61页；胡康生主编：《中华人民共和国

国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第101页；房绍坤、王洪平：《公益征收法研究》，北京，中国人民大学出版社2011年版，第77页以下。

[59]例如，法国《人权宣言》第17条规定：“当公共需要所必需时，可以剥夺财产”。德国《基本法》第14条第3款规定：“只有为了公共利益才能允许征用。”《日本国宪法》第29条第3款规定：“私有财产在正当补偿下得收为公用。”

[60]张玉东：《公益征收若干法律问题研究》，载房绍坤、王洪平主编：《不动产征收法律制度纵论》，北京，中国法制出版社2009年版，第160页以下；房绍坤、王洪平：《公益征收法研究》，北京，中国人民大学出版社2011年版，第72页以下。

[61]张鹏：《论因财产权的国度限制而引起的公用征收》，载房绍坤、王洪平主编：《不动产征收法律制度纵论》，北京，中国法制出版社2009年版，第92页。

[62]石凤友：《我国土地征收法律制度研究》，载房绍坤、王洪平主编：《不动产征收法律制度纵论》，北京，中国法制出版社2009年版，第156页。

[63]陈小君：《〈土地管理法〉修法与新一轮土地改革》，载《中国法律评论》2019年第5期，第60页。

[64]房绍坤、王洪平：《公益征收法研究》，北京，中国人民大学出版社2011年版，第230页以下。

[65]参见崔建远：《不动产征收视野下的房屋拆迁》，载房绍坤、王洪平主编：《不动产征收法律制度纵论》，北京，中国法制出版社2009年版，第314页。

[66]翁岳生主编：《行政法》（下），北京，中国法制出版社2002年版，第1724页；应松年：《当代中国行政法》，北京，中国方正出版社2005年版，第1882页；申卫星：《构建公权与私权平衡下的中国物权法》，载房绍坤、王洪平主编：《不动产征收法律制度纵论》，北京，中国法制出版社2009年版，第9～10页；石凤友：《我国土地征收法律制度研究》，载房绍坤、王洪平主编：《不动产征收法律制度纵论》，北京，中国法制出版社2009年版，第129、146页；张玉东：《公益征收若干法律问题研究》，载房绍坤、王洪平主编：《不动产征收法律制度纵论》，北京，中国法制出版社2009年版，第193页以下；陈伯礼、徐信贵：《不动产征收制度之构建逻辑与运作机理》，载房绍坤、王洪平主编：《不动产征收法律制度纵论》，北京，中国法制出版社2009年版，第224页以下。

[67][德]哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，北京，法律出版社2000年版，第692页。

[68]在全国人大常委会法制工作委员会组织的《中华人民共和国物权法草案》的系列研讨会上，江平教授一直主张征收补偿应当是完全补偿，或曰公平补偿，不得采取“补偿标准由国务院另行规定”的立法模式。德国《基本法》第14条第3项奉行“公平

补偿”原则，在一般情况下也就是完全补偿原则；《日本国宪法》第29条第3项规定“正当的补偿”，实际上意味着完全补偿；《法国公用征收法》确定完全补偿原则，但补偿的对象必须是直接的、物质的和确定的损失，而不包括与公用征收无直接因果关系的损失，精神上、感情上的损失和将来可能发生的不确定的损失也不包括在内。

[69][德]哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，北京，法律出版社2000年版，第695～697页。

[70]王名扬：《法国行政法》，北京，中国政法大学出版社1998年版，第392～393页。

[71]陈小君等：《农村土地法律制度研究——田野调查解读》，北京，中国政法大学出版社2004年版，第266页。

[72]信息来源：《中国政府网》，http://www.gov.cn/wszb/zhibo597/content_2557019.htm，https://www.sohu.com/a/123106115_159202。2020年3月30日最后访问。

[73]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第172页。

[74]黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第197页以下。

[75]黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第206页。

[76]见黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第209～214页。

[77]崔建远、申卫星、王洪亮、程啸：《物权法》，王洪亮执笔，北京，清华大学出版社2008年版，第114页。

[78]全国人大常委会法制工作委员会民法室：《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》，北京，北京大学出版社2007年版，第99页；胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第153页。

[79]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第199页。

[80]参见全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室编著：《物权法立法背景与观点全集》，北京，法律出版社2007年版，第59页。

[81][英]朱迪·丽丝：《自然资源：分配、经济学与政策》，蔡运龙、杨友孝、秦

建新等译，蔡运龙校，北京，商务印书馆2002年版，第21～23页。

[82][日]我妻荣、丰岛升：《矿业法》，东京，有斐阁1958年版，第58、62页。

[83][日]我妻荣、丰岛升：《矿业法》，东京，有斐阁1958年版，第58、62页。

[84]<https://baike.baidu.com/item/%E6%B0%B4%E8%B5%84%E6%BA%90/326690?fr=aladdin>. 2020年3月31日最后访问。

[85]<https://baike.baidu.com/item/%E6%B0%B4%E8%B5%84%E6%BA%90/326690?fr=aladdin>. 2020年3月31日最后访问。

[86]<https://baike.baidu.com/item/%E6%B5%B7%E5%B2%9B/5698755?fr=aladdin>. 2020年3月31日最后访问。

[87]<https://baike.baidu.com/item/%E5%9C%9F%E5%9C%B0/12005092?fr=aladdin>. 2020年3月31日最后访问。

[88]<https://baike.baidu.com/item/%E5%9C%9F%E5%9C%B0/12005092?fr=aladdin>. 2020年3月31日最后访问。

[89]毕宝德等：《土地经济学》，北京，中国人民大学出版社1995年版，第1页；孙鸿烈等：《中国自然资源丛书·综合卷》，北京，中国环境科学出版社1995年版，第175页；[英]马歇尔（A. Marshal）：《经济学原理》（上卷）（中译本），北京，商务印书馆1964年版，第157页；[美]理查德·T·伊利、爱德华·W·莫尔豪斯（Richard T. Ely and Edward W. Morehouse）：《土地经济学原理》（中译本），北京，商务印书馆1982年版，第19页。转引自肖国兴、肖乾刚：《自然资源法》，北京，法律出版社1999年版，第172～173页。

[90]<https://baike.baidu.com/item/%E6%A3%AE%E6%9E%97/1370?fr=aladdin>. 2020年4月1日最后访问。

[91]<https://baike.baidu.com/item/%E5%B1%B1%E5%B2%AD%E5%9C%B0%E8%B2%8C/22232045>. 2020年4月1日最后访问。

[92]<https://baike.baidu.com/item/%E8%8D%89%E5%8E%9F/225520?fr=aladdin>. 2020年4月1日最后访问。

[93]<https://baike.baidu.com/item/%E8%8D%92%E5%9C%B0/672572?fr=aladdin>. 2020年4月1日访问。

[94]<https://baike.baidu.com/item/%E6%BB%A9%E6%B6%82/5993025?fr=aladdin>. 2020年4月1日最后访问。

[95]参见[日]我妻荣：《日本物权法》，有泉亨修订，李宜芬校订，台北，五南图

书出版公司1999年版，第14页；陈华彬：《物权法原理》，北京，国家行政学院出版社1998年版，第62页。

[96]本条解释中有关野生动植物资源所有权与野生动物所有权的阐释，引自崔建远主编：《自然资源物权法律制度研究》，彭诚信、单平基执笔，北京，法律出版社2012年版，第51页以下。

[97]刘宏明：《浅议野生动物所有权》，载《绿色中国》2005年第10期，第42、42~43页。

[98]刘宏明：《浅议野生动物所有权》，载《绿色中国》2005年第10期，第42、42~43页。

[99]戴孟勇：《狩猎权的法律构造》，载《清华法学》2010年第6期，第121页。

[100]刘宏明：《浅议野生动物所有权》，载《绿色中国》2005年第10期，第42~43页。

[101]肖国兴、肖乾刚：《自然资源法》，北京，法律出版社1999年版，第282~283页。

[102]蒋承崧、翟勇：《自然资源法律规范的宪法原则》，见中国民商法律网，<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=16828>。2009年10月8日最后访问。

[103]本条解释中有关无线电频谱资源及其所有权的阐释，引自崔建远主编：《自然资源物权法律制度研究》，彭诚信、单平基执笔，北京，法律出版社2012年版，第61页以下。

[104]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第121页。

[105]希玉久：《频谱定义及频谱资源的特性》，载《电子世界》2000年第4期。

[106]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第121页。

[107][日]盐野宏：《广播事业和行政介入》《广播的特殊性质和广播事业》，载盐野宏：《广播法制的课题》，第77、81、139、143页。转引自[日]盐野宏：《行政法》，杨建顺译，北京，法律出版社1999年版，第751页，注释①。

[108]希玉久：《无线电频谱资源》，载《全球定位系统》2002年第5期。

[109]希永久：《频谱定义及频谱资源的特性》，载《电子世界》2000年第4期。

[110]希永久：《频谱定义及频谱资源的特性》，载《电子世界》2000年第4期。

[111]王毅、徐辉：《城市电磁环境的新问题》，载《城市管理与科技》2001年第3期。

[112]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第121页。

[113]倪旭佳、王峰：《法律视野中无线电频谱资源——我国无线电频谱所有权制度的完善方向》，载《北京理工大学学报》（哲学社会科学版）2009年第3期，第85页。

[114][日]盐野宏：《行政法》，杨建顺译，北京，法律出版社1999年版，第751页。

[115][日]盐野宏：《广播事业和行政介入》《广播的特殊性质和广播事业》，载盐野宏：《广播法制的课题》，第77、81、139、143页。转引自[日]盐野宏：《行政法》，杨建顺译，北京，法律出版社1999年版，第751页，注释①。

[116]参见《日本电波法》第4条。转引自倪旭佳、王峰：《法律视野中无线电频谱资源——我国无线电频谱所有权制度的完善方向》，载《北京理工大学学报》（哲学社会科学版）2009年第3期。

[117]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第121～122页。

[118]<https://baike.baidu.com/item/%E6%96%87%E7%89%A9%E4%BB%B7%E5%80%BC/3448616?fr=aladdin>. 2020年3月31日最后访问。

[119]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第122页。

[120]<https://baike.baidu.com/item/%E5%9B%BD%E9%98%B2%E8%B5%84%E4%BA%A7/4856878?fr=aladdin>. 2020年3月31日最后访问。

[121]参见全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室编著：《物权立法背景与观点全集》，北京，法律出版社2007年版，第59页。

[122]持国家所有权的观点的文献包括胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第126页；黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第184～186页；王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第182页。

[123]参见全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室编著：《物权立法背景与观点全集》，北京，法律出版社2007年版，第59页。

[124]持国家所有权的观点的文献包括胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第127～129页；黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第186～188页；王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第182～183页。

[125]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第133页。

[126]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第135～136页。

[127]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第137～138页。

[128]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第140页。

[129]<https://baike.baidu.com/item/%E5%86%9C%E6%9D%91%E9%9B%86%E4%BD%93%E7%BB%8F%E6%B5%8E%E7%BB%84%E7%BB%87/8511844?fr=aladdin>. 2020年4月2日最后访问。

[130]http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=qikan&Gid=fcd568041926795c1d52c6a53c6753b7bdfb&EncodingName=. 2020年4月2日最后访问。

[131]<https://zhidao.baidu.com/question/296031944.html>. 2020年4月2日最后访问。

[132]<https://baike.baidu.com/item/%E5%9F%8E%E9%95%87%E9%9B%86%E4%BD%93%E6%89%80%E6%9C%89%E5%88%B6%E7%BB%8F%E6%B5%8E/2304834>. 2020年4月2日最后访问。

[133]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第148～149页。

[134]这部分内容源自胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第149～150页。

[135]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第151页。

[136]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第152页。

[137]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第152～153页。

[138]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第158页。

[139]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第165页。

[140]参见王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第204～207页。

[141]陈华彬：《建筑物区分所有权研究》，北京，法律出版社2007年版，第79～80页；梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第163页。

[142][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第635页。

[143]德国《联邦最高法院民事判例集》，第49卷，第250页；第50卷，第56页；第90卷，第174页；第91卷，第343页；第108卷，第156页；[德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第636～637页。

[144][德]曼弗雷德·沃尔夫：《物权法》，吴越、李大雷译，北京，法律出版社2002年版，第68页。

[145][日]小沼进一：《建筑物区分所有之法理》，京都，法律文化社1992年版，第261～262页；[日]我妻荣：《新订物权法》，有泉亨修订，东京，岩波书店1983年版，第524～526页；[日]玉田弘毅：《公寓的法律纷争》，东京，有斐阁1984年版，第3页；史尚宽：《物权法论》，台北，荣泰印书馆股份有限公司1979年版，第109页；刘得宽：《民法诸问题与新展望》，台北，三民书局有限公司1980年版，第27页；谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第369、373页；崔建远、孙佑海、王宛生：《中国房地产法研究》，北京，中国法制出版社1995年版，第174页。

[146]参见[日]小沼进一：《建筑物区分所有之法理》，京都，法律文化社1992年版，第263页；[日]加藤一郎等：《区分所有建筑物的管理与法律》，日本区分所有建筑物管理问题研究会编，1981年版，第19页；[日]星野英一：《区分所有建筑物的管理与立法的课题》，不动产研究会NBL1980年版，第38页。转引自陈华彬：《建筑物区分所有权研究》，北京，法律出版社2007年版，第85页。

[147][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第636页以下；郑玉波：《民法物权》，台北，三民书局有限公司1988年版，第76～77页；黄越钦：《住宅分层所有权之比较法研究》，载郑玉波主编：《民法物权论文选辑》（上），台北，五南图书出版公司1984年版，第437页；王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第253页以下；陈甦：《论建筑物区分所有权》，载《法学研究》1990年第5期，第43～48页。

[148][德] J. Bärmann：《德国住宅所有权法》，戴东雄译，载《法学论丛》第13卷第1期，第166页；[日]丸山英气：《现代不动产法论》，大阪，清文社1989年版，第109～110页；戴东雄：《论建筑物区分所有权之理论基础》（I），载《法学论丛》第114期；陈华彬：《建筑物区分所有权研究》，北京，法律出版社2007年版，第114页。

[149]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第167～168页；黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第224页；王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第210页。

[150]崔建远、孙佑海、王宛生：《中国房地产法研究》，北京，中国法制出版社1995年版，第183～184页。

[151]王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），北京，三民书局有限公司2003年8月增补版，第255页；陈华彬：《建筑物区分所有权研究》，北京，法律出版社2007年版，第120～125页。

[152]王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第265页。

[153]王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第115页；陈华彬：《建筑物区分所有权研究》，北京，法律出版社2007年版，第120～125页。

[154][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第637页。

[155][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第637页。

[156]陈华彬：《建筑物区分所有权研究》，北京，法律出版社2007年版，第115页。

[157]陈华彬：《建筑物区分所有权研究》，北京法律出版社2007年版，第115

页。

[158][德] J. Bärman:《德国住宅所有权法》，戴东雄译，载《法学论丛》第13卷第1期，第166页；黄越钦：《住宅分层所有权的比较法研究》，载郑玉波主编：《民法物权论文选辑》（上），台北，五南图书出版公司1984年版，第440页；梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第167页；黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第226页。

[159]王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第257页。

[160]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第373、375、375页。

[161]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第373、375、375页。

[162]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第373、375、375页。

[163]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第376页；王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第256页；梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第167～168页。

[164]梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第168页。

[165][日]丸山英气：《区分所有权法》，东京，大成出版社1998年版，第21页以下。转引自王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第256页。

[166]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第376～377、377页。

[167]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第376～377、377页。

[168][日]山田幸二：《专有部分的一部分：共用部分墙壁的疑义》，载[日]玉田弘毅、森泉章、半田正夫合编：《建筑物区分所有权法》（资料），第105～106页；[日]河村贡：《建筑物区分所有权》，《大厦》第342号，第53页。转引自陈华彬：《建筑物区分所有权研究》，北京，法律出版社2007年版，第130页。

[169][日]右近健男：《区分所有与管理》，载《法律时报》第43卷第10号，第33页；[日]舟桥纯一：《物权法》，东京，有斐阁1974年版，第348页。转引自陈华彬：《建筑物区分所有权研究》，北京，法律出版社2007年版，第131页。

[170][日]玉田弘毅：《建筑物区分所有权法逐条研究》（3），《判例时报》第342号，第53页。转引自陈华彬：《建筑物区分所有权研究》，北京，法律出版社2007年版，第132页。

[171][日]川岛一郎：《关于建筑物的区分所有等法律的解说》（上），载《法曹时报》第14卷第6号；[日]丸山英气：《区分所有权理论及其发展》，载《法学家》第476号。转引自陈华彬：《建筑物区分所有权研究》，北京，法律出版社2007年版，第133～134页。

[172]陈华彬：《建筑物区分所有权研究》，北京，法律出版社2007年版，第134页；梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第169页。

[173][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第637页以下。

[174]陈华彬：《建筑物区分所有权研究》，北京，法律出版社2007年版，第176页。

[175]梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第169～170页。

[176]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第217页。

[177]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第217页。

[178]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第217页。

[179]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第216页。

[180]详细介绍及评论，见陈华彬：《建筑物区分所有权研究》，北京，法律出版社2007年版，第162～171页。

[181][日]玉田弘毅：《关于建筑物区分所有的共用部分的种类、形态及其法性质》，载《不动产研究》第7卷第1号。转引自陈华彬：《建筑物区分所有权研究》，北京，法律出版社2007年版，第155页。

[182][日]丸山英气：《区分所有权的理论及其发展》，载《法学家》第476号。
转引自陈华彬：《建筑物区分所有权研究》，北京，法律出版社2007年版，第155页。

[183]王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司
2003年8月增补版，第260页。

[184]王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司
2003年8月增补版，第260～261页。

[185]梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第
171页。

[186]梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第
171页。

[187]梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第
171页。

[188]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年
版，第218～220页；陈华彬：《建筑物区分所有权研究》，北京，法律出版社2007年
版，第176～178页。

[189][日]小沼进一：《建筑物区分所有之法理》，京都，法律文化社1992年版，
第186～188页。转引自陈华彬：《建筑物区分所有权研究》，北京，法律出版社2007
年版，第176～177页。

[190]Cal. Civ Code§1353.转引自陈华彬：《建筑物区分所有权研究》，北京，法
律出版社2007年版，第177页。

[191]Edward M. Rose, Condominium in California—The verge of an Era, 36
Southern California Law Review, 364 (1963).转引自陈华彬：《建筑物区分所有权研
究》，北京，法律出版社2007年版，第177页。

[192]陈华彬：《建筑物区分所有权研究》，北京，法律出版社2007年版，第177
～178页。

[193][日]稻本洋之助（监修）：《公寓管理之考察》，大阪，清文社1993年版，
第38～39页。转引自陈华彬：《建筑物区分所有权研究》，北京，法律出版社2007年
版，第178页。

[194]戴东雄：《论建筑物区分所有权之理论基础I》，载《法学丛刊》第114期。
转引自陈华彬：《建筑物区分所有权研究》，北京，法律出版社2007年版，第178页。

[195]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年

版，第219～220页。

[196]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第171页。

[197]梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第172、172～173页。

[198]梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第172、172～173页。

[199]梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第173页。

[200]陈华彬：《建筑物区分所有权研究》，北京，法律出版社2007年版，第115页。

[201]中国台湾地区台北地方法院1980年度法律座谈会上提出的甲说，中国台湾地区“高等法院”的审查意见，“司法院”第一庭的研究意见。转引自王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第271、272页。

[202]中国台湾地区台北地方法院1980年度法律座谈会上提出的乙说；中国台湾地区“公寓大厦管理条例”第8条第1项及其解释；王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第272页。

[203]参见王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第264页。

[204]黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第236页。

[205]详见陈华彬：《建筑物区分所有权研究》，北京，法律出版社2007年版，第273～281页。

[206]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第237～238、237页。

[207]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第237～238、237页。

[208]《最高人民法院关于金湖新村业主委员会是否具备民事诉讼主体资格请示一案的复函》〔2002〕民立他字第46号。

[209]合伙企业、农村承包经营户、个体工商户等无独立财产、不独立承担民事责

任的社会组织仍应为独立的民事主体，其详细论证见崔建远：《市场秩序与法制完善》，载《时代论评》1989年第1期，第22～25页。

[210]黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第253页。

[211]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第238～239页。

[212]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第238页。

[213]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第176页。

[214]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第177页。

[215]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第234页。

[216]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第177页。

[217]温丰文：《论区分所有建筑物之管理》，载《法学丛刊》第147期，第33～34页；陈华彬：《建筑物区分所有权研究》，北京，法律出版社2007年版，第260页。

[218]陈华彬：《建筑物区分所有权研究》，北京，法律出版社2007年版，第262页。

[219]陈华彬：《建筑物区分所有权研究》，北京，法律出版社2007年版，第265～266、270～271、271页。

[220]陈华彬：《建筑物区分所有权研究》，北京，法律出版社2007年版，第265～266、270～271、271页。

[221]陈华彬：《建筑物区分所有权研究》，北京，法律出版社2007年版，第265～266、270～271、271页。

[222]其内容来自陈华彬：《建筑物区分所有权研究》，北京，法律出版社2007年版，第271～272页。

[223]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第234页。

[224]黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第260页。

[225]黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第260页。

[226]黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第235页。

[227]黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第235页。

[228]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第181页。

[229]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第240～241页。

[230]参见黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第253页。

[231]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第182页；黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第253页。

[232]黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第253～254页。

[233]温丰文：《论区分所有建筑物之管理》，载《法学丛刊》第147期，第33～34页；陈华彬：《建筑物区分所有权研究》，北京，法律出版社2007年版，第260页。

[234]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第218～220页；陈华彬：《建筑物区分所有权研究》，北京，法律出版社2007年版，第176～178页。

[235]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第187页。

[236]史尚宽：《物权法论》，台北，荣泰印书馆股份有限公司1979年版，第79页。

[237]参见[德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第516页。

[238]见梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第186页。

[239][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第537页。

[240]寇志新总编：《民法学》，西安，陕西人民出版社1998年版，第381页。

[241]张俊浩主编：《民法学原理》，北京，中国政法大学出版社1991年版，第476页。

[242]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第247页。

[243]刘得宽：《民法诸问题与新展望》，台北，三民书局有限公司1980年版，第33、28页。

[244]刘得宽：《民法诸问题与新展望》，台北，三民书局有限公司1980年版，第33、28页。

[245]参见[德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第524页以下。

[246][德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》（学生版），陈爱娥译，台北，五南图书出版公司1996年版，第149页。

[247]杨良宜：《合约的解释》，北京，法律出版社2007年版，第343～347页。

[248][德]维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，北京，法律出版社2013年版，第367页。

[249][德]《帝国法院判例集》114，第9页以下；科英-施陶丁格，§133 Nr. 17.转引自[德]维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，北京，法律出版社2013年版，第367页。

[250]参见[德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译，谢怀栻校，北京，法律出版社2003年版，第18页。

[251]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第199页。

[252]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第200页。

[253]崔建远：《准物权研究》，北京，法律出版社2003年版，第301～302、301

页。

[254]崔建远：《准物权研究》，北京，法律出版社2003年版，第301～302、301页。

[255]具体规则，比较谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第308页。

[256]崔建远、申卫星、王洪亮、程啸：《物权法》，王洪亮执笔，北京，清华大学出版社2008年版，第133页。

[257]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第318页。

[258]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第318页。

[259]参见谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第333、315、315页。

[260]参见谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第333、315、315页。

[261]参见谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第333、315、315页。

[262]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第251页。

[263]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第205页。

[264]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第251～252页。

[265]参见[德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第562页以下。

[266]参见陈华彬：《对我国物权立法的若干新思考》，载《金陵法律评论》2005年春季卷，第16页；王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第252～253页。

[267]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第298页以下；[德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第557页以下。

[268]这部分四点内容，请见胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第210～211页。

[269]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第315页。

[270]王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第326页。

[271]梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第235页。

[272][日]我妻荣：《日本物权法》，有泉亨修订，李宜芬校订，台北，五南图书出版公司1999年版，第240页。

[273]梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第235页。

[274][日]我妻荣：《日本物权法》，有泉亨修订，李宜芬校订，台北，五南图书出版公司1999年版，第291～292页；谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第542页。

[275][日]我妻荣：《日本物权法》，有泉亨修订，李宜芬校订，台北，五南图书出版公司1999年版，第292页；谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第543页。

[276]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第543～544页。

[277]梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第236页。

[278][日]我妻荣：《日本物权法》，有泉亨修订，李宜芬校订，台北，五南图书出版公司1999年版，第290～291页。

[279]梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第239页。

[280]梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第239页。

[281]梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第239页。

[282]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修

订2版，第546页。

[283]梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第243页。

[284]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第546页；王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第331页。

[285]郑玉波：《民法物权》，台北，三民书局有限公司1988年修订12版，第121页。

[286]郑玉波：《民法物权》，台北，三民书局有限公司1988年修订12版，第547页。

[287]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第547页；王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第332页。

[288]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第550～551页；王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第340～342页。

[289]全国人大常委会法制工作委员会民法室：《物权法（草案）参考》，北京，中国民主法制出版社2005年版，第261页。

[290]王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第353页。

[291]参见谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第584页。

[292]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第588页；王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第355页；蔡明诚：《共有物分管契约与物上请求权问题》，载《台湾本土法学杂志》第12期，第79页；中国台湾地区“最高法院”1996年台上字第53号民事判决，载《“最高法院”民事裁判文书汇编》第23期，第413页；中国台湾地区“最高法院”1997年台上字第1382号判决，载《“最高法院”民事裁判文书汇编》第28期，第419页。

[293]中国台湾地区“最高法院”1992年台上字第505号判决；中国台湾地区“司法院”释字第349号；谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第589页；王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第355页。

[294]姚瑞光：《民法物权论》，1990年自版，第130页。转引自谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第591页。

[295]中国台湾地区“最高法院”1959年台上字第1065号民事判例。转引自谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第591页。

[296][日]山田诚一：《共有者的法律关系》（一），载《法学协会杂志》第101卷第12期，第1871页；[日]舟桥纯一：《物权法》，东京，有斐阁1979年版，第378页；谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第591页。

[297]转引自谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第591～592页。

[298]这是中国政法大学教授戴孟勇博士的意见，特此致谢！

[299]参见谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第574页；王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第352页。

[300]这是中国政法大学教授戴孟勇博士的观点，特此致谢！

[301]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第274页。

[302]参见黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第309页。

[303]北京大学法学院教授钱明星博士、清华大学法学院教授程啸博士坚持此种观点。

[304]中华民国最高法院1940年上字第1529号；王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第363页；谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第616～617页。

[305]黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第307页；陈荣传：《共有物分割请求权是否为形成权？》，载苏永钦主编：《民法物权争议问题研究》，1998年自版，第217页；[日]林良平：《物权法》，东京，青林书院1986年版，第124页。

[306]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第227页。

[307]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第622页。

[308]王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第1册），台北，三民书局有限公司1980年第5版，第519～520页；戴孟勇：《先买权：理论与立法》，载郭道晖主编：《岳麓法学评论》（第1卷），长沙，湖南大学出版社2000年版，第48页。

[309]戴孟勇：《先买权：理论与立法》，载郭道晖主编：《岳麓法学评论》（第1卷），长沙，湖南大学出版社2000年版，第48页。

[310]焦祖涵：《土地法释论》，台北，三民书局有限公司1973年版，第586页以下。

[311]戴孟勇：《先买权：理论与立法》，载郭道晖主编：《岳麓法学评论》（第1卷），长沙，湖南大学出版社2000年版，第48页。

[312]中国台湾地区“最高法院”1977年台上字第1530号判决；中国台湾地区“最高法院”1979年台上字第3141号判决；中国台湾地区“最高法院”1976年台上字第853号判决；谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第556页。

[313]史尚宽：《物权法论》，台北，荣泰印书馆股份有限公司1979年版，第14～15页；孙宪忠：《德国当代物权法》，北京，法律出版社1997年版，第169页。

[314]戴孟勇：《先买权：理论与立法》，载郭道晖主编：《岳麓法学评论》（第1卷），长沙，湖南大学出版社2000年版，第48页。

[315]黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第316页。

[316]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第556页；戴孟勇：《先买权：理论与立法》，载郭道晖主编：《岳麓法学评论》（第1卷），长沙，湖南大学出版社2000年版，第47页。

[317]杜万华主编，最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院物权法司法解释（一）理解与适用：背景依据·条文理解·典型案例》，北京，人民法院出版社2016年版，第259、262页。

[318]崔建远：《物权法》（第3版），北京，中国人民大学出版社2014年版，第245页；崔建远：《物权法》（第4版），北京，中国人民大学出版社2017年版，第245页。

[319]戴孟勇：《先买权：理论与立法》，载郭道晖主编：《岳麓法学评论》（第1卷），长沙，湖南大学出版社2000年版，第52页。

[320]崔建远：《物权法》（第3版），北京，中国人民大学出版社2014年版，第245页；崔建远：《物权法》（第4版），北京，中国人民大学出版社2017年版，第245页。

[321]参见《法国民法典》第815-14条第4款；戴孟勇：《先买权：理论与立法》，载郭道晖主编：《岳麓法学评论》（第1卷），长沙，湖南大学出版社2000年版，第58页。

[322]崔建远：《物权法》（第3版），北京，中国人民大学出版社2014年版，第245页；崔建远：《物权法》（第4版），北京，中国人民大学出版社2017年版，第245页。

[323]戴孟勇：《先买权：理论与立法》，载郭道晖主编：《岳麓法学评论》（第1卷），长沙，湖南大学出版社2000年版，第52～53页。

[324]参见《法国民法典》第815-14条第4款；戴孟勇：《先买权：理论与立法》，载郭道晖主编：《岳麓法学评论》（第1卷），长沙，湖南大学出版社2000年版，第58页。

[325]https://www.sohu.com/a/217350686_818183. 2020年4月9日最后访问。

[326]https://www.sohu.com/a/217350686_818183. 2020年4月9日最后访问。

[327]参见谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第44～46页；王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第395～400页；梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第252页；胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第236页。

[328]参见孙宪忠：《再谈物权行为理论》，载孙宪忠：《论物权法》，北京，法律出版社2001年版，第200～201页；王利明：《物权法研究》，北京，中国人民大学出版社2002年版，第276页；中国政法大学物权立法课题组：《关于〈民法草案·物权法编〉制定若干问题的意见》，载《政法论坛》2003年第1期；梁慧星：《物权法草案（第二次审议稿）若干条文的解释与批判》，载易继明主编：《私法》（第5辑·第1卷），北京，北京大学出版社2005年版，第5～11页。

[329]当然，站在立法论的立场上，《物权法》和《民法典》在动产物权的善意取得和不动产物权的善意取得上适用同一构成要件，似有斟酌的余地。

[330]参考王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第122页。

[331][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第489页。

[332][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第64页、第488页以下；[德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（下册），申卫星、王洪亮译，北京，法律出版社2006年版，第94页以下。

[333]王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第122页以下。

[334]笔者不赞同转让合同有效作为善意取得的要件，详细论述见崔建远：《出卖他人之物合同的效力设计》，载《河北法学》2006年第3期，第7～9页；崔建远：《不动产物权的善意取得》，载《中国法律评论》第1卷第1期，北京，法律出版社2007年11月第1版，第65～77页。

[335]参见[德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第494页。

[336]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第150页。

[337][德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，北京，法律出版社2000年版，第169页；王泽鉴：《民法总则》，台北，三民书局有限公司2000年版，第284～285页。

[338][德]维尔纳·弗卢梅：《民法总则2：法律行为》，柏林等1992年第4版，第142页，转引自田土永：《物权行为理论研究》，北京，中国政法大学出版社2002年版，第263页。

[339]史尚宽：《物权法论》，台北，荣泰印书馆股份有限公司1979年5刷，第506页；王轶：《物权变动论》，北京，中国人民大学出版社2001年版，第259页。

[340]王泽鉴：《债法原理·不当得利》（总第2册），台北，三民书局有限公司1999年10月修订版，第146页；王泽鉴：《民法物权·用益物权·占有》（总第2册），北京，中国政法大学出版社2003年版，第258～259页；王轶：《物权变动论》，北京，中国人民大学出版社2001年版，第256～258页。

[341]在2008年4月13日下午举行的民法沙龙研讨会上，有学者持有这种观点。

[342]王泽鉴：《民法总则》，台北，三民书局有限公司2000年版，第339页以下。

[343][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第499页。

[344]参见崔建远：《无权处分辨》，载《法学研究》2003年第1期，第21～24页。

[345]《立法理由书》（第1卷），第125页，穆格丹（Mugdan）编：《德国民法典资料总汇》（第1卷），第421页。转引自[德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，北京，法律出版社2000年版，第190页。

[346]参见刘清波：《民法概论》，台北，开明书店1979年版，第79页。转引自董安生：《民事法律行为》，北京，中国人民大学出版社1994年版，第95～96页。

[347][德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，北京，法律出版社2000年版，第142页。

[348][德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，北京，法律出版社2000年版，第142页。

[349]佟柔主编：《民法原理》（修订本），北京，法律出版社1986年版，第95页；陈国柱主编：《民法学》，长春，吉林大学出版社1987年版，第73页；李由义主编：《民法学》，北京，北京大学出版社1988年版，第117页；寇志新总编：《民法学》，西安，陕西人民出版社1998年版，第210～211页。

[350]董安生：《民事法律行为》，北京，中国人民大学出版社1994年版，第224～234页。

[351]梁慧星：《民法总论》，北京，法律出版社2004年第2版，第169页。

[352]王利明：《民法总则研究》，北京，中国人民大学出版社2003年版，第538～539页。

[353][德]科勒：《德国民法典·总则》，慕尼黑，慕尼黑出版公司1986年德文版，第125～126页。转引自董安生：《民事法律行为》，北京，中国人民大学出版社1994年版，224页。

[354][德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，北京，法律出版社2000年版，第368～370页。

[355]参见陈国柱主编：《民法学》，长春，吉林大学出版社1987年版，第79～81页；金平主编：《民法学教程》，呼和浩特，内蒙古大学出版社1987年版，第108～110页；李由义主编：《民法学》，北京，北京大学出版社1988年版，第120～121页；王利明、郭明瑞、方流芳：《民法新论》（上册），北京，中国政法大学出版社1988年版，第374～380页；佟柔主编：《中国民法学·民法总则》，北京，中国人民公安大学出版社1990年版，第216～250页；董安生：《民事法律行为》，北京，中国人民大学出版社1994年版，第198～218页；郭明瑞、房绍坤、唐广良：《民商法原理（一）·民商法总论·人身权法》，北京，中国人民大学出版社1999年版，第257～259页；魏振瀛主编：《民法》，北京，北京大学出版社、高等教育出版社2000年版，第152～154页；王利明：《民法总则研究》，北京，中国人民大学出版社2003年版，第

565~573页；李显冬：《民法教程》，北京，中国人民公安大学出版社2003年版，第122~125页；梁慧星：《民法总论》，北京，法律出版社2004年第2版，第166~168页；崔建远主编：《合同法》，北京，法律出版社2003年第3版，第70~72页；韩世远：《合同法总论》，北京，法律出版社2004年版，第176~183页；郑云瑞：《民法总论》，北京，北京大学出版社2004年版，第224~225页。

[356]崔建远：《出卖他人之物合同的效力设计》，载《河北法学》2006年第3期，第8页。

[357]王利明、郭明瑞、吴汉东：《民法新论》（下册），北京，中国政法大学出版社1988年版，第59~77页；寇志新总编：《民法学》，西安，陕西人民出版社1998年版，第333~334、531~536页；梁慧星、陈华彬：《物权法》，北京，法律出版社2003年第2版，第55~57、203~210页；王利明：《物权法论》（修订本），北京，中国政法大学出版社2003年版，第187~220页。

[358]崔建远：《出卖他人之物合同的效力设计》，载《河北法学》2006年第3期，第8~9页。

[359]崔建远：《出卖他人之物合同的效力设计》，载《河北法学》2006年第3期，第9页。

[360]时任烟台大学校长的郭明瑞教授在与笔者的讨论中，主张转让合同有效或无效不作为善意取得的构成要件。特此说明。

[361]详细论述，见崔建远：《土地上的权利群研究》，北京，法律出版社2004年版，第77~87页。

[362]这是在研讨我国物权法草案时出现的意见。

[363]诚然，作为善意取得构成要件的善意，是指受让人不知转让人欠缺处分权，且无重大过失。其所谓恶意，就是受让人明知或有重大过失地不知转让人欠缺处分权。受让人为欺诈、胁迫或乘人之危时的恶意，如果不属于此种类型，而是其他的种类，如将质量较差的标的物吹嘘为质量上乘的，胁迫转让人必须将标的物卖给自己等，虽然不能说因欠缺善意取得的构成要件而阻止受让人取得标的物的所有权，但可以从法律不保护恶意之人、惩恶扬善的侧面寻觅阻止受让人取得标的物所有权的理由。

[364]有必要指出，有学者认为，在转让合同可撤销、效力待定场合，只要此类转让合同因被撤销、不予追认而归于消灭，也不存在善意取得。不然，就会出现如下不太合理的结果：有权处分场合，转让合同被撤销、不予追认时，受让人无法取得标的物；无权处分场合，转让合同被撤销、不予追认时，善意受让人仍能取得标的物的物权。对此，笔者认为，从《民法典》规定的公信力（第216条第1款）、善意取得的构成要件（第311条第1款）观察，尚未将善意取得制度的适用排除出转让合同被撤销、

不予追认等领域。此其一。即使因转让合同被撤销、不予追认出现利益失衡，也可以借助于不当得利返还等制度加以矫正，但不影响善意取得制度的适用。这里所存在的，是若干制度的衔接和配合问题，而非缩小善意取得制度的适用范围问题。此其二。

[365]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第150页。

[366]此处修订的观点及例证乃清华大学法学院法81班章丞亮同学的意见。特此致谢！

[367]德国民法及其学说、中国台湾地区学者坚持不知情说，见《德国民法典》第892条、第893条；[德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第500～502页；王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第125页。

[368]参见[日]山本敬三：《民法讲义I·总则》，解亘译，北京，北京大学出版社2004年版，第108页；王泽鉴：《债法原理·不当得利》（总第2册），台北，三民书局有限公司1999年10月修订版，第201页。

[369]参见[日]山本敬三：《民法讲义I·总则》，解亘译，北京，北京大学出版社2004年版，第108页；王泽鉴：《债法原理·不当得利》（总第2册），台北，三民书局有限公司1999年10月修订版，第201页。

[370][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第500页；[德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（下册），申卫星、王洪亮译，北京，法律出版社2006年版，第396页。

[371][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第502页。

[372][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第500页。

[373]《帝国最高法院民事判例集》，第117卷，第180、187页；巴伐利亚州最高法院，《新法学周刊——司法判例报告，民法》，1989年，第907页、第909页及其引证；哈姆州高等法院，《新法学周刊——司法判例报告，民法》，1993年，第1295、1298页。转引自[德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第500～501页。

[374][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第500～501页。

[375]《帝国最高法院民事判例集》，第117卷，第180、189页；巴伐利亚州最高

法院,《新法学周刊——司法判例报告,民法》,1989年,第907、900页。转引自[德]鲍尔/施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,北京,法律出版社2004年版,第500页。

[376]较为详细的列举,请见崔建远:《物权:规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》(上册),北京,清华大学出版社2011年版,第203页。

[377][德]鲍尔/施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,北京,法律出版社2004年版,第500~501页;[德]鲍尔/施蒂尔纳:《德国物权法》(下册),申卫星、王洪亮译,北京,法律出版社2006年版,第396页。

[378]王泽鉴:《民法物权·通则·所有权》(总第1册),台北,三民书局有限公司2003年8月增补版,第125页。

[379][德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译,谢怀栻校,北京,法律出版社2003年版,第60~64页;[德]迪特·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,北京,法律出版社2000年版,第657页;王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第1册),台北,三民书局有限公司1993年版,第70~71页。

[380]中国社会科学院语言研究所词典编辑室:《现代汉语词典》,北京,商务印书馆2016年第7版,第628页。

[381]王利明、尹飞、程啸:《中国物权法教程》,北京,人民法院出版社2007年版,第148页。

[382]田士永:《物权立法应当缓行:评〈物权法草案〉第九章》,载《中外法学》2006年第1期,第77~85页。

[383]王利明、尹飞、程啸:《中国物权法教程》,北京,人民法院出版社2007年版,第150页。

[384][德]鲍尔/施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,北京,法律出版社2004年版,第64页。

[385][日]我妻荣:《日本物权法》,有泉亨修订,李宜芬校订,台北,五南图书出版公司1999年版,第194~195页。

[386][日]我妻荣:《日本物权法》,有泉亨修订,李宜芬校订,台北,五南图书出版公司1999年版,第153、43页。

[387][日]我妻荣:《日本物权法》,有泉亨修订,李宜芬校订,台北,五南图书出版公司1999年版,第153、43页。

[388]梅仲协：《民法要义》，台北，1963年自版，第135页；孙森焱：《民法债编总论》（上册），北京，法律出版社2006年版，第135～136页；王泽鉴：《债法原理·不当得利》（总第2册），台北，三民书局有限公司1999年10月修订版，第142页；谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第456页。

[389]崔建远：《无权处分辨》，载《法学研究》2003年第1期，第21～24页。

[390]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第457页。

[391]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第457页。

[392]王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第126页。

[393]王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第126页。

[394]王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第126页。

[395]王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第126页。

[396]王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第126页。

[397]梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第208页。

[398]参见谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第450～451页。

[399]张双根：《股权善意取得之质疑——基于解释论的分析》，载《法学家》2016年第1期，第137～138页。

[400]张双根：《股权善意取得之质疑——基于解释论的分析》，载《法学家》2016年第1期，第132～147页；Bohrer, Inhalt und Funktion der Gesellschaftsliste— weitere Bemerkungen zum Vertrauensschutzkonzept des GmbH-Gesetzes, DSt R 2010, S. 1892.转引自张双根：《德国法上的股权善意取得制度——背景、构造与不足（上）》，载王洪亮、田士永、朱庆育、张谷、张双根主编：《中德私法研究》第11卷，北京，北京大学出版社2015年版，第229、238页。

[401]石一峰：《非权利人转让股权的处置规则》，载《法商研究》2016年第1期，第97页。

[402]施天涛教授认为，股东名册经过工商登记，便有对外公示的效力。请见施天涛：《公司法论》（第2版），北京，法律出版社2006年版，第233页。

[403]对此有相反的见解，例如，施天涛：《公司法论》（第2版），北京，法律出版社2006年版，第259页；姚明斌：《有限公司股权善意取得的法律构成》，载《政治与法律》2012年第8期，第85～86页；余佳楠：《我国有限公司股权善意取得制度的缺陷与建构》，载《清华法学》2015年第4期，第112页；张双根：《股权善意取得之质疑——基于解释论的分析》，载《法学家》2016年第1期，第138～139页。

[404]张双根：《德国法上的股权善意取得制度——背景、构造与不足（上）》，载王洪亮、田士永、朱庆育、张谷、张双根主编：《中德私法研究》（第11卷），北京，北京大学出版社2015年版，第223～284页。

[405]王伯琦：《法学，科学乎？艺术乎？》，载《王伯琦法学论著集》，台北，三民书局有限公司1999年版，第20～21页。

[406]尹田：《法国物权法》（第2版），北京，法律出版社2009年版，第207～232页；[日]我妻荣：《日本物权法》，有泉亨修订，李宜芬校订，台北，五南图书出版公司1999年版，第198～217页；石一峰：《非权利人转让股权的处置规则》，载《法商研究》2016年第1期，第97页。

[407]请参阅崔建远：《论外观主义的运用边界》，载《清华法学》2019年第5期，第10～11页。

[408]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第244页。

[409]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第144～145页。

[410]赃物的善意取得在构成要件上不得较遗失物的善意取得为宽，是汤文平博士于2010年2月17日向笔者提出建议的，特此致谢！

[411]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第451页。

[412]当然，准确地说，股权不是债权。

[413]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第451页；黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第330页。

[414][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第64页。需要说明，该书于此所谓善意取得必须依据一个外部标记，而这个标记在动产物权中就是占有，原本是说转让人于转让动产时应当占有该动产，以贯彻权利外观原则，凸显交易安全的思想。笔者觉得，善意取得也要求受让人占有该动产，借用鲍尔和施蒂尔纳教授的思想及其表达，形象而到位，胜于笔者自己所能想到的用语。

[415][德]托马斯·吕福纳：《间接占有与善意取得》，张双根、王洪亮译，载张双根、田士永、王洪亮主编：《中德私法研究》（第2卷），北京，法律出版社2007年版，第48页；谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第451页。

[416]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第454页。

[417]参考[德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（下册），申卫星、王洪亮译，北京，法律出版社2006年版，第407～409页。

[418]谢在全：《民法物权论》（上），台北，新学林出版股份有限公司2010年修订5版，第409～410页。

[419]参考崔建远主编：《合同法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第182～183、384～385页。

[420]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第457页。

[421]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第457页。

[422][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（下册），申卫星、王洪亮译，北京，法律出版社2006年版，第513页以下。

[423]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第476～478页。

[424]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第479页。

[425][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（下册），申卫星、王洪亮译，北京，法律出版社2006年版，第519页。

[426]王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第56页。

[427]陈华彬：《物权法原理》，北京，国家行政学院出版社1998年版，第66页。

[428]王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第56页。

[429]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第156页；王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第57页。

[430]王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第57页。

[431]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第160页；王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第57页。

[432]陈华彬：《物权法原理》，北京，国家行政学院出版社1998年版，第67、68页。

[433]陈华彬：《物权法原理》，北京，国家行政学院出版社1998年版，第67、68页。

[434]陈华彬：《物权法原理》，北京，国家行政学院出版社1998年版，第68页。

[435][德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译，谢怀栻校，北京，法律出版社2003年版，第18页。

[436]胡基：《合同解释的理论与规则研究》，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第8卷），北京，法律出版社1997年版，第44页。

[437]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第510～511、520～522页。

[438]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第510～511、520～522页。

[439]谢在全：《民法物权论》（上），台北，新学林出版股份有限公司2010年修订5版，第449页。

[440]谢在全：《民法物权论》（上），台北，新学林出版股份有限公司2010年修订5版，第454页。

[441]谢在全：《民法物权论》（上），台北，新学林出版股份有限公司2010年修订5版，第455页。

[442]《妥善处理房屋租赁纠纷促进市场健康发展——最高人民法院民一庭负责人就〈关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释〉答记者问》，载《人民法院报》2009年9月1日，第4版。

[443]这部分内容，见崔建远：《租赁房屋装饰装修物的归属及利益返还》，载《法学家》2009年第5期，第135～138页。

[444]Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, 1934, S.18.转引自王泽鉴：《债法原理·不当得利》（总第2册），台北，三民书局有限公司1999年10月修订版，第5页。

[445]Koppensteiner-Kramer, S.160.转引自王泽鉴：《债法原理·不当得利》（总第2册），台北，三民书局有限公司1999年10月修订版，第197页。

[446]Koppensteiner-Kramer, S.213; Schmidt, Die Subsidiarität der Bereicherungsausprüche, 1969.转引自王泽鉴：《债法原理·不当得利》（总第2册），台北，三民书局有限公司1999年10月修订版，第228页。

[447]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第514、515页。

[448]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第514、515页。

[449][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（下册），申卫星、王洪亮译，北京，法律出版社2006年版，第445页以下；谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第515页。

[450]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第514、515页。

[451]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第515～516页。

[452]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第530页。

[453]谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第530页。

[454][日]我妻荣：《日本物权法》，有泉亨修订，李宜芬校订，台北，五南图书出版公司1999年版，第287～288页；[日]舟桥纯一：《物权法》，东京，有斐阁1979年版，第371页；[日]川岛武宜编辑：《注释民法》（7），五十岚清执笔，东京，有斐阁1984年版，第295页；[日]星野英一：《民法概论II·物权·担保物权》，京都，良书

普及会平成六年版，第130页；[日]广中俊雄：《物权法》（第2版），东京，青林书院1989年版，第414页；苏永钦：《论动产加工的物权及债权效果》，载苏永钦：《民法经济法论文集》（第1册），1988年自版，第205页；谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第531页。

[455]参见[日]我妻荣：《日本物权法》，有泉亨修订，李宜芬校订，台北，五南图书出版公司1999年版，第281～282页。

第三分编 用益物权

本分编共辖第十章“一般规定”、第十一章“土地承包经营权”、第十二章“建设用地使用权”、第十三章“宅基地使用权”、第十四章“居住权”和第十五章“地役权”共六章。由于本分编第328条规定了海域使用权，第329条规定了探矿权、采矿权、取水权、养殖权和捕捞权，而海域使用权的具体规则由《海域使用管理法》设计，探矿权和采矿权由《矿产资源法》详加规定，取水权在《水法》中具体化，养殖权和捕捞权则交由《渔业法》细化，因而，用益物权的法律规范较为庞大。

第十章 一般规定

一、本章概貌

本章设有7个条文，首先界定用益物权，接着规定自然资源可由非所有权人取得用益物权，随即明确国家所有的自然资源以有偿使用为原则，再从对价宣明用益物权人基本的权利和义务，包括容忍征收、征用和取得补偿，最后设置两条引致性（管道性）条款，把对海域使用权的调整引向规定得更为详细的《海域使用管理法》，将对探矿权和采矿权的调整引向规定得更为详尽的《矿产资源法》，把对取水权的调整引向规定得更为详细的《水法》，将对养殖权和捕捞权的调整引向规定得更为详尽的《渔业法》。

不难发现，本章并非抽象出土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权、居住权、地役权、海域使用权、探矿权、采矿权、取水权、养殖权和捕捞权等用益物权共有的法律规范而形成的“一般规定”，而是把第二编第十一章以下的有关章节无法容纳的用益物权的内容放置于此。也就是说，本章没有遵从潘德克顿模式。

按照潘德克顿模式，“一般规定”应当覆盖全部，至少是大部的用益物权。笔者认识到，现行法欠缺协调各种用益物权之间效力冲突的规范，一直呼吁《物权法》《民法典》应该设置之，只是未被采纳，

但这并不意味着此类规范不需要、不重要。有鉴于此，笔者把此种意见及阐释陈述如下。

二、土地承包经营权与有关权利之间的效力冲突及其协调^[1]

（一）土地承包经营权与建设用地使用权之间的效力冲突及其协调

土地承包经营权和建设用地使用权不会并存于同一宗土地的地表而相互排斥。不过，建设用地使用权以地下、地上为客体时，与土地承包经营权可发生相邻关系或地役权关系。

（二）土地承包经营权与矿业权之间的效力冲突及其协调

在现行法上，土地承包经营权与矿业权的客体存在于土地的不同部位，二权有并存的可能。在二权的客体未呈上下排列结构的情况下，二权或为物权之间的一般关系，或为相邻关系，或为地役权关系，不存在谁的效力优先的问题。在二权的客体呈上下排列结构、建设用地使用权不取代土地承包经营权的情况下，同样如此。

如果勘查、开采作业需要占用农户承包的土地，那么，只有矿业权人依法取得该宗土地的建设用地使用权，方能从事勘查、开采作业。在一般情况下，矿业权与土地承包经营权并无高下优劣之分，矿业权人并不享有必定终止土地承包经营权而代之以建设用地使用权的特权。于此场合，需要矿业权人和土地承包经营权人洽商，达成终止土地承包经营权的协议，由矿业权人向土地承包经营权人支付约定的赔偿金；而后，国家将该宗土地征为国有，国土资源管理部门和矿业权人签订建设用地使用权出让合同，矿业权人交付建设用地使用权出让金（矿地使用费），国土资源管理部门予以登记，发给矿业权人建设用地使用权证，矿业权人自此取得建设用地使用权。一旦土地承包经营权人不同意终止土地承包经营权，矿业权人便不能取得建设用地使用权。所以，那种绝对的“矿地使用优先权”说，即“矿业生产经营者所必需占用的土地的位置，具有先定性”^[2]的观点，值得商榷。

当然，如果矿业权的运作，取得特定的矿产品，事关国计民生、国家战略利益，勘查、开采矿产资源的作业必须占用农户承包的土地，那么，应该适用“矿地使用优先权”理论，土地承包经营权必须终止，再经过征归国有、出让、登记发证等手续，由矿业权人取得建设用地使用权。

（三）土地承包经营权与渔业权之间的效力冲突及其协调

土地承包经营权的适用范围非常广泛，包括农户使用特定水域从事养殖并获得利益的权利类型。^[3]《土地管理法》关于“农用地是指直接用于农业生产的土地，包括耕地、林地、草地、农田水利用地、养殖水面等”（第4条第3款前段）的规定，关于“农民集体所有和国家所有依法由农民集体使用的耕地、林地、草地，以及其他依法用于农业的土地，采取农村集体经济组织内部的家庭承包方式承包，……从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产”（第13条第1款）的规定，为其法律根据。这就出现了它与渔业权的关系问题。由于按照《渔业法》的规定，养殖必须取得养殖证，必须由县级以上地方人民政府核发（第11条第1款），而按照《民法典》的规定，土地承包经营权的产生无须行政许可，而是基于承包合同（第333条第1款），《农村土地承包法》也体现了这一精神，因此可以说，对于农户承包集体所有的或国家所有由集体使用的水面从事养殖的权利，在无须该农户申请养殖许可的情况下，认定为土地承包经营权，在该农户取得养殖证的情况下，渔业权产生。如果该农户首先基于农业承包合同取得土地承包经营权，其内容系养殖水生动植物，而后又取得养殖证，土地承包经营权和渔业权是并存还是排斥？从《渔业法》第11条第2款关于“集体所有的或者全民所有由农业集体经济组织使用的水域、滩涂，可以由个人或者集体承包，从事养殖生产”的规定看，不宜认定为养殖权排斥承包经营权，而应该解释为二权并存。如此解释的根据还在于：

（1）二权的母权不同。养殖权自水资源所有权或曰水域所有权中派生，土地承包经营权的母权是土地所有权。（2）赋予二权的主体不同。养殖权由渔业行政主管部门授予，土地承包经营权来自发包方和承包方签订的承包合同（《农村土地承包法》第23条），县级以上人民政府对承包经营权进行登记、颁发土地承包经营权证或林权证，只起确认权利的作用（《农村土地承包法》第24条第1款）或使权利具有对抗效力（《农村土地承包法》第35条）。在某些养殖权业已存在的情况下，排斥土地承包经营权在同一水域产生，例如《渔业法》规定，重要的苗种基地和养殖场所不得围垦（第34条后段）。

（四）土地承包经营权与取水权之间的效力冲突及其协调

取水权与土地承包经营权系分立的二权，它们发生联系，主要表现在以下三个方面。

1. 土地承包经营权系某些取水权取得的根据。按照河岸权原则，河岸的地权人就与河岸毗连的水流享有取水权。按照《水法》第48条第1款的规定及其解释，河岸的土地承包经营权人为家庭生活和零星散养、圈养畜禽饮用等少量取水的，无须取水许可就可以享有取水权。土地承包经营权人属于地权人，他基于对河岸的土地承包经营权

便当然地获得上述类型的取水权。于此场合，土地承包经营权就是某些取水权取得的根据。

2.即使承包地远离河岸，土地承包经营权人为家庭生活和零星散养、圈养畜禽饮用等从地下少量取水，也无须经过水资源行政主管部门的审批，即可打井取水，当然享有取水权（《水法》第48条第1款）。

3.无论承包地是否为河岸地，土地承包经营权人大量的农业用水等，依据《水法》第48条第1款的规定及其解释，都需要通过申请用水许可的方式取得取水权。当然，实务中落实得不尽理想。

（五）土地承包经营权与狩猎权之间的效力冲突及其协调

狩猎权在一般情况下不涉及土地承包经营权，如果狩猎权人需要进入土地承包经营权人所承包的区域，行使狩猎权，需要获得土地承包经营权人的同意，否则，构成侵权。当然，如果承包合同已经规定承包地属于狩猎场所，土地承包经营权人有义务容忍狩猎权人在此处狩猎，那么，只要狩猎权的行使方式合理，就不以侵权行为论，而是按相邻关系的规则处理。

三、建设用地使用权与有关权利之间的效力冲突及其协调^[4]

（一）建设用地使用权与土地承包经营权之间的效力冲突及其协调

1.在现行法上，建设用地使用权与土地承包经营权的目 的及功能不同，决定了其客体不会重合，它们能同时存在。在其并存期间，仅仅发生相邻关系，或地役权关系，或一般的物权关系，不产生其他效力冲突。

2.如果需要在承包地进行房地产开发建设，就必须依法先终止土地承包经营权，将该承包地征收，变成国有土地，然后再出让给用地者，产生建设用地使用权。

3.如果需要在承包地进行采矿，就必须依法先终止土地承包经营权，将该承包地征收，变成国有土地，然后再出让给用地者，产生建设用地使用权。

4.如果需要将承包地变成铁路或公路，也必须依法先终止土地承包经营权，将该承包地征收，变成国有土地，然后再出让给用地者，产生建设用地使用权。

（二）建设用地使用权与矿业权之间的效力冲突及其协调

1.在矿区或工作区和建设用地使用权的客体未呈上下排列结构的情况下，矿业权和建设用地使用权之间的关系，或是物权之间的一般关系，或是相邻关系，或是地役权关系，不存在谁的效力优先的问题。在二权的客体呈上下排列结构、建设用地使用权不取代矿业权（建设用地使用权的一种形式）的情况下，同样如此。建设用地使用权人基于房地产开发建设的需要，可以改变基地的形状，新建或改建房屋。更有甚者，即使因施工而挖掘出矿产品，只要不是以勘探、开采矿产资源为目的，就仍系行使建设用地使用权，而非侵害矿业权。当然，这种行为的合法性有一定的边界，即不得破坏矿产资源，不得严重损害矿业权人的合法权益。同时，矿业权的行使也应该选择不损害或少损害建设用地使用权的方式，例如，不得因勘探、开采矿产资源而使土地地表断裂乃至塌陷，使房屋倒塌。

2.矿业权先成立并处于有效期间，如果建设用地使用权在矿区或工作区上产生会损害矿业权和矿业使用权，那么，建设用地使用权不得成立。于此场合，贯彻不相容物权之间先成立者排斥后设立者的规则。

3.建设用地使用权先成立，矿业权后产生，矿区或工作区须占用存在建设用地使用权的地表时，应该如何协调它们之间的效力冲突？在一般情况下，由当事人双方协商解决。经协商同意，终止原建设用地使用权，改设用于探矿或采矿的建设用地使用权，矿业权人赔偿原建设用地使用权人的损失。在港口、机场、国防工程设施圈定的区域，重要工业区、大型水利工程设施、城镇市政工程设施附近一定距离以内的区域，铁路、重要公路两侧一定距离以内的区域，重要河流、堤坝两侧一定距离以内的区域等，矿业权不得取代原建设用地使用权，除非国务院授权有关主管部门同意（《矿产资源法》第20条）。除上述区域外，如果国计民生、国家战略利益决定，矿业权必须产生，矿区或工作区必须占用存在建设用地使用权的地表，那么，原建设用地使用权必须终止，用于探矿或采矿的建设用地使用权取而代之，效力优先。^[5]

（三）建设用地使用权与取水权之间的效力冲突及其协调

一般说来，建设用地使用权与取水权系两立的关系，两者分别产生，既可以归同一个主体享有，也可以分属于不同的主体。在后者场合，可能发生相邻关系、地役权的问题。但细细琢磨，此二权之间的关系呈现着几种类型。

1.建设用地使用权人当然享有取水权，无须水资源行政主管部门的审批。这发生在国有土地系河岸地（包括湖边地，下同），建设用地使用权人为家庭生活和零星散养、圈养畜禽饮用等少量取水的情况下（《水法》第48条第1款）。

2.国有土地远离河岸，建设用地使用权人为家庭生活和零星散养、圈养畜禽饮用等从地下少量取水，有时无须经过水资源行政主管部门的审批，即可打井取水，当然享有取水权（《水法》第48条第1款）；但有的也必须经过有关行政主管部门的审批，才可以打井。

3.无论国有土地是否为河岸地，建设用地使用权人的工业用水、农业用水等，都需要通过申请取水许可的方式取得取水权。

四、宅基地使用权与有关权利之间的效力冲突及其协调^[6]

（一）宅基地使用权与建设用地使用权之间的效力冲突及其协调

在现行法上，宅基地使用权以集体所有的土地为客体，建设用地使用权基本上以国有土地为标的物，所以，二权难以发生冲突。不过，由于《民法典》第345条规定了以地表、地上或者地下为客体的建设用地使用权，这就可能发生地表上存在着宅基地使用权、地下或地上存在着建设用地使用权的情况。于此场合，二权适用相邻关系或地役权的规则，不存在谁优先于谁的问题。

（二）宅基地使用权与土地承包经营权之间的效力冲突及其协调

二权均以地表为客体，不会重叠于同一宗土地上，故不会发生谁优先于谁的问题，而是一般物权之间的关系，或是相邻关系，或是地役权关系。

（三）宅基地使用权与取水权之间的效力冲突及其协调

取水权与宅基地使用权系一对相容物权，无相互排斥的属性，因而它们可以归同一主体享有。并且，由于这二权均为人们日常生活的重要法律手段，在宅基地使用权人的用水非基于水合同债权的情况下，同一主体必然拥有这二权。在上述情况下，二权不发生冲突。但在二权分属于不同的主体享有的前提下，取水权人引水、排水需要通过宅基地时，按相邻关系规则处理，有时由双方签订地役权合同加以解决。由宅基地使用权的特殊性所决定，相邻关系规则大多不允许引水、排水的渠道通过宅基地。

（四）宅基地使用权与矿业权之间的效力冲突及其协调

矿业权与宅基地使用权之间的关系，由矿业权的特殊性质和法律对其主体的特殊要求所决定，此二权基本上不会归同一个主体享有；同时，因为它们在目的、客体方面不同，所以，只要矿业权人勘查、开采作业不影响宅基地使用权人的正常生活，不损害住宅或不妨碍建造住宅，矿业权与宅基地使用权就可以呈上下排列结构并存。在这种情况下，宅基地使用权人为建造住宅，可以改变宅基地的形状，即使因施工、打井而挖掘出矿产品，也不以侵害矿业权论。如果行使矿业权非占用宅基地或损害住宅不可的话，须经有关部门批准，方可以终止宅基地使用权，由国土资源行政主管部门将土地使用权出让给矿业权人。在宅基地属于集体所有的情况下，终止宅基地使用权后，先将宅基地征为国有，然后把建设用地使用权出让给矿业权人。^[7]

五、海域使用权与相关物权之间的效力冲突及其协调^[8]

海域使用权、渔业权、某些土地承包经营权都以特定海域为客体，且都以占有、使用、收益为内容，因而，它们若并存于同一海域，难免要发生效力冲突。有冲突就必须协调，笔者就此提出以下建议。

（一）海域使用权与渔业权之间的效力冲突及其协调

依据《海域使用管理法》第22条的规定，海域使用权有时先于渔民的养殖权产生。虽然该条的文义本身不含有哪个权利优先的意思，但因二权均具有排他性，依据物权的排他效力的原理，先产生的物权优先，严格地说是后设立者不得存在。如果养殖权先设立，得出养殖权优先的结论，值得肯定。如果海域使用权先设立，便得出海域使用权优先于养殖权的结论，严格地说，于此场合养殖权不得产生。养殖权不得产生的结论，一是不符合《海域使用管理法》第22条规定的文义和精神，二是违反《渔业法》关于养殖特许的制度要求，三是未与国际惯例接轨。解决这个问题，在解释论的架构下，有如下方案可供选择：第一，就使用特定海域从事养殖而言，《渔业法》为特别法，《海域使用管理法》系普通法，依据特别法优先于普通法的规则，优先适用《渔业法》，确保渔民的养殖权。如此，不论是坚持养殖权的排他性不许海域使用权产生，还是暂时忽略排他性而赋予养殖权优先效力，都能达到目的。第二，按照民法解释学的规则，当适用某一具体规范解决个案会出现不适当的结果时，法官应当放弃该规范的适用，而改为以民法的基本原则判案。^[9]对于《海域使用管理法》第22条的规定也可如此适用，为了优惠地保护渔民的合法权益，有利于发展渔业，当适用该条的规定处理个案会剥夺养殖权的优先效力时，就不再适用它，而基于公平正义的理念而确认养殖权优先。第三，套用专用渔业权——入渔权的法律架构，赋予海域使用权专用渔业权的地

位和功能，使捕捞许可证产生入渔权的效力。渔民要想取得捕捞许可证（相当于获得入渔权），得向拥有海域使用权（相当于专用渔业权）的农村集体经济组织或村民委员会（相当于渔业合作社或渔会）提出申请，经批准方能如愿以偿。

第二个方案的实施，既需要主审法官拥有民法解释学的修养，熟知解释和适用法律的规则，更要求法官具有大无畏的精神，勇于承担责任，不怕受到批评、取消奖金和其他压力。在目前，我们不敢保证每个主审法官都能做到这一点。

第三个方案的实施面临着更大的困难，一是它缺乏立法目的和立法计划的支撑，无论是《海域使用管理法》还是《渔业法》，均无此类目的与计划；二是入渔权乃至整个渔业权制度尚付阙如，海域使用权制度与专用渔业权制度也相去甚远，一句话，连专用渔业权——入渔权的法律架构的雏形都不具备；三是捕捞许可证的审批机关，在现行法上根本不是农村集体经济组织或村民委员会，而是渔业资源行政主管部门。

相对而言，第一个方案容易实施，且还有以下理由的支持：渔业权的主体有资格上的限制，换言之，渔业权的主体必须具有渔民的身份。在将渔业权赋予特定的主体时，应当尊重历史习惯和满足就业需要，养殖权的授予应当考虑就近和方便的原则，捕捞权的授予应当考虑渔民世代以捕鱼为生的实际。而依据《海域使用管理法》的规定及其解释，海域使用权的主体身份不限于渔民（第3条、第16条等），海域使用权的取得方式相对较多，除申请—审批—登记—发证的方式以外，还有招标的方式和拍卖的方式（第19条、第20条）。招标方式增加了海域管理部门的自由裁量的机会，存在着不让历史上在特定海域从事渔业活动的渔民中标的可能。拍卖方式是价高者得，渔民因经济实力一般来说较弱，更有可能失去祖祖辈辈利用的海域，丧失生活来源。如此说来，若赋予海域使用权优先于渔业权的效力，会使渔民失业，酿成严重的社会问题。^[10]

倘若渔民非取得海域使用权和渔业权不可，那么，为了不加重渔民的负担，应当只收取一种权利代价（权利使用金）。渔民取得了养殖证或捕捞许可证，缴纳了渔业资源增值保护费，就不要再强制其取得海域使用权，支付海域使用金；渔民取得了海域使用权，支付了海域使用金，就不要再强制其领取养殖证和捕捞许可证。

在渔民首先取得海域使用权的情况下，因为海域使用权本身不包含渔民利用海域进行经营的目的及功能，究竟是利用特定海域从事养殖，还是进行捕捞活动，抑或是其他，海域使用权自身无法反映出

来，相应的主管部门也无进行此类管理的职能，所以，客观上需要渔民再申领养殖证，取得养殖权，或申领捕捞许可证，取得捕捞权。道理很简单，只有养殖证、捕捞许可证才会清楚地标明渔民所享有的权利性质、所从事的经营项目及活动范围。

（二）海域使用权与土地承包经营权的效力冲突及其协调

分析《海域使用管理法》第22条后段关于“将海域使用权确定给该农村集体经济组织或者村民委员会，由本集体经济组织的成员承包”的规定，似乎可以认为海域使用权系土地承包经营权的标的物，前者受后者的支配。但依据《农村土地承包法》的规定，土地承包经营权的标的物是土地（准确地说是地表）而非权利（第3条、第5条等），从土地承包经营权的运作机理来讲，也应如此。所以，这种情况下的土地承包经营权仍然是以特定的海域而非海域使用权作为客体，在暂时不考虑排他性的前提下，海域使用权与土地承包经营权并存于同一海域。

在这里，至少有两个问题需要探讨。其一，这二权是否归属于同一主体？其二，二权在法律效力上的关系如何？

先讨论“其一”。从《海域使用管理法》第22条后段关于“将海域使用权确定给该农村集体经济组织或者村民委员会”规定的文义看，海域使用权由农村集体经济组织或村民委员会取得，至少是首先由它们享有。由于该农村集体经济组织的成员（以下简称为“渔民”）承包的是海域而非海域使用权，所以，《海域使用管理法》第22条后段关于“由本集体经济组织的成员承包”的规定，仅仅表明渔民取得土地承包经营权，并无也要取得海域使用权之意。就是说，海域使用权归农村集体经济组织或村民委员会享有，土地承包经营权由渔民取得。

不过，将《海域使用管理法》第22条后段的规定解释为渔民既要取得土地承包经营权，亦须取得海域使用权，也说得通。究竟如何？站在立法论的立场，笔者赞同通过取消海域使用权的方案来消除这个疑问，在解释论的层面，笔者倾向于二权异其主体的解释。

再来探讨“其二”。如果采取渔民一并享有海域使用权与土地承包经营权的解释，并且暂时忽略物权的排他性，那么，因二权的主体同一，故谁的效力强主要是个理论问题，在实务上显得无关紧要。由于笔者采取二权异其主体的解释，哪个权利的效力强，便成为一个重要的问题。从周到保护渔民的合法权益出发，土地承包经营权的效力必须强于海域使用权，以免有关行政部门动辄剥夺渔民在特定海域养殖或捕捞的权益。

（三）海域使用权与建设用地使用权之间的效力冲突及其协调

一般地说，海域使用权与建设用地使用权冲突的机会不多，不过，依据《海域使用管理法》的规定，海域使用权若以建设工程用海为目的，在填海项目竣工并形成了土地的情况下，海域使用权人应当自竣工之日起3个月内，凭海域使用权证书，向县级以上人民政府土地行政主管部门提出土地登记申请，由县级以上人民政府登记造册，换发建设用地使用权证书，确认土地使用权（第32条）。该条规定至少含有这样的意思：其一，海域使用权以特定海域为客体，而建设用地使用权则以特定的地表为客体，填海项目竣工形成了土地，海域使用权因其客体不复存在而归于消灭，建设用地使用权因拥有客体且经过法定程序而产生。其二，物权的目的在于非常关键的地位，填海形成土地后，目的是要进行房地产开发建设，这正是建设用地使用权的目的所在，海域使用权无此目的，自然无用武之地，只好消失。

（四）海域使用权与矿业权之间的效力冲突及其协调

依据《海域使用管理法》的规定，在海域从事矿业需要取得海域使用权（第25条第4项），按照《矿产资源法》的规定，还需要取得矿业权（第16条第1款第4项）。如此，矿业权人必须分别取得海域使用权和矿业权，才符合法律的规定。虽然这违反物权的排他性原理，但在法律修订或废除之前，还得为了适用而予以解释，只好暂时忽略排他性，承认二权归属于同一主体。在内部，因二权由同一人享有，其效力的强弱便无关紧要，但如果二权都要由矿业权人支付代价的话，则加重权利人的负担，笔者赞同只收取一种权利金的方案；在外部，为了对抗行政主管部门的不当干预，又考虑到权利人的目的所在，应当赋予矿业权优先的效力。

六、地役权与用益权之间的效力冲突及其协调^[11]

（一）地役权之间的效力冲突及其协调

地役权对供役地不具有排他的独占性，地役权I设立后，供役地所有权人或使用权人只在地役权I行使的必要范围内，负有容忍或消极不作为的义务，在不妨碍地役权I行使的范围内，供役地所有权人的用益权仍然继续存在。如此，供役地设立诸如通行地役权等积极地役权后，可以在不妨碍它的范围内，再设立相同的或其他积极地役权II，例如采光地役权，或其他用益物权。^[12]

（二）地役权与其他用益权之间的效力冲突及其协调

在地役权和其他物权共同存在的情况下，各权利的享有或行使，应当依优先原则予以确定。^[13]

1.地役权的行使与供役地所有权的利用相冲突时，换言之，地役权与供役地所有权在行使过程中发生冲突时，原则上应当依双方当事人原来约定的内容所确认的规则加以协调，如果无此约定，则应当依定限物权优先于所有权的原则，确认地役权人有优先使用权。这就是所谓地役权人利用优先原则。^[14]

2.地役权行使与供役地先成立的用益权并存时，如果用益权属于物权，则应当依物权发生先后的次序，确定其优先使用顺序。如果用益权属于债权，除该权为租赁权外，依物权优先于债权的原则，地役权人的使用顺序较债权为优先。不过，地役权系经供役地上先存在用益物权人之同意而设立者，后成立的地役权则优先于先成立的用益物权，原因在于用益物权因该物权人同意设立地役权而受限制。^[15]

3.地役权与其后的地役权或其他物权并存时，应当适用物权优先效力的原则，成立在先的地役权应当优先于成立在后的地役权或其他物权。在后的物权人行使权利不得妨碍在先地役权人的使用。存在疑问的是，如果成立在后的物权系经地役权人的同意而设立者，按同意者须自我设限的原则，后成立的物权应当具有优先效力。^[16]

（三）地役权与矿业权

矿业权人未选择给矿区或工作区周围的土地的权利人造成损失最小的路线和方式通行、架设管线、施工等，又未同矿区或工作区周围的土地的权利人签订地役权合同，那么，这些行为并非在行使相邻权，而是侵权，矿业权人应承担损害赔偿责任；只有矿业权人同矿区或工作区周围的土地的权利人签订了地役权合同，取得了地役权，方有权按高于相邻关系规则所允许的标准通行、架设管线等。在矿区或工作区与供役地不毗邻的情况下，矿业权人只有同供役地的权利人签订合同，取得地役权，方有权通行、架设管线等。当然，也有学说认为，在这种情况下可以产生相邻权。^[17]

（四）地役权与取水权

在取水权人所有或使用的用水地与供水地相邻场合，取水权人未选择给邻地的权利人造成损失最小的路线和方式埋设输水管或修筑输水渠，那么，取水权人就不享有相邻权，在取水权人未同邻地的权利人签订地役权合同的情况下，便构成侵权；只有取水权人同邻地的权利人签订了地役权合同，取得了地役权，方有权埋设输水管或修筑输

水渠。在用水地和供水地不相邻的情况下，取水权人只有同供水地的权利人签订合同，取得地役权，方有权埋设输水管或修筑输水渠。^[18]同样，按照有的学说，在这种情况下可以产生相邻权。^[19]

（五）地役权与狩猎权

狩猎权只在极个别情况下才需要地役权。狩猎权人未选择给猎场周围的土地的权利人造成损失最小的路线和方式狩猎，又未和这些土地的权利人签订地役权合同，那么，该行为并非狩猎权的行使，而是侵权。只有狩猎权人和这些土地的权利人签订了地役权合同，取得地役权，其行为才合法。

第三百二十三条

用益物权人对他人所有的不动产或者动产，依法享有占有、使用和收益的权利。

本条主旨

本条是关于用益物权概念的规定。

相关条文

《物权法》第117条 用益物权人对他人所有的不动产或者动产，依法享有占有、使用和收益的权利。

理解与适用

一、本条概貌

本条是对《物权法》第117条的复制，界定了用益物权，显示出用益物权含有用益物权人、用益物权的客体 and 用益物权的积极权能。

二、用益物权的界定

根据本条的规定，所谓用益物权，是指以支配标的物的使用价值为内容的物权，或者说是权利人对他人所有的物依法享有占有、使用和收益的定限物权。土地承包经营权、土地经营权、建设用地使用权、宅基地使用权、居住权、地役权、探矿权、采矿权、养殖权、捕捞权等属于此类。用益物权不是一种物权的概念，而是一组物权的集合的称谓。这也影响到它的法律性质。

三、用益物权的性质

（一）用益物权人的规格因具体类型的用益物权而表现出差异

从权利主体方面看，用益物权人的规格因具体类型的用益物权而表现出差异。例如，以家庭承包方式设立的土地承包经营权，其主体限于本集体经济组织成员组成的农户。通过招标、拍卖、公开协商等方式设立的“四荒”土地承包经营权，以及由土地承包经营权派生的土地经营权，其主体则无身份限制。出让的建设用地使用权，其主体的限制很少；而行政划拨的建设用地使用权，其主体则无自然人、私营企业、个体工商户、中外合资经营企业、中外合作经营企业等。宅基地使用权的主体，在现行法上限于农村村民，实际上为农户。地役权的主体则没有上述限制，只要是两项不动产权利相互之间基于合同有扩张权利行使效力的，有容忍该项扩张的，其不动产权利人就可以是地役权的主体；甚至是一项不动产权利基于地役权合同将要容忍他人架设线路或铺设管道等，该项不动产权利人和享受便利之人均可为地役权的主体。探矿权和采矿权的主体均有严格的限制，非一般人所得充任。捕捞权的主体限于渔民或渔业公司，养殖权的主体为渔民、渔业公司或其他土地承包经营户。

（二）用益物权的标的物应为不动产，《民法典》也承认有动产

从标的物方面看，本条规定，用益物权的标的物有不动产和动产。因为《民法典》采取严格的物权法定主义（第116条），《民法典》及其他法律规定的用益物权，只含有土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权、地役权、海域使用权、探矿权、采矿权、取水权、养殖权、捕捞权，而这些用益物权的标的物均为不动产，所以，在现行法上，用益物权的标的物只有不动产，尚无动产。

[讨论]

本条规定不动产、动产均可作为用益物权的客体。对此，可有两个角度的观察。其一，《民法典》采取严格的物权法定主义（第116条），只有它和其他法律所规定的物权才具有物权效力，而这些法律规定的用益物权都是以不动产为标的物的，没有以动产作为客体的类型。就此看来，本条规定动产为用益物权的标的物，自相矛盾，有欠周全。其二，这样解释虽然符合事实，但显然消极。本着应尽可能地避免使法律条文形同虚设、最大限度地使法律规定发挥积极效果的法解释的精神，可从积极的角度对待它，前瞻性地审视它。就是说，《民法典》和其他法律规定的物权不敷使用，难以满足社会实际生活对物权种类及效力的需求，如《民法典》对典权不赋予物权的效力，

导致农户融资渠道狭窄，有的根本融不到资。有鉴于此，当社会生活中出现某个或某些以动产为客体的以用益为内容的权利需要具有物权的效力时，若其被社会实践反复证实只有承认其为物权才是最佳的方案，且为越来越多的人所认识，已经形成习惯，应当认可它（们）为物权。认可的法律依据之一，就是本条规定的动产可为用益物权的客体。

（三）用益物权的内容包含占有、使用、收益

从权利内容方面看，用益物权以占有、使用标的物并保有收益为内容。至于处分，不允许针对标的物，只能处分用益物权自身。这是用益物权不同于所有权的突出之点，所有权可以处分标的物。用益物权的概念已经彰显出其使用和收益的内容。这是它不同于担保物权的重要之处。

（四）用益物权派生于所有权

从权利设立方面看，用益物权系分享了标的物所有权中的占有、使用、收益的权能而形成的物权。标的物所有权为用益物权产生的“母权”，用益物权为“子权”。没有标的物所有权，就不会有用益物权。^[20]

[探讨]

需要探讨的是，建设用地使用权人以其建设用地作为供役地，土地承包经营权人以其承包地作为供役地，宅基地使用权人以其宅基地作为供役地，与他人协商一致设立地役权的场合，此类地役权还是分享不动产所有权中的占有、使用和收益的权能而形成的他物权吗？对此，可有两种思路。其一，即使是建设用地使用权人以其建设用地作为供役地，土地承包经营权人以其承包地作为供役地，宅基地使用权人以其宅基地作为供役地，地役权所分享的权能依然是土地所有权中的占有、使用、收益诸项权能。建设用地使用权人、土地承包经营权人、宅基地使用权人之所以能使供役地所有权的权能由需役地人分享，是因为在其权利设立时法律已经将处分权直接授予他（它）们。建设用地使用权人、土地承包经营权人、宅基地使用权人正是借由这种法律的授权，将建设用地、承包地的土地所有权中的部分权能分离给地役权人；地役权人正是借由这种法律的授权，合乎双方当事人的意思且合法地分享了建设用地、承包地的土地所有权中的部分权能，从而形成了地役权。这种法律授权说有其应用的市场。例如，认定银行系统各分行、支行及分理处办理存贷款等业务时享有代理权，大多不是由于银行总行出具了授权书，实际上也往往没有这种授权书，而

是推定法律已经将代理权授予了各分行、支行及分理处。再如，在高度集中的计划经济时代，国营企业/国有企业在对外购进原材料、销售产品时之所以有权处分国有财产，也不是由于国务院等部门出具了授权书，实际上也没有此类授权书，而是推定法律已经将代理权授予了各国营企业/国有企业。从母权—子权的结构方面观察和命名，土地所有权是地役权的母权，地役权为土地所有权的子权。其二，在建设用地上、承包地上或宅基地作为供役地的场合，将建设用地使用权、土地承包经营权、宅基地使用权视为民法上的“物”，其上存在着“所有权”，因建设用地使用权、土地承包经营权、宅基地使用权含有占有、使用和收益的权能，该“所有权”自然含有这些权能，地役权系分享其中的权能而形成。这种思路可能有助于大财产权及其理论的建构。本释评书赞同第一种思路。

接下来的问题是，可否直接将建设用地使用权、土地承包经营权、宅基地使用权作为地役权的母权，而不必路途遥远地到土地所有权中去攀亲呢？回答是否定的，因为在建设用地上、承包地上、宅基地作为供役地的情况下，若把建设用地使用权、土地承包经营权、宅基地使用权作为地役权的母权，则因建设用地使用权、土地承包经营权、宅基地使用权本身欠缺用水、排水、采光、眺望、通行等权能以及将它们转让给他人的权能，无法将这些权能遗传给地役权，因而不符合母权的规格。之所以称建设用地使用权、土地承包经营权、宅基地使用权本身欠缺用水、排水、采光、眺望、通行等权能以及将它们转让给他人的权能，而拥有占有、使用、收益和处分自己的权能，是因为建设用地使用权、土地承包经营权、宅基地使用权所含有的占有、使用、收益和处分自己的权能，具有特定的意义，即使用权人自己为达其权利目的可用水、排水、采光、眺望、通行等，无权为了另外的目的及利益而擅自将用水、排水、采光、眺望、通行转让给他人。所以说建设用地使用权、土地承包经营权、宅基地使用权所含有的占有、使用、收益和处分自己的权能，具有上述特定的意义，是因为建设用地使用权、土地承包经营权、宅基地使用权含有的占有、使用、收益和处分自己的权能，正好与使用权人支付的一定对价或土地所有权人给予的优惠政策相吻合、相匹配、相协调；假如认为建设用地使用权、土地承包经营权、宅基地使用权还含有用水、排水、采光、眺望、通行等权能，就会出现使用权人获得的利益大于支付的对价或享受的优惠，额外地剥夺了所有权人的合法权益，破坏了所有权人与使用权人之间的利益平衡关系。

以上分析及结论，同样适合于土地经营权派生于土地承包经营权。

（五）用益物权为他物权

从权利所归属的体系方面看，用益物权是权利人直接支配标的物的权利，具有绝对性、排他性、优先性，故为物权。用益物权的标的物为他人所有的不动产，在地役权场合可能是他人使用的不动产，故为他物权。

（六）用益物权的存续期限较为复杂

从权利的存续期间方面看，情况较为复杂。出让的建设用地使用权都有明确的存续期间，不过，住宅建设用地使用权的存续期间届满时自动续期。行政划拨的建设用地使用权没有明确的终期。宅基地使用权具有永久性。通过招标、拍卖、公开协商等方式设立的“四荒”土地承包经营权具有明确的存续期间，以家庭承包方式设立的土地承包经营权的存续期间届满，发包人负有强制缔约义务。

四、用益物权的分类

（一）概述

在现行法上，用益物权包括土地承包经营权、土地经营权、建设用地使用权、海域使用权、宅基地使用权、居住权、地役权、取水权、探矿权、采矿权、养殖权和捕捞权。将它们按照一定标准分类，可有不同的类型。诸如意定用益物权与法定用益物权、登记用益物权与不登记用益物权、有期限用益物权与无期限用益物权等，这些符合本释评书对《民法典》第二编“物权”中第一章“一般规定”中开篇的介绍，此处不赘。

（二）典型用益物权与准物权

土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权、居住权、海域使用权、地役权均为典型用益物权，而取水权、探矿权、采矿权、养殖权和捕捞权为准物权。

（三）有偿用益物权与无偿用益物权

1. 区分标准

以用益物权的取得是否需要对价为区分标准，用益物权可分为有偿用益物权和无偿用益物权。

2. 界定

有偿用益物权，是指取得用益物权必须支付对价的用益物权。出让的建设用地使用权、“四荒”土地承包经营权为其代表。无偿用益物权，是指无须支付对价即可取得的用益物权。宅基地使用权、行政划拨的建设用地使用权为其代表。地役权是否有偿，取决于当事人的约定。

3.分类的法律意义

区分有偿用益物权与无偿用益物权的法律意义在于，法律对它们调整的规则有所差异。例如，对有偿用益物权，法律一般允许转让、抵押；而对无偿用益物权，法律一般不允许转让、抵押。^[21]不过，地役权即使为无偿的，法律也允许其转让、抵押。

（四）无从属性用益物权与有从属性用益物权

1.区分标准

以用益物权是否具有从属性为区分标准，用益物权可分为无从属性用益物权与有从属性用益物权。

2.界定

无从属性用益物权，即用益物权没有从属性。应当说，用益物权一般都无从属性，是完全独立的定限物权。有从属性用益物权，即用益物权具有从属性。学说认为，地役权具有从属性。

3.分类的法律意义

区分无从属性用益物权和有从属性用益物权的法律意义在于，有从属性用益物权，即地役权，其设立以需役地的存在为前提，地役权不得单独转让、抵押。而无从属性用益物权没有这些限制。

（五）让与性用益物权与限制让与用益物权

1.区分标准

以用益物权的让与性是否受限制为区分标准，用益物权可分为让与性用益物权和限制让与用益物权。

2.界定

让与性用益物权，是指权利人可依法自由处分的用益物权。出让

的建设用地使用权为其代表。限制让与用益物权，是指法律限制或禁止让与的用益物权。宅基地使用权为其典型。当然，所谓自由让与、限制让与是相对而言的。宅基地使用权虽属限制让与的用益物权，但也可随着地上住宅的转让而移转。出让的建设用地使用权虽为让与性用益物权，但建设用地未达到开发程度时，法律也不允许其转让。

3.分类的法律意义

区分让与性用益物权和限制让与用益物权的法律意义在于：

（1）两者的转让条件及其法律后果不同。（2）“自由流通型用益物权侧重的是资源利用的效率，以提高资源的经济效益；而限制流通型用益物权侧重的是社会保障，以实现社会的公平。当然，这两种用益物权都包含有效率、公平的价值观念，只不过各有所侧重而已。”^[22]

五、用益物权与相关权利

（一）用益物权与所有权

在同一标的物上并存着所有权和用益物权，该用益物权系分享该所有权中的占有、使用 and 收益的权能而形成的权利，为子权，该所有权为母权。所有权将其占有、使用、收益的基因遗传给用益物权。

用益物权尽管派生于所有权，但为实现其目的及功能，它们的法律效力必须在一定范围内抑制着所有权的效力，否则，用益物权就会形同虚设。应当指出，所谓用益物权的效力抑制着所有权的效力，是相对而言的，系以每种用益物权的特定目的及功能为边界。超出这个边界，便构成权利的滥用，可能属于侵害所有权，产生侵权责任，此时，当然是以所有权的效力为准。还有，因某些用益物权欠缺若干物权请求权，例如，养殖权和捕捞权对于水生动物没有物的返还请求权，矿业权对于矿产品欠缺物的返还请求权，地役权和留置权同样没有物的返还请求权，所有权所拥有的物权请求权可被用来保护用益物权，使之保持理想的效力、运行状态的功能。例如，在他人不法侵占供役地，致使地役权人无法行使其地役权的情况下，供役地的所有权人可以行使物的返还请求权，收复失地，使地役权人可以正常行使地役权。这也是所有权和用益物权相得益彰的一个表现。最后，在用益物权的存续期限届满时，所有权的效力恢复如初，具有“收复失地”的效力及功能。^[23]

（二）用益物权与担保物权

用益物权和担保物权均为定限物权，限制着所有权的效力，自己

的效力也受到限制，包括受所有权效力的限制。至于二者相互之间，存在着某些用益物权是担保物权的标的物的关系，如出让的建设用地使用权、土地经营权、“四荒”土地承包经营权都可作为抵押权的客体。除这些共同点之外，它们更具有如下差异。

1.权利内容不同，所关注标的物的价值不同。用益物权以占有、使用和收益为内容，关注着标的物的使用价值。担保物权旨在取得标的物的交换价值，是一种价值权。由此决定着担保物权拥有物上代位性，而用益物权没有；同一标的物上可以并存着数个担保物权（只是需要确定担保物权的效力顺序），而不得并存着数个不相容的用益物权。

2.权利客体的法律属性有别。1)用益物权的客体，在现实生活中为不动产及某些不动产权利。担保物权的客体则可以是不动产，也可以是动产；可以是不动产权利，也可以是债券、股权等权利。2)用益物权旨在支配标的物的使用价值，不重视标的物的让与性，故标的物是否为限制流通物或禁止流通物，可以不问。例如，国有土地为禁止流通物，不妨在其上设立建设用地使用权。与此不同，担保物权旨在支配标的物的交换价值，故其标的物必须具有让与性。^[24]

3.权利实现的时间不同。权利人取得用益物权的当时即可实现其权利——占有、使用和收益。可见，用益物权的取得与权利的实现同时发生，二者并无时间的间隔。权利人取得担保物权不能当即实现其权利，须待债权已届清偿期而未获清偿时，才可行使变价权，使其债权获得清偿。可见，担保物权的权利取得与权利实现之间存在着时间间隔。^[25]

4.权利的存续期间及确定方式有所不同。在现行法上，用益物权的存续期间及确定方式不尽一致。例如，宅基地使用权具有永久性，行政划拨的建设用地使用权没有明确的终期，土地承包经营权具有明确的存续期间。担保物权是有期物权，其存续期间的确定方式，在通常情况下由被担保债权及其救济权的存续期间决定，即被担保债权及其救济权的存续期限就是担保物权的存续期间。当事人直接约定担保物权存续期间的不多。

[反思]

法释〔2000〕44号第12条第1款规定，当事人约定的或登记部门要求登记的担保期间，对担保物权的存续不具有法律约束力。有学者对此表示赞同。^[26]对此，笔者持有不同意见。因为担保人存在着风险，为了把担保风险降到最低，担保人有权采取必要的措施，包括约

定担保物权的存续期间。担保人之所以愿意为主债务人的债务清偿提供担保，动机和目的固然较多，但其中包含着这样的情况：担保人经过调查研究得出结论，在某特定的时间段（如债务履行期）债务人有较强的清偿能力，自己于此期间提供担保并不会实际履行担保债务；但若逾此期间，主债务人的财产状况就会恶化，很可能无力清偿，自己恐怕要实际履行担保债务。面对此情此景，担保人和主债权人约定担保物权存续期间相同于主债权的诉讼时效期间，有何可非难之处呢？当然，约定担保物权的存续期间不得与担保物权的目的和性质相抵触。例如，主债权的清偿期为2007年1月26日至2008年2月26日，担保人和主债权人约定的担保物权存续至2007年2月26日。这意味着担保物权实现的条件尚未成就担保物权便归于消灭，违反了担保物权的目的和性质，此类约定应为无效。不过，如果当事人约定担保物权存续至2009年2月26日，就不应认定该约定无效。

[辨析]

一种观点认为，《物权法》第202条亦即《民法典》第419条关于“抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权；未行使的，人民法院不予保护”的规定，说明担保物权的存续期间无须当事人约定和登记，即便当事人约定了或登记了，也是无效的。担保物权的存续期间为主债权的诉讼时效期间。主债权的诉讼时效期间因中止、中断的事由发生而变得可能不确定，担保物权的存续期间也因此不确定。法律未对诉讼时效的中止、中断的次数加以限制，因此很难说对担保物权的存续期间的上限有规定。^[27]

在笔者看来，这种理解有误。（1）《物权法》第202条亦即《民法典》第419条系专就抵押权作的规定，并非当然地适用于其他担保物权。法律人不作阐释就直接地将其适用范围扩张至所有的担保物权，不合法解释学的规则。盲目扩张适用范围，留置权和质权领域可能会有不公平的结果。^[28]（2）更为重要的是，《物权法》第202条亦即《民法典》第419条系为修正《担保法》第52条关于“抵押权与其担保的债权同时存在，债权消灭的，抵押权也消灭”的规定、第74条关于“质权与其担保的债权同时存在，债权消灭的，质权也消灭”的规定、第88条第1项关于债权消灭的留置权也消灭的规定，以及法释〔2000〕44号第12条第2款关于“担保物权所担保的债权的诉讼时效结束后，担保权人在诉讼时效结束后的二年内行使担保物权的，人民法院应当予以支持”的规定而特意设置的。而法释〔2000〕44号第12条第2款的本意是认为担保物权的存续期间为被担保主债权的诉讼时效期间再加上2年。^[29]这违反了担保物权与被担保债权之间主从权利关系的原理，剥夺了抵押人援用主债务人对债权人的抗辩权的权利，

也忽视了担保人于诉讼时效期间届满2年以后仍自愿、主动地清偿债务的情况。《物权法》第202条亦即《民法典》第419条没有采纳法释〔2000〕44号第12条第2款的思路 and 观点，而是采取了这样的意见：“过了主债权诉讼时效期间后，抵押权人丧失的是抵押权受人民法院保护的權利即胜诉权，而抵押权本身并没有消灭，如果抵押人自愿履行担保义务的，抵押权人仍可行使抵押权。”^[30]总的结论是，担保物权的存续期间应为被担保债权及其救济权的存续期间，被担保债权或其救济权存在，担保物权就存续；被担保债权及其救济权均已消灭，担保物权就消失。

毋庸讳言，《物权法》第202条亦即《民法典》第419条的规定的确不同于德国民法和中国台湾地区的“民法”及其学说。在德国，请求权上设有抵押权等担保物权的场合，请求权虽已罹于时效，权利人仍可实现其担保物权。本来，抵押债务人得依《德国民法典》第1137条第1项前段关于“所有人可以对抵押权主张特定人的债务人（即就本身事由而负责的债务人）对债权所有的抗辩，及保证人依第770条所有的抗辩，土地所有人均得援用对抵押权主张之”的规定，质押债务人得依《德国民法典》第1121条第1项前段关于“土地之出产物及其他构成部分以及从物，在为债权人之利益予以扣押以前，已经出让者，应免除其担保责任”的规定，主张从属性的抗辩。但《德国民法典》第223条第1项关于“以抵押权或质权担保的请求权虽经时效消灭，但不妨碍权利人就担保物请求履行”的规定放松了这种从属性抗辩。以抵押为例，该规定的意义在于，若债权人对债务人即所有权人既提起要求付款的对人诉讼，又提起要求其容忍强制执行抵押土地的对物诉讼，而被告主张请求权消灭时效期间已经届满的，则对人诉讼因《德国民法典》第222条第1项关于“消灭时效完成后，义务人有拒绝给付的权利”的规定而不成立，但是，债权人得依《德国民法典》第223条第1项的规定执行抵押土地，此项行使抵押权的权利不受时间方面的限制。^[31]

类似的，中国台湾地区“民法”第880条规定：“以抵押权担保之债权，其请求权已因时效而消灭，如抵押权人于消灭时效完成后，五年间不实行其抵押权者，其抵押权消灭。”实乃物权因除斥期间的经过而消灭的例外规定。良以抵押权系不占有标的物的物权，自不宜令其久悬，有害于抵押人的利益。何况外国立法例上，亦有担保物权得因一定时间经过，依公示催告程序，宣示为无效（《瑞士民法典》第871条，《德国民法典》第1170条、第1171条），则中国台湾地区“民法”径以抵押权因除斥期间经过而消灭，更为便捷，似无不可之处。再者，此项除斥期间系自消灭时效完成后起算，而消灭时效尚有时效中断或时效不完整的情形，故抵押权的消灭时间非必为消灭时效

期间加5年除斥期间，以15年的一般请求权消灭时效期间为例，其抵押权非必然届满20年后即行消灭。^[32]

究竟孰优孰劣？从抵押权与被担保债权之间的主从关系的机理、请求权与抗辩权的对抗层面观察，中国《物权法》第202条亦即《民法典》第419条的规定更具合理性；若着眼于实务，则有这样的现象：因被担保债权虽然罹于时效但并未消灭，抵押权也因而存续，抵押物上的负担依旧，这影响了抵押物的转让及价款，对抵押人十分不利。解决的方案之一，可以规定一段不同于被担保债权的存续期间的抵押权的存续期间，该存续期间一旦届满，抵押权就归于消灭，即使被担保债权依然存续，也是如此。只不过该种方案未被《民法典》采纳罢了。

5.权利是否有主从性不同。在现行法上，用益物权原则上为独立的物权，只有地役权除外；担保物权均为从物权，因被担保债权的存在而存续（时间方面不一定先有债权，后产生担保物权），随着被担保债权的消灭而消失。

6.权利消灭的原因有异。标的物灭失，用益物权因无法达到目的而归于消灭，而担保物权则不一定，只要存在着标的物的代位物，担保物权就继续存在于该代位物之上。

第三百二十四条

国家所有或者国家所有由集体使用以及法律规定属于集体所有的自然资源，组织、个人依法可以占有、使用和收益。

本条主旨

本条是关于组织、个人就国有的、集体所有的自然资源取得用益物权的规定。

相关条文

《民法通则》第80条 国家所有的土地，可以依法由全民所有制单位使用，也可以依法确定由集体所有制单位使用，国家保护它的使用、收益的权利；使用单位有管理、保护、合理利用的义务。

公民、集体依法对集体所有的或者国家所有由集体使用的土地的承包经营权，受法律保护。承包双方的权利和义务，依照法律由承包合同规定。

土地不得买卖、出租、抵押或者以其他形式非法转让。

第81条 国家所有的森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面等自然资源，可以依法由全民所有制单位使用，也可以依法确定由集体所有制单位使用，国家保护它的使用、收益的权利；使用单位有管理、保护、合理利用的义务。

国家所有的矿藏，可以依法由全民所有制单位和集体所有制单位开采，也可以依法由公民采挖。国家保护合法的采矿权。

公民、集体依法对集体所有的或者国家所有由集体使用的森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面的承包经营权，受法律保护。承包双方的权利和义务，依照法律由承包合同规定。

国家所有的矿藏、水流，国家所有的和法律规定属于集体所有的林地、山岭、草原、荒地、滩涂不得买卖、出租、抵押或者以其他形式非法转让。

《物权法》第118条 国家所有或者国家所有由集体使用以及法律规定属于集体所有的自然资源，单位、个人依法可以占有、使用和收益。

《土地管理法》第10条 国有土地和农民集体所有的土地，可以依法确定给单位或者个人使用。使用土地的单位和个人，有保护、管理和合理利用土地的义务。

理解与适用

本条是对《物权法》第118条的复制，只是把原来的“单位”称谓换成了“组织”的术语。本条确立了国有的、集体所有的自然资源可以作为用益物权的客体，用益物权人可以是组织、个人。

本条所谓自然资源，包括《宪法》第9条以及《民法典》第247条以下规定的矿藏、水流、海域、海岛、土地、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、野生动植物资源等自然资源。

本条所谓国家所有由集体使用的自然资源，例如，《水法》第3条规定：“水资源属于国家所有。水资源的所有权由国务院代表国家行使。农村集体经济组织的水塘和由农村集体经济组织修建管理的水库中的水，归各该农村集体经济组织使用。”《土地管理法》第13条第1款规定：“农民集体所有和国家所有依法由农民集体使用的耕地、林地、草地，以及其他依法用于农业的土地，采取农村集体经济组织

内部的家庭承包方式承包，不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等，可以采取招标、拍卖、公开协商等方式承包，从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产。”

本条所谓组织，包括公司、合伙企业、农户等主体。本条所谓个人，应指自然人。

根据本条的规定，组织或个人占有、使用自然资源并取得相应的收益形成的用益物权，或是土地承包经营权或土地经营权，或是建设用地使用权，或是宅基地使用权，或是海域使用权，或是地役权，以及探矿权、采矿权、取水权、养殖权、捕捞权等。

这些用益物权派生于国家的自然资源所有权时，国家为一方，系母权人；派生于农村集体经济组织的自然资源所有权时，农村集体经济组织为一方，任母权人。

第三百二十五条

国家实行自然资源有偿使用制度，但是法律另有规定的除外。

本条主旨

本条是关于自然资源以有偿使用为原则的规定。

相关条文

《物权法》第119条 国家实行自然资源有偿使用制度，但法律另有规定的除外。

《土地管理法》第2条第5款 国家依法实行国有土地有偿使用制度。但是，国家在法律规定的范围内划拨国有土地使用权的除外。

第54条 建设单位使用国有土地，应当以出让等有偿使用方式取得；但是，下列建设用地，经县级以上人民政府依法批准，可以以划拨方式取得：

- （一）国家机关用地和军事用地；
- （二）城市基础设施用地和公益事业用地；
- （三）国家重点扶持的能源、交通、水利等基础设施用地；

（四）法律、行政法规规定的其他用地。

第55条 以出让等有偿使用方式取得国有土地使用权的建设单位，按照国务院规定的标准和办法，缴纳土地使用权出让金等土地有偿使用费和其他费用后，方可使用土地。

自本法施行之日起，新增建设用地的土地有偿使用费，百分之三十上缴中央财政，百分之七十留给有关地方人民政府。具体使用管理办法由国务院财政部门会同有关部门制定，并报国务院批准。

第56条 建设单位使用国有土地的，应当按照土地使用权出让等有偿使用合同的约定或者土地使用权划拨批准文件的规定使用土地；确需改变该幅土地建设用途的，应当经有关人民政府自然资源主管部门同意，报原批准用地的人民政府批准。其中，在城市规划区内改变土地用途的，在报批前，应当先经有关城市规划行政主管部门同意。

《矿产资源法》第5条 国家实行探矿权、采矿权有偿取得的制度；但是，国家对探矿权、采矿权有偿取得费用，可以根据不同情况规定予以减缴、免缴。具体办法和实施步骤由国务院规定。开采矿产资源，必须按照国家有关规定缴纳资源税和资源补偿费。

《水法》第7条 国家对水资源依法实行取水许可制度和有偿使用制度。但是，农村集体经济组织及其成员使用本集体经济组织的水塘、水库中的水的除外。国务院水行政主管部门负责全国取水许可制度和水资源有偿使用制度的组织实施。

第48条第1款 直接从江河、湖泊或者地下取用资源的单位和个人，应当按照国家取水许可制度和水资源有偿使用制度的规定，向水行政主管部门或者流域管理机构申请领取取水许可证，并缴纳水资源费，取得取水权。但是，家庭生活零星散养、圈养畜禽饮用等少量取水的除外。

理解与适用

本条是对《物权法》第119条的复制，确立了自然资源的使用以有偿为原则。

本条所谓有偿使用，一是表现为国家从占有、使用国有的自然资源者之处收取资源补偿费、土地使用权出让金等土地有偿使用费，资源税具有双重属性，也可作为自然资源有偿使用的一种表现形式；二是表现为农村集体经济组织从占有、使用农村集体经济组织的自然资

源者手中收取土地出让金、承包费等。

本条但书“法律另有规定的除外”，即可以无偿使用自然资源的规定。例如，《土地管理法》第54条规定：“建设单位使用国有土地，应当以出让等有偿使用方式取得；但是，下列建设用地，经县级以上人民政府依法批准，可以以划拨方式取得：（一）国家机关用地和军事用地；（二）城市基础设施用地和公益事业用地；（三）国家重点扶持的能源、交通、水利等基础设施用地；（四）法律、行政法规规定的其它用地。”再如，《水法》第7条规定：“国家对水资源依法实行取水许可制度和有偿使用制度。但是，农村集体经济组织及其成员使用本集体经济组织的水塘、水库中的水的除外。国务院水行政主管部门负责全国取水许可制度和水资源有偿使用制度的组织实施。”第48条第1款规定：“直接从江河、湖泊或者地下取用资源的单位和个人，应当按照国家取水许可制度和水资源有偿使用制度的规定，向水行政主管部门或者流域管理机构申请领取取水许可证，并缴纳水资源费，取得取水权。但是，家庭生活和零星散养、圈养畜禽饮用等少量取水的除外。”

第三百二十六条

用益物权人行使权利，应当遵守法律有关保护和合理开发利用资源、保护生态环境的规定。所有权人不得干涉用益物权人行使权利。

本条主旨

本条是关于用益物权具有排他效力但其行使权利应当奉行绿色原则的规定。

相关条文

《宪法》第9条第2款 国家保障自然资源的合理利用，保护珍贵的动物和植物。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏自然资源。

《物权法》第120条 用益物权人行使权利，应当遵守法律有关保护和合理开发利用资源的规定。所有权人不得干涉用益物权人行使权利。

《土地管理法》第3条 十分珍惜、合理利用土地和切实保护耕地是我国的基本国策。各级人民政府应当采取措施，全面规划，严格管

理，保护、开发土地资源，制止非法占用土地的行为。

《农业法》第57条第1款 发展农业和农村经济必须合理利用和保护土地、水、森林、草原、野生动植物等自然资源，合理开发和利用水能、沼气、太阳能、风能等可再生能源和清洁能源，发展生态农业，保护和改善生态环境。

第58条第1款 农民和农业生产经营组织应当保养耕地，合理使用化肥、农药、农用薄膜，增加使用有机肥料，采用先进技术，保护和提高地力，防止农用地的污染、破坏和地力衰退。

第66条 县级以上人民政府应当采取措施，督促有关单位进行治理，防治废水、废气和固体废弃物对农业生态环境的污染。排放废水、废气和固体废弃物造成农业生态环境污染事故的，由环境保护行政主管部门或者农业行政主管部门依法调查处理；给农民和农业生产经营组织造成损失的，有关责任者应当依法赔偿。

《农村土地承包法》第8条 国家保护集体土地所有者的合法权益，保护承包方的土地承包经营权，任何组织和个人不得侵犯。

国家鼓励增加对土地的投入，培肥地力，提高农业生产能力。

《草原法》第14条第2款 承包经营草原的单位和个人，应当履行保护、建设和按照承包合同约定的用途合理利用草原的义务。

第33条第1款 草原承包经营者应当合理利用草原，不得超过草原行政主管部门核定的载畜量；草原承包经营者应当采取种植和储备饲草饲料、增加饲草饲料供应量、调剂处理牲畜、优化畜群结构、提高出栏率等措施，保持草畜平衡。

第34条 牧区的草原承包经营者应当实行划区轮牧，合理配置畜群，均衡利用草原。

第35条 国家提倡在农区、半农半牧区和有条件的牧区实行牲畜圈养。草原承包经营者应当按照饲养牲畜的种类和数量，调剂、储备饲草饲料，采用青贮和饲草饲料加工等新技术，逐步改变依赖天然草地放牧的生产方式。

在草原禁牧、休牧、轮牧区，国家对实行舍饲圈养的给予粮食和资金补助，具体办法由国务院或者国务院授权的有关部门规定。

《矿产资源法》第3条第2款 国家保障矿产资源的合理开发利

用。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏矿产资源。各级人民政府必须加强矿产资源的保护工作。

第29条 开采矿产资源，必须采取合理的开采顺序、开采方法和选矿工艺。矿山企业的开采回采率、采矿贫化率和选矿回收率应当达到设计要求。

第30条 在开采主要矿产的同时，对具有工业价值的共生和伴生矿产应当统一规划，综合开采，综合利用，防止浪费；对暂时不能综合开采或者必须同时采出而暂时还不能综合利用的矿产以及含有有用组分的尾矿，应当采取有效的保护措施，防止损失破坏。

第32条 开采矿产资源，必须遵守有关环境保护的法律规定，防止污染环境。开采矿产资源，应当节约用地。耕地、草原、林地因采矿受到破坏的，矿山企业应当因地制宜地采取复垦利用、植树种草或者其他利用措施。开采矿产资源给他人生产、生活造成损失的，应当负责赔偿，并采取必要的补救措施。

第44条 违反本法规定，采取破坏性的开采方法开采矿产资源的，处以罚款，可以吊销采矿许可证；造成矿产资源严重破坏的，依照刑法有关规定对直接责任人员追究刑事责任。

《煤炭法》第11条 开发利用煤炭资源，应当遵守有关环境保护的法律、法规，防治污染和其他公害，保护生态环境。

第57条 违反本法第二十二条的规定，开采煤炭资源未达到国务院煤炭管理部门规定的煤炭资源回采率的，由煤炭管理部门责令限期改正；逾期仍达不到规定的回采率的，责令停止生产。

《清洁生产促进法》第25条 矿产资源的勘查、开采，应当采用有利于合理利用资源、保护环境和防止污染的勘查、开采方法和工艺技术，提高资源利用水平。

《环境保护法》第30条 开发利用自然资源，应当合理开发，保护生物多样性，保障生态安全，依法制定有关生态保护和恢复治理方案并予以实施。

引进外来物种以及研究、开发和利用生物技术，应当采取措施，防止对生物多样性的破坏。

第40条第3款 企业应当优先使用清洁能源，采用资源利用率高、污染物排放量少的工艺、设备以及废弃物综合利用技术和污染物无害

化处理技术，减少污染物的产生。

第61条 建设单位未依法提交建设项目环境影响评价文件或者环境影响评价文件未经批准，擅自开工建设的，由负有环境保护监督管理职责的部门责令停止建设，处以罚款，并可以责令恢复原状。

第63条 企业事业单位和其他生产经营者有下列行为之一，尚不构成犯罪的，除依照有关法律法规规定予以处罚外，由县级以上人民政府环境保护主管部门或者其他有关部门将案件移送公安机关，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处十日以上十五日以下拘留；情节较轻的，处五日以上十日以下拘留：

（一）建设项目未依法进行环境影响评价，被责令停止建设，拒不执行的；

（二）违反法律规定，未取得排污许可证排放污染物，被责令停止排污，拒不执行的；

（三）通过暗管、渗井、渗坑、灌注或者篡改、伪造监测数据，或者不正常运行防治污染设施等逃避监管的方式违法排放污染物的；

（四）生产、使用国家明令禁止生产、使用的农药，被责令改正，拒不改正的。

《水污染防治法》第42条 兴建地下工程设施或者进行地下勘探、采矿等活动，应当采取防护性措施，防止地下水污染。

报废矿井、钻井或者取水井等，应当实施封井或者回填。

《大气污染防治法》第33条 国家推行煤炭洗选加工，降低煤炭的硫分和灰分，限制高硫分、高灰分煤炭的开采。新建煤矿应当同步建设配套的煤炭洗选设施，使煤炭的硫分、灰分含量达到规定标准；已建成的煤矿除所采煤炭属于低硫分、低灰分或者根据已达标排放的燃煤电厂要求不需要洗选的以外，应当限期建成配套的煤炭洗选设施。

禁止开采含放射性和砷等有毒有害物质超过规定标准的煤炭。

第34条 国家采取有利于煤炭清洁高效利用的经济、技术政策和措施，鼓励和支持洁净煤技术的开发和推广。

国家鼓励煤矿企业等采用合理、可行的技术措施，对煤层气进行

开采利用，对煤矸石进行综合利用。从事煤层气开采利用的，煤层气排放应当符合有关标准规范。

《海洋环境保护法》第46条 兴建海岸工程建设项目，必须采取有效措施，保护国家和地方重点保护的野生动植物及其生存环境和海洋水产资源。

严格限制在海岸采挖砂石。露天开采海滨砂矿和从岸上打井开采海底矿产资源，必须采取有效措施，防止污染海洋环境。

《水土保持法》第19条 水土保持设施的所有权人或者使用权人应当加强对水土保持设施的管理与维护，落实管护责任，保障其功能正常发挥。

第20条 禁止在二十五度以上陡坡地开垦种植农作物。在二十五度以上陡坡地种植经济林的，应当科学选择树种，合理确定规模，采取水土保持措施，防止造成水土流失。

省、自治区、直辖市根据本行政区域的实际情况，可以规定小于二十五度的禁止开垦坡度。禁止开垦的陡坡地的范围由当地县级人民政府划定并公告。

第21条 禁止毁林、毁草开垦和采集发菜。禁止在水土流失重点预防区和重点治理区铲草皮、挖树兜或者滥挖虫草、甘草、麻黄等。

第22条 林木采伐应当采用合理方式，严格控制皆伐；对水源涵养林、水土保持林、防风固沙林等防护林只能进行抚育和更新性质的采伐；对采伐区和集材道应当采取防止水土流失的措施，并在采伐后及时更新造林。

在林区采伐林木的，采伐方案中应当有水土保持措施。采伐方案经林业主管部门批准后，由林业主管部门和水行政主管部门监督实施。

第23条 在五度以上坡地植树造林、抚育幼林、种植中药材等，应当采取水土保持措施。

在禁止开垦坡度以下、五度以上的荒坡地开垦种植农作物，应当采取水土保持措施。具体办法由省、自治区、直辖市根据本行政区域的实际情况规定。

第24条 生产建设项目选址、选线应当避让水土流失重点预防区

和重点治理区；无法避让的，应当提高防治标准，优化施工工艺，减少地表扰动和植被损坏范围，有效控制可能造成的水土流失。

第25条第1款 在山区、丘陵区、风沙区以及水土保持规划确定的容易发生水土流失的其他区域开办可能造成水土流失的生产建设项目，生产建设单位应当编制水土保持方案，报县级以上人民政府水行政主管部门审批，并按照经批准的水土保持方案，采取水土流失预防和治理措施。没有能力编制水土保持方案的，应当委托具备相应技术条件的机构编制。

《水法》第31条 从事水资源开发、利用、节约、保护和防治水害等水事活动，应当遵守经批准的规划；因违反规划造成江河和湖泊水域使用功能降低、地下水超采、地面沉降、水体污染的，应当承担治理责任。

开采矿藏或者建设地下工程，因疏干排水导致地下水水位下降、水源枯竭或者地面塌陷，采矿单位或者建设单位应当采取补救措施；对他人生活和生产造成损失的，依法给予补偿。

理解与适用

本条是对《物权法》第120条的承继并更加周全，前段规定用益物权人行使权利时必须奉行绿色原则，应当遵守保护和合理开发利用资源、保护生态环境的法律规定，后段宣明用益物权具有排他的效力，能够对抗所有权人的干涉。

本条第1款是个引致性（管道性）的条款，把用益物权人履行保护和合理开发利用资源、保护生态环境的义务规制引向规定得更为详细的其他法律。例如，《农业法》第58条第1款关于“农民和农业生产经营组织应当保养耕地，合理使用化肥、农药、农用薄膜，增加使用有机肥料，采用先进技术，保护和提高地力，防止农用地的污染、破坏和地力衰退”的规定、第59条第1款后段关于“从事可能引起水土流失的生产建设活动的单位和个人，必须采取预防措施，并负责治理因生产建设活动造成的水土流失”的规定；再如，《草原法》第14条第2款关于“承包经营草原的单位和个人，应当履行保护、建设和按照承包合同约定的用途合理利用草原的义务”的规定、第33条第1款关于“草原承包经营者应当合理利用草原，不得超过草原行政主管部门核定的载畜量；草原承包经营者应当采取种植和储备饲草饲料、增加饲草饲料供应量、调剂处理牲畜、优化畜群结构、提高出栏率等措施，保持草畜平衡”的规定，以及第34条关于“牧区的草原承包经营者应当实行划区轮牧，合理配置畜群，均衡利用草原”的规定；还如，

《矿产资源法》第29条关于“开采矿产资源，必须采取合理的开采顺序、开采方法和选矿工艺。矿山企业的开采回采率、采矿贫化率和选矿回收率应当达到设计要求”的规定、第30条关于“在开采主要矿产的同时，对具有工业价值的共生和伴生矿产应当统一规划，综合开采，综合利用，防止浪费；对暂时不能综合开采或者必须同时采出而暂时还不能综合利用的矿产以及含有有用组分的尾矿，应当采取有效的保护措施，防止损失破坏”的规定，以及第32条第1款关于“开采矿产资源，应当节约用地。耕地、草原、林地因采矿受到破坏的，矿山企业应当因地制宜地采取复垦利用、植树种草或者其他利用措施”的规定。

自然资源稀缺，许多自然资源都难以再生；人口爆炸式地增长，自1975年以来自然界的自然供给低于人类的需求；消费奢侈之风盛行；污染严重；等等。所有这些都使奉行绿色原则势在必行，务必树立这样的理念乃至行为规则：资源是大家的，资源是社会的，资源是整个地球的；务必信仰能源、环境、气候领域的自然哲学观，践行人类命运共同体的构想。《民法典》不但在第一编“总则”中高扬绿色原则的大旗（第9条），而且在其他有关编章中落实这一原则，如第346条、第509条第3款、第585条，本条即为在用益物权制度中落实的体现。

本条后段确立用益物权的排他性，宣明所有权人不得干涉用益物权人行使其权利。这符合所有权和用益物权之间的关系，符合物权具有对世效力的本质要求。虽然用益物权派生于所有权，所有权是母权，用益物权是子权，但用益物权一经设立，其效力就压制着所有权的效力，所有权不再自由自在，所有权人负有容忍用益物权人在其权利边界之内的所作所为的义务，不得干涉用益物权人行使其权利。

第三百二十七条

因不动产或者动产被征收、征用致使用益物权消灭或者影响用益物权行使的，用益物权人有权依据本法第二百四十三条、第二百四十五条的规定获得相应补偿。

本条主旨

本条是关于用益物权的客体被征收、征用时权利人有权获得及时足额补偿的规定。

相关条文

《宪法》第10条第3款 国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿。

第13条第3款 国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。

《物权法》第121条 因不动产或者动产被征收、征用致使用益物权消灭或者影响用益物权行使的，用益物权人有权依照本法第四十二条、第四十四条的规定获得相应补偿。

《土地管理法》第2条第4款 国家为了公共利益的需要，可以依法对土地实行征收或者征用并给予补偿。

《农业法》第71条 国家依法征收农民集体所有的土地，应当保护农民和农村集体经济组织的合法权益，依法给予农民和农村集体经济组织征地补偿，任何单位和个人不得截留、挪用征地补偿费用。

《草原法》第39条 因建设征收、征用集体所有的草原的，应当依照《中华人民共和国土地管理法》的规定给予补偿；因建设使用国家所有的草原的，应当依照国务院有关规定对草原承包经营者给予补偿。

因建设征收、征用或者使用草原的，应当交纳草原植被恢复费。草原植被恢复费专款专用，由草原行政主管部门按照规定用于恢复草原植被，任何单位和个人不得截留、挪用。草原植被恢复费的征收、使用和管理办法，由国务院价格主管部门和国务院财政部门会同国务院草原行政主管部门制定。

《渔业法》第14条 国家建设征用集体所有的水域、滩涂，按照《中华人民共和国土地管理法》有关征地的规定办理。

理解与适用

本条是对《物权法》第121条的承继，系引致性条款，把用益物权的客体被征收、征用时获得补偿的法律依据引向《民法典》的另外条款，即第243条关于征收补偿的规定以及第245条关于征用补偿的规定。

在这里，存在着用益物权本身是否为征收的对象之争，笔者赞同征收的对象为不动产、动产的所有权，用益物权本身不作为征收的对象，不过它们随其母权的消灭而归于消灭。由于此种消灭因征收所致，而非用益物权客体的所有权人引起，因而用益物权消灭的损失应

由征收机关予以补偿。

第三百二十八条

依法取得的海域使用权受法律保护。

本条主旨

本条是关于海域使用权的规定。

相关条文

《物权法》第122条 依法取得的海域使用权受法律保护。

《海域使用管理法》第3条第2款 单位和个人使用海域，必须依法取得海域使用权。

第19条 海域使用申请人自领取海域使用权证书之日起，取得海域使用权。

第20条第2款 中标人或者买受人自领取海域使用权证书之日起，取得海域使用权。

第23条 海域使用权人依法使用海域并获得收益的权利受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。

海域使用权人有依法保护和合理使用海域的义务；海域使用权人对不妨害其依法使用海域的非排他性用海活动，不得阻挠。

第25条 海域使用权最高期限，按照下列用途确定：

- （一）养殖用海十五年；
- （二）拆船用海二十年；
- （三）旅游、娱乐用海二十五年；
- （四）盐业、矿业用海三十年；
- （五）公益事业用海四十年；
- （六）港口、修造船厂等建设工程用海五十年。

第27条 因企业合并、分立或者与他人合资、合作经营，变更海域使用权人的，需经原批准用海的人民政府批准。

海域使用权可以依法转让。海域使用权转让的具体办法，由国务院规定海域使用权可以依法继承。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条是对《物权法》第122条的复制，确认海域使用权为用益物权，且法律保护之。本条是引致性条款，把海域使用权的调整引至规定得更为详尽的其他法律，主要是《海域使用管理法》。

二、海域使用权的概念

所谓海域使用权，是指民事主体基于县级以上人民政府海洋行政主管部门的批准和颁发的海域使用权证书，依法在一定期限内使用一定海域的权利。它具有如下法律性质：

（一）权利主体因海域使用权的类型不同而异其规格

从权利主体方面看，按照《海域使用管理法》的用语，海域使用权的主体包括单位和个人（第3条第2款、第16条、第33条）。

[辨析]

应当说，在物权法的视野里，单位、个人的用语不规范。此处所谓“个人”，当指自然人无疑，可是，所谓“单位”在海域使用权主体的层面究竟指向谁人，则不清楚。依据现行民法及其民事主体理论，团体可以成为民事主体的只有两类，一是法人，二是合伙企业。具体到海域使用权的主体，属于“单位”类型的，也应当限于法人和合伙企业。

结合具体类型的海域使用权观察，会发现不同的海域使用权对权利主体的要求不同。例如，养殖海域使用权的主体限于渔民或渔业合作组织，探矿和采矿的用海权的主体必须具有相应的资质，公益事业用海权（含海底电缆用海权、海底管线用海权等）、港口和修造船厂等建设工程用海权的主体亦然。

（二）海域使用权的客体为海域

从权利客体角度看，海域使用权的客体为海域。依据《海域使用管理法》的规定，所谓海域，是指中华人民共和国内水、领海的水面、水体、海床和底土（第2条第1款）。所谓内水，是指中华人民共和国领海基线向陆地一侧至海岸线的海域（第2条第2款）。

（三）海域使用权为用益物权

从权利的归属体系方面看，海域使用权是物权，且为用益物权。将海域使用权定位在物权，有以下理由支持：

1.确立海域使用权制度的《海域使用管理法》，是全国人民代表大会常务委员会通过的法律。这符合物权法定主义所要求的“法”的地位，为把海域使用权定位于物权提供了前提。

2.按照《海域使用管理法》的规定，海域使用权实行登记制度（第6条第1款）。由国务院批准用海的，由国务院海洋行政主管部门登记造册；地方人民政府批准用海的，由地方人民政府登记造册（第19条）。国家建立海域使用统计制度，定期发布海域使用统计资料，依法登记的海域使用权受法律保护（《海域使用管理法》第6条）。这表明海域使用权有其完善的公示制度，为他人了解海域使用权的存在及其内容提供了制度保障，符合物权对于公示的要求。

3.《海域使用管理法》规定，海域使用权人依法使用海域并获得收益的权利受法律保护，任何单位和个人不得侵犯（第23条第1款）。这表明海域使用权含有占有、使用、收益各项权能，显现出海域使用权具有支配力，而非请求力。这符合物权的质的规定性，而同债权的特点相异。

4.《海域使用管理法》规定，海域使用权人对不妨害其依法使用海域的非排他性用海活动，不得阻挠（第23条第2款）。阻挠、妨害海域使用权人依法使用海域的，海域使用权人可以请求海洋行政主管部门排除妨害，也可以依法向人民法院提起诉讼（第44条）。这表明海域使用权具有排他性，而排他性是物权性质的表现。

【引申】

认定海域使用权具有排他性的根据在于，假如海域使用权为债权，对妨害其行使的不法用海行为，要么因债权的相对性和无排他效力致使海域使用权人无权请求侵权人停止侵害、排除妨害，要么海域使用权人有权请求侵权人承担侵权责任^[33]，但不会因该不法行为有无排他性而有差异。就是说，《海域使用管理法》第23条第2款和第

44条的规定画蛇添足。只有海域使用权为物权时，区分他人的用海是否具有排他性才有其道理，《海域使用管理法》第23条第2款和第44条的规定才合乎法理。其道理如下：如果他人用海系排他的，表明该他人在同一海域拥有另一个物权，那么，这违反了物权的一物一权主义，损害了海域使用权的排他效力，应被禁止。如果他人用海系非排他的，那么，在他人用海并非行使权利的情况下，海域使用权人自然有权制止；在他人用海系行使权利的情况下，该权利若非物权，海域使用权人同样有权制止；在他人用海系行使物权的条件下，则只有该物权与海域使用权同为相容的物权时，该物权的存在才未否定海域使用权的排他效力，二权才可以并存。^[34]

[论争]

同时，我们应当看到，依据物权法原理，不相容的物权不得并存于同一个客体之上。海域使用权、矿业权、渔业权、土地承包经营权、建设用地使用权都是以占有、使用、收益为内容的权利，相对于同一个客体，它们应当属于不相容的物权，是不应当并存于同一海域的。可是，在现行法上，它们恰恰可以并存于同一海域，违反了物权的排他性，在实务上酿成了社会问题。

反驳者或许会说，并非所有的物权都具有排他性，在同一宗土地上不但可以设置内容不同的地役权，而且可以设置若干内容相同的地役权，没有显现出排他性。对海域使用权不可以比照地役权处理吗？笔者认为，内容相同的地役权若不同时行使，它们相安无事，似乎看不出排他性，但若同时行使，则仍然存在着效力冲突问题，需要确定每个地役权的优先顺序。在这一点上，也可以说地役权具有排他性。

海域使用权和渔业权、矿业权、土地承包经营权、建设用地使用权之间的关系，可否比照若干内容相同的地役权之间的关系处理？笔者认为，在绝大多数情况下不行，因为海域使用权依其特性本应永远具有排他性，一定会同矿业权、土地承包经营权、建设用地使用权、养殖权相排斥。严格地按照物权法原理处理，如果矿业权、土地承包经营权、建设用地使用权、养殖权首先设立，海域使用权就不得存在；如果海域使用权首先设立，矿业权、土地承包经营权、建设用地使用权、养殖权本不应产生。但实际情况则不是如此简单，因从事养殖必须经过渔业行政主管机关的特许，所以养殖权仍须产生；矿业权与之类似，也须产生；依据《海域使用管理法》的规定，填海项目竣工后形成土地的建设用地使用权要取代海域使用权（第32条），土地承包经营权则以海域为客体（第22条）。^[35]

至于海域使用权与捕捞权之间的关系，有点类似于几个内容相同

的地役权之间的关系，在捕捞权不行使时，海域使用权与捕捞权并处于同一渔场问题不大，但在捕捞权实际行使时，二权依然相冲突，需要抑制海域使用权的效力，使捕捞权的效力强于海域使用权。

一句话，只要不否认渔业权、矿业权、水权（含排污权）、土地承包经营权、建设用地使用权的正当性，海域使用权的存在便没有积极的意义，只有负面的影响。

5. 债权因其为手段性权利，含有死亡的基因^[36]，一旦物权或与物权价值相当的权利产生，债权便因其目的达到而寿终正寝，故其存续期限一般较短，且大多不由法律直接规定。^[37]而物权由其目的及功能决定，其存续期限一般较长。依据《海域使用管理法》的规定，海域使用权的最高期限，分别为15年、20年、25年、30年、40年不等，显然较长。如此之长的存续期限，再加上上述各种性质综合判断，应当把海域使用权定位在物权，而非债权。

将海域使用权定位在用益物权，是因为它没有担保债权实现的目的及功能，却含有使用、收益的内容。

（四）海域使用权为典型物权

从典型物权与准物权间的类比关系看，海域使用权为典型物权。海域使用权以特定的海域为客体，与养殖权、捕捞权接近，而养殖权、捕捞权属于准物权，因此，容易将海域使用权定位为准物权。但笔者认为，海域使用权属于典型物权，而非准物权。其道理在于，海域使用权以特定的海域为客体，具有排他效力（《海域使用管理法》第23条、第44条）、优先效力（《海域使用管理法》第22条及其解释）、追及效力和物权请求权，不具有复合性，完全符合典型物权的特征，而不符合准物权的特征。

【反思】

虽然笼而统之地可以说海域使用权以特定的海域为客体，具有排他效力、优先效力、追及效力和物权请求权，符合典型物权的特征；不过，一旦海域使用权具体化为养殖用海权（养殖权）、探矿用海权（探矿权）、采矿用海权（采矿权）等权利时，典型物权的属性便弱化，准物权的色彩就彰显。这也表明设立海域使用权制度违反法律制度设置及运行的规律。

（五）海域使用权为集合性物权

从权利是否具有单一性的角度看，海域使用权为集合性的物权。海域使用权并非单一的物权，而是一系列权利的总称。按照《海域使用管理法》的规定，养殖权（养殖用海权）、拆船用海权、旅游用海权、娱乐用海权、矿业权（探矿用海权、采矿用海权）、公益事业用海权（含海底电缆用海权、海底管线用海权等）、港口和修造船厂等建设工程用海权，均属海域使用权的范畴。这表明海域使用权是权利束，是集合性的权利。

[反思]

一部善法确立的用益物权，都应有其特定的目的及功能。例如，建设用地使用权的目的及功能在于，使用权人在国家所有的土地上进行房地产开发建设，建筑物的所有权不被土地所有权吸收，而是归属于建设用地使用权人；土地承包经营权的目的及功能在于，承包人在农村集体所有或国家所有的土地上进行农林牧渔经营，其收获不归土地所有权人享有，而是属于承包人；采矿权的目的及功能在于，权利人在特定的矿区采掘矿产资源并取得矿产品；养殖权的目的及功能在于，权利人利用特定水域从事养殖业，并享有该水域里的水生动植物的所有权，阻止水域所有权人享有此权；捕捞权的目的及功能在于，权利人在特定渔场捕捞作业，取得渔获物的所有权，使海域所有权不追及至该物之上。^[38]

海域使用权的目的及功能何在？如果承认法律设置的渔业权、矿业权、水权、土地承包经营权、建设用地使用权正当合理，那么，海域使用权只是单纯地占有、使用海域，而无其他目的及功能。因为如果目的及功能是捕捞水生动物，那么捕捞权非常合适；如果目的及功能是养殖水生动植物，那么养殖权十分胜任，某些土地承包经营权也有此目的及功能；如果是探矿或采矿，那是矿业权的目的及功能；如果是用于航行，那是航运水权的目的及功能；如果是用于流放竹木，那是流放水权的目的及功能；如果是利用水道排放污水，那是排污权的目的及功能。如此，海域使用权存在的实质正当性就存在疑问：其一，设置海域使用权难道只是为了收取费用？其二，人为地造成了海域使用权和渔业权、矿业权、水权（含排污权）、土地承包经营权、建设用地使用权之间的竞合，效力冲突，徒增成本。^[39]

或许有人会说，以海域使用权取代渔业权、矿业权、土地承包经营权等物权，不就使海域使用权有用武之地了吗？！笔者认为，就渔业权、矿业权、土地承包经营权等物权来说，一是概念本身就能反映出权利的目的及功能；二是养殖证、捕捞许可证、矿业权、土地承包经营权等物权形成在先，相应的法律也早已颁行，何况《民法典》已经规定了养殖权、捕捞权（第329条），而非养殖证、捕捞许可证；三

是与国际惯例接轨；四是海洋行政主管部门尚无相应的管理权限，也不精通相应的业务。所以，没有理由以海域使用权取代它们。尤其是其中的土地承包经营权，既是中国改革重大成果的结晶，又有法律依据，农民和管理者对它情有独钟，更没有理由被海域使用权所置换。[\[40\]](#)

总之，海域使用权本身没有独立的目的与功能，既有的权利，如渔业权、矿业权、水权（含排污权）、土地承包经营权、建设用地使用权等各自拥有其目的及功能，完全能够满足权利人的需要，这在客观上排斥了海域使用权的存在价值。只要不否认渔业权、矿业权、水权（含排污权）、土地承包经营权、建设用地使用权存在的正当性，海域使用权的存在就不仅是无用的，而且是有害的。

赞同海域使用权而否定渔业权等准物权的论者，为证成其观点提出了各种理由，其中之一是，为改变多龙管海、用海无序的局面，由一个部门统一协调才会秩序井然。对此，笔者认为，如果从财产权的角度寻求一个部门统一协调用海的根据，单凭国家对海域享有所有权就足够了，完全没有必要降至海域使用权的他物权的层面；如果从行政权力的层面寻觅一个统一部门统一协调用海的权限依据，那么国务院一个授权就足以解决问题，用不着通过设置财产权的迂回曲折的路径。[\[41\]](#)

赞同海域使用权而否定渔业权等准物权的理由之二是，海域属于国家的自然资源，国家对海域享有所有权，渔民等用海人使用海域，必须支付权利金。不设置海域使用权，如何收取权利金？笔者认为，其一，如果国家收取权利金是必要且正当的话，完全可以基于探矿人取得了探矿权，采矿权人取得了采矿权，渔民取得了养殖证、捕捞许可证的事实，来收取权利金，没有必要新创一个海域使用权来作为收取权利金的对价。其二，对于渔民而言，收取权利金是否必要且适宜？笔者认为，向渔民收取这些权利金，的确增加了负担，这与中央逐年减轻、最终取消农业税的改革方向是逆向的，尤其是海域使用权的取得通过拍卖的方式，海域使用权被出价高者取得，祖祖辈辈在沿海以捕鱼、养鱼为生的渔民却因财力有限而失去谋生和就业的手段，会酿成严重的社会问题。[\[42\]](#)

赞同海域使用权而否定渔业权等准物权的理由之三是，海域是蓝色的国土，陆地上存在着土地使用权，海域使用权相当于陆地上的土地使用权，所以，创设海域使用权是非常科学的。

笔者认为，如果此处所谓土地使用权是广义上的，则它是指建设用地使用权、宅基地使用权、土地承包经营权等用益物权。如此，开

发商取得一种土地使用权（现行法上的建设用地使用权），就有权在基地上建造房屋，此外无须再取得其他物权，作为建造并保有房屋的依据；农民取得一种土地使用权（现行法上的宅基地使用权），便可以在基地上建造住房，此外无须再取得其他物权，作为建造并保有住房的权源；农民取得一种土地使用权（现行法上的土地承包经营权），便可以从事农林牧渔，此外无须再取得其他物权，作为从事农林牧渔并保有收益的根据。把它类比到海上，便是只要用海人取得海域使用权便足够了，无须再取得探矿权、采矿权、养殖证、捕捞许可证等。[43]

如果此处所谓土地使用权是狭义的，则它专指建设用地使用权，于是，开发商取得建设用地使用权就完全可以在基地上建造商品房等，此外无须再取得另外一种物权作为建造房屋等的根据。而事实相反，渔民既必须取得海域使用权，又需要取得养殖证或捕捞许可证；探矿人既必须取得海域使用权，又需要取得探矿权；采矿权人既必须取得海域使用权，又需要取得捕捞权，非常不经济。海域所有权—海域使用权—探矿权/采矿权/养殖证/捕捞许可证……，三层结构，类比到陆地上，就相当于在土地所有权与建设用地使用权/土地承包经营权/探矿权/采矿权……中间再创设一种物权。这种结构在陆地上似乎无人赞同，在海上为什么就赞同呢？！[44]

三、海域使用权的效力

（一）概述

由于海域使用权是一束权利，聚集着养殖权（养殖用海权）、拆船用海权、旅游用海权、娱乐用海权、矿业权（矿业用海权）、公益事业用海权（如海底电缆用海权、海底管道用海使用权等）、港口建设工程用海权、修造船厂用海权（《海域使用管理法》第25条）。所谓海域使用权的效力，具体体现在各个具体的海域使用权之中，例如，以海域作为客体的养殖权、探矿权、采矿权的效力。

（二）海域使用权人的权利

1. 占有特定海域的权利

养殖权（养殖用海权）、拆船用海权、旅游用海权、娱乐用海权、矿业权（探矿用海权、采矿用海权）、公益事业用海权（如海底电缆用海权、海底管道用海权等）、港口建设工程用海权、修造船厂用海权均需占有特定的海域，只不过旅游用海权和娱乐用海权场合占有时间比较短暂罢了。

2.使用特定海域的权利

海域使用权人依法使用特定的海域，是海域使用权的主要内容，只不过海域使用权的亚类型不同，使用海域的表现形式可能有所区别罢了。例如，养殖权（养殖用海权）的使用表现为权利人立体化地利用特定的海域，而海底电缆用海权则仅仅利用海底的个别部位，采矿用海权比较长期地使用特定的海域，而旅游用海权仅仅是一时地利用特定的海域。

3.收益权

海域使用权人对其使用特定海域所产生的收益享有权利。如养殖权（养殖用海权）人利用特定海域从事养鱼的经营活动，对所养之鱼享有所有权。采矿权（采矿用海权）人对从其矿区内采掘的矿物享有所有权。《海域使用管理法》第23条规定，海域使用权人依法使用海域并获得收益的权利受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。

4.转让权

海域使用权作为他物权，没有转让特定海域的效力，但用海者有将海域使用权自身转让的权利。《海域使用管理法》第27条规定：“因企业合并、分立或者与他人合资、合作经营，变更海域使用权人的，需经原批准用海的人民政府批准。海域使用权可以依法转让。海域使用权转让的具体办法，由国务院规定。海域使用权可以依法继承。”于此场合，申请人可以申请海域使用权转移登记（《不动产登记暂行条例实施细则》第57条第1项）。不过，应当注意，海域使用权中的许多亚类型涉及国家安全、社会公共利益，不得随意转让。

5.请求续期权

海域使用权是有期物权，《海域使用管理法》第25条规定：“海域使用权最高期限，按照下列用途确定：（一）养殖用海十五年；（二）拆船用海二十年；（三）旅游、娱乐用海二十五年；（四）盐业、矿业用海三十年；（五）公益事业用海四十年；（六）港口、修造船厂等建设工程用海五十年。”

用海者若欲续期，按照《海域使用管理法》第26条的规定，海域使用权期限届满，海域使用权人需要继续使用海域的，应当至迟于期限届满前2个月向原批准用海的人民政府申请续期。除根据公共利益或国家安全需要收回海域使用权的外，原批准用海的人民政府应当批

准续期。于此场合，申请人应当持不动产权属证书、海域使用权变更的文件等材料，申请海域使用权变更登记（《不动产登记暂行条例实施细则》第56条第4项）。

6. 请求改变海域用途的权利

按照《海域使用管理法》第28条后段规定，如果确需改变海域用途，应当在符合海洋功能区划的前提下，海域使用权人报原批准用海的人民政府批准。于此场合，申请人应当持不动产权属证书、海域使用权变更的文件等材料，申请海域使用权变更登记（《不动产登记暂行条例实施细则》第56条第6项）。

7. 取回所有物的权利

海域使用权人对其设置于特定海域的物品，有权取回，在海域使用权终止时尤其如此。^[45]

8. 请求补偿的权利

《海域使用管理法》第30条规定，因公共利益或国家安全的需要，原批准用海的人民政府可以依法收回海域使用权。依照前款规定在海域使用权期满前提前收回海域使用权的，对海域使用权人应当给予相应的补偿。

9. 物权请求权

海域使用权人享有排除妨害、消除危险、返还海域诸物权请求权（《海域使用管理法》第3条、第23条等，《民法典》第235条、第236条）。

（三）海域使用权人的义务

1. 缴纳海域使用金

《海域使用管理法》规定，国家实行海域有偿使用制度（第33条第1款）。单位和个人使用海域，应当按照国务院的规定缴纳海域使用金。海域使用金应当按照国务院的规定上缴财政（第33条第2款）。对渔民使用海域从事养殖活动收取海域使用金的具体实施步骤和办法，由国务院另行规定（第33条第3款）。根据不同的用海性质或情形，海域使用金可以按照规定一次缴纳或按年度逐年缴纳（第34条）。但要注意，下列用海，免缴海域使用金：（1）军事用海；（2）公务船舶专用码头用海；（3）非经营性的航道、锚地等交通基

基础设施用海；（4）教学、科研、防灾减灾、海难搜救打捞等非经营性公益事业用海（第35条）。下列用海，按照国务院财政部门 and 国务院海洋行政主管部门的规定，经有批准权的人民政府财政部门和海洋行政主管部门审查批准，可以减缴或免缴海域使用金：（1）公用设施用海；（2）国家重大建设项目用海；（3）养殖用海（第36条）。

2.合理用海

首先，海域使用权人必须按照海洋功能区划使用特定的海域（《海域使用管理法》第4条、第15条）。其次，海域使用权人须依法保护和合理使用海域，对不妨害其依法使用海域的非排他性用海活动，不得阻挠（《海域使用管理法》第23条第2款）。再次，海域使用权人应当尽量减少乃至杜绝污染海洋环境，在海域使用权终止后，原海域使用权人应当拆除可能造成海洋环境污染或影响其他用海项目的用海设施和构筑物（《海域使用管理法》第29条第2款）。最后，海域使用权人不得擅自改变经批准的海域用途；确需改变的，应当在符合海洋功能区划的前提下，报原批准用海的人民政府批准（《海域使用管理法》第28条）。

3.不得擅自从事海洋基础测绘

《海域使用管理法》第24条规定，海域使用权人在使用海域期间，未经依法批准，不得从事海洋基础测绘（第1款）。

4.不得擅自改变海域用途

海域使用权人不得擅自改变经批准的海域用途，除非原批准用海的人民政府已经批准（《海域使用管理法》第28条）。

5.报告义务

海域使用权人发现所使用海域的自然资源和自然条件发生重大变化时，应当及时报告海洋行政主管部门（《海域使用管理法》第24条第2款）。

6.接受监督

海域使用权人对海洋行政主管部门的监督检查应当予以配合，不得拒绝、妨碍监督检查人员依法执行公务（《海域使用管理法》第40条第2款）。

第三百二十九条

依法取得的探矿权、采矿权、取水权和使用水域、滩涂从事养殖、捕捞的权利受法律保护。

本条主旨

本条是关于探矿权、采矿权、取水权、养殖权和捕捞权为用益物权的引致性规定。

相关条文

《民法通则》第81条第2款、第3款 国家所有的矿藏，可以依法由全民所有制单位和集体所有制单位开采，也可以依法由公民采挖。国家保护合法的采矿权。

公民、集体依法对集体所有的或者国家所有由集体使用的森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面的承包经营权，受法律保护。承包双方的权利和义务，依照法律由承包合同规定。

《物权法》第123条 依法取得的探矿权、采矿权、取水权和使用水域、滩涂从事养殖、捕捞的权利受法律保护。

《土地管理法》第13条第2款 国家所有依法用于农业的土地可以由单位或者个人承包经营，从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产。

《矿产资源法》第3条第3款 勘查、开采矿产资源，必须依法分别申请、经批准取得探矿权、采矿权，并办理登记；但是，已经依法申请取得采矿权的矿山企业在划定的矿区范围内为本企业的生产而进行的勘查除外。国家保护探矿权和采矿权不受侵犯，保障矿区和勘查作业区的生产秩序、工作秩序不受影响和破坏。

第5条第1款 国家实行探矿权、采矿权有偿取得的制度；但是，国家对探矿权、采矿权有偿取得费用，可以根据不同情况规定予以减缴、免缴。具体办法和实施步骤由国务院规定。

第6条 除按下列规定可以转让外，探矿权、采矿权不得转让：

（一）探矿权人有权在划定的勘查作业区内进行规定的勘查作业，有权优先取得勘查作业区内矿产资源的采矿权。探矿权人在完成规定的最低勘查投入后，经依法批准，可以将探矿权转让他人。

(二) 已取得采矿权的矿山企业，因企业合并、分立，与他人合资、合作经营，或者因企业资产出售以及有其他变更企业资产产权的情形而需要变更采矿权主体的，经依法批准可以将采矿权转让他人采矿。

前款规定的具体办法和实施步骤由国务院规定。

禁止将探矿权、采矿权倒卖牟利。

《煤炭法》第6条第1款 国家保护依法投资开发煤炭资源的投资者的合法权益。

第20条 煤矿投入生产前，煤矿企业应当依照有关安全生产的法律、行政法规的规定取得安全生产许可证。未取得安全生产许可证的，不得从事煤炭生产。

《监狱法》第9条 监狱依法使用的土地、矿产资源和其他自然资源以及监狱的财产，受法律保护，任何组织或者个人不得侵占、破坏。

《水法》第7条 国家对水资源依法实行取水许可制度和有偿使用制度。但是，农村集体经济组织及其成员使用本集体经济组织的水塘、水库中的水的除外。国务院水行政主管部门负责全国取水许可制度和水资源有偿使用制度的组织实施。

第48条第1款 直接从江河、湖泊或者地下取用水资源的单位和个人，应当按照国家取水许可制度和水资源有偿使用制度的规定，向水行政主管部门或者流域管理机构申请领取取水许可证，并缴纳水资源费，取得取水权。但是，家庭生活和零星散养、圈养畜禽饮用等少量取水的除外。

《渔业法》第11条 国家对水域利用进行统一规划，确定可以用于养殖业的水域和滩涂。单位和个人使用国家规划确定用于养殖业的全民所有的水域、滩涂的，使用者应当向县级以上地方人民政府渔业行政主管部门提出申请，由本级人民政府核发养殖证，许可其使用该水域、滩涂从事养殖生产。核发养殖证的具体办法由国务院规定。

集体所有的或者全民所有由农业集体经济组织使用的水域、滩涂，可以由个人或者集体承包，从事养殖生产。

第12条 县级以上地方人民政府在核发养殖证时，应当优先安排当地的渔业生产者。

第23条 国家对捕捞业实行捕捞许可证制度。

到中华人民共和国与有关国家缔结的协定确定的共同管理的渔区或者公海从事捕捞作业的捕捞许可证，由国务院渔业行政主管部门批准发放。海洋大型拖网、围网作业的捕捞许可证，由省、自治区、直辖市人民政府渔业行政主管部门批准发放。其他作业的捕捞许可证，由县级以上地方人民政府渔业行政主管部门批准发放；但是，批准发放海洋作业的捕捞许可证不得超过国家下达的船网工具控制指标，具体办法由省、自治区、直辖市人民政府规定。

捕捞许可证不得买卖、出租和以其他形式转让，不得涂改、伪造、变造。

到他国管辖海域从事捕捞作业的，应当经国务院渔业行政主管部门批准，并遵守中华人民共和国缔结的或者参加的有关条约、协定和有关国家的法律。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条是对《物权法》第123条的复制，确立了探矿权、采矿权、取水权、养殖权和捕捞权为用益物权，将它们分别引向规定得更为详细的《矿产资源法》《水法》《渔业法》等法律、法规。

二、矿业权（探矿权、采矿权）

（一）矿业权的概念

探矿权和采矿权合称矿业权，简称为矿权，是一束权利的总称，指探采人依法在已经登记的特定矿区或工作区内勘查、开采一定的矿产资源，取得矿石标本、地质资料及其他信息，或矿产品，并排除他人干涉的权利。在中国，由于《矿产资源法》规定矿产资源属于国家所有（第3条第1款），勘查、开采矿产资源的主体主要为国有矿山企业，其次为集体矿山企业，以及个体采矿者，还有少量的外资企业、中外合作经营企业、中外合资经营企业，因而矿业权可以被定义为：国有矿山企业、集体矿山企业以及个体采矿者等主体，依照法定程序在已经登记的特定矿区或工作区内勘探、开采一定的国有矿产资源，取得矿产品，并排除他人干涉的权利。其中，勘探一定的国有矿产资源，取得矿石标本、地质资料及其他信息的权利，叫作探矿权；开采一定的国有矿产资源，取得矿产品之权，称为采矿权。它们具有如下

法律性质。

1.矿业权是准物权。除有些优先权以外，典型物权具有特定性，含有客体特定性之义。但矿业权的客体是特定矿区或工作区的地下部分及赋存其中的未特定的矿产资源，而矿产资源具有隐蔽性，“在矿业权的标的物是存在于矿区内的未具体特定的矿物这点上，与普通的物权不同”^[46]。矿业权客体的未特定性，其一表现在，在探矿权场合，（局部的）矿产资源在登记的矿区或工作区可能并不存在，正所谓试掘权^[47]并非像采掘权^[48]那样以矿物的存在为前提，矿物的存在通常是预想的^[49]；其二表现在，勘探工作进行到一定阶段时，矿区或工作区的面积应随着缩减，把未勘探的矿产资源的权利归还给国家，使有勘探能力者获得这些归还部分的勘探权。

正因为矿业权在客体方面存在着与典型物权不同的上述特点，故将矿业权称为准物权或视为物权。从日本的旧矿业法把“矿业权作为物权”（第5条）到新矿业法将“矿业权，视为物权，除法律有特别规定外，准用关于不动产的规定”（第12条），可以发现客体未特定这一性质所起的巨大作用。^[50]

这里的“准用关于不动产的规定”，是广义的，即只要不违反矿业法的规定，不与矿业权的本质相冲突，不仅准用民法的规定，而且准用商法、民事诉讼法等关于不动产的规定。^[51]

2.矿业权的客体具有复合性。除财团抵押权等极个别的物权以外，典型物权的客体以单一性为原则，但矿业权的客体却是复合型的，即特定矿区或工作区内的地下部分与赋存其中的矿产资源。在探矿权场合，客体以特定矿区或工作区内的地下土壤为主，（局部的）矿产资源不明，或存在，或不存在。这丝毫不意味着（局部的）矿产资源不重要，探明矿产资源的情况是探矿权人所追求的目标。这从一个侧面表明物权的客体和物权的目的是两个不同的概念。在采矿权的情况下，客体由特定矿区内的地下土壤与赋存其中的（局部的）矿产资源结合而成，（局部的）矿产资源居于最有价值的地位。

3.矿业权在权利构成上具有复合性。典型的物权构成，均以占有、使用、收益等权能作为要素，而矿业权的构成，一方面以在特定矿区或工作区内勘探、开采矿产资源的权利为要素，另一方面又存在着特定矿区或工作区内的地下部分的使用权，即地下使用权。^[52]正如有学者所言，矿区内的地下使用权构成了矿业权的内容。^[53]在设立了矿业权的土地上，土地所有权人就地下的使用受到了矿业法的限制，在其界限内，或负担着不作为的义务，或承受着容忍义务。^[54]特定矿区或工作区内的地下使用权随着探矿权、采矿权的取得而当然

拥有，并为探矿权、采矿权服务，为这二权而存在，而有积极的意义。

4.矿业权是具有公权性质的私权。矿业权的设立需要行政许可，其内核有矿业权人向矿产资源行政主管部门要求探矿或采矿的利益元素，受公法色彩浓厚的矿产资源法调整，矿业权纠纷多由行政方式解决，使得矿业权具有公权性。但由于矿业权的私权性更浓，宜将它定性和定位在具有公权性质的私权更为妥当。

5.同典型物权相比，矿业权还具有一些不同点：因矿业权往往事关国家战略利益、国计民生，故在主体方面限定严格，权利转让方面也附有种种条件乃至禁止性规定。

（二）矿业权的客体

矿业权的客体不仅仅是矿产资源，因为在探矿权场合，（局部的）矿产资源可能并不存在，若将探矿权的客体界定为一定的矿产资源，在确实不存在该特定的矿产资源时，就无法解释探矿权无客体何以照样存续的现象。此其一。其二，矿业权所支配的，亦即其作用的，绝不是单纯的（局部的）矿产资源，必定有特定的矿区或工作区内的地下部分；在矿产资源埋藏于地下时，矿业权所支配的，首先是特定的矿区或工作区内的地下部分，而后才会是（局部的）矿产资源；在探矿权场合，若（局部的）矿产资源不存在，探矿权所支配的仅仅是特定的矿区或工作区内的地下部分。正因如此，矿业权的客体应是特定的矿区或工作区内的地下土壤与其中所赋存的矿产资源，是两者的组合体。有学者称之为特定矿区内的矿物。^[55]其中的矿产资源不是抽象意义上的全国范围的整个矿产资源，而是作为具体矿业权作用的局部的矿产资源。此处所谓特定矿区或工作区内的地下土壤，在不包含土地所有权和矿地使用权的意义上，可以用特定矿区或工作区的概念代替。

观察和界定矿业权的客体，应该采取多视角模式，即不仅从矿区或工作区的地表、水平方向着眼，而且注重矿区或工作区的垂直方向。所谓着眼于矿区或工作区的地表、水平方向，是指确定矿区或工作区的面积、四至和形状。在探矿权场合，对矿区或工作区按标准区块进行划分和登记管理，任何一个矿区或工作区均由标准区块组合而成。^[56]

所谓注重矿区或工作区的垂直方向，是指将一个矿区或工作区的沉积层划分为若干个地层段或地层区，每个含有（局部的）矿产资源的地质层段或地层区可以单独地成为矿业权的客体。这种垂直分层或曰

纵向分层，在加拿大阿尔伯达省有两种形式：一是将一个矿区或工作区的沉积层分为浅层和深层，把它们分别出租，使之成为不同的矿业权的客体，由不同的矿业权人支配；二是把一个矿区或工作区垂直地划分为多个地层段或地层区，谁对哪一个地层段或地层区感兴趣，就将该地层段或地层区租给他，即各个地层段或地层区均可成为矿业权的客体，并可被不同的矿业权人支配。^[57]如此，就出现了区分矿业权，又叫纵向矿业权。在中国，国务院于1987年12月16日批准、石油工业部于1987年12月24日发布的《石油及天然气勘查、开采登记管理暂行办法》规定，存在两个或两个以上企业开采同一地区不同埋深油气藏的，应当根据双方协议和各自开采的不同油气藏属性及范围分别核（划）定矿区范围（第18条第2款）。对此，国务院于1998年2月12日发布、2014年7月9日修改的《矿产资源勘查区块登记管理办法》（国务院令240号）虽然未明文延续，但也没有否定，属于明知漏洞，留待矿产资源勘查、开采的实务发展和理论探讨去解决。

《民法典》承认了区分建设用地使用权（第271条），给区分矿业权提供了支持。

当然，如果仅有一个地层段赋存着（局部的）矿产资源，或因技术等原因难以划分各个地层段，或因经济原因无力或无必要采取区分矿业权的制度，就采纳单视角模式，观察和界定矿业权的客体，将一个矿区或工作区作为一个矿业权的客体的组成部分。在中国，近几年虽然倡导区分矿业权，但在相当数量的矿区或工作区，因在技术上暂时难以精确地划分不同的地层段，从而不易妥当地分配不同矿业权人的应得利益，故仍把该矿区或工作区作为单层段看待，仅仅允许存在着一个矿业权。^[58]

还有，作为矿业权客体组成部分的特定矿区或工作区内的地下部分，在法律上并非凝固静止，而是适时变动着的。在水平方向，随着勘探工作进行到一定阶段，矿区或工作区的面积应缩减，国家要收回一定面积。这是例行的面积缩减。此外，还有惩罚性的面积撤销：如果矿业权人不按照许可证核准的矿区或工作区、任务、工作性质、规划期限作业，视情节轻重，可能核减矿区或工作区的范围，甚至撤销全部矿区面积，吊销许可证。在垂直方面，随着勘探、开采作业的进展，有的地层段应归还给国家。所有这些，都表明矿业权客体具有未特定的属性。

应予指出，并非任何区域都可以成为矿区，相应的，有些区域内的矿产资源也就不得作为矿业权的客体。按照《矿产资源法》的规定，非经国务院授权的有关主管部门同意，下述区域不得成为矿区：港口、机场、国防工程设施圈定的地区；重要工业区、大型水利工程

设施、城镇市政设施附近一定距离以内的区域；铁路、重要公路两侧一定距离以内的区域；重要河流、堤坝两侧一定距离以内的区域；国家划定的自然保护区、重要风景区，国家重点保护的不能移动的历史文物和名胜古迹所在地；国家规定不得开采矿产资源的其他地区（第20条）。

（三）矿业权的主体

成为矿业权的主体，需要具备法律要求的资质条件。按照《矿产资源法》第15条规定，设立矿山企业，必须符合国家规定的资质条件，并依照法律和国家有关规定，由审批机关对其矿区范围、矿山设计或开采方案、生产技术条件、安全措施和环境保护措施等进行审查；对合格者方予批准。

矿产资源具有隐蔽性、分布不均匀性，油气矿产资源还具有油气水“三相共生”、埋藏深、油气层高温高压、油气易燃易爆等属性，这决定了采矿业受地质、埋藏条件的约束大，并且影响安全的因素多。大部分矿山为地下开采，井下作业场所狭小、阴暗、潮湿、多变，生产环节多，过程复杂，导致灾害的因素多^[59]，使得勘查、开采矿产资源成为高投入、高风险、技术程度要求高的行业，因而对矿山企业的资质要求远比对一般民事主体的要求高，法律对矿山企业特设资质条件的要求，而对一般民事主体则无此条件限制。此其一。

其二，为适应不同矿种、不同规模的矿产资源对勘查者、开采者不同的资质要求，中国法律对不同的矿业权主体设置了不尽相同的资质条件。按照《矿产资源法实施细则》的规定，开办国有矿山企业，应当具备下列条件：（1）有供矿山建设使用的矿产勘查报告；（2）有矿山建设项目的可行性研究报告（含资源利用方案和矿山环境影响报告）；（3）有确定的矿区范围和开采范围；（4）有矿山设计；（5）有相应的生产技术条件（第11条）。申请开办集体所有制矿山企业或私营矿山企业，应当具备下列条件：（1）有供矿山建设使用的与开采规模相适应的矿产勘查资料；（2）有经过批准的无争议的开采范围；（3）有与所建矿山规模相适应的资金、设备和技术人员；（4）有与所建矿山规模相适应的，符合国家产业政策和技术规范的可行性研究报告、矿山设计或开采方案；（5）矿长具有矿山生产、安全管理和环境保护的基本知识（第13条）。申请个体采矿应当具备下列条件：（1）有经过批准的无争议的开采范围；（2）有与采矿规模相适应的资金、设备和技术人员；（3）有相应的矿产勘查资料和经过批准的开采方案；（4）有必要的安全生产条件和环境保护措施（第14条）。

其三，应当指出，有些资质条件，是任何矿业权主体均须具备的。例如，（1）供矿山建设使用的矿产勘查报告（勘查资料），是载有矿种、储量规模等基本情况，决定矿山企业的规模、矿山设计、生产技术条件等事项的基本因素，因而欲成为矿业权的主体必须具备该项条件。（2）矿区范围和开采范围，是勘查、开采矿产资源作业的领域，是矿业权主体与他人划分利益的标准之一，也是处理相邻关系的依据，故应为一切实业权主体所必备的条件。（3）矿山设计或开采方案，是矿业权人有目的、有计划、速度相宜、效益较高地建设矿山，顺利地展开勘查、开采作业的前提条件，不可缺少。（4）相应的生产技术条件、必要的安全措施，同样是必备条件之一。这是由勘查、开采矿产资源系高投入、高风险、技术程度要求高的行业所决定的。（5）人类生活、社会发展需要良好的自然环境，而勘查、开采矿产资源往往污染环境，这就要求矿业权主体必须具有符合要求的环境保护方案，采取必要的环境保护措施，以提高而不是降低人们的生活品质。

其四，矿业权主体之间的法律地位不平等。现行法对国有矿山企业给予了诸多方面的优惠保护，国有矿山企业处于主导、核心的地位，国家规划矿区和对国民经济具有重要价值的矿区内的矿产资源、矿产储量规模在大型以上的矿产资源等，几乎都由国有矿山企业开采。在确定矿区范围上，国有矿山企业也受到了优惠保护：在国有矿山企业和其他所有制采矿者共同采矿的地区，国有矿山企业的矿区被核定或者划定之前，不得先行划定其他所有制采矿者的开采范围；先于国有矿山企业建设开办的，在补偿其损失、妥善安置群众生活的前提下，可令其关闭或搬迁，由国有矿山企业取而代之；或是国有矿山企业与其他所有制矿山企业联合经营；或是划出矿区范围内的边缘资源，安排其他所有制采矿者易地开采（《矿产资源法》第4条第2款、第35条等）。《矿产资源法》及其实施细则规定，集体矿山企业可以开采下列矿产资源：不适于国家建设大、中型矿山的矿床及矿点；经国有矿山企业同意，并经其上级主管部门批准，在其矿区范围内划出的边缘零星矿产；矿山闭坑后，经原矿山企业的主管部门确认，可以安全开采并不会引起严重环境后果的残留矿体；等等（《矿产资源法实施细则》第38条第1款）。私营矿山企业亦同（《矿产资源法实施细则》第39条）。个体采矿业者可以采挖零星分散的小矿体或矿点，只能用作普通建筑材料的砂、石、黏土，以及为生活自用采挖少量矿产（《矿产资源法》第35条第1款后段）。《国务院关于对黄金矿产实行保护性开采的通知》（国发〔1988〕75号）明确规定：“黄金矿产列为实行保护性开采的特定矿种，实行有计划的开采，未经国家黄金管理局批准，任何单位和个人不得开采；自本通知发出之日起，停止审批个体采金，不得再向个体发放黄金矿产采矿许可证。”“对现在

从事黄金矿产开采的个体采矿者，应当停采清理；对无证开采的，要依法处罚；对持有黄金矿产采矿许可证的，由原发证机关负责限期收回。”

如此区分，原因之一是有些矿产资源关系到国计民生、国家安全和战略需要，国家要加以控制。

股份有限公司已经普遍化，矿山企业至少是部分矿山企业股份化成为必然。这样，矿业权主体应有股份有限公司。

按照《合伙企业法》的规定，合伙已成为独立于自然人、法人的民事主体。《民法典》认可其为非法人组织（第102条第2款）。它依法勘探、开采矿产资源时，也就成了矿业权的主体。

在合作开采海洋石油资源、合作开采陆上石油资源、合资或合作开采煤炭资源等情况下，中外合作经营企业、中外合资经营企业可以成为矿业权的主体。

矿业是属于井下危险性大的作业，为安全有效起见，有关部门对开办矿山企业实行严格的审批和登记制度。

设立矿山企业，必须依照法律和国家有关规定，由审批机关对其矿区范围、矿山设计或开采方案、生产技术条件、安全措施和环境保护措施等进行审查，然后进行登记和颁发采矿许可证。通过审查把关，确保矿业权主体的资质合格，达到立法目的。在这方面，需要明确各行政部门之间的权限，防止渎职、越权、权力滥用、权力的冲突和掣肘。依法保证审查登记机关在法定范围内和按法定程序进行审批和登记，防止行政无效率、违法行政、行政侵权行为的发生。

（四）探矿权的内容

1. 探矿权人的权利

（1）探矿权人的排他性占有权。

探矿权人的排他性占有权是探矿权的首要权能，是探矿权人实施勘查作业的必备前提。探矿权的标的物是存在于特定工作区内的未特定的矿物。由此决定，探矿权人占有的对象为已登记的特定工作区和赋存其中的（局部的）矿产资源。当然，在矿产资源不存在的情况下，占有的对象仅为特定的工作区；在矿产资源不明的情况下，对该矿产资源的占有仅具有抽象的象征的意义，只是通过占有工作区来体现。

探矿权人的占有多为单独占有，但也存在共同占有的情况。例如，在盆地评价勘查石油、天然气的活动中，两个或两个以上的探矿权人可以在相同的工作区内取得探矿权（《石油及天然气勘查、开采登记管理暂行办法实施细则》第25条第1项、第2项第2目）。这样，就出现了两个以上的探矿权人共同占有的现象。

当两个以上的探矿权人分别占有各自的地层段或地层区时，便出现了区分占有探矿权客体的现象。

（2）按照勘查许可证规定的区域、期限、工作对象进行勘查。

勘查许可证规定的区域，是探矿权客体的组成部分——矿产资源勘查工作区。勘查许可证规定的期限，是探矿权存续的期间。勘查许可证规定的工作对象，是探矿权客体的另一组成部分，即局部的矿产资源。勘查，主要是探明该矿产资源的矿种、矿床及其储量、内外部特征、加工性能、社会经济地理状况等。葡萄牙的矿业法将勘查权界定为发现矿产资源以及确定它们的特性直至经济价值被确定之前而从事的活动（第9条第1款a），即说明了这一点。欲达到探矿权的目的，探矿权人必须享有按照勘查许可证规定的区域、期限、工作对象进行勘查的权利（《矿产资源法实施细则》第16条第1款第1项）。

（3）根据工程需要临时使用土地。

矿业权仅含有地下使用权，并不包括地表的使用权，但探矿权的行使又必然使用土地。解决这一矛盾，需要探矿权人取得临时使用土地权（《矿产资源法实施细则》第16条第1款第4项）。该权的取得需要经过国土资源管理部门的审批，发给临时使用土地证。

矿产勘查分为普查、详查、勘探三个阶段。普查阶段之前，为区域地质调查工作。勘探阶段之后，为矿山开发地质工作（《矿产勘查工作阶段划分的暂行规定》第2条）。普查、详查、勘探，所对应的权能分别为普查权、详查权和勘探权三项权能。

（4）在工作区及相邻区域通行。

在工作区通行作为行使探矿权所必需，是探矿权人取得临时使用土地权后的一项当然的权能。在相邻区域通行一般属于相邻权的范畴，探矿权人享有法定的通行权，无须征得相邻区域的所有权人或使用权人的同意，但应选择给他们造成损失最小的路线（《矿产资源法实施细则》第16条第1款第3项）。此外，若探矿权人欲享有超过法定范围的权利，则需要同有关所有权人或者使用权人签订合同，取得地役

权。

(5) 在工作区及相邻区域架设供电、供水、通讯的管线。

在工作区架设供电、供水、通讯的管线亦为行使探矿权所必需，仍为探矿权人取得临时使用土地权后所当然享有的一项权利，只是不得影响或损害原有的供电、供水的设施和通讯的管线（《矿产资源法实施细则》第16条第1款第2项）。

在相邻区域架设供电、供水、通讯的管线，在选择了给相邻他方造成损失最小的路线场合，其权利属于相邻权范畴，为探矿权人的一项法定权利，不以相邻区域的所有权人或使用权人的同意为必要。只是该相邻管线设置权的行使不得影响或损害原有的供电、供水的设施和通讯管线。但若架设供电、供水、通讯的管线给相邻他方增加的负担超出了法定的最低标准，就不再属于相邻权制度的范畴，探矿权人必须与相邻区域的所有权人或使用权人签订地役权合同，地役权产生，方可作业。不然，就构成侵权行为，承担民事责任。

(6) 优先取得工作区内新发现矿种的探矿权。

《矿产资源法实施细则》第16条第1款第5项规定，探矿权人优先取得勘查作业区内新发现矿种的探矿权。就是说，在探矿权人就其工作区内的新发现矿种申请采矿权，他人亦就同一事项提出申请的情况下，探矿权人优先取得探矿权。这是因为探矿权人经过普查、详查、勘探的工作，对该工作区及其新矿种的情况比较了解，掌握的实际资料较多，研究程度比较深入，并且继续作业方便，故理应优先取得勘探区内新发现矿种的探矿权，只是必须办理探矿权取得的手续。

(7) 优先取得工作区内矿产资源的采矿权。

《矿产资源法实施细则》第16条第1款第6项规定，探矿权人优先取得勘查作业区内矿产资源的采矿权。对此，《矿产资源勘查区块登记管理办法》以下述规定予以延续：“探矿权人在勘查许可证有效期内进行勘查时，发现符合国家边探边采规定要求的复杂类型矿床的，可以申请开采，经登记管理机构批准，办理采矿登记手续”（第19条）。其理由与优先取得新发现矿种的采矿权的相同，不再赘言。

(8) 取得和销售勘查中按照批准的工程设计施工回收的矿产品。

勘查中按照批准的工程设计施工回收的矿产品，系探矿权行使的

一个结果。探矿权人直接取得该矿产品的所有权，是矿业权效力的当然表现，是探矿权人的一项权利。

（9）申请保留探矿权。

探矿权人在勘查许可证有效期内探明可供开采的矿体后，经登记管理机关批准，可以停止相应区块的最低勘查投入，并可以在勘查许可证有效期届满的30日前，申请保留探矿权。但是，国家为了公共利益或因技术条件暂时难以利用等情况，需要延期开采的除外。保留探矿权的期限，最长不得超过2年，需要延长保留期的，可以申请延长2次，每次不得超过2年（《矿产资源勘查区块登记管理办法》第21条第1款、第2款前段）。

（10）依法转让探矿权。

探矿权人在完成规定的最低勘查投入后，经依法批准可以将探矿权转让他人（《矿产资源法》第6条第1款）。这为最有效益地探明矿产资源所必需。

2.探矿权人的义务

（1）依法缴纳探矿权使用费。

国家实行探矿权有偿取得的制度。探矿权使用费以勘查年度计算，逐年缴纳。探矿权使用费标准：第一个勘查年度至第三个勘查年度，每平方公里每年缴纳100元；从第四个勘查年度起，每平方公里每年增加100元，但是最高不得超过每平方公里每年500元（《矿产资源勘查区块登记管理办法》第12条）。

申请国家出资勘查并已经探明矿产地的区块的探矿权的，除缴纳上述费用以外，还应当缴纳经评估确认的国家出资勘查形成的探矿权价款；探矿权价款按照国家有关规定，可以一次缴纳，也可以分期缴纳（《矿产资源勘查区块登记管理办法》第13条第1款）。

违反《矿产资源勘查区块登记管理办法》，不按期缴纳应当缴纳的上述费用，由登记管理机关责令限期缴纳，并从滞纳之日起每日加收千分之二滞纳金；逾期仍不缴纳的，由原发证机关吊销勘查许可证（《矿产资源勘查区块登记管理办法》第31条）。

（2）在规定的期限内开始施工，并在勘查许可证规定的期限内完成勘查工作。

探矿权是有期准物权，这是效益原则所要求的，亦为有能力探矿人取代无能力者或能力不足者所必需，还是达到矿产资源勘查规划目的所必要的。因此，探矿权人有义务在规定的期限内开始施工，并在勘查许可证规定的期限内完成勘查任务。按照《矿产资源勘查区块登记管理办法》第18条规定，探矿权人应当自领取勘查许可证之日起6个月内开始施工；在开始勘查工作时，应当向勘查项目所在地的县级人民政府负责地质矿产管理工作的部门报告，并向登记管理机关报告工作。

(3) 向勘查登记管理部门报告开工等情况，以便使有关部门监督管理。

《矿产资源勘查区块登记管理办法》第25条第1款规定，登记管理机关需要调查勘查投入、勘查工作进展情况，探矿权人应当如实报告并提供有关资料，不得虚报、瞒报，不得拒绝检查。否则，依据该办法第29条规定，由县级以上人民政府负责地质矿产管理工作的部门按照国务院地质矿产主管部门规定的权限，责令限期改正；逾期不改正的，处5万元以下的罚款；情节严重的，原发证机关可以吊销勘查许可证。

(4) 严格按照工程设计规划施工，不得以探矿为名擅自进行以营利为目的的采矿活动。

如果矿产类型符合边探边采要求的，探矿权人必须向管理部门提交边探边采的论证材料，经审核批准，并依法办理采矿登记手续后，方可进行开采。未经批准，擅自进行滚动勘探开发、边探边采或试采的，由县级以上人民政府负责地质矿产管理工作的部门按照国务院地质矿产主管部门规定的权限，责令停止违法行为，予以警告，没收违法所得，可以并处10万元以下的罚款（《矿产资源勘查区块登记管理办法》第27条）。

(5) 综合勘查、综合评价。

在查明主要矿种的同时，对共生、伴生的矿产资源进行综合勘查、综合评价。

(6) 编写并提交勘查报告。

编写矿产资源勘查报告，提交有关部门审批。

(7) 汇交档案资料。

按照国务院有关规定汇交矿产资源勘查成果档案资料。

(8) 支付出让金。

探矿权人取得临时使用土地的权利需要交付土地使用权出让金的，应支付该出让金。

(9) 补偿他人的损失。

探矿权人取得临时使用土地权后，在勘查过程中给他人造成财产损害的，应按下列规则补偿：1) 对耕地造成损害的，根据受损害的耕地面积前3年平均年产量，以补偿时当地市场平均价格计算，逐年给以补偿，并负责恢复耕地的生产条件，及时归还；2) 对牧区草场造成损害的，按照前项规定逐年给以补偿，并负责恢复草场植被，及时归还；3) 对耕地上的农作物、经济作物造成损害的，根据受损害的耕地面积前3年平均年产量，以补偿时当地市场平均价格计算，给以补偿；4) 对竹木造成损害的，根据实际损害株数，以补偿时当地市场平均价格逐株计算，给以补偿；5) 对土地上的附着物造成损害的，根据实际损害的程度，以补偿时当地市场价格，给以适当补偿（《矿产资源法实施细则》第21条）。

(10) 不作为义务及生态保护义务。

勘查作业不得阻碍或损害航运、灌溉、防洪等活动或设施，勘查作业结束后应当采取措施，防止水土流失，保护生态环境。

(五) 采矿权的内容

1. 采矿权人的权利

(1) 矿地占有权。

矿产资源赋存于地下，故采矿权人从事采矿活动必须占有特定矿区。所谓矿区，既包含地下部分，也包括地表。在法律上，取得采矿权的同时便获得了地下占有权和地下使用权。地表的占有权尚需另行取得。一种观点认为，采矿权人取得一定矿区的采矿权的同时就自然地取得该区域的占有权和使用权。^[60]这不符合矿产资源法的精神和实务操作的状况。

(2) 建设用地使用权。

采矿权人实施开采矿产资源的作业，必然要使用矿地，但因采矿

权中仅含有地下使用权，并不必然包括地表的使用权，故欲合法地使用矿地就得再取得以地表为客体的建设用地使用权。其权利取得有如下特点：矿区位于国有土地上时，采矿权人向国土资源管理部门申请办理建设用地使用权出让及登记手续，领取建设用地使用权证，取得建设用地使用权。如果该宗土地为荒漠等非耕地，采矿权人又是国有矿山企业，建设用地使用权通过行政划拨方式产生。如果该宗国有土地为耕地，建设用地使用权通过出让方式取得，采矿权人须支付出让金。勘探区位于集体所有的土地上时，土地征收主管机关首先将该宗土地征为国有，然后由国土资源管理部门将该建设用地使用权出让给采矿权人，并自采矿权人处取得出让金。采矿权人取得建设用地使用权后，便可占有、使用该宗土地。

（3）开采权。

开采权，是指采矿权人按照采矿许可证允许的特定矿区和矿种从事开采矿产资源的权能。所谓开采矿产资源，固然是指采矿许可证批准开采的矿产资源（《矿产资源法实施细则》第30条第1款第1项），但在个别情况下，考虑到矿山生产和发展而需要开采其他矿种，亦可包括在内，而不宜视为违法活动。例如，因矿山企业进行深入勘探而探明了新矿种，出于综合开采、经济合理的考虑，采矿权人有权开采该新矿种，并对此部分无须再缴纳权利使用费，只交相应的产品税即足矣。还有，出于矿业技术或者安全技术的考虑，采矿权人有权同时开采其矿区内的非矿业地下资源。有时，这些非矿业资源与矿产资源混在一起，难以分离开；或者须经特殊程序及特定技术才可使二者分离开，成本高昂；有时，它们虽然可分，但基于矿山生产的安全要求须将它们一同采掘。于此场合，法律应赋予采矿权人共同开采权。

[61]

开采权不仅仅指采矿权人自身的采掘活动，而且包括经采矿权人同意的他人的开采活动，不过，该他人的活动并不意味着采矿权的转移。

采矿权为有期准物权，这决定了在采矿许可证规定的期限内从事开采活动，方为采矿权的行使（《矿产资源法实施细则》第30条第1款第1项）；逾期开采则构成违法行为，产生法律责任。

（4）取得和销售矿产品的权利。

通过开采活动使矿产与土地及矿床相分离，形成矿产品。该产品系采矿权行使的结果，归采矿权人享有。采矿权人直接取得该矿产品的所有权，是矿业权法律效力的当然表现。这是最佳的效力配置。

采矿权人销售该矿产品，是他行使矿产品所有权的表现，原则上应由他自己决定，但国务院规定由指定单位统一收购的矿产品除外。

（5）矿山建筑权和辅助建筑权。

进行开采活动需要相应的设施，因而需要进行相应的建筑活动，包括建筑井架、修建开采用建筑物，以及进行辅助建筑的权利。所谓辅助建筑权，是指采矿权人在其矿地范围以外的区域建造地下设施的权利。此处的设施必须是同采矿权人的采矿活动有关的，特别是用于水的处理或气候的调节，如用于通风、排水和调节井巷内的气候环境的工程设施。此类行为不得损害其他矿业权人的合法权益。因这些权利的行使超出了矿区范围，故须由有关部门审批。^[62]

（6）依法转让采矿权。

所谓依法转让采矿权，是指按照法定的条件，遵循程序转让采矿权。此处所谓法定条件，《探矿权采矿权转让管理办法》第6条规定如下：1）矿山企业投入采矿生产满1年；2）采矿权属无争议；3）按照国家有关规定已经缴纳采矿权使用费、采矿权价款、矿产资源补偿费和资源税；4）国务院地质矿产主管部门规定的其他条件（第1款）。国有矿山企业在申请转让采矿权前，应当征得矿山企业主管部门的同意（第2款）。此处所谓法定程序，由《探矿权采矿权转让管理办法》第7条至第11条予以规定。

2. 采矿权人的义务

（1）在批准的期限内进行矿山建设或开采。

采矿权是有期准物权，加上在批准的期限内进行矿山建设或开采矿产资源，系落实矿业发展规划、满足国民经济发展的需要，取得较佳或最佳的经济效益的需要，因而采矿权人在采矿许可证规定的期限内进行矿山建设或采矿，是其应尽的义务。在这方面，许多国家的矿业法有量化的规定，要求于此期间须有资金的投入、设备的投入和劳务的投入。

（2）有效保护、合理开采、综合利用矿产资源。

矿产资源是社会发展的物质基础，是经济增长和发展的前提，是国家主权安全的保证，但它又呈现有限性、可枯竭性以及需求的无限性，开采、利用它往往造成环境污染。由此决定，有效保护、合理开采、综合利用矿产资源，势必成为采矿权人的重要义务。履行该项义

务，须做到在技术上对矿区予以合理安排，以达充分开采；对各种矿种进行综合开采，避免已经开采过的区域仍存留矿产，又因安全等方面的原因而不能再开采，致使资源浪费。

（3）国务院指定矿产品必须销售给特定单位时，采矿权人必须将该矿产品销售给该特定单位。

国务院于1991年1月15日发布的《关于将钨、锡、锑、离子型稀土矿产列为国家实行保护性开采特定矿种的通知》（国发〔1991〕5号）规定，钨、锡、锑矿产品及其冶炼产品（指钨精矿、低度钨、钨酸、仲钨酸铵、钨酸钠、钨粉、钨铁、三氧化钨、碳化钨、蓝钨、锡精矿、精锡、焊锡、锑精矿、硫化锑、精锑、氧化锑及其他锑品）和离子型稀土矿产品，分别由中国有色金属工业总公司、国务院稀土领导小组会同国家工商行政管理局指定收购单位，实行统一收购，严禁自由买卖。开采其他矿产资源为主的矿山企业，对共生、伴生的钨、锡、锑、离子型稀土矿产要综合开采，合理利用，其矿产品应向指定的收购单位销售（第5条）。

（4）依法缴纳采矿权使用费和采矿权价款。

《矿产资源开采登记管理办法》规定，国家实行采矿权有偿取得的制度。采矿权使用费，按照矿区范围的面积逐年缴纳，标准为每平方公里每年1 000元（第9条）。申请国家出资勘查并已经探明矿产地的采矿权的，此外还应当缴纳经评估确认的国家出资勘查形成的采矿权价款；该价款按照国家有关规定，可以一次缴纳，也可以分期缴纳（第10条第1款）。不过，有下列情形之一的，由采矿权人提出申请，经省级以上人民政府登记管理机关按照国务院地质矿产主管部门会同国务院财政部门制定的采矿权使用费和采矿权价款的减免办法审查批准，可以减缴、免缴采矿权使用费和采矿权价款：1）开采边远贫困地区的矿产资源的；2）开采国家紧缺的矿种的；3）因自然灾害等不可抗力的原因，造成矿山企业严重亏损或停产的；4）国务院地质矿产主管部门和国务院财政部门规定的其他情形（第12条）。

（5）守法。

遵守国家有关劳动安全、水土保持、土地复垦和环境保护的法律、法规。

（6）接受监管、提交报告。

接受有关部门的监督管理，按照规定填报矿产储量表和矿产资源

开发利用情况统计报告。

（7）缴纳出让金。

取得矿地使用权时，依法缴纳矿地使用权出让金。

三、取水权

（一）取水权的概念

取水权，为水权（water rights）的一类，是指权利人依法从地表水或地下水引取（divert）定量之水的权利。在一些立法例上，水权，除了包括汲水权、引水权等类型的取水权，还有水力水权、航运水权、竹木流放水权、排水权等类型。与此有所不同，中国的《取水许可和水资源费征收管理条例》将水力水权、航运水权、排水权纳入取水权之中（第4条第1款第3项、第5条第1款、第12条第7项、第20条第1款第4项、第24条第1款第5项、第32条第2款、第41条第1款第2项、第52条第3项），《取水许可管理办法》予以贯彻（第6条、第7条、第10条第5项、第14条、第20条第3项以下、第21条第1款第2项和第6项、第22条第1款第6项和第7项、第28条第3项和第4项、第38条第2款、第40条第2款、第42条、第43条第2款、第49条第3项）。有鉴于此，我们不妨把境外立法例及其理论所说的取水权叫作狭义的取水权，而将中国《取水许可和水资源费征收管理条例》及《取水许可管理办法》上的取水权称为广义的取水权。

水自身为“动产”，但取水权却是不动产权益。^[63]取水权派生于水资源所有权，故属于他物权；它是权利人使用水并获得利益，而不是为担保债权的实现，故为用益物权，即为特定的用途从特定的源流而引取、使用水的权利。^[64]但同一般的用益物权相比，取水权具有以下自身的特点，于是人们称其为准物权。

1.取水权的客体及其特殊性

取水权的客体是水，包括地表水和地下水。^[65]它存在于河流、湖泊、池塘、地下径流、地下土壤之中。对于取水权的客体，有的以一定的水量界定，有的以特定的水域面积界定，有的单纯地以特定地域面积界定（以地下水作客体场合即如此），有的以一定期限的用水界定。如此，以特定池塘之水为取水权客体的场合，取水权的客体具有严格意义上的特定性，其他场合的取水权，其客体大多不具有特定性。

取水权不要求其客体具有特定性，与其权利性质及功能有关。取水权类似于物权取得权^[66]，它开始运行，便使水体的所有权从水资源所有权中分离，转归取水权人享有。取水权犹如一道水所有权转让的开关或者说是水所有权主体的转换器，一旦运行就使得水的所有权不断地自水资源所有权人处移转到取水权人之手。^[67]既然是取得水所有权的权利，自然就主要关心结果及其根据，即有多少水所有权已经或将要归属于取水权人；无须考虑远隔的水与水资源之间的关系，即不重视将要获取水资源中的哪部分水，于是，不要求客体具有特定性便顺理成章。

2.取水权在占有权能方面具有特殊性

取水权不含有占有的权能。这既是它所具有的以使用为重心的性质（“usebased” nature）的反映，也是由取水权的客体和水资源所有权的客体融合一体的特点决定的，还是为保护其他用水人能够利用同一水资源所必需的。

3.取水权原则上无排他性

所有权和用益物权均具有排他性，排他原则解决了这些物权之间的效力冲突。取水权作为用益物权却不尽相同，在特定区域的水资源上可同时存在着数个取水权，排他原则对取水权之间的效力冲突时常无能为力。至于取水权人之间的利益冲突，则通过优先权规则加以协调。先取得取水权者优先以有益目的而用水，待其获得满足后，后取得取水权者才可用水；若水资源不足，后取得取水权者的用量即被削减，甚至其取水权的目的落空。^[68]这与担保物权的位序规则类似。

取水权的这一性质既与取水权的客体和水资源所有权的客体融为一体有关，又进而与取水权不含有占有权相呼应。因取水权不以占用水资源为必要，就为数个取水权并存提供了可能；因取水权的客体和水资源所有权的客体融为一体，就为数个取水权的实现奠定了物质保障。

关于排他性与优先权之间关系的认识，可有宽严之别。从宽解释，具有优先权的取水权优先得到实现，后位序的取水权不得越位。这同样体现出了排他性。还有，在河岸权原则为唯一的取水权取得原则的法律制度下，依河岸权原则取得的取水权暗含着排他性。

4.“用水则有取水权，反之则失取水权”

在先占用原则制度下，奉行“用水则有取水权，反之则失取水

权”(use it or lose it)的原则,闲置的取水权将被废止,就是说,取水权人不利用水资源(达到一定期间)便不再享有取水权。^[69]不过,基于河岸权原则取得的取水权则不因权利的不行使而归于消灭。中国《取水许可管理办法》规定,连续停止取水满2年的,由水资源行政主管部门或者其授权发放取水许可的行政主管部门核查后,报县级以上人民政府批准,吊销其取水许可证(第29条前段)。这符合效益原则,是合理分配有限的水资源的良策,在水资源短缺的今天,更具有合理性。

(二) 取水权的主体

市的水务公司取得取水许可,成为取水权的主体。有的单位或部门取得取水许可,获准抽取地下水,亦为取水权的主体。

在中国,目前大多为灌区取水口拥有取水许可证,其区域内的农户则无取水许可证;个别区域则为流域水管机构的下属职能部门拥有取水许可证,例如,黄河机构管理的引黄闸取得取水许可证。^[70]从取水权的角度分析,就是灌区取水口享有取水权,其区域内的农户无取水权。至于流域水管机构的下属职能部门拥有取水许可证,则属既当运动员又作裁判员,应予改正。在这里,下述意见值得重视:应主要通过建立用水者协会,把现有灌区改造成为法人,使之成为取水权主体。它们作为灌溉供水服务机构与特许经营者向农户供水。针对个别地区的特殊情况,只要有利于水资源管理,必要时,拥有较大面积灌溉农田的农户也可以成为取水权主体。^[71]

在非灌溉区,沿河或湖泊的农户自河流、湖泊中取水,大多适用河岸权原则,自然享有取水权;也有的适用先占用原则,获得取水许可后,享有取水权。

《取水许可和水资源费征收管理条例》规定,下列情形不需要申请领取取水许可证:农村集体经济组织及其成员使用本集体经济组织的水塘、水库中的水的;家庭生活 and 零星散养、圈养畜禽饮用等少量取水的;为保障矿井等地下工程施工安全和生产安全必须进行临时应急取(排)水的;为消除对公共安全或者公共利益的危害临时应急取水的;为农业抗旱和维护生态与环境必须临时应急取水的(第4条第1款)。其他情形均应申请领取取水许可证,并缴纳水资源费(第2条第2款),方可有资格取水。从取水权的角度观察,取得该项资格,就是取得取水权。

取水工程、利用机械提水设施的主办者,须申请取水许可。对此,《取水许可和水资源费征收管理条例》第23条规定,取水工程或

设施竣工后，申请人应当按照国务院水行政主管部门的规定，向取水审批机关报送取水工程或设施试运行情况等相关材料；经验收合格的，由审批机关核发取水许可证（第1款）。直接利用已有的取水工程或设施取水的，经审批机关审查合格，发给取水许可证（第2款）。

（三）取水权的设立

所谓取水权的设立，也是取水权的初始配置，是指水资源所有权的主体或其管理者分离水资源所有权的部分权能给用水人，使其取得取水权。

按照理想的模式，中国未来的水法应该承认取水权设立的三种方式：一是土地的所有权人或使用人基于其地权直接取得取水权，无须任何行政程序。《水法》第48条第1款但书规定的为家庭生活和零星散养、圈养畜禽饮用等少量取水而获得取水权，属于这种方式。二是基于行政许可而取得取水权。《水法》以及《取水许可和水资源费征收管理条例》、《取水许可管理办法》规定的取水许可制度，在引入取水权概念的情况下，便属此类方式。三是基于取得时效而取得取水权。如果中国法承认了取得时效，那么当用水人公然地、平和地、持续地用水达到法定期间时，可以自动地取得取水权。

按照《取水许可和水资源费征收管理条例》《取水许可管理办法》规定，取水权取得的具体程序包括申请、受理、审查、决定。按照行政许可法的设计，必要时还可以举行听证会。

（四）取水权的优先权

因为优先权是取水权的两大要素之一，在取水权制度中处于非常重要的地位，故单提出来专门讨论。剖析取水权制度中的优先权，会发现它有三个功能：一是决定取水权是否产生，在某些情况下（如依河岸权原则）甚至是排他地确定取水权的取得；二是确定数个取水权之间的先后顺序，协调取水权人之间的利益冲突；三是确定取水权优先于其他权利。称前者为取水权的产生依据，称后两者为取水权的优先位序，更为准确。为方便起见，同时照顾到用法习惯，本释评书在不同的场合使用相应的称谓。

因确定标准不同、取水权所处的场合不同，确定优先权的原则及规则便呈现出差异，以下分门别类予以介绍，并尽可能地作出评论。

1. 以地表水为客体场合，确定取水权取得的优先权类型

(1) 河岸权原则 (riparian principles)。准确地说, 河岸权原则应该叫作依河岸地所有权或使用权确定取水权归属的原则。它指取水权附属于相邻于水的土地^[72], 换言之, 土地所有权人对与其土地相毗邻的河流当然地享有取水权。其性质有四: 其一, 它适用于河流与土地毗邻场合取得取水权。依该原则取得取水权, 仅需要存在着河流的天然径流、土地所有人对毗邻的河岸享有所有权两项条件, 至于当时该河流中是否蓄存着水, 水量大或小, 则在所不问。其二, 依该原则取得取水权系当然的与自动的, 无须经人为的程序来授予。其三, 依该原则取得的取水权具有永续性, 同权利人利用水资源与否无关。该取水权既不会因权利人利用水资源而丧失, 也不会因利用的时间先后而产生优先权。^[73]其四, 此类取水权受制于其他河岸所有人同样的合理使用的平等权利。^[74]

[辨析]

河岸权原则同中国法上的相邻用水排水权类似, 但两者具有本质的不同: 其一, 相邻用水排水权, 是不动产权利人用水排水, 牺牲毗邻不动产的权利人的利益的法律根据, 反映的是这种利益彼长此消的关系, 其主体是相互毗邻不动产的所有权人或使用人, 水资源所有权人及其利益不在其中。河岸权原则解决的恰恰是不动产权利人从水资源所有权人处取得用水的权源问题, 有时是不动产权利人从其他取水权人处获得取水权的问题, 总之不是相邻不动产权利人之间的问题。其二, 在无偿用水的时代, 或在土地与水相结合为土地所有权客体的制度中, 不动产权利人即使无取水权也可基于相邻用水排水权而自然享有用水的权利, 一些国家或地区的民法确实是如此规定的, 中国民法的通说也是这样主张的。但这确实是无故地牺牲了水资源所有权人的利益, 是不当的利益分配; 也同水法的原则相冲突, 容易使人产生相邻用水权中当然含有取水权的错觉。在水资源所有权独立于土地所有权并归国家享有, 又实行有偿用水制度的背景下, 必须修正上述规定及其学说, 确立下述规则: 相邻用水排水权中无取水权这一成分, 亦非确定取水权取得的基准; 而河岸权原则恰恰是取得取水权的依据。《水法》第20条关于“开发、利用水资源, 应当坚持兴利与除害相结合, 兼顾上下游、左右岸和有关地区之间的利益, 充分发挥水资源的综合效益”的规定, 可以解释为取水权行使时存在着相邻关系, 是取水权与相邻权并存, 而非相邻权取代取水权。其三, 在建筑物排水场合, 相邻用水排水权与河岸权原则不搭界。在与河流毗邻的土地需用水排水场合, 若无取水权存在, 亦不会有相邻用水排水权, 只有在已取得了取水权之后, 才会产生上下游的土地所有权人或使用人之间在用水排水方面存在的问题, 才会有相邻用水排水权的运用。其四, 河岸权原则解决的是取水权从无到有的问题; 相邻用水排

水权解决的是有了取水权以后，取水权运用过程中发生的利益冲突问题。

(2) 先占用原则 (prior appropriation principles)。它是指按占用水资源的时间先后来确定取水权的取得以及取水权之间的优先位序的原则。有人将它表述为，先占用水资源者，优先取得取水权，或其取水权居于优先位序 (first in time, first in right)。其产生和存在的必要性首先表现在，非毗邻水资源的土地同样需要用水，可是按河岸权原则却达不到目的，而依据先占用原则就能如愿以偿。它包括三项基本规则：其一，水的利用仅可以是直接的、实际的和有益的。其二，首次有益用水者相对于其后的用水者取得优先权 (paramount right)。其三，该权为继续的权利 (continued right)，以继续而有益地用水而非浪费为存续条件。^[75]其中，第一项规则包含着对取水权的三项限制：首先，取水权是用益权，仅仅在于用水。其次，由有益用水决定的水量确定着取水权的范围^[76]，取水权人不享有超出其实际有益用水量的权利。最后，起初将有益用水的类型限制为矿业用水、灌溉用水和畜牧用水。^[77]近来，法院与立法机构将有益用水的类型扩张到娱乐用水、环境用水和回流河道用水。^[78]第二项规则赋予了首先的或最早的有益用水者处于优先位序的取水权。该权整体地优先于随后的用水人的取水权。该取水权的优先日期溯及至用水人首次引取水的时间。^[79]其例外有，当居民申请家庭用水时，水资源管理部门可以不顾时间的先后而承认他优先于其他申请者。一旦该申请被批准，水资源管理部门签发取水权许可，那么该取水权便处于优先位序。^[80]第三项规则要求取水权人继续用水以保持其取水权。只要有有益用水在继续，取水权便存续^[81]；不用水或浪费地用水便导致取水权丧失。^[82]该规则使停止有益用水的取水权人无权阻止后位序的取水权人有益用水，也就是说，该规则使因纯粹猜想的目的而不行使取水权者不能继续享有取水权。^[83]

2. 以地下水为客体场合，确定取水权取得的优先权规则

地下水大致分为地面入渗水和地下径流。后者是指流动于一条“确定、已知、可探查”的地下水道中的水流。当地表河流入渗并在该河床下继续流动时，以地下径流论。根据《水法》第48条第1款的规定，可推知：宅基地使用权人有权不经审批程序而径直抽取其宅基地下之水来满足其生活需要。与此不同，土地所有权人须经水资源主管部门审批并签发取水许可证方有权抽取、使用其地下水，土地承包经营权人亦应如此，建设用地使用权人须经批准方有权抽取、使用其地下水。水资源行政主管部门审核、批准取水许可，应按申请时间的先后确定取水权的取得以及位序。就此说来，中国法实行的是先

占用原则。

中国以往鲜有取水权人抽取、使用异地的地下水的现象，所以基于先占用原则取得异地地下水的取水权尚不多见。就是说，在地下水的取水权取得方面，先占用原则的适用范围较窄。随着市场经济的发展，若取水权人抽取、使用异地的地下水的需要增强，事例增多，那么先占用原则的适用范围会拓宽。

3.在以地表水为客体的情况下，数个取水权并存于同一水资源场合，确定取水权的优先位序（优先权）的规则

《水法》第21条确立了如下位序：生活用水、农业用水（灌溉用水）、工业用水、生态环境用水以及航运用水等。其中关于“在干旱和半干旱地区开发、利用水资源，应当充分考虑生态环境用水需要”的规定，意味着环境取水权的地位更高。这可谓巨大的进步。

4.在以地下水为客体的情况下，数个取水权并存于同一水资源场合，确定取水权的优先位序（优先权）的规则

适用先占用原则取得地下水的取水权，同样会产生数个取水权的效力冲突问题，解决的规则基本上按地表水的取水权取得的时间顺序确定位序^[84]，但也有特殊之处，即土地所有权人对其土地下之水享有的取水权绝对优先于从该地下抽取水并向异地输送的取水权。^[85]这实际上否定了依用水目的确定取水权位序的规则，带有绝对所有权原则的影子。对于中国法来说，在吸收该规则时应设有例外，方案可有二：一是依用水目的确定取水权的位序，二是通过征用的方式满足非土地权利人的取水权需要。

四、渔业权（养殖权、捕捞权）

（一）渔业权的概念

养殖权和捕捞权合称渔业权，它是个集合概念，指自然人、法人或其他组织依照法律规定，在一定水域从事养殖或捕捞水生动植物的权利，或游客在一定水域从事渔业娱乐的权利。其中，自然人、法人或其他组织依照法律规定，在一定水域从事养殖水生动植物的权利，叫作养殖权。自然人、法人或其他组织依照法律规定，在一定水域从事捕捞水生动物的权利，称为捕捞权。游客在一定水域从事渔业娱乐的权利，叫作娱乐渔业权。

《渔业法》明确规定了养殖业（第2章）及养殖证（第11条、第

12条等)、捕捞业(第3章)及捕捞许可证(第23-25条),《渔业法实施细则》还规定了定置渔业(第23条)和娱乐性游钓(第18条),未出现渔业权以及养殖权或捕捞权的字样。《民法典》第329条采用的表述是“使用水域、滩涂从事养殖、捕捞的权利”,实质上即为养殖权、捕捞权。

(二) 渔业权的性质

1. 渔业权是财产权

渔业权之目的利益为经济利益,因此,渔业权是一种财产权。
[86]渔业权是以水产动植物捕捞或养殖的经济事业为其权利内容的,其目的利益在于经济利益,故为财产权。[87]

2. 渔业权为物权

养殖权是使用特定水体而获取利益的权利,捕捞权是使用特定渔场而取得渔获物的权利,它们都具有直接支配其客体并享有利益这个物权的实质,所以说渔业权是物权。

3. 渔业权是准物权

渔业权的特殊之处主要表现在如下几点:(1)在客体的特定性方面,就一般意义而言,渔业权具有特定性;从极为严格的意义上讲,渔业权在水体因素的变化方面具有不特定性。(2)在权利构成方面,渔业权具有复合性。(3)在排他性或优先性方面,养殖权具有排他性而无优先性,在同时并存于同一水域内的数个捕捞权相互之间无排他性,在对非捕捞权人的权利方面具有排他性。(4)在权利是否具有公权色彩方面,渔业权是具有公权色彩的私权。(5)在权利取得方面,大多渔业权需要行政许可。(6)在追及效力方面,渔业权仅仅在他人不法占据捕捞许可证、养殖证所划定的特定水域时,才有追及效力。对于被他人盗捕的水生动植物,在养殖权场合是基于水生动植物所有权请求返还;在捕捞权场合,既不能基于水生动植物所有权主张返还,因捕捞权人无此所有权,也不能基于捕捞权请求返还,因水生动植物脱离于捕捞许可证所划定的特定水域就不再处于捕捞权的效力范围,在符合侵权行为的构成要件时,捕捞权人可以基于侵权行为主张损害赔偿。(7)在一物一权主义方面,捕捞权一般无从体现,养殖权的一物一权主义体现在特定水域上。正因渔业权具有如此多的特性,所以我们称它为准物权。

4. 渔业权具有期限性

无论养殖证还是捕捞许可证都是有期限的，相应地，养殖权和捕捞权也均为有期的权利。《水域滩涂养殖发证登记办法》第18条第1款前段关于“水域滩涂养殖权期限届满”的规定，表明了水域滩涂养殖权的期限性。《渔业捕捞许可管理规定》第35条第1款关于“海洋渔业捕捞许可证和内陆渔业捕捞许可证的使用期限为5年。其他种类渔业捕捞许可证的使用期限根据实际需要确定，但最长不超过3年”的规定，明确了海洋渔业捕捞权和内陆渔业捕捞权的存续期限为5年，其他类型的捕捞权的存续期限最长不超过3年。

5. 渔业权的客体具有特殊性

（1）渔业权的客体是特定的水域。

渔业权是以水域为标的物的，该水域包括水体与此水域下的土地，水产生生物资源为水域的一部分。^[88]在中国，捕捞权的客体首先被限定于特定的渔场，其次才在该渔场内实际地占有一定水域。每个捕捞许可证都指定持有人在特定的渔场从事捕捞作业，否则，所谓捕捞行为被认定为违法。

（2）渔业权在其客体是否具有特定性方面呈现出特色。

捕捞权的客体为特定的水域，在一般情况下有个大致范围，可以说具有特定性。但就操作性而言，事情就不如此简单，现在以在海洋作业的捕捞权为例加以说明。由于在海洋中无法有效地设置永久性的标志物，只能利用经纬度坐标连线作为判别的依据，这带来了复杂的查证手续，不仅成本增高，而且困难重重。事实上，一个渔场的范围是不定的，会随着海洋环境、鱼群的聚集程度、鱼类习性的变化而改变，有时会涵盖不同的渔业权人管辖的水域。^[89]这表明，如果按照严格的标准，在海洋作业的捕捞权的客体呈现出不确定性。

之所以强调渔业权的客体具有特定性，是因为这有利于确权，划清渔业权人与他人之间的权利义务的边界，渔业权人对于特定的水域具有相对意义的排他性占有、捕捞的权利。之所以指出渔业权客体具有不特定性的一面，是因为这有利于解决如下问题：当水域的因素受自然力作用而发生重大变化，致使渔业权的目的部分或全部落空时，渔业权人应有权请求变更乃至解除合同，不负违约责任；当水域的因素因他人实施污染等不法行为的影响而发生重大变化，致使渔业权的目的部分或全部落空时，渔业权人有权请求侵权行为人停止侵害、消除污染、恢复原状，若有损失，还有权请求赔偿。

6. 渔业权在构成上具有复合性

养殖权的构成包括三方面的权利：其一是权利人占有一定水域并养殖水生动植物的权利；其二是该水体的使用权；其三是保持该特定水域里水生动植物生存、生长状态的权利，也就是保持该水生动植物所有权存续状态的权利。这三方面的权利共同构成一个完整的养殖权。前两种权利在民法上都有相应的权利类型，属于用益权。后一种权利在民法上尚无类似的权利类型，可以作为特别法上的权利看待。但这种观点及其思维方式的法理基础是什么，需要继续研究。

[引申]

对于此类特性，有学者向笔者提出诘问：典型物权包含占有权、使用权、收益权乃至处分权，其权利构成具有复合性；债权含有请求权、给付受领权、自力救济权和抵销等处分权，其权利构成也显现出复合性。因而，称渔业权的权利构成具有复合性为渔业权的特色，不能成立。对此，笔者的回答是：占有权、使用权、收益权乃至处分权，在典型物权中只是权能，并非独立的民事权利；请求权、给付受领权、自力救济权和处分权能，在债权中也仅仅是权能，同样不是独立的民事权利。与此不同，养殖权的场合，权利人占有一定水域并养殖水生动植物的权利则为一种独立的用益权，其自身即含有占有、使用 and 收益三项权能，类似于土地承包经营权；水体使用权也是一种独立的民事权利，其本身也含有占有、使用和收益三项权能，相当于矿业权中的地下使用权；至于保持该特定水域里水生动植物生存、生长状态的权利，虽然在民法上不易找到与此相似的民事权利，但可以作为特别法上的权利看待。可见，养殖权至少由两种独立的民事权利构成，不同于由权能构成的典型物权等民事权利。

捕捞权人对于仍然生活在水域里的水生动植物没有所有权，仅仅对于渔获物享有所有权，可以说，捕捞权系取得未来渔获物的所有权的权利，类似于取水权系取得水所有权的资格。虽然捕捞权的拥有本身不包含对水生动物的所有权，渔业经营者有效益地行使捕捞权才取得渔获物的所有权，但是，水质的恶化、水深的不足、水温的增高等会使鱼类资源减少乃至枯竭，使捕捞权的目的落空，因而捕捞权也应该含有保持该特定水域里水生动物生存、生长状态的权利，也就是保持该水生动物所有权存续状态的权利。除此而外，捕捞权人尚有占有一定水域捕捞水生动物的权利、一定水域的使用权。这三种权利共同构成一个完整的捕捞权。

对于捕捞权构成上的复合性，如同养殖权构成上的复合性，同样有学者提出了诘问。笔者仍然回应为：占有权、使用权、收益权乃至处分权，在典型物权中只是权能，并非独立的民事权利；请求权、给付受领权、自力救济权和处分权能，在债权中也仅仅是权能，同样不

是独立的民事权利。与此不同，捕捞权的场合，权利人占有特定渔场从事捕捞作业的权利则为一种独立的用益权，其自身即含有占有、使用和收益三项权能，类似于土地承包经营权；水体使用权也是一种独立的民事权利，其本身也含有占有、使用和收益三项权能，相当于矿业权中的地下使用权；至于保持该特定渔场中水生动物生存、生长状态的权利，也就是保持该水生动物所有权存续状态的权利，虽然在民法上不易找到与此相似的民事权利，但可以作为特别法上的权利看待。可见，捕捞权至少由两种独立的民事权利构成，不同于由权能构成的典型物权等民事权利。

虽然矿业权与渔业权在权利构成上都具有复合性，但在其构成因素方面有所不同。在矿业权场合，存在着两方面的权利：（1）占有特定矿区或工作区，勘探（探矿权场合）、开采（采矿权场合）矿产资源；（2）特定矿区或工作区的地下使用权。^[90]

7. 渔业权是具有公权色彩的私权

现行法上的渔业权，没有入渔权，只有养殖权和捕捞权，还可以承认娱乐渔业权，从其取得的角度观察，确实有行政因素，其内核有渔业权人向渔业资源主管部门要求在特定水域从事养殖或捕捞的利益元素，渔业权纠纷多由行政方式解决，就此可以说养殖权、捕捞权和娱乐渔业权具有公权的色彩；但是，养殖权、捕捞权、娱乐渔业权的基本面是权利人利用特定的水域从事渔业活动，并享有所产生的利益，以及就此形成的渔业权人与非渔业权人之间的关系，确实表现出私权的属性，且私权属性处于核心和主导地位。

（三）渔业权的主体

关于养殖权的主体，在中国可以是全民所有制单位、集体所有制单位，也可以是个人（《渔业法》第10条、第11条）。按照民法原理，物权的主体分为自然人、法人、非法人组织，所有制性质在物权关系中不表现出来。把《渔业法》第10条和第11条所使用的称谓转换成民法术语，就是养殖权的主体可以是自然人、法人，也可以是非法人组织。

在自然人、法人、非法人组织均就同一水域（含滩涂）向渔业行政主管部门申请养殖证，而该水域不能并存多个养殖权的情况下，县级以上地方人民政府在核发养殖证时，应当优先安排当地的渔业生产者（《渔业法》第12条）。

养殖权的主体可以和承包经营权的主体重合，《渔业法》规定，

集体所有的或全民所有由农业集体经济组织使用的水域、滩涂，可以由个人或集体承包，从事养殖生产（《渔业法》第11条第2款）。

准确些说，自然人、法人、非法人组织欲成为捕捞权的主体，首先必须具有行为能力，还须具有渔业船舶检验证书、渔业船舶登记证书，并符合国务院渔业行政主管部门规定的其他条件（《渔业法》第24条第1款）。县级以上地方人民政府渔业行政主管部门批准发放的捕捞许可证，应当与上级人民政府渔业行政主管部门下达的捕捞限额指标相适应（《渔业法》第24条第2款）。

《渔业法》第8条规定：“外国人、外国渔业船舶进入中华人民共和国管辖水域，从事渔业生产或者渔业资源调查活动，必须经国务院有关主管部门批准，并遵守本法和中华人民共和国其他有关法律、法规的规定；同中华人民共和国订有条约、协定的，按照条约、协定办理”（第1款）；“国家渔政渔港监督管理机构对外行使渔政渔港监督管理权”（第2款）。《渔业捕捞许可管理规定》规定，中华人民共和国的公民、法人和其他组织从事渔业捕捞活动，以及外国人在中华人民共和国管辖水域从事渔业捕捞活动，应当遵守本规定。中华人民共和国缔结的条约、协定另有规定的，按条约、协定执行（第2条）。外国渔船捕捞许可证，适用于许可外国船舶、外国人在中国管辖水域的捕捞作业（第17条第6项）。这表明，外国人可以是中国渔业法上的捕捞权人。

（四）渔业权的内容

1. 养殖权的内容

渔业权中的养殖权和捕捞权在内容上有所不同，为清楚起见，分别讨论。

（1）占有权。

由使用特定水域养殖水生动植物这个养殖权的本质所决定，养殖权人占有特定水域、滩涂就成为养殖权必不可少的内容。在一般情况下，该占有是排他的，即养殖证所划定的特定水域全部归权利人占有，他人无权占有。但在养殖证授权数个渔业经营者在同一特定水域放养不同习性水生动植物、吃不同食物的水生动物情况下，其占有就成为共同占有，每个养殖权人所拥有的占有便无排他性。在养殖证将该特定水域纵向分割成若干层面，不同层面的水域成为不同养殖权的客体的情况下，就水面而言，是数个养殖权并存于同一特定水面，此类占有就不是排他的；就水体而言，在绝大多数时间内，每个养殖

权人占有的水体部位不同，甲养殖权人占有的是水体的上层，乙养殖权人占有的是水体的底层，甲养殖权人无权占有水体的底层，乙养殖权人无权占有水体的上层，可以说此类占有仍具有排他性。^[91]

（2）使用特定水域的权利。

水生动植物一定生活在水域之中，故养殖权的行使自然表现为养殖权人使用特定的水域。在这里，所谓使用特定水域，要求具备若干因素：1）生活其中的水生动植物须符合法律的要求；2）使用特定水域的方式必须符合法律的要求；3）使用须有时间上的连续性，停止使用达法定期限，则养殖权终止。

（3）捕捞权。

此处所谓捕捞权只是养殖权中的一项权能，不同于作为一种独立权利的捕捞权。1）因为该捕捞权只是一项权能，不是独立的权利，所以它随养殖权的产生而自然具有，无须单独申请、登记。2）因为该捕捞权能只是养殖权的一项权能，所以，其作业方式不受《渔业法》关于捕捞权行使方式的规定的制约，可以由养殖权人自己决定，只要不恶化水质，影响他人的合法权益。3）该捕捞权作为养殖权的一项权能，自然不得单独转让，只能依法随同养殖权一同转让。倘若他人有权捕捞养殖权人所有的水生动物，要么是他已经受让了整个养殖权，要么是基于他与养殖权人签订的买卖该水域、滩涂所养水生动物合同，捕捞本属于他所有的水生动物。^[92]

（4）转让养殖权的权利。

《渔业法》未明文禁止养殖权的转让，实务中因养殖权人承包的水面（含滩涂）转让、养殖权人转换职业、养殖权人丧失从事养殖业的能力等原因，需要转让养殖权，法律没有必要加以禁止。因为转让养殖权较终止养殖权而闲置水面、渔业行政主管部门收回养殖权再授予他人，更有效益。^[93]有鉴于此，《水域滩涂养殖发证登记办法》（农业部令2010年第9号）明确规定了养殖权可以转让，只是必须符合条件和程序（第9条、第13条）。

按照《水域滩涂养殖发证登记办法》的规定，养殖权转让的情形包括将养殖权入股、转让、互换，以及养殖权分立、合并。对于将养殖权入股，不需要重新办理发证登记。对于采取转让、互换方式流转水域滩涂养殖权的，当事人可以要求重新办理发证登记。申请重新办理发证登记的，应当提交原养殖证和水域滩涂养殖权流转合同等相关证明材料（第13条）。依法转让国家所有水域、滩涂的养殖权的，应

当持原养殖证，依照该登记办法的规定重新办理发证登记（第9条）。因转让、互换以外的其他方式导致水域滩涂养殖权分立、合并的，应当持原养殖证及相关证明材料，向原发证登记机关重新办理发证登记（第13条）。

（5）养殖权人的义务。

《渔业法》规定，养殖权人使用进口的水产苗种，须由国务院渔业行政主管部门或者省、自治区、直辖市人民政府渔业行政主管部门审批（第16条第2款）。养殖权人生产水产苗种，除非自用，应当由县级以上人民政府渔业行政主管部门审批（第16条第3款）。不得使用含有毒有害物质的饵料、饲料（第19条）。应当保护水域生态环境，科学确定养殖密度，合理投饵、施肥、使用药物，不得造成水域的环境污染（第20条）。

各种经济藻类和淡水食用水生植物，应当待其长成后方得采收，并注意留种、留株，合理轮采（《水产资源繁殖保护条例》第5条第2款）。

养殖权人负有继续性养殖的义务，无正当理由使水域（含滩涂）荒芜满1年的，又违反发放养殖证的机关关于限期开发利用水域从事养殖业的指令，逾期未开发利用的，会被吊销养殖证，即养殖权消灭；同时可能承担10 000元以下的罚款（《渔业法》第40条第1款）。

2. 捕捞权的内容

（1）占有权。

从事捕捞作业，必须占有有一定水域。当然，该水域必须是捕捞许可证上指定渔场的水域。

（2）在特定渔场从事捕捞作业的权利。

捕捞权的核心在于权利人在捕捞许可证上指定的渔场从事捕捞作业。只要捕捞权人按照捕捞许可证上关于作业类型、场所、时限、渔具数量和捕捞限额的规定进行作业，就受到法律的完全保护。^[94]

从事捕捞作业而有渔获物，并取得其所有权。该所有权的取得根据，从形式上看是渔业权人的捕捞行为，但实质根据在于捕捞权，就是说，捕捞权是以取得渔获物所有权为内容的权利。不这样理解，就难以解释产品系工人制造的，但该产品所有权却不归他们享有；渔获

物系渔业权人所雇用的人捕捞的，但渔获物的所有权却归渔业权人享有。^[95]

（3）对抗他人的权利。

捕捞权为准物权，具有对世的效力，故捕捞权人对于他人的一切不法干预，例如无根据地禁止正常的捕捞活动、妨碍捕捞作业等，均有对抗的权利。^[96]

（4）请求损害赔偿的权利。

他人不法侵害捕捞权人的人身、财产并造成损害的，捕捞权人都有权请求损害赔偿。

（5）捕捞权人的义务。

从事捕捞作业，必须按照捕捞许可证关于作业类型、场所、时限、渔具数量和捕捞限额的规定进行，并遵守国家有关保护渔业资源的规定，大中型渔船应当填写捕捞日志（《渔业法》第25条）。违反此类义务的，会被没收渔获物和违法所得，并可被处以50 000元以下罚款；情节严重的，还可被没收渔具，吊销捕捞许可证（《渔业法》第42条）。^[97]

其中，超过捕捞许可证上规定的限额进行捕捞，若无限制地继续下去，就构成超额捕捞或曰溢捕（over fishing）。对于其他任何一位捕捞权人而言，超额捕捞就意味着将降低其每单位劳力期待的渔获利益；对于整个渔业资源来说，可能导致某些特定鱼种的消失殆尽。^[98]所以，超额捕捞者应承担相应的法律责任。^[99]

水生动物的可捕标准，应当以达到性成熟为原则。对各种捕捞对象应当规定具体的可捕标准（长度或重量）和渔获物中小于可捕标准部分的最大比重。捕捞时应当保留足够数量的亲体，使资源能够稳定增长（《水产资源繁殖保护条例》第5条第1款）。

不得使用炸鱼、毒鱼、电鱼等破坏渔业资源的方法进行捕捞。不得在禁渔期、禁渔区进行捕捞。不得使用小于最小网目尺寸的网具进行捕捞。捕捞的渔获物中幼鱼不得超过规定的比例（《渔业法》第30条）。

不得捕捞有重要经济价值的水生动物苗种（《渔业法》第31条）。不得捕杀、伤害国家重点保护的水生野生动物（《渔业法》第37条）。

不得买卖、出租和以其他形式转让捕捞许可证，不得涂改、伪造、变造（《渔业法》第23条第3款）。

对于跨界鱼类和高度洄游鱼类需要保护，现在已经通过了《执行1982年12月10日〈联合国海洋法公约〉有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定的协定》，捕捞权人必须遵守。依据该公约规定，捕捞权人若使用了禁用渔具，在禁渔区和禁渔期从事捕捞作业，属于严重违规（serious violation），任何国家均可登船检查，予以处分。^[100]

（五）渔业权的物权效力

渔业权作为准物权，具有物权效力符合逻辑，同时又表现出特殊性。

1. 渔业权的排他效力

所谓渔业权的排他效力，包含两方面的内容：一是指在同一特定水域不得同时存在两个或两个以上的渔业权；二是指在同一特定水域只能存在一个渔业权，不得同时存在水权等用益物权。

（1）同一特定水域不得同时存在两个或两个以上的渔业权。

基于养殖的自然物理性质，数个养殖权不得同时并存于同一特定水域，除非实行区分养殖权制度，或养殖证授权数个渔业经营者在同一特定水域放养不同习性水生动植物、吃不同食物的水生动物。捕捞权的情况比较复杂，需要具体分析。在中国，由于不存在专用渔业权、特定区划渔业权或共同渔业权作为中间环节，在近海、公海乃至他国水域捕捞，可以允许数个捕捞权同时存在于同一渔场，这些捕捞权之间不具有排他性。在这点上，捕捞权确实不同于典型的用益物权。例如，在中国管辖的北部湾渔场，就既有广西壮族自治区、广东省的渔船从事捕捞作业，又有海南省的渔船从事捕捞活动。每条渔船的作业海域可能重叠，在这些渔业权之间的关系上，不宜用排他性予以描述。但这些捕捞权与存在于其他渔场的渔业权之间，则是相互排斥的。

（2）在同一特定水域只能存在一个渔业权，不得并存着水权等用益物权。

划定航道，涉及水产养殖区的，航道主管部门应当征求渔业行政主管部门的意见（《内河交通安全管理条例》第27条第2款前段）。

如果渔业行政主管部门基于正当理由不同意，就表明渔业权排斥航运水权。

在渔业权与排污权之间的关系上，原则上排污不得侵害渔业权。例如，海洋石油钻井船、钻井平台和采油平台不得向海域处置含油的工业垃圾。处置其他工业垃圾，不得造成海洋环境污染（《海洋环境保护法》第52条）。在重要渔业水域……不得新建排污口（《海洋环境保护法》第30条第3款）。向海域排放含热废水，应当采取有效措施，保证邻近的渔业水域的水温符合国家海洋环境质量标准，避免热污染对水产资源的危害（《海洋环境保护法》第36条）。《水污染防治法》也规定了排污不得侵害渔业权的内容（第75条、第94条第3款）。^[101]

2. 渔业权的优先效力

（1）渔业权在法律效力上优先于债权。

某特定水域本来存在着租赁权，当该水域成为渔业权的客体时，该渔业权的效力优先于租赁权。如果租赁权因此而归于消灭，在采取物权的排他效力、物权的优先效力、物权的追及效力和物权请求权的所谓物权的“四效力说”的背景下，从严格的意义上可以说，这是渔业权排他效力的体现。^[102]

（2）渔业权在法律效力上优先于水资源所有权。

水资源所有权虽然是渔业权产生的母权，但在特定水域的利用方面，渔业权优先于水资源所有权，水资源所有权人不得妨碍渔业权的行使；取得所捕捞水生动物的所有权，属于捕捞权的效力，水资源所有权不发挥作用。否则，渔业权就没有存在的价值。

（3）渔业权在法律效力上优先于其他用益物权。

有时渔业权与水权虽然可以并存于同一水域，但渔业权优先受到保护。例如，任何单位和个人在鱼、虾、蟹、贝幼苗的重点产区直接引水、用水的，应当采取避开幼苗的密集期、密集区，或设置网栅等保护措施（《渔业法实施细则》第26条）。

（4）渔业权相互之间的优先效力。

此处所谓渔业权相互之间的优先效力，仅指并存于同一特定水域的数个渔业权之间的效力顺序，不包括数个渔业经营者申请某一特定水域的渔业权，渔业主管部门只批准其中一人取得渔业权的情况。因

为在采取“四效力说”的背景下，从严格的意义上，按照物权排他性的一般原理，这种情况属于渔业权排他性的范畴。但在采取物权的优先效力和物权请求权的所谓物权“二效力说”的背景下，将上述现象归入优先效力之中，也有其道理。据此，所谓渔业权的优先性，指在同一水域上存有兩種以上的渔业权时，先成立的渔业权较后成立的渔业权为优先，所以渔政主管部门应撤销后成立渔业权的核准。^[103]这种情况只有在采纳“二效力说”场合才能成立，在采纳“四效力说”的情况下，则值得商榷。

3. 渔业权的追及效力

关于物权的追及效力与物权请求权之间的关系，见仁见智。笔者持两者均有独立存在的价值，虽然相互有交叉，但并非完全重合的观点；赞同在渔业权场合，物权的追及效力基本上不表现为渔业权返还请求权的观点，但不同意妨害预防请求权（消除危险请求权）为渔业权追及效力的一种表现的意见，因为这种情况不符合物权追及效力的定义。较为详细些说，由于渔业权不是对水生动植物的所有权，渔业权所作用的水域被他人不法占用，渔业权人请求该侵权行为人离开该水域，消除该人对渔业权行使的妨害，属于渔业权的追及效力范畴；但如果是该水域中的水生动植物被他人侵占，则无渔业权追及效力发挥作用的余地。这若发生在养殖权场合，渔业经营者系基于其水生动植物的所有权，而非渔业权，请求侵占水生动植物者予以返还。这若发生在捕捞权场合，水生动植物不属于渔业权人所有，在它们被盗捕之后，因其脱离开捕捞权所作用的水域，它们不再是渔业权的客体，渔业权的效力不及于它们。渔业权的效力所及，只是当他人不法侵占渔业权所作用的水域时，渔业人才有权将不法侵占人驱逐出该特定水域。从物上请求权的角度观察，这类权利属于排除妨害请求权及其行使；在物权的追及效力的层面衡量，则为追及效力的表现。对此，有学者基于“准物权为水域之‘利用权’而非为水域之‘直接支配权’”的观点，加以论证：“由于渔业权不具有物的直接支配权利，所以就不必去考虑物的返还请求权，因此实质上渔业权在物上请求权上，仅有妨害排除请求权及妨害预防请求权而已。”^[104]这在总体上同本释评书的观点殊途同归，但其中的妨害预防请求权不宜被归入物权的追及效力的范畴，因为妨害预防请求权（消除危险请求权）针对的是可能在将来损害物权及准物权的“危险”，其行使与追及效力的含义不符。^[105]

4. 渔业权的请求权

（1）物的返还请求权。

渔业权不是对水生动植物的所有权，所以，渔业权所作用水域中的水生动植物被他人侵占，无渔业权返还请求权发挥作用的余地。在养殖权场合，渔业经营者系基于其水生动植物的所有权，而非渔业权，请求侵占水生动植物者予以返还。在捕捞权场合，水生动植物不属于渔业权人所有，在它们被盗捕之后，因其脱离开捕捞权所作用的水域，它们不再是渔业权的客体，渔业权的效力不及于它们。渔业权的效力所及，只是当他人不法侵占渔业权所作用的水域时，渔业权人有权主张其渔业权，将不法侵占人驱逐出该特定水域。但这种权利与其说是物的返还请求权，倒不如认为属于排除妨害请求权，更为贴切。[\[106\]](#)

（2）停止侵害请求权。

渔业权被他人不法侵害时，渔业权人有权请求停止侵害。该物权请求权主要适用于他人擅自进入养殖证、捕捞许可证所划定的水域，擅自捕捞该水域里的水生动植物等场合。[\[107\]](#)

（3）排除妨害请求权。

当存有妨害渔业权行使的障碍时，渔业权人可以主张也可以提起诉讼主张，请求不法妨害渔业权行使之人将该妨害排除。该物权请求权主要适用于他人不法在养殖证、捕捞许可证所划定的水域及其周围设置障碍物，影响乃至阻止渔业权人从事养殖或捕捞作业等场合。[\[108\]](#)

（4）消除危险请求权。

当存有污染水域、堤坝将要决口等致渔业权损害的现实危险时，渔业权人可以主张也可以通过诉讼向危险责任者主张消除该危险。该物权请求权主要适用于水域污染将导致水生动植物死亡或不正常生长、堤坝行将决口会导致所养水生动物逃逸、水下爆破等作业致使水生动物死亡或逃逸等，最终使渔业权遭受损害的场合。[\[109\]](#)

当渔业权人从事养殖或捕捞的设施遭受不法损害时，渔业权人可以直接或通过诉讼请求侵权行为人予以修复。

第十一章 土地承包经营权

本章从土地承包经营权制度由农村集体经济组织实行家庭承包经

营为基础、统分结合的双层经营体制所决定并反映其内在要求而成入手，界定土地承包经营权，划定其基本内容（权能），明确主要类型的土地承包经营权的存续期限，确定土地承包经营权的设立要件和对抗要件，准予土地承包经营权流转，严格限定调整承包地，确立以不得收回承包地为原则，引致承包地被征收时的补偿规范，创设“三权分置”的架构及土地经营权，赋权土地经营权的自由流转性，对于国有土地作为土地承包经营权及土地经营权的客体的，准用《民法典》“第二编物权”的规定。

土地承包经营权，系用益物权之一种。土地经营权若因入股、抵押、转让等方式而生，则也被定性和定位在用益物权，利多弊少。在物权体系中，它们处于不可或缺的地位，地役权、抵押权、相邻关系、征收制度等都与之密切相关；没有它们，物权法的大厦就缺少了一根支柱。

土地承包经营权及土地经营权，其客体在全国土地中所占比重是其他用益物权的客体难以企及的；其主体在全国人口中所占比重，也是其他用益物权的主体只得望其项背的；其作用的结果是支撑生存权的生力军；是解决就业问题的法律基础之一。

中国，迄今是、今后仍然是个农业大国，14亿人的穿衣、吃饭绝非小事、易事。假如满足这些需求的基础、主动权不在中国人自己的手里，而是依赖进口，则危险至极，国家战略安全会脆弱不堪。目前仍在肆虐的新冠肺炎疫情引发的极端少数人对于中国的恶意中伤、小动作连连、经济 and 外贸上的极端措施，都再次敲响了警钟：中国人的穿衣、吃饭必须依靠自我！再加上国际人道主义的践行需要，都决定了农林牧渔在整个国民经济中所处的重要地位，也显现出土地承包经营权及土地经营权的不可取代性，极端重要性！

中国，在很长的历史时期，只有土地的国家所有权、农民集体所有权，没有法律认可的用益物权。在城镇开展基本建设没有建设用地使用权，依靠行政法和政策行事；在农村从事农林牧渔缺乏土地承包经营权，由人民公社制度中的“三级所有，队为基础”解决。其结果，尽管农民每天都起早贪黑地下地劳作，可田野里总是杂草不尽，农获物不多，农民的生活水平不高，贫困地区和人群不少。

由安徽、四川率先发起的农村经济体制改革的探索开始，到农村集体经济组织实行家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制的逐步铺开，极大地释放了农民的积极性 and 创造力，很短的时间里就不见了田地里的杂草，粮棉油丰收，农民的生活水平如同芝麻开花节节高。改革成功，土地承包经营权功不可没！

可是，随着时间的推移，化肥、种子及农机的开销加大，农民的负担不断加重，农村、农业的发展势头缓慢下来，即使国家免除了几千年以来奉行的农业地税，惠及农民，也无法抵消农民负担的增长。加上城镇改革的进程加快，收效喜人，农民工离乡入城，老人、妇幼留守故土，村庄“空壳化”，人们不由得感叹：农民真苦！农村农业真危险！

应该看到，土地承包经营权是基于土地按人或按劳动力均有（口粮田使用权是按人均有，责任田承包经营权是按劳动力或按人均有）的原则而产生的。每家农村承包经营户均享有与其人口或劳动力相应的土地承包经营权。这种社区成员与社区土地对应配置的模式与当时农户的生产能力相吻合。在当时的条件下，农户取得土地承包经营权至关重要，取得该权后也充分发挥出了应有的效能。新一轮土地承包制度下的土地承包经营权，虽然其存续期间延长了30年，《农村土地承包法》和《物权法》更是区分承包地的类型而分别规定了较长时期的土地承包经营权，如草地的承包期为30年至50年，林地的承包期为30年至70年，因“增人不增地，减人不减地”而修正了土地均有原则（有些地区尚未修正后者），可以经发包人同意而被转包、转让、互换、入股等，同第一轮土地承包制度下的土地承包经营权相比有所发展变化，但仍无根本性的改变，并未突破社区成员与社区土地之间对应配置的现状（当然，在现有背景下也不应突破）。^[110]

这种分散的家庭经营，不太适合现代化大农业的规模化经营的要求，也不完全跟得上农村经济向商品化、现代化转变的步伐，需要在保障农民生存权的基础上加快发展权，其中之一是让土地经营权超越原来的集体经济，超越行政界限，向擅长规模经营的“能手”集中。这就是土地经营权与土地承包经营权相分离的内在的、客观的要求。

其实，为了克服分散经营的局限，有效地抵御自然的和社会的双重风险，超越地域性集体经济组织的专业性，综合性服务组织，多种形式的合作与联合，已经开始在农村涌现出来。这些新型服务组织，有流通领域的各国营公司、供销社和新组建的各专业公司与农户的联合，有国家设在农村的技术推广单位和农垦企业与农户的联合（“场、站带户”），有农村能人兴办的上联市场、下联农户的中间组织，有以农村专业户为主体的各种专业协会和专业公司，等等。这些组织与农户之间大都以书面的或口头的形式约定相互间的权、责、利关系，展现出巨大的力量。^[111]如果法律承认农户将其土地承包经营权中的部分权能交由这些组织分享，形成土地经营权，就顺应了这种潮流，满足了社会经济发展的需要。

再者，《物权法》和《农村土地承包法》设计的土地承包经营权

被抵押、自由转让所带来的风险过大，但同时权利人又有以土地承包经营权设立担保达到融资目的之现实且巨大的需求，其实也有金融机构扩张其金融业务的经济人渴望，如果再创设土地经营权制度，由农户保有土地承包权，流转土地经营权，以后者融资，就兼顾了生存权和发展权，相得益彰。

其实，实务中早有范例，那就是通过招标、拍卖公开协商等方式设立的“四荒”土地承包经营权，自由流转，满足了各方的需求。其原因在于：“四荒”拍卖、招标是一种开放的市场行为，“四荒”土地承包经营权原则上是基于价高者得或条件理想者得的游戏规则而归招标人或买受人享有。它不是土地按人或劳动力均有原则的产物，不存在社区成员与社区土地之间对应配置的分配问题。正因为投标人、竞买人通过公开、平等的竞买，支付出最高价或报出令招标人满意的条件而取得“四荒”土地承包经营权，其客体少则十几亩，多则几十亩，乃至几万亩，容易产生规模效益，因此可以说，“四荒”土地承包经营权是由市场按效益最大化原则配置的。同时，“四荒”土地承包经营权在不改变土地用途的前提下转让、出租、抵押、入股、互换等，真正进入了土地市场，容易导致“四荒”土地向经营能手集中，发挥出最佳效益。^[112]国务院办公厅《关于治理开发农村“四荒”资源进一步加强水土保持工作的通知》（国办发〔1996〕23号）指出：“实践证明，治理开发‘四荒’资源，对于进一步解放农村的生产力，控制水土流失、提高土壤肥力和土地的产出率，对于保护、改善和优化生态环境，加快农民脱贫致富、壮大农村集体经济等，都有着重要的意义。”它代表了农业用地权利的发展方向。

农村、农业的改革势在必行。习近平总书记于2013年7月明确提出，深化农村改革，完善农村基本经营制度，要好好研究农村土地所有权、承包权、经营权三者之间的关系。2016年4月25日，习近平总书记在小岗村农村改革座谈会上强调，新形势下深化农村改革，主线仍是处理好农民和土地的关系。这为我国农村土地产权制度改革指明了方向。中国共产党第十八届五中全会明确提出，完善土地所有权承包权经营权分置办法，依法推进土地经营权有序流转。在这种大背景下，中共中央办公厅、国务院办公厅于2016年10月印发了《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》。^[113]

《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》明确：“……在土地经营权方面，土地经营权人对流转土地依法享有在一定期限内占有、耕作并取得相应收益的权利。在依法保护集体所有权和农户承包权的前提下，平等保护经营主体依流转合同取得的土地经营权，保障其有稳定的经营预期。在完善‘三权分置’办法过程中，

要依法维护经营主体从事农业生产所需的各项权利，使土地资源得到更有效合理的利用。……”

在这个框架下，农村土地的集体所有权归集体所有，是土地承包权的前提。农户享有的承包经营权在土地流转中又派生出经营权，集体所有权是根本，农户承包权是基础，土地经营权是关键，这三者统一于农村的基本经营制度。^[114]

集体土地所有权、农户承包权已由中国现行法确立为物权，《民法典》已经承继，不应存疑。但土地经营权究竟是被赋予物权的效力还是仅作为债权对待，较为理想，意见不一，需要慎思。从应尽可能地优化权利人的法律地位、使土地经营权成为更为有效的融资手段等方面出发，将土地经营权设计为用益物权确有必要。这从《中共中央、国务院关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》关于“落实承包地、宅基地、集体经营性建设用地的用益物权”的规定中似可窥见一斑。不过，通过出租（转包）的方式流转的土地经营权被定性和定位在债权，理由似乎更充分些。看来，法学的任务仍然艰巨。

总而言之，土地承包经营权及土地经营权制度的诞生、发展、演变，正是中国农村、农业改革的真实写照！在一定意义上说，也是中国整个经济体制改革的缩影。

第三百三十条

农村集体经济组织实行家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制。

农民集体所有和国家所有由农民集体使用的耕地、林地、草地以及其他用于农业的土地，依法实行土地承包经营制度。

本条主旨

本条是关于土地承包经营权的法律制度及其源自家庭承包的经济制度的规定。

相关条文

《宪法》第8条第1款 农村集体经济组织实行家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制。农村中的生产、供销、信用、消费等各种形式的合作经济，是社会主义劳动群众集体所有制经济。参加农村集体经济组织的劳动者，有权在法律规定的范围内经营自留地、自

留山、家庭副业和饲养自留畜。

《物权法》第124条 农村集体经济组织实行家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制。

农民集体所有和国家所有由农民集体使用的耕地、林地、草地以及其他用于农业的土地，依法实行土地承包经营制度。

《土地管理法》第13条 农民集体所有和国家所有依法由农民集体使用的耕地、林地、草地，以及其他依法用于农业的土地，采取农村集体经济组织内部的家庭承包方式承包，不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等，可以采取招标、拍卖、公开协商等方式承包，从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产。家庭承包的耕地的承包期为三十年，草地的承包期为三十年至五十年，林地的承包期为三十年至七十年；耕地承包期届满后再延长三十年，草地、林地承包期届满后依法相应延长。

国家所有依法用于农业的土地可以由单位或者个人承包经营，从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产。

发包方和承包方应当依法订立承包合同，约定双方的权利和义务。承包经营土地的单位和个人，有保护和按照承包合同约定的用途合理利用土地的义务。

《农村土地承包法》第3条 国家实行农村土地承包经营制度。

农村土地承包采取农村集体经济组织内部的家庭承包方式，不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地，可以采取招标、拍卖、公开协商等方式承包。

第4条 农村土地承包后，土地的所有权性质不变。承包地不得买卖。

第5条 农村集体经济组织成员有权依法承包由本集体经济组织发包的农村土地

任何组织和个人不得剥夺和非法限制农村集体经济组织成员承包土地的权利。

第13条 农民集体所有的土地依法属于村农民集体所有的，由村集体经济组织或者村民委员会发包；已经分别属于村内两个以上农村集体经济组织的农民集体所有的，由村内各该农村集体经济组织或者

村民小组发包。村集体经济组织或者村民委员会发包的，不得改变村内各集体经济组织农民集体所有的土地的所有权。

国家所有依法由农民集体使用的农村土地，由使用该土地的农村集体经济组织、村民委员会或者村民小组发包。

第19条 土地承包应当遵循以下原则：

（一）按照规定统一组织承包时，本集体经济组织成员依法平等地行使承包土地的权利，也可以自愿放弃承包土地的权利；

（二）民主协商，公平合理；

（三）承包方案应当按照本法第十二条的规定，依法经本集体经济组织成员的村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意；

（四）承包程序合法。

《农业法》第10条 国家实行农村土地承包经营制度，依法保障农村土地承包关系的长期稳定，保护农民对承包土地的使用权。

农村土地承包经营的方式、期限、发包方和承包方的权利义务、土地承包经营权的保护和流转等，适用《中华人民共和国土地管理法》和《中华人民共和国农村土地承包法》。

农村集体经济组织应当在家庭承包经营的基础上，依法管理集体资产，为其成员提供生产、技术、信息等服务，组织合理开发、利用集体资源，壮大经济实力。

理解与适用

本条是对《物权法》第124条的复制，第1款陈述《宪法》固定的农村集体经济组织实行家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制，旨在引出第2款的土地承包经营权法律制度由其决定、又反映其内在要求。第2款明确土地承包经营权的客体是农民集体所有的耕地、林地、草地以及其他用于农业的土地，土地承包经营权的主体是农户，母权人是集体或国家。

本条第1款所谓所谓双层经营体制，是指中国农村实行联产承包制以后形成的家庭分散经营和集体统一经营相结合的经营形式。按照这一经营形式，农村集体经济组织在实行联产承包、生产经营，建立

家庭承包经营这个层次的同时，还对一些不适合农户承包经营或农户不愿承包经营的生产项目和经济活动，诸如某些大型农具的管理使用，大规模的农田基本建设活动，植保、防疫、制种、配种以及各种产前、产后的农业社会化服务，某些工副业生产等，由集体统一经营和统一管理，从而建立起一个统一经营层次。由于这种经营体制具有两个不同的经营层次，一是集体统一经营层次，一是家庭分散经营层次，因而称之为双层经营体制。 [115]

在广大农村，以家庭为单位实行分散经营，适应了现阶段农业生产水平较低的状况，有利于克服长期存在的管理过分集中、经营方式过分单一，以及吃“大锅饭”的弊端，有利于扩大农民的经营自主权，调动农民的积极性。但是，分散经营难以实现机械化耕作，抵御自然灾害能力较低，而集体经营能够完成一家一户难以承担的生产活动。分散经营与统一经营相结合的双层经营责任制，可以恰当地协调集体利益与个人利益，并使集体统一经营和劳动者自主经营两个积极性同时得到发挥，取得更大的经济效益。 [116]

党的十一届三中全会以来，农村经营体制发生了根本性变化，集中到一点就是由高度集中统一的集体单一经营转变为家庭和集体统分结合的双层经营，作为我国农村集体经济的一项基本制度已经确立起来。稳定家庭承包经营，是社会主义初级阶段的必然选择。家庭联产承包责任制符合现阶段农村生产力水平和发展要求，显示了巨大的优越性和旺盛的生命力。正是这种经营形式的确立，使长期被压抑的生产力得以释放，促成了农村经济恢复性超高速增长，进而形成了发展商品生产的大潮。家庭经营既保持了它固有的优点，同时，又在商品经济发展过程中，与社会化服务组织日渐结合，开始出现专业化的萌芽，正摆脱落后技术、陈旧观念的束缚，展示了广阔的发展前景。 [117]

社会经济的要求要变成现实且受到国家权力的有力保护，非被法律所反映、认可和保护不可，不然，承包人没有法定权利对抗发包人的所谓“行使土地所有权”的侵扰；反过来，发包人也不清楚其土地所有权的行使边界，不易判断承包人的哪些行为是不正当的，应予以制止、请求损害赔偿，甚至终止双方的承包关系。《民法通则》《土地管理法》《农村土地承包法》《物权法》《民法典》先后设置土地承包经营权制度，反映和维护并促进发展家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制，是正确的，应予坚持。

本条第2款所谓耕地，是指种植农作物的土地，包括灌溉水田、望天田（又称天水田）、水浇地、旱地等。所谓林地，是指生长乔木、竹类、灌木、沿海红树林的土地，包括有林地、灌木林地、疏林

地、未成林造林地以及迹地和苗圃等。所谓草地，是指以生长草本植物为主，用于畜牧业的土地，包括天然草地、改良草地和人工草地。^[118]前述耕地、林地、草地，主要部分是人民公社时代由农村集体经济组织经营管理的耕地、林地、草地，也包括由农民（含牧民）自己经营管理的“自留地”“自留山”。本条第2款所谓“其他用于农业的土地”，应指荒山、荒沟、荒丘、荒滩等起初闲置之地（《农村土地承包法》第3条第2款），俗称“四荒地”。

第三百三十一条

土地承包经营权人依法对其承包经营的耕地、林地、草地等享有占有、使用

和收益的权利，有权从事种植业、林业、畜牧业等农业生产。

本条主旨

本条是关于土地承包经营权人所享基本权利的规定。

相关条文

《民法通则》第80条第2款 公民、集体依法对集体所有的或者国家所有由集体使用的土地的承包经营权，受法律保护。承包双方的权利和义务，依照法律由承包合同规定。

第81条第3款 公民、集体依法对集体所有的或者国家所有由集体使用的森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面的承包经营权，受法律保护。承包双方的权利和义务，依照法律由承包合同规定。

《物权法》第125条 土地承包经营权人依法对其承包经营的耕地、林地、草地等享有占有、使用和收益的权利，有权从事种植业、林业、畜牧业等农业生产。

《土地管理法》第13条 农民集体所有和国家所有依法由农民集体使用的耕地、林地、草地，以及其他依法用于农业的土地，采取农村集体经济组织内部的家庭承包方式承包，不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等，可以采取招标、拍卖、公开协商等方式承包，从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产。家庭承包的耕地的承包期为三十年，草地的承包期为三十年至五十年，林地的承包期为三十年至七十年；耕地承包期届满后再延长三十年，草地、林地承包期届满后依法相应延长。

国家所有依法用于农业的土地可以由单位或者个人承包经营，从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产。

发包方和承包方应当依法订立承包合同，约定双方的权利和义务。承包经营土地的单位和个人，有保护和按照承包合同约定的用途合理利用土地的义务。

《农村土地承包法》第6条 农村土地承包，妇女与男子享有平等的权利。承包中应当保护妇女的合法权益，任何组织和个人不得剥夺、侵害妇女应当享有的土地承包经营权。

第9条 承包方承包土地后，享有土地承包经营权，可以自己经营，也可以保留土地承包权，流转其承包地的土地经营权，由他人经营。

第17条 承包方享有下列权利：

（一）依法享有承包地使用、收益的权利，有权自主组织生产经营和处置产品；

（二）依法互换、转让土地承包经营权；

（三）依法流转土地经营权；

（四）承包地被依法征收、征用、占用的，有权依法获得相应的补偿；

（五）法律、行政法规规定的其他权利。

第23条 承包合同自成立之日起生效。承包方自承包合同生效时取得土地承包经营权。

《草原法》第13条第1款 集体所有的草原或者依法确定给集体经济组织使用的国家所有的草原，可以由本集体经济组织内的家庭或者联户承包经营。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条是对《物权法》第125条的复制，规定了土地承包经营权人所享基本权利，也就是土地承包经营权的积极权能。

二、土地承包经营权的界定

按照本条的规定，土地承包经营权，是指农户等承包人对其承包经营的耕地、林地、草地等农村土地依法享有占有、使用和收益的权利，从事种植业、林业、牧业等农业生产活动，保有收获物的所有权的用益物权。其中，占主导地位的是，以家庭承包经营为基础产生的土地承包经营权，下文径称为土地承包经营权。不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地（以下简称为“四荒”），大多采取招标、拍卖、公开协商的方式成立土地承包经营权，下文简称为“四荒”土地承包经营权（《农村土地承包法》第3条第2款）。

[拓展]

林权，有广义的和狭义的区分。狭义的林权，应为土地承包经营权在林地承包方面的表现，为林地承包经营权，属于土地承包经营权的一种类型（《民法典》第331条以下，《农村土地承包法》第21条，《中共中央国务院关于全面推进集体林权制度改革的意见》第3条第8项）。广义的林权，则包括林地的所有权和林地的使用权（《林木和林地权属登记管理办法》第3条）。此处所谓林地的使用权，当指林地的承包经营权。

笔者认为，从界定清晰、使用便利、易于区分可否流转等层面讲，狭义的林权（即林地承包经营权）的概念，更为可取。对此，较为详细地说明如下。

（1）《民法典》《农村土地承包法》的位阶高于《林木和林地权属登记管理办法》，《中共中央国务院关于全面推进集体林权制度改革的意见》更是林权制度改革的纲领性文件，十分重要。它们都使用了狭义的林权概念，我们没有理由改弦更张。

（2）将林权界定为包含林地所有权和林地使用权，违反了财产权体系内部的位阶关系。林权属于财产权，而在财产权体系中，林地所有权的上位权利是财产所有权，再上位权利是物权，不会是林权。林权概念若有存在的必要，逻辑上只能是林地所有权的下位概念。所以，林权包括林地所有权和林地使用权之说，是把林权作为了林地所有权的上位概念，这不符合民法逻辑。

（3）如果一个人既对某宗林地享有所有权，又自己利用该宗林地，那么，在法律上只设置林地所有权制度便足矣，没有林权制度存在的必要。只有在非所有权人为自己的利益而需要使用林地时，为清楚地划分他与所有人之间的利益，也为了对抗其他人，才有设置林权

制度的必要。在这种背景下存在的林权，恐怕它只会从林地所有权中派生，系分离所有权中的占有、使用、受益诸权能而形成的他物权。由此可见，林权包括林地所有权和林地使用权之说，犯了本末倒置的错误。

（4）在中国，林地所有权和林地使用权是各自独立的。前者不得易其主体，而后者则可以转让。可见，林权包括林地所有权和林地使用权之说，显然忽视了林地所有权和林权之间的性质差别。其实，持林权含有林地所有权说的法规、规章、专家、学者，都一方面承认林权的转让，另一方面坚持宪法所规定林地所有权归国家享有的原则，否认林地所有权的转让。这使他（它）们陷入自相矛盾之中。这是不遵循民法思维的结果。在民法的视野里，林权系从林地所有权中派生出来的用益物权。这十分清晰、简单。如此，就非常容易表述林地所有权不得转让而林权可以转让的精神。

我们界定一个特定的事物，所采用的概念必须首先准确地揭示该事物的本质属性，这是起码的要求；其次是受此领域约定俗成的制约，符合此领域大家都遵循的界定概念的规则要求；再次是所用概念在使用上要方便，如果所采用的概念在使用时常常要作许多限定，作若干辅助说明，则所用概念难谓妥当。如果把林权界定为占有、使用、收益特定林地的权利，而非对林地所有的权利，就能避免上述徒劳无用之功。如此界定，才符合法学尤其是民法学既有的权利位阶体系理论，即受制于约定俗成，才遵循了“财产权——物权——所有权——用益物权——林权”的逻辑结构。如此界定，使用林权概念时才最便利，在谈论林权转让等现象时无须再作限定说明。

所谓农村土地，指农民集体所有和国家所有依法由农民集体使用的耕地、林地、草地，以及其他依法用于农业的土地（《农村土地承包法》第2条）。所谓“四荒”土地，属于“其他依法用于农业的土地”，是暂时闲置的土地，承包、租赁或拍卖使用权的“四荒”地必须是农村集体经济组织所有的、未利用的土地。自留山、责任山是林地的组成部分，不在“四荒”之列。耕地、林地、草原以及国有未利用土地不得作为农村“四荒”[国务院办公厅《关于进一步做好治理开发农村“四荒”资源工作的通知》（国办发〔1999〕102号）第1条第1项、第4项]。

三、土地承包经营权的法律性质

（一）权利主体因土地承包经营权的类型不同而异其规格

从主体上看，以家庭承包方式设立的土地承包经营权，其主体具

有身份性，必须是本集体经济组织成员所组成的农户，至少在土地承包经营权设立之时是这样的（《农村土地承包法》第3条、第5条、第16条、第27条第3款、第31条）；“四荒”土地承包经营权的主体则无身份限制，不但“四荒”土地所在的农村集体经济组织的成员可作承包人，其他集体经济组织的成员也可以，即使是城镇的企事业单位、社会团体及其他组织或个人，只要有治理开发能力的，也可以成为承包人（《农村土地承包法》第48-53条，国务院办公厅《关于治理开发农村“四荒”资源进一步加强水土保持工作的通知》第3条第2项）。

（二）权利客体为土地的地表

从客体方面看，承包地绝大多数为农民集体所有的土地，少数情况下是国家所有由农民集体使用的土地（《民法典》第330条第2款，《农村土地承包法》第2条）。耕地、“四荒”土地、草原、水面均可成为土地承包经营权的客体。由土地承包经营权的目的及功能决定，建筑物、构筑物及其附属设施不会成为土地承包经营权的客体，城市国有土地基本上用作建设用地，只有极个别的宗地用于农业方面，并呈逐渐萎缩的趋势。

土地承包经营权因其目的及功能的缘故，其客体限于承包地的地表，不包含地上、地下，即土地承包经营权不是空间权。这是它与建设用地使用权的不同之处。

（三）权利的目的及功能是在承包地上从事农林牧渔生产经营活动，并保有收获物的所有权

从权利的目的及功能方面看，土地承包经营权的目的是，承包人对承包经营的耕地、林地、草地等享有占有、使用和收益的权利，从事种植业、林业、牧业等农业生产活动，保有收获物的所有权。这不同于建设用地使用权的目的及功能是在他人土地上建造建筑物、构筑物及其附属设施并保有所有权。

利用承包地从事养殖的权利也属于土地承包经营权，其目的及功能是承包人利用承包水域从事养殖经营活动，保有水生动植物所有权。

[引申]

由土地承包经营权的目的及功能所决定，承包人无权在承包地上兴建住宅、厂房、加油站、商品房等建筑物、构筑物及其附属设施，不得将承包地出租或转让给他人用于举办中外合资经营企业、中外合

作经营企业、股份有限公司、有限责任公司等项目，也不得把承包地作为豪华的墓地。按照现行法的规定，在承包地上建造上述建筑物、构筑物及其附属设施，举办中外合资经营企业等项目的，均属非法，承包人违约，建造者、举办者不会取得建筑物、构筑物及其附属设施的所有权，发包人均有权责令其拆除。

可事实上，有些地区的相当数量的承包人的确将承包地用作了上述用途。对此，我们应当依法处理，坚持上述原则及规则。但同时应当看到，有些地区的处理方法富有弹性，其法律后果亦应相应变化。

（1）如果将已经建造住宅的承包地经依法批准变性为宅基地的，此类住宅就不再属于违法建筑，不应再作拆除的处理，而应由农户取得住宅的所有权。（2）如果把用于兴建乡镇企业的承包地经依法批准变性为集体所有的建设用地，此类项目即为合法，厂房等建筑物、构筑物及其附属设施不应作拆除的处理，而应由乡镇企业取得所有权。

（3）如果用于举办中外合资经营企业等项目的承包地经依法征收为国有，再由国土资源管理部门出让建设用地使用权给投资者或中外合资企业等主体，那么，此类项目即为合法，由投资者或中外合资企业等主体取得建筑物、构筑物及其附属设施的所有权。（4）如果用作商品房建设的承包地被征收为国有，再由国土资源管理部门出让建设用地使用权给商品房的开发商，则此类商品房即为合法建筑，开发商取得所有权；或者，按照社会主义新农村建设规划，此类承包地经依法批准变性为集体所有的建设用地，建造者或买受人取得此类商品房的“小产权”，此类商品房亦为合法建筑，法律应予保护。

（四）土地承包经营权派生于土地所有权

从权利所生之源角度看，土地承包经营权是承包人分享了农民集体土地所有权或国家土地所有权中的占有、使用、收益诸项权能而形成的他物权。其母权是农民集体土地所有权，少数情况下是国家土地所有权。

（五）土地承包经营权为用益物权

从权利的归属体系角度看，土地承包经营权以占有、使用、收益为内容，承包人对其承包地拥有支配力、排他力，属于物权，且为用益物权。

〔论争〕

鉴于经常闻知这样的诘问：土地承包经营权的设立不以登记为生效要件，承包合同生效，土地承包经营权就产生，它还是物权吗？它

与债权还有区别吗？在这里有必要予以回答。笔者认为，土地承包经营权的设定不以登记为生效要件，的确模糊了物权与债权之间的界限，程度不同地影响着交易的顺畅进行，但是，未经登记的土地承包经营权虽然不得对抗善意第三人，但仍然不同于债权，兹举例说明如下：（1）在土地承包人（农户）将A地的土地经营权流转给乙之后，乙取得的土地经营权作为物权且经过登记，其后，农户又把A地的土地经营权流转给丙，乙就可以否定丙的土地经营权，保有自己的土地经营权。但是，乙的土地经营权作为债权，乙对丙就没有这样强大的效力。特别是，在丙实际占有A地而乙却未占有的情况下，类推适用《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2005〕5号）第10条第1款第2项关于“均未办理土地使用权变更登记手续，已先行合法占有投资开发土地的受让方请求转让方履行土地使用权变更登记等合同义务的，应予支持”的规定，乙完全无力对抗丙享有土地经营权。（2）如果因其尚未登记而把它当成债权，在发包人因合并等原因而不复存在的情况下，就会出现承包人难以保有土地承包经营权的后果。因为发包人不复存在就是债务人消灭，债权要随之消灭。可是，土地承包经营权若为他物权，一经设立就具有独立性，只要其母权——农村集体土地所有权——没有绝对消灭，只要土地承包经营权的存续期间没有届满，即使发包人不复存在，它也照样存在。（3）土地承包经营权若作为债权，在第三人不法侵害承包地及其经营权的情况下，由于现行法尚未普遍承认债权为侵权行为的标的，承包人无权请求该第三人承担侵权责任。反之，土地承包经营权即使尚未登记也是物权，在第三人侵害它时，承包人就有权请求该第三人承担侵权责任。（4）土地承包经营权若因其尚未登记而作为债权，在债务人宣告破产的情况下，承包人就此利益只能与其他债权人平等地按比例地受偿，而作为物权，则享有优先的权利。由此看来，还是赞同《民法典》和《农村土地承包法》将土地承包经营权归入物权的态度更好。

（六）土地承包经营权为有期物权

从权利的存续期间看，土地承包经营权是有期物权，耕地的承包期为30年。草地的承包期为30年至50年。林地的承包期为30年至70年，经国务院林业行政主管部门批准可以延长[《民法典》第332条第1款，《农村土地承包法》第21条第1款，《中共中央国务院关于全面推进集体林权制度改革的意见》（2008年6月8日）第3条第8项]。承包期届满，由土地承包经营权人按照国家有关规定继续承包（《民法典》第332条第2款），《农村土地承包法》的表述是“前款规定的耕地承包期届满后再延长三十年，草地、林地承包期届满后依照前款规定相应延长”（第21条第2款）。“四荒”土地承包经营权的存续期间，

在实务上大多由承包合同约定，起初有的约定为100年。国务院办公厅于1996年6月1日发出《关于治理开发农村“四荒”资源进一步加强水土保持工作的通知》（国办发〔1996〕23号），对承包期间予以限制，明确规定“承包、租赁、拍卖‘四荒’使用权，最长不超过50年”（第3条第6项）。国务院办公厅于1999年12月21日发布的《关于进一步做好治理开发农村“四荒”资源工作的通知》（国办发〔1999〕102号）再次重申（第2条第3项）。

从形式上看，土地承包经营权都有明确的存续期限，但由政策决定，期满时要么续期，要么重新发包给农业承包经营户。就农业承包经营户和承包地之间必须对应配置而言，土地承包经营权发挥着与无期物权相当的作用。

（七）土地承包经营权以有偿性为原则

土地承包经营权基本上为有对价的物权，但不排除依法经本集体经济组织成员的村民会议2/3以上成员或2/3以上村民代表的决议免交承包金。

承包金是指承包方依据承包合同的约定向发包方交纳的款项、实物或应当履行的劳务。

四、土地承包经营权人的基本权利

（一）占有、使用承包地的权利

土地承包经营权人占有承包地，是其从事农林牧渔经营活动的前提。使用承包地，或表现为耕种承包地，或表现为在承包地上植树造林，或表现为在承包地上种草、放牧，或表现为在承包水域养殖水生动植物。

但应注意，法律禁止占用耕地建窑、建坟或者擅自在耕地上建房、挖砂、采石、采矿、取土等。禁止占用基本农田发展林果业和挖塘养鱼（《土地管理法》第37条第2款、第3款）。

（二）享有收获物所有权的权利

土地承包经营权的目及功能之一是，土地承包经营权人从事上述农林牧渔经营活动的收获物，归属于自己，而不归发包人，也不归国家或他人。所以，土地承包经营权人保有收获物的所有权为其重要权利，或者说是核心权利。

对此，国务院办公厅《关于治理开发农村“四荒”资源进一步加强水土保持工作的通知》特别予以明确：“实行谁治理、谁管护、谁受益的政策。在经过治理开发的‘四荒’地上种植的林果木、牧草及其产品等归治理者所有，新增土地的所有权归集体，在协议规定期限内，治理者拥有使用权，享受国家有关优惠政策。”如今，不限于“四荒”上的林木，《中共中央国务院关于全面推进集体林权制度改革的意见》明确规定：“在坚持集体林地所有权不变的前提下，依法将林地承包经营权和林木所有权，通过家庭承包方式落实到本集体经济组织的农户，确立农民作为林地承包经营权人的主体地位”（第3条第8项）。

（三）自主经营的权利

土地承包经营权人自主经营，根据农业生产经营规律和自己的意愿安排生产经营活动。对此，国务院办公厅《关于治理开发农村“四荒”资源进一步加强水土保持工作的通知》（国办发〔1996〕23号）明确指出：“治理者对‘四荒’享有治理开发自主权。国家依法保护治理开发‘四荒’的成果和治理者的合法权益。在符合国家有关法律、法规、政策、水土保持总体规划和治理开发协议的前提下，允许并鼓励治理者在保持水土和培育资源的基础上，宜农则农，宜林则林，宜果则果，宜牧则牧，宜渔则渔，根据实际情况开发利用‘四荒’。”对此，《农村土地承包法》于第15条第2项、第17条第1项从不同的方向两次强调，第9条前段也强调保护土地承包经营权人的自主经营。《中共中央国务院关于全面推进集体林权制度改革的意见》规定：“实行商品林、公益林分类经营管理。依法把立地条件好、采伐和经营利用不会对生态平衡和生物多样性造成危害区域的森林和林木，划定为商品林；把生态区位重要或生态脆弱区域的森林和林木，划定为公益林。对商品林，农民可依法自主决定经营方向和经营模式，生产的木材自主销售。对公益林，在不破坏生态功能的前提下，可依法合理利用林地资源，开发林下种养业，利用森林景观发展森林旅游业等”（第3条第10项）。

（四）从发包人处依法获取生产、技术、信息等服务的权利

承包人从事农林牧渔经营活动所必需的生产、技术、信息，发包人若有能力提供这方面的服务，则依照《农村土地承包法》第15条第3项的规定，承包人有权获得。

（五）依法流转土地承包经营权的权利

这部分内容将在释评《民法典》第335条时再论，此处不赘。

（六）将承包地作为供役地设立地役权的权利

土地承包经营权人有权将承包地作为供役地为他人设立地役权（《民法典》第378条、第383条），至于土地承包经营权人把承包地作为需役地为自己设立地役权，同时有利于自己和土地所有权人，更应被准许（《物权法》第382条等）。

（七）承包地被依法征收时及时获得足额补偿的权利

为了公共利益的需要，国家征收农民集体所有的土地，该农民集体所有土地上存在的土地承包经营权随其母权——农民集体土地所有权——的消灭而不复存在，征收机关不但必须及时、足额补偿农民集体土地所有权人，而且必须及时、足额补偿土地承包经营权人（《民法典》第338条、第327条、第243条，《农村土地承包法》第17条第4项）。从权利的角度描述，就是土地承包经营权人享有足额补偿的请求权。

（八）对提高土地生产能力的投入，享有获得补偿的权利

在承包经营期间，土地承包经营权人若在承包地上依法兴建了农田水利设施等构筑物，或将“四荒”治理成了良田，或因多施有机肥料使承包地更加肥沃等，从而提高了土地的生产能力，承包方交回承包地或者发包方依法收回承包地时，承包方对其在承包地上投入而提高土地生产能力的，有权获得相应的补偿（《农村土地承包法》第27条第4款）；土地承包经营权依法流转时，（原）承包人有权请求受让人给予相应补偿（《农村土地承包法》第43条，法释〔2005〕6号第17条第2款）。

[引申]

在承包人对其承包地上投入而提高土地生产能力的前提下，土地承包经营权没有流转，而是终止，于此场合，承包人应有权请求发包人给予相应补偿。其道理在于，承包人因此而付出了费用，发包人就此获得了利益，按照公平正义的理念，发包人不宜无偿地获得此类利益。此其一。这样有利于承包人对承包地积极投入，提高土地生产能力，减少乃至杜绝掠夺性经营、破坏土壤肥力等短期行为。此其二。其法律依据，可类推适用《农村土地承包法》第43条、法释〔2005〕6号第17条第2款的规定。

（九）对抗发包人非法行为的权利

发包人若违法地干涉承包人依法从事正常的生产经营活动、擅自调整承包地、擅自终止承包合同、擅自收回承包地、强迫土地承包经营权流转、将承包地收回抵顶欠款等，承包人均有权对抗（《农村土地承包法》第15条第2项、第27条第1款、第28条第1款、第37条、第57条、第58条，法释〔2005〕6号第6条第1项）。

承包期内，妇女结婚，在新居住地未取得承包地的，女性承包人有权对抗发包方收回原承包地的行为；妇女离婚或丧偶，仍在原居住地生活或不在原居住地生活但在新居住地未取得承包地的，女性承包人有权对抗发包方收回原承包地的行为（《农村土地承包法》第31条）。

【思考】

《农村土地承包法》奉行土地承包经营权基本稳定的原则，承包期内，发包方不得单方面解除承包合同，不得假借少数服从多数强迫承包方放弃或变更土地承包经营权，不得以划分“口粮田”和“责任田”等为由收回承包地搞招标承包，不得将承包地收回抵顶欠款（第15条、第25条、第27条、第28条）。承包期内，妇女结婚，在新居住地未取得承包地的，发包方不得收回其原承包地；妇女离婚或者丧偶，仍在原居住地生活或者不在原居住地生活但在新居住地未取得承包地的，发包方不得收回其原承包地（第31条）。对此精神，笔者表示同意，但问题是，违反了“不得”的后果如何，是承包合同消灭、土地承包经营权终止，发包方承担违约责任，还是承包合同和土地承包经营权都继续有效，发包方承担违约责任？易生歧义。不如直接表述为：“没有正当事由，发包方撕毁承包合同，或假借少数服从多数强迫承包方放弃或变更土地承包经营权，或以划分‘口粮田’和‘责任田’等为由收回承包地搞招标承包，或将承包地收回抵顶欠款的，不发生承包合同终止的效果，土地承包经营权继续有效。”^[119]

（十）依法请求延长土地承包经营权存续期限的权利

法释〔2005〕6号第7条规定，承包合同约定或土地承包经营权证等证书记载的承包期限短于农村土地承包法规定的期限，承包方请求延长的，人民法院应予支持。

（十一）依法解除承包合同、终止土地承包经营权的权利

在承包合同中约定的终止或解除合同的条件已经成就；发包人不履行承包合同约定的义务，致使承包合同无法继续履行的等情况下，承包人有权终止（含解除）承包合同。

（十二）自愿交回承包地的权利

承包期内，承包方可以自愿将承包地交回发包方。承包方自愿交回承包地的，可以获得合理补偿，但是应当提前半年以书面形式通知发包方。承包方在承包期内交回承包地的，在承包期内不得再要求承包土地（《农村土地承包法》第30条）。自愿交回承包地，有一种情形是承包农户进城落户，自愿或经引导自愿将承包地交回发包方（《农村土地承包法》第27条第3款）。

（十三）请求依法办理土地承包经营权登记的权利

在土地承包经营权设立时，现行法不强求土地承包经营权登记，在土地承包经营权转让、互换等方式流转的情况下，现行法规定不登记不得对抗善意第三人（《农村土地承包法》第35条）。法释〔2005〕6号甚至规定，承包方未依法登记取得土地承包经营权证等证书，即以转让、出租、入股、抵押等方式流转土地承包经营权，发包方请求确认该流转无效的，应予支持。但非因承包方原因未登记取得土地承包经营权证等证书的除外（第21条）。

五、土地承包经营权限于从事种植业、林业、畜牧业等农业生产

本条最后所谓土地承包经营权人有权从事种植业、林业、畜牧业等农业生产，既宣明了土地承包经营权人的权利，也暗含着对土地承包经营权运行的限制，即该权只得用于农林牧渔的生产、经营。之所以如此解释，是因为土地承包经营权的目及功能如此，在这方面，法律及司法解释也有明确规定。例如，《农村土地承包法》第11条后段规定：“未经依法批准不得将承包地用于非农建设。”第18条第1项加以承包方的义务是“维持土地的农业用途，未经依法批准不得用于非农建设”。第63条规定：“承包方、土地经营权人违法将承包地用于非农建设的，由县级以上地方人民政府有关主管部门依法予以处罚”（第1款）；“承包方给承包地造成永久性损害的，发包方有权制止，并有权要求赔偿由此造成的损失”（第2款）。第64条规定：“土地经营权人擅自改变土地的农业用途、弃耕抛荒连续两年以上、给土地造成严重损害或者严重破坏土地生态环境，承包方在合理期限内不解除土地经营权流转合同的，发包方有权要求终止土地经营权流转合同。土地经营权人对土地和土地生态环境造成的损害应当予以赔偿。”再如，法释〔2005〕6号第8条规定：“承包方违反农村土地承包法第十七条规定，将承包地用于非农建设或者对承包地造成永久性损害，发包方请求承包方停止侵害、恢复原状或者赔偿损失的，应予支持。”

第三百三十二条

耕地的承包期为三十年。草地的承包期为三十年至五十年。林地的承包期为三十年至七十年。

前款规定的承包期限届满，由土地承包经营权人依照农村土地承包的法律规定继续承包。

本条主旨

本条是关于土地承包期的规定。

相关条文

《物权法》第126条 耕地的承包期为三十年。草地的承包期为三十年至五十年。林地的承包期为三十年至七十年；特殊林木的林地承包期，经国务院林业行政主管部门批准可以延长。

前款规定的承包期届满，由土地承包经营权人按照国家有关规定继续承包。

《土地管理法》第13条第1款 农民集体所有和国家所有依法由农民集体使用的耕地、林地、草地，以及其他依法用于农业的土地，采取农村集体经济组织内部的家庭承包方式承包，不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等，可以采取招标、拍卖、公开协商等方式承包，从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产。家庭承包的耕地的承包期为三十年，草地的承包期为三十年至五十年，林地的承包期为三十年至七十年；耕地承包期届满后再延长三十年，草地、林地承包期届满后依法相应延长。

《农村土地承包法》第21条 耕地的承包期为三十年。草地的承包期为三十年至五十年。林地的承包期为三十年至七十年。

前款规定的耕地承包期届满后再延长三十年，草地、林地承包期届满后依照前款规定相应延长。

理解与适用

本条在承继《物权法》第126条的基础上有微调，删除了《物权法》第126条第1款后段规定的“特殊林木的林地承包期，经国务院林业行政主管部门批准可以延长”。

土地承包经营权是有期物权，必定有存续期间。但存续期间多长为宜，则取决于若干因素。如果过长，就意味着在期满前农村集体经济组织不得调整承包地，因农村集体经济组织内部成员的人口增加导致的承包地依人分配的不合理会明显突出；国家征收承包地时所付补偿款也会相应增大。如果太短，则会降低甚至阻碍土地承包经营权人改善土地品质、加大投入以提高土地的生产能力的积极性，可能促使其破坏性、掠夺性地利用土地。

农村实行家庭联产承包责任制之初，承包期一般较短，负面结果显现。于是，1984年，国家出台政策，要求土地承包期应当适当延长，一般应在15年以上。1993年，一些较早实行家庭联产承包责任制的地方，第一轮土地承包即将到期。为了及时指导，国家提出，在原定的耕地承包期届满之后，再延长30年不变。2002年颁布的《农村土地承包法》明确耕地的承包期为30年（第20条）。全国性的草地的承包经营始自1984年。一些地区把草地的承包期定为50年。在《农村土地承包法》出台之前，实践中林地的承包期一般为30~50年。国家政策曾原则要求，土地承包期再延长30年不变，营造林地和“四荒”地等开发性生产的承包期可以更长。^[120]直至2002年，修正的《农村土地承包法》规定：“草地的承包期为三十年至五十年。林地的承包期为三十年至七十年；特殊林木的林地承包期，经国务院林业行政主管部门批准可以延长”（第20条后段）。2018年修正的《农村土地承包法》在承继的基础上明确“前款规定的耕地承包期届满后再延长三十年，草地、林地承包期届满后依照前款规定相应延长”（第21条）。《民法典》对此予以固定（第322条第1款）。

本条第2款明确：“前款规定的承包期限届满，由土地承包经营权人依照农村土地承包的法律规定继续承包。”这在实际效果上相当于把土地承包经营权变成了“无期物权”，给农民（含牧民）吃了一颗定心丸，使其不必担心其承包地失去，完全可以放心地对承包地投入，避免短期效应。

第三百三十三条

土地承包经营权自土地承包经营权合同生效时设立。

登记机构应当向土地承包经营权人发放土地承包经营权证、林权证等证书，并登记造册，确认土地承包经营权。

本条主旨

本条是关于土地承包经营权设立和登记及权证的规定。

相关条文

《物权法》第127条 土地承包经营权自土地承包经营权合同生效时设立。

县级以上地方人民政府应当向土地承包经营权人发放土地承包经营权证、林权证、草原使用权证，并登记造册，确认土地承包经营权。

《土地管理法》第12条 土地的所有权和使用权的登记，依照有关不动产登记的法律、行政法规执行。

依法登记的土地的所有权和使用权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。

《农村土地承包法》第23条 承包合同自成立之日起生效。承包方自承包合同生效时取得土地承包经营权。

第24条第1款、第2款 国家对耕地、林地和草地等实行统一登记，登记机构应当向承包方颁发土地承包经营权证或者林权证等证书，并登记造册，确认土地承包经营权。

土地承包经营权证或者林权证等证书应当将具有土地承包经营权的全部家庭成员列入。

《森林法》第3条第2款 国家所有的和集体所有的森林、林木和林地，个人所有的林木和使用的林地，由县级以上地方人民政府登记造册，发放证书，确认所有权或者使用权。国务院可以授权国务院林业主管部门，对国务院确定的国家所有的重点林区的森林、林木和林地登记造册，发放证书，并通知有关地方人民政府。

《草原法》第11条 依法确定给全民所有制单位、集体经济组织等使用的国家所有的草原，由县级以上人民政府登记，核发使用权证，确认草原使用权。

未确定使用权的国家所有的草原，由县级以上人民政府登记造册，并负责保护管理。

集体所有的草原，由县级人民政府登记，核发所有权证，确认草原所有权。

依法改变草原权属的，应当办理草原权属变更登记手续。

《渔业法》第11条第1款 国家对水域利用进行统一规划，确定可以用于养殖业的水域和滩涂。单位和个人使用国家规划确定用于养殖业的全民所有的水域、滩涂的，使用者应当向县级以上地方人民政府渔业行政主管部门提出申请，由本级人民政府核发养殖证，许可其使用该水域、滩涂从事养殖生产。核发养殖证的具体办法由国务院规定。

《不动产登记暂行条例实施细则》第47条 承包农民集体所有的耕地、林地、草地、水域、滩涂以及荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农用地，或者国家所有依法由农民集体使用的农用地从事种植业、林业、畜牧业、渔业等农业生产的，可以申请土地承包经营权登记；地上有森林、林木的，应当在申请土地承包经营权登记时一并申请登记。

第48条 依法以承包方式在土地上从事种植业或者养殖业生产活动的，可以申请土地承包经营权的首次登记。

以家庭承包方式取得的土地承包经营权的首次登记，由发包方持土地承包经营合同等材料申请。

以招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地的，由承包方持土地承包经营合同申请土地承包经营权首次登记。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条在承继《物权法》第127条的基础上有微调，删除了《物权法》第127条中“草原使用证”，改为在“林权证”后加“等”字的立法技术，为实践中权证类型可以因客观、风俗习惯的需要而定预留了空间。

二、土地承包经营权的设立

（一）概说

土地承包经营权的设立，属于创设继受取得土地承包经营权，是将农民集体土地所有权的部分权能分离和独立出来，形成土地承包经营权这种新权利的现象。在《民法典》及《农村土地承包法》上，土地承包经营权的创设继受取得包括两种情形：一是采取家庭承包方式，农村集体经济组织与其成员之间签订农业承包合同设立土地承包

经营权；二是通过招标、拍卖、公开协商等方式，农村集体经济组织与承包人协商一致创设“四荒”土地承包经营权。

（二）通过家庭承包方式设立土地承包经营权

1. 界定

通过家庭承包方式设立土地承包经营权，是指农村集体经济组织的成员以农户的名义，与农村集体经济组织签订承包合同，创设土地承包经营权。

2. 程序

《农村土地承包法》第20条规定，土地承包应当按照以下程序进行：（1）本集体经济组织成员的村民会议选举产生承包工作小组；（2）承包工作小组依照法律、法规的规定拟订并公布承包方案；（3）依法召开本集体经济组织成员的村民会议，讨论通过承包方案；（4）公开组织实施承包方案；（5）签订承包合同。

3. 承包合同

承包合同，有人叫作农业承包合同，《民法典》称之为土地承包经营权合同（第333条第1款），其主体包括发包人和承包人。

发包人，《农村土地承包法》称作发包方。在农村土地依法属于村集体所有的情况下，发包人是农村集体经济组织或村民委员会；已经分别属于村内两个以上农村集体经济组织的农民集体所有的，发包人是村内各该农村集体经济组织或村民小组（《农村土地承包法》第13条第1款）。在国家所有依法由农民集体使用的农村土地发包的情况下，发包人可以是该土地的农村集体经济组织，也可以是村民委员会，还可以是村民小组（《农村土地承包法》第13条第2款）。

承包人，《农村土地承包法》称作承包方，将其范围限定为农村集体经济组织的成员，以农户的名义出现（第5条、第16条）。妇女和男子均为平等的一分子，在农村土地承包方面享有同等的权利（《农村土地承包法》第6条）。

承包人享有依法承包本集体经济组织发包的农村土地，任何组织和个人不得剥夺和非法限制农村集体经济组织成员承包土地的权利（《农村土地承包法》第5条），表明发包人负有强制缔约的义务。

承包合同应当采取书面形式，一般包括以下条款：（1）发包

方、承包方的名称，发包方负责人和承包方代表的姓名、住所；（2）承包土地的名称、坐落、面积、质量等级；（3）承包期限和起止日期；（4）承包土地的用途；（5）发包方和承包方的权利和义务；（6）违约责任（《农村土地承包法》第22条第2款）。

承包合同自成立之日起生效（《农村土地承包法》第23条前段）。

4. 土地承包经营权的设立要件和时间点

土地承包经营权自承包合同生效时设立（《民法典》第333条第1款，《农村土地承包法》第23条后段）。

登记尽管不是土地承包经营权设立的生效要件，但在土地承包经营权的确认、对抗他人方面仍然具有不可忽视的价值。《民法典》的有关规定表明了这一点，《不动产登记暂行条例实施细则》更是对此详加规定：“承包农民集体所有的耕地、林地、草地、水域、滩涂以及荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农用地，或者国家所有依法由农民集体使用的农用地从事种植业、林业、畜牧业、渔业等农业生产的，可以申请土地承包经营权登记；地上有森林、林木的，应当在申请土地承包经营权登记时一并申请登记”（第47条）。“依法以承包方式在土地上从事种植业或者养殖业生产活动的，可以申请土地承包经营权的首次登记”（第48条第1款）。“以家庭承包方式取得的土地承包经营权的首次登记，由发包方持土地承包经营合同等材料申请”（第48条第2款）。

登记完成后，县级以上地方人民政府应当向土地承包经营权人发放土地承包经营权证、林权证等证书，并登记造册，确认土地承包经营权（《民法典》第333条第2款，《农村土地承包法》第24条第1款）。

[拓展]

林权的取得虽然不以林权登记为生效要件，但为了明晰权属，对抗第三人，通过登记予以公示仍有其积极意义。现行法也规定了林权登记的种类、条件、程序和效力等内容（《林木和林地权属登记管理办法》第2条以下）。

在中国，有的法律文件将林权证的效力表述为：（1）林权证系森林、林木、林地所有权或使用权的法律凭证^[121]，属于国家所有的和集体所有的森林、林木和林地，以及个人所有的林木和使用的林

地，经县级以上人民政府盖章生效；属于国务院确定的国家所有的重点林区的森林、林木和林地，经国务院林业主管部门盖章生效。

(2) 林权证由林权权利人保存。(3) 林权依法发生变更时，须持此证及时到原登记发证机关办理变更登记手续。(4) 各级人民政府及其林权管理部门和司法机关调查了解有关林权事宜时，持证者应当出示此证。(5) 严禁伪造、买卖、转借林权证。(6) 持证单位和个人不得涂改林权证的内容。

按照《林木和林地权属登记管理办法》的规定，林权登记的机关为县级以上林业主管部门，林权登记包括初始登记、变更登记和注销登记（第2条）。对于经过登记机关审查批准予以登记的申请，应当及时核发林权证（第14条）。按照森林法及其实施条例的规定，由国务院林业主管部门或省、自治区、直辖市人民政府以及社区的市、自治州人民政府核发林权证的，登记机关应当将核发林权证的情况通知有关地方人民政府（第15条）。林权发生变更的，林权人应当到初始登记机关申请变更登记（第6条）。林地被依法征收、占用或因其他原因造成林地灭失的，林权人应当到初始登记机关申请办理注销登记（第7条）。《国家林业局关于进一步加强和规范林权登记发证管理工作的通知》（林资发〔2007〕33号）第3条第1款第2项规定，农民集体所有和国家所有由农民集体使用的森林、林木和林地，依法采取家庭承包或其他方式承包的，由承包方申请林权登记；承包后依法转让或互换的，由新的承包方申请林权登记；未发包的，由集体所有者或依法使用国家所有森林、林木和林地的集体使用者申请林权登记。

需要注意，按照《国家林业局关于进一步加强和规范林权登记发证管理工作的通知》（林资发〔2007〕33号）第4条第1款第2项的规定，因农村集体林地承包经营权发生流转，当事人申请林地承包经营权变更登记时，对于以下几种情形应当不予登记：（1）采取转让或互换方式对林地承包经营权进行流转，转让方未依法登记取得林权证，受让方直接申请林地承包经营权变更登记的；（2）采取转包或出租方式对林地承包经营权进行流转，原承包关系不变，受转包方和承租方申请登记的；（3）没有稳定的非农职业或没有稳定的收入来源的农户，将通过家庭承包方式取得的林地承包经营权转让给其他从事农业生产的农户，受让方申请林权变更登记的；（4）有稳定的非农收入或有稳定的收入来源的农户，将通过家庭承包方式取得的林地承包经营权采取转让方式转让给非农户，受让方申请登记的；（5）不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村林地发包给农村集体经济组织以外的单位或个人承包，若承包方不能提供该承包经本集体经济组织成员的村民会议三分之二以上成员或三分之二以上村民代表的同意的证明文件和当地乡（镇）人民政府的批准文件，承包方申请

登记的; (6) 不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等, 依法采用其他方式承包后, 经依法登记取得林权证, 其林地承包经营权不是采取转让方式流转的, 受流转方申请登记的; (7) 其他不符合有关法律规定的申请林权登记条件的。

[论争]

通过以上介绍可知, 中国现行法设置的模式是, 通过承包合同而无须登记来直接设立土地承包经营权。对此, 有学说表示赞同, 认为这符合中国的实际。由此设立的权利虽然未经登记, 也应当具有对抗第三人的效力。其理由在于, 农村目前仍然属于熟人社会, 在承包合同签订之后, 即便没有登记, 第三人也知悉该土地并非自己的, 从而不会对其施加侵害。因此, 公示的权利保护功能无从发挥。而在土地没有登记的情况下, 第三人也不可能受让该权利或对之享有抵押权, 因此, 根本不可能存在标的物上有多个权利、从而哪项权利更为优先的问题, 自然也不存在权利瑕疵而影响交易安全的情况。^[122]

这种观点值得商榷。笔者认为, 土地承包经营权的设立, 事关农户或其他取得该权利之人的重大利益, 尤其关系到农民的生存问题, 为确保其利益不受侵犯, 为了善意第三人免受不测的损害, 对于土地承包经营权的设立应当采取登记成立要件主义, 即土地承包经营权非经登记不得成立, 以避免采取登记对抗主义甚至登记可有可无的模式而可能给农户带来的损害。^[123]这样, 也可减少基于法律行为的物权变动模式的类型。

笔者认为, 土地承包经营权无须登记公示的意见带有片面性。其一, 土地承包经营权的信息应当准确和具有权威性。土地承包经营权登记公示制度最能达此目的。《农村土地承包法》对于土地承包经营权的初始产生不强行要求登记, 土地承包经营权人大多不申请登记。在这些情况下, 土地承包经营权的信息只有靠发包方的记载及知情人的记忆提供和证实, 可靠性没有保障。因为人的记忆容易出错, 发包人的记载相对而言容易毁损乃至遗失。其二, 我们知道, 土地承包经营权至少分为两种, 其中, 基于拍卖、招标产生的土地承包经营权, 其主体可能是来自他乡的“陌生人”, 不强制实行登记公示制度, 或仅仅实行登记对抗要件主义, 众多的土地承包经营权未登记于土地档案里。他人欲了解土地承包经营权是否存在、存续期限多长、农地面积及其四至如何等情形, 或是无从下手, 或是知情者不予配合, 或同意提供信息但索要较高的费用, 再就是该信息的准确性如何保证, 其权威性如何确认? 所有这些, 都可能损害受让人的利益, 进而阻碍土地承包经营权的流转。其三, 不实行登记公示制度, 土地承包经营权紧密地与承包合同联系在一起, 发包人利用各种优势使土地承包经营权

人同意解除合同，致使土地承包经营权也随之终止。在土地承包经营权人不能举证发包人欺诈、胁迫、乘人之危而迫使自己违心同意解除合同的情况下，就会遭受损失，土地承包经营权的物权性变得模糊。如果采取登记公示制度，土地承包经营权的登记不注销，土地承包经营权就不消灭，即使承包合同已被解除，也是如此。这对阻止发包方擅自撕毁承包合同，保护土地承包经营权人的合法权益，具有积极的不可替代的作用。其四，对于家庭承包制，中央确立原则上稳定的政策。依据《民法典》和《农村土地承包法》，土地承包经营权的成立、转让等都不以登记为生效要件，发包方擅自撕毁承包合同，频繁调整承包地，土地管理部门也不知晓，使中央政策的贯彻没有监督，缺乏制度保障。如果将土地承包经营权登记作为土地承包经营权变动的生效要件，对于违法的随意调整不予承认，对既有的土地承包经营权不予变更登记，就能起到监督、保障的作用。^[124]

所谓“我国农村目前仍然属于熟人社会，在承包合同签订之后，即便没有登记，第三人也知悉该土地并非自己的，从而不会对其施加侵害。因此，公示的权利保护功能无从发挥。而在土地没有登记的情况下，第三人也不可能受让该权利或对之享有抵押权，因此，根本不可能存在标的物上有多个权利、从而哪项权利更为优先的问题，自然也不存在权利瑕疵而影响交易安全的情况”，亦有片面性。在实务中，存在着善意之人受让土地承包经营权的情况。例如，甲村把良田B发包给乙农户，乙自土地承包合同生效时取得土地承包经营权，一直没有办理登记。实际上，丙一直以土地承包经营权人的名义在该宗承包地上耕种，甲村村委不但默认，而且在丙把该土地承包经营权转让给丁时，同意该转让行为。事后，乙提出异议，不承认丁的土地承包经营权，丁则主张不知情，应当保有土地承包经营权。^[125]

值得注意的是，《不动产登记暂行条例实施细则》设置4个条文规定农村集体所有权的登记（第29-32条），除关于登记的总则以外，还专门设置3个条文规定集体建设用地使用权的登记（第44-46条），设置7个条文规定土地承包经营权的登记（第47-53条）。尤其是第49条规定土地承包经营权的变更登记、第50条规定土地承包经营权的转移登记、第51条规定土地承包经营权注销登记时使用的术语是“应当”，表明了变更登记是项义务。当然，它们只是部门规章，效力位阶低于《民法典》和《农村土地承包法》。解决这个问题的最佳方案是，将登记作为土地承包权、土地经营权和地役权的变动的生效要件。但遗憾的是，《民法典》没有因应这个要求，因循守旧。

不容忽视的是，农村目前正如火如荼地开展农村土地权属的登记，这为将登记作为土地承包权、土地经营权的变动的生效要件奠定

了基础，提供了前提。

（三）通过招标、拍卖、公开协商等方式，设立“四荒”土地承包经营权

1.概述

对于不宜采取家庭承包方式的“四荒”土地，《民法典》第342条和《农村土地承包法》第48-54条规定，可以通过招标、拍卖、公开协商等方式，设立土地承包经营权。与通过家庭承包方式设立土地承包经营权相比，它具有以下特点：（1）承包地仅限于不宜采取家庭承包方式的“四荒”；（2）承包人限于本集体经济组织的成员，企业法人、私人企业、个体工商户、国家机关工作人员或其他自然人等均可承包“四荒”土地；（3）“四荒”土地承包经营权的设立采取招标、拍卖、公开协商等透明、竞争的方式，较一对一地洽商弊端较少；（4）“四荒”土地承包经营权可较为自由地转让、转包、抵押、互换、出租、入股等流转，更有效率。^[126]

需要指出，通过招标、拍卖、公开协商等方式，设立“四荒”土地承包经营权，有消极条件的限制。国务院办公厅《关于治理开发农村“四荒”资源进一步加强水土保持工作的通知》（国办发〔1996〕23号）第4条第1项规定，承包、租赁、股份制合作、拍卖“四荒”使用权等，要划清国家与农村集体所有“四荒”的权属界限，权属不明确、存在争议的，在问题没有得到解决前，不得进行承包、租赁、股份制合作或拍卖。严禁把国有土地变为集体所有。严禁将国有林地当作“四荒”拍卖。国务院办公厅于1999年12月21日发布的《关于进一步做好治理开发农村“四荒”资源工作的通知》（国办发〔1999〕102号）对此再次重申（第1条第2款）。

2.设立方式

“四荒”土地承包经营权设立的方式，可以是招标、拍卖、公开协商等方式，也可以将土地承包经营权折股分给本集体经济组织成员后，再实行承包经营或股份制合作经营（《农村土地承包法》第50条）。

国务院办公厅《关于治理开发农村“四荒”资源进一步加强水土保持工作的通知》（国办发〔1996〕23号）规定：“哪种方式有利于调动群众的积极性，有利于保持水土，有利于发展壮大集体经济，就采取哪种方式，切忌‘一刀切’”（第2条第4项）。

招标、拍卖、公开协商等方式只是签订承包合同的方式，并未否定“四荒”土地承包经营权的设立依赖承包合同。所以，国务院办公厅《关于治理开发农村“四荒”资源进一步加强水土保持工作的通知》（国办发〔1996〕23号）强调：“承包和租赁治理开发‘四荒’，农村集体经济组织要与承包、承租者签订合同，经乡（镇）人民政府审核，报县级人民政府批准。合同要明确承包方与发包方、承租方与出租方的权利与义务。拍卖使用权的，要标定拍卖底价，实行公开竞价，拍卖后买卖双方要签订拍卖协议，办理交款手续，由县级人民政府依法核发或更换土地使用权证书”。《农村土地承包法》将其法律化：“以其他方式承包农村土地的，应当签订承包合同，承包方取得土地经营权。当事人的权利和义务、承包期限等，由双方协商确定。以招标、拍卖方式承包的，承包费通过公开竞标、竞价确定；以公开协商等方式承包的，承包费由双方议定”（第49条）。

3.农村集体经济组织成员有无优先承包权

尽管“四荒”土地承包经营权的设立采取公开透明的竞争方式，但对“四荒”土地所在农村集体经济组织成员的利益需要有条件地关照。至于具体途径，2002年的《农村土地承包法》规定“以其他方式承包农村土地，在同等条件下，本集体经济组织成员享有优先承包权”（第47条）。按照法释〔2005〕6号规定，该优先权的享有和行使附有条件，即流转价款、流转期限等主要内容相同。在符合这些条件下，本集体经济组织成员主张优先权的，人民法院应予支持。但下列情形除外：（1）在书面公示的合理期限内未提出优先权主张的。（2）未经书面公示，在本集体经济组织以外的人开始使用承包地两个月内未提出优先权主张的（第11条）。（3）在发包方将农村土地发包给本集体经济组织以外的单位或个人，已经法律规定的民主议定程序通过，并由乡（镇）人民政府批准后主张优先承包权的（第19条）。但是，2018年修正的《农村土地承包法》删除了2002年的《农村土地承包法》第47条的规定，而是另辟蹊径，增设一条，即第50条，内容为：“荒山、荒沟、荒丘、荒滩等可以直接通过招标、拍卖、公开协商等方式实行承包经营，也可以将土地经营权折股分给本集体经济组织成员后，再实行承包经营或者股份合作经营。”其中，所谓“也可以将土地经营权折股分给本集体经济组织成员后，再实行承包经营或者股份合作经营”，在客观上使本集体经济组织成员就“四荒”土地承包利益的享有取得了优先权。

4.对农村集体经济组织成员以外的人承包“四荒”土地严格条件和程序

现行法允许农村集体经济组织成员以外的人，承包“四荒”土地，

只不过在条件和程序上较为严格，对此，《农村土地承包法》第52条规定：“发包方将农村土地发包给本集体经济组织以外的单位或者个人承包，应当事先经本集体经济组织成员的村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意，并报乡（镇）人民政府批准”（第1款）。“由本集体经济组织以外的单位或者个人承包的，应当对承包方的资信情况和经营能力进行审查后，再签订承包合同”（第2款）。

[思考]

现行法对农村集体经济组织成员以外的人承包“四荒”土地严格条件和程序，仍然是基于土地承包经营权是农民唯一的或主要的就业手段、生活保障、福利体现、社会稳定的法律基础之一的背景。如果随着社会的发展，土地承包经营权不再是农民唯一的或主要的就业手段、生活保障及福利体现，立法政策就应该调整。

三、土地承包经营权的登记及其效力

分析《民法典》第333条第1款关于“土地承包经营权自土地承包经营权合同生效时设立”的规定，第335条关于“土地承包经营权互换、转让的，当事人可以向登记机构申请登记；未经登记，不得对抗善意第三人”的规定；《农村土地承包法》第35条关于“土地承包经营权互换、转让的，当事人可以向登记机构申请登记。未经登记，不得对抗善意第三人”的规定；第41条关于“土地经营权流转期限为五年以上的，当事人可以向登记机构申请土地经营权登记。未经登记，不得对抗善意第三人”的规定；第53条关于“通过招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地，经依法登记取得权属证书的，可以依法采取出租、入股、抵押或者其他方式流转土地经营权”的规定；以及《不动产登记暂行条例实施细则》第48条第3款关于“以招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地的，由承包方持土地承包经营合同申请土地承包经营权首次登记”的规定，可知登记并非“四荒”土地承包经营权设立的生效要件。从《民法典》第335条的规定看，在土地承包经营权互换、转让的情况下，登记是受让人取得土地经营权（含“四荒”土地经营权）对抗善意第三人的要件。从《农村土地承包法》第53条的规定看，登记是“四荒”土地承包经营权转让、出租、入股、抵押或以其他方式流转的法律前提，不登记不发生“四荒”土地经营权移转的法律效力。法释〔2005〕6号第21条第1款就是如此解释的：“承包方未依法登记取得土地承包经营权证等证书，即以转让、出租、入股、抵押等方式流转土地承包经营权，发包方请求确认该流转无效的，应予支持。但非因承包方原因未登记取得土地承包经营权证等证书的除外。”看来，《民法典》和《农村土地承包法》的思路和精神尚未吻

合。笔者认为，从解释论出发，实务中可以将它们同时适用于同一个案件之中。站在立法论的立场，未来修改法律时应当统一规定。

即使土地承包经营权设立的登记不是生效要件，只是对抗要件，登记对于土地承包经营权人也是非常有益处的。因此，土地承包经营权人还是及早地申请登记为好。在这方面，《不动产登记暂行条例实施细则》第48条规定：“依法以承包方式在土地上从事种植业或者养殖业生产活动的，可以申请土地承包经营权的首次登记”（第1款）。“以家庭承包方式取得的土地承包经营权的首次登记，由发包方持土地承包经营合同等材料申请”（第2款）。“以招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地的，由承包方持土地承包经营合同申请土地承包经营权首次登记”（第3款）。

本条第2款后段所谓“确认土地承包经营权”，其意如何，颇费思量。观察其字面意思，似有只要不动产登记簿簿页上记载某特定土地承包经营权为张三家享有就确定无疑之意。不过，如此理解不合法理，因为连《民法典》第209条第1款等条款赋予公信力的不动产物权登记都不可说登记所显示的不动产物权关系与真实的不动产物权关系百分之百地相符，故有更正登记、异议登记的矫正措施（第220条），并将其适用范围限于交易领域，何况本条所谓登记不具有公信力呢？此其一。本条第1款规定的是基于法律行为而设立土地承包经营权的现象，第2款所谓登记，依体系和逻辑，应当是对于此种土地承包经营权设立的登记，即它是对于基于法律行为而设立土地承包经营权这种不动产物权变动的登记。称此种登记具有确权的法律效力，应该慎重，因为连对作为不动产物权变动的生效要件的设权登记都未说具有确权的效力，何况本条所谓登记仅仅具有对抗善意第三人的效力呢？此其二。有鉴于此，不妨把本条第2款后段所谓“确认土地承包经营权”理解为，土地承包经营权合同已经生效，土地承包经营权据此设立，登记是对此种事实的进一步固定、认可。此其三。

在笔者看来，本条所谓登记，在证据法上的意义更大，即凭借该登记，登记名义人可以自称不动产登记簿登记的土地承包经营权归其享有，不必再举证其他证据；争议的对方若不同意此种意见，必须举证推翻登记名义人的此种主张，若推不翻，只得承认登记名义人的主张。此其一。在判断交易相对人知情与否、有无过错方面具有作用，如果非登记名义人转让、抵押土地经营权，那么，交易相对人有怠于查询不动产登记簿、判明转让人有无处分权的过错，他应承担相应的风险。如果承认土地承包经营权及土地经营权、地役权的转让、抵押也可以发生善意取得的法律效果，则于此场合交易相对人非善意，不能善意取得土地经营权或抵押权。此其二。

第三百三十四条

土地承包经营权人依照法律规定，有权将土地承包经营权互换、转让。未经依法批准，不得将承包地用于非农建设。

本条主旨

本条是关于土地承包经营权流转的规定。

相关条文

《物权法》第128条 土地承包经营权人依照农村土地承包法的规定，有权将土地承包经营权采取转包、互换、转让等方式流转。流转的期限不得超过承包期的剩余期限。未经依法批准，不得将承包地用于非农建设。

《农村土地承包法》第10条 国家保护承包方依法、自愿、有偿流转土地经营权，保护土地经营权人的合法权益，任何组织和个人不得侵犯。

第33条 承包方之间为方便耕种或者各自需要，可以对属于同一集体经济组织的土地的土地承包经营权进行互换，并向发包方备案。

第34条 经发包方同意，承包方可以将全部或者部分的土地承包经营权转让给本集体经济组织的其他农户，由该农户同发包方确立新的承包关系，原承包方与发包方在该土地上的承包关系即行终止。

第35条 土地承包经营权互换、转让的，当事人可以向登记机构申请登记。未经登记，不得对抗善意第三人。

第36条 承包方可以自主决定依法采取出租（转包）、入股或者其他方式向他人流转土地经营权，并向发包方备案。

第38条 土地经营权流转应当遵循以下原则：

（一）依法、自愿、有偿，任何组织和个人不得强迫或者阻碍土地经营权流转；

（二）不得改变土地所有权的性质和土地的农业用途，不得破坏农业综合生产能力和农业生态环境；

（三）流转期限不得超过承包期的剩余期限；

(四) 受让方须有农业经营能力或者资质；

(五) 在同等条件下，本集体经济组织成员享有优先权。

第39条 土地经营权流转的价款，应当由当事人双方协商确定。流转的收益归承包方所有，任何组织和个人不得擅自截留、扣缴。

第40条 土地经营权流转，当事人双方应当签订书面流转合同。

土地经营权流转合同一般包括以下条款：

(一) 双方当事人的姓名、住所；

(二) 流转土地的名称、坐落、面积、质量等级；

(三) 流转期限和起止日期；

(四) 流转土地的用途；

(五) 双方当事人的权利和义务；

(六) 流转价款及支付方式；

(七) 土地被依法征收、征用、占用时有关补偿费的归属；

(八) 违约责任。

承包方将土地交由他人代耕不超过一年的，可以不签订书面合同。

第41条 土地经营权流转期限为五年以上的，当事人可以向登记机构申请土地经营权登记。未经登记，不得对抗善意第三人。

第42条 承包方不得单方解除土地经营权流转合同，但受让方有下列情形之一的除外：

(一) 擅自改变土地的农业用途；

(二) 弃耕抛荒连续两年以上；

(三) 给土地造成严重损害或者严重破坏土地生态环境；

(四) 其他严重违约行为。

第43条 经承包方同意，受让方可以依法投资改良土壤，建设农业生产附属、配套设施，并按照合同约定对其投资部分获得合理补偿。

第44条 承包方流转土地经营权的，其与发包方的承包关系不变。

第45条 县级以上地方人民政府应当建立工商企业等社会资本通过流转取得土地经营权的资格审查、项目审核和风险防范制度。

工商企业等社会资本通过流转取得土地经营权的，本集体经济组织可以收取适量管理费用。

具体办法由国务院农业农村、林业和草原主管部门规定。

第46条 经承包方书面同意，并向本集体经济组织备案，受让方可以再流转土地经营权。

第53条 通过招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地，经依法登记取得权属证书的，可以依法采取出租、入股、抵押或者其他方式流转土地经营权。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条在承继《物权法》第128条的基础上又有所调整，把《物权法》第128条所谓“有权将土地承包经营权采取转包、互换、转让等方式流转”中的“转包”和“等”字删除。做此修改，不是取消了转包的法律形式，也不是将土地承包经营权流转方式局限于互换和转让，而是出自如下原因：（1）土地承包经营权流转分为物权变动式的流转和债权式的流转。物权变动式的流转，在一定程度上牵涉物权法定主义，法律明确表态允许与否，有其必要性。至于转包，不属于物权变动式的流转，而是合同债权式的流转，而合同债的领域奉行意思自治原则，只要法不禁止，就自然允许当事人转包、转租等协议，法律不设明文亦可。实际上，《农村土地承包法》第36条明确：“承包方可以自主决定依法采取出租（转包）、入股或者其他方式向他人流转土地经营权，并向发包方备案。”由此可知，《民法典》作为民事基本法，无须一一重复诸如《农村土地承包法》等单行法的全部条文，只需要认可其精神，作概括性、包容性的规定即可，《农村土地承包法》以特别法的身份在个案中优先适用。（2）以土地承包经营权设

立抵押权，就设立本身而言，只是抵押权这个物权变动（设立）了，但作为抵押物的土地承包经营权于此阶段并未变动，在严格意义上的土地承包经营权流转的标题下，以土地承包经营权设立抵押权与土地承包经营权互换、转让不在一个层面上，“流转”概念和标题中不含有抵押权设立更符合逻辑。

尽管如此，基于本释评书的整体安排，在解读本条时还是把债权式的流转和以土地承包经营权设立抵押权一并介绍。

二、土地承包经营权流转概述

土地承包经营权作为他物权，无处分承包地的效力，但承包人有处分土地承包经营权自身的权利。对此，《农村土地承包法》设置14个条文全面调整（第33条以下）。林地承包经营权人可依法对拥有的林地承包经营权和林木所有权进行转包、出租、转让、入股、抵押或作为合资、合作的条件，对其承包的林地、林木可依法开发利用（《中共中央国务院关于全面推进集体林权制度改革的意见》第3条第11项）。《民法典》概括式地认可《农村土地承包法》的规定和精神（第334条等）。土地承包经营权流转的主体是承包方。承包方有权依法自主决定土地承包经营权是否流转和流转的方式（《农村土地承包法》第9条、第10条、第27条第3款、第38条第1项）。

值得指出并应予重视的是，中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议于2013年11月12日通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，赋予了土地承包经营权更为自由的让与性，于第20条第1款后段规定：“稳定农村土地承包关系并保持长久不变，在坚持和完善最严格的耕地保护制度前提下，赋予农民对承包地占有、使用、收益、流转及承包经营权抵押、担保权能，允许农民以承包经营权入股发展农业产业化经营。鼓励承包经营权在公开市场上向专业大户、家庭农场、农民合作社、农业企业流转，发展多种形式规模经营。”

土地承包经营权流转应当遵循以下原则：（1）平等协商、自愿、有偿，任何组织和个人不得强迫或阻碍承包方进行土地承包经营权流转；（2）不得改变土地所有权的性质和土地的农业用途；（3）流转的期限不得超过承包期的剩余期限；（4）受让方须有农业经营能力；（5）在同等条件下，本集体经济组织成员享有优先权（《农村土地承包法》第38条）。

土地承包经营权采取互换、转让方式流转，当事人双方应当签订书面合同。采取转让方式流转的，应当经发包方同意；依法采取出租

（转包）、入股或者其他方式向他人流转土地经营权，并向发包方备案（《农村土地承包法》第36条）。

[引申]

应注意，没有备案，主要发生行政法上的后果，不应影响转包、出租、互换等合同的效力。对此，法释〔2005〕6号第14条规定：“承包方依法采取转包、出租、互换或者其他方式流转土地承包经营权，发包方仅以该土地承包经营权流转合同未报其备案为由，请求确认合同无效的，不予支持。”

土地承包经营权流转合同一般包括以下条款：（1）双方当事人的姓名、住所；（2）流转土地的名称、坐落、面积、质量等级；（3）流转的期限和起止日期；（4）流转土地的用途；（5）双方当事人的权利和义务；（6）流转价款及支付方式；（7）违约责任（《农村土地承包法》第40条第2款）。

[拓展]

当事人对转包、出租地流转期限没有约定或约定不明的，参照《民法典》第730条关于“当事人对租赁期限没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，视为不定期租赁；当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方”的规定处理。除当事人另有约定或属于林地承包经营外，承包地交回的时间应当在农作物收获期结束后或下一耕种期开始前（法释〔2005〕6号第17条）。

土地承包经营权采取互换、转让方式流转，当事人要求登记的，应当向县级以上地方人民政府申请登记。未经登记，不得对抗善意第三人（《农村土地承包法》第35条）。《不动产登记暂行条例实施细则》予以细化（第50条），本释评书将在相应之处加以介绍。

土地经营权流转的价款，应当由当事人双方协商确定。流转的收益归承包方所有，任何组织和个人不得擅自截留、扣缴（《农村土地承包法》第39条）。发包方或其他组织、个人擅自截留、扣缴承包收益或土地承包经营权流转收益，承包方请求返还的，应予支持。发包方或其他组织、个人主张抵销的，不予支持（法释〔2005〕6号第18条）。因承包方不收取流转价款或向对方支付费用的约定产生纠纷，当事人协商变更无法达成一致，且继续履行又显失公平的，人民法院可以根据发生变更的客观情况，按照公平原则处理（法释〔2005〕6号第16条）。

三、具体流转方式的介绍和分析

（一）转包

转包，是指土地承包经营权人（转包人）和受包人（次承包人）签订转包合同，自己继续保有土地承包经营权，只是将其承包地的全部或部分以一定条件转交受包人（次承包人）经营，受包人（次承包人）向转包人支付或不支付转包金的现象（《农村土地承包法》第36条第1款）。于此场合，受包人（次承包人）并未受让土地承包经营权，不向发包人履行交付承包金等项义务；只是取得了利用承包地从事农林牧渔经营并获取收获物的资格。

[拓展]

转包对于解决农民进城打工而撂荒承包地的问题，是个较好的法律方式。但需要规定进城打工的承包人负有强制缔约义务，以解决宁肯撂荒也不将承包地转包给其他农户的问题。

（二）出租

土地承包经营权的出租，是土地承包经营权人（出租人）和承租人签订租赁合同，土地承包经营权继续由出租人享有，承租人不受让土地承包经营权（《农村土地承包法》第36条），只是取得在承包地从事农林牧渔经营并获取收获物的资格，向出租人支付租金的现象。承租人可以是本集体经济组织的成员，也可以是本集体经济组织以外的自然人、法人或其他组织。

值得一提的是，《农村土地承包法》第36条一改以往把出租和转包并列的理念，采用“出租（转包）”的表达方式，意味着已经将出租和转包等同看待，这值得赞同。其道理如下：由于转包和出租两种场合都是土地承包经营权不发生移转，都是第三人（受包人或承租人）取得利用承包地从事农林牧渔经营活动的资格，都是第三人（受包人或承租人）向土地承包经营权人支付一定对价（限于有偿转包场合），可见，两者具有质的统一性，现行法把“转包”与出租作为并列的、相互独立的两种法律形式，乃人为地割裂一项法律制度，至少在客观上要求法律人分别适用“转包”的法律规范和出租的法律规范，而实际上现行法又欠缺较为详细的“转包”规范，造成“准用”或类推适用的现象。^[127]

（三）互换

互换，合同法称之为互易，按照《农村土地承包法》第33条规定，是承包方之间为方便耕种或者各自需要，可以对属于同一集体经济组织的土地的土地承包经营权进行互换。可见，此处的互换有较为严格的限定：（1）从主体方面看，互换人须是承包人，须为同一集体经济组织的成员；（2）就承包地而言，须为属于同一集体经济组织的两宗以上的土地；（3）从互换的标的物方面看，必须属于同一集体经济组织的土地上竖立的土地承包经营权。

互换与转让的区别在于：（1）通常意义上的转让，其受让人可以是本集体经济组织内的成员，也可以是本集体经济组织以外的人；土地承包经营权的互换，在现行法上，互换人须为同一农村集体经济组织的成员。（2）通常意义上的转让，其对价通常表现为货币；土地承包经营权的互换，其对价表现为另一土地承包经营权。其实，从学理的层面考虑，这些差异可看作上位概念和下位概念之间的区别。如果是这样，则可将互换看作转让的特例。^[128]

互换场合，按照《不动产登记暂行条例实施细则》第50条第1款第1项的规定，当事人双方应当持互换协议等材料，申请土地承包经营权的转移登记。于此场合，两个土地承包经营权相向移转，按照德国民法思维，存在着两个物权行为，在法国和中国的法制上，因未确立物权行为制度，其表现为事实行为。

（四）入股

入股，是指将土地承包经营权作价，出资到股份合作制企业乃至股份有限公司之中，成为企业的财产的现象。不过，此时企业的责任财产包含的，不是土地承包经营权，而是土地经营权。承包人因其土地承包经营权入股而在股份合作制企业乃至股份有限公司之中享有股权，表现为被选举权、选举权、股息红利分配权等；其土地权利已经变成土地承包权。对此，《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》予以进一步肯定和倡导（第20条、第21条）。

入股，土地经营权移转至企业名下，按照德国民法思维，存在着两个物权行为，在法国和中国的法制上，因未确立物权行为制度，其表现为事实行为。

（五）转让

所谓转让，是指转让人（承包人）和受让人签订转让合同，将土地承包经营权移转给受让人，受让人向转让人支付对价的现象。于此场合，原承包方与发包方在该土地上的承包关系即行终止（《农村土

地承包法》第34条)。对此,《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》予以进一步肯定和倡导(第20条)。

转让场合,当事人双方应当持转让合同等材料,申请土地承包经营权的转移登记(《不动产登记暂行条例实施细则》第50条第1款第2项)。以家庭承包方式取得的土地承包经营权,采取转让方式流转的,还应当提供发包方同意的材料(《不动产登记暂行条例实施细则》第50条第2款)。

转让合同生效并履行是(物权变动的)法律事实,土地经营权移转至受让人名下是结果(物权变动)。按照德国民法思维,存在着两个物权行为,在法国和中国的法制上,因未确立物权行为制度,表现为事实行为。

中国现行法对通过招标、拍卖、公开协商等方式设立的“四荒”土地承包经营权的转让,未设诸如发包人同意之类的限制(《民法典》第342条,《农村土地承包法》第48条以下)。但对通过家庭承包方式设立的土地承包经营权的转让,采取的方案是新创设土地经营权,它派生于土地承包经营权,可以自由转让;但留在农户(原土地承包经营权人)的土地权利不再是土地承包经营权,而是土地承包权,它不得转让(《民法典》第339条等,《农村土地承包法》第34条以下)。

[引申]

转让和转包是性质差异很大的两项制度。民法通常所说的转让,系指权利主体的变更,权利由原权利人处移转到受让人之手,在土地承包经营权制度中,应指土地承包经营权由原承包人之手移转到受让人之处,原承包人退出承包合同关系,受让人取而代之地成为承包合同的当事人,享有土地经营权。而转包场合,土地承包经营权继续由转包人(承包人)享有,受包人(次承包人)并未受让土地承包经营权,只是取得了利用承包地从事农林牧渔经营并获取农获物的资格。换言之,转让,发生了物权变动;转包,没有发生物权变动。

就本质而言,转让与买卖、互换、赠与具有密切的联系。如果把转让作为物权变动的结果,在土地承包经营权转让场合,就是土地经营权移转至受让人名下的现象,那么买卖、互换、赠与等合同都是转让的法律事实。如果把转让作为转让合同的简称,那么它就是引起物权变动的法律事实,在土地承包经营权转让场合,转让合同是使土地经营权移转至受让人名下的法律事实。在这个层面上,转让(合同)与买卖、互换、赠与等合同就是并列的各自独立的关系,具体到土地

承包经营权转让、买卖、互换、赠与场合，它们都是引起土地经营权移转至受让人之处的法律事实。

（六）抵押

以往，土地承包经营权的抵押仅仅限于“四荒”土地承包经营权，通过家庭承包方式设立的土地承包经营权不得设立抵押权[《物权法》第128条、第133条，2002年的《农村土地承包法》第32条、第37条、第49条，国务院办公厅《关于治理开发农村“四荒”资源进一步加强水土保持工作的通知》（国办发〔1996〕23号）第3条第6项]。法释〔2005〕6号第15条规定，承包方以其（家庭承包方式设立的）土地承包经营权进行抵押的，应当认定无效。对因此造成的损失，当事人有过错的，应当承担相应的民事责任。

之所以如此设计，是因为法律委员会经同国务院法制办、国土资源部、农业部等部门反复研究，一致认为：目前，农村社会保障体系尚未全面建立，土地承包经营权和宅基地使用权是农民安身立命之本，从全国范围看，放开土地承包经营权抵押和宅基地使用权转让的条件尚不成熟。因此，物权法草案仅规定通过招标、拍卖、公开协商等方式设立的“四荒”土地承包经营权，可以转让、抵押等，是适当的，与《宪法》《农村土地承包法》《土地管理法》等法律的规定也是一致的。^[129]

《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》放弃了上述理念，明确规定，土地承包经营权可以抵押（第20条）。《农村土地承包法》于2018年据此修正（第47条），《民法典》固定这些改革成果（第339条）。至此，法律结构呈现出：抵押权设立之时，其标的物是土地经营权，不是土地承包经营权；抵押人握有的是土地承包权，不再是土地承包经营权。不过，土地经营权人作为抵押人的，抵押人握有的是土地经营权。

〔回顾〕

在相当长的时期，关于通过家庭承包方式设立的土地承包经营权可否抵押的问题，一直存在着激烈的争论。否定说担心，如果允许土地承包经营权抵押，一是抵押权可能在实际上难以实现，使抵押权人遭受经济损失；二是承包人因抵押权的实行而丧失生活来源，增加财政负担，酿成社会问题；三是农地可能因抵押权的实行而改变用途，危及国家的粮食安全。若不允许改变土地用途，金融机构和其他民事主体究竟能有多大的积极性？允许抵押并不能解决农民贷款难的问题。^[130]

肯定说则认为，其一，土地承包经营权人需要资金购买种子、化肥、农药等生产资料，以正常地从事农林牧渔经营；有时急需钱款治疗重病或办理其他要事，等等。而土地承包经营权人在现行法上的融资方式非常有限，如果允许他们以其土地承包经营权甚至宅基地使用权设定抵押权，融到资金，治愈疾病以从事农林牧渔经营，或购置全生产资料，从事农林牧渔经营，并取得收获物，满足各方面的需要，包括偿还贷款本息，不是共赢吗？！如果不允许他们以土地承包经营权甚至宅基地使用权设定抵押权，许多人就会融不到急需的资金，无法正常从事农林牧渔经营，各方面的目的都会落空。^[131]其二，财产及其权利具有让与性，才会保有乃至增加财产权的价值。土地承包经营权作为财产权，也应当尽可能地体现出让与性，才会使承包人借助土地承包经营权更好地实现其利益。迄今为止的实务运作已经清楚地显示出，农村集体土地所有权几乎不具有让与性，土地承包经营权的让与性也有限，农村集体组织及农民的财产增值较低；而一旦国家先是将农村集体所有的土地征为国有，然后将土地使用权出让给开发商，开发商就会财源滚滚来，政府也收取了可观的出让金。何以如此？建设用地使用权具有较为充分的让与性，系重要原因之一。其三，土地承包经营权人是理性人，会趋利避害，选择适当的行为，而不会明知以土地承包经营权抵押会失生活来源，仍故意跳入火坑。其四，至于土地承包经营权抵押可能无法实现，那是抵押权人的商业风险问题，在市场经济的条件下，这应当由他自己审时度势，自我决定，无须立法者如同父母担心孩子摔跤般地多虑。其五，若聚焦在物权变动方面，土地承包经营权的转让是土地承包经营权彻底地立即地移转至受让人之处，土地承包经营权抵押则不一定发生土地承包经营权的移转，在一个正常运行的经济环境里，大多不发生移转。现行法既然已经有条件地承认了土地承包经营权的转让，举重以明轻，更应承认土地承包经营权的抵押，才更合逻辑。笔者原来持完全肯定说。

孙佑海博士看到了否定说的缺陷严重，也注意到了肯定说的不足——对于承包人丧失土地承包经营权，导致加重财政负担、社会负担，甚至于酿成严重的社会问题，尚无令人满意的解决方案。于是，他修正肯定说，主张在土地承包经营权抵押制度中，引入保险机制，规定由保险公司代替土地承包经营权人向抵押权人还本付息的条件，以最大限度地减少承包人丧失土地承包经营权的可能。“三权分置”之后，土地经营权抵押应无疑问，现行法在这方面应予修正。

四、未经依法批准，不得将承包地用于非农建设

本条后段强调：“未经依法批准，不得将承包地用于非农建设。”这非常必要，其道理已在对《民法典》第244条的释评中阐释，

此处不赘。

第三百三十五条

土地承包经营权互换、转让的，当事人可以向登记机构申请登记；未经登记，不得对抗善意第三人。

本条主旨

本条是关于土地承包经营权互换、转让的登记及其效力的规定。

相关条文

《物权法》第129条 土地承包经营权人将土地承包经营权互换、转让，当事人要求登记的，应当向县级以上地方人民政府申请土地承包经营权变更登记；未经登记，不得对抗善意第三人。

《土地管理法》第12条第1款 土地的所有权和使用权的登记，依照有关不动产登记的法律、行政法规执行。

《农村土地承包法》第35条 土地承包经营权互换、转让的，当事人可以向登记机构申请登记。未经登记，不得对抗善意第三人。

第36条 承包方可以自主决定依法采取出租（转包）、入股或者其他方式向他人流转土地经营权，并向发包方备案。

《不动产登记暂行条例实施细则》第50条 已经登记的土地承包经营权发生下列情形之一的，当事人双方应当持互换协议、转让合同等材料，申请土地承包经营权的转移登记：

（一）互换；

（二）转让；

（三）因家庭关系、婚姻关系变化等原因导致土地承包经营权分割或者合并的；

（四）依法导致土地承包经营权转移的其他情形。

以家庭承包方式取得的土地承包经营权，采取转让方式流转的，还应当提供发包方同意的材料。

理解与适用

一、本条意义概貌

本条在承继《物权法》第129条的基础上有所微调，即由“当事人可以向登记机构申请登记”取代原来的“当事人要求登记的，应当向县级以上地方人民政府申请土地承包经营权变更登记”。本条是对《农村土地承包法》第35条的规定在民事基本法层面上的固定。其优点至少表现在两个方面：（1）为将来尽可能统一登记机构预留空间；（2）称土地承包经营权互换、转让的登记为“变更登记”不确切，叫作转移登记或俗称的过户登记则准确，何况《不动产登记暂行条例实施细则》已经如此使用转移登记的术语。

二、本条所涉登记的法律效力

在基于法律行为而发生的物权变动模式中，有把登记作为物权变动的生效要件的模式，其例证有《民法典》第209条第1款等条款的规定；也有将登记作为物权变动的对抗要件的，本条即属此类。

登记为对抗要件，而非生效要件，就是说，特定的土地承包经营权互换、转让已经因互换合同生效或转让合同生效而完成，在当事人双方之间已经发生法律效力，土地承包经营权变动完毕。登记与否，土地承包经营权之于当事人双方，都是如此。但对于第三人来说则不然，只有登记完毕，这种土地承包经营权变动的事实、法律效力才可“约束”第三人，取得土地承包经营权者可以对第三人主张自己拥有土地承包经营权，第三人无权否认此种事实和效力，不得侵害、干预土地承包经营权人行使其权利。与此不同，如果对于土地承包经营权的互换、转让未予登记，则互换、转让的事实和法律效力无法约束第三人，第三人有权不认可此种权利变动。关于未经登记不得对抗善意第三人的问题，借鉴日本民法的学说，稍微展开说明如下。

1.所谓登记为对抗要件，是就以大体有效的土地承包经营权互换、转让为前提，取得土地经营权之人主张此种事实而言的。因而，如甲将A土地经营权转让给乙并已经登记，如果A土地承包经营权的转让合同无效，甲不仅可以请求其登记的注销，而且，即使在A土地经营权又转让给丙并已经登记时，甲也可以对丙主张A土地承包经营权应该属于他。因为并不问甲对A土地承包经营权的享有究竟有无可靠的法律依据，所以它不属于未经登记不能对抗第三人的问题。与此有别，假如甲和乙之间的A土地承包经营权转让合同被撤销，因该合同被撤销前是有效的，乙在这个阶段已经取得了A土地经营权，现在是甲依其撤销的意思表示使A土地承包经营权回复于自己。就此种变动

需要具备对抗要件。假如乙从甲处受让的A土地经营权被丙非法妨害，乙以取得了A土地经营权为由请求丙撤离A承包地，则为对抗问题。

2. 未经登记，不得对抗第三人，其理论构成，大致有三种。第一种观点认为，未经登记的土地承包经营权互换、转让，第三人可以否认它。例如，甲将A土地经营权转让给乙，没有办理移转登记手续，甲又将A土地经营权转让与丙，丙可以甲乙之间转让A土地经营权尚未登记为理由，否认甲乙之间A土地承包经营权转让合同的效力。如此，会使A土地承包经营权转让失去效力，A土地承包经营权复归于甲，丙即可受让A土地经营权。该说不适宜说明下述情形：丙不否认甲乙之间发生了A土地经营权转让的特别的意思表示，或者丙不知甲乙之间发生了A土地经营权转让。第二种观点主张，未登记期间，A土地承包经营权互换、转让在对第三人的关系上不产生效力，或认为只不过发生债权性后果。该说想以债权侵害说明对侵权行为人的关系。不过，由于未登记的A土地承包经营权互换、转让并不妨碍第三人承认其有效，在对第三人的关系上，认为此类A土地承包经营权互换、转让全然无效，是不妥当的。第三种观点认为，只要没有登记，A土地承包经营权互换、转让便不产生完全的效力。也就是说，A土地承包经营权的归属——未必仅于物权，债权亦然——本来应是排他性的（一个权利不能同时归属于甲乙二人），但只要适用公示原则而采用了对抗要件制度，便不产生完全具有排他性的权利变动，让与人也就不成为完全无权利人。

3. 登记的效力，只是对第三人主张的要件，并不妨碍第三人承认未办理登记的A土地承包经营权互换、转让的效力。若丁进一步从乙的受让人丙处受让，丝毫不受妨碍。

4. 未经登记，不得对抗第三人的范围

（1）这里的第三人，无疑是指除A土地承包经营权互换、转让的当事人以外的人。但是否泛指除此之外的所有的人，是否加以限制，尚有疑问。无限制说主张不应设任何限制。限制说则认为，所谓对抗，是于彼此利害相反时才发生的事项，处于这种关系中的人，只限于就主张登记欠缺有正当利益的第三人，对于并无这种利益的第三人，无登记亦可对抗。其浅显的理由是，假如连对受让A土地承包经营权的不法妨害者都因无登记而不能要求其排除的话，就太不合理了。其标准是：“对于就该不动产处于有效交易关系之第三人来说，无登记就不得对抗；但对其他第三人来说无登记亦可对抗。”^[132]在此大标准之下，还需要尽可能地拿出不同类型情形的准则。

(2) 不得对抗的第三人，包括如下几类：其一，就A土地承包经营权最终拥有互不相容权利的人，未登记土地承包经营权的互换、转让，不得对抗另外的可以最终取得土地经营权之人。例如，甲是A土地承包经营权人，先把A土地经营权转让给乙，后又转让给丙。在这里，乙和丙都可以最终取得A土地经营权，乙若有权对丙主张A土地经营权属于他，就必须办理转移登记，否则，就无权对抗丙，其表现之一是，丙若办理了A土地经营权的转移登记，则乙肯定不能取得A土地经营权。在这种关系中，乙、丙究为善意还是恶意，在所不问。其二，对处于A土地承包经营权、土地经营权的法律地位之人拥有合同上权利义务之人，未登记，就不得对抗，善意或恶意，在所不问。

(3) 未登记也可对抗的第三人。所谓A土地经营权转让未登记也可对抗的第三人，是指即使A土地经营权转让没有登记，唯此A土地经营权转让已经产生也是不容否定情形下的第三人。没有登记的实体上的权利人，争夺已经登记的第三人权利的情形很多，而在与更广泛范围内的第三人之间的关系上能否对抗，则是一个问题。举其主要例子如下：1) 以不公正的手段妨碍真实的A土地承包经营权人获得登记的人，或者负有协助登记义务而不履行的人，以及主张欠缺登记这仅仅是借口，实际上明显违背诚实信用的人，均属未登记的真实的A土地承包经营权人能够对抗的人。2) 虽然从外形上看好像拥有与主张拥有A土地承包经营权、土地经营权的人不相容的权利，而实体上却没有真实的A土地承包经营权、土地经营权的人，一般被称为实质上无权利之人。未登记的真实的A土地承包经营权人、土地经营权人能够对抗他。3) 侵权行为人，是指侵害A土地承包经营权、土地经营权的人，而且不具有交易当事人的身份。他也属于未登记的真实的A土地承包经营权、土地经营权能够对抗的人。

三、本条所涉登记的程序

本条所涉登记，应当适用《不动产登记暂行条例实施细则》第50条的规定：“已经登记的土地承包经营权发生下列情形之一的，当事人双方应当持互换协议、转让合同等材料，申请土地承包经营权的转移登记：（一）互换；（二）转让；（三）因家庭关系、婚姻关系变化等原因导致土地承包经营权分割或者合并的；（四）依法导致土地承包经营权转移的其他情形”（第1款）。“以家庭承包方式取得的土地承包经营权，采取转让方式流转的，还应当提供发包方同意的材料”（第2款）。

第三百三十六条

承包期内发包人不得调整承包地。

因自然灾害严重毁损承包地等特殊情形，需要适当调整承包的耕地和草地的，应当依照农村土地承包的法律规定办理。

本条主旨

本条是关于承包地能否调整的规定。

相关条文

《物权法》第130条 承包期内发包人不得调整承包地。

因自然灾害严重毁损承包地等特殊情形，需要适当调整承包的耕地和草地的，应当依照农村土地承包法等法律规定办理。

《农村土地承包法》第28条 承包期内，发包方不得调整承包地。

承包期内，因自然灾害严重毁损承包地等特殊情形对个别农户之间承包的耕地和草地需要适当调整的，必须经本集体经济组织成员的村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意，并报乡（镇）人民政府和县级人民政府农业农村、林业和草原等主管部门批准。承包合同中约定不得调整的，按照其约定。

第29条 下列土地应当用于调整承包土地或者承包给新增人口：

- （一）集体经济组织依法预留的机动地；
- （二）通过依法开垦等方式增加的；
- （三）发包方依法收回和承包方依法、自愿交回的。

第30条 承包期内，承包方可以自愿将承包地交回发包方。承包方自愿交回承包地的，可以获得合理补偿，但是应当提前半年以书面形式通知发包方。承包方在承包期内交回承包地的，在承包期内不得再要求承包土地。

第31条 承包期内，妇女结婚，在新居住地未取得承包地的，发包方不得收回其原承包地；妇女离婚或者丧偶，仍在原居住地生活或者不在原居住地生活但在新居住地未取得承包地的，发包方不得收回其原承包地。

《草原法》第13条第2款 在草原承包经营期内，不得对承包经营者使用的草原进行调整；个别确需适当调整的，必须经本集体经济组织成员的村（牧）民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村（牧）民代表的同意，并报乡（镇）人民政府和县级人民政府草原行政主管部门批准。

理解与适用

本条是对《物权法》第130条的复制，对《农村土地承包法》第28条的规定在民事基本法层面上的固定，第1款宣明承包期内发包人不得调整承包地，这是强制性规定，违反者无效；第2款承认例外，点明“因自然灾害严重毁损承包地等特殊情形”，但主要是引致性（管道性）规定，把可以调整承包地的条件和法律效果引向《农村土地承包法》等法律的具体规定。

本条第2款所谓“等特殊情形”，究为何意？与如何界定调整有关。如果把调整界定为承包地的位置、面积，那么，土地承包经营权存续期届满，“重新洗牌”，再依据新的标准发包和承包，就属于特殊情形。再如，涨滩，扩张了张三家的承包地，农村集体经济组织认可此种自然现象导致的张三家的承包地增加面积。这样，涨滩又属于特殊情形。与此类似，水流冲刷，导致李四家的承包地的面积减少，农村集体经济组织无储备地可以增补李四家的承包地面积。如此，水流冲刷也属于特殊情形。因为在这些场合都使承包地发生了改变，进而使土地承包经营权发生了变化。

此外，承包地被征收或被用于村镇公共设施、公益事业的建设，失地农民不愿意“农转非”，不要征收补偿款等费用，坚决要求继续承包土地的，也应属于特殊情形。再就是人地矛盾非常突出，诸如因出生导致的人口增长，因婚嫁带来的人口迁移，因大中型水利、水电工程建设征收土地产生的移民安置等原因形成的人地矛盾，不调整会直接影响农民基本生活的，亦为特殊情形。^[133]

如果扩张解释调整，把土地承包经营权人的变化也划归其中，那么，《农村土地承包法》第29条关于“下列土地应当用于调整承包土地或者承包给新增人口：（一）集体经济组织依法预留的机动地；（二）通过依法开垦等方式增加的；（三）发包方依法收回和承包方依法、自愿交回的”的规定也属于关于特殊情形调整承包地的规定。

《农村土地承包法》第28条规定：承包期内，因自然灾害严重毁损承包地等特殊情形对个别农户之间承包的耕地和草地需要适当调整的，必须经本集体经济组织成员的村民会议2/3以上成员或者2/3以上

村民代表的同意，并报乡（镇）人民政府和县级人民政府农业农村、林业和草原等主管部门批准。承包合同中约定不得调整的，按照其约定。

之所以有《农村土地承包法》第28条的规定，原因在于：在实践中，对因各种特殊情形造成人地矛盾突出的问题，一些地方尊重大多数农民意愿，因地制宜，分类施策，在坚持稳定土地承包关系的基础上，妥善解决矛盾纠纷。为进一步规范对个别农户之间承包的耕地和草地的适当调整，草案划定了红线：必须坚持土地承包关系稳定、不得打乱重分的原则；必须经本集体经济组织成员的村民会议2/3以上成员或者2/3以上村民代表的同意，并报乡（镇）人民政府和县级人民政府农业等行政主管部门批准。鉴于各地情况差异较大，《农村土地承包法》授权省、自治区、直辖市制定地方性法规具体规定。^[134]《民法典》亦应持此立场。

第三百三十七条

承包期内发包人不得收回承包地。法律另有规定的，依照其规定。

本条主旨

本条是关于承包地不得收回以及法律可有另外规定的规定。

相关条文

《物权法》第131条 承包期内发包人不得收回承包地。农村土地承包法等法律另有规定的，依照其规定。

《农村土地承包法》第27条 承包期内，发包方不得收回承包地。

国家保护进城农户的土地承包经营权。不得以退出土地承包经营权作为农户进城落户的条件。

承包期内，承包农户进城落户的，引导支持其按照自愿有偿原则依法在本集体经济组织内转让土地承包经营权或者将承包地交回发包方，也可以鼓励其流转土地经营权。

承包期内，承包方交回承包地或者发包方依法收回承包地时，承包方对其在承包地上投入而提高土地生产能力的，有权获得相应的补

偿。

理解与适用

本条承继了《物权法》第131条的规定精神，只是在文字方面略有变化，与《农村土地承包法》第27条的规定相一致。前段确立承包地不得收回的原则，后段承认例外，但它只是引致性（管道性）的条款，把例外引向其他法律的具体规定。

经查，《农村土地承包法》第27条规定：“承包期内，承包农户进城落户的，引导支持其按照自愿有偿原则依法在本集体经济组织内转让土地承包经营权或者将承包地交回发包方，也可以鼓励其流转土地经营权”（第3款）；“承包期内，承包方交回承包地或者发包方依法收回承包地时，承包方对其在承包地上投入而提高土地生产能力的，有权获得相应的补偿”（第4款）。

第三百三十八条

承包地被征收的，土地承包经营权人有权依据本法第二百四十三条的规定获得相应补偿。

本条主旨

本条是关于承包地被征收时土地承包经营权人有权获得相应补偿的规定。

相关条文

《物权法》第132条 承包地被征收的，土地承包经营权人有权依照本法第四十二条第二款的规定获得相应补偿。

《土地管理法》第45条 为了公共利益的需要，有下列情形之一，确需征收农民集体所有的土地的，可以依法实施征收：

（一）军事和外交需要用地的；

（二）由政府组织实施的能源、交通、水利、通信、邮政等基础设施建设需要用地；

（三）由政府组织实施的科技、教育、文化、卫生、体育、生态环境和资源保护、防灾减灾、文物保护、社区综合服务、社会福利、

市政公用、优抚安置、英烈保护等公共事业需要土地的；

（四）由政府组织实施的扶贫搬迁、保障性安居工程建设需要土地的；

（五）在土地利用总体规划确定的城镇建设用地范围内，经省级以上人民政府批准由县级以上地方人民政府组织实施的成片开发建设需要土地的；

（六）法律规定为公共利益需要可以征收农民集体所有的土地的其他情形。

前款规定的建设活动，应当符合国民经济和社会发展规划、土地利用总体规划、城乡规划和专项规划；第（四）项、第（五）项规定的建设活动，还应当纳入国民经济和社会发展年度计划；第（五）项规定的成片开发并应当符合国务院自然资源主管部门规定的标准。

第47条第4款 拟征收土地的所有权人、使用权人应当在公告规定期限内，持不动产权属证明材料办理补偿登记。县级以上地方人民政府应当组织有关部门测算并落实有关费用，保证足额到位，与拟征收土地的所有权人、使用权人就补偿、安置等签订协议；个别确实难以达成协议的，应当在申请征收土地时如实说明。

第48条 征收土地当给予公平、合理的补偿，保障被征地农民原有生活水平不降低、长远生计有保障。

征收土地应当依法及时足额支付土地补偿费、安置补助费以及农村村民住宅、其他地上附着物和青苗等的补偿费用，并安排被征地农民的社会保障费用。

征收农用地的土地补偿费、安置补助费标准由省、自治区、直辖市通过制定公布区片综合地价确定。制定区片综合地价应当综合考虑土地原用途、土地资源条件、土地产值、土地区位、土地供求关系、人口以及经济社会发展水平等因素，并至少每三年调整或者重新公布一次。

征收农用地以外的其他土地、地上附着物和青苗等的补偿标准，由省、自治区、直辖市制定。对其中的农村村民住宅，应当按照先补偿后搬迁、居住条件有改善的原则，尊重农村村民意愿，采取重新安排宅基地建房、提供安置房或者货币补偿等方式给予公平、合理的补偿，并对因征收造成的搬迁、临时安置等费用予以补偿，保障农村村

民居住的权利和合法的住房财产权益。

县级以上地方人民政府应当将被征地农民纳入相应的养老等社会保障体系。被征地农民的社会保障费用主要用于符合条件的被征地农民的养老保险等社会保险缴费补贴。被征地农民社会保障费用的筹集、管理和使用办法，由省、自治区、直辖市制定。

第49条 被征地的农村集体经济组织应当将征收土地的补偿费用的收支状况向本集体经济组织的成员公布，接受监督。

禁止侵占、挪用被征收土地单位的征地补偿费用和其他有关费用。

《农村土地承包法》第17条第4项 承包地被依法征收、征用、占用的，有权依法获得相应的补偿。

第40条第2款第7项 土地被依法征收、征用、占用时有关补偿费的归属。

第62条 违反土地管理法规，非法征收、征用、占用土地或者贪污、挪用土地征收、征用补偿费用，构成犯罪的，依法追究刑事责任；造成他人损害的，应当承担损害赔偿等责任。

理解与适用

本条是对《物权法》第132条、《农村土地承包法》第17条第4项等条款的承继，属于引致性（管道性）条款，将承包地被征收获得补偿的具体规则引至《民法典》第243条的规定。

其实，《民法典》第243条的规定仍为纲领性的原则规定，需要《土地管理法》等法律、法规补充一些具体规范，特别是《土地管理法》第48条的规定。

征收土地当给予公平、合理的补偿，保障被征地农民原有生活水平不降低、长远生计有保障。

征收土地应当依法及时足额支付土地补偿费、安置补助费以及农村村民住宅、其他地上附着物和青苗等的补偿费用，并安排被征地农民的社会保障费用。

征收农用地的土地补偿费、安置补助费标准由省、自治区、直辖市通过制定公布区片综合地价确定。制定区片综合地价应当综合考虑

土地原用途、土地资源条件、土地产值、土地区位、土地供求关系、人口以及经济社会发展水平等因素，并至少每三年调整或者重新公布一次。

征收农用地以外的其他土地、地上附着物和青苗等的补偿标准，由省、自治区、直辖市制定。对其中的农村村民住宅，应当按照先补偿后搬迁、居住条件有改善的原则，尊重农村村民意愿，采取重新安排宅基地建房、提供安置房或者货币补偿等方式给予公平、合理的补偿，并对因征收造成的搬迁、临时安置等费用予以补偿，保障农村村民居住的权利和合法的住房财产权益。

县级以上地方人民政府应当将被征地农民纳入相应的养老等社会保障体系。被征地农民的社会保障费用主要用于符合条件的被征地农民的养老保险等社会保险缴费补贴。被征地农民社会保障费用的筹集、管理和使用办法，由省、自治区、直辖市制定。

第三百三十九条

土地承包经营权人可以自主决定依法采取出租、入股或者其他方式向他人流转土地经营权。

本条主旨

本条是关于以出租、入股或其他方式流转土地经营权的规定。

相关条文

《物权法》第133条 通过招标、拍卖、公开协商等方式承包荒地等农村土地，依照农村土地承包法等法律和国务院的有关规定，其土地承包经营权可以转让、入股、抵押或者以其他方式流转。

《农村土地承包法》第36条 承包方可以自主决定依法采取出租（转包）、入股或者其他方式向他人流转土地经营权，并向发包方备案。

理解与适用

一、本条的基本含义

本条是对《农村土地承包法》第36条的规定在民事基本法层面上的固定，吸纳了《物权法》第133条的合理精神，明确了除互换、转

让以外的土地经营权的流转方式。

所谓土地承包经营权出租，达到流转土地经营权的目的是和结果，是指这样的现象：土地承包经营权人（出租人）和承租人签订租赁合同，土地承包经营权继续由出租人享有，承租人不受让土地承包经营权（《农村土地承包法》第36条），只是取得土地经营权，即在承包地从事农林牧渔经营并获取农获物的资格，并向出租人支付租金的现象。承租人可以是本集体经济组织的成员，也可以是本集体经济组织以外的自然人、法人或其他组织。

所谓土地承包经营权入股，达到流转土地经营权的目的是和结果，指的是这样的现象：将土地承包经营权作价，出资到股份合作制企业乃至股份有限公司之中，成为企业的财产的现象，股份合作制企业或股份有限公司取得土地经营权。另外，对于此处所谓入股，还可以作扩大解释，即业已设立的公司增资扩股时，土地承包经营权人将其土地承包经营权作价，成为股份合作制企业或股份有限公司的责任财产的组成部分。不过，它于此时已经变性，表现为土地经营权。承包人因其土地承包经营权入股而在股份合作制企业乃至股份有限公司之中享有股权，表现为被选举权、选举权、股息红利分配权等。对此，《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》予以进一步肯定和倡导（第20条、第21条），《农村土地承包法》落实到位（第36条）。对此，十三届全国人大常委会委员、农业与农村委员会副主任委员刘振伟先生做有如下解读。

党的十八届三中全会决定提出：“允许农民以承包经营权入股发展农业产业化经营”。2014年11月，中共中央办公厅、国务院办公厅《关于引导农村土地经营权有序流转发展农业适度规模经营的意见》提出：“引导农民以承包地入股组建土地股份合作组织”，“允许农民以承包经营权入股发展农业产业化经营”。对于农村土地承包经营权入股，2002年的《农村土地承包法》是将家庭承包方式和“四荒”土地招标、拍卖、公开协商承包方式分开处理的。对于家庭承包方式取得的土地承包经营权，将入股限定在承包方自愿联合从事农业合作生产的范围。对“四荒”招标、拍卖、公开协商承包方式取得的土地承包经营权，可以采取入股方式流转。2018年《农村土地承包法》，增加了土地承包经营权人可以采用入股的方式流转土地经营权的规定，但需向发包方备案。这与2002年《农村土地承包法》上的土地承包经营权入股发展农业合作不同，2018年《农村土地承包法》上的土地经营权入股的企业、公司宽泛，包括入股法人企业，2002年《农村土地承包法》上的土地承包经营权入股是入股组建土地股份合作社；2018年《农村土地承包法》上的入股目标公司在治理结构上可以是公司制，

2002年《农村土地承包法》上的入股企业在组织形式方面是股份合作制，是特殊的法人治理结构；承包地的土地经营权入股法人企业后，能处置的只是承包地的土地经营权，土地承包权仍归承包方，农民集体土地所有权也不改变。对此，2018年《农村土地承包法》仅作原则性规定，给实践留出空间，以后总结经验并制定配套规定，同时注意与《公司法》等法律对接好。^[135]

本条所谓“其他方式向他人流转土地经营权”，指的是以土地经营权融资担保的方式流转土地经营权。《农村土地承包法》第47条规定：“承包方可以用承包地的土地经营权向金融机构融资担保，并向发包方备案。受让方通过流转取得的土地经营权，经承包方书面同意并向发包方备案，可以向金融机构融资担保”（第1款）；“担保物权自融资担保合同生效时设立。当事人可以向登记机构申请登记；未经登记，不得对抗善意第三人”（第2款）；“实现担保物权时，担保物权人有权就土地经营权优先受偿”（第3款）；“土地经营权融资担保办法由国务院有关部门规定”（第4款）。对此，十三届全国人大常委会委员、农业与农村委员会副主任委员刘振伟先生做有如下解读。

党的十八届三中全会决定提出，在坚持和完善最严格的耕地保护制度前提下，赋予农民对承包地占有、使用、收益、流转及承包经营权抵押、担保权能。2015年12月27日，第十二届全国人大常委会第十八次会议决定，授权国务院在北京大兴区等232个试点县（市、区）行政区域，暂时调整实施物权法、担保法关于农民集体所有的耕地使用权不得抵押的规定，至2018年12月31日试点结束。^[136]

以承包地的土地经营权作为融资担保标的物，是以承包人对承包地享有的占有、使用、收益和流转权利为基础的，满足用益物权可设定为融资担保标的物的法定条件。随着土地承包经营权确权登记、农村土地流转交易市场完善，将承包地的土地经营权纳入融资担保标的物范围水到渠成。以承包地的土地经营权为标的物设定担保，当债务人不能履行债务，债权人依法定程序处分担保物，只是转移了承包地的土地经营权，实质是使用权和收益权，土地承包权没有转移，承包地的农民集体所有性质也不因此改变。^[137]鉴于实践中抵押担保融资的情况复杂，操作方式多样，加之各方面对土地经营权的性质认识分歧较大，《农村土地承包法》使用了“融资担保”的概念，包含了抵押和质押等多种情形，既解决农民向金融机构融资缺少有效担保物的问题，又保持了与《担保法》等法律规定的一致性（第47条）。^[138]

第三方通过流转取得的土地经营权，经承包方书面同意并向发包方备案，也可以向金融机构融资担保。由于各方面对继受取得的土地经营权是物权还是债权有争议，是作为用益物权设定抵押，还是作为

收益权进行权利质押，分歧很大。立法不陷入争论，以服务实践为目的，《农村土地承包法》使用了土地经营权融资担保概念（第47条），这是抵押、质押的上位概念，将两种情形都包含进去，既保持与相关民法的一致性，又避免因性质之争影响立法进程。^[139]

总之，本条所谓“其他方式向他人流转土地经营权”，新创了一种权利产生的机制，因为在融资之前，土地承包经营权人之手并无土地经营权，有的是土地承包经营权，但在土地承包经营权人与金融机构签订融资担保合同并生效之时，土地经营权即告设立，成为金融机构（担保权人）所享融资担保权的标的物。就是说，不是在担保权设立之前已经存在土地经营权这个担保物，而是设立担保权之时才“催生”出土地经营权这个担保物，简言之，担保权和担保物同时诞生。这与建设用地使用权等用益物权作为担保物向金融机构设立担保非常不同，因为建设用地使用权抵押权设立之前已经存在建设用地使用权这个担保物，有了担保物才会有担保权。

看来，利用土地经营权融资担保，可有两种路径及方法：一种是本条和《民法典》第342条规定的路径及方法，其担保人是土地经营权人；另一种是在土地经营权融资担保设立之前，土地经营权已经存在，以业已存在的土地经营权作为担保物设立融资担保权，其担保人是土地经营权人，而非土地承包经营权人，亦非土地承包人。

二、“三权分置”的基本含义与创设根源

本条至第342条系“三权分置”架构下的设计，最为突出的创新是增设土地经营权。

所谓“三权分置”，是相对于农民集体土地所有权与土地承包经营权这种“两权分离”而言的农地权利划分（分置）的状态的简称，指的是农民集体土地所有权→土地承包经营权→土地经营权的配置格局。

观察和体会《民法典》涉及土地承包经营权、土地承包权、土地经营权的条文，可知这三个概念使用的场合和条件是：在农户亲自行使土地承包经营权、不流转该权的情况下，无须使用土地经营权的概念，仅有土地承包经营权的概念足矣；只有在农户流转土地承包经营权的情况下，才有使用土地承包权、土地经营权的必要，于此场合，农民集体土地所有权人拥有和行使土地所有权，土地承包经营权被分成土地承包权和土地经营权，农户享有其中的土地承包权并获得收益（土地经营权人支付的对价），土地承包经营权的概念退出使用，受让权利者同时是实际占有、使用、收益承包地之人，享有和行使土地经营权。其实，在利用土地经营权融资时，已经取得土地经营权的实

际占有、使用、收益承包地之人可以是抵押人（在承认土地经营权为物权的理论体系下）或出质人（在把土地经营权作为债权的理论体系下）；在土地承包经营权尚未被分成土地承包权和土地经营权的情况下，土地经营权人（农户）在融资程序中将土地经营权独立出来，并抵押给（在承认土地经营权为物权的理论体系下）/出质给（在把土地经营权作为债权的理论体系下）出借人。有鉴于此，笔者赞同下面的概括：农民土地集体所有权与承包经营权是承包地处于未流转状态的一组权利，是两权分离。农民土地集体所有权与土地承包权、土地经营权是承包地处于流转状态的一组权利，是“三权分置”^[140]。

“三权分置”的创设反映了社会经济制度乃至政治制度的内在要求。从农业农村的现实情况看，随着富余劳动力转移到城镇就业，各类合作社、农业产业化龙头企业等新型经营主体大量涌现，土地流转面积不断扩大，规模化、集约化经营水平不断提升，呈现“家庭承包，多元经营”格局。农业产业化、水利化、机械化及科技进步等，都对完善农村生产关系提出新的要求。把实践检验行之有效的农村土地承包政策和成功经验及时转化为法律规范，是修改《农村土地承包法》首先要考虑的问题^[141]，自然也是编纂《民法典》所要解决、反映的课题。既保障农民的生存权甚至发展权，又让实际从事农林牧渔所需要的土地权利向“能手”、实力雄厚的公司集中，以满足规模化、集约化经营的需求。其方案之一是创设土地经营权。

再者，鉴于《物权法》和《农村土地承包法》设计的土地承包经营权被抵押、自由转让带来过大的风险，但同时权利人又有以土地承包经营权设立担保达到融资目的之现实且巨大的需求，其实也有金融机构扩张其金融业务的经济人渴望，习近平总书记于2013年7月明确提出，深化农村改革，完善农村基本经营制度，要好好研究农村土地所有权、承包权、经营权三者之间的关系。2016年4月25日，习近平总书记在小岗村农村改革座谈会上强调，新形势下深化农村改革，主线仍是处理好农民和土地的关系。这为中国农村土地产权制度改革指明了方向。中国共产党第十八届五中全会明确提出，完善土地所有权承包权经营权分置办法，依法推进土地经营权有序流转。在这种大背景下，中共中央办公厅、国务院办公厅于2016年10月印发了《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》。^[142]

《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》明确：“……土地经营权人对流转土地依法享有在一定期限内占有、耕作并取得相应收益的权利。在依法保护集体所有权和农户承包权的前提下，平等保护经营主体依流转合同取得的土地经营权，保障其有稳定的经营预期。在完善‘三权分置’办法过程中，要依法维护经营主体

从事农业生产所需的各项权利，使土地资源得到更有效合理的利用。
.....”

在这个框架下，农村土地的集体所有权归农民集体所有，是土地承包权的前提。农户享有的承包经营权在土地流转中又派生出经营权，农民集体所有权是根本，农户承包权是基础，土地经营权是关键，这三者统一于农村的基本经营制度。^[143]

“三权分置”是继家庭联产承包责任制后农村改革又一重大制度创新。目前，农村已有30%以上的承包农户在流转承包地，流转面积4.79亿亩。为此，《农村土地承包法》规定，以家庭承包方式取得的土地承包经营权在流转中分为土地承包权和土地经营权。同时，明确了土地承包权和土地经营权的权能（第36条以下）。土地经营权流转后，为了加强对土地承包权的保护，《农村土地承包法》规定，承包土地的经营权流转后，承包方与发包方的承包关系不变，承包方的土地承包权不变（第44条）。^[144]

三、农民集体土地所有权行使说之反驳

在研讨和设计农地“三权分置”模式的过程中，有一种意见是反对土地经营权的创设，其路径是反思他物权乃分享所有权的权能而派生出来的物权这种理念及理论，主张单纯依赖所有权的行使这一面即足矣，无须赋予所有权人对面之人享有他物权，包括土地经营权。笔者把它命名为单纯依赖所有权的行使论。在笔者看来，这种理论在现行法上是没有依据的，在理论上是错误的，在实务中是有害的，极不可取。（1）如果法律不承认土地所有权的行使在对方即农户或实际占有、使用、收益农地者一面凝聚成他物权，起码是债权，仅仅单纯依赖所有权的行使这一面，那么，在农民集体土地所有权人与农户或实际占有、使用、收益农地者之间的关系上，只是表现了前者对于后者从事农林牧渔的允许，后者从事这些活动具有合法性；但后者不享有他物权，起码是债权，似乎意味着前者恩赐于后者从事农林牧渔，前者随时可以收回此类恩惠，即停止行使农民集体土地所有权；后者没有他物权，就产生不出排除妨害、消除危险或恢复原状等请求权，后者便无正权源地对抗他人的不法侵害，也就难以及时和有效地得到救济；后者没有债权，凭什么对抗前者不适当地停止行使农民集体土地所有权的行为？（2）如果法律不承认土地所有权的行使在对方即农户或实际占有、使用、收益农地者一面凝聚成他物权，起码是债权，农户或实际占有、使用、收益农地者的预期便不确定，短期行为就在所难免；农户或实际占有、使用、收益农地者的法益及边界不明，不易被他人了解，其合法利益容易遭受侵害，加上救济方式缺乏或者救济不及时，会促使农户或实际占有、使用、收益农地者的行为情绪

化，破坏性地从事作业。（3）土地所有权的对面就是相应的义务，法律不赋予农户或实际占有、使用、收益农地者享有他物权，起码是债权，就意味着义务的类型与范围不明，农户或实际占有、使用、收益农地者不清楚其负担的类型与边界，其行为反倒容易不规范。义务种类与程度不清，农民集体土地所有权人就难以认定他们是否违反了义务，会出现难以认定责任是否成立的怪现象。（4）法律不赋予农户或实际占有、使用、收益农地者享有他物权，农民集体土地所有权人擅自将同一宗农地发包给第三人，农户或实际占有、使用、收益农地者完全无法对抗该第三人，只得追究农民集体土地所有权人的违约责任。这就有些方面而言不如农户或实际占有、使用、收益农地者享有他物权。（5）法律不赋予农户或实际占有、使用、收益农地者享有他物权，起码是债权，农户或实际用地者就无法以该利益作为客体向金融机构设立抵押权/债权，融到资金，因为现行法承认的担保物权要么以特定之物为客体，要么以特定权利为客体，没有承认除此以外的利益为客体的担保物权。（6）单纯依赖所有权的行使论要想立得住，它必须在农民集体土地所有权人与农户之间的关系中，在农户与实际占有、使用、收益农地者之间的关系中，都说得通。但该论在实际上是无法完成该项任务的，因为在现行法上，农户对于农地的占有、使用、收益，早在《民法通则》上就被设计成土地承包经营权（第80条第2款），《物权法》亦然，且十分明确地把它作为一种用益物权（第124条以下），一句话，在所有权行使的受体一方已经凝结成他物权，起码是产生债权（有专家、学者认为《民法通则》规定的土地承包经营权属于债权）。这与依赖所有权的行使论的理念及结论正好相反。也可能这堵法理之墙无法撼动，于是只想阻碍土地经营权的设计：农地“三权分置”的提出与落实，众人争议第三权土地经营权应为物权还是债权，所有权的行使论独出心裁，认为没必要设计第三权，只要依赖所有权的行使就够了。在笔者看来，依赖所有权的行使论至少存在如何问题：A.它未做到相似的事物相同处理——在土地承包经营合同关系中农户享有土地承包经营权，在土地承包经营权流转关系中无须凝结成民事权利。B.在土地承包经营权流转关系中不存在土地所有权的行使，只有土地承包经营权的行使，依逻辑，依赖所有权的行使论在此派不上用场，可该论却是要解决这种关系中实际占有、使用、收益农地者的法益的。

视野延伸，若依单纯依赖所有权的行使论，则在所有权人与他人之间的关系中，仅凭所有权的行使就万事大吉，无须他物权的存在和运作。如此，在“物权法”领域，只剩下所有权“一柱擎天”，不会有由所有权、用益物权和担保物权共同构建的殿堂，所谓“物权法”便名实不符，应叫所有权法。在笔者看来，这不是在建设农地权利乃至整个物权的制度，而是在为物权制度掘墓。这种忽视人类共同文明的结

晶、抛弃传统文化的“开宗立派”是不切实际的。如果说言必称希腊、法必曰罗马为“右”倾，那么，单纯依赖所有权的行使论就能解决好农地权利问题，就是极左，这两个极端皆不可取。

第三百四十条

土地经营权人有权在合同约定的期限内占有农村土地，自主开展农业生产经营并取得收益。

本条主旨

本条是关于土地经营权人所享基本权利的规定。

相关条文

《农村土地承包法》第37条 土地经营权人有权在合同约定的期限内占有农村土地，自主开展农业生产经营并取得收益。

理解与适用

本条是对《农村土地承包法》第37条的复制，在民事基本法的层面固定《农村土地承包法》第37条的内容和精神。

本条赋权土地经营权人占有农村土地之权。此处所谓农村土地，应当是土地承包权人（“三权分置”之前的土地承包经营权人）的承包地。至于是其全部还是部分，取决于流转合同的约定。

本条所谓自主开展农业生产经营，包括几项因素：（1）土地经营权人利用其占有的土地从事农业生产活动；（2）开展合同约定的农业生产经营项目；（3）土地经营权人独立自主地决定开展前述作业。同时，所有这些，都受有限制：（1）在期限方面受合同约定的限制，不得超过合同约定的期限，除非有约定的或法定的延长事由；（2）开展的农业生产经营的项目方面受合同约定的限制，也受法律的限制，如不得种植法律禁止的作物；（3）土地经营权人经营的自主开展，首先体现在合同条款之中，此外，就是遵从农业生产经营的客观规律，只要合同、法律未禁止的，如种植玉米还是棉花，春耕夏锄，浇灌还是旱田，等等，均由土地经营权人自己决定，土地承包权人、农村集体经济组织不要指手画脚。

本条所谓取得收益，就是承包地上的孳息，农获物（含渔获物），由土地经营权人取得，至于土地承包权人的利益，依据流转合

同的约定获取，未经土地经营权人的允许，土地承包权人不得擅自收割、捕获承包地上的果实。

第三百四十一条

流转期限为五年以上的土地经营权，自流转合同生效时设立。当事人可以向登记机构申请土地经营权登记；未经登记，不得对抗善意第三人。

本条主旨

本条是关于土地经营权类型及其登记效力的规定。

相关条文

《农村土地承包法》第41条 土地经营权流转期限为五年以上的，当事人可以向登记机构申请土地经营权登记。未经登记，不得对抗善意第三人。

理解与适用

一、本条概貌

本条在承继《农村土地承包法》第41条的基础上增加了土地经营权设立的规则。

二、土地经营权的设立

本条前段明确：土地经营权自流转合同生效时设立。这表明土地经营权的设立采取债权意思主义，而非债权形式主义，更非物权形式主义，只要流转双方就流转事项协商一致，当事人又未附设特别生效条件的，土地经营权就设立完毕。

三、土地经营权的类型

本条开首便使用“流转期限为五年以上的土地经营权”的表述，是因为在《农村土地承包法》修正、《民法典》编纂的调研和草案研讨的过程中，一直争论土地经营权的性质，用益物权说、债权说等，均有人力主。特别是其中有一种观点认为：“物权以长期存续为原则，建立在租赁合同基础上的土地经营权，期限长可视为物权，期限短则可视为债权，不能绝对化。”不妨将之称作折中说。鉴于对土地经营

权性质见仁见智，修改农村土地承包法，以解决实践需要为出发点，只原则界定了土地经营权权利，淡化了土地经营权性质。但是，对原始取得的土地经营权和继受取得的土地经营权，在权能上还是做了些区分。^[145]虽然《农村土地承包法》和《民法典》在表面上没有明确土地经营权是物权还是债权，但在实际上受了折中说的影响，潜台词是流转期限低于5年的，为债权，至于高于5年的是否为物权，确实有些拿捏不准。由此出现了以流转期限的长短为判断标准形成的两种土地经营权，并将之与有无登记能力联系起来。流转期限5年以上的土地经营权为一种，具有登记能力，至于实际上是否登记，取决于土地经营权人的意愿。流转期限5年以下的土地经营权为另一种，无登记能力，即使土地经营权人渴望办理登记，也可能无人受理。

四、对土地经营权的定性和定位

《农村土地承包法》第41条规定：“土地经营权流转期限为五年以上的，当事人可以向登记机构申请土地经营权登记。未经登记，不得对抗善意第三人。”《民法典》对此完全承继（第341条）。这两部法律如此设计的本意是：在实务中，不同的主体对土地经营权的实际需求不同，有些需要期限较短的土地经营权，有些要求流转期限较长的土地经营权，大体可以5年为时间节点，5年以上流转期限的经过登记可以为物权，5年以下的因期限较短不予登记，不宜被定位在物权，仅作债权。^[146]如此，就会出现同一类型的土地经营权会因存续期限的长短而表现为不同的权利属性和类型，或是物权，或是债权。在笔者看来，这肯定不是最佳的方案。

把土地经营权定性和定位在债权，最大的弱点是受债的相对性的限制，土地经营权对第三人不具有约束力，有时对抗不了第三人。将土地经营权定性和定位于物权正能克服这种弱点。（1）在土地承包权人（农户）将A地的土地经营权流转给乙之后，乙取得的土地经营权作为物权且经过登记，其后，农户又把A地的土地经营权流转给丙，乙就可以否定丙的土地经营权，保有住自己的土地经营权。但是，乙的土地经营权作为债权，乙对丙就没有这样强大的效力。特别是，在丙实际占有A地而乙却未占有的情况下，类推适用《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2005〕5号）第10条第2项关于“均未办理土地使用权变更登记手续，已先行合法占有投资开发土地的受让方请求转让方履行土地使用权变更登记等合同义务的，应予支持”的规定，乙完全无力对抗丙所享土地经营权。（2）如果把它作为债权，在土地承包权人（农户）不复存在的情况下，就会出现承包人难以保有土地经营权的后果。因为土地承包权人（农户）不复存在就是债务人消灭，债权要

随之消灭。可是，土地经营权若为他物权，一经设立就具有独立性，只要其母权没有绝对消灭，只要土地经营权的存续期间没有届满，即使土地承包权人（农户）不复存在，它也照样存在。（3）土地经营权若作为债权，在第三人不法侵害经营地及土地经营权的情况下，由于现行法尚未普遍承认债权为侵权行为的标的，土地经营权人无权请求该第三人承担侵权责任。反之，土地经营权是物权，在第三人侵害它时，土地承包权人（农户）就有权请求该第三人承担侵权责任。

（4）土地经营权作为债权，在债务人宣告破产的情况下，土地承包权人（农户）就此利益只能与其他债权人平等地按比例地受偿，而作为物权，则享有优先的权利。（5）《民法典》第342条把“四荒”土地承包经营权流转时形成的土地经营权作为抵押物，意味着将此类土地经营权定性和定位在物权了。为达统一审视和规整土地经营权的体系化要求，把土地经营权定性和定位在物权，理由更充分些。如此看来，将土地经营权作为物权优点更多些。

不过，把土地经营权定性和定位在物权，一个回避不了的问题是：土地承包经营权作为一种他物权，何以能充任“母权”，由其派生出另一个他物权即“子权”——土地经营权来？可能的思路之一是：将既存的土地承包权视为母权，将分割出的权能所形成的土地经营权视为子权。子权和母权虽然形式一样，但内容不同。子权只是行使母权的一部分权能。子权在开始设定时，虽然与母权有着密切的关系甚至有着共同的命运，但是在其设定行为完成的瞬间，就与母权完全分离，成为一种独立的、新的、不同种类的权利。思路之二是：把土地承包权视为民法上的“物”，该“物”之上存在着“所有权”，该“所有权”即为土地经营权的母权。思路之三是：即使是农户以其承包地作为客体为受让人设立土地经营权，土地经营权所分享的权能，依然是农民集体土地所有权中的占有、使用、收益诸项权能。农户之所以能使农民集体土地所有权的权能由受让人分享，是因为在农户承包权设立时法律已经将处分权直接授予农户了。农户正是借由这种法律的授权，将农民集体土地所有权中的部分权能分离给土地经营权人；土地经营权人正是借由这种法律的授权，合乎双方当事人意思且合法地分享了农民集体土地所有权中的部分权能，从而形成了土地经营权。

[147]

在利用土地经营权融资方面，土地经营权为债权时所设担保权是债权质，其为物权时所设担保权为抵押权。以土地经营权设立抵押权，采取物的编成主义，由不动产登记机构在不动产登记簿页上作他项权利登记，其公示效果最为显著，当事人及其利害关系人查询之最为便捷。但在债权质的设立方面，至少截至目前尚无统一的生效要件，有些以登记为生效要件，有些以交付为生效要件。以土地经营权

出质时，债权质于何时设立，究为质押合同生效时还是债权质登记时，存在疑问。此其一。依现行登记制度，债权质的登记不在不动产登记机构，由哪个机构登记尚不清楚，且采取人的编成主义。人的编成主义与物的编成主义相比较，后者的优点更为明显。此其二。由此看来，把土地经营权作为债权，在设立担保权方面不够顺畅，非理想之选。

还有，土地经营权作为债权入股与作为物权入股，在财会手续上，在纳税科目及流程方面，都存在差异。

至于以存续期限长短来决定民事权利是债权还是物权，需要慎思，应予澄清。其一，关注物权在个案中的目的及功能。由物权的目的及功能决定，一般来说物权的存续期限较长甚至无期限，如建设用地使用权、宅基地使用权在这方面表现得特别突出；债权的存续期限较短，但也不尽然，有些债权的存续期限较长，如不动产租赁的存续期限可长达20年。其实，也有相反的事例。如一个面包，刚出炉就被消费掉，其所有权有点“转瞬即逝”。担保物权，特别是具有从属性的担保物权，因其附随于被担保的债权，而债权存有死亡的基因，目的已达便归于消灭^[148]，故担保物权的存续期限也未必久长，在个案中可能十分短暂。其二，应当区分法律设计的物权存续期限与当事人选定的物权存续期限。鉴于所有权和用益物权的目的及功能，法律给与其较长的存续期限，这具有合理性和正当性。但这不妨碍当事人在不违背物权法定主义的前提下将法定的存续期限较长的物权在个案中约定为较短期限的物权。既然如此，《农村土地承包法》（第41条等）、《民法典》（第339条以下）又未禁止当事人约定较长期限或较短期限的土地经营权，土地承包权人（农户）与土地经营权人（实际占有、使用、收益承包地之人）约定存续期限较长的土地经营权可以，约定存续期限较短的土地经营权也可以。在这种背景下，宜统一地、整体地对待和把握土地经营权，仅以当事人约定了5年存续期限以下的土地经营权为由就把该权定性和定位在债权，而以当事人约定了5年以上存续期限的土地经营权为由就将该权定性与定位在物权，理由并不充分。

还有一种意见是：以登记与否作为界分物权和债权的准绳，据此衡量，5年以下流转期限的土地经营权，《民法典》未规定其可登记，便非物权，而是债权。^[149]在笔者看来，这不足以说服人，因为在《民法典》上，有些权利虽未作登记却为物权，如《民法典》第209条第2款规定的未经登记的自然资源国家所有权，第225条规定的已归买受人占有的船舶或机动车即使未办理转移登记也发生了所有权转移，第229条规定的自法律文书或征收决定生效时即转移到另一主

体的物权，第230条规定的因继承取得的物权，第231条规定的合法建造的房屋自其“封顶”时即产生的所有权，第333条前段规定的自土地承包经营权合同生效时设立的土地承包经营权（未经登记），第374条规定自地役权合同生效时设立的地役权（未经登记），第335条规定的受让的土地承包经营权（未经登记），第403条规定的自抵押合同生效时设立的动产抵押权，第547条第2款规定的随着债权转让而转移到受让人之处的抵押权或质权，均未经登记；与此相反，另一些权利虽经登记却亦非物权，如《民法典》221条第1款规定的经过预告登记的小业主请求开发商转移商品房的占有和所有权的债权，仍非物权，至多是介于债权和物权之间，兼有二者的性质^[150]；再如，根据《民法典》第706条的反面推论，已经登记备案的租赁合同项下的租赁权继续归属于债权，只是在买卖不破租赁这一点上被物权化了罢了。还如，《民法典》第768条关于“应收账款债权人就同一应收账款订立多个保理合同，致使多个保理人主张权利的，已登记的先于未登记的取得应收账款；均已登记的，按照登记的先后顺序取得应收账款；均未登记的，由最先到达应收账款债务人的转让通知中载明的保理人取得应收账款；既未登记也未通知的，按照保理融资款或者服务报酬的比例取得应收账款”的规定中，其中的应收账款即使经过了登记也仍然为债权。

诚然，事物大多有两面性，绝对化往往不妥当。通过出租/转包方式流转而形成的土地经营权，被定性和定位债权，理由更充分些：（1）在合同法领域，通说一直把租赁合同项下的租赁权作为物权化的债权，租赁权只在买卖不破租赁这一点上显示出强大的优先性、绝对性，但在其他任何一项具体的效力上都遵循着相对性、平等性等债权的属性。至于转包场合由次承包人取得的权利，完全符合债权的一切属性，而缺乏物权的绝对性、排他性、优先性、物权请求权。尚未见到通过出租/转包方式流转而形成的土地经营权不遵循上述原理而改弦更张的理由。（2）实务中通行的做法是，对于租赁/转包、合同式联营一直都适用合同法，未适用物权法，这也显示出把由此方式形成的土地经营权作为物权欠缺支撑。

第三百四十二条

通过招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地，经依法登记取得权属证书的，可以依法采取出租、入股、抵押或者其他方式流转土地经营权。

本条主旨

本条是关于通过招标、拍卖、公开协商等方式设立的土地承包经营权流转的方式和前提条件的规定。

相关条文

《物权法》第133条 通过招标、拍卖、公开协商等方式承包荒地等农村土地，依照农村土地承包法等法律和国务院的有关规定，其土地承包经营权可以转让、入股、抵押或者以其他方式流转。

《农村土地承包法》第53条 通过招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地，经依法登记取得权属证书的，可以依法采取出租、入股、抵押或者其他方式流转土地经营权。

理解与适用

本条是将《农村土地承包法》第53条的规定原原本本地上升至民事基本法层面的体现，相较于《物权法》第133条的规定，它放宽了客体的范围，不但以“四荒”土地为客体的土地承包经营权可以通过招标、拍卖、公开协商等方式设立，允许农村集体经济组织成员以外的人取得；而且以耕地、草场、林地为客体的土地承包经营权也可以通过招标、拍卖、公开协商等方式设立，允许农村集体经济组织成员以外的人取得。

本条所谓通过招标的方式设立土地承包经营权，是指由农村集体经济组织或其组织的招标小组/委员会向数人或公众发出发包农地的招标通知或招标公告，在诸多投标人中选择自己最满意的投标人并与之订立土地承包经营权设立合同的方式。采取方式应当公开、公平、公正地进行，即所谓“三公原则”。

本条所谓通过拍卖的方式设立土地承包经营权，是指农村集体经济组织委托拍卖公司以公开竞价的方式，将农地发包给拍定人，由其取得土地承包经营权的方式。拍卖人一俟拍定，竞买人和拍卖人应当签署成交确认书，随后，农村集体经济组织与拍定人签署土地承包经营权设立合同。

本条所谓公开协商的方式，是指农村集体经济组织公开与谁协商、公开协商内容，包括承包期限、承包费的数额、付款方式、有无担保等内容。以此接受农村集体经济组织成员的监督，避免“暗箱操作”，保证公开、公平、公正地发包和承包。^[151]

本条所谓“等方式”，例如，成立抵押合同的方式，再如，径直召

开农村集体经济组织成员大会或代表大会，会议表决发包、承包；或者委托信誉高、诚信可靠的专业机构媒介设立土地承包经营权。

通过以上方式中的任何一种方式设立的土地承包经营权，若不流转，则可以不予登记，法律照样保护；但若流转，形成土地经营权，就必须先行办理土地承包经营权的登记，取得土地承包经营权证或林权证等证书（其实，按照《民法典》第217条的精神，只要办理完毕登记即可），而后方可依法采取出租、入股、抵押或者其他方式流转土地经营权，才会受到法律的认可和保护（《民法典》第342条，《农村土地承包法》第53条）。假如不办理土地承包经营权的登记，就不发生流转土地经营权的法律效力。

观察本条后段可知，土地经营权设立的原因行为，可以是出租、入股的方式，也可以是抵押的方式。本条后段所谓“其他方式”，例如，出质、联营的方式。

所谓采取出租方式流转土地经营权，是指土地承包经营权人与承租人签订租赁合同，一俟合同生效，承租人就取得土地经营权。所谓采取入股方式流转土地经营权，是指土地承包经营权人将其权利折价，成为目标公司或股份合作制企业的责任财产的组成部分，此时目标公司取得的是土地经营权，而非土地承包经营权。对于此处所谓入股，同样可以解释为包括两种情形：一是土地承包经营权人作为发起人与他人共同设立公司或股份合作制企业，将其土地承包经营权作价，已变性为土地经营权的权利成为目标公司或股份合作制企业的责任财产的组成部分；二是业已存在的公司或股份合作制企业增资扩股时，土地承包经营权人将其土地承包经营权作价，已变性为土地经营权的权利纳入目标公司或股份合作制企业的责任财产之中。所谓采取抵押方式流转土地经营权，是指土地承包经营权人与债权人签订抵押合同，并办理抵押登记，抵押权设立，但该抵押权的客体不是土地承包经营权，而是土地经营权。这是把土地经营权作为用益物权看待的结果。如果把土地经营权作为债权，就不是设立抵押权，而是设立权利质权。

如同笔者在释评《民法典》第339条时所阐释的道理一样，《民法典》第342条新创了一种权利产生的机制，即在流转之前，土地承包经营权人之手并无土地经营权，有的是土地承包经营权，但在与交易相对人成立租赁合同或出资协议或增资扩股合同或抵押合同或质押合同等法律行为、且该法律行为生效之时，土地经营权即告设立，归属于交易相对人。这与建设用地使用权等用益物权的流转具有实质的差异，因为建设用地使用权等用益物权流转之前已经存在用益物权这些标的物，有了标的物才可能发生用益物权的流转。

看来，以土地经营权设立抵押权，可有两种路径及方法，一种是本条规定的路径及方法，其抵押人是土地承包经营权人；另一种路径及方法是在土地经营权抵押权设立之前，土地经营权已经存在，以业已存在的土地经营权作为抵押物设立抵押权，其抵押人是土地经营权人，而非土地承包经营权人，亦非土地承包人。

第三百四十三条

国家所有的农用地实行承包经营的，参照适用本编的有关规定。

本条主旨

本条是关于国有农用地实行承包经营的，准用《民法典》“第二编 物权”的规定。

相关条文

《物权法》第134条 国家所有的农用地实行承包经营的，参照本法的有关规定。

《土地管理法》第13条 农民集体所有和国家所有依法由农民集体使用的耕地、林地、草地，以及其他依法用于农业的土地，采取农村集体经济组织内部的家庭承包方式承包，不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等，可以采取招标、拍卖、公开协商等方式承包，从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产。家庭承包的耕地的承包期为三十年，草地的承包期为三十年至五十年，林地的承包期为三十年至七十年；耕地承包期届满后再延长三十年，草地、林地承包期届满后依法相应延长。

国家所有依法用于农业的土地可以由单位或者个人承包经营，从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产。

发包方和承包方应当依法订立承包合同，约定双方的权利和义务。承包经营土地的单位和个人，有保护和按照承包合同约定的用途合理利用土地的义务。

《农村土地承包法》第13条第2款 国家所有依法由农民集体使用的农村土地，由使用该土地的农村集体经济组织、村民委员会或者村民小组发包。

《草原法》第10条 国家所有的草原，可以依法确定给全民所有

制单位、集体经济组织等使用。

使用草原的单位，应当履行保护、建设和合理利用草原的义务。

第11条 依法确定给全民所有制单位、集体经济组织等使用的国家所有的草原，由县级以上人民政府登记，核发使用权证，确认草原使用权。

未确定使用权的国家所有的草原，由县级以上人民政府登记造册，并负责保护管理。

集体所有的草原，由县级人民政府登记，核发所有权证，确认草原所有权。

依法改变草原权属的，应当办理草原权属变更登记手续。

理解与适用

本条是对《物权法》第134条的复制，宣明国有农用地实行承包经营的，准用《民法典》“第二编 物权”的规定。

虽然实行家庭联产承包的土地大多属于农村集体经济组织所有，但也有一些国有土地长期由农民集体使用。在农村集体经济组织实行家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制下，这些国有土地也被承包，产生了土地承包经营权。它们只是在权利客体的所有制属性上不同，所受法律限制有所差异，但在民事权利体系及理论层面基本上相同。既然如此，本条作为引致性（管道性）条款，宣明准用《民法典》“第二编 物权”的规定，简洁明快，立法技术可取。

第十二章 建设用地使用权

本章依次规定了建设用地使用权的概念和基本内容，建设用地使用权的客体，建设用地使用权人的基本义务，建设用地使用权的设立方式及由此决定的建设用地使用权基本类型，建设用地使用权设立合同的一般条款和书面形式，建设用地使用权以登记为设立的生效要件，建设用地使用权人不得改变土地用途、应当缴纳出让金等费用，地上建筑物、构筑物及其附属设施的所有权原则上归属于建设用地使用权人（房地权属的确定原则上一体），建设用地使用权具有转让性（让与性），建设用地使用权转让合同的形式、受让后的使用期限确

定的规则，“房随地走”和“地随房走”的房地权属变动原则上一体，因公共利益的需要可以提前收回建设用地使用权，建设用地使用权期满时的续期规则与续期费用规则，建设用地使用权的注销登记，授权集体建设用地使用权和集体经营性建设用地使用权的问题由《土地管理法》调整。

本章设计的建设用地使用权，在目的及功能上是由建设用地使用权人享有地上建筑物、构筑物及其附属设施的所有权；从立体式的视野看，建设用地使用权的客体可以是地表、地上或地下；从转让性（让与性）的角度观察，建设用地使用权分为以出让方式设立的建设用地使用权、以行政划拨方式设立的建设用地使用权、集体经营性建设用地使用权；从土地所有制的层面着眼，存在国有建设用地使用权、集体建设用地使用权。

本章设计的建设用地使用权奉行以登记为设立和转让及抵押的生效要件的不动产物权变动模式，是《民法典》第209条第1款设立的债权形式主义的不动产物权变动模式的具体体现，与土地承包经营权及土地经营权、地役权的变动采取债权意思主义的不动产物权变动模式大不相同。

联系《民法通则》、各次修正的《土地管理法》和《城市房地产管理法》、《物权法》审视和思考，可知中国土地制度历经了重大变化、发展，《民法典》“第十二章建设用地使用权”是对改革、发展和立法成果的固定和升华。在相当长的历史时期，集体土地所有权完全由《宪法》及《农业法》、《行政法》、《行政诉讼法》规制，远离民事法律的规范领域；国家土地所有权要么无偿地交由国家机关及事业单位、国有企业占有、使用，要么闲置，经济效益差强人意。通过深圳的土地制度改革的率先试点，其经验经过总结和完善，形成国有土地使用权模式，在全国逐步推开，经由《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》、《土地管理法》、《城市房地产管理法》和《物权法》固定其成果，形成法律规范。至此，形成如下制度：（1）国有土地使用权/国有建设用地使用权具有转让性（让与性），可以转让、入股、抵押；（2）客体，地表、地上、地下；（3）行政划拨的，原则上不允许流转；（4）集体建设用地使用权只可用于村、乡（镇）办公用房，乡镇企业用地，不得进入土地城市依民事程序流转。尽管如此，其功效仍然不可估量：（1）培育和发展了房地产市场，带动了房地产业及其上下游的产业，解决了众多人的就业，为国家、社会的发展和繁荣做出了巨大贡献；（2）解决了数十年来城镇居民住房短缺的难题，大大提升了人民的生活品质，使百姓大众有获得感，从而更加爱党、爱国；（3）中央和地方政府通过收取土地使

用权出让金、税金积累了雄厚的经济实力，为包括基本建设、教育、国防等各方面的快速发展提供了有效的经济保障。

诚然，所有这些并非终点，仍然在路上。随着改革的深化，试点探路，中央陆续出台方针、政策，诸如《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》《中共中央国务院关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》等。根据党中央关于农村土地制度改革的决策部署，全国人大常委会于2015年通过决定，授权国务院在试点地区暂时调整实施土地管理法、城市房地产管理法有关规定，并要求在总结试点经验基础上，对实践证明可行的方案和做法，上升为法律制度，修改完善有关法律。这些工作已经告一段落。2018年修正的《土地管理法》和《城市房地产管理法》在建设用地使用权制度方面呈现出如下变化：（1）住宅建设用地使用权期满时自动续期的费用，不再如同《物权法》那样保持沉默（第149条第1款），而是有所表态：“续期费用的缴纳或者减免，依照法律、行政法规的规定办理”（《民法典》第359条第1款后段）；（2）集体经营性建设用地使用权被创设，可以与国有建设用地使用权同样入市，具有转让性（让与性），而且同权同价。

第三百四十四条

建设用地使用权人依法对国家所有的土地享有占有、使用和收益的权利，有权利用该土地建造建筑物、构筑物及其附属设施。

本条主旨

本条是关于建设用地使用权概念的规定。

相关条文

《民法通则》第80条第1款 国家所有的土地，可以依法由全民所有制单位使用，也可以依法确定由集体所有制单位使用，国家保护它的使用、收益的权利；使用单位有管理、保护、合理利用的义务。

《物权法》第135条 建设用地使用权人依法对国家所有的土地享有占有、使用和收益的权利，有权利用该土地建造建筑物、构筑物及其附属设施。

《土地管理法》第4条 国家实行土地用途管制制度。

国家编制土地利用总体规划，规定土地用途，将土地分为农用地、建设用地和未利用地。严格限制农用地转为建设用地，控制建设用地总量，对耕地实行特殊保护。

前款所称农用地是指直接用于农业生产的土地，包括耕地、林地、草地、农田水利用地、养殖水面等；建设用地是指建造建筑物、构筑物的土地，包括城乡住宅和公共设施用地、工矿用地、交通水利设施用地、旅游用地、军事设施用地等；未利用地是指农用地和建设用地以外的土地。

使用土地的单位和个人必须严格按照土地利用总体规划确定的用途使用土地。

第10条 国有土地和农民集体所有的土地，可以依法确定给单位或者个人使用。使用土地的单位和个人，有保护、管理和合理利用土地的义务。

《城市房地产管理法》第8条 土地使用权出让，是指国家将国有土地使用权（以下简称土地使用权）在一定年限内出让给土地使用者，由土地使用者向国家支付土地使用权出让金的行为。

理解与适用

一、本条概貌

本条是对《物权法》第135条的复制，明确了建设用地使用权的基本内容，法律效力。虽然都在界定建设用地使用权，但《物权法》第135条所谓建设用地使用权基本上指向国有建设用地使用权，其隐含的意思是集体建设用地使用权不得用于工业、商业等经营性用途；而《民法典》第344条所谓建设用地使用权，既指向国有建设用地使用权，又指向集体建设用地使用权，特别是包含用于工业、商业等经营性用途的集体经营性建设用地使用权。

二、建设用地使用权的界定

建设用地使用权，是指为建造建筑物、构筑物及其附属设施，并保有其所有权，而在国家所有或农民集体所有的土地及其上下进行占有、使用和收益的用益物权（《民法典》第344条、第345条、第361条等）。

所谓建筑物，是指可以供人们在其中进行生产、生活的居住用房、生产用房、办公用房等设施。构筑物则是具有居住、生产经营功

能的建筑物之外的人工建造物，主要包括道路、桥梁、隧道、堤坝、水渠、水池、水塔等设施，人工养殖设施，以及地窖、地下管网等人工构筑物。附属设施主要指附属于建筑物、构筑物并辅助其发挥功效的设施，如电线杆、电缆、变压器等电力、广播、通讯设施，以及雕塑、纪念碑等均属此类。^[152]

所谓地表，是指经依法批准的地面及其以上一定高度和地下一一定垂直深度的空间。所谓地上，是指经依法批准的距地表一定高度的空间范围。所谓地下，是指经依法批准的距地表一定深度的空间范围。可见，与其说它们具有物理的意义，莫如说是技术的和法律的概念。

[称谓的演变]

对以房地产开发建设并取得建筑物所有权为目的的土地权利，现行法有时直接称之为土地使用权（《土地管理法》第2条第2款、第56条、第60条、第63条、第66条第1款等，《城市房地产管理法》第2条第1款、第8条等），有时叫作国有土地使用权（《土地管理法》第2条第5款、第55条第1款、第58条、第81条，《城市房地产管理法》第2条第3款、第3条、第8条等），有时取名为集体经营性建设用地使用权或集体建设用地使用权（《土地管理法》第63条、第66条第3款）。

土地使用权的称谓本身过于概括和内容含混，反映不出个案中的权利是物权，还是债权，因为通过租赁、借用等合同都可以取得债权性质的土地使用权；即使单指物权，它也区分不清是以房地产开发建设并取得建筑物所有权为目的的建设用地使用权，还是以从事农林牧渔经营并取得收益为目的的土地承包经营权，抑或以通行、排水、引水、设置管线等为目的的地役权。

在禁止集体土地所有权或使用权作为建造商业用房，只允许以国有土地使用权作为商业用房的权源的背景下，《城市房地产管理法》等法律、法规采用了国有土地使用权的概念。

时至草拟《物权法》特别是编纂《民法典》时期，现实生活中已经出现了在集体土地上兴办中外合资经营企业、中外合作经营企业、外商独资企业、股份合作制企业等现象。在这种背景下，继续用国有土地使用权作为建筑物所有权的权源显然涵盖不了集体土地使用权作为建筑物的正当根据的情形，而建设用地使用权则可解决这个问题，《物权法》采纳了这个概念，《民法典》亦然。如此，不考虑建设用地处于农村还是城市，也不论它是归国家所有还是归集体所有，只要竖立其上的权利系以建造并保有建筑物的所有权为目的，就

称之为建设用地使用权。

[反思]

《物权法》以建设用地使用权的名称取代国有土地使用权的概念（第135条-第151条），《民法典》亦然（第344-360条），实际上也不尽如人意，因为在某些情况下，如工程已经竣工，建筑物被验收合格甚至于都被登记于不动产登记簿之中，把权利人对基地的权利还叫建设用地使用权，不再贴切。此其一。从名称上难以区分出农户以建造生活用房并享有住房所有权为目的的权利（宅基地使用权）和发展商以房地产开发建设并取得建筑物所有权为目的的权利，因为从目的及功能方面审视宅基地使用权，它也是建设用地使用权。此其二。

三、建设用地使用权的类型

不同的建设用地使用权的类型，法律性质不尽相同。有鉴于此，先区分建设用地使用权的类型，再研讨建设用地使用权的性质。按照不同的分类标准，建设用地使用权可分为不同的类型。

（一）行政划拨的建设用地使用权与出让的建设用地使用权

按照取得建设用地使用权是否基于行政命令及是否缴纳建设用地使用权出让金，可有行政划拨的建设用地使用权与出让的建设用地使用权的分类。

所谓出让的建设用地使用权，是指用地者通过招标、拍卖、协议等公开方式，有偿取得工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地的使用权（《民法典》第347条第1款、第2款等）。招标、拍卖、挂牌等公开竞价的方式具有公开、公平和公正的特点，能够充分体现标的物的市场价值，是市场经济中较为活跃的交易方式。中国土地资源的稀缺性，决定了采取公开竞价方式，能够最大程度地体现土地的市场价值。从保护土地资源和国家土地收益的大局来看，采取公开竞价方式不仅是必要的，而且其适用范围还应当不断扩大。^[153]

关于行政划拨的建设用地使用权，将在释评《民法典》第347条第1款、第3款时叙述，此处不赘。

（二）国有土地上的建设用地使用权与集体所有土地上的建设用地使用权

按照建设用地使用权存在于土地所有权的种类和性质的不同，可有国有土地上的建设用地使用权与集体土地上的建设用地使用权的分

类。

所谓国有土地上的建设用地使用权，是指用地者分享国家土地所有权中的占有、使用、收益的权能而形成的建设用地使用权。

关于集体所有土地上的建设用地使用权，将在释评《民法典》第361条时详述，此处不赘。

（三）以地表为客体的建设用地使用权与以地上或地下为客体的建设用地使用权

按照建设用地使用权的客体所处土地上下部位的不同，可有以地表为客体的建设用地使用权与以地上或地下为客体的建设用地使用权。这将在释评《民法典》第345条时讨论，此处不赘。

（四）意定建设用地使用权与法定建设用地使用权

以建设用地使用权是否依据法律的直接规定当然设立为标准，可有意定建设用地使用权与法定建设用地使用权的分类。

所谓意定建设用地使用权，是指用地者与有关当事人合意设立的建设用地使用权。

所谓法定建设用地使用权，是指为使建筑物、构筑物及其附属设施具有地权这个正当根据，在具备一定条件时，依据法律的直接规定而当然成立的建设用地使用权。在法律规定未尽周详的背景下，个别情况下依法理和利益衡平的需要而应当承认的建设用地使用权，也可划入法定建设用地使用权之列。它大体可有如下类型。

1.于抵押权设立当时应当设立，至实际必要时使其成立，以保持建筑物、构筑物及其附属设施为目的的建设用地使用权。它发生在行使抵押权，拍卖或变卖抵押物，导致建设用地使用权和地上建筑物、构筑物及其附属设施异其主体时，视为已有法定建设用地使用权的设立，作为建筑物、构筑物及其附属设施存在的正当权源。

2.土地或建设用地使用权和建筑物、构筑物及其附属设施同属于一人，而仅以建筑物、构筑物及其附属设施典当，典当行取得建筑物、构筑物及其附属设施的所有权，致使建筑物、构筑物及其附属设施和土地或建设用地使用权异其主体的，应当承认典当行（建筑物、构筑物及其附属设施所有权人）就所占用的基地享有法定建设用地使用权，以使该建筑物、构筑物及其附属设施所有权具有地权的正当根据。

[知识]

当铺业，古已有之。人们将其动产（当物）交给当铺，获得一定数额的借款，于约定期间内回赎该物的，向当铺给付利息即可终止双方的关系；于约定期间届满没有回赎的，便成死当，当物由当铺自由处置。^[154]需要注意，2005年4月1日起施行的《典当管理办法》将当和典统一调整，将典当界定为：“当户将其动产、财产权利作为当物质押或者将其房地产作为当物抵押给典当行，交付一定比例费用，取得当金，并在约定期限内支付当金利息、偿还当金、赎回当物的行为”（第3条第1款）。

按照《典当管理办法》第25条第3项的规定，典当行可以经营房地产（外省、自治区、直辖市的房地产或者未取得商品房预售许可证的在建工程除外）抵押典当业务。由于《典当管理办法》就房地产的典当没有如同《民法典》第397条那样强行要求房屋与其所占用范围的建设用地使用权一并典当，可以出现典当物仅仅是房屋而不包括房屋占用范围的建设用地使用权的情况。于此场合，若当户没有依约赎回，典当行便取得该房屋所有权，致使房地权属异其主体，违反房屋所有权必须以地权为其正当权源的规则。解决这个问题的方案之一是，承认法定建设用地使用权的情况。

[延伸]

在实务中，存在着某些建筑物、构筑物及其附属设施的所有权人享有相应的建设用地使用权的情形，如某些事业单位、国家机关利用行政划拨的建设用地为其职工建造了房屋，只给购房职工办理了《房屋所有权证》，未将该房屋所在地的建设用地使用权移转给购房职工。于此场合，倘若仍然按照法定建设用地使用权的思路设计并处理，会有违不将该建设用地使用权移转给购房职工的初衷，莫不如采取另外的模式，更为合理。这些模式至少有两种：其一，此类事业单位、国家机关不再保留行政划拨的建设用地使用权，直接将房屋所有权和相应的建设用地使用权一并移转给购房职工，以贯彻房地权属的确定与变动原则上一体的基本理念及制度。同时，为了保护这些事业单位、国家机关的合法权益，防止国有资产流失，适当限制这些购房职工（房屋所有权人）处分其房屋；并且，一旦转让其房屋，则令其补交地价款。其二，此类事业单位、国家机关依然保留行政划拨的建设用地使用权，但赋予购房职工（房屋所有权人）对其房屋所在地的建设用地享有法定租赁权，以满足建筑物所有权以地权为正当根据的原则。

四、建设用地使用权的性质

1.权利主体因建设用地使用权的类型不同而异其规格

从权利主体方面看，不同类型的建设用地使用权的主体的身份不同。例如，行政划拨的建设用地使用权的主体，限于国家机关、有关人民团体、军事部门、有关事业单位、某些公司，不会是自然人、股份有限公司、中外合资经营企业、中外合作经营企业、外商独资企业等。再如，集体土地上的建设用地使用权的主体，主要为乡镇企业，不可能是农民、国家机关、军事部门等。

2.建设用地使用权的客体可以是国有土地，也可以是农民集体所有的土地

在2019年之前，从权利客体的所有制性质方面看，建设用地使用权的客体原则上为国有土地（《物权法》第135条等），在兴办乡镇企业、建设乡（镇）村公共设施和公益事业等情况下，经依法批准，可以是集体所有的土地（2004年的《土地管理法》第43条）。2018年修正了《土地管理法》，设置集体经营性建设用地使用权，该权可用于工业、商业等经营性用途（《土地管理法》第63条）。《民法典》固定了这种制度安排（第361条）。这样，农民集体所有的土地作为建设用地使用权的客体便较为宽泛了。

3.权利客体的部位可以是地表、地下、地上

从权利客体的立体部位看，建设用地使用权的客体可以是某宗地的地表，也可以是某宗地的地上（空间），还可以是某宗地的地下（空间）（《民法典》第345条）。以地上空间、地下空间为客体的建设用地使用权，叫作区分建设用地使用权，或分层建设用地使用权，或径称为空间权。

4.权利的目的及功能为建造建筑物、构筑物及其附属设施，并保有其所有权

从权利的目的及作用方面看，建设用地使用权旨在使权利人有权在国有的（少数情况下为集体所有的）某宗地上建造建筑物、构筑物及其附属设施，并保有其所有权。一个人若欠缺某宗地的建设用地使用权，却在該宗地上建造建筑物、构筑物及其附属设施，其行为违法，对于所建建筑物、构筑物及其附属设施没有所有权（《民法典》第231条、第352条正文）。

就建造和保有之间的关系而言，建造建筑物、构筑物及其附属设施为初步目的，也可以说只是手段，保有建筑物、构筑物及其附属设施

施的所有权才是最终目的，更有价值。此其一。在受让建设用地使用权时，土地上已有建筑物、构筑物及其附属设施，或购买地上建筑物、构筑物及其附属设施的场合，按照《物权法》第356条、第352条正文的规定，受让人一并取得建设用地使用权和地上建筑物、构筑物及其附属设施，“土地上现存的建筑物能够满足建设用地使用权人的需要，故其无须另行建造。权利内容仅为保有”^[155]。此其二。

5.建设用地使用权派生于土地所有权

从权利所出之源看，建设用地使用权系分享国家的（少数情况下为集体所有的）土地所有权中占有、使用、收益的权能而形成的他物权。土地所有权为母权，建设用地使用权为子权。

6.建设用地使用权为用益物权

从权利的归属体系看，建设用地使用权为用益物权。建设用地使用权具有排他性、优先效力、物权请求权等效力，属于物权。它以占有、使用、收益为内容，属于用益物权。

五、建设用地使用权的基本内容（权能）

（一）建设用地使用权人的权利

1.占有、使用建设用地的权利

建设用地使用权的目的及功能之一是，在国有或集体所有的土地上建造建筑物、构筑物及其附属设施，故权利人对该宗建设用地必须享有占有、使用的权利，才能达到权利目的，发挥权利功能。土地所有权人对此负有容忍义务。

占有、使用建设用地的范围，在基于行政划拨而取得建设用地使用权的场合，以行政主管部门批准和不动产登记簿的记载为准加以确定；在基于出让合同而取得建设用地使用权的场合，按照约定和不动产登记簿的记载加以确定；在继受他人的建设用地使用权的场合，依然如此确定。

尤其在同一宗建设用地上立体化地并存着以地表为客体的建设用地使用权、以地上为客体的建设用地使用权和以地下为客体的建设用地使用权的情况下，更应严格按照批准和登记的建设用地范围确定占有、使用的边界。

2.保有建筑物、构筑物及其附属设施所有权的权利

建设用地使用权的目的及功能之二是，权利人对其建造于建设用地上的建筑物、构筑物及其附属设施保有所有权。其详述放置于释评《民法典》第352条之中，此处不赘。

3. 不动产相邻权

相邻关系规则旨在协调不动产权利人之间因不动产权利行使所产生的权益冲突，建设用地使用权为不动产权利之一，则相邻关系规则应当适用于建设用地使用权人之间、建设用地使用权人与土地所有权人之间、建设用地使用权人与相邻建筑物所有权人之间、建设用地使用权人与承租人等占有人之间的相邻关系。

4. 设立地役权的权利

建设用地使用权人有权将建设用地作为供役地为他人设立地役权（《民法典》第383条），至于建设用地使用权人把建设用地作为需役地为自己设立地役权，同时有利于自己和土地所有权人，更应被准许（《民法典》第372条）。

5. 出租、出借建设用地使用权的权利

租赁权、借用权为债权，原则上仅仅约束特定人，承租人、借用人欲将租赁物或借用物出租或出借与他人，得经出租人或出借人的同意。与此有别，建设用地使用权作为一项物权，具有对世效力，包括对建设用地所有权人的强大效力，建设用地使用权人将其建设用地出租、出借与他人的，现行法尚无关于必须经建设用地所有权人同意的规定。^[156]

[拓展]

1. 租赁登记与租赁登记备案及其作用

《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第31条规定：“土地使用权和地上建筑物、其他附着物出租，出租人应当依照规定办理登记。”而《城市房地产管理法》未规定建设用地使用权出租，只规定了房屋出租，且不要求登记，向房产管理部门登记备案即可（第53-56条）。《民法典》对租赁亦未要求登记。笔者认为，登记备案仅仅是行政及治安等管理的需要，在决定租赁合同的效力上，应以《民法典》的规定为准。

2. 行政租赁及其效力

在实务中，出现了市、县政府以行政命令的方式，强制农村集体经济组织将农地出租于政府或政府指定的公司，用于高速公路、楼堂馆所、广场、绿地等的建设。这违反了《土地管理法》《城市房地产管理法》等现行法关于不得利用集体所有的土地进行此类建设的规定，其合同基本上是政府以其行政命令强迫农村集体经济组织签订的，违反了《民法典》第153条等规定，应属无效。

对于此类案件是属于行政纠纷还是民事纠纷，存在着不同意见。笔者认为，政府以行政命令强制农村集体经济组织出租集体所有的土地，属于行政案件；土地租赁合同则属于民商事合同。处理此类案件，既适用行政法又适用民商法。之所以不赞同全部用行政法处理，是因为租赁合同符合民商法律关系的特征，民商法有恢复原状、排除妨害、消除危险、返还原物等救济手段，而行政法在这方面不尽如人意。在某些案件中，只有准予农村集体经济组织关于恢复原状、排除妨害、消除危险、返还原物的请求，才能完满地保护农村集体经济组织及农户的合法权益，落实国家的耕地政策。

6. 转让、互换、出资、赠与或抵押建设用地使用权的权利

这将在释评《民法典》第354条时详述，此处不赘。

7. 物权请求权

建设用地使用权作为一种物权，依据《民法典》第235-237条的规定，具有物权请求权的效力。

8. 抛弃的权利

建设用地使用权作为一项权利、一种利益，权利人应有权将其抛弃。不过，抛弃不得违反法律、行政法规的强制性规定，不得违反禁止权利滥用、公序良俗和诚实信用等原则。

（二）建设用地使用权人的义务

1. 支付出让金的义务

行政划拨的建设用地使用权场合，权利人无须缴纳出让金。出让的建设用地使用权场合，受让人必须依约缴纳出让金。

2. 合理使用土地的义务

建设用地使用权人应当按照法律规定或合同约定，依土地用途，

合理开发、经营建设用地。若有违反，出让人有权予以纠正。

3. 返还建设用地的义务

《城市房地产管理法》第22条第2款规定：“土地使用权出让合同约定的使用年限届满，土地使用者未申请续期或者虽申请续期但依照前款规定未获批准的，土地使用权由国家无偿收回。”《土地管理法》第58条第1款规定：“（二）土地出让等有偿使用合同约定的使用期限届满，土地使用者未申请续期或者申请续期未获批准的；（三）因单位撤销、迁移等原因，停止使用原划拨的国有土地的；（四）公路、铁路、机场、矿场等经核准报废的”。“由有关人民政府自然资源主管部门报经原批准用地的人民政府或者有批准权的人民政府批准，可以收回国有土地使用权”。这些规定表明，建设用地使用权终止，建设用地使用权人有义务返还建设用地。出让人此项请求权的法律性质，可以是债权，即合同终止时标的物返还请求权（债权），也可以是物的返还请求权，还可以是占有或登记的不当得利返还请求权。

4. 容忍出让人提前收回建设用地的义务

出让人提前收回建设用地，存在两种情形。第一种是因公共利益的需要而提前收回，这将在释评《民法典》第358条时详述，此处不赘。第二种情形，按照《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第17条第2款的规定：“未按合同规定的期限和条件开发、利用土地的，市、县人民政府土地管理部门应当予以纠正，并根据情节可以给予警告、罚款直至无偿收回土地使用权的处罚。”遇此无偿收回的处罚，建设用地使用权人负有容忍义务。

第三百四十五条

建设用地使用权可以在土地的地表、地上或者地下分别设立。

本条主旨

本条是关于建设用地使用权可以有三种客体之一的规定。

相关条文

《物权法》第136条 建设用地使用权可以在土地的地表、地上或者地下分别设立。新设立的建设用地使用权，不得损害已设立的用益物权。

理解与适用

一、本条意义概貌

本条一方面承继《物权法》第136条的规定，另一方面有两点改变：一是《物权法》第136条所谓建设用地使用权实质上指向的是国有建设用地使用权，而本条所指同时包括国有建设用地使用权和集体经营性建设用地使用权；二是本条没有包含《物权法》第136条后段的内容，由《民法典》第346条接纳该项内容。

二、建设用地使用权因其客体部位的不同而呈现的类型

本条所谓以地表为客体的建设用地使用权，是指以地面为基点向空中延伸至一定高度、向地下垂直至一定深度的空间为客体的建设用地使用权。物权法上的土地概念采取一种纯形式的地表界定^[157]，因此，建设用地使用权以地表为客体应为常态，除非特别说明，建设用地使用权一语，应为以地表为客体的建设用地使用权。

本条所谓以地上为客体的建设用地使用权，是指以距地面一定高度的空间为客体的建设用地使用权，简称为空间权，又叫区分建设用地使用权或分层建设用地使用权。某些空中走廊的权源就是这种建设用地使用权。

本条所谓以地下为客体的建设用地使用权，是指以距地面一定深度的空间为客体的建设用地使用权，也简称为空间权，又叫区分建设用地使用权或分层建设用地使用权。许多地下商城、地铁的权源就是此类建设用地使用权。

以地上为客体的建设用地使用权（空间权）、以地下为客体的建设用地使用权（空间权）不与以地表为客体的建设用地使用权重合，而是呈现立体状态：以地上为客体的建设用地使用权（空间权）不得占用以地表为客体的建设用地使用权被批准的可利用空间，以地下为客体的建设用地使用权（空间权）同样不得占用以地表为客体的建设用地使用权被批准的可利用空间。

[拓展]

在现代社会，人口已越来越集中于大都市，形成都市密集化。这种都市密集化，必然伴随着地铁、上下自来水、排水沟及地下停车场等诸多都市设施的建设进程，进一步说，促进了空间、电线、单轨铁路、两楼房间的通道、特殊的防公害的烟囱、电视塔等都市设施的建

设完善。这样，土地的立体利用已经从地表脱离，被横向地、水平地切割为地下或空中的断层，并使其具有了固有的价值（有交换价值）。在这种水平断层的空间，近代法确立的土地所有权等种类的权利制度还能够适用吗？

在近代民法中，土地所有权的体系，与其说是以都市区域，不如说是以农业区域为中心构成，所以不能把对土地的立体使用之评价放在土地所有权概念的构成中心的位置上。一直以来，都把垂直于地表上下的古典的土地所有权的法制称为土地法（Bodenrecht），相反，把进行了横向切割的水平土地所有权称为空间法（Raumrecht）。土地法因其所指的“土地”是以地表为中心的垂直于其上下的部分，故可以称之为垂直的不动产法；相反，空间法则由于将“空间”从地表分离出来，在一定的空间上水平地存在，所以也可以称之为水平的不动产法。^[158]这种空间法在美国是以普通法为基础并根据判例创设出来的，其核心为空间权（air rights）制度。^[159]空间权，表现在所有权方面，有建筑物区分所有权；表现在租赁权方面，即有空间租赁权；表现在役权方面，可有空间役权；表现在地上权方面，就是区分地上权。^[160]中国《民法典》第345条规定的以地下、地上为客体的建设用地使用权，可称之为区分建设用地使用权，相当于大陆法系所谓的区分地上权。

第三百四十六条

设立建设用地使用权，应当符合节约资源、保护生态环境的要求，遵守法律、行政法规关于土地用途的规定，不得损害已设立的用益物权。

本条主旨

本条是关于设立建设用地使用权应当符合绿色原则、守法原则和与容忍义务相衔接的规定。

相关条文

《宪法》第5条第4款、第5款 一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究。

任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。

第9条第2款 国家保障自然资源的合理利用，保护珍贵的动物和植物。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏自然资源。

《民法通则》第6条 民事活动必须遵守法律，法律没有规定的，应当遵守国家政策。

《民法总则》第8条 民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。

第9条 民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护生态环境。

《环境保护法》第4条第1款 保护环境是国家的基本国策。

第19条 编制有关开发利用规划，建设对环境有影响的项目，应当依法进行环境影响评价。

未依法进行环境影响评价的开发利用规划，不得组织实施；未依法进行环境影响评价的建设项目，不得开工建设。

第35条 城乡建设应当结合当地自然环境的特点，保护植被、水域和自然景观，加强城市园林、绿地和风景名胜区的建设与管理。

《土地管理法》第15条第1款 各级人民政府应当依据国民经济和社会发展规划、国土整治和资源环境保护的要求、土地供给能力以及各项建设对土地的需求，组织编制土地利用总体规划。

第39条第1款 国家鼓励单位和个人按照土地利用总体规划，在保护和改善生态环境、防止水土流失和土地荒漠化的前提下，开发未利用的土地；适宜开发为农用地的，应当优先开发成农用地。

《城市房地产管理法》第25条 房地产开发必须严格执行城市规划，按照经济效益、社会效益、环境效益相统一的原则，实行全面规划、合理布局、综合开发、配套建设。

理解与适用

相对于《物权法》的篇章结构而言，本条为新设的条文，前段宣明设立建设用地使用权应当符合绿色原则，中段宣明设立建设用地使用权应当守法的原则，后段宣明设立建设用地使用权以其他用益物权人负有容忍义务为原则。

本条使建设用地使用权承载了若干项义务，建设用地使用权人不可只享受权利，不承担义务。本条宣明不但所有权须社会化，建设用地使用权也必须社会化。

本条前段所谓“节约资源、保护生态环境”，即绿色原则。关于绿色原则与用益物权的关系，笔者在释评《民法典》第326条时已经阐发过，此处不赘。

本条中段所谓设立建设用地使用权应当遵守法律、行政法规关于土地用途的规定，属于引致性（管道性）条款，将设立建设用地使用权应当遵守法定的土地用途引向有关法律、法规。《土地管理法》是其中最为主要的法律，其第23条规定：“各级人民政府应当加强土地利用计划管理，实行建设用地总量控制”（第1款）；“土地利用年度计划，根据国民经济和社会发展规划、国家产业政策、土地利用总体规划以及建设用地和土地利用的实际状况编制。土地利用年度计划应当对本法第六十三条规定的集体经营性建设用地作出合理安排。土地利用年度计划的编制审批程序与土地利用总体规划的编制审批程序相同，一经审批下达，必须严格执行”（第2款）。第24条规定：“省、自治区、直辖市人民政府应当将土地利用年度计划的执行情况列为国民经济和社会发展规划执行情况的内容，向同级人民代表大会报告。”第25条规定：“经批准的土地利用总体规划的修改，须经原批准机关批准；未经批准，不得改变土地利用总体规划确定的土地用途”（第1款）；“经国务院批准的大型能源、交通、水利等基础设施建设用地，需要改变土地利用总体规划的，根据国务院的批准文件修改土地利用总体规划”（第2款）；“经省、自治区、直辖市人民政府批准的能源、交通、水利等基础设施建设用地，需要改变土地利用总体规划的，属于省级人民政府土地利用总体规划批准权限内的，根据省级人民政府的批准文件修改土地利用总体规划”（第3款）。第44条规定：“建设占用土地，涉及农用地转为建设用地的，应当办理农用地转用审批手续”（第1款）；“永久基本农田转为建设用地的，由国务院批准”（第2款）；“在土地利用总体规划确定的城市和村庄、集镇建设用地规模范围内，为实施该规划而将永久基本农田以外的农用地转为建设用地的，按土地利用年度计划分批次按照国务院规定由原批准土地利用总体规划的机关或者其授权的机关批准。在已批准的农用地转用范围内，具体建设项目用地可以由市、县人民政府批准”（第3款）；“在土地利用总体规划确定的城市和村庄、集镇建设用地规模范围外，将永久基本农田以外的农用地转为建设用地的，由国务院或者国务院授权的省、自治区、直辖市人民政府批准”（第4款）。第56条规定：“建设单位使用国有土地的，应当按照土地使用权出让等有偿使用合同的约定或者土地使用权划拨批准文件的规定使

用土地；确需改变该幅土地建设用途的，应当经有关人民政府自然资源主管部门同意，报原批准用地的人民政府批准。其中，在城市规划区内改变土地用途的，在报批前，应当先经有关城市规划行政主管部门同意。”第60条第1款规定：“农村集体经济组织使用乡（镇）土地利用总体规划确定的建设用地兴办企业或者与其他单位、个人以土地使用权入股、联营等形式共同举办企业的，应当持有关批准文件，向县级以上地方人民政府自然资源主管部门提出申请，按照省、自治区、直辖市规定的批准权限，由县级以上地方人民政府批准；其中，涉及占用农用地的，依照本法第四十四条的规定办理审批手续。”第64条规定：“集体建设用地的使用者应当严格按照土地利用总体规划、城乡规划确定的用途使用土地。”第77条规定：“未经批准或者采取欺骗手段骗取批准，非法占用土地的，由县级以上人民政府自然资源主管部门责令退还非法占用的土地，对违反土地利用总体规划擅自将农用地改为建设用地的，限期拆除在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施，恢复土地原状，对符合土地利用总体规划的，没收在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施，可以并处罚款；对非法占用土地单位的直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依法给予处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。超过批准的数量占用土地，多占的土地以非法占用土地论处。”第78条规定：“农村村民未经批准或者采取欺骗手段骗取批准，非法占用土地建住宅的，由县级以上人民政府农业农村主管部门责令退还非法占用的土地，限期拆除在非法占用的土地上新建的房屋。超过省、自治区、直辖市规定的标准，多占的土地以非法占用土地论处。”此外，《城市房地产管理法》第18条规定：“土地使用者需要改变土地使用权出让合同约定的土地用途的，必须取得出让方和市、县人民政府城市规划行政主管部门的同意，签订土地使用权出让合同变更协议或者重新签订土地使用权出让合同，相应调整土地使用权出让金。”第44条规定：“以出让方式取得土地使用权的，转让房地产后，受让人改变原土地使用权出让合同约定的土地用途的，必须取得原出让方和市、县人民政府城市规划行政主管部门的同意，签订土地使用权出让合同变更协议或者重新签订土地使用权出让合同，相应调整土地使用权出让金。”

本条后段所谓设立建设用地使用权不得损害已设立的用益物权，究为何意，需要辨析。其实，即使依据法定的条件和程序设立建设用地使用权，也未见得会影响甚至害及已经设立的用益物权。比如，设立A建设用地使用权，待开发建设完工，在一定程度上遮掩了B宗建设用地上住宅眺望海景；或者使B宗建设用地上建筑物区分所有权人外出时须绕行。循此逻辑，几乎百分之百的建设用地使用权设立都会损害已经设立的建设用地使用权，结论便是禁止一切建设用地使用权的设立。但这显然不符合事实，不能满足社会生活的需要，无法满

足发展建设的需要，也不是本条后段的立法目的。无论是社会现实，还是本条后段的规范意旨，都需要依法合规的建设用地使用权的设立。只要建设用地使用权的取得合法，符合城市规划设计，就受到法律保护，其他的地使用权人就负有容忍义务。看来，不得按照字面意思理解本条后段，应该依其规范意旨进行解释。在笔者看来，由本条后段的规范意旨决定，凡是其他用益物权人依法对某宗土地的建设用地使用权的设立不负容忍义务的，该建设用地使用权就不得设立；凡是其他用益物权人依法对某宗土地的建设用地使用权的设立负有容忍义务的，该建设用地使用权即可设立。其他的用益物权人所负容忍义务，主要源自相邻关系规则及地役权制度，再就是公法上的义务。

第三百四十七条

设立建设用地使用权，可以采取出让或者划拨等方式。

工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地以及同一土地有两个以上意向用地者的，应当采取招标、拍卖等公开竞价的方式出让。

严格限制以划拨方式设立建设用地使用权。

本条主旨

本条是关于建设用地使用权出让方式和行政划拨方式及其运用领域的规定。

相关条文

《物权法》第137条 设立建设用地使用权，可以采取出让或者划拨等方式。

工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地以及同一土地有两个以上意向用地者的，应当采取招标、拍卖等公开竞价的方式出让。

严格限制以划拨方式设立建设用地使用权。采取划拨方式的，应当遵守法律、行政法规关于土地用途的规定。

《城市房地产管理法》第8条 土地使用权出让，是指国家将国有土地使用权（以下简称土地使用权）在一定年限内出让给土地使用

者，由土地使用者向国家支付土地使用权出让金的行为。

第13条 土地使用权出让，可以采取拍卖、招标或者双方协议的方式。

商业、旅游、娱乐和豪华住宅用地，有条件的，必须采取拍卖、招标方式；没有条件，不能采取拍卖、招标方式的，可以采取双方协议的方式。

采取双方协议方式出让土地使用权的出让金不得低于按国家规定所确定的最低价。

《土地管理法》第54条 建设单位使用国有土地，应当以出让等有偿使用方式取得；但是，下列建设用地，经县级以上人民政府依法批准，可以以划拨方式取得：

- （一）国家机关用地和军事用地；
- （二）城市基础设施用地和公益事业用地；
- （三）国家重点扶持的能源、交通、水利等基础设施用地；
- （四）法律、行政法规规定的其他用地。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条基本上继承了《物权法》第137条的规定，第1款规定设立建设用地使用权的方式有出让方式、行政划拨方式以及其他方式，第2款规定出让方式中应当采取招标、拍卖等公开竞价的方式的类型（情形），第3款明确严格限制行政划拨方式的运用。

本条不见了《物权法》第137条第3款后段所谓“采取划拨方式的，应当遵守法律、行政法规关于土地用途的规定”，不是该项规则不重要，已被删除，而是将之移至《民法典》第346条之中了。

二、以出让方式设立建设用地使用权

（一）概说

所谓以出让方式设立建设用地使用权，是指用地者通过招标、拍

卖、协议等公开方式，有偿取得工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地的使用权（《民法典》第347条第1款、第2款等）。按照本条第2款的规定，建设用地使用权的出让方式包括招标、拍卖、协议等方式。此处所谓“等方式”，例如挂牌的方式[国土资源部发布的《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》（2007年修订）第2条第4款以下]。

招标、拍卖、挂牌等公开竞价的方式具有公开、公平和公正的特点，能够充分体现标的物的市场价值，是市场经济中较为活跃的交易方式。中国土地资源的稀缺性，决定了采取公开竞价方式，能够最大程度地体现土地的市场价值。从保护土地资源和国家土地收益的大局来看，采取公开竞价方式不仅是必要的，而且其适用范围还应当不断扩大。^[161]

（二）招标出让建设用地使用权

1. 招标出让建设用地使用权概述

招标出让建设用地使用权，是指市、县人民政府国土资源行政主管部门（以下简称出让人）发布招标公告，邀请特定或不特定的自然人、法人和其他组织参加国有建设用地使用权投标，根据投标结果确定国有建设用地使用权人的行为[《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》（2007年修订）第2条第2款前段]。

招标出让建设用地使用权，应当遵循公开、公平、公正和诚信的原则[《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》（2007年修订）第3条]。与协议出让建设用地使用权的方式相比，这种方式引入了竞争机制，使许多投标人竞相展示各自的优长，给招标人提供了择优选取受让人的机会和可能，会使最有能力者取得建设用地使用权，进行最有价值和最有意义的开发建设。正因如此，应当以招标方式出让建设用地使用权而擅自采用协议方式出让的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任[《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》（2007年修订）第24条]。

从适用范围上讲，对面积较大、开发要求较高或受城市规划严格制约的土地，采取招标方式出让建设用地使用权，比较适宜，容易达到开发目的。按照《物权法》第137条第2款规定，工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地以及同一宗地有两个以上意向用地者的，应当采取招标、拍卖等公开竞价的方式出让。《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》（2007年修订）予以贯彻并补充规

定，所谓工业用地包括仓储用地，但不包括采矿用地（第4条第2款）。

与拍卖出让建设用地使用权的方式不同，招标出让建设用地使用权的方式可使招标人能够全面审视投标人的各个方面的条件，不是只关注出让金的数额。因而，出价最高者不一定能取得建设用地使用权。

2. 招标出让建设用地使用权的方法

招标出让的方法有公开招标和邀请招标两种。公开招标是一种一定范围内的无限制竞争性招标，凡对招标公告所列出让的建设用地愿意受让、又自认为合格的有意受让人均可申请投标。邀请招标，又叫定向招标，是一种有限竞争性招标，一般由招标人向它认为符合规定条件的主体发出招标通知，邀请其投标。两者各有优长，招标人可视具体情况酌定。

3. 招标出让建设用地使用权的程序

（1）招标

对于招标，《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》（2007年修订）作了如下详细的规定：出让人应当根据招标出让地块的情况，编制招标出让文件（第7条第1款）。招标出让文件应当包括出让公告、投标或竞买须知、土地使用条件、标书、中标通知书、建设用地使用权出让合同文本（第7条第2款）。出让人应当至少在投标开始日前20日，在土地有形市场或指定的场所、媒介发布招标公告，公布招标出让宗地的基本情况和招标的时间、地点（第8条）。

（2）投标

投标方法有两种，可采取明标明投，也可采取明标暗投。每次投标的方法，由招标人根据实际情况确定。

投标的性质为要约，因而，在投标的有效期内，投标人不得擅自变更或撤回投标书，投标人应当对标书和有关书面承诺承担责任（《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》第13条第1款第1项）。

（3）开标、验标

《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》（2007年修订）

规定，出让人按照招标公告规定的时间、地点开标，邀请所有投标人参加。由投标人或其推选的代表检查标箱的密封情况，当众开启标箱，点算标书。投标人少于三人的，出让人应当终止招标活动。投标人不少于三人的，应当逐一宣布投标人名称、投标价格和投标文件的主要内容（第13条第2项）。

（4）评标、定标（决标）

《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》（2007年修订）规定，评标小组进行评标。评标小组由出让人代表、有关专家组成，成员人数为5人以上的单数（第13条第3项）。招标人根据评标结果，确定中标人。按照价高者得的原则确定中标人的，可以不成立评标小组，由招标主持人根据开标结果，确定中标人（第13条第4项）。对能够最大限度地满足招标文件中规定的各项综合评价标准，或能够满足招标文件的实质性要求且价格最高的投标人，应当确定为中标人（第14条）。

（5）中标通知书及其法律效力

《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》（2007年修订）规定，确定中标人后，中标人支付的投标保证金，转作受让地块的定金。出让人应当向中标人发出中标通知书。

（6）签约、对保证金的处理、公布招标出让结果

《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》（2007年修订）规定，中标人应当按照中标通知书约定的时间，与出让人签订建设用地使用权出让合同。中标人支付的投标保证金抵作土地出让价款；其他投标人支付的投标保证金，出让人必须在招标活动结束后5个工作日内予以退还，不计利息（第21条）。招标活动结束后，出让人应在10个工作日内将招标出让结果在土地有形市场或指定的场所、媒介公布（第22条第1款）。

4.取得建设用地使用权

《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》（2007年修订）规定，受让人依照建设用地使用权出让合同的约定付清全部土地出让价款后，方可申请办理土地登记，领取建设用地使用权证书。未按出让合同约定缴清全部土地出让价款的，不得发放建设用地使用权证书，也不得按出让价款缴纳比例分割发放建设用地使用权证书（第23条）。

5.中标结果无效

《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》（2007年修订）规定，中标人提供虚假文件隐瞒事实的，或采取行贿、恶意串通等非法手段中标的，中标结果无效；造成损失的，应当依法承担赔偿责任（第25条）。

（三）拍卖出让建设用地使用权

1.拍卖出让建设用地使用权概述

拍卖出让国有建设用地使用权，是指出让人发布拍卖公告，由竞买人在指定时间、地点进行公开竞价，根据出价结果确定国有建设用地使用权人的行为[《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》（2007年修订）第2条第3款]。

拍卖出让建设用地使用权，应当遵循公开、公平、公正和诚信的原则（《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》第3条）。拍卖出让和招标出让均为竞争性出让建设用地使用权的方式，但两者有较大区别。招标是由出让人（招标人）发出招标公告，以邀请投标人。各投标人各自提出自己的条件，最后由出让人（招标人）从中选出条件最优者，作为受让人。在招标出让的方式中，各投标人互不知晓其竞争对手，投标中一般只有一次投标机会，一旦提出标书，便不得随意变更或撤回。但拍卖出让方式是由各竞买人之间进行公开竞争，每位竞买人都可以随时根据其他竞买人提出的报价，提出更高的报价，最后由拍卖人和出价最高的竞买人签约。而且，在拍卖决定竞得人的过程中，出价最高者即赢得竞争，签约并依法登记后即成为建设用地使用权人。^[162]

2.拍卖出让建设用地使用权的程序

（1）拍卖公告

《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》（2007年修订）规定，出让人应当根据拍卖出让地块的情况，编制拍卖出让文件。拍卖出让文件应当包括出让公告、竞买须知、土地使用条件、竞买申请书、成交确认书、建设用地使用权出让合同文本（第7条）。出让人应当至少在拍卖开始日前20日，在土地有形市场或指定的场所、媒介发布拍卖公告，公布拍卖出让宗地的基本情况和拍卖的时间、地点（第8条）。

(2) 主持人主持拍卖活动

(3) 确定竞得人、签订成交确认书

确定竞得人后，竞得人支付的竞买保证金转作受让地块的定金。出让人应当与竞得人签订成交确认书[《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》（2007年修订）第20条第1款]。

(4) 签约、对保证金的处理、公布拍卖出让的结果

按照《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》（2007年修订）的规定，竞得人应当按照成交确认书约定的时间，与出让人签订建设用地使用权出让合同。竞得人支付的竞买保证金抵作土地出让价款；其他竞买人支付的竞买保证金，出让人必须在拍卖活动结束后5个工作日内予以退还，不计利息（第21条）。拍卖活动结束后，出让人应在10个工作日内将拍卖出让的结果在土地有形市场或指定的场所、媒介公布（第22条）。

3.取得建设用地使用权

按照《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》（2007年修订），受让人依照建设用地使用权出让合同的约定付清全部土地出让价款后，方可申请办理土地登记，领取建设用地使用权证书。未按出让合同约定缴清全部土地出让价款的，不得发放建设用地使用权证书，也不得按出让价款缴纳比例分割发放建设用地使用权证书（第23条）。

4.特殊情况及其处理

(1) 调整拍卖增加幅度

拍卖主持人在拍卖中可以根据竞买人竞价情况调整拍卖增价幅度[《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》（2007年修订）第16条第2款]。

(2) 终止拍卖活动

竞买人的最高应价或者报价未达底价时，主持人应当终止拍卖[《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》（2007年修订）第16条第1款]。

(四) 挂牌出让建设用地使用权

1.挂牌出让建设用地使用权概述

挂牌出让国有建设用地使用权，是指出让人发布挂牌公告，按公告规定的期限将拟出让宗地的交易条件在指定的土地交易场所挂牌公布，接受竞买人的报价申请并更新挂牌价格，根据挂牌期限截止时的出价结果或现场竞价结果确定国有建设用地使用权人的行为[《招标投标挂牌出让国有建设用地使用权规定》（2007年修订）第2条第4款]。

挂牌出让国有建设用地使用权，应当遵循公开、公平、公正和诚信的原则[《招标投标挂牌出让国有建设用地使用权规定》（2007年修订）第3条]。

工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地以及同一宗地有两个以上意向用地者的，应当以招标、拍卖或挂牌方式出让。前款规定的工业用地包括仓储用地，但不包括采矿用地[《招标投标挂牌出让国有建设用地使用权规定》（2007年修订）第4条]。

2.挂牌出让建设用地使用权的程序

（1）挂牌文件及其编制

出让人应当根据挂牌出让地块的情况，编制挂牌出让文件。

（2）挂牌文件的公告

出让人应当至少在挂牌开始日前20日，在土地有形市场或指定的场所、媒介发布挂牌公告，公布挂牌出让宗地的基本情况和挂牌的时间、地点[《招标投标挂牌出让国有建设用地使用权规定》（2007年修订）第8条]。

市、县人民政府国土资源行政主管部门应当为竞买人查询拟出让土地的有关情况提供便利[《招标投标挂牌出让国有建设用地使用权规定》（2007年修订）第12条]。

（3）确定底价

市、县人民政府国土资源行政主管部门应当根据土地估价结果和政府产业政策综合确定底价。底价不得低于国家规定的最低价标准。确定挂牌的起始价、底价、竞买保证金，应当实行集体决策。挂牌的底价在挂牌出让活动结束之前应当保密[《招标投标挂牌出让国有建设用地使用权规定》（2007年修订）第10条]。

(4) 竞买人的资格

中国境内外的自然人、法人和其他组织，除法律、法规另有规定外，均可申请参加国有建设用地使用权的挂牌出让活动。

(5) 挂牌及确定竞得人

挂牌时间不得少于10日。挂牌期间可根据竞买人竞价情况调整增价幅度[《招标投标挂牌出让国有建设用地使用权规定》（2007年修订）第18条]。

《招标投标挂牌出让国有建设用地使用权规定》（2007年修订）第17条规定：“挂牌依照以下程序进行：（一）在挂牌公告规定的挂牌起始日，出让人将挂牌宗地的面积、界址、空间范围、现状、用途、使用年期、规划指标要求、开工时间和竣工时间、起始价、增价规则及增价幅度等，在挂牌公告规定的土地交易场所挂牌公布；（二）符合条件的竞买人填写报价单报价；（三）挂牌主持人确认该报价后，更新显示挂牌价格；（四）挂牌主持人在挂牌公告规定的挂牌截止时间确定竞得人。”

(6) 签订成交确认书

以挂牌方式确定竞得人后，竞得人支付的竞买保证金，转作受让地块的定金。出让人应当与竞得人签订成交确认书。

(7) 签约、对保证金的处理、公布挂牌出让的结果

竞得人应当按照成交确认书约定的时间，与出让人签订建设用地使用权出让合同。竞得人支付的竞买保证金抵作土地出让价款；其他竞买人支付的竞买保证金，出让人必须在挂牌活动结束后5个工作日内予以退还，不计利息[《招标投标挂牌出让国有建设用地使用权规定》（2007年修订）第21条]。挂牌活动结束后，出让人应在10个工作日内将挂牌出让结果在土地有形市场或指定的场所、媒介公布[《招标投标挂牌出让国有建设用地使用权规定》（2007年修订）第22条第1款]。

3.取得建设用地使用权

受让人依照建设用地使用权出让合同的约定付清全部土地出让价款后，方可申请办理土地登记，领取建设用地使用权证书。未按出让合同约定缴清全部土地出让价款的，不得发放建设用地使用权证书，也不得按出让价款缴纳比例分割发放建设用地使用权证书[《招标投标

卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》（2007年修订）第23条]。

4.挂牌出让的结果无效

竞得人提供虚假文件隐瞒事实的，或采取行贿、恶意串通等非法手段竞得的，竞得结果无效；造成损失的，应当依法承担赔偿责任[《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》（2007年修订）第25条]。

（五）协议出让建设用地使用权^[163]

1.协议出让建设用地使用权的概念

协议出让建设用地使用权，是指出让人和受让人就出让建设用地使用权进行一对一的洽商，最终达成出让建设用地使用权的协议，待登记完毕，由受让人取得建设用地使用权的现象。

其特点之一是，适用《民法典》“第三编合同”下第二章“合同的订立”规定的普通程序，按照要约—承诺的模式及一般规则达成协议。双方就出让建设用地使用权接触、洽商伊始，就是特定的当事人。这是与招标出让建设用地使用权、拍卖出让建设用地使用权的不同之点。

其特点之二是，由于协议出让建设用地使用权的方式缺乏公开性、透明性，受具体经办人的主观因素的影响较大，容易出现出让金偏低、滋生腐败等不正常现象，法律、法规及规章开始限制协议出让建设用地使用权的范围。例如，《民法典》规定，工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地以及同一土地有两个以上意向用地者的，应当采取招标、拍卖等公开竞价的方式出让（第347条第2款）。

其特点之三是，协议出让建设用地使用权体现国家的土地政策更加明显，受让人得到优惠的情形较多，具有一定的照顾性质。因此，如果允许受让人任意转让，就会使国家蒙受损失。于是，有些法规、规章原则上不允许协议出让的建设用地使用权任意转让，也不允许擅自改变土地用途。

其特点之四是，从协议出让建设用地使用权的类型看，一种类型是出让合同为完整的合同书形式，对当事人双方就出让建设用地使用权所享有的权利和承担的义务、用地要求等诸多事项，全部用合同条款加以固定、明确。另一种类型是出让合同的条款比较简明，出让人

事先制定的建设用地使用规则作为合同的附件发生法律效力。

2.协议出让建设用地使用权的范围

鉴于协议出让建设用地使用权方式的弊端较多，法律、法规及规章越来越限制协议出让建设用地使用权的范围。《民法典》第347条第2款规定了应当采取招标、拍卖等公开竞价出让建设用地使用权的情形，按照反面推论，这些情形以外的建设用地使用权即可采取协议出让的方式和行政划拨的方式。

3.协议出让建设用地使用权的程序

协议出让建设用地使用权的程序是，用地者提出申请——出让人和用地人一对一地洽商——签约——登记——用地者取得建设用地使用权。

（六）余论

关于以出让方式设立建设用地使用权的其他问题，笔者将在对《民法典》第348条以下的若干条文的释评中发表意见，此处暂时不赘。

三、以行政划拨方式设立建设用地使用权

（一）以行政划拨方式设立建设用地使用权的界定和性质

所谓以行政划拨方式设立建设用地使用权，是指用地者基于行政命令无偿取得的建设用地使用权（见《民法典》第347条第1款、第3款等）。它具有如下法律性质。

1.行政划拨的建设用地使用权的客体限于国有土地

行政划拨本质上是国家以其行政命令将某宗建设用地使用权授予建设单位（用地者）。单就行政命令及其法律效果而言，该建设用地使用权可以是用地者分享国家土地所有权中的占有、使用、收益的权能而形成的他物权，也可以是用地者分享集体土地所有权中的占有、使用、收益的权能而形成的他物权。但若将公平合理的因素考虑进来，则只有用地者分享国家土地所有权中的占有、使用、收益的权能才最具正当性。再联系国家同时兼有国有土地的所有权人和国家管理人的双重身份设计，该结论更易证成。如果拟行政划拨的建设用地属于集体所有的土地，则必须先行征收，将集体所有的土地变为国有土地，同时给予集体经济组织足额补偿，若该宗地已经发包与农户，还

要给该农户（土地承包经营权人）足额的补偿，若该宗地上已经依法建造了建筑物、构筑物及其附属设施，还要给该所有权人足额的补偿（《民法典》第243条、第327条、第338条，《土地管理法》第2条第4款、第45-49条），然后，国土资源管理部门再将建设用地使用权划拨给用地者。

2.行政划拨的土地用途受到严格限制

从总的方面讲，行政划拨的用地必须是国家利益和社会公共利益所需要的，否则，不得以该种方式出让建设用地使用权，故本条第3款申明：“严格限制以划拨方式设立建设用地使用权”。按照《土地管理法》第54条的规定，下列建设用地，经县级以上人民政府依法批准，可以以划拨方式取得：（1）国家机关用地和军事用地；（2）城市基础设施用地和公益事业用地；（3）国家重点扶持的能源、交通、水利等基础设施用地；（4）法律、行政法规规定的其他用地。本条所谓国家机关用地，包括党政机关和人民团体的用地；所谓城市基础设施用地，包括城市供水、供热、供气的设施用地，环境卫生设施用地，公共交通设施以及道路、广场、绿地等的用地；所谓公益事业用地，包括非营利性邮政设施、教育设施、体育设施、公共文化设施、医疗卫生设施、公益性科研机构的用地；所谓国家重点扶持的能源、交通、水利等项目的用地，包括石油天然气设施、煤炭设施、电力设施、水利设施的用地，铁路、公路、水路等交通设施的用地，以及民用机场的用地；所谓法律、行政法规规定的其他用地，主要包括监狱、戒毒所、看守所、治安拘留所、收容教育所的用地。^[164]

由于国家机关用地和军事用地等现象会长期存在，完全取消行政划拨的建设用地使用权并不现实。但这不表明某特定主体所需用地属于上述行政划拨用地的范围即当然地取得行政划拨的建设用地使用权。以行政划拨方式授予建设用地使用权应当是“确属必需的”^[165]。但须注意，对以营利为目的的非国家重点扶持的能源、交通、水利等基础设施的用地项目，应当采取有偿出让的方式设立建设用地使用权。^[166]

3.行政划拨的建设用地使用权的取得须基于行政命令

这里的行政划拨是县级以上人民政府根据用地者的用地申请而依法许可其使用国有土地的行政行为。

4.行政划拨的建设用地使用权的取得无须对价

行政划拨建设用地使用权制度的目的之一，在于扶持具有国家利

益或社会公共利益的项目，并非为取得土地利用的对价而让渡建设用地使用权，因而，行政划拨建设用地使用权的设立是无偿的。至于拟行政划拨的土地本为集体所有的土地，依法进行征收而需要足额支付土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗的补偿费、拆迁补偿等费用（《民法典》第243条第2款、第3款，《土地管理法》第48条），属于征收法律关系的内容，而非建设用地使用权划拨（转让）的权利义务关系，在法理上应由征收部门向被征收人支付，有些场合也确实如此操作的。不过，由于政府难以全部承受众多的此类负担，实务中大多由建设单位（用地者）支付这些费用。^[167]即使如此，这些费用也不是取得划拨建设用地使用权的对价。

5.行政划拨的建设用地使用权在法律效力上受到诸多限制

用地者取得行政划拨的建设用地使用权时没有支付对价，国家政策仅限于若干土地用途才予批准，具有倾斜和照顾的性质，因而，行政划拨的建设用地使用权原则上不得转让、出租、抵押。不过，

（1）行政划拨的建设用地使用权改变为工业、商业等用途，在经过有关人民政府自然资源主管部门同意，报原批准用地的人民政府批准的前提下，可被允许。其中，在城市规划区内改变土地用途的，在报批前，应当先经有关城市规划行政主管部门同意（《土地管理法》第56条后段）。在经过有批准权的人民政府审批，依照国家有关规定缴纳建设用地使用权出让金的前提下，由受让方和国土资源管理部门办理出让手续（也有不办理出让手续的情况），行政划拨的建设用地使用权发生了转让（《城市房地产管理法》第40条）。在实际操作上，时常将国土资源管理部门和受让人签订建设用地使用权出让合同的行为，视为有批准权的人民政府的批准。（2）以行政划拨的建设用地使用权设立抵押，在依法拍卖该建设用地使用权后，从拍卖所得的价款中缴纳相当于应缴纳的建设用地使用权出让金的款额，法律承认该抵押权的效力（参见《城市房地产管理法》第51条）。为了简化程序，国土资源管理部门依法办理了抵押登记手续，视为具有审批权限的国土资源管理部门予以批准，不必另行办理行政划拨的建设用地使用权抵押的审批手续（参见国土资源部于2004年1月15日发布的《关于国有划拨土地使用权抵押登记有关问题的通知》），人民法院不得以划拨建设用地使用权抵押未经批准而认定抵押无效（参见最高人民法院于2004年3月23日发布的《关于转发国土资源部〈关于国有划拨土地使用权抵押登记有关问题的通知〉的通知》）。

6.行政划拨的建设用地使用权无确定的终期

出让的建设用地使用权都具有明确的存续期限，70年、50年、40年不等（《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第12条）。

与此不同，以行政划拨方式取得的建设用地使用权，除法律、行政法规另有规定外，没有存续期限的限制（《城市房地产管理法》第23条第2款）。只要没有国家收回建设用地的法定事由（如城市建设发展的需要和城市规划的要求等），或自己抛弃建设用地使用权，用地者即可持续地享有建设用地使用权。就此看来，行政划拨的建设用地使用权具有无期性。

[辨析]

关于行政划拨的建设用地使用权是否具有永久性，学说的看法不同。一种观点认为，法律没有规定行政划拨的建设用地使用权的存续期限，只是意味着此种权利的存续期限是不确定的，而非意味着这种权利和所有权一样具有永久性。根据相关法规的规定，无偿取得划拨土地使用权者，因迁移、解散、撤销、破产或其他原因而停止使用土地的，市、县人民政府应当无偿收回其划拨土地使用权；以及市、县人民政府根据城市建设发展需要和城市规划的要求，可以无偿收回划拨土地使用权。^[168]笔者认为，这种观点若在阐明划拨的建设用地使用权在存续期间方面与所有权有所差异，可资赞同，因为所有权并非于一定期间后自然消灭的权利，不依消灭时效（诉讼时效）而消灭^[169]，而行政划拨的建设用地使用权的消灭，有的是于一定期间后自然消灭，有的则否；但若否定建设用地使用权的永久性，说服力尚嫌不足。因为所谓永久性，乃当事人不得预定其存续期间之义，但并非永远不消灭之义，而是指所有权不得如地上权、典权等预定一定存续期间，使于期间届满当然归于消灭。至于所有权得因标的物灭失，得因他人基于取得时效取得而消灭，固不待言。^[170]行政划拨的建设用地使用权的存续期间，也不允许当事人预定，符合永久性的要求。

（二）以行政划拨方式设立建设用地使用权

以行政划拨方式设立建设用地使用权，必须基于行政命令，其大致的程序是：（1）列入国家固定资产投资计划，或准许建设的国家建设项目，经过批准，建设单位（用地者）方可申请建设用地。

（2）用地者提出申请。建设单位（用地者）必须持国务院行政主管部门或县级以上地方人民政府按照国家基本建设程序批准的设计任务书，或对用地数量、用地选址方案已经明确规定的其他批准文件，向县级以上人民政府土地资源管理部门提出用地申请。（3）审批划拨。经县级以上人民政府根据法定的批地权限，对建设单位（用地者）提出的用地申请进行审查，对法律手续齐备的，以行政命令的方式确定具体使用的建设用地，由国土资源管理部门把用地划拨给建设单位。^[171]（4）权属登记。建设单位（用地者）接到批准用地文件之后，可持该文件申请建设用地使用权的登记。申请国有建设用地使

用权首次登记，应当提交下列材料：（1）土地权属来源材料，包括国有建设用地划拨决定书、授权经营批准文件；（2）权籍调查表、宗地图以及宗地界址点坐标；（3）土地出让价款、土地租金、相关税费等缴纳凭证；（4）其他必要材料（《不动产登记暂行条例实施细则》第34条第1、2款）。申请在地上或者地下单独设立国有建设用地使用权登记的，也照此办理（《不动产登记暂行条例实施细则》第34条第3款）。一经登记完毕，用地人即取得建设用地使用权。

以行政划拨方式设立建设用地使用权，有些特殊情况。例如，法释〔2005〕5号第13条规定，土地使用权人与受让方订立合同转让划拨土地使用权，起诉前经有批准权的人民政府决定不办理土地使用权出让手续，并将该划拨土地使用权直接划拨给受让方使用的，土地使用权人与受让方订立的合同可以按照补偿性质的合同处理。

四、以其他方式设立建设用地使用权

本条第1款所谓其他方式，包括置换方式。例如，为解决历史遗留的建设用地问题，采取由国土资源管理部门提供另一宗建设用地，来置换某公司既有的某宗建设用地。在军营由闹市区搬迁到郊外的事务处理中，有些地区采取了此种方式。

第三百四十八条

通过招标、拍卖、协议等出让方式设立建设用地使用权的，当事人应当采用书面形式订立建设用地使用权出让合同。

建设用地使用权出让合同一般包括下列条款：

- （一）当事人的名称和住所；
- （二）土地界址、面积等；
- （三）建筑物、构筑物及其附属设施占用的空间；
- （四）土地用途、规划条件；
- （五）建设用地使用权期限；
- （六）出让金等费用及其支付方式；
- （七）解决争议的方法。

本条主旨

本条是关于建设用地使用权出让合同的形式和内容的规定。

相关条文

《物权法》第138条 采取招标、拍卖、协议等出让方式设立建设用地使用权的，当事人应当采取书面形式订立建设用地使用权出让合同。

建设用地使用权出让合同一般包括下列条款：

- （一）当事人的名称和住所；
- （二）土地界址、面积等；
- （三）建筑物、构筑物及其附属设施占用的空间；
- （四）土地用途；
- （五）使用期限；
- （六）出让金等费用及其支付方式；
- （七）解决争议的方法。

《城市房地产管理法》第15条 土地使用权出让，应当签订书面出让合同。

土地使用权出让合同由市、县人民政府土地管理部门与土地使用者签订。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条是对《物权法》第138条的复制，第1款规定建设用地使用权出让合同应当采取书面形式，第2款规定建设用地使用权出让合同的一般条款。

出让的建设用地使用权的设立，按照现行法的规定，必须通过用地者和国土资源管理部门签订建设用地使用权出让合同，再办理建设用地使用权移转登记（俗称过户登记），才能发生建设用地使用权设

立的法律效力（《民法典》第348条、第349条）。

二、建设用地使用权出让合同的概念

建设用地使用权出让合同，简称出让合同，是指市县级人民政府的土地资源行政主管部门代表国家与用地者约定，国家以土地所有权人的身份将建设用地使用权在一定年限内让与用地者，用地者向国家支付建设用地使用权出让金的合同。

关于出让合同的性质，有行政合同说^[172]和民商事合同说^[173]的争论，本释评书赞同后者，主要理由如下：（1）出让合同中虽有行政因素，如出让人可依法对受让人警告、罚款乃至收回建设用地使用权，但所占比重较小；而民商事法律关系占据主要地位，如双方遵循平等、自愿和有偿的原则签订合同，出让金为建设用地使用权的对价，交易目的乃移转建设用地使用权。遇此情境，应以主要部分的性质确定合同的性质。当然，对于行政因素也不得忽视，适用行政法的有关规定。^[174]（2）确定某合同的性质和归属，不单纯是个逻辑问题、学术问题，而且涉及法律适用。倘若把出让合同定性和定位在行政合同，则必然适用行政法的规定解决纠纷。而行政法上的救济措施至今欠缺恢复原状、排除妨害、消除危险等请求权。（3）违约救济方式是违约责任的方式，而非国家赔偿的方式。就此看来，将出让合同定为行政合同也不妥当。

三、出让合同的主体

出让合同的主体分为出让人和受让人。其中的出让人，按《城市房地产管理法》第8条规定，实质上是以土地所有权人身份出现的国家，按该法第15条规定，由市、县人民政府土地管理部门与土地使用者签订。依据法理，在签订出让合同的问题上，市、县人民政府为国家的代表，与国家具有同一人格。国土资源管理部门为合同的经办人，亦即出让人的代理人。不过，在实务中，为了简便，人们直接把国土资源管理部门叫作出让人，也未引起误解。

受让人，即用地者，或建设用地使用人。对其范围、资质，国家法律、法规尚无具体要求，某些地方法规、规章倒有规定。例如，《深圳经济特区土地使用权出让条例》（2019年修正）第5条规定：“中华人民共和国境内外的企业、组织和个人，均可依照本条例的规定取得土地使用权，但法律、法规另有规定的除外。”《上海市土地使用权出让办法》（2008年修正）第5条规定：“境内外的自然人、法人和其他组织，除法律另有规定外，均可以按本办法的规定，在本市以出让方式取得土地使用权，并进行土地开发、利用和经

营。”笔者认为，受让人须有权利能力，应有开发建设的能力。

四、建设用地使用权出让合同的内容

当事人依程序订立合同，意思表示一致，便形成合同条款，构成了作为法律行为意义上的合同的内容。合同条款固定了当事人各方的权利义务，成为法律关系意义上的合同的内容。此处介绍的合同内容限于合同条款。

按照本条第2款的规定，出让合同一般包括下列条款。

1. 当事人的名称和住所

当事人是合同权利和合同义务的承受者，没有当事人，合同权利义务就失去存在的意义，因此，订立出让合同必须有当事人这一必备条款。当事人由其名称或姓名及住所加以特定化、固定化，所以，具体的出让合同条款的草拟必须写清当事人的名称或姓名和住所。

2. 土地界址、面积等

土地界址和面积能使建设用地使用权的客体特定化，出让合同写清它们乃物权客体特定性的当然要求。为了准确界定建设用地的基本数据，出让合同一般会附“出让宗地界址图”，标明建设用地的位置、四至范围等。该附件须经双方当事人确认。

3. 建筑物、构筑物及其附属设施占用的空间

这里所谓建筑物、构筑物及其附属设施占用的空间，有两方面的含义。其一，在以地表为标的物的建设用地使用权场合，空间是指建筑物、构筑物及其附属设施的高度及所占用的基地，以及正常使用所必需的空间范围。^[175]其二，因为《民法典》第345条设计了以地下为客体的建设用地使用权和以地上为客体的建设用地使用权，即所谓空间权，或曰区分建设用地使用权，或曰分层建设用地使用权，所以本条第2款第3项所谓空间，指每一种建设用地使用权具体占用的空间范围，即出让合同须标明每一宗建设用地占用的面积和四至范围，建筑物、构筑物及其附属设施的高度和深度，从而确定用地者行使建设用地使用权的界限。^[176]

4. 土地用途

土地用途可分为工业、商业、娱乐、住宅等用途。国家对建设用地实行用途管制，不同用途的建设用地的使用期限是不同的。土地用

途也影响着建设用地使用权出让金的数额，与城市的发展规划也有关系。^[177]正因如此重要，所以土地用途须经有关人民政府批准，出让合同约定的土地用途必须与此相符。假如要改变，应当征得出让人的同意，并经土地行政主管部门和城市规划行政主管部门的批准，重新签订或更改原有的出让合同，调整建设用地使用权出让金，并办理相应的登记。^[178]

5. 建设用地使用权的期限

以出让方式设立建设用地使用权均有期限，但该期限不得由当事人擅自约定，而是依据法律、法规的规定。按照《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第12条规定，建设用地使用权出让最高年限按下列用途确定：（1）居住用地70年；（2）工业用地50年；（3）教育、科技、文化、卫生、体育用地50年；（4）商业、旅游、娱乐用地40年；（5）综合或其他用地50年。此类期限自出让入向受让人实际交付宗地之日起算，原行政划拨的建设用地使用权补办出让手续的，出让年限自合同签订之日起算。^[179]

6. 出让金等费用及其支付方式

出让金，系建设用地使用权的对价，或曰以招标、拍卖、挂牌和协议方式出让国有土地使用权所确定的总成交价款[《国务院办公厅关于规范国有土地使用权出让收支管理的通知》第1条第1款]，由必须支付的征地补偿款、土地出让收益等项款额构成。

此处所谓“等费用”，如土地前期开发费用，土地出让业务费等。所谓土地前期开发费用，例如，土地一级开发阶段由某公司负责某宗“生地”变“熟地”，即该宗土地达到“七通一平”或“四通一平”的状态，该公司为此投入和应获取的利润本应由征收机关或土地收储中心支付，但实务中先由建设用地使用权人支付的也不鲜见。

土地使用权出让金等费用的数额直接关系到双方当事人的利益分配，体现着国家的土地政策，因此它为出让合同的主要条款。支付方式往往决定着出让金的实现，所以出让合同对此最好也应明确规定。此外，支付期限和币种也往往决定着出让金的实现，事关当事人之间的利益分配，亦应如此处理。^[180]在出让合同没有规定的情况下，按照有关规定处理，即出让金的支付期限为出让合同签订后60日内全部付清，否则，出让方有权解除合同。

[探讨]

现行的国有土地开发体制，分为两个阶段：第一阶段是土地一级开发；第二阶段是土地二级开发，即最终用地者利用“七通一平”或“四通一平”的建设用地建设商品房等获批项目。

所谓土地一级开发，在对象为集体土地的情况下，是先将集体土地征收为国有，然后完成“七通一平”或“四通一平”。这是俗称的把“生地”变成“熟地”，或曰将“毛地”变成“净地”。这个阶段的开发，其实际操作流程大体如下：土地收储中心或其他行政主管部门委托有实力（包括资金充足、具备相应的开发技能）的公司投入物力、人力完成“七通一平”或“四通一平”，包括付给被征收者补偿款，而后，土地收储中心或其他行政主管部门付给完成“七通一平”或“四通一平”的公司以对价。

此处所谓对价的支付方式，区分情况而分别处理：其一，在此类公司没有通过招拍挂的程序取得国有建设用地使用权的情况下，土地收储中心或其他行政主管部门直接付给其补偿款，或指令他人付给补偿款。其二，在此类公司没有通过招拍挂的程序取得国有建设用地使用权的情况下，不但土地收储中心或其他行政主管部门直接付给其补偿款，或指令他人付给补偿款，而且还把因土地一级开发使得土地升值的部分利益付给此类公司。其三，在此类公司参与招拍挂的情况下，清结、计算出土地一级开发的补偿款，部分或全额充作参与招拍挂的保证金，有余额时冲抵土地使用权出让金。其四，此类公司参与招拍挂，照常缴纳保证金，摘牌时照常缴纳土地使用权出让金，而后清结、计算出其土地一级开发的补偿款，有关行政部门据此数额予以返还。返还的文字表达不一，有些是“返还出让金”，有些是“返还地价款”，有些是“返还补偿款”，有些是“付给服务费”，有些是“支付奖励佣金”，等等。其实，无论如何表达，付给或返还给完成“七通一平”或“四通一平”的公司的款项，不是法律意义上的土地使用权出让金，而是补偿款。对此通过下面的案例予以解说。

笔者注意到，系争《句容仙林东路项目居间协议书》第1.4条约定：“如挂牌取得土地所有权的实际价格超出协议价格，超出部分由乙方负责和政府沟通和协调，并由政府负责返还给甲方。”第1.5条约定：“如产业园用地实际成交价格低于15万亩的，则甲方按照差额部分的33%另外向乙方支付奖励佣金。该费用于正式签订该土地出让合同后一次性支付。”

笔者同时注意到，案涉巨擘控股（香港）有限公司与句容市宝华镇人民政府于2013年4月25日签订的《项目协议书》、句容市宝华镇人民政府与火炬公司于2013年4月25日签订的《项目补充协议》、句容市宝华镇人民政府与火炬公司、麦瑞克公司于2013年7月25日签订

的《项目协议书》含有土地一级开发的内容。火炬公司等主体在案涉区域从事的开发建设，使得案涉土地增值，火炬公司等主体应当获得补偿。

结合这些情况，理解诉争《句容仙林东路项目居间协议书》第1.4条的约定，可以得出如下结论：所谓“如挂牌取得土地所有权的实际价格超出协议价格，超出部分由乙方负责和政府沟通和协调，并由政府负责返还给甲方”；“甲方按照差额部分的33%另外向乙方支付奖励佣金”，均非返还法律意义上的土地使用权出让金，而是付给火炬公司等主体补偿款或奖励佣金或曰服务费，只不过使用了“实际价格”“协议价格”的措辞罢了。

既然不是返还法律意义上的土地使用权出让金，就未侵占国家利益，就不违反法律、行政法规的强制性规定，有关约定就不应无效。

7. 解决争议的方法

解决争议的方法，含有解决争议运用什么程序、适用何种法律、选择哪家检验或鉴定的机构等内容。当事人双方在出让合同中约定的仲裁条款、选择诉讼法院的条款、选择检验或鉴定机构的条款、协商解决争议的条款等，均属解决争议的方法的条款。

五、出让合同的形式

按照本条第1款规定，采取招标、拍卖、协议等出让方式设立建设土地使用权的，当事人应当采取书面形式订立建设土地使用权出让合同。

近年来，有一种思潮，说什么既然意思自治，那么，只要当事人已有合意，就应当认定合同成立，进而生效，至于合同是否采取了特定形式，应该在所不问。或者干脆说：无须合同形式。

在笔者看来，这是一种极端的单向度地思考问题，不及其他的表现。该种思潮仅仅沿着形式逻辑推理，无视客观世界的复杂性，不懂不同的事务极可能需要不尽相同的处理及表现形式。其实，重意思不等于完全否定形式。法律难以评价纯粹内心的意思，只有意思以一定形式表现出来，能被人们把握和认定时，法律才能准确地评价。所以，在任何社会，合同的形式都不可或缺。1804年的《法国民法典》把合同视为一种单纯的合意，过分忽视合同形式，有矫枉过正之嫌，不但在证据法看来弊端严重，而且与在一定条件下合同形式有利于交易便捷的性质不符。现代合同法兼顾交易安全与交易便捷两项价值，

已经不同程度地将要式合同的运用范围加以扩大，对某些重要的合同、关系复杂的合同强调书面形式。格式合同的普遍推广更能说明问题。因为经过法律规制的格式合同，除去其不公正条款以后，省去消费者调查的麻烦，使其不必耗神费力地就交易条件讨价还价，促进企业内部的合理化，使缔约迅速化，更加符合交易安全与交易便捷的要求。

现代法律基于维护交易安全以及便于政府监督管理等的考虑，规定某些类型的合同应当采用书面形式、公开认证或者作成公证证书等形式^[181]，否则将影响到合同的效力或者合同的强制履行。^[182]在德国，如果被掩盖的法律行为符合与其相关的法律规定，则这一被掩盖的法律行为生效。当被掩盖的法律行为属于要式行为却未履行形式要件时，它因欠缺形式要件而无效。^[183]

法律人要面对活生生的社会实际，应使民法满足社会生活的实际需要。有人说得好，形式要件的目的有多种，其中之一是，使人们可以基于形式所记载的表示了解规则的内容，尽管这一目的并不是所有形式规则的关键性要素。^[184]体现这种思想的例证之一是婚姻的公示。例如，本为夫妻共同财产（如双方约定共有），却无结婚形式（事实婚姻），甲不知情，丈夫擅自出卖夫妻共同财产，在符合《民法典》第311条第1款规定的构成要件的情况下，甲可善意取得。但是，若有结婚登记特别是拜天地的仪式，甲为这对夫妻的同事，受邀出席结婚仪式，在丈夫擅自出卖夫妻共同财产时，极有可能构成恶意，甲不能善意取得该财产的物权。

对某些特殊合同仍然采取方式强制，以达到警告目的、证据或内容明确的目的、确保合同关系的公开性和促进一定债权的流通性等法律政策的保护目的。警告目的，能使当事人了解合同的意义和利害关系，避免仓促、轻率地签订合同。证据或内容明确的目的，有助于确定合同是否成立与其内容。^[185]在中国现行法中，法律要求的要式合同多为普通的书面形式的合同。

现行运转机制决定了某些合同必须采取特定的形式。例如国有建设用地使用权出让合同、商品房买卖合同，若不采取书面形式，就无法在不动产登记机构办理国有建设用地使用权的转移登记、房屋所有权的转移登记。在这方面，《不动产登记暂行条例实施细则》第34条规定：“申请国有建设用地使用权首次登记，应当提交下列材料：

（一）土地权属来源材料；（二）权籍调查表、宗地图以及宗地界址点坐标；（三）土地出让价款、土地租金、相关税费等缴纳凭证；（四）其他必要材料”（第1款）。“前款规定的土地权属来源材料，根据权利取得方式的不同，包括国有建设用地划拨决定书、国有建设

用地使用权出让合同、国有建设用地使用权租赁合同以及国有建设用地使用权作价出资（入股）、授权经营批准文件”（第2款）。“申请在地上或者地下单独设立国有建设用地使用权登记的，按照本条规定办理”（第3款）。其中，所谓“土地权属来源材料”及“国有建设用地使用权出让合同、国有建设用地使用权租赁合同以及国有建设用地使用权作价出资（入股）”文件，都是书面形式的。

在有的情况下，合同形式成为义务履行的条件，具备此种形式直接制约着义务的履行是否届期。例如，某《信托贷款合同》第1.2.2.1条约定：“除贷款人以书面形式同意放弃本条约定的全部或部分条件外，当且仅当下列放宽条件全部、持续满足后，贷款人才有义务向借款人发放（首笔）信托贷款。”该条款约定了15种贷款人向借款人放款的条件，倘若贷款人对借款人宽容，放弃一条或数条放款的限制条件，借款人就相对容易实际取得借款款项。不过，贷款人此类放弃限制条件的意思表示，必须采取书面形式才会发生法律效力，若只是口头的，则不发生放弃限制放款条件的法律效力。可见，书面形式是极端重要的。

重视书面形式的例证还有，上述《信托贷款合同》第1.14.2条后段约定：“对本合同的修改或变更必须经贷款人、借款人协商一致，并达成书面协议。”第1.16.1条约定：“除本合同另有约定外，双方之间的一切通知均为书面形式，可以专人送达、挂号邮递、特快专递、传真等方式传递。”

当然，该《信托贷款合同》第1.14.2条后段关于书面形式的约定属于强制性的还是倡导性的，即欠缺书面形式时，修改、变更未采取书面形式时是否还发生修改、变更的法律效力？若是，则该约定属于倡导性的；若否，则该约定属于强制性的。对该《信托贷款合同》第1.16.1条约约定的判断，也应如此认识。

诚然，不得从一个极端走向另一个极端，必须承认并坚持：合同形式在不少场合不决定合同成立与否、有效与否，主要是发挥证据法上的作用。只要有证据证明，合同已经成立，即使没有采取约定的形式，也应承认合同已经成立；在符合《民法典》第502条第1款的要求时发生法律效力。对此，有德国学者认为：根据当事人各方的共识，一个通过E-mail传输的文本是有效的，即使根据协议的字面意义这些表示本应通过传真作出，所使用的语词的含义经常以类似的方式从缔结合同的信件往来中得以确定。^[186]有中国的专家、学者认为：在没有采用书面形式之前，应当推定合同不成立。但是，形式不是主要的，重要的在于当事人之间是否真正存在一个合同。如果合同已经得到履行，即使没有以规定或约定的书面形式订立，合同也应当是成立

的。如果合同不违反法律的强制性规定，就是有效的。^[187]对于设立动产质押合同未采用书面形式的，依据《合同法》第36条的规定，一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。^[188]这些道理同样适合于对《民法典》关于合同形式要求的把握。

与此道理相同或类似，在某些情况下，虽然法律规定合同应当采取书面形式，但依规范意旨此处书面形式并非合同的成立要件、生效要件的，欠缺书面形式的合同只要有有关证据证明该合同存在，就仍应认定该合同已经成立；在符合《合同法》第44条第1款的要求时发生法律效力。在这方面，耿林副教授从基本理论方面阐释：“应当”含义可以有很多。例如，既有关于对制度性规定的要求，也有纯粹对当事人意思的推定解释。前者比如《合同法》第115条关于定金罚则（“应当”双倍返还）。如果当事人约定了不必双倍返还效果的罚则，或者没有惩罚性的约定，不是约定无效，而是不发生定金制度的后果。后者比如《合同法》第66条关于同时履行抗辩权的规定。“没有先后履行顺序的，应当同时履行”，这里的“应当”就相当于意思“推定”。不过“应当”一词也完全可能包含有强制规范的含义，并且影响到合同的效力。例如，在很多基本原则的规定和构成要件的规定中常使用“应当”一词。关于基本原则的，如《民法通则》第4条、第7条；《合同法》第5条、第6条、第7条、第8条。这里，“应当”和“必须”在含义上就没有什么区别。所以，对于遵守法律，《民法通则》使用的是“必须”（第6条），《合同法》使用的是“应当”（第7条）。关于构成要件的比如《民法通则》第55条。《合同法》第10条第2款是强制规范。这可以从《合同法》第36条的反对解释中看出来。就是说，如果没有采用法定形式或者当事人约定的形式，一方没有履行或者虽履行但是对方没有接受的，合同不成立。合同便因为形式要件不具备而无效。只不过是该反对解释的后果还必须进一步接受规范目的的审查。总之，关于形式要件的要求肯定包含着强制规范的含义，不能因为其属于当事人之间的利益关系就认定其与效力无关。关于形式要求，在中国，存在问题的是太多使用了含义不明、当然也就不统一的“应当”一词，而不是形式要求本身的强制性问题。^[189]王轶教授从法律规范的三分法层面澄清：《合同法》确立了不少倡导性规范，如第10条第2款规定：“法律、行政法规规定采用书面形式的，应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的，应当采用书面形式。”……当事人未依照倡导性规范的规定采用书面形式，属于自甘冒险的行为。由当事人自己承受由此带来的不利后果，法律并不因此就认定合同无效或不成立。^[190]这些道理同样适合于对《民法典》关于合同形式要求的把握。

总的说来，在中国，合同形式分为约定形式与法定形式，法律兼

采要式与不要式的原则。中国已经实行社会主义市场经济，应当按照符合交易安全与交易便捷的要求设计合同的形式，对某些重要的合同、关系复杂的合同强调书面形式，其他合同采取何种形式，宜由当事人决定。建设用地使用权设立合同属于重要的合同，也是国土资源管理部门监管的对象，应当采取书面形式。

第三百四十九条

设立建设用地使用权的，应当向登记机构申请建设用地使用权登记。建设用地使用权自登记时设立。登记机构应当向建设用地使用权人发放权属证书。

本条主旨

本条是关于建设用地使用权以登记为设立要件以及权属证书发放的规定。

相关条文

《物权法》第139条 设立建设用地使用权的，应当向登记机构申请建设用地使用权登记。建设用地使用权自登记时设立。登记机构应当向建设用地使用权人发放建设用地使用权证书。

《土地管理法》第12条 土地的所有权和使用权的登记，依照有关不动产登记的法律、行政法规执行。

依法登记的土地的所有权和使用权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。

《城市房地产管理法》第60条 国家实行土地使用权和房屋所有权登记发证制度。

第61条第1款 以出让或者划拨方式取得土地使用权，应当向县级以上地方人民政府土地管理部门申请登记，经县级以上地方人民政府土地管理部门核实，由同级人民政府颁发土地使用权证书。

第63条 经省、自治区、直辖市人民政府确定，县级以上地方人民政府由一个部门统一负责房产管理和土地管理工作的，可以制作、颁发统一的房地产权证书，依照本法第六十一条的规定，将房屋的所有权和该房屋占用范围内的土地使用权的确认和变更，分别载入房地产权证书。

《不动产登记暂行条例》第5条第5项 下列不动产权利，依照本条例的规定办理登记：

……

（五）建设用地使用权；

第6条 国务院国土资源主管部门负责指导、监督全国不动产登记工作。

县级以上地方人民政府应当确定一个部门为本行政区域的不动产登记机构，负责不动产登记工作，并接受上级人民政府不动产登记主管部门的指导、监督。

第7条第1款、第2款 不动产登记由不动产所在地的县级人民政府不动产登记机构办理；直辖市、设区的市人民政府可以确定本级不动产登记机构统一办理所属各区的不动产登记。

跨县级行政区域的不动产登记，由所跨县级行政区域的不动产登记机构分别办理。不能分别办理的，由所跨县级行政区域的不动产登记机构协商办理；协商不成的，由共同的上一级人民政府不动产登记主管部门指定办理。

《不动产登记暂行条例实施细则》第2条第1款 不动产登记应当依照当事人的申请进行，但法律、行政法规以及本实施细则另有规定的除外。

第3条 不动产登记机构依照《条例》第七条第二款的规定，协商办理或者接受指定办理跨县级行政区域不动产登记的，应当在登记完毕后不动产登记簿记载的不动产权利人以及不动产坐落、界址、面积、用途、权利类型等登记结果告知不动产所跨区域的其他不动产登记机构。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条是对《物权法》第139条的复制，前段宣明设权登记义务，中段确立登记为建设用地使用权设立的生效要件，后段规定发放权属证书的义务。

二、建设用地使用权的登记

出让合同生效，并非建设用地使用权取得的充分条件，只有办理完毕建设用地使用权登记手续，受让人才能取得建设用地使用权。因此，本条前段和中段规定：“设立建设用地使用权的，应当向登记机构申请建设用地使用权登记。建设用地使用权自登记时设立。”

本条所谓登记，不同于《民法典》第232条规定的宣示登记。前者是建设用地使用权设立的生效要件，不办理此种登记，建设用地使用权就没有设立；后者不是不动产物权变动的生效要件，其功效在于对于已经客观存在的不动产物权予以公示，更重要的是此种登记系此类不动产物权（再度）变动的前置程序（前提条件），不办理完毕此种登记，不发生不动产物权变动的效力。

结合《不动产登记暂行条例》及《不动产登记暂行条例实施细则》的规定，可知本条前段含有如下意思：（1）建设用地使用权的登记由不动产登记机构负责，由国土资源管理部门指导、监督；（2）建设用地使用权设立的登记属于首次登记，采取当事人申请制。当事人未予申请，不动产登记机构原则上不得依职权办理此种登记。

在办理此种登记的程序方面，《不动产登记暂行条例实施细则》第34条规定：申请国有建设用地使用权首次登记，应当提交下列材料：（1）土地权属来源材料，包括国有建设用地使用权出让合同或国有建设用地使用权作价出资（入股）、授权经营批准文件；（2）权籍调查表、宗地图以及宗地界址点坐标；（3）土地出让价款、土地租金、相关税费等缴纳凭证；（4）其他必要材料（第1、2款）。申请在地上或地下单独设立国有建设用地使用权登记的，也照此办理（第3款）。

在过去，至少有的理论和实务把登记作为出让合同或转让合同的生效要件，《物权法》已经改弦易辙，特于第15条规定：“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。”《民法典》亦然（第215条）。可知建设用地使用权登记仅是建设用地使用权设立的生效要件（或曰成立要件），是物权变动的要件，而不是出让合同的生效要件。这样既能区别开物权变动与（出让或转让）合同，又能在出让人、转让人不履行登记义务时，受让人可基于合同及违约请求法院强制出让人、转让人办理登记手续，从而取得建设用地使用权。^[191]

[探讨]

出让合同无效、被撤销或被解除对建设用地使用权的影响

德国法系实行物权行为的独立性和无因性，地上权已经登记完毕的场合，即使设定地上权的债权合同无效或被撤销，地上权也不受其影响。中国现行法没有采取物权行为的独立性和无因性，建设用地使用权的设立直接受出让合同的影响。这就产生一个问题，出让合同无效、被撤销或被解除，建设用地使用权设立的效果是否随之化为乌有？若一律作肯定的回答，会害及交易安全，对受让人不利。为了解决这个问题，应当区分情况，确立如下三项规则及理论：其一，出让合同合法有效，出让人却违法地将之解除，不发生解除的效果，业已登记完毕的建设用地使用权不因此而受影响。其二，在建设用地使用权业已登记完毕的情况下，只要未注销登记，受让人就仍然享有建设用地使用权，即使出让合同已被确认为无效、被撤销或被解除，也是如此。其三，出让合同被依法确认为无效或被撤销，或被出让人依法解除，若尚未办理建设用地使用权登记，受让人不能取得建设用地使用权，若业已办理登记手续，则需要办理注销登记手续，只有这样，才能使建设用地使用权不复存在。

三、建设用地使用权证的发放义务

理解本条后段关于“登记机构应当向建设用地使用权人发放权属证书”的规定，应当把握如下几点：（1）向建设用地使用权人发放建设用地使用权证，系不动产登记机构对当事人负有的义务；反过来说，建设用地使用权人有权请求不动产登记机构向自己发放建设用地使用权证，包括有权诉讼请求。（2）建设用地使用权证的制作和发放不是建设用地使用权设立的生效要件，该权属证书重在起证据作用，在一般情况下，权利人出示该权属证书，就完成了证明自己是某宗建设用地的建设用地使用权人。他人若不同意此说，就必须举反证推翻该种举证证明。（3）在建设用地使用权证与不动产登记簿簿页记载的权利人不一致时，应当适用《民法典》第217条关于“不动产权属证书是权利人享有该不动产物权的证明。不动产权属证书记载的事项，应当与不动产登记簿一致；记载不一致的，除有证据证明不动产登记簿确有错误外，以不动产登记簿为准”的规定。

第三百五十条

建设用地使用权人应当合理利用土地，不得改变土地用途；需要改变土地用途的，应当依法经有关行政主管部门批准。

本条主旨

本条是关于土地用途与建设用地使用权之间关系的规定。

相关条文

《宪法》第10条第5款 一切使用土地的组织和个人必须合理地利用土地。

《物权法》第140条 建设用地使用权人应当合理利用土地，不得改变土地用途；需要改变土地用途的，应当依法经有关行政主管部门批准。

《土地管理法》第4条 国家实行土地用途管制制度。

国家编制土地利用总体规划，规定土地用途，将土地分为农用地、建设用地和未利用地。严格限制农用地转为建设用地，控制建设用地总量，对耕地实行特殊保护。

前款所称农用地是指直接用于农业生产的土地，包括耕地、林地、草地、农田水利用地、养殖水面等；建设用地是指建造建筑物、构筑物的土地，包括城乡住宅和公共设施用地、工矿用地、交通水利设施用地、旅游用地、军事设施用地等；未利用地是指农用地和建设用地以外的土地。

使用土地的单位和个人必须严格按照土地利用总体规划确定的用途使用土地。

第56条 建设单位使用国有土地的，应当按照土地使用权出让等有偿使用合同的约定或者土地使用权划拨批准文件的规定使用土地；确需改变该幅土地建设用途的，应当经有关人民政府自然资源主管部门同意，报原批准用地的人民政府批准。其中，在城市规划区内改变土地用途的，在报批前，应当先经有关城市规划行政主管部门同意。

《城市房地产管理法》第18条 土地使用者需要改变土地使用权出让合同约定的土地用途的，必须取得出让方和市、县人民政府城市规划行政主管部门的同意，签订土地使用权出让合同变更协议或者重新签订土地使用权出让合同，相应调整土地使用权出让金。

第26条 以出让方式取得土地使用权进行房地产开发的，必须按照土地使用权出让合同约定的土地用途、动工开发期限开发土地。超过出让合同约定的动工开发日期满一年未动工开发的，可以征收相当于土地使用权出让金百分之二十以下的土地闲置费；满二年未动工开发的，可以无偿收回土地使用权；但是，因不可抗力或者政府、政府

有关部门的行为或者动工开发必需的前期工作造成动工开发迟延的除外。

第44条 以出让方式取得土地使用权的，转让房地产后，受让人改变原土地使用权出让合同约定的土地用途的，必须取得原出让方和市、县人民政府城市规划行政主管部门的同意，签订土地使用权出让合同变更协议或者重新签订土地使用权出让合同，相应调整土地使用权出让金。

《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第18条 土地使用者需要改变土地使用权出让合同规定的土地用途的，应当征得出让方同意并经土地管理部门和城市规划部门批准，依照本章的有关规定重新签订土地使用权出让合同，调整土地使用权出让金，并办理登记。

理解与适用

本条是对《物权法》第140条的复制，前段确立建设用地使用权人不得改变土地用途的原则，后段允许有条件地改变土地用途。

土地资源的稀缺性和重要性越发明显，全国及每个地区设计合理的土地利用规划并坚决落实事关子孙万代，非同小可。千里之行始于足下，所谓落实用地规划，需要从一宗宗的建设用地使用权不折不扣地贯彻、执行已经确定的土地用途做起。

在这方面，2019年修正的一系列法律、法规都在贯彻落实中共中央、国务院的方针、政策，《土地管理法》在其中担负着历史的重任。其第4条规定：“国家实行土地用途管制制度”（第1款）；“国家编制土地利用总体规划，规定土地用途，将土地分为农用地、建设用度和未利用地。严格限制农用地转为建设用地，控制建设用地总量，对耕地实行特殊保护”（第2款）；“前款所称……建设用地是指建造建筑物、构筑物的土地，包括城乡住宅和公共设施用地、工矿用地、交通水利设施用地、旅游用地、军事设施用地等”（第3款）；“使用土地的单位和个人必须严格按照土地利用总体规划确定的用途使用土地”（第4款）。

本条前段之意是：以行政划拨方式设立的建设用地使用权，原则上不得将用地规划确定的国家机关用地和军事用地，城市基础设施用地和公益事业用地，国家重点扶持的能源、交通、水利等基础设施用地，已经法律、行政法规规定的其他用地改变为工业、商业、娱乐、旅游和商品住宅等经营性用地。在这方面，《土地管理法》第56条前段规定：“建设单位使用国有土地的，应当按照土地使用权出让等有

偿使用合同的约定或者土地使用权划拨批准文件的规定使用土地。”《城市房地产管理法》第26条前段规定：“以出让方式取得土地使用权进行房地产开发的，必须按照土地使用权出让合同约定的土地用途、动工开发期限开发土地。”

考虑到实际情形，本条后段明确：“需要改变土地用途的，应当依法经有关行政主管部门批准。”在这方面，《土地管理法》第56条中段和后段规定：“确需改变该幅土地建设用途的，应当经有关人民政府自然资源主管部门同意，报原批准用地的人民政府批准。其中，在城市规划区内改变土地用途的，在报批前，应当先经有关城市规划行政主管部门同意。”《城市房地产管理法》第18条规定：“土地使用者需要改变土地使用权出让合同约定的土地用途的，必须取得出让方和市、县人民政府城市规划行政主管部门的同意，签订土地使用权出让合同变更协议或者重新签订土地使用权出让合同，相应调整土地使用权出让金。”

第三百五十一条

建设用地使用权人应当依照法律规定以及合同约定支付出让金等费用。

本条主旨

本条是关于建设用地使用权人应当支付出让金等费用的规定。

相关条文

《物权法》第141条 建设用地使用权人应当依照法律规定以及合同约定支付出让金等费用。

《土地管理法》第55条 以出让等有偿使用方式取得国有土地使用权的建设单位，按照国务院规定的标准和办法，缴纳土地使用权出让金等土地有偿使用费和其他费用后，方可使用土地。

自本法施行之日起，新增建设用地的土地有偿使用费，百分之三十上缴中央财政，百分之七十留给有关地方人民政府。具体使用管理办法由国务院财政部门会同有关部门制定，并报国务院批准。

《城市房地产管理法》第13条第3款 采取双方协议方式出让土地

使用权的出让金不得低于按国家规定所确定的最低价。

第16条 土地使用者必须按照出让合同约定，支付土地使用权出让金；未按照出让合同约定支付土地使用权出让金的，土地管理部门有权解除合同，并可以请求违约赔偿。

第18条 土地使用者需要改变土地使用权出让合同约定的土地用途的，必须取得出让方和市、县人民政府城市规划行政主管部门的同意，签订土地使用权出让合同变更协议或者重新签订土地使用权出让合同，相应调整土地使用权出让金。

第22条第1款 土地使用权出让合同约定的使用年限届满，土地使用者需要继续使用土地的，应当至迟于届满前一年申请续期，除根据社会公共利益需要收回该幅土地的，应当予以批准。经批准准予续期的，应当重新签订土地使用权出让合同，依照规定支付土地使用权出让金。

《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第14条 土地使用者应当在签订土地使用权出让合同后六十日内，支付全部土地使用权出让金。逾期未全部支付的，出让方有权解除合同，并可请求违约赔偿。

理解与适用

本条是对《物权法》第141条的复制，规定建设用地使用权人应当依法、依约支付出让金等费用。本条只适用于以出让方式设立建设用地使用权的领域，不适用于以行政划拨方式设立建设用地使用权的场合。

本条所谓出让金，是指取得建设用地使用权的对价，是土地所有权行使所生收益的表现，或曰以招标、拍卖、挂牌和协议方式出让国有土地使用权所确定的总成交价款[《国务院办公厅关于规范国有土地使用权出让收支管理的通知》第1条第1款]，由必须支付的征地补偿款、土地出让收益等项款额构成。

此处所谓“等费用”，如土地前期开发费用，土地出让业务费等。

缴纳出让金等费用，系建设用地使用权人最主要的义务之一，必须履行。对此，《城市房地产管理法》规定：“采取双方协议方式出让土地使用权的出让金不得低于按国家规定所确定的最低价”（第13条第3款）；“土地使用者必须按照出让合同约定，支付土地使用权出

让金；未按照出让合同约定支付土地使用权出让金的，土地管理部门有权解除合同，并可以请求违约赔偿”（第16条）。《土地管理法》规定：“以出让等有偿使用方式取得国有土地使用权的建设单位，按照国务院规定的标准和办法，缴纳土地使用权出让金等土地有偿使用费和其他费用后，方可使用土地”（第55条第1款）。

所谓新增建设用地的土地有偿使用费，是指国务院或省级人民政府在批准农用地转用、征收土地时，向取得出让等有偿使用方式的新增建设用地的县、市人民政府收取的平均土地纯收益。它与土地使用权出让金存在差异：土地使用权出让金应当全部上缴财政，列入预算，用于城市基础设施建设和土地开发（《城市房地产管理法》第19条前段）。土地出让收入由财政部门负责征收管理，可由国土资源管理部门负责具体征收，收入全部缴入地方国库，支出一律通过地方基金预算从土地出让收入中予以安排，实行彻底的“收支两条线”。在地方国库中设立专账，专门核算土地出让收入和支出情况。国土资源管理部门和财政部门应当督促土地使用者严格履行土地出让合同，确保将应缴的土地出让收入及时足额缴入地方国库。地方国库负责办理土地出让收入的收纳、划分、留解和拨付等各项业务，确保土地出让收支数据准确无误[《国务院办公厅关于规范国有土地使用权出让收支管理的通知》（国办发〔2006〕100号）第1条第1款前段、第2条第1款]。而“自本法施行之日起，新增建设用地的土地有偿使用费，百分之三十上缴中央财政，百分之七十留给有关地方人民政府。具体使用管理办法由国务院财政部门会同有关部门制定，并报国务院批准”（《土地管理法》第55条第2款）。

《国务院办公厅关于规范国有土地使用权出让收支管理的通知》（国办发〔2006〕100号）规定：“对未按照合同约定足额缴纳土地出让收入，并提供有效缴款凭证的，国土资源管理部门不予核发国有土地使用证。要完善制度规定，对违规核发国有土地使用证的，收回土地使用证，并依照有关法律法规追究有关领导和人员的责任”（第1条第3款中段）；“土地出让合同、征地协议等应约定对土地使用者不按时足额缴纳土地出让收入的，按日加收违约金额1‰的违约金。违约金随同土地出让收入一并缴入地方国库。对违反本通知规定，擅自减免、截留、挤占、挪用应缴国库的土地出让收入，不执行国家统一规定的会计、政府采购等制度的，要严格按照土地管理法、会计法、审计法、政府采购法、《财政违法行为处罚处分条例》（国务院令427号）和《金融违法行为处罚办法》（国务院令260号）等有关法律法规进行处理，并依法追究有关责任人的责任；触犯刑法的，依法追究有关人员的刑事责任”（第7条第2款）。

第三百五十二条

建设用地使用权人建造的建筑物、构筑物及其附属设施的所有权属于建设用地使用权人，但是有相反证据证明的除外。

本条主旨

本条是关于“房随地走”原则及其例外的规定。

相关条文

《物权法》第142条 建设用地使用权人建造的建筑物、构筑物及其附属设施的所有权属于建设用地使用权人，但有相反证据证明的除外。

理解与适用

本条是对《物权法》第42条的复制，正文确立了“房随地走”的原则，但书表明了例外。

本条正文关于“建设用地使用权人建造的建筑物、构筑物及其附属设施的所有权属于建设用地使用权人”的规定，就是对该权利目的及功能的确认。从另一角度阐释就是，建设用地使用权是建设用地上建筑物、构筑物及其附属设施的所有权的正当权源，建筑物、构筑物及其附属设施的所有权归属于它们所位于基地的建设用地使用权人。

[引申]

建筑物所有权不可能凭空孤立存在，必须以地权作为自己的正当根据，否则构成无权占有。^[192]其道理在于，自罗马法以来，法律奉行土地吸收地上物的原则，尚未收割的农作物、生长于土地上的树木、竖立于土地上的建筑物都属于土地的成分，甚至于落在土地上的小鸟都要如此认定。这固然周到地保护了土地所有权人的利益，但也阻碍了人们投资于他人的土地且保有建筑物所有权的热情和行为。衡平地协调土地所有权人和投资于土地的非所有权人之间的利益，让土地所有权人仅仅取得非所有权人利用土地的对价，使非所有权人保有建造在他入土地上的建筑物的所有权，法律创设了地上权制度，只要非所有权人在他人的土地上取得地上权，建筑物便不被土地所吸收，而是与地上权相结合，成为地上权人的所有物。

中国法借鉴了这种思想及路径，但没有采用地上权的称谓，而是使用了宅基地使用权、集体土地使用权、国有土地使用权、建设用地

使用权等概念。其中，宅基地使用权作为农户在集体所有的土地上建造住房并保有住房所有权的正当根据；集体土地使用权作为乡镇企业建造建筑物并保有所有权的正当根据，在广东省也能作为中外合资经营企业、中外合作经营企业、外商独资企业等建造建筑物并保有所有权的正当根据；国有土地使用权作为在国有土地上建造建筑物并保有所有权的正当根据。《物权法》放弃了国有土地使用权的称谓，改称建设用地使用权，其目的及功能没有变化，其第142条正文的规定就是明证。《民法典》亦然（第352条）。该条正文对于澄清土地权利与建筑物、构筑物及其附属设施的物权之间关系的理念、形成适当的房地产权属理论、正确裁判房地产案件，都具有不可或缺的重要作用。但也须注意，它也有提升的空间，即房地权属的确定与变动原则上一体，不限于建设用地使用权人建造建筑物的场合，非建设用地使用权人在建设用地上建造建筑物，在基于合作建房合同（约定建造一方仅仅取得使用建筑物的债权）、出于为建设用地使用权人谋利益的目的等情况下，建筑物的所有权也归属于建设用地使用权人。不动产抵押权的行使结果，建筑物的所有权同样归属于建设用地使用权人。如此看来，《物权法》第142条亦即《民法典》第352条正文的涵盖范围过窄，应予扩展其适用范围，合理的条文正文应是：“建筑物、构筑物及其附属设施的所有权属其所在地的建设用地使用权人。”

理解《民法典》第352条正文的规定，疑问之一是，非建设用地使用权人在建设用地上建造建筑物，所有权归属于谁？根据上文所述，建设用地使用权是阻挡建筑物属于土地（在现行法上，准确的表述是“建设用地使用权是阻挡建筑物所有权归土地所有权人享有”）、使建筑物与建设用地使用权相结合的法律制度，因而，即使是他人出资建造的建筑物，该建筑物所有权也归属于建设用地使用权人，而不归出资者，除非建设用地使用权人补办手续，国土资源管理部门将建设用地使用权变更为双方共有。^[193]

出资者若不能拥有出资建造的建筑物，所能采取的救济途径大概有如下几种：（1）可以基于《民法典》第985条的规定，请求建设用地使用权人返还不当得利。于此场合，需要出资者举证建设用地使用权人获得了多少利益，在个案中，举证困难，尤其损失大于利益时，出资者会遭受损失，更不要说在房价日益飙升背景下的情形了。（2）在构成无因管理的情况下，出资者也可以基于无因管理请求本人（取得建筑物所有权者）偿还其建造建筑物所支出的费用。其数额与基于不当得利制度所得返还相差不会太大。（3）出资者基于合同而合作建房的场合，合同无效或被撤销时，出资者可以基于《民法典》第157条的规定请求取得建筑物所有权的一方予以赔偿。这对出资者也不太有利。

需要注意，《民法典》第352条尚有一但书——“但有相反证据证明的除外”。笔者认为，该但书所指情形应为土地租赁权可以作为建筑物、构筑物及其附属设施的所有权的正当根据。其理由有二：

（1）国土资源部于1999年8月1日发布了《规范国有土地租赁若干意见》，其中第4条规定：“国有土地租赁可以根据具体情况实行短期租赁和长期租赁。对短期使用或用于修建临时建筑物的土地，应实行短期租赁，短期租赁年限一般不超过5年；对需要进行地上建筑物、构筑物建设后长期使用的土地，应实行长期租赁，具体租赁期限由租赁合同约定，但最长租赁期限不得超过法律规定的同类用途土地出让最高年期。”这就明确承认了建筑物所有权得以国有土地租赁权为其正当根据。当然，笔者注意到，《规范国有土地租赁若干意见》第1条第3款也规定：“对原有建设用地，法律规定可以划拨使用的仍维持划拨，不实行有偿使用，也不实行租赁。对因发生土地转让、场地出租、企业改制和改变土地用途后依法应当有偿使用的，可以实行租赁。对于新增建设用地，重点仍应是推行和完善国有土地出让，租赁只作为出让方式的补充。对于经营性房地产开发用地，无论是利用原有建设用地，还是利用新增建设用地，都必须实行出让，不实行租赁。”这清楚地表明国有土地租赁权不得作为商品房所有权的正当根据。就是说，作为解释论，把国有土地租赁权作为建筑物、构筑物及其附属设施的所有权的正当根据，列为《民法典》第352条但书的内容，只能是非经营性房屋所有权可以国有土地租赁权为正当根据。

（2）日本等国家或地区，以土地租赁权作为建筑物、构筑物及其附属设施的所有权的权源的情形不在少数，其中一个重要原因是租金相对于地上权的代价而言较低。代价低却能够保有建筑物、构筑物及其附属设施的所有权，何乐而不为呢？！这应当引起我们的重视。^[194]

[延伸]

若将视野扩及整个物权法，会发现作为构筑物及其附属设施所有权的正当根据，甚至于作为建筑物及其附属设施所有权的正权源，确实不限于建设用地使用权，还有集体土地所有权、宅基地使用权、土地承包经营权和地役权。集体组织建造办公场所直接以集体土地所有权为正权源，农户建造住宅系以宅基地使用权为正当根据，承包人在承包地上建造必要水利设施则以土地承包经营权为正权源，地役权人为达到需役地主要目的而建造构筑物及其附属设施，其所有权则以地役权为正当根据。无论是土地承包经营权，还是地役权，都具有“实施必要的附随行为、设置并保有必要的设施”的效力。

[辨析与论争]

其实，对于《物权法》第142条但书亦即《民法典》第352条但

书关于“但有相反证据证明的除外”的规定，在理解上并不一致。仅就表面现象而言，该但书可包括以下几种情形：（1）上文所述的基于土地（使用权）租赁权，享有建筑物所有权。（2）建设用地使用权人尚未履行将该建设用地使用权变更登记（过户登记）的约定义务，无权以《物权法》第142条正文亦即《民法典》第352条正文的规定为依据主张享有建筑物所有权，而应当继续履行协助变更登记（过户登记）的义务，以实现“地随房走”。属于此类情况的，如买卖、互易、赠与等法律行为已经生效且实际履行，建筑物所有权的变更登记业已完成，但因房地权属分别由不同的登记机构办理登记的体制等原因，导致建设用地使用权尚未完成变更登记。（3）“在现在的城市房地产建设中，一部分市政公共设施，是通过开发商和有关部门约定，由开发商在房地产项目中配套建设，但是所有权归国家。这部分设施，其性质属于市政公用，其归属就应当按照有充分证据证明的事先约定来确定，而不是当然地归建设用地使用权人。后续通过房地产交易成为建设用地使用权人的权利人也应当尊重这种权属划分。”^[195]（4）建设用地使用权人尚未履行将该建设用地使用权变更登记（过户登记）的法定义务，无权以《物权法》第142条正文亦即《民法典》第352条正文的规定为依据主张享有建筑物所有权，而应当继续履行协助变更登记（过户登记）的义务，以实现“地随房走”。属于此类情况的，例如，由于历史的原因，各个机关、国有企事业单位利用行政划拨的国有土地建造了住房，出租给本单位的职工。在公房改制过程中，单位依法及政策将职工承租的公房出卖与职工，仅仅按照成本价（或者标准价）向购房职工收取了房价款（《国务院关于深化城镇住房制度改革的决定》第2条、第15条，《已购公有住房和经济适用住房上市出售管理暂行办法》第3条），国土资源管理部门没有收取土地使用权出让金。在实务中，有些地区按照《国务院关于深化城镇住房制度改革的决定》《已购公有住房和经济适用住房上市出售管理暂行办法》的规定出售公有住房，购房职工同时取得房屋所有权和基地的土地使用权；另有些地区则有所不同，购房职工只能领取房屋所有权证，不能获得房屋基地的使用权，拿不到国有土地使用权证（建设用地使用权证）。

笔者认为，古今中外的立法、实务和理论都表明，法律应当尽可能地贯彻房地权属的确定与变动原则上一体的思想，在中国也就是尽量适用《物权法》第142条正文亦即《民法典》第352条正文。如此，《物权法》第142条但书亦即《民法典》第352条但书所指，涉及的房地权属分别归属于不同的主体，且建筑物所有权不由建设用地使用权人享有，虽属例外，却唯有如此方为最合理，因而也属于终局的状态，而非不合理的状态、过渡性的状态。如果这种界定是正确的，那么，第一种情形应为《民法典》第352条但书的题中应有之

义，不再赘言。而上述第（2）、（3）、（4）三种情形都不宜作为《物权法》第142条但书亦即《民法典》第352条但书所包含的内容。对此，详细分析如下：

首先，分析第（2）种情形。于此场合，建设用地使用权的登记名义人有义务协助建筑物所有权人请求登记机构办理建设用地使用权的变更登记，无权以其为建设用地使用权的登记名义人而主张自己拥有该地上建筑物所有权，否则，就是将义务当作权利来运用，违反了债法的规则，也破坏了债法和物权法之间的相互衔接。

其次，分析第（3）种情形。1）建筑物所有权以地权为其正当根据，乃古今中外的立法例及其理论所共认，是衡平土地所有权人和土地利用人之间利益关系的最佳模式，没有充分的理由不宜轻易放弃，何况《物权法》《民法典》已经贯彻了这种理念，设置了相应的法律制度，如建设用地使用权、宅基地使用权等。2）设置例外，得有充分的必要性和正当性，否则，任其存在会破坏整体及其和谐要求，在法律制度领域就是破坏法制的统一。若将第（3）种情形作为《物权法》第142条但书亦即《民法典》第352条但书所包含的情形（例外），则缺乏必要性和正当性，不宜存在。这种情形完全可以而且能够按照建筑物所有权以地权为其正当根据的思路加以解决，这从下文的分析中可以明了。由开发商在房地产项目开发中配套建设的市政公共设施，可以甚至必须归国家所有。其处理方式可有若干类型：其一，在建设用地使用权出让金合理并已被国土资源管理部门收取的情况下，市政出资由开发商负责建设市政公共设施，但不减少开发商所应支付的建设用地使用权出让金的数额，国家取得这些设施的所有权，但无相应的建设用地使用权；其二，市政出资由开发商负责建设市政公共设施，就该设施的基地部分，减少开发商所应支付的建设用地使用权出让金的数额，国家取得这些设施的所有权，同时享有相应的建设用地使用权；其三，开发商支付全部的建设用地使用权出让金，承担建造市政公共设施的费用，国家无偿取得这些设施的所有权，同时享有相应的建设用地使用权；其四，开发商支付全部的建设用地使用权出让金，承担建造市政公共设施的费用，国家无偿取得这些设施的所有权，但不享有相应的建设用地使用权；其五，开发商取得行政划拨的建设用地使用权，承担建造市政公共设施的费用，国家无偿取得这些设施的所有权，但不享有相应的建设用地使用权。最后一种类型是实务中较为常见的现象。分析比较上述五种类型，第一种处理类型存在着两个缺点，一是不符合建筑物所有权必须以地权为正当根据的原理，二是国家变相地占用了开发商的部分建设用地使用权，有违公正。第三种类型虽然符合建筑物所有权以地权为正当根据的原理，但国家侵占了开发商的合法利益，不可取。第四种和第五种

类型既不符合建筑物所有权以地权为正当根据的原理，又不是恰当的利益分配，同样不可取。第二种类型符合房地权属间的规则，妥当地处理了各方的利益关系，最为可取。由此可知，第（3）种情形应不在《物权法》第142条但书亦即《民法典》第352条但书的范围之内。^[196]

最后，分析第（4）种情形亦不宜作为《物权法》第142条但书亦即《民法典》第352条但书所包含的内容。由于各个机关、国有企事业单位的职工取得的工资及奖金远远低于给国家和社会所做的贡献，在公房改制过程中，购买公房时有福利的因素，不但房价款低于市场价格，而且免交了土地使用权出让金。这是应当的。同时，限制职工的房屋所有权的某些效力，也是合理的。但是，限制购房职工的权利，并不意味着必须剥夺购房职工的建设用地使用权，并不意味着必须破坏建筑物所有权以地权为正当根据的基础性原则。我们完全可以选择一条代价较低且公平合理的模式平衡各方的利益关系。在笔者看来，最佳的模式应当是，职工依法及政策购买单位的公房时，同时取得房屋的所有权及其基地的建设用地使用权，尽管不支付建设用地使用权出让金；但若把该房屋出卖或互易与他人，则应当分区情况，按照虽然现已失效但曾发挥重大作用的《国务院关于深化城镇住房制度改革的决定》中关于“职工以成本价购买的住房，产权归个人所有，一般住用5年后可以依法进入市场，在补交土地使用权出让金或所含土地收益和按规定交纳有关税费后，收入归个人所有”（第21条第2款）的规定处理；或按照该规定中关于“职工以标准价购买的住房，拥有部分产权，即占有权、使用权、有限的收益权和处分权，可以继承。产权比例按售房当年标准价占成本价的比重确定。职工以标准价购买的住房，一般住用5年后方可依法进入市场，在同等条件下，原售房单位有优先购买、租用权，原售房单位已撤销的，当地人民政府房产管理部门有优先购买、租用权。售、租房收入在补交土地使用权出让金或所含土地收益和按规定交纳有关税费后，单位和个人按各自的产权比例进行分配”（第21条第3款）的规定处理。更应注意的是，应当按照该规定关于“职工购买住房，都要由房产管理部门办理住房过户和产权移转登记手续，同时办理相应的土地使用权变更登记手续，并领取统一制定的产权证书”的规定处理。十分明显，国务院的行政法规是强调房屋所有权以土地使用权（建设用地使用权）为正当根据的，而非承认房屋所有权脱离建设用地使用权等地权而凭空存续的。^[197]

至于有专家认为，在房屋买卖中，买受人拿到了所购房屋的钥匙，即使尚未办理变更登记（过户登记）手续，也已经取得了房屋所有权，只是不能以该所有权对抗善意第三人，笔者则回应如下：在商

商品房市场上购买商品房，属于基于法律行为的不动产物权的变动，在现行法上几乎占了不动产物权变动的半壁江山，假如不适用《民法典》第208条规定的不动产物权变动的公示原则，不遵循该法第209条第1款、第216条等关于不动产物权变动以登记为生效要件的规定，民法典物权编采取的公示原则和公信原则、不动产物权的变动模式将名不副实，“原则”反倒成了例外。此其一。其二，这违反了《民法典》的立法计划和立法目的。其三，这不符合物权法的原理。

第三百五十三条

建设用地使用权人有权将建设用地使用权转让、互换、出资、赠与或者抵押，但是法律另有规定的除外。

本条主旨

本条是关于建设用地使用权流转及其方式的规定。

相关条文

《宪法》第10条第4款 任何组织或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地。土地的使用权可以依照法律的规定转让。

《物权法》第143条 建设用地使用权人有权将建设用地使用权转让、互换、出资、赠与或者抵押，但法律另有规定的除外。

《土地管理法》第63条第3款、第4款 通过出让等方式取得的集体经营性建设用地使用权可以转让、互换、出资、赠与或者抵押，但法律、行政法规另有规定或者土地所有权人、土地使用权人签订的书面合同另有约定的除外。

集体经营性建设用地的出租，集体建设用地使用权的出让及其最高年限、转让、互换、出资、赠与、抵押等，参照同类用途的国有建设用地执行。具体办法由国务院制定。

《城市房地产管理法》第28条 依法取得的土地使用权，可以依照本法和有关法律、行政法规的规定，作价入股，合资、合作开发经营房地产。

第37条 房地产转让，是指房地产权利人通过买卖、赠与或者其

他合法方式将其房地产转移给他人的行为。

第38条 下列房地产，不得转让：

（一）以出让方式取得土地使用权的，不符合本法第三十九条规定的条件的；

（二）司法机关和行政机关依法裁定、决定查封或者以其他形式限制房地产权利的；

（三）依法收回土地使用权的；

（四）共有房地产，未经其他共有人书面同意的；

（五）权属有争议的；

（六）未依法登记领取权属证书的；

（七）法律、行政法规规定禁止转让的其他情形。

第39条 以出让方式取得土地使用权的，转让房地产时，应当符合下列条件：

（一）按照出让合同约定已经支付全部土地使用权出让金，并取得土地使用权证书；

（二）按照出让合同约定进行投资开发，属于房屋建设工程的，完成开发投资总额的百分之二十五以上，属于成片开发土地的，形成工业用地或者其他建设用地条件。

转让房地产时房屋已经建成的，还应当持有房屋所有权证书。

第40条 以划拨方式取得土地使用权的，转让房地产时，应当按照国务院规定，报有批准权的人民政府审批。有批准权的人民政府准予转让的，应当由受让方办理土地使用权出让手续，并依照国家有关规定缴纳土地使用权出让金。

以划拨方式取得土地使用权的，转让房地产报批时，有批准权的人民政府按照国务院规定决定可以不办理土地使用权出让手续的，转让方应当按照国务院规定将转让房地产所获收益中的土地收益上缴国家或者作其他处理。

《担保法》第34条 下列财产可以抵押：

（一）抵押人所有的房屋和其他地上定着物；

（二）抵押人所有的机器、交通运输工具和其他财产；

（三）抵押人依法有权处分的国有的土地使用权、房屋和其他地上定着物；

（四）抵押人依法有权处分的国有的机器、交通运输工具和其他财产；

（五）抵押人依法承包并经发包方同意抵押的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等荒地的土地使用权；

（六）依法可以抵押的其他财产。

抵押人可以将前款所列财产一并抵押。

《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第19条 土地使用权转让是指土地使用者将土地使用权再转让的行为，包括出售、交换和赠与。未按土地使用权出让合同规定的期限和条件投资开发、利用土地的，土地使用权不得转让。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条是对《物权法》第143条的复制，正文允许建设用地使用权转让、互换、出资、赠与、抵押，但书系引致性（管道性）条款，引向禁止建设用地使用权流转的法律规定。

二、转让、互换、出资、赠与、抵押建设用地使用权的法律及法理依据

与所有权具有处分所有物的效力不同，建设用地使用权作为他物权没有处分建设用地的效力，但有处分权利本身的效力，权利人可以转让建设用地使用权。对此，《土地管理法》第63条规定：“通过出让等方式取得的集体经营性建设用地使用权可以转让、互换、出资、赠与或者抵押，但法律、行政法规另有规定或者土地所有权人、土地使用权人签订的书面合同另有约定的除外”（第3款）。“集体经营性建设用地的出租，集体建设用地使用权的出让及其最高年限、转让、

互换、出资、赠与、抵押等，参照同类用途的国有建设用地执行。具体办法由国务院制定”（第4款）。《城市房地产管理法》第28条规定：“依法取得的土地使用权，可以依照本法和有关法律、行政法规的规定，作价入股，合资、合作开发经营房地产。”《民法典》将这些规定上升至民事基本法的层面，于第353条规定，建设用地使用权人有权将建设用地使用权转让、互换、出资、赠与或抵押，但法律另有规定的除外。

三、概念分析

建设用地使用权转让，是指转让人和受让人签订转让合同，将其建设用地使用权移转给受让人，受让人支付相应对价的现象。转让合同生效并履行加上移转登记（变更登记）是（物权变动的）法律事实，建设用地使用权由转让人之手移转至受让人之处是结果（物权变动），按照德国民法思维，这就是物权行为，在法国和中国大陆的法制上，因未确立物权行为制度而表现为事实行为。

建设用地使用权互换，是指用地人将其建设用地使用权与相对人的建设用地使用权相互交换，各自取得对方的建设用地使用权。实质上是两个建设用地使用权的相向转让。互换合同生效并履行加上移转登记是（物权变动的）法律事实，建设用地使用权更换主体是结果（物权变动），按照德国民法思维，这里有两个物权行为，在法国和中国大陆的法制上，因未确立物权行为制度而表现为事实行为。

建设用地使用权出资，是指将建设用地使用权作价，投入企业法人、私人企业、个体工商户或合伙之中，归法人享有或成为个体工商户、合伙等主体的共有财产。出资行为加上移转登记（简易合伙等场合不办移转登记）是（物权变动的）法律事实，建设用地使用权移转至法人名下或成为合伙财产等是结果（物权变动）。

建设用地使用权赠与，是指用地人将其建设用地使用权无偿地移转给受赠人的现象。赠与合同生效并履行加上移转登记是（物权变动的）法律事实，建设用地使用权移转至受赠人名下是结果（物权变动），按照德国民法思维，这就是物权行为，在法国和中国大陆的法制上，因未确立物权行为制度而表现为事实行为。

建设用地使用权抵押，是指把建设用地使用权作为抵押物，自抵押登记完成时抵押权设立。

四、流转的条件

本条但书“法律另有规定的除外”，属于引致性（管道性）条文，引向的法律有《土地管理法》和《城市房地产管理法》等法律、法规的规定，计有两大类限制流转的情形。

（一）以出让方式设立的建设用地使用权的流转与限定

现行法一方面赋权出让方式设立的建设用地使用权具有流转性（让与性），另一方面出于反对甚至禁止“炒地炒房”的考量对流转设置限定条件。《城市房地产管理法》第39条规定：“以出让方式取得土地使用权的，转让房地产时，应当符合下列条件：（一）按照出让合同约定已经支付全部土地使用权出让金，并取得土地使用权证书；（二）按照出让合同约定进行投资开发，属于房屋建设工程的，完成开发投资总额的百分之二十五以上，属于成片开发土地的，形成工业用地或者其他建设用地条件”（第1款）。“转让房地产时房屋已经建成的，还应当持有房屋所有权证书”（第2款）。《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第19条第2款也规定了类似的内容。建设用地使用权人和受让人违反上述规定，签订流转合同，《城市房地产管理法》第38条第1项的措辞是“不得转让”。以往的判决和学说都认为，此处所谓“不得转让”系禁止性规定，效力性的强制性规定，此类案件应当适用《合同法》第52条第5项（与《民法典》第153条第1款同义）的规定，此类转让合同无效，不发生建设用地使用权移转的效果。不过，随着人们对此类问题研究的深入，开始转变观念，有些司法解释和学说区分情形，而作不同的处理。^[198]例如，《最高人民法院关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解答》规定：“以出让方式取得土地使用权的土地使用者虽已取得土地使用证，但未按土地使用权出让合同约定的期限和条件对土地进行投资开发利用，与他人签订土地使用权转让合同的，一般应当认定合同无效；如土地使用者已投入一定资金，但尚未达到出让合同约定的期限和条件，与他人签订土地使用权转让合同，没有其他违法行为的，经有关主管部门认可，同意其转让的，可认定合同有效，责令当事人向有关主管部门补办土地使用权转让登记手续”（第8条）。“享有土地使用权的土地使用者未按照项目建设的要求对土地进行开发建设，也未办理审批手续和土地使用权转让手续，转让建设项目的，一般应当认定项目转让和土地使用权转让的合同无效；如符合土地使用权转让条件的，可认定项目转让合同有效，责令当事人补办土地使用权转让登记手续”（第9条）。如今，有学说主张：“随着中国土地市场的建立和逐步完善，应当放开上述限制，允许建设用地使用权自由转让。”^[199]

[探讨]

实务中时常出现本意为受让案涉建设用地使用权，亲自开发房地产项目，但出于种种考虑，在实际操作上采取的是受让案涉建设用地使用权作归属的项目公司中的控股股权路径，旨在绕过《城市房地产管理法》第39条设定的限制转让建设用地使用权的条条框框。对此，笔者不赞同适用《民法典》第146条第1款关于虚假的意思表示归于无效的规定，因为股权转让合同系双方当事人的真实意思表示，只不过其动机是受让案涉建设用地使用权，亲自开发房地产项目。对于此种规避法律的行为，笔者赞同不直接审视股权转让合同本身，而是假定双方当事人成立了案涉建设用地使用权转让合同，该建设用地使用权转让合同是否因不符合《城市房地产管理法》第39条的规定而无效？至此，问题转变为适用/类推适用《最高人民法院关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解答》第8条或第9条的价值判断，或者在法政策的层面是否柔性化地对待《城市房地产管理法》第39条的规定，不再是千篇一律地令转让合同无效。

顺便提及，对于《城市房地产管理法》第38条第2项至第6项关于“下列房地产，不得转让：……（二）司法机关和行政机关依法裁定、决定查封或者以其他形式限制房地产权利的；（三）依法收回土地使用权的；（四）共有房地产，未经其他共有人书面同意的；（五）权属有争议的；（六）未依法登记领取权属证书的”规定，是否一律以效力性的强制性规定论，学说、判决也有一个变化的过程。前期都持效力性的强制性规定说，转让合同违反其中任何一项，就适用《合同法》第52条第5项（与《民法典》第153条第1款同义）的规定，使合同无效，不发生建设用地使用权移转的效果。但近几年来，专家、学者的观点发生了不小的变化：在不发生房地产物权转移的效果方面的立场依然如故，但在转让合同的效力方面则开始区别类型而有不同的结论。（1）转让依法收回的建设用地使用权，其合同应当无效，不然，建设用地使用权制度及合同无效制度的立法目的就会完全落空，国家权威形同儿戏。（2）转让未依法登记领取权属证书的房地产物权应当有效，在首次登记已经完成只是未领取权属证书的情况下，因权属证书主要发生证据法的效力，不动产登记簿的记载才具有公示和公信的法律效力（《民法典》第216条第1款、第217条），所以，令转让合同无效实在缺乏理由；在不动产物权首次登记也没有完成的情况下，可作为未来物买卖看待，也大可不必令转让合同无效。（3）司法机关和行政机关依法裁定、决定查封或者以其他形式限制房地产权利，使案涉房地产物权成为限制流通物，的确不可以发生房地产物权转移的法律效果，但鉴于总有一天会解除查封、限制，那时案涉房地产物权就回复到流通物的状态，于此场合把转让合同视为未来物的买卖，具有法律效力，全无问题。退一步说，即使案涉房地产被司法拍卖，转让合同成为不能履行，受让人追究转让人的违约

责任，而非令转让合同无效，不存在法理障碍。何况《民法典》已经放弃《合同法》第51条的立场，改采转让人欠缺处分权不影响买卖合同效力（第597条）的理念呢！（4）共有房地产，未经其他共有人书面同意而转让的，应当适用共有规则，无权处分时审视其是否符合善意取得的构成要件，转让合同的效力适用《民法典》第597条的规定，不受欠缺处分权的影响。（5）权属有争议的房地产转让，最严重的情形就是转让人对于标的物没有房地产物权，构成无权处分，按照《民法典》第597条的规定，转让合同的效力不受欠缺处分权的影响。

（二）原则上禁止行政划拨的建设用地使用权流转，但设有例外

对于以行政划拨方式设立的建设用地使用权，现行法原则上禁止其流转，但设有例外。对其例外，《城市房地产管理法》第40条规定：“以划拨方式取得土地使用权的，转让房地产时，应当按照国务院规定，报有批准权的人民政府审批。有批准权的人民政府准予转让的，应当由受让方办理土地使用权出让手续，并依照国家有关规定缴纳土地使用权出让金”（第1款）。“以划拨方式取得土地使用权的，转让房地产报批时，有批准权的人民政府按照国务院规定决定可以不办理土地使用权出让手续的，转让方应当按照国务院规定将转让房地产所获收益中的土地收益上缴国家或者作其他处理”（第2款）。法释〔2005〕5号第11条规定：“土地使用权人未经有批准权的人民政府批准，与受让方订立合同转让划拨土地使用权的，应当认定合同无效。但起诉前经有批准权的人民政府批准办理土地使用权出让手续的，应当认定合同有效。”第12条规定：“土地使用权人与受让方订立合同转让划拨土地使用权，起诉前经有批准权的人民政府同意转让，并由受让方办理土地使用权出让手续的，土地使用权人与受让方订立的合同可以按照补偿性质的合同处理。”第16条规定：“土地使用权人未经有批准权的人民政府批准，以划拨土地使用权作为投资与他人订立合同合作开发房地产的，应当认定合同无效。但起诉前已经办理批准手续的，应当认定合同有效。”笔者认为，用地者取得行政划拨的建设用地使用权时没有支付对价，国家政策仅限于若干土地用途才予批准，具有倾斜和照顾的性质，因而严格限制转让具有合理性。

这里所谓有批准权的人民政府，是指县级以上人民政府，在国务院所辖机关转让以行政划拨方式取得的建设用地使用权时，须经国务院机关事务管理局批准。

以行政划拨方式设立的建设用地使用权，典型的转让、通过与出资的一方合作建房的方式变相地转让，在实务操作中必须完成的是依照国家有关规定缴纳土地使用权出让金，至于由有批准权的人民政

府准予转让，则有典型的和变通的两种方式。所谓典型的有批准权的人民政府准予转让，是由有批准权的人民政府出具准予转让的批文。所谓变通的方式，是指由国土资源管理部门与受让人签订《国有建设用地使用权出让合同》，就意味着有批准权的人民政府已经准予转让了。

[思考]

转让合同无效、被撤销或被解除对建设用地使用权的影响

在现行法没有采取物权行为独立性和无因性原则的背景下，为了保护交易安全，维护合法取得的建设用地使用权，应当确立如下规则及理论：其一，转让合同合法有效，出让人却违法地将之废除，不发生转让合同无效、被撤销或被解除的效果，受让人取得的建设用地使用权不因此而受影响。其二，在建设用地使用权业已登记完毕的情况下，只要未注销登记，受让人就仍然享有建设用地使用权，即使转让合同被违法地撤销或解除，也是如此。其三，在转让合同被依法认定为无效，或者被出让人依法撤销或解除的情况下，建设用地使用权若尚未办理移转登记（变更登记）手续，自然不发生移转的效力；若已经办理完毕移转登记手续，则需要先行注销登记，再将建设用地使用权重新登记在受让人名下。

第三百五十四条

建设用地使用权转让、互换、出资、赠与或者抵押的，当事人应当采用书面形式订立相应的合同。使用期限由当事人约定，但是不得超过建设用地使用权的剩余期限。

本条主旨

本条是关于建设用地使用权流转合同应当采取书面形式和使用期限如何确定的规定。

相关条文

《物权法》第144条 建设用地使用权转让、互换、出资、赠与或者抵押的，当事人应当采取书面形式订立相应的合同。使用期限由当事人约定，但不得超过建设用地使用权的剩余期限。

《城市房地产管理法》第41条 房地产转让，应当签订书面转让合同，合同中应当载明土地使用权取得的方式。

第43条 以出让方式取得土地使用权的，转让房地产后，其土地使用权的使用年限为原土地使用权出让合同约定的使用年限减去原土地使用者已经使用年限后的剩余年限。

《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第22条 土地使用者通过转让方式取得的土地使用权，其使用年限为土地使用权出让合同规定的使用年限减去原土地使用者已使用年限后的剩余年限。

理解与适用

本条是对《物权法》第144条的复制，前段要求建设用地使用权流转合同应当采取书面形式，后段允许当事人双方约定建设用地的使用期限，但不得超过建设用地使用权的剩余期限。

本条前段要求书面形式，其必要性和重要性笔者在释评《民法典》第348条第1款时已经阐释过，不再一一复述，在此有必要提及的是，此类合同不采取书面形式，不动产登记机构不予办理相应的登记。

本条后段不允许流转后的建设用地使用权的存续期限亦即建设用地的使用期限超过建设用地使用权的剩余期限，是因为超过了，建设用地使用权已经消灭了，转让人等于无权处分。此其一。假如允许超过，就不符合所有权的弹性性，就会损害土地所有权人的权益。于此场合，土地所有权人主张物权请求权，酿成较为复杂的法律关系。此其二。

第三百五十五条

建设用地使用权转让、互换、出资或者赠与的，应当向登记机构申请变更登记。

本条主旨

本条是关于建设用地使用权流转以变更登记（转移登记）为生效要件的规定。

相关条文

《物权法》第145条 建设用地使用权转让、互换、出资或者赠与的，应当向登记机构申请变更登记。

《土地管理法》第12条 土地的所有权和使用权的登记，依照有关不动产登记的法律、行政法规执行。

依法登记的土地的所有权和使用权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。

《城市房地产管理法》第61条第3款 房地产转让或者变更时，应当向县级以上地方人民政府房产管理部门申请房产变更登记，并凭变更后的房屋所有权证书向同级人民政府土地管理部门申请土地使用权变更登记，经同级人民政府土地管理部门核实，由同级人民政府更换或者更改土地使用权证书。

《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第25条 土地使用权和地上建筑物、其他附着物所有权转让，应当依照规定办理过户登记。

《不动产登记暂行条例实施细则》第27条 因下列情形导致不动产权利转移的，当事人可以向不动产登记机构申请转移登记：

- （一）买卖、互换、赠与不动产的；
- （二）以不动产作价出资（入股）的；
- （三）法人或者其他组织因合并、分立等原因致使不动产权利发生转移的；
- （四）不动产分割、合并导致权利发生转移的；
- （五）继承、受遗赠导致权利发生转移的；
- （六）共有人增加或者减少以及共有不动产份额变化的；
- （七）因人民法院、仲裁委员会的生效法律文书导致不动产权利发生转移的；
- （八）因主债权转移引起不动产抵押权转移的；
- （九）因需役地不动产权利转移引起地役权转移的；
- （十）法律、行政法规规定的其他不动产权利转移情形。

理解与适用

本条是对《物权法》第145条的复制。因建设用地使用权转让、互换、出资、赠与均属建设用地使用权转让（让与），与建设用地使用权抵押、出租等流转类型有别，故本条实际在重申基于法律行为而发生建设用地使用权的变动以登记为生效要件，在呼应《民法典》第209条等条文的规定。

关于此种登记的意义和道理，笔者在对《民法典》第208条、第209条、第214条、第216条、第349条的释评中已经多次说明和阐释，此处不赘。

本条所谓变更登记，不如改称转移登记更为准确，理由如下：学说对变更登记的界定存在着分歧。狭义说认为，不动产变更登记，是指不动产物权的分割、合并、设立和增减时所作的登记。所谓不动产物权的分割，是指作为不动产分为数宗（栋）的情形，包括一人所有的一宗土地或一栋房屋被分为数宗或数栋，或者数人共有的一宗土地或一栋房屋被分割为数宗或数栋等情形。所谓不动产权利的合并，是指属于同一权利人的或分属于不同权利人的两宗（栋）或两宗（栋）以上的不动产合并为一宗（栋）的情形。所谓不动产他项权利的设立，是指在不动产总登记后，在不动产上设立土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权、地役权、抵押权等权利的情形。所谓不动产权利的增减，是指不动产面积的增加或减少，如因流失或涨滩而导致的土地面积的增减，因增建或拆毁而发生的建筑物面积的增减等。^[200]最狭义说把不动产物权设立也排除在外。在广义说来看，不动产变更登记，包括狭义说所指的范围，加上不动产权利的移转登记。不动产权利移转登记，是在不动产权利的主体发生变更时，对不动产权利从原权利人处转移至受让人之手的现象所作的登记。依据最广义说，不动产变更登记涵盖总登记以外的不动产登记，不但包括广义说所指的范围，而且包括更名登记、更址登记、不动产用途变更登记、更正登记和注销登记。所谓更名登记，是指权利人的姓名或名称发生变更时所作的登记。所谓更址登记，是指不动产权利人的住址变更时所作的登记。所谓不动产用途变更登记，是指不动产的使用用途发生改变时所作的登记。^[201]《不动产登记暂行条例实施细则》采纳了狭义的变更登记概念，因其第27条单独规定了不动产权利的移转登记，其第26条规定的不动产变更登记不包含不动产权利的移转登记。

所谓移转登记，俗称过户登记，是指不动产物权从转让人移转到受让人时所办理的登记。因基于法律行为的不动产物权变动以移转登记为生效要件，不办理移转登记，不动产物权就不发生变动，故它属于设权登记。

总的说来，在变更登记一侧采取最狭义说，另设转移登记一侧，

两侧各自的内涵和外延都很清晰，更为合理。具体到本条所谓登记使用转移登记（过户登记）的术语更好。

第三百五十六条

建设用地使用权转让、互换、出资或者赠与的，附着于该土地上的建筑物、构筑物及其附属设施一并处分。

本条主旨

本条是关于“房随地走”的房地产权属变动原则上一体的规定。

相关条文

《物权法》第146条 建设用地使用权转让、互换、出资或者赠与的，附着于该土地上的建筑物、构筑物及其附属设施一并处分。

《担保法》第36条第2款 以出让方式取得的国有土地使用权抵押的，应当将抵押时该国有土地上的房屋同时抵押。

《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第23条 土地使用权转让时，其地上建筑物、其他附着物所有权随之转让。

理解与适用

本条是对《物权法》第146条的复制，确立了“房随地走”的房地产权属变动原则上一体的模式。

在房地关系方面，至少存在两大模式：其一，罗马法及后世的德国民法奉行的土地吸收地上物的原则，生长在土地上的植物，建造在土地上的房屋，都与土地附合，成为土地的重要成分。这体现在物权关系上，就是只有土地所有权，而无房屋所有权，土地所有权中包含着房屋这个组成所有物的成分；住宅所有权仅为例外。其二，日本民法、大陆与台湾地区民法采取的土地和房屋各为独立之物，这反映在物权关系上，就是既有土地所有权，也有房屋所有权。这两种模式各有千秋：第一种模式免去房、地相邻关系等许多复杂的协调机制，同一个不动产所有权人统领土地和房屋，矛盾减少了许多。当然，面对像中国、日本这样众人密居于同一栋大楼的需求和关系协调的难题，第一种模式显得笨拙；融资担保所需担保物的价值不高但担保权设立之后新建了高楼大厦的场合，第一种模式不利于房屋所有权人利用该大厦再去融资。第一种模式的“缺点”正是第二种模式的优长，第一种

模式的优点正是第二种模式需要着力解决的问题。

由于中国的土地归国家或农村集体经济组织所有，其房地权属变动原则上一体，指的是建设用地使用权与地上建筑物、构筑物及其附属设施的所有权转移时原则上一体，或者宅基地使用权与地上建筑物、构筑物及其附属设施的所有权转移时原则上一体，而非土地所有权与地上建筑物、构筑物及其附属设施的所有权转移时原则上一体。

全面地说，房地产权属原则上一体还包括房地产权属确定时原则上一体，即只要无相反的证据证明，地上建筑物、构筑物及其附属设施的所有权归属于建设用地使用权人或宅基地使用权人。因此，房地权属在确定和变动时原则上一体，这是较为周延的表述。

法律确立房地权属在确定和变动时原则上一体的模式，具有许多优点：（1）免去建设用地使用权或宅基地使用权与地上建筑物、构筑物及其附属设施异其主体时意见相左、各不相让的纷争，即使房地产权人把房地产出租、出借给他人，且出现了矛盾，也因物权对债权而相对容易解决。（2）便于房地产权人统一地、长远考量地利用甚至处分房地产，符合效率原则，不至于因异其主体各唱各的调而办不成“好事”。（3）适合建筑物区分所有权制度创设的需要，没有逻辑障碍地把区分所有的建筑物所在基地的建设用地的面积公摊到各个建筑物区分所有的面积之中，在物权方面是建筑物区分所有权含有一定比例的建设用地使用权。（4）便于房地产权人根据个案审时度势地分别利用“房”“地”，妥当地处理各种关系，也使自己利益最大化。（5）融资担保所需担保物的价值不高但担保权设立之后新建了高楼大厦的场合，抵押权的效力不及于新建的大楼，这对房地产权人最为有利。

[辨析]

出卖人甲将其行政划拨的国有土地使用权与地上房屋一并转让与买受人乙，在乙支付了绝大部分购房款的前提下，办理完毕该房屋所有权的过户登记。其后发生纠纷，甲以涉案国有土地使用权系行政划拨的国有土地使用权，依法不得转让为由，主张涉案国有土地使用权与地上房屋一并转让合同无效，双方当事人之间恢复原状。乙则针锋相对，认为涉案房屋所有权已经移转于自己，按照“地随房走”的原则，系争合同有效且应继续履行，即甲应当配合自己将涉案行政划拨的国有土地使用权变为出让的国有土地使用权，并过户到自己名下。甲拒绝这样做，构成违约，应当承担继续履行、支付违约金的责任。一审判决支持了乙的主张。

笔者认为：妥善处理系争案件，应当区分情况，而后作出结论：

（1）如果有批准权的人民政府已经作出了不予批准的决定，并且沿用《物权法》实施之前的法律、法规及其精神，以及实务操作的惯例，那么，系争合同应当无效。其法律依据在于，《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第44条规定：“划拨土地使用权，除本条例第四十五条规定的情况外，不得转让、出租、抵押。”第45条第1款规定：“符合下列条件的，经市、县人民政府土地管理部门和房产管理部门批准，其划拨土地使用权和地上建筑物、其他附着物所有权可以转让、出租、抵押：（一）土地使用者为公司、企业、其他经济组织和个人；（二）领有国有土地使用证；（三）具有地上建筑物、其他附着物合法的产权证明；（四）依照本条例第二章的规定签订土地使用权出让合同，向当地市、县人民政府补交土地使用权出让金或者以转让、出租、抵押所获收益抵交土地使用权出让金。”2009年修正的《城市房地产管理法》第40条第1款规定：“以划拨方式取得土地使用权的，转让房地产时，应当按照国务院规定，报有批准权的人民政府审批。有批准权的人民政府准予转让的，应当由受让方办理土地使用权出让手续，并依照国家有关规定缴纳土地使用权出让金。”这告诉我们，只有在有批准权的人民政府批准转让，受让方依法补缴了土地使用权出让金的情况下，行政划拨的国有土地使用权才可以转让，否则，不得转让。在有批准权的人民政府已经作出了不予批准的决定时，行政划拨的国有土地使用权不得转让。由于上述法律、行政法规的规定均为效力性的强制性规定，按照《合同法》第52条第5项的规定，系争合同应当无效。系争合同无效了，涉案房屋所有权的过户登记便失去了原因，或曰失去了合同依据和法律依据，应予注销。转让人有权援引《物权法》第19条的规定，请求登记部门将涉案房屋的登记予以注销。在这里，必须抛弃这样的错误见解：由于地上房屋所有权已经移转了，按照“地随房走”的原则，行政划拨的国有土地使用权也得转让。之所以必须抛弃它，是因为如此一来就规避了法律、行政法规禁止行政划拨的国有土地使用权转让的立法目的。法律人应当树立的理念是，只要转让行政划拨的国有土地使用权违法，就不得转让地上房屋。（2）如果有批准权的人民政府已经作出了不予批准的决定，适用《物权法》第15条关于区分物权变动与其原因行为的规定，那么，系争合同的效力可以不受政府批准与否的影响，但行政划拨的国有土地使用权不得移转。按照2009年修正的《城市房地产管理法》第32条关于“房地产转让、抵押时，房屋的所有权和该房屋占用范围内的土地使用权同时转让、抵押”的规定，以及《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第23条关于“土地使用权转让时，其地上建筑物、其他附着物所有权随之转让”的规定，第24条第2款关于“土地使用者转让地上建筑物、其他附着物所有权时，其使用范围内的土地使用权随之转让，但地上建筑物、其他附着物作为动产转让的除

外”的规定，不得仅仅移转房屋的所有权而不移转房屋所在地的国有土地使用权，故因涉案行政划拨的国有土地使用权不得转让，涉案房屋所有权也不得移转。因此，转让人同样有权援用《物权法》第19条的规定，请求登记部门将涉案房屋的登记予以注销。（3）在有批准权的人民政府就是否批准转让行政划拨的国有土地使用权未决之前，无论适用《物权法》第15条的规定与否，系争合同不应作为无效处理，而应等待有批准权的人民政府的决定。《民法典》实施之后，应采“（2）和（3）”的分析结论。

第三百五十七条

建筑物、构筑物及其附属设施转让、互换、出资或者赠与的，该建筑物、构筑物及其附属设施占用范围内的建设用地使用权一并处分。

本条主旨

本条是关于“地随房走”的房地产权属变动原则上一体的规定。

相关条文

《物权法》第147条 建筑物、构筑物及其附属设施转让、互换、出资或者赠与的，该建筑物、构筑物及其附属设施占用范围内的建设用地使用权一并处分。

《城市房地产管理法》第48条第1款 依法取得的房屋所有权连同该房屋占用范围内的土地使用权，可以设定抵押权。

《担保法》第36条第1款 以依法取得的国有土地上的房屋抵押的，该房屋占用范围内的国有土地使用权同时抵押。

《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第24条 地上建筑物、其他附着物的所有人或者共有人，享有该建筑物、附着物使用范围内的土地使用权。

土地使用者转让地上建筑物、其他附着物所有权时，其使用范围内的土地使用权随之转让，但地上建筑物、其他附着物作为动产转让的除外。

理解与适用

本条是对《物权法》第147条的复制，确立了“地随房走”的房地产权属的变动原则上一体的另一原则。它最适合建筑物区分所有权的构成和法理，因为业主出卖其区分所有的建筑物，转移房屋所有权，买受人自然取得相应的（一定比例的）建设用地使用权。于此场合，称出卖商品房，而不叫转让建设用地使用权，最合人们的意识、观念。殊不知，实质上是“商品房”和“建设用地使用权”一同买卖了。

看来，究竟是“房随地走”还是“地随房走”，并非千篇一律，而是根据具体情况而定。大可不必争执何者最为根基。

至于为何在此仍须遵循房地权属的变动原则上一体的模式，个中道理与笔者在释评《民法典》第356条时阐释的一样，不再赘言。

第三百五十八条

建设用地使用权期限届满前，因公共利益需要提前收回该土地的，应当依据本法第二百四十三条的规定对该土地上的房屋及其他不动产给予补偿，并退还相应的出让金。

本条主旨

本条是关于建设用地使用权被提前收回并予以补偿的规定。

相关条文

《物权法》第148条 建设用地使用权期间届满前，因公共利益需要提前收回该土地的，应当依照本法第四十二条的规定对该土地上的房屋及其他不动产给予补偿，并退还相应的出让金。

《土地管理法》第58条 有下列情形之一的，由有关人民政府自然资源主管部门报经原批准用地的人民政府或者有批准权的人民政府批准，可以收回国有土地使用权：

（一）为实施城市规划进行旧城区改建以及其他公共利益需要，确需使用土地的；

（二）土地出让等有偿使用合同约定的使用期限届满，土地使用者未申请续期或者申请续期未获批准的；

（三）因单位撤销、迁移等原因，停止使用原划拨的国有土地的；

（四）公路、铁路、机场、矿场等经核准报废的。

依照前款第（一）项的规定收回国有土地使用权的，对土地使用权人应当给予适当补偿。

《城市房地产管理法》第20条 国家对土地使用者依法取得的土地使用权，在出让合同约定的使用年限届满前不收回；在特殊情况下，根据社会公共利益的需要，可以依照法律程序提前收回，并根据土地使用者使用土地的实际年限和开发土地的实际情况给予相应的补偿。

《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第42条 国家对土地使用者依法取得的土地使用权不提前收回。在特殊情况下，根据社会公共利益的需要，国家可以依照法律程序提前收回，并根据土地使用者已使用的年限和开发、利用土地的实际情况给予相应的补偿。

理解与适用

本条是对《物权法》第148条的承继。之所以不叫征收建设用地使用权，而称提前收回，是因为征收的对象是土地所有权，而非土地使用权，故只要因公共利益需要由他人占有、使用、收益该宗建设用地，因该宗建设用地已经归属于国家，国家就以权力把该国有建设用地使用权提前收回即可，征收派不上用场。

依法理，本条不调整集体建设用地使用权[包括为乡镇企业、乡（镇）村公共设施、公益事业的需要而设立的（非经营性）集体建设用地使用权与集体经营性建设用地使用权]的“提前收回”，因为实务中国家不会保留农民集体土地所有权而单纯地取得集体建设用地使用权，要么是既不取得农民集体土地所有权也不取得集体建设用地使用权，要么是征收农民集体土地所有权，同时运用农民集体土地所有权这个母权消灭导致集体建设用地使用权这个子权随之消灭的原理，消灭集体建设用地使用权。

建设用地使用权被提前消灭肯定给权利人带来损失，该宗建设用地上建造有房屋及其他不动产（如房屋的附属设施）时，权利人也遭受此类不动产所有权的不复存在所遭受的损失。造成这些损失的原因是提前收回建设用地使用权，按照公平正义的要求，国家对此应予补偿。鉴于建设用地使用权被提前收回给权利人带来的财产损失，相同于或曰类似于不动产被征收给建设用地使用权人造成的损失，包括《民法典》在内的现行法准用征收补偿的法律规定，没有叠床架屋地设置提前收回的补偿条文，而是采取准用的立法技术，本条后段规

定“应当依据本法第二百四十三条的规定对该土地上的房屋及其他不动产给予补偿”。

建设用地使用权人于此场合遭受的损失还有一个组成部分，就是剩余期限的土地使用权出让金。处理这个问题可有两种路径及方法：一是把它作为建设用地使用权人全部损失的构成部分，一并“依据本法第二百四十三条的规定对该土地上的房屋及其他不动产给予补偿”；二是把它单独出来，依据不当得利返还的规则处理，本条后段采取了后一种路径及方法，规定“退还相应的出让金”。

建设用地使用权作为一种民事权利，受法律保护，《民法典》在数个条文中一再强调之（第113条、第207条、第326条）。只有在具备强有力的理由时，才可以消灭它，该种理由就是公共利益需要，故本条一开始就已明确这一点。

第三百五十九条

住宅建设用地使用权期限届满的，自动续期。续期费用的缴纳或者减免，依照法律、行政法规的规定办理。

非住宅建设用地使用权期限届满后的续期，依照法律规定办理。该土地上的房屋以及其他不动产的归属，有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，依照法律、行政法规的规定办理。

本条主旨

本条是关于建设用地使用权续期及地上房屋及其他不动产归属的规定。

相关条文

《物权法》第149条 住宅建设用地使用权期间届满的，自动续期。

非住宅建设用地使用权期间届满后的续期，依照法律规定办理。该土地上的房屋及其他不动产的归属，有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，依照法律、行政法规的规定办理。

《城市房地产管理法》第22条 土地使用权出让合同约定的使用年限届满，土地使用者需要继续使用土地的，应当至迟于届满前一年申请续期，除根据社会公共利益需要收回该幅土地的，应当予以批

准。经批准准予续期的，应当重新签订土地使用权出让合同，依照规定支付土地使用权出让金。

土地使用权出让合同约定的使用年限届满，土地使用者未申请续期或者虽申请续期但依照前款规定未获批准的，土地使用权由国家无偿收回。

《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第40条 土地使用权期满，土地使用权及其地上建筑物、其他附着物所有权由国家无偿取得。土地使用者应当交还土地使用证，并依照规定办理注销登记。

第41条 土地使用权期满，土地使用者可以申请续期。需要续期的，应当依照本条例第二章的规定重新签订合同，支付土地使用权出让金，并办理登记。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条在承继《物权法》第149条及其他有关法律、法规的精神的基础上又有所调整，第1款宣明住宅建设用地使用权期满时自动续期，续期费用的缴纳或减免依据其他法律、行政法规的规定；第2款明确非住宅建设用地使用权期满时的续期、地上房屋及其他不动产的归属问题。

二、住宅建设用地使用权期满时自动续期与续期费用的规则

建设用地使用权属于有期物权，其存续期限届满时权利终止。根据房地权属的变动原则上一体的精神，地上建筑物、构筑物及其附属设施的所有权会随着建设用地使用权的终止而不复存在。这关系着千家万户的切身利益，经过反复争论和研讨，《物权法》最终决定住宅建设用地使用权的存续期限届满时自动续期，而非终止（第149条第款），并且无须到不动产登记机构办理续期手续，即可达到目的。如此，地上建筑物、构筑物及其附属设施的所有权也相应地继续存在。这的确是为人民服务的法律表现，值得赞扬！《民法典》予以承继（第359条第1款），值得肯定。

当然，从最安全、可靠的角度出发，建设用地使用权人宜及时地到不动产登记机构办理建设用地使用权的变更登记为好。

住宅建设用地使用权存续期间届满的，自动续期，是否适用于外国人和无国籍人？《民法典》第359条第1款的规范意旨无歧视外国人

和无国籍人之意，只要外国人、无国籍人在中国境内购买了住宅，就享受该条款所带来的权益。

自动续期是否再收取出让金？素有争论，《物权法》第149条第1款的立法倾向性意见，不再收取。^[202]不过，近年来，地方财政不再宽裕，不少地方政府呼吁开征房产税和收取建设用地使用权期满时的续期费用，要求《民法典》明定收费，于是便有《民法典》第359条第1款后段“续期费用的缴纳或者减免，依照法律、行政法规的规定办理”之语。其意为：（1）缴纳续期费用系建设用地使用权人的义务；（2）续期费用的收取权归属于地方政府，地方政府可以行使该项权利，也可以不行使，即有权“减免”续期费用；（3）这将由法律、行政法规另行规定。

自动续期后的建设用地使用权有无明确的期间？回答是应当具有明确的存续期间，并且应为建设用地使用权的原存续期间。至于建设用地使用权在实际上长短不一，按照原存续期间确定续期后的建设用地使用权的存续期间，是否有失公正的问题，笔者认为，由于住宅建设用地使用权是自动续期，只要存续期限一届满就自动续期，因而，在客观上各个建设用地使用权人的利益鲜有差异。

建设用地使用权期间届满前地上建筑物、构筑物及其附属设施倒塌，且一直未复建，待建设用地使用权期间届满时，是否自动续期？回答是不再自动续期。其道理在于，建设用地使用权的目的及功能在于阻断土地所有权吸收地上物的法律效力，使用地者保有其建造的建筑物、构筑物及其附属设施的所有权。既然建筑物、构筑物及其附属设施已经不复存在，无须为用地者保有这些物的所有权，建设用地使用权已经完成了历史使命，便应功成身退，寿终正寝了。

建设用地使用权人为了自己的利益，应当在建设用地使用权期间届满前，通过加固等方法防止建筑物、构筑物及其附属设施倒塌，若已经倒塌，应当及时重建。

三、非住宅建设用地使用权期满时的续期及其费用的规则

《物权法》对非住宅建设用地使用权期间届满采取了不同的处理方案，于第149条第2款前段规定，非住宅建设用地使用权期限届满后的续期，依照法律规定办理。《民法典》对此完成承继（第359条第2款前段）。此处所谓依照法律规定办理，例如，《城市房地产管理法》第22条规定：“土地使用权出让合同约定的使用年限届满，土地使用者需要继续使用土地的，应当至迟于届满前一年申请续期，除根据社会公共利益需要收回该幅土地的，应当予以批准。经批准准予续

期的，应当重新签订土地使用权出让合同，依照规定支付土地使用权出让金”（第1款）。“土地使用权出让合同约定的使用年限届满，土地使用者未申请续期或者虽申请续期但依照前款规定未获批准的，土地使用权由国家无偿收回”（第2款）。再如，《不动产登记暂行条例实施细则》第37条规定：“申请国有建设用地使用权及房屋所有权变更登记的，应当根据不同情况，提交下列材料：（一）不动产权属证书；（二）发生变更的材料；（三）有批准权的人民政府或者主管部门的批准文件；（四）国有建设用地使用权出让合同或者补充协议；（五）国有建设用地使用权出让价款、税费等缴纳凭证；（六）其他必要材料。”

应当注意，本条第1款前段规定建设用地使用权期满时的续期，存在着强制缔约义务，即建设用地使用权的存续期间届满，建设用地使用权人需要继续使用该宗建设用地的，应在期间届满前1年申请续期，该宗土地的所有权人应当同意，但因社会公共利益需要收回该宗土地的除外。^[203]

【引申与讨论】

1.续期的申请人。在独栋建筑物归属于一个民事主体所有的情况下，申请人为该所有权人，没有疑问。在建筑物区分所有权场合，申请人是某业主个人还是业主委员会？应当是业主委员会，因为建设用地使用权既是某特定建筑物区分所有权的权源，也是整栋区分所有的建筑物权属的正当根据，仅仅由单个的业主申请建设用地使用权的续期，不能解决全部问题。特别是在各业主的意见不一致时，以单个业主的意见为准，更不妥当，而按照管理规约或业主大会决定，申请或不申请建设用地使用权的续期，方为上策。

2.单个业主或业主委员会申请建设用地使用权续期，出让人是否负有强制缔约义务？鉴于只有出让人必须承诺才能保护建设用地使用权人的合法权益，应当确立出让人的强制缔约义务，基于公共利益需要必须收回建设用地使用权的除外（参见《民法典》第358条）。

非住宅建设用地使用权续期，办理建设用地使用权变更登记，需要缴纳续期费用，包括土地使用权出让金及办理手续的费用等。

四、地上房屋及其他不动产的归属规则

本条第2款后段的适用领域，实际上不包括非住宅建设用地使用权已经办理完毕续期登记手续的情形，因为本条第2款后段所谓“该土地上的房屋以及其他不动产的归属，有约定的，按照约定”，只能是

该房地产权利人与国土资源管理部门、房管部门之间的约定，不会是该房地产权人与交易相对人的约定，因为只要不续期该建设用地使用权，该房地产权属一并丧失，故其效力不会依其约定引发该房地产权属的转移。该房地产权利人与国土资源管理部门、房管部门之间约定“该土地上的房屋以及其他不动产的归属”，只会在该建设用地使用权不再续期的情况下进行，才符合生活常理和逻辑。因为只要该建设用地使用权已经续期，权利人有权自主决定自己继续保有该房地产权属，或是将之转让给交易相对人，何以与国土资源管理部门、房管部门之间约定？可见，本条第2款后段只适用于非住宅建设用地使用权期满时未再续期的场合。

本条第2款后段所谓“有约定的，按照约定”，符合意思自治原则的要求，是尊重房地产权利的体现，值得肯定。

本条第2款后段关于“没有约定或者约定不明确的，依照法律、行政法规的规定办理”的规定中，所谓“依照法律、行政法规的规定办理”，包括若干法律规范。例如，基于《民法典》第352条正文关于地上建筑物、构筑物及其附属设施的所有权归属于其所在基地的建设用地使用权人的规定，建设用地使用权期满时未再续期，便回归国家土地所有权之中（弹性性），“该土地上的房屋及其他不动产”随之归属于国家。再如，《民法典》第360条规定：“建设用地使用权消灭的，出让人应当及时办理注销登记。登记机构应当收回权属证书。”

第三百六十条

建设用地使用权消灭的，出让人应当及时办理注销登记。登记机构应当收回权属证书。

本条主旨

本条是关于建设用地使用权消灭的应当办理注销登记的规定。

相关条文

《物权法》第150条 建设用地使用权消灭的，出让人应当及时办理注销登记。登记机构应当收回建设用地使用权证书。

《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第40条 土地使用权期满，土地使用权及其地上建筑物、其他附着物所有权由国家无偿取得。土地使用者应当交还土地使用证，并依照规定办理注销登记。

《不动产登记暂行条例》第14条第2款 属于下列情形之一的，可以由当事人单方申请：

.....

（五）不动产灭失或者权利人放弃不动产权利，申请注销登记的；

《不动产登记暂行条例实施细则》第28条第1款 下列情形之一的，当事人可以申请办理注销登记：

（一）不动产灭失的；

（二）权利人放弃不动产权利的；

（三）不动产被依法没收、征收或者收回的；

（四）人民法院、仲裁委员会的生效法律文书导致不动产权利消灭的；

（五）法律、行政法规规定的其他情形。

理解与适用

本条是对《物权法》第150条的复制，只改动了个别术语。

建设用地使用权的登记具有公示和公信的效果，对于第三人影响很大。如果建设用地使用权本已消灭，但登记名义人仍然以权利人的身份将该“建设用地使用权”转让或抵押给他人，该他人查阅不动产登记簿，信以为真，便同意以实际上不存在的建设用地使用权作为标的物成交，会带来极为负面的后果。即使是强制执行大多不适用不动产登记的公信原则，未注销登记，也会给强制执行的申请人带来错觉，劳师动众，结果因不存在强制执行的标的物而落个一场空，增大了成本。有鉴于此，本条前段规定“出让人应当及时办理注销登记”，《不动产登记暂行条例》设置第14条第2款，《不动产登记暂行条例实施细则》设置第28条，予以配合，很有必要。

建设用地使用权证书具有证据的作用，不及时收回，给“建设用地使用权人”提供骗人的机会，酿成上个自然段所述的后果，也是应当避免发生的。故本条后段规定“登记机构应当收回权属证书”，也是必要的。

第三百六十一条

集体所有的土地作为建设用地的，应当依照土地管理的法律规定办理。

本条主旨

本条是关于集体建设用地使用权法律适用的规定。

相关条文

《物权法》第151条 集体所有的土地作为建设用地的，应当依照土地管理法等法律规定办理。

《土地管理法》第61条 乡（镇）村公共设施、公益事业建设，需要使用土地的，经乡（镇）人民政府审核，向县级以上地方人民政府自然资源主管部门提出申请，按照省、自治区、直辖市规定的批准权限，由县级以上地方人民政府批准；其中，涉及占用农用地的，依照本法第四十四条的规定办理审批手续。

第63条 土地利用总体规划、城乡规划确定为工业、商业等经营性用途，并经依法登记的集体经营性建设用地，土地所有权人可以通过出让、出租等方式交由单位或者个人使用，并应当签订书面合同，载明土地界址、面积、动工期限、使用期限、土地用途、规划条件和双方其他权利义务。

前款规定的集体经营性建设用地出让、出租等，应当经本集体经济组织成员的村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意。

通过出让等方式取得的集体经营性建设用地使用权可以转让、互换、出资、赠与或者抵押，但法律、行政法规另有规定或者土地所有权人、土地使用权人签订的书面合同另有约定的除外。

集体经营性建设用地的出租，集体建设用地使用权的出让及其最高年限、转让、互换、出资、赠与、抵押等，参照同类用途的国有建设用地执行。具体办法由国务院制定。

理解与适用

一、本条意义概貌

本条是引致性（管道性）条款，把集体建设用地使用权的法律调整引向《土地管理法》。

饶有趣味的是，本条在字面意思上与《物权法》第151条的极为相像，但二者的精神实质及法律效果却有天壤之别。《物权法》第151条指向的《土地管理法》是2004年修正的《土地管理法》，主要是其43条第1款关于“任何单位和个人进行建设，需要使用土地的，必须依法申请使用国有土地；但是，兴办乡镇企业和村民建设住宅经依法批准使用本集体经济组织农民集体所有的土地的，或者乡（镇）村公共设施和公益事业建设经依法批准使用农民集体所有的土地的除外”的规定；而《民法典》第361条指向的《土地管理法》却是2019年修正的《土地管理法》，主要是第63条等规定确立了集体经营性建设用地使用权的转让、互换、出资、赠与或者抵押的规则。两者在集体经营性建设用地使用权的流转性方面发生了实质上的变化，前者不允许集体建设用地使用权进入土地交易市场，利用农民集体所有的土地从事工业、商业、娱乐、旅游等项目的开发建设，需要先将农民集体所有的土地征收为国有，然后出让国有土地使用权/国有建设用地使用权；后者允许集体经营性建设用地使用权进入土地交易市场，权利人可以据其从事工业、商业等开发建设。

二、集体建设用地使用权的基本类型

2019年修正的《土地管理法》上的集体建设用地使用权有两大类：第一类是第59条规定的用于乡镇企业、乡（镇）村公共设施、公益事业、农村村民住宅等乡（镇）村建设而设立的集体建设用地使用权；第二类是第63条创设的集体经营性建设用地使用权。第一种类型的集体建设用地使用权在目的及功能上限于乡镇企业、乡（镇）村公共设施、公益事业、农村村民住宅等乡（镇）村建设的需要，不得进入土地交易市场，即不得转让、互换、出资、赠与、抵押等交易。第二类集体经营性建设用地使用权可以进入土地交易市场，“出让及其最高年限、转让、互换、出资、赠与、抵押等，参照同类用途的国有建设用地执行”（《土地管理法》第63条第4款）。

三、集体经营性建设用地使用权的设立条件

集体经营性建设用地使用权的设立受到法律的严格约束。首先，某宗农民集体所有的土地之上设立集体经营性建设用地，必须是土地利用总体规划、城乡规划已将该宗土地确定为工业、商业等经营用途（《土地管理法》第63条第1款前段），不然，集体经营性建设用地不被法律所承认。于此阶段，集体经营性建设用地的权利人是农村集体经济组织，而非其他任何人，即使是农村集体经济组织的成员，

也不是。其次，经依法登记的集体经营性建设用地，土地所有权人可以通过出让、出租等方式交由单位或者个人使用，至此，集体经营性建设用地使用权设立（《土地管理法》第63条第1款中段），权利人不是农村集体经济组织，而是出让、出租等法律行为的相对人，或是受让人，或是承租人，或是目标公司，或是合伙企业，或是抵押权人，等等。再次，设立集体经营性建设用地使用权的出让、出租等合同，应当签订书面合同，载明土地界址、面积、动工期限、使用期限、土地用途、规划条件和双方其他权利义务（《土地管理法》第63条第1款后段）。最后，以集体经营性建设用地出让、出租等方式设立集体经营性建设用地使用权，应当经本集体经济组织成员的村民会议2/3以上成员或者2/3以上村民代表的同意（《土地管理法》第63条第2款）。

四、集体经营性建设用地使用权的流转与限制

《土地管理法》赋权集体经营性建设用地使用权的转让性（让与性），于第63条第3款正文规定：“通过出让等方式取得的集体经营性建设用地使用权可以转让、互换、出资、赠与或者抵押。”这与国有建设用地使用权的转让性（让与性）是一样的，是2019年之前所不具有的，《民法典》对此在民事基本法的层面上予以固定了（第361条），意义深远。

不过，此种转让性（让与性）并不意味着集体经营性建设用地使用权在任何情况下都可以/能够转让、互换、出资、赠与或者抵押，更不意味着法律不顾实际情形放任其流转。因此有《土地管理法》第63条第3款关于“但法律、行政法规另有规定或者土地所有权人、土地使用权人签订的书面合同另有约定的除外”的规定。此处所谓法律、行政法规另有规定，即法律、行政法规不允许集体经营性建设用地使用权转让、互换、出资、赠与或者抵押的规定。此类规定，例如，《民法典》第243条、第327条规定的征收建设用地，第358条规定的因公共利益的需要而提前收回建设用地，存在于此类建设用地之上的集体经营性建设用地使用权便不得转让、互换、出资、赠与或者抵押。此处所谓“土地所有权人、土地使用权人签订的书面合同另有约定”，即奉行意思自治原则，农村集体经济组织即土地所有权人与集体经营性建设用地使用权人签订的书面流转合同中存在禁止集体经营性建设用地使用权流转的约定时，只要该约定不存在法律行为无效的原因，就具有法律效力，可阻止集体经营性建设用地使用权人转让、互换、出资、赠与或者抵押集体经营性建设用地使用权。当然，根据合同的相对性，该约定不具有对抗交易第三人的效力，在集体经营性建设用地使用权人违反此类约定时，农村集体经济组织即土地所有权

人难以请求确认流转合同无效，只得追究集体经营性建设用地使用权人的违约责任。

五、创设集体经营性建设用地使用权的意义

在相当长的历史时期，政策和法律仅仅允许集体所有权人可以赋权乡镇企业经依法批准使用本集体经济组织农民集体所有的土地，取得集体建设用地使用权，或者乡（镇）村公共设施和公益事业建设经依法批准使用农民集体所有的土地（2004年《土地管理法》第43条第1款后段）。除此而外的建设需要农村集体所有的土地，必须先将集体所有的土地征收为国有，然后从国家土地所有权中“分离”出占有、使用、收益乃至处分权利自身的权能，由国土资源主管机关出让国有建设用地使用权给用地者，用地者才可在该国有建设用地上从事工业、商业的开发建设（2004年《土地管理法》第43条第1款前段、第44条以下），这就是“先征收、再出让”模式，忽视了农村集体经济组织的合法权益，实有不足。

为了改变这种不合理的布局，促进农村、农业的健康发展，也是整个国民经济的合理发展，《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》宣布：“在符合规划和用途管制前提下，允许农村集体经营性建设用地出让、租赁、入股，实行与国有土地同等入市、同权同价。缩小征地范围，规范征地程序，完善对被征地农民合理、规范、多元保障机制。扩大国有土地有偿使用范围，减少非公益性用地划拨。建立兼顾国家、集体、个人的土地增值收益分配机制，合理提高个人收益。完善土地租赁、转让、抵押二级市场”（第11条）。《中共中央国务院关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》重申：“深化农村土地制度改革，坚持土地公有制性质不改变、耕地红线不突破、粮食生产能力不减弱、农民利益不受损的底线，从实际出发，因地制宜，落实承包地、宅基地、集体经营性建设用地的用益物权，赋予农民更多财产权利，增加农民财产收益。”

如今，这些政策已经变成了法律。《土地管理法》经修订于2019年出台，删除了第43条关于“任何单位和个人进行建设，需要使用土地的，必须依法申请使用国有土地；但是，兴办乡镇企业和村民建设住宅经依法批准使用本集体经济组织农民集体所有的土地的，或者乡（镇）村公共设施和公益事业建设经依法批准使用农民集体所有的土地的除外”（第1款）；“前款所称依法申请使用的国有土地包括国家所有的土地和国家征收的原属于农民集体所有的土地”（第2款）的规定，于其第63条规定：“土地利用总体规划、城乡规划确定为工业、商业等经营性用途，并经依法登记的集体经营性建设用地，土地所有权人可以通过出让、出租等方式交由单位或者个人使用，并应当签订

书面合同，载明土地界址、面积、动工期限、使用期限、土地用途、规划条件和双方其他权利义务”（第1款）。“前款规定的集体经营性建设用地出让、出租等，应当经本集体经济组织成员的村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意”（第2款）；“集体经营性建设用地的出租，集体建设用地使用权的出让及其最高年限、转让、互换、出资、赠与、抵押等，参照同类用途的国有建设用地执行。具体办法由国务院制定”（第4款）。如今，《民法典》完全肯认上述规定，特设第361条，把集体经营性建设用地使用权的法律适用引至《土地管理法》。

六、防止集体经营性建设用地使用权制度被不当扩大化

《土地管理法》第63条的立法计划和立法目的能达到吗？有专家、学者担心有人假道《土地管理法》第45条第1款第5项关于“在土地利用总体规划确定的城镇建设用地范围内，经省级以上人民政府批准由县级以上地方人民政府组织实施的成片开发建设需要用地”的规定偏离前述立法计划和立法目的，具体些说就是，所谓“成片开发建设需要用地”并非为了公共利益，但却因此征收集体土地。

防止此种偏离，方法和措施之一是，应当坚持对《土地管理法》第45条的规定予以整体解释。其实，无论是就该条的文和体系还是就其规范意旨而言，“成片开发建设需要用地”的征收都必须是“为了公共利益的需要”，而非为了商业的需要。

在实践操作的层面，需要甄别“成片开发建设需要用地”在何种情况下是“为了公共利益的需要”。对成片开发建设需要用地是否为公共利益，在各阶段均须以一定的事实审查作为基础。其审查步骤依次包括征收目的本身的正当性、征收目的实现的有效性、征收目的实现的必要性、公益目的与私益损失之间合乎比例，其方法兼具“问题思考”与“体系思考”的特性，是促进国家权力结构平衡、调和公益与私利，达到实质正义的一种理性法则。这一法则借鉴价值较高，当然对法官的要求也很高，应该尝试，也借以避免社会不稳定因素的发酵。
[204]

此外，还要注意另外一种倾向：扰乱《土地管理法》第63条的立法计划和立法目的，放松对宅基地使用权申请的审核、批准，使本不应取得宅基地使用权的农户却被获批该权，而后，该农户所在的集体经济组织或镇政府乃至县政府调整用地指标和土地用途，把宅基地使用权变性为集体经营性建设用地。防止和封堵此种途径及方式，也是保障《土地管理法》第63条的立法计划和立法目的得以实现的不可忽视的一环。

第十三章 宅基地使用权

本章首先界定了宅基地使用权的概念，也是宅基地使用权的基本内容（积极权能），接着把关于宅基地使用权的规制引向《土地管理法》等法律、法规的相应规定，然后规定宅基地使用权因其客体灭失而消灭以及重新分配宅基地的规则，最后规定宅基地使用权的变更登记和注销登记。

第三百六十二条

宅基地使用权人依法对集体所有的土地享有占有和使用的权利，有权依法利用该土地建造住宅及其附属设施。

本条主旨

本条是关于宅基地使用权的概念亦即基本内容（积极权能）的规定。

相关条文

《物权法》第152条 宅基地使用权人依法对集体所有的土地享有占有和使用的权利，有权依法利用该土地建造住宅及其附属设施。

《土地管理法》第59条 乡镇企业、乡（镇）村公共设施、公益事业、农村村民住宅等乡（镇）村建设，应当按照村庄和集镇规划，合理布局，综合开发，配套建设；建设用地，应当符合乡（镇）土地利用总体规划和土地利用年度计划，并依照本法第四十四条、第六十条、第六十一条、第六十二条的规定办理审批手续。

第62条 农村村民一户只能拥有一处宅基地，其宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准。

人均土地少、不能保障一户拥有一处宅基地的地区，县级人民政府在充分尊重农村村民意愿的基础上，可以采取措施，按照省、自治区、直辖市规定的标准保障农村村民实现户有所居。

农村村民建住宅，应当符合乡（镇）土地利用总体规划、村庄规划，不得占用永久基本农田，并尽量使用原有的宅基地和村内空闲

地。

编制乡（镇）土地利用总体规划、村庄规划应当统筹并合理安排宅基地用地，改善农村村民居住环境和条件。

农村村民住宅用地，由乡（镇）人民政府审核批准；其中，涉及占用农用地的，依照本法第四十四条的规定办理审批手续。

农村村民出卖、出租、赠与住宅后，再申请宅基地的，不予批准。

国家允许进城落户的农村村民依法自愿有偿退出宅基地，鼓励农村集体经济组织及其成员盘活利用闲置宅基地和闲置住宅。

国务院农业农村主管部门负责全国农村宅基地改革和管理有关工作。

理解与适用

一、本条意义概貌

本条是对《物权法》第152条的复制，界定了宅基地使用权的概念，亦即宅基地使用权的基本内容。

二、宅基地使用权的概念

宅基地使用权，是指农村村民（实际应为农户）依法在集体所有的土地上建造住宅及其附属设施，并保有其所有权的用益物权（《民法典》第362条）。它具有如下法律性质。

（一）宅基地使用权的主体具有身份性

从权利主体方面看，宅基地使用权的主体具有身份性，至少在宅基地使用权设立时限于本集体经济组织的成员，实务运作上是以为户为单位设立，且按一户取得一处宅基地的原则配置，宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准（《土地管理法》第63条第1款）。

[演变]

关于宅基地使用权的主体，中国立法及其理论有其演变过程。在相当长的历史时期，宅基地使用权分为农村宅基地使用权和城镇宅基

地使用权两种。后者的主体是1949年以后由于历史原因形成的城镇私房所有者及经批准在城镇建房的城镇居民。在1982年《宪法》规定城市土地归国家所有之后，城镇私有房屋所在的宅基地所有权转化为国家所有权，为使私有房屋的所有权人继续保有私房的所有权，就必须使其享有宅基地的使用权。该宅基地使用权后被更名为国有土地使用权，《物权法》生效后则应称作建设用地使用权，《民法典》亦然。就是说，如今的宅基地使用权在城镇国有土地上不复存在，相应的，被称为宅基地使用权的主体也不再有这样的城镇居民。

农村宅基地使用权的主体，在相当长的历史时期，原则上为本集体经济组织成员，少数情况下为城镇非农业户口居民。对有关这方面的立法，简要考察如下。

国务院于1982年2月13日发布的《村镇建房用地管理条例》规定，农村人民公社、生产大队、生产队的土地，分别归公社、大队、生产队集体所有。社员对宅基地、自留地、自留山、饲料地和承包的土地，只有按照规定用途使用的土地使用权，没有所有权（第4条）。在村镇内，个人建房和社队企业、事业单位建设用地，都应按照本条件的规定，办理申请、审查、批准的手续。任何机关、企业、事业单位和个人不准擅自占地建房、进行建设或越权批准占用土地（第5条第1款）。农村社员，回乡落户的离休、退休、退职职工和军人，回乡定居的华侨，建房需要宅基地的，应向所在生产队申请，经社员大会讨论通过，生产大队审核同意，报公社管理委员会批准；确实需要占用耕地、园地的，必须报经县级人民政府批准。批准后，由批准机关发给宅基地使用证明（第14条）。集镇内非农业户建房需要土地的，应提出申请，由管理集镇的机构与有关生产队协商，参照第14条的规定办理（第18条）。应予注意，该条例已被1986年6月25日通过的《土地管理法》废止（第57条）。

1986年6月25日通过的《土地管理法》第38条规定，农村居民建住宅，应当使用原有的宅基地和村内空闲地。使用耕地的，经乡级人民政府审核后，报县级人民政府批准；使用原有的宅基地、村内空闲地和其他土地的，由乡级人民政府批准（第1款）。农村居民建住宅使用土地，不得超过省、自治区、直辖市规定的标准（第2款）。该法第41条规定，城镇非农业户口居民建住宅需要使用集体所有的土地的，必须经县级人民政府批准，其用地面积不能超过省、自治区、直辖市规定的标准，并参照国家建设用地的标准支付补偿费和安置补助费。

1988年12月29日修正通过的《土地管理法》继续保留了1986年《土地管理法》第38条和第41条的规定，维持了农村宅基地使用权人

原则上为农村集体经济组织成员，个别情况下为城镇居民的格局。

国务院于1993年6月29日发布《村庄和集镇规划建设管理条例》（国务院第116号令），贯彻了上述原则，于第18条规定，农村村民在村庄、集镇规划区内建住宅的，应当先向村集体经济组织或村民委员会提出建房申请，经村民会议讨论通过后，按照下列审批程序办理：（1）需要使用耕地的，经乡级人民政府审核、县级人民政府建设行政主管部门审查同意并出具选址意见书后，方可依照《土地管理法》向县级人民政府土地管理部门申请用地，经县级人民政府批准后，由县级人民政府土地管理部门划拨土地；（2）使用原有宅基地、村内空闲地和其他土地的，由乡级人民政府根据村庄、集镇规划和土地利用规划批准（第1款）。城镇非农业户口居民在村庄、集镇规划区内需要使用集体所有的土地建住宅的，应当经其所在单位或居民委员会同意后，依照前款第（1）项规定的审批程序办理（第2款）。回原籍村庄、集镇落户的职工、退伍军人和离休、退休干部以及回乡定居的华侨、港澳台同胞，在村庄、集镇规划区内需要使用集体所有的土地建住宅的，依照本条第1款第1项规定的审批程序办理（第3款）。

1998年8月29日修正通过的《土地管理法》删除了1986年的《土地管理法》第41条和1988年修正的《土地管理法》第41条的规定，未再重申城镇居民为宅基地使用权人的精神，而是规定了农村村民住宅建设（第59条）时，农村村民一户只能拥有一处住宅，其宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准（第62条第1款）。2004年8月28日修正通过的《土地管理法》承继了这个原则（第59条、第62条第1款）。2019年修正的《土地管理法》继续贯彻该项原则（第63条第1款）。

由于《村庄和集镇规划建设管理条例》在效力位阶层面低于《土地管理法》，可认为该条例关于城镇居民可为宅基地使用权人的规定也不再有效。

至此可以说，宅基地使用权只存在于集体所有的土地上，其主体限于本集体经济组织的成员，以户为单位配置。

讨论

现行法对宅基地使用权人的表述为农村村民或本集体经济组织成员，实务上的宅基地使用权登记，权利人一栏记载的也是村民个人，不是农户。民法通说也认为宅基地使用权人为个人（内部存在着公民说、农村村民说、本集体经济组织成员说、本集体经济组织成员说和

城镇居民说的差异)。[205]

不过，笔者持有不同看法，认为将宅基地使用权人界定为农户更符合实际。其理由如下：（1）制定在后的《物权法》和《民法典》没有明确宅基地使用权人究竟是农村村民还是农户，《土地管理法》及《村庄和集镇规划建设管理条例》的相关条文在措辞上未尽统一，有的使用“农村村民”“农村居民”的术语，有的称“用户”或“农户”拥有一处住宅。这为将宅基地使用权的主体认定为农户提供了空间。

（2）现行法的规定及实务运作都不是按每位村民配置一处宅基地，而是以村民所形成的户为单位配置一处宅基地。村民个体的人数仅仅影响着宅基地的面积，不决定宅基地的块数。这是将户作为宅基地使用权主体的较为有利的根据。（3）迄今为止，我们见到的法律及其理论，都是把一户占用的宅基地叫作一处宅基地，是一个物，其使用权是一项权利，而非若干块宅基地及其权利的集合。假如把宅基地使用权的主体界定为村民，那么，在三位村民组成一户的情况下，就是该户所占用的宅基地在法律上为三个物，存在着三项宅基地使用权，每位村民各拥有一项宅基地使用权。可是，这不符合农村的客观事实，也未见法律及法律人把一户占用的宅基地看成三个物，存在着三项宅基地使用权。（4）假如把村民个人作为宅基地使用权的主体，在三位村民组成一户的情况下，一户占用的宅基地上就存在着三项宅基地使用权，根据房地权属的确定和变动原则上一体精神（《民法典》第352条正文、第356条、第357条），一处宅基地上竖立的住宅及其附属设施就得有三项所有权，即使是只有一栋住宅也得如此。这显然不符合客观事实。人们的观念和实务的处理，都把一处宅基地上竖立的一栋住宅作为一项所有权的客体看待。（5）假如把村民个人作为宅基地使用权的主体，在三位村民组成一户的情况下，一户占用的宅基地上就存在着三项宅基地使用权。如此，在其中的一位或两位村民死亡时，在现行法及其理论不承认宅基地及其使用权可以继承的背景下，则该死亡村民所享有的宅基地就得归还该集体经济组织。退一步说，即使承认宅基地及其使用权可以继承，则由另外一位或两位村民加以继承。可我们至今未见如此处理的实例，实际情况是，即使一户的成员中有的死亡，该户所占用的宅基地仍然维持原状。看来，合乎逻辑的解释应是，一户占用的宅基地为一处地（一宗地），为一个物，只存在着一项宅基地使用权。它对应着一个主体。这个主体是农户，而非村民个人。（6）这个结论的正确性还得到如下理由的支持：假如把宅基地使用权的主体看成村民个人，在一户由三位村民组成的情况下，一位村民因结婚而分家另过、依法申请一处新的宅基地的情况下，就应当将其在原宅基地的面积减少，由本集体经济组织收回减少的部分。可事实上没有如此处理，他及其配偶取得新的宅基地及其使用权，原宅基地仍保持旧有的面积。还有，在农村村民因升

学、工作等原因变为城镇居民等场合，该户所占用的宅基地仍保持不变。这些现象，只有承认一处宅基地及其使用权归一户农户享有而非三位村民共有，才能解释得通。

可否将村民个人作为宅基地使用权的主体解释为只有户主享有宅基地使用权？如此解释仍能贯彻一处宅基地为一个物，其上只存在一项宅基地使用权。对此，笔者仍不赞同。因为若将户主作为宅基地使用权的单一主体，会遇到难以解释的现象。（1）户主去世，宅基地使用权应随着主体的消亡而消失。若令其继续存在，恐怕只有继承一条路可走。但现行《民法典》“第六编 继承”及其理论以及继承实务，均不承认宅基地使用权可以继承。事实是，户主去世，只要作为家庭成员的其他村民存在，宅基地使用权就继续存在。若将户作为宅基地使用权的主体，就能轻而易举地解释这种现象，即户主死亡，或作为村民的其他家庭成员死亡，只要还有作为村民的家庭成员生存着，就表明“户”还存在，宅基地使用权因有主体而存续。（2）若将户主作为宅基地使用权的单一主体，有些倒退到古罗马家父制的味道，不合现代伦理。

总而言之，不如按照客观实际的情形，将宅基地使用权人界定为农户。当然，只有法律的相关规定及时修正后，上述结论才更无懈可击。

（二）宅基地使用权的客体为集体所有的土地

从权利客体方面看，宅基地使用权的客体限于集体所有的土地，且限于宅基地，而非耕地，亦非乡镇企业等建设用地（《民法典》第362条，《土地管理法》第9条第2款）。

（三）宅基地使用权的目的及功能

从权利的目的及功能方面看，宅基地使用权的目的及功能在于，农户在其宅基地上建造住宅及其附属设施，并保有其所有权（《民法典》第362条）。

此处所谓的住宅，即农村村民的生活居住用房。此处所谓的附属设施，是指辅助住宅发挥效能的与村民生活相关的建筑物、构筑物等设施，包括储粮房、储草房、厕所、猪圈、牛棚、羊棚、沼气池、车库等。

（四）宅基地使用权派生于农民集体土地所有权

从权利所出之源的角度看，宅基地使用权系分享了农民集体土地所有权中的占有、使用和收益的权能而形成的他物权（《土地管理法》第9条第2款）。

（五）宅基地使用权为用益物权

从权利所归属的体系看，宅基地使用权以占有、使用、收益为内容，具有排他性，故为物权，且为用益物权（《民法典》第362条）。

（六）宅基地使用权为无对价物权

从权利取得的对价方面看，按照现行法及政策的要求，农村村民无偿取得宅基地使用权，集体经济组织及其他任何部门都不得收取宅基地有偿使用费、宅基地超占费。

【论争】

在中国物权法草案的讨论过程中，有意见主张宅基地使用权应当有偿取得，理由是现在农村已经存在宅基地分配不均、批少占多等问题，无偿取得宅基地，既无法满足农民群众改善居住条件的需要，也影响了集体经济组织的收益。修正意见认为，完全实施有偿使用制度，多数农民难以承受，建议对保障基本居住的宅基地部分，继续采用无偿取得制度，而对超过基本居住范围的部分实行有偿使用制度。对超标夺占的宅基地，可以采取累进制计算使用费。^[206]

（七）宅基地使用权为无期物权

从权利的存续期限方面看，宅基地使用权是无期限物权，具有永久性。它在一定意义上起着土地所有权的作用，不同于典型的用益物权。

三、宅基地使用权与建设用地使用权

按照现行法，宅基地使用权和建设用地使用权是相互独立的两项土地权利，其相同点或相似之处在于，它们的目的及功能都是利用他人土地建造建筑物、构筑物及其附属设施并保有所有权，不同点表现在如下几方面。

1.在权利的设立方面，宅基地使用权的设立完全采取行政审批的程序，而建设用地使用权的设立则分两种情形，其中出让的建设用地使用权要通过市场化的方式设立。

2.在权利主体方面，现行法上的宅基地使用权要求本集体经济组织成员作为主体（实际上应为农户），排斥其他人，具有浓厚的身份色彩；而出让的建设用地使用权在主体上没有身份的色彩，行政划拨的建设用地使用权在主体方面也相对宽泛。

3.在权利客体的所有制性质方面，现行法上的宅基地使用权存在于农民集体所有的土地之上，而建设用地使用权大多存在于国有土地之上，集体经营性建设用地使用权以农民集体所有的土地为客体。

4.在权利目的及功能的具体内容方面，两项权利也有些许差异：宅基地使用权的目的及功能只能是农户建造住宅及其附属设施，不得建造写字楼、厂房、商品化住宅等建筑物、构筑物及其附属设施；而建设用地上却可建各种功能的建筑物、构筑物及其附属设施。

5.在流转方面，现行法默认宅基地使用权随着地上房屋的移转而转让，禁止单独转让、抵押宅基地使用权；而出让的建设用地使用权具有较为自由的让与性，行政划拨的建设用地使用权在经过县级以上人民政府批准、补交出让金、签订出让合同后亦可转让。

6.在存续期限方面，宅基地使用权是无期限的，可以说具有永久性；而出让的建设用地使用权必有存续期限，行政划拨的建设用地使用权只是没有明确的终期。

[探讨]

站在立法论的立场，笔者倾向于改革宅基地使用权制度，放宽权利让与的自由度，将宅基地使用权和建设用地使用权合并为一种权利类型，称谓也随之变为地上权。不过，在地上权内部，存在着亚地上权类型，用于农户建造住宅及其附属设施的地上权与其他用途的地上权之间仍存在差异。对此，应予以注意。^[207]

第三百六十三条

宅基地使用权的取得、行使和转让，适用土地管理的法律和国家有关规定。

本条主旨

本条是关于宅基地使用权取得、行使和转让的法律适用的规定。

相关条文

《物权法》第153条 宅基地使用权的取得、行使和转让，适用土地管理法等法律和国家有关规定。

《土地管理法》第59条 乡镇企业、乡（镇）村公共设施、公益事业、农村村民住宅等乡（镇）村建设，应当按照村庄和集镇规划，合理布局，综合开发，配套建设；建设用地，应当符合乡（镇）土地利用总体规划和土地利用年度计划，并依照本法第四十四条、第六十条、第六十一条、第六十二条的规定办理审批手续。

第62条 农村村民一户只能拥有一处宅基地，其宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准。

人均土地少、不能保障一户拥有一处宅基地的地区，县级人民政府在充分尊重农村村民意愿的基础上，可以采取措施，按照省、自治区、直辖市规定的标准保障农村村民实现户有所居。

农村村民建住宅，应当符合乡（镇）土地利用总体规划、村庄规划，不得占用永久基本农田，并尽量使用原有的宅基地和村内空闲地。编制乡（镇）土地利用总体规划、村庄规划应当统筹并合理安排宅基地用地，改善农村村民居住环境和条件。

农村村民住宅用地，由乡（镇）人民政府审核批准；其中，涉及占用农用地的，依照本法第四十四条的规定办理审批手续。

农村村民出卖、出租、赠与住宅后，再申请宅基地的，不予批准。

国家允许进城落户的农村村民依法自愿有偿退出宅基地，鼓励农村集体经济组织及其成员盘活利用闲置宅基地和闲置住宅。

国务院农业农村主管部门负责全国农村宅基地改革和管理有关工作。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条继承了《物权法》第153条的精神，只是表述的文字有微调。本条属于引致性（管道性）条文，将有关宅基地使用权取得、行使和转让的法律适用引至“适用土地管理的法律和国家有关规定”。

本条所谓“适用土地管理的法律和国家有关规定”，包括《土地管

理法》、《村庄和集镇规划建设管理条例》、《不动产登记暂行条例》、《不动产登记暂行条例实施细则》以及《确定土地所有权和使用权的若干规定》等法律、法规、规章的相应规定。

二、宅基地使用权的取得

（一）概述

宅基地使用权的取得同样分为原始取得和继受取得。原始取得宅基地使用权，例如，通过中央政策和法律的直接规定，将农民拥有的宅基地所有权转变为宅基地使用权。

在中华人民共和国成立之前，农民的住宅及其附属设施基本上都建造在自己所有的土地之上。共产党领导的土地改革运动承认这种状况，农民对其房屋及其宅基地同时享有所有权。

中华人民共和国成立之后，自1949年10月开始搞农村合作化运动，发展到1956年年底，参加初级社的农户占总农户的96.3%，参加高级社的达到农户总数的87.8%，基本上实现了完全的社会主义改造，完成了由农民个体所有制到社会主义集体所有制的转变。^[208]这样，农民的宅基地所有权转变为集体土地所有权，农户对其宅基地开始享有使用权。在这方面，中国共产党第八届中央委员会第十次全体会议于1962年9月27日通过的《农村人民公社工作条例（修正草案）》规定，生产队范围内的土地，都归生产队所有。生产队所有的土地，包括社员的自留地（社员自主经营、获取农获物的耕地）、自留山（社员自主经营、取得林木等的所有权的山）、宅基地等，一律不准出租和买卖（第21条第1款）。社员的房屋，永远归社员所有（第45条第1款）。1982年《宪法》规定，宅基地和自留地、自留山，也属于集体所有（第10条）。这意味着社员对于宅基地只享有使用权。^[209]这样，农民对其宅基地的所有权已经转变为宅基地使用权。这是直接基于中央政策和法律规定而取得的，因而属于原始取得。

继受取得宅基地使用权，创设继受取得为其常态，表现为宅基地使用权的设立。至于移转继受取得宅基地使用权，则不多见。其原因在于，在现行法上，宅基地使用权不得转让及抵押，宅基地使用权人通过出卖房屋而导致宅基地使用权移转的，不得再获得宅基地使用权。加上宅基地使用权不存在继承问题，这就使得宅基地使用权在客观上鲜见移转继受取得，只有在宅基地上的住宅及其附属设施被出卖、赠与、继承的情况下，宅基地使用权才随之移转，出现移转继受取得的实例。

（二）宅基地使用权的设立

按照现行法和政策，农村村民在村庄、集镇规划区内建住宅，取得宅基地使用权，应当先向村集体经济组织或村民委员会提出建房申请，提出设立宅基地使用权的申请（《村庄和集镇规划建设管理条例》第18条前段）。实际操作上，是户主以其名义撰写申请书。

农村村民，包括既有的村民，也包括新加入的村民。新加入的村民，如回乡落户的离休、退休、退职的干部职工，复原退伍的军人，回乡定居的华侨、港澳台同胞等。

申请人所在的集体经济组织对宅基地使用权申请予以审查，看其是否符合准予宅基地使用权的条件。这些条件包括：（1）申请人必须为本集体经济组织成员。（2）申请人及其所在农户存在着合理的住宅需求。例如，申请人已经分家另过，其新家庭四口人需要独立的住宅一处。（3）不存在法律、法规、规章禁止的事由。例如，申请人曾经拥有过宅基地，但为获取钱款而将其住宅卖与他人，依据《土地管理法》第62条第6款的规定，该申请人无权再获得宅基地。^[210]再如，申请宅基地的位置和面积等不违反现行法的规定。

《土地管理法》第62条第4款规定：“农村村民住宅用地，由乡（镇）人民政府审核批准；其中，涉及占用农用地的，依照本法第四十四条的规定办理审批手续。”《土地管理法》第44条的规定是“建设占用土地，涉及农用地转为建设用地的，应当办理农用地转用审批手续”（第1款）。“永久基本农田转为建设用地的，由国务院批准”（第2款）。“在土地利用总体规划确定的城市和村庄、集镇建设用地规模范围内，为实施该规划而将永久基本农田以外的农用地转为建设用地的，按土地利用年度计划分批次按照国务院规定由原批准土地利用总体规划的机关或者其授权的机关批准。在已批准的农用地转用范围内，具体建设项目用地可以由市、县人民政府批准”（第3款）。“在土地利用总体规划确定的城市和村庄、集镇建设用地规模范围外，将永久基本农田以外的农用地转为建设用地的，由国务院或者国务院授权的省、自治区、直辖市人民政府批准”（第4款）。

需要指出的是，将宅基地分配给本集体经济组织的成员，应是作为宅基地的所有权人行使其土地所有权的表现之一，该集体经济组织应为宅基地使用权的设立人，乡（镇）人民政府并非宅基地所有人，不应是宅基地使用权的设立人，其审核、批准应限于对宅基地申请是否符合《土地管理法》以及有关法规规定的条件和程序，如“农村村民建住宅，应当符合乡（镇）土地利用总体规划、村庄规划，不得占用永久基本农田，并尽量使用原有的宅基地和村内空闲

地”（《土地管理法》第62条第3款），目的在于监督集体经济组织合理利用土地，避免随意将农用地转为建设用地、防止不用荒地而用耕地建造住宅。因此，此种审核、批准应当只是一种核准，只要宅基地申请不违反法律、法规、规章的强制性规定，就不应驳回。审批机关不得越权干预集体经济组织对宅基地申请的审核，也不得对集体经济组织没有通过的宅基地进行审批。^[211]

宅基地使用权的设立虽然不以登记为要件，但因登记有其固有的优点，权利人可能要求办理登记。对此，《不动产登记暂行条例实施细则》规定，依法取得宅基地使用权，可以单独申请宅基地使用权登记（第40条第1款）。依法利用宅基地建造住房及其附属设施的，可以申请宅基地使用权及房屋所有权登记（第40条第2款）。申请宅基地使用权及房屋所有权首次登记的，应当根据不同情况，提交下列材料：（1）申请人身份证和户口簿；（2）不动产权属证书或者有批准权的人民政府批准用地的文件等权属来源材料；（3）房屋符合规划或者建设的相关材料；（4）权籍调查表、宗地图、房屋平面图以及宗地界址点坐标等有关不动产界址、面积等材料；（5）其他必要材料（第41条）。

（三）宅基地使用权取得的时间点

《土地管理法》第62条第4款规定：“农村村民住宅用地，由乡（镇）人民政府审核批准；其中，涉及占用农用地的，依照本法第四十四条的规定办理审批手续。”所谓“本法第四十四条的规定”，即“建设占用土地，涉及农用地转为建设用地的，应当办理农用地转用审批手续”（第1款）。“永久基本农田转为建设用地的，由国务院批准”（第2款）。“在土地利用总体规划确定的城市和村庄、集镇建设用地规模范围内，为实施该规划而将永久基本农田以外的农用地转为建设用地的，按土地利用年度计划分批次按照国务院规定由原批准土地利用总体规划的机关或者其授权的机关批准。在已批准的农用地转用范围内，具体建设项目用地可以由市、县人民政府批准”（第3款）。“在土地利用总体规划确定的城市和村庄、集镇建设用地规模范围外，将永久基本农田以外的农用地转为建设用地的，由国务院或者国务院授权的省、自治区、直辖市人民政府批准”（第4款）。

《土地管理法》等现行法未把登记作为宅基地使用权的生效要件，登记与否，不影响宅基地使用权的设立。但这不妨碍宅基地使用权人申请登记部门予以登记，也不排除某些地区主动地只收取工本费地为农村村民办理宅基地使用权登记。《不动产登记暂行条例实施细则》第40条规定：“依法取得宅基地使用权，可以单独申请宅基地使用权登记”（第1款）。“依法利用宅基地建造住房及其附属设施的，

可以申请宅基地使用权及房屋所有权登记”（第2款）。第41条规定：“申请宅基地使用权及房屋所有权首次登记的，应当根据不同情况，提交下列材料：（一）申请人身份证和户口簿；（二）不动产权属证书或者有批准权的人民政府批准用地的文件等权属来源材料；（三）房屋符合规划或者建设的相关材料；（四）权籍调查表、宗地图、房屋平面图以及宗地界址点坐标等有关不动产界址、面积等材料；（五）其他必要材料”（第1款）。

由于现行法更未赋予宅基地使用权登记公信的效力，这种宅基地使用权的登记只能具有对抗第三人的效力。

三、宅基地使用权的行使

本条所谓宅基地使用权的行使，适用土地管理的法律和国家有关规定，至少包含如下内容。

（一）占有、使用宅基地

占有、使用宅基地，表现为利用宅基地建造住宅及其附属设施，为宅基地使用权最为重要的行使形态（《民法典》第362条）。

[引申]

由宅基地使用权制度的目的及功能决定，宅基地不得用于兴建企业或公司的厂房，不得用于投资到公司，不得用于较大规模的养殖业的基地。不过，农户已经在宅基地上建造了住宅的情况下，利用宅基地的空余部分从事一些简单的工副业（如打制锄头、磨制豆腐、圈养若干只牛羊等），应予允许。有学者概括为权利人可利用宅基地及地上房屋从事小规模、家庭式、无污染、不扰民的生产经营活动。^[212]当然，衍生出来的环境污染、相邻关系等问题，分别按照相应的制度解决。

（二）在宅基地上种植竹木、瓜果、蔬菜的权利

在不影响甚至为美化住宅建造和使用的前提下，宅基地使用权人有权在宅基地上种植竹木、瓜果、蔬菜。

[引申]

土地承包经营权、建设用地使用权的场合，权利人在一定期间内（如2年）未按权利目的及功能使用标的物，会受到一定的制裁，甚至于被收回标的物，终止权利。宅基地使用权人未在宅基地上建造住

宅及其附属设施，而是利用宅基地种植农作物或植树，或从事养殖活动，或从事加工作业，是否也会如此处理？一种意见认为，应当放开宅基地的用途限制，宅基地使用权不限于居住之用，不应以违反用途限制为由收回宅基地。^[213]笔者认为，对这种意见只有被附加若干限制条件之后，方可赞同。首先，在宅基地使用权人只拥有一处宅基地、且自己能够解决生活居住问题的前提下，宅基地使用权人在一定时期内从事这些活动，即使该期间相对长些，尚可容忍。可解释为宅基地使用权的建造住宅的效力附加了始期。倘若永远如此，就彻底违背了宅基地使用权的目的及功能，使权利蜕变为土地承包经营权或建设用地使用权等，不应被允许。其次，假如宅基地使用权人拥有几处宅基地，一处或两处宅基地上建造住宅及其附属设施，解决了生活居住问题，在其他处宅基地上从事农林牧渔经营活动或加工作业，且达一定期间，不应被允许。因为这不但违背宅基地使用权的目的及功能，而且违反了法律、法规关于一户一宅的原则，还造成了社会不公。最后，这里还涉及村镇规划和相邻关系问题。如果不利用宅基地建造住宅及其附属设施，而是挪作他用，则严重违反了村镇建设规划，破坏了相邻关系规则，相邻他方强烈反对，本集体经济组织也有权纠正。

（三）以宅基地及地上住宅作为供役地设立地役权的权利

宅基地使用权人有权将宅基地及地上住宅作为供役地为他人设立地役权。至于土地承包经营权人把承包地作为需役地为自己设立地役权，同时有利于自己和土地所有权人，更应被准许（《民法典》第378条）。

（四）宅基地使用权人的义务

宅基地使用权的行使，在另一面的表现就是宅基地使用权人的义务，主要有如下几项。

1. 不得擅自变更用途的义务

由宅基地使用权的目的及功能决定，在宅基地上建造住宅及其附属设施，既是权利，也是义务。当然，如同上文所述，该项义务在把握上不宜僵化。

2. 不得越界建造住宅及其附属设施

严格按照批准的面积利用宅基地，为宅基地使用权人的必要义务（《土地管理法》第62条第1款）。宅基地的面积超过当地政府规定

标准的，可在土地登记卡和土地证书内注明超过标准面积的数量。以后分户建房或现有房屋拆迁、改建、翻建或政府依法实施规划重新建设时，按当地政府规定的面积标准重新确定使用权，其超过部分退还集体（国家土地管理局于1995年3月11日发布的《确定土地所有权和使用权的若干规定》第51条）。

3. 宅基地使用权人不得非法转让、抵押、出租宅基地使用权

现行法禁止宅基地使用权转让、抵押、出租。农村村民出卖、出租、赠与住宅后，再申请宅基地的，不予批准（《土地管理法》第62条第6款）。

四、宅基地使用权的转让

现行法没有规定宅基地使用权单独转让、抵押、继承或出租（《担保法》第37条第2项），只承认宅基地上的房屋出卖、赠与、继承时宅基地使用权随之移转，且因房屋出卖、赠与而移转宅基地使用权时，或出租住房的，不再分配给宅基地使用权（《土地管理法》第62条第6款）。值得注意的是，《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》第21条中段规定：“保障农户宅基地用益物权，改革完善农村宅基地制度，选择若干试点，慎重稳妥推进农民住房财产权抵押、担保、转让，探索农民增加财产性收入渠道。”这为宅基地使用权的抵押和转让提供了政策性基础，今后修正现行法时，可以设置宅基地使用权抵押和转让的条件和程序，使宅基地使用权的抵押和转让有法可依、有章可循。

因依法继承、分家析产、集体经济组织内部互换房屋等导致宅基地使用权及房屋所有权发生转移申请登记的，《不动产登记暂行条例实施细则》第42条规定，申请人应当根据不同情况，提交下列材料：（1）不动产权属证书或其他权属来源材料；（2）依法继承的材料；（3）分家析产的协议或材料；（4）集体经济组织内部互换房屋的协议；（5）其他必要材料。

[讨论]

1. 关于宅基地使用权人的限制

在《土地管理法》修订、物权法草拟和研讨的过程中，曾有意设置若干例外，承认本集体经济组织外的某些人可以申请设立宅基地使用权。例如，（1）甲村的农户到乙村承包土地，从事农林牧渔的生产经营活动，期限较长，应当准予该农户在乙村取得宅基地使用权的

申请。(2)城镇居民到农村承包“四荒”土地,从事农林牧渔的生产经营活动,期限较长,应当准予该城镇居民在该村取得宅基地使用权的申请。这些均为符合客观实际的合理意见,遗憾的是没有变成法律。实务中,不妨试点探索。

2.关于宅基地使用权的单独转让

在《土地管理法》修订、物权法草拟和研讨的过程中,曾有意设置若干例外。例如,(1)在宅基地使用权人举家到城镇打工,而城镇居民举家到该村承包“四荒”土地,期限较长时,可以允许将宅基地使用权在他们之间转让。(2)甲村的农户到乙村承包“四荒”土地,乙村的农户到甲村承包“四荒”土地,期限较长,宜允许宅基地使用权在他们之间互换。这些均为符合客观实际的合理意见,遗憾的是没有变成法律。实务中,不妨试点探索。

至于宅基地使用权的普遍性的转让,为极少数说,其理由主要有:(1)宅基地使用权是用益物权,特别是宅基地上房屋属于农民所有,应当允许农民转让或抵押它们;不然,就限制了资源的利用,宅基地使用权就成为“死产”,不利于真正保护农民利益。^[214](2)目前,不少农村存在部分宅基地和房屋闲置的现象,为了物尽其用,也应允许使用权转让。^[215](3)随着城市化的发展,很多农民进入城市,也有不少城镇居民下乡购房,已经出现宅基地使用权向外流转的情况,特别是在城市附近或比较发达的地区尤其如此。莫不如面对现实,允许转让,解决问题。^[216]

《物权法》对此未予采纳,是因为法律委员会经同国务院法制办、国土资源部、农业部等部门反复研究,一致认为:目前,农村社会保障体系尚未全面建立,土地承包经营权和宅基地使用权是农民安身立命之本,从全国范围看,放开土地承包经营权抵押和宅基地使用权转让的条件尚不成熟。^[217]《民法典》遵循了这样的精神和原则。

3.关于宅基地使用权的抵押

在物权法立法的过程中,有意见主张物权法应当允许宅基地使用权抵押,理由在于:(1)农民发展生产缺少资金,允许宅基地使用权抵押,可缓解农民贷款难的状况。为了防范因此而出现的风险,可以有条件地适当放开。^[218](2)目前,不少农村存在着部分宅基地和房屋闲置的现象,为了物尽其用,也应允许使用权抵押。^[219]

但上述意见未被《物权法》采纳,也未被《民法典》认可,原因是中国地少人多,必须实行最严格的土地管理制度。目前,农村社会

保障体系尚未全面建立，宅基地使用权是农民基本生活保障和安身立命之本。从全国范围看，放开宅基地使用权转让和抵押的条件尚不成熟。特别是农民一户只有一处宅基地，这点与城镇居民是不同的。农民一旦失去住房及其宅基地，将会丧失基本生存条件，影响社会稳定。为了维护现行法律和现阶段国家有关农村土地的政策，也为今后修改有关法律或调整有关政策留有余地。[220]

4.关于城镇居民继承宅基地上的住宅及其附属设施

极端的观点认为，既然宅基地使用权人在现行法上限于农村村民（实际上为农户），不得为城镇居民，那么，作为宅基地使用权人一分子的村民去世时，其宅基地上的住宅只能归仍拥有村民身份的继承人继承，作为城镇居民的继承人不得继承住宅，以免出现城镇居民因继承住宅而成为宅基地使用权人一分子的情况。笔者认为，这是纯粹形式逻辑推演的结论，没有看到现行法关于宅基地使用权人仅限于农村村民的局限性，违反了《继承法》的原则及规则，不足取。

第三百六十四条

宅基地因自然灾害等原因灭失的，宅基地使用权消灭。对失去宅基地的村民，应当重新分配宅基地。

本条主旨

本条是关于宅基地使用权因其客体灭失而消灭以及重新分配宅基地的规定。

相关条文

《物权法》第154条 宅基地因自然灾害等原因灭失的，宅基地使用权消灭。对失去宅基地的村民，应当重新分配宅基地。

理解与适用

本条是对《物权法》第154条的复制，前段宣明宅基地使用权因其客体灭失而归于消灭，后段规定这样的村民有权再次取得宅基地使用权。

物权法奉行物权客体特定原则，丧失客体，物权不会存续，应当归于消灭。宅基地使用权作为物权之一种，也不例外。因此，本条前段所谓“宅基地因自然灾害等原因灭失的，宅基地使用权消灭”，符合

法理，值得赞同。

本条后段所谓“对失去宅基地的村民，应当重新分配宅基地”，体现了人权思想，符合现代伦理，特别是社会主义制度的本质要求所致，是必要的，不可或缺的。不过，应同时注意其规范意旨，也就是重新分配宅基地必须符合如下条件。（1）有权请求重新分配宅基地，取得宅基地使用权者，限于本农村集体经济组织成员。这是由宅基地使用权的身份性所决定的。（2）请求重新分配宅基地的权利限于原来取得的宅基地“因自然灾害等原因灭失”的情形，即不可归责于宅基地使用权人的原因所致。如果是宅基地使用权人故意或重大过失地造成宅基地灭失，则农村集体经济组织有权拒绝重新分配宅基地给他。（3）重新分配宅基地必须符合《土地管理法》第62条第4款关于“农村村民住宅用地，由乡（镇）人民政府审核批准；其中，涉及占用农用地的，依照本法第四十四条的规定办理审批手续”的规定。

第三百六十五条

已经登记的宅基地使用权转让或者消灭的，应当及时办理变更登记或者注销登记。

本条主旨

本条是关于宅基地使用权转让、消灭时应当及时办理相应登记的规定。

相关条文

《物权法》第155条 已经登记的宅基地使用权转让或者消灭的，应当及时办理变更登记或者注销登记。

《不动产登记暂行条例》第5条第6项 下列不动产权利，依照本条例的规定办理登记：

（六）宅基地使用权；

第19条第1款第3项 属于下列情形之一的，不动产登记机构可以对申请登记的不动产进行实地查看：

（三）因不动产灭失导致的注销登记；

《不动产登记暂行条例实施细则》第17条第1款第2项 有下列情

形之一的，不动产登记机构应当在登记事项记载于登记簿前进行公告，但涉及国家秘密的除外：

（二）宅基地使用权及房屋所有权，集体建设用地使用权及建筑物、构筑物所有权，土地承包经营权等不动产权利的首次登记；

第25条 市、县人民政府可以根据情况对本行政区域内未登记的不动产，组织开展集体土地所有权、宅基地使用权、集体建设用地使用权、土地承包经营权的首次登记。

依照前款规定办理首次登记所需的权属来源、调查等登记材料，由人民政府有关部门组织获取。

第42条 因依法继承、分家析产、集体经济组织内部互换房屋等导致宅基地使用权及房屋所有权发生转移申请登记的，申请人应当根据不同情况，提交下列材料：

（一）不动产权属证书或者其他权属来源材料；

（二）依法继承的材料；

（三）分家析产的协议或者材料；

（四）集体经济组织内部互换房屋的协议；

（五）其他必要材料。

理解与适用

本条是对《物权法》第155条的复制，明确宅基地使用权转让时应当办理变更登记、宅基地使用权消灭时应当办理注销登记。

本条所谓变更登记，不如改称转移登记更为贴切，《不动产登记暂行条例实施细则》已经如此称谓（第42条），值得赞同。

无论是变更登记/转移登记还是注销登记，均非宅基地使用权变动的生效要件，故登记与否都不影响宅基地使用权的变动发生法律效力。尽管如此，登记仍有其必要性，因为登记作为宅基地使用权存续和变动的公示方式，对于宅基地及其使用的行政管理、必要的调整、征收补偿的确定及发放都是考量的因素之一，甚至是作出决定的依据。

第十四章 居住权

本章为新创设的物权类型及其法律规范，首先界定了居住权，也是对基本内容（积极权能）的概括，明确居住权的目的；接着规定居住权合同应当采取书面形式，提示居住权合同的一般条款；然后宣明居住权的设立以登记为生效要件，以无偿为原则；再申明居住权无转让性（让与性），但当事人约定可以出租居住权的客体的，依其约定；列举居住权消灭的事由和办理注销登记的义务；最后规定以遗嘱方式设立居住权的，准用本章关于以居住权合同设立居住权的法律规定。

《民法典》新创设权制度非常必要。住宅的居住人，例如，无自己宅院的长辈居住于晚辈的住宅，离异的配偶一方于其暂无居所时居住于另一方的住房，在甲地学习或工作的年轻人借住在亲属所有的住宅里，等等，这些“栖身者”对一项尽可能稳定的法律地位的需求，其合理性，自无须待说。^[221]符合此类规格的居住权出现于《民法典》之中，顺理成章，只不过其过程曲折多舛。也正因如此，更显出居住权制度被确立的弥足珍贵。

诚然，有专家、学者认为，婚姻法、继承法上的制度可以解决这些问题，无须创设居住权类型。这难被赞同，因为在甲地学习或工作的年轻人借住在亲属所有的住宅里以及其他一些情形不在婚姻法、继承法的调整范围之内；即使有些类型处于婚姻法、继承法的“射程”，也难以总能保障被赡养者、被扶养者的居住利益，原因在于，不肖子孙把其住房卖与第三人并且完成转移登记，该第三人请求被赡养者、被扶养者退出居住时，这些被赡养者、被扶养者无权对抗该项请求。

与上述生活性居住权存在的原因不同，如果居住权在某种程度上体现为投入建筑资金的对待给付/对价（建筑造价补贴），则应该另当别论。于此场合的居住权之不得转让性与不得使用出租性，为一项不合理的缺陷。^[222]从比较法的角度观察，《德国民法典》并未“一刀切”地否定居住权的转让性，而是区分情形，不同对待。例如，法人或有权利能力的合伙享有居住权，便有权为输送电、煤气、远程热、水、废水、油或原料的设施（包括所有直接为输送服务的相关设施），为电信设施，为一个或两个以上私人或公共企业的经营场所之间的产品运输设施，或为有轨电车或铁路设施而使用土地的，该项居住权是可转让的（《德国民法典》第1092条第3项，第1059a条）。

《住宅所有权法》也突破居住权不得转让的旧制，规定长期居住权可

以转让和继承，而且长期居住权人有权进行任何合理的用益，尤其是有权使用出租与用益出租，不必经过住宅所有权人的同意（第31-42条）。^[223]这种现象，此种法律发展史，给我们以启示：居住权制度未必甚至不应再原地踏步不前，完全可以顺应社会生活发展，丰富自己。中国物权制度的演变也逃不脱这样的规律。

第三百六十六条

居住权人有权按照合同约定，对他人的住宅享有占有、使用的用益物权，以满足生活居住的需要。

本条主旨

本条是关于居住权概念，亦即居住权基本内容（积极权能）及居住权目的的规定。

理解与适用

一、居住权的概念

观察本条的规定可知，所谓居住权，是指按照合同约定，为满足生活居住的需要，对他人所有的住宅享有占有、使用并排除房屋所有权人干涉的用益物权。这就是所谓生活性居住权，系自罗马法以来的传统居住权，属于典型的人役权，系老年人、妇女及未成年人等特殊群体居住他人住房而享有的权利，具有保护弱者权益的功能。^[224]它具有如下法律性质。

（一）居住权的设立以居住权合同、遗嘱为原因行为

设立的原因行为是居住权合同（《民法典》第366条），也允许以遗嘱设立（《民法典》第371条）。无论是居住权合同，还是遗嘱，都不得剥夺继承人、受遗赠人对于作为居住权客体的住宅之权。

（二）居住权的客体为住宅

土地承包经营权及土地经营权、建设用地使用权、宅基地使用权等用益物权均以特定土地为客体，海域使用权、取水权、养殖权、捕捞权等用益物权皆以特定水域为客体，它们都不以住宅为客体。地役权，虽然在理论上不排除以住宅作为客体，但实务中也大多以土地或作为整体的房地为客体，鲜有把住宅作为客体的。与此不同，居住权专门以住宅为客体。

本条所谓住宅，宜从广义来理解，包括房屋及其附着物，比如任何作为住宅的建筑或其他部分，一切属于住宅并与之一起占有的院子、花园、附属小屋，以及建筑物的其他附属物等。^[225]

在德国，居住权系将建筑物或建筑物的一部分当作住宅予以使用，并具有排除所有权人的效力之权。^[226]在中国，居住权可以在整个房屋上设立，也可以仅就一套房屋中的某一个房间设立。^[227]

（三）居住权派生于他人的住宅所有权

居住权是在他人的住宅上设立的物权，系分享他人的房屋所有权中的占有、使用、收益的权能而成立的他物权，而非在自己所有的房屋上设立的物权。所有权人居住于自己之屋，基于其所有权即可，无须设置居住权。^[228]这种理念和操作有着历史传统。在罗马法上，所有权人不能以役权的名义保留对自己物品的特别使用权（比如通行权）。他是以所有权的名义保留并行使这种权利。^[229]

（四）居住权的目的是为满足生活需要而居住于他人所有的住宅

本条的规定明示：居住权的设立是“以满足生活居住的需要”，即居住权的目的是为满足生活需要而居住于他人所有的住宅。这决定了居住权的若干规则的态样和效力，例如，（1）居住权人限于自然人；（2）居住权人不得将作为居住权客体的房屋用于生活居住以外的用途，否则，便违反居住权的规范意旨；（3）居住权不得转让、继承（《民法典》第369条前段）。

（五）居住权系人役权

地役权是为某特定不动产的利益而设立的用益物权，而居住权是为特定人的生活居住需要这种利益而设立的。前者叫作地役权，后者称为人役权。在罗马法上，居住权属于人役权^[230]，而人役权是为了特定人的生活居住需要而设立的权利，因而它真正是不可转让的权利。^[231]许多中国学者也认为，居住权是用来供无住房之人来居住的，若具有让与性便有所背离这个目的和性质，所以居住权不可转让成为学者们的共识。当然，人役权虽不可转让，但人役权的行使则是可以转让的，例如转让某年对某土地的收获权。^[232]

（六）居住权的主体为自然人

居住权的主体为自然人，这是由居住权系“以满足生活居住的需

要”而设立的规范意旨决定的。

在这里，应当区分居住权人和有权享受居住利益之人。后者包括居住权人的家庭成员及其必需的服务人员。家庭成员一般包括亲生子女、养子女和共同生活的继子女，不论是居住权设定之前还是设定之后产生的亲子关系，均应享有居住权。服务人员，一般包括为权利人本人或者权利人的家庭提供服务而与权利人一起生活的人员，如保姆、护理人员等。^[233]《德国民法典》第1093条第2款规定，住宅权人有权将其家庭以及对于符合身份的服侍和护理为必要的人员接纳入住宅中。这值得中国法借鉴，如此，居住权的主体和享有居住权益的人未必同一，《民法典》第366条宜增加如下两款更佳：“居住权人，得携同其家庭在房屋内居住，即使在设定居住权时该居住权人尚未结婚的，亦同。”“前款所称家庭，包括为居住权人本人或者其家庭成员提供服务而与居住权人一起生活的人。”^[234]

（七）居住权的设立以登记为生效要件

《民法典》第368条后段关于“居住权自登记时设立”的规定，宣明居住权的设立以登记为生效要件。

二、居住权的基本内容（积极权能）

本条列明居住权含有占有、使用两项权能。其中的占有，应为直接占有，即居住权人生活居住于作为居住权客体的住宅之中。假如承认间接占有亦为本条所谓占有，就相当于张三以自己名义取得对李四所有的住宅的居住权，却较长时间地让王五生活居住于此，属于变相的转让，这就背离了人役权制度系专为特定人的特定需要而设计的本质属性。

在所有权中，作为其权能之一的使用，固然倡导依物的性能和用途利用该物，但未能据此利用该物至少在若干情况下也被认定为使用，如电脑的所有权人不太精通电脑技术而不当地关机，就应仍然认定他在使用该电脑，而不以违反所有权的社会性论处。但对于本条所谓使用不宜作如此宽松的理解，应当要求居住权人依住宅的性能和用途使用该住宅。例如，居住权人不得较长时间地不搞卫生，不得较长时间地不给花草浇水，不得把废弃的电池乱扔于院内的土壤里，不得擅自打掉室内的承重墙，等等。

本条所谓使用，其对象是限于他人的住宅自身，还是可以有条件地延伸至适当的位置？这首先取决于居住权合同的约定或遗嘱中的意思，由其意思表示决定使用的边界。如果没有此类意思表示，那么，

居住权人所享有的使用权限，可及于建筑物之外，且为居住权人所依赖的土地部分。^[235]任何作为住宅的建筑或其他部分，一切属于住宅并与其一起占有的院子、花园、附属小屋，以及建筑物的其他附属物等，均在其中。^[236]《德国民法典》第1093条第3款规定，住宅权被限制于建筑物的一部分的，住宅权人可以合用指定供居住者共同使用的工作物和设备。

居住权中的使用，限于居住权人一侧，还是允许住宅所有权人与居住权人共同使用该住宅？《民法典》未予言明，笔者主张这取决于居住权合同的约定或遗嘱的意思表示。如果这些设立居住权的原因行为表示了住宅所有权人与居住权人共同使用该住宅之意，那么，应当依其约定；如果未予表达，则在个案中视具体情况而定。《德国民法典》第1090条、德国巴伐利亚州最高法院^[237]允许住宅所有权人与居住权人共同使用作为居住权客体的住宅。这值得重视。

对于本条所谓使用，还有债法层面的意义，即只要居住权的行使不违背规范意旨，不害及住宅所有权人的利益，就应当允许居住权人和第三人订立无名合同，由该第三人以居住权人的名义、以自己的行为使用作为居住权客体的住宅。

本条未明言居住权人有无收益权，学说、判决是承认还是严守本条的字面意思？答案是不应孤立地墨守本条的字面意思，而应使用体系解释和目的解释的方法。所谓体系解释，用于此处就是应当结合《民法典》第369条后段关于“设立居住权的住宅不得出租，但是当事人另有约定的除外”的规定，来认定居住权人有无出租权。十分明显，该条已经赋权居住权人基于居住权合同关于可以出租的约定把该合同项下的住宅向第三人出租，收取租金。此其一。所谓目的解释，用于此处就是居住权的目的功能决定了：居住权人有权居住于住宅，免去风吹、日晒、雨淋、寒冷，保有私密，学习、思考，甚至偶尔待客，这些都是收益。居住权人无须再去他处承租住宅，节省租金，这也是变相的收益。此其二。在住宅所有权人就居住权人可否将作为居住权客体的住宅出租已经得到住宅所有权人的同意，则不成问题。如果住宅所有权人在这方面未曾表态，则首要的准则是出租不得加重住宅所有权人的负担，如打扰了所有权人的正常生活，有害于住宅的功能、美感甚至缩短住宅的寿命，等等，则不允许居住权人出租住宅。此其三。在不背离居住权的目的及功能的范围内，居住权人的家庭成员，包括亲生子女、养子女和共同生活的继子女；必需的服务人员，包括为权利人及其家庭提供服务而与权利人一起生活的人员，如保姆、护理人员等^[238]，都有权使用作为居住权客体的住宅。这对居住权人而言，也是获取收益的一种表现。此其四。考察罗马法及后世的

有关立法例，有些居住权不具有出租的效力，如《德国民法典》第1092条第1款第2句规定的居住权，不具有出租的效力，除非得到所有权人的同意。^[239]不过，另外类型的居住权，则不排除居住权人的出租权。在罗马法上，居住权（*habitatio*）是在一所房子里居住和出租它的权利，优士丁尼赋予其特别形象，承认居住权的享有人有权出租房子，但无权让人免费享用它。^[240]德国的《住宅所有权法》承认租赁收益（第31-42条）。^[241]

第三百六十七条

设立居住权，当事人应当采用书面形式订立居住权合同。

居住权合同一般包括下列条款：

- （一）当事人的姓名或者名称和住所；
- （二）住宅的位置；
- （三）居住的条件和要求；
- （四）居住权期间；
- （五）解决争议的方法。

本条主旨

本条是关于居住权合同设立居住权以及合同条款的规定。

理解与适用

一、以书面形式的居住权合同设立居住权

本条第1款规定设立居住权需要当事人双方订立书面形式的居住权合同，含有如下几层意思：（1）居住权的设立不是原始取得，而是创设的继受取得，属于基于法律行为而发生的不动产物权变动。其潜台词是只有居住权合同合法、有效，居住权才可以设立；若该合同不成立、被撤销、无效，则居住权未设立。（2）居住权合同应当采用书面形式。虽然本条措辞为“应当采用书面形式”，但也不应把该规定理解为强制性规定，更不应将之确定为效力性的强制性规定。因为强制性规定系调整社会公共利益关系的法律规定，该规定调整的是住宅所有权人与居住权人之间的利益关系，不属于社会公共利益关系，

所以它非为强制性规定。不过，该规定毕竟呼吁当事人“应当采用书面形式”，这不同于典型的任意性规定，王轶教授把它划归倡导性规定^[242]，笔者予以赞同。（3）尽管如此，书面形式仍很重要，至少在证据法上，在个案中，虽然当事人双方未签书面形式的居住权合同，但只要居住权人举证成功双方之间的确存在居住权关系，就应当予以肯定的认定，支持居住权人的此项主张。

二、居住权合同的条款

本条第2款示例了居住权合同的一般条款，这便于人们在订立居住权合同时参考、模仿，使合同趋于完整，因而它们具有行为规范的属性。

本条第2款第1项规定的当事人的姓名或者名称，应为主要条款，因为欠缺当事人的姓名或者名称，合同项下的权利义务便无所依附，不知由谁履行义务，向谁清偿，失去意义。在居住权合同采用书面形式的情况下，假如合同文本上未填写当事人的姓名或名称，那么，居住权人欲主张自己为居住权人，举证证明的难度就相当大。如果他已经入住，他与住宅所有权人之间不存在诸如租赁、借用等关系，那么，可以入住事实作为证据（事实自证）来证明其与住宅所有权人之间存在居住权合同。住宅所有权人拟否认该种主张，需要举反证来推翻。或者，他可以录音、录像或出具证人证言等，来举证证明其为居住权人。

本条第2款第1项规定的当事人的住所条款，属于合同的一般条款，而非主要条款，因其主要在送达、诉讼管辖或履行地点的确定等方面起作用，在当事人身份的甄别方面起辅助作用。

本条第2款第2项规定的住宅的位置，亦为主要条款，因为住宅的位置系确定标的物的构成和判断的因素之一，合同条款遗漏住宅的位置，标的物便不具体、明确，导致权利义务的指向不明，纷争易发。看来，合同文本上明确住宅的位置十分必要。假如合同文本上遗漏住宅的位置，居住权人若已经入住，则可以该事实举证证明之。不过，于此场合，即使举证成功，也主要是核心部位确定，住宅的边界不宜宽泛，有些附属设施等可能不划归居住权客体的范围之内。不然，对于住宅所有权人有些苛刻，因为居住权的取得是无对价的。再一种确定的思路及方法是，基于某特定居住权的具体目的、居住权人的生活要求和习惯、当地的风土人情等因素，综合考量，加以判断。

本条第2款第3项明示的“居住的条件和要求”这项条款，直接确定着当事人各自的权利义务的质和量，实质上属于当事人双方达成合意

与否的问题，是判断一方违约与否的重要标准之一，故为主要条款。假如合同文本上欠缺此项条款，那么，处理的原则为：其一，贯彻“谁主张，谁举证”的原则，若居住权人主张其权利，则由其举证证明；若住宅所有权人指责居住权人超标准用房，则由其举证证明。其二，同样需要基于某特定居住权的具体目的、居住权人的生活要求和习惯、当地的风土人情等因素，综合考量，加以判断。

本条第2款第4项把“居住权期间”作为居住权合同的条款之一，因其事关当事人双方的权益关系，其重要性也不低。如果它构成当事人双方就居住权事项达成合意与否的因素，那么，它属于合同的主要条款；反之，则为一般条款。假如合同文本遗漏之，那么，处理的原则为：其一，贯彻“谁主张，谁举证”的原则，若居住权人主张居住期间，则由其举证证明；若住宅所有权人主张居住期间，则由其举证证明。其二，基于某特定居住权的具体目的以及居住权人的特殊情况，予以考量、确定。

需要提示的还有，居住权系有期物权，故当事人不得约定居住权期间为永久期间。其原因之一是，住宅所有权人于未来因其本人或家庭等特别需要消除住宅上的居住权等负担，而永久期间的居住权显然阻碍着住宅所有权人的这种目的实现。

本条第2款第5项提示居住权合同宜有“解决争议的方法”，考虑周全，充分尊重意思自治。所谓解决争议的方法，例如仲裁、诉讼，在仲裁或诉讼过程中达成和解，庭外和解等。该条款不属于合同的主要条款，因为欠缺它，居住权合同照样成立。

三、通过居住权合同尽力约定丰富的内容

居住权人应尽力通过居住权合同约定较为丰富的权利内容，并且通过居住权登记而获得强制的效力，除非其约定违背物权法定主义，背离公序良俗。

即使居住权合同的约定不合物权法定主义的要求，不发生物权法上的效力，但可以发生债法上的效力，除非该约定存在着无效的原因。在这里，物权法与债法的相互衔接和配合照样具有必要性，奉行意思自治原则的合同法恰恰能完成受法定主义羁绊的物权法“不可做”之事。

第三百六十八条

居住权无偿设立，但是当事人另有约定的除外。设立居住权的，应当向登记机构申请居住权登记。居住权自登记时设立。

本条主旨

本条是关于居住权的设立以无偿为原则、以登记为生效要件的规定。

理解与适用

一、居住权的设立以无偿为原则

本条前段正文确立居住权的设立以无偿为原则，但当事人另有约定的，依其约定。无偿原则符合生活性居住权的本质属性，既然生活性居住权主要是基于婚姻、家庭关系而产生，主要是源于赡养和扶养的需要，往往涉及的是家庭成员、配偶的特有或应有的利益^[243]；此类居住权系老年人、妇女及未成年人等特殊群体居住他人住房而享有的权利，具有保护弱者权益的功能^[244]；那么，住宅所有权人还向居住权人索取对价，要么不合伦理，要么使弱者雪上加霜，这未尽妥当。

当然，以上所论不是绝对的，因而有本条前段“但是当事人另有约定的除外”的设置。对此但书，可有两种解读：（1）即使是生活性居住权，也可以约定有偿，其缘由如何，在所不问。究其实际，可能是当事人双方的关系普通，没有值得关照的必要和意愿；可能是居住权人非常富有，不是由于经济困难才设立居住权，而是出于拥有居住权即可长期居住，便于其完成学业，或便于其工作，可以对抗第三人的某些主张等考量，觉得采取居住权路径为上策。既然如此，加上意思自治原则，法律没有理由不认可当事人的约定。（2）允许当事人双方通过约定，设立投资性居住权。如此解读的理由在下文分析和阐释。

二、扩张解释《民法典》第368条前段但书、第369条后段但书

扩张解释《民法典》第368条前段但书、第369条后段但书“但是当事人另有约定的除外”，结论是《民法典》默许当事人通过约定设立投资性居住权。如此解读的理由之一是，生活性居住权似乎只有自然人取得方可符合《民法典》第366条设计的“满足生活居住的需要”这个目的及功能，法人等团体似乎无借助住宅“以满足生活居住的需要”。不过，如此理解，又与《民法典》第367条第2款第1项规定居住权合同中的“当事人的……名称……”条款存在逻辑上的障碍，因为

自然人的特定化、识别自然人的标识，不是名称而是姓名，只有法人等团体的特定化、识别的标识才叫名称。如此解读的理由之二是，《民法典》第369条后段规定：“设立居住权的住宅不得出租，但是当事人另有约定的除外。”该但书允许当事人双方通过约定赋权居住权人向第三人出租作为居住权客体的住宅，而出租为商业行为，该行为由居住权合同授权实施，可能正是居住权人投资目的的实现方式之一。如此解读的理由之三是，社会生活实际需要法律承认投资性居住权，生活性居住权与投资性居住权并非“有你无我”的关系，投资性居住权理论不具有抵触法理的品格。

所谓社会生活实际需要法律承认投资性居住权，常见的例证至少有如下几种：（1）在一方出“钱”（投入建设资金），一方出“地”（出资建设用地使用权）的合作建房的场合，合作建房合同因种种原因而未成立、被撤销或被确认为无效，关于出“钱”的一方日后分得多少所建房屋的约定失去法律效力，建成的房屋归属于出“地”（房地权属变动一体原则使然）的一方，出“钱”的一方只有权请求返还本金及相应的利息，这远低于依约分得房屋的价值，非常不公正。用投资性居住权解决此类问题，即由出“钱”的一方在相应的所建房屋之上享有居住权这种他物权，显然相对公平。（2）受有关政策（如北京市等地采取限购政策、某些类用房单位不得在某地购房）的限制，某些身份的自然人、法人、非法人组织不得在某地购房，但确实需用房屋，若承租则受20年期间的限制，居住权制度是解决此类问题的好手段。在这方面有过教训：甲法人受政策限制不得在某地购房，只好与A楼所有权人乙签订了《A楼租赁合同》，约定的租金数额其实都高于购房价款额，租期为20年，但期满时有权优先续租。因该地的房价不断飙升，受利益驱动，《A楼租赁合同》期满时出租人乙坚决拒签续租合同，导致甲损失巨大。如果有居住权制度，甲用其可较长期地占有、使用、收益A楼，就能平衡双方的利益关系。（3）买房，所需价款数额过高；承租，要受20年租期的制约，权衡利弊，居住权方式最适合用房人。

在立法论上，以上情形均可由居住权制度解决。在解释论上，若对《民法典》第366条以下所谓住宅采取宽松的解释，则这些情形可统由居住权制度解决；但若对住宅采取严格的界定方法，则标的物不属于生活用房的房屋就难以适用居住权制度。

所谓生活性居住权与投资性居住权并非“有你无我”的关系，是指两种居住权制度各有其适用的领域，而非重叠于一个适用空间；各自演化出一套规则。这样，两者就不会相互干扰，不会相互混淆。那种以《民法典》同时确立两种居住权会造成混乱为由反对投资性居住权

的意见，是不成立的。

所谓投资性居住权理论不具有抵触法理的品格，是指投资性居住权理论完全可以融入物权种类的理论中，视野延伸，它与民法学说乃至法理学也不存在抵触之处。有些专家、学者囿于古典民法所认居住权无投资性居住权的类型，就断言《民法典》确立投资性居住权就使得居住权体系“乱套”。笔者不赞同这种理念及看法，理由主要有以下几点。其一，其知识体系是不完整的，其脑海里的某国法及学说的“样子”并非该国法及学说的已然态样。如上文所述，德国《住宅所有权法》确立的长期居住权，已经不同于传统的生活性居住权，至少有的长期居住权带有投资的性质。那种认为传统民法上的居住权仅限于生活性的意见，是不符合事实的。其二，民法不是考古，并非必须还原历史真实，不必甚至应该摒弃因循守旧，而是为满足社会生活的实际需求而设置相应的制度，即法律人应当树立发展的而非静止的观点。生活在高科技时代，仍逼着人们拿着大刀、长矛作战，禁止使用导弹、电子干扰，令人匪夷所思。连螃蟹都知道蟹壳无法容纳其身軀时必须脱掉旧壳，生长新壳；连蛇都懂得必须适时地褪掉老皮，更换新皮，以适应身体的增长，何况人呢？四世同堂无法居住了，就得分户，就得加盖房屋。在这方面，传统民法及学说早就践行了，只是某些专家、学者没有看到。例如，地役权起初仅调整需役地对供役地的需要这种关系，但法国、瑞士、德国等国家并未止步不前，而是在继承传统的地役权制度的基础上，还有所发展，出现了营业竞争限制的地役权（wettbewerbs-beschränkende Dienstbarkeit），有人称之为地役权的第二春。例如，土地所有权人甲和土地所有权人乙约定，乙不在其土地上从事某种营业，不贩卖某种商品，不将该地出租与他人经营某种营业，或不贩卖某种商品。^[245]我们不应对于欧美法基于社会生活的要求而发展新制度或规则就大赞其美，而对中国为解决社会生活的实际需求而设计的法理制度或规则却看不顺眼，要么指责，要么否定。其实，“凡是传统民法的都是要照搬的”或“凡是传统民法的均须拒绝的”都是极端的思潮，均不可取。一方面，中国作为民法的后发国家，在全球化的大背景下，在世界贸易体系下，我们没有必要也不宜事事都另起炉灶，设计全异于大陆法系、英美法系的民法制度及规则，无论是立法者还是解释人，都应有广阔的胸怀学习、借鉴有益于中国的规则及学说，补充、丰富自己的民法；另一方面，如果说在政治上、哲学上必须坚持实践是检验真理的唯一标准的理念及观点，那么，在物权法上立足于中国实际、解决中国问题、应因中国实际需要而设置相应的居住权规范，包括投资性居住权规范，在《民法典》对此有些暧昧时积极地解释出投资性居住权，而非唯罗马法、德国民法、英美法的马首是瞻，就是唯一可取的立场和态度。

三、设立居住权应当登记

结合本条后段关于居住权设立以登记为生效要件的规定，可知本条中段关于“设立居住权的，应当向登记机构申请居住权登记”的规定，属于强制性规定。因为它至少属于物权法定主义的外围，而物权法定主义属于强制性规定；关于不动产物权变动以登记为生效要件的规定亦为强制性规定。

本条中段示意居住权设立的登记采取当事人申请主义，而非登记机构依职权为之。

四、居住权的设立以登记为生效要件

本条后段关于“居住权自登记时设立”，表明居住权的设立以登记为生效要件，未登记的，居住权未设立。

结合《民法典》第366条以下的条款，可知居住权的设立，必须先有居住权合同并且已经生效，再申请不动产登记机构办理居住权登记，按照《民法典》第214条的规定，居住权设立的事项被记载于不动产登记簿簿页时，居住权设立。

按照《民法典》第371条的规定，以遗嘱方式设立居住权的，必须是该遗嘱生效，遗嘱继承人或受遗赠人，或是遗产管理人，持该遗嘱向不动产登记机构申请居住权登记，同样按照《民法典》第214条的规定，居住权设立的事项被记载于不动产登记簿簿页时，居住权设立。

第三百六十九条

居住权不得转让、继承。设立居住权的住宅不得出租，但是当事人另有约定的除外。

本条主旨

本条是关于禁止居住权转让、继承以及原则上不得出租住宅的规定。

理解与适用

本条前段禁止居住权转让、继承。依其规范意旨，这应是对生活性居住权而作的规定，因为生活性居住权系专门为居住权人的利

益、需要而设立的，是限制的人役权。从权利人的一侧讲，居住权的享有和行使所产生的利益由居住权人独享；自住宅所有权人一侧看，他仅为居住权人这个特定之人方施以“恩惠”，对其他人不如此“慷慨大方”。居住权转让、继承便与此背道而驰了。在这个意义上，本条前段的规定诚为正确。

不过，本条前段的规定不适合投资性居住权的品格。就此看来，对于该规定可有两种解读：其一，该规定反映出《民法典》不承认投资性居住权；其二，该规定仅仅适用于生活性居住权，至于承认投资性居住权与否，不在其射程之内。联系笔者在释评《民法典》第368条时的分析和阐释，笔者采取“其二”的解读。

本条后段正文虽然先宣明居住权人无权出租作为居住权客体的住宅这个原则，这也符合生活性居住权系限制的人役权、专为特定人的利益、需要而设这个本质属性，不过，其但书高扬意思自治原则的大旗，尊重当事人关于可以出租该住宅的约定。这在实质上将当事人关于可以出租该住宅的约定放在了优先的地位，但书反倒变成了原则。

把本条但书和《民法典》第368条前段但书联系起来，可以推断出《民法典》默示当事人有权以约定设立投资性居住权，其分析和阐释已在释评《民法典》第368条时论及了，此处不赘。

第三百七十条

居住权期限届满或者居住权人死亡的，居住权消灭。居住权消灭的，应当及时办理注销登记。

本条主旨

本条是关于居住权终止事由及及时办理注销登记的规定。

理解与适用

本条前段列举居住权期限届满和居住权人死亡两种居住权终止的事由。居住权系有期物权，存续期间届满，该有期物权自然寿终正寝。居住权人死亡，生活性的居住权这个专为居住权人特定利益的需要而设的限制的人役权的目的便已经达到，也无存续的必要，应该归于消灭。

其实，居住权消灭的事由不限于此，至少还应有如下几种：

- (1) 作为居住权客体的住宅毁损；
- (2) 作为居住权客体的住宅被征

收；（3）居住权与住宅所有权混同；（4）居住权合同约定的附解除条件成就；（5）法定的或约定的解除条件成就时，解除权人行使解除权；（6）居住权人放弃居住权；等等。

由于居住权的变动以登记为生效要件，其登记不单纯地具有公示的功效，而且具有公信力。如此，居住权的登记直接关涉第三人的利益，尤其是交易第三人的切身利益。例如，甲对A住宅享有的居住权本已消灭，但未办理居住权的注销登记，不动产登记簿页面上的记载仍然是甲于A住宅之上享有居住权。甲背信地和乙订立A住宅的租赁合同，收取床头租，乙基于对居住权登记的信赖而全部照办，待其了解事实真相时甲已将身无分文，追偿不到损害赔偿金，遭受损失。再者，居住权登记作为公示方式，对于住宅的行政管理、征收决定作出前的听取意见等有影响。所有这些，都决定了居住权消灭时有必要及时办理注销登记。

第三百七十一条

以遗嘱方式设立居住权的，参照适用本章的有关规定。

本条主旨

本条是关于以遗嘱方式设立居住权的准用关于以居住权合同设立居住权的有关规则的规定。

理解与适用

本条是引致性（管道性）条文，把以遗嘱方式设立居住权的法律调整引向《民法典》“第十四章居住权”关于以居住权合同设立居住权的有关规则。

如果本条所谓设立居住权的遗嘱不合物权法定主义的要求，不发生物权法上的效力，但可以发生债法上的效力，除非该遗嘱存在着无效的原因。在这里，物权法与债法的相互衔接和配合照样具有必要性，奉行意思自治原则的遗嘱制度恰恰能完成受法定主义羁绊的物权法“不可做”之事。

第十五章 地役权

本章界定了地役权；确立地役权自地役权合同生效时设立，登记后可以对抗善意第三人；示明地役权合同的一般条款，倡导采用书面形式；概括地役权人的基本权利和主要义务；确定地役权的从属性，未排斥地役权的不可分性；土地所有权人拟将承包地、宅基地作为供役地为他人设立地役权的，必须经过土地承包经营权、宅基地使用权等用益物权的物权人的同意；地役权的存续期限由当事人约定，但不得超过土地承包经营权等用益物权的剩余期限；列明解除地役权合同的事由；宣明地役权的变更登记、注销登记。

地役权的应用前景非常可观，可有如下类型：（1）以供役地供使用的，如通行、取水、排水的地役权；（2）以供役地供收益的，如得于供役地伐木或取得其他材料，作为需役地建筑的山林地役权，得自供役地采取石灰石、瓷土等原料，以供需役地需用的取得土地构成部分的地役权（在中国大陆，得先取得采矿权，然后有地役权制度的适用）；（3）为调整相邻关系而设立的，如设立需役地屋檐的雨水得直注相邻供役地的地役权，需役地竹木的枝根得逾越相邻供役地的地役权，相邻一方依其意志而选定通行路线和方法的通行地役权；（4）禁止或限制供役地为某种使用的，如禁止供役地建筑高楼或在一定范围内栽种高大植物，以免妨碍需役地的视线或采光的眺望或采光的地役权；禁止供役地开设可能污染生态环境的工厂，供役地不得为他种式样建筑的地役权；（5）为禁止营业竞争而设立的，如需役地所有权人或使用权人为了避免供役地与其营业竞争，禁止供役地经营相同的营业的地役权。可见，地役权的内容变化多端，具有多样性，在不违反公序良俗原则的范围内，有充分约定的空间，不动产权利人若善加利用，颇能增加其不动产的价值。^[246]

将上述地役权按照一定的区分标准予以分类，可有若干分类。其一，意定地役权与法定地役权。其区分标准为，地役权的设立是基于当事人的约定还是法律的直接规定。法定地役权，在不同的立法例及其理论上含义不尽一致。普通法上的法定地役权，相当于中国《民法典》上的相邻关系。《民法典》分设相邻关系和地役权，前者基于法律的直接规定当然存在，后者基于当事人的约定而设立。但是，若完全拘泥于当事人的约定，未必十分切合实际生活的需要。如川气东送等工程若采取地役权模式解决利用沿途土地的权利，就面临着土地权利人不同意签订地役权合同的危险。欲突破沿途土地权利人拒绝签订地役权合同的障碍，保障地役权肯定设立，以满足国民经济发展和保障国家战略安全，可有两条路径：一是规定强制缔约制度；二是设置法定地役权制度。区分意定地役权和法定地役权的法律意义在于，地役权的成立要件不同，在中国有必要承认法定地役权或强制缔约而生的地役权，以满足国计民生所必需项目的用地需求。其二，积极地役

权与消极地役权。其区分标准为，地役权是否以积极的作为为内容，或以供役人所负不作为义务为内容。所谓积极地役权，又称作为地役权，也叫容忍地役权，表现为地役权人可以在供役地上为一定作为，供役人负有容忍该行为的义务。通行地役权、排水地役权等为其例证。所谓消极地役权，又叫不作为地役权，表现为供役人在供役地上不得为一定行为，而非单纯的容忍义务。采光地役权、眺望地役权、禁止噪声及污染地役权等属于此类。区分积极地役权和消极地役权的法律意义在于，显现地役权内容的表现形式不同，法律调整的方式有异。其三，继续地役权与非继续地役权。其区分标准为，地役权行使或内容实现的时间是否有继续性。所谓继续地役权，是指权利内容的实现不必每次有地役权人的行为，而在时间上能继续无间的地役权。筑有道路的通行地役权、铺设输水管的取水地役权及其他消极地役权均属此类。所谓非继续地役权，是指权利内容的实现，每次均以有地役权人的行为为必要的地役权。这种地役权大概没有固定设施，尚未修建道路的通行地役权、无取水设施的取水地役权等为其例证。区分继续地役权与非继续地役权的法律意义在于，地役权能否因取得时效而取得。其四，表见地役权与非表见地役权。其区分标准为，地役权的存在是否表现于外部。所谓表见地役权，是指地役权的存在和行使，有人们从外部能够认知的客观事实的地役权。通行地役权、地表取水地役权、地表排水地役权等均属此类。所谓非表见地役权，是指地役权的存在无外形事实作为表现，人们不能从外部认知它的地役权。埋设管线地役权、眺望地役权、采光地役权等为其例证。区分表见地役权和非表见地役权的法律意义在于，非表见地役权不得因时效而取得。

第三百七十二条

地役权人有权按照合同约定，利用他人的不动产，以提高自己的不动产的效益。

前款所称他人的不动产为供役地，自己的不动产为需役地。

本条主旨

本条是关于地役权以及供役地、需役地的概念的规定。

相关条文

《物权法》第156条 地役权人有权按照合同约定，利用他人的不动产，以提高自己的不动产的效益。

前款所称他人的不动产为供役地，自己的不动产为需役地。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条是对《物权法》第156条的复制，第1款概括地役权的概念，第2款界定供役地、需役地。

二、地役权的概念

依本条第1款的规定，所谓地役权，是指按照合同约定，利用他人的不动产，以提高自己的不动产的效益所享有的用益物权。依本条第2款的规定，所谓他人的不动产，是供役地；所谓自己的不动产，为需役地。供役地的权利人，为供役人；需役地的权利人，是需役人，或曰地役权人。地役权具有如下法律性质。

（一）地役权系存在于他人不动产上的物权

根据本条的规定，只能在他人不动产上设立地役权，而不能在自己的不动产上设立地役权，因为土地权利人可以在其土地上依法为各种形态的使用，通常情况下没有设立地役权的必要。

[探讨]

法律设置地役权制度，不在于调节不动产的所有，而在于调节不动产的利用，且法律条文所谓“他人土地”或“自己土地”没有严格限制以土地所有权人的为限，故通说认为虽属同一人所有的二宗土地，其中一宗被他人所使用，如为该他人设立了典权或土地承包经营权，只要一宗土地有供另外一宗土地便宜之用的必要，仍可设立地役权。^[247]这符合实际需求，值得重视。站在立法论的立场上，未来修正《民法典》时，在一定情况下，应当允许在自己的不动产上设立地役权。

可以设立地役权的客体只能是不动产，包括土地、建筑物、构筑物及其附属物。该不动产既可以是他人所有的不动产，也可以是他人享有他物权的不动产，如建设用地使用权人占有的建设用地、土地承包经营权人占有的承包地、宅基地使用权人占有的宅基地等。一般来讲，在他人享有地役权的不动产上，不得与该地役权人再协商设立地役权。

地役权的客体，可以是一宗土地，或一宗土地及地上建筑物、构

筑物及其附属设施；也可以是一宗土地的特定部分。[248]

地役权的客体为土地时，不限于地表，也可以是地下空间或地上空间，后者即所谓区分地役权，属于空间权的一种。[249]

[辨析]

一种意见认为，建设用地使用权人、宅基地使用权人、土地承包经营权人可以允许他人在自己权利上设立地役权，从而使自己的权利成为供役地。[250]笔者对此持有异议，因为建设用地使用权、宅基地使用权和土地承包经营权均为法律上之力，属于抽象的东西，而地役权则以供役地的物质使用为目的[251]，对供役地为具体性的直接利用，或在供役地上通行，或在供役地上铺设管线，或在供役地上排水，等等，这些显然是在建设用地、宅基地、承包地等不动产本身上，而非权利上。至于建设用地使用权人等何以有权在他人所有的土地上为需役地人设立地役权，可以解释为土地所有权人已经向建设用地使用权人等用益物权人授予了设立地役权的权利。

（二）利用他人不动产是为了自己不动产的效益

地役权的目的在于自己不动产的效益，境外学说往往称作为自己土地便宜之用，以增进自己土地的价值。所谓便宜，系便利、利益之义[252]，或曰方便利益或便利相宜。此种便宜不限于经济上或有财产价值的方便利益，具有精神上或感情上的利益也包括在内。前者如以他人土地供自己土地通行之用而设立通行地役权，后者如为需役地的美观舒适而设立眺望地役权。还有，此项便宜，无须从客观上的情形斟酌，纵使客观上并非便宜且无必要，只要当事人愿意设立，法律没有限制的必要，除非它违反了法律、行政法规的强制性规定，或违背了公序良俗原则。最后，设立地役权，大多是为了提供需役地现在的效益。[253]《物权法》使用的术语是“效益”而非“便宜”，但可按前述“便宜”的意义理解此处的“效益”[254]。

至于本条所规定“效益”的内容，可由当事人自行约定，但不得违反法律、行政法规的强制性规定，不得违背公序良俗原则。

（三）地役权是为了需役地而存在的物权

地役权之目的在于为了需役地的效益，所以，一定要存在需役地和供役地这一对关系。这是地役权不同于土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权、海域使用权的不同之处，也是地役权从属性产生的原因。

[拓展]

有一种情形是，为了特定人的利益而设立权利，如甲没有需役地，只是在乙的A地欣赏美景5天。甲所享有的权利，是以乙的土地供自己个人利用为内容，而非以需役地的利益为目的，属于人役权，不是地役权。^[255]地役权和人役权的区别在于，地役权的享有人，为一宗土地的每个所有权人或土地使用权人，或者建筑物、构筑物及其附属设施的所有权人；而（限制的）人役权只能由某一特定的人享有，且不得让与和继承。^[256]

在实务中，供役地和需役地时常彼此相邻，不过，由于地役权的目的在于发挥自己不动产的效益，需役地和供役地相距较远亦无关系。例如，川气东送（四川省达州产的天然气输送至上海市）项目若采取地役权模式利用沿途土地，则四川省达州市的天然气矿区及沿途湖北省的某些土地，距离上海市可说是万水千山。这是地役权不同于相邻关系之处。

地役权既可以直接地为了需役地的效益，排水地役权属于此类；也可间接地为了需役地的效益，眺望地役权为其例证。

（四）地役权的内容原则上为不动产权利人的不作为义务

地役权的内容，重要的一方面，是供役人承担的义务。此类义务，原则上表现为供役人容忍地役权人的积极行为（通行、引水等），不对供役地进行一定的使用（不建造妨碍其他建筑物的权利人眺望、日照的建筑物等）。地役权的本质不是要求供役地所有人应当做某事（如除掉绿草以使景色更宜人，或出于同样的理由而在其上装饰某物），而是要求他承受某一行为或不实施某一行为。^[257]简言之，地役权不得以供役人的作为为内容，即如法谚所云：于作为不成立役权（servitus in faciendo consistere nequit）！^[258]之所以如此，主要是对早期劳役与徭役制度的历史性警觉^[259]；物权乃直接支配客体的权利，不能以他人的行为作为标的。^[260]不过，也有学者主张，由于地役权的本质是调节两项不动产的使用，为其使用，就难免需要设置与修缮某些设备。在这种情况下，由供役人承担类似必要设备的设置与修缮的附带行为的义务，作为地役权的内容，是可以成立的。^[261]上述意见，确有道理，值得中国物权法及其理论重视。

[引申]

如果使供役人负担某些以作为为内容的附随义务，可依合同约定或依法律规定而达到目的。例如，依一项地役权，水厂可以在邻地上

围井并引水，则就其所必要的设施，水厂自己负有维持义务。

而从需役人角度而言，地役权的内容可以是积极的行为，即需役人使用供役地的作为，如通行、排水等。

（五）地役权的主体为不动产的所有权人或使用权人

在《民法典》上，地役权人和供役地人，可以是不动产的所有权人（第378条），如集体土地所有权人或建筑物、构筑物及其附属设施的所有权人；也可以是不动产的使用权人，如土地承包经营权人（第378条）、建设用地使用权人（第383条等）、宅基地使用权人（第378条）。^[262]

（六）地役权具有从属性

这将在释评《民法典》第380条、第381条时再论，此处不赘。

（七）地役权具有不可分性

地役权的不可分性，是指地役权的发生、消灭或享有应为全部，不得分割为部分或仅为一部分而存在。它旨在确保地役权的设立目的，使之得为需役地的全部而利用供役地的全部。^[263]《民法典》对此虽然未加全面规定，但从合理设计地役权制度的要求出发，应予承认。

[引申]

（1）地役权的不可分性，从需役地角度看，毋宁说是地役权从属性的另一延伸。因为地役权既然从属于需役地而存在，自系从属于全部而非特定的某部分。^[264]

（2）中国不存在土地共有，地役权的不可分性仅发生于需役地、供役地的使用权为共有的场合。此言非虚。不过应看到，由于《物权法》上的供役地和需役地均可作为建筑物、构筑物及其附属设施，建筑物等共有的现象并不鲜见，地役权的不可分性在这些场合也发挥着作用。^[265]

1.发生的不可分性

需役地为共有的场合，各共有人不得仅就自己的应有部分取得地役权，必须就整个不动产设立地役权。因为地役权是为需役地的全部的便宜而取得的，是存在于供役地上的不可分的负担，自不可能为需

役地的应有部分而存在，亦非为特定人而存在，共有人中的一人取得地役权，系基于需役地而取得，非为其个人。^[266]《民法典》对此虽无明文，但从合理设计地役权制度的要求出发，应予承认。

以共有的不动产作为供役地设立地役权，即使是共有人中的一人设立的，各共有人也就全部共有的不动产承受地役权的负担，而非按其应有部分负担一部分。其道理在于，地役权是对供役地具体性的直接利用，不可能存在于抽象的“物”上，而应有部分系所有权享有的一定比例，是抽象的，故地役权只能设立于供役地的整体上，不会设立于应有部分。^[267]

【引申】

有专家学者认为，在中国台湾地区，地役权取得上的不可分性，既是源于地役权的特质，又是由应有部分的性质决定的，即，对于按照应有部分协议分管的特定部分的土地，共有人的分管权限不包括以其作为供役地设立地役权。^[268]

2. 消灭的不可分性

需役地为共有的场合，各共有人不得按其应有部分而消灭业已存在的地役权的一部分。假如一个共有人按其应有部分为消灭地役权一部分的行为（如抛弃），该行为不发生物权变动的效力。就共有人中一人发生的混同，地役权也不消灭。因为地役权是为需役地而存在的。^[269]《民法典》对此虽无明文，但从合理设计地役权制度的要求出发，应予承认。

供役地为共有的场合，各共有人也不得按其应有部分除去地役权的负担。因为供役地的负担存在于供役地，而非仅仅存在于供役地的共有人的应有部分之上。^[270]

3. 享有或负担上的不可分性

需役地或供役地无论是地役权设立前为共有，还是地役权设立后为共有，地役权归需役地的共有人共同享有，由供役地的共有人共同负担；而非归需役地的共有人分别享有，亦非由供役地的共有人分别负担。^[271]

需役地被分割的，其地役权为各部分的利益继续存在。例如，甲乙共享土地承包经营权的需役地，就丙的供役地设立排水地役权。其后，需役地的土地承包经营权被分割为两项独立的权利，甲乙各享有

一项，排水地役权仍为该两宗承包地及其经营权的利益而存在，即，甲乙均可继续为其承包地及其经营权的便宜而享有前述排水地役权。如果甲将其土地承包经营权转让给了丁，乙继续保有其土地承包经营权，则乙和丁有权为其承包地及其经营权的便宜而享有该排水地役权。但是，如果地役权的行使，依其性质只关乎需役地的一部分的，地役权仅就该部分继续存在。例如，甲乙共有的需役地，在丙的供役地设立丙不得在30米内建造建筑物的采光地役权。其后，需役地被分割成两宗土地，其中甲独享的一宗已经距离供役地30米之外，无须前述地役权的存在了。于是，该采光地役权仅为靠近供役地的部分需役地而存在。于此场合，丙有权请求甲注销其地役权的登记。需役地部分转让的，结论同上。^[272]

《民法典》关于“需役地以及需役地上的土地承包经营权、建设用地使用权部分转让时，转让部分涉及地役权的，受让人同时享有地役权”的规定（第382条），承认了地役权在享有上的不可分性。为使该条规定的适用更加合理，不妨将所谓“转让部分涉及地役权的”解释为含有“如果地役权的行使，依其性质只关乎需役地的一部分的，地役权仅就该部分继续存在”之义。

供役地被分割的，地役权就其各部分继续存在。例如，甲乙共享建设用地使用权的供役地，存在着为丙的需役地设立的通行地役权。其后，该供役地被分割为二宗建设用地，甲乙各享有一项建设用地使用权，前述地役权继续存在于甲乙各享有的建设用地之上。甲将其建设用地使用权转让给丁，结论亦然。但是，地役权的行使，依其性质只关于供役地的一部分的，地役权仅对该部分继续存在。例如，通行地役权所开辟的道路仅仅通过甲利用的建设用地的，则地役权仅仅继续存在于甲利用的建设用地上，乙利用的建设用地已无负担通行地役权的必要，应构成部分消灭地役权的原因。因而，乙有权请求丙注销存续于自己建设用地上的地役权的登记。^[273]

《民法典》关于“供役地以及供役地上的土地承包经营权、建设用地使用权等部分转让时，转让部分涉及地役权的，地役权对受让人具有法律约束力”的规定（第383条），已经承认了地役权在负担上的不可分性。为使该条规定的适用更加合理，不妨将所谓“转让部分涉及地役权的”解释为含有“如果地役权的行使，依其性质只关于供役地的一部分的，地役权仅对该部分继续存在”之义。

（八）地役权对供役地不具有独占性

地役权对供役地不具有独占性，在消极地役权场合表现得最为明显，即使是对积极地役权也同样适应。因为地役权设立后，供役地的

所有权人或使用权人仅在地役权行使的必要范围内，负有容忍或消极不作为的义务，在不妨碍地役权人行使其权利范围内，供役地的所有权人或使用权人的用益权能仍可继续存在。[274]

三、地役权与相邻关系

分析《民法典》的有关规定，地役权和相邻关系具有相同点，如两者都调节不动产的利用，均限制着一方主体的不动产所有权及使用权，都可以有通行、排水、用水、管线设置、采光等类型，等等。同时，两权也具有如下不同点。

1.地役权是基于当事人的约定设立的（《民法典》第372条以下），相邻关系基于法律的直接规定而存在（《民法典》第288条以下）。所以，对于地役权，规定了以登记作为公示方式，且具有对抗善意第三人的效力（《民法典》第374条）；而对于相邻关系，则无登记的必要，因为作为所有权的限制，相邻关系已经成为所有权及有关不动产物权的内容，只要所有权公示即可。在地役权移转上，也需要通过合同方式；而在相邻关系上，基于相邻关系而产生的权利（如通行权等）的移转，并不需要通过合同方式，而是通过法律规定。

2.地役权的目的在于提高需役地的效益；而相邻关系的目的在于调和相邻土地之间的利益，对相邻土地所有权及有关使用权进行限制，让土地所有权人及有关使用权人负担容忍的义务（《民法典》第375条）。

3.在相邻关系情况下，要求不动产之间必须是相邻的；而在地役权情况下，则无此要求。

4.地役权虽然具有从属性，却是一种独立的物权；而相邻权则不是独立的物权，只是一方的不动产所有权或其他不动产物权内容的扩张，对相邻他方的不动产所有权及有关使用权的限制。

5.地役权的取得可以有偿的，也可以是无偿的，究竟如何，取决于当事人双方的约定；而相邻关系则不存在有偿问题。

6.相邻关系与地役权之间如何分工和衔接？相邻关系“乃法律上当然而生之最小限度的利用之调节，仍未出所有权之范围，而地役权乃超越此最小限度外之一种更宽泛的调节，亦即依当事人之约定，而存于所有权之外一种从属性的物权，对于相邻关系之规定，常具有弥补其不足之功能”[275]。相邻关系与地役权在表现形式上可以是相同的，如法律规定了相邻通行关系，当事人可以约定通行地役权；法律

规定了相邻排水关系，当事人可以约定排水地役权；法律规定了相邻采光关系，当事人可以约定采光地役权；等等。但是，相邻关系与地役权在使权利人享有的利益的多寡上存在着不同，权利人行使权利给义务人造成的损害的程度不同。地役权使权利人享有的利益更多，给义务人造成的损害较大。^[276]如果说相邻关系制度相当于吃饱，地役权制度则相当于吃好。

相邻关系的类型是法定的，毕竟有限；而地役权则与此有别，当事人为了满足其需要可设立形形色色的类型，只要不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗原则。例如，上海市的甲与北京市的乙签订租赁合同，承租由乙享有物权的A地及地上建筑物；随后，承租人甲为使自己独占A地区域的餐饮经营业务，便与出租人乙签订地役权合同，约定乙不得允许他人在A地经营餐饮业。于此场合，只可设立地役权，绝不会形成相邻关系。

四、地役权与建设用地使用权

解决架设管线而需要长期利用他人土地的问题，在现行法上，不允许采用土地租赁权、土地承包经营权等制度，可借助于相邻关系、地役权和建设用地使用权制度。

相邻关系制度有两方面的局限性：一是两项不动产必须相邻；二是必须选择对相邻他方造成损失最小的路线和方法。对于诸如川气东送等远隔千山万水的项目用地，或超出了相邻关系制度所允许范围和程度的用地，相邻关系就爱莫能助，只剩下地役权和建设用地使用权两项制度可供选用。

就外表看来，地役权和建设用地使用权都有在他人土地上建造设施并保有所有权的目及功能。利用他人土地架设高压电线杆，或修建输油泵站，乃至修筑输水渠等，地役权和建设用地使用权均堪担当此任。其实，认真体会两项权利的目及功能，会发现差异。建设用地使用权的唯一的至少是主要的目及功能，就在于利用他人土地建造建筑物、构筑物及其附属设施并保有所有权；而地役权的目及功能多种多样，即使出现利用他人土地建造构筑物及其附属设施的情形，也只是辅助的或次要的目及功能，主要目及功能在此之外。例如，某大型发电站将电输往某电网，架设高压电线杆需要利用沿途土地，输送电力是主要目的，利用他人土地架设电线杆是次要目的，只是为了输送电力不得不采取的手段。再如，川气东送项目，将四川省达州所产天然气输送至上海市是主要目的，利用沿途土地铺设输气管道是次要目的，是为了输送天然气而必须采取的手段。这些场合利用土地的权利正符合地役权的特质，若一定固执地运用建设用地使用

权模式，虽然不是绝对不可以，但有些大材小用。此其一。

如果固执地采用建设用地使用权以解决利用沿途土地的正当根据，就必须征收集体所有的土地，足额补偿因集体土地所有权、土地承包经营权或宅基地使用权、农田水利等设施所有权、住宅及其附属设施所有权、青苗和树木等所有权灭失，而给集体经济组织、土地承包经营权人或宅基地使用权人、住宅所有权人或有关设施的所有权人造成的损失，成本十分高昂。而采用地役权制度，由于无须改变沿途不动产的权属，自然无须动用征收措施，也不存在足额补偿的问题，只需要按照电线杆、管道等占地的情形支付一些地租即可，成本低得很多。此其二。

采取建设用地使用权作为利用沿途不动产的正当根据，沿途耕地不再属于集体经济组织，耕地上的土地承包经营权消灭。可是，川气东送等工程项目的权利人——建设用地使用权人——并不长于耕种农地，依其职能只好闲置耕地，但这显然不符合国家保护耕地、不许耕地荒芜的政策。解决这个问题，还要借助于土地租赁、土地借用等制度。这些制度是否符合现行法的规定，尚有疑问。运用地役权则不存在此类麻烦，原因就在于供役地的权属依旧不变，农业承包经营户有权也有义务继续从事农林牧渔的生产经营活动。此其三。

[探讨]

诸如南水北调等工程项目的建设，对沿途土地的利用若采取地役权模式，会产生这样的疑问：需役人是只要取得地役权就能满足兴建输水渠及相关设施的全部条件呢，还是取得地役权以解决利用地基的权源问题，再取得建设用地使用权以使输水渠及相关设施的所有权归业主享有？对于需役人而言，前者的“单权源”方案显然最有效率，后者的“双权源”方案则增加不小的负担。我们应当尽可能选择“单权源”方案。当然，在需役人和地基的土地所有权人或使用权人之间的关系中，假如输水渠及相关设施的建造并保有是业主的唯一或主要目的，那么，需役人不取得建设用地使用权就是在规避法律；如果需役人利用地基而输水是主要目的，建造输水渠及相关设施仅仅是“为达到地役权之目的或实现其权利内容，所需之必要附随行为”^[277]，那么，需役人取得地役权就附带解决了输水渠及相关设施的所有权归属问题，无须再取得建设用地使用权。^[278]

第三百七十三条

设立地役权，当事人应当采用书面形式订立地役权合同。

地役权合同一般包括下列条款：

- （一）当事人的姓名或者名称和住所；
- （二）供役地和需役地的位置；
- （三）利用目的和方法；
- （四）利用期限；
- （五）费用及其支付方式；
- （六）解决争议的方法。

本条主旨

本条是关于地役权由地役权合同设立以及合同条款和书面形式的规定。

相关条文

《物权法》第157条 设立地役权，当事人应当采取书面形式订立地役权合同。

地役权合同一般包括下列条款：

- （一）当事人的姓名或者名称和住所；
- （二）供役地和需役地的位置；
- （三）利用目的和方法；
- （四）利用期限；
- （五）费用及其支付方式；
- （六）解决争议的方法。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条是对《物权法》第157条的复制，第1款规定地役权通过订立

地役权合同设立，要求合同采用书面形式；第2款示明地役权合同的一般条款。

二、以书面形式的地役权合同设立地役权

本条第1款规定设立地役权需要当事人双方订立书面形式的地役权合同，含有如下几层意思：（1）地役权的设立不是原始取得，而是创设的继受取得，属于基于法律行为而发生的不动产物权变动。其潜台词是只有地役权合同合法、有效，地役权才可以设立；若该合同不成立、被撤销、无效，则地役权未设立。（2）地役权合同应当采用书面形式。虽然本条措辞为“应当采用书面形式”，但也不应把该规定理解为强制性规定，更不应将之确定为效力性的强制性规定。因为强制性规定系调整社会公共利益关系的法律规定，该规定调整的是住宅所有权人与地役权人之间的利益关系，不属于社会公共利益关系，所以它非为强制性规定。不过，该规定毕竟呼吁当事人“应当采用书面形式”，这不同于典型的任意性规定，王轶教授把它划归倡导性规定^[279]，笔者予以赞同。（3）尽管如此，书面形式仍很重要，至少在证据法上，在个案中，虽然当事人双方未签书面形式的地役权合同，但只要地役权人举证成功双方之间的确存在地役权关系，就应当予以肯定的认定，支持地役权人的此项主张。

三、地役权合同的条款

本条第2款示例了地役权合同的一般条款，这便于人们在订立地役权合同时参考、模仿，使合同趋于完整，因而它们具有行为规范的属性。

本条第2款第1项规定的当事人的姓名或者名称，应为主要条款，因为欠缺当事人的姓名或者名称，合同项下的权利义务便无所依附，不知由谁履行义务，向谁清偿，失去意义。在地役权合同采用书面形式的情况下，假如合同文本上未填写当事人的姓名或名称，那么，地役权人欲主张自己为地役权人，举证证明的难度就相当大。如果他已经时常往返于供役地，他与供役地的所有权人之间不存在诸如租赁、借用等关系，那么，可以时常往返于供役地的事实作为证据（事实自证）来证明其与供役地的所有权人之间存在地役权合同。供役地的所有权人拟否认该种主张，需要举反证来推翻。或者，地役权人举证录音、录像或出具证人证言等，来举证证明其为地役权人。

本条第2款第1项规定的当事人的住所条款，属于合同的一般条款，而非主要条款，因其主要在送达、诉讼管辖或履行地点的确定等方面起作用，在当事人身份的甄别方面其辅助作用，

本条第2款第2项规定的供役地和需役地的位置，亦为主要条款，因为供役地系需役地获取效益/便宜的对象，无具体位置便不知道何处获取效益/便宜。供役地的权利人不仅负有容忍地役权人由自身获取效益/便宜的义务，也有权监督、对抗地役权人的超限度索取，而需役地的位置就是判断地役权人超限度与否的因素之一。可见，合同条款遗漏供役地和需役地的位置，地役权行使的对象便不具体、明确，地役权和行使适度与否也难清晰。为了清楚地界地役权行使的范围和限度，明确界定供役地，减少乃至避免纷争，地役权合同文本上明确供役地和需役地的位置十分必要。

本条第2款第3项要求的“利用目的和方法”条款，非常重要，是解释地役权的核心基准点，是判断地役权行使是否适度的根本标准，是判断供役地的权利人在哪些方面有权对抗地役权人的不当主张的重要标准之一，故为主要条款。假如合同文本上欠缺此项条款，就需要根据地役权的本质属性，综合个案的多种因素探求之。

本条第2款第4项规定“地役权期限”为地役权合同的条款之一，是因为地役权为有期物权，且有长有短，长短如何事关当事人双方的权益关系，其重要性也不低。也正因如此，当事人不得约定永久期限的地役权，以免加重供役地的权利人的负担，阻碍存在于供役地上的他物权的转让。如果地役权合同遗漏此项条款，应当按照《民法典》第510条的规定，当事人可以协议补充；不能达成补充协议的，按照个案中的地役权的性质、具体目的、地役权人的特殊情况以及当地习惯，予以考量、确定。

本条第2款第5项把“费用及其支付方式”作为地役权合同的条款之一，是因为地役权的设立以有偿为基本面，若不约定此项内容，则可能意味着供役地的权利人放弃对价请求权。由此可见，“费用及其支付方式”不是地役权合同的主要条款。此其一。一旦地役权合同约定有费用，如何支付也影响着供役地的权利人的利益实现得顺利与否，故地役权合同应当约定“费用及其支付方式”。此其二。

本条第2款第6项示例“解决争议的方法”为地役权合同的条款之一，考虑周全，充分尊重意思自治。所谓解决争议的方法，例如仲裁、诉讼，在仲裁或诉讼过程中达成和解，庭外和解等。该条款不属于合同的主要条款，因为欠缺它，地役权合同照样成立。

第三百七十四条

地役权自地役权合同生效时设立。当事人要求登记的，可以向登

记机构申请地役权登记；未经登记，不得对抗善意第三人。

本条主旨

本条是关于地役权合同生效为地役权设立的生效要件，登记为对抗要件的规定。

相关条文

《物权法》第158条 地役权自地役权合同生效时设立。当事人要求登记的，可以向登记机构申请地役权登记；未经登记，不得对抗善意第三人。

《不动产登记暂行条例实施细则》第60条 按照约定设定地役权，当事人可以持需役地和供役地的不动产权属证书、地役权合同以及其他必要文件，申请地役权首次登记。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条是对《物权法》第158条的复制，前段确立地役权合同生效为地役权设立的生效要件；中段明确地役权登记采取当事人申请制，而非不动产登记机构依职权强制登记；后段宣明地役权登记为对抗要件。

二、通过地役权合同设立地役权

（一）地役权合同的当事人和订立

地役权合同的当事人，包括需役人和供役人。前者又被称为地役权人，是享有设立有利于自己不动产的权利人；后者是享有为他人不动产的效益而设立地役权的人。他们双方订立地役权合同。

1. 供役人

在中国，土地和建筑物、构筑物及其附属设施是各自独立的两个物。房屋所有权人有权以其建筑物、构筑物及其附属设施为他人不动产的效益而设立地役权。房屋的承租人不得为他人不动产的效益设立地役权。土地所有权人可以其土地为需役人设立地役权。但土地上已设立土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权等权利的，未经用益物权人同意，土地所有权人不得设立地役权（《民法典》第

379条)。也就是说,在土地上存在上述土地承包经营权等用益物权的情况下,土地所有权人为他人不动产的效益而设立地役权,需要经过土地承包经营权人等用益物权人的同意。因为此时,土地所有权人设立的地役权直接影响了土地承包经营权等用益物权的行使。

如果土地所有权人未经用益物权人的同意设立地役权的,地役权合同违反了《民法典》第379条的强制性规定,应当归于无效,地役权并不成立。在业已办理完毕地役权登记的情况下,应当注销该项登记(《民法典》第385条)。

[探讨]

在业已办理完毕地役权登记,善意第三人以合理的费用受让,而且办理完毕变更登记手续的情况下,该第三人能否依据《民法典》第311条第3款的规定善意取得该地役权?严格按照善意取得以公示的公信力为理论和逻辑前提的观点,因《民法典》不强求地役权必须公示,且未赋予地役权登记的公信力(《民法典》第374条),故地役权不存在善意取得问题。若宽松地理解善意取得制度的基础,务实地解决善意受让人以合理费用受让地役权的问题,可能会有相反的结论。对此,需要继续探讨。还可以另辟蹊径,在善意取得制度之外,承认善意第三人取得地役权。

土地承包经营权人、建设用地使用权人、宅基地使用权人,对承包地、建设用地或宅基地虽无所有权,但有权以承包地、建设用地或宅基地为他人不动产的效益设立地役权(《民法典》第380条、第383条等)。但是,地役权人不得在该不动产上为其他不动产设立地役权。

2.需役人

对于需役人,法律上没有严格限制,在理论上,不动产的所有权人或使用人,包括房屋承租人、土地承租人等都可以成为需役人。

(二)地役权合同生效

根据本条前段的规定,地役权自地役权合同生效时设立。如果地役权合同未约定合同的特别生效要件,法律、法规也未规定特别的生效要件,则地役权合同成立之时就是该合同生效之日(《民法典》第502条第1款正文)。如果地役权合同或法律、法规有这方面的要求,则依其要求确定地役权生效的时间点。

（三）地役权的登记

地役权是一种物权，一般应有公示要件，但考虑到中国实际情况，《民法典》采取了登记为对抗要件的模式，于第374条规定，地役权自地役权合同生效时设立。当事人要求登记的，可以向登记机构申请地役权登记；未经登记，不得对抗善意第三人。《不动产登记暂行条例实施细则》对此予以细化：“按照约定设定地役权，当事人可以持需役地和供役地的不动产权属证书、地役权合同以及其他必要文件，申请地役权首次登记”（第60条）。“地役权登记，不动产登记机构应当将登记事项分别记载于需役地和供役地登记簿”（第64条第1款）。“供役地、需役地分属不同不动产登记机构管辖的，当事人应当向供役地所在地的不动产登记机构申请地役权登记。供役地所在地不动产登记机构完成登记后，应当将相关事项通知需役地所在地不动产登记机构，并由其记载于需役地登记簿”（第64条第2款）。

所谓对抗，是于彼此利害相反时才发生的事项，处于这种关系中的人，只限于就主张地役权登记欠缺有正当利益的第三人，对于并无这种利益的第三人，无登记亦可对抗。此处的第三人，是指除地役权设立、转让、消灭的当事人以外的人，但应有限制：不得对抗的第三人，包括就同一不动产最终拥有互不相容权利的人，包括有关合同权利（如租赁权）的人，善意或恶意，在所不问。^[280]

地役权未为登记，也可对抗的第三人，或者说不得否认地役权效力的人，包括以下几类：（1）以不公正的手段妨碍地役权人获得登记的人，或负有协助登记义务而不履行的人，以及主张欠缺登记这一理由明显违背诚实信用的人，均属无登记的地役权人能够对抗的人。（2）虽然从外形上看似拥有与主张拥有地役权的人不相容的权利，而实体上却没有任何真实权利的人，一般被称为实质上无权利之人。无登记的地役权人能够对抗他。（3）侵权行为人，是指侵害不动产的人，而且不具有交易当事人的身份。他也属于无登记的真实权利人能够对抗的人。^[281]

[反思]

一种意见认为，诸如为了粉刷外墙、整修栏栅等而需要设立地役权的情形，若采取登记为生效要件主义，就把本来简单的事项复杂化，办理登记手续远比粉刷外墙等事项麻烦，不如采取登记为对抗要件主义，既不损害善意第三人的合法权益，地役权的产生也快捷。《物权法》采纳了这种意见（第158条），《民法典》予以承继（第374条）。

笔者认为，这需要反思。第一，地役权只是解决问题中可供选择的一种途径，不排斥当事人选择债权的方式，甚至友情等非法律的路径。对于粉刷外墙、整修栏栅等事项的处理，需役地人若嫌登记麻烦，完全可以通过与供役地的权利人订立借用或租赁等合同，从而享有债权的方式，达到目的。因此，以登记烦琐为由反对登记为地役权生效要件的模式，有因噎废食之嫌。第二，把登记作为地役权的对抗要件，使得现行法上的物权变动模式过于多样化，即使是基于法律行为的物权变动模式也不统一。鉴于多样化不利于人们对法律的理解和掌握，除非不得已，应当以统一化为目标。既然《物权法》《民法典》总的精神是基于法律行为的不动产物权变动以登记为生效要件，那么，《物权法》《民法典》的分则应当只在具备充分理由时才设置例外。第三，不要低估登记为地役权设立的生效要件对于减少纠纷、有利于交易安全等方面的积极作用。^[282]第四，地役权的牵涉面多于居住权，并且，如果说居住权仅仅为当事人双方之间的私事关系，那么，地役权有时事关社会公共利益，如有些埋设输油/汽管道、修建城镇用水的输水渠，于此场合赋予地役权的登记具有公信力，更加必要。因此，举轻以明重，连居住权的设立都采取登记为生效要件主义，何况地役权乎？！

第三百七十五条

供役地权利人应当按照合同约定，允许地役权人利用其不动产，不得妨害地役权人行使权利。

本条主旨

本条是关于供役地的权利人所负基本义务的规定。

相关条文

《物权法》第159条 供役地权利人应当按照合同约定，允许地役权人利用其土地，不得妨害地役权人行使权利。

理解与适用

本条是对《物权法》第159条的复制，规定了供役地的权利人负担的基本义务，大致表现在如下几个方面。

1. 不作为义务

以不作为义务为地役权内容时，供役地权利人当然负担有不作为

的义务。

2.容忍义务

按照本条的规定，对于以使用为内容的地役权，供役地权利人应当按照合同约定，允许地役权人利用其土地，不得妨害地役权人行使权利。所谓按照合同约定，就是确定供役地的权利人容忍义务的限制，同时在确定地役权人的权利边界。如果地役权人超出了权利范围，供役地权利人就不再负有容忍义务，且有权要求其停止超越范围的行为。

3.附随义务

地役权不得以供役地权利人的积极作为为内容，但供役地权利人得在某些情况下负担某些附随义务，如在供役地上为地役权人设立通行地役权时，供役地权利人有交通安全保障义务，但可以通过约定由地役权人承担。即使地役权合同没有对此约定，依地役权的本质属性，供役人也应当有此义务。

4.维持修理设施费用的分担义务

供役地的权利人使用地役权人建造的设施，应按其受益的程度分担维持修理设施的费用，除非当事人之间另有约定。^[283]地役权合同约定了这方面的内容，无须赘言，就是地役权合同没有约定该项义务，依事理也应该由供役地的权利人分担些费用。

第三百七十六条

地役权人应当按照合同约定的利用目的和方法利用供役地，尽量减少对供役地权利人物权的限制。

本条主旨

本条是关于地役权人所享基本权利、所负消极义务的规定。

相关条文

《物权法》第160条 地役权人应当按照合同约定的利用目的和方法利用供役地，尽量减少对供役地权利人物权的限制。理解与适用

本条是对《物权法》第160条的复制，规定了地役权人所享基本

权利、所负消极义务，大致表现在如下几个方面。

1.对供役地使用的权利

根据本条的规定，以使用供役地为内容的地役权被设立后，地役权人即有权使用供役地，但必须按照合同约定的利用目的和方法使用，尽量减少对供役地的权利人物权的限制。例如，供役地的权利人经营旅店，地役权人享有通行地役权，如果将通路改至旅店另一侧，可减少对其房客的侵扰，且不影响地役权人的通行，则供役地的权利人可以请求改道。还有，供役地的权利人有时可以与地役权人共同使用供役地，若地役权人已经在供役地上建造了必要设施，则供役地的权利人在不妨碍地役权行使的前提下应有权使用此类设施，以免供役地的权利人重复建造之烦。^[284]这也是地役权的行使应当尽量减少限制供役地的权利人物权的表现。再就是，在地役权的行使限于供役地一部分的情况下，供役地的权利人认为该部分的使用对其有特殊不便利的情况下，可以请求将地役权的行使，迁移至其他适于地役权人利益的场所，迁移费用由供役地的权利人承担。^[285]于此场合，《不动产登记暂行条例实施细则》第61条第1款第4项规定，应当办理地役权变更登记。

如果地役权人超出约定范围或限度使用供役地时，供役地权利人可以行使物权请求权，在发生损害时，还可以请求损害赔偿。

在设立地役权后，供役地的范围可否根据需役地的需要而当然增减？如设立取水地役权时，有10人需要用水，待2年后，增至12人用水，是否当然允许？学说分歧较大。一种意见认为，对地役权的范围，当事人间有详细的约定时，自应以约定时的登记范围为准，不得因当事人一方的需求而当然加以改变。如果没有详细约定，则地役权既然是为需役地的便宜而存在的，在需求自然增加时，地役权的范围可以随之增大。^[286]其思路值得我们重视。地役权的范围已被登记的情况下，依其登记，是确定物权效力的最重要的依据。在这样的前提下，《不动产登记暂行条例实施细则》规定：“经依法登记的地役权发生下列情形之一的，当事人应当持地役权合同、不动产登记证明和证实变更的材料等必要材料，申请地役权变更登记：……（三）需役地或者供役地自然状况发生变化”（第61条第1款第3项）。“供役地分割转让办理登记，转让部分涉及地役权的，应当由受让人与地役权人一并申请地役权变更登记”（第61条第2款）。不过，鉴于《民法典》不强求地役权登记，在尚未办理地役权登记的情况下，应依地役权合同的约定；无约定时，按照公平原则，根据具体情况加以确定。有的需要供役地权利人同意，有的需要增加费用。

2. 实施必要的附随行为、设置并保有必要设施的权利

地役权人因行使或维持其权利，有权为必要的附随行为，也可以设置一些设备。所谓必要的附随行为，不是指行使地役权的行为，如取水地役权场合不是指取水行为，而是指为达到地役权目的或实现其权利内容所必需的附随行为，如取水地役权场合为达取水目的而通行于供役地的行为，或铺设引水管道的行为。^[287]

上述附随行为不仅表现为单纯的行为，如通行于供役地，而且包括设置必要的构筑物及其附属设施的行为，如为取水而在供役地上铺设引水管道。地役权人对此类设施保有所有权。^[288]

在地役权人设置并保有必要设施的情况下，按照《不动产登记暂行条例实施细则》第61条第1款第3项、第4项的规定，办理地役权变更登记。

[探讨]

地役权人为达到地役权目的或实现其权利内容所必需的附随行为（如取水地役权场合为达取水目的而通行于供役地的行为，或铺设引水管道的行为），在法国民法上，也是地役权人承担的从属于地役权的给付义务，供役人有权请求地役权人实施。^[289]此类从属义务与具备这种特点的地役权相适应。^[290]

供役人请求地役权人履行这种从属义务的权利，也叫给付请求权。其法律性质处于较为“古怪”的状态。在认定这种给付请求权的性质方面发生的冲突，使物权和债权之间的区别变得模糊起来。^[291]

3. 地役权人享有优先权

地役权人使用供役地，不具独占性，不仅可与供役地权利人共同使用供役地，而且因供役地上可设立多个地役权而发生数个地役权人均使用同一宗供役地的情况。各个人的使用相互不冲突时固无问题，发生冲突时适用何种规则？笔者将在释评《民法典》第378条、第379条时再论，此处不赘。

4. 物权请求权

在地役权受到妨害或侵害时，地役权人可以基于本权行使妨害防止请求权以及妨害排除请求权，如他人的建筑物有倒塌的危险，并阻碍其通行的道路，地役权人即可行使妨害防止请求权，请求其为必要的预防措施，但地役权人无所有物返还请求权。

在德国法上，还赋予地役权人基于占有的防御请求权（《德国民法典》第1029条），此时，地役权人享有的是一种权利占有，准用基于占有的请求权规则。

5. 转让地役权的权利

地役权人有权转让地役权，包括买卖、互易、赠与地役权以及将地役权出资入股等形式。按照《民法典》的规定，转让地役权时不得违反地役权的从属性、不可分性等要求（第380条、第381条）。

已经登记的地役权转让的，应当及时办理变更（转移）登记（《民法典》第385条）。已经登记的地役权因土地承包经营权、建设用地使用权转让发生转移的，当事人应当持不动产登记证明、地役权转移合同等必要材料，申请地役权转移登记（《不动产登记暂行条例实施细则》第62条第1款）。否则，其转让不得对抗善意第三人。申请需役地转移登记的，或者需役地分割转让，转让部分涉及已登记的地役权的，当事人应当一并申请地役权转移登记，但当事人另有约定的除外。当事人拒绝一并申请地役权转移登记的，应当出具书面材料。不动产登记机构办理转移登记时，应当同时办理地役权注销登记（《不动产登记暂行条例实施细则》第62条第2款）。

6. 以地役权设立抵押权的权利

地役权人有权将地役权抵押给他人，只是不得单独抵押（《民法典》第381条前段）。因为地役权被单独抵押的，在实现抵押权时，地役权人与需役地权利人就不是同一个人了，最终导致地役权与需役地（权利）的分离。为了贯彻地役权人和需役地权利人为同一个人的精神，《民法典》规定，土地承包经营权、建设用地使用权等抵押的，在实现抵押权时，地役权一并转让（第381条后段）。如此规定的另一个原因在于，需役地上的土地承包经营权、建设用地使用权被抵押的，土地承包经营权人、建设用地使用权人的地役权原则上也被抵押。

以地役权设立抵押权时，按照《不动产登记暂行条例实施细则》第61条第1款第4项的规定，办理地役权变更登记。

7. 费用支付义务及减少请求权

在地役权有偿设立的情况下，地役权人负有向供役地权利人支付费用的义务。费用的数额及支付方法，有约定时依其约定，无约定时依公平原则，根据具体情况加以确定。

在原本无偿设立地役权，但其后供役地权利人的负担增加，且为当初无法预料的，地役权人继续无偿使用供役地，显失公平的，供役地权利人可请求法院酌定费用。相反，原本有偿设立地役权，其后显示费用过高，地役权人可请求法院酌情减少费用。[292]

8.地役权人对其建造的必要设施，负有维持修理的义务。因此支出之费用，应自行承担。

9.地役权人负有尽量减少对供役地权利人物权的限制的义务（《民法典》第372条）。

第三百七十七条

地役权期限由当事人约定；但是，不得超过土地承包经营权、建设用地使用权等用益物权的剩余期限。

本条主旨

本条是关于地役权的存续期限不得超过供役地上的用益物权存续期限的规定。

相关条文

《物权法》第161条 地役权的期限由当事人约定，但不得超过土地承包经营权、建设用地使用权等用益物权的剩余期限。

理解与适用

本条是对《物权法》第161条的承继，本条正文奉行意思自治原则，把地役权的存续期限交由当事人双方约定，本条但书限制当事人双方关于地役权的存续期限的约定，即不允许地役权的存续期限超过土地承包经营权、建设用地使用权等用益物权的剩余期限。

本条但书所谓“等用益物权”，如土地经营权、居住权。其中的建设用地使用权，包括国有建设用地使用权、集体经营性建设用地使用权。

对于本条但书的限制，笔者倾向于限缩其适用范围，即其主要适用于供役地的权利人为土地承包经营权人或土地经营权人或建设用地使用权人的场合，不完全适用于供役地的权利人为不动产所有权人的领域，更不适用于供役地为房屋的情形。

在供役地的权利人为土地承包经营权人或土地经营权人或建设用地使用权人的情况下，如果地役权的存续期限超过了土地承包经营权或土地经营权或建设用地使用权等用益物权的剩余期限，那么，就超过的剩余期限而言，是土地承包经营权、土地经营权、建设用地使用权等用益物权已经消灭了，所谓供役地的“权利人”已经不再是权利人，他以供役地的权利人的名义与需役地的权利人合意设立地役权，等于无权处分，无端地剥夺了土地所有权人的合法权益。在土地经营权人与需役地的权利人合意设立地役权的场合，就意味着侵害了土地承包经营权人的权益。此其一。该项结论的可采性还可以联系地役权规则及理论予以佐证。土地承包经营权、建设用地使用权等用益物权的存续期限届满，用益物权归于消灭，承包地、建设用地或宅基地不再是需役地，地役权因无需役地而归于消灭。这也体现出地役权的从属性。可见，约定地役权的存续期限超过土地承包经营权等用益物权的剩余期限没有意义，不会有积极的法律价值。此其二。假如允许超过土地承包经营权、土地经营权、建设用地使用权的剩余期限，就不符合所有权的弹力性，就会损害土地所有权人的权益。于此场合，土地所有权人主张物权请求权，酿成较为复杂的法律关系。假如允许超过土地承包经营权的剩余期限，土地承包经营权人行使物权请求权，同样形成复杂的法律关系。此其三。

应当指出，本条不应适用于土地所有权人以其土地作为需役地而设立地役权，以及以建筑物、构筑物及其附属设施作为需役地而设立地役权的场合。因为于此场合土地承包经营权等用益物权因存续期限届满而消灭时，需役地依然存在，不动产所有权人和供役人约定的地役权存续期限长于土地承包经营权等用益物权的存续期限，也不妨碍地役权的目的及效能。

之所以本条但书不完全适用于供役地的权利人为不动产所有权人的领域，是因为土地所有权人与需役地的权利人合意设立土地承包经营权或建设用地使用权等用益物权时已经有言在先，设立此类权利不阻碍土地所有权人以其土地作为供役地为他人设立地役权，既然如此，于此场合，土地所有权人有权与需役地的权利人合意设立地役权，地役权的存续期限长于土地承包经营权、土地经营权、建设用地使用权等用益物权的剩余期限的，就更具有正当性。

之所以本条但书不适用于供役地为房屋的情形，是因为于此场合不存在土地承包经营权、土地经营权、建设用地使用权。

第三百七十八条

土地所有权人享有地役权或者负担地役权的，设立土地承包经营权、宅基地使用权等用益物权时，该用益物权人继续享有或者负担已设立的地役权。

本条主旨

本条是关于承包地、宅基地上已有地役权或同时为供役地时，该宗土地上可以并存地役权、土地承包经营权、宅基地使用权等用益物权的规定。

相关条文

《物权法》第162条 土地所有权人享有地役权或者负担地役权的，设立土地承包经营权、宅基地使用权时，该土地承包经营权人、宅基地使用权人继续享有或者负担已设立的地役权。

理解与适用

本条是对《物权法》第162条的复制，含有几层意思：（1）土地所有权人甲就A地享有地役权之后，乙又就A地取得土地承包经营权，甲的地役权可以与乙的土地承包经营权并存于A地；或者丙又就A地取得宅基地使用权，甲的地役权可以与丙的宅基地使用权并存于A地。（2）土地所有权人甲将其A地作为供役地为丁设立地役权之后，又把A地发包给乙，乙取得A地的土地承包经营权。丁的地役权与乙的土地承包经营权并存于A地。（3）土地所有权人甲将其A地作为供役地为丁设立地役权之后，又把A地作为丙的宅基地，于此场合，丁的地役权与丙的宅基地使用权并存于A地之上。

在“（1）”的场合，甲的地役权设立在先，其效力不因乙取得土地承包经营权、丙取得宅基地使用权而受影响，换个角度说，土地承包经营权人乙、宅基地使用权人丙必须容忍地役权这个负担。这就是本条所谓土地承包经营权人、宅基地使用权人“该用益物权人继续……负担已设立的地役权”的意思。

如果土地所有权人甲未将A地已经存在地役权的信息告知与乙、丙，乙行使土地承包经营权受到限制，因此遭受损失，乙有权请求甲承担违约责任；丙行使宅基地使用权受到限制，因此遭受损失，丙也有权请求甲承担违约责任。

在“（2）”和“（3）”的场合，土地所有权人甲就A地必须容忍丁享有并行使地役权，这就是本条所谓丁这个“用益物权人继续享

有……已设立的地役权”的意思。此其一。土地承包经营权乙、宅基地使用权丙必须容忍丁的地役权。这也是本条所谓土地承包经营权人、宅基地使用权人“该用益物权人继续……负担已设立的地役权”的意思。

如果土地所有权人甲未将A地已为供役地的事实告知乙、丙，乙行使土地承包经营权受到限制，因此遭受损失，乙有权请求甲承担违约责任；丙行使宅基地使用权受到限制，因此遭受损失，丙也有权请求甲承担违约责任。

第三百七十九条

土地上已设立土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权等用益物权的，未经用益物权人同意，土地所有权人不得设立地役权。

本条主旨

本条是关于土地所有权人若拟就土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权等用益物权的客体再为第三人设立地役权，须经土地承包经营权人等用益物权人同意的规定。

相关条文

《物权法》第163条 土地上已设立土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权等权利的，未经用益物权人同意，土地所有权人不得设立地役权。

理解与适用

本条是对《物权法》第163条的承继，其确立的规则是：土地所有权人若拟就土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权等用益物权的客体再为第三人设立地役权，必须经过土地承包经营权人等用益物权人的同意。

结合《民法典》第374条后段关于“未经登记，不得对抗善意第三人”的规定，观察本条的规定，可知其确立了如下规则：（1）土地所有权人经过土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权等用益物权的物权人的同意后，为第三人设立地役权，该等用益物权人须容忍地役权人使用供役地。（2）土地所有权人在未经土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权等用益物权的物权人同意的情况

下，为第三人设立地役权，该第三人为恶意的，土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权等用益物权的效力优先于地役权的效力。（3）土地所有权人在未经土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权等用益物权的物权人同意的情况下，为第三人设立地役权，该第三人为善意的，土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权等用益物权的物权人须容忍地役权人使用供役地。

土地所有权人在未经土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权等用益物权的物权人同意的情况下，为第三人设立地役权，土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权等用益物权的物权人因此遭受损失的，土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权等用益物权的物权人有权请求土地所有权人承担违约损害赔偿责任。

第三百八十条

地役权不得单独转让。土地承包经营权、建设用地使用权等转让的，地役权一并转让，但是合同另有约定的除外。

本条主旨

本条是关于地役权具有从属性，可随土地承包经营权、建设用地使用权等转让而转让的规定。

相关条文

《物权法》第164条 地役权不得单独转让。土地承包经营权、建设用地使用权等转让的，地役权一并转让，但合同另有约定的除外。

《不动产登记暂行条例实施细则》第62条 已经登记的地役权因土地承包经营权、建设用地使用权转让发生转移的，当事人应当持不动产登记证明、地役权转移合同等必要材料，申请地役权转移登记。

申请需役地转移登记的，或者需役地分割转让，转让部分涉及已登记的地役权的，当事人应当一并申请地役权转移登记，但当事人另有约定的除外。当事人拒绝一并申请地役权转移登记的，应当出具书面材料。不动产登记机构办理转移登记时，应当同时办理地役权注销登记。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条是对《物权法》第164条的复制，宣明地役权具有从属性，地役权随着土地承包经营权、建设用地使用权等转让而转让，但当事人另有相反约定的，依其约定。

二、地役权具有从属性

（一）总说

地役权本质上为独立的物权，但系为提高需役地的便宜而成立，与需役地相结合，因而提高其效益的物权，故从属于需役地，具有从属性。换句话说，地役权的存续以需役地的存在为前提，与需役地的所有权或其他不动产物权同其命运，与抵押权、质权或留置权从属于主债权而存在的情形相仿。^[293]所谓同其命运，是指地役权为需役地权利之从，不得由需役地分离而转让，或成为其他权利的标的物。这就是本条前段由来的根据。

（二）地役权不得由需役地分离而转让的三种情形

1.需役地的所有权人不得自己保留需役地的所有权，而将地役权单独转让给他人；同理，需役地的用益物权人不得自己保留需役地的用益物权，而将地役权单独转让给他人。地役权人违反本条前段关于“地役权不得单独转让”的规定，地役权的转让无效，受让人不能取得地役权，地役权仍为需役地而存在。地役权人违反该条关于“土地承包经营权、建设用地使用权等转让的，地役权一并转让”的规定，以合同特约“地役权不随同土地承包经营权、建设用地使用权等权利的转让而转让”的，在地役权系土地所有权人以其土地作为需役地而设立的情况下，因土地所有权没有移转，需役地仍然存在，土地所有权人保留其地役权的约定没有违反地役权从属于需役地的性质，故该约定应当有效；但是，如果地役权系土地承包经营权人、建设用地使用权人或宅基地使用权人为其承包地、建设用地或宅基地的便宜而设立的场合，土地承包经营权、建设用地使用权或宅基地使用权转让，当事人以合同特约地役权不随之转让，则违反了地役权从属于需役地的固有性质，应当归于无效。可见，本条后段所谓“但合同另有约定的除外”的但书，文义涵盖过宽，应当限缩其适用范围。

[引申]

A.地役权的从属性是否为地役权的固有属性？这直接涉及地役权的从属性可否被当事人以约定排除或限制，以及当事人关于限制或排除从属性的约定，是否具有法律效力。部分有效，还是全部无效。

物权的法律性质，有些是物权固有的，如物权人支配标的物的属性，即为此类；另一些性质则是因立法政策而被立法者所“强加的”，如抵押权的不可分性。地役权的从属性属于何者？

我们应当将从属性作为地役权的固有属性，其理由如下：其一，从概念入手：地役权乃为需役地的便宜/效益而存在的权利。由此决定，地役权不得与需役地分离而单独存在，换言之，地役权为需役地的从物权。^[294]其二，从构成着眼：地役权的发生恒以存在着两个土地为前提，否则，地役权无以成立。^[295]《德国民法典》将地役权视为需役地的构成部分（第96条），《瑞士民法典》也是如此看待（第65条、第731条）的。^[296]成分，属于物的构成部分，脱离该物便无所谓成分；地役权作为需役地的成分，自然无法脱离需役地而单独存在。其三，从历史审视：地役权滥觞于罗马法，《法学阶梯》1.2.3.3规定：地役权等役权“之所以被称为对不动产的役权，乃因为没有不动产它们就不可能设立。事实上，任何人，除非他有不动产，都不能获得对都市或乡村不动产的役权；任何人，除非他拥有不动产，也不会对都市或乡村不动产役权承担义务”^[297]。由此可见，地役权离不开需役地。其四，从本质揭示：甲说认为，地役权为需役地所有权的延长。乙说主张地役权系增加需役地价格的状态。这是罗马法以来的通说。^[298]丙说则谓，地役权的主体为需役地，地役权为从属于需役地的权利。^[299]这些学说十分明显地反映出没有需役地便无地役权的现象和道理。尽管现代法制已经不再坚持如此看待地役权本质的视角，但地役权与需役地所有权之间具有密切关系的思想依然如故。^[300]地役权最本质的特征在于与土地的不可分离性。^[301]其五，就地役权与相关权利的关联方面观察，没有需役地，奴役供役地而成立的权利，要么是人役权，要么是债权，不会是地役权。

综合上述，应当承认从属性是地役权固有属性的结论。

B.本条关于地役权从属性的规定，是否为强制性规定？

从属性作为地役权的固有属性，就不得将之从地役权中剥离，否则，轻者，地役权成为残疾之物，重者，地役权不复为地役权。如此，结论自然是：本条前段关于地役权从属性的规定，应为强制性规定，而非任意性规定。

但疑问在于，本条后段设有“但合同另有约定的除外”的但书，不是承认当事人可以约定排除地役权的从属性吗？！

笔者注意到我妻荣教授的如下观点：《日本民法典》第281条第1项前段关于“地役权，为作为需役地的所有权的从属而与之共同移

转，或者作为在需役地上存在的其他权利的标的”的规定，承认了地役权的从属性。其中含有地役权对需役地所有权的伴随性，即a.当需役地所有权进行移转，或成为其他权利（如抵押权）的标的时，则地役权也与其一起移转，或成为需役地上存在的其他权利的标的。但是，按照《日本民法典》第281条第1项后段的但书，这种伴随性可因地役权的设立行为而受到排斥。b.当理解为所有权以外的使用权，地役权亦能成立时，不言而喻，应理解为亦伴随这种使用权。^[302]这似乎在告诉我们，地役权的从属性的范围要广于伴随性，尽管伴随性可因地役权的设立行为有特别约定而受到排斥，但并不意味着伴随性以外的从属性也当然如此。再就是，当事人排斥伴随性的特别约定，未经登记，不得以之对抗第三人（《不动产登记法》第113条）。^[303]这表明法律对当事人以特约排除伴随性的有效性是有节制的。

《民法典》没有理由反对此类节制。明确这一点，有助于这样的问题：第380条后段所谓“但合同另有约定的除外”，是整个第380条的但书，还是仅仅为第380条后段“土地承包经营权、建设用地使用权等转让的，地役权一并转让”的但书？笔者认为，假如将“但合同另有约定的除外”作为整个条文的但书，则在合同约定仅仅转让需役地的权属，而使地役权人保有地役权，和合同约定将地役权与需役地权属分别转让给不同的主体等情况下，就违反了地役权必须以需役地的存在为前提的本质属性，地役权因而具有消灭的原因。如果将“但合同另有约定的除外”仅作为“土地承包经营权、建设用地使用权等转让的，地役权一并转让”的但书，就不会发生上述问题。此其一。

其二，从语法的角度看，将“但合同另有约定的除外”仅作为“土地承包经营权、建设用地使用权等转让的，地役权一并转让”的但书，有其根据。具体地说，第380条分为两句，前段为“地役权不得单独转让”，后段为“土地承包经营权、建设用地使用权等转让的，地役权一并转让，但合同另有约定的除外”。两句中间有“。”相隔，但书处于后段之中。如此，将“但合同另有约定的除外”的但书作为后段“土地承包经营权、建设用地使用权等转让的，地役权一并转让”的例外，而非作为整个第380条（包括前段“地役权不得单独转让”）的例外，就可以成立。较为详细些说，只有在“土地承包经营权、建设用地使用权等转让的”场合，当事人才可以约定地役权不随之转让，在建筑物、土地所有权转让的场合，当事人不得约定地役权继续保留在地役权人手中。

当然，“但合同另有约定的除外”的但书究竟是作为后段的例外，抑或整个第380条（包括前段“地役权不得单独转让”）的例外，在解释时不得随心所欲，不得全凭解释者的主观好恶，而是取决于从属性

是地役权的固有属性，还是立法政策所加于的属性。若是前者，则必须尽可能地坚持从属性，于是但书仅仅作作为后段的例外，最为恰当；若为后者，结论就没有这么简单，如果没有其他的理由，将“但合同另有约定的除外”的但书仅仅作作为第380条后段“土地承包经营权、建设用地使用权等转让的，地役权一并转让”的例外，可以；作为整个第380条的例外，也无可非议。由于通过上文的论证，认定从属性是地役权的固有属性，我们应当尽量否定当事人关于排斥从属性的约定，在《民法典》第380条已经设置但书的背景下，在解释上应当将“但合同另有约定的除外”这一但书作为第380条后段“土地承包经营权、建设用地使用权等转让的，地役权一并转让”的例外，而不宜作为整个第380条的但书。

一旦当事人有此类约定，例如，当事人约定，需役地所有权移转时，地役权不随之移转，是说地役权仍被保留在原需役地所有权人手中，还是说该地役权具有消灭的原因？

由于从属性系地役权所固有的性质，应当得出这样的结论：在需役地及其权属转让的场合，而约定地役权仍保留于地役权人之手，需役地权属的转让固属有效，但地役权失去存在的根基，产生了消灭的原因。^[304]

需要注意，在中国，国家土地所有权不得转让，集体土地所有权不得按照民事的实体法和程序法转让，宅基地使用权只能随着住宅的转让而转让，所以，不会存在依民法程序转让土地所有权而自己保留地役权的情形，也不可能存在依民法程序转让土地所有权和地役权的情形，因而，所谓“需役地的所有权人不得自己保留需役地的所有权，而单独转让地役权给他人”的规则，得将土地所有权排除，宅基地使用权也基本上被排除在外，仅仅适用于建筑物所有权转让的场合。

2.需役地的所有权人不得仅将需役地的所有权转让给他人，自己保留地役权。否则，地役权因违反从属性而归于消灭。^[305]对本条前段关于“地役权不得单独转让”的规定，作反面推论，应当得出相同的结论。

需要注意，该项规则也必须排除土地所有权的适用，宅基地使用权也基本上被排除在外。

此处应予讨论的是，如果当事人之间系特别约定仅仅转让作为需役地的建筑物、构筑物及其附属设施的所有权，地役权不随同转让，如何处理。有观点认为，需役地所有权的转让固属有效，但地役权宜

解为违反其从属性，因而具有消灭的原因，否则如非有上述特别约定，则宜解为地役权随同转让。^[306]笔者赞同此论，因为特别约定需役地所有权转让，自己保留地役权，在需役地所有权果真转让他人的情况下，则该地役权失去需役地，失去存在的价值，确无存续的必要，应当归于消灭。

在需役地为承包地或建设用地，土地承包经营权或建设用地使用权转让他人的情况下，若当事人之间特别约定土地承包经营权或建设用地使用权转让，自己保留地役权，亦应认为地役权具备消灭的原因。其道理如同上述。

3.需役地的所有权人不得将需役地的所有权与地役权分别转让给不同的人。例如，当事人之间特别约定，把需役地所有权转让给甲，将地役权转让给乙。有观点认为，当事人之间的真实意思，显然在于不将地役权随同需役地而为转让，故甲只能取得需役地所有权，却无从取得地役权；而地役权的转让违反从属性，归于地役权的转让无效，乙不能取得地役权。在这种情况下，地役权因无需役地存在而具有消灭的原因。^[307]对本条前段关于“地役权不得单独转让”的规定，作反面推论，也能得出相同的结论。

需要注意，该项规则也必须排除土地所有权的适用，宅基地使用权也基本上被排除在外。

第三百八十一条

地役权不得单独抵押。土地经营权、建设用地使用权等抵押的，在实现抵押权时，地役权一并转让。

本条主旨

本条是关于地役权的从属性在抵押方面的表现的规定。

相关条文

《物权法》第165条 地役权不得单独抵押。土地承包经营权、建设用地使用权等抵押的，在实现抵押权时，地役权一并转让。

《不动产登记暂行条例实施细则》第61条第1款第4项 经依法登记的地役权发生下列情形之一的，当事人应当持地役权合同、不动产登记证明和证实变更的材料等必要材料，申请地役权变更登记：

.....

（四）地役权内容变更的；

.....

理解与适用

本条是对《物权法》第165条的复制，明确地役权不得单独抵押。土地承包经营权、建设用地使用权等抵押的，在实现抵押权时，地役权一并转让。

地役权人有权将地役权抵押给他人，但依本条前段的规定，地役权不得单独抵押。这是因为地役权被单独抵押的，在实现抵押权时，地役权人与需役地权利人就不是同一个人了，最终导致地役权与需役地（权利）的分离。为了贯彻地役权人和需役地权利人为同一个人的精神，本条后段规定，土地承包经营权、建设用地使用权等抵押的，在实现抵押权时，地役权一并转让。如此规定的另一个原因在于，需役地上的土地承包经营权、建设用地使用权被抵押的，土地承包经营权人、建设用地使用权人的地役权原则上也被抵押。

以地役权设立抵押权时，按照《不动产登记暂行条例实施细则》第61条第1款第4项的规定，办理地役权变更登记。

第三百八十二条

需役地以及需役地上的土地承包经营权、建设用地使用权等部分转让时，转让部分涉及地役权的，受让人同时享有地役权。本条主旨

本条是关于地役权在享有方面具有不可分性的规定。

相关条文

《物权法》第166条 需役地以及需役地上的土地承包经营权、建设用地使用权部分转让时，转让部分涉及地役权的，受让人同时享有地役权。

《不动产登记暂行条例实施细则》第62条 已经登记的地役权因土地承包经营权、建设用地使用权转让发生转移的，当事人应当持不动产登记证明、地役权转移合同等必要材料，申请地役权转移登记。

申请需役地转移登记的，或者需役地分割转让，转让部分涉及已登记的地役权的，当事人应当一并申请地役权转移登记，但当事人另有约定的除外。当事人拒绝一并申请地役权转移登记的，应当出具书面材料。不动产登记机构办理转移登记时，应当同时办理地役权注销登记。

理解与适用

本条是对《物权法》第166条的复制，确立地役权在享有方面具有不可分性的原则，即需役地及其所承载的土地承包经营权、建设用地使用权等部分转让时，所转让部分承载的地役权由受让人同时享有。

本条旨在确保地役权的设立目的，使之得为需役地的全部而利用供役地的全部。因为地役权是为需役地的全部的效益/便宜而取得的，是存在于供役地上的不可分的负担，自不可能为需役地的某个或某些局部而存在，亦非为特定人而存在，这是地役权与居住权等人役权的明显不同之点。例如，甲乙共享土地承包经营权的需役地，就丙的供役地设立排水地役权。其后，需役地的土地承包经营权被分割为两项独立的权利，甲乙各享有一项，排水地役权仍为该两宗承包地及其经营权的利益而存在，即甲乙均可继续为其承包地及其经营权的便宜而享有前述排水地役权。如果甲将其土地承包经营权转让给了丁，乙继续保有其土地承包经营权，则乙和丁有权为其承包地及其经营权的便宜而享有该排水地役权。但是，如果地役权的行使，依其性质只关乎需役地的一部分的，地役权仅就该部分继续存在。例如，甲乙共有的需役地，在丙的供役地设立丙不得在30米内建造建筑物的采光地役权。其后，需役地被分割成两宗土地，其中甲独享的一宗已经距离供役地30米之外，无须前述地役权的存在了。于是，该采光地役权仅为靠近供役地的部分需役地而存在。于此场合，丙有权请求甲注销其地役权的登记。需役地部分转让的，结论同上。^[308]

当然，为使本条的适用更加合理，不妨将所谓“转让部分涉及地役权的”解释为含有“如果地役权的行使，依其性质只关乎需役地的一部分的，地役权仅就该部分继续存在”之义。

第三百八十三条

供役地以及供役地上的土地承包经营权、建设用地使用权等部分转让时，转让部分涉及地役权的，地役权对受让人具有法律约束力。

本条主旨

本条是关于地役权在负担方面具有不可分性的规定。

相关条文

《物权法》第167条 供役地以及供役地上的土地承包经营权、建设用地使用权部分转让时，转让部分涉及地役权的，地役权对受让人具有约束力。

《不动产登记暂行条例实施细则》第61条第2款 供役地分割转让办理登记，转让部分涉及地役权的，应当由受让人与地役权人一并申请地役权变更登记。

理解与适用

本条是对《物权法》第167条的复制，确立了地役权在负担方面具有不可分性的原则，供役地以及供役地上的土地承包经营权、建设用地使用权部分转让时，转让部分涉及地役权的，地役权对受让人具有约束力。举例来说，甲乙共享建设用地使用权的供役地，存在着为丙的需役地设立的通行地役权。其后，该供役地被分割为二宗建设用地，甲乙各享有一项建设用地使用权，前述地役权继续存在于甲乙各享有的建设用地之上。甲将其建设用地使用权转让给丁，结论亦然。但是，地役权的行使，依其性质只关于供役地的一部分的，地役权仅对该部分继续存在。例如，通行地役权所开辟的道路仅仅通过甲利用的建设用地的，则地役权仅仅继续存在于甲利用的建设用地上，乙利用的建设用地已无负担通行地役权的必要，应构成部分消灭地役权的原因。因而，乙有权请求丙注销存续于自己建设用地上的地役权的登记。^[309]

为使本条规定的适用更加合理，不妨将所谓“转让部分涉及地役权的”解释为含有“如果地役权的行使，依其性质只关于供役地的一部分的，地役权仅对该部分继续存在”之义。

第三百八十四条

地役权人有下列情形之一的，供役地权利人有权解除地役权合同，地役权消灭：

（一）违反法律规定或者合同约定，滥用地役权；

（二）有偿利用供役地，约定的付款期限届满后在合理期限内经两次催告未支付费用。

本条主旨

本条是关于解除地役权合同使地役权消灭的事由的规定。

相关条文

《物权法》第168条 地役权人有下列情形之一的，供役地权利人有权解除地役权合同，地役权消灭：

（一）违反法律规定或者合同约定，滥用地役权；

（二）有偿利用供役地，约定的付款期间届满后在合理期限内经两次催告未支付费用。

《不动产登记暂行条例实施细则》第63条第1项、第5项 已经登记的地役权，有下列情形之一的，当事人可以持不动产登记证明、证实地役权发生消灭的材料等必要材料，申请地役权注销登记：

（一）地役权期限届满；

.....

（五）依法解除地役权合同；

.....

理解与适用

本条是对《物权法》第168条的复制，列举了供役地的权利人有权解除地役权合同的事由，赋予该权利人解除权，地役权因此种解除而归于消灭。

根据本条第1项的规定，地役权人违反法律规定或合同约定，滥用地役权的，供役地权利人有权解除地役权合同。这包括两种情况：其一，地役权人行使地役权时，虽然不违反合同，但违反法律规定，造成滥用地役权的，供役地权利人也有权解除地役权合同。例如，地役权人排废水超过国家规定的标准，造成江河污染的。其二，地役权人行使地役权时，违反合同，造成滥用地役权的，供役地权利人也有权解除地役权合同，至于是否还有法律、行政法规的另外的强制性规

定予以支撑，在所不问。

根据本条第2项的规定，在有偿利用供役地的情况下，约定的付款期间届满后，在合理期限内经供役地权利人两次催告，地役权人仍未支付费用的，供役地权利人有权解除地役权合同。就该规定的文义，可作如下解释。

如果该地役权合同规定有明确的付款期限，该期限届满时，无须供役地权利人催告，地役权人就陷入了履行迟延。如果地役权合同没有规定明确的付款期限，根据《民法典》第511条第4项的规定，供役地权利人首先向地役权人催告，确定合理的宽限期。该宽限期届满时，地役权人仍不付款，方陷入履行迟延。

在确定履行迟延后，供役地权利人还要“在合理期限内经两次催告”。这里的“合理期限内”，是指约定的付款期间届满后才开始起算的期限，而且是包含着供役地权利人两次催告所用时间在内的合理期限，不是指供役地权利人第一次催告处于合理的期间内，而第二次催告的时间点已经超出了合理期限，换言之，两次催告均在合理期限内。还有，合理与否的判断，既不是看该期间是否符合供役地权利人单方面的利益需要，也不是看该期间是否符合地役权人单方面的利益需要，而是以一个理性人的合法权益所需要的期限为准。

在经两次催告后，地役权人仍未给付费用的，供役地权利人方可行使解除权。

[探讨]

值得讨论的是，在地役权合同没有规定明确的付款期限，供役地权利人首先向地役权人催告，确定合理的宽限期。该宽限期届满时，地役权人仍未付款，构成恶意迟延，仍给他两次催告的优惠，有些怂恿，也不符合效率原则，莫不如仍然遵循《民法典》第563条第1款第3项的规定处理，即宽限期届满仍未付款的，供役地权利人即有权解除地役权合同。

第三百八十五条

已经登记的地役权变更、转让或者消灭的，应当及时办理变更登记或者注销登记。

本条主旨

本条是关于地役权变动及其办理相应形式的登记的原则性规定。

相关条文

《物权法》第169条 已经登记的地役权变更、转让或者消灭的，应当及时办理变更登记或者注销登记。

《不动产登记暂行条例实施细则》第63条 已经登记的地役权，有下列情形之一的，当事人可以持不动产登记证明、证实地役权发生消灭的材料等必要材料，申请地役权注销登记：

- （一）地役权期限届满；
- （二）供役地、需役地归于同一人；
- （三）供役地或者需役地灭失；
- （四）人民法院、仲裁委员会的生效法律文书导致地役权消灭；
- （五）依法解除地役权合同；
- （六）其他导致地役权消灭的事由。

第64条第3款 地役权设立后，办理首次登记前发生变更、转移的，当事人应当提交相关材料，就已经变更或者转移的地役权，直接申请首次登记。

理解与适用

本条是对《物权法》第169条的复制，提醒在地役权发生变动后应当及时办理相应的变更登记/转移登记、注销登记。分解开来，说明如下。

依本条规定，已经登记的地役权转让的，应当及时办理变更（转移）登记。已经登记的地役权因土地承包经营权、建设用地使用权转让发生转移的，当事人应当持不动产登记证明、地役权转移合同等必要材料，申请地役权转移登记（《不动产登记暂行条例实施细则》第62条第1款）。否则，其转让不得对抗善意第三人。申请需役地转移登记的，或者需役地分割转让，转让部分涉及已登记的地役权的，当事人应当一并申请地役权转移登记，但当事人另有约定的除外。当事人拒绝一并申请地役权转移登记的，应当出具书面材料。不动产登记机构办理转移登记时，应当同时办理地役权注销登记（《不动产登记

暂行条例实施细则》第62条第2款)。

以地役权设立抵押权时,按照《不动产登记暂行条例实施细则》第61条第1款第4项规定,应办理地役权变更登记。

在地役权的行使限于供役地一部分的情况下,供役地权利人认为该部分的使用对其有特殊不便利的情况下,可以请求将地役权的行使,迁移至其他适于地役权人利益的场所,迁移费用由供役地权利人承担。^[310]于此场合,《不动产登记暂行条例实施细则》第61条第1款第4项规定,应办理地役权变更登记。

现行法不承认物权行为无因性理论,地役权合同因无效、被撤销或被解除等原因归于消灭时,地役权若未登记的,径直消灭;若已经登记,在地役权人和供役地权利人之间,需役人虽无权主张地役权,但在与第三人之间的关系上,只有待办理注销登记后,才可主张地役权消灭(《民法典》第385条、第216条等)。由此看来,《民法典》第384条规定地役权合同解除时地役权消灭,不够严谨。

在地役权无登记的情况下,地役权具备消灭的事由便立即归于消灭,无论在需役人和供役地权利人之间,还是在与第三人之间的关系上,一律如此。但在地役权已经登记的情况下,地役权的消灭,尚需办理地役权的注销登记(《不动产登记暂行条例实施细则》第63条)。

若未办理注销登记,在需役人和供役地权利人之间,需役人虽无权主张地役权,但在与第三人之间的关系上,只有待办理注销登记后,供役地权利人等才可主张地役权消灭的法律效果(《民法典》第385条、第216条等)。

注释

[1]参见崔建远:《土地上的权利群研究》,北京,法律出版社2004年版,第322~325页。

[2]江平主编:《中国矿业权法律制度研究》,北京,中国政法大学出版社1991年版,第129页。

[3]崔建远:《“四荒”拍卖与土地使用权》,载《法学研究》1995年第6期,第29页。

[4]参见崔建远:《土地上的权利群研究》,北京,法律出版社2004年版,第317

~ 321页。

[5]崔建远、晓坤：《矿业权基本问题探讨》，载《法学研究》1998年第4期，第87页。

[6]参见崔建远：《土地上的权利群研究》，北京，法律出版社2004年版，第320~321页。

[7]崔建远、晓坤：《矿业权基本问题探讨》，载《法学研究》1998年第4期，第88页。

[8]参见崔建远：《土地上的权利群研究》，北京，法律出版社2004年版，第322~344页。

[9]史尚宽：《债法总论》，台北，荣泰印书馆股份有限公司1978年9月5刷，第319页；谢怀栻：《〈中华人民共和国合同法立法方案〉之说明》，转引自梁慧星：《民法解释学》，北京，中国政法大学出版社1995年版，第311~312页。

[10]因实际上实行海域使用权优先的做法，所以产生了不容忽视的社会问题。参见《中国海洋报》2002年2月26日，2002年4月9日，2002年5月10日；《内参选编》2002年第41期；中央电视台《焦点访谈》，2003年4月16日；《加快渔业现代化建设，为全面建设小康社会作出新的贡献——农业部渔业局局长杨坚在全国农业工作会议渔业专业会上的讲话》，载《中国渔业年鉴（2003年）》，北京，中国农业出版社2003年版，第281页；等等。

[11]参见崔建远：《土地上的权利群研究》，北京，法律出版社2004年版，第331~332页。

[12]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第205页。

[13]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第205、223、223、223~224页。

[14]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第205、223、223、223~224页。

[15]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第205、223、223、223~224页。

[16]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第205、223、223、223~224页。

[17][德]曼弗雷德·沃尔夫：《物权法》，吴越、李大雪译，北京，法律出版社

2002年版，第171页。

[18]崔建远：《水权与民法理论及物权法典的制定》，载《法学研究》2002年第3期，第55页。

[19][德]曼弗雷德·沃尔夫：《物权法》，吴越、李大雪译，北京，法律出版社2002年版，第171页。

[20]关于用益物权和担保物权派生于不动产所有权的原理及其详细阐述，见崔建远：《论争中的渔业权》，北京，北京大学出版社2006年版，第229～237页；崔建远：《论他物权的母权》，载《河南省政法管理干部学院学报》2006年第1期，第10～23页。

[21]房绍坤：《用益物权基本问题研究》，北京，北京大学出版社2006年版，第21页。

[22]房绍坤：《用益物权基本问题研究》，北京，北京大学出版社2006年版，第23～24页。

[23]崔建远：《土地上的权利群研究》，北京，法律出版社2004年版，第316～317页。

[24]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第290页。

[25]梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第256页。

[26]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第290页。

[27]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第290页。

[28]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第440～441页。

[29]李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵：《最高人民法院〈关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释〉理解与适用》，长春，吉林人民出版社2000年版，第88～89页。

[30]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第441页。

[31][德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，北京，法律出版社

2000年版，第103页。

[32]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年修订2版，第637页。

[33]通说认为，《侵权责任法》尚未承认债权为侵权行为的标的，只有在个别情况下才承认第三人侵害债权构成侵权行为。例如，1995年5月5日，《最高人民法院关于信用社非法转移人民法院冻结款项应如何承担法律责任的复函》（法函〔1995〕51号）明确了侵害债权问题。这是中国司法解释第一次对侵犯他人债权行为及其民事责任作出的规定，但是，该复函仅简略地陈述侵害他人债权利益应承担赔偿责任，既未阐述侵害债权行为的构成要件，也未指明其请求权基础。当然，该复函于2002年3月10日被废止，其原因是被最高人民法院1998年7月8日《关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》（法释〔1998〕15号）取代。该规定第33条规定：“金融机构擅自解冻被人民法院冻结的款项，致冻结款项被转移的，人民法院有权责令其限期追回已转移的款项。在限期内未能追回的，应当裁定该金融机构在转移的款项范围内以自己的财产向申请执行人承担责任。”最高人民法院在《关于验资单位对多个案件债权人损失应如何承担责任的批复》（法释〔1997〕10号）中规定：“金融机构、会计师事务所为公司出具不实的验资报告或者虚假的资金证明，公司资不抵债的，该验资单位应当对公司债务在验资报告不实部分或者虚假资金证明金额以内，承担民事赔偿责任。”这是最高人民法院承认第三人直接侵害债权的明确解释。

[34]崔建远：《海域使用权制度及其反思》，载《政法论坛》2004年第6期，第62、60～61页。

[35]崔建远：《海域使用权制度及其反思》，载《政法论坛》2004年第6期，第62、60～61页。

[36][德] Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 1963, S. 243.转引自王泽鉴：《民法债编总论 基本理论 债之发生》（总第1册），台北，三民书局有限公司1993年版，第52页。

[37]在个别情况下，法律也直接规定债权的存续期限，如《中华人民共和国合同法》第214条第1款规定，租赁期限不得超过20年。超过20年的，超过部分无效。

[38]崔建远：《海域使用权制度及其反思》，载《政法论坛》2004年第6期，第61页。

[39]崔建远：《海域使用权制度及其反思》，载《政法论坛》2004年第6期，第61页。

[40]崔建远：《海域使用权制度及其反思》，载《政法论坛》2004年第6期，第61～62、63、63页。

[41]崔建远：《海域使用权制度及其反思》，载《政法论坛》2004年第6期，第61~62、63、63页。

[42]崔建远：《海域使用权制度及其反思》，载《政法论坛》2004年第6期，第61~62、63、63页。

[43]崔建远：《海域使用权制度及其反思》，载《政法论坛》2004年第6期，第63~64、64页。

[44]崔建远：《海域使用权制度及其反思》，载《政法论坛》2004年第6期，第63~64、64页。

[45]尹田主编：《中国海域物权制度研究》，北京，中国法制出版社2004年版，第56页。

[46][日]我妻荣、丰岛升：《矿业法》，东京，有斐阁1958年版，第18、23、18页。

[47]日本矿业法规定的采掘权相当于中国矿业法规定的采矿权。

[48]日本矿业法规定的采掘权相当于中国矿业法规定的采矿权。

[49][日]我妻荣、丰岛升：《矿业法》，东京，有斐阁1958年版，第18、23、18页。

[50][日]我妻荣、丰岛升：《矿业法》，东京，有斐阁1958年版，第18、23、18页。

[51][日]浅野语，转引自[日]我妻荣、丰岛升：《矿业法》，东京，有斐阁1958年版，第19页。

[52]崔建远、晓坤：《矿业权基本问题探讨》，载《法学研究》1998年第4期，第83页。

[53][日]我妻荣、丰岛升：《矿业法》，东京，有斐阁1958年版，第10、12页。

[54]大判1941年9月16日新闻4732号，第5页。

[55][日]我妻荣、丰岛升：《矿业法》，东京，有斐阁1958年版，第10、12页。

[56]查全衡：《保护资源保护环境再创辉煌》，载《中国石油天然气总公司1995年油气资源管理工作会议文件选编》，1995年，第8页。

[57][加拿大]阿尔伯达省能源部矿产资源局：《加拿大阿尔伯达省石油、天然气的租地制》（埃德蒙顿1987年），李国玉、赵要德译，载能源部油气资源管理办公室、

中国石油天然气总公司情报研究所编：《加拿大石油天然气勘探、开采登记条例》，1991年11月，第22～33页。

[58]崔建远、晓坤：《矿业权基本问题探讨》，载《法学研究》1998年第4期，第85页。

[59]李书蕙：《矿山企业的设立》，载《法制日报》1997年11月1日，第7版。

[60]江平主编：《中国矿业权法律制度研究》，北京，中国政法大学出版社1991年版，第286页。

[61]江平主编：《中国矿业权法律制度研究》，北京，中国政法大学出版社1991年版，第287～288、288～289页。

[62]江平主编：《中国矿业权法律制度研究》，北京，中国政法大学出版社1991年版，第287～288、288～289页。

[63]KAN.STAN.ANN. 82a-701 (g) (1997) .

[64]See John C. Peck, “Assessing the Quality of a Water Right”, *Journal of the Kansas Bar Association* (May, 2001) .

[65]林柏璋：《台湾水权及其法律性质之探讨——公水之特许使用》，载《台湾水利》第49卷第3期，2001年9月，第98～100页；崔建远：《水权与民法理论及物权法典的制定》，载《法学研究》2002年第3期，第39页。

[66][德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译，谢怀栻校，北京，法律出版社2003年版，第292～293页。

[67]崔建远：《准物权研究》，北京，法律出版社2003年版，第263页。

[68]Jan G. Laitos. “Water Rights, Clean Water Act Section 404 Permitting, and the Takings Clause”, *University of Colorado Law Review* (1989) .

[69]Janet C. Neuman and Keith Hirokawa, “How Good Is An Old Water Right? The Application of Statutory Forfeiture Provisions to Pre-Code Water Rights”, *University of Denver Water Review* (Fall 2000) .

[70]李吉庆、李庆伟、王霞：《试论黄河水资源管理中存在的问题及对策》，载孙广生、孙寿松、陈连军主编：《黄河水资源管理研究论文集》，郑州，黄河水利出版社2002年版，第42页。

[71]刘斌：《我国水权制度探析》，清华大学法学院第二学士学位论文（2002），第26页。

[72]David H. Getches , *Water Law in a Nutshell* , 77 (2d ed. 1990) .

[73]John R. Teerink and Masahiro Nakashima : 《美国 日本 水权 水价 水分配》, 刘斌、高建恩、王仰仁译, 王志民审阅, 天津, 天津科学技术出版社2000年版, 第32 ~ 33页。

[74]Bannister , “Interstate Rights in Interstate Streams in the Arid West” , *Harv.L.R.* , Vol.36 , p.960.转引自[美]本杰明·内森·卡多佐 : 《法律的生长》, 刘培峰、刘骁军译, 冯克利校, 贵阳, 贵州人民出版社2003年版, 第65页。

[75]Krista Koehl , “Partial Forfeiture of Water Rights : Oregon Compromises Traditional Principles to Achieve Flexibility” , 28 *Envtl.L.*1140-1141 (1998) .

[76]Wells A.Hutchins , “Water Rights Laws in the Nineteen Western States” , 440 (1971) .

[77]Charles F. Wilkinson , “Crossing the Next Meridian : Land , Water , and the Future of the West” , 234 (1992) .

[78]Steven J.Shupe , “Waste in Western Water Law : A Blueprint for Change” , 61 *Or.L.Rev.*483 , 488 (1982) .

[79]National Water Comm'n , *A Summary-Digest of State Water Laws* 5 (Richard L.Dewsnap& Dallin W.Jensen eds. , 1973) .

[80]John R.Teerink and Masahiro Nakashima : 《美国 日本 水权 水价 水分配》, 刘斌、高建恩、王仰仁译, 王志民审阅, 天津, 天津科学技术出版社2000年版, 第50页。

[81]Janet C. Neuman , “Beneficial Use , Waste , and Forfeiture : The Inefficient Search for Efficiency in Western Water Use” , 28 *Envtl. L.* , 920 (1998) .

[82]David H. Getches , *Water Law in a Nutshell* , 76 (2d ed. 1990) .

[83]Darryl V. Wareham , “Washington Water Rights Based on Actual Use or on Delivery System Capacity?Department of Ecology v. Theodoratus” , *Seattle University Law Review* (Summer 2000) .

[84]Department of Ecology v. Theodoratus , 135 Wash. 2d 582 , 590 , 957 p. 2d 1241 , 1245 , 1246 (1998) .

[85]John R. Teerink and Masahiro Nakashima : 《美国 日本 水权 水价 水分配》, 刘斌、高建恩、王仰仁译, 王志民审阅, 天津, 天津科学技术出版社2000年版, 第37页。

[86]欧庆贤、郑天明：《日本渔业补偿的法律性质》，载《渔业推广》第161期，2000年2月，第44页。

[87]陈俊佑：《专用渔业权管理制度之研究》，台湾海洋大学海洋法律研究所硕士学位论文（1994），第48页。

[88]陈俊佑：《专用渔业权管理制度之研究》，台湾海洋大学海洋法律研究所硕士学位论文（1994年），第46、95页。

[89]陈俊佑：《专用渔业权管理制度之研究》，台湾海洋大学海洋法律研究所硕士学位论文（1994年），第46、95页。

[90]崔建远、晓坤：《矿业权基本问题探讨》，载《法学研究》1998年第4期，第84页。

[91]崔建远：《准物权研究》，北京，法律出版社2003年版，第413～414页。

[92]崔建远：《准物权研究》，北京，法律出版社2003年版，第415页。

[93]崔建远：《准物权研究》，北京，法律出版社2003年版，第415页。

[94]崔建远：《准物权研究》，北京，法律出版社2003年版，第416、416、417页。

[95]崔建远：《准物权研究》，北京，法律出版社2003年版，第416、416、417页。

[96]崔建远：《准物权研究》，北京，法律出版社2003年版，第416、416、417页。

[97]崔建远：《准物权研究》，北京，法律出版社2003年版，第417页。

[98]陈荔彤：《国际渔业法律制度之研究》，载《中兴法学》第43卷，1997年12月，第233、233、280页。

[99]陈荔彤：《国际渔业法律制度之研究》，载《中兴法学》第43卷，1997年12月，第233、233、280页。

[100]陈荔彤：《国际渔业法律制度之研究》，载《中兴法学》第43卷，1997年12月，第233、233、280页。

[101]崔建远：《准物权研究》，北京，法律出版社2003年版，第420页。

[102]崔建远：《准物权研究》，北京，法律出版社2003年版，第420页。

[103]欧庆贤、陈美宇：《渔业权制度》，载《中国水产》第487期，1993年7

月，第48页；陈俊佑：《专用渔业权管理制度之研究》，台湾海洋大学海洋法律研究所硕士学位论文（1994），第47页。

[104]欧庆贤、陈美宇：《渔业权制度》，载《中国水产》第487期，1993年7月，第48～49页。

[105]崔建远：《准物权研究》，北京，法律出版社2003年版，第173～174、421～422、422页。

[106]崔建远：《准物权研究》，北京，法律出版社2003年版，第173～174、421～422、422页。

[107]崔建远：《准物权研究》，北京，法律出版社2003年版，第173～174、421～422、422页。

[108]崔建远：《准物权研究》，北京，法律出版社2003年版，第422页。

[109]同上书，第422～423页。

[110]崔建远：《“四荒”拍卖与土地使用权》，载《法学研究》1995年第6期，第29页。

[111]崔建远：《“四荒”拍卖与土地使用权》，载《法学研究》1995年第6期，第30页。<https://baike.baidu.com/item/%E5%8F%8C%E5%B1%82%E7%BB%8F%E8%90%A5%E4%BD%93%E5%88%B6/500257?fr=aladdin>. 2020年4月13日最后访问。

[112]崔建远：《“四荒”拍卖与土地使用权》，载《法学研究》1995年第6期，第30页。

[113]韩长赋、张红宇：《农村土地<“三权分置”意见>政策解读》，<http://www.scio.gov.cn/34473/34515/Document/1515220/1515220.htm>. 2016年11月23日最后访问。

[114]韩长赋、张红宇：《农村土地<“三权分置”意见>政策解读》，<http://www.scio.gov.cn/34473/34515/Document/1515220/1515220.htm>. 2016年11月23日最后访问。

[115]<https://baike.baidu.com/item/%E5%8F%8C%E5%B1%82%E7%BB%8F%E8%90%A5%E4%BD%93%E5%88%B6/500257?fr=aladdin>. 2020年4月13日最后访问。

[116]<https://baike.baidu.com/item/%E5%8F%8C%E5%B1%82%E7%BB%8F%E8%90%A5%E4%BD%93%E5%88%B6/500257?fr=aladdin>. 2020年4月13日最后

访问。

[117]<https://baike.baidu.com/item/%E5%8F%8C%E5%B1%82%E7%BB%8F%E8%90%A5%E4%BD%93%E5%88%B6/500257?fr=aladdin>. 2020年4月13日最后访问。

[118]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第283、284页。

[119]崔建远：《土地上的权利群研究》，北京，法律出版社2004年版，第217页。

[120]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第284页。

[121]这是广义的林权说的体现。——笔者注

[122]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第303～304页。

[123]耿林、戴孟勇、崔建远等：《关于〈中华人民共和国物权法（征求意见稿）〉第126条的修改意见》，载清华大学法学院《关于〈中华人民共和国物权法（征求意见稿）〉的修改意见》（2003年3月20日）。

[124]崔建远：《土地上的权利群研究》，北京，法律出版社2004年版，第214～215页。

[125]崔建远：《不动产物权的善意取得》，载《中国法律评论》（第1卷），北京，法律出版社2007年版，第77页。

[126]崔建远：《“四荒”拍卖与土地使用权》，载《法学研究》1995年第6期，第32～33页。

[127]崔建远：《土地上的权利群研究》，北京，法律出版社2004年版，第216页。

[128]崔建远：《土地上的权利群研究》，北京，法律出版社2004年版，第216页。

[129]《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国物权法（草案）〉修改情况的汇报》（2006年10月27日），载全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室编：《物权法立法背景与观点全集》，北京，法律出版社2007年版，第64页。

[130]《吴邦国委员长听取有关方面对物权法草案的修改意见》，《中央有关部门的负责同志和专家对物权法草案几个重大问题的意见》，载全国人民代表大会常务委

员会法制工作委员会民法室编：《物权法立法背景与观点全集》，北京，法律出版社2007年版，第85～87、129页。

[131]《吴邦国委员长听取有关方面对物权法草案的修改意见》，《中央有关部门的负责同志和专家对物权法草案几个重大问题的意见》，载全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室编：《物权法立法背景与观点全集》，北京，法律出版社2007年版，第84～87页。

[132][日]我妻荣：《日本物权法》，有泉亨修订，李宜芬校订，台北，五南图书出版公司1999年版，第143页。

[133]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第295页。

[134]《关于中华人民共和国农村土地承包法修正案（草案）的说明》（2018年12月29日），<http://www.npc.gov.cn/npc/c10134/201812/60d3dc48a86441f9b5dc2577edfc07c6.shtml>。2020年4月14日最后访问。

[135]刘振伟：《对〈中华人民共和国农村土地承包法修正案（草案）〉解读》，<https://www.tuliu.com/read-93994.html>。2020年4月14日最后访问。

[136]刘振伟：《对〈中华人民共和国农村土地承包法修正案（草案）〉解读》，<https://www.tuliu.com/read-93994.html>。2020年4月14日最后访问。

[137]刘振伟：《对〈中华人民共和国农村土地承包法修正案（草案）〉解读》，<https://www.tuliu.com/read-93994.html>。2020年4月14日最后访问。

[138]《关于中华人民共和国农村土地承包法修正案（草案）的说明》（2018年12月29日），<http://www.npc.gov.cn/npc/c10134/201812/60d3dc48a86441f9b5dc2577edfc07c6.shtml>。2020年4月14日最后访问。

[139]刘振伟：《对〈中华人民共和国农村土地承包法修正案（草案）〉解读》，<https://www.tuliu.com/read-93994.html>。2020年4月14日最后访问。

[140]《关于中华人民共和国农村土地承包法修正案（草案）的说明》（2018年12月29日），<http://www.npc.gov.cn/npc/c10134/201812/60d3dc48a86441f9b5dc2577edfc07c6.shtml>。2020年4月14日最后访问。

[141]《关于中华人民共和国农村土地承包法修正案（草案）的说明》（2018年12月29日），<http://www.npc.gov.cn/npc/c10134/201812/60d3dc48a86441f9b5dc2577edfc07c6.shtml>。2020年4月14日最后

访问。

[142]韩长赋、张红宇：《农村土地<“三权分置”意见>政策解读》，<http://www.scio.gov.cn/34473/34515/Document/1515220/1515220.htm>。2016年11月23日最后访问。

[143]韩长赋、张红宇：《农村土地<“三权分置”意见>政策解读》，<http://www.scio.gov.cn/34473/34515/Document/1515220/1515220.htm>。2016年11月23日最后访问。

[144]参考《关于中华人民共和国农村土地承包法修正案（草案）的说明》（2018年12月29日），<http://www.npc.gov.cn/npc/c10134/201812/60d3dc48a86441f9b5dc2577edfc07c6.shtml>。2020年4月14日最后访问。

[145]刘振伟：《对<中华人民共和国农村土地承包法修正案（草案）>解读》，<https://www.tuliu.com/read-93994.html>。2020年4月14日最后访问。

[146]在2020年1月16日上午由全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室组织召开的《中华人民共和国民法典·物权编（草案）》研讨会上，有关领导介绍了这种立法计划和立法目的；刘振伟：《对<中华人民共和国农村土地承包法修正案（草案）>解读》，<https://www.tuliu.com/read-93994.html>。2020年4月14日最后访问。

[147]崔建远：《民法分则物权编立法研究》，载《中国法学》2017年第2期，第54～55页。

[148]Radbruch, Rechtsphilosophie, 1963, S. 243.转引自王泽鉴：《债法原理》，北京，北京大学出版社2009年版，第40页。

[149]在2020年1月16日上午由全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室组织召开的《中华人民共和国民法典·物权编（草案）》研讨会上，有专家学者如此主张。

[150]王泽鉴：《民法物权》，北京，北京大学出版社2009年版，第90页。

[151]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第304页。

[152]梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第29页；胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第306页；王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第320～321页。

[153]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第312页。

[154]江平、王家福主编：《民商法学大辞书》，南京，南京大学出版社1998年版，第132～133页。

[155]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第319页。

[156]崔建远：《确定建筑物所有权的依据》，载《甘肃政法学院学报》2007年第6期，第11～12页。

[157][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第284页。

[158][日]筱塚昭次：《空中权、地中权的法理——围绕土地的新利用形态》，载《法学家·临时增刊·土地问题——实态·理论·政策》第476号，东京，有斐阁，1971年4月10日，第122～123、123～128页。

[159]参见[日]高田寿史：《空中权与城市开发——从美国的实例所看到的问题及我见》，载《不动产研究》第25卷1号，第35页。

[160][日]筱塚昭次：《空中权、地中权的法理——围绕土地的新利用形态》，载《法学家·临时增刊·土地问题——实态·理论·政策》第476号，东京，有斐阁，1971年4月10日，第122～123、123～128页。

[161]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第312页。

[162]南路明、肖志岳：《中华人民共和国地产法律制度》，北京，中国法制出版社1991年版，第51页。

[163]参见崔建远、孙佑海、王宛生：《中国房地产法研究》，北京，中国法制出版社1995年版，第28～34页。

[164]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第328～329页；胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第311页。

[165]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第311页。

[166]崔建远、孙佑海、王宛生：《中国房地产法研究》，北京，中国法制出版社1995年版，第44～47页；王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法

院出版社2007年版，第328页。

[167]《城市房地产管理法》第23条第1款规定，用地者缴纳补偿、安置等费用。

[168]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第330页。

[169][日]我妻荣：《日本物权法》，有泉亨修订，李宜芬校订，台北，五南图书出版公司1999年版，第241页。

[170][日]我妻荣：《日本物权法》，有泉亨修订，李宜芬校订，台北，五南图书出版公司1999年版，第241页；郑玉波：《民法物权》，台北，三民书局有限公司1988年修订12版，第54页；王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第153页；谢在全：《民法物权论》（上册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第181页；魏振瀛主编：《民法》（第3版），北京，北京大学出版社、高等教育出版社2007年版，第234页；王利明：《物权法研究》（上卷），北京，中国人民大学出版社2007年修订版，第396页。

[171]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第327页。

[172]详细论述，见南路明、肖志岳：《中华人民共和国地产法律制度》，北京，中国法制出版社1991年版，第33页；周岩、金心：《土地转让中的法律问题》，北京，中国政法大学出版社1990年版，第110～112页；应松年：《行政合同不可忽视》，载《法制日报》1997年6月9日，第1版。

[173]详细论述，见王家福、黄明川：《土地法的理论与实践》，北京，人民日报出版社1991年版，第220～221页；崔建远、孙佑海、王宛生：《中国房地产法研究》，北京，中国法制出版社1995年版，第21页；王利明：《物权法研究》，北京，中国人民大学出版社2002年版，第426页；崔建远：《准物权研究》，北京，法律出版社2003年版，第53～60页；王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第341～346页；黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第419页。

[174]崔建远：《准物权研究》，北京，法律出版社2003年版，第53～60页。

[175]黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第420页。

[176]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第316页。

[177]崔建远、孙佑海、王宛生：《中国房地产法研究》，北京，中国法制出版社1995年版，第27页。

[178]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第316页。

[179]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第316页。

[180]崔建远、孙佑海、王宛生：《中国房地产法研究》，北京，中国法制出版社1995年版，第27页。

[181]参见[德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，北京，法律出版社2000年版，第461页以下。

[182]崔建远、戴孟勇：《合同自由与法治》（上），载高鸿钧等：《法治：理念与制度》，北京，中国政法大学出版社2002年版，第341～343页。

[183][德]维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，北京，法律出版社2013年版，第483、351页。

[184][德]维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，北京，法律出版社2013年版，第483、351页。

[185]王泽鉴：《民法总则》，台北，三民书局有限公司2000年版，第328页。

[186][德]哈里·韦斯特曼：《德国民法基本概念》（第16版），哈尔姆·彼得·韦斯特曼修订，张定军、葛平亮、唐晓琳译，北京，中国人民大学出版社2013年版，第49页。

[187]胡康生：《中华人民共和国合同法释义》（第3版），北京，法律出版社2013年版，第76页。

[188]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年第1版，第458页。

[189]耿林：《强制规范与合同效力——以合同法第52条第5项为中心》，北京，中国民主法制出版社2009年版，第190页。

[190]王轶：《民法典的规范配置——以对我国〈合同法〉规范配置的反思为中心》，载《烟台大学学报》（哲学社会科学版）2005年第3期；王轶：《论倡导性规范——以合同法为背景的分析》，载《清华法学》2007年第1期。

[191]崔建远：《土地上的权利群论纲》，载《中国法学》1998年第2期（总第82期），第16～17页。

[192]王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），台北，三民书局有限公司2003年8月增补版，第250～251页。

[193]详细论述，请参阅崔建远：《确定建筑物所有权的依据》，载《甘肃政法学院学报》2007年第6期，第10页。

[194]参阅崔建远：《确定建筑物所有权的依据》，载《甘肃政法学院学报》2007年第6期，第10页。

[195]参阅全国人大常委会法制工作委员会民法室编：《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》，北京，北京大学出版社2007年版，第142页。

[196]崔建远：《确定建筑物所有权的依据》，载《甘肃政法学院学报》2007年第6期，第11页。

[197]崔建远：《确定建筑物所有权的依据》，载《甘肃政法学院学报》2007年第6期，第11～12页。

[198]参见崔建远主编：《合同法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第103～105页；崔建远：《合同法总论》（上卷），北京，中国人民大学出版社2008年版，第284～286页。

[199]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第364页。

[200]崔建远、孙佑海、王宛生：《中国房地产法研究》，北京，中国法制出版社1995年版，第246页；李昊、常鹏翱、叶金强、高润恒：《不动产登记程序的制度建构》，北京，北京大学出版社2005年版，第328～332页；李鸿毅：《土地法论》，台北，1999年自版，第228～231页。

[201]崔建远、孙佑海、王宛生：《中国房地产法研究》，北京，中国法制出版社1995年版，第246～247页。

[202]《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国物权法（草案）〉修改情况的汇报》（2006年10月27日十届全国人大常委会第二十四次会议），载全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室编：《物权法立法背景与观点全集》，北京，法律出版社2007年版，第65页。

[203]《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国物权法（草案）〉修改情况的汇报》（2005年10月19日十届全国人大常委会第十八次会议），载全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室编：《物权法立法背景与观点全集》，北京，法律出版社2007年版，第38页。

[204]陈小君：《新一轮土地改革的检视与建议》，载《中国法律评论》2019年第5期。

[205]王利明、郭明瑞、吴汉东：《民法新论》（下册），北京，中国政法大学出

版社1988年版，第243页以下；马俊驹、余延满：《民法原论》（第2版），北京，法律出版社2005年版，第377页以下；王利明主编：《民法》（第2版），北京，中国人民大学出版社2006年版，第276页以下；魏振瀛主编：《民法》（第3版），北京，北京大学出版社、高等教育出版社2007年版，第273页以下；梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第280页以下；王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第379页以下；胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第336～337页；黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第456页；高圣平：《物权法：原理·规则·案例》，北京，清华大学出版社2007年版，第114～115页。

[206]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第338页。

[207]详细论述，见崔建远：《土地上的权利群研究》，北京，法律出版社2004年版，第206～208页。

[208]资料来源：http://news.xinhuanet.com/ziliao/200301/20/content_697957.htm。

[209]《最高人民法院关于解放前劳动人民之间宅基地租赁契约是否承认和保护问题的批复》（1985年11月12日）；《最高人民法院关于公民对宅基地只有使用权没有所有权的批复》（1986年11月14日）。载张世进等主编：《中华人民共和国法律规范性解释集成》，长春，吉林人民出版社1990年版，第544、545页。

[210]参考王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第384页。

[211]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第385页；高圣平：《物权法：原理·规则·案例》，北京，清华大学出版社2007年版，第117页。

[212]王卫国、王广华主编：《中国土地权利的法制建设》，北京，中国政法大学出版社2002年版，第145页。

[213]王卫国、王广华主编：《中国土地权利的法制建设》，北京，中国政法大学出版社2002年版，第145页；王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第395页。

[214]韩世远：《宅基地的立法问题——兼析物权法草案第十三章“宅基地使用权”》，载《政治与法律》2005年第5期，第33～35页；沐兰琼：《农村宅基地使用权之法律研究》，载《广西政法管理干部学院学报》2006年第1期，第33页。另见全国人大常委会法制工作委员会民法编：《物权法立法背景与观点全集》，北

京，法律出版社2007年版，第82～83、165页。

[215]转引自黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第460、460页。

[216]转引自胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第338页。

[217]《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国物权法（草案）〉修改情况的汇报》（2006年10月27日），载全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室编：《物权法立法背景与观点全集》，北京，法律出版社2007年版，第64页。

[218]转引自黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第460页；胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第339页；全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室编：《物权法立法背景与观点全集》，北京，法律出版社2007年版，第85页。

[219]转引自黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第460、460页。

[220]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第339～340页。

[221]参见[德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第655页。

[222][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第655、656、659页。

[223][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第655、656、659页。

[224]参见申卫星：《视野扩展与功能转换：我国设立居住权必要性的多重视角》，载《中国法学》2005年第5期。

[225]刘东华：《离婚判决中女性的居住权问题——兼论我国的居住权立法》，载梁慧星主编：《民商法论丛》（总第18卷），香港，金桥文化出版（文化）有限公司2001年版，第328～329页。

[226][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第655页。

[227]崔建远主编：《我国物权立法难点问题研究》，申卫星执笔，北京，清华大

学出版社2005年版，第225页。

[228]钱明星：《关于在我国物权法中设置居住权的几个问题》，载《中国法学》2001年第5期，第18页；陈华彬：《设立居住权可以更好地保护弱势群体利益》，载《检察日报》2004年2月9日第3版。

[229][意]彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，北京，中国政法大学出版社1992年版，第251、252页。

[230][意]彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，北京，中国政法大学出版社1992年版，第259页；[英]巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》，黄风译，北京，法律出版社2000年版，第152页；周枬：《罗马法原论》（上册），北京，商务印书馆1994年版，第376页；苏永钦：《走入新世纪的私法自治》，北京，中国政法大学出版社2002年版，第248页；谢在全：《民法物权论》（中册），北京，三民书局2003年7月修订第2版，第187页。

[231][意]彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，北京，中国政法大学出版社1992年版，第251、252页。

[232]周枬：《罗马法原论》（上册），北京，商务印书馆1994年版，第368页。

[233]崔建远主编：《我国物权立法难点问题研究》，申卫星执笔，北京，清华大学出版社2005年版，第224页。

[234]参阅耿林、戴孟勇、崔建远等：《关于〈中华人民共和国物权法（征求意见稿）〉在第212条后增加一条的修改意见》，载清华大学法学院：《关于〈中华人民共和国物权法（征求意见稿）〉的修改意见》（2003年3月20日）。

[235][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第658页。

[236]刘东华：《离婚判决中女性的居住权问题——兼论我国的居住权立法》，载梁慧星主编：《民商法论丛》（总第18卷），香港，金桥文化出版（文化）有限公司2001年版，第328～329页。

[237]《德国司法》，1981年，第353页。转引自[德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第567页。

[238]崔建远主编：《我国物权立法难点问题研究》，申卫星执笔，北京，清华大学出版社2005年版，第224页。

[239][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第655、659页。

[240][意]彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，北京，中国政法大学出版社1992年版，第259页。

[241][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第655、659页。

[242]王轶：《论倡导性规范——以合同法为背景的分析》，载《清华法学》2007年第1期，第66～74页。

[243]钱明星：《关于在我国物权法中设置居住权的几个问题》，载《中国法学》2001年第5期，第18页。

[244]参见申卫星：《视野扩展与功能转换：我国设立居住权必要性的多重视角》，载《中国法学》2005年第5期。

[245]王泽鉴：《民法物权》，北京，北京大学出版社2009年版，第317页。

[246]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第188～189页。

[247]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第184页。

[248]参见谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第183页；[德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第714页。

[249]参见[日]筱塚昭次：《空中权、地中权的法理——围绕土地的新利用形态》，载《法学家临时增刊·土地问题》第476号，东京，有斐阁1971年4月10日，第127～128页；崔建远：《土地上的权利群研究》，北京，法律出版社2004年版，第234～238页；梁慧星主编：《中国物权法研究》（下册），北京，法律出版社1998年版，第759页；王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第400页。

[250]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第401页。

[251][日]我妻荣：《日本物权法》，有泉亨修订，李宜芬校订，台北，五南图书出版公司1999年版，第380页。

[252][日]三浦信三：《物权法提要》（上、下卷），孙芳译，韦浩点校，北京，中国政法大学出版社2005年版，第130页。

[253]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修

订2版，第184页；[德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第714页。

[254]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第344页；王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第403页。

[255]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第185页；王泽鉴：《民法物权·用益物权·占有》（总第2册），北京，中国政法大学出版社2001年版，第73页。

[256][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第709、720～721页。

[257][古罗马]彭波尼：《论萨宾》第33卷。载[意]桑德罗·斯契巴尼选编：《物与物权》，范怀俊译，北京，中国政法大学出版社1999年版，第153页。

[258]清华大学法学院法81班章丞亮同学来函指出：servitus in faciendo consistere nequit直译为英文是service on action does not exist（servitus= service，in= of，on，faciendo= do，原型为facere，consistere= consist，exist，而nequit为语法词= does not），再直译为中文是“不存在作为义务”。故此句话本身不含有“役权”之意。经查，在[意]彼得罗·彭梵得著、黄风译的《罗马法教科书》（中国政法大学出版社2005年修订版）第190页中有此拉丁文，而译者将其译为“役权不得表现为要求作为”。特此致谢！

[259][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京，法律出版社2004年版，第709、720～721页。

[260]参见[日]我妻荣：《日本物权法》，有泉亨修订，李宜芬校订，台北，五南图书出版公司1999年版，第377页；[日]田山辉明：《物权法》，陆庆胜译，齐乃宽、李康民审校，北京，法律出版社2001年版，第207页。

[261][日]我妻荣：《日本物权法》，有泉亨修订，李宜芬校订，台北，五南图书出版公司1999年版，第377页；参见[日]田山辉明：《物权法》，陆庆胜译，齐乃宽、李康民审校，北京，法律出版社2001年版，第207页。

[262]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第346页；王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第401页。

[263]王泽鉴：《民法物权·用益物权·占有》（总第2册），北京，中国政法大学出版社2001年版，第82页；谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第201～202页。

[264]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第202页。

[265]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第406页。

[266]姚瑞光：《民法物权论》，台北，海宇文化事业有限公司1995年版，第184页；谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第202页；梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第291页。

[267]姚瑞光：《民法物权论》，台北，海宇文化事业有限公司1995年版，第185页；谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第203页；梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第291页。

[268]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第203页。

[269]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第203页。

[270]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第203页。

[271]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第203页。

[272]参见谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第204页；王泽鉴：《民法物权·用益物权·占有》（总第2册），北京，中国政法大学出版社2001年版，第83页；梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第291页；王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第407页。

[273]参见谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第204页；王泽鉴：《民法物权·用益物权·占有》（总第2册），北京，中国政法大学出版社2001年版，第83页；梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第291页；王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第407页。

[274]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第205页。

[275]郑玉波：《民法物权》，台北，三民书局有限公司1988年修订12版，第182

~183页。

[276]参见崔建远：《土地上的权利群研究》，北京，法律出版社2004年版，第225页。

[277]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第224页。

[278]参见崔建远：《土地上的权利群研究》，北京，法律出版社2004年版，第228页。

[279]王轶：《论倡导性规范——以合同法为背景的分析》，载《清华法学》2007年第1期，第66~74页。

[280]参见[日]我妻荣：《日本物权法》，有泉亨修订，李宜芬校订，台北，五南图书出版公司1999年版，第142、147、150~160页。

[281]参见[日]我妻荣：《日本物权法》，有泉亨修订，李宜芬校订，台北，五南图书出版公司1999年版，第142、147、150~160页。

[282]崔建远：《土地上的权利群研究》，北京，法律出版社2004年版，第225~226页。

[283]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第232页。

[284]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第231、232、222页。

[285]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第231、232、222页。

[286]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第231、232、222页。

[287]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第224页。

[288]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第224页。

[289]法国最高法院诉状审理庭1881年2月23日判决（D. P., 81. I. 407 ; S., 82. I. 111），法国最高法院第三民事法庭1989年3月22日判决（B. 111, 71 ; R., 91. 526. Fr, Zenati）。转引自尹田：《法国物权法》（第2版），北京，法律出版社2009年版，第432页。

[290]尹田：《法国物权法》（第2版），北京，法律出版社2009年版，第432页。

[291]参见Malaurie et Aynès, les biens, p. 310.转引自尹田：《法国物权法》（第2版），北京，法律出版社2009年版，第432页。

[292]参见谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第228页。

[293]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第200页；王泽鉴：《民法物权·用益物权·占有》（总第2册），北京，中国政法大学出版社2001年版，第81页。

[294][日]三瀨信三：《物权法提要》（上、下卷），孙芳译，韦浩点校，北京，中国政法大学出版社2005年版，第131、132页。

[295]陈华彬：《物权法原理》，北京，国家行政学院出版社1998年版，第539页。

[296][日]三瀨信三：《物权法提要》（上、下卷），孙芳译，韦浩点校，北京，中国政法大学出版社2005年版，第131、132页。

[297][古罗马]优士丁尼：《法学阶梯》，徐国栋译，阿贝特鲁奇、纪蔚民校，北京，中国政法大学出版社2005年第2版，第140～141页。

[298]Windscheld, Pandekten. I§209; Dernburg, Pandekten I.§288.转引自[日]三瀨信三：《物权法提要》（上、下卷），孙芳译，韦浩点校，北京，中国政法大学出版社2005年版，第129页。

[299]Bocking, Pandekten. I§36.转引自[日]三瀨信三：《物权法提要》（上、下卷），孙芳译，韦浩点校，北京，中国政法大学出版社2005年版，第129页。

[300]转引自[日]三瀨信三：《物权法提要》（上、下卷），孙芳译，韦浩点校，北京，中国政法大学出版社2005年版，第129页。

[301]费安玲：《罗马私法学》，北京，中国政法大学出版社2009年版，第220页。

[302][日]我妻荣：《日本物权法》，有泉亨修订，李宜芬校订，台北，五南图书出版公司1999年版，第379页。

[303][日]三瀨信三：《物权法提要》（上、下卷），北京，中国政法大学出版社2005年版，第132页。

[304]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修

订2版，第200～201页。

[305]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第200页；王泽鉴：《民法物权·用益物权·占有》（总第2册），北京，中国政法大学出版社2001年版，第81页。

[306] 谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第200～201页。

[307]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第201页；王泽鉴：《民法物权·用益物权·占有》（总第2册），北京，中国政法大学出版社2001年版，第81页。

[308]参见谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第204页；王泽鉴：《民法物权·用益物权·占有》（总第2册），北京，中国政法大学出版社2001年版，第83页；梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第291页；王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第407页。

[309]参见谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第204页；王泽鉴：《民法物权·用益物权·占有》（总第2册），北京，中国政法大学出版社2001年版，第83页；梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第291页；王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第407页。

[310]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第232页。

第四分编 担保物权

本分编下辖“第16章 一般规定”、“第17章 抵押权”、“第18章 质权”和“第19章 留置权”共四章，汇集了担保物权的主要规则。

相较于《物权法》关于担保物权的规定，本分编向前迈进了一步，主要表现在如下方面：（1）在担保物权的客体领域，增加了土地经营权、集体经营性建设用地使用权、海域使用权、居住权，不再强调“四荒”土地承包经营权才可较为自由地设立抵押权；（2）在担保物权的类型层面，增设了超级优先权，把普通的动产抵押权和浮动抵押权合并为动产抵押权，当然，在动产抵押权内部仍有动产抵押权和浮动抵押权之分；（3）在数个担保物权并存于同一项财产之上时的效力排序，也有新的变化，如《民法典》增设第415条，规定“同一财产既设立抵押权又设立质权的，拍卖、变卖该财产所得的价款按照登记、交付的时间先后确定清偿顺序”；于第414条增加第2款，规定“其他可以登记的担保物权，清偿顺序参照适用前款规定。”（4）修正了《物权法》奉行的禁止流押条款的理念和规定，弹性化地对待和处理流押条款。（5）放弃了《物权法》坚持的抵押财产转让必经抵押权人同意的旧制，改采抵押财产转让、抵押权的追及效力和涤除权综合治理的结构及方法。（6）《民法典》只规定有关担保物权自办理（抵押或出质）登记时设立，不再如同《物权法》那样一一列举登记机构，这就为于时机成熟时设置动产担保的统一登记机构，尽可能地统一登记格式，预留了空间。这不失为一种较好的处理方式。

第十六章 一般规定

本章集中规定了担保物权的一般规则，包括担保物权的主要效力、担保物权担保的债权所处领域、基于担保合同设立担保物权的要求、担保物权担保的债权范围、担保物权的物上代位性、被担保债务转移时担保人免责的条件、物的担保和人的担保并存于同一个债权时，实行担保的顺序以及担保物权消灭及其事由。

在市场经济中，担保物权的社会作用突出，表现在如下几个方面：（1）担保物权的设立迫使债务人积极履行债务，保障债权实现，是担保物权的消极社会作用。^[1]当然，消极作用中也透着积极的社会作用，因为假如没有担保物权制度作为基础支撑信贷业，可能导致信贷成本的上升和整个信贷业的萎缩。这反过来又将影响到全民就业和经济增长。因此可以说，担保物权也是整个国民经济的重要支柱。^[2]（2）担保物权作为社会融资的法律手段，诱导债权的发生，间接促成经济的繁荣是担保物权的积极社会作用。其道理在于，企业经营者筹集资金的便捷方式，是向金融部门融资。而获取融资的最佳手段，系以企业的财产设立担保物权。以担保物权为手段获取融资后，债务人因其清偿责任加重，责任感加强，便积极地将融资转为投资，购置设备，兢兢业业于企业的经营以赚取利润，用以清偿债务，或可用再添设备。增添的设备不仅可以使使用、收益，创造利润，又可用于融资，再次形成从事经济活动所需的资本，于是相互循环，资本日增，企业因而壮大。再者，金融部门为使授予的融资易于收回，除设立担保物权作为最后护身符之外，无不先行调查企业的信用状况，就其经营方式、计划和结构作精密的企业诊断，企业愈健全愈有清偿能力，自然更易于获得融资，无形中更可促使企业的健康发展。另外，融资既系自动偿还，则金融部门的融资乃能于社会中流通顺畅，利润源源而生，企业和金融部门相辅相成，经由担保物权的融资手段，共同带动经济的繁荣。^[3]（3）刺激消费，高效地满足人们日益增长的消费需求。现代社会是一个消费型社会，大量前所未有的物质产品和精神产品被创造出来供人们消费。然而在面对一些高额消费品（如汽车、住宅等）之时，许多人可能因财力不支而只能望而却步，此时采取担保物权即可有效地解决这些问题。当某个消费者希望能够住上一套公寓房或开上一辆汽车的时候，他或她可以进行汽车抵押贷款或房屋抵押贷款，消费者只需要付出这些消费品售价的一小部分（甚至一分钱不支付），其他的部分由银行支付，消费者与银行之间形成借贷关系，贷款的数额分期偿还，同时以汽车或房屋向银行设定抵押权，以担保银行债权的实现。在人们能够通过支付很少的一部分金钱就能提前消费许多高额消费品的情形下，消费欲望得到了空前的刺激，人们的消费需要也极大地得到了满足。而消费的增长又进一步带动了生产、销售等各个环节的顺畅进行。因此，在看到担保物权保障债权安全实现、刺激信用的创造这两项功能的同时，也绝不能忽视其刺激消费、高效地满足人们消费需求的作用。^[4]

担保物权依其发生原因的不同，可以分为法定担保物权和意定担保物权。所谓法定担保物权，是指直接基于法律规定而当然发生的担保物权。《民法典》规定的法定担保物权有留置权（第447条以下），建设工程价款优先受偿权（第807条），《海商法》第21条以

下规定的船舶优先权，《民用航空法》第18条以下规定的民用航空器优先权等，均为法定担保物权。所谓意定担保物权，是指基于当事人的约定产生的担保物权。这类担保物权较为常见，抵押权、质权往往是意定产生的。这种分类的法律意义在于，担保物权成立的要件不同，意思自治原则发挥作用的领域有别。

[辨析]

工程款债权优先受偿权的确切含义与适用对象

强制执行申请人甲公司，基于民间借贷、买卖等法律关系对乙公司享有到期债权，发现乙公司对丙（政府机关）享有基于建设工程施工合同发生的工程款债权1 300万元人民币，且丙（政府机关）拟向乙公司付清工程款1 300万元人民币，于是申请查封了该笔1 300万元人民币的资金。乙公司提出执行异议，理由是其欠发其雇员的工资，依据《民法典》第807条的规定，对该笔1 300万元人民币享有工程款债权优先受偿权。

笔者不赞同乙公司的主张，理由及分析如下。

（1）从债的担保一般原理看

担保财产，不是被担保债权本身，也不是被担保债权指向的标的物，而是债务人另外的财产，甚至是债务人以外的第三人的财产。就此看来，《民法典》第807条规定的工程款债权优先受偿权指向的财产，不是承包人对发包人享有的工程款债权本身，也不是该债权指向的标的物（金钱）。所以，对发包人丙欠付承包人乙公司的1 300万元人民币强制执行，承包人乙公司无权以《民法典》第807条规定的工程款优先受偿权为由提出执行异议。

（2）从工程款债权优先受偿权就发包人的特定财产角度看

工程款债权优先受偿权是担保物权，以特定物为标的物。发包人丙的金钱未支付给承包人乙公司之前，并非特定物，而是融汇于发包人丙的责任财产之中，工程款债权优先受偿权这个担保物权的效力无法及于此处所谓金钱。如果发包人丙已经付给承包人乙公司，该笔金钱又被融汇于承包人乙公司的责任财产之中，工程款债权优先受偿权的效力也无法及于此处所谓金钱。所以，对发包人丙欠付的1 300万元人民币强制执行，承包人乙公司无权以《民法典》第807条规定的工程款债权优先受偿权为由提出执行异议。

（3）从工程款债权优先受偿权行使的条件看

只有在发包人丙支付工程款方面违约时，承包人乙公司才有权主张工程款债权优先受偿权。系争案件中，案涉工程尚未竣工验收，付款条件尚未成就，发包人丙未付该笔工程款不构成违约，承包人乙公司无权以工程款债权优先受偿权为由提出执行异议。

（4）从法律关系及权利主体的角度看

《民法典》第807条规定的工程款债权优先受偿权，应用于发包人丙与承包人乙公司之间的法律关系中。

法释〔2002〕14号规定的工人的工资优先受偿权，应用于承包人乙公司所雇员工、承包人乙公司与发包人丙之间的法律关系中，且权利主体为此处所谓员工，而非承包人乙公司。系争案件中，承包人乙公司对甲公司申请的强制执行提出异议，理由是其雇员的工资尚未发放，这搞错了法律关系，主体错位。

担保物权以其主要效力为标准，可分为留置性担保物权和优先清偿性担保物权。所谓留置性担保物权，是以留置担保物，迫使债务人清偿为其主要效力的担保物权。留置权、当铺中的当铺质为其典型。所谓优先清偿性担保物权，是以支配担保物的交换价值，使得担保债权优先获得清偿为其主要效力的担保物权。抵押权为其代表。动产质权同时具有这两种效力。这种分类的法律意义在于，留置性担保物权通常是人们为了满足生活上的临时需要而存在的，但因必须将担保物的占有移转给债权人，致担保人（债务人或第三人）无法对它为使用、收益，企业经营者运用它的情况较少。反之，清偿性担保物权场合，担保人可继续使用并收益担保物，物尽其用，也免去了债权人的保管之累，最符合企业的经营理念，故为企业经营者所乐于采用。这种担保物权在现代生活中居于主导地位。^[5]

担保物权依其标的物的不同，可分为动产担保物权、不动产担保物权、权利担保物权和非特定财产担保物权。所谓动产担保物权，是指以动产为担保物而设立的担保物权。动产质权及动产抵押权为其例证。所谓不动产担保物权，是指以不动产为担保物而设立的担保物权。不动产抵押权为其代表。所谓权利担保物权，是指以权利为担保物而设立的担保物权。权利质权、权利抵押权为其典型。非特定财产担保物权，是指担保物权设立时不要求拟为担保的财产特定化，在担保物权实行前拟为担保的财产可以变动，但在担保物权实行时，担保物必须确定的担保物权。浮动抵押权为其代表。^[6]这种分类的法律意义在于：（1）担保物权成立的要件不尽一致，如不动产担保物权以

登记为生效要件，浮动抵押权则否，而动产担保物权需要区分类型而定。（2）不同领域对担保物权类型的需求有别。如企业经营领域，不动产抵押权、浮动抵押权、某些权利质权被经常运用，而在日常生活领域则对动产质权的需求较大。

担保物权以是否移转担保物的占有为标准，可分为占有担保物权和非占有担保物权。所谓占有担保物权，是指将担保物移转给债权人占有为成立要件和存续要件的担保物权。留置权、动产质权为其代表。所谓非占有担保物权，是指无须将担保物移转给债权人占有的担保物权。抵押权为其典型。^[7]这种分类的法律意义在于，两者的成立要件不同：占有担保物权以移转担保物的占有为成立要件，非占有担保物权则否。

担保物权以其是否属于法律所规定的为标准，可分为典型担保和非典型担保。所谓典型担保，是指法律所明文规定的，以担保债权实现为直接目的的担保形式。抵押权、质权和留置权均为典型担保。所谓非典型担保又有广义的和狭义之分。狭义的非典型担保，是指在交易实务中自发产生，尔后为判例、学说所承认的担保债权实现的担保形式。让与担保为其代表。^[8]广义的非典型担保，又叫变态担保或不规则担保，是指法律未将其放置于债权担保体系内，甚至于法律对其未加规定，但内在地具有或兼具担保债权的功能，社会交易上将之用于债权担保的制度。典权、让与担保、附条件买卖、买回、代理受领、抵销、融资租赁等均属此类。^[9]

所谓让与担保，是指债务人或第三人为担保债务人履行其债务，将担保物的权利移转于债权人，待债权获得清偿时，担保物的权利复归于债务人或第三人，在债务不履行时，债权人可以就该担保物受偿的非典型担保。以标的物是动产抑或不动产为标准，它分为动产让与担保和不动产让与担保。关于动产让与担保，中国现行法尚未规定，仅仅设置了动产抵押权制度。关于不动产让与担保，实务中盛行的按揭属于此类。这种分类的法律意义在于：（1）典型担保的构成和效力均由法律明文规定，而非典型担保的情形较为复杂，务必先定性和定位，方能适当地适用法律。（2）通过对典型担保和非典型担保的梳理，可建立债的保障体系，完善民法理论。

担保物权还可以分为本担保与反担保，这将在释评《民法典》第387条时详述，此处不赘。

第三百八十六条

担保物权人在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，依法享有就担保财产优先受偿的权利，但是法律另有规定的除外。

本条主旨

本条是关于担保物权的概念的规定。

相关条文

《物权法》第170条 担保物权人在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，依法享有就担保财产优先受偿的权利，但法律另有规定的除外。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条是对《物权法》第170条的复制，界定了担保物权，强调该权具有就担保财产使被担保债权优先受偿的效力。

虽然本条行文是“担保物权人……依法享有就担保财产优先受偿的权利”，但实际上不是担保物权“依法享有就担保财产优先受偿的权利”，而是被担保债权“就担保财产优先受偿”，因为物权有的是优先性，而非受偿性；具有受偿性的恰恰是债权。

本条但书“法律另有规定的除外”，例如，《民法典》第807条规定的工程款债权的优先受偿权，其效力优于本条涵盖的担保物权。

二、担保物权的方式和法律性质

担保物权的方式主要有抵押权、质权、留置权及优先权。这里所说的财产，叫作担保物，或称担保财产，为特定的物或特定的权利。担保物的特定，大多在担保物权设立之时即有此要求，但在浮动抵押权场合是抵押权实行时将抵押物特定化。此处所谓债权人，为担保人。以其财产作为清偿债务的标的之人，无论是债务人还是第三人，都叫作担保人。

担保物权除了具有物权的一般属性外，还具有以下法律特征。

1.担保物权以确保债权的实现为目的

担保物权是以确实优先支配担保物的交换价值为内容，以确保债权实现为目的的定限物权。学说称之为价值权。担保物权不重在担保物的直接支配，而重在担保物的交换价值的直接支配。^[10]这是它与用益物权的重要区别之一。

2.担保物权具有从属性

这里的从属性，是指担保物权从属于债权而存在，以债权的存在或将来存在为前提，随着债权的消灭而消灭，一般也随着债权的变更而变更，优先受偿的范围以担保物权实现时存在的被担保债权为限。对此，笔者将在释评《民法典》第388条时详述，此处不赘。

3.担保物权具有不可分性

被担保债权于债务履行期届满时未受全部清偿的场合，担保债权人可以就担保物的全部行使权利。这体现出了担保物权的不可分性。申言之，被担保债权即使经过分割、部分清偿或消灭，担保物权仍为了担保各部分债权或剩余债权而存在；担保物即使经过分割或一部灭失，各部分或余存的担保物仍为担保全部债权而存在。^[11]对此，《民法典》虽无明文，但法释〔2000〕44号则作出了明确的规定：“主债权未受全部清偿的，抵押权人可以就抵押物的全部行使其抵押权”（第71条第1款）。“抵押物被分割或者部分转让的，抵押权人可以就分割或者转让后的抵押物行使抵押权”（第71条第2款）。“主债权被分割或者部分转让的，各债权人可以就其享有的债权份额行使抵押权”（第72条第1款）。“主债务被分割或者部分转让的，抵押人仍以其抵押物担保数个债务人履行债务。但是，第三人提供抵押的，债权人许可债务人转让债务未经抵押人书面同意的，抵押人对未经其同意转让的债务，不再承担担保责任”（第72条第2款）。

4.担保物权具有物上代位性

担保物因灭失、毁损而获得赔偿金、补偿金或保险金的，该赔偿金、补偿金或保险金成为担保物的代替物，担保物权依然存在于其上，债权人有权就该代替物行使担保物权。这是担保物权的物上代位性。之所以如此，是因为担保物权乃在对于标的物的交换价值的直接支配，不关注标的物的占有、使用，于是，这种交换价值现实化时，无论其原因如何，均应为担保物权的效力所及。^[12]对此，《民法典》设有明文：“担保期间，担保财产毁损、灭失或者被征收等，担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。被担保债权的履行期未届满的，也可以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等”（第390条）。法释〔2000〕44号第80条也设有类似的规定。

应当指出，留置权是把留置物的占有作为效力的本体的，在留置物灭失而转换为赔偿金请求权、保险金请求权时，留置权归于消灭，没有物上代位的可能。^[13]

5.担保物权具有追及效力

所谓担保物权的追及效力，是指不论担保物辗转流入何人之手，担保物权人均可追及至该担保物之所在，主张其担保物权[《民法典》第406条第1款，法释〔2000〕44号则予以承认（第67条、第68条）]，值得肯定。^[14]

不过，需要注意，留置权因其以占有留置物为成立要件和存续要件，占有丧失，留置权本身消灭，只要留置权人没有借助于占有制度恢复对留置物的占有，留置权即不存在，故无追及效力可言。^[15]

6.担保物权具有补充性

这里的补充性，是指担保物权一经成立，就在债的关系的基础上补充了担保物权关系，如抵押权法律关系、质权法律关系等。这些补充的担保物权关系的存在，使债权人就担保物享有了优先权，从而大大增加了促使债务人适当履行其债务的压力，极大地增强了保障债权得以实现的可能性。当然，在债的关系因适当履行而正常终止时，补充的义务并不实际履行；只有在债务不履行，并且担保人又无抗辩事由时，补充的义务才履行，使债权得以实现。

应当承认，补充性非担保物权所独有，保证关系、定金关系、某些保证金关系也具备。

三、担保物权与人的担保

人的担保，是指在债务人的全部财产之外，又附加了其他有关人的一般财产作债权实现的总担保。其形式主要有保证、连带债务、并存的债务承担。保证，是指基于保证人和债权人的约定，当债务人不履行其债务时，由保证人按照约定代债务人履行债务或承担民事责任。在现行法上分为一般保证和连带责任保证。连带债务，是在多数债务人场合下，每个债务人都负有义务向债权人清偿全部债务的现象。并存的债务承担，也叫附加的债务承担或重叠的债务承担，是指第三人加入债的关系，与原债务人共同承担同一责任的现象。新加入的债务人不是从债务人，其债务没有补充性，因而无先诉抗辩权。债权人可直接向他主张债权，从而增加了债权实现的可能性。

就对债权实现的保障而言，人的担保是通过扩张一般担保的财产数量，即不但把债务人的全部财产作为责任财产，也把保证人、连带债务人或并存的债务承担人的全部财产纳入可以履行债务的范畴或列入可以承担责任的系列，从而大大增强了债权实现的可能性。不过，“因仍系以个人信用为担保，所负责任与债务人并无不同，故债务不能完全履行之危险依旧存在。而物的担保，债权人因有特定物直接供担保之用，独占地取得特定物或财产之支配价值，以优先清偿担保债权，不仅可以排除债务人主观愿否清偿之危险及责任财产可能减少之不安定性，同时在债务不能清偿时，因对担保标的物具有直接变价之权，就所得价金复有优先于其他债权人而受清偿之权能，因之，亦排除债权平等原则之适用，于是债务之确实清偿遂得以充分保障。可见，物的担保系债权经由与物权之结合，债权之权利因而扩充（权利扩充性），债权亦因有物权增强其效果而取得优越地位（债权优越化），是以担保物权实为债权之最佳担保制度”^[16]。

四、担保物权与金钱担保

金钱担保，是在债务以外又交付一定数额的金钱，该特定数额的金钱的得丧与债务履行与否联系在一起，使当事人双方产生心理压力，从而促其积极履行债务，保障债权实现的制度。其主要方式有定金、押金及某些保证金。

就对债权实现的保障而言，金钱担保是通过特定数额的金钱得丧的规则效力使当事人产生心理压力，为避免自己的金钱损失而积极履行债务，保障债权实现。应当看到，这类担保方式在保障双方当事人的债权实现方面，有厚此薄彼之嫌。就是说，对于受领定金、押金或保证金的一方当事人较为有利，即在交付定金、押金或保证金的一方当事人不履行债务时，无论其责任财产的状况如何，受领定金、押金或保证金的一方当事人的债权至少能在其预先受领金钱数额的范围内得到实现；但对交付定金、押金或保证金的一方当事人不尽有利，即受领定金、押金或保证金的一方当事人若不履行债务，且其责任财产不足以清偿数个并存的债权时，交付定金、押金或保证金的一方当事人就难以使其债权获得完全清偿，甚至根本不能获得清偿。换言之，金钱担保对于交付金钱的一方当事人来说，与民事责任对其债权的保障程度难分高下。

与此不同，担保物权是通过使被担保债权就债务人或第三人的特定财产具有优先受偿效力的形式，来保障此类债权实现的，不受或少受债务人财产状况的影响。就保障债权实现而言，担保物权优于金钱担保。在市场主体的资金都相对紧缺的常态下，金钱担保运用的机会相对较少，高额债权的担保场合尤其如此，而担保物权恰恰具有这方

面的优势。不过，从成本的方面观察，担保物权实现的成本较高，而金钱担保的实现成本要低得多。

五、担保物权与所有权保留

所谓所有权保留，是指标的物虽然交付了，但其所有权仍然保留在出让人之手，待一定的条件成就时该所有权才转移给受让人的制度。它在分期付款买卖中运用得最为广泛。在分期付款买卖合同中约定有所有权保留的条款的情况下，买卖物的所有权不因交付发生变动，而是待买受人付清全部价款时才转移。这样，会促使买受人积极支付价款，保障出卖人获得全部价款。《民法典》已经规定了这种担保方式（第642条），值得肯定，因为市场经济是信用经济，信用经济必定产生分期付款买卖方式。在分期付款买卖日益增多的形势下，所有权保留是买受人于价款付清前可以先占有、使用标的物，同时能保障出卖人的价款债权得以实现的较为理想的担保方式。还有，现行法虽然从整体上规定了抵押权，但证券抵押尚付阙如。而证券抵押恰恰是以担保方式作为投资手段的重要方式，在高度发达的市场经济中起着重要作用，中国立法亦应予以确认。应当指出，所有权保留还存在着其他的类型，例如日本有所谓的“延长的所有权保留”和“扩大的所有权保留”，前者指在生产、流通过程中，原材料供应商为了担保价金债权而在原材料及其加工物上保留所有权。由于这种供应商的所有权保留与融资者的让与担保权在加工物上会发生冲突，在日本这种所有权保留很少使用。^[17]所谓“扩大的所有权保留”，是指在继续性买卖关系中，基于全部买卖商品与全部价金债权的牵连关系，为担保全部债权而保留全部买卖商品的所有权。它也被日本学者称为“根所有权保留”^[18]或“无限所有权保留”^[19]。

在所有权保留的情况下，是通过在买受人全部付清价款之前不移转标的物所有权来促使买受人积极支付全部价款；即使买受人不付清价款，出卖人也能基于所有物返还请求权取回标的物，从而免受损害。担保物权是法律赋权债权人就担保人的特定财产优先于他人来实现债权的制度。所有权保留和担保物权都属于广义的物的担保，由此可见两者在保障债权实现方面具有很强的共性。当然，它们也有差异。其一，所有权保留的成立需要当事人约定，而留置权、法定抵押权则直接基于法律的规定产生。其二，所有权保留制度适用的领域有限，而担保物权制度适用的范围非常宽广。其三，所有权保留的运用成本较低，而担保物权的运用成本较高。

第三百八十七条

债权人在借贷、买卖等民事活动中，为保障实现其债权，需要担保的，可以依照本法和其他法律的规定设立担保物权。

第三人为债务人向债权人提供担保的，可以要求债务人提供反担保。反担保适用本法和其他法律的规定。

本条主旨

本条是关于担保物权运用领域及反担保的规定。

相关条文

《物权法》171条 债权人在借贷、买卖等民事活动中，为保障实现其债权，需要担保的，可以依照本法和其他法律的规定设立担保物权。

第三人为债务人向债权人提供担保的，可以要求债务人提供反担保。反担保适用本法和其他法律的规定。

《担保法》第2条 在借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动中，债权人需要以担保方式保障其债权实现的，可以依照本法规定设定担保。

本法规定的担保方式为保证、抵押、质押、留置和定金。

第4条 第三人为债务人向债权人提供担保时，可以要求债务人提供反担保。

反担保适用本法担保的规定。

理解与适用

本条是对《物权法》第171条的复制，第1款规定担保物权的运用领域，第2款规定反担保。

本条第1款所谓担保物权，在与本条第2款规定的反担保对称时叫作本担保，所列举的借贷、买卖等法律行为引发的债的关系，为金钱之债，或能转化为金钱之债。其反面推论是，凡是不能转化为金钱之债的，担保物权难以起到担保作用。

本条第1款所谓“需要担保的，可以依照本法和其他法律的规定设立担保物权”，其中的“本法”即《民法典》；“其他法律的规定”，例

如,《海商法》第11条关于“船舶抵押权,是指抵押权人对于抵押人提供的作为债务担保的船舶,在抵押人不履行债务时,可以依法拍卖,从卖得的价款中优先受偿的权利。”第87条规定:“应当向承运人支付的运费、共同海损分摊、滞期费和承运人为货物垫付的必要费用以及应当向承运人支付的其他费用没有付清,又没有提供适当担保的,承运人可以在合理的限度内留置其货物。”

担保物权以其是否属于为担保人所承担的担保责任而设立的担保形式为标准,可分为本担保和反担保。

所谓本担保,即固有意义上的担保,也就是人们通常所说的担保,指债务人或第三人以其特定财产或一般财产,为担保债权人基于买卖合同产生的债权,或基于单方允诺产生的债权,或不当得利债权,或无因管理债权,或基于侵权行为产生的债权等债权的实现,而设立的担保形式。

所谓反担保是与本担保或曰原担保对应的概念,又称作“求偿担保”,是指在商品贸易、工程承包和资金借贷等经济往来中,有时为了换取担保人提供保证、抵押或质押等担保方式,由债务人或第三人向该担保人新设担保,以担保该担保人承担了担保责任后易于实现其追偿权的制度。该新设担保相对于原担保而言被称为反担保。《民法典》第387条第2款对此均予承认。

抵押权、质权等可以是本担保的形式,也可以是反担保的形式,究竟属于何者,须看具体的法律关系及其结构。

区分本担保和反担保的法律意义在于:(1)关于本担保的形式,现行法已经明确,抵押权、质权和留置权诸担保物权,保证等人的担保形式,以及定金等金钱担保形式,均属此类。至于反担保的形式,现行法尚未言明,需要学说和判决整理。笔者认为,首先,留置权不能为反担保方式。因为按《民法典》第387条第2款规定,反担保产生于约定,而留置权却发生于法定。留置权在现行法上一律以动产为客体,价值相对较小,在主债额和原担保额均为巨大的场合,以留置权作为反担保实在不足以保护原担保人的合法权益。其次,定金虽然在理论上可以作为反担保的方式,但因为支付定金会进一步削弱债务人向债权人支付价款或酬金的能力,加之往往形成原担保和反担保不成比例的局面,所以在实践中极少采用。在实践中运用较多的反担保形式是保证、抵押权,然后是质权。不过,在债务人亲自向原担保人提供反担保的场合,保证就不得作为反担保方式。因为这会形成债务人既向原担保人负偿付因履行原担保而生之必要费用的义务,又向原担保人承担保证债务,债务人和保证人合二而一,起不到反担保的

作用。只有债务人以其特定财产设立抵押权、质权，作为反担保方式，才会实际地起到保护原担保人的合法权益的作用。至于实际采用何种反担保方式，取决于债务人和原担保人之间的约定。在第三人充任反担保人的场合，抵押权、质权、保证均可采用，究竟采取何者，取决于该第三人（反担保人）和原担保人之间的约定。（2）设立反担保的行为是法律行为，必须符合《民法典》第143条规定的有效条件。而每种反担保方式又各有其特定的成立要件，因此尚需符合《民法典》于相应条款规定的特定成立要件。例如，《民法典》第400条规定，抵押权设立须有抵押合同并须具有书面形式与相应条款。

（3）依反担保设立的目的要求，反担保的实行，应于原担保实行之后。而原担保的实行则无此前提。（4）关于本担保设立者的范围，《民法典》设有明文，可以是债务人，有时也可以是第三人（第388条第2款、第391条等）。关于反担保提供者的范围，《民法典》第387条第2款仅仅规定债务人为反担保的提供者，忽视了债务人委托第三人向原担保人提供反担保的情形。按本条侧重保护原担保人的合法权益、换取原担保人立保的立法目的和基本思想衡量，法条文义涵盖的反担保提供者的范围过狭，不足以贯彻其立法目的，构成一法律漏洞。对该漏洞的弥补应采取目的性扩张方式，将第三人提供反担保的情形纳入本条的适用范围。法释〔2000〕44号第2条第1款已经作了这样的解释，值得肯定。^[20]

第三百八十八条

设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同包括抵押合同、质押合同和其他具有担保功能的合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效的，担保合同无效，但是法律另有规定的除外。

担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

本条主旨

本条是关于担保合同可以设立担保物权、担保合同具有从属性以及担保合同无效时民事责任如何分担的规定。

相关条文

《物权法》第172条 设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债

务合同无效，担保合同无效，但法律另有规定的除外。

担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

《担保法》第5条 担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。担保合同另有约定的，按照约定。

担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

法释〔2000〕44号第7条 主合同有效而担保合同无效，债权人无过错的，担保人与债务人对主合同债权人的经济损失，承担连带赔偿责任；债权人、担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的二分之一。

第8条 主合同无效而导致担保合同无效，担保人无过错的，担保人不承担民事责任；担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。

法〔2019〕254号第54条从属性是担保的基本属性，但由银行或者非银行金融机构开立的独立保函除外。独立保函纠纷案件依据《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》处理。需要进一步明确的是：凡是由银行或者非银行金融机构开立的符合该司法解释第1条、第3条规定情形的保函，无论是用于国际商事交易还是用于国内商事交易，均不影响保函的效力。银行或者非银行金融机构之外的当事人开立的独立保函，以及当事人有关排除担保从属性的约定，应当认定无效。但是，根据“无效法律行为的转换”原理，在否定其独立担保效力的同时，应当将其认定为从属性担保。此时，如果主合同有效，则担保合同有效，担保人与主债务人承担连带保证责任。主合同无效，则该所谓的独立担保也随之无效，担保人无过错的，不承担责任；担保人有过错的，其承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条是对《物权法》第172条的复制，第1款前段属于引致性（管道性）条款，规定担保物权可由担保合同设立，中段列举担保合同的种类并宣明担保合同具有从属性，后段正文顺势规定主债的合同无效

的，担保合同随之无效，后段但书为引致性（管道性）规定，把排除从属性的独立担保合同引向另外的法律规定。

本条第2款确立担保合同无效的场所，依各当事人的过错程度分配民事责任。

二、担保物权的设立模式

本条第1款前段规定的担保物权基于担保合同而设立，仍属引致性（管道性）的，引向《民法典》第209条第1款、第214条、第216条、第400条、第403条、第404条、第427条、第429条、第441条以下等规定，以及《海商法》等单行法上的有关规定。这些规定确立了两大设立模式：一是担保物权自担保合同生效时设立，如《民法典》第403条等条款规定的模式；二是担保物权自登记时设立，如《民法典》第402条等条款规定的模式。

本条所谓担保合同，受规范意旨的限制，一方面应作限缩解释，其为设立担保物权的合同，不包括保证合同、定金合同、押金合同及保证金合同等；另一方面须注意其列举担保合同类型的潜台词，尤其是所谓其他具有担保功能的合同包括所有权保留合同、融资租赁合同、让与担保合同，甚至于设立特定账号合同等。这些合同都可使某特定债权优先于普通债权受偿。这在实效上类似于抵押、质押等，故有必要承认让与担保等法律措施具有担保效力。^[21]

其实，担保物权的设立，有些不是源自担保合同，而是基于法律的直接规定。例如，《民法典》第447条以下设置的留置权，第397条第2款规定的“抵押人未依据前款规定一并抵押的，未抵押的财产视为一并抵押”，第807条规定的建设工程款债权优先受偿权，都是基于法律的直接规定，而非当事人的约定。看来，《民法典》第388条第1款前段表述得不周延，“设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同”之后应当增加“或者直接基于法律的规定”之类的短语。

三、担保合同的从属性及其排除

本条第1款中段明确“担保合同是主债权债务合同的从合同”。对由此确立的担保合同的从属性可有如下解读。

（1）主债权债务合同，简称为主债合同，如价款合同、买卖合同、承揽合同等均属此类。此类主债合同引发债权债务，担保物权即担保其中的债权实现、债务清偿。

(2) 担保合同，如抵押合同、质押合同、让与担保合同等。它们从属于主债合同。这种从属性最为典型的表现是，先有诸如借款、买卖等主债合同，后有担保合同。不过，先有担保合同，其后订立主债合同，且有效，也应认可这不违反从属性。但是，如果其后订立的主债合同不成立、无效，即使担保合同本身符合有效要件，也得归于消灭。

需要注意本条第1款后段但书“但是法律另有规定的除外”，认可担保合同的从属性可因法律的规定而被排除。例如，《民法典》第420条以下规范的最高额抵押权及其合同存在着不适用本条第1款后段正文的情形。最高额抵押权所担保的，是一定期间内将要连续发生的债权，最高额抵押权并不是从属于其中某个债权的担保物权；从法律行为的层面看，就是最高额抵押合同并不从属性最高额内发生的每一个产生被担保债权的合同，如果某个债权因产生它的合同无效而不复存在，最高额抵押合同和最高额抵押权并不因此归于消灭。

四、担保合同无效场合的民事责任分担

担保合同无效，只是不依据当事人的意思发生担保的效力，并非不发生任何效果，本条第2款规定成立民事责任，且由有过错的债务人、担保人、债权人依其过错程度分担。这与《民法典》第157条后段的规定相呼应。

本条第2款的文义和规范意旨都显示，于此场合贯彻的是过错责任原则，只有有过错的当事人才有义务分担责任，无过错者无义务分担。此其一。此处所谓过错，是对担保合同无效具有过错，假如虽有过错，但不是发生在酿成或促成担保合同无效的阶段，如隐瞒了亏损的事实，或故意不履行主债务，也不承担本条第2款规定的民事责任。此其二。此处分担民事责任，有无必要进一步细化？回答应是肯定的。我们务必重视法释〔2000〕44号第7条关于“主合同有效而担保合同无效，债权人无过错的，担保人与债务人对主合同债权人的经济损失，承担连带赔偿责任；债权人、担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的二分之一”的规定；第8条关于“主合同无效而导致担保合同无效，担保人无过错的，担保人不承担民事责任；担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的三分之一”的规定；法〔2019〕254号第54条后段关于“如果主合同有效，则担保合同有效，担保人与主债务人承担连带保证责任。主合同无效，则该所谓的独立担保也随之无效，担保人无过错的，不承担责任；担保人有过错的，其承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的三分之一”的规定。即使《民法典》生效实施，这些司法解释被废止，其精神也应予以延

续。

第三百八十九条

担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。当事人另有约定的，按照其约定。

本条主旨

本条是关于担保范围的规定。

相关条文

《物权法》第173条 担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。当事人另有约定的，按照约定。

《担保法》第46条 抵押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现抵押权的费用。抵押合同另有约定的，按照约定。

第67条 质押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、质物保管费用和实现质权的费用。质押合同另有约定的，按照约定。

法〔2019〕254号第55条 担保人承担的担保责任范围不应当大于主债务，是担保从属性的必然要求。当事人约定的担保责任的范围大于主债务的，如针对担保责任约定专门的违约责任、担保责任的数额高于主债务、担保责任约定的利息高于主债务利息、担保责任的履行期先于主债务履行期届满，等等，均应当认定大于主债务部分的约定无效，从而使担保责任缩减至主债务的范围。

理解与适用

本条是对《物权法》第173条的复制，前段明确了担保物权的法定担保范围，适用于当事人未约定担保范围的场合；后段赋予当事人约定的担保范围优先于法定的担保范围的效力。

本条前段所谓主债权，又称原本债权，是相对于利息债权及其他附随债权而言的称谓。它可以是合同债权、基于单方允诺产生的债

权，也可以是不当得利返还请求权、无因管理产生的债权、基于侵权行为产生的债权等；可以是原本就是以支付金钱为内容的债权，也可以是最后可转化为以金钱给付为内容的债权，如交付货物的债权、提供劳务的债权，只要当事人约定该担保是在为将来转化成的以金钱给付为内容的债权而设即可；主债权大多为现实存在的债权，也可以是某些未来成立的债权和附条件债权。

担保物权的存在就是为了确保主债权的实现，因此主债权为担保物权所担保的主要对象。

本条前段所谓利息，是由作为主债权的金钱债权而产生的法定孳息。利息可分为作为狭义的利息（即作为本金孳生物的利息）和逾期利息（迟延利息）。作为狭义的利息的计算标准的利率既可以是约定的（即当事人在法律规定的范围内作出的约定），也可以是法定利率。所谓逾期利息，是指在债务人履行金钱债务迟延时，应当向债权人给付的利息。具体来说，就是指除应支付合同约定的贷款期间的利息以外，还应支付逾期部分的利息，即应支付未还款之前的实际借款期间的利息。逾期利息的计算标准也可以是当事人约定的或法定的利率。^[22]不过，此时借款人向贷款人支付的利息在法律性质上属于因金钱之债被侵害所产生的法定违约金。由于本条已经单独规定了违约金，这里的“利息”不应包括作为法定违约金的逾期利息，而仅指作为本金孳生物的利息。

利息作为担保物权所担保的范围，应有一定的从外部识别的标志。例如，本金债权的当事人若为金融机构，则以法定的利率为准计算；若为普通的当事人，应举证证明关于利息的约定，否则，视为无利息约定，担保物权的效力不及于利息。

[论争]

有观点认为，逾期利息亦为担保物权所担保的范围。^[23]

尽管本条前段在字面上将违约金作为担保物权所担保的范围之一，但实际上并不确切。作为担保物权所担保的范围的违约金，并非指债务不履行发生前的当事人约定的或法律规定的违约金，而是债务不履行之时及其后产生的违约金责任。

违约金责任分为赔偿性违约金和惩罚性违约金。前者属于主债务因其未被履行而转化成的第二性债务，从权利的角度观察即为主债权因债务人不履行而转化成的救济权，就是说，赔偿性违约金和主债务之间具有同一性，或者说赔偿性违约金债权和主债权之间具有同一

性。既然主债权为担保物权所担保的法定的范围，赔偿性违约金自然应为担保物权所担保的法定的范围。

惩罚性违约金并非主债务因未被履行而转化成的第二性债务，二者之间无同一性。有鉴于此，它是否为担保物权所担保的范围，可有两种思路：（1）简单地按本条的字面规定予以解释和适用，认定惩罚性违约金为担保物权所担保的法定的范围。（2）限缩本条关于违约金为担保物权所担保范围的文义，将惩罚性违约金排除在担保物权所担保的范围之外，除非当事人明确约定担保范围包括惩罚性违约金。有赞同第一种思路的。^[24]但笔者认为，从法理上讲，第二种思路更为合理。首先，它尊重当事人的自由意志。其次，在无当事人约定的情况下，担保物权的目的及功能在于促使债务人履行债务、保障债权实现。而惩罚性违约金超出了债权实现的范围和程度，属于额外的负担，且属于较为严厉的惩罚性措施。在强调等价、补偿性的民法领域，若无特别理由，对惩罚性的措施轻易不予鼓励。不加条件限制地使担保物权的担保范围扩张至惩罚性违约金，已经脱离了担保物权的目的及功能，过分偏向于享有担保物权的债权人了，而对其他债权人过于苛刻。其不合理性在债务人于其不履行债务方面并无可归责之处、债务人的责任财产不足以清偿数个并存的债权场合，表现得尤为突出。因而，第二种思路较为可取。当然，如果通过援用《民法典》第585条第2款的规定，将惩罚性违约金的数额降低，使违约金、赔偿金等负担之和达到与债权人的损失额（所受损害和所失利益之和）相当的程度，即已经把惩罚性违约金在实际运作中变成了赔偿性违约金的，担保物权所担保的范围则应当包括它。

本条前段所谓损害赔偿金，为主债务因未被履行而转化成的第二性债务，从权利的角度描述，就是主债权因主债务不履行而转化成的救济权。既然主债权为担保物权所担保的法定的范围，损害赔偿金自然应为担保物权所担保的法定的范围。

关于本条前段所谓保管担保财产的费用问题，阐释如下：由于抵押权并不移转抵押物的占有，不发生抵押权人因保管担保物而支出费用的问题。与此有别，动产质权和留置权存在着保管担保物的费用。在动产质权场合，动产质权的设立必须移转质押财产的占有（《民法典》第429条），质权人对质押财产负有妥善保管的义务（《民法典》第432条第1款前段），由此可产生保管费用。在留置权场合，留置权人必须占有留置物，留置权人负有妥善保管留置财产的义务（《民法典》第451条前段），可能支出保管费用。^[25]为保管担保物而支出费用，是有利于担保权人、债务人或其他债权人之举，由担保人负担是合理的。不然，不利于担保活动的进行，也不利于确保

债权的实现。所以，该项费用应纳入担保物权所担保的范围。[26]

本条前段所谓实现担保物权的费用，是指担保物权人因实现担保物权而支出的费用，包括拍卖、变卖担保物所支付的费用，以及其他的必要费用。当然，当事人对此有约定的，依其约定。例如，某《担保合同》第1条约定：“……债权实现费用包括但不限于甲方行使权利所产生的法院立案费用、财产保全费用、律师费用、执行费用、档案调查费及相关人员的差旅费等。”

第三百九十条

担保期间，担保财产毁损、灭失或者被征收等，担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。被担保债权的履行期未届满的，也可以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等。

本条主旨

本条是关于担保物权具有物上代位效力的规定。

相关条文

《物权法》第174条 担保期间，担保财产毁损、灭失或者被征收等，担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。被担保债权的履行期未届满的，也可以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等。

《担保法》第58条 抵押权因抵押物灭失而消灭。因灭失所得的赔偿金，应当作为抵押财产。

第73条 质权因质物灭失而消灭。因灭失所得的赔偿金，应当作为出质财产。

理解与适用

本条是对《物权法》第174条的复制，前段确立担保物权具有物上代位的效力，后段允许提前清偿，或提存，以保障义务人一侧的期限利益。

担保物因灭失、毁损而获得赔偿金、补偿金或保险金的，该赔偿金、补偿金或保险金成为担保物的代替物，担保物权依然存在于其上，债权人有权就该代替物行使担保物权。这是担保物权的物上代位

性。之所以如此，是因为担保物权乃在对于标的物的交换价值的直接支配，不关注标的物的占有、使用，于是，这种交换价值现实化时，无论其原因如何，均应为担保物权的效力所及。^[27]对此，本条设有明文：“担保期间，担保财产毁损、灭失或者被征收等，担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。被担保债权的履行期未届满的，也可以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等。”法释〔2000〕44号第80条也设有类似的规定。

【引申】

1. 关于代位物的范围

现行法对抵押权的物上代位的规定，使用的表述为在抵押物灭失、毁损或被征收/征用的情况下，抵押权人可以就该抵押物的保险金、赔偿金或补偿金优先受偿（《民法典》第390条、法释〔2000〕44号第80条第1款）。这遗漏了抵押物的另外的变形物类型，如抵押物为房屋，而该房屋被毁，变成一堆砖、瓦、门、窗、椽等。由于砖、瓦、门、窗、椽是各个动产而非不动产，亦非不动产的一部分，所以，抵押权的效力及于它们的根据，不是抵押权对抵押物本身的作用力，也不是抵押权的效力及于抵押物的一部分，还不是抵押权对抵押物的保险金、赔偿金或补偿金的优先效力，只能是抵押权物上代位效力及于抵押物的变形物的原理。有鉴于此，中国法若采取列举的方式规定代位物的范围，就要全面且清晰；若采取概括式规定代位物的范围，就应直接使用代位物和变形物的术语。^[28]

2. 关于物上代位的法律构成

同样由于现行法对抵押权的物上代位的规定，使用的表述为在抵押物灭失、毁损或被征收/征用的情况下，抵押权人可以就该抵押物的保险金、赔偿金或补偿金优先受偿（《民法典》第390条、法释〔2000〕44号第80条第1款），可知采用了物上代位于变形物或代位物本身上的法律构成论。这同德国等国家或地区的民法及其理论奉行的法定债权质的法律构成论不一致。《民法典》究竟选择哪种法律构成论，应有结论。为了使选择建立在理性的基础之上，下文对有代表性的立法例及其学说作一简要的考察，然后得出自己的结论。^[29]

《德国民法典》规定，要求定期给付的权利与土地所有权相结合的，抵押权的效力扩及于此项定期给付的请求权（第1126条前段）。为土地所有权人或者土地自主占有人的利益而将属于抵押权的标的物付诸保险的，抵押权的效力扩及于因保险契约而发生的对保险人的债权（第1127条第1项）。将房屋付诸保险的，保险人或被保险人如曾

向抵押权人通知损害的发生，并且自收到通知之时起经过一个月的期间，则保险人向被保险人所为保险金额的支付，即可对抵押权人发生效力。抵押权人，在上述期间内，得对保险人的支付保险金额，声明异议（第1128条第1项前段）。其他情形，适用关于债权质权之规定；但保险人，就土地登记簿中所应知道之抵押权，不得主张其不知（第1128条第2项）。瑞士民法“关于抵押权，就租金请求权、保险金请求权、公用征收补偿金请求权上，承认有物上代位”^[30]，采取法定债权质的法律构成。

抵押权存在于抵押物的变形物——保险金请求权、赔偿金请求权、补偿金请求权——之上，若采取债权质说，那么按照现行法的架构，要么是抵押人和抵押权人双方达成了在保险金请求权、赔偿金请求权、补偿金请求权上设立质权的协议，要么是法律直接规定在保险金请求权、赔偿金请求权、补偿金请求权上当然产生质权。但事实并非如此，现行法直接规定抵押权的效力存在于保险金、赔偿金、补偿金上，而不是质权存在于它们之上，亦非质权存在于保险金请求权、赔偿金请求权、补偿金请求权上。由此可知，对于抵押权的物上代位，在其法律构成上，现行法未采取法定债权质说。^[31]

中国法有无必要采取法定债权质说？笔者初步认为，因以保险金请求权、赔偿金请求权、补偿金请求权为标的物的担保物权属于债权质，故债权质说比较符合逻辑。但基于抵押权为价值权，抵押权的效力当然追及于抵押物的价值变形物上^[32]，当然追及于作为抵押物的变形物的保险金请求权、赔偿金请求权、补偿金请求权上，更为简洁。所以，两种方案均有其道理，立法者可以选择其中之一，倘若选择法定债权质的方案，则必须由法律设置明文。^[33]

至于是物上代位于赔偿金、保险金、补偿金“现物本身”，还是物上代位于保险金请求权、赔偿金请求权、补偿金请求权上，笔者曾经赞同前者^[34]，但因对于赔偿金、保险金等“现物本身”的效力，不是物上代位问题，而是担保权的直接效力的问题，即是担保权的追及效力问题^[35]，故现在修正以往的意见，改为抵押权物上代位于保险金请求权、赔偿金请求权、补偿金请求权上的观点。^[36]

既然是抵押权物上代位于保险金请求权、赔偿金请求权、补偿金请求权上，那么，为了减少迂回曲折，为了降低风险，法律应当规定抵押权人有通知义务，即，抵押权人应当将抵押权存在的事实及时地通知给有关保险公司、赔偿义务人、补偿义务人，以便这些义务人知晓并实际向抵押权人支付保险金、赔偿金、补偿金；若怠于通知，这些义务人不负任何民事责任，抵押权人向抵押人主张抵押权的追及效力。^[37]

应当指出，留置权是把留置物的占有作为效力的本体的，在留置物灭失而转换为赔偿金请求权、保险金请求权时，留置权归于消灭，没有物上代位的可能。^[38]

在清偿期届满的情况下，担保物权人自然有权就上述保险金、赔偿金或补偿金等优先受偿，以实现其债权，没有疑问；但清偿期尚未届至的情况下，义务人一侧存有期限利益，有权暂不清偿，暂时拒绝担保物权人的清偿请求。但考虑到保险金、赔偿金或补偿金等一经融入担保人的责任财产之中，担保物权的优先性不复存在，可能害及担保物权人的债权实现，故本条后段设置提存规则，使担保物权继续存在于该提存的保险金、赔偿金或补偿金等之上。

第三百九十一条

第三人提供担保，未经其书面同意，债权人允许债务人转移全部或者部分债务的，担保人不再承担相应的担保责任。

本条主旨

本条是关于债权人允许的债务转移未经担保人书面同意时免除担保责任的规定。

相关条文

《物权法》第175条 第三人提供担保，未经其书面同意，债权人允许债务人转移全部或者部分债务的，担保人不再承担相应的担保责任。

《担保法》第23条 保证期间，债权人许可债务人转让债务的，应当取得保证人书面同意，保证人对未经其同意转让的债务，不再承担保证责任。

理解与适用

一、总说

本条是对《物权法》第175条的复制，确立了债权人允许的债务转移未经担保人书面同意时免除担保责任的规则。

无论是本条的文义还是其规范意旨，都决定了本条的适用范围限于第三人提供担保的情形，系为保护此种第三人的合法权益而设。这

是因为第三人同意为债务人清偿到期债务提供担保缘由可能有种种，例如，该第三人通过尽职调查，知晓在担保期间债务人有能力清偿，不会违约，更不会资不抵债，由此决定担保人提供此项担保没有风险，主要是“空卖人情”；或者担保人与债务人之间已经或将来发生另外的交易关系，不得不提供担保；等等。在一定意义上说，担保人和债务人之间存在密切关联关系，或曰“身份”关系。如果债务人把债务转移给他人，担保人与该“他人”不存在“身份”关系，一是担保人务必要为该“他人”清偿债务提供担保，二是极有可能债权人行使该担保物权，担保人又自该“他人”之处追偿不来，遭受实际损失。既然如此，本条关于“……担保人不再承担相应的担保责任”，是对担保物权的不可分性的排除，是合理的制度设计，值得赞同。

与此不同，如果担保人就是债务人自己，债务人转移债务给他人，债务人自己减轻负担，没有损失（暂不考虑其他交易安排）；债权人的担保物权在实现的可能性方面没有减弱。此其一。债务转移给他人之后，该“他人”的责任财产也是担保物权人实现其债权的一般担保，就是说，债务转移的结果，使担保物权人的债权获得了“双重担保”，一种是民事责任这种担保，一种是担保物权的担保。此其二。既然如此，法律没有必要就此再做安排，可完全尊重当事人的约定。

二、对于担保物权不可分性的排除

本条的规定是对担保物权不可分性的排除，理由如下：（1）抵押权的不可分性并非抵押权的本质要求所必须具有的性质，只是法律为加强抵押权的担保作用而特别赋予的，其法律规范不是强行性规定，当事人可以特约予以排除。^[39]这在法国已经著有判例^[40]，在日本也有持赞同意见的学说。^[41]既然法律确认抵押权的不可分性系基于周到保护抵押权人的立法政策所致，对抵押人的合法权益应当予以适当的照顾，就属于立法政策的题中应有之义。如此衡平的结果便是，在若干场合，需要有条件地排除抵押权的不可分性。（2）债务承担人的责任财产可能少于原债务人的责任财产，并由此导致债务承担人不能全部或全部不能清偿抵押权人的债权，抵押权人选择行使抵押权的路径来实现其债权，抵押人因此而丧失抵押物的所有权，至少受到抵押物的使用价值的损失，属于暂时的损害。尤其在原债务人的责任财产不足以清偿数个并存的债权时，抵押人的追偿权也部分或全部地失去实际效用，遭受终局性的损失。在抵押人不同意债务承担的情况下，令抵押人承受此类的损失，是不合理的，一部良法应当给这样的抵押人提供必要的保护。本条的规定符合这个精神，值得肯定。

被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以请求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。

本条主旨

本条是关于物的担保和人的担保之间关系的规定。

相关条文

《物权法》第176条 被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。

《担保法》第28条 同一债权既有保证又有物的担保的，保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。

债权人放弃物的担保的，保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任。

第57条 为债务人抵押担保的第三人，在抵押权人实现抵押权后，有权向债务人追偿。

法释〔2000〕44号第38条 同一债权既有保证又有第三人提供物的担保的，债权人可以请求保证人或者物的担保人承担担保责任。当事人对保证担保的范围或者物的担保的范围没有约定或者约定不明的，承担了担保责任的担保人，可以向债务人追偿，也可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额。

同一债权既有保证又有物的担保的，物的担保合同被确认无效或者被撤销，或者担保物因不可抗力的原因灭失而没有代位物的，保证人仍应当按合同的约定或者法律的规定承担保证责任。

债权人在主合同履行期届满后怠于行使担保物权，致使担保物的价值减少或者毁损、灭失的，视为债权人放弃部分或者全部物的担

保。保证人在债权人放弃权利的范围内减轻或者免除保证责任。

法〔2019〕254号第56条 被担保的债权既有保证又有第三人提供的物的担保的，担保法司法解释第38条明确规定，承担了担保责任的担保人要求其他担保人清偿其应当分担的份额。但《物权法》第176条并未作出类似规定，根据《物权法》第178条关于“担保法与本法的规定不一致的，适用本法”的规定，承担了担保责任的担保人向其他担保人追偿的，人民法院不予支持，但担保人在担保合同中约定可以相互追偿的除外。

第58条 以登记作为公示方式的不动产担保物权的担保范围，一般应当以登记的范围为准。但是，我国目前不动产担保物权登记，不同地区的系统设置及登记规则并不一致，人民法院在审理案件时应当充分注意制度设计上的差别，作出符合实际的判断：一是多数省区市的登记系统未设置“担保范围”栏目，仅有“被担保主债权数额（最高债权数额）”的表述，且只能填写固定数字。而当事人在合同中又往往约定担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金等附属债权，致使合同约定的担保范围与登记不一致。显然，这种不一致是由于该地区登记系统设置及登记规则造成的该地区的普遍现象。人民法院以合同约定认定担保物权的担保范围，是符合实际的妥当选择。二是一些省区市不动产登记系统设置与登记规则比较规范，担保物权登记范围与合同约定一致在该地区是常态或者普遍现象，人民法院在审理案件时，应当以登记的担保范围为准。

理解与适用

一、总说

本条是对《物权法》第176条的复制，是对《担保法》第28条及法释〔2000〕44号第38条的修正。

同一债权既有保证又有担保物权的，如何处理？《担保法》规定，保证人对物的担保以外的债权承担保证责任（第28条第1款）。债权人放弃物的担保时，保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任（第28条第2款）。法释〔2000〕44号对此有所修改：同一债权既有保证又有第三人提供物的担保的，债权人可以请求保证人或物的担保人承担担保责任。当事人对保证担保的范围或物的担保的范围没有约定或约定不明的，承担了担保责任的担保人，可以向债务人追偿，也可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额（第38条第1款）。同一债权既有保证又有物的担保的，物的担保合同被确认为无效或被撤销，保证人仍应当按合同的约定或法律的规定承担保证责任

（第38条第2款）。债权人在主合同履行期届满后怠于行使担保物权，致使担保物的价值减少或毁损、灭失的，视为债权人放弃部分或全部物的担保。保证人在债权人放弃权利的范围内减轻或免除保证责任（第38条第3款）。这些规定有利有弊，《物权法》吸收其利而规定：“被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿”（第176条）。法〔2019〕254号明确遵守、适用《物权法》第176条的规定，不再沿用法释〔2000〕44号第38条的规定（第56条）。《民法典》承继了《物权法》第176条的规定及其精神。这与现行法区分物权关系中的义务与债的关系的义务并设置不同的规则、意思自治原则、债的相对性、自己责任原则相吻合，与参与《物权法》立法的工作人员의回顾和解释相一致。与此相反，《担保法》第28条的规定，法释〔2000〕44号第38条承认物上保证人之间、物上保证人与保证人之间存在着追偿权的观点，则与现行法上的诸多制度及规则和学说存在着摩擦，违背了《物权法》和《民法典》的立法目的。至于将视野延伸至公平、效率、风险分配和道德风险以及当事人预期等方面，赞同法释〔2000〕44号第38条奉行相互追偿说之论的与反对法释〔2000〕44号第38条奉行相互追偿说之辨“半斤八两”，前者并不占上风。在意思自治、整体交易安排及利益衡量等方面，后者明显地处于优势地位，而意思自治原则恰恰是法律人津津乐道的民商法基本原则。^[42]

显然，五部法律及司法解释的规定存在着矛盾，需要解决。

二、本条的几层意思

1.本条中段关于“没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权”的规定，具有合理性，值得肯定。因为债务本应由债务人履行，首先就债务人提供的物的担保实现债权，符合这个机理。此其一。担保责任并非终局的责任，只是过渡性质的债务，最终的责任由主债务人承担。假若首先就人的担保实现债权，保证人或连带债务人承担了人的担保责任后再向主债务人追偿，使得法律关系复杂化，徒增成本。对此，回想一下连带债务场合的内部关系都是按份处理，而不再按连带处理，就会明白。此其二。相较于债权人请求保证人或连带债务人承担人的担保责任，行使物的担保的确增大了成本，但由于该项成本由担保物的变价

负担（《民法典》第389条、第411条），加上该变价不足以清偿债权时，债权人仍有权请求保证人或连带债务人承担人的担保责任，债权人不会遭受不利。此其三。

2.本条中段关于“没有约定或者约定不明确，……第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以请求保证人承担保证责任”的规定，同样合理，值得肯定。其道理在于，多个担保方式共同担保同一个债权，在性质和功能上没有按份担保的天然要求，而是各自承担着担保全部债权的责任。此其一。在当事人没有约定先就何种担保实现债权，或约定不明确的情况下，债权人就何种担保实现其债权自由决定，符合权利的本质，也符合趋利避害的经济人的本性。此其二。

3.本条前段关于“被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，……债权人应当按照约定实现债权”的规定，把当事人关于债权人首先行使哪种担保方式的约定置于优先地位，符合意思自治原则和案情实际，较《担保法》和法释〔2000〕44号的规定先进，应予肯定。不过，约定担保责任的承担顺序，情形复杂，需要区别对待。

（1）如果物上保证人和债权人约定由保证人先履行保证责任，保证人有权主张，该约定对自己这个第三人不发生拘束力，根据在于合同的相对性原则；保证人也可以援用《民法典》第154条的规定，主张此类约定属于物上保证人和债权人恶意串通损害第三人的合法权益而无效。

至于保证人同意该约定，意味着保证人默认自己是唯一的担保人，没有寄希望于他人加入担保人的行列之中；保证人愿意受其单方允诺的约束，必须先承担保证责任。对于此项约定，还可以解释为保证人和债权人重新签订了一份合同，变更了原来的保证合同，保证人同意先承担保证责任。

（2）在保证合同已经明确约定，债权人不得放弃行使担保物权，否则，保证人有权拒绝承担保证责任的情况下，债权人违反该约定，而与物上保证人约定在保证人不能代偿债务时债权人才能行使担保物权，保证人获得救济的途径如下：可以援用保证合同关于“债权人不得放弃行使担保物权，否则，保证人有权拒绝承担保证责任”的约定，对抗债权人请求保证人承担保证责任的行为，并追究债权人的违约责任；或援用《民法典》第154条的规定，主张该约定属于他们恶意串通损害第三人的合法权益而无效。

（3）如果保证人和债权人约定先就物的担保实现债权，物上保

证人若为债务人，就无权对抗此类约定，原因在于本条的规定，以及尽量简化法律关系及降低成本的要求；若为第三人，则可以主张该项约定对自己没有法律约束力，根据在于合同的相对性原则。

至于物上保证人同意该约定，这意味着物上保证人默认自己是唯一的担保人，没有寄希望于他人加入担保人的行列之中；物上保证人愿意受其单方允诺的约束，必须先承担物上保证责任。

结合程序处理上述问题，应适用法释〔2000〕44号第128条第2款关于“同一债权既有保证又有物的担保的，当事人发生纠纷提起诉讼的，债务人与保证人、抵押人或者出质人可以作为共同被告参加诉讼”的规定，以便快捷、经济。

4.法释〔2000〕44号未一律贯彻债权人自主选择行使担保方式的思想，而是引入了过失思想，于第38条第3款规定了减轻或免除保证责任的事由。在物的担保由债务人自己提供的情况下，由于债权人怠于行使担保物权，致使担保物的价值减少或毁损、灭失，意味着增大了保证人承担保证责任的可能性，甚至使保证人实际履行保证债务。这种因债权人的过失导致的后果不宜由保证人承受，而应由债权人自食其果。所以，法释〔2000〕44号的这个设计具有合理性，《物权法》第176条和《民法典》第392条的规定忽视了过失思想，应当反思。至于物的担保由第三人提供的场合，原则上不将债权人怠于行使担保物权认定为过失，不产生减轻或免除保证责任的后果，除非如此处理违反诚实信用原则。如此看来，法释〔2000〕44号第38条第3款的规定需要目的性限缩，将第三人提供物的担保排除在外。

5.物权法，就其固有的目的及功能而言，仅仅规制物权的问题，而用益物权之间的确不存在相互连带及追偿的属性和效力，至于担保物权，除了共同抵押权，也不存在追偿的问题。就此说来，《物权法》和《民法典》未规定物上担保人之间相互追偿，诚为安分守己。同时，也正因为物权法不管债的事情，债法自然按照自身的规律设置债的规则，包括共同保证人之间的连带责任及追偿的规定，《物权法》和《民法典》对此予以尊重，不作相反的规定，就是尊重的表现。由此可知，《物权法》和《民法典》没有规定担保人之间相互追偿，并不意味着否定了《担保法》第12条及法释〔2000〕44号第19条、第20条关于共同保证人负连带保证责任场合享有追偿权的规定。在这个问题上，不存在《物权法》第178条规定的“担保法与本法的规定不一致的，适用本法”的情况。就是说，承担了全部保证责任的保证人仍有权向没有承担责任的其他保证人追偿。

该项结论从另一个侧面表述就是，法释〔2000〕44号第38条第1

款后段关于“当事人对保证担保的范围或者物的担保的范围没有约定或者约定不明的，承担了担保责任的担保人，可以向债务人追偿，也可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额”的规定，应作目的性限缩，即该规定仅仅适用于共同保证和共同抵押的领域。《物权法》第176条和《民法典》第392条的规定同样应作目的性限缩，即它仅仅适用于共同保证和共同抵押以外的场合。

第三百九十三条

有下列情形之一的，担保物权消灭：

- （一）主债权消灭；
- （二）担保物权实现；
- （三）债权人放弃担保物权；
- （四）法律规定担保物权消灭的其他情形。

本条主旨

本条是关于担保物权消灭及其事由的规定。

相关条文

《物权法》第177条 有下列情形之一的，担保物权消灭：

- （一）主债权消灭；
- （二）担保物权实现；
- （三）债权人放弃担保物权；
- （四）法律规定担保物权消灭的其他情形。

《担保法》第52条 抵押权与其担保的债权同时存在，债权消灭的，抵押权也消灭。

第58条 抵押权因抵押物灭失而消灭。因灭失所得的赔偿金，应当作为抵押财产。

第73条 质权因质物灭失而消灭。因灭失所得的赔偿金，应当作

为出质财产。

第74条 质权与其担保的债权同时存在，债权消灭的，质权也消灭。

第88条 留置权因下列原因消灭：

- （一）债权消灭的；
- （二）债务人另行提供担保并被债权人接受的。

理解与适用

本条是对《物权法》第177条的复制，明确了担保物权消灭及消灭事由。

物权消灭的事由，如标的物灭失且无代位物等，当然是担保物权消灭的事由。此外，本条还规定了担保物权消灭的特别事由，包括主债权消灭、担保物权实现、债权人放弃担保物权、法律规定担保物权消灭的其他情形。

1.主债权消灭

由于担保物权是从属于主债权的从权利，主债权消灭时，担保物权也归于消灭。但须注意，主债权若因主债权债务合同解除而归于消灭时，主债权债务转化为损害赔偿金债权债务或违约金债权债务的，担保物权继续存在于该转化的债权债务之上，并不消灭。除非担保合同另有约定（法释〔2000〕44号第10条）。

2.担保物权实现

担保物权实现，使命完成，应当寿终正寝。被担保债权因此获得完全清偿，固然如此；即使是尚未获得全部清偿，也只能作为无担保物权担保的普通债权存在，无法再求助于担保物权，换句话说，担保物权不会因此而继续存在。

3.债权人放弃担保物权

债权人放弃担保物权，又叫债权人抛弃担保物权，担保物权因此而不复存在。但须注意，担保已经登记的，应当及时将担保物权的登记注销；若未注销，虽然对于“担保物权”人来说，担保物权业已消灭，但对于第三人而言，“担保物权”人不得以担保物权已经消灭为由

予以对抗。

4.法律规定担保物权消灭的其他情形

所谓法律规定担保物权消灭的其他情形，包括现行法规定的担保物权消灭的其他事由，也包括未来的立法新增设的担保物权消灭的事由。就现行法的规定看，《民法典》第457条规定的留置权人丧失对留置物的占有或接受债务人另行提供担保的，留置权消灭，属于这种情况。

担保物权消灭，发生如下法律后果。

1.担保物权因主债权消灭、自身实现的事由而消灭，一般不会出现复杂的问题，不产生民事责任。

2.在债权人放弃的是债务人提供的担保物权的情况下，依据《民法典》第409条第2款、第435条后段的规定，其他担保人在担保物权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，除非其他担保人承诺仍然提供担保。

第十七章 抵押权

本章较为全面地汇聚了抵押权的规则，虽然大部分内容固守了《物权法》关于抵押权的规定，但也有积极的修正，特别是创新。例如，把土地经营权、集体经营性建设用地使用权增加为可以抵押的财产，承认乡镇企业可以将连同集体建设用地使用权在内的房地产一并抵押。再如，新创设了超级优先权。还如，修正了一律禁止流押条款、抵押财产的转让必须经过抵押权人的同意等不合理的旧制，改采更有效率、各方利益兼顾的法律结构。最后，关于抵押权等并存于同一项财产的场合的效力排序，都值得重视。

第三百九十四条

为担保债务的履行，债务人或者第三人不转移财产的占有，将该财产抵押给债权人的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就该财产优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为抵押人，债权人为抵押权人，提

供担保的财产为抵押财产。

本条主旨

本条是关于抵押权及其当事人的概念的规定。

相关条文

《民法通则》第89条第2项 依照法律的规定或者按照当事人的约定，可以采用下列方式担保债务的履行：

（二）债务人或者第三人可以提供一定的财产作为抵押物。债务人不履行债务的，债权人有权依照法律的规定以抵押物折价或者以变卖抵押物的价款优先得到偿还。

《物权法》第179条 为担保债务的履行，债务人或者第三人不转移财产的占有，将该财产抵押给债权人的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就该财产优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为抵押人，债权人为抵押权人，提供担保的财产为抵押财产。

《担保法》第33条 本法所称抵押，是指债务人或者第三人不转移对本法第三十四条所列财产的占有，将该财产作为债权的担保。债务人不履行债务时，债权人有权依照本法规定以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为抵押人，债权人为抵押权人，提供担保的财产为抵押物。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条是对《物权法》第179条的复制，第1款抽象了抵押权的概念，也是抵押权的最主要的性质和效力；第2款界定了抵押人与债务人或第三人之间的关系，债权人与抵押权人之间的关系，以及抵押财产（又叫抵押物）。

二、抵押权的性质

1.抵押权为一种担保物权

抵押权，是债权人支配债务人或第三人提供的抵押物的交换价值，使其债权优先于普通债权获得清偿的权利，故属于担保物权的一种。

2.抵押权是不移转抵押物占有的物权

抵押权的成立和存续不以移转抵押物的占有为必要，为非占有担保物权，这与质权、留置权等占有担保物权不同。抵押权的行使无须占有抵押物，这与建设用地使用权、土地承租经营权等用益物权有别。之所以如此，是因为抵押权为价值权而非用益权。^[43]

3.抵押权是就抵押物的变价使被担保债权优先受偿的物权

抵押权作为物权，为支配权，具有优先效力，但无受领债务人清偿的内容、效力。债权才具有受领债务人清偿的内容、效力，但无优先的效力，除非法律采取有关措施使其发生性质的变化，或立法政策将某类或某些债权赋予优先效力。人们通常所说的抵押权系就抵押物的变价而优先受偿的权利，并非意味着抵押权自身为优先受债务人清偿的权利，而应理解为抵押权与被担保债权相结合时，或者说是抵押权附着在债权上，因此种结合或曰附着，抵押权的优先性传递给债权，使被担保债权发生性质和效力的变化，由原来的平等性转化为优先性，债权固有的受清偿的效力继续保持，这类似于两种物质结合发生化学反应，使物质的性质改变。优先性体现在债权上，不是该债权的存在就排斥其他债权继续存在，而是该属性债权在顺位上名列前茅，顺位在先者先实现，债权的实现就是获得清偿，于是，债权的优先性就是优先受偿性。^[44]

4.抵押权具有特定性

抵押权具有特定性，一是表现在它是在债务人或第三人的特定财产上所设立的物权。这里的财产，即抵押物，在现行法上包括不动产、动产、不动产物权，以及它们集合所形成的集合物（《民法典》第395条、第396条等）。只有抵押物特定，才能在抵押权实行时将抵押物变价。不过，这里的特定，大多是在抵押权设立之时抵押物即已特定了，如以A车作为抵押物为他人债权设立抵押权、以B房及其基地的建设用地使用权作为抵押物为他人债权设立抵押权等（严格意义上的特定性）；有时也可以是抵押物在抵押权设立时尚未确定，待抵押权实行时方予特定，如《民法典》第396条规定的企业等以其现有的及将有的生产设备、原材料、半成品、产品作为抵押物设立抵押权

（放宽解释所承认的特定性）。

抵押权具有特定性，还表现在抵押权所担保的债权是特定的。这是由现行法上的抵押权为保全担保物权的基本属性所决定的。同样，被担保债权的特定，既可以是抵押权设立时即有特定的债权，如不动产抵押权、汽车抵押权等；有时也可以抵押权设立时仅仅预估一个在一定期间发生的债权总额，至于在该总额内实际上有多少个债权，以及每个债权在预订的期间内何时成立，法律均不干预，如《民法典》第420条以下规定的最高额抵押权。

5.抵押权具有从属性

所谓抵押权的从属性，是指抵押权的成立、移转和消灭，均应从属于债权，以及被担保债权优先受偿的范围以抵押权实现时存在的债权为限的现象。分解开来，有如下几方面的表现。

（1）成立上的从属性

所谓抵押权成立上的从属性，是指抵押权的成立以被担保债权的存在为前提，该债权若不存在，抵押权就不成立。这是因为现行法上的抵押权系保全担保物权，不具有独立性，被担保债权不存在，抵押权即无存在的价值，故抵押权具有成立上的从属性，系属当然。

不过，对于成立上的从属性，应从宽把握，即抵押权成立时被担保债权已经存在，固然是抵押权在成立上具有从属性的表现，抵押权成立时被担保债权尚未产生，在抵押权实行时被担保债权业已存在的，亦不违反抵押权成立上的从属性。《民法典》第420条关于最高额抵押权与被担保债权之间关系的规定，体现了这种精神。

从宽把握的另一表现是，在某些情况下，主债权债务合同归于无效，业已办理了抵押登记的抵押权不因此而归于消灭。^[45]在这方面，日本的一则判例给我们以启示。该案的案情是，B从A劳动金库贷款时，因其没有会员资格而设立了一个自己作为代表人的P组合，然后以P组合的名义贷款，并以自己的不动产设立抵押权（实质上是会员外贷款）。因其不能还款，该抵押权被实行，C通过拍卖取得了该不动产，并办理了所有权登记。在这里，B（原告）主张上述贷款行为和抵押权的设定无效，请求撤销该不动产的所有权登记，并将该不动产归还自己。^[46]日本的判例适用诚实信用原则，否定了B的请求，认为即使“贷款行为无效，B也有义务返还A因其不当得利而得到的上述‘贷款金’，因此债务没有发生变化。而且，本件抵押权，从其设定宗旨开始，在经济上视为债权人A所具有对上述债权的担保意义，B不

偿还以上的债务，并以以上的贷款行为无效作为理由，主张本件抵押权或其实行手续的无效，在诚实信用原则上是不允许的”^[47]。对其法律构成，四宫和夫教授、高木多喜男教授提出债权同一性说，认为无效贷款债权转化成不当得利的返还请求权，两者在法律上没有同一性，但在经济实质上有同一性，因此抵押权成立并有效。所以，按照这种学说，抵押权所担保的债权成为不当得利返还的债权。^[48]

抵押权虽然已经成立，但被担保债权实际上不成立的，因违反成立上的从属性，该抵押权应归消灭。纵使已经办理了抵押登记，也是如此，抵押人有权行使排除妨害请求权而请求注销该抵押权登记。^[49]

（2）内容上的从属性

所谓抵押权内容上的从属性，包含两层意思：1）除非法律另有规定，抵押权成立之后，当事人对所担保的范围已有明确约定的，则未经抵押人的同意，债权人和债务人不得加重抵押人的负担，否则，超过的部分不属于抵押权担保的范围。简言之，债权人只能在其债权范围内享有抵押权（《民法典》第389条后段）。当事人对所担保的债权范围没有约定的，则当债权数额增加或减少时，抵押权也会发生相应的变动。2）只有当抵押权所担保的债权到期之后，抵押权才相应地到期，抵押权人才能行使抵押权，除非当事人约定了不同的实现抵押权的条件（《民法典》第386条）。^[50]

（3）移转（或处分）上的从属性

所谓抵押权移转上（或处分上）的从属性，是指抵押权需附随于所担保的债权，才能转让或成为其他债权的担保，抵押权不得与债权分离而单独转让或作为其他债权的担保。《民法典》第407条前段关于“抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。债权转让的，担保该债权的抵押权一并转让”的规定，明确承认了抵押权的这种从属性。这是由抵押权为保全担保物权的性质和作用决定的。

（4）消灭上的从属性

所谓抵押权消灭上的从属性，是指抵押权所担保的债权若因清偿、提存、免除、混同、抵销等原因而全部消灭时，抵押权也随之而消灭。《民法典》第393条第1项关于主债权消灭的，担保物权消灭的规定，明确承认了抵押权的这种从属性。

在抵押权全部消灭的情况下，抵押权人负有注销抵押登记的义务，不仅抵押人享有注销登记请求权，债务人（由第三人提供抵押物场合）亦然（《不动产登记暂行条例实施细则》第70条）。

[拓展]^[51]

（1）抵押权所担保的债权一部分消灭的，抵押权也一部分消灭，抵押物的全部仍须担保剩余的债权。不过这已涉及抵押权不可分性的问题。

抵押权一部消灭的，可请求就消灭部分办理抵押权的变更登记。即使没有办理该项变更登记，抵押权的效力也当然缩减至该剩余债权的范围。

（2）债权和债务混同时，债的关系原则上归于消灭，但该债权若为他人权利的标的物的，如债权人以该债权为他人设立债权质权，债权并不消灭（《民法典》第576条但书）。于此场合，抵押权若随同被担保债权为他人设立担保的，也不消灭。

（3）在债务由第三人承担の場合，若为并存的债务承担，则原债务人的债务仍然存在，对抵押权不发生影响；若为免责的债务承担，那么，债务由承担人（第三人）承受，原债务人脱离债的关系，于此场合抵押权的效果因抵押物由何人提供而有不同：若由原债务人提供的，则抵押权不因债务的承担而受妨碍，亦即抵押权仍为该项债务的担保；若由第三人提供的，那么，抵押权因债务的承担而归于消灭，除非该第三人对于债务的承担已经表示承认。

（5）抵押权实现上的从属性

所谓抵押权实现上的从属性，是指被担保债权基于抵押权所得优先受偿的范围，以抵押权实行时存在的被担保债权（包括债权数额）为限。例如，在普通抵押权（一般抵押权）的情况下，预估价值3 000万元的A楼担保债权2 000万元，借款人已经偿还了1 000万元，该抵押权实行时，抵押权人只得从A楼的变价3 000万元中优先受偿1 000万元，使其债权获得清偿，而非受偿2 000万元。再如，在最高额抵押权的情况下，预估价值3 000万元的A楼担保最高限额为2 000万元的债权，借款人随借随还1 000万元，该最高额抵押权实行时，确定的抵押债权有两笔，共计1 500万元，抵押权人只得从A楼的变价3 000万元中优先受偿1 500万元，使其债权获得清偿。

应当注意，如今的判例和学说多将抵押权成立上的从属性和权利

实现上的从属性合而为一地予以观察。[52]

债权人甲与受让人乙签订债权A的转让合同，该债权A附有房地产抵押权。由于乙不是金融机构，实务操作中不给予抵押权登记（包括抵押权变更登记），抵押权在外观上仍归债权人甲享有。此时，债务人丙偿债困难，丙的数个债权人都向丙主张债权。于此场合，乙有无优先受偿的权利？

对此，应区分内部关系与外部关系。在内部关系即债权人甲与受让人乙之间的关系上，乙享有抵押权。在外部关系上，乙的抵押权对抗不了债务人丙的其他债权人。有鉴于此，乙保护自己的权益，可有若干路径供其选择：（1）乙向丙主张债权时，代位行使甲名义上对于丙所享有的抵押权；（2）甲授权乙行使抵押权。[53]

6.抵押权具有不可分性

对于抵押权的不可分性，《担保法》、《物权法》和《民法典》均未明确。值得提出的是，法释〔2000〕44号第71条关于“主债权未受全部清偿的，抵押权人可以就抵押物的全部行使其抵押权”（第1款），“抵押物被分割或者部分转让的，抵押权人可以就分割或者转让后的抵押物行使抵押权”（第2款）的规定，以及第72条第2款前段关于“主债务被分割或者部分转让的，抵押人仍以其抵押物担保数个债务人履行债务”的规定，是就“抵押物的全部担保债权的各个部分”的角度立论的，填补了这个法律漏洞。

其实，抵押权的不可分性，可有不同角度的表达。除了就抵押物与被担保债权之间的关系立论的行文外，还可以就抵押权和被担保债权之间的关系立论，抵押权的不可分性因之而表述为“被担保的债权分，抵押权不分”[54]。法释〔2000〕44号第72条第1款关于“主债权被分割或者部分转让的，各债权人可以就其享有的债权份额行使抵押权”的规定，以及第72条第2款前段关于“主债务被分割或者部分转让的，抵押人仍以其抵押物担保数个债务人履行债务”的规定，属于从“被担保的债权分，抵押权不分”的角度所作的表述，只不过第72条第2款的规定是以债权的反面——债务为基点罢了。

[拓展]

必须指出，《民法典》第391条关于“第三人提供担保，未经其书面同意，债权人允许债务人转移全部或者部分债务的，担保人不再承担相应的担保责任”的规定，以及法释〔2000〕44号第72条第2款后段关于“第三人提供抵押的，债权人许可债务人转让债务未经抵押人

书面同意的，抵押人对未经其同意转让的债务，不再承担担保责任”的规定，是对抵押权的不可分性的排除。对此，笔者表示赞同。其道理在于，（1）抵押权的不可分性并非抵押权的本质要求所必须具有的性质，只是法律为加强抵押权的担保作用而特别赋予的，其法律规范不是强行性规定，当事人可以特约予以排除。^[55]这在法国已经著有判例^[56]，在日本也有持赞同意见的学说。^[57]既然法律确认抵押权的不可分性系基于周到保护抵押权人的立法政策所致，对抵押权人的合法权益应当予以适当的照顾，就属于立法政策的题中应有之义。如此衡平的结果便是，在若干场合，需要有条件地排除抵押权的不可分性。（2）债务承担人的责任财产可能少于原债务人的责任财产，并由此导致债务承担人不能全部或全部不能清偿抵押权人的债权，抵押权人选择行使抵押权的路径来实现其债权，抵押权人因而丧失抵押物的所有权，至少受到抵押物的使用价值被剥夺的损失，属于暂时的损害。尤其在原债务人的责任财产不足以清偿数个并存的债权时，抵押权人的追偿权也部分或全部地失去实际效用，遭受终局性的损失。在抵押人不同意债务承担的情况下，令抵押人承受此类的损失，是不合理的，一部良法应当给这样的抵押人必要的保护。法释〔2000〕44号第72条第2款后段的规定，符合这个精神，值得肯定。

法释〔2000〕44号第72条第2款后段的排除虽然必要，但还不够。在这点上，物权法没有必要否认意思自治原则的作用，应当比较广泛地承认当事人以约定排除抵押权的不可分性。

总之，抵押权的不可分性有利于债权的保障殊多，对于抵押权制度的推广发展上具有决定性的作用^[58]，因而，《担保法》、《物权法》和《民法典》忽视抵押权的不可分性，需要反思。法释〔2000〕44号第71条和第72条规定了抵押权的不可分性，值得肯定。^[59]

7.抵押权具有物上代位性

所谓抵押权的物上代位性，是指抵押物灭失、毁损，其价值转化为他种形态时，抵押权的效力仍然及于该他种形态之物上的法律属性。^[60]所谓他种形态之物，包括抵押物的变形物和代位物（代偿物）。例如，甲以其已投保的A车抵押给乙，以担保丙向乙还本付息的债务履行。一天，A车被撞毁，只剩下四只轮胎可继续使用。保险公司理赔90万元人民币。其中，四只轮胎叫作变形物，90万元人民币（请求权）称为代位物（代偿物）。抵押权继续存在于该四只轮胎和90万元人民币（请求权）之上。

抵押权之所以具有物上代位性，是因为抵押权不以利用抵押物的实体为目的，而是以取得标的物的交换价值为内容，属于价值权。正

因如此，抵押物即使改变其原有形态或性质，但只要还维持着交换价值，就不会影响抵押权的实行。换言之，抵押物的变形物或代位物在实质上仍是抵押权的客体，抵押权的效力仍然及于此类变形物或代位物上，除非立法政策反其道而行之。现行法没有逆行，而是承认了抵押权的上述性质和效力，即承认了抵押权的物上代位性（《民法典》第390条、法释〔2000〕44号第80条第1款、第49条第3款）。

[探讨]

关于以出让的建设用地使用权、“四荒”土地承包经营权等作为抵押物场合抵押权的母权问题

以出让的建设用地使用权、“四荒”土地承包经营权等作为抵押物场合，抵押权的母权如何寻觅？解决此类问题，同样可有两种思路。其一，抵押权所分享的权能，依然是土地所有权含有的收益、处分权能；抵押权所分享的对象，依然是土地所有权的交换价值。建设用地使用权人、土地承包经营权人之所以能使建设用地或承包地的所有权中的权能由抵押权人分享，是因为建设用地使用权、土地承包经营权于其设立时法律已经将处分权直接授予他（它）们了。其二，在出让的建设用地使用权、“四荒”土地承包经营权等作为抵押物的场合，将建设用地使用权、土地承包经营权等视为民法上的“物”，其上存在着“所有权”，因建设用地使用权、土地承包经营权含有收益、处分的权能，该“所有权”自然含有这些权能，抵押权系分享其中的权能而形成。

第三百九十五条

债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押：

- （一）建筑物和其他土地附着物；
- （二）建设用地使用权；
- （三）海域使用权；
- （四）生产设备、原材料、半成品、产品；
- （五）正在建造的建筑物、船舶、航空器；
- （六）交通运输工具；

（七）法律、行政法规未禁止抵押的其他财产。

抵押人可以将前款所列财产一并抵押。

本条主旨

本条是关于抵押财产的范围的规定。

相关条文

《物权法》第180条 债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押：

- （一）建筑物和其他土地附着物；
- （二）建设用地使用权；
- （三）以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权；
- （四）生产设备、原材料、半成品、产品；
- （五）正在建造的建筑物、船舶、航空器；
- （六）交通运输工具；
- （七）法律、行政法规未禁止抵押的其他财产。

抵押人可以将前款所列财产一并抵押。

《担保法》第34条 下列财产可以抵押：

- （一）抵押人所有的房屋和其他地上定着物；
- （二）抵押人所有的机器、交通运输工具和其他财产；
- （三）抵押人依法有权处分的国有的土地使用权、房屋和其他地上定着物；
- （四）抵押人依法有权处分的国有的机器、交通运输工具和其他财产；
- （五）抵押人依法承包并经发包方同意抵押的荒山、荒沟、荒

丘、荒滩等荒地的土地使用权；

（六）依法可以抵押的其他财产。

抵押人可以将前款所列财产一并抵押。

《城市房地产管理法》第48条 依法取得的房屋所有权连同该房屋占用范围内的土地使用权，可以设定抵押权。

以出让方式取得的土地使用权，可以设定抵押权。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条承继了《物权法》第180条的规定，列举可以抵押的财产的范围，但有微调。例如，增加“海域使用权”为可以抵押的财产，删除了《物权法》第180条第1款第3项列举的“以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权”。

二、本条各项的具体解读

本条之所以增加“海域使用权”为可以抵押的财产，是因为海域使用权为财产权，财产权具有转让性（让与性）时价值更高；《海域使用管理法》第27条第2项规定“海域使用权可以依法转让”，允许以海域使用权设立抵押权符合该项规定的精神。

本条之所以删除《物权法》第180条第1款第3项列举的“以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权”，是因为与《物权法》不允许以家庭承包方式设立的土地承包经营权抵押的立场不同，《民法典》允许任何类型的土地经营权转让、抵押（第339条、第342条）。

本条第1款第1项所列“建筑物和其他土地附着物”，包括住宅、商业用房、比赛场馆等建筑物，桥梁、隧道、大坝、道路等构筑物，以及林木、农作物等其他土地附着物。不过，它们作为抵押财产受有限制：其一，住宅等建筑物必须符合《民法典》第231条关于“合法建造”的要求，违法建筑物无所有权，不得用作抵押财产；其二，用于军事、国防、国家机关、国家举办的事业单位等单位的建筑物、构筑物不得作为抵押物。

本条第1款第2项所列“建设用地使用权”，包括国有建设用地使用

权、集体经营性建设用地使用权，但行政划拨的建设用地使用权原则上不得用于抵押，除非符合《土地管理法》第56条后段、《城市房地产管理法》第40条规定的条件。乡镇企业、乡（镇）村公共设施、公益事业等乡（镇）村建设所设立的集体建设用地使用权，也不得作为抵押财产（《土地管理法》第61条）。

本条第1款第3项所列“海域使用权”，笔者在释评《民法典》第328条时较为详细地阐释过，此处不再全面叙述，只强调一点，它具有转让性（让与性），可以用作抵押财产。

本条第1款第4项所列“生产设备、原材料、半成品、产品”，都具有转让性（让与性），可以用作设立动产抵押权。

本条第1款第5项所谓“正在建造的建筑物、船舶、航空器”，其中“正在建造的建筑物”，是指正在建造、尚未办理所有权首次登记的房屋等建筑物（《不动产登记暂行条例实施细则》第75条第3款）。

本条第1款第5项所列“正在建造的建筑物、船舶、航空器”，在构成一个独立之物时，用作抵押物，不成问题；但它们大多未成一个独立之物，按照物权法关于物权的客体应该特定的传统理论，它们不可用作抵押，但《物权法》第180条第1款第5项则持肯定态度，《民法典》第395条第1款第5项亦然。这主要是因为建设工程往往周期长、资金缺口大，以正在建造的建筑物、船舶、航空器作为融资担保，对于解决建设者融资难、保证在建工程顺利完工具有重要作用。^[61]

《物权法》和《民法典》如此设计，表明了法律要为经济发展的需要服务，不应受制于某个教条。

本条第1款第6项所列“交通运输工具”，诸如飞机、船舶、火车、各种机动车辆等，只要它们不属于法律特别禁止转让的，就可被用作抵押财产。

本条第1款第7项所谓“法律、行政法规未禁止抵押的其他财产”，为一兜底性条款，其可适应不断变化的经济生活需要。该项规定也暗含着这样的意思，前6项规定以外的财产用作抵押，必须同时具备两项条件：（1）不是法律、法规禁止抵押的财产；（2）抵押人对该财产拥有处分权。

三、财团抵押

（一）本条第2款确立了财团抵押

本条第2款关于“抵押人可以将前款所列财产一并抵押”的规定，等于承认了财团抵押，即一个企业有权将其全部财产，包括建设用地使用权、地上房屋、设备、运输工具等，设立一个抵押权。

（二）财团抵押权的概念

所谓财团抵押权，是以企业的财团为抵押物的抵押权。所谓财团，是指由企业的建设用地使用权、地上建筑物及其附属设施、设备、知识产权等财产组成的一种集合的财产。财团既不是单纯的不动产，也不是单纯的动产，而是将企业所有的不动产、动产及权利综合为一体，法律上视为一项独立的财产，于其上设立一个抵押权。这与普通抵押权的标的物为一个单一物不同，与共同抵押权的标的物为数个物或权利也有差异。

[延伸]

在日本，特别法规定了财团抵押权制度，将一个企业的财产的集合体作成一个财产目录的“财团”（Inventar）。该“财团”的构成方法，可有两种。一种是以不动产为中心构成的方法，将机械、器具等动产与不动产作成一体化，形成“不动产财团”。该“不动产”的组成采取任意选择主义，当事人以在财团目录中记载的物构成财团。另一种是以企业设施全体作为一个“物”看待，形成“物财团”，作为抵押权的客体。因企业全体作为一个“物”，所以，物财团的组成不是当事人的任意选择，而是采用以构成企业全体一体性的财团的当然归属主义。

[62]

（三）财团抵押权制度的社会作用

财团抵押权之所以存在，主要是因为企业所有的不动产、动产及权利多为有机地配合着，其使用价值或交换价值都比单个地使用或交换要高。如果僵硬地固守一物一权主义，把上述财产分解为一个一个的不动产、动产或权利，一一设立抵押权或其他担保权，不仅会减损其价值，而且过于烦琐，既不经济又不能充分发挥融资的作用。财团抵押权正可克服普通抵押权在这方面的不足，起到积极的作用。[63]

（四）财团抵押权的设立

包括《不动产登记暂行条例》及《不动产登记暂行条例实施细则》在内的现行法尚无财团抵押权直接基于法律规定而设立的规定，从《民法典》第395条第2款关于“抵押人可以将前款所列财产一并抵押”的规定看，财团抵押权需要通过抵押合同设立，且应以抵押登记

为财团抵押权的生效要件。

《不动产登记暂行条例实施细则》第65条第2款的规定，可以视为关于财团抵押的规定，但仍嫌概括，缺乏可操作性。

在实务中，中国至今尚未开展把财团作为一个抵押物办理抵押登记的业务，当企业以其所有的不动产、动产及权利一并设立抵押权时，实际操作是就建设用地使用权抵押、建筑物及其附属设施抵押、动产抵押、知识产权抵押等分别办理抵押登记，由此形成的抵押权难谓真正的财团抵押权，亟待修正。

（五）财团抵押权的效力

财团抵押权的效力及于构成财团的各个不动产、动产及权利。不过，构成财团的物并非一成不变，因经营上的必要，有时旧机器、工具应予换成新的或增加全新之物。财团抵押权的效力及于这些新的或增加的物，但为对抗第三人，应为财团的财产目录的变更登记。^[64]

第三百九十六条

企业、个体工商户、农业生产经营者可以将现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就抵押财产确定时的动产优先受偿。

本条主旨

本条是关于浮动抵押权/动产抵押权的规定。

相关条文

《物权法》第181条 经当事人书面协议，企业、个体工商户、农业生产经营者可以将现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就实现抵押权时的动产优先受偿。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条承继了《物权法》第181条的规定，承认了浮动抵押权。

《物权法》同时承认动产抵押权和浮动抵押权（第181条、第188-189条），《民法典》将它们合并，缩成动产抵押权一种类型（第396条、第403-404条），但此种态样的动产抵押权在内部仍被区分为典型形态的动产抵押权和浮动抵押权。典型形态的动产抵押权遵循一物一权主义，即一个动产之上存在一个动产抵押权。浮动抵押权则不然，它是存在于由若干动产聚合在一起的标的物之上的抵押权。由此决定，它们在实行的条件、方式等方面存在差异。

二、浮动抵押权的法律性质

（一）抵押人限于企业、个体工商户、农业生产经营者

普通抵押权场合的抵押人可以是自然人、法人或其他组织，而浮动抵押权场合的抵押人只能是企业、个体工商户、农业生产经营者（《民法典》第396条）。

[比较]

在英国，设立浮动抵押的只能是公司，自然人和合伙组织无设立浮动抵押的资格。这是英国《抵押证券法》（1972—1982年）和《破产法》（1914年）作用的结果。^[65]日本《企业担保法》（1958年）将设立浮动抵押的抵押人限定在有限责任公司。香港《公司条例》规定，有限责任公司能设立浮动抵押，自然人不得于其个人企业或合伙组织中设立浮动抵押。究其原因，浮动抵押权的标的物为流动性较强的财产，抵押权实现前，抵押人可自由处分它们，容易导致抵押权无法真正实现。与自然人、合伙相比，公司具有较规范的运作机制，且公司财产受资本三原则的限制，其财产具有一定的稳定性，公司能够以此独立承担民事责任。这在一定程度上利于浮动抵押权的实现。而自然人、合伙组织的运作不很透明，容易产生欺诈抵押权人的情形。^[66]

与此不同，美国和加拿大未限制设立浮动抵押之人的资格。

中国《民法典》之所以将抵押人的范围放宽至个体工商户、农业生产经营者，是为了利用浮动抵押制度解决中小企业和农民贷款难的问题，以促进经济发展^[67]；中国允许作为浮动抵押权标的物的限于企业的动产，窄于英国法、香港法允许的范围，浮动抵押权的实现不一定导致抵押人进入破产程序，负面作用较小。^[68]

（二）抵押物为企业、个体工商户、农业生产经营者的时时变动不居的动产

普通抵押权以不动产、动产或权利等财产作为抵押物，而浮动抵押权的标的物在《民法典》上仅限于抵押人现有的及将有的生产设备、原材料、半成品、产品（第396条）。这些财产集合起来作为抵押物，表现出集合性。

[比较]

浮动抵押制度滥觞于英国19世纪后半叶的判例法。在英国法上，浮动抵押权的标的物，可以是企业一部分财产，也可以是企业的全部财产，原材料、成品、商品、应收账款、商誉等无形资产均可成为浮动抵押权的标的物。在美国，可以作为美式浮动抵押权担保物的有：

（1）货物，包括各种担保权益成立时一切能动之物；（2）半无形动产，包括代表货物所有权的单证、各种票据、动产文书；（3）完全无形动产，包括应收账款、知识产权和商誉等一般无形财产、收入。^[69]德国的让与担保制度、日本的企业担保制度与浮动抵押制度类似。

（三）普通抵押权仅以现有的财产作为抵押物，而浮动抵押权的标的物，既包括抵押人现有的动产，也包括抵押人将有的动产（《民法典》第396条）

需要强调指出的是，浮动抵押权对其标的物不是从静态把握的，而是允许企业、个体工商户、农业生产经营者的财产在浮动抵押权实行前正常流动，由企业、个体工商户、农业生产经营者向外流出的财产自动从浮动抵押权的效力范围中解脱，由外部流入企业、个体工商户、农业生产经营者的财产当然为浮动抵押权的效力所及。^[70]这就是浮动抵押权的标的物所具有的流动性。

（四）浮动抵押权的效力具有特殊性

浮动抵押的场合，抵押权的效力无对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人（《民法典》第404条），但享有超级优先权（《民法典》第416条）。所有这些，都是普通抵押权所不具备的。

（五）浮动抵押权因实行而转化为固定抵押权

债务人不履行到期债务成为事实，或发生了当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人有权行使抵押权。自此时，浮动抵押权的标的物得以确定，浮动抵押权转化为固定抵押权。^[71]这表现出抵押物在性质上的可转化性。

三、浮动抵押权与固定抵押权的比较

所谓固定抵押，系相对于浮动抵押而存在的概念，是指抵押权于其设立时便附着于特定的财产上，该财产的特定性在抵押权的存续期间一直不变的抵押。其典型特征是，抵押物的范围被清晰、准确地界定出来，一般用附录等形式尽量地逐项记明作为抵押权标的物的全部财产；抵押权人对作为抵押权标的物的财产能有效控制，抵押人与他人交易抵押物，必须征得抵押权人的同意。[72]

关于浮动抵押的特征，Romer L. J大法官在Re Yorkshire Woolcombers Association案的判决中概括为：（1）以公司现在或未来的某个类别的资产抵押；（2）该类别的资产在公司正常的业务运作期间会不断变化；（3）在对抵押拥有权益的人或其代表采取某些法律措施前，公司可以利用该类别的资产继续运作。[73]Slade. J法官在Re Bond Worth Ltd案的判决中指出，并不是一定要包含Romer法官所提出的三项特征的抵押才是浮动抵押。相似的，Lord Millett勋爵在Re Agnew案中提及Romer法官所描述的那三项特征时说，那三项特征只是对浮动抵押制度的一种描述，而非定义。前两项特征虽是浮动抵押的典型特征，但却不能因此推出有关担保必然为浮动抵押的结论，而第三项特征（自主经营权）才是浮动抵押制度的标志性特征。[74]

总之，固定抵押的本质在于抵押权人能够充分掌握和控制抵押物的交换价值，而浮动抵押的本质在于抵押人利用抵押物从事生产和经营的自主经营权。一个抵押权人不得一方面宣称其抵押权为固定抵押权，另一方面又允许抵押人如同没有抵押权那样处分抵押的财产。[75]

抵押财产的性质和种类直接关系到抵押权人对抵押财产的控制程度和抵押人对抵押财产处分的自由度，进而关系到抵押权的性质和种类。通常而言，固定抵押不会以企业的存货或原材料等来设立抵押权，即使抵押合同等文件明示设立在这些财产上的抵押权为固定抵押权，也可能被法院解释为浮动抵押权。因为这些资产组合具有高度的变动性，在抵押人的日常业务中会不可避免地被消耗掉。假如当事人主张这些财产为固定抵押权的效力所及，可能会导致抵押人的整个业务瘫痪。[76]

四、浮动抵押权与财团抵押权的比较

财团抵押权是把企业的全部财产视为一个物而设立一个抵押权，该抵押权一经设立，这些财产即为抵押权的效力所及，抵押人（企

业)不得擅自处分。而浮动抵押权是以时时变动不居的企业财产为标的物而设立的一个抵押权,在抵押权实行之前,抵押人(企业)可以处分其财产。

浮动抵押权制度,是为克服财团抵押权制度的缺陷并使企业可以获得巨大的融资而发展起来的。从保护企业发展的角度看,浮动抵押权较财团抵押权为优,但从保护抵押权人的侧面观察,则正好相反。详言之,设立浮动抵押权后,企业仍然可以对企业的财产自由处分,企业的生产经营活动不受抵押权设立的影响;但与此同时,如企业因经营不善致财产大量减少,便会影响抵押权人的债权实现。而财团抵押权场合,企业不得对作成了财团目录的财产任意处分,对企业的生产经营活动显然不利,但因抵押财产固定,有利于抵押权人的债权实现。^[77]

五、浮动抵押权制度的社会作用

在现代市场经济条件下,企业担负着社会的生产和流通的重要经济职能,事关国计民生,影响十分深远。因此,维持企业的存在并使其在此基础上振兴、发展,也就成为现代民法的一项重要理念。为此便需要借助法律而采取各种手段和措施,包括使企业获得融资而采取的担保措施。^[78]

一个企业要想存立,需要由下列要素为了一个目的统一结合成一个组织体:第一,是企业设施、加工材料、生产用具、商品仓库等无数的物的要素;第二,是与顾客间产生的赊销价金及其他继续供给的债权关系,与行纪或原材料供给者的信用关系,与受雇人、土地主人或房屋主人之间产生的雇佣关系或租赁关系等无数的法律关系;第三,是基于商标、商号、专利等所谓无体财产权的特殊利益;第四,是企业特有的技能或熟练技术与据此产生的商誉等事实上的利益。在近现代,企业是一个通过企业组织结合起来的上述权利、法律关系及事实关系的统一体,有着超越各个要素的价值的总和而形成的整体价值。该价值不是与特定主体的人格不可分离地结合在一起的,而是有其客观存在的。假如从中单单抽取某些要素,即使被概括处理,也会使这些财产所保有特殊价值的法律上和事实上的无形的要素消失,影响其担保价值。^[79]就是说,若固守一物一权主义,将各个不动产、动产或权利分开,单独设立抵押权等担保权,就不能充分发挥企业的担保价值,设立手续也不胜其烦。还有,单个的物供作担保,容易导致担保物的变价,犹如各个击破,酿成企业解体的危险。这显然有悖于维持、发展企业的现代商事法理念。相反,若把企业的不动产、动产、权利等财产,作为一个整体而设立浮动抵押权,则不但可以发挥企业的整体担保价值,而且可以避免单独设立担保权的繁累,节省

大量的人力、物力。^[80]《物权法》和《民法典》规定的浮动抵押权，虽然把不动产排除于抵押物的范围之外，但仍能表现出上述价值。

六、抵押财产的确定

关于抵押财产的确定，笔者将在释评《民法典》第411条时详述，此处不赘。

七、浮动抵押权的效力

（一）浮动抵押权所担保债权的范围

浮动抵押权所担保债权的范围，当事人有约定时，依其约定；无约定时，包括被担保的主债权及其利息、违约金、损害赔偿金和实现抵押权的费用等（《民法典》第389条）。

（二）浮动抵押权的效力及于标的物的范围

抵押人现有的及将有的生产设备、原材料、半成品、产品都是浮动抵押权的效力所及的范围（《民法典》第396条）。特别是浮动抵押权设立之后，抵押人在生产、经营过程中新取得的财产，将自动归入浮动抵押权的效力所及的范围。同时，凡来自抵押物的一切所得（应存入抵押权人指定的专用账户，但在实际操作中难以掌握），包括抵押物出售所得的钱款，抵押物毁损、灭失、被征收/征用等所获得的保险金、赔偿金、补偿金的请求权，以及抵押物毁损后的残留物，还有抵押物的孳息等，亦为浮动抵押权的效力所及。^[81]

不动产、知识产权和债权原则上不为浮动抵押权的效力所及。交通运输工具一般也不在浮动抵押权的标的物范围之内，除非当事人另有约定。^[82]

（三）抵押权人的权利义务

浮动抵押权场合，抵押权人的权利义务，基本上相同于普通抵押权场合抵押权人的权利义务。对于相同的，此处不再赘述，需要指出的是，对于抵押人正常经营活动中，将某特定的抵押物出售与他人，浮动抵押权人无权阻止，并且，该他人（买受人）已支付合理价款并取得抵押物时，浮动抵押权人于实行抵押权时无权将该抵押物折价或变价。

（四）浮动抵押权无对抗正常经营活动中已付合理价款并取得抵

押财产的买受人

这将在笔者释评《民法典》第404条时详论，此处不赘。

（五）超级优先的效力

这将在笔者释评《民法典》第416条时详论，此处不赘。

八、浮动抵押权的实行

浮动抵押权，作为一种特殊的抵押权，其实行必须适用《民法典》第411条关于浮动抵押财产确定的规定、第416条关于超级优先权的规定；作为抵押权的一种，也适用《民法典》关于普通抵押权实行的规定（第410条）。

在司法实务中，除抵押权人和抵押人协商一致实行抵押权以外，还有两种常见的方式执行浮动抵押物：一种是在经过诉讼程序确认抵押权人对浮动抵押财产的抵押权后，进入执行程序执行浮动抵押财产；另一种是抵押权人未经诉讼程序，在他案执行抵押人的其他资产时，对浮动抵押的财产一并采取查封、扣押等措施（《执行规定》第40条前段）。^[83]

第三百九十七条

以建筑物抵押的，该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押。以建设用地使用权抵押的，该土地上的建筑物一并抵押。

抵押人未依照前款规定一并抵押的，未抵押的财产视为一并抵押。

本条主旨

本条是关于房地产抵押关系的规定。

相关条文

《物权法》第182条 以建筑物抵押的，该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押。以建设用地使用权抵押的，该土地上的建筑物一并抵押。

抵押人未依照前款规定一并抵押的，未抵押的财产视为一并抵

押。

《担保法》第36条 以依法取得的国有土地上的房屋抵押的，该房屋占用范围内的国有土地使用权同时抵押。

以出让方式取得的国有土地使用权抵押的，应当将抵押时该国有土地上的房屋同时抵押。

《城市房地产管理法》第32条 房地产转让、抵押时，房屋的所有权和该房屋占用范围内的土地使用权同时转让、抵押。

理解与适用

本条是对《物权法》第182条的复制，确立了房地产一并抵押的规则。

本条所设规则是《民法典》及《城市房地产管理法》等单行法奉行的房地产权属在确定和转让时原则上一体模式的一种具体表现形式。如此设计的必要性，笔者在释评《民法典》第352条、第356条、第357条时已经较为详细地阐释过，此处不赘。

本条第2款所谓“抵押人未依照前款规定一并抵押的，未抵押的财产视为一并抵押”，是对法定抵押权的承认。

适用本条规定，需要注意《民法典》第417条规定的例外，即以建设用地使用权设立抵押时地上无建筑物、构筑物的，抵押权的效力不及于其后建造的建筑物、构筑物。

第三百九十八条

乡镇、村企业的建设用地使用权不得单独抵押。以乡镇、村企业的厂房等建筑物抵押的，其占用范围内的建设用地使用权一并抵押。

本条主旨

本条是关于乡镇、村企业的建设用地使用权作为抵押财产必须符合特定条件的规定。

相关条文

《物权法》第183条 乡镇、村企业的建设用地使用权不得单独抵

押。以乡镇、村企业的厂房等建筑物抵押的，其占用范围内的建设用地使用权一并抵押。

《担保法》第36条第3款 乡（镇）、村企业的土地使用权不得单独抵押。以乡（镇）、村企业的厂房等建筑物抵押的，其占用范围内的土地使用权同时抵押。

《城市房地产管理法》第48条第1款 依法取得的房屋所有权连同该房屋占用范围内的土地使用权，可以设定抵押权。

理解与适用

本条在行文上与《物权法》第183条相同，但所依赖的基础、深层背景却有实质的差异。《物权法》第183条设置的大背景是：法律禁止农民集体所有土地依民事程序流转，也不允许利用集体建设用地使用权从事开发建设，如果拟利用农民集体所有土地从事开发建设，必须先将农民集体所有土地征收为国有，再由国土资源主管机关出让国有建设用地使用权。如果农村集体经济组织自己兴办企业也如此行事，就显然极不公正：“为什么我自己有土地，本可用于兴办企业，却不被允许，反而令我‘交出’土地所有权，换取国有建设用地使用权，再在同一宗土地上建造厂房等设施？特别是征收补偿额低于取得国有建设用地使用权所付出的出让金数额，更让人百思不得其解。”为缓和这个矛盾，在当时体制下尽可能公正些处理，便允许下述例外：兴办乡镇企业和村民建设住宅经依法批准使用本集体经济组织农民集体所有的土地的，或者乡（镇）村公共设施和公益事业建设经依法批准使用农民集体所有的土地的除外（2004年修正的《土地管理法》第43条第1款但书）。

本条设置的大背景是：除去因公共利益的需要继续奉行征收农民集体所有土地、再由国土资源主管机关出让国有建设用地使用权，其他建设需要利用农民集体所有土地的，无须“先征收，再出让”，可以径直设立集体经营性建设用地使用权，作为开发建设的地权基础；至于乡（镇）村公共设施、公益事业建设，需要使用土地的，经乡（镇）人民政府审核，向县级以上地方人民政府自然资源主管部门提出申请，设立集体建设用地使用权（2019年修正的《土地管理法》第60条前段）。就是说，2019年修正的《土地管理法》承认两类集体建设用地使用权：一类是转让性（让与性）强烈的集体经营性建设用地使用权；另一类是原则上不得转让的集体建设用地使用权。乡镇、村企业的建设用地使用权属于后一类。这种模式已经上升为民事基本法的层面，由《民法典》固定（第361条）。

以乡镇、村企业的建设用地使用权设立抵押权，在一定意义上也是集体建设用地使用权的转让，故依2019年修正的《土地管理法》第59-61条和《民法典》第361条的规定，不被允许。但是，现行法并无关於建筑物、构筑物属于禁止流通物的规定，故以乡镇、村企业的厂房等建筑物设立抵押权，应当可以。不过，遵循房地权属的变动原则上一体的模式，为与《民法典》第356条关于“房随地走”的规定、第357条关于“地随房走”的规定相协调，乡镇、村企业的厂房等建筑物占用范围内的建设用地使用权应当一并抵押。

第三百九十九条

下列财产不得抵押：

（一）土地所有权；

（二）宅基地、自留地、自留山等集体所有土地的使用权，但是法律规定可以抵押的除外；

（三）学校、幼儿园、医疗机构等为公益目的成立的非营利法人的教育设施、医疗卫生设施和其他公益设施；

（四）所有权、使用权不明或者有争议的财产；

（五）依法被查封、扣押、监管的财产；

（六）法律、行政法规规定不得抵押的其他财产。

本条主旨

本条是不得作为抵押财产的范围的规定。

相关条文

《物权法》第184条 下列财产不得抵押：

（一）土地所有权；

（二）耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权，但法律规定可以抵押的除外；

（三）学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团

体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施；

（四）所有权、使用权不明或者有争议的财产；

（五）依法被查封、扣押、监管的财产；

（六）法律、行政法规规定不得抵押的其他财产。

《担保法》第37条 下列财产不得抵押：

（一）土地所有权：

（二）耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权，但本法第三十四条第（五）项、第三十六条第三款规定的除外；

（三）学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施；

（四）所有权、使用权不明或者有争议的财产；

（五）依法被查封、扣押、监管的财产；

（六）依法不得抵押的其他财产。

理解与适用

本条承继了《物权法》第184条的规定，但有微调。

本条第1项规定土地所有权不得抵押，国家土地所有权和农民集体土地所有权都不得抵押，这是由土地所有权不由民事程序流转的国策所决定的。

本条第2项正文规定宅基地使用权不得抵押，这与《土地管理法》第62条关于农民一户一宅、“农村村民出卖、出租、赠与住宅后，再申请宅基地的，不予批准”的规定相一致。据此可知，本条第2项所谓“但是法律规定可以抵押的除外”，不是宅基地使用权不得抵押的例外。

本条第2项正文规定自留地、自留山的使用权不得抵押，可由本条第2项所谓“但是法律规定可以抵押的除外”的但书排除，即自留地、自留山的土地承包经营权人根据《民法典》339-341条的规定发生流转的，其中一种情形就是以自留地、自留山的使用权设立抵押

权。其表现形式之一是：自留地、自留山的土地承包经营权人与金融机构达成融资担保协议，设立抵押权，该抵押权以土地经营权作为标的物；表现形式之二是：自留地、自留山的土地承包经营权人与第三人达成流转协议，该第三人取得自留地、自留山的土地经营权，再以该土地经营权抵押。

本条第2项正文删除了《物权法》第184条第2项正文、《担保法》第37条第2项正文中的耕地使用权不得抵押，其道理也如上个自然段所述的那样，现行法已经允许耕地的土地经营权抵押。

本条第3项的“等”，如公共图书馆、科学技术馆、博物馆、国家美术馆、少年宫、工人文化宫、敬老院、残疾人福利基金会等。^[84]

本条第3项规定学校、幼儿园、医疗机构等以公益为目的成立的非营利法人的教育设施、医疗卫生设施和其他公益设施不得抵押，主要是因为这些用于公益目的，假如它们被抵押且抵押权被实行，则公益目的，轻者会受干扰，重者，无法达到。医疗，为保健康、挽救生命；教育及幼儿培育，事关后继有人，百年大计；公共图书馆、科学技术馆等设施直接与一个民族、国家的精神文明、文化传承、发明创造力等素养的培育联系在一起。所有这些，均非小事，务必慎重对待。

诚然，允许它们抵押，但在抵押权实行时不得改变其固有的用途，自表面观察，能自圆其说。但实际上，接手拍卖标的者能接收学校、幼儿园、医疗机构的工作人员吗？特别是那些具有专长的技术骨干吗？退一步说，即使接收，那些技术骨干愿意留下来吗？若否，负面后果难以估量。此其一。实行抵押权，需要时日，在此期间，人心惶惶，会影响学校、幼儿园、医疗机构的职能发挥，损害后果也是不容低估的。此其二。因此，本条第3项的规定值得赞同。

本条第4项规定所有权、使用权不明或有争议的财产不得抵押，在物权法上理由充分，因为在实体权益方面，所有权、使用权不明或有争议的财产抵押后难免产生纷争，秩序不稳，成本较高；在程序方面，也难以办理抵押登记。至于在合同法上，可以不认定此类抵押合同无效。

本条第5项规定依法被查封、扣押、监管的财产不得抵押，道理在于此类财产属于限制流通物，只要该限制未解除，抵押权就实行了。为使抵押权真正能发挥功效，为减少纷争、降低成本，不允许此类财产抵押是合适的。至于在合同法上，可以不认定此类抵押合同无效。

本条第6项的规定，既属于兜底性条款，防止挂一漏万；也属于引致性（管道性）规定，可将具有构成要件和法律效果的法律、行政法规的规定适用于抵押权的设立。

第四百条

设立抵押权，当事人应当采用书面形式订立抵押合同。

抵押合同一般包括下列条款：

- （一）被担保债权的种类和数额；
- （二）债务人履行债务的期限；
- （三）抵押财产的名称、数量等情况；
- （四）担保的范围。

本条主旨

本条是关于抵押权的设立可采用订立书面抵押合同及合同条款的规定。

相关条文

《物权法》第185条 设立抵押权，当事人应当采取书面形式订立抵押合同。

抵押合同一般包括下列条款：

- （一）被担保债权的种类和数额；
- （二）债务人履行债务的期限；
- （三）抵押财产的名称、数量、质量、状况、所在地、所有权归属或者使用权归属；
- （四）担保的范围。

《担保法》第38条 抵押人和抵押权人应当以书面形式订立抵押合同。

第39条 抵押合同应当包括以下内容：

（一）被担保的主债权种类、数额；

（二）债务人履行债务的期限；

（三）抵押物的名称、数量、质量、状况、所在地、所有权权属或者使用权权属；

（四）抵押担保的范围；

（五）当事人认为需要约定的其他事项。

抵押合同不完全具备前款规定内容的，可以补正。

《城市房地产管理法》第50条 房地产抵押，抵押人和抵押权人应当签订书面抵押合同。

第51条 设定房地产抵押权的土地使用权是以划拨方式取得的，依法拍卖该房地产后，应当从拍卖所得的价款中缴纳相当于应缴纳的土地使用权出让金的款额后，抵押权人方可优先受偿。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条承继了《物权法》第185条的规定，但有微调，第1款规定基于抵押合同可以设立抵押权，要求合同采用书面形式；第2款示明抵押合同的一般条款。

二、抵押权可以通过书面形式的抵押合同设立

本条第1款规定抵押权可以通过当事人双方订立书面抵押合同的形式设立，含有如下几层意思：（1）抵押权的设立不是原始取得，而是创设的继受取得，属于基于法律行为而发生的不动产物权变动。其潜台词是只有抵押合同合法、有效，抵押权才可以设立；若该合同不成立、被撤销、无效，则抵押权不可能设立。（2）地役权合同应当采用书面形式。虽然本条措辞为“应当采用书面形式”，但也不应把该规定理解为强制性规定，更不应将之确定为效力性的强制性规定。因为强制性规定系调整社会公共利益关系的法律规定，该规定调整的是具有转让性（让与性）的财产的物权人与债权人之间的利益关系，不属于社会公共利益关系，所以它非为强制性规定。不过，该规定毕

竟呼吁当事人“应当采用书面形式”，这不同于典型的任意性规定，王轶教授把它划归倡导性规定^[85]，笔者予以赞同。（3）尽管如此，书面形式仍很重要，至少在证据法上，在个案中，虽然当事人双方未签书面形式的抵押合同，但只要债权人举证成功双方之间的确存在抵押合同关系，就应当予以肯定的认定，支持债权人的此项主张。（4）结合《民法典》第402条、第403条的规定，可知在动产抵押权的场合，本条所谓抵押合同生效之时，就是动产抵押权设立之日；在其他类型的抵押权的场合，本条所谓抵押合同生效，抵押权尚未设立，只有办理完毕抵押登记时抵押权才设立。

三、抵押合同的条款

本条第2款示例了抵押合同的一般条款，这便于人们在订立抵押合同时参考、模仿，使合同趋于完整，因而它们具有行为规范的属性。

本条第2款第1项规定抵押合同应有被担保债权的种类和数额的条款，这是被担保债权特定化的要求，是作为保全性担保物权的抵押权所必备的，因而被担保债权的种类和数额的条款属于抵押合同的必备条款。欠缺它，抵押合同不成立。法释〔2000〕44号第56条第1款关于“抵押合同对被担保的主债权种类……没有约定或者约定不明，根据主合同和抵押合同不能补正或者无法推定的，抵押不成立”的规定，反映了这种法理。

本条第2款第2项示例债务人履行债务的期限这项抵押合同条款。该条款是衡量债务人是否违约的标准之一，是抵押权实行的条件之一，因而应该明确规定。它有两种情形：一为期间，二为期间。不过，由于抵押合同未规定债务人履行债务的期限，按照《民法典》第510条和第511条的规定也能确定，该条款不属于必备条款。

本条第2款第3项规定抵押财产的名称、数量等情况也是抵押合同的条款。抵押财产的名称、数量等情况，是抵押物特定化的要求，同样是作为保全性担保物权的抵押权所必备的，因而该项条款属于抵押合同的必备条款。欠缺它，抵押合同不成立。法释〔2000〕44号第56条第1款关于“抵押合同对……抵押财产没有约定或者约定不明，根据主合同和抵押合同不能补正或者无法推定的，抵押不成立”的规定，反映了这种法理。

本条第2款第3项中的“等情况”并非《物权法》第185条第2款第3项中“质量、状况、所在地、所有权归属或者使用权归属”的缩略语，因为“所有权归属或者使用权归属”等信息不在于抵押合同条款写明与

否，而在于实际情况是否为抵押人对抵押财产有无处分权，所以，抵押合同不必有此条款。此其一。但抵押财产的所在地、抵押财产究为建设用地使用权还是建筑物、抵押财产为建筑物时的面积和估价等，应属抵押登记的内容，为本条第2款第3项中的“等情况”。此其二。

本条第2款第4项把担保范围列为抵押合同的条款。此种条款的价值在于，当事人约定了该项条款，抵押权实行时，被担保债权依该范围优先受偿（《民法典》第389条后段）；若未约定该项条款，则依据《民法典》第389条前段关于“担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用”的规定，确定担保范围。据此可知，担保范围条款亦非抵押合同的必备条款，欠缺它，抵押合同照样成立，甚至生效。

四、余论：其他条款

在个案中，抵押合同的条款可能多于上述条款。在这个意义上，《担保法》第39条第1款关于抵押合同可有“当事人认为需要约定的其他事项”的规定，及第39条第2款关于“抵押合同不完全具备前款规定内容的，可以补正”的规定，符合实际。《民法典》未再复述它们，并不意味着排斥它们，而应这样理解：（1）当事人在抵押合同中约定他们认为需要约定的其他事项，乃合同自由的题中应有之义，无须赘言。只要约定不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗原则，即为有效。（2）《担保法》第39条第2款规定的“抵押合同不完全具备前款规定内容的，可以补正”，既赋予了当事人各方事后补充抵押条款的权利，符合合同自由原则的要求；又授权裁判人员，在不违反合同自由原则的前提下，可以依据公平正义原则，根据个案案情，填补抵押合同的某些条款。

[辨析]

就抵押合同是否为物权合同，存在着不同的看法。有持肯定说的[86]，但笔者坚持否定说。在不采纳物权行为理论的中国现行法上，抵押合同不是物权合同，乃当然的结论。即使是在承认物权行为的立法例及其理论上，也区分抵押合同和抵押权设定（设立），其中，抵押合同（抵押约定）为债权行为，抵押权设定（设立）为物权行为。正所谓“设定抵押权之‘约定’，与抵押权之‘设定’（或设定抵押权），在概念上应严予区别，前者为债权契约（负担行为），后者为物权契约（物权行为，处分行为）”[87]。这符合德国民法理论细腻的风格，即使在德国民法法制及其理论上，也是可取的。那种不区分抵押约定与抵押权设定（设立），将它们均叫作物权合同的观点，违背了物权行为无须履行行为、物权行为引发物权变动需要公示的基本精神。在

德国民法上，抵押合同生效，产生抵押登记等项义务，当事人履行完毕这些义务，抵押权才设定（设立）。由此可见，抵押合同需要履行行为，与物权行为的理念不符。

第四百零一条

抵押权人在债务履行期限届满前，与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有的，只能依法就抵押财产优先受偿。

本条主旨

本条是关于弹性化地对待和处理流押条款（以物抵债）的规定。

相关条文

《物权法》第186条 抵押权人在债务履行期届满前，不得与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有。

《担保法》第40条 订立抵押合同时，抵押权人和抵押人在合同中不得约定在债务履行期届满抵押权人未受清偿时，抵押物的所有权转移为债权人所有。

理解与适用

本条已经有条件地修正了《物权法》第186条关于禁止流押条款的规定。所谓修正了《物权法》第186条关于禁止流押条款的规定，是因为本条未再重复《物权法》第186条关于“不得与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有”的规定。所谓有条件地修正，是因为本条未删除《物权法》第186条，仅仅是改为“与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有的，只能依法就抵押财产优先受偿。”

本条所谓“只能依法就抵押财产优先受偿”，可有如下解读：

（1）这纯属物权法规范，《民法典》在恪守本分；而《物权法》第186条所谓“抵押权人在债务履行期届满前，不得与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有”，即流押条款被禁止，实为合同法规范。虽然立法技术允许物权法掺杂有合同法规范，合同法偶有物权法规范，但合适的理念是只有在有必要时才如此安排法律规范之所在，以免增大人们特别是百姓大众“找法”的难度。（2）流押

条款的效力问题交由法律行为规则调整，适用《民法典》第143-156条的规定，抵押权制度仅管自己分内之事，更从容些，效果更佳。

（3）“抵押权人在债务履行期限届满前，与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有”，属于以物抵债协议的一种，抵押权人若主张履行该合同，不害及抵押人的其他债权人（如抵押人无其他债权人，或者即使有其他债权人，但抵押人的责任财产足以清偿那些债权，现金流处于正常状态）时，法律自无干预的必要。即使对抵押财产的估价偏低，不利于抵押人，只要抵押人不主张撤销，也应该承认该以物抵债协议/流押条款的效力。该协议适当履行（包括抵押财产为动产时完成交付，抵押财产为不动产时办理完毕登记手续）后，抵押权人取得该抵押财产的所有权。（4）在抵押人的数个债权人都对抵押人请求清偿，没有涉及抵押财产、抵押人也没有进入破产程序的情况下，抵押权人可依据基于以物抵债协议/流押条款的约定及其适当履行取得抵押财产的所有权。（5）在抵押人的数个债权人都对抵押人请求清偿，已经涉及抵押财产，但抵押人尚未进入破产程序的场合，抵押权人不得请求抵押人实际履行以物抵债协议/流押条款，只可援用《民法典》第410条的规定，实行抵押权，就抵押财产的变价使担保债权优先获得清偿。（6）在抵押人已经进入破产程序的情况下，抵押权人也无权请求抵押人实际履行以物抵债协议/流押条款，必须适用《企业破产法》的有关规定，包括第109条关于“对破产人的特定财产享有担保权的权利人，对该特定财产享有优先受偿的权利”的规定。

第四百零二条

以本法第三百九十五条第一款第一项至第三项规定的财产或者第五项规定的正在建造的建筑物抵押的，应当办理抵押登记。抵押权自登记时设立。

本条主旨

本条是关于不动产抵押权、在建工程抵押权的设立以登记为生效要件的规定。

相关条文

《物权法》第187条 以本法第一百八十条第一款第一项至第三项规定的财产或者第五项规定的正在建造的建筑物抵押的，应当办理抵押登记。抵押权自登记时设立。

《担保法》第41条 当事人以本法第四十二条规定的财产抵押的，应当办理抵押物登记，抵押合同自登记之日起生效。

第42条 办理抵押物登记的部门如下：

（一）以无地上定着物的土地使用权抵押的，为核发土地使用权证书的土地管理部门；

（二）以城市房地产或者乡（镇）、村企业的厂房等建筑物抵押的，为县级以上地方人民政府规定的部门；

（三）以林木抵押的，为县级以上林木主管部门；

（四）以航空器、船舶、车辆抵押的，为运输工具的登记部门；

（五）以企业的设备和其他动产抵押的，为财产所在地的工商行政管理部门。

《城市房地产管理法》第62条 房地产抵押时，应当向县级以上地方人民政府规定的部门办理抵押登记。

因处分抵押房地产而取得土地使用权和房屋所有权的，应当依照本章规定办理过户登记。

《不动产登记暂行条例实施细则》第65条 对下列财产进行抵押的，可以申请办理不动产抵押登记：

（一）建设用地使用权；

（二）建筑物和其他土地附着物；

（三）海域使用权；

（四）以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权；

（五）正在建造的建筑物；

（六）法律、行政法规未禁止抵押的其他不动产。

以建设用地使用权、海域使用权抵押的，该土地、海域上的建筑物、构筑物一并抵押；以建筑物、构筑物抵押的，该建筑物、构筑物占用范围内的建设用地使用权、海域使用权一并抵押。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条承继了《物权法》第187条的规定，前段规定不动产抵押权、在建工程抵押权若基于法律行为而设立的，应当办理抵押登记；后段确立此类抵押权的设立以抵押登记为生效要件。

二、不动产抵押权、在建工程抵押权的设立

联系《民法典》第400条、第209条第1款的规定，本条应为基于抵押合同或其他类型的法律行为而设立不动产抵押权、在建工程抵押权，需要抵押合同或其他法律行为有效。若抵押合同或其他法律行为无效，不动产抵押权、在建工程抵押权的设立就欠缺原因行为，没有法律根据，那么，就设立不了，即使已经办理了抵押登记，该抵押权也保有不住，应当适用《民法典》第220条等规定注销抵押登记。

本条后段明确：“抵押权自登记时设立。”此处所谓登记，即抵押登记，是指基于抵押权人和抵押人的申请，登记机构将抵押合同或其他法律行为约定的有关事项在不动产登记簿及不动产权利证书或其他载体上加以记载，并向抵押权人颁发他项权利证明书的现象。

在《担保法》上，抵押合同生效，抵押权设立，抵押物是否为动产，在所不问（第41条、第43条第1款）。《物权法》区分抵押物而决定抵押权产生的条件。在动产抵押权、浮动抵押权的情况下，抵押合同生效，抵押权设立，抵押登记只是对抗善意第三人的要件（《物权法》第188条、第189条第1款）。在其他类型的抵押权的场合，抵押合同生效，加上办理完毕抵押登记，抵押权才设立（《物权法》第187条），就是说，抵押登记是抵押权设立的生效要件。《民法典》也是如此，本条规定不动产抵押权、在建工程抵押权自登记时设立，就明确了这一点。

抵押登记为抵押权设立的生效要件，其原则叫作登记生效要件主义，简称为登记生效主义。其优点是抵押权设立的时间点十分清晰，抵押权具有绝对性，抵押权人对任何人都可主张其抵押权。

三、抵押登记的程序

按照《不动产登记暂行条例实施细则》的规定，不动产抵押权、在建工程抵押权，可以申请办理不动产抵押登记（第65条第1款）。同时注意，以建设用地使用权、海域使用权抵押的，该土地、海域上

的建筑物、构筑物一并抵押；以建筑物、构筑物抵押的，该建筑物、构筑物占用范围内的建设用地使用权、海域使用权一并抵押（第2款）。自然人、法人或者其他组织为保障其债权的实现，依法以不动产设定抵押的，可以由当事人持不动产权属证书、抵押合同与主债权合同等必要材料，共同申请办理抵押登记（第66条第1款）。同一不动产上设立多个抵押权的，不动产登记机构应当按照受理时间的先后顺序依次办理登记，并记载于不动产登记簿。当事人对抵押权顺位另有约定的，从其规定办理登记（第67条）。

第四百零三条

以动产抵押的，抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人。

本条主旨

本条是关于动产抵押权的设立以抵押合同生效为成立（生效）要件、抵押登记为对抗要件的规定。

相关条文

《物权法》第188条 以本法第一百八十条第一款第四项、第六项规定的财产或者第五项规定的正在建造的船舶、航空器抵押的，抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人。

《担保法》第43条 当事人以其他财产抵押的，可以自愿办理抵押物登记，抵押合同自签订之日起生效。

当事人未办理抵押物登记的，不得对抗第三人。当事人办理抵押物登记的，登记部门为抵押人所在地的公证部门。

《海商法》第13条 设定船舶抵押权，由抵押权人和抵押人共同向船舶登记机关办理抵押权登记；未经登记的，不得对抗第三人。

船舶抵押权登记，包括下列主要项目：

（一）船舶抵押权人和抵押人的姓名或者名称、地址；

（二）被抵押船舶的名称、国籍、船舶所有权证书的颁发机关和证书号码；

（三）所担保的债权数额、利息率、受偿期限。

船舶抵押权的登记状况，允许公众查询。

第14条 建造中的船舶可以设定船舶抵押权。

建造中的船舶办理抵押权登记，还应当向船舶登记机关提交船舶建造合同。

《民用航空法》第16条 设定民用航空器抵押权，由抵押权人和抵押人共同向国务院民用航空主管部门办理抵押权登记；未经登记的，不得对抗第三人。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条承继了《物权法》第188条的规定，前段规定动产抵押权的设立以抵押合同的生效为成立（生效）要件，后段规定抵押登记为对抗善意第三人的要件。

与《物权法》将普通的动产抵押权与浮动抵押权并列有差异，《民法典》合并了普通的动产抵押权与浮动抵押权，故本条所谓动产抵押权包含《民法典》第398条规定的浮动抵押权。

二、动产抵押权的设立

联系《民法典》第400条、第225条的规定，本条应为基于抵押合同而设立动产抵押权，需要抵押合同有效。若抵押合同无效，动产抵押权的设立就欠缺原因行为，没有法律根据，那么，就设立不了。

三、抵押登记为动产抵押权的对抗要件

本条后段规定“未经登记，不得对抗善意第三人”，这确立了抵押登记为抵押权对抗善意第三人的要件，其原则被称为登记对抗要件主义，简称为登记对抗主义。按照该项原则，抵押登记与否，不影响动产抵押权的成立，但关系到动产抵押权能否对抗善意第三人。

所谓业已登记的抵押权能够对抗善意第三人，只是对第三人主张的要件，并不妨碍第三人承认未办理抵押登记的抵押权设立的效力。例如，甲以其A船向乙设立抵押权，双方签订了A船抵押合同，但未办理登记。其后，甲将A船出卖与丙，丙将A船用于运输货物的营业之

中。在甲无法向乙履行债务的情况下，乙实行该抵押权，委托拍卖A船。对此，丙予认可。法律没有必要否认乙对A船的抵押权。

登记为抵押权设立的对抗要件场合，最难的问题是，未经登记的抵押权不得对抗第三人，此处所谓第三人的范围如何。首先，分析未经登记不得对抗的第三人的范围。

1. 未经登记，不得对抗就同一抵押财产而享有业已登记的抵押权的人。该抵押权人是否为善意，在所不问。其法律依据为《民法典》第411条第1款第2项。这样，需要对《民法典》第403条后段关于“不得对抗善意第三人”的规定予以目的性扩张的解释。

2. 未经登记，不得对抗就同一抵押财产也享有抵押权的人。其法律依据为《民法典》第411条第1款第3项。不过，后设立抵押权的人应为善意。其法律依据为《民法典》第403条后段，以及第7条规定的诚实信用原则。

3. 未经登记，不得对抗就该抵押财产享有质权的人。该质权人是否为善意，在所不问。

4. 未经登记，不得对抗就该抵押财产享有留置权的人。该留置权人是否为善意，在所不问。

5. 在动产抵押权的场合，未经登记，不得对抗受让该抵押财产所有权的人。该受让人（新所有权人）必须为善意。其法律依据为《民法典》第7条规定的诚实信用原则、第403条后段。

6. 在浮动抵押权的场合，未经登记，不得对抗正常经营活动中已付合理价款并取得抵押财产所有权的人。该所有权人是否善意，在所不问。其法律依据是《民法典》第404条。

7. 未经登记，不得对抗就该抵押财产享有租赁权、借用权等权利的债权人。此类债权人必须为善意。其法律依据为《民法典》第7条规定的诚实信用原则。

8. 未经登记，可否对抗一般债权人？日本通说认为，可以对抗，不然，抵押权就失去了存在的积极价值。笔者认为，抵押权即使没有登记，也是物权。按照物权优先于债权的原则，抵押权能够对抗一般债权人。对此，我们可以设定若干情形加以分析。

（1）甲以其A电脑为乙设立动产抵押权，未经登记；其后，甲又将A电脑卖与丙，尚未交付。丙不知A电脑系乙的动产抵押权的标的

物。于此场合，尽管乙的动产抵押权不具有对抗丙的债权的效力，但由于丙的债权也没有约束乙的效力，乙就A电脑实行抵押权时，丙无权制止。即使甲愿意将A电脑交付与丙，移转所有权，乙也有权申请法院强制执行A电脑，阻止甲将A电脑交付与丙。相反，债权人丙则没有更好的途径和方法阻止乙实行抵押权。

这算不算未经登记的动产抵押权具有优先于一般债权的效力？笔者认为。

（2）对上例稍加改造，即甲以其A电脑为乙设立动产抵押权，未经登记；其后，甲又将A电脑卖与丙，且已交付。

于此场合，虽然乙的动产抵押权对抗不了丙，但此时丙已是所有权人，而非债权人。故该例没有否定未经登记的动产抵押权优先于一般债权的结论。

（3）龙俊博士关于“未登记的动产抵押权和浮动抵押权在破产程序中没有优先效力，不享有别除权”的观点及其论证，不宜扩及于一切领域，不宜成为普适性的结论，而应为“动产抵押权即使未经登记，也具有优先于一般债权的效力”的例外。

[思考]

通过上述分析考察可知，《民法典》第403条后段采取“未经登记，不得对抗善意第三人”的表述，未能反映出“未经登记，也不得对抗恶意第三人”的情形，存在着缺点。但假如采取“未经登记，不得对抗第三人”的表述，删除“善意”一词，也有问题，即诸如设立在后亦未办理抵押登记的抵押权人明知同一抵押财产上已经存在着抵押权、买受抵押财产的人明知该物上存在着抵押权、承租或借用抵押财产的人明知该物上存在着抵押权等场合，（先设立的）抵押权即使尚未登记，（先设立的）抵押权人也能向他们主张其抵押权，换句话说，未经登记也能对抗这些恶意第三人。而“未经登记，不得对抗第三人”的表述显然没有涵盖这些情形。由此看来，必须借助于法解释的方法，才能适当地适用《民法典》第403条的规定。

其次，分析和考察抵押权未经登记也可对抗的第三人的范围。

（1）以不公正的手段妨碍抵押权人获得登记的人，或负有协助登记义务而不履行的人，以及主张欠缺登记为理由明显违背诚实信用的人。抵押权人有权对抗他们，即使抵押权尚未登记，也是如此。

(2) 对抵押财产没有任何真实权利的人，一般被称为实质上无权利之人。例如，甲就A物享有抵押权，但尚未登记。乙就A物不享有物权，也不享有债权。于是，乙无权否认甲对A物的抵押权。

(3) 未经登记，抵押权人也能对抗侵权行为人。在第三人侵害抵押权的情况下，抵押权人有权请求侵权行为人承担侵权责任。

抵押登记具有重要的意义，它可以实现社会活动中的“动的安全”即交易安全。通过登记簿展现抵押财产上的权利状态及其内容，便于第三人和抵押人进行与抵押财产有关的法律交易时，作出合理的预期，避免遭受突如其来的损害，同时也极大地节省了交易成本，能够有效地实现鼓励交易、融通资金的市场经济目标。此其一。抵押登记能够强化抵押权的担保效力。在抵押权经过登记而成立的情况下，法律就推定第三人已经知晓抵押权的存在。此其二。抵押登记能够预防纠纷。通过抵押权登记能够合理地规范同一抵押财产上多项抵押权以及抵押权与其他权利之间的关系，减少纠纷，并在纠纷发生之后能够提供强有力的证据。^[88]此其三。

第四百零四条

以动产抵押的，不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人。

本条主旨

本条是关于浮动抵押权不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人的规定。

相关条文

《物权法》第189条第2款 依照本法第一百八十一条规定抵押的，不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人。

理解与适用

与动产抵押权一经登记便可对抗任何第三人不同，本条规定，浮动抵押权即便已经登记完毕，也不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人。这是由浮动抵押权制度的天性所决定的，是法律为克服财团抵押权、工厂抵押权等场合抵押人无权处分抵押财产的缺陷而特意设置浮动抵押权制度的目的之一。详细些

说：“如果法律规定浮动抵押权在办理登记之后，发生绝对的对抗第三人的效力，那就意味着抵押权具有追及的效力。即便抵押财产的所有权发生转移，该财产上的权利负担——抵押权——仍不消灭。当债务人届期不履行债务或者发生当事人约定的实现抵押权的事由时，抵押权人就有权将第三人已经取得所有权的抵押财产加以拍卖或者变卖，而买受人只能通过买卖合同追究出卖人（抵押人）的权利瑕疵担保责任。风险就被因此转嫁到买受人的头上。买受人为了防止此种风险，要么支出大量的费用去逐一查证标的物是否被抵押了，要么不与设定了浮动抵押权的抵押人从事交易，该抵押人的正常生产经营活动事实上就无法开展，于是设立浮动抵押权的立法目的之一——有利于提供浮动抵押的民事主体从事正常的经营管理活动——也将落空。所以，《民法典》第404条特别对办理了登记的动产浮动抵押权的对抗效力作出了进一步的限制。当然，为了防止抵押人与他人合谋欺诈抵押权人，《物权法》将不能对抗的第三人的范围作出了限制，亦即该第三人必须符合以下两个条件：其一，必须是正常经营活动中已支付了合理价款的买受人。如果买受人仅仅与抵押人订立了买卖合同，但是尚未支付价款或者支付的是极少的价款，那么没有保护这些买受人的必要。其二，买受人必须已经取得了抵押财产，即抵押人已经将抵押财产交付给了买受人。依据《民法典》第224条，‘动产物权的设立和转让，自交付时发生效力，但法律另有规定的除外。’如果抵押人没有将抵押财产交付给买受人，那么买受人就没有取得该抵押财产的所有权，即便买受人已经支付了全部的价款，在法律地位上仍然只是债权人。作为担保物权人的浮动抵押权人，无论其抵押权是否登记，都可以对抗此种普通债权的权利人。”^[89]

第四百零五条

抵押权设立前，抵押财产已经出租并转移占有的，原租赁关系不受该抵押权的影响。

本条主旨

本条是关于抵押权与租赁权在效力方面相互关系的规定。

相关条文

《物权法》第190条 订立抵押合同前抵押财产已出租的，原租赁关系不受该抵押权的影响。抵押权设立后抵押财产出租的，该租赁关系不得对抗已登记的抵押权。

《担保法》第48条 抵押人将已出租的财产抵押的，应当书面告知承租人，原租赁合同继续有效。

法释〔2000〕44号第65条 抵押人将已出租的财产抵押的，抵押权实现后，租赁合同在有效期内对抵押物的受让人继续有效。

理解与适用

本条承继了《物权法》第190条前段的规定，确立了业已存在的租赁权不受抵押权的影响的规则。这与《民法典》第725条关于“租赁物在承租人按照租赁合同占有期限内发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力”的规定相互衔接。

在丁所有的A财产设立抵押权之前已被甲借用，或被乙保管，或让与担保给丙，因为这些关系均为债的关系，囿于债权的相对性，无对于第三人的积极效力，故戊对于A财产上的抵押权在效力方面优于甲、乙、丙的债权的效力，这主要表现在戊实行抵押权时甲、乙、丙无力阻止，甚至在甲、乙、丙的债权存在影响A财产的拍卖、变卖，如价格偏低，抵押权人戊有权除去甲、乙、丙的债权这个负担，受让人取得A财产时不再存在甲、乙、丙的债权的负担。此其一。换个角度，抵押权具有物权效力，特别是已经登记的抵押权，具有对世效力，可以对任何人，包括甲、乙、丙，主张其抵押权，不受甲、乙、丙的债权的影响。

需要注意，由于《民法典》第403条对于动产抵押权采取了登记对抗的模式，如果戊的A财产抵押权属于动产抵押权，则该抵押权没有办理抵押登记时，该抵押权无对抗甲、乙、丙的效力。

租赁权也是债权，本来也应当遵循前述原理，但中国法采取了对于租赁权优惠保障的立法政策，在与租赁物新的所有权人的关系方面，赋予租赁权特别的效力，奉行“买卖不破租赁”的原则，《民法典》亦然（第725条等），于是有本条的设计。

不过，从反思的角度着眼，对于住宅甚至其他不动产奉行买卖不破租赁、抵押不破租赁的立法政策可以理解，对于住宅租赁是必要的，但对于更需要流通的动产来说，动产租赁权可以对抗登记的抵押权，就阻碍动产的流转了，从经济效益的角度观察，这是不值得的。

第四百零六条

抵押期间，抵押人可以转让抵押财产。当事人另有约定的，按照其约定。抵押财产转让的，抵押权不受影响。

抵押人转让抵押财产的，应当及时通知抵押权人。抵押权人能够证明抵押财产转让可能损害抵押权的，可以请求抵押人将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

本条主旨

这是关于抵押财产转让、抵押权的追及效力、涤除权的规定。

相关条文

《物权法》第191条 抵押期间，抵押人经抵押权人同意转让抵押财产的，应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产，但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。

《担保法》第49条 抵押期间，抵押人转让已办理登记的抵押物的，应当通知抵押权人并告知受让人转让物已经抵押的情况；抵押人未通知抵押权人或者未告知受让人的，转让行为无效。

转让抵押物的价款明显低于其价值的，抵押权人可以要求抵押人提供相应的担保；抵押人不提供的，不得转让抵押物。

抵押人转让抵押物所得的价款，应当向抵押权人提前清偿所担保的债权或者向与抵押权人约定的第三人提存。超过债权数额的部分，归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

《民用航空法》第17条 民用航空器抵押权设定后，未经抵押权人同意，抵押人不得将被抵押民用航空器转让他人。

法释〔2000〕44号第67条 抵押权存续期间，抵押人转让抵押物未通知抵押权人或者未告知受让人的，如果抵押物已经登记的，抵押权人仍可以行使抵押权；取得抵押物所有权的受让人，可以代替债务人清偿其全部债务，使抵押权消灭。受让人清偿债务后可以向抵押人追偿。

如果抵押物未经登记的，抵押权不得对抗受让人，因此给抵押权人造成损失的，由抵押人承担赔偿责任。

理解与适用

本条是关于抵押财产转让、抵押权追及效力、涤除权的规定，从根本上修正了《物权法》第191条严重限制抵押财产流转的理念和规定。

本条第1款前段以“抵押期间，抵押人可以转让抵押财产”取代《物权法》第191条第2款正文的“抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产。”这体现了抵押物的转让取决于抵押人和第三人之间的合意，而不再受限于抵押权人的“专断”，符合财产及其流转的本性要求，确认了抵押人的自然权利。

本条第1款中段增设“当事人另有约定的，按照其约定”，尊重了抵押人和抵押权人的合意，贯彻了意思自治原则。

本条第1款后段规定“抵押财产转让的，抵押权不受影响”，确立了抵押权的追及效力，以维护抵押权人的权益。

当然，客观地说，依本条第1款的规定，有些场合抵押权的实现可能遇到一些周折。例如，抵押人诚实信用、无诉讼缠绕，抵押物的变卖或拍卖顺畅无阻，甚至被折价冲抵被担保债权也无人异议。但抵押物的受让人则不然，要么已经或将要进入破产程序，要么肆意损害抵押物，要么诉讼缠身，等等，这给抵押权的实现增加了困难，甚至加大了成本。假如仅仅从抵押权人的利益保护一侧着眼，《物权法》第191条的设计有其道理，但这是以牺牲财产的流转性、忽视抵押物的所有权人和受让人的意思自治为代价的。如果全方位地审视和平衡抵押权人、抵押人、抵押物的受让人乃至社会效益之间的关系，就不难发现《物权法》第191条优惠地保护抵押权人显得目光狭隘，《民法典》第406条兼顾各方的利益，视野广阔，权衡适当。

本条第2款前段以“抵押人转让抵押财产的，应当及时通知抵押权人”，替代《物权法》第191条第1款前半句的“抵押期间，抵押人经抵押权人同意转让抵押财产的”，是在配合和衔接抵押权的追及效力。

本条第2款中段关于“抵押权人能够证明抵押财产转让可能损害抵押权的，可以请求抵押人将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存”的规定，与《物权法》第191条第1款前段后半句关于抵押人“应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存”的基本

精神相一致，确立涤除权以维护抵押权人的利益，明确抵押人的提存义务，同时平衡了抵押人和抵押权人的利益关系。当然，增设“抵押权人能够证明抵押财产转让可能损害抵押权的”的限定条件，兼顾了抵押权人和抵押人各自的权益，更为合理。[90]

第四百零七条

抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。债权转让的，担保该债权的抵押权一并转让，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

本条主旨

本条是关于抵押权具有从属性及其例外的规定。

相关条文

《物权法》第192条 抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。债权转让的，担保该债权的抵押权一并转让，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

《担保法》第50条 抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。

《合同法》第81条 债权人转让权利的，受让人取得与债权有关的从权利，但该从权利专属于债权人自身的除外。

法〔2019〕254号第62条 抵押权是从属于主合同的从权利，根据“从随主”规则，债权转让的，除法律另有规定或者当事人另有约定外，担保该债权的抵押权一并转让。受让人向抵押人主张行使抵押权，抵押人以受让人不是抵押合同的当事人、未办理变更登记等为由提出抗辩的，人民法院不予支持。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条是对《物权法》第192条的承继，确立了抵押权的从属性，同时承认在法律另有规定或当事人另有约定时除去该从属性。

关于“当事人另有约定的除外”，系贯彻意思自治原则的当然结

论。由于抵押权的从属性不涉及公共利益，因而当事人约定某特定的抵押权不具有从属性，应被允许。

关于“但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外”，法〔2019〕254号第54条强调：“从属性是担保的基本属性，但由银行或者非银行金融机构开立的独立保函除外。独立保函纠纷案件依据《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》处理。”此处虽然列举的是独立保函而非独立抵押权，但原理应当是相通的。

二、抵押权的从属性

本条前段关于“抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。债权转让的，担保该债权的抵押权一并转让”的规定，明确承认了抵押权的移转（或处分）上的从属性。这是由抵押权为保全担保物权的性质和作用决定的。

[探微]

（1）本条前段所谓“抵押权不得与债权分离而单独转让”，包括下列三种情形。

A.抵押权人不得将抵押权单独转让给他人，而自己保留债权。否则，该转让因违反本条的禁止性规定而无效，受让人不能因此而取得抵押权。

于此场合，抵押权转让合同是否当然无效，存有疑问。德国、中国台湾地区的民法及其理论区分债权行为和物权行为，抵押权转让合同为债权行为，抵押权让与是物权行为，所谓单独让与抵押权无效，指的是物权行为无效。中国《民法典》未承认物权行为，抵押权转让合同不是物权行为，抵押权让与为事实行为，或者说抵押权转让合同生效及履行的结果。而事实行为难谓无效，尽管《民法典》区分了物权变动与其原因行为（第215条），但探究《民法典》第407条的禁止性规定的规范意旨，可知单独转让抵押权而自己保留债权的，法律不赋予抵押权转让的效果。鉴于抵押权转让合同也违反了禁止性规定，考虑到假如使抵押权转让合同有效，会出现受让人有权请求转让人转让抵押权的结果，从而致使《民法典》第407条的立法目的落空，因而应当令抵押权转让合同归于无效。

B.抵押权人不得将债权单独转让给他人，而自己保留抵押权。无论当事人有无关于抵押权随着被担保债权的让与而转让的约定，抵押

权原则上都随同债权一并移转给受让人，且无须征得抵押人的同意（《民法典》第547条第1款正文），而且在动产抵押、浮动抵押の場合无须办理移转登记手续。但是，在不动产抵押权的场合，按照《不动产登记暂行条例实施细则》第27条第8项、第69条的规定，当事人可以持不动产权属证书、不动产登记证明、被担保主债权的转让协议、债权人已经通知债务人的材料等相关材料，申请抵押权的转移登记。

债权人（抵押权人）和受让人明确约定仅让与债权，抵押权不随之转让，不损害抵押人的利益，亦未增加债务人的负担，应予允许。不过，此时的抵押权没有所担保的债权存在，由其保全担保物权的性质决定，已经失去存续的价值，应归消灭，抵押人可主张注销抵押登记。^[91]

C.抵押权人不得将债权和抵押权分别转让给不同的主体。抵押权人若将被担保债权和抵押权分别转让给不同的主体，就债权的让与而言，因抵押权人将抵押权另转让给他人，可知当事人间的真实意思表示仅仅是让与债权，受让人取得的仅为无抵押权担保的普通债权；就抵押权的转让而言，不发生抵押权转让的效果（抵押权转让合同也归于无效），抵押权仍存留于抵押权人手中。但此种抵押权已成为无债权的抵押权，违反抵押权成立上的从属性，应归于消灭。^[92]

（2）本条前段所谓“抵押权不得与债权分离而作为其他债权的担保”，换句话表述，是说抵押权仅仅可以与被担保债权一起为其他债权设立债权质权。该债权质权仍以债权为留置财产，但该债权（留置财产）附有抵押权的担保。

A.抵押权人仅以抵押权供担保，自己保留债权的，不仅违反《民法典》第407条的规定，也违反物权法定主义，属于创设以抵押权作为担保物的抵押权或质权的情形，法律不承认此类“抵押权”或“质权”，令其无效。

B.抵押权人仅以债权设质，而自己保留抵押权。此项情形不违反抵押权处分上的从属性或其他的从属性，因为抵押权人既未仅单独处分其抵押权，而仅以其债权出质后，该债权仍然存在于抵押权人（债权人）之手，不发生无债权存在的问题，所以抵押权人有权仅以债权出质，成立无担保的债权质权。至于该债权质权的效力是否及于抵押权，虽然存在着反对说，但依据抵押权从属于被担保债权的法理和《民法典》第547条第1款正文的规定，应作肯定的回答。

C.抵押权人分别将债权和抵押权为他人提供担保的，就债权而

言，属于抵押权人以债权为标的物单独为他人设立质权，合法有效，只不过属于无附随抵押权担保的债权质权；就抵押权来说，属于债权人单独以抵押权为他人设立质权，违反物权法定主义，法律不承认此类“质权”，令其无效。^[93]

（3）相关问题

A.当事人就抵押权的设立，如特别约定债权让与时抵押权不随同移转的，该项特约在当事人之间可视为抵押权的约定消灭事由。如果此后有债权让与的情事时，则构成抵押权消灭的原因，抵押人可请求注销该抵押权的登记。只是当该特约若未办理登记，债权的受让人或质权人不知该特约而取得该抵押权时，应受到登记的公信力的保护。^[94]

B.当事人欲以抵押权作为担保权的标的物的，必须将该抵押权附随于被担保债权一并为之，成立附随抵押权的债权质权。通说认为，于此场合，应办理抵押权随同被担保债权出质的登记。^[95]

三、实务中不给办理抵押权转移登记的法律效果

根据本条的规定，债权转让，担保该债权的抵押权也随之转让。但在实务中，受让债权人非为金融机构的，在有些地区，不动产登记机构不给办理该抵押权的转移登记，其理念及理由是，只有银行等金融机构享有担保物权时，不动产登记机构才有义务为其办理抵押登记，普通的公司即使取得抵押权，不动产登记机构也无职责为其办理抵押登记。

当然，这是错误的，应予纠正。在未被纠正之前，随着债权转让而转移的抵押权没有办理抵押权转移登记是个事实，也有的是由于当事人自己的原因未办理抵押权转移登记。对于此类案件，一方面必须坚持《民法典》第407条正文关于“担保该债权的抵押权一并转让”的规定及法理，另一方面区分不同的法律关系而有不同的结论。在债权的转让人和受让人之间的关系中，除非双方存在相反的约定，抵押权随其担保的债权一并转让给受让人，即使没有办理抵押权的转移登记，也是如此。在他们与第三人的法律关系层面，应当遵循物权的公示和公信的原则，只要第三人不知晓抵押权转移的事实，第三人凭信赖不动产登记簿的他项权利登记的记载，就应当保护此种信赖。例如，第三人不承认受让人享有抵押权，至少起到一时的抗辩的法律效果。于此场合，需要债权的受让人向第三人举证证明案涉抵押权已经归其享有，而非债权的转让人继续保有。至此，才可击破第三人的前述信赖。

第四百零八条

抵押人的行为足以使抵押财产价值减少的，抵押权人有权请求抵押人停止其行为；抵押财产价值减少的，抵押权人有权请求恢复抵押财产的价值，或者提供与减少的价值相应的担保。抵押人不恢复抵押财产的价值，也不提供担保的，抵押权人有权请求债务人提前清偿债务。

本条主旨

本条是关于抵押权的保全权的规定。

相关条文

《物权法》第193条 抵押人的行为足以使抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求抵押人停止其行为。抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求恢复抵押财产的价值，或者提供与减少的价值相应的担保。抵押人不恢复抵押财产的价值也不提供担保的，抵押权人有权要求债务人提前清偿债务。

《担保法》第51条 抵押人的行为足以使抵押物价值减少的，抵押权人有权要求抵押人停止其行为。抵押物价值减少时，抵押权人有权要求抵押人恢复抵押物的价值，或者提供与减少的价值相当的担保。

抵押人对抵押物价值减少无过错的，抵押权人只能在抵押人因损害而得到的赔偿范围内要求提供担保。抵押物价值未减少的部分，仍作为债权的担保。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条是对《物权法》第193条的复制，确立了抵押权的保全权。

所谓抵押权的保全权，包括抵押财产价值减少的防止权、恢复抵押财产的价值请求权、增加担保的请求权。

二、抵押财产价值减少的防止权

抵押人占有抵押财产并使用收益的同时，即负有维持抵押财产的价值义务。抵押人按照通常使用方法使用、收益抵押财产，导致抵

押财产的价值减少，乃抵押人行使其权利所必需的成本，抵押权人必须容忍。除此而外，抵押人不得实施减少抵押财产价值的行为。否则，抵押权人享有并可行使抵押财产价值减少的防止权（《民法典》第408条前段）。该权表现为抵押权人请求抵押人停止其行为。抵押权人行使抵押财产价值减少的防止权，需要注意以下几点。

1.抵押人的行为必须足以使抵押财产的价值减少。所谓足以使抵押财产的价值减少，是指有使抵押财产的价值减少的较大甚至巨大的危险。至于是否发生了实际减少的后果，在所不问。抵押权人请求抵押人停止其行为时，只须证明抵押人有足以使抵押财产价值减少的行为（如挖土制砖、屋漏不修）即可，无须就抵押财产价值减少负举证责任。但因抵押权为价值权，抵押财产的占有、使用、收益的权能归抵押人享有，所以，抵押人对抵押财产为正当的占有、使用、收益（如按照抵押财产的固有用途和经济目的而使用、收取孳息）而导致抵押财产的价值减少的，抵押权人便无抵押财产价值减少的防止权。
[96]

2.足以使抵押财产的价值减少的行为，必须是抵押人的行为，假如是抵押权人的行为、不可抗力、通常事变足以使抵押财产的价值减少，或市场因素致使抵押财产的价值下跌，都不成立抵押财产价值减少的防止权。抵押人的行为，是否因过错所为，作为抑或不作为，在所不问。
[97]

至于抵押人之外的第三人的行为足以使抵押财产的价值减少，抵押权人不得行使抵押财产价值减少的防止权，但可行使物权请求权。

3.抵押权人原则上只可请求抵押人停止其行为，仅在情况急迫而不能依通常方法请求其停止时，才可为必要的保全处分。

本条前段赋予抵押权人“要求抵押人停止其行为”的权利。所谓“停止其行为”，在作为场合，是指禁止抵押人继续实施足以使抵押财产价值减少的行为，如停止拆毁作为抵押财产的建筑物；在不作为场合，是指使抵押人实施积极的行为，如修缮作为抵押财产的建筑物等。这些请求，既可以直接向抵押人提出，也可以通过诉讼的方式。在抵押人置抵押权人的请求于不顾，继续实施足以使抵押财产价值减少的行为场合，抵押权人有必要请求人民法院强制抵押人停止其行为。
[98]

在情况急迫而不能依通常方法请求抵押人停止其行为的场合，抵押权人可否自己为必要的保全处分？《民法典》未设明文，学说持肯定说。在作为抵押财产的建筑物漏雨严重，风暴豪雨将至，若不立即

修补，必遭风雨摧毁；将倾的大厦若不加以支撑必遭损毁等，抵押权人便可自为必要的修补或支撑行为。^[99]

三、恢复抵押财产的价值请求权、增加担保的请求权

抵押财产价值减少的防止请求权制度系针对抵押财产的价值尚未减少的情况而设的，在抵押人的行为已经造成了抵押财产价值的减少时，需要另外的救济制度，本条中段设置了恢复抵押财产的价值请求权、提供与减少的价值相应的担保的请求权。

所谓恢复抵押财产的价值，是指将遭受侵害的抵押财产在价值上恢复到侵害行为没有发生时的状态。把抵押财产自身修复如初，为恢复抵押财产价值的通常做法。例如，抵押人拆毁了作为抵押财产的A栋房屋的屋顶，抵押权人请求他把该屋顶重新盖好。不仅如此，笔者还认为，即使对遭受侵害的抵押财产未能在物理上修复如初，但通过某些办法使抵押财产的价值增加，在价值的层面达到了侵害行为没有发生时的状态，也属于恢复抵押财产的价值。例如，作为抵押财产的A栋房屋，原有的屋顶是茅草的，被抵押人擅自掀掉。抵押权人请求抵押人恢复抵押财产的价值时，抵押人用钢筋水泥盖好屋顶，盖房屋的价值高于侵害行为发生之前的价值，仍然属于恢复抵押财产的价值。

所谓提供与减少的价值相应的担保，简称为增加担保，或增担保，或代担保，是指抵押人的行为造成了抵押财产的价值减少场合，抵押人提供物的担保或人的担保，在担保债权的数额方面发挥着与既有抵押权相当的作用。

[引申]

（1）提供与减少的价值相应的担保，是否包括金钱担保？在理论上没有理由禁止提供金钱担保。但实际运作上较为罕见，一是流动资金一般都较为紧缺，二是究竟是以该笔金钱直接清偿抵押债权，还是另设担保，有个权衡问题。

（2）人的担保存在着弱点：一是保证人、连带债务人的财产状况可能于设立担保后恶化，从而难以保障债权（全部或部分地）顺利实现；二是人的担保无法使债权具有优先受偿的效力，也不利于实现债权。有鉴于此，只有抵押权人（债权人）同意，抵押人提供人的担保，才算满足了《民法典》第408条后段的要求。

（3）究竟是恢复抵押财产的价值还是提供与减少的价值相应的

担保，《民法典》第408条没有把这两种救济措施强制排序，因而，固然允许抵押权人请求其中之一，但最终应由抵押人决定，除非抵押人决定的恢复抵押财产的价值在实际上不能，或决定的增加担保在实际上无法匹敌既有的抵押权。

（4）抵押财产的价值减少，由不可归责于抵押人的事由引起的场合，有学说认为，抵押权人只能在抵押人可以受到损害赔偿的范围内请求提供担保，因为抵押权属于物权，抵押财产毁损灭失的风险，自应由作为权利人的抵押权人负担。^[100]《担保法》采纳了这种方案，于第51条第2款规定：“抵押人对抵押物价值减少无过错的，抵押权人只能在抵押人因损害而得到的赔偿范围内要求提供担保。抵押物价值未减少的部分，仍作为债权的担保。”于此场合，抵押权人可以借助于抵押权的物上代位性等制度保护自己，《民法典》提供了这种机会（第390条）。

抵押财产的价值减少，可能是有形的毁损，也可能是其他形式的，例如，作为抵押财产的“四荒”土地承包经营权，原有水源存在，却因抵押人怠于疏通水渠致使承包地成为旱田，造成承包地的价值降低。^[101]

抵押权人行使恢复抵押财产的价值请求权，或提供与减少的价值相应的担保的请求权，可以通过诉讼的方式，也可以直接向抵押人主张。

抵押权人行使上述请求权，《民法典》虽未规定期限，但由抵押权的目的和功能决定，抵押权人应当在抵押权实行完毕之前行使之。

抵押人应当在抵押权人指定的合理期间内恢复抵押财产的价值，或提供与减少价值相应的担保，若有违反，在抵押人不是债务人的情况下，抵押权人应另订合理期间，请求债务人提供与减少价值相应的担保，逾期不提供时，抵押权人应有权请求债务人清偿债权；抵押人是债务人时，抵押权人应有权径直请求债务人清偿债权。^[102]《民法典》原则上采纳了这种观点，规定抵押人拒绝恢复抵押财产的价值或提供与减少的价值相应的担保的，抵押权人有权要求债务人提前清偿债务（第408条后段）。

第四百零九条

抵押权人可以放弃抵押权或者抵押权的顺位。抵押权人与抵押人可以协议变更抵押权顺位以及被担保的债权数额等内容。但是，抵押

权的变更未经其他抵押权人书面同意，不得对其他抵押权人产生不利影响。

债务人以自己的财产设定抵押，抵押权人放弃该抵押权、抵押权顺位或者变更抵押权的，其他担保人在抵押权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，但是其他担保人承诺仍然提供担保的除外。

本条主旨

本条是关于抵押权人放弃抵押权或抵押权的顺位以及变更抵押权顺位的规定。

相关条文

《物权法》第194条 抵押人可以放弃抵押权或者抵押权的顺位。抵押人与抵押人可以协议变更抵押权顺位以及被担保的债权数额等内容，但抵押权的变更，未经其他抵押权人书面同意，不得对其他抵押权人产生不利影响。

债务人以自己的财产设定抵押，抵押权人放弃该抵押权、抵押权顺位或者变更抵押权的，其他担保人在抵押权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，但其他担保人承诺仍然提供担保的除外。

《担保法》第28条 同一债权既有保证又有物的担保的，保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。

债权人放弃物的担保的，保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条是对《物权法》第194条的复制，第1款规范第三人作为抵押人的场合抵押权人放弃抵押权、抵押权顺位的问题；第1款前段对此持认可的态度；第1款后段规定抵押权人和抵押人可以协议变更抵押权的顺位以及被担保债权的数额等内容，但按照合同的相对性，这不具有对抗其他抵押权人的效力，除非其他抵押权人书面同意。第2款调整债务人作为抵押人的场合抵押权人放弃抵押权、抵押权的顺位、变更抵押权时的利益关系，采取的立场是，其他担保人在抵押权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，除非他们承诺仍然提供担保。

笔者理解，本条第2款在利益衡量上更倾向于保护其他担保人的权益，对于不免除其他担保人的担保责任的情形设置了较高的门槛——必须是其他担保人“承诺仍然提供担保”，无此承诺，就不得推定为其其他担保人同意继续提供担保。

二、抵押权的放弃

抵押权的放弃，又叫抵押权的抛弃，是指抵押权人放弃可以优先受偿的担保利益，分为抵押权的相对放弃和绝对放弃。^[103]

抵押权的相对放弃，是指抵押权人为抵押人的特定无担保债权人的利益，放弃其优先受偿的利益的现象。例如，在甲抵押人的300万元的抵押物上，乙、丙各有100万元、200万元的第一顺位、第二顺位的抵押权，丁则为甲的无担保债权人（债权额为300万元）。乙为丁的利益而放弃其抵押权。^[104]

抵押权的存续使被担保债权具有优先受偿的效力，这显现出抵押权对于权利人是一种利益，而非负担。既然是利益，抵押权人放弃它应被允许。

抵押权相对放弃的当事人为抵押权人和特定的无担保债权人，且该无担保债权人的债务人和抵押权人的抵押人必须是同一个人。学说认为，抵押权的相对放弃仅在抵押权放弃人和受放弃利益的特定无担保债权人之间发生相对效力。就优先受偿的范围而言，抵押权放弃人就抵押物卖得的价金所能获得分配的金额，由放弃人和受放弃利益的债权人，按两者合计的债权额的比例受偿。^[105]

抵押权的绝对放弃，也就是通常所说的抵押权的抛弃，是指抵押权人向抵押人为消灭抵押权的意思，放弃其抵押权的现象（《民法典》第393条第3项）。以登记为生效要件的抵押权，被放弃需要办理注销登记，才发生抵押权消灭的效力（《不动产登记暂行条例实施细则》第28条第1款第2项）。一般而言，抵押权人可任意放弃抵押权，除非放弃会害及第三人的利益，如已经设立了附抵押权的债权质权。^[106]

分析《民法典》第409条第2款关于“债务人以自己的财产设定抵押，抵押权人放弃该抵押权、抵押权顺位或者变更抵押权的，其他担保人在抵押权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，但是其他担保人承诺仍然提供担保的除外”的规定，可知若抵押权顺位的变更未经其他抵押权人的同意，则该变更不会约束不同意变更的其他抵押权人，仅仅在变更的抵押权人之间发生效力，相当于抵押权顺位的相

对放弃。[107]

三、抵押权的顺位权及其放弃

（一）抵押权顺位的概念

抵押权的顺位，又称抵押权的顺序，或抵押权的次序，是指数个抵押权并存于同一抵押物之上时，各抵押权存在着优先的顺序，也就是抵押权之间的相互关系。先顺位的抵押权所担保的债权较后顺位的抵押权所担保的债权可以优先受偿。可见，这种顺位是一种利益，甚至是一种权利，一般称之为顺位权。

（二）抵押权顺位的决定标准

《民法典》第414条第1款规定，同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定清偿：（1）抵押权已登记的，按照登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿；（2）抵押权已登记的先于未登记的受偿；（3）抵押权未登记的，按照债权比例清偿。据此可知，抵押登记是确定抵押权顺位的首要标准，登记在先的，抵押权的顺位在先。但考虑到动产抵押权、浮动抵押权的设立不以登记为生效要件，此类抵押权若并存于同一抵押物之上，均未办理抵押登记的，就无法以抵押登记及登记的时间作为确定抵押权顺位的标准，只能另辟蹊径，即视两个以上的抵押权的顺位相同（《民法典》第414条第1款第3项）。当然，如果有的抵押权办理了抵押登记，则办理抵押登记的抵押权的顺位在先（《民法典》第414条第1款第2项），仍然奉行抵押登记为确定抵押权顺位的标准的原则。

上述确定抵押权顺位的标准是法定的，并且，当事人不得以其意思表示将之排除或改变。就是说，即使当事人约定了抵押权的顺位，在此类约定与上述法定规则相抵触时，仍然以法定的为准。

[论争]

一种观点认为，当事人订立抵押合同后，可以先按照《物权法》第20条第1款亦即《民法典》第221条第1款的规定办理抵押权的预告登记，以确保其顺位在先。因为预告登记具有顺位效力

（Rangwirkung）。所谓预告登记的顺位效力是指，由于预告登记已经表明了被担保的请求权经过履行后将产生某种不动产权，因而将来该物权一旦产生就会取得预告登记所具有的顺位。赋予预告登记顺位效力的原因在于：预告登记毕竟是暂行性的，其要么转为本登

记，要么丧失效力，当其能够成功地转为本登记的时候，其所具有的顺位自然应当转归为本登记，只有这样才能更有效地保障债权人的合法权益。因此，只要抵押权的预告登记的顺位是第一顺位，那么在转为作为本登记的他项权利登记时，该抵押权的顺位仍然是第一顺位，依此类推。^[108]

笔者则认为，由于《物权法》第20条第1款亦即《民法典》第221条第1款没有规定物权变动于办理本登记后依预告登记的时间点确定物权变动的时间，《物权法》第14条亦即《民法典》第214条却明定“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，依照法律规定应当登记的，自记载于不动产登记簿时发生效力”，未设但书，表明物权变动的时间点以本登记的时间点为准，就是说，在《物权法》上，预告登记不具有顺位效力。如此，抵押权的预告登记不是确定抵押权顺位的根据。

（三）抵押权的顺位固定主义与顺位升进主义

先顺位的抵押权因实行抵押权以外的原因而消灭时，后顺位的抵押权是否依次序升进？德国、瑞士的民法规定，抵押权的顺位不升进，采取了抵押权的顺位固定主义。法国、日本的民法规定，抵押权的顺位升进，奉行的是抵押权的顺位升进主义。

所谓抵押权的顺位固定主义，是指先顺位的抵押权所担保的债权因实行抵押权以外的原因而消灭时，该抵押权并不随之消灭，而是依然存在，致使后顺位的抵押权依然处于原有的顺位上，即抵押权的顺位固定不变。所谓抵押权的顺位升进主义，是指先顺位的抵押权所担保的债权因实行抵押权以外的原因而消灭时，该抵押权也消灭，后顺位的抵押权在顺位上相应地晋升。

这两种原则的法律效果不尽相同。例如，甲以其所有的土地为乙设定200万元的抵押权，其后再为丙设定100万元的第二顺位的抵押权，倘若土地拍卖换得价款250万元，则乙的债权可以全部受偿，丙仅能受偿50万元。倘若抵押物在拍卖前，乙的抵押权已经因清偿或其他原因而消灭，依顺位固定主义，丙的抵押权仍然属于第二顺位，抵押人可以就该宗土地向丁设定第一顺位的抵押权，获得有利的融资。倘若在拍卖抵押物时，第一顺位抵押权尚属空白，则仍应先扣除第一顺位200万元的债权额，丙所受偿的债权额仍然仅为50万元，至于该200万元则归抵押人所有，而由其一般债权人受偿。但是，如果采取顺位升进主义，则丙的抵押权当然升进为第一顺位，其债权获得全部清偿，而其他一般债权人的受偿机会相对减少；故顺位在先的抵押权已经消灭而未涂销时，后顺位的抵押权人可以请求涂销之，以保护其

权利。[109]

[论争]

有学者评论道，顺位升进主义对于一般债权人的保护不周，并且，后顺位抵押权人原能获得担保，本即以该顺位所能获得者为限，现在却因先顺位抵押权的消灭竟然获得全部清偿，实有不当得利之嫌。[110]对此，有专家回应说：上述批评固非无据，然而究竟采取何种原则为宜，实与国家或地区的实际情况有关，中国台湾地区的金融交易与抵押权的实务运作，已经习惯于顺位升进主义，后顺位抵押权的设定带有可以升进的期待，抵押物以后顺位抵押权获取融资遂有相当的可能。故似未闻实务界或社会有应改采顺位固定主义的异声。其实，顺位固定主义也有缺点，即，使得后顺位抵押权融资之途因而受阻，其金融界均有后顺位抵押权应予升进的强烈需求，驯至实务操作的结果，后顺位抵押权亦可生顺位升进的效果。[111]

以上二说各有利弊，立法采取何者，通过功能比较、利益衡量后得出结论固然是不容忽视的路径及方法，有无相关配套的制度及学说的支撑，也起着关键的作用。法律若要采取抵押权的顺位固定主义，则不应强调抵押权的从属性，即使没有被担保债权，抵押权也可以存续。此其一。因债权人不存在，应当确认所有人抵押制度，即抵押权可以存在于抵押权人自己所有的财产之上。此其二。[112]如果此论正确，则据此审视中国现行法的规定，就可以得出结论：中国现行法不具备奉行抵押权的顺位固定主义的条件。其理由在于：（1）中国现行法特别强调担保物权的从属性，《民法典》第388条第1款中段和后段关于“担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效，担保合同无效，但是法律另有规定的除外”的规定，第393条第1项关于“主债权消灭”的，“担保物权消灭”的规定，第407条前段关于“抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。债权转让的，担保该债权的抵押权一并转让”的规定，都确立了抵押权的从属性，这与抵押权的顺位固定主义的本质要求不相符。（2）《民法典》未确立所有人抵押制度。至于法释〔2000〕44号第77条关于“同一财产向两个以上债权人抵押的，顺序在先的抵押权与该财产的所有权归属于一人时，该财产的所有权人可以以其抵押权对抗顺序在后的抵押权”的规定，是否意味着承认了所有人抵押，见仁见智。即使采取肯定说，也不易改变结论，因为《民法典》强调抵押权的从属性。（3）《民法典》第409条第2款规定，抵押权人放弃债务人提供的抵押权的顺位的，其他担保人在抵押权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，除非其他担保人承诺仍然提供担保。该款规定只有按照抵押权的顺位升进主义才能解释得通。[113]

（四）抵押权顺位的让与、放弃与变更

顺位权是抵押权的优先效力的一种形态，以抵押权的存在为前提，不能离开抵押权而独立，但法律也有条件地允许抵押权人让与、放弃或变更抵押权的顺位。^[114]

1. 抵押权顺位的让与

抵押权顺位的让与，又叫抵押权顺位的转让，是指为同一债务人的后顺位担保权人的利益，仅将抵押权的顺位转让给后顺位担保权人的现象。

抵押权顺位的让与，一是需要让与人和受让人（受益人）均为并存于同一抵押物上的抵押权的主体；二是需要让与人和受让人（受益人）之间签订顺位让与合同。在日本民法上，该合同的生效无须债务人、抵押人、其他抵押权人的同意，亦不以办理登记手续为要件。不过，确定让与的抵押权顺位，则以两个抵押权登记上办理附记登记为准（《日本民法典》第375条第2项），在同第三人的关系方面，如果不将抵押权顺位让与的事实通知主债务人，或未得到该主债务人承诺的话，不得以抵押权的顺位已经让与来对抗主债务人、保证人、抵押人（《日本民法典》第376条第1项）。在中国台湾地区“民法”上，因其物权行为系采取登记生效要件主义，不为登记，物权的变动不发生效力，顺位权的让与也是物权行为之一种，所以，除经当事人的合意和抵押人的同意以外，非经办理两抵押权登记的附记登记，不生效力。^[115]

对于抵押权顺位的让与，中国现行法未加规定。因抵押权及其顺位权为非专属性的财产权，故法律应承认抵押权顺位的让与。抵押权顺位的让与，需要让与人和受让人签订让与合同。至于登记的地位和作用，应当与《民法典》设计的物权变动模式相一致，不宜照抄照搬日本民法和中国台湾地区“民法”的模式。动产抵押权的顺位的让与，应当自顺位让与合同生效时发生效力，在抵押登记页上办理附记登记为对抗要件（《民法典》第225条、第403条等）。不动产抵押权等以登记为生效要件的抵押权，其顺位的让与，若发生法律效力，不但需要让与人和受让人成立让与合同，且已经生效，而且需要在不动产登记簿的抵押登记页上办理附记登记（《民法典》第209条第1款、第402条等）。^[116]

关于抵押权顺位让与的法律效果，学说上存在着分歧。顺位交换说认为，受让人取得让与人的顺位，而让与人取得受让人的顺位。发生两个抵押权顺位的交换。^[117]唯顺位的让与，由当事人之间的顺位

让与合同确定，并不影响第三人的合法权益，受让人的被担保债权超过让与人的债权额时，若无中间抵押权存在，就在各个被担保债权额的范围内发生转换。^[118]但也有人认为，顺位的让与，仅于让与人的被担保债权额的范围内发生顺位转换，对于受让人的债权额超过让与人的债权额部分，与让与人处于同一顺位，由受让人本应受分配的数额，按比例受清偿。^[119]顺位变更说则认为，顺位让与系受让人取得让与人的顺位，而让与人处于受让人的下位，乃发生当事人之间的顺位变更，并非发生顺位的交换。^[120]依现在的通说，对于抵押权顺位让与的效果，认为对于双方当事人依本来的抵押权可以取得的分配金的合计额，让与人和受让人之间就被担保债权的金额发生顺位的变更。受让人优先于让与人，从上述的分配金合计额中受清偿。就是说，受让人就其被担保的债权金额从分配金合计额中优先受偿，若有剩余额时由让与人受偿。^[121]笔者以前赞同顺位变更说^[122]，现在改为赞成通说，原因在于通说不仅达到了让与人和受让人关于顺位让与的目的，在他们之间形成的利益分配没有违反其意思，而且没有变动其他相关当事人的权益地位和状况，就是说，各方面的利益都得到了兼顾。^[123]

抵押权顺位的让与，乃作为抵押权内容的顺位权的处分，所以发生物权的效果，抵押权顺位的让与属于物权变动的一种。如此，如果已经在抵押登记中办理了附记登记，并且通知了债务人或得到了债务人的同意，那么，受让人可以其受让的顺位权对抗第三人（后顺位的抵押权人、抵押不动产的第三取得人）的主张。^[124]

顺位的受让人，只有在其被担保债权和让与人的被担保债权均已届清偿期时，才可以实行抵押权，使其被担保债权按照受让的抵押权顺位优先受偿。之所以强调届期才可实行抵押权，是因为受让人仅仅受让了顺位，未改变被担保债权的清偿期，所以被担保的债权未届清偿期时，当然不得实行抵押权。如果允许在让与人的被担保债权的清偿期届至前就实行抵押权，并依受让的抵押权顺位使被担保债权优先获得清偿，就侵害了抵押物所有权人的合法权益。^[125]还有，在被担保债权的清偿期届满债务人未履行债务时才允许实行抵押权，债务人具有清偿债务的能力的情况下，本来通过债务人适当履行债务的方式消灭债的关系，抵押权也随之消灭，抵押人和债务人之间便不产生追偿关系，简洁、清晰，但若允许在让与人的被担保债权的清偿期届至前就实行抵押权，则会人为地导致法律关系复杂化，增加一层抵押人向债务人追偿的关系。这显然不可取。

[拓展]

顺位的让与人在让与其抵押权的顺位之后，若其被担保债权尚有

优先获得清偿的分配额时，只要该被担保债权的清偿期届满时债务人未履行其债务，即可实行其抵押权，使其被担保债权在上述分配额内优先获得清偿，而不问受让人的被担保债权的清偿期是否届至。其道理在于，纵为顺位的让与，对于让与人的被担保债权的清偿期也无影响，它不扩张让与人的被担保债权的优先清偿的范围，所以，不损害抵押物所有权人的合法权益。在这种情况下，受让人的被担保债权尚未届期，必须把受让人应当受分配的数额提存。^[126]这种方案兼顾了各方当事人的利益，可资赞同。

抵押权顺位让与的结果，使得让与人在没有受优先清偿的分配额时，让与人即使实行抵押权也不会使其被担保债权优先获得清偿。在这种情况下，让与人的被担保债权虽然已届清偿期，也不得实行抵押权。^[127]

让与人的被担保债权消灭的，受让人所取得的抵押权顺位让与的效果是否也归于消灭？依抵押权的从属性而言，顺位让与人的被担保债权消灭的，让与人本来所具有的抵押权也当然归于消灭，从而顺位受让人所取得的顺位让与的效果也归于消灭。^[128]但如果受让的顺位已经在抵押登记中进行了附记登记，且已经通知了债务人或得到了债务人的同意，发生了物权效果的情况下，仍然坚持受让的顺位因让与人的抵押权的消灭而消灭，就与物权的要求不尽一致，对受让人不利。此其一。其二，在受让抵押权顺位的情况下，无论是坚持让与人的抵押权移转给受让人的绝对效力说^[129]，还是认为受让的顺位已经与受让人的抵押权结合在一起，都阻碍着所谓从属性说的无条件适用，如此，再坚持受让的顺位随让与人的抵押权的消灭而消灭，是不妥当的。因而，中国未来的立法应当有条件地承认受让的顺位不受让与人的抵押权消灭的影响。

2. 抵押权顺位的放弃

抵押权顺位的放弃，也叫抵押权顺位的抛弃，分为相对的放弃和绝对的放弃。

抵押权顺位相对的放弃，是指先顺位的抵押权人为同一债务人的特定后顺位的抵押权人的利益，而放弃其顺位权的现象。放弃的方法，依放弃人的意思表示为之，并办理附记登记。^[130]放弃的效果，与一般权利的放弃不同，仅仅对于受放弃利益的人失去其优先权，也就是放弃人和受放弃利益人为同一顺位，对于其他抵押权人并无影响。因而，放弃人原顺位上应当分得的分配额，由受放弃利益人与放弃人按被担保债权额的比例受偿。^[131]

抵押权顺位的相对放弃与抵押权顺位的让与相类似，但仍有所不同：相对放弃场合，由放弃人和受放弃利益人按被担保债权比例受偿；抵押权顺位让与场合，转让人的债权可能完全不能获得清偿。
[132]

抵押权顺位绝对的放弃，是指先顺位的抵押权人并非专为同一债务人的某一特定后顺位抵押权人的利益而放弃其顺位权的现象。绝对放弃的方法与相对放弃的相同，但放弃的效果不同：在绝对放弃的情况下，其他抵押权人可以各依次升进其顺位，而放弃人退居最后的地位。不过，放弃后新成立的抵押权仍不能优先于该放弃顺位的抵押权。
[133]

《民法典》第409条第2款规定，抵押权人放弃债务人提供的抵押权的顺位的，其他担保人在抵押权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，除非其他担保人承诺仍然提供担保。由此认可了抵押权顺位的绝对放弃。

动产抵押权顺位的放弃，自抵押权人作出放弃的意思表示时发生法律效力，在抵押登记页上办理附记登记为对抗要件（《民法典》第225条等）。不动产抵押权等以登记为生效要件的抵押权，其顺位的放弃，若发生法律效力，不但需要抵押权人作出放弃的意思表示，而且需要在登记簿的不动产抵押登记页上办理附记登记（《民法典》第209条第1款等）。

3.抵押权顺位的变更

抵押权顺位的变更，是指同一抵押人的数个抵押权人将其抵押权顺位互相交换的现象。例如，债务人甲在其抵押物上分别存在着乙的第一顺位的抵押权、丙的第二顺位的抵押权、丁的第三顺位的抵押权，这些抵押权担保的债权额依次为100万元、200万元和300万元。现在乙、丙和丁约定，乙、丁的抵押权的顺位互换，因之变成为丁、丙、乙分别享有第一顺位300万元、第二顺位200万元、第三顺位100万元的抵押权的格局。
[134]

对于抵押权顺位的变更，《民法典》第409条第1款予以承认，但同时设有限制：“抵押权人与抵押人可以协议变更抵押权顺位以及被担保的债权数额等内容。但是，抵押权的变更未经其他抵押权人书面同意，不得对其他抵押权人产生不利影响。”这里所说的“未经其他抵押权人书面同意，不得对其他抵押权人产生不利影响”，是指抵押权顺位的变更若未经其他抵押权人的书面同意，则该变更不发生绝对的效力，仅在变更顺位的各抵押权人之间发生效力，其他抵押权人不受

其约束。这相当于抵押权顺位的相对抛弃。^[135]只有经过其他抵押权人的书面同意，抵押权顺位的变更才发生绝对的效力，约束全体抵押权人。在上述例子中，假如乙、丁的抵押权的顺位互换未经丙的书面同意，拍卖债务人甲的抵押物时仅仅获得300万元的变价，则丙有权拒绝丁就300万元的变价优先受偿，只同意他就100万元的变价优先受偿，丙自己可就200万元优先受偿。反之，如果该顺位互换已经征得了丙的同意，则丁有权就300万元的变价优先受偿，丙的抵押权因抵押物的代位物不复存在而消失，其债权不再具有优先受偿的效力。

【论争】

有学者认为，抵押权顺位的变更具有绝对的效力。^[136]笔者认为，这不符合《民法典》的有关规定（第409条等），应坚持作类型化的分析。

需要指出，抵押权顺位的变更，为抵押权人处分其利益的一种表现，应由参与变更的抵押权人之间达成合意。《民法典》第409条第1款后段规定由抵押权人和抵押人协议变更抵押权的顺位，未规定抵押权人之间协议变更抵押权的顺位，不尽妥当。宜按照抵押权顺位变更的规范意旨，对该条款予以目的性扩张，补充各抵押权人之间成立顺位变更的合同这个要件。

动产抵押权顺位的变更，自各抵押权人之间成立顺位变更的合同时发生法律效力，在抵押登记页上办理附记登记为对抗要件（《民法典》第225条、第403条等）。不动产抵押权等以登记为生效要件的抵押权，其顺位的变更，若发生法律效力，不但需要各抵押权人成立顺位变更的合同，而且需要在不动产登记簿的抵押登记页上办理附记登记（《民法典》第209条第1款、第402条等）。

应予需要强调的是，《民法典》第409条第2款规定，债务人以其财产设立抵押，抵押权人变更抵押权的顺位的，其他担保人在抵押权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，除非其他担保人承诺仍然提供担保。此处所谓其他担保人，包括为担保该债权（也被抵押权担保）的实现而成立的保证、连带责任或设立的质权（限抵押物为动产场合），或另外的抵押权等场合的担保人，如保证人、连带责任人、出质人或抵押人等。

抵押权顺位变更的，当事人应当持不动产权属证书、不动产登记证明、抵押权变更等必要材料，申请抵押权变更登记（《不动产登记暂行条例实施细则》第68条第1款第4项）。因抵押权顺位发生变更申请抵押权变更登记时，如果该抵押权的变更将对其他抵押权人产生不

利影响的，还应当提交其他抵押权人书面同意的材料与身份证或户口簿等材料（《不动产登记暂行条例实施细则》第68条第2款）。

第四百一十条

债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人可以与抵押人协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。协议损害其他债权人利益的，其他债权人可以请求人民法院撤销该协议。

抵押权人与抵押人未就抵押权实现方式达成协议的，抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。

抵押财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。

本条主旨

本条是关于抵押权实行的条件、方式和程序以及抵押财产变价的确定基准的规定。

相关条文

《民法通则》第89条 依照法律的规定或者按照当事人的约定，可以采用下列方式担保债务的履行：

（二）债务人或者第三人可以提供一定的财产作为抵押物。债务人不履行债务的，债权人有权依照法律的规定以抵押物折价或者以变卖抵押物的价款优先得到偿还。

《物权法》第195条 债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人可以与抵押人协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。协议损害其他债权人利益的，其他债权人可以在知道或者应当知道撤销事由之日起一年内请求人民法院撤销该协议。

抵押权人与抵押人未就抵押权实现方式达成协议的，抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。

抵押财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。

《担保法》第53条 债务履行期届满抵押权人未受清偿的，可以

与抵押人协议以抵押物折价或者以拍卖、变卖该抵押物所得的价款受偿；协议不成的，抵押权人可以向人民法院提起诉讼。

抵押物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条承继了《物权法》第195条的规定，但有微调，如删除了《物权法》第195条第1款后段明文规定的1年除斥期间。第1款首先列举抵押权实行所需条件，接着示例抵押权实行的协议方式。特别提出实行抵押权的协议损害其他债权人利益的，其他债权人有权请求人民法院撤销之。第2款规定拍卖抵押财产、变卖抵押财产两种抵押权实行的方式。第3款允许抵押财产折价（以物抵债），其价格应当参照市场价格；变卖抵押财产时也应如此确定价格。

二、抵押权的实行概述

抵押权的实行，本条措辞是抵押权的实现，是指抵押权人于其债权已届清偿期却未获清偿时，可处分抵押财产，以使其债权优先受偿的行为（《民法典》第410条）。

抵押权的实行，为抵押权的主要效力，是抵押权人的权利，而非抵押权人的义务。因此，抵押权人如要求债务人依约定清偿债务，债务人不得以应先就抵押财产变价优先受偿，加以抗辩；也不得强行要求以抵押财产抵债，以防抵押财产的价值额低于抵押债权额时损害抵押权人的合法权益。还有，物上保证人或抵押财产的第三取得人，有无一般保证人的先诉抗辩权？基于抵押权既以担保债权的清偿为目的，则债权附有抵押权担保的，理论上应先就抵押财产变价，不得如保证人那样行使先诉抗辩权而拒绝抵押权人实现抵押权。^[137]不过，抵押人有权援用债务人对于债权人的履行抗辩权、时效完成的抗辩权。

[论争]

抵押权人在债务履行期限届满可以行使抵押权时，不行使抵押权却要求就债务人的其他财产受偿，是否允许？一种观点认为，抵押权人是否实现抵押权乃其权利，因此其当然有权不实行抵押权而先就债务人的其他财产取偿，不足的部分再实行抵押权，即便抵押物的价值

足以清偿债权，也是如此。^[138]另一种观点认为，担保物权既然是以担保债权的清偿为目的，那么当债权有担保物权加以担保时，应当先就担保物变价受偿，不足的部分再就债务人的其他财产取偿。因为当债务人有多数债权人，且其全部财产不足以清偿债权而抵押物的价值又不足以清偿抵押权人的债权之时，如果抵押权人的全部债权能够就债务人的其他财产与一般债权人的债权那样平均受偿，再就抵押物卖得价款优先受偿，将侵害一般债权人的合法权益，无法保证公平。

^[139]《民法典》第413条规定：“抵押财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。”从这一规定来看，采取的似乎是第二种观点，即抵押权人应就先就抵押财产受偿，不足部分才能通过强制执行就债务人的其他财产受偿。^[140]

三、抵押权行使的条件

抵押权的实行，本条第1款前段规定了两种条件，一是债务人不履行到期债务，二是发生了当事人约定的实现抵押权的情形。满足了上述任何一项条件，抵押权人就可以与抵押人协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。兹分析、阐释如下。

（一）债务人不履行到期债务

该项条件包含以下三项要素。

1. 存在着有效的抵押权

存在着有效的抵押权，是抵押权行使的必备条件，如无有效的抵押权，自然谈不上实行抵押权。所谓存在着有效的抵押权，在基于合同设立动产抵押权、浮动抵押权的情况下，是指抵押合同成立并生效；在基于抵押合同设立其他抵押权的场合，是指抵押合同生效，并办理了抵押登记；在基于法律规定直接取得抵押权的情况下，是指具备了法定的取得抵押权的条件。

2. 债务人不履行到期债务

所谓债务人不履行到期债务，是指债务人于债务履行期限届满而不履行债务的现象。它可以是债务人完全没有履行，也可以是部分没有履行。在履行期为期日的情况下，它表现为债务人于该期日届满（也可以说是届至）时未履行债务。在履行期为期间的情况下，它表现为债务人于该期间届满时未履行债务。

[思考]

这里的债务，在中国台湾地区“民法”上，仅指本金债务，而非利息债务。^[141]在中国大陆，鉴于《民法典》已经明文规定抵押权的效力及于利息（第389条），而未明文把不履行到期的利息债务排除于行使抵押权的条件；鉴于利息债务有时数额巨大，债务人和抵押人的责任财产均不足以清偿数个并存的债权，需要区分情况而定，有时债务人不履行到期的利息债务，抵押权人可以行使抵押权；有时则否。

债务人不履行到期的利息债务，抵押权人可以行使抵押权，应当具备下述条件：（1）当事人约定了利息债务，且未以特约排除《民法典》第389条关于抵押权的效力及于利息的规定；（2）利息债务数额较大乃至巨大，所占债务比重较大；（3）到期的本金债务业已清偿完毕，抵押权人无法以债务人不履行到期的本金债务为由行使抵押权。

在下述情况下，债务人不履行到期的利息债务，抵押权人不可行使抵押权：到期的本金债务业已清偿完毕，到期的利息债务所占债务数额的比例较低，行使抵押权会使目的和手段不匹配；或抵押人已经提供了其他担保方式或代债务人清偿。

在本金债务和利息债务均届履行期且均未清偿的情况下，由于利息债务的履行期滞后于本金债务的履行期，债务人不履行到期的利息债务，同时构成不履行到期的本金债务，抵押权人即使以债务人不履行到期的利息债务为由行使抵押权，实质上可视为以不履行到期的本金债务为由主张，不会发生不适当的结果。

在债务人不履行到期债务的情况下，抵押权人可以直接实现抵押权，除非债务人又与抵押权人达成了延期履行协议。

[辨析]

在中国台湾地区的“民法”上，债权只须已届债权人得请求清偿时而未受清偿者，抵押权人即可实行抵押权。^[142]这与中国大陆《民法典》第410条第1款前段规定的债务人不履行到期债务，在履行期为期间的情况下差别不大；但在依民法通说所主张的履行期为期间的场合则不同。对此举例说明，履行期为2008年1月1日至2008年2月20日，自2008年1月1日开始，债权人即得请求债务人清偿债务，按照中国台湾地区的“民法”，抵押权人（债权人）即可行使抵押权，但在2008年2月20日之前，按照中国大陆现行法的规定，债务人未履行债务尚不构成债务不履行，在合同场合即为不构成违约行为，抵押权人无权

行使抵押权，抵押权人若行使抵押权，抵押人有权抗辩。

[拓展]

债务人不履行到期债务，若系可归责于债权人的原因引起的，债务人享有一些权利，诸如履行抗辩权、提存的权利等，债务人行使此类权利，不应承担违约责任，债权人（抵押权人）无权行使抵押权。假如债权人（抵押权人）行使抵押权，抵押人有权援用债务人对债权人（抵押权人）的抗辩，拒绝或暂时拒绝抵押权的行使。

3.不存在法律禁止实行抵押权的情形

抵押权的实行必须没有法律上的特别限制，如有限制，则抵押权人不得当然实行抵押权。例如，《企业破产法》第75条第1款规定：“在重整期间，对债务人的特定财产享有的担保权暂停行使。但是，担保物有损坏或者价值明显减少的可能，足以危害担保权人权利的，担保权人可以向人民法院请求恢复行使担保权。”抵押权显然属于其中的担保权。^[143]

（二）发生了当事人约定的实现抵押权的情形

此处所谓当事人，在抵押人为第三人的情况下，应为抵押合同的当事人；在抵押人为债务人的场合，可指主合同的当事人。

所谓“当事人约定的实现抵押权的情形”，是指债务人不履行债务以外的，当事人特别约定的实现抵押权的情形。例如，抵押合同约定，抵押人的股东发生变更、高管出现变动，抵押权人即可实行抵押权。

《民法典》允许当事人约定抵押权实行的条件，具有积极的意义。例如，浮动抵押期间，抵押人在正常经营范围内可以自由处分其动产，债务人到期不履行债务的，抵押权人是以实现抵押权时的动产优先受偿。如果只允许抵押权人在债务人到期不履行债务时才能实现抵押权，可能会由于抵押人在经营过程中的非正常经营行为或恶意的行为，甚至是正常的经营行为，造成抵押财产的价值大大减少，不足以清偿抵押债权，损害抵押权人的合法权益。允许抵押权人和抵押人约定提前实现抵押权的条件，抵押权人就可以在抵押合同中对抵押人的某些行为进行约束，一旦抵押人违反约定从事了这些行为，满足了约定的抵押权实现的条件，抵押权人就可以提前实现抵押权，以使抵押债权获得清偿。^[144]

[辨析]

有学说认为,《民法典》第410条规定的当事人约定的实现抵押权的情形,其中的当事人是指主合同的当事人,也可以是抵押合同的当事人。前者如,债权人与债务人约定在债务人没有按时缴纳利息达到一定时间后,即可以解除合同,要求债务人承担违约责任。此时,抵押权人自然可以实现抵押权。后者如,抵押人与抵押权人可以在抵押合同中约定抵押人必须对抵押财产进行保险,否则抵押权人即可实现抵押权。^[145]笔者认为,在抵押人为第三人的情况下,根据合同的相对性原则,主合同的约定不得约束抵押人,除非抵押人同意。至于所谓抵押人不对抵押财产进行投保,则属于债务人(抵押人)不履行到期债务,在实质上仍属于法定的实行抵押权的条件。

应当看到,允许当事人约定实行抵押权的条件,也会带来消极的结果。抵押权人和抵押人约定的实现抵押权的情形,若被执行,则损害其他债权人利益的,其他债权人可以请求人民法院撤销该协议(《民法典》第410条第1款后段)。

此类约定损害其他债权人利益的情形,例如,按照协议,对抵押财产折价过低;或依约定,使抵押权行使的时间点大大提前,使原本清偿期在先的其他债权在实质上后于了抵押债权接受清偿,而责任财产又不足以清偿此类债权。

四、抵押权的行使方式

关于抵押权实行的方式,本条规定了折价、拍卖和变卖三种方式,兹分析、阐释如下。

(一) 折价方式

折价方式,也可以叫作代物清偿,是指抵押权人和抵押人协议,以抵押财产折价,清偿抵押债权的方式(《民法典》第410条第1款中段)。它是抵押权人和抵押人协议,参照市场价格确定一定的价款,将抵押财产的所有权转移给抵押权人,以实现债权。^[146]

这不同于流押合同,而是属于代物清偿。在抵押权的行使阶段,抵押人不会有必须屈服于抵押权人、接受低估抵押财产价值的压力,不会出现不当的结果。

(二) 拍卖方式

按照本条规定,抵押权人和抵押人未就抵押权实现方式达成协议

的，抵押权人可以请求人民法院拍卖抵押财产。

拍卖是指以公开竞价的形式，将特定的拍卖物转让给最高应价者的买卖方式（《拍卖法》第3条）。拍卖具有公开、公平竞争等特点，对抵押财产通过公开竞价的方式公开进行拍卖，有利于杜绝暗箱操作，实现价格的最大化。

（三）变卖方式

变卖方式，是指以一般的买卖形式出卖抵押财产，以其变价清偿抵押债权的方式。变卖和拍卖虽然都属于买卖，但前者为一对一的洽商方式，无须严格程序，无竞价机制，其优点在于成本较低、效率高，其缺点在于透明度和公开性不高，程序较为随意，容易造成暗箱操作，损害被执行人或其他债权人的利益。因此，法律上要严格限制变卖的适用范围。这些限制措施包括：（1）除非债权人或债务人申请，不采取变卖的方式；（2）变卖方式原则上只能适用于动产、有价证券和一些特殊的情形；（3）变卖必须参照市场价格（《民法典》第410条第3款）。

《民事诉讼法》对于变卖的适用范围问题未予规定，《执行规定》第46条第2款规定：“财产无法委托拍卖、不适于拍卖或当事人双方同意不需要拍卖的，人民法院可以交由有关单位变卖或自行组织变卖。”《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》予以了进一步补充，其第34条第1款规定：“对查封、扣押、冻结的财产，当事人双方及有关权利人同意变卖的，可以变卖。”第2款规定：“金银及其制品、当地市场有公开交易价格的动产、易腐烂变质的物品、季节性商品、保管困难或者保管费用过高的物品，人民法院可以决定变卖。”

【探讨】

本条的行文，容易使人觉得抵押权的实行必须先由抵押权人和抵押人协议，只有在协议不成时才可以运用拍卖、变卖的方式。实务和学说中确有相当数量的专家、学者如此操作和主张。其最大弊端是抵押人出于私利故意拖延，久久达不成实行抵押权的协议，损害抵押权人的正当利益。笔者主张，对于本条第1款中段的理解，一是不把协议方式当作抵押权实行的必经程序，抵押权人于实行抵押权的条件具备时有权径直申请拍卖抵押财产；二是仍把协议方式当作先行程序，但抵押权人不必要“守株待兔”，而是给抵押人限定承诺的最后期间，一俟该期间届满，抵押权人即可申请拍卖抵押财产。

五、折价或变卖抵押财产的价格基准

实行抵押权，无论把抵押财产折价还是变卖，都有合理作价的需要。作价低了，可能害及其他债权人的债权实现；作价高了，对抵押权人也不利，不尽符合公平原则。为了解决这个问题，本条第3款明确“抵押财产折价或者变卖的，应当参照市场价格”，这是条可取之路，值得赞同。

第四百一十一条

依据本法第三百九十六条规定设定抵押的，抵押财产自下列情形之一发生时确定：

- （一）债务履行期限届满，债权未实现；
- （二）抵押人被宣告破产或者解散；
- （三）当事人约定的实现抵押权的情形；
- （四）严重影响债权实现的其他情形。

本条主旨

本条是关于浮动抵押权场合抵押财产的确定及其事由的规定。

相关条文

《物权法》第196条 依照本法第一百八十一条规定设定抵押的，抵押财产自下列情形之一发生时确定：

- （一）债务履行期届满，债权未实现；
- （二）抵押人被宣告破产或者被撤销；
- （三）当事人约定的实现抵押权的情形；
- （四）严重影响债权实现的其他情形。

《担保法》第47条 债务履行期届满，债务人不履行债务致使抵押物被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押权人有权收取由抵押物分离的天然孳息以及抵押人就抵押物可以收取的法定孳息。抵押权人未将扣押抵押物的事实通知应当清偿法定孳息的义务人的，抵押权

的效力不及于该孳息。

前款孳息应当先充抵收取孳息的费用。

理解与适用

本条承继了《物权法》第196条的规定，规定浮动抵押权场合抵押财产的确定以及所需要的事由。

浮动抵押权要实行，需要确定浮动抵押的财产。所谓确定浮动抵押的财产，又叫结晶或封押，是指浮动抵押权因抵押财产的确定而成为固定抵押权（一般抵押权），抵押人处置抵押财产的权利终止，抵押权人有权就抵押财产变价所得价款优先受偿。如果把浮动抵押权设立时的抵押财产比作一条流淌的水流，那么，所谓浮动抵押财产的确定，就是在该水流的上、下游都筑坝截流，被围困起来的水就是被确定的浮动抵押财产。

确定浮动抵押财产，需要出现法定事由。对此，本条规定，发生下列情形之一的，浮动抵押财产确定：（1）债务履行期届满，债权未实现；（2）抵押人被宣告破产或者解散清算；（3）当事人约定的实现抵押权的情形；（4）严重影响债权实现的其他情形。

债务履行期届满，债权未实现，浮动抵押权实行的条件具备了，抵押人可以实行浮动抵押权。把抵押财产折价、拍卖、变卖都必须有具体、明确的抵押财产，不然，抵押财产的价格无法确定，拍卖、变卖也难有对象。因此，抵押财产在这种情况下必须确定。由浮动抵押权的特殊性决定，确定抵押财产，就是要清晰地界定抵押财产所包含的具体的物的种类、数量、所有权的归属，登记造册，把原来流动的财产暂时固定成静态的财产。

抵押人被宣告破产，适用《企业破产法》的规定确定破产财产，从中再界分出浮动抵押财产。抵押人解散清算时同样如此操作。

当事人约定的实现抵押权的情形，确定浮动抵押财产的方法与理由如同“债务履行期届满，债权未实现”的场合，不再赘言。

所谓严重影响债权实现的其他情形，需要结合其他法律的规定并通过司法实践不断细化。例如，抵押人因经营管理不善而导致经营状况恶化或严重亏损，或抵押人为了逃避债务而故意低价转让财产或隐匿、转移财产等。^[147]

第四百一十二条

债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，致使抵押财产被人民法院依法扣押的，自扣押之日起，抵押权人有权收取该抵押财产的天然孳息或者法定孳息，但是抵押权人未通知应当清偿法定孳息义务人的除外。

前款规定的孳息应当先充抵收取孳息的费用。

本条主旨

本条是关于抵押权的效力何时及于抵押财产的孳息的规定。

相关条文

《物权法》第197条 债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，致使抵押财产被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押权人有权收取该抵押财产的天然孳息或者法定孳息，但抵押权人未通知应当清偿法定孳息的义务人的除外。

前款规定的孳息应当先充抵收取孳息的费用。

《担保法》第47条 债务履行期届满，债务人不履行债务致使抵押物被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押权人有权收取由抵押物分离的天然孳息以及抵押人就抵押物可以收取的法定孳息。抵押权人未将扣押抵押物的事实通知应当清偿法定孳息的义务人的，抵押权的效力不及于该孳息。

前款孳息应当先充抵收取孳息的费用。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条是对《物权法》第197条的复制，确立了抵押权的效力何时及于抵押财产的孳息的规则。

孳息分为天然孳息和法定孳息。抵押权的效力是否及于它们，根据本条的规定，应当区分二者及是否已经与抵押财产分离的情况而讨论。

二、抵押权的效力与天然孳息

天然孳息未与抵押财产分离时，系抵押财产的组成部分，当然为抵押权的效力所及。在它同抵押财产相分离而成为独立之物时，是否仍一律如此呢？答案是否定的。抵押权设立后、实行之前，抵押财产的占有、使用、收益之权归抵押人享有，由此决定，天然孳息应由抵押人收取，抵押权的效力不应及于它们。但是若绝对贯彻这一原则，又会出现下述弊端：抵押财产所有人故意拖延抵押财产被扣押的时间，以便更多地收取天然孳息。有鉴于此，本条第1款规定：“自扣押之日起，抵押权人有权收取该抵押财产的天然孳息”。这告诉我们，抵押财产被依法扣押前，抵押权的效力不及于抵押财产的天然孳息；被扣押后，抵押权的效力及于抵押财产的天然孳息。即使在抵押权设立之后，抵押财产被人民法院扣押之前，抵押财产上又成立了租赁权等权利的，基于抵押权设立在先效力亦优先的规则及原理，也是抵押权人有权自扣押抵押财产时起收取与抵押财产分离的天然孳息。[148]

三、抵押权的效力与法定孳息

按照本条第1款的规定，抵押财产被人民法院依法扣押之前，抵押财产所产生的法定孳息由抵押人收取，抵押权的效力不及于它；自被依法扣押时起，并且抵押权人已将扣押抵押财产的事实通知了应当清偿法定孳息的义务人的，抵押权的效力自扣押之日起及于法定孳息。

可见，抵押权的效力若及于法定孳息，较抵押权的效力及于天然孳息，多出一个要件，即抵押权人将依法扣押抵押财产的事实通知给应当清偿法定孳息的义务人。何以如此？原来，与天然孳息系直接收取于抵押财产不同，法定孳息系由第三人给付而来，若不将扣押抵押财产的事实通知该第三人，会造成不必要的麻烦乃至损失。[149]有鉴于此，《民法典》设置了但书，抵押权人未将扣押抵押财产的事实通知应当清偿法定孳息的义务人的，抵押权的效力不及于该孳息（《民法典》第412条第1款后段）。

四、孳息用于清偿抵押人所负债务的顺序

如果抵押人的责任财产充足，能够清偿抵押人所负的任何债务，那么，规定和讨论孳息用作清偿抵押人所负的哪笔债务，似无必要。但是，在抵押人的责任财产不足以清偿全部的到期债务，特别是抵押财产本身不足以清偿抵押权担保的债权的情况下，确定孳息用于清偿抵押人所负的哪笔债务，就特别必要，事关抵押权人的利益实现多少。有鉴于此，立法者于本条设置第2款，明确“前款规定的孳息应当先充抵收取孳息的费用。”

第四百一十三条

抵押财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

本条主旨

本条是关于抵押财产的变价款高于或低于担保债权数额时如何处理的规定。

相关条文

《物权法》第198条 抵押财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

《担保法》第53条第2款 抵押物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

理解与适用

本条是对《物权法》第198条的复制，确立了抵押财产的变价款高于或低于担保债权数额时如何处理的规则。

本条所谓抵押财产的变价款超过债权数额的部分归抵押人所有，乃自然之理，因为抵押权不是所有权，抵押财产不因抵押权的设立而归属于抵押权人，只是使抵押权人的债权因该抵押权的设立而具有优先受偿的效力。担保债权受偿了，实现了，抵押权人的利益得到完全满足，抵押权便功成身退。假如把抵押财产的变价款超过债权数额的部分划归抵押权人，该抵押权人就获取了不当得利，这不应被允许。此其一。从另一个侧面讲，抵押财产属于抵押人的责任财产的组成部分，抵押人适当履行物上保证责任之后，剩余的部分仍为其责任财产，当然由其享有。此其二。

抵押财产的变价款全部用于清偿担保债权之后，担保债权仍未完全实现，不得谓该债权已经消灭，而是就未实现部分继续具有请求力、执行力、保有力，即债权人/抵押权人有权就其债权未实现的部分请求债务人清偿，债务人没有理由抗辩。于此场合，需要说明的至少有两点：一是在债务人和抵押人分属不同的主体的情况下，此时债权人/抵押权人无权请求抵押人清偿，只可请求债务人清偿；二是此时的债权仅仅是普通债权，已无抵押权的担保，无优先受偿的效力。

第四百一十四条

同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定清偿：

- （一）抵押权已登记的，按照登记的时间先后确定清偿顺序；
- （二）抵押权已登记的先于未登记的受偿；
- （三）抵押权未登记的，按照债权比例清偿。

其他可以登记的担保物权，清偿顺序参照适用前款规定。

本条主旨

本条是关于同一项财产之上并存着数个抵押权时各个抵押权的效力顺序的规定。

相关条文

《物权法》第199条 同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定清偿：

- （一）抵押权已登记的，按照登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿；
- （二）抵押权已登记的先于未登记的受偿；
- （三）抵押权未登记的，按照债权比例清偿。

《担保法》第54条 同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押物所得的价款按照以下规定清偿：

- （一）抵押合同以登记生效的，按照抵押物登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿；
- （二）抵押合同自签订之日起生效的，该抵押物已登记的，按照本条第（一）项规定清偿；未登记的，按照合同生效时间的先后顺序清偿，顺序相同的，按照债权比例清偿。抵押物已登记的先于未登记的受偿。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条承继了《物权法》第199条的规定，但增加了一款“其他可以登记的担保物权，清偿顺序参照适用前款规定”。第1款确立了同一项财产之上并存着数个抵押权时各个抵押权的效力顺序的规则。

二、本条第1款确立的判断和确定抵押权的顺序的标准

依据本条第1款，抵押登记是确定抵押权顺序的首要标准，登记在先的，抵押权的顺序在先。但考虑到动产抵押权、浮动抵押权的设立不以登记为生效要件，此类抵押权若并存于同一抵押物之上，均未办理抵押登记的，就无法以抵押登记及登记的时间作为确定抵押权顺序的标准，只能另辟蹊径，即视两个以上的抵押权的顺序相同（《民法典》第414条第1款第3项）。当然，如果有的抵押权办理了抵押登记，则办理抵押登记的抵押权的顺序在先（《民法典》第414条第1款第2项），仍然奉行抵押登记为确定抵押权顺序的标准的原则。

上述确定抵押权顺序的标准是法定的，并且，当事人不得以其意思表示将之排除或改变。就是说，即使当事人约定了抵押权的顺序，在此类约定与上述法定规则相抵触时，仍然以法定的为准。

[论争]

一种观点认为，当事人订立抵押合同后，可以先按照《民法典》第221条第1款的规定办理抵押权的预告登记，以确保其顺序在先。因为预告登记具有顺序效力（Rangwirkung）。所谓预告登记的顺序效力是指，由于预告登记已经表明了被担保的请求权经过履行后将产生某种不动产物权，因而将来该物权一旦产生就会取得预告登记所具有的顺序。赋予预告登记顺序效力的原因在于：预告登记毕竟是暂行性的，其要么转为本登记，要么丧失效力，当其能够成功地转为本登记的时候，其所具有的顺序自然应当转归为本登记，只有这样才能更有效地保障债权人的合法权益。因此，只要抵押权的预告登记的顺序是第一顺序，那么在转为作为本登记的他项权利登记时，该抵押权的顺序仍然是第一顺序，依此类推。^[150]

笔者则认为，由于《民法典》第221条第1款没有规定物权变动于办理本登记后依预告登记的时间点确定物权变动的时间，第214条却明定“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，依照法律规定应当登记的，自记载于不动产登记簿时发生效力”，未设但书，表明物权变动的时间点以本登记的时间点为准，就是说，在《民法典》上，预告登记不具有顺序效力。如此，抵押权的预告登记不是确定抵押权顺序

的根据。

三、对本条第1款各项的具体解读

本条第1款第1项所谓“抵押权已登记的，按照登记的时间先后确定清偿顺序”，第一层意思是各个抵押权因登记都已经存在，其适用领域限于以登记为生效要件的抵押权；第二层意思是业已存在的抵押权，依其登记完毕的时间依次排列效力优先顺序，顺序在先的抵押权担保的债权在受偿顺序上也排列在先。之所以如此解释，是因为《民法典》第214条规定物权变动自记载于不动产登记簿时发生效力，而不是自登记机构收到申请书时或其他时间点发生效力。就是说，抵押登记的时间点即为记载于不动产登记簿的时间点，即为抵押权设立等变动的时间点。

本条第1款第2项所谓“未登记的”抵押权，限于不以抵押登记为生效要件的动产抵押权，因为其他类型的抵押权均以登记为生效要件，未办理抵押登记，抵押权不存在。抵押权不存在，自然没有资格与已经存在的抵押权在效力顺序上一争高下，不存在抵押权担保的债权仅为普通债权，在受偿的顺序上低于抵押权担保的债权。

本条第1款第3项所谓“抵押权未登记的，按照债权比例清偿”，可有几种解释。第一种解释是，该条项仅仅适用于动产抵押权这种不以登记为生效要件的抵押权，此类抵押权未予登记时不得对抗善意第三人，故在未能举证证明其他债权人非为善意的情况下，各个由动产抵押权担保的债权无优先于其他债权的效力，各个债权只得依其比例受偿。依此解释，本条第1款第3项的规定具有合理性。第二种解释是，动产抵押权虽然未予登记，但抵押人的其他债权人知晓该抵押权的存在，根据《民法典》第403条的规定，该动产抵押权具有对抗其他债权人的效力，该动产抵押权担保的债权具有优先于其他债权受偿的效力。于是，该债权就不是“按照债权比例清偿”，而是可以完全受偿。如此，本条第1款第3项的规定涵盖过宽，应该依规范意旨予以目的性限缩，即不适用于其他债权人非善意的场合。第三种解释是，该条项可以适用于动产抵押权和以登记为生效要件的抵押权两大领域，因为动产抵押权未予登记时无对抗善意第三人的效力，其担保债权与因尚未登记而仅有抵押合同“担保”的债权似无二致，所以，在未能举证证明其他债权人非为善意的情况下，各个债权也只好按照比例受偿。

四、准用

本条第2款所谓“其他可以登记的担保物权，清偿顺序参照适用前款规定”，属于准用条款，从实质上说，这很有必要，以登记为生效

要件的质权，与以登记为生效要件的抵押权相比，差异只在标的物的种类上，效力方面应当相同，所以，以登记为生效要件的质权在效力顺序上准用本条第1款的规定，具有合理性；从立法技术上说，如此设计简洁，在解决问题上功效相同。

第四百一十五条

同一财产既设立抵押权又设立质权的，拍卖、变卖该财产所得的价款按照登记、交付的时间先后确定清偿顺序。

本条主旨

本条是关于并存于同一项财产上的抵押权和质权如何确定优先效力的规定。

理解与适用

本条是新创设的规范，确立了并存于同一项财产上的抵押权和质权如何确定优先效力的规则。

本条确立了如下具体规则：（1）作为动产的A物既是抵押物又是留置财产，动产抵押权尚未登记的，无论出质的时间是先于还是迟于抵押合同的生效，在效力方面，质权都优先于动产抵押权；（2）作为动产的A物既是抵押物又是留置财产，动产抵押权的登记先于A物出质的，在效力方面，动产抵押权优先于质权；（3）作为动产的A物既是抵押物又是留置财产，A物出质先于动产抵押权办理登记的，在效力方面，质权优先于动产抵押权；（4）作为动产的A物既是抵押物又是留置财产，出质与动产抵押权的登记同时完成，在质权和动产抵押权的实行时，宜类推适用《民法典》第414条第1款第3项关于“按照债权比例清偿”的规定。

第四百一十六条

动产抵押担保的主债权是抵押物的价款，标的物交付后十日内办理抵押登记的，该抵押权人优先于抵押物买受人的其他担保物权人受偿，但是留置权人除外。

本条主旨

本条是关于超级优先权的规定。

理解与适用

本条是新创设的规则，确立了超级优先权。

本条设计的超级优先权规则适用的典型案型是：出卖人甲将动产A物交付给买受人乙，因约定的乙付款期限较迟（如赊销的场合），若恰遇乙进入破产程序，或者A物被出质给丙或被抵押给丁，质权或抵押权的实现条件已经具备，那么，甲就可能无法实现其货款债权，A物也难被取回，遭受损失。可是，此种案型中的甲应受（应有的）周到保护，措施之一是赋予他超级优先权。^[151]该权在效力方面优先于A物之上的质权、普通的动产抵押权、含有A物的财团抵押权等优先权，只是留置权除外。

当然，从平衡方方面面权益的目的出发，该权的设立得符合一定的条件，本条设置了如下几条：（1）被担保债权是A物的价款债权；（2）A物已被买受人占有；（3）A物交付后10日内办完（超级优先权的）抵押登记。只要出卖人甲满足了这些条件，即使买受人乙的其他担保物权人就A物先于甲办理了普通动产抵押权的登记或设立了质权，这些担保物权在顺位上也后于超级优先权。相反，如果出卖人甲在A物交付后10日内未就A物办理（超级优先权的）抵押登记，那么，该超级优先权在顺位上已不再超级优先，与买受人乙的其他担保物权人享有的担保物权之间的顺位，不再根据本条的规定确定，而是必须依据《民法典》第414条第1款关于“同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定清偿：（一）抵押权已登记的，按照登记的时间先后确定清偿顺序；（二）抵押权已登记的先于未登记的受偿；（三）抵押权未登记的，按照债权比例清偿”的规定予以处理。

本条但书明确超级优先权在效力上劣于留置权，道理在于：

（1）留置权是法定担保物权，超级优先权是约定担保物权，如果允许超级优先权优先于留置权，就等于鼓励债权人以货物等为客体设立超级优先权，排斥留置权的运用，导致留置权制度的功能减弱乃至丧失，使留置权人等处于十分不利的境地，会影响他们（它们）从事承揽、货物运输、保管、仓储、行纪等业务的积极性。有鉴于此，赋予留置权优先的效力，非常合适。至于由此可能给超级优先权人带来的不利，是可以化解的：超级优先权设立时可以约定，在货物被留置时，债务人另行提供相应的担保，甚至直接在其他特定物上设立。

（2）留置物中一般都凝结了留置权人的劳动价值，或由留置权人提供的材料而成，在一定意义上，可认为留置物有“共有物”（归留置权人和留置物所有权人共有）的意味。在这种背景下，如果赋予超级优先权优先于留置权的效力，并且就留置物的全部价值优先受偿，就意

味着留置权人代留置物所有权人向超级优先权人承担了物上责任。这显然是不合理的。而赋予留置权优先于超级优先权的效力，就不会出现这种局面。

第四百一十七条

建设用地使用权抵押后，该土地上新增的建筑物不属于抵押财产。该建设用地使用权实现抵押权时，应当将该土地上新增的建筑物与建设用地使用权一并处分，但是，新增建筑物所得的价款，抵押权人无权优先受偿。

本条主旨

本条是关于以建设用地使用权为客体的抵押权的效力不及于新增加的建筑物的规定。

相关条文

《物权法》第200条 建设用地使用权抵押后，该土地上新增的建筑物不属于抵押财产。该建设用地使用权实现抵押权时，应当将该土地上新增的建筑物与建设用地使用权一并处分，但新增建筑物所得的价款，抵押权人无权优先受偿。

《担保法》第55条第1款 城市房地产抵押合同签订后，土地上新增的房屋不属于抵押物。需要拍卖该抵押的房地产时，可以依法将该土地上新增的房屋与抵押物一同拍卖，但对拍卖新增房屋所得，抵押权人无权优先受偿。

《城市房地产管理法》第52条 房地产抵押合同签订后，土地上新增的房屋不属于抵押财产。需要拍卖该抵押的房地产时，可以依法将土地上新增的房屋与抵押财产一同拍卖，但对拍卖新增房屋所得，抵押权人无权优先受偿。

理解与适用

本条是对《物权法》第200条的复制，确立了以建设用地使用权为客体的抵押权的效力不及于新增加的建筑物的规则。

本条的规定值得肯定，理由在于：建设用地使用权抵押后，抵押

权人在实现抵押权时如果不能将抵押权设立后新增的建筑物一并处分，那么就会产生两种不适当的后果：（1）在房地产抵押权实行时，尤其是拍卖抵押房地产时，可能出现建设用地使用权与房屋异其主体的现象。这显然违反了《民法典》第352条正文所确立的房地权属的主体相一致的原则。（2）受新增房屋必定需要占用一定范围的建设用地的影响，抵押的建设用地使用权在拍卖或变卖时价格极有可能有所降低，甚至无人受让，抵押权人的合法权益会受到不利影响。为避免此种后果，必须将新增的房屋连同被抵押的建设用地使用权一同拍卖，只是对新增房屋的变价无权优先受偿。^[152]

需要注意，该土地上新增的建筑物不属于抵押财产，该建设用地使用权的抵押权实现时，虽然将该土地上新增的建筑物与建设用地使用权一并处分，但新增建筑物所得的价款，抵押权人无权优先受偿（《民法典》第417条）。从另一个角度观察，该新增建筑物的变价不属于抵押物的变价，不在抵押债权分配抵押物变价的范围之内。

第四百一十八条

以集体所有土地的使用权依法抵押的，实现抵押权后，未经法定程序，不得改变土地所有权的性质和土地用途。

本条主旨

本条是关于以集体建设用地使用权为客体的抵押权实行时不得改变土地所有权的性质和土地用途的规定。

相关条文

《物权法》第201条 依照本法第一百八十条第一款第三项规定的土地承包经营权抵押的，或者依照本法第一百八十三条规定以乡镇、村企业的厂房等建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押的，实现抵押权后，未经法定程序，不得改变土地所有权的性质和土地用途。

《担保法》第55条第2款 依照本法规定以承包的荒地的土地使用权抵押的，或者以乡（镇）、村企业的厂房等建筑物占用范围内的土地使用权抵押的，在实现抵押权后，未经法定程序不得改变土地集体所有和土地用途。

理解与适用

本条吸纳了《物权法》第201条有益的成分，反映并升华《土地管理法》第59条、第61条和第63条的成果，既开拓了土地经营权、集体经营性建设用地使用权等集体所有土地使用权可以设立抵押权的通道，搞活经济；又坚持社会主义公有制不变，不变颜色；还坚守耕地“红线”，尽量控制农民集体所有土地的建设用地的比重。

本条所谓“以集体所有土地的使用权依法抵押的”，包括在“三权分置”模式下诞生的土地经营权用作抵押财产、集体经营性建设用地使用权用作抵押财产，以及乡镇企业以其厂房等建筑物、构筑物设立抵押权时占地范围的集体建设用地使用权一并抵押三种情形。

对于以土地经营权设立抵押权，抵押权实行后，受让该土地经营权之人必须继续在该承包地上从事农林牧渔，不得改变承包地的原定用途。这是耕地国策的本质要求，务必遵守。

对于乡镇企业享有的建设用地使用权，本来是严格控制的（《土地管理法》第60条第2款），不得单独用于抵押的（《民法典》第398条），由此决定，乡镇企业以其厂房等建筑物、构筑物设立抵押权时占地范围的集体建设用地使用权一并抵押的，抵押权实行后，受让乡镇企业的房地产的，不得改变农民集体所有土地的性质，也不得改变土地用途。不过，依笔者所见，受让人把该建设用地改变为耕地，似应允许。如果这是正确的，则本条的规定涵盖过宽，应予目的性限缩，设置例外。

对于以集体经营性建设用地使用权设立抵押权，抵押权实行后，受让人不得改变农民集体所有土地的性质，也不得改变土地用途。不过，依笔者所见，受让人把该建设用地改变为耕地，似应允许。如果这是正确的，则本条的规定涵盖过宽，应予目的性限缩，设置例外。

第四百一十九条

抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权；未行使的，人民法院不予保护。

本条主旨

本条是关于抵押权存续期间的规定。

相关条文

《物权法》第202条 抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵

押权；未行使的，人民法院不予保护。

法释〔2000〕44号第12条第2款 担保物权所担保的债权的诉讼时效结束后，担保权人在诉讼时效结束后的二年内行使担保物权的，人民法院应当予以支持。

理解与适用

本条是对《物权法》第202条的复制，修正了法释〔2000〕44号第12条第2款的规定。

法释〔2000〕44号第12条第2款规定：“担保物权所担保的债权的诉讼时效结束后，担保权人在诉讼时效结束后的二年内行使担保物权的，人民法院应当予以支持。”这承认了抵押权因诉讼时效期间再加2年期间的届满而消灭。但它存在着弊端，从理论上讲，法释〔2000〕44号第12条第2款的规定，忽视了诉讼时效完成后被担保债权并未消灭的事实，违反了担保物权与被担保债权之间主从权利关系的原理，剥夺了抵押人援用主债务人对债权人的抗辩权的权利，也忽视了担保人于诉讼时效期间届满后的第3年及其以后的期间仍自愿、主动地清偿债务的情况。《物权法》第202条和《民法典》第419条改弦更张，能较好地解决这些问题，值得赞同。依其意思，担保物权的存续期间应为被担保债权及其救济权的存续期间，被担保债权或其救济权存在，担保物权就存续；被担保债权及其救济权均已消灭，担保物权就消失。同时，鉴于担保权长期存续，不利于担保物的流转，站在立法论的立场，中国民法典宜增设权利失效期间，担保权于此期间届满时可予注销。

法释〔2000〕44号第12条第1款规定，当事人约定的或登记部门要求登记的担保期间，对担保物权的存续不具有法律约束力。有学者对此表示赞同。^[153]对此，笔者持有不同意见。因为担保人存在着风险，为了把担保风险降到最低，担保人有权采取必要的措施，包括约定担保物权的存续期间。担保人之所以愿意为主债务人的债务清偿提供担保，动机和目的固然较多，但其中包含着这样的情况：担保人经过调查研究得出结论，在某特定的时间段（如债务履行期）债务人有较强的清偿能力，自己于此期间提供担保并不会实际履行担保债务；但若逾此期间，主债务人的财产状况就会恶化，很可能无力清偿，自己恐怕要实际履行担保债务。面对此情此景，担保人和主债权人约定担保物权存续期间相同于主债权的诉讼时效期间，有何可非难之处呢？当然，约定担保物权的存续期间不得与担保物权的目的和性质相抵触。例如，主债权的清偿期为2007年1月26日至2008年2月26日，担保人和主债权人约定的担保物权存续至2007年2月26日。这意味着

担保物权实现的条件尚未成就便归于消灭，违反了担保物权的目的和性质，此类约定应为无效。不过，如果当事人约定担保物权存续至2009年2月26日，就不应认定该约定无效。

[辨析]

一种观点认为，《物权法》第202条关于“抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权；未行使的，人民法院不予保护”的规定，说明担保物权的存续期间无须当事人约定和登记，即便当事人约定了或登记了，也是无效的。担保物权的存续期间为主债权的诉讼时效期间。主债权的诉讼时效期间因中止、中断的事由发生而变得可能不确定，担保物权的存续期间也因此不确定。法律未对诉讼时效的中止、中断的次数加以限制，因此很难说对担保物权的存续期间的上限有规定。^[154]

在笔者看来，这种理解有误。（1）《物权法》第202条系专就抵押权作的规定，并非当然地适用于其他担保物权。法律人不作阐释就直接地将其适用范围扩张至所有的担保物权，不合法解释学的规则。盲目扩张适用范围，留置权和质权领域可能会有不公平的结果。^[155]

（2）更为重要的是，《物权法》第202条系为修正《担保法》第52条关于“抵押权与其担保的债权同时存在，债权消灭的，抵押权也消灭”的规定，第74条关于“质权与其担保的债权同时存在，债权消灭的，质权也消灭”的规定，第88条第1项关于债权消灭的留置权也消灭的规定，以及法释〔2000〕44号第12条第2款关于“担保物权所担保的债权的诉讼时效结束后，担保权人在诉讼时效结束后的二年内行使担保物权的，人民法院应当予以支持”的规定而特意设置的。而法释〔2000〕44号第12条第2款的本意是认为担保物权的存续期间为被担保主债权的诉讼时效期间再加上2年。^[156]这违反了担保物权与被担保债权之间主从权利关系的原理，剥夺了抵押人援用主债务人对债权人的抗辩权的权利，也忽视了担保人于诉讼时效期间届满后的第3年及其以后的期间仍自愿、主动地清偿债务的情况。《物权法》没有采纳法释〔2000〕44号第12条第2款的思路 and 观点，而是采取了这样的意见：“过了主债权诉讼时效期间后，抵押权人丧失的是抵押权受人民法院保护的权利即胜诉权，而抵押权本身并没有消灭，如果抵押人自愿履行担保义务的，抵押权人仍可行使抵押权。”^[157]总的结论是，担保物权的存续期间应为被担保债权及其救济权的存续期间，被担保债权或其救济权存在，担保物权就存续；被担保债权及其救济权均已消灭，担保物权就消失。对于《民法典》第419条也应作同样的理解与适用。

毋庸讳言，《物权法》第202条亦即《民法典》第419条的规

定，的确不同于德国民法及其学说和中国台湾地区的“民法”及其学说。在德国，请求权上设有抵押权等担保物权的场合，请求权虽已罹于时效，权利人仍可实现其担保物权。本来，抵押债务人得依《德国民法典》第1137条第1项前段关于“人的债务人（即就本身事由而负责的债务人）对债权所有的抗辩，及保证人依第770条所有的抗辩，土地所有人均得援用对抵押权主张之”的规定，质押债务人得依《德国民法典》第1121条第1项前段关于“土地之出产物及其他构成部分以及从物，在为债权人利益予以扣押以前，已经出让者，应免除其担保责任”的规定，主张从属性的抗辩。但《德国民法典》第223条第1项关于“以抵押权或质权担保的请求权虽经时效消灭，但不妨碍权利人就担保物请求履行”的规定放松了这种从属性抗辩。以抵押为例，该规定的意义在于，若债权人对债务人即所有权人既提起要求付款的对人诉讼，又提起要求其容忍强制执行抵押土地的对物诉讼，而被告主张请求权消灭时效期间已经届满的，则对人诉讼因《德国民法典》第222条第1项关于“消灭时效完成后，义务人有拒绝给付的权利”的规定而不成立；相反，债权人得依《德国民法典》第223条第1项的规定执行抵押土地，此项行使抵押权的权利不受时间方面的限制。^[158]

类似的，中国台湾地区“民法”第880条规定：“以抵押权担保之债权，其请求权已因时效而消灭，如抵押权人于消灭时效完成后，五年间不实行其抵押权者，其抵押权消灭。”实乃物权因除斥期间的经过而消灭的例外规定。良以抵押权系不占有标的物的物权，自不宜令其久悬，有害于抵押人的利益。何况外国立法例上，亦有担保物权得因一定时间经过，依公示催告程序，宣示为无效（《瑞士民法典》第871条，《德国民法典》第1170条、第1171条），则中国台湾地区“民法”径以抵押权因除斥期间经过而消灭，更为便捷，似无不可之处。再者，此项除斥期间系自消灭时效完成后起算，而消灭时效尚有时效中断或时效不完整的情形，故抵押权的消灭时间非必为消灭时效期间加5年除斥期间，以15年的一般请求权消灭时效期间为例，其抵押权非必然届满20年后即行消灭。^[159]尽管如此，笔者还是觉得中国大陆《物权法》第202条亦即《民法典》第419条的规定更为可取，理由已如上述，不再赘言。

同时也应看到，《物权法》第202条亦即《民法典》第419条的设计也有弱点：担保债权不消灭，抵押权也不消灭，抵押财产上的负担继续存在，阻碍其流转，即使可以转让出去，价格也不理想。解决这样的问题，不妨在《民法典》第419条的基础上，再设置一抵押权最长的存续期间，该期间届满，抵押权便彻底消灭，即使担保债权仍在，也是如此。

第四百二十条

为担保债务的履行，债务人或者第三人对一定期间内将要连续发生的债权提供担保财产的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人有权在最高债权额限度内就该担保财产优先受偿。

最高额抵押权设立前已经存在的债权，经当事人同意，可以转入最高额抵押担保的债权范围。

本条主旨

本条是关于最高额抵押权的概念的规定。

相关条文

《物权法》第203条 为担保债务的履行，债务人或者第三人对一定期间内将要连续发生的债权提供担保财产的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人有权在最高债权额限度内就该担保财产优先受偿。

最高额抵押权设立前已经存在的债权，经当事人同意，可以转入最高额抵押担保的债权范围。

《担保法》第59条 本法所称最高额抵押，是指抵押人与抵押权人协议，在最高债权额限度内，以抵押物对一定期间内连续发生的债权作担保。

第60条 借款合同可以附最高额抵押合同。

债权人与债务人就某项商品在一定期间内连续发生交易而签订的合同，可以附最高额抵押合同。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条是对《物权法》第203条的复制，规定了最高额抵押权的概念，也是最高额抵押权的基本内容。

二、最高额抵押权的概念

依据本条的规定，最高额抵押权，又称最高限额抵押，是指在预定的债权的最高额限度内，为担保将来一定期间内连续发生的债权，由债务人或第三人提供抵押物而设立的特殊抵押权。债务人不履行到期债务或发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人有权在最高债权额限度内就该抵押物的变价优先受偿。例如，甲制药厂和乙银行于2000年12月1日签订抵押合同，约定了如下内容：对于甲制药厂在2001年一年内所需要的流动资金约1亿元人民币，乙银行同意分六期贷与甲制药厂，甲制药厂以其约2亿元人民币的房地产设立抵押权。该抵押权即为最高额抵押权。其法律性质如下。

（一）最高额抵押权担保不特定债权

所谓不特定债权，是指抵押债权自该抵押权设立时起至确定时止不断地发生或消灭，处于变动状态，具有流动性、替代性。^[160]这是最高额抵押权不同于普通抵押权的一个方面。

由上述可知，所谓不特定债权，是指所担保的债权系一定期间内和最高额限度内（一定范围内）所发生的生生不息的债权，非指在一定期间内和最高额限度内（一定范围内）发生的某债权本身不特定。举例来说，在一定期间内和最高额限度内（一定范围内）发生的甲债权，固为最高额抵押权担保的债权；如有乙债权产生，同样为其担保的债权；而且，即使甲乙债权因受清偿而消灭，日后有丙债权在一定期间内和最高额限度内（一定范围内）成立，它仍为最高额抵押权担保的对象。其中的甲、乙、丙各债权本身都是特定的，而非不特定。^[161]

【论争】

最高额抵押权担保的债权为不特定债权，是否含有抵押债权在数额上不特定之义，对此存在着分歧。肯定说认为，最高额抵押权所担保的，是基于当事人之间连续性交易关系而于将来可能发生的不特定债权，而且债权的数额在最高额抵押权设立时也不确定，仅仅预定一个最高限额。^[162]否定说则主张，所谓不特定债权，非指债权本身尚未特定，且与担保债权的债权数额是否确定无关。^[163]不特定债权常常是金额不特定的或未曾发生的债权（即将来债权），但并非所有金额不特定的债权或将来的债权都是不特定债权。作为最高额抵押权担保对象的不特定债权具有特殊含义，是指债权本身具有变动性。^[164]准确地说，是在一定期间内且有最高限额（一定范围内）各个债权像走马灯似地发生、消灭，具有变动性、代替性，某债权本身具有特定性。在笔者看来，这两种见解各有所据，只要坚持同一律，采取任何一种，都说得过去。本释评书暂时采取第二种观点，因其更符合最高

额抵押权与其担保的债权之间互动关系的实质。

同时，也应看到，最高额抵押权所担保的不特定债权，是相对而言的，并不绝对排斥担保最高额抵押权设立前已经存在的债权。对此，本条第2款规定，最高额抵押权设立之前已经存在的债权只要经过当事人同意，可以转入最高额抵押所担保的债权范围。其法理依据，有专家解释为最高额抵押权所担保的不特定债权，并非债权本身不特定。^[165]既然如此，业已存在的债权虽然具有特定性，经当事人同意而成为最高额抵押权担保的对象，与最高额抵押权的属性并不抵触。但须注意，当事人将最高额抵押权设立前已存在债权转入最高额抵押担保的债权范围，应当办理登记手续。

还有，将来的不特定债权是否以具有发生的可能性为必要？中国台湾地区的判例基于最高额抵押权乃抵押权的一种，仍应具有从属性的立场，似采肯定的见解。^[166]但中国台湾地区的民法学说则有所不同，对最高额抵押权已经采取尽可能地缓和从属性的立场，应认为不特定债权有无发生的可能性并非所问，即使没有发生的可能性，也是属于被担保债权的确定问题。^[167]该学说的见解更有说服力，值得中国大陆的物权法及其理论借鉴。

（二）最高额抵押权担保一定期间内和最高额限度内（一定范围内）的债权

所谓一定期间内和最高额限度内（一定范围内）的债权，是指债权人和债务人之间一定法律关系中的债权，或基于票据所发生的权利。最高额抵押权所担保的不特定债权，必须限于在该期间内和最高额限度内（一定范围内）发生的不特定债权。^[168]所以，这里的一定期间，不仅指债权发生的期间，更是指抵押权担保的期间。^[169]只有在该期间内发生的债权，且未超出最高额限度的债权，才是最高额抵押权担保的债权。

这里的一定法律关系，在《担保法》上被限定为借款合同关系、债权人和债务人就某项商品在一定期间内连续发生交易而签订的合同关系（第60条）。随着市场经济的不断发展，经济往来日益频繁，经济交往形式日益多样，在现实经济生活中，不仅当事人之间的借贷关系、商品交易关系可以利用最高额抵押的形式，其他交易形式也可能需要以最高额抵押权作担保，如票据关系、商业服务关系。有鉴于此，《物权法》不再对最高额抵押权制度的适用范围作《担保法》第60条那样的限制，为实践发展留出空间。^[170]《民法典》亦然。

[探讨]

应当看到，对于最高额抵押权所担保的债权，《物权法》并未明文限于一定期间内的交易关系所产生的债权，采用的是“一定期间内将要连续发生的债权”的表述（第203条第1款）。《民法典》亦然（第420条第1款）。就其文义观察，侵权行为引发的债权、不当得利债权等也被涵盖其中。假如完全如此，不加限定，则意味着《物权法》和《民法典》承认了概括最高额抵押权；如果按照全国人大常委会所著《中华人民共和国物权法释义》对《物权法》第203条的解释，则认为《物权法》尚未承认概括最高额抵押权。为有助于得出适当的结论，有必要简要考察有关判例、学说对概括最高额抵押权的态度。对于《民法典》关于最高额抵押权的界定，也应如此解释。

所谓概括最高额抵押权，是指就抵押权人（债权人）对债务人的一切债权，在最高额限度内均予担保的最高额抵押权。此处所谓一切债权，又叫概括债权，包括基于交易行为所产生的债权、基于侵权行为所产生的债权、基于不当得利返还的债权等。日本、中国台湾地区的判例和学说对此态度不一。赞同概括最高额抵押权的判例和学说认为，概括最高额抵押权虽然可能阻塞抵押人就抵押物再次获取融资的途径，但它为抵押人原来所选择的方法，基于合同自由原则，不存在主张概括最高额抵押权无效的理由。何况最高限额已有登记，最高额抵押权的效力及其限度业已确定且已公示，对第三人不会发生损害。加上在解释上应认为最高额抵押权所担保的债权，并非无限的债权，而是限于直接或间接因交易关系所生的债权，而非及于所有的侵权行为产生的损害赔偿请求权等债权。所以，日本下级裁判实务一向认定概括最高额抵押权为有效。^[171]否定概括最高额抵押的判例和学说则主张，概括最高额抵押权系就抵押人和债务人之间所发生的一切债权，如侵权损害赔偿请求权、不当得利返还请求权等偶然发生的债权，均列入担保的范围，会使抵押人负担不可预期的债务，对抵押人来说是不公平的。并且因担保债权未划定一定范围，抵押物在最高限额范围内受无限制的拘束，尤其在对最高限额约定过高的情况下，将使实际担保债权额与最高额之间的抵押物的交换价值陷于窒息状态，导致妨害其交换价值的有效利用，有违物尽其用的宗旨。再者，一般最高额抵押所担保的债权因有一定范围的限制，后顺位抵押权人、一般债权人对抵押物负担的担保程度可以作出一定的预测，以决定是否同意抵押人就其财产设立抵押权，是否再成立债的关系。但在概括最高额抵押权的情况下，因该抵押未划定担保债权的范围，不仅偶然发生的债权可以进入担保范围，甚至抵押权人得以不当方法把本无担保的债权、票据债权等列入担保范围，使后顺位抵押权人、一般债权人难以预料，面临较大的风险。还有，概括最高额抵押权的设立，常常是经济上处于优势地位的金融机构、大企业以格式条款的形式，使经

济上处于劣势地位的弱者被迫接受，抵押权人然后利用对抵押物交换价值的独占，处于优越于其他债权人的地位，使抵押人在经济上屈服于自己的控制之下，形成压迫经济上弱者的不公平结果，有悖于社会公平正义的理念。^[172]最后，概括最高额抵押权所担保的不特定债权因无一定的基础法律关系作为发生原因，该抵押权已无一定的法律关系可资从属，已经违反了抵押权的从属性，故不应承认其效力。^[173]

以上两种见解各有所据，但权衡利弊，否定说的理由更充分些。具体到中国，由于《担保法》第60条将最高额抵押权制度的使用范围限定为借款合同关系、债权人和债务人就某项商品在一定期间内连续发生交易而签订的合同关系场合，《物权法》和《民法典》虽然将其适用范围有所扩张，如票据关系、商业服务关系等领域亦可成立最高额抵押权，但其规范意旨也没有超出交易关系的领域^[174]，所以，宜得出《物权法》和《民法典》没有承认概括最高额抵押权的结论。当然，即使不承认概括最高额抵押权，立法政策上也可考虑对某些特殊的侵权损害赔偿请求权——如工厂排放废气引发的侵权损害赔偿请求权——允许设立最高额抵押权予以担保。

上述所谓一定期间和最高额限度（一定范围），需要当事人在抵押合同中明确约定，办理抵押登记时亦应记载。

（三）最高额抵押权系在最高额限度内为担保

所谓最高额限度，简称为最高限额，是指抵押权人基于最高额抵押权所得优先受偿债权的最高数额。最高额抵押权所担保的不特定债权，其优先受偿的金额范围必须在最高额限度之内（《民法典》第420条第1款后段）。

最高额限度，是当事人在签订抵押合同时预估的最高额抵押权能够担保的债权的限额，不一定是最高额抵押权实际担保的债权的数额，或者说，不一定是债务人实际清偿的债权额。抵押权人实现最高额抵押权时，实际存在的债权额等于最高限额的，最高限额的债权优先受偿；实际存在的债权额大于最高限额的，以最高限额为限优先受偿，超过最高限额的债权额无优先受偿的效力；实际存在的债权额小于最高限额的，以实际存在的债权额为限优先受偿（法释〔2000〕44号第83条第2款）。

（四）最高额抵押权的从属性已被最大限度地缓和

最高额抵押权设立在先，被担保债权发生于后（即使将已经存在的债权纳入最高额抵押权担保的范围，该种债权所占比重也很小）；

尤其是待最高额抵押权实行时，有的债权已经消灭，于是引发了这样的疑问：设立的最高额抵押权究竟从属于哪个或哪些债权？若无法确定，或确定最高额抵押权所从属的债权于抵押权实行时均已消灭，能谓最高额抵押权从属于它们吗？局限于最高额抵押权设立时的情境，如此思考问题，容易得出最高额抵押权丧失了从属性的结论。

但是，由于从属性是保全抵押权的本质属性，如今的判例和学说多将抵押权成立上的从属性和权利实现上的从属性合二为一地予以观察，对最高额抵押权有无从属性更应依此路径思考。其结论是，最高额抵押权作为保全抵押权的一种，于其实现时可使业已确定的债权优先受偿，从而显现出从属性。^[175]

[辨析]

有判例和学说认为，最高额抵押权所担保的债权是将来发生的债权，故最高额抵押权并不从属于某特定的债权，而是从属于当事人之间存在的具有将来应为信用授受的基本合同，或曰一定范围的基础法律关系。该基础法律关系所产生债权即使在一定的期间内连续发生，最高额抵押权也不受影响。这样一来，即便基础法律关系发生的债权因清偿、抵销等原因，一度归于消灭，实际的债权额为零，由于最高额抵押权是为担保将来可能发生的不特定债权而存在的，所以它并不消灭。这也是它与普通抵押权在消灭上的从属性的差别。^[176]

通说坚持，抵押权所从属的是被担保债权，只不过最高额抵押权所从属的是由债权人和债务人之间一定的法律关系所产生的不特定债权，或基于票据所生的权利，而非某特定债权，亦非产生债权的基本合同，尤其在最高额抵押权担保基于票据所生的权利时，可能不存在基本的法律关系。^[177]本释评书遵从通说。

诚然，最高额抵押权的从属性毕竟特殊：其一，在成立的从属性方面，最高额抵押权设立在先，被担保债权生成于后，成立上的从属性推移至被担保债权确定后。^[178]其二，在移转的从属性方面，最高额抵押权在被担保债权确定前不得单独转让，被担保的部分债权（大多是某个或某些债权）转让的，最高额抵押权也不得转让，除非当事人另有约定（《民法典》第421条但书）。在中国台湾地区，“民法”第881条之6第2项规定，被担保债务由第三人为债务人免责地承担的，脱离被担保债权的范围，抵押权人就该承担的部分不得行使最高额抵押权。^[179]被担保债权确定后，最高额抵押权随着被担保债权的让与而转让。其三，在消灭的从属性方面，最高额抵押权系担保生生不息的不特定债权，在确定之前，被担保债权如因清偿、抵销、免除等原因而全部消灭，实际债权额为零时，最高额抵押权仍为担保将来

可能发生的不特定债权而继续存在，并不消灭，因此就具体的各个债权而言，最高额抵押权没有消灭上的从属性。[180]

（五）最高额抵押权无独立性

日本有学者基于否定最高额抵押权的从属性、最高额抵押权可以与被担保债权分离而让与等原因，认为最高额抵押权具有独立性，亦即最高额抵押权与被担保债权分离而独立地为价值支配权。[181]中国有的专家亦有类似的议论。[182]但是，海峡两岸的民法及其通说均承认最高额抵押权仍具有从属性，未设最高额抵押权可以独立让与的规定，否认概括最高额抵押权，最高额抵押权必须是担保一定范围内（一定期间内和最高额限度内）的不特定债权，该一定范围又以一定法律关系或基于票据所产生的权利为限；并且，一定法律关系一旦结束，或因其他事由不再发生不特定债权时，最高额抵押权即归于确定，从属性得以复归，开始普通抵押权化，待被担保债权额结算后，绝大多数情况下还须在完成变更登记后，成为真正的普通抵押权。所有这些，都表明最高额抵押权无法完全脱离被担保债权的影响，尚不独立。[183]

（六）最高额抵押权在特定性上仅有抵押物的特定性

抵押权的特定性，表现为抵押物的特定和抵押权所担保债权的特定。最高额抵押权场合，抵押物的特定性显而易见；被担保债权的特定性似乎欠缺，因为最高额抵押权所担保的是生生不息的不特定债权，一旦被担保债权确定（特定），最高额抵押权马上普通抵押权化。此时被担保债权虽然具有特定性，但该抵押权不再是真正的最高额抵押权。所以，最高额抵押权的特定性仅仅表现在抵押物的特定性上。

[论争]

有学者否认最高额抵押权的特定性，理由在于最高额抵押权所担保的是不特定债权。[184]有专家承认最高额抵押权的特定性，根据在于无论最高额抵押权所担保的债权如何变动，都要受到最高额的限制。最高额抵押权以最高额为限对债权提供价值担保，这就是其特定性的特殊之处。[185]

第四百二十一条

最高额抵押担保的债权确定前，部分债权转让的，最高额抵押权

不得转让，但是当事人另有约定的除外。

本条主旨

本条是关于最高额抵押权不随担保债权的部分转让而转让，但允许当事人约定排除的规定。

相关条文

《物权法》第204条 最高额抵押担保的债权确定前，部分债权转让的，最高额抵押权不得转让，但当事人另有约定的除外。

《担保法》第61条 最高额抵押的主合同债权不得转让。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条是对《物权法》第204条的复制，确立了最高额抵押权不随担保债权的部分转让而转让的原则，但允许当事人以约定排除。

二、最高额抵押权所担保债权的确定

本条把“最高额抵押担保的债权确定前”作为限制最高额抵押权转让的条件。所谓最高额抵押权所担保债权的确定^[186]，简称为原债权的确定，或径称为确定，是指最高额抵押权所担保的一定范围内的不特定债权，因一定事由的发生而归于具体特定。最高额抵押权所担保债权确定后，具有如下性质：（1）最高额抵押权所担保的不特定债权的特性消失。最高额抵押权所担保的债权一经确定，无论其原因如何，被担保债权的流动性随之消失，不特定债权变为特定债权，也就是抵押权的从属性回复。仅就此而言，确定后，最高额抵押权在性质上与普通抵押权相同。^[187]确实如此，值得赞同。（2）最高额继续存在。确定后，由原债权所产生的利息、违约金、损害赔偿金等仍继续为抵押权所担保（《民法典》第389条、第424条等），但与原债权合计不得超过最高额限度，就是说被担保债权优先受偿的金额应受最高额限度的限制。就此看来，确定后，最高额抵押权在性质上与普通抵押权又不尽相同。因而，通说认为，确定后，最高额抵押权仍属最高额抵押权之一种，可称之为确定最高额抵押权，而不可说已经直接变更为普通抵押权。^[188]这有道理，值得中国民法学说借鉴。

[辨析]

法释〔2000〕44号第83条第1款规定，最高额抵押权所担保的债权特定后，债权已届清偿期的，最高额抵押权人可以根据普通抵押权的规定行使其抵押权；《不动产登记暂行条例实施细则》第73条规定：“当发生导致最高额抵押权担保的债权被确定的事由，从而使最高额抵押权转变为一般抵押权时……”；民法通说也认为，被担保债权确定，最高额抵押权变为普通抵押权。^[189]这种界定不够周延，不如称为普通抵押权化更为确切。

总之，被担保债权的确定，使最高额抵押权所担保的债权由不特定债权变为特定债权，致使最高额抵押权性质上发生变更，从属性得以复归，开始普通抵押权化，待被担保债权额结算和完成变更登记后，成为真正的普通抵押权。学说着眼于该项效果，称之为最高额抵押权的确定。^[190]

三、最高额抵押权的转让

对于本条的规定，应把握如下几点：（1）本条所谓部分债权转让，往往不是指某特定债权被分割成若干部分债权，其中的部分债权的转让，如不是2 000万元的债权仅仅转让1 000万元的债权，大多是指抵押合同约定的一定期间内发生的某个或某些债权的转让。这不同于《民法典》第545条规定的，合同权利部分转让仅限于某特定权利被分割成若干部分权利，其中的部分权利的转让。（2）因为最高额抵押权担保的是生生不息的不特定债权，而非聚焦在或曰从属于某个或某些债权，所以，最高额抵押担保的债权确定前，部分债权（某个或某些债权）转让的，最高额抵押权不随之转让。不过，当事人约定部分债权（某个或某些债权）转让、最高额抵押权也随之转让的，法律没有必要干预。（3）依当事人约定，最高额抵押权随着部分债权（某个或某些债权）的让与而转让的场合，由于转让的部分债权（某个或某些债权）实际上为特定债权，此时的最高额抵押权因其从属于特定债权，使从属性得以复归，开始普通抵押权化，待被担保债权额结算和完成变更登记后，成为真正的普通抵押权。就是说，随部分债权（实际上为特定债权）转让的，不再是最高额抵押权，而是普通抵押权化的抵押权，或真正的普通抵押权。（4）最高额抵押权所担保的债权确定后，最高额抵押权的从属性得以复归，开始普通抵押权化，待被担保债权额结算和完成变更登记后，成为真正的普通抵押权。就是说，随确定后的债权转让的，不再是最高额抵押权，而是普通抵押权化的抵押权，或真正的普通抵押权。而普通抵押权化的抵押权、真正的普通抵押权可以随同被担保债权的让与而转让（《民法典》第407条），所以，此时的“最高额抵押权”随同被担保债权的让与而转让（《民法典》第424条等），除非当事人之间存在着相反的

约定。^[191]（5）最高额抵押权担保的债权确定前，债权人转让部分债权的，除当事人另有约定外，不动产登记机构不得办理最高额抵押权转移登记（《不动产登记暂行条例实施细则》第74条第3款）。

债权人转让部分债权，当事人约定最高额抵押权随同部分债权的转让而转移的，应当分别申请下列登记：（1）当事人约定原抵押权人与受让人共同享有最高额抵押权的，应当申请最高额抵押权的转移登记；（2）当事人约定受让人享有一般抵押权、原抵押权人就扣减已转移的债权数额后继续享有最高额抵押权的，应当申请一般抵押权的首次登记以及最高额抵押权的变更登记；（3）当事人约定原抵押权人不再享有最高额抵押权的，应当一并申请最高额抵押权确定登记以及一般抵押权转移登记（《不动产登记暂行条例实施细则》第74条第2款）。

四、当事人约定最高额抵押权随着担保债权的部分转让而转让

尽管本条规定最高额抵押担保的债权确定前，部分债权转让的，最高额抵押权不得转让，这只是出于最高额抵押权的担保面覆盖于一定期间连续发生的债权，有利于债权人/最高额抵押权人的立法政策的考量，以及抵押权的从属性的要求，这对于最高额抵押权人而言是个利益。利益，可被权利人放弃。最高额抵押权人与抵押人约定，即使最高额抵押担保的债权尚未确定，最高额抵押权也随着部分债权的转让而转让，可看作最高额抵押权人放弃一些担保利益，这不涉及公共利益，法律没有必要干预。

第四百二十二条

最高额抵押担保的债权确定前，抵押权人与抵押人可以通过协议变更债权确定的期间、债权范围以及最高债权额；但是，变更的内容不得对其他抵押权人产生不利影响。

本条主旨

本条是关于协议变更最高额抵押权担保的债权及其限制的规定。

相关条文

《物权法》第205条 最高额抵押担保的债权确定前，抵押权人与抵押人可以通过协议变更债权确定的期间、债权范围以及最高债权额，但变更的内容不得对其他抵押权人产生不利影响。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条是对《物权法》第205条的复制，正文允许抵押权人和抵押人协议变更最高额抵押权所担保的债权的确定期间、债权范围以及最高债权额；但书明确此类变更不得害及其他抵押权人。

二、最高额抵押权所担保债权的变更

本条正文所谓变更，可有三种类型，兹介绍、分析如下。

（一）债权确定期间的变更

抵押人和抵押权人协议变更债权的确定期间，可有三种情形：

（1）将债权确定期间缩短，或表现为将该期间的始期延后，或表现为将该期间的终期提前。（2）将债权确定期间延长，表现为该期间的始期不变，终期延后。（3）将债权确定期间废止。在最高额抵押权场合，如果允许顺位在先的抵押权人可以任意变更债权确定期间，由此产生的风险由顺位在后的抵押权人承受，无疑是不公平的。有鉴于此，本条但书规定，变更债权确定期间不得对其他抵押权人产生不利影响。^[192] 债权确定期间已经登记的，应为变更登记，否则，不得对抗善意第三人。^[193]

（二）担保债权范围的变更

抵押人和抵押权人协议变更被担保债权范围，可有三种形态：

（1）取代型，例如，原来约定担保因经销电器产品的合同所产生的债权，现在变更为因经销橡胶制品的合同所产生的债权。（2）追加型，例如，在原来约定担保因经销电器产品的合同所产生的债权之外，另追加担保因经销橡胶制品的合同所产生的债权。（3）缩减型，例如，原来约定担保因委托合同所产生的债权和因票据关系所产生的债权，变更为仅担保因票据关系所产生的债权。^[194] 必须注意，变更被担保债权范围不得对其他抵押权人产生不利影响（《民法典》第422条）。

[比较]

在日本民法上，被担保债权范围的变更不需要得到后顺位的抵押权人及其他第三人的承诺（《日本民法典》第398条之4第2项）。只是，本金确定前没有进行变更登记的话，视为没有变更（《日本民法典》第398条之4第3项）。所以，变更登记是生效要件。^[195]

（三）最高债权额的变更

最高额抵押权人和抵押人协议变更最高债权额限度，也有两种情形：将最高债权额限度提高或将最高债权额限度降低。毫无疑问，最高额抵押权将最高债权额限度降低，对同一抵押财产上后顺位抵押权人和普通债权人有益无害，法律没有禁止的理由。但若提高最高债权额限度，则必将对后顺位抵押权人甚至抵押人的普通债权人的利益造成损害。有鉴于此，本条但书规定，变更被担保债权范围不得对其他抵押权人产生不利影响。^[196]

最高额抵押权发生变更时，《不动产登记暂行条例实施细则》要求办理变更登记，即有下列情形之一的，当事人应当持不动产登记证明、最高额抵押权发生变更的材料等必要材料，申请最高额抵押权变更登记：（1）抵押人、抵押权人的姓名或者名称变更的；（2）债权范围变更的；（3）最高债权额变更的；（4）债权确定的期间变更的；（5）抵押权顺位变更的；（6）法律、行政法规规定的其他情形（第72条第1款）。因最高债权额、债权范围、债务履行期限、债权确定的期间发生变更申请最高额抵押权变更登记时，如果该变更将对其他抵押权人产生不利影响的，当事人还应当提交其他抵押权人的书面同意文件与身份证或者户口簿等（第72条第2款）。

第四百二十三条

有下列情形之一的，抵押权人的债权确定：

（一）约定的债权确定期间届满；

（二）没有约定债权确定期间或者约定不明确，抵押权人或者抵押人自最高额抵押权设立之日起满二年后请求确定债权；

（三）新的债权不可能发生；

（四）抵押权人知道或者应当知道抵押财产被查封、扣押；

（五）债务人、抵押人被宣告破产或者解散；

（六）法律规定债权确定的其他情形。

本条主旨

本条是关于最高额抵押权所担保债权的确定的规定。

相关条文

《物权法》第206条 有下列情形之一的，抵押权人的债权确定：

（一）约定的债权确定期间届满；

（二）没有约定债权确定期间或者约定不明确，抵押权人或者抵押人自最高额抵押权设立之日起满二年后请求确定债权；

（三）新的债权不可能发生；

（四）抵押财产被查封、扣押；

（五）债务人、抵押人被宣告破产或者被撤销；

（六）法律规定债权确定的其他情形。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条承继了《物权法》第206条的规定，但有微调，如《物权法》第206条第四项行文为“抵押财产被查封、扣押”，本条第4项增加“抵押权人知道或者应当知道”的限定。

二、最高额抵押权所担保债权的确定事由

关于最高额抵押权所担保债权的确定，笔者在释评《民法典》第421条时已经介绍和阐释过，此处不赘。关于确定的事由，本条称作“情形”，且已经一一列举，兹逐项解读如下。

（一）约定的债权确定期间届满

约定的债权确定期间^[197]届满，如约定债权确定期间为2005年4月20日，于2005年4月21日0：01，最高额抵押权所担保的债权确定。此后产生的债权不再被最高额抵押权所担保。如果该期间已被变更的，如被变更为2005年6月6日，则2005年6月7日0：01，最高额抵押权所担保的债权确定。

[辨析]

债权确定期间，有专家学者称之为决算期，不同于债权清偿期，因为债权清偿期是债务人履行债务的期间（债务履行期），而债权确

定期间（决算期）届至，债务履行期未必届至。最高额抵押合同的当事人可以在债权确定期间（决算期）外另行约定债权清偿期（债务履行期）。[198]

债权确定期间也不同于最高额抵押权的存续期间，前者是用于确定最高额抵押权所担保债权额的时间，后者是最高额抵押权担保债权的期间。[199]

（二）没有约定债权确定期间或约定不明确，抵押权人或抵押人自最高额抵押权设立之日起满2年后请求确定债权

当事人没有约定债权确定期间或约定不明确，假如任凭最高额抵押权存续下去，就意味着只要债务人仍继续从债权人处得到融资，作为抵押人的第三人就不能摆脱担保责任，处于极为不利的境地，而这是不公正的，需要法律为抵押人提供保护措施。本条第2项规定的措施即属此类。依据该项规定，如果当事人没有约定债权确定期间或约定不明确，则抵押权人或抵押人自最高额抵押权设立之日起满2年后请求确定债权时，债权将被确定。[200]

该确定请求制度是为保护抵押人的利益而设置的，故不允许当事人以特约加以排除。若有排除的特约，应为无效，不影响确认请求权的存在。[201]

需要注意的是，该2年是个固定期间，不存在中止、中断的问题，其起算点是最高额抵押权设立之日。[202]

（三）新的债权不可能发生

所谓新的债权不可能发生，是指产生被担保债权的基础法律关系已经消灭，不可能发生属于最高额抵押权担保范围的新债权。例如，甲制药厂和乙银行于2000年12月1日签订抵押合同，约定了如下内容：对于甲制药厂在2001年1年内所需要的流动资金约1亿元人民币，乙银行同意分六期贷与甲制药厂，甲制药厂以其约2亿元人民币的房地产设立抵押权。截至2001年10月2日，乙银行共贷与甲制药厂7000万元人民币，此时该借款合同被解除，新贷款债权不再产生。

新的债权不可能发生，最高额抵押权所担保的债权即告确定。

（四）抵押权人知道或者应当知道抵押财产被查封、扣押

抵押物因财产保全或执行程序而被查封、扣押时，最高额抵押权所担保的债权特定。其原因在于：首先，因财产保全而查封、扣押抵

押物的根本目的就是防止被申请人转移、隐匿或毁损财产导致将来判决难以执行的情况出现。若允许抵押物被查封、扣押后被担保债权仍可不确定，抵押人和最高额抵押权人就可能恶意串通，在抵押物被查封、扣押后连续制造虚假的债权。由于这些债权连同抵押物被查封、扣押之前产生的债权都可以从抵押物拍卖、变卖所得价款中优先受偿，财产保全的目的就落空了。所以，当抵押物因财产保全而被查封、扣押时，最高额抵押权所担保的债权应当被特定。其次，抵押物因执行程序而被查封、扣押时债权特定的原因在于：查封、扣押的目的是保证对财产的顺利换价，实现债权的清偿。它是一种临时性的措施，是为了进一步拍卖或变卖做准备。而且查封、扣押不仅是强制执行程序的实质性开始，通过将查封、扣押的财产与被执行人的其他财产分开，而且是公示社会公众不要就查封、扣押之物进行交易，查封、扣押也具有维护交易安全的作用。《执行规定》第39条规定：“查封、扣押财产的价值应当与被执行人履行债务的价值相当。”第40条规定：“人民法院对被执行人所有的其他人享有抵押权、质押权或留置权的财产，可以采取查封、扣押措施。财产拍卖、变卖后所得价款，应当在抵押权人、质押权人或留置权人优先受偿后，其余额部分用于清偿申请执行人的债权。”法释〔2000〕44号第55条规定：“已经设定抵押的财产被采取查封、扣押等财产保全或者执行措施的，不影响抵押权的效力。”既然在抵押物被查封、扣押时，抵押权人的优先受偿权不受影响，那么就必須明确最高额抵押权人优先受偿的范围，假如该范围不明确，则执行申请的债权就无法获得清偿。

值得一提的是，相较于《物权法》第206条第4项的规定，本条第4项增加了“抵押权人知道或者应当知道”来限定“抵押财产被查封、扣押”，这值得赞同，理由如下：就《物权法》第206条的文义观察，抵押物被查封、扣押使最高额抵押权所担保的债权确定的时间点，应为抵押财产被实际查封、扣押之时。自此时既有的债权及某些将来发生的债权属于被担保债权的范围，其他将来发生的债权不再属于担保范围。倘若最高额抵押权人没有接到法院关于查封、扣押的裁定，也没有通过其他途径知悉查封、扣押的事实，继续放贷或与债务人成立其他债权，却无担保，则加大了不能实现其债权的风险。最高额抵押权人若知悉抵押物被查封、扣押，不再放贷或与债务人成立其他债权，则会降低风险。这告诉我们，把抵押物被查封、扣押使最高额抵押权所担保的债权确定的时间点，定在最高额抵押权人知悉抵押物被查封、扣押之时，比较合理。中国台湾地区的“民法”及其理论即持这样的立场，并对知悉查封、扣押事实的原因，不予考虑。^[203]

（五）债务人、抵押人被宣告破产或者解散清算

债务人被宣告破产，人民法院受理破产申请时对债务人享有的债权称为破产债权（《企业破产法》第107条第2款）。于此场合，最高额抵押权所担保的债权若不确定，依然变动，必然损害其他破产债权人的合法权益。债务人被解散时，依法应当清算，所以最高额抵押权所担保的债权也必须特定。至于抵押人被宣告破产，被宣告破产的抵押人为破产人，其财产称为破产财产（《企业破产法》第107条第2款），最高额抵押权人虽然针对抵押财产享有别除权，但是如果任由债权继续增加，将会损害其他破产债权人的合法权益，因此也必须确定。抵押人被撤销时，最高额抵押权担保的债权必须确定的理由也是一样的。^[204]

《物权法》第206条第5项的措辞是“债务人、抵押人被宣告破产或者被撤销”，本条第5项把其中的“被撤销”改为“解散清算”，这更为全面，值得赞同，因为抵押人清算，最高额抵押权应当实行，担保债权不确定，最高额抵押权就难以实行，所以，各种原因导致的抵押人清算均应确定最高额抵押权所担保的债权。

（六）法律规定债权确定的其他情形

除上述五种债权确定的事由以外，还有法律规定的事由。例如，根据《民法典》第420条的规定，发生当事人约定的实现最高额抵押权的事由时，最高额抵押权人有权在最高额限度内就担保财产优先受偿。而最高额抵押权人行使最高额抵押权的基础就是被担保债权额的确定。所以，出现当事人约定的实现最高额抵押权的事由就意味着被担保债权额的确定。^[205]再如，最高额抵押权存续期间，抵押物被强制拍卖，必须先使最高额抵押权确定。因此，抵押物的强制拍卖亦为被担保债权确定的事由。^[206]

三、确定后的效果

关于确定后的效果，《民法典》未作规定，学说论述不多，有必要借鉴境外的立法例及其学说，形成我们的观点。

（一）被担保债权确定

最高额抵押权所担保的原债权确定时已经存在的、并且符合约定的被担保债权范围标准的债权，才属于最高额抵押权担保的债权。就时间点而言，最高额抵押权担保的原债权范围，在确定时发生截断的作用，截断前的债权被最高额抵押权担保，截断后的债权则否。需要注意的是，确定时存在的原债权不以当时已经发生的（已经特定和已经发生的债权）为限，当时尚未发生的附条件债权^[207]、将来债权或

其他发生原因事实已经存在的债权（已经特定、尚未发生），可以包括在内。[208]

确定时存在且已经具有担保资格的债权，其利息、违约金、损害赔偿金等在确定时已经发生的，若与原债权合计没有超过最高额限度，当然属于被担保的债权；在确定后发生的债权，假如没有超过最高额限度，亦为最高额抵押权的效力所及。更有甚者，确定时存在的被担保债权因清偿等原因而消灭，导致最高额未达满额，其他确定时存在的债权于其嗣后发生的利息，也属于被担保债权的范围。之所以如此，是因为利息等债权在最高额抵押权确定时已经存在着发生的原因事实，本质上应属于将来债权的一种。正因确定时存在的债权于其嗣后发生的利息债权仍然属于被担保债权，所以通说仍然坚持最高额抵押权的特性继续存在，尚未完全变成普通债权。[209]

当发生导致最高额抵押权担保的债权被确定的事由，从而使最高额抵押权转变为一般抵押权时，当事人应当持不动产登记证明、最高额抵押权担保的债权已确定的材料等必要材料，申请办理确定最高额抵押权的登记（《不动产登记暂行条例实施细则》第73条）。经依法登记的最高额抵押权担保的债权确定，不登记不得对抗善意第三人。

[探讨]

通说认为，最高额抵押权所担保债权的范围，应当包括主债权（原本）及其利息、违约金、损害赔偿金。但应注意，实现抵押权的费用不得算入最高额，而应在抵押物的拍卖、变卖所得价金中扣除。这是保护抵押权人的利益所必需的。因为实现抵押权的费用系基于抵押关系产生的，自应列入抵押权所担保的债权范围之内。但如果将此费用算入最高额，就会增加抵押权所担保的债权额，而一旦该债权额超过最高额，就会损害抵押权人的利益。[210]这确有道理，值得赞同。

确定时的被担保债权，如其债权总额已经超过了最高额限度，可以列入最高额限度内的债权种类或顺序，按照债权清偿的抵充顺序加以确定。这时，它与普通抵押权的一部抵押权相同。基于抵押权的不可分性，债务人必须在清偿全部被担保债权之后，才能使最高额抵押权消灭。这是因为确定最高额抵押权所担保的并非仅仅是按照抵充顺序列入的债权，而是确定时存在的全部债权，何况此类债权若因清偿原因而消灭时，其后抵充顺序的被担保债权仍然可以填补所剩余的余额，从而成为优先受偿的债权。[211]

（二）法律关系的变化

确定后，当事人不得再实施下列行为：变更被担保债权的范围、变更债务人、变更债权确定期日、行使原债权确定请求权、约定原债权的特别确定事由等。

确定后，最高额抵押权的从属性得以回复，于是，可以适用法律关于普通抵押权的从属性的规定。例如，被担保债权发生让与、代位清偿等，都要适用法律关于抵押权处分上的从属性的规定。

确定后，发生被担保债权额的结算请求权和最高额抵押权的注销请求权。

第四百二十四条

最高额抵押权除适用本节规定外，适用本章第一节的有关规定。

本条主旨

本条是关于最高额抵押权的问题适用一般抵押权规范的规定。

相关条文

《物权法》第207条 最高额抵押权除适用本节规定外，适用本章第一节一般抵押权的规定。

《担保法》第62条 最高额抵押除适用本节规定外，适用本章其他规定。

理解与适用

本条是对《物权法》第207条的承继，表明《民法典》关于最高额抵押权的规定属于特别法，一般抵押权规范属于普通法，在特别法没有规定或规定得不完全的情况下，适用《民法典》关于一般抵押权的规定。例如，最高额抵押权的客体范围、设立、基本的权利义务、实行、终止，都适用《民法典》关于一般抵押权在相应环节的规定。当然，如此适用时务请注意最高额抵押权的特殊性，不得与其特殊性相抵触。

第十八章 质 权

本章先后规定了动产质权、权利质权，基本上承继了《物权法》关于质权的规定，略有变化：（1）充实了《物权法》关于质押合同的条款细节；（2）放弃了《物权法》禁止流质条款的僵硬模式，改采弹性化地对待和处理流质条款的立场；（3）变《物权法》规定的质权人擅自转质造成质押财产毁损、灭失时向出质人承担赔偿责任，为模糊地称承担赔偿责任，这为出质人以外之人因此遭受的损失也能向质权人请求赔偿扫除了障碍；（4）明确了质权人怠于行使权利造成损害，指的是给出质人造成损害；（5）明确“应收账款”包括“现有的和将有的”；（6）不再像《物权法》那样要求以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单、基金份额、股权、注册商标专用权、专利权、著作权以及其他知识产权、应收账款出质的，应当订立书面合同；（7）有意淡化了不同类型的权利质权由不同的登记机构办理质权登记，减少未来设置统一登记机构的障碍。

第四百二十五条

为担保债务的履行，债务人或者第三人将其动产出质给债权人占有的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形，债权人有权就该动产优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为出质人，债权人为质权人，交付的动产为质押财产。

本条主旨

本条是关于动产质权的概念亦即基本内容的规定。

相关条文

《物权法》第208条 为担保债务的履行，债务人或者第三人将其动产出质给债权人占有的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形，债权人有权就该动产优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为出质人，债权人为质权人，交付的动产为质押财产。

《担保法》第63条 本法所称动产质押，是指债务人或者第三人将其动产移交债权人占有，将该动产作为债权的担保。债务人不履行债务时，债权人有权依照本法规定以该动产折价或者以拍卖、变卖该动产的价款优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为出质人，债权人为质权人，移交的动产为质物。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条是对《物权法》第208条的复制，第1款界定了动产质权的概念，也勾勒出动产质权的基本内容；第2款界定了出质人、质权人和质押财产。

二、动产质权的概念

按照本条的规定，所谓动产质权，是指为担保债权的实现，债权人占有债务人或第三人的动产，于债务人不履行到期债务或发生当事人约定的实现质权的情形时，有权就该动产的变价使被担保债权优先受偿的担保权利。其法律性质如下。

（一）动产质权以他人所有的动产为标的物

动产质权的标的物为动产，且必须属于债务人或第三人所有，并具有转让性（让与性）（《民法典》第426条的反面推论）。留置财产之所以必须归债务人或第三人所有，是动产质权具有留置效力的要求。留置财产之所以必须具有让与性，是因为动产质权在实现时需要将留置财产拍卖、变卖或折价，从而发生所有权人的变化。

（二）动产质权以质权人占有留置财产为生效要件和存续要件

动产质权以质权人占有债务人或第三人的动产为生效要件，是由动产物权的变动以占有为公示方式和生效要件的立法模式所决定的。动产质权以质权人占有留置财产为存续要件，是由动产质权以留置效力实现其担保功能的性质决定的。但留置财产的交付，亦即留置财产占有的移转，不以现实交付为限，简易交付、指示交付也为法律所认可（《民法典》第226条、第227条），但占有改定不在其中，这是由质权须有留置效力所要求的。

[引申]

在德国，设定质权所要求的交付留置财产，比动产所有权转让所需要的动产交付还要严格，不承认通过占有改定设定质权。通过基于占有媒介关系的返还请求权让与方式设定质权，占有媒介人必须被通知到（《德国民法典》第1205条第2项）。须注意，采用这种方式设

定质权，在留置财产返还于出质人或所有权人时，质权消灭，即使质权人表达了相反的意思，也无济于事。^[212]

案例分析

甲公司与乙银行签署贷款协议和质押合同，约定乙银行向甲公司提供贷款2 000万元人民币，甲公司作为借款人，同时也是出质人，将其仓库内的货物出质给乙银行，作为2 000万元贷款的担保。

甲公司、乙银行和丙公司签署了《担保物三方保管合同》，约定丙公司作为保管人，接受乙银行和甲公司的共同委托，代表乙银行占有存放于甲公司仓库中的留置财产，即代表乙银行接受货物，向乙银行签发仓单，并按照乙银行的放货指令放货。

丙公司和甲公司签署了厂房租赁合同，承租了甲公司的仓库，约定租赁的用途是存储甲公司向乙银行出质的留置财产，但丙公司只支付名义上的租金每年1元人民币。由于仓库本身仍然是在甲公司的控制之下，丙公司只是在名义上租赁，且每个仓库派出一至二名监管员进行监管，为了明确丙公司和甲公司之间的责任，丙公司和甲公司签署了《监管作业协议》。

争议的焦点：乙银行对于甲公司仓库里货物的质权成立了吗？

回答这个问题，需要确定保管人同时是承租人的丙公司对于涉案仓库里货物的占有属于何种类型。众所周知，在租赁合同中，对租赁物为直接占有的，是承租人而非出租人。在保管合同中，对保管物为直接占有的，是保管人而非寄存人。如此，在本案中，丙公司而非出质人甲公司对涉案留置财产为直接占有。

在本案中，就形成了第三人直接占有留置财产，按照德国民法关于“通过基于占有媒介关系的返还请求权让与方式设定质权，占有媒介人必须被通知到”的规定及其理论，本案中，占有媒介人丙公司是签订保管合同、租赁合同的缔约人，详知涉案质权设立的信息，满足了占有媒介人被通知到的要求，因而，乙银行的质权已经设立。

从反面讲，既然动产质权设立所需要的留置财产交付仅仅排除了占有改定的方式，承认包括现实交付、简易交付、基于占有媒介关系的返还请求权让与在内的交付方式，而涉案质权的设立并非通过占有改定的方式，那么认定涉案质权已经设立，应当是有把握的。

（三）动产质权是就留置财产的变价使被担保债权优先受偿的权

《民法典》规定，在债务人不履行到期债务或发生当事人约定的实现质权的情形时，质权人可以与出质人协议以质押财产折价，也可以就拍卖、变卖质押财产所得的价款，使被担保债权优先受偿（第425条第1款、第436条第2款）。

（四）动产质权属于担保物权

上述性质表明动产质权为担保物权。

第四百二十六条

法律、行政法规禁止转让的动产不得出质。

本条主旨

本条是关于必须具有转让性（让与性）的动产方可作为质押财产规定。

相关条文

《物权法》第209条 法律、行政法规禁止转让的动产不得出质。

法〔2019〕254号第30条第2款 人民法院在审理合同纠纷案件时，要依据《民法总则》第153条第1款和合同法司法解释（二）第14条的规定慎重判断“强制性规定”的性质，特别是要在考量强制性规定所保护的法益类型、违法行为的法律后果以及交易安全保护等因素的基础上认定其性质，并在裁判文书中充分说明理由。下列强制性规定，应当认定为“效力性强制性规定”：强制性规定涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的；交易标的禁止买卖的，如禁止人体器官、毒品、枪支等买卖；违反特许经营规定的，如场外配资合同；交易方式严重违法的，如违反招投标等竞争性缔约方式订立的合同；交易场所违法的，如在批准的交易场所之外进行期货交易。关于经营范围、交易时间、交易数量等行政管理性质的强制性规定，一般应当认定为“管理性强制性规定”。

理解与适用

本条是对《物权法》第209条的复制，明确了法律、行政法规禁止转让的动产不得出质，换个说法，质押财产必须具有转让性（让与

性)。

法律、行政法规的禁止性规定，属于强制性规定。尽管关于强制性规定有效力性的和管理性的两大类，而且二者的区分标准见仁见智，但笔者认为至少以下两大类应为效力性的强制性规定：（1）违反禁止性规定的同时（或结果）损害了社会公共利益；（2）法律、法规关于禁止流通物的规定。法〔2019〕254号第30条第2款规定：“人民法院在审理合同纠纷案件时，要依据《民法总则》第153条第1款和合同法司法解释（二）第14条的规定慎重判断‘强制性规定’的性质，特别是要在考量强制性规定所保护的法益类型、违法行为的法律后果以及交易安全保护等因素的基础上认定其性质，并在裁判文书中充分说明理由。下列强制性规定，应当认定为‘效力性强制性规定’：强制性规定涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的；交易标的禁止买卖的，如禁止人体器官、毒品、枪支等买卖；违反特许经营规定的，如场外配资合同；交易方式严重违法的，如违反招投标等竞争性缔约方式订立的合同；交易场所违法的，如在批准的交易场所之外进行期货交易。关于经营范围、交易时间、交易数量等行政管理性质的强制性规定，一般应当认定为‘管理性强制性规定’。”

本条系关于禁止转让的动产不得出质的规定，属于关于禁止流通物的规定，应为效力性的强制性规定。当事人违反该条规定，以法律、法规禁止转让的动产出质，质押合同应当无效。

本条属于不完全法条，尚须结合《民法典》第153条第1款前段关于“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效”的规定，来认定以法律、法规禁止转让的动产订立的质押合同无效。也正因为必须结合《民法典》第153条第1款前段的规定适用法律，所以，本条把法律的位阶限定于法律和行政法规两个位阶，排除了部门规章、地方法规和地方规章，符合体系自治的要求。当然，如果从实质正义的层面检讨，则可有另外一种结论。

第四百二十七条

设立质权，当事人应当采用书面形式订立质押合同。

质押合同一般包括下列条款：

- （一）被担保债权的种类和数额；
- （二）债务人履行债务的期限；

(三) 质押财产的名称、数量等情况;

(四) 担保的范围;

(五) 质押财产交付的时间、方式。

本条主旨

本条是关于质权可由书面质押合同设立以及质押合同的一般条款的规定。

相关条文

《物权法》210条 设立质权，当事人应当采取书面形式订立质权合同。

质权合同一般包括下列条款：

(一) 被担保债权的种类和数额；

(二) 债务人履行债务的期限；

(三) 质押财产的名称、数量、质量、状况；

(四) 担保的范围；

(五) 质押财产交付的时间。

《担保法》第64条 出质人和质权人应当以书面形式订立质押合同。

质押合同自质物移交于质权人占有时生效。

第65条 质押合同应当包括以下内容：

(一) 被担保的主债权种类、数额；

(二) 债务人履行债务的期限；

(三) 质物的名称、数量、质量、状况；

(四) 质押担保的范围；

(五) 质物移交的时间；

(六) 当事人认为需要约定的其他事项。

质押合同不完全具备前款规定内容的，可以补正。

法释〔2000〕44号第85条 债务人或者第三人将其金钱以特户、封金、保证金等形式特定化后，移交债权人占有作为债权的担保，债务人不履行债务时，债权人可以以该金钱优先受偿。

第89条 质押合同中对质押的财产约定不明，或者约定的出质财产与实际移交的财产不一致的，以实际交付占有的财产为准。

理解与适用

本条承继了《物权法》第210条的规定，微调了两处，一是把质权合同的称谓改为质押合同，二是将《物权法》第210条第2款第3项“质押财产的名称、数量、质量、状况”更换成“质押财产的名称、数量等情况”。

基于法律行为而设立动产质权，在理论上不排除依遗嘱设立，但最为常见的是质权人和出质人签订质押合同，故本条专就质押合同的形式和一般条款作出规定。

质押合同在外形上可以是独立于主债权合同的质押合同，也可以是主债权合同中的质押条款。依本条第1款的要求，质押合同应当采取书面形式。

本条第2款示例了质押合同的五个方面的条款，兹简要介绍和讨论如下。

1. 被担保债权的种类和数额

该条款旨在将被担保债权特定化，满足质权特定性的要求。被担保债权的种类是质押合同的主要条款。

2. 债务人履行债务的期限

在当事人未约定另外的质权实行条件的情况下，债务人履行债务的期限是确定质权实行的重要因素，即债务人于债务履行期限届满时未履行债务，质权实行的条件具备，质权人可以行使质权（《民法典》第425条第1款、第436条第2款）。在这个意义上说，该条款是

质押合同的主要条款。

3. 质押财产的名称、数量等情况

该条款旨在将留置财产特定化，满足质权特定性的要求。它是质押合同的主要条款。

《物权法》第210条第2款第3项的表述是“质押财产的名称、数量、质量、状况”，《民法典》第427条第3项改为“质押财产的名称、数量等情况”，更为机动，留有余地。因为质押财产的质量和状况主要是与评估质押财产的价值有关，至于在质押合同的成立要件方面，即使欠缺质押财产的质量、状况的约定，也能锁定质押财产，在这个意义上说，质押财产的名称、数量属于质押合同的主要条款，而质押财产的质量、状况只是质押合同的一般条款。

4. 担保的范围

在质押合同中约定质权担保的范围，更能反映当事人的真意，不过，即使质押合同无此条款，也可以根据《民法典》第389条的规定确定下来。可见，担保的范围应为质押合同的一般条款。

5. 质押财产交付的时间、方式

质押财产的交付时间决定着动产质权的设立及其时间点（《民法典》第429条），也很重要，当事人应予以重视。

质押财产交付的方式很可能影响着交易成本，如适合于指示交付的场合却约定现实交付的方式，就增加了费用；甚至左右着出质人违约与否，例如，若认可指示交付，出质人即能满足质押合同的要求，但约定现实交付同时约定的交付期限过短，使出质人无法按时交付质押财产，就构成违约。

[引申]

（1）金钱可否作为留置财产

金钱通过包封等方式特定化时成为“独立物”，可作为留置财产。否则，金钱自交付与质权人时，其所有权也转归质权人，不符合动产质权的性质，因而不得作为留置财产。^[213]对此，法释〔2000〕44号第85条规定：“债务人或者第三人将其金钱以特户、封金、保证金等形式特定化后，移交债权人占有作为债权的担保，债务人不履行债务时，债权人可以以该金钱优先受偿。”

（2）动产的份额（应有部分）可否为留置财产

由于动产质权的设立以质权人占有动产为生效要件，出质人（共有人）应使质权人与该动产的其他共有人共同占有该动产，才会使动产质权设立于该动产的份额（应有部分）之上。^[214]

（3）在个案中，质押合同的条款可能多于上述条款。在这个意义上，《担保法》第65条第1款关于抵押合同可有“当事人认为需要约定的其他事项”的规定，及第65条第2款关于“质押合同不完全具备前款规定内容的，可以补正”的规定，符合实际。《物权法》和《民法典》未再复述它们，并不意味着排斥它们，而应这样理解：A.当事人在质押合同中约定他们认为需要约定的其他事项，乃合同自由的题中应有之义，无须赘言。只要约定不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗原则，即为有效。B.《担保法》第65条第2款规定的“质押合同不完全具备前款规定内容的，可以补正”，既赋予了当事人各方事后补充质押条款的权利，符合合同自由原则的要求；又授权裁判人员，在不违反合同自由原则的前提下，可以依据公平正义原则，根据个案案情，填补质押合同的某些条款。

第四百二十八条

质权人在债务履行期限届满前，与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有的，只能依法就质押财产优先受偿。

本条主旨

本条是关于弹性化地对待和处理流质条款（代物清偿）的规定。

相关条文

《物权法》第211条 质权人在债务履行期届满前，不得与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有。

《担保法》第66条 出质人和质权人在合同中不得约定在债务履行期届满质权人未受清偿时，质物的所有权转移为质权人所有。

理解与适用

本条已经有条件地修正了《物权法》第211条关于禁止流质条款

的规定。所谓修正了《物权法》第211条关于禁止流质条款的规定，是因为本条未再重复《物权法》第211条关于“不得与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有”的规定。所谓有条件地修正，是因为本条未删除《物权法》第211条，仅仅是改为“与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有的，只能依法就质押财产优先受偿。”

本条所谓“只能依法就质押财产优先受偿”，可有如下解读：

（1）这纯属物权法规范，《民法典》在恪守本分；而《物权法》第211条所谓“质权人在债务履行期届满前，不得与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有”，即流质条款被禁止，实为合同法规范。虽然立法技术允许物权法掺杂有合同法规范，合同法偶有物权法规范，但合适的理念是只有在有必要时才如此安排法律规范之所在，以免增大人们特别是百姓大众“找法”的难度。（2）流质条款的效力问题交由法律行为规则调整，适用《民法典》第143-156条的规定，质权制度仅管自己分内之事，更从容些，效果更佳。

（3）“质权人在债务履行期限届满前，与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有”，加上质押财产已被质权人占有，故其为代物清偿，质权人若主张履行该合同，不害及出质人的其他债权人（如出质人无其他债权人，或者即使有其他债权人，但出质人的责任财产足以清偿那些债权，现金流处于正常状态）时，法律自无干预的必要。即使对质押财产的估价偏低，不利于出质人，只要出质人不主张撤销，也应该承认该代物清偿协议/流押条款的效力。该协议适当履行后，质权人取得该质押财产的所有权。（4）在出质人的数个债权人都对出质人请求清偿，没有涉及质押财产、出质人也没有进入破产程序的情况下，质权人可依基于代物清偿协议/流押条款的约定及其适当履行取得质押财产的所有权。（5）在出质人的数个债权人都对出质人请求清偿，已经涉及质押财产，但出质人尚未进入破产程序的场合，质权人无权主张代物清偿协议/流押条款有效，并声称自己已经取得质押财产的所有权，只可援用《民法典》第425条第1款、第436条第2款和第3款的规定，实行质权，就质押财产的变价使担保债权优先获得清偿。（6）在出质人已经进入破产程序的情况下，质权人也无权主张代物清偿协议/流押条款有效，并声称自己已经取得质押财产的所有权，必须适用《企业破产法》的有关规定，包括第109条关于“对破产人的特定财产享有担保权的权利人，对该特定财产享有优先受偿的权利”的规定。

第四百二十九条

质权自出质人交付质押财产时设立。

本条主旨

本条是关于动产质权的设立以交付质押财产为生效要件的规定。

相关条文

《物权法》第212条 质权自出质人交付质押财产时设立。

《担保法》第64条第2款 质押合同自质物移交于质权人占有时生效。

法释〔2000〕44号第87条 出质人代质权人占有质物的，质押合同不生效；质权人将质物返还于出质人后，以其质权对抗第三人的，人民法院不予支持。

因不可归责于质权人的事由而丧失对质物的占有，质权人可以向不当占有人请求停止侵害、恢复原状、返还质物。

第88条 出质人以间接占有的财产出质的，质押合同自书面通知送达占有人时视为移交。占有人收到出质通知后，仍接受出质人的指示处分出质财产的，该行为无效。

理解与适用

本条是对《物权法》第212条的复制，确立了基于质押合同设立动产质权以交付质押财产为生效要件的规则。

《担保法》奉行质押合同生效时动产质权设立的思想，将质物移交于质权人占有作为质押合同的生效要件（第64条第2款）。其缺点十分明显：（1）它不符合物权与债权二分、各自依其自身规律运动的基本原理。物权依其绝对性及强大效力有必要奉行公示原则，尤其在交易领域，这还是交易安全的需要。所以，动产物权以质押财产的交付、占有作为公示方法，其设立以质押财产的交付作为生效要件，具有内在合理性。动产质权设立的原因行为——抵押合同，遵循合同的相对性，无公示的强烈需求，并且时常也无法公示。既然如此，把质押财产的交付作为质押合同的生效要件不符合合同的本质要求，画蛇添足。（2）把质押财产的交付作为质押合同的生效要件，只要质押财产没有交付，质押合同便未生效，甚至无效，出质人交付质押财产的义务便不复存在，“质权人”无权请求出质人交付质押财产，动产质权的设立成为泡影。这显然不利于“质权人”。（3）把质押财产的

交付作为质押合同的生效要件，未交付质押财产则质押合同不发生效力甚至无效，“质权人”只可追究出质人的缔约过失责任。如此，违约金责任不复存在，就损害赔偿，多数说认为限于直接损失（成本的支出），不得主张机会利益的损害赔偿。无机会利益的损害赔偿远远低于违约责任中的履行利益（期待利益或曰预期利益）的赔偿。这显然不利于“质权人”。

《物权法》为克服该缺点，规定动产质权自出质人交付质押财产时设立（第212条），质押财产的交付不再影响质权合同的效力（第15条）。《民法典》予以承继（第215条、第429条）。如此，不但符合法理，实际效果也好。

第四百三十条

质权人有权收取质押财产的孳息，但是合同另有约定的除外。

前款规定的孳息应当先充抵收取孳息的费用。

本条主旨

本条是关于动产质权的效力及于质押财产的孳息与例外，以及该孳息清偿债权的顺序的规定。

相关条文

《物权法》第213条 质权人有权收取质押财产的孳息，但合同另有约定的除外。

前款规定的孳息应当先充抵收取孳息的费用。

《担保法》第68条 质权人有权收取质物所生的孳息。质押合同另有约定的，按照约定。

前款孳息应当先充抵收取孳息的费用。

理解与适用

本条是对《物权法》第213条的复制，第1款正文规定动产质权的效力及于质押财产的孳息，但书承认当事人的约定可以排除动产质权的此种效力；第2款明确该孳息应当先充抵收取孳息的费用。

动产质权场合，质权人占有留置财产，由他来收取留置财产的孳息最为方便、最为经济，故本条第1款正文的规定值得赞同。

本条第1款设置但书“但是合同另有约定的除外”，尊重当事人的意思，至少在某些情况下最符合当事人的利益安排。当然，当事人如此约定也可能是出质人处于强势地位，动产质权人不得已而为之。即使如此，法律也无必要主动出击。

孳息本有天然孳息和法定孳息之分，本条第1款正文未将任何一类孳息从动产质权的效力范围中排除，从动产质权的目的及功能方面考虑，宜解释为它们均为动产质权的效力所及，除非当事人有相反的约定。

依照质押财产的性能和使用方法收取孳息，对出质人及其全部债权人都有利，由此决定，因收取孳息而发生的费用属于为了出质人的全部债权人而形成的共益费用，出质人就此负担的债务属于共益债务，按照共益债务优先清偿的规则（《企业破产法》第42条、第43条），质权人有权优先受偿。所以，《民法典》第430条第2款规定，孳息应当先充抵收取孳息的费用。

由于本条第2款规定上述孳息应当先充抵收取孳息的费用，表明质权人不是无偿收取孳息，因而，充抵收取孳息的费用后尚有剩余的，应作为清偿担保债权的财产，依次充抵原债权的利息、原债权。在担保债权及其利息已届清偿期时，即刻清偿；在担保债权及其利息尚未届期时，或提前清偿，或先行提存，待届期时再予清偿。假如清偿担保债权及其利息之后仍有剩余，应返还给出质人。

第四百三十一条

质权人在质权存续期间，未经出质人同意，擅自使用、处分质押财产，造成出质人损害的，应当承担赔偿责任。

本条主旨

本条是关于质权人擅自使用、处分质押财产时应当承担民事责任的规定。

相关条文

《物权法》第214条 质权人在质权存续期间，未经出质人同意，擅自使用、处分质押财产，给出质人造成损害的，应当承担赔偿责任。

法释〔2000〕44号第93条 质权人在质权存续期间，未经出质人同意，擅自使用、出租、处分质物，因此给出质人造成损失的，由质权人承担赔偿责任。

理解与适用

本条是对《物权法》第214条的复制，规定质权人擅自使用、处分质押财产时应当承担民事责任。

由动产质权的目的及功能决定，质权人无使用质押财产的权利，而负有妥善保管的义务；在动产质权不具备实行的条件时，质权人也无处分质押财产的权利。质权人在无权利的情况下擅自使用、处分质押财产，既违反质押合同项下的义务（当事人未约定此类义务时依法产生），又符合侵权行为的构成要件，出质人有权请求质权人承担民事责任。

虽然总的说来质权人对于质押财产无使用权，但有些质押财产依其性能需要适当使用才可维持其价值和功用的，则质权人适当使用不属于本条调整的范围，质权人不承担赔偿责任。

由于本条第1款正文使用“擅自”“处分”的措辞，排除了质权人于质权实行条件成就时处分质押财产的情形。

质权人擅自使用、处分质押财产，给出质人造成损害的，质权人负有赔偿出质人损失的民事责任。于此场合，违约损害赔偿与侵权损害赔偿竞合，出质人只可选择其中之一而主张，不得双重获利。

在质权人擅自使用、处分质押财产，尚无财产损失后果时，出质人有权援引《民法典》第236条的规定，请求质权人排除妨害；也有权援引《民法典》第432条第2款的规定，主张提存质押财产，或请求提前清偿债务以便请求质权人返还质押财产。本条行文仅用质权人应当承担赔偿责任，没有涵盖提存、提前清偿等救济措施，不周延。有鉴于此，适用本条的规定时，应当结合《民法典》第236条等条款的规定，全面地解决问题。

第四百三十二条

质权人负有妥善保管质押财产的义务；因保管不善致使质押财产毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。

质权人的行为可能使质押财产毁损、灭失的，出质人可以请求质权人将质押财产提存，或者请求提前清偿债务并返还质押财产。

本条主旨

本条是关于质权人负有妥善保管质押财产的义务及违反时如何救济的规定。

相关条文

《物权法》第215条 质权人负有妥善保管质押财产的义务；因保管不善致使质押财产毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。

质权人的行为可能使质押财产毁损、灭失的，出质人可以要求质权人将质押财产提存，或者要求提前清偿债务并返还质押财产。

《担保法》第69条 质权人负有妥善保管质物的义务。因保管不善致使质物灭失或者毁损的，质权人应当承担民事责任。

质权人不能妥善保管质物可能致使其灭失或者毁损的，出质人可以要求质权人将质物提存，或者要求提前清偿债权而返还质物。

法释〔2000〕44号第92条 按照担保法第六十九条的规定将质物提存的，质物提存费用由质权人负担；出质人提前清偿债权的，应当扣除未到期部分的利息。

理解与适用

本条是对《物权法》第215条的复制，第1款前段规定质权人妥善保管质押财产的义务，后段规定质权人违反该项义务致使质押财产毁损、灭失的，应当承担赔偿责任；第2款规定出质人的提存请求权、请求提前清偿伴随质押财产返还的效果。

动产质权以质权人占有质押财产为设立要件，在占有期间，质押财产脱离出质人的控制，而由质权人控制。从维护出质人的合法权益、平衡双方利益、物尽其用、尽可能地保持甚至提高社会效益等角度考量，质权人对于质押财产应当负有妥善保管的义务。此处所谓妥善保管，不是以质权人管理自己财产的注意而为保管，因为一些人管理自己的财产有些马虎、随意，而是以善良管理人的注意这样高标准

的程度来保管质押财产。

质权人保管不善致使质押财产毁损、灭失，既构成违反质押合同，又构成侵权行为，无论根据合同法（《民法典》第577条等）还是侵权责任法（《民法典》第1165条），质权人都应承担赔偿责任，只不过出质人只可选择其中之一而请求罢了。所以，本条第1款后段规定质权人的损害赔偿责任，是有根据的。

质权人承担损害赔偿责任毕竟属于消极的事后救济，在质押财产对于出质人特别重要时，此类救济难以使出质人回复到未受侵害时的利益状态，再联系到社会成本的考量，实在有必要赋予出质人更为积极的法律手段，以便保全质押财产。现行法确实给出质人配置了保全质押财产的权利，本条第2款规定：“质权人的行为可能使质押财产毁损、灭失的，出质人可以请求质权人将质押财产提存，或者请求提前清偿债务并返还质押财产。”法释〔2000〕44号第92条规定，质权人不能妥善保管留置财产可能致使其毁损或灭失的，出质人可以要求质权人将留置财产提存，或要求提前清偿债务而返还留置财产。由此产生的提存费用应由质权人负担；如果出质人提前清偿债务的，则应当扣除未到期部分的利息。

提存，不影响质权的效力，与质权人亲自占有质押财产而不由出质人占有相差无几，能使质权人的债权实现有可靠的财产保障；在出质人一侧，提存可以使质押财产避开质权人的威胁、危害，在质权实行之前，出质人得以继续拥有质押财产的所有权。看来，提存是于此场合的合适的救济措施。

至于出质人请求提前清偿，在出质人同时为债务人的情况下，提前清偿意味着放弃期限利益，但为使质权人的债权消灭从而终止质权，取回质押财产，使质押财产免遭质权人不当行为之祸，付此代价，似乎也“值得”；在出质人非为债务人的场合，提前清偿消灭自己的物上负担，保全质押财产，由此导致的财产损失，再向债务人追偿，也算是无奈中的较好选择。

第四百三十三条

因不能归责于质权人的事由可能使质押财产毁损或者价值明显减少，足以危害质权人权利的，质权人有权请求出质人提供相应的担保；出质人不提供的，质权人可以拍卖、变卖质押财产，并与出质人通过协议将拍卖、变卖所得的价款提前清偿债务或者提存。

本条主旨

本条是关于质押财产的保护权和变价权的规定。

相关条文

《物权法》第216条 因不能归责于质权人的事由可能使质押财产毁损或者价值明显减少，足以危害质权人权利的，质权人有权要求出质人提供相应的担保；出质人不提供的，质权人可以拍卖、变卖质押财产，并与出质人通过协议将拍卖、变卖所得的价款提前清偿债务或者提存。

《担保法》第70条 质物有损坏或者价值明显减少的可能，足以危害质权人权利的，质权人可以要求出质人提供相应的担保。出质人不提供的，质权人可以拍卖或者变卖质物，并与出质人协议将拍卖或者变卖所得的价款用于提前清偿所担保的债权或者向与出质人约定的第三人提存。

理解与适用

本条是对《物权法》第216条的复制，前段规定质押财产的保护权，后段规定质押财产的变价权。

所谓质押财产的保护权，是指因不能归责于质权人的事由可能使质押财产毁损或价值明显减少，足以危害质权人权利的，质权人有权要求出质人提供相应的担保（《民法典》第433条前段），即享有增加担保权。

所谓质押财产的变价权，又叫预行拍卖质押财产权，按照本条后段的规定，指这样的权利：因不能归责于质权人的事由可能使质押财产毁损或价值明显减少，足以危害质权人权利的，质权人要求出质人提供相应的担保而出质人不提供的，质权人可以拍卖、变卖质押财产，并与出质人通过协议将拍卖、变卖所得的价款提前清偿债务或提存。

分析本条后段的规定，可知质押财产变价权的行使必须具备如下要件：（1）因不能归责于质权人的事由可能使质押财产毁损或价值明显减少，足以危害质权人的权利。如果是由于质权人的事由（如保管不善）导致质押财产毁损或价值明显减少，质权人不仅无权要求出质人提供担保，还得就此损失向出质人承担赔偿责任（《民法典》第432条第1款）。（2）质权人要求出质人提供相应的担保。（3）出

质人拒不提供相应的担保。

质权人要求出质人提供相应担保，必须具备如下要件：（1）因不能归责于质权人的事由可能使质押财产毁损或价值明显减少。

（2）质押财产毁损或价值明显减少的可能或事实，已经足以危害质权人的权利。

质押财产变价权的行使，或出质人以变价款提前清偿被担保债权，或将变价款代充质押财产，予以提存。所谓代充质押财产，是指质权移存于该项价款之上，而非指以该笔价款直接满足债权。由于出质人提前清偿会牺牲其期限利益，代充质押财产并予提存的，在实务中较为常见。

第四百三十四条

质权人在质权存续期间，未经出质人同意转质，造成质押财产毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。

本条主旨

本条是关于转质及其责任的规定。

相关条文

《物权法》第217条 质权人在质权存续期间，未经出质人同意转质，造成质押财产毁损、灭失的，应当向出质人承担赔偿责任。

法释〔2000〕44号第94条 质权人在质权存续期间，为担保自己的债务，经出质人同意，以其所占有的质物为第三人设定质权的，应当在原质权所担保的债权范围之内，超过的部分不具有优先受偿的效力。转质权的效力优于原质权。

质权人在质权存续期间，未经出质人同意，为担保自己的债务，在其所占有的质物上为第三人设定质权的无效。质权人对因转质而发生的损害承担赔偿责任。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条是对《物权法》第217条的承继，仅仅在损害赔偿请求权人

的位置明确了系“出质人”，赋权质权人转质。

所谓转质，是指质权人在质权存续期间，为了担保自己的或他人的债务，将留置财产移交给第三人，在该留置财产上设立新质权的行为。例如，甲为了担保欠乙的100万元债务，而将新奔驰车一辆为乙设立质权。其后，质权人乙为了担保欠丙的90万元债务，又以该车为丙设立质权。在这里，就原质权而言，甲为出质人，乙为质权人；就转质来说，乙为转质人，丙为转质权人。

转质有责任转质和承诺转质之分。所谓责任转质，是指质权人于质权存续期间，无须经过出质人的同意，而以自己的责任将留置财产为第三人设立质权。所谓承诺转质，又称同意转质，是指质权人在征得出质人的同意后，为了担保自己或他人的债务而以留置财产向第三人设立质权。

对于转质，《物权法》仅于第217条规定了这样的内容：“质权人在质权存续期间，未经出质人同意转质，造成质押财产毁损、灭失的，应当向出质人承担赔偿责任。”它是否承认了转质，解释上未尽统一。有学者认为，这是关于责任转质的规定，《物权法》没有规定承诺转质。^[215]另有学者则干脆落地断言，《物权法》既承认了责任转质，也承认了承诺转质。^[216]有些专家的态度较为缓和，认为《物权法》第217条规定了责任转质，未明确规定承诺转质，但在解释上自应认为它认可承诺转质。法释〔2000〕44号第94条第1款规定了承诺转质：“质权人在质权存续期间，为担保自己的债务，经出质人同意，以其所占有的留置财产为第三人设定质权的，应当在原质权所担保的债权范围之内，超过的部分不具有优先受偿的效力。转质权的效力优于原质权。”^[217]还有专家认为，《物权法》不提倡转质，也没有禁止转质。为了保护出质人的利益，《物权法》特设第217条，采取的原则是，未经出质人同意，不允许转质，质权人转质的，要承担赔偿责任。^[218]归纳起来就是，多数说坚持现行法及其解释，认可了责任转质和承诺转质。

《民法典》第434条几乎照搬了《物权法》第217条的规定，可以如同理解《物权法》第217条那样理解。

二、责任转质

关于责任转质的性质，虽有不同意见，但宜采取质押财产再度出质说，即新质权设立说：转质系质权人为了担保自己或第三人的债务，在质押财产上再设立新质权的行为。换句话说，转质是质权人将质押财产所得直接支配的交换价值赋予转质权人于转质权实行的条件

成就时优先用于清偿被担保的债权，故转质权人取得的乃质权人所得支配交换价值内的另一优先支配权。[219]

责任转质的构成要件包括：（1）转质必须在质权存续期间设立，转质所担保债权的清偿期间不得超过原质权所担保债权的清偿期间；（2）转质权所担保的债权额必须在质权所担保债权的数额范围内；（3）质权人以自己的责任转质，即质押财产因转质所发生的一切责任，包括不可抗力造成的损失，均由转质人负责；（4）必须具备质权的一般成立要件（生效要件）。[220]

责任转质对于出质人具有如下效力：（1）在转质情况下，出质人欲清偿债务，取回质押财产，应先向转质权人为之，如果清偿转质权所担保的债务尚有余额，应再向质权人清偿。否则，出质人的清偿对转质权人不发生效力。（2）质权所担保债权关系中的债务人即使不是出质人，也是质权关系的一环，在质权人将质押财产转质时，转质权对于该债务人也有效力。因而，该债务人若未经转质权人同意，而向质权人清偿时，也不得以此拒绝转质权人请求他履行债务。不过，在质权人或转质权人未将转质的事实通知给债务人的，不在此限。[221]

责任转质对于质权人具有如下效力：（1）转质后，转质人（质权人）对于质押财产因不可抗力或通常事变所遭受的损失，也应负责。这是因为质权人未经出质人的同意而以自己的责任转质，应当加重其责任。（2）质权人应受转质的拘束，负有不得消灭其支配质押财产交换价值的义务，所以，不得抛弃其质权，不得免除质权所担保的债权，不得受领债务人对该债权的清偿，不得接受债务人将该债权抵销。原质权所担保的债权额超过转质权所担保的债权额时，就超过范围的差额，亦同。[222]

责任转质对于转质权人具有如下效力：（1）转质权人对于质押财产取得新质权，享有一般质权人所享有的权利，同时负有一般质权人所负担的义务。（2）在转质权所担保的债权和原质权所担保的债权均已届清偿期，转质权人的债权未获清偿时，转质权人可对留置财产行使变价权。（3）转质权人就质押财产所卖得的价金享有使其债权优先受偿的权利。[223]

责任转质权因其本身的消灭原因或所担保债权的消灭而消灭，因原质权的消灭而消灭。

三、承诺转质

承诺转质的性质与责任转质的，原则上相同，只是承诺转质系经出质人的同意而成立，所以，质权人所能赋予转质权人的交换价值自然不受原债权人所能支配交换价值的拘束，致使转质权已经脱离原质权而存在了。

承诺转质的构成要件，除与责任转质的第四项构成要件相同以外，可以超过原债权所担保债权的金额和清偿期，或者说不受原质权的拘束。^[224]

承诺转质的法律效力如下：（1）转质权实行的条件专以转质权确定，原质权是否已经具备实行的条件，在所不问。（2）质权人如何实行其质权，原则上按照转质权合同的约定，但通常可理解为质权人已经放弃其实行权。（3）质权人对于质押财产因不可抗力或通常事变所造成的损失，不再承担责任，仅仅承担过错责任。（4）由于转质权已经独立于原质权，原质权人有权受领其债务人的清偿，该债务人也有向原质权人（债权人）清偿的自由。只是该结果不得对抗转质权人，亦即转质权不因此而消灭，仅使质权人负有返还质押财产的义务；出质人为达到返还质押财产的目的，有权以利害关系人的身份，代质权人向转质权人清偿，然后以因此而取得的债权与原质权所担保的债权相互抵销，从而消灭质权和转质权。^[225]

第四百三十五条

质权人可以放弃质权。债务人以自己的财产出质，质权人放弃该质权的，其他担保人在质权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，但是其他担保人承诺仍然提供担保的除外。

本条主旨

本条是关于质权放弃和其他担保人的担保责任免除或继续承担的规定。

相关条文

《物权法》第218条 质权人可以放弃质权。债务人以自己的财产出质，质权人放弃该质权的，其他担保人在质权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，但其他担保人承诺仍然提供担保的除外。

《担保法》第28条 同一债权既有保证又有物的担保的，保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。

债权人放弃物的担保的，保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任。

法释〔2000〕44号第38条 同一债权既有保证又有第三人提供物的担保的，债权人可以请求保证人或者物的担保人承担担保责任。当事人对保证担保的范围或者物的担保的范围没有约定或者约定不明的，承担了担保责任的担保人，可以向债务人追偿，也可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额。

同一债权既有保证又有物的担保的，物的担保合同被确认无效或者被撤销，或者担保物因不可抗力的原因灭失而没有代位物的，保证人仍应当按合同的约定或者法律的规定承担保证责任。

债权人在主合同履行期届满后怠于行使担保物权，致使担保物的价值减少或者毁损、灭失的，视为债权人放弃部分或者全部物的担保。保证人在债权人放弃权利的范围内减轻或者免除保证责任。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条是对《物权法》第218条的复制，前段规定赋权质权人放弃质权，后段正文明确债务人同时系出质人的，其他担保人在质权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，后段但书贯彻意思自治原则，承认其他担保人关于继续提供担保的承诺。

质权的存续使被担保债权具有优先受偿的效力，这显现出质权对于权利人是一种利益，而非负担。既然是利益，质权人放弃它应被允许。

在债务人同时是出质人的情况下，依据《民法典》第392条的规定，质权人必须首先请求债务人/出质人承担清偿责任，包括就质押财产的变价优先受偿，其他担保人享有顺序利益，只有在债务人/出质人的财产（包括质押财产）不足以清偿担保债权时，其他担保人才有义务实际承担担保责任。因此，假如允许质权人一方面放弃其对债务人/出质人的质权，另一方面又请求其他担保人承担原来态样的担保责任，就牺牲了其他担保人的顺序利益，不适当地优惠了债务人/出质人，这有失权衡。《民法典》没有如此失当地处理问题，而是规定“债务人以自己的财产出质，质权人放弃该质权的，其他担保人在质权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任”（第435条后段正文），这就较好地平衡了各方的利益关系。

本条后段但书“但是其他担保人承诺仍然提供担保的除外”，是贯彻意思自治原则的体现。在质权人放弃某个或某几个质权的情况下，其他担保人本有顺序利益但被放弃，承诺其仍然提供担保，这是其他担保人在抛弃自己的利益，不涉及社会公共利益，法律没有干涉的必要和理由。所以，该但书也值得肯定。

在债务人和出质人分属不同的主体、当事人之间无特别约定的情况下，按照《民法典》第392条的规定，各个担保人之间无顺序利益，质权人/债权人有权选择任何一个或几个出质人承担担保责任，因此，质权人放弃其对某个或几个出质人的质权，其他的担保人的利益未受损害，不免除其担保责任。

二、质权放弃的具体形态

（一）概念和类型

质权的放弃，又叫质权的抛弃，是指质权人放弃可以优先受偿的担保利益，分为质权的相对放弃和绝对放弃。^[226]

（二）质权的绝对放弃

质权的绝对放弃，也就是通常所说的质权的抛弃，是指质权人向抵押人为消灭质权的意思，放弃其质权的现象。质权的绝对放弃，在质权人和担保人之间的关系、在各个担保人之间的关系方面，适用本条的规定；在质权人与第三人之间的关系方面，质权人放弃质权不得损害第三人的利益。例如，甲所有的A电脑是乙的质权的标的物，后来又成为丙的抵押权的标的物。甲对乙有抗辩权，可以对抗乙实行质权；对丙无有效的抗辩及抗辩权。在该案中，乙放弃其质权，会使丙对于A电脑的抵押权处于最优先的地位，也使甲任凭丙实行其抵押权。于此场合，乙不得放弃其质权。

（三）质权的相对放弃

质权的相对放弃，是指质权人为出质人的特定无担保债权人的利益，放弃其优先受偿的利益的现象。例如，在出质人甲的30万元的质押财产上，乙、丙各有10万元、20万元的第一顺位、第二顺位的质权，丁则为甲的无担保债权人（债权额为30万元）。乙为丁的利益而放弃其质权。

质权相对放弃的当事人为质权人和特定的无担保债权人，且该无担保债权人的债务人和出质人必须是同一个人。质权的相对放弃仅在

质权放弃人和受放弃利益的特定无担保债权人之间发生相对效力。就优先受偿的范围而言，质权放弃人就质押财产卖得的价金所能获得分配的金额，由放弃人和受放弃利益的债权人，按两者合计的债权额的比例受偿。

第四百三十六条

债务人履行债务或者出质人提前清偿所担保的债权的，质权人应当返还质押财产。

债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形，质权人可以与出质人协议以质押财产折价，也可以就拍卖、变卖质押财产所得的价款优先受偿。

质押财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。

本条主旨

本条是关于质权实现及质押财产返还以及质押财产变价的确定基准的规定。

相关条文

《物权法》第219条 债务人履行债务或者出质人提前清偿所担保的债权的，质权人应当返还质押财产。

债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形，质权人可以与出质人协议以质押财产折价，也可以就拍卖、变卖质押财产所得的价款优先受偿。

质押财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。

《担保法》第71条 债务履行期届满债务人履行债务的，或者出质人提前清偿所担保的债权的，质权人应当返还质物。

债务履行期届满质权人未受清偿的，可以与出质人协议以质物折价，也可以依法拍卖、变卖质物。

质物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归出质

人所有，不足部分由债务人清偿。

法释〔2000〕44号第95条第1款 债务履行期届满质权人未受清偿的，质权人可以继续留置质物，并以质物的全部行使权利。出质人清偿所担保的债权后，质权人应当返还质物。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条是对《物权法》第219条的复制，第1款规定质权实现时质权人应当返还质押财产，第2款规定质权的实行条件具备时质权实行的三种方式，第3款明确市场价格是质押财产折价或变卖的价格确定基准。

二、动产质权实现时质押财产的返还

债务人履行债务，债权得以实现，担保该债权的动产质权完成使命，应当归于消灭，债权人占有质押财产的法律根据不复存在，变成无权占有，有义务把该质押财产返还给出质人，出质人有权利请求债权人返还质押财产。

出质人为债务人时，提前清偿，牺牲其期限利益，满足债权人/质权人的债权利益，更有利于债权人/质权人，因而被允许。于此场合，担保该债权的动产质权寿终正寝，应当归于消灭，债权人占有质押财产的法律根据不复存在，变成无权占有，有义务把该质押财产返还给出质人，出质人有权利请求债权人返还质押财产。

总之，本条第1款的规定具有充足的理由，值得肯定。

三、动产质权的实行

本条第2款规定了质权实行的条件和方式。所谓动产质权的实行，是指债务人不履行到期债务或发生当事人约定的实现质权的情形，质权人与出质人协议以留置财产折价，也可以将留置财产拍卖或变卖，并就拍卖、变卖留置财产所得的价款优先受偿的行为。它是变价权和优先受偿权的总称。

依据本条第2款的规定，动产质权的实行，一般需要具备两项要件：一是动产质权有效存在；二是债权于清偿期届满而未受清偿，可以是全部未获清偿，也可以是部分未获清偿；或者当事人约定的实现质权的情形出现。

[辨析]

在中国台湾地区的“民法”上，债权只需已届债权人得请求清偿时而未受清偿者，质权人即可实行质权。^[227]这与中国大陆《民法典》第436条第2款前段、第437条第1款规定的债务人不履行到期债务，在履行期为期日的情况下差别不大；但在履行期为期间的场合则不同。对此举例说明，履行期为2008年1月1日至2008年2月20日，自2008年1月1日开始，债权人即得请求债务人清偿债务，按照中国台湾地区的“民法”，质权人（债权人）即可行使质权，但在2008年2月20日之前，按照中国大陆的现行法的规定，债务人未履行债务尚不构成债务不履行，在合同场合即不构成违约行为，质权人无权行使质权，质权人若行使，出质人有权抗辩。

根据本条第2款的规定，动产质权实行的方式包括折价、拍卖和变卖三种，与《民法典》410条关于抵押权实行的方式相同，笔者在释评《民法典》第410条时已经详述，此处不赘。

四、质押财产变价的确定基准

实行动产质权，无论把质押财产折价还是变卖，都有合理作价的需要。作价低了，可能害及其他债权人的债权实现；作价高了，对质权人不不利，不尽符合公平原则。为了解决这个问题，本条第3款明确“质押财产折价或者变卖的，应当参照市场价格”，这是条可取之路，值得赞同。

第四百三十七条

出质人可以请求质权人在债务履行期限届满后及时行使质权；质权人不行使的，出质人可以请求人民法院拍卖、变卖质押财产。

出质人请求质权人及时行使质权，因质权人怠于行使权利造成出质人损害的，由质权人承担赔偿责任。

本条主旨

本条是关于及时行使质权的请求权和诉权、质权人对于怠于行使质权承担责任的规定。

相关条文

《物权法》第220条 出质人可以请求质权人在债务履行期届满后

及时行使质权；质权人不行使的，出质人可以请求人民法院拍卖、变卖质押财产。

出质人请求质权人及时行使质权，因质权人怠于行使权利造成损害的，由质权人承担赔偿责任。

法释〔2000〕44号第95条第2款 债务履行期届满，出质人请求质权人及时行使权利，而质权人怠于行使权利致使质物价格下跌的，由此造成的损失，质权人应当承担赔偿责任。

理解与适用

本条是对《物权法》第220条的复制，第1款规定出质人对于质权人享有及时行使质权的请求权，对于人民法院拥有拍卖、变卖质押财产的诉权；第2款明确质权人怠于行使质权给出质人造成损害的，应当承担赔偿责任。

根据《民法典》第7条规定的诚信原则、第132条规定的禁止权利滥用原则，考虑到出质人的交易安排，质权人于质权实行的条件具备时应当及时行使质权，这应为义务。从对面看，出质人有权请求质权人及时行使质权。

此处所谓及时，不一定是质权实行的条件具备就必须行使，应该综合债务人、债权人/质权人、出质人三方面的关系及情况，才可作出结论。例如，债务人正在积极筹备清偿债务的财产，可以在不太长的期间即可适当清偿债务，在这样的情况下，行使质权反倒增大交易成本，“逼得”出质人向债务人追偿，酿成较为复杂的法律关系。

出质人催告质权人及时行使质权，质权人仍不行使又无理由的，本条第1款给出出质人一项救济通道——可以请求人民法院拍卖、变卖质押财产。这类似于质权人自己实行质权时请求人民法院拍卖质押财产，或由人民法院代质权人变卖质押财产。

本条赋予出质人的救济途径不限于此，第2款赋权出质人请求怠于行使质权的质权人承担损害赔偿赔偿责任。所谓怠于行使权利，是指质权人因可归责于自己的原因而不及时行使权利。例如，质权人明知作为质押财产的某电子产品的升级产品即将上市，若在新产品上市后再变卖质押财产所获价款将明显降低，但却基于质押财产的变价款减少也足以使其债权获得清偿的考虑，而没有及时将质押财产变卖。^[228]

出质人行使此项损害赔偿请求权时，需要举证证明质权人怠于行

使质权给自己造成了损害。

第四百三十八条

质押财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归出质人所有，不足部分由债务人清偿。

本条主旨

本条是关于质押财产的变价款高于或低于担保债权数额时如何处理的规定。

相关条文

《物权法》第221条 质押财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归出质人所有，不足部分由债务人清偿。

《担保法》第71条第3款 质物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归出质人所有，不足部分由债务人清偿。

理解与适用

本条是对《物权法》第221条的复制，确立了质押财产的变价款高于或低于担保债权数额时如何处理的规则。

本条所谓质押财产的变价款超过债权数额的部分归质押人所有，乃自然之理，因为质权不是所有权，质押财产不因质权的设立而归属于质权人，只是使质权人的债权因该质权的设立而具有优先受偿的效力。担保债权受偿了，实现了，质权人的利益得到完全满足，质权便功成身退。假如把质押财产的变价款超过债权数额的部分划归质权人，该质权人就获取了不当得利，这不应被允许。此其一。从另一个侧面讲，质押财产属于出质人的责任财产的组成部分，出质人适当履行物上保证责任之后，剩余的部分仍为其责任财产，当然由其享有。此其二。

质押财产的变价款全部用于清偿担保债权之后，担保债权仍未完全实现的，不得谓该债权已经消灭，而是就未实现部分继续具有请求力、执行力、保有力，即债权人/质权人有权就其债权未实现的部分请求债务人清偿，债务人没有理由抗辩。于此场合，需要说明的至少有两点：一是在债务人和出质人分属不同的主体的情况下，此时债权人/质权人无权请求出质人清偿，只可请求债务人清偿；二是此时的

债权仅仅是普通债权，已无质权的担保，无优先受偿的效力。

第四百三十九条

出质人与质权人可以协议设立最高额质权。

最高额质权除适用本节有关规定外，参照适用本编第十七章第二节的有关规定。

本条主旨

本条是关于设立最高额质权及其法律适用的准则的规定。

相关条文

《物权法》第222条 第二百二十二条 出质人与质权人可以协议设立最高额质权。

最高额质权除适用本节有关规定外，参照本法第十六章第二节最高额抵押权的规定。

理解与适用

本条是对《物权法》第222条的承继，第1款允许当事人协议设立最高额质权，第2款明确最高额质权的法律适用的准则，即《民法典》关于动产质权的规定可以适用于最高额质权，可以准用《民法典》关于最高额抵押权的规定。

本条所谓最高额质权适用《民法典》关于动产质权的规定，是指关于质权本质特征所必须具有的规定，最高额质权不得排除之，必须适用之。例如，适用《民法典》第429条关于质权自出质人交付质押财产时设立的规定，出质人未交付质押财产时最高额质权未设立；适用《民法典》第425条第1款关于质权担保的债权具有优先受偿效力的规定，第426条关于禁止流通物不得出质的规定，第432条关于质权人负有妥善保管质押财产的义务的规定，等等。

本条所谓最高额质权准用《民法典》关于最高额抵押权的规定，是指关于“最高额”本质特征所要求的规定，应当准用之，而不可排除之。例如，准用《民法典》第420条关于最高额抵押权担保的债权应是“一定期间内将要连续发生的债权”的规定，第423条关于所担保债权的确定及其事由的规定，等等。

第四百四十条

债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质：

- （一）汇票、本票、支票；
- （二）债券、存款单；
- （三）仓单、提单；
- （四）可以转让的基金份额、股权；
- （五）可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权；
- （六）现有的以及将有的应收账款；
- （七）法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利。

本条主旨

本条是关于可以出质的权利的范围的规定。

相关条文

《物权法》第223条 债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质：

- （一）汇票、支票、本票；
- （二）债券、存款单；
- （三）仓单、提单；
- （四）可以转让的基金份额、股权；
- （五）可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权；
- （六）应收账款；
- （七）法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利。

《担保法》第75条 下列权利可以质押：

- (一) 汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单；
- (二) 依法可以转让的股份、股票；
- (三) 依法可以转让的商标专用权，专利权、著作权中的财产权；
- (四) 依法可以质押的其他权利。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条承继了《物权法》第223条的规定，两部法律在这里的差异仅仅在于《民法典》第440条第6项在“应收账款”之前增加了“现有的以及将有的”这个定语。

就本条的字面意思观察，结论是其列举可以用于出质的权利种类，释评本条似应逐一介绍和解释作为权利质权客体的每种权利的概念、法律性质和效力，但考虑到这些工作放在以下条款中的相应之处完成更为合适，故对本条的释评还是转换视角，从权利质权的层面释评，包括对权利质权的界定、法律性质、权利本质、权利质权的基本类型诸项内容。

二、权利质权的概念

权利质权，是指以所有权以外的可让与的财产权为标的物而设立的质权。其法律性质如下。

(一) 权利质权为质权

质权原本是以有体物为基础发展起来的担保制度，而权利质权却以权利为标的物，加上以权利为客体的物权学说多称之为准物权，于是，权利质权是否为质权，则并非无疑。然而质权制度的本意在于以标的物的交换价值担保债权的实现，并以该价值优先受偿，由此点出发，将质权的标的物严格限制为有体物并无必要，毕竟，能以某种财产性权利的交换价值而使被担保债权得以优先受偿与成为质权的标的物并无实质性的抵触。^[229]何况动产质权实质上是以动产所有权为标的物，也可以说是以权利为客体。就此看来，称权利质权为质权，应不成问题。

【引申】

就权利质权是否为物权，存在着分歧。按照附停止条件的权利让与主义、并存性权利让与主义，债权质权在性质上为债权。^[230]在限制性权利让与主义看来，权利质权存在物权性和债权性两种不同的特性。^[231]依据设定性权利让与主义，好像有其父必有其子那样，母权是物权，子权也当然是物权；母权是债权，子权也只能是债权。权利质权的性质与出质的权利的性质相一致，出质的权利是物权的，其质权也是物权；出质的权利为债权的，其质权就是债权。^[232]采取权利标的的主义的学者，对以物权作为标的物的权利质权看作物权这点，很少有异议；但对以债权为标的物的债权质权如何定性却争议较大：有的看作物权，有的认为物权是建立在有体物基础上的权利，权利质权不是以有体物为客体的，所以不得称其为物权，但它在某种程度上具有绝对权的效力，具有物权的效力。^[233]日本法学家神户寅次郎教授认为，权利质权不是纯粹的物权。物上质权以物为标的，权利质权以权利为标的，二者在形式上是相同的。但权利质权虽以物权为标的，却未必是物权。质权人可以直接干涉作为标的的权利，据此可认为权利质权又非纯粹的债权。另外，权利的绝对性和物权性之间是有区别的。权利质权不是物权，也不是债权，而是一种特别的权利，日本法中在必要的范围内应赋予其物权性；还有的将权利质权视为债权。^[234]在中国《民法典》上，权利质权被安排在《民法典》“第二编物权”下辖“第四分编担保物权”之内，具有绝对性、排他性和优先性，应为物权。

（二）权利质权的标的物是具有让与性的所有权以外的财产权

与动产质权的标的物为动产不同，权利质权的标的物是权利。这里的权利，限于财产权，人格权和身份权不在其中。这是因为质权支配标的物的交换价值，而人格权和身份权本身无直接的经济价值。此处所谓财产权，必须具有让与性，这是由质权实行时需要变卖或拍卖标的物所决定的。性质上不得让与的债权，禁止扣押的债权，特别法规定不得让与、扣押或供作担保的债权，不得成为权利质权的标的物。依当事人约定不得让与的债权，在现行法上不得作为权利质权的标的物，在境外的某些法律上可以。

出让的建设用地使用权、“四荒”土地承包经营权、探矿权、采矿权，在现行法上可以转让，或有条件地允许转让，可以作为担保物。不过，按照法律关于担保权体系的分工，它们可成为抵押权的标的物，不得作为权利质权的客体。“这样有利于法律体系的合理化，也便于准确适用法律规定。”^[235]由于这些权利、建筑物作为抵押物而设立的抵押权以登记为生效要件，而基金份额、股权、应收账款、注

册商标专用权、专利权、著作权等知识产权作为留置财产而设立的权利质权也以登记为生效要件，使得抵押权和权利质权的界限趋于模糊。

养殖权、捕捞权在现行法上禁止转让，不得成为权利质权的标的物。即使未来的法律允许它们转让，也不得入质，可以抵押。

抵押权、动产质权、留置权在现行法上均为保全性担保物权，不得与其担保的债权相分离，故不得单独成为权利质权的标的物。不过，于其担保的债权出质给他人时，抵押权、动产质权或留置权可随之出质。

按照物权法的权利配置体系，权利的归属权不叫所有权，有体物的归属权才叫所有权。换句话说，所有权的标的物，不是权利，而是有体物。所以，以所有权设立担保，不动产所有权场合成立抵押权，动产场合产生动产质权，不会出现权利质权。“按照以物的归属表示所有权的习惯，当质权针对的是所有权时，人们说质权是针对物的；当质权针对的是其他权利时，则说质权是针对权利的。”^[236]

总的说来，基于质权实行时需要将标的物变价的要求，权利作为质权的标的物，必须具有让与性。法释〔2000〕44号第5条第1款关于“以法律、法规禁止流通的财产或者不可转让的财产设定担保的，担保合同无效”的规定，表明了这种思想。分解开说，下列权利不得出质：（1）法律禁止转让的权利不得出质。例如，《公司法》第142条第5款规定：“公司不得接受本公司的股票作为质押权的标的。”再如，《收费公路管理条例》第22条规定：“有下列情形之一的，收费公路权益中的收费权不得转让：（一）长度小于1 000米的二车道独立桥梁和隧道；（二）二级公路；（三）收费时间已超过批准收费期限2/3。”因此，此类收费公路的收费权不得设立应收账款质权。

（2）基于特定的人身关系而专属于特定人的债权，如基于扶养关系、抚养关系、赡养关系、继承关系产生的给付请求权和劳动报酬、退休金、养老金、抚恤金、安置费、人寿保险、人身损害赔偿请求权等权利（法释〔1999〕19号第12条）。（3）基于特殊信任关系而产生的债权，如委托合同中委托人对受托人的处理委托事务的请求权，雇佣合同中雇主对雇员的劳务请求权，租赁合同中承租人所享有的债权等。不过，如果经过当事人同意，可以转让，也应允许出质。

（4）按照当事人的约定不得转让的权利，在现行法上具有一定的阻止权利转让的效力（《民法典》第545条第1款第2项），因而不得出质；一旦出质，不得对抗善意第三人。值得注意的是，境外的一些法律文件已经允许当事人约定禁止转让的债权发生转让的效力。^[237]

本条从正面规定了可以入质的权利：（1）汇票、支票、本票；（2）债券、存款单；（3）仓单、提单；（4）可以转让的基金份额、股权；（5）可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权；（6）现有的以及将有的应收账款；（7）法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利（第440条）。

（三）权利质权的设立分别以登记、背书或交付权利凭证为要件

与动产质权的设立以动产的交付为生效要件不同，权利质权的设立，有的以登记为生效要件，有的以背书为生效要件，有的以交付权利凭证为生效要件。

[辨析]

汇票、支票、本票、债券、仓单、提单等有偿证券，既是权利凭证，又是权利本身，是权利质权的标的物。而应收账款场合的借据、欠条、公证书等仅仅是债权证书，不是应收账款请求权本身。至于存款单，《民法典》（第440条以下）将之与债券规定于同一项，联系将汇票、支票、本票规定于同一项，将仓单、提单规定于同一项的模式，似乎有将债券和存款单两者等量齐观之意。如此考虑问题，存款单亦为有偿证券。不过，《民法典》也同时把存款单与票据、仓单、提单、股权、应收账款等并列规定于同一条（第440条），而应收账款欠条、借据等显然不是有偿证券。就此看来，又难下存款单为有偿证券的结论。究竟如何定性，需要探讨。学说有认为它只是债权证书的[238]，也有主张其为证券债权的。[239]

[探讨]

在中国台湾地区的“法律”上，普通债权质权设立所需要的交付权利证书，不是作为质权设立的公示方法，因而其交付可以是现实交付，也可以是观念交付，占有改定的交付方式不在禁止之列。[240]与此不同，无记名有偿证券出质，当事人之间有设立质权的合意，加上有偿证券的交付，发生质权设立的效力。但此处的交付不包括占有改定的方式，可以是现实交付、简易交付或让与返还请求权的方式。[241]中国大陆的法律采取何种态度，值得研究。

[探讨]

关于以股权、知识产权等权利为客体场合质权的母权问题

权利质权的场合，作为留置财产的权利多种多样，其策源地的情

形十分复杂。并非任何一种权利，如债权，都有母权。退一步说，即使留置财产的权利有母权，每种权利的母权也极不统一，难有权利质权同一的母权。与其逐一地考察每种权利的标的物，再锁定每种物的所有权，从而确定权利质权的母权，不如放弃这种思路，另觅坦途。

笔者注意到，日本民法及其理论将无记名债权（如无记名支票、公司债券、商品券、入场券、车票等）视为动产。^[242]尽管如此处理重在确定，民法关于动产适用消灭时效、善意取得（即时取得）、公示对抗、遗失物拾得、共有物管理、所持份额的放弃等规定，适用于无记名债权^[243]，尚无承认无记名债权之上存在着所有权之意，但为了社会生活发展的需要，不妨进一步扩张其“视为动产”的功用，升华到无记名债权之上竖立着另类的“所有权”这样的理念。

如此，我们可将作为留置财产的权利视为民法上的“物”，该“物”之上存在着“所有权”，该所有权即为权利质权的母权。

三、权利质权的本质

权利质权的本质如何，在法学上一直是最有争议的问题之一，存在着权利让与主义（Zessionstheorien）和权利标的主义（Theorie des Rechts am Rechte）的对立。

权利让与主义，又称权利让渡主义，认为权利质权实质上是为了担保而作的权利让与，是出质人将出质的权利让与质权人，以担保债权的实现。其要点如下：首先，质权人就入质权利取得的权利并非新的权利，而仅系受让入质或让与的权利。权利的入质即为权利的让与。其次，质权人的权利标的物必然是出质人入质权利的标的物，而非出质的权利本身。再次，既然权利的入质即为权利的让与，则质权人取得与出质人同种的权利。最后，该权利的让与并非一般意义上的纯粹的权利移转，而系以设质目的为限的移转。受让人（质权人）受让权利的边界仅以达到债权担保的必要目的为限，只有在债务人不清偿债务时才可行使该权利。该主义认为不可能成立所谓的债权质权。^[244]

权利让与主义内部又分出很多支派，例如，将债务不履行作为停止条件的设质债权让与说，即附停止条件的权利让与说；以债务履行为解除条件的设质债权让与说，即附解除条件的权利让与说；以担保目的为限的权利内容限制让与说；作为“母权”的权能之一的“子权”的让与说，即设立的让与说；等等。^[245]

[引申]

各种权利让与主义存在着如下共同的缺点：（1）债权让与和债权质权，原本目的就不同。前者是债权从一个人之手转至他人之手，后者是担保被担保债权实现。（2）因为要用让与的观念来解释出质，或力图排除出质和债权让与所生结果中那些不相容的要素，所以只能容忍二者必出其一的结局，一个是很难令人感到这么做的必要所在，另一个是对出质性质的违反。而前者只能以不成功而告终，后者一定也只能得出不正当的结果。（3）权利让与主义的各种学说，都认为债权质权是与出质人的权利相同的权利，出质债权的，权利质权也是债权。于是产生下述不便：首先，无法解释当一个权利上设立多个质权时，某质权优先于其他质权的根据所在。其次，当出质债权发生债权人（出质人）和债务人混同时，质权就得消灭，而这是不符合事实的。若按照权利标的主义，则质权不消灭，不过是相当于在自己的债权上拥有质权，这在理论上是正当的。[246]

权利标的主义认为，权利质权是在权利上设立质权，入质的权利仍存在于出质人（主债务人）之手，质权人取得的权利与入质权利不同。其要点如下：首先，入质权利作为质权支配的对象与有体物作为质权支配的对象具有同样的意义。当然，所谓同样的意义，是指在担保的目的和支配标的物的交换价值上系为同样的作用，并非说权利作为质权标的物与有体物作为质权标的物完全一致。其次，权利质权的效力及于入质权利所指向的物或义务人，这由权利质权自身的效力和入质权利的“媒介作用”而引起。因此，权利质权的效力及其实现的方法与动产质权的多少存有差异。[247]

权利标的主义分为新旧两派学说，观点不尽相同。旧派认为，权利质与物上质权具有同样意义，只是在权利上设立质权。新派则主张，以权利入质，就是给与质权人一种权利，质权人依据这一权利，在必要的范围内（这一范围由法律或合同而定），为了达到担保自己债权的目的，可以获得行使其入质权利的权能。因此，所谓的权利质权是直接将入质权利作为标的物，依据质权的效力得以行使作为质权标的物的权利。当作为权利质权标的物的权利为物权时，质权人有取得该物权的权利，当作为权利质权标的物的权利为相对性权利特别是债权时，质权人对该入质权利义务人取得权利。[248]

[引伸]

依据权利标的主义，权利质权就是设立在权利上的权利。对此，持批评意见的不在少数。有的认为，权利是一种意思效力（意志力）的体现，不可能承认在一个人的意思效力上又有别人的意思效力存在，因而在既有的权利之上不可以再成立新的权利。有的认为，权利是一种观念性的东西，“权利上的权利”在观念上是不可能的。有的认

为，退一步讲，假设“权利上的权利”在观念上是可能的，“权利上的权利”也不是上位权支配下位权的关系，不过是支配下位权的标的罢了，因此下位权不是权利的标的。^[249]甚至有更为激进的观点认为，采用权利标的主义的人必须要能证明在某种意思效力之上又能够存在着其他人的意思效力，而实际上能够明确解释这一点的人根本没有。权利一词本身就包含着混合而且抽象的元素，“权利上的权利”就变得更加复杂，它不包含任何实体的元素，只不过是一个苍白的影像而已，没有任何实际意义。^[250]

赞同权利标的主义的人认为，如果不考虑客观层面的关系，仅仅从主观层面出发，对权利问题的把握也许是有些否定性的认识。但是，如果真的这么仅仅从一个层面考虑，非但权利质权问题无法解释，甚至连最起码的财产性权利应具有让与性这个基本特点也都被否定。所以，上述否定意见并不能解决问题，索性不如把这些抽象性认识的讨论交由法哲学去研究，作为对部门法的研究，我们将注意力更多地放到关注事物的客观表现带给我们的影响。^[251]虽然不能说物作为权利的标的和权利作为权利的标的有同样的意义，但是，因为本来权利标的的这个观念就不是固定、一成不变的东西，所以在某种意义上，承认权利是权利的标的，并非不可以。^[252]另外，从实际情况看，以“权利的权利”或“权利以其他权利作为标的”这样的字样出现在法典上的也不少，如《德国民法典》第876条、《日本民法典》第362条，等等。这说明在现实社会生活中，支持权利标的主义的，还是占据了上风。^[253]

权利标的主义能够概括说明各种具体类型的权利质权，而权利让与主义除了某种个别见解之外，应当说只是就债权质权进行研究并作出其结论的。如今，权利标的主义为多数说。

由于《民法典》把权利质权作为担保物权，没有依质权标的物为债权、不动产收益权、股权、知识产权而将权利质权依次定性和定位为债权、不动产收益权、股权、知识产权，表明采取的是权利标的主义。不过，《担保法》第78条第3款关于“以有限责任公司的股份出质的，适用公司法股份转让的有关规定。质押合同自股份出质记载于股东名册之日起生效”的规定，法释〔2000〕44号第103条第1款关于“以股份有限公司的股份出质的，适用《中华人民共和国公司法》有关股份转让的规定”的规定，又采纳了权利让与主义。鉴于权利标的主义的优点更多，鉴于《民法典》没有表现出权利让与主义，本释评书赞同权利标的主义。

四、权利质权的类型

在《民法典》上，权利质权包括票据质权、债券质权、存款单质权、基金份额质权、股权质押权、知识产权质权、应收账款质权等（第440条）。

它们按照一定标准可有若干分类。以质权的标的物是否为债权，权利质权可分为债权质权和非债权质权。票据质权、债券质权、存款单质权属于债权质权，应收账款质权除了不动产收益权外亦为债权质权。基金份额质权、股权质押权和知识产权质权则为非债权质权。以标的物是否为有价证券所表彰或衍生之物为标准，权利质权可分为有价证券质权和非有价证券质权。票据质权、债券质权、股票质权、仓单质权、提单质权等均为有价证券质权。应收账款质权等为非有价证券质权。

鉴于这些权利质权在设立要件和法律效力方面不尽相同，与其按照债权质权、有价证券质权等传统的叙述方式介绍，仍需在内部分别讨论每种质权，莫不如一开始即逐一讨论各个权利质权，更加清楚简洁。以下按照《民法典》及有关法律、法规及规章规定的票据质权、债券质权、存款单质权、仓单质权、提单质权、基金份额质权、股权质押权、知识产权质权、应收账款质权及法律、行政法规规定可以出质的其他财产权质权的顺序讨论。

第四百四十一条

以汇票、本票、支票、债券、存款单、仓单、提单出质的，质权自权利凭证交付质权人时设立；没有权利凭证的，质权自办理出质登记时设立。法律另有规定的，依照其规定。

本条主旨

本条是关于以汇票、本票、支票、债券、存款单、仓单、提单为客体的权利质权以权利凭证交付或登记时设立的规定。

相关条文

《物权法》第224条 以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，当事人应当订立书面合同。质权自权利凭证交付质权人时设立；没有权利凭证的，质权自有关部门办理出质登记时设立。

《担保法》第76条 以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓

单、提单出质的，应当在合同约定的期限内将权利凭证交付质权人。质押合同自权利凭证交付之日起生效。

法释〔2000〕44号第98条 以汇票、支票、本票出质，出质人与质权人没有背书记载“质押”字样，以票据出质对抗善意第三人的，人民法院不予支持。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条承继了《物权法》第224条的规定，但也有变化：一是删除了《物权法》第224条关于“当事人应当订立书面合同”的要件；二是增加但书，“法律另有规定的，依照其规定”。所谓法律另有规定，如《票据法》第35条第2款规定：“汇票可以设定质押，质押时应当以背书记载‘质押’字样。被背书人依法实现其质权时，可以行使汇票权利。”^[254]

二、票据质权

本条允许以汇票、本票、支票出质，由此可以设立票据质权。

（一）票据质权的概念

票据质权，是指为了担保主债权的实现，作为持票人的债务人或第三人将其票据作为留置财产而设立的质权。

所谓票据，是指发票人依据法律的规定发行的，由自己无条件支付或委托他人无条件支付一定金额的有价证券。^[255]《票据法》所称票据，是指汇票、本票和支票（第2条第2款）。其中，汇票是出票人签发的，委托付款人在见票时或在指定日期无条件支付确定的金额给收款人或持票人的票据，分为银行汇票和商业汇票（《票据法》第19条）。汇票依其记载收款人的形式分为记名汇票和指示汇票。记名汇票，是指出票人在汇票上明确记载收款人姓名的汇票。指示汇票，是指不仅在汇票上记载收款人的姓名，而且记载“或者指定人”字样的汇票。《票据法》不承认无记名汇票，规定未记载收款人名称的汇票无效（第22条第2款）。因而，不得以无记名汇票出质。本票是出票人签发的，承诺自己在见票时无条件支付确定的金额给收款人或持票人的票据（《票据法》第73条第1款）。《票据法》所称本票仅指银行本票（第73条第2款）。一般的企业、事业单位不能签发本票（《支付结算办法》第97条、第100条）。本票依其记载收款人的方式分为

记名本票、指示本票和无记名本票。《票据法》规定，本票必须记载收款人的名称，否则无效（第75条第1款第4项），表明不承认无记名本票。因而，不得以无记名本票出质。支票是出票人签发的，委托办理支票存款业务的银行或其他金融机构在见票时无条件支付确定的金额给收款人或持票人的票据（《票据法》第81条）。支票依其付款方式分为记名支票、指示支票和无记名支票。记名支票，是指在支票上记载收款人名称的支票。指示支票，是指在支票上明确表示收款人的名称，还附有“或者其他指定人”等指示性的文句的支票。无记名支票，是指支票上未记载收款人的名称，或仅记载“来人”等字样的支票。[\[256\]](#)

关于票据质权的法律性质，需要指出的至少有如下几点。

1. 票据质权为有价证券质权

票据属于有价证券，票据质权属于有价证券质权。对其首先适用法律关于票据及其质权的特别规定，在欠缺这些特别规定或特别规定不明确的情况下，还需要适用法律关于有价证券及其质权的一般规定。

2. 票据质权为债权质权

票据为以请求支付金钱为债权内容的金钱证券，票据上体现的法律关系是一种债权债务关系[\[257\]](#)，故票据质权也属于债权质权。

3. 票据质权的标的物必须具有让与性

票据本来以流通性著称，具有让与性乃其天性。在这个意义上说，所有种类的票据均可出质。不过，《票据法》第27条规定，出票人在汇票上记载“不得转让”字样的，汇票不得转让。法释〔2000〕32号第53条进而明确：“出票人在票据上记载‘不得转让’字样，其后手以此票据进行贴现、质押的，通过贴现、质押取得票据的持票人主张票据权利的，人民法院不予支持。”第54条也规定：“依照票据法第三十四条和第三十五条的规定，背书人在票据上记载‘不得转让’字样，其后手以此票据贴现、质押的，原背书人对后手的被背书人不承担票据责任。”因此，以注明“不得转让”的票据质押的，质押无效，当事人不能取得质权。[\[258\]](#)

[\[论争\]](#)

在中国投资银行天津分行诉天津市轻工公司对外贸易公司确认记载“不得转让”字样汇票质权效力案中，主审法院判决设立于记载“不得

转让”字样的汇票上的质权有效。[259]有专家学者也主张，记载“不得转让”字样的汇票出质，并非票据权利的转让，有效与否，应区别情况而定。如果票据记载“不得转让”的本意并非全然否定票据的流通性，只是附有期限等限制的，可认定该质权有效设立。[260]

4. 票据质押行为具有连带性

票据质押的质权人享有的票据权利，既包括付款请求权，也包括追索权。当质权人作为持票人行使付款请求权遭到拒绝后，可以对票据的出票人及其所有前手行使追索权。票据的出票人、背书人、承兑人、保证人等所有在票据上签章的人对持票人承担连带担保付款的责任。持票人可以不依照签章的顺序而自由选择追索的对象，被追索人对持票人受到拒绝承兑或拒绝付款承担无条件给付票据全部金额的责任。[261]

[探讨]

票据质押行为是否具有无因性

(1) 一种观点主张，票据质押行为具有独立性和无因性。票据质押行为和其他票据行为体现在同一张票据上，但是各个票据行为都各自独立产生效力，不受其他票据行为的影响。票据质押行为的有效性不受前面票据行为的影响，即使前面有的票据行为存在瑕疵或无效，如票据上签章的伪造，也只会导致该行为不具有法律上的效力，并不影响所有票据行为的效力，更不会波及票据质押行为的效力，同时票据质押行为的效力也不影响其他票据行为的效力。一般而言，票据质押行为只要具备了法定要件就生效，无论当事人之间设立票据质权的基础合同的效力怎样，也不论双方对质权的担保范围等有何约定，均不影响票据质押行为的效力。质权人实现质权而向付款人请求付款或向前手追索时，付款人和被追索人不得以票据质押的原因关系或质押的主债务无效而抗辩票据债务的承担。但是，出质人若为付款人或被迫索人的，得以票据质押的原因关系或质押的主债务无效而抗辩票据债务的承担。[262]

笔者认为，必须区分票据质押行为和票据质权两个概念。票据质押行为是设立票据质权的行为，在承认物权行为的立法例及其理论上，是指票据质权的设立，为准物权行为；设立票据质权的约定则为债权行为，该债权行为是票据质权设立的原因行为。在德国民法上，设立票据质权的约定有效与否，均不影响票据质权的设立，就是说德国民法及其理论对票据质权的设立采取无因性原则，也可以说票据质押行为具有无因性。

在不承认物权行为的中国《民法典》及其理论上，票据质权的设立为物权变动，但非物权行为，票据质权由票据质押合同加上交付票据设立而成，票据质押合同相当于德国民法理论所谓的债权行为。按照《民法典》及其司法解释，票据质押合同无效或被撤销，票据质权随后要归于消灭，而非不受票据质押合同的效力的影响。在这个层面上，难谓票据质权设立具有无因性。

（2）另一种观点认为，票据质押行为具有文义性。票据质押的意思表示只能以票据上记载的内容为准，无论当事人之间有无其他约定，也无论主债权情况怎样，出质人与质权人之间的权利义务只能依照票据上的文字记载认定，不允许以票据以外的其他方式证明。即使当事人由于疏忽而作了错误记载，仍按照错误记载发生法律效力，所以当事人不得以票据没有记载的内容主张权利或抗辩票据权利。^[263]笔者认为，这个结论符合经背书质押票据的情况，但对于未经背书的票据质权则有所不当，因为后一种票据质权要由质押合同及交付的票据来证明，票据质权的若干内容也要由质押合同的条款确定。如此，笼统地主张票据质押行为一律具有文义性，颇有以偏概全之嫌。

（二）票据质权的设立

票据质权的设立，依据《民法典》第441条的规定，需要当事人之间有设立票据质权的意思表示。需要出质人将票据（权利凭证）交付给债权人，或是通过背书的方式；没有权利凭证的，质权自办理出质登记时设立。

[辨析]

票据质押合同是实践合同还是诺成合同

关于票据质押合同为诺成合同还是实践合同（要物合同），存在着分歧。《担保法》采取了实践合同说（第64条第2款），有学者据此解释。^[264]对于质押合同为实践合同，有学者论证其合理性：留置财产的移交是质押合同中最关键的因素，是质押合同最重要的外在体现，是其他权利义务产生的前提和必要条件，如无留置财产的移交，则该合同的一切权利义务都将成为空谈。从实践来看，多数权利质押合同在本质上均具有实践合同的特征，如债权质权在设立时要交付债权证书，票据在设质时需要将背书设质后的票据交付给债权人。不过，与动产质权相比，权利质押合同的“要物性”已经很弱，因为在债权质押中，出质人移交的债权证书仅是债权的凭证，债权人即使无该证书也可能接受债务人的清偿，这与动产质押中质权人对留置财产

的绝对的物理上的控制力相比要弱得多，甚至我们可以说这种“要物性”往往是象征性的，只是在有价证券质押中，其“要物性”才体现得比较强烈。^[265]反对说则主张，质押合同在留置财产移转前并非不发生效力，《担保法》第64条第2款关于“质押合同自质物移交于质权人占有时生效”的规定，显然将质押合同的生效与质权的设立混为一谈了。^[266]

笔者认为，《担保法》上的质押合同的确为实践合同，但《物权法》上的则不然。按照《物权法》第224条的文义及规范意旨，以及第15条区分物权变动与其原因行为的规定，应当承认质押合同为诺成合同。至于留置财产的交付或票据等权利凭证的交付，属于质权设立（物权变动）的生效要件，不再是质押合同（物权变动的原因行为）的成立要件和生效要件。质押登记亦然。《物权法》将质押合同定性和定位于诺成合同具有如下优点：（1）明确区分了质权设立和引发质权产生的法律事实——质押合同，划清了物权法和债法各自管辖的领域，体系上更为严密，理论上更为清晰，法律效果更为理想。

（2）质押一经成立，一般即发生法律效力，出质人违反诚实信用原则，拒不交付留置财产或票据等权利凭证，债权人可以基于有效的质押合同请求出质人履行交付留置财产或票据等权利凭证的义务，最终使质权设立；反之，若采取质押合同为实践合同说，把交付留置财产或票据等权利凭证作为质押合同的成立要件或生效要件，一旦出质人拒不交付留置财产或票据等权利凭证，或拒不配合办理质押登记，质押合同即未告成立或不具有法律效力，债权人无法依据质押合同请求出质人履行交付留置财产或票据等权利凭证的义务，也就难以使质权设立。将质押登记作为权利质权设立的生效要件，而非质押合同的成立要件和生效要件，其优点也是如此。（3）把质押合同定性和定位在诺成合同，在出质人拒不交付留置财产或票据等权利凭证时，构成违约，而非合同不成立或不生效，有利于债权人（质权人）追究出质人的违约责任。把质押登记作为权利质权设立的生效要件的优点同样如此。反之，而按照实践合同说，在出质人拒不交付留置财产或票据等权利凭证，质押合同不成立或不具有法律效力，债权人无法基于质押合同请求出质人继续履行移交留置财产或交付票据等权利凭证的义务，只好追究出质人的缔约过失责任。而缔约过失责任场合，债权人无法主张违约金条款，赔偿范围不会是履行利益的损失。正因如此，《民法典》承继了《物权法》的规定和精神。

还应看到，德国、中国台湾地区的立法及其学说主张质押合同为要物合同，日本有学者如此沿袭，与其区分物权行为和债权行为密切相关，特别是坚持质押合同作为物权行为的学说，把质押合同定性为要物合同，更是顺理成章。当然，在区分质押合同和质权设立的学说

中，把质押合同认定为要物合同仍有疑问。在中国现行法上，没有物权行为制度，但承认物权变动，《民法典》把留置财产的交付或票据等权利凭证的交付作为物权变动的生效要件了，质押合同自双方合意成立，一般情况下同时生效。如此，质押合同应为诺成合同无疑。

（三）票据质权设立所需要的票据交付形式

《票据法》既不承认无记名汇票，又不承认空白背书票据，因此，不准许以单纯交付的方式转让汇票，只承认记名汇票，于是，汇票转让在现行法上只能采取背书交付的方式。对于本票，也只承认记名本票，所以，本票亦只能通过背书交付的方式而转让。^[267]由于票据质权的设立相似于票据权利的转让，票据质权设立所需要的票据交付，在汇票质权、本票质权的设立场合目前似应采取背书交付的方式。在这种背景下，《民法典》仍然规定票据质权的设立以权利凭证的交付为生效要件，没有刻意排除单纯的票据交付方式，可理解为给《票据法》修订时放宽到承认不记名汇票和不记名本票预留空间。

实务中，票据质权的设立多要背书记载“质押”字样。对于该背书的地位及作用，法释〔2000〕44号第98条规定：“以汇票、支票、本票出质，出质人与质权人没有背书记载‘质押’字样，以票据出质对抗善意第三人的，人民法院不予支持。”就此看来，背书并非票据质权设立的生效要件，而是对抗要件。没有背书但已经交付了票据（权利凭证）的，票据质权照样设立，只是不得以该质权对抗善意第三人。该项司法解释与《民法典》第441条的规定不矛盾。其实，按照《担保法》及其司法解释的规定，记名汇票、记名本票作为标的物设立质权，票据的交付实际上是背书交付，记名汇票质权和记名本票质权成立了，不但约束着当事人各方，同时具有对抗第三人的效力。依据《票据法》及其司法解释的规定，记名汇票、记名本票必须背书交付，记名汇票质权和记名本票质权才设立，一经设立，不但约束着当事人各方，同时具有对抗第三人的效力。如此解释的理由将在下文[探讨]中陈述。

[探讨]

需要注意，关于票据质权的设立，《票据法》第35条第2款规定：“汇票可以设定质押；质押时应当以背书记载‘质押’字样。被背书人依法实现其质权时，可以行使汇票权利。”就其文义观察，背书为汇票质权设立的生效要件。法释〔2000〕32号贯彻并细化了《票据法》的前述规定：“依照票据法第三十五条第二款的规定，以汇票设定质权时，出质人在汇票上只记载了‘质押’字样未在票据上签章的，或者出质人未在汇票、粘单上记载‘质押’字样而另行签订质押合同、质

押条款的，不构成票据质押”（第55条）。

至此可知，票据法将背书作为汇票质权设立的生效要件，而物权法则把背书作为票据质权对抗第三人的要件，两个领域的法律态度不一。如何解决，观点不一。有主张以对抗要件主义为准的，理由有二：（1）法释〔2000〕32号第55条的规定与《担保法》第76条的规定不符。《担保法》未规定质押背书为权利质权的取得要件，《票据法》也未规定未作“质押背书”的质押无效，因此，仅凭未作质押背书认定债权人不能取得质权无法律依据，也就是将质押背书作为票据质权设立要件没有法律根据。法释〔2000〕44号第98条将质押背书作为票据质权的对抗要件，不违反《担保法》第76条后段关于“质押合同自权利凭证交付之日起生效”的规定，也不违反《票据法》关于质押背书的规定，已经照顾到《票据法》对背书质押的要求。（2）根据《票据法》的规定，背书并非取得票据权利的唯一方式，不能仅凭无背书即否定票据权利。票据既可以因背书转让而取得（第27条），也可以因继承、赠与、税收取得（第11条第1款），甚至在没有背书的时候，权利人也可以依法证明自己的票据权利（第31条第1款）。因此，仅凭无背书即否定票据权利的认识，也不符合《票据法》的规定。^[268]该项结论的精神在《民法典》实施后也不会改变。

在出质人以出质为目的将票据直接交付给质权人，但未背书，票据质权虽然成立，但因其不符合《票据法》关于设质背书的要求，故不能产生票据法上的效力。质权人行使票据权利时，票据上除出质人以外的所有当事人都可以依背书不连续、持票人无法证明其权利来源合法为由抗辩持票人（即质权人）的付款或追索请求。由于法律规定得不明确，于此场合容易引起出质双方关于质权如何实现的纠纷。一般而言，质权人无法自己兑现票据、取得票款并优先偿付自己的债权，票据质权的实现有赖于出质人的协助，即要求出质人依票据法兑现票据，并将票款交付给质权人。然而在司法实践中，这种法律上的要求并不能保证每个出质人都能自觉地协助质权人，如果不设计一种外力救济途径，质权可能落空。有鉴于此，在出质人拒绝协助质权人实现其质权的情况下，应当赋予质权人基于质押合同向法院起诉的权利。法院审查质押合同的内容，以及票据转移占有的事实，如确认票据质权合法无误，则应判决质权人代行出质人的票据权利。质权人凭票据和人民法院的判决书向票据债务人行使付款或追索权时，该债务人应再无权抗辩。由于这种未背书的票据质押不能产生票据法上的效力，因而就无所谓票据原因关系与票据关系的划分。^[269]该项结论的精神在《民法典》实施后也不会改变。

在笔者看来，由于《票据法》仅承认记名汇票、记名本票，而记

名汇票和记名本票的转让都必须采取背书交付的方式，记名汇票质权和记名本票质权的设立就均为背书交付权利凭证。在这个领域内，《民法典》及其司法解释与《票据法》及其司法解释关于背书在票据质权设立中的地位及作用实质上亦无差异。详细些说，记名汇票、记名本票作为标的物设立质权，票据的交付实际上是背书交付，记名汇票质权和记名本票质权成立了，不但约束着当事人各方，同时具有对抗第三人的效力。依据《票据法》及其司法解释的规定，记名汇票、记名本票必须背书交付，记名汇票质权和记名本票质权才设立，一经设立，不但约束着当事人各方，同时具有对抗第三人的效力。

（四）票据质权的效力

1. 票据质权所担保的债权范围

票据质权的担保范围，包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现质权的费用，除非质押合同另有约定（《民法典》第389条）。一般地说，票据质权不存在保管留置财产的问题，也就没有票据质权的效力及于留置财产的保管费用、因留置财产隐蔽瑕疵造成的损害赔偿金的问题，但是，质权人若把入质的票据委托给他人保管，需要支付必要的保管费用，该费用应包含在票据质权担保的范围之内。

2. 质权效力所及的标的物范围

票据质权的效力及于票据权利，不成问题。票据权利的内容就是到期由票据债务人支付票据所记载的金额，不存在类似一般民事债权的利息、股票持有人的新股优先认购权等孳息，所以，无所谓票据质权的效力及于票据孳息可言。

3. 出质人的权利义务

（1）处分权受到限制。票据质权的设立不同于票据权利的转让，出质人的权利主体资格并未被剥夺，对入质的票据权利，出质人依然享有处分权。只不过为了质权人的利益，需要限制此类处分权，表现在如下方面：1）由于票据是完全有价证券，权利随票据，只要质权人持有票据，出质人就不能依法律行为消灭质权。2）票据是文义证券，票据权利的变更只能通过更改票据上的文字来实现，质权人虽然现实地持有票据但却不具备更改权，有更改权的票据债务人却未持有票据，因此，未经质权人的同意，也不可能变更票据权利。3）由于质权人持有票据，未获其同意，票据质权的出质人不可能转让票据权利。而以股权、知识产权供作质押的，则出质人完全具有不经质

权人同意而径直处分入质权利的可能性。票据质权的出质人的处分权在实践中是不可能实现的。^[270]

(2) 容忍票据质权人兑现票据并就兑现款项提前受偿或提存。这将在释评《民法典》第442条时再论，此处不赘。

(3) 担保债权已届清偿期，债务人已经适当清偿了债务，担保债权消灭，质权随之消灭，出质人有请求质权人返还票据的权利。

(4) 担保债权已届清偿期，债务人不履行债务，质权人依法行使质权，若票据金额超过了被担保债权的数额，出质人对于多余的票款有返还请求权。

4. 质权人的权利义务

(1) 概述

票据权利的内容就是到期由票据债务人支付票据所记载的金额，不存在类似一般民事债权的利息、股票持有人的新股优先认购权等孳息，所以，票据质权人没有收取所谓票据孳息的权利。

(2) 票据的留置权

票据质权人占有出质的票据，在主债务人不履行到期债务之前，质权人有权留置该票据。

(3) 转质权

票据质权场合，质权人享有转质权，其理由在于：1) 质权设立后，票据从出质人转移至质权人，如果不允许质权人转质，无疑使入质的票据权利无法再流转，必然阻碍效率的实现；2) 转质的效果是转质权人取得了较质权人对入质的权利更优先的支配力，实际上等于限制了质权人的权利，对出质人的利益并无大的影响，更何况立法在规定转质权的同时都规定了质权人对留置财产因转质发生损害的赔偿责任，所以，转质并不会损害出质人的利益。承诺转质，因获得了出质人的同意更应该被承认。^[271]

(4) 票据质权的保全权

在基于质押合同设立质权的场合，质权人只能通过质押合同以及主债权到期未获清偿的事实证明自己的权利，而非通过背书连续能够在形式上证明自己为票据权利的票据权利人，于是，在票据质权实行

的条件尚未具备的情况下，质权人并不当然地有权行使票据权利，也就不可能行使追索权。在出质人的行为足以造成入质权利的价值减少而危及质权人的权益的场合，为保全入质的票据权利，只能请求出质人另行提供担保，或请求出质人行使期前追索权，并将出质人获得的追索金额提存或用以提前清偿。当然，在质权实现的条件具备而票据仍未到期时，质权人因其有权行使票据权利，就可以行使期前追索权。^[272]

（5）物权请求权

在票据被他人无权占有、票据质权受到妨害或有妨害之虞时，票据质权人有权行使物权请求权。

（6）行使票据权利

票据质权人的权利，按照权利让与主义，就是票据权利本身，出质人于设立票据质权时已经把票据权利移转给质权人了；依据权利标的主义，票据质权的设立并未移转票据权利，只是在质权实行时，质权人可以行使票据权利。《票据法》第35条第2款后段规定：“被背书人依法实现其质权时，可以行使汇票权利。”由此表明采取的是权利标的主义，票据质权人是以自己的名义为自己的利益而行使票据权利。对此，本释评书予以遵循。

[引申]

票据质权人行使票据权利，究竟是作为出质人的代理人行使，还是类似《民法典》第535条以下规定的债权人代位权那样，以自己的名义代位行使出质人的票据权利，法无明文，需要探讨。由于前者需要适用代理的规定，意味着质权人行使票据质权须在不少方面受制于出质人，显然不利于质权人，也不符合实务运作的情况，本书采取代位行使说。

（7）对抗票据债务人抗辩

票据质权人（被背书人）有权对抗票据债务人援用其对背书人（出质人）的抗辩，除非票据质权人（被背书人）在取得票据时存在着有害于背书人的故意。这在票据法理论上称为切断人的抗辩。设质背书的被背书人（票据质权人）是以自己的名义为自己的利益行使票据权利，背书人（出质人）和被背书人（票据质权人）是在票据法上人格与利益分离的两个独立的主体，票据债务人不能像委任取款背书一样以对背书人的抗辩事由来对抗被背书人。如日内瓦《汇票和本票

统一法公约》第19条第2款规定：“汇票债务人不得以自己与背书人个人之间所存在之抗辩事由，对抗执票人”。其理由在于，设质背书的目的是以票据权利的安全性和信用性作为设质债务的担保，如果允许以对背书人的抗辩对抗被背书人，使其妨碍质权的行使，就破坏了票据作为权利证券的安全性和作为流通证券的信用性，与票据行为的独立性原则不相吻合，票据作为设质标的就失去其特有的意义了。[273]

（五）票据质权的实现

票据质权的实现，以主债务人不履行到期债务致使票据质权人（主债权人）的担保债权未获清偿为条件，或以当事人约定的实现票据质权实现的情形为条件。一般而言，当以上条件成就时，票据质押权人实现质权的方式主要有如下几种。

1.向付款人请求付款，并以所得款项优先满足自己的债权。当主债务已届清偿期、票据也到期时，票据质权人作为主债权人，即可以依背书的连续性证明自己权利的存在，持票据提示付款人付款。如果该票据已经付款人、第三人承兑或保付，承兑人、保付人则成为票据主债务人，负有绝对保证票据兑付的义务，其余债务人则退居其次而成为第二债务人。若票据主债务人拒绝付款，票据质权人可以直接向法院起诉，要求其履行票据义务，而不必马上行使追索权。如果付款人、承兑人或保付人将票款支付给票据质权人，在票据法上，票据质权关系便已结束。当然，票据质权人只能获得与其主债权相等的金额，其余的则须退还给出质人。[274]

2.行使票据追索权，并以所得款项优先满足自己的债权。当票据到期未获付款，或在到期日前不获承兑，或有其他法定原因时，票据质权人在进行了行使或保全票据权利的行为后，可以向其前手追索，请求偿还票据金额及其他法定款项。由于票据关系人发行、转让、质押票据所连带的担保责任其实只是对内的一种连带关系，相对于付款人、承兑人来说则只是一种补充担保，所以只有当票据付款请求权不能实现或无法得到满足时，持票人才能行使追索权，使其前手连带承担担保责任。正因为如此，可以认为，追索权是付款请求权的一种补充或保障性权利，为第二次请求权，它有效地起到了保障票据债权安全流通、票据制度规范运行的作用。倘若票据质权人能够通过行使追索权而获得票款，则可优先满足自己的债权，即使是对出质人行使追索权时也是如此。追索的标的是票据所载的全部票款，而不是主债权的数额，因此票据债务人不能以主债权数额小于票面金额予以抗辩。不过在所有的被追索对象中，只有出质人可以依票据原因关系的瑕疵而抗辩质权人的票据追索权。[275]

（六）票据质权的消灭

票据质权所担保的债权消灭、票据权利消灭、质权人将票据返还与出质人、质权人抛弃票据质权等事由出现，票据质权归于消灭。

三、债券质权

（一）债券质权的概念

债券质权，是指以债券为标的物而设立的质权。

债券是指由政府、金融机构或企业为了筹措资金而依照法定程序向社会发行的，约定在一定期限内还本付息的有价证券。它包括政府债券、金融债券和企业债券。政府债券在中国又称国库券，即由政府为筹措资金而向投资者发行的一种债券。金融债券是由金融机构发行的债券。企业债券是由企业发行的债券。^[276]

债券，表示着一定的债权，因而，债券质权属于债权质权。债券，为有价证券的一种，所以，债券质权属于有价证券质权。

（二）债券质权的设立

债券质权的设立，依据《民法典》第441条的规定，需要出质人将债券（权利凭证）交付给债权人（质权人），债券质权自债券（权利凭证）交付债权人（质权人）时设立。

诸如记账式国库券、在证券交易所上市交易的公司债券等债券，均因实现无纸化而没有权利凭证，它们出质，依据《民法典》第441条后段的规定，需要到有关机构进行出质登记，债券质权自该登记机构办理出质登记时设立。由于《民法典》第214条规定物权变动自记载于不动产登记簿时发生效力，债券质权自登记机构将债券质押的信息记载于登记簿时设立。

需要指出，《公司法》规定：“公司债券在证券交易所上市交易的，按照证券交易所的交易规则转让”（第159条第2款）。“记名公司债券，由债券持有人以背书方式或者法律、行政法规规定的其他方式转让；转让后由公司将受让人的姓名或者名称及住所记载于公司债券存根簿”（第160条第1款）。“无记名公司债券的转让，由债券持有人将该债券交付给受让人后即发生转让的效力”（第160条第2款）。第160条的规范意旨，在于保护第三人不因公司债券的转让而受不测的损害，以维护交易安全。按照权利标的主义，债券质权的设立虽然与债券转让有所区别，但具有类似性，应当类推适用债券转让的有关规

定。在公司债券出质的问题上，《民法典》第441条后段的规定为普通法，《公司法》第160条的规定为特别法，应当优先适用。^[277]其中，记名公司债券质权的设立，不但需要签订质押合同，而且需要出质人在公司债券上记载“质押”字样或履行法律、行政法规规定的其他方式，还要将质权人的姓名或名称记载于公司债券存根簿。出质人和质权人没有背书记载“质押”字样，以债券出质对抗公司及其他第三人的，人民法院不予支持（法释〔2000〕44号第99条）。

还需说明，将债券出质的事实通知第三债务人，不是债券质权设立的生效要件，而是债券质权拘束债务人的要件，换句话说，若不为设立债券质权的通知，第三债务人可以拒绝质权人关于清偿被担保债权的请求。

（三）债券质权的效力

1. 债券质权所担保的债权范围

关于债券质权所担保的债权范围，质押合同有约定的，依其约定；没有约定的，包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金（《民法典》第389条），以及由他人有偿保管债券时产生的必要费用。

2. 债券质权的效力所及的标的物范围

债券债权本身及其利息，债券债权遭受侵害所产生的损害赔偿金，应属于债券质权的效力所及的标的物范围。如果债券附有从证券且在出质时交付债权人了，此类从证券亦为债券质权的效力所及。

3. 质权人的权利

（1）债券的留置权

在出质人已将出质债券交付债权人（质权人）、被担保债权尚未获得清偿的情况下，质权人有权留置该债券。

（2）利息的收取权

债券产生的利息，质权人享有利息收取权（《民法典》第446条、第430条）。

（3）转质权

质权人有权准用《民法典》第434条的规定，将债券转质。

（4）入质债券的保全权

出质人的行为造成入质债券的价值明显减少，足以危害质权人权利的，可准用《民法典》432条的规定，质权人有权要求出质人提供相应担保；出质人不提供的，质权人有权与出质人协议将入质债券提存。

（5）物权请求权

在入质债券被他人无权占有、债券质权受到妨害或有妨害之虞时，债券质权人有权行使物权请求权。

（6）提前受偿或提存权

这将在释评《民法典》第442条时再论，此处不赘。

（7）享有债券的担保利益

入质债券附有质权或保证时，债券债权为主权利，质权、请求保证人承担保证责任的权利等为从权利。根据担保权的效力及于担保物的从权利的原理，债券质权的效力及于这些担保利益。如此，在入质债券的兑现日期届满后，第三债务人拒不付款，债券质权人有权代入质债券债权人之位而行使附属于债券上的担保权，可以直接请求债券债权的保证人予以清偿，或就担保债券债权的留置财产的变价，使其债权优先受偿。

（8）别除权（涤除权）

在债券债权人进入破产程序时，债券质权人可以就已经入质的债券主张行使别除权（涤除权），要求不将该部分财产权利列入破产财产范围。

（9）债券质权的实行权

在主债务人不履行到期债务致使被担保债权未获清偿时，债券质权人有权实行质权，就入质债券为处分：入质债券的兑现日期先于被担保债权的，质权人有权请求债券债权人提前清偿或予以提存，已如上述，此处不赘；债券债权已届兑现期的，质权人有权直接请求第三债务人付款，并就此享有优先于债券债权人和一般第三人受偿的权利。

债券的金额超过被担保债权的部分归出质人所有，不足部分由主

债务人清偿（《民法典》第446条、第438条）。

4. 债券质权人的义务

（1）保管义务

债券质权人对其占有的入质债券应尽善良管理人的注意予以保管。

（2）通知义务

债券质权的实现，取决于第三债务人的清偿，因而应当将债券质押的事实通知第三债务人，若未通知，则不具有对抗该第三债务人的效力，该第三债务人仍然可以向债券债权人付款，无须对债券质权人负担任何责任。只有这样，才能较为公正地平衡各方当事人的利益关系。由此导出债券质权人负有将债券质押的事实通知给第三债务人的义务。质权人怠于通知，第三债务人有权向债券债权人付款，除非能够证明该第三债务人为恶意。

需要注意，由于债券质权自债券交付或有关部门办理出质登记时设立，表明质权人将债券出质的事实通知第三债务人不是质权的生效要件，只是质权设立后于质权实行时请求第三债务人付款的条件。从第三债务人的角度观察，在质权人怠于通知时，第三债务人得以此向质权人为有关的抗辩，如在第三债务人已经向债券债权人付款时，其债务消灭，可以对抗质权人关于付款的请求。

债券质权人对第三债务人还负有另一通知义务，即，在主债务人不履行到期债务致使担保债权未获清偿时，债券质权人有义务通知第三债务人向自己付款。

（3）消除对债券债权的限制

在主债务人适当清偿担保债务、质权人放弃债券质权等事由导致质权消灭的情况下，质权人应当消除对债券债权的限制，如及时返还债券或及时办理注销登记等。

（4）赔偿损失

债券质权人对债券债权人承担损害赔偿责任的的情况有如下两种：

- 1) 在债券质权存续期间，未经出质人同意却转质，给债券债权人（出质人）造成损失的，债券质权人应当赔偿其损失（《物权法》第446条、第434条）。
- 2) 债券质权人怠于行使质权，给债券债权人

(出质人)造成损失的,应当赔偿其损失(《民法典》第446条、第437条第2款)。

(5) 不当得利返还

债券质权的行使,超过了被担保债权的范围,就该超出部分构成不当得利,债券质权人应予返还(《民法典》第985条以下)。

(四) 债券质权的消灭

债券质权所担保的债权消灭、债券债权消灭、质权人将债券返还与出质人、质权人抛弃债券质权等事由出现,债券质权归于消灭。

四、存款单质权

(一) 概述

存款单,简称为存单,是指存款人在银行等储蓄机构存了一定数额的款项后,由该银行等储蓄机构开具的到期还本付息的债权凭证。
[278]

[扩展]

1.存款单分为记名存单和不记名存单,记名存单可挂失,不记名存单不可以挂失。可以设立质权的存款单主要是指各类定期存款单,因为活期存款可以随时存取,没有必要设立质权。

实践中,使用存单质押的情形主要包括三种:(1)大额可转让定期存单的质押。所谓大额可转让定期存单,是指一种固定面额、固定期限、可以转让的大额存款凭证(《大额可转让定期存单管理办法》第2条)。银行目前对城乡居民个人发行的大额可转让定期存单,其面额包括1万元、2万元、5万元三种;而对企业、事业单位发行的大额可转让定期存单,其面额包括50万元、100万元、500万元三种。大额可转让定期存单采用记名方式发行,采用背书方式转让,转让次数不限,背书应当连续。(2)单位定期存单质押。这里的单位定期存单,是指借款人为办理质押贷款而委托贷款人依据开户证实书向接受存款的金融机构申请开具的人民币定期存款权利凭证(《单位定期存单质押贷款管理规定》第3条第1款)。(3)个人定期储蓄存款存单质押。此种个人定期储蓄存单仅限于中国境内的居民未到期的整存整取、存本取息、华侨人民币、大额可转让定期存单(记名)和外币定期储蓄存款存单(《个人定期储蓄存款存单小额抵押贷款办法》第4条)。
[279]

2.存折不宜质押，因为活期储蓄可以随时支取，满足存款人的需要。[280]

存单为债权凭证，反映着一定的还本付息请求权，因而存单质权为债权质权。存单是一种证券，所以存单质权同时为证券质权。

[辨析]

存款单质权不同于实务中存在着的账户质权。所谓账户质权，不得望文生义地将之界定为以账户为标的物而设立的质权，因为账户是一个会计概念，属于经济学范畴，其作用是为企业等提供一个资金往来的载体，便于国家对企业及相关人员进行税收等必要的管理；账户本身不具有交换价值，不属于可以流通的财产性资源，不代表财产性权利。还有，从实际情况看，一个企业的账户数目也并无严格限制，而且申请开立账户亦决非难事，由此使得账户本身不具有价值和交换价值。所谓账户质权，指的是这样的质权：借款人或第三人以未来预期可能获得的收入（一般是较为稳定的收费收入等）作担保，在贷款银行开立唯一的收费等经济往来账户，由贷款银行对该账户进行日常监管，一旦出现债务人不能按期还款的情况，贷款银行有权直接从该收费账户中扣划资金。可见，账户质权，实际上不是真正地用特定账户来担保债权的实现，而是以特定账户中的资金作为留置财产，担保债权实现的质权。[281]

在界定了特定账户里的资金数额并为特定债权提供担保的情况下，此类账户质权实际上是以一定数量的资金为标的物的金钱质权（法释〔2000〕44号第85条）。[282]

在质押合同仅仅规定以某账户质押，并未特定其中的资金，则由于账户资金是流动的，在出质人为企业、个体工商户、农业生产经营者情况下，可依据《民法典》第396条的规定，以浮动抵押权论处。

在其他情况下，所谓的账户质权可按照债权对待。

（二）存款单质权的设立

本条规定，以存款单出质的，出质人和债权人（质权人）应有其意思表示，存款单质权自出质人将存款单交付债权人（质权人）时设立。

在实务操作中，以存款单出质的，依次进行如下作业：出质人和

债权人（质权人）签订质押合同，出质人在存款单上背书，债权人（质权人）进行核押，甚至进行登记。^[283]

所谓存款单核押，是指债权人（质权人）将存款单质押的情况告知开具存款单的储蓄金融机构，并就存款单的真实性向储蓄金融机构咨询，储蓄金融机构对存款单的真实性予以确认，并在存款单上签章或以其他方式签章的行为。其法律意义在于，开具存款单的储蓄金融机构对存款单的真实性进行确认，并且一经确认，无论出质人实际存款的情况如何，均应推定存款单为具有完全权利内容的权利凭证，可以成为合法的质权标的物。存款单出质核押也是在向开具存款单的储蓄金融机构为质权设立的通知，储蓄金融机构被告知存款单出质的事实之后，存款人就成为“虚有权利人”，开具存款单的储蓄金融机构就不得再向存款人支付存款单载明的款项，更不允许挂失该存款单。如果开具存款单的储蓄金融机构核押后又受理挂失并造成存款流失的，应当承担民事责任（法释〔2000〕44号第100条）。^[284]

[探讨]

1.以虚开的存款单质押，以伪造、变造的虚假存款单质押的效力

所谓伪造、变造的虚假存款单，是指确属储蓄金融机构出具的但无实际存款内容的或与实际存款不符的真实存款单。无实际存款内容的存款单，即空存单。与实际存款内容不符的存款单，即套取的存款单。

对于此类存款单，法释〔1997〕8号第8条规定，存单持有人以伪造、变造的虚假存单质押的，质押合同无效。接受虚假存单质押的当事人如以该存单质押为由起诉金融机构，要求兑付存款优先受偿的，人民法院应当判决驳回其诉讼请求，并告知其可另案起诉出质人（第1款）。存单持有人以金融机构开具的、未有实际存款或与实际存款不符的存单进行质押，以骗取或占有他人财产的，该质押关系无效。接受存单质押的人起诉的，该存单持有人与开具存单的金融机构为共同被告。利用存单骗取或占用他人财产的存单持有人对侵犯他人财产权承担赔偿责任，开具存单的金融机构因其过错致他人财产权受损，对所造成的损失承担连带赔偿责任。接受存单质押的人在审查存单的真实性上有重大过失的，开具存单的金融机构仅对所造成的损失承担补充赔偿责任。明知存单虚假而接受存单质押的，开具存单的金融机构不承担民事责任（第2款）。以金融机构核押的存单出质的，即便存单系伪造、变造、虚开，质押合同均为有效，金融机构应当依法向质权人兑付存单所记载的款项（第3款）。

2.以借用的存款单质押的效力

借用他人的存款单，以该他人的名义出质的，应当视构成要件而后决定适用代理或无权代理或表见代理的规定，来确定质押合同的效力，进而确定质权是否设立。

借用他人的存款单，以自己的名义出质，且存款单的所有权人与出质人（存款单的持有人）的姓名不一致的，出质人出示了对该存款单享有处分权的确凿证明，质押合同不因此而无效；出质人不能出示对该存款单享有处分权的确凿证明，质押合同也不因此而无效。

（三）存款单质权的效力

存款单质权的效力与前述债券质权的效力大体相当，不再赘述。需要指出的是，存款单到期后予以转期，而换发定期存款单的存款债权，仍为存款单质权的效力所及。^[285]

（四）存款单质权的实现

主债务人不履行到期债务致使被担保债权未获清偿，或当事人约定的实现存款单质权的条件成就，质权人可行使质权，直接向存款单债务人——开具存款单的储蓄金融机构——请求兑付，使其被担保债权就存款单兑付的款项优先获得清偿。假如该储蓄金融机构拒绝兑付存款单，质权人可向该储蓄金融机构提起给付之诉。^[286]法释

〔2000〕44号第106条规定：“质权人向出质人、出质债权的债务人行使质权时，出质人、出质债权的债务人拒绝的，质权人可以起诉出质人和出质债权的债务人，也可以单独起诉出质债权的债务人。”

存款单的金额超过被担保债权的部分归出质人所有，不足部分由债务人清偿（《民法典》第446条、第438条）。

（五）存款单质权的消灭

存款单质权所担保的债权消灭、存款单债权消灭、质权人将存款单返还与出质人、质权人抛弃存款单质权、质权人依其意思丧失对存款单的占有又不能依法请求返还等事由出现，存款单质权归于消灭。

五、仓单质权

（一）仓单质权的概念

所谓仓单质权，是指以仓单为标的物而设立的质权。

仓单，是指仓库的保管人应寄托人（存货人）的请求所填发的证明寄托人（存货人）所寄存物品的一种有价证券。仓单一般记载如下内容：寄托人的姓名及住址，保管场所，寄存物品的种类、名称、数量、质量，仓单填发地及填发时间，保管期限，保管状况，保管费用等。仓单是一种有价证券，要行使仓单上的权利，必须持有仓单。
[287]

关于仓单的立法模式主要有两单主义、一单主义和并用主义三种。所谓两单主义，是指保管人同时填发两仓单，一为提取仓单，一为出质仓单。前者用来提取寄存物，可以转让；后者用来出质，可作为债权担保。其理由为，寄托人（存货人）可以先以出质仓单来出质，以便筹措现款，然后以提取仓单待价而沽，所以出质和转让并行不悖。如果只有一单，则出质后无法转让。[288]法国、比利时和意大利等国的立法例采取此项主义。所谓一单主义，是指保管人仅填发一份仓单，可同时作为转让和出质之用。其理由为，如果采用两单主义，两单分别流通时，则提取仓单持有人常担心出质仓单所担保的债权未获清偿致使仓储物或保管物有被拍卖的危险；而出质仓单持有人也担心两单所载数额不符，难免不安。还有，在两单主义下，虽然先质后卖，但出质后一般都不易再卖，所以实际上两单等同于一单。

《德国商法典》采取一单主义（第424条）。所谓并用主义，是指根据存货人的选择，请求填发两单或一单。《日本商法典》采取此种模式（第627条）。[289]这种制度叠床架屋，徒滋纷扰，并无实益。所以，在实务中采取的是单一主义。[290]中国法律采取的是一单主义，即保管人应存货人的请求仅填发一仓单，而不须填发两个仓单。该仓单作为提取保管物的凭证，既可以转让也可以出质。[291]

关于仓单质权的性质，素有争论。有主张仓单质权为动产质权的，理由在于，仓单为表示所代表的物品的有价证券，占有证券与占有物品有同一效力，故仓单质权为动产质权。[292]也有认为仓单质权为权利质权的，理由在于，仓单等有价证券所表示的物品仅得依其证券来行使权利，况民法将有价证券出质一概归于权利质权，故仓单质权应为权利质权。[293]有学者进一步论证道，以仓单出质实际上是以仓单上所附载的对保管人的请求权出质，因为寄托人有权请求保管人履行对货物的保管义务并在合同到期后将货物交付寄托人，所以仓单所代表的权利可视为一种债权。以仓单出质实际上属于证券债权质权。[294]《民法典》把仓单质权放在权利质权中规定（第440条以下），可见采取了权利质权说。

（二）仓单质权的设立

依据本条的规定，以仓单为标的物设立质权时，出质人和质权人

应有以仓单出质的意思表示，出质人将仓单（权利凭证）交付质权人，仓单质权设立。

[讨论]

《民法典》规定，仓单是提取仓储物的凭证。存货人或仓单持有人在仓单上背书并经保管人签字或盖章的，可以转让提取仓储物的权利（第910条）。否则，不发生转让的效力。权利质权的设立应当遵循权利让与的规则，所以，以仓单出质的，除当事人之间的出质合意、背书和交付外，还需要以保管人的签字或盖章为必要条件。^[295]

笔者认为，从交易安全、有价证券流通的通例等方面考虑，这种意见确有道理，但依据《民法典》及其理论，却难获赞同。其原因在于：（1）权利标的主义而非权利让与主义为今日通说，如此，仓单转让和仓单出质存在着区别，仓单出质并非仓单（权利）的转让。因而，仓单出质并非当然地适用《民法典》第910条的规定。（2）《民法典》（第441条）为仓单质权设立要件的权威性条文，均未把背书、保管人的签字或盖章作为仓单质权设立的必要条件。上述观点违反了《民法典》的强制性规定。当然，站在立法论的立场，在仓单上记载“质押”字样，作为质权设立的生效要件，较为可取。

不过，应当注意，《民法典》第441条的规定没有区分无记名证券、记名证券和指示证券，一律以交付有价证券为质权设立的生效要件，不尽合理。仓单出质，背书为妥；未经背书，不得对抗第三人。^[296]这种意见值得重视。

（三）仓单质权的效力

1. 仓单质权所担保债权的范围

仓单质权所担保债权的范围，当事人之间有约定的，依其约定；无约定的，按照《民法典》第389条的规定确定，包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金。如果质权人将仓单委托他人（如委托银行等）保管而需要支出一定费用的，此类必要费用属于仓单质权所担保的债权范围。

2. 仓单质权的效力所及标的物的范围

仓单质权的效力及于出质的仓单，实际上是该仓单所载明的财产权。这是因为仓单与记载其上的财产权利是合为一体，不可分割的。另外，依《民法典》第913条的规定，仓储物的保管人对入库仓储物

发现有变质或其他损坏，危及其他仓储物的安全和正常保管的，除催告存货人或仓单持有人做出必要的处置外，在紧急情况下，保管人可以做出必要的处置。保管人对仓储物的处置多为将其变价，从而保管仓储物的代位物。由此若该仓单已经出质，则该权利质权仍存在于该代位物上；如果仓储期间届满存货人或仓单持有人没有提取仓储物，则保管人有权将仓储物依法提存，于此情况下，仓单质权的效力仍存在于该提存物上。质言之，如果仓储物有代位物或提存物的，则仓单质权的效力仍及于该代位物或提存物。同时，如果仓储物生有孳息的，则仓单质权的效力也及于该孳息。^[297]

3. 质权人的权利义务

（1）仓单的留置权

仓单出质后，出质人应将仓单交付给质权人占有，实务中多为背书交付。债务人未为全部清偿以前，质权人有留置仓单而拒绝返还之权。

（2）转质权

按照《民法典》第446条、第434条的规定，质权人在出质人同意等条件下可以转质。

（3）仓单质权的保全权

仓单出质后，因出质人的原因而使仓储物有所损失时，会危及质权人质权的实现。于此情形下，质权人有保全仓单质权的权利（《民法典》第446条、第433条），有权依照《民法典》第911条和第912条的规定，向仓储物的保管人请求检验仓储物或提取仓储物的样品，保管人不得拒绝，并且无须征得出质人的同意。质权人在检验仓储物或提取仓储物的样品后，发现仓储物有毁损或灭失之虞而将害及质权的，质权人得与出质人协商由出质人另行提供足额担保，或由质权人提前实现质权，或向第三人提存，以此来保全自己的质权。^[298]

（4）仓单质权的物权请求权

仓单被他人无权占有、仓单质权被妨害或有妨害之虞时，仓单质权人有权行使物权请求权。

（5）仓单质权的实行权

在主债务人不履行到期债务致使被担保债权未获清偿，或当事人

约定的实行仓单质权的情形出现的情况下，质权人有权实行仓单质权。

（6）妥善保管仓单的义务

仓单出质后，出质人要将仓单交付给质权人占有。由于采取权利标的主义，仓单所载明的财产权并未移转给质权人，继续由出质人享有。如果仓单丢失或被第三人善意取得，就会使出质人受到损害。为了保护出质人的合法权益，质权人负有妥善保管仓单的义务。

（7）返还仓单的义务

在主债务人履行了到期债务使被担保债权获得清偿，或其他原因致使仓单质权消灭的情况下，质权人负有返还仓单的义务。

4. 出质人的权利义务

出质人对仓储物处分权受有限制。仓单是提取仓储物的权利凭证，取得仓单意味着取得了仓储物的所有权。但仓单一经出质，质权人即占有出质人交付的仓单，此时质权人取得的并不是仓储物的所有权而仅为质权；对于出质人，因其暂时丧失了对仓单的占有，尽管对仓储物依然享有所有权，但若想处分该仓储物，则势必会受到限制。出质人若想对仓储物进行处分，应当向质权人另行提供相应的担保，或经质权人同意而取回仓单，从而实现自己对仓储物的处分权。在前者，表现为仓单质权消灭；在后者，表明质权人对债务人的信用持信任态度而自愿放弃自己债权的担保，法律自无强制的必要。如果此项处分权不受任何限制，则质权入势必陷入无从对质押担保标的物的交换价值进行支配的境地，该项权利质权的担保机能便因此而丧失殆尽。^[299]

5. 仓单质权对仓储物的保管人的效力^[300]

仓单质权对仓储物的保管人是否发生效力，因现行法上没有明确规定，所以不无疑义。质权对人的效力一般仅限于质押合同的当事人，但在仓单质权似有不同。笔者认为，仓单质权对仓储物的保管人亦发生效力，只是不如其对质权人和出质人那么强而已。仓单质权对保管人的效力主要表现在如下两个方面。

（1）保管人负有见单即交付仓储物的义务

仓单是提取仓储物的凭证，仓单持有人可以凭借所持有的仓单向保管人请求交付仓储物，而保管人负有交付仓储物的义务。因而，在

仓单质权中，当质权人的债权到期不能获清偿时，质权人便可以向保管人提示仓单请求提取仓储物，从而实现仓单质押担保。从这个意义上讲，仓单质权的效力及于保管人。

（2）保管人享有救济权

依合同法原理，仓单持有人提前提取仓储物的，保管人不减收仓储费。因此，质权人在实现质权时，尽管仓储期间尚未届满，保管人也不得拒绝交付仓储物。但是，如果出于质权人提前提取仓储物而尚有未支付的仓储费的，保管人得请求质权人支付未支付的仓储费。当然，质权人因此而为的支出应当在仓储物的变价之中扣除，由债务人最后负责。若质权实行时，仓储期间业已届满，保管人亦享有同样的救济权，由质权人先支付逾期仓储费，债务人最后予以补偿。

（四）仓单质权的实行^[301]

仓单质权的实行应当依法进行。依据《民法典》第436条第2款的规定，债务履行期届满质权人未受清偿的，可以与出质人协议以留置财产折价，也可以依法拍卖、变卖留置财产；留置财产折价或拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归出质人所有，不足部分由债务人清偿。可见，仓单质权的实行方法也包括折价、拍卖、变卖三种方式。

仓单作为提货凭证，一般会有仓储期间记载其上。仓单出质后，仓单质权所担保的债权会有一个清偿期，从而，两个期间的届至会有先后，当然也不排除同时届至的可能性。在仓单质权实行时会因仓单上所记载的提货日期先于、后于或同时与仓单质押担保的债权的清偿期届至而有所不同。因此，在仓单质权场合，质权人实行质权时须区分以下三种情况。

1. 仓单所记载的提货日期先于质押所担保的债权的清偿期届至的，适用《民法典》第442条的规定，这将在释评该条时再论，此处不赘。

2. 仓单所记载的提货日期后于质押所担保的债权的清偿期届至的，质权人能否直接向债务人请求给付，法释〔2000〕44号第102条规定：“以载明兑现或者提货日期的汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，其兑现或者提货日期后于债务履行期的，质权人只能在兑现或者提货日期届满时兑现款项或者提取货物。”

[论争]

有学者认为，这种解释对于仓单质权似有不妥。根据《民法典》第915条的规定，法律允许存货人或仓单持有人提前提取仓储物，而不减收仓储费。仓单持有人有权提前提取存储物，而保管人不减收仓储费，对于双方当事人均无害处。因此，质权人在仓单所记载的提货日期后于质押所担保的债权的清偿期届至时，质权人提前提取仓储物，于法并无不可，且对保管人也无危害。当然，如前所述，如果由于质权人提前提取仓储物而造成保管人仓储费损失的，保管人享有救济权。^[302]谢在全先生认为，在质权人的担保债权清偿期届至时，不待证券清偿期届至，质权人可依动产质权的实行方法实行其质权。此时对于出质人与依证券而负给付义务的人均属无害，且对质权人及出质人有利，当无不许之理。^[303]

与此不同，有持有与法释〔2000〕44号第102条规定相同意见的。仓单所记载的提货日期后于质押所担保的债权的清偿期届至的，如果允许质权人提前取货，一方面，在事实上常常难以做到；另一方面，质权人在质押关系设定时，知道证券上的清偿期后于债务履行期，而仍然同意以此证券设定质押，表明其已自愿承担了在被担保的债权到期后，不能立即行使质权的后果。在此情况下，质权人只能等到证券所记载的清偿期到来后才能行使质权。^[304]

3. 仓单所载提货日期与质押所担保的债权的清偿期同时届至的，因为在所担保的债权清偿期届至时，债务人未为债务的清偿，故而，质权人自可依法实现质权。在仓单质权场合，质权人实现质权时，已向仓储物的保管人提示仓单为必要。质权人向保管人提示仓单请求提取仓储物，保管人不得拒绝交付仓储物。质权人可依法处分所提取的仓储物，从而优先清偿其到期债权。^[305]

（五）仓单质权的消灭

仓单质权所担保的债权消灭、仓单所载权利绝对消灭、质权人抛弃仓单质权等事由出现，仓单质权归于消灭。

六、提单质权

所谓提单质权，是指以提单为标的物而设立的质权。

所谓提单，是指用以证明海上货物运输合同和货物已经由承运人接收或者装船，以及承运人保证据以交付货物的单证（《海商法》第71条）。

提单中载明的向记名人交付货物，或按照指示人的指示交付货

物，或向提单持有人交付货物的条款，构成承运人据以交付货物的保证。货物由承运人接收或装船后，应托运人的要求，承运人应当签发提单。提单可以由承运人授权的人签发。提单由载货船舶的船长签发的，视为代表承运人签发。《海商法》第79条规定，记名提单不得转让；指示提单经过记名背书或空白背书转让；不记名提单，无须背书，即可转让。因此，能够作为权利质权标的物的提单只能是指示提单和不记名提单两种。^[306]

依据《民法典》第441条的规定，以提单为标的物设立质权时，出质人和质权人应当达成以提单出质的合意，质权自提单（权利凭证）交付之日起设立。

[讨论]

提单出质，同样面临着背书质押的地位及作用问题。鉴于《民法典》未将背书作为提单质权设立的生效要件，不妨采纳未经背书质押的提单质权不得对抗第三人的意见。^[307]

提单质权的效力与仓单质权的大体相当，不再赘述。

第四百四十二条

汇票、本票、支票、债券、存款单、仓单、提单的兑现日期或者提货日期先于主债权到期的，质权人可以兑现或者提货，并与出质人协议将兑现的价款或者提取的货物提前清偿债务或者提存。

本条主旨

本条是关于以汇票、本票、支票、债券、存款单、仓单、提单为客体的权利质权具有兑现或提货的效力的特别规定。

相关条文

《物权法》第225条 汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单的兑现日期或者提货日期先于主债权到期的，质权人可以兑现或者提货，并与出质人协议将兑现的价款或者提取的货物提前清偿债务或者提存。

《担保法》第77条 以载明兑现或者提货日期的汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单兑现或者提货日期先于债务履行期的，质权人可

以在债务履行期届满前兑现或者提货，并与出质人协议将兑现的价款或者提取的货物用于提前清偿所担保的债权或者向与出质人约定的第三人提存。

法释〔2000〕44号第102条 以载明兑现或者提货日期的汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，其兑现或者提货日期后于债务履行期的，质权人只能在兑现或者提货日期届满时兑现款项或者提取货物。

理解与适用

一、总说

本条是对《物权法》第225条的复制，赋予以汇票、本票、支票、债券、存款单、仓单、提单为客体的权利质权具有兑现或提货的效力。

二、票据质权具有兑现票据并就兑现款提前受偿或提存的效力

在出质的票据到期日先于被担保债权的清偿期届至，票据质权实行的条件尚未成就，依一般原理，质权人本应无权请求第三债务人（票据债务人）予以兑现，只有票据权利人（出质人）才有此权利。可是，尽管基于物上代位性，票据质权的效力及于兑现款项，但票据权利人（出质人）兑现后私自消耗掉该款项，票据质权担保的债权就变成没有优先受偿性的普通债权，票据质权人可能因此遭受损失。为了平衡出质人（票据债权人）和票据质权人之间的利益关系，《民法典》设置特别规则，赋权票据质权人将票据兑现，在取得出质人（票据债权人）同意的情况下，使担保债权就兑现款项提前受偿或向与出质人约定的第三人提存（第442条）。

如果担保债权的数额小于票据的金额，则以担保债权额为限受偿，至于票据的一部付款的手续，按照惯例处理。如果担保债权非金钱债权，质权人仍可如此收取给付，待被担保债权因债务不履行转化为金钱债权时，再按照动产质权的实行方法优先受偿。^[308]

三、债券质权具有兑现债券并就兑现款提前受偿或提存的效力

在出质债券的兑现日期先于主债务的清偿期限场合，债券债权人届期受偿，会使入质债券消灭，债券质权因其标的物消失而难以存续。为了保护质权人的合法权益，在债券债权人愿意放弃期限利益而提前向质权人为清偿时，应当允许；债券债权人若不愿放弃期限利

益，有义务将第三债务人（付款人，债券债权人的债务人，下同）的付款提存于第三人处，质权人有权请求债券债权人对此类提存行为（《民法典》第442条）。

四、存款单质权的效力及于该存款单项下的本息

存款单到期，但存款单质权的实行条件尚未成就，为了平衡存款单债权人、存款单质权人之间的利益关系，本条允许存款单质权人可以领取该存款单项下的本息，并与出质人协议就该本息提前清偿债务或提存。其原理如同上文“二、票据质权具有兑现票据并就兑现款提前受偿或提存的效力”中分析的那样，不再赘言。

五、仓单质权具有提货并就该仓储物的变价提前受偿或提存的效力

仓单所记载的提货日期先于质押所担保的债权的清偿期届至的，依《民法典》第442条的规定，质权人可以在债权清偿期届满前提取仓储物，并与出质人协议将提取的仓储物用于提前清偿所担保的债权，或向与出质人约定的第三人提存，质权的效力仍然及于该提存物上。在此情况下，仓单质权变为动产质权。如果在此种情况下，债务人另行提供了担保，则不发生质权人提取仓储物这一后果，而为质权人返还仓单给出质人，从而使仓单质权消灭。至于质权人返还仓单后出质人是否提取已届期的仓储物，则不属于仓单质权问题。

值得讨论的是，在上述情况下，如果质权人与出质人不能达成协议的，应如何处理？对此，现行法上并无明确的规定。笔者认为，于此情况下，质权人只能将所提取的仓储物予以提存，而不能用于提前清偿所担保的债权。因为若用于提前清偿所担保的债权，则势必会损害债务人所享有的期限利益。尽管法律在制度的设计上多考虑权利人的利益如何能够得到有效的保障和实现，但随着现代债法的发展和完善并由债的平等性决定了法律在保障权利人的利益的同时更应注意保障义务人的利益。在有期限的债的关系中，债务人即享有在债务履行期届至之前拒绝履行未到期债务的权利，这种权利所体现就是一种期限利益。既然不能提前清偿所担保的债权，因而只能向第三人提存。质权人将提取的仓储物提存之后，质权仍存在于该提存物上，这样债权人的债权依然能够得到有效的保障；同时债务人于履行期届满时依法履行了债务后，即可以向提存人请求提取提存物，从而取回属于自己的物品。

六、提单质权具有提货并就该仓储物的变价提前受偿或提存的效力

提单质权具有提货并就该仓储物的变价提前受偿或提存的效力，其机理如同上文“五、仓单质权具有提货并就该仓储物的变价提前受偿或提存的效力”中分析的那样，不再赘言。

第四百四十三条

以基金份额、股权出质，质权自办理出质登记时设立。

基金份额、股权出质后，不得转让，但是出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让基金份额、股权所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。

本条主旨

本条是关于基金份额质权、股权质押的设立要件、法律效力的规定。

相关条文

《物权法》第226条 以基金份额、股权出质，当事人应当订立书面合同。以基金份额、证券登记结算机构登记的股权出质，质权自证券登记结算机构办理出质登记时设立；以其他股权出质，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。

基金份额、股权出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让基金份额、股权所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。

《担保法》第78条 以依法可以转让的股票出质的，出质人与质权人应当订立书面合同，并向证券登记机构办理出质登记。质押合同自登记之日起生效。

股票出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的可以转让。出质人转让股票所得的价款应当向质权人提前清偿所担保的债权或者向与质权人约定的第三人提存。

以有限责任公司的股份出质的，适用公司法股份转让的有关规定。质押合同自股份出质记载于股东名册之日起生效。

法释〔2000〕44号第103条 以股份有限公司的股份出质的，适用《中华人民共和国公司法》有关股份转让的规定。

以上市公司的股份出质的，质押合同自股份出质向证券登记机构办理出质登记之日起生效。

以非上市公司的股份出质的，质押合同自股份出质记载于股东名册之日起生效。

第104条 以依法可以转让的股份、股票出质的，质权的效力及于股份、股票的法定孳息。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条承继了《物权法》第226条的规定，仅仅删除了《物权法》第226条第1款前段“当事人应当订立书面合同”的短语。

二、股权质押

（一）股权质押的概念

所谓股权质押，是指以股权为标的物而设立的质权。

所谓股权，股东权利的简称，是指股东依其股东身份和地位而享有从公司获取经济利益和参与公司经营管理的权利。在中国，公司包括有限责任公司和股份有限公司。在有限责任公司，股权的标的物是出资，其外在形式是出资证明书。在股份有限公司，股权的标的物是股份，其外在形式是股票。^[309]出资证明书，是指证明投资人已经依法履行缴付出资义务，成为有限责任公司股东的法律文件。^[310]按照《公司法》的规定，出资证明书应当载明下列事项：

（1）公司名称；（2）公司成立日期；（3）公司注册资本；（4）股东的姓名或名称、缴纳的出资额和出资日期；（5）出资证明书的编号和核发日期（第31条第2款）。出资证明书由公司盖章（第31条第3款）。这表明出资证明书是记名的。股票是公司签发的证明股东所持股份的凭证（第125条第2款后段）。公司发行的股票，可以为记名股票，也可以为无记名股票（第129条第1款）。公司向发起人、法人发行的股票，应当为记名股票，并应当记载该发起人、法人的名称或姓名，不得另立户名或以代表人姓名记名（第129条第2款）。

[辨析]

有学者认为，股权质押的标的物是股权。在股份有限公司，股权的标的物是股份，其外在形式是股票。在有限责任公司，股权的标的物是

出资，其外在形式是出资证明书。由此可将股权质押权区分为股份质权和出资质权两种类型。^[311]

股权质押须依法进行。股权出质，首先应当满足《民法典》的要求；其次还应当满足《公司法》的要求。例如，《公司法》除了第142条第5款规定：“公司不得接受本公司的股票作为质押权的标的。”此外，法释〔2000〕44号第103条第1款规定，以股份有限公司的股份出质的，适用《公司法》有关股份转让的规定。^[312]因而，《公司法》第141条关于“发起人持有的本公司股份，自公司成立之日起一年内不得转让。公司公开发行股份前已发行的股份，自公司股票在证券交易所上市交易之日起一年内不得转让。公司董事、监事、高级管理人员应当向公司申报所持有的本公司的股份及其变动情况，在任职期间每年转让的股份不得超过其所持有本公司股份总数的百分之二十五；所持本公司股份自公司股票上市交易之日起一年内不得转让。上述人员离职后半年内，不得转让其所持有的本公司股份。公司章程可以对公司董事、监事、高级管理人员转让其所持有的本公司股份作出其他限制性规定”的规定，适用于股权出质。

需要注意，现行法关于股权能否出质的一些特别规定，例如，《证券公司股票质押贷款管理办法》（2004年）第12条规定，用于质押贷款的股票应业绩优良、流通股本规模适度、流动性较好。贷款人不得接受以下几种股票作为留置财产：（1）上一年度亏损的上市公司股票；（2）前六个月内股票价格的波动幅度（最高价/最低价）超过200%的股票；（3）可流通股股份过度集中的股票；（4）证券交易所停牌或除牌的股票；（5）证券交易所特别处理的股票；（6）证券公司持有一家上市公司已发行股份的5%以上的，该证券公司不得以该种股票质押，但是，证券公司因包销购入售后剩余股票而持有5%以上股份的，不受此限。第23条规定，一家商业银行及其分支机构接受的用于质押的一家上市公司股票，不得高于该上市公司全部流通股票的10%。一家证券公司用于质押的一家上市公司股票，不得高于该上市公司全部流通股票的10%，并且不得高于该上市公司已发行股份的5%。被质押的一家上市公司股票不得高于该上市公司全部流通股票的20%。上述比率由证券登记结算机构负责监控，对超过规定比率的股票，证券登记结算机构不得进行出质登记。

【论争】

1. 公司不得接受本公司的股票作为质押权的标的，是否合理？

《公司法》第142条第5款关于“公司不得接受本公司的股票作为质押权的标的”的限制，是否合理，对此存在着争论。通说认为，如

果公司接受自己本公司的股票作为质权标的，无异于用自己的财产担保自己的债权。有的著作进一步阐述道，当公司的债务人无力清偿到期债务而公司拍卖抵押物又无人应买时，公司自然就成为抵押股票的所有人，从而违背公司不得拥有自身股份的一般原则。^[313]

反对说则认为，（1）“公司不得接受本公司股票作为质押权标的”，针对的应是在公司作为债权人而由本公司股东作为出质人的情形。股东的股权属于股东可处分的财产，为何不能出质呢？（2）当债务人不能清偿债务时，公司作为质权人（债权人）有权依法拍卖该出质股份，并从拍卖该股份所获得的价款中优先受偿。这里，公司所获得的拍卖价款是股东股份的价值，又如何能说是公司用自己的财产担保自己的债权呢？（3）在公司拍卖股份无人应买时，“公司自然就成为抵押股票的所有人”说，也难以成立。拍卖而无人应买是不可能的，无人应买只是价格问题，如价格适当怎么会无人应买呢？至于说价格低到不能体现股份质权所担保的债权价值，则另当别论。这是质权人应当承担的风险，因为股权质押本身就具有价值的不确定性，为什么其他质权人能承担这种风险，公司作为质权人就不能承担这种风险呢？何况所质押的股权没有价值在很大程度上是由于公司自己经营管理不善造成的。进而言之，即使是因无人应买而由公司取得该股份的所有权，又有何不可呢？应当注意，现代法律允许公司取得自己股份的情形越来越多，为实现股权质押取得自己股份应为法律所允许。^[314]

2.法释〔2000〕44号第103条第1款关于以股份有限公司的股份出质的，适用《公司法》有关股份转让的规定，是否适当？

该规定显然采取了权利让与主义，与作为通说的权利标的主义不合，在个案中也可能导致不适当的结果。例如，股权出质也适用《公司法》第141条的规定，公司于2014年2月2日成立，发起人以其持有的本公司股份20万股于2014年5月5日出质，担保履行期为2018年2月2日至6月2日的债权，应予允许，因为在实质上与《公司法》第141条规定的立法目的并不抵触。但由于法释〔2000〕44号第103条第1款规定，股权出质适用《公司法》关于股权转让的规定，而该法第141条明文规定发起人持有的本公司股份，自公司成立之日起1年内不得转让；公司公开发行股份前已发行的股份，自公司股票在证券交易所上市交易之日起1年内不得转让；公司董事、监事、高级管理人员所持本公司股份自公司股票上市交易之日起1年内不得转让，上例的股权质押不得发生法律效力。这显然是不适当的。

（二）股权质押的设置

本条第1款规定，以股权出质，自办理出质登记时设立。

应当指出，《公司法》第71条第2款前段规定，有限责任公司的股东向股东以外的人转让股份时，必须经其他股东过半数同意。这意味着有限责任公司的股东将其出资设立质权时，必须事先征得其他股东过半数同意。

在此有必要简要介绍合伙人以其在合伙关系中的财产份额出质的问题。由于合伙人在合伙关系中的财产份额类似于股东在公司中的股份，合伙人以其在合伙关系中的财产份额出质类似于股东以其在公司中的股份出质，准用股份出质的规则避免不了。同时，也要注意，合伙人以其在合伙关系中的财产份额出质的特殊规则。例如，《合伙企业法》第25条规定：“合伙人以其在合伙企业中的财产份额出质的，须经其他合伙人一致同意；未经其他合伙人一致同意，其行为无效，由此给善意第三人造成损失的，由行为人依法承担赔偿责任。”

（三）股权质押的效力

1.股权质押所担保的债权范围

股权质押所担保的债权范围，当事人有约定时，依其约定；无约定时，适用《民法典》第389条关于主债权及其利息、违约金、损害赔偿金和实现股权质押的费用的规定，予以确定。有学者主张，质权人为了防止出质的股票大幅度缩水而紧急抛售股票来保值所支付的费用，也应列入所担保债权的范围。^[315]

2.股权质押的效力所及标的物的范围

股权质押的效力及于出质股权自身，以及股权出质后产生的法定孳息（法释〔2000〕44号第104条），包括现金红利、股息、红股、转增股等。^[316]如果公司以发行新股的方式分配股利的一部或全部，质权人对新股同样有收取权。^[317]在这方面，《证券公司股票质押贷款管理办法》（2004年）第35条规定：“质物在质押期间所产生的孳息（包括送股、分红、派息等）随质物一起质押。质物在质押期间发生配股时，出质人应当购买并随质物一起质押。出质人不购买而出现质物价值缺口的，出质人应当及时补足。”按照意思自治原则，对于股权的法定孳息，质押合同约定不在股权质押的效力范围之内的，依其约定（《民法典》第446条、第430条第1款）。

在公司清算而有剩余财产可分配于股东时，股权质押人有权收取该剩余财产。^[318]

出质的股权因公司的合并或创设分立而失去效力，因此配发新股或现金，属于股权的代位物。例如，甲股份有限公司的股票出质后，甲公司和乙公司合并，依合并合同，甲公司终止而乙公司存续，此时甲公司的股票应当失去效力，唯因此可向乙公司请求配发新股或现金。此类新股或现金为股权质押权的代位物，应为股权质押权的效力所及。至于若为配合股票公开上市，由大面额股票换发为小面额股票，或可转换的公司债券经转换成为股份后的股票，或股票经除权判决宣告无效后换发的新股票等，虽然不是因权利质权消灭所获得的损害赔偿金，但这些新股票和原股票应被视为同一物，该新股票相对于原股票的代位物而言，更应为股权质押权的效力所及。^[319]

3. 质权人的权利

（1）股票、出资证明书的留置权

在出质人将出质的股票、出质股权的出资证明书交付给质权人的情况下，只要主债务人不履行到期债务致使被担保债权未获清偿，质权人有权留置入质的股票、交付的出资证明书。

（2）对股权法定孳息的收取权

股权的法定孳息为股权质押权的效力所及，已如上述，质权人自然有权收取，除非质押合同另有约定（《民法典》第446条、第430条）。

（3）转质权

在能否转质的问题上，现行法对各种权利质权一视同仁，股权质押权与票据质权、债券质权等在转质方面应被同等对待，此处不赘。

（4）物上代位的权利

股权质押权与票据质权、债券质权等在物上代位的方面应当被同样对待，此处不赘。

（5）股权质押权的保全权

股权质押权与票据质权、债券质权等在保全上有相同的一面，也有特殊之处。例如，《证券公司股票质押贷款管理办法》（2004年）第33条规定：“用于质押股票的市值处于本办法第二十七条规定的平仓线以下（含平仓线）的，贷款人有权无条件处分该质押股票，所得的价款直接用于清偿所担保的贷款人债权。”此处所指第27条的内容

为：“为控制因股票价格波动带来的风险，特设立警戒线和平仓线。警戒线比例（质押股票市值/贷款本金 $\times 100\%$ ）最低为135%，平仓线比例（质押股票市值/贷款本金 $\times 100\%$ ）最低为120%。在质押股票市值与贷款本金之比降至警戒线时，贷款人应要求借款人即时补足因证券价格下跌造成的质押价值缺口。在质押股票市值与贷款本金之比降至平仓线时，贷款人应及时出售质押股票，所得款项用于还本付息，余款清退给借款人，不足部分由借款人清偿。”

（6）股权质押的物权请求权

入质的股票被他人无权占有、股权质押被不法妨害或有妨害之虞的，股权质押人有权行使物权请求权。

（7）股权质押的实行权

在主债务人不履行到期债务致使被担保债权未获清偿，或当事人约定的实现股权质押的情形出现时，质权人有权行使其质权，就出质股权的价值使被担保债权优先受偿。

按照《民法典》第446条、第438条的规定，股权质押实行的方法可以是拍卖、变卖出质的股权，也可经出质人和质权人协商将出质股权折价，使被担保债权优先受偿。变价款超过被担保债权的部分归出质人所有，不足部分由债务人清偿。

（8）保管义务

在出质的股权有股票或出资证明书交付与质权人的情况下，质权人有保管此类股票、出资证明书的义务。在这方面，《证券公司股票质押贷款管理办法》（2004年）第19条规定，贷款人（股权质押人）在发放股票质押贷款前，应在证券交易所开设股票质押贷款业务特别席位，专门保管和处分作为留置财产的股票。贷款人应在贷款发放后，将股票质押贷款的有关信息及时录入信贷登记咨询系统。

（9）返还义务

在股权质押消灭后，质权人有义务将保管的股票或出资证明书返还与出质人。

4. 出质人的权利义务

（1）处分权受到限制

股权出质后，出质人对于股权不得以法律行为使其消灭或变更，除非经过了质权人的同意。例如，这里所谓的消灭，指的是绝对消灭；至于相对消灭，如股权转让，《民法典》没有绝对禁止：股权出质后，不得转让，但经出质人和质权人协商同意的除外（第430条第2款前段）。

（2）提前清偿或提存的义务

本条第2款后段规定，经协商同意而转让股权的，出质人应当将该转让款向质权人提前清偿或提存。

（3）继续享有和行使在公司中的表决权

由于采取权利标的主义，股权的出质，并未剥夺出质人的股权，只是基于股权所享有的若干权能受到限制，而另外的权能则未受限制。未受限制的权能中包括表决权。出质人于股权出质后，有权继续出席股东大会，并对股东大会的决议进行表决。^[320]

（4）股利的收取权

记名股票的股东仍然享有收取股利的权利，但应将之向质权人提前清偿或提存。无记名股票出质场合，股东已经不能证明自己的股东身份，无从依据股票行使权利，故无权取得股利。^[321]

（四）股权质押的消灭

股权质押所担保的债权消灭、股份有限公司或有限责任公司终止导致股权失效、质权人抛弃股权质押等事由出现，股权质押归于消灭。

三、基金份额质权

（一）基金份额质权的概念

所谓基金份额质权，是指以基金份额为标的物而设立的质权。

所谓基金份额，是指向投资者公开发行的，表示持有人按其所持份额对基金财产享有收益分配权、清算后剩余财产取得权和其他相关权利，并承担义务的凭证。^[322]这里所称基金，仅指《证券投资基金法》调整的证券投资基金，即通过公开发售基金份额募集证券投资基金，由基金管理人管理，基金托管人托管，为基金份额持有人的利益，以资产组合方式进行证券投资活动的信托契约型基金，包括投资

于不同对象的信托契约型基金、采用不同运作方式的信托契约型基金和选择不同投资收益与风险的信托契约型基金等，但不包括私募基金和公司型基金。^[323]

[扩展]

依据基金运作方式的不同，证券投资基金可以分为封闭式基金、开放式基金以及采取其他运作方式的基金。封闭式基金即采用封闭式运作方式的基金，是指经核准的基金份额总额在基金合同期限内固定不变，基金份额可以在依法设立的证券交易场所交易，但基金份额持有人不得申请赎回的基金（《证券投资基金法》第5条第2款）。开放式基金即采用开放式运作方式的基金，是指基金份额总额不固定，基金份额可以在基金合同约定的时间和场所申购或者赎回的基金（《证券投资基金法》第5条第3款）。这两种基金的一个重要区别就是，基金份额的转让方式不同。封闭式基金的基金份额在基金存续期间内，可以依法在证券交易所上市交易，但基金份额持有人不得申请赎回。而开放性基金的基金份额可以在基金合同约定的时间和场所申购或赎回，但是不能在证券交易所上市交易。至于采用其他运作方式的基金，其基金份额发售、交易、申购、赎回的办法，由国务院另行规定。^[324]

（二）基金份额质权的设立

依据本条的规定，以基金份额为标的物设立质权时，自办理完毕基金份额出质登记，基金份额质权设立。

（三）基金份额质权的效力

基金份额质权的效力与股权质押的大体相当，不再赘述。

第四百四十四条

以注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权出质的，质权自办理出质登记时设立。

知识产权中的财产权出质后，出质人不得转让或者许可他人使用，但是出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让或者许可他人使用出质的知识产权中的财产权所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。

本条主旨

本条是关于知识产权质权的设立要件和基本内容的规定。

相关条文

《物权法》第227条 以注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权出质的，当事人应当订立书面合同。质权自有关主管部门办理出质登记时设立。

知识产权中的财产权出质后，出质人不得转让或者许可他人使用，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让或者许可他人使用出质的知识产权中的财产权所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。

《担保法》第79条 以依法可以转让的商标专用权，专利权、著作权中的财产权出质的，出质人与质权人应当订立书面合同，并向其管理部门办理出质登记。质押合同自登记之日起生效。

法释〔2000〕44号第105条 以依法可以转让的商标专用权，专利权、著作权中的财产权出质的，出质人未经质权人同意而转让或者许可他人使用已出质权利的，应当认定为无效。因此给质权人或者第三人造成损失的，由出质人承担民事责任。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条承继了《物权法》第227条的规定，只是删除了《物权法》第227条第1款中“当事人应当订立书面合同”的短语及其后的句号。本条第1款明确质权的客体是知识产权，质权自办理出质登记时设立；第2款前段正文禁止质权的客体转让，但书是双方另有约定的除外；第2款后段明确质权客体转让所得价款用于提前清偿债务或提存。

二、知识产权质权的概念

所谓知识产权质权，是指以知识产权为标的物而设立的质权。

所谓知识产权，是指人们对于自己的创造性智力活动成果和经营管理中的标记所依法享有的权利，主要包括注册商标专用权、专利权和著作权等。

所谓注册商标专用权，简称为商标权，是法律赋予商标所有人对其注册商标（包括商品商标、服务商标和集体商标、证明商标）依法

享有的独占使用权。商标权是一种纯粹的财产权利，不包含人身权利在内，因此按照《商标法》第42条的规定，原则上可以转让；依据《民法典》第440条第5项的规定，可以出质。

专利权，是指国家专利主管机关依法授予专利申请人或其继受人在一定期限内实施其发明创造的独占性权利，分为发明专利权、实用新型专利权与外观设计专利权。专利权含有人身权和财产权两部分内容。按照《专利法》的规定，其中的人身权指发明人、设计人的署名权（第17条），而财产权包括专利许可权、专利转让权等。专利权中的财产权可以转让（第10条），也可以出质（《民法典》第440条第5项）。

著作权，又叫版权，是指文学、艺术和科学作品的创作者对其创作完成的作品依法享有的权利。著作权含有人身权和财产权两部分内容。按照《著作权法》的规定，其中的人身权包括发表权、署名权、修改权、保护作品完整权，而财产权包括复制权、发行权、出租权、展览权、表演权、放映权、广播权、信息网络传播权、摄制权、改编权、翻译权、汇编权，以及应当由著作权人享有的其他权利（第10条第1款）。著作权人可以将财产权全部或部分地转让，并依照约定或本法有关规定获得报酬（《著作权法》第10条第3款），也可以出质（《民法典》第440条第5项）。

三、知识产权质权的设立

知识产权质权的设立，属于创设的继受取得，应有设立合同或单独行为的成立和生效，再有出质登记。

四、知识产权质权的效力

（一）知识产权质权所担保的债权范围

知识产权质权所担保的债权范围，当事人有约定时，依其约定；无约定时，适用《民法典》第389条关于主债权及其利息、违约金、损害赔偿金和实现知识产权质权的费用的规定，予以确定。

（二）知识产权质权的效力所及标的物的范围

知识产权质权的效力及于出质知识产权自身，以及出质的知识产权转让时产生的转让费、许可他人使用时产生的许可费。当然，对于知识产权的前述收益，质押合同有相反约定的，按照意思自治原则，依其约定。

（三）出质人的权利义务

1. 出质人继续使用知识产权

以注册商标专用权、专利权和著作权等知识产权中的财产权设立质权后，质权人实际上是无法控制出质人自己使用知识产权的，从效益的原则出发，法律也没有必要禁止出质人自己使用。

2. 出质人不得转让或者许可他人使用出质的知识产权，除非经过了质权人的同意

如果出质人可以在未经质权人同意的情况下将出质的知识产权转让、（有偿或无偿地）许可他人使用，就会有害于质权人的合法权益。因为一方面转让的对价和许可他人使用的对价都要归属于出质人，另一方面出质人无限制地转让其注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权，必然导致其价值降低。为了保护知识产权质权人的合法权益，本条第2款规定：“知识产权中的财产权出质后，出质人不得转让或者许可他人使用，但是出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让或者许可他人使用出质的知识产权中的财产权所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。”^[325]

（四）质权人的权利义务

1. 转让费、许可费的收取权

从本条第2款后段的规定推论，质权人有权收取出质知识产权转让时产生的转让费、许可他人使用时产生的许可费。当然，不是无偿收取，而是用以清偿被担保债权。

2. 转质权

质权人可按照《民法典》第446条、第434条的规定，将知识产权转质，其法律效果也据其发生。

3. 知识产权质权的保全权

质权人可按照《民法典》第446条、第433条的规定，保全知识产权质权，其法律效果也据其发生。

4. 知识产权质权的物权请求权

知识产权质权被侵害、妨碍或有侵害、妨碍之虞的，知识产权质

权人有权行使物权请求权，包括排除妨害请求权、消除危险请求权。

5.知识产权质权的实行权

在主债务人不履行到期债务致使被担保债权未获实现，或当事人约定实行质权的情形出现的情况下，质权人有权实行知识产权质权。

按照《民法典》第446条、第438条的规定，知识产权质权实行的方法可以是拍卖、变卖出质的知识产权，也可经出质人和质权人协商将出质知识产权折价，使被担保债权优先受偿。变价款超过被担保债权的部分归出质人所有，不足部分由债务人清偿。

五、知识产权质权的消灭

知识产权质权因被担保债权消灭、出质的知识产权消灭、质权人抛弃知识产权质权等事由出现而归于消灭。

第四百四十五条

以应收账款出质的，质权自办理出质登记时设立。

应收账款出质后，不得转让，但是经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让应收账款所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。

本条主旨

本条是关于应收账款质权的设立要件和基本内容的规定。

相关条文

《物权法》第228条 以应收账款出质的，当事人应当订立书面合同。质权自信贷征信机构办理出质登记时设立。

应收账款出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让应收账款所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。

法释〔2000〕44号第97条 以公路桥梁、公路隧道或者公路渡口等不动产收益权出质的，按照担保法第七十五条第（四）项的规定处理。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条承继了《物权法》第228条，只是删除了该条第1款中“当事人应当订立书面合同”这个短语及其后的句号。本条第1款确立应收账款质权自办理出质登记时设立，第2款禁止作为质权客体的应收账款转让，但书是双方另有约定的除外；第2款后段明确质权客体转让所得价款用于提前清偿债务或提存。

二、应收账款质权的界定

应收账款质权，简单地说，是以应收账款（请求权）为标的物而设立的质权。所谓应收账款（account receivables, book debt），在境外及国际的法律文件上，指未被证券化的（不以流通中票据或债券为代表的）具有金钱给付内容的现在或未来的债权。但在中国《民法典》上不限于此类债权，尽管主要指它，还包括公路、桥梁等收费权。^[326]按照《应收账款质押登记办法》第4条的规定，应收账款是指权利人因提供一定的货物、服务或设施而获得的要求义务人付款的权利，包括现有的和未来的金钱债权及其产生的收益，但不包括因票据或其他有价证券而产生的付款请求权（第1款）。它包括下列权利：（1）销售产生的债权，包括销售货物所产生的债权，供水、电、气、暖所产生的债权，知识产权的许可使用等所产生的债权；（2）出租产生的债权，包括出租动产或不动产所产生的债权；（3）提供服务产生的债权；（4）公路、桥梁、隧道、渡口等不动产收费权；（5）提供贷款或其他信用产生的债权（第2款）。

[辨析]

《民法典》及《应收账款质押登记办法》将公路、桥梁等不动产的收费权（以下简称为不动产收费权）纳入应收账款之中，意味着把它们作为债权看待了。但实际上它们不同于典型债权。（1）典型债权分为一时性债权和继续性债权，前者为债务人一次适当给付即告消灭的债权，后者乃债务人持续地或重复地给付相同内容的债权。不动产收费权非义务人一次付费即告消灭的权利，明显不同于一时性债权。虽然在不动产收费权有整体权利和个别成分之分，以及持续实现这些方面类似于继续性债权，但在义务人等方面却存在着差异。

（2）典型债权的当事人均为特定之人，而不动产收费权的义务人不宜用特定来描述，因为不动产收费权实现之前，义务人不特定，只有在某个时间点的个别成分实现之时才特定，其他个别成分尚未实现，整体的不动产收费权继续存在。就是说，其他个别成分的法律关系

中，义务人依然不特定，也可以说整体的不动产收费权关系中，义务人不特定。（3）典型债权基于当事人之间的意思表示或法律规定而成立，约束当事人各方。不动产收费权基于合同和行政审批而成立，不但约束合同当事人，而且约束合同当事人以外的将要通过收费站的车辆驾驶员，不符合债的相对性原则。（4）按照物债二分的架构，债权无对世性，对于债务人以外之人无积极的效力，即无原权利性质的请求权。循此原则及原理，如将不动产收费权作为债权，则不动产收费权人就无权请求过往的车辆驾驶员缴纳过路费。但实际上却相反，不动产收费权的目的及功能恰恰在于向过往车辆收费。满足此种目的及功能，对不动产收费权定性和定位，应选择绝对权而非相对权。既然如此，《民法典》及《应收账款质押登记办法》将不动产收费权纳入应收账款之中，有违法理。

有观点认为：“收费权指权利人对将来可能产生的收益所享有的请求权，实质上是一种预期债权”^[327]。这是自相矛盾的界定，因为权利人基于其不动产权利而享有收益之权，这不符合债权的特质——请求债务人为给付并保有之，倒是物权的权能表现——收益权能。此其一。何谓预期债权？望文生义，似为当下尚无债权，将来才会产生的具有极大现实可能性的债权。其实不然，只要政府特许某人（多为投资修建公路、桥梁等设施的公司）就特定公路、桥梁等设施而设置收费站并进而收费，不动产收费权即告产生，该权是现实的，不是预期的。至于不动产收费权人就每辆车收费，这相对于不动产收费权产生之时而言是未来的，且为权利人期待的，那只是不动产收费权的具体地、不断地实现，我们不得将之与不动产收费权本身混为一谈。此其二。假如把不动产收费权人向某特定过往的车辆权利人收费之权叫作预期债权，那么我不禁发问：这种“债权”产生的法律事实是什么？双方的合意？非也，不少的过往车辆的权利人不同意交费；法律直接规定？同样不是，因为法律赋权不动产收费权人可以收费乃基于某特定不动产及其形成原因的事实，法律强制过往的车辆的权利人交费的理由重在某特定不动产及其利用的事实，而非不动产权利人这个“人”的因素。既然“基于某特定不动产及其形成原因”，“重在某特定不动产及其利用”，那么，这显然接近于不动产物权及其效力，而远离债权及其效力。此其三。

也有人主张：“收费权实质是一种变动性比较大的期待权，体现在：一是赖以收费的设施能否建成是未知的；二是该设施建成后，能否收到预期的费用是未知的；三是收费权是特许的，受行政干预过多，有可能被行政机关取消，不稳定。”^[328]笔者也不赞同这种定性和定位：第一，它有以偏概全之嫌，因为有些不动产收费权是公路、桥梁等不动产设施建成后才取得的；第二，所谓期待权，是当下尚不

存在的、于未来具有极大可能取得的权利，不动产收费权大多是既有权，而非期待权；第三，所谓“该设施建成后，能否收到预期的费用是未知的”，这不是期待权构成的要素，既得权场合“能否收到预期的费用”也可能“是未知的”；第四，所谓“收费权是特许的，受行政干预过多，有可能被行政机关取消，不稳定”，这若为反对不动产收费权出质的理由，尚可理解，但若为证立不动产收费权为期待权、债权的根据，则难以成立，因为民事权利的性质和归属不取决于可否被行政机关取消，而受制于自身的质的规定性。在这里，不存在可被行政机关取消的民事权利即为期待权、债权的定律。物权等民事权利均可被行政机关取消，国有建设用地未被开发超过2年的，国有建设用地使用权可被行政主管机关收回。

上文所述，不动产收费权为不动产物权的结论好像呼之欲出，其实不然，理由如下：（1）公路、桥梁等设施的所有权归属于国家，不属于投资并建设公路、桥梁等设施且于日后取得收费权的公司。假如此类公司取得公路、桥梁等设施的不动产物权，也只能是他物权，并且必须是行政主管机关代国家出让之。可是，行政主管机关只有特许收费权之意，毫无出让不动产他物权的意思表示。既无此类意思表示，何来出让的不动产物权？因此，从实质看，不动产收费权不是物权。（2）中国现行法没有规定不动产收费权为物权，依据《民法典》（第116条）所定物权法定主义衡量，不动产收费权绝非物权。

可否解读为行政主管机关将公路、桥梁等设施的不动产所有权中的收益权转让给投资并修建的公司？若果真如此，就只是权能的转让。但在物权法上，收益权这个权能不是一个独立之物，而是“物”的成分，而所谓转让权能是不会发生物权变动的。在合同法上，按照法释〔2009〕5号第1条正文的规定，收益权转让合同就因欠缺标的物而未成立，也就不具有法律效力，时常叫作无效。不过，如此解释不符合鼓励交易原则，不是最为理想的选择。如果更换思路，注意到债法不同于物权法的理念及运作，则可有如下结果：（1）合同法高唱合同自由原则，通过转让合同取得公路、桥梁等设施的不动产所有权中的收费权，可为债权。债权可以由债权人自己行使，也可以依法或通过约定与他人分享。（2）此类债权无对抗第三人的效力，如此类收费权人以自己的名义向过往车辆之人收取费用，过往之人有权拒付。（3）至于不动产收费权人因此遭受的损失，可向行政主管机关请求支付违约金或赔偿损失。

十分明显，这样的解读不符合客观现实，因为不动产收费权的效力及于过往的车辆的权利人，拒付过路费给不动产收费权人造成的损失也不由行政主管机关负责赔偿；这样的解读在理论上亦非最佳选

择，主要在于债权对外的效力太弱，这使得不动产收费权人处于不利地位。有鉴于此，有必要另觅其他解释路径。

从权利的设立和实质内容观察，不动产收费权系由公路、桥梁等设施的不动产载体与行政特许赋权构成。没有投资并修建公路、桥梁等设施，就不会有不动产收费权。没有行政特许，更不会有不动产收费权的产生。没有行政权的“保驾护航”甚至扩张不动产收费权的“势力范围”，不动产收费权就难有约束过往车辆的权利人的效力。有鉴于此，不妨把不动产收费权划归特许经营权之内，不动产收费权系特许经营权的效力表现。

尽管如此，由于《民法典》及《应收账款质押登记办法》将不动产收费权纳入应收账款之中，本释评书勉为其难地暂时从之，从权利的角度统一命名为应收账款请求权。

汇票、支票、本票、债券、存款单所代表的权利为债权，合法持有人具有在条件成就、期限届至的情况下持这些凭证向凭证上记载的债务人请求支付一定款项的权利。这些债权与普通应收账款债权的区别在于，前者由于有一定的书面凭证作为记载而被表征化和固定化了，而应收账款则无此特征，即使有些具有借款协议或欠条等书面凭证，也仅仅是债权存在的证据，不具备证券化载体的无因性。这些差异在质权制度中也有反映，如普通应收账款质权在实现过程中，质权人仍然会面临较大风险。有鉴于此，应当将有价证券质权和应收账款质权予以区别，如此，宜将应收账款质权界定为一种以未被证券化的或不能以流通中票据或债券为载体的、具有金钱给付内容的普通债权或某些不动产收费权为标的物的质权。^[329]

在应收账款质权关系中，应收账款请求权人为出质人，绝大多数情况下就是主债务人，主债务人的债权人为质权人，向应收账款请求权人负清偿义务的当事人为第三债务人。

三、应收账款质权的法律性质

（一）应收账款质权的标的物是未被证券化的以金钱给付为内容的权利

以未被证券化的、以金钱给付为内容的权利作为权利质权的标的物，是应收账款质权不同于其他权利质权的重要之点。

《物权法》允许应收账款出质，但未表态是否限于现有的，《民法典》第440条第6项明确“现有的以及将有的应收账款”。增加“将有

的应收账款”，是否合适呢？

将来之物不得被作为留置财产，原因在于将来之物尚不能被占有，而动产质权的设立以质权人占有留置财产为要件；而在将来的权利具有让与性时，将来的权利就可以被设立为质权。^[330]近现代法已经承认债权具有让与性，于债权之上设立质权便成为可能。如此说来，“将有的应收账款”作为将来债权的一种，可以出质。

所谓将来债权，又叫未来债权，按照德国著名法学家V. Tuhr教授的界定，系欠缺法律要件其中之一的债权。^[331]在笔者看来，这种界定适合于附始期的债权、附停止条件的债权以及股东基于出资或股份所可能发生的盈余分配请求权、合伙人的剩余财产分配请求权诸类型，没有问题，但却难涵盖仅有预约却未订立本约结构中本约项下的债权以及债权人可基于债权人代位权制度而对次义务人主张的将来债权，原因在于，只有纯粹的预约而无本约的场合，本约项下的所谓债权尚不存在，欠缺全部的法律要件；在债权人代位权的场合，可能是债权人对其债务人的债权欠缺法律要件，该债务人对其债务人（次债务人）的债权也欠缺法律要件，而非简单地欠缺法律要件其中之一；甚至于债务人尚无向其承担债务的次债务人。由此可见V. Tuhr教授的此种界定不尽周延。有鉴于此，界定将有的应收账款应该避开此种不周延。

此处所谓将来应收账款，是指在应收账款质权设立时尚不存在的应收账款，还是已经存在但其实现尚待时日，应收账款实现还取决于有关条件的成就或始期的届至？假如将目光局限于将来应收账款本身，采取何种学说似乎都无可厚非，除非界定者自己未保持概念的一贯性和体系的严密性。但是，处于应收账款转让、应收账款质权的领域思考这个问题，结论就不大一样。在应收账款业已存在，只是其实现取决于有关条件的成就或始期的届至的情况下，将此种应收账款出质不违背质权的本质，反倒是将已届清偿期或很快届至清偿期的应收账款出质会产生较为复杂的处理规则。就此看来，应收账款质权制度中所谓将有的应收账款仅指质权设立时尚不存在的应收账款，而不应包括已经存在只是其实现取决于有关条件的成就或始期的届至的类型，进而的结论是，附条件的应收账款、附始期的应收账款应该属于既存应收账款。

将来应收账款作为质权的标的物，不但要求应收账款必须具有转让性（让与性），而且要求该应收账款具有特定性。例如，就应收账款发生的原因、债务人、清偿期或转让的金额等均予明确约定时，该应收账款出质应为有效，至于该应收账款转让合同订立时，该应收账款发生的可能性的程度如何，并非当然足以影响合同的效力。原来，

即使转让的应收账款于将来并未发生，乃应收账款转让人应负何种责任，也只是原因行为（如应收账款转让合同）不能履行的问题，而非应收账款由转让人移转至受让人之手的“物权变动”^[332]。

此种学说在区分应收账款行为与物权行为的模式下符合逻辑，在未奉行物权行为理论的法制上须加限定，原因行为一律不要求处分权这个因素，会导致极不妥当的后果。例如，甲和乙恶意串通，虚构应收账款，并将其出质，若仍承认质押合同有效，则弊大于利。

应收账款质权所要求的将来应收账款，包括如下类型：其一，已有成立的基础法律关系，但尚未发生的应收账款。属于此类的将来应收账款有：（1）附始期的法律行为项下的应收账款^[333]；（2）附停止条件的法律行为项下的应收账款^[334]；（3）除此而外的、日后仅须有某种情事发生，即可由已经存在的基础法律关系上发生的应收账款。例如，股东基于出资或股份所可能发生的股息红利分配请求权、合伙人的剩余财产分配请求权，均属此类。^[335]再如保证人的求偿权、物上保证人的求偿权、连带债务人的求偿权，以及行使撤销权、解除权、优先购买权、买回权等形成权时所产生的应收账款。^[336]此外，应收账款人对于债务人享有应收账款，债务人与第三人之间存在某种基础关系，将来极大可能发生应收账款。在这种法律结构中，应收账款人基于应收账款人代位权制度而对该第三人可以主张的应收账款，也应允许应收账款人将该将来的应收账款出质。其二，无成立基础的法律关系，尚未发生的应收账款，即所谓“纯粹的将有的应收账款”。此类将有的应收账款又分为两个亚类：（1）虽无法律基础但有事实基础存在，因该事实基础而将来发生的应收账款。（2）无事实基础存在的将有的应收账款。^[337]其中的第一种亚类型，如甲发现并占有了乙遗失的一头牛，且一直饲养至乙前来领取之时，甲对乙享有无因管理之债的应收账款或不当得利返还请求权。其中的第二种亚类型，如于将来应该订立承揽合同，该合同产生的应收账款。

值得注意的是，实务中出现了如下类型的虚假应收账款：甲公司将被整体转让，为索要高价而编造多份虚假合同，据此拥有根本不存在的应收账款。此类应收账款可为应收账款质权的标的物吗？以虚假应收账款为标的物的质权具有何种法律效力？如果适用法释〔2009〕5号第1条正文关于“当事人对合同是否成立存在争议，人民法院能够确定当事人名称或者姓名、标的和数量的，一般应当认定合同成立”的规定，那么，应收账款质押合同因欠缺应收账款这个标的物而不成立，从而不发生法律效力。遵循“物权以物为其客体，客体（标的物）既灭失，权利亦因之消灭”^[338]“权利质权标的物之权利消灭时，权利质权自归于消灭，盖皮之不存，毛自无所附也”^[339]的原则，应

收账款质权因其原因行为不成立亦即不存在而根本不设立或不复存在。换句话说，虚假应收账款不得出质，法律不承认虚假应收账款质权。法释〔2009〕5号第1条确定的理念及模式与罗马法、英国法确立的理念和规则如出一辙。与此不同，如果适用法释〔2009〕5号第15条关于“出卖人就同一标的物订立多重买卖合同，合同均不具有合同法第五十二条规定的无效情形，买受人因不能按照合同约定取得标的物所有权，请求追究出卖人违约责任的，人民法院应予支持”的规定，类推适用法释〔2012〕8号第3条关于“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持”（第1款）“出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移，买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持”（第2款）的规定，那么，应收账款质押合同不因虚假应收账款或曰标的物不存在而不成立、无效，只不过“出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移，买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持”。如此，应收账款质权似无不复存在的理由。

两相比较，哪种模式更可取呢？从有关信息可知，上个自然段开头所谓甲公司虚造应收账款之事，负面结果实在严重：导致收购方乙公司付出高价却取得了财产状况糟糕的甲公司，酿成重大损失。此其一。甲公司的弄虚作假，乙公司于不知间披露的信息不真，损害了股市的形象。此其二。该种信息不胫而走，波及股市，致使在股市上购买相关股票的股民们损失不小。此其三。管理、决策机关以虚假应收账款及其流转现象作为判断依据之一，形成“决定”“规程”“措施”，贯彻于实务之中，非“对症下药”，难免出错。此其四。特别是，将此类虚假应收账款、虚假应收账款质权做成证券，发行于社会，可能会酿成美国次贷危机那样的恶果，广大百姓遭殃。此其五。^[340]既然如此，即使承认以此类虚假应收账款出质有效，该所谓质权也无使应收账款优先受偿的效力及功能，只有质权之名而无质权之实。与采取这种理念及模式所致后果不同，践行法释〔2009〕5号第1条奉行的理念，则虚假应收账款质押合同不成立，不发生法律效力，进而，虚假应收账款质权因标的物不存在而不设立或归于消灭，就避免了至少是减弱了上述负面后果。笔者赞同这种理念及模式，反对法释〔2009〕5号第15条和法释〔2012〕8号第3条采纳的买卖合同、权利转让合同不以处分权为必要的学说。

值得讨论的还有，无效的基础行为项下的应收账款可否出质。如果基础行为无效，该行为项下的应收账款归于消灭，以该应收账款作为标的物的应收账款质权失去标的物，如同上述，该质权因无标的物

而归于消灭。此其一。需要辨析的是，在基础行为无效的情况下，基于《合同法》第58条的规定产生缔约过失的损害赔偿请求权，如果把该损害赔偿请求权视为基础行为项下的应收账款的变形，类似于留置财产的代位物，那么，承认因基础行为无效导致的应收账款质权不因欠缺标的物而归于消灭，而是使应收账款质权借助于物上代位性继续存在于缔约过失的损害赔偿请求权，这不可以吗？其实，缔约过失的损害赔偿请求权并非基础行为项下的应收账款转化而来的应收账款，前者乃法定权利，后者则大多为意定权利，二者产生的理论基础、法律事实、构成要件和赔偿范围均不相同，按照严格的担保物权的物上代位性衡量，缔约过失的损害赔偿请求权不是基础行为项下的应收账款的代位物。既然如此，还是坚持应收账款质权因基础行为无效而导致欠缺标的物而归于消灭的原则，最符合法理。笔者赞同此理。此其二。

（二）应收账款质权的设立不以交付权利凭证为要件

应收账款是一种未被证券化的具有金钱内容的请求权，无证券载体，因此，在设立应收账款质权时无须转移权利凭证。当然，根据当事人意思自治原则，质权人可以要求出质人在订立应收账款质押合同时转移合同书或其他凭证，增加其私下转让、处置应收账款的难度，尽可能维护质权的效能。^[341]

（三）应收账款质权的实现受制于应收账款义务人的清偿能力

应收账款质权实质上是以一种请求权担保另一种请求权的担保方式，与其他已经证券化的权利质权相比，其实现更加依赖应收账款债务人的信用程度和履行能力，受制因素明显多于票据质权，故其担保功能相对有限，在质权得不到实现时的交易成本更高，商业银行在办理此项业务时面临的风险更大。^[342]

[辨析]

（1）应收账款质权与债权转让

尽管有学者将应收账款质权与债权转让相提并论，但二者存在着区别：1）二者的性质不同。应收账款请求权一经转让，原权利人便彻底退出，受让人以新请求权人的身份收取账款，性质上为一种权利的“买卖”，具有融资的功效却无担保的机能；而以应收账款出质，应收账款请求权人的身份并未发生变化，只是在第三债务人（付款人）到期未付款时，银行才可以就入质的应收账款优先受偿，性质上为一种债的担保。2）二者的运作方式不同。应收账款请求权转让后，受

让人能否向第三债务人收回账款及收回多少，概与原应收账款请求权人无关；而应收账款质权则不同，即使第三债务人（付款人）到期不付款，质权人也有权请求应收账款请求权人履行，并就所收账款优先受偿。质人行使质权后，若所收账款大于被担保的债权额，须将余额退还给出质人；相反，如有不足，则质人有权继续向出质人（应收账款请求权人）请求偿还不足部分。3）二者的风险不同。应收账款请求权转让后，应由受让人独自承担应收账款未获清偿的风险，亦即受让人对应收账款承担坏账担保的责任；而应收账款的质权人毕竟还保有对应收账款请求权人（出质人）的请求权，风险分散于出质人和第三债务人两方，相对较小。^[343]4）二者的收益不同。根据风险与收益相一致的原则，应收账款的受让人可能获得的利益通常要高于质权人的。前者往往以较低的“贴现率”受让应收账款，若账款最终能够全部回收，其赚取的差价较大；而应收账款质押中的质权人贷款之后可能获得的只是利息收入，而不能得到大于债权本息的偿付。^[344]

当然，尽管应收账款转让与应收账款质权在理论架构上可说是泾渭分明，在实践操作中，两者的界限却有模糊的趋势。特别是中国的银行为了降低风险，往往只开展有追索权的应收账款转让业务，即出让人须对第三债务人的清偿能力作出保证，一旦第三债务人无力清偿，银行仍有权向出让人追索。此种方式名为转让，其实质仍为应收账款担保贷款，只不过由第三债务人承担第一还款义务而已。但此种变异方式的出现，并不足以动摇应收账款转让和应收账款质权区分的基础。此外，《国际保理通则》第12条第1款、《联合国国际贸易应收账款转让公约》第2条a款，都提到以应收账款提供担保的，可视为应收账款的转让。因此两个公约实际上也是区分转让和质押的，只不过由于质押具有附条件转让的特点，准用转让的规定而已。质押和转让是两种不同的债权利用方式，债权人可以根据自身需要作出相应选择，肯定不能因此抹杀应收账款质押的独立价值。^[345]

（2）应收账款质权与保理

应收账款包括许多类型，其中重要的一类存在于保理制度之中。保理制度是一项以应收账款的转让为核心，并兼具管理、收款、坏账担保等多种功能的综合性制度。它是为赊销方式出售商品或提供服务的贸易提供销售账务管理、应收账款收取、信用风险担保和资金融通便利中一项或多项服务的综合性金融业务。^[346]在普通法国家里，国际保理业务的融资功能与其操作和债权质权确实比较相近^[347]，确有一定的相似性。尤其是保理业务中经常发生保理商向出口商的融资，容易使人理解为出口商是以应收账款债权作质押而获取了一笔融资。在德国，有追索权保理甚至被认为实际上是债权质押借贷。^[348]《国

际保理通则》甚至也允许将应收账款提供担保权纳入保理的范畴（第12条）。但应收账款质权和保理毕竟不同，现以无追索权保理为例，加以说明：1）在应收账款质权中，虽然债权凭证移交给质权人，但在主债权人处分和实现质权前，出质人还是债权人；而国际保理业务中，保理商和供应商签订保理合同后，不论有无融资，保理商而非出口商即以应收账款债权人的身份向债务人催收款项。2）在应收账款质权中，首先由第三债务人清偿债务，待第三债务人不能清偿时，质权人方才处分入质的应收账款债权，向第三债务人收取应收账款来清偿主债务的本息；而在国际保理业务中，保理商向供应商支付预付融资款后，是直接以债权人身份向债务人收回应收账款来得到偿付的。只有当应收账款出现商务争议时，才向出口商进行追索。3）在应收账款质权中，出质人必须向质权人清偿融资本息，出质人对出质应收账款债权变现尚不足以清偿的部分仍负责清偿；而在保理业务中，由于保理商作出了坏账担保，只要未发生商务纠纷及争议，保理商能向债务人收回多少及是否能够收回，概与出口商无关。4）在应收账款质权中，出质人获得融资后，要纳入其资产负债表的负债科目；而在保理业务中，出口商获得的预付融资款被视为其提前收回的应收账款，而在资产负债表中列入其流动资产科目。5）在应收账款质权中，出质人在清偿款项后，有赎回应收账款的权利；而保理业务中，出口商显然无这一权利，当然，在出现保理商追索（反转让）时出口商又买回了其应收账款债权，但是，这时发起的主体是保理商而非出口商。^[349]

四、应收账款质权的设立

应收账款的设立，属于创设的继受取得，既需要有设立合同或单独行为的成立和生效，又需要出质登记（《民法典》第445条第1款）。

[探讨]

当事人未以书面签订质押合同，合同是否有效？观点不尽相同。有专家学者主张，中国法律只承认和保护以书面形式订立的质押合同，不承认和保护以口头、录音等方式订立的质押合同。同时，从保证银行质权清晰明确的角度出发，也应当订立书面的质押合同，并在合同中对应收账款质押的有关要素作详细的约定。^[350]笔者认为，将《物权法》第228条第1款关于要式合同的规定视为强制性规定利少弊多，莫不如作为倡导性规定，质押合同虽然未作书面形式，但当事人均予承认，或有证据证明质押合同存在，法律应予承认。《民法典》意识到这些，删除了《物权法》第228条第1款所要求的“当事人应当订立书面合同”，确有道理。

应收账款质权的实现，取决于第三债务人（应收账款请求权人的债务人）的清偿，因而应当将设质的事实通知第三债务人。由于应收账款质权的设立，类似于应收账款债权的转让，可类推适用《民法典》第546条第1款关于“债权人转让债权，未通知债务人的，该转让对债务人不发生效力”的规定，应收账款质权设立，应将此情通知债务人。应收账款债权人向债务人为通知，应无疑问；应收账款质权人向债务人为通知的，虽无不可，但应负举证证明其质权确实设立于该应收账款之上，以防有人冒称其为应收账款质权人。如果未将应收账款质权的设立通知给债务人，那么，类推适用《民法典》第546条第1款关于“未通知债务人的，该转让对债务人不发生效力”的规定，该质权对债务人不发生效力。

何谓该质权对债务人不发生效力？本条第1款规定应收账款质权自办理出质登记时设立。这表明质权人将应收账款出质的事实通知第三债务人不是质权的生效要件，只是质权设立后于质权实行时请求第三债务人为清偿的条件。例如，债务人若不知应收账款亦为质权标的物，则于应收账款已届清偿期之时，债务人仍然向出质人清偿的，照旧发生债务消灭的效力，无须对应收账款质权人负担任何责任。质权人只得向出质人主张相应的救济而已。从第三债务人的角度观察，在质权人怠于通知时，第三债务人可以此向质权人为有关的抗辩，如在第三债务人已经向应收账款请求权人为清偿时，其债务消灭，可以对抗质权人关于清偿的请求。只有这样，才能较为公正地平衡各方当事人的利益关系。由此导出应收账款质权人负有将应收账款质押事实通知给第三债务人的义务。质权人怠于通知，第三债务人有权向应收账款请求权人清偿，除非能够证明该第三债务人为恶意。

与此相关，将应收账款质权的设立通知给债务人，在时间点上不苛求于质权设立时为之，在该债务人为清偿之前向其为通知，也足以发生对抗效力。

关于通知的形式，《民法典》未设明文，可参考有关立法例及学说关于“以书面、言词或提示设质之书面，均无不可”的意见，予以把握。

必须指出，在法律明文规定或当事人之间明确约定应收账款债权转让须经债务人同意的情况下，仅仅将应收账款质权设立的事实通知给第三债务人，尚不使得质权设立，只有得到该第三债务人同意，质权始告设立。^[351]

五、应收账款质权的顺序

应收账款质权作为物权的一类，依然遵循物权优先效力的规则，即在同一应收账款债权多次设立质权的情况下，应收账款质权的优先效力依质权设立先后确定。如果第三债务人没有收到先顺位质权人的通知，而向已为设质通知的后顺位债权人给付时，则依旧发生债务清偿的效力以及质权实现的效力，至于先顺位质权人的救济则属另外的问题。^[352]

六、应收账款质权人的权利

（一）应收账款凭证的留置权

应收账款存在权利凭证的，在主债务人不履行到期债务致使被担保债权未获清偿前，应收账款质权人有权留置此类权利凭证。

（二）孳息的收取权

应收账款产生孳息的，质权人享有孳息收取权（《民法典》第446条、第430条）。但从公平的层面考量，应当区分应收账款债权质实行前后而有所区别。应收账款债权质于其实行前的效力不宜及于孳息，应收账款债权质权自其实行开始效力及于孳息。

[延伸]

债权质权的效力是否及于出质债权的转让对价

出质债权转让时，债权质权的效力是否及于出质债权的转让对价？应当区分类型而有结论。在债权质权尚未进入实行阶段时，出质债权为质权的效力所及；第三债务人提前清偿时，要么出质债权人提前向债权质权人清偿，要么将第三债务人的清偿结果提存，这就足以保障债权质权人的权益了。倘若再将债权质权的效力及于出质债权的转让对价，又承认质权的保全（留置财产价值减少的防止权、留置财产价值减少的恢复原状、增加担保请求权）、质权的物上请求权等制度的话，就使得债权质权捆取了超出被担保债权实现所需要的责任财产，意味着闲置了某些财产，这对债权质权人保护过度；对于出质债权人而言，人为地压缩了其以债权转让对价从事另外交易的空间，从而妨害着出质债权人转让债权的积极性，这不利于社会财富的增加。此其一。对于抵押物所生租金等法定孳息，有些立法例、判例和学说均认为抵押权于其实行前效力不及于之^[353]，出质债权转让的对价（价款）与抵押物的租金具有类似性，按照相似的事务相同处理的公平原则，债权质权于其实行前的效力也不及于出质债权的对价。此其二。但是，债权质权一旦进入实行的状态，出质债权人就不得自主决

定转让出质债权，而由质权人决定，而且自此开始，质权的效力及于出质债权的转让对价。不这样，就不足以维护债权质权的价值，有可能使债权质权担保的债权难获清偿，或者代价昂贵。

（三）入质应收账款的保全权

应收账款作为一种普通债权或不动产收益权，绝大多数没有一定的书面凭证可以将其权利固定化和表征化，质权人不占有此类入质债权的凭证，导致该权利随时可能被出质人恶意放弃、减免、向第三人转让、第三债务人主动向出质人提前清偿等情形所冲击，损害质权人的质权。为了保护应收账款质权，一旦有上述情况之一发生，质权人有权要求停止不当行为，或请求人民法院撤销出质人放弃出质应收账款请求权和减免出质应收账款请求权的行为。^[354]

需要注意，只有应收账款质押合同而未办理质押登记，则应收账款质权尚未设立，于是，当出质人为放弃、减免、向第三人转让将出质的应收账款时，质权人无权请求人民法院撤销这些行为，只能要求出质人承担违反质押合同的责任。

（四）应收账款质权的处分权

《民法典》于权利质权一节没有规定质权人的转质权、放弃权，但于第446条规定：“权利质权除适用本节规定外，适用本章第一节的有关规定。”由于《民法典》在动产质权一节规定了质权人的转质权（第434条）、放弃权（第435条前段），应收账款质权人应有将应收账款转质、放弃应收账款质权的权利。

（五）提前受偿或提存的权利

在出质应收账款的付款期限先于主债务的清偿期限场合，应收账款请求权人（出质人）届期受偿，会使出质的应收账款请求权消灭，应收账款质权因其标的物消失而难以存续。为了保护质权人的合法权益，在应收账款请求权人（出质人）愿意放弃期限利益而提前向质权人为清偿时，应当允许；应收账款请求权人（出质人）若不愿放弃期限利益，有义务将第三债务人（付款人）的付款提存于第三人处，质权人有权请求应收账款请求权人（出质人）为此类提存行为（《民法典》第442条之准用）。

应收账款出质后，经质权人同意，出质人转让应收账款请求权，所得转让款，应用于向质权人提前清偿债务；应收账款请求权人（出质人）若不愿放弃期限利益，则有义务将第三债务人（付款人）的付

款提存于第三人处，质权人有权请求应收账款请求权人（出质人）为此类提存行为（《民法典》第445条第2款）。

（六）享有应收账款请求权的担保利益

出质应收账款请求权附有抵押权、质权或保证时，应收账款请求权为主权利，抵押权、质权、请求保证人承担保证责任的权利等为从权利。根据担保权的效力及于担保物的从权利的原理，应收账款质权的效力及于这些担保利益。如此，在入质应收账款请求权的清偿期届满后，第三债务人（付款人）拒不付款，应收账款质权人有权代入质应收账款请求权人之位而行使附属于应收账款请求权上的担保权，可以直接请求应收账款请求权的保证人予以清偿，或就担保应收账款请求权的抵押物或留置财产的变价，使其债权优先受偿。^[355]

（七）别除权

在应收账款请求权人（出质人）进入破产程序时，应收账款质权人可以对已经入质的应收账款主张行使别除权，要求不将该部分财产权利列入破产财产范围。^[356]

（八）应收账款质权的实行权

在主债务人不履行到期债务致使被担保债权未获清偿时，应收账款质权人有权实行质权，但与抵押权、留置权、动产质权以及知识产权质权的实行方式相比具有特色。

担保物权的实行，重心是将担保物变价，担保人就该变价使被担保的债权优先受偿。变价的可能性会因担保权的类型不同而有所差异：抵押权、动产质权和留置权的实行采取拍卖或变卖的形式，被担保债权就该变价优先受偿^[357]；知识产权质权的实行是将包含在知识产权中的财产性的权能变价，被担保债权就该变价优先受偿；指向金钱的债权的变价要通过对其收取以及为了债权人的利益而出卖收益进行利用来实现，留置财产的出卖可能不是唯一的变价形式。^[358]具体些说，应收账款质权的实行是就入质的应收账款请求权为处分：应收账款请求权的清偿期先于被担保债权的，出质的债权人无清偿请求权，质权人也随之欠缺此权，但有权请求应收账款请求权人提前清偿或予以提存，已如上述，此处不赘；在出质的应收账款已被冻结时，无论是出质人还是质人均无行使清偿请求权的余地，质人可以自己名义直接要求第三债务人提存，并就提存之物优先受偿，也可以要求出质人提供替代的担保方式；应收账款请求权已届清偿期的，质人有权以自己名义直接请求第三债务人清偿，并就此享有优先于应收

账款请求权人和一般第三人受偿的权利；应收账款请求权的清偿期后于被担保债权的清偿期的，质权人需要等待应收账款请求权的清偿期届至，才可请求第三债务人为清偿，因为第三债务人并不承担期前给付的义务，而应收账款请求权人亦无权对之请求给付，不得因质权的设立而剥夺第三债务人的期限利益，或使质权人有优先于应收账款请求权人的权利，何况质权人于此场合虽然不得实行其质权，但非不得向自己的债务人（应收账款请求权人）请求清偿债务，倘其不为清偿，则须负迟延履行责任，此亦为质权担保效力之所及，故对质权人自仍有保障。[359]

前述质权人直接请求第三债务人清偿，是指质权人有权以自己的名义请求给付而径直优先受偿，即无须由应收账款请求权人（出质人）出具授权委托书，亦无须在诉讼上为之。质权人的该种直接请求给付之权，名叫收取权，乃以实现应收账款请求权的内容为目的。为达此目的，质权人对第三债务人有权催告、受领代物清偿、申请查封、申请冻结、申报破产财产。第三债务人拒绝给付时，质权人有权诉请给付，并于取得执行名义后，对之申请强制执行。[360]

在此，值得争辩的是，质人行使收取权，第三债务人为清偿，是否需要征得应收账款请求权人（出质人）的同意？《民法典》未设明文，中国台湾地区“民法”采取肯定说，于第907条规定：“为质权标的物之债权，其债务人受质权设定之通知者，如向出质人或质权人一方为清偿时，应得他方之同意。他方不同意时，债务人应提存其为清偿之给付物。”与此不同，德国民法的立场是，于被担保债权的履行期届至，质权人的法律地位得以加强：至此他被赋予收取权，债务人只得向他清偿（《德国民法典》第1282条第1项第1款前段）。随着该收取权又产生了物上代位性（《德国民法典》第1287条）：债权人（出质人）取得了在给付物上的所有权，质权人在该给付物上取得了质权（甚或一个担保性抵押权）。他可以通过出卖的方式来变价该留置财产。如果从第三债务人处收取了金钱，那么，质权人的债权被看作债权人（出质人）为清偿（《德国民法典》第1288条第2项，准用第1247条）。[361]

两相比较，德国民法坚持的模式可取，中国台湾地区“民法”采取的模式存在弊端。其道理在于，物权不同于债权的一个重要表现就是，物权人可径行行使其物权，而无须义务人的协助。债权质作为物权之一种，此种物权性依然如故。如此，被担保债权的履行期届至时，质权人的法律地位因具有实行权而得以加强，质权人无须经由出质人的协助，可以单独向第三债务人收取债权，该债务人也只可向质权人为清偿。不然，质权的物权效力就难被体现，至少被弱化了。[362]

债权质实行可否采取拍卖或变卖入质债权（债权转让）的方式？德国民法理论持肯定态度^[363]，中国法也是如此，因为《民法典》第446条规定“权利质权除适用本节规定外，适用本章第一节的有关规定”，而动产质权一节第436条第2款规定“债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形，质权人……可以就拍卖、变卖质押财产所得的价款优先受偿。”

此外，《民法典》第436条第2款前段规定：“债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形，质权人可以与出质人协议以质押财产折价”。这也是债权质实行的形式。

七、应收账款质权人的义务

（一）保管义务

应收账款质权人若占有着应收账款合同书或其他凭证，则应尽善良管理人的注意，保管好这些文件。

（二）通知义务

从上文叙述可知，将应收账款质权设立的事实通知给第三债务人（应收账款请求权人的债务人），系质权人的义务。此外，应收账款质权人对第三债务人还负有另一通知义务，即，在主债务人不履行到期债务致使担保债权未获清偿时，应收账款质权人有义务通知第三债务人向自己清偿。

（三）消除对应收账款请求权的限制

在主债务人适当清偿担保债务、质权人放弃应收账款质权等事由导致质权消灭的情况下，质权人应当消除对应收账款请求权的限制，如及时办理注销登记等（《应收账款质押登记办法》第17条）。

（四）不得擅自转让应收账款请求权

对于出质的应收账款债权，《民法典》禁止其转让，除非经出质人与质权人协商同意转让（第445条第2款前段）。“这主要是为了保护质权人的权益，防止出质人随意处置应收账款，保证其所担保的债权的实现。出质人只有在取得质权人同意的情况下才能转让应收账款。”^[364]由此决定，应收账款请求权人不得自作主张转让应收账款债权。

（五）赔偿损失

应收账款质权人对应收账款请求权人承担损害赔偿责任的情况有如下两种：（1）在应收账款质权存续期间，未经出质人同意却转质，给应收账款请求权人（出质人）造成损失的，应收账款质权人应当赔偿其损失（《民法典》第446条、第434条）。（2）应收账款质权人怠于行使质权，给应收账款请求权人（出质人）造成损失的，应当赔偿其损失（《民法典》第446条、第437条第2款）。

（六）不当得利返还

应收账款质权的行使，超过了被担保债权的范围，就该超出部分构成不当得利，应收账款质权人应予返还（《民法典》第985条）。

【引申】

应收账款请求权人（出质人）的权利义务

应收账款请求权人（出质人）的权利和义务，一般都对应着应收账款质权人的义务和权利，不再重复。所需要强调的，是如下义务。

1. 应收账款处分权受限制

应收账款出质后，应收账款请求权受到限制，例如，对第三债务人请求清偿的权利、对债务人为破产申请的权利等均不得行使，不得擅自转让、放弃应收账款请求权等。^[365]但这仍不足以排除应收账款请求权人（出质人）对应收账款质权的侵害。为了保护质权人的合法权益，在签订应收账款质押合同时，应收账款质权人可请求设置如下条款：1）出质人向质权人交付基础合同文本或其他相关材料原件，以期减少出质人侵害质权行为发生的可能性。2）在应收账款请求权人（出质人）擅自以不合理的低价转让应收账款请求权，或放弃应收账款请求权的场合，若受让人或第三债务人为恶意，符合《民法典》第538条第1款规定的条件的，则应收账款质权人（债权人）有权诉请人民法院撤销该转让行为或放弃行为；若符合《民法典》第154条规定的原因的，则该转让行为或放弃行为无效；如为善意，则转让或放弃为附条件行为，仅在质权人返还质押物价值范围内才成就（有效）。为实现该等义务，就有必要规定应收账款出质的，应通知其债务人，且通知一经到达，该等义务便形成。^[366]

2. 保障出质应收账款请求权不发生时效瑕疵

应收账款出质后，应收账款请求权人应当及时向其债务人（第三债务人）主张权利，以中断诉讼时效，确保出质的应收账款请求权受

到法律保障。不动产收费权中的绝大多数权利有较浓的行政批准色彩，出质人往往难以左右。因此，其承担的此项责任相对要轻。[367]

八、第三债务人的权利义务

应收账款质权的设立必须对第三债务人为出质的通知。[368]第三债务人若得到应收账款质权设立的通知，则有义务应债权人关于实行质权的主张而直接向质权人为清偿。第三债务人未得应收账款质权设立的通知的，应收账款质权对于第三债务人不发生效力，第三债务人仍有权向出质人（应收账款请求权人）为清偿，并可以对抗应收账款质权人。于此场合，应收账款质权固因其标的物灭失而归于消灭，但出质人本不得受领第三债务人的清偿，而仍受领致应收账款请求权消灭，具有过错，应就此向应收账款质权人承担损害赔偿责任。再者，第三债务人虽然未获应收账款质权设立的通知，但若通过其他途径而获知质权已经设立的事实，则径直向质权人为清偿的，质权人有权保有该清偿。

九、应收账款质权的消灭

在被担保的主债权消灭、应收账款质权实现、质权人放弃登记载明的应收账款之上的全部质权及其他导致所登记质权消灭等事由出现的情况下，应收账款质权消灭。质权人应自该情形产生之日起10个工作日内办理注销登记（《应收账款质押登记办法》第17条）。

[探讨]

中国台湾地区“民法”及其理论认为，由于债权证书可以占有改定的方式交付，债权证书的返还不能理解为债权质权当然消灭，质权人仍得基于质权设立合同请求交付。[369]

第四百四十六条

权利质权除适用本节规定外，适用本章第一节的有关规定。

本条主旨

本条是关于权利质权的问题适用动产质权规范的规定。

相关条文

《物权法》第229条 权利质权除适用本节规定外，适用本章第一节动产质权的规定。

《担保法》第81条 权利质押除适用本节规定外，适用本章第一节的规定。

理解与适用

本条是对《物权法》第229条的承继，确立一项规则：在《民法典》关于权利质权没有规定或规定得不完全的情况下，适用《民法典》关于动产质权的规定。例如，权利质权具有使担保债权具有优先受偿的效力、转质、实行、终止等，都适用《民法典》关于动产质权在相应环节的规定。当然，如此适用时务请注意权利质权的特殊性，不得与其特殊性相抵触。

第十九章 留置权

本章集中设置了留置权的主要规范，首先界定留置权，明示留置权的基本内容以及留置权成立所需要的部分要件；接着规定留置权成立所需要的其他要件，包括消极要件；明确了不可分性在留置权中受到限制；然后依次规定留置权人妥善保管留置财产的义务，收取留置财产所生孳息之权，留置权实行的条件和三种方式，债务人可以请求留置权人及时行使留置权和人民法院拍卖或变卖的权利；留置权人有权就留置财产的变价使债权优先受偿，该变价少于债权数额的，就该差额由债务人继续负责清偿，高于债权数额的，高出部分归属于留置财产的所有权人；数个担保物权并存于同一项动产之上的场合，留置权的效力顺序排在最先；最后明示留置权的消灭及其事由。

第四百四十七条

债务人不履行到期债务，债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产，并有权就该动产优先受偿。

前款规定的债权人为留置权人，占有的动产为留置财产。

本条主旨

本条是关于留置权的概念，亦即构成要件和法律效果的规定。

相关条文

《民法通则》第89条第4项 按照合同约定一方占有对方的财产，对方不按照合同给付应付款项超过约定期限的，占有人有权留置该财产，依照法律的规定以留置财产折价或者以变卖该财产的价款优先得到偿还。

《物权法》第230条 债务人不履行到期债务，债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产，并有权就该动产优先受偿。

前款规定的债权人为留置权人，占有的动产为留置财产。

《担保法》第82条 本法所称留置，是指依照本法第八十四条的规定，债权人按照合同约定占有债务人的动产，债务人不按照合同约定的期限履行债务的，债权人有权依照本法规定留置该财产，以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条是对《物权法》第230条的复制，界定了留置权，也是关于留置权的构成要件和法律效果的规定。

二、留置权的概念

所谓留置权，依本条第1款规定，是指债权人合法占有债务人的动产时，债务人不履行到期债务，债权人依法享有留置该动产，并可以该动产折价或以拍卖、变卖该财产的价款使其债权优先受偿的权利。该动产叫作留置物，一般属于债务人所有，但有些场合则属于第三人所有。该债权人为留置权人。留置权的法律性质如下。

（一）留置权以他人的动产为标的物

按照本条第1款的规定，留置权的标的物为他人的动产，不动产、权利在现行法上均不得作为留置权的客体。^[370]该动产属于债务人所有的，成为留置权的标的物，容易理解；属于债务人以外的人所有的，可否成为留置权的客体，则存在争议。^[371]驾驶他人之车时途中抛锚，请求修理厂修理，待修理完毕后却拒付修理费，应当成立留置权。所以，至少在一定条件下，得承认债务人以外之人的动产可成立留置权。

（二）留置权为担保物权

在符合法定要件的情况下，留置权人有权留置他人的动产，并在债务人于法定期间仍不履行债务时可将留置财产变价，使其债权优先受偿（《民法典》第447条以下）。可见，留置权符合物权、担保物权的规格，为担保物权。

[扩展]

留置权源于罗马法上的恶意抗辩（exception *doi*）以及诈欺的拒绝给付权。在罗马法上，债权人如对债务人负有债务，债权人未清偿其债务，却请求债务人履行其债务，构成违反诚实信用原则时，债务人可行使抗辩权，拒绝履行其债务。此种以公平理念为基础的拒绝给付权，仅系一种人的抗辩，乃对人的权利，且系分散规定，而无统一的制度。后世民法在继受的过程中，未尽一致。《法国民法典》最接近罗马法的传统，仅有债务人的各种拒绝给付权的规定（第545、555、570、867、1612、1613、1653、1673、1749、1948、2082、2280条），而未设留置权专章。不过，学说整理出留置权的理论。《德国民法典》也继受了罗马法的恶意抗辩的理论，把留置权规定于债编总则中（第273条、第274条），以基于同一债的关系所生两对立债权之间的拒绝给付权予以构成，属于对人的抗辩权，具有债的品格。《德国商法典》设有商人留置权制度（第369条、第370条、第371条、第372条参照）。《瑞士民法典》进一步将留置权与质权并列（第895条-第898条参照），性质上与动产质权无异，具有留置权能和优先受偿权能。《瑞士债务法》规定同时履行抗辩权（第82条），作为双务合同的效力。留置权的担保物权性质至此遂告完成。《日本民法典》设有留置权专章（第295条以下），并作为一种担保物权，不过只赋予了留置的效力，而未规定优先受偿权。中国台湾地区“民法”把留置权作为担保物权，具有留置的效力和优先受偿权（第928条以下）。^[372]

（三）留置权依法律的直接规定而成立

与抵押权、质权大多基于当事人的约定而设立不同，留置权于法律直接规定的要件具备时当然成立。所以，留置权为法定担保物权。

（四）留置权具有从属性

留置权从属于被担保的债权，若不存在被担保债权，就不成立留置权。

（五）留置权具有不可分性，但受有限制

留置权的不可分性，是指留置权担保债权的全部，而非部分；留置权的效力及于留置财产的全部，而非部分。考虑到留置财产的价值远远超过被担保债权时仍固守不可分性，对留置财产的所有权人过于苛刻，在一定条件下缓和留置权的不可分性也有必要，《民法典》特设第450条，规定“留置财产为可分物的，留置财产的价值应当相当于债务的金额”。这体现出对不可分性的限制。

（六）留置权在物上代位性方面特殊

留置权是否具有物上代位性，对此存在着分歧。肯定说依逻辑主张，因留置权为担保物权，自具有从属性、不可分性和物上代位性。^[373]否定说则认为，留置权是把物的留置（占有）作为效力的本体，故不得承认它有物上代位性。^[374]在笔者看来，留置财产若完全变形为他种性质之物，如汽车被毁灭，转换成保险金，则留置权因留置物的占有彻底消失而归于消灭，物上代位性无从谈起；不过，留置财产若只是遭受了些许损坏仍为同种之物，变形物产生，如投保的汽车被他人刺破轮胎、捣毁拖斗，保险金产生，留置权并未消灭，同时其效力及于保险金（请求权）上，表现出物上代位性。

（七）留置权不具有追及效力

留置权人对留置财产的占有被侵夺，留置权人只能基于《民法典》第462条关于占有保护的规定请求无权占有人返还留置财产，而不得基于留置权请求返还，表明留置权无追及效力。^[375]

三、留置权与动产质权的区别

（一）标的物所有权人的范围不尽相同

留置权和动产质权虽然都以动产为标的物，在《民法典》上均可归第三人所有，但动产质权场合对第三人的范围不加限制，而留置权场合的动产则必须是与债权属于同一法律关系的动产（第448条），因而留置物的所有权人不会是泛泛的任何第三人，只有在个别情况下才会是第三人。

（二）发生的原因、功能不同

留置权因法律的规定而发生，为法定担保物权，其作用仅在确保债权的实现。动产质权原则上通过当事人的意思表示设立，为意定担保物权，其作用既确保债权清偿，又媒介融资。^[376]

（三）成立的要件不同

留置权不仅以债务人不履行到期债务为成立要件，而且必须是担保债权与动产属于同一法律关系，除非是企业之间的留置（《民法典》第448条）。动产质权的成立则无此要求。

（四）标的物移转占有的时间不同

留置权成立前，债权人已经占有留置物；动产质权设立前鲜有债权人占有留置财产的现象。

（五）将标的物折价或变价的条件不同

留置权人将留置物折价或变价，必须在债权人留置标的物后的一定期间（如2个月）届满之时（《民法典》第453条）。动产质权人将留置财产折价或变价，以债务人不履行到期债务为条件，或发生了当事人约定的实现质权的情形（《民法典》第425条第1款）。

（六）消灭的原因不同

留置权因占有的丧失、债务人另行提供担保而消灭（《民法典》第457条）。动产质权人丧失对留置财产的占有，可基于质权请求无权占有人返还留置财产，质权继续存在（《民法典》第235条），只有待不能请求返还留置财产时质权才归于消灭。出质人提供相应担保不是动产质权消灭的原因（《民法典》第433条）。

四、留置权与同时履行抗辩权的关系

（一）留置权与同时履行抗辩权的联系与区别

留置权和同时履行抗辩权虽然都源于罗马法的拒绝履行制度，均依公平原则而设置，在历史发展上有密切的关联，但两者嗣后各有不同的演进方向，故有如下不同。

1. 法律性质不同

留置权在法国、日本、中国大陆民法以及台湾地区“民法”上是物权，以直接支配标的物为内容，对任何人都可主张。同时履行抗辩权乃双务合同的一种效力，为债权性质，以拒绝相对人的给付请求为内容，只能对相对人主张。^[377]

2. 所得拒绝的给付不同

留置权所得拒绝的给付，以与被担保债权属于同一法律关系的动产之交付为限，只有企业之间的留置权无此限制；同时履行抗辩权所得拒绝的给付，在种类上没有限制。[378]

3.所保护的债权不同

留置权所保护的债权，应为与动产属于同一法律关系的债权，至于该债权发生的具体原因，时常不予过问；更有甚者，企业之间的留置权所保护的债权可以不与动产属于同一法律关系。同时履行抗辩权所保护的两个债权，系同一双务合同所生，且相互间原则上立于对价关系。[379]

4.有无不可分性不同

留置权为从物权，与其担保的债权具有不可分性，只是有所缓和（《民法典》第450条）。同时履行抗辩权无不可分性。

5.实行的方式不同

留置权于其实行条件具备时，权利人可以作为的方式留置动产，待一定期间届满时可将留置物变价。同时履行抗辩权只能消极地阻止相对人的给付请求，并无积极实现自己债权的手段。其原因在于，前者为担保物权，后者仅为债务人的单纯的给付拒绝权能，不具有独立的权利地位。[380]

6.消灭的原因不同

留置权为担保债权而成立，于债务人另行提供担保时归于消灭。同时履行抗辩权以促使给付的交换履行为目的，所以，不因相对人另行提供担保而消灭。其原因在于，两者虽然都基于公平原则而设置，但各个公平理念所追求的目的各有不同。[381]

（二）留置权与同时履行抗辩权的竞合

留置权与同时履行抗辩权发生竞合的情况时而有之，例如，在买卖合同中，价款尚未支付，买受人请求出卖人移转买卖物的所有权，出卖人拒绝买受人的该项请求，可有同时履行抗辩权和留置权的考虑。于此场合，是认可出卖人得行使任何一项权利，还是仅仅允许行使一项权利，不无疑问。

在日本，多数说为两种权利竞合。[382]在竞合说内部，看法不尽一致。有学说认为，两种权利不管何方均可行使。[383]也有学者主

张，在对价的债务关系以外的情况下认可两种权利竞合。[384]

非竞合说则认为，一般说来，物权关系，属于二人之间无特殊关系情况下的一般法的问题，若存在合同关系这个特殊关系，应当考虑适用合同法，排除物权法的适用。[385]在理论上，有具备相同机能的两种权利的情况下，应当认为物权被包括在合同权利之中。所以，上述例子中，出卖人只能根据同时履行抗辩权拒绝移转买卖物的所有权。[386]

五、留置权与抵销权的区别

留置权和抵销权都源于罗马法上的恶意的抗辩权，同为维护公平而设置，但有下列区别。

（一）性质不同

留置权以对物的直接支配为内容，属于担保物权。抵销权虽然也间接地担保了债权的实现，但其本身并非担保权，而是为使双方当事人的债务在等额的范围内消灭的形成权。[387]

（二）成立方面的关注点不同

留置权所担保的债权与留置的动产属于同一法律关系，至于留置权人享有的债权和债务人享有的债权是否同种类，在所不问。企业之间的留置权连被担保债权与动产属于同一法律关系也不要求。抵销权的着眼点不在这些方面，而是要求二人所负债务在种类方面相同且相互对立。

（三）标的物不同

留置权的标的物限于动产。抵销权的标的物是给付种类相同且相互对立的债务（债权）。[388]

（四）目的不同

留置权的目的在于担保债权的实现。抵销权虽然间接地起到了担保债权实现的作用，但其主要目的在于避免无益的给付交换。[389]

（五）效力不同

留置权的效力，一是暂时留置特定的动产，二是待一定期间届满时将该动产折价或变价。抵销权的行使，使债权债务确定地归于消

灭。[390]

（六）实行方式不同

留置权的实行，主要表现为将留置物折价或变价。抵销权的行使，以意思表示向相对人为之即可。[391]

（七）消灭的原因不同

留置权可因债务人另行提供担保而消灭。抵销权则不因债务人提供担保而消灭。[392]

六、留置权的分类

大陆法系把留置权分为民事留置权和商事留置权。前者适用民法（主要就是民法典）的规定，而后者适用商事法的规定。二者具有如下区别。

（一）主体不同

商事留置权适用于商人之间因双方的商行为所生债的关系，其主体均为商人，而民事留置权无此要求（参见《德国商法典》第369条第1款前段，《日本商法典》第521条）。

（二）成立要件上不同

民事留置权的要件之一是，债权与债权人占有的动产之间具有牵连关系，而商事留置权一般不作此要求。在后者场合，商人之间因营业关系而占有的动产及其因营业关系所产生的债权，无论实际上是否存在牵连关系，只要该动产是债权人因其商行为而占有的，都成立留置权。之所以如此，是因为商人相互间的交易非常频繁且常常维持相当长的一段时间，此间各种债权债务关系不断发生、消灭，如果按照民事留置权的要求，债权人必须精确地且逐一地证明每次交易所发生的债权与其所占有的动产之间存在着个别牵连关系，非常繁琐，有时也特别困难。为了加强商业交易中的信用，确保交易的效率，故而不以动产与债权具有牵连关系为必要。[393]

（三）效力不同

在一些立法例上，商事留置权的效力强于民事留置权的。例如，在日本法上，民事留置权仅具有留置效力而无优先受偿效力，故而于债务人破产时留置权不具有别除效力，而商事留置权却被视为特别的

先取特权（《日本破产法》第93条），具有很强的效力。

中国没有商法典，通说主张民商合一，因此在《物权法》和《民法典》颁布之前，一般意义上的商事留置权并不存在，只有《海商法》上确立了一种独特的商事留置权，即船舶留置权（第25条第2款前段）。《民法典》第448条关于“债权人留置的动产，应当与债权属于同一法律关系，但是企业之间留置的除外”的规定，显然承认了商事留置权。因为按照这一规定，如果是企业与企业之间发生债权债务关系，那么作为债权人的企业占有作为债务人的企业的动产时，无须该动产与债权具有同一关系。这种规定，明显符合上述商事留置权和民事留置权区别的第一项和第二项。^[394]以下所论的留置权，除非特别指出是商事留置权（企业之间的留置权），均为民事留置权。

七、留置权的成立要件

（一）概述

留置权的取得，有的是基于法律行为，有的是非基于法律行为，包括基于法律的直接规定和基于继承事实。所谓基于法律行为而取得留置权，不是基于当事人签订留置权合同而取得，而是指留置权随着被担保债权的让与而由受让人取得。最为常见的留置权取得方式为基于法律的直接规定。

传统民法通常都将法律关于留置权的产生条件划分为积极条件和消极条件。所谓积极条件，是指留置权产生所必须具备的条件。所谓消极条件，是对留置权成立的限制条件，只有这些限制条件不存在时留置权才能成立。

（二）留置权成立的积极要件

1. 债权人合法占有他人的动产

留置权为担保物权，具有从属性，所以留置权人必须为债权人，而留置权的义务人则必须为被担保债权的债务人，与抵押权、质权等可以第三人为担保物的提供人不同。^[395]

该债务人的动产为留置物，比较顺理成章。第三人的动产可否为留置物，则有争论。^[396]鉴于动产物权的善意取得制度适用于留置权，被担保债权与第三人所有的动产发生牵连关系的事例并非鲜见，《民法典》第447条和第311条的适用应予统筹考虑，应当有条件地承认第三人的动产可作为留置物。如前述修理他人汽车而成立的留置

权，属于留置权成立于债务人以外的第三人的动产之上的例子。如此，也符合法释〔2000〕44号第108条关于“债权人合法占有债务人交付的动产时，不知债务人无处分该动产的权利，债权人可以按照担保法第八十二条的规定行使留置权”的明确解释。

[以案说法]^[397]

1.基本案情及涉案法律关系

乙公司长期为丙公司提供码头集装箱的作业、堆存、保管。截止到2006年8月18日乙公司发出留置通知时，丙公司累计拖欠乙公司各类欠款485.342万元人民币，其中仅港口作业费就高达181.8万元，因此产生的滞纳金14.2万元，总计近200万元人民币欠款。

在本案中具有特别重要意义的是，截止到2009年3月，丙公司拖欠的集装箱的堆存费已达100万元人民币。

乙公司多次催要上述欠款，未果，于是在2006年8月18日，向丙公司发出了留置通知，并留置了丙公司在乙公司处作业的集装箱。其中包括集装箱抬头为“XXXX”的100个集装箱。

在乙公司向丙公司发出留置权通知的一个多月之后，甲公司于其“要求交付甲公司集装箱的函”中声称：甲公司与丙公司有租箱协议，丙公司拖欠其租金，因此解除了与丙公司的租箱协议，在获知他们抬头为“XXXX”的集装箱在乙公司处时，致函乙公司要求放箱。自此，乙公司方知甲公司与丙公司之间存在着集装箱租赁合同关系，租赁物即为涉案的集装箱。

2.本案的争议焦点

本案的争议焦点是，乙公司对不属于债务人所有的涉案集装箱是否享有留置权。

3.分析

（1）乙公司对涉案集装箱享有留置权

笔者认为，根据《物权法》第230条、《担保法》第82条和第84条、《合同法》第380条等条款、法释〔2000〕44号第108条等条款的规定，乙公司对涉案集装箱享有留置权。理由如下。

1）截止到2009年3月，丙公司拖欠乙公司的集装箱的堆存费已

达100万元人民币，且早就应当偿付。这符合上述当时法律及其理论所要求的构成留置权的一项要件：双方当事人存在着债的关系，且债权已届清偿期。

2) 乙公司至今占有着涉案的集装箱，包括抬头为“XXXX”的集装箱100个。乙公司对丙公司所享有的100万元人民币的到期债权，系这些集装箱的堆存费。换句话说，该100万元人民币的到期债权与该100个集装箱属于同一法律关系，也可以说具有牵连关系。这符合上述当时法律及其理论所要求的构成留置权的另一项要件：债权与被留置的动产属于同一法律关系，或曰牵连关系。

3) 乙公司至今占有着涉案的集装箱，包括抬头为“XXXX”的集装箱100个。这符合上述当时法律中国现行法所要求的构成留置权的第三项要件：债权人合法占有他人的动产，具体到本案，就是债权人乙公司合法占有着债务人丙公司的集装箱，占有着甲公司租赁给丙公司的100个集装箱。

债权人占有与其债权属于同一法律关系的动产，在留置权的构成要件里处于非常重要的地位，因为《物权法》第23条规定动产物权的设立和转让自动产交付时发生效力，强调了占有（交付）的公示和公信的法律效力；《物权法》第106条第1款第3项规定动产物权的善意取得必须由取得人占有动产，贯彻了动产占有的公信力。

按照《合同法》第380条等规定，以及法释〔2000〕44号第109条等的规定，债权人只要占有与其债权属于同一法律关系（或曰牵连关系）的动产即可，并不刻意强调占有的动产必须属于债务人所有。就此看来，本案中，乙公司占有着债务人丙公司的集装箱，占有着甲公司租赁给丙公司的100个集装箱，应为有权占有，亦为合法占有，符合留置权成立的第三项要件。

诚然，《物权法》第230条、《担保法》第82条关于留置权构成的规定，在字面表述上采用的是债权人合法占有债务人的动产，而乙公司占有的抬头为“XXXX”的100个集装箱不属于债务人丙公司所有，而是属于甲公司所有。这是否意味着乙公司对抬头为“XXXX”的100个集装箱不享有留置权？答案恰恰相反，乙公司对抬头为“XXXX”的100个集装箱享有留置权。其根据在于《物权法》第106条、法释〔2000〕44号第108条规定的善意取得。因其较为复杂，非三言两语所能说清，在下文专门作为一个问题加以阐述。

4) 乙公司占有抬头为“XXXX”的100个集装箱，系基于乙公司为丙公司提供码头集装箱作业、堆存、保管的法律关系。属于有权占

有，亦为合法占有，而非通过侵权行为而占有，也不与乙公司对丙公司承担的义务相抵触，还不违反公序良俗，当事人之间没有不得留置的约定。这些都符合留置权成立所需要的消极要件。

总之，乙公司对其合法占有的抬头为“XXXX”的100个集装箱完全享有留置权。

（2）留置权的善意取得

在这里，需要讨论的还有，乙公司善意取得涉案集装箱的留置权，有无法律及法理依据。

按照《物权法》第230条的规定成立留置权，是留置权取得的常态。除此而外，《物权法》第106条等规定以及法释〔2000〕44号第108条等规定，也承认善意取得物权，包括善意取得留置权。

1) 乙公司长期为丙公司有偿地提供码头集装箱作业等服务。这符合当时法律及其理论所要求的构成动产物权善意取得的第一项要件：双方当事人之间存在着交易行为。

2) 乙公司已经占有了抬头为“XXXX”的100个集装箱。这符合当时法律及其理论所要求的构成动产善意取得的另一项要件：一方当事人已经占有了对方当事人的动产。

3) 乙公司与丙公司有多年的码头作业关系，丙公司在乙公司作业的集装箱从来都是由丙公司支付集装箱码头作业款项，从未涉及任何租箱公司来支付款项的情况。乙公司只知道在其作业的丙公司的集装箱，根本不知道还有任何第三方的集装箱。这些集装箱的箱号抬头由很多不同的字母组成，根本无从辨别该集装箱的所属，按照行业惯例和交易习惯，乙公司也没有义务去辨别这些集装箱的抬头。乙公司于是于2006年8月18日向丙公司发出留置权通知的，在2006年11月27日，乙公司通过某海事法院执行庭的通知，才被告知上述“XXXX”抬头的集装箱属于甲公司。这符合当时法律及其理论所要求的构成动产善意取得的第三项要件：占有动产时为善意。

4) 需要说明，由于《物权法》第106条第3款规定的是，“当事人善意取得其他物权的，参照前两款规定”，而非必须完全对应《物权法》第106条第1款规定的三项构成要件，可以根据作为善意取得对象的物权的具体情况，有所变通个别要件。例如，质权的善意取得，就不要求“价格合理”这项构成要件。因此，留置权的善意取得，在构成要件方面自然允许有所变通。

总之，按照《物权法》第106条第3款关于“当事人善意取得其他物权的，参照前两款的规定”的规定，特别是法释〔2000〕44号第108条关于“债权人合法占有债务人交付的动产时，不知债务人无处分该动产的权利，债权人可以按照担保法第八十二条的规定行使留置权”的明确规定，可以肯定地得出结论：乙公司对其已经占有的抬头为“XXXX”的100个集装箱，完全享有留置权。

尚须申明，由于《物权法》第106条承认了物权的善意取得，表明《物权法》第230条关于留置权的成立要件需要“合法占有债务人的动产”的要件，并非在任何案件里总是依其字面意思那样限于“归债务人所有的动产”，只要债权人占有与其到期债权属于同一法律关系的动产时不知该动产非属债务人所有，仍可成立留置权。这告诉我们，法释〔2000〕44号第108条关于善意取得留置权的明确规定，与《物权法》第106条和第230条等规定是一致的。既然如此，按照《物权法》第178条关于“担保法与本法的规定不一致的，适用本法”的规定，乙公司对其已经占有的抬头为“XXXX”的100个集装箱享有留置权无疑。

（3）关于涉案留置权的行使

在《海商法》等特别法没有关于留置权实行的特别规定的情况下，涉案留置权的行使，应适用《物权法》第236条第1款关于“留置权人与债务人应当约定留置财产后的债务履行期间；没有约定或者约定不明确的，留置权人应当给债务人两个月以上履行债务的期间，但鲜活易腐等不易保管的动产除外。债务人逾期未履行的，留置权人可以与债务人协议以留置财产折价，也可以就拍卖、变卖留置财产所得的价款优先受偿”的规定。

乙公司于2006年8月18日向丙公司发出了留置通知，并留置了丙公司在乙公司处作业的集装箱，为涉案留置权行使的第一次效力。由于当事人各方未就债务履行问题达成协议，自2006年8月18日的次日起算满两个月，即截至2006年10月19日，丙公司仍未履行其债务，乙公司可以与甲公司、丙公司协议以抬头为“XXXX”的100个集装箱折价，也可以就拍卖、变卖抬头为“XXXX”的100个集装箱所得的价款优先受偿。由于未果，乙公司有权申请拍卖或变卖抬头为“XXXX”的100个集装箱，并就所得价款优先受偿。

抵押权、质权等担保物权要求其标的物具有让与性，留置权因其主要作用在于留置标的物，以迫使债务人清偿债务，就留置物变价受偿仅为次要作用，故在留置物的让与性方面要求不太严格。^[398]

由于留置权以占有标的物为其成立要件和存续要件，必须是债权人已经占有了他人的动产，才能成立留置权。至于占有的方式，直接占有、间接占有、利用占有辅助人而为占有、与第三人共同占有，均无不可。^[399]

2. 债权与该动产属于同一法律关系

这一成立要件将在释评《民法典》第448条时详述，此处不赘。

3. 债权已届清偿期

债权已届清偿期通常为担保物权的实行要件，然而留置权却以之为成立要件，乃因留置权制度系为维护公平而设置，假如允许债权人在债权未届清偿期前可留置他人的动产，属于迫使债务人期前清偿债务，既不符合债的履行期的意义，也违反了留置权制度的立法目的。因此，留置权的发生不仅需要债权已经存在，而且必须已届清偿期。^[400]

[辨析]

在境外，所谓债权已届清偿期，在定有期限的债务场合，为其期限届至之时，未定期限的债务场合，则为债务债权人请求之时。债务人是否陷于迟延，在所不问。^[401]在中国大陆的现行法上，作为抵押权、质权实行要件的债务人不履行到期债务，在定有期限的债务场合，应指该期限届满；在未定期限的债务场合，需要债权人先为催告，债务人于催告所指定的宽限期届满时仍不履行债务的，抵押权人或质权人可行使抵押权或质权。但在留置权场合则有所不同，在定有期限的债务场合应为该期限届至，留置权成立；在未定期限的债务场合，需要债权人先为催告，该催告所指定的宽限期届至，留置权成立。之所以如此，是因为若将留置权成立的时间点定在债务的清偿期届满，则会出现这样的局面：在债务的履行期届至但未届满时，债权人虽有权请求债务人履行债务，但债务人拒绝履行其债务并不构成违约，若此时债务人请求债权人交付动产，债权人无权拒绝；待债权人将动产交付给债务人后，于债务履行期届满时请求债务人清偿却遭到不法拒绝时，债权人缺乏有效的救济手段，而把债权已届清偿期作为留置权成立的要件，则会避免上述现象。

需要注意，债权人如受领迟延，则不得主张留置权，这是公平原则的要求。^[402]对此，《民法典》虽然未设明文，应当作此解释。

还有，在债务人无支付能力时，即使债权未届清偿期，债权人也可

可主张留置权。该留置权叫作紧急留置权。所谓无支付能力，是指债务人的财产状况，包括信用能力，已经无力清偿债务的现象。于此场合，如果仍要求债权人必须于其债权已届清偿期才可主张留置权，则救济滞后，缺乏效率，债权人甚至遭受损害。^[403]有鉴于此，法释〔2000〕44号第112条规定：“债权人的债权未届清偿期，其交付占有标的物的义务已届履行期的，不能行使留置权。但是，债权人能够证明债务人无支付能力的除外。”《民法典》虽然未明文肯定法释〔2000〕44号第112条的规定，但也不宜得出否定该规定的结论，因为紧急留置权确有存在的道理。

（三）留置权成立的消极要件

这一成立要件将在释评《民法典》第449条时详述，此处不赘。

第四百四十八条

债权人留置的动产，应当与债权属于同一法律关系，但是企业之间留置的除外。

本条主旨

本条是关于留置权的成立需要留置的动产与债权属于同一法律关系的规定。

相关条文

《物权法》第231条 债权人留置的动产，应当与债权属于同一法律关系，但企业之间留置的除外。

《担保法》第84条第1款、第2款 因保管合同、运输合同、加工承揽合同发生的债权，债务人不履行债务的，债权人有权留置。

法律规定可以留置的其他合同，适用前款规定。

理解与适用

本条承继了《物权法》第231条的规定，明确了留置权成立的另一个要件：留置的动产与债权属于同一法律关系。

一项优秀的法律制度需要兼顾各方利益，力求衡平，具体到留置权制度，一方面通过留置债务人或有关第三人的动产，迫使债务人清

偿其债务，确保债权实现；另一方面也要考虑到债务人或有关第三人生产、生活的秩序化、计划化，再就是债务人或有关第三人的债权人（有时同时为担保权人）的合法权益。假如允许债权人任意留置债务人所有却与债权的发生无直接法律关系的动产，很可能破坏债务人生产或生活的预先安排，带来较为严重的损害，甚至牺牲了债务人或有关第三人的债权人（有时同时为担保权人）的合法权益，从整个社会的层面考虑，缺乏效率，甚至有失公正。有鉴于此，德国民法及其继受者将留置权的成立限定在债权的发生与将被留置的动产有牵连关系的场合。

在中国，《担保法》规定，因保管合同、运输合同、加工承揽合同发生的债权，债务人不履行债务的，债权人有留置权（第84条第1款）。法律规定可能留置的其他合同，适用前款规定（第84条第2款）。留置权一律发生在债权人按照合同约定占有债务人的动产场合（第82条）。这显然过于狭窄，债权人欲使其债权具有优先受偿的效力，必须在合同中约定其他的担保方式。这对于法律修养不高或经济实力不济的当事人来说，往往没有或不能约定其他担保方式，其结果，不是增加交易成本，就是债权缺乏担保权的加固。《合同法》对此有所补救，但受其目的及功能的限制，仅仅扩张到行纪合同关系，规定行纪人对委托物可有留置权（第422条）。法释〔2000〕44号大踏步前进，规定债权人对动产的占有与其债权的发生有牵连关系，债权人可以留置其所占有的动产（第109条），拓宽了留置权制度的适用范围。《物权法》没有使用牵连关系的术语，而是采用了“债权人留置的动产，应当与债权属于同一法律关系”（第231条）的表述，较《担保法》规定的适用范围明显扩张了。由于《物权法》第178条明确规定“担保法与本法的规定不一致的，适用本法”，可以肯定地说留置权的成立应以《物权法》的规定为准。《民法典》完全承继了《物权法》的规定和精神（第448条）。

至于同一法律关系和牵连关系是否同义，则见解不一致。有学说认为二者具有相同的意思^[404]，也有专家主张同一法律关系只能是合同关系，不包括不当得利、无因管理、侵权行为等发生的债的关系。^[405]在笔者看来，牵连关系较同一法律关系在外延方面为宽，两者的关系大体表现为如下情形：（1）牵连关系包括同一法律关系。例如，甲的汽车交由乙修理，乙的修理费或报酬请求权与其应将汽车交还甲的义务，系基于同一法律关系。（2）牵连关系包括同一事实关系，而同一法律关系显然不是同一事实关系。所谓同一事实关系，又叫同一生活关系，是指无法律关系存在，仅有事实关系的现象。例如，同在一处聚餐，分手后，甲、乙二人无意地错骑对方的自行车。于此场合发生的甲对其自行车的返还请求权与对乙的自行车的返还义

务，系基于同一事实关系而发生的，应承认有牵连关系。（3）牵连关系包括债权系因该动产本身而产生的两种情形。此类债权大多基于不当得利、无因管理、侵权行为等合同关系以外的关系而产生。其一，对标的物支出费用所产生的费用偿还请求权，与该物之间有牵连关系。例如，甲占有乙的汽车，就该车的养护所支出的必要费用享有偿付请求权，该债权与该汽车之间有牵连关系。其二，因标的物所产生的损害赔偿请求权，与该物之间有牵连关系。例如，踢球越过围墙，撞毁了邻居庭院里的花草，成立损害赔偿请求权，邻居对该球有留置权。^[406]在债权基于不当得利、无因管理、侵权行为等关系而产生的情形，有些属于同一法律关系，如管理人因管理动产所产生的必要费用请求权，与该动产应属同一法律关系；有些则不属于同一法律关系，如买受人基于买卖奶牛合同的履行而受领了奶牛，一直喂养到2006年8月10日，支出必要费用2 000元人民币。2006年8月11日该买卖合同被撤销，买受人以出卖人拒不偿付喂养该奶牛的2 000元必要费用为由留置该奶牛。

[探讨]

实际上，债权的发生与占有的动产之间在什么情况下，才算有牵连关系，存在着单一标准说和两项标准说（间接原因说）之争，各说内部也有不同的派别。单一标准说认为，留置权的标的物与债权的发生有无牵连关系，依统一的、单一的标准判定。两项标准说主张，债权与该动产间的牵连关系不以标的物的动产为债权发生的直接原因为限，倘若为债权的间接原因，也可认为有牵连关系。^[407]

以上所述的同一法律关系，不适用于企业之间的留置权（《民法典》第448条的但书）。所谓企业之间的留置权，属于商事留置权，因营业关系而占有的动产，及其因营业关系所生的债权，无论实际上是否属于同一法律关系，均可成立留置权。这主要是因为企业相互间的交易频繁，如果必须证明每次交易所发生的债权与所占有的标的物属于同一法律关系，不仅繁琐，而且有时困难，从加强商业信用、确保交易便捷和安全的立场出发，在企业之间的留置权领域，适当放宽些要求，具有积极的意义。^[408]

第四百四十九条

法律规定或者当事人约定不得留置的动产，不得留置。

本条主旨

本条是关于留置权成立的消极要件的规定。

相关条文

《物权法》第232条 法律规定或者当事人约定不得留置的动产，不得留置。《担保法》第84条第3款 当事人可以在合同中约定不得留置的物。

理解与适用

本条是对《物权法》第232条的复制，规定了留置权成立的消极要件。所谓留置权成立的消极要件，就是阻止留置权成立的情形或因素。

所谓法律规定不得留置动产，在现行法上包括以下情形：其一，债权人通过侵权行为而占有动产。由于《民法典》第447条只允许债权人“留置已经合法占有的债务人的动产”，通过侵权行为而占有的动产是非法的，自然不属于合法占有，不得留置。其二，动产的留置，与债权人承担的义务相抵触。法释〔2000〕44号第111条规定，债权人行使留置权与其承担的义务相抵触的，人民法院不予支持。所谓与债权人承担的义务相抵触，是指债权人如留置其所占有的动产，就与其所负担的义务的本旨相违背。例如，承揽人主张定作人没有按照约定先付三分之一的报酬，而将定作人交付的材料加以留置，拒绝完成工作成果。此种行为本身就与承揽人依据合同负有的完成工作成果的义务相抵触，承揽人应当在按照合同要求完成工作成果之后，如果定作人未按约定支付报酬，则可就已完成的工作成果享有留置权。其三，动产的留置，违反了公序良俗原则。《民法典》规定：“民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗”（第8条），留置权的成立也应如此。动产的留置，若损害了社会的安全和公共利益，则应当认为此种留置违反了公序良俗。^[409]例如，在四川汶川大地震发生后，承运人因托运人未支付运费而留置运往汶川的抗震救灾的急需物品，就违反了公序良俗原则。

当事人约定不得留置的动产，不得留置。这不仅有《民法典》第449条的依据，而且有第783条规定：“定作人未向承揽人支付报酬或者材料费等价款的，承揽人对完成的工作成果享有留置权或者有权拒绝交付，但是当事人另有约定的除外。”再就是法释〔2000〕44号第107条规定：“当事人在合同中约定排除留置权，债务履行期届满，债权人行使留置权的，人民法院不予支持。”法律之所以允许当事人通过约定加以排除，根本原因在于：法律设立留置权的目的不过是基于公平的观念而保护债权人的利益，并未涉及公共利益或第三人的利

益，因此当事人的意思自治不应受到限制。[410]

所谓当事人约定不得留置动产，包括在特定条件下暂时地不得留置动产和终局地不得留置动产。前者的例子，如债务人将汽车交由债权人修理，双方约定汽车修复后必须交给债务人试用5日，债权人于修复该车后即以债务人未给付修理费为由留置该车，就违反了《民法典》第449条的规定。后者的例证，如甲请乙清除情书上的污痕，约定清除后务必将该情书返还自己。乙于清除后以甲未付报酬为由留置该情书，属于违反了当事人关于不得留置动产的约定，也违反了善良风俗。

第四百五十条

留置财产为可分物的，留置财产的价值应当相当于债务的金额。

本条主旨

本条是关于留置财产为可分物的，其价值应当相当于债务的金额的规定。

相关条文

《物权法》第233条 留置财产为可分物的，留置财产的价值应当相当于债务的金额。

《担保法》第85条 留置的财产为可分物的，留置物的价值应当相当于债务的金额。

理解与适用

本条是对《物权法》第233条的复制，规定留置财产为可分物的，其价值应当相当于债务的金额，在一定程度上限制了留置权的不可分性。

本来，担保物权具有不可分性，即担保物权担保的债权经过分割、部分清偿或消灭，担保物权仍为了担保各部分债权或剩余债权而存在；担保物即使经过分割或一部灭失，各部分或余存的担保物仍为担保全部债权而存在。[411]可是，本条却规定“留置财产为可分物的，留置财产的价值应当相当于债务的金额”，这显然是没有遵循担保物的各个部分都为担保整个债权而存在的原则，所以，本条是对不可分性的背离。但是，法释〔2000〕44号第110条规定：“留置权人

在债权未受全部清偿前，留置物为不可分物的，留置权人可以就其留置物的全部行使留置权。”这又是严守不可分性的表现。看来，周延地说，留置权也有不可分性，但受到限制。

这种限制是必要的，因为留置权在效力顺序方面优先于质权、动产抵押权、超级优先权，只要留置的动产在价值方面足够债权获得清偿，就不必担心债权人的利益得不到实现。既然如此，在留置财产可分、价值远远高于担保债权的情况下，假如仍然严守不可分性，就对留置财产的所有权人过于苛刻，且阻碍着该财产的流通性，有违物尽其用的精神。与此不同，《民法典》第450条规定，留置财产为可分物，留置财产的价值相当于债务的金额，留置财产的其他部分不再为留置权的效力所及。这较好地平衡了各方的利益关系，值得赞同。

第四百五十一条

留置权人负有妥善保管留置财产的义务；因保管不善致使留置财产毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。

本条主旨

本条是关于留置权人妥善保管义务及违反时所成立的责任的规定。

相关条文

《物权法》第234条 留置权人负有妥善保管留置财产的义务；因保管不善致使留置财产毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。

《担保法》第86条 留置权人负有妥善保管留置物的义务。因保管不善致使留置物灭失或者毁损的，留置权人应当承担民事责任。

理解与适用

本条是对《物权法》第234条的复制，前段规定留置权人妥善保管的义务，后段规定留置权人违反此项义务致使留置财产毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。

留置财产由留置权人占有，脱离开留置财产所有权人的控制，无论是从对留置财产所有权人的权益保护角度，还是在留置财产对于社会利益所起的作用层面，留置权人理应承担妥善保管的义务。

所谓妥善保管，在注意标准的层面，应以善良管理人的注意保管留置财产，而不得以对自己事务的注意标准来管理，以达最佳效果。

所谓妥善保管，其表现之一是，留置权人不得擅自使用、出借、出租、处分留置财产。当然，如果已经取得留置财产所有权人的允许，留置权人使用、出借、出租甚至处分留置财产，则属于妥善保管。再者，如果留置财产只有依其性能和用途使用才会保有甚至提高其价值的，那么，适当使用也是妥善保管，尽管留置财产所有权人未发出此项指示。

留置权人保管不善致使留置财产毁损、灭失的，应当承担赔偿责任（《民法典》第451条后段）。

第四百五十二条

留置权人有权收取留置财产的孳息。

前款规定的孳息应当先充抵收取孳息的费用。

本条主旨

本条是关于留置权的效力及于留置财产的孳息的规定。

相关条文

《物权法》第235条 留置权人有权收取留置财产的孳息。

前款规定的孳息应当先充抵收取孳息的费用。

理解与适用

本条是对《物权法》第235条的复制，第1款规定留置权的效力及于留置财产的孳息；第2款明确该孳息应当先充抵收取孳息的费用。

留置权场合，留置权人占有留置财产，由他来收取留置财产的孳息最为方便、最为经济，故本条第1款的规定值得赞同。

孳息本有天然孳息和法定孳息之分，本条第1款未将任何一类孳息从留置权的效力范围中排除，从留置权的目的及功能方面考虑，宜解释为它们均为留置权的效力所及，除非当事人有相反的约定。

依照留置物的性能和使用方法收取孳息，对留置财产所有权人也有利，可以说本条第1款的规定考虑得较为周到。

由于本条第2款规定上述孳息应当先充抵收取孳息的费用，表明留置权人不是无偿收取孳息，因而充抵收取孳息的费用后尚有剩余的，应作为清偿被担保债权的财产，依次充抵原债权的利息、原债权。在担保债权及其利息已届清偿期时，即刻清偿；在担保债权及其利息尚未届期时，或提前清偿，或先行提存，待届期时再予清偿。假如清偿被担保债权及其利息之后，仍有剩余，应返还给出质人。

第四百五十三条

留置权人与债务人应当约定留置财产后的债务履行期间；没有约定或者约定不明确的，留置权人应当给债务人六十日以上履行债务的期间，但是鲜活易腐等不易保管的动产除外。债务人逾期未履行的，留置权人可以与债务人协议以留置财产折价，也可以就拍卖、变卖留置财产所得的价款优先受偿。

留置财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。

本条主旨

本条是关于留置权的实行及其条件以及担保债权优先受偿效力的规定。

相关条文

《物权法》第236条 留置权人与债务人应当约定留置财产后的债务履行期间；没有约定或者约定不明确的，留置权人应当给债务人两个月以上履行债务的期间，但鲜活易腐等不易保管的动产除外。债务人逾期未履行的，留置权人可以与债务人协议以留置财产折价，也可以就拍卖、变卖留置财产所得的价款优先受偿。

留置财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。

《担保法》第87条 债权人与债务人应当在合同中约定，债权人留置财产后，债务人应当在不少于两个月的期限内履行债务。债权人与债务人在合同中未约定的，债权人留置债务人财产后，应当确定两个月以上的期限，通知债务人在该期限内履行债务。

债务人逾期仍不履行的，债权人可以与债务人协议以留置物折

价，也可以依法拍卖、变卖留置物。

留置物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归债务人所有，不足部分由债务人清偿。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条是对《物权法》第236条的复制，第1款前段明确留置权实行的条件，第1款后段规定留置权实行的三种方式，第2款确定市场价格是留置财产折价或变卖的价格确定基准。

二、留置权的实行

（一）概述

与抵押权、质权相比，留置权在效力方面的一个显著特点是，存在着第一次效力和第二次效力。所谓第一次效力，是指留置权人留置与被担保债权属于同一法律关系中的他人动产的效力。该效力以债务人不履行到期债务致使被担保债权未获清偿为发生条件。所谓第二次效力，是指自留置效力发生后的一定期间届满债务人仍不履行其债务致使被担保债权未获清偿时，留置权人可将留置财产折价或变价并使其债权优先受偿的效力。该效力以自留置效力发生后的一定期间届满债务人仍不履行其债务致使被担保债权未获清偿为发生条件。

就担保物权实行的法律意义来讲，留置权发生留置的效力，留置权人拒绝返还与被担保债权属于同一法律关系的他人的动产，可以叫作留置权的实行。不过，人们通常所谓的留置权实行，非指留置他人的动产，而是留置权人将留置财产变价并使被担保债权优先受偿。如此，所谓留置权实行的条件，指的是留置权人将留置财产折价或变价并使其债权优先受偿的条件。本释评书亦在这个意义上讨论留置权的实行及其条件。

（二）留置权实行的条件

留置权实行的条件，在特别法有特别规定时，优先适用其规定；在特别法无特别规定时，适用本条第1款关于“留置权人与债务人应当约定留置财产后的债务履行期间；没有约定或者约定不明确的，留置权人应当给债务人两个月以上履行债务的期间，但是鲜活易腐等不易保管的动产除外。债务人逾期未履行的，留置人可以与债务人协议以留置财产折价，也可以就拍卖、变卖留置财产所得的价款优先受

偿”的规定，加以确定。据此，可得出如下几点结论。

1.留置权人与债务人已经约定了留置他人动产后的债务人履行其债务的期间的，该期间届满，债务人仍不履行其债务的，留置权人可以与债务人协议以留置财产折价，也可以就拍卖、变卖留置财产所得的价款优先受偿。之所以如此，是因为被债权人留置的动产可能对其所有权人具有特别的用途和意义，应当尽可能地将该动产留在所有权人之手。倘若债务人稍微迟延履行债务债权人就可径直将留置财产折价或变价，带给留置财产的所有权人的损害则较重。如果在保障债权人合法权益的前提下，能够避免这种结果，法律应予努力，给债务人纠正其“错误”提供一个机会。允许债权人和债务人再约定一个债务履行的宽限期，债务人于此期间适当地履行其债务，使债权实现，留置权人就把留置财产返还，各得其所；假如债务人不珍惜这个机会，仍不履行其债务，即不再迁就，赋予留置权人将留置财产折价或变价的权利，使其债权获得清偿。这应当是个较好的方案。^[412]

2.留置权人和债务人没有约定自留置他人的动产后债务人履行债务的宽限期的，或约定不明确的，便依本条中段的规定，债务人确定地拥有自留置效力发生之日起算2个月以上的履行其债务的宽限期。其后，留置权人和债务人若就该期间达成了协议，如自留置效力发生之日起算3个月的宽限期，依其约定；自留置效力发生之日起算短于2个月的，该约定无效，以2个月的期间为准。待该期间届满时债务人仍不履行其债务的，债权人可将留置财产折价或变价并使其债权优先受偿。

3.被留置的动产是鲜活易腐等不易保管之物的，无法保管到留置权人和债务人约定的期间届满，也无法保管到自留置效力发生之日起算2个月的期间届满，为了避免或减少损耗，留置权人可不受前述约定期间、2个月期间的限制，根据鲜活易腐等不易保管的动产自身的要求，于适当时机将之变价，并使其债权优先受偿。

（三）留置权的实行方法

本条以及其他有关条款规定，留置权的实行方法有留置权人和债务人协议以留置财产折价，或留置权人将留置财产拍卖、变卖，就所得价款使其债权优先受偿。这些方法在释评《民法典》第410条时已经介绍过，此处不赘。需要指出的是，协议将留置财产折价的当事人，在留置财产属于债务人以外的第三人所有的情况下，应当是留置权人和该第三人，而不再是留置权人和债务人。

三、留置财产变价的确定基准

实行留置权，无论把留置财产折价还是变卖，都有合理作价的需要。作价低了，可能害及其他债权人的债权实现；作价高了，对留置权人也不利，不尽符合公平原则。为了解决这个问题，本条第3款明确“留置财产折价或者变卖的，应当参照市场价格”，这是条可取之路，值得赞同。

第四百五十四条

债务人可以请求留置权人在债务履行期限届满后行使留置权；留置权人不行使的，债务人可以请求人民法院拍卖、变卖留置财产。

本条主旨

本条是关于及时行使留置权的请求权和诉权的规定。

相关条文

《物权法》第237条 债务人可以请求留置权人在债务履行期届满后行使留置权；留置权人不行使的，债务人可以请求人民法院拍卖、变卖留置财产。

理解与适用

本条是对《物权法》第237条的承继，前段赋权债务人可以请求留置权人在债务履行期限届满后行使留置权，后段赋权债务人在留置权人仍不行使留置权的，可以请求人民法院拍卖、变卖留置财产。

根据《民法典》第7条规定的诚信原则、第132条规定的禁止权利滥用原则，考虑到债务人的交易安排，留置权人于留置权实行的条件具备时应当及时行使留置权，这应为义务。从对面看，债务人有权请求留置权人及时行使留置权。

此处所谓及时，不一定是留置权实行的条件具备就必须行使，应该综合债务人和留置权人之间的关系及情况，才可作出结论。例如，债务人正在积极筹备清偿债务的财产，可以在不太长的期间即可适当清偿债务，在这样的情况下，行使留置权反倒增大交易成本。

债务人催告留置权人及时行使留置权，留置权人没有理由仍不行使的，本条给债务人留出一项救济通道——可以请求人民法院拍卖、变卖留置财产。这类似于留置权人自己实行留置权时请求人民法院拍卖留置财产，或由人民法院代留置权人变卖留置财产。

第四百五十五条

留置财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归债务人所有，不足部分由债务人清偿。

本条主旨

本条是关于留置财产的变价款高于或低于担保债权数额时如何处理的规定。

相关条文

《物权法》第238条 留置财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归债务人所有，不足部分由债务人清偿。

《担保法》第87条第3款 留置物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归债务人所有，不足部分由债务人清偿。

理解与适用

本条是对《物权法》第238条的复制，确立了留置财产的变价款高于或低于担保债权数额时如何处理的规则。

本条所谓留置财产的变价款超过债权数额的部分归债务人所有，乃自然之理，因为留置权不是所有权，留置财产不因留置权的设立而归属于留置权人，只是使留置权人的债权因该留置权的设立而具有优先受偿的效力。担保债权受偿了、实现了，留置权人的利益得到完全满足，留置权便功成身退。假如把留置财产的变价款超过债权数额的部分划归留置权人，该留置权人就获取了不当得利，这不应被允许。此其一。从另一个侧面讲，留置财产属于债务人的责任财产的组成部分，债务人适当履行物上保证责任之后，剩余的部分仍为其责任财产，当然由其享有。此其二。

留置财产的变价款全部用于清偿担保债权之后，担保债权仍未完全实现的，不得谓该债权已经消灭，而是就未实现部分继续具有请求力、执行力、保有力，即留置权人有权就其债权未实现的部分请求债务人清偿，债务人没有理由抗辩。于此场合，需要说明的是，此时的债权仅仅是普通债权，已无留置权的担保，无优先受偿的效力。

第四百五十六条

同一动产上已设立抵押权或者质权，该动产又被留置的，留置权人优先受偿。

本条主旨

本条是关于并存于同一动产上的数个担保物权中留置权的效力顺序在先。

相关条文

《物权法》第239条 同一动产上已设立抵押权或者质权，该动产又被留置的，留置权人优先受偿。

《海商法》第25条 船舶优先权先于船舶留置权受偿，船舶抵押权后于船舶留置权受偿。

前款所称船舶留置权，是指造船人、修船人在合同另一方未履行合同时，可以留置所占有的船舶，以保证造船费用或者修船费用得以偿还的权利。船舶留置权在造船人、修船人不再占有所造或者所修的船舶时消灭。

法释〔2000〕44号第79条第2款 同一财产抵押权与留置权并存时，留置权人优先于抵押权人受偿。

理解与适用

本条是对《物权法》第239条的复制，确立了并存于同一动产上的数个担保物权中留置权的效力顺序在先。

本条以及第416条、《海商法》第25条和法释〔2000〕44号第79条第2款赋予留置权的效力顺序在先，有其道理：（1）留置权是法定担保物权，动产抵押权、超级优先权、质权是约定担保物权，如果允许动产抵押权、超级优先权、质权优先于留置权，就等于鼓励出卖人、定作人、托运人、存货人等以其货物、定作物、托运物、保管物、仓储物等为客体设立动产抵押权、超级优先权、质权，排斥留置权的运用，导致留置权制度的功能减弱乃至丧失，使买受人、承揽人、承运人、保管人、仓储人、行纪人等处于十分不利的境地，会影响他们（它们）从事买卖、承揽、货物运输、保管、仓储、行纪等业务的积极性。有鉴于此，赋予留置权优先的效力，非常合适。至于由此可能给动产抵押权人、超级优先权、质权人带来的不利，是可以化解的：动产抵押权、超级优先权、质权设立时可以约定，在买卖物、抵押物、质物被留置时，出卖人、抵押人或出质人另行提供相应的担

保，甚至直接在其他特定物上设立。^[413]（2）留置物中一般都凝结了留置权人的劳动价值，或由留置权人提供的材料而成，在一定意义上，可认为留置物有“共有物”（归留置权人和留置物所有权人共有）的意味。在这种背景下，如果赋予动产抵押权、超级优先权、质权优先于留置权的效力，并且就留置物的全部价值优先受偿，就意味着留置权人代留置物所有权人向抵押权人或超级优先权人或质权人承担了物上责任。这显然是不合理的。而赋予留置权优先于动产抵押权、超级优先权、质权的效力，就不会出现这种局面。^[414]

第四百五十七条

留置权人对留置财产丧失占有或者留置权人接受债务人另行提供担保的，留置权消灭。

本条主旨

本条是关于留置权消灭及其事由的规定。

相关条文

《物权法》第240条 留置权人对留置财产丧失占有或者留置权人接受债务人另行提供担保的，留置权消灭。

《担保法》第88条 留置权因下列原因消灭：

- （一）债权消灭的；
- （二）债务人另行提供担保并被债权人接受的。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条是对《物权法》第240条的复制，规定了留置权的消灭并列举了消灭事由。

二、留置权因留置权人丧失对留置物的占有而消灭

留置权以权利人对留置物的占有为成立要件和存续要件，该占有丧失，留置权归于消灭。故有本条的规定。

不过，本条所谓留置权人丧失对留置物的占有，没有字面所昭示的意思宽泛，应予限缩本条关于留置权人对留置物丧失占有规定的适用范围。详细些说，（1）留置权人有意放弃对留置物的占有的，无权再基于《民法典》第462条关于占有保护的规定请求他人返还留置物，留置权因占有的丧失而归于消灭。（2）留置权人对留置物的占有被侵夺，留置权人只是一时地丧失对留置物的控制力，基于《民法典》第462条关于占有保护的规定请求无权占有人返还留置物，能够重新回复对留置物的占有的，不作为占有丧失对待，留置权不因此消灭。^[415]（3）留置权人将留置物交由保管人等占有媒介人占有，自己变为间接占有，仍属于对留置物的继续占有，留置权不消灭。^[416]

[论争]

在这一点上，存在反对说。在该说看来，留置权人对留置物的占有丧失，留置权当然消灭。纵使留置权人可依占有保护的规定如行使占有返还请求权，重新获得了对留置物的占有，也只是留置权的再生，而非原留置权的存续。留置权无追及效力，占有被侵夺时，只能根据占有保护的规定请求无权占有人返还占有物。试问，假如留置权在占有物能够请求返还时尚不消灭，何以不得基于留置权而请求返还留置物，而只能依占有保护的规定请求返还？^[417]

三、留置权因留置权人接受债务人另行提供担保而消灭

留置权的作用在于确保债权实现，债务人或第三人（留置物的所有权人）若已另行提供了相应的担保，所起作用与留置权的相同，不仅对留置权人没有损害，而且可避免债务人或第三人（留置物的所有权人）因突然不能使用、收益其物所遭受的损失，法律应予允许。何况留置权的发生乃基于法律的直接规定，大多不是债务人或第三人（留置物的所有权人）的本意。^[418]《民法典》采纳了这种意见，于第457条规定，留置权人接受债务人另行提供担保的，留置权消灭。

所谓相应的担保，意指所提出的担保与留置物在价值额方面相当。是否相当，首先由留置权人认定，留置权人认为相当的，便以相当论处；若留置权人与提供担保者的意见相左，再按照客观的社会观念加以决定。所谓另行提供了担保，是指已经为担保债权人的债权设立了担保物权，或保证人已经与债权人签订了保证合同。^[419]

四、其他事由

其实，留置权消灭的事由不限于本条列举的两种，债务履行期已经延缓也是一种。

留置权的成立，以债务人不履行到期债务致使被担保债权未获清偿为条件，于是，债权人同意延缓债务的履行期，留置权成立和存续的要件不复存在，留置权已无存在的余地，应归消灭。不过，留置权消灭后，债务人没有请求返还留置物，延缓的债务履行期又届满时，仍未履行债务，债权人可主张成立新的留置权。^[420]

注释

[1]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第347页。

[2][德]曼弗雷德·沃尔夫：《物权法》，吴越、李大雪译，北京，法律出版社2002年版，第329页。

[3]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第347页。

[4]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第423页。

[5]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第349页。

[6]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第350页；梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第303页。

[7]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第351页；梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第304页。

[8]梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第304页。

[9]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第351～352页。

[10]参见[德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（下册），申卫星、王洪亮译，北京，法律出版社2006年版，第6页；谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第343、345页。

[11]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第357、357～358页。

[12]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第357、357～358页。

[13][日]近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，沈国明、李康民审校，北京，法律出版社2000年版，第16页。

[14]详细论述，见崔建远：《土地上的权利群研究》，北京，法律出版社2004年版，第249～254页。

[15][日]近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，沈国明、李康民审校，北京，法律出版社2000年版，第16页。

[16]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第346～347页。

[17][日]近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，沈国明、李康民审校，北京，法律出版社2000年版，第270页。

[18][日]高木多喜男：《担保物权法》，东京，有斐阁1981年版，第348～350页。转引自梁慧星：《日本现代担保法制及其对我国制定担保法的启示》，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第3卷），北京，法律出版社1995年版，第186页。

[19][日]米仓明：《所有权保留的实证研究》，第115页。转引自[日]近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，沈国明、李康民审校，北京，法律出版社2000年版，第271页，注释1。

[20]崔建远主编：《合同法》（修订本），北京，法律出版社2000年版，第139～140页；崔建远主编：《合同法》（第3版），北京，法律出版社2003年版，第127～128页；崔建远主编：《合同法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第161～162页。

[21]关于其他具有担保功能的合同包括所有权保留合同、融资租赁合同的解释，是清华大学法学院副教授龙俊博士提供的，特此致谢！

[22]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第430页。

[23]黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第508页。

[24]黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第509页。

[25]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年

版，第431页；黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第509页。

[26]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第374～375页；谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第423页。

[27]参见谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第357～358页。

[28]崔建远：《土地上的权利群研究》，北京，法律出版社2004年版，第257页。

[29]崔建远：《土地上的权利群研究》，北京，法律出版社2004年版，第257页。

[30][日]柚木馨：《注释民法（9）·物权（4）》，东京，有斐阁1982年版，第51页。

[31]崔建远：《土地上的权利群研究》，北京，法律出版社2004年版，第258页。

[32][日]近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，沈国明、李康民审校，北京，法律出版社2000年版，第40、41页。

[33]崔建远：《土地上的权利群研究》，北京，法律出版社2004年版，第258页。

[34]王利明、崔建远：《合同法新论·总则》，北京，中国政法大学出版社1996年版，第551页。

[35][日]近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，沈国明、李康民审校，北京，法律出版社2000年版，第40、41页。

[36]崔建远：《土地上的权利群研究》，北京，法律出版社2004年版，第258页。

[37]崔建远：《土地上的权利群研究》，北京，法律出版社2004年版，第258页。

[38][日]近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，沈国明、李康民审校，北京，法律出版社2000年版，第16页。

[39]郑玉波：《论抵押权之不可分性》，载郑玉波主编：《民法物权论文选辑》（下），台北，五南图书出版公司1984年版，第612页。

[40][日]神户大学外国法研究会编译：《法兰西民法》（V），第245页。转引自郑玉波：《论抵押权之不可分性》，载郑玉波主编：《民法物权论文选辑》（下），台北，五南图书出版公司1984年版，第612页。

[41][日]柚木馨：《担保物权法》，第197页；[日]我妻荣：《担保物权法》，第

92页。转引自郑玉波《论抵押权之不可分性》，载郑玉波主编：《民法物权论文选辑》（下），台北，五南图书出版公司1984年版，第612页。

[42]详细阐释，请见崔建远：《混合共同担保人相互间无追偿权论》，载《法学研究》2020年第1期，第83～99页。

[43]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第363～364页。

[44]崔建远：《土地上的权利群研究》，北京，法律出版社2004年版，第247～248页。

[45]在不少情况下，主债权债务合同无效，抵押权应当消灭。例如，主债权债务合同违反公序良俗原则而无效时，抵押权应当消灭。

[46]转引自[日]近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，沈国明、李康民审校，北京，法律出版社2000年版，第107页。

[47][日]最判1969. 7. 4民集23卷8号1347页·千种秀夫“百选I”178页。转引自[日]近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，沈国明、李康民审校，北京，法律出版社2000年版，第107页。

[48][日]四宫和夫：《法学协会杂志》第87卷9＝10号，第988页以下；[日]高木多喜男：《担保物权法》，有斐阁1984年版，第102页。转引自[日]近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，沈国明、李康民审校，北京，法律出版社2000年版，第107页。

[49]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第379页。

[50]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第442页。

[51]这部分内容，见谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第384～385页。

[52]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第56页。

[53]路径之二系中国政法大学的李永军教授所提，特此感谢！

[54]郑玉波：《论抵押权之不可分性》，载郑玉波主编：《民法物权论文选辑》（下），台北，五南图书出版公司1984年版，第608页。

[55]郑玉波：《论抵押权之不可分性》，载郑玉波主编：《民法物权论文选辑》

（下），台北，五南图书出版公司1984年版，第612、612页。

[56][日]神户大学外国法研究会编译：《法兰西民法》（V），第245页。转引自郑玉波《论抵押权之不可分性》，载郑玉波主编：《民法物权论文选辑》（下），台北，五南图书出版公司1984年版，第612页。

[57][日]柚木馨：《担保物权法》，第197页；[日]我妻荣：《担保物权法》，第92页。转引自郑玉波《论抵押权之不可分性》，载郑玉波主编：《民法物权论文选辑》（下），台北，五南图书出版公司1984年版，第612页。

[58]郑玉波：《论抵押权之不可分性》，载郑玉波主编：《民法物权论文选辑》（下），台北，五南图书出版公司1984年版，第612、612页。

[59]崔建远：《土地上的权利群研究》，北京，法律出版社2004年版，第254～256页。

[60]郑玉波：《民法物权》，台北，三民书局有限公司1988年修订12版，第232页。

[61]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第393页。

[62][日]近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，沈国明、李康民审校，北京，法律出版社2000年版，第214～215页。

[63]郑玉波：《民法物权》，台北，三民书局有限公司1988年2月修订12版，第275页。

[64]史尚宽：《物权法论》，台北，荣泰印书馆有限公司1979年版，第299页。

[65]任清：《论英国法上的浮动抵押》，<http://www.civillaw.com.cn/Article/default.asp?id=8376>。转引自周自如：《我国浮动抵押制度探析》，清华大学法学硕士学位论文（2008），第7页。

[66]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第398页；周自如：《我国浮动抵押制度探析》，清华大学法学硕士学位论文（2008），第7页。

[67]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第398页。

[68]齐恩平、王明河：《论我国动产浮动抵押制度的理解和适用》，<http://www.civillaw.com.cn/wangkan/content.asp?id34812&types>。转引自周自如：《我国浮动抵押制度探析》，清华大学法学硕士学位论文（2008），第8页。

[69]吴光兴：《美国统一商法典概要》，广州，华南理工大学出版社1997年版，第53页。

[70]梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第338页。

[71]梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第338页。

[72]高燕红：《谈英国判例法对浮动担保与固定担保的识别》，<http://ckrd.cnki.net/grid20/detail.aspx?QueryID=18&CurRec=1>.转引自周自如：《我国浮动抵押制度探析》，清华大学法学硕士学位论文（2008），第26页。

[73]Roy Goode, *Legal Problems of Credit and Security*, Sweet& Maxwell, Third Edition, 2003, p. 114.转引自周自如：《我国浮动抵押制度探析》，清华大学法学硕士学位论文（2008），第26页。

[74]Roy Goode, *Legal Problems of Credit and Security*, Sweet& Maxwell, Third Edition, 2003, p. 115.转引自周自如：《我国浮动抵押制度探析》，清华大学法学硕士学位论文（2008），第26页。

[75]周自如：《我国浮动抵押制度探析》，清华大学法学硕士学位论文（2008），第26～27、27页。

[76]周自如：《我国浮动抵押制度探析》，清华大学法学硕士学位论文（2008），第26～27、27页。

[77]梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第339页。

[78]梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第339、338页。

[79][日]我妻荣：《债权在近代法上的优越地位》，王书江、张雷、谢怀栻译，北京，中国大百科全书出版社1999年版，第104～106页。

[80]梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第339、338页。

[81]彭长林：《浮动抵押制度在执行冲突中的协调》，载《人民法院报》2008年6月13日，第6版。

[82]彭长林：《浮动抵押制度在执行冲突中的协调》，载《人民法院报》2008年6月13日，第6版。

[83]彭长林：《浮动抵押制度在执行冲突中的协调》，载《人民法院报》2008年6月13日，第6版。

[84]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第404页。

[85]王轶：《论倡导性规范——以合同法为背景的分析》，载《清华法学》2007年第1期，第66～74页。

[86]梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第310页。

[87]王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第5册），北京，中国政法大学出版社1998年版，第116页。

[88]程啸：《物权法担保物权》，北京，中国法制出版社2005年版，第148页。

[89]请参考王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第489～490页。

[90]关于《物权法》第191条的利弊分析，赞同抵押权的追及效力的理由，详见崔建远：《抵押权探微》，载《法学》2004年第4期，第75～78页；崔建远：《物权：规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》（下册），北京，清华大学出版社2011年版，第811～818页。

[91]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第382页。

[92]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第382页。

[93]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第382～383、383、383页。

[94]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第382～383、383、383页。

[95]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第382～383、383、383页。

[96]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第517页；梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第324～325页。

[97]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订

2版，第517页；梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第325页；王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第473页。

[98]梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第325页。

[99]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第474页；梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第325页。

[100]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第521、522页。

[101]参见谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第521页；王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第475页。

[102]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第521、522页。

[103]梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第323、324页。

[104]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第514页；梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第323页。

[105]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第514页。

[106]梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第323、324页。

[107]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第472页。

[108]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第469页。

[109]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第495～496、496页。

[110]姚瑞光：《民法物权论》，台北，1990年9月自版，第223页；史尚宽：

《物权法论》，台北，荣泰印书馆股份有限公司1979年第5版，第279页。

[111]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第495～496、496页。

[112][日]近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，沈国明、李康民审校，北京，法律出版社2000年版，第92页。

[113]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第470页。

[114]郑玉波：《民法物权》，台北，三民书局有限公司1988年2月修订12版，第242页。

[115]史尚宽：《物权法论》，台北，荣泰印书馆股份有限公司1979年第5版，第279页；郑玉波：《民法物权》，台北，三民书局有限公司1988年2月修订12版，第242～243页。

[116]崔建远：《土地上的权利群研究》，北京，法律出版社2004年版，第270～271页。

[117][日]末弘严太郎：《现代法学全集》第8卷，第228页；最判1963年3月1日，民集17-2-269；大阪控判，大正4年2月15日，法律新闻1002-23。转引自林廷瑞：《抵押权之让与-抛弃与抵押权顺位之让与-抛弃》，载郑玉波主编：《民法物权论文选辑》（下），台北，五南图书出版公司1984年版，第805页。[日]近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，沈国明、李康民审校，北京，法律出版社2000年版，第183页。

[118][日]大阪诉讼院判决，大正4年2月15日，法律新闻1002-23。转引自林廷瑞：《抵押权之让与-抛弃与抵押权顺位之让与-抛弃》，载郑玉波主编：《民法物权论文选辑》（下），台北，五南图书出版公司1984年版，第806页。

[119][日]三渚信三：《全订担保物权法》，第536页以下。转引自林廷瑞：《抵押权之让与-抛弃与抵押权顺位之让与-抛弃》，载郑玉波主编：《民法物权论文选辑》（下），台北，五南图书出版公司1984年版，第806页。

[120][日]石田文次郎：《全订担保物权法》（上），第208页。转引自林廷瑞：《抵押权之让与-抛弃与抵押权顺位之让与-抛弃》，载郑玉波主编：《民法物权论文选辑》（下），台北，五南图书出版公司1984年版，第806页。

[121][日]我妻荣：《担保物权法》，第191页；末弘严太郎：《现代法学全集》第8卷，第228页；最判1963年3月1日，民集17-2-269；大阪控判，大正4年2月15日，法律新闻1002-23。转引自林廷瑞：《抵押权之让与-抛弃与抵押权顺位之让与-抛弃》，载郑玉波主编：《民法物权论文选辑》（下），台北，五南图书出版公司1984年版，

第806页。

[122]王利明、崔建远：《合同法新论·总则》，北京，中国政法大学出版社1996年版，第590页。

[123]王利明、崔建远：《合同法新论·总则》，北京，中国政法大学出版社1996年版，第590页。

[124]参见林廷瑞：《抵押权之让与·抛弃与抵押权顺位之让与·抛弃》，载郑玉波主编：《民法物权论文选辑》（下），台北，五南图书出版公司1984年版，第807页。

[125]林廷瑞：《抵押权之让与·抛弃与抵押权顺位之让与·抛弃》，载郑玉波主编：《民法物权论文选辑》（下），台北，五南图书出版公司1984年版，第807页。

[126]林廷瑞：《抵押权之让与·抛弃与抵押权顺位之让与·抛弃》，载郑玉波主编：《民法物权论文选辑》（下），台北，五南图书出版公司1984年版，第807页。

[127]林廷瑞：《抵押权之让与·抛弃与抵押权顺位之让与·抛弃》，载郑玉波主编：《民法物权论文选辑》（下），台北，五南图书出版公司1984年版，第807、807、808页。

[128]林廷瑞：《抵押权之让与·抛弃与抵押权顺位之让与·抛弃》，载郑玉波主编：《民法物权论文选辑》（下），台北，五南图书出版公司1984年版，第807、807、808页。

[129][日]近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，沈国明、李康民审校，北京，法律出版社2000年版，第184页。

[130]郑玉波：《民法物权》，台北，三民书局有限公司1988年2月修订12版，第244页。

[131]郑玉波：《民法物权》，台北，三民书局有限公司1988年2月修订12版，第245页；[日]近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，沈国明、李康民审校，北京，法律出版社2000年版，第184页。

[132]郑玉波：《民法物权》，台北，三民书局有限公司1988年2月修订12版，第245页。

[133]郑玉波：《民法物权》，台北，三民书局有限公司1988年2月修订12版，第245页。

[134]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第504页。

[135]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年

版，第472页。

[136]梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第322页。

[137]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第550页。

[138]史尚宽：《物权法论》，台北，荣泰印书馆股份有限公司1979年版，第294页；曹士兵：《中国担保法诸问题的解决与展望——基于担保法及其司法解释》，北京，中国法制出版社2001年版，第225页。

[139]杨与龄：《民法物权》，台北，五南图书出版公司1981年版，第197～198页；曹杰：《中国民法物权论》，台北，“商务印书馆”1964年版，第211页；姚瑞光：《民法物权论》，台北，1990年自版，第252页。

[140]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第482页。

[141]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第551页。

[142]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第551页。

[143]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第483页。

[144]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第425～426页。

[145]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第483页。

[146]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第426页。

[147]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第491页。

[148]崔建远：《我国担保法的解释与适用初探》，载《吉林大学社会科学学报》1996年第2期，第27～28页。

[149]崔建远：《我国担保法的解释与适用初探》，载《吉林大学社会科学学报》1996年第2期，第27～28页。

[150]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第469页。

[151]清华大学法学院副教授龙俊博士被借调到全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室，直接参与《中华人民共和国民法典（草案）》的草拟和研讨，了解法律制度及条款设计的初衷。龙俊博士向笔者介绍了此种案型。特此致谢！

[152]参见崔建远、孙佑海、王宛生：《中国房地产法研究》，北京，中国法制出版社1995年版，第130～131页。

[153]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第290页。

[154]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第290页。

[155]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第440～441、441页。

[156]李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释理解与适用》，长春，吉林人民出版社2000年版，第88～89页。

[157]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第440～441、441页。

[158][德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，北京，法律出版社2000年版，第103页。

[159]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年修订2版，第637页。

[160]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第50、51、51页。

[161]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第50、51、51页。

[162]梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第331页；郑玉波：《民法物权》，台北，三民书局有限公司1988年2月修订12版，第286页。

[163]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第50、51、51页。

[164]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第495～496页。

[165]参见胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第443页；谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第51页。

[166]中国台湾地区“最高法院”1973年台上字第776号判例。

[167]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第51～52、52页。

[168]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第51～52、52页。

[169]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第442、443页。

[170]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第442、443页。

[171]日本东京高判1957年7月17日，载高民集第10卷第5号，第292页。转引自谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第71页。

[172]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第70～71页。

[173]陈石狮：《有关最高限额抵押之几个问题》，载《民商事裁判研究专集》，1985年，第317页。转引自谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第71页。

[174]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第443页。

[175]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第56页。

[176]中国台湾地区“最高法院”1997年台上字第2114号判例；吴光明：《最高限额抵押权所担保债权之研究》，载《固有法制与当代民法学——戴东雄六秩华诞祝寿论文集》，台北，三民书局有限公司1997年版，第251页；郑冠宇：《论最高限额抵押权之法定化》，载《月旦法学杂志》第67期，2000年12月，第142页；王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第496页。

[177][日]川井健：《担保物权法》，青林书院1987年版，第153页；[日]远藤浩、川井健、高原重义、广中俊雄、水本浩、北本进一編集：《民法（3）担保物权》，东京，有斐阁1999年版，第210页；[日]小林资郎：《根抵当》，载[日]星野英一汇编：《民法讲座》（3），东京，有斐阁1990年版，第217页；[日]清水诚：《根抵当权における被担保债权の不特性について》，载《手形研究》第418号，1988年版，第282页；[日]铃木禄弥：《根抵当法概说》，名古屋，新日本法规出版株式会社1998年版，第67、101页；蔡明诚：《论最高额法定抵押权之法定化》，载《月旦法学杂志》第67期，2000年12月，第121页。转引自谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第57页。

[178]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第57页；黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第605页；[日]近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，沈国明、李康民审校，北京，法律出版社2000年版，第194页。

[179]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第57页。

[180]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第58页；王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第497页；梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第331页；[日]近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，沈国明、李康民审校，北京，法律出版社2000年版，第194页。

[181][日]近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，沈国明、李康民审校，北京，法律出版社2000年版，第194页。

[182]黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第609页。

[183]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第58页；王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第498页。

[184]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第498页。

[185]黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第605页。

[186]我国有专家学者将最高额抵押权所担保债权的确定，叫作最高额抵押权所担保债权的决算。见曹士兵：《中国担保诸问题的解决与展望》，北京，中国法制出版社2001年版，第266页；黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适

用》，北京，人民法院出版社2007年版，第610、613页。

[187]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第147、116页。

[188][日]我妻荣：《民法讲义II·新订物权法》，有泉亨补订，东京，岩波书店1984年版，第542页；[日]高木多喜男：《担保物权法》（新版），东京，有斐阁1998年版，第273页；[日]川井健：《担保物权法》，东京，青林书院1987年版，第168页；[日]道垣内：《担保物权法》，三省堂1997年版，第206页；[日]贞家克己、清水湛：《新根抵当法》，金融财政事情研究会1973年版，第255页；[日]伊藤进：《根抵当》，载[日]椿寿夫编：《担保物权法》，京都，法律文化社1996年版，第145页；谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第142页。

[189]李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵：《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释理解与适用》，长春，吉林人民出版社2000年版，第307页；曹士兵：《中国担保诸问题的解决与展望》，北京，中国法制出版社2001年版，第272页；胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第451页；王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第501页。

[190]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第147、116页。

[191]参见王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第501页。

[192]参见王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第500页；谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第116页。

[193]黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第611页。

[194]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第113页。

[195][日]我妻荣：《新订担保物权法》，东京，岩波书店1971年版，第496页；[日]铃木禄弥：《最高额抵押法概说》，名古屋，新日本法規出版株式会社1973年版，第266页；[日]高木多喜男：《担保物权法》（新版），东京，有斐阁1993年版，第243页；[日]近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，沈国明、李康民审校，北京，法律出版社2000年版，第197页。

[196]参见王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第500页；谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第117页。

[197]最高额抵押权所担保债权的确定期间，我国有专家学者称之为最高额抵押权所担保债权的决算期。见李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵：《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释理解与适用》，长春，吉林人民出版社2000年版，第308页；曹士兵：《中国担保诸问题的解决与展望》，北京，中国法制出版社2001年版，第266页；黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第610、613页；王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第500页。

[198]曹士兵：《中国担保诸问题的解决与展望》，北京，中国法制出版社2001年版，第266页；黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第613页；胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第448页。

[199]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第448页。

[200]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第501页。

[201]黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第613页。

[202]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第449页；王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第501页。

[203]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第142页。

[204]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第502～503页。

[205]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第451页。

[206]黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第615页。

[207]就笔者个人的观点而言，附停止条件债权仍为真正的债权，只是效力不兼备。至于附解除条件的债权，应为完全债权，是效力完备的债权。

[208]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第148～149、149页。

[209]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第148～149、149页。

[210]李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵：《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释理解与适用》，长春，吉林人民出版社2000年版，第308页；黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第608、613页。

[211]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第150页。

[212][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（下册），申卫星、王洪亮译，北京，法律出版社2006年版，第543页。

[213]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第254页；梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第348页；黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第620页。

[214]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第256页；梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第348页。

[215]梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第353页。

[216]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第515页。

[217]黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第641页。

[218]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第467页。

[219][日]我妻荣：《新订担保物权法》，东京，岩波书局1983年版，第149页；[日]松坂佐一：《民法提要·物权法增订第4版》，东京，有斐阁1996年版，第273页；[日]星野英一：《民法概论II·物权·担保物权》，东京，良书普及会平成6年，第231页；[日]川井健：《担保物权法》，东京，青林书院1987年版，第239页。转引自谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第273页。

[220]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第273～274、275、276、277页。

[221]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第273～274、275、276、277页。

[222]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第273～274、275、276、277页。

[223]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第273～274、275、276、277页。

[224]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第278～279、279页。

[225]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第278～279、279页。

[226]梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第323页。

[227]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第287～288页。

[228]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第517～518页。

[229][日]林良平编：《注释民法（8）·物权（3）》，东京，有斐阁1983年版，第327页。

[230][日]冈松参太郎：《权利质权的性质》，载《京都法学协会杂志》第1卷，第7号，第5页。转引自刘银春：《债权质权的理论与实践》，清华大学法学博士学位论文（2005），第13页。

[231][日]神户寅次郎：《权利质的性质》，载《法学协会》第28卷，第10号，总第2122页。转引自刘银春：《债权质权的理论与实践》，清华大学法学博士学位论文（2005），第14页。

[232][日]神户寅次郎：《权利质的性质》，载《法学协会》第28卷，第10号，总第2144页。转引自刘银春：《债权质权的理论与实践》，清华大学法学博士学位论文（2005），第14页。

[233]刘银春：《债权质权的理论与实践》，清华大学法学博士学位论文（2005），第21页。

[234][日]神户寅次郎：《权利质的性质》，《法学协会》第28卷，第10号，总第2145、2157页。转引自刘银春：《债权质权的理论与实践》，清华大学法学博士学位论文（2005），第21～22页。

[235]胡开忠：《权利质权制度研究》，北京，中国政法大学出版社2004年版，第148页。

[236][意]彼得罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，北京，中国政法大学出版社1992年版，第345页。

[237]参见《澳门商法典》第872条；《俄罗斯联邦民法典》第828条；《国际保理公约》第6条第1款、第18条；《美国统一商法典》（2001年修订）第9-406（d）条；《联合国国际贸易应收款转让公约》第9条。

[238]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第317页；黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第656页；曹士兵：《中国担保诸问题的解决与展望》，北京，中国法制出版社2001年版，第303页。

[239]李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释理解与适用》，长春，吉林人民出版社2000年版，第355页。

[240]中国台湾地区“民法”第946条第2项、第761条；中华民国最高法院1937年上字第823号判决；谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第317页。

[241]中国台湾地区“民法”第946条、第761条、第885条第2项；谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第321～322页。

[242][日]四宫和夫：《日本民法总则》，唐晖、钱孟姍译，朱柏松校订，台北，五南图书出版公司1995年版，第136页。

[243][日]四宫和夫：《日本民法总则》，唐晖、钱孟姍译，朱柏松校订，台北，五南图书出版公司1995年版，第137页。

[244][日]冈松参太郎：《权利质权的性质》，载《京都法学协会杂志》第1卷，第7号，第2页。转引自刘银春：《债权质权的理论与实践》，清华大学法学博士学位论文（2005），第15～16页。

[245][日]冈松参太郎：《权利质权的性质》，载《京都法学协会杂志》第1卷，第7号，第5～8页。转引自刘银春：《债权质权的理论与实践》，清华大学法学博士学位论文（2005），第13～17页。

[246][日]冈松参太郎：《权利质权的性质》，载《京都法学协会杂志》第1卷，第7号，第4～6页。转引自刘银春：《债权质权的理论与实践》，清华大学法学博士学位论文（2005），第16～17页。

[247][日]冈松参太郎：《权利质权的性质》，载《京都法学协会杂志》第1卷，第7号，第4页。转引自刘银春：《债权质权的理论与实践》，清华大学法学博士学位论文（2005），第18～19页。

[248][日]冈松参太郎：《权利质权的性质》，载《京都法学协会杂志》第1卷，第7号，第2～3页。转引自刘银春：《债权质权的理论与实践》，清华大学法学博士学位论文（2005），第19页。

[249][日]冈松参太郎：《权利质权的性质》，载《京都法学协会杂志》第1卷，第7号，第6页。转引自刘银春：《债权质权的理论与实践》，清华大学法学博士学位论文（2005），第20页。

[250][日]神户寅次郎：《权利质的性质》，载《法学协会》第28卷，第10号，总第2134页。转引自刘银春：《债权质权的理论与实践》，清华大学法学博士学位论文（2005），第20页。

[251][日]神户寅次郎：《权利质的性质》，载《法学协会》第28卷，第10号，总第2135页。转引自刘银春：《债权质权的理论与实践》，清华大学法学博士学位论文（2005），第20页。

[252][日]冈松参太郎：《权利质权的性质》，载《京都法学协会杂志》第1卷，第7号，第6页。转引自刘银春：《债权质权的理论与实践》，清华大学法学博士学位论文（2005），第20～21页。

[253]刘银春：《债权质权的理论与实践》，清华大学法学博士学位论文（2005），第21页。

[254]《民法典》第441条的但书所谓法律另有规定，系《票据法》第35条等规定。这是清华大学法学院副教授龙俊博士提供的意见。特此致谢！

[255]谢怀栻：《票据法概论》（增订版），北京，法律出版社2006年版，第16页；杨建华：《票据法要论》，台北，汉林出版社1979年版，第1页。

[256]李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释理解与适用》，长春，吉林人民出版社2000年版，第347～348页。

[257]谢怀栻：《票据法概论》（增订版），北京，法律出版社2006年版，第36页。

[258]李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释理解与适用》，长春，吉林人民出版社2000年版，第352页；曹士兵：《中国担保诸问题的解决与展望》，北京，中国法制出版社2001年版，第316页；胡开忠：《权利质权制度研究》，北京，中国政法大学出版社2004年版，第164～165页。

[259]资料来源，转引自刘银春：《债权质权的理论与实践》，清华大学法学博士学位论文（2005），第47～48页。

[260]刘银春：《债权质权的理论与实践》，清华大学法学博士学位论文（2005），第53页。

[261]李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释理解与适用》，长春，吉林人民出版社2000年版，第347～348页。

[262]熊伟、罗平：《票据质押若干问题研究》，载《法学评论》1999年第6期，第102页以下。

[263]熊伟、罗平：《票据质押若干问题研究》，载《法学评论》1999年第6期，第102页以下。

[264]郭明瑞、杨立新：《担保法新论》，长春，吉林人民出版社1996年版，第204页。

[265]胡开忠：《权利质权制度研究》，北京，中国政法大学出版社2004年版，第209、211页。

[266]梁慧星主编：《中国物权法草案建议稿：条文、说明、理由与参考立法例》，北京，社会科学文献出版社2000年版，第706～707页。

[267]谢怀栻：《票据法概论》（增订版），北京，法律出版社2006年版，第76页。

[268]曹士兵：《中国担保诸问题的解决与展望》，北京，中国法制出版社2001年版，第316页。

[269]熊伟、罗平：《票据质押若干问题研究》，载《法学评论》1999年第6期，第102页以下。

[270]于莹、高一寒：《论票据质押的效力》，载《人民法院报》2007年11月18日，第6版。

[271]于莹、高一寒：《论票据质押的效力》，载《人民法院报》2007年11月18

日，第6版。

[272]于莹、高一寒：《论票据质押的效力》，载《人民法院报》2007年11月18日，第6版。

[273]姜建初：《票据原理与票据法比较》，北京，法律出版社1994年版，第103～104页；王小能：《票据法教程》，北京，北京大学出版社1994年版，第226页；谢怀栻：《票据法概论》（增订版），北京，法律出版社2006年版，第161页；熊伟、罗平：《票据质押若干问题研究》，载《法学评论》1999年第6期，第107页。

[274]熊伟、罗平：《票据质押若干问题研究》，载《法学评论》1999年第6期，第107～108页。

[275]王小能：《票据法教程》，北京，北京大学出版社1994年版，第225页；谢怀栻：《票据法概论》（增订版），北京，法律出版社2006年版，第161页；熊伟、罗平：《票据质押若干问题研究》，载《法学评论》1999年第6期，第108页。

[276]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第478页。

[277]参见黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第660～661页。

[278]胡开忠：《权利质权制度研究》，北京，中国政法大学出版社2004年版，第171页；胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第478页。

[279]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第525页。

[280]胡开忠：《权利质权制度研究》，北京，中国政法大学出版社2004年版，第172页。

[281]刘银春：《债权质权的理论与实践》，清华大学法学博士学位论文（2005），第126～127页。

[282]曹士兵：《中国担保法诸问题的解决与展望》，北京，中国法制出版社2001年版，第312页。

[283]李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释理解与适用》，长春，吉林人民出版社2000年版，第355页。

[284]曹士兵：《中国担保诸问题的解决与展望》，北京，中国法制出版社2001年

版，第307页。

[285]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第342页。

[286]曹士兵：《中国担保诸问题的解决与展望》，北京，中国法制出版社2001年版，第311页。

[287]黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第656页。

[288]郑玉波：《论仓单》，载郑玉波：《民商法问题研究》（第1册），台北，1988年自版，第321页。

[289]胡开忠：《权利质权制度研究》，北京，中国政法大学出版社2004年版，第166～167页。

[290][日]西原宽一：《商行为法》，东京，有斐阁1972年版，第364页。

[291]崔建远主编：《合同法》，王轶执笔，北京，法律出版社2007年第4版，第486页。

[292]中国台湾地区“最高法院”1965年台上字第1057号判决；倪江表：《民法物权论》，台北，正中书局1965年版，第360页；黄右昌：《民法物权论》，台北，“商务印书馆”1965年版，第338页；曹杰：《中国民法物权论》，台北，“商务印书馆”1964年版，第258页；施智谋：《海商法专题研究》，台北，三民书局有限公司1992年版，第184页。

[293]杨仁寿：《最新海商法论》，台北，1999年自版，第401页；中国台湾地区“最高法院”1984年台上字第984号判决；谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第326页。

[294]房绍坤、赵志毅：《论仓单质押》，载《法制与社会发展》2001年第4期；胡开忠：《权利质权制度研究》，北京，中国政法大学出版社2004年版，第168页。

[295]黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，北京，人民法院出版社2007年版，第661页。

[296]李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释理解与适用》，长春，吉林人民出版社2000年版，第357页；房绍坤、赵志毅：《论仓单质押》，载《法制与社会发展》2001年第4期。

[297]房绍坤、赵志毅：《论仓单质押》，载《法制与社会发展》2001年第4期。

[298]房绍坤、赵志毅：《论仓单质押》，载《法制与社会发展》2001年第4期。

[299]房绍坤、赵志毅：《论仓单质押》，载《法制与社会发展》2001年第4期。

[300]房绍坤、赵志毅：《论仓单质押》，载《法制与社会发展》2001年第4期。

[301]房绍坤、赵志毅：《论仓单质押》，载《法制与社会发展》2001年第4期。

[302]房绍坤、赵志毅：《论仓单质押》，载《法制与社会发展》2001年第4期。

[303]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第368～369页。

[304]王利明：《物权法论》，北京，中国政法大学出版社1998年版，第766页。

[305]房绍坤、赵志毅：《论仓单质押》，载《法制与社会发展》2001年第4期。

[306]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第478页；王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第525～526页。

[307]李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释理解与适用》，长春，吉林人民出版社2000年版，第358页。

[308]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第367、368页。

[309]施天涛：《公司法论》（第2版），北京，法律出版社2006年版，第237、271页。

[310]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第479页。

[311]施天涛：《公司法论》（第2版），北京，法律出版社2006年版，第271页。

[312]施天涛：《公司法论》（第2版），北京，法律出版社2006年版，第271页。

[313]赵旭东：《公司法》，北京，高等教育出版社2003年版，第317页。

[314]施天涛：《公司法论》（第2版），北京，法律出版社2006年版，第272页。

[315]胡开忠：《权利质权制度研究》，北京，中国政法大学出版社2004年版，第275页。

[316]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第340页；中国台湾地区“最高法院”1974年度第三次民事庭会议决议（二）；王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第531页。

[317]施天涛：《公司法论》（第2版），北京，法律出版社2006年版，第275页。

[318]柯芳枝：《公司法论》，北京，中国政法大学出版社2004年版，第195页；施天涛：《公司法论》（第2版），北京，法律出版社2006年版，第275页。

[319]中国台湾地区“公司法”第317条之一第1项③④；谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第341页；王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第532页。

[320]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第346～347页；施天涛：《公司法论》（第2版），北京，法律出版社2006年版，第275页。

[321]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第347页。

[322]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第478页。

[323]李飞主编：《中华人民共和国证券投资基金法释义》，北京，法律出版社2003年版，第6页。

[324]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第526页。

[325]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第488页；王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第533页。

[326]《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国物权法（草案）〉修改情况的汇报》（2006年12月24日第十届全国人大常委会第二十五次会议），载全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室编著：《物权法立法背景与观点全集》，北京，法律出版社2007年版，第73页；胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第481页。

[327]转引自胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第481、482页。

[328]转引自胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第481、482页。

[329]杜国辉：《应收账款质押若干法律问题分析》，清华大学法学硕士学位论文（2008），第6页。

[330][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（下册），申卫星、王洪亮译，北京，法律出版社2006年版，第737页。

[331][德] V. Tuhr语，转引自刘绍猷：《“将来债权”的让与》，载郑玉波主编：《民法债编论文选辑》（中），台北，五南图书出版公司1984年版，第897页。

[332]谢在全：《民法物权论》（下），台北，新学林出版股份有限公司2005年修订5版，第265、266页。

[333]需要注意，此处所谓附始期的法律行为项下的应收账款不同于附始期的应收账款，因为附始期的法律行为于始期尚未届至时法律行为尚未生效，应收账款也就没有产生，故以此种情形的应收账款出质属于以将来应收账款出质；而附始期的应收账款则是应收账款已经的确确实地存在了，只是始期未届至时应收账款人请求债务人予以清偿的，债务人有权抗辩罢了，故以此种应收账款出质不属于以将来应收账款出质。

[334]需要注意，此处所谓附停止条件的法律行为项下的应收账款不同于附停止条件的应收账款，因为附停止条件的法律行为于停止条件尚未成就时法律行为尚未生效，应收账款也就没有产生；而附停止条件的应收账款则是已经实实在在地存在了，故以此种应收账款出质不属于以将来应收账款出质。

[335]谢在全：《民法物权论》（下），台北，新学林出版股份有限公司2005年修订5版，第265、266页。

[336]刘绍猷：《“将来应收账款”的让与》，载郑玉波主编：《民法债编论文选辑》（中），台北，五南图书出版公司1984年版，第897页、第899页。所引论文未使用“附始期的法律行为项下的应收账款”“附停止条件的法律行为项下的应收账款”的表述，而是“附始期的应收账款”“附停止条件的应收账款”。但笔者认为，“附始期的应收账款”“附停止条件的应收账款”均为既存应收账款，而非将来应收账款，故修正了原文的表述，使用的是“附始期的法律行为项下的应收账款”“附停止条件的法律行为项下的应收账款”的术语。

[337]谢在全：《民法物权论》（下），台北，新学林出版股份有限公司2005年修订5版，第266页。

[338]谢在全：《民法物权论》（下），台北，新学林出版股份有限公司2010年版，第146、323页。

[339]谢在全：《民法物权论》（下），台北，新学林出版股份有限公司2010年版，第146、323页。

[340]此处“其五”系清华大学法学院副教授龙俊博士于2019年4月27日晚向笔者阐释的。其背景是：2019年4月27日，王洪亮教授于清华大学法学院举办“民法典担保物权法律问题研讨会”，邀请笔者于会上报告《关于应收账款质的思考》。龙俊博士对此有感而发。

[341]杜国辉：《应收账款质押若干法律问题分析》，清华大学法学硕士学位论文（2008），第7、8、9页。

[342]杜国辉：《应收账款质押若干法律问题分析》，清华大学法学硕士学位论文（2008），第7、8、9页。

[343]杜国辉：《应收账款质押若干法律问题分析》，清华大学法学硕士学位论文（2008），第7、8、9页。

[344]刘保玉、孙超：《应收账款质押的法律解读——兼评我国物权法草案的相关规定》，北大法律信息网（www.chinalawinfo.com），2007年8月10日最后访问。转引自杜国辉：《应收账款质押若干法律问题分析》，清华大学法学硕士学位论文（2008），第9页。

[345]杜国辉：《应收账款质押若干法律问题分析》，清华大学法学硕士学位论文（2008），第9页。

[346]黄斌：《国际保理——金融创新及法律实务》，北京，法律出版社2006年版，第3页。

[347][英]费瑞迪·萨林格：《保理法律与实务》，刘园、叶志壮译，北京，对外经济贸易大学出版社2003年版，第124、11页。

[348][英]费瑞迪·萨林格：《保理法律与实务》，刘园、叶志壮译，北京，对外经济贸易大学出版社2003年版，第124、11页。

[349]黄斌：《国际保理——金融创新及法律实务》，北京，法律出版社2006年版，第21页。

[350]杜国辉：《应收账款质押若干法律问题分析》，清华大学法学硕士学位论文（2008），第15页。

[351]参见谢在全：《民法物权论》（下），台北，新学林出版股份有限公司2010年修订5版，第269页。

[352]谢在全：《民法物权论》（下），台北，新学林出版股份有限公司2010年修

订5版，第269页。

[353]《日本民法典》第371条；[日]铃木禄弥：《物权法讲义》（第3版），东京，创文社1985年版，第154页；[日]川井健：《担保物权法》，东京，青林书院1975年版，第54页；[日]槇梯次：《担保物权法》，东京，有斐阁1981年版，第157页；[日]近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，沈国明、李康民审校，北京，法律出版社2000年版，第122～123页；中华民国最高法院1933年度上字第235号；谢在全：《民法物权论》（中），台北，新学林出版股份有限公司2010年修订5版，第362页。

[354]杜国辉：《应收账款质押若干法律问题分析》，清华大学法学硕士学位论文（2008），第19～20页。

[355]李开国：《民法学》（专题讲座），重庆，西南政法大学1995年印刷，第464～466页；梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第361页；杜国辉：《应收账款质押若干法律问题分析》，清华大学法学硕士学位论文（2008），第20页。

[356]杜国辉：《应收账款质押若干法律问题分析》，清华大学法学硕士学位论文（2008），第20页。

[357][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（下册），申卫星、王洪亮译，北京，法律出版社2006年版，第739页；[日]近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，沈国明、李康民校，北京，法律出版社2000年版，第27、28、86、121、133、138页；谢在全：《民法物权论》（中），台北，新学林出版股份有限公司2010年修订5版，第462～463页；谢在全：《民法物权论》（下），台北，新学林出版股份有限公司2010年修订5版，第241～242页。

[358][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（下册），申卫星、王洪亮译，北京，法律出版社2006年版，第734～735页。

[359]参考谢在全：《民法物权论》（下），台北，新学林出版股份有限公司2010年修订5版，第306页；[日]近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，沈国明、李康民校，北京，法律出版社2000年版，第280～281页。

[360]参考谢在全：《民法物权论》（下），台北，新学林出版股份有限公司2010年修订5版，第306～307页。

[361][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（下册），申卫星、王洪亮译，北京，法律出版社2006年版，第744～745页。

[362]参考谢在全：《民法物权论》（下），台北，新学林出版股份有限公司2010年修订5版，第312页。

[363][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（下册），申卫星、王洪亮译，北京，法律出版社2006年版，第734～735页。

[364]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第490页。

[365]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第346页。

[366]杜国辉：《应收账款质押若干法律问题分析》，清华大学法学硕士学位论文（2008），第21页。

[367]杜国辉：《应收账款质押若干法律问题分析》，清华大学法学硕士学位论文（2008），第21页。

[368][德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（下册），申卫星、王洪亮译，北京，法律出版社2006年版，第742页；[日]近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，沈国明、李康民校，北京，法律出版社2000年版，第279页。

[369]姚瑞光：《民法物权论》，1990年自版，第313页；郑玉波：《民法物权》，台北，三民书局有限公司1963年版，第370页；[日]柚木馨、高木多喜男：《担保物权法》（第3版），东京，有斐阁1984年版，第145页；[日]我妻荣：《民法讲义III新订担保物权法》，东京，岩波书局1983年版，第183页；[日]高木多喜男等：《民法讲义3担保物权》（改订版），东京，有斐阁1983年版，第93、98页；[日]高木多喜男：《担保物权法》（新版），东京，有斐阁1998年版，第84页。

[370]《日本民法典》承认不动产留置权（第295条）。

[371]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第380页。

[372]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第381～382页；[日]近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，沈国明、李康民校，北京，法律出版社2000年版，第17页。

[373]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第383页；王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第535页。

[374][日]近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，沈国明、李康民校，北京，法律出版社2000年版，第16页。

[375][日]近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，沈国明、李康民校，北京，法律出版社2000年版，第29页；郑玉波：《民法物权论》，台北，三

民书局有限公司1988年修订12版，第358～359页。

[376]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第384页。

[377][日]近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，沈国明、李康民审校，北京，法律出版社2000年版，第17页；谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第385页；王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第537页；胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第496页。

[378]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第385页；胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第496页。

[379]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第385、386、386页。

[380]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第385、386、386页。

[381]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第385、386、386页。

[382][日]近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，沈国明、李康民审校，北京，法律出版社2000年版，第18页。

[383][日]川井健：《担保物权》，东京，青林书院1975年版，第284页；[日]高木多喜男：《担保物权法》，东京，有斐阁1984年版，第16页；东京高判1949. 7. 14高民集2卷2号，第124页。

[384]参见[日]近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，沈国明、李康民审校，北京，法律出版社2000年版，第18页。

[385][日]川岛武宜：《民法理解学的诸问题》，第126页；[日]铃木禄弥：《物权法讲义》（第3版），东京，创文社1985年版，第15页以下；[日]近江幸治：《民法讲义II-物权法》，东京，成文堂1990年版，第39页。

[386][日]近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，沈国明、李康民审校，北京，法律出版社2000年版，第18页。

[387]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第386页。

[388]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第387、386、386、386、386页。

[389]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第387、386、386、386、386页。

[390]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第387、386、386、386、386页。

[391]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第387、386、386、386、386页。

[392]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第387、386、386、386、386页。

[393]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法》，北京，人民法院出版社2007年版，第535、536页。

[394]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法》，北京，人民法院出版社2007年版，第535、536页。

[395]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第391页。

[396]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第391～392页。

[397]该案发生于《物权法》、《担保法》和《合同法》实施期间，《民法典》尚未制定，故该案的法律适用仍以《物权法》的规定为准。

[398]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第393页。

[399]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第394页；梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第372页。

[400]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第399页；梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第374～375页；胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第498页；[日]近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，沈国明、李康民审校，北京，法律出版社2000年版，第23页。

[401]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修

订2版，第399～400页。

[402]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第400页；梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第375页。

[403]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第400页；王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第540页；梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第375页。

[404]梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第372页；王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第539页。

[405]李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵：《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释理解与适用》，长春，吉林人民出版社2000年版，第383页。

[406]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第396～398页；梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第373页；[日]近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，沈国明、李康民审校，北京，法律出版社2000年版，第19页以下。

[407]详见谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第394～399页；梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第372～374页。

[408]参见谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第398页。

[409]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第541～542页。

[410]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第541～542页。

[411]谢在全：《民法物权论》（中册），台北，三民书局有限公司2003年7月修订2版，第357页。

[412]王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，北京，人民法院出版社2007年版，第546页。

[413]参考崔建远、宋延军：《关于抵押权的探讨》，载《吉林大学社会科学学报》1990年第3期，第74页；崔建远：《抵押权若干问题之我见》，载《法律科学》，

1991年第5期，第56页。

[414]参考崔建远、宋延军：《关于抵押权的探讨》，载《吉林大学社会科学学报》1990年第3期，第74页；崔建远：《抵押权若干问题之我见》，载《法律科学》，1991年第5期，第56页；许明月：《抵押权制度研究》，北京，法律出版社1998年版，第304页。

[415]参见谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第440～441页；梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第380页。

[416]史尚宽：《物权法论》，台北，荣泰印书馆股份有限公司1979年版，第470页；郑玉波：《民法物权论》，台北，三民书局有限公司1988年修订12版，第358页。

[417][日]近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，沈国明、李康民审校，北京，法律出版社2000年版，第29页；郑玉波：《民法物权论》，台北，三民书局有限公司1988年修订12版，第358～359页；史尚宽：《物权法论》，台北，荣泰印书馆股份有限公司1979年版，第520页。

[418]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第438页；梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第379页。

[419]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第438～439页；梁慧星、陈华彬：《物权法》（第4版），北京，法律出版社2007年版，第380页。

[420]史尚宽：《物权法论》，台北，荣泰印书馆股份有限公司1979年版，第471页；谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第441页。

第五分编 占有

第二十章 占有

本分编共计五个条文，汇聚占有规则，涵盖有权占有的规则，

所谓占有，是指对于物可以支配并排除他人干涉的法律之力。对此概念，可从以下方面把握。

（一）占有系以物为标的物

本分编章所称之物，包括不动产和动产（《民法典》第459条）。对于不须占有其物而可行使权利的财产权，仅能成为准占有的标的物，不是这里所说的占有，而是准占有。例如，抵押权人对于作为抵押物的建设用地使用权，构成准占有。

占有概念虽然统一适用于不动产和动产，但在不动产和动产场合存在着差异：（1）在占有的成立方面，对动产占有的认定标准通常较对不动产占有的认定标准要严格些，因为不动产不易移动或隐藏。深山的别墅，即使被闲置两年，其占有也不受影响。不过，把照相机遗忘在风景区，经过一段时间，却可被认定为丧失占有，成为遗失物。（2）在占有的效力方面，如占有的权利推定和权利移转，在不动产场合已经由登记制度取而代之。（3）在占有的保护方面，方法有所不同。不动产被侵占后，占有人可以即时排除加害而回复占有。动产被侵夺后，占有人可以就地或者追踪向加害人索回。^[1]

占有，还可以存在于物的成分之上。不论重要成分抑或非重要成分，只要在事实上可以被人直接支配，都可以成为占有的客体。这种对物的部分实施占有，称为部分占有（《德国民法典》第865条）。例如，占有宅基地的一角作为停车场，承租三居室的一间，都形成部分占有。至于图书馆等集合物，应就各个物成立占有，而非笼统地“占有”图书馆。^[2]这符合实际，中国法及其理论应予借鉴。

（二）占有系对标的物可以支配并排除他人干涉的法律之力

所谓对标的物可以支配并排除他人干涉的法律之力，表现为人对物有实际上的接触，或者物理上的控制。但不限于此，在社会进步和科学发达的今天，对标的物的支配日趋抽象化，占有已由直接的实力支配逐渐扩大至观念的支配。如果依社会一般观念，足以确定某物已在某人实力或观念支配下的客观事实，就可以认定具有了该人支配该物并排除他人干涉的法律之力，成立占有。可见，有无对标的物可以支配并排除他人干涉的法律之力，不宜一概而论，应当依据个案予以判断，下列规则可供参考。[3]

1.从空间关系方面考察。所谓空间关系，是指人和物在场合上须有一定的结合关系，足以认定该物处于某人在事实上可以支配并排除他人干涉的势力范围。居住于房屋，耕作于田间，身着西装，固然成立占有；土地承包经营权人把农具放置于承包地，建筑公司将砂石堆放在料场，亦属占有。还有，对房屋的占有，同时意味着对基地的占有。乘客把钱包遗忘在车站，离去后数小时发觉，因车站人潮涌动，按照社会观念，可被认定为丧失占有，钱包成为遗失物。反之，将汽车停放于路旁，赴他市旅游5日，仍不失去占有。[4]

2.从时间关系方面考察。所谓时间关系，是指人和物在时间上须有相当的继续性，足以认定该物处于某人在事实上可以支配并排除他人干涉的势力范围。假如人对物仅仅具有短暂性的控制，则不成立占有。例如，在餐馆使用餐具，在火车上向邻座旅客借阅报纸，在公园坐卧长椅，在图书馆取阅杂志，均不构成占有。还有，旅客就其住宿客房可成立直接占有；反之，亲友被招待在家中客房过夜，对该客房则不成立占有。[5]

3.从法律和秩序方面考察。人和物虽无时间或空间上的关系，由于占有已由直接的实力支配逐渐扩大至观念的支配，人对于物的支配已无须亲自为之，于是，基于法律和秩序的要求应当成立占有的，应予肯定。停车于路旁，出游数日，时空远隔，仍然成立占有，其源在于一般社会秩序和对他人财产的尊重。[6]

（三）占有虽为事实但有一定的法律效力

占有为事实，但它不同于落叶飘零等单纯的事实，在民法上有一定的效力，如得为侵权行为的客体、不当得利返还中的利益、与本权结合后具有权利的性质。[7]

占有，除人对于物可以直接支配并排除他人干涉（体素）之外，

是否尚需以“占有意思”（心素）为要件，存在着主观说、客观说和纯粹客观说的分歧。主观说认为，占有的成立须兼具体素和心素，即人在事实上对物有直接支配并排除他人干涉的法律之力，以及具有占有意思。至于占有意思的含义如何，看法也不相同，有的主张必须是为所有人的意思，有的认为必须有支配的意思，也有的坚持必须是人为自己意思而占有。客观说则认为，占有系人对于物有事实上的直接支配并排除他人干涉的法律之力，无须特别的意思，只要对物有事实上控制的意思即可。并且，此种意思是人对于物在事实上控制的组成部分，而非独立的要素。纯粹客观说主张，占有纯粹是客观地对物在事实上控制，不以占有意思为必要。^[8]

占有的意思不必针对个别的特定物，只需要人具有一般占有意思即可。^[9]例如，甲于其门外设置信箱，意在取得邮递员投入其中的信件，他是否实际知晓信件已经投入其中，在所不问。^[10]

取得占有后，维持占有也需要有占有意思。占有意思体现于人对于物的支配状态，体素为心素的表现。甲睡卧于公园的长椅之时，小鸟落在长椅的靠背上，甲因欠缺占有小鸟的意思，不能取得对该鸟的占有。甲醒后把该鸟捕捉住，并将之放于鸟笼，然后继续酣睡，对该鸟的占有不因此而受影响。^[11]

占有的意思仅为一种自然的意思，而非法律行为的意思，故占有人有无行为能力无关紧要。^[12]

占有的本质，即占有是权利还是事实，素有争论，立法例也不一致。《日本民法典》明定占有为权利，称为占有权（第180条）。《瑞士民法典》则明定占有为对于物的事实上之力（第919条）。中国台湾地区的判例学说基于中国台湾地区“民法”第940条的规定，一向肯定占有为事实，而非权利。^[13]在德国，虽然有主张占有为权利的，但通说认为占有属于事实。^[14]中国《物权法》和《民法典》将占有单列一分编，与所有权、用益物权和担保物权各分编并列，显然未把它作为物权，应为事实。

把占有作为事实更为妥当，因为物权的本质在于排他性和支配性，占有虽有排他性，却无权益归属的支配性。^[15]无权占有人有义务把占有物及其孳息返还给真正的权利人（《民法典》第460条前段）。在占有人无权处分占有物，受让人善意取得占有物的所有权场合，占有人应依不当得利制度将取得的利益返还给真正的权利人。单纯的占有虽然可以作为“给付不当得利”的客体，但必须与本权结合才具有权利归属的内容，占有人才有权主张“侵害的不当得利”^[16]。

[辨析]

占有作为事实，不同于权利，表现在如下几点。

(1) 凡是具有权利能力的人，均为权利主体，却不一定成为占有的主体。(2) 物的成分，原则上不得成为权利的标的物，却可以作为占有的客体。(3) 权利有主权利和从权利之分，占有则无主占有和从占有之别。(4) 权利有禁止转让或继承的情形，占有则无此情形。(5) 权利无直接和间接之分，占有却有直接占有和间接占有之别。(6) 有些权利可作为担保权的标的物，如应收账款、知识产权、股权等可以设立质权，建设用地使用权可以设立抵押权，但占有不会作为担保权的标的物。(7) 权利和权利有时会发生混同，占有和占有则无此现象，因为占有之上不可能再设立占有。(8) 即使是独立之物，有的也不得成为权利的标的物，却都能成为占有的客体。(9) 权利的继受人不得仅就其取得权利后的有利事实而为主张，但占有则不受此类限制。(10) 数人共有一物时，一个共有人若遇有其他共有人侵害其权利时，可以对该侵害人主张物权请求权；但数人共同占有一物时，各占有人就其占有物使用的范围，不得互相请求占有的保护。^[17]

占有的主体，即占有人，包括自然人和法人。法人之所以可以作为占有人，是因为法人可以利用其机关控制占有物。

占有作为法律事实，仅仅需要自然的占有意思，不是法律行为，因而占有人不必具有行为能力，即使是无行为能力人或限制行为能力人，只要有事实上的支配能力，也可以成为占有人。不过，占有以自然的占有意思为心素，所以占有人必须对占有物有事实上控制的能力。如果占有人没有此种意识能力，就不会为自己原始或创设取得占有。至于占有的移转，因需受法律规定的支配，占有人具有权利能力即可，有无意识能力，在所不问。^[18]

持有是刑法上的概念，与民法上的占有相比，相同点在于，两者均指占有人对于物具有支配并排除他人干涉的法律之力，有重叠之处，如受寄人对于寄存物品既为民法上的占有，亦为刑法上的持有。但两者更有不同点，持有重在占有人对于物的实力支配，具体表现为以下几个方面：(1) 占有可依抽象状态而为间接占有，持有却无间接占有。(2) 占有人在占有物上行使的权利，推定其适法有此权利，并推定其善意占有（《民法典》第459条的解释^[19]）；持有则无类似的推定。(3) 占有可以移转，并且可以观念上的交付进行；持有则否。(4) 因盗窃、抢夺、抢劫、欺诈、恐吓而控制他人之物，构成占有，却不成立持有。(5) 绝对的违禁物，如海洛因等，可为

持有之物，但不得为占有的标的物。[20]

占有的功能，包括保护占有的功能、表彰本权的功能和取得本权的功能。法律赋予占有的三种功能乃基于一种基本认识，即占有的背后通常存在着某种特定权利，尤其是所有权。保护占有，实际上就是在保护此种权利。[21]

1. 保护占有的功能

保护占有的功能，是指具有对物的事实支配，以实现其维护社会秩序与和平的社会作用。[22]《民法典》第462条第1款规定的物上请求权为其主要的表现。在占有的保护功能，我们看到了一项重要的基本原则，即任何人不能以私力改变占有的现状。[23]

2. 表彰本权的功能

表彰本权的功能，是指本权通常经由占有才得以实现，占有其物者往往拥有本权。因为外观的状态与实际的情形，一般而言，都八九不离十。基于这种盖然性，占有既具有事实支配标的物的外观，自应具有本权。于是，法律承认占有具有权利推定的效力，使本权的保护趋于简易，以保护静的安全；并且，以占有为动产的公示方法，还进而承认占有的公信力，建立善意取得制度，以保护交易安全。[24]

3. 取得本权的功能

取得本权的功能，是指在一定条件下，民法将事实支配的占有升格为法律保护的本权，而赋予占有优先取得全部或一部本权的效力的社会作用。占有既有表彰本权的功能，常常与本权相结合，则事实的支配自应被认为是实现本权内容的一种态样，而应赋予其一定的效力。在有些情况下，传统民法将占有全面提升为本权。取得时效、先占、遗失物的取得、埋藏物的发现，为其例证。在另外一些场合，民法把占有提升为取得部分本权，仅仅将占有在一定范围内与本权作相同的处理。善意占有人的孳息收取权、损害赔偿责任的减轻、费用偿还请求权，为其代表。[25]《民法典》免除了善意占有人的赔偿责任（第459条）、赋予了善意占有人的必要费用偿还请求权（第460条），表明已经把占有提升为取得部分本权，但尚未规定取得时效、先占，亦未规定遗失物及埋藏物由拾得人或发现人取得。

第四百五十八条

基于合同关系等产生的占有，有关不动产或者动产的使用、收益、违约责任等，按照合同约定；合同没有约定或者约定不明确的，依照有关法律规定。

本条主旨

本条是关于有权占有的规定。

相关条文

《物权法》第241条 基于合同关系等产生的占有，有关不动产或者动产的使用、收益、违约责任等，按照合同约定；合同没有约定或者约定不明确的，依照有关法律规定。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条是对《物权法》第241条的复制，确立了有权占有规则。本条带有引致性（管道性）的条款的属性，把占有的根据引向合同约定、法律直接规定。

二、有权占有

以占有是否具有法律上的原因为标准，占有可分为有权占有和无权占有。这里的法律上的原因，也叫法律上的根据，学说称之为权源或本权。所谓本权，即得为占有的权利，是指基于一定法律上的原因而享有占有的权利。^[26]本权，可以是物权，如建设用地使用权；也可以是债权，如租赁权；还可以是因其他法律关系而产生的权利，如财产代管人对于被宣告失踪人的财产的代管权（《民法典》第42条等），监护人对于被监护人的财产的管理权（《民法典》第34条等）。

所谓有权占有，也叫正权源占有，是指有法律上的原因的占有。所有权人、建设用地使用权人、动产质权人、留置权人、承租人、借用人对标的物的占有，系分别基于所有权、建设用地使用权、动产质权、留置权、租赁权、借用权，具有占有的权源，均为有权占有。《民法典》第458条规定：“基于合同关系等产生的占有，有关不动产或者动产的使用、收益、违约责任等，按照合同约定；合同没有约定或者约定不明确的，依照有关法律规定。”其中涉及的占有，属于有权占有。

与有权占有相对的是无权占有，亦称无权源占有，是指无法律上的原因的占有。区分有权占有和无权占有，更能彰显有权占有的价值：（1）受法律保护的程度不同。有权占有因具有权源，受到法律的强力保护，本权人请求其返还占有物时，占有人有权拒绝（《民法典》第458条等）。反之，在无权占有场合，占有人不得拒绝本权人请求返还占有物（《民法典》第314条及第314条、第460条等）。

（2）有权占有因具有权源，没有区分有瑕疵占有和无瑕疵占有的必要。无权占有因无权源的存在，在有权源之人请求返还占有物的场合，占有人无权拒绝，负有返还的义务；并且，因无权源，有被区分为瑕疵占有和无瑕疵占有而异其法律效果的必要。（3）非因侵权行为而取得占有，乃留置权成立的消极要件之一。如果将此要件扩充解释为也包括无权占有，则无权占有人即无主张留置权的余地。[27]

第四百五十九条

占有人因使用占有的不动产或者动产，致使该不动产或者动产受到损害的，恶意占有人应当承担赔偿责任。

本条主旨

本条是关于无权占有的场合，恶意占有人承担赔偿责任的规定。

相关条文

《物权法》第242条 占有人因使用占有的不动产或者动产，致使该不动产或者动产受到损害的，恶意占有人应当承担赔偿责任。

理解与适用

本条是对《物权法》第242条的复制，规定无权占有的场合，恶意占有人承担赔偿责任。

本条免除了善意占有人的损害赔偿赔偿责任；对于恶意占有人则不然，其致使占有的不动产或者动产受到损害的，应当承担赔偿责任。

本条规定占有人的赔偿责任实际上以过错为成立要件。其理由在于，该条只要求恶意占有人承担损害赔偿赔偿责任，对善意占有人不课以赔偿责任，显然是以过错为成立要件的，尽管恶意和过错并非同一层面的范畴，但恶意者必有过错，则为事实。

反对此种观点者的理由之一是，恶意占有，限于占有无法律上的

根据，但无权占有之物遭受损害，处于另外的阶段，无权占有人对此损害不见得有过错。例如，无权占有之物因地震而毁损，或因飓风而毁损等，就是无权占有人对于损害没有过错。

对此反对意见，笔者回应如下：（1）如果不从全局、全过程仅仅限于某个阶段看问题，这种反对见解可以成立，如上个自然段所举地震、飓风摧毁无权占有之物，无权占有人在这个节点上确无过错可言；但若全局地、整体地看待，无权占有人在占有伊始就返还无权占有之物，即使其后发生了地震、飓风等不可抗力或第三人的行为等通常事变，该不动产、动产被毁，也与该人无关，自然不得认定其有过错；正因为无权占有属于恶意，占有人至少具有重大过失，这种过失一直在延续，延续至不可抗力、通常事变发生，摧毁了无权占有之物，这至少可以说无权占有人的过错和不可抗力或通常事变共同作用，使该物受损害。（2）《民法典》第590条第2款关于“当事人迟延履行后发生不可抗力的，不免除其违约责任”的规定，显现出当事人因其在迟延履行上的过错，而要承受其后发生的不可抗力致使标的物毁损、灭失的后果。如果单就不可抗力使标的物毁损、灭失这一阶段之事考察，迟延履行的当事人确无过错。尽管如此，《民法典》还是责令迟延履行的当事人就标的物的全部损失承担违约责任，而未设置“但迟延履行的当事人举证证明即使不迟延也会产生同样结果的，不负违约责任”的但书。恶意地无权占有期间发生不可抗力、通常事变使占有之物毁损、灭失的，由恶意占有人承担损害赔偿赔偿责任，类似于《民法典》第590条第2款规范的情形，按照相似的事物相同处理的公平理念，也应该认为《民法典》第459条规定的赔偿责任采取了过错责任原则。

第四百六十条

不动产或者动产被占有人占有的，权利人可以请求返还原物及其孳息；但是，应当支付善意占有人因维护该不动产或者动产支出的必要费用。

本条主旨

本条是关于无权占有人返还原物及其孳息以及善意占有人获取必要费用的规定。

相关条文

《物权法》第243条 不动产或者动产被占有人占有的，权利人可

以请求返还原物及其孳息，但应当支付善意占有人因维护该不动产或者动产支出的必要费用。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条是对《物权法》第243条的复制，前段规定无权占有人有义务返还原物及其孳息，后段规定善意占有人就因维护该不动产或者动产支出的必要费用有权请求偿付。

二、无权占有之物及其孳息的返还

无权占有，即无法律根据地占有，自然应当把该无权占有之物返还给该物的物权人。

该物所生孳息呢？无权占有人占有他人之物没有正当权源，占有该物所产生的孳息亦无合法根据，按照《民法典》第985条的规定，构成不当得利。权利人有权基于不当得利制度请求占有人返还占有物所产生的孳息。无论是从文义，还是从立法目的及立法计划，都看不出本条关于占有人返还孳息的规定，排除了《民法典》第985条关于不当得利返还规定的适用。因而，占有物的孳息返还请求权与不当得利返还请求权为竞合关系。

与此不同，由于中国台湾地区“民法”第952条关于“善意占有人于推定其为适法所有之权利范围内，得为占有物之使用、收益”的规定，即为善意占有人享有占有物使用收益的法律上原因，不构成不当得利。就是说，该条的规定排除了不当得利返还请求权。但是，由于中国台湾地区“民法”第958条规定恶意占有人负有返还占有物所生孳息的义务，占有物的孳息返还请求权与不当得利返还请求权为竞合关系。

占有人，不论善意占有人还是恶意占有人，占有占有物期间所产生的孳息，也应当返还给物权人（《民法典》第460条前段）。

此处所谓孳息，包括天然孳息和法定孳息。天然孳息，是指果实、动物的出产物，及其他按照物的用法所收获的出产物。法定孳息，是指利息、租金，及其他因法律关系所取得的收益。

无权占有，有时不构成无因管理，如占有人欠缺管理意思场合即如此；有时成立无因管理。在后者场合，管理人义务向本人返还于其管理事务过程中所收取的孳息。考察《民法典》第460条前段关于

占有人返还孳息的文义和规范意旨，可知，在无权占有不构成无因管理时，《民法典》第460条前段自然排除了《民法典》第979条以下关于无因管理规定的适用；在无权占有符合无因管理的构成要件时，则相反。因而，占有物的孳息返还请求权与管理事务中所收孳息的返还请求权，有时为排斥关系，有时为竞合关系。

【比较与评论】

占有人是否向权利人返还孳息，立法例存在着差别。《瑞士民法典》（第938条第1项）、《日本民法典》（第189条第1项）、《意大利民法典》（第1148条）和中国台湾地区“民法”（第952条）都规定，善意占有人不负返还收益（孳息）的义务。与此不同，中国《物权法》规定，占有人就其占有不论善意、恶意，一律向权利人返还孳息（第243条前段）。之所以如此，是因为考虑到境外立法例关于善意占有人保留孳息的规定，是同必要费用相关的。例如《瑞士民法典》、《日本民法典》和中国台湾地区“民法”都规定，如果保留孳息，则善意占有人不得向权利人请求返还他为维护占有物而支出的必要费用。这同中国《物权法》的规定的确有区别，但两种处理方式的法律后果相差不大。原物和孳息返还给权利人，但为维护占有物而支出的必要费用可以请求权利人返还的法律结果，与孳息保留但必要费用不得求偿的法律后果，区别实际不大。同时，还应注意到，《物权法》第243条前段的规定与《民法通则》关于无因管理而产生的法律结果（第93条）是一致的。何况保留孳息的规定并非各国或地区的通例。《德国民法典》第994条规定，所有权人的偿还义务依关于无因管理的规定确定之。^[28]

上述意见存在着若干疑问。（1）孳息是占有物所产生的利益，必要费用则为占有人维护占有物所支出的费用，两者的数额不一致不在少数。所以称“两种处理方式的法律后果相差不大。原物和孳息返还给权利人，但为维护占有物而支出的必要费用可以请求权利人返还的法律结果，与孳息保留但必要费用不得求偿的法律后果，区别实际不大”，显然武断。（2）占有人之于占有物的行为，与无因管理之间的关系较为复杂：其一，在占有人有为权利人（本人）谋利益的意思（管理意思）时，才构成无因管理。即使如此，必要费用的返还和孳息的返还也是分开的，而非合并的，尽管主张抵销时可能不再相互返还。其二，在占有人欠缺管理意思时，如占有人以所有的意思占有特定之物，或占有人故意悖逆占有物的性能而利用等，不构成无因管理，所以笼统地称《物权法》第243条前段的规定与《民法通则》第93条的规定一致，不符合事实。

《民法典》第460条前段是对《物权法》第243条的承继，故上

述辨析也适合于《民法典》第460条前段的解释和适用。

三、必要费用的偿付

《民法典》采取了占有人负有返还孳息的义务、善意占有人享有必要费用偿付请求权的模式（第460条后段）。

所谓必要费用，是指维护占有物所不可或缺的费用。所谓维护，包括保存、管理和必要的维修或修缮。它分为通常必要费用和特别必要费用。所谓通常必要费用，是指因保存或管理占有物通常所需要的费用，如维护费、修缮费、饲养费、税捐、区分建筑物的管理费、汽车定期保养费等。支出的费用是否必要，以支出时的情事，依据客观标准认定。所谓特别必要费用，或称临时必要费用，如房屋遭地震损坏、汽车被洪水淹没等而支出的重大修缮费用。^[29]

必要费用的偿付请求权，其成立不以权利人的过错为要件，与占有人有无过错也无关系。

按照《民法典》第460条后段的规定，善意占有人有权请求权利人偿付维护占有物所支出的必要费用。就该规定作反面推论，恶意占有人无权请求必要费用的偿付。即使考察个案，有的符合不当得利的构成，也不得以此为由，主张不当得利的返还。由此可知，《民法典》第460条后段关于必要费用的规定为特别规定，排除了恶意占有人援引《民法典》第985条以下关于不当得利的规定，请求占有物的物权人返还必要费用的不当得利。只有如此解释，《民法典》第460条后段关于必要费用规定的立法目的才不会落空。与此不同，在善意占有人为维护占有物而支出了必要费用的情况下，遇到占有物的物权人请求善意占有人返还占有物（行使物的返还请求权）或返还不当得利（主张不当得利返还请求权）时，善意占有人有权将必要费用额予以扣除（有时属于抵销）。

第四百六十一条

占有的不动产或者动产毁损、灭失，该不动产或者动产的权利人请求赔偿的，占有人应当将因毁损、灭失取得的保险金、赔偿金或者补偿金等返还给权利人；权利人的损害未得到足够弥补的，恶意占有人还应当赔偿损失。

本条主旨

本条是关于无权占有人返还无权占有之物的代位物以及恶意占有人所负赔偿责任的规定。

相关条文

《物权法》第244条 占有的不动产或者动产毁损、灭失，该不动产或者动产的权利人请求赔偿的，占有人应当将因毁损、灭失取得的保险金、赔偿金或者补偿金等返还给权利人；权利人的损害未得到足够弥补的，恶意占有人还应当赔偿损失。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条是对《物权法》第244条的复制，前段规定了无权占有人返还无权占有之物的代位物，后段规定代位物的返还不足以弥补物权人所受损害的，恶意的无权占有人还应负赔偿责任。

二、无权占有之物毁损、灭失的含义

与本条相当的，是《日本民法典》第191条后段、中国台湾地区“民法”第953条。这些立法例涉及的毁损、灭失及其含义，学说持有如下见解：所谓毁损，是指占有物部分受损，如地毯被污染，汽车被刮蹭，或占有人不使用占有物或滥用占有物，致使其价值降低。灭失，包括物理上的灭失和法律上的灭失。所谓物理上的灭失，又叫绝对的灭失，是指占有物全部毁灭，如房屋被大火焚毁，影碟被炉火烧化，或占有物因添附而丧失所有权。所谓法律上的灭失，又称相对的灭失，包括一切不能回复的情形。^[30]

关于占有人将占有物转让与第三人，第三人因善意而取得所有权的情形；或不知占有物所在，从社会的观点或经济的观点看难以再发现的，是否属于法律上的灭失，境外学说存在着分歧。肯定说认为，（1）从规范意旨观察，既然是自主占有的善意占有人因误信而为占有，对回复请求人应负何种责任没有预期，因而减轻其赔偿责任，以免失之过苛，则在法律上的灭失（相对灭失），同属不能返还占有物的情况下，实在没有加重占有人责任的必要。^[31]所以，物理上的灭失和法律上的灭失，二者在法律价值判断上应作相同的处理。（2）这样解释的实际意义在于，可使回复请求人有权请求无权处分人（无权占有人）返还所得的对价。例如，占有人将占有物转让与第三人，该第三人因善意受让取得该物的所有权时，回复请求人可以请求占有人退还出卖占有物所得的价款；但其赔偿数额不得超过实际受到的损

失。如占有物的价值为1万元，出售价为1.5万元时，回复请求人只能请求1万元。在这种无权处分的情况下，也可以成立不当得利，与占有物毁损、灭失的损害赔偿请求权发生竞合。至于善意占有人将占有物赠与善意第三人，未获得利益，自然无须承担赔偿责任。^[32]

在中国大陆，有学说赞同上述观点^[33]，本释评书亦然。

三、无权占有之物的代位物的返还

物权占有之物应该返还给该物的物权人，这是《民法典》第460条的规定，符合法理和事理。该物形变为保险金、赔偿金或补偿金时，上述法理和事理不应因此而改变，故无权占有人应负返还此类变形物的义务，可见《民法典》第461前段的规定具有根据，值得赞同。

四、无权占有人对于无权占有之物毁损、灭失承担赔偿责任

与《民法典》第459条免除了善意占有人的损害赔偿责任不同，本条规定，无论是恶意占有人还是善意占有人对于无权占有之物的毁损、灭失均须承担损害赔偿责任，只是所负责任的轻重不同：善意占有人承担有限的赔偿责任（或曰定限的赔偿责任），而恶意占有人承担完全的损害赔偿责任。稍微展开来说，善意占有人的赔偿责任，将以因占有物毁损、灭失取得的保险金、赔偿金或补偿金等返还给权利人，采取的是不当得利返还的原则^[34]；而恶意占有人，在将因占有物毁损、灭失取得的保险金、赔偿金或补偿金等返还给权利人后，权利人的损害未得到足够补偿的，还应当再赔偿这部分损害。采取的是侵权损害赔偿原则。

本条规定的占有人的赔偿责任，是否以占有人具有过错为成立要件？需要分析。与本条相当的《日本民法典》第191条，以及中国台湾地区“民法”第953条，它们都明确规定，占有人就占有物灭失或毁损承担赔偿责任，需要可归责于占有人的事由。其学说也如此解释。^[35]与此不同，中国大陆有学说则认为，善意占有人的责任既然限定在以其所受利益为限，则造成毁损、灭失的原因可以不必追究，无论是否可归责于占有人，只要其对占有物的毁损、灭失受有利益，就应在所受利益的范围内对权利人（回复请求人）承担责任。^[36]笔者认为，在中国《民法典》尚未完全沿袭德国法“所有权人—占有人关系”规则的背景下，尽管《民法典》第461条后段的规定优先于《民法典》第238条、第1165条和第258条的规定而适用，但总的讲，它规定的损害赔偿责任仍属于侵权损害赔偿，并非物权请求权。该损害赔偿责任大多属于一般侵权损害赔偿，需要过错这个主观要件；在

国家机关或其工作人员履行职责时致物权以损害、高度危险作业致物权以损害、饲养的动物致物权以损害等场合，属于特殊侵权损害赔偿，无须过错这个主观要件。

对此，换个角度研讨。德国民法及其通说认为，在他主占有人臆想其享有占有权，但实际上超越了臆想的占有权的界限，有过错地使占有物毁损的情况下，应适用侵权行为法的规则。在其占有权来自第三人，该第三人相对于所有权人亦为无权占有的情况下，也是如此。^[37]借鉴此说，解释中国《民法典》第461条后段的规定，因该条规定了占有的不动产、动产毁损、灭失场合的损害赔偿，故可认为此种损害赔偿大多属于一般的侵权损害赔偿。此其一。在德国，故意以违背善良风俗的方法侵害他人的规则（《德国民法典》第826条），适用于所有人类型的无权占有人的情况^[38]，即适用侵权损害赔偿规则处理无权占有人毁损占有物的赔偿案件。借鉴此说，解释中国《民法典》第461条后段的规定，可知该条规定的损害赔偿责任在无权占有人故意以违背善良风俗的方法损害占有物场合，属于一般的侵权损害赔偿赔偿责任。

分析《民法典》第461条后段的规定，可发现在赔偿责任的客观要件方面，它增加了善意占有人就受害物权而取得保险金、赔偿金或补偿金这个消极要件；由此决定了，《民法典》第461条后段的适用范围较第459条的广泛，即善意占有人仍须于其受益的范围内承担损害赔偿赔偿责任。

第四百六十二条

占有的不动产或者动产被侵占的，占有人有权请求返还原物；对妨害占有的行为，占有人有权请求排除妨害或者消除危险；因侵占或者妨害造成损害的，占有人有权依法请求损害赔偿。

占有人返还原物的请求权，自侵占发生之日起一年内未行使的，该请求权消灭。

本条主旨

本条是关于占有人的物上请求权及其行使期间的规定。

相关条文

《物权法》第245条 占有的不动产或者动产被侵占的，占有人有

权请求返还原物；对妨害占有的行为，占有人有权请求排除妨害或者消除危险；因侵占或者妨害造成损害的，占有人有权请求损害赔偿。

占有人返还原物的请求权，自侵占发生之日起一年内未行使的，该请求权消灭。

理解与适用

一、本条含义概貌

本条承继了《物权法》第245条，其中第1款规定占有人的物上请求权；第2款规定占有人的物上请求权的行使期间。

二、占有人的物上请求权

（一）概说

占有人的物上请求权，又叫占有保护请求权，或占有物上请求权，或占有人的请求权，或基于占有而生的请求权，指的是下述权利：占有的不动产或动产被侵占的，占有人请求返还原物的权利，即占有物返还请求权；对妨害占有的行为或状态，占有人请求排除妨害，即占有妨害排除请求权；对占有存在侵害或妨害之虞的，占有人请求消除危险，即消除危险请求权（《民法典》第462条第1款前段和中段）。

[辨析]

占有人的物上请求权与物权人的物权请求权，虽然都属于物上请求权，形式结构也相似，但内容不同：（1）占有人的物上请求权旨在保护占有，以占有人为请求权的主体；而物权人的物权请求权旨在保护物权，以物权人为请求权的主体。（2）占有物返还请求权以占有被侵夺为成立要件，物权人的物权请求权以他人的无权占有为成立要件。（3）占有人返还原物的请求权，自侵占发生之日起1年内未行使的，该请求权消灭（《民法典》第462条第2款）。物权人的物权请求权在时间上的限制，另有规则。总之，二者的目的和效力不同，各自独立，互不相妨，可以发生竞合关系，可以合并行使，也可以先后行使。^[39]

有观点认为，“占有保护请求权在性质上虽然也是对世的物上请求权”^[40]，但笔者认为必须区分不同的情形而下结论：（1）所有权、用益物权，尤其是以公示为生效要件的用益物权的对世效力，属于典型的、真正的对世效力，不但能够消极地对抗他人的主张，捍卫

自己的物权，而且可以积极地行使物权。（2）占有则与之有别，在对世效力方面则打了折扣，难以对抗所有的第三人。例如，A房屋所有权人甲与承租人乙订立A房屋租赁合同I，未赋权乙转租，但乙还是与丙订立A房屋租赁合同II。此情后被甲知晓，遂以乙严重违约为由将A房屋租赁合同I解除。根据法释〔2009〕11号第16条第1款关于“出租人知道或者应当知道承租人转租，但在六个月内未提出异议，其以承租人未经同意为由请求解除合同或者认定转租合同无效的，人民法院不予支持”的规定及其反面推论，出租人于其知道或应当知道出租人转租的事实之日起6个月内尚未行使解除权的，次承租人丙对A房屋的占有应为有权占有。不过，该占有不能对抗出租人甲，可以对抗转租人乙。此其一。次承租人丙对A房屋的占有也对抗不了申请对A房屋强制执行的甲的债权人丁的请求。此其二。

（二）占有物返还请求权

占有物返还请求权，又叫回复占有请求权，是指占有人于其占有物被侵占时，可以请求返还其占有物的权利（《民法典》第462条第1款前段）。对此项权利，需要把握以下几点。

1. 请求权的主体必须是占有被侵夺前的占有人

占有物返还请求权必须由占有人行使，非占有人，纵使对于占有物有合法权源，也不得行使此项权利。至于是直接占有人还是间接占有人，自主占有人抑或他主占有人，占有是有权占有还是无权占有，恶意占有抑或善意占有，占有是否具有瑕疵，均在所不问。

2. 占有被侵占

占有被侵占，是指违反占有人的意思，以积极的不法行为，将占有物的全部或一部归自己控制，排除占有人的事实支配的现象。侵占人对此有无过错，在所不问。

[引申与扩展]

间接占有是否受到侵占，以直接占有人加以决定。例如，甲将其汽车出租给乙，被丙盗走，丙的行为侵占了甲的间接占有和乙的直接占有。假如乙把该汽车转租、转借或出卖与丙，丙没有侵占甲的占有。

间接占有人侵占直接占有人的占有物，如甲将其货车出租给乙，在租赁期间，甲擅自把该车开回自己家，构成占有物的侵占。

3.请求权的相对人是现在的占有人

请求权的相对人是侵夺占有之人，是现在的占有人；如果现在没有占有物，则不属于此处的相对人。

[引申与扩展]

侵占占有之人，将占有物出租或寄存于他人之处，由直接占有人变为间接占有人时，其作为侵占人的地位，继续存在。因而，占有人仍然有权请求其返还占有物，或请求让与其对直接占有人的返还请求权。

侵占人的概括继承人也是占有物返还请求权的相对人。特定继受人是否为相对人，则见解不同。第一说认为应以恶意的特定继受人为限，善意特定继受人不在其中。^[41]第二说主张，特定继受人基于动产的善意取得而占有标的物，而占有物系盗窃物或遗失物的，在尚未超过2年期间时，既然可以请求回复其物，那么原占有人不问其有无本权，均可对之行使占有物返还请求权。^[42]第三说认为，善意的特定继受人在善意取得动产的情况下，其占有受法律保护，占有人不得对之行使占有物返还请求权。该说顾及了善意取得制度，较为合理。^[43]

4.请求权的内容为请求返还被侵占的占有物

占有物返还请求权的成立并行使，是无权占有人向占有人返还被侵占之物，故占有物返还请求权的效力或曰内容是请求返还被侵占的占有物。

5.占有物返还请求权的行使期间

《民法典》第462条第2款规定，占有人返还原物的请求权，自侵占发生之日起1年内未行使的，该请求权消灭。关于该期间的法律性质，有诉讼时效说和除斥期间说的争论。^[44]中国学者有赞同后者的，理由在于，诉讼时效可因事由而中断或中止，而且自受害人知道或应当知道侵害时开始起算，如果按照诉讼时效来规定，此项期间可能远比1年要长，将使权利处于长期不稳定的状态。并且，通常情况下，占有物返还请求权因除斥期间经过而未行使的，占有人对占有物若享有物权的，可以基于物权主张物的返还请求权。有鉴于此，没有必要对占有物返还请求权的行使赋予更长的期间。^[45]笔者更倾向于权利失效期间，因为其对象为请求权，而非形成权。

（三）占有妨害排除请求权

占有妨害排除请求权，是指占有人于其占有被妨害的情况下，可以请求排除该妨害的权利（《民法典》第462条第1款中段）。对此项权利，需要把握以下几点。

1.请求权的主体必须为占有人

请求权的主体必须为占有人。这与占有物返还请求权的情况相同，不再赘言。

2.必须是占有被妨害

占有被妨害，是指以侵占以外的方法妨害占有人支配其物。于此场合，占有人没有丧失占有，妨害人亦未取得占有，不过是对现实占有状态的妨害。这与占有物被侵占不同，因为占有物被侵占场合，占有人已经丧失，而侵占人已经取得占有。

占有被妨害的情况多发生在不动产的场合，例如，（1）丢弃垃圾、废土于他人的庭院或空地。（2）擅自在邻地架设管线，排放废水。（3）停车不当，阻挡他人使用其停车库或停车位。（4）散发煤气、臭气、烟尘、热气等到邻地，超过了社会生活能够容忍的限度。（5）树木被强风吹倒于他人的门前。

3.请求权的相对人必须是妨害占有的人

妨害占有的人，是指因其行为妨害占有的状态，即行为妨害人，或者因其意思容许妨害占有状态存在的人，即状态妨害人。行为妨害，如丢弃垃圾于他人的庭院，状态妨害，如树被强风吹倒于邻地，尚未清除。

妨害占有的瑕疵，亦应由概括承继人或特定承继人承担，而为请求的对象。至于占有辅助人，则非属请求权的相对人。

4.请求的内容

占有妨害排除请求权的内容在于请求排除占有的妨害，即停止妨害行为。

排除占有妨害的费用，应由妨害人负担。受害人以自己的费用排除妨害的，可以基于不当得利或无因管理的规定，请求妨害人偿付该项费用。受害人对于妨害的发生或扩大有过错的，应当减轻妨害人应负担的费用数额。《民法典》没有就排除占有妨害的费用负担设立明文，但可以把该项费用作为“因侵占或者妨害造成损害”的组成部分，

占有人可以根据《民法典》第462条第1款后段关于“因侵占或者妨害造成损害的，占有人有权依法请求损害赔偿”的规定，请求侵占或妨害占有之人予以赔偿。

在诉讼上，占有妨害排除请求权应以给付之诉的方式主张。法院的判决应当宣告排除妨害的必要措施。

（四）占有危险消除请求权

占有危险消除请求权，境外学说叫作占有妨害防止请求权，是指占有人于其占有存在着被侵害或妨害的危险的，可以请求防止其侵害或妨害（消除侵害或妨害的危险）的权利（《民法典》第462条第1款中段）。对此项权利，应当注意以下几点。

1. 请求权的主体必须是占有人

请求权的主体必须为占有人。这与占有物返还请求权、占有妨害排除请求权的情况相同，不再赘言。

2. 占有必须存在着被侵害或妨害的危险

占有存在着被侵害或妨害的危险，德国、日本和中国台湾地区等立法例及其学说称作占有存在着被妨害之虞。是否存在着被妨害的危险，并非由占有人的主观意思决定，而是依据社会的一般观念，就占有发生的盖然性，客观地加以判断。只要有发生妨害占有的危险即可，不以一度发生妨害而有再度发生的危险性为必要。过去曾几度发生妨害行为的，倘若没有相反情事，通常可认为将来有妨害占有的危险。

占有存在着被侵害或妨害的危险，常见的情形有：（1）山坡地上的高楼遭地震的破坏而倾斜，有明显的倒塌的危险。（2）挖掘隧道导致地陷，危及邻近大楼。（3）兴建房屋的设计图显示，建筑物将侵占领地。

3. 请求权的相对人必须是造成侵害或妨害占有的危险状态的人

占有危险消除请求权的相对人，必须造成该项危险状态。

4. 请求权的内容为请求防止侵害或妨害占有的危险，消除该项危险状态

消除该项危险状态的费用由造成侵害或妨害占有的危险状态的人

负担。占有人以自己的费用消除该项危险的，有权请求造成侵害或妨害占有的危险状态的人偿还。《民法典》没有就该项费用的负担设立明文，但可以把该项费用作为“因侵占或者妨害造成损害”的组成部分，占有人依据《民法典》第462条第1款后段关于“因侵占或者妨害造成损害的，占有人有权依法请求损害赔偿”的规定，请求造成妨害占有的危险状态的人予以偿付。

该项不作为请求权属于实体法上的权利，在诉讼上以给付之诉主张。

注释

[1]王泽鉴：《民法物权·用益物权·占有》（总第2册），北京，中国政法大学出版社2001年版，第162页。

[2]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第510页；王泽鉴：《民法物权·用益物权·占有》（总第2册），北京，中国政法大学出版社2001年版，第162页。

[3]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第510～511、511页。

[4]王泽鉴：《民法物权·用益物权·占有》（总第2册），北京，中国政法大学出版社2001年版，第155页；谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第511页。

[5]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第510～511、511页。

[6]王泽鉴：《民法物权·用益物权·占有》（总第2册），北京，中国政法大学出版社2001年版，第155～156页；谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第513页。

[7]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第514页。

[8]王泽鉴：《民法物权·用益物权·占有》（总第2册），北京，中国政法大学出版社2001年版，第158～159、161页。

[9]Schwab/Prütting, Sachenrecht, S. 22.转引自王泽鉴：《民法物权·用益物权·占有》（总第2册），北京，中国政法大学出版社2001年版，第160页。

[10]Wieling, Sachenrecht, I. S. 135.转引自王泽鉴：《民法物权·用益物权·占

有》（总第2册），北京，中国政法大学出版社2001年版，第160页。

[11]王泽鉴：《民法物权·用益物权·占有》（总第2册），北京，中国政法大学出版社2001年版，第158～159、161页。

[12]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第513页；王泽鉴：《民法物权·用益物权·占有》（总第2册），北京，中国政法大学出版社2001年版，第161页。

[13]郑玉波：《民法物权》，台北，三民书局有限公司1988年版，第367页；王泽鉴：《民法物权·用益物权·占有》（总第2册），北京，中国政法大学出版社2001年版，第169页。

[14]Schwab/Pritting, Sachenrecht, S. 19; Westermann/ Gursky, Sachenrecht S. 76.转引自王泽鉴：《民法物权·用益物权·占有》（总第2册），北京，中国政法大学出版社2001年版，第169页。

[15]Westermann/ Gursky, Sachenrecht, I. S. 80.转引自王泽鉴：《民法物权·用益物权·占有》（总第2册），北京，中国政法大学出版社2001年版，第170页。

[16]王泽鉴：《民法物权·用益物权·占有》（总第2册），北京，中国政法大学出版社2001年版，第170页。

[17]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第515～516、514、519页。

[18]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第515～516、514、519页。

[19]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第514页。

[20]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第515页；王泽鉴：《民法物权·用益物权·占有》（总第2册），北京，中国政法大学出版社2001年版，第166～168页。

[21]王泽鉴：《民法物权·用益物权·占有》（总第2册），北京，中国政法大学出版社2001年版，第173页。

[22]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第515～516、514、519页。

[23]王泽鉴：《民法物权·用益物权·占有》（总第2册），北京，中国政法大学出版社2001年版，第173页。

[24]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第519、520页。

[25]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第519、520页。

[26]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第529页。

[27]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第520页；王泽鉴：《民法物权·用益物权·占有》（总第2册），北京，中国政法大学出版社2001年版，第177页。

[28]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第516页。

[29]王泽鉴：《民法物权·用益物权·占有》（总第2册），北京，中国政法大学出版社2001年版，第328页。

[30]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第623页；王泽鉴：《民法物权·用益物权·占有》（总第2册），北京，中国政法大学出版社2001年版，第324～325页；[日]我妻荣：《日本物权法》，有泉亨修订，李宜芬校订，台北，五南图书出版公司1999年版，第454页；[日]田山辉明：《物权法》（增订本），陆庆胜译，齐乃宽、李康民审校，北京，法律出版社2001年版，第135～136页。

[31]谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第623页。

[32]王泽鉴：《民法物权·用益物权·占有》（总第2册），北京，中国政法大学出版社2001年版，第324～325、324页。

[33]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第517～518页。

[34]王泽鉴：《民法物权·用益物权·占有》（总第2册），北京，中国政法大学出版社2001年版，第324～325、324页。

[35][日]我妻荣：《日本物权法》，有泉亨修订，李宜芬校订，台北，五南图书出版公司1999年版，第454页；[日]田山辉明：《物权法》（增订本），陆庆胜译，齐乃宽、李康民审校，北京，法律出版社2001年版，第136页；史尚宽：《物权法论》，台北，荣泰印书馆股份有限公司1979年版，第526页；郑玉波：《民法物权》，台北，三民书局有限公司1988年修订12版，第402页；谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第623～624页；王泽鉴：《民法物权·用

益物权·占有》（总第2册），北京，中国政法大学出版社2001年版，第326页。

[36]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第518页。

[37]王洪亮：《论所有权人与占有人关系——所有物返还请求权及其从请求权》，载王洪亮、张双根、田士永主编：《中德私法研究》（第1卷），北京，北京大学出版社2006年版，第79～80页。

[38]同上文，第80页。

[39]参考王泽鉴：《民法物权·用益物权·占有》（总第2册），北京，中国政法大学出版社2001年版，第353～354页。

[40]王洪亮：《论基于占有的物上请求权——实体与程序上的理论继受》，载《清华法学》2007年第3期；吴香香：《〈物权法〉第245条评注》，载《法学家》2016年第4期，第156页。

[41]郑玉波：《民法物权》，台北，三民书局有限公司1988年修订12版，第409页；史尚宽：《物权法论》，台北，荣泰印书馆股份有限公司1979年版，第535页；梅仲协：《民法要义》，台北，1963年自版，第459页；倪江表：《民法物权论》，台北，正中书局1981年版，第437页；黄右昌：《民法物权论》，1965年自版，第475页；王泽鉴：《民法物权·用益物权·占有》（总第2册），北京，中国政法大学出版社2001年版，第346页。

[42]刘鸿渐：《物权法论》，第37页。转引自谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第652页。

[43]姚瑞光：《民法物权论》，1990年自版，第423页；李肇伟：《民法物权》，台北，1979年自版，第566页；曹杰：《中国民法物权论》，台北，“商务印书馆”1964年版，第351页；谢在全：《民法物权论》（下册），台北，三民书局有限公司2003年12月修订2版，第652页。

[44]参考王泽鉴：《民法物权·用益物权·占有》（总第2册），北京，中国政法大学出版社2001年版，第361～362页。

[45]胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第522页。

目录

Contents

1. 版权信息
2. 代总序 民法典的时代意义
3. 自序
4. 缩略语
5. 第二编 物权
 1. 第一分编 通则
 1. 第一章 一般规定
 1. 第二百零五条
 2. 第二百零六条
 3. 第二百零七条
 4. 第二百零八条
 2. 第二章 物权的设立、变更、转让和消灭
 1. 第一节 不动产登记
 1. 第二百零九条
 2. 第二百一十条
 3. 第二百一十一条
 4. 第二百一十二条
 5. 第二百一十三条
 6. 第二百一十四条
 7. 第二百一十五条
 8. 第二百一十六条

9. 第二百一十七条
10. 第二百一十八条
11. 第二百一十九条
12. 第二百二十条
13. 第二百二十一条
14. 第二百二十二条
15. 第二百二十三条

2. 第二节 动产交付

1. 第二百二十四条
2. 第二百二十五条
3. 第二百二十六条
4. 第二百二十七条
5. 第二百二十八条

3. 第三节 其他规定

1. 第二百二十九条
2. 第二百三十条
3. 第二百三十一条
4. 第二百三十二条

3. 第三章 物权的保护

1. 第二百三十三条
2. 第二百三十四条
3. 第二百三十五条
4. 第二百三十六条
5. 第二百三十七条
6. 第二百三十八条
7. 第二百三十九条

2. 第二分编 所有权

1. 第四章 一般规定

1. 第二百四十条
2. 第二百四十一条
3. 第二百四十二条
4. 第二百四十三条

5. 第二百四十四条
6. 第二百四十五条

2. 第五章 国家所有权和集体所有权、私人所有权

1. 第二百四十六条
2. 第二百四十七条
3. 第二百四十八条
4. 第二百四十九条
5. 第二百五十条
6. 第二百五十一条
7. 第二百五十二条
8. 第二百五十三条
9. 第二百五十四条
10. 第二百五十五条
11. 第二百五十六条
12. 第二百五十七条
13. 第二百五十八条
14. 第二百五十九条
15. 第二百六十条
16. 第二百六十一条
17. 第二百六十二条
18. 第二百六十三条
19. 第二百六十四条
20. 第二百六十五条
21. 第二百六十六条
22. 第二百六十七条
23. 第二百六十八条
24. 第二百六十九条
25. 第二百七十条

3. 第六章 业主的建筑物区分所有权

1. 第二百七十一条
2. 第二百七十二条
3. 第二百七十三条
4. 第二百七十四条
5. 第二百七十五条
6. 第二百七十六条
7. 第二百七十七条
8. 第二百七十八条

9. 第二百七十九条
10. 第二百八十条
11. 第二百八十一条
12. 第二百八十二条
13. 第二百八十三条
14. 第二百八十四条
15. 第二百八十五条
16. 第二百八十六条
17. 第二百八十七条

4. 第七章 相邻关系

1. 第二百八十八条
2. 第二百八十九条
3. 第二百九十条
4. 第二百九十一条
5. 第二百九十二条
6. 第二百九十三条
7. 第二百九十四条
8. 第二百九十五条
9. 第二百九十六条

5. 第八章 共有

1. 第二百九十七条
2. 第二百九十八条
3. 第二百九十九条
4. 第三百条
5. 第三百零一条
6. 第三百零二条
7. 第三百零三条
8. 第三百零四条
9. 第三百零五条
10. 第三百零六条
11. 第三百零七条
12. 第三百零八条
13. 第三百零九条
14. 第三百一十条

6. 第九章 所有权取得的特别规定

1. 第三百一十一条
2. 第三百一十二条
3. 第三百一十三条
4. 第三百一十四条
5. 第三百一十五条
6. 第三百一十六条
7. 第三百一十七条
8. 第三百一十八条
9. 第三百一十九条
10. 第三百二十条
11. 第三百二十一条
12. 第三百二十二条

3. 第三分编 用益物权

1. 第十章 一般规定

1. 第三百二十三条
2. 第三百二十四条
3. 第三百二十五条
4. 第三百二十六条
5. 第三百二十七条
6. 第三百二十八条
7. 第三百二十九条

2. 第十一章 土地承包经营权

1. 第三百三十条
2. 第三百三十一条
3. 第三百三十二条
4. 第三百三十三条
5. 第三百三十四条
6. 第三百三十五条
7. 第三百三十六条
8. 第三百三十七条
9. 第三百三十八条
10. 第三百三十九条
11. 第三百四十条
12. 第三百四十一条
13. 第三百四十二条
14. 第三百四十三条

3. 第十二章 建设用地使用权

1. 第三百四十四条
2. 第三百四十五条
3. 第三百四十六条
4. 第三百四十七条
5. 第三百四十八条
6. 第三百四十九条
7. 第三百五十条
8. 第三百五十一条
9. 第三百五十二条
10. 第三百五十三条
11. 第三百五十四条
12. 第三百五十五条
13. 第三百五十六条
14. 第三百五十七条
15. 第三百五十八条
16. 第三百五十九条
17. 第三百六十条
18. 第三百六十一条

4. 第十三章 宅基地使用权

1. 第三百六十二条
2. 第三百六十三条
3. 第三百六十四条
4. 第三百六十五条

5. 第十四章 居住权

1. 第三百六十六条
2. 第三百六十七条
3. 第三百六十八条
4. 第三百六十九条
5. 第三百七十条
6. 第三百七十一条

6. 第十五章 地役权

1. 第三百七十二条
2. 第三百七十三条

3. 第三百七十四条
4. 第三百七十五条
5. 第三百七十六条
6. 第三百七十七条
7. 第三百七十八条
8. 第三百七十九条
9. 第三百八十条
10. 第三百八十一条
11. 第三百八十二条
12. 第三百八十三条
13. 第三百八十四条
14. 第三百八十五条

4. 第四分编 担保物权

1. 第十六章 一般规定

1. 第三百八十六条
2. 第三百八十七条
3. 第三百八十八条
4. 第三百八十九条
5. 第三百九十条
6. 第三百九十一条
7. 第三百九十二条
8. 第三百九十三条

2. 第十七章 抵押权

1. 第三百九十四条
2. 第三百九十五条
3. 第三百九十六条
4. 第三百九十七条
5. 第三百九十八条
6. 第三百九十九条
7. 第四百条
8. 第四百零一条
9. 第四百零二条
10. 第四百零三条
11. 第四百零四条
12. 第四百零五条
13. 第四百零六条

14. 第四百零七条
15. 第四百零八条
16. 第四百零九条
17. 第四百一十条
18. 第四百一十一条
19. 第四百一十二条
20. 第四百一十三条
21. 第四百一十四条
22. 第四百一十五条
23. 第四百一十六条
24. 第四百一十七条
25. 第四百一十八条
26. 第四百一十九条
27. 第四百二十条
28. 第四百二十一条
29. 第四百二十二条
30. 第四百二十三条
31. 第四百二十四条

3. 第十八章 质权

1. 第四百二十五条
2. 第四百二十六条
3. 第四百二十七条
4. 第四百二十八条
5. 第四百二十九条
6. 第四百三十条
7. 第四百三十一条
8. 第四百三十二条
9. 第四百三十三条
10. 第四百三十四条
11. 第四百三十五条
12. 第四百三十六条
13. 第四百三十七条
14. 第四百三十八条
15. 第四百三十九条
16. 第四百四十条
17. 第四百四十一条
18. 第四百四十二条
19. 第四百四十三条

- 20. 第四百四十四条
- 21. 第四百四十五条
- 22. 第四百四十六条

4. 第十九章 留置权

- 1. 第四百四十七条
- 2. 第四百四十八条
- 3. 第四百四十九条
- 4. 第四百五十条
- 5. 第四百五十一条
- 6. 第四百五十二条
- 7. 第四百五十三条
- 8. 第四百五十四条
- 9. 第四百五十五条
- 10. 第四百五十六条
- 11. 第四百五十七条

5. 第五分编 占有

1. 第二十章 占有

- 1. 第四百五十八条
- 2. 第四百五十九条
- 3. 第四百六十条
- 4. 第四百六十一条
- 5. 第四百六十二条

中国民法典释评

ZHONGGUO MINFADIAN SHIPING

合同编·通则

主 编 王利明

副主编 朱 虎



 中国人民大学出版社

版权信息

书名：中国民法典释评·合同编·通则

作者：王利明

出版社：中国人民大学出版社

出版日期：2020-08-01

ISBN：978-7-300-28383-8

价格：240.00元

目录

CONTENTS

撰稿人写作分工	
代总序 民法典的时代意义	
序言 法典合同编的中国特色	
缩略语	
第三编 合同	
第一分编 通则	
第一章 一般规定	
第二章 合同的订立	
第三章 合同的效力	
第四章 合同的履行	
第五章 合同的保全	
第六章 合同的变更和转让	
第七章 合同的权利义务终止	
第八章 违约责任	
返回总目录	

撰稿人写作分工（按照撰写条文的 顺序排列）

王利明：第463-508条；

尹 飞：第509-534条；

王叶刚：第535-542条；

朱 虎：第543-576条；

武 腾：第577-594条。

代总序 民法典的时代意义



民法典是新中国成立以来第一部以“法典”命名的法律，也是第一部直接以“民”命名的法典。以“法典”命名，表明凡是纳入民法典的规则，都具有基础性、典范性的特点；以“民”命名，说明民法典把人民愿望置于首位，充分反映人民的利益诉求。民法典的立法宗旨和目的就是充分反映人民群众的意愿，保障私权，维护广大人民群众的利益。

习近平总书记指出，“民法典在中国特色社会主义法律体系中具有重要地位，是一部固根本、稳预期、利长远的基础性法律”。如何理解习近平总书记所说的“基础性法律”？我认为可以从两个方面理解：一是在整个社会主义法律体系中，民法典是一部基础性法律。所谓“典”，就是典范、典籍的意思，在整个社会主义法律体系中，民法典是宪法之下的基础性法律。法律分为公法与私法两部分，它们分别确认公权与私权。现代法治的核心是规范公权、保障私权。一般认为，保障私权是由民法典等民事法律实现的，而规范公权是由公法承担的，但实际上，民法典通过确认和保护私权，也起到了规范公权的作用，其他法律、行政法规以及单行法等，都应当与民法典保持一致。同时，行政执法、司法也都要以民法典为基本遵循。二是在民事领域，民法典是基础性法律，换言之，民法典是私法的基本法。民事关系纷繁复杂，它不仅依靠民法典调整，还需要大量的民事单行法，而在所有调整民事主体财产和人身关系的法律中，民法典居于基础性地位，民法典也被称为私法基本法。

（一）推进民事立法的体系化

我国民法典的颁布有力地促进了民事立法的体系化。一方面，迄

今为止，我国已经颁布了多部民商事法律，在民法典之外，还存在大量的单行法，如公司法、保险法、破产法等。民法典的颁布，使各个民商事单行法在民法典的统帅下，构成一个完整的、系统化的整体。民法典和民事单行法之间的关系，就像树根、主干与枝叶之间的关系，民法典是树根和主干，而民事单行法是枝叶，民事单行法必须以民法典为基础和根据。民法典的颁布有效沟通了民法典和单行法，这有利于消除民法典与单行法之间的冲突和矛盾。另一方面，就内部体系而言，民法典按照“总—分”结构，形成由总则、物权、合同等构成的完整体系，各分编也在一定的价值和原则指引下形成了由概念、规则、制度构成的、具有内在一致性的整体，实现了形式的一致性、内容的完备性以及逻辑自足性。民法典共分七编，即总则编、物权编、合同编、人格权编、婚姻家庭编、继承编、侵权责任编，它们都以对民事权利的确认和保护而形成一个个体系化的整体。总则是对民事权利的一般规则作出的规定，各分编则是分别对物权、合同债权、人格权、婚姻家庭中的权利、继承权以及对各项权利的侵权责任制度所组成的规则体系。

民法典有助于制度的科学化，为良法善治奠定基础。在我国，由于长期没有民法典，许多调整民事关系的重要规则不能通过民事法律的方式表现出来，从而留下了法律调整的空白。这些法律空白一般是通过国务院各部委的规章及地方政府颁布的地方性规章予以填补的，而一些规章难免出现不当限制公民私权，或者变相扩张行政权的问题。民法典颁布后，其作为上位法，可以有效指导行政法规等制度，避免民法规范与行政法规、地方法规等的矛盾冲突，防止政出多门，保障交易主体的稳定预期，维持市场经济的正常运行。

（二）有效提升国家治理体系和治理能力的现代化

国家治理体系和治理能力现代化的主要特征是实现法治，即全面依法治国。如前述，现代法治的核心在于规范公权、保障私权。一方面，民法典构建了完备的民事权利体系，确立了完善的民事权利保护规则，鼓励个人积极维护自身权利，这不仅保障了私权，也有利于规范公权。民法典的各项规则也明确了各级政府依法行政的边界，就是说，国家机关要把民法典作为行政决策、行政管理、行政监督的重要标尺，不得违背法律法规随意作出减损自然人、法人和非法人组织合法权益或增加其义务的决定，这必将有力推动政府治理能力。另一方面，作为市民社会的一般私法以及百科全书，民法典通过合理的架构为民事活动提供各种基本准则，为交易活动确立基本的规则依据，为各种民事纠纷的预防和解决提供基本的遵循。民法典进一步强化私法自治，充分鼓励交易，维护交易安全。合同编从合同的订立到履行都

强调了增进合同自由和私法自治这一宗旨，将有力调动市场主体从事交易的积极性。此外，民法典还有效地处理了个人与个人、个人与社会、个人与国家的关系，在对个人的保护中，同时强调对公共利益的维护，以实现个人和社会之间关系的平衡，这必将推动社会共建共治共享，促进社会和谐有序。

（三）完善社会主义市场经济法律体系

社会主义市场经济本质上是法治经济。各项民法制度根植于市场经济的土壤，其也反作用于市场经济，是市场经济有序发展的重要制度保障。我国《民法典》总则编所规定的诚实信用、公平原则等，确立了市场主体活动的基本原则，为诚信经济的建立提供了法律保障；总则编中的民事主体就涵盖了市场主体，民事法律行为制度、代理制度为市场主体从事交易活动提供了极大的便利；民法典的物权制度、合同制度是市场经济最基本的规则，是支撑市场经济最重要的两根法律支柱；民法典的担保制度也为融通资金、繁荣经济、保障债权提供了有力的制度保障。编纂民法典不仅完善了市场经济基本的法律制度，而且有利于营造良好的营商环境，并充分调动民事主体的积极性和创造性，维护市场交易秩序和交易安全。^[1]

（四）为实现人民群众美好幸福生活提供保障

民法典的要义是为民立法，以民为本。“人民的福祉是最高的法律”。编纂民法典，就是顺应保障人民群众合法权益的需求，形成更加完备、更加切实的民事权利体系，完善权利保护和救济规则，形成较为有效的权利保护机制，使人民群众有更多、更直接、更实在的获得感、幸福感和安全感。我国《民法典》充分保障人民群众美好幸福生活，主要表现在以下几方面。

一是通过人格权编充分保障个人人格尊严。进入新时代，我国已经成为世界第二大经济体，人民物质生活条件得到了极大改善，不久即将全面建成小康社会。在基本温饱得到解决之后，人民群众就会有更高水平的精神生活追求，并希望过上更有尊严、更体面的生活。正因如此，“保护人格权、维护人格尊严，是我国法治建设的重要任务”^[2]，例如，针对发送垃圾短信、垃圾邮件侵扰个人私人生活安宁的行为，《民法典》人格权编专门在隐私权部分规定了此种侵害隐私权的行为类型，并第一次规定了私人生活安宁权，明确将个人私人生活安宁规定在隐私权之中，禁止非法进入、拍摄、窥视他人的住宅、宾馆房间等私密空间，禁止非法拍摄、窥视、窃听、公开他人的私密活动，禁止非法拍摄、窥视他人身体的私密部位（第1033条）。这有利于保障社会生活的安定有序。

二是民法典通过各项制度安排充分保障人民群众的物质生活需求。例如，《民法典》之物权编新增的居住权制度，对于解决“住有所居”问题、保障个人的居住利益具有重要意义。再如，《民法典》合同编之典型合同完善了租赁合同的规则，完善了优先购买权规则，新增优先承租权规则（第734条）。这对于稳定租赁关系、规范租赁市场秩序、保障承租人的居住利益具有重要意义。又如，合同编之典型合同部分还完善了运输合同的规则，这对于保障个人出行安全、维护运输秩序具有重要意义。

三是民法典通过各项民事责任制度充分保障人民的合法权益。民法典通过各项规则，守护老百姓“舌尖上的安全”“车轮上的安全”“头顶上的安全”等财产和人身安全。例如，《民法典》侵权责任编在产品责任部分规定了惩罚性赔偿规则（第1207条），这必将有力遏制生产、销售不合格食品的行为，有利于保证人们“舌尖上的安全”；侵权责任编还重点完善了高楼抛物致人损害的责任（第1254条），这有利于充分保障人们“头顶上的安全”。

（五）有利于实现依法行政、公正司法

民法典具有基础性和典范性的特点，是公民权利保护的宣言书，是民事主体的行为准则、依法行政的基本依循，也是法院裁判民事案件的基本遵循。民法典对于依法行政、公正司法的作用还表现在：一是资讯集中，方便找法。实践中之所以出现“同案不同判、同法不同解”现象，重要的原因就在于，法官选择法条和裁判依据存在差别。而法典化的一个重要优势在于“资讯集中”。正所谓“法典在手，找法不愁”，执法者、法官只要有一部民法典在手，并通过领悟其规则和精神，就可以找到民事裁判的主要依据。二是统一裁判依据。民法典是基础性法律，是行政执法者、法官适用法律的基本遵循，因此，处理民事纠纷，首先要从民法典中找法。在我国，长期以来，有些新法颁布以后，因为没有废止旧法，且没有指明新法修改了哪些旧有的规定，所以就产生了新法与旧法同时适用的现象，造成了规则的不统一。《民法典》的颁布将从根本上改变这一现象。《民法典》的颁行可以保障法官裁判依据的统一性，而正是因为法律适用具有一致性，法官的自由裁量权将在规范的约束下进行，这就可以保障法官平等地、统一地对不同案件作出判决，保障“类似情况类似处理”，从而实现判决结果的可预测性，实现法的安定性。三是提升执法和司法人员的能力。民法典是法律工作者今后研究、处理涉及民事纠纷的基本依据，也是执法、司法的基本平台，民事纠纷的解决都应当在该平台中研讨。在民事领域考验我们的执法能力，很大程度上就是衡量我们准确把握、理解和运用民法典的能力。《民法典》颁布后，如果执法和

司法人员都能够真正学懂、弄通民法典的规则，就可以基本把握处理和裁判民事纠纷的基本规则，并能够按照体系化的思维方式处理民事纠纷。

注释：

[1]王晨. 关于《中华人民共和国民法典（草案）》的说明：二〇二〇年五月二十二日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上.人民日报，2020-05-23（6）.

[2]民法典分编草案首次提请审议：分编草案共六编总计千余条.人民日报，2018-08-28（6）.

序言 法典合同编的中国特色



合同法是市场经济的基本法，在现代市场经济法治保障中发挥着最为基础性的作用。我国《民法典》合同编一共分为三个分编（通则、典型合同、准合同），共计526条，占《民法典》条文总数的40%以上，几乎占据《民法典》的半壁江山，在《民法典》中具有举足轻重的地位。合同编是在系统总结我国合同立法经验的基础上产生的，它植根于中国大地，是我国改革开放和市场经济经验的总结，彰显了中国特色，也回应了我国经济生活、交易实践的需要。

从合同编的规范来源来看，其不仅借鉴了很多国家和地区的立法经验，也积极吸收了我国立法和司法实践经验，尤其是整体继受了1999年统一合同法的立法经验。《合同法》是立足中国国情、反映我国市场经济的需求，在充分借鉴国外先进的立法经验基础上制定的。二十多年的实践证明，《合同法》在保护当事人合同权益、促进市场经济健康有序发展以及维护社会经济秩序等方面发挥了重要的作用。

《合同法》的大多数规则是符合我国市场经济的基本情况的，在交易实践和司法实践中也运行良好，因此其主要内容被《民法典》所吸收。除《合同法》外，合同编还积极总结司法实践经验，确立了相关规则，如预约合同、未生效合同、打破合同僵局、代位权的直接受偿等规则，这些规则都来源于司法实践，并且在实践中取得了良好的社会效果。从《民法典》合同编规则的来源可见，合同编立足中国基本国情，从中国的实践出发，解决当代中国的实践问题，充分彰显了中国特色。

合同编的中国特色主要表现在如下几个方面。

（一）体系结构上的重大创新

我国《民法典》的分则体系设计并未采纳德国、法国和瑞士的立法模式，没有设置债法总则，而是从中国实际情况出发，保持了合同法总则体系的完整性和内容的丰富性，这是对大陆法系民法典体系的一种重要创新。同时，为避免债法总则功能的缺失，合同编规范在一定程度上发挥了债法总则的功能，合同编新增了70个法条，其中将近三分之一涉及有关债的分类以及不当得利、无因管理等债的规则，具体而言：一是在合同的履行中规定了债的分类，补充了多数人之债（按份之债和连带之债）、选择之债、金钱之债等规则，为合同编发挥债法总则的功能创造了条件。二是合同编中严格区分了债权债务与合同的权利义务的概念。例如，在第六章“合同的变更和转让”中，规定了债权转让与债务移转，但合同的概括转让，则采取“合同的权利和义务一并转让”的表述（第556条），表明债权转让与债务移转可以适用于合同外的债权债务转让，而合同的概括转让仅仅适用于合同关系。三是借鉴法国法和英美法的经验，规定了准合同。我国民法典合同编第三分编对准合同作出了规定，其中规定了无因管理、不当得利制度，我国民法典合同编设立准合同分编，不再在债法中割裂各种债的发生原因，而使得不当得利与无因管理制度与合同制度有效联系，并充分考虑法律适用中的不同情形，从而实现了对法定之债与意定之债的整合。合同编发挥债法总则的功能，这种体系上的创新既避免了设置债法总则所可能导致的叠床架屋，同时也便利了司法适用，避免法官找法的困难；另外，此种立法设计也可以在规定债法总则共通性规则的基础上，保持合同法总则体系的完整性，这也有利于更好地解释适用合同编的规则。

（二）兼顾合同严守、合同自由和合同正义的关系

我国《民法典》合同编将合同严守作为最基础的价值，《民法典》第465条第1款规定：“依法成立的合同，受法律保护。”合同编强调合同对当事人的约束力，并通过合同的履行、保全、解除、违约责任等制度、规则，督促当事人遵守合同。合同法是自治法或任意法（dispositives Recht），合同的成立和内容基本取决于当事人意思自治。市场经济的发展需要进一步强化私法自治，充分鼓励交易，维护交易安全。合同编从合同的订立到履行都强调了增进合同自由和私法自治这一宗旨，将有力调动市场主体从事交易的积极性。合同编在保障合同自由、合同严守的基础上，注重维护合同正义，如规定了情势变更、不可抗力解除和免责、打破合同僵局以及违约金调整等规则，这些规则不仅填补了《合同法》的漏洞，而且为解决因疫情等而产生的合同纠纷提供了基本依据，具有重大的现实意义。

（三）强化对弱势群体的人文关怀

古典的合同法理论认为，“契约即公正”，也就是说，合同自由可以自然导向合同正义。人们按照自己的意愿自主地进行交换，这种关系对于双方都是公正的，也有利于创造财富、实现资源的优化配置。然而，合同自由并没有也不可能完全实现社会正义，由于信息不对称、竞争不充分等原因，市场不能够完全自发、有效地配置资源，有时无法通过自发的合同交易实现社会财富的最有效流通，尤其是不能体现对弱势群体的关爱。因此，我国《民法典》合同编强化了对弱势群体的保护与关爱，彰显了实质正义和实质平等。例如，合同编考虑到了相关主体缔约能力的不足，确认了强制缔约、对格式条款的规制等一系列规则，旨在通过法律的强制性规定实现合同的实质正义。必须说明的是，合同编强化对弱势群体的保护是为了体现实质正义和实质平等。这并非放弃了形式正义和形式平等，而是在弱势群体保护上，合同编既要维护形式公平，也要实现实质公平，对弱势群体之外的主体仍要以形式平等为原则。

（四）突出对民生的保护

合同编在保留《合同法》所规定的15类典型合同的前提下，新增了4种典型合同，其中专门规定了物业服务合同，这主要是考虑到物业服务对老百姓安居乐业的重要性，与广大业主的权益密切相关。在该章中，合同编明确规定了业主单方解除权、前期物业服务合同、物业服务人的安全保障义务、物业服务人的相互交接等问题。为落实党的十九大报告提出的“加快建立多主体供给、多渠道保障、租购并举的住房制度”，合同编在租赁合同一章中进一步完善了买卖不破租赁规则（《民法典》第725条）、优先购买权规则（《民法典》第726条）、承租人优先承租权规则（《民法典》第734条）、承租人死亡后共同居住人的继续承租权规则（《民法典》第732条）等，这都有助于加强对承租人的保护，有利于实现租售并举的住房制度改革。

（五）贯彻民商合一的原则

我国历来采用民商合一的立法体例，这在合同编中体现得尤为明显。合同编秉持“民商合一”的立法传统，将许多商事法律规范纳入其中，如融资租赁、保理、仓储、建设工程、行纪等合同，都是典型的商事合同，其他一些典型合同也既包括民事也包括商事合同规则。合同编通则中的规则也同样采取了民商合一的原则。此外，为了改善营商环境，合同编进一步补充完善了所有权保留买卖、融资租赁、保理等具有担保性质的规则，并协调了合同性担保权利与担保物权之间的关系。例如，合同编在买卖合同中明确规定，出卖人对标的物保留的所有权，未经登记，不得对抗善意第三人（《民法典》第641条第2款），这就在一定程度上解决了各类担保的受偿顺位问题。

（六）彰显绿色原则

21世纪是一个面临严重生态危机的时代，生态环境被严重破坏，人类生存与发展的环境不断受到严峻挑战。良好的生态环境是人民美好幸福生活的重要内容，是最普惠的民生福祉。合同编直面这一问题，充分贯彻绿色原则。例如，《民法典》第509条第3款规定：“当事人在履行合同过程中，应当避免浪费资源、污染环境和破坏生态。”这就明确规定了当事人在合同履行中应当避免浪费资源和破坏生态。再如，《民法典》第558条规定：“债权债务终止后，当事人应当遵循诚信等原则，根据交易习惯履行通知、协助、保密、旧物回收等义务。”此外，在买卖合同中，合同编还明确规定，对于标的物的包装没有通用方式的，应当采取足以保护标的物且有利于节约资源、保护生态环境的包装方式（《民法典》第619条）；标的物在有效使用年限届满后应予回收的，出卖人负有自行或者委托第三人对该标的物予以回收的义务（《民法典》第625条）。

（七）增加电子商务的规则

近些年来，我国电子商务发展迅速，无论是在交易数量还是总规模上，我国都居于全球首位。为适应电子商务交易发展的需要，合同编中增加了有关电子商务的规则，如针对电子合同本身所具有的无纸化、数据化等特点，《民法典》第469条第3款规定：“以电子数据交换、电子邮件等方式能够有形地表现所载内容，并可以随时调取查用的数据电文，视为书面形式。”合同编在合同订立部分还增加了通过互联网方式订约的特别规则，《民法典》第491条第2款规定：“当事人一方通过互联网等信息网络发布的商品或者服务信息符合要约条件的，对方选择该商品或者服务并提交订单成功时合同成立，但是当事人另有约定的除外。”这就对合同的成立时间进行了特别的规定。

《民法典》第512条还就通过信息网络订立的电子合同标的物的交付时间作出了特别规定。这些规定都回应了互联网时代交易的需求。

我国《民法典》合同编的中国特色使其更加符合国情，更能回应我国市场经济发展需求、解决中国的现实问题，也更能把握中国的时代脉搏。因此，合同编更能为中国的市场经济发展保驾护航，更能使《民法典》走到群众身边，走进群众心里。

中国民法典作为21世纪最新的民法典，回应了互联网、高科技、大数据时代科技爆炸和科技进步带来的时代问题，充分彰显了时代精神和时代特征，如果说19世纪的《法国民法典》和20世纪初的《德国民法典》的问世，在世界民法发展史上具有典范的意义，那么21世纪中国民法典的出台，也必将在世界民法发展史上留下光辉篇章，有望

于垂范后世！

2020年6月

缩略语

《民法典》——《中华人民共和国民法典》

《物权法》——《中华人民共和国物权法》

《合同法》——《中华人民共和国合同法》

《经济合同法》——《中华人民共和国合同法》（已失效）

《涉外经济合同法》——《中华人民共和国合同法》
（已失效）

《技术合同法》——《中华人民共和国合同法》（已失效）

《旅游法》——《中华人民共和国旅游法》

《保险法》——《中华人民共和国保险法》

《民法通则》——《中华人民共和国民法通则》

《民法总则》——《中华人民共和国民法总则》

《仲裁法》——《中华人民共和国仲裁法》

《收养法》——《中华人民共和国收养法》

《婚姻法》——《中华人民共和国婚姻法》

《海商法》——《中华人民共和国海商法》

《公司法》——《中华人民共和国公司法》

《电子签名法》——《中华人民共和国电子签名法》

《电子商务法》——《中华人民共和国电子商务法》

《城市房地产管理法》——《中华人民共和国城市房地产管理法》

《证券投资基金法》——《中华人民共和国证券投资基金法》

《广告法》——《中华人民共和国广告法》

《涉外民事关系法律适用法》——《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》

《证券法》——《中华人民共和国证券法》

《执业医师法》——《中华人民共和国执业医师法》

《电力法》——《中华人民共和国电力法》

《消费者权益保护法》——《中华人民共和国消费者权益保护法》

《邮政法》——《中华人民共和国邮政法》

《矿产资源法》——《中华人民共和国矿产资源法》

《中外合资经营企业法》——《中华人民共和国中外合资经营企业法》（已失效）

《企业国有资产法》——《中华人民共和国企业国有资产法》

《票据法》——《中华人民共和国票据法》

《商业银行法》——《中华人民共和国商业银行法》

《农村土地承包法》——《中华人民共和国农村土地承包法》

《企业破产法》——《中华人民共和国企业破产法》

《标准化法》——《中华人民共和国标准化法》

《价格法》——《中华人民共和国价格法》

《人民币管理条例》——《中华人民共和国人民币管理条例》

《外汇管理条例》——《中华人民共和国外汇管理条例》

《招标投标法》——《中华人民共和国招标投标法》

《食品安全法》——《中华人民共和国食品安全法》

《合伙企业法》——《中华人民共和国合伙企业法》

《信托法》——《中华人民共和国信托法》

《产品质量法》——《中华人民共和国产品质量法》

《融资租赁合同司法解释》——《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》

《城镇房屋租赁合同司法解释》——《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》

《婚姻法司法解释三》——《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》

《合同法司法解释一》——《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》

《合同法司法解释二》——《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》

《买卖合同司法解释》——《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》

《商品房买卖合同司法解释》——《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》

《民事诉讼法司法解释》——《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》

《保险法司法解释二》——《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释（二）》

《担保法司法解释》——《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》

《建设工程施工合同司法解释》——《最高人民法院关于审理建

设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》

《诉讼时效规定》——《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》

《技术合同司法解释》——《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》

《破产法解释二》——《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》

《民法通则意见》——《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》

《农村土地承包纠纷司法解释》——《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》

《仲裁法解释》——《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》

《民间借贷司法解释》——《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》

《外商投资纠纷司法解释》——《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件适用法律若干问题的规定（一）》

《矿业权纠纷司法解释》——《最高人民法院关于审理矿业权纠纷案件适用法律若干问题的解释》

第三编 合同

第一分编 通则

第一章 一般规定

第四百六十三条

本编调整因合同产生的民事关系。

本条主旨

本条是关于合同编的概念和调整对象的规定。

相关条文

《合同法》第2条 本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。

婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。

理解与适用

一、合同编与合同法的概念

本条是关于合同编的概念和调整对象的规定。合同编是调整有关合同的订立、履行、保全等法律关系的规范，该编共计526条，条文数量在民法典中占比超过40%，其内容分为通则、典型合同和准合同三个分编：第一分编为通则。通则是关于合同的一般规则，或者说是所有典型合同共同适用的规则，也就是合同法的总则。其主要规范合同的订立、合同的效力及合同的履行、保全、变更和转让、终止、违约责任等问题。但为了与民法总则的表述相区别，合同编使用了合同法通则的提法，这也不无道理。第二分编为典型合同。所谓典型合同，也就是有名合同。合同编一共规定了19种典型合同，包括买卖合同，供用电、水、气、热力合同，赠与合同，借款合同，保证合同，租赁合同，融资租赁合同，保理合同，承揽合同，建设工程合同，运输合同，技术合同，保管合同，仓储合同，委托合同，物业服务合同，行纪合同，中介合同，合伙合同。第二分编可以说就是传统合同法中的分则内容。第三分编是准合同。所谓准合同，是指与合同相关的有关无因管理、不当得利的债的形态的规定。在该分编中，规定了无因管理、不当得利制度。严格地说，这些内容都属于传统债法的内容，本不应当规定在合同编，但由于我国民法典没有设置独立的债法总则，而合同编在一定程度上又发挥了债法总则的功能，所以将这些法定之债的内容作为准合同，规定在合同编之中。

《民法典》第463条规定：“本编调整因合同产生的民事关系。”严格地说，合同关系不仅仅受《民法典》合同编调整，其还要受《民法典》其他编以及许多单行法的调整，并非因合同产生的民事关系都仅受本编调整。这就是说，《民法典》合同编只是调整部分合同关系，所有的合同关系是由合同法调整的，合同法是调整平等主体之间的交易关系的法律规范的总和，合同编与合同法之间的关系表现在三个方面。

1.合同编是合同法的重要组成部分。合同法是调整合同关系的法律规范的总称，除包含民法典合同编外，合同法还包括如下调整合同关系的规范：

（1）民法典其他编所规定的合同。除合同编已确认的19类有名合同以外，民法典其他各编也可能调整合同关系，具体而言：一是总则中关于法律行为的规定主要针对的就是作为双方法律行为的合同。二是物权编中关于土地承包经营合同、建设用地使用权出让合同等的规定，涉及抵押合同、质押合同、土地使用权出让和转让合同等各类合同。三是人格权编中关于人格利益的许可使用合同的规定。四是婚姻家庭编中关于夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定等。五是继承编中关于遗赠扶养协议的规定。上述内容都属于合

同规范，可见，民法典合同编的规范则只局限于民法典合同编之内。合同法的概念是更为宽泛的。

（2）特别法中的合同法规范。除了民法典合同编外，一些特别法也包含有合同法的规范，如《旅游法》中关于旅游服务合同的规定、《保险法》中关于保险合同的规定以及知识产权法中有关知识产权许可使用合同的规定等。依据特别法优先于普通法的规定，这些合同首先要适用合同编以外的其他法律的特别规定，但是在这些编没有就合同的订立、合同的效力及合同的履行、保全、变更和转让、终止、违约责任等问题作出规定的情况下，也可以适用合同编通则的相关规定。

（3）行政法规中的合同法规范。例如，《物业管理条例》中关于物业服务合同的规定。

（4）司法解释中的合同法规范，如《融资租赁合同司法解释》中关于融资租赁合同的规定、《城镇房屋租赁合同司法解释》中关于租赁合同的规定等。

由此可见，民法典合同编只是合同法的一部分，《民法典》第463条之所以采用了“调整因合同产生的民事关系”的表述，而并未使用“合同关系受本编调整”的表述，是因为民法典合同编只是合同法的组成部分，可见该条采用了广义的合同概念。

2. 合同编是合同法最基本的组成部分。

民法典合同编是最为基础性的合同法规范，在发生合同纠纷后，法官首先应当且主要依据合同编的规定处理。但依据《民法典》第11条的规定，“其他法律对民事关系有特别规定的，依照其规定”，因此，如果对合同纠纷涉及法律特别规定的，可以依据特别法的规定予以处理。

3. 合同编是解释合同法的重要依据。这就是说，由于法典是基础性规范，因此，在解释民法典以外的有关合同的单行法律规定时，应当以法典为依据。有关合同的单行法律规定不得与民法典合同编相冲突。

二、合同编的调整对象

《民法典》第463条规定：“本编调整因合同产生的民事关系。”依据本条规定，合同编调整“因合同产生的民事关系”，这就意味

着合同编调整平等主体之间因合同产生的法律关系。具体而言，是指调整合同的订立、履行、变更、终止等的法律关系。

合同编以交易关系为其调整对象，它不仅规范了交易关系的全过程，而且对一些重要的交易类型即典型合同作出了规定，可以说，合同编是市场经济的基本法律规则。合同编也是社会生活的百科全书。

《民法典》合同编与每个人的生活息息相关。一个人在一生中，可能不会与刑法打交道，但总是要订立合同，参与各种民事交往，从而受到合同法的广泛调整。《民法典》第464条规定：“合同是民事主体之间设立、变更、终止民事法律关系的协议。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用有关该身份关系的法律规定；没有规定的，可以根据其性质参照适用本编规定。”该条进一步明确了合同编的调整对象。

（一）合同编调整平等主体之间的协议

合同编所调整的合同关系是发生在平等主体之间的合同关系，合同是反映交易关系的法律形式。正如马克思所指出的，“这种通过交换和在交换中才产生的实际关系，后来获得了契约这样的法的形式”^[1]。所谓交易，是指平等主体基于平等自愿及等价有偿原则而发生的商品、劳务的交换，而由这些交换所发生的交易关系则构成了合同法的调整对象。一方面，这些交易关系的主体都是平等的。在市场中，各种交易关系，只要是发生在民事主体之间的，不管这种关系的客体是生产资料还是生活资料，是国家、集体所有的财产还是公民个人所有的财产，只要是发生在平等主体之间的交易关系，都可以由合同编调整，并遵循合同编的基本原则和准则。另一方面，合同法所调整的合同关系具有等价有偿性以及合同订立的自愿性。凡不具有上述特点的合同，一般不能作为合同编调整的对象。

在确定某一类合同是否属于合同编的调整对象时，首先要考虑其主体是否具有平等性。例如，企业内部实行生产责任制，由企业及其企业的车间与工人之间订立的责任制合同，只是企业内部的管理措施，是一种生产管理手段，当事人之间仍然是一种管理和被管理的关系，双方地位不平等，应属于劳动法等法律调整，不应当受合同编调整。再如，有关行政合同（如有关财政拨款、征税和收取有关费用、征用、征购等），是政府行使行政管理职权的行为，政府机关在从事行政管理活动中采用协议的形式明确管理关系的内容，如与被管理者订立有关综合治理等协议，因为这些协议并不是基于平等自愿的原则订立的，所以不是民事合同，应适用行政法的规定，不适用合同编。^[2]当然，政府机关作为平等的民事主体与其他自然人、法人之间订立的有关民事权利义务的民事合同，如购买文具、修缮房屋、新建大楼等

合同，仍然应受合同编调整。民事合同的主要特点在于主体的平等性和独立性、内容的等价有偿性以及合同订立的自愿性，凡不具有这些特点的合同一般不能作为合同编规范的对象。例如，税务机关与纳税义务人之间签订的征税合同，不是平等主体之间的合同，所以不能成为合同编调整的对象。

（二）合同编调整以确立民事权利义务为内容的协议

合同编只适用于私法领域而非公法领域，只是调整民事合同而非其他类型的合同。民事合同的重要特点在于它是以确定民事权利义务为内容的，实际上就是以平等自愿为基础的交易关系。“以民事权利义务关系为内容”，界定了双方之间的实质关系。因此，虽然某一类合同在名称上称为合同，但其确立的是管理和被管理、生产责任制等内容，不具有交易的特点，就不属于合同编调整的范围。例如，企业内部的生产责任制合同等。合同作为债的发生原因，属于财产法的调整范畴。合同编的调整对象主要是以财产给付为内容的交易关系，合同编主要规范动态的财产流转关系。合同编在性质上属于财产流转让法，不适用于人身关系，但与人身有关的一些财产交易，如肖像的许可使用等，可以适用合同编的规则。

需要指出的是，合同编规定的合同不同于行政协议。行政协议是指行政机关为了实现行政管理或者公共服务目标，与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议。^[3]合同作为当事人之间产生、变更、消灭民事权利义务关系的协议，本质上是一种交易的产物。行政协议不同于一般的民事合同之处就在于，其本质上不是一种交易的产物，而具有非市场性。行政协议的订立仍然是一种行政权的行使方式，在一定程度上以追求公益为目的，是政府行使行政管理职权的行为。政府机关在从事行政管理活动中采用协议的形式明确管理关系的内容，如与被管理者订立有关综合治理等协议，因为其并不是基于平等自愿的原则订立的，所以不是民事合同。^[4]再如，就土地、房屋等征收征用补偿协议而言，其属于政府行使征收权、征用权的必要环节，是政府征收权、征用权的组成部分，无法完全适用民法的等价交换、公平等原则，也不能完全适用合同编的规定，应适用行政法的规定。

（三）合同编调整设立、变更、终止民事权利义务关系的协议

所谓设立，是指当事人通过合同确定当事人之间具体的权利义务；所谓变更，是指当事人通过订立合同修改原有的合同关系的内容；所谓终止，是指当事人通过订立合同消灭原来存在的合同关系。

（四）合同编调整各类合同关系

合同编首先调整合同编分则所规定的各类典型合同，包括买卖合同，供用电、水、气、热力合同，赠与合同，借款合同，保证合同，租赁合同，融资租赁合同，保理合同，承揽合同，建设工程合同，运输合同，技术合同，保管合同，仓储合同，委托合同，物业服务合同，行纪合同，中介合同，合伙合同。典型合同是由法律明确规定的合同。但合同编并非对民法典其他编和特别法所规定的合同以及非典型合同不可适用。具体而言，合同编还可以适用于其他类型的合同。

一是合同编以外的其他编关于合同的规定，首先要适用其他编的规定，但在其他编没有规定时，也要适用合同编通则的规定。例如，违反建设用地使用权转让合同的规定，涉及违约金或者损害赔偿责任的确定，就要适用合同编通则关于违约责任的规定。

二是特别法规定的合同，如知识产权法所确认的专利权或商标权转让合同、许可合同、著作权使用合同、出版合同，海商法规定的船舶租赁合同，保险法规定的保险合同，旅游法规定的旅游合同，劳动合同法规定的劳动合同等。这些合同首先要适用特别法针对这些合同所作出的特殊规定，但在这些法律没有就这些合同的订立、合同的效力及合同的履行、保全、变更和转让、终止、违约责任等问题作出规定的情况下，也可以适用合同编通则的相关规定。

三是非典型合同。非典型合同是指民法典合同编和其他法律没有明文规定的合同，如借用合同等。合同法并不禁止当事人订立非典型合同。按照合同自由原则，当事人完全可以约定各种非典型合同。当事人订立非典型合同只要不违反法律都是有效的，都应当受到法律保护，并受合同法的调整。但即使是非典型合同关系，也应当适用合同法的基本规则。《民法典》第467条第1款规定：“本法或者其他法律没有明文规定的合同，适用本编通则的规定，并可以参照适用本编或者其他法律最相类似合同的规定。”

四是非因合同产生的债权债务关系。《民法典》第468条规定：“非因合同产生的债权债务关系，适用有关该债权债务关系的法律规定；没有规定的，适用本编通则的有关规定，但是根据其性质不能适用的除外。”依据该条规定，非因合同而产生的债权债务关系，在该债权债务关系的法律没有规定时，也可以适用《民法典》合同编的规定。

由于合同是债的发生原因之一，按照大陆法的民法体系，合同法是债法的组成部分。所谓债法，是指调整特定当事人之间请求为特定

行为的财产关系的法律规范的总称。^[5]我国传统上属于大陆法系，因而民法中一直继受大陆法的债的概念。我国《民法典》虽然没有规定债编，因此不存在由民法典所规定的形式意义上的债法，但是这并不意味着在我国民法典体系中实质意义上的债法就不存在了。合同编中关于准合同等制度的规定，实际上属于传统债法的组成部分。

三、合同编的特点

合同编以调整交易关系为内容，且其适用范围为各类民事合同，这就决定了合同编具有不同于民法其他部门法（如人格权法、侵权责任法、物权法等）的特点，这些特点主要表现为如下。

第一，合同编的规则具有任意性。在市场经济条件下，交易的发展和财产的增长要求市场主体在交易中能够独立自主，并能充分表达其意志，根据其意愿达成合同，自主地调整其交易关系。合同法理应尊重当事人自愿达成的协议，当事人的行为自由在合同编中表现得最为彻底，合同编主要通过任意性规范而不是强行性规范来调整交易关系。例如，合同编虽然规定了各种典型契约，但并不要求当事人必须按法律关于典型契约的规定确定合同的内容，而允许当事人自由拟定合同条款，只要当事人协商的条款不违背法律的禁止性规定、社会公共利益和公共道德，法律即承认其效力。合同编的绝大多数规范都是允许当事人通过协商加以改变的任意性规范，从这个意义上可以将合同编称为任意法。

第二，合同编强调平等协商和等价有偿原则。合同编规范的对象是交易关系，而交易关系本质上需要遵守平等协商和等价有偿原则，商品交换必然要求遵循价值规律，实行等量劳动的交换，这也决定了合同编须贯彻平等协商和等价有偿原则。所以，合同编所规定的典型合同，大多具有有偿性，而无偿合同只是例外。

第三，合同编的规则具有国际趋同性。市场经济是开放的经济，它要求消除对市场的分割、垄断、不正当竞争等现象，使各类市场成为统一的而不是分割的市场。各类市场主体能够在统一的市场中平等地从事各种交易活动，经济全球化决定了作为市场经济基本法的合同编，不仅应反映国内统一市场的需要而形成一套统一规则，同时也应该与国际惯例相衔接。近几十年来，合同法的国际化已成为法律发展的重要趋向。调整国际贸易的合同公约，例如《关于国际货物买卖合同成立统一法公约》（1964年）、《关于国际货物买卖统一法公约》（1964年）以及《联合国国际货物销售合同公约》（1980年）等，都是合同法国际化的重要体现。

第四，合同编具有促进财富创造的功能。庞德指出，“在商业时代，财富都是由允诺构成的”^[6]。合同编创造财富的特性表现在保障当事人的意志，使其订约目的和基于合同所产生的期待利益得以实现。从这一意义上说，合同编有利于促进社会资源在不同主体间的自由流转，从而促进社会财富的创造，这也是合同编区别于侵权法的重要特点：侵权法旨在对因侵权行为遭受损害的人提供救济，着眼于对受害人的权利进行保护，所以，侵权法旨在恢复原状，并不创造财富。^[7]

四、合同编的功能

所谓合同编的功能，是指合同编在社会经济生活中所发挥的作用。具体来说，合同编的功能主要表现如下。

第一，鼓励交易，创造财富。合同编的目标就是尽可能鼓励当事人进行交易。物权只是一种静态的财产权，人与人之间的财产权只有通过缔结合同、发生交易，才能够进行财产权利的流转，才能够满足不同主体的不同需求。只有通过合同规范的交易，才能实现资源的有效配置，而合同编正是促进财富创造的法律，其保障当事人订约目的和基于合同所产生的利益得以实现，从而促进财产的流转和财富的创造。英国学者Tony Weir就认为，“合同法是创造财富的法，侵权法是保护财富的法（Contract is productive，tort law is protective）”^[8]。

第二，分配风险，规范交易。在市场经济社会，交易中的风险具有一定的不可预测性。合同法的目标是通过确立合同的示范样本，帮助当事人合理预料未来的风险，指引当事人订立完备的合同，从而有效地防范未来的风险、避免纠纷的发生。^[9]例如，《民法典》合同编规定的各类典型契约，为当事人的缔约提供了有效的指引，可以降低缔约时的磋商成本，避免交易风险。

第三，保障自由，实现允诺。合同最充分地体现了私法自治的内容和精神。“合同法的中心是承诺的交换”^[10]。合同作为一种各方当事人共同进行意思磋商和自治的工具，能够充分地体现当事人的意志和利益。合同法强调“契约严守”（pacta sunt servanda）的规则，要求当事人不得随意变更和解除合同。按照《法国民法典》的经典表述^[11]，在当事人之间，合同具有法律的效力。合同所具有的法律效力有赖于合同编的保护，保障合同得到履行，就能使当事人的意志得以实现。

第四，保护信赖，维护秩序。合同使当事人之间形成合理信赖，

此种信赖实际上构成交易安全的重要内容。只有依据合同法才能保障合同的顺利履行，实现当事人之间的信赖，进而保障交易安全。另外，合同法是构建市场经济秩序的法，它通过规范和支持成千上万的协议，构建了市场体制的基础。^[12]

第五，组织私人生活，保障生活秩序。合同是组织私人生活的有效制度工具，它可以实现生活的可预期性，保障生活的秩序。合同就是人们安排社会生活的法律形式，合同法规范了合同，也就规范了生活秩序。^[13]可以说，合同是构建国家、社会和个人三者之间和谐关系的基础。^[14]

第四百六十四条

合同是民事主体之间设立、变更、终止民事法律关系的协议。

婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用有关该身份关系的法律规定；没有规定的，可以根据其性质参照适用本编规定。

本条主旨

本条是关于合同的定义和身份协议参照适用的规定。

相关条文

《民法通则》第85条 合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。依法成立的合同，受法律保护。

《民法总则》第5条 民事主体从事民事活动，应当遵循自愿原则，按照自己的意思设立、变更、终止民事法律关系。

《合同法》第2条第2款 婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。

《仲裁法》第3条 下列纠纷不能仲裁：

（一）婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷……

理解与适用

一、合同的概念

本条规定了合同的概念。合同也称契约。英文中的“Contract”，法文中的“Contract”或“Pacte”，德文中的“Vertrag”或“Kontrakt”，意大利文中的“Contractto”，都表示合同，而这些用语又都来源于罗马法中的合同概念“Contractus”^[15]。然而究竟应如何给合同下定义，在大陆法和英美法中一直存在不同的看法。大陆法学者基本上认为合同是一种合意或协议，而英美法学者大都认为合同是一种允诺。

合同是反映交易的法律形式，它反映的是等价交换的基本原则。在我国，千百年来契约的含义基本上仍保持了“合意”和“拘束”的含义。根据一些学者的考证，在我国，合同一词早在两千多年前即已存在，但一直未被广泛采用。^[16]古代汉语中的“契”，在古代同“锲”，即用刀子刻的意思；“约”，“缠束也”，该词“反映了远古时代刻木为信、结绳记事的遗风”^[17]。以后衍生出“合意”的意思。《说文解字》中说：“券，契也。券别之书以刀判契其旁，故曰契券。”《辞源》说：“合同即指契约文书。当事人订立一个‘约’，表示他们愿意受其约束”。“契”和“约”的基本含义就是“合意”“约束”。古代最典型的两种契约形式“质剂”和“傅别”，都表达了相同的含义。^[18]1949年以前，民法著述中都使用“契约”而不使用“合同”一词。自20世纪50年代初期到现在，除我国台湾地区之外，我国的民事立法和司法实践主要采用了合同而不是契约的概念。^[19]我国民事立法在合同定义上，也基本继承了大陆法概念，认为合同是一种合意或协议。例如，《民法通则》第85条规定：“合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。”合同编继续沿用《民法通则》第85条的规定。《民法典》第464条第1款规定：“合同是民事主体之间设立、变更、终止民事法律关系的协议。”根据这一规定，合同具有以下特点。

1.合同是平等主体的自然人、法人和其他组织所实施的一种民事法律行为。民事法律行为作为一种最重要的法律事实，是民事主体实施的、能够引起民事权利和民事义务的产生、变更或终止的合法行为。民事法律行为以意思表示为成立要件，没有意思表示，就没有民事法律行为。合同是当事人之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议，是当事人意思表示一致的结果，因此，合同是一种民事法律行为。由于合同是一种民事法律行为，因而民法关于民事法律行为的一般规定，如民事法律行为的生效要件、民事法律行为的无效和撤销等，均可适用于合同。此外，合同在本质上属于合法行为，只有在合同当事人所作出的意思表示符合法律要求的情况下，合同才具有法律约束力；如果当事人作出违法的意思表示，即使当事人达成合意，也不能产生法律拘束力。

2.合同以设立、变更或终止民事权利义务关系为目的和宗旨。民事法律行为是以达到行为人预期的民事法律后果为目的的行为，对合同而言，这种预期的民事法律后果就是设立、变更、终止民事权利义务关系。所谓设立民事权利义务关系，是指当事人订立合同旨在形成某种法律关系（如买卖关系、租赁关系），从而具体地享受民事权利、承担民事义务。所谓变更民事权利义务关系，是指当事人通过订立合同使原有的合同关系在内容上发生变化，它通常是在继续保持原合同关系效力的前提下变更合同内容。所谓终止民事权利义务关系，是指当事人订立合同的目的旨在消灭原合同关系。无论当事人订立合同旨在达到何种目的，只要当事人达成的协议依法成立并生效，就会对当事人产生法律效力，当事人可以基于合同约定享有权利，但也应当按照约定履行义务。

3.合同的成立需要当事人意思表示一致。合同又称协议，相当于英美法上的“agreement”，“协议”一词在民法中也可以指当事人之间形成的合意。^[20]任何合同都必须是订约当事人意思表示一致的产物。由于合同是合意的结果，因而它必须包括以下要素：第一，合同的成立必须要有两个以上的当事人；第二，各方当事人须作出意思表示，这就是说，当事人各自从追求自身的利益出发而作出某种意思表示；第三，各个意思表示是一致的，也就是说当事人达成了一致的协议；第四，当事人必须在平等、自愿基础上进行协商，形成合意。如果不存在平等、自愿，也就没有真正的合意。合同是由平等主体的自然人、法人或其他组织所订立的，因此，订立合同的主体在法律地位上是平等的，任何一方都不得将自己的意志强加给另一方。合同是反映交易的法律形式，而任何交易都要通过交易当事人的合意才能完成，所以合同必须是当事人协商一致的产物或意思表示一致的协议。总之，合同是平等主体的自然人、法人及其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议，其是一种发生民法上效果的合意。

二、有关身份关系的协议可以准用合同编的规定

（一）有关身份关系的协议的概念和范围

所谓有关身份关系的协议，是指基于身份关系而订立的、主要不具有交易内容的协议。这些协议虽然也是当事人设立、变更、终止民事权利义务关系的协议，但其不是具有平等、等价有偿属性的民事合同，与市场经济活动存在本质的区别。此类合同是以身份关系的取得和变更为内容的协议。具体而言，有关身份关系的协议主要有如下几种。

第一，婚姻关系中的协议。婚姻本身不是合同，不能直接适用合同编的规定，但婚姻关系中也涉及一些协议，如婚前协议、分家析产

协议、离婚协议等，由于其已经在《婚姻法》和有关法律中作出了规定，且这些协议的内容大多涉及身份关系的变动，因而原则上不应受以调整交易关系为己任的合同法调整。例如，离婚协议应由婚姻法调整，一方违反该协议，另一方亦不得基于合同法的规定而请求另一方承担违约责任。至于婚姻关系本身在法律上不是一种合同关系，在我国传统的法律观念和意识中，也从不认为婚姻是一种合同。^[21]因此，婚姻关系本身不适用合同编的规定，但在身份关系没有特别规定的情形下，可以准用合同编的规定。

第二，收养协议。我国《收养法》第15条明确规定：“收养关系当事人愿意订立收养协议的，可以订立收养协议。”收养协议是否受到合同法调整？应当看到，尽管收养是一种民事法律行为，收养人与送养人之间必须在平等自愿的基础上达成有关收养的协议，但该协议只是收养成立的条件，收养本身在性质上并不是民事合同，因此收养关系应当适用《收养法》以及《婚姻法》等法律的规定，一般不适用合同编的规定，其主要原因在于：一方面，收养关系不是一种单独的财产关系，而是一种具有很强人身性质的民事行为。收养是产生拟制血亲关系的法律行为，养父母与养子女通过收养建立了父母子女之间的身份关系和权利义务关系。一旦建立收养关系，就形成了一种等同于血缘关系的父母子女关系。而一般的民事合同主要是产生、变更和消灭以财产为内容的债权债务关系。另一方面，送养人和收养人之间的合意也不同于一般的合同，因为法律对收养人和送养人的条件做了严格的规定，对被收养人的条件也有明确的限定。收养年满10周岁以上的未成年人，还必须征得被收养人的同意（第11条），收养应当向有关民政部门登记。此外，《民法典》第1044条规定：“严禁买卖儿童或者借收养名义买卖儿童。”收养人与送养人在合意的内容中不得约定有关收养的付款报酬，不得使收养变成一种交易关系，否则，将会使收养变成一种买卖或变相买卖儿童的关系。当然，有关收养协议的要约、承诺，收养合同的效力等，在身份关系没有特别规定的情形下，可以准用合同编的相关规定。

第三，监护协议。在我国《民法典》总则中，有关监护协议主要是成年监护协议。《民法典》总则编第33条规定：“具有完全民事行为能力的成年人，可以与其近亲属、其他愿意担任监护人的个人或者组织事先协商，以书面形式确定自己的监护人。协商确定的监护人在该成年人丧失或者部分丧失民事行为能力时，履行监护职责。”因协商确定的成年监护，也称为意定监护，因此达成的协议也是一种有关身份关系的协议。在此类协议发生纠纷以后，如果法律对身份关系没有特别规定，也可以准用合同编的规定。

第四，其他有关身份关系的协议，如继承编规定遗赠扶养协议等。应当看到，随着社会生活的发展，有关身份关系的协议也在不断发展，法律上很难全面列举。

（二）有关身份关系的协议可以依其性质参照适用合同编的规定

《民法典》第464条第2款规定：“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用有关该身份关系的法律规定；没有规定的，可以根据其性质参照适用本编规定。”这一规则修改了《合同法》第2条关于“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定”的规则。对于婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，《合同法》只是规定适用其他法律的规定，而完全排除了合同法的适用，这显然是不妥当的。因为一方面，关于婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议的立法在合同履行、变更、解除特别是违约责任等方面，基本上没有作出规定，如果不适用合同法的规定，则很难确定法律适用的规则。另一方面，从司法实践来看，这些协议在《婚姻法》《收养法》等法律没有规定的情况下，也可能参照合同法的规定处理。例如，有关这些合同的订立、履行、变更、解除以及违约责任等，通常在这些法律中没有明确作出规定，对此即可准用合同编的规定。因此，《民法典》第464条第2款修改了《合同法》第2条的规定。

《民法典》第464条第2款规定包括了如下两层含义。

第一，对于婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议首先应当适用身份关系的法律规定，这是特别法优先于一般法这一原则的必然要求。有关身份关系的法律规范虽然就身份关系而言属于一般规范，但是其中对于婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议的规定相较于合同规范而言则是特别规范。如果身份法上具有特别的规则，那么首先应当适用身份法上的相关规定，如关于夫妻婚内财产制的约定以及离婚财产分割等，婚姻家庭编已经包含了一些规则，这些规则应当优先于合同编的规则适用。只有在身份法中没有规定的情况下，才能依据其性质准用合同编的规则。

第二，在身份法律关系的规范中没有规定时，可以依据该协议的性质，参照适用合同编的规定。这一规范意味着有关身份关系的协议可以参照适用合同编的规定。例如，意定监护协议在没有特别规范的情形下可以适用委托合同的规定，夫妻间赠与可以适用赠与合同的规定。同时，还需要依据该协议的性质判断能否参照适用合同编的规则，对于性质上不能适用的不能参照适用合同编的规则。例如，对于家事代理行为，就不能适用委托合同中的任意撤销权。

如何理解根据性质参照适用本编规定？这就是说，对于合同规则在身份关系协议中的适用应当对于不同的身份关系协议分别考虑，是否可以适用合同编的相关规则，需要根据相关协议中身份性的强弱分别确定。基于上述区分标准，可以将身份关系协议分为三类：第一类是纯粹的有关身份关系的协议。例如，结婚协议、离婚协议等，此类协议具有明确人身性质，与合同法中的合同具有本质上的区别，原则上不适用合同编的规则。例如，婚姻也有人称为合同，但它是典型的人身关系，不能适用合同编的规则。第二类是基于身份关系作出的与财产有关的协议约定。例如，夫妻双方订立的婚内财产制协议和离婚中财产分割协议等，这类协议是基于身份关系作出的关于财产的约定，可以参照适用合同编规则。^[22]当然，在确定是否可以适用合同编的相关规定时，也要具体确定身份性的强弱。第三类是纯粹的财产协议，这类协议虽然可能与身份关系有关，但是在性质上仍然属于财产协议，因而可以适用合同编的规则。例如，夫妻间的赠与协议，虽然赠与发生于夫妻之间，但是不影响赠与合同的性质，因此，也应当适用合同编的规则。^[23]再如，遗赠扶养协议，虽然具有一定的身份属性，但主要还是以财产为内容的协议。因此，应当区分不同类型的身份协议，分别进行考察，而不宜一概排斥合同编的适用。

如果理解参照适用？参照适用就是“准用”（entsprechende Anwendung），准用是指法律明确规定特定法律规定可以参照适用于其他的情形。准用“乃为法律简洁，避免复杂的规定，以明文使类推适用关于类似事项之规定”^[24]。如此规定，既弥补身份权立法规定的不足，同时也简化法律规定以避免重复。在法律适用中，法官首先应当穷尽现有的规则，在穷尽现有规则的情形下，才能通过该准用条款，参照适用合同编的规范。

最后需要指出的是，参照适用既包括当事人设立民事权利义务的协议，也包括当事人变更、终止民事权利义务的协议。变更民事权利义务关系，是指当事人通过订立合同修改原有的合同关系的内容。终止民事权利义务关系，是指当事人通过订立合同消灭原来存在的合同关系。

第四百六十五条

依法成立的合同，受法律保护。

依法成立的合同，仅对当事人具有法律约束力，但是法律另有规定的除外。

本条主旨

本条是关于合同法律效力的规定。

相关条文

《民法总则》第119条 依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。

《民法通则》第85条 合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。依法成立的合同，受法律保护。

《合同法》第8条 依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。

依法成立的合同，受法律保护。

理解与适用

一、合同成立的概念和要件

所谓合同的成立，是指合同当事人对合同的主要条款达成合意。如果合同是在双方当事人之间订立的，就应当在双方之间达成合意；如果是在多方当事人之间订立的，则应当由所有当事人达成合意。合同成立制度旨在解决合同是否存在的问题，合同的成立是合同履行、变更、终止、解释等制度的前提，也是认定合同效力的基础，如果合同根本没有成立，那么确认合同的有效和无效问题也就无从谈起。此外，合同的成立也是区分违约责任与缔约过失责任的重要标志。在合同成立以前，因合同关系不存在，则因一方的过失造成另一方信赖利益的损失属于缔约过失责任而不属于违约责任范畴。只有在合同成立以后，一方违反义务才构成对合同义务的违反并应负违约责任。

根据我国《民法典》第502条，依法成立的合同，自成立时生效。可见，在一般情况下，合法的合同一经成立便生效，合同成立的时间也就是合同生效的时间，因此合同成立的时间可以成为判断合同生效时间的标准。^[25]但也有一些合同的成立时间和生效时间是不同的。例如，效力待定的合同虽已成立，但其效力处于不确定状态。当然，此类情况毕竟是例外现象。

合同的成立应当具备以下要件。

（一）存在双方或多方当事人

合同是双方或多方当事人意思表示一致的产物，所以，合同的成立必须存在双方或者多方当事人，如果仅有一方当事人，则无法形成意思表示一致，无法成立合同。例如，甲以某公司的名义订立合同，如果并不存在该公司，则可以认为不存在一方当事人，合同不能成立。合同当事人又称为合同主体，他们是实际享受合同权利并承担合同义务的人。^[26]有些合同当事人并未亲自参与合同的订立，但可以成为合同主体（如通过代理人订约），而另一些人可能参与合同的订立而不能成为合同当事人（如代理人）。

（二）订约当事人经过要约、承诺而达成了合意

订约当事人必须达成了合意，而这一合意的达成应经过要约和承诺两个阶段。《民法典》第471条规定：“当事人订立合同，可以采取要约、承诺方式或者其他方式。”要约和承诺是合同成立的基本规则，也是合同成立必须经过的两个阶段。如果合同没有经过承诺，而只是停留在要约阶段，则合同根本未成立。例如，甲向某编辑部

（乙）去函，询问该编辑部是否出版有关于法律资格考试的教材和参考资料，乙立即向甲邮寄了法律资格考试资料5本，共120元，甲认为该书不符合其需要，拒绝接受，双方为此发生争议。从本案来看，甲向乙去函询问情况并表示愿意购买法律资格考试资料和书籍，属于一种要约邀请行为，而乙向甲邮寄书籍行为属于现货要约行为。假如该书不符合甲的需要，甲拒绝收货实际上是未作出承诺，由于双方并未完成要约和承诺阶段，因而合同并未成立。

（三）当事人就合同主要条款达成合意

合同成立的根本标志在于，合同当事人就合同的主要条款达成合意。所谓主要条款，又称必要条款，是指根据特定合同性质所应具备的条款，如果缺少这些条款合同是不能成立的。从现代合同法的发展趋势来看，为适应鼓励交易、增进社会财富的需要，各国合同法大都减少了在合同成立方面的不必要的限制（例如现代合同法不像古代合同法那样注重形式），并广泛运用合同解释的方法，尽可能促使合同成立。《民法典》第470条第1款规定：“合同的内容由当事人约定，一般包括下列条款：（一）当事人的姓名或者名称和住所；（二）标的；（三）数量；（四）质量；（五）价款或者报酬；（六）履行期限、地点和方式；（七）违约责任；（八）解决争议的方法。”需要指出的是，该条使用了“一般包括”而未使用“必须包括”的用语，表明上述条款只是为当事人订约提供指引，为主要条款的判断提供参考，但并不是每一个合同所必须包括的主要条款。为了准确认定合同的主

要条款，需要法院在实践中根据特定合同的性质具体认定哪些条款属于合同的主要条款，而不能将本条所规定的合同条款都作为每个合同所必须具备的主要条款。

根据《合同法司法解释二》第1条第1款的规定，除非法律另有规定或者当事人另有约定，当事人的名称或者姓名、标的和数量条款，为主要条款。因此，该条将标的和数量条款作为合同成立的必要条款。例如，订立买卖合同，首先就要确定购买何种货物，以及购买的数量，否则，买卖合同将难以有效成立。依据这一规定，要约人在发出要约时，要约也应当包含这两个主要条款，而相对人在承诺时也应应当对这两项内容作出承诺，对这两项内容作出变更的，构成实质性变更。当然，即便欠缺非必要条款，也并不意味着合同无法有效成立，从鼓励交易的原则出发，《民法典》第510、511条也允许根据当事人事后达成补充协议或者交易习惯，明确上述非必要条款的内容。

以上只是合同的一般成立要件，法律或当事人约定可能对一些合同设定了特定的成立要件。例如，对实践合同来说，应以实际交付标的物作为其成立要件；而对于要式合同来说，则应践行一定的形式才能成立。尤其需要指出，如果当事人在合同中规定了特殊的成立条件（如必须办理公证合同才能成立），则应依当事人的约定。

二、依法成立的合同受法律保护

《民法典》第465条规定，依法成立的合同，受法律保护。所谓受法律保护，是指依法成立的合同对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同，任何一方违反合同，都应当依法承担违约责任。合同的拘束力主要体现在对当事人的拘束力上，具体体现为权利、义务和责任三个方面。

第一，从权利方面来说，合同当事人依据法律和合同的约定所产生的权利依法受到法律保护。合同的权利包括请求和接受债务人履行债务的权利，以及在一方不履行合同时获得补救的权利、诉请强制执行的权利等。当事人因正当行使这些权利而获得的利益，也受到法律的保障。

第二，从义务方面来说，合同对当事人具有拘束力，当事人根据合同所产生的义务具有强制性，当事人应当按照法定和约定的义务履行合同。《民法典》第509条第1款规定：“当事人应当按照约定全面履行自己的义务。”当事人拒绝履行和不适当履行义务或随意变更和解除合同，都是对法律的违反，因此本质上属于违法行为。

第三，从责任方面来说，如果当事人违反合同义务，则应当承担违约责任。也就是说，如果当事人不履行其应负的义务，将要借助国家的强制力强制义务人履行义务。因此，法律责任乃是合同义务的保障，失去了法律责任，合同将很难产生真正的拘束力。

此外，依法成立的合同所具有的效力，也包括排斥第三人的非法干预和侵害的效力。有学者将债的效力界定为：“为实现债的目的，法律赋予债的当事人及有关第三人某种行为之力或者拘束之力以及在债务不履行时的强制执行力。”^[27]事实上，在实践中合同的履行通常受到第三人的影响，如第三人非法引诱债务人不履行义务或采取拘束债务人等非法强制手段迫使债务人不履行债务，或者与债务人恶意串通损害债权人利益等。如果不赋予合同当事人在特殊情况下排除第三人非法干预和侵害的权利，就不能保证合同的正常履行和合同目的的实现。

当事人订立合同的目的，就是要使合同产生拘束力，从而实现合同所规定的权利和利益。如果合同不能生效，则合同等于一纸空文，当事人也就不能实现订约目的。从实践来看，如果当事人依据法律的规定订立合同，合同的内容和形式都符合法律规定，则这些合同一旦成立，便会自然产生法律拘束力。因此，在通常情形下，依法成立的合同，自成立时生效，但是在法律另有规定或者当事人另有约定的情形下，合同虽然已经成立，但并不当然生效，这主要有如下几种情形：一是附条件的合同。所谓附条件的合同，是指当事人在合同中特别规定一定的条件，以条件的是否成就来决定合同的效力的发生或消灭的合同。例如，甲、乙双方约定，待甲将某项产品试验成功以后，乙即向甲赠送一套设备。在该例中，产品试验成功是一个条件，在该条件实现时，赠送设备的合同即发生效力。根据我国法律规定，除了法律明确规定的法律行为（如继承权的接受或放弃等民事法律行为不得附条件）以外，其他民事法律行为均可以由当事人设定条件，以此限制民事法律行为的效力，从而满足当事人的各种不同需要。二是依法需要办理批准等手续生效的合同。如果法律、行政法规规定应当办理批准等手续生效的，依照其规定。未办理批准等手续的，该合同不生效，但是不影响合同中履行报批等义务条款以及相关条款的效力。应当办理申请批准等手续的当事人未履行义务的，对方可以请求其承担违反该义务的责任。三是当事人约定了特殊生效要件的，依据当事人的约定。例如，当事人在合同中特别约定，以办理公证为合同生效要件，则合同签订以后，还不能立即生效，必须在当事人办理了公证以后才能实际生效。

三、合同相对性规则：合同原则上仅对当事人具有法律约束力

本条第2款规定：“依法成立的合同，仅对当事人具有法律约束力，但是法律另有规定的除外。”这就确认了合同相对性规则。合同关系的相对性在大陆法中称为“债的相对性”，它是指合同主要在特定的合同当事人之间发生，合同当事人一方只能基于合同向与其有合同关系的另一方提出请求，而不能向与其无合同关系的第三人提出合同上的请求，也不能擅自为第三人设定合同上的义务。根据合同相对性的原则，只有合同当事人才能享有基于合同所产生的权利，并承担根据合同所产生的义务，当事人一方只能向对方行使权利并要求其承担义务，不能请求第三人承担合同上的义务，第三人也不得向合同当事人主张合同上的权利和承担合同上的义务。从这个意义上说，合同原则上不具有对第三人的拘束力。

合同关系的相对性与物权的绝对性相对应，两者不仅确定了债权与物权的一项区分标准，而且在此基础上形成了债权法与物权法的一些重要规则。例如，由于合同债权具有相对性，仅发生在特定的当事人之间，并不具有公开与公示的特点，也不具有对抗第三人的效力。而物权作为一种绝对权，具有社会公开性，因而，物权变动必须要公示。合同相对性规则主要包含如下三个方面的内容。

（一）合同主体的相对性

所谓合同主体的相对性，是指合同关系只能发生在特定的主体之间，只有合同当事人一方能够向合同的另一方当事人基于合同提出请求或提起诉讼。具体来说，一方面，由于合同关系仅发生在特定的当事人之间，因而只有合同关系当事人彼此之间才能相互提出请求，与合同关系当事人没有发生合同上的权利义务关系的第三人，不能依据合同向合同当事人提出合同上的请求和诉讼。另一方面，合同一方当事人只能向另一方当事人提出合同上的请求和诉讼，而不能向与其无合同关系的第三人提出合同上的请求及诉讼。例如，甲、乙订立买卖合同后，甲委托丙向乙送货，结果因为丙的原因导致货物毁损，此时，乙只能请求甲承担违约责任，由于乙、丙之间并不存在合同关系，因而乙无权请求丙承担违约责任。

（二）合同内容的相对性

所谓合同内容的相对性，是指除法律另有规定或者合同另有约定外，只有合同当事人才能享有合同债权，并承担合同义务，合同当事人以外的任何第三人都不能主张合同上的权利。在双务合同中，合同内容的相对性还表现在一方的权利就是另一方的义务，权利义务是相互对应的，权利人的权利须依赖于义务人履行义务的行为才能实现。从合同内容的相对性原理中，可以引申出如下几项规则。

第一，合同规定由当事人享有的权利，原则上不能由第三人享有；合同规定由当事人承担的义务，一般也不能对第三人产生拘束力。

第二，合同当事人无权为他人设定合同上的义务。一般来说，权利会给主体带来一定利益，而义务则会为义务人带来一定负担或使其蒙受不利益。如果合同当事人为第三人设定权利，法律可以推定，此种设定是符合第三人意愿的。但如果为第三人设定义务，则只有经第三人同意后，才能对第三人发生效力，否则第三人并不受该条款的拘束。

第三，合同权利与义务主要对合同当事人产生约束力。但法律为防止因债务人的财产的不当减少而给债权人的债权带来损害，允许债权人对债务人和第三人的某些行为行使撤销权及代位权，以保护其债权。这两种权利的行使都涉及合同关系以外的第三人，并对第三人产生法律上的拘束力。因此，合同的保全也可以看作是合同相对性原则的例外。

（三）违约责任的相对性

合同义务的相对性必然决定违约责任的相对性。所谓违约责任的相对性，是指违约责任只能在特定的当事人之间即合同关系的当事人之间发生，合同关系以外的人不负违约责任，合同当事人也不对其承担违约责任。如果因第三人的行为导致债务不能履行，则债务人仍应向债权人承担违约责任，债务人在承担违约责任以后，有权向第三人追偿。《民法典》第593条明确规定：“当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当依法向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定处理。”当然，如果第三人的行为已直接构成侵害债权，则债权人有权请求该第三人承担侵权责任。

四、合同相对性规则的例外

在法律具有特别规定的情形下，合同也可以产生对第三人的效力。因此，《民法典》第465条第2款规定：“依法成立的合同，仅对当事人具有法律约束力，但是法律另有规定的除外。”这就确认了合同相对性规则。依据该条的规定，合同相对性表现为，在法律上依法成立的合同，仅对当事人具有法律约束力，单纯有当事人的意思并不能产生合同在当事人之外的效力。法律作出这一规定的主要理由在于：一方面，合同是当事人之间的约定，只能在当事人之间产生效力，法律行为的原理要求，只有作出意思表示的人才能受意思表示的约束。另一方面，出于保护第三人的角度考量，双方当事人不得为他

人设定合同义务（除非得到第三人许可），但如果双方当事人为第三人设定权利，或者对第三人有利（如债务的加入）等，虽然同样符合保护第三人的目的，但也应该经由法律的认可。同时，法律也要对第三人的拒绝权进行规定。所以，合同在当事人之外发生效力，仅仅有双方当事人的约定是不够的。诸如债务加入、利益第三人合同也是基于法律的规定而对第三人发生了效力。

《民法典》第465条第2款中仅规定了“法律另有规定的除外”，而未规定当事人另有约定的除外。原则上合同只能对当事人发生效力，对第三人产生拘束力的只能由法律规定。这主要是因为：一方面，合同双方当事人只能为第三人设定权利，而不能为第三人设定义务，否则将给他人增加负担。另一方面，如果第三人依据约定参与到合同关系之中，合同能够对第三人产生约束，但此时对第三人约束力的具体内容也要受到法律规定的限制。此处“法律另有规定的”主要包括以下几种情形。

第一，利益第三人合同。它是指合同当事人约定由债务人向合同当事人之外的第三人作出给付，从广义上说，利益第三人合同可以被分为真正利益第三人的合同与非真正利益第三人合同。一是非真正利益第三人合同。《民法典》第522条第1款规定：“当事人约定由债务人向第三人履行债务，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的，应当向债权人承担违约责任。”该款是关于非真正利益第三人合同的规定。“非真正利益第三人合同”是指针对第三人而不直接针对债权人为履行的合同，这种合同的特征在于，发生合同争议时，第三人并不享有直接的请求权。二是真正利益第三人合同。《民法典》第522条第2款规定：“法律规定或者当事人约定第三人可以直接请求债务人向其履行债务，第三人未在合理期限内明确拒绝，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的，第三人可以请求债务人承担违约责任；债务人对债权人的抗辩，可以向第三人主张。”该条规定了真正利益第三人合同。在该合同中，第三人即因此取得直接请求债务人作出给付的权利。^[28]

第二，债权人代位权。所谓债权人代位权，是指因债务人怠于行使其到期债权，造成债权人损害的，债权人可以以自己的名义向人民法院请求代位行使债务人债权的权利。《民法典》第535条第1款规定：“因债务人怠于行使其债权或者与该债权有关的从权利，影响债权人的到期债权实现的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人对相对人的权利，但是该权利专属于债务人自身的除外。”本条对债权人代位权作出了规定。在债权人行使代位权时，可以获得来自相对人（债务人的债务人）的清偿。

第三，债权人撤销权。所谓债权人撤销权，是指因债务人实施放弃债权、无偿或低价处分财产等行为而影响债权人债权的实现时，债权人可以依法请求法院撤销债务人实施的行为。《民法典》第538条规定：“债务人以放弃其债权、放弃债权担保、无偿转让财产等方式无偿处分财产权益，或者恶意延长其到期债权的履行期限，影响债权人的债权实现的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。”第539条规定：“债务人以明显不合理的低价转让财产、以明显不合理的高价受让他人财产或者为他人的债务提供担保，影响债权人的债权实现，债务人的相对人知道或者应当知道该情形的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。”这就对债权人撤销权作出了规定。债权人行使撤销权，将对第三人发生效力。

第四，建设工程合同对第三人的效力。《民法典》第791条第1款、第2款规定：“发包人可以与总承包人订立建设工程合同，也可以分别与勘察人、设计人、施工人订立勘察、设计、施工承包合同。发包人不得将应当由一个承包人完成的建设工程支解成若干部分发包给数个承包人。总承包人或者勘察、设计、施工承包人经发包人同意，可以将自己承包的部分工作交由第三人完成。第三人就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发包人承担连带责任。承包人不得将其承包的全部建设工程转包给第三人或者将其承包的全部建设工程支解以后以分包的名义分别转包给第三人。”该条表明建设工程合同也可以对第三人发生效力。

第五，运输合同对第三人的效力。《民法典》第834条规定：“两个以上承运人以同一运输方式联运的，与托运人订立合同的承运人应当对全程运输承担责任；损失发生在某一运输区段的，与托运人订立合同的承运人和该区段的承运人承担连带责任。”《民法典》第830条规定：“货物运输到达后，承运人知道收货人的，应当及时通知收货人，收货人应当及时提货。收货人逾期提货的，应当向承运人支付保管费等费用。”

第六，保理合同中，债权人与债务人之间的合同对保理人也产生拘束力。《民法典》第766条规定：“当事人约定有追索权保理的，保理人可以向应收账款债权人主张返还保理融资款本息或者回购应收账款债权，也可以向应收账款债务人主张应收账款债权。保理人向应收账款债务人主张应收账款债权，在扣除保理融资款本息和相关费用后有剩余的，剩余部分应当返还给应收账款债权人。”依据该条规定，在有追索权的保理中，保理人可以向应收账款的债务人主张应收账款债权，这也可以看作是合同相对性规则的例外。

上述法律规定都表明了合同对第三人所产生的效力，严格地说，

按照合同相对性的原理，合同对第三人的效力只是合同相对性规则的例外，而这种例外情况必须由法律明确作出规定。也就是说，合同能否对第三人产生效力，不应当由合同当事人双方决定，更不能由债权人单方决定，而应当由法律明确作出规定。因为合同的效力本质上就是法律所赋予的。法律既可以赋予合同对当事人双方所产生的拘束力，也可以赋予合同在特殊情况下对第三人的拘束力。也只有在法律有特别规定的情况下，合同才能对第三人产生这种特殊的拘束力。

第四百六十六条

当事人对合同条款的理解有争议的，应当依照本法第一百四十二条第一款的规定，确定争议条款的含义。

合同文本采用两种以上文字订立并约定具有同等效力的，对各文本使用的词句推定具有相同含义。各文本使用的词句不一致的，应当根据合同的相关条款、性质、目的以及诚信原则等予以解释。

本条主旨

本条是关于合同条款的解释规则的规定。

相关条文

《合同法》第125条 当事人对合同条款的理解有争议的，应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则，确定该条款的真实意思。

合同文本采用两种以上文字订立并约定具有同等效力的，对各文本使用的词句推定具有相同含义。各文本使用的词句不一致的，应当根据合同的目的予以解释。

《合同法》第60条 当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

理解与适用

一、合同解释的概念和目的

本条是关于合同条款的解释规则的规定。所谓合同解释，是指依据一定的事实，遵循有关的原则，对合同的内容和含义所作出的说明。合同是当事人通过合意对于其未来事务的安排，然而，由于当事人在订立合同时，即使具有丰富的交易经验和渊博的法律知识，也不可能对未来发生的各种情况事先都作出充分的预见，并在合同中将未来的各种事务安排得十分周全，所以合同中的某些条款不明确、具体，甚至出现某些漏洞，是在所难免的。当事人通过合同对其未来的事务作出安排时，需要通过一定的言语表达其内容，但由于各方面的原因，缔约当事人对合同的某个条款和用语可能会产生不同的理解和认识，也难免会发生争议，这就需要对合同进行解释。

合同的解释旨在确定合同是否成立，或补充和完善合同的内容。一般来说，合同的解释不涉及合同形式的确定问题，因为无论是作为合同约定的缔约方式，还是作为法律对当事人特殊的形式要件的要求，都是显而易见的，当事人是否完成了这些形式要件的要求也是非常明显的，无须作出解释。合同解释的直接目的在于正确地确定当事人的权利义务，从而合理地解决合同纠纷。具体而言，合同解释的目的主要包括如下几个方面。

1.判断合同是否成立和生效。合同的解释常常以合同的成立为前提，但在合同的内容不明确或者存在漏洞的情形下，合同既可以被解释为已经成立或生效，也可以被解释为不成立或不生效，此时需要通过合同的解释来促成合同的成立和生效。^[29]例如，甲向乙发出一份传真求购某种型号的钢材，乙在收到该传真后即向甲发送该型号的钢材，甲拒绝收货，双方为此发生了争议。为解决此种纠纷，法官首先需要解释传真的内容和性质，确定该传真是构成要约还是要约邀请，这就是合同解释需要解决的问题。

2.明确合同条款的含义。传统的合同解释方法主要是阐明解释，或称为意义发现的解释，是指当事人在合同中表示的意思不明确、不清楚，或者双方当事人对于合同中的用语在理解上发生了分歧，需要根据一定的解释方法使用语明确。阐明解释的目的在于准确地解释、明确当事人的真实意思，从而使合同得到正确履行，合理地解决纠纷。所谓明确合同的内容，主要要解决如下问题：一是合同中的用语不明确、含混不清，二是对合同的某些用语产生多种不同理解。

3.完善合同内容。合同解释不仅是为了明确合同条款的含义，而且具有补充当事人意思的功能，即填补性的解释具有弥补当事人约定不足的作用。在当事人没有约定或者约定不明确，存在合同漏洞时，有漏洞的填补问题。合同的解释绝不限于合同所使用的文字，尤其需要填补合同的漏洞。现代合同法发展了补充的解释方法，要求在合同

内容存在漏洞的情况下通过发现当事人的真实意思来填补合同的漏洞。

合同的解释有助于使合同的内容得到补充和完善。合同的解释针对的是合同的内容而不是合同的形式，区分合同的内容和形式，在合同的解释方面是不无意义的。^[30]一般来说，合同的解释并不涉及合同形式的确定问题，因为无论是作为合同缔约方式，还是作为法律对当事人特殊的形式要件的要求，都是显而易见的，当事人是否完成了这些形式要件的要求也是事实判断的问题，而不需要进行解释。所以合同解释所涉及的主要是合同内容的问题。由于合同的内容不明确或者存在漏洞将直接阻碍当事人依合同规定做出履行，并引起合同纠纷，一旦当事人一方将纠纷提交法院或仲裁机构等待作出裁判，法官和仲裁员就需要依据一定的方法和原则来正确解释合同，从而对合同纠纷作出公正的裁判。所以，合同解释直接的目的在于正确地确定当事人的权利义务，从而合理地解决合同纠纷。合同解释的内容主要包括两方面：一是确定合同的内容，二是解释者在探究合同的含义时，应考虑哪些因素、哪些手段和方法。^[31]

从民法上看，一般是在当事人发生争议之后，才需要对合同进行解释，因此，合同解释的主体是法官，而非当事人。但法官解释合同并不能完全自由裁量，而应当遵守一定的解释规则。我国民法典合同编通过确定合同解释的规则，在一定程度上限定了法官在合同解释方面的权限，即法官解释合同时必须依据法律规定的程序，同时，合同解释规则也给法官提供了规范的解释方法，帮助法官正确地解释合同，从而有效处理合同纠纷。

二、依据《民法典》第142条第1款的规定解释合同

本条第1款规定：“当事人对合同条款的理解有争议的，应当依照本法第一百四十二条第一款的规定，确定争议条款的含义。”依据这一规定，对合同条款理解有争议的，应当援引《民法典》第142条第1款解释，依据《民法典》第142条的规定，意思表示的解释通常分为有相对人的意思表示的解释和无相对人意思表示的解释。所谓有相对人的意思表示的解释，是指对表意人向特定的相对人发出的意思表示进行的解释。例如，要约是一种意思表示，但要约必须到达于受要约人，因为它属于向特定人发出的意思表示。所谓无相对人的意思表示的解释，是指对不需要相对人的意思表示进行的解释。例如，对不特定人的悬赏广告、订立章程和决议。由于合同解释都是有相对人的意思表示，因此，本条第1款作出上述规定。

针对有相对人的意思表示，《民法典》兼采了主观解释与客观解

释两种方式。《民法典》第142条第1款规定：“有相对人的意思表示的解释，应当按照所使用的词句，结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则，确定意思表示的含义。”其中所谓“按照所使用的词句，结合相关条款、行为的性质和目的”解释，要求意思表示的解释应当探究表意人的主观目的和意图，这实际上是主观主义解释方法的体现；而按照“习惯以及诚信原则”解释，则体现了客观主义的解释方法。从这一意义上说，有相对人意思表示的解释实际上是两种解释方法的结合。

（一）应当按照所使用的词句进行解释

所谓对用语应当按照通常的理解进行解释，是指在当事人就意思表示本身的用语发生争议以后，对于有关的用语本身，按照一个普通人的合理理解为标准来进行解释。^[32]《民法典》第142条第1款规定：“有相对人的意思表示的解释，应当按照所使用的词句，结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则，确定意思表示的含义。”在用语不清晰、模糊的情形下，首先需要澄清用语的含义。如果针对合同中某个用语的含义，当事人各执一词，法官对此应当考虑一般人在相同情况下对有争议的意思表示用语所能理解的含义进行解释，以避免荒谬的结论。按照一个普通人的标准来进行解释，意味着法官既不能根据当事人一方的理解来解释意思表示，更不能根据起草的一方对意思表示所作的理解来解释意思表示，而应当以一个普通人对意思表示用语的合理理解进行解释。一个普通人既可能是一个社会一般的人，也可能是在一定的地域、行业中从事某种特殊交易的人。如果当事人本身是在一定的地域、行业中从事某种特殊交易的人，则法官应当按照在该地域、行业中从事某种特殊交易的一般人的标准来理解该用语的含义。例如，买卖双方对交货的计量标准“车”的含义发生争执，则应当考虑当事人双方是从事何种活动的买卖，并按照从事该种行业的一般人对“车”的理解来进行解释。

（二）结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则，确定意思表示的含义

1. 整体解释原则

所谓整体解释，又称为体系解释，是指将全部合同的各项条款以及各个构成部分作为一个完整的整体，综合考虑各个条款和各个部分的相互关联性、争议的条款与整个合同的关系以及争议条款在合同中所处的地位等各方面因素，来确定争议的合同条款的含义。《民法典》第142条第1款规定：“有相对人的意思表示的解释，应当按照所使用的词句，结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原

则，确定意思表示的含义。”该条所规定的“结合相关条款”解释意思表示，实际上规定的就是整体解释规则。法谚云，“最佳的解释，要前后对照”^[33]。在罗马法中，就有“误载不害真意（falsa demonstratio non nocet）”和“矛盾行为不予尊重（protestatio declarationi）”的合同解释规则^[34]，它实际上强调的是整体解释原则。

整体解释实际上就是要从整个合同的全部内容上理解、分析和说明当事人争议的有关合同条款的内容和含义。整体解释要求合同解释不能局限于合同的字面含义，也不应当仅仅考虑合同的条款，更不能断章取义，或将合同的只言片语作为当事人的真实意图。如果合同中的数个条款相互冲突，应当将这些条款综合在一起，根据合同的性质、订约目的等来考虑当事人的意图，尤其是当事人在合同中所使用的语言文字必须联系起来考察。

在适用整体解释原则时，还应当遵循以下规则。

第一，借助整体来理解个别的规则。法谚有云：只有理解了整体，才能理解部分。^[35]如果合同中有多个条款表达同一内容，其中，某一条款比另一条款含义更为明确，则含义不够明确的条款可以被删除。例如，合同中多次提到“应根据本地的市价而定”或“根据市价而定”，显然前者的含义更为明确，可以据此确定当事人的意思。

第二，特别约定优先于普通约定的规则。如果当事人在合同中增加了特别条款，特别条款的效力可以优先于一般条款的效力。如果分合同规定的是总合同的例外和特殊的情况，当分合同条款的意思与总合同条款的意思不一致时，分合同条款优先。^[36]

第三，在同一份合同文件中，如果印刷条款与手写条款并存，且这些条款彼此间相互矛盾时，则应当认为手写条款优先。

第四，明示其一即排斥其他规则。它是指当事人在合同中明确提及特定种类的一种或者多种事项，可以视为以默示的方法排除了该种类以外的其他事项。按照该规则，如果合同中明确提及某类东西中的一些，可解释为它无意包括同一类别中并未被提及的事项。例如，合同规定：“一方出售房屋连同门前屋后的树木、房屋后的庭院、门前的石狮子一对、假山一座等物”，其中是否包括在庭院中摆放的20盆名贵盆花？显然，概括性词语“等物”的外延不应包括20盆名贵盆花，因为它不是与特殊列举事物相类同的事物。

第五，数量和价格条款中，大写数字与小写数字并存，相互抵

触，原则上应当确定大写数字的效力优先于小写数字。这主要是因为大写数字更为正规，较之于小写数字不易涂改，更充分地表达了当事人的真实意思。

2.目的解释原则

依据《民法典》第142条第1款规定，“有相对人的意思表示的解释，应当按照所使用的词句，结合相关条款、行为的性质和目的的……”进行解释，这就要求结合合同的目的确定当事人的真实意思。按照私法自治原则，民事主体可以在法律规定范围内，为追求其目的而表达其意思，并通过双方的协议，产生、变更民事法律关系。当事人订立合同都要追求一定的目的，目的解释在合同解释中具有重要地位。^[37]合同订立的目的当事人从事交易行为所希望达到的目的，合同本身也不过是当事人实现其目的的手段。因此，在解释合同时，应当考虑当事人的订约目的。当然，当事人双方可能具有不同的合同目的。例如，在“枣庄矿业（集团）有限公司柴里煤矿与华夏银行股份有限公司青岛分行、青岛保税区华东国际贸易有限公司联营合同纠纷案”中，最高人民法院认为，在通过目的解释的方法明确合同条款的内容时，“并非只按一方当事人期待实现的合同目的进行解释，而应按照与合同无利害关系的理性第三人通常理解的当事人共同的合同目的进行解释”^[38]。

在实践中，根据合同的目的来解释，一是要考虑当事人双方而不是当事人一方的目的进行解释，即考虑当事人在合同订立时的合同目的。如果难以确定双方当事人的缔约目的，则应当从一方当事人表现于外部的并能够为对方所合理理解的目的解释合同条款。^[39]二是尽量作有效解释规则（*Ut res magis valeat quam pereat*），也称为促进合同有效原则（*favor contractus*），这就是说，对合同的解释要以最大限度地促进合同的成立为解释方向，促成合同的实际履行，尽量避免宣告合同不成立或无效。例如，合同尚未成立，但当事人已经实际履行合同，在此情况下，应通过解释的方法努力促成合同成立。当事人订立合同的目的是从事交易，在合同可以被认定为有效的情形下，应当尽量承认合同的效力，这也符合当事人订立合同的目的。三是当事人使用的多个文本的含义不一致时，应当根据当事人订立合同的目的解释合同。如果当事人在有关合同文本中所使用的用语的含义各不相同，应当根据合同的目的进行解释。例如，当事人双方共同投资兴办一家合资企业，在合资合同和章程中明确规定双方共同出资，而在当事人内部的一份合同中，规定双方为借贷关系，两份合同规定的内容不同，但当事人双方缔约的真实目的在于共同出资兴办合资企业，据此，应当宣告该借贷合同无效。

3.习惯解释原则

所谓习惯，是指当事人所知悉或实践的生活和交易习惯。合同乃是一种交易，所以在解释合同的时候通常应当根据交易习惯来解释当事人的意思。依据《民法典》第142条第1款的规定，解释合同应当依据交易习惯进行，这就确立了习惯解释的原则。

习惯包括生活习惯和交易习惯两大类，由于合同本质上是一种交易，因而，如果当事人就合同条款发生争议，则通常应当按照习惯解释合同条款。例如，双方订立一份租赁合同，乙方承租甲方1000平方米的房屋，但该房屋究竟是以建筑面积还是使用面积计算，双方为此发生了争议。如果当地的习惯都是按照使用面积来计算租赁房屋的面积，在解释面积条款时，可以以该交易习惯作为解释的依据。

如果地区习惯与一般的习惯发生冲突，应当以一般的习惯为准。如果地区习惯与行业习惯发生冲突，应当确定行业习惯优先。如果对某一条款发生争议之后，一方是按照一般的或特殊的以及行业的习惯来理解的，而另一方是按照当事人过去从事系列交易时所形成的习惯来理解的，则应当按照系列交易的习惯进行解释，这主要是因为从系列交易中形成的习惯更接近当事人的意思。

当然，对各种习惯的存在以及内容应当由当事人双方举证证明，在当事人未举证证明交易习惯的情况下，法官也可以根据自己对交易习惯的理解选择依据某种习惯来解释合同条款。

4.依诚实信用原则进行解释

解释合同应依据诚实信用原则。从现代民法的发展趋势来看，诚实信用原则在合同解释中的作用日益重要，诚实信用原则也因此被称为“解释法”。依据《民法典》第142条第1款的规定，依据诚信原则进行解释，要求法官将自己作为一个诚实守信的当事人来判断、理解合同内容和条款的含义，即如果当事人在合同中对相关事项约定不明，则应当按照一个诚实守信的人所应当作出的理智选择进行解释。法官在依据诚实信用原则解释合同时，需要平衡当事人双方的利益，公平合理地确定合同内容。

依据诚实信用原则解释合同，应当遵循如下规则：第一，如果当事人对合同的履行时间、地点等约定不明确，则应当作有利于债务履行的解释。例如，合同约定在6月1日交货，但对于究竟是在白天交货还是夜间交货，规定并不明确，则法官可以直接根据诚信原则确定交货时间应为白天而非夜间。第二，对债务人的义务应当做减轻的解

释。例如，对于无偿合同，应按对债务人义务较轻的含义进行解释，对有偿合同则应按对双方都较为公平的含义进行解释。第三，从诚信原则出发，应当认定当事人有相互协作的义务。在依据诚信原则解释合同的时候，应当强调当事人之间的相互协作等义务，并尽可能按照诚信原则来理解合同条款。第四，诚实信用原则还可以用来填补合同漏洞。也就是说，在当事人未就相关事项作出约定或者约定不明时，即存在合同漏洞，此时法官要考虑一个合理的、诚实守信的商人，在此情况下应当如何作出履行，或者说应当如何作出意思表示，以此来填补合同的漏洞。

上述各项合同解释的原则构成了一个完整的规则体系，一般来说，在当事人就合同条款含义发生争议时，首先应当按照文义解释的方法，对该条款的准确含义进行解释。如果该条款涉及合同的其他条款或规定，则应当适用整体解释的方法。如果依合同本身的文字材料不能进行解释时，则应当采用目的的、习惯的及诚信原则等方法进行解释。尤其是当合同存在漏洞时则应当适用诚信原则、习惯解释等方法加以解释。如果文义解释等与目的解释的结果不一致，应根据合同的目的进行解释。

三、针对采用两种以上文字订立的合同的解释

依据本条第2款的规定，合同文本采用两种以上文字订立、并约定具有同等效力的，对各文本使用的词句推定具有相同含义。各文本使用的词句不一致的，应当根据合同的性质、目的以及诚信原则等予以解释。本条第1款主要涉及同一文本中具体条款的解释，第2款则是针对多个不同文本且使用词句不一致时的解释。本条第2款规定了合同文本以两种以上文字订立，且合同文本使用词句不一致情形下的合同解释问题，这与第1款所针对的情形不同。例如，双方分别用中英文两种语言签订了买卖合同，在中文合同中约定出现争议交由北京仲裁委进行仲裁，英文文本中则约定为提交仲裁机构进行仲裁。此时就出现了两种以上文本所规定的词句不一致的情况。

（一）对各文本使用的词句推定具有相同含义

当事人使用了多种语言订立同一意思表示，即使当事人没有特别约定各意思表示文本之间的关系，根据本条第2款规定，合同文本采用两种以上文字订立并约定具有同等效力的，对各文本使用的词句也推定具有相同含义。例如，甲乙双方在订立合同时适用了中英文两种文字，英文的翻译与中文的用语不一致，如果合同中没有明确规定以哪个文本为准，在此情形下不应认为双方订立了两份合同，而应当考察，哪一个文本是另一个文本的翻译本。如果对此能够确定，则翻译

的文本应当根据基础文本确定其应有的含义。

具体而言，本款主要具有以下几方面的意义。

一是承认合同文本采用两种以上文字订立，并非订立两个合同，而仍然是一个合同，只是采取了两种文本。

二是在具有两种以上文字的合同文本的情况下，由于合同使用了两种以上语言，只有推定各种语言的文本所用的词句具有相同的含义，才能有效减少合同争议，便于展开合同的解释。如果无法确定何种文本优先，只能通过解释确认合同内容。此时，就需要根据合同的性质、目的以及诚信原则，展开合同解释，最终确定合同的内容。

三是明确举证责任的分担。本款对于两种不同语言的文本中的词句采用了“推定”具有相同含义的表述。这一推定实际上是对证明责任分配的规定，即主张两种文本使用的词句具有不同含义的一方，必须承担证明词句含义不同的证明责任，主张词句含义相同的一方不承担此种责任。

（二）各文本使用的词句不一致的，应当根据合同的性质、目的以及诚信原则等予以解释

依据本款的规定，在出现这种情形时，应当根据合同的性质、目的以及诚信原则等予以解释。

一是根据合同的性质进行解释。合同性质主要是指合同类型，即是买卖合同抑或租赁合同等，依据合同性质解释，是指判断词句不一致时，要确定哪一种表达更符合当事人的意思。例如，各文本对是否支付价款约定不明确的，就需要确定合同性质究竟是买卖还是赠与。当然，如果是不同文本所使用词句不一致，合同性质是一样的，则不存在性质的差异问题。

二是根据合同目的进行解释。所谓根据合同目的进行解释，是指在文本出现不一致的情况下，应当结合合同目的确定词句的真实含义。解释合同应当首先判断当事人的目的。当事人订立合同都是要追求一定的目的，目的解释在合同解释中具有重要地位。^[40]合同订立的目的是当事人从事交易行为所希望达到的目的，合同本身也不过是当事人实现其目的的手段。在这种方法中，解释者需要探究当事人的目的。例如，在多种文字的原材料买卖的合同文本中对买卖的标的物使用了不一致的表述时，就可以结合当事人订约的目的是希望用于从事何种产品的生产，来确定当事人真实的购买意愿。

三是依据诚实信用原则进行解释。解释合同应依据诚实信用原则。诚实信用原则是合同法中的一项极为重要的原则。这就是说，如果当事人在合同中缺乏约定或者条款本身不明确，则应当按照一个诚实守信的人所应当做出的理智的选择进行解释。也就是说，法官要考虑一个合理的诚实守信的商人，在此情况下应当如何做出履行，或者说应当如何做出意思表示，以此来填补合同的漏洞。

四是整体解释。这就是说，要结合交易当事人的订约背景、相关资料以及交易习惯等进行整体解释。例如，在上述争议解决方式的争议中，就可以参看以往双方的交易中选择了何种争议解决方式，对于仲裁机构的选择一般表述为具体仲裁机构，还是只抽象选择争议解决方式，从而展开解释。

如果合同是由信笺、电报甚至备忘录等构成的，在确定某一条款的意思构成时，应当将这些材料作为一个整体进行解释。例如，当事人在合同中约定，备忘录和附件作为合同组成部分，当事人在附件中都已经签字，在备忘录中只有一方签字，而另一方没有签字，在发生争议以后，未签字的一方提出，其不同意备忘录的内容，已经签字的一方则认为对方实际上已经接受备忘录的条件。笔者认为，既然当事人在合同中已经约定备忘录和附件作为合同组成部分，那么，无论当事人是否在备忘录上签字，都可以认为备忘录已经成为合同的内容，并对当事人产生了拘束力。整体解释要求合同解释不能局限于合同的字面含义，也不应当仅仅考虑合同的条款，更不能将合同的只言片语作为当事人的真实意图，断章取义。

当事人在订立合同时所使用的文字词句可能有所不当，未能将其真实意思表达清楚，或合同未能明确各自的权利义务关系，使合同难以正确履行，从而发生纠纷。此时，法院或仲裁机构主要应当依据除诚实信用以外的其他规则，考虑各种因素（如合同的性质和目的、合同签订地的习惯等）以探求当事人的真实意思，并正确地解释合同，从而辨明是非，确定责任。尤其应当看到，依据诚实信用原则来解释合同过于抽象，给予法官过大的自由裁量权，因此，对该解释方法应当严格限制，防止被滥用。所以，笔者认为，我国《民法典》第466条第2款在确立合同解释的规则时，将诚信原则放在最后，也表明了立法者的意图在于，诚信原则只能是在其他规则不能适用时，才能加以运用。

第四百六十七条

本法或者其他法律没有明文规定的合同，适用本编通则的规定，并可以参照适用本编或者其他法律最相类似合同的规定。

在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，适用中华人民共和国法律。

本条主旨

本条是关于非典型合同（无名合同）法律适用规则的规定。

相关条文

《合同法》第124条 本法分则或者其他法律没有明文规定的合同，适用本法总则的规定，并可以参照本法分则或者其他法律最相类似的规定。

理解与适用

一、非典型合同（无名合同）的法律适用规则概述

根据法律上是否规定了一定合同的名称，可以将合同分为典型合同与非典型合同。典型合同又称为有名合同，是指法律上已经确定了一定的名称及规则的合同。所谓非典型合同又称无名合同，依据《民法典》第467条的规定，是指“本法或者其他法律没有明文规定的合同”，此处的法律未明确规定是指合同编与其他法律均没有明确规定的合同。简单地说，非典型合同就是法律没有明确规定的合同。其他法律是指民法典其他编和民法典之外的特别法两种。其中，民法典其他编有规定的，如人格权编中规定的肖像许可使用合同、物权编规定的建设用地使用权出让合同等，均属于典型合同；特别法有规定的，如《旅游法》规定的旅游合同、保险法规定的保险合同等，也属于典型合同。非典型合同具有如下特点。

第一，它是民法典合同编与其他法律都没有作出规定的合同。非典型合同是法律并未明确规定的合同类型。依其内容构成可分为三类：（1）纯粹的无名合同，又称狭义的非典型合同，即以法律完全无规定的事项为内容的合同，或者说，合同的内容不属于任何典型合同的事项。例如，如瘦身美容、企业咨询等现代新型合同，这些合同

的内容并没有规定在现行法律之中。(2)混合无名合同,即合同中可能同时包含多个典型合同的内容,从而使其难以被归入某个典型合同之中,简言之,即双方当事人互负属于不同类型之主给付义务,学说上也称之为“二重典型契约”或“混血儿契约”^[41]。《欧洲民法草案》第2-1:107条规定,混合合同是指两类或两类以上的有名合同,或者有名合同与无名合同的组合而成的。例如,在租赁房屋时承租人以提供劳务代替交付租金的合同,该合同的内容由不同的有名合同事项构成。再如,一方提供住宿,另一方帮助看管、维护房屋的合同,都属于混合合同。(3)准混合合同,即在一个典型合同中涉及一些法律没有规定的非典型合同的内容。^[42]与混合合同不同,准混合合同仅涉及典型合同与非典型合同的混合,而不涉及多个典型合同内容的混合。这种合同内容一部分属于典型合同,另一部分不属于任何典型合同,如一方提供劳务,另一方提供企业经营咨询服务的合同。此外,还有一种情况是当事人在订立合同时,对民法中的典型合同作相反的特别约定,如买卖合同中当事人双方作出变更风险移转时间的约定等。^[43]这种非典型合同适用法律较为简单,其效力视其变更的条款类型是否属于强行法而定。如果违反了强行法的规定,则应当认定无效。除上述各种类型外,非典型合同还有很多新的形式,这也是交易发展的必然结果。

第二,非典型合同只要不违反法律、行政法规的强制性规定和公序良俗,则原则上都是有效的。我国《民法典》合同编第二分编所规定的19种典型合同,也就是典型契约,包括买卖合同,供用电、水、气、热力合同,赠与合同,借款合同,保证合同,租赁合同,融资租赁,保理合同,承揽合同,建设工程合同,运输合同,技术合同,保管合同,仓储合同,委托合同,物业服务合同,行纪合同,中介合同,合伙合同。除合同编之外,民法典其他编也规定了一些典型合同,如物权编规定的建设用地使用权出让合同、土地承包经营权合同、抵押合同、质押合同等。尤其是,一些特别法也规定了一些合同,如保险法中规定的保险合同,旅游法规定的旅游合同等。这些法律所规定的合同都是典型合同。法律上规定典型合同的主要意义在于:规范合同关系的内容,帮助当事人正确订约。对于典型合同的内容,法律通常设有一些规定,但这些规定大多为任意性规范,当事人可以通过其约定改变法律的规定。也就是说,法律关于典型合同内容的规定主要是要规范合同的内容,以任意性的规定弥补当事人约定的不足。除了合同的必要条款必须由当事人约定以外,对于其他非必要条款,如履行时间、履行地点、危险负担等方面的问题,如果当事人未作出约定,则可以适用法律关于典型合同的规定。可见,典型合同的规则并非要代替当事人订立合同,而是为了辅助当事人完善合同的内容。

原则上说，合同法并不禁止当事人订立非典型合同。合同法关于典型合同的规定，并不是代替当事人订立合同，也不是要求当事人必须按照典型合同的规定来订立合同，只是在当事人在合同中没有特别约定或者约定不明确的情况下，才适用合同法的规则。按照合同自由原则，当事人完全可以在合同中约定各种非典型合同，只要当事人的约定不违反法律法规的强制性规定和社会公共利益，合同法就应当承认其效力。在这一点上，合同法与物权法中的物权法定原则是不同的。物权法对物权的类型采取“物权法定主义”，如果当事人设立某项权利不符合物权法规定的类型，则不能形成为物权；但合同法完全允许当事人在法律规定的典型合同之外，确立各种非典型合同，这是合同自由的固有含义。“此为民法一面采契约自由原则，一面又列举典型契约的产物，盖社会生活变化万端，交易活动日益复杂，当事人不能不在法定契约类型之外，另创设新型态的契约，以满足不同之需要。”^[44]法律规定非典型合同，实际上为当事人自由创设各种合同形式、从事各类交易提供了广泛的活动空间，也使各种合法的交易即使没有被法律规定为典型合同，也能够获得法律的保护。

第三，民法典合同编也为非典型合同的法律适用设置了相应的规则。非典型合同虽然不是法律明确规定的合同，但并非没有法律适用的依据。《民法典》第467条第1款规定：“本法或者其他法律没有明文规定的合同，适用本编通则的规定，并可以参照适用本编或者其他法律最相类似合同的规定。”这实际上是设定了非典型合同法律适用的规则。

二、非典型合同的法律适用

依据《民法典》第467条的规定，非典型合同可以适用或参照适用三种规定。一是合同编通则的规定；二是合同编关于典型合同的规定，即适用合同编分则的规定；三是其他法律最相类似合同的规定。例如，货物的互易合同可以参照买卖合同的规定，以提供劳务换取旅游服务的合同则可以适用《旅游法》中关于旅游合同的规定。需要注意的是，本条延续了《合同法》第124条的规则，并未就这三种法源的适用顺序进行规定。

（一）非典型合同适用合同编通则的规定

由于交易关系与当事人合意内容的复杂性，出现非典型合同是在所难免的，非典型合同产生以后，经过一定的发展阶段，其基本内容和特点已经形成，则可以由合同法予以规范，使之成为典型合同。典型合同与非典型合同的区分意义主要在于两者适用的法律规则不同。依据本条规定，要求适用合同编通则的规定。例如，非典型合同的订

立同样需要遵循合同编通则关于合同订立的规则，并可以参照适用合同编典型合同或其他法律最相似合同的规定，因为一方面，合同编通则是关于所有合同的一般规则，既可以适用于典型合同，也可以适用于非典型合同，其本身的适用范围涵盖了所有合同类型。合同编通则中的具体原则的规定，应当是在分则中普遍适用的。虽然按照特别法优于普通法的规则，应当先适用分则的内容，但如果当事人之间的约定不属于分则中规定的典型合同，则应当适用总则中的规定。^[45]另一方面，非典型合同大都与合同编中的典型合同不相同，难以完全适用典型合同的规则。虽然一些非典型合同与典型合同类似，但由于一些典型合同的规则是针对特定的交易而规定的，因此一些非典型契约也不能够完全适用与其类似的典型合同的规则。例如，在股权转让的合同中，当事人可以约定分期付款，此时，是否可以适用分期付款买卖的相关规定呢？《民法典》第634条第1款规定：“分期付款的买受人未支付到期价款的数额达到全部价款的五分之一的，出卖人可以请求买受人支付全部价款或者解除合同。”最高人民法院发布的指导案例67号裁判要点认为，分期付款股权转让人解除合同的，不适用《合同法》第167条有关解除合同的规定，理由是分期付款股权转让合同不同于以消费为目的的分期付款买卖合同，《合同法》第167条的立法仅应适用于以消费为目的的买卖合同，而在股权转让中，并无消费存在，因此不应当适用《合同法》第167条的规则。^[46]虽然这一指导性案例引发了一定的争议，但对于非典型合同能否适用类似典型合同的规则，必须结合典型合同的立法目的进行考量，如果不符合典型合同的立法目的，还是应当适用合同编通则的规定。

（二）非典型合同可以参照适用合同编典型合同或者其他法律最相类似合同的规定

对于纯粹的非典型合同，应适用合同编通则与民法典总则的规定；对于混合合同和准混合合同的法律适用，在理论上存在争议，大致有吸收主义、结合主义和类推适用主义等三种学说。

1.吸收说。该学说认为，应当将混合合同的构成部分区分为主要部分和非主要部分，而适用主要部分的典型（或非典型）合同的规定，非主要部分被主要部分吸收。按照吸收说的观点，混合合同的构成要素应当区分为主要构成部分与非主要构成部分，以主要构成部分吸收非主要构成部分，以主要构成部分应适用的法律规范调整该非典型合同。古代罗马法不承认契约自由，因此采纳吸收主义。但吸收主义存在两种成分难以明确区别，且吸收适用的方式有悖于当事人订立合同的真正目的等弊端。

2.结合说。结合主义又称分解主义，它是指分解混合合同的各项

款分析其构成，结合起来统一适用，系统地发现其法律效果。按照结合说，应当分解混合合同的构成部分而适用各该部分的典型合同规定，并按照当事人的可以推知的意思来调和它们的分歧，统一适用。当然，在实践中将合同各部分机械相加，分别适用法律规则，可能会违背当事人真实的缔约意图。

3.类推适用说。该学说认为，法律对混合合同既然没有加以规定，则应当就混合合同的各个构成部分类推适用法律对各典型合同所作的规定，并斟酌当事人缔约真实目的予以调整。^[47]依据《民法典》第467条规定，“本法或者其他法律没有明文规定的合同，适用本编通则的规定，并可以参照适用本编或者其他法律最相类似合同的规定”。即使对于混合合同和准混合合同，首先也仍然要适用合同编通则的规定，并可以参照适用本编典型合同或者其他法律最相类似合同的规定。对于非典型合同来说，因其内容可能涉及典型合同的某些规则，所以，应当比照类似的典型合同的规则，参照合同的经济目的及当事人的意思等进行处理。

在合同法上，典型合同与非典型合同的区分意义主要在于，两者适用的法律规则不同。对于典型合同应当直接适用合同法的规定，非典型合同无法直接适用法律的规定。这就是说，在难以适用通则的规定，且无法判断属于哪一类典型契约时，可以根据合同的相关内容，将其归入特定的典型合同的类型，参照某一类典型合同的规定适用。典型合同是民法典合同编所提供的合同样板。对于非典型合同来说，因其内容可能涉及典型合同的某些规则，所以应当比照类似的典型合同的规则，参照合同的经济目的及当事人的意思等进行处理。例如，旅游合同包含了运输合同、服务合同、房屋租赁合同等多项典型合同的内容，因此可以类推适用这些典型合同的规则。

《民法典》第467条中所说的“最相类似合同”的规定，是指从合同的性质来看，待决案件中的合同与分则中某典型合同具有最相类似的特点。问题在于，此时究竟应当优先适用通则的规定，还是优先参照典型合同中的相关规定？笔者认为，在此情形下，主要应当考虑，哪个规则与案件中的事实具有最密切的联系，联系越密切，就越应当适用。例如，对于一般的债务承担，依据合同编通则的规定，需要债权人原债务人达成协议。如果相关争议涉及债务承担规则，则应当适用合同编通则的规定。再如，就旅游合同而言，依据《旅游法》第63条的规定，该协议必须采用书面形式，该条规定显然变更了合同编通则关于形式要件的一般规则。因此，如果某非典型合同与旅游合同最为类似，则应当优先适用该规则。

《民法典》第467条规定相较于《合同法》而言，将参照适用的

规则局限于本编典型合同以及其他法律最相似合同的规定。这是由于合同编分则的内容较为庞杂，除规定了典型合同外，还包括了准合同一章，立法者在此排除了非典型契约适用准合同的规则。此处的“其他法律最相类似合同的规定”是指法律，尤其是特别法的规定，如《旅游法》中旅游合同的规定，《保险法》中的保险合同的规定，《海商法》中海上货物运输合同的规定等。

三、涉外合同的法律适用

《民法典》第467条第2款规定：“在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，适用中华人民共和国法律。”依据该条规定，在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同约定适用中国法律，这就是说，即使这些合同是在国外订立的，只要合同在中国履行，就要适用中国法律。原因在于：一方面，依据相关的法律法规，订立中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，依据相关法律法规规定，需要办理审批手续，如果不适用中国法律，有关审批的规定就会被规避、形同虚设了。另一方面，订立中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同常常要设立中国法人，且中外合作勘探开发自然资源合同等也可能涉及国家安全等利益，因此，应当适用中国法律。依据该款规定，当事人不得通过合同约定排除中国法律的适用。

第四百六十八条

非因合同产生的债权债务关系，适用有关该债权债务关系的法律规定；没有规定的，适用本编通则的有关规定，但是根据其性质不能适用的除外。

本条主旨

本条是关于非因合同产生的债权债务关系法律适用规则的规定。

相关条文

无

本条扩张了合同编通则的适用范围，使得合同编通则不仅仅在合同编发挥作用，同时发挥债法总则的功能。

一、非合同之债适用有关该债权债务关系的法律规定

所谓非合同之债，又称为法定之债，是指因法律规定而在当事人之间产生的债权债务关系，其主要包括不当得利之债、无因管理之债、侵权损害赔偿之债等。由于我国民法典没有设置债法总则，为妥当规定各类法定之债（如不当得利、无因管理等）的规则，合同编借鉴英美法和法国法上“准合同”的概念，单设第三分编，对各类法定之债的规则作出规定，并将其置于合同编最后。所谓准合同，是指类似于合同的债的关系。^[48]准合同的概念起源于罗马法，盖尤斯认为，不当得利、无因管理也在一定程度上体现了当事人的意思，因此是类似于合同的债的关系^[49]，这一观点后来被法国法和英美法所吸收。由于合同编中设置了准合同一章，因此，不当得利、无因管理的相关规则也纳入合同编中调整。此外，《民法典》第499条规定的悬赏广告，作为单方行为受到合同编通则的调整。合同编要发挥债法总则的功能，就必须在一般规定中对非因合同产生的债权债务规则进行规定。

依据《民法典》第468条的规定，非因合同产生的债权债务关系，如不当得利、无因管理首要适用准合同的规定，侵权之债首先要适用有关该债权债务的法律规定。这就是说，不当得利、无因管理首要适用准合同的规则，悬赏广告首先要适用《民法典》第499条的规定，侵权损害赔偿之债要适用侵权责任编的规定。例如，违反安全保障义务的行为作为侵权责任中的特殊侵权形态，首先适用侵权责任编关于违反安全保障义务的责任，但如果当事人之间就安全保障义务的内容事先作出了约定，一方违反该约定后如何确定违约责任，由于侵权责任编没有具体规定，则可以适用合同编的相关规定。之所以要适用特别法律的规定，一方面是因为，这些债的关系是法定之债，与合同之债这种意定之债不同。例如，不当得利、无因管理虽然与合同类似，但并非合同关系。另一方面，不当得利、无因管理等经过法律的发展，已经形成了自身特殊的规则，应当优先适用其自身特殊的规则。还应当看到，不当得利、无因管理等虽然放在准合同部分，但与合同编通则相比，其也属于特别规定，应当优先适用。再如，错误给付等准合同之债，也要先适用合同编关于不当得利的规定，只有在没有特别规定时，才能适用合同编通则的规定。

二、如果没有特别规定，非合同之债适用合同编通则的规定

严格地说，非因合同产生的债权债务关系一般不涉及典型合同的相关规则，因为其并非因为合同产生，也没有以具体合同关系为前提，如果存在基础合同关系就不再属于非因合同产生的债权债务，因此合同编典型合同的规定原则上并不能适用于非因合同产生的债权债务关系。但是，在没有特别规定的情形下，依据本条规定，也可以适用合同编的规定，主要理由在于：一方面，非合同之债中的一些类型与合同关系十分密切，类似于合同关系。例如，在无因管理中，无因管理与委托合同关系密切，内容都是在管理他人事务。因此，关于无因管理的规则可能要适用委托合同的规定，正是基于这一原因，《民法典》第984条规定：“管理人管理事务经受益人事后追认的，从管理事务开始时起，适用委托合同的有关规定，但是管理人另有意思表示的除外。”除这种情况外，非因合同产生的债权债务关系一般不涉及有名合同规则的问题。另一方面，即便是在侵权责任编中，有些债的关系也涉及债的履行、保全等债的共通性规则的适用，而从我国民法典合同编的规定来看，这些债的一般性规则是规定在合同编通则之中的，因此，非合同之债也有适用合同编通则规定的可能。例如，侵权损害赔偿之债也可能有抵销、清偿抵充、保全甚至特定情形下的转让等问题，由于侵权损害赔偿在性质上仍然属于一种债的关系，只不过是因侵权行为产生，在发生抵销、清偿抵充、保全、甚至转让等问题时，也应当可以准用合同编通则的规则。《民法典》第468条为侵权损害赔偿之债适用债的一般规则提供了法律依据。

合同编通则中可以适用于非法定之债的规则，在《民法典》的规定中存在一定的标志。如果条文中使用的是“债”“债权”或者“债务”，这意味着该条文能够适用于所有的债。但如果条文中适用的是“合同”、“合同的权利”或者“合同的义务”，这意味着该条文仅能够适用于合同之债。

合同编通则中的规定有大量的可以适用于所有债之关系的规则，主要包括如下几类。

1.关于债的履行规则。债的履行规则也可以适用于非因合同发生的债，具体而言体现在：一是《民法典》第509条关于合同履行的原则，不仅仅是针对合同之债而言的，同样针对非合同之债，这些债的履行也要遵循这些原则。二是关于履行地点、履行期限等的确定，在债没有规定时，同样可以适用民法典第511条的规定。例如，《民法典》第514条规定了金钱之债的履行地点，对于非因合同发生的债之关系，以金钱给付为内容的，也同样应当适用这一规定。三是关于选择之债的规定。选择之债并不一定都是基于合同关系才可以发生的。例如，在总则编第171条第3款关于无权代理的规定中，善意第三人与

无权代理人之间并不存在合同关系，但是善意相对人可以选择主张由无权代理人履行合同或请求损害赔偿，这便构成了非因合同而产生的选择之债。此时，同样应当适用合同编第515、516条的规定。四是金钱之债、多数人之债等的规定，在大陆法系的民法典中一直是债法总则的重要组成部分。例如，只要是债权人或债务人的一方是多数人，无论形成的原因为何，便可以成立多数人之债，应当适用多数人之债的规则。合同编对于连带债权、连带债务、按份债权、按份债务均设置了完整的规则，因此第517-521条的规则在侵权之债、不当得利之债、无因管理之债中均有适用的余地。五是向第三人履行规则（第522条）、由第三人履行规则（第523条）、第三人代为履行规则（第524条）、债务人提前履行债务（第530条）、债务人部分履行债务（第531条）等，都可以适用于非合同之债。

2.关于合同的保全规定。在合同编第五章合同的保全中，采用了债权、债务、债权人、债务人的表述，表明该章的规则完全可以适用于非合同之债。因此，债权人对债务人的债权不以合同债权为限，无论是侵权之债的债权人还是不当得利、无因管理之债的债权人均可以行使第535-542条所规定的债权人的代位权和撤销权，甚至依据第536条的规定，在债权人的债权到期之前在满足特定条件的情况下也可以行使代位权。

3.关于合同的变更和移转规则。一方面，在非合同之债中，也可能发生双方通过协商达成和解、变更债的内容，因此，可以适用合同变更的规则。另一方面，在发生债权让与、债务承担、债权债务概括移转的场合，无论这些债权债务是因为当事人的合意或单方允诺发生，还是因为法律的规定发生，都应当适用第543-556条的规定。当然，依据法律规定或者债的性质不能适用的，应当予以排除。例如，一般认为基于人身损害的侵权损害赔偿之债，不具有可让与性，不能适用合同移转的规则。

4.关于合同的权利义务终止规则。《民法典》第557条区分合同解除（第2款）与其他债的终止（第1款）分别作出规定，尤其是在非合同之债的终止规则都以债权债务表述，表明除了合同解除的规则不能适用于非合同之债以外，其他债的终止规则都可以适用于非合同之债。依据第557条的规定，清偿、抵销、提存、免除、混同均可能导致债权债务的终止。这些规则的适用均不以合同之债为限，对于非因合同产生的债权债务关系同样可能因为上述事由而消灭。这主要包括第560条和第561条规定的清偿抵充的规则，第568、569条规定的抵销的规则，第570-574条规定的提存的规则以及第575-576条规定的债的免除的规则。当然，在非合同之债中适用合同终止规则时，必须

确定依据非因合同发生的债之关系的性质能否适用相应规范。例如，一般认为对于故意侵权产生的损害赔偿之债，不能适用抵销的规则。

5.关于违约责任规定。一般认为，合同编第八章违约责任的规定仅仅适用于合同关系，但实际上，该章中有些规则也可以适用于非合同之债。例如，关于债权人受领迟延（第589条）、防止损失扩大义务（第591条）、过失相抵（第592条）等，也可以适用于非合同之债。

需要注意的是，依据本条规定，非因合同产生的债权债务关系，如不当得利、无因管理首要适用准合同的规定，侵权之债首先要适用有关该债权债务的法律规定。如果没有特别规定，非合同之债适用合同编通则的规定。这就是说，不当得利、无因管理首先要适用准合同的规则，悬赏广告首先要适用《民法典》第499条的规定，侵权损害赔偿之债首先要适用侵权责任编的规定。例如，违反安全保障义务的行为作为侵权责任中的特殊侵权形态，首先适用侵权责任编关于违反安全保障义务的责任，但如果当事人之间就安全保障义务的内容事先作出了约定，一方违反该约定后如何确定违约责任，由于侵权责任编没有具体规定，则可以适用合同编的相关规定。之所以要适用特别法律的规定，一方面是因为，这些债的关系是法定之债，与合同之债这种意定之债不同。例如，不当得利、无因管理虽然与合同类似，但并非合同关系。另一方面，不当得利、无因管理等经过法律的发展，已经形成了自身特殊的规则，应当优先适用其自身特殊的规则。还应当看到，不当得利、无因管理等虽然放在准合同部分，但与合同编通则相比，其也属于特别规定，应当优先适用。只有在没有特别规定时，才能适用合同编通则的规定。

《民法典》第468条规定是否会导致法律规则的“双重适用”？此种援引本身也是法典化所要求的。民法的法典化实际上就是体系化，民法典的重要目的就是要形成完善的体系架构，为法官处理民事案件提供完备的规范体系。这就决定了在民法典各编中会出现大量的引致条款，这些条款最大限度地保证了立法的简洁。据粗略统计，《民法典》中有49个引致条文，引致条款的出现意味着法官不能只援引一个条款，完全否定双重引用，否定引致条款的作用，将增加大量本不必要的规范，与实现法典体系化的目标是相互矛盾的。还要看到，法典化的另一优势在于为法官裁判提供具有体系性的规范，任何一个民事案件的裁判，都需要从民法典规范中寻求裁判依据，进行体系性的思考，这种引导作用正是法典化的优势。因此，在具体个案的裁判中，法官援用多个条款裁判是很常见的现象。还要看到，纵观整个《民法典》，其中包含有大量的不完全规范，需要结合其他条款适用。这些

不完全规范或说明、或限制、或引致、或解释、或推定，功能不一而足，绝非仅仅是“提示”。这些不完全规范的性质就决定了其必须与其他规范共同适用。^[50]德国民法学者扬·沙普就认为，请求权基础规范和辅助性规范应当结合使用。因为在《德国民法典》中，请求权规范的数量远少于辅助性规范的数量，在《德国民法典》的前三编中，只有50至60条请求权规范具有重要意义，几乎所有并非请求权规范的制定法规范都是请求权规范的辅助性规范，这些辅助性规范的数量是非常巨大的，包括补充构成要件的辅助性规范、补充法律效果的辅助性规范和反对规范（如抗辩权规范）。法官将大量的辅助性规范组合而成所谓的请求权前提（Anspruchshypothese）。

三、依非合同之债的性质不能适用合同编通则的除外

依据《民法典》第468条规定，“非因合同产生的债权债务关系，适用有关该债权债务关系的法律规定；没有规定的，适用本编通则的有关规定，但是根据其性质不能适用的除外”，这就需要根据非因合同产生的债权债务关系性质确定能否适用合同编通则的规定，即有必要对非因合同产生的债权债务进行区分，依据其性质来确定能否适用合同编通则。所谓依据其性质来确定，也就是说，依据非合同之债产生的特定的债权债务关系与合同的相关规则和性质是冲突的，存在本质差异，因此，不能适用合同编通则的规定。例如，关于侵权法中有关侵害生命权、健康权的法定损害赔偿，其赔偿范围、赔偿项目等是法律明确规定的，不能适用合同编通则关于损害赔偿的规定。当然，依据其性质与合同编规则并不矛盾和冲突的规则，则可以适用。

对有些债的关系而言，需要区分其债的内容而分别确定其能否适用合同编通则的规定，如果其内容属于债的一般规则，则通常可以适用合同编通则的规定，但如果其属于其特有规则，不适用债的一般规则，则无法适用合同编通则的规定。例如，就共同侵权而产生的债的关系而言，其责任构成是法定的，但行为人的对外连带责任、对内份额等具体规则，则可以适用合同编通则的规定。

注释：

[1]马克思恩格斯全集：第19卷.北京：人民出版社，1963：423.

[2]顾昂然.关于《中华人民共和国合同法（草案）》的说明.（1999年3月9日在第九届全国人民代表大会第二次会议上）.

[3]参见《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》第1条。

[4]顾昂然.关于《中华人民共和国合同法（草案）》的说明.（1999年3月9日在第

九届全国人民代表大会第二次会议上)。

[5]王家福,等.合同法.北京:中国社会科学出版社,1996:1.

[6]阿蒂亚.合同法概论.程正康,译.北京:法律出版社,1980:3.

[7]沈达明.英美合同法引论.北京:对外贸易教育出版社,1993:88.

[8]Marc Stauch.The Law of Medical Negligence in England and Germany: A Comparative Analys.Hart Publishing, 2008: 7.

[9]朱广新.合同法总则.北京:中国人民大学出版社,2012:17.

[10]罗伯特·考特,等.法和经济学.张军,等译.上海:上海三联书店,1994:314.

[11]《法国民法典》第1134条规定:“依法成立的契约,在缔结契约的当事人间有相当于法律的效力。”

[12]何宝玉.英国合同法.北京:中国政法大学出版社,1999:51.

[13][日]吉田克己.现代市民社会的民法学.东京:日本评论社,2008:14.

[14][日]吉田克己.现代市民社会的民法学.东京:日本评论社,2008:11.

[15]据学者考证,“Contractus”一词由“con”和“tractus”两部分组成。“con”由“cum”转化而来,有“共”的意思,“tractus”有交易的意思。因此,合同的本义为“共相交易”。王家福.中国民法学·民法债权.北京:法律出版社,1991:286.

[16]周林彬.比较合同法.兰州:兰州大学出版社,1989:79.

[17]叶孝信.中国民法史.上海:上海人民出版社,1993:62.

[18]“质剂”一词最初见于《周礼·天官·小宰》:“听买卖以质剂”,“质剂”是中国最古老的买卖契约。所谓“质剂”,就是“两书一札同而别之者,谓前后作二券,中央破之,两家各得其一”(贾公彦《疏》)。合在一起,称为“合同”。古代契约还有另外一种形式,称为“傅别”。据《周礼·天官·小宰》记载,“听称责以傅别”。这是古代最早的借贷契约。此种契约形式是指在竹木简上书写双方协议内容,然后在简中间剖开,双方各执一半,要“合券”才能读通,而“合券”实际上就是合同。

[19]当然,从法律上看,合同和契约也是存在区别的:契约常常指双方法律行为,而且强调双方意思表示的对立性;而合同主要指多方法律行为,其主要强调各方意思表示方向的一致性。

[20]梁慧星.民法学说判例与立法研究.北京:中国政法大学出版社,1993:242-243.

[21]孙鹏.合同法热点问题研究.北京：群众出版社，2001：72.

[22]王雷.婚姻、收养、监护等有关身份关系协议的法律适用问题——《合同法》第2条第2款的解释论.广东社会科学，2017（6）.

[23]在司法实践中，《婚姻法司法解释三》第6条也肯定了夫妻间赠与可以适用《合同法》的规定。

[24]史尚宽.民法总论.北京：中国政法大学出版社，2000：51.

[25]赵德铭.合同成立与合同效力辨.法律科学，1994（3）.

[26]苏惠祥.中国当代合同法论.长春：吉林大学出版社，1992：67.

[27]章戈.论债的效力.法学研究，1990（5）.

[28]Vgl. MüKoBGB/Gottwald，8.Aufl. 2019，BGB § 328 Rn. 1.

[29]崔建远.合同法.6版.北京：法律出版社，2016：352.

[30]Lon Fuller. Consideration and Form.41 Colum.L.Rev.799（1941）；Duncan Kennedy.Form and Substance in Private Law Adjudication.89 Harv.L.Rev.1685（1976）.

[31] [葡]平托.民法总论.中译本.法律翻译办公室，澳门大学法学院，1999：254.

[32]Reinhard Bork，Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs，2.Auf.，Rn.545ff，S.203ff.

[33]郑玉波.法谚（一）.北京：法律出版社，2007：310.

[34]王泽鉴.债法原理：第一册.北京：中国政法大学出版社，1999：213.

[35]James A.Holland & JuLians，Webb. *Learning Legal Rules*，Oxford University Press，2006：242.

[36]张玉卿.国际商事合同通则2004.北京：中国商务出版社，2005：311.

[37]Farnsworth.*Contracts*.Second Edition，Little，Brown and Company，1990：513.

[38]最高人民法院（2009）民提字第137号民事判决书。

[39]张广兴，等.合同法总则：下.北京：法律出版社，1999：246.

[40]Farnsworth.Contracts.Second Edition.Little , Brown and Company , 1990 : 513.

[41]詹森林.民事法理与判决研究.台北 : 1998 : 121.

[42]周林彬.比较合同法.兰州 : 兰州大学出版社 , 1989 : 127.

[43]周林彬.比较合同法.兰州 : 兰州大学出版社 , 1989 : 120.

[44]王泽鉴.民法债编总论 : 第一册 (基本理论) .北京 : 北京大学出版社 , 2009 : 121.

[45]Tadas Klimas.Comparative Contract Law , A Transsystemic Approach with an Emphasis on the Continental Law Cases , Text and Materials. Carolina Academic Press , 2006 : 639.

[46]参见《最高人民法院关于发布第14批指导性案例的通知》 (法[2016]311号) 。

[47]王泽鉴.债法原理 : 第一册.北京 : 中国政法大学出版社 , 1999 : 124.

[48]李世刚.中国债编体系构建中若干基础关系的协调.法学研究 , 2016 (5) .

[49]丁超.论准契约的基本问题//费安玲.学说汇纂 : 第3卷.北京 : 知识产权出版社 , 2011 : 68.

[50][德]扬·沙普.请求权理论.朱虎 , 译//徐国栋.罗马法与现代民法 : 第9卷.厦门 : 厦门大学出版社 , 2016.

第二章 合同的订立

第四百六十九条

当事人订立合同，可以采用书面形式、口头形式或者其他形式。

书面形式是合同书、信件、电报、电传、传真等可以有形地表现所载内容的形式。

以电子数据交换、电子邮件等方式能够有形地表现所载内容，并可以随时调取查用的数据电文，视为书面形式。

本条主旨

本条是关于合同形式的规定。

相关条文

《合同法》第10条 当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。法律、行政法规规定采用书面形式的，应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的，应当采用书面形式。

《合同法》第11条 书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。

《买卖合同司法解释》第4条 人民法院在按照合同法的规定认定电子交易合同的成立及效力的同时，还应当适用电子签名法的相关规定。

《电子签名法》第4条 能够有形地表现所载内容，并可以随时调取查用的数据电文，视为符合法律、法规要求的书面形式。

第5条 符合下列条件的数据电文，视为满足法律、法规规定的原件形式要求：

（一）能够有效地表现所载内容并可供随时调取查用；

(二)能够可靠地保证自最终形成时起,内容保持完整、未被更改。但是,在数据电文上增加背书以及数据交换、储存和显示过程中发生的形式变化不影响数据电文的完整性。

《公司法》第148条 董事、高级管理人员不得有下列行为:

.....

(四)违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意,与本公司订立合同或者进行交易;

.....

《旅游法》第57条 旅行社组织和安排旅游活动,应当与旅游者订立合同。

《电子商务法》第50条 电子商务经营者应当清晰、全面、明确地告知用户订立合同的步骤、注意事项、下载方法等事项,并保证用户能够便利、完整地阅览和下载。

《保险法》第17条 对保险合同中免除保险人责任的条款,保险人在订立合同时应当在投保单、保险单或者其他保险凭证上作出足以引起投保人注意的提示,并对该条款的内容以书面或者口头形式向投保人作出明确说明;未作提示或者明确说明的,该条款不产生效力。

《民法总则》第135条 民事法律行为可以采用书面形式、口头形式或者其他形式;法律、行政法规规定或者当事人约定采用特定形式的,应当采用特定形式。

《民法通则》第56条 民事法律行为可以采用书面形式、口头形式或者其他形式。法律规定用特定形式的,应当依照法律规定。

《合同法司法解释二》第1条 当事人对合同是否成立存在争议,人民法院能够确定当事人名称或者姓名、标的和数量的,一般应当认定合同成立。但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

对合同欠缺的前款规定以外的其他内容,当事人达不成协议的,人民法院依照合同法第六十一条、第六十二条、第一百二十五条等有关规定予以确定。

第2条 当事人未以书面形式或者口头形式订立合同,但从双方从事的民事行为能够推定双方有订立合同意愿的,人民法院可以认定是

以合同法第十条第一款中的“其他形式”订立的合同。但法律另有规定的除外。

理解与适用

一、当事人订立合同，可以采用书面形式、口头形式或者其他形式

本条是关于合同形式的规定。所谓合同的形式，又称合同的方式，它是当事人的合意所采取的方式。合同的形式是合同内容的表现方式，与合同的内容密不可分。从哲学上看，形式是内容的外在表现，任何形式都是为了表达一定的内容，是内容的载体。同样，合同的形式是合同法律关系的外在表现形式。合同是一种法律关系，它可以有多种表现形式，其既可以体现为书面形式，也可以是口头形式或者其他形式。在某些情况下，合同是否具备特定的形式对于判断当事人之间是否存在合同关系，以及确定合同的具体内容等，均具有重要意义。在法律对合同形式作出明确规定的情形下，合同欠缺法定形式可能导致合同不成立或者无效。如果当事人采用口头形式，但事后无法证明当事人已经就合同的主要条款达成合意，此时也可能导致合同不能成立。

在合同的形式选择方面，各国普遍从合同自由原则出发，采纳了可由当事人自由选择合同形式的原则，因此，在合同形式方面，提出采纳了以非要式为原则，以要式为例外的立法模式，该原则被许多国际示范法所广泛认可。^[1]我国《民法典》第469条第1款规定：“当事人订立合同，可以采用书面形式、口头形式或者其他形式。”此处使用“可以采用”的表述，表明当事人可以依法自主选择合同的形式，这也是合同自由原则的具体体现。但是，对一些特殊类型的交易而言，法律规定了书面形式的要求。我国民法典合同编对许多合同都规定了书面形式，例如，对保证合同（第685条）、租赁期限在6个月以上的租赁合同（第707条）、融资租赁合同（第736条）、保理合同（第762条）、建设工程合同（第789条）、建设工程委托监理合同（第796条）、技术开发合同（第851条）以及技术转让合同、技术许可合同（第863条）等，均规定了应当采用书面形式。除民法典合同编以外，其他法律、法规也对合同的书面形式作出了规定。^[2]但法律、行政法规规定某种类型的合同必须采用书面形式，即便当事人没有采用书面形式，也不宜简单地一概宣告合同不成立，如果一方当事人履行合同主要义务，对方接受的，合同也可以成立。

依据本条第1款的规定，合同的形式主要可以分为书面形式、口头形式和其他形式。

（一）书面形式

所谓书面形式，是指以文字等有形的表现形式订立合同的形式。根据本条第2款的规定，“书面形式是合同书、信件、电报、电传、传真等可以有形地表现所载内容的形式”。书面形式的主要优点在于，它能够通过文字凭据确定当事人之间的权利义务，既有利于当事人依据该文字凭据作出履行，也有利于在发生纠纷时有据可查，准确地确定当事人的权利义务和责任，从而能够合理公正地解决纠纷。书面形式主要起到证明合同关系存在的作用，有书面形式存在，就能够有效地证明合同关系的存在，并且通常也能证明合同的内容，尤其是作为书面形式的合同书，更能够有效地证明合同关系。但合同并不等于合同书，没有书面形式并不意味着当事人间并不存在合同关系，也不一定表明当事人无法通过其他形式证明合同关系的存在以及合同的内容，所以不能将合同书等书面形式等同于合同关系。在不存在书面形式的情况下，一方当事人要主张合同关系存在，其应当证明双方已经就合同关系的成立达成合意。可见，合同的形式原则上具有证据的效力。

依据本条规定，当事人订立合同，可以选择书面形式、口头形式或者其他形式。这就是说，当事人可以自由约定是否采用书面形式，但如果法律有特别规定和当事人在合同中有特别约定需要采用书面形式的，则应当采用书面形式。书面形式的主要优点如下。

第一，保存证据功能，即认为书面形式的主要作用是保存证据。书面形式的要求有助于当事人在发生纠纷的情况下，依据书面合同确定当事人之间的权利义务，及时解决合同纠纷。口头形式的最大弊病就是发生纠纷后举证困难。书面形式便于法院收集证据、审理案件。当然，如果当事人之间达成书面约定，也有可能发生争议，但是，书面形式的采用将会大大减少争议。^[3]

第二，明确合同内容功能，即通过订立书面合同，可以明确合同内容，避免事后发生争议。毕竟书面合同有据可查，条款清晰，能够进一步明确双方的权利义务关系，有利于督促双方履行合同。

第三，提醒慎重缔约功能，即书面形式的目的主要是提醒当事人在缔约时要慎重。在交易过程中，毕竟当事人交易经验、能力是各不相同的，一些不法行为人也会利用他人缺乏经验和能力等而从事欺诈等行为，尤其是在一些特殊的直接关系到当事人重大利益的合同中，法律要求合同采取书面形式，对督促当事人认真缔约是有利的。德国学者康拉德·茨威格特指出：“那些要求合同遵守特定形式的规则经常与意思表示的严肃性联系在一起。对于某些合同，法律规定必须满足

一些条件，只有满足这些条件的合同才被认为是严肃订立的，才有强制执行力。规定这些条件的目的是为了给不熟悉的人以深思熟虑的机会，才能防止他们遭遇异常情况。”^[4]

第四，保护弱者功能。海因·克茨指出，在合同一方当事人需要特别保护时，现代立法越来越多地要求合同以书面形式订立。在少数案例中，如消费者信贷合同、住房出租、尚未完工之寓所的销售和培训合同等就属于这种情况。由于在这些合同中，消费者订约知识欠缺或缺乏必要的法律知识，而有可能受到欺诈。因此，一些国家要求对这些合同应当采取标准化的示范合同订立。例如，在不动产买卖、房屋租赁等交易领域，要求采取书面形式，国家发布了一些示范合同，该合同明确将一些保护消费者的条款列入其中，而且当事人不得约定排除，其主要目的就是保护消费者，防止对方当事人利用其优势订约地位侵害消费者的合法权益。

第五，防止欺诈功能。书面形式的最大好处是有助于防止欺诈和伪证，因为即便口头合同存在，当事人双方也不否认，但如一方不愿履约，即可依合同不具书面形式为由，拒不履约，这又导致欺诈活动的产生。^[5]所以，采取书面形式可以使一方当事人不受自己的疏忽或对方的欺骗的损害。正如德国学者迪特尔·梅迪库斯所指出的：“形式有利于维护个别的第三人的利益。这些第三人虽然不是有关法律行为的当事人，但这些行为对它们产生效力。”^[6]

但书面形式所具有的上述优点不是绝对的，如就证据效力而言，电子邮件作为一种书面形式，在目前电子邮件的签字问题在技术上没有完全解决之前，它仍然不能作为直接证据采用，也不能作为定案的唯一依据。就传真件而言，其虽然也属于书面形式，但在证据法上无法作为定案的直接依据，因为其被修改和复制的可能性极大。这些证据相对于录音而言，也未必具有更强的证明力。

依据《民法典》第135条规定，“法律、行政法规规定或者当事人约定采用特定形式的，应当采用特定形式”。可见，合同的书面形式可以分为当事人约定的形式和法定形式。一是当事人约定的形式，它是指当事人在合同中明确规定合同必须采用书面形式，如果未采用书面形式，即使当事人之间已达成了口头协议，一般也不能认为合同已经成立。如果当事人约定采用书面形式，应当从当事人达成约定的书面合同之日起，确定合同的成立时间。二是法定的形式，它是指法律和行政法规规定在某种合同关系中应当采用书面形式，如果当事人未采用书面形式，一般认定合同没有成立。例如，《城市房地产管理法》第15条规定：“土地使用权出让，应当签订书面出让合同。”第41条规定：“房地产转让，应当签订书面转让合同，合同中应当载明土

地使用权取得的方式。”这就表明，合同的订立方式既可以由法律规定，也可以由当事人约定。这种规定不是任意性规定，而是强制性规定，当事人违反这些规定而采用口头和其他的形式缔约，可能导致合同不能依法成立和生效。区分法定形式和约定形式的意义主要在于，合同采用某种特定形式的根据不同，如果合同约定了特定的形式，则当事人应当按照合同约定采用特定的形式。例如，当事人约定合同不仅要采用书面形式，而且要办理公证，此时，当事人应当对该书面合同办理公证。

（二）口头形式

口头形式是指当事人通过口头对话的方式订立合同。在社会生活中，口头形式是最普遍采用的合同订立方式，其优点在于简单、便捷。“今天对于我们来说，不言自明的是，合同不应该要求具有任何特定形式，即使是口头合同也是可履行的，这一点已经得到广泛的认可。”^[7]除了即时交易之外，即使是在大规模的交易中，也可能采取口头形式缔约。例如，通过电话预订房间、购买产品等。口头形式实际上是运用语言对话的方式缔约，也就是说当事人只用语言为意思表示表达内容，而不用文字表达协议内容。《民法典》合同编允许当事人采用口头的形式缔约，凡是当事人没有约定或法律没有规定采用何种形式的合同，都可以采取口头形式，当然，如果采取口头形式，在发生争议的情况下，当事人应当负有举证证明合同关系存在和合同关系内容的义务。

口头的形式在实践中也运用得比较广泛，一般对即时结清的买卖服务和消费合同大都要采取口头形式订立，所以在日常生活中经常被使用，其主要优点在于简便易行、快捷迅速，但其固有的缺点是缺乏文字凭据，一旦发生纠纷，也可能使当事人面临不能就合同关系的存在以及合同的内容作出举证的危险。《民法典》合同编允许当事人采取口头形式缔约，既尊重了当事人的合同自由，也有利于鼓励交易。尤其是在现代市场经济条件下，既要求顾及交易安全，同时也要求交易迅速达成，尽可能降低交易成本，因此，在许多情况下允许当事人采用口头形式缔约是完全符合交易的要求的。当然，尽管口头形式具有缺乏文字凭据的缺点，但并非任何口头形式都不如书面形式。例如，对于一些重要的交易，当事人可以采用录音的方式将双方的对话内容录制下来，这也可以成为一种有效的证据，所以在采用口头形式缔约的情况下，并不一定意味着当事人就不能就合同关系的存在和合同的内容进行举证。

值得探讨的是，关于视听资料，如录音录像资料，究竟是口头形式，还是书面形式？一些学者将其归入书面形式的范畴。^[8]另一些学

者认为，它们仍然是口头形式。笔者认为，视听资料仍然是对口头形式的记载，而且其并没有“书写”的特点，因此，归入口头形式更为妥当。所以，即使当事人以视听资料的方式来证明，仍然表明其采取了口头形式。

（三）其他形式

所谓其他形式，是指推定形式，也有学者称为默示形式。推定形式是当事人未用语言、文字表达其意思表示，而是仅用行为向对方发出要约，对方通过一定的行为作出承诺，从而使合同成立。在实践中，当事人在交易过程中通过协商谈判，可能并没有就合同主要条款达成书面合同或者口头协议，但事后一方当事人向对方作出了实际履行（如交付了一定数量的货物），而对方又接受该履行的，可以通过当事人实际履行的行为认定合同已经成立。这种订约方式也被称为通过实际履行的方式订立合同。此种订约方式的特点是，主要通过法律规定认定当事人具有订立合同的效果意思，从而发生法律效力。^[9]从鼓励交易的目的出发，《民法典》合同编第490条对以实际履行方式订约这一合同订立方式作出了规定。根据该条规定，当事人采用合同书形式订立合同时，“在签名、盖章或者按指印之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立”。该条确立了合同不成立的补正规则，从而明确了以实际履行方式订约实际上是书面、口头形式之外的另一种订约形式。当然，以实际履行方式订约，必须是一方履行了主要义务，且另一方必须无条件地接受履行，且并未提出异议。例如，如果一方向另一方交付100吨钢材，另一方只接受50吨，而不接受另外50吨，这意味着当事人可能只是就50吨钢材的买卖作出了承诺，而对于另外50吨钢材则并未达成买卖协议。但如果这100吨钢材的交易是完整的、不可分割的整体，则应当认定合同并未成立，而只能认定受领钢材的一方向对方当事人发出了新的要约。在判断合同成立时，上述两个要件缺一不可。这表明以实际履行方式订约也应当由当事人双方就合同的主要条款完成要约、承诺的过程，即就合同的主要条款形成合意，否则不能产生订立合同的效果。

本条第1款规定了当事人可以以书面和口头形式外的其他形式订约，如以实际履行的方式订约。此外，日常生活中常见的公交车刷卡、自动售货机贩卖等合同订立方式，均难以归入口头或书面形式之中，而可以归入推定形式。在实践中，推定形式大多是指以行为的方式达成合意。也就是说，当事人既没有采用口头形式，也没有采用书面形式缔约，而是通过实际履行主要义务的方式来订约。《合同法司法解释二》第2条的规定即认可了这种推定形式。因此，本款规定了以其他方式订立合同的规则。

二、书面形式是合同书、信件等可以有形地表现所载内容的形式

《民法典》第469条第2款规定：“书面形式是合同书、信件、电报、电传、传真等可以有形地表现所载内容的形式。”如何理解“有形地表现所载内容的形式”？这就是说，一方面，书面形式都应当具有有形的载体，如合同书、信件等，可以有形地展现合同的内容。另一方面，书面形式必须能够记载并表现合同的内容，尤其是此种表现应当是将来可以随时查询的。如果只是暂时地储存而不能随时调取、查询，则不能称之为书面形式。

在交易和科技迅速发展的情况下，书面形式也越来越呈现出多样化的趋向。它包括了合同书、信件以及数据电文等可以有形地表现所载内容的形式。根据《民法典》第469条第3款的规定，“以电子数据交换、电子邮件等方式能够有形地表现所载内容，并可以随时调取查用的数据电文，视为书面形式”。由此可见，书面形式包括如下三种。

1. 合同书

合同书是指载有合同条款且有当事人双方签字或盖章的文书。合同书是最典型的、也是最重要的书面形式。合同书具有如下特点：第一，必须以文字凭据的方式为内容载体，也就是说必须要有某种文字凭据。第二，必须载有合同的条款，否则就不能成为合同。例如，收据等文字凭据尽管也可以证明合同关系的存在，但是该凭据上并未载有合同的条款，因此不是合同书。当然，如果一份合同书载有合同的全部条款或主要条款，则该合同书将可以构成一份完整的合同。如果一份合同书载有一项或者某几项条款，这样该合同书将需要和其他的合同书一起共同组成合同内容。第三，必须要有当事人双方及其代理人的签字、盖章或者按指印。《民法典》第490条第1款第1句规定：“当事人采用合同书形式订立合同的，自当事人均签名、盖章或者按指印时合同成立。”该条强调必须是双方均签字、盖章或者按指印时合同才能成立。因此，如果仅有一方的签字、盖章或者按指印时，则不能视为合同书。如果当事人双方在合同中明确规定必须要采用合同书的形式缔约，那么在书面文件上只有一方的签字或者盖章或者按指印时，不能认为合同已经成立。需要指出的是，该条对于合同书的达成规定只需要有双方的签字、盖章按指印，而不要求双方既签字又盖章，这是有利于鼓励交易、维护当事人利益的。

2. 信件

所谓信件，是指载有合同条款的文书，它是当事人双方书信交往

的文件。合同法中所称的信件不同于一般的书信，其必须载有合同的条款，能够用来作为证明合同关系和合同内容的凭据。但信件又不同于合同书，表现在它不具有双方的签字或盖章，而通常只是有一方的签字或盖章。如果在一个信件上一方签字以后，另一方也在上面签字，则该信件有可能转化为合同书。《民法典》第491条第1款规定：“当事人采用信件、数据电文等形式订立合同要求签订确认书的，签订确认书时合同成立。”所谓签订确认书，实际上是最终作出承诺。由于信件的方式只有一方的签字且信件的内容也毕竟不像合同书那样规范，因而法律允许当事人采用信件缔约时要求签订确认书。但如果当事人采用合同书的形式缔约，则因为签字或盖章后合同已经成立，也不能再要求签订确认书。

3. 电报、电传、传真

电报、电传、传真是典型的书面形式，与本条所规定的“数据电文”和电子邮件是相区分的，“数据电文”主要是指电子数据交换和电子邮件，不包括电报、电传、传真。因为一方面，电报、电传、传真等可以以书面的载体有形地表现所载内容，而电子数据交换和电子邮件不能够以书面的载体有形地表现所载内容。在这一点上，电报、电传、传真与信件并没有本质的区别。另一方面，只有电子数据交换和电子邮件才有可能进入指定数据电文接收系统。而电报、传真、电传只存在收件地址，而不存在指定系统的问题，这显然与“数据电文”的概念不同。

我国有关法律历来将电报、电传、传真作为书面形式而不是视为书面形式。例如，《海商法》第43条规定：“承运人或者托运人可以要求书面确认海上货物运输合同的成立。但是，航次租船合同应当书面订立。电报、电传和传真具有书面效力。”

三、电子数据交换、电子邮件可视为书面形式

依据《民法典》第469条第3款的规定，“以电子数据交换、电子邮件等方式能够有形地表现所载内容，并可以随时调取查用的数据电文，视为书面形式”。该条规定来源于《电子签名法》第4条、第5条：“能够有形地表现所载内容，并可以随时调取查用的数据电文，视为符合法律、法规要求的书面形式。”“符合下列条件的数据电文，视为满足法律、法规规定的原件形式要求：（一）能够有效地表现所载内容并可供随时调取查用；（二）能够可靠地保证自最终形成时起，内容保持完整、未被更改。但是，在数据电文上增加背书以及数据交换、储存和显示过程中发生的形式变化不影响数据电文的完整性。”该规定是借鉴比较法上合同法立法经验的结果，通过数据电文

形式订立的合同通常称为电子合同。将数据电文纳入书面形式范畴，符合世界各国商业发展与立法的趋势，也与国际电子商务的立法与实务相衔接。

本条第3款规定了将电子数据交换、电子邮件等视为书面形式的条件，《合同法》第11条将数据电文直接作为书面形式进行规定，《民法典》合同编改变了这一做法，而单独使用一条对以数据电文方式订立合同进行了规定。合同编之所以作出这种改变，是因为数据电文并不当然属于书面形式，只有符合法律规定的条件（即有形表现和随时调取），才能被视为书面形式。原《合同法》的规定可能导致误解，即凡是采用数据电文形式，均构成书面形式订立的合同，因此，《民法典》的这一规定相较于《合同法》的规定更为科学。本条采用了“视为”的表述，“视为”是法律拟制的手段，即立法者明知不同而视为等同，事实上，数据电文如果满足上述要件，其性质上仍然应当属于书面形式，本条并不应当采用拟制的立法手段。所谓“视为”，是指电子数据交换、电子邮件等方式本身因为不能不能够以书面的载体有形地表现所载内容，所以不属于书面形式，但在满足一定的条件下，法律将其视为书面形式。

本条承认数据电文形式可以作为书面形式，有利于促进电子商务的发展。随着计算机技术的广泛应用，电子商务逐渐成为21世纪贸易往来的重要方式，这也迫切需要创造有利于电子商务发展的法律环境。将电子合同作为书面形式肯定下来，实际上是肯定了这种交易方式的合法性，以及作为证据使用的可能性。尽管这种形式与合同书等书面形式在安全性和完整性上尚有一定的差距，但这一问题可以通过计算机技术的不断改进以及法律制度的不断完善而逐步解决。例如，随着科学技术的发展，电子签字问题将得到解决，从而不断提高其安全性和完整性。^[10]此外，承认电子合同为书面形式，有助于使当事人意识到通过电子合同订约也可产生合同拘束力，因此促使当事人在订立合同时能够仔细考虑，而不至于仓促订约，草率行事。

依据《民法典》第469条第3款的规定，电子数据交换、电子邮件等方式能够被视为书面形式，必须满足如下两个要件。

第一，必须能够有形地表现所载内容。这一要求与联合国国际贸易法委员会《电子商务示范法》的规定存在相似之处，但并不完全相同，因为根据该示范法第6条的规定：“如法律要求信息须采用书面形式，则假若一项数据电文所含信息可以调取以备日后查用，即满足了该项要求。”可见，该规定强调了“信息可以调取以备日后查用”。而我国《民法典》第469条则规定其必须是“可以有形地表现所载内容的形式”，这一要求是必要的。

第二，必须可以随时调取查用。联合国国际贸易法委员会《电子商务示范法》第6条强调了“信息可以调取以备日后查用”。根据联合国国际贸易法委员会的解释，“‘可以调取’是意指计算机数据形式的信息应当是可读和可解释的，应当保存读取此类信息所必需的软件。‘以备’一词并非仅指人的使用，还包括计算机的处理。至于‘日后查用’概念，它指的是‘耐久性’或‘不可更改性’等会确立过分严厉的标准的概念和‘可读性’或‘可理解性’等会构成过于主观的标准的概念”^[11]。“日后查用”是指数据电文要能够成为书面的形式，仅仅只是可以有形地表现所载的内容是不够的，还必须可以调取以备日后查用。我国《民法典》第469条也要求数据电文“可以随时调取查用”。笔者认为，作出这一要求是必要的，原因在于一方面，书面形式的优点在于其可以起到书证或准书证的作用。这就要求电子合同的内容应该是相对固定的而不是瞬间消失的，而电子信息往往是以电子流的方式来传送的，它要能够成为书面的形式就必须在一定时间内存在，而不是瞬间即逝的。因此，在合同发生争议时，相关的电子信息也可以作为证据以备调取。只有那些在一定时间内存在的、能够为人们所查阅的电子文件，才能成为书面的形式。以后在合同发生争议时，也可以调取证据。例如，在电子公告牌BBS上的留言尽管也具有“可以有形地表现所载内容的形式”的特点，但因为这些文字不能够在一定期限内保留，也很难为人们所调取以备日后查用，所以它不能成为书面形式，当事人也很难对此举证。因此采用计算机数据形式的信息应当具有可读性和可解释性，并应保存使这种信息具有可读性而可能需要的软件。^[12]另一方面，计算机登记、处理、传输的资料信息均以电磁浓缩的形式存储，信息本身是无形的，因此电子文件与一般的纸面文件的不同之处是其容易被删除、篡改且不留痕迹，这就需要采取一定的措施有效保管和保存电子信息，并通过一定的认证机构对电子信息的记录予以保存和证实，从而才能真正使电子合同和其他书面形式一样既可以作为证据使用，也可以用来记载和确定双方的权利义务。所以电子合同形式所载的内容必须“可以调取以备日后查用”，假如不具有这个特点就不能真正达到法律承认其作为书面形式的要求。

第四百七十条

合同的内容由当事人约定，一般包括下列条款：

- （一）当事人的姓名或者名称和住所；
- （二）标的；

- (三) 数量；
- (四) 质量；
- (五) 价款或者报酬；
- (六) 履行期限、地点和方式；
- (七) 违约责任；
- (八) 解决争议的方法。

当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。

本条主旨

本条是关于合同内容的规定。

相关条文

《合同法》第12条规定 合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款：

- (一) 当事人的名称或者姓名和住所；
- (二) 标的；
- (三) 数量；
- (四) 质量；
- (五) 价款或者报酬；
- (六) 履行期限、地点和方式；
- (七) 违约责任；
- (八) 解决争议的方法。

当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。

《合同法司法解释二》第1条 当事人对合同是否成立存在争议，人民法院能够确定当事人名称或者姓名、标的和数量的，一般应当认定合同成立。但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

对合同欠缺的前款规定以外的其他内容，当事人达不成协议的，人民法院依照合同法第六十一条、第六十二条、第一百二十五条等有关规定予以确定。

《保险法》第18条 保险合同应当包括下列事项：

（一）保险人的名称和住所；

（二）投保人、被保险人的姓名或者名称、住所，以及人身保险的受益人的姓名或者名称、住所；

（三）保险标的；

（四）保险责任和责任免除；

（五）保险期间和保险责任开始时间；

（六）保险金额；

（七）保险费以及支付办法；

（八）保险金赔偿或者给付办法；

（九）违约责任和争议处理；

（十）订立合同的年、月、日。

投保人和保险人可以约定与保险有关的其他事项。

受益人是指人身保险合同中由被保险人或者投保人指定的享有保险金请求权的人。投保人、被保险人可以为受益人。

保险金额是指保险人承担赔偿或者给付保险金责任的最高限额。

理解与适用

一、合同的内容由当事人约定

关于合同的内容，可以从如下两方面理解其含义。

一是从民事法律关系的角度看，合同内容是指合同当事人享有的权利（即合同债权）和承担的义务（即合同债务）。^[13]换言之，合同的内容是指合同当事人依据法律规定和合同的约定所产生的权利义务关系，简称为合同权利和合同义务。所谓合同权利，又称合同债权，是指债权人请求债务人为一定行为或者不为一定行为的权利。所谓合同义务，又称合同债务，是指义务人依据法律规定和合同约定应当为一定行为或者不为一定行为。合同义务是债务的一种，义务具有强制性，即义务人必须依据法律规定或者当事人约定履行义务，义务人不履行其合同债务，债权人即有权请求其承担违约责任。

二是指合同的各项条款。合同的条款是合同内容的外在具体表现，是确定合同当事人权利义务的根据，合同的条款必须明确、肯定、完整，并且不能自相矛盾，否则将构成合同的缺陷。^[14]合同的权利义务与合同条款之间关联密切，如果将合同理解为一种法律关系，合同当事人的权利义务正是通过合同条款确定和反映出来的。^[15]合同的条款是当事人协商一致的产物，所以合同的权利义务除少数由法律直接规定产生之外，大多是由当事人约定的，也就是说，是通过合同条款固定的。合同的权利义务来源于合同项下的条款。

从合同编的规定来看，其主要是从合同条款的角度规定合同的内容。合同的条款是由当事人协商一致的产物，所以合同的权利义务，除少数由法律直接规定产生之外，大都是由合同当事人约定的，也就是说，是通过合同条款固定的。换言之，合同的权利义务来源于合同项下的条款。合同条款越明确、清楚，当事人之间的关系越确定，就越有利于当事人正确履行合同，并在纠纷发生时越能够及时依据合同条款的规定解决纠纷。

按照合同自由原则，合同的内容应当由当事人在法律规定的范围内自由约定。依据本条第1款，“合同的内容由当事人约定”，这就强调了当事人选择合同内容的自由，即合同内容由当事人自由约定的原则。按照合同自由原则，当事人有权自由决定合同的内容，只要当事人的约定不违反法律和社会的公共道德，这种约定就能产生法律上的拘束力，但在当事人没有约定或者约定不明确的情况下，可能需要借助《民法典》合同编的任意性规定确定合同的内容。同时，该条也表明，缔约者可以自由地确立契约的标的、价款、交付方式、履约的时间和地点等内容，只要当事人就合同的必要条款达成合意，合同就宣告成立。如果当事人的合意内容不违反法律及社会公共道德，则在法律上就是有效的。

尽管合同的条款是当事人按照合同自由的原则通过意思表示一致而确立的，但并不是说，所有的合同条款都必须通过合意来完成。现代合同法为了鼓励交易，充分尊重当事人的意志和利益，维护交易的安全和秩序，在合同的部分条款不具备的情况下，法律并不简单地宣告合同不成立或无效，而是通过合同解释的规则来确定合同的条款的意思，或通过漏洞填补的规则填补合同漏洞。也就是说，如果合同欠缺某个条款，并不一定直接导致合同不成立或无效。由此可见，虽然合同条款由当事人合意所形成的，但也可以通过合同解释的规则予以确定。

二、合同一般包括的条款

《民法典》第470条规定：“合同的内容由当事人约定，一般包括下列条款：（一）当事人的姓名或者名称和住所；（二）标的；（三）数量；（四）质量；（五）价款或者报酬；（六）履行期限、地点和方式；（七）违约责任；（八）解决争议的方法。当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。”该条首先强调了合同自由原则，即合同内容由当事人自由约定的原则，按照合同自由原则，当事人有权自由决定合同的内容，只要当事人的约定不违反法律和社会的公共道德，这种约定就能产生法律上的拘束力，但在当事人没有约定或者约定不明确的情况下，将要适用民法典合同编的任意性规定。其次，该条适用了“一般包括”的提法，表明本条所规定的合同的主要条款并不是任何合同都必须具备的条款。因为交易的现象纷繁复杂，合同的性质和内容也各不相同，法律上不可能要求任何合同都必须具备以下各项条款。如价金条款在买卖中是主要条款，但是在赠与合同中则不是主要条款，甚至不是合同的条款。合同应当具备什么条款，应当根据不同的合同来确定，除了依据合同的性质所必须具备的主要条款以外，对其他内容的选择完全由当事人自由约定，“一般包括”的表述表明，本条规定主要是一种建议性的或者是提示性的^[16]，如果当事人在合同中的约定不具备上述某一项或者某几项条款，并不必然导致合同不能成立。

（一）当事人的名称或者姓名和住所

合同应当确定当事人的姓名或名称和住所，并要由双方当事人签字，如果当事人是以合同书的形式订立的，则必须在合同中明确写明姓名或名称，并且要签字、盖章。当事人的住所是表明当事人的主体身份的重要标志。合同中写明住所的意义在于通过确定住所，决定债务履行地、诉讼管辖、涉外法律适用的准据法、法律文书送达的地点等事宜。当然，如果合同中没有规定住所，只要当事人是确定的，也不应当影响合同的成立。

（二）标的

标的是合同权利义务指向的对象。合同不规定标的，就会失去目的。可见，标的是一切合同的主要条款。当然，在不同的合同中，标的的类型是不同的。例如，在买卖、租赁等移转财产合同中，标的通常与物联系在一起，换言之，标的是转移一定的物的使用权和所有权。而在提供劳务的合同中，标的只是完成一定的行为。但由于各类合同都必须确定标的，所以如果在合同中没有规定标的条款，一般将影响到合同的成立。在合同中，合同的标的条款必须清楚地写明标的物或服务的具体名称，以使标的特定化。

（三）数量和质量

标的的数量和质量是确定合同标的的具体条件，是某一标的区别于同类另一标的的具体特点。数量是度量标的的基本条件，尤其在买卖等交换标的物的合同中，数量条款直接决定了当事人的基本权利和义务，数量条款不确定，合同将根本不能得到履行。例如，甲向乙发出一项意思表示，问乙是否需要某种货物，如果没有提出数量条款，则该意思表示仍然可能是不确定的，因此可能不构成要约。当事人在约定数量条款时，应当明确计量单位和计量方法，并且可以规定合理的磅差和尾差。除应适用国家明文规定的计量单位以外，当事人依法有权选择非国家或国际标准计量单位，但应当确定其具体含义。

合同中的质量条款也可能直接决定当事人的订约目的和权利义务关系。例如，购买某种类型的货物，当事人通常需要该货物达到特定的质量要求，如果质量条款规定不明确，则极易产生争议。当然，质量条款在一般情况下并不是合同的必要条款，如果当事人在合同中没有约定质量条款或约定的质量条款不明确，可以根据《民法典》第510条和第511条的规定填补漏洞，但不宜因此简单地宣布合同不成立。

（四）价款或者报酬

价款一般是针对标的物而言的，如买卖合同中的标的物应当规定价格。而报酬是针对服务而言的，如在提供服务的合同中，一方提供一定的服务，另一方应当支付相应的报酬。价款和报酬是有偿合同的主要条款，因为有偿合同是一种交易关系，要体现等价交换的交易原则，所以价款和报酬是有偿合同中的对价，获取一定的价款和报酬也是一方当事人订立合同所要达到的目的。当事人在合同中明确约定价款和报酬，可以有效地预防纠纷的发生。但价款和报酬条款并不是直接影响合同成立的条款，没有这些条款，可以根据民法典合同编的规

定填补漏洞，但不应当影响合同的成立。

（五）履行期限、地点和方式

所谓履行期限，是有关当事人实际履行合同的时间规定，换言之，是指债务人向债权人履行义务的时间。在合同成立并生效之后，当事人还不必实际地履行其义务，应当等待履行期到来以后才实际地履行义务，在履行期到来之前，任何一方都不得请求他方实际地履行义务。履行期限明确的，当事人应按确定的期限履行；履行期限不明确的，可由当事人事后达成补充协议或通过合同解释的办法来填补漏洞。在双务合同中，除法律另有规定外，当事人双方应当同时履行。凡是在履行期限到来时，不作出履行和不接受履行，均构成履行迟延。

所谓履行地点，是指当事人依据合同规定履行其义务的场所。履行地点与双方当事人的权利义务关系也有一定的联系。在许多合同中，履行地点是确定标的物验收地点、运输费用由谁负担、风险由谁承受的依据，有时也是确定标的物所有权是否转移以及何时转移的依据。

所谓履行方式，是指当事人履行合同义务的方法。例如，在履行交付标的物的义务中，是应当采取一次履行还是分次履行，是采取现实交付还是采取占有改定方式，是采用买受人自提还是采用出卖人送货的方式，如果要采用运输的方法交货，则采用何种运输方式等，这些内容也应当在合同中尽可能作出约定，以免今后发生争议。

应当指出，有关合同的履行期限、地点和方式的条款并不是决定合同成立的必要条款。在当事人就这些条款没有约定或约定不明时，可以采用合同编规定的方法填补漏洞。

（六）违约责任

所谓违约责任，是指违反法律规定和合同约定的义务而应当承担的责任。换言之，是指在当事人不履行合同债务时，所应承担的损害赔偿、支付违约金等责任。违约责任是民事责任的重要内容，它有利于督促当事人正确履行义务，并为非违约方提供补救。当事人可以事先约定违约金的数额、幅度，约定损害赔偿额的计算方法甚至确定具体数额，也可以通过设定免责条款限制和免除当事人可能在未来发生的责任。所以，当事人应当在合同中尽可能地就违约责任作出具体规定。但即使合同中没有约定违约责任条款，也不应当影响合同的成立。在此情况下，可以按照法定的违约责任制度来确定违约方的责

任。

（七）解决争议的方法

所谓解决争议的方法，是指将来一旦发生合同纠纷，应当通过何种方式来解决纠纷。按照合同自由原则，选择解决争议的方法也是当事人所应当享有的合同自由的内容。具体来说，当事人可以在合同中约定，一旦发生争议，是采取诉讼还是仲裁的方式，如何选择适用的法律，如何选择管辖的法院等。当然，解决争议的方法并不是合同的必要条款。如果当事人没有约定解决争议的方法，则在发生争议以后，应当通过诉讼解决。

应当指出，《民法典》第470条规定了合同的内容一般应包括当事人的名称或者姓名和住所、标的、数量等条款，但本条并没有明确哪些条款是合同成立的必要条款，即合同应当具备哪些内容后才能成立。《合同法司法解释二》第1条对此予以了明确，该条规定：“当事人对合同是否成立存在争议，人民法院能够确定当事人名称或者姓名、标的和数量的，一般应当认定合同成立。但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”即只要合同中的“当事人名称或者姓名”、“标的”和“数量”等三项合同条款能够确定，且法律未对合同成立作特别规定或当事人未对合同成立作特别约定，合同原则上就已经成立。因此，“当事人名称或者姓名”、“标的”和“数量”等三项内容是合同成立的必要条款。不过，该条是针对买卖合同应当具备的主要条款所作出的规定，并不适用于所有的合同，例如，在劳务合同中，并不以数量作为必要条款。合同的性质不同，其必要条款也存在差别，不可一概而论。

《民法典》第470条第2款规定：“当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。”所谓示范文本，是指根据法规和惯例而确定的具有合同示范作用的文件。在我国，房屋的买卖、房屋租赁、建筑等许多行业正在逐渐推行各类示范文本。示范文本的推广对于完善合同条款、明确当事人的权利义务、减少因当事人欠缺合同法律知识而产生的各类纠纷具有重要作用。但由于示范文本只是当事人双方签约时的参考文件，对当事人无强制约束力，双方可以修改其条款形式和格式，也可以增减条款，因此它不是格式条款。在国际贸易中，区分格式合同（contract of adhesion）和示范文本（model contract forms）具有重要意义，可以说，条款的内容能否与对方协商，是格式条款与示范文本的根本区别。因为格式条款与示范文本一样，都是为重复使用而预先拟定的，但格式条款是固定的且不能修改的，而示范文本只是订约的参考，是可以协商修改的。合同编之所以允许当事人参照各类合同的示范文本订立合同，是因为制订此类示范文本的大

多是当事人的行政主管机关或者行业主管部门，例如，房地产管理部门制订的房屋买卖合同，土地管理部门制订的土地使用权出让合同等。它们虽然只是由有关部门制订出来提供给缔约当事人参考的，并不具有强制性，但可以有效地规范、引导当事人正确定约，降低和减少交易成本，因此参照各类合同的示范文本订立合同，也具有重要意义。

三、合同条款的分类

根据合同条款在合同中的地位 and 作用，可以将合同条款区分为如下几类。

（一）必要条款和非必要条款

所谓必要条款，是指依据合同的性质和当事人的特别约定所必须具备的条款，缺少这些条款将影响合同的成立。依据《民法典》第470条的规定，合同一般包括当事人的名称和住所、标的、数量、质量、价款或报酬、履行期限、地点、方式、违约责任、解决争议的方法等。这些条款中有的是合同的必要条款，有的不一定是合同的必要条款。是否是合同的必要条款应依据合同的性质和当事人的特别约定来确定。《合同法司法解释二》第1条规定：“当事人对合同是否成立存在争议，人民法院能够确定当事人名称或者姓名、标的和数量的，一般应当认定合同成立。但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”因此，标的和数量一般属于必要条款。

所谓非必要条款，是指依据合同的性质在合同中不是必须具备的条款。也就是说，即使合同不具备这些条款也不应当影响合同的成立，如有关履行期限、质量等的条款。在缺少这些条款的情况下，完全可以根据《民法典》第510条和第511条的规定填补漏洞。

必要条款和非必要条款的区别主要表现在：第一，是否属于依据合同的性质必须具备的条款。必要条款是依据合同的性质所必须具备的条款，如买卖合同都应具备标的、价金条款等。而非必要条款则是依特定合同的性质所不是必须具备的条款。第二，是否属于当事人约定必须具备的条款。一些必要条款是当事人特别约定合同必须具备的条款。即使是非必要条款，只要当事人在合同中特别约定并将其作为合同成立的必要条款，则这些非必要条款也可以成为必要条款。例如，当事人在合同中规定，本合同必须经过公证才能生效，则公证成为本合同的必要条款。第三，是否影响到合同的成立与生效。原则上说，必要条款是特定合同所必须具备的，所以，缺少必要条款会影响到合同的成立或生效，而非必要条款的缺少并不产生如此效果。

（二）格式条款和非格式条款

格式条款是指由一方为了反复使用而预先制订的、在订立合同时不与对方协商的条款。可见，格式条款必须具备两个条件：一是为反复使用而预先制订，如果某个条款仅仅只是一方为另一方在某次特定交易中制订并使用的，而不再重复使用，则不能视为格式条款。二是在订立合同时不与对方协商。非格式条款是指当事人在订立合同时可以与对方协商的条款。

区分格式条款与非格式条款的主要意义在于加强对相对方（非格式条款制订人）权益的保护。为了加强对格式条款的规范，法律设立了三项重要规则：一是明确格式条款制订者采取合理方式，提请对方注意免除或者限制其责任的条款；二是禁止格式条款的制订者利用格式条款免除其责任、加重对方责任，排除对方主要权利；三是在解释格式条款时应当作出不利于提供格式条款一方的解释。这些规定不仅对于经济上处于弱者地位的消费者的权利提供了有力的保障，而且可以有效地防止和限制公司与企业滥用经济优势损害消费者的利益。扩大格式条款的适用范围，显然对消费者的保护是十分必要的。

（三）实体条款和程序条款

实体条款是规定有关当事人在合同中所享有的实体权利义务内容的条款，如有关合同标的、数量、质量的规定等都是实体条款。而程序条款主要是指当事人在合同中规定的履行合同义务的程序及解决合同争议的条款，如有关标的物检验程序、关于商品房交付的质量检验程序、有关合同发生争议后的诉讼管辖或仲裁的选择等。区分实体条款和程序条款的意义主要在于：一方面，两种条款对于当事人所享有的实体权利义务的影响不同。实体条款直接影响当事人的权利义务，而程序条款只是间接地影响当事人的权利义务。另一方面，两种条款应适用的法律规范不同。实体条款主要适用《民法典》等实体法的规定，而程序条款主要适用《民事诉讼法》《仲裁法》等程序法的规则。

第四百七十一条

当事人订立合同，可以采取要约、承诺方式或者其他方式。

本条主旨

本条是关于合同成立的规定。

相关条文

《合同法》第13条 当事人订立合同，采取要约、承诺方式。

《商务部关于网上交易的指导意见（暂行）》第二条第（一）项

3.遵守合同订立的各项要求

交易各方采用电子邮件、网上交流等方式订立合同，应当遵守合同法、电子签名法的有关规定，注意下列事项：

（1）与数据电文确认收讫有关的事项；

（2）以数据电文形式发送的要约的撤回、撤销和失效以及承诺的撤回；

（3）自动交易系统形成的文件的法律效力；

（4）价款的支付，标的物及有关单据、凭证的交付；

（5）管辖法院或仲裁机构的选择，准据法的确定；

（6）法律、法规规定的其他事项。

交易方采用格式合同的，制定合同的一方应遵守法律、法规关于格式合同的规定，并注意适应网络特点，相对方要仔细阅读合同条款，谨慎操作。

《合同法司法解释二》第4条 采用书面形式订立合同，合同约定的签订地与实际签字或者盖章地点不符的，人民法院应当认定约定的签订地为合同签订地；合同没有约定签订地，双方当事人签字或者盖章不在同一地点的，人民法院应当认定最后签字或者盖章的地点为合同签订地。

第5条 当事人采用合同书形式订立合同的，应当签字或者盖章。当事人在合同书上摁手印的，人民法院应当认定其具有与签字或者盖章同等的法律效力。

理解与适用

一、合同的成立应经过要约和承诺阶段

所谓合同的成立，是指订约当事人就合同的主要条款达成合意。合同成立是与合同订立密切联系的一个概念，合同订立是一个动态描述，包括从当事人开始接触、具体磋商并最终达成合意的全过程；而合同成立是一个静态描述，强调的是合同订立过程完成后的最终结果，即当事人达成合意这一既成事实。^[17]根据《民法典》第464条第1款的规定，“合同是民事主体之间设立、变更、终止民事法律关系的协议”。此处所说的协议一词包括了双重含义：一是指合同，二是指合意（mutual assent）。^[18]如果以后一种含义来理解，可以认为合同本质上是一种合意，而合同的成立则意味着各方当事人就合同的主要条款达成了一致的意思表示。

《民法典》第471条规定：“当事人订立合同，可以采取要约、承诺方式或者其他方式。”这就是说，合同的成立通常应经过要约和承诺阶段。要约是希望和他人订立合同的意思表示，承诺是受要约人同意要约的意思表示。要约和承诺是合同成立的基本规则，也是合同成立必须经过的两个阶段。订约当事人必须达成了合意，而这一合意的达成应经过要约和承诺两个阶段。经过这两个阶段，才表明一方发出的意思表示已经为另一方所接受。如果合同没有经过承诺，而只是停留在要约阶段，则合同无法成立。例如，甲向某编辑部（乙）去函，询问该编辑部是否出版有关于律师考试的教材和参考资料，乙立即向甲邮寄了律师考试资料5本，共120元，甲认为该书不符合其需要，拒绝接受，双方为此发生争议。从本案来看，甲向乙去函询问情况并表示愿意购买律师考试资料和书籍，属于一种要约邀请行为，而乙向甲邮寄书籍行为属于现货要约行为。假如该书不符合甲的需要，甲拒绝收货实际上是未作出承诺，由于双方并未完成要约和承诺阶段，因而合同并未成立。

合同的成立应经过要约和承诺阶段，同时也意味着当事人应具有明确的订立合同的目的。这就是英美法所强调的当事人应具有成立法律关系的意图。因为要约和承诺是就订立合同问题提出建议和接受建议，如果没有明确的订约目的就不可能形成要约和承诺。正是基于这一原因，本书认为不宜将当事人具有订约目的作为合同成立的要件。

合同的成立不仅应经过要约和承诺阶段，而且当事人需要就合同主要条款达成合意。合同成立的根本标志在于，合同当事人就合同的主要条款达成合意。所谓主要条款，又称必要条款，是指根据特定合同性质所应具备的条款，如果缺少这些条款合同是不能成立的。从现代合同法的发展趋势来看，为适应鼓励交易、增进社会财富的需要，各国合同法大都减少了在合同成立方面的不必要的限制（如现代合同

法不像古代合同法那样注重形式），并广泛运用合同解释的方法，尽可能促使合同成立。《民法典》第470条第1款规定：“合同的内容由当事人约定，一般包括下列条款：（一）当事人的姓名或者名称和住所；（二）标的；（三）数量；（四）质量；（五）价款或者报酬；（六）履行期限、地点和方式；（七）违约责任；（八）解决争议的方法。”该条在规定合同条款时使用了“一般包括”而未使用“必须包括”的用语，表明上述条款并不是每一个合同所必须包括的主要条款。为了准确认定合同的主要条款，法院在实践中要根据特定合同的性质具体认定哪些条款属于合同的主要条款，而不能将《民法典》第470条所规定的合同条款都作为每个合同所必须具备的主要条款。

根据《合同法司法解释二》第1条第1款的规定，除非法律另有规定或者当事人另有约定，在买卖合同中，仅当事人的名称或者姓名、标的和数量条款，为主要条款。因此，该条将标的和数量条款作为合同成立的必要条款。例如，订立买卖合同，首先就要确定购买何种货物，以及购买的数量，否则，买卖合同将难以有效成立。因此，依据这一规定，要约人在发出要约时，要约也应当包含这两个主要条款，而相对人在承诺时也应应当对这两项内容作出承诺，对这两项内容作出变更的，构成实质性变更。但是，实质性变更并非与合同主要条款等同，依据《民法典》第488条，除必要条款的变更之外，对非必要条款如履行期限、履行方式等的变更，都可能构成实质性变更，而在承诺对要约的内容进行实质性变更的情形下，不能成立合同，而应当将其视为新的要约。

二、当事人订立合同，可以采取要约、承诺方式以外的其他方式

《民法典》第471条允许当事人采用要约、承诺之外的其他方式订立合同，这主要是因为在实践中，有一些当事人采用了无法区分要约与承诺的订约方式，或在有一些场合中，区分要约与承诺并无必要。要约与承诺的区分通常体现在远距离非即时的交易中，而在近距离的和以智能合约典型的自动执行的合同中，则没有进行区分的意义。《国际商事合同通则》和《欧洲民法典草案》均承认了要约、承诺以外的其他方式订立的合同。以要约、承诺之外的方式订立合同主要有两种形式：交叉要约和智能合约。这两种方式虽然不以要约承诺存在为必要，但是仍然需要当事人之间的合意。

（一）交叉要约

所谓交叉要约，是指订约当事人采取非直接对话的方式，相互不约而同地向对方发出了内容相同的要约。^[19]例如，甲于1993年5月1日在某报刊登一广告“出售位于某地区的豪华别墅一栋，价值200万

元，有意者请与××联系”。乙于5月3日去函，表示愿以150万元购买，甲于5月10日复函，称不低于190万元。甲见乙久无回音，于6月24日再致函乙，表示愿以170万元出售，于6月25日达到。乙不知甲的来信，也于6月24日去函给甲，表示愿以170万元成交，于6月26日到达。在这个案件中，甲乙同时于6月24日各自向对方去信，表示愿以170万元的价格购买和出售该栋房屋，这样，双方有缔约的相同意愿，这种情况就属于典型的交叉要约。邱聪智教授认为，证券市场上的上市公司股票买卖，期货交易市场上的期货商品买卖，大多采用了交叉要约的方式。上市有价证券之买卖，通常采用电脑撮合，价格符合竞价形成之买卖价格时即自动成交，无待承诺之成立及通知。^[20]可见，交叉要约也是常被采用的订约方式。

交叉要约具有如下特点：第一，双方各自向对方发出要约。交叉要约有两种形式：一是同时向对方发出要约，此处所说的同时，也可以是存在微小时间差的情形。二是双方先后发出要约，但是后发出要约的一方还没有收到先发出的要约。^[21]第二，双方是以口头形式以外的方式发出要约。如果双方以口头形式缔约，则当事人会即时对对方的要约作出表示，不可能存在交叉要约的情形。交叉要约往往是以信件等方式来订约时出现的。第三，双方的要约必须到达对方。无论是同时发出，还是先后发出，要约只有到达对方才会发生法律效力，也才有探讨合同成立与否的必要。^[22]第四，双方的要约在合同必要条款方面是一致的。如果双方的要约内容在合同必要条款上存在差异，无论如何该合同也不可能成立。

交叉要约最大的特点在于，通过交叉要约成立合同，使合同成立时间提前，从而鼓励交易，减少交易费用。但对于交叉要约能否成立合同的最大质疑在于，双方没有经过协商，而使合同成立时间提前。^[23]事实上，采用交叉要约订约时，双方虽然没有经过协商，但双方已经有明确的订约意图，尤其是交叉要约中实际上对主要条款达成了合意，所以，以双方没有经过协商为由而认定合同不成立，与合同是当事人合意的本质不相符合。笔者认为，交叉要约并没有损害要约人的利益，如果要约人希望在承诺之前享有撤回要约的权利，其可以在要约中作出相应表示，以保护其利益。当然，在一方要约到达另一方之后，另一方发出的要约尚未到达对方，则另一方可以在到达之前撤销该要约。

（二）智能合约

“智能合约（smart contract）”的概念最初是由尼克·萨博（Nick Szabo）于1995年提出来的。他认为，“一个智能合约是一套以数字形式定义的承诺（promises），包括合约参与方可以在上面执行这些承

诺的协议”。智能合约是依靠代码在互联网空间中运行的合约，依靠计算机读取、执行，具有自动化的特点，能够减少人为干预，并通过区块链等技术的应用保障交易透明和隐私保护。智能合约与传统的书面合同类似，只是用计算机语言来描述，通过计算机执行。智能合约是将自然语言转化为程序语言后的计算机程序，首先需要通过自然语言达成合同（需要承诺），再转化为计算机语言的智能合约。目前智能合约主要是基于区块链技术来实现。例如，甲将自己的汽车出租给乙，甲乙之间签署一份智能合约，合同中明确约定：甲的汽车的启动密钥在某年某月某日前有效，乙转账后密钥生效，到期不转账密钥失效。

智能合约的特点在于，仅仅意思表示还不构成区块链上的承诺，承诺人必须有实际的行为，也就是说，只有承诺人执行代码满足智能合约中的预设条件，才构成有效的承诺，也才能成立智能合约。智能合约一定程度上融合了可执行合同和已执行合同。由于当事人事先已经约定，只要符合某种条件，就能产生合同订立和执行的后果，不需要单独作出承诺，合同就可以成立，这样使合同的订立、履行更加便利、高效。

第四百七十二條

要约是希望与他人订立合同的意思表示，该意思表示应当符合下列条件：

- （一）内容具体确定；
- （二）表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束。

本条主旨

本条是关于要约的概念和要件的规定。

相关条文

《合同法》第14条 要约是希望和他人订立合同的意思表示，该意思表示应当符合下列规定：

- （一）内容具体确定；

(二)表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束。

《电子商务法》第49条 电子商务经营者发布的商品或者服务信息符合要约条件的，用户选择该商品或者服务并提交订单成功，合同成立。当事人另有约定的，从其约定。

《商品房买卖合同司法解释》第3条 商品房的销售广告和宣传资料为要约邀请，但是出卖人就商品房开发规划范围内的房屋及相关设施所作的说明和允诺具体确定，并对商品房买卖合同的订立以及房屋价格的确定有重大影响的，应当视为要约。该说明和允诺即使未载入商品房买卖合同，亦应当视为合同内容，当事人违反的，应当承担违约责任。

《股票发行与交易管理暂行条例》第52条第1款、第2款 收购要约发出后，主要要约条件改变的，收购要约人应当立即通知所有受要约人。通知可以采用新闻发布会、登报或者其他传播形式。

收购要约人在要约期内及要约期满后三十个工作日内，不得以要约规定以外的任何条件购买该种股票。

理解与适用

一、要约是希望和他人订立合同的意思表示

本条是关于要约的概念与要件的规定。要约又称为发盘、出盘、发价、出价或报价等，是订立合同所必须经过的程序。本条规定，“要约是希望和他人订立合同的意思表示”。依据这一规定，要约是一方当事人以缔结合同为目的、向对方当事人所作的意思表示。发出要约的人称为要约人，接受要约的人则称为受要约人、相对人或者承诺人。要约主要具有如下法律特征。

第一，要约是一种意思表示。所谓意思表示，是指向外部表明意欲发生一定私法上效果之意思的行为。意思表示中的“意思”是指设立、变更、终止民事法律关系的内心意图。所谓“表示”，是指将此种内心意图表示于外部的行为。^[24]意思表示不同于事实行为，因为意思表示的表意人具有使法律关系发生变动的意图，该意图不违反法律强制性规定和公序良俗，所以发生当事人所预期的效力。从这个意义上说，意思表示是实现意思自治的工具，行为人可以依据自己的主观意志与外界发生法律关系，并能够依法产生、变更、终止民事法律关系，从而形成民法特殊的调整方法。

第二，要约是希望和他人订立合同的意思表示。要约是订立合同的必经阶段，不经过要约的阶段，合同无法成立。要约作为一种订立的意思表示，能够对要约人和受要约人产生一种拘束力。尤其是要约人在要约的有效期限内，必须受要约的内容拘束。依据《民法典》第472条第2项的规定，要约的意思表示必须“表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束”。要约在到达受要约人后，非依法律规定或受要约人的同意，不得变更、撤销要约的内容。

第三，要约不是民事法律行为。尽管要约是一种意思表示，但其并不是民事法律行为。因为一方面，要约必须经过受要约人的承诺，才能产生要约人预期的法律效果（即成立合同），而民事法律行为都可以产生行为人所预期的法律效果。另一方面，要约人所作出的意思表示可以是合法的，也可能是非法的。由于要约是一种意思表示且具有法律意义，并能产生法律后果，违反有效的要约将产生缔约过失责任。但是，要约的内容只是表达了要约人一方要求订立合同的意思，合同能否成立，要约的条件能否被受要约人接受，均有待于受要约人作出承诺。如果没有承诺，则当事人没有达成合意，合同无法成立，要约就不能产生要约人所预期的法律效果。

二、要约的有效条件

要约通常都具有特定的形式和内容，必须具有特定的有效条件，否则要约不能成立，也不能产生法律效力。依据《民法典》第472条，要约的有效条件如下。

（一）要约是由特定主体作出的意思表示

要约人发出要约旨在与他人订立合同，唤起相对人的承诺，并据此订立合同。因此，要约人应当是特定的主体。例如，对订立买卖合同来说，其既可以是买受人也可以是出卖人，但必须是准备订立买卖合同的当事人。要约是一种意思表示，而不是事实行为，其符合意思表示的构成要件，经受要约人承诺后，可以在当事人之间成立合同关系。

（二）要约必须表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束

要约人发出要约的目的在于订立合同，而这种订约的意图一定要由要约人通过其发出的要约充分表达出来，由此才能在受要约人承诺的情况下成立合同。根据《民法典》第472条的规定，要约是希望和他人订立合同的意思表示，要约中必须表明要约经受要约人承诺，要

约人即受该意思表示拘束。在判断要约人是否具有订约意图时，应当考虑要约所使用的语言、文字及其他情况来确定要约人是否已经决定订立合同。“决定订约”意味着要约人并不是“准备”和“正在考虑”订约，而是已经决定订约。正是因为要约具有订约的意图，所以，一经对方承诺，即可成立合同。

（三）要约必须向要约人希望与之缔结合同的受要约人发出

要约只有向要约人希望与之缔结合同的受要约人发出，才能够唤起受要约人的承诺。要约原则上应向特定的人发出，特定人可以是一个人，也可以是数个人。为什么要约的相对人原则上应当特定呢？因为一方面，相对人的特定意味着要约人对谁有资格作为承诺人的问题作出了选择，也只有相对人特定才能明确承诺人。一旦要约人确定了要约的相对人，这样一经对方的承诺，合同就可以成立。^[25]反之，如果相对人不特定，则意味着发出提议的人并未选择真正的相对人，该提议不过是为了唤起他人发出要约，其本身并不是要约。例如，向公众发出某项提议，通常是提议人希望公众中的某个特定人向其发出要约。另一方面，如果要约的对象不能确定，却仍可以被称为要约，那么向不特定的许多人同时发出以某一特定物的出让为内容的要约是有效的，此时若多人向发出要约的人作出承诺，则可能导致一物数卖，影响交易安全。但要约原则上应向特定的相对人发出，并不是说严格禁止要约向不特定人发出。例如，在校园内设置自动售货机的行为即构成要约，此种情形即属于向不特定的相对人发出的要约。^[26]再如，广告中声明“备有现货，售完为止”，此种广告也构成要约。同时，如果要约人愿意向不特定人发出要约，并自愿承担由此产生的后果，在法律上也是允许的。

（四）要约的内容必须具体确定

依据本条第1项的规定，要约的内容必须具体确定，具体来说包括两个方面：一是要约的内容必须具体。所谓“具体”，是指要约的内容必须具有足以使合同成立的主要条款。要约是受要约人一旦承诺就使得合同成立的意思表示，因此，如果要约不包含合同的主要条款，承诺人将难以作出承诺，或者即便作出了承诺，也会因为这种合意不具备合同的主要条款而使合同不能成立。由于要约旨在缔结具有特定内容的合同，因而要约本身必须确定或者能够确定，它必须包含特定合同的要素（*essentialia negotii*），从而使要约一经承诺人的承诺就可使合同成立。^[27]二是要约的内容必须确定。所谓“确定”，一方面是指要约的内容必须明确，从而使受要约人能够理解要约的真实含义，而不能含混不清，否则受要约人将无法承诺。另一方面，要约在内容上必须是最终的、无保留的。如果要约人对要约保留了一定的条

件，则受要约人将无法作出承诺，在此情形下，要约人的意思表示在性质上并不是真正的要约，而是要约邀请。要约的内容越具体和确定，则越有利于承诺人迅速作出承诺。

第四百七十三条

要约邀请是希望他人向自己发出要约的表示。拍卖公告、招标公告、招股说明书、债券募集办法、基金招募说明书、商业广告和宣传、寄送的价目表等为要约邀请。

商业广告和宣传的内容符合要约条件的，构成要约。

本条主旨

本条是关于要约邀请的概念和具体形式的规定。

相关条文

《合同法》第15条 要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示。寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书、商业广告等为要约邀请。

商业广告的内容符合要约规定的，视为要约。

《商品房买卖合同司法解释》第3条 商品房的销售广告和宣传资料为要约邀请，但是出卖人就商品房开发规划范围内的房屋及相关设施所作的说明和允诺具体确定，并对商品房买卖合同的订立以及房屋价格的确定有重大影响的，应当视为要约。该说明和允诺即使未载入商品房买卖合同，亦应当视为合同内容，当事人违反的，应当承担违约责任。

理解与适用

一、要约邀请的概念

要约邀请又称引诱要约，是指希望他人向自己发出要约的表示。《民法典》第473条第1款中规定：“要约邀请是希望他人向自己发出要约的表示。”依据这一规定，要约邀请具有如下特点：第一，要约

邀请是一方邀请对方向自己发出要约^[28]，而不是像要约那样是由一方向他人发出订立合同的意思表示。第二，要约邀请不是一种意思表示，而是一种事实行为。也就是说，要约邀请是当事人订立合同的预备行为，在发出要约邀请时，当事人仍处于订约的准备阶段。第三，要约邀请只是引诱他人发出要约，它既不能因相对人的承诺而成立合同，也不能因自己作出某种承诺而约束要约人。在发出要约邀请以后，要约邀请人撤回其邀请，只要没有给善意相对人造成信赖利益的损失，要约邀请人一般不承担法律责任。

关于要约邀请的性质，在学说上有两种不同的观点：一种观点认为，要约邀请不是意思表示，而是事实行为，没有法律意义。^[29]另一种观点认为，要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示。笔者认为，要约邀请并不是一种没有法律意义的事实行为，也不是意思表示。一方面，要约邀请并非意思表示。要约邀请虽然是有目的、自觉自愿的行为，但并非“法效意思”（具体说，一定契约订立之意思）之表示。意思表示能产生当事人预期的法律效果，而要约邀请并不能产生这种效果。另一方面，要约邀请也不同于意思通知。若其为意思通知，则邀请人之行为能力应准用意思表示人能力之规定，这并不妥当。例如，寄送价目表的行为人并不需要具有行为能力。正是因为上述原因，《民法典》第473条修改了《合同法》第15条的规定，将要约邀请仅称为“表示”。

要约邀请虽然仍然是一种事实行为，但它是具有一定的法律意义的事实行为。具体而言，要约邀请具有如下的法律意义：第一，要约邀请的内容在特殊情况下有可能转化为合同的内容，在交易中一方提出要约邀请使另一方产生合理的信赖，而双方在以后的要约和承诺过程中，没有作出相反的意思表示，则在某些国家合同法中，可认为其构成合同的内容和默示条款。第二，某些特殊的要约邀请在法律上是有一定的意义的，如招标公告。英美法上所说的招标具有法律意义，英美法认为招标中对有关合同条件的说明，构成合同的内容，对双方当事人有约束力。第三，在发出要约邀请以后，善意相对人已对要约邀请产生了合理的信赖，并为此发出要约且支付了一定的费用，若因为邀请人的过失甚至恶意的行为致相对人损失，邀请人就应当负责。例如，招标人在发出招标文件以后，违反招标文件的规定致投标人的损失，亦应依据具体情况负缔约过失责任。第四，在要约邀请阶段，邀请人作出虚假陈述也可能构成欺诈，并应当承担相应的民事责任。

二、要约邀请和要约的区别

在合同订立中，区分要约邀请和要约，关系到合同的成立问题，如果是一方发出要约，另一方接受要约，作出承诺，则合同关系成

立；但如果一方发出的是要约邀请，则即便对方同意，也无法在当事人之间成立合同关系。如何区别要约邀请和要约，在实践中极为复杂。结合我国司法实践和理论，笔者认为，可从如下几方面来区分要约和要约邀请。

1. 依法律规定作出区分。如果法律明确规定了某种行为为要约或要约邀请，则应按照法律的规定作出区分。例如，依据《民法典》第473条规定，拍卖公告、招标公告、招股说明书、债券募集说明书、基金招募说明书、商业广告和宣传、寄送的价目表等行为，属于要约邀请，据此，对这些行为一般应认定为要约邀请。

2. 根据当事人的意愿作出区分。此处所说的当事人的意愿，是指根据当事人已经表达出来的意思来确定当事人对其实施的提议行为主观上认为是要约还是要约邀请。具体来说，一是要考虑提议的内容，要约中应当含有当事人受要约拘束的意旨，而要约邀请只是希望对方主动向自己提出订立合同的意思表示。二是要考虑提议中的声明，如当事人在其行为或提议中特别声明是要约还是要约邀请。例如，某时装店在其橱窗内展示的衣服上标明“正在出售”且标示了价格，或者标示为“样品”，则“正在出售”且标明价格的标示可视为要约，而“样品”的标示可认为是要约邀请。同时，当事人也可以明确表示其所作出的提议不具有法律拘束力，此时，其所作的提议是要约邀请而不是要约。三是要考虑订约意图，由于要约是旨在订立合同的意思表示，因此要约中应包含明确的订约意图。而要约邀请人只是希望对方对自己提出订约的意思表示，所以，在要约邀请中，订约的意图并不是很明确。

3. 根据提议的内容是否包含合同的主要条款来区分。要约的内容中应当包含合同的主要条款，如此才能因承诺人的承诺而成立合同。而要约邀请只是希望对方当事人提出要约，因此，它不必要包含合同的主要条款。当然，仅以是否包含合同的主要条款来作出区分是不够的，即使要约人提出了未来合同的主要条款，但如果其在提议中声明不受要约的拘束，或提出需要进一步协商，或提出需要最后确认等，都将难以确定他具有明确的订约意图，因此不能认为是要约。

4. 根据交易的习惯即当事人历来的交易做法来区分。例如，询问商品的价格，根据交易习惯，一般认为是要约邀请而不是要约。再如，出租车司机将出租车停在路边招揽顾客，由于乘客的目的地等合同内容尚不确定，因此，此种招揽是要约邀请。

此外，在区分要约和要约邀请时，还应当考虑到其他情况，诸如是否注重相对人的身份、信用、资力、品行等情况（如招聘家庭教师

的广告，招聘人注重家庭教师的个人情况，需要与其实际接触和协商），是否实际接触，一方发出的提议是否使他方产生要约的信赖等，应当综合各种因素考虑某项提议是要约还是要约邀请。

三、几种典型的要约邀请行为

《民法典》第473条第1款规定：“要约邀请是希望他人向自己发出要约的表示。拍卖公告、招标公告、招股说明书、债券募集办法、基金招募说明书、商业广告和宣传、寄送的价目表等均为要约邀请。”因此，下列行为属于要约邀请。

1. 拍卖公告

所谓拍卖，是指拍卖人在众多的报价中，选择报价最高者与其订立合同的一种特殊买卖方式。拍卖一般分为三个阶段：一是拍卖表示，是指拍卖人经过刊登或发出拍卖公告，在拍卖公告中对拍卖物进行宣传和介绍。对拍卖表示，各国合同法一般认为属于要约邀请。^[30]因为在该表示中并不包括合同成立的主要条件，特别是未包括价格条款。二是拍买（又称叫价），是指竞买者向拍卖人提出价款数额的意思表示。一般认为，拍买的表示属于要约，因为竞买人已就购买的物提出了价格条件，并愿与出卖人订立合同，竞买人提出价款以后，在没有其他竞买人提出更高的价款之前，该意思表示对竞买人具有拘束力。三是拍定，是指拍卖人以拍板、击槌或其他惯用方式确定拍卖合同成立或宣告竞争终结的一种法律行为。一般认为，这种行为在性质上属于承诺。一旦拍定，合同即宣告成立。在整个拍卖流程中，拍卖公告是拍卖的发起阶段，其属于典型的要约邀请。

2. 招标公告

招标是订立合同的一种特殊方式。以招标方式订立合同，要经过招标、投标、定标等阶段。所谓招标，是指订立合同的一方当事人采取招标公告的形式，向不特定人发出的、以吸引或邀请相对方发出要约为目的的表示。所谓投标，是指投标人（出标人）按照招标人提出的要求，在规定的期间内向招标人发出的以订立合同为目的、包括合同全部条款的意思表示。所谓定标，是指招标人在开标、评标后从各投标人中选出条件最佳者。招标行为都要发出公告。根据《民法典》第473条的规定，此种公告属于要约邀请行为。因为招标人实施招标行为是订约前的预备行为，其目的在于引诱更多的相对人提出要约，从而使招标人能够从更多的投标人中寻取条件最佳者并与其订立合同；而投标则是投标人根据招标人所公布的标准和条件向招标人发出以订立合同为目的的意思表示，在投标人投标以后必须有招标人的承

诺，合同才能成立，所以投标在性质上为要约。而定标则意味着招标人对投标人的要约予以承诺。

3.招股说明书

在申请股票公开发行的文件中，招股说明书是一个十分关键的文件。它是指拟公开发行股票的公司经批准公开发行股票后，依法在法定的日期和证券主管机关指定的报刊上刊登的全面、真实、准确地披露发行股票的公司信息以供投资者参考的法律文件。根据《公司法》的规定，公司成立时，发起人向社会公开募集股份，必须向国务院证券管理部门递交募股申请，并报送招股说明书等有关文件。招股说明书应当载明发起人认购的股份数；每股的票面金额和发行价格；无记名股票的发行总数；认股人的权利、义务；本次募股的起止期限及逾期未募足时认股人可撤回所认股份的说明等。招股说明书通过向投资者提供股票发行人各方面的信息，吸引投资者向发行人发出购买股票的要约，但其本身并不是发行人向广大投资者所发出的要约，而只是一种要约邀请。

4.债券募集办法

债券募集办法又称为发行章程或募债说明书，是指申请发行债券的企业，在有关债券募集的公告中，告知相关的公司债券募集办法。债券募集办法首先应当经证券管理部门批准，在获得批准之后对外公布。在该债券募集办法中，要向公众告知有关债券总额、债券的票面金额、债券的利率、还本付息的期限和方式、债券发行的起止日期等事项。由于债券募集办法只是企业发出公告，邀请相对人向自己购买企业债券，而不是在相对人作出购买的表示后直接成立合同关系，因此，企业发布债券募集办法在性质上属于要约邀请，而不构成要约。

5.基金招募说明书

基金招募说明书又称为公开说明书，它是指基金管理人向投资者提供的经国家有关部门认可的介绍基金各项详细内容的法律文件。该法律文件是面向投资者的，以使得广大投资者了解基金详情并帮助其作出是否投资该基金决策为目的。^[31]《证券投资基金法》第53条规定：“公开募集基金的基金招募说明书应当包括下列内容：（一）基金募集申请的准予注册文件名称和注册日期；（二）基金管理人、基金托管人的基本情况；（三）基金合同和基金托管协议的内容摘要；（四）基金份额的发售日期、价格、费用和期限；（五）基金份额的发售方式、发售机构及登记机构名称；（六）出具法律意见书的律师事务所和审计基金财产的会计师事务所的名称和住所；（七）基金管

理人、基金托管人报酬及其他有关费用的提取、支付方式与比例；（八）风险警示内容；（九）国务院证券监督管理机构规定的其他内容。”企业发布基金招募说明书邀请投资者购买其基金，只是向公众发出了购买基金的邀请，有购买意愿的投资者在向企业发出购买基金的请求后，企业作出同意投资者购买的承诺，合同关系才能成立，因此，企业发布基金招募说明书的行为在性质上属于要约邀请，而不构成要约。

6.商业广告和宣传

广义的广告包括商业广告、公益性广告及分类广告（如寻人、征婚、挂失、婚庆、吊唁、招聘、求购、启事以及权属声明等广告），而狭义的广告仅指商业广告。我国《广告法》第2条采纳了狭义的广告概念，即广告是指商品经营者或者服务提供者承担费用，“通过一定媒介和形式直接或者间接地介绍自己所推销的商品或者服务的商业广告”。

根据《民法典》第473条的规定，商业广告是要约邀请，发出商业广告不能产生要约的效力。法律上之所以将商业广告作为要约邀请，主要是因为：第一，商业广告旨在宣传和推销某种商品或服务，而一般并没有提出出售该商品或提供该服务的主要条款。发出广告的人通常只是希望他人向其发出购买该商品或要求提供该服务的要约。第二，商业广告发出后，不能因任何人接受广告的条件便使合同成立，否则广告人将要承担许多其不可预见的违约责任。第三，广告人并非针对特定的人发出，并不符合要约对象为特定主体的特点。

商业广告虽然原则上不是要约，而是要约邀请，但如果商业广告的内容具体、确定，且包含了当事人订约的意思，也可以构成要约。《民法典》第473条第2款规定：“商业广告和宣传的内容符合要约条件的，构成要约。”在符合要约条件的情形下，商业广告和宣传本质上就成为希望与对方订立合同的意思表示，因此其性质上就是要约，而不仅仅是可以被“视为”要约。“视为”作为法律上的拟制，是立法者明知性质不同而作同等对待，而满足要约条件的广告和宣传事实上已经具有了要约的性质，因此不宜再使用“视为”这一表述。例如，广告中声称：“我公司现有某型号的水泥1000吨，每吨价格200元，先来先买，欲购从速”，或者在广告中声称“保证有现货供应”，则可以依具体情况将该商业广告认为已经构成要约。一般认为，商业广告构成要约应当具备如下几个要件：第一，广告人具有明确的缔约意图，且有受该商业广告拘束的意思。例如，广告中明确标明“一经承诺合同即成立”或类似字样。第二，广告中必须包含了合同的主要条款，或者写明相对人只要作出规定的行为就可以使合同成立，即该广告的内容

具体、确定，则应该认为属于要约而不是要约邀请。《欧洲民法典草案》第2—4：201条规定，如果经营者在广告中明确表明，其要以特定的价格来提供某种商品或者服务，则视为经营者发出了以该价格提供商品或者服务的要约。

7. 寄送的价目表

生产厂家和经营者为了推销某种商品，通常向不特定的相对人派发或寄送某些商品的价目表。发出价目表的行为虽包含了商品名称及价格条款，且含有行为人希望订立合同的意思，但由于从该行为中并不能确定行为人具有一经对方承诺即接受承诺后果的意图，而只是向对方提供某种信息，希望对方向自己提出订约条件（如购买多少本书或某种图书），因此，《民法典》第473条明确规定，寄送的价目表只是要约邀请，而不是要约。当然，如果行为人向不特定的相对人派发某种商品的订单，并在订单中明确声明愿受承诺的拘束，或者从订单的内容中可以确定它具有接受承诺后果拘束的意图，应认为该订单不是要约邀请，而是要约。

第四百七十四条

要约生效的时间适用本法第一百三十七条的规定。

本条主旨

本条是关于要约生效的时间规定。

相关条文

《合同法》第16条 要约到达受要约人时生效。

采用数据电文形式订立合同，收件人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统的时间，视为到达时间；未指定特定系统的，该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间，视为到达时间。

《民法总则》第137条 以对话方式作出的意思表示，相对人知道其内容时生效。

以非对话方式作出的意思表示，到达相对人时生效。以非对话方式作出的采用数据电文形式的意思表示，相对人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统时生效；未指定特定系统的，相对人知道或者应当知道该数据电文进入其系统时生效。当事人对采用数据电文形式的意思表示的生效时间另有约定的，按照其约定。

理解与适用

一、要约生效的时间

要约生效的时间既关系到要约从什么时间对要约人产生拘束力，也涉及承诺期限的问题。关于要约生效的时间，理论上有三种观点：一是发信主义。此种观点认为，要约人发出要约以后，只要要约已处于要约人控制范围之外，要约即产生效力。二是到达主义。到达主义又称为受信主义，此种观点认为，要约必须到达受要约人之时才能产生法律效力。三是了解主义。此种观点认为，要约人发出要约，在到达相对人后还不能立即生效，必须在相对人了解要约的内涵时，要约才能生效。例如，《联合国国际货物销售合同公约》第15条规定，“（1）发价于送达被发价人时生效。（2）一项发价，即使是不可撤销的，得予撤回，如果撤回通知于发价送达被发价人之前或同时，送达被发价人”。可见，该公约采纳了到达主义。

我国《合同法》第16条第1款规定：“要约到达受要约人时生效。”可见，我国《合同法》亦采纳了到达主义。但《民法典》第137条区分以对话方式和非以对话方式作出的意思表示，分别确定其效力，这实际上是修改了《合同法》第16条规定，不再采用统一的到达主义。作出此种修改的主要原因在于：一方面，虽然诸如《联合国国际货物销售合同公约》并未对要约生效的时间进行区分，但是其针对的主要是商事交易，到达主义主要是针对以非对话方式作出的意思表示。由于我国实行民商合一的体例，《民法典》合同编所规范的范围广、内容多，因此适用意思表示的一般规则更合适。另一方面，意思表示可以以多种方式作出，到达主义主要是针对在非对话方式的情形下，当事人处于异地，通过信件、邮件、传真等方式订立合同的场合，采纳到达主义中到达的时间才具有意义。但如果是在即时交易中，当事人面对面地订立口头合同，意思表示的发出和到达就没有必要作出区分了。一般认为，在对话方式缔约中，依法作出意思表示，只要所表示出来的意思为对方所理解，就应当发生效力。

二、区分以对话方式作出和以非对话方式作出的要约的生效

《民法典》第474条规定：“要约生效的时间适用本法第一百三十七条的规定。”《民法典》第137条对以对话方式作出的意思表示和以非对话方式作出的意思表示的生效规则分别作出了规定，这也意味着，需要区分以对话方式作出的要约和以非对话方式作出的要约，分别确定要约的生效的时间。

1.以对话方式作出的要约，相对人知道其内容时生效

所谓以对话方式作出的要约，是指当事人直接以对话的形式发出要约。例如，当事人面对面地订立口头买卖合同，或者通过电话交谈的方式订立合同。关于以对话方式作出的意思表示的生效，《民法典》总则第137条第1款规定：“以对话方式作出的意思表示，相对人知道其内容时生效。”在以对话方式作出的意思表示中，意思表示的发出和相对人受领意思表示是同步进行的。^[32]依据该条规定，对以对话方式作出的要约而言，只有在表意人的意思表示被相对人知悉要约的内容时，该要约才能够生效。如果相对人并不知道要约的内容，也就无法作出相应的承诺，此时，应当认定要约未生效。因此，对以对话方式作出的要约而言，其生效实际上是采取了解主义。

2.以非对话方式作出的要约，到达相对人时生效

所谓以非对话方式作出的意思表示，是指当事人以对话以外的形式发出意思表示。例如，采用邮件、传真等方式订立合同。关于非对话方式作出的意思表示的生效，《民法典》第137条第2款规定，“以非对话方式作出的意思表示，到达相对人时生效”。依据这一规定，关于以非对话方式作出意思表示的生效，《民法典》采用了到达主义，即到达相对人时生效。所谓到达，是指根据一般的交易观念，已经进入相对人可以了解的范围。到达并不意味着相对人必须亲自收到，只要意思表示已进入受领人的控制领域，并在通常情况下可以期待受领人能够知悉意思表示的内容，就视为已经到达。^[33]到达并不一定实际送达到受要约人及其代理人手中，只要要约送达到受要约人所能控制的地方（如受要约人的信箱等），即为到达。如果要约人未明确限制时间，应以要约能够到达的合理时间为准。在要约人发出要约但未到达受要约人之前，要约人可以撤回要约或修改要约的内容。之所以针对非对话方式作出的意思表示采用到达主义，是因为到达主义为我国立法和司法实践所采纳，尤其是在合同订立中，对要约、承诺的生效采取的是到达主义。因此，《民法典》第137条延续了这一立法和司法实践经验。^[34]

3.以非对话方式作出的、采用数据电文形式的要约的生效

在互联网时代，采用数据电文形式作出要约也是合同订立的重要方式。《民法典》第137条第2款规定：“以非对话方式作出的采用数据电文形式的意思表示，相对人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统时生效；未指定特定系统的，相对人知道或者应当知道该数据电文进入其系统时生效。当事人对采用数据电文形式的意思表示的生效时间另有约定的，按照其约定。”由此可见，以数据电文形式作出的要约，其生效分为两种情形：一是相对人指定了特定的系统接收数据电文的，该要约自该数据电文进入该特定系统时生效。依据这一规定，在数据电文进入系统以后，尽管没有为收件人所阅读、使用，也认为是收到了电文。对此解释的理由是“进入”的概念既用于界定数据电文的发出，也用于界定其收到。^[35]本书认为，要约毕竟不同于承诺，对要约的到达采取宽松的解释，在一般情况下不会影响到交易的安全，所以可以以“进入”来界定到达。这就是说，只要要约的内容进入收件人的系统，即使没有为收件人所实际检索、阅读，也视为到达。如果要约人事后可能撤回其要约，则可以在其要约中要求受要约人发出确认的信件以证实是否收到。在没有确认之前，该要约并没有实际生效，此时，要约人可以撤回其要约。二是相对人未指定特定的系统接收数据电文的，则自相对人知道或者应当知道该数据电文进入其系统时生效。依据《民法典》第137条的规定，在相对人未指定特定的系统接收数据电文时，则自相关数据电文进入收件人的任何系统的首次时间为到达时间。可见，《民法典》改变了《合同法》的规则，而采用了更为灵活的生效规则，即相关数据电文到达相对人的任何一个系统，即被推定为相对人知道或应当知道，该数据电文进入其系统时生效，除非相对人举证证明其不应当知道。例如，其所用的邮箱长期不予使用且相对人明知的，则可以认定相对人不应当知道。

第四百七十五条

要约可以撤回。要约的撤回适用本法第一百四十一条的规定。

本条主旨

本条是要约可以撤回的规定。

相关条文

《合同法》第17条 要约可以撤回。撤回要约的通知应当在要约

到达受要约人之前或者与要约同时到达受要约人。

《民法总则》第141条 行为人可以撤回意思表示。撤回意思表示的通知应当在意思表示到达相对人前或者与意思表示同时到达相对人。

《商务部关于网上交易的指导意见（暂行）》 遵守合同订立的各项要求

交易各方采用电子邮件、网上交流等方式订立合同，应当遵守合同法、电子签名法的有关规定，注意下列事项：

.....

（2）以数据电文形式发送的要约的撤回、撤销和失效以及承诺的撤回；

.....

《股票发行与交易管理暂行条例》第52条第3款 预受收购要约的受要约人有权在收购要约失效前撤回对该要约的预受。

理解与适用

一、要约可以撤回

本条是关于要约的撤回的规定。所谓要约的撤回，是指要约人在要约发出以后，未到达受要约人之前，有权宣告取消要约。如甲于某日给乙去函要求购买某种机器，但甲事后与丙达成了购买该种机器的协议，即立即给乙发去传真要求撤回要约，在发出要约信函到达乙之前，这种撤回应是有效的。根据要约的形式拘束力，任何一项要约都是可以撤回的，只要撤回的通知先于或与要约同时到达受要约人，便能产生撤回的效力。允许要约人撤回要约，是尊重要约人的意志和利益的体现。由于撤回是在要约到达受要约人之前作出的，因而在撤回时要约并没有生效，撤回要约也不会影响到受要约人的利益。

《民法典》第475条规定：“要约可以撤回。要约的撤回适用本法第一百四十一条的规定。”《民法典》第141条规定：“行为人可以撤回意思表示。撤回意思表示的通知应当在意思表示到达相对人前或者与意思表示同时到达相对人。”《民法典》第475条之所以如此规定，主要是为了强调要约属于意思表示，因此要约的撤回需要遵循意思表

示撤回的一般规则，总则编已经就意思表示的撤回进行了规定，为避免重复，要约的撤回可以直接适用总则编的规定。

二、撤回的通知先于意思表示到达或者与意思表示同时到达

依据《民法典》第137条的规定，非对话方式的意思表示必须到达相对人时才能生效，因此，在其生效之前表意人发出撤回表示，且撤回表示在原意思表示生效之前到达或同时到达的，原意思表示当然不能生效。行为人要撤回意思表示，必须使其撤回意思表示的通知先于意思表示到达相对人，或者与意思表示同时到达相对人。如果行为人的撤回意思表示的通知晚于意思表示到达相对人，则不产生撤回意思表示的效力。由此可见，意思表示的撤回主要适用于非以数据电文方式作出的意思表示，因为对于以数据电文形式作出的意思表示而言，其瞬间到达相对人，行为人撤回意思表示的通知很难先于意思表示到达相对人或者与意思表示同时到达相对人。所以在电子商务中，要约一般是不能撤回的。

第四百七十六条

要约可以撤销，但是有下列情形之一的除外：

（一）要约人以确定承诺期限或者其他形式明示要约不可撤销；

（二）受要约人有理由认为要约是不可撤销的，并已经为履行合同做了合理准备工作。

本条主旨

本条是关于要约撤销的规定。

相关条文

《合同法》第18条 要约可以撤销。撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。

《合同法》第19条 有下列情形之一的，要约不得撤销：

（一）要约人确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销；

（二）受要约人有理由认为要约是不可撤销的，并已经为履行合同做了准备工作。

理解与适用

一、要约撤销的概念

本条是关于要约撤销的规定。所谓要约的撤销，是指要约人在要约到达受要约人并生效以后，受要约人作出承诺前，将该项要约取消，从而使要约的效力归于消灭。法律规定要约可以撤销的理由在于：一方面，从理论上讲，要约乃是要约人一方的意思表示，并没有像合同那样对双方产生拘束力，因此，原则上应当允许要约人撤回或者撤销，而不能以合同的拘束力确定要约的效力。另一方面，从实践来看，如果要约人不得撤销要约，可能赋予受要约人过分的特权，从而不利于保护要约人。因为要约达到后，在承诺人作出承诺之前，可能会因为各种原因如不可抗力、要约内容存在缺陷和错误、市场行情的变化等促使要约人撤销其要约。允许要约人撤销要约对保护要约人的利益，减少不必要的损失和浪费也是有必要的。《联合国国际货物销售合同公约》第16条规定，在未订立合同之前，如果撤销通知于受要约人发出接受通知之前送达被要约人，要约得予撤销。如果要约写明接受要约的期限或以其他方式表示要约是不可撤销的，或受要约人有理由信赖该项要约是不可撤销的而且受要约人已根据对要约的信赖行事，则要约不得撤销。《国际商事合同通则》第2.1.4条第2款规定：“但是，在下列情况下，要约不得撤销：（a）要约写明承诺期限，或以其他方式表明要约是不可撤销的；或（b）受要约人有理由信赖该项要约是不可撤销的，且受要约人已依赖该要约行事。”我国《民法典》合同编借鉴了该经验，规定要约可以撤销。

撤销要约与撤回要约都旨在使要约作废，并且都只能在承诺作出之前实施，但两者存在一定的区别，表现在：撤回发生在要约并未到达受要约人并生效之前，而撤销则发生在要约已经到达并生效，但受要约人尚未作出承诺的期限内。由于撤销要约时要约已经生效，因而对要约的撤销必须有严格的限定，如因撤销要约而给受要约人造成损害的，要约人应负赔偿责任。

关于电子合同订立过程中要约是否可以撤销的问题，应当根据具体情况来确定。尽管EDI交易中，要约的撤销非常困难，但在理论上仍然是可能的。例如，在要约人发出一项要约的指令以后，尽管该指令已经进入对方的系统，但对方的计算机因为出现故障或其他原因没有自动做出应答，在此情况下，要约人完全可以撤销其要约。还要看

到，美国虽然采发信主义，但美国法律协会在有关电子交易的报告中认为，在EDI的交易中，无论是要约还是承诺都应该采到达主义，从而接收人在收到信息之后，能够回信确认该信息是否有误。^[36]

二、在法定的例外情形下，要约不得撤销

《民法典》第476条规定：“要约可以撤销，但是有下列情形之一的除外：（一）要约人以确定承诺期限或者其他形式明示要约不可撤销；（二）受要约人有理由认为要约是不可撤销的，并已经为履行合同做了合理准备工作。”允许要约人撤销已经生效的要约，必须有严格的条件限制，否则必将在事实上否定要约的法律效力，导致要约在性质上的变化，同时也会给受要约人造成不必要的损失。那么，如何对要约的撤销作出限制呢？根据《民法典》第476条的规定，不可撤销的要约包括两种情况。

（一）要约人以确定承诺期限或者其他形式明示要约不可撤销

1. 要约中以规定承诺期限的形式表明要约不可撤销。这实际上是指要约中明确允诺要约不可撤销或在规定期限内不得撤销。因为要约人在发出要约的时候，已经向受要约人明确告知要约的有效期限，该期限的确定，不仅对要约人产生拘束，而且能够使得受要约人产生合理的信赖。例如，要约人在要约中声称“近一个月飞机票打折，价格维持在一千元之内”，这实际上是确定了在一个月中价格维持在一千元之内，要约人在一个月内不能更改上述要约的内容。问题在于，在规定了承诺期限的要约到达相对人后的第二天，撤销要约的通知也到达，此时是否绝对不能撤销？笔者认为，《民法典》第476条规定“确定承诺期限”的要约不可撤销，这实际上是为了保护受要约人的信赖利益，但是如果受要约人并不存在合理的信赖，甚至是违反诚信原则行为，此时，就没有对其予以特别保护的必要，要约人仍然可以撤销要约。

2. 以其他形式明示要约是不可撤销的。此处的其他形式是指除要约人明确规定承诺期限外，要约人以其他方式表明其要约不可撤销。例如，要约人在要约中声称，“我们坚持我们的要约直到收到贵方的回复”。虽然在该要约中没有明确规定要约的期限，但该要约并没有明确限定承诺的期限，且要约的内容是不可更改的。再如，某家具公司对外发出广告，称其有红木家具出售，一周内可随时提货，价格10万元。某人收到广告之后便四处筹款，三天后其前往家具公司要求提货，家具公司提出货已经全部售出。在该案中，受要约人在收到要约以后，基于对要约的信赖，已为准备承诺支付了一定的费用，因此要约人在要约撤销以后应向受要约人承担信赖利益赔偿责任。

（二）受要约人有理由认为要约是不可撤销的，并已经为履行合
同作了合理准备工作

此种情形包括两个要件：一是受要约人有理由认为要约是不可撤销的。如何理解“受要约人有理由认为要约是不可撤销的”？这实际上就是指受要约人对要约行为已经产生了合理的信赖，因此要约不可撤销。《欧洲民法典草案》第2-4：202条中确认了在要约发生错误的情况下，如果受要约人基于要约本身产生了合理的信赖，则要约不能随意撤销。其主要目的在于保护当事人的合理信赖，维护交易安全。

[37]二是受要约人已经为履行合同做了合理准备工作。从两大法系的规定来看，要约发出以后，如果受要约人已经开始履行，依照美国法要约不能撤回。[38]根据《国际商事合同通则》第2.1.4条，如果要约人发出一项要约，在要约中附有某种条件，而受要约人要完成该条件，则需要从事广泛的、费用昂贵的调查，如果受要约人从事了该行为，为要约做了一定的准备，甚至支付了一定的费用，要约人不可撤销其要约。[39]我国《民法典》采纳了这一规则。例如，甲向乙商场发出出卖5吨苹果要约，表示其供货充足，随时等待乙作出承诺；乙为了储存苹果，已经承租了两处冷库。此种情形下，乙有理由相信甲不会撤销要约，且乙已经为履行合同做了一定的准备工作，甲不得撤销其要约。

需要指出的是，“不得撤销”并不是指要约人必须无条件地按照要约的内容履行义务，此处所说的不可撤销，并非禁止撤销，也就是说，要约仍然可以撤销，只不过如果受要约人在收到要约以后，基于对要约的信赖，已为准备承诺支付了一定的费用，在要约撤销以后应有权要求要约人予以赔偿。因此，要约的不可撤销规则只是为受要约人主张缔约过失责任提供了依据。

在实践中还必须区分对要约的撤销和对预约合同的撤销，在当事人发出要约后，相对人未作承诺前，合同还没有成立，所以要约可以依法撤销。但在预约合同中，预约合同已经成立。由于预约合同是一种合同，无正当理由撤销预约合同实际上是主张单方解除合同，该行为构成违约。

第四百七十七条

撤销要约的意思表示以对话方式作出的，该意思表示的内容应当在受要约人作出承诺之前为受要约人所知道；撤销要约的意思表示以非对话方式作出的，应当在受要约人作出承诺之前到达受要约人。

本条主旨

本条是关于撤销要约的意思表示生效的规定。

相关条文

《民法总则》第137条 以对话方式作出的意思表示，相对人知道其内容时生效。

以非对话方式作出的意思表示，到达相对人时生效。以非对话方式作出的采用数据电文形式的意思表示，相对人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统时生效；未指定特定系统的，相对人知道或者应当知道该数据电文进入其系统时生效。当事人对采用数据电文形式的意思表示的生效时间另有约定的，按照其约定。

理解与适用

本条对撤销要约的意思表示生效问题做出了规定，由于要约的撤销也属于意思表示，因此同样需要遵循意思表示的一般规则。针对意思表示的撤销，《民法典》总则编第137条区分了以对话方式作出的意思表示和以非对话方式作出的意思表示，因此，本条也对两种以不同方式进行的要约撤销进行了区分，具体而言主要分为以下两种。

一是以对话方式撤销要约，撤销要约的意思表示必须在受要约人作出承诺前为其所知。《民法典》第137条第1款规定：“以对话方式作出的意思表示，相对人知道其内容时生效。”在以对话方式作出的意思表示中，意思表示的发出和相对人受领意思表示是同步进行的。^[40]依据该条规定，对以对话方式作出的意思表示而言，只有在表意人的意思表示被相对人知悉对话的内容时，意思表示才能够生效。因此，在以对话方式作出的要约撤销中，对话即时到达受要约人。例如，在面对面的买卖中，在发出要约后，只有承诺人尚未表态承诺与否时，发出的撤销要约的意思表示才能发生撤销要约的效果，因此，撤销要约的意思表示必须在受要约人作出承诺前为其所知。

二是以非对话方式撤销要约，则该撤销的表示必须在受要约人承诺前到达。《民法典》第137条第2款规定：“以非对话方式作出的意思表示，到达相对人时生效。”依据这一规定，以非对话方式作出的意思表示，到达相对人时生效，可见，关于以非对话方式作出意思表示的生效，《民法典》采用了到达主义，即到达相对人时生效。所谓

到达，是指根据一般的交易观念，已经进入相对人可以了解的范围。到达并不意味着相对人必须亲自收到，只要意思表示已进入受领人的控制领域，并在通常情况下可以期待受领人能够知悉意思表示的内容，就视为已经到达。^[41]例如，要约规定的期限为15日，在要约发出后经历了10日才到达受要约人，承诺人需要在5日内做出承诺并到达要约人，如果撤销要约的意思表示早于或与要约同时到达受要约人，则不构成撤销而是构成撤回；如果撤销的意思表示在10日后到达，需要区分受要约人是否已经作出承诺，如果受要约人尚未作出承诺，则可以发生要约撤销的效果，如果承诺人已经作出承诺，则不发生要约撤销的效果，在承诺到达要约人时合同成立。但如果要约是在15后才到达受要约人，那么如果受要约人已经在承诺期限内做出承诺，自然不发生撤回的效力；如果承诺人在承诺期限内并未承诺，那么由于要约已经失效，该撤销要约的意思表示就不会发生效力。

第四百七十八条

有下列情形之一的，要约失效：

- （一）要约被拒绝；
- （二）要约被依法撤销；
- （三）承诺期限届满，受要约人未作出承诺；
- （四）受要约人对要约的内容作出实质性变更。

本条主旨

本条是关于要约失效的规定。

相关条文

《合同法》第20条 有下列情形之一的，要约失效：

- （一）拒绝要约的通知到达要约人；
- （二）要约人依法撤销要约；
- （三）承诺期限届满，受要约人未作出承诺；

（四）受要约人对要约的内容作出实质性变更。

理解与适用

所谓要约失效，是指要约丧失了法律拘束力，即不再对要约人和受要约人产生拘束。要约失效以后，受要约人也丧失了其承诺的资格，即使其向要约人表示了承诺，也不能导致合同的成立。在要约失效后，受要约人发出同意接受要约的表示，只能视为向要约人发出新的要约。因此，判断要约是否失效，对于认定合同是否成立十分重要。根据本条规定，要约失效的原因主要有以下几种。

第一，要约被拒绝。拒绝要约是指受要约人没有接受要约所规定的条件。拒绝的方式有多种，既可以是明确表示拒绝要约的条件，也可以通过行为表示拒绝。受要约人一旦拒绝要约，要约即失效。不过，受要约人在拒绝要约以后，也可以撤回拒绝的通知，但必须在撤回拒绝的通知先于拒绝要约的通知或与其同时到达要约人处时，撤回通知才能产生效力。

第二，要约被依法撤销。要约在受要约人发出承诺通知之前，可以由要约人撤销要约，一旦撤销，要约即失效。撤销要约的意思表示以对话方式作出的，该意思表示的内容应当在受要约人作出承诺之前为受要约人所知道；撤销要约的意思表示以非对话方式作出的，应当在受要约人作出承诺之前到达受要约人。

第三，承诺期限届满，受要约人未作出承诺。凡是在要约中明确规定了承诺期限的，则承诺必须在该期限内作出，超过了该期限，则要约自动失效。要约没有确定承诺期限的，要约以对话方式作出的，应当即时作出承诺，但当事人另有约定的除外；要约以非对话方式作出的，承诺应当在合理期限内到达，承诺未在合理期限内到达的，要约即失去效力。

第四，受要约人对要约的内容作出实质性变更。受要约人对要约的内容作出实质性限制、更改或扩张的，表明受要约人已拒绝了要约，但从鼓励交易原则出发，可以将其视为向要约人发出了新的要约。如果在受要约人作出的承诺通知中，并没有更改要约的实质内容，只是对要约的非实质性内容予以变更，而要约人又没有及时表示反对，则此种承诺不应被视为对要约的拒绝。但如果要约人事先声明要约的任何内容都不得改变，则受要约人虽仅更改要约的非实质性内容，也会产生拒绝要约的效果。

第四百七十九条

承诺是受要约人同意要约的意思表示。

本条主旨

本条是关于承诺概念的规定。

相关条文

《合同法》第21条 承诺是受要约人同意要约的意思表示。

理解与适用

一、承诺的概念

根据本条规定，所谓承诺，是指受要约人同意要约的意思表示。换言之，承诺是指受要约人同意接受要约的条件以缔结合同的意思表示。^[42]承诺的法律效力在于，受要约人所作出的承诺一旦到达要约人，合同便告成立。如果受要约人对要约人提出的条件并没有表示接受，而附加了条件、作出了新的提议，则意味着拒绝了要约人的要约，并形成了一项反要约或新的要约。

二、承诺有效的要件

根据《民法典》第479条的规定，由于承诺一旦生效，将导致合同的成立，因而承诺必须符合一定的条件。在法律上，承诺必须具备如下条件，才能产生法律效力。

（一）承诺必须由受要约人向要约人作出

一方面，承诺必须由受要约人作出。这是因为只有受要约人是约人选定的，只有受要约人才能作出承诺，第三人不是受要约人，不具有承诺资格。如果允许第三人作出承诺，则完全违背了要约人的意思。第三人向要约人作出承诺，视为发出要约。但需要指出的是，基于法律规定和要约人发出的要约规定，如果第三人可以对要约人作出承诺，则要约人应当受到承诺的拘束。如果要约是向某个特定人作出的，则该特定人具有承诺人的资格；如果要约是向数人发出的，则其均可成为承诺人。承诺可以由受要约人作出，也可以由其授权的代理

人作出。

另一方面，承诺必须向要约人作出。既然承诺是对要约人发出的要约所作的答复，那么只有向要约人作出承诺，才能使合同成立。如果向要约人以外的其他人作出承诺，则只能视为对他人发出要约，不能产生承诺的效力。

（二）承诺是受要约人决定与要约人订立合同的意思表示

本条规定：“承诺是受要约人同意要约的意思表示。”承诺在性质上属于意思表示，其必须符合意思表示的要件，即承诺人应当有受承诺拘束的意思。承诺在性质上是需要受领的意思表示。^[43]也就是说，承诺人作出承诺的意思表示后，必须到达要约人才能使合同成立。正如要约人必须具有与受要约人订立合同的目的，承诺中必须明确表明同意与要约人订立合同，才能因承诺而使合同成立。^[44]这就要求受要约人的承诺必须清楚明确，不能模糊不清。例如，受要约人在答复中提出，“我们愿意考虑你所提出的条件”或“原则上赞成你们提出的条件”等，都不是明确的订约表示，不能产生承诺的效力。如果答复中包含了承诺的意思，但订约的意图不十分明确，在此情况下，应根据诚实信用原则和交易习惯来确认承诺是否有效。

（三）承诺的内容必须与要约的内容一致

根据《民法典》第488条的规定，“承诺的内容应当与要约的内容一致”。这就是说，在承诺中，受要约人必须表明其愿意按照要约的全部内容要与要约人订立合同。也就是说，承诺是对要约的同意，其同意内容须与要约的内容一致，才构成意思表示的一致（即合意），从而使合同成立。承诺的内容与要约的内容一致，具体表现在：承诺必须是无条件的承诺，不得限制、扩张或者变更要约的内容，否则，不构成承诺，应视为对原要约的拒绝并作出了一项新的要约。

从现代合同法的发展趋势来看，从鼓励交易出发，在承诺的内容上采宽松立场，并不要求承诺必须与要约绝对一致，只要不改变要约的实质性内容，仍然构成承诺，而不是反要约。这一立法经验已经为我国合同立法所借鉴。《民法典》第488条规定：“承诺的内容应当与要约的内容一致。受要约人对要约的内容作出实质性变更的，为新要约。有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更，是对要约内容的实质性变更。”由此可见，该条确立了承诺不得变更要约的实质性内容的规则。如果构成实质性变更，将成为新要约或反要约。所谓实质性内容，是指对当事人利益有重大影响的合同内容，其一般构成未来合同

的重要条款。虽然《民法典》第488条对要约内容的实质性变更作出了规定，但对“实质性变更”的判断还需要遵循具体问题具体分析的思路，结合个案中的具体情形来判断，尤其需要考虑承诺对要约内容的变更对当事人利益的影响。另外，在认定是否构成实质性变更时，还应当考虑要约人的意思。如果要约人明确提出，任何内容不得变更，在此情形下，就无所谓实质性变更和非实质性变更的区别，任何变更都属于新的要约。

承诺虽然不能改变要约的实质性内容，但这并不意味着承诺人不能对要约的内容进行任何更改。对要约非实质性内容作出更改，不应影响合同的成立。例如，将履行地点由某一栋小建筑的东门改到西门，而要约人又未及时表示反对的，应认为承诺有效。当然，即使是非实质性内容的变更，根据《民法典》第489条，在以下两种情况下承诺也不能生效：一是要约人及时表示反对，即要约人在收到承诺通知后，立即表示不同意受要约人对非实质性内容所作的变更。如果经过一段时间后仍不表示反对，则承诺已生效。二是要约人在要约中明确表示，承诺不得对要约的内容作出任何变更，否则无效，则受要约人作出非实质性变更也不能使承诺生效。

（四）承诺必须在要约规定的期限内到达要约人

1. 承诺只有到达要约人时才能生效

我国《民法典》合同编在承诺方面采纳到达主义的原则。所谓到达，是指承诺必须到达要约人控制的范围内。如果承诺以对话的方式作出，则可以立即到达要约人，承诺可立即生效。如果承诺以非对话的方式作出，则相关的承诺文件到达要约人的控制范围的时间为承诺的到达时间。例如，相关的承诺文件到达要约人的信箱或者放置于要约人的办公室，至于到达以后要约人是否实际阅读，则不影响承诺的效力。

2. 承诺必须在规定的期限内到达

承诺的到达必须具有一定的期限限制。《民法典》第481条规定：“承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。要约没有确定承诺期限的，承诺应当依照下列规定到达：（一）要约以对话方式作出的，应当即时作出承诺；（二）要约以非对话方式作出的，承诺应当在合理期限内到达。”这就是说，只有在规定的期限内到达的承诺才是有效的。未能在合理期限内作出承诺并到达要约人，则视为承诺的通常迟延，或称为逾期承诺。此种逾期的承诺在民法上被视为一项新的要约，而不是承诺。由于要约已经失效，承诺人也不能作出承诺。

对失效的要约作出承诺，视为向要约人发出要约，不能产生承诺效力。

（五）承诺的方式必须符合要约的要求

根据《民法典》第480条的规定，承诺应当以通知的方式作出，但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。这就是说，受要约人必须将承诺的内容通知要约人，但受要约人通知的方式还应当符合要约的要求。如果要约要求承诺必须以一定的方式作出，则承诺人必须按照该方式作出承诺。例如，要约要求承诺应以发电子邮件的方式作出，则不应采取纸质邮寄的方式。如果要约没有特别规定承诺的方式，则不能将承诺的方式作为有效承诺的特殊要件。

如果要约中没有规定承诺的方式，根据交易习惯也不能确定承诺的方式，则受要约人可以采用如下方式来表示承诺：一是以口头或书面的方式表示承诺，这种方式是在实践中经常采用的。一般来说，如果法律或要约中没有明确规定必须用书面形式承诺，则当事人可以用口头形式承诺。二是以行为方式表示承诺。这就是说，要约人尽管没有通过书面或口头方式明确表达其意思，但是通过实施一定的行为作出了承诺。例如，在现物要约中，接收标的物的一方虽然没有明确表示购买该标的物，但其接受并已使用该标的物，可以视为其以自己的行为作出了承诺。

第四百八十条

承诺应当以通知的方式作出；但是，根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。

本条主旨

本条是关于承诺的方式的规定。

相关条文

《合同法》第22条 承诺应当以通知的方式作出，但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。

《合同法司法解释二》第7条 下列情形，不违反法律、行政法规

强制性规定的，人民法院可以认定为合同法所称“交易习惯”：

（一）在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用并为交易对方订立合同时所知道或者应当知道的做法；

（二）当事人双方经常使用的习惯做法。

对于交易习惯，由提出主张的一方当事人承担举证责任。

理解与适用

一、承诺原则上应当采取通知的方式进行

所谓通知，是指受要约人向要约人作出的接受要约的意思表示。承诺原则上应当采取通知的方式进行，这主要是因为承诺的意思必须以某种方式表达出来，显示于外部，且到达相对人，为相对人所知悉，才能够成为有效的承诺。通知不仅在内容上必须包括接受要约的意思，而且通知必须到达要约人才能生效。这主要是因为我国《民法典》对意思表示的生效采到达主义，而非发信主义。从实践来看，承诺绝大多数都是以向相对人作出意思表示的方式实现的，仅在特殊的情形下，才可以通过行为等方式作出承诺。

承诺作为一种意思表示，自然可以依据意思表示作出的不同方式进行。以通知的方式作出承诺就是典型的明示的承诺，这种明示的承诺只要求当事人将承诺的意思通知于要约人，至于该承诺是以书面抑或口头的方式作出，则均无可。除此之外，意思表示也可以以默示的方式作出，这种方式虽然不需要以语言或文字的方式作出表示，但是也必须为相对人所知悉，因此，需要通过一定的行为作出。

二、依据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外

根据本条规定，承诺原则上应采取通知方式，但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。这就是说，如果要约表明可以通过行为作出承诺，则受要约人可以以行为的方式作出承诺。此处所说的以行为作出承诺的方式，就是以实际交付货物、支付价款等方式来作出承诺。在社会生活中，当事人经常在简单的交易中采取行为的方式承诺。例如，行为人乘坐地铁，其刷卡行为本身表明，其作出了承诺。再如，在自动售货机上投币，也属于以行为的方式承诺。在这些情况下，之所以可以以行为的方式承诺，是因为要约人允许承诺人以行为的方式承诺。此种承诺方式实际上就是德国法中所说的意

思实现（德语Willensbetätigung）。所谓意思实现，是指行为人没有通过表达法律行为意思的方式而使法律后果产生，而是以创设相应的状态的方式，使行为人所希冀的法律后果实现。^[45]《德国民法典》第151条规定：“根据交易习惯，承诺无须向要约人表示，或者要约人预先声明无须表示的，即使没有向要约人表示承诺，承诺一经作出，合同即告成立。应根据要约或者当时情况可以推知的要约人的意思，来确定要约约束力消灭的时间。”该条就是对意思实现的规定。^[46]我国《民法典》第480条规定：“承诺应当以通知的方式作出；但是，根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。”这实际上是认为，根据交易习惯也可以承认意思实现的方式。

通过行为作出承诺包含如下两种情形。

第一，根据交易习惯可以通过行为作出承诺。尤其是在长期的、继续性的合同关系中，双方当事人形成一定的交易习惯，即在合同到期后，只要一方向对方交货，另一方没有及时表示退货，则视为合同成立。此种情形下，按照此种交易习惯，当事人可以通过行为作出承诺。再如，在租赁合同到期后，承租人继续支付租金，对方接受租金的，则视为租赁合同继续有效。

第二，要约人在要约中表明，可以以行为的方式承诺。例如，要约人在要约中载明，承诺人可以通过使用商品的方式作出承诺，则在承诺人作出此种行为时也可以认定为作出了承诺。此时，受要约人以行为的方式承诺，也是符合要约人的意思的。例如，在一方向另一方发出的要约中，明确规定，虽未收到对方的承诺通知，但对方已交付货物，也将达成合同。在此情况下，承诺人不作通知，而直接以行为的方式承诺，也构成有效的承诺。

问题在于，如果要约人没有在要约中明确以何种方式承诺，受要约人是否可以通过行为的方式承诺？我国《民法典》合同编并不禁止以行为承诺。《民法典》第469条规定，合同可以采取口头的、书面的或其他形式，此处所说的“其他形式”其实就是指以行为的方式承诺。所以，承诺也可以在口头和书面形式之外以行为来作出。

三、单纯的沉默或不行动本身不构成承诺

从两大法系的规定来看，基本上都认为，单纯的沉默或不作为（silence or inactivity）本身不构成承诺。单纯的沉默或不作为都是指受要约人没有作任何意思表示，也不能确定其具有承诺的意思；而默示的方式虽不是以书面或口头方式作出的，但受要约人通过实施一定的行为或其他方式作出了承诺，而且从其行为和表现来看，可确定

其具有承诺的意思。[47]以行为的方式作出承诺与默示承诺是不同的，以行为的方式作出承诺，必须实施一定的行为，符合一定的要件，并且能够从当事人实施的行为中推断当事人的意思。[48]但从单纯的沉默和不作为难以推断当事人的意思。例如，甲向乙、丙同时兜售某块手表，价值100元，甲问乙、丙是否愿意购买，乙沉默不语，未作任何表示，而丙则点头表示同意。乙的行为属于单纯的沉默或不作为，而丙的行为则属于默示地作出承诺。《联合国国际货物销售公约》第18条第1款规定，“缄默或不行动本身不等于接受”。《国际商事合同通则》第2.1.6条规定，“缄默或不行为本身不构成承诺”。如果要约人在发出要约时，在要约中规定受要约人在规定期限内不作答复即为承诺，受要约人的沉默不能视为承诺。例如，甲向乙发出要约，购买某种型号的钢材，在要约中明确规定：“如果本月底前，没有收到答复，我方将推定贵方已同意订立合同。”此种要约不能对受要约人产生拘束力，也不能认为，受要约人到期没有答复合同就成立。因为合同应当是基于当事人意思而订立的，受要约人没有任何的表示，就不应成立合同。

《民法典》第140条第2款规定：“沉默只有在有法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯时，才可以视为意思表示。”据此，单纯的沉默原则上不得作为意思表示的方式。但这并不意味着沉默在任何情况下都不能作为意思表示的方式。依据上述规定，在如下三种情形下，沉默可以视为意思表示。

第一，法律的特别规定。在法律有特别规定的情形下，沉默也可以产生意思表示的效果。例如，《民法典》第638条第1款规定：“试用买卖的买受人在试用期内可以购买标的物，也可以拒绝购买。试用期限届满，买受人对是否购买标的物未作表示的，视为购买。”依据该条规定，在试用买卖中，在试用期限届满后，如果买受人保持沉默，则视为对购买标的物作出了承诺。

第二，当事人的特别约定。例如，当事人双方事先约定，如果一方更改了相关合同条款，对方沉默的，视为同意更改；在此情形下，如果一方当事人更改了合同的条款，对方沉默的，即视为其同意该更改。如甲向乙询问价格时提出，一旦乙报价，甲在10天内不答复，则乙可以发货。此时，甲不答复也构成承诺。当然从性质上来看，这种沉默不语与缄默还是有区别的。此时沉默不语实际上是双方约定的承诺方式。[49]

第三，当事人之间存在交易习惯。我国《民法典》合同编中大量采用了交易习惯的概念。交易习惯是一个宽泛的概念，在解释“沉默”的意义时，不能运用一般的交易习惯，而只能采用当事人之间的

交易习惯。如果按照当事人之间特定的交易习惯，沉默可以产生意思表示的效力，则沉默也可以视为意思表示。《德国民法典》第151条规定，根据交易惯例，承诺无须向要约人表示，或者要约人预先声明承诺无须表示的，即使没有向要约人表示承诺，可认为有承诺的事实时，合同也认为成立。例如，当事人之间长期进行系列交易，通常一方在另一方发出要约后，一定期限内不作表示，就作为承诺对待，此时，单纯的沉默也可产生承诺的效力。

第四百八十一条

承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。

要约没有确定承诺期限的，承诺应当依照下列规定到达：

- （一）要约以对话方式作出的，应当即时作出承诺；
- （二）要约以非对话方式作出的，承诺应当在合理期限内到达。

本条主旨

本条是关于承诺的期限规定。

相关条文

《合同法》第23条 承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。

要约没有确定承诺期限的，承诺应当依照下列规定到达：

- （一）要约以对话方式作出的，应当即时作出承诺，但当事人另有约定的除外；
- （二）要约以非对话方式作出的，承诺应当在合理期限内到达。

理解与适用

一、承诺应当在要约确定的期限内到达要约人

本条首先明确了承诺期限的确定规则。确定承诺期限的首要依据

是要约的内容，如果要约中明确了承诺的期限，则应当适用要约中关于期限的约定。通常，承诺的期限应当由要约人在要约中规定，因为承诺的权利是由要约人赋予的，但这种权利不是无期限地行使，如果要约中明确地规定了承诺的期限，承诺人只有在承诺的期限内作出承诺，才能视为有效的承诺。值得注意的是，此处所说的作出承诺的期限，应当理解为承诺人发出承诺的通知以后实际到达要约人的期限，而不是指承诺人发出承诺的期限。例如，要约人在要约中规定，10天内作出答复或5天内作出通知，此处所说的10天和5天的期限，不是指受要约人应当在10天内或者5天内答复，而是指在10天内或者5天内承诺人的承诺应当到达要约人处。因此，承诺人在收到要约的信件以后，如果是以信件的方式作出承诺，则应当考虑信件在途的时间。

本条明确了承诺的生效采纳到达主义。对于作为一种意思表示的承诺从何时开始生效，两大法系存在着截然不同的规定。大陆法采纳了到达主义，或称送达主义，即承诺的意思表示于到达要约人支配的范围内时生效，合同方告成立。如《德国民法典》第130条规定，在以非对话方式向相对人为意思表示时，以意思表示达到相对人时发生效力。根据《联合国国际货物销售合同公约》第18条第2款规定，接受发价于表示同意的通知到达发价人时生效。可见公约采纳了大陆法的观点。英美法采纳了送信主义，或称为发送主义（doctrine of dispatch），在美国也常常称为“信筒规则”（mailbox rule），是指如果承诺的意思以邮件、电报表示，则承诺人将信件投入邮筒或电报交付电信局即生效力，除非要约人和承诺人另有约定。这一规则最早起源于1818年英国的亚当斯诉林塞尔案。^[50]美国《合同法重述》第64条规定：“除非另有规定，承诺采用要约规定的方法和传递工具发出即能生效，而不论要约人是否收到承诺。”

从比较法上来看，关于承诺的生效时间，送信主义和到达主义的区别主要表现在以下三点。

第一，在合同成立的时间上不同。根据到达主义，要约人只有在收到承诺人的承诺通知时，承诺才能生效。在此之前，由于邮局、电报局及其他信差的原因承诺通知丢失或延误，一律由承诺人承担此后果。同时因承诺通知的丢失或延误，承诺通知也不生效。但是根据送信主义，一旦承诺人将承诺信件丢进邮筒或把承诺的电报稿交给了电报局，则承诺生效。不论要约人是否收到，都应受到承诺拘束。至于承诺的通知因邮局或电报局的原因丢失或延误，则应由要约人负责。实行此规则的理由是，既然要约人指定邮局或电报局为其收信代理人，那么，他就应当预见到承诺通知丢失的危险，并应当承担由此产生的风险和责任。^[51]由于在成立的时间上不同，因此根据送信主义

所成立的合同，应比依据到达主义成立的合同，在时间上要早。因此，英美法的规则有利于促进交易迅速达成。但因为实践中邮件丢失和延误毕竟不是常情，所以英美法这方面的优势并非如想象的那么大。而且根据送信主义，要约人在未能收到承诺的情况下，就要受承诺的拘束，特别是要对承诺的丢失或延误承担责任，这对于要约人过于苛刻，且对维护要约人的利益并不十分有利。可见在合同成立时间上，两大法系是不同的。

第二，在承诺的撤回上不同。根据到达主义，承诺人发出承诺通知以后，可以撤回其承诺的通知。只要撤回的通知先于或同时于承诺到达要约人，则撤回有效。例如，《德国民法典》第130条规定：“如撤销的通知先于或同时到达相对人，则意思表示不生效力。”依据《联合国国际货物销售合同公约》第22条，接受得予撤回，如果撤回于接受通知生效之前或同时送达发价人，则撤回的通知有效。而根据送信主义，承诺在承诺通知发送时即已生效，所以受要约人一旦将承诺的信件丢进了邮筒，或者将承诺的电报稿交给了电报局，承诺已经生效，承诺人不可能再撤回他的承诺通知，即使承诺人的撤回承诺的通知先于或同时于承诺通知到达于要约人，撤回也是无效的。承诺人只有一种撤回的可能性，即在发信之前撤回承诺。事实上，在此之前撤回承诺是很少发生的，所以实际上发信主义已经剥夺了承诺人撤回承诺的权利。英美法认为，承诺人不享有撤回权是合理的，因为它可以防止承诺人在发出承诺与最终撤回承诺之间，根据市场行情的变化而投机取巧。例如，承诺人先用书信向要约人表示承诺，一旦市场价格下跌，就用电话通知要约人撤回承诺。^[52]因此，此种做法最符合合同的实质正义。^[53]而大陆法认为不允许受要约人撤回承诺既不符合受要约人的意志，也不利于使当事人根据市场交易的变化而作出是否订约的决定。实际上上述两种规则是各有利弊的。

第三，在承诺的迟延方面不同。根据送信主义，只要受要约人将承诺的信件投入信箱或将承诺的电报稿交给电报局，承诺就已经发生效力。如因邮局、电报局的原因造成承诺延误，也不阻碍合同的成立。正如1879年英国塞西杰法官所指出：“表示接受的信件送交邮局之时，就是合同成立之时，合同就开始具有最终的、绝对的拘束力，因为这如同接受人交给了发盘人派来的信使（发盘人的代理人，传送发盘人的发盘，取回接受）手中一样。”^[54]因此，根据送信主义，承诺迟延不影响合同的成立。根据到达主义，承诺必须在要约规定的期限内作出，在有效期届满后作出的承诺不能发生承诺之效力，因此不能使合同成立。《德国民法典》第150条规定：“迟到的承诺，视为反要约。”当然，要约人应当将承诺迟到的情况及时通知受要约人，如果要约人怠于发出通知，则迟到的承诺视为未迟到，应具有承诺的效

力。

《国际商事合同通则》的起草人认为，到达主义的优点主要在于：“由受要约人承担传递风险比要约人承担更为合理，因为由前者选择通讯方式，他知道该方式是否容易出现特别的风险或延误，他应能采取最有效的措施以确保承诺送达目的地。”^[55]但从以上分析可见，两大法系所采用的规则确实存在着诸多区别。总的来说，大陆法的规则有利于交易安全，而英美法的规则有利于交易迅速达成。两种规则究竟孰优孰劣很难作出定论。

依据《民法典》第481条第1款的规定，我国采取了到达主义的立场，即承诺期限是指承诺达到要约人的期限，而非承诺发出的期限。所谓到达，指承诺的通知到达要约人支配的范围内，如要约人的信箱、营业场所等。至于要约人是否实际阅读和了解承诺通知，则不影响承诺的效力。承诺通知一旦到达于要约人，合同即宣告成立。如果承诺以非对话的方式作出，则相关的承诺文件到达要约人的控制范围的时间为承诺的到达时间。例如，相关的承诺文件到达要约人的信箱或者放置于要约人的办公室，无论要约人是否实际阅读，都不影响承诺的效力。如果承诺不需要通知，则根据交易习惯或者要约的要求，一旦受要约人作出承诺的行为，即可使承诺生效。

二、要约没有确定承诺期限时承诺期限确定

《民法典》第481条第2款规定了在没有确定承诺期限的要约中，承诺期限如何确定的问题。针对要约没有规定承诺期限的情形，本款区分了以对话方式与非对话方式作出的要约，对两种情况分别作出了规定。

第一，如果要约是以对话方式作出的，应当即时作出承诺。要约中没有规定承诺期限，在以对话方式作出的要约中，由于当事人可以即时通讯，因此承诺应当在对话中即时作出。如果要约是口头要约，则意味着要约的意图是立即以口头方式答复。不过如果口头要约中规定了承诺期限，也应当视为承诺期限的规定。《国际商事合同通则》第2.1.7条规定，“对口头要约必须立即作出承诺，除非情况有相反的表现”。我国《民法典》第481条规定，要约没有确定承诺期限的，如果要约是以对话方式作出的，应当即时作出承诺。但是，基于自愿原则，当事人另有约定的除外，就是指口头要约中另外规定了承诺期限，则受要约人应当在该期限内作出答复。例如，一方对另一方在电话中提出，“给你3天时间考虑作出答复”，这就是在口头要约中另外规定期限。

第二，如果要约是以非对话方式作出的，承诺人应当在合理期限内作出承诺。^[56]在以非对话方式作出的要约中，当事人双方可能处于异地，并未见面，不可能要求受要约人在收到要约后即时作出承诺，而应当给予受要约人一定的考虑时间和将承诺的意思表示发出并到达要约人的时间。如果要约人未在要约中明确这一时间，那么就只能确定合理期限作为标准。一般来说，该期限包括三个方面：一是要约到达受要约人的时间。二是受要约人作出考虑的期间。该时间因交易的数量等而有所区别。如果要约中规定“请立即答复”“请即刻回函”，则表明要约人的意图是承诺人不当有过多的考虑承诺的时间，在收到信函以后，应当在一两天之内就作出答复。三是承诺的信件到达要约人手中的合理期限。如果受要约人是在合理期限内发出的信件，但是因为送达等方面的原因而发生迟延，则构成承诺的特殊迟延，应当按照《民法典》第487条关于承诺逾期到达的规则确定其效力。

第四百八十二条

要约以信件或者电报作出的，承诺期限自信件载明的日期或者电报交发之日开始计算。信件未载明日期的，自投寄该信件的邮戳日期开始计算。要约以电话、传真、电子邮件等快速通讯方式作出的，承诺期限自要约到达受要约人时开始计算。

本条主旨

本条是关于关于承诺期限起算的规定。

相关条文

《合同法》第24条 要约以信件或者电报作出的，承诺期限自信件载明的日期或者电报交发之日开始计算。信件未载明日期的，自投寄该信件的邮戳日期开始计算。要约以电话、传真等快速通讯方式作出的，承诺期限自要约到达受要约人时开始计算。

理解与适用

本条是关于承诺期限起算的规定，区分了以信件或者电报方式作出的要约和以电话、传真、电子邮件等快速通讯方式作出的要约。

第一，对于以信件方式作出的要约，承诺期限以信件载明的日期起算。在要约人以信件的方式作出要约时，如果要约人在信件中明确载明了承诺期限的起算点，则按照私法自治原则，应当尊重要约人的意愿，即以要约所载明的时间点作为承诺期限的起算点。

第二，没有载明日期的以投寄邮戳日期计算。对于以信件方式作出的要约，如果以要约到达受要约人作为承诺期限的起算点，显然会给要约人带来不利，因为在要约人以信件、电报等方式发出要约的情况下，要约人并不能控制要约何时才能达到受要约人，一概要求以到达时间作为起算时点，将使得要约人处于不利地位。因此，为了保护要约人，本条规定此种情形下自投寄该信件的邮戳日期开始计算承诺期限。例如，要约人在要约中规定了承诺期限为15日，如果以投寄邮戳日期起算，可能会导致留给受要约人的时间较短，但即便如此，也不宜因此肯定应当自要约到达受要约人再开始起算承诺期限，因为要约人作出要约后，要约人就时刻受到要约的拘束，如果以要约到达受要约人的时间起算承诺期限，要约人由于无法控制该信件的到达时间，就不得不一直受到该要约的拘束；况且一旦采用信件到达受要约人的时间作为起算点，要约人难以证明信件的到达时间，而受要约人则可能故意拖延承诺时间，并以信件到达时间较晚为由主张承诺有效，这就可能助长这种投机行为，使得承诺期限制度的立法目的落空。所以，不宜采用到达时间作为起算点。即使由于信件到达时间较晚，承诺人也可以因没有足够时间思考而拒绝缔约，这是其本应当承担的风险，而不宜牺牲要约人的利益使其一直受到要约的拘束。

第三，要约以电话、传真、电子邮件等快速通讯方式作出的，承诺期限自要约到达受要约人时开始计算。《联合国国际货物销售合同公约》第20条和《国际商事合同通则》第2.1.8条均在关于承诺期限的起算中区分了快速通讯方式与传统通讯方式。要约以电话、传真等快速通讯方式作出的，由于以此种方式发出要约，要约在途中的时间几乎可以忽略不计，此时，要约一经发出即可到达受要约人，承诺期限也开始计算。电子邮件也是如此，如果要约是以电子邮件的方式作出的，自电子邮件到达受要约人之时开始计算。

依据本条第3句规定，要约以电话、传真、电子邮件等快速通讯方式作出的，承诺期限自要约到达受要约人时开始计算，而没有像以信件、电报方式作出的要约那样，承认要约人可以单方确定承诺期限的起算时间点。但笔者认为，按照私法自治原则，在当事人以电话、传真、电子邮件等快速通讯方式作出要约时，也应当允许要约人单方确定承诺期限的起算点。承诺期限是限制承诺人作出承诺的时间，承诺期限的起算事实上也是限制承诺人作出承诺时间的组成部分，因

此，承诺期限的起算自然也可以由要约人加以确定。

第四百八十三条

承诺生效时合同成立，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

本条主旨

本条是关于合同成立时间的规定。

相关条文

《合同法》第25条 承诺生效时合同成立。

《中华全国律师协会律师为买受人提供商品房买卖合同法律服务操作指引》57.1.1 合同成立，是指订约当事人就合同的主要条款达成合意，包括要约和承诺两个阶段。根据《合同法》的相关规定，承诺生效时合同即成立；但合同当事人如果采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同即可成立。

理解与适用

一、承诺生效时合同成立

依据本条规定，承诺的效果在于使合同成立，即一旦承诺生效，合同便宣告成立。承诺生效的时间，是指承诺从什么时候产生法律效力。由于要约因承诺而使合同成立，因此，承诺生效的时间在合同法中具有重要的意义，其直接决定了合同成立的时间。合同在性质上属于当事人之间的协议，双方当事人就合同的主要条款完成要约承诺的过程，就意味着双方当事人达成了合意，合同也就应当随即宣告成立，因此承诺生效的时间就应当是合同成立的时间。该条规定承诺生效时合同成立，实际上是确立了合同成立的时间，也是当事人受合同关系的拘束、享受合同上的权利和承担合同上的义务的时间。此外，承诺生效的时间常常与合同订立的地点联系在一起，而合同的订立地点又与法院管辖权的确定以及选择适用法律的问题密切联系在一起。因此，确定承诺生效的时间意义重大。

二、法律另有规定或者当事人另有约定的除外

依据《民法典》第483条规定，“承诺生效时合同成立，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外”，也就是说，在法律另有规定或者当事人另有约定时，承诺生效也不一定导致合同成立。具体而言，有两种情况。

第一，法律另有规定。这里包括两种情形：一是如果法律明确规定合同应当采用特定的形式（如必须采用书面形式）订立才能成立的，则只有完成该特定的形式，合同才能成立，仅当事人作出承诺，合同还不能成立。二是法律明确规定必须实际交付标的物才能使合同成立。在此，应区分诺成合同与实践合同，如果为诺成合同，则承诺生效时合同成立；如果为实践合同，则还必须实际交付标的物合同才能成立。例如，依据《民法典》第679条的规定，自然人之间借款合同的成立，即“自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时成立”。再如，《民法典》第890条规定：“保管合同自保管物交付时成立，但是当事人另有约定的除外。”在这两个条款中，立法均采用了“成立”的表述。但应当明确的是，成立与生效虽然在绝大多数情形下时间是一致的，但是二者并非等同的概念。成立解决的是当事人之间的合意是否存在的问题，而生效解决的是已经成立的合同能否为法律所认可，发生法律效力上的问题。无论是自然人之间的借款合同还是保管合同，法律规定其为实践合同的原因并非否定未交付借款和保管物情形下的合同效力，而是借此判断当事人之间是否果真形成了一致的合意。因此，从效果上讲，实践合同中未交付标的物导致的结果是合同不成立，而并非合同无效。

第二，当事人另有约定。除法律另有规定的以外，当事人另有约定的，也应当遵循当事人的约定。例如，当事人约定应当采取书面形式订立合同的应当在签订书面合同后成立；当事人约定办理公证后合同成立的，在办理公证前，即便当事人已经达成了合意，合同也并未成立。

第四百八十四条

以通知方式作出的承诺，生效的时间适用本法第一百三十七条的规定。

承诺不需要通知的，根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效。

本条主旨

本条是关于承诺生效时间的规定。

相关条文

《合同法》第26条 承诺通知到达要约人时生效。承诺不需要通知的，根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效。

采用数据电文形式订立合同的，承诺到达的时间适用本法第十六条第二款的规定。

《民法总则》第137条 以对话方式作出的意思表示，相对人知道其内容时生效。

以非对话方式作出的意思表示，到达相对人时生效。以非对话方式作出的采用数据电文形式的意思表示，相对人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统时生效；未指定特定系统的，相对人知道或者应当知道该数据电文进入其系统时生效。当事人对采用数据电文形式的意思表示的生效时间另有约定的，按照其约定。

《合同法司法解释二》第7条 下列情形，不违反法律、行政法规强制性规定的，人民法院可以认定为合同法所称“交易习惯”：

（一）在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用并为交易对方订立合同时所知道或者应当知道的做法；

（二）当事人双方经常使用的习惯做法。

对于交易习惯，由提出主张的一方当事人承担举证责任。

理解与适用

一、以通知方式作出的承诺的生效时间

本条规定了承诺生效的时间，由于《民法典》第483条规定了合同成立时间原则上以承诺生效时间为准，因此，承诺生效的时间对于合同成立时间的判断而言至关重要。《民法典》第480条规定，“承诺应当以通知的方式作出”。根据这一规则，本条区分了以通知方式作出的承诺和以行为方式作出的承诺，设置了不同的承诺生效的规则。

以通知方式作出的承诺属于典型的明示的意思表示，因此应当适用意思表示生效的规则，即《民法典》第137条的规定。《民法典》第137条对以对话方式作出的意思表示和以非对话方式作出的意思表示的生效规则分别作出了规定。

（一）以对话方式作出的承诺的生效

所谓以对话方式作出的承诺，是指当事人直接以对话的形式作出承诺。例如，当事人面对面地订立口头买卖合同，或者通过电话交谈的方式订立合同。关于以对话方式作出的意思表示的生效，《民法典》第137条第1款规定：“以对话方式作出的意思表示，相对人知道其内容时生效。”在以对话方式作出的意思表示中，意思表示的发出和相对人受领意思表示是同步进行的。^[57]依据该条规定，对以对话方式作出的承诺而言，只有在表意人的意思表示被相对人知悉对话的内容时，该承诺的意思表示才能够生效。如果相对人并不知道意思表示的内容，就无法作出相应的意思表示，此时，应当认定承诺未生效。因此，从该条规定来看，《民法典》总则对以对话方式作出的意思表示生效采取了了解主义。

（二）以非对话方式作出的承诺的生效

所谓以非对话方式作出的承诺，是指当事人以对话以外的形式发出承诺的意思表示。例如，采用邮件、传真等方式订立合同。关于以非对话方式作出的意思表示的生效，《民法典》第137条第2款规定，“以非对话方式作出的意思表示，到达相对人时生效”。所谓到达，是指根据一般的交易观念，已经进入相对人可以了解的范围。到达并不意味着相对人必须亲自收到，只要意思表示已进入受领人的控制领域，并在通常情况下可以期待受领人能够知悉意思表示的内容，就视为已经到达。^[58]

（三）以非对话方式作出的采用数据电文形式的承诺的生效

依据《民法典》第137条第2款的规定，对于采用数据电文形式作出的承诺而言，其生效分为两种情形：一是相对人指定了特定的系统接收数据电文的，该意思表示自该数据电文进入该特定系统时生效。二是相对人未指定特定的系统接收数据电文的，则自相对人知道或者应当知道该数据电文进入其系统时生效。在此情形下，相关数据电文到达相对人的任何一个系统，即被推定为相对人知道或应当知道，该数据电文进入其系统时生效，除非相对人举证证明其不应当知道。例如，其所用的邮箱长期不予使用且相对人明知的，则可以认定相对人不应当知道。

承诺以通知方式作出的，如果该通知未到达要约人，依据本条和《民法典》第137条的规定，承诺不能发生效力，即承诺不能到达要约人的风险要由承诺人承担。

二、承诺不需要通知的生效

《民法典》第484条第2款规定：“承诺不需要通知的，根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效。”因此，根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的，承诺以行为方式作出时生效，这一规则也延续了《合同法》的规则。对于以行为方式作出承诺的，主要是意思实现的方式。例如，在试用买卖中，在试用期满后，如果买受人没有拒绝购买，则应当认定已经同意购买，而不需要买受人对出卖人作出购买的通知。但是，需要指出的是，对于以行为方式承诺的，仅限于法律有明确规定、有交易习惯或要约有明确规定的场合，在没有法律规定、习惯或要约明确规定的场合，当事人应当以通知的方式作出承诺的意思表示。

第四百八十五条

承诺可以撤回。承诺的撤回适用本法第一百四十一条的规定。

本条主旨

本条是关于承诺撤回的规定。

相关条文

《合同法》第27条 承诺可以撤回。撤回承诺的通知应当在承诺通知到达要约人之前或者与承诺通知同时到达要约人。

《民法总则》第141条 行为人可以撤回意思表示。撤回意思表示的通知应当在意思表示到达相对人前或者与意思表示同时到达相对人。

理解与适用

本条规定了承诺撤回的规则。所谓承诺撤回，是指受要约人在发

出承诺通知以后，在承诺正式生效之前撤回其承诺。承诺作为一种意思表示在作出之后，应当允许当事人在其生效前撤回。承诺的撤回对要约人并不会产生不利的影响，因为该撤回的表示需要先于承诺或与承诺同时到达要约人。根据《民法典》第141条的规定，“行为人可以撤回意思表示。撤回意思表示的通知应当在意思表示到达相对人前或者与意思表示同时到达相对人”。因此，撤回的通知必须在承诺生效之前到达要约人，或与承诺通知同时到达要约人，撤回才能生效。如果承诺通知已经生效，合同已经成立，则受要约人当然不能再撤回承诺。

依据本条规定，承诺的撤回要适用《民法典》总则编第141条的规定，这一规定实质上是沿袭了《合同法》第27条的规则。由于《民法典》总则编第141条已经规定了意思表示的撤回，因此，为了避免重复，《民法典》第485条设置了引致规范。依据《民法典》第141条的规定，撤回承诺意思表示只能在如下两种情况下生效：一是撤回的通知应当在承诺到达相对人之前生效。这就是说，在承诺的通知到达以前，承诺撤回的通知已经到达，则撤回有效。二是撤回的通知与承诺同时到达相对人。因为承诺一旦先于撤回的通知到达，则意味着承诺已经生效，合同已经成立。在这一点上承诺与要约不同。要约可以在合同生效前撤销，在要约达到后、合同成立前，要约虽然对要约人具有拘束，但并未成立合同，因此可以撤销。而承诺一旦先于撤回的通知到达，合同就宣告成立，双方当事人就必须受到合同的拘束，不履行合同将导致违约责任的产生。

第四百八十六条

受要约人超过承诺期限发出承诺，或者在承诺期限内发出承诺，按照通常情形不能及时到达要约人的，为新要约；但是，要约人及时通知受要约人该承诺有效的除外。

本条主旨

本条是关于承诺的通常迟延的规定。

相关条文

《合同法》第28条 受要约人超过承诺期限发出承诺的，除要约人及时通知受要约人该承诺有效的以外，为新要约。

所谓承诺迟延（late acceptance），是指受要约人未在承诺期限内作出承诺。“承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。”这就是说，只有在规定的期限内到达的承诺才是有效的。未能在合理期限内作出承诺并到达要约人，则视为承诺的通常迟延，或称为逾期承诺。

承诺的迟延可以分为两种：一是通常的迟延，也称为逾期承诺，此种迟延是指承诺人没有在承诺的期限内发出承诺，或者虽然在承诺期限内发出承诺，但按照通常情形不能及时到达要约人。二是特殊的迟延。这种迟延是指受要约人没有迟发承诺的通知，但因为送达等原因而导致迟延。《民法典》第486条规定：“受要约人超过承诺期限发出承诺，或者在承诺期限内发出承诺，按照通常情形不能及时到达要约人的，为新要约……”此处所规定的迟延就是通常的迟延。

通常的迟延产生何种效果？在英美法中，因为采用“信筒规则”（或称发信主义），只要受要约人将承诺发出，就已经生效，无所谓迟到的承诺。即便承诺的通知没有到达，也是无关紧要的。^[59]这一观点被《欧洲合同法原则》第2.207所借鉴。根据该规定，承诺虽迟到仍可成为有效的承诺，如果带有迟到的承诺的信件或者书面材料表明，若传送正常它会按时到达要约人，则此迟到的承诺仍可为有效的承诺，除非要约人及时通知受要约人承诺已经迟延。但是，在大陆法国家，根据《德国民法典》第150条的规定，迟到的承诺被视为反要约，不能发生承诺的效果。根据德国法的规定，如果承诺及时地作出，但因超出受要约人控制的事件而发生迟延，此时，除非要约人及时告知受要约人，否则，承诺仍然有效。^[60]

依据我国《民法典》合同编的相关规定，承诺的期限通常是由要约规定的，如果要约中未规定承诺时间，则受要约人应在合理期限作出承诺。超过承诺期限作出承诺，该承诺不产生效力。《民法典》第486条规定：“受要约人超过承诺期限发出承诺，或者在承诺期限内发出承诺，按照通常情形不能及时到达要约人的，为新要约……”这就首先明确了迟到的承诺的性质和效力，也就是说，一方面，迟到的承诺通常不能发生承诺的效力；另一方面，迟到的承诺应当被视为新的要约。在此情形下，要约人将处于承诺人的地位，其可以接受或者拒绝该新要约。

依据本条的规定，对迟到的承诺，要约人及时通知受要约人该承诺有效，也可以使其发生效力。对于迟到的承诺，要约人可承认其有效，因为承诺迟延关涉到要约人的利益，要约人自愿接受，表明其延长了承诺期限，该承诺仍然有效，但要约人应及时通知受要约人。一

旦要约人及时通知受要约人，则该承诺有效。《民法典》第486条规定，“但是，要约人及时通知受要约人该承诺有效的除外”。如果要约人不愿承认其效力，则该迟到的承诺为新要约，要约人将处于承诺人的地位。从《民法典》第486条的规定来看，在承诺迟延的情况下，该迟到的承诺在性质上转化为新要约，在迟到的承诺转化为新要约以后，原要约人也应该及时承诺，以防止原要约人在承诺迟到以后利用其选择权来从事投机行为。

第四百八十七条

受要约人在承诺期限内发出承诺，按照通常情形能够及时到达要约人，但是因其他原因致使承诺到达要约人时超过承诺期限的，除要约人及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺外，该承诺有效。

本条主旨

本条是关于承诺的特殊迟延的规定。

相关条文

《合同法》第29条 受要约人在承诺期限内发出承诺，按照通常情形能够及时到达要约人，但因其他原因承诺到达要约人时超过承诺期限的，除要约人及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺的以外，该承诺有效。

理解与适用

承诺的特殊迟延是指受要约人没有迟发承诺的通知，但因为送达等原因而导致迟延。《民法典》第487条规定：“受要约人在承诺期限内发出承诺，按照通常情形能够及时到达要约人，但是因其他原因致使承诺到达要约人时超过承诺期限的，除要约人及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺外，该承诺有效。”法律之所以作出此种规定，是因为受要约人在承诺期限内作出了承诺，但由于其他原因没有按期到达，迟延并不是承诺人的过错造成的，不应当由受要约人承担承诺迟延的责任，这是完全符合过错责任原则的精神的。同时，从鼓励交易的角度出发，承认此种承诺构成有效的承诺，有利于使交易

达成。而承认此种承诺的效力也不损害要约人的利益，因为如果要约人拒绝接受此种承诺，可以及时通知受要约人。

构成特殊的迟延应具备如下条件。

第一，受要约人在承诺期限内发出承诺。这既包括受要约人在要约期限内作出承诺，也包括要约没有规定明确的期限，而受要约人在合理的期限内作出承诺。也就是说，在要约没有规定承诺期限时，受要约人应当在合理期限内作出承诺。

第二，承诺按照通常情形能够及时到达要约人，但因其他原因，承诺到达要约人时超过承诺期限。这就是说，按照一般的交易习惯和生活经验，此种承诺应当能够按期到达于要约人手中，但因为送信人、传达人等非受要约人的原因而发生迟延。^[61]如果送信人、传达人是根据受要约人的要求从事传达的，则应当视为受要约人的过错。因此，“因其他原因”不应当包括承诺人有过错的情形，而是因第三人的原因致使承诺迟延。

第三，如果要约人未及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺，该承诺有效。要约人如果要拒绝此种承诺，应当及时通知受要约人。而且为了防止发生纠纷，要约人拒绝承诺人承诺的通知也应当在达到承诺人后生效，否则，在要约人拒绝承诺以后，若拒绝承诺的通知发生丢失，要约人并不知道，则要约人以为合同没有成立，而承诺人以为合同已经成立，这就极容易发生纠纷。承诺的特殊迟延不同于承诺的通常迟延，对承诺的特殊迟延而言，如果要约人没有及时通知承诺人承诺的迟延，则承诺可以发生效力；而对承诺的通常迟延而言，其通常不发生效力，只有要约人及时通知该承诺有效的，其才能发生承诺的效力。

第四百八十八条

承诺的内容应当与要约的内容一致。受要约人对要约的内容作出实质性变更的，为新要约。有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更，是对要约内容的实质性变更。

本条主旨

本条是关于承诺的内容的规定。

相关条文

《合同法》第31条 承诺对要约的内容作出非实质性变更的，除要约人及时表示反对或者要约表明承诺不得对要约的内容作出任何变更的以外，该承诺有效，合同的内容以承诺的内容为准。

理解与适用

一、承诺的内容应当与要约的内容一致

根据本条规定，“承诺的内容应当与要约的内容一致”。这就是说，承诺是对要约的同意，其同意内容须与要约的内容一致，才构成意思表示的一致即合意，从而使合同成立。

承诺的内容与要约的内容一致，具体表现在：承诺必须是无条件的承诺，不得限制、扩张或者变更要约的内容，否则不能构成承诺，而应视为对原要约的拒绝并作出一项新的要约，或称为反要约。根据我国《民法典》合同编的相关规定，受要约人必须同意要约的实质内容，而不得对要约的内容作出实质性更改，否则不构成承诺。承诺不能更改要约的实质内容，并非不能对要约的非实质性内容作出更改。对非实质内容作出更改，并不当然影响合同的成立。

在合同法中，之所以要求承诺的内容应当与要约的内容一致，一方面是因为，承诺是对要约的同意，其同意内容须与要约的内容一致，才构成意思表示的一致即合意，从而使合同成立。另一方面，在承诺中，受要约人必须表明其愿意按照要约的全部内容要与要约人订立合同，才能使合同有效成立，否则很难认定当事人就合同的全部内容达成了合意。

然而，要求承诺的内容必须与要约的内容绝对一致，可能会妨碍合同的成立，阻碍交易的达成，因此有必要区分承诺对要约作出的实质性变更和非实质性变更，以决定承诺的效力。根据两大法系传统理论，承诺必须与要约的内容完全一致，不得作任何更改。英美法曾采用镜像原则（mirror image rule），要求承诺如同照镜子一般照出要约的内容，即承诺必须与要约的内容完全一致，合同才能成立。^[62]但是，随着交易的发展，要求承诺与要约内容绝对一致，确实不利于很多合同的成立，因而不利于鼓励交易。所以，在美国著名的“爱德华·帕伍尔公司诉韦斯特豪斯电器有限公司案”中，即对镜像规则作出了一定的修改^[63]，《美国统一商法典》第2-207条规定：“明确和及时的承诺表示或者于合理时间内发送的确认书均构成承诺，即使其所

述条款对要约或约定条款有所补充或不同，但承诺的明示以要约人同意这些补充条款或不同条款条件者除外。”在现在的英国法中，虽然比较严格地遵守这一原则，但允许一些例外，例如，允许增加默示的担保条款或无意义的条款等。^[64]美国《路易斯安那州民法典》第6.178条第2款规定，如果承诺增加了一些其他条款，或提出了不同条款，只要没有实质性改变要约的内容，就仍然有效。

国际性立法文件普遍肯定了非实质性修改仍然可能构成承诺。例如，《联合国国际货物销售合同公约》在第19条第2款中规定：“但是，对发价表示接受但载有添加或不同条件的答复，如所载的添加或不同条件在实质上并不变更该项发价的条件，除发价人在不过分迟延的期间内以口头或书面通知反对其间的差异外，仍构成接受。如果发价人不出这种反对，合同的条件就以该项发价的条件以及接受通知内所载的更改为准。”该规则与美国法的规定基本一致。《国际商事合同通则》（PICC）也采纳了类似规定。^[65]

由此可见，从合同法的发展趋势来看，在承诺的内容上采宽松立场，并不要求承诺必须与要约绝对一致，只要不改变要约的实质性内容，仍然构成承诺，而不是反要约。这种趋势产生的根本原因在于，合同法坚持鼓励交易原则。尤其是在商事交易中，不宜要求承诺的内容与要约的内容绝对一致，如果承诺所作出的是对于要约的非实质性变更，并没有从根本上违反要约人的意思，损害其利益，就应认定承诺有效，合同成立。

我国《民法典》第488条借鉴了这一经验，要求承诺的内容应当与要约的内容一致，但同时区分实质性变更与非实质性变更，在非实质性变更的情形下，承诺可以生效，但在实质性变更的情形下，则不能产生承诺的效力。依据该条规定，“受要约人对要约的内容作出实质性变更的，为新要约”，这就是说，受要约人对要约的内容作出实质性变更的，不产生承诺的效力，应视为对原要约的拒绝，并作出了一项新的要约，或称为反要约。在此情形下，要约人处于承诺人的地位，其可以作出承诺，也可以予以拒绝。

二、受要约人对要约的内容作出实质性变更的，为新要约

何谓实质性变更？实质性变更是指承诺对要约内容的变更，将对要约的内容和当事人的利益产生重大影响。实质性变更具有如下特点：第一，实质性变更是对要约内容的重大变更。依据本条规定，有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更，是对要约内容的实质性变更。第二，实质性变更对当事人的利益具有重大影响。一般而言，对

有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更，不仅对要约人而且对承诺人的利益都会产生重大影响。第三，需要根据具体的交易情形予以判断。《国际商事合同通则》认为，对此无法抽象确定，必须视每一交易的具体情况而定。如果添加条款或差异条款的内容涉及价格或支付方式、非金钱债务的履行地点和时间、一方当事人对其他人承担责任的限度或争议的解决等问题，则通常（但不是必然）构成对要约的实质性变更。^[66]根据《联合国国际货物销售合同公约》第19条第3款，“有关货物价格、付款、货物质量和数量、交货地点和时间、一方当事人对另一方当事人的赔偿责任范围或解决争端等等的添加或不同条件，均视为在实质上变更发价的条件。”根据该公约起草秘书处的评论，公约并不要求承诺与要约使用完全相同的语言，只要承诺中文字面上的差异没有改变当事人双方的义务。^[67]

根据我国《民法典》第488条，“有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更，是对要约内容的实质性变更”。这就是说，受要约人对要约中有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更，就构成实质性变更。实质性变更其实就是对要约的实质性内容所作出的变更，所谓实质内容，是指对当事人利益有重大影响的合同内容，这些内容虽然不一定是合同的必要条款，但其一般构成未来合同的重要条款。对这些内容作出变更，从根本上违背了要约人的意思，是指会对于要约人造成损害，因此，此种变更不能产生承诺的效力。需要指出的是，《民法典》第488条所列举的实质性变更的情形，是就通常情形而言的，而合同类型繁多，对有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更，是否构成实质性变更，还需要考虑交易的具体情形。一方面，实质性情形不限于上述所列各项，合同的条款很多，法律很难列举穷尽，本条使用“等”这一兜底性规定，表明其不限于法律规定的情形，例如，对纠纷解决适用法律的选择也应是实质性的条款。另一方面，在具体合同的订立中，要考虑其具体内容和情形。例如，在有些合同中，其履行方式可能并不重要，履行方式的变更就不应当作为实质性变更。再如，就标的物数量的微小调整，也不应作为实质性变更。总之，在判断实质性变更时，需要结合交易的具体情形来判断。

在受要约人对于要约的内容作出实质性变更的情形下，不能发生承诺的效力，合同不成立。依据《民法典》第488条，“受要约人对要约的内容作出实质性变更的，为新要约”，在此情形下，要约人将处于承诺人的地位。其可以拒绝也可以接受该新要约。

第四百八十九条

承诺对要约的内容作出非实质性变更的，除要约人及时表示反对或者要约表明承诺不得对要约的内容作出任何变更外，该承诺有效，合同的内容以承诺的内容为准。

本条主旨

本条是关于承诺对要约的内容作出非实质性变更的规定。

相关条文

《合同法》第30条 承诺的内容应当与要约的内容一致。受要约人对要约的内容作出实质性变更的，为新要约。有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更，是对要约内容的实质性变更。

理解与适用

一、承诺可以对要约的内容作出非实质性变更

承诺的内容应当与要约的内容相一致，但并非绝对一致，《民法典》第489条规定，承诺可以在特定条件下对要约的内容作出非实质性变更。所谓非实质性变更，是指除《民法典》第488条所规定的实质性变更以外的内容的变更。从表面上看，非实质性变更也是对要约内容的变更，但此种变更没有实质改变要约的内容，对当事人的利益也没有产生重大影响，没有实质性地增加要约人的负担，因此，也可以成为有效的承诺。

在实践中，非实质性变更主要体表现在：一是受要约人对要约的非主要条款作出了改变。例如，在承诺中要求所购买的物是没有设定抵押的财产，对该条款要约人又未及时表示反对的，应认为承诺有效。二是即使是实质性条款，但依据交易当时的特殊情形，受要约人对要约的内容仅仅作出了轻微的改变，要约人并未表示异议。应当指出的是，尽管按照《民法典》第488条，对有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更，都为实质性变更，但对这些内容作出轻微的改变，也可能仅为非实质性变更。例如，将购买10000台电脑改为9995台，

如果要约人没有及时反对，也可以构成非实质性变更。三是受要约人在对这些主要条款承诺后，又添加了一些建议或者表达了一些愿望和希望。如果在这些建议和意见中并没有提出新的合同成立要件，则认为承诺有效。例如，甲向乙兜售一只小狗，价值50元。乙同意购买，但提出越快交付越好，该项意见实际上并未提出一项新的必要条件，应视为对要约内容的非实质性变更。或者在承诺中增加了有关说明性条款。这就是说，受要约人为了使承诺内容表达得更为清晰，或者使当事人之间的权利义务表述得更加明确，对相关内容作出了更为详细的说明，并不会实质性增加要约人的负担，因此是非实质性变更。四是如果承诺中添加了法律规定的义务，不应认为构成反要约。例如，承诺人在承诺中提出，要求欲出售货物的要约人应提供产品的说明书，此种要求只是重复了法律规定的义务，并非提出了新的合同条件，不宜认定为对要约内容的实质性变更。

从现代合同法的发展趋势来看，从鼓励交易的立场出发，在承诺的内容上采宽松立场，并不要求承诺必须与要约绝对一致。在交易实践中，要求承诺与要约内容完全保持一致，很可能不利于合同的成立，阻碍交易的正常进行。因此，只要不改变要约的实质性内容，仍然构成承诺，而不是反要约。这一立法经验已经为我国合同立法所借鉴。本条的规定总结了我国立法和司法实践的经验，也允许承诺对要约的内容作出非实质性变更。

二、非实质性变更

依据本条规定，在以下两种情形下，作出非实质性变更的承诺不能发生效力。

第一，要约人及时表示反对，即要约人在收到承诺通知后，立即表示不同意受要约人对非实质性内容所作的变更。在合同的订立过程中，承诺的内容应当与要约的内容保持一致，合同才能成立，承诺对要约的内容所作出的任何变更，都不得违背要约人的意思。因此，法律虽然许可承诺对要约的内容作出非实质性变更，但如果此种变更不符合要约人的意思，则要约人应当及时提出异议，阻止承诺生效。如果经过一段时间后仍不表示反对，则承诺已生效。

第二，要约表明承诺不得对要约的内容作出任何变更。所谓要约表明，是指要约人在要约中明确表示，承诺不得对要约的内容作出任何变更，否则无效，在此情形下，受要约人作出非实质性变更也不能使承诺生效。

在不存在上述两种情形的情况下，承诺虽然对要约的内容作出非

实质性变更，但仍然有效，承诺生效以后，则合同的内容应当以承诺的内容为准。

第四百九十条

当事人采用合同书形式订立合同的，自当事人均签名、盖章或者按指印时合同成立。在签名、盖章或者按指印之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。

法律、行政法规规定或者当事人约定合同应当采用书面形式订立，当事人未采用书面形式但是一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。

本条主旨

本条是关于采用书面形式订立时合同成立时间以及以实际履行方式订约时的合同成立时间的确定的规定。

相关条文

《合同法》第32条 当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。

第36条 法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。

第37条 采用合同书形式订立合同，在签字或者盖章之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。

《合同法司法解释二》第5条 当事人采用合同书形式订立合同的，应当签字或者盖章。当事人在合同书上摁手印的，人民法院应当认定其具有与签字或者盖章同等的法律效力。

《全国法院民商事审判工作会议纪要》第41条 司法实践中，有些公司有意刻制两套甚至多套公章，有的法定代表人或者代理人甚至私刻公章，订立合同时恶意加盖非备案的公章或者假公章，发生纠纷后法人以加盖的是假公章为由否定合同效力的情形并不鲜见。人民法

院在审理案件时，应当主要审查签约人于盖章之时有无代表权或者代理权，从而根据代表或者代理的相关规则来确定合同的效力。

法定代表人或者其授权之人在合同上加盖法人公章的行为，表明其是以法人名义签订合同，除《公司法》第16条等法律对其职权有特别规定的情形外，应当由法人承担相应的法律后果。法人以法定代表人事后已无代表权、加盖的是假章、所盖之章与备案公章不一致等为由否定合同效力的，人民法院不予支持。

代理人以被代理人名义签订合同，要取得合法授权。代理人取得合法授权后，以被代理人名义签订的合同，应当由被代理人承担责任。被代理人以代理人事后已无代理权、加盖的是假章、所盖之章与备案公章不一致等为由否定合同效力的，人民法院不予支持。

理解与适用

一、采用合同书的方式订立合同，自当事人均签名、盖章或者按指印时合同成立本条第1款规定：“当事人采用合同书形式订立合同的，自当事人均签名、盖章或者按指印时合同成立。”依据这一规定，在当事人采用合同书的方式订立合同的情况下，以当事人均实际签字、盖章或按指印的时间作为合同的成立时间。按照《民法典》第483条的规定，承诺生效时合同成立。显然，这只是对合同成立时间的一般规定，在当事人采用合同书形式订立合同时，承诺的时间比较特殊，即必须以当事人均实际签字、盖章或按指印的时间作为合同的成立时间。也可以说，在当事人采用合同书形式订立合同时，当事人均实际签字、盖章或按指印的时间才是最后的承诺时间。对采用合同书方式订立的合同而言，当事人必须签订书面合同后合同才能成立，签字、盖章、按指印后合同成立。可见，该条与《民法典》第483条的关系是特别法与一般法的关系，《民法典》第483条规定的是一般情形，第490条则规定了当事人采用合同书的方式订立合同的特殊情形。

《民法典》第490条第1款确认了以合同书订立的合同的成立时间，即当事人均签字、盖章或按指印的时间，具体如下。

第一，签字。签字是指某人在某一书面文件上签署自己的名字，以表明自己对该文件承担责任的行为。^[68]如果合同是自然人之间签署的，应当签署自然人的姓名；如果合同是法人之间签署的，应当签署法人的法定代表人的姓名或授权签订合同者的姓名。签字应当由当事人亲自进行，而不能由他人代签。

第二，盖章。盖章是指盖上自然人或法人的印章。就自然人而言，其签字和盖章具有同等效力。就法人而言，一般必须有盖章，才能认定该行为为法人的行为。如果仅有法定代表人的签字，而没有盖章，就不宜认定法人受该合同拘束，甚至可以认为，该行为仅仅是法定代表人的个人行为。

第三，按指印。依据《合同法司法解释二》第5条的规定，“当事人采用合同书形式订立合同的，应当签字或者盖章。当事人在合同书上摁手印的，人民法院应当认定其具有与签字或者盖章同等的法律效力”。该条在签字、盖章之外，承认了以按指印来签约的方式，这主要是考虑到，在我国，一直存在按指印的传统，这种方式在实践中适用范围也十分广泛，尤其是在广大农村，长期存在着“签字画押”的习惯，即识字者签字，不识字者画押。甚至许多识字的当事人也不习惯于签字、盖章，而认为，按指印更能够表明订约人的身份。从身份识别的角度考虑，按指印可以发挥与签字或盖章同等的作用，而且按指印是以生物特征来发挥身份识别作用。^[69]所以，《民法典》第490条吸纳了《合同法司法解释二》第5条的经验，承认按手印与签字或者盖章具有同等的法律效力。当然，按指印应当是当事人真实意思的表示，如果是在昏迷、胁迫等之下被迫按指印，则不能发挥与签字或盖章同等的法律效力。

法律上之所以要求合同的签订必须要签字、盖章、按指印，主要基于以下原因：首先，表明当事人之间已经就合同内容形成了合意，证明当事人自愿接受合同条款的拘束。其次，签字、盖章、按指印能够表明文件的来源，即由何人制作成该文件。在没有反证表明因受到了欺诈、胁迫或基于错误等而使当事人签字、盖章、按指印的情况下，一般认为，在文件上签名或盖章的人就是文件的作者。换言之，签订合同的当事人一般就被认为是缔约当事人。除非当事人可以证明其以代理人身份出现。再次，签字、盖章、按指印可以证明某个当事人愿意受所签合同的约束，证明某人同意一份经由他人写出的文件的内容，证明一个人某时身在某地的事实。^[70]尤其是签字或盖章可以有效地证明，合同已经对当事人发生了效力，合同应当自签字或盖章之时起生效。最后，要求当事人签字、盖章、按指印也能促使当事人更加慎重决定自己的权利义务关系，认真对待将要签署的记载权利义务关系的文件。总之，身份识别、防止抵赖和证据昭示等是签名、盖章、按指印最主要的功能。^[71]

依据本条规定，如果合同必须以书面形式订立，则应以双方在合同书上签字、盖章、按指印的时间为承诺生效时间。这就是说，自双方签字、盖章、按指印之时起，合同才成立。如果只是一方当事人签

字、盖章、按指印，则合同并不能成立。

二、采用合同书的方式订立合同时，当事人可以通过实际履行的方式促成合同的成立《民法典》第490条第1款规定：“在签名、盖章或者按指印之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。”该条确立了采用合同书的方式订立合同时，当事人可以通过实际履行的方式促成合同的成立，具体如下。

一是必须是一方履行了主要义务。之所以要求一方履行了主要义务，是因为以实际履行方式订约也必须完成要约、承诺的过程，即一方必须以实际履行的方式发出要约。由于要约的内容必须具体、确定，也就是说必须包含未来合同的主要条款，因此一方的实际履行中必须包含未来合同中的主要条款。何为未来合同中的“主要条款”？依据《合同法司法解释二》第1条的规定可以确定合同主要条款的内容：“当事人对合同是否成立存在争议，人民法院能够确定当事人名称或者姓名、标的和数量的，一般应当认定合同成立。但法律另有规定或者当事人另有约定的除外”。笔者认为，司法解释的上述规定针对买卖合同而言是有道理的，因为买卖合同一般具备当事人、标的和数量这三个主要条款，但对其他类型的合同而言，其未必都要具备这三项条款。例如，提供劳务的合同就未必需要具备上述三项主要条款。合同的性质不同，其主要条款也不相同，不可泛泛而论，而应当根据合同的性质确定合同主要条款。如果根据合同的性质，认定一方当事人所履行的义务包含了合同的主要条款，而对方接受的，则应当认定合同已经成立。

二是另一方必须无条件地接受履行，且并未提出异议。对于如何判断“对方已经接受履行”，经常发生争议。此处所说的接受，应当是指完全接受，而不能附带条件或提出新的条件，且没有提出任何异议。如果接受履行的一方当事人在接受时提出了异议，或提出新的条件，可能构成反要约，或提出了新的要约，合同仍然不能成立。例如，如果一方向另一方交付100吨钢材，另一方只接受50吨，而不接受另外50吨，这意味着当事人可能只是就50吨钢材的买卖作出了承诺，而对于另外50吨钢材则并未达成买卖协议。但如果这100吨钢材的交易是完整的、不可分割的整体，则应当认定合同并未成立，而应当认定受领钢材的一方向对方当事人发出了新的要约。

在判断合同成立时，上述两个要件缺一不可。这表明以实际履行方式订约也应当由当事人双方就合同的主要条款完成要约、承诺的过程，即就合同的主要条款形成合意，否则不能产生订立合同的效果。

三、合同依法或者依据约定应当采用书面形式订立时，当事人可

以通过实际履行的方式促成合同的成立《民法典》第490条第2款规定：“法律、行政法规规定或者当事人约定合同应当采用书面形式订立，当事人未采用书面形式但是一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。”据此，合同依法或者依据约定应当采用书面形式订立时，当事人可以通过实际履行的方式促成合同的成立。本款规定了如下两种情形。

一是当事人约定采用书面形式订立合同的，如果一方履行了主要义务，且对方接受，则在对方接受时合同宣告成立。此时，可以认为当事人通过履行和接受履行的方式，改变了先前关于其以书面形式订立合同的约定，事实上是通过实际履行的方式订立了合同。例如，甲乙双方多次协商签订一份买卖洗净改良羊毛200吨的书面合同，合同文本已经拟定，但因为交货时间存在争议，未能签字。后来甲直接将该批货物送至乙处，声明以市场价出售，货到乙处，乙将该批货物全部收下。因此，从乙接受该批货物时起，合同成立。

二是法律、行政法规规定应当采用书面形式的，当事人用实际履行的方式订约。此种情形下合同能否成立，存有争议。这就涉及法律规定采用书面形式订立合同的规则是否属于强制性规范。笔者认为，虽然法律、行政法规关于合同形式的特别规范属于强制性规范，但是违反这一规范并不一定意味着合同不能成立生效。这是因为，法律和行政法规对合同形式作出要求的立法目的通常在于：一是具有警示的作用，提示当事人审慎订立合同；二是具有保留证据的功能，以便在发生纠纷时，留存证据。上述功能和目的并不涉及他人合法权益和社会公共利益，因此，当事人如果对于法律规定为要式的合同采用实际履行的方式订约，出于尊重当事人的私法自治，同时按照有利于鼓励交易的原则，应当肯定这种合同可以成立。例如，房屋买卖合同应当依法采用书面形式，目的即在于督促当事人谨慎订约。因此，本条对于法律、行政法规规定的要式合同，也允许当事人通过实际履行的方式订约，并肯定合同能够有效成立。

《民法典》第490条第2款规定的是依据法律、行政法规的规定或当事人的约定，应当采用书面形式订立合同时，以实际履行的方式订立合同的合同成立时间问题。此处涉及本条第2款和第1款的关系问题。表面上看，本条第2款和第1款均涉及以书面形式订立合同和以实际履行方式订立合同的情形。这是否意味着本条第2款与第1款的规定是重复的呢？笔者认为，两款之间仍然有区别，其区别主要表现在：一方面，本条第2款所规定的书面形式的范围更广，当事人约定以书面形式订立合同，不一定仅仅采用合同书形式，还可以采取传真、邮件等书面形式。另一方面，《民法典》第490条第1款的规定是对一般

情形下合同成立时间的规定，即以合同书形式订立的，为当事人均签字、盖章或者按指印时；《民法典》第490条第2款规定的是以实际履行方式订立合同的情形，此时合同的成立时间为对方接受履行时。第1款没有强调该合同必须约定采用合同书形式。而第2款则是针对双方当事人就合同的行使有特别约定或法律、行政法规对合同行使有特别规定的情形下，合同成立时间的规定。因此，在实践中，当事人无论是否约定了合同要采用书面形式，只要一方当事人已经履行主要义务，且对方当事人接受，合同就宣告成立。在合同是否成立的问题上，当事人无须就是否采用了合同书进行举证，而只需要证明其已经实际履行主要义务，而对方当事人接受即可。

第四百九十一条

当事人采用信件、数据电文等形式订立合同要求签订确认书的，签订确认书时合同成立。

当事人一方通过互联网等信息网络发布的商品或者服务信息符合要约条件的，对方选择该商品或者服务并提交订单成功时合同成立，但是当事人另有约定的除外。

本条主旨

本条是关于签订确认书时合同成立时间的确定。

相关条文

《合同法》第33条 当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的，可以在合同成立之前要求签订确认书。签订确认书时合同成立。

理解与适用

一、当事人约定签订确认书时合同的成立时间

《民法典》第491条第1款规定：“当事人采用信件、数据电文等形式订立合同要求签订确认书的，签订确认书时合同成立。”这就确认了签订确认书的订约方式。所谓确认书，是指合同正式成立前，一方要求最终确认的表示。确认书通常采用书面的形式，自签订确认书

之日起，合同正式宣告成立。从实践来看，在当事人初步达成的合同文本中载明“以我方最后确认为准”，这就是要求签订确认书。

签订确认书实际上是与承诺联系在一起的。如果双方达成协议以后，一方要求以其最后的确认为准，这样其所发出的确认书实际上是其对要约所作出的最终的、明确的、肯定的承诺。在没有签订确认书之前，合同并没有成立。可见，在此种情形下，确认书实际上是承诺的重要组成部分，是判断是否作出承诺的重要标准。^[72]但如果当事人在合同中仅仅只是表明“交货时间以我方确认为准”，这意味着，当事人只是对合同的一个条款进行确认，而不是对合同成立时间的约定，即当事人只是未最终确定交货时间。

依据本条规定，确认书主要适用于当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的情况。这是因为当事人采用信件、数据电文等形式订立合同时，其通常身处两地，没有在一个文件上共同签字，任何一方提出签订确认书，都是合理的。如果当事人是以口头形式订约，也就不存在签订确认书的问题。如果一方在通过信件、数据电文等方式订约时，提出要以最后的确认为准，那么，在其未发出确认书以前，双方达成的协议不过是一个初步协议，当事人之间的合同关系并未成立。在商业实践中，当事人也可能在长期谈判之后，签订一份非正式文件，冠以“初步协议”“谅解备忘录”“意向书”等名，并明确表示，经过一方或双方最终确认合同才成立。在此情况下，在最终确认以前的任何阶段，订约人当事人虽然均可提出要求签订确认书，但当事人之间并未成立合同关系。^[73]也就是说，在订约当事人采用信件、数据电文等形式订立合同时，任何一方都有权提出确认。一方提出签订确认书，而另一方接受的，签订确认书本身是双方约定的结果，应当以签订确认书的时间作为合同成立的时间。

以签订确认书的时间作为合同成立时间，是因为双方达成协议以后，一方要求以其最后的确认为准，这样确认书实际上是对要约所作出的最终的、明确的、肯定的承诺。可见，确认书是承诺的重要组成部分，是判断当事人是否已经作出承诺的要素。如果一方正式确认后，另一方在合理的期限内没有表示异议，则可以认为对方已经接受了确认的条件，双方已经形成了合意，都应当受到合同的拘束，任何一方不得事后再提出重新确认，否则应当构成违约。

确认书通常适用于对双方达成的初步协议的确认，而不适用于以合同书形式订立合同的情况。因为在以合同书形式订立合同后，双方已经在合同书上签字盖章，除非当事人事先在合同中明确授权一方可在某个时期内再次确认，否则不可能再重新确认。如果双方先前已经达成了协议，但合同允许一方事后确认，后来当事人又签署了确认

书，而且确认书对原先的协议进行了修改和补充，该确认书确认的内容是否有效？笔者认为，如果当事人在合同中约定，在合同成立后一方仍然有权最后作出确认，这实际上并不是赋予其确认权，而是赋予其单方面变更、修改、补充合同的权利。一旦一方作出重新的确认，另一方对此未表示异议，则双方实际上已达成变更合同的协议。当事人应当按照变更后的协议履行。当然，原先的协议中未修改和补充的部分仍然有效。

二、当事人一方通过互联网等信息网络发布的商品或者服务信息符合要约条件时，合同成立时间的确定《民法典》第491条第2款规定：“当事人一方通过互联网等信息网络发布的商品或者服务信息符合要约条件的，对方选择该商品或者服务并提交订单成功时合同成立，但是当事人另有约定的除外。”该条来自《电子商务法》第49条第1款的规定，合同编增加这一条款的目的主要在于适应电子商务发展的需要，有效应对电子商务合同成立时间的纠纷，同时扩大了适用的范围。依据本款的规定，如果一方通过互联网等信息网络发布的商品或服务信息符合要约条件，即由特定人作出、具有受拘束的意思、有相对人且内容确定，那么，相对方只要选择了该商品或服务，且提交订单成功，合同就宣告成立。相对方选择商品或服务并提交订单成功即意味着承诺已经到达要约人。具体而言，本条适用的条件如下。

第一，当事人一方通过互联网等信息网络发布的商品或者服务信息符合要约条件。在网上交易的情形下，当事人通常会通过网络发布相关的交易信息，但网上发布信息的形式多样，有的构成要约，有的只是构成要约邀请。如果当事人一方通过互联网等信息网络发布的广告等信息符合要约的条件，即该信息包含合同的主要条款，内容具体确定，且表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束，则构成要约，对方提交订单应为承诺，此时合同成立。

第二，对方选择该商品或服务并提交订单成功。在网上购物，都需要在平台上提交订单，如果没有特别约定，用户选择该商品或服务并提交订单成功，合同成立。也就是说，在此种情形下，合同的成立需要具备如下两个条件：一是买受人选择了特定的商品或服务。买受人一旦选择特定的商品或服务，就确定了合同的标的物。二是买受人提交订单成功。如果买受人只是选择了特定的商品或服务，则只是表明其有购买该商品或者服务的意向，还不能认定买受人有受该选择拘束的意思，不能据此认定合同已经成立。只有买受人提交订单后，才能认定买受人已经作出了承诺，合同关系才能成立。买受人提交订单的时间就是合同成立的时间。

第三，当事人另有约定的除外。本款但书规定“当事人另有约定

的除外”，这主要是指当事人约定买受人提交订单为要约，出卖方确定有货并且发货时视为承诺。在实践中，有的网购平台会在格式条款中与消费者约定提交订单成功并不意味着合同成立，而是在发货后合同才成立。因此，当事人可能约定，需要卖方确定有货并且实际发货，合同才能成立。在这种情况下，买受人提交订单在性质上应当属于要约。对于这一问题，《电子商务法》第49条第2款规定：“电子商务经营者不得以格式条款等方式约定消费者支付价款后合同不成立；格式条款等含有该内容的，其内容无效。”但是合同编并未直接采纳这一规定，这主要是考虑到《电子商务法》主要是从消费者保护的角度进行立法，而在合同编中，由于民商合一的体例，无论是经营者之间的合同，还是经营者与消费者之间的合同，均适用合同编的规则。对于非消费者合同而言，这一特别保护并无必要；在商主体之间的交易中，可能因为电商存货有限，所以允许采用发货成立的约定。因此，合同编并未对这种情形一概予以否定。此外，从实践来看，在某些网络交易中，即便当事人已经提交订单，合同关系也并不当然成立。例如，网上买机票，提交订单不一定合同成立，需要付款时合同才成立。再如，出卖人电商一方明确在商品宣传中声明，产品宣传不论多详细，都是要约邀请，这时买受人提交订单只是要约，要付款或者发货才能成立合同。上述情形均属于本款但书所规定的例外情形。

第四百九十二条

承诺生效的地点为合同成立的地点。

采用数据电文形式订立合同的，收件人的主营业地为合同成立的地点；没有主营业地的，其住所地为合同成立的地点。当事人另有约定的，按照其约定。

本条主旨

本条是关于合同成立地点的规定。

相关条文

《合同法》第34条 承诺生效的地点为合同成立的地点。

采用数据电文形式订立合同的，收件人的主营业地为合同成立的地点；没有主营业地的，其经常居住地为合同成立的地点。当事人另

有约定的，按照其约定。

理解与适用

一、承诺生效的地点为合同成立的地点

在合同法上，合同成立地点具有如下方面的意义：一是选择法律的适用。我国《涉外民事关系法律适用法》第6条规定：“涉外民事关系适用外国法律，该国不同区域实施不同法律的，适用与该涉外民事关系有最密切联系区域的法律。”合同签订地也可能被解释为与合同关系有最密切联系区域，因此，可能会对涉外合同关系中法律的选择产生影响。二是确定诉讼管辖。根据《民事诉讼法》第34条的规定：“合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。”据此，合同签订地是选择地域管辖的依据。由于合同的成立地有可能成为确定法院管辖权及选择法律的适用等问题的重要因素，因此明确合同成立的地点十分重要。

那么，如何确定合同成立地点？应当看到，合同成立的地点是合同成立时所处的地点，因此，合同成立的地点和时间常常是密切联系在一起的。依据《民法典》第483条的规定，一般情况下，承诺生效的时间为合同成立的时间。与此相适，合同成立的地点一般也应为承诺生效的地点。《民法典》第492条第1款规定：“承诺生效的地点为合同成立的地点。”可见，承诺生效地就是合同成立地，该条是关于合同成立地点的一般规定。依据《民法典》第484条的规定，承诺可以以通知的方式作出，也可以以作出一定行为的方式作出，据此，可以区分以下几种情形分别确定合同的成立地点。

第一，承诺以通知方式作出，且为对话方式的。这种情形下，承诺的生效适用《民法典》第137条的规定，在以对话方式作出承诺时，承诺生效的时间为要约人知道承诺的内容时。此时，如果双方以面对面的方式作出了要约与承诺，则当事人对话的所在地应当成为合同成立地。如果该对话并非以面对面的方式作出，如以拨打电话等方式订立合同，则要约人知晓承诺内容的地点即要约人的所在地为合同的成立地。

第二，承诺以通知方式作出，且为以数据电文外的非对话方式的。例如，通过实际履行来订立合同的，则合同承诺到达相对人时发生效力，相应地，合同成立的地点也应当为默示承诺到达的要约人所

在地为合同的成立地点。

第三，承诺无须通知而以其他方式作出的。依据《民法典》第484条的规定，在有交易习惯或要约要求的情况下，可以不以通知的方式作出承诺，而是以作出一定行为的方式承诺。例如，要约人以现物要约，承诺人将标的物拆开包装并进行使用，则依据《民法典》第484条，承诺的行为作出时承诺生效，相应地，承诺行为作出的地点则为合同成立的地点。

第四，当事人采用合同书形式订立合同的。《民法典》第493条对当事人采用合同书的形式订立合同时合同的成立地点作出了特别规定，不再遵循承诺生效地的规则，而以最后签字、盖章或者按指印的地点为合同成立的地点，但是当事人另有约定的除外。

需要指出的是，合同成立的地点也可以由当事人另行约定。但承诺生效的地点是一个事实，真正有法律意义的是承诺生效的地点决定合同成立的地点。当然，按照合同自由原则，当事人可以约定承诺生效的地点，也就是可以约定合同成立的地点。

二、采用数据电文形式订立合同时合同成立的地点的确定

从原则上说，承诺生效的地点就是合同成立的地点，但以数据电文方式进行的意思表示如果遵循非对话方式的一般原则，将会导致在数据电文进入的特定系统所在地为合同成立地。由于数据电文形式的存储系统所在地往往与当事人订立合同没有紧密关系（如提供电子邮件等服务的企业的数据存储地和邮件收发地也并非准确对应），因此，《民法典》第492条第2款吸收了联合国贸法会的《电子商业示范法》第5条第4款的规则，规定了采用数据电文形式订立合同时合同成立的地点的确定规则。具体如下。

第一，采用数据电文形式订立合同的，收件人的主营业地为合同成立的地点。主营业务是指营利法人或者非法人组织为完成其经营目标而从事的主要经营活动，可以根据企业营业执照上规定的主要业务范围确定。营利法人在某个地方从事其主要经营活动，该地方就是其主营业地，收件人的主营业地为合同成立的地点。

第二，没有主营业地的，收件人住所地为合同成立的地点。一些营利法人或者非法人组织从事多种经营活动，并没有主营业地的，在此情形下，就应当以其住所地为合同成立的地点。对于自然人而言，《民法典》第25条规定：“自然人以户籍登记或者其他有效身份登记记载的居所为住所；经常居所与住所不一致的，经常居所视为住

所。”对于法人和非法人组织而言，《民法典》第63条规定：“法人以其主要办事机构所在地为住所。依法需要办理法人登记的，应当将主要办事机构所在地登记为住所。”

第三，当事人另有约定的，按照其约定。需要注意的是，依据体系解释，本款中的但书应当针对的是第2款所规定的以数据电文的行使订立合同的情形，即在此种情形下，当事人可以约定收件人主营业地和住所地以外的地点作为合同成立的地点。当然，笔者认为，这一但书在解释上应当被作为独立的第3款，其不仅仅是第2款所作出的但书，而应当是针对《民法典》第492条的合同成立地点一般规则所设置的但书。即无论当事人采取何种方式订立合同，承诺以何种方式作出，当事人均可以约定合同的成立地点，法律也应当肯定此种约定的效力。

第四百九十三条

当事人采用合同书形式订立合同的，最后签名、盖章或者按指印的地点为合同成立的地点，但是当事人另有约定的除外。

本条主旨

本条是关于采用合同书形式订立合同时如何确定合同成立地点的规定。

相关条文

《合同法》第35条 当事人采用合同书形式订立合同的，双方当事人签字或者盖章的地点为合同成立的地点。

理解与适用

依据这一规定，当事人采用合同书形式订立合同的，如果当事人没有就合同成立地点作出约定，则最后签字、盖章或者按指印的地点为合同成立的地点。早在1986年，最高人民法院作出的《关于如何确定合同签订地问题的批复》就采纳了这一规则。《合同法司法解释二》第4条规定：“采用书面形式订立合同，合同约定的签订地与实际签字或者盖章地点不符的，人民法院应当认定约定的签订地为合同签

订地；合同没有约定签订地，双方当事人签字或者盖章不在同一地点的，人民法院应当认定最后签字或者盖章的地点为合同签订地。”《民法典》第493条采纳了这一规定。而采纳这一规则的主要原因在于，既然当事人没有约定，就无法从其意思中确定合同签订地，而后一个当事人签字时合同才成立，所以，后一个当事人签字的地点应当是判断合同成立的地点的依据。

以最后签字、盖章或者按指印的地点为合同成立的地点，必须符合如下条件。

第一，必须是当事人采用合同书形式订立合同。因为只有以合同书形式订立合同的，才有必要在合同书上签字、盖章或者按指印。例如，当事人分处北京、上海两地，虽然合同是由北京一方签字后邮寄给上海一方签字，但是当事人可以在合同中明确约定本合同在北京订立，如果当事人作出了这一约定，则应当认可此中约定的效力。如果当事人采用口头形式订立合同，就没有必要签字、盖章或者按指印，也就没有必要以最后签字、盖章或者按指印的地点为合同成立的地点。

第二，当事人对于合同成立地点有约定的，依据当事人的约定。如果合同约定的签订地与实际签字或盖章地点不符，应当认定约定的签订地为合同签订地。采用这一规则的原因，是按照合同自由原则，合同法主要是任意法，应采取约定优先原则。就合同签订地点的判断，优先适用当事人的约定。^[74]

第三，合同没有约定合同成立地点，双方当事人签字或者盖章不在同一地点的，则以最后签字或者盖章的地点为合同成立地。如果当事人在同一时间，同一地点签约，不存在最后签字、盖章、按指印的地点。但是在当事人处于异地的情况下，如一方当事人签署后，邮寄给对方签署，则出现了多个签字、盖章地点。因此，本条明确了当事人处于异地情况下，以最后签字、盖章或按指印的地点为合同成立地点。

第四百九十四条

国家根据抢险救灾、疫情防控或者其他需要下达国家订货任务、指令性任务的，有关民事主体之间应当依照有关法律、行政法规规定的权利和义务订立合同。

依照法律、行政法规的规定负有发出要约义务的当事人，应当及

时发出合理的要约。

依照法律、行政法规的规定负有作出承诺义务的当事人，不得拒绝对方合理的订立合同要求。

本条主旨

本条是关于特殊情形下强制缔约规则的规定。

相关条文

《合同法》第38条 国家根据需要下达指令性任务或者国家订货任务的，有关法人、其他组织之间应当依照有关法律、行政法规规定的权利和义务订立合同。

理解与适用

一、强制缔约的概念和特征

所谓强制缔约，是指只要一方当事人提出缔结合同的请求，另一方当事人就依法负有法定的、与之缔结合同的义务。强制缔约制度是对意思自治原则下当事人的缔约自由的限制。当代合同法在保障自由价值的同时，也注重伸张社会正义和公平，以实现当事人之间及当事人与社会利益之间的平衡。^[75]强制缔约即为对合同自由的限制，通过此种限制可以有效地保护弱势群体的利益，实现合同的实质正义。与一般的合同缔结相比，强制缔约具有如下特点。

第一，强制缔约属于法定义务。这就是说，在法律规定强制缔约的情形下，一方当事人依据法律规定而负有义务与对方订约，义务人违反该义务应当承担相应的民事责任，甚至是行政责任。因此，无论当事人是否将强制缔约义务纳入合同，当事人均负有此种义务，且当事人不能在合同中规避这一法定要求。

第二，强制缔约是对合同自由的限制。强制缔约是对合同自由的限制，一方面，它对当事人强加了必须缔约的义务。缔约自由包括当事人有权决定是否缔约，以及选择缔约伙伴的自由，它是实现当事人利益的重要工具。^[76]然而，强制缔约构成对缔约自由的限制，因为缔约当事人负有必须发出订立合同之意思表示的法定义务。^[77]另一方面，它也对缔约的内容加以了限制。针对要适用强制缔约的情形，

当事人不仅负有缔约的义务，而且应当按照法律规定的内容来缔约。因为处于弱势地位的一方，其往往不具有谈判能力，如果仅仅对强势一方强加了缔约义务，而没有对缔约内容加以限制，仍然无法实现对弱势群体的保护。从实践来看，缔约内容的限制往往要通过特别法的形式加以明确。^[78]需要指出的是，在强制缔约关系中，由于合同的缔结仍然需要经过要约和承诺环节，其在形式上仍然是当事人双方进行磋商、意思表示一致的产物，因此，强制缔约并没有从根本上否定合同意思自治的基本规则。“契约关系的发生，仍然有赖当事人互相互意思表示一致而成立契约，准此，缔约强制尚未脱离契约原则的范畴”^[79]。

第三，强制缔约的功能在于维护公共利益。强制缔约往往与特定企业具有相当市场支配力或者垄断地位有关。法律设置强制缔约制度，就是为了防止某些公共服务提供者选择性地提供公共服务、损害广大消费者利益，进而损及大众的公共利益。^[80]因为在特定情况下（如一方当事人处于垄断地位），缔约自由这一工具也可能失去其实现双方当事人利益的功能，从而损害一方当事人利益，这关系到社会公共利益的实现。

第四，强制缔约仍然要经过要约和承诺的程序，只不过一方当事人必须发出要约或者必须作出承诺而已。强制缔约并非意味着合同的成立不需经过要约和承诺两个阶段，而仅仅是指当事人负有强制承诺的义务。在法律规定了强制缔约义务的情况下，如果当事人没有作出承诺，该合同也并非当然不成立。在例外情况下，法院可以判决该合同成立，依据具体情形要求一方当事人必须依据法律规定作出承诺。^[81]

从比较法上来看，各国立法大多规定了强制缔约制度。该制度对保护民生、强化弱势群体保护、维护消费者权益等都具有重要意义。我国《民法典》和有关的法律法规也确认了强制缔约制度。例如，《民法典》第810条规定：“从事公共运输的承运人不得拒绝旅客、托运人通常、合理的运输要求。”因此，只要旅客、托运人提出了通常合理的运输要求（即要约），从事公共运输的承运人就负有强制承诺的义务。公共承运人承担着公共运输的功能，要求其负有强制缔约的义务，是为了满足社会公众运输方面的一般需求。从今后的发展趋势来看，随着法律上合同正义要求的强化，以及对弱者保护的加强，强制缔约制度的适用范围将会不断扩展。

在强制缔约的情形中，负有缔约义务的一方当事人必须受到约束，不能拒绝社会上不特定相对人的缔约请求。^[82]从原则上说，即使是在强制缔约的情况下，合同的成立也需要经过要约、承诺的阶

段，在相对人发出要约后，负有强制缔约义务的一方应当及时作出承诺的意思表示，否则，合同不能成立。只不过，依据特殊情形，如果受要约人不承诺，要约人可以起诉追究其法律责任，法院考虑法律设置强制缔约的目的等因素，也可以强制受要约人为承诺的意思表示，从而使合同成立。^[83]

二、根据指令性任务或者国家订货任务的签订合同

强制缔约应当包括对缔约的限制和对内容的限制两方面的内容，因为合同一方当事人不仅负有与相对人订立合同的义务，而且负有以相对人可接受的合理的、相同的内容订立合同的义务。^[84]

在我国原有高度集中的经济管理体制下，对企业的生产经营活动实行指令性计划管理，国家有关部门向企业下达指令性计划以后，企业必须严格依据计划订立合同。合同的内容必须与指令性计划的要求相一致，合同在订立后也不得以违约金和损害赔偿代替合同的履行。履行合同不仅是对合同当事人的义务，也是对国家所应尽的完成指令性计划任务的义务。然而，自我国实施经济体制改革以来，为了搞活企业，扩大企业自主权，指令性计划的管理范围逐渐缩小，目前指令性计划的作用已经十分微弱。不过我国自1992年起开始试行国家订货制度，旨在维护全国经济和市场的稳定，保证国防军工、重点建设、防疫防灾以及国家战略储备的需要，对于国家还必须掌握的一些重要物资，将以国家订货方式逐步取代重要物资分配的指令性计划管理。^[85]因此，在法律上有必要对根据指令性任务或者国家订货任务订约的规则作出规定。

《民法典》第494条第1款规定：“国家根据抢险救灾、疫情防控或者其他需要下达国家订货任务、指令性任务的，有关民事主体之间应当依照有关法律、行政法规规定的权利和义务订立合同。”依据这一规定，一旦国家根据抢险救灾、疫情防控或者其他需要下达国家订货任务、指令性任务，民事主体就负有订约的义务。例如，在防疫期间，国家需要紧急运送医疗物资，就要给运输企业下达指令性任务。可见，根据国家根据抢险救灾、疫情防控或者其他需要下达国家订货任务、指令性任务签订的合同属于典型的强制缔约形态，因为一方面，在此类合同中，当事人负有根据国家下达的指令性任务或者国家订货任务的义务，依照有关法律、行政法规规定的权利与义务订立合同^[86]，也就是说，一方当事人负有与相对人订立合同的义务。另一方面，在合同内容上必须根据指令性任务或者国家订货任务的具体要求签订合同，有关企业不能够以合同自由原则加以拒绝。

三、强制要约

所谓强制要约，是指依据法律或行政法规的规定，一方当事人必须向他方当事人作出要约的意思表示。通常情形下，强制缔约主要体现为强制承诺，但在法律规定的特殊情形下，其才体现为强制要约。

《民法典》第494条第2款规定：“依照法律、行政法规的规定负有发出要约义务的当事人，应当及时发出合理的要约。”可见，强制缔约不仅包括对承诺的强制，还包括对要约的强制，即根据法律的规定，某一权利主体有义务及时向他人发出要约以订立合同。^[87]例如，《证券法》第65条第1款规定：“通过证券交易所的证券交易，投资者持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有一个上市公司已发行的有表决权股份达到百分之三十时，继续进行收购的，应当依法向该上市公司所有股东发出收购上市公司全部或者部分股份的要约。”该规定主要是为了保护中小股东的利益，强制要求持有表决权股份达到30%的投资者向所有股东发出出售股份的要约。当然，在强制要约的情形下，要约的内容应当符合法律的要求。如果法律法规对要约的内容作出了规定，要约人不能在法律法规的规定之外另行提出要求，否则，相对人有权拒绝。

四、强制承诺

所谓强制承诺的义务，是指依据法律或行政法规的规定，一方当事人必须针对他人的要约作出承诺的意思表示，即对接受要约义务的强制。^[88]《民法典》第494条第3款规定：“依照法律、行政法规的规定负有作出承诺义务的当事人，不得拒绝对方合理的订立合同要求。”在强制承诺的情形下，虽然承诺人依法负有必须订立合同的义务，但这并不意味着该合同可以依据法律的规定直接成立，而应当依据要约-承诺的一般程序订立合同。这就要求要约人必须作出明确的要约，强制缔约义务人负有必须作出承诺、订立合同的义务。

从我国现行立法规定来看，强制承诺包括如下情形。

第一，医疗机构在紧急抢救情形下的强制缔约义务。从比较法上来看，各国和各地区的法律大多规定了医疗机构的强制缔约义务，如《日本医师法》第19条规定：“从事诊疗之医师，在诊察治疗之请求存在的场合，若无正当事由，不得拒绝该请求。”由于医疗服务关系到公民的生命、健康权，法律对医疗服务行为进行了特别的规制，以保护患者的生命、健康权。因此，在特殊情形下，法律也规定了医疗机构负有强制缔约义务。例如，我国《执业医师法》第24条规定：“对急危患者，医师应当采取紧急措施进行诊治；不得拒绝急救处置。”《医疗机构管理条例》第31条也规定，“医疗机构对危重病人应当立即抢救”。在紧急情况下的救助义务也是一种强制缔约义务的体现，在患者需要紧急抢救的情况下，有患者家属或者第三人将患者

送往医疗机构救治时，可以视为向医疗机构发出了订立医疗服务合同的要约，在此情况下，医疗机构负有强制缔约的义务。在医疗领域规定强制缔约，从根本上是为了保障患者的生命健康权，充分实现医疗机构的公益目的。

第二，供应电、水、气、热力等社会必需品的企业所负有的强制缔约义务。从比较法上看，在需要采用强制缔约制度的社会关系中，负有强制缔约义务的主体通常是提供水、电、气、热力等公共服务的大型企业。这类合同关系中的双方当事人在经济实力、谈判能力上存在较大的差异，如果仍然采用传统的绝对合同自由原则，则大型企业可能会不当利用合同订立的主动权，单方面决定交易对象、交易价格等合同内容，从而使合同相对方处于被动接受的不利地位。因此，双方当事人通过此种合同形成的利益关系就可能严重失衡，最终导致合同内容违背公平正义的基本民法原则，甚至有可能使合同另一方当事人不能获得必要的公共服务而影响其基本的生存。^[89]另外，在现代社会中，供用电、水、气、热力涉及千家万户，其事关社会的基本运行秩序和稳定，属于民生必需品，具有很强的公益色彩。正是因为它关系到基本民生，所以，供用电、水、气、热力合同不仅关系到当事人的利益，而且关系到社会公共利益。^[90]因此，强制缔约制度通常发生在向社会提供公共产品或者服务的一方与广大消费者之间的关系，以及基于维护社会公共利益的需要而必须缔结的合同关系之中。^[91]我国《合同法》虽然对供用电、水、气、热力合同的订立没有规定强制缔约，但在有关特别法之中，对此作出了规定。例如，《电力法》第26条第1款规定：“供电营业区内的供电营业机构，对本营业区内的用户有按照国家规定供电的义务；不得违反国家规定对其营业区内申请用电的单位和个人拒绝供电。”这就确认了强制缔约义务。

第三，责任保险中的强制缔约。从比较法上来看，采用强制责任保险的方式来救济受害人，是比较普遍的做法。在欧美国家，强制责任保险被广泛采用，伴随着责任保险的发展，严格责任不断类型化。^[92]而且，从承保对象来看，强制责任险有从人身安全向财产安全扩张的趋势。例如，在英国，机动车强制责任保险最初仅保障人身，到2003年以后，其保障范围就扩大到财产。^[93]从在损害补救方面来看，强制责任保险发挥的作用也日益突出，这种作用表现在：一方面，通过责任保险来提供救济，避免责任人清偿能力的不足，并实现责任的社会化分担。^[94]绝大多数机动车致害的赔偿通过责任保险得以解决。据1970年的统计，在美国，机动车责任保险的保费收入在1970年达到100亿美元，在法国高达90亿法郎，可以涵盖绝大多数交通事故责任。^[95]欧洲许多国家的责任保险几乎可以解决所有与交通事故相关的赔偿责任问题，从而极大地减缓了侵权法在事故责任领域

所遇到的压力，为受害人提供了充分的救济。另一方面，责任保险除了能够提供有效赔偿，还以其简单、便捷的获赔程序而广受青睐，大量的责任保险的赔付都是由保险公司直接支付给受害人，从而免除了受害人烦琐的诉讼程序的负担。责任保险最大限度地节省了社会成本，有助于广泛地分散损失，使个人所受到的灾祸损害减到最小限度。^[96]

我国《保险法》第65条规定了责任保险制度，但我国实践中的责任保险可以分为强制性责任保险和商业性责任保险。在商业性责任保险中，投保人可以自由决定是否投保，而只有在强制责任保险中，保险人才负有强制缔约义务。例如，《机动车交通事故责任强制保险条例》第10条规定，在机动车交通事故责任强制保险中，保险公司负有强制缔约义务。^[97]

第四，从事公共运输的承运人应满足旅客、托运人通常、合理的运输要求。《民法典》第810条规定：“从事公共运输的承运人不得拒绝旅客、托运人通常、合理的运输要求。”该条对从事公共运输的承运人施加了一种强制缔约的义务。所谓公共运输，是指面向社会公众的，由取得营运资格的营运人所从事的商业运输行为。强制缔约的内容是从事公共运输的承运人不得拒绝旅客、托运人通常、合理的运输要求。如何理解“通常、合理的运输要求”？首先，此处所说的“通常、合理的运输要求”，主要是就缔结合同而言的。也就是说，双方在订立合同时，托运人和旅客提出了与承运人缔约的要求，只要其要约的内容是通常的、合理的，承运人就应当接受该要约。通常的、合理的要求，包括运输线路的确定、运输工具的要求、票价的确定等。但如果该要求是不合理的，则承运人有权拒绝。例如，托运人选择的线路非常危险，或者愿意支付的运输费用过低，承运人也可以拒绝。其次，对“通常、合理的运输要求”也可以作扩大解释，即可以包括在运输过程中的要求。在运输过程中，承运人对旅客所提出的通常、合理的要求应该予以满足。例如，航空运输中应该提供基本的服务保障旅客正常的饮食，如提供饮料、矿泉水等。值得注意的是，“通常、合理的运输要求”不能根据个别旅客来进行确定，而应该根据交易习惯来进行认定。^[98]

在强制承诺的情形下，必须于相对方提出合理缔约的请求后，受要约人才依法应当表示承诺。《民法典》第810条规定：“从事公共运输的承运人不得拒绝旅客、托运人通常、合理的运输要求。”此处明确提到了相对人必须提出要求，表明强制缔约义务的履行前提是相对人对其发出了订立合同的要约，否则合同无法成立。如果相对方没有提出请求，合同就不能成立。而且提出的要约必须是合理的，而不能

是受要约人所无法接受的条件。一旦要约人提出了这种合理要约，受要约人就应当依法作出承诺。有学者认为，由于强制缔约义务的存在，即便义务人并没有做出明确的表示，仅仅是保持沉默，通常认为此时义务人属于“默示承诺”，合同也能够宣告成立。^[99]笔者认为，此种观点值得商榷。即使一方当事人负有强制承诺的义务，合同的成立也需要经过要约、承诺的阶段，在相对人发出要约后，负有强制缔约义务的一方应当及时作出承诺的意思表示，否则合同不能成立。只不过，依据特殊情形，如果受要约人不承诺，要约人可以起诉追究其法律责任，法院考虑法律设置强制缔约的目的等因素，也可以强制受要约人为承诺的意思表示，从而使合同成立。^[100]例如，就强制责任保险来说，根据《机动车交通事故责任强制保险条例》第10条，保险公司具有强制缔约的义务。如果投保人选择某一保险公司投保，保险公司无故拒绝或拖延承保的，投保人可以向法院起诉要求保险公司与其订立保险合同，法院可以直接判决合同已经成立。如果因为保险公司无故拒绝或拖延承保给投保人造成损失的，保险公司应当负缔约过失责任。

第四百九十五条

当事人约定在将来一定期限内订立合同的认购书、订购书、预订书等，构成预约合同。

当事人一方不履行预约合同约定的订立合同义务的，对方可以请求其承担预约合同的违约责任。

本条主旨

本条是关于预约合同的规定。

相关条文

《买卖合同司法解释》第2条 当事人签订认购书、订购书、预订书、意向书、备忘录等预约合同，约定在将来一定期限内订立买卖合同，一方不履行订立买卖合同的义务，对方请求其承担预约合同违约责任或者要求解除预约合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。

理解与适用

一、预约合同的概念和特征

本条第1款规定：“当事人约定在将来一定期限内订立合同的认购书、订购书、预订书等，构成预约合同。”预约合同也称为预备性契约，是指当事人所达成的、约定在将来一定期限内订立合同的允诺或协议。^[101]当事人在将来所订立的合同称为本约合同，而当事人约定在将来订立本约的合同即为预约合同。例如，当事人所订立的购买车票的合同为本约合同，而当事人事先达成的约定在将来购买车票的合同即为预约合同。从名称上看，究竟使用“预约”还是“预约合同”，在立法时曾经存在一定的争议。考虑到在实践中“预约”经常作为动词使用，如预约购房、预约租房、预约买货等，为避免歧义，《民法典》合同编借鉴有关司法解释的规定，采用了“预约合同”的提法。

预约合同在实践中已经广泛采用，并时常发生纠纷，而我国《合同法》并没有对预约合同作出规定，这就不利于明晰当事人之间的权利义务关系。例如，甲向乙购买房屋，双方签订了购房意向书，甲向乙支付了5万元定金，后因房屋价格上涨，乙又将房屋转让给丙，甲请求乙承担继续履行的责任。在该案中，由于甲乙之间仅订立了预约合同，而没有订立房屋买卖合同，如果法律不承认预约合同，则购房人甲无权请求乙承担违约责任，而只能主张缔约过失责任，这对购房人甲而言显然是极其不利的。可见，在法律上承认预约合同，对消费者权益保护也是十分重要的。因此，《买卖合同司法解释》第2条规定：“当事人签订认购书、订购书、预订书、意向书、备忘录等预约合同，约定在将来一定期限内订立买卖合同，一方不履行订立买卖合同的义务，对方请求其承担预约合同违约责任或者要求解除预约合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。”这就弥补了《合同法》的漏洞。正是在总结上述司法实践经验的基础上，《民法典》合同编对预约合同作出了规定。

预约合同具有如下法律特征。

第一，预约合同以订立本约合同为目的，因此，只有当事人具有在将来订立本约的意思，当事人的合意才能被称为预约合同。^[102]由于本约合同的缔约目的是形成特定的法律关系，如买卖、租赁、承揽等关系，因此预约合同只是向本约合同的过渡阶段。当事人订立预约合同的主要目的是保证有足够的时间磋商，或者避免对方当事人反悔，以为本约合同的订立做准备。通常，要认定是否存在订立本约合同的意图，应当结合当事人在意向书中的约定、当事人的磋商过程、交易习惯等因素综合认定。因此，在预约合同中，当事人必须明确表达要订立本约合同的意思表示，且表达受该合意拘束的意思。^[103]

第二，预约合同本质上是一种合意。也就是说，虽然预约合同是为了将来订立本约合同而签订的，但其本身具有独立性，是当事人以未来订立合同为内容的合意，该合同旨在保障本约合同的订立。^[104]既然当事人已就此内容达成合意，并且符合法律规定的合同成立和生效要件，其就应当受到该合意的拘束。例如，预约租赁某个房屋，就使当事人负有订立房屋租赁合同的义务。又如，订购某件商品的预约合同，使当事人负有订立买卖该商品的合同的义务。正是因为预约合同是一种独立的合同，所以必须由双方完成要约、承诺的过程并达成合意；而且在一方违反预约合同约定时，其应当承担违约责任。

第三，预约合同是与本约合同相区别的合同。从性质上看，预约合同和本约合同是相互独立且相互关联的两个合同。^[105]尽管预约合同是为了订立本约合同而订立的，而且是在订立本约合同的过程中订立的，但当事人已经就订立预约合同形成合意并且该合意具有相对独立性，因此预约合同可以与本约合同分离，成为独立的合同类型。^[106]例如，当事人在实践中预订房间，虽然是为了将来订立租赁合同，但是该预约合同本身也属于独立的合同。从合同产生的请求权来看，预约合同仅产生缔约请求权，而本约合同则产生本约合同履行请求权。^[107]

二、预约合同不同于本约合同

法律上之所以承认预约合同，是因为虽然预约合同是为了订立本约合同，但其又不同于本约合同，因此有必要将两者分开。在实践中，有的法院在判决有关预约合同的纠纷中，要求违反预约合同的一方当事人承担违约金等违约责任，这显然是因为没有明确区分预约合同与本约合同。笔者认为，应当依据如下标准区分预约与本约：一是当事人约定的内容。预约的内容是将来订立本约合同，而本约合同则是关于合同具体内容的约定。^[108]例如，在房屋租赁合同中，预约合同是将来订立租赁合同的约定，而关于价金、具体房屋的约定则属于本约合同的内容。二是违反合同的责任后果不同。在预约合同中，当事人一般不会约定违反本约合同的责任。而对本约合同而言，当事人通常都会约定违约责任条款，如违约金等。这也是当事人愿意受其意思表示拘束的具体体现。此外，当事人违反预约合同时，非违约方可以主张违约方订立合同；而当事人违反本约合同时，并不产生请求对方当事人订立合同的违约责任，而只是产生继续履行、赔偿损失等违约责任。

预约合同也不同于纯粹的订约意向书。笔者认为，在法律上应当严格区分预约合同与意向书，两者的区别主要表现在：一是当事人是否具有订立本约合同的意图不同。意向书本身是一种订约的意向，对

于当事人而言一般不具有法律上的拘束力^[109]；而预约合同的成立要求当事人必须明确表达在将来订立本约的意思表示，而且当事人应当有受该意思表示拘束的意思。^[110]在当事人达成意向书、备忘录等情形下，如果难以认定当事人有在将来一定期限内订立本约的义务，则不应当认定在当事人之间成立预约合同，其对当事人不具有拘束力。^[111]二是是否包含了订立本约合同的内容不同。意向书本身并未确定任何合同的条款，但是预约合同中往往确定了部分合同条款。也就是说，与意向书相比较，预约合同的内容应当具有一定的确定性。^[112]三是是否包括了违约责任的约定不同。有一些预约合同实际上也约定了违约责任，而在意向书中，由于其内容通常并不十分明确，往往没有关于违约责任的约定。应当看到，在实践中，当事人在订立合同时往往将预约合同写作意向书，但是法律应当引导当事人尽量避免使用“意向书”这一表述。

三、当事人一方不履行预约合同约定的订立合同义务的，对方可以请求其承担预约合同的违约责任本条第2款规定：“当事人一方不履行预约合同约定的订立合同义务的，对方可以请求其承担预约合同的违约责任。”这就明确了违反预约合同的责任。区分预约合同和本约在很大程度上是为了区分二者的违约责任。如果双方当事人在预约合同中约定了违约责任，则应当根据当事人的约定确定其违约责任。但如果预约合同中没有约定违约的后果，则违反预约合同的一方究竟应当承担何种责任，应当依据具体情况予以判断，例如，要求当事人进行磋商或对不能订立合同的损失进行损害赔偿。^[113]

在一方违反预约合同的情况下，另一方也可以要求解除该预约合同。在德国法上，在预约合同一方当事人不按照约定订立本约合同或者不按照约定进行磋商时，另一方当事人可以依据《德国民法典》第323条的规定解除预约合同。^[114]但是，在违反预约合同的情况下，非违约方并没有遭受实际损失，因此很难适用根本违约制度来衡量其违约的程度。毕竟当事人之间只是订立了预约合同，因此违反预约合同对于非违约方造成的损失是有限的。依据《买卖合同司法解释》第2条的规定，预约合同的当事人“要求解除预约合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持”。这实际上明确承认了预约合同的解除与损害赔偿可以并用，这与《合同法》第97条确立的合同解除与损害赔偿可以并用的规则是一致的。而且，从实际来看，当事人一方违反预约合同后，即便对方解除了预约合同，也会遭受一定的损失。当事人通过请求赔偿损失，可以实现对其的充分救济。

在违反预约合同的情况下，如果当事人有特别约定的，应当尊重其约定。例如，预订宾馆的客房，并交付了1000元的订金，双方在预

定时就约定，如果到期不租，就丧失订金。此时对于订金的约定，就是当事人约定的特殊责任，因此在违反预约合同时依据该约定承担责任。如果当事人没有特别约定，则依据《民法典》第495条，违约方应当承担如下责任。

（一）定金责任

预约合同是一个独立的合同，因此对其可以适用《民法典》合同编通则中关于定金责任的一般规定。这就是说，如果当事人在预约合同中约定了定金责任，那么给付定金的一方不履行合同，无权请求返还定金；收受定金的一方不履行合同，应当双倍返还定金。

（二）损害赔偿

在违反预约合同的情形下，非违约方不仅享有请求违约方订立本约合同的请求权，而且可产生损害赔偿请求权。^[115]但关键在于，如何确立损害赔偿的依据和范围。笔者认为，在一方违反预约合同的情形下，应当采完全赔偿原则，即应赔偿当事人订立合同时违约方可以合理预见到的损失。^[116]例如，甲要在“十一”黄金周期间预订某个宾馆的房间，甲应当预见到，在黄金周期间宾馆房间会爆满，临时退房会给宾馆造成一定的损失。如果在“十一”的前几天退房，宾馆也可以采取某种减轻损害的方式。但是，如果在“十一”当天退房，宾馆将无法采取补救措施。所以，甲要承担宾馆的一定的租金损失。由此可见，损害赔偿应当根据个案按照可预见性规则进行判断，法律上很难确定统一的标准。无论如何，此处所说的损害赔偿不能完全等同于违反本约合同的赔偿。由于本约合同还没有成立，未产生可得利益，因此违反预约合同不应当赔偿可得利益的损失。例如，一方预订房屋后，因各种原因而退房，此种损失的计算与违反租赁合同的责任是有区别的。即使当天退房，也不能完全按照租金赔偿，否则就混淆了违反预约合同和违反本约合同的责任。

还应注意的是，违反预约合同与缔约过失责任的损害赔偿范围存在一定区别。在缔约过失情况下，由于损害赔偿范围主要局限于信赖利益，因此有过错一方的赔偿数额一般不可能达到合同有效或者合同成立时的履行利益的范围。而在违反预约合同的情况下，则应采取完全赔偿原则，赔偿范围不受信赖利益范围的限制。

（三）依具体情形作出实际履行

对于实际履行是否可以成为预约合同的违约责任的承担方式，在各国立法中规定是不同的。除了极个别国家民法允许强制违约方实际

履行以外，其他国家一般都允许由法官依据具体情形确定违约责任。例如，在房屋买卖的预约合同中，如果开发商已经将房屋出售，就无法适用实际履行的责任。但如果在违反预约合同的情形下，由于当事人并未达成本约，因而不能要求本约中履行利益的赔偿，非违约方只能请求为准备订约而支付的各项合理费用的损害赔偿。可见，违约责任的规则不能完全适用于预约合同。在违反预约合同的情形下，是否可以实际履行，应当根据案件具体情况予以认定。

第四百九十六条

格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。

采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提示对方注意免除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务，致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款的，对方可以主张该条款不成为合同的内容。

本条主旨

本条是关于格式条款的规定。

相关条文

《合同法》第39条 采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。

格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。

《民事诉讼法司法解释》第31条 经营者使用格式条款与消费者订立管辖协议，未采取合理方式提请消费者注意，消费者主张管辖协议无效的，人民法院应予支持。

《合同法司法解释二》第6条 提供格式条款的一方对格式条款中免除或者限制其责任的内容，在合同订立时采用足以引起对方注意的文字、符号、字体等特别标识，并按照对方的要求对该格式条款予以说明的，人民法院应当认定符合合同法第三十九条所称“采取合理的方式”。

提供格式条款一方对已尽合理提示及说明义务承担举证责任。

第9条 提供格式条款的一方当事人违反合同法第三十九条第一款关于提示和说明义务的规定，导致对方没有注意免除或者限制其责任的条款，对方当事人申请撤销该格式条款的，人民法院应当支持。

第10条 提供格式条款的一方当事人违反合同法第三十九条第一款的规定，并具有合同法第四十条规定的情形之一的，人民法院应当认定该格式条款无效。

《消费者权益保护法》第26条 经营者在经营活动中使用格式条款的，应当以显著方式提请消费者注意商品或者服务的数量和质量、价款或者费用、履行期限和方式、安全注意事项和风险警示、售后服务、民事责任等与消费者有重大利害关系的内容，并按照消费者的要求予以说明。

经营者不得以格式条款、通知、声明、店堂告示等方式，作出排除或者限制消费者权利、减轻或者免除经营者责任、加重消费者责任等对消费者不公平、不合理的规定，不得利用格式条款并借助技术手段强制交易。

格式条款、通知、声明、店堂告示等含有前款所列内容的，其内容无效。

理解与适用

一、格式条款的概念

《民法典》第496条第1款规定：“格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。”可见，所谓格式条款，是指由一方当事人为了反复使用而预先制订的、并由不特定的第三人所接受的，在订立合同时不与对方协商的条款。格式条款的产生和发展是20世纪合同法发展的重要标志之一。格式条款的出现，不仅改变了传统的订约方式，而且对合同自由原则形成了挑战。

因此，各国纷纷通过修改和制定单行法律等方式对格式条款进行规范。格式条款具有如下特点。

第一，格式条款是由一方为了重复使用而预先制订的。格式条款必须是在订约以前就已经预先制订出来，而不是在双方当事人反复协商的基础上制订出来的。制订格式条款的一方多为固定提供某种商品和服务的公用事业部门、企业和有关的社会团体等，当然也有些格式条款文件是由有关政府部门为企业制订的，如常见的电报稿上的发报须知、飞机票上的说明等。格式条款一般都是为了重复使用而不是为一次性使用制订的，因此从经济上看其有助于降低交易费用，尤其是许多交易活动是不断重复进行的，许多公用事业服务具有既定的要求，通过格式条款的方式可以使订约基础明确、节省费用、节约时间，这也符合现代市场经济高度发展的要求。

第二，格式条款一方通常是不特定的。格式条款是为与不特定的人订约而制订的，因而格式条款在订立以前，要约方总是特定的，而承诺方都是不特定的，这就与一般合同当事人双方都是特定主体有所不同。如果一方根据另一方的要求而起草供对方承诺的合同文件，则仍然是一般合同文件而不是格式条款文件。当然，在不特定的相对人实际进入订约过程以后，其事实上已由不特定人变成了特定的承诺人。正是因为格式条款常常将要适用于广大的消费者，所以对格式条款加以规范，对保护广大消费者的利益具有十分重要的作用。

第三，格式条款的内容具有定型化的特点。所谓定型化，是指格式条款具有稳定性和不变性，它将普遍适用于一切要与起草人订立合同的不特定的相对人，而不因相对人的不同有所区别。一方面，格式条款文件普遍适用于一切要与条款的制订者订立合同的相对人，相对人对合同的内容只能表示完全的同意或拒绝，而不能修改、变更合同的内容。因此，格式条款也就是指在订立合同时不能与对方协商的条款。另一方面，格式条款的定型化是指在格式条款的适用过程中，要约人和承诺人双方的地位是固定的，而不像一般合同在订立过程中，要约方和承诺方的地位可以随时改变。

值得注意的是，根据《民法典》第496条第1款的规定，“格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款”，可见，格式条款的主要特点在于未与对方协商。笔者认为，对《民法典》第496条第1款的规定，应理解为格式条款是指在订立合同时不能与对方协商的条款。因为未与对方协商的条款并不意味着条款不能与对方协商，某些条款是有可能协商确定的，但条款的制订人并没有与对方协商，而相对人也没有要求就这些条款进行协商，但这并不意味着这些条款便属于格式条款。格式条款只能是不能协商

的条款，如果当事人一方在能够协商的情况下不与对方协商，或放弃协商的权利，则不能将这些未协商的条款直接确定为格式条款。

第四，相对人在订约中居于附从地位。相对人并不参与协商过程，只能对一方制订的格式条款概括地予以接受，而不能就合同条款讨价还价，因而相对人在合同关系中处于附从地位。格式条款的这一特点使得它与某些双方共同协商参与制订的“格式条款”不同，后一种合同虽然外观形式上属于“格式条款”，但因其内容是由双方协商确定的，所以，仍然是一般合同而不是格式条款。^[117]正是因为相对人不能与条款的制订人就格式条款的具体内容进行协商，所以格式条款的适用将限制合同自由，而且极易造成对消费者的损害。因为消费者通常都是弱者，条款的制订人通常都是大公司、大企业，后者有可能垄断一些经营与服务事业，消费者在与其进行交易时通常别无选择，只能接受其提出的不合理的格式条款。因此，格式条款的制订对制订的一方来说是自由的，而对相对人来说则是不自由的。这就造成了格式条款的弊端，从而有必要对格式条款在法律上进行控制。当然，对于相对人来说，虽然其不具有充分表达自己意志的自由，但从法律上看，其仍然应当享有选择是否接受格式条款的权利，因此仍享有一定程度的合同自由。所以，格式条款的适用，并没有完全否定合同自由原则。

合同法采用格式条款而不是格式合同的概念，意味着在一个合同中可以将所有的条款分为两类，即格式条款与非格式条款，即使不存在书面合同，那么对于已经纳入合同中的格式条款，也可以适用《民法典》合同编的相关规定。

格式条款常常与示范合同相混淆。所谓示范合同，是指根据法规和惯例而确定的具有示范使用作用的文件。在我国，房屋的买卖、租赁、建筑等许多行业正在逐渐推行各类示范合同。示范合同的推广对于完善合同条款、明确当事人的权利义务、减少因当事人欠缺合同法律知识而产生的各类纠纷具有一定的作用。但由于示范合同只是当事人双方签约时的参考文件，对当事人无强制约束力，双方可以修改其条款形式和格式，也可以增减条款，因而其不是格式条款。格式条款是固定的、不能修改的；而示范合同只是订约的参考，因此是可以协商修改的。

二、提供格式条款的一方负有遵循公平原则、提请注意或说明的义务

本条第2款规定：“采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提示对方注意免除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系的条

款，按照对方的要求，对该条款予以说明。提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务，致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款的，对方可以主张该条款不成为合同的内容。”该款包含了如下几个方面的内容。

（一）提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务

所谓公平原则，是指民事主体应本着公平、正义的观念实施民事行为，司法机关应根据公平的观念处理民事纠纷，民事立法也应该充分体现公平的理念。在罗马法中，就有一项重要规则，即“无论何人均不得基于他人的损害而受有利益”（nam hoc natura aequum est neminem cum alterius derimento et iniuria fieri locupletiores）^[118]，这实际上体现的也是公平原则。从比较法上看，有的国家对公平原则作出了规定，例如，《瑞士民法典》第4条规定：“依本法所作的裁判，或判断具体状况，或认定重要原因是否存在时，法官应根据法理公平裁判。”我国民法历来将公平原则作为基本原则。我国《民法典》总则在总结这些立法经验的基础上，于第6条规定：“民事主体从事民事活动，应当遵循公平原则，合理确定各方的权利和义务。”这就在法律上明确确认了公平原则。

公平原则是民事活动的目的性的评价标准。这就是说，任何一项民事活动，是否违背了公平原则，常常难以从行为本身和行为过程作出评价，而需要从结果上按照是否符合公平的要求来进行评价。如果交易造成了当事人之间的极大的利益失衡，除非当事人自愿接受，依法应当对其作出适当的调整。例如，依据过错原则所作出的裁判结果违背了公平原则，则可以依据公平原则进行调整。由于公平是一种目的性的评价标准，因此公平原则更多地体现了实质正义的要求。在合同法领域，这一原则常常体现为等价有偿原则，它是指民事主体在从事民事活动时要按照价值规律的要求进行等价交换，实现各自的经济利益。按照这一原则，除了法律另有规定或者当事人另有约定之外，取得他人财产利益或者获得他人提供的劳务者，都应提供相应的对价。

由于提供格式条款的一方常常居于优势地位，而相对人在订约中居于附从地位，为了保障交易的公平，法律要求提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，在格式条款的制定中，不得利用其优势地位损害另一方的权益，更不得利用对方的无经验或者是利用自己的优势地位导致民事主体之间利益关系失衡。

（二）提供格式条款的一方应当采取合理的方式提示对方注意免

除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系的条款

提供格式条款的一方应当采取合理的方式提示对方注意一些重要条款，也就是说，提供格式条款的一方应当在合同订立过程中告知对方注意一些重要条款，并应当理解这些条款的内容。因为各种原因，一方提供的格式条款中，对一些相关的重要条款表述得似是而非，非专业人士难以理解其中隐藏的含义，特别是隐藏设定的免责条款，更难以被相对人理解，对方可能并没有注意到一些条款的重要性，等到条款生效后已经来不及，这样不仅会使条款显失公平、损害相对人的利益，也会徒增纠纷。因此法律要求提供格式条款的一方应当采取合理的方式提示对方注意一些重要条款。哪些条款应当提请注意？依据本条第2款，此类条款主要包括：一是免除或者减轻责任条款。免责条款是当事人双方在合同中事先约定的，旨在限制或免除其未来的责任的条款，因此其与当事人利益攸关。二是与对方有重大利害关系的条款，如仲裁条款、选择鉴定单位的条款等。《国际商事合同通则》第2.1.20条第1款规定：“如果标准条款中含有的条款，依其性质，另一方当事人不能合理预见，则除非该另一方当事人明示地表示接受，否则该条款无效。”这实际上是提出了格式条款中异常条款的效力问题，所谓异常条款，就是指相对人不能合理预见到的条款。例如，双方在旅游合同中约定，旅行社仅作为游客住宿时旅馆经营者的代理人，不对该旅馆的食宿供应负责，该条款对游客来说是难以预见的。^[119]为了防止格式条款的制定者利用其优势地位拟订过分不利于相对人的条款，提供格式条款的一方应当采取合理的方式提示对方注意。

依据本条第2款，提示注意的方式应该合理。这就是说，提供格式条款的一方在订约时，有义务以明示或者其他合理、适当的方式提示相对人注意，且提示注意应当达到合理的程度。所谓合理方式，主要是指能引起注意、提请强调和吸引对方注意的方式。判断其是否达到合理的程度时，应当依据以下五个方面的标准。

第一，文件的外形。从文件的外在表现形式来看，应当使相对人产生它是规定当事人权利义务关系的合同条款的印象。

第二，提示注意的方法。根据特定交易的具体环境，提供格式条款的一方可以向相对人明示其条款或以其他显著方式如广播、张贴公告等形式提请相对人注意。在这些提请方式中，应当尽可能采用个别提醒的方式，不可能采用个别提醒方式的，应采用公告方式。^[120]

第三，清晰明白的程度，即提示相对人注意的文字或语言必须清楚明白。如果一个正常人都难以注意到格式条款的存在，则难谓尽到了以合理的方式提示注意的义务。例如，以公告明示方式来提示注意

的，其公告的内容和方式必须以使相对人容易察觉、阅读和理解为原则。^[121]《合同法司法解释二》第6条第1款规定：“提供格式条款的一方对格式条款中免除或者限制其责任的内容，在合同订立时采用足以引起对方注意的文字、符号、字体等特别标识，并按照对方的要求对该格式条款予以说明的，人民法院应当认定符合合同法第三十九条所称‘采取合理的方式’。”

第四，提示注意的程度，即必须能够引起一般相对人的注意。合理注意在不同情况下所确定的标准是不同的，但总的来说，应通过合理的方式提示注意而使相对人对条款的内容有足够的了解，或使相对人能够有更多的时间认真考虑格式条款。对一般的格式条款和具有免除责任内容的格式条款，在处理上应当有所区别，对后者应当课以制订人更程度的说明告知义务。

（三）提供格式条款的一方应当按照对方的要求，对该条款予以说明

本条增加了提供格式条款的一方对于与对方有重大利害关系的条款，需要按照对方的要求进行说明的规定。所谓按照对方的要求，就是说，此种说明义务并非主动的作为义务，而是按照对方的要求所应当履行的义务。对方要求说明的，提供格式条款的一方有义务按照对方的要求说明，对方没有要求的，则提供格式条款的一方没有义务说明。所谓对该条款予以说明，就是说应当向对方详细阐述该条款的含义，使对方清晰地理解该条款。在比较法上，《国际商事合同通则》第2.19条、《德国民法典》第305c条和《奥地利普通民法典》第864a条都有类似规定。《合同法》第39条只规定了对于免除或限制责任条款的说明义务，其规定的说明义务覆盖的条款范围显然较小，不利于保护接受格式条款的一方当事人。因为在实践中，诸如争议解决条款、管辖条款甚至是诉讼时效条款等均与当事人有重大利害关系。此次合同编将说明义务覆盖的条款范围扩大至所有与当事人具有重大利害关系的条款，是十分必要的。

（四）提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务的后果

本条还明确了未尽说明义务的法律效果。根据对方当事人的要求对该格式条款予以说明。在某些情况下，尽管条款制订人已经告知对方哪些条款是格式条款，但对方并不一定清楚地理解格式条款的含义。如果对方要求以某种方式作出告知和说明，则条款制订人有义务按照对方的要求进行说明，当然，这种特殊的要求应当限定在合理的范围内。

在我国，对于提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务的后果，存在三种不同的观点：一是未成立说。此说认为，提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务，该条款不成立，不属于合同内容。二是无效说。此说认为提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务，该条款虽然成立，但是应当宣告无效。三是撤销说。此说认为，提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务，对方可以在法院主张撤销。我国《民法典》第496条采用了“对方可以主张该条款不成为合同的内容”的表述，可见，《民法典》采取了未成立说，这与比较法上的通行规则保持了一致。^[122]相较于绝对无效而言，未成立说具有如下优点：一是相对人可以作出选择，如果其认可以主张该条款纳入合同内容，应当认定该条款的效力。二是如果主张该条款不成为合同的内容，则该条款不成立，不必像无效那样，产生恢复原状的后果。可见这一方式可以更好地保护接受格式条款的一方当事人的利益。但是，需要注意的是，依据诚信原则，接受格式条款的一方当事人必须及时主张是否将该条款纳入合同内容。

第四百九十七条

有下列情形之一的，该格式条款无效：

（一）具有本法第一编第六章第三节和本法第五百零六条规定的无效情形；

（二）提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利；

（三）提供格式条款一方排除对方主要权利。

本条主旨

本条是关于格式条款的无效的规定。

相关条文

《合同法》第40条 格式条款具有本法第五十二条和第五十三条规定情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。

《合同法司法解释二》第9条 提供格式条款的一方当事人违反合同法第三十九条第一款关于提示和说明义务的规定，导致对方没有注意免除或者限制其责任的条款，对方当事人申请撤销该格式条款的，人民法院应当支持。

第10条 提供格式条款的一方当事人违反合同法第三十九条第一款的规定，并具有合同法第四十条规定的情形之一的，人民法院应当认定该格式条款无效。

第52条 有下列情形之一的，合同无效：

- (一) 一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；
- (二) 恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；
- (三) 以合法形式掩盖非法目的；
- (四) 损害社会公共利益；
- (五) 违反法律、行政法规的强制性规定。

第53条 合同中的下列免责条款无效：

- (一) 造成对方人身伤害的；
- (二) 因故意或者重大过失造成对方财产损失的。

《消费者权益保护法》第26条 经营者在经营活动中使用格式条款的，应当以显著方式提请消费者注意商品或者服务的数量和质量、价款或者费用、履行期限和方式、安全注意事项和风险警示、售后服务、民事责任等与消费者有重大利害关系的内容，并按照消费者的要求予以说明。

经营者不得以格式条款、通知、声明、店堂告示等方式，作出排除或者限制消费者权利、减轻或者免除经营者责任、加重消费者责任等对消费者不公平、不合理的规定，不得利用格式条款并借助技术手段强制交易。

格式条款、通知、声明、店堂告示等含有前款所列内容的，其内容无效。

《电子商务法》第49条 电子商务经营者发布的商品或者服务信

息符合要约条件的，用户选择该商品或者服务并提交订单成功，合同成立。当事人另有约定的，从其约定。

电子商务经营者不得以格式条款等方式约定消费者支付价款后合同不成立；格式条款等含有该内容的，其内容无效。

理解与适用

一、格式条款的无效的概念和类型

本条是关于格式条款的无效的规定。所谓格式条款的无效，是指格式条款因为违反了法律、行政法规的规定以及公序良俗，应当被宣告无效。尽管格式条款与一般合同条款一样，都应当按照民事法律行为的一般生效标准来判断，但格式条款本身具有其特殊性，对于格式条款的生效，在法律上应当有更为严格的限制。因此，《民法典》第497条规定：“有下列情形之一的，该格式条款无效：（一）具有本法第一编第六章第三节和本法第五百零六条规定的无效情形；（二）提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利；（三）提供格式条款一方排除对方主要权利。”可见，格式条款无效的情形，较之于一般合同条款更多，对格式条款的生效限制更为严格。具体而言，格式条款的无效包括如下情形。

（一）具有《民法典》总则编第六章第三节和《民法典》第506条规定的无效情形

第一，具有《民法典》总则编第六章第三节规定的无效情形。

《民法典》第153条规定：“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效，但是该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。”依据这一规定，违反法律、行政法规强制性规定的民事法律行为无效。该条规定不仅确立了一种无效民事法律行为的类型，而且确立了判断民事法律行为无效的标准，当然可以适用于格式条款的效力判断。此外，依据《民法典》总则编第六章第三节的规定，一方以欺诈、胁迫的手段实施的民事法律行为被撤销的，或者因恶意串通、以虚假的意思表示实施的民事法律行为等，都是无效的，这些规定都可以适用于格式条款的效力认定。

第二，具有《民法典》第506条规定的无效情形。在市场交易活动中，由于交易充满了风险，因此当事人需要通过免责条款合理分配双方的利益和风险，事先规避风险。免责条款的设定有助于控制未来风险、合理规避风险、降低交易成本，从而有利于鼓励各类交易、促

进交易的发展，也有利于及时解决纠纷。当然，当事人在规定免责条款时，必须符合法律、行政法规的强制性规定。格式条款中也会包括格式的免责条款，对这些条款的效力也应当根据法律关于免责条款效力的认定标准予以判断。《民法典》第506条规定：“合同中的下列免责条款无效：（一）造成对方人身损害的；（二）因故意或者重大过失造成对方财产损失的。”该规定当然可以适用于格式条款的效力认定。例如，一方在格式条款中规定“如果因本公司售出的设备造成损害，本公司只赔偿设备本身的损害，不赔偿其他的损失”。显然，该条款免除了条款提供者未来因为其售出的设备造成的其他财产损失以及人身伤害的责任，其也应当属于无效条款。

（二）提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利

提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利，意味着条款制作人违反公平原则，不合理地确定当事人之间的权利和义务，导致格式条款显失公平。需要指出的是，依据本条规定，并非在格式条款出现免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利的情形后，该格式条款都无效，而是这些条款本身具有不合理性，即不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利。关于合理和不合理，需要根据一个合理的交易当事人的观点来判断。如果一个合理的交易当事人认为，有关免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利的格式条款是不合理的，则应当认为存在效力瑕疵。具体而言，包括如下三种情形：一是不合理地免除或者减轻责任。免除或者减轻责任条款本身是合法的，但格式条款的制作人不得不合理地免除或者减轻其责任，如规定在合同履行过程中发生的一切不利后果都由对方负责；再如，商店中标示的“本店商品一经售出概不退换”的告示，都属于不合理地免除或者减轻责任的条款。二是不合理地加重对方责任。所谓加重责任，是指格式条款中含有在通常情况下对方当事人不应当承担的义务。如合同中规定消费者对于不可抗力发生的后果也应承担责任，有的规定了异常高的违约金。三是限制对方主要权利。例如，条款制作人为了达到长期占有客户或者垄断市场的目的，在格式条款中规定对方不得与任何第三方交易，只能与条款制作人交易，从而限制对方自由交易的权利。

（三）提供格式条款一方排除对方主要权利

所谓排除主要权利，是指格式条款中含有排除对方当事人按照通常情形应当享有的主要权利。如果将《民法典》第497条第3项与第2项相比较，可以看出，两者规定的内容具有明显的区别：一是第3项

不存在“不合理地”的限定，只要是排除对方主要权利，就可以宣告该格式条款无效。二是第3项是排除，而并不包括限制。所以，在格式条款不合理地限制对方主要权利时，适用第2项，完全排除对方主要权利时，则适用第3项。

对于何谓主要权利，《民法典》合同编并未作明文规定。笔者认为，“主要权利”需要根据合同的性质予以确定，因为合同千差万别，性质各不相同，当事人享有的“主要权利”不可能完全一样。认定“主要权利”不能仅仅看双方当事人签订的合同的内容是什么，而应就合同本身的性质来考察。如果依据合同的性质能够确定合同的主要内容，则应以此确定当事人所享有的主要权利。^[123]例如，经营者在格式条款中规定，消费者对有瑕疵的物只能请求修理或者更换，不能解除合同或者减少价金，亦不能请求损害赔偿。再如，经营者在合同中拟定发生纠纷只能与其协商解决而不能进行诉讼或仲裁，或者在合同中自主决定解决争议的方法而排斥消费者的选择权。^[124]当然，如果暂时限制起诉时间，不能认为是排除对方主要权利。例如，在“六盘水恒鼎实业有限公司、重庆千牛建设工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”中^[125]，最高人民法院认为，合同中约定在付款期限内不得提起诉讼的条款，并非排斥当事人的基本诉讼权利，该条款仅是限制其在一定期限内的起诉权，而不是否定和剥夺当事人的诉讼权利，只是推迟了提起诉讼的时间，故其主张在付款期限内不得提起诉讼的条款无效缺乏事实和法律依据。

二、格式条款无效的后果

《民法典》第156条规定：“民事法律行为部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。”依据这一规定，应当考虑格式条款无效是否会影响整个合同的效力。如果合同的内容可以分为若干部分，即有效部分和无效部分可以独立存在，一部分无效并不影响另一部分的效力，那么格式条款的无效，并不等于含有格式条款的合同的无效。格式条款的无效可能只是指某些格式条款的无效，属于部分无效，但不影响合同其他条款的效力，也不影响合同的整体效力。^[126]当然，如果格式条款与整个合同条款不可分开，则有关格式条款被宣告无效，整个合同也应当被宣告无效。

如果有关格式条款违反法律、行政法规的规定而无效，当事人也可以采取补正的方式使其有效。这就是说，有关格式条款违法，当事人可以通过协商对于这些条款进行修正。例如，格式条款不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任的，可以对这些条款进行修改，消除其无效的原因，从而使无效的格式条款变为有效条款。

格式条款被宣告无效，则为自始无效。民事法律行为一旦被确认无效，就将产生溯及力，使该行为自实施之时起就不具有法律效力，以后也不能转化为有效法律行为。对已经履行的，应当通过返还财产、赔偿损失等方式使当事人的财产恢复到法律行为实施之前的状态。

《民法典》第157条规定：“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律另有规定的，依照其规定。”依据这一规定，格式条款被认定为无效后，应当产生返还财产、折价补偿、赔偿损失的法律后果。

第四百九十八条

对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出有利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。

本条主旨

本条是关于格式条款解释规则的规定。

相关条文

《电子商务法》第49条第2款 电子商务经营者不得以格式条款等方式约定消费者支付价款后合同不成立；格式条款等含有该内容的，其内容无效。

《保险法》第17条第1款 订立保险合同，采用保险人提供的格式条款的，保险人向投保人提供的投保单应当附格式条款，保险人应当向投保人说明合同的内容。

第30条前段 采用保险人提供的格式条款订立的保险合同，保险人与投保人、被保险人或者受益人对合同条款有争议的，应当按照通常理解予以解释。

《邮政法》第22条 邮政企业采用其提供的格式条款确定与用户

的权利义务的，该格式条款适用《中华人民共和国合同法》关于合同格式条款的规定。

《消费者权益保护法》第26条第1款 经营者在经营活动中使用格式条款的，应当以显著方式提请消费者注意商品或者服务的数量和质量、价款或者费用、履行期限和方式、安全注意事项和风险警示、售后服务、民事责任等与消费者有重大利害关系的内容，并按照消费者的要求予以说明。

《合同法》第41条 对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。

《旅行社条例》第29条 旅行社在与旅游者签订旅游合同时，应当对旅游合同的具体内容作出真实、准确、完整的说明。

旅行社和旅游者签订的旅游合同约定不明确或者对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释；对格式条款有两种以上解释的，应当作出有利于旅游者的解释；格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。

《保险法司法解释二》第14条 保险合同中记载的内容不一致的，按照下列规则认定：

（一）投保单与保险单或者其他保险凭证不一致的，以投保单为准。但不一致的情形系经保险人说明并经投保人同意的，以投保人签收的保险单或者其他保险凭证载明的内容为准；

（二）非格式条款与格式条款不一致的，以非格式条款为准；

（三）保险凭证记载的时间不同的，以形成时间在后的为准；

（四）保险凭证存在手写和打印两种方式的，以双方签字、盖章的手写部分的内容为准。

第17条 保险人在其提供的保险合同格式条款中对非保险术语所作的解释符合专业意义，或者虽不符合专业意义，但有利于投保人、被保险人或者受益人的，人民法院应予认可。

一、格式条款解释的概念

本条规定了格式条款的解释规则。所谓格式条款的解释，是指根据一定的事实，遵循有关的原则，对格式条款的含义作出说明。一般来说，如果格式条款的各项条款明确、具体、清楚，而当事人对条款的理解不完全一致，因而发生争执，便涉及合同的解释问题。例如，在我国温州等地，一些典当铺制订的格式条款中曾有“天灾人祸，皆不负责”的条款，当事人对天灾人祸含义的理解并不一致，容易产生纠纷。因此，对格式条款作出准确的解释，对于正确确定当事人之间的权利义务，保护各方当事人合法权益，并使格式条款保持合法性和公平性，是十分必要的。

由于格式条款与非格式条款之间存在诸多差异，因而格式条款的解释也具有一定的特殊性。从性质上看，由于格式条款仍然属于合同条款，而不属于法律规范，因而不能按照解释法律的方法来解释格式条款，而应当采纳一般合同解释所应遵循的原则。例如，解释合同应考虑合同的目的，应按照合同的全部条款解释而不能仅拘泥于个别文字，应公平合理并兼顾双方的利益，不得违反法律规定等。

二、格式条款解释的规则

需要指出的是，格式条款虽然是合同条款，但又与一般合同条款有所区别。因为格式条款是一方为了反复使用而预先制订的，格式条款不是为特定的相对人制订的，而是为不特定的相对人制订的，所以格式条款的解释所依据的规则又具有特殊性。根据本条规定，格式条款的解释应当采取以下三项特殊的解释规则。

（一）按照通常理解予以解释

按照通常理解予以解释，是指对于格式条款，应当以可能订约者平均的、合理的理解为标准进行解释。既然格式条款是为不特定的人制订的，那么格式条款就应考虑到多数人而不是个别消费者的意志和利益。因此，在就格式条款发生争议时，应以可能订约者平均的、合理的理解为标准进行解释。

第一，除当事人有特别约定以外，格式条款的解释应超脱于具体环境及特殊的意思表示，即不应把各个具体的订约环境或特别的意思表示作为解释合同的考虑因素，并据此探求个别当事人的真实意志。

第二，对某些特殊的术语应作出平常的、通常的、通俗的、日常的、一般意义的解释。如果某个条款所涉及的术语或知识不能为某个

可能订约的相对人所理解，则应以可能订约者的平均的、合理的理解为基础进行解释。同时，如果某个条款涉及的术语或知识不能为相对人的平均理解能力所理解，则条款制订人不能主张该条文具有特殊含义。当然，如果条款所适用的对象本身是具有专门知识的人（如海上保险条款），并为其所理解，则应就条款所使用的特殊术语作出解释。

第三，若格式条款经过长期使用以后，消费者对其中某些用语的理解，与条款制订方的理解有所不同，则应以交易时消费者的一般理解为标准进行解释。

第四，应根据其适用的不同地域、不同职业团体的可能订约者的一般理解来解释合同。格式条款适用于不同地域和团体时，各个地域和团体内的相对人对格式条款内容的理解是不同的，因此应以不同地域和团体的消费者平均的、合理的理解为标准进行解释。在格式条款中，如果某些术语或文字具有特定的含义，对此种含义，虽然不能被可能订约者的平均、合理的理解能力所理解，但确为某个具有专门知识的订约人所理解，在此情况下，是应依个别有专门知识当事人的理解意思还是应适用统一解释原则进行解释，在理论上有不同看法。笔者认为，既然格式条款应实现条款制订人和不特定的相对人之间的利益的平衡，那么解释合同应考虑大多数可能订约者而不是个别订约者的意志。因此，即使个别当事人对条款的特殊含义能够理解，也仍应以格式条款可能订约者平均的、合理的理解为标准进行解释。

（二）作出对条款制订人不利的解释

法谚上有所谓“用语有疑义时，就对使用者为不利益的解释”，各国大多采纳了这一规则，我国《民法典》第498条也规定应当作出不利于格式条款提供者一方的解释。因为既然格式条款是由一方制订的而不是由双方商订的，那么各项条款可能是其制订人基于自己的意志所作的有利于自己的条款，尤其是条款制订人可能会故意使用或插入意义不明确的文字以损害消费者的利益，或者从维持甚至强化其经济上的优势地位出发，将不合理的解释强加于消费者，所以，为维护消费者的利益，在条款含义不清楚时，就应对条款制订人作不利的解释。

（三）格式条款和非格式条款不一致的，采用非格式条款

在一般的合同解释中，如果个别商议的条款与一般条款不一致，那么个别商议条款应当优先于一般条款。对格式条款而言，其是由一方预先制订的，当格式条款与非格式条款的含义不一致时，应当认定

非格式条款优先于格式条款。这既尊重了双方当事人的真实意思，也有利于保护广大消费者的利益。

此外，在格式条款的解释中，还应当遵循严格解释原则。严格解释又称为限制解释，它包括两层含义：一方面，是指在格式条款的解释中，应从维护公平正义的目的出发，对合同没有规定或规定不完备的事项，不得采用类推或扩张适用某些条文的适用范围的方法进行解释。因为如果允许对格式条款未规定或规定不完备的事项根据合同的条文简单加以类推、扩张和补充，可能会产生对相对人不利的后果。另一方面，在某个条文的适用范围不明确时，应从“最狭义”的含义进行解释。例如，免责条款未指明是免除合同责任还是侵权责任时，因侵权责任具有一定的强制性，通常涉及公共秩序，故应尽可能地不使当事人通过协议而免责。此外，在格式条款中，有时将具体事项一一加以列举，最后用“其他”或“等等”字样加以概括规定，对于“其他”“等等”文句所包含的内容，应解释为与先前所列举的具体事项属于同一种类。此种解释方法，也是严格解释原则的体现。应当指出，严格解释规则是为了保护经济上处于弱者地位的相对人，但如果该规则的适用与保护相对人的要求相悖，则应采用其他规则进行解释。

第四百九十九条

悬赏人以公开方式声明对完成特定行为的人支付报酬的，完成该行为的人可以请求其支付。

本条主旨

本条是关于悬赏广告的规定。

相关条文

《合同法司法解释二》第3条 悬赏人以公开方式声明对完成一定行为的人支付报酬，完成特定行为的人请求悬赏人支付报酬的，人民法院依法予以支持。但悬赏有合同法第五十二条规定情形的除外。

《物权法》第112条第2款 权利人悬赏寻找遗失物的，领取遗失物时应当按照承诺履行义务。

一、悬赏广告的概念和特征

所谓悬赏广告，是指悬赏人以广告的形式声明对完成悬赏广告中规定的特定行为的人，给付广告中约定报酬的行为。^[127]例如，刊登的各种寻人、寻物启事中提出如帮助寻找到某人或完成了某事，将支付若干报酬。《合同法》并未明确规定悬赏广告，《合同法司法解释二》第3条规定：“悬赏人以公开方式声明对完成一定行为的人支付报酬，完成特定行为的人请求悬赏人支付报酬的，人民法院依法予以支持。但悬赏有合同法第五十二条规定情形的除外。”《民法典》合同编在总结司法实践经验的基础上，于第499条规定：“悬赏人以公开方式声明对完成特定行为的人支付报酬的，完成该行为的人可以请求其支付。”这就从法律层面上第一次承认了悬赏广告。悬赏广告具有如下特征。

第一，悬赏广告是以公开的方式所作出的意思表示。所谓广告，即广而告之。悬赏广告既可以以招贴画张贴，也可在橱窗、路牌、霓虹灯等刊登，还也可以通过报纸、网络等媒体刊载，甚至通过电台、广播等发布信息，总之都是以公开的方式发出意思表示。悬赏广告作为意思表示的一种，是悬赏人向不特定的多数人所作出的意思表示。但悬赏广告与一般的意思表示不同，它是采取“广而告之”的方式。^[128]也就是说，悬赏广告是面向不特定的相对人作出的意思表示。

第二，它是以对完成特定行为的人给予报酬为内容的意思表示。悬赏是悬赏人以公开方式声明对完成特定行为的人支付报酬的行为，一方面，给付报酬乃悬赏广告的题中之意，悬赏人可以在悬赏广告中声明报酬的种类、数额以及支付方式等。具体而言，各种报酬支付方式如金钱、名誉、财物等，只要不违反法律规定，均可作为悬赏报酬。另一方面，其是针对完成特定的行为作出的，其在内容上并没有限制，凡是合法的行为，无论是事实行为，还是法律行为，都可以作为悬赏广告的对象。^[129]当然，该行为的内容和类型不得违反法律规定和社会公共利益。^[130]

第三，悬赏广告是一种单方法律行为。虽然关于悬赏广告的性质存在争议，但依据《民法典》合同编第499条，悬赏广告在性质上属于一项单方法律行为，其成立并不需要悬赏人与相对人就悬赏广告的内容达成合意。

第四，悬赏广告是独立的债的发生原因。悬赏人一般会在悬赏广告中对实施一定行为的人允诺支付一定的报酬，这也使其负担了一定

的债务。^[131]《合同法司法解释二》第3条规定：“悬赏人以公开方式声明对完成一定行为的人支付报酬，完成特定行为的人请求悬赏人支付报酬的，人民法院依法予以支持。但悬赏有合同法第五十二条规定情形的除外。”这就在法律上确认了悬赏广告可以作为独立的债的发生原因。

我国《民法典》合同编虽然不认可悬赏广告为合同关系，但仍然在合同订立规则部分规定悬赏广告，主要是基于如下原因：一方面，在我国《民法典》颁行前，虽然悬赏广告的性质存在一定的争议，但在我国司法实践中，悬赏广告纠纷是合同纠纷项下的案由，法院也一直将悬赏广告纠纷视为合同纠纷。另一方面，悬赏广告的发布与合同订立行为具有相似性，发布悬赏广告的行为在一定程度上具有向不特定人发出的要约的特点。即便按照《民法典》的规定，悬赏广告属于单方行为，发布悬赏广告的行为也与发出要约的行为具有相似性。更何况，我国《民法典》合同编发挥了债法总则的功能，因此，将其规定在合同订立规则部分具有一定的合理性。

二、悬赏广告的性质

关于悬赏广告的性质，历来存在以下两种观点。

一是单方行为说。此种观点认为，悬赏广告在性质上属于单方行为，因为“悬赏广告人以单独之意思表示对完成一定行为的人负给与酬报之义务，在行为人方面无须有承诺，惟以其一定行为之完成为停止条件”^[132]。悬赏广告人对完成一定行为的人单方面负有支付报酬的义务，而不需要完成行为人作出承诺。^[133]《德国民法典》第675条将悬赏广告定义为单方行为，并为日本等国的判例学说所采纳。在德国法上，悬赏广告在性质上属于单方法律行为，而且属于没有相对人的单方意思表示。^[134]

二是要约说。此种观点认为，悬赏广告为一种要约，在性质上属于对不特定多数人发出的要约，只要行为人完成悬赏广告所声明的行为，即构成对该要约的承诺，在当事人之间形成悬赏合同，完成行为人享有报酬请求权。^[135]我国台湾地区1983年颁布的“民法债编”通则部分条文修正草案则将单方行为说改为要约说。《欧洲合同法原则》（PECL）也有类似的规定。^[136]

我国《合同法司法解释二》第3条规定：“悬赏人以公开方式声明对完成一定行为的人支付报酬，完成特定行为的人请求悬赏人支付报酬的，人民法院依法予以支持。但悬赏有合同法第五十二条规定情形的除外。”但是该条规定并没有明确指明悬赏广告是双方当事人的合

同，还是悬赏人的单方允诺，所以还不能够简单地认为该条就已经将悬赏广告纳入合同的范畴。根据《物权法》第112条第1款的规定，“权利人领取遗失物时，应当向拾得人或者有关部门支付保管遗失物等支出的必要费用”。但是《物权法》主要是明确物的归属，不涉及当事人之间的债权请求权问题，当事人之间因遗失物返还而产生的请求权关系应当依据《合同法》等债的关系予以确定。

关于悬赏广告的性质，《民法典》合同编第499条规定：“悬赏人以公开方式声明对完成特定行为的人支付报酬的，完成该行为的人可以请求其支付。”本条实际上明确了悬赏广告的单方行为性质，采纳了单方行为说，因为一方面，悬赏广告作出后，完成特定行为的人，无论是否具有完全民事行为能力，在其完成了悬赏广告指定的行为时，就可以请求悬赏人支付报酬。另一方面，完成特定行为的人无论是否知晓悬赏广告的存在，都可以因完成悬赏行为而要求悬赏人履行义务。例如，某人张贴了自家宠物狗走失、如有寻获给付报酬的广告。那么即使是儿童寻获该宠物狗，也不因其不具有完全民事行为能力而不得请求报酬。本条之所以将悬赏广告界定为单方行为而非合同，其原因如下。

第一，采单方法律行为说，有利于有效约束悬赏人的行为，符合诚实信用原则。在单方行为说下，只要悬赏人发出了悬赏广告，不需要他人作出同意即能发生法律效力，悬赏人就应当受到广告的拘束。如果某人不知道悬赏人发出了悬赏广告，而完成了广告中所指定的行为，该人仍能取得对悬赏人的报酬请求权，而悬赏人不得以该人不知广告内容为由拒绝支付报酬。^[137]

第二，采单方法律行为说，使限制行为能力人、无行为能力人在完成广告所指定的行为以后，也可以对悬赏人享有报酬请求权。但若采用合同说，那么限制行为能力人和无行为能力人即使完成了广告所指定的行为，也将因为其无订约能力而无承诺的资格，无法基于合同享有对悬赏人的报酬请求权，这显然就不利于保护限制行为能力人和无行为能力人的利益。^[138]

第三，采单方法律行为说，则任何人完成广告中所指定的行为都将是一种事实行为，而非具有法律意义的承诺行为，因此，只要相对人完成了广告指定的行为即享有报酬请求权，而不必准确地判定在什么情况下存在有效的承诺以及承诺的时间等问题，这就可以减轻相对人在请求悬赏人支付报酬时的举证负担。

三、悬赏人负有按照其允诺支付报酬的义务

悬赏广告一旦生效，悬赏人就负有对任何完成悬赏广告所声明的行为的人给付报酬的义务。与此相应，完成特定行为的相对人即享有报酬请求权。此处所说的特定行为是指广告所指定的行为。如果广告中确定了完成特定行为的时间，则这一时间要求也构成对相对人完成特定行为的限制。由于悬赏广告在性质上是单方行为，因此，即便完成悬赏广告指定行为的人在行为时不知道广告的存在，其也仍应有权请求悬赏人支付报酬。^[139]例如，在“鲁瑞庚诉东港市公安局悬赏广告纠纷案”中，法院认为，“公安局以鲁瑞庚所提供的线索不符合悬赏通告所规定的条件为由，拒绝将被害人家属用于奖励的50万元全部给付鲁瑞庚，并将其予以占有，超出了被害人家属的委托权限，也不符合其在悬赏通告中的承诺，没有任何的法律依据。鲁瑞庚对其主张权利，应予支持”^[140]。

如果数人都完成了特定行为，则应当按照先来后到的原则，认定谁最先完成了该行为。例如，某人发出广告，如果有人游过某港湾，就奖励现金若干；如果数人完成，则先完成者获得报酬；但如果数人同时完成，广告中又没有明确先后顺序的，则应当由悬赏人向数人支付。而数人同时完成，原则上应当有数人平均分配报酬。^[141]此外，完成指定行为的人开始实施行为时，没有必要通知悬赏人。不知道广告的存在而完成了指定行为的人，也享有债权。

如果悬赏人在悬赏广告中声明对完成特定行为的相对人支付报酬，但没有明确具体的报酬数额，则在行为人完成悬赏广告声明的行为时，仍有权请求悬赏人支付相应的报酬，当事人可以就报酬的具体数额进行协商，协商不一致的，可以由法院进行判定。法院在判定数额时，可以参考行为人完成特定行为的时间、成本、所完成工作成果的归属等因素，确定悬赏人应当支付的报酬数额。

值得探讨的是，完成悬赏广告声明行为后所获得的利益的归属问题。相对人完成悬赏广告所声明的行为时，可能产生一定的利益。例如，悬赏人在悬赏广告中声明，对于在一定期间内完成某项工作成果的人，将给予一定的报酬。此时，该工作成果应归属于悬赏人抑或完成该工作成果的行为人？笔者认为，如果悬赏人在悬赏广告中声明，行为人应当将完成悬赏广告中特定行为的工作成果移转给悬赏人，则行为人若要获得悬赏广告中声明的报酬，就应当将该工作成果移转给悬赏人；如果悬赏人在悬赏广告中并未约定该工作成果的归属，原则上应当作不利于悬赏人的解释^[142]，即悬赏广告中没有约定该利益归属的，其原则上应当归属于完成悬赏广告的行为人，此时，完成悬赏广告的行为人无须移转该工作成果，但其仍应有权请求悬赏人支付相应的报酬。

第五百条

当事人在订立合同过程中有下列情形之一，造成对方损失的，应当承担赔偿责任：

- （一）假借订立合同，恶意进行磋商；
- （二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；
- （三）有其他违背诚信原则的行为。

本条主旨

本条是关于缔约过失责任的规定。

相关条文

《合同法》第42条 当事人在订立合同过程中有下列情形之一、给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：

- （一）假借订立合同，恶意进行磋商；
- （二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；
- （三）有其他违背诚实信用原则的行为。

《合同法司法解释二》第8条 依照法律、行政法规的规定经批准或者登记才能生效的合同成立后，有义务办理申请批准或者申请登记等手续的一方当事人未按照法律规定或者合同约定办理申请批准或者未申请登记的，属于合同法第四十二条第（三）项规定的“其他违背诚实信用原则的行为”，人民法院可以根据案件的具体情况和相对人的请求，判决相对人自己办理有关手续；对方当事人对由此产生的费用和给相对人造成的实际损失，应当承担损害赔偿责任。

理解与适用

一、缔约过失责任的概念

缔约过失责任是指在合同订立过程中，一方因违背其依据诚实信

用原则和法律规定的义务致另一方信赖利益的损失，应承担损害赔偿责任。依据《民法典》第500条规定，当事人在订立合同过程中，实施了假借订立合同、恶意进行磋商等违背诚信原则的行为，造成对方损失的，应当承担赔偿责任。这就确立了缔约过失责任制度，该条不仅完善了我国债和合同制度体系，完善了交易的规则，而且有助于维护诚实信用原则。

在缔约阶段，当事人因社会接触而进入可以彼此影响的范围，依诚实信用原则，应尽交易上的必要注意，以维护他人的财产和人身利益，因此，缔约阶段也应受到法律的调整。当事人应当遵循诚实信用原则，认真履行其所负有的义务，不得因无合同约束，滥用订约自由或实施其他致人损害的不正当行为。否则，不仅将严重妨碍合同的依法成立和生效，影响交易安全，也将影响人与人之间正常关系的建立。根据本条的规定，缔约过失责任的成立须具备如下条件。

（一）缔约过失责任发生在合同订立过程中

缔约过失责任与违约责任的基本区别在于，此种责任发生在缔约过程中而不是发生在合同成立以后。只有在合同尚未成立，或者虽然成立，但因为不符合法定的生效要件而被确认为无效或被撤销时，缔约人才承担缔约过失责任。若合同已经成立，则因一方当事人的过失而致他方损害，就不应适用缔约过失责任。即使是在附条件的合同中，在条件尚未成就以前，一方因恶意阻碍或延续条件的成就，视为条件已经成就，也因为合同已经成立且生效，则应按违约责任而不应按缔约过失责任处理。所以，确定合同成立的时间，是衡量是否应承担缔约过失责任的关键。

一般来说，合同成立的时间取决于缔约一方当事人对另一方当事人的要约作出承诺的时间。若一方发出了要约，而另一方尚未作出承诺，则合同尚未成立。在双方合意形成以前的阶段就是合同订立阶段。从我国立法和司法实践来看，依法必须以书面形式缔结的合同，双方虽然就合同主要条款达成口头协议，但尚未以书面形式记载下来并在合同上签字，应视为合同未成立，当事人仍处于缔约阶段。依据法律、行政法规的规定，应当由国家批准的合同，如果当事人已经就合同内容达成协议，但未获批准时，则应认定当事人仍处于缔约阶段。

缔约过失责任虽发生在合同缔结阶段，但如果当事人之间没有任何缔约上的联系，无从表明双方之间具有缔约关系，则因一方的过失而致他方损害，不能适用缔约过失责任。例如，某人并无购货之意思到百货店随便逛逛，不料在百货店内摔倒并遭受损害，由于双方并无

订约上的联系，故对受害人的损害只能按侵权责任而不能按缔约过失责任处理。

（二）一方违背其依诚实信用原则所应负的义务

诚实信用原则是合同法的一项基本原则，民事主体在从事民事活动时，应讲诚实、守信用，以善意的方式行使权利并履行义务。根据诚实信用原则的要求，合同在订立时或成立后，当事人负有一定的附随义务。依诚实信用原则而产生的忠实、协助、保密等义务，相对于给付义务而言只是附随义务，但它们也是依法产生的，因而也是法定义务，随着双方当事人的联系的密切而逐渐产生。当事人一方如不履行这种义务，不仅会给他方造成损害，而且会妨害社会经济秩序。因此，法律要求当事人必须履行上述依诚实信用原则产生的义务，否则将要负缔约过失责任。

应当指出，在缔约阶段，一方当事人负缔约过失责任的原因可能并不限于其违反了与合同义务相伴的附随义务，而且在于要约人违反了其发出的有效要约。所以，缔约过失责任可能因当事人对缔约关系的破坏而产生。在缔约阶段当事人均负有某种法定义务（附随义务和其他义务），这表明缔约关系并不是事实关系，也不是法律作用不到的领域。事实上，当事人为缔结合同而接触与协商之际，已由原来的普通关系进入特殊的联系阶段，双方均应依诚实信用原则负互相协助、照顾、保护等义务。违反了该义务而致他人损害的，将构成缔约过失。

（三）造成他人信赖利益的损失

依据本条规定，缔约过失责任的承担必须以造成对方损失为前提。缔约过失行为直接破坏了缔约关系，因此所引起的损害是指他人因信赖合同的成立和有效，但由于合同不成立和无效的结果所蒙受的不利益，此种不利益即为信赖利益或消极利益的损失。例如，信赖表意人的意思表示有效的相对人，因表意人滥用订约自由、随意撤销意思表示所受的损害。信赖利益与债权人就合同履行时所能获得的履行利益或积极利益是不同的，信赖利益赔偿的结果，是使当事人达到合同未曾发生时的状态；而履行利益赔偿的结果，是使当事人达到合同完全履行时的状态。信赖利益的损失主要是指因他方的缔约过失行为而致信赖人的直接财产的减少，如支付各种费用等。当然，当事人的信赖必须是合理的，即一方的行为已使另一方足以相信合同能够成立或生效，由于另一方的缔约过失破坏了缔约关系，使信赖人的利益丧失，而且此种损失与缔约过失行为有因果关系。例如，如果按照交易习惯，当事人不应对合同的成立或者生效产生合理信赖，则即便其为

合同的订立支付的一定的费用，也不应当属于信赖利益的损失。

二、缔约过失责任的类型

根据本条规定，缔约过失责任主要有如下几种类型。

（一）假借订立合同，恶意进行磋商

假借订立合同，恶意进行磋商，将构成缔约过失。所谓“假借”，就是根本没有与对方订立合同的目的，与对方进行谈判只是个借口，目的是损害对方或者他人利益。^[143]换句话说，一方本不想和对方谈判，而是为了拖延时间或为了使对方丧失商业机会而与对方谈判。如甲就某项合同的订立与乙进行谈判，目的在于阻止乙与丙订立合同，或者使乙丧失其他商业机会。所谓“恶意”，是指假借磋商、谈判，而故意给对方造成损害。恶意包括两方面内容：一是行为人主观上并没有谈判意图，二是行为人主观上具有给对方造成损害的目的和动机。恶意是恶意谈判构成的最核心的要件，然而，受害人一方必须证明另一方具有假借磋商、谈判而使其遭受损害的恶意，才能使另一方承担缔约过失责任。

应当指出的是，在谈判过程中根据合同自由原则，双方都享有订立和不订立合同的自由，从这个意义上说双方都有权在达成协议以前中断谈判，一方中断谈判也不需要给另一方合理的理由，除非其进行谈判和中断谈判出于恶意，且另一方有足够的证据证明其假借订立合同，恶意进行磋商，才可能构成缔约过失。

（二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况

故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况，属于缔约过程中的欺诈行为。所谓欺诈，是指一方当事人故意实施某种欺骗他人的行为，并使他人陷入错误而订立合同。构成欺诈，必须符合如下要件。

第一，欺诈方具有故意。这就是说，欺诈方明知自己告知对方的情况是虚假的且会使被欺诈人陷入错误认识，而希望或放任这种结果的发生。故欺诈方告知虚假情况，不论是否使自己或第三人牟利，均不妨碍故意的构成。

第二，欺诈方客观上实施了陈述虚假事实或隐瞒真实情况的行為。所谓欺诈行为，是指欺诈方将其欺诈故意表示于外部的行为，在实践中大都表现为故意陈述虚假事实或故意隐瞒真实情况使他人陷入

错误的行为。一是故意告知虚假情况，也就是指虚伪陈述。例如，将赝品说成是真迹，将质量低劣的产品说成是优质产品。二是故意隐瞒真实情况，是指行为人有义务向他方如实告知某种真实的情况而故意不告知。例如，当事人在订立合同过程中，故意隐瞒其财产状况、履约能力，或者没有告知对方当事人标的物属于易燃、易爆或有毒物品等重要情况。在订约过程中，一方当事人故意隐瞒上述与订立合同有关的重要情况，或提供虚假情况，实际上已构成欺诈，如因此给对方造成财产损失，应负赔偿责任。

第三，相对人的认识错误与行为人的欺诈行为之间有因果联系，即相对人因行为人陈述虚假事实或隐瞒真实情况的行为而陷于认识错误。在欺诈的情况下，受欺诈方须因欺诈陷入了错误的认识，受害人基于虚假的情况而对合同内容发生了错误认识，如因误信对方的假药宣传而将假药当成了真药。受欺诈方未陷入错误或者所发生的错误内容并不是欺诈造成的，则不构成欺诈。

（三）其他违背诚实信用原则的行为

其他违背诚实信用原则的行为较多。例如，在合同无效和被撤销、违反强制缔约义务、无权代理等情况下，也能产生缔约过失责任。

三、缔约过失责任的赔偿范围

依据本条规定，当事人在订立合同过程中，实施了假借订立合同、恶意进行磋商等违背诚信原则的行为，造成对方损失的，应当承担赔偿责任。需要指出的是，此处所说的赔偿责任并非违约责任，因为在缔约阶段，合同还没有成立，即使实施了假借订立合同、恶意进行磋商等违背诚信原则的行为，另一方也不得请求其承担违约责任。

在缔约过失责任中，应当以信赖利益作为赔偿的基本范围，这与违约责任应救济非违约方的履行利益是不同的。信赖利益的损失限于直接损失，这里所说的直接损失是指因为信赖合同的成立和生效所支出的各种费用，具体包括：第一，因信赖对方要约邀请和有效的要约而与对方联系、实地考察以及检查标的物等所支出的各种合理费用。第二，因信赖对方将要缔约，为缔约做各种准备工作并为此所支出的各种合理费用，如因信赖对方将要出售家具，而四处筹款借钱而为此支出的各种费用。第三，为支出上述各种费用所失去的利息。应当指出，各种费用的支出必须是合理的，而不是受害人所任意支出的。只有合理的费用才和缔约过失行为有因果联系，并且应当由行为人承担赔偿责任。

一般认为，信赖利益赔偿以不超过履行利益为限，即在合同不成立、无效或者被撤销的情况下，有过错的一方所赔偿的信赖利益不应该超过合同有效或者合同成立时的履行利益。^[144]笔者认为，在一般情况下，基于信赖利益的赔偿，不可能达到合同有效或者合同成立时的履行利益的范围，但以此来限定信赖利益的赔偿范围，仍然是必要的。因为信赖利益不得超过履行利益乃是一项基本原则。例如，因一方的过错导致合同不能有效成立，另一方可以要求赔偿因信赖合同成立而支付的各种费用，而不能要求赔偿合同成立本应获得的利润。确立这一原则对实践中准确认定信赖利益的赔偿范围是十分必要的。

第五百零一条

当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密或者其他应当保密的信息，无论合同是否成立，不得泄露或者不正当地使用；泄露、不正当地使用该商业秘密或者信息，造成对方损失的，应当承担赔偿责任。

本条主旨

本条是关于当事人在订立合同过程中的保密义务的规定。

相关条文

《合同法》第43条 当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密，无论合同是否成立，不得泄露或者不正当地使用。泄露或者不正当地使用该商业秘密给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任。

《商业特许经营信息披露管理办法》第7条 特许人向被特许人披露信息前，有权要求被特许人签署保密协议。

被特许人在订立合同过程中知悉的商业秘密，无论特许经营合同是否成立，不得泄露或者不正当使用。

特许经营合同终止后，被特许人因合同关系知悉特许人商业秘密的，即使未订立合同终止后的保密协议，也应当承担保密义务。

被特许人违反本条前两款规定，泄露或者不正当使用商业秘密给特许人或者其他人造成损失的，应当承担相应的损害赔偿责任。

一、当事人在订立合同过程中，应当负有对于其知悉的商业秘密或者其他应当保密的信息的保密义务。本条规定了当事人在订立合同过程中，对于其知悉的商业秘密或者其他应当保密的信息的保密义务。传统的合同法理论认为，当事人在谈判过程中对于彼此所交换的信息没有为对方保密的义务，“由于一方当事人通常可以自由地决定是否披露那些与所谈交易相关的问题，这类信息原则上将被认为是非秘密的信息，即使合同没有达成，另一方当事人既可以公开给第三方，又可以纯粹用于其自己的目的”^[145]。然而，现代合同法认为，在谈判过程中，一方对另一方负有依据诚信原则产生的义务，不管一方在谈判中是否明确告诉对方其披露的信息属于商业秘密或者另一方知道或应当知道该信息属于商业秘密，另一方都应当对了解的秘密负有保密的义务，这不仅有利于维护诚实信用原则，而且维护双方当事人的合法权益。有关的示范法也采纳这一规定。例如，《国际商事合同通则》第2.1.16条规定：“一方当事人在谈判过程中提供的保密性质的信息，无论此后是否达成合同，另一方当事人均不得泄露，也不得为自己的目的不适当地使用。在适当的情况下，违反该义务的救济可以包括根据另一方当事人所获得之利益，予以赔偿。”

我国《民法典》第501条要求当事人在缔约阶段承担保密义务，进一步维护商业道德，强化了诚实信用原则，彰显了社会主义核心价值观，同时通过加强对商业秘密的保护，激励发明创造与提高经济效率。我国反不正当竞争法和侵权责任法都对侵害商业秘密的行为予以制裁，而《民法典》第501条又通过缔约过失责任来保护商业秘密，从而使商业秘密的保护机制得到了进一步的完善。

二、当事人违反其对于其知悉的商业秘密或者其他应当保密的信息的保密义务，应当承担损害赔偿责任。依据本条规定，当事人违反其对于其知悉的商业秘密或者其他应当保密的信息的保密义务的，应当承担损害赔偿责任，此种责任的成立应当具备如下条件。

（一）当事人在订立合同过程中已知悉商业秘密或者其他应当保密的信息

根据《反不正当竞争法》第9条规定，商业秘密是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。目前，关于商业秘密是否为一种权利，以及属于何种性质的权利，仍然存在争议。但毫无疑问，商业秘密作为一种民事主体享有的合法利益，应当受法律保护。在许多情况下，谈判的一方方向另一方透露了某些商业秘密以后，可能明确要求对方不予泄露，或

者明确声明某项信息属于商业秘密，但也可能并没有明确地禁止对方泄露。只要一方接触、了解另一方的信息后，知道或者应当知道该信息属于商业秘密，此种秘密包括秘密配方、技术诀窍和在劳动生产、技术操作方面的经验、知识和技巧以及产品的性能、销售对象、市场营销情况等各种商业秘密，就应依据诚实信用原则负保密义务，不得向外泄露或做不正当使用。

商业秘密具有如下特点：第一，不为公众所知悉性。这就是说，商业秘密具有一定程度的秘密性，只是为少数人所知道和使用，它也具有一定的新颖性，已经达成了一定的技术水平。^[146]第二，能为持有人带来经济利益。国家工商行政管理局《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》第2条第3款规定：“本规定所称能为权利人带来经济利益、具有实用性，是指该信息具有确定的可应用性，能为权利人带来现实的或者潜在的经济利益或者竞争优势。”商业秘密不同于隐私，它都具有一定的经济价值，能够转化为商业上的利益。当然，此种价值应具有客观性，即除持有人认为有实用价值外，还必须在客观上确实具有实用价值。仅仅由持有人认为有价值而客观上没有价值的信息，不能构成商业秘密。^[147]第三，具有实用性。这就是说，商业秘密具有客观有用性，能够实际运用于生产经营活动，并通过运用可以为商业秘密的持有人创造出经济上的价值。实用性并不是说每一种商业秘密都能够投入利用并直接转化为实际的商业利益，各种不同的商业秘密在商业活动中的实用性存在差异，但既然商业秘密能为持有人带来一定的经济利益，当然应当也具有实用性，因此应当受法律保护。^[148]第四，具有保密性。这就是说，商业秘密的持有人主观上将其持有的某种商业信息作为秘密对待，并在客观上采取了保密措施。^[149]商业秘密既然是不为公众所知悉的信息，持有人在主观上会采取保密措施；同时，持有人客观上通过保密措施将其商业信息控制起来，如果其本身对该信息未予保密，表明其并没有将该信息作为商业秘密看待，因而就没有必要对该秘密进行保护。一般认为，保密措施只要能够达到防止第三人知悉的程度即可。^[150]

《民法典》第501条规定了当事人订约中的保密义务。这一规定中需要保密的信息在《合同法》第43条规定的商业秘密基础上，增加了“其他应当保密的信息”。其他应当保密的信息主要是指除商业秘密外的在订立过程中知悉的一经泄露可能带来损失的秘密信息。增加此种信息的主要原因在于，本编所规定的合同，不仅包括企业等商事主体之间所订立的合同，也包括一些机关、事业单位等相互之间订立的合同，这些主体在订立合同时所了解的应当保密的信息，虽然不属于商业秘密的范畴，但仍然值得保护。例如，在与学校订立合同中了解了学生的数据信息，在与自然人订立合同中了解了其疾病状况等，对

于这些信息也应当负有保密义务。

（二）泄露、不正当地使用该商业秘密或者信息

第一，泄露商业秘密或者其他信息。所谓泄露，是指将商业秘密透露给他人，包括在对方要求保密的条件下向特定人、少部分人透露商业秘密，以及以不正当的手段获取的，其泄露行为违背权利人的意思。^[151]当事人在谈判过程中，谈判的一方可能向另一方透露了某些商业秘密，并可能明确要求对方不予泄露，或者明确声明某项信息属于商业秘密。但在某些情况下，也可能没有明确要求对方不得泄露，只要一方接触、了解另一方的信息后，知道或者应当知道该信息属于商业秘密或者其他不当泄露的信息，不管另一方是否告诉其披露的信息属于商业秘密，对此应依据诚实信用原则负保密义务，不得向外泄露或作不正当使用。

第二，不正当使用商业秘密或者其他信息。^[152]所谓不正当使用，是指未经授权而使用该秘密或将该秘密转让给他人。如将商业秘密用于自己的生产经营，由自己直接利用商业秘密的使用价值的行为或状态，或非法允许他人使用，都构成侵权。无论行为人是否因此而获取一定的利益，都有可能构成缔约过失责任。

（三）泄露、不正当地使用该商业秘密或者信息造成对方损失

因泄露和不正当使用商业秘密而给商业秘密的所有人造成了损失。由于违反保密义务的责任主要是损害赔偿责任，因此，一方要求另一方承担损害赔偿责任，必须要证明其遭受了实际的损害，至于行为人主观上出于故意或过失则不必考虑。

三、违反保密义务应当承担损害赔偿责任

在缔约中泄露和不正当使用商业秘密是构成侵权还是缔约上的过失，《民法典》第501条并没有规定，该条只是提到“应当承担赔偿责任”，但并没有说明行为人是根据缔约过失还是侵权行为承担责任。对此许多学者认为：“合同没有成立或者合同没有约定商业秘密问题，构成侵权行为。”^[153]也有一些学者认为构成缔约过失。^[154]笔者认为，在缔约中泄露和不正当使用商业秘密无疑构成侵权，受害人可以提起侵权之诉，对此，我国《反不正当竞争法》已经做出了规定。尤其是商业秘密的不正当使用或泄露可能发生在合同订立以后，也会给对方造成损失，此种损失，极有可能远远超越信赖利益的范围，甚至高于履行利益。此时适用侵权责任法对于受害人予以救济，可能对其更为有利。

问题在于，受害人是否可以提起缔约过失责任之诉。从《民法典》第501条立法的本意来看，其并不是为了重复《反不正当竞争法》的规定，而应当指的是缔约过失责任。在缔约中泄露和不正当使用商业秘密构成缔约过失责任的理由是：一方面，此种行为发生在缔约阶段；另一方面，此种行为违反了依据诚实信用原则所产生的义务。还要看到，此种行为也可能造成他人信赖利益损失。因为双方进入实际的谈判过程中以后，已经不是陌生的关系，一方对另一方会产生信赖关系。一方在缔约中会信赖另一方不会泄露和不正当使用其商业秘密，而另一方在缔约中泄露和不正当使用商业秘密，会对其造成损害。所以，笔者认为，受害人可以在侵权责任和缔约过失责任中进行选择。当然，从总体上说，侵权责任较之于缔约过失责任对受害人更为有利。

注释：

[1]参见《联合国国际货物销售合同公约》第11条、《欧洲合同法原则》第2：101条第2款、《国际商事合同通则》第1.2条。

[2]例如，《民法典》物权编对许多合同也规定了书面形式要件，如采取招标、拍卖、协议等出让方式设立建设用地使用权的合同（第348条），建设用地使用权转让、互换、出资、赠与或者抵押的合同（第354条），设立抵押权的合同（第400条），以及设立质权的合同（第427条）等。

[3][德]海因·克茨.欧洲合同法：上卷.周忠海，等译.北京：法律出版社，2001：115.

[4]康拉德·茨威格特，海因·科茨.合同形式.中外法学，2001（1）：82.

[5]徐炳.买卖法.北京：经济日报出版社，1991：55.

[6][德]迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论.北京：法律出版社，2000：462.

[7][德]海因·克茨.欧洲合同法：上卷.周忠海，等译.北京：法律出版社，2001：113.

[8]朱广新.合同法总论.北京：中国人民大学出版社，2008：95.

[9]谢鸿飞.合同法学的新发展.北京：中国社会科学出版社，2014：114.

[10]阚凯力，张楚.外国电子商务法.北京：北京邮电大学出版社，2000：288.

[11]1996年联合国国际贸易法委员会.电子商业示范法颁布指南//阚凯力，张楚.外国电子商务法.北京：北京邮电大学出版社，2000：288.

[12]何其生.统一合同法的新发展.北京：北京大学出版社，2007：126.

[13]孔祥俊.合同法教程.北京：中国人民公安大学出版社，1999：49.

[14]董安生.英国商法.北京：法律出版社，1991：47.

[15]郭明瑞，房绍坤.新合同法原理.北京：中国人民大学出版社，2000：129.

[16]胡康生.中华人民共和国合同法释义.北京：法律出版社，1999：26.

[17]韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2008：76.

[18]梁慧星.民法.成都：四川人民出版社，1989：245.

[19]史尚宽.债法总论.北京：中国政法大学出版社，2000：29.

[20]邱聪智.新订债法各论：上.北京：中国人民大学出版社，2006：164.

[21]桂万先.对交叉要约成立合同的质疑.政法论丛，1998（1）.

[22]王家福.民法债权.北京：法律出版社，1991：302.

[23]刘俊臣.合同成立基本问题研究.北京：中国工商出版社，2003：79.

[24]胡长清.中国民法总论：上册.上海：商务印书馆，1935：223.

[25]徐炳.买卖法.北京：经济日报出版社，1991：78.

[26]王泽鉴.债法原理.北京：中国政法大学出版社，1999：175.

[27]MünchKomm/Busche，§145，Rn.6.

[28]王家福.中国民法学·民法债权.北京：法律出版社，1991：283.

[29]史尚宽.债法总论.北京：中国政法大学出版社，2000：20.

[30][德]冯·巴尔，等.欧洲私法的原则、定义与示范规则：欧洲示范民法典草案.高圣平，等译.北京：法律出版社，2014：272.

[31][英]R.R.阿罗.投资基金.北京：企业管理出版社，1999：103.

[32]石宏.中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及相关规定.北京：北京大学出版社，2017：328.

[33]徐国建.德国民法总论.北京：经济科学出版社，1993：96.

[34]石宏.中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及相关规定.北京：北京大

学出版社，2017：329.

[35]胡康生.中华人民共和国合同法释义.北京：法律出版社，1999：41.

[36]杨桢.英美契约法论：修订版.北京：北京大学出版社，2000：89.

[37]Christian von Bar and Eric Clive, Definitions and Model, Rules of European Private Law, Volume I, (Munich: Sellier. European Law Publishers, 2009), p.45.

[38]Tadas Klimas.Comparative Contract Law, A Transsystemic Approach with an Emphasis on the Continental Law Cases, Text and Materials, Carolina Academic Press 2006：39.

[39]张玉卿.国际商事合同通则2010.北京：中国商务出版社，2012：22-23.

[40]石宏.中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及相关规定.北京：北京大学出版社，2017：328.

[41]徐国建.德国民法总论.北京：经济科学出版社，1993：96.

[42]王家福.中国民法学·民法债权.北京：法律出版社，1991：297.

[43]MünchKomm/Busche, §147, Rn.3.

[44]徐炳.买卖法.北京：经济日报出版社，1991：100.

[45][德]拉伦茨.德国民法通论.邵建东，等译.北京：法律出版社，2003：429.

[46]B.S.Markesinis, W. Lorenz & G. Dannemarrn. The German Law of Obligations, Vol .1, The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction. Clarendon Press.Oxford, 1997：57.

[47]张玉卿.国际商事合同通则2004.北京：中国商务出版社，2005：151.

[48][德]梅迪库斯.德国民法总论.邵建东，译.北京：法律出版社，2000：251.

[49]徐炳.买卖法.北京：经济日报出版社，1991：99.

[50]Adams v.Lindsell[1818]1B & Ald. 681.其余典型案例参见Dunlop v. Higgins (1848) 1 HL Case 381, Household Fire Insurance Company v. Grant (1879) 4 Ex D. 216.

[51]徐炳.买卖法.北京：经济日报出版社，1991：105.

[52]徐炳.买卖法.北京：经济日报出版社，1991：106.

[53]C.C.Langdell, Summary of the Law of Contract, 2nd ed, (1880), at 15, 20-21.

[54]徐炳.买卖法.北京:经济日报出版社,1991:104-105.

[55]张玉卿.国际商事合同通则2004.北京:中国商务出版社,2005:151.

[56]参见《联合国国际货物销售合同公约》第18条;《国际商事合同通则》第2.7条。

[57]石宏.中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及相关规定.北京:北京大学出版社,2017:328.

[58]徐国建.德国民法总论.北京:经济科学出版社,1993:96.

[59]Tadas Klimas, Comparative Contract Law, A Transsystemic Approach with an Emphasis on the Continental Law Cases, Text and Materials, Carolina Academic Press 2006.p.45.

[60]Tadas Klimas, Comparative Contract Law, A Transsystemic Approach with an Emphasis on the Continental Law Cases, Text and Materials, Carolina Academic Press 2006.p.46.

[61]叶金强.合同法上承诺传递迟延的制度安排.法学,2012(1).

[62]ALI, Restatement of Law (2rd), Contract, §59; see also UCC Section 2-207.

[63]See Idaho Power Co. v. Westinghouse Electric Corp.United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 1979.596 F.2d 924.

[64]Tadas Klimas, Comparative Contract Law, A Transsystemic Approach with an Emphasis on the Continental Law Cases, Text and Materials, Carolina Academic Press 2006.p.55.

[65]《国际商事合同通则》第2.2.11条规定:“对要约意在表示承诺但载有添加或不同条件的答复,如果所载的添加或不同条件没有实质性地改变要约的条件,则除非要约人毫不迟延地表示拒绝这些不符,则此答复仍构成承诺。如果要约人不做出拒绝,则合同的条款应以该要约的条款以及承诺所载有的变更为准。”上述规定均肯定了非实质性的更改可以构成承诺。

[66]张玉卿.国际商事合同通则2004.北京:中国商务出版社,2005:165.

[67]参见秘书处评论公约草案第17条(正式文本第19条)第2段、第3段。参见张玉卿.国际货物买卖统一法.北京:中国商务出版社,2009:143.

- [68]中国社科院语言研究所词典编辑室.现代汉语词典：2002年增补本.北京：商务印书馆，2002：1532.
- [69]沈德咏，奚晓明.最高人民法院关于合同法解释（二）理解与适用.北京：人民法院出版社，2009：53.
- [70]1996年联合国国际贸易法委员会.电子商业示范法颁布指南//阚凯力，张楚.外国电子商务法.北京：北京邮电大学出版社，2000：290.
- [71]刘德良.网络时代的民法学问题.北京：人民法院出版社，2004：127.
- [72]张玉卿.国际商事合同通则2004.北京：中国商务出版社，2005：175.
- [73]张玉卿.国际商事合同通则2004.北京：中国商务出版社，2005：173.
- [74]沈德咏，奚晓明.最高人民法院关于合同法司法解释（二）理解与适用.北京：人民法院出版社，2009：48.
- [75]王晨.日本契约法的现状与课题.外国法评译，1995（2）.
- [76]Münch Komm/Busche，vor § 145，Rn.12，2012.
- [77]Staudinger/Bork，vor § 145，Rn. 29 f.；Busche，Privatautonomie und Kontrahierungszwang，1999，S. 243.
- [78]Münch Komm/Busche，vor § 145，Rn.14.
- [79]陈自强.契约之成立与生效.台北：学林文化事业出版有限公司，2002：158.
- [80]Münch Komm/Busche，vor§145，Rn.12，2012.
- [81]崔建远.合同法总论：上卷.北京：中国人民大学出版社，2008：127.
- [82]Münch Komm/Busche，vor§145，Rn.23.
- [83]易军，宁红丽.强制缔约制度研究——兼论近代民法的嬗变与革新.法学家，2003（3）.
- [84]Staudinger/Bork，vor § 145，Rn. 15.
- [85]胡康生.中华人民共和国合同法实用问答.北京：中国商业出版社，1999：133.
- [86]朱广新.合同法总则.北京：中国人民大学出版社，2008：81.
- [87]朱广新.合同法总则.北京：中国人民大学出版社，2008：81.
- [88]Staudinger/Bork，vor § 145，Rn. 29.

[89]韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2008：86.

[90]崔建远.合同法.北京：法律出版社，2003：395.

[91][德]海因·克茨.欧洲合同法：上卷.周忠海，等译.北京：法律出版社，2001：14.

[92]Gerhard Wagner (ed.) , Tort Law and Liability Insurance , Springer Wien New York 2005 , p.311.

[93]Markesinis & Deakin.s , Tort Law , 6th edition , Clarendon Press-Oxford , 2008 , p.69.

[94]例如，英国在1897年制定了《工伤赔偿法》，首先在工伤领域实行严格责任，并逐步推行责任保险，1946年制定了《全民保险（工伤）法》。See Andre Tuné , International Encyclopedia of Comparative Law Vol.4 , Torts , Introduction. J.C.B.Mohr (Paul Siebeck) Tübingen , 1974 , p.45.

[95]See Andre Tuné , International Encyclopedia of Comparative Law Vol.4 , Torts , Introduction , J.C.B.Mohr (Paul Siebeck) Tübingen , 1974 , p.51.

[96]See John Fleming , Is there a Future for Tort? 44 La.L.Rev. 1193 , 1198.

[97]《机动车交通事故责任强制保险条例》第10条第1款规定：“投保人在投保时应当选择具备从事机动车交通事故责任强制保险业务资格的保险公司，被选择的保险公司不得拒绝或者拖延承保。”

[98]胡康生.中华人民共和国合同法释义.北京：法律出版社，2009：448.

[99]王泽鉴.债法原理.北京：北京大学出版社，2010：62.

[100]易军，宁红丽.强制缔约制度研究——兼论近代民法的嬗变与革新.法学家，2003（3）.

[101]Werk , in Münchener Kommentar zum BGB , Vor § 145 , Rn.60.

[102]Werk , in Münchener Kommentar zum BGB , Vor § 145 , Rn.62.

[103]陈进.意向书的法律效力探析.法学论坛，2013（1）.

[104]Werk , in Münchener Kommentar zum BGB , Vor § 145 , Rn.60.

[105]宋晓明，张勇健，王闯.《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》的理解与适用.人民司法，2012（15）.

[106]S. auch BGH DB 1961 , 469=LM § 313 Nr. 19 ; LG Gießen NJW-RR

1995, 524; Henrich, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, 1965, S. 116 f.

[107]刘俊臣.合同成立基本问题研究.北京:中国工商出版社, 2003: 156, 162, 166.

[108]刘承晔.预约合同层次论.法学论坛, 2013 (6).

[109]刘承晔.预约合同层次论.法学论坛, 2013 (6).

[110]陈进.意向书的法律效力探析.法学论坛, 2013 (1).

[111]Werk, in Münchener Kommentar zum BGB, Vor § 145, Rn.63.BGH NJW 2006, 2843 Rn. 11; NJW-RR 1992, 977, 978; 1993, 139, 140; RGZ 73, 116, 119.

[112]BGHZ 97, 147, 154=NJW 1986, 1983, 1985; BGH BB 1953, 97=LM § 705 Nr. 3; NJW 2001, 1285, 1286.

[113]韩强.论预约的效力与形态.华东政法学院学报, 2003 (1).

[114]BGH NJW 2001, 1285, 1287.

[115]BGH NJW 1990, 1233.

[116]陆青.《买卖合同司法解释》第2条评析.法学家, 2013 (3).

[117]如1919年的“德国海上保险约款”就是由德国海上保险公司、海上贸易关系团体及保险契约者保护所协商制订的格式条款。

[118]D.50, 17, 206.

[119]张玉卿.国际商事合同通则2004.北京:中国商务出版社, 2005: 201.

[120]崔建远.合同法总论: 上卷.北京:中国人民大学出版社, 2010: 148.

[121]余延满.合同法原论.武汉:武汉大学出版社, 1999: 127.

[122]例如,《德国民法典》第305c条和《奥地利普通民法典》第864a条均采用了不作为契约组成部分的表述,即采纳了不成立说的观点。

[123]《上海市合同格式条款监督条例》第8条规定:“格式条款不得含有排除消费者下列主要权利的内容:(一)依法变更或者解除合同;(二)请求支付违约金或者请求损害赔偿;(三)行使合同解释权;(四)就合同争议提起诉讼的权利;(五)消费者依法享有的其他主要权利。”以上内容可资参照。

[124]关于《上海市合同格式条款监督条例（草案）》的说明//上海市工商行政管理局.上海市合同格式条款监督条例释义与应用.上海：华东理工大学出版社，2001：60-61.

[125]参见（2016）最高法民终415号民事判决书。

[126]苏号朋.论格式条款订入合同的规则//第二届“罗马法、中国法与民法典化”国际研讨会论文集：272.

[127]王家福.中国民法典·民法债权.北京：法律出版社，1991：285.

[128]孙森焱.民法债编总论：上册.北京：法律出版社，2006：66.

[129]孙森焱.民法债编总论：上册.北京：法律出版社，2006：66.

[130]孙森焱.民法债编总论：上册.北京：法律出版社，2006：66.

[131]郑玉波.民法债编总论.北京：中国政法大学出版社，2004：54.

[132]王伯琦.民法债编总论.台北：自版，1962：30-31.

[133]张晓军.悬赏广告问题研究//梁慧星.民商法论丛：第6卷.北京：法律出版社，1997.

[134]Beck's cher Online-Kommentar BGB/Kotzian-Marggraf，§ 657，Rn. 2.

[135]郑玉波.民法债编总论.台北：三民书局，1988：61.

[136]PECL Article 2：107.

[137]王泽鉴.债法原理.2版.北京：北京大学出版社，2013：257.

[138]王泽鉴.债法原理.2版.北京：北京大学出版社，2013：257.

[139]梁慧星，等.中国民法典草案建议稿附理由·债权总则编.北京：法律出版社，2013：67.

[140]最高人民法院公报，2003（1）.

[141][日]我妻荣.债权各论：上卷.徐慧，译.北京：中国法制出版社，2008：71.

[142]黄茂荣.债法总论.北京：中国政法大学出版社，2003：248.

[143]胡康生.中华人民共和国合同法实用问答.北京：中国商业出版社，1999：137.

[144]《德国民法典》第307条第1款中明确规定：“在订立以不能给付为标的的合

同时，明知或可知其给付为不能的一方当事人，对因相信合同有效而受损害的另一方当事人负损害赔偿义务，但赔偿额不得超过另一方当事人在合同有效时享有的利益的金额。”该条已被废止。但《德国民法典》第179条有类似的规定。

[145]张玉卿.国际商事合同通则2004.北京：中国商务出版社，2005：187.

[146]戴建志，陈旭.知识产权损害赔偿研究.北京：法律出版社，1997：132.

[147]孔祥俊.合同法教程.北京：中国人民公安大学出版社，1999：145.

[148]孔祥俊.合同法教程.北京：中国人民公安大学出版社，1999：41.

[149]国家工商行政管理局《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》第2条第4款规定：“本规定所称权利人采取保密措施，包括订立保密协议、建立保密制度及采取其他合理的保密措施。”

[150]吴汉东，胡开忠.无形财产权制度研究.北京：法律出版社，2005：332.

[151]孔祥俊.合同法教程.北京：中国人民公安大学出版社，1999：150.

[152]孔祥俊.合同法教程.北京：中国人民公安大学出版社，1999：150.

[153]孔祥俊.合同法教程.北京：中国人民公安大学出版社，1999：150.

[154]最高人民法院经济审判庭.合同法释解与适用：上册.北京：新华出版社，1999：185.

第三章 合同的效力

第五百零二条

依法成立的合同，自成立时生效，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

依照法律、行政法规的规定，合同应当办理批准等手续的，依照其规定。未办理批准等手续影响合同生效的，不影响合同中履行报批等义务条款以及相关条款的效力。应当办理申请批准等手续的当事人未履行义务的，对方可以请求其承担违反该义务的责任。

依照法律、行政法规的规定，合同的变更、转让、解除等情形应当办理批准等手续的，适用前款规定。

本条主旨

本条是关于合同的生效时间和未生效合同的规定。

相关条文

《合同法》第8条 依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。

依法成立的合同，受法律保护。

第44条 依法成立的合同，自成立时生效。

法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。

《民法总则》第119条 依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。

《矿产资源法》第6条第1款第2项 已取得采矿权的矿山企业，因企业合并、分立，与他人合资、合作经营，或者因企业资产出售以及有其他变更企业资产产权的情形而需要变更采矿权主体的，经依法批

准可以将采矿权转让他人采矿。

《探矿权采矿权转让管理办法》第3条第2项 已经取得采矿权的矿山企业，因企业合并、分立，与他人合资、合作经营，或者因企业资产出售以及有其他变更企业资产产权的情形，需要变更采矿权主体的，经依法批准，可以将采矿权转让他人采矿。

《矿业权出让转让管理暂行规定》第10条第1款、第2款、第3款 申请转让探矿权、采矿权的，审批管理机关应当自收到转让申请之日起40日内，作出准予转让或者不准转让的决定，并通知转让人和受让人。

准予转让的，转让人和受让人应当自收到批准转让通知之日起60日内，到原发证机关办理变更登记手续；受让人按照国家规定缴纳有关费用后，领取勘查许可证或者采矿许可证，成为探矿权人或者采矿权人。

批准转让的，转让合同自批准之日起生效。

《减持国有股筹集社会保障资金管理暂行办法》（已失效）第15条第1款 本办法实施后，上市公司国有股协议转让，包括非发起人国有股协议转让，由财政部审核。协议转让时国有股权发生减持变化的，国有股东授权代表单位应按转让收入的一定比例上缴全国社会保障基金，具体比例以及操作办法由部际联席会议制定，并在报国务院批准后实施。证券登记公司依据财政部的批复文件办理股权过户手续。

《中外合资经营企业法》（已失效）第3条 合营各方签订的合营协议、合同、章程，应报国家对外经济贸易主管部门（以下称审查批准机关）审查批准。审查批准机关应在三个月内决定批准或不批准。合营企业经批准后，向国家工商行政管理主管部门登记，领取营业执照，开始营业。

《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第45条 符合下列条件的，经市、县人民政府土地管理部门和房产管理部门批准，其划拨土地使用权和地上建筑物，其他附着物所有权可以转让、出租、抵押：

- （一）土地使用者为公司、企业、其他经济组织和个人；
- （二）领有国有土地使用证；

(三) 具有地上建筑物、其他附着物合法的产权证明；

(四) 依照本条例第二章的规定签订土地使用权出让合同，向当地市、县人民政府补交土地使用权出让金或者以转让、出租、抵押所获收益抵交土地使用权出让金。

转让、出租、抵押前款划拨土地使用权的，分别依照本条例第三章、第四章和第五章的规定办理。

《企业国有资产法》第34条第1款 重要的国有独资企业、国有独资公司、国有资本控股公司的合并、分立、解散、申请破产以及法律、行政法规和本级人民政府规定应当由履行出资人职责的机构报经本级人民政府批准的重大事项，履行出资人职责的机构在作出决定或者向其委派参加国有资本控股公司股东会会议、股东大会会议的股东代表作出指示前，应当报请本级人民政府批准。

《合同法司法解释一》第9条第1款 依照合同法第四十四条第二款的规定，法律、行政法规规定合同应当办理批准手续，或者办理批准、登记等手续才生效，在一审法庭辩论终结前当事人仍未办理批准手续的，或者仍未办理批准、登记等手续的，人民法院应当认定该合同未生效；法律、行政法规规定合同应当办理登记手续，但未规定登记后生效的，当事人未办理登记手续不影响合同的效力，合同标的物所有权及其他物权不能转移。

《全国法院民商事审判工作会议纪要》第8条 当事人之间转让有限责任公司股权，受让人以其姓名或者名称已记载于股东名册为由主张其已经取得股权的，人民法院依法予以支持，但法律、行政法规规定应当办理批准手续生效的股权受让除外。未向公司登记机关办理股权变更登记，不得对抗善意相对人。

理解与适用

一、除法律另有规定或者当事人另有约定外，依法成立的合同，自成立时生效《民法典》第502条第1款对合同的生效时间进行了规定。依据该条规定，依法成立的合同，自成立时生效。这就是说，一般情况下，只要当事人依法就合同的主要条款达成和合意，该合意就在双方当事人之间产生法律拘束力。所谓合同的成立，是指订约当事人就合同的主要条款达成合意。所谓合同的生效，是指已经成立的合同在当事人之间产生了一定的法律拘束力，也就是通常所说的法律效力。此处所说的法律效力，并不是指合同能够像法律那样产生约束

力。合同本身并不是法律，而只是当事人之间的合意，因此不能具有法律一样的效力。而所谓合同的法律效力，只不过是强调合同对当事人的拘束性。^[1]

应当看到，合同的成立与合同的生效常常是密切联系在一起的。因为当事人订立合同旨在实现合同所产生的权利和利益，也就是使合同对当事人产生拘束力（当事人一方或双方故意订立无效合同的情况除外）。换言之，如果合同不能生效，则订约当事人所订立的合同不过是一纸空文，不能达到其订约目的。正是由于当事人合意的目的就是要使合同生效，罗马法曾规定了“同时成立之原则”（*prinzip der simultanitot oder Simultan Erreichung*），认为法律行为的成立与其效力同时发生。^[2]不过，在德国或法国继受罗马法时，已根本改变了这一原则。根据我国台湾地区学者王伯琦先生的解释，作出这种改变的原因在于，罗马法十分强调法律行为的方式，而忽视了当事人的意思。在罗马法上，一旦法律行为的方式得到遵守，行为自然有效，因此不必要区分法律行为的成立与生效问题。而自文艺复兴以后，个人主义思潮在欧洲勃兴，意思主义在民法中占据主要地位，法律行为的方式逐渐退居次要地位，这就必须区分法律行为的成立与生效、不成立与无效问题。^[3]当然，尽管如此，仍有许多国家和地区的民法并没有严格区分合同的成立与生效问题。^[4]

根据《民法典》第502条第1款，依法成立的合同，自成立时生效。可见在一般情况下，合法的合同一经成立便生效，合同成立的时间也就是合同生效的时间，因此合同成立的时间可以成为判断合同生效时间的标准。^[5]但也有一些合同的成立和生效时间是不同的。如效力待定的合同虽已成立，但效力处于待定状态。合同的成立旨在解决合同是否存在的问题。同时合同的成立也是认定合同效力的前提条件，如果合同根本没有成立，那么确认合同的有效和无效问题就无从谈起，也就谈不上合同的履行、合同的终止、变更、解释的问题。尽管如此，但合同的成立和生效是两个不同的概念，二者的区别主要表现为如下。

第一，两者可能处于不同的阶段。合同成立是指当事人就合同的主要条款达成合意，在一般情况下，合同成立以后，只要内容和形式合法，合同成立同时即为有效。但在特殊情况下，合同成立以后可能因为内容不合法而导致合同无效，因此，已经成立的合同并不产生效力。合同成立是指合同订立过程的完成，即当事人经过平等协商对合同的基本内容达成一致意见，订约过程宣告结束。^[6]从法律评价标准来看，合同的生效实际上是在已经成立的基础上所作的价值判断，因此，合同生效的时间可能要晚于合同成立的时间，典型的情形如需要

政府部门审批的合同等。

第二，两者的构成要件不同。合同的成立需要当事人就合同主要条款达成合意，而合同的生效要件至少应当包括合同成立的全部要件，但除此之外，还可能因为法律的规定或者当事人的特别约定而需要其他要件。根据《民法典》第143条的规定，“具备下列条件的民事法律行为有效：（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗”。此即为合同生效的一般要件，如果合同内容违法或者违背公序良俗，则虽然合同成立，但因不具备成立要件之外的“合法性要件”而归于无效。此外，当事人也可以特别约定合同的生效要件。例如，当事人在合同中约定合同必须经过公证才能生效的，则“合同公证”成为合同的生效要件，非经公证，已经成立的合同也不发生法律效力。

第三，两者体现的国家干预的程度不同。合同的成立是当事人就合同的主要条款达成一致意见。^[7]因此，它主要表现了当事人的意思，而且强调合同成立过程中的合意。至于合同的内容中是否存在着欺诈、胁迫和其他违法的因素，则不是合同的成立制度而是合同的生效制度调整的范围。^[8]而合同的生效是指国家对已经成立的合同予以认可，如果当事人的合意符合国家的意志，将被赋予法律拘束力；如果当事人的合意违背了国家意志，不仅不能产生法律约束力，而且将要承担合同被宣告无效以后的责任。由此可见，合同生效制度体现了国家对合同关系的肯定或否定的评价，反映了国家对合同关系的干预。^[9]

由此可见，合同成立与生效并非完全相同的概念，已经成立的合同需要满足法律所规定的要件，才能发生法律效力。在法律另有规定或当事人另有约定的情形下，合同即使依法成立，也并不一定生效，即在法律另有规定或当事人另有约定的情形下，合同成立后并非当然生效，具体而言：一是法律另有规定，这主要是指合同成立与生效相分离的情形。例如，应当依法办理批准等手续的合同，即使合同成立也不发生效力。二是当事人另有约定的，则主要是指附条件和附期限的合同。所谓附条件的合同，是指当事人在合同中特别规定一定的条件，以条件的是否成就来决定合同的效力的发生或消灭的合同。附生效条件的合同，自条件成就时生效。所谓附期限合同，是指当事人在合同中设定一定的期限，并把期限的到来作为合同效力的发生或消灭根据的合同。例如，当事人双方在合同中约定自2012年10月1日起，甲方将租赁乙方的房屋，为期两年，此合同便属于附期限的合同。可见，在附有法律行为附款的合同中，均可能发生生效期间的变化。本

款的规则与《民法典》第136条第1款的规定保持了一致性。

二、未生效合同

所谓未生效合同，是指法律规定了合同生效应当满足特别的要件，在这些要件未被满足时合同的状态。^[10]未生效合同的典型形态是依据法律、行政法规的规定应当办理批准才能生效，而当事人并未办理批准手续的合同。不生效的合同是与法律法规明确规定的审批义务联系在一起的。在实践中，有一些合同如采矿权、探矿权的转让，从事证券经纪、期货经纪业务、国有企业转让国有资产等合同，依据法律法规必须经过有关部门的批准方能生效。在当事人并未办理批准手续时，合同并未生效。此类合同在实践中发生了不少纠纷，但现行《合同法》对该类合同的效力、违反该合同所应承担的责任等并未作出明确规定，因此，《民法典》第502条第2款规定：“依照法律、行政法规的规定，合同应当办理批准等手续的，依照其规定。未办理批准等手续影响合同生效的，不影响合同中履行报批等义务条款以及相关条款的效力。应当办理申请批准等手续的当事人未履行义务的，对方可以请求其承担违反该义务的责任。”该款对未生效合同的效力作出了规定，弥补了《合同法》规定的不足。对于本款规定，应当从如下方面理解。

（一）法律、行政法规规定合同应当办理批准等手续的，依照其规定

法律、行政法规规定合同应当办理批准等手续的，依照其规定。应当注意的是，这里所说的批准所针对的是合同本身，而非市场主体的准入资格等。具体而言，未办理批准等手续影响合同生效的，主要有如下情形。

一是探矿权、采矿权责任合同必须经过批准才能生效。《矿产资源法》第6条第1款第2项规定：“已取得采矿权的矿山企业，因企业合并、分立，与他人合资、合作经营，或者因企业资产出售以及有其他变更企业资产产权的情形而需要变更采矿权主体的，经依法批准可以将采矿权转让他人采矿。”国土资源部《探矿权采矿权转让管理办法》第10条规定：“申请转让探矿权、采矿权的，审批管理机关应当自收到转让申请之日起40日内，作出准予转让或者不准转让的决定，并通知转让人和受让人。”“准予转让的，转让人和受让人应当自收到批准转让通知之日起60日内，到原发证机关办理变更登记手续；受让人按照国家规定缴纳有关费用后，领取勘查许可证或者采矿许可证，成为探矿权人或者采矿权人。”该条第3款明确规定：“批准转让的，转让合同自批准之日起生效。”依据上述规定，探矿权、采矿权责任

合同必须经过批准才能生效。

二是上市公司国有股的转让需要经财政部进行批准，对此，《减持国有股筹集社会保障资金管理暂行办法》（已失效）第15条规定：“本办法实施后，上市公司国有股协议转让，包括非发起人国有股协议转让，由财政部审核。协议转让时国有股权发生减持变化的，国有股东授权代表单位应按转让收入的一定比例上缴全国社会保障基金，具体比例以及操作办法由部际联席会议制定，并在报国务院批准后实施。证券登记公司依据财政部的批复文件办理股权过户手续。”

三是中外合资经营的合营协议和合同需要经对外经济贸易主管部门批准，对此，《中外合资经营企业法》（已失效）第3条规定：“合营各方签订的合营协议、合同、章程，应报国家对外经济贸易主管部门（以下称审查批准机关）审查批准。审查批准机关应在三个月内决定批准或不批准。合营企业经批准后，向国家工商行政管理主管部门登记，领取营业执照，开始营业。”

四是国有土地使用权转让、出租、抵押合同的生效需要经市、县人民政府土地管理部门和房产管理部门批准，对此，《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第45条规定：“符合下列条件的，经市、县人民政府土地管理部门和房产管理部门批准，其划拨土地使用权和地上建筑物，其他附着物所有权可以转让、出租、抵押：（一）土地使用者为公司、企业、其他经济组织和个人；（二）领有国有土地使用证；（三）具有地上建筑物、其他附着物合法的产权证明；（四）依照本条例第二章的规定签订土地使用权出让合同，向当地市、县人民政府补交土地使用权出让金或者以转让、出租、抵押所获收益抵交土地使用权出让金。转让、出租、抵押前款划拨土地使用权的，分别依照本条例第三章、第四章和第五章的规定办理。”

五是国有企业的合并需要经本级人民政府批准。《企业国有资产法》第34条第1款规定：“重要的国有独资企业、国有独资公司、国有资本控股公司的合并、分立、解散、申请破产以及法律、行政法规和本级人民政府规定应当由履行出资人职责的机构报经本级人民政府批准的重大事项，履行出资人职责的机构在作出决定或者向其委派参加国有资本控股公司股东会会议、股东大会会议的股东代表作出指示前，应当报请本级人民政府批准。”

《合同法司法解释一》第9条第1款前段规定，“依照合同法第四十四条第二款的规定，法律、行政法规规定合同应当办理批准手续，或者办理批准、登记等手续才生效，在一审法庭辩论终结前当事人仍未办理批准手续的，或者仍未办理批准、登记等手续的，人民法院应

当认定该合同未生效”。这就是说，法律、行政法规规定应当办理批准等手续生效的，可以补办，补办的时间可以延长至一审法庭辩论终结前，如果在此之前，当事人仍未办理批准手续的，则合同不生效。

（二）未办理批准等手续的，该合同不生效

对于依照法律、行政法规规定，合同应当办理批准等手续的，如果当事人没有依法办理批准手续，该合同虽然已经成立，但并不产生效力，也就是说，在此情形下，合同的成立和生效是相互分离的。

需要指出的是，未生效合同不同于无效合同。未生效合同是一个特定的概念，此处所说的未生效合同特指因未履行法定或者约定的审批义务，从而使得合同尚未发生效力。其与无效合同的区别主要表现在：一方面，无效合同主要是因为合同内容违反了法律、行政法规的强制性规定或违背了公序良俗，而未生效合同的内容并不具有违法性，而只是未经过审批，其只是程序上存在瑕疵。另一方面，无效是指自始无效、确定无效、当然无效，但是对于未生效合同而言，则并非如此，即使在发生争议后，如果当事人补办报批手续，则该合同也可能被确认为生效，而并非确定无效、当然无效。^[11]对未生效合同而言，在未报审批的情况下，尽管合同存在形式上的缺陷，但这种缺陷并非不能弥补，法院可以责令负有报批义务的一方履行该义务，从而使合同满足生效要件，一旦弥补了程序上的瑕疵，就可以认定该合同生效。还应当看到，对需要审批的合同而言，从合同签订之日到合同履行之日大都存在一定的时间差，如果采用无效说或者不成立说，则合同当事人在这一期间内可能随时主张合同无效或者不成立，这可能导致对方当事人的信赖落空，从而打破正常市场交易秩序，不利于诚信的维护。^[12]因此，采纳未生效合同的概念，有利于尽量促成合同的生效，符合合同法鼓励交易的精神。

（三）合同不生效不影响报批义务条款的效力

《民法典》第502条第2款规定：“依照法律、行政法规的规定，合同应当办理批准等手续的，依照其规定。未办理批准等手续影响合同生效的，不影响合同中履行报批等义务条款以及相关条款的效力。应当办理申请批准等手续的当事人未履行义务的，对方可以请求其承担违反该义务的责任。”该款具有两层含义。

一是报批义务条款具有独立性，即报批条款在性质上类似于合同中的清算条款和仲裁条款，也就是说，尽管合同因未报批而未生效，但是该条款仍应被认定为有效。报批义务条款具有相对独立性，即便合同尚未经批准，报批义务条款也应当已经生效，理由主要在于：一

方面，报批义务条款因批准而生效不符合政府管理经济生活的目的。当前，较之于计划经济时期，我国需要审批的合同的范围和数量已经大幅度缩减，但在现阶段，对合同进行行政审批仍然是政府管理特定经济领域的重要方式，其目的在于对特定行业与领域加强管理，而非禁止，否认报批义务条款的独立性与这一立法目的并不符合。另一方面，报批义务条款因批准而生效也会影响诚实信用的市场秩序。如果认定合同中的报批义务在合同未经批准前未生效，则无异于否认报批义务的存在。如果报批义务条款不具有独立性，一旦负有报批义务的一方当事人不报批导致合同未生效，进而认为报批义务不复存在，这就会使得负有报批义务的一方规避其义务和责任。^[13]还应当看到，报批义务条款因合同被批准而生效也不符合当事人的订约目的，因为当事人订立合同的目的是使该合同有效并得以履行，只有使报批义务条款生效，法院才可以要求负有报批义务的当事人继续履行合同义务，以实现合同订立的目的。

二是违反报批义务条款，应当承担违约责任。在未报审批的情况下，尽管该合同整体上未生效，但由于报批义务条款具有独立性，该条款仍然有效，因此，依法当事人有权请求应当办理申请批准等手续的当事人履行义务，如果负有履行报批义务的人不履行义务，则应当承担违反该义务的责任。

（四）应当区分违反整个未生效合同与违反报批义务条款的责任

首先，应当区分为违反整个未生效合同与违反报批义务条款，二者存在一定的区别。如前所述，报批义务条款本身具有一定的独立性，因此，当事人违反报批义务条款，应当与违反整个未生效合同的责任存在一定的区别。如何理解《民法典》第502条第2款规定的“应当办理申请批准等手续的当事人未履行义务的，对方可以请求其承担违反该义务的责任”？笔者认为，此处所说的责任应当是违约责任，这就是说，当事人一方违反了报批义务条款，应当承担继续履行等违约责任。由于报批义务条款具有一定的独立性，即使整个合同并未生效，其中独立的报批义务条款也已经发生效力，违反这一已经生效的条款，所应承担的责任，在性质上应当是违约责任。此种违约责任的责任形式最主要的就是继续履行的责任，即当事人可以请求负有报批义务的一方继续履行报批义务。负有报批义务的一方拒绝报批的，则可能产生赔偿对方所遭受的损失的责任或违约金责任。但需要注意的是，此处的违约金责任，仅限于当事人专门就报批义务设定了违约金条款的情形，这一条款不因其他部分未生效而不发生效力。但是如果当事人仅就整个合同约定了违约金，则当事人仍然不能主张对方承担该违约金责任。

其次，违反未生效合同的责任应属于缔约过失责任。对于违反未生效合同而言，合同未经报批，并未生效，不履行合同内容无法要求当事人承担违约责任，而仅在违反先合同义务的情况下承担缔约过失责任，即使合同中约定有违约金条款，也不应适用。

三、合同的变更、转让、解除等情形依法应当办理批准等手续生效的情形

本条第3款规定：“依照法律、行政法规的规定，合同的变更、转让、解除等情形应当办理批准等手续的，适用前款规定。”本条第3款为新增条款，立法者新增第3款，主要是考虑到《合同法》中分别对合同的变更、转让、解除中的批准进行规定。例如，《合同法》第77条第2款规定：“法律、行政法规规定变更合同应当办理批准、登记等手续的，依照其规定。”第87条规定：“法律、行政法规规定转让权利或者转移义务应当办理批准、登记等手续的，依照其规定。”第96条第2款规定：“法律、行政法规规定解除合同应当办理批准、登记等手续的，依照其规定。”在民法典合同编起草中，为简化合同法的上述规定，合同编用本款对变更、转让和解除三种情形集中进行规定，以避免法律条文的冗杂。

本款所规定的变更、转让和解除的批准与本条第1款性质相同，对于法律规定需要办理批准等手续才能生效的，不办理批准就不具有合法性，在未办理批准手续前就不应发生效力。例如，《矿产资源法》第6条第1款第2项规定：“已取得采矿权的矿山企业，因企业合并、分立，与他人合资、合作经营，或者因企业资产出售以及有其他变更企业资产产权的情形而需要变更采矿权主体的，经依法批准可以将采矿权转让他人采矿。”依此规定，采矿权的转让在批准前并不发生转让的效力。

第五百零三条

无权代理人以被代理人的名义订立合同，被代理人已经开始履行合同义务或者接受相对人履行的，视为对合同的追认。

本条主旨

本条是关于狭义无权代理中被代理人默示追认的规定。

相关条文

《合同法》第48条 行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。

相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

《合同法司法解释二》第12条 无权代理人以被代理人的名义订立合同，被代理人已经开始履行合同义务的，视为对合同的追认。

第13条 被代理人依照合同法第四十九条的规定承担有效代理行为所产生的责任后，可以向无权代理人追偿因代理行为而遭受的损失。

理解与适用

一、狭义无权代理的概念

所谓狭义无权代理，是指行为人既没有被代理人的实际授权，也没有足以使第三人善意误信其有代理权外观的代理。简单地讲，是指表见代理以外的欠缺代理权的代理。^[14]由于在行为人实施了狭义无权代理行为以后，该行为将可能损害被代理人或第三人的利益，因此法律有必要设立无权代理制度，确定在狭义无权代理的情况下的行为的效力及无权代理人的责任等问题。狭义无权代理具有如下特点。

1.它是指表见代理以外的无权代理。在民法上通常将无权代理区分为两类，即狭义无权代理和表见代理。在这两种情况下，代理人都不具有代理权，但就法律效果而言，表见代理和有权代理是不同的。在狭义无权代理情况下，代理人完全不具有代理权，而在其实施代理行为时第三人又不可能相信其具有代理权，因此不能强制本人承担责任，只能由本人基于自身利益的考虑决定是否承认该行为的效果。可见，表见代理与狭义无权代理在性质上是根本不同的。

2.它是指代理人未获得相应的代理权而实施的代理行为。狭义无权代理与滥用代理权不同，在代理权滥用的情形下，代理人仍然享有代理权。而狭义无权代理仅指欠缺代理权，并不包括无权代理人

相对人所实施的行为违反法律、法规的强行性规定以及公序良俗，也不包括代理人与相对人的行为涉及欺诈、胁迫等意思表示不真实的因素，否则只涉及合同的无效和可撤销问题，而不涉及狭义无权代理的效果问题。在无权代理的情况下，代理人通常具有完全的民事行为能力。

3.狭义的无权代理是一种效力待定的行为。所谓效力待定，是指这种行为成立以后，并不能发生符合当事人意思表示的效力，其效力能否发生，尚未确定，一般须经有权人表示承认才能生效。我国法律认为狭义的无权代理是一种效力待定的行为。《民法典》第171条第1款规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，未经被代理人追认的，对被代理人不发生效力。”该条对狭义无权代理作出了规定，依据这一规定，基于狭义无权代理所实施的民事法律行为属于效力待定的民事法律行为。该条之所以作出此种规定，一方面是因为无权代理行为具有代理的某些特征。由于无权代理行为并不是当然都对被代理人不利，因此法律应当给予本人一种追认权，由本人根据自己的利益和意志考虑来决定是否承认这种行为的效力，经过追认可以消除民事法律行为存在的瑕疵。这也充分表明了我国法律对当事人利益和意志的尊重。另一方面，因本人的追认而使无权代理行为有效，并不违反法律和社会公共利益，相反，经过追认而有效，既有利于促成更多的交易，也有利于维护本人和相对人的利益。通过本人的追认使效力待定的民事法律行为有效，而不是简单地宣告其为无效民事法律行为，是符合当事人的意志和利益的。

二、被代理人的默示行为，视为对合同的追认

如前所述，狭义无权代理在性质上属于效力待定的行为。无权代理行为未经被代理人追认，对被代理人不发生效力。所谓追认，是指被代理人对无权代理行为在事后予以承认的一种单方意思表示，其特点在于：第一，追认的意思表示应当以明示或者默示的方式向相对人作出。如果仅向无权代理人作出此种表示，则必须使相对人知晓才能产生承认的效果。第二，追认是一种单方意思表示，无须相对人的同意即可发生法律效力。第三，一旦作出追认，在性质上视为补授代理权，从而使无权代理具有与有权代理一样的法律效果，因此，追认具有溯及既往的效力。如果本人明确表示拒绝承认，则无权代理行为自始无效，因无权代理所订立的合同不能对本人产生法律效力。

依据《民法典》第171条第1款规定，在狭义无权代理的情形下，被代理人享有追认权。被代理人的追认可以采取两种方式作出，即明示的追认和默示的追认。所谓明示的追认，是指明确向相对人表示其愿意以被代理人的身份同相对人订立合同。所谓默示的追认，即被代

理人以一定行为的方式进行追认。本条就是对被代理人默示追认的规定。这种默示的追认体现为两种方式：一是被代理人履行合同义务。虽然被代理人没有明示追认，但如果被代理人已经开始履行合同，这一行为足以表明其愿意接受合同的约束。二是接受相对人的履行。如果被代理人已经接受了相对人的履行行为，同样可以构成默示的追认。这主要是因为，被代理人接受履行的行为已经向相对人传达了其愿意接受合同对自己发生效力。

第五百零四条

法人的法定代表人或者非法人组织的负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限外，该代表行为有效，订立的合同对法人或者非法人组织发生效力。

本条主旨

本条是关于法人的法定代表人或者非法人组织的负责人超越权限订立的合同的效力规定。

相关条文

《合同法》第50条 法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。

《票据法》第5条 票据当事人可以委托其代理人在票据上签章，并应当在票据上表明其代理关系。

没有代理权而以代理人名义在票据上签章的，应当由签章人承担票据责任；代理人超越代理权限的，应当就其超越权限的部分承担票据责任。

《担保法司法解释》第11条 法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的担保合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。

《民法总则》第61条 依照法律或者法人章程的规定，代表法人从事民事活动的负责人，为法人的法定代表人。

法定代表人以法人名义从事的民事活动，其法律后果由法人承受。

法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人。

第65条 法人的实际情况与登记的事项不一致的，不得对抗善意相对人。

第85条 营利法人的权力机构、执行机构作出决议的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规、法人章程，或者决议内容违反法人章程的，营利法人的出资人可以请求人民法院撤销该决议，但是营利法人依据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。

《公司法》第16条 公司与其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议；公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的，不得超过规定的限额。

公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议。

前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东，不得参加前款规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。

第32条第3款 公司应当将股东的姓名或者名称向公司登记机关登记；登记事项发生变更的，应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。

《全国法院民商事审判工作会议纪要》第19条 存在下列情形的，即便债权人知道或者应当知道没有公司机关决议，也应当认定担保合同符合公司的真实意思表示，合同有效：

（1）公司是以为他人提供担保为主营业务的担保公司，或者是开展保函业务的银行或者非银行金融机构；

（2）公司为其直接或者间接控制的公司开展经营活动向债权人提供担保；

（3）公司与主债务人之间存在相互担保等商业合作关系；

(4) 担保合同系由单独或者共同持有公司三分之二以上有表决权的股东签字同意。

第20条 依据前述3条规定，担保合同有效，债权人请求公司承担担保责任的，人民法院依法予以支持；担保合同无效，债权人请求公司承担担保责任的，人民法院不予支持，但可以按照担保法及有关司法解释关于担保无效的规定处理。公司举证证明债权人明知法定代表人超越权限或者机关决议系伪造或者变造，债权人请求公司承担合同无效后的民事责任的，人民法院不予支持。

第41条 司法实践中，有些公司有意刻制两套甚至多套公章，有的法定代表人或者代理人甚至私刻公章，订立合同时恶意加盖非备案的公章或者假公章，发生纠纷后法人以加盖的是假公章为由否定合同效力的情形并不鲜见。人民法院在审理案件时，应当主要审查签约人于盖章之时有无代表权或者代理权，从而根据代表或者代理的相关规则来确定合同的效力。

法定代表人或者其授权之人在合同上加盖法人公章的行为，表明其是以法人名义签订合同，除《公司法》第16条等法律对其职权有特别规定的情形外，应当由法人承担相应的法律后果。法人以法定代表人事后已无代表权、加盖的是假章、所盖之章与备案公章不一致等为由否定合同效力的，人民法院不予支持。

代理人以被代理人名义签订合同，要取得合法授权。代理人取得合法授权后，以被代理人名义签订的合同，应当由被代理人承担责任。被代理人以代理人事后已无代理权、加盖的是假章、所盖之章与备案公章不一致等为由否定合同效力的，人民法院不予支持。

理解与适用

本条规定的是表见代表制度。所谓表见代表，是指法人的法定代表人或者非法人组织的负责人代表法人或者非法人组织对外订立合同，如果第三人不知道或者不应当知道该法定代表人、负责人超越权限，该合同对法人或者非法人组织发生效力。表见代表的主要特点如下。

第一，必须是法人的法定代表人或者非法人组织的负责人代表法人或者非法人组织对外订立合同。法定代表人应当明确登记，并在登记簿以及营业执照上披露。一般来说，负责人是除法定代表人以外的、有权代表法人或其他组织行为的人。《民法典》第61条第2款规

定：“法定代表人以法人名义从事的民事活动，其法律后果由法人承受。”因为法定代表人、负责人依法代表法人或其他组织行为时，他本身是法人或其他组织的一个组成部分，其在代表法人、非法人组织从事职务行为时无须专门的授权，其行为在法律上就视为是法人或其他组织的行为。因此，法定代表人、负责人执行职务行为所产生的一切法律后果都应由法人或其他组织承担。

法定代表人、负责人都是自然人，他们本身具有双重身份，其既是一般自然人，又是能够代表法人或其他组织行为的人。尽管他们是有权代表法人、其他组织行为的人，但只有在其对外代表法人行为的时候，其行为才能对法人、其他组织产生法律效果。如果仅仅是以个人的名义从事某种行为，则只能视为其个人的行为，不属于代表法人的行为，如果是以自然人的身份从事经营活动，则将由其个人承担该行为的后果。

第二，必须是法定代表人或者非法人组织的负责人代表法人或者非法人组织与第三人订立的合同时超越代表权限。一方面，法定代表人或者非法人组织的负责人可以代表法人或者非法人组织从事广泛的行为，例如，代表法人或其他组织缴纳税收、制定管理制度等。但在民法上，要构成表见代表，必须是法定代表人或者非法人组织的负责人代表法人或者非法人组织与第三人订立合同，至于其代表法人或其他组织从事合同以外的行为，则不可能构成表见代表。另一方面，构成表见代表必须是法定代表人或者非法人组织的负责人代表法人或者非法人组织订立合同时超越代表权限，换言之，如果其仍然在职权范围内行为，也不会涉及表见代表的问题。

第三，第三人不知道或者不应当知道该法定代表人、负责人超越权限。立法之所以规定在法定代表人或者非法人组织的负责人代表法人或者非法人组织超越代表权限订立合同时，要保护第三人的利益，是因为第三人不知道或者不应当知道该法定代表人、负责人超越权限，也就是说，第三人是善意的、无过失的。因为法定代表人、负责人不需要获得法人或其他组织的授权，第三人在与法定代表人、负责人订立合同时不必去核实其是否获得授权，这种核实也是十分困难的。如果因为第三人没有调查、核实该法定代表人、负责人是否有权行为，就可能导致交易无效，则将会造成交易的不安全，而且不利于鼓励交易。尤其是法定代表人的越权行为常常会形成一种权利的外观，即第三人在与法定代表人、负责人缔约时，有合理的理由相信其有代表权。这种信赖利益本身是交易安全的组成部分，保护交易安全就应当保护这种信赖利益。因此，只要第三人不知道或者不应当知道该法定代表人、负责人超越权限，该合同就对法人或者非法人

组织发生效力。

第四，该合同对法人或者非法人组织发生效力。法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，应当视为法人或者其他组织的行为。《民法典》第504条是在《合同法》第50条基础上修改而来的，后者规定：“法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。”此处所说的“该代表行为有效”的含义应当理解为法定代表人、负责人超越权限订立的合同应当视为法人的行为，法人仍然应当承担责任，合同不因此而无效。^[15]法人或其他组织不得以其法定代表人、负责人超越权限为由否定合同的效力。《合同法》第50条规定表见代表行为的效力为有效，而《民法典》第504条将该效力规范变更为效果归属规范。即只规定法定代表人或负责人越权时，除相对人知道或应当知道的，可以对法人或非法人组织发生效力。依据本条规定，除了相对人知道或者应当知道的，即使法定代表人或负责人超越权限也对法人发生效力。《民法典》总则编第61条第3款规定：“法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人。”据此，善意相对人可以主张该合同有效，也可以主张该合同无效。与《合同法》的规则相比，本条规定与《民法典》第61条的规则更为协调。

尽管表见代表制度有利于保护交易的安全，促进市场经济的发展，但并不是说表见代表规则的适用没有任何的例外，也不是说法定代表人、负责人超越权限的行为在任何情况下都能视为法人或其他组织的行为。依据本条规定，“法人的法定代表人或者非法人组织的负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限外，该代表行为有效，订立的合同对法人或者非法人组织发生效力”。相对人知道或者应当知道其超越权限包括两种情况。

一是在订立合同时相对人对法定代表人、负责人超越权限的情况是明知的。例如，甲代表法人对外订立担保合同时，未获得董事会的授权，债权人明知这一情况，多次要求甲利用职权私盖公章，后甲按照乙的要求在担保合同上加盖法人印章。

二是在订立合同时相对人应当知道法定代表人、负责人超越权限的情况。例如，法律明确规定企业的分离、合并必须要经过董事会的同意，仅由法定代表人一人同意不能决定企业的分离合并问题。而相对人在法定代表人未取得董事会同意的情况下，就与法定代表人订立合同，该法定代表人超越职权的行为不构成表见代表。相对人知道或者应当知道法定代表人、负责人超越权限对外订立合同的，不构成表见代表，其原因在于，在此情况下相对人是恶意的、有过错的。在恶

意的情况下，相对人不产生合理的信赖，即使存在信赖，这种信赖利益也不应得到保护。

问题在于，相对人知道或者应当知道的证明责任应当由谁来举证证明。应由该法人或非法人组织承担。由于相对人通常无法知晓法人对其法定代表人或非法人组织对其负责人的权限限制，因此将证明责任交由相对人承担并不妥当。为促进交易，维护交易安全，降低交易成本，相对人也并不需要负担进行调查法人或非法人组织内部对其法定代表人或负责人的权限限制。本条明确了举证责任的承担问题。对于本条中“除相对人知道或者应当知道其超越权限外”，实际上明确了应当由该法人或非法人组织进行举证。如果其能够证明相对人知道或应当知道该法定代表人或负责人越权，则对该法人或非法人组织不发生效力。

第五百零五条

当事人超越经营范围订立的合同的效力，应当依照本法第一编第六章第三节和本编的有关规定确定，不得仅以超越经营范围确认合同无效。

本条主旨

本条是关于当事人超越经营范围订立的合同的效力的规定。

相关条文

《合同法司法解释一》第10条 当事人超越经营范围订立合同，人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。

《最高人民法院经济审判庭关于如何认定企业是否超越经营范围问题的复函》企业的经营范围，必须是以工商行政管理机关核准登记的经营为准。企业超越经营范围所从事的经营活动，其行为应当认定无效。

按国家有关规定无须经工商行政管理机关核准登记的部门、行业或经济组织，则应经其主管机关批准，并在批准的范围内从事生产经营活动。本院《关于在审理经济合同纠纷案件中具体适用经济合同法

的若干问题的解答》中“应当在……主管机关批准的经营范围內从事正当的经营活动”，指的就是这种情况。并不是指按规定必须经工商行政管理机关核准登记的工商企业可以其主管机关批准的经营范围确定其是否超越经营范围。

理解与适用

本条规定包含了如下几层含义。

一、不能仅以超越经营范围宣告合同无效

经营范围是指企业从事经营活动的业务范围，其应当依法经企业登记机关登记。如果企业超出登记的经营范围内从事经营活动，与他人订立合同，此类合同是否有效？《合同法》并未对这一问题进行规定。但是近年来，由于“放管服”改革的不断深入，企业的市场经营自主权不断扩大，政府对企业经营范围的管控不断放开，限制逐渐减少。基于这一实践需要，企业仅仅超越经营范围并不当然导致合同无效，因为超越经营范围的行为，并没有违反法律、行政法规的强制性规定，也没有损害第三人的利益，从鼓励交易出发，不宜认定超越经营范围的行为无效，我国司法实践中也已经就此达成了共识。《合同法司法解释一》第10条规定：“当事人超越经营范围订立合同，人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。”《民法典》第505条吸纳了《合同法司法解释一》的这一规定，所谓“不得仅以超越经营范围确认合同无效”，即指如果合同仅仅只是涉及超越经营范围的问题，不能因此而认定合同无效。

二、应当依据民事法律效力规则判断超越经营范围合同的效力

当然，对于当事人超越经营范围订立的合同，《民法典》第505条规定的“不得仅以超越经营范围确认合同无效”并不能从反面解释，即认为超越经营范围的合同都是有效的，毕竟对于一些特殊行业，如银行业、保险业等国家限制经营、特许经营的行业，经营范围的确定十分重要，未经批准，不得擅自从事这些经营业务。当事人不得超越经营范围行为，否则，将构成对法律、行政法规的强制性规定的违反。对于违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营的规定而超越经营范围的，因为不仅仅是保护第三人利益和维护交易安全的问题，还涉及国家对经济的法律规制和社会公共秩序的维护问题，所以作为例外，这种超越特殊行业的经营范围的合同应当认定为无效。

依据本条规定，在判断超越经营范围的合同是否有效时，“应当依照本法第一编第六章第三节和本编的有关规定确定”。这是因为一方面，总则编第六章第三节是关于法律行为效力的一般规则，超越经营范围订立的合同作为民事法律行为，也应当依据总则编第六章第三节的规定来确定效力。另有一些法律中关于特定行业经营范围限制的规则可能属于《民法典》第153条中的“法律、行政法规的强制性规定”。一旦违反这些规定，超越经营范围所订立的合同应当宣告无效。例如，《商业银行法》第11条规定：“设立商业银行，应当经国务院银行业监督管理机构审查批准。未经国务院银行业监督管理机构批准，任何单位和个人不得从事吸收公众存款等商业银行业务，任何单位不得在名称中使用‘银行’字样。”《保险法》第80条规定：“外国保险机构在中华人民共和国境内设立代表机构，应当经国务院保险监督管理机构批准。代表机构不得从事保险经营活动。”这些在性质上属于强制性规范的条文，均可能导致超越经营范围订立的合同无效。此外，除违反关于经营范围的强制性规范外，有一些超越经营范围的合同还可能具有其他效力瑕疵，例如，欺诈、胁迫、恶意串通损害第三人等，此时均应当适用总则编第六章第三节的规定。另一方面，判断该合同的效力还需要依据民法典合同编的规定。超越经营范围订立的合同可能涉及合同编第二章、第三章等有关合同效力的规定。例如，如果超越经营范围订立的合同涉及格式条款，则应当适用合同编第二章第496、497条关于格式合同的效力规范。如果属于应当经过批准才能生效的合同，则应当适用合同编第三章第502条关于批准生效的规则。

第五百零六条

合同中的下列免责条款无效：

- （一）造成对方人身损害的；
- （二）因故意或者重大过失造成对方财产损失。

本条主旨

本条是关于免责条款无效的规定。

相关条文

《合同法》第53条 合同中的下列免责条款无效：

- (一) 造成对方人身伤害的；
- (二) 因故意或者重大过失造成对方财产损失的。

《保险法司法解释二》第10条 保险人将法律、行政法规中的禁止性规定情形作为保险合同免责条款的免责事由，保险人对该条款作出提示后，投保人、被保险人或者受益人以保险人未履行明确说明义务为由主张该条款不生效的，人民法院不予支持。

理解与适用

一、免责条款的概念

免责条款是当事人双方在合同中事先约定的，旨在限制或免除其未来的责任的条款。按照合同自由原则，当事人可以在法律规定的范围内，自由约定合同条款，因此当事人既可以在合同中约定合同义务和违约责任，也可以在合同中约定免责条款。从《民法典》第506条的规定来看，法律承认当事人可以在不违反该规定的情况下约定免责条款。依法成立的免责条款是有效的。在合同法中，免责条款具有如下特点。

第一，免责条款是一种合同条款，它是合同的组成部分。许多国家的法律规定，任何企图援引免责条款免责的当事人必须首先证明该条款已经构成合同的一部分，否则他无权援引该免责条款。^[16]采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当按照对方的要求，对该条款予以说明。提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务，致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款（如免除或限制其责任的条款）的，对方可以主张该条款不成为合同的内容。

第二，免责条款是当事人事先约定的。当事人约定免责条款是为了减轻或免除其未来发生的责任，因此只有在责任发生以前由当事人约定且生效的免责条款，才能导致当事人责任的减轻或免除。若在责任产生以后，当事人之间通过达成和解协议而减轻责任，则不属于免责条款。

第三，免责条款旨在免除或限制当事人未来所应负的责任。根据免责条款所免除或限制责任的性质不同，可将免责条款分为完全免责的条款和限制责任的条款。完全免责的条款是指完全免除一方责任的

条款。例如，某些商店在其柜台上标明“货物出门，恕不退换”，就属于免除责任条款。限制责任的条款是指将当事人的法律责任限制在某种范围内的条款，如当事人在合同中约定，卖方的赔偿责任不超过货款的总额。此种分类在法律上的意义在于，对于完全免责条款应当从严审查，特别是在涉及消费者利益时，更应考虑该条款的合理性和公正性，而限制责任条款因只是免除部分责任，所以审查标准应相对宽松一些。

按照私法自治原则，既然民事主体可以在不损害国家和社会公共利益以及第三人利益的情况下，自由处分其财产权益，那么，其当然可以通过达成协议设定免责条款，以免除其未来的责任。只要免责条款不损害国家、社会公共利益和第三人利益，则国家不应当对其进行干预。在市场交易活动中，由于交易充满了风险，因此当事人需要通过免责条款合理分配双方的利益和风险，事先规避风险。免责条款的设定有助于控制未来风险、合理规避风险、降低交易成本，从而有利于鼓励各类交易、促进交易的发展，也有利于及时解决纠纷。当然，当事人在规定免责条款时，必须符合法律、行政法规的强制性规定。我国《民法典》第143条规定，民事法律行为有效必须“不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗”。这一规定同样适用于免责条款。因此，当事人订立的免责条款必须符合法律和社会公共利益的要求，而不得通过其自行约定的条款排除法律的强制性规范的适用，此亦为我国司法实践所确认。例如，在招工登记表注明“工伤概不负责”，违反了宪法和有关劳动法规，也严重违反了社会主义公德，属于无效民事行为。同时，免责条款不得违反公共秩序和公序良俗。公共秩序和公序良俗体现的是全体人民的共同利益，对此种利益的维护直接关系到社会的安定与秩序的建立，所以当事人不得设立违反公共秩序和公序良俗的免责条款。

二、免责条款的无效

免责条款一旦订入合同，就意味着当事人已经就免责条款达成了合意，但当事人达成的免责条款并不是当然有效的。我国法律从合同自由原则及经济效率考虑，允许当事人达成免责条款，但这并不意味着当事人可以对免责条款任意作出约定。虽然违约责任具有一定程度的任意性，但其又具有一定的强制性。当事人在不违反法律和公共道德的情况下，可以自由设定免责条款，但免责条款必须符合法律规定，才能合法有效。依据本条规定，合同中的免责条款在以下两种情形下是无效的。

第一，造成对方人身伤害的。免责条款不得免除人身伤害的责任。生命重于泰山，对个人而言，最宝贵和最重要的利益就是人身的

安全利益，公民的生命权、健康权是人权的最核心的内容，保护公民的人身安全是法律的最重要的任务。如果允许当事人通过免责条款免除造成对方人身伤害的责任，不仅将使侵权责任法关于不得侵害他人财产和人身权利的强制性义务形同虚设，使法律对人身权利的保护难以实现，而且将会严重危及法律秩序和社会公共道德。因此，各国合同法大都规定禁止当事人通过免责条款免除故意和重大过失造成的人身伤亡的责任。我国法律明确规定合同中的免责条款免除造成对方人身伤害责任的无效，体现了我国法律充分以人为终极目的和终极关怀这一价值取向，表明法律将对人们的生命权、健康权保护置于最优先保护的地位。

第二，因故意或者重大过失造成对方财产损失的。“故意或重大过失责任的不得免除”的规则来源于罗马法，并为大陆法国家的民法典所广泛接受。我国合同编采纳这一规则的依据在于：因故意或者重大过失致人财产损失的，不仅表明行为人的过错程度是重大的，而且表明行为人的行为具有不法性，此种行为应受法律的谴责。例如，双方当事人合同中特别约定，“卖方交付的货物所造成的全部损失一概由买方负责”，该免责条款显然违反了上述规定。在免责条款设立以后，若一方可以随意毁损他人的财物、砸坏他人的物件，这显然是危害法律秩序的。还要看到，允许当事人通过免责条款免除因故意或者重大过失造成对方财产损失的责任，也可能违反公序良俗。

第五百零七条

合同不生效、无效、被撤销或者终止的，不影响合同中有关解决争议方法的条款的效力。

本条主旨

本条是关于合同中有关解决争议方法的条款的独立性的规定。

相关条文

《仲裁法》第19条第1款 仲裁协议独立存在，合同的变更、解除、终止或者无效，不影响仲裁协议的效力。

理解与适用

《民法典》第507条确立了合同中有关解决争议方法的条款的独立性规则。有关解决争议的方法的条款，是对将来一旦发生合同纠纷，应当通过何种方式来解决纠纷的约定。按照合同自由原则，选择解决争议的方法也是当事人所应当享有的合同自由的内容。具体来说，当事人可以在合同中约定一旦发生争议以后，是采取诉讼还是仲裁的方式，如何选择适用的法律，如何选择管辖的法院等。当然，有关解决争议的方法的条款并不是合同的必要条款。如果当事人没有约定解决争议的方法，则在发生争议以后，可以通过诉讼解决。

解决争议方法的条款主要包括以下几种类型：一是仲裁条款，即双方当事人对争议解决方式以及仲裁机构的选择等；二是选择鉴定机构的条款，这一条款主要是在建设工程合同中，双方约定一旦就建设工程质量发生争议，如何选择鉴定机构；三是管辖权的约定，即约定争议是否交由法院进行裁判以及由何地法院管辖。这些条款虽然包括在合同中，但又具有一定的独立性。法律承认这些条款的独立性的目的在于，避免因为合同不成立、无效、被撤销或终止时，纠纷无法按照当事人的意思加以解决。

依据本条规定，合同不生效、无效、被撤销或者终止的，不影响合同中有关解决争议方法的条款的效力。这包括了四种原因行为：一是合同不生效。所谓不生效的合同，是指法律规定了合同生效应当满足特别的要件，在这些要件未被满足时合同的状态。^[17]未生效合同的典型形态是依据法律、行政法规的规定应当办理批准才能生效，而当事人并未办理批准手续的合同。二是合同无效。是指合同虽然已经成立，但因其内容上违反了法律、行政法规的强制性规定和社会公共利益而无法律效力的合同。三是合同被撤销，是指当事人在订立合同时，因意思表示不真实，法律允许撤销权人通过行使撤销权而使已经生效的合同归于无效。四是合同终止。它是指因为债务人、合同解除（包括法定解除、约定解除、解除条件成就）、债务相互抵销、提存、免除债务、混同等原因而使合同权利义务消灭。其中，最典型的形态是合同解除。

本条确立了有关解决争议方法的条款的独立性原则，这就是说，尽管有关解决争议方法的条款依附于主合同，但应当把这些条款与合同中的其他条款看做是两个不同的单独的协议，有关解决争议方法的条款独立于合同的其他条款而存在。因此，有关解决争议方法的条款不因主合同的不生效、无效、被撤销或终止而失效。当主合同发生不生效、无效、被撤销、终止等情形时，合同的当事人依然可以依据合同中的有关解决争议方法的条款解决其争议。例如，依据仲裁协议向仲裁机构申请仲裁，由仲裁机构对他们之间的争议作出裁决。

为什么合同不生效、无效、被撤销或者终止的，不影响合同中有关解决争议方法的条款的效力？其原因如下。

第一，尊重当事人的合同自由。因为当事人约定了有关解决争议方法的条款，就意味着当事人希望通过适用该条款来解决其发生的争议。如果合同因为不生效、无效、被撤销或者终止而使有关解决争议方法的条款失效，则与当事人作出约定的目的不符。

第二，充分发挥其作为救济手段和解决纠纷的程序作用。解决争议条款的独立性原则可以防止当事人拖延纠纷解决程序，从而使纠纷得到及时、高效的解决。由于解决争议条款被看做是与主合同或基础合同完全不同的两个单独的协议，具有独立的性质，因此，即便合同被确认不生效、无效、被撤销、终止等，当事人仍然可以依据解决争议条款及时解决其纠纷。反之，如果该解决争议条款失效，则纠纷将难以及时解决。

第三，该规则也是比较法上公认的规则。^[18]例如，《联合国国际货物销售合同公约》第81条规定，“（1）宣告合同无效解除了双方在合同中的义务，但应负责的任何损害赔偿仍应负责。宣告合同无效不影响合同关于解决争端的任何规定，也不影响合同中关于双方在宣告合同无效后权利和义务的任何其他规定”。例如，从世界各国仲裁立法例、有关国际公约以及司法实践来看，仲裁条款独立于合同，与合同应被看作是两个不同的单独的协议，仲裁条款独立于合同的其他条款而存在。

需要指出的是，《民法典》第507条规定的合同中解决争议方法的条款与《民法典》第567条所规定的合同权利义务关系终止后的“结算和清理条款”并不相同。在实践中，上述两种条款经常被混淆。结算和清理条款主要是指违约金、损害赔偿的计算等条款。上述两种条款的区别在于：一方面，争议解决方式条款主要是程序性的条款，而结算和清理条款是关系到实体性的权利义务关系的条款；另一方面，争议解决条款通常不涉及违约的问题，而结算和清理条款主要是违约后的清算问题。合同权利义务关系终止的原因很多，仅仅是因为诸如基于违约而解除合同的情形才会涉及违约金和损害赔偿等问题。

第五百零八条

本编对合同的效力没有规定的，适用本法第一编第六章的有关规定。

本条主旨

本条是关于合同的效力规定适用民法总则相关规定的规则。

相关条文

《合同法》第57条 合同无效、被撤销或者终止的，不影响合同中独立存在的有关解决争议方法的条款的效力。

《最高人民法院对关于无证售房问题的答复》其二，在商品房预售合同被认定无效之后，根据《中华人民共和国合同法》第五十七条的规定，合同无效的，不影响合同中独立存在的有关解决争议方法的条款的效力。因此，如果该预售商品房合同有关于解决争议的约定，则人民法院应尊重该当事人约定的效力，将该约定作为处理当事人之间争议的依据。在合同无效且合同中并无有关解决争议方法的情况下，应进一步根据《中华人民共和国合同法》第五十八条的规定，因该合同取得的财产，应当予以返还，不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。与此同时，有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。

《工程建设项目货物招标投标办法》第60条 中标无效的，发出的中标通知书和签订的合同自始没有法律约束力，但不影响合同中独立存在的有关解决争议方法的条款的效力。

理解与适用

（一）合同编中对合同效力有规定的，则应当适用合同编的规定

在合同编中，有多个条款是总则编中没有规定的，例如，关于无权代理人订立合同的法律后果，关于未生效合同、超出经营范围订立合同的效力，免责条款的无效情形等。但凡是合同编已经作出规定的，则应当适用合同编的规定。

（二）如果合同编没有规定，则适用民法典总则编的规定

《民法典》第508条在性质上属于指示适用性的规范。合同作为一种法律行为，应当适用总则编有关法律行为的规范。民法总则已经就法律行为的生效、可撤销、无效等进行了规定，合同编之所以在第三章中对合同效力进行简略规定，正是因为总则编对于这些问题已经

进行了详细的规定。如果在合同编再就这些内容进行规定，就会导致条文重复。例如，有关合同无效中，强制性规范的认定标准，由于民法总则已经进行了规定，就应当直接适用总则的规定。合同编为了与总则编保持一致，凡是合同编没有特别规定的，均需要适用总则编的一般规定。因此，本编对合同的效力没有规定的，适用本法总则编第六章第三节的有关规定。

需要指出的是，除了总则编第六章第三节的有关规定，总则编第六章第四节关于民事法律行为附条件和附期限的规定，也可以适用于合同关系。

注释：

[1]苏惠祥.中国当代合同法论.长春：吉林大学出版社，1992：98.

[2]郑玉波.民法债编论文选辑：中册.台北：自版，1984：892.

[3]王伯琦.法律行为之无效与成立//郑玉波.民法债编论文选辑：中册.台北：自版，1984：727-729.

[4]郑玉波.民法债编论文选辑：中册.台北：自版，1984：726.

[5]赵德铭.合同成立与合同效力辨.法律科学，1994（3）.

[6]苏惠祥.略论合同成立与生效.法律科学，1990（2）.

[7]王家福.中国民法学·民法债权.北京：法律出版社，1991：314.

[8]陈安.涉外经济合同的理论与实务.北京：中国政法大学出版社，1994：102.

[9]陈安.涉外经济合同的理论与实务.北京：中国政法大学出版社，1994：103.

[10]谢鸿飞.合同法学的新发展.北京：中国社会科学出版社，2014：179.

[11]胡康生.中华人民共和国合同法释义.北京：法律出版社，1999：76.

[12]蔡立东.行政审批与权利转让合同的效力.中国法学，2013（1）.

[13]杨永清.批准生效合同若干问题探讨.中国法学，2013（6）.

[14]江帆.代理法律制度研究.北京：中国法制出版社，2004：163.

[15]孔祥俊.合同法教程.北京：中国人民公安大学出版社，1999：204.

[16]董安生，等.英国商法.北京：法律出版社，1991：62.

[17]谢鸿飞.合同法学的新发展.北京：中国社会科学出版社，2014：179.

[18]全国人大常委会法工委民法室.《中华人民共和国合同法》与国内外有关合同规定条文对照.北京：法律出版社，1999：47-48.

第四章 合同的履行

一、履行的内涵

履行是指债务人自愿依照当事人的约定或者法律规定为其确定的债务进行行为，以实现债权。债的关系主要基于合同而发生，合同是交易的法律形式。正如谢怀栻先生所言，“债的发生就是为了消灭的”，双方当事人订立合同原则上是为了发生债权债务关系，但是，发生债的关系的根本目的并非设定债权债务本身，而是为了通过当事人履行合同义务，最终实现财产和劳务的流转，从而完成交易。只有通过合同的全面、适当履行，才能够使合同当事人的债权或者说合同目的得到正常实现。对于因其他原因发生的债的关系来说，也是如此。因此，履行是合同效力的核心，也是合同目的实现、合同关系或者说债的关系消灭从而实现债权的基本途径。

合同履行的概念是对当事人依照合同义务进行行为的高度抽象。就合同履行的形态而言，既有积极的作为，也有消极的不作为，例如，邻居之间约定不在某个时间段演奏钢琴。在作为中，又包括标的物所有权的移转、标的物使用权的移转、完成约定的工作并交付工作成果、劳务的提供等。

我国《民法典》在合同编中单列“合同的履行”一章（第四章），对履行进行了全面规定。从本章条文的结构和内容来看，其适用于履行合同的整个过程。因此，合同的履行是一个动态的过程：在履行期到来之前，当事人应当做好履行的准备工作；履行期届至，当事人应当全面履行其义务。对于即时清结的合同，通过简单的一次性履行即可实现合同目的。但是，对于大多数合同来说，其履行需要通过多次甚至长期的履行行为方能完成。例如，分期付款买卖合同中买受人付款义务的履行，雇佣合同中雇员提供劳务义务的履行。

合同的履行是债务人自愿的、在不具有外部的强制的情况下作出的履行。在违约责任中，规定了继续履行这一责任形态。履行和继续履行是不同的，继续履行也称为强制履行，是债务人不履行或迟延履行其合同义务的后果，即在不履行情况下法院强制其履行债务。虽然同样是由债务人履行其合同义务，但继续履行是由国家强制进行的，因此，我国《民法典》第577条将继续履行作为违约责任的一种承担方式。而且，对于有些债务，债务人不履行时，基于法律的规定、当事人的约定以及债务的性质，债权人不能要求继续履行，而只能适用损

害赔偿。

合同履行是一个中性的概念，它只是指债务人按照合同去从事一定的行为，至于这种行为能否全面、适当，履行完毕后能否实现债权人的债权，则并不在履行的概念所能包括的范围之内。因此，《民法典》第509条在“合同的履行”一章中开宗明义地确立了全面履行、诚信履行和绿色履行的原则，强调当事人应当全面履行、诚信履行合同义务，并在履行合同过程中遵循绿色原则，避免浪费资源、污染环境和破坏生态。

值得讨论的是，《合同法》第91条将传统民法中的清偿表述为“债务已经按照约定履行”。这一表述显然体现了履行概念的中性，即单纯的履行债务的行为，并不对其后果进行评价。如果要达到清偿的效果，则不仅需要完成履行行为，而且该履行行为要“按照约定”，即达到全面、适当履行的程度。但《民法典》第557条第1款第1项则将该项表述为“债务已经履行”。这是否意味着《民法典》赋予了履行更为丰富的内涵？笔者认为，从第509条第1款来看，其仍然保留了《合同法》第60条“当事人应当按照约定全面履行自己的义务”的表述，仍然使用了“按照约定”“全面”的修饰，故而履行的内涵并未改变。之所以《民法典》第557条第1款第1项去掉了“按照约定”，主要是因为原先的描述并没有体现“全面”二字，其将合同义务或者说债务仅限于约定义务，无法涵盖法定附随义务的内容。既然无法全面描述，不如索性去掉并不完整的修饰语，以免出现“明示其一即排斥其他”的误解，也为未来的解释预留空间。当然，对于《民法典》第557条第1款第1项仍应理解为：在债务人全面、适当履行其债务的情况下，方可构成清偿从而实现债权、消灭债的关系。

二、履行、给付与清偿

民法理论和审判实践中，在履行这一概念之外，还经常使用给付和清偿的概念。由于其内涵有较多一致之处，就这三者的区别，有必要加以介绍以便辨别使用。

（一）履行与给付

给付一词在民法中有两种含义：一是给付行为，即债务人依照法律规定或合同约定履行其义务的行为，或者说债的关系中债务人所负的给付义务。包括交付物并移转其所有权或使用权、提供劳务、完成工作或提交工作成果、移转其他财产权利等。此行为不以有财产价值为限，包括作为和不作为。二是给付效果，即“完成、取得，即履行的结果”。在不同的债的关系类型中，其可能是单纯的实施某种行为

的义务，也可能包括提供某种结果的义务。无论是给付行为还是给付结果，作为债权人所能请求而债务人所应当承担的行为^[1]，给付是债的标的或者说债的关系的客体。此外，我国民法理论中的给付也可作为动词使用，此时其含义即履行给付义务。

而履行只能作为动词使用，即债务人自愿对其基于债的关系所负行为义务来进行行为，以实现债权。^[2]履行常使用于债的效力方面，一般认为履行是债的效力的核心。当然，现代民法中债务已经不限于给付义务，还包括附随义务等，因此，使用履行债务或者说合同义务的表述更为贴切。

（二）履行与清偿

传统民法中，清偿是债的消灭原因之一。我国民事立法中未使用清偿的概念，《合同法》第91条将传统民法中的清偿表述为“债务已经按照约定履行”，《民法典》第557条第1款第1项则表述为“债务已经履行”。但司法解释中使用了清偿的概念，《合同法司法解释一》第20条规定：“债权人向次债务人提起的代位权诉讼经人民法院审理后认定代位权成立的，由次债务人向债权人履行清偿义务，债权人与债务人、债务人与次债务人之间相应的债权债务关系即予消灭。”即司法实践中认为履行清偿义务构成了债的消灭原因。由此可见，我国学理和司法实践中认为，清偿表述的是债的双方当事人全面、适当履行其债务之后的客观状态，是一个静态的概念，而且清偿本身就包含着对债务履行的全面性、适当性方面的价值评判。《民法典》第560条等条文也使用了“清偿”这一概念。具体而言，清偿的概念包括下列几方面的含义：第一，清偿是债务人全面履行其债务。债务人应当按照合同约定以及法律的规定所确定的履行地点、履行时间、履行方式等全面履行其各项合同义务。对于已经有效成立的合同，在当事人对其非主要条款没有约定或约定不明的情况下，应当根据合同漏洞补充规则确定当事人的权利义务并加以履行。履行主体与受领主体应当适格。第二，清偿还要求债务人适当履行其债务。当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行合同中的各项附随义务。在合同约定或法律规定的范围内具体履行给付义务时，也应当遵循诚实信用原则。在一方违反附随义务造成对方损害的情况下，合同目的并未完全实现，受害人有权请求对方承担损害赔偿，因此也很难认为构成清偿。第三，清偿是债的双方当事人全面适当履行其合同债务。这就是说，清偿是给付行为与给付结果的统一。清偿不仅需要债务人全面适当履行其给付义务，还需要债权人全面适当履行其受领义务。债务人将标的物送交到履行地，其给付行为已经完成，但需要债权人受领，方能发生给付效果，因此不能发生清偿之效果。在

双务合同中，双方当事人互负合同义务，其互为债权债务关系。所以只有双方当事人全面适当履行各自的义务，且对方都受领的，才能使合同目的实现，从而消灭债的关系。如果仅仅是一方全面适当履行，而另一方没有作出履行或者履行不符合约定或者拒绝受领，则不能导致合同权利义务终止，更不能导致债的关系的消灭。在单务合同中，债权人负有受领的义务，即便债务人一方全面适当履行其合同义务，债权人拒绝受领的，也不能构成清偿，无法发生合同权利义务终止的效果。在债权人没有正当理由拒绝受领的情况下，债务人应当通过提存来消灭债的关系。

履行则是一个动态的过程，而且只是一个中性的概念，只有履行完债务，且全面、适当地履行了这些义务，才能够使债的关系消灭，即实现清偿。两者强调的重点不同，前者所看重的是给付结果的发生，而履行所侧重的是债务内容的实现过程和行为。^[3]

三、本章规范的适用

本章虽然名为“合同的履行”，但其适用范围并非仅适用于合同之债。债是因法律行为或法律的规定，在特定当事人之间产生的请求为特定给付的权利义务关系。《民法典》第118条对债权进行了界定，依据该条：“民事主体依法享有债权。债权是因合同、侵权行为、无因管理、不当得利以及法律的其他规定，权利人请求特定义务人为或者不为一定行为的权利。”从这一规定来看，债权具有以下几个方面的特征：第一，债的主体上具有特定性，尤其是债的义务主体是特定的，以此与物权等绝对权相区分；第二，债的内容本质上为请求权；第三，债的客体为债务人为或者不为一定行为，即给付；第四，对于债的发生原因，明确列举了合同、侵权行为、无因管理、不当得利以及法律的其他规定，在合同编和侵权责任编独立成编、债法总则编尚付阙如的情况下，力图保持了实质上的债法体系。

《民法典》第118条袭自《民法通则》第84条对债的规定，后者规定：“债是按照合同的约定或者依照法律的规定，在当事人之间产生的特定的权利和义务关系。享有权利的人是债权人，负有义务的人是债务人。债权人有权要求债务人按照合同的约定或者依照法律的规定履行义务。”但较之于《民法通则》第84条，《民法典》第118条扩张了债的发生原因，突出了债务人的特定性，从而凸显了债权作为对人权的特征，从而表达出了债权的相对性。尤其是其明确强调债权内容为“请求特定义务人为或者不为一定行为”，这一表述与《德国民法典》第241条或者我国台湾地区“民法”第199条“债权人基于债之关系，得向债务人请求给付”的表述近似，较为全面地描述了债的客体或者说给付的内涵。

作为一种具体的民事法律关系，债的关系就其内容而言，亦包括权利义务两方面。就权利角度而言，称为债权关系；就义务方面而言，称为债务关系。对于民法典中集中规定的调整债的关系的法律规则，各国民法中基于立法者对债的关系的不同侧重，有不同的名称。《日本民法典》为强调债的关系的权利属性，将其第三编称为“债权”。瑞士则将相关制度称为“债务法”。旧中国“民法典”从社会本位着眼，将其第二编称为“债”，以兼顾债权债务两方面，蕴涵有保护债权人与债务人双方的立法目的。我国《民法通则》则将之纳入“民事权利”一章，称为债权。但纵观《民法通则》第84条，其规范的着力点首先是在债的关系上，在此基础上对债权进行了规定。而《民法典》第118条就其体系地位而言，居于总则编“民事权利”一章，故更为突出权利本位的特点，着重就债权加以描述。

债的概念“在大陆法系，尤其是在素重体系化及抽象化之德国法，历经长期的发展，终于获致此项私法上之基本概念，实为法学之高度成就”^[4]。所谓债法，是指调整特定当事人之间请求为特定行为的财产关系的法律规范的总称。^[5]在德国法系各国民法典中，一般将普遍适用于各类债的关系的一般规则抽出，在债法总则中予以统一规定，称为“通则”或“总则”。债法总则所规定的，是普遍适用于各种债的形式的一般规则。各种债的形式，其规范目的、制度功能等千差万别，之所以能够归纳出债这一高度抽象的概念，根本原因在于其法律效果的相同性，即产生当事人之间得请求为特定给付的关系。根据学者的通说以及各国立法的经验，普遍适用于各种之债的规则，即实质意义上的债法总则的内容，一般包括：债的概念、债的发生、债的标的、债的效力（给付、保全等）、多数人之债、债的移转、债的消灭。^[6]

在我国民法典的体系上，在合同法、侵权法从传统债法中分离出来独立成编后，是否仍应保留债（权）的概念和债法总则，学界存有争议。但多数学者都认为，债法总则比合同总则更抽象，能概括各种债，能够为各种以行使请求权和受领给付为内容的法律关系提供一般性规定。但是最终，立法者并未采纳这一认识。从民法典文本上看，在民法典中保留债的概念的同时，其并没有单独规定债法总则一编，而是在分别规定合同编、侵权责任编的同时，在合同编中规定准合同，对无因管理和不当得利规则予以规范，并在《民法典》第468条明示：“非因合同产生的债权债务关系，适用有关该债权债务关系的法律规定；没有规定的，适用本编通则的有关规定，但是根据其性质不能适用的除外”，从而通过准用合同编通则的方式实现对各类债的关系的共通内容加以法律调整。

对于《民法典》第468条所言的“本编通则的有关规定”，其具体范围如何，存在争论。《民法典合同编草案》（一审稿）第259条曾表述为“非因合同产生的债权债务关系，适用有关该债权债务关系的法律规定；没有规定的，适用本编第四章至第七章的有关规定，但是根据其性质不能适用的除外”。但这一规定显然过于宽泛，因为合同编第四章至第七章的规定并非都是债法总则的规定，此外，合同编通则其他章的规定也未必都不能适用于各类债的关系，因此在此后的草案中均改为现在的表述。就本章规范而言，关于双务合同履行中的抗辩权以及关于情势变更、合同管理的规定，显然仅适用于合同，而其他规定则可以普遍适用于各类债的关系。

第五百零九条

当事人应当按照约定全面履行自己的义务。

当事人应当遵循诚信原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

当事人在履行合同过程中，应当避免浪费资源、污染环境和破坏生态。

本条主旨

本条是对合同履行原则的规定。

相关条文

《经济合同法》（已失效）第6条 经济合同依法成立，即具有法律约束力，当事人必须全面履行合同规定的义务，任何一方不得擅自变更或解除合同。

《合同法》第8条 依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。依法成立的合同，受法律保护。

第60条 当事人应当按照约定全面履行自己的义务。

当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习

惯履行通知、协助、保密等义务。

《民法典》第7条 民事主体从事民事活动，应当遵循诚信原则，秉持诚实，恪守承诺。

第9条 民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护生态环境。

《电子商务法》第52条第3款 快递物流服务提供者应当按照规定使用环保包装材料，实现包装材料的减量化和再利用。

理解与适用

合同履行的原则，是当事人在履行合同义务时所应遵循的基本准则。只有遵循这些准则，当事人的履行才能够真正实现债权人的债权和合同订立目的。从本条来看，我国《民法典》确立了下列合同履行的原则。

一、全面履行原则

（一）全面履行原则的内涵

全面履行一直是我国法律对于合同履行的基本要求。1981年12月通过、1982年7月1日起施行的《经济合同法》（已失效）第6条即规定：“经济合同依法成立，即具有法律约束力，当事人必须全面履行合同规定的义务，任何一方不得擅自变更或解除合同。”《涉外经济合同法》（已失效）第16条、《技术合同法》（已失效）第16条也有类似的规定。《合同法》则将《经济合同法》第6条的内容分拆规定在第8条和第60条。《合同法》第60条在“合同的履行”一章中开宗明义规定“当事人应当按照约定全面履行自己的义务”，从而确立了合同履行中的全面履行原则。《民法典》第509条第1款沿袭了这一规定。

全面履行原则又称为契约必守原则，也被有些学者称为正确履行原则、全面适当履行原则。这一原则是合同效力的集中体现。当事人之间通过自由、真实的意思表示达成的合意，经过法律的效力性评价后即可发生法律效力，此种效力主要是债的效力，其主要内容就是给付请求力。故而，合同一经生效，当事人即负有信守诺言、履行合同的义务，除非遇到不可抗力或者合同明确约定的免责情形，债务人都应当按照约定全面履行债务。严格地讲，全面履行原则是一项商事合

同中的基本要求。我国合同立法史上，《经济合同法》是对企业之间商事合同的规定，《涉外经济合同法》《技术合同法》也主要是用于商事主体之间。《合同法》虽然旨在统一既有的合同法律制度，其一般的主体并不仅限于商人，但是其起草势必受到既有的三部合同法律的影响，尤其是其具体规范内容较多地借鉴了《国际商事合同通则》的规定，由此沿袭下来的全面履行原则本身就体现了深刻的商事合同的烙印。商事合同预设合同双方当事人都是商人，作为商人，合同双方当事人对于自身的利益都有着比较清晰的认知和计算，对于合同履行中的风险都有着较高的预见能力，其在订立合同的过程中，就双方当事人之间的权利义务安排尤其是履行中可能的风险或者说免责情形都应当做出比较清晰、全面的安排。因此在合同有效成立之后，双方当事人应当全面履行各自的合同义务。建构在当事人都是商人预设的基础上而确立的全面履行原则，也就意味着违约责任上采严格责任原则。一旦出现了不履行或者不完全履行的情形，而这种情形又不是合同预先约定的免责条款所规定的情形，那就意味着一方当事人违背了契约必守的要求，即便其能够证明该违约行为并非其过错造成的，也应当承担相应的违约责任。《民法典》延续了《合同法》的这一基本考虑。

根据全面履行原则，合同当事人应当按照约定来全面履行其合同义务。这就是说，合同当事人必须按照合同约定的标的、质量、数量、履行方法、时间、地点以及方式等全面、完整地实际履行其合同义务。除非有法律的特别规定，如发生了情势变更的情形，或者当事人之间另行协议变更，否则当事人只能按照既有的约定履行债务，不得对债务内容进行变更。合同有效成立后，合同对非主要条款，如质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或约定不明时，应当依据法律规定的合同补充规则和法律的补充性规定来对之加以确定，并按照确定后的义务进行履行。

全面履行原则在表述上只是要求当事人按照约定履行合同义务，之所以如此，是因为其规定在合同法律中，也是为了凸显契约必守的内涵。但这一原则的适用并非仅限于合同之债。全面履行是实现债权的根本手段，在各种法定之债中，虽然债务内容来自法律的直接规定，但债务人同样要全面履行自己的债务。

（二）合同义务群

全面履行原则不仅要求对给付义务包括主给付义务和从给付义务的全面履行，还要求对依据诚实信用原则产生的附随义务以及其他义务的全面履行。

债务的全面履行意味着债权的实现、合同目的的达到。从这一意义上讲，合同法的各项规则实际上是围绕着合同义务的履行而构建的，因此合同义务具有重要意义。近代民法合同制度强调“契约即公正”，“当事人之间签订的合同具有法律效力”。因此，合同义务原则上限于当事人在合同中明确约定的义务。但随着现代合同法的发展，尤其是诚实信用原则在民法尤其合同法中基本原则地位的日渐重要，合同义务摆脱了单纯的当事人约定义务的范围，其来源渐趋多元化，从而形成了合同上的义务群的概念。我国《合同法》在强调合同内容由当事人约定的同时，明确规定当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则，并规定了合同补充和解释规则；同时，《合同法》对合同履行中的附随义务的产生依据、判断标准以及具体的义务内容进行了列举规定。这些义务连同《合同法》分则中的各项具体规定，共同构成了我国法律中的合同义务群。《民法典》合同编亦沿用了《合同法》的这一做法，本条第2款即明确规定了附随义务。给付义务、附随义务以及下文所言的不真正义务、先合同义务、后合同义务等，共同构成了我国法上的合同义务群。对于这些义务，依据全面履行原则，债务人均应当履行。

（三）给付义务

1. 给付义务的内涵

《民法典》第118条将债权界定为“权利人请求特定义务人为或者不为一定行为的权利”。这就明确把债的客体界定为给付，即债务人的特定行为，包括作为和不作为。可见，债务最主要的内容是给付义务。当事人一方不履行给付义务或者履行给付义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

根据给付的不同性质和合同的不同目的，当事人承担的给付义务是不同的。有些合同中，债务人承担的是行为性义务，只要完成一定的行为并尽到合理的注意，不论是否实现债权人的预期利益，即可认为完成了其给付。例如，医疗服务合同中，只要医疗机构在医疗活动中尽到了勤勉尽责的义务，即便患者病情并未好转甚至死亡，也不能认为医疗机构没有履行或没有完全履行给付义务，患者仍然要支付其医疗费用。再如，根据《民法典》第881、882条的规定，在技术咨询合同中，受托人应当按照约定的期限完成咨询报告或者解答问题；提出的咨询报告应当达到约定的要求。这里约定的要求主要是对受托人注意义务方面的要求，通常不应是对依照该咨询报告作出的决策的正确性的要求。对于委托人按照受托人符合约定要求的咨询报告和意见作出决策所造成的损失，如无相反约定，应当由委托人承担。可见，此种合同中之给付是指给付行为。当然，双方也可以就依照该咨

询报告作出的决策的正确性进行约定，此时该合同中之给付是指给付结果。有些合同中，债务人承担的是结果性义务，例如承揽合同中，承揽人必须按照定作人的要求完成工作并交付工作成果，才完成其给付。因此此种合同中之给付是指实现一定的给付结果。买卖、赠与、租赁等合同中的给付也是如此。

2.主给付义务与从给付义务

根据给付义务对债的关系的影响，可以将之分为主给付义务与从给付义务。所谓主给付义务，是指债的关系（尤其是合同关系）所固有、必备，并用以决定债的关系（合同）类型的基本义务。《民法典》第490条第2款规定：“法律、行政法规规定或者当事人约定合同应当采用书面形式订立，当事人未采用书面形式但是一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。”第563条第1款第3项中规定：“当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行”的，当事人可以解除合同。这些规定中都提及了“主要义务”“主要债务”的概念。从我国法律规定来看，这些义务都是合同性质所决定的，实际上就是主给付义务。

主给付义务是依据合同类型来具体判断的。在法律没有作出规定且当事人没有特别约定的情况下，应当依据合同的性质来确定该合同的主给付义务。《民法典》合同编第二分编对各类典型合同或者说有名合同直接规定了其定义，这种定义实际上是依赖于对合同当事人的主给付义务的规定来作出的。换言之，法律对于有名合同的界定实际上就意味着对当事人主给付义务的规定。具体来说，《民法典》合同编第二分编之所以名为“典型合同”，就是因为要对社会生活中各类典型的交易类型，将其一方当事人的主给付义务按照交付标的物转移所有权、交付标的物转移使用权、提交工作成果、提供劳务等典型的给付义务加以具体化，从而确定为各类有名合同中一方当事人的主给付义务，而对于其相对人的主给付义务（除赠与合同这一无偿合同之外）则统一规定为给付金钱，从而实现了对于各类有名合同的定义性规范。因此对于各类有名合同的主给付义务可以直接依据法律的规定而确定。

例如，《民法典》第961条规定，中介合同是中介人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务，委托人支付报酬的合同。这里中介人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务的给付义务，直接决定了该合同的类型为中介合同，因此，其为主给付义务。当然，此类合同中，作为委托人一方给付金钱的主给付义务被具体化为支付报酬的给付义务。再如，《民法典》第595条规定，买卖合同是出卖人转移标的物的所有权于买受人，买受人支

付价款的合同。显然，出卖人转移标的物的所有权于买受人、买受人支付价款即分别为买卖合同双方当事人的主给付义务。有学者认为，出卖人转移标的物的所有权与买受人，显然表明买卖合同并非仅仅是负担行为，当然包括处分行为。但这一认识显然忽略了法律对于典型合同的定义中所述的义务，本质上是主给付义务。还如，出租人将租赁物交付承租人使用、收益，承租人支付租金则分别为租赁合同双方当事人的主给付义务（《民法典》第703条）；承揽人按照定作人的要求完成工作并交付工作成果，定作人给付报酬为承揽合同双方当事人的主给付义务（《民法典》第770条），等等。

此外，在当事人特别约定或者依照交易习惯某义务为主给付义务时，应当从其约定。例如，双方买卖一只小狗，特别约定出卖人交付小狗的血统证明为主给付义务。但如果双方买卖的是一匹赛马，即便没有当事人的特别约定，按照交易习惯给付血统证明也应当是主给付义务。

欠缺主给付义务，则合同类型不能确定，合同不能成立。换言之，《民法典》第472条第1项对要约“内容具体确定”的要求，实际上就是要求要约中应当明确未来合同中的主给付义务。这里所说的具体，就是说主给付义务应当是具体的某一给付类型，这里所言的确定，就是说给付的内容应当是确定或者可得确定的。在此情况下，才可能构成要约从而成立合同。如果某一协议文本中无法确定当事人双方的主给付义务，则合同不能成立。

此外，主给付义务的意义还表现在：在双务合同中，双方当事人各自所负的主给付义务构成对待给付义务。在没有先后履行顺序的情况下，当事人可以行使同时履行抗辩权，在对方履行之前有权拒绝其履行要求，在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行要求（《民法典》第525条）；有先后履行顺序时，后履行一方可以行使后履行抗辩权，先履行一方未履行的，其有权拒绝对方的履行要求；先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求（《民法典》第526条）。因不可归责于当事人的原因（除非法律另有规定或当事人另有约定，原则上为不可抗力）不能或不能完全履行合同的，部分或者全部免除其责任，对方当事人也免于对待给付义务（《民法典》第590条）。在判断合同解除时，也有主给付义务的适用，如预期违约和默示拒绝的情况下的合同解除权。按照《民法典》第563条，在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务的；当事人一方迟延履行主要债务或者说主给付义务，经催告后在合理期限内仍未履行的，对方当事人有权解除合同。此外，第563条第1款第4项所言的“当事人一方迟

迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的”的情形，也主要是指对主给付义务的迟延履行或者其他履行不完全。

所谓从给付义务，是指主给付义务之外的给付义务。从给付义务不能决定合同的类型，其效用在于用来补充主给付义务，以确保债权人利益获得最大满足。因此，从给付义务的欠缺并不影响合同的成立。

从给付义务一般也不影响当事人订约目的的实现，因此，从给付义务原则上与相对人的给付不构成对待给付，不履行或不完全履行从给付义务也不会构成根本违约，非违约方也不能借此解除合同，而只能要求继续履行或损害赔偿。但特殊情况下，从给付义务也可能直接影响当事人订约目的的实现，则此时应当认为从给付义务与相对人的给付构成对待给付。例如，买卖小狗时，交付血统证明如无当事人特别约定，则只是从给付义务（《民法典》第599条）。但如无血统证明的交付，相对人的订约目的可能无法实现。此时，相对人可因该从给付义务的不履行或不完全履行主张同时履行抗辩权或者后履行抗辩权，在因该从给付义务的不履行导致缔约目的不能实现时，可以主张解除合同。

从给付义务可以基于下列渊源而发生。

第一，当事人的约定。例如，在买卖合同中，当事人之间可以约定交付标的物时应当一并交付提取标的物单证以外的有关单证和资料，出卖人应当按照约定进行交付（《民法典》第599条）。此种约定也可以是不作为的义务，例如，甲将其套房中的一间租给小提琴手乙，并约定每日22：00以后乙不得在房间中练琴。

第二，合同漏洞补充规则。《民法典》第510条和第511条对合同补充规则进行了规定。在合同没有约定或约定不明且不能达成补充协议的情况下，应当按照合同有关条款或者交易习惯确定合同权利义务。例如，根据《不动产登记暂行条例实施细则》，在商品房买卖时，特定情况下不动产登记可以由买受人单方申请，但其必须提交房屋权属证书以及相关的证明等文件。而这些文件往往在出卖人手中。因此，即便当事人没有在买卖合同中约定，但从合同条款所确定的合同目的以及交易习惯出发，出卖人也负有交付这些文件的义务。

第三，法律的任意性规定。我国《民法典》合同编在典型合同分编中规定了大量补充性规定。在当事人未作相反约定的情况下，这些规定直接订入合同，成为合同内容的一部分。其中不少义务不能直接决定合同性质，应当认为是从给付义务。例如，货运合同中托运人对

货物的包装义务（《民法典》第827条），委托合同中受托人对委托事务的报告义务（《民法典》第924条）等。

从给付义务不同于从义务。从给付义务与主给付义务同属于一个合同中，共同构成同一合同的给付义务。而所谓从义务，是与主义务相对而言的，是根据义务之间的从属关系来确定的。主义务是能够独立存在的义务；从义务只能从属于主义务而存在。从义务与主义务分属不同的合同关系。例如，保证责任相对于主债务而言，属于从义务。但其系基于保证合同而产生，主债务是基于主合同而产生，二者并非同一合同关系中给付义务的不同组成部分。

二、诚信履行原则

（一）诚信原则与诚信履行原则

《民法典》第7条规定：“民事主体从事民事活动，应当遵循诚信原则，秉持诚实，恪守承诺。”这里所说的民事活动，当然包括履行债务的行为。本条第2款对于债的履行明确要求：“当事人应当遵循诚信原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”由此确定了债务履行中的诚信履行原则。

需要指出的是，虽然我们把本条第2款的内涵直接表述为诚信履行原则，但并不是说，只有诚信履行原则才体现了诚信原则的要求。全面履行原则也叫契约必守原则，它本身就是民法中诚实信用原则的直接体现。在我国法律语境下，秉持诚实、恪守承诺其本意就是契约必守。现代交易往往要求合意的完成（合同的成立）与其实际的履行在时空上相分离，在现代法中合同作为交易的主要法律形式，主要是由于其作为一种可期待的信用，能够把未来的财富引入现实的交易之中，这就需要法律对当事人之间脱离了现实交付的合意赋予法律的拘束力和效力，从而以法律的强制力赋予其履行合同的信用或者说保障合同目的实现的功能。这就使当事人能够对未来合理预期，从而能够进行无须即时交付甚至交易时标的并不存在的交易，这也将期待利益引入了现实的社会财富和交易之中，增加了社会财富的总量。因此，现代的合同主要是指双方对于未来进行给付的合意。^[7]这也就意味着，依照合同约定和法律规定全面履行合同义务，本身就是对信用的维护。所以，严格地讲，全面履行原则也是诚实信用原则在合同履行制度中的表现。

在合同履行制度中，所谓的诚信履行原则，主要是指当事人对依据诚信原则确定的法定附随义务的履行。附随义务虽不影响合同目的的实现，但起着辅助实现主给付义务的作用。在根据合同的性质、目

的和交易习惯负有附随义务的情况下，合同当事人也应遵循诚信原则加以履行。诚信履行原则，则是现代民法依据诚信原则对全面履行原则所作的进一步补充和完善。在传统民法中，全面履行强调的是对合同约定的义务进行全面、适当的履行。而诚信履行原则尤其是依据诚信履行原则所发展出的附随义务，则进一步补充和完善了合同义务，从而形成了合同义务群的概念。

诚信履行原则首先要求债务人在履行债务过程中，不仅要按照全面履行的要求，履行合同约定的义务或者说给付义务，还要全面履行依据诚实信用原则所发生的附随义务。

在合同必须严守的同时，基于诚实信用原则，《民法典》本章对当事人的履行也有一些特别规定。这主要表现为特定情况下合同义务可以提前履行或部分履行，以及履行过程中债权人自身发生重大事项时的通知义务。对于这些义务，债务人也要依据诚信履行的原则加以履行，债权人也要依据诚信履行原则的要求，负有一定的容忍义务。

此外，既然诚实信用原则是民法的基本原则，按照通常的理解，当事人在合同约定或法律规定的范围内具体履行给付义务时，也应当遵循诚实信用原则。正如《德国民法典》第242条所言，“债务人有义务依诚实和信用，并参照交易习惯，履行给付”。例如，在履行期限之内，债务人选择具体履行时间时不能要求半夜履行或者在债权人营业时间之外履行。在给付种类物的合同中，债务人不得在合同约定的质量范围内故意选择较差的标的物交付。^[8]再如，借款合同中，债权人与债务人约定在任何地点皆可履行还款义务，借款人选择在共同遭遇强盗时要求向贷款人还款，解释上即违反诚信原则。^[9]还如在交付地点的选择上，不能在厕所等不洁之处交付食品。

（二）附随义务

1. 附随义务的概念

传统民法中，债务主要是给付义务。《德国民法典》第242条规定：“债务人有义务依诚实和信用，并参照交易习惯，履行给付。”这只是对给付义务提出了应当遵循诚信原则的要求，但并未对附随义务直接作出规定。后来德国法通过判例发展出了附随义务。我国《合同法》总结了国外先进经验，直接在立法中对附随义务进行了规定。

《合同法》第60条第2款规定：“当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”本条第2款沿用了这一规定。从该款规定来看，附随义务是指合同当事人依据诚实信用原则所产生的，根据合同的性质、目的和交易习惯所应

当承担的通知、协助、保密等义务。

2.附随义务的特点

附随义务具有下列特点。

第一，附随义务是附随于主给付义务的义务。附随义务不影响合同类型的确定，也不影响合同成立，其意义在于辅助实现主给付义务，使债权人的利益得到最大满足。根据《合同法》的规定，附随义务是诚实信用原则在合同履行过程中的具体体现，但其内容应当依据合同的性质、目的和交易习惯而确定。由于合同的性质和目的体现在主给付义务之中，因此附随义务必须以主给付义务的存在为前提，依赖于主给付义务而存在。这与合同成立前即已依据诚实信用原则而发生的先合同义务以及合同终止后依据诚实信用原则而发生的后合同义务，显然是不同的。

此外，在不同类型的合同中，其主给付义务是不同的。如租赁合同中就不像买卖合同那样以移转所有权为主给付义务，而附随义务则广泛存在于各类合同中，只是在不同合同以及合同的不同阶段其具体类型和内容有所不同。

第二，附随义务并非由当事人约定而产生，而是基于诚实信用原则而发生的。因此在合同成立时，主给付义务当然已经确定，但附随义务则可能未必发生。国外多是按照诚实信用原则的要求，通过司法判例来确定不同合同中的附随义务。《民法典》本条第2款直接规定了当事人应当遵循诚实信用原则履行附随义务，并列举了部分附随义务类型，并在分则中根据不同的合同类型对一些不同履行阶段中特定情况下的附随义务进行了具体规定。例如：租赁合同中，第三人主张权利时承租人的通知义务（《民法典》第723条），承租人对租赁物的妥善保管义务（《民法典》第751条）；承揽合同中，承揽人应当妥善保管定作人提供的材料以及完成的工作成果（《民法典》第784条）等。但这并不是说附随义务以法律的具体规定为限。由于本条第2款的规定十分抽象、概括，实践中法官和当事人应当根据合同的性质、目的和交易习惯来具体确定不同的附随义务。

如果当事人对一些本属于附随义务的内容事先在合同中进行了约定，则该义务不再属于附随义务，而应当根据其意义确定其属于主给付义务或者从给付义务。

附随义务的内容并非在任何合同中都是相同的。在不同合同中，附随义务的内容应当依据合同的性质、目的和交易习惯来具体确定。

而且，附随义务随着主给付义务的履行而不断变化其内容。

第三，附随义务不能与对方当事人的给付义务构成对待给付。因此，不能以对方不履行附随义务为由主张同时履行抗辩权和后履行抗辩权。附随义务不能决定合同的类型，其履行与否一般也不会导致合同目的不能实现，因此，违反附随义务不构成解除合同的法定事由，相对人只能请求继续履行或赔偿损失。

第四，附随义务与从给付义务在很多情况下，其内容是相似的。按照德国通说，二者的主要区别在于：不履行从给付义务，相对人可以请求继续履行，而附随义务的不履行只能导致损害赔偿的效果。例如，承揽合同中，承揽人按照定作人的要求完成工作并交付工作成果为主给付义务；完成承揽工作后，承揽人交付必要的技术资料和有关质量证明的义务为从给付义务，其不履行的，定作人有权要求其继续履行；而依诚实信用原则，承揽人应当对工作成果的使用方法等问题负有告知义务，此义务为附随义务。因其未尽说明义务导致损害的，定作人有权请求赔偿。

3.附随义务的类型

根据我国《民法典》以及相关法律的规定，附随义务一般包括下列情形。

（1）通知义务。合同履行过程中，对于可能损害相对人利益的事项，当事人负有及时通知的义务，以便相对人及时准备、避免损失。例如，供用电合同中，供电人因供电设施计划检修、临时检修、依法限电或者用电人违法用电等原因，需要中断供电时的通知义务（《民法典》第652条）。

（2）告知义务。严格地讲，告知与通知并无不同，都是一方将某一信息或者意思传达给另一方。但就一般语言习惯而言，告知是指当面告知，更多强调双方面面对面的情形。而通知则通常是指双方需要借助一定的媒介来完成信息的传递。告知义务一般是在合同订立过程中所负有的先合同义务，不履行此义务可能构成欺诈。但在合同成立后，依照诚实信用原则，为辅助实现主给付义务，当事人也负有告知义务，此时该义务为合同义务中的附随义务。例如，客运合同中，承运人迟延运输的，应当履行告知和提醒义务，并根据旅客的要求安排改乘其他班次或者退票（《民法典》第820条）。这里的告知和提醒，显然是指告知义务；而安排改乘班次，则属于协助义务。

（3）协助义务。合同有效成立后，当事人处于一种密切的关系

之中，其相互之间负有协助义务。例如，在债务人交付买卖合同标的物时，债权人应当及时受领。融资租赁合同中，承租人按照约定享有索赔的权利时，出租人负有协助义务（《民法典》第741条）。当然，给付标的的为不作为的债务，则不存在协助的问题。

（4）保密义务。这里所指的秘密主要是履行过程中知悉的商业秘密以及其他重要秘密。例如，在医疗服务合同中，医疗机构及其医务人员应当对患者的隐私和个人信息负有保密义务（《民法典》第1226条）。承揽合同中，承揽人对加工过程中知悉的秘密应定做人的要求负有保密义务（《民法典》第785条）。技术合同中，当事人对于履行合同过程中知悉的技术秘密负有保密义务（《民法典》第845条）。

（5）保管义务。在保管合同、仓储合同中，保管义务是主给付义务。但在其他相关合同中，往往存在一方当事人依据合同的约定合法占有对方财产的情形。此种情况下，占有人依据诚实信用原则，也应当负有妥善保管的义务。如果违反这一义务，造成标的物的毁损、灭失，占有人应当承担赔偿责任。例如，《民法典》第610条规定：“因标的物不符合质量要求，致使不能实现合同目的的，买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同。买受人拒绝接受标的物或者解除合同的，标的物毁损、灭失的风险由出卖人承担。”这里所言的拒绝接受标的物，是指送货上门或者自提这种出卖人和买受人直接见面的情形。在此情况下，买受人发现标的物质量不合格导致根本违约的，其有权拒绝接受该标的物。但是，如果标的物需要运输，货到之后买受人发现标的物质量不合格导致根本违约，这种情况下其有权解除合同，但其同时应当对收到的标的物妥善保管。在保管期间，如果因不可归责于双方当事人的原因导致标的物毁损、灭失，则应当依据风险负担规则处理。但是如果因为买受人保管不善导致标的物毁损灭失，买受人应当负有赔偿责任，而不能再按照风险负担规则来处理。

（6）保护义务。即合同当事人应当防止因自己的给付造成对方的人身和财产损害的义务。例如，对可能危及人身、财产安全的商品和服务，应当向相对人作出真实的说明和明确的警示，并说明和标明正确使用商品或者接受服务的方法以及防止危害发生的方法。此种义务通常为侵权行为法上的义务，但在合同关系中，因当事人的给付也可能造成相对人维持利益的损害，因此，基于诚实信用原则，应承认此项合同法中的附随义务。

应当指出，将保护义务纳入合同中的附随义务，其主要原因在于：在一方违反保护义务造成相对人人身和财产损害时，构成加害给付（因合同履行造成标的物之外的人身和财产损失），产生违约责任

和侵权责任的竞合，受害人可以选择是基于违约责任还是侵权责任请求损害赔偿。违约责任的归责原则较之于一般侵权责任的更为严格，受害人依据违约责任请求赔偿所负担的举证责任比基于侵权责任的要轻得多。因此，保护义务纳入合同义务中，更加便于受害人获得赔偿。尤其是《民法典》第996条规定：“因当事人一方的违约行为，损害对方人格权并造成严重精神损害，受损害方选择请求其承担违约责任的，不影响受损害方请求精神损害赔偿。”这就将精神损害赔偿纳入了违约责任的范围，受害人可以通过违约责任就履行利益以及作为维持利益的精神损害一并请求赔偿。

还应注意的是，附随义务之意义只在于辅助实现主给付义务，即便不履行也不直接影响合同目的的实现，而且，诚实信用原则本身是一个很不确定的概念，因此，对附随义务的判断应当十分谨慎。在法律没有直接规定，且依合同性质、目的和交易习惯无法直接确定的情况下，原则上法院不宜确定附随义务并以之作为承担违约损害赔偿责任的依据。

（三）其他义务类型

1. 不真正义务

合同中的义务，除前述主给付义务、从给付义务、附随义务之外，还有所谓的不真正义务。民法上的义务一般以责任为其不履行之后果。但在有些情况下，虽然某人依法应当进行某种行为（包括作为和不作为），但相对人不能请求其履行，其不履行时相对人也不能请求其承担损害赔偿等民事责任，而只是使其遭受权利丧失或减损的不利益。此即学理上所言的不真正义务。对于不真正义务，当时也应当予以全面履行，否则将自己承担相应的不利后果。

我国《民法典》合同编也规定了一些不真正义务，主要包括：第一，一方当事人违约后非违约方的避免损失扩大的义务（《民法典》第591条）。如果非违约方违反此义务，只是发生非违约方不得就扩大的损失要求赔偿的法律后果，而没有损害赔偿责任的产生。第二，履行过程中债权人自身发生分立、合并或者变更住所等重大事项致使履行债务发生困难时的通知义务（《民法典》第529条）。债权人怠于履行此义务时，债务人不能请求其承担违约责任，但可以中止履行或者将标的物提存。对于由此造成的损失，债权人应当自行承担。

2. 先合同义务与后合同义务

依据诚实信用原则，在合同法中还会发生先合同义务及后合同义

务，在此一并介绍。

在合同订立过程中，尽管合同尚未成立，但缔约双方已经从单纯的负有不得侵害他人义务的一般人进入了一种比较密切的社会关系，其相互之间已经存在一定的信赖关系，因此合同法依据诚实信用原则对缔约双方规定了一定的先合同义务。违反这些义务并造成对方信赖利益损失的，应当承担缔约过失责任。《民法典》第500条对缔约过失责任进行了规定，并明确缔约过失责任的承担以违反诚信原则为前提，从而依诚信原则确立了先合同义务。

在合同权利义务关系终止后，原合同当事人仍然负有一定义务，以维护给付效果，或协助相对人处理合同终止后的善后事务。此即学理上所言的后合同义务。此义务在其他国家至今还只是法院在裁判中所创设的规则，立法上还没有哪一个法典直接规定。我国《合同法》则第一次将其直接规定为立法上的规则。《合同法》第92条规定，合同的权利义务终止后，当事人应当遵循诚实信用原则，根据交易习惯履行通知、协助、保密等义务。《民法典》第558条进一步明确为：“债权债务终止后，当事人应当遵循诚信等原则，根据交易习惯履行通知、协助、保密、旧物回收等义务。”例如，甲与乙公司之间的劳动合同解除后，对于寄到乙公司的甲的私人信函，乙公司仍然负有合理的保管并通知甲来领取的义务；对于前来查询其去向的人员，除非甲有明确交代，否则乙公司应当告知；而甲对于其在乙公司工作期间因工作而知悉的技术秘密等也应当负有保密义务。

在违反后合同义务造成他人损害的情况下，有学者认为应当承担违约责任。但我们认为，一方面，后合同义务发生于合同终止之后，原合同当事人之间已经不再存在合同这一紧密的关系，因此其不属于合同义务，对之的违反不宜认为构成违约行为；另一方面，违反后合同义务所造成的损失，只能是维持利益的损失而非预期利益的损失，因此即便适用违约责任也不能加以补救。我国法律仅对原合同当事人赋予了后合同义务并就该义务的内容进行了规定，但未规定其责任后果。此种情况下应当按照《民法通则》第106条第2款关于侵权责任的一般条款的规定，来判断责任是否构成。由于原合同当事人负有后合同义务这种法定义务，在其违反法定义务的情况下自然能够推定其存在过错，此时应当承担侵权责任。

先合同义务和后合同义务的存在，不以合同主给付义务的存在为前提，因此它们不属于附随义务。这些义务发生时，合同或者尚未成立，或者已经终止，因此不能认为这些义务属于合同义务的一部分。但是，考虑到这些义务与合同之间的密切关系，《民法典》合同编也对之进行了规定，因此，这些义务可以称为合同法上的义务。

三、绿色履行原则

本条第3款系《民法典》立法中较之于《合同法》第60条新增的内容。《民法总则》第9条将绿色原则纳入民法基本原则，强调“民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护生态环境”。在起草过程中，绿色原则在《民法总则》中的位置几经变化，在《民法总则（草案）》（三审稿）中本条曾经被移出基本原则一章，而被置于“民事权利”章作为权利行使的一般规则来规定。但最终，绿色原则还是被作为民法的基本原则规定下来。之所以做这一规定，既是贯彻宪法关于保护环境的要求，也是为了落实党中央关于建设生态文明实现可持续发展理念的要求。将环境资源保护上升至民法基本原则的地位，具有鲜明的时代特征，也为环境资源保护开启了民法上的通道，有利于构建生态时代下人与自然的新型关系，顺应绿色立法潮流。绿色原则被确定为民法的基本原则，其意义在于：一是确立国家立法规范民事活动的基本导向，即要以节约资源、保护生态环境作为重要的考量因素；二是要求民事主体本着有利于节约资源、保护生态环境的理念从事民事活动，树立可持续发展的观念；三是司法机关在审判民事案件，适用民事法律规定时，要加强对节约资源、保护生态环境的民事法律行为的保护。^[10]

为了落实这一民法基本原则，在相关立法中，针对实践中快递行业过度包装、资源浪费的问题，《电子商务法》第52条第3款对于快递物流提供者提出了“按照规定使用环保包装材料，实现包装材料的减量化和再利用”的要求。

在民法典分则编纂中，更应当体现《民法总则》作为基本原则的绿色原则的要求，仅就合同编而言，在本条第3款，对于合同履行则提出了“当事人在履行合同过程中，应当避免浪费资源、污染环境和破坏生态”的要求。在后合同义务中，《民法典》第558条较之于《合同法》也增加了“旧物回收”的义务类型。在买卖合同中，《民法典》第625条也明确规定：“依照法律、行政法规的规定或者按照当事人的约定，标的物在有效使用年限届满后应予回收的，出卖人负有自行或者委托第三人对标物予以回收的义务。”这就突破了传统民法中出卖人按照约定交付标的物、转移所有权后就完全消灭了债务的做法，科加了出卖人法律、行政法规特别规定或者当事人特别约定的情况下的旧物回收义务。

既然本条第3款将绿色履行规定为合同履行的基本原则，那就意味着，在合同履行过程中，在当事人没有特别约定而且法律没有明确的补充性规定的情况下，在具体权利义务的安排上，当事人应当遵循绿色履行的要求，避免浪费资源、污染环境和破坏生态。尤其是在涉

及包装方式、包装材料等内容时，当事人应当尽量顾及环保要求和资源回收利用的要求。在成本差别不大的情况下，在包装材料的选择上，应当尽量使用可再生产品；在包装方式上，要避免过度包装；对于履行合同过程中产生的垃圾、废料，即便没有特别约定或者法律特别规定，当事人也应当予以回收或者清理，由此产生的费用，在没有特别约定的情况下，应当由履行债务的一方承担。

需要注意的是，与《民法总则》对绿色原则“应当有利于”的表述一样，本款对绿色履行原则的表述使用了“应当避免”的表述，在具体义务内容上“浪费资源、污染环境和破坏生态”也与绿色原则“节约资源、保护生态环境”基本上形成了对应关系。这种表述与本条前两款“应当”的强硬要求显然存在一定区别，在解释上具有一定空间。换言之，在避免浪费资源、污染环境和破坏生态与由此增加的成本上应当作出合理的平衡。法官在适用绿色履行原则确定当事人相关义务时，应当合理考虑经济社会发展水平，避免因此显著增加当事人的成本或者造成当事人权利义务明显失衡。

第五百一十条

合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同相关条款或者交易习惯确定。

本条主旨

本条是对按照当事人的意思补充合同漏洞规则的规定。

相关条文

《合同法》第61条 合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。

《合同法司法解释二》第7条 下列情形，不违反法律、行政法规强制性规定的，人民法院可以认定为合同法所称“交易习惯”：

（一）在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用并为交易对方订立合同时所知道或者应当知道的做法；

（二）当事人双方经常使用的习惯做法。

对于交易习惯，由提出主张的一方当事人承担举证责任。

理解与适用

一、合同漏洞的内涵

全面履行原则要求当事人按照合同约定全面履行自己的债务。但问题在于，在订立合同的过程中，由于社会生活的变动不居，加之受制于当事人的经验、预见能力乃至法律知识的限制，当事人很难对未来合同履行过程中可能遇到的问题进行详尽无遗漏的判断，从而在约定权利义务时，难免存在一定的欠缺。从交易便捷、节约交易成本的角度出发，也没有必要要求当事人对于将来合同中可能出现的情形以及各种情形下的权利义务事无巨细地作出约定。这就需要通过合同漏洞补充规则对合同约定中的不足加以补充和完善。

依据本条，所谓合同漏洞是指对于已经生效的合同，当事人对其非主要条款没有约定或约定不明的情形。申言之：首先，合同漏洞以合同生效为前提。所谓合同生效，自然以合同的成立和有效为前提。进行合同漏洞补充，目的是全面履行合同。如果合同并未成立，所谓“皮之不存，毛将焉附”，显然没有进行合同漏洞补充的必要。如果合同无效、被撤销或者不生效，则并不发生履行的效力，也没有必要填补合同漏洞、确定合同权利义务。

其次，所谓合同漏洞应当是合同中非主要条款的欠缺或者约定不明。合同漏洞补充以合同的成立为前提。合同条款依其对合同成立的意义，有主要条款和非主要条款之分。所谓主要条款，也称必要条款、必备条款，是指合同必须具备的条款，缺少这些条款，合同不能成立。此外的条款即非主要条款。不同的合同其类型不同、当事人的缔约目的不同，合同成立所需要的主要条款是不同的。根据合同自由原则，当事人可以自由订立合同，除订立各种法定类型的合同（即有名合同）以外，还可以订立各种无名合同。因此，在法律所列举的各有名合同以外，还存在大量的无名合同。这样，法律就不可能一一列举所有各类合同并规定其主要条款，只能根据当事人的缔约目的以及合同的性质来具体判断合同成立所需要的主要条款。如果欠缺主要条款，则合同不能成立。即便事后当事人对欠缺的主要条款达成了补充协议，也应当以补充协议达成的时间为合同成立时间。在补充协议达成前，合同因欠缺主要条款而不成立，自然谈不上漏洞补充的问题。本条明确将漏洞限于“质量、价款或者报酬、履行地点等内容”，其目

的就在于指明这些内容系合同的非主要条款。当然，这些条款只是通常情况下属于非主要条款，在特定情况下也可能成为主要条款，但可以作为漏洞补充的条款必须是非主要条款。

最后，合同漏洞包括了非主要条款的欠缺以及非主要条款的约定不明。所谓欠缺，即合同中对于某些非主要条款没有约定，换言之当事人在缔约时完全忽略了该事项，或者寄望于相关漏洞补充规则而未予约定。所谓约定不明，是指对于非主要条款虽然有约定但含糊其辞、无法通过合同解释来确定其意旨，或者虽然有约定但前后矛盾。需要注意的是，如果当事人在合同中，对某一条款具体内容虽然没有确定，但是约定了将来可以确定的方法，这种情况下，不能认为构成合同漏洞。例如，当时虽然没有约定标的物的价格，但是明确约定以履行期前10个工作日郑州期货交易所该类商品平均价格来确定，这一价格条款显然是确定的，不能说合同价格上存在漏洞。

二、协议补充

依据本条，在当事人没有约定或约定不明的情况下，首先应当由当事人通过补充协议来对之加以明确。这是因为，合同本质上是当事人的合意，是当事人依据其自由意志来设定、变更或终止彼此之间的权利义务关系。尽管法律也设定了相应的补充性规定，但基于私法自治原则，合同中当事人的约定应当优先适用，在合同存在漏洞的情况下，应当首先由当事人自行通过合意补充。

如前面所指出的，合同漏洞的填补以合同的成立和有效为前提。因此，在进行合同漏洞填补之前，首先要确定的是合同的成立。这就是说，当事人是否已经对合同的主要条款达成了合意。如果对合同的主要条款尚未达成合意，这种情况下即便当事人对合同主要条款又进行了补充协议，这一补充协议也并不是本条所称的协议补充，而仍然是合同的订立。在判断当事人对合同主要条款是否达成合意时，不仅要看合同书、信件、数据电文等书面形式的记载，也要考虑合同在法律、行政法规没有特别规定且当事人没有特别约定的情况下，也可以以口头的形式订立，尤其需要注意的是，意思表示还可以以行为方式作出。

强调合同漏洞填补以合同成立为前提，并不是说只要当事人就合同主要条款达成合意就必然意味着合同成立。《合同法司法解释二》第1条规定：“当事人对合同是否成立存在争议，人民法院能够确定当事人名称或者姓名、标的和数量的，一般应当认定合同成立。但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。对合同欠缺的前款规定以外的其他内容，当事人达不成协议的，人民法院依照合同法第六十一条、

第六十二条、第一百二十五条等有关规定予以确定。”这就是说，只要当事人对合同的主要条款达成合意，就应当认定合同成立。但问题在于：一方面，该条将合同主要条款限于当事人名称或者姓名、标的和数量，这一做法可能过于狭窄。以价格条款为例，虽然《民法典》第511条规定了价格条款的漏洞补充规则，从理论上讲，在欠缺价格条款的情况下，可以据此补充合同漏洞。但问题在于，在双方当事人都是商人的情况下，如此处理并无不妥；而在一方当事人是普通自然人，尤其是双方是经营者与消费者的情况下，很难想象在双方当事人没有对价格达成合意的情况下，能够成立合同。换言之，某一条款是否是合同主要条款，还是应当根据合同的具体类型、缔约目的等来确定。另一方面，即便双方对于合同主要条款达成一致，也要考虑双方当事人具体的缔约意图来判断，当事人对某一非主要条款尚未达成合意是否就必然意味着合同成立。《瑞士债务法》第2条规定：当事人对于主要条款意思表示一致，但对于非主要条款，未经表示意思者，应推定契约具有拘束力。这就允许一方当事人通过举证证明该没有约定的非主要条款十分重要，足以影响合同的拘束力，从而否定合同的成立。^[11]这种做法是值得借鉴的。

在确认合同已经成立之后，就需要进一步确认合同是否存在漏洞，换言之，当事人在合同中是否对某些非主要条款存在没有约定或者约定不明的情形。在这一过程中，主要是依据合同解释规则对当事人之间的约定的内容加以确认和厘清，从而判断当时是否对某一条款没有约定，或者某一条款的约定是否不明。例如，合同中的个别条款看似约定不明，但完全可以结合合同整体、当事人的缔约目的等内容确定其内涵，这种情况下就不能认为存在很多漏洞。

由当事人达成的补充协议，可以是书面的，也可以是口头的，但补充协议对于合同漏洞的填补应当是全面的、明确的，否则，仍然不能解决合同条款的争议。补充协议也可能是通过双方当事人的行为来成立的。在合同书中虽然没有对某一条款进行约定，但是一方进行了履行，对方进行了受领并且没有提出异议的情况下，通常可以考虑当事人以行为就相关条款达成了合意。例如，在租赁合同到期后，承租人向出租人交付了3个月的租金，出租人受领了该租金，这种情况下应当认为双方当事人就续租期限为3个月达成了合意。

三、根据合同相关条款补充

依据本条后句，在不能达成补充协议的情况下，应当按照合同相关条款来确定合同中遗漏或者不明确的非必要条款。

所谓按照合同相关条款确定，也就是指要将合同视为一个整体，

依据合同目的和合同性质，对合同进行整体解释从而探求当事人的意思。可见，与本条前句规定的当事人直接进行协议补充不同，通过探求当事人意思进行合同漏洞补充，实际上是在当事人无法达成补充协议的情况下，由法官或者仲裁员根据合同的相关条款来推断当事人的意思。既然是对当事人意思的探求，这就需要适用意思表示的解释规则来探求当事人的真实意思。

通过探求当事人的意思来进行合同漏洞补充，在《合同法》第61条中，只是泛泛地强调按照合同有关条款来补充合同。但是对于相关条款具体含义的确定，尤其是在此基础上对于当事人真实意图的判断，还是要综合运用各种合同的解释方法来进行，而不能仅仅局限于相关条款的字面含义。《合同法》第125条对合同解释的规则进行了规定。《民法典》则把合同解释的规则纳入总则中，在第142条规定了意思表示的解释规则。该条第1款对有相对人的意思表示解释规则进行了规定，这一规定基本上沿用了《合同法》第125条的表述，要求“按照所使用的词句，结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则，确定意思表示的含义”。这就是说对于意思表示的解释首先要按照所使用的词句进行文义解释。在文义解释的过程中，语句的使用应当按照通常的理解来进行。考虑到语言字句本身的不精确性，对于合同的解释不能仅仅依据词句本身，还要结合合同的相关条款对合同进行总体解释，尤其是要依据行为的性质和目的来确定当事人的真实意思所在。

在《民法典·合同编》（草案）征求意见过程中，有学者主张将本条表述为“不能达成补充协议，且按照《民法总则》第142条不能确定的”，这就是说，通过引致性规范援引《民法典》第142条来推断当事人的意思，这一意见得到了立法者的重视，在2019年12月公开征求意见的版本中，本条后句被调整为“不能达成补充协议的，按照合同有关条款、合同性质、合同目的或者交易习惯确定”。这一表述较之于《合同法》第61条显然更为全面，但其问题在于，这一规定与《民法典》第142条的内容之间存在一定的重复，该规定与第142条在适用范围、解释方法上究竟如何适用、如何衔接，反而容易在适用中发生不必要的困惑。并且与《民法典》第511条中所规定的一些解释因素存在重复，无法确定规范适用的先后顺序。最终的文本中改为了目前的表述。这就是说，在出现合同漏洞，按照相关条款进行补充时，对于相关条款的理解，应当按照法律行为解释的方法来进行。

四、根据交易习惯补充

所谓习惯，是指在一定地域、行业范围内，长期为一般人所确信并普遍遵守的民间习惯或者商业惯例。交易习惯则是指在某时某地某

一行业或者某一类交易关系中，为人们所普遍采纳的惯常做法，或者特定当事人之间既往交易中的惯常做法。我国《合同法》中大量规定了交易习惯可以作为填补合同漏洞、解释合同的依据。从我国《合同法》的规定来看，交易习惯的适用是比较广泛的，主要包括以下几个方面：第一，承诺方式可以根据交易习惯确定。原则上承诺应当以通知的方式作出，但根据交易习惯或者要约的要求也可以通过行为作出承诺。此种情况下，承诺生效时间为根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时。第二，合同成立时间可以通过交易习惯确定。例如，客运合同自承运人向旅客交付客票时成立，但当事人另有约定或者另有交易习惯的除外。实践中，依据交易习惯，乘坐公交车、地铁、出租车等，都不适用交付客票成立合同的一般规则。第三，交易习惯是合同漏洞补充的重要手段。合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。第四，从给付义务可以通过交易习惯确定。例如，买卖合同中，出卖人应当按照约定或者交易习惯向买受人交付提取标的物单证以外的有关单证和资料。保管合同中，寄存人向保管人交付保管物的，保管人应当给付保管凭证，但另有交易习惯的除外。第五，附随义务可以根据交易习惯确定。在合同履行中，当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等附随义务。第六，交易习惯解释是合同解释的重要方式。当事人对合同条款的理解有争议的，应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则，确定该条款的真实意思。第七，交易习惯是后合同义务的重要来源。合同的权利义务终止后，当事人应当遵循诚实信用原则，根据交易习惯履行通知、协助、保密等后合同义务。《物权法》对习惯的适用也有规定。《民法典》基本沿用了《合同法》《物权法》的上述规定，尤其是《民法典》总则编第10条明确规定：“处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。”这就将习惯上升到了法源的地位。在法律没有规定的情况下，可以适用不违背公序良俗的习惯作为依据来处理民事纠纷。

在商事领域和民间生活中，不少行业、领域在交易中往往会形成一定的交易习惯。在双方当事人都知悉某种交易习惯而对该习惯所确定的权利义务没有另行明确约定的情况下，一般可以推断当事人愿意将之纳入合同之中。因此，应当按照该习惯来补充当事人的约定。本条沿用了《合同法》第61条的规定，允许适用交易习惯填补合同漏洞。

《合同法司法解释二》第7条对交易习惯的适用作出了规定：“下

列情形，不违反法律、行政法规强制性规定的，人民法院可以认定为合同法所称‘交易习惯’：（一）在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用并为交易对方订立合同时所知道或者应当知道的做法；（二）当事人双方经常使用的习惯做法。对于交易习惯，由提出主张的一方当事人承担举证责任。”申言之，使用交易习惯进行合同漏洞补充应当注意以下问题。

1.关于交易习惯的识别

从司法解释该条规定来看，交易习惯的内涵包括了两个方面：一是通常意义上或者说一般的交易习惯，即在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用并为交易对方订立合同时所知道或者应当知道的做法。申言之，其一是地域习惯，即交易行为发生当地的交易习惯，在一些地方的社会生活中，对于某一类交易，可能存在对特定的习惯。在双方均处于该地域时，有地域习惯适用的空间。其二是行业习惯。我国过去长期对各种行业实行分行业管理。尽管随着政府管理体制改革的深入，各行业管理部门已经不再列入政府机关序列，但由其转化而成的行业协会仍然在发挥一定作用。这些行业协会主持制订的一些交易规则虽然大多不再具有法律的强制力，但仍然被该行业从业者广泛采纳。这些规则的内容实际上是以行业交易习惯的形式在社会生活中存在着。尤其在双方均为该行业经营者的情况下，往往会适用这些习惯。其三是领域习惯，这类习惯超越了既有国民经济行业管理的范畴，而是在社会生活或者交易实践的某一领域中由相关经营者发起形成了一些惯常做法。与行业习惯不同，这类习惯民间色彩更为明显，多发生在近年来互联网、快递等一些新兴产业的交易实践当中。

需要注意的是，我国奉行多层次的立法体制。《立法法》规定了法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章等法的渊源。实践中，各级政府及其主管部门在此之外还有大量的规范性文件。对于法律、行政法规以及最高人民法院的司法解释可以作为民法的渊源并无争议。但是对于地方性法规、自治条例和单行条例、规章乃至其他规范性文件，虽然都是国家机关依据宪法和法律的授权而制定的规范性文件，属于我国法的重要渊源，但其是否属于合同法的渊源，值得讨论。一方面，从立法权限上讲，合同制度属于民事基本制度的范畴，只能由法律规定。行政法规也可以在授权范围内对相关事项进行规定。而地方性法规、规章则无此权限。另一方面，合同是交易的法律形式，合同法是交易的基本规则。我国奉行社会主义市场经济体制，市场经济要求规则的统一，这就客观上要求在全国乃至世界范围内统一交易规则。从这一角度上讲，也不能允许地方人大或者政

府制定合同法规规范。因此，笔者认为，这些规范性文件并不属于合同法的渊源，人民法院也不能直接以之为依据作出裁判，但是这并不意味着这些规范性文件在合同法中就没有意义。部委规章以及部委制定的其他规范性文件在本部门主管领域内被广泛适用，故而其可能构成行业习惯，地方性法规和地方政府规章在本行政区域内被广泛适用，故而其可能构成地域习惯，在合同漏洞填补或者合同解释中有其适用的空间。例如，为了规范商品房销售行为，保障商品房交易双方当事人的合法权益，原建设部制定了部委规章《商品房销售管理办法》。由于商品房开发企业的商品房销售行为依法由建设部主管，因此，全国范围内的商品房销售行为必然要依据该办法来进行，从而使得一些涉及当事人合同权利义务的内容构成了行业习惯。事实上，最高人民法院相关司法解释中也大量借鉴了该办法的相关规定。再如，《建筑施工企业项目经理资质管理办法》虽然只是建设部相关司局下发的规范性文件，但是其对项目经理的代理权限的规定，也为建设施工合同交易普遍奉行，从而形成交易习惯。司法实践中也多承认项目经理在工程项目施工管理过程中对外进行的行为构成职务代理。

二是当事人双方经常使用的习惯做法。这类习惯即英美法中被称为系列交易（course of dealing）。严格地讲，这一类习惯被纳入交易习惯，是司法解释所进行的扩张解释。与通常所言的交易习惯不同，此类习惯实际上是特定当事人之间的惯常做法。但在没有明确约定的情况下，通常应当理解为当事人还会继续沿用过去的做法。故而在合同漏洞补充上与交易习惯一样，系列交易能够为法官提供探求当事人合意的依据。故而司法解释的这种做法有其法理上的基础。但显然，这一类交易习惯是不能作为法源来对待的。

2.关于相对人的主观状态

适用交易习惯补充合同漏洞，本质上是对当事人真实意思的推断。就合同当事人而言，如果双方都知道某一交易习惯的存在，这就意味着当事人对该交易习惯将适用于本次交易是有心理预期的。如果一方不愿意适用该交易习惯，其应当主张在合同中作出另行的约定，从而排除交易习惯的适用。在没有作出相反约定的情况下，就可以合理推断当事人意欲将该交易习惯适用于本合同。因此，对于一般的交易习惯，虽然其存在于交易行为当地或者某一领域、某一行业，但是只有双方当事人皆知悉该交易习惯的存在，在没有相反约定的情况下，才可以推断当事人在该交易中愿意适用该习惯确定双方在该合同中的权利义务，从而才能够适用该交易习惯来填补合同漏洞。

问题在于，司法解释将相对人应当知道该交易习惯的情形也纳入进可以适用一般的交易习惯补充合同漏洞的情形，这种做法是否妥

当，值得讨论。我国法律在概念运用上严格区分了“知道”和“应当知道”^[12]，所谓知道，就是当事人客观上知道某一事实。所谓应当知道，就是指当事人对于某一事实并不知晓，但对其不知，当事人存在过错。笔者认为，双方当事人对于交易习惯的明知，构成了交易习惯用来填补合同漏洞的正当性基础。如果该习惯仅由一方当事人所熟知，而另外一方当事人对此并不知道，无论其有无过错，显然其不可能设想在订立和履行合同过程中去适用该习惯。这种情况下即便当事人对其不知存在过错，如果以该习惯来填补合同漏洞，这种做法也缺乏正当性基础，侵害了一方当事人的契约自由。尤其是在一方当事人是经营者，另一方当事人消费者的情况下，更是很难想象消费者负有如此高的注意义务。当然在实践中，对于对方当事人的明知的举证也可能是通过证明对方应当知道来实现的，但是这种举证的证明难度显然是远远高于单纯地举证证明对方应当知道的。在实体法上明确规定为明知，显然更有利于保护契约自由，也更符合规定合同漏洞补充规则的初衷。

当事人双方经常使用的习惯做法存在于特定的合同当事人双方之间。存在长期合作的特定合同当事人之间，存在在交易中适用既往习惯做法的心理预期。在其没有另行约定加以排除的情况下，可以合理推断当事人存在继续适用该习惯的意图，从而可以适用该习惯填补合同漏洞。对于当事人双方经常适用的习惯做法，不言而喻当事人是明知的，故而司法解释对此时当事人的主观状态未予提及。

此外，对于当事人主观状态的要求也契合了交易习惯的时间性，显然交易习惯用于补充合同漏洞，只能以合同发生纠纷时存在的习惯为依据，而不能以过去的或者已经过时的习惯为依据。

3.关于交易习惯的举证责任

对于交易习惯，司法解释规定由提出主张的一方当事人承担举证责任。这一规定符合“谁主张，谁举证”的证明责任分配原理。这一举证的内容，就一般的交易习惯而言，其不仅要证明在该债法在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用，更要就交易对方订立合同时明知该习惯进行举证；就当事人双方经常适用的习惯做法而言，其应当对此前双方曾在类似的交易或者类似的事项上的经常适用该做法加以举证。

4.交易习惯的合法性

交易习惯的适用，以其不违反法律行政法规的强制性规定、不违背公序良俗为前提。适用交易习惯进行合同漏洞补充，其目的是填补

合同漏洞，弥补当事人之间约定的不足。我国民法奉行私法自治的原则，允许当事人对其权利义务关系进行自由约定，但这种自由并不是没有限制的。对于具有违法性的合同，如果任其履行，则将侵害法律体系所建构和保护的整体法秩序，因此法律唯有将之宣告无效。这种限制，直接表现为法律、行政法规的强制性规定，当然这种强制性规定是指效力性规范。法律、行政法规作出这种规定，其目的就在于维护社会公共利益和社会公共道德。

鉴于对合同无效事由的规定将限制当事人私法自治的范围，并产生相应的法律责任，我国法律对合同无效事由进行了严格限制，以充分尊重当事人的合同自由，维护合同的效力，鼓励交易。法律、行政法规对合同内容和形式的强制性规定未必能够囊括所有的侵害社会公共利益、公序良俗的合同类型，因此法律将公序良俗这一抽象概念引入合同无效的判断事由之中。对于合同内容违背公序良俗的，即使其内容并未违反法律行政法规的强制性规定，也应认定无效。《民法典》第153条规定无效民事法律行为的情形时，有意调整了《合同法》第52条对合同无效事由规定的顺序，将违背公序良俗置于违反法律行政法规的强制性规定之后，其目的就是要突出违背公序良俗对于民事法律行为无效判断的基础性意义，以及违背公序良俗的情形作为合同无效事由的兜底条款性质。

即便当事人明确作出了约定，该约定也会因为违反法律行政法规的强制性规定或者违背公序良俗而无效。在适用交易习惯推断当事人的意思、对合同漏洞进行补充时，自然更应当如此。所以，在交易习惯违反法律行政法规的强制性规定或者违背公序良俗的情况下，当然不能适用该交易习惯填补合同漏洞。实践中，在一些新兴领域例如电子商务领域，在市场秩序尚不规范的情况下，往往可能形成一些严重损害消费者权益的交易习惯，此外对于个别行业主管部门以及一些过去的行业主管部门转换而成的行业协会主导之下形成的一些交易习惯，受传统过分注重行业发展、轻视消费者权益保护的旧思维的影响，也可能形成一些不合理的免除或者限制经营者一方责任、加重消费者责任、限制消费者主要权利的交易习惯。在进行合同漏洞补充时，应当注意对这类交易习惯的合法性审查。

五、关于第510条后句适用的顺序

第510条后句在表述时，虽然将按照合同相关条款和适用交易习惯填补合同以并列的方式加以规定，但在行文先后上是将适用合同相关条款置于前面，在适用交易习惯之前使用了“或者”一词。这一表述并非无意之举。在进行合同漏洞补充时，也应当先对合同进行解释以确定当事人的意思；仍然无法确定的情况下，才有交易习惯的适用。

因为合同相关条款是当事人的合意，如果能结合合同性质、合同目的从中推导出合同中欠缺或者不明的条款，其结果可以说就是当事人的合意，只是没有直接表述清楚而已。而适用交易习惯填补合同，本质上是对当事人意思的推断，虽然有其正当性，但毕竟与当事人的合意隔了一层。从尊重私法自治的角度来看，也应当先按照合同相关条款、合同性质、合同目的填补合同，而后才能以交易习惯填补合同。

第五百一十一条

当事人就有关内容约定不明确，依据前条规定仍不能确定的，适用下列规定：

（一）质量要求不明确的，按照强制性国家标准履行；没有强制性国家标准的，按照推荐性国家标准履行；没有推荐性国家标准的，按照行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。

（二）价款或者报酬不明确的，按照订立合同时履行地的市场价格履行；依法应当执行政府定价或者政府指导价的，依照规定履行。

（三）履行地点不明确，给付货币的，在接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行。

（四）履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时请求履行，但是应当给对方必要的准备时间。

（五）履行方式不明确的，按照有利于实现合同目的的方式履行。

（六）履行费用的负担不明确的，由履行义务一方负担；因债权人原因增加的履行费用，由债权人负担。

本条主旨

本条是法定合同漏洞补充规则的一般性规定。

相关条文

《合同法》第62条 当事人就有关内容约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，适用下列规定：

（一）质量要求不明确的，按照国家标准、行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。

（二）价款或者报酬不明确的，按照订立合同时履行地的市场价格履行；依法应当执行政府定价或者政府指导价的，按照规定履行。

（三）履行地点不明确，给付货币的，在接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行。

（四）履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间。

（五）履行方式不明确的，按照有利于实现合同目的的方式履行。

（六）履行费用的负担不明确的，由履行义务一方负担。

理解与适用

一、填补合同漏洞时的顺序

本条第1款强调，当事人就有关内容约定不明确，依据第510条的规定仍不能确定的，方可适用本条对于法定合同漏洞补充规则的规定。这就明确界定了本条规定的任意性规范性质。对于第510条三种漏洞填补方式的适用顺序，在前条的释义中已有介绍。关于本条第1款，其含义十分明晰。在此需要讨论的是交易习惯与包括本条规范在内的各任意性规范的适用先后顺序问题。

《民法典》第10条规定：“处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。”显然在规范适用的先后顺序上，应当首先依据法律的规定来处理。这里所言的法律是广义的法，即各种具有法的拘束力的规范性文件，包括了法律解释、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章等。在法律没有规定的情况下，才可以适用习惯。而第511条则规定，当事人就有关内容约定不明确，依据第510条规定仍不能确定的，方可适用法律的相关补充性规定。在《民法典》合同编对于各类典型合同的

规定中，也屡屡提及在出现合同漏洞时，首先应当依据第510条的规定进行漏洞补充，依据第510条规定仍不能确定的，才能依据各类有名合同中的任意性规范来填补合同漏洞。这就是说，在出现合同漏洞的情况下，应当首先依据第510条的规定，对合同进行漏洞补充，包括适用交易习惯来填补合同漏洞；实在不行的情况下，才能使用法律的任意性规范。

应当指出的是，《民法典》第10条和第511条看似矛盾，但实际上并不存在规范冲突。在《民法总则》立法过程中，《民法典》第10条“处理民事纠纷”的表述一度曾表述为“处理民事关系”，但最终采用了目前的表述。之所以如此，就是因为《民法典》第10条的规定“旨在为人民法院、仲裁机构等在处理民事纠纷时提供法律适用规则。至于民事主体之间处理民事法律关系，基于意思自治的原则，当时有很大的自主权，且民法规定很多为任意性规定，法律并未强制要求当事人适用”^[13]。换言之，法律规定任意性规范的目的在于填补当事人的意思，因此，第510条作为确定或者推断当事人意思的规则，其当然优先于任意性规范而适用。在进行合同漏洞补充时，虽然也是人民法院、仲裁机构来进行，但是其本质上是对当事人意思的判断，自然应当适用第510条。

二、关于质量的法定补充规则

（一）质量条款法定补充规则的内容

质量通常是对合同标的物的要求，但也可以适用于标的为劳务的合同。在标的物为种类物或一般性的服务的情况下，约定质量条款才可以将合同标的具体化和特定化。在有偿合同中，标的的质量的高低也是决定合同对价大小的重要因素。在给付内容确定后，无论是物的交付，还是劳务的提供，都涉及质量要求的问题。合同对于质量条款约定不明、在依据第510条仍然不能确定的，应当适用下列规则加以补充。

1. 优先适用强制性国家标准

标准（含标准样品），是指农业、工业、服务业以及社会事业等领域需要统一的技术要求；是根据当前科学技术成果和实践经验，通过权威形式规定的衡量某种技术规范的标志和准则。^[14]我国《标准化法》于1988年12月制定通过。2017年进行了一次较大修改。我国法律要求对工业产品、重要农产品的品种、规格、质量、等级，生产、检验、包装、储存、运输、使用的方法及其生产、储存、运输过程中的安全、卫生等内容；有关环境保护的各项技术要求和检验方

法，建设工程的勘察、设计、施工、验收的技术要求和方法等方面需要统一的技术要求都要求制订标准。

按照现行《标准化法》的规定，标准包括国家标准、行业标准、地方标准和团体标准、企业标准。国家标准分为强制性标准、推荐性标准，行业标准、地方标准是推荐性标准。强制性标准必须执行。国家鼓励采用推荐性标准。

按照现行《标准化法》的要求，对保障人身健康和生命财产安全、国家安全、生态环境安全以及满足经济社会管理基本需要的技术要求，应当制定强制性国家标准。强制性国家标准由国务院有关行政主管部门依据职责负责其项目提出、组织起草、征求意见和技术审查。国务院标准化行政主管部门负责强制性国家标准的立项、编号和对外通报。省、自治区、直辖市人民政府标准化行政主管部门可以向国务院标准化行政主管部门提出强制性国家标准的立项建议，由国务院标准化行政主管部门会同国务院有关行政主管部门决定。社会团体、企业事业组织以及公民可以向国务院标准化行政主管部门提出强制性国家标准的立项建议，国务院标准化行政主管部门认为需要立项的，会同国务院有关行政主管部门决定。强制性国家标准由国务院批准发布或者授权批准发布。

强制性标准是为了保障人身健康和生命财产安全、国家安全、生态环境安全以及满足经济社会管理基本需要的技术要求，确立的是相关领域各类商品和服务的最低标准，任何产品或者服务，其质量都应当不能低于强制性标准。因此《标准化法》第25条规定：“不符合强制性标准的产品、服务，不得生产、销售、进口或者提供。”第36条要求：“生产、销售、进口产品或者提供服务不符合强制性标准，或者企业生产的产品、提供的服务不符合其公开标准的技术要求的，依法承担民事责任。”

因为强制性国家标准具有强制性，必须执行，所以本条规定，在当事人对于质量要求不明确的情况下，当时应当首先按照强制性国家标准来履行。

2.推荐性国家标准的适用

国家标准包括强制性国家标准和推荐性国家标准。对满足基础通用、与强制性国家标准配套、对各有关行业起引领作用等需要的技术要求，可以制定推荐性国家标准。推荐性国家标准由国务院标准化行政主管部门制定。推荐性国家标准的技术要求不得低于强制性国家标准的相关技术要求。在没有强制性国家标准的情况下，本条要求按照

推荐性国家标准履行。

3.行业标准的适用

行业标准是对没有推荐性国家标准而又需要在全国某个行业范围内统一的技术要求，由国务院有关行政主管部门制定，并报国务院标准化行政主管部门备案的标准。同样，行业的技术要求不得低于强制性国家标准的相关技术要求。在没有推荐性国家标准的情况下，应当依据行业标准来确定合同的质量要求。

4.通常标准或者符合合同目的的特定标准的适用

对于没有国家标准、行业标准的，本条要求按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。所谓通常标准，是指在没有国家标准和行业标准的情况下，某一特定行业、领域、地域或者某一类合同通常适用的标准。在考虑通常标准的适用时，应当考虑价格与质量之间的关联关系，通常标准应当是同一价格的中等质量标准。在合同对于相关的商品或者服务有特殊要求的情况下，应当按照符合合同目的的特定标准来履行，例如为制作糕点而采购面粉，就应当考虑到这一合同目的对于面粉质量的特殊要求。

需要注意的是，现行《标准化法》在国家标准、行业标准之外，还规定了地方标准和团体标准、企业标准。所谓地方标准，是指为满足地方自然条件、风俗习惯等特殊技术要求，由省级人民政府的标准化行政主管部门，或者设区的市人民政府的标准化行政主管部门经省级政府标准化行政主管部门批准制定的标准。所谓团体标准，是指学会、协会、商会、联合会、产业技术联盟等社会团体协调相关市场主体共同制定的满足市场和创新需要，由本团体成员约定采用或者按照本团体的规定供社会自愿采用的标准。企业标准则是指企业根据需要自行或者联合其他企业共同制定的标准。无论是地方标准、团体标准还是企业标准，技术要求不能低于强制性国家标准的相关技术要求。国家鼓励社会团体、企业制定高于推荐性标准相关技术要求的团体标准、企业标准。在适用通常标准或者符合合同目的的特定标准时，应当根据给付内容或者合同目的、履行地等因素，考虑前述标准的适用。

（二）关于前述标准适用的探讨

对于质量标准如何确定，虽然在《民法典》合同编起草中存在争议，但历次草案文本都是基本上沿用了《合同法》第62条第1项的规定。只是结合《标准化法》的修订，将原先的“质量要求不明确的，

按照国家标准、行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行”进行了进一步的细化，具体确定为强制性国家标准、推荐性国家标准、行业标准以及通常标准或者符合合同目的的特定标准四个层次，且明确了按照四个层次逐一适用的次序。

一方面，任意性规范的内容应当尽量符合当事人的意思。法律规定任意性规范，目的在于当事人就相关合同的权利义务没有相反约定的情况下，自动订入合同，以填补当事人合意的不足，便利当事人订立合同。因此在设计任意性规范时，必须充分考虑具体的合同类型、合同目的，合理平衡当事人之间的利益关系，在此基础上才能合理地设定当事人之间的权利义务。就质量条款而言，质量是对一方当事人提供的商品或者服务品质的要求，也是据以决定对方当事人所支付对价或者说合同价款的重要因素。因此，在当事人对于合同的质量要求约定不明，且依据第510条的规定仍然不能确定的情况下，首先应当是依据合同性质以及合同目的来确定相应的质量标准。

故而，笔者认为，在设计关于质量的漏洞补充规范时，应当遵循特定标准优先于一般标准的原则，将符合合同目的的特定标准置于优先位置。在没有符合合同目的的特定标准的情况下，才应当依次适用通用标准、行业标准和国家推荐性标准。当然，无论是适用前述哪一标准，该标准对于质量的要求都不能低于强制性国家标准的相关技术要求。如果该标准技术要求低于强制性国家标准的相关技术要求，则不能再适用该标准，而应当适用强制性国家标准。

另一方面，任意性规范的设置应当契合我国市场经济发展的要求。作为工业化尚未完成的发展中国家，我国虽然近年来的发展有目共睹，但是毋庸讳言，在大多数领域，产品、服务质量仍然有待进一步提升。努力推动企业提升产品和服务质量，从而切实满足人民日益增长的美好生活需要，就需要在法律上努力引导乃至督促企业在强制性国家标准基础上主动提高采用更高的标准。

因此，如本条强调的，本条各项的适用以适用第510条仍然不能确定合同内容为前提。在标准的问题上，需要注意的是，《标准化法》第27条规定：“国家实行团体标准、企业标准自我声明公开和监督制度。企业应当公开其执行的强制性标准、推荐性标准、团体标准或者企业标准的编号和名称；企业执行自行制定的企业标准的，还应当公开产品、服务的功能指标和产品的性能指标。国家鼓励团体标准、企业标准通过标准信息公共服务平台向社会公开。企业应当按照标准组织生产经营活动，其生产的产品、提供的服务应当符合企业公开标准的技术要求。”依据该条，企业应当对其实际执行的各类标准

予以公开，在其执行企业标准的情况下，还应当对其产品、服务的功能指标和产品的性能指标予以公开。换言之，这种公开实际上构成了合同中提供商品或者服务的一方就其执行的标准的单方允诺，其应当按照自己公开的标准的标准的要求提供商品或服务。如果当事人在合同中对于质量有高于前述企业公开的标准的约定的，当然应当按照约定办理。但如果当事人对于质量的约定低于企业公开的标准，笔者认为除非提供商品或者服务的一方当事人向对方明确作出了提示或者从价格优惠等方面能够合理判断系当事人之间就此作出了特别约定，否则应当按照提供商品或者服务的一方单方允诺的标准来履行合同。当然，如果当事人没有对质量作出约定或者该约定不明确，则当然要依据第510条的规定，适用一方关于质量标准的单方允诺来补充合同漏洞，而不是直接轻率地适用本条第1项。

三、关于价款和报酬的法定补充规则

我国法律针对不同的合同义务的对价规定了不同的名称。价款是移转财产的合同中受领标的物一方应当支付的金钱，而报酬则是提供劳务的合同中受领劳务一方应当支付的金钱。价款和报酬条款适用于有偿合同中，无偿合同则没有这类条款。通常情况下，价款或者报酬条款并非合同的主要条款，不影响合同的成立。合同是交易的法律形式，故以有偿为原则，除赠与、借用等个别无偿合同之外，都涉及价款的问题。在价款不明确且依据第510条无法确定的情况下，本条第2项区分了市场定价以及执行政府指导价或者政府定价两种情况进行了规定。

（一）市场定价的情形

市场定价在《价格法》中也称为市场调节价。我国实行社会主义市场经济体制，强调要让市场在资源配置中发挥决定性作用，因此对于交易价格的确定，原则上应当通过市场来形成，即由经营者自主制定，通过市场竞争形成价格。

对于此种情形，价款或者报酬不明确的，应当按照订立合同时履行地的市场价格履行。这一规定主要是基于当事人缔约目的和公平原则的考虑，对价款或者报酬规定的客观判断标准。需要注意的是：首先，确定该价款或者报酬的时间点是合同订立时，而非合同履行时或者争议发生时。这是因为，合同订立时的价格是缔约时交易环境的一部分，一定程度上更能体现当事人缔约时的真实意思。其次，确定该价款或者报酬的空间点是合同的履行地。市场经济条件下，各地价格并不相同，以履行地来确定合同价款或者报酬，更能体现当事人缔约时的真实意图，保障当事人的利益均衡。最后，应当以市场价格为依

据来确定。这就确立了一个客观标准，体现了双方的利益平衡。至于在种类物买卖中是以批发价格为准还是零售价格为准，应当视合同的标的是单个转让还是批量买卖等具体情况而定，不宜一概而论之。

（二）应当执行政府定价或者政府指导价的情形

对于依法应当执行政府定价或者政府指导价的，依照规定履行。应当按照相应的规定来履行。这就是说，对于此类合同，即便当事人对价款进行了约定，但该约定应当遵从政府的定价或者在政府指导价所允许浮动的范围之内约定。即便当事人对之没有约定或者约定不明，在执行政府定价的情况下，当事人应当直接按照政府定价确定合同价格；在执行政府指导价时，当事人的补充约定或者根据交易习惯等确定的价格也不能超出指导价的浮动范围。关于依据政府定价以及政府指导价的具体问题，本书在第513条的相关介绍中一并讨论。

四、关于履行地点的法定补充规则

（一）履行地点的意义

履行地点也称清偿地，是指债务人履行其债务以及债权人接受履行的场所。履行地点的确定具有重要的法律意义，例如，补充合同价款或报酬时应当按照订立合同时履行地的市场价格确定，在买卖合同中确定风险转移的时间，确定合同纠纷的诉讼管辖等。而且，在何地履行往往涉及履行费用的问题，这对当事人的权利义务关系也有一定的影响。

履行地点的确定在法律上具有重要意义，具体体现在：第一，履行地点涉及运输等相关费用的负担问题，如本条第6项所言，在没有特别约定的情况下，履行费用应当由履行义务的一方负担。此外还可能涉及当事人前往履行地的时间、费用以及诸多不便等。因此，履行地点的确定对于当事人在合同中的权利义务安排有重要意义。第二，如本条第2项所言，补充合同价款或报酬时应当按照订立合同时履行地的市场价格确定。第三，既然履行地点的约定是合同的重要内容，债务人未在约定的履行地点进行履行行为，则将构成违约。债权人未到约定的履行地点进行受领，也会构成受领迟延，不仅要承担相应的违约责任，在买卖合同等合同中还可能承担因受领迟延导致的风险负担提前转移的后果。第四，在买卖合同等以转移标的物所有权为目的的合同中，原则上以交付作为所有权以及风险负担转移的时点。交付地点也就是履行地点。债务人将标的物按照约定或者法律规定置于交付地点，债权人违反约定没有收取的，标的物毁损灭失的风险自违反约定时由债权人承担（《民法典》第608条）。第五，依据我国《民

事诉讼法》，在民事诉讼中，因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖（第23条）；在不违反《民事诉讼法》对级别管辖和专属管辖的规定的的前提下，合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择合同履行地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖（第34条）；因合同纠纷或者其他财产权益纠纷，对在中华人民共和国领域内没有住所的被告提起的诉讼，如果合同在中华人民共和国领域内履行，可以由合同履行地人民法院管辖（第265条）。

（二）履行地点的漏洞补充规则

履行地点约定不明确，依据第510条的规定仍然不能确定的，则要依据本条第3项确定。本条第3项规定，“履行地点不明确，给付货币的，在接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行”，可见在履行地点的确定上，我国法律以往取债务为原则，即原则上在履行义务一方所在地履行。之所以如此，是因为考虑到尽量减轻债务人的负担。

在往取债务原则之外，对于金钱债务的履行或者说给付货币，则以接受货币的一方所在地为履行地。之所以如此，一方面，在通常情况下，履行交付标的物或者提供劳务的义务的一方，往往也是受领金钱的一方。如此规定，实际上可以使双务合同双方在同一履行地履行，从而在双务合同的履行中“一手交钱、一手交货”。另一方面，也是考虑到金钱传送过程中可能存在一定的风险，如此规定则将该风险交由债务人负担，债务人可以选择更为妥善的给付方式以规避风险。当然，对于特定金钱债务的履行方式，例如通过汇票的方式付款时，则要遵守法律的特别规定。例如，根据《票据法》第23条的规定，汇票上未记载付款地的，付款人的营业场所、住所或者经常居住地为付款地。

往取债务原则的另一个例外是不动产的交付。不动产的特点是不能移动，故其交付只能在不动产所在地进行，故本条第3项特别规定，交付标的物是不动产的情况下，合同的履行地点是不动产的所在地。与动产物权按照交付变动物权不同，不动产的物权变动，原则上以登记为条件，仅凭交付并不足以变动不动产物权。依据《民法典》第210条，不动产登记，由不动产所在地的登记机构办理。因此，在合同履行中涉及物权变动的，除交付不动产外，当事人还要到不动产所在地的登记机构申请办理登记。

五、关于履行期限的法定补充规则

履行期限是当事人履行其合同义务的时间。在有确定的履行期限的情况下，合同生效后履行期限届至前，债务人可以以履行期限尚未届至为由对债权人的履行请求进行抗辩。在双务合同中，除非法律另有规定或当事人另有约定，当事人双方应当同时履行。

履行期限约定不明确，依据第510条的规定仍然不能确定的，依据本条第4项，债务人可以随时履行，但其提出履行时，应当给债权人必要的进行受领准备的时间；债权人也可以随时要求履行，其履行请求中确定履行期限时也应给对方必要的履行准备时间。必要的准备时间的确定，应当根据交易习惯、给付类型、标的额等因素判断。

六、关于履行方式的法定补充规则

履行方式是指债务人履行其债务以及与此相对应的债权人受领给付的方法。履行方式一般由合同的性质和内容来决定，因此履行方式是多种多样的。例如在买卖合同中，出卖人是一次性完成交付还是分批交付标的物；是现实交付还是拟制交付；是债务人直接向债权人交付标的物还是通过邮寄、托运等方式；买受人的付款方式是现金还是支票、银行结算等等。履行方式的不同对于履行费用、债权人实现债权的时间等有一定影响，有必要在合同中加以明确规定。

履行期限约定不明确，依据第510条的规定仍然不能确定的，依据本条第5项，当事人应当按照有利于实现合同目的的方式履行。例如，某钢铁厂向某汽车制造厂出售钢板，标的数量很大，如果采取采取一次交付的方式，则对钢铁厂的生产造成困难，也造成了汽车制造厂的保管之累。因此，宜分期支付。^[15]再如，对于存放在买受人所在地某仓库的大宗的物品买卖，买受人受领后需要保管且自己又没有仓库保管的，则宜由出卖人在仓单上背书并经保管人签字或者盖章后，将仓单交付给买受人，以履行其合同义务。如果采取现实交付，由出卖人将标的物提出交付买受人，买受人再将之交给仓库保管，则徒增交易成本。

七、关于履行费用负担的法定补充规则

履行费用的负担约定不明确，依据第510条的规定仍然不能确定的，依据本条第6项，应当由履行义务一方负担。这是因为，履行费用本系履行合同义务时所应支出的成本，原则上自应由履行义务一方承担。而且，这种做法也从经济上制约了履行义务一方在确定履行方式等方面违反诚信滥用履行费用的可能，从而自觉节约交易成本。

需要指出的是，本条第6项在《合同法》第62条第6项的基础上增

加了“因债权人原因增加的履行费用，由债权人负担”的规定。这里所说的债权人原因，可能是债权人的违约行为，例如，由于债权人受领迟延，导致债务人多支付了保管费用。对于这种情况，即便没有本条的规定，也可以通过违约责任来解决。但导致履行费用增加的情形，也可能是债权人违约行为之外的原因。例如，当事人特别约定履行地为债权人所在地，债权人在合同订立后，又变更了住所，导致运输费用增加。这种情况下，恐怕不能适用违约责任来解决问题。此时，实际上就意味着当事人在订立合同时对于由此增加的运输费用没有约定，依据第510条的规定仍然不能确定的情况下，应当依据本条第6项由债权人承担该费用。这一规定是有道理的。因为本项规定旨在约束债务人自觉节约履行费用，但在因债权人原因增加履行费用的情况下，该支出并非债务人自愿选择的结果，自然应当由债权人承担。

八、一般规则与特别规则的适用顺序

本条是对法定合同漏洞补充规则的一般性规定。在法律对于某一类合同另行规定合同漏洞补充规则的情况下，依据特别法优于一般法的规则，应当适用特别规定。这些特别规定主要体现在《民法典》合同编对各类典型合同的规定上。

基于不同类型的合同中其权利义务关系的特殊性，《民法典》合同编对各类典型合同中的合同义务也做了补充性规定，对有些条款的确定规定了一些特殊的规则。这种特别规则可能规定在《民法典》合同编通则当中，例如，根据《民法典》第525条，在双务合同中，双方当事人履行合同义务的先后顺序不明确的，应当同时履行。

但多数情况下，这些规则由于仅适用于特定的合同中，所以法律将其规定在某一类典型合同当中。例如，在买卖合同中，通常涉及标的物的包装问题，出卖人应当按照约定的包装方式交付标的物。对包装方式没有约定或者约定不明确，当事人不能达成补充协议且无法按照合同有关条款或者交易习惯确定的，应当按照通用的方式包装，没有通用方式的，应当采取足以保护标的物的包装方式（《民法典》第619条）。再如，凭样品买卖的合同，出卖人交付的标的物应当与样品及其说明的质量相同；买受人不知道样品有隐蔽瑕疵的，即使交付的标的物与样品相同，出卖人交付的标的物的质量仍然应当符合同种物的通常标准（《民法典》第635、636条）。有些则是基于某一类典型合同的特殊情况，故而法律在本条的一般性规定之外专门进行了更为具体的规定。例如，关于买卖合同中标的物的交付地点，《民法典》第603条第2款规定：“当事人没有约定交付地点或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，适用下列规定：

（一）标的物需要运输的，出卖人应当将标的物交付给第一承运人以运交给买受人；（二）标的物不需要运输，出卖人和买受人订立合同时知道标的物在某一地点的，出卖人应当在该地点交付标的物；不知道标的物在某一地点的，应当在出卖人订立合同时的营业地交付标的物。”这一规则仍然坚持了本条的往取债务原则，但根据买卖合同的具体情况，进行了更加具体的类型化处理。在这种情况下，应当优先适用特别规则填补合同漏洞。

对于已经有效成立的各种无名合同的漏洞补充，按照《民法典》第467条的规定，应当适用《民法典》合同编通则的规定，并可以参照适用合同编典型合同或者其他法律最相类似合同的规定。这一表述沿用了《合同法》第124条的做法。但需要指出的是，对这一规定不能机械适用。在合同漏洞补充的问题上，首先应当检索合同编典型合同或者其他法律最相类似合同的规定中是否有合同漏洞补充的特别规则，如果存在此种特别规则，首先还是应当考虑适用特别规则填补合同漏洞。例如双方当事人约定，一方提供某种劳务以获得对方的一批货物。在交付地点不明的情况下，就应当按照买卖合同中相关的规定来确定交货地点。

第五百一十二条

通过互联网等信息网络订立的电子合同的标的为交付商品并采用快递物流方式交付的，收货人的签收时间为交付时间。电子合同的标的为提供服务的，生成的电子凭证或者实物凭证中载明的时间为提供服务时间；前述凭证没有载明时间或者载明时间与实际提供服务时间不一致的，以实际提供服务的时间为准。

电子合同的标的物为采用在线传输方式交付的，合同标的物进入对方当事人指定的特定系统且能够检索识别的时间为交付时间。

电子合同当事人对交付商品或者提供服务的方式、时间另有约定的，按照其约定。

本条主旨

本条是对电子合同交付时间的补充性规定。

相关条文

《电子商务法》第51条 合同标的为交付商品并采用快递物流方式交付的，收货人签收时间为交付时间。合同标的为提供服务的，生成的电子凭证或者实物凭证中载明的时间为交付时间；前述凭证没有载明时间或者载明时间与实际提供服务时间不一致的，实际提供服务的时间为交付时间。

合同标的为采用在线传输方式交付的，合同标的进入对方当事人指定的特定系统并且能够检索识别的时间为交付时间。

合同当事人对交付方式、交付时间另有约定的，从其约定。

理解与适用

一、《民法典》对电子合同的规定

所谓电子合同，是指通过互联网等信息网络订立的合同。随着互联网产业的快速发展，人类已经进入了信息时代。互联网的出现，尤其是近年来移动互联网终端的普及，使得人们的生产生活发生了根本性的变化。通过互联网进行交易，从事商品买卖、提供和接受各类服务已成为社会生活尤其是金融服务、日常消费等领域的交易常态。因应这一时代变化，制定于1999年的《合同法》在合同订立中，就借鉴了联合国国际贸易法委员会于1996年6月通过的《电子商业示范法》的有关规定，对通过数据电文主要是电子数据交换和电子信箱订立合同进行了规范。其中明确了数据电文作为书面形式的法律定位。对于数据电文作为意思表示载体的到达生效规则也进行了特别规定。

《民法典》起草过程中，考虑到我国电子商务的快速发展尤其是移动互联网终端的普及带来的商业业态变化，很多学者呼吁应当对电子合同进行全面的规范。考虑到互联网本质上只是合同订立和履行中意思表示的传达工具，其基本制度并未超越现有合同规则的框架，仍然应当适用合同法的一般规则，故立法者并未如学者所建议的，专章对电子合同进行特别规定。但是对电子合同成立和履行中的特殊情形，考虑到其与一般规则存在较大差异，尤其是在实践中对于电子合同成立、履行时间等存在较大争议，如何在保护消费者、避免经营者利用电子合同主要以格式条款形式呈现的特点过分侵害消费者权益和充分发挥电子合同海量交易、节约交易成本并进而推动数字经济发展的优势之间做出合理平衡，颇值考量，故而确有必要对实践中比较突出的问题予以特别规定。在《民法典》中，分别在合同订立和履行中对电子合同进行了特别规定，除既有的关于数据电文的规定之外，还体现在，一方面，在合同成立上，《民法典》第491条第2款对电子合

同成立进行了特别规定，明确“当事人一方通过互联网等信息网络发布的商品或者服务信息符合要约条件的，对方选择该商品或者服务并提交订单成功时合同成立，但是当事人另有约定的除外”。另一方面，于本条对电子合同结合标的的不同，对其履行方式和履行时间进行了规定。

二、本条规定的内涵

本条依据区分给付类型的不同，对于电子合同完成给付的时间区分三种情形进行了规定。

第一，对于标的为交付商品并采用快递物流方式交付的电子合同，收货人的签收时间为交付时间。此种情形实际上就是通过互联网订立买卖合同的情形。此处所言的商品显然是指动产。在当事人约定通过快递物流方式交付的情况下，以收货人的签收时间为交付时间。依据《民法典》物权编的规定，在没有特别约定的情况下，动产的交付时间就是所有权的转移时间；而依据合同编买卖合同的规定，标的物风险负担的转移也以交付为准。在通常的买卖合同中，标的物需要运输的，在当事人没有特别约定的情况下，出卖人将标的物交付给第一承运人就意味着完成了交付，风险负担随之发生转移。而本条规定则将风险负担的时间大大推后，由出卖人承担标的物的在途风险，其目的显然在于保护网购买受人的利益。

需要指出的是，本条强调的签收主体是收货人，这里的收货人包括了快递的收件人以及收件人指定的代收人。《电子商务法》第52条强调，在电子商务当事人约定采用快递物流方式交付商品的情况下，快递物流服务提供者应为电子商务提供快递物流服务，在交付商品时，应当提示收货人当面查验；交由他人代收的，应当经收货人同意。

《快递暂行条例》第25条也要求，“经营快递业务的企业应当将快件投递到约定的收件地址、收件人或者收件人指定的代收人，并告知收件人或者代收人当面验收。收件人或者代收人有权当面验收”。实践中，存在快递员未经收件人同意直接将快件交给邻居或者物业服务企业代收的情形。此种情况下，不能认为已经完成签收，换言之，不能认为出卖人履行了交付义务。近年来还出现了快递员将快件置于“近邻宝”“蜂巢”等收件柜，然后通知收件人取件的情形。这种做法有其合理性。但是，单纯的置于收件柜并不能认为已经签收，具体签收时间应当以收件人或者代收人实际领取货物为准。

第二，对于标的为提供服务的电子合同，生成的电子凭证或者实物凭证中载明的时间为提供服务时间；前述凭证没有载明时间或者载明时间与实际提供服务时间不一致的，以实际提供服务的时间为准。

关于本句中“提供服务时间”的表述，《电子商务法》第51条表述为“交付时间”。《民法典》草案中一度采用了《电子商务法》第51条的这一表述，但最终正式发布的版本中调整成了提供服务的时间。这个调整是十分必要的。交付是对物而言的，即对物的转移占有。与物的交付不同，劳务或者说服务的提供具有无形性，严格地讲，服务的提供并不涉及交付的问题。在电子合同中，按照通常的交易惯例，一方按照约定完成提供服务的义务后，应当向对方出具电子凭证或者实物凭证，其上应当载明服务完成的时间。依据本条，凭证上载明的时间原则上就应当被认定为提供服务一方提供服务或者说履行完毕服务义务的时间。

但是，考虑到这些凭证是由提供服务的一方单方出具的，尤其是这些服务往往是一方当事人在线提供的，由于技术、网络、计算机系统等原因，提供服务一方的履行时间未必与接受服务一方实际享受到服务的时间一致，故本条强调，在这些凭证上未载明时间或者载明时间与实际提供服务时间不一致的情况下，以实际提供服务的时间或者说实际完成服务的时间作为提供服务的时间。

需要注意的是，在本条对电子凭证或者实物凭证载明时间的效力做如是规定的情况下，就意味着电子凭证或者实物凭证对于服务完成时间具有较强的证明力。作为提供服务的一方，应当主动提供电子凭证或者实物凭证并在上面载明完成服务的时间。此种情况下，即便相对人对此有异议，其也应当就实际完成服务的时间与载明时间不一致承担举证责任。相应地，相对人一方在收到凭证时，也应当及时检查其载明时间是否准确并及时提出异议。

第三，电子合同的标的物为采用在线传输方式交付的，合同标的物进入对方当事人指定的特定系统并且能够检索识别的时间为交付时间。这里所说的合同标的物是通过网络传输的数据，如在线影视、音乐、网游道具、各类软件等。此类合同的特殊性在于，其交付的标的物并非有形物，而是数据，能够通过网络传输。对于此类标的物，本条明确以合同标的物进入对方当事人指定的特定系统并且能够检索识别的时间为交付时间。

值得一提的是本句中“标的物”的表述。在《电子商务法》第51条中其被表述为“标的”。《民法典》草案中也一度采用了“标的”的表述，但最终正式发布的版本中调整成了“标的物”。这个调整是十分必要的。因为通过在线传输的这些标的物，性质上属于无形物，仍然属于物的范围。而通常民法中所言的标的，是与债的概念相联系的，用来指代债的客体，也就是债务人的特定给付。而所谓标的物，则是指给付为物的交付的情况下，被用作交付的物。因此，本条的修改维护

了民法概念体系的严整，诚值赞许。

对此需要强调的是，其一，这里所说的特定系统，是指买受人单方指定的特定信息系统，至于该系统是否归收件人所有则在所不论。其二，该特定系统应当由买受人指定。这里的指定，可以是买受人以其意思表示中明确确定的；依据交易习惯，也可以是买受人没有特别指出时，在订立合同过程中发出意思表示的系统。这与《民法典》第137条以数据电文作出意思表示的规则是不同的。以数据电文作出意思表示时，在未指定特定系统的情况下，发往相对人任一系统都是可以的，但只是在相对人知道或者应当知道该数据电文进入其系统时该意思表示才生效。其三，作为合同标的物的数据不仅应当进入该特定系统，而且应当能够检索识别。单纯的向该特定系统发出数据，或者虽然进入该系统，但无法检索识别，都不能认为完成了交付。换言之，由于网络等原因导致发出的数据没有进入特定系统，或者无法识别的，应当由出卖人承担相应的后果。这与前述标的为交付商品并采用快递物流方式交付时，由出卖人承担在途风险的规则是一致的。

第四，电子合同当事人对交付方式、交付时间另有约定的，按照其约定。这就是说，前述三项规则性质上属于任意性规范，当事人可以另行作出约定。但需要指出的是，电子合同的一个重要特点在于，其内容通常是商品或者服务的提供者单方提供的格式条款。因此，在存在另行约定的情况下，通常应当依据《民法典》第496条和第497条的规定，确定该条款是否属于格式条款，以及属于格式条款的情况下其订入合同以及其是否无效；在当事人对其内容有异议时，应当依据第498条作出解释。

三、本条的适用范围

《民法典》起草中，对于是否应当规定本条，存在争议。一种观点认为，本条与《电子商务法》第51条并无二致，没有必要再行规定，或者直接规定引致性规范，明确本条的情形适用特别法的规定即可。笔者认为，虽然在具体内容上本条与《电子商务法》第51条是相同的，但是一方面，《民法典》应当具有时代气息，应当对时代的发展尤其是数字时代带来的法律问题作出应对；另一方面，较之于作为市场经济的基本法的《民法典》，《电子商务法》的适用有其局限性。在《民法典》中作出本条规定，就大大扩张了相关规则的适用范围，为电子商务合同之外的电子合同的履行提供了依据，从而更能适应数字时代对法治的需求。

电子合同的范围远远超出了电子商务的范畴。一方面，就给付标的而言，电子合同较之于电子商务合同更为广泛。《电子商务法》第

2条对其适用范围进行了限制：“金融类产品和服务，利用信息网络提供新闻信息、音视频节目、出版以及文化产品等内容方面的服务，不适用本法。”显然，对于通过互联网等信息网络订立的以金融类产品或者服务为给付标的的电子合同，以及以提供新闻信息、音视频节目、出版以及文化产品等内容方面的服务为给付标的的电子合同，并不适用《电子商务法》。之所以如此规定，主要是因为考虑到相关业态是否属于商务的范畴、通过互联网提供相关服务是否如一般的电子商务那样值得鼓励以及其监管和监管部门的特殊性。但这两类合同显然属于电子合同，应当适用电子合同的订立和履行规则。另一方面，就其主体而言，电子合同也并未如电子商务合同那样仅限于经营者和消费者。《电子商务法》第2条将电子商务界定为“通过互联网等信息网络销售商品或者提供服务的经营活动”。相应地，其第9条对电子商务经营者进行了界定：“本法所称电子商务经营者，是指通过互联网等信息网络从事销售商品或者提供服务的经营活动的自然人、法人和非法人组织，包括电子商务平台经营者、平台内经营者以及通过自建网站、其他网络服务销售商品或者提供服务的电子商务经营者。本法所称电子商务平台经营者，是指在电子商务中为交易双方或者多方提供网络经营场所、交易撮合、信息发布等服务，供交易双方或者多方独立开展交易活动的法人或者非法人组织。本法所称平台内经营者，是指通过电子商务平台销售商品或者提供服务的电子商务经营者。”该法第20条规定，“电子商务经营者应当按照承诺或者与消费者约定的方式、时限向消费者交付商品或者服务，并承担商品运输中的风险和责任。但是，消费者另行选择快递物流服务提供者的除外”，这就明确将电子商务合同的双方当事人限于经营者和消费者。而电子合同的当事人还包括其他民事主体。事实上，《电子商务法》第2条排除的情形中，以提供新闻信息、音视频节目、出版以及文化产品等内容方面的服务为给付标的的电子合同中，很多情况下提供服务的一方并非经营者。

因此，虽然在具体规范内容上有所重合，但本条规定与《电子商务法》第51条在调整范围上有着较大差异，本条的规定极大地克服了《电子商务法》第51条在适用上的局限性，应当作为一般规则在《民法典》中予以规定。

此外，如前文所指出的，本条对涉及交付、标的等字句的调整，对于维护民法概念体系的科学性，也有着重要意义。

第五百一十三条

执行政府定价或者政府指导价的，在合同约定的交付期限内政府价格调整时，按照交付时的价格计价。逾期交付标的物的，遇价格上涨时，按照原价格执行；价格下降时，按照新价格执行。逾期提取标的物或者逾期付款的，遇价格上涨时，按照新价格执行；价格下降时，按照原价格执行。

本条主旨

本条是对执行政府定价或者政府指导价的合同价格漏洞补充规则的规定。

相关条文

《合同法》第63条 执行政府定价或者政府指导价的，在合同约定的交付期限内政府价格调整时，按照交付时的价格计价。逾期交付标的物的，遇价格上涨时，按照原价格执行；价格下降时，按照新价格执行。逾期提取标的物或者逾期付款的，遇价格上涨时，按照新价格执行；价格下降时，按照原价格执行。

理解与适用

市场经济条件下，合同的价款或报酬原则上应当由市场来决定。但在强调市场对资源配置起决定性作用的同时，也同样要求政府基于社会公共利益对价格进行必要的干预。这就涉及政府定价和政府指导价的问题。

所谓政府指导价，是指依照《价格法》规定，由政府价格主管部门或者其他有关部门，按照定价权限和范围规定基准价及其浮动幅度，指导经营者制定的价格。政府定价，是指依照《价格法》规定，由政府价格主管部门或者其他有关部门，按照定价权限和范围制定的价格。《价格法》第18条规定：“下列商品和服务价格，政府在必要时可以实行政府指导价或者政府定价：（一）与国民经济发展和人民生活关系重大的极少数商品价格；（二）资源稀缺的少数商品价格；（三）自然垄断经营的商品价格；（四）重要的公用事业价格；（五）重要的公益性服务价格。”政府指导价、政府定价的定价权限和具体适用范围，以中央的和地方的定价目录为依据。中央定价目录由国务院价格主管部门制定、修订，报国务院批准后公布。地方定价目录由省、自治区、直辖市人民政府价格主管部门按照中央定价目录

规定的定价权限和具体适用范围制定，经本级人民政府审核同意，报国务院价格主管部门审定后公布。省、自治区、直辖市人民政府以下各级地方人民政府不得制定定价目录。政府指导价、政府定价的具体适用范围、价格水平，应当根据经济运行情况，按照规定的定价权限和程序适时调整。消费者、经营者可以对政府指导价、政府定价提出调整建议。

依法应当执行政府定价或者政府指导价的，应当按照相应的规定来履行。这就是说，对于此类合同，即便当事人对价款进行了约定，但该约定应当遵从政府的定价或者在政府指导价所允许浮动的范围之内约定，合同中约定的价格条款如果未按照政府定价或者超出了政府指导价允许浮动的范围，则应当按照政府定价确定价格，或者参照该价格条款的约定按照政府指导价的上限或者下限确定合同价格。如果当事人对价款或者报酬没有约定或者约定不明，在执行政府定价的情况下，当事人应当直接按照政府定价确定合同价格；在执行政府指导价时，当事人的补充约定或者根据交易习惯等确定的价格也不能超出指导价浮动范围。

此外，根据本条的规定，对于执行政府定价或者政府指导价的合同，在合同约定的交付期限内政府价格调整时，按照交付时的价格计价。逾期交付标的物的，遇价格上涨时，按照原价格执行；价格下降时，按照新价格执行。逾期提取标的物或者逾期付款的，遇价格上涨时，按照新价格执行；价格下降时，按照原价格执行。这一规定就把因为逾期造成的损失加诸违约的一方，其目的在于对违反全面履行原则迟延履行合同的一方当事人加以制裁，维护诚信守约的一方当事人的利益。

关于本条的适用，对于执行政府定价的合同，毋庸多言。对于实行政府指导价的合同，在具体适用时，仍然要尽量尊重意思自治。这就是说，如果合同约定的价格并未超出政府指导价调整后的浮动范围，则并无本条适用的空间。但如果合同约定的价格超出了政府指导价调整后的浮动范围，也要尽力减少价格调整对合同的影响，申言之：一方逾期交付标的物，遇价格下降时，应当按照政府指导价调整后的浮动上限确定合同价格；一方逾期提取标的物或者逾期付款的，遇价格上涨时，按照政府指导价调整后的浮动下限确定合同价格。

国家对于市场价格的干预还体现在价格干预措施和紧急措施方面。《价格法》第30条规定：“当重要商品和服务价格显著上涨或者有可能显著上涨，国务院和省、自治区、直辖市人民政府可以对部分价格采取限定差价率或者利润率、规定限价、实行提价申报制度和调价备案制度等干预措施。省、自治区、直辖市人民政府采取前款规定

的干预措施，应当报国务院备案。”第31条规定：“当市场价格总水平出现剧烈波动等异常状态时，国务院可以在全国范围内或者部分区域内采取临时集中定价权限、部分或者全面冻结价格的紧急措施。”对于在国家依法实施价格干预措施或者紧急措施期间订立或者履行的合同，应当遵守相关措施的要求。在进行合同漏洞补充时，也要按照相关措施的要求来进行。在前述措施执行之前订立，按照合同约定本应当在前述措施执行之前履行完毕的合同，因一方当事人迟延给付或者迟延受领，导致价格受到影响的情况下，也应当参照本条规定的精神，由违约的一方承担因采取国家采取价格干预措施或者紧急措施带来的不利后果。

第五百一十四条

以支付金钱为内容的债，除法律另有规定或者当事人另有约定外，债权人可以请求债务人以实际履行地的法定货币履行。

本条主旨

本条是对金钱债务中实际履行地法定货币效力的规定。

相关条文

《经济合同法》（已失效）第13条第1款 经济合同用货币履行义务时，除法律另有规定的以外，必须用人民币计算和支付。

《人民币管理条例》第3条 中华人民共和国的法定货币是人民币。以人民币支付中华人民共和国境内的一切公共的和私人的债务，任何单位和个人不得拒收。

《外汇管理条例》第8条 中华人民共和国境内禁止外币流通，并不得以外币计价结算，但国家另有规定的除外。

理解与适用

一、金钱与金钱债务

金钱债务是指债务人必须以给付一定货币履行债务的债。金钱债

务的给付是物的交付，即交付标的物转移所有权，但其标的物是货币或者说金钱。货币作为特殊的物，其特点在于其是一般等价物，据此，为了保障交易安全，在物权制度中，虽然没有明文规定，但通说均认可，无论占有合法与否，对货币的占有即所有。故而，对于货币不适用善意取得规则，亦不能以货币为质物设立质权，但以特户、封金、保证金将货币特定化的除外。

以金钱为给付标的物的情形在我国合同制度中普遍存在。作为一般等价物，无论是商品还是劳务，其在市场上交易的对价均应当体现为一定数量的金钱，即所谓价款或者报酬。我国《民法典》合同编的一大特色在于其直接规定了各类典型合同的定义。在这些定义中，对于一方当事人的主给付义务按照交付标的物转移所有权、交付标的物转移使用权、提交工作成果、提供劳务等典型的给付义务加以具体化，从而确定为各类有名合同中一方当事人的主给付义务，而对于除作为无偿合同的赠与合同之外的各类典型合同中相对人的主给付义务则统一规定为给付金钱。换言之，各典型合同中受领标的物或工作成果、接受劳务的一方，其所负债务均被典型化为金钱债务。这种立法技术，对于清晰识别不同类型的给付义务、从而确定各类合同的性质，具有重要意义。

货币不仅是对商品或者服务对价的体现，作为一般等价物，货币或者说金钱是计量价格的标尺。各类财产损失可以而且最终也只能以金钱来计算。在一方当事人违约的情况下，无论是损害赔偿还是承担违约金或者定金，其给付的标的物也均系金钱。至于侵权责任、无因管理以及不当得利引发的债的关系，其给付标的物原则上也应当是金钱。

二、金钱之债的特点

金钱作为一般等价物，决定了货币之债只会发生履行迟延，不会发生履行不能。故而债权人可以径行要求继续履行，而非如非金钱债务那样受到法律的种种限制。

《民法典》第579条规定：“当事人一方未支付价款、报酬、租金、利息，或者不履行其他金钱债务的，对方可以请求其支付。”较之于《合同法》第109条“当事人一方未支付价款或者报酬的，对方可以要求其支付价款或者报酬”的规定，从该条来看，一方面，其直接于本条使用了“金钱债务”的概念，并对金钱债务的具体类型进行了比较全面的规定；另一方面，结合《民法典》第580条对违反非金钱债务时继续履行的适用限制，对于金钱债务的继续履行，法律未作限制。

之所以如此，就是因为，金钱作为一般等价物，货币之债履行中，也无须对作为标的物的金钱予以特定化，故不会发生履行不能的问题。即便在某一债权所确定的标的货币在履行时已经不再流通的情况下，也并不发生履行不能的问题，而是应当由债务人以其他通行货币加以履行。故而，金钱之债不会发生履行不能，而只会出现履行迟延。在履行迟延的情况下，金钱债务也不可能出现《民法典》第580条所言的履行不能、标的不适于强制履行或者履行费用过高、债权人在合理期限内未请求履行等不能继续履行的情况，故其债权人可以要求继续履行。

金钱之债的另一特点在于，其不发生因不可抗力免责的问题。金钱之债是以支付一定数额的货币为标的的债，而货币作为一般等价物，既不存在特定之债的标的物灭失问题，也不会发生种类之债的标的物全部灭失问题，故而金钱之债不会因不可抗力不能履行，自然谈不上相应的免责。但是实践中并不排除因不可抗力导致金钱债务履行迟延，就此种迟延债务人可以援用不可抗力来获得免责。

三、关于本条的适用

金钱债务的标的为货币或者金钱。从货币流通效力来看，货币有本国法定货币和外国货币之分。法定货币，比较法上也称为通用货币，是依特定国家法律规定，在其法域内具有强制流通效力的货币。发行货币为国家主权的重要体现，现代意义上的法定货币早已脱离了最早金银的范畴，而是依赖发行国政府的信用为其背书，也依赖发行国的法律而在其境内强制流通。故合同中对不同货币的选择对当事人的利益影响甚巨。

依据《人民币管理条例》第3条，我国的法定货币是人民币。以人民币支付中华人民共和国境内的一切公共的和私人的债务，任何单位和个人不得拒收。《外汇管理条例》第8条则明确宣示“中华人民共和国境内禁止外币流通，并不得以外币计价结算，但国家另有规定的除外”。据此，就我国而言，外国货币、特种货币属于限制流通物。在我国国内交易，货币之债应当以人民币交付，如果是涉外交易，当事人可以约定以外币交付。但需要指出的是，随着我国金融管制尤其是外汇管制的放开，对于外币计价结算的开放程度与日俱增。

从本条规定来看，其允许在法律另有规定或者当事人另有约定外，推定以实际履行地的法定货币来履行金钱债务。对此需要注意把握：第一，这里的法律另有规定，解释上不仅包括我国的法律和行政法规，也包括了可能涉及的外国法律，尤其是债务实际履行地的法律。如果法律明确规定在实际履行地必须使用法定货币之外的某种货

币，则只能按照该规定执行。例如我国外汇短缺时期，曾要求对于某些交易必须使用外汇或者外汇兑换券。这种情况下，自然不能按照本条执行。第二，此处所言的当事人另有约定，是指对实际给付货币的特别规定。按照本条的立法意旨，仅仅在合同中约定以某一货币计价，并不等于可以排除本条的规定。当事人必须在合同中明确约定，在实际给付金钱时必须支付某一货币。当然，这一特别约定以不违反前述法律强制性规定及公序良俗为前提。如果该约定因违法而无效，则该特别约定自然不能适用。第三，本条所强调的是具体履行时使用货币的类型。依据本条，只要当事人没有特别约定应当使用某一货币履行债务，法律也没有对某一类金钱债务的履行作出特别的强制性规定，在具体履行金钱债务、给付货币时，都可以给付实际履行地的法定货币来履行债务，而无论合同中约定的计价货币是何种货币。例如，当事人在合同中约定价款以美元计价，在当事人没有对实际交付的货币作出特别约定的情况下，如果该合同在我国境内履行，债务人完全可以给付人民币以清偿债务。

本条的表述方式，强调的是以给付实际履行地法定货币为原则，这就在基本民事法律中充分展示了我国金融开放的态度，有利于与外汇制度的将来变革保持衔接可能性。值得注意的是，本条着重强调，在按照其他货币计价的情况下，金钱之债的债务人原则上也有权给付履行地法定货币。但是，在具体金额的确定上，本条并未作出规定。从比较法来看，《德国民法典》第244条规定：“以外国通用货币确定金钱债务在国内给付的，可以帝国通用货币履行给付，但订明以外国通用货币履行给付的除外。换算以支付时支付地的兑换时价为准。”该条前句意旨与本条相同，其后句规则值得借鉴。《日本民法典》第403条、我国台湾地区“民法”第202条也有类似规定。换言之，在依据本条支付履行地法定货币时，应当依据合同约定计价货币和金额的约定，按照履行当日履行地的市场汇率来加以换算。这主要是考虑到，不能因货币类型的转换损害债权人的利益。

关于金钱之债的履行，还值得注意的是货币流通效力变化的情况下如何履行。例如，当事人在合同中明确约定采取某一货币清偿，但履行时由于法律规定的变化，该货币已经失去强制通用的效力，换言之，已经失去了法定货币的地位。此种情况下，《德国民法典》第245条、《日本民法典》第402条的规定可资参照，债务人应当使用其他法定货币进行清偿。

第五百一十五条

标的有多项而债务人只需履行其中一项的，债务人享有选择权；但是，法律另有规定、当事人另有约定或者另有交易习惯的除外。

享有选择权的当事人在约定期限内或者履行期限届满未作选择，经催告后在合理期限内仍未选择的，选择权转移至对方。

本条主旨

本条是对选择之债选择权归属的规定。

相关条文

无

理解与适用

一、简单之债与选择之债

根据债的标的有无选择性，学理上把债分为简单之债与选择之债。这种划分的意义，主要在于明确两者的标的的确定是否须经选择以及能否发生履行不能等。简单之债系债的关系的常态，债法总则中的各种规定均可适用于之，故无须特别规定，比较法上也没有对简单之债的规定。但在本条对选择之债明文规定的情况下，有必要对简单之债的概念和一般效力加以说明。

（一）简单之债

简单之债又称单纯之债，是指债的标的只有一种，当事人只能按照该种标的履行的债。债的客体为给付，即债务人的特定行为。按照具体内容不同，给付可以分为若干不同类型。债的关系成立以给付具体、确定为要件。简单之债中，由于给付只有一种，且必须是具体、确定的，故债权人只能请求债务人履行该给付义务，债务人也只能就该给付履行从而实现清偿。在简单之债中，当事人只能按约定的标的履行，不能以其他标的代替。同时，当事人在履行时间、方式、地点等方面也都无可选择的余地。由于简单之债的当事人在债的履行上没有可选择性，所以简单之债又称为不可选择之债。^[16]

简单之债为债的一种常态，现实生活中所发生的债多为简单之债。简单之债的当事人对债的履行没有选择的余地，债务人应当按照

法律规定和当事人的约定的标的履行债务。当事人之间在债的履行方面的关系比较简单，直接适用债法总则的规则或者说《民法典》合同编通则的相关规定即可，故各国民法均不对简单之债作出特别规定。由于简单之债的标的只有一个，如果该给付法律上或者事实上不能履行，就发生债的履行不能。债权人只能请求违约赔偿或者违约金、定金，而不能要求继续履行原给付，也不能请求为其他给付。

（二）选择之债

实践中，各种债的关系其标的一般为单一给付。基于其标的的单一性，债务人并无选择的空间。但考虑到履行过程中的各种商业风险，当事人也可能约定多个给付，允许债务人履行其中之一即可构成清偿。此种情形，在债的关系成立时，标的并未确定。但在履行之前，则必须通过一定的规则对之加以确定，使选择之债成为简单之债，从而使之能够得以履行。故而，各国民法普遍对选择之债加以规定，明确其特定的方法。

我国既有立法对选择之债并未规定，但学理上对选择之债的概念、特点及特定化方法并无太大争议。尤其是近年来，在商业实践中出现了同时订立商品房买卖合同和借款合同，约定允许借款人在偿还借款和履行商品房买卖合同之间作出选择的案件，法院裁判上对此认定不一，司法解释直接按照借款关系处理的规定则略显简单化^[17]，学界也对此莫衷一是。本条和第517条借鉴了比较法上的做法，对选择之债进行了规定，相信对于实践中此类问题的解决具有重要意义。

所谓选择之债，是指债的标的为两个以上，债务人全面履行其中之一即可构成清偿的债的关系。按照通常的理解，选择之债是指在债的成立之始就有两个以上的标的可供选择。可供选择的数个标的，必须在内容上有所不同，方有选择的必要。其可以是数个不同类型的给付，如在给付金钱或提供劳务中作出选择，抑或前述实例中在偿还借款和交付商品房、转移商品房的所有权（履行商品房买卖合同之间作出选择）；也可以在同类给付中，允许在数种标的物的交付中作出选择，例如交付10吨大米抑或15吨小麦；还可以是同一给付，但当事人在合同中确定数个标的物，允许当事人在履行时选择其中一个标的物作出履行，例如，合同规定甲方将房屋借给乙方使用，在实际交付房屋时，甲既可以交付A房，也可以交付B房给乙方使用。标的的不同，还可以是履行时间上的不同、履行方式的不同、履行地点的不同。凡在债的标的种类、特征、履行时间、履行方式、履行地点等诸方面可供选择的债，都为选择之债。关于选择之债的性质，学说上有不同的认识，主要有复数之债说、单一之债权说与折中说。^[18]笔者认为，选择之债中虽然标的有数个，但债务人只要履行其一即可完成清偿，

故其本质上是一个债而不是数个债，故为单一之债。

需要强调的是，选择之债强调的是标的可供选择，如果因为条件成就、某一标的履行不能等行使选择权之外的原因导致标的特定，则选择之债已经转化为简单之债，自然不能再认为其系选择之债，自然也不再选择权的问题。

二、选择之债的确定方式

选择之债的确定，可以通过当事人的特别约定或者说变更协议而为之；也可能由于可供选择的标的均履行不能而仅余一种标的而确定，还可能是由于本条所言的选择权的行使而确定。

需要注意的是，选择之债的确定不同于种类之债的特定。选择之债的确定，只是多个可能的给付被确定为某一给付，从而使选择之债确定为简单之债。而所谓种类之债，是指以交付种类物为标的的债。法学上所谓“种类”与自然科学上的定义有所不同，植物、动物等因为不能由数量加以确定，由此不属于法律上所说的“种类”。种类是指按照一般交易观念，具有共同特征的物品。物品共同特征的越多，则越具有种类物的特点。^[19]种类之债于债成立之时，当事人仅以一定的数量和质量特定标的物，质量条款虽为非必要条款，可以通过漏洞补充规则补充，但数量条款是必要条款，于债的关系成立之时，当事人需要明确标的物的数量。如标的物的数量不确定或者不能确定，则可能导致债的关系不能成立。种类之债的标的物只有在特定之后才能履行。尽管当事人在合同中约定交付种类物，但在其履行时，必须将种类物中作为履行标的物的部分从该种类物中分离出来，加以具体确定，否则将无法实际履行。种类之债确定的方式，通常认为应当应依债的履行地决定标的物特定的时间，债务人完成自己一方为履行所必要的行为时，标的物才为特定。^[20]此外，种类之债也可以按照当事人约定的方法来特定化。按照合同自由的原则，当事人之间可以通过合同规定的方法来使种类之债特定化，即当事人根据合同选定具体的标的物，将种类物的一部分与其他部分加以区别和分离，从而使标的物特定。依合同规定的方法而特定又可以分为两种情况：一是当事人双方约定赋予某人以指定的权利。此种指定，可以由一方指定，或者由第三方来指定。指定权人行使指定权即将种类物中的一部分数量的部分与其他部分相分离，标的物就特定化了。二是由双方当事人共同指定，或者由一方当事人指定并经过对方当事人的同意。当然，无论采取哪一种方式都需要通过合同明确规定。

给付的标的仅以种类确定，而未对具体品质作出指定的，为种类之债。如果被确定的标的为种类物的给付，则仍需进一步特定，而不

能仅由选择权的行使而直接使其成为特定之债。

三、选择权的归属

本条第1款是对选择之债中选择权归属的规定。在选择之债中，如果法律没有另外规定或者当事人没有另外约定，选择权属于债务人。

选择之债的数个标的的不同或者表现为给付的形态不同，或者表现为交付的标的物不同，或者表现为给付手段不同，或者表现为履行期不同等。正是因为选择之债的数个给付具有不同的特点，选择之债的标的，在债成立时确定为数个，数个标的具有不同的内容，因此有选择的必要。

选择之债在没有选择之前，给付的标的是不确定的，债务人根本无法履行，须于债的履行标的确定后才能履行。选择之债的履行标的虽有数种，但当事人只能从中确定一种履行，也只有在履行标的确定后当事人才能履行债。如无须确定债的履行标的就可以履行，则该债不为选择之债。选择之债因选择权的行使，而最终确定一个给付为债的标的。一般来说，选择分为如下情况：一是提供劳务与物的交付之间的选择。例如，甲乙双方当事人约定，甲支付给乙人民币3万元，而乙可以向甲作一次演讲或者向甲交付一幅画。二是对标的物的选择。对物的选择又可以分为种类物与种类物之间的选择（例如，双方约定允许出卖人可以在交付光盘与录音带之间进行选择）；特定物与特定物之间的选择（例如，约定出卖人可以在交付A房与B房之间进行选择）；特定物与种类物之间的选择（例如，双方约定交付大米100斤或A马）。三是不同劳务的提供之间作出选择。例如，约定一方可以保管某物若干时间以待另一方往取；或者将该物直接送交另一方；换言之，其可以在保管和运输之间作出选择。四是权利的选择。例如，甲乙约定买卖货物，并在契约中约定，如果甲违约，则返还定金，并负损害赔偿赔偿责任，或者解除契约并加倍返还定金。

选择之债中的选择权的归属既可以由法律直接规定，也可以由当事人特别约定。选择权原则上由当事人一方享有，选择权不得由选择之债分离而独立让与第三人，但法律并未禁止当事人特别约定由债的关系之外的第三人享有选择权。在法律特别规定或者当事人特别约定选择权归属于第三人的情况下，则第三人享有选择权。

如果法律规定或合同约定一方有选择权，则应当由有选择权的一方享有并行使选择权。但如果法律没有规定且合同没有特别规定，选择权应当归属于何人？我国既有立法对此没有规定。从比较法的经验

来看,《德国民法典》第262条明确指出:“于数项给付中仅能选定履行其中一项的,在发生疑问时,选择权属于债务人。”《日本民法典》第406条亦强调:“债权的标的可于数个给付中选择而定时,其选择权属于债务人。”这就把选择权赋予了债务人。我国台湾地区“民法”第208条则更为清晰地表达了该规则的任意法性质,“于数宗给付中得选定其一者,其选择权属于债务人。但法律另有规定或契约另有订定者,不在此限”。本条第1款借鉴了相关经验,将选择权归属于债务人。这主要是因为,债务毕竟是由债务人实际履行的,债务人在履行债务之前如果选择之债规定的数种选择不能确定,债务人不能做履行的准备,从而也就不能很好地履行债务。将选择权归属于债务人既有利于保护债务人的利益,也有利于债务的履行。尤其是基于“经济人”的假定,债务人在作出选择时,应当会作出对其最为有利的选择。既然为选择之债,就意味着无论债务人选择何种标的,对债权人的效用都是相同的;而某一选择对债务人最有利,显然意味着双方福利的最大化,也是社会效益的最大化。

四、选择权的移转

选择权性质上是形成权,仅凭选择权人单方的意思表示就可以使选择之债成为简单之债,其长期存在将威胁社会关系的稳定性。故而选择权的存续应当受到一定期间的限制。尤其是选择权人迟迟不行使权利,将令债务人无法履行债务,或是使债权人无法追究对方的违约责任。故而,法律不仅要规定选择权应当在一定期限内行使、逾期不行使选择权人的选择权将消灭,应当规定选择权人逾期不行使权利时该选择权应当由谁行使。

依据本条第2款,享有选择权的当事人在约定期限内或者履行期限届满未作选择,经催告后在合理期限内仍未选择的,选择权转移至对方。具体如下。

第一,选择权的存续时间可以由当事人约定,在约定的选择权行使期限内未行使的,比较法上有两种做法:日本民法认为,相对人有权催告选择权人在合理期限内行使选择权。该期限届满而选择权人未行使选择权的,其选择权改由对方当事人享有。^[21]而我国台湾地区“民法”第210条则认为无须催告,该期间届满而选择权人未行使选择权,选择权当然转移给对方当事人。^[22]从本条第2款来看,其要求约定期限届满后仍然需要相对人的催告,经催告后在合理期限内仍未选择的,方可发生选择权转移至对方当事人的效果。当然,这种做法是否有悖当事人特别约定行使期限之本意,不无疑问。但在法律明文规定的情况下,唯有在实务操作中,对催告的“合理期限”结合已经存在行使期限的约定予以考虑,尽力压缩该期限的时间为宜。

第二，当事人没有约定选择权行使期限的，考虑到选择权的行使旨在使选择之债得以确定，以便债务人履行，因此在履行期限届满之前，尚有选择权人权衡的时间。但履行期限届满时，如果仍然不作出选择，则作为相对人的债务人无从履行，作为相对人的债权人无从受领。因此，履行期限届满时，相对人有权催告选择权人在合理期限内行使选择权。该期限届满而选择权人未行使选择权的，其选择权改由对方当事人享有。该期限的合理性，应当根据标的金额等因素合理确定。

值得讨论的是，第三人享有选择权时应当如何处理。从本条第2款的规定来看，其规定的选择权转移规则仅在债的关系的当事人之间适用。当选择权归属债务人时，如债务人怠于选择或多数债务人之间不能达成选择的协议，则债权人可以催告债务人；债务人在合理期限内仍未选择，则其选择权丧失而由债权人享有选择权。当选择权归属债权人时，如债权人怠于选择或多数债权人之间不能达成选择的协议，则债务人可以催告债权人；债权人在合理期限内仍未选择，则其选择权丧失而由债务人享有选择权。问题在于，当选择权归属第三人时，应当如何处理？《日本民法典》第409条第2款规定：“第三人不能或不想选择时，选择权属于债务人”；我国台湾地区“民法”第210条第3款亦采同说：“由第三人为选择者，如第三人不能或不欲选择时，选择权属于债务人”。这里所言的“不能选择”，是指该第三人死亡、丧失行为能力等客观上不能行使选择权的情形。这里所说的“不欲选择”，是指该第三人虽然能够进行选择，但主观上不愿进行选择的情形。在享有选择权的第三人不能或者不愿选择的情况下，无须履行期限届满，都发生选择权转移的效果。^[23]我国民法对此未予规定，笔者认为，这一做法值得借鉴。因为考虑到债务的履行须以债的标的确定为前提，标的不能确定将直接影响债务人的利益，故而，选择权应当由债务人行使。这种做法也是符合本条第1款意旨的。

当选择权归第三人，而在其于约定期限内或者履行期限届满未作选择的情况下，笔者认为，应当参照本条第2款，由债务人或者债权人催告其在合理期限内行使选择权；如果第三人经催告后在合理期限内仍未选择的，则应当参照本条第1款之意旨，由债务人享有选择权，以便及时确定债的关系。

五、选择之债与种类之债、任意之债

种类之债与选择之债有一定近似之处，但二者的区别仍然是比较明显的，具体来说：第一，选择之债的标的为数种，须标的确定后才能得以履行。而种类之债的标的是确定的，只是给付的标的物是种类物而已。基于对物权支配性的要求，最终履行当然需要种类物的特定

化，但这种特定化通常恰恰是通过给付这一履行行为来完成的。第二，选择之债的标的，包括各类给付；在给付为物的交付时，其标的物可以是特定物，也可能是种类物。而种类之债的标的则为物的交付，只是其标的物为种类物。第三，选择之债的选择具有重要意义，经由选择方可变更为简单之债并得以履行。种类之债本身就是简单之债，其给付本身就是确定的，只是作为标的物的种类物需要通过履行等进一步特定，不涉及选择问题。第四，选择之债的选择具有溯及效力，种类之债的特定则不发生溯及力。第五，选择之债可因履行不能而确定。种类之债不会因履行不能而导致标的物特定。

任意之债是指债的标的虽然仅为一种，但当事人可以以其他标的来代替履行的债。看似任意之债的标的也同样具有可选择性，但二者并不相同，其区别在于：第一，在选择之债中，履行标的在债的关系成立时并未确定，尚待选择等加以确定；而任意之债的标的在债的关系成立时即已确定。第二，选择之债中，债的标的为数种，行使选择权时，并无优先顺序，各标的都处于平等地位。而任意之债的标的只有一种，只是当事人可以以其他标的代替履行，这种用来代替的标的实处于补充的地位。第三，选择之债中，如因可归责于当事人一方的事由致使某种标的的发生履行不能时，当事人须选择其他标的履行，不发生损害赔偿之债。只有在数种标的都发生履行不能时，才可能发生损害赔偿之债。而在任意之债中，如当事人约定的标的因可归责于当事人一方的事由而发生履行不能时，则可以发生损害赔偿之债。

第五百一十六条

当事人行使选择权应当及时通知对方，通知到达对方时，标的确定。标的确定后不得变更，但是经对方同意的除外。

可选择的标的的发生不能履行情形的，享有选择权的当事人不得选择不能履行的标的，但是该不能履行的情形是由对方造成的除外。

本条主旨

本条是对选择权人行使选择权方式的规定。

相关条文

无

一、选择权的行使

选择权一经行使，则意味着选定的标的就成了应当履行的标的，选择之债转化为简单之债；此时其他标的已不再构成可能的选项，换言之即便被履行也是非债清偿。换言之，选择权的行使系以一方当事人的意思变更债的关系，因此，选择权属于形成权。但在选择权确定以后，如何行使选择权？由于选择权行使将使选择之债变成简单之债，选择直接关系到如何履行合同义务的问题，因此对双方当事人关系重大，在法律上有必要确定选择的方式。

依据本条，选择权的行使，应当由选择权人以意思表示为之，或者说以通知方式为之。这是因为，行使选择权需要选择权人将其确定了选择之债标的的意思表达于外，方可发生选择的效力。虽然该意思表示无须对方当事人的同意，但是选择权的行使毕竟导致了债的变更，直接影响债的关系当事人的利益，因此，选择权的行使属于有相对人的意思表示，本条第1款强调，“通知到达对方时，标的确定”，换言之，行使选择权的通知到达相对人，发生选择的效力。这与《民法典》第137条的规定是一致的。申言之，如果债的关系一方当事人享有选择权，则无论是债权人还是债务人享有选择权，该当事人行使选择权时，都应当向相对人作出意思表示。该意思表示到达对方当事人，发生选择的效力。

值得讨论的是，如果选择权由第三人享有，则第三人应当如何行使选择权？对此比较法上有两种做法：一种做法是向债权人债务人任何一方通知即可。例如，《日本民法典》第409条第1款规定“第三人可进行选择时，其选择，以对债权人或债务人的意思表示进行”，故选择权人只需向当事人一方作出选择的意思表示即可。另一种做法则要求须向双方作出选择的意思表示。如我国台湾地区“民法”第209条规定，“债权人或债务人有选择权者，应向他方当事人以意思表示为之。由第三人为选择者，应向债权人及债务人以意思表示为之”，显然，这就要求选择权人必须向双方当事人为之方可，仅向债权人或债务人一方作出选择的意思表示，均不发生选择的效力。

笔者认为，第三人行使选择权应当向债权人和债务人作出选择的意思表示；如果仅向债的关系的一方当事人为意思表示，不发生选择的效力。这主要是考虑到，选择权一经行使，就导致选择之债确定地成为简单之债，不仅需要债务人提前进行履行债务的准备，也应当给债权人予以受领的必要准备时间。

对于行使选择权的形式，法律并没有提出特别要求。故其形式上以明示、默示、口头、书面均可。

二、选择权行使的效力

行使选择权的意思表示作为有相对人的意思表示，于到达时生效，从而使该选择之债即自始成为简单之债。基于该意思表示的此种效力，该意思表示非经相对人同意，不得撤销。因为如果允许选择权人撤销其行使选择权的意思表示，则将使已经确定的债的关系又重新回到选择之债的状态，使相对人无所适从。《日本民法典》第407条规定：“前条的选择权，以对相对人的意思表示而行使。前款意思表示，除非经相对人承诺，不得撤销。”本条借鉴了这一做法并做了进一步完善。这就是说，一方面，选择权人行使选择权后，其行使选择权的意思表示不得撤销；另一方面，选择权人行使选择权后，也不能另行地作出选择。但是，基于私法自治的原则，债的关系的当事人之间当然可以另行协议对已经确定的债务标的加以变更，故本条但书规定，“经对方同意的除外”。这里所说的对方，笔者认为是指行使选择权的相对人。在一方当事人享有选择权的情况下，是指对方当事人。在第三人享有选择权的情况下，是指债的关系的双方当事人。

三、选择权行使的溯及力

选择之债只是法律或当事人所作的一种特殊安排，在其履行前，标的仍然需要通过选择权的行使或法定事由的发生而确定。但一经确定，就应当发生溯及的效力，这就是说，选择之债确定后，自该债的关系发生时，就应当视为该债的关系即简单之债，该债的关系自始只有被选定的一个标的；未被选择的其他标的视为自始不存在，当事人不能再以曾经存在的其他给付来加以抗辩。

我国《民法典》对此未予规定。《德国民法典》第263条第2款规定，“选定的给付视为自始为单一债务”。我国台湾地区“民法”第212条亦明定，“选择之效力，溯及于债之发生时”。笔者认为，选择之债性质上系单一之债，只是在履行前在给付标的上存在选择的空间。在因行使选择权导致债的关系确定的情况下，自然不应再行考虑其他选择项，否则在实务上徒增困扰。此外，从本条第2款对于履行不能原则上导致债的关系确定的规定中，也可以推导出这一结论。故比较法上的这种认识是值得借鉴的。换言之，享有选择权的人一经作出选择，选择不仅确定将来的履行，而且选择的效力溯及于债权债务发生时。

四、履行不能导致的确定

在选择之债的数个可选择的标的中，如果有履行不能，包括法律上不能履行以及事实上不能履行的情形的，债的关系仅在剩余的标的中存在。故而本条第2款规定，可选择的标的发生不能履行情形的，享有选择权的当事人不得选择不能履行的标的。

这是因为，选择之债的特殊之处在于其标的为数个，选择权人可以通过选择权的行使使之成为简单之债，并由债务人加以履行。但是，如果选择之债的数种给付中，其中一个或数个因不可抗力等原因而不能履行时，则选择权人只能就剩余的给付加以选择。如果只有一种可以履行而其他均发生履行不能时，则当事人并无选择的余地，只能按可以履行的标的履行。此时，选择之债也就自然成为简单之债，而无须另行选择。

但是，此种不能履行应当以不可归责于无选择权的当事人为限，否则，将令无选择权的当事人逃脱其本应承担的责任。^[24]因此，如果该履行不能因无选择权的当事人的行为所致，则选择权人仍然有权就该不能履行的给付加以选择。申言之，如果选择权人为债务人，则其可以通过选择不能履行的给付而免于承担自己的合同义务；如果选择权人为债权人，则其可以通过选择不能履行的给付而解除合同，追究对方的违约责任。

如果各标的均不能履行，则选择权人无法再选择这些标的进行履行作出要求对方履行，而应当依据本条第2款的精神，以债务人对各标的履行不能的发生是否有可归责事由为依据，来判断是否能够要求其承担违约金、违约损害赔偿等继续履行之外的违约责任。如果各标的的履行不能均系不可抗力导致，则只能解除合同而不能要求债务人承担违约责任。

与选择权的行使发生溯及效力不同，学理上通常认为，给付不能导致选择之债特定时，并不发生溯及效力。^[25]

第五百一十七条

债权人为二人以上，标的可分，按照份额各自享有债权的，为按份债权；债务人为二人以上，标的可分，按照份额各自负担债务的，为按份债务。

按份债权人或者按份债务人的份额难以确定的，视为份额相同。

本条主旨

本条是对按份之债的规定。

相关条文

《民法通则》第86条 债权人为二人以上的，按照确定的份额分享权利。债务人为二人以上的，按照确定的份额分担义务。

理解与适用

债法总则的相关规范，原则上是以债权人和债务人都是单一主体为预设前提。而对于同一给付为标的，但是债权人或者债务人甚至债权人和债务人都是两个或者两个以上的债的关系，学理上则称为复数主体之债。其特殊性在于，复数主体中的一个，其给付或者受领的行为，在债权人与债务人之间债的关系上发生何种效力以及因此在复数主体之间的法律关系上发生何种效力，都需要法律予以特别规范。

《民法典》第517条至第521条对此进行了规范。从上述条文来看，其直接规定了连带之债、按份之债两种复数主体之债，同时隐含了不可分之债这一复数主体之债的类型。

一、可分之债与不可分之债

与《民法通则》不同，本条第1款在界定按份之债和连带之债时，明文强调该区分以“标的可分”为前提，从而将可分之债与不可分之债的区分纳入我国法律规范当中。故有必要对可分之债先行予以介绍。还应当指出的是，与比较法上对不可分之债予以特别规定不同，《民法典》并未提及不可分之债的概念，更未对不可分之债直接予以特别规定，故亦有必要对不可分之债的内涵及其规则予以讨论。

学理上，根据债的标的是否可分，把债区分为可分之债与不可分之债。此种区分对债务的设定和履行的意义在于：第一，就部分履行而言，不可分给付不得进行部分履行，而可分给付依据法律规定或合同约定可以分割履行。因此，如果法律和合同没有特别的规定，对于可分义务也可以分别履行。第二，对于可分义务来说，可以形成为按份之债，债务人可以依其份额向债权人分别作出履行。但对不可分义务来说，通常不能成立按份之债。例如，不作为债务应当为不可分债务，不能成立按份之债。第三，对于可分义务来说，可以实行部分的免除、抵销等，但对不可分债务不能实行部分的免除、抵销。如下文

所述，我国《民法典》虽然把不可分之债纳入连带之债一并予以调整，但是不可分之债与作为可分之债的连带之债，在履行上的上述区别不可不察。

（一）可分之债

可分之债又称分割之债或者联合之债，是指数人负担同一债务或者享有同一债权而其标的为可分的债。其中，数人享有同一债权且标的为可分的，为可分债权；债务人数人负担同一债务且标的为可分的，为可分债务。

可分之债的构成，首先要求债权人或者债务人一方须为数人。其次，债的关系须有同一标的。所谓同一标的是指基于同一发生原因而导致给付的同一，如甲乙丙三人共同购买1吨柑橘，其标的就是基于同一合同关系所产生的。基于同一原因发生的同一给付，不以同时发生为限。例如，甲乙共同购买1吨柑橘，后丙参与、由三人共同购买，亦属于基于同一原因所生的标的。最后，同一标的须可分。所谓可分，是指同一标的分为数个标的时，无损于其性质或价值。就是说，可分标的的各部分与原标的仅是数量有所不同而已，而其性质或价值并没有改变。当然，标的在性质上虽可分，但如当事人约定或法律规定为不可分之债的，亦为非可分之债。申言之，在判断给付是否可以分割时，主要应当考虑如下因素：第一，要从当事人的合同目的来考虑是否可以分割。例如，买受人购买出卖人的一台车床，是为了运用整个车床来制造产品，所以出卖人就不能仅交付各个车床的零部件而不交付整个车床。如果义务的分割不损害其债的目的，为可分给付，否则为不可分给付。第二，要考虑当事人是否在合同中特别约定禁止对合同义务进行分割。甲乙丙三人向A借贷10万元，三人约定均对A负给付10万元之义务，此种约定实际上是禁止对义务进行分割，在民法上称为连带给付。第三，要按照交易习惯和用途等考虑标的物本身是否可以分割。比如钥匙与锁的关系，不能仅交付其一。关于判断同一标的是否可分的时点，通说认为，应以履行时作为判断，即只要标的在履行时是可分的，即可构成可分之债。

从比较法来看，可分之债系连带之债和按份之债的上位概念，在标的可分的前提下，才根据多数债的关系当事人之间的关系将之分为按份之债和连带之债。本条在界定按份之债时，明确将“标的可分”作为要件，重申了这一意旨。但在对连带之债的界定中又将不可分之债纳入了连带之债规则调整的范围。但笔者认为，此种做法只是立法者为了条文简约而为之，解释上以及逻辑上仍然应当依据标的可分与否区分可分之债和不可分之债，再将可分之债分为按份之债和连带之债。关于可分之债的效力，自然也应当依据其究竟系按份之债抑或连

带之债分别加以讨论。

唯须注意的是，可分之债只是因为基于同一发生原因而导致给付的同一，但从债的关系来看，当然就各个主体而各自独立存在，相互之间并没有主从之分。因此，可分之债性质上属于复数之债。故而，就其本质而言，多数债权人或债务人之间并无连带关系，各债权或债务均各自独立。申言之，在可分之债中，就其内部关系而言，多数债权人或多数债务人之间，除法律另有规定或合同另有约定外，各债权人或各债务人之间应平均分享债权或分担债务。就其外部关系而言，在面对债的关系另一方当事人时，多数的债权人或者债务人也应当按照各自的份额享有债权或者承担债务。因此，债权人多数时，各债权人仅得就其分享部分请求履行，债务人亦只能向各债权人依其分享部分为履行，对于超过部分则无履行的义务；债务人多数时，债权人对各债务人只能请求履行其分担部分，对于超过部分则无权受领。对于当事人一人所生效力的事项，如履行迟延、受领迟延、履行不能、免除、混同、时效完成等，对其他人不产生效力。同时，如当事人中存在无效或撤销的原因，亦仅于该当事人分享部分或分担部分因无效或撤销而归于消灭，对其他人分享部分或分担部分并没有影响。而连带关系的成立，则以法律的特别规定或者当事人的特别约定为前提，《民法典》第518条明示“连带债权或者连带债务，由法律规定或者当事人约定”即缘于此因。连带关系的范围，或者说外部关系中某一多数债权人或者债务人能够对其他债权人、债务人发生绝对效力的事项，应当以法律对连带之债效力的特别规定为依据。

可分之债虽然因为给付的可分，导致复数的债权人或者债务人之间并没有牵连关系，但是其发生原因毕竟是同一的，因此一般认为，其解除权、同时履行抗辩权的行使，仍然是不可分的。也就是说，行使解除权时，应当由复数的当事人一方共同进行，或者向复数的当事人一方共同主张。在复数的当事人一方没有进行全部对待给付之前，有权拒绝自己的给付。^[26]

（二）我国《民法典》对不可分之债的规范

作为与可分之债相对应的概念，存在可分之债，自然存在不可分之债。从本条对于按份之债的规定来看，其明确强调按份之债以标的可分的前提，并在本条及后续条文详细规定了按份之债和连带之债多数当事人的内外部关系，但是《民法典》并未提及不可分之债的概念，更未如比较法那样对不可分之债直接予以特别规定。值得注意的是，与本条对于按份之债规定时强调标的可分不同，《民法典》在规定连带债权和连带债务时，并没有提及标的是否可分的问题，而是仅依据债权人向债务人请求履行债务的范围对连带债权和连带债务的内

涵或者说《民法典》第518条至第521条关于连带债权和连带债务规范的适用范围进行了界定。换言之，无论标的可分与否，只要是债权人二人以上，部分或者全部债权人均可以请求债务人履行债务的，都应当认定为连带债权；只要是债务人为二人以上，债权人可以请求部分或者全部债务人履行全部债务的，则都应当认定为连带债务，从而适用前述《民法典》对于连带债权和连带债务的规定。

笔者认为，这种做法并不是立法者无意而为之，就其文义理解，应当认为立法者实际上采用了广义的连带之债的概念，将比较法上的不可分之债、不真正连带之债，都纳入了连带之债的范围，统一适用《民法典》对于连带债权和连带债务的规则。这种做法，虽然乍看上去，在概念的体系上、形式逻辑的严谨性上略有不足，但符合我国司法实践中混同连带之债、不真正连带之债、不可分之债的对于连带之债的一般认识，相关规则也并无太大不妥，足以满足法律适用的需要。至于相关概念的进一步细分，完全可以交由学理加以建构。就不可分之债来说，也是如此：一方面，《民法典》第517条已经提及了标的可分，在逻辑上自然存在标的不可分的情形。因此，学理上承认不可分之债在法典上有其规范基础。另一方面，通过对第518条的理解，尤其是对照第517条，完全可以得出不可分之债应当适用《民法典》对于连带债权和连带债务规则的结论，从而在《民法典》没有直接对不可分之债予以特别规定甚至完全没有提及不可分之债的概念的情况下，在学理上构建不可分之债的理论体系。对于学理上普遍认可的不真正连带之债，也可以做如此处理。

二、不可分之债

（一）不可分之债的概念

不可分之债是指数人负担同一债务或者享有同一债权，而其标的为不可分的债。其中，数人享有同一债权且标的不可分的，为不可分债权；数人负有同一债务且标的不可分的，为不可分债务。

不可分之债与可分之债相比，其基本特点在于其标的为不可分。所谓标的不可分，是指一个标的客观上如分为数个，则有损于其性质或价值。标的之所以不可分，主要取决于标的的客观性质。例如，债务人甲、乙应向债权人给付奔驰汽车一辆，该汽车即属不可分。标的虽客观上可分，但在法律解释上不宜分为数个标的的，或者依当事人特别约定为不可分的，亦属于不可分。

不可分之债不同于连带之债。连带之债与不可分之债同为多数人之债，但不可分之债是从债的标的上的特征对多数人之债的分类，强

调的是债的标的的不可分性。连带之债以标的的可分为前提，只是基于法律的特别规定或者当事人的特别约定而发生，其强调的是多数人的一方当事人之间的连带权利义务关系。就可分之债的效力尤其是外部关系上的连带关系或者说发生绝对效力的事项而言，取决于法律的特别规定。比较法上在连带之债中，债务人可以向全体债权人或部分债权人清偿全部或部分债务，债权人也有权请求全部债务人或部分债务人履行全部或部分债务；而在不可分之债中，债务人不能为部分清偿，债权人亦无权请求为部分清偿。但我国法律上，二者的履行规则是一致的。

不可分之债亦不同于协同之债。所谓协同之债，是指指标的不可分，由数人负同一债务或有同一债权，多数债务人应协同履行，多数债权人应协同受领的债。在协同之债中，债务应由全体债务人履行，债权应由全体债权人受领。例如，木匠、泥瓦匠等负协同建筑同一房屋之债务，就属于协同之债。协同之债的标的亦是不可分的，此与不可分之债相同，但协同之债须由各债务人协同履行或各债权人协同受领；而在不可分之债中，按照我国法律，部分或者全部债权人均可以请求债务人履行债务，债务人也可以向部分或者全部债权人履行。

（二）不可分债权

不可分之债包括不可分债权和不可分债务。以可分给付为标的之债权，谓之可分债权。以不可分给付为标的之债权，谓之不可分债权。^[27]因此，数人享有同一债权，其给付不可分的，为不可分债权。

关于不可分债权的效力，《德国民法典》第432条、《日本民法典》第428、429条、我国台湾地区“民法”第293条均有规定。其关于不可分债权的外部效力，也就是债权人与债务人之间的关系，主要包括以下几个方面：第一，就给付的请求和作出而言，在不可分债权中，各债权人只能为全体债权人请求履行，债务人亦只能向债权人全体履行。这主要是考虑到，既然给付不可分，故各债权人只能享有同一的给付标的，其自然也只能为全体债权人请求履行，而债务人也应当向债权人全体来作出履行。第二，德国法允许就债权人要求债务人为全体债权人而提存。我国台湾地区通说也认同这一观点。^[28]这是与前面所言的不可分债权的债务人须向全体债权人履行相配套的，因为如果其中一个债权人没有正当理由拒绝受领，则无法构成清偿，从而使全体债权人都陷入受领迟延。此种情况下，债务人有权进行提存，但此种提存应当是为全体债权人而进行的提存。第三，其他仅对债权人中一人发生的事项，其利益或者不利益对其他债权人不产生效力。例如，债权人中一人受领清偿、代物清偿、请求权时效完成、发

生混同、对债务人为免除或抵销、债务人为债权人中一人提存等，仅限对该债权人发生效力，对其他债权人不产生效力。这主要是考虑到不可分之债性质上为复数之债，且只是因为标的的同一而联系在一起，各债权并无共同目的，故而，各债权人发生的事项，原则上不对其他债权人产生效力。这与连带债权是不同的。基于这一性质，比较法上一般仅允许就清偿方可发生对其他债权人的效力。关于不可分债权人相互之间的关系，即其内部关系，我国台湾地区“民法”第293条规定准用第291条的规定，即参照适用连带债权人之间内部关系的规定。

我国《民法典》在对连带债权和连带债务的界定中，实际上将不可分之债纳入了连带之债的范围，因此，不可分债权应当适用连带债权的相关规则。这就是说：一方面，在内部关系上，不可分之债的债权人之间的份额能够按照法律规定或者合同约定确定的，从其规定或约定；难以确定的，视为份额相同。实际受领超过自己份额的不可分之债的债权人，应当按比例向其他债权人返还。当然，基于不可分之债标的不可分的特点，如果该给付并非全部债权人共同受领，则通常只能由一个债权人受领全部给付。实际受领的债权人只能将所受领的超出自己份额的给付变价向其他债权人返还。

另一方面，在外部关系上，不可分之债的债权人有权请求债务人向其履行全部义务。部分债权人受领债务人的履行、对债务人进行抵销、债务人为债权人中一人提存的，由此消灭的债权，对其他债权人发生效力。但部分债权人免除债务人债务的，仅在该债权人的份额内发生债的消灭的效力；在扣除该债权人的份额后，不影响其他债权人的债权。显然在外部关系的处理上，我国《民法典》的做法与前述德国、日本和我国台湾地区的做法大相径庭，对此不可不察。

（三）不可分债务

关于不可分债务的效力，比较法上有不同认识：《德国民法典》第431条明定“数人负同一不可分给付时，应作为连带债务人负责”，从而直接将其作为连带债务来处理。我国台湾地区“民法”第292条则表述为“数人负同一债务，而其给付不可分者，准用关于连带债务之规定”，“准用”之意乃参照适用，即参照适用关于连带债务的规定，学理上解释为就债务人之一发生的清偿、代物清偿、抵销、混同、提存均应对其他债务人发生效力，而免除和消灭时效完成则因不可分之债的性质而无法准用连带债务的规定。《日本民法典》第430条则要求：“数人负担不可分债务时，准用前条的规定及关于连带债务的规定。但是，第四百三十四条至第四百四十条的规定，不在此限。”这就是说，日本法上对于不可分之债，仅在债务人内部关系上适用连带

债务的规定，而就其外部关系则准用连带债权的规定。大致言之，均认可不可分债务在规则适用上与连带债务并无区别。查其究竟，系因不可分债务本质上乃复数债务，但其给付不可分，故而在其履行上应当准用连带债务的规定，各债务人均应当承担全部给付义务。而各债务人的事项除履行、提存、抵销、混同等债的消灭或效力减弱的情形外，不对其他债务人发生影响。对此，《日本民法典》第430条但书有明确规定，旧中国民法典虽未规定，但学说上亦采此见解。^[29]我国《民法典》则直接将不可分债务作为连带债务处理。

从我国《民法典》来看，不可分之债应当适用连带之债的规则。故而，关于不可分债务的效力有如下两个方面。

一方面，在内部关系上，即就不可分债务多数债务人之间的关系而言，不可分之债的债务人之间的份额能够按照法律规定或者合同约定确定的，从其规定或约定；难以确定的，视为份额相同。承担债务超过自己份额的不可分之债的债务人，有权就超出部分在其他债务人未履行的份额范围内向其追偿，并相应地享有债权人的权利，但是不得损害债权人的利益。其他债务人对债权人的抗辩，可以向该债务人主张。基于所为给付的不可分，在不可分之债中通常是由某一债务人清偿了全部债务。其可以分别向其他各债务人就其份额内的债务予以追偿。此种追偿的请求标的显然不能为债务人所为给付同一性质的给付，而应当是金钱的给付。

另一方面，在外部关系上，即就债务人与债权人之间的关系而言，部分债务人履行、抵销债务或者提存标的物的，其他债务人对债权人的债务在相应范围内消灭；该债务人可以就超出自己份额的部分向其他债务人追偿。部分债务人的债务被债权人免除的，在该债务人应当承担的份额范围内，其他债务人对债权人的债务消灭。部分债务人的债务与债权人的债权同归于一人的，在扣除该债务人应当承担的份额后，债权人对其他债务人的债权继续存在。债权人对部分连带债务人的给付受领迟延的，对其他连带债务人发生效力。

值得注意的是：如果不可分之债因某种法律事实变更为可分之债的情况下应当如何处理？比较法上，《日本民法典》第431条规定：“不可分债务变为可分债务后，各债权人只能就自己的部分请求履行，各债务人亦只就其负担部分负履行责任。”我们认为，不可分债务虽准用连带债务的规定，但其只是形式上与连带债务相同，只是因为客观上无法将给付进行分割才不得不负担全部的给付。因此，一旦该给付可分，则各债务人承担全部债务的客观基础已经不复存在，故各债权人只能就自己的部分请求履行，各债务人亦只就其负担部分履行债务。尤其是我国《民法典》在连带债务的规定上借鉴了日本法

的规定，就体系完整而言，在不可分之债变更为可分之债的情况下，亦应当参考日本法的这一做法。

三、按份之债

对于可分之债，根据复数的一方当事人享有权利和承担义务的情况，又可分为按份之债与连带之债。按份之债是指债的一方当事人为多数，各自按照一定的份额享有债权或者负担债务的可分之债。《民法通则》第86条规定：“债权人为二人以上的，按照确定的份额分享权利。债务人为二人以上的，按照确定的份额分担义务。”《民法典》本条则规定：“债权人为二人以上，标的可分，按照份额各自享有债权的，为按份债权；债务人为二人以上，标的可分，按照份额各自负担债务的，为按份债务。”就文义观之，基本上继受了《民法通则》第86条的意旨，唯强调按份之债系可分之债的下位概念；就份额虽未再强调“确定”二字，但第2款对份额的确定规则进行了补充性规定。据此，按份之债又可视复数一方当事人究为债权人抑或债务人分为按份债权和按份债务。债权人为二人以上，各自按照一定的份额享有债权的，为按份债权；债务人为二人以上，各自按照一定的份额负担债务的，为按份债务。

如前述，可分之债性质上属于复数之债，债的关系分别各自独立存在于多数当事人，只是基于同一发生原因而导致给付的同一。故而，可分之债的多数当事人之间的债权债务原则上各自独立存在的。因此，可分之债原则上乃按份之债，连带之债的成立，须以法律的特别规定如侵权法对共同侵权的规定或者当事人的特别约定为前提。

本条对按份之债的规定，明确体现了可分之债的本质特点。依据本条，就按份债权而言，各债权人只是按照其份额享有债权。换言之，任一债权人只能请求债务人就其份额内的债权予以清偿；对于超出其份额的请求，债务人并无清偿的义务，当然有权拒绝履行。就按份债务而言，各债务人也是按照其份额分别负担债务。换言之，债权人只能分别请求各债务人履行各自份额内的债务；对于超出自己份额的债务，债权人并无权请求，债务人也同样可以拒绝履行。

在按份之债中，各债权人的债权或各债务人的债务各自独立，相互之间没有连带关系，对某一债权人或某一债务人发生效力的事项，包括清偿、提存、抵销、混同、免除等债的消灭事由，对其他债权人或债务人不发生影响。例如，某一债权人接受债务人的履行超过自己分享的权利份额的，除可认定为第三人接受履行的外，构成不当得利，其他债权人的权利并不消灭；某一债务人履行义务超过自己分担的份额的，除可认定为第三人履行外，只能向接受其履行的债权人请

求返还不当得利，其他债务人的债务并不消灭。

虽然法条并未规定，但基于按份之债作为可分之债的本质，解释上认为，鉴于其给付的同一性，其解除权、同时履行抗辩权的行使，仍然是不可分的，应当由复数的当事人一方共同进行，或者向复数的当事人一方共同主张。^[30]

对于多数债权人或者债务人之间的份额，应当依据法律的规定或者多数当事人之间的约定来确定；如果不能确定，则应当依据本条第2款的规定，推定为份额相同。换言之，按份债务的，由各债务人平均负担债务；按份债权的，由各债权人平均分享债权。这也是比较法上的通常做法。^[31]

第五百一十八条

债权人为二人以上，部分或者全部债权人均可以请求债务人履行债务的，为连带债权；债务人为二人以上，债权人可以请求部分或者全部债务人履行全部债务的，为连带债务。

连带债权或者连带债务，由法律规定或者当事人约定。

本条主旨

本条是对连带之债的规定。

相关条文

《民法通则》第87条 债权人或者债务人一方人数为二人以上的，依照法律的规定或者当事人的约定，享有连带权利的每个债权人，都有权要求债务人履行义务；负有连带义务的每个债务人，都负有清偿全部债务的义务，履行了义务的人，有权要求其他负有连带义务的人偿付他应当承担的份额。

理解与适用

可分之债，因其多数债权人或债务人是否具有牵连关系，从而就债权的享有或债务的履行是否各自独立，而可以区分为按份之债和连

带之债。按份之债和连带之债在债权享有或债务履行的范围、多数当事人之一的行为能否对他人发生效力等方面都有很大区别，实务中按份之债和连带之债的适用也颇为广泛。鉴于按份之债和连带之债普遍适用于各种债的关系，德国法系诸民法普遍在债法总则中对之予以规定。我国《民法通则》在“民事权利”一章对债权的概括规定中，于第86条和第87条分别对按份之债和连带之债进行了规定。《民法典》总则的“民事权利”一章则仅就债的概念以及债的发生原因进行了列举，包括按份之债、连带之债在内的传统民法中的多数人之债规则，则被作为债的履行的特殊规则，被纳入合同编通则部分予以规定。虽然其体系上居于合同编通则当中，但多数人之债的各项规则系各类债的关系的一般性规则，依据《民法典》第468条，其普遍适用于合同之债以及非因合同产生的各类债权债务关系。

一、连带之债的概念

《民法通则》第87条对连带之债的界定为，“债权人或者债务人一方人数为二人以上……享有连带权利的每个债权人，都有权要求债务人履行义务；负有连带义务的每个债务人，都负有清偿全部债务的义务”。对照《民法典》本条与《民法通则》第87条，在连带之债的规范上，二者的共同点在于：均强调连带之债系多数人之债，即债权人或者债务人一方人数为二人以上；在连带债权的表述上均未突出债权人有权要求债务人履行全部义务；在连带债务的表述上，都强调了债务人应当履行全部债务。二者的差异在于：在连带关系的表述上，就连带债权而言，《民法典》本条突出强调“部分或者全部债权人”均可以请求债务人履行债务；就连带债务而言，《民法典》本条则从债权人的请求权的内容角度加以界定，且请求权指向的债务人亦突出“部分或者全部债务人”。

笔者认为，所谓连带之债是指债的一方当事人为多数，多数债权人中的任何一人都有权请求债务人履行全部债务，或者多数债务人中的任何一人都有义务向债权人履行全部债务的债。连带之债包括连带债权和连带债务。连带债权，是指债权人为二人以上，各债权人均可以请求债务人为全部给付的债权。连带债务，是指债务人为二人以上，各债务人均对债权人负全部给付义务的债务。

第一，连带之债须为多数人之债。必须有多数债权人或多数债务人，才能形成连带债务关系，这也是连带之债成立的先决条件。

第二，连带之债中，连带债权的行使或者连带债务的承担，存在连带关系。这就是说，法律直接规定了发生绝对效力的事项。就这些涉及债的关系消灭的事由等法律规定发生绝对效力的事项而言，其就

多数债权人或者多数债务人中一人发生效力，对于其他债权人或者债务人也发生同样的效力。故而，就连带债权而言，任一债权人均有权请求债务人向其全部给付；就连带债务而言，任一债务人均对债权人负有全部清偿义务。

本条中，“部分”与“全部”同时出现，理解上应当解释为任一债权人均可提出请求。同时，《民法典》本条对连带债权的界定，着力于强调任一债权人“均可以”请求债务人履行债务，并且任一连带债权人可以请求的范围为全部债务。

第三，如前文所指出的，本条对于连带债权和连带债务的界定，并没有强调以标的可分作为前提，而是仅依据债权人向债务人请求履行债务的范围对连带债权和连带债务的内涵作出了规定。这就意味着，不可分之债、不真正连带之债，都被纳入了连带之债的范围，统一适用《民法典》关于连带债权和连带债务的规则。这是因为，就不可分之债而言，由于标的的不可分性，多数债务人中的任何一个均负有履行全部给付的义务，多数债权人中的任何一个也都有权要求债务人进行履行。其在履行规则或者说债权人和债务人之间的关系上，完全符合本条的界定。不真正连带之债也是如此。

二、连带之债的发生

连带之债属于可分之债，性质上属于复数之债，就其本质而言，债的关系分别各自独立存在于多数当事人，只是基于同一发生原因而导致给付的同一。因此，就其本质而言，多数当事人之间的债权债务应当是各自独立存在的。民法奉行私法自治原则，每个人都应当对自己的行为负责，而连带之债各多数当事人之间一人的行为能够对其他当事人的行为发生效力，这显然突破了自己责任的内涵。发生绝对效力事项的存在，也就意味着任一多数当事人的行为的效果及于其他人，故而，这种多数当事人之间的连带关系或者说发生绝对效力的事项的具体范围，应当以法律的特别规定为前提。尽管对于发生绝对效力事项存在严格限制，但毫无疑问，连带之债对责任自负的突破，尤其是在奠基于反对封建株连的近代民法上，各国民法严格限制连带之债：一方面，就连带之债多数当事人之间发生绝对效力的事项，委诸法律予以特别规定；另一方面，则要求连带之债的发生以当事人的特别约定或者法律的特别规定为前提。

《民法通则》第87条对连带之债的界定中，虽然提及“依照法律的规定或者当事人的约定”，但结合其上下文来看，更像在强调连带之债的效力来自法律的规定或者当事人的约定，很难直接体现出连带之债在发生上的特别要求。本条则将此项要求单独作为第2款，明确

规定：“连带债权或者连带债务，由法律规定或者当事人约定。”对于此项规定，尚有如下值得注意。

第一，依据本款，连带之债的发生，无论是连带债权还是连带债务，都需要以法律的特别规定或者当事人的特别约定为前提。连带债务的情况下，任一债务人均负有清偿全部给付的义务，隐隐与近代民法努力突破封建株连、实现责任自负的努力不符。即便是连带债权，连带债权人之一导致债的关系消灭的事项，将导致其他债权人无法再行向债权人请求，亦是对责任自负的违背。因此，其正当性要么依据当事人的意思来证成，要么需要国家意志的背书。

第二，本款是对连带之债发生原因的规定，依据本款，连带之债的发生必须以法律的特别规定或者当事人的特别约定为前提。

第三，关于当事人的特别约定，基于契约自由，多数债的关系当事人之间当然可以就相互之间是否构成连带债权或者连带债务进行约定。所谓当事人的特别约定，就连带债权而言，是指多个债权人共同对连带债权作出约定。连带债权的存在，意味着债务人向任何一个债权人进行给付都能够对所有债权人发生债务关系消灭的效果，对于债务人清偿更为便利，故笔者认为，只需要多数债权人全体一致同意就可以创设连带债权，而无须债务人的同意。就连带债务而言，是指多个债务人之间共同就其债务的连带性作出约定。同样，连带债务对于债权人更为有利，因为债权人可以要求任何一个债务人对其作出履行，故其成立也无须债权人的同意，而只需要全体债务人一致同意即可。这种全体债务人的一致同意，可以是在发生债权债务时各个债务人共同作出约定，也可以是债权债务关系发生后，新的债务人加入进来，成为共同的债务人。此外，多数债的关系当事人也可以一并约定连带债权和连带债务。^[32]

鉴于连带债务的发生，将使各债务人均需负有清偿全部给付的义务，对于债务人的利益影响巨大，笔者认为，一方面，虽然条文并未明确规定，但在解释上，债务人关于连带债务的约定必须是明确的，各债务人必须就承担连带债务作出明确的意思表示；另一方面，就该约定的形式而言，《民法典》并未对此作出特别规定，但我认为，法律应当规定该约定应当采用书面形式，从而与《民法典》对于保证合同应当采用书面形式的要求保持一致。

第四，关于法律对连带责任的特别规定，笔者认为，一方面，本款所言的法律，应当是指狭义的法律，即由全国人民代表大会及其常委会制定并由国家主席签署主席令予以公布的规范性文件。依据《立法法》第8条，民事基本制度只能制定法律。连带之债尤其是连带债

务极大加重了当事人的负担，且突破了现代民法私法自治尤其是责任自负的基本原则，故其发生情形的规定应当属于基本民事制度，由法律规定。另一方面，本款所言的法律规定，即法律对于事实行为的规定，换言之，法律不仅要直接规定构成要件，法律还要直接规定行为的法律后果尤其是承担连带责任的效果。从我国现行法律观之，法律直接规定连带债务或者说连带责任的情形，主要是侵权法中对于共同侵权的规定。其相关规定的正当性来自行为人共同加害的意思联络。此外，对于学理上所谓不真正连带责任，我国法律也往往直接规定为连带责任。^[33]如前文所指出的，《民法典》对于连带之债的规定，不仅包括了通常所言或者说狭义的连带之债，还实际上纳入了学理上的不真正连带债务以及不可分之债，这种扩张连带之债范围的做法，与我国其他法律中将不真正连带债务直接规定为连带责任的做法一脉相承的。

法律对连带债权的直接规定比较少见，《合同法》第400条规定，“经委托人同意，受托人可以转委托。转委托经同意的，委托人可以就委托事务直接指示转委托的第三人，受托人仅就第三人的选任及其对第三人的指示承担责任”。《民法典》第923条亦有类似规定。此处所言的“就委托事务直接指示转委托的第三人”，就包括了委托人对该第三人关于委托事务履行的直接请求权；而受托人基于委托，对该第三人亦有直接请求权，从该条委托人仅就“其对第三人的指示”也可以推断出这一意旨。此种情况下，委托人、受托人对该第三人均有同一债权，且均得请求为全部给付，故构成连带债权。当然，此种情况下，该给付的利益存在最终的归属者即委托人。此种情形与不真正连带债务有近似之处。^[34]

三、不真正连带之债

所谓不真正连带之债是指多个债务人基于不同的发生原因而对债权人负同一内容的给付义务，各债务人均须负履行全部债务的义务，但任一债务人的清偿均使债务全部消灭的债。

第一，多数债务人分别基于不同的原因而对债权人负有不同的债务。这些债权债务关系是各自独立的，是基于不同的发生原因而分别发生的。这与通常的连带之债不同，通常的连带之债产生的原因是同一的，如基于合同约定或某种共同侵权行为而产生连带债务。

第二，不真正连带之债的数个债务偶然联系在一起，也就是说，各个债务人之间并未共同实施某种行为，或者共同作出某种约定（如约定承担连带责任），数个债务发生密切联系是一种偶然的巧合。

第三，数个债务的给付内容是相同的。一方面，数个债务的给付类型应当是同一的。只有在给付类型相同的情况下，才可能出现任一债务人都负有全部清偿义务的可能。另一方面，就相同类型的给付，其量上可能存在差异，此种情况下，数个债务人仅就最低数量内的部分债务承担不真正连带债务。例如，质量不符合约定造成损害，销售者因质量瑕疵承担合同责任，标的物的生产者则因缺陷承担产品责任。由于我国法律把产品责任的赔偿范围限于人身、缺陷产品以外的其他财产损失^[35]，而违约责任所赔偿的则是缺陷产品以及利润损失，二者虽然给付类型相同，均为金钱债务，但范围上不能重合，故不能发生不真正连带责任。当然，此种情况下，受害人可以基于《民法典》第1203条对产品责任的特别规定，就产品责任向生产者或者销售者主张不真正连带责任。再如，一方实施直接加害行为，另一方未尽安全保障义务，法律明确规定安全保障义务人承担的是补充责任，自然也没有不真正连带债务的发生。

第四，债权人分别对各个债务人享有数项请求权，如果债权人实现了某一项请求权，就不能再向债务人提出请求。也就是说，在不真正连带债务中，尽管债权人对各个债务人享有分别的请求权，但因为数个债务人的给付内容是相同的，债权人的一项债权实现后，其利益基本已得到实现，因而不应再向其他债务人提出请求。只有在债权人向某一个债务人提出请求但不能得到清偿的情况下，方可向其他债务人提出请求。可见，就其履行或者说债权人与债务人之间的关系而言，不真正连带债务亦完全符合本条对连带债务的界定。我国法律在規定不真正连带之债时，也往往直接规定为各债务人负连带责任。

不真正连带之债概念的出现，按照学者的考察，系基于《德国民法典》对连带之债过于宽泛的规定。该法第421条规定：“二人以上以其中每一人都有义务履行全部给付、但债权人只有权请求给付一次的方式，欠一项给付的（连带债务人），债权人可以随意向其中任何一个债务人请求全部给付或者部分给付。到全部给付被履行时为止，全体债务人仍负有义务。”而学说与司法实践则通过创设该概念来限制该条规定的适用，“试图在连带债务的一般成立要件上附加特别成立要件，仅满足一般成立要件、未满足特别成立要件的情形，不可以构成连带债务”^[36]。《民法典》本条对连带之债的规定与《德国民法典》第421条并无本质性区别，学理上的不真正连带之债也被纳入了连带债务的范围，适用连带债务的规则。唯在各连带债务人内部份额的划定上，由于相关法律往往规定有最终责任人，故而其并不适用《民法典》第519条第1款的推定规范，而应当按照相关法律的规定来确定连带债务人各自的份额。

第五百一十九条

连带债务人之间的份额难以确定的，视为份额相同。

实际承担债务超过自己份额的连带债务人，有权就超出部分在其他连带债务人未履行的份额范围内向其追偿，并相应地享有债权人的权利，但是不得损害债权人的利益。其他连带债务人对债权人的抗辩，可以向该债务人主张。

被追偿的连带债务人不能履行其应分担份额的，其他连带债务人应当在相应范围内按比例分担。

本条主旨

本条是对连带债务人之间内部关系的规定。

相关条文

无

理解与适用

一、连带债务人的内部份额及其确定

连带之债作为复数之债，多数当事人之间的债权债务是各自独立存在的，只是由于法律的特别规定或者当事人的特别约定，狭义的连带之债基于同一发生原因而导致给付的同一，广义的连带之债如不真正连带债务，更是基于不同的发生原因，只是在结果上发生相同的给付。故而连带之债只是在债权人与债务人之间的关系上存在发生绝对效力事项，某一连带债务人或者连带债权人发生的此类事项能够对其他多数债的关系当事人发生效力。换言之，在对外关系上即连带债权人与债务人或者连带债务人与债权人之间，连带之债因法律的特别规定或者当事人的特别约定而有连带关系的问题，但就其内部而言，多数当事人仍然各自享有债权或者负担债务，多数当事人之间仍然按照各自的份额享有债权或者承担债务。

就连带债务而言，连带债务中每一连带债务人均负有清偿全部债务的义务，但这只是连带债务人与债权人之间的效力，在其清偿或通

过其他方式消灭债务的情况下，如果特定债务人承受全部责任而不能从其他债务人处获得补偿，显然对其是十分不公平的。因此，尽管连带债权债务在外部关系上是连带的，但从连带之债的内部关系上说，连带债权人和债务人之间又是按份的，从内部关系而言应当按确定的份额来分配权利和义务，各债务人之间仍然应当按照各自的份额确定相互关系。

本条第1款是对连带债务人之间份额的推定性规范。本款所谓确定，是指按照法律的规定来确认或者由全体债务人加以约定连带债务人之间的份额。我国法律对连带责任的规定中，也可能涉及其内部追偿或者分摊的问题。这其实就是对份额确定规则的规定。需要强调的是，就各类不真正连带债务而言，虽然《民法典》将其纳入连带债务中，对其外部效力或者说债权人与连带债务人之间的关系，尤其是发生绝对效力事项进行了一并规定，但是在各连带债务人内部份额的分担上，严格地讲，并不适用本条第1款。因为对于绝大多数不真正连带债务而言，基于法律的规定（例如前述各类承担相应保护义务的一方就实际加害人的侵权行为承担的责任）或者合同的约定（如保证人、保险人），都存在终局债务人或者说最终责任人。终局债务人之外的其他不真正连带债务人实际承担债务后，有权就其承担的全部债务向终局债务人追偿。而终局债务人自行实际承担债务之后，则并无追偿权。此外，基于私法自治原则，全体债务人也可以就其内部份额的承担作出约定；鉴于法律、行政法规并未对其提出书面形式的要求，故该约定不以书面为必要。

我国既往立法对法律没有特别规定以及当事人没有特别约定的情况下，各债务人内部份额如何确定没有进行规定。但问题在于，连带债务的发生情况多种多样，法律不可能对其内部份额的确定规则一一加以规定，连带债务人之间对其内部份额如何分担也可能未予约定或者不能达成协议。因此，法律有必要规定推定规则。比较法上，各国普遍规定连带债务人原则上应当平均分担债务。这一规则强调在法律没有特别规定以及当事人没有特别约定的情况下，在债务人内部应当按照债务人的人数来均分债务，合乎公平原则。《民法典》本条第1款借鉴比较法上的做法对此进行了规定。

二、连带债务人的追偿权

本条第2款是对连带债务人之一的事项导致其他债务人债务消灭时追偿权和代位权的规定。

（一）连带债务人追偿权的发生条件

连带债务对外是连带的，但在连带债务人内部则有各债务人应当承担的份额的问题。就连带债务而言，因为各债务人都有清偿全部债务的义务，但在各债务人内部关系中，应当按照一定份额分担债务，所以，清偿债务超过自己应分担的份额的，债务人有权向其他债务人追偿。履行了义务的债务人享有的请求其他债务人偿还其应承担份额的权利，即为债务人的追偿权。比较法上，对此种求偿权一般均加以规定，《民法通则》也明确规定履行了义务的人，有权要求其他负有连带义务的人偿付他应当承担的份额。本条第2款则作了更为清晰完整的表述。

依据本条第2款，追偿权的发生应当具备以下条件：（1）债务人实际承担了债务。这里所言的实际承担债务，应当结合《民法典》第520条对连带债务中发生绝对效力事项的规定来理解，包括清偿、提存、抵销、混同等各种发生绝对效力的事项。（2）其他债务人因该债务人的实际承担而全部或者部分消灭了债务。（3）债务人实际承担的债务超出了其应当承担的份额。即便只是实际承担部分债务，但只要超过自己应承担的份额的，其超过部分也属于为其他债务人履行债务，因而也有权要求向其他债务人追偿。

需要指出的是，既然连带债务内部是按份的，那么，一方面，就承担债务超出自己份额的部分，债务人有权向其他债务人追偿。追偿的范围为债务人实际承担债务超出其应承担的份额的部分，包括自因清偿等事由导致债的关系消灭之日起的利息，以及履行债务时所支出的运输费、包装费等应由债务人共同承担的费用和诉讼费、执行费等因实际承担债务而遭受的损害。就费用和损害而言，应当以不可归责于实际承担债务的债务人为限。^[37]

另一方面，在其他债务人有多多个的情况下，追偿权所对应的债务是按份债务，追偿权人应当分别向各债务人主张其应当承担的份额。申言之，追偿权人承担债务导致全部债务消灭的，其有权分别请求其他债务人承担各自应当承担的份额，某一债务人超出自己份额清偿的，不能对其他债务人发生绝对效力。追偿权人承担债务导致部分债务消灭的，其应当就超出自己份额的范围的部分，向其他债务人在其应当承担的份额内进行追偿。

（二）不能偿还部分的分担

值得讨论的是：如果某一债务人失去偿付能力而不能偿还，应当如何处理？对此，从比较法来看，连带债务人中一人或数人无偿还能力的，其不能偿还部分，由追偿权人和其他债务人按照各自分担部分的比例分担，但追偿权人对其不能偿还存在过失的除外。^[38]《民法

典》此前各草案并未作出规定，但在最终的版本上，于本条增加了第3款，规定“被追偿的连带债务人不能履行其应分担份额的，其他连带债务人应当在相应范围内按比例分担”。本条第3款的规定诚值赞许，因为追偿权的实现以其他各连带债务人能够履行为前提，如果其没有偿还能力，就需要由各连带债务人按照各自份额来分担此种损失。这种做法避免了履行债务的连带债务人因其他债务人的原因而无从追偿，有利于鼓励连带债务人积极履行债务。否则，该损失不能由其他债务人分担，则将完全由追偿权人也就是消灭债务的连带债务人承担，这将不利于连带债务人积极履行全部清偿义务，从而不利于债权的实现。而且，按照份额比例分担，也体现了公平原则的要求。这里所言的不能偿还，不仅包括其没有资力偿还，也包括债务人行踪不明，追偿存在困难的情形。^[39]值得注意的是，本条第3款如比较法上那样将追偿权人存在过失的例外情形予以规定，但解释上，如果追偿权人对不能偿还存在过失，则其应当就其过错承担相应的法律后果，自然不能再主张追偿。

（三）关于连带债务人实际承担债务时通知义务的探讨

基于连带债务人之间的连带关系，法律允许连带债务人之一的法定或约定事由发生绝对效力，《日本民法典》第443条规定：“因连带债务人之一人，怠将因清偿或其他形式个人出捐而使得共同免责事通知其他债务人，其他债务人善意对债权人进行清偿或得其他有偿免责时，可以将自己的清偿或其他免责行为，视为有效。”换言之，连带债务人在实际承担债务从而消灭债务之前应当通知其他债务人，否则，其他债务人在不知债务已经消灭的情况下而实际承担债务的，其履行等行为不构成非债清偿；其有权以此对抗追偿权人的追偿。

此外，各连带债务人也可能因情事的发展而对债权人享有各自的抗辩事由，享有抗辩事由的债务人完全可以通过抗辩事由的行使而对抗债权人的请求，甚至减轻乃至免除自己的债务。这就需要各连带债务人在实际承担债务之前通知其他债务人，知悉其可能享有的抗辩事由。如果其没有进行此种通知而径行消灭了债务，此时如果仍然允许消灭债务的债务人向其求偿全部的份额，则将使享有抗辩事由的债务人实际上失去了其抗辩事由而带来的利益。故而，就该利益，相关债务人亦不妨以此对抗追偿权人的追偿。

三、连带债务人的代位权

比较法上一般允许追偿权人不仅有权向其他连带债务人求偿，还可以在求偿范围内承受债权人的权利，以维护自己的追偿权。^[40]例如，代位债权人要求担保人承担担保责任。但此种承受损害了债权人

的利益的除外。我国既有的法律对此并未明确规定。为保障追偿权的实现，合理平衡各连带债务人之间的利益，维护追偿权人的追偿权，本条第2款明确规定“并相应地享有债权人的权利”，这就把连带债务人的代位权引入了我国法律的规定。换言之，在某一连带债务人以其实际承担债务的行为导致债的关系全部或部分消灭而就超出自己份额的部分向其他债务人追偿时，其就自动取得了债权人的相应权利，包括担保物权、保证债权等。

关于代位权的构成与行使，需要注意以下几点。

第一，代位权的行使，以追偿的范围为限。代位的目的在于保障追偿权的实现，故而只能在追偿的范围内来代位行使债权人的权利，本条所谓“相应的权利”中的“相应”就是这一意思。这就意味着，一方面，追偿权人只能就其实际承担的债务超出了其应当承担份额的部分行使代位权。另一方面，针对特定的其他债务人，由于追偿权所对应的都是按份债务，追偿权人也只能在向各债务人主张的份额内分别行使代位权，而不能以“相应地享有债权人的权利”为由主张各债务人就其追偿权承担连带债务。在第三人对某一债务人的债务承担担保责任的情况下，追偿权人只能就该债务人承担的份额主张担保责任。

第二，既然该权利已经由实际承担债务超过自己份额的连带债务人“享有”，那么不妨在理解上认为其系法定的权利转移。在行使相关权利时，应当以其自己的名义而非债权人的名义行使。

第三，代位权只是“债权人的权利”转由追偿权人享有，故该权利并非如追偿权一样是一项新发生的权利，而是债权人的既有权利。因此，其他连带债务人对债权人的抗辩，可以向该债务人主张。例如，某一其他连带债务人对债权人享有适于抵销的债权，其自然可以向追偿权人主张抵销；债权人对连带债务人负有对待给付义务的，其他债务人也不妨向追偿权人主张同时履行抗辩权。相应地，作为新发生的权利，追偿权的诉讼时效应当自权利成立时起算，而代位权的诉讼时效则应当依据债权人的权利发生及履行情况来判断。

第五百二十条

部分连带债务人履行、抵销债务或者提存标的物的，其他债务人对债权人的债务在相应范围内消灭；该债务人可以依据前条规定向其他债务人追偿。

部分连带债务人的债务被债权人免除的，在该连带债务人应当承

担的份额范围内，其他债务人对债权人的债务消灭。

部分连带债务人的债务与债权人的债权同归于一人的，在扣除该债务人应当承担的份额后，债权人对其他债务人的债权继续存在。

债权人对部分连带债务人的给付受领迟延的，对其他连带债务人发生效力。

本条主旨

本条是对连带债务绝对效力事项的规定。

相关条文

无

理解与适用

一、连带债务的相对效力原则

连带债务本质上是复数之债，故而就连带债务人中之一人所发生的事项，原则上对其他债务人不应发生效力，此即连带债务的相对效力原则。但连带之债之所以被冠以“连带”，就是因为所谓绝对效力事项的存在。在某一债务人发生绝对效力事项的情况下，会影响到其他债务人。这种互相影响的情况，比较法上多规定为债的消灭方面或效力减弱的相关事项。根据本条，绝对效力事项限于清偿、抵销、提存、免除、混同等债的消灭的情形以及债权人的受领迟延。这是因为，连带债务的债务人承担着十分沉重的义务，基于公平考量，法律在减轻其负担方面允许各债务人的事项相互发生效力。而且，如果不允许发生绝对效力，可能使得法律关系过于复杂。

值得注意的是，除了法律特别规定的事项之外，绝对效力事项也不妨由当事人特别约定。此处所言的特别约定，应当是指债权人与全体债务人共同进行的约定。在当事人特别约定法定事项之外的某事项发生绝对效力的情况下，基于合同自由原则，自然应当尊重当事人的约定，允许发生绝对效力。

比较法上多对相对效力原则加以明文规定，例如《德国民法典》第425条在第422条至第424条对绝对效力事项加以列举式规定之后，

明确强调，除债的关系另有其他约定外，第422条至第424条所列举的事实之外的事由，其利益或不利益仅对其特定的连带债务人本人有效；并特意强调，“上述规定特别适用于对连带债务人中一人的告知、迟延、过失、本人的给付不能、时效、时效的中断或者中止、债权与债务的混同以及确定判决等”。我国台湾地区“民法”第279条也规定：“就连带债务人中之一人所生之事项，除前五条规定或契约另有订定者外，其利益或不利益，对他债务人不生效力。”《日本民法典》第440条亦规定了效力的相对性原则：“除前六条所载事项外，就连带债务人之一人发生的事项，对其他债务人不发生效力。”虽然该条未提及当事人约定的问题，但解释上认为该条当然可以通过合同排除之，当事人可以通过合同对绝对效力事项作出约定。^[41]

《民法典》本条只是对各类绝对效力事项进行了列举，但未对相对效力原则作出规定，但衡诸其立法意旨，尤其是该条对发生绝对效力事项的详尽列举，应当认为，《民法典》亦应当认可此项原则。

二、清偿、抵销、提存的绝对效力

（一）清偿

《民法典》本条第1款开宗明义将债务人的履行作为绝对效力事项之首加以列举。

如前文所指出的，结合《民法典》第509条第1款、第557条第1款第1项等条款的规定来看，合同履行的概念是对当事人依照合同义务进行行为的高度抽象。履行概念是中性的，即单纯的履行债务的行为，并不对其后果进行评价。而作为债的消灭原因，虽然《民法典》第557条第1款第1项表述为“债务已经履行”，但在解释上，应当理解为在债务人全面、适当履行其债务的情况下，方可构成清偿，从而实现债权、消灭债的关系。

我国学理和司法实践中通常认为，清偿表述的是债的双方当事人全面、适当履行其债务之后的客观状态，是一个静态的概念，而且清偿本身就包含着对债务履行的全面性、适当性方面的价值评判，故而构成债的消灭原因的是“清偿”。虽然《民法典》第557条在债的消灭事由的列举中并未使用清偿的概念，但紧随该条的第560条和第561条规定了清偿抵充规则，且明确使用了清偿的表述，其内涵显然也应当解释为通过债务人全面适当履行而消灭债权债务。此外《民法典》第768、793、798条，尤其是第985条对提前清偿、恶意非债清偿的规定，都是在这一内涵上使用的。从《民法典》物权编对抵押人的处分权（第406条）、抵押权保全权能（第408条）、抵押物孳息收取

规则（第412条）、抵押权的实现规则（第413、414条）、抵押权和质权的效力冲突解决规则（第415条）的规定来看，其虽然是对抵押权这一担保物权的規定，但结合担保物权从属于主债权的本质特点，也相应地对清偿进行了规定，从其文本上看，明确使用了“清偿”的表述；就其文义而言，显然明确将清偿作为债的消灭事由来对待。其他担保物权的相关条款中也是如此（动产质权第432、433、435条，权利质权第442-445条，留置权第455条）。此外，在婚姻编对个人财产制（第1065条）和共同债务的规定（第1089条），继承编对遗产范围的界定或者说被继承人税款和债务的承担的规定上（第1159、1161-1161条），也都提及了清偿的概念。唯须注意的是，《民法典》前述条文在提及清偿时，更多突出的是债务人对债务全面适当地履行，在表述上多以“债务人”“清偿”而体现出来，似乎较少涉及债权人适当受领的问题。但考虑到提存规则的存在且被明定为债的消灭原因，笔者倾向于仍然按照既有通说，强调清偿是双方当事人全面适当地履行，既包括债务人的适当履行，也包括债权人的适当受领。

本条第1款与《民法典》第557条第1款第1项在表述上是一致的，都使用了“履行”，但考虑到作为构成绝对效力事项的核心标准是消灭或者减弱债权，加之本条也将提存、抵销等债的消灭事由都进行了明确列举，尤其是本条将债权人受领迟延也明确作为绝对效力事项单独予以规定，故而这里所言的履行也与《民法典》第557条第1款第1项一样，应当解释为清偿。否则，一方面，在债务人履行不符合约定，并未消灭或者部分消灭债权的情况下，对其自己尚不能发生消灭债务的效力，更何谈对其他债务人的效力。另一方面，在债权人受领迟延乃至无正当理由拒绝受领的情况下，就要以履行而非受领迟延或者提存来确定绝对效力，有架空这两项事项之嫌。

在连带债务人之一发生清偿的情况下，债权人的债权已经实现，自然没有理由继续存在，自然各连带债务人对债权人的债务也一并消灭。即便只是部分清偿，在清偿的范围内，各连带债务人的对债权人的债务也一并消灭。比较法上对此有一致认识，《民法典》亦作如此规定。

（二）抵销

抵销是双方当事人互负同种类债务时，使各自债务在相等数额内一并归于消灭的法律制度。抵销的情况下，互付债务的双方当事人的债权同时得到满足，因此，其与清偿具有相同的意义。故而，各国民法普遍允许抵销发生绝对效力。因此，我国《合同法》第91条规定抵销为合同权利义务终止的原因之一，《民法典》第557条第1款第2项进一步明确“债务相互抵销”为“债权债务终止”或者说债的消灭的原

因。本条第1款亦明确规定抵销为连带债务中发生绝对效力的事项。

（三）提存

提存是指因债权人的原因致使债务人难以履行其到期债务的，债务人依法将合同标的物交付给提存部门保管，从而消灭其债务的制度。《民法典》第557条明确将“债务人依法将标的物提存”明确规定为债权债务终止或者说债的消灭的原因。

就其性质而言，提存是债务人清偿的替代方式。清偿应当以受领权人的受领为前提。债务人的适当履行和债权人的适格受领方可导致清偿的效果。《民法典》第509条强调当事人应当按照约定全面履行其义务，这不仅是对债务人的要求，也同样要求债权人应当按照合同约定和诚实信用原则的要求履行其受领给付的义务。相应地，如果因受领权人的原因致使债务人难以履行其债务，则债务人无法完成清偿，从而消灭债的关系。这种久拖不决的状态对于债务人是十分不利的，而且这种状况的发生不能归责于债务人。因此，需要法律为债务人提供一种途径，以使其及时消灭其债务。《合同法》规定债务人在债权人无正当理由拒绝受领、债权人下落不明、债权人死亡未确定继承人或者丧失民事行为能力未确定监护人等情形下，有权通过提存消灭其债务，在标的物不适合提存的情况下，允许债务人自助出卖标的物，而就所得的价款进行提存。《民法典》沿用了《合同法》将提存作为债的消灭事由的规定，并于第571条进一步明确：“债务人将标的物或者将标的物依法拍卖、变卖所得价款交付提存部门时，提存成立。提存成立的，视为债务人在其提存范围内已经交付标的物。”这就更加明确了提存作为清偿替代方式发生与清偿相同的效力以及该效力于提存成立时发生。

就提存而言，其只是在因债权人不受领而无法清偿时的一种变通处理，就债务人方面而言，其与清偿实无二致，因此发生与清偿相同的效力。故而，在连带债务人之一进行提存的情况下，也应当发生绝对效力。比较法上也均认可提存的绝对效力。《民法典》本条第1款亦明定提存为发生绝对效力事项。

三、免除和混同的限制性绝对效力

（一）免除

1. 免除的绝对效力

免除，是指债权人向其债务人表示其免除对方部分或全部债务的

意思，而使合同权利义务关系部分或全部消灭。作为一种民事权利、财产权利，权利人自然可以对债权加以处分。免除实际上是债权人对其债权的抛弃，抛弃权利是债权人对自己的权利进行处分的题中应有之义。我国《合同法》规定免除为合同权利义务终止的原因之一。

《合同法》第105条规定：“债权人免除债务人部分或者全部债务的，合同的权利义务部分或者全部终止。”《民法典》第575条则规定：“债权人免除债务人部分或者全部债务的，债权债务部分或者全部终止，但是债务人在合理期限内拒绝的除外。”两相对比，《民法典》强调免除的效力不仅是合同权利义务的终止，更是债的消灭；同时允许债务人在合理期限内拒绝，从而进一步明确免除性质上系单方法律行为。因为如果如德国法那样认为免除须以合同为之，则债务人完全可以拒绝承诺，从而避免发生免除的效果。而作为有相对人的单方法律行为，免除的意思表示到达债务人即已生效，如果债务人执意不接受此种恩惠，须由法律赋予其拒绝权。《民法典》第575条但书就体现了这一意蕴。

作为单方法律行为，债权人免除的意思一经到达债务人，就发生债权债务消灭的效果。既然免除系债的消灭的原因，其即应发生绝对效力。如果免除不能够发生绝对效力，则在债权人免除之后，承担全部清偿责任的债务人仍然有权按照内部关系请求被免除的债务人分担其应当承担的份额。这就使得免除失去了其应有的意义。因此，免除应当能够发生绝对效力。比较法上对此持一致认识，《民法典》本条也明确规定了免除的绝对效力。

2.免除绝对效力的范围

问题在于：免除的范围究竟应当是全部债务，还是仅限于被免除的债务人应当分担的部分？就债权人免除绝对效力的范围，比较法上有不同的做法。《法国民法典》第1285条规定：“债权人为连带债务人中一人的利益而以契约免除或解除其债务时，其他连带债务人的债务亦归消灭，但债权人明示保留其对于其他连带债务人的权利者，不在此限。前项的最后一情形，债权人所能请求清偿的债权，仅为减去其已免除债务之人原应负担的部分后的债权。”这就是说，在债权人免除某一连带债务人全部债务的情况下，原则上就债务的全部发生绝对效力；但债权人明示保留其对于其他连带债务人权利的情况下，免除的绝对效力的范围仅限于被免除的债务人应当分担的部分。

德国法系诸民法则采取了相反的推定。《德国民法典》第423条规定：“债权人与连带债务人中一人协议免除的，如果合同双方当事人有使全部债的关系消灭的意思，对其他债务人发生同样效力。”这就是说，德国法上，如果免除协议的当事人对消灭全部债的关系有特

别约定的，则免除的债务为全部债务，且发生绝对效力。但如果没有这一特别约定，解释上该免除只能就被免除债务的债务人应当分担的部分发生绝对效力。《日本民法典》第437条更为清晰地表明了这一意旨：“对连带债务人之一人所进行的债务免除，只就该债务人负担部分，为其他债务人的利益亦发生效力。”在解释上，也认可债权人对连带债务人之一表示消灭全部债务意思时，发生全体债务人免除债务的效果。^[42]我国台湾地区“民法”第276条则比较全面地表达了这两方面的内涵，其规定：“债权人向连带债务人中之一人免除债务，而无消灭全部债务之意思表示者，除该债务人应分担之部分外，他债务人仍不免其责任。”这就是说，在债权人免除连带债务人之一全部债务的情况下，原则上仅就被免除债务的债务人应当分担的部分发生绝对效力。但债权人向连带债务人之一作出免除的意思表示时，特别表明其意欲消灭全部债的关系的，则全体债务人均免予承担债务。

我们认为，免除为债权人对其权利的抛弃，因此，应当尊重债权人的意思，在债权人明示免除范围的情况下，应当以债权人的意思为准。在债权人未予明示的情况下，有必要通过法律的推定性规范，明确免除的范围，尤其是发生绝对效力的范围。依据本条第2款，债权人对部分债务人债务的免除，就被免除的债务人应当承担的份额，对其他连带债务人发生绝对效力。笔者认为，之所以如此规定，一方面是因为连带债务系复数债务，各债务人都有其份额。故而，在债权人向某一债务人作出免除的意思表示的情况下，发生绝对效力的范围应当限于其份额。另一方面是因为基于市场经济的基本要求，法律行为以有偿为原则，免除作为无偿、单务行为，故而对于免除的范围，原则上应当对其进行从严解释，限制其放弃的利益范围，以维护债权人的利益。尤其是，免除往往是针对特定人而进行的行为，如果轻率将其及于全体债务人，可能有悖债权人的初衷。本条将免除发生绝对效力的范围原则上限于被免除的债务人应当分担的部分，这就意味着在债务人被免除债务的情况下，就被免除的债务人应当分担的部分对于其他债务人一并发生效力，换言之，就该部分被免除的债务人已经实际承担了债务，其他债务人即便履行了余下的全部给付，也不能依内部关系向被免除债务的债务人求偿，这显然是符合债权人免除的本意的。

3.对本条第2款的理解

关于本条第2款的内涵，还应当注意把握如下几点。

第一，本条第2款是对免除绝对效力范围的规定，既然免除发生绝对效力的范围限于被免除的债务人应当承担的份额，故而就其余部分，债权人仍然可以继续向连带债务人主张。鉴于免除的绝对效力，

债权人有权向债务人请求的，也仅限于该份额以外的部分。

第二，虽然发生绝对效力的仅为该债务人应当承担的份额，但基于禁反言原则，债权人自然不能再向被免除的债务人提出主张。故而就其余未被免除的部分，债权人只能向其他债务人主张。

第三，就该债务人应当承担份额发生绝对效力，则意味着该债务人已经就其份额实际承担了债务。故而在内部关系上，其他实际承担债务的债务人也不能再向其追偿。即便出现某一债务人不能履行、追偿权无法实现的情形，如前文所讨论的，该部分的份额也应当由债权人承担。

需要指出的是，虽然本条没有如我国台湾地区“民法”第276条那样规定例外情形，但考虑到免除系债权人对其债权的处分，在其明确表示消灭全部债务的情况下，基于私法自治原则，自然应予尊重。解释上，在债权人向某一连带债务人作出免除的意思表示，且明示免除全部债务的情况下，则该免除发生绝对效力的范围自然及于全部债务，而非仅限于该债务人应当承担的份额。因此，本条第2款在性质上只是一项补充性规范，而非强制性规范。

如果债权人明确免除了债务人的全部债务，各连带债务人与债权人之间的债权债务关系消灭。值得讨论的是，在该意思表示仅向某一债务人作出的情况下，该债务人能否以其实际承担债务超出自己份额为由而主张对其他债务人的追偿权和代位权。笔者认为，此种情况下应当探求债权人的意思而定。如果其只是基于对某一特定债务人的特别考量而免除全部债务，换言之，其免除的是该特定债务人的债务，则该债务人实际承担了全部债务，可以援用《民法典》第519条第2款，就超出自己份额的部分，向其他债务人追偿并相应享有债权人的权利。如果债权人的目的在于免除全体债务人的债务，则实际承担全部债务的是全体债务人，作为免除意思表示受领人的某一债务人不能主张其实际承担全部债务并据此行使追偿权和代位权。

（二）混同

混同，是指债权和债务同归于一人的客观情况。债是特定的相对人之间得请求为特定给付的关系，债法中双方当事人的利益通常是对立的，在这种情况下，才有法律规则调整双方当事人利益关系的必要。如果债权和债务同归于一人，则某人对自己享有债权或者承担债务，并不存在利益的对立，其已无法律调整的必要，允许其继续存在通常在法律上是没有意义的。因此，法律规定其为债的消灭原因。混同的成立，只需要债权、债务客观上同时归属于同一个人即可，无须

任何意思表示。《合同法》第106条规定：“债权和债务同归于一人的，合同的权利义务终止，但涉及第三人利益的除外。”《民法典》第576条则规定，“债权和债务同归于一人的，债权债务终止，但是损害第三人利益的除外”，这就进一步明确了混同作为债的消灭事由的效力。

混同是否应当发生绝对效力，在比较法上存在分歧。德国法认为混同仅能发生相对效力，其第425条明确强调混同不得发生绝对效力。而《日本民法典》第438条则规定：“连带债务人之一人与债权人间有混同时，视为该债务人已行清偿。”这就承认了混同发生绝对效力。我国台湾地区“民法”虽然并未将混同视为清偿，但考虑到如果认为混同仅发生相对效力，则发生混同的债务人有权以债权人的资格要求其他债务人对自己承担全部清偿责任，再由清偿人基于连带债务人的内部关系向其追偿其应当承担的部分，显然过于复杂。为避免这种复杂关系，其仍然允许混同发生绝对效力。

笔者认为，混同与清偿差别较大，将之视为清偿显然不妥。但在连带债务中，为简化法律关系，规定其发生绝对效力更为方便。《民法典》本条第3款规定了混同的绝对效力，但值得注意的是，在发生绝对效力的范围上，本条第3款将混同与免除同等对待，将混同的情况下发生绝对效力的范围限于该债务人应当承担的份额。

在免除和混同的情况下，虽然发生绝对效力，但其效力范围仅及于相关债务人所应当承担的份额，这与清偿、抵销、提存显然不同，故而这两项事项也不妨称为限制绝对效力事项。

四、受领迟延的绝对效力

本条第4款是对债权人受领迟延绝对效力的规定。依据该款，某一连带债务人向债权人提出履行，该债权人受领迟延时，对其他债务人也发生迟延受领的效力。

债权人受领迟延作为普通连带债务的绝对效力事项，为多数立法例承认，例如《德国民法典》第424条明确规定，“债权人对连带债务人中一人有迟延时，对其他债务人亦生效力”。我国台湾地区“民法”第278条也规定：“债权人对于连带债务人中之一人有迟延时，为他债务人之利益，亦生效力。”之所以如此，是因为连带债务中，各债务人均负有履行全部债务的义务，既然一个连带债务人的给付能够使其他债务人免责，那么债权人不受领给付，自然也应当使其他债务人享受利益。^[43]换言之，在债权人对其中一个债务人的履行迟延受领的情况下，其他债务人不能因该债务人的清偿而消灭自己的债务。自然其

他债务人也可以就债权人受领迟延主张相应的法律效果，例如因债权人无正当理由拒绝受领而提存、因不可归责于双方当事人的原因导致标的物毁损灭失时的风险负担、因受领迟延而发生的费用承担等，故而，承认迟延受领的绝对效力是有必要的。

五、其他发生绝对效力事项的探讨

（一）确定判决

比较法上，对确定判决是否发生绝对效力有不同的规定，《德国民法典》第425条明确强调对连带债务人之一的确定判决仅发生相对效力，而我国台湾地区“民法”第275条规定：“连带债务人中之一人受确定判决，而其判决非基于该债务人个人关系者，为他债务人之利益，亦生效力。”这就是说，应当区别该判决是否基于该债务人的个人关系来判断是发生绝对效力还是相对效力。《民法典》并未将确定判决作为绝对效力事项加以规定，笔者认可此种做法，在我国法律中对此无须规定，因为根据我国《民事诉讼法》的规定，此种情况下构成必要的共同诉讼，连带债务人应当共同参加诉讼。为避免讼累，实践中，法院不仅对是否承担连带债务加以确认，而且一并对各债务人的份额作出判决，因此，没有必要对确定判决对其他连带债务人的效力加以规定。

（二）诉讼时效期间届满的绝对效力

债权人对连带债务人中一人的诉讼时效期间已经届满的情况下，就该债务人的分担部分，是否对其他债务人发生效力，在比较法上有不同做法。《德国民法典》第425条明确强调其只能发生相对效力。冯·巴尔教授主持起草的《欧洲民法一般框架草案》（DCFR）亦采这一认识，其第3-4：110条明确规定：“债权人对某一债务人行使债权的诉讼时效并不影响：（a）其他连带债务人对债权人所承担的责任；（b）连带债务人之间的追偿权。”这种做法的理由在于，既然连带债务系复数之债，那么某一债务人诉讼时效期间的届满不应影响到其他债务人。其优势在于，在某一债务人因诉讼时效期间届满有权主张时效抗辩的情况下，债权人仍然有权要求其他债务人承担全部给付义务。这就能够充分避免因债权人没有及时对特定债务人主张权利而导致就其应当承担的部分时效抗辩的发生，从而切实保护债权人的利益。

而日本和我国台湾地区则认可诉讼时效期间届满为绝对效力事项。《日本民法典》第439条明确规定：“时效为连带债务人之一人完成时，就该债务人负担部分，其他债务人亦免除义务。”我国台湾地

区“民法”第276条第2款亦明示“于连带债务人中之一人消灭时效已完成者准用之”免除绝对效力的规定。这就是说，日本和我国台湾地区制度上允许在该债务人的份额内发生绝对效力。其理由在于：连带债务的发生原因可能不同，债务存续期间各债务人中止、中断事由也仅发生相对效力，因此各债务人的诉讼时效期间未必同时届满。在此情况下，承认一个连带债务人的诉讼时效期间届满、就其应当分担的部分应当发生绝对效力，则意味着其他债务人均可提出诉讼时效经过的抗辩。相反，如果不承认诉讼时效期间届满发生绝对效力，则债权人仍然可以请求其他连带债务人承担全部清偿责任，该债务人承担清偿责任之后，则仍然有权向诉讼时效期间已经届满的债务人追偿，这显然将使该债务人实际上没有享受到时效利益。

显然，是否承认诉讼时效期间届满的绝对效力，根本上取决于立法者更倾向于对债权人的保护抑或对债务人（时效利益）的保护。

《民法典》未将此纳入发生绝对效力事项的范围，显然意在保护债权人的利益。申言之，一方面，债权人的实体利益较之于债务人的时效利益，在我国民众法感情上更得到推崇，尤其是在我国加强诚信建设的当下，似更受到立法者的重视。《民法总则》将诉讼时效一般期间延长为3年就是明证。另一方面，考虑到《民法典》将不真正连带之债等纳入连带债务规定，从而存在大量有最终承担人的连带债务。如果允许诉讼时效期间届满发生绝对效力，甚至可能导致债权人忽略最终承担债务的债务人的存在而使全体债务人免责的效果。

（三）关于债务发生原因的瑕疵的相对效力

比较法上一致认为，连带债务人中之一人存在有债务发生原因的无效或者被撤销等瑕疵时，不妨碍其他债务人的债务效力。这是因为，连带债务本质上是复数之债，除非法律另有规定，否则各债务人之间互不影响。而这种互相影响的情况，比较法上仅存在于债的消灭或效力减弱方面。故而，债的发生原因方面的瑕疵不应发生绝对效力。我国台湾地区“民法”虽然没有明确指出此点，但其强调绝对效力仅在法定的情形下方可发生，其中也没有包括债的发生原因的瑕疵，可见其间接承认了此点。《民法典》并未将债务发生原因的瑕疵纳入发生绝对效力事项的范围，理解上其也只能发生相对效力。

第五百二十一条

连带债权人之间的份额难以确定的，视为份额相同。

实际受领债权的连带债权人，应当按比例向其他连带债权人返

还。

连带债权参照适用本章连带债务的有关规定。

本条主旨

本条是对连带之债多数当事人内部外部关系的规定。

相关条文

无

理解与适用

一、连带债权人的内部份额及其确定

连带债权本质上是复数之债，多数债权人之间的债权仍然是各自独立的。虽然在对外关系上即连带债权人与债务人之间，任何一个债权人都要求债务人向自己为全部给付，而且如本条第3款规定的，连带债权因法律的特别规定存在发生绝对效力事项。但就其内部而言，多数债权人仍然应当按照各自的份额享有债权。相应地，部分连带债权人向法院起诉要求债务人承担全部债务，法院也无须通知其他连带债权人必须参加诉讼。

本条第1款是对连带债权人之间份额的推定性规范。依据本款，连带债权人之间的份额难以确定的，视为份额相同。这里所言的确定，在方法上与《民法典》第519条第1款相同，是指按照法律的直接规定来确认份额或者由全体债权人共同约定相互之间的份额。例如，前述《合同法》第400条所规定的在转委托情况下，委托人与受托人对次受托人就委托事务的履行享有连带债权，但结合第404条“受托人处理委托事务取得的财产，应当转交给委托人”的规定来看，其内部份额划分上显然委托人应当为全部而受托人则为零，对于此种情形，自然应当依据法律规定来确定份额。基于私法自治原则，全体债权人也可以就其内部份额作出约定；鉴于法律行政法规并未对其提出书面形式的要求，故该约定不以书面为必要。

我国既往立法对各债权人内部份额无法确定的情况下如何确定没有作出规定。比较法上，《德国民法典》第430条明确规定：“除另有其他规定外，连带债权人在相互关系中有权平均分受其利益。”我国

台湾地区“民法”第291条进一步明确：“连带债权人相互间，除法律另有规定或契约另有订定外，应平均分受其利益。”这种做法是符合公平原则的。参考比较法上的做法，本条第1款对连带债权人内部债权份额进行了推定性规范。依据本款，在法律没有另外规定或当事人没有特别约定情况下，连带债权人内部应当平均分享债权。

二、债权人之间的返还请求权

任何一个连带债权人都要求债务人向自己为全部给付，在债务人对以其清偿或者其他方式消灭债权债务的情况下，债的消灭的效力及于其他债权人。其他债权人自然不能就已经消灭的部分再行向债务人请求，而只能向实际受领超出自己份额的债权人请求返还。而在各连带债权人之间，仍然要按照一定的份额享有权利或者保有利益，故而，对于因清偿或者其他事由而获得超出自己份额的利益，实际受领的债权人应当按比例返还给其他债权人。本条第2款对此进行了规定：“实际受领债权的连带债权人，应当按比例向其他连带债权人返还。”对于此句的理解，需要注意以下几点。

第一，此处所言的“实际受领”，应当理解为例示性规定。除了实际受领债务人的清偿，其他消灭债权债务关系的事由，如抵销、领取提存物等，也应当属于实际受领的范畴。

第二，此处所言的“按比例”，强调的是就连带债权人的内部关系而言，其他债权人对实际受领的债权人享有的是按份债权。其只能在自己的份额内，向实际受领的债权人提出请求；而不能就超出实际受领人份额的剩余全部债权一并提出请求。各其他债权人之间既然是按份债权，则任一债权人的任何行为均不能对其他债权人发生效力。

第三，就实际受领的部分，实际受领人只能就其份额保有。对于超出实际受领人份额的部分，其他债权人应当按照各自份额的比例向实际受领人请求返还。申言之，实际受领人受领了全部给付的情况下，其他债权人自然可以向其主张各自的全部份额；如果实际受领人受领的只是部分给付，其他债权人只能就该部分给付超出实际受领人份额的部分，按照自己份额占各其他债权人总份额的比例提出请求。例如，甲乙丙丁戊对己享有总额为500万元的连带债权，且其相互之间的份额相同。如果甲受领了全部500万元的给付，则乙丙丁戊各自有权按照其份额就其份额内的债权也就是各100万元的债权向甲提出请求。但是，如果甲只受领了400万元的给付，那么就甲超出其份额受领的320万元，乙丙丁戊有权提出请求，但其只能按各自份额占各其他债权人总份额的比例各自就自己80万元的债权向甲提出请求。

值得注意的是，本条第2款在草案中的表述为“实际受领超过自己份额的连带债权人，应当按比例向其他连带债权人返还”，而最终版本的表述则为“实际受领债权的连带债权人，应当按比例向其他连带债权人返还”。笔者认为，这一变动所强调的是，实际受领的债权人也只能就其份额保有其受领的利益。换言之，在前例中，甲所受领的是400万元的给付，那么甲只能按照其份额保有该给付的1/5，即80万元。而如果按照原先的表述，实际上就意味着甲有权保有其按照全部债权所享有的份额，即100万元。换言之，最终版本的表述，实际上在连带债权和连带债务内部求偿关系上采取了不同的处理。因为依据第519条，实际承担债务超过自己份额的连带债务人，其求偿的范围是“超出部分”，其计算标准是按照全部债务所确定的份额。而在连带债权上，其他连带债权人有权求偿的是超出实际受领份额的部分。

笔者认为，这种分别规定是有道理的。就连带债务而言，各债务人均负有清偿全部债务的义务，故而其应当以全部债务为依据来确定份额，就超出份额消灭债务的部分向其他债务人求偿。但对连带债权而言，虽然任一债权人均有权受领全部债权，但其债权未必能够全部实现。故在内部关系上，以实际受领的部分为基础计算份额显然更为公平。

第四，在某一连带债权人将其债权让与第三人的情况下，如果受让人实际受领了债务人的给付且超出了其份额，则应当由受让人和转让人共同承担此项返还义务。其他连带债权人就各自份额内应当返还的部分，有权要求受让人和转让人中的任何一个承担全部返还义务。

受领给付的债权人依据本条第2款所负有的返还义务所对应的其他连带债权人的给付请求权，其性质应当如何界定？有学者认为，如果各连带债权人之间存在委托关系，则应当按照委托合同的相关规定处理。如果是当事人之间不存在委托合同，则应当认为是法定事务处理之债，类推适用无因管理规定来确定利益返还以及费用承担等问题。^[44]笔者认为这一见解是值得借鉴的。依据本条第2款，实际受领的债权人的返还义务系因法律的直接规定而发生，换言之，其他债权人对实际受领的债权人所享有的返还请求权属于依据法律的直接规定而发生的债权。该债权自实际受领的债权人超出自己份额而实际受领之时发生。而该债权人主张债权、受领给付的行为颇为类似无因管理，唯基于各债权人之间的连带关系，又不宜认为构成无因管理，但在相关权利义务处理上，则不妨参照无因管理的规则：如果各连带债权人之间没有特别约定，实际受领的债权人有权请求扣除其因实现债权而支出的必要费用，并就因此受到的损失予以适当扣除。

三、连带债权中的绝对效力事项

连带债权人之一所发生的事项，对其他连带债权人发生影响的，即绝对效力事项。连带债权作为复数债权，本质上其中之一发生的事项，不影响其他债权人。但在特定情形下，法律仍然允许其发生绝对效力。鉴于法律确定绝对效力事项时考量因素的一致性，从比较法来看，连带债权中的绝对效力事项与连带债务中发生绝对效力的事项基本上是一致的，只不过从债权受领、债务清偿的角度分别来看，具体表述或者角度有所不同。本条第3款也是如此，其明确强调，“连带债权参照适用本章连带债务的有关规定”。这就是说，要参照连带债务中发生绝对效力事项的规定来合理确定连带债权中的发生绝对效力的事项。结合《民法典》第520条来看，连带债权发生绝对效力的事项主要包括如下情形。

（一）清偿、抵销、提存

在连带债权中，各债权人均有权请求债务人履行全部债务，各债权人也都有权受领债务人的清偿。只要构成清偿，不论是连带债权人中的一人或数人受领，还是全体债权人共同受领，在清偿的范围内债权债务即已消灭。故而清偿系发生绝对效力的事项，任意连带债权人的受领均对其他债权人发生效力。任何一个债权人受领债务人的全部清偿，其他债权人的债权也就同时消灭。

抵销系清偿的替代方式，与清偿同为债的消灭原因。在某一债权人对债务人负有债务且符合抵销条件时，双方均可向对方主张抵销，在抵销范围内，债权债务消灭。债的消灭意味着债的共同目的已经实现，自然该消灭的效力与清偿一样，及于其他债权人。故而，抵销系连带债权中发生绝对效力事项。值得讨论的是，抵销的范围究竟仅限于某一债权人应当享有的份额，还是及于全部债权？笔者认为，既然任一连带债权人均有权要求债务人向其履行全部债务，故其自然有权就全部债权向债务人主张抵销；债务人也同样向对其负有债务的任一债权人就连带债权的全部行使抵销权。

债务人依法进行提存，也是《民法典》明文规定的债的消灭事由。在债务人依法提存标的物的情况下，债权债务消灭，该消灭的效力及于全体债权人，故而其也应当是发生绝对效力的事由自不待言。唯须注意的是：其一，提存以因受领权人的原因致使债务人难以履行其到期债务为前提。在连带债权的情况下，任一债权人均有就全部给付的受领权，故而在提存条件上，也要求《民法典》第570条所列债权人无正当理由拒绝受领，债权人下落不明，债权人死亡未确定继承人、遗产管理人或者丧失民事行为能力未确定监护人等情形所言的“债权人”，必须是全体债权人均有上述事由之一，方可提存。其二，完成提存后，债务人与债权人之间的债权债务消灭，但标的物的

所有权已转移给债权人，债权人与提存部门之间实际上形成了保管合同关系，债权人对提存部门享有提存物领取权，依据《民法典》第574条，可以随时向提存部门主张领取提存物。债权人对提存部门的此种债权系由原先的连带债权转化而成，故各连带债权人的此项权利也系连带债权。任一债权人都可以向提存部门主张领取全部提存物；实际领取提存物，则其他债权人对提存部门的领取请求权均消灭。实际领取提存物超出自己份额的债权人，应当依本条第2款对其他债权人承担返还义务。

（二）免除

免除系债的消灭事由，任一债权人免除债务人的债务，均对其他债权人发生绝对效力。在此前的草案中，本条第3款后句曾特别强调“部分连带债权人免除债务人债务的，在扣除该连带债权人的份额后，不影响其他连带债权人的债权”。但最终的版本删去了这一规定。依据本条第3款“连带债权参照适用本章连带债务的有关规定”的规定，这就意味着就免除而言，也同样要参照适用第520条的有关规定来处理。

第520条第2款规定：“部分连带债务人的债务被债权人免除的，在该连带债务人应当承担的份额范围内，其他债务人对债权人的债务消灭。”这就将连带债务中免除的绝对效力限于该连带债务人应当承担的份额。据此，就连带债权而言，免除发生绝对效力的范围也应当限于该连带债权人的份额。这主要是因为，一方面，免除系单方的无偿行为，基于连带债权作为复数债权的本质，各债权人原则上仅能就自己的份额予以处分，故而法律作出这一推定，符合免除他人债务的债权人的本意，也有利于保护各债权人的利益。另一方面，如此处理，就意味着免除他人债务的债权人实际受领了该份额的给付，其既不能向其他债权人再行主张返还，也无须对其他债权人承担返还义务，从而简化了法律关系。

换言之，最终版本中删去本条第3款后句的规定，就免除在连带债权中的绝对效力而言，在规则适用上并没有影响。而且删去这一表述，反而避免了可能的误读。对于免除在连带债权中的绝对效力，宜从如下方面加以把握。

第一，第520条第2款在性质上是一项补充性规范而非强制性规范，在参照适用时也应当如此理解。免除系债权人对其债权的处分，在其特别明确表示免除全部债务的情况下，基于私法自治原则，自然也应予尊重。虽然就其内部关系而言，存在相应的份额，但既然任一连带债权人都有权请求债务人为全部给付，自然其也有权就全部债权

予以免除。只是此种情况下，应当视同该债权人实际受领了全部债权，其他债权人有权依据本条第2款就其各自份额向该债权人请求返还。

第二，既然免除发生绝对效力的范围限于免除债务的债权人应当享有的份额，那么就其余部分，债权人仍然可以向债务人主张。鉴于免除的绝对效力，债权人有权向债务人请求的，也仅限于该份额以外的部分。

第三，虽然发生绝对效力的仅为该债权人应当享有的份额，但基于禁反言原则，该债权人自然不能再向债务人提出主张。故而就其余未被免除的部分，只能由其他债权人向债务人主张。

第四，就该债权人应当享有份额发生绝对效力，就意味着该债权人已经就其份额实际受领。故而在内部关系上，其也不可能再向其他债权人主张返还。

（三）混同

混同在连带债务中发生绝对效力，已为《民法典》第520条第3款明确规定。依据本条第3款的引致性规范，在连带债权中，混同自然也应当发生绝对效力。这就意味着某一连带债权人的债权与债务发生混同时，如债务人取得某一连带债权人的债权，或者某一连带债权人承受债务人的债务的情况下，也对其他连带债权人发生效力。比较法上也是如此，尤其值得注意的是，《德国民法典》第425条虽然明确强调对于连带债务混同不得发生绝对效力，但是第429条却特别规定“连带债权人中一人的债权与债务发生混同时，其他债权人对债务人的权利消灭”，从而明确认可混同在连带债权中的绝对效力。

唯须注意的是，在发生绝对效力的范围上，《民法典》第520条第3款将混同发生绝对效力的范围限于该债务人应当承担的份额。既然连带债权的绝对效力事项应当参照连带债务，故而在连带债权上混同发生绝对效力的范围，也应当限于发生混同的债权人应当享有的份额。例如，乙丙丁对某甲享有300万元的连带债权，现某乙受让某甲债权，则参照《民法典》第520条第3款，混同消灭的应当仅是某甲应当享有的份额而非全部债权，丙丁仍然可以就余下200万元向某乙主张连带债权。这就意味着，丙丁中任一人都有权向乙就200万元而非自己份额的100万元请求给付；丙丁中任一实际受领乙的200万元给付之后，仍然要向另一人负有返还义务，不无讼累之忧。但这种做法之利在于充分保护了各连带债权人的利益，使混同对于连带债权人的影响降到了最低。

（四）受领迟延

《民法典》第520条第4款对债权人受领迟延的绝对效力作了规定。依据该款，某一连带债务人向债权人提出履行，该债权人受领迟延时，对其他债务人也发生迟延受领的效力。参照而论，债务人向债权人提出履行，该连带债权人受领迟延时，对其他连带债权人也发生迟延受领的效力。换言之，全体债权人应当就该债权人的受领迟延，承担相应的法律效果。

债权人受领迟延作为连带债权的绝对效力事项，为多数立法例承认，例如《德国民法典》第429条第1款明确规定：“连带债权人中一人有迟延时，对其他债权人亦发生效力。”我国台湾地区“民法”第289条也规定：“连带债权人中之一人有迟延者，他债权人亦负其责任。”之所以如此，是因为连带债权各债权人均有请求并受领债务人所为的全部给付的权利，债务人也可以向任一债权人提出给付并通过清偿消灭全部债务。为了保护债权人的利益，如果某一债权人受领迟延，则应当认为全体迟延。

唯须指出的是，这里所言的受领迟延的效力，主要是指由此发生的费用承担、风险负担等效果。但与连带债务中债权人受领迟延符合无正当理由拒绝受领的情况下，其他债务人可以提存不同，考虑到连带债权中受领权人并不仅限于某一债权人，即便其受领迟延构成无正当理由拒绝受领迟延，债务人也不能径直提存，而应当向其他债权人提出给付。

（五）债务人的提出给付

我国台湾地区“民法”第285条规定：“连带债权人中之一人为给付之请求者，为他债权人之利益，亦生效力。”这就将债务人的提出给付明确规定为绝对效力事项。《民法典》对连带债权绝对效力事项并未如比较法上作详细列举，本条第3款只是泛泛规定“连带债权参照适用本章连带债务的有关规定”，其性质只是引致性规范，而《民法典》第520条也并未提及债务人提出给付的问题，故而单纯从文义来看，应当认为提出给付并非绝对效力事项。

但问题在于，从《民法典》第518条对连带债权的规定来看，连带债权的本质特点在于任一债权人均有权请求债务人履行全部债务。通常认为，既然其有权请求，当然对债务人的给付有权受领；只有基于特定事由受领权受限制的情况下，方影响其受领权能。既然任一债权人都有受领权，相应地，在没有债权人向债务人提出给付请求的情况下，债务人自然也有权向任一债权人提出给付。如果该债权人受领

迟延，依据《民法典》第520条会对其他债权人发生绝对效力。故而，笔者认为，依当然解释，在《民法典》第520条明确承认受领迟延的绝对效力的情况下，作为受领迟延前提条件的债务人提出给付，亦应当发生绝对效力。此外，从清偿等各类债的消灭事由也均能发生绝对效力来看，尤其是提存可以发生绝对效力来看，也应当认为债务人向任一债权人提出给付请求，应当发生绝对效力。

第五百二十二条

当事人约定由债务人向第三人履行债务，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的，应当向债权人承担违约责任。

法律规定或者当事人约定第三人可以直接请求债务人向其履行债务，第三人未在合理期限内明确拒绝，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的，第三人可以请求债务人承担违约责任；债务人对债权人的抗辩，可以向第三人主张。

本条主旨

本条是对向第三人履行债务规则的规定。

相关条文

《合同法》第64条 当事人约定由债务人向第三人履行债务的，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定，应当向债权人承担违约责任。

理解与适用

一、债的相对性

债的相对性规则最早起源于罗马法。在罗马法中，债（obligatio）被称为“法锁”（juris vinclum），意指“当事人之间之羁束（Gebundenheit）状态而言”^[45]。换言之，它是指债能够且也只能对债权人和债务人产生拘束力。物权的绝对性决定了维护物权的诉讼是绝对的，它可针对一切人提起诉讼，且是对物的诉讼（actio in rem）；而债权的相对性决定了债权乃对人权（jux in personem），

并且维护债权的诉讼只能针对特定的并在原告请求中提到的人，这种诉讼叫作对人的诉讼（*actio in persone*）。[46]

罗马法确立的债的相对性规则对现代大陆法系的债法产生了重大影响。《德国民法典》第241条规定：“债权人因债的关系得向债务人请求给付”。第278条规定：“债务人的法定代理人的过错和债务人为履行其债务而使用的人的过错，必须由债务人在与其自己的过错相同的范围内负责。”王泽鉴先生曾评价道：“此系划时代之立法，是欧陆法制史上的创举”[47]。《法国民法典》第1134条规定，“依法订立的契约，对于缔约当事人双方具有相当于法律的效力”。债的相对性，概括了债的本质特征，并且与物权关系的绝对性形成了明显的区别。正如王泽鉴先生所指出的：“债权人得向债务人请求给付，债务人之给付义务及债权人之权利，乃同一法律上给付关系之两面。此种仅特定债权人得向特定义务人请求给付之法律关系，学说上称之为债权之相对性（*Relativität des Forderungsrechts*），与物权所具有得对抗一切不特定人之绝对性（*Absolutheit*）不同”[48]。由于债权是相对权，因此债权人只能请求特定的债务人为一定行为或不为一行为，这种请求不能对债务人以外的第三人主张，即使第三人的行为使债务人无法履行债务，债权人亦只得依侵权行为请求损害赔偿。[49]而由于物权乃由特定主体所享有的、排斥一切不特定人侵害的绝对权，因此除权利人以外，任何不特定人都负有不得侵犯权利人对某项财产所享有的物权之义务，即不特定人都是义务主体。任何人侵害物权人享有的物权，权利人可以向侵权人提出请求和提起诉讼。

在英美法中，因为法律上并不存在债的概念及体系，所以大陆法中的“债的相对性”规则在英美法被称为“合同的相对性”。其基本内容是：合同项下的权利义务只能赋予当事人或加在当事人身上，合同只能对合同当事人产生拘束力，而非合同当事人不能诉请强制执行合同。[50]

1981年的《经济合同法》第33条曾规定，“由于上级领导机关或业务主管机关的过错，造成经济合同不能履行或者不能完全履行的，上级领导机关或业务主管机关应承担违约责任”。之后的一些法律和司法解释也在一定程度上实际上承认了债对第三人的拘束力。尽管《民法通则》关于债的定义中，关于债的相对性规则较为含糊，但《民法通则》第116条规定：“当事人一方由于上级机关的原因，不能履行合同义务的，应当按照合同约定向另一方赔偿损失或者采取其他补救措施，再由上级机关对它因此受到的损失负责处理。”这就体现了债的相对性的要求，修正了前述《经济合同法》的不当规定。

《合同法》则认可了债的相对性规则，对于合同的履行，《合同

法》第64条规定：“当事人约定由债务人向第三人履行债务的，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定，应当向债权人承担违约责任。”第65条规定：“当事人约定由第三人向债权人履行债务，第三人不履行债务或者履行债务不符合约定，债务人应当向债权人承担违约责任。”对于违约责任的承担，《合同法》第121条则明确宣称：“当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定解决。”这些规则显然体现了债的相对性的要求。《民法典》第522条、第523条以及第593条虽然在具体表述上对《合同法》前述三个条文略有调整，但在债的相对性问题上与《合同法》的态度完全一致。

二、债的受领以及向第三人履行的一般规则

《民法典》第118条第2款规定：“债权是因合同、侵权行为、无因管理、不当得利以及法律的其他规定，权利人请求特定义务人为或者不为一定行为的权利。”据此，债权人享有请求给付的权利，当然也应当由其自行受领给付。故而，给付请求权与给付受领权都是债权给付效力的重要内容。既然受领为债权人的权利，债权人债务的履行原则上应当由债权人受领。在连带债权中，各债权人都有受领权。债权人死亡后其继承人，债权人发生分立、合并等事项后的权利义务承受人以及债权让与后的受让人，作为新的债权人也当然享有受领权。债务人按照约定履行，债权人及时受领，则构成清偿，债的关系消灭。但依法有权受领的未必仅限于债权人，这主要包括债权人受领权依法受到限制而由他人依法享有受领权的情形以及依据债权人意思由第三人代为受领的情形。

（一）债权人受领权的限制

在特殊情况下，法律对债权人的受领权进行了限制，此种情况下，债权人一般不得为受领主体，而应当由当事人之外的第三人进行受领。

债权人受领权受到法律限制的主要情况如下。

第一，人民法院裁定受理破产申请的，应当同时指定管理人。被申请破产的债权人同时丧失了受领权，不能亲自受领其债权。其债务人应当向管理人清偿债务。如果债务人故意向债权人清偿债务，则不能发生清偿的效果（《企业破产法》第17条）。

第二，被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，法院有

权扣押、冻结、划拨、变价被执行人的财产，扣留、提取被执行人应当履行义务部分的收入。一方面，在收到扣押、冻结、扣留的协助执行通知书后，债权人的受领权已经受到了限制，其债务人（被执行人所在单位、银行、信用合作社和其他有储蓄业务的单位等）不得再向其作出给付。另一方面，在收到划拨、变价、提取的协助执行通知书后，债务人必须依法协助执行，将该款项交付给法院（《民事诉讼法》第242、243条）。否则，作为协助执行义务人的债务人不仅仍然要履行协助义务，且可能受到罚款乃至拘留的处罚（《民事诉讼法》第114条）。换言之，债务人对债权人的履行不能构成清偿。

第三，对于以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单等表征的债权设定的权利质权，汇票、本票、支票、债券、存款单、仓单、提单的兑现日期或者提货日期先于债务履行期的，质权人可以在债务履行期届满前兑现或者提货，并与出质人协议将兑现的价款或者提取的货物用于提前清偿所担保的债权或者向与出质人约定的第三人提存（《民法典》第442条）；其兑现日期或者提货日期后于债务履行期的，质权人只能在兑现或者提货日期届满时兑现款项或者提货（《担保法司法解释》第102条）。可见，对于此种债权，因其受到质权的限制，应当由质权人受领。

第四，因债务人怠于行使其债权以及与该债权有关的从权利，影响债权人的到期债权实现的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人对相对人的权利。人民法院认定代位权成立的，由债务人的相对人向债权人履行义务（《民法典》第535、537条）。故而，在债权人代位权成立的情况下，债务人对次债务人的债权的受领权已转移给债权人。

（二）其他有受领权的人

从《民法典》相关规定来看，债权人之外的如下人员依法享有受领权：其一，债权人丧失民事行为能力的情況下，基于监护人“代理被监护人实施民事法律行为，保护被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益等”的职责，其债务人的给付应当由其监护人受领（《民法典》第34、570条）；其二，债权人死亡的情况下，确定遗产管理人的，其债务人的给付应当由遗产管理人受领（《民法典》第1147条第4项、第570条）；其三，债权人失踪的，应当由其财产代管人受领给付（《民法典》第43、570条）。

此外，根据合同自由原则，当事人也可以自由约定由合同外的第三人代债权人受领给付，该第三人当然也具有受领的权利。如下文所讨论的，第三人也可以仅凭债权人的意思而代为受领。

（三）法律后果

债务履行人向受领权人全面、适当履行债务，并经受领的，则发生清偿的效力，合同关系终止。如果受领人没有受领权，原则上债务人的履行不能构成清偿，债务人仍然应当履行其合同义务，债务人可基于物权请求权或以不当得利为由请求受领人返还。

没有受领权而受领的，在下列情况下，也可以构成清偿：第一，受领人的受领经过债权人的追认或其后取得受领权的。债权人的追认，溯及于受领时发生效力，此时，受领权的欠缺已被补正，该受领为有权受领。受领人事后取得受领权的，其受领也溯及地成为有权受领。第二，受领人为债权的准占有人，债务人履行时为善意的。所谓准占有人是指虽非债权人，但以自己的意思事实上行使债权，依照一般交易观念，足以使人相信其为债权人的人。例如，持有他人银行存折和预留的印鉴，到银行取款的人。债务人向债权准占有人履行时，如果其不知对方没有受领权，则基于对债务人善意的保护，该履行可以构成清偿。但如果第三人持有的权利凭证是伪造的，则该受领不应受到保护。第三，受领人并无受领权，但债权人从中得到了其受领给付的部分或全部，则无论债务人履行时主观上是否善意，在债权人所受利益的限度内，债务人的履行可以发生清偿的效力。债权人的受有利益，既可以是直接由受领人将所受领的给付交付给债权人；也可以是其他形式，只要其受有利益与债务人的履行之间存在因果关系即可。^[51]

向不具有受领权的人进行的清偿，学理上称为非债清偿。非债清偿主要是因为债务人的认识错误造成的，其实际上是向受领人履行了根本不存在的债务。由于受领人缺乏受领权而对所受领的给付没有给付保持力，因此，债务人可以基于不当得利要求受领人返还其接受的履行。当然，在物的给付的情况下，其也有权行使物权请求权要求对方返还原物。但如果在债务人非债清偿的情况下，受领人在受领时是善意的，且能够证明对方明知无履行义务而仍然作出履行，则可以依据具体情况认为债务人具有赠与的意思。如果债务人请求返还，必须首先依该非债清偿系因受欺诈、胁迫等原因而作出，从而请求撤销该赠与合同，或者以实际履行人无权处分等原因，请求宣告该赠与合同无效。

在依不当得利进行返还的情况下，返还的范围因受领人的受领为善意或恶意而不同。善意受领的，受领人只需返还其所受领的现存的不正当利益。如为恶意，应将受领时所得之利益，或知无法律上之原因时所现存的利益，以及自受领之日或自构成恶意之日起该利益所生的利息，一并偿还；如有损害，还应予以赔偿。

（四）向第三人履行的一般规则

本条第1款就是对此种情形的规定。在当事人特别约定由第三人代为受领的情况下，债务人的义务与向债权人给付并无不同，其应当根据合同的约定或者法律的规定向第三人全面、适当履行其债务。但当事人对第三人受领的约定并非债权让与，其并未改变债的关系的当事人，第三人并未因此而受让债权而成为债的关系的当事人，债权人也仍然是债权人。基于债的相对性，在债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定时，仍然应当由债务人向债权人承担违约责任。

唯须指出的是，本条第1款沿用了《合同法》第64条的规定，在表述上似乎将第三人代为受领的情形限制于以第三人约定为前提。但这种认识恐怕不妥，受领系债权人的权利，故委托第三人代为受领并不以当事人的特别约定为必要。故而，本条第1款解释上应当理解为提示性规范，在当事人没有相反约定只能亲自受领且代为受领不违反合同性质的情况下，仅凭债权人的意思即可使第三人享有受领权。债务人原则上不能仅以没有双方约定为由，拒绝向债权人指定的第三人作出给付。

代为受领的第三人依照当事人的意思享有受领权，债务人对其的给付不会构成非债清偿，第三人的受领可以发生清偿的效力。但第三人只是依据当事人的约定或者债权人的意思而代为受领，其并非合同当事人，故而，在债务人没有履行或者履行不符合约定的情况下，基于债的关系的相对性，只能由债权人对其追究违约责任。

三、利他合同

根据订约人订立合同的目的是否为自己谋取利益，学理上将合同分为为自己利益合同和利他合同或者说为第三人利益合同。

基于私法自治的原则，当事人订立合同，其目的通常都是为自己设定权利或者义务，使自己直接取得和享有某种利益或者承受某种不利益。因此，为自己订立合同系合同之常态。而当事人在合同中为第三人设定义务，显然有悖私法自治，不能对第三人发生拘束力。但私法自治并不拒绝当事人为第三人设定权利。为第三人的利益订立合同的情况下，合同将对第三人发生效力，第三人据此享有给付请求权。由于此类合同中的第三人仅享受权利而不承担义务，因此此类合同又被称为“第三人利益合同”“利他合同”。

《合同法》第64条规定：“当事人约定由债务人向第三人履行债

务的，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定，应当向债权人承担违约责任。”这就是说，无论当事人如何约定，也只是由第三人获得了受领权，第三人并没有取得直接向债务人请求履行的权利。债务人不履行的，也不对第三人承担违约责任，而是对债权人承担违约责任。故而，我国《合同法》对债的相对性的强调近乎绝对，并未承认为第三人利益订立的合同。

但利他合同的承认，有利于充分实现合同当事人，尤其是债权人的意志和利益。债权人直接通过其与债务人之间的合同，向第三人提供某种利益，直接由债务人向第三人作出履行，而不是与债务人和第三人分别订立合同或分别作出履行的方式来完成。这就可以缩短给付过程、简化给付关系、减少交易费用，更好地实现债权人的意志和利益。与此功能相关，第三人利益合同具有防止多余的诉讼的功能。^[52]因为如果不允许第三人对债务人起诉，第三人就只能对债权人起诉，再由债权人对债务人起诉，由此造成了多余的诉讼。^[53]此外，利他合同也有利于债权人通过该合同的安排而扶养、照顾第三人。债权人为照顾第三人而使其债务人向第三人为履行义务，从而使该第三人取得给付。如以第三人为受益人的死亡保险合同，即具有扶助第三人的功能。故而，在法律上有肯认之必要。比较法上，利他合同也被普遍承认。

《民法典》第522条特别增设第2款，对第1款作出了例外性规定，明确承认了为第三人利益合同。此种合同中，当事人双方约定使债务人向第三人履行义务，第三人由此取得直接请求债务人履行义务的权利。例如，甲向乙订购蛋糕并由乙送给甲的朋友丙，在该合同中，丙并未参加订约过程，但依据该合同可享受权利，并可在乙未按期交付、不符合约定时，请求乙交付蛋糕和承担违约责任。依据本条，利他合同具有如下特点。

（一）第三人取得给付请求权以法律的特别规定或者当事人的特别约定为前提

1.关于法律的特别规定和当事人的特别约定

第三人的给付请求权的取得，以法律的特别规定或者当事人的特别约定为前提。为自己利益合同是合同的常态，利他合同需要法律的特别规定或者当事人的特别约定方可成立。基于契约自由，当事人将债权人的给付请求权通过特别约定赋予第三人自不待言。从比较法来看，德国、日本、我国台湾地区均明文规定了利他合同，但其均未提及法律特别规定第三人享有直接给付请求权的情形。《民法典》本条则明确规定，第三人对债务人的给付请求权，可以依据合同约定以及

法律的特别规定而取得。

所谓法律对第三人享有给付请求权的特别规定，是指法律明确规定某一类债的关系当事人之外的第三人有权直接向债务人请求给付。例如，《保险法》第10条规定：“保险合同是投保人与保险人约定保险权利义务关系的协议。投保人是指与保险人订立保险合同，并按照合同约定负有支付保险费义务的人。保险人是指与投保人订立保险合同，并按照合同约定承担赔偿或者给付保险金责任的保险公司。”显然，投保人和保险人是保险合同的双方当事人。而该法第12条第5款则规定了被保险人：“被保险人是指其财产或者人身受保险合同保障，享有保险金请求权的人。投保人可以为被保险人。”换言之，当投保人本身并非被保险人的情况下，被保险人显然是保险合同当事人之外的第三人，但其依据《保险法》第12条可以直接向保险人主张保险金请求权。

2. 当事人的特别约定只能给第三人设定权利，而不得为其设定义务

正是因为这一点，此类合同被称为“第三人利益合同”“利他合同”，第三人也常常被称为“受益人”“利益第三人”。根据私法自治的原理，任何人未经他人同意，不应为他人设定义务，擅自为第三人设定义务的合同，相关内容都不能对第三人发生拘束力。当然，这并非意味着利他合同中第三人不承担任何义务，第三人在取得一定利益时，可能还需要履行一定的义务，例如在运输合同中，托运人为了收货人的利益而与承运人订立运输合同，但收货人在受领货物时也需要履行一定的义务，不过这种义务通常是与权利或利益的取得相关联的。

3. 第三人在利他合同中的身份

第三人不是利他合同的当事人，其不必在合同上签字，也不需要通过其代理人参与缔约。其给付请求权是依据利他合同双方当事人的意思而取得的。虽然第三人不是利他合同当事人，也可能并未参与合同的磋商和订立，却可以依据合同获得对债务人的给付请求权和给付受领权。

（二）第三人给付请求权的内涵

1. “直接请求”的内涵

本条第2款强调利他合同的本质特点在于“第三人可以直接请求债务人向其履行债务”，这里所言的“直接请求”，就意味着第三人无须如

行纪合同那样，先由债权人请求并受领之后，间接给付给自己；第三人在行使请求权时，也无须使用债权人的名义而是以自己的名义独立请求。但第三人毕竟不是合同当事人，其虽然享有给付请求权和受领权，可以独立行使权利，但其并不享有变更合同的权利，即使合同存在可撤销的原因，第三人也不得主张撤销合同。

2. 诉讼上的请求

既然第三人依据法律规定或者合同约定享有给付请求权，在第三人接受权利以后，其即享有独立的请求权，有权以自己的名义请求债务人向自己进行给付。而在债务人未向第三人履行或者对第三人的履行不符合约定的情况下，享有给付请求权的第三人自然可以以自己的名义通过诉讼方式来行使给付请求权，换言之，由给付请求权转化而成的违约责任请求权自然也应当由第三人享有。故本条第2款明定，第三人可以请求债务人承担违约责任。

3. 第三人不仅有权请求给付，还享有给付受领权

第三人既然享有给付请求权，也当然享有给付受领权。换言之，在第三人代为受领的情况下，第三人仅依据债权人的意思获得给付受领权，并没有给付请求权；而利他合同中，第三人依据法律的特别规定或者当事人的特别约定，获得的不仅是给付受领权，更获得了对债务人的给付请求权。

4. 关于债权人的给付请求权

值得讨论的是：为第三人利益合同中，债权人对债务人是否还有给付请求权？对此存在不同认识。一种观点认为，债权人也同时享有给付请求权，可以请求债务人向其作出履行。如果债务人不履行义务，第三人和债权人均可请求其承担责任。笔者认为，一方面，利他合同系旨在赋予第三人给付请求权的合同而非设立连带债权的合同，且利他合同一并赋予了第三人给付受领权，故利他合同在使第三人获得对债务人给付请求权的同时，债权人自然不应再有权要求债务人对自已作出给付。另一方面，利他合同也不是债权让与协议，债权人并没有退出原有债的关系，仍然是利他合同当事人，如果完全否认其给付请求权，也并不妥当。故而笔者认为，债权人仍然应当对债务人享有请求权，该项请求权与第三人的给付请求权在内容上不同，债权人只是有权请求债务人向第三人为给付，而无权请求债务人向自己为给付。^[54]相应地，当债务人不履行向第三人给付时，债权人也不能请求债务人向自己继续履行，但其可以就因债务人违约而给自己造成的损失主张违约损害赔偿；至于因债务人违约而给第三人造成

的损失，只能由第三人向债务人主张。

（三）第三人的拒绝权

1.第三人接受与拒绝的权利

利他合同的订立，事先无须通知或征得第三人的同意，合同一经成立，该第三人如不拒绝，便可获得给付请求权和给付受领权。合同当事人虽可以为第三人设定权利，但不应强迫该第三人接受此权利；为第三人设定的权利，该第三人可以接受，也可以拒绝。

2.接受与拒绝的意思表示

第三人接受或者拒绝应当通过意思表示的方式为之。一般而言，意思表示的方式，可以是明示的，也可以是默示的。但鉴于利他合同系为第三人设定权利，法律推定当事人对此是乐于接受的，故而本条第2款强调，只要“第三人未在合理期限内明确拒绝”，就意味着其对该合同的接受。这是法律对于沉默视为意思表示的规定，换言之，第三人在合理期限内的沉默被法律推定为接受的意思表示。而如果第三人拒绝接受，则依据本条第2款，则需要第三人的“明确拒绝”，理解上，拒绝的意思表示应当是明示的，其拒绝的意思应当是明确的。

3.接受或者拒绝意思表示的相对人

接受或者拒绝的意思表示应当对谁作出，本条未予规定。日本民法上，要求应当向债务人为之，《德国民法典》第333条以及我国台湾地区“民法”第269条第3款则明确规定，第三人拒绝的意思表示可以向债的关系当事人的任一方作出，解释上接受的意思表示自然也应当如此。^[55]笔者认为，债的关系的债权人，实际上是意欲将自己的债权请求权允许第三人行使的当事人，第三人无论是愿意接受还是不愿意接受，其向作为施惠人的债权人作出此种意思表示都是合乎情理的；而债务人则是将向第三人作出给付的一方，第三人直接对其作出接受或者拒绝的意思表示，有利于其履行，也是符合诚实信用原则的。尤其是我国《民法典》直接将第三人的沉默视为接受，这一推定对于债的关系双方当事人都是成立的。笔者认为，这就意味着债的关系任何一方都能够成为接受或者拒绝的意思表示的相对人。

4.拒绝的效力

如果第三人拒绝接受权利，其法律后果如何，本条第2款并未明言。比较法上，《德国民法典》第333条规定：“第三人向立约人表示

拒绝享有因合同而取得的权利时，视为自始未取得该权利。”我国台湾地区“民法”第269条第3款也有类似规定。笔者认为，一方面，既然第三人拒绝享有因利他合同而取得的权利，而且这种拒绝，按照《民法典》本条第2款的规定，是明确作出的，自然应当尊重其意思，不能强迫其享受该权利。考虑到《民法典》本条第2款的态度是认为第三人通常会接受合同中的这种安排，推定第三人只要不明确反对，就意味着接受。因此，在第三人明确拒绝的情况下，第三人应当是自始没有取得该权利。另一方面，鉴于给付请求权本身系债权人所享有，故解释上应当认为合同为第三人所设定的权利应当继续由为第三人利益订约的债权人自己享有。

（四）债务人对第三人的抗辩

既然第三人的给付请求权来自债权人，债务人基于该利他合同对债权人的抗辩，均可向第三人主张，故本条第2款明确规定，“债务人对债权人的抗辩，可以向第三人主张”。

值得注意的是：债务人此种抗辩的具体范围如何？债务人对于债权人的抗辩，内涵比较丰富，包括债的关系不成立（合同不成立、无效、被撤销、不生效）、履行期尚未届满的抗辩、双务合同履行中的抗辩权、诉讼时效届满的抗辩等。就这些抗辩是否债务人均可向第三人主张？就比较法观之，《德国民法典》第334条规定了债务人对第三人的抗辩，“立约人可以合同所产生的一切抗辩对抗第三人”。这里所言的立约人显然是指债务人。我国台湾地区“民法”第270条亦明确规定：“前条债务人，得以由契约所生之一切抗辩，对抗受益之第三人。”显然，其均将债务人所能向第三人主张的抗辩限于由该利他合同所生的抗辩。

笔者认为，这种认识是有道理的。第三人虽然享有给付请求权和受领权，但其毕竟不是合同当事人，因此，债务人对第三人的抗辩，应当限于利他合同本身所发生的抗辩，例如履行期尚未届满的抗辩、同时履行等双务合同履行中的抗辩权、时效抗辩等。面对第三人的请求，如果债务人认为债的关系不成立，其可以单纯以债的关系不存在或者单纯地否认债的关系来对抗第三人，但如果其主张撤销权，或者要求确认合同不成立、无效、不生效，债务人应当向债权人而非第三人主张。

就债的关系已经消灭的抗辩，由于第三人享有给付受领权，而在第三人接受的情况下债权人不再享有受领权，故而债务人不能以已向债权人清偿或者提存为由来主张。混同的情况下，虽然债务人取得了债权，但其不享有给付请求权和受领权，故亦不宜向第三人就此提出

抗辩。同样，债务人也不得以自己对债权人的债权与第三人依据该合同而享有的权利进行抵销。

第五百二十三条

当事人约定由第三人向债权人履行债务，第三人不履行债务或者履行债务不符合约定的，债务人应当向债权人承担违约责任。

本条主旨

本条是对第三人代为履行债务规则的规定。

相关条文

《合同法》第65条 当事人约定由第三人向债权人履行债务，第三人不履行债务或者履行债务不符合约定，债务人应当向债权人承担违约责任。

理解与适用

一、履行主体与债务人

一般情况下，债务是由债务人履行的，即通常情况下，债务人为履行主体。在连带之债和不可分之债中，各债务人均有义务履行全部合同债务，均可成为履行主体。但在特殊情况下，如合同当事人约定由第三人向债权人履行债务时，则按照合同约定，第三人为合同义务的履行主体。《合同法》第65条规定，在当事人有特别约定时，可以由第三人向债权人进行履行。这也明确了对于第三人代为履行的认可态度。换言之，债务的履行主体与债的关系的当事人未必一致。《民法典》本条沿用了《合同法》第65条的规定。

二、本条规范重心

应当注意的是，《合同法》第65条与第64条相同，其规定旨在强调债的关系的相对性，其落脚点在于第三人不履行债务或者履行债务不符合约定的，应当由作为债的关系当事人的债务人而非第三人向债权人承担违约责任，显然规范的重点在债务人对债权人承担责任上。

从这一角度来看，本条与《德国民法典》第278条在体系地位上更为近似。

三、第三人代为清偿

但是，《合同法》第65条实际上忽略了对于第三人代为清偿的规定。就其字面来看，似乎第三人代为履行仅以合同当事人特别约定由债务人向第三人履行债务的为限，其他债务一律不得由第三人代为履行。这种表述显然存在问题，因为代为履行系第三人主动承担义务，一般情况下并不会损及债权人的权益。因为就债权人而言，合同履行之目的在于实现当事人的缔约目的。无论是由债务人本人还是第三人履行，只要能够实现其合同债权，原则上对其并无损害。而特定情况下，由第三人履行可能对于债务人更为有利。因此，通常情况下，债务人将其合同义务交由第三人代为履行也未尝不可。

就比较法观之，允许第三人代为履行为一般原则。《法国民法典》第1236条就明确规定：“债务的清偿得由有利害关系的任何人为之，例如共同债务人或保证人。债务亦得由无利害关系的第三人清偿之，但以该第三人以债务人的名义并以消灭债务人的债务为目的而为之者为限，或者，如该第三人以自己的名义为清偿时，以其非为代位行使债权人的权利者为限。”第1237条规定：“以债务人的一定行为为内容的债务，如债权人认为以由债务人亲自履行为宜时，不得违反债权人的意思而由第三人履行之。”《德国民法典》第267、268条做了更为全面的规定。^[56]《日本民法典》第474条继受了这一规定，但其表述更为简明：“债务的清偿，可由第三人进行。但是，其债务性质不容许或当事人表示了反对意思时，不在此限。无利害关系的第三人，不得违反债务人的意思进行清偿。”我国台湾地区“民法”第311条亦同。

为了避免可能的误解，《民法典》本条虽然沿用了《合同法》第65条的表述，但在本条之后又增加了一条（第524条），以弥补《合同法》立法之不足。

四、债的相对性

合同主体为债的当事人，债的关系具有相对性，原则上仅在当事人之间发生效力。由于第三人并非合同主体，因此其并不受合同的拘束，其履行与否完全听其自愿。债务人将其合同义务交由第三人代为履行的情况下，就第三人履行行为的后果，也应当由债务人负责。因此，在第三人不履行、不完全履行或迟延履行履行的情况下，应当由债务人向债权人承担违约责任。

第五百二十四条

债务人不履行债务，第三人对履行该债务具有合法利益的，第三人有权向债权人代为履行；但是，根据债务性质、按照当事人约定或者依照法律规定只能由债务人履行的除外。

债权人接受第三人履行后，其对债务人的债权转让给第三人，但是债务人和第三人另有约定的除外。

本条主旨

本条是对清偿代位的规定。

相关条文

无

理解与适用

本条为《民法典》新增条文，旨在明确第三人代为清偿及相应法律后果。实践中可能存在第三人并非受债务人委托，但是其基于某种考虑，自己主动代债务人进行履行的情形。我国既往法律对这种情况下是否允许第三人的履行未作规定。而《民法典》特设本条，对此种情况加以规范。但需要注意的是，本条是在《民法典》第523条规定的基础上新增加的内容。其规范的目的主要在于调整第三人主动代为清偿债务以及清偿之后所享有的代位权。因此在规范的重心上，与比较法上清偿代位的规定有所区别。

一、代为清偿的条件

依据本条，第三人在未经当事人约定的情况下，主动代债务人履行，能够构成清偿的，需要具备如下条件。

（一）债务人不履行债务

本条第1款在字面上将“债务人不履行债务”作为第三人代为清偿的前提条件，这种做法在比较法上尚未见到。但考虑到本条在代位清偿的后果上，直接规定为法定的债权转移，且仅以债务人与第三人的特别约定为例外，并没有比较法上第三人代位不得损害债务人利益的

表述。故本条第1款在清偿代位条件上限制得更为严格，也是可以理解的。换言之，依据本条第1款，清偿代位必须以债务人不履行为前提，解释上，这里的不履行，包括拒绝履行、默示拒绝履行（经催告合理期限后仍然不履行）以及虽然履行但根本违约的情形。换言之，依据本条，清偿代位本质上是债务人违约的情况下，对债务履行具有合法利益的第三人为简化法律关系而享有的一种救济手段。

（二）第三人对债务履行具有合法利益

对债务履行具有合法利益，也被比较法表述为就债务履行有利害关系。对债务履行具有合法利益的第三人，是指对合同因履行而消灭当然受有法律上的利益的人，主要包括：债务人的保证人、物上保证人（债务人之外为债务设立担保物权的人）、共有人、合伙人以及对债务担保财产享有后顺序担保物权的第三人。在这些人主动代为履行时，即便债务人对此表示异议，债权人也不得拒绝。

（三）不属于不得代为清偿的情形

下列情况下，第三人不得代为履行债务。

1. 根据债务性质只能由债务人履行的债务

按照债务性质不能由第三人代为履行的债务，这主要是指一些基于债务人的特殊技能、经验、声望、当事人之间特定的人身信赖关系等而订立的合同所发生的债务^[57]，《民法典》合同编所规定的各类以提供劳务为给付的典型合同，基本上属于此类情形。例如委托开发合同中的研究开发人，技术咨询合同中的受托人，授课、演出等提供劳务的合同中的劳务提供人，不能将其合同义务交由第三人代为履行。当然，第三人可以在这些合同中，在债务人领导和负责下从事一些辅助性的工作。^[58]例如，承揽合同中，承揽人可以将其承揽的辅助工作交由第三人完成，但承揽人应就第三人的工作向债权人负责（《民法典》第773条）。

2. 按照当事人约定只能由债务人亲自履行的债务

如果当事人在合同中明确约定履行主体为债务人本人时，则按照全面履行原则，合同必须严守，自然不得由他人代为履行。

3. 依照法律规定只能由债务人亲自履行的债务

法律基于一些合同特定的人身性质，明确规定其在没有当事人特别约定的情况下，不得由第三人代为履行。例如，承揽合同中承揽人

应当以自己的设备、技术和劳力，完成主要工作，当然，当事人另有约定的除外。如果承揽人未经定作人同意擅自将其承揽的主要工作交由第三人完成，定作人也可以解除合同并追究承揽人的违约责任（《民法典》第772条）。委托合同中受托人应当亲自处理委托事务，转委托必须经委托人同意或者追认，或者紧急情况下受托人为维护委托人的利益而进行转委托（《民法典》第923条）。当然，正如前述条文中所规定的，由于其并不涉及第三人利益或者公共利益，此类规定可以由当事人通过相反的约定来加以排除。

在以上情形下，除非当事人特别约定或者债权人同意，否则第三人代为履行不能构成清偿，债权人也有权以履行主体不适格为由拒绝第三人的代为履行。

对于法律对债务人亲自履行作出强制性规定的情形，即便当事人特别约定或者债权人同意，第三人也不能代为履行。例如建设工程承包合同中，由于涉及人身财产安全，法律对债务人亲自履行有强制性规定。虽然总承包人或者勘察、设计、施工承包人经发包人同意，可以将自己承包的部分工作交由第三人完成，第三人就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发包人承担连带责任；但建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成，承包人不得将工程支解后分包或者转包。禁止承包人将工程分包给不具备相应资质条件的单位。禁止分包单位将其承包的工程再分包。这些内容系法律的强制性规定，当事人不能以特别约定加以排除（《民法典》第791条）。

二、第三人的代位权

（一）法定的债权转移

依据本条第2款，债权人接受第三人的履行，就意味着第三人全面、适当地代为履行了债务，债权人也进行了受领。故成立第三人的代为清偿，债权消灭，债权人不得再向债务人提出请求。

在第三人代为清偿之后，依据本条第2款，第三人直接取得债权人对债务人享有的债权。本条第2款并未对债权转移的通知加以规定，解释上应当认为此系法律对债权转移的直接规定。除非债务人和第三人另有约定，否则债权人接受第三人履行，换言之，第三人代为清偿之后，依据本条第2款法律的直接规定，第三人就取得了债权人对债务人的债权，而无须依据《民法典》第546条进行债权让与通知。相应地，从属于该债权的权利，如保证债权、担保物权等，也一并转移。

既然该权利已经由第三人所取得，第三人就应当以自己的名义行使权利。此外，第三人所取得的是债权人对债务人所需要的债权，而非追偿权。因此，该权利的诉讼时效仍然应当按照债权人原有的权利来判断，而不能从取得权利之日重新起算。

（二）关于债务人与第三人的约定

本条第2款对清偿代位效果的规定上，以债务人与第三人的约定为例外。所谓的债务人与第三人的约定，是指债务人与第三人之间是否存在赠与的约定。从常理来看，第三人代为履行债务，是因为其对债务的履行有合法利益。如果债务迟迟不能得到清偿，将严重影响到第三人的利益。例如，第三人作为抵押人，如果债权一直存在，那就意味着其抵押物上的抵押权无法得到涤除，虽然《民法典》允许抵押人转让抵押物，但由于抵押权的存在，势必形成风险折价，影响抵押物的转让价格，从而不利于抵押物交换价值的实现。但是第三人清偿债务之后，按照常理，自然应当将由于第三人清偿而使债务人获得的利益转移给第三人，因此法律特别规定了清偿代位制度，由第三人直接取得债权人对债务人的债权。但是，法律也不禁止第三人以赠与的意思进行履行，第三人可能基于其他动机而代债务人履行债务同时拒绝取得债权人对债务人的债权。在第三人与债务人之间存在赠与的约定的情况下，基于私法自治的原则，这种约定并不为法律所禁止。自然，第三人不能依据本条第2款取得债权人的债权，其也不能再向债务人提出请求。

需要注意的是，赠与的意思并非市场经济条件下交易的常态，因此债务人与第三人之间的约定中，应当明确地表示出赠与的意思。

（三）关于债权人接受第三人的履行

比较法上，通常规定只要第三人对债权人进行了清偿，就自动取得债权人对债务人的债权，但其承受债权人的权利不得损害债权人的利益。而本条第2款对第三人代位权的取得，明确规定以债权人接受第三人的履行为前提，同时，其并未明言第三人承受的权利是否须以不损害债权人利益为限。

笔者认为，法律规定代位清偿，其目的在于，一方面，是简化法律关系，通过第三人代债务人清偿债务从而消灭债权，避免债权长期存在影响到第三人的利益。另一方面，是基于公平的考量，使第三人就其清偿而使债务人获得的利益归属于第三人。^[59]因此，第三人通过清偿代位取得债权人对债务人的权利，不得损害债权人的利益。否则，如果因此使债权人陷入较债务人清偿更为不利的境地，显然有失

代位制度的设立目的。

本条第2款的这种做法，实际上就是以债权人的接受或者说债权人的主观认定来判断第三人清偿代位是否损害债权人的利益。这就是说，法律把清偿代位的判断权交给了债权人。债权人应当综合考量如果接受第三人的清偿是否会损害自己的利益，再决定是否接受第三人的履行。

需要指出的是，原则上，债权人不得拒绝第三人的履行。这是因为，本条第1款明确规定，在符合法定条件的情况下第三人有权向债权人代为履行，这就意味着法律明确此种情况下的第三人是清偿的适格主体。那么何种情况下债权人可以拒绝第三人的代为履行？笔者认为，债权人所能够拒绝的，只能是第三人的履行不符合约定的情形，以及第三人清偿代位可能损害其利益的情形。

第三人的履行不符合约定，则其不能构成清偿，债权人当然有权拒绝。第三人的部分履行，依契约必守原则，债权人可以拒绝，但是部分履行不损害债权人利益的除外（《民法典》第531条）。但一般而言，部分履行不会造成债权人利益的损害，因为在第三人仅对部分债务完成清偿的情况下，只是该已清偿的部分债权消灭，相应地，也只能是该部分债权转移给第三人，从而形成了债权人与第三人对债务人享有按份债权的情形。而此种情况通常不会损害债权人的利益。但在部分履行增加了债权人的保管费用等履行费用的情况下，债权人可以拒绝。

关于第三人清偿代位可能损害其利益的情形，我国台湾地区“民法”第312条规定：“就债之履行有利害关系之第三人为清偿者，于其清偿之限度内承受债权人之权利，但不得有害于债权人之利益。”所谓“于其清偿之限度内”，实际上就承认了第三人可以部分清偿，并就清偿的部分取得债权人的权利。但其同时，又以“不得有害于债权人之利益”对部分清偿加以限制。笔者认为，这种做法的精神是值得借鉴的，清偿代位可能损害债权人利益的情形主要是指债权附有物的担保的情形。基于法定的债权转移，担保物权的一部也随之转移给第三人。基于担保物权的不可分性，债权人和第三人均享有担保物权，反而可能不利于债权人。这种情况下，债权人有权拒绝第三人的代为履行。

第五百二十五条

当事人互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。一方在

对方履行之前有权拒绝其履行请求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行请求。

本条主旨

本条是对双务合同履行中同时履行抗辩权的规定。

相关条文

《合同法》第66条 当事人互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行要求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行要求。

理解与适用

一、抗辩与抗辩权

所谓抗辩是指一切用以对抗对方请求的防御手段。在债的关系中，针对债权人的给付请求，债务人可以主张合同不成立、无效、被撤销或者不生效来否认对方权利的存在，也可依据合同的约定或者法律的规定主张免责，还可依据法律的规定行使抗辩权来对抗对方的请求权。这些主张都能够对抗对方的请求，都属于抗辩的范畴。

民法中的抗辩权是债务人依法享有的对抗债权人请求权的权利。抗辩权以债权人请求权的有效存在为前提，否认对方权利存在的抗辩不属于抗辩权。^[60]例如，在合同中，债权人请求债务人履行其合同义务，债务人则主张该内容违反法律的强制性规定，因此合同无效。此时债务人提出的抗辩实际上就是否认对方债权存在的抗辩。此种抗辩并不是在主张抗辩权，而是在主张自己根本没有给付义务。因此，抗辩权不同于抗辩，只是抗辩的下位概念。

抗辩权是民事实体法所规定的权利。申言之，一方面，抗辩权必须基于法律的规定而产生。基于合同自由，在合同中双方当事人有约定一定的抗辩事由，当事人依据此种约定产生的权利仍然属于合同权利，而不能认为是抗辩权。^[61]例如，双方当事人在买卖合同中约定，因出卖人所在地区限制用电而导致无法完成标的物生产的，出卖人有权延期履行。则履行期限届至买受人请求交付的，出卖人有权主张延期交付。此时出卖人固然行使对抗买受人债权请求权的权利，但

该权利并非抗辩权。

抗辩权因其效力可以分为消灭的抗辩权和延期的抗辩权。前者能够消灭对方的请求权，例如抵销^[62]；后者则不能消灭对方的请求权，而只能使其效力延缓行使，如我国《合同法》规定的双务合同履行中的同时履行抗辩权、后履行抗辩权 and 不安抗辩权。由于这三种抗辩权的行使能够依法对抗相对人的请求权，因此在行使抗辩权的情况下，未按照合同约定履行给付义务，不能认为构成违约。

基于私法自治的原理，无论是抗辩还是抗辩权，都应当由当事人自行主张，而不能因构成要件的成就而自动发生对抗请求权的效力。法院或仲裁庭不得依职权主动适用抗辩权，并以之作为判断一方当事人免责的事由。例如，即便当事人有权行使某种抗辩权，但并未对该权利加以主张，则其客观上陷入履行迟延时，仍应就该迟延承担责任。

还应当注意的是，抗辩不同于否认。主张某种抗辩的当事人，应当就其抗辩承担举证责任；而其对诉讼请求依据的事实单纯的否认，并不承担举证责任。在民事诉讼中举证责任的分配上，《民事诉讼法》第64条第1款重申了“谁主张，谁举证”的原则，明确规定“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据”。《民事诉讼法司法解释》第90条则对此进行了进一步细化，依据该条第1款，“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实，应当提供证据加以证明，但法律另有规定的除外”。第91条则规定：“人民法院应当依照下列原则确定举证证明责任的承担，但法律另有规定的除外：（一）主张法律关系存在的当事人，应当对产生该法律关系的基本事实承担举证证明责任；（二）主张法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的当事人，应当对该法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的基本事实承担举证证明责任。”显然，第90条所说的“自己提出的诉讼请求”，就给付之诉而言，自然应当以实体法上的请求权为基础，其主要涉及的是债权是否成立以及物权请求权能否发生等情形。形成之诉则以实体法规定的形成权的存在且其行使必须通过法院或者仲裁机构为前提，因为如果该形成权能够通过意思表示来行使，则意思表示到达就已经发生了法律关系变动的效果，即便对方当事人不认可，也只能发生确认之诉而非形成之诉。确认之诉，则是围绕法律关系或者说权利是否存在或者不存在来展开的。无论是哪一类诉讼请求，主张该诉讼请求的当事人都应当围绕相关法律关系以及相应的法律事实进行举证，并承担未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张所带来的不利后果。相应地，所谓“反驳对方诉讼请求”就是诉讼法意义上的抗辩，其范围较之于民法中的抗辩更为宽泛，既包括在各类

诉讼中基于实体法而发生的抗辩，也包括基于程序法而提出的各类抗辩。基于实体法的各类抗辩中，包括了在给付之诉、形成之诉和确认之诉中对对方诉讼请求的抗辩；而在给付之诉中的抗辩，其范围大略等同于民法中的抗辩。

《民事诉讼法司法解释》第90条第1款的规定，在明确当事人对自己的诉讼请求和抗辩应当承担举证责任的同时，实际上明确了被告对其对诉讼请求及其依据的事实单纯的否认并不负举证责任。例如，甲公司起诉乙公司，要求其按照合同约定继续履行债务。如果乙公司主张该合同上加盖的公章并非公司印章，其与甲公司之间根本没有该合同关系，则乙公司此时只是否认，其无须对该合同关系不存在承担举证责任，而要由甲公司就该合同上印章的真实性等事实承担举证责任，但如果乙公司主张其已经完成了清偿义务，则意味着其主张了债的关系消灭的抗辩，其需要就此承担举证责任。

二、双务合同的特殊效力

（一）双务合同的判断

所谓双务合同是指当事人双方互负对待给付义务的合同，即一方当事人愿意负担履行义务，旨在使他方当事人因此负有对待给付的义务。换言之，双务合同中双方当事人既是债权人也是债务人，一方当事人所享有的权利，即为他方当事人所负有的义务，双方当事人负有的债务互为对价，构成对待给付。双务合同是典型的交易形式，市场经济条件下，合同以双务为原则。

关于一方当事人的给付与对方当事人的对待给付是否需要等值的问题，学界主要有两种观点：一为客观说，即要求以市场标准或者理性人标准判断，认为给付与对待给付之间应该等值；二为主观说，即只要当事人之间的合同是基于真实、自由的意思，主观上愿意以自己的给付换取对方的给付，即为公平合理，至于客观上是否等值，在所不问。我国合同法律中长期奉行等价有偿的原则，但从私法自治角度观之，对于给付是否公平、价格如何形成，应当尊重当事人的意思，故《合同法》删去了《民法通则》《经济合同法》等明确规定的等价有偿原则，《民法典》亦未再提及等价有偿。故而其实质上采纳了主观说，即所谓“契约即公正”，给付与对待给付在价值上不需要等值，如果当事人自由意志受到侵害导致不真实或者缔约人无法作出自由选择时，则由当事人通过撤销权来获得救济。一般认为，买卖、租赁、互易、承揽、雇佣、和解等合同属于双务合同。合伙合同虽为双务合同，在合伙人只有二人时，各合伙人的出资义务构成对待给付，可以行使同时履行抗辩权，但合伙人为二人以上，则不得行使同时履行抗

辯权。[63]

（二）双务合同的牵连性

双务合同中，双方当事人互负的对价给付，互为因果，互为对价，缺少任何一方，都导致合同权利义务关系的失衡。这就导致双务合同的牵连性以及由此发生的特殊效力。双务合同的牵连性是指在双务合同中，一方的权利与另一方的义务之间具有相互依存、互为因果的关系。

通常认为，双务合同的牵连性主要表现在：一是发生上的牵连性或者说是合同成立与效力评价上的牵连性。双方当事人的给付义务互为条件、同时产生，一方的给付义务不成立、无效或被撤销，另一方的给付义务也发生同样的效果。如果一方当事人例如买卖合同中的出卖人，其所承担的债务由于标的物的违法而无效，则买受人的给付价款的义务也当然随着无效。二是履行上的牵连性。在双务合同有效成立后，原则上双方当事人应当同时履行各自的给付义务，一方所负的给付义务以他方负担给付义务为前提。因此，如果一方不履行自己的义务，将使对方的权利不能实现，对方对自己所负的给付义务的履行也受到影响。这就发生了双务合同履行中的抗辩权，包括《民法典》本章规定的同时履行抗辩权、后履行抗辩权以及不安抗辩权。根据对方的履行情况以及将来的可能给付的情况、双方的先后履行顺序，在对方未为对待履行或可能丧失履行能力的情况下，自然可以将自己的履行暂时中止，而拒绝对方的履行请求[64]，甚至在构成预期违约的情况下进而解除合同。这也是双务合同基于其牵连性而发生的特殊效力。法律规定这些抗辩权，其目的在于维持双务合同当事人之间在利益关系上的平衡。三是存续上的牵连性。非因双方的过错导致合同一方当事人不能履行其义务时，即便另一方当事人尚能履行，其也可基于对方的履行不能而拒绝对方的履行请求。这是因为，双务合同中当事人互负对待给付义务。在对方不能履行的情况下，合同目的不能实现，自然可以解除合同。当然，此种情况下涉及风险负担，尤其是价金风险如何承担的问题。风险负担规则也是双务合同存续上牵连性的重要体现，是双务合同的特殊效力之一。[65]

《民法典》在承担债编总则职能的合同编通则分编“合同的履行”一章中对双务合同履行中的抗辩权加以规定，固然是吸收《合同法》立法经验之举，也是双务合同履行中抗辩权规则普遍适用于各类双务合同这一体系地位所决定的。

（三）对待给付的判断

双务合同中，双方当事人的主给付义务之间构成对待给付；主给付义务与从给付义务之间原则上不构成对待给付，但从给付义务直接影响当事人订约目的的实现时，应当认为从给付义务与相对人的给付构成对待给付。附随义务不能与对方当事人的给付义务构成对待给付。在有些合同中，双方当事人可能也各负债务，但其可能不构成对待给付，此即所谓不完全双务合同。^[66]例如，无偿委托合同中，受托人的主给付义务是处理委托人事务（《民法典》第919条），而委托人则负有预付必要费用的义务（《民法典》第921条），但此义务之间并非对待给付，因此此类合同为不完全双务合同。当事人被要求履行所负债务时不能援引同时履行抗辩权。

对于利他合同，第三人可以按照法律的规定或者合同的约定直接请求债务人向其履行债务。按照《民法典》第522条，债务人对债权人的抗辩，可以向第三人主张，故如果债权人与债务人之间互负对待给付义务，则债务人可以向第三人主张相关抗辩权。但这一抗辩的特点在于，债务人可以债权人没有进行对待给付为由拒绝向第三人进行给付，但其不能要求该第三人向自己进行对待给付。

双务合同履行中的抗辩权基于合同而产生，也应随着合同终止而消灭。如果合同并未消灭，而只是合同主体或内容发生变更，如债权让与或债务承担、债权因继承而移转导致的合同主体变更，原债务转化为违约损害赔偿导致的内容变更，此种情况下，债的关系并未失去同一性，双务合同履行中的抗辩权仍然存在。^[67]

三、同时履行抗辩权的概念与构成

（一）同时履行抗辩权的概念

同时履行抗辩权，是指没有先后履行顺序的双务合同中，当事人一方在他方未对待给付以前，可以拒绝自己为给付的权利。我国《合同法》第66条规定了同时履行抗辩权，依据该条：“当事人互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行要求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行要求。”《民法典》本条沿用了该规定。

（二）同时履行抗辩权的构成

依据本条，同时履行抗辩权的产生，应当具备下列条件。

第一，双方当事人基于同一合同互负对待给付义务。这就是说，同时履行抗辩权的行使，以基于同一双务合同为前提。如果双方当事人

人所负债务并非基于同一合同发生，即便这些债务之间具有很密切的关系，也不能行使同时履行抗辩权。

第二，产生双方给付义务的合同已生效。同时履行抗辩的机能在于一方拒绝履行可迫使他方履行合同，从而促使对方同时履行其债务。因此，抗辩权以相对人请求权的有效存在为前提，如果合同不成立、无效、被撤销或者不生效，则应主张权利不存在的抗辩，而不发生同时履行抗辩权的问题。

如果被请求履行的一方对合同享有撤销权，则其行使撤销权时，自然不能也无须行使同时履行抗辩权；如其主张同时履行抗辩权，则意味着以其行为抛弃了撤销权。如果因不可抗力致一方当事人不能履行，则另一方可以依合同目的不能实现而解除合同，而不宜行使同时履行抗辩权。如果因可归责于一方当事人的事由致其不能履行，则另一方有权解除合同，并追究对方的违约责任，而不必主张同时履行抗辩权。

第三，合同中双方当事人的义务没有先后履行顺序。如果合同中约定了先后履行顺序，或者从合同对履行期限的约定中能够确定其先后履行顺序的，则不能适用同时履行抗辩权的规定。如果合同中没有约定履行顺序，则应当依据《民法典》第510条的规定，由当事人协议补充，不能达成补充协议的，按照合同有关条款、合同性质、合同目的或者交易习惯确定。在依照《民法典》第510条的规定仍然不能确定履行顺序的情况下，则应当按照本条第一句，由当事人同时履行。正是由于没有先后履行顺序，基于双务合同中双方义务的牵连性以及维持当事人之间利益均衡的考量，法律才规定双方应当同时履行。

第四，须双方给付义务的履行期限已经届至。债权请求权虽然在债的关系成立之时即已发生，但只有履行期限届至，方有债务人履行义务的实际承担。如果履行期限尚未届至，则双方当事人均可针对对方的履行请求，提出履行期限尚未届至的抗辩。此种情况下，没有必要主张同时履行抗辩权。

第五，须对方未履行债务或者履行债务不符合约定。如果提出请求的一方不履行其全部对待给付义务，相对人得就自己之给付义务的全部拒绝履行。如果其仅是部分履行，则只能就相应的部分拒绝履行。

四、同时履行抗辩权的效力

关于同时履行抗辩权的效力，本条明定为“有权拒绝其相应的履行请求”。同时履行抗辩权的行使，并非使对方当事人的请求权归于消灭，而仅在阻碍其效力的发生，因此属于延期的抗辩权，抗辩权人可以拒绝对方相应的履行请求。当事人因行使同时履行抗辩权而逾期履行的，不承担违约责任。但是，对方的请求权并没有因为抗辩权的行使而消灭，其仍然存在。对方可以先行给付或者提出同时给付，或者提供担保要求抗辩权人先行给付，从而打破可能的履行中的僵局。

同时履行抗辩权的效力需当事人主张方可发生。因此，当事人行使同时履行抗辩权时，只要证明双方没有履行先后顺序且对方没有履行或履行不符合约定，就可以拒绝自己进行相应的给付。一方当事人在请求对方进行给付时，也无须证明自己没有先为给付的义务或者已经履行其给付义务。

值得注意的是，关于同时履行抗辩权的效力，本条强调“拒绝其相应的履行请求”。这里的“相应”，具体来说，在一方尚未履行的情况下，自然对方有权拒绝自己的履行。但在一方作出了一定的给付，但是构成不完全履行的情况下，则要结合债的标的，依据诚实信用原则对此加以具体分析。申言之，如果其不完全履行，包括部分履行、瑕疵履行导致合同目的不能实现，则效果上相当于没有履行，相对人可以拒绝自己的履行；如果并没有导致合同目的不能实现，则相对人还是应当作出对应的给付。但是，如果对方虽然只是部分给付，而相对人拒绝履行或者拒绝全部债务的履行有悖诚实信用原则，例如在相对人未为履行的部分对权利人的影响微乎其微时，则权利人不应拒绝履行。^[68]

在不符合同时履行抗辩权构成要件的情况下，以行使所谓同时履行抗辩权为由拒绝自己相应的给付，则可能构成双方违约，应当按照《民法典》第592条第1款的规定各自承担相应的责任。例如，以对方没有履行通知义务为由，拒绝履行自己的主给付义务，造成履行迟延，则此时因主给付义务与通知义务这一附随义务之间并不构成对待给付，不能认为是行使同时履行抗辩权，应由其就其迟延履行承担违约责任，而对方亦应就其怠于履行通知义务所造成的损失承担违约损害赔偿責任。

五、与相关概念的区别

（一）同时履行抗辩权与留置权

二者的行使都可以导致一方拒绝履行一定给付的结果且均无须对此承担责任。但二者区别十分明显：第一，权利目的和性质不同。留

置权为担保物权，目的是担保主债务履行，留置权人得直接支配物的交换价值，能够依法直接拍卖、变卖留置物并以其价款优先受偿。而同时履行抗辩权的发生和行使的主要目的不在于担保债务履行，而在于谋求双方同时履行，以维护利益的公平。^[69]同时履行抗辩权为双务合同的效力，其依附于债权而存在。其仅能对抗合同另一方当事人的请求权。第二，权利的构成要件不同。留置权的产生以依法占有对方的财产为前提，且除企业之间留置之外，留置的动产应当与被担保的债权属于同一法律关系，仅对方不履行或不按照约定履行义务不能发生留置权。同时履行抗辩权产生的基础则在于双方互负债务的牵连性。第三，所涉标的物不同。同时履行抗辩权适用于各类双务合同，其合同标的既可以是物的给付，也可以是劳务的给付、无形财产的移转。留置权仅限于对动产的留置。第四，权利的行使后果不同。留置权发生后，在当事人约定或留置权人依法指定的履行期限内债务人仍然不履行债务的，留置权人可以通过对留置物协议折价或者拍卖、变卖留置物，依法实现其留置权。同时履行抗辩权的行使，仅在对抗对方履行债务的请求。

（二）同时履行抗辩权与合同解除

二者在外观上虽然都表现为一方当事人拒绝履行其义务，但二者存在较大差异：第一，发生条件不同。合同解除的条件由法律规定或当事人约定，同时履行抗辩权作为双务合同的效力，其发生条件由法律规定。在具体构成上二者也是不同的。第二，同时履行抗辩权的行使并未使合同关系消灭，也并未免除自己的给付义务，只是促使对方与自己同时履行给付义务。而合同解除则是合同权利义务关系终止的原因。第三，同时履行抗辩权以合同债权的有效存在为前提，如果当事人已经解除合同，则不能再享有此项权利。因此，在因一方不履行或不按照约定履行已导致根本违约时，另一方有权解除合同，也不必主张同时履行抗辩权。但对于因解除而导致的相互返还的义务，解释上认为可以行使同时履行抗辩权。

第五百二十六条

当事人互负债务，有先后履行顺序，应当先履行债务一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行请求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行请求。

本条主旨

本条是对后履行抗辩权的规定。

相关条文

《合同法》第67条 当事人互负债务，有先后履行顺序，先履行一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。

理解与适用

一、后履行抗辩权的概念

在双务合同履行过程中，负有先履行义务的一方在履行期限届至后不履行或履行其给付义务不符合约定时，基于双务合同的牵连性，后履行一方自然有权拒绝履行相应的对待给付义务。此种抗辩权为后履行一方所享有的抗辩权，故称为后履行抗辩权，也有人称为顺序抗辩权。《合同法》第67条对后履行抗辩权进行了规定，《民法典》本条沿用了这一做法。

双务合同中，既然在双方应当同时履行时尚能拒绝对待给付，在负有先履行义务的一方不履行义务时，后履行一方自然更有理由拒绝对待给付。因此，在规定同时履行抗辩权的情况下，后履行一方有权提出类似的抗辩自无异议。

从比较法来看，大陆法系民法一般只规定同时履行抗辩权，而不直接规定后履行抗辩权。但其对同时履行抗辩权的规定，实际上包含了后履行抗辩权。例如《德国民法典》第320条第1款规定：“因双务合同而负有义务的人，在另一方当事人履行对待给付之前，可以拒绝履行自己的给付，但自己负有先行给付义务的除外。”我国台湾地区“民法”第264条也规定：“因契约互负债务者，于他方当事人未为对待给付前，得拒绝自己之给付。但自己有先为给付之义务者，不在此限。”按照学者的解释，“被请求之一方，如于法律规定、契约约定或交易习惯，而有先为给付义务者，即无同时履行抗辩权之可言”^[70]。显然，其只是排除了主张抗辩权的一方负有先行给付义务的情形，就履行顺序而言，互负同时履行义务的情形以及在后履行一方主张抗辩权的情形，均属于同时履行抗辩权的构成范围。在《合同法》起草过程中，考虑到我国过去司法实践中常常将后履行一方行使此种抗辩权的行为认为构成双方违约，事实上鼓励了负有先履行义务一方的违约行为，从而严重损害了合同必须严守的基本准则。因此，我国《合同

法》借鉴了《国际商事合同通则》的做法^[71]，在第67条明确规定了后履行抗辩权。

在《民法典》起草过程中，有学者对单独规定后履行抗辩权这一做法提出了异议。其主要观点在于，法律将这一存在先后履行关系的双务合同中，应该后履行的一方在对方没有履行的情况下可以中止履行，改造成了先履行一方的请求权与后履行一方的抗辩权之间进攻和防御的关系，在实践中会造成后履行一方拒绝出庭、缺席审判时，法官不能主动援用该抗辩权的问题。^[72]但问题在于，一方面，民事诉讼中奉行处分原则，一方当事人拒绝行使权利，其应当自行接受相应的法律后果。事实上，正如我国前述《民事诉讼法》及其相关解释对举证责任的相关规定所强调的，当事人对自己的诉讼请求和抗辩应当承担举证责任。当事人对自己的权利不主张、不举证而交由法官自行主张并调取证据，过分强调法官的职权主义，在民事诉讼中未必妥当。另一方面，其也无法解释法律即便不规定后履行抗辩权，而是将其如德国或者我国台湾地区那样将其纳入同时履行抗辩权，也会带来同样的问题。

二、后履行抗辩权的构成要件

根据《民法典》第526条的规定，构成后履行抗辩权应当具备下列条件。

- (1) 双方当事人基于同一合同互负对待给付义务。
- (2) 产生双方给付义务的合同已生效。
- (3) 主张抗辩权的一方给付义务的履行期限已经届至。

(4) 一方当事人有先为履行的义务。双方当事人义务的先后履行顺序，可以基于当事人的约定，也可以依据法律的规定、合同性质以及交易习惯来确定。

(5) 须先履行一方未履行债务或者履行债务不符合约定。如果先履行一方不履行其全部对待给付义务，相对人得就自己之给付义务的全部拒绝履行。如果其仅是部分履行，则只能就相应的部分拒绝履行，但依诚信原则，在相对人未为履行的部分对权利人的影响微乎其微时，则权利人不应拒绝履行。在瑕疵履行时，只能在该瑕疵导致根本违约的情况下，才可以拒绝相应的给付。

三、后履行抗辩权的效力

后履行抗辩权属于延期的抗辩权，其效力在于阻碍先履行一方请求权效力的发生。因此本条规定，后履行的一方有权拒绝其相应的履行请求。因行使后履行抗辩权而造成后履行一方逾期履行的，不承担违约责任。

后履行抗辩权不得由法院或仲裁庭主动援用，其效力需当事人主张方可发生。当事人行使后履行抗辩权时，只要证明对方没有履行或履行不符合约定，就可以拒绝自己进行相应的给付。

在不具备行使条件的情况下，以行使“后履行抗辩权”为由拒绝自己相应的给付，则可能构成双方违约，应当按照《民法典》第592条第1款的规定各自承担相应的责任。

第五百二十七条

应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：

- （一）经营状况严重恶化；
- （二）转移财产、抽逃资金，以逃避债务；
- （三）丧失商业信誉；
- （四）有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。

当事人没有确切证据中止履行的，应当承担违约责任。

本条主旨

本条是对不安抗辩权构成要件的规定。

相关条文

《合同法》第68条 应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：

- （一）经营状况严重恶化；

- (二) 转移财产、抽逃资金，以逃避债务；
- (三) 丧失商业信誉；
- (四) 有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。

当事人没有确切证据中止履行的，应当承担违约责任。

理解与适用

一、不安抗辩权的概念

所谓不安抗辩权是指负有先为给付义务的一方当事人，在有确切证据证明对方当事人已经丧失或可能丧失履行债务能力，或者到期后将不履行合同的情况下，有中止履行并在法定条件下依法定程序解除合同的权利。我国《合同法》第68、69条分别对不安抗辩权的构成要件和法律效果进行了规定。

不安抗辩权是大陆法系独有的制度。基于双务合同的牵连性，在一方当事人应当先履行的情况下，如果后履行一方有难为对待给付之虞或可能不愿为对待给付，此时法律仍然要求先履行一方继续进行履行，则有悖公平。《合同法》制定之时，在我国合同履约率极低、信用状况堪忧、法院执行工作不够得力的大环境下，负有先履行义务的一方当事人，因先为给付而索债无门，企业因此陷入困境乃至破产的屡见不鲜。如果不能以法律手段对之加以充分保护，将使当事人不敢先为履行，或者要求以提供担保为订立自己负有先履行义务合同的前提。这样，必将大大增加交易成本，不利于鼓励交易。我国原《涉外经济合同法》对不安抗辩权作了规定，《合同法》在大陆法系不安抗辩权制度的基础上，借鉴了英美法系预期违约的先进经验，进一步完善了不安抗辩权的规定，允许先履行的一方在法定事由发生时可以中止履行甚至解除合同。这就为先履行一方提供了一种积极的避免风险的手段，从而能够避免单方给付后得不到对待给付的后果，维护了双务合同当事人之间利益的均衡。

近年来，随着人民法院执行力度的大幅提升、社会信用体系日渐完善，“老赖”已无处存身，但在合同履行过程中，如果应为给付的一方不能获得此项抗辩权，在后履行一方因其资信状况难以对待给付的情况下，仍然强令前者履行给付义务，显然不利于当事人之间利益的平衡，也与双务合同履行上的牵连性不符。故而，《民法典》继续规定了不安履行抗辩权，本条沿用了《合同法》第68条的做法。

二、不安抗辩权的构成要件

根据《民法典》的规定，不安抗辩权的行使，应当具备下列条件。

1.双方当事人基于同一合同互负对待给付义务。

2.产生双方给付义务的合同已生效。

3.主张不安抗辩权的一方负有先履行给付义务。如果并无履行顺序，则只能主张同时履行抗辩权而非不安抗辩权；如果存在先后履行顺序，后履行的一方应当主张后履行抗辩权。这也是不安抗辩权与另外两种双务合同履行过程中抗辩权的区别之处。当事人先为给付的义务因当事人的约定、法律的规定以及交易习惯而发生，例如，在饭馆用餐，通常的交易习惯是先吃饭后交钱；旅店住宿，先住宿后结账；乘出租车，待运输过程完成再交费。

4.先履行一方的履行期限已经届至。如果履行期限尚未届至，则其可以主张履行期限尚未届至的抗辩，而不必主张不安抗辩权。

5.先履行一方有确切证据证明对方当事人已经丧失或可能丧失履行债务能力，或者到期后可能将不履行合同。由于对方当事人的此种状况，使先履行一方在履行其给付义务后，可能无法获得对待给付，因此法律特设不安抗辩权以维持当事人的利益均衡。

本条对于丧失或可能丧失履行债务能力的情形进行了具体列举，包括：（1）经营状况严重恶化。例如，后履行的一方大量应收账款已成无法收回的坏账，其已陷入资不抵债；对后履行方的破产申请已经被法院受理等。（2）转移财产、抽逃资金，以逃避债务。这表明后履行一方在其履行期限到来后，将很可能不会履行其对待给付义务。（3）丧失商业信誉。如已经发现后履行一方对他人进行合同欺诈，或赖账不还已被纳入“失信被执行人名单”等，这也表明后履行一方已经丧失商业信誉，到期后很可能不履行合同。（4）有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。传统大陆法系民法一般认为可能丧失履行债务能力是指后履行一方财产状况严重恶化。例如，《德国民法典》第321条明确规定：“根据双务合同负有先行给付义务的人，如果另一方当事人的财产于订立合同之后明显减少，致有妨碍对待给付请求权的行使之虞时，在另一方当事人未履行对待给付或者提出担保之前，可以拒绝履行自己的给付。”我国台湾地区“民法”第265条也规定，“当事人之一方，应向他方先为给付者，如他方之财产，于订约后显形减少，有难为对待给付之虞时，如他方未为对待给付或提出

担保前，得拒绝自己之给付”。但这一规定并不全面。本条第1款第1项和第2项所列举的也是发生在当事人负有财产给付义务的情况下，有丧失或者可能丧失履行债务能力的表现，其也只能适用于对方当事人负有财产给付义务的情形。但当事人所负的给付义务并不以财产给付为限。例如，对于承揽、演出等提供劳务的合同，劳务提供人因为患病、受伤等而可能丧失提供劳务的能力，这就需要通过本条第1款第4项这一兜底条款来解决。

不安抗辩权的行使，不以后履行一方对上述情事的发生有过错为前提，只要客观上发生上述情事即可。此外，如果后履行一方已经为其债务提供了物的担保，则即便发生上述情事，也不能认为其已经或可能丧失偿债能力。但在该担保形式为保证时，如果先履行一方有确切证据证明保证人也有上述情事的发生，则应当允许当事人行使不安抗辩权。

还要注意的，这些情事的发生应当在合同订立以后。在当事人明知对方已经丧失或可能丧失履行债务能力的情况下，仍然与之订立自己先为履行的合同且未要求对方予以担保，这就意味着其自愿承担此种风险，或者是对自己利益的不谨慎。法律自然不宜对其再予以特别保护。当然，如果其系因欺诈或胁迫而订立该合同，当事人也可以请求撤销合同，从而免去其给付义务。

三、中止履行与举证责任

在符合本条构成要件的情况下，负有在先履行义务的一方有权中止履行。换言之，其可以主张延期的抗辩，暂时不履行自己的在先给付义务。因行使不安抗辩权而造成在先履行一方逾期履行的，不承担违约责任。

为避免当事人滥用不安抗辩权借以逃避履行给付义务，本条强调，主张不安抗辩权的一方应当就对方当事人已经丧失或可能丧失履行债务能力，或者到期后可能将不履行合同的情事有确切证据加以证明。如果当事人没有确切证据就行使“不安抗辩权”，中止履行的，则应当承担相应的违约责任。

第五百二十八条

当事人依据前条规定中止履行的，应当及时通知对方。对方提供适当担保的，应当恢复履行。中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力且未提供适当担保的，视为以自己的行为表明不履行主要债

务，中止履行的一方可以解除合同并可以请求对方承担违约责任。

本条主旨

本条是对不安抗辩权行使的规定。

相关条文

《合同法》第69条 当事人依照本法第六十八条的规定中止履行的，应当及时通知对方。对方提供适当担保时，应当恢复履行。中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的，中止履行的一方可以解除合同。

理解与适用

一、不安抗辩权的行使

在符合《民法典》第527条规定的构成要件的情况下，先履行一方可以行使不安抗辩权，中止其本应当先进行的履行。

不安抗辩权不得由法院或仲裁庭主动援用，其效力需当事人主张方可发生。不安抗辩权人在行使不安抗辩权、依法中止履行的情况下，应当就其行使不安抗辩权的原因以及中止履行的事实向相对人作出通知，并要求对方当事人提供适当的担保。这是因为，虽然不安抗辩权的行使不以对方的同意为必要，但行使此项权利将导致先履行一方中止履行的后果，如果不及时通知对方，可能因此造成对方的损失，如丧失进行履行准备的费用等。及时通知也使后履行一方有可能及时提供担保或恢复履行能力，以使先履行一方恢复履行，避免合同解除的效果。此外，由于不安抗辩权人负有在先给付的义务，在履行期限届满的情况下，其不履行合同义务很容易被误认为构成履行迟延，造成不必要的纠纷。因此，基于诚实信用原则，本条要求先履行一方行使不安抗辩权时，应当及时通知对方。如果未作出通知或没有及时作出通知，而在先履行一方又没有按照约定的期限履行，则应当认为构成违约。

二、不安抗辩权的效力

不安抗辩权的效力表现为：先履行一方中止自己的履行。中止履行的情况下，先履行一方的给付义务并未消灭，合同权利义务关系也

未中止，只是先履行一方暂停履行其给付义务。一旦另一方提供了适当的担保或恢复履行能力，先履行一方应当恢复履行。这里的适当担保，既包括物的担保，也包括保证。其是否适当，应当根据合同的标的以及担保物的价格等综合考虑，只要主合同不履行时能够承担相应的担保责任即可。

三、不安抗辩权与预期违约的衔接

大陆法系传统民法中，将不安抗辩权的法律后果规定为延期的抗辩，即在对方未为对待给付或提出担保前，抗辩权人有权拒绝自己的给付。英美法上，则规定了预期违约制度，允许在合同履行期限到来前，一方当事人无正当理由明确表示或者以自己的行为表明其在合同履行期限到来后将不履行合同义务的情况下，非违约方有权解除合同并提前追究违约责任。我国《合同法》则同时继受了这两项制度，在合同履行一章规定了不安抗辩权，而在违约责任一章规定了预期违约制度。

但问题在于，根据《合同法》第69条的规定，先履行一方中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的，中止履行的一方可以解除合同。这就将不安抗辩权的效力扩张到解除合同。其问题在于，一方面，这种做法混淆了两项制度之间的关系，也使得基于双务合同履行中的牵连性而产生的不安抗辩权，其制度基础以及效力内容发生了混乱，扰乱了双务合同的抗辩权体系。另一方面，这种做法也混淆了解除合同的规范基础。对于当事人解除合同，究系在依据《合同法》第69条行使抗辩权还是在依据《合同法》第94条主张解除，或者说，解除依据的是《合同法》第69条还是《合同法》第94条，存在不同看法。在依据《合同法》第69条解除合同的情况下，其是否还能依据《合同法》第108条主张预期违约的违约责任，也不无存疑之处。这也导致相关构成要件上如何确定、如何安排举证责任以及解除合同时相关责任性质如何，在实务上也存在不同的处理。

为了解决前述理论上的困惑以及实践中的难题，《民法典》本条在基本沿用《合同法》第69条规定的基础上，对不安抗辩权与预期违约制度进行了合理的衔接，将“中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力且未提供适当担保”的后果，规定为“视为以自己的行为表明不履行主要债务”。这就意味着，在行使不安抗辩权中止履行之后，对方当事人在接到通知的情况下，其应当及时地恢复履行能力或者提供适当的担保。如果其没有作出前述行为，其这种不作为将被法律推定为“以自己的行为表明不履行主要债务”，从而构成预期违约。

《民法典》第578条则规定了预期违约：“当事人一方明确表示或者以

自己的行为表明不履行合同义务的，对方可以在履行期限届满前请求其承担违约责任。”第563条第1款第2项规定，“在履行期限届满前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务”，从而将预期违约作为法定的合同解除事由。因此《民法典》本条新增的规定，实现了不安抗辩权与预期违约的有效衔接。因为本条所推定的，实际上就是《民法典》第578条所规定的默示毁约的情形。不安抗辩权人可以据此依据《民法典》第578条以及第563条第1款第2项的规定，在对方当事人的履行期尚未届满的情况下，解除合同并请求其承担违约责任。值得注意的是，虽然我国《民法典》规定了继续履行、采取补救措施、违约损害赔偿、违约金以及违约定金等违约责任方式，但是，在按照预期违约主张违约责任的情况下，由于非违约方仍然享有履行期限尚未届满的抗辩，非违约方应当解除合同并要求对方承担违约责任。这也就意味着，在具体违约责任方式的选择上，非违约方只能主张违约损害赔偿、违约金以及违约定金，而不能请求继续履行或者采取补救措施。因为后者本身仍然是对原有合同权利义务的履行，在合同已经因为解除而权利义务终止的情况下，自然不能再行适用。如果非违约方希望对方承担继续履行的责任，则其只能行使不安抗辩权中止履行，等待履行期限届满后再行主张继续履行。

值得注意的是，在最终版本中，本条原先“视为以自己的行为表明不履行合同主要义务”的表述被调整为“视为以自己的行为表明不履行主要债务”，从而实现了与第563条第1款第2项规定的一致。从预期违约解除制度的完善而言，《民法典》第563条第1款第2项并未对默示毁约，即当事人一方“以自己的行为表明不履行主要债务”的具体构成作出规定。但从本条的规定来看，相应地，在解释该规定时，也应当参照《民法典》第527条和本条的规定，将一方当事人有确切证据证明存在《民法典》第527条规定的丧失或者可能丧失履行能力的情形、催告对方提供适当的担保以及对方在合理期限内没有恢复履行能力也没有提供适当的担保，理解为《民法典》第563条第1款第2项规定的默示毁约解除的情形。

当然，当事人也可以仅行使不安抗辩权或其他双务合同履行中的抗辩权来暂不进行自己的对待给付，等待对方履行期限到来后视对方的履行情况而依据实际违约的规则请求其承担相应的违约责任。但是，此种做法的风险将是很大的。因为默示毁约往往意味着债务人已经丧失了履行能力，即便债权人的违约请求得到法院支持，也可能难以得到执行。

第五百二十九条

债权人分立、合并或者变更住所没有通知债务人，致使履行债务发生困难的，债务人可以中止履行或者将标的物提存。

本条主旨

本条是对履行过程中债权人自身发生重大事项时的通知义务的规定。

相关条文

《合同法》第70条 债权人分立、合并或者变更住所没有通知债务人，致使履行债务发生困难的，债务人可以中止履行或者将标的物提存。

理解与适用

通常情况下，债权人的自身发生变动时，并不影响合同的履行，债务人不得以此为由拒绝或迟延履行债务。因此，《合同法》第76条规定：“合同生效后，当事人不得因姓名、名称的变更或者法定代表人、负责人、承办人的变动而不履行合同义务。”否则，债务人应当承担违约责任。但在债权人自身发生的某些事项直接影响到合同履行时，则债权人就此负有通知债务人的义务。这一义务也是诚信履行原则的具体体现。

一、债权人分立、合并时的通知义务

所谓债权人的分立、合并，是指作为法人或者非法人组织的债权人，所发生的分立或者合并的情形。法人分立，是指一个法人分成两个或两个以上的法人。分立包括新设分立与派生分立。新设分立，是指原法人分立为两个或者两个以上新的法人，原法人不复存在；所谓派生分立，是指原法人仍然存在，但从原法人中分立出来一个新的法人。

法人合并是指两个或两个以上的法人，合并为一个法人或合并为一个新的法人。合并包括新设合并与吸收合并。新设合并是指几个法人合为一个法人，原法人均不存在。吸收合并是指，一个或多个法人归并到一个现存的法人中去，被合并的法人资格消灭。

法人合并分立的情况下，对于其债务人造成的影响，值得讨论。

《民法典》合同编专章规定了合同权利的转让。值得注意的是，在合同权利和义务的概括转移的问题上，《民法典》删去了《合同法》第90条的规定^[73]，从其第555条的规定来看，似乎把债权债务的概括转移仅限于通过法律行为的方式来进行，也就是说，债的关系的一方当事人与第三人之间订立合同，并经另一方当事人同意，从而将其债权债务一并移转给第三人，由第三人概括地继受这些债权债务。但需要注意的是，《合同法》第90条的内容已在《民法典》总则编中有所规定。依据《民法典》第67条，法人合并的，其权利和义务由合并后的法人享有和承担。法人分立的，其权利和义务由分立后的法人享有连带债权，承担连带债务，但是债权人和债务人另有约定的除外。这实际上是对法定的债权债务概括转移的规定。债的关系一方当事人为非法人组织而发生合并分立，按照《民法典》第108条“非法人组织除适用本章规定外，参照适用本编第三章第一节的有关规定”的规定，也应当做此理解。从《民法典》第67条的规定来看，只要发生了法人合并或者分立的事实，就直接发生债权债务概括转移的后果，而无须征得债的关系另一方当事人的同意。

由于法定的债权债务概括转移无须征得另一方当事人的同意，这就意味着，作为相对人的债务人完全可能不知道自己的债权人已经发生了变化。这就可能对其债务的履行造成一定的不利影响甚至是障碍。基于诚实信用原则的要求，发生分立、合并的债权人应当负有其分立合并的事实以及新的债权人的姓名、名称、住所等及时通知债务人的义务。《合同法》第70条对此义务及怠于履行此义务的法律后果进行了规定，本条沿用了该规定。

二、债权人变更住所时的通知义务

债权人变更住所的情况下，可能会造成当事人之间通讯联络的不便，尤其是在当事人采用书面信函的方式相互传递意思表示的情况下，往往可能导致相关信息的迟延，从而影响债务人的履行。例如在债务人询问具体的交付地点等安排时，由于债权人变更住所没有及时收到询问的信函，从而没有及时回复，影响债务人的履行。尤其是，在合同没有对履行地点作出明确约定，而按照标的性质又系赴偿债务的情形。这就意味着，合同的履行地是债权人的所在地或者说债权人的住所。债权人变更住所没有通知债务人的话，可能导致债务人送达原先的债权人住所后无人受领的情况，从而导致债务人履行困难。基于诚实信用原则的要求，《合同法》第70条就债权人变更住所时的通知义务进行了规定，本条沿用了该规定。

三、怠于履行通知义务的后果

从本条规定来看，在债权人未尽此通知义务时，债务人有权作出选择：一方面，债务人可以中止履行，等待阻碍履行的事由消灭后，如已经确知债权人的住所之所在，或确认债权人的权利义务承受人等，再继续履行。由此造成的迟延，债务人不负相应的违约责任。另一方面，债务人也可以将标的物向提存部门提存，从而消灭债权债务关系。

债务人的中止履行或提存应当以债务已届履行期为前提，否则无法判断是否因债权人的怠于通知而致使履行债务发生困难。对于债务人进行提存，还应注意的是：在双务合同中，债务人的提存通常应当以债务人应当先履行，或者债权人已经按照约定履行完其合同义务为前提，否则，债务人可以直接行使同时履行抗辩权或后履行抗辩权，而无须将标的物先行提存。

本条所规定的通知义务，虽然是依据诚实信用原则由法律直接规定的义务，但从本条所规定的法律后果来看，债权人怠于履行此项义务时，债务人不能请求其承担相应的违约责任，而只是使债权人遭受了一定的不利益，因此此项义务在性质上属于不真正义务而非附随义务。

第五百三十条

债权人可以拒绝债务人提前履行债务，但是提前履行不损害债权人利益的除外。

债务人提前履行债务给债权人增加的费用，由债务人负担。

本条主旨

本条是对提前履行的规定。

相关条文

《合同法》第71条 债权人可以拒绝债务人提前履行债务，但提前履行不损害债权人利益的除外。

债务人提前履行债务给债权人增加的费用，由债务人负担。

契约必守原则或者说全面履行原则是《民法典》本章开宗明义确定的履行的基本原则。这一原则是合同效力的集中体现，也是诚信原则的必然要求。民法对债尤其是合同制度进行浓墨重彩的规定，其根本都是为了督促当事人履行合同、实现债权。我国《合同法》是在既往《经济合同法》《涉外经济合同法》《技术合同法》基础上制定的，而这三部法律主要适用于商事主体之间，《合同法》起草中也较多地借鉴了《国际商事合同通则》的规定，因此《合同法》相关规范上有着深刻的商事合同的烙印，尤其强调契约必守原则。《合同法》对提前履行的规定，就是契约必守原则在我国合同法律中的突出体现。

按照通常的理解，债务人对履行期限享有一定的期限利益，例如，甲向乙出售一栋房屋，如果提前两个月履行债务，则意味着其将失去对该房屋占有、使用两个月的利益。如果提前履行，则将对债务人的期限利益造成损害。因此，在履行期限到来前，债务人可以对债权人的履行请求提出履行期限尚未届至的抗辩。换言之，提前履行应当认为是债务人对其期限利益的放弃。当事人设立债权，其目的不在于债权本身，而在于债权的实现。债务人提前履行债务，将使债权提前得到实现，通常情况下，这显然是有利于债权人的。因此，就法理而言，对于债务人提前履行的请求，原则上应当允许。只是在提前履行可能损害债权人利益时，债权人方能拒绝。

这就是说，对于债权人来说，固然债务的提前履行可能使其获得一定的利益，但有些情况下，债权人受领给付需要一定的准备时间，也可能为此增加一定的交易费用，例如对受领的标的物并无立即使用的必要时，可能将增加其保管费用。在此情况下，债权人当然有权拒绝。

从比较法来看，《德国民法典》第813条、《日本民法典》第706条和我国台湾地区“民法”第180条在对不当得利请求权的规定中，规定提前清偿所带来的利益不构成不当得利，债务人不得请求返还。这实际上就承认了债权人原则上不得拒绝债务人提前履行债务，只是债务人不得就其放弃的期限利益要求返还而已。

但我国《合同法》强调契约必守的原则，其第71条规定：“债权人可以拒绝债务人提前履行债务，但提前履行不损害债权人利益的除外。”这就是说，提前履行本身也是违反合同约定期限的行为，故基于契约必守，债权人原则上可以拒绝，只是在不损害其利益的情况下，方可依据诚实信用原则，债权人不能拒绝债务人提前履行的请

求。当然，此时如果因债务人提前履行债务给债权人增加了费用，则该费用应当由债务人负担。此种做法，虽然就结果而言与比较法上的做法并无二致，但行文表述上却突出了契约必守的要求。《民法典》在契约必守的坚持上与《合同法》并无不同，故本条完全沿袭了《合同法》第71条的表述。

值得注意的是，在提前履行的情况下期限利益能否构成不当得利。笔者认为，债务人虽然享有期限利益，但履行期限的法律意义仅在于，债务人可以提出履行期限尚未届满的抗辩，从而对抗债权人提前履行的请求。在债务人要求履行债务的情况下，债权人基于债权，其获得利益并非没有合法根据；再者，期限利益系债务人自行放弃；尤其是本条强调债权人原则上可以拒绝提前履行，更突显了本条规范系对债权人利益保护的规定，故而债务人不能以其丧失期限利益为由请求返还相应的不当得利。

但在债务人因错误而为提前清偿的情况下，债权人是否应当返还债务人丧失的期限利益，比较法上存在不同做法。

期前债权人不得要求债务人履行债务，对债权人的此项要求，债务人得为抗辩。所以债务人虽为提前清偿，债权人就此给付仍有受领的权利，换言之，债权人受有利益并非没有法律根据，《日本民法典》第706条但书规定，“债务人因错误而为给付者，债权人应返还因此所得之利益”；而《德国民法典》第813条和我国台湾地区“民法”第180条均没有类似的规定，应当理解为不能请求返还此项利益。笔者认为，日本法的此项规定徒增纷扰，从《民法典》第985条的规定来看，也没有类似的规定，故而无论提前清偿是否出于错误，均不得请求返还。

值得注意的是，《民法典》二审稿中，本条一度删去了第2款“债务人提前履行债务给债权人增加的费用，由债务人负担”的规定。这主要是考虑到，《民法典》第511条第6项已经规定了“履行费用的负担不明确的，由履行义务一方负担”，故而提前履行给债权人增加的费用自然应当由债务人负担；尤其是第511条第6项在《合同法》第62条第6项的基础上增加了“因债权人原因增加的履行费用，由债权人负担”的规定，做反对解释，因债务人自己原因增加的费用，自然应当由债务人自行负担。但前项结论，须经解释方可得出，此外，《民法典》二审稿第531条仍然保留了“债务人部分履行债务给债权人增加的费用，由债务人负担”的规定。为了避免适用上的不便，《民法典》本条恢复了第2款的规定。

第五百三十一条

债权人可以拒绝债务人部分履行债务，但是部分履行不损害债权人利益的除外。

债务人部分履行债务给债权人增加的费用，由债务人负担。

本条主旨

本条是对部分履行的规定。

相关条文

《合同法》第72条 债权人可以拒绝债务人部分履行债务，但部分履行不损害债权人利益的除外。

债务人部分履行债务给债权人增加的费用，由债务人负担。

理解与适用

在法律、交易习惯没有另行规定、双方没有另行约定且合同性质允许的情况下，原则上债务人应当一次履行其给付义务。在当事人没有约定分期给付时，债务人不得分多次履行其义务，债权人有权拒绝债务人分期给付的请求。

但比较法上考虑到诚实信用原则的要求，对于分期清偿在例外情况下也予允许。例如，我国台湾地区“民法”第318条规定：“债务人无为一部清偿之权利。但法院得斟酌债务人之境况，许其于无甚害于债权人利益之相当期限内，分期给付，或缓期清偿。法院许为分期给付者，债务人一期迟延给付时，债权人得请求全部清偿。给付不可分者，法院得比照第一项但书之规定，许其缓期清偿。”可见，对分期清偿或缓期清偿的禁止为原则，只是在不损害债权人利益的例外情况下，才对之允许。《合同法》奉行契约必守原则，故其第72条原则上禁止部分履行，但基于诚实信用原则的要求，如果债务人的部分履行并不损害债权人的利益，则债权人不能拒绝债务人的部分履行。债务人部分履行债务给债权人增加的费用，也应当由债务人负担。《民法典》本条沿用了该规定。

值得注意的是，在分期清偿的情况下，如果债务人就任何一部分的履行发生迟延，比较法上认为，债权人有权请求清偿剩余的全部给付，这种做法是值得借鉴的。因为依据本条，原则上债权人有权拒绝部分履行，只是基于诚实信用原则，法律才特别规定在不损害债权人利益的情况下，债权人不得拒绝。而且，在契约必守的大原则下，债权人接受部分履行本身就意味着给予了债务人一定的恩惠。如果债务人仍然迟延履行，无论是从诚信原则的角度，还是从保护债权人利益的角度，都不应当再容许部分履行。债权人有权要求债务人履行剩余的全部债务。

第五百三十二条

合同生效后，当事人不得因姓名、名称的变更或者法定代表人、负责人、承办人的变动而不履行合同义务。

本条主旨

本条是对契约必守原则的进一步强调。

相关条文

《合同法》第76条 合同生效后，当事人不得因姓名、名称的变更或者法定代表人、负责人、承办人的变动而不履行合同义务。

《农村土地承包法》第25条 承包合同生效后，发包方不得因承办人或者负责人的变动而变更或者解除，也不得因集体经济组织的分立或者合并而变更或者解除。

理解与适用

债权具有相对性，债权人有权请求特定的债务人进行特定的给付。而债务也是特定的债务人所负有的给付义务。债是“法锁”，债的关系一旦发生，就在特定的债权人和债务人之间发生了法律上的拘束力。因此，除非债的关系消灭，或者债务依法转由第三人承担，债务人都应当受到债的关系的拘束。

姓名和名称只是识别特定民事主体身份的标志。姓名和名称的变

化并不影响债的关系当事人人格的同一性。法定代表人、负责人只是依法有权代表法人或者非法人组织对外进行民事活动的自然人。法定代表人或者负责人代表法人或者非法人组织所订立的合同，当然应当由法人或者非法人组织负责履行。法定代表人和负责人的变化，并不影响其所代表的法人或者非法人组织的人格；同样也不会导致此前已经发生的债的关系的消灭。具体的承办人通常只是代理人或者履行辅助人，其行为的后果应当依法由被代理人或者债的关系的当事人承担。因此，承办人的变动更不会影响到债的关系的存续。

实践中，受传统的“新官不理旧债”观念的影响，经常发生一方当事人姓名、名称变更或者法定代表人、负责人、承办人变动后，新的法定代表人、负责人或者具体承办人以自己不了解情况等为借口拒绝履行债务的情形。因此，《合同法》第76条针对实践中的此种情形，明确宣示当事人不能以此为借口拒绝履行债务。本条沿用了《合同法》第76条的做法。

第五百三十三条

合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。

人民法院或者仲裁机构应当结合案件的实际情况，根据公平原则变更或者解除合同。

本条主旨

本条是对情势变更规则的规定。

相关条文

《合同法司法解释二》第26条 合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人请求人民法院变更或者解除合同的，人民法院应当根据公平原则，并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。

本条是对情势变更规则的规定。情势是指构成合同赖以成立的基础或环境的客观情况，而变更则是指合同成立后情势发生的重大变化。依据本条，所谓情势变更原则就是指合同依法成立后，作为合同赖以成立的客观基础或者环境发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平，而双方又不能协议变更的情况下，当事人请求法院或者仲裁机构变更或者解除合同的制度。

依据契约必守原则，在合同依法成立后，当事人就应当按照约定履行债务。尤其是我国合同法律浸润着商事合同法的深刻烙印，历来强调契约必守，在违约责任上更是以严格责任为原则，对于履行中的风险，当事人应当在合同中通过免责条款予以事先约定。一旦发生违约又没有不可抗力或者约定免责事由，违约责任不可避免。但基于公平和诚实信用的考虑，本条还是例外地允许在情势变更的情况下，当事人如不能合意变更合同内容，则可以请求法院或者仲裁机构变更或者解除合同。

一、情势变更原则的发展历程

按照通常的认识，早期罗马法在合同制度上坚持近乎绝对的形式主义，奉行“契约必须严守”的原则。通过法定形式表现出的意思即被法律认定为真实意思，从而发生相应的法律效果。至于合意基于何种情势、意思表示是否有瑕疵、内容是否公平，在所不问。合意达成以后，纵使发生订约时无法预料的重大情势变化，导致合同的权利义务关系已经显失公平，当事人仍然要恪守合同约定。通说认为，情势变更原则起源于12-13世纪注释法学派著作《优帝法学阶梯注释》确立的“情势不变条款”，其意为“任何契约关系之存续依其意旨系于缔约时存在且其存在经当事人认为在将来不会改变之关系或情况的存续”^[74]。申言之，合同有一个默示条款作为当事人履约的前提，此默示条款即合同订立时的客观情况，它是合同当事人默认为成立合同的必要条件，而且当事人默认为在履约时，这个条件必须继续存在。故而，一旦此情况不存在或改变导致当事人无法履行合同，则其债务可因情势变更而准予变更或解除。中世纪教会法受到罗马法和日耳曼法的影响，并基于人道的正义衡平之立场，学界开始认为情势变更对合同效力发生影响。16、17世纪，自然法思想处于支配地位，认为凡以意思表示为要件的法律行为，都以行为成立时的客观情况继续存在为有效条件，故情势不变条款得到广泛适用。18世纪后期，由于情势不变条款被滥用，有损于法律秩序的安定，故受到学者严厉批评并逐渐

受到冷落。19世纪初兴起的历史法学派，极力贬低自然法思想的价值，后续的分析法学派强调实证法，主张形式正义，重视契约严守原则以及法秩序的安定，故“情势不变条款”学说在德国的法学理论上偃旗息鼓，甚至在萨维尼的巨著《现代罗马法体系》中，以及在19世纪的大多数潘德克吞教科书中根本未提及这一理论，情势不变条款愈发丧失其重要性。^[75]20世纪以前，其虽曾为一些法典规定，但并未给各国民事立法造成重大影响。20世纪以降，两次世界大战、1929—1933年大萧条等一系列动荡，以及随之而来的战争破坏、经济凋敝、物价飞涨，市场情况变动剧烈，如果仍然固守契约必须严守的原则，则有悖于公平正义的观念。在此背景下，学者们借鉴了历史上情势不变条款理论，提出了关于情势变更原则的诸种学说，法院遂采纳之作为裁判的依据，该原则逐渐在各国普遍确立。^[76]英美合同法早期也是恪守契约必守，坚持绝对合同责任理论，但后来逐步放弃绝对合同责任理论，提出了与大陆法系情势变更表现形式不同，但内容相近的、特有的合同挫折或合同落空。1863年泰勒诉考德威尔案判决，被认为是合同落空原则的开端。1951年英国新闻制片公司诉伦敦地区影业公司案，则进一步拓宽了合同落空学说的大门。^[77]《美国合同法重述》《美国统一商法典》对合同落空进行了规定。

就我国民事立法而言，1981年《经济合同法》（已失效）第27条第1款规定：“凡发生下列情况之一者，允许变更或解除经济合同：……二、订立经济合同所依据的国家计划被修改或取消；三、当事人一方由于关闭、停产、转产而确实无法履行经济合同；四、由于不可抗力或由于一方当事人虽无过失但无法防止的外因，致使经济合同无法履行……”就其性质尤其是第3项的性质是否为情势变更，学者之间存在不同认识。笔者认为，该法制定于计划经济时期，前述制度设计更多的是对能否落实国家计划的考虑，很难用现在的合同法观念和理论来予以评价。这几项规定的事实应当属于情势变更的范围，但在实践中实际上是通过行政手段来解决的，因此此项制度并非真正意义上的情势变更制度。1993年对《经济合同法》的修改中，该条被移作第26条，前述第2项、第3项被删去，第4项被调整为“由于不可抗力致使经济合同的全部义务不能履行”，显然其更近似于《合同法》第94条第1项“因不可抗力致使不能实现合同目的”这一法定解除事由的规定；只是在效果上在解除之外多了变更这一选择。

随着经济体制改革的深入、传统价格体制的放开，20世纪80年代后期出现了价格快速上涨情况，由此引发了合同履行中的争议。1992年3月6日，最高人民法院发出《关于武汉市煤气公司诉重庆检测仪表厂煤气表装配线技术转让合同购销煤气表散件合同纠纷一案适用法律问题的函》（法函[1992]27号）^[78]，明确在司法政策上引入了情

势变更制度。查其要旨略谓，情势变更的构成为：须在合同履行过程中发生；订立时当事人无法预见和防止；仍按原合同约定履行显失公平。就其后果，应当“按照《经济合同法》第27条第1款第4项之规定，根据本案实际情况，酌情予以公平合理地解决”，即遵循公平原则对合同相应条款予以变更。此后，1993年5月最高人民法院在《全国经济审判工作座谈会纪要》（已失效）第二部分第6点对前述函件内容进行了归纳：“由于不可归责于当事人双方的原因，作为合同基础的客观情况发生了非当事人所能预见的根本性变化，以致按原合同履行显失公平的，可以根据当事人申请，按情势变更的原则变更或解除合同。”

《合同法》起草过程中，是否规定情势变更成为争议最大的问题之一。1998年12月的《合同法（草案）》“三次审议稿”、1999年1月的“四次审议稿”均对之作出了规定：“由于国家经济政策、社会经济形势等客观情势发生巨大变化，致使履行合同将对一方当事人没有意义或者造成重大损害，而这种变化是当事人在订立合同时不能预见并且不能克服的，该当事人可以要求对方就合同内容重新协商；协商不成的，可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。”但是鉴于情势变更和正常商业风险的界限在实务操作上不易划分，该规定授予法院权力过大，故最终没有规定在《合同法》当中。^[79]

但此后，2008年通过的《劳动合同法》引入了情势变更制度，该法第40条第3项规定，“劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的”，用人单位可以解除劳动合同。

就一般的合同规则而言，迫于当时司法实践中面临的次贷危机引发合同原有的利益平衡被打破而导致不公正结果的问题，根据《合同法》关于公平原则的规定，参考《劳动合同法》第40条的规定，《合同法司法解释二》第26条对情势变更进行了规定。^[80]依据该条：“合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人请求人民法院变更或者解除合同的，人民法院应当根据公平原则，并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。”需要注意的是，最高法院对情势变更规则的适用持高度审慎的态度，《最高人民法院关于正确适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）服务党和国家的工作大局的通知》（法〔2009〕165号）强调，要重视发挥诉讼调解的作用，多做调解工作；同时在程序适用上，要求：“对于上述解释条文，各级人民法院务必正确理解、慎重适用。如果根据案件的特殊情况，确需在

个案中适用的，应当由高级人民法院审核。必要时应报请最高人民法院审核。”

《民法典》编纂工作启动后，鉴于经济社会发展中的动荡给合同履行带来的影响，吸收司法实践中的经验、在合同编增加情势变更的规定，成为共识。故历次审议稿均有情势变更的规定，最终形成本条。

二、情势变更的构成

依据本条，构成情势变更需要具备以下要件。

（一）合同的基础条件发生了重大变化

关于合同的基础条件的表述，在《民法典》历次审议稿中曾经有“订立合同的基础”“订立合同的基础条件”的用法，但最终采用了“合同的基础条件”这一表述。所谓合同的基础条件，也就是学理上所谓的情势，是指构成合同赖以成立的客观基础或环境。作为合同赖以成立基础条件的客观情况，既可以是交易或经济环境，包括土地、原材料、劳动力等各类生产价格，利息等融资成本，作为结算标准的货币的币值，最终商品或服务的市场需求等，也可以是非经济事实，包括市场主体正常生产、经营所依赖的社会经济环境、法律政策环境等，例如国家法律变化，经济、环保政策进行重大调整，技术跃升、产业升级换代等。

基础条件既然称为“基础”，就意味着相关情势应当构成订立合同、确定合同价格的重要考量因素或者前提。虽然合同当事人在订立合同时并未对其有清楚的预见或者并未直接加以特别考量或者特别关注，但是正是基于该条件的存在，当事人才完成了合同的磋商并确定了合同中双方的权利义务关系。而这种条件的变化，会导致合同权利义务的显著失衡。

合同基础条件必须是客观的。就合同基础条件，学理上存在契约基础主观说和客观说之分。前者认为，合同基础是指法效意思所立基的某种情况，对其存在或将来发生或继续存在，虽然没有提升为合同内容，但在缔约时已被表达出来的双方共同的认识或者一方于缔约时已表达出来并为他方认识且不持异议的认识。后者则认为，合同基础是指缔约时作为合同内容、目的及经济上意义的前提要件的各种情况或者关系。无论当事人缔约时是否认识到这一点，均不影响其作为合同基础条件的性质。^[81]笔者认为，基础条件必须是客观的环境。如果只是当事人主观上认定存在但实际不存在、认定为真实实际上不真

实、认为将来应该发生但并没有发生的所谓主观情势，即便当事人以之作为订立合同的基础，也不能构成本条所言的情势，相关的纠纷应当按照意思表示瑕疵的相关规则来处理。而只有作为当事人确定合同权利义务或者直接影响到合同目的的客观情势，方可构成合同基础条件。《德国民法典》第313条第2款规定，“已成为合同基础的重要观念表明为错误的，与情况的变更相同”。这实际上是在法律中直接对主观基础进行了规定，而本条之所以删去审议稿中“订立”一词，似有担心如此表述可能有涵盖订立合同主观基础之嫌。从这一规定来看，显然我国法律强调的是客观条件。

（二）情势变更发生在合同成立之后、履行完毕之前

所谓变更，是指合同成立后情势发生的重大变化。合同基础条件的重大变化应当发生在合同成立后。关于合同成立时点的判断，应当以《民法典》合同编第二章关于合同订立的规则来确定。在合同成立之前，合同尚不具有法律拘束力，如果发生基础条件的变化，当事人在订约时应当认识到这一事实的存在，当事人仍然可以通过发出反要约重新调整合同条款。如果当事人基于已变更的情势而订约，显然成立的合同是以变化后的事实为基础的，当事人已经充分考虑了该情势变化可能带来的风险并自愿承受相应的不利后果，自然不能再主张情势变更。如果当事人对于合同成立之前基础条件的重大变化没有知悉，则其仍然应当履行合同义务，即便存在不公平，也只能通过显失公平制度来解决，而没有情势变更的适用。合同成立时间原则上也是合同生效时间，但在法律特别规定需经批准等合同生效要件或者当事人约定了生效时间或者生效条件的情况下，合同生效时间是迟于成立时间的。但此种情况下，即便合同成立后、生效之前发生了情势变更，但由于合同已经成立，当事人已经不能再行随意调整合同，故而有情势变更规则的适用。

此外，虽然本条没有提及，但是通常认为，情势变更必须发生在合同履行完毕以前，如果在履行完毕以后发生情势变更，因债的关系已经因清偿而消灭，合同基础条件的变化对双方的利益不产生任何影响，显然没有必要再适用情势变更原则。即便该履行不符合约定，由于债务人已经完成了履行行为，不存在再因情势变更调整当事人权利义务关系的必要；此时违约责任已经发生，故而应当按照违约责任处理，债务人不能借口情势变更再来主张变更或者解除合同。如果情势变更发生在履行过程中，尤其是对于继续性合同而言这种情况可能更为突出，则不应当影响情势变更的构成，但是在考虑相关后果时，对于情势变更之前的履行及对价，应当承认其效力，而只是对尚未履行部分考虑相应的变更或解除。

值得讨论的是，如果一方当事人延迟履行后发生情势变更，是否可以适用情势变更规则。笔者认为，虽然本条并未明言情势变更是否以当事人对情势变更的发生没有过错为前提，但从“无法预见”“不属于商业风险”的要求来看，显然是以当事人对情势变更的发生没有过错为前提的。尤其是情势变更系基于诚信原则而发生，在一方迟延履行履行的情况下，将本可以规避但可归责于己的风险以所谓情势变更为由转嫁给对方分担，显然有悖诚信原则。尤其是《民法典》第513条规定，执行政府定价或者政府指导价的合同，“逾期交付标的物的，遇价格上涨时，按照原价格执行；价格下降时，按照新价格执行。逾期提取标的物或者逾期付款的，遇价格上涨时，按照新价格执行；价格下降时，按照原价格执行”，第590条第2款特别强调“当事人迟延履行后发生不可抗力的，不免除其违约责任”。事实上，不可抗力本身就属于情势变更的情形；而政府定价或者政府指导价的变化，也存在构成情势变更的可能。从这两条的规范意旨来看，其作为特别规定，也反映了立法者对于在迟延履行之后发生情势变更的情况下，能否适用情势变更规则的态度。当然，如果是一方迟延履行后发生情势变更而导致另一方受到损害，基于前述分析，其当然有权主张情势变更。

（三）该重大变化是当事人在订立合同时无法预见的

这里所言的订立合同时，是指合同订立的过程中，也就是成立之前。故而本条要求该变化须发生在合同成立之后。如果在合同订立过程中发生，就不存在无法预见的问题。如果当事人在订约时已经预见而仍然订立合同，则表明当事人自愿承担情势变更所发生的风险或者说其认为合同对价已经能够涵盖此种风险，因而不能适用情势变更原则。当事人应当预见而没有预见，则可以考虑通过意思表示瑕疵规则处理，而非适用情势变更原则。

所谓无法预见，不是当事人没有预见，而是订立合同时不能预见。申言之，如果订约时当事人预见将来要发生情势变更，而当事人仍以现在的客观情况为基础订约的，表明当事人愿意承担风险，应使当事人自负后果，不应适用情势变更原则。如果当事人应当预见将要发生情势变更而未预见，说明其主观上具有过错，也不能适用情势变更原则。

关于能否预见的判断，本条同时从反面进行了强调，即“不属于商业风险”。换言之，商业风险与能否预见，是一个问题的两个方面。笔者认为，商业风险的判断，实际上划定了当事人预见能力的客观标准，当事人的预见能力原则上应当依据客观标准判断。申言之，对于某一合同，应当按照其合同内容，结合交易发生的领域、行业以及合同性质、标的额等因素，判断相关变化是否属于正常的商业风

险，或者说该变化是否在该领域、行业通常从业者合理的预见范围之内。不同的行业，不同的产业发展阶段，其价格波动范围等基础条件变化幅度是不同的，必须充分考虑这些因素以判断相关情事变化是否属于商业风险的范围。如果变化属于正常的商业风险，也就意味着该变化在当事人预见能力之内。

但对可预见性的判断，仅凭客观标准或者说商业风险是不够的，还应当结合主观标准来判断当事人的预见能力。当事人举证证明因情势变更受到损害的一方应当具有更强预见能力的，则要考虑其经营范围、既往交易状况，甚至一方既往从事其他行业、领域经营的情况等因素予以具体判断。这一点在一方是经营者、另一方是消费者，尤其是经营者主张情势变更时，尤为重要。

本条虽未明言，但从“无法预见”的表述来看，本条所言的合同基础条件的变化应当以不可归因于双方当事人为前提。也就是说，由于不可归责于当事人的事由发生情势变更。不可归责于当事人表明当事人主观上没有过错，对情势变更的发生无法预见也无法克服。如果由于可归责于当事人的事由发生情势变更，当事人应自负其责。

（四）继续履行合同对于当事人一方明显不公平

情势变更发生以后，经常造成当事人之间严重的利益失衡，如果继续按原合同规定履行义务，将会对当事人明显有失公平，从而违背诚实信用原则。当事人之间的权利义务是建立在对于合同基础条件认识的基础上的，对于原材料等各类生产成本价格、融资成本、币值以及最终商品或服务市场价格等市场涨跌变化之类的合同基础条件，当事人应当有着合理的预期，并在此基础上结合自身履约能力等议定合同权利义务。所谓契约即公正，也就是这个意思。对于当事人基于真实意思而形成的合意，法律应当予以保护，契约必须严守。但是随着基础条件的重大变化，订立之初的当事人的此种预期被打破，则当事人之间的权利义务就会发生一定的失衡。这种失衡达到明显不公平的地步，基于诚实信用原则，就需要通过当事人的协商或者公权力的介入重新调整当事人的权利义务关系或者解除合同，以实现实质上的公平。对于是否构成明显不公平的判断，应当依据该合同的具体内容和继续履行的结果，结合合同目的、具体行业、交易类型、合同类型等因素来判断，实践中表现为履行过于艰难或必须付出高昂的代价以及不能履行等情形，如果情势变更对双方当事人之间的利益关系影响轻微，则不应适用情势变更原则。

就文义来看“继续履行合同对于当事人一方明显不公平”似乎意味着情势变更应当以合同能够继续履行为前提，只是继续履行将导致对

一方显失公平，即履行过于艰难或必须付出高昂的代价。而在合同不能履行的情况下，则只能通过不可抗力来主张合同解除从而获得救济。尤其是本条较之于司法解释的规定，删去了“不能实现合同目的”这一情形，似乎更是如此。

三、情势变更的效果

（一）重新协商

在发生情势变更的情况下，本条要求当事人负有再协商的义务。这就是说，受到不利影响的一方当事人可以请求与对方重新协商，根据变化了的情势对原有合同权利义务协议变更。这一规定与《合同法司法解释二》明显不同。按照司法解释，在发生情势变更之后，受到不利影响的一方当事人有权请求法院变更合同；但本条则将重新协商作为一项法定的前置条件。在完成这一条件之前，当事人不能直接向法院或者仲裁机构请求变更或者解除合同。

之所以规定再协商义务，主要还是因为考虑到情势变更规则本身就是诚实信用的原则的体现，合同关系一经成立，双方即处于“法锁”之中，应当对对方负有更高的协力义务。在情势变更的情况下，通过当事人的再协商，排除合同履行中的非根本性障碍、重新实现新的合同基础条件下的利益均衡，对于双方继续推进合同履行，从而保障交易的顺利进行、最终实现合同目的，具有积极意义。此外，再协商的情况下，毕竟意味着当事人可以通过协商达成变更协议，从而实现鼓励交易的目的。

本条只是基于诚信原则科加了当事人再协商的义务。在一方认为已经发生情势变更、自己履行合同可能受到严重损害的情况下，其应当及时向对方提出变更的请求，提出调整合同权利义务的具体方案，并说明提出请求的合理理由。对方当事人也要基于诚信、善意，根据自己对于合同基础条件变化及其对合同权利义务的影响的认识，对是否构成情势变更予以及时回应；在认可情势变更的情况下，应当认真研判对方提出的方案，并及时就相关内容与对方进行磋商。

本条在司法解释基础上特别规定再协商，就是要结合情势变更的制度目的，突出强调当事人基于诚信原则而负有此种协力义务。违反本义务的一方应当承担相应的不利后果，申言之：受到损害一方当事人未向对方及时提出再协商的请求，或者径行起诉被驳回，则应当自行承担因延误而受到的损失；接到对方再协商的请求后，没有正当理由径行拒绝协商或者不予回复、恶意拖延的，应当认为协商破裂、再协商已经完成，受到损害一方当事人可以请求法院或者仲裁机构变更

或者解除；一方在再协商过程中漫天要价、有悖诚信的，法院或仲裁机构在变更合同、确定具体权利义务时应当予以考虑。

（二）请求变更或者解除合同

1. 诉讼或者仲裁方式提出

再协商不能久拖不决，在合理期限内协商不成的，就应当由第三方介入实现利益平衡。故本条规定，在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。这就是说，情势变更的情况下，变更或者解除应当通过诉讼或者仲裁方式进行，当事人不能直接以意思表示来解除合同。较之于司法解释，本条在依据情势变更而变更或者解除合同的方式上，不仅规定了通过诉讼方式，还规定了仲裁方式，即在合同约定了仲裁条款的情况下，当事人在重新协商不成的情况下，可以通过仲裁方式请求仲裁机构处理。

2. 法院及仲裁机构的处理

依据本条第2款，人民法院或者仲裁机构应当结合案件的实际状况，根据公平原则变更或者解除合同。对此应当作如下理解。

其一，合同能否变更或解除，取决于法院或仲裁机构的裁决。如果法院或仲裁机构驳回了当事人的请求，则该当事人仍应继续履行义务，不能发生合同变更或解除的后果；如果法院或仲裁机关裁判变更或解除，则发生原合同变更或解除的后果。

其二，究竟是变更还是解除，需要由法院或仲裁机构结合案件的实际情况，根据公平原则判断。笔者认为，基于鼓励交易的考虑，法院或仲裁机构原则上应当通过变更合同来解决问题，即增减履行标的物的数量、同种类给付的变更、调整价款金额、将履行期延期或将一次履行变为分批履行、将先履行变为后履行等方式变更原合同的内容，使原合同能够在公平的基础上得到履行。^[82]

值得注意的是，《民法典》删除了可撤销合同中可变更的规定，这主要是考虑到这种做法容易形成公权力对私人权利领域的不当干扰，甚至导致自由裁量权滥用。^[83]但在本条，则明确赋予了法院或者仲裁机构以变更权。这显然表明立法者对于情势变更的情形下对于诚信原则和公平原则的坚守，但法院和仲裁机构在行使此权力时，应当切实遵循立法意旨，结合案件实际情况，公平调整合同权利义务关系。

其三，在合同履行已经事实上不能或者法律上不能的情况下，或者合同履行经济上显著不合理，或者其他通过变更合同的方式不能消除显失公平的后果或变更有悖于缔约目的的情况下，则已经无法通过变更来解决问题，法院或仲裁机构应判决或裁决解除合同。

（三）关于解除的溯及力

唯须注意的是，《德国民法典》第313条第2款规定：“合同的改订为不可能或者对一方来说是不能合理地期待的，遭受损害的一方可以解除合同。继续的债务关系而言，以通知终止权代替解除权。”这与德国法区分合同解除和终止有关。解除的情况下，发生溯及既往的效力，终止则仅向未来发生效力，已经履行的内容继续有效。既然解除是指合同效力溯及地消灭，则只能适用于非继续性的合同中。在合同解除后，没有履行的不再履行，已经履行的要恢复原状。而在继续性的合同中，合同的性质决定了其无法溯及既往地消灭，对此只能适用合同终止，使合同效力向未来消灭。已经履行的，继续有效，而尚未履行的则不能再履行。故而第313条第2款才作出如是规定。

但我国《合同法》并未区分合同的解除和合同的终止，将其一并规定在合同解除之中，但在解除的溯及力问题上，仍然区分是否发生溯及效力。《民法典》亦沿用了《合同法》的这一做法。故而，在判决解除的情况下，根据《民法典》第566条的规定，应当根据合同性质是否是继续性合同、已经完成的给付能否返还等因素，来具体确定其效力是单纯地向将来消灭还是溯及既往地消灭。如果当事人对此存在约定，则应当根据当事人的约定来决定向将来消灭还是溯及既往地消灭。对于诸如租赁合同等继续性合同，即便判决或者裁决合同解除，也应当只向将来发生效力，因为就情势变更发生之前已经履行完毕的部分，债的目的已经实现，而且没有受到情势变更的影响，没有理由再行干涉其效力。

需要注意的是，因情势变更的解除，即便发生溯及效力，其也应当有所限制。按照德国学者奥特曼的认识，“解除权的溯及效力应有限制，既非完全溯及，亦非完全不溯及，而是溯及自法律交易基础欠缺或丧失时起，双方当事人互负回复原状的义务”^[84]。这一观点是值得借鉴的。换言之，即便能够恢复原状，解除的效力也只能溯及情势变更发生之时，而不能溯及合同成立时。因为在情势变更发生之前，合同的约定及其履行都应当是有效的。

（四）关于解除后的损害赔偿

依据《民法典》第566条，“合同解除后，尚未履行的，终止履

行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以请求恢复原状或者采取其他补救措施，并有权请求赔偿损失”。情势变更的情况下，是否有损害赔偿请求权的发生，值得探讨。从本条规定来看，并未提及赔偿损失的问题。

在变更的情况下，法院或者仲裁机构变更判决或者裁决中，已经充分体现了依据公平原则对当事人权利义务的调整，故而没有赔偿损失的问题。

但是在解除的情况下，一方当事人因此而免于合同的拘束，或者说因此而免于因情势变更而受到的损失。但另一方的合同利益原则上应当受到保护，这就是说，因情势变更而不能履行合同的一方，应当赔偿对方因此受到的损失，该赔偿应当使对方的财产状态达到若未发生情势变更、合同得到圆满履行的状态。换言之，在计算对方的履行利益时，应当依据情势变化达到区分商业风险与情势变更“临界状态”时的市场状况来确定。当然，如果该情势变更系因不可抗力所致，其可就因不可抗力导致不能履行的部分来主张免责。

四、情势变更与不可抗力

不可抗力是指不能预见、不能避免、不能克服的客观情况。它包括自然现象与社会现象，前者如洪水、地震、台风等自然灾害，后者如国家政策调整等政府行为以及战争、罢工、骚乱等社会异常事件。

《民法典》在总则编中对不可抗力进行了规定，依据第180条，“因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。法律另有规定的，依照其规定”。显然，在没有法律特别规定其不能免责的情况下，不可抗力为各类民事责任的法定免责事由。就违约责任而言，《民法典》第590条明确：“当事人一方因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但是法律另有规定的除外。因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明。”此外，依据第563条第1款第1项，“因不可抗力致使不能实现合同目的”的，当事人可以解除合同。

据此，我们可以看到，情势变更与不可抗力都是合同法律中的重要制度。二者的主要区别体现在：第一，制度功能上，不可抗力属于法定免责事由，可适用于违约责任与侵权责任。在社会生活中，一方当事人致对方损害或违约，如果是由于不可抗力造成的，该当事人将免于承担民事责任。而情势变更原则属于合同履行的原则，其功能在于指导合同的履行。根据该原则，在合同履行的过程中若发生了情势变更，仍然使当事人履行义务将显失公平，有悖于诚实信用原则，从

而应允许合同变更或解除。第二，适用情形上，不可抗力发生后，并不必然导致情势变更，如未引起当事人利益严重失衡，就不能适用情势变更原则。引起情势变更的事由也并非仅限于不可抗力，如意外事件也可能引起情势变更。第三，在解除效果的发生上，不可抗力的效力本质上体现在免除责任问题上。不可抗力的免责，以不可抗力与不能履行之间的因果关系为前提，根据不可抗力的影响来免除相应的责任。在不可抗力导致合同目的不能实现的情况下，方有法定解除权的发生。而情势变更的后果，则是重新协商变更合同，或者通过诉讼或者仲裁变更或者解除合同。第四，法律效果上，不可抗力是法定免责事由，因不可抗力不履行合同不承担任何责任，而情势变更原则的目的在于恢复当事人之间的利益平衡，对情势变更的后果，合同双方当事人应当风险共担。第五，主张方式上，发生了不可抗力以后，当事人只要依法取得确切的证据，履行诸如通知、防止损失扩大等有关义务，即可免于承担违约责任。而发生了情势变更的事由以后，当事人需要先进行重新协商，协商不成方可向法院或仲裁机关提出请求，只有在法院或仲裁机关作出变更或解除的裁判以后，才发生变更或解除的效果。

从以上分析可以看到，不可抗力与情势变更是两个不同的制度。在不可抗力构成情势变更的情况下，当事人完全可以根据自己的利益，来选择主张不可抗力免责以及满足根本违约条件时的解除；也可以按照情势变更规则来主张再协商、诉讼或者仲裁，来变更或者解除合同。甚至在依据情势变更解除合同的情况下，就相关赔偿通过不可抗力来寻求豁免。

《合同法司法解释二》第26条对情势变更的构成，曾特别规定“非不可抗力造成”这一要件，从而将不可抗力导致的合同基础条件变化排除出情势变更规则的适用范围。但这一规定导致了不可抗力与情势变更事由应当如何辨析这一重大问题，实践中和学理上就此发生了一系列争论。《民法典》起草过程中，合同编对于情势变更的规定一度借鉴了司法解释的这一规定，但最终本条删去了“非不可抗力造成”这一要件。这是因为民事诉讼尊重当事人的处分，究竟是按照不当得利还是情势变更处理，有赖于当事人的主张。即便在不可抗力的情况下，当事人也完全可以根据自己实体法上的利益以及举证便利进行主张，而法院或者仲裁机构按照当事人的主张分别依照不当得利和情势变更的规范进行审理和裁判即可，没有必要人为地划定二者之间的楚河汉界。

第五百三十四条

对当事人利用合同实施危害国家利益、社会公共利益行为的，市场监督管理和其他有关行政主管部门依照法律、行政法规的规定负责监督处理。

本条主旨

本条是对利用合同的违法行为监督处理的规定。

相关条文

《经济合同法》（已失效）第51条 各级业务主管部门和工商行政管理部门应对有关的经济合同进行监督检查，建立必要的管理制度。各级业务主管部门还应把企业经济合同的履行情况，作为一项经济指标进行考核。

《合同法》第127条 工商行政管理部门和其他有关行政主管部门在各自的职权范围内，依照法律、行政法规的规定，对利用合同危害国家利益、社会公共利益的违法行为，负责监督处理；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

《民法典》第132条 民事主体不得滥用民事权利损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益。

理解与适用

一、立法沿革

《合同法》第127条规定：“工商行政管理部门和其他有关行政主管部门在各自的职权范围内，依照法律、行政法规的规定，对利用合同危害国家利益、社会公共利益的违法行为，负责监督处理；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”本条基本上继续沿用了既有规定，只是在相关主管部门的表述上结合机构改革略作调整，并删去了既有“在各自的职权范围内”“构成犯罪的，依法追究刑事责任”的表述。但既然合同的监督管理要依法进行，基于依法行政的原则，相关职权权限已在法律行政法规中有所规定，故而没有必要再行强调；而对于犯罪行为应当依法追究刑事责任，也是不言自明的相关国家机关职责。故而本条只是表述上的简化，在内容上与《合同法》第127条并无二致。

二、合同监督处理的概念与特点

根据本条，所谓利用合同违法行为的监督处理，是市场监督管理和其他有关行政主管部门按照法律、行政法规规定的权限和程序，对当事人利用合同实施的危害国家利益、社会公共利益的行为加以监督，并依法进行处理的活动。

（一）被监督处理的行为是合同当事人利用合同危害国家利益、社会公共利益的行为

合同是交易的法律形式。合同的订立和履行，主要是对当事人之间权利义务关系的安排或者说是私人之间的权利义务安排，不涉及国家利益和社会公共利益。故而当事人就合同订立和履行发生纠纷的，也应当由当事人通过和解或者调解解决合同争议。当事人不愿和解、调解或者和解、调解不成的，可以根据仲裁协议向仲裁机构申请仲裁。涉外合同的当事人可以根据仲裁协议向中国仲裁机构或者其他仲裁机构申请仲裁。当事人没有订立仲裁协议或者仲裁协议无效的，可以向人民法院提起民事诉讼。对于这些涉及合同双方当事人利益的合同行为，公权力不宜主动介入，自然不属于本条所言监督处理的对象。但私法自治、契约自由只是对私人之间权利义务安排的规则，任何自由都有其边界。《民法典》第132条规定：“民事主体不得滥用民事权利损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益。”这就为民事权利和个人自由划定了边界。所谓国家利益，并非国有企业的利益，而主要是指国家在涉及国家主权、国家安全、国家宏观经济等方面的利益。损害社会公共利益主要是指扰乱社会基本政治、经济、财政、税收、治安等公共秩序，损害人格尊严、人身自由，限制公民基本政治权利、宗教信仰自由，侵害基本家庭、亲属关系，限制竞争、限制经济自由，损害消费者权益、劳动者权益等情形。^[85]

需要强调的是，被监督处理的行为，是合同当事人利用合同危害国家利益、社会公共利益的行为，而非合同行为本身。有学者将《合同法》第127条所规定的内容称为合同的管理。^[86]这种认识显然是受到了过去《经济合同法》相关规定的影响，并不符合《合同法》的立法意旨。对于单纯的当事人之间的合同行为，无论是合同的订立还是合同的履行，公权力原则上是不能直接介入的。只有这些行为损害了国家利益或者社会公共利益，且违反了相关市场监管、金融监管、土地管理等法律行政法规的情况下，才需要并要求公权力的介入。正如学者所指出的：“有关主管部门对合同的监督不是一般意义上的监督，因为合同行为是双方当事人意思自治的体现，只有在发生法律明确禁止的行为时，其意思自治的效力才消失。有关主管部门仅在有人利用合同实施对国家利益、社会利益造成危害的违法、犯罪行为时，依其职责进行监督以及责任的追究。”^[87]

（二）监督处理应当依据法律、行政法规的规定进行

我国采统一的多层次立法体系。依据《立法法》第8条，民事基本制度只能制定法律。合同是交易的法律形式，合同制度属于民事基本制度的范畴。故而法律是我国民法合同制度的主要表现形式。为了执行法律的规定或者基于全国人大及其常委会授权，行政法规也可以就相关事项作出规定。至于地方性法规，鉴于我国社会主义市场经济体制对规则统一的要求，显然不能对合同以及对合同的干预作出规定。规章更是被严禁在没有上位法依据的情况下减损权利。因此，我国《合同法》在涉及合同法渊源的问题上，明确将之限于法律和行政法规。而公权力对合同的干预，直接关涉契约自由，故而《合同法》亦明确相关行政机关的监督处理只限于法律、行政法规的规定。《民法典》本条也继续沿用了这一立场。

有观点认为，《合同法》第127条是授权性规范，并没有对行政机关管理合同的权限进行限制。^[88]这种认识并不妥当。笔者认为《合同法》第127条以及本条并非授权性规范，而是引致性规范。在全面推进依法治国的今天，依法行政、权力法定、罪刑法定、行政处罚法定等原则已被纳入我国法律并深入人心。无论是行政机关还是司法机关，在行使公权力时都必须按照法定的权限和程序进行。无论是具体行为类型、构成要件，还是监督、处理的方式、程序、救济途径等，都要依据具体的法律或者行政法规的规范来进行。因此，本条作出了引致性规定。这就是说，“利用合同实施危害国家利益、社会公共利益”只是对此类行为本质的高度概括，但这并未赋予相关主管部门据此判定并进行监督管理的权限。相关主管机关必须另行寻找法律行政法规上的依据，在没有对具体违法行为规范的情况下，不得径行依据本条作出监督或者处理的行为。

（三）负责监督处理的部门是相关行政主管部门

《合同法》第127条强调工商行政管理部门和其他有关行政主管部门“在各自的职权范围内”进行监督处理。之所以如此，是因为在当时的条件下，行政主管部门的职权范围不仅包括了法律、行政法规规定的职权范围，还包括国务院“三定”方案对有关部门职权范围的规定。此外，国务院根据需要授命有关行政机关对某项事务进行管理的，按国务院的命令或决定行使职权。^[89]随着全面依法治国向纵深发展，法无授权不可为、法定职责必须为的观念深入人心，权力法定化已经实现，法律和行政法规在对各类违法行为规范时，都是一并明确规定相关行为的监督和处理主体的。故而，各行政主体应在法律行政法规规定的各自的职权范围内或者说依据法律行政法规的授权负责对相关合同违法行为的监督处理。正是由于职权法定化的完成，本条

在相关主管部门的表述上删去了既有“在各自的职权范围内”这一不言而喻的表述。

在“大部制”改革之后，我国涉及利用合同实施危害国家利益、社会公共利益行为的部门并非仅市场监督管理部门一家。自然资源主管部门、住房与城乡建设主管部门、“一行两会”等各金融监管部门等，都应当在各自法定职权范围内监督、处理利用合同危害国家利益、社会公共利益的行为。这里所言的监督，包括法律、行政法规规定的要求备案、审批等方式；这里所说的处理，包括法律、行政法规规定的进行行政调查，中止审批或者登记程序，采取行政强制措施，甚至作出行政处理或者行政处罚等；情节严重构成犯罪的，应当依法移交司法机关追究相关刑事责任。

社会主义市场经济体制是我国的基本经济制度之一。合同是交易的法律形式，契约自由是通过市场实现资源配置的根本要求，对契约自由的尊重是让市场在资源配置中发挥决定性作用的根本体现。但在市场配置资源的过程中，市场主体的逐利性决定了其不可避免地会采取一些损及国家利益或者社会公共利益的手段，这就要求政府出手，依法及时纠正制裁处理相关违法行为，维护正常的市场秩序，保障国家利益以及社会公共利益不受侵犯。所以，本条虽然规定在《民法典》当中，但它实际上划定了合同自由与国家干预的楚河汉界。依据本条，政府对于合同的干预必须以损害国家利益或者社会公共利益为前提，以法律、行政法规的特别规定为依据。鉴于《民法典》在社会主义市场经济法律体系中的基础性地位，相关特别法在设计相关规范时，应当遵循《民法典》的这一要求。

三、合同监督处理与资源配置方式

本条规定源自《经济合同法》对经济合同管理的规定。制定于1981年的《经济合同法》，高度重视对合同的管理。《经济合同法》第六章专章规定了“经济合同的管理”，该法第51条明确宣示：“各级业务主管部门和工商行政管理部门应对有关的经济合同进行监督检查，建立必要的管理制度。各级业务主管部门还应把企业经济合同的履行情况，作为一项经济指标进行考核。”

可见，《经济合同法》规定的合同管理实际上包括两个方面：一是工商行政管理部门依其市场管理的职权对合同的监督管理。该法第53条规定：“对于订立假经济合同，或倒卖经济合同，或利用经济合同买空卖空、转包渔利、非法转让、行贿受贿，以及其他危害国家利益和社会公共利益的违法行为，由工商行政管理部门负责处理，需要追究刑事责任的移送司法机关处理。”这就明确了工商行政管理部门

的合同管理，指向的是各类利用合同危害国家利益和社会公共利益的违法行为。换言之，这种管理更近于《民法典》本条所规范的情形。但在管理手段上，依据该法第7条“无效经济合同的确认权，归合同管理机关和人民法院”的规定，工商行政管理部门可以直接确认经济合同无效并追究相关行政责任以及移送司法机关追究刑事责任。

二是业务主管部门对企业合同的管理。这实际上是企业的开办机关对其开办企业的管理，很难说是真正行政法意义上的管理。这种管理职责的行使妥当与否，不仅涉及可能的行政责任，还可能给业务主管部门带来违约责任，依据该法第33条，“由于上级领导机关或业务主管机关的过错，造成经济合同不能履行或者不能完全履行的，上级领导机关或业务主管机关应承担违约责任。应先由违约方按规定向对方偿付违约金或赔偿金，再由应负责任的上级领导机关或业务主管机关负责处理”。在政企不分的体制下，企业的上级领导机关或者业务主管部门的所谓监督检查、合同管理，实际上就是主管部门对企业的交易活动的直接干预。这也解释了在违约的情况下，上级领导机关或业务主管机关为何要就其过错而对企业违约行为承担兜底责任。其和管理活动中出现过错的情况下，是要承担违约责任的。

之所以如此，一方面是因为当时奉行计划经济体制。计划经济条件下整个国家都是一个大工厂，各个企业法人只是工厂的一个车间，缺乏经营自主权，从而不真正具备法律意义上的独立人格。资源配置是通过各业务主管部门的行政指令而非作为市场主体的企业之间的平等交易来实现的。加强合同管理、为政府直接管理企业经营提供法律支撑，也就成了必然的选择。另一方面，这种制度也和构建在计划经济基础上的《经济合同法》的立法意旨有关。该法明确强调，“订立经济合同，必须遵守国家的法律，必须符合国家和计划的要求。任何单位和个人不得利用合同进行违法活动，扰乱经济秩序，破坏国家计划，损害国家利益和社会公共利益，牟取非法收入”（第4条），而丝毫没有提及合同自由或者如《民法通则》中所言的“自愿”。因此，经济合同并非当事人平等基础上的合意，并非交易的法律形式，更不是市场配置资源的法律表达，而只是执行计划，尤其是指令性计划的工具。契约自由等现代观念在经济合同中没有容身之地。

随着建立社会主义市场经济体制被明确为经济体制改革的目标，1993年《经济合同法》进行了重大修改。确认合同无效的权力限于法院和仲裁机构行使，但需要注意的是，当时所言的仲裁机构并非《仲裁法》施行后的仲裁机构，而是工商行政管理部门依据《经济合同仲裁条例》设立的经济合同仲裁机构。该法第六章关于经济合同的管理中，前述第53条对于业务管理部门的合同管理权限的规定以及与此相

关的第33条违约责任的规定被删去。剩余的两条中，第44条规定：“县级以上各级人民政府工商行政管理部门和其他有关主管部门，依据法律、行政法规规定的职责，负责对经济合同的监督。”第45条则规定：“对利用经济合同危害国家利益、社会公共利益的违法行为，由县级以上各级人民政府工商行政管理部门和其他有关主管部门依据法律、行政法规规定的职责负责处理；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”这就将合同管理进一步明确为对合同的监督以及对利用合同的违法行为处理。这些调整，与经济体制改革的深入是分不开的。

随着市场经济体制改革的进一步深入，《合同法》第4条规定，当事人依法享有自愿订立合同的权利，任何单位和个人不得非法干预。这就确立了我国合同法中的合同自由原则。合同本质上就是当事人通过自由协商，决定其相互间权利义务关系，并根据其意志调整他们相互间的关系。合同具有法律上的拘束力，不仅表现在当事人的合意能够严格地拘束当事人，当事人违约时应承担违约责任，而且表现在当事人的合意具有优先于《合同法》的任意性规范而适用的效力，即约定优先的原则。这一原则根本上是由于党的十四大后奉行的社会主义市场经济体制这一基本经济制度所决定的。市场经济要求市场在资源配置中发挥决定性作用，市场由无数的交易构成，市场经济条件下，只有通过交易，才能实现财产价值的最大化，从而实现资源的合理配置。这就需要合同这一交易的法律形式真正充分体现当事人的意思、尊重当事人的意思，避免行政主管部门对交易活动的不正当干预。在《合同法》制定过程中，合同管理各相关主管部门都提出了各自的意见，最终《合同法》不再专章规定合同管理，仅存的第127条实际上整合了1993年修订后的《经济合同法》第44条和第45条的规定，将对合同的监督和利用合同的违法行为的处理转换为对利用合同的违法行为监督处理。这就完全排除了政府对合同行为本身的监督或者说干预的权力。加之随着《仲裁法》的施行，确认合同无效的权力完全从行政机关剥离开来，政府与市场的关系得到了更进一步的厘清。《民法典》本条则结合全面深化改革和全面依法治国的时代背景，对政府主管部门对利用合同的违法行为的监督处理做了进一步的规范。这一表述，是对“使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用”的经济体制改革目标更进一步的法律保障。

注释：

[1]史尚宽. 债法总论. 北京：中国政法大学出版社，2000：231.

[2]黄立. 民法债编总论. 北京：中国政法大学出版社，2002：427.

[3]韩世远. 合同法总论. 北京：法律出版社，2004：266.

[4]王泽鉴. 民法学说与判例研究：第四册. 北京：中国政法大学出版社，1998：92.

[5]王家福，等. 合同法. 北京：中国社会科学出版社，1986：1.

[6]邱聪智. 民法研究（一）. 北京：中国人民大学出版社，2002：22.

[7]尹飞. 合同成立与生效区分的再探讨. 法学家，2003（3）：115.

[8]王家福. 中国民法学·民法债权. 北京：法律出版社，1991：393.

[9]林诚二. 民法债编总论：下. 台北：瑞兴图书股份有限公司，2001：12.

[10]石宏. 中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及相关规定. 北京：北京大学出版社，2017：22.

[11]王洪亮. 论合同的必要之点. 清华法学，2019（6）：130.

[12]以《合同法》为例，从《合同法》行文来看，其对于“知道”“应当知道”做了十分细致的区分，如第50、55、75、151条等都使用了“知道或者应当知道”，而第141、309条等则使用了“知道”。《民法典》基本上继受了这些规定。

[13]石宏. 中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及相关规定. 北京：北京大学出版社，2017：25.

[14]杨立新. 合同法总则：上. 北京：法律出版社，1999：203.

[15]吴合振. 合同法理论与实践应用. 北京：人民法院出版社，1999：137.

[16]张广兴. 债法总论. 北京：法律出版社，1997：129-130.

[17]《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第24条第1款规定：“当事人以签订买卖合同作为民间借贷合同的担保，借款到期后借款人不能还款，出借人请求履行买卖合同的，人民法院应当按照民间借贷法律关系审理，并向当事人释明变更诉讼请求。当事人拒绝变更的，人民法院裁定驳回起诉。”这一做法显然忽视了此种行为中当事人达成选择之债的合意的可能性，有悖私法自治。故而该解释施行后，实践中亦不乏按照选择之债处理的案例。

[18]孙森焱. 民法债编总论：上. 北京：法律出版社，2006：417.

[19][日]於保不二雄. 日本民法债权总论. 庄胜荣，校订. 台北：五南图书出版公司，1998：31.

[20][日]於保不二雄. 日本民法债权总论. 庄胜荣，校订. 台北：五南图书出版公

司，1998：35.

[21][日]於保不二雄. 日本民法债权总论. 庄胜荣，校订. 台北：五南图书出版公司，1998：61.

[22][日]我妻荣. 中国民法债编总则论. 洪锡恒，译. 北京：中国政法大学出版社，2003：99.

[23]邱聪智. 新订民法债编通则. 北京：中国人民大学出版社，2003：212.

[24]《德国民法典》第265条规定：“数项给付中的一项自始不能或者事后不能给付的，债的关系仅存在于剩余的给付之中。但是如果不能的事由应由无选择权的一方当事人负责时，不发生上述限制。”《日本民法典》第410条、我国台湾地区“民法”第211条亦同。

[25]郑玉波. 民法债编总论. 北京：中国政法大学出版社，2004：219.

[26]邱聪智. 新订民法债编通则. 北京：中国人民大学出版社，2003：391.

[27]史尚宽. 债法总论. 北京：中国政法大学出版社，2000：235.

[28]史尚宽. 债法总论. 北京：中国政法大学出版社，2000：667.

[29]史尚宽. 债法总论. 北京：中国政法大学出版社，2000：689.

[30]邱聪智. 新订民法债编通则. 北京：中国人民大学出版社，2003：391.

[31]《德国民法典》第420条规定：“数人负担同一可分的给付，或者数人有权要求同一可分的给付的，在发生疑问时，各债务人平均负担一部分义务，或者债权人平均享有一部分权利。”《日本民法典》第427条规定：“债权人或债务人有数人时，如无另外意思表示，则各债权人或债务人，以均等的比例，享有权利或负担义务。”我国台湾地区“民法”第271条规定：“数人负同一债务或有同一债权，而其给付可分者，除法律另有规定或契约另有订定外，应各平均分担或分受之；其给付本不可分而变为可分者亦同。”

[32]例如，《招标投标法》第31条允许两个以上法人或者其他组织可以组成一个联合体，以一个投标人的身份共同投标。联合体中标的，联合体各方应当共同与招标人签订合同，就中标项目向招标人承担连带责任。这里所言的连带责任，笔者认为，既应当包括连带债务，也包括连带债权。

[33]例如，《食品安全法》第130条规定：“违反本法规定，集中交易市场的开办者、柜台出租者、展销会的举办者允许未依法取得许可的食品经营者进入市场销售食品，或者未履行检查、报告等义务的……使消费者的合法权益受到损害的，应当与食品经营者承担连带责任。”这里所言的集中交易市场的开办者、柜台出租者、展销会的

举办者的责任，严格地讲是未尽法定保护义务的侵权责任；而经营者的责任可以是违约责任或者侵权责任。法律明确规定的所谓连带责任，严格地讲是一种不真正连带责任。类似地，该法第131条规定的网络食品交易第三方平台提供者因未对入网食品经营者进行实名登记、审查许可证，或者未履行报告、停止提供网络交易平台服务等义务而与食品经营者承担的连带责任，也是如此。

[34] 邱聪智. 新订民法债编通则. 北京：中国人民大学出版社，2003：406.

[35] 《产品质量法》第41条第1款规定：“因产品存在缺陷造成人身、缺陷产品以外的其他财产（以下简称他人财产）损害的，生产者应当承担赔偿责任。”

[36] 税兵. 不真正连带之债的实定法塑造. 清华法学，2015（5）：133.

[37] 《日本民法典》第442条第2款规定，“前款的求偿，包含清偿或其他免责日以后的法定利息、不可免的费用及其他损害赔偿”。我国台湾地区“民法”第281条亦有类似规定。

[38] 《德国民法典》第426条规定，“除另有其他规定外，连带债务人在相互关系中负相等的义务。连带债务人中一人不能偿还其所分担的款项时，其不能偿还部分由其他负有分担义务的债务人负担”。《日本民法典》第444条进一步规定，“连带债务人中，有无偿还资力者时，其不能偿还部分，由求偿人及其他有资力者，按其各自负担部分分割。但是，求偿人有过失时，不得请求其他债务人分担”。我国台湾地区“民法”第282条第1款基本借鉴了日本法的做法。

[39] 邱聪智. 新订民法债编通则. 北京：中国人民大学出版社，2003：402.

[40] 《德国民法典》第426条第2款规定：“如果连带债务人中一人对债权人清偿，并且可以从其他债务人处要求分担时，债权人对其他债务人的债权即移转于该债权人。上述转让不利于债权人的，不得主张。”《瑞士债务法》第149条、我国台湾地区“民法”第281条也有类似规定。

[41] [日] 我妻荣. 中国民法债编总则论. 洪锡恒，译. 北京：中国政法大学出版社，2003：218.

[42] [日] 我妻荣. 中国民法债编总则论. 洪锡恒，译. 北京：中国政法大学出版社，2003：216.

[43] 杜景林，卢谔. 德国民法典评注：总则·债法·物权. 北京：法律出版社，2011：210.

[44] 邱聪智. 新订民法债编通则. 北京：中国人民大学出版社，2003：409.

[45] 李宜琛. 日耳曼法概说. 上海：商务印书馆，1944：72.

[46]彼德罗·彭梵得. 罗马法教科书. 黄风, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1992: 285.

[47]王泽鉴. 民法学说与判例研究: 第六册. 北京: 北京大学出版社, 2009: 70.

[48]王泽鉴. 民法学说与判例研究: 第四册. 北京: 北京大学出版社, 2009: 103.

[49]王家福. 中国民法学·民法债权. 北京: 法律出版社, 1991: 5.

[50]沈达明. 英美合同法引论. 北京: 对外贸易教育出版社, 1993: 205.

[51]黄立. 民法债编总论. 北京: 中国政法大学出版社, 2002: 654.

[52]王军. 美国合同法. 北京: 中国政法大学出版社, 1996: 383.

[53]房绍坤. 中国民事立法专论. 青岛: 中国海洋大学出版社, 1995: 166.

[54]我国台湾地区“民法”第269条第1款明确规定:“以契约订定向第三人为给付者, 要约人得请求债务人向第三人为给付, 其第三人对于债务人, 亦有直接请求给付之权。”这里的要约人, 是指利他合同中的债权人。

[55][日]我妻荣. 中国民法债编总论. 洪锡恒, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 206.

[56]《德国民法典》第267条规定:“债务人无须亲自履行给付的, 第三人也可以履行给付。债务人提出异议的, 债权人可以拒绝该项给付。”对于第三人所为的给付, 债权人必须受领该项给付, 否则, 债权人将陷于迟延。第268条规定:“债权人对属于债务人的标的实施强制执行的, 因强制执行而有失去该标的上的权利的危险的任何人, 都有权向债权人清偿。物的占有人因强制执行而有失去占有的危险的, 享有同样的权利。也可以以提存或者抵销进行清偿。第三人向债权人清偿的, 债权即转移给第三人。不得使债权人蒙受损害而主张转移。”

[57]黄立. 民法债编总论. 北京: 中国政法大学出版社, 2002: 654.

[58]黄立. 民法债编总论. 北京: 中国政法大学出版社, 2002: 654.

[59][日]我妻荣. 中国民法债编总论. 洪锡恒, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 292.

[60]史尚宽. 民法总论. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 28.

[61]王利明. 合同法研究: 第二卷. 北京: 中国人民大学出版社, 2015: 70.

[62]但也有不少学者认为抵销是形成权。

[63]王泽鉴. 民法学说与判例研究: 第六册. 北京: 北京大学出版社, 2009: 142.

[64]王利明. 论双务合同中的同时履行抗辩权//民商法论丛:第3卷. 北京:法律出版社, 1995: 16-17.

[65]邱聪智. 新订民法债编通则. 北京:中国人民大学出版社, 2003: 367-368.

[66]王泽鉴. 债法原理:第一册. 北京:中国政法大学出版社, 2001: 145.

[67]黄立. 民法债编总论. 北京:中国政法大学出版社, 2002: 546.

[68]《德国民法典》第320条第2款规定:“另一方当事人已履行部分给付的, 根据情况, 特别是因迟延部分无足轻重时, 当事人一方如果拒绝履行对待给付有违诚实信用原则的, 即不得拒绝给付。”我国台湾地区“民法”第264条第2款也规定:“他方当事人已为部分之给付时, 依其情形, 如拒绝自己之给付有违背诚实及信用方法者, 不得拒绝自己之给付。”可资参照。

[69]王家福. 中国民法学·民法债权. 北京:法律出版社, 1991: 401.

[70]邱聪智. 新订民法债编通则. 北京:中国人民大学出版社, 2003: 370.

[71]《国际商事合同通则》第7.1.3条第2款规定:“当事人各方应相继履行合同义务的, 后履行的一方当事人可在应先履行的一方当事人完成履行之前暂停履行。”

[72]张谷. 民法典合同编若干问题漫谈之先履行抗辩权应予删除.“浙大民商法”公众号.

[73]该条规定:“当事人订立合同后合并的, 由合并后的法人或者其他组织行使合同权利, 履行合同义务。当事人订立合同后分立的, 除债权人和债务人另有约定的以外, 由分立的法人或者其他组织对合同的权利和义务享有连带债权, 承担连带债务。”

[74]黄茂荣. 情势变更:契约基础之丧失或缺. 植根杂志, 2010, 17(9): 2.

[75]彭凤至. 情事变更原则之研究——中、德立法、判例、学说之比较.台北:五南图书出版公司, 1986: 2.

[76]史尚宽. 债法总论. 北京:中国政法大学出版社, 2000: 444; 梁慧星. 合同法的情事变更问题.法学研究, 1988(6): 35-40; 王江雨. 论情事变更原则. 现代法学, 1997(1): 48.

[77]施米托夫. 国际贸易法文选. 赵秀文, 译. 北京:中国大百科全书出版社, 1993: 293.

[78]就情势变更, 该函指出:“就本案购销煤气表散件合同而言, 在合同履行过程中, 由于发生了当事人无法预见和防止的情事变更, 即生产煤气表散件的主要原材料铝锭的价格, 由签订合同时国家定价为每吨4400元至4600元, 上调到每吨16000元, 铝外壳的售价也相应由每套23.085元上调到41元, 如要求重庆检测仪表厂仍按原合同

约定的价格供给煤气表散件，显失公平，对于双方由此而产生的纠纷，你院可依照《中华人民共和国合同法》第二十七条第一款第四项之规定，根据本案实际情况，酌情予以公平合理地解决。”

[79]梁慧星. 合同法的成功与不足. 中外法学, 1999 (1) : 17-20.

[80]曹守晔. 《关于适用合同法若干问题的解释 (二) 》的理解与适用. 人民司法 (应用) , 2009 (13) : 40-45.

[81]持主观说者以温德夏特 (Windscheid) 、约尔特曼 (Oertmann) 为代表, 并为德国联邦法院采用; 持客观说者以Kaufmann、Krueckmann及Locher为代表。黄茂荣. 情势变更: 契约基础之丧失或欠缺. 植根杂志, 2010, 17 (9) : 5.

[82]史尚宽. 债法总论. 北京: 中国政法大学出版社, 2000 : 456.

[83]石宏. 中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及相关规定. 北京: 北京大学出版社, 2017 : 352.

[84]彭凤至. 情事变更原则之研究——中、德立法、判例、学说之比较. 台北: 五南图书出版公司, 1986 : 40.

[85]石宏. 中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及相关规定. 北京: 北京大学出版社, 2017 : 365.

[86]隋彭生. 合同法要义. 北京: 中国政法大学出版社, 2003 : 468.

[87]江平. 中华人民共和国合同法精解. 北京: 中国政法大学出版社, 1999 : 104.

[88]隋彭生. 合同法要义. 北京: 中国政法大学出版社, 2003 : 468.

[89]胡康生. 中华人民共和国合同法释义. 第127条释义. 中国人大网<http://www.npc.gov.cn/npc/c2196/200011/f2e0aa474d624801b0c3e54d90a75a69.shtml>; 谢怀栻. 合同法原理. 北京: 法律出版社, 2000 : 311.

第五章 合同的保全

第五百三十五条

因债务人怠于行使其债权或者与该债权有关的从权利，影响债权人的到期债权实现的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人对相对人的权利，但是该权利专属于债务人自身的除外。

代位权的行使范围以债权人的到期债权为限。债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。

相对人对债务人的抗辩，可以向债权人主张。

本条主旨

本条是关于债权人代位权的规定。

相关条文

《合同法》第73条 因债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权，但该债权专属于债务人自身的除外。

代位权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。

《合同法司法解释一》第11条 债权人依照合同法第七十三条的规定提起代位权诉讼，应当符合下列条件：

- （一）债权人对债务人的债权合法；
- （二）债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害；
- （三）债务人的债权已到期；
- （四）债务人的债权不是专属于债务人自身的债权。

第12条 合同法第七十三条第一款规定的专属于债务人自身的债权，是指基于扶养关系、抚养关系、赡养关系、继承关系产生的给付请求权和劳动报酬、退休金、养老金、抚恤金、安置费、人寿保险、人身伤害赔偿请求权等权利。

第13条 合同法第七十三条规定的“债务人怠于行使其到期债权、对债权人造成损害的”，是指债务人不履行其对债权人的到期债务，又不以诉讼方式或者仲裁方式向其债务人主张其享有的具有金钱给付内容的到期债权，致使债权人的到期债权未能实现。

次债务人（即债务人的债务人）不认为债务人有怠于行使其到期债权情况的，应当承担举证责任。

第14条 债权人依照合同法第七十三条的规定提起代位权诉讼的，由被告住所地人民法院管辖。

第15条 债权人向人民法院起诉债务人以后，又向同一人民法院对次债务人提起代位权诉讼，符合本解释第十四条的规定和《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零八条规定的起诉条件的，应当立案受理；不符合本解释第十四条规定的，告知债权人向次债务人住所地人民法院另行起诉。

受理代位权诉讼的人民法院在债权人起诉债务人的诉讼裁决发生法律效力以前，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十六条第（五）项的规定中止代位权诉讼。

第16条 债权人以次债务人为被告向人民法院提起代位权诉讼，未将债务人列为第三人的，人民法院可以追加债务人为第三人。

两个或者两个以上债权人以同一次债务人为被告提起代位权诉讼的，人民法院可以合并审理。

第17条 在代位权诉讼中，债权人请求人民法院对次债务人的财产采取保全措施的，应当提供相应的财产担保。

第18条 在代位权诉讼中，次债务人对债务人的抗辩，可以向债权人主张。

债务人在代位权诉讼中对债权人的债权提出异议，经审查异议成立的，人民法院应当裁定驳回债权人的起诉。

第19条 在代位权诉讼中，债权人胜诉的，诉讼费由次债务人负

担，从实现的债权中优先支付。

第21条 在代位权诉讼中，债权人行使代位权的请求数额超过债务人所负债务额或者超过次债务人对债务人所负债务额的，对超出部分人民法院不予支持。

第22条 债务人在代位权诉讼中，对超过债权人代位请求数额的债权部分起诉次债务人的，人民法院应当告知其向有管辖权的人民法院另行起诉。

债务人的起诉符合法定条件的，人民法院应当受理；受理债务人起诉的人民法院在代位权诉讼裁决发生法律效力以前，应当依法中止。

理解与适用

一、债权人代位权的概念

所谓债权人代位权，是指因债务人怠于行使其债权或者与该债权有关的从权利，影响债权人到期债权实现的，债权人可以通过向人民法院提起诉讼的方式行使代位权，请求以自己的名义代位行使债务人对相对人的权利，从而保持债务人的责任财产，以保障其债权的实现。一般来说，在债的关系生效后，债务人应当以其所有财产为其债权的实现提供担保，即债务人的所有个人财产原则上都应当属于其责任财产。当然，债务人的责任财产不仅为某一债权人的担保，而且也是全体债权人的共同担保，因此，其责任财产的增减对债权人权利的实现关系重大。^[1]民法典合同编对债权人代位权作出规定，将其作为债权保全的一种重要方式，其主要功能在于维持债务人的责任财产，并督促债务人及时履行债务。

债权人代位权具有法定性。从该条规定来看，只要符合该条所规定的债权人代位权的行使条件，债权人即可行使该权利，因此，债权人代位权是债权的一项法定权能，并不需要当事人对此作出约定。同时，债权人代位权是债权的一项权能，而不是一项独立的权利，其实际上是债权人以行使他人权利为内容以保全自己债权的一项权能。^[2]

二、债权人代位权行使的条件

从该条规定来看，债权人代位权的行使应当具备如下条件。

（一）债权人对债务人的债权必须合法

所谓债权人对债务人的债权合法，是指债权人与债务人之间的债权债务关系必须合法，这是代位权行使的首要条件。如果债权人与债务人之间的债权关系不合法，如因赌博而产生的“债”的关系，或者因买卖婚姻而产生的“债”的关系，则债权人代位权就失去了合法的基础，此时，即便具备债权人代位权行使的其他条件，债权人也无法主张债权人代位权。同时，如果当事人之间债的关系并不存在，如债的关系不成立，或者被宣告无效，或者被撤销，则债权人也不享有债权人代位权。当然，即便当事人之间的合同关系被宣告无效，或者被撤销，但如果债权人对债务人享有返还请求权、赔偿请求权等债权请求权，在具备债权人代位权行使的其他条件时，其也应当有权行使债权人代位权。^[3]此外，从该条规定来看，其并没有对债权人债权发生的原因作出限定，这也意味着，不论是基于合同而产生的意定之债，还是基于侵权、无因管理、不当得利等产生的法定之债，债权人均可依法享有债权人代位权。

同时，债权人对债务人的债权也应当确定，债务人对于债权本身没有异议，或者该债权是经过了法院或仲裁机构裁判所确定的债权。^[4]从《民法典》第535条的规定来看，其虽然没有明确规定债权人的债权应当确定，但如果债权人与债务人就债权的内容、效力等存在异议，则债权人应当无权主张代位权。需要指出的是，此处的债权确定，指的是债权人与债务人之间的债权确定，而不要求债务人与次债务人等主体之间的权利义务关系确定。如果债务人与次债务人等主体之间的权利义务关系不确定，则在债权人向债务人的相对人提出请求时，相对人可以提出抗辩。同时，由于债权人只是对其与债务人之间债的关系较为了解，对债务人与相对人之间的权利义务关系可能并不十分了解，将债务人与相对人之间的权利义务关系确定作为债权人代位权的行使条件，可能会不当限制债权人代位权的行使，甚至使债权人客观上难以行使代位权。^[5]

（二）债权人对债务人的债权已经到期

从该条规定来看，债权人对债务人的债权已经到期也是债权人代位权行使的条件之一。也就是说，只有在债权人的债权到期之后，债务人未按期履行债务时，债权人才能行使债权人代位权，其不同于《民法典》第536条所规定的保存行为，在债权人出于保存债务人财产的目的而行使代位权时，其可以在债权到期前行使代位权。依据《民法典》第535条规定，债权人代位权应该在债权到期后行使，因为代位权针对的是债务人消极损害债权的行为，债权人只有在自己的债权到期以后，才能确定债务人怠于主张权利的行为是否有害于其债权，在此之前，债权人的债权能否实现是难以预料的。若债权人的债

权尚未到期，仅债务人对相对人的权利可以行使，则债权人无权行使代位权要求债务人的相对人对其清偿债务，否则会导致债权人和债务人之间的债务被强制性提前履行，这将过分干涉债务人的经济活动自由。

（三）债务人怠于行使其债权以及与该债权有关的从权利，影响债权人到期债权的实现

1. 债务人怠于行使其债权及与该债权有关的从权利

债务人怠于行使其权利是导致债权人利益受损的原因，但何为“怠于行使”？学理上存在不同观点。一种观点认为，“怠于行使”是指应当行使而且能够行使权利却不行使^[6]，如债务人不主张权利或者迟延履行权利。^[7]另一种观点认为，“怠于行使”是指债务人能够通过诉讼或仲裁的方式主张权利，但一直未主张权利。这两种观点的主要区别在于，“怠于行使”的认定是否仅限于债务人在其债权期限届满后，未通过诉讼或仲裁的方式主张权利。换言之，如果债务人在诉讼和仲裁之外，以私力救济等方式主张过权利，是否不构成“怠于行使”权利？对此，依据《合同法司法解释一》第13条的规定，债务人“怠于行使”其到期债权是指债务人不履行其对债权人的到期债务，又不以诉讼方式或者仲裁方式向其债务人主张其享有的具有金钱给付内容的到期债权，致使债权人的到期债权未能实现。关于债务人“怠于行使”其权利的判断标准，《民法典》第535条并没有作出规定，但该条规定来源于《合同法》第73条，在解释上应当作相同解释，这也更有利于防止债务人与次债务人之间达成通谋，即双方通过证明债务人已经向次债务人主张过权利来对抗债权人的代位权，这可能导致债权人代位权形同虚设。因此，“怠于行使”应当仅限于债务人在其权利到期后，能够通过诉讼或仲裁的方式主张权利，但一直未通过诉讼或仲裁的方式主张权利的行为。

同时，从该条规定来看，债务人怠于行使的权利为其债权以及与该债权有关的从权利，“与该债权有关的从权利”指债务人债权的抵押权、质权、保证以及违约金债权、损害赔偿请求权、利息债权等，但如果该从权利专属于债务人自身，债权人无权向债务人的相对人主张。债权人之所以能够在代位权诉讼中就债务人债权的从权利主张权利，是因为从权利对主债权有依附性，其目的是保障主债权的实现，因此，当债权人向次债务人主张权利时，其也应当有权主张附属于该债权的相关从权利。

2. 债务人怠于行使权利影响债权人到期债权的实现

只有债务人怠于行使其债权或者与该债权有关的从权利影响债权人到期债权的实现时，债权人才能行使债权人代位权，这也意味着，在债务人怠于行使权利并不影响债权人债权的实现时，例如，债务人的责任财产足以清偿其债务，此时，债务人有选择是否主张权利的自由，债权人不得行使债权人代位权。所谓影响债权人债权的实现，是指债务人的责任财产不足以保障债权人债权的完全实现。也就是说，即便债务人有一定的责任财产，但如果该责任财产无法完全清偿债权人的全部债权，例如，债务人虽然有一定的责任财产，但其有多个债权人，其责任财产无法完全清偿全部债权，此时，债务人怠于行使权利即会影响债权人到期债权的实现。

（四）债务人对相对人所享有的权利不是专属于债务人的权利

如果债务人对相对人所享有的权利是专属于债务人自身的权利，则不得成为债权人代位权行使的对象。关于哪些权利是专属于债务人的权利《民法典》第535条并没有作出明确规定。依据《合同法司法解释（一）》第12条的规定，此类权利主要是指基于抚养关系、扶养关系、继承关系产生的给付请求权，以及劳动报酬、退休金、养老金、抚恤金、安置费、人寿保险、人身损害赔偿请求权等权利。笔者认为，《民法典》第535条所规定的专属于债务人自身的权利可以作类似解释。

此外，在一些情况下，债务人债权的从权利专属于债务人自身，与债务人有不可分离的关系，此类从权利可基于法律的直接规定或者债务人与次债务人之间合同的约定而存在。^[8]在代位权法律关系中，此类专属于债务人自身的债权从权利也不得成为代位权的客体。

三、债权人代位权行使的方式

依据该条规定，债权人应当以自己的名义通过向法院提起诉讼的方式行使代位权。该条要求债权人以自己的名义行使代位权，即债权人在行使代位权时，应当以自己的名义作为原告向相对人主张，而不需要以债务人的名义向相对人主张权利。如果债务人有多个债权人，各个债权人在符合代位权构成要件的情况下，均得以向法院申请对相对人行使代位权。^[9]

同时，债权人应当通过向法院提起诉讼的方式行使代位权。从《民法典》第535条的规定来看，债权人行使代位权必须要向法院提起诉讼，请求法院保全其债权。因此，代位权的行使必须通过诉讼的方式进行，而不能通过仲裁等诉讼外的其他方式来行使代位权。值得注意的是，这一规定并不意味着代位权是一种诉权。代位权是由《民

法典》所规定的由债权人所享有的一种债权的特殊权能，依附于债权人的债权并且与债权不可分割，是一种实体法上的权利。

四、债权人代位权行使的范围和费用负担

（一）债权人代位权的行使范围以债权人的到期债权为限

所谓债权人代位权的行使范围，是指债权人可以在多大范围内行使代位权。从该条规定来看，“代位权的行使范围以债权人的到期债权为限”，这也意味着，一方面，债权人仅能在其到期债权的范围内行使代位权，如果债权人对债务人享有多项债权，未到期的债权不属于代位权的行使范围。另一方面，债权人在对债务人的相对人主张权利时，其权利主张的范围也限于到期债权的范围，如果债权人向债务人的相对人主张一项权利，即可保障其债权实现，则其不得再代位行使其他权利。

（二）债权人代位权行使的必要费用由债务人承担

债权人行使代位权可能会产生律师代理费、差旅费、诉讼费等必要费用，这些必要费用应当由债务人承担。要求债务人承担债权人行使代位权的必要费用具有一定的合理性，正如学者所言，既然行使代位权只是债的保全的一种措施，因此产生的费用可视为债务人清偿债务的必要费用，由债务人负担该费用是合理的。^[10]

五、债务人的相对人的抗辩权

依据该条规定，“相对人对债务人的抗辩，可以向债权人主张”，这也意味着，债权人在行使代位权时，相对人不仅可以向债权人主张其自身所享有的抗辩，也可以对债权人主张其对债务人的抗辩。相对人之所以可以向债权人主张其对债务人的抗辩，是因为债权人行使代位权，并没有改变相对人与债务人之间债的内容，因此，相对人可以对债务人主张的抗辩，也可以向债权人主张。一般而言，相对人对债务人所享有的抗辩包括：权利不发生或消灭之抗辩、债权未到期或抵销的抗辩以及权利瑕疵的抗辩等。在代位权诉讼中，允许相对人向债权人主张其对债务人的抗辩的同时，应当注意债务人对债权人依然享有抗辩权。

需要指出的是，相对人不能以其与债权人之间无债的关系为由提出抗辩，因为代位权制度作为债的保全制度之一，已经在一定程度上突破了债的关系的相对性，相对人不得以其与债权人之间无债的关系为由提出抗辩。

第五百三十六条

债权人的债权到期前，债务人的债权或者与该债权有关的从权利存在诉讼时效期间即将届满或者未及时申报破产债权等情形，影响债权人的债权实现的，债权人可以代位向债务人的相对人请求其向债务人履行、向破产管理人申报或者作出其他必要的行为。

本条主旨

本条是关于债权人出于保存目的而行使代位权的规则。

相关条文

无

理解与适用

一、债权人可以在债权到期前出于保存目的行使代位权

传统民法认为，在特殊情况下，债权人出于保存债务人权利之目的，也可以在其债权未到期时行使代位权。债权人专为保存债务人权利的行为称为保存行为。在《民法典》颁行之前，我国《合同法》及《合同法司法解释一》仅规定了债权人债权到期后的代位权制度，未对保存行为进行规定。有学者主张，确立债权到期前的债权人代位权是十分必要的，专为保存债务人权利的行为，如中断时效、申请登记、申报破产债权等，都可以代位行使，无须要求债务人陷于迟延。^[11]

我国《民法典》第536条对债权人出于保存目的行使代位权的规则作出了规定，该条之所以允许债权人实施保存行为，主要是因为：一方面，在一些特殊情况下，如果要求债权人必须等到履行期届满以后才能主张代位权，可能难以实现债权保全的目的。例如，在债权人的债权到期后，债务人债权的诉讼时效可能已经届满，在债权人行使代位权时，次债务人可能会提出时效抗辩，此时，债权保全的目的将难以实现。另一方面，保存行为是有利于债务人的行为，不构成对债务人行为的干涉，债权人从事保存债务人权利的行为，目的在于防止债务人的权利消灭，而非代位请求第三人向债务人履行清偿义务，故可不受债权期限届满条件的限制。^[12]因此，在例外情况下，应允许

债权人在履行期届满前基于保存的需要而行使代位权。

二、出于保存目的行使代位权的情形

从《民法典》第536条的规定来看，允许债权人在债权到期前主张代位权主要有两种情形。

一是债务人的债权或者与该债权有关的从权利因诉讼时效期间即将届满而使债务人难以主张权利，影响债权人债权实现的，在此情况下，债权人为了中断诉讼时效，不需要等到其债权到期就可以行使代位权。从本条规定来看，不仅债务人的债权存在诉讼时效期间即将届满的情形，债权人可以出于保存目的行使代位权，在与债务人债权有关的从权利存在诉讼时效期间即将届满的情形，债权人同样可以出于保存目的行使代位权。需要指出的是，债权人在出于保存目的行使代位权时，要求债务人未及时主张权利必须影响到债权人债权的实现，债权人才能行使代位权。同时，债权人此种情形下行使代位权只需要向次债务人提出请求，主张债务人的债权，即可达到中断诉讼时效的效果，而不要求债权人必须通过人民法院以诉讼的方式行使代位权。

二是在相对人破产时，债务人应当在人民法院确定的债权申报期限内及时申报债权，因为破产程序作为一种概括性的集体清偿程序，在破产程序终结后，未受清偿的债权不再清偿。如果债务人在人民法院确定的债权申报期限内未能及时申报债权，则可能影响债权人债权的实现。此时，债权人应当有权代位向破产管理人申报债权，而不需要等到其债权到期后债务人构成迟延履行时再行使权利。从《民法典》第536条规定来看，其在规定债权人出于保存目的行使代位权的情形时使用了“等情形”这一表述，这表明债权人出于保存目的行使代位权的情形并不限于上述两种情形。因此，债务人的权利存在其他与上述两种情形相类似的情形，在可能影响债权人债权实现的情形下，债权人均可以在债权期限届满前代位行使债务人相对人的权利。

三、债权人出于保存目的而行使代位权的特殊性

债权人行使代位权，无论是在债权到期前行使的代位权，还是保存行为的代位权，实质上都突破了债务人与其相对人之间的合同相对性。但相较于《民法典》第535条关于债权人在其债权到期后行使代位权的规定，债权人出于保存的目的在债权到期前行使代位权有一定的特殊性，主要体现如下。

第一，债权人在债权到期前行使代位权，不要求以诉讼的方式向

人民法院提出请求。从《民法典》第535条规定来看，债权人在其债权到期后行使代位权时，需要通过诉讼的方式行使，而《民法典》第536条在规定债权人在出于保存目的行使代位权时，并未要求债权人以诉讼的方式行使，债权人可以直接代位向债务人的相对人请求其向债务人履行、向破产管理人申报或作出其他必要行为。本条作出此种规定的原因在于，债权人向债务人的相对人主张权利可直接产生诉讼时效中断的效果，而不需要其必须以诉讼的方式主张权利；同时，债权人向破产管理人申报债权也不需要以诉讼的方式申报，因此，《民法典》第536条并没有要求债权人必须通过诉讼的方式行使代位权。

第二，债务人的债权或者与该债权有关的从权利诉讼时效期间即将届满，影响债权人的债权实现的，债权人可以在债权到期前代位向债务人的相对人主张权利，既导致债权人与债务人之间债权诉讼时效中断，也会导致债务人与次债务人之间债权诉讼时效中断。当然，从《民法典》第536条规定来看，债权人在债权到期前向相对人主张权利时，其只能请求债务人的相对人向债务人履行清偿义务，而不能请求债务人的相对人向自己履行债务。

第三，债务人的相对人破产时，债务人未及时申报破产债权、影响债权人的债权实现的，债权人可以在债权到期前代位向破产管理人申报，产生债务人向破产管理人申报破产债权的效果。债务人未及时申报债权的情形不要求债务人对相对人的权利已经到期，因为在次债务人破产场合，根据《企业破产法》第46条的规定，“未到期的债权，在破产申请受理时视为到期”。因此，债权人当然可以代位申报加入破产债权。

第五百三十七条

人民法院认定代位权成立的，由债务人的相对人向债权人履行义务，债权人接受履行后，债权人与债务人、债务人与相对人之间相应的权利义务终止。债务人对相对人的债权或者与该债权有关的从权利被采取保全、执行措施，或者债务人破产的，依照相关法律的规定处理。

本条主旨

本条是关于债权人代位权行使效果的规定。

相关条文

《合同法司法解释一》第20条 债权人向次债务人提起的代位权诉讼经人民法院受理后认定代位权成立的，由次债务人向债权人履行清偿义务，债权人与债务人、债务人与次债务人之间相应的债权债务关系即予消灭。

理解与适用

一、代位权行使的效果原则上直接归于债权人

《民法典》颁行前，关于债权人代位权的行使效果，理论上存在不同主张，具体而言，有如下观点。

一是“入库原则”说。此种观点认为，在债权人行使代位权的情形下，相对人应当向债务人作出清偿，相对人所作出的给付直接归入债务人的责任财产，然后再按照债的清偿规则清偿债权人的债权。^[13]

二是债权人平均分配说。此种观点认为，在债权人行使代位权的情形下，相对人所作出的给付应当由法院保管，然后在债务人的债权人之间平均分配。

三是行使代位权的债权人优先受偿说。此种观点认为，在债权人行使代位权的情形下，对债务人的相对人所作出的给付，行使代位权的债权人享有优先受偿的权利。

从《民法典》第537条的规定来看，在债务人的相对人向债权人履行义务后，债权人与债务人以及债务人与相对人之间的权利义务终止，其显然是采纳了上述“行使代位权的债权人优先受偿说”，采纳此种立场的合理性主要在于：一方面，此种方案较为公平。在债权人行使代位权的情形下，在债务人的相对人作出给付后，如果将该给付在各个债权人之间平均分配，则无异于允许其他债权人免费共享债权人行使代位权的成果，显然有失公平，而行使代位权的债权人优先受偿，显然更为公平。另一方面，此种方案也有利于鼓励债权人积极通过代位权保全其债权，从而更好地实现债权人代位权的制度目的。

二、债务人的相对人向债权人履行义务后，债权人与债务人、债务人与相对人之间相应的权利义务终止依据该条规定，在债务人的相对人向债权人履行义务后，将产生债权人与债务人以及债务人与相对人之间权利义务终止的效力。如前所述，所谓产生债权人与债务人之间

间权利义务关系终止的效力，实际上是赋予主张债权人代位权的债权人享有优先受偿的权利。当然，在债务人的相对人向债权人履行义务后，也只是使债权人与债务人之间“相应的”权利义务终止，这也意味着，如果债务人的相对人向债权人履行义务使债权人的债权获得了全部清偿，则债权人与债务人之间的债权债务关系将因此消灭；如果债务人的相对人向债权人履行义务只是使债权人的债权获得部分清偿，则就未获得清偿的部分债权，债权人仍有权向债务人主张。

所谓债务人与相对人之间相应的权利义务终止，是指在债务人的相对人向债权人履行义务后，将使得债务人与相对人之间的权利义务关系在该履行义务的范围内消灭。也就是说，在债务人的相对人向债权人履行义务后，不仅导致债权人与债务人的权利义务关系相应地终止，债务人的相对人在履行义务后，在该履行义务的范围内，其与债务人的权利义务关系也随之终止，即债务人的相对人向债权人履行义务的行为将产生与向债务人履行义务相同的法律效果。

三、债务人对相对人的权利被采取保全、执行措施，或者债务人破产的，依照相关法律的规定处理依据该条规定，如果债务人对相对人的权利已经被采取保全执行措施的，则应当依据保全、执行的相关规定处理。从该条规定来看，在出现上述情形时，即便债权人主张债权人代位权，也并不当然享有优先受偿的权利，法律作出此种规定的主要原因在于：在债权人主张代位权的情形下，之所以赋予其优先受偿的权利，主要是为了防止其他没有采取任何措施的债权人“搭便车”，借助主张代位权的债权人的行为而获得受偿。在其他债权人没有采取任何主张债权的措施时，赋予主张代位权的债权人优先受偿的权利具有一定的合理性。而在其他债权人已经对财产采取了保全措施，甚至已经进入执行阶段，债务人的其他债权人并不是消极地不主张权利，此时，即便债权人主张代位权，也不应当享有优先于其他已经采取保全等措施的债权人受偿的权利。

同时，从该条规定来看，如果债务人破产的，则应当依据破产的法律规则处理。例如，根据《企业破产法》第113条，在企业破产清算程序中，破产费用、公益债务、职工工资、税款等以及对特定财产享有担保权的权利人都应优先于普通债权人受偿。依据这一规定，即使债权人行使代位权，上述权利也应当优先于债权人的债权而受偿。因此，《民法典》第537条规定，在债务人破产的情形下，应当依据破产法的相关规则解决债务人财产的分配问题，而不能当然认定主张代位权的债权人享有优先受偿权。

第五百三十八条

债务人以放弃其债权、放弃债权担保、无偿转让财产等方式无偿处分财产权益，或者恶意延长其到期债权的履行期限，影响债权人的债权实现的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。

本条主旨

本条是关于债务人无偿处分财产、恶意延长其债权履行期限时债权人撤销权的规定。

相关条文

《合同法》第74条第1款 因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。

《合同法司法解释一》第23条 债权人依照合同法第七十四条的规定提起撤销权诉讼的，由被告住所地人民法院管辖。

《合同法司法解释（一）》第24条 债权人依照合同法第七十四条的规定提起撤销权诉讼时只以债务人为被告，未将受益人或者受让人列为第三人的，人民法院可以追加该受益人或者受让人为第三人。

《合同法司法解释二》第18条 债务人放弃其未到期的债权或者放弃债权担保，或者恶意延长到期债权的履行期，对债权人造成损害，债权人依照合同法第七十四条的规定提起撤销权诉讼的，人民法院应当支持。

理解与适用

一、债权人撤销权的概念

所谓债权人撤销权，是指在债务人放弃债权、放弃债权担保、无偿转让财产等无偿处分财产的行为，或者实施低价处分财产的行为影响债权人债权实现时，债权人有权依法请求法院撤销债务人实施的行为。债权人撤销权针对的是债务人不当处分财产的积极行为，其旨在撤销债务人与第三人之间的民事行为，从而恢复债务人的责任财产，以保障债权人的债权得以实现。^[14]在债务人不当处分财产的情形

下，只有有害于债权人债权的实现时，债权人才能行使撤销权。也就是说，只有债务人不当处分财产，不当减少其责任财产，从而无法满足向债权人履行债务的要求，影响债权人债权的实现时，债权人才能依法撤销债务人的行为。^[15]债务人的行为可以分为无偿行为和有偿行为，我国《民法典》第538条和第539条分别对其作出了规定。债权人撤销权作为债权的一项权能，它是由法律规定所产生的，但其性质上并非独立的民事权利，而只是债权的一项权能。^[16]

作为债权保全制度，债权人撤销权是保障债务的履行、保护债权人利益的重要措施，防止债务人实施各种不正当的行为逃避债务。我国《民法典》在《合同法》及相关司法解释的基础上，完善并强化了债的保全制度，对于充分保护债权人的利益具有重要意义。

二、债务人无偿处分财产时债权人撤销权的行使条件

（一）债权人对债务人享有有效的债权

债权人对债务人享有合法有效的债权是债权人撤销权成立的基本前提。如果债权人与债务人之间的债的关系不成立，或者被宣告无效，则无法成立债权人撤销权。例如，在当事人之间的合同关系被宣告无效后，合同债权也随之消灭，也就不存在为保全该合同债权的债权人撤销权。当然，从《民法典》第538条规定来看，债权人撤销权所要保全的债权不限于合同债权，其他债的关系中的债权人也可以依法行使撤销权。

从该条规定来看，在债务人无偿处分财产的情形下，债权人在行使撤销权时，并不要求其债权已经到期。因为债务人无偿处分其财产的行为将直接导致其债务履行能力降低，一概要求债权人的债权必须到期才能行使撤销权，不利于及时制止债务人无偿处分财产的行为，以恢复债务人的责任承担能力。因此，只要债务人实施了该条所规定的无偿处分财产的行为，影响债权人债权实现的，债权人即可主张债权人撤销权，而不以债权人的债权已届清偿期为必要。

（二）债务人实施了无偿处分财产的行为

从该条规定来看，债务人所实施的无偿处分财产的行为主要有如下几种。

1. 债务人放弃债权。债务人放弃债权将直接导致其责任财产减少，因此，如果该行为影响债权人债权的实现，则债权人有权行使债权人撤销权，以恢复债务人的责任财产。同时，从该条规定来看，只

要债务人放弃其债权，不论是放弃到期债权还是未到期债权，债权人都有权请求撤销，因为不论债务人放弃到期债权还是未到期债权，都会导致其责任财产减少。此时，允许债权人行使撤销权，能够更好地保护债权人的利益，防止债务人为了逃避债务而作出有损债权人利益的行为。

2.债务人放弃债权担保。如果债务人与第三人的债权附有担保，则在次债务人无法履行债务时，债务人可以从担保人处获得清偿。在债务人放弃债权担保的情形下，债务人虽然没有放弃其债权，但债务人放弃债权担保可能使债务人对次债务人的债权失去保障，在次债务人无法履行债务时，债务人放弃债权担保的行为也会在客观上减少其责任财产，影响债权人债权的实现。依据《合同法司法解释二》第18条的规定，债务人放弃债权担保，债权人可以行使撤销权。《民法典》第538条延续了这一规定，同样赋予了债权人撤销权。

3.债务人无偿转让财产。债务人无偿转让财产主要是指将财产赠与他人。在债务人无偿转让财产的情形下，债务人向第三人转让财产，但并没有获得对价，该行为将直接导致债务人责任财产的减少，如果该行为影响债权人债权的实现，债权人即有权行使撤销权，以恢复债务人的责任承担能力。

4.债务人以其他方式无偿处分财产权益。除上述几种情形外，《民法典》第538条还使用了“等方式无偿处分财产权益”这一兜底性的表述，这表明，债务人无偿处分其财产的行为并不限于放弃其债权、放弃债权担保、无偿转让财产这三种方式，这也意味着，只要债务人无偿处分其财产，影响债权人债权实现的，债权人均可行使撤销权。关于如何划定债务人无偿处分财产行为的范围，我国《合同法》第74条和《合同法司法解释二》第18条在列举了债权人撤销权的情形后均未使用“等”字作为兜底，《民法典》为顺应社会经济的发展和交易行为的多样化的趋势，并未在条文中穷尽债务人无偿处分财产权益的情形，给法律解释留下了空间。所谓债务人以其他方式无偿处分财产权益，是指债务人以放弃权利或与无偿转让相类似的其他方式减少其责任财产，使第三人纯获利益。例如，债务人通过假离婚或签订离婚协议等方式，不分配财产或者分得少量财产，影响债权人债权实现的，即应当属于该条所规定的以其他方式无偿处分财产权益。^[17]不论债务人采取何种方式，只要其行为构成无偿处分财产权益，影响债权人债权实现的，债权人均可行使撤销权。

5.债务人恶意延长其到期债权的履行期限。所谓债务人恶意延长其到期债权的履行期，是指在债务人对次债务人的债权到期后，债务人恶意延长该债务的履行期限。债务人恶意延长其到期债权的履行期

限，虽然在形式上并未减少债务人的责任财产，但该行为会使债务人无法按时获得其本应获得的清偿利益，这也会影响其责任承担能力，构成积极诈害债权^[18]，在影响债权人债权实现时，债权人也有权行使撤销权。从该条规定来看，债务人恶意延长其到期债权的履行期限的成立需要具备如下条件。

一是债务人的债权已经到期。依据该条规定，只有债务人恶意延长其到期债权的履行期限时，债权人才能行使撤销权，这也意味着，如果债务人对次债务人债权尚未届清偿期，则债权人原则上无权请求撤销债务人延长其债权履行期限的行为。当然，从债权人权利实现的角度而言，即便债务人的债权未届清偿期，但如果债务人恶意延长其债权履行期，也可能影响债权人债权的实现。例如，在债务人对次债务人的债权即将到期时，债务人恶意延长该债权的履行期，也可能使债务人无法取得相关的利益，从而导致债权人的债权难以实现。该行为与债务人恶意延长到期债权履行期限的效果并无区别，应当同等对待。因此，应当从广义上理解债务人延长其到期债权履行期限的行为，即债务人恶意延长其到期债权的行为并不限于其债权到期后实施延长债权履行期限的行为，也应当包括债务人在其债权履行期限届满前恶意延长债权履行期限，并影响债权人权利实现的行为。

二是债务人恶意延长其到期债权的履行期限。从该条规定来看，只有债务人对延长其到期债权的履行期限具有恶意时，债权人才能行使撤销权，如果债务人延长其未到期债权的履行期限并不构成恶意延长履行期限，则债权人无权行使债权人撤销权。例如，债务人考虑到次债务人客观上存在履行困难，或者债务人与次债务人之间存在一定的身份关联，此种情形下，债务人延长其债权履行期限并不当然构成恶意延长债权履行期限的行为。从该条规定来看，在债务人无偿处分财产时，债权人行使撤销权并不要求债务人具有恶意，而在债务人延长其债权履行期限时，则要求债务人必须具有“恶意”，该条作出此种区分的主要原因在于，在债务人无偿处分其财产时，将直接导致其责任财产减少，而在债务人延长其债权履行期限时，并不会导致其债权消灭，该行为在形式上并没有减少债务人的责任财产，因此，在认定该行为构成积极诈害债权时，应当遵循更为严格的标准，即要求债务人主观上必须具有恶意逃避债务的故意。

在债务人延长其债权履行期限的情形下，债务人主观上是否具有逃避债务的“恶意”，往往难以判断，可以通过债务人的客观行为予以判断。即在债务人延长其到期债权的履行期限，影响债权人债权的实现时，如果债务人延长其债权履行期没有正当理由，则应当认定债务人的行为属于恶意延长债权履行期的行为。

（三）债务人无偿处分财产或恶意延长债权履行期限的行为影响债权人债权的实现

从该条规定来看，不论是债务人无偿处分财产的行为，还是恶意延长其到期债权履行期限的行为，只有影响债权人债权的实现时，债权人才能行使撤销权。如果债务人实施上述行为并不影响债权人债权的实现，则应当尊重债务人处分其财产的自由，债权人不得行使撤销权。所谓影响债权人债权的实现，是指债务人无偿处分财产的行为或者恶意延长其到期债权履行期限的行为，将在实质上降低债务人履行债务的能力，从而影响债权人债权的实现。当然，债权人行使撤销权时，并不要求其债权已经到期，这也意味着，如果债务人实施上述行为，将使债权人的债权到期后无法获得完全清偿，即应当认定债务人的行为将影响债权人债权的实现。

三、债务人无偿处分财产、恶意延长其债权履行期限时债权人撤销权的行使方式从该条规定来看，在债务人实施无偿处分财产或者恶意延长其到期债权履行期限的行为时，“债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为”，这也意味着，债权人只能通过向人民法院提起诉讼的方式行使债权人撤销权。该条要求债权人以诉讼的方式行使债权人撤销权具有一定的合理性，因为一方面，不论是债务人无偿处分财产，还是恶意延长其债权履行期限，该行为是否当然会影响债权人债权的实现，往往难以确定，需要人民法院予以判断。另一方面，债权人撤销权一旦生效，将导致债务人所实施的处分财产的行为以及延长债权履行期限的行为归于无效，涉及此类民事法律行为效力的认定，应当由人民法院予以认定，而不能由债权人单方予以判断。

第五百三十九条

债务人以明显不合理的低价转让财产、以明显不合理的高价受让他人财产或者为他人的债务提供担保，影响债权人的债权实现，债务人的相对人知道或者应当知道该情形的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。

本条主旨

本条是关于债务人有偿不当处分财产时债权人撤销权的规定。

相关条文

《合同法》第74条第1款 因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。

《合同法司法解释一》第23条 债权人依照合同法第七十四条的规定提起撤销权诉讼的，由被告住所地人民法院管辖。

《合同法司法解释一》第24条 债权人依照合同法第七十四条的规定提起撤销权诉讼时只以债务人为被告，未将受益人或者受让人列为第三人的，人民法院可以追加该受益人或者受让人为第三人。

《合同法司法解释二》第19条 对于合同法第七十四条规定的“明显不合理的低价”，人民法院应当以交易当地一般经营者的判断，并参考交易当时交易地的物价部门指导价或者市场交易价，结合其他相关因素综合考虑予以确认。

转让价格达不到交易时交易地的指导价或者市场交易价百分之七十的，一般可以视为明显不合理的低价；对转让价格高于当地指导价或者市场交易价百分之三十的，一般可以视为明显不合理的高价。

债务人以明显不合理的高价收购他人财产，人民法院可以根据债权人的申请，参照合同法第七十四条的规定予以撤销。

理解与适用

一、债务人有偿不当处分财产时，债权人享有撤销权

该条对债务人有偿不当处分财产时债权人的撤销权作出了规定，《民法典》第538条对债务人无偿处分财产以及恶意延长债权履行期限情形下债权人的撤销权作出了规定。事实上，除债务人无偿处分财产或者恶意延长债权履行期限外，债务人实施有偿不当处分财产的行为，同样可能影响债权人债权的实现。例如，在债务人以不合理的低价转让财产时，债务人所获得的对价远低于其所转让的财产的价值，这在实质上将减少债务人责任财产的数额，如果因此影响债权人债权的实现的，债权人也应当有权行使撤销权，撤销债务人不当处分财产的行为，以恢复债务人的责任财产，从而实现保全债权的目的。该条与《民法典》第538条一起，共同构成了债权人撤销权的完整体系。

二、债务人有偿不当处分财产行为时债权人撤销权的行使条件

（一）债权人对债务人享有合法的债权

在债务人不当处分财产的情形下，债权人行使撤销权的前提是其对债务人享有合法的债权，如果债权人对债务人所享有的债权不合法，如基于赌博行为而产生的“债权”，该“债权”不受法律保护，债权人无权请求债务人履行，此时，即便债务人处分财产的行为导致其责任财产减少，债权人也无权行使债权人撤销权。同时，如果债务人在实施处分财产的行为时，债权并未有效成立，则不能认为债务人处分财产的行为损害了债权人的债权，债权人也无权行使撤销权。

从该条规定来看，该条在规定债权人撤销权时，并没有对债权人债权发生的原因作出限制，这也意味着，不论是基于合同而产生的意定之债，还是基于不当得利、无因管理、侵权行为等原因而产生的法定之债，在符合法律规定的情形下，债权人均可以行使债权人撤销权。例如，在债权人与债务人之间的合同关系被宣告无效或者被撤销后，如果债务人对合同被宣告无效或者被撤销具有过错，需要对债权人承担缔约过失责任，此时，在债务人不当处分财产的行为影响债权人因债务人缔约过失而产生的债权的实现时，债权人也有权依法行使债权人撤销权。该条规定将债权人撤销权的适用范围扩张及于所有债权，而不限于合同债权，也是合同编通则发挥债法总则功能的体现。

此外，从该条规定来看，其在规定债权人撤销权时，并没有要求债权人的债权已经到期，即不论债权人的债权是否已经到期，只要符合该条所规定的债权人撤销权的行使条件，债权人均可以行使债权人撤销权。因为在债务人不当处分财产时，将导致其责任财产减少，影响其清偿能力，如果一概要求债权人必须在其债权到期时才能行使撤销权，将难以有效制止债务人不当处分财产的行为，也难以实现债权保全的目的。

（二）债务人实施了有偿不当处分财产的行为

从本条规定来看，必须债务人实施了有偿不当处分财产的行为时，债权人才能行使撤销权。当然，此处债务人处分财产的行为限于对财产进行法律上的处分^[19]，而不包括事实上的处分，因为事实上的处分，如债务人毁坏自己的房屋、机器设备等，在客观上无法撤销。依据本条规定，此处不当处分财产的行为包括如下几种。

一是债务人以明显不合理的低价转让财产。债务人以明显不合理的低价转让财产，客观上会减少其责任财产的数额，这可能影响债权

人债权的实现，在符合其他条件的情形下，债权人应当有权撤销该行为。关于债务人转让财产的价格达到何种标准时，构成不合理的低价，本条并没有作出细化规定，根据《合同法司法解释二》第19条第1款的规定，“明显不合理的低价”应当由人民法院以当地一般经营者的判断，并参考交易当时交易地的物价部门指导价或者市场交易价，结合其他相关因素综合考虑予以确认。同时，根据该司法解释第19条第2款的规定，“转让价格达不到交易时交易地的指导价或者市场交易价百分之七十的，一般可以视为明显不合理的低价”。这一规定为认定不合理的低价提供了相对明确的判断标准，当然，该标准并非绝对性的标准，法官在具体个案裁判中还需要考虑当事人交易的具体情况，综合予以认定。

二是债务人以明显不合理的高价受让他人财产。与以明显不合理的低价转让财产类似，在债务人以明显不合理的高价受让他人财产时，也会导致债务人责任财产的减少，从而可能影响债权人债权的实现，在符合其他条件的情形下，债权人也有权行使债权人撤销权，请求人民法院撤销该行为。关于何为不合理的高价，本条并没有作出明确规定，依据前述《合同法司法解释二》第19条的规定，“对转让价格高于当地指导价或者市场交易价百分之三十的，一般可以视为明显不合理的高价”。该条对明显不合理的高价的认定标准作出了规定，即在当事人的交易价格高于当地指导价或者市场交易价30%时，可以推定其属于不合理的高价，当然，债务人或者受让人可以提出相反证据和事实的方式推翻该推定。^[20]此外，该标准也只是为判断不合理的高价提供了一种参考标准，当事人的交易价格高于当地指导价或者市场交易价的30%是否当然属于不合理的高价，还需要法官结合案件具体情况予以认定。

三是债务人为他人的债务提供担保。提供担保的行为通常是一种无偿行为，在担保法律关系中，担保人在提供担保时通常不会从主债务人处获得收益，而且在主债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，担保人可能需要对债务人的债务承担责任。虽然担保人在承担担保责任后有权向主债务人追偿，但在主债务人并无财产或者财产不足以履行债务时，担保人的追偿权在客观上也难以实现。因此，债务人为他人的债务提供担保，可能导致其责任财产减少，从而影响债权人债权的实现，债权人有权依法行使债权人撤销权。例如，债务人在其财产上为其他债务人提供抵押担保，在主债务人无法履行到期债务时，债权人可以要求对该抵押财产进行变价，用于实现债权，该行为可能使得债务人的责任财产减少，并影响债务人的债权人债权的实现，故债权人可以行使撤销权。从本条规定来看，其只是规定债务人为他人的债务提供担保时，债权人有权依法行使债权人撤销

权，而没有对债务人为他人债务提供担保的方式作出限定，这也意味着，不论债务人是为他人的债务提供人保（保证）、物保（担保物权），还是其他担保方式，只要符合债权人撤销权行使的其他条件，债权人均可请求人民法院撤销该行为。

需要指出的是，在债务人实施上述行为时，只有上述行为已经发生法律效力时，债权人才能行使撤销权，如果债务人的上述行为并未发生效力，则并不会导致其责任财产减少，债权人也无权行使撤销权。

（三）债务人有偿不当处分财产的行为影响债权人债权的实现

依据本条规定，只有债务人不当处分财产的行为影响债权人债权的实现时，债权人才有权请求人民法院撤销债务人的行为。所谓债务人不当处分财产的行为影响债权人债权的实现，是指在债务人不当处分其财产后，导致其责任财产减少，减少后的责任财产不足以保障债权人债权的完全实现。如果债务人处分财产后，其责任财产足以保障债权人债权的实现，则即便相关的交易行为客观上是显失公平的，也属于债务人的自由，债权人无权请求人民法院予以撤销。

（四）债务人的相对人主观上是恶意的

在债务人有偿不当处分财产的情况下，还要求债务人的相对人主观上是恶意的，债权人才能请求撤销该行为。从本条规定来看，此处的恶意是指债务人的相对人知道或者应当知道。关于债务人的相对人知道或者应当知道的内容，该条并没有作出细化规定。在债务人有偿不当处分财产的情形下，其可以有如下两种解释：一是债务人的相对人知道或者应当知道债务人处分财产的行为是不当的，即该行为属于以明显不合理的低价转让财产、以明显不合理的高价受他人财产或者为他人的债务提供担保。二是债务人的相对人知道或者应当知道债务人有偿不当处分财产的行为，且该行为影响债权人债权的实现。从本条规定来看，应当采第二种解释，因为从本条规定的文义来看，债务人的相对人知道或者应当知道的“该情形”显然包括了“影响债权人的债权实现”这一内容。当然，债权人在主张债务人的相对人存在恶意时，其应当对此负担举证义务。

三、债务人不当处分财产时债权人撤销权的行使方式

从本条规定来看，在符合债权人撤销权的行使条件时，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为，这就限定了债权人行使撤销权的方式，即债权人通过诉讼的方式，请求人民法院撤销债务人的行为。

此种规定具有合理性，因为一方面，在债务人有偿不当处分财产的情形下，其是否符合法律有关债权人撤销权行使条件的规定，需要由人民法院予以判断，而不能由债权人或者债务人、债务人的相对人予以判断；另一方面，债权人撤销权的行使涉及有关民事法律行为效力的认定，即债权人撤销权一旦成立，就导致债务人与相对人之间的民事法律行为无效，判断民事法律行为的效力应当由人民法院依据法律规定进行，而不能依据当事人单方面的主张予以认定。

第五百四十条

撤销权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使撤销权的必要费用，由债务人负担。

本条主旨

本条是关于债权人撤销权行使范围和行使撤销权费用负担的规定。

相关条文

《合同法》第74条第2款 撤销权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使撤销权的必要费用，由债务人负担。

《合同法司法解释一》第26条 债权人行使撤销权所支付的律师代理费、差旅费等必要费用，由债务人负担；第三人有过错的，应当适当分担。

理解与适用

一、债权人撤销权的行使范围

债权人撤销权制度赋予债权人请求撤销债务人处分财产行为的效力，构成对债务人行为的限制，但此种限制应当有一定的限度，不能完全剥夺债务人从事交易行为的自由。也就是说，债权人撤销权的制度功能在于保全债权人的债权，其既不能放任债务人不当处分财产，影响债权人债权的实现，也不能不当妨碍债务人处分财产的自由。本条对债权人撤销权的行使范围作出规定，目的也在于妥当平衡债权人

与债务人之间的关系。

依据本条规定，债权人撤销权的行使范围以债权人的债权为限。关于如何理解债权人撤销权中债权的范围，有观点认为，债权人撤销权的目的在于保障一般债权人的全体利益，而非各个债权人的个别利益。^[21]按照此种观点，债权人撤销权中的债权人泛指一切债权人，也就是说，债权人撤销权的范围不限于撤销权人享有的债权额，而应为全体债权人的债权。^[22]关于本条第1句所规定的“债权人的债权”的范围，本条并没有作出细化规定。笔者认为，应当将其解释为行使撤销权的债权人的债权，而不宜理解为全部债权人的债权，主要理由如下。

一方面，按照目的解释，债权人撤销权的立法目的在于保护特定债权人的债权。债权人撤销权并非独立的权利类型，而属于债权的保全权能，也就是说，债权人仅能基于自己债权保全的需要而行使撤销权，将债权人撤销权所保全的债权范围扩张至所有债权人的债权，并不符合债权保全制度的目的。

另一方面，债权是一项相对权，通常并不需要对外公示，他人也难以确定债权的存在及其真实性，因此，如果将债权人撤销权的范围界定为所有债权人的债权，则债权人在行使撤销权时，往往难以确定所有债权的范围，此时，交由特定债权人判断债务人处分财产的行为是否会影响所有债权的实现，在客观上也较为困难。也正是因为债权是一种相对权，除债的关系当事人以外，其他主体对债权债务的内容和数额并不了解，所以，债权人仅能根据自己债权受到损害的程度来确定能否行使撤销权，否则可能导致撤销权行使的范围过大，影响正常的市场交易秩序，也会过度干预债务人正常处分自己财产的自由。

此外，从债权人撤销权的行使方式来看，债权人在行使撤销权时，是以自己的名义提起诉讼，其行使的债权范围也应当限于其债权范围。也就是说，债权人行使撤销权是其行使债权权能的一种方式，如果将债权人撤销权中债权的范围界定为所有债权，则无异于允许债权人代他人保全债权，显然不当扩张了债权的效力，也不符合私法自治原则，因为其他债权人的债权是否有保全的必要（如有的债权已经有担保，能够保障债权的实现），以及债权人是否有意保全其债权，均难以确定。

将债权人撤销权的范围限于其债权范围也意味着，如果债务人实施了多个不当处分财产的行为，债权人仅能在其债权范围内行使撤销权，对于其债权范围之外的债权，债权人无权请求撤销。当然，如果债务人所实施的不当处分财产的行为具有不可分性，或者债务人仅实

施了一个不当处分财产的行为，则即便该行为所涉及的财产数额大于债权人债权的数额，债权人也有权请求撤销该行为。^[23]

当然，将债权人撤销权的范围仅限于该债权人债权的范围，也存在一定的问题，因为债权的效力具有平等性，而且依据《民法典》第542条规定，在债权人行使撤销权之后，债务人的行为自始没有约束力，相对人应当将相关财产返还债务人，而该条并没有规定行使撤销权的债权人享有优先受偿权，因此，债权人撤销权的法律效果采取的是“入库原则”，即在债权人行使撤销权后，相关的财产应当返还债务人，行使撤销权的债权人并不享有优先受偿的权利，将债权人撤销权的范围限于特定债权人的债权，可能导致该债权人行使撤销权后，仅能从债务人特定的财产中获得部分清偿，这显然无法实现债权保全的目的。例如，甲对乙、丙、丁三人分别负债6万元，甲仅有一辆价值9万元的汽车和价值6万元的复印机，并无其他责任财产，后甲将其汽车和复印机分别以1万元的价格卖给A、B两人，乙发现后，请求撤销甲的相关行为。此种情形下，如果将乙行使撤销权的范围限于其债权范围，则其仅能请求撤销复印机买卖合同，无权请求撤销汽车买卖合同，而在乙行使撤销权之后，仅能恢复甲6万元的责任财产，由于乙并无优先受偿权，在丙、丁二人对甲主张债权的情形下，乙仅能获得2万元的清偿，这显然无法实现债权保全的目的。因此，适当扩张债权人撤销权中债权人债权的范围，也具有合理性。

二、债权人行使撤销权的必要费用由债务人负担

依据本条第2句的规定，债权人行使撤销权的必要费用，应当由债务人负担。所谓债权人行使撤销权的必要费用，是指债权人为行使撤销权而负担的必要支出。依据《合同法司法解释一》第26条的规定，债权人行使撤销权的必要费用主要包括债权人行使撤销权所支付的律师代理费、差旅费等必要费用。从《民法典》第540条规定来看，债权人行使撤销权的必要费用并不限于律师代理费、差旅费，只要是其支出的合理费用，均有权请求债务人负担。

本条之所以规定由债务人负担债权人行使撤销权的必要费用，主要是基于如下原因：一方面，从该费用产生的原因来看，其虽然是因债权保全而产生，但债权保全的原因是债务人实施了积极诈害债权的行为，也就是说，从根源上看，此类费用是因债务人积极诈害债权的行为而产生的，由其负担该费用符合公平原则。另一方面，从债权人撤销权的法律后果来看，依据《民法典》第542条的规定，在债权人行使撤销权后，债务人的行为自始没有法律约束力，即第三人应当将相关财产返还给债务人，而债权人对该部分财产并不享有优先受偿权，而且在其债权到期前，其也无权请求债务人履行债务，其为行使

撤销权所支出的必要费用也无法从债务人或者债务人的相对人处直接受偿，因此，法律规定由债务人负担债权人行使撤销权所支出的必要费用是合理的。

第五百四十一条

撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。自债务人的行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。

本条主旨

本条是关于债权人撤销权行使期限的规定。

相关条文

《合同法》第75条 撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。自债务人的行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。

理解与适用

一、债权人撤销权的行使受一定期限限制

依据《民法典》第542条规定，债务人影响债权人的债权实现的行为一旦被撤销，则自始没有法律约束力，也就是说，债务人与相对人之间的合同关系将自始无效，应当在当事人之间产生恢复原状的法律效果。因此，在符合债权人撤销权行使条件的情形下，如果不对债权人撤销权的行使期间进行限制，则可能使债务人与相对人之间的法律关系长期处于不确定状态，这既不利于保护当事人的合理信赖，也不利于维护交易安全和交易秩序，因此，有必要明确规定债权人行使撤销权的期间。

本条所规定的债权人撤销权的行使期限也是其存续期限，也就是说，本条所规定的撤销权的行使期间在性质上属于除斥期间，即在该期间内，债权人不行使撤销权的，该撤销权消灭。债权人撤销权的行使期间在性质上属于除斥期间，也意味着该期间属于不变期间，不因

任何事由而发生中断、中止或者延长。除斥期间是形成权的存续期间，但严格地说，债权人撤销权在性质上属于债权保全的权能，而不是独立的民事权利，因此，其并不属于形成权，但由于债权人撤销权行使的法律后果是使债务人与相对人的权利义务关系消灭，其法律效果与形成权的行使效果相同，因此，可以将本条所规定的债权人撤销权的行使期间界定为除斥期间。

二、债权人撤销权的行使期间

（一）撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起1年内行使

本条第1句对债权人撤销权的行使期间作出了规定。依据该规定，债权人撤销权的行使期间为自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起1年。所谓债权人知道或者应当知道撤销事由，是指债权人知道或者应当知道债务人实施积极诈害债权的行为。在债务人实施无偿处分财产的行为时，它是指债权人知道或者应当知道债务人实施无偿处分财产的行为。在债务人实施有偿不当处分财产的行为时，它是指债权人知道或者应当知道债务人实施该行为。债权人知道或者应当知道是指债权人明知债务人实施了上述行为，或者根据客观情况能够知道债务人实施上述行为，例如，根据当事人之间的交易关系、债务人所处分财产的特点等因素，债权人客观上能够知道债务人实施了上述行为。

债权人撤销权行使期间为债权人知道或者应当知道撤销事由之日起1年。如前所述，该期间在性质上属于除斥期间，属于不变期间，不因任何原因而发生中断、中止或者延长，而且一旦该期间经过，债权人撤销权即消灭。在债权人请求撤销债务人的行为时，如果债务人或者债务人的相对人主张债权人的撤销权行使期间已经经过，则其应当对债权人知道或者应当知道撤销事由满一年的情形负担举证义务。

（二）自债务人的行为发生之日起5年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭

依据本条第2句规定，债权人自债务人行为发生之日起5年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。这就确立了债权人撤销权的最长期间，即自债务人的行为发生之日起5年。法律之所以就债权人撤销权设置最长期间，主要是为了维持法律关系的稳定，因为按照本条第1句的规定，债权人撤销权的行使期间为债权人知道或者应当知道撤销事由之日起1年，如果不设置最长期间，则可能使有关的法律关系长期处于不确定状态，因为债权人可能对债务人所实施的行为长期不知

情，或者即便债权人知情，但其并不积极行使撤销权，而债务人和相对人可能无法证明债权人对此知道或者应当知道，这就可能使当事人之间的法律关系长期处于不确定状态，因此，为维护财产秩序的稳定，保护当事人的合理信赖，法律有必要为债权人撤销权的行使设置最长期限。

从本条规定来看，债权人撤销权最长期限的起算点为债务人的行为发生之日，而非该行为完成之日，也就是说，只要债务人实施有关行为，不论该行为是否已经完成，均开始起算该最长期限。例如，债务人将其财产以不合理的低价转让给相对人时，当事人可能约定在合同订立后一段时间才交付财产，此种情形下，债权人撤销权最长期限应当自债务人与相对人之间买卖合同生效时，而不是实际交付财产、完成交易之时。

本条所规定的债权人撤销权的最长期限为不变期间，不因任何事由发生中断、中止或者延长。在此需要明确本条第1句与第2句之间的关系，本条第1句规定的是债权人撤销权行使期限的一般规则，而本条第2句规定的是债权人撤销权的最长期限，也就是说，只要该最长期限经过，不论债权人撤销权的行使期限按照第1句的规则是否经过，该权利均消灭。例如，债权人在债务人实施相关行为4年零6个月后才知悉或者应当知悉该行为，则其应当在6个月内行使撤销权，否则该撤销权消灭。

从本条第2句规定来看，在债权人撤销权的最长行使期限经过后，将产生“该撤销权消灭”的法律效果，因此，该最长期限不仅是债权人撤销权的行使期限，也是其存续期限，一旦该最长期限经过，债权人撤销权即消灭，此时，在债权人主张撤销债务人的相关行为时，不论债务人是否提出抗辩，法官均应当依据职权驳回债权人的主张。

第五百四十二条

债务人影响债权人的债权实现的行为被撤销的，自始没有法律约束力。

本条主旨

本条是关于债权人撤销权行使法律效果的规定。

相关条文

《合同法司法解释一》第25条 债权人依照合同法第七十四条的规定提起撤销权诉讼，请求人民法院撤销债务人放弃债权或转让财产的行为，人民法院应当就债权人主张的部分进行审理，依法撤销的，该行为自始无效。

两个或者两个以上债权人以同一债务人为被告，就同一标的提起撤销权诉讼的，人民法院可以合并审理。

理解与适用

从本条规定来看，在债权人行使撤销权后，则债务人所实施的影响债权人债权实现的行为自始没有法律约束力。所谓“自始没有法律约束力”，是指被撤销的债务人的行为自始无效。可见，虽然债权人撤销权不同于合同效力瑕疵中的撤销权，但两者法律效果具有相似之处。在债务人的行为被撤销后，将对债务人、债务人的相对人、行使撤销权的债权人以及其他债权人产生一定的效力。

一、对债务人的效力

在债务人所实施的影响债权人债权实现的行为被撤销后，该行为将自始无效，而且该行为应当是绝对无效。在债务人无偿处分财产的情形下，该行为被撤销后，将自始无效。例如，在债务人放弃债权，或者放弃债权担保的情形下，该行为被撤销后，债务人放弃债权或者放弃债权担保的行为无效，债务人的债务人或者债务人债权的担保人仍应当对债务人负担债务。在债务人有偿不当处分财产的情形下，该行为被撤销后，该处分财产的行为无效，债务人应当将其所受领的对价返还给相对人。在债务人与其相对人之间的合同关系被撤销后，如果符合缔约过失责任的构成要件，则相对人有权请求债务人承担缔约过失责任。

在债务人影响债权人债权实现的行为被撤销后，如果其对债权人所负担的债务尚未到期，则债务人并不负有提前清偿债务的义务，也就是说，债权人撤销权的目的在于保全债务人的责任财产，撤销其不当处分财产的行为，恢复其责任财产，但其并不具有加速债权到期的效力。

二、对债务人的相对人的效力

在债务人影响债权人债权实现的行为被撤销后，债务人与相对人之间的行为将自始无效、绝对无效，当事人负有恢复原状的义务。也就是说，债务人的相对人应当将其因债务人不当处分财产所受领的利益返还给债务人。如果债务人的相对人已经将所受领的财产再次转让，无法返还的，则应当向债务人返还该财产的价值。如果债务人将其不动产转让给相对人，且已经办理变更登记，则相对人负有办理变更登记的义务。当然，债务人的相对人如果在交易中向债务人支付了一定的价款，则其也有权请求债务人返还该价款。如果债务人的相对人因债务人的行为被撤销而遭受一定的信赖利益损失，符合缔约过失责任构成要件的，则其有权依法请求债务人承担缔约过失责任。

三、对行使撤销权的债权人的效力

依据本条规定，在债务人所实施的不当处分财产的行为被撤销后，该行为自始无效，也就是说，其将在债务人与相对人之间产生恢复原状的效力。债权人在行使撤销权之后，其对债务人的相对人所返还的财产并不享有优先受偿的效力。可见，债权人撤销权的法律效果不同于债权人代位权，其采纳的是“入库原则”，即债务人的相对人应当将相关财产返还债务人，成为债务人的责任财产，而债权人对此不享有优先受偿权。

问题在于，在债务人的相对人未向债务人返还相关财产时，债权人能否请求债务人的相对人向自己返还相关财产？从本条规定来看，在债权人行使撤销权后，产生的法律效果为债务人所实施的相关行为无效，其法律效果主要在债务人与相对人之间产生，而且在债务人与相对人之间的法律行为无效后，也只是在当事人之间产生恢复原状的义务。因此，对债权人而言，债权人撤销权所产生的效果主要是保全债务人的责任财产，以保障其债权的实现，债权人并不对相关财产享有优先受偿的权利；对债务人的相对人而言，其仅负有向债务人返还财产的义务，而不负有向债权人交付财产、清偿债务的义务。

四、对其他债权人的效力

在债权人行使撤销权之后，债务人的相关行为将自始无效，债务人的相对人也应当将因此取得的财产返还给债务人，成为债务人的责任财产，该责任财产应当是各个债权人债权实现的共同保障，在没有其他担保方式的情形下，各个债权人应当按照其债权在债务人债权总额中的比例分得债务人的责任财产。也就是说，在某一债权人行使撤销权、保全其债权的情形下，由于其并没有优先受偿的权利，在行为在客观上也会起到保全所有债权人债权的效果。

注释：

[1]郑玉波.民法债编总论.台北：三民书局，1986：312.

[2]崔建远.合同法：修订本.北京：法律出版社，1998：126.

[3]庞景玉，何志.最高人民法院合同法司法解释精释精解.北京：中国法制出版社，2016：302.

[4]王闯.对最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》的若干理解//判解研究：第一辑.北京：人民法院出版社，2000：102.

[5]王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：99.

[6]史尚宽.债法总论.北京：中国政法大学出版社，2000：465.

[7]江平.中华人民共和国合同法精解.北京：中国政法大学出版社，1999：61.

[8]中华人民共和国合同法配套解读与案例注释.北京：中国法制出版社，2015：137.

[9]王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：114.

[10]王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：110.

[11]史尚宽.债法总论.北京：中国政法大学出版社，2000：467.

[12]最高人民法院经济庭.合同法解释与适用.北京：新华出版社，1999：314.

[13]孔祥俊.合同法教程.北京：中国人民公安大学出版社，1999：319.

[14]我妻荣.新订债权总论.北京：中国法制出版社，2008：154.

[15]匡爱民.合同法学.北京：中央民族大学出版社，2012：220.

[16]王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：121.

[17]陆青.离婚协议中的“赠与子女财产”条款研究.法学研究，2018（1）：87.

[18]沈德咏，奚晓明.最高人民法院关于合同法司法解释（二）理解与适用.北京：人民法院出版社，2009：144.

[19]王泽鉴.民法学说与判例研究：第4册.台北：自版，1979：129.

[20]沈德咏，奚晓明.最高人民法院关于合同法司法解释（二）理解与适用.北京：人民法院出版社，2009：148.

[21] [日]我妻荣.新订债权总论.王赓,译.北京:中国法制出版社,2008:172-173.

[22]王家福.中国民法学·民法债权.北京:法律出版社,1991:186.

[23]黄薇.中华人民共和国民法典合同编解读:上册.北京:中国法制出版社,2020:271.

第六章 合同的变更和转让

本章共14条，是关于合同的变更和转让的规定。本章主要对合同变更、债权转让、债务转移、债务加入、合同权利和义务的一并转让等作出了规定。在原合同法规定的基础上，本章更为明确了债务加入的规则，完善了债权禁止转让特约、债务人在债权转让中的抵销权等规则。

第五百四十三条

当事人协商一致，可以变更合同。

本条主旨

本条是关于当事人意定变更合同的规定。

相关条文

《合同法》第77条 当事人协商一致，可以变更合同。

法律、行政法规规定变更合同应当办理批准、登记等手续的，依照其规定。

理解与适用

一、合同变更的含义

合同的变更是指合同成立后，当事人对合同的内容进行修改或者补充。本条规定的合同变更，不包括合同当事人或者合同主体的改变，债权人和债务人的改变，是通过本章债权转让、债务转移等制度调整的。

合同是当事人经协商一致达成的，合同成立后，就对当事人具有法律约束力，任何一方未经对方同意，都不得改变合同的内容。但是，当事人在订立合同时，有时无法对涉及合同的所有问题都作出明

确的约定；合同订立后，也会出现一些新的情况变化，导致合同内容需要调整。因此，当事人可以本着协商的原则，依据合同成立的规定，确定是否就变更事项达成协议，本法第5条也明确规定，民事主体从事民事活动，应当遵循自愿原则，按照自己的意思设立、变更、终止民事法律关系。如果双方当事人就变更事项达成了一致意见，变更后的内容就取代了原合同的内容，当事人就应当按照变更后的内容履行合同。不仅合同可以变更，法定的债权债务关系也可以被变更，本条实际上构成债的变更的一般性规定。

合同的变更不仅可以通过当事人协商一致的民事法律行为实现，还可以通过人民法院的判决或者仲裁机构的仲裁裁决实现，例如本法第533条第1款规定，构成情势变更的情况下，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更合同。另外，当事人单方也可以在符合法律规定的前提下变更合同，例如第777条规定的定作人单方变更、第805条的发包人变更、第829条规定的托运人变更^[1]和第922条规定的受托人情况紧急情形下的单方变更委托人指示。判决、仲裁裁决变更和当事人单方变更必须以符合法律的规定为前提。

合同变更与合同更新不同。所谓合同更新，又被称为合同更改，是消灭旧的权利义务，设定新的权利义务。其与合同变更的区别在于，合同变更没有使得合同丧失同一性，合同更新则使得合同丧失了同一性。^[2]故在合同变更中，合同债权所附着的担保、抗辩等利益和瑕疵继续存在，而合同更新中，这些利益和瑕疵归于消灭。学说上一般认为，区分变更和更新的关键是当事人的意思表示和订立合同的目的，以及客观上是债的要素变更还是非要素变更。在当事人意思表示不明的情形下，标的物的重大变化和合同性质的重大改变等原则上被推定为合同更新，而标的物数量的少量增减、履行地点的改变、履行期限的顺延等原则上被推定为合同变更。合同更新仍然以当事人之间的协议为基础，法律并不禁止。

二、合同意定变更的要件

合同变更，首先，要求存在已成立的合同关系，这是合同变更的前提，未成立、无效、被撤销、确定不发生效力的合同不能被变更。已经成立但尚未生效的合同，例如附生效条件和生效期限的合同，也可以被变更。本法第586条第2款中规定：“实际交付的定金数额多于或者少于约定数额的，视为变更约定的定金数额。”按照第586条第1款的规定，定金合同自实际交付定金时才成立，因此实际交付的定金数额多于或者少于约定数额的，并非是对已经成立的定金合同的变更，而是对未成立的合同中原约定的数额的变更，故不属于合同变更，仅是在效果上与合同变更相同，因此并非“变更约定的定金数

额”，而是“视为”变更约定的定金数额。

其次，要求对合同的内容进行了变更。合同变更可能是数量的增加或者减少；既可能是履行地点的变更，例如由北京改为上海，也可能是履行方式的改变，例如由出卖人送货改为买受人自己提货；既可能是合同履行期的提前或者延期，也可能是违约责任的重新约定；当事人给付价款或者报酬的调整更是常发生的合同变更事项；合同担保条款以及解决争议方式的变化也会导致合同的变更。以增加新的合同条款方式补充合同，尽管原合同内容没有发生变化，但增加了新的合同条款，所以合同也同样发生变更。

再次，要求当事人就变更事项协商一致。根据本法第136条第2款，一方当事人非依法律规定或者未经对方当事人同意不得擅自变更合同的内容，否则，变更后的内容不仅对另一方没有约束力，而且这种擅自改变合同的做法构成违约行为的，当事人应当承担违约责任。^[3]当事人的协商一致，可能是事先协商约定一定条件下的变更权，也可能是事后协商。^[4]但是，当事人对变更的协商一致，根据本法第133条，也属于通过意思表示变更民事法律关系的民事法律行为，因此应当符合本法总则编关于民事法律行为成立和效力的规定。

例如，依据本法第140条，当事人变更合同内容的意思表示可以是明示或者默示，但对合同变更的内容的意思表示必须是明确的。如果一方当事人要求变更合同，对方虽然未反对，但也没有明确表示同意，或者没有以其行为表示同意的，则不能认定对方当事人同意该变更。^[5]例如，房屋租赁合同到期后，承租人支付下个年度的租金，出租人予以接受，此时，房屋租赁合同的存续期限已经发生变更；如果承租人仅支付拖欠的租金，出租人予以接受，不宜认为房屋租赁合同的存续期限发生变更。又如，买受人明确表示变更交货时间，出卖人未作明示的同意变更的表示，但交货时间符合变更后的时间，该履行行为构成对变更交货时间的意思表示的同意。^[6]但是，在买卖合同中，债务人逾期交货，债权人要求继续交货，但对逾期交货的违约责任是否追究未作出明确的意思表示，这一般不宜被解释为具有变更合同履行期限的意思表示。^[7]如果对方当事人沉默，则依据本法第140条的规定，只有在法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯时，才可以被视为同意变更的意思表示。^[8]例如，本法第734条第1款规定，租赁期限届满，承租人继续使用租赁物，出租人没有提出异议的，原租赁合同继续有效，但是租赁期限为不定期，这也可以认为是租赁合同的存续期限发生了变更。^[9]

本条未对变更合同的形式作出限制，但是，对当事人来说，变更合同的，还是以书面形式为宜，这样有利于明确双方的权利和义务，

保证在发生纠纷时找到解决争议的依据。如果当事人明确约定应以书面形式变更合同条款，则口头变更不发生变更的效力。^[10]另外，有实务见解认为，合同中关于合同修改应以书面形式进行的约定，应解释为限于合同内容变更，主体变更未采用书面形式不影响合同效力。^[11]法律对合同变更的形式有规定的，应依规定的形式变更。例如，《保险法》第20条规定：“投保人和保险人可以协商变更合同内容。变更保险合同的，应当由保险人在保险单或者其他保险凭证上批注或者附贴批单，或者由投保人和保险人订立变更的书面协议。”

法律、行政法规规定合同的变更等情形需要办理批准等手续生效的，应当依照其规定。这在本法第502条第3款明确予以规定。同时，根据第502条第2款，如果未办理批准等手续导致当事人之间的改变原合同内容的合同的效力受到影响的，该合同不生效，但是不影响当事人履行报批等义务条款和相关条款的效力，应当办理申请批准等手续的当事人未履行该义务的，对方可以请求其承担违反该义务的责任。

《建设工程施工合同司法解释》第21条规定：“当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的，应当以备案的中标合同作为结算工程价款的根据。”依据本条规定，在中标的合同备案后，当事人不得对合同内容进行实质性变更，否则该变更无效，仍应当以备案的中标合同为依据确定当事人之间的权利义务关系。^[12]但如果补充协议关于结算方式予以变更，实质是对停工损失赔偿约定，属双方当事人在合同履行过程中经协商一致的合同变更，非属《建设工程施工合同司法解释》第21条规定的“黑白合同”^[13]。

三、合同变更的法律后果

如果双方当事人就变更事项达成了一致意见，变更后的内容就取代了原合同的内容，当事人就应当按照变更后的内容履行合同，合同没有发生变更的部分对当事人仍具有法律约束力。但是，除非当事人另有约定，合同变更原则上仅对合同未履行的部分具有约束力，如果当事人在合同变更前已经作出了履行，则除当事人另有明确约定外，合同的变更不具有溯及力，当事人所作出的履行仍然有效。^[14]当事人协商一致的合同变更原则上不影响当事人要求赔偿损失的权利，除非当事人有免除或者改变对方违约责任的明确意思。^[15]

同时，当事人之间的合同变更，未经第三人同意，不得对该第三人产生不利影响，否则对第三人不发生效力。例如，《民法典》第422条规定：“最高额抵押担保的债权确定前，抵押权人与抵押人可以通过协议变更债权确定的期间、债权范围以及最高债权额。但是，变

更的内容不得对其他抵押权人产生不利影响。”第695条规定：“债权人和债务人未经保证人书面同意，协商变更主债权债务合同内容，减轻债务的，保证人仍对变更后的债务承担保证责任；加重债务的，保证人对加重的部分不承担保证责任。”“债权人和债务人变更主债权债务合同的履行期限，未经保证人书面同意的，保证期间不受影响。”第765条规定：“应收账款债务人接到应收账款转让通知后，应收账款债权人与债务人无正当理由协商变更或者终止基础交易合同，对保理人产生不利影响的，对保理人不发生效力。”

第五百四十四条

当事人对合同变更的内容约定不明确的，推定为未变更。

本条主旨

本条是关于合同变更的内容约定不明确的规定。

相关条文

《合同法》第78条 当事人对合同变更的内容约定不明确的，推定为未变更。

理解与适用

合同变更的过程，就是当事人协商一致的过程。因此，合同中关于要约、承诺的规定也适用于合同变更的情况。当事人在变更合同的过程中，可能出现对需要变更的内容达不成统一意见的情况。例如，甲方向乙方订购100台空调，交货期为5月30日。由于当年暑期提前到来，甲方提出要求交货期改为5月15日。但是乙方货源很紧张，经过双方反复协商，乙方仅答应根据当时的货源情况，尽量提前交货。由于双方当事人对具体的交货期没有明确作出变更的约定，事后又无法达成补充协议，则在这种情况下推定为合同未变更。乙方未在5月15日交货，其行为不构成违约。

合同变更会改变当事人之间的权利义务，直接关系到当事人的利益，为了减少在合同变更时可能发生的纠纷，本条规定，当事人对于合同变更的内容约定不明确的，推定为未变更。即使当事人对变更形

成合意，在对变更的内容约定不明确的情况下，也推定为未变更，除非当事人可以举证推翻该推定。^[16]此时，当事人只需按照原有合同的规定履行即可，任何一方不得要求对方履行变更中约定不明确的内容。当事人在约定合同变更时，对部分条款的变更的约定明确，但另一部分条款的变更约定不明确的，如果这两类条款在内容上可以分开，则约定明确的部分有效，而约定不明确的部分推定为未变更；但如果这两类条款在内容上是不可分割的，则应当认为，整个合同条款的变更约定不明确，应当推定为未变更。

第五百四十五条

债权人可以将债权的全部或者部分转让给第三人，但是有下列情形之一的除外：

- （一）根据债权性质不得转让；
- （二）按照当事人约定不得转让；
- （三）依照法律规定不得转让。

当事人约定非金钱债权不得转让的，不得对抗善意第三人。当事人约定金钱债权不得转让的，不得对抗第三人。

本条主旨

本条是关于债权转让的规定。

相关条文

《合同法》第79条 债权人可以将合同的权利全部或者部分转让给第三人，但有下列情形之一的除外：

- （一）根据合同性质不得转让；
- （二）按照当事人约定不得转让；
- （三）依照法律规定不得转让。

一、债权转让的含义与功能

债权转让是指不改变债权的内容，由债权人通过合同将债权转让给第三人。从鼓励交易、促进市场经济发展的目的看，法律应当允许债权人的转让行为，承认债权的经济价值，使得债权具有流通性，实现担保融资、托收、贴现、保理、资产证券化等多种交易模式的构建可能。^[17]因此，债权原则上具有可转让性，债权人可以转让其债权，无论该债权是现有的还是将有的债权，只要债权可以被特定。此时，债权人作为让与人与第三人作为受让人之间必须经过协商一致达成债权转让合同，转让合同作为民事法律行为应当适用民事法律行为的一般性规定。同时依据第502条，如果法律、行政法规规定债权转让应当办理批准等手续的，依照其规定，未办理批准等手续影响合同生效的，不影响合同中履行报批等义务条款以及相关条款的效力。应当办理申请批准等手续的当事人未履行义务的，对方可以请求其承担违反该义务的责任。债权人既可以将债权全部转让，也可以将债权部分转让。债权全部转让的，第三人作为受让人取代原债权人即让与人的地位，成为新的债权人；债权部分转让的，第三人作为受让人，除双方另有约定外，受让人与让与人按份享有债权。

依据让与人与受让人之间的债权转让合同，除非让与人和受让人之间另有约定或者让与人在订立转让合同时知道或者应当知道，则让与人负有保证债权转让时确实存在、所有与该转让有关的文件或合同都是真实的并与其所声称的保持一致、其对该债权有处分权、其不会进行任何使得转让债权的价值落空或者减损的行为、债务人对转让债权没有抗辩权和抵销权、第三人不得向受让人主张任何权利等瑕疵担保义务，否则应当对受让人承担。但是，除非另有明确的约定，让与人并不对受让人承诺债务人具有或者将具有履行能力。同时，受让人取得债权后，为了使得受让人债权便于实现，受让人享有请求让与人告知主张转让债权的必要信息和交付转让债权证明文件的请求权。

二、禁止转让债权的范围和效力

但是，为了维护社会公共利益或者特定主体的私人利益，法律又对债权的可转让性进行了一定限制。为此，一些国家和地区的民法典都对不得转让的权利作出了规定。例如，《日本民法典》第466条第1款规定，债权得让与之，但其性质不容许让与者，不在此限。我国台湾地区“民法”第294条规定，债权人得将债权让与第三人。但下列债权不在此限：（1）依债权之性质不得让与者；（2）依当事人之特约不得转让者；（3）债权禁止扣押者。在吸取有关国家和地区的立法

经验和总结我国实践经验的基础上，本条明确有以下情形之一的，债权人不得转让其权利。

1.根据债权性质不得转让的权利

根据债权性质不得转让的权利，主要包括以下类型：（1）当事人基于信任关系订立的委托合同、赠与合同等产生的债权。例如，赠与合同的赠与人明确表示将赠与的钱用于某贫困地区希望小学的建设，受赠人如果将受赠的权利转移给他人，用来建造别的项目，显然违反了赠与合同订立的目的，损害了赠与人的合法权益。（2）债权人的变动必然导致债权内容的实质性变更，例如要求医院进行手术或者要求律师提供咨询的债权，不作为债权一般也不可被单独转让。（3）债权人的变动会危害债务人基于基础关系所享有的利益，实质性地增加了债务人的负担或风险，或实质性地损害了债务人的利益。例如，承租人请求交付租赁物的债权；甲有权请求保安公司提供保安服务，防止保管木材的仓库失窃，但后来该仓库出售给了乙，乙计划以该仓库存放电子设备，由于存放电子设备的安全风险比存放木材高很多，这就导致债务人的风险实质性增加。

在债权的部分转让中，不可分的债权根据债权性质不得被部分转让。同时，债权部分转让如果实质性地增加了债务人的负担或风险，也不得被部分转让。因此，金钱债权的部分转让并不会实质性增加债务人的履行负担，故金钱债权可以部分转让。对于非金钱债权而言，只有对该债权的履行是可分的，并且部分转让不会实质性增加债务人的履行负担的，才可以被部分转让。

2.按照当事人约定不得转让的权利

当事人可以对债权的转让作出特别约定，禁止债权人将权利转让给第三人，以使得债务人面对可能更为苛刻的新债权人、交易清算明晰、回避会计财务等事务手续的繁杂、避免因忽略转让通知而向让与人错误履行的风险、确保抵销利益、避免受让人住所地不利的法律和税收制度等利益。这种约定只要是有效的，债权人就应当遵守该约定不得再将权利转让给他人，否则其行为构成违约，造成债务人利益损害的，债权人应当承担违约责任。

3.依照法律规定不得转让的权利

我国一些法律中对某些权利的转让作出了禁止性规定。对于这些规定，当事人应当严格遵守，不得违反法律的规定，擅自转让法律禁止转让的权利。例如，我国文物购销一直实行国家统一管理、收购和

经营的政策，禁止私自倒卖文物的行为。为了保护国家的历史文化遗产，严格控制文物的出境，禁止公民个人私自将文物卖给外国人，《文物保护法》第25条规定，私人收藏的文物，严禁倒卖牟利，严禁私自卖给外国人。私人收藏的文物其所有权受国家的法律保护，其所有权的转移必须严格遵守国家法律的规定，转移的渠道要受法律的限制。因此，公民不得违反该规定将文物买卖合同中取得文物的债权转让给外国人。^[18]《信托法》第11条第4项规定，专以诉讼或者讨债为目的设立的信托无效，因此，不得专以诉讼或者讨债为目的设立信托而进行债权转让。

应当注意的是，债权不得转让的目的有可能是维护社会公共利益，也有可能是保护让与人、债务人或者特定第三人的私人利益，如果是后一种保护目的，则被保护主体的同意原则上可以使得债权具有可转让性。^[19]例如，《保险法》第34条第2款规定，按照以死亡为给付保险金条件的合同所签发的保险单，未经被保险人书面同意，不得转让或者质押。保险单债权的禁止转让是为了保护被保险人，避免发生道德风险，此时，被保险人的书面同意可以使得保险单债权能够被转让。同时，还需要注意的是，本法第761条规定，可以将现有的或者将有的应收账款转让给保理人，这与第440条第6项所规定的将有的应收账款也可以被出质的精神是一致的，但是这些债权的转让不得违反法律、行政法规的强制性规定和违背公序良俗。

按照当事人约定不得转让的权利中，债权人违反约定未经债务人同意而转让债权的，应当依法对债务人承担违约责任。但是，受让人能否取得债权，对此存在不同观点和立法例。^[20]第一种观点认为，禁止转让约定具有绝对效力，此时债权转让合同绝对无效或者不生效，受让人根本未取得债权，但是债务人的同意可以补正（绝对效力或者物权效力）。^[21]第二种观点认为，债权转让合同相对无效，仅仅是债务人可以主张债权转让合同无效。^[22]第三种观点认为，债权转让合同有效，受让人能够取得债权，债务人仅能向让与人主张违约责任（相对效力或者债权效力）。^[23]第四种观点区分受让人的善恶意，善意受让人得到特别保护能够取得债权，对恶意受让人而言，债权转让合同可能是绝对无效、相对不生效或者债务人有抗辩权。其中，第四种观点是我国理论上的通说观点。^[24]

考虑到债务人利益保护的债权流通性之间的平衡，在通过民事法律行为转让该类债权时，如果被转让的债权是非金钱债权，区分受让人的善恶意予以不同处理。在受让人为善意时，受让人取得债权，债务人不能对受让人主张债权禁止转让的抗辩，以保护善意的受让人并保障债权的流通价值；在受让人为恶意时，受让人仍然取得债权，但

债务人有权向受让人主张债权禁止转让的抗辩。如果被转让的债权是金钱债权，金钱债权的转让对债务人所造成的影响较小，而金钱债权的流通性价值在实践中却非常重要，其与融资之间的关系更为密切，实践中的债权转让也主要是金钱债权的转让。此时，受让人无论善意还是恶意，都能取得债权，债务人不能对受让人主张债权禁止转让的抗辩，债务人因此所遭受的损失，有权请求让与人承担违约损害赔偿责任。本条对金钱债权作出的规定，与《国际商事合同通则》第9.1.9条、《欧洲合同法原则》第11：301条、《国际保理公约》第6条第1款、《应收账款转让公约》第9条、《联合国国际贸易法委员会担保交易示范法》第13条基本一致，体现了最新的立法趋势。

最后，需要注意的是，有关证券、债券、票据等权利的转让，存在证券法、票据法等特别法规定，应当依据这些特别规定。同时，在我国法律中，除了通过民事法律行为转让债权外，还存在一些法定的债权移转情形，债权转让的一些规则可以参照适用于这些情形；关于应收账款质押中，对应收账款债务人的内部效力也可以参照适用债权转让的规则。

第五百四十六条

债权人转让债权，未通知债务人的，该转让对债务人不发生法律效力。

债权转让的通知不得撤销，但是经受让人同意的除外。

本条主旨

本条是关于债权转让通知的规定。

相关条文

《合同法》第80条 债权人转让权利的，应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生法律效力。

债权人转让权利的通知不得撤销，但经受让人同意的除外。

理解与适用

一、债权转让中的债务人利益保护

债权人转让债权有利于债权的流通性，发挥债权的经济价值。但是，债权人转让债权的行为会给债务人的利益造成一定的影响，因此，为了保护债务人的利益，本条规定了债权转让的通知。

关于债权人转让权利，不同国家的法律规定有所区别。有的国家的法律规定，债权人转让债权不必经债务人的同意，也无须通知债务人。这种制度设立的目的在于鼓励交易，加速经济的流转，因而给债权人充分行使其权利的自由，但其也忽略了对债务人利益保护的程度，在债务人不知道债权人权利转让的情况下，债务人可能无法获知当前的债权人，此时债务人就会面临重复履行和向错误的债权人履行的风险，给债务人的履行增加负担，引起不必要的纠纷。还有的国家的法律规定，债权人转让其债权可以不经债务人同意，但是必须将债权转让的事实及时通知债务人。这种制度考虑到了对债务人利益的保护，保证债务人能及时了解到权利转让的情况，避免了债务人重复履行和向错误的债权人履行所可能造成的损失。同时，对债权人转让债权的行为没有实质性的制约，也不会影响交易的正常运转。除了以上两种规定外，还有一种规定是要求债权人转让权利应当取得债务人的同意，如果转让方未经债务人的同意转让权利的，其转让行为不发生法律效力。这种制度确立的出发点，侧重于保护债务人的利益，通过限制债权的转让，达到稳定交易秩序的目的。但将债权人转让权利的效力交由债务人来决定，限制了债权人转让债权的权利，达不到债权流通和发挥债权的经济价值的目的。考虑到债权流通性和债务人利益保护之间的平衡，本法在债权转让的问题上确立了债权转让只需通知债务人的原则。

二、债权转让通知的效力

如果将债权转让不同效力层面的关键点都系于债权转让通知，在内部层面上将使得诸多交易实践无法展开，在外部层面上则无法有效降低受让人事前调查和事中防范成本，显著降低了债权的流通性。因此，《民法典》第546条第1款规定的债权转让通知并不决定债权转让的时间，也不决定债权的最终归属，而仅仅是对债务人发生效力的条件。受让人取得债权后债务人接到转让通知前，债务人有权拒绝受让人的履行请求，向让与人履行债务以消灭债权，也有权选择向受让人履行债务以消灭债权；债务人接到转让通知后，债务人应当向受让人履行而拒绝让与人的履行请求。

《合同法》第80条规定，“债权人转让权利的，应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生法律效力”。对此，债权转让通知

的效力并不清晰，债权转让通知是否是受让人取得债权的条件，应当予以明确。债权转让通知的目的是保护债务人，据此，是否通知债务人不影响受让人对转让债权的取得。因此，本条对《合同法》上述条文进行了修改，以更为明确，在让与人和受让人之间的关系上，受让人取得转让债权不以通知债务人作为条件，债权转让合同效力不因未通知债务人而受影响。如果转让债权已经存在，则除非让与人和受让人另有约定，受让人在债权转让合同生效时即取得债权；如果被转让的权利是将来债权或者尚不具备可转让性的债权，则在债权转让合同生效之后，转让债权成为现存权利或者具备可转让性时，受让人才取得债权。但是，为保护债务人，债权转让未通知债务人，该转让对债务人不发生效力，即使受让人取得了债权，债务人也有权拒绝受让人的履行请求；债务人向让与人履行债务的，债权消灭。如果债权转让通知了债务人，则债权转让对债务人发生效力，此时债务人即对受让人负有履行义务，并且有权以此拒绝让与人的履行请求；如果债务人仍然向让与人履行，则不发生债权消灭的效力。这样规定一方面尊重了债权人对其权利的行使，有利于保障债权的流通性，另一方面也防止债务人的利益受到损害，同时债权转让通知作为保护债务人的客观时点，避免了考察债务人主观因素所可能导致的不确定性进而过分增加债务人的审查成本和难度。

债权转让通知的生效、解释、撤回等，参照适用本法关于意思表示的规定^[25]，除法律另有规定、让与人和债务人另有约定外，转让通知原则上为不要式。^[26]以下情形都可以被认为作出了有效的转让通知，包括：让与人在债权转让通知文件上签章并实际送达债务人的，例如，将转让通知以邮寄形式向债务人法定注册地址或约定通讯地址寄送且已实际送达的、将转让通知书向产生债权的基础合同中债务人指定的联系人邮寄且已实际送达的；让与人在所转让债权的对应发票上对转让主体与内容等相关事项予以明确标记，且债务人收到该发票的；受让人与让与人、债务人共同签订债权转让合同的；经公证证明债权转让通知已经送达债务人，但有相反证据足以推翻公证的除外。转让通知的内容一般应当指明转让的事实，还要指明受让人的范围、被转让的权利，对于部分转让还要指明转让的范围。债务人对债权转让予以确认的，在大多数情形中，债务人的确认以让与人发出通知为前提，此时就可以认为已经存在让与人的通知，债务人确认就仅具有证据效力；如果让与人未发出转让通知而受让人发出，债务人对债权转让予以确认的，基于“禁反言”的价值考量，此时债务人的确认也发生与债权转让通知同等的效力。如果虽然没有向债务人发出转让通知，但受让人直接起诉或者申请仲裁后，法院或者仲裁机构经过审理确定了受让人已经取得债权，此时也可以判决或者裁决债务人应当向受让人履行。

债权转让通知债务人后，按照有效的债权转让合同，为保护受让人的利益，让与人对受让人负有不得撤销转让通知的义务。如果让与人在转让通知后有权随意单方撤销转让通知，则债务人即有权拒绝受让人的履行请求，在债务人向让与人做出履行后，债务人的债务消灭，此时受让人仅能向让与人请求，会因此而遭受讼累、承受让与人的破产风险等不利益，不利于受让人地位的保障和债权的流通。因此，原债权人无权撤销转让权利的通知，只有在受让人同意的情况下，债权人才能撤销其转让权利的通知。这也同样有助于保护债务人的利益，避免债权人单方撤销转让通知时债务人的审查困难。

第五百四十七条

债权人转让债权的，受让人取得与债权有关的从权利，但是该权利专属于债权人自身的除外。

受让人取得从权利不因该从权利未办理转移登记手续或者未转移占有而受到影响。

本条主旨

本条是关于受让人取得转让债权和从权利的规定。

相关条文

《合同法》第81条 债权人转让权利的，受让人取得与债权有关的从权利，但该从权利专属于债权人自身的除外。

理解与适用

一、受让人取得权利的范围

从权利是指附随于主权利的权利。抵押权、质权、保证等担保权利以及附属于主债权的利息等孳息请求权，都属于主权利的从权利。^[27]由于从权利是从主权利派生出来的，从权利从属于主权利，这也包括转让上的从属性。基于以上原因，不少国家和地区的法律都确定了合同主权利转让从权利也一并转让的制度。比如，《德国民法典》第401条规定，让与债权时，该债权的抵押权、船舶抵押权或质权，

以及由一项向上述权利提供担保所产生的权利，均随同移转于新债权人。《意大利民法典》第1263条规定，根据转让的效力，债权的转让要将先取特权、人的担保和物的担保以及其他从权利都转让给受让人。我国台湾地区“民法”第295条规定，让与债权时该债权之担保及其他从属之权利，随同移转于受让人。但与让与人有不可分离之关系者，不在此限。同样规定的还有《荷兰民法典》第6：142条、《应收账款转让公约》第10条第1款、《联合国国际贸易法委员会担保交易示范法》第14条、《国际商事合同通则》第9.1.14条等。

根据本条第1款规定，债权人转让主权利时应当将从权利一并转让，受让人在取得主权利的同时，也取得与债权有关的从权利。本法第407条也规定，债权转让的，担保该债权的抵押权一并转让，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外；第696条第1款也规定了债权人将全部或者部分债权转让给第三人，通知保证人后，保证人对受让人承担相应的保证责任。同时，主债权被分割或者部分转让的，各债权人可以就其享有的债权份额行使担保权。

考虑到有的从权利的设置是针对债权人自身的，与债权人有不可分离的关系，本条第1款在确立从权利随主权利转让原则的同时，规定专属于债权人自身的从权利不随主权利的转让而转让。在法律另有规定或者当事人另有约定时，受让人可能也会在取得主债权的同时未取得从权利。例如，本法第421条规定，最高额抵押担保的债权确定前，部分债权转让的，最高额抵押权不得转让，但是当事人另有约定的除外；第696条第2款也规定，保证人与债权人约定禁止债权转让，债权人未经保证人书面同意转让债权的，保证人对受让人不再承担保证责任。抵押权人在转让部分债权时，也可以与受让人约定，仅转让债权而不转让担保该部分债权的抵押权。

二、从权利的取得不以未履行转移登记手续或者未转移占有而受到影响

抵押权、质权等从权利随着主债权转让而转让，但受让人对这些从权利的取得是否以办理转移登记手续或者转移占有为前提呢？对此，存在不同观点。一种观点认为未办理转移登记手续或者转移占有，受让人就不能取得这些从权利，否则违反物权变动公示公信的原则；另一种观点认为无须办理转移登记手续或者转移占有，受让人即取得从权利。^[28]《合同法》对此未予明确规定。本条在《合同法》的基础上增设第2款，并采取了后一种观点，债权受让人取得这些从权利是基于法律的规定，并非是基于法律行为的物权变动，并且有利于保障主债权顺利实现。在债权转让前，这些从属性的担保权利已经进行了公示，公示公信的效果已经达成，因此没有进一步地保护第三

人进而维护交易安全的必要。这也与前述其他国家和地区的立法例基本保持了一致。此时，在物和权利担保的顺位上，仍是以设定担保的公示时间为依据而确定顺位。

第五百四十八条

债务人接到债权转让通知后，债务人对让与人的抗辩，可以向受让人主张。

本条主旨

本条是关于债务人在债权转让时的抗辩的规定。

相关条文

《合同法》第82条 债务人接到债权转让通知后，债务人对让与人的抗辩，可以向受让人主张。

理解与适用

一、抗辩延续的根据和抗辩的产生时间

债权人转让债权，不需要经债务人同意，因此债务人的利益不应因债权人转让权利的行为而遭受损害，受让人所享有的权利也不应优于让与人曾经享有的权利，而是享有和让与人同样的权利；同时，受让人较之债务人也更有能力控制由此所产生的风险。为了保障债务人利益，德国、意大利、日本、我国台湾地区的法律以及很多国际性合同法文件都规定了债权人的变化不影响债务人所享有的抗辩和其他权利，以保证债务人不会因为债权转让致使其应当行使的抗辩和其他权利无法行使。

根据本条规定，债务人接到债权转让通知后，债务人对让与人的抗辩，可以向受让人主张。首先是债务人在接到债权转让通知后，可以向受让人主张债务人对让与人的抗辩。根据本法第546条第1款的规定，只有在债务人接到债权转让通知后，债权转让对债务人才发生效力；在债务人接到债权转让通知前，债权转让对债务人不发生效力，此时债务人只需向让与人提出抗辩即可。关于该抗辩产生的时间点，

存在不同的立法例。第一种方式是，将债务人可以向受让人主张的抗辩限制在债务人接到转让通知时或者债务人知道债权转让时可以向受让人主张的抗辩^[29]；第二种方式是，如果抗辩是由原始合同或由构成相同交易一部分的任何其他合同产生的，则无论该抗辩产生于债务人接到转让通知之前还是之后，债务人都可主张，但其他抗辩则限定在债务人接到转让通知时对让与人所享有的抗辩。^[30]

如果采取前一种观点，则可能会产生不合理的结果，例如，甲作为卖方与乙签订买卖合同，约定先交货乙再付钱，在交货期限届满之前，甲将对乙的价金债权转让给丙并通知了乙，在丙向乙主张债权时，乙可否对丙主张因甲未交货所产生的抗辩。如果严格采取第一种方式，则因为此抗辩的产生时间是在乙接到转让通知之后，所以不能向丙主张，这显然是不合理的。因此，这些立法例通常认为，抗辩并非在债务人接到债权转让通知后才发生，但只要在此之前已经存在抗辩发生的法律基础或者依据即可。这与另一种立法例区别已经不大，因此本条采取了第二种观点。但是，应当注意的是，在受让人取得债权后，在债务人接到转让通知后因债务人和让与人之间的民事法律行为所产生的债务人对让与人的抗辩，未经受让人同意，一般对受让人不能发生效力。

二、抗辩范围

债务人接到债权转让通知后，可以行使抗辩来保护自己的利益，债务人的抗辩并不随债权的转让而消灭，所以，在债权转让的情况下，债务人可以向作为新债权人的受让人行使该抗辩。这些抗辩包括阻止或者排斥债权的成立、存续或者行使的所有事由所产生的一切实体抗辩以及程序抗辩，包括：诉讼时效完成的抗辩，债权不发生的抗辩，债权因清偿、提存、免除、抵销等而消灭的抗辩，基于双务合同产生的同时履行抗辩权、不安抗辩权和先履行抗辩权，先诉抗辩权以及程序上的抗辩等。债务人可以行使这些抗辩对抗新债权人的请求。债权让与后，债务人还可能因某项事实产生新的抗辩，比如，附解除条件的合同权利转让后，合同规定的解除条件成就时，债务人可以向受让人提出终止合同的抗辩。

应当指出的是，本条规定是为了保护债务人利益，从鼓励交易的角度出发，应当允许债务人放弃相关的抗辩，而不向受让人主张该抗辩。只要债务人放弃的意思表示明确且有效，适用本法总则编关于意思表示的一般规定，放弃的形式可以是多样的，例如，可以是债务人与受让人的协议、债务人与让与人和受让人之间的三方协议或者债务人向受让人作出的单方放弃的意思表示等。尤其债务人放弃抗辩的意思对债务人利益存在不利影响，因此在有疑义时，应作出对债务人更

为有利的限制性解释。

第五百四十九条

有下列情形之一的，债务人可以向受让人主张抵销：

（一）债务人接到债权转让通知时，债务人对让与人享有债权，且债务人的债权先于转让的债权到期或者同时到期；

（二）债务人的债权与转让的债权是基于同一合同产生。

本条主旨

本条是关于债务人在债权转让时行使抵销权的规定。

相关条文

《合同法》第83条 债务人接到债权转让通知时，债务人对让与人享有债权，并且债务人的债权先于转让的债权到期或者同时到期的，债务人可以向受让人主张抵销。

理解与适用

一、债务人的抵销延续

债权人转让权利不需要经债务人同意，因此债务人的利益不应因债权人转让权利的行为而遭受损害。如果债务人对债权人也享有债权，那么，在这种情况下，债务人可以依照法律的规定向受让人行使抵销权。

抵销是债权债务终止的情形之一，根据本法第568条第1款规定，当事人互负债务，该债务的标的物种类、品质相同的，任何一方可以将自己的债务与对方的到期债务抵销；但是，根据债务性质、按照当事人约定或者依照法律规定不得抵销的除外。一些国家和地区的法律对债务人行使的抵销权作出了规定，但构成的条件有所不同。《德国民法典》第406条规定，债务人也得对原债权人享有的债权向新债权人主张抵销。同时规定以下两种情况下债务人不得行使抵销权：一是债务人向原债权人取得债权的当时，已知债权让与的事由；二是债务

人取得的债权在其知有让与后，而且取得的债权又在让与的债权之后才到期。《瑞士债务法》第169条第2款、我国台湾地区“民法”第299条第2项的规定与此类似。也有的立法例区分规定，如果反对债权和转让债权是基于同一交易产生的，无论债权人取得反对债权的时点是在债务人接到转让通知之前抑或之后，债务人均可主张抵销；其他反对债权则必须是在债务人接到转让通知时债务人已经取得，或者是基于债务人接到转让通知前的法律原因取得。采取这种立法例的有《日本民法典》第469条、《荷兰民法典》第6：130条第1款、《应收账款转让公约》第18条、《欧洲合同法原则》第11：307条第2款、《美国统一商法典》第9-404条（a）、《担保交易示范法》第64条第1款等。本法在《合同法》规定的基础上采纳了第二种方式，即区分两种情形分别予以规定。

二、非独立抵销

根据本条第1项规定，债务人对受让人主张抵销权的条件如下。首先，债务人必须对让与人享有债权，且标的物种类、品质相同。其次，债务人对让与人享有债权的法律原因必须在债务人接到债权转让通知时已经存在。这是为了避免债务人在接到债权转让通知后才紧急从他人处低价取得对让与人的债权，进而损害受让人的利益，受让人此时也无法预防此种情形的出现。再次，债务人对让与人的债权先于转让的债权到期或者同时到期。例如，债务人于7月1日接到债权转让通知，债务人对让与人的债权是8月1日到期，而转让的债权是同年8月1日或者9月1日到期，此时债务人就可以向受让人主张抵销。

三、独立抵销

根据本条第2项规定，债务人对受让人主张抵销权的条件如下。首先，债务人必须对让与人享有债权，且标的物种类、品质相同。其次，债务人对让与人的债权与转让债权是基于同一合同产生的。由于这两个债权是基于同一合同产生的，因此具有密切的联系，受让人就应当认识到债务人对让与人可能基于该合同享有债权，因此受让人能够在订立债权转让合同时对这种抵销可能性进行预先的安排。例如，甲作为卖方和乙签订货物买卖合同，甲在交完货之后将其对乙的支付价款的债权转让给丙，并通知了乙。丙向乙请求支付价款时，乙以甲交的货有质量瑕疵为由，主张以乙对甲享有的违约赔偿债权抵销该支付价款债权。此时，转让债权与乙对甲的违约赔偿债权都是基于该货物买卖合同产生的，乙可以向丙主张抵销。

应当注意的是，如果债务人在接到债权转让通知时，债务人的抵销权依照法律规定已经产生，其可以行使抵销权但尚未行使，即使在

债权转让后，债务人原本可以主张抵销的利益此时也应加以保护，因此在债务人接到转让通知后，仍可以向受让人主张该抵销。例如，转让的债权于8月1日到期，债务人对让与人的债权于同年9月1日到期，而债务人于9月15日接到转让通知。债务人接到债权转让通知时，债务人已经依据本法第568条第1款的规定取得抵销权，在其接到债权转让通知后，仍然可以向受让人主张之前已经产生的抵销权。

债务人向受让人主张此种抵销的，应当依据第568条第2款的规定通知受让人，并且抵销不得附条件或者附期限。

第五百五十条

因债权转让增加的履行费用，由让与人负担。

本条主旨

本条是关于因债权转让增加的履行费用负担的规定。

相关条文

《民法典》第511条 当事人就有关内容约定不明确，依据前条规定仍不能确定的，适用下列规定：

.....

（六）履行费用的负担不明确的，由履行义务一方负担；因债权人原因增加的履行费用，由债权人负担。

理解与适用

债权转让可能会增加债务人履行债务的费用，为了保护债务人利益，应当规定增加的履行费用由让与人最终负担。债权转让后，债务人履行债务的费用可能会有所增加，例如，受让人有权要求债务人在其他地点履行、债权部分转让等情形中，基于对债务人利益保护的考虑，参考《欧洲合同法原则》第11：103条等立法例，本条明确规定了因债权转让增加的履行费用，由让与人负担。具体而言，因债权转让而额外增加的债务人的履行费用，有约定的按约定处理；无约定

的，基于保护债务人利益的考虑，当然不应由债务人自行承担，债务人有权在受让人要求履行时相应地依法主张抵销或者行使履行抗辩权。债务人或者受让人先负担了增加的履行费用的，除另有约定外，可以要求让与人最终负担该增加的履行费用。这也与《民法典》第511条第6项的规定保持一致，当事人就有关履行费用的负担约定不明确并且无法确定的，因债权人原因增加的履行费用，由债权人负担。

第五百五十一条

债务人将债务的全部或者部分转移给第三人的，应当经债权人同意。

债务人或者第三人可以催告债权人在合理期限内予以同意，债权人未作表示的，视为不同意。

本条主旨

本条是关于债务转移的规定。

相关条文

《合同法》第84条 债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人的，应当经债权人同意。

《诉讼时效规定》第19条第2款 债务承担情形下，构成原债务人对债务承认的，应当认定诉讼时效从债务承担意思表示到达债权人之日起中断。

理解与适用

一、债务转移的含义

债务转移，又称为“免责的债务承担”^[31]，是指不改变债务的内容，债务人将债务全部或者部分地转让给第三人。正如债权人可以全部或者部分转让债权一样，债务人也可以依照法律规定将债务全部或者部分转让转移给第三人。与消灭一个既存的债的关系才能缔结新债相比，债务转移制度克服了债的相对性，使得债务关系没有因为债务

人一方的改变而消灭，避免对本已谈妥的事项重新商议而引发风险[32]，从而节省交易者的时间和精力。其背后往往存在一定的经济目的，例如，销售商甲有权请求货物买方乙支付货款，但甲对货物供应商丙负有债务，此时，甲可以将其对丙所负的债务转移至乙，经过丙同意后，由乙对丙直接履行。[33]对债务转移分为以下情况：一种情况是债务的全部转移，在这种情况下，新的债务人完全取代了原债务人，新的债务人负责全面地履行债务；另一种情况是债务的部分转移，即原债务人和新债务人负有按份债务。

债务人转移债务有别于约定由第三人履行债务。本法第523条规定，当事人可以约定由第三人向债权人履行债务，第三人不履行债务或者履行债务不符合约定的，债务人应当向债权人承担违约责任。两者最大的区别在于，在债务人转移债务时，第三人作为新的债务人相应地取代债务人，因此，当第三人不履行债务或者履行债务不符合约定的，应当由第三人向债权人承担责任；但在由第三人履行的债务中，债务人和债权人的关系继续存在，第三人和债权人之间不存在直接的关系，因此，第三人不履行债务或者履行债务不符合约定的，由债务人向债权人承担责任。

同时，债务转移也与第三人代为履行或者履行承担不同。本法第524条第1款规定，债务人不履行债务，第三人对履行该债务具有合法利益的，第三人有权向债权人代为履行；但是，根据债务性质、按照当事人约定或者依照法律规定只能由债务人履行的除外。两者都是由原债权债务关系以外的第三人向债权人履行债务，从而使得原来存在的全部或部分债权债务归于消灭。两者的区别主要有以下几方面：

（1）在债务人转移债务时，债务人应当征得债权人的同意。在第三人代为履行债务的情况下，符合法律规定时，第三人单方表示代替债务人清偿债务或者与债务人达成代替其清偿债务的协议，不必经债权人的同意；第三人对履行该债务具有合法利益的，债权人甚至无权拒绝。（2）在债务人转移债务的情况下，第三人作为新的债务人相应地取代债务人。第三人代为履行时，不涉及债务人的变化，第三人只是履行主体而不是债务人，债权人不能把第三人作为债务人要求第三人履行债务。（3）在债务人转移债务后，第三人相应地作为债务人，如果第三人未能履行债务，债权人可以直接请求第三人履行，而不能再要求原债务人履行。在第三人代为履行的情况下，第三人不履行或者不完全履行，债权人只能要求债务人承担责任，而不能要求第三人承担责任。

债务承担和第三人代为履行的界限有时并非十分清晰，由于当事人往往约定不明确，更会出现两种类型交错的局面：合同中虽然

有“债务转移”字样但约定的内容是支付价款；或者反过来可能合同中约定“代为偿还”，但又为第三人设定了债务。在实践中，法官往往通过考察约定中是具有较强的履行意愿，还是更着重为第三人设定义务的意图来区分。^[34]如果在合同中使用“委托付款”或者“代为支付”等类似表达，一般认为是第三人代为履行债务。^[35]反之，如果合同强调的是偿还债务本身，或者明确约定债权人可以向第三人直接主张，则会被看做是债务转移。^[36]当事人之间就是债务转移抑或第三人代为履行约定不清晰的，应当基于保护债权人对债务人资信状况或者债务履行能力的信赖，认为是由第三人代为履行债务而非债务转移，因此，第三人不履行债务或者履行债务不符合约定的，由债务人而非第三人向债权人承担责任。^[37]

二、债务转移的构成要件

债务转移合同的订立，由于涉及债权人、债务人、第三人（新债务人），故可通过三种方式实现免责的债务承担：一是由债务人与第三人订立债务转移合同；二是由第三人与债权人直接订立债务转移合同；三是由债权人、债务人和第三人三方共同订立债务转移合同。就本条文义而言，本条明文规定的内容当属第一种方式，即债务人与第三人订立债务转移合同，并经债权人同意的方式，这也是债务转移的常态。

（一）债务存在且不具有不可转移性

1. 债务存在

在债务转移中，首先，要求存在债务。已经有效成立的债务自然可以转移；未来发生的债务也可以进行转移，而且这种转移与对已有债务的转移效力相同，只是债务实际产生时才发生债务转移的效力。^[38]

时效期间届满的债务也可被转移，当债务人与第三人就诉讼时效届满的债务达成债务转移合同，且经债权人同意的，因该债务转移合同合法有效，自然应受法律的保护。但问题在于，在债务人与第三人订立合同后，能否认为债务人或者第三人已通过此种方式同意履行债务，进而推导出第三人（新债务人）不享有诉讼时效届满的抗辩权？对此存在不同观点。^[39]更为合适的观点是债务人与第三人订立债务转移合同的，在有疑义时，并不当然构成同意履行债务而丧失诉讼时效期间届满的抗辩权，因为抗辩权放弃对债务人和第三人产生不利，故需要债务人和第三人更为明确的意思表示，且这对债权人并未增加新的不利；此时，在债权人同意后，债务转移并非成立新的债务，债务仍

然具有同一性，依据《民法典》第553条规定，第三人（新债务人）仍然能够对债权人主张诉讼时效期间届满的抗辩权。^[40]

2. 债务不具有不可转移性

债务原则上具有可转移性，但是，根据债务的性质、当事人的约定或者法律规定，也存在不得被移转的情形。例如，法律明确规定不得转移的债务，例如《民法典》第894条第1款规定，保管人一般不得将保管物转交第三人保管；法律未明确规定，但根据债务的性质只能由债务人本人而不能由他人履行的债务，如著名画家绘制肖像的债务、歌手登台演出的债务，这些债务重视债务人的个性、技能、熟练程度等，通常不许转移^[41]；当事人约定不得转移的合同债务，此为当事人意思自治、合同自由的表现，自应尊重当事人的意思。

但是，对于债务的可转移性的限制无须特别严格。债务转移的制度目的在于尊重当事人对于自身债权债务的安排，在充分保护债权人利益的前提下，使债务人摆脱原债务关系，从而实现权利义务在全社会范围内的合理配置，其效力仅发生于债权人、债务人、承担人之间，不违反社会公共利益、善良风俗，并无加以严格限制的必要。^[42]无论是性质上不可转移的债务，还是当事人特别约定不得转移的债务，如果限制转移的目的是保护债权人的利益，均可以通过债权人同意这一环节发生效力，债权人同意本身已经保护了债权人自己的利益，债权人同意债务转移本身就使得这些债务具有了可转移性。

（二）债务人和第三人之间订立债务转移合同

债务人和第三人之间签订债务转移合同，该债务转移合同适用民事法律行为和合同的一般规定。如果法律、行政法规规定应当办理批准等手续生效的，应依法办理这些手续。在债权人同意前，债务人和第三人可以协商一致变更或者解除债务转移合同。

在债务人和第三人订立的债务转移合同中，必须存在由第三人负担债务并且债务人从债务关系中脱离出来的明确意思表示。欠缺此种明确意思表示的，即使经过债权人同意，也不能发生债务转移的法律效果。^[43]

（三）经债权人同意

1. 债权人的同意

按照本条第1款的规定，债务转移需要经过债权人的同意。在债

务的多种类型中，合同债务是最为重要的一种，债权人和债务人的合同关系是产生在相互了解的基础上，在订立合同时，债权人一般要对债务人的资信情况和偿还能力进行了解，而对于取代债务人或者加入债务人中的第三人的资信情况及履行债务的能力，债权人不可能完全清楚。所以，如果债务人不经债权人的同意就将债务转让给了第三人，那么，对于债权人来说显然是不公平的，不利于保障债权人合法利益的实现。债务人不转移的是全部债务还是部分债务，都需要征得债权人同意。^[44]未经债权人同意，债务人转移债务的行为对债权人^[44]不发生效力。债权人有权拒绝第三人向其履行，同时有权要求债务人履行债务并承担不履行或者迟延履行债务的法律责任。转移债务要经过债权人的同意，这也是债务转移制度与债权转让制度最主要的区别。

债权人的同意是单方的需受领的意思表示。其包括事前和事后的同意，故债权人同意也可以事先作出，但为保护债权人的利益，债务转移仍需要通知债权人才可对债权人发生效力。^[45]债权人的同意可以向债务人或者新债务人作出。按照《民法典》第140条，债权人的同意可以是明示的方式，也可以是默示的方式，例如债权人向新债务人为催告、诉讼，通知新债务人对债权进行转让，在新债务人破产时申报破产财产，免除，未为保留而受领新债务人的给付或者对新债务人其他有关债务的行为表示同意等。^[46]单纯的沉默只有在有法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯时，才可以被视为债权人同意。^[47]在一些特殊的情况下，如果债权人的利益已经获得足够的担保，债务人的人身性不再重要的时候，可以从默示中推定出债权人的同意。例如，债务人为担保债务而在特定物上为债权人设有抵押权，后来该特定物被出售，买受人愿意承担债务，以减少现金的支付，由于债权人因抵押权而得到了足够可靠的担保，所以此时债务人个人的给付能力不再具有实质意义，如果在合理的期间内债权人没有表示明确的拒绝，则债权人的沉默可以视为同意。^[48]

同时，债务人与第三人之间的债务转移合同，在债权人同意之前，对于债权人不发生效力。因而，债务人或者第三人为避免债务转移的效力久悬不决，均可定合理期限请求债权人就是否同意作出答复。债权人逾期不为答复的，基于保护债权人利益的考虑，即应视为不同意。本条第2款明确规定，债务人或者第三人可以催告债权人在合理期限内予以同意，债权人未作表示的，视为不同意。但债权人虽未明确作出同意的意思表示，但其主动向承担债务的第三人请求履行债务的，应视为同意。^[49]

2. 债权人不同意的效力

如果债权人不同意，对其效力存在不同观点。一种观点认为债权人同意只是债务转移合同对于债权人生效的要件，故债权人拒绝承认债务转移合同时，第三人或债务人均不得以合同之效力对抗债权人，因此债权人仍以原债务人为债务人，唯在第三人与债务人之间，合同效力已经发生。^[50]另一种观点则认为，债务人与第三人之间的债务转移合同，因债务人和第三人意思表示一致而成立，在债权人同意之前，其债务是否发生移转的效力，尚处于不确定状态，只有经债权人同意，债务转移合同方确定地发生效力，即债权人的同意是债务转移合同的生效要件。^[51]

债务转移合同必须经过债权人同意方能对债权人发生效力，乃出于保护债权人的考虑，故在债务转移合同未经债权人同意时，仅需要其不对债权人生效即足以起到保护债权人的目的，并无必要将债务转移合同的效力完全否定。^[52]此时，债务人和第三人之间的债务转移合同的效力，应当根据当事人的意思加以确定，如果当事人有明确的意思，例如约定于债权人拒绝时转化为第三人代为履行债务等，则依其意思发生效力。如果当事人没有约定或者约定不明确，除债务是具有人身性质的债务外，可以将该合同转换为由第三人代为履行债务的合同，即债务人与第三人约定由第三人替代该债务人履行债务，债权人保留对债务人的请求权^[53]；债务人仍负有向债权人履行的义务，债权人仍有权向债务人请求履行债务，但不能请求第三人履行债务。

三、债务转移的法律后果

除另有约定外，全部债务被转移后，原债务人脱离债务关系而不再是债务人，而由第三人作为新债务人完全取代原债务人的地位，成为新的债务人。债权人有权请求该第三人履行债务，并在第三人不履行债务或者不完全履行债务时请求第三人承担责任。债务被部分转移的，除另有约定外，第三人仅就部分债务负责，原债务人对未转移的部分债务仍须负责，两个债务各自独立，第三人和债务人对债权人负有按份债务。除另有约定外，债务人对第三人的履行能力不负有担保义务。即使新债务人不履行债务或者陷入破产导致债权不能实现，债权人也不能要求原债务人继续履行。^[54]同时，《诉讼时效规定》第19条第2款规定：“债务承担情形下，构成原债务人对债务承认的，应当认定诉讼时效从债务承担意思表示到达债权人之日起中断。”这意味着，债务转移并非当然构成原债务人对债务的承认。

至于第三人履行债务后与债务人之间的关系，依据第三人与债务人之间的约定，或者无约定时第三人代为履行的后果而处理。例如，第三人为了向债务人为赠与，自不存在第三人对债务人的追偿权问题；如第三人是为了消灭其对债务人的债务，则第三人对债务人的债

务因此归于消灭；如第三人是受债务人的委托代为清偿，则依据《民法典》第921条规定，委托人应当予以偿还并支付利息。

四、其他方式的债务转移

债务人、第三人可以和债权人三方共同订立债务转移合同，此时可以认为债权人已经同意，这与债务人与第三人订立债务转移合同并经债权人同意并无实质差异，只是在债权人同意的时间上存在先后之别，故无须特别论述。

债务转移合同也有可能是债权人和第三人之间签订。由于债务原则上均可由第三人履行，而债权人对自己权利又有处分权，故第三人与债权人自可约定由第三人代替原债务人而承担其债务。从性质上而言，该种承担合同具有为第三人利益（原债务人利益）合同的属性，只不过其并非要为原债务人增加利益，而是免除或减轻原债务人原有的负担，通常对债务人只有利益而无不利益的影响。因此，一般认为，这种债务承担原则上无须原债务人的意思表示，也不必通知原债务人。^[55]

固然，该合同一般情况下对债务人是有益的；但是，也有可能出现债务人对此不存在利益的情形，甚至债务人有合理的理由要求履行债务，例如债务人考虑到其被取代对声誉的影响，或者无法通过履行债务训练团队以吸引未来的业务，甚至可能已经和他人签订辅助性的合同以履行债务，此时可能要被迫解除这些合同。因此，该类债务转移合同至少应当通知债务人，债务人应当至少能够拒绝债权人和第三人之间签订的债务转移合同对其发生效力。^[56]这也类似于《民法典》第522条第2款规定的真正的利益第三人合同的构建方案。^[57]债务人拒绝的，第三人仍然基于其与债权人之间的合同对债权人承担债务，但是债务人和第三人对债权人承担连带责任。^[58]即使如此，对债权人而言，债权人也可以通过将其对债务人的债权依法转让给第三人，实现同样的交易目的，此时无须取得债务人的同意。

至于第三人履行债务后与债务人之间的关系，依据第三人与债务人之间的约定或者无约定时第三人代为履行的后果而处理。但是，如果债务人对第三人和债权人订立的债务转移合同明确表示反对的，则类似于违反本人意思的不适当无因管理，此时可以参照适用《民法典》第980条的规定，债务人享有利益的，应当向第三人偿还必要费用，但以债务人获得利益的范围为限。^[59]

第五百五十二条

第三人与债务人约定加入债务并通知债权人，或者第三人向债权人表示愿意加入债务，债权人未在合理期限内明确拒绝的，债权人可以请求第三人在其愿意承担的债务范围内和债务人承担连带债务。

本条主旨

本条是关于债务加入的规定。

相关条文

本条为新增条文。

理解与适用

一、债务加入的含义

债务加入，又被称为“并存的债务承担”，即原债务人不退出债权债务关系，第三人加入债务中，作为新债务人和原债务人一起向债权人负有连带债务。关于是否应当规定债务加入存在不同的观点。有的观点认为，关于债务转移尤其是债务部分转移的规定已经包含了债务加入，无须特别规定；有的观点认为，债务转移指的是免责的债务转移，与作为并存的债务转移的债务加入不同，应当对债务加入予以明确规定。本条最终增加了对债务加入的明确规定，毕竟债务加入与免责的债务转移存在构成要件、法律效果等多方面的不同，对债务加入予以明确规定，有利于明确两者的不同，有利于法律适用的清晰，有利于债权人权利的实现，也在一定程度上减轻了其他债务人的负担。

债务加入与第551条规定的债务转移之间的区别在于，债务转移中，原则上原债务人不再作为债务人，而由第三人作为债务人；但债务加入中，第三人和原债务人一起对债权人负有连带债务。相较于免责的债务承担需要债权人的同意这一要件方可对债权人生效，债务加入并不需要债权人的积极同意，原因在于债务加入制度有利于增强债权的实现可能，对债权人而言相当于增加一份债务担保，取得较高的债权保障，从而更好地保护了债权人的利益。^[60]

根据原债务人是否完全退出债务关系，在债务加入和债务转移之间，还可能依据当事人的约定存在居于两者之间的类型，即债务人不脱离债务关系，但债权人必须先对新债务人请求，如果新债务人不履

行或者不完全履行债务的，原债务人的债务没有消灭，债权人仍可以请求原债务人履行。^[61]该情形是将原债务人作为次级债务人，原债务人此时更类似于保证人的地位，但是仍然存在是否受到保证期间限制等一些不同。这种约定仍然需要债权人同意，因为债权人面临首先起诉新债务人的麻烦和损失。^[62]此时，在抗辩和抵销方面，这和完全的债务转移相同，在原债务人未摆脱的债务范围内，任何为原债务人履行债务而提供的人或物的担保均不受债务人变化的影响；原债务人的责任，由关于担保人的责任规则调整，参照适用保证人的规则处理。^[63]

如果当事人对原债务人是否完全退出债务关系没有约定或者约定不明时，考虑到债权人对债务人资力和履行能力的信赖，基于保护债权人利益的价值，债务人不应轻易地从债务中摆脱，可以推定为债务加入。^[64]例如，业主与物业服务人明确约定由物业服务人支付物业费，但未经物业服务人同意；或者虽然明确约定由物业服务人支付物业费，但并未约定业主不再支付物业费。此时，不能对物业服务人增加不利，业主不能轻易摆脱支付物业费的义务，此时可以理解债务加入。

同样应当区分的是债务加入和连带保证。两者均增加了担保债权实现的责任财产^[65]，在一些方面，债务加入可以参照适用担保的规则。^[66]但是，不同之处在于：第一，保证债务是债务人不履行债务时，保证人承担保证责任的从属性债务，而债务加入时第三人作为连带债务人，没有主从关系^[67]；第二，连带保证具有保证期间和诉讼时效的限制，而债务加入后产生的连带债务仅具有诉讼时效的限制；第三，连带保证人承担保证责任后，无特别约定时可以向债务人追偿，而债务加入人作为连带债务人履行债务后，是否对债务人有追偿权，取决于其与债务人之间的约定。^[68]对债权人而言，债务加入比连带保证更为有利；相应地，对第三人而言，债务加入就更为不利。

究竟是债务加入还是连带保证，直接关系到保证期间规定是否适用，具有重要的实践意义。首先，应当根据第142条第1款予以意思表示解释。其中需要考虑第三人出具的承诺函或当事人签订的协议所使用的文字词句，如果承诺函或协议明确使用“保证”或“债务加入”的措辞，原则上应依其表述进行相应的定性，除非存在足以支持偏离文义进行解释的特别情事；但是在协议或承诺函的措辞明确但具有多种理解可能性、其他内容与措辞相互矛盾或者措辞并不明确、语义含混之时^[69]，就应当不拘泥于所使用之词句，而应加以合理裁判，例如在协议或承诺函的其他内容，实际履行情况等与保证之特性不甚契合的情形，即便明确采用“保证”的表述，亦不得认定为保证。^[70]履行顺

位的约定可以排除债务加入，而更接近一般保证^[71]；不以债务人届期未履行作为第三人履行债务的条件可以排除保证。^[72]同时，还需要考量第三人自身对债务的履行是否具有直接和实际的经济利益，如果是，则更有理由认为是债务加入^[73]；但是不可绝对化，毕竟，尽管利益标准的确立为解决实务问题提供了思路，但其自身也有不合理之处，一方面是债务加入人并不必然意在追求自身的经济利益，另一方面是“直接的经济利益”的内涵往往也并不明晰，依赖于法官的自由裁判。^[74]

即使如此，在有疑义时，应推定为债务加入还是连带保证，仍存在不同观点。如果从保护债权人的立场出发，则可以认为在约定不明时，推定为债务加入。^[75]但是，债权人已经在原有债权之外增加了一个保障，而此时更需要考虑第三人的意思自治，如果从意思自治的立场出发，对意思表示人的后果越严重，越需要意思表示人更为明确的意思表示，因此，债务加入和连带保证约定不明时，由于债务加入对加入人更为苛刻，后果更为严重，就应当需要更为明确的意思表示，故推定为连带保证更为妥当。^[76]

二、债务加入的要件

在债务加入中，同样首先要求存在债务和债务不具有不可转移性。其次要求存在债务加入合同。这在第551条的释义中已经说明，不再赘述。

债务加入合同可以是第三人和债务人约定，可以是第三人、债务人和债权人共同约定，也可以是第三人直接单方向债权人表示愿意加入或者债权人和第三人之间签订债务加入合同。^[77]债权人、债务人、加入人三方共同达成债务加入的协议，约定由加入人、债务人共同向债权人负责，此种协议表明各方不仅在债务人与第三人之间达成了转让债务的合意，而且该债务加入的合意取得了债权人的明确同意，此种情形下构成债务加入并无疑义。

但是，如果是第三人和债务人约定，或者第三人直接单方向债权人表示愿意加入，是否需要债权人的同意，立法例或者学说存在不同观点：有的认为同样需要债权人的同意^[78]；有的认为无需债权人的同意而仅需通知^[79]；有的认为无需债权人同意，但债权人有权拒绝。^[80]考虑到债务加入一般对债权人不会造成损失，但是，任何人均有权拒绝获利，且在例外情形中也可能对债权人增加不便，因此本条明确规定，无需债权人明确同意，但是应当通知债权人，债权人有权在接到通知后的合理期限内对此予以明确拒绝。这与民法典第522条第2款规定的真正的利益第三人合同、第575条规定的债权人免除情

形中的考量类似。

当然，在第三人向债权人表示愿意加入债务，或者债权人和第三人之间签订债务加入合同，无须债务人同意。^[81]但是，与上述债权人和第三人订立债务转移合同的情形相同，债务加入也可能对债务人产生不利影响，故该类债务加入合同至少应当通知债务人，债务人也有权拒绝债权人和第三人之间签订的债务转移合同对其发生效力，这同样类似于本法第522条第2款规定的真正利益第三人合同的构建方案。^[82]此时，虽然第三人和债权人之间的合同仍然在他们之间发生效力，但是不能对债务人发生效力。

实践中，在房屋租赁合同纠纷案件中，由于存在大量的承租人与实际使用人不一致的情况，因此债务加入的情况较多。如果实际使用人享有租赁合同的权利，也已经以自己名义履行合同义务，或者事后同意履行合同义务的，可以认定构成债务加入。出租人向承租人主张权利的同时，可以一并主张实际使用人共同履行债务。这里认定债务加入应分两种情况，一种是实际使用人同意承担合同债务。这种情况双方无争议，法院可直接认定债务加入。另外一种是在实际使用人在合同履行过程中已经实际履行了合同债务，如以自己名义交纳租金、与出租人进行债务对账清算等，对此种情况法院应当根据出租人提供的证据加以审核，如租金支付记录、租金发票开具情况、双方来往函件等。只有相关证据足以证明实际使用人构成债务加入，才能认定实际使用人承担合同义务。^[83]同时，债务加入不等同于债务转移，即使构成债务加入，实际使用人同意履行债务，也不免除承租人的债务。

三、债务加入的法律后果

构成债务加入后，除另有约定外，第三人和债务人负有同一内容的债务，但债务人并不因此而免负债务，而是与第三人一起对债权人负有连带债务，当然，连带债务的范围应当限制在第三人愿意承担的债务范围内。^[84]此时，除当事人另有明确约定外，《民法典》关于连带债务的规定应当在债务加入中被适用；同样，《民法典》第553条和第554条关于新债务人抗辩、抵销权和承担有关从债务的规定，在债务加入中，在不相抵触的范围内也被适用。^[85]但需要注意的是，由于在债务加入中，债务人并未被取代而摆脱债务，仍然要对债权人负有债务，因此，为债务人提供的担保并不因第三人加入债务而受到影响，但该担保仍然仅对债务人发生担保效力，而对加入的第三人不发生担保效力。例如，本法第697条第2款就规定，第三人加入债务的，保证人的保证责任不受影响。^[86]

至于第三人履行债务后与债务人之间的关系，仍然依据第三人与

债务人之间的约定或者无约定时第三人代为履行的后果而处理。同样，如果债务人对第三人和债权人订立的债务加入合同明确表示反对的，则类似于违反本人意思的不适当无因管理，此时可以参照适用《民法典》第980条的规定，债务人享有利益的，应当向第三人偿还必要费用，但以债务人获得利益的范围为限。

第五百五十三条

债务人转移债务的，新债务人可以主张原债务人对债权人的抗辩；原债务人对债权人享有债权的，新债务人不得向债权人主张抵销。

本条主旨

本条是关于债务转移中新债务人抗辩和抵销的规定。

相关条文

《合同法》第85条 债务人转移义务的，新债务人可以主张原债务人对债权人的抗辩。

《合同法司法解释一》第28条 经债权人同意，债务人转移合同义务后，受让人与债权人之间因履行合同发生纠纷诉至人民法院，受让人就债务人对债权人的权利提出抗辩的，可以将债务人列为第三人。

《仲裁法解释》第9条 债权债务全部或者部分转让的，仲裁协议对受让人有效，但当事人另有约定、在受让债权债务时受让人明确反对或者不知有单独仲裁协议的除外。

《民事诉讼法司法解释》第33条 合同转让的，合同的管辖协议对合同受让人有效，但转让时受让人不知道有管辖协议，或者转让协议另有约定且原合同相对人同意的除外。

理解与适用

一、原债务人基于其与债权人关系所产生抗辩的延续

债务人转移债务的，新的债务人取代了原债务人的地位，承担其履行义务的责任，但是债务仍然具有同一性，而与债的更新不同。这意味着新债务人和原债务人具有相同的法律地位，因此，原债务人享有的对债权人的抗辩，不因债务的转移而消灭，新债务人可以继续向债权人主张。^[87]例如，甲将向乙支付价金的债务移转给丙，支付价金和交付标的物的债务应当同时履行，而乙尚未交付标的物，甲应当对乙享有同时履行抗辩权，在甲将其支付价金的债务转移给丙后，丙也应当有权对乙主张同时履行抗辩权。再如，债务转移后，新的债务人已经完全履行了义务，但是债权人还是要求其履行，债务人就有权以履行完毕为由向债权人提出抗辩。当然，新债务人和债权人另有约定的，可以排除此等抗辩的延续。

原债务人对债权人的抗辩，本条并未限制抗辩产生的时点必须在债务转移时，这与《民法典》第548条的主旨保持一致。^[88]当然，只有在债务转移对债权人生效后，新债务人才可对债权人主张原债务人对债权人的抗辩。

本条将新债务人主张的抗辩限制于原债务人对债权人的抗辩。这排除了新债务人与债权人之间的合同所产生的抗辩，同时也排除了债务转移对债权人发生效力后，因新债务人自己的行为所产生的对债权人的抗辩。这些抗辩当然可以由新债务人向债权人主张，无须特别规定。

原债务人对债权人的抗辩，是基于债权人和原债务人之间的法律关系所产生的抗辩。并且，抗辩不限于抗辩权，阻止或者排斥债权的成立、存续或者行使的所有事由所产生的一切实体抗辩和程序抗辩，均可由新债务人向债权人主张，包括：诉讼时效完成的抗辩，债权不发生的抗辩，债权因履行、提存、免除、抵销等消灭的抗辩，债权因合同被撤销、被解除等而不存在的抗辩，同时履行抗辩权、不安抗辩权和先履行抗辩权等履行抗辩权，以及程序上的抗辩。在债权人和原债务人之间的基础关系存在撤销或者解除事由，债务人对债权人享有撤销权、解除权等形成权时，由于这些形成权不仅涉及转移的债务，而且涉及整个基础关系，是“合同关联性”权利而非“债务关联性”权利，因此，这些形成权等不能随债务的转移而转移。^[89]但是，为保障新债务人利益，可以考虑扩张本条所称的“原债务人对债权人的抗辩”，故新债务人可以在相应范围内拒绝履行债务。^[90]

原债务人对债权人的抗辩也包括程序抗辩，尤其是仲裁和管辖约定所产生的抗辩。《仲裁法解释》第9条规定：“债权债务全部或者部分转让的，仲裁协议对受让人有效，但当事人另有约定、在受让债权债务时受让人明确反对或者不知有单独仲裁协议的除外。”《民事诉

《民法典》第545条规定：“合同转让的，合同的管辖协议对合同受让人有效，但转让时受让人不知道有管辖协议，或者转让协议另有约定且原合同相对人同意的除外。”这都体现了上述程序抗辩，新债务人也可向债权人主张。《仲裁法解释》第9条中的“当事人另有约定”的例外规定应当与《民事诉讼法司法解释》第33条中的例外规定同样理解，即“转让协议另有约定且原合同相对人同意”，在债务转移中，即债务转移合同另有约定且债权人同意。至于受让人（新债务人）明确反对或者不知有单独的仲裁或者管辖协议这个例外，正当性颇值怀疑，毕竟新债务人明确反对仅仅是其单方意思，不应影响到债权人利益，而新债务人不知有单独的程序性协议也不能过分牺牲债权人利益。

就抗辩的诉讼行使，《合同法司法解释一》第28条规定：“经债权人同意，债务人转移合同义务后，受让人与债权人之间因履行合同发生纠纷诉至人民法院，受让人就债务人对债权人的权利提出抗辩的，可以将债务人列为第三人。”

二、原债务人抵销权的不延续

原债务人的抵销并非抗辩，而是对自己债权的处分，本条明确规定，债务转移中，因债权人对原债务人承担的债务而产生的抵销权，新债务人不能行使，否则无异于承认新债务人可以处分债务人的权利。^[91]例如，甲对乙负有支付价款的债务，甲该债务转移给丙并取得了乙的同意，但此前甲因出借给乙钱而对乙享有请求还款的债权，此时，丙不能以甲对乙的债权抵销乙对丙所享有的债权。

三、关于新债务人对原债务人的抗辩

如果新债务人和原债务人订立债务转移合同，经债权人同意，则新债务人基于债务转移合同而可能对原债务人享有的抗辩，当然不能向债权人主张，这并无疑问。这与《民法典》第522条第2款对真正的利益第三人合同所规定的“债务人对债权人的抗辩，可以向第三人主张”不同。

但是，有争议的问题在于，新债务人和原债务人之间的基础合同关系不成立、无效、被撤销等，新债务人基于债务转移合同或者包含债务转移之基础合同的效力瑕疵所享有的抗辩，可否向债权人主张。这涉及债务转移的有因性和无因性。债务转移往往基于新债务人和原债务人之间的基础关系，例如两者之间存在买卖合同，而以债务转移作为价金结算方式，构成原因的是内容更为广泛的交易，包括买卖或者股权转让等，而债务转移只是其中的对待给付，此时债务转移的原

因就是买卖或者股权转让合同等。^[92]有的立法例认为，债务转移的原因行为无效等，并不会导致债务转移的无效，即债务转移的无因性，此时，新债务人就不可向债权人主张因债务转移原因的无效等所产生的抗辩。^[93]但是，如果不承认此种无因性，则原因行为的无效等也导致债务转移的无效，此时新债务人就不承担债务。

在债权人和新债务人订立债务转移合同，或者债权人、新债务人和原债务人三方订立债务转移合同时，新债务人和原债务人之间的关系不是债务转移的原因，而仅仅是动机，因此，为了保护债权人，债务转移合同自然不应受到新债务人和原债务人之间关系瑕疵的影响。^[94]该债务转移合同自身有效力瑕疵，新债务人自然可以向债权人主张该效力瑕疵。

如果债权人和新债务人之间并无独立的债务转移合同，而是根据新债务人和原债务人之间的合同并经过了债权人的同意。对债权人而言，在其同意之后就应当信赖债务已经被转移，即使债权人可能知道债务转移合同的真实效力状况，但债权人也不必介入原债务人和新债务人之间的关系和争议之中。同时，债权人可能会因为债务转移而受到损失，例如原债务人履行能力不足，但原债务人将债务转移至新债务人，新债务人履行能力很强，故债权人同意债务的转移，且未要求原债务人提供足额担保；如果债务转移合同无效，新债务人也能对债权人以此理由而抗辩，则债权人会因此而遭受损失。此时，可以采取两种方案，一种就是新债务人不能向债权人主张其与债务人之间的基础关系瑕疵。另一种方案是，新债务人可以向债权人主张此种瑕疵，债务自动回复由原债务人承担，但债权人因此而遭受损失的，有权请求新债务人承担赔偿责任，除非新债务人能够证明其对于债务转移合同的无效和债权人所受的伤害无任何过错，这实际上就是侵害债权的侵权赔偿责任。^[95]民法典并未明确规定第一种方案或者无因性，故第二种方案可能更为符合民法典目前的整体体系安排。

四、本条对债务加入和不完全的债务转移的适用

对于债务加入而言，除了适用民法典关于连带债务的一般规则之外，在加入人抗辩和行使抵销权这一问题上，也同样适用债务转移的上述规则。同样，加入人对原债务人享有的抗辩同样不能向债权人主张，这与《民法典》第522条第2款对真正的利益第三人合同所规定的“债务人对债权人的抗辩，可以向第三人主张”不同。^[96]

对于不完全债务转移而言，即使债务人并未完全退出债务关系，但在抵销和抗辩方面，与完全的债务转移并无区别，因此可以适用本条规定。^[97]

第五百五十四条

债务人转移债务的，新债务人应当承担与主债务有关的从债务，但是该从债务专属于原债务人自身的除外。

本条主旨

本条是关于债务转移中新债务人承担从债务的规定。

相关条文

《合同法》第86条 债务人转移义务的，新债务人应当承担与主债务有关的从债务，但该从债务专属于原债务人自身的除外。

理解与适用

一、新债务人承担与主债务有关的从债务

所谓从债务，是指附随于主债务的债务。从债务与主债务密切联系在一起，不能与主债务相互分离而单独存在。因此，当主债务发生移转以后，从债务也要发生转移，新债务人应当承担与主债务有关的从债务。如附随于主债务的未发生的利息债务等，因主债务将转移给新的债务人，新债务人应当向债权人承担这些从债务。之所以如此，其制度目的仍然是保护债权人的利益，使得债权人不因债务转移而遭受不利。当然，这对新债务人有所不利，但是新债务人在承担债务时能够对该债务的状况进行调查或者审核，因此，新债务人承担这些从债务也是公平的。新债务人承担与主债务有关的从债务，这仅是任意性规范，当事人之间可以另行约定。^[98]

新债务人承担的是与主债务有关的从债务，例如交付从物、交付权利证明文件、支付利息、支付以后发生的违约金和损害赔偿金等。^[99]如果相关债务已经具有独立性，例如债务转移前已经产生的利息之债，或者已经产生的违约金之债，也可以推定一并由新债务人承担，除非当事人之间另有约定。^[100]

但是，有的从债务是专属于债务人本身的，这些从债务不随主债务的转移而转移。例如，债务人应向债权人提供服务，以抵充利息的，因为该义务具有专属性，如果主债务已经转移给新债务人，则新

债务人并不当然负有向债权人提供服务以抵充利息的义务。

二、新债务人不享有与主债务有关的从权利

本条仅规定了新债务人应当承担与主债务有关的从债务，并未规定新债务人当然享有与主债务有关的从权利。例如，原债务人和其他第三人签订了协助债务人进行履行的合同，在债务转移后，新债务人并不当然能够请求该第三人协助履行，除非该第三人另有其他意思表示。^[101]

最为重要的是，在债务转移中，第三人为原债务人提供的担保，由于涉及原债务人和新债务人之间资力和履行能力的差异，因此，除另有约定外，未经担保人同意，担保人对债务承担担保责任。《民法典》第391条据此规定，第三人提供担保，未经其书面同意，债权人允许债务人转移全部或者部分债务的，担保人不再承担相应的担保责任。第697条第1款也同样规定，债权人未经保证人书面同意，允许债务人转移全部或者部分债务，保证人对未经其同意转移的债务不再承担保证责任，但是债权人和保证人另有约定的除外。即使在债务转移合同无效等情形中，原债恢复，但已经消灭的第三人担保并不随之恢复。^[102]如果新债务人就是被转移债务的担保人，则应当认为新债务人同意债务转移本身就包含了其作为担保人的同意，转化为为自己的债务提供担保，如果是新债务人所提供的担保方式是保证，则保证人和新债务人混同，保证消灭。^[103]但是，对于原债务人自己提供的物保，是否因债务转移而消灭？根据《民法典》第391条的规定，似乎仅仅是第三人提供的担保消灭，而原债务人提供的担保并不因为债务转移而消灭，除非当事人另有约定。^[104]对于法定的担保权，例如留置权、建设工程中的法定优先权、船舶优先权、航空器优先权等，在债务转移中，仅仅是债务人发生了变化，担保关系存在于特定的物上，这些法定担保权仍然可被行使或者继续存在。^[105]

担保的上述一般规则仅适用于意定的债务转移，不适用于法定的债权债务概括转移。^[106]同时，在不完全的债务转移和债务加入中，债务人并未退出债务关系，而仍然要对债权人负有债务，且并未增加担保人的不利益，因此，为债务人提供的担保并不因此而受到影响，但该担保仍然仅对债务人发生担保效力，而对新债务人不发生担保效力。例如，本法第697条第2款就规定，第三人加入债务的，保证人的保证责任不受影响。^[107]

第五百五十五条

当事人一方经对方同意，可以将自己在合同中的权利和义务一并转让给第三人。

本条主旨

本条是合同权利义务意定一并转让的规定。

相关条文

《合同法》第88条 当事人一方经对方同意，可以将自己在合同中的权利和义务一并转让给第三人。

《民法典》第67条 法人合并的，其权利和义务由合并后的法人享有和承担。

法人分立的，其权利和义务由分立后的法人享有连带债权，承担连带债务，但是债权人和债务人另有约定的除外。

《合同法司法解释一》第29条 合同当事人一方经对方同意将其在合同中的权利义务一并转让给受让人，对方与受让人因履行合同发生纠纷诉至人民法院，对方就合同权利义务提出抗辩的，可以将出让方列为第三人。

理解与适用

一、一并转让的含义

合同权利义务的一并转让，又被称为概括转让或者合同地位转让，是指合同关系的一方当事人将其合同权利义务一并转移给第三人，由第三人全部地承受这些权利义务。合同权利义务的一并转让不同于债权转让、债务转移的是，它是一方当事人对其当事人地位的转让，其转让的内容实际上包括但不限于债权转让和债务转移，并非债权转让和债务转移的简单组合，而是第三人成为新的当事人，因此，与当事人地位联系在一起的撤销权、解除权等权利，也均转移给第三人。^[108]合同权利义务的一并转让主要发生于双务合同，只有双务合同中的当事人一方才可以转让此种权利和义务。^[109]在单务合同中，由于一方当事人可能仅享有权利或仅承担义务，因此不能出让全部的权利义务，故单务合同一般不发生合同权利义务的一并转让。比如，赠与合同的被赠与人只享有权利而不承担义务，这些合同的当事人一

般不可能出现将合同权利义务一并转让的情况。

有观点认为本条规定不应限于合同权利义务，而应包括所有的债权债务，故应当将“合同中的权利和义务”修改为“债权和债务”。债权债务除了合同权利义务之外，确实还包括其他法定的债权债务，例如，无因管理中管理人和受益人就可能相互之间存在债权和债务。但是，合同权利义务通过约定一并转让，涉及与当事人地位联系在一起的撤销权、解除权等权利也随之转让，因此有必要做出特别规定。而法定的债权债务虽然也可能通过约定而被一并转让，但一般不会涉及撤销权、解除权等权利的随之转让，因此可以被认为是债权转让和债务转移的结合，并无像合同权利义务通过约定一并转让那样强的特殊性。因此，本条仍然保留了原合同法之前的规定。

应当注意的是，本条仅规定了通过约定所进行的合同权利义务的一并转让。除此之外，还有法定的债权和债务的一并转让，此时一般无须对方当事人的同意，适用特别的规定。最为典型的是，法人合并和分立情形中的一并转让。《民法典》第67条规定：“法人合并的，其权利和义务由合并后的法人享有和承担”，“法人分立的，其权利和义务由分立后的法人享有连带债权，承担连带债务，但是债权人和债务人另有约定的除外”。《公司法》第174条规定：“公司合并时，合并各方的债权、债务，应当由合并后存续的公司或者新设的公司承继。”第176条规定：“公司分立前的债务由分立后的公司承担连带责任。但是，公司在分立前与债权人就债务清偿达成的书面协议另有约定的除外。”据此，法人的合并、分立不应当影响法人外部债权人和债务人的利益，合并、分立前法人的权利义务应当概括转移给合并、分立后的法人。并且，在合并中，为保护公司债权人利益，《公司法》第173条规定了较为严格的合并程序，且债权人自接到通知书之日起30日内，未接到通知书的自公告之日起45日内，可以要求公司清偿债务或者提供相应的担保。而在分立中，由于不会影响到公司债权人利益，故分立程序相对简单。

另外，在被继承人死亡以后，被继承人的遗产（包括债权）转让给继承人继承的同时，继承人也应当概括继承被继承人的债务，当然，对被继承人的债务应当在被继承的遗产的范围内予以清偿。《民法典》第1161条第1款规定：“继承人以所得遗产实际价值为限清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务。超过遗产实际价值部分，继承人自愿偿还的不在其限。”依据该规定，继承人在继承遗产时，也应当承受被继承人的债务。由于被继承人的债权在性质上属于遗产的范畴，应当由继承人继承，因此，继承也可以产生债权和债务一并转让的效力。本法第725条规定：“租赁物在承租人按照租赁合同占有期限

内发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。”根据该规定，买受人在取得租赁物所有权的同时，还承受该租赁物上已经存在的租赁合同关系中出租人的当事人地位，也可认为是法定的债权和债务的一并转让。^[110]除此之外，《城市房地产管理法》第42条规定：“房地产转让时，土地使用权出让合同载明的权利、义务随之转移。”这也会产生债权和债务一并转让的效力。

二、一并转让的构成和效果

合同权利义务的转让，根据《民法典》第556条的规定，当然也需要权利义务的有效存在和不具有不可移转性。根据民法典规定，债权人转让债权应当通知债务人；债务人转移债务必须经债权人的同意。合同权利义务的一并转让既包括了债权的转让，又包括了债务的转移，这可能会对对方当事人产生不利，因此，当事人一方将合同权利义务一并转让时，应当经过对方当事人的同意。关于同意，与债务转移中的同意并无不同，于此可参见第551条中的释义。^[111]如果当事人一方未经对方当事人同意，将自己的权利和义务一并转让的，对对方当事人不发生效力。^[112]此时，在让与人和受让人之间，如果有明确约定按照约定。在没有约定或者约定不明时，在不违反当事人意思表示的前提下，也可以转换为在当事人之间发生约定债权转让及并存的债务转移效力^[113]；但是，如果基于当事人进行一并转让中的经济目的，认为不能凭空设想其在不能实现其本初目的时，退而求其次选择实现部分内容时，则不能进行上述转换，而应当认为在当事人之间也不发生效力。

合同权利义务的一并转让，除当事人另有约定外，原则上转让的当事人一方退出合同关系，其当事人地位被第三人所取代，第三人成为新的当事人，享有当事人的所有权利，包括与合同当事人地位联系在一起的撤销权和解除权、所有的从债权等，并承担当事人的所有义务，包括所有的从债务。《合同法司法解释一》第29条规定：“合同当事人一方经对方同意将其在合同中的权利义务一并转让给受让人，对方与受让人因履行合同发生纠纷诉至人民法院，对方就合同权利义务提出抗辩的，可以将出让方列为第三人。”

当事人也可以另行作出其他约定，例如当事人可以约定，转让方的债务不解除，而是继续对债务承担连带责任，或者转让方作为次级债务人而对债务承担约定的担保责任；另一方当事人也可以就合同中的某项债务完全解除转让方的债务，但就其余债务保留转让方作为次级债务人或者使转让方与受让人承担连带责任。如果另一方当事人既没有表明他希望解除转让方的债务，也没有表示希望保留转让人作为次级债务人，则转让方和受让方承担连带责任。^[114]

第五百五十六条

合同的权利和义务一并转让的，适用债权转让、债务转移的有关规定。

本条主旨

本条是关于合同权利义务一并转让适用有关条款的规定。

相关条文

《合同法》第89条 权利和义务一并转让的，适用本法第七十九条、第八十一条至第八十三条、第八十五条至第八十七条的规定。

理解与适用

合同权利和义务一并转让时，应当遵守本法有关债权转让和债务转移的其他规定。具体而言，在涉及债权转让的范围内，适用以下规定。

1.不得转让的债权的规定。（第545条）

2.债权受让人取得与债权有关的从权利的规定。（第547条）

3.债务人对让与人的抗辩可以继续向受让人主张的规定。（第548条）

4.债务人对受让人主张抵销的规定。（第549条）

5.债权转让增加的履行费用的负担的规定。（第550条）

6.债权转让批准的规定。（第502条第3款）

在涉及债务转移的范围内，适用以下规定。

1.新债务人的抗辩和抵销的规定。（第553条）

2.新债务人承担与主债务有关的从债务的规定。（第554条）

3.债务转移批准的规定。（第502条第3款）

注释：

[1]但是，在海上货物运输合同中，托运人变更合同难以实现或严重影响承运人正常营运的，承运人可拒绝托运人改港或退运请求。最高人民法院指导案例108号（2019）中，法院认为：“合同法总则规定的基本原则是合同法立法的准则，是适用于合同法全部领域的准则，也是合同法具体制度及规范的依据。依据合同法第三百零八条的规定，在承运人将货物交付收货人之前，托运人享有要求变更运输合同的权利，但双方当事人仍要遵循合同法第五条规定的公平原则确定各方的权利和义务。海上货物运输具有运输量大、航程预先拟定、航线相对固定等特殊性质，托运人要求改港或者退运的请求有时不仅不易操作，还会妨碍承运人的正常营运或者给其他货物的托运人或收货人带来较大损害。在此情况下，如果要求承运人无条件服从托运人变更运输合同的请求，显失公平。因此，在海上货物运输合同下，托运人并非可以无限制地行使请求变更的权利，承运人也并非在任何情况下都应无条件服从托运人请求变更的指示。为合理平衡海上货物运输合同中各方当事人利益之平衡，在托运行使要求变更权利的同时，承运人也相应地享有一定的抗辩权利。如果变更运输合同难以实现或者将严重影响承运人正常营运，承运人可以拒绝托运人改港或者退运的要求，但应当及时通知托运人不能执行的原因。如果承运人关于不能执行原因等抗辩成立，承运人未按照托运人退运或改港的指示执行则并无不当。”

[2]王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：165；韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：591.

[3]最高人民法院（2013）民二终字第33号民事判决书中，法院认为：“案涉股权回购条件成熟时，各方当事人可直接按双方达成的股权转让协议约定履行，至于双方在股权回购磋商中提出的种种条件，在未达成一致前，均为单方意思表示。该意思表示不构成对原股权转让协议变更，亦不影响各方依约履行各自义务。”最高人民法院（2011）民提字第239号民事判决书中，法院认为：“机电公司在诉争仓储合同上签章后，贸易公司单方将合同履行起始期限更改，因该项更改直接影响到是否将仓储合同签订前已发生的风险及损失纳入该合同约定的责任范围内，此系对合同约定内容实质性变更，应视为构成一项新的要约，因该要约未向机电公司送达亦未得到机电公司认可，故仓储合同应认定为未成立。”最高人民法院（2005）民一终字第120号民事判决书中，法院认为：“依《合同法》第22条规定，承诺应以通知的方式作出，但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。本案中，石业公司对实业公司发出要约未作出承诺的意思表示，实业公司亦未提供根据双方交易习惯可以默认方式表示承诺的证据。在石业公司否认对实业公司要约作出承诺情况下，应认定双方未就合同约定付款时间达成变更协议，实业公司付款义务仍应依约定时间履行。”重庆市第一中级人民法院（2013）渝一中法民终字第01205号民事判决书中，法院认为：“谢某与开发公司签订合同时，对逾期交房违约金为日万分之零点五达成合意，双方均应依约履行义务，若双方欲变更合同有关内容，则需重新达成合意，否则不产生合同变更法律

效果。开发公司在办理商品房预售合同备案登记时，在未与谢某协商一致情况下将违约金标准变更为日万分之零点三系单方行为，而谢某仅在起诉后复制该文本表示追认于法无据，故应认定该变更非双方真实意思表示，应为无效。……案涉合同由双方当事人分别持有，目的系为便于履行合同义务、行使合同权利，发生争议时将持有的合同作为证据，以供查清事实、分清是非。而备案登记合同文本，仅存于合同备案登记机关，不产生物权公示效力，故谢某与开发公司之间仍应按各自所持合同文本主张权利、履行义务。”深圳市中级人民法院（2008）深中法民二终字第249号民事判决书中，法院认为：“本案银行将免费服务变为收费，符合市场经济原则与服务合同之本旨，且已依法获准，本无不妥，但银行作为服务提供者，在与服务接受者之间仍需遵循双方约定和法律规定，不能违背合同自由原则剥夺或限制对方的合同自主权。特别是涉及从免费到收费这样重大权利义务变更时，更要充分尊重原合同的另一方主体所享有的合同自由。由于本案电话银行服务项目为服务合同关系，双方可随时终止，劳务公司在知悉变更收费后，既明确反对，又未实际再使用该业务，意味着其不愿再接受该服务。银行在公告期届满后，不论劳务公司是否同意收费调整，亦不论劳务公司事实上是否再使用其电话银行服务，径行从劳务公司账户中收取电子年费行为，有违法律规定，侵害劳务公司财产权益，故判决银行返还。”

[4]王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：171.

[5]浙江省金华市中级人民法院（1999）金中经终字第97号民事判决书中，法院认为：“承包合同约定交承包款时间为提前一年在10月份交清，因王某迟交承包款已违约。虽然王某此前也曾迟交承包款，村委会未追究，但并不意味村委会已默认承包款交纳期限变更，村委会对合同中自己的权利可以行使也可不行使。根据承包合同约定，承包人不交承包款，村委会有权收回塘口，另作安排，故村委会将鱼塘收回，重新发包，并未违约。”

[6]崔建远.合同法总论：中卷.北京：中国人民大学出版社，2016：569.

[7]崔建远.合同法总论：中卷.北京：中国人民大学出版社，2016：576.

[8]“天津市元通房地产开发公司与天津市新华制衣总厂返还财产纠纷申请再审案”[最高人民法院（2001）民一监字第140号]中，法院认为：“虽然一方当事人有间接证据证明对方已经知道变更合同的情况，但对方当事人既未用语言或者文字明确表示同意的，又未用行为表示同意的，则不能直接认定对方已经同意变更合同的内容。”安徽省六安市中级人民法院（2014）六民一再终字第1号民事判决书中，法院认为：“合同变更是双方缔结合同重大事项，主动要求变更方应尽到基本谨慎与尊重，而许某非本案合同当事人，其签收科技公司变更通知未获李某明确授权。许某在工地从事一些履职行为或得到李某授权行为，并不当然导致其对李某享有代理权，且合同系以当事人意思表示为核心，对某种决定的单纯执行行为与作出某种决定的处分行为，对行为人权利要求应不同，故科技公司通知送达形式不符合合同变更要件，许某签收通知行为，对李某不具有效力。诉争变更通知中‘如不办理更改，计量以此通知为准’表述可认定为默示行为的效力，在无积极作为时，推定产生某种视为作为的法律效果。《合同

法》第3条明确规定，双方当事人地位平等，一方不得将自己的意志强加给另一方。同时，默示行为具有何种效力，只能依法律明确规定，民事主体之间除非有特别约定外，不得单方设定对方的默示行为效力。依通知表述，则会出现此种情况，即不论对方当事人是否办理变更手续，合同均会依此通知进行变更。同时，双方合同中并未约定合同变更可采取此类默示推定方式，故该种变更方式，明显具有强制性，违反合同主体地位平等性，应认定不具有效力。”但值得注意的是，本案诉争变更通知的表述应属于“沉默”，而非“默示”。

[9]崔建远.合同法总论：中卷.北京：中国人民大学出版社，2016：567.

[10]最高人民法院（2006）民二终字第60号民事判决书中，法院认为：“无论会议纪要还是有关情况说明，仅体现出资产公司向其上级主管部门积极争取减免的意思表示，尽管数额差距已不是很大，但最终未达成一致意见，亦无证据表明资产公司同意了盐业公司请求。况且根据双方重组协议，任何对协议变更更须通过书面形式完成，故无论双方是否存在口头协议，均不能改变原重组协议约定内容。对于盐业公司积极还款并被资产公司接受行为，只能理解为债务人提前偿还逾期债务，且符合债权人利益，该接受行为不能认为是对附有减免债务条件的履行认可。”另参见“天津市元通房地产开发公司与天津市新华制衣总厂返还财产纠纷申请再审案”[最高人民法院（2001）民一监字第140号]。

[11]“陕西丹尼尔市场股份有限公司、陕西嘉和投资开发有限公司与陕西多彩实业有限公司租赁合同纠纷申请再审案”.最高人民法院（2006）民二监字第5-2号.立案工作指导，2008（3）.

[12]王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：174-175.

[13]最高人民法院（2015）民一终字第309号民事判决书中，法院认为：“最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第21条……针对的是当事人在中标合同之外另行签订建设工程施工合同，以架空中标合同、规避中标行为和行政部门监管情形，而补充协议是在双方履行施工合同过程中，为解决因工程多次停工给建筑公司造成的损失而签订，只是变更了结算方式，施工合同其他工程质量、工期、项目性质等内容并未涉及，双方签订补充协议后，依然以施工合同为主要合同依据继续履行，故从性质上判断，补充协议关于结算方式变更，实质系对停工损失赔偿约定，属双方当事人在合同履行过程中经协商一致的合同变更，不属前述司法解释第21条规定的‘黑白合同’情形。”

[14]王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：175-176；崔建远.合同法总论：中卷.北京：中国人民大学出版社，2016：584.

[15]王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：176.

[16]崔建远.合同法总论：中卷.北京：中国人民大学出版社，2016：564-565.在最高人民法院（2009）民一提字第89号民事判决书中，法院认为：“从合同约定内容看，

工程款计价依据应是按综合费率下浮15.2%，虽然建设公司在工程施工过程中多次按工程总造价下浮15.2%向电器公司报送工程预（决）算书和建筑工程进度报价书，但在最终提交和审核工程结算书时双方发生争议，并未形成一致的变更合同意思表示。《合同法》第78条规定：‘当事人对合同变更的内容约定不明的，推定为未变更。’建设公司以合同当事人身份主张按照约定的费率下浮15.2%计算工程造价，符合《合同法》规定与当事人约定，故应按综合费率下浮15.2%确定工程造价。”

[17]在罗马法中，最初不允许债权的转让，之后通过诉讼代理、扩用之诉实现，最后才承认了真正的债权转让。[德]卡泽尔，克努特·罗马私法·田士永，译·北京：法律出版社，2018：576-579.关于债权转让的历史发展和经济考量，参见Luig，Zur Geschichte der Zessionslehre，Böhlau，1966；Kötz，Europäisches Vertragsrecht，Aufl. 2，Mohr Siebeck，2015，SS. 495-497；[日]我妻荣·债权在近代法中的优越地位·王书江，等译·北京：中国大百科全书出版社，1999：20-23，48-49；申建平·债权让与与制度研究·北京：法律出版社，2008：2-35.

[18]胡康生·中华人民共和国合同法释义·北京：法律出版社，2013：149.限制特定受让人的例子还有：《意大利民法典》第1261条第1款规定，案件当事人的债权不得转让给司法人员和相关人员，否则转让无效，此时目的在于保障司法公正。

[19]有观点认为，根据合同性质和依照法律规定不得转让的债权在目的上是不同的，后者是与基于公法的社会政策相衔接，因此保护特定主体的私利益的都应归入根据合同性质不得让与的债权，两者区分的实益在于特定主体能够放弃保护而同意转让，参见庄加园·《合同法》第79条（债权让与）评注·法学家，2017（3）：167.本书认为，教义学归类是判断的结果而非判断的依据，实质性的问题仍然在于禁止债权转让的规范目的是保护公共利益还是特定主体的私利益，如果是前者，则不能因为特定主体的同意而使得债权能够被转让。

[20]对不同观点的梳理，请参见庄加园·《合同法》第79条（债权让与）评注·法学家，2017（3）：168-171；欧洲民法典研究组，欧盟现行私法研究组·欧洲私法的原则、定义与示范规则：第1-3卷·高圣平，等译·北京：法律出版社，2014：903-905；Kötz，Europäisches Vertragsrecht，Aufl. 2，Mohr Siebeck，2015，SS.509-510.

[21]这是德国法的通说观点，Staudinger/Busche，2012，§399，Rn. 65.；MüKoBGB/Roth/Kieninger，2019，§399，Rn. 41；[德]罗歇尔德斯·德国债法总论·沈小军，张金海，译·北京：中国人民大学出版社，2014：395.同时，对债务人同意导致债权转让有效是否具有溯及力也有不同观点，Vgl. MüKoBGB/Roth/Kieninger，2019，§399，Rn. 42.

[22]HKK/Hattenhauer，2007，§§ 398-413，Rn. 58-ff.；Wagner，Absolute Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote gleich absolute Unwirksamkeit verbotswidriger Abtretung? JZ 1994，227；Armgardt，Die Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote im deutschen und ausländischen Privatrecht，RabelsZ

73 (2009), 319-ff.; 庄加园.禁止债权让与约定的效力模式解析//为民法而斗争:梁慧星先生七秩华诞祝寿文集.北京:法律出版社,2014:642.

[23]冯洁语.禁止债权让与特约:比较法的经验与启示.法商研究,2018(5):188-191.比较法上的立法例有PICC第9.1.9条第1款、《国际保理公约》第6条第1款、《应收账款转让公约》第9条、《瑞士债法总则改革学者建议草案(OR2020)》第164条、美国《合同法重述(第二次)》第322条等。

[24]申建平.债权让与制度研究.北京:法律出版社,2008:112;胡康生.中华人民共和国合同法释义.北京:法律出版社,2013:148;王利明.合同法研究:第二卷.北京:中国人民大学出版社,2015:204;崔建远.合同法.北京:法律出版社,2016:173;王洪亮.债法总论.北京:北京大学出版社,2016:454;韩世远.合同法总论.北京:法律出版社,2018:605.比较法采取此种观点的立法例有《意大利民法典》第1260条第2款、《葡萄牙民法典》第577条第2款、《日本民法典》第466条-第466条之五、PICC第9.1.9条第2款、我国台湾地区“民法”第294条第2项、PECL第11:301条、DCFR第3-5:108条等.司法实践中也多采取此种观点,例如针对保理中的应收账款债权转让,《最高人民法院关于当前商事审判工作中的若干具体问题》(2015年12月24日)明确,如果保理商明知基础合同约定应收账款债权不得转让,但仍然受让债权的,一方面,前述约定并不当然影响保理合同的效力;另一方面,保理商以保理合同为依据向基础合同债务人主张债权的,并不能以此约束债务人,债务人仍可以此抗辩。

[25]崔建远.合同法.北京:法律出版社,2016:177;韩世远.合同法总论.北京:法律出版社,2018:612;徐涤宇.《合同法》第80条(债权让与通知)评注.法学家,2019(1):177.将转让通知解释为类似于动产物权变动中的“交付”的履行行为或者法律行为者,认为转让通知是事实行为或者单方法律行为,参见申建平.债权让与制度研究.北京:法律出版社,2008:145-147;尹飞.论债权让与中债权移转的依据.法学家,2015(4):90,但该理解会产生诸多问题。

[26]何荣兰诉海科公司等清偿债务纠纷案.最高人民法院公报,2004(4).地方法院实践中也认为口头通知即足够,参见徐州市中级人民法院(2013)徐民初字第0230号民事判决书、邯郸市中级人民法院(2015)邯市民一初字第00031号民事判决书、恩施土家族苗族自治州中级人民法院(2015)鄂恩施中民终字第00350号民事判决书。

[27]转让后产生的利息债权、违约金债权和损害赔偿请求权无论在理论上是否是从权利,都应一并转让,除非当事人另有约定,参见Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016, Article 9.1.14, Illustrations 1, 2;陈自强.民法讲义II.北京:法律出版社,2004:254-256;王利明.合同法研究:第二卷.北京:中国人民大学出版社,2015:219;崔建远.合同法总论:中卷.北京:中国人民大学出版社,2016:492;王洪亮.债法总论.北京:北京大学出版社,2016:457;韩世远.合同法总论.北京:法律出版社,2018:609.同样观点的案例参见:“王春林与银

川铝型材厂有奖储蓄存单纠纷再审案”。最高人民法院公报，1995（4）；“福州商贸大厦筹备处与福建佳盛投资发展有限公司借款合同纠纷案”，最高人民法院（2005）民二终字第147号民事判决书。关于已产生的孳息或者违约金请求权，不同的立法例参见《意大利民法典》第1263条第3款、《荷兰民法典》第6：142条第2款。

[28]肯定观点，参见王泽鉴.民法物权.北京：北京大学出版社，2009：357；谢在全.民法物权论：中册.北京：中国政法大学出版社，2011：639；曹士兵.中国担保制度与担保方法.北京：中国法制出版社，2017：234-235；张谷.论债权让与契约与债务人保护原则.中外法学，2001（3）：26；袁辉根，王宝成.受让抵押权不以办理转移登记为必要.人民司法，2019（2）：54-55。持肯定观点的我国法律规范和案例，参见《最高人民法院关于审理涉及金融资产管理公司收购、管理、处置国有银行不良贷款形成的资产的案件适用法律若干问题的规定》第9条；《深圳前海合作区人民法院关于审理前海蛇口自贸区内保理合同纠纷案件的裁判指引（试行）》第16条第2款；最高人民法院（2015）民申字第2040号、（2014）民申字第1725号、（2015）民申字第2494号民事裁定书。否定观点，参见陈华彬.民法物权论.北京：中国法制出版社，2010：428；王洪亮.债法总论.北京：北京大学出版社，2016：457；程啸.主债权的转让与不动产抵押权转移登记.财经法学，2016（5）：105-115。持否定观点的案例，参见上海市金山区人民法院（2013）金民三（民）初字第3535号民事判决书；浙江省金华市婺城区人民法院（2014）金婺商特字第2号民事判决书。还有学者主张不办理移转登记不得对抗善意第三人，参见崔建远.合同法总论：中卷.北京：中国人民大学出版社，2016：488。罗马法对此持肯定观点，D. 18，4，23pr；比较法上也多持同样观点，参见《德国民法典》第401、1153、1250条；《奥地利民法典》第1393、1394条；《意大利民法典》第1263条、《荷兰民法典》第6：142条（欧洲国家立法的具体梳理，参见欧洲民法典研究组，欧盟现行私法研究组.欧洲私法的原则、定义与示范规则：第1-3卷.高圣平，等译.北京：法律出版社，2014：921-922）；《应收账款转让公约》第10条第1款、《联合国国际贸易法委员会担保交易示范法》（以下简称《担保交易示范法》）第14条、PICC第9.1.14条、DCFR第3-5：115条。

[29]例如，《德国民法典》第404条、《瑞士债务法》第169条第1款、《日本民法典》第468条、我国台湾地区“民法”第299条第1项等。

[30]例如，《应收账款转让公约》第18条第1款、UCC第9-404条（a）。美国《合同法重述（第一次）》第167条采取了上述第二种方式，但美国《合同法重述（第二次）》第336条则采纳了类似于UCC的规则。

[31]债务承担，在广义上包括两种情形：（1）第三人完全替代债务人承受债务人的地位；（2）第三人加入债的关系与原债务人共同负担同一内容的债务。前者称为免责的债务承担，后者称为并存的债务承担。在《民法典》之前，学说对于《合同法》第84条所包含的范围颇有分歧，部分学者认为其仅指免责债务承担，但亦有学者认为其也包含并存的债务承担。但是，并存的债务承担与免责的债务承担的重要区别在于，并存的债务承担无须债权人的同意，而免责的债务承担需债权人同意。在《民法

典》中，本条明确规定，债务人不管是将合同义务的全部还是部分转移给第三人，均需债权人同意，故本条仅是对全部免责债务承担和部分免责债务承担的规定，而非对并存债务承担的规定。《民法典》第552条则对并存的债务承担作出了特别规定，故本条已明确为免责债务承担的规定。

[32]欧洲民法典研究组，欧盟现行私法研究组.欧洲私法的原则、定义与示范规则：第1-3卷.高圣平，等译.北京：法律出版社，2014：942.

[33]最高人民法院（2001）民二提字第16号民事判决书中，法院认为：第三人对债务人、债务人对债权人存在连环债务，三方协议约定由第三人向债权人直接付款以等额冲抵各方债务的，应认定三方成立债务转移关系。

[34]肖俊.《合同法》第84条（债务承担规则）评注.法学家，2018（2）：177.

[35]云南省高级人民法院（2013）云高民二终字第245号民事判决书中，法院认为：“从付款计划内容上看，仅表明兆顺公司受泰安公司的委托向叠鑫公司清偿债务，而委托基于兆顺公司欠泰安公司工程款未付，故同意从工程款中抵扣一部分用于偿还叠鑫公司的贷款，因此，兆顺公司未以担保债的履行为目的而主动加入泰安公司与叠鑫公司之间债务关系的意思表示。”

[36]湖北省高级人民法院（2013）鄂民二终字第00029号民事判决书：本案中，双方当事人约定“对于丙公司在贵行的债务……贵行可根据本承诺书向我公司主张债权”，法院据此认为是债务转移。

[37]史尚宽.债法总论.北京：中国政法大学出版社，2000：745.最高人民法院（2005）民二终字第35号民事判决书中，法院认为：“虽然当事人在合同中使用了债务转让的字样，但该条款本质上仍属于第三人代为履行债务，并没有使合同关系当事人发生变化，因此，该案仍属于第三人代为履行，在第三人没有履行债务或者没有全面履行时，债权人只能向原债务人主张，而不能向第三人主张。”《德国民法典》第329条规定：“契约当事人之一方并非为债务承担，而仅负担对方对债权人应为清偿之义务时，如有疑义，推定债权人不得取得对此人直接请求清偿的权利。”

[38]杨立新.债法总则研究.北京：中国人民大学出版社，2006：234；崔建远.合同法总论：中卷.北京：中国人民大学出版社，2012：482-483.反对观点，参见肖俊.《合同法》第84条（债务承担规则）评注.法学家，2018（2）：184.

[39]持肯定观点的案例，参见“中国工商银行内蒙古自治区通辽分行与通辽市科尔沁区工商农村信用合作社借款合同纠纷案”.民商事审判指导.案例分析，2006（1）.其中认为，债务人开办单位对原债务是否已过时效应推定其应知，故其加入债务承担表明其已放弃了原债务人的时效抗辩权.贵州省贵阳市（2015）筑民二（商）终字第570号民事判决书中，法院认为：“对被告盛泉公司辩称本案诉讼时效已过意见，因被告盛泉公司、被告蔡斌在2013年4月5日即诉讼时效已过情况仍然与原告葛晓青签订债务承担协议，应当视为被告盛泉公司对债务的重新认可，由此发生了诉讼时效重新起

算，即该笔债务的诉讼时效应从签订债务承担协议之日起重新起算。”

[40]同样观点，见肖俊.《合同法》第84条（债务承担规则）评注.法学家，2018（2）：184，187-188.

[41]韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：627.

[42]龚兵.免责的债务承担.法学杂志，2006（2）.

[43]同样观点，见肖俊.《合同法》第84条（债务承担规则）评注.法学家，2018（2）：179.最高人民法院（2005）民二终字第217号民事判决书中，法院认为：“对免责性的债务承担的认定应慎重，因为，其涉及免除债务人的责任和对债权人债权的保护问题。一般而言，在当事人明确约定或表示原债务人退出原债权债务法律关系中，或者根据合同约定可以确切推断原债务人退出原债权债务法律关系，方可认定成立免责性的债务承担。”

[44][德]梅迪库斯.德国债法总论.杜景林，卢谔，译.北京：法律出版社，2004：566.最高人民法院（2008）民二终字第81号民事判决书中，法院认为：“债务人天元集团公司与第三人天元股份公司订立的债务承担协议未经债权人三门峡车站支行的同意，因此，该债务承担协议不能产生债务转移的效力。”最高人民法院（2009）民申字第855号民事裁定书[人民司法·案例，2010（14）]中，法院认为：“由于第三人取代债务人，会对债权人利益能否有效实现产生重大影响，一般来讲债权人会对第三人的履约能力比较后作出权衡，即同意还是不同意。要求征得债权人同意，也能在一定程度上反映出债权人权衡的过程，更能完整有效地体现债权人更新债务人的真实意思表示。”

[45]参见《法国民法典》第1327-1条、DCFR第III-5：503条第2款、PICC第9.2.4条。于此，债权人事先同意等同于要约，向债权人发出通知，等同于对此要约做出的承诺。

[46]参见《瑞士债务法》第176条第3款。最高人民法院（2009）民二终字第18号民事裁定书中，法院认为：“一汽公司虽未明确对汽贸集团所作出的债务承担的意思表示进行承诺，但其在一审期间，以汽贸集团作为被告，并以其构成债务承担为由诉请其承担本案债务的行为表明，其对汽贸集团债务承担的意思表示予以接受，故应认定当事人双方对债务承担达成合意。”

[47]广东省广州市中级人民法院（2014）穗中法民二终字第1535号民事判决书中，法院认为：“默示的行为一般应为积极的作为，而缄默和消极的不作为不应视为默示，尤其是对原债务人免责的债务承担，除有第三人愿意承担债务的意思外，还需有债权人免除原债务的意思表示。”

[48][德]梅迪库斯.德国债法总论.杜景林，卢谔，译.北京：法律出版社，2004：567；肖俊.《合同法》第84条（债务承担规则）评注.法学家，2018（2）：182-183.

[49]该规定与《德国民法典》第415条第2款、《瑞士债务法》第177条第1款、《韩国民法典》第455条、我国台湾地区“民法”第302条第1项基本一致。

[50]林诚二.民法债编总论——体系化解说.北京：中国人民大学出版社，2003：508；孙森焱.民法债编总论：下.北京：法律出版社，2006：807；欧洲民法典研究组，欧盟现行私法研究组.欧洲私法的原则、定义与示范规则：第1-3卷.高圣平，等译.北京：法律出版社，2014：947.

[51]王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：230；崔建远.合同法总论：中卷.北京：中国人民大学出版社，2012：486.

[52]最高人民法院（2008）民二终字第81号民事判决书中，法院认为：“债务人向债权人出具承诺书，表示将所负债务全部或者部分转移给第三人，而债权人对此未予接受，亦未在债务人与第三人签订的债务转移协议书上加盖公章的，应当认定债权人不同意债务转让，债务人与第三人之间的债务转让协议对债权人不发生法律效力。”

[53]PICC第9.2.6条，See Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016，Article 9.2.3，Comment 4.《德国民法典》第415条第3款也明确规定：“债权人承认前，有疑义时，承担人对债务人负有遵期向债权人清偿之义务。债权人拒绝承认时，亦同。”债权人拒绝同意的，债务人和第三人可以撤销债务转移合同，我国台湾地区“民法”第302条第2款对此明确规定。

[54]肖俊.《合同法》第84条（债务承担规则）评注.法学家，2018（2）：186.参见《意大利民法典》第1274条第1款。

[55]王家福.中国民法学.民法债权.北京：法律出版社，1991：244；王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：228；崔建远.合同法总论：中卷.北京：中国人民大学出版社，2012：487.我国台湾地区通说观点也是如此，参见林诚二.民法债编总论.北京：中国人民大学出版社，2003：507；孙森焱.民法债编总论：下.北京：法律出版社，2006：804；陈自强.民法讲义II：契约之内容与消灭.北京：法律出版社，2004：269；郑玉波.民法债编总论.修订2版.陈隆荣，修订.北京：中国政法大学出版社，2004：443.无须债务人同意的立法例有《德国民法典》第414条、《瑞士债务法》第176条第1款、《日本民法典》第472条第2款（仅需通知）、我国台湾地区“民法”第300条。对此持反对观点的，参见韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：629.

[56]DCFR甚至要求债务人的同意，参见欧洲民法典研究组，欧盟现行私法研究组.欧洲私法的原则、定义与示范规则：第1-3卷.高圣平，等译.北京：法律出版社，2014：950.

[57]Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016，Article 9.2.5，Comment 6.

[58]黄立.民法债编总论.北京：中国政法大学出版社，2002：628-629.

[59]不同规定参见《日本民法典》第472条之三：“免责的债务承担之承担人，不对债务人取得求偿权。”

[60]岳业鹏.中国法语境下的并存债务加入制度.北京科技大学学报，2011（1）.最高人民法院（2011）民提字第68号民事判决书中，法院认为：“案涉承诺书文字表述系由信托公司继续执行实业公司与银行间借券协议，其性质并非是在保留实业公司责任的基础上由信托公司加入债务，而系免除实业公司责任的债务承担，故该承诺书须经债权人银行的同意才能生效。由于银行当时并未认可该承诺书，该债务承担的要约因银行拒绝而失效，双方间债务承担合同关系并未成立。信托公司不对实业公司债务承担连带责任。”

[61]参见PICC第9.2.5条、DCFR第III-5：206条。也有学者称之为“不完全免责的债务承担”，参见肖俊.《合同法》第84条（债务承担规则）评注.法学家，2018（2）：180；另外还有“累加型的债务承担”，参见王洪亮.债法总论.北京：北京大学出版社，2016：465.

[62]同样观点，参见肖俊.《合同法》第84条（债务承担规则）评注.法学家，2018（2）：180.DCFR第III-5：203条第1款对此明确规定。

[63]DCFR第III-5：207条对此明确规定。

[64]Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016，Article 9.2.5，Comment 5；立法例参见，《法国民法典》第1327-2条、《意大利民法典》第1273条第2款、《中国澳门民法典》第590条第2款、DCFR第III-5：202条第2款。同样观点，参见崔建远.无权处分合同的效力、不安抗辩、解除及债务承担.法学研究，2013（6）：86；肖俊.《合同法》第84条（债务承担规则）评注.法学家，2018（2）：181.最高人民法院（2010）民提字第153号民事判决书中，法院认为：“合同外的第三人向合同中的债权人承诺承担债务人义务的，如果没有充分的证据证明债权人同意债务转移给该第三人或者债务人退出合同关系，不宜轻易认定构成债务转移，一般应认定为债务加入。”“中运公司诉香港美通公司、天津美通公司拖欠海运费、港杂费纠纷案”[最高人民法院公报，2002（4）]中，法院认为：“被上诉人天津美通公司只是在被上诉人香港美通公司出具的《还款计划》上签名确认，双方没有约定各自还款的比例。……天津美通公司只是以第三人身份加入到香港美通公司与原集装箱公司的债权债务关系中，与香港美通公司共同承担着债务。香港美通公司与天津美通公司之间形成的是连带关系，互为连带债务人。本案是并存的债务承担，不是免责的债务承担。”江苏省高级法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的讨论纪要（一）》（苏高发审委[2005]16号）第18条规定：“第三人与债权人在合同中未明确约定免除债务人可履行义务的，债权人请求债务人承担履行责任的，人民法院应当支持。但债权人对免除债务人的履行义务无异议的除外。”持同样观点的案例，参见“中实投资有限责任公司、杭州欣融金属材料有限公司与北京隆瑞投资发展有限公

司、北京京华都房地产开发有限公司、嘉成企业发展有限公司股权转让纠纷申请再审案”。商事审判指导·商事审判案例分析，2010（2）；广东省高级人民法院（2007）粤高法民二终字第165号民事判决书、湖北省武汉市洪山区人民法院（2015）鄂洪山民初字第00275号民事判决书。

[65]史尚宽.债法各论.北京：中国政法大学出版社，2000：886.此前的司法实践中，由于债务加入制度未有明文规定，裁判者往往将此二者加以混用，例如，最高人民法院（2016）最高法民再322号民事判决书中，法院认为：“我国法律就债务加入未作明确规定，与债务加入在法律性质上最为接近并且有明确法律规定的应为连带责任保证法律关系，可参照适用担保法的相关规定。”

[66]《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号）第23条：【债务加入准用担保规则】法定代表人以公司名义与债务人约定加入债务并通知债权人或者向债权人表示愿意加入债务，该约定的效力问题，参照本纪要关于公司为他人提供担保的有关规则处理。同时，在破产程序中，虽然《企业破产法》第31条未明确列举债务加入行为属于可以撤销的行为，债务加入行为是单务行为，债务人不能因此获得任何利益，明显减少了其他债权人可以分配的财产，与《企业破产法》第31条中的“对没有财产担保的债务提供财产担保的”类似，对债务人财产的减损以及对全体一般债权人利益的损害在作用和性质上是一致的，具有对破产程序的有害性和不当性，应当参照此条予以撤销，参见江苏省高级人民法院（2017）苏民终1401号民事判决书。

[67]刘丽.债务加入与保证之司法区分.法律适用，2012（7）。

[68]最高人民法院（2019）最高法民再316号民事判决书中，法院认为：“债务加入与保证的本质区别在于债务承担人并非从债务人，而是共同债务人，与原债务人无主次之分，债权人为实现其债权，可以直接选择由债务承担人偿还债务，无须待债务人迟延履行，债务承担人即具有完全清偿债务的义务，其履行的法律效果及于债务人，而保证人则是在主债务迟延履行时方承担责任。”同样观点，参见最高人民法院（2018）最高法民终867号民事判决书。

[69]参见最高人民法院（2005）民二终字第200号民事判决书。本案中，案涉《承诺书》的核心内容为“我公司对归还该笔贷款本息加入连带还款责任，并放弃一切抗辩权”，最高人民法院将其定性为保证：“根据承诺书的具体内容以及向河北中意的催收通知中的担保人身份的注明，对河北中意的保证人身份有较为明确的表示与认可。”江苏省高级人民法院（2018）苏民申942号民事裁定书中，法院认为：“虽然新建镇财政所出具的承诺书的内容中表明是‘债务加入方’，但结合江苏银行开发支行要求多方当事人出具承诺书的时间、目的可以看出，该承诺书具有保证性质。”对判决的批评，参见夏昊晗.债务加入与保证之识别.法学家，2019（6）：103-105.

[70]最高人民法院（2019）最高法民再316号民事判决书中，法院认为：“张成双作为借款合同外的第三人向张刚良承诺承担午时阳光公司的债务，其行为并非创设新的债权债务关系，而是加入到午时阳光公司与张刚良之间原有的债权债务关系中。张

成双加入债务的行为是为了保证张刚良债权的实现，但《还款计划保证协议书》约定的内容并非担保法意义上的保证，张成双与午时阳光公司之间亦不是保证人与债务人的关系，而是并存式债务承担中共同债务人的关系。……综上，案涉《还款计划保证协议书》虽名含‘保证’字样，但名不符文……案涉《还款计划保证协议书》的性质不是保证合同，而是债务加入协议，张成双的法律身份不是保证人，而是债务承担人。”四川省成都市中级人民法院（2016）川01民终5158号民事判决书中，法院认为：“九天龙泉驿区分公司出具的承诺书虽有保证二字，但内容和后续履行行为表明九天龙泉驿分公司的真实意思是代替邓显云向张继光支付材料款。故一审判决将九天龙泉驿区分公司出具承诺书的行为认定为债务加入并无不当。”同样观点，参见厦门海事法院（2015）厦海法商初字第963号民事判决书。

[71]参见最高人民法院（2016）最高法民终623号民事判决书、最高人民法院（2009）民提字第7号民事判决书、广东省高级人民法院（2018）粤民再1号民事判决书、北京市第二中级人民法院（2009）民二终字第06384号民事判决书。反对观点的案例参见最高人民法院（2017）最高法民终940号民事判决书。

[72]具体案例的梳理，参见夏昊晗.债务加入与保证之识别.法学家，2019（6）：108-109.

[73]同样观点，参见梅仲协.民法要义.北京：中国政法大学出版社，1998：297；黄立.民法债编总论.北京：中国政法大学出版社，2002：626；朱广新.合同法总则研究：下册.北京：中国人民大学出版社，2018：503；王洪亮.债法总论.北京：北京大学出版社，2016：465；[德]罗歇尔德斯.德国债法总论.沈小军，张金海，译.北京：中国人民大学出版社，2014：414.采取此标准的案例，参见最高人民法院（2018）最高法民终第867号民事判决书：“在当事人意思表示不明时，应斟酌具体情事综合判断，如主要为原债务人的利益而为承担行为的，可以认定为保证，承担人有直接和实际的利益时，可以认定为债务加入。”最高人民法院（2014）民二终字第138号民事判决书：“在双方约定不明的情况下，应结合合同目的、承担人与合同利益的关联程度综合考虑上述约定的性质。本案中，益安煤矿向中翔集团借款2000万元系用于煤矿改造事宜，李俊生作为益安煤矿的实际出资人和控制人，与益安煤矿的经营行为和实际收益存在利害关系，其亦直接参与了本案所涉益安煤矿股权转让和借款过程，并直接向中翔集团支付了200万元款项，故其在《借款合同》中承诺的对益安煤矿借款承担连带还款责任，不仅仅是为了益安煤矿的利益而承担责任，其对此亦有直接和实际的利益。因此，李俊生在《借款合同》中作出的还款承诺更符合债务加入的特征。”同样观点的案例还有最高人民法院（2002）民一终字第53号民事判决书、最高人民法院（2013）民一终字第117号民事判决书、最高人民法院（2016）民一终字第621号民事判决书。

[74]具体论述，参见夏昊晗.债务加入与保证之识别.法学家，2019（6）；肖俊.《合同法》第84条（债务承担规则）评注.法学家，2018（2）：178；朱奕奕.并存的债务承担之认定.东方法学，2016（3）。

[75]最高人民法院（2005）民二终字第200号民事判决书中，法院认为：“判断一

个行为究竟是保证，还是债务加入，应根据具体情况确定。如加入人加入债务的意思表示中有较为明显的保证含义，可以认定为保证；如果没有，则应当从保护债权人利益的立法目的出发，认定为债务加入。”同样观点的案例还有最高人民法院（2006）民二终字第199号民事判决书、（2014）民申字第460号民事裁定书、（2014）民申字第1250号民事裁定书、（2018）最高法民终867号民事判决书，江苏省高级人民法院（2017）苏民再350号民事判决书。

[76]同样观点，参见夏昊晗.债务加入与保证之识别.法学家，2019（6）：110-113.

[77]最高人民法院（2010）民二终字第26号民事判决书中，同样认为，第三人与债权人签订协议，愿意代替债务人偿还债务，并通过一系列民事行为相互印证，应认定第三人加入债务。江苏省高级法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的讨论纪要（一）》（苏高发审委[2005]16号）第17条规定：“债务加入是指第三人与债权人、债务人达成三方协议或第三人与债权人达成双方协议或第三人向债权人单方承诺由第三人履行债务人的债务，但同时不免除债务人履行义务的债务承担方式。”

[78]PICC第9.2.3条统一要求债权人的同意，类似的参见《日本民法典》第470条第3款。

[79]林诚二.民法债编总论：下册.北京：中国人民大学出版社，2003：341；孙森焱.民法债编总论.北京：中国政法大学出版社，2004：810。最高人民法院（2006）民二终字第199号民事判决书中，法院认为：“无论开发公司与电信公司之间是否存在直接的借款关系，但依开发公司出具的承诺书亦可认定开发公司之关于债务加入的意思表示，且该债务加入的承诺无须征得债权人电信公司的同意，即自开发公司出具承诺书之时起，开发公司即因债务加入而成为债务人之一。”

[80]王利明.民法典合同编通则中的重大疑难问题研究.云南社会科学，2020（1）.立法例参见DCFR第III-5：203条第3款。最高人民法院（2010）民提字第153号民事判决书中，法院认为：“第三人向债权人表明债务加入的意思后，即使债权人未明确表示同意，但只要其未明确表示反对或未以行为表示反对，仍应当认定为债务加入成立，债权人可以依照债务加入关系向该第三人主张权利。”

[81]最高人民法院（2013）民申字第2070号民事裁定书中，法院认为：“因债务加入行为并未给原债务人增加负担，无须经其同意。”

[82]反对观点，参见最高人民法院（2005）民二终字第155号民事判决书：“因该种债务承担协议并不损害原债务人利益，故债务承担人与债权人签订协议不需要通知原债务人。”

[83]北京高院《关于审理房屋租赁合同纠纷案件若干疑难问题的解答》[京高法发（2013）462号]第9条中规定：“承租人订立租赁合同后，以租赁房屋为经营场所设立企业（或个体工商户）实际使用房屋，因租赁合同履行发生纠纷的，原则上应当

依据合同相对性确定诉讼主体。出租人以承租人和实际使用房屋的企业为共同被告提起诉讼，要求两者就租赁合同产生的债务承担连带责任的，一般不予支持，但有证据证明该企业对承租人所欠合同债务构成债务加入的除外。实际使用房屋的企业同意承担承租人欠付租金等合同债务，或者其存在以自己名义交纳租金、与出租人进行债务对账清算等实际履行租赁合同义务行为的，可以认定为前述的债务加入。”

[84]参见最高人民法院（2013）民四终字第22号民事判决书、（2014）民二终字第138号民事判决书、“中运公司诉香港美通公司、天津美通公司拖欠海运费、港杂费纠纷案”[最高人民法院公报，2002（4）]。江苏省高级法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的讨论纪要（一）》（苏高发审委[2005]16号）第19条规定：“债权人请求第三人与债务人承担连带责任的，人民法院应当支持。当事人在合同中对责任形式有约定的除外。”理论中也有认为第三人和债务人承担的是不真正连带责任，参见孙森焱.民法债编总论：下.北京：法律出版社，2006：816；[日]我妻荣.新订债权总论.王赓，译.北京：中国法制出版社，2008：509.但是，在与债权人之间的关系上，连带责任和不真正连带责任并无不同。

[85]参见DCFR第III-5：209条。

[86]参见《法国民法典》第1328-1条第1款。

[87]相同立法例参见《德国民法典》第417条第1款、《法国民法典》第1328条、《瑞士债务法》第179条第1款、《日本民法典》第472条之二第1款、《韩国民法典》第458条、我国台湾地区“民法”第303条第1项、PICC第9.2.7条第1款、DCFR第III-5：205条第1款。

[88]DCFR认为，抗辩或者抗辩原因须在新债务人替代原债务人的合同达成的时刻，参见欧洲民法典研究组，欧盟现行私法研究组.欧洲私法的原则、定义与示范规则：第1-3卷.高圣平，等译.北京：法律出版社，2014：953.类似的立法例，参见《日本民法典》第472条之二，其限制于“效力发生时债务人得主张的抗辩”，相同观点参见肖俊.《合同法》第84条（债务承担规则）评注.法学家，2018（2）：186-187.但是，如果不限于抗辩权实际产生的时点而扩张到抗辩原因的时点，则这与不限制抗辩产生的时点在实践结果上没有显著差异。

[89]史尚宽.债法总论.北京：中国政法大学出版社，2000：748；王家福.中国民法学.民法债权.北京：法律出版社，1991：86；崔建远.合同法总论：中卷.北京：中国人民大学出版社，2012：539.

[90]《日本民法典》第472条之二第2款对此明确规定。

[91]同样观点，参见崔建远.合同法总论：中卷.北京：中国人民大学出版社，2012：538.同样立法例，参见《德国民法典》第417条第1款、我国台湾地区“民法”第303条第1项、PICC第9.2.7条第2款、DCFR第III-5：205条第2款。

[92][德]梅迪库斯.德国债法总论.杜景林, 卢谔, 译.北京: 法律出版社, 2004: 567.

[93]例如, 《德国民法典》第417条第2款、我国台湾地区“民法”第303条第2项。

[94]欧洲民法典研究组, 欧盟现行私法研究组.欧洲私法的原则、定义与示范规则: 第1-3卷.高圣平, 等译.北京: 法律出版社, 2014: 954.实践中承认无因性的案例多是此种情形, 例如吉林省长春市中级人民法院(2016)吉01民终639号民事判决书、云南省通海县人民法院(2016)云0423民初393号民事判决书, 具体的整理和分析参见肖俊.《合同法》第84条(债务承担规则)评注.法学家, 2018(2): 185.

[95]《瑞士债务法》第180条就采取此种方案。事实上, 德国法以无因性为前提, 但在一些情形中采取瑕疵同一性, 而瑞士法以有因性为前提, 但补充以新债务人的侵害债权的赔偿责任, 因此, “无因+瑕疵同一性”和“有因+侵权赔偿”都是以不同的起点向中间走, 只是在德国法中, 有可能由新债务人承担原债务人履行不能的风险, 而瑞士法中, 有可能由债权人承担原债务人履行不能的风险。因此, 两种方案是“中间偏左”和“中间偏右”的区别, 但共识都是协调新债务人保护和债权人保护, 故依据不同的论证起点采取一些缓和方案以朝向中间点。

[96]DCFR第III-5: 209条的规定产生大致类似的结果。与真正的利益第三人合同的区别, 参见肖俊.《合同法》第84条(债务承担规则)评注.法学家, 2018(2): 188.

[97]DCFR第III-5: 207条第1款对此明确规定。

[98]Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016, Article 9.2.8, Comment 2.

[99]甘肃省庆阳市中级人民法院(2014)庆中民终字第563号民事判决书中, 法院认为: “利息属于从债务, 故恒泰房地产公司应当承担支付利息的义务。”

[100]不同观点认为, 这些债务因为具有独立性, 所以推定并不由新债务人承担, 参见孙森焱.民法债编总论: 下.北京: 法律出版社, 2006: 810.

[101]欧洲民法典研究组, 欧盟现行私法研究组.欧洲私法的原则、定义与示范规则: 第1-3卷.高圣平, 等译.北京: 法律出版社, 2014: 953.

[102]《意大利民法典》第1276条明确规定。

[103]参见《日本民法典》第472条之四第1款、PICC第9.2.8条第2款、DCFR第III-5: 205条第5款, Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016, Article 9.2.8, Comment 4.

[104]相同立法例, 参见我国台湾地区“民法”第304条第2款; 不同立法例参见PICC

第9.2.8条第3款、DCFR第III-5：205条第4款，其原则上认为即使是原债务人提供的担保在债务转移后也消灭，除非设立担保的财产已经作为原债务人和新债务人之间交易的一部分而转移，例如甲对乙负有债权，乙以其享有的股票提供质押，经甲同意，乙将债务转移给丙，原则上股票质押也消灭，但是如果乙和丙的债务转移是大型交易的一部分，质押所涉股票也据此交易转移给了丙，此时股票质押继续存在。

[105]同样观点，参见肖俊.《合同法》第84条（债务承担规则）评注.法学家，2018（2）：189-190.

[106]最高人民法院（2010）民提字第130号民事判决书中，法院认为，债务人注销后，案外人承接该债务行为，不构成债务转让，保证人不能因此免除保证责任。

[107]参见《法国民法典》第1328-1条第1款、DCFR第III-5：207条第2款。相同观点的案例，参见最高人民法院（2003）民二终字第172号民事判决书。

[108]韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：636；郑玉波.民法债编总论：修订2版.陈隆荣，修订.北京：中国政法大学出版社，2004：460.

[109]崔建远.合同法总论.北京：中国人民大学出版社，2012：505.

[110]基于原出租人和现出租人可能的履行能力不同，为保障承租人的利益，更妥当的做法是将此种情形认为是合同权利义务的不完全概括转移，使得原出租人能够对现出租人的履行能力提供保证；此种处理方案，参见欧洲民法典研究组，欧盟现行私法研究组.欧洲私法的原则、定义与示范规则：第1-3卷.高圣平，等译.北京：法律出版社，2014：963.

[111]例如，对方当事人也可以事先同意，于此同样可以参见第551条中的释义；PECL第9.5.4中明确规定：“（1）另一方当事人可预先同意。（2）另一方当事人预先同意的，合同转让自转让通知到达该另一方当事人时，或者当该另一方当事人认可该合同转让时，产生效力。”DCFR第III-5：302条第2款类似规定。

[112]朱广新.合同法总则.北京：中国人民大学出版社，2012：423.

[113]史尚宽.债法总论.北京：中国政法大学出版社，2000：755；孙森焱.民法债编总论：下册.北京：法律出版社，2006：820.

[114]Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016，Article 9.3.5，Comment 5.

第七章 合同的权利义务终止

本章共20条，是关于合同的权利义务终止的规定。合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。本章规定了债权债务和合同权利义务关系终止的一般事由和后果，清偿抵充，解除合同的条件、程序及解除合同后责任的承担，抵销的条件、程序，提存的条件、程序、后果，债务的免除，债权债务的混同等。当然，除解除规则外，其他规则也能适用于所有的债权债务，而非仅能适用于合同权利义务。在原合同法的基础上，本章增加规定了债务清偿抵充规则，完善了合同解除、抵销、提存、免除等具体规则。

第五百五十七条

有下列情形之一的，债权债务终止：

- （一）债务已经履行；
- （二）债务相互抵销；
- （三）债务人依法将标的物提存；
- （四）债权人免除债务；
- （五）债权债务同归于一人；
- （六）法律规定或者当事人约定终止的其他情形。

合同解除的，该合同的权利义务关系终止。

本条主旨

本条是关于债权债务终止情形的一般规定。

相关条文

《合同法》第91条 有下列情形之一的，合同的权利义务终止：

- （一）债务已经按照约定履行；
- （二）合同解除；
- （三）债务相互抵销；
- （四）债务人依法将标的物提存；
- （五）债权人免除债务；
- （六）债权债务同归于一人；
- （七）法律规定或者当事人约定终止的其他情形。

理解与适用

一、债权债务终止概述

债的性质和目的，决定了债是有期限的，不可能永恒存在，有着从设立到终止的过程。债权债务终止，是指有效的债权债务因具备法定情形和当事人约定的情形，使得债权、债务归于消灭，债权人不再享有债权，债务人也不必再履行债务。从理论上而言，债权债务的终止，一是指债务关系中的单个债权债务消灭，二是指原合同债权债务关系整体终止。^[1]为使得这两种终止的含义更为清晰，本条在原合同法规定的基础上，分成两款。

本条第1款所规定的情形是债权债务关系中单个债权债务的终止。例如，在双务合同中，一方当事人适当履行了自己的债务，只能导致该债务和相应的债权消灭，但并非使得整体债权债务关系消灭，只有当事人双方都按照约定适当和全面履行后，整体的债权债务关系，也即合同关系，才能终止。同时，该款中的表述是“债权债务”，意味着本款不仅适用于合同债权债务，还包括法定的债权债务。

本条第2款规定了合同解除导致该合同的权利义务关系终止。这首先意味着，解除仅能适用于合同债权债务关系，但不能适用于其他法定债权债务关系。其次意味着，解除导致合同整体债权债务关系的终止，而非合同关系中单个债权债务的终止，并且合同权利义务终止后，还涉及解除后的各种清算权利义务关系。

由于本章其余条文对解除、抵销、提存、免除、混同等情形作出了具体规定，故本条注释仅集中在履行这一问题上予以阐述。

二、债务已经履行

债务已经履行，在导致债权债务终止的意义上又称为“清偿”，是指通过履行行为或者通过给付结果的产生使所负担的给付对有受领权的债权人或第三人发生效果。^[2]清偿与履行基本同义，清偿所重视的是给付结果的发生，而履行更重视债务内容的实现过程和行为。

^[3]“债务已经履行”实质上就是“债务已经清偿”，清偿是债权债务正常终止的主要原因。原合同法中表述为“债务已经按照约定履行”，即债务人按照约定的标的、质量、数量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式全面履行。但是，第三人代为清偿、当事人之外的第三人接受履行、债权人同意以他种给付代替原给付等情况可能也会发生债权债务消灭的效果，因此，民法典中不强调“按照约定”履行，仅规定“债务已经履行”，使得第三人代为清偿、第三人接受履行、代物清偿等也可以作为履行或者清偿的类型涵盖在本条之内。

（一）履行主体

债权债务原则上不涉及债权债务关系之外的第三人，债务应当由债务人履行，履行主体原则上即应为债务人。当债务的内容需要他人协助时，债务人可以使用履行辅助人，但此时仍然是债务人履行。

但是，有时为了实现当事人特定目的，便捷交易，法律允许债务由债权人和债务人约定的第三人履行，第三人履行债务，也产生债务消灭的后果。例如，债务人乙和债权人甲约定，由第三人丙偿还乙欠甲的10万元人民币的债务，丙将10万元人民币偿还给甲后，该合同的权利义务即终止。本法第522条即对此做出了规定。

另外，第三人还可以依据法律的规定履行以消灭债务，即第三人代为清偿。例如，本法第524条第1款规定，债务人不履行债务，第三人对履行该债务具有合法利益的，第三人有权向债权人代为履行；但是，根据债务性质、按照当事人约定或者依照法律规定只能由债务人履行的除外。根据该条第2款，债权人接受第三人履行后，原则上并不会导致债权的消灭，而会产生债权的法定转移，即债权人享有的债权转移给第三人。但是，如果债务人和第三人约定在第三人向债权人履行后债权消灭，此时，第三人向债权人的履行也会导致债权债务终止。

（二）受领主体

原则上，履行受领人是债权人，只有向债权人履行才会导致债权的消灭，向第三人为履行并不能使债权债务终止。但是债权人的受领权可能会被限制，在以下情况下，除非满足其他条件，否则向债权人履行不构成有效履行：第一，债权被保全[4]；第二，债权被强制执行[5]；第三，债权已被出质，并通知债务人后[6]；第四，债权人的破产申请被受理。[7]对于向为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的债权人履行是否构成有效履行，存在争议。支持者认为履行行为是事实行为，无行为能力或者限制行为能力人也可以作为受领人。[8]而反对者认为无限制民事行为能力人缺乏受领主管之权限，对其给付并不发生履行清偿的效力。[9]履行可能导致债权债务的终止，并非纯获利益的行为，基于保护不具有完全民事行为能力人利益的考虑，仍然应当适用或者类推适用其做出的民事法律行为的一般规则。[10]

当事人约定由债务人向第三人履行债务，债务人向第三人履行后，也产生债务消灭的后果。比如，债务人乙欠债权人甲1万元人民币，债权人甲又欠第三人丙的钱，债权人甲请求债务人乙直接将欠款付给丙，乙同意，并按照其欠甲款的数额将钱付给了丙，从而消灭了其对甲的债务。本法第523条对此作出了规定。

债务人依照法律规定向第三人履行的，也可能产生债权债务终止的法律效果。这里的第三人，包括被债权人授予受领权或者依法具有受领权的代理人、债权收取的受托人、债权质权人、监护人、遗产管理人、破产管理人等。同时，依据本法第537条中的规定，人民法院认定代位权成立的，由债务人的债务人向债权人履行义务，债权人接受履行后，债权人与债务人、债务人与其债务人之间相应的权利义务也终止。向无受领权的第三人作出履行例外情况下也发生债权债务终止的效果，例如，善意向债权的准占有人（具有受领权外观者，例如持有债权人签名的收据或者有效的债权凭证）履行[11]；同时，经债权人承认或者债权人已经从中获益的，也导致相应的债权债务终止。[12]

三、债权人和债务人协商一致以他种给付代替原定给付

债务人应当按照合同约定的内容履行，债权人有权拒绝债务人的他种给付。但有时，实际履行原定债务在法律上或者事实上不可能，比如，债务履行时，法律规定该履行须经审批，债务人无法得到批准许可，或者标的物已灭失，无法交付；或者实际履行费用过高，如交付货物的运输费用大大提高，甚至超过合同标的的价格，实际履行极不经济；或者不适于强制履行，如以债务人的具有人身性质的特定行为作为标的的合同；或者债务人无力履行原定的给付。在这些情况下，经债权人和债务人协商一致，可以采用代物履行的办法，达到债

务消灭的目的，债权人和债务人协商一致以他种给付代替原定给付，在债务人履行了该他种给付之后，债务消灭。^[13]例如，债务人乙按照合同约定，应当向债权人甲交付100吨吉林产圆粒大米，由于乙收购遇到困难，不能交付，但乙有100吨天津圆粒大米，质量与合同约定的吉林大米基本相同，甲同意交付天津大米以代替吉林大米的交付，乙交付了天津大米之后，债务即消灭。但是，单纯地受领他种给付并不能当然推导出债权人同意以他种给付代替原定给付。

实践中频发的以房抵债或者以物抵债并非法律用语，有可能是为了担保目的或者清偿目的，有可能是在履行期届满前或者届满后形成约定，有可能采取或者未采取法定的权利公示方式。如果仅着眼于履行期届满后债权人和债务人的以物抵债的债权效力，第一，基于当事人意思自治所订立的以物抵债协议，在实际履行了之后，会使得债权消灭，但即使未实际履行，以物抵债约定仍然具有合同效力。^[14]第二，如果未履行的以物抵债约定仍具有合同效力，那么其与原债之间的关系，取决于当事人之间约定中所体现的真实意图。如果当事人的真实意思在解释上有疑问时，基于意思表示效力越强就应当越明确的考量，不宜解释为债的更新和变更，可以推定为新债和原债并存，也即学理上所说的“新债清偿”或者“间接给付”，将此作为意思表示的默示规则，此时，债务人有在一定条件下选择的权利，但新债务不履行，则原债务不消灭，新债务履行，则原债务随之消灭。^[15]其中的考量与《民法典》第515条第1款的内在考量一致。在此种新债清偿或者间接给付中，如果债务人现实履行了，就构成代物清偿，则发生新债务和原债务都消灭的效力，这是严格意义上的“以物抵债”。在债务人履行之前，新债务和原债务并存，是以负担新债务作为清偿旧债务的方法，当事人之间并没有变更原定债权债务关系的内容，只是在债务人所附原定给付义务仍不消灭的情况下，额外为债权人创设实现符合债之目的的另一途径。^[16]但是，债务人到期不履行，则选择权转由债权人享有，这也与《民法典》第515条第2款的内在考量一致，即享有选择权的当他是人在约定期限内或者履行期限届满未作选择，经催告后在合理期限内仍未选择的，选择权转移至对方。此时，债权人有权选择请求债务人履行原债务^[17]，也有权选择请求债务人履行新债务。^[18]

四、法律规定或者当事人约定终止的其他情形

除了本条明确列举的债权债务终止的情形，出现了法律规定的终止的其他情形的，合同的权利义务也可以终止。比如，本法第934条规定，委托人死亡、终止或者受托人死亡、丧失民事行为能力、终止的，委托合同终止。本法第940条规定，建设单位依法与物业服务人

订立的前期物业服务合同约定的服务期限届满前，业主委员会或者业主与新物业服务人订立的物业服务合同生效的，前期物业服务合同终止。本法第977条规定，合伙人死亡、丧失民事行为能力或者终止的，合伙合同一般也终止。

当事人也可以约定债权债务终止的情形，只要约定不存在效力瑕疵的事由。《民法典》第158、160条中所规定的民事法律行为的“失效”也可以使得合同权利义务终止。比如，当事人订立的附解除条件的合同，当解除条件成就时，债权债务关系消灭，合同的权利义务终止；当事人订立附终止期限的合同，期限届满时，合同的权利义务终止。^[19]再比如，赠与人与受赠人约定，赠与人每月负担受赠人的生活费至其18周岁，受赠人18周岁前参加工作的，自参加工作之日，赠与合同终止。如果受赠人17周岁参加工作，则赠与人与受赠人之间的合同的权利义务终止。关于债的更新，也是债权债务终止的事由之一。民法典并未规定债的更新，但不妨碍通过当事人之间的明确约定发生债的更新，进而导致债权债务终止。

第五百五十八条

债权债务终止后，当事人应当遵循诚信等原则，根据交易习惯履行通知、协助、保密、旧物回收等义务。

本条主旨

本条是关于后合同义务的规定。

相关条文

《合同法》第92条 合同的权利义务终止后，当事人应当遵循诚实信用原则，根据交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

《合同法司法解释二》第22条 当事人一方违反合同法第九十二条规定的义务，给对方当事人造成的损失，对方当事人请求赔偿实际损失的，人民法院应当支持。

理解与适用

一、后合同义务概述

后合同义务，是指合同的权利义务终止后，当事人依照法律的规定，遵循诚信等原则，根据交易习惯履行的各项义务。在债权债务关系中，当事人之间的法律关系并不是静止的、孤立的，而是鲜活的、联动的、互利共赢的，任何一方在利益实现的过程中都应该考虑对方的权利和利益，并依据诚信原则公平行事。^[20]尤其是在继续性合同关系中，合同关系的长久存在会造成两个结果，第一是维持合同关系长久性的信赖关系，第二是合同关系的社会性增强，当合同关系完全被社会认知后，在社会交往中会成为一种可被他人信赖的外观，并以此为中心产生其他社会信任。^[21]为消灭此种客观化的合同关系，同时保护他人既有利益，在债权债务终止之后有必要赋予当事人以通知、协助、保密等后合同义务，这有利于在交易中强化诚信观念、维护交易的正常秩序。

这些义务不仅在合同的权利义务终止后会发生，在其他法定之债的债权债务终止后，也应当存在这些义务，例如，因无因管理等发生的法定之债中，在债权债务终止后，也同样可能发生协助、保密等义务，因此，本条将原合同法中的“合同的权利义务”修改为“债权债务”。但这些义务仍然主要发生于合同的权利义务终止后，故本条释义仍以后合同义务为中心予以阐述。

认定后合同义务存在时，应考虑本条规定的后合同义务的条件。

1.后合同义务是合同的权利义务终止后产生的义务。先合同义务、合同义务（包括主给付义务、从给付义务、附随义务、不真正义务）和后合同义务三者共同组成与合同有关的义务群。^[22]合同成立前，当事人承担的是先合同义务；合同的权利义务未终止，当事人履行的是合同义务。本条中的“债权债务终止”应当理解为整体的权利义务关系终止。实践中出现的问题在于^[23]：第一，有法院误将合同成立后当事人履行合同过程中负有的通知等义务错误理解为后合同义务。^[24]第二，有法院将“主给付义务履行完毕”等同于“合同终止”，从而将主给付义务之外的合同义务理解为后合同义务。^[25]例如，房屋出卖人交付房屋、办理过户登记后，尚负有瑕疵担保义务等合同义务，合同并未全部履行完毕，却有判决认为物的瑕疵担保义务、权利瑕疵担保义务系后合同义务。^[26]第三，有法院将当事人变更合同之后新的协议中约定的义务认定为后合同义务。^[27]

2.后合同义务主要是法律规定的义务。如果当事人在合同中约定履行某项义务，该义务为合同义务，不履行该义务，承担违反合同的责任。后合同义务主要是法定义务，违反后合同义务要承担损害赔偿

责任。有观点认为，对于违反后合同义务的法律后果，亦得由当事人约定违约金作为保障手段，比如约定“在合同终止后2年内承担保密义务，如有违反，支付违约金若干。”^[28]但此种保密义务已经经由当事人之间的意思表示订入合同，与合同的给付义务所不同者只是当事人安排的事务范围与时段不同而已。因此，如果当事人在合同中约定于合同权利义务终止后应履行某项义务，该义务应为合同义务，仍应适用民法典关于合同订立、履行、变更、终止、违约责任等规定。实践中将合同中约定的保密义务^[29]、竞业禁止义务^[30]、清理结算条款^[31]、开具发票义务^[32]等认定为后合同义务，这些均值得反思。

3.后合同义务是诚信等原则派生的义务。诚信原则要求民事活动的当事人具有诚实、守信、善意的心理状况，不损人利己，不规避法律，秉持诚实，恪守承诺，在民事活动中维持双方的利益平衡，以及当事人利益与社会利益的平衡。合同的权利义务终止后，当事人应当履行哪些义务，并没有一定之规，依诚信原则应履行的义务，均应为后合同义务的范围。当事人主观方面的要求也可以根据诚信原则予以确定。除此之外，本条还使用了“等”字，意味着民法的其他基本原则也可以在债权债务关系终止之后派生出权利义务，最为重要的是本条新增加的“回收旧物”这一项义务是《民法典》第9条所规定的“绿色原则”的反映。

4.后合同义务的内容根据交易习惯确定。合同的内容不同，后合同义务也不同，法律不可能针对个案确定后合同义务的内容，但按照交易习惯，某类合同终止后，当事人通常的行为准则，应作为后合同义务。所谓交易习惯，一方面指一般的民商事活动应遵循的习惯，另一方面指当事人双方长期交易关系中形成的习惯。据《合同法司法解释二》第7条规定，下列情形，不违反法律、行政法规强制性规定的，人民法院可以认定为合同法所称“交易习惯”：（1）在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用并为交易对方订立合同时所知悉或者应当知道的做法；（2）当事人双方经常使用的习惯做法。但收集的案例中法院几乎未对交易习惯展开论述。^[33]

二、后合同义务的内容

遵循诚信等原则，根据交易习惯，债权债务终止后的义务通常包括但不限于以下内容。

（一）通知义务

合同权利义务终止后，一方当事人应当将有关情况及时通知另一方当事人。比如，房屋买卖合同履行完毕后，出卖人应该将房屋的重

大情况通知买受人^[34]、在租赁合同终止后，出租人应及时通知承租人取回物品。^[35]但是在司法实践中，有法院未细究涉案合同是否已消灭，以致误将合同存续期间的义务称为后合同义务，比如将解除合同的通知义务认定为后合同义务。^[36]

（二）协助义务

合同的权利义务终止后，当事人应当协助对方处理与原合同有关的事务。比如，合同解除后，需要恢复原状的，对于恢复原状给予必要的协助；合同的权利义务终止后，对于需要保管的标的物协助保管。实践中，法院认定债权债务终止后当事人负有后合同义务的主要情形是协助义务，包括：股份代持协议终止后，代持人应协助隐名股东履行股权处置和领取分红款等义务^[37]；商住楼合作开发协议解除后，当事人一方仍应协助另一方向第三人交付房屋以及办理不动产登记^[38]；挂靠协议终止后，车辆挂靠公司应该协助车辆实际所有权人办理车辆运营手续^[39]；劳动关系终止后，劳动者请求办理劳动合同消灭时的交接手续等。^[40]

（三）保密义务

保密指保守国家秘密、商业秘密和合同约定不得泄露的事项。国家秘密，是指关系国家的安全和利益，依照法定程序确定，在一定时间内只限于一定范围的人员知悉的事项。国家秘密事关国家安全和利益，合同的权利义务终止后，合法接触、掌握、使用国家秘密的合同当事人，对于保密期内的国家秘密，无权向第三者泄露。泄露了国家秘密，要承担民事责任、行政责任甚至刑事责任。商业秘密，指不为公众所知悉，能为权利人带来经济利益，具有实用性，并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。商业秘密一旦进入公共领域，就会失去其商业价值，损害合同当事人的经济利益和竞争优势。因此，合同的权利义务终止后，当事人负有保守商业秘密的义务。泄露了商业秘密要承担民事责任。除了国家秘密和商业秘密，当事人在合同中约定保密的特定事项，合同的权利义务终止后，当事人也不得泄露。实践中，法院认定当事人负有保密义务的主要情形是商业秘密，例如，技术转让合同无效或者解除后，已经受让技术材料的当事人负有保密义务^[41]；软件开发合同终止后，当事人双方负有保密义务等。^[42]

（四）旧物回收的义务

债权债务终止后，当事人之间自可主张返还原物，原则上这是当事人的权利，自然可以不行使，但是有些情况下当事人不收回其原物

可能会给对方造成损害，或者会给自然环境造成损害。《民法典》第9条规定：“民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护生态环境。”为进一步落实该项原则的要求，促进生态文明建设，本条扩充了后合同义务的范围。在债权债务终止后，当事人还依法负有旧物回收的义务。《民法典》第625条也规定：“依照法律、行政法规的规定或者按照当事人的约定，标的物在有效使用年限届满后应予回收的，出卖人负有自行或者委托第三人对该标的物予以回收的义务。”旧物回收也可能会包括包装物的回收。^[43]

三、违反后合同义务的构成要件和法律后果

本条属于不完全规范，没有明确规定违反后合同义务的构成要件和法律效果。《合同法司法解释二》第22条规定：“当事人一方违反合同法第九十二条规定的义务，给对方当事人造成损失，对方当事人请求赔偿实际损失的，人民法院应当支持。”虽然当事人也有权请求对方当事人继续履行后合同义务等责任，例如履行旧物回收义务，但是最为重要的仍然是违反后合同义务应当承担赔偿损失的责任。

就赔偿损失责任而言，首先当然需要违反后合同义务的行为；其次要有损害，既可以是财产损害，也可以是人身损害，主要是对于相对人固有利益的损害^[44]；再次还需要有行为和损害之间的因果关系。但争议最大的是，是否要求行为人有过错。该争议体现于违反后合同义务所生的责任性质这个争论上。目前主要有四种学说：一是合同责任说。该说认为后合同义务性质上仍然是合同义务，对此种义务债权人有权请求债务人履行，债务人在违反后合同义务时，与违反一般的合同义务相同应承担债务人不履行的损害赔偿赔偿责任。^[45]二是缔约过失责任说，该说认为缔约过失责任可以适用于合同订立前后，凡是违反诚实信用原则而产生的义务，都应承担缔约过失责任。三是侵权责任说，该说认为合同关系中止，不存在合同义务，在一般情况下后合同义务不能成为合同义务。加之该种义务的违反可能造成对民事权益的侵害，且行为人违反义务也具有过错，所以常常符合侵权责任的构成要件。后合同义务主要是保护、保密等义务，而不应成为合同法上的义务。四是独立责任说，理由在于，后合同义务强于侵权责任人的义务，后合同责任方式可以是继续履行，后合同义务存于合同当事人之间（彼此有信赖关系、而侵权责任人与权利人之间无须有信赖关系），此三点异于侵权责任，此外也异于违约责任、缔约过失责任。^[46]

上述争论仅仅是一种解释选择的争论，不同的观点并不会必然导致价值判断结论的实质差异。从体系整体考量，德国法创设先合同义务和后合同义务，主要根源于其侵权保护对象的狭窄，故需要扩充合

同义务弥补漏洞，另外还涉及雇主责任和履行辅助人责任免责事由的不同，故有其特殊的规范背景和体系前提。^[47]但是，后合同义务规定于合同的权利义务终止部分，但其具体内容所包含的通知、协助、保密等义务贯穿于合同成立前、合同成立后和合同终止后。在合同成立前为先合同义务，违反先合同义务构成缔约过失责任。在合同成立后消灭前为附随义务，违反附随义务应负违约责任。如发生于无合同关系的当事人之间，则因违反侵权行为法上的不作为义务而原则上应负过错侵权责任。如果同一行为，仅因发生时空不同，便实行截然不同的归责原则，理据不足；仅因当事人之间存在合同关系，便不考虑行为人的过错而加重其侵害相对人固有利益的责任，并不符合法理。^[48]因此，可能的价值共识是，在违反后合同义务而承担赔偿责任的责任时，应当考虑行为人的过错。^[49]

但是，应当考虑行为人的过错是一个价值判断的结论，实现此结论的方式多种多样。一种方式是在违反后合同义务这个要件之外，另行增加行为人的过错这个要件（外部区分）。但还存在另一种方式，即认定违反后合同义务时，首先要认定后合同义务的具体内容，而此时行为人的过错是应予考虑的因素之一（内部包含）。具体而言，后合同义务的具体范围需要根据具体个案予以细致和具体的判断，不宜以结果倒推后合同义务的范围，要考虑诚信等原则所要求的不同价值之间的平衡，要考虑交易习惯的举证，结合当事人主观方面的要求、履行的对价、成本和收益的对比、当事人约定的可能性等，在个案中具体判断后合同义务的具体范围、强度、地域、内容、期限等，此时，当事人主观方面的要求也可以根据诚信原则予以确定。这与《民法典》第500条所规定的缔约过失责任相同，该条第1项和第2项已经明确规定了当事人主观方面的要求，而在第3项中的“有其他违背诚信原则的行为”，在确定是否存在此种行为时当然也应当考量当事人主观方面的要求。^[50]

第五百五十九条

债权债务终止时，债权的从权利同时消灭，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

本条主旨

本条是关于从权利随主权利消灭而消灭的规定。

相关条文

《民法典》第393条 有下列情形之一的，担保物权消灭：

（一）主债权消灭；

.....

《民法典》第587条 债务人履行债务的，定金应当抵作价款或者收回。.....

《担保法》第88条 留置权因下列原因消灭：

（一）债权消灭的；

.....

理解与适用

一、从权利同时消灭

从权利是指附随于主权利的权利。由于从权利是从主权利派生出来的，从权利从属于主权利，这也包括消灭上的从属性。当主债权债务终止时，从权利一般也就没有了存在的价值，同时随之消灭。

抵押权、质权、保证权利、定金权利等担保权利都属于主权利的从权利。据此，《民法典》第393条第1项就规定，主债权消灭的，担保物权也消灭。第587条中也规定，债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。此时，担保权人有义务涂销登记，或者返还担保物。^[51]但是，由银行或者非银行金融机构开立的独立保函所产生的权利并非从权利。^[52]另外，常见的从权利还包括尚未发生的利息债权、违约金债权等。但是，如果利息债权、违约金债权已经发生，则成为独立的权利，并非从权利。^[53]

但是，法律可能作出不同的规定。例如，主债权部分消灭的，作为从权利之一的担保物权并不在相应范围内部分消灭，而是根据担保物权的不可分性，主债权部分消灭，担保物权仍然存在，担保财产仍然担保剩余的债权，直到债务人履行全部债务时为止。最高额抵押、最高额质押、最高额保证等，在约定的主债权确定前，也并不随着某一项主债权的消灭而消灭。《企业破产法》第124条也规定：“破产人的保证人和其他连带债务人，在破产程序终结后，对债权人依照破产

清算程序未受清偿的债权，依法继续承担清偿责任。”

同时，本条也允许当事人另有约定，如果当事人约定债权债务终止时，债权的从权利并不消灭而是独立存在，一般应当允许当事人的此种约定发生效力。但法律另有规定的除外，例如，当事人如果约定主债权消灭后，抵押权仍然继续独立存在，则这会从根本上取消了抵押权的从属性。

二、债权债务终止的其他法律后果

其中最为重要的是，债务人出具负债字据的，为防止债权人或者其他人恶意利用负债字据（欠条）重复请求，在债权债务全部消灭后，债务人有权请求返还或者涂销负债字据；如果部分消灭，或者负债字据上载有债权人其他权利的，债务人有权请求将消灭事由记入字据；清偿人对受领清偿人，同样有权请求出具收据，载明清偿人、受领清偿人、受领的标的、清偿期日等。^[54] 负债字据的返还，可以推定债权消灭；关于利息或者其他如租赁等的定期给付，债权人给与受领一期给付的收据，未为他期保留的，推定其以前各期的给付已经为清偿；债权人给与受领本金的收据的，推定利息也已经受领。^[55]

第五百六十条

债务人对同一债权人负担的数项债务种类相同，债务人的给付不足以清偿全部债务的，除当事人另有约定外，由债务人在清偿时指定其履行的债务。

债务人未作指定的，应当优先履行已到期的债务；数项债务均到期的，优先履行对债权人缺乏担保或者担保最少的债务；均无担保或者担保相等的，优先履行债务人负担较重的债务；负担相同的，按照债务到期的先后顺序履行；到期时间相同的，按照债务比例履行。

本条主旨

本条是关于数项债务的履行抵充顺序的规定。

相关条文

《合同法司法解释二》第20条 债务人的给付不足以清偿其对同

一债权人所负的数笔相同种类的全部债务，应当优先抵充已到期的债务；几项债务均到期的，优先抵充对债权人缺乏担保或者担保数额最少的债务；担保数额相同的，优先抵充债务负担较重的债务；负担相同的，按照债务到期的先后顺序抵充；到期时间相同的，按比例抵充。但是，债权人与债务人对清偿的债务或者清偿抵充顺序有约定的除外。

理解与适用

一、概述和构成要件

履行抵充，指的是债务人对同一债权人负担的数项债务种类相同，债务人的给付不足以清偿全部债务时，确定该给付抵充这些债务中某项或者某几项债务；或者债务人在履行主债务外还应当支付利息和实现债权的有关费用，其给付不足以清偿全部债务的，确定该给付抵充该项债务中的某个或者某几个部分。原合同法对履行抵充的顺序并未作出规定，但《合同法司法解释二》第20条对此补充规定，实践中也多有案例发生。履行抵充的顺序对于当事人的利害关系非常重要，且有利于解决当事人之间的争议，在比较法中也多明确规定了履行抵充。^[56]本条和下条明确规定了履行抵充顺序。应当注意的是，在抵销中，也涉及抵销抵充，此时也应参照本条和下一条规定的履行抵充顺序予以确定。^[57]

本条规定了履行抵充的第一种情形，即数项债务的履行抵充，在适用时，首先要求债务人对同一债权人负担数项债务。如果多个债务人分别负担债务，则应当分别清偿，从而不发生抵充问题；如果是对不同的债权人负担债务，也应当分别做出履行，也不会发生抵充问题。此所谓数项债务，不问自始即发生于债权人及债务人之间，抑或嗣后由他人承担而来，均有适用。如果债务人只负担一项债务，一般只发生部分履行而不发生抵充问题，但是，如果作为一个债务的履行而应作出数个给付的，例如同一债务的分期履行，债务人所作出的给付不足以使得债务全部消灭的，也可以准用本条规定。^[58]

其次要求债务人负担的数项债务的种类相同。如果数项债务给付的种类不同，应当以给付的种类确定该给付清偿的是何项债务，没必要发生抵充问题。但是此处的数项债务不限于以金钱债务或者其他替代物为标的之债务，其以同种之行为或者不可替代物为标的者亦可以发生抵充问题。^[59]

再次要求债务人的给付不足以清偿全部债务。如果债务人的给付

可能清偿全部债务，也没有必要确立清偿的顺序，因为所有的债务都可以得到清偿。只有当债务无法得到全部清偿时，才有讨论抵充问题的可能。但是不需要债务人的给付超过数项债务中的某一项，虽不足清偿一项债务，亦适用关于本条的规定，但对所清偿的该项债务而言，同时可适用下一条款的规定，通过下条确定该项债务中费用、利息和主债务履行的顺序。^[60]

二、履行抵充的顺序

确定履行抵充顺序的基本原则是：有约定从约定，无约定从指定，无指定从法定。据此，确定履行抵充顺序是约定抵充、指定抵充和法定抵充。

（一）约定抵充

如果当事人就抵充的顺序协商一致，这是意思自治的表现，此时，该约定应当优先于指定抵充和法定抵充，本条第1款中的“除当事人另有约定外”即体现了约定抵充。例如，乙欠甲借款、货款各1万元，均已届期，乙向甲清偿8000元，双方约定该笔给付用于抵充借款，则从其约定。约定抵充的合意为诺成及不要式，效力判断根据民事法律行为的一般规则予以处理。抵充的意思表示可以是明示，也可以是默示，例如，债权人请求偿付特定债务，债务人对此予以支付；或者债务人的给付系为清偿特定的债务，债权人未表示反对而默认受领；债权人在收据中指明了某项给付所偿付的债务，并且债务人接受了该收据的，也可认为当事人之间成立了默示的抵充合意。^[61]

在债务履行之前或在履行之时，都可以达成抵充约定。如果在债务履行之前达成抵充约定，债务人违反该约定而指定抵充其他债务的，债权人有权拒绝受领，不构成受领迟延，债务人因未按照抵充约定履行给付，陷于给付迟延并承担损害赔偿责任^[62]；债权人仍受领该给付且未提出异议的，债务人所指定抵充的债务即归于消灭，原因在于债务人并不因为抵充约定而失去指定权。^[63]在债务履行之后，当事人也可以协议抵充或者变更原抵充约定，但这种约定仅在当事人之间发生效力，但对有利害关系的第三人而言，原来因抵充而消灭的债务不复活，特别是因清偿而免责的担保人并不受影响。^[64]在约定抵充中债务受偿的顺序并无限制，可以先抵充无担保的债务，担保人、连带债务人等利害关系人亦无权干涉当事人的抵充约定，但此等利害关系人与债权人和债务人共同约定抵充之后，债权人与债务人作出的与之相异的抵充约定或指定，对他们不具有对抗效力。^[65]

（二）指定抵充

根据本条第1款规定，当事人之间如果没有约定抵充的，则默认由债务人指定其履行的债务。《合同法司法解释二》第20条并未规定指定抵充，而仅规定了“债权人与债务人对清偿的债务或者清偿抵充顺序有约定的除外”，即在约定抵充时，直接适用法定抵充，但债务履行本来就不必在当事人之间形成合意，不承认债务人的指定抵充，可能有损债务人为了自己的利益进行偿债的自由，法政策上值得检讨，且比较法中和我国学理也多对指定抵充予以承认。^[66]本条第1款规定了指定抵充，且明定债务人享有指定的权利，有助于解决上述问题。

债务人的指定权是形成权，其行使是有相对人的单方意思表示，无需债权人同意，其生效适用《民法典》第137条的一般规则，且生效后不得撤销。指定的意思表示可以是明示的，也可以是默示的。债务人的指定应当在给付时做出，债务人在给付时未指定，给付后的指定无效，否则在有争议的时候，债务人可以立即指定，之后的法定抵充顺序就没有任何意义。当然，如果债权人同意债务人于之后指定，在当事人之间虽然不妨碍给付以后债务人抵充指定的效力，但是债务已经消灭，不得因此而危及到就债务消灭有利害关系的第三人的利益。同时，在债务人指定了抵充的债务后，给付不足以完全清偿该项被指定的债务的，应当按照本法第561条的规定，在无约定情形下，按照费用、利息、主债务的顺序抵充，不得由债务人另行指定，除非债权人同意。

有疑问的是，清偿人并非债务人时，其是否具有抵充的指定权？如果该清偿人仅概括表示清偿债务人的债务但未指定清偿何项债务，则可以根据该清偿人与债务的利害关系推知其所清偿的债务，例如，担保人或担保物的受让人，通常为自己的利益偿付其所担保的债务或受让的担保物所担保的债务。但是，如果无从据以推知清偿人的清偿决定，例如，该清偿人是数项债务的同一担保人，似乎仍然有必要承认清偿人的抵充指定权，以充分体现意思自治，避免债务人指定抵充和法定抵充所可能带来的违反清偿人意思的情形。^[67]

同时，本条第1款并非规定债权人的指定权。如果当事人约定由债权人指定，或者由第三人指定，这并无问题，其行使与上述债务人指定并无实质差异。但是，有些立法例规定，债务人未指定的，债权人可以在受领时或者受领后的合理期间内指定；为了防止债权人滥用指定权，这些立法例往往特设特别规则，例如禁止指定抵充其尚未到期的、有争议的、违法的债权，或者允许债务人对债权人的指定提出异议。^[68]因此，债权人的指定抵充受到诸多限制，其意义大打折扣，且增加了不确定性，在效果上也往往与法定抵充的效果相同，排

除了债权人的指定权实际上是避免了制度之间叠床架屋，避繁就简；同时，如果承认债权人的指定权，则无需在法定抵充顺序中过多考量债权人利益，应更多考量债务人利益，而本条第2款并非如此，其更多地考量了债权人利益，故也无需债权人的指定权。^[69]当然，如果债权人出具的收据中载明了清偿某债务，而债务人无异议地接受的，这并非债权人指示，而是债务人通过默示的意思表示与债权人达成了抵充约定。^[70]

（三）法定抵充

既无约定抵充也无指定抵充时，则直接依据本条第2款规定的法定抵充顺序。在本条第1款已经承认了债务人指定权的情况下，法定的抵充顺序应更多地考量债权人的利益，采取债权人利益优先、兼顾债务人利益的原则确定顺序。具体顺序如下。

1.已到期债务

如果到期的债务和未到期的债务并存，应当先抵充已到期的债务，毕竟债务未到期，则债务人不负有履行义务，应保障债务人的期限利益，这既符合当事人之间的利益状况，又符合债务人可推知的意思。^[71]

但是，在已到期的债务中，如果对应债权的诉讼时效期间已经届满，不宜基于片面保护债权人的目的，认为债务人放弃了时效抗辩权，进而认为抵充时效期间已经届满的债权，除非债务人明确表示放弃时效抗辩权。^[72]否则，相当于在债务人无明确意思表示的情况下，剥夺了债务人所享有的时效抗辩权，因此，诉讼时效期间已经届满的债务，不能适用法定抵充规则，除非债务人明确放弃了时效抗辩权。

2.缺乏担保或者担保最少的债务

该规定旨在保护债权人的利益，使得债权人未被清偿的债务尽量存在担保，这有利于债权人实现其债权、强化对债权人的保护。该顺序适用的前提是“数项债务均到期的”，但是，在数项债务均未到期，债务人依据本法第530条规定提前履行且不损害债权人利益，债务人明确放弃了期限利益，同样应当适用该顺序。^[73]

如果某债务有担保，另一债务无担保或者缺乏担保，则优先履行缺乏担保的债务。连带债务对比单独债务，可能连带债务实质上具有担保作用，因此可以认为单独债务优先被冲抵。^[74]在债务均存在担

保的情形，则优先履行担保最少的债务。本条所规定的“担保最少”，并非担保的绝对数额最少，而是对债权人而言担保利益最少或者担保状况最低的，否则某些情况下容易导致和本规定目的相违背的情形。比如，50万元的债务存在担保50万元，同时另外一个100万元的债务存在同样类型的担保60万元，债务人支付50万元，优先清偿哪一个债务？此时，后一项债务的担保比例较少，因此优先抵充后一项债务中的未担保债务，这对债权人最为有利。但如果将“担保最少”理解为担保的绝对数额最小，则应优先抵充前一项债权，这无法实现保护债权人合理利益的目的。同时，除了上述担保的比例之外，在判断担保的多少时，还可以考虑担保的类型、担保人的信用或者履行能力等因素予以综合判断。例如，有抵押担保的债务较之由大银行提供保证的债务，所受的担保程度可能要差一些，应当被先抵充。[75]

3. 债务人负担较重的债务

该规定旨在保护债务人的利益，优先清偿负担较重的债务，使得债务人因清偿而获益最多。判定债务的负担轻重以及债务因清偿给债务人带来的获益多寡，存在经济性标准和非经济性标准。在非经济性标准方面，如果债务人不履行某项债务会招致刑事或者行政处罚的，甚至影响到个人信用记录的，应该认为其履行负担更重。[76]在经济性标准方面，在不违背债权人保护的情况下，应该再次从债务人的角度考虑其负担的轻重，比如，无利息的债务对比有利息的债务，前者显然对债务人的负担较轻；在本金相同的情况下，低利息的债务对比高利息的债务，前者对债务人的负担较轻；无违约金的债务对比有违约金的债务，前者对债务人的负担较轻。[77]但是，在不少情形中抵充哪项债务对债务人而言获益更多，不能一概而论，需要综合评判各项因素加以判断。例如，有保证担保且附有利息的债务与有抵押担保且规定了违约金的债务并存时，为确定清偿何项债务担保最少以及对债务人的获益更大，便需要衡量诸种因素加以判断。[78]

4. 先到期的债务

比如，8月1日到期的债务，对比同年9月1日到期的债务，应当先抵充前一个债务。根据该规定，并非抵充最先成立的债务，而是抵充先到期的债务。[79]先到期的债务先被抵充，是为了保护债权人的利益，因此也可能隐含了另外一个因素，即诉讼时效期间较早届满的先被抵充，这同样为了保护债权人的利益。例如，在商事交往中，交易双方经常采用往来账的结算方式，往来账中所包含的各个债务，如果无法完全得到清偿，当事人未进行余额确认，且无法根据以上顺序确定抵充顺序的，则似乎应当按照债务比例确定，此时仍将存在所有各项债务的余额，没有一项债务得到完全清偿。这种解决方案很不实

用，因此，有观点正当地认为，诉讼时效较早过期的债权应先获抵充。^[80]

5. 债务比例

即各按数项债务的比例部分清偿数项债务，以兼顾双方利益。^[81]

第五百六十一条

债务人在履行主债务外还应当支付利息和实现债权的有关费用，其给付不足以清偿全部债务的，除当事人另有约定外，应当按照下列顺序履行：

- （一）实现债权的有关费用；
- （二）利息；
- （三）主债务。

本条主旨

本条是关于费用、利息和主债务的履行抵充顺序的规定。

相关条文

《合同法司法解释二》第21条 债务人除主债务之外还应当支付利息和费用，当其给付不足以清偿全部债务时，并且当事人没有约定的，人民法院应当按照下列顺序抵充：

- （一）实现债权的有关费用；
- （二）利息；
- （三）主债务。

理解与适用

一、概述和构成要件

本条主要是针对债务人在履行主债务外还应当支付利息和费用，当其给付不足以清偿全部债务时，应如何确定主债务、利息和实现债权费用的清偿顺序所做出的具体规定。本条承认了在当事人之间没有约定时，以法定的形式对债权人的利益加以有效保护，同时可以平衡当事人之间的利益，有利于纠纷的解决，是对我国抵充制度的进一步完善。

本条的适用，首先要求债务人在履行主债务外还应当支付利息和实现债权的有关费用。债务人对于同一债权人负担一项或者数项债务，除主债务外应支付费用及利息时，以其费用及利息与主债务有同种标的为限，如果以金钱标的主债务，但是以金钱之外的标的物为利息，由于标的相异，主张以金钱清偿抵充金钱以外的利息者应承担举证责任。^[82]应抵充的利息、费用需已经具体发生。其次要求债务人的给付不足以清偿主债务、利息和实现费用这些全部债务。

二、抵充顺序

（一）约定抵充

此时，确定履行抵充顺序的基本原则是：有约定按约定，无约定按法定。如果当事人就抵充的顺序协商一致，这是意思自治的表现，该约定应当优先于法定抵充，本条中的“除当事人另有约定外”即体现了约定抵充的优先。例如，乙欠甲借款10万元，利息5000元，实现债权的费用3000元，乙向甲清偿3万元，双方约定该笔给付用于抵充主债务，则从其约定。

（二）法定抵充

在当事人对抵充顺序没有约定时，各个立法例与本条的规定基本一致，采取有利于债权人的立场，直接适用法定抵充，而排除了债务人的抵充指定权，否则将违背保护债权人利益的立场。据此，在存在数项债务时，债务人有权依据第560条第1款指定其履行的某项债务，但在该项债务中，债务人不能违反本条规定的费用、利息和主债务的法定抵充顺位，不得先指定抵充主债务，然后抵充费用和利息，除非债权人明确同意。^[83]当然，既然本条是为了保障债权人利益，则债权人可以做出与本条规定的抵充顺序不同的要求^[84]，但不能影响到有利害关系的第三人的利益。

按照本条规定，在上例中，3万元首先抵充实现债权的有关费用

3000元，其次抵充利息5000元，最后抵充主债务2.2万元，因此未偿还的主债务还剩7.8万元。法定抵充的顺序，具体如下：

1.实现债权的有关费用

这些费用包括保管费用、诉讼费用、执行费用、拍卖费用等。债权人为了实现债权支出的费用属于额外的支出，故债务人应当优先清偿这些费用。采取同样的精神，《民法典》第412条规定，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，致使抵押财产被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押权人有权收取该抵押财产的天然孳息或者法定孳息，孳息应当先充抵收取孳息的费用。《民法典》第430条也规定，质权人收取质押财产的孳息也应当先充抵收取孳息的费用。

2.利息

利息是债权人预期应有的收益，应当先于本金而抵充。尤其是对于银行而言，其收取利息是其发放贷款的主要目的，如果利息不能得到保护，则与此种债权的目的不相一致。关于超过法定利率限额的利息和逾期利息可否适用法定抵充规则，实践中的观点多认为，超过法定利率限额的利息并不适用关于法定抵充的规定^[85]，不能认为债务人的履行当然构成了对超额利息的自愿给付。对逾期利息而言^[86]，逾期利息也属于债权人应有的收益，是一种资金占有的成本，给付仅取决于债务人占用了本归债权人支配的资金的事实，不考虑债权人遭受的实际损害，纵因不可抗力致迟延归还本金，债务人偿付逾期利息的义务也不能豁免，债务人纵因运用资金得宜而大有斩获，亦无须对债权人增加给付，逾期利息的偿付与当事人营业的盈亏无关。因此，逾期利息的支付具有绝对性，它与已经发生的本金利息具有同质性，可适用相同的抵充规则，故总计不超过法定利率限额的逾期利息能够适用法定抵充规则。^[87]

另外，本条仅规定了费用和利息应先于主债务抵充，未规定违约金的抵充顺序。实践中，很多案例将违约金与利息等同，因此先于主债务抵充。^[88]但是，违约金和利息迥然不同，利息是一种资金占有的成本，不需要考量债权人遭受的实际损失，故一般不适用违约金酌减的规则，而违约金是对约定的损害赔偿，两者是不同的，利息的优先抵充不能当然适用于违约金，除非债权人和债务人另有约定。在借款合同中，可能会出现既约定逾期利息又约定了违约金情形，此时可以考虑将逾期利息和违约金一并计算为利息^[89]，总计不超过法定利率限额的利息能够适用法定抵充规则。在买卖、租赁等非借款合同中，针对付款的义务，也会出现逾期付款违约金。^[90]此时，逾期付

款违约金包含了逾期利息，该逾期利息部分应作为利息先于主债务抵充，但超出逾期利息的其他部分不得作为利息先于主债务抵充，而属于数项债务，按照第560条规定处理，可以由债务人在清偿时指定，同时，未作指定的，在违约金债务和主债务均到期的情况下，如果主债务无担保而违约金债务有担保，则优先抵充违约金债务；在担保相等的一般情形中，主债务较之违约金债务对债务人的负担更重，因此主债务应当先于违约金债务而被抵充。^[91]从利益平衡的角度来观察，本条的主旨是着重于债权人利益的保护，且排除了债务人指定的权利，因此，在具体问题上，适度考量债务人的利益，通过这种违约金和利息的区分，使得违约金能够适用第560条的规定，债务人享有指定权，增加主债务数额减少的可能性，有助于在债权人利益保护的前提下适度平衡债务人的利益，同时，债务人就费用和利息之外的履行部分，能够取得指定权而可能使得主债务数额减少，有利于督促债务人多履行，同样也间接有利于债权人利益的保护。

3.主债务

还应当注意的是第561条和第562条之间的关系。如果有数项债务，每项债务均包含费用、利息和主债务，此时是先根据第560条确定各项债务的抵充，再依据本条确定各项债务的费用、利息和主债务本身的抵充，因此，只有某项债务被完全抵充之后，债务人的履行才能被用于抵充因后顺位主债务而发生的费用和利息；抑或反之。^[92]前者更有利于债务人，此时债务人有抵充的指定权，而后者更有利于债权人。同样，基于抵充主旨是保护债权人利益的整体立场，故在具体问题上适度平衡债务人利益、督促债务人多履行的考量，同时便利计算，笔者倾向于采取前一种观点。

第五百六十二条

当事人协商一致，可以解除合同。

当事人可以约定一方解除合同的事由。解除合同的事由发生时，解除权人可以解除合同。

本条主旨

本条是关于合意解除合同和约定解除权的规定。

相关条文

《合同法》第93条 当事人协商一致，可以解除合同。

当事人可以约定一方解除合同的条件。解除合同的条件成就时，解除权人可以解除合同。

理解与适用

一、解除概述

（一）合同解除的制度目的

合同解除，是指因当事人一方或双方的意思表示，使具有约束力的合同溯及自始或者仅向将来终止。解除是对当事人进行救济的方式之一。作为民事法律行为的合同行为不存在解除问题，能够被解除的仅仅是合同关系。^[93]合同通过合同解除，能够使得当事人在其合同目的不能实现的情形中摆脱现有合同权利义务关系的约束，重新获得交易的自由，使得当事人不再负有对待给付义务、受领义务，在解除具有溯及力时还可以请求返还已经作出的给付。^[94]比如，甲作为卖方和乙作为买方签订买卖合同，乙到期未支付价款，如果甲已经先交货，则甲可以解除合同，要求返还货物，将货物重新出卖；如果甲未交货，则甲可以通过解除消灭自己交货的义务。相对比而言，履行抗辩权的效果是暂时性地对抗对方的请求，而违约责任尤其是违约损害赔偿效果是弥补损失。因此，合同解除具有履行抗辩权和违约责任所不能取代的功能，避免就继续履行和损害赔偿请求权实现前保持对待给付的状态。^[95]合同解除是合同严守的例外，故在合同解除中，应当考量意思自治和社会整体信赖之间的关系，在意思自治和合同约束之间形成平衡。

关于是否以及如何合同解除与合同终止，存在不同的观点。有些观点区分了是否具有溯及力，没有溯及力的称为终止，有溯及力的称为解除。民法典采取了广义的终止的概念，“解除”仅是“终止”的原因之一^[96]，同时在解除的效果上区分有溯及力和没有溯及力的解除，其中没有溯及力的解除就相当于狭义上的“终止”。

（二）合同解除的对象

解除的目的既然是摆脱合同的约束，则解除的对象就是具有约束力的合同。能够被解除的合同，简而言之就是在当事人之间具有法律

约束力的合同，即使合同尚未发生当事人期望的法律效果，并不意味着合同不具有任何约束力。在当事人之间不具有任何约束力的合同，就无摆脱合同约束的必要，无需被解除。已成立并且有效的合同，当然可以被解除。以下合同需要被具体讨论。

（1）无效的合同。无效的合同无需解除，当事人起诉既请求解除合同，又请求确认合同无效的，法院应当依法受理，并首先审理合同效力，认定合同无效的，应驳回解除合同的诉讼请求；认定合同有效的，应对解除合同的诉讼请求进行审理，并依法判决。

（2）相对无效的合同。相对无效的合同，对于合同双方之外的第三人而言是无效的，但在合同当事人之间仍然是有效的，故当事人仍可以请求解除合同。例如，已经被查封的房屋，被执行人就该房屋又签订租赁合同，《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第26条规定：“被执行人就已经查封、扣押、冻结的财产所作的移转、设定权利负担或者其他有碍执行的行为，不得对抗申请执行人。第三人未经人民法院准许占有查封、扣押、冻结的财产或者实施其他有碍执行的行为的，人民法院可以依据申请执行人的申请或者依职权解除其占有或者排除其妨害。……”因此，租赁合同对申请执行人而言是无效的，是相对无效，而非绝对无效，因此，承租人依据租赁合同占有查封物的，人民法院可以解除其占有，但不应当在裁定中直接宣布租赁合同无效或解除租赁合同。^[97]但是，租赁合同在出租人和承租人之间仍然是有效的，故因查封而导致租赁房屋无法使用，租赁合同目的无法实现，承租人有权请求解除该租赁合同。^[98]

（3）不生效的合同。《民法典》第502条第2款规定了未办理批准等手续的不生效合同，同时规定合同不生效不影响合同中履行报批义务条款以及相关条款的效力。因此，更为精准的观点是认为此时该合同不完全生效。在此情形中，由于履行报批义务条款以及相关条款已经发生效力，因此仍有摆脱合同约束的必要，故不生效的合同也可以被解除。^[99]

（4）附生效条件、附生效期限的合同。条件成就和期限届至后，该合同自然可以被解除。但是，在条件成就和期限届至之前，该合同虽然不能发生当事人期望的法律效果，但是已经具有约束力，仍然有解除以彻底摆脱合同约束的必要，例如，债务人条件成就和期限届至前明确拒绝履行债务，债权人可以解除该合同。

（5）效力待定的合同。在追认权人追认后，合同有效，自然可以被解除；追认权人拒绝追认或者善意相对人撤销后，合同确定不生

效，不具有合同拘束力，自然无须被解除。在效力不确定的阶段，一般情形中，为摆脱合同约束，追认权人拒绝追认即可，相对人善意情形下享有撤销权，都有摆脱合同约束的方式，似乎无需通过解除而摆脱合同约束。但是，如果出现合同目的不能实现的情形，在相对人因为恶意不享有撤销权的情形中，相对人仍然有通过解除摆脱合同约束的必要。

（6）可撤销的合同。如果撤销权人和解除权人一致，例如，甲欺诈了乙导致乙订立合同，甲根本违约，乙此时既享有解除权也享有撤销权，其选择行使即可。如果撤销权人和解除权人不一致，例如，甲欺诈了乙导致乙订立合同，乙发现后明确拒绝履行，则甲有解除权，乙有撤销权，在甲行使解除权而乙同时行使撤销权的情形中，乙应当得到法律的保护，此时应当支持乙撤销权的行使，以体现出对乙的保护。^[100]

（7）单务合同。有观点认为，解除的目的是免除对待给付义务，而单务合同中无此义务，故解除不适用于单务合同。^[101]但是，在单务合同中，即使无对待给付关系，但因信赖关系的破坏，同样可能导致提前终止合同的需要，使合同面向未来而终止。^[102]

（三）合同解除的类型

解除包括了当事人协商解除（合意解除）、行使约定解除权和行使法定解除权。合意解除和约定解除权都是根据当事人的意思自治产生的，而法定解除权时依据法律规定产生的。合意解除直接导致合同被解除，约定解除的事由和法定解除的事由发生，仅产生了解除权，解除权人必须依法行使解除权后才能够导致合同被解除。本条规定了当事人协商解除合同和约定解除权。

二、合意解除

（一）构成

合意解除，是指合同产生法律约束力后，当事人以解除合同为目的，经协商一致，订立一个解除原来合同的协议。比如，乙公司向甲公司订购了一批服装面料，准备生产时装，但由于乙公司的生产订单被取消，乙公司不再需要订购的面料，于是与甲公司协商一致解除合同。

合意解除是双方的民事法律行为，是通过订立一个新的合同而解除原来的合同，合意解除的实质是一种消灭既存合同之效力的合同，

故又称为“解除合同”或者“反对合同”，因此应当遵循民事法律行为和合同的一般规定，即双方当事人应当对解除合同意思表示一致。^[103]解除协议未达成之前，原合同仍然有效。如果协商解除违反了法律规定的法律行为有效的条件，如违背了公序良俗，解除合同的协议不能发生法律效力，原有的合同仍要履行。解除的合同本身也可以附生效条件或者生效期限。

在合意解除中，最为重要的是当事人具有解除的明确意思表示。该意思表示，根据《民法典》第140条第1款的规定，可以是明示的，也可以通过行为等方式予以默示^[104]；既可能在诉讼外达成合意，也可能是在诉讼中达成解除合同的合意。^[105]一方起诉请求解除合同，另一方反诉亦请求解除合同，这是也可以认为双方解除合同的意思表示一致，此时合同解除，之后一方反悔的，不应予以支持。^[106]有争议的问题是，双方都明确同意解除，但未就协商解除后的法律后果形成一致的意思表示，此时合同是否解除？有观点认为，此时合意内容并不清晰确定，并且就解除后的法律后果未协商一致，合同效力的持续往往成为双方当事人合意解除时的一种讨价还价的砝码，因此，此时不能构成合意解除。^[107]实际上，这里涉及合意解除的意思表示解释问题。如果合意解除的意思表示以对结算清理事项形成一致意见为前提，则该前提未成就的情况下，当然不能推导出合意解除的意思表示；但是，如果合意解除的意思表示已经非常清晰的情况下，即使未就结算清理事项形成一致合意，仍然可以认为构成合意解除，合同被解除，而解除后的结算清理事项依据法律规定予以确定^[108]，这更为方便也更为具有效率。因此，只要双方合意解除的意思表示是明确的，推定为构成合意解除，除非协商解除的意思表示以对解除后果形成一致意见为前提。

（二）后果

根据意思自治，当事人可以协商决定合意解除的具体效力。当事人可以协商决定合同解除的具体时间，对此无约定或者约定不明确时，解除合意确定之日就是合同解除之日。^[109]双方当事人也可以约定合同解除后的效果，比如可以在协议中明确放弃违约损害赔偿请求权^[110]；未约定或者约定不明确时，根据法律规定确定解除后的后果。^[111]同时，在解除协议无明确约定或者约定不明确时，推定之前所有的相关合同都已经被解除。^[112]

三、约定解除权

（一）含义

约定解除权，是指当事人约定，合同履行过程中出现某种情况，当事人一方或者双方有解除合同的权利。比如甲乙双方签订了房屋租赁合同，出租人甲与承租人乙约定，未经出租人同意，承租人允许第三人在该出租房屋居住的，出租人有权解除合同；也可以约定，出租房屋的设施出现问题，出租人不予以维修的，承租人有权解除合同。解除权可以在订立合同时约定，也可以在履行合同的过程中约定；可以约定一方享有解除合同的权利，也可以约定双方享有解除合同的权利。当约定解除合同的事由发生时，享有解除权的当事人可以行使解除权解除合同，而不必再与对方当事人协商。

合意解除和约定解除权，虽然都是基于当事人双方的合意，但是，协商解除是当事人双方根据已经发生的情况，达成解除原合同的协议，是解除现存的合同关系。约定解除权是约定将来发生某种事由时，一方或双方享有解除权，约定解除权本身不导致合同的解除，只有在约定的解除事由发生时，通过行使解除权方可使合同归于消灭。

同时，约定解除权和附解除条件的合同不同。《民法典》第158条中规定，附解除条件的民事法律行为，自条件成就时失效。附解除条件的合同，条件成就时合同自然失效，不需要当事人再有另外的意思表示；而在约定解除权的情况下，双方约定以一定的事由作为解除权的产生原因，约定的事由发生时仅产生了解除权，合同并不是自动解除，必须由解除权人主动行使解除权，才能导致合同解除。原《合同法》第93条第2款规定“解除合同的条件成就时，解除权人可以解除合同”，为了更清晰地显示出约定解除权和附解除条件的不同，本条将之修改为“解除合同的~~事由~~发生时，解除权人可以解除合同”。

究竟是约定解除权抑或是附解除条件的合同，取决于当事人的意思表示，应结合该约定的内容、该约定与整个合同的关系、约定的目的等因素予以确定。^[113]如果针对某一事由出现时，当事人约定“合同自动解除”，则可以认为是附解除条件的合同；当事人约定“有权解除合同”，则可以认为是约定解除权。^[114]至于约定一方有某一违反合同主要义务的违约行为时合同自动解除，有观点认为合同义务不能成为附解除条件中的条件，否则将导致条件和合同义务难以区分。但是，即使如此，在价值上仍然应当原则上尊重当事人的意思自治而承认此种约定的效力，这意味着，在一方违反涉及的主要义务时，非违约方无须发出解除通知，且因为合同已被解除，非违约方不能请求违约方继续履行。

（二）构成和后果

关于解除权的约定也是一种合同，行使约定的解除权应当以该合

同为基础，因此对解除权的约定也应当遵循民事法律行为和合同的一般规定。约定解除权在实践中有多重形式，例如，双方可以约定解约定金，即定金交付后，交付定金的一方可以按照合同的约定以丧失定金为代价而解除主合同，收受定金的一方可以双倍返还定金为代价而解除主合同。《民法典》仅在第985条以下规定了违约定金，解约定金可被认为是约定解除权的形式之一。

当事人对解除权产生事由的约定应当明确。例如，当事人在合同中作出类似“任何一方违约，对方即可解除合同”的约定，该约定在形式上属于约定解除权，但实对解除权产生事由的约定不明，可以考虑适用法定解除权的规则。^[115]裁判合同解除权纠纷案件，应首先查明当事人是否享有约定解除权，如果不享有约定解除权，则依据《民法典》第563条规定认定当事人是否可享有法定解除权，除非当事人明确排除了法定解除权的适用。^[116]

约定解除权的功能体现在对法定解除权的要件和行使效果进行修正、缓和和补充，并使当事人在观念上对此明确化。在实践中，当事人对解除权产生事由的约定与解除权产生的法定事由之间，可能存在重申、扩张和限制三种关系。如果当事人的约定仅仅是重申了法定事由，则应当具体适用解除权产生的法定事由。但是，在后两种关系中则需要更为具体的观察。以不可抗力致使不能实现合同目的产生法定解除权为例，法院通常主张不可抗力解除或者免责规定是强制性规定^[117]，但是，这些规定并不直接必然涉及公共利益，大多仍属于当事人之间的私利益安排。据此，当事人可以约定扩张不可抗力的法定范围，也可以约定排除或者限缩不可抗力的法定范围。首先就应当审查约定的效力。例如，如果约定通过格式条款实现，就要根据民法典关于格式条款的规制规则审查。如果约定违反了法律、行政法规的效力性强制性规定或者违反公序良俗，根据民法典第153条规定，该约定无效。例如，因扩张、限缩、排除不可抗力的范围而获益的当事人，属于经营者或者用人单位等，而对方当事人属于消费者或者劳动者等应受法律特别保护的弱势群体，当事人约定的适用，相较于法律对消费者或者劳动者等弱势群体的倾斜保护，就会降低对消费者权益或者劳动者权益的保护水平，从而损害消费者或者劳动者等弱势群体的利益。如果合同的双方当事人都属于商事主体，或者双方当事人都是普通的民事主体，不存在着法律对某一方当事人进行特别保护的问题，此时以双方当事人平等协商，自主决定为基础，合同中约定的不可抗力条款只要不存在其他损害公共利益或者合同关系以外第三人应受法律保护合法权益的情形，该不可抗力条款得为有效。特别是扩张能够解除合同的不可抗力范围，根本未违反不可抗力导致合同目的不能实现时的规定。^[118]

在约定有效的前提下，当事人约定的合同解除事由是否发生，需要根据诚实信用原则进行判断，不宜轻易地否定一个已经生效甚至已经作出大部分履行的合同。^[119]法院在认定约定解除事由是否发生时，应根据诚实信用原则，综合考量以下因素来确定：一是要考察违约方的过错程度是轻微过失、严重过失还是故意，如果仅是轻微过失，一般不宜认定解除合同成就。二是要考察违约行为形态，如当事人在合同中作出诸如“任何一方违约，对方就有权解除合同”的约定，要对“违约行为”进行适当限制，避免合同因某一方当事人的轻微违约行为而解除，要关注约定的解除事由针对的是拒绝履行等重大违约行为还是附随义务，如果是附随义务，则不能轻易认定解除事由发生。三是要考察违约行为的后果，如果一方已经履行了合同的主要义务，此时违约方的违约程度显著轻微，即便违约也不影响合同目的的实现，不能轻易根据合同约定认定解除事由已经发生。^[120]实践中也认为：“合同当事人出现违约情形时，不能当然以此为由主张解除合同，而应当结合合同履行情况、违约程度等因素，从合理平衡双方利益出发，慎重判断合同是否符合法定解除条件。”

当事人行使约定解除权，应当通知对方，合同解除的时间根据民法典第565条的规定处理。合同解除的效果首先根据当事人的约定予以确定，当事人没有约定或约定不明时，适用本法对于合同解除效果的规定。同时，在实践中，任意解除权，除委托合同等之外的其他类型的合同中，法院多认为原则上不应允许当事人作出此类约定，否则，既容易造成社会资源的浪费，也不符合当事人缔约的真实目的。^[121]

第五百六十三条

有下列情形之一的，当事人可以解除合同：

（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；

（二）在履行期限届满前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；

（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；

（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；

（五）法律规定的其他情形。

以持续履行的债务为内容的不定期合同，当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方。

本条主旨

本条是关于法定解除事由的规定。

相关条文

《合同法》第94条 有下列情形之一的，当事人可以解除合同：

（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；

（二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；

（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；

（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；

（五）法律规定的其他情形。

理解与适用

一、法定解除概述

法定解除，是指合同具有法律约束力后，当事人在法律规定的解除事由出现时，行使解除权而使合同权利义务关系终止。法定解除权的产生事由与约定解除权的产生事由既有区别又有联系。其区别表现在，法定解除事由是法律直接规定的；而约定解除事由是双方通过合同约定的。其联系表现在：约定解除事由主要是对法定解除事由和解除效果进行修正、缓和和补充，比如，可以约定违反合同中的某项规定，不论程度如何，均可解除合同；也可以约定必须违反合同某项规定达到一个明确的程度，才可解除合同。在约定解除的事由没有涵盖全部法定解除事由的情况下，除非当事人明确排除适用法定解除的事

由，在未涵盖的领域，法定解除权仍有其适用余地，这是法律行为调整模式和法定调整模式相互衔接配合的当然要求，是法定解除制度目的的表现。

依据本条规定产生的法定解除权能否被预先排除或者放弃？有观点认为，但合同解除权是法律赋予合同当事人的一项法定权利，该权利的行使不因合同双方作出的排斥性约定而归于消灭，且允许放弃，将不可避免地成为占优势地位的合同当事人签订不平等合同条款的工具。^[122]但是，仅以法定解除权是一项法定权利为由而不允许预先排除或者放弃，并非强有力的理由，例如，违约赔偿请求权作为法定权利也可预先放弃，仅受到第506条的限制，即造成对方人身损害的、因故意或者重大过失造成对方财产损失的免责条款无效。实际上，法定解除权是为了使得当事人重获交易自由，但当事人完全可以选择承担多个有效的合同，在商事交易中，法定解除权的预先放弃，往往伴随着当事人双方的其他补偿性约定，因此，如果这是当事人真实意思自治的结果，应予尊重，除非通过格式条款规则、法律行为效力的一般规则而否认约定效力。同时，法定解除权的完全放弃或者限制仅仅是量的区别而非质的区别，当事人完全可以有效约定仅在极为有限的情形下才可行使解除权，达到与完全放弃法定解除权类似的结果。

二、合同目的不能实现

法律规定解除的事由，也是对任意解除合同的限制，以鼓励交易，避免资源浪费，合理保护双方当事人的合法权益；同时，并不是说具备这些事由，当事人必须解除合同，是否行使解除的权利，应由当事人决定。合同解除的目的是使得当事人摆脱合同权利义务的约束，并非为了制裁，因此法定解除权的发生，不以当事人的过错为要件，不以对方当事人具有可归责性作为要件。因此，即使是不可抗力发生时，双方当事人都不具有可归责性，仍然在一定前提下可以产生法定解除权。^[123]

但是，为了避免当事人任意地解除合同，仍然需要对法定解除权的产生予以限制，而对此限制的方式，要么是宽限期模式；要么是合同目的不能实现模式；要么是以合同目的不能实现模式为基础，在履行迟延时采取宽限模式。民法典采取了最后一种模式。^[124]其最为核心的是必须达到“致使不能实现合同目的”的程度。如果合同目的仍然能够实现，则一般不产生法定解除权。因此，判断法定解除权是否产生的重心，并非是对当事人的可归责性，而是合同目的是否不能实现。

判断合同目的是否不能实现，首先需要区分合同目的和合同动

机。对于“合同目的”，学理上认为其包括客观目的和主观目的，客观目的即典型交易目的，即给付所欲实现的法律效果，合同的主给付义务一般就体现了合同目的，具体而言是合同标的在种类、数量、质量方面的要求及表现；主观目的即当事人签订合同的动机。虽然当事人签订合同的动机在大多数情况下不得作为合同目的，但合同动机也可能在一定情况下会转化成合同目的，如果当事人明确地将其签订合同的动机告知了对方当事人，并且作为成交的基础，或者说作为合同的条件，也可以甚至应当将此类动机视为合同目的。[125]

赢利一般仅仅是合同的动机而非目的，当事人不能仅以己方赢利目的落空或者不能实现为由，主张合同目的不能实现。[126]合同目的要根据合同性质判断，主给付义务在判断中发挥了很重要的作用。但当事人订立合同可能基于多种动机，这些动机往往无法被对方所知，如果允许以合同动机不能实现为由任意解除合同，这显然是不妥当的。例如，公司为扩大生产规模购买设备，但在交付前发生地震，公司整个建筑被毁，无力再行扩大生产规模，请求解除合同。但是，设备购买合同对公司的目的是获得设备的占有和所有权，至于设备是被转卖抑或扩大生产规模，仅仅是合同的动机，公司不能以动机不能实现为由而产生法定解除权。再如，父母为了维持儿子与儿媳的婚姻，将自己的房屋低价转让给儿子儿媳，之后儿子儿媳离婚，此时也不能认为因此产生父母亲的法定解除权。实践中也有法院持此观点，认为合同目的应当分为客观目的和主观目的，且主观目的经当事人客观化后，其不能实现能够成为法定解除事由。[127]

判断合同目的是否能够实现，是否据此产生法定解除权时，不能简单地由所违反条款的性质推断根本违约，而必须讨论这一违约是否会产生合同目的落空的结果。[128]此时可以考虑以下情况。[129]

第一，违约是否实质上剥夺了另一方当事人根据合同有权期待的利益，除非另一方当事人并未预见而且也不可能合理地预见到此结果。[130]例如，甲负责在30日内为乙的工地清理完废物，但没有明确具体的开始时间，乙没有通知甲他已经高价雇佣了挖掘工人在1月2日施工，乙不能以甲没有在1月2日前完成清理工作为由解除合同。[131]

此时可以考虑违约部分的价值或者金额与整个合同价值或者金额之间的比例，例如，在履行不符合约定时，如果卖方交付的不符合约定的标的物的价值占全部合同金额的大部分，一般可以认为构成违约导致不能实现合同目的[132]；还可以考虑违约部分对合同目标实现的影响程度，在某些案件中，尽管违约部分的价值并不高，但对合同的实现有着重大影响，例如，在成套设备中，某一部件或配件的瑕疵可能导致整套设备无法正常运转，此时，这一违约也可以认定为违约导

致不能实现合同目的；违约的后果及损害能否得到修补也需要考虑，即使违约行为十分严重，但如果这种违约是可以修补的，也可以不认定产生法定解除权。违约行为的持续时间也会对判断合同目的是否不能实现产生重要影响。^[133]

此外，还可能结合合同履行状况和合同类型考量其他因素。例如，股权转让合同中，法律关系的稳定、对第三人利益的影响、债权人寻求其他救济的可能性（如债务人尚有资力，可通过继续履行满足债权人的期待利益）都是需考量的因素。^[134]债权人能够以成本较低的方式作出替代交易也需要考虑，如果债权人很容易作出替代交易，例如标的物的市场流通性很高，很容易出卖，此时出卖标的物可以认为仅是实现合同目的的手段，而非合同目的本身。但是，如果标的物的市场流通性很高，则可能债权人脱手这个标的物本身就是合同目的之一。

第二，对被违反义务的严格遵守是否是合同的实质性约定。^[135]例如，在跟单信用证交易中，提交的单据必须严格与信用证条款相符。^[136]

第三，违反义务是否导致不能信赖其将来的履行。如果一方当事人分期履行义务，并且在某一次先履行中出现瑕疵很明显将要在整个履行中重复，尽管先期履行中的瑕疵本身并不构成解除合同的依据，另一方当事人仍然可以解除合同。^[137]例如，一个为期10年的按月供货合同，如果供货人在第二年年底发生一次不可能重复发生的债务不履行，此时，买受人不能解除全部合同关系，而只能解除发生债务不履行那个月相关的合同关系。但是，如果供应商的违约是故意的，使得买方有充分的理由认为不能指望供应商的后续履行，则买方有权解除全部合同关系。^[138]当然，如果违反义务即使是故意但却是微不足道的，仍然不能解除。

第四，合同解除是否导致违反义务人因已经做出的准备或者履行而遭受不相称的损失，比如，甲和乙约定甲向乙交付专为其制造的软件，约定的交付时间是12月31日之前，但甲在次年1月31日才交付，此时乙仍然需要该软件，并且甲无法将该软件出售给其他客户，乙这时可以请求甲承担违约责任，但不能解除合同。^[139]

解除权的范围与合同目的不能实现的程度密切相关。如果一方要履行的合同义务有多项，只有部分不履行或者履行不符合约定，导致合同目的部分不能实现时，可以考虑仅就部分行使解除权；但如果部分不履行或者履行不符合约定，导致合同目的全部不能实现时，可以就整个合同行使解除权。^[140]例如，《民法典》第632条规定：“标的

物为数物，其中一物不符合约定的，买受人可以就该物解除。但是，该物与他物分离使标的物的价值显受损害的，买受人可以就数物解除合同。”第633条规定：“出卖人分批交付标的物的，出卖人对其中一批标的物不交付或者交付不符合约定，致使该批标的物不能实现合同目的的，买受人可以就该批标的物解除。”“出卖人不交付其中一批标的物或者交付不符合约定，致使之后其他各批标的物的交付不能实现合同目的的，买受人可以就该批以及之后其他各批标的物解除。买受人如果就其中一批标的物解除，该批标的物与其他各批标的物相互依存的，可以就已经交付和未交付的各批标的物解除。”当然，如果将要解除的部分构成了合同的主要内容，或者该部分内容的解除将使合同的主要目的不能实现，或者部分解除将使当事人权利义务严重不对称，进而损害另一方当事人合法权益时，不能仅就部分内容行使解除权。^[141]因合同而产生的债务不可分时，债权人也只能解除全部合同关系。在不能合理期待债权人接受后续的给付时，债权人也能够解除全部合同关系。^[142]

三、具体的法定解除事由

（一）因不可抗力致使不能实现合同的目的

《民法典》第180条第2款规定，不可抗力是不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。不能预见，是指行为人主观上对于某一客观情况的发生无法预测。对于某一客观情况的发生可否预见，因人的认知能力不同，科学技术的发展水平各异，预见能力必然有差别。因此，不可预见，应以一般人的预见能力作为判断标准。某些事件的发生，在过去不可预见，但随着科学技术水平的发展，现在就可以预见。例如现在对天气预报的准确率已达到了90%以上，人们对狂风暴雨的规避能力已大大提高。不能避免并不能克服，表明某一事件的发生和事件所造成的后果具有必然性。不能避免，是指当事人尽了最大的努力和采取一切可以采取的措施，仍然不能避免某种事件的发生并不能克服事件所造成的后果。客观情况，是指独立于当事人行为之外的客观情况。^[143]

不能预见、不能避免并不能克服是对不可抗力范围的原则规定，至于哪些可作为影响合同履行的不可抗力事件，我国法律没有具体规定，各国法律规定不尽相同，一般说来，以下情况被认为属于不可抗力：（1）自然灾害。自然灾害包括因自然界的力引发的灾害，例如地震、海啸、火山喷发、台风、冰雹等。自然灾害的发生，常常使合同的履行成为不必要或者不可能，需要解除合同。比如，地震摧毁了供货一方的工厂，使其无法生产订购的货物，其要求解除合同。需要注意的是，一般各国都承认自然灾害为不可抗力，但有的国家认为

自然灾害不是不可抗力。因此，在处理涉外合同时，要特别注意各国法律的不同规定。（2）战争。战争的爆发可能影响到一国以至于更多国家的经济秩序，使合同履行成为不必要。（3）社会异常事件。主要指一些偶发的阻碍合同履行的事件。比如罢工、骚乱，一些国家认为属于不可抗力。（4）政府行为。主要指合同订立后，政府颁布新的政策、法律，采取行政措施导致合同不能履行，如禁运、交通封锁、人员隔离、进出境限制、停工停产等，有些国家认为属于不可抗力。^[144]

因不可抗力致使不能实现合同的目的的，民法典没有采取合同自动终止的方式，而是采取了产生法定解除权的方式，这有利于当事人之间的互通情况和互相配合，并积极采取救济措施。^[145]根据此目的，应当认为此种情况下，双方当事人都有权解除合同。不可抗力事件的发生，对履行合同的影响可能有大有小。只有不可抗力致使合同目的不能实现时，当事人才可以解除合同。不可抗力导致不能实现合同目的，既可能表现为不可抗力致使债务人不能履行合同，债权人订立合同的目的因而不能实现；又可能表现为，不可抗力对债务人的履行行为未发生影响，只是使得债权人订立合同的目的落空。^[146]《民法典》第533条规定了情势变更规则，在发生不可抗力事件时，致使继续履行合同对于一方当事人明显不公平的，得适用情势变更制度；不可抗力事件的发生，致使合同目的不能实现的，得适用法定解除制度。^[147]

（二）预期违约

在合同履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务的，对方当事人可以解除合同。预期违约，降低了另一方享有的合同权利的价值，如果在一方当事人预期违约的情况下，仍然要求另一方当事人在履行期间届满才能主张补救，将给另一方造成损失。允许受害人解除合同，受害人对于自己尚未履行的合同可以不必履行，有利于保护受害人的合法权益。

预期违约，首先，要求在履行期限届满之前。不仅可以包括履行期限为一段时间的情形，也可以包括履行期限为一时点的情形。其次，履行是可能的。再次，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务。预期违约分为明示违约和默示违约。所谓明示违约，是指合同履行期到来之前，一方当事人明确肯定地向另一方当事人表示他将不履行主要债务。所谓默示违约，是指合同履行期限到来前，一方当事人有确凿的证据证明另一方当事人在履行期限到来时，明显将不履行主要债务。这要求将会发生不履行是很明显的，怀疑，即使是一种有理由的怀疑，也是不充分的。^[148]例如，在货物需要运输的

情形中，按照既有时间，无论如何货物也无法按期运送到。并且，此时不履行的是主要债务，因此是根本性的影响合同目的实现的债务，而非其他债务。最后，其不享有履行抗辩权等正当理由。

应当注意的是，该规定与不安抗辩权的相互衔接。如果将会发生不履行是很明显的，对方当事人可以依据本条规定享有法定解除权，其可以直接解除。《民法典》第527条第1款同时规定了不安抗辩权及解除：“应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：（一）经营状况严重恶化；（二）转移财产、抽逃资金，以逃避债务；（三）丧失商业信誉；（四）有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。”第528条规定：“当事人依据前条规定中止履行的，应当及时通知对方。对方提供适当担保的，应当恢复履行。中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力且未提供适当担保的，视为以自己的行为表明不履行主要债务，中止履行的一方可以解除合同并可以请求对方承担违约责任。”有观点认为，不安抗辩权适用于“想履行而不能履行”的情形，而本项规定则适用于“能履行而不想履行”的情形。^[149]但是，这无法解释第527条第1款第2项中的“转移财产、抽逃资金，以逃避债务”。可能更佳的解释方案是，对于预期违约，必须要有非常确定的证据，但是当事人对此可能会出现判断的不准确，如果等到履行到期之日但却没有得到履行，当事人可能会遭受损失；但是，如果他认为对方可能丧失履行债务能力或者存在其他预期违约行为，而直接解除合同，但实际上对方仍然具有履行能力或者无其他预期违约行为，则他可能会因此承担违约责任。^[150]因此，为避免当事人因判断不准确而遭受上述风险，处于两难境地，保护守约方利益，同时考虑到上述行为对合同目的是否能够实现的影响程度的不同，守约方可以依据本项规定直接解除合同，但其也可以为保险起见，选择不直接解除合同，而是首先中止自己的履行并催告对方，给对方一个恢复履行能力和提供担保的机会，消除判断所可能出现的不确定性。^[151]

（三）迟延履行主要债务经催告仍未履行

当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行的，对方当事人可以解除合同。这有助于降低对方当事人证明迟延履行致使不能实现合同目的的难度。^[152]民法典据此规定了许多具体的情形。例如，《民法典》第722条规定，承租人无正当理由未支付或者迟延支付租金的，出租人可以请求承租人在合理期限内支付；承租人逾期不支付的，出租人可以解除合同。债务人迟延履行债务是违反合同约定的行为，但并非就可以因此解除合同。只有符合以下条件，才可以解除合同。

1.迟延履行

迟延履行，是指合同债务能够履行，但债务人无正当理由，在合同约定的履行期间届满，仍未履行合同债务；或者对于未约定履行期限的合同，应当根据本法第510条予以确定，如果仍然无法确定，根据本法第511条第4项，债务人在债权人提出履行请求并且给对方必要的准备时间届满后仍未履行。（3）债务人到期不履行债务。

2.迟延履行的是主要债务

所谓主要债务，应当依照合同的个案进行判断，一般说来，影响合同目的实现的债务，应为主要债务。如买卖合同，在履行期限内交付的标的物只占合同约定的很少一部分，不能满足债权人的要求，应认为迟延履行主要债务。有时，迟延履行的部分在合同中所占比例不大，但却至关重要，如购买机械设备，债务人交付了所有的设备，但迟迟不交付合同约定的有关设备的安装使用技术资料，使债权人不能利用该设备，也应认为是迟延履行主要债务。

3.经催告后债务人仍然不履行债务

债务人迟延履行主要债务的，债权人一般应当催告债务人履行。合同的解除将导致合同权利义务关系的终止，一旦解除将会消灭一项交易，如果允许债权人在债务人任何迟延履行主要债务的情况下都可以直接解除合同，会造成财产的不必要的损失和浪费，因此，债权人一般应当进行催告，并且指定一个确定的合理期间，给对方履行的机会。指定的期限必须确定和合理，如果债权人通知指定的期间短于合理期间，则并不需要再次做出通知，债权人在通知后经过合理期间即可解除合同。^[153]在该合理期间内，当事人可以请求违约责任的承担，但不得解除合同。^[154]催告既可以采用口头的方式，也可以采用书面的方式。债权人之前未经催告，第一次向法院提起诉讼主张合同解除权，属于对债务人的催告。^[155]催告的费用原则上由债权人承担。催告在内容上至少应满足三项要求：一是必须指明所涉债权；二是确定合理的宽限期；三是必须明确地让债务人注意到可能的法律后果。^[156]但是，如果债务人虽然在催告后的合理期间内未履行，但在债权人行使解除权前已经履行，则债权人不应受领该履行而解除合同。例如，在房屋买卖合同中，买方迟延支付价金，卖方给了一个月宽限期后其仍未履行，但又过了一个月，卖方未行使解除权，而买方要支付价金，此时，就不宜允许卖方解除。

合理期限有明确规定的，依照其规定。例如，《商品房买卖合同司法解释》第15条将“合理期限”规定为3个月^[157]、《技术合同司法

解释》第15条将“合理期限”规定为30日。^[158]当事人通知中指定的期限可以长于该期限，但不能短于该期限，否则应当延长到法定的期限。没有明确规定时，合理期限根据债务履行的难易程度和所需要时间的长短确定。^[159]在实践中，债权人“多次催告”后债务人仍不履行，法院将认定“合理期限”已过。^[160]即使当事人在催告中明确了合理期限，法院也可以根据实际情况对该期限是否合理进行裁量。^[161]如果债权人通知指定的期间短于合理期间，则并不需要再次作出通知，可以直接延长至合理期间，债权人在通知后经过合理期间即可解除合同。

超过该合理期间债务人仍不履行的，表明债务人没有履行合同的诚意，或者根本不可能再履行合同，在此情况下，如果仍要债权人等待履行，不仅对债权人不公平，也会给其造成更大的损失，因此，债权人可以依法解除合同。债务人在宽限期内提出的给付有瑕疵，债权人不知情而受领，或保留要求补正给付的权利而受领的，需要再为定期催告，因为债务人未必知悉给付有瑕疵，应给予其补正机会和必要的时间，不应当因给付迟延而剥夺债务人在瑕疵给付中享有的利益；

但是，如果债权人能够证明债务人故意为瑕疵给付，则可能因破坏当事人间的信赖而无须催告解除，依据本条第1款第4项规定直接产生法定解除权。^[162]

在承揽等需要交付工作成果的情形中，承揽人未按照期限完成工作、交付工作成果的迟延履行而产生定作人的法定解除权问题，其中主要的关注点在于是否能够适用第563条第1款第3项“当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行”。对此，有观点认为，如果承揽人已经完成大部分工作，仅是交付工作成果迟延，且时间不是太久，单次定期催告无果后解除可能使已完成的大部分工作丧失价值，对相关债务人失之过苛，且不合经济效益原则。^[163]在此需要权衡定作人和承揽人双方利益，据此：（1）在期限极为重要的定期承揽合同中，履行期限构成合同的必要因素，无论工作大部分是否完成，此时应适用第563条第1款第4项“当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的”，定作人直接享有法定解除权。（2）在非定期的承揽合同中，一般情况下，如果工作大部分尚未完成，此时仍然能够适用第563条第1款第3项，经定作人催告后承揽人在合理期限内仍未履行的，定作人享有法定解除权。（3）但是，如果工作大部分已经完成，可以认为此时交付工作成果并非主要债务，故不能适用第563条第1款第3项，而应适用第563条第1款第4项，因此，此时单次催告无果，不足以发生解除权，尚需由承揽人进一步证明合同目的不能实现，即工作成果对定作人已经没有多少利

益，例如承揽人迟延履行，而定作人为履行与他人之间的合同，已经与第三人订立了相同内容的承揽合同并已经履行完毕。^[164]

（四）其他根本违约行为

迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的，构成根本违约，也产生法定解除权。违约行为导致法定解除权产生的前提是，因为违约行为致使不能实现合同目的，理论上将这些违约称为“根本违约”^[165]。虽然违反合同义务，但并未致使合同目的不能实现的，为非根本违约。同样一个违约行为，可能导致根本违约，也可能是非根本违约。例如，顾客买二米五布料，商店仅裁了二米三，短2分米的布。如果消费者买布的目的是做一套西装，二米三布料不够置装用，商店构成根本违约，如果消费者买布的目的是做一幅床单，虽短2分米，但不影响使用，商店则构成非根本违约。^[166]本条明确规定只有在这些违约行为致使合同目的不能实现时，也即根本违约时，才产生法定解除权，此种情况下，债权人可以解除合同，不给予债务人采取合理的补救措施的权利。

迟延履行债务致使不能实现合同目的，是指履行期限对于债权的实现至关重要，超过了合同约定的期限履行合同，合同目的就将落空。如果迟延履行致使合同目的不能实现，则不需要经过催告，而可以直接解除合同。通常以下情况可以认为构成根本违约的迟延履行：

（1）当事人在合同中明确约定超过期限履行合同，债权人将不接受履行，而债务人履行迟延。（2）履行期限构成合同的必要因素，超过期限履行将严重影响订立合同所期望的经济利益。比如季节性、时效性较强的标的物，像中秋月饼，过了中秋节交付，就没有了销路，这是绝对的定期行为。还有相对的定期行为，即仅从给付的客观性质不能断定其为定期行为，要从债权人的主观动机来看，对于相对定期行为，债权人需要将动机告知债务人，否则债务人的迟延履行不会产生法定解除权。^[167]（3）继续履行不能得到合同利益。比如由于债务人迟延时间过长，市场行情发生重大变化，继续履行将使债权人蒙受重大损失，应允许解除合同。

致使不能实现合同目的的其他违约行为，主要指违反的义务对合同目的的实现十分重要，如一方不履行这种义务，将剥夺另一方当事人根据合同有权期待的利益。该种违约行为主要包括：（1）不能履行主要债务。在不能履行主要债务的场合下，如果不能履行是由不可抗力导致的，则通过本条第1款第1项解决；其他场合下的不能履行主要债务，债权人依据本项规定可以解除合同且无需催告。^[168]（2）拒绝履行，即债务人拒绝履行合同义务，包括债务人在履行期限届满前明示或者默示地拒绝履行非主要债务致使不能实现合同目的，或者

履行期限届满后拒绝履行主要债务或拒绝履行其他合同义务致使不能实现合同目的。(3)履行与约定严重不符,无法通过修理、替换、降价的方法予以补救,致使不能实现合同目的。比如,约定交付的标的物是一级棉花,但交付的却是买方根本无法使用的等外品。如果有通过修理、替换、降价的方法予以补救的可能时,债权人则不享有法定解除权。实践中多为债务人瑕疵履行后,债权人多次请求补正,但债务人不能补正,债权人因此解除合同的情况。^[169](4)履行主要债务之外的其他合同义务不适当,致使不能实现合同目的。原则上,债务人违反从给付义务和附随义务时,债权人并不当然享有法定解除权。但如果从给付义务或附随义务的不履行会导致合同目的不能实现时,债权人可以解除合同。对于违反从给付义务,《买卖合同司法解释》第25条规定:“出卖人没有履行或者不当履行从给付义务,致使买受人不能实现合同目的,买受人主张解除合同的,人民法院应当根据合同法第九十四条第(四)项的规定,予以支持。”实践中买卖合同纠纷^[170]、建设用地使用权转让合同纠纷^[171]均有违反从给付义务致使合同目的不能实现从而解除合同的情况。对于违反附随义务,典型的有客运合同纠纷中承运人没有明确向旅客通知运输事项等。^[172]《民法典》第778条也规定:“承揽工作需要定作人协助的,定作人有协助的义务。定作人不履行协助义务致使承揽工作不能完成的,承揽人可以催告定作人在合理期限内履行义务,并可以顺延履行期限;定作人逾期不履行的,承揽人可以解除合同。”实践中,对于租赁房屋经营,出租人迟延履行协助承租人以该房屋为经营场所办理营业执照的义务,也可产生法定解除权。

《民法典》据此规定了许多具体的情形。例如,第597条规定,因出卖人未取得处分权致使标的物所有权不能转移的,买受人可以解除合同并请求出卖人承担违约责任。第610条规定,因标的物不符合质量要求,致使不能实现合同目的的,买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同。第711条规定,承租人未按照约定的方法或者根据租赁物的性质使用租赁物,致使租赁物受到损失的,出租人可以解除合同并请求赔偿损失。第716条规定,承租人未经出租人同意转租的,出租人可以解除合同。第724条规定,有下列情形之一的,因出租人原因致使租赁物无法使用的,承租人可以解除合同:(1)租赁物被司法机关或者行政机关依法查封、扣押;(2)租赁物权属有争议;(3)租赁物具有违反法律、行政法规关于使用条件的强制性规定情形。第731条规定,租赁物危及承租人的安全或者健康的,即使承租人订立合同时明知该租赁物质量不合格,承租人仍然可以随时解除合同。

(五)法律规定的其他解除情形

除了上述四种情形外，民法典还规定了其他产生法定解除权的情形。比如，因行使不安抗辩权而中止履行合同，对方在合理期限内未恢复履行能力，也未提供适当担保的，中止履行的一方可以请求解除合同。例如，本法第533条第1款规定，合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。本法第634条规定，分期付款的买受人未支付到期价款的数额达到全部价款的1/3，经催告后在合理期限内仍未支付到期价款的，出卖人可以请求买受人支付全部价款或者解除合同。第787条规定，定作人在承揽人完成工作前可以随时解除合同，造成承揽人损失的，应当赔偿损失。第933条规定，委托人或者受托人可以随时解除委托合同。第1022条第2款规定，当事人对肖像许可使用期限有明确约定，肖像权人有正当理由的，可以解除肖像许可使用合同，但是应当在合理期限之前通知对方。

除了本法外，其他法律也规定了一些合同的法定解除权事由。例如，《旅游法》第66条第1款规定：“旅游者有下列情形之一的，旅行社可以解除合同：（一）患有传染病等疾病，可能危害其他旅游者健康和安全的；（二）携带危害公共安全的物品且不同意交有关部门处理的；（三）从事违法或者违反社会公德的活动；（四）从事严重影响其他旅游者权益的活动，且不听劝阻、不能制止的；（五）法律规定的其他情形。”《保险法》第52条规定：“在合同有效期内，保险标的的危险程度显著增加的，被保险人应当按照合同约定及时通知保险人，保险人可以按照合同约定增加保险费或者解除合同。”《保险法》第15条规定：“除本法另有规定或者保险合同另有约定外，保险合同成立后，投保人可以解除合同，保险人不得解除合同。”《劳动法》第25条规定：“劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：（一）在试用期间被证明不符合录用条件的；（二）严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度的；（三）严重失职，营私舞弊，对用人单位利益造成重大损害的；（四）被依法追究刑事责任的。”《企业破产法》第18条规定：“人民法院受理破产申请后，管理人对破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同有权决定解除或者继续履行，并通知对方当事人。管理人自破产申请受理之日起二个月内未通知对方当事人，或者自收到对方当事人催告之日起三十日内未答复的，视为解除合同。管理人决定继续履行合同的，对方当事人应当履行；但是，对方当事人有权要求管理人提供担保。管理人不提供担保的，视为解除合同。”^[173]

四、解除权主体

通常认为，在违约情形中，仅守约方才享有法定解除权，违约方不享有法定解除权。^[174]这首先因为违约行为是不当行为，违约方不能因不当的行为而取得权利；同时可避免违约方的机会主义行为，防止其滥用权利损害对方及社会利益；其次是因为对违约后的继续履行和损害赔偿由守约方选择，如果守约方请求继续履行，而违约方有解除权且行使后导致履行义务消灭，则这是相互矛盾的。

在双务合同中，双方当事人均存在违约的，应根据合同义务分配情况、合同履行程度以及各方违约程度大小等综合因素，判断合同当事人是否享有解除权。^[175]如一方当事人已经履行了大部分合同义务，尤其是合同目的已基本达成的，若另一方当事人解除合同，应综合考虑合同的履行情况等因素，判断其是否享有解除权。如果另一方当事人解除合同将导致合同双方利益的显著失衡，且合同继续履行并不影响各方要求对方承担违约责任的权利的，则不宜认定其享有合同解除权。如果双方都存在致使合同目的不能实现的根本违约行为时，任何一方都享有法定解除权。^[176]

另外，在不可抗力致使不能实现合同目的时，由于不存在违约的不当行为，也不存在机会主义行为的危险，此时也可认为双方当事人都享有法定解除权。但是，在不可抗力之外，还存在其他不可归责于双方当事人的事由致使合同目的不能实现，据此，可以做出进一步扩展，在因不可归责于双方当事人的事由致使合同目的不能实现时，双方当事人都享有法定解除权。例如，《民法典》第729条中规定，因不可归责于承租人的事由，致使租赁物部分或者全部毁损、灭失的，进而致使不能实现合同目的的，承租人可以解除合同。第754条中规定，租赁物因不可归责于当事人的原因毁损灭失，且不能修复或确定替代物，或者因出卖人的原因导致融资租赁合同目的不能实现，出租人或者承租人均可以解除融资租赁合同。第857条规定，在因作为技术开发合同标的的技术已经由他人公开，致使技术开发合同的履行没有意义的，当事人可以解除合同，此时双方当事人均享有法定解除权。《旅游法》第67条中也规定，因不可抗力或者旅行社、履行辅助人已尽合理注意义务仍不能避免的事件，影响旅游行程的，合同不能继续履行的，旅行社和旅游者均可以解除合同。实践中，最高人民法院对此予以进一步扩展。例如，因不可归责于双方的事由未能订立商品房担保贷款合同并导致商品房买卖合同不能继续履行^[177]，因不可抗力等不可归责于旅游经营者、旅游辅助服务者的客观原因导致旅游合同无法履行的^[178]，双方当事人均享有法定解除权。

五、不定期继续性合同中的任意解除权

（一）制度目的和规范性质

本条第2款规定了以持续履行的债务为内容的不定期合同中当事人的随时解除权或者任意解除权。该规则的制度目的是在以持续履行债务内容的不定期合同中，避免当事人无限期地受到合同约束，任何人都不能根据合同被另一个人永久地拘束，防止逸出个人自主决定的范围。^[179]这种制度目的也决定了其为强制性规范，当事人完全放弃此种任意解除权的约定是无效的。但是，当事人可以约定行使此种任意解除权的方法，例如约定提前3个月通知。

《民法典》保留了原合同法相关规范中的此类任意解除权，包括第675条后半句（借款）、第730条（租赁）、第899条第2款（保管）、第914条（仓储）；又增加了一些典型合同中的此类任意解除权，包括第948条第2款（物业服务）、第976条第3款（合伙）、第1022条第1款（肖像许可使用）。在民法典之外，《合伙企业法》第46条规定了不定期合伙协议合伙人随时退伙的权利；《农村土地承包经营纠纷司法解释》（法释[2005]6号）第17条第1款规定了不定期的农地转包和租赁合同的任意解除权。为统合这些规定，并将此种任意解除权扩张至所有的不定期继续性合同中，本条第2款增设规定。

在定期的继续性合同中，根据当事人的意思，期间届满则合同消灭，但是考虑到合同继续性的弊害，便有在期间尚未届满时因特殊事由而允许的解除，同时，基于保护合同安定性的理由，对特殊事由应有一定的限制。德国法上的特殊事由称为“重大事由”，通常涉及违反合同义务，包括违反合同保护义务，但是在其他情况下亦可能存在。^[180]基于不能合理期待合同继续履行的重大事由而解除具有重要价值，重大事由与是否根本违约、可归责性无关。^[181]《民法典》在一些具体规定中存在类似考量，例如，第899条第2款后半句中的“特别事由”，还有第729、756、857条和第1022条第2款；《合伙企业法》第45条第3项，《旅游法》第67条第1项，《劳动合同法》第40、41条等。但此种“重大事由”确实只能在个案中判断，即使立法规定，也可能是用不确定概念界定不确定概念，较难控制司法滥用可能。^[182]

（二）构成要件

首先，合同必须以持续履行的债务为内容的合同，例如租赁合同、保管合同、合伙合同等，而非一次履行就会使得债务消灭的合同，这类合同又被称为继续性合同。以持续履行债务为内容的继续性合同，也就是给付的范围单纯由时间决定的合同。如果全部给付的范围自始确定，即使未规定具体期限，但当全部给付完成时，合同自然终止，就不会产生上述无限期约束的可能性。这里所谓的“持续履行债务”包括持续性给付和重复给付。^[183]前者又被称为固有的继续性合同，例如借款合同、租赁合同、保管合同、仓储合同、委托合同、

合伙合同、劳动合同、保险合同等。后者又称为连续供应合同，是重复发生给付的合同，主要与买卖联系在一起，例如每天送牛奶的合同、需求供应合同甚至供用电、水、气、热力合同等。与特定结果目标联系在一起的承揽类合同并非继续性合同，债务人给付的范围已经通过特定结果目标予以确定。同时，也排除了分期给付合同，例如，分期付款、分批交货等，其中给付的范围也已事先确定，故是同一债务，仅仅是履行方式是分期分批而已。

其次，不定期的合同。继续性合同通常会约定一个存续或者履行期间；如果没有约定期间或者约定不明确，根据《民法典》第510条规定，当事人可以协议补充，不能达成补充协议的，可以按照合同有关条款、合同性质等予以确定。既未约定期间或者约定不明确，也无法确定期间的，就是不定期的合同。例如民法典第730条规定，当事人对租赁期限没有约定或者约定不明确，依据本法第510条的规定仍不能确定的，视为不定期租赁。第976条第1款规定，合伙人对合伙期限没有约定或者约定不明确，依据本法第510条的规定仍不能确定的，视为不定期合伙。同时，不定期的合同也可能是以下情形，合同的存续或者履行期间本来是明确的，但是该期间结束后，尽管当事人未明确约定继续该合同，但双方当事人均默示地继续该合同。例如，本法第734条第1款规定，租赁期间届满，承租人继续使用租赁物，出租人没有提出异议的，原租赁合同继续有效，但是租赁期限为不定期。第948条第1款规定，物业服务期限届满后，业主没有依法作出续聘或者另聘物业服务人的决定，物业服务人继续提供物业服务的，原物业服务合同继续有效，但是服务期限为不定期。第976条第2款规定，合伙期限届满，合伙人继续执行合伙事务，其他合伙人没有提出异议的，原合伙合同继续有效，但是合伙期限为不定期。合同约定存续或者履行期间是无限期的、永久的或者终生的，除法律另有规定外，也可将此类合同视为不定期合同。除此之外，不定期合同也包括了在原来的合同期限届满后继续履行而对方未提出异议的情形，第734条第1款（租赁）、第948条第1款（物业服务）、第976条第2款（合伙）均对其作出明确规定。此外，还包括法律明确规定的其他情形，例如，依据第707条，租赁期限6个月以上未采用书面形式，无法确定租赁期限的，视为不定期租赁。

（三）法律后果

根据本款规定，以持续履行的债务为内容的不定期合同，当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方。双方当事人都有解除权，而非仅当事人一方享有解除权。本款中的“通知”属于附始期的解除通知，当事人在合理期限前向对方发出解除通知，合同自

通知载明的期限届满时解除。

并且，应当在合理期限之前通知对方。这是为了给予对方必要的准备时间，合理期间的确定可以考虑当事人之间合作时间和合同关系已经持续时间的长短、另一方当事人为履行合同所付出的努力和投资、寻找新的合同对方所可能需要的时间、双方履行之间的时间间隔等等。当事人没有在合理期限之前通知对方的，并非解除通知无效，而仅需认为解除通知延至合理期限之后发生效力即可。针对不同类型的合同，“合理期限”在典型合同中分散规定。^[184]在实践中，不定期房屋租赁合同随时解除的通知合理期限一般是3个月^[185]，也有法院认为1个月或20天也是合理的^[186]；根据案件实际情况，如腾退难度等，法院也会认为当事人提前20天通知时间过短^[187]，甚至酌情认定合理期限时长。^[188]当事人行使随时解除权但未在合理期限之前通知对方的，不影响合同解除的效力，但要赔偿因未在合理期限前通知对方从而给对方造成的损失^[189]，或者认为解除通知延至合理期限之后才发生效力。

第五百六十四条

法律规定或者当事人约定解除权行使期限，期限届满当事人不行使的，该权利消灭。

法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限，自解除权人知道或者应当知道解除事由之日起一年内不行使，或者经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭。

本条主旨

本条是关于解除权行使期限的规定。

相关条文

《合同法》第95条 法律规定或者当事人约定解除权行使期限，期限届满当事人不行使的，该权利消灭。

法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限，经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭。

一、概述

无论是约定解除权，还是法定解除权，解除权的行使，是法律赋予当事人的保护自己合法权益的手段，但该权利的行使不能毫无限制。行使解除权会引起合同关系的重大变化，如果享有解除权的当事人长期不行使解除的权利，就会使合同关系处于不确定状态，影响当事人权利的享有和义务的履行。因此，解除权作为形成权，应当在一定期间内行使，以促使法律关系尽早确定为目标。该期间是解除权的行使期限、存续期间或者除斥期间。当然，任意解除权不受本条规定的行使期限的限制。

根据《民法典》第199条规定，该期间是除斥期间，不适用有关限制请求权的诉讼时效的中止、中断和延长的规定；并且该期间届满后，解除权消灭，因此与诉讼时效期间届满后的后果也不相同，诉讼时效期间届满的，根据民法典第192条规定，义务人可以提出不履行义务的抗辩，但权利本身并不消灭。

二、行使期限的具体确定

（一）法律规定或者当事人约定的行使期限

法律规定的行使期限，例如，《保险法》第16条第3款规定：“前款规定的合同解除权，自保险人知道有解除事由之日起，超过三十日不行使而消灭。自合同成立之日起超过二年的，保险人不得解除合同；发生保险事故的，保险人应当承担赔偿或者给付保险金的责任。”^[190]

基于自愿原则，当事人也可以约定解除权的行使期限。比如，如果当事人约定出现某种事由可以在一个月內行使解除权。那么在合同约定的事由发生一个月后，解除权消灭，当事人不能要求解除合同。此时，无须对方当事人进行催告，只要该约定期限经过，解除权即消灭。有观点认为，如果当事人约定的除斥期间过长，则既存的关系随时会因解除权人行使其解除权而被废止，若恢复原状，则现有的法律秩序会遭到破坏。^[191]但是，约定的除斥期间仅涉及双方当事人利益，对第三人利益的保护可以通过其他规则予以实现，无须通过限制约定除斥期间予以实现，基于意思自治原则，限制约定的除斥期间过长似乎不具有充分且正当的理由。

根据本法第199条规定，法律规定或者当事人约定的撤销权、解

除权等权利的存续期间，除法律另有规定或者当事人另有约定外，自权利人知道或者应当知道权利产生之日起计算。

（二）在对方当事人催告后的合理期限内行使

法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限的，对方当事人明确自己义务是否还需要履行，可以催告享有解除权的当事人行使解除权，享有解除权的当事人超过合理期限不行使解除权的，解除权消灭，合同关系仍然存在，当事人仍要按照合同约定履行义务。这有利于督促解除权的及时行使，使合同关系得到尽快的确定和稳定。催告后的合理期限，有法定或者约定的按照法定或者约定，例如，《商品房买卖合同司法解释》第15条第2款将其规定为3个月。^[192]相对人在催告的内容中可以定有合理期限^[193]，也可以不定，但催告中所定的合理期限过短的，可以延长到合理期限。仍无法确定的，根据个案的不同情况确定，作为享有解除权的当事人应本着诚信原则，在收到催告后尽早通知对方是否解除合同。

（三）自解除权人知道或者应当知道解除事由之日起一年内不行使

法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限的，另一方当事人未催告的，或者另一方当事人在很长时间之后才进行催告的，如果解除权长期存在，就可能在很长时间之后仍然行使解除权，这不利于合同关系的尽快确定和稳定。原合同法对此并未规定，实践中做法不一。^[194]为实现确定性，考虑到其他形成权的一般除斥期间，本条明确规定，自解除权人知道或者应当知道解除事由之日起一年内不行使的，解除权消灭。

该期间的起算期间并非解除权发生之日，而是自解除权人知道或者应当知道解除事由之日起计算，这也与本法第199条规定的“自权利人知道或者应当知道权利产生之日起计算”保持了一致。但是，如果解除权人有权解除合同，但是选择请求对方当事人在合理期限内采取修理、重作、更换等补救措施，而对方当事人置之不理的，该期间应当从补救的合理期限届满时起算。^[195]但是，关于最长除斥期间，本条并未做规定，可以考虑类推适用《民法典》第152条第2款和第541条的规定，自解除事由发生之日起5年内没有行使解除权的，解除权消灭。

三、解除权的其他消灭事由

解除权消灭的事由除了行使期限届满，还包括当事人知道解除事

由后明确表示或者以自己的行为表明放弃解除权，这可以类推适用《民法典》第152条第1款第3项“当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为表明放弃撤销权”。解除权人无论是明确表示还是通过行为表示对解除权的放弃，均属于对自己权利的处分，依据自愿原则，法律予以准许。

解除权的放弃可以书面形式、口头形式和其他形式作出。如果解除权人知道解除事由后，但仍然请求对方当事人继续履行合同或者自己继续履行合同的，可以认为解除权人已经放弃了解除权。^[196]当事人起诉既请求解除合同，又请求继续履行，人民法院应当告知当事人“解除合同”和“继续履行”的诉讼请求互相矛盾，其应当做出选择；当事人拒绝做出选择的，人民法院应当以诉讼请求不具体为由，裁定不予受理，已经受理的，裁定驳回起诉。

如果解除权人知道解除事由已经发生仍接受对方的履行行为的情形中，是否可以认为是放弃解除权，对此存在不同观点。^[197]这实际上是意思表示解释的问题，可以考虑区分继续履行合同行为和接受补救措施行为。例如，房屋租赁合同关系中，当承租人拖欠租金后，如果只是补缴已拖欠的房租金，出租人的收款行为不当视为继续履行合同行为，而应当视为接受承租人所采取的补救措施行为，并不影响合同解除权；如果承租人不仅补缴了已拖欠的房屋租金，还按照合同约定预交了租金，出租人的收款行为则视合同为继续履行合同的行，则直接影响到合同解除权的存续，可以认为放弃了合同解除权。当然，上述结论仍然是相对的，判断解除权在此情况下能否行使，需要综合考虑以下因素：第一，承租人迟延履行程度或数额；第二，承租人嗣后恢复履行的时间和程度；第三，出租人在此过程中的反应；第四，合同目的实现的程度；第五，促使出租人解除合同的原因等等。

有观点认为，解除权人因可归责于自己的事由，致其所受领之给付物有毁损、灭失或者其他情形不能返还者，解除权消灭；因加工或者改造，将所受领的给付物变其种类者亦同^[198]，除非有解除权之人不知其有解除权。^[199]但是，此时无须认为解除权消灭，一般情形下应当肯定解除权人仍然有解除权，但应当对此折价补偿以代替恢复原状或者返还给付、收益^[200]，除非能够从加工或者改造等行为中推导出解除权放弃的意思表示。

第五百六十五条

当事人一方依法主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除；通知载明债务人在一定期限内不履行债务则合同自动解除，债务人在该期限内未履行债务的，合同自通知载明的期限届满时解除。对方对解除合同有异议的，任何一方当事人均可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除行为的效力。

当事人一方未通知对方，直接以提起诉讼或者申请仲裁的方式依法主张解除合同，人民法院或者仲裁机构确认该主张的，合同自起诉状副本或者仲裁申请书副本送达对方时解除。

本条主旨

本条是关于解除权行使的规定。

相关条文

《合同法》第96条 当事人一方依照本法第九十三条第二款、第九十四条的规定主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。对方有异议的，可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。

法律、行政法规规定解除合同应当办理批准、登记等手续的，依照其规定。

《合同法司法解释二》第24条 当事人对合同法第九十六条、第九十九条规定的合同解除或者债务抵销虽有异议，但在约定的异议期限届满后才提出异议并向人民法院起诉的，人民法院不予支持；当事人没有约定异议期间，在解除合同或者债务抵销通知到达之日起三个月以后才向人民法院起诉的，人民法院不予支持。

理解与适用

一、解除权的行使

当事人一方依照《民法典》第562条第2款、第563条规定行使解除权而解除合同，必然引起合同的权利义务的终止。但是，解除权产生之后，并不导致合同自动解除，为了防止一方当事人因不确定对方已行使合同解除权而仍为履行的行为，避免债权人的消极反应使得债务人误解债权人会接受其履行，从而对己方给付做出必要的安排以避

免遭受损害，解除权人必须行使解除权才能使得合同解除。本条规定，当事人根据约定解除权和法定解除权主张解除合同的，应当通知对方。解除的意思表示可以通过诉讼外的通知的方式作出，也可以直接以提起诉讼或者申请仲裁的方式作出。

二、解除通知

解除权是一种形成权，仅需要通知对方即可，而无需取得对方的同意。行使解除权的意思表示是由相对人的单方意思表示，适用民法典总则编关于民事法律行为和意思表示的一般规定。当事人可以事先约定解除通知的方式，如果没有约定或者约定不明确，则解除通知不限于书面形式，通知可以通过任何形式发出。^[201]解除合同的^[202]意思表示，根据《民法典》第141条，可以撤回，但一般是不可撤销的，除非相对人同意撤销。

在实践中，解除权产生后，解除权人为了给对方一个纠正自己违约的机会，可能会向对方发出催告，载明要求对方履行，并且在合理期限内对方仍不履行的话，合同就自动解除。这对对方当事人并不会产生任何不利，反而是对其有利，获得了纠正自己违约的机会。《民法典》第563条第2款规定，不定期继续性合同的解除需要当事人“在合理期限之前通知对方”之后才可解除，该通知即为附生效期限的解除通知。

当然，解除权人也可以在解除权产生后，不向对方发出解除通知，而直接以提起诉讼或者申请仲裁的方式依法主张解除合同。如果人民法院或者仲裁机构确认解除权人享有解除权，则应产生合同解除的法律效果。

三、合同解除的时间

第一，当事人协商一致解除合同的，解除协议成立并生效的时间作为合同解除的时间，除非当事人另有约定。

第二，解除权人诉讼外发出解除通知的，自解除通知的意思表示生效时，合同解除。解除的意思表示是有相对人的意思表示，如果解除的意思表示以非对话方式作出，本条第1款中明确规定，自解除通知到达对方当事人时，合同解除，具体到达时间可以依据《民法典》第137条第2款确定。但是，解除通知中债务人在一定期限内不履行债务则合同自动解除，债务人在该期限内未履行债务的，本条第1款中明确规定，债务人在该期限内未履行债务的，合同自通知载明的期限届满时解除，无须解除权人再次之后另发一份解除通知。

第三，解除权人直接以提起诉讼或者申请仲裁的方式依法主张解除合同，人民法院或者仲裁机构确认该主张的，合同自起诉状副本或者仲裁申请书副本送达对方时解除。本条第2款对此明确规定。双方当事人均起诉解除合同，法院审理后查明双方均享有解除权的，合同解除时间应以解除权行使较早者为准。

第四，解除权人先行发出解除通知，然后提起诉讼或者申请仲裁请求解除合同，由于解除权人已经发出解除通知，合同解除时间仍然应当是解除通知的意思表示生效之时。

四、相对人的异议和确认解除

如果一方当事人向对方当事人发出了解除通知，对方对解除合同有异议，认为解除通知的发出人不享有解除权等情形的，为防止随意解除合同导致对方利益受损，避免进一步争议的发生，对方自然可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。为了使得当事人之间的法律关系确定，解除通知的发出人也可以在收到对方的异议后，请求人民法院或者仲裁机构确认解除行为的效力。较之《合同法》第96条第1款的规定“对方有异议的，可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力”，本条第1款更为明确：首先，双方都有请求人民法院或者仲裁机构确认解除行为效力的权利；其次，对方的异议与向请求人民法院或者仲裁机构确认解除行为的效力并不等同，对方提出异议不见得必须要以请求人民法院或者仲裁机构确认解除行为的效力这种方式提出^[203]，而可以更为简便地提出，否则会倒逼对方必须以诉讼或者仲裁的方式表示异议。因此，本条规定有助于对方异议方式的简便，同时也有利于双方的相互制约，以尽快确定双方之间的法律关系。

《合同法司法解释二》第24条规定：“当事人对合同法第九十六条、第九十九条规定的合同解除或者债务抵销虽有异议，但在约定的异议期限届满后才提出异议并向人民法院起诉的，人民法院不予支持；当事人没有约定异议期间，在解除合同或者债务抵销通知到达之日起三个月以后才向人民法院起诉的，人民法院不予支持。”但是，即使上述异议期间届满相对人未提出异议，法院仍然需要审查解除权是否存在，不享有解除权的一方向另一方发出解除通知，另一方即便未在异议期限内提起诉讼，也不发生合同解除的效果。^[204]

五、诉讼过程中的释明

合同解除之诉却涉及所解除合同本身的有关情况，即合同是否成立、有效，又涉及解除权是否发生，如合同违约方的违约行为是否构

成根本违约等问题，当事人对此认识可能会与法院不一致，往往会导致当事人行使权利不当，其诉讼请求不被法院所支持。为发挥法院对诉讼的引导功能，减少当事人的讼累，人民法院有必要对诉讼中相关事宜，例如诉请解除合同的效力、解除权是否产生等，予以释明。

《全国法院民商事审判工作会议纪要》第49条第2款规定：“双务合同解除时人民法院的释明问题，参照本纪要第36条的相关规定处理。”第36条规定：“在双务合同中，原告起诉请求确认合同有效并请求继续履行合同，被告主张合同无效的，或者原告起诉请求确认合同无效并返还财产，而被告主张合同有效的，都要防止机械适用‘不告不理’原则，仅就当事人的诉讼请求进行审理，而应向原告释明变更或者增加诉讼请求，或者向被告释明提出同时履行抗辩，尽可能一次性解决纠纷。例如，基于合同有给付行为的原告请求确认合同无效，但并未提出返还原物或者折价补偿、赔偿损失等请求的，人民法院应当向其释明，告知其一并提出相应诉讼请求；原告请求确认合同无效并要求被告返还原物或者赔偿损失，被告基于合同也有给付行为的，人民法院同样应当向被告释明，告知其也可以提出返还请求；人民法院经审理认定合同无效的，除了要在判决书‘本院认为’部分对同时返还作出认定外，还应当在判项中作出明确表述，避免因判令单方返还而出现不公平的结果。”“第一审人民法院未予释明，第二审人民法院认为应当对合同不成立、无效或者被撤销的法律后果作出判决的，可以直接释明并改判。当然，如果返还财产或者赔偿损失的范围确实难以确定或者双方争议较大的，也可以告知当事人通过另行起诉等方式解决，并在裁判文书中予以明确。”“当事人按照释明变更诉讼请求或者提出抗辩的，人民法院应当将其归纳为案件争议焦点，组织当事人充分举证、质证、辩论。”

第五百六十六条

合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以请求恢复原状或者采取其他补救措施，并有权请求赔偿损失。

合同因违约解除的，解除权人可以请求违约方承担违约责任，但是当事人另有约定的除外。

主合同解除后，担保人对债务人应当承担的民事责任仍应当承担担保责任，但是担保合同另有约定的除外。

本条主旨

本条是关于合同解除后法律后果的规定。

相关条文

《合同法》第97条 合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。

理解与适用

一、合同解除的一般效果

依据《民法典》第557条第2款的规定，合同解除的，该合同的权利义务关系终止。但是，合同关系终止，并不意味着不发生其他的权利义务关系，解除后仍然会产生诸多权利义务关系，本条对此予以明确规定。

本条第1款首先是针对尚未履行的部分，由于解除终止了合同权利义务关系，因此本条第1款规定，尚未履行的，终止履行，这在实践中不存在争议。

较有争议的是对已经履行的部分是否应恢复原状或采取其他补救措施，这里涉及合同解除的溯及力。

本条第1款规定，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。所谓根据履行情况，是指根据履行部分对债权的影响。如果债权人的利益不是必须通过恢复原状才能得到保护，不一定采用恢复原状。当然如果债务人已经履行的部分，对债权人根本无意义，可以请求恢复原状。所谓根据合同性质，是指根据合同标的的属性。根据合同的属性不可能或者不容易恢复原状的，不必恢复原状。这类情况主要包括：第一，以持续履行的债务为内容的继续性合同。第二，涉及第三人利益或者交易秩序的合同。

对于合同解除的效力，也会产生直接效力和间接效力的争论。

[205]直接效力和间接效力的相同点在于，尚未履行的，终止履行；而二者的不同点则体现在恢复原状义务的性质、损害赔偿的范围、违约

金条款和其他结算清理条款的效力以及担保的效力问题上。直接效力和间接效力的争论并不必然导致对实践问题的价值判断差异，更多的是一种对同一价值判断结论的解释的选择。

二、恢复原状和采取其他补救措施

在实践中，法院对“恢复原状”和“采取其他补救措施”的界分不是十分明显，对二者的性质也没有特别明确的说明。本释义将“恢复原状”和“采取其他补救措施”统称为广义上的“恢复原状”。广义上的恢复原状包括：第一，因履行行为而取得财产的返还。第二，不能返还或者没有必要返还时的价值返还。

如果当事人互负恢复原状或者采取其他补救措施的义务，构成对待给付关系，可以行使同时履行抗辩权。^[206]

“恢复原状”的性质是物权还是债权，在破产中待履行合同的解除后果上比较重要，这尤其涉及买卖合同。若采直接效力说，则“恢复原状”为所有物返还请求权，债权人享有取回权；若采间接效力说，则“恢复原状”为债权，债权人仅享有普通债权。笔者认为，所有权在买卖之后被解除之后并非立即自动回复，而是买受人负有返还物的占有和所有权的债务，只有在买受人依据基于法律行为的物权转让规则作出相应公示后，出卖人才重新享有所有权。^[207]

三、赔偿损失

《民法典》承认合同解除与赔偿损失并存，毕竟两者的功能是不同的，不存在排斥关系。本条第1款规定，合同解除后，有权要求赔偿损失。同时，本条第2款明确规定，合同因违约解除的，解除权人可以请求违约方承担违约责任，但是当事人另有约定的除外。本款适用的前提是合同因违约而被解除。除当事人另有约定外，解除权人可以请求违约方承担违约责任。

尤其是违约责任中的赔偿损失，包括了法定的违约损失赔偿，也包括了约定的违约损失赔偿。在没有约定的情况下，根据本款规定，合同解除后，当事人可以请求赔偿履行利益。毕竟，合同解除情形中的损失赔偿请求权是因合同解除之前的违约行为而发生的，并非因合同解除才产生，损失赔偿的对象是因违约行为而产生的损。在当事人约定了一定数额的违约金、因违约产生的损失赔偿额的计算方法、定金等这些违约责任条款时，在合同因违约而解除的情况下，合同解除后仍然能够适用这些约定条款。但是，在未履行完毕的合同中，合同因违约而被守约方解除后，因为合同权利义务关系终止，所以守约方

就不应当信赖合同在解除后仍然被履行，因此，在合同解除后，守约方也负有积极地通过替代措施的安排减少自己损失的义务。故合同未被解除与合同被解除后的可得利益损失仍然存在一定的区别，并非完全等同。

本条第2款在法律存在特别规定的情况下不适用，而应依据特别规定。例如，本法第933条规定：“委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同造成对方损失的，除不可归责于该当事人的事由外，无偿委托合同的解除方应当赔偿因解除时间不当造成的直接损失，有偿委托合同的解除方应当赔偿对方的直接损失和合同履行后可以获得的利益。”

四、解除后的担保

本条第3款规定，主合同解除后，担保人对债务人应当承担的民事责任仍应当承担担保责任，但是担保合同另有约定的除外。担保本来就为保障主债务的履行而设立，在合同因主债务未履行而被解除的，合同解除后所产生的债务人的责任也同样是因主债务未履行而导致的，因此担保人对债务人应当承担的民事责任仍应当承担担保责任，这也并不违反担保人的通常意思。《担保法司法解释》第10条也同样规定：“主合同解除后，担保人对债务人应当承担的民事责任仍应承担担保责任。但是，担保合同另有约定的除外。”担保合同中约定保证责任随主合同的解除而免除或者变更的，基于自愿原则，应承认此种约定的效力。担保合同与主合同存在密切联系的，担保合同也可因主合同被解除而产生法定解除权。^[208]

第五百六十七条

合同的权利义务关系终止，不影响合同中结算和清理条款的效力。

本条主旨

本条是关于结算和清理条款不受合同终止影响的规定。

相关条文

《合同法》第98条 合同的权利义务终止，不影响合同中结算和

清理条款的效力。

理解与适用

合同权利义务关系的终止，也就是合同权利义务条款的效力也终止，但是，如果当事人事先约定了有关合同终止后的结算和清理条款，因为这些条款本身就涉及对合同终止后事务的处理，故应当尊重当事人的此种约定。本条即规定，合同的权利义务关系终止，不影响合同中结算和清理条款的效力。

理论上对此有两种解读，一种观点认为一个合同文本中可能有多个典型合同或者非典型合同，结算和清算的条款不属于由当事人缔约目的所决定的合同条款。解除权人解除的只是系争合同，并未解除结算和清算的条款所在的另一合同，亦即结算条款、清理条款与仲裁条款、报批义务条款等一样，属于另一个合同。^[209]或者可以认为是部分解除。另一种观点认为，“清算关系”是原来的合同的约定债之关系转换而来，实质上是法定的债之关系，该债之关系的目的就是清算，故以清算为目的的结算和清理条款不可理解为当然消灭。^[210]上述理论解读仅仅是解释的选择，并不影响价值共识的存在。

该条适用的前提，首先是合同约定了结算和清理条款。结算是经济活动中的货币给付行为，结算的方式主要有：（1）银行汇票结算。银行汇票是汇款人将款项交存银行，由银行签发给汇款人持往异地办理转账结算或支取现金的票据。（2）商业汇票结算。商业汇票是收款人或者付款人（或承兑申请人）签发，由承兑人承兑，并于到期日向收款人或被背书人支付款项的票据。（3）银行本票结算。银行本票是申请人将款项交存银行，由银行签发给其凭以办理转账结算或支取现金的票据。（4）支票结算。支票是银行的存款人签发给收款人办理结算或委托开户银行将款项支付给收款人的票据。（5）汇兑。汇兑是汇款人委托银行将款项汇给外地收款人的结算方式。（6）委托收款。委托收款是收款人委托银行向付款人收取款项的结算方式。如果当事人在合同中约定了结算方式，合同终止后，应当按照约定的方式结算。清理指对债权债务进行清点、估价和处理。如果合同中约定了进行清理的主体——比如某会计师事务所、某财产评估机构，清理的范围——比如是固定资产、流动资金，还是库存产成品，以及清理的方法——比如按照政府定价还是市场价，应当按照合同约定进行清理。同时，如上条释义中所述，关于违约责任的违约金和定金的约定也可以被认为是结算和清理条款。

应当注意的是，与解决争议方法有关的仲裁、选择适用法律、选

择管辖、选择鉴定机构等条款，根据本法第507条，合同不生效、无效、被撤销或者终止的，不影响合同中有关解决争议方法的条款的效力。除了结算和清理条款之外，合同终止后仍然有效的还包括其他在合同终止后仍然应当履行的其他合同条款，例如保密条款。[211]

其次，是合同的权利义务关系终止。合同的权利义务关系终止与合同无效并非一回事。在合同无效的情形中，并不能适用本条规定。就无效之后的法律后果，当事人可以通过真实的意思表示对此予以约定。如果是独立的意思表示，既然应当承认其效力。[212]即使该约定规定在无效合同中，依据《民法典》第156条规定的“民事法律行为部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效”，合同无效，但只要不影响就无效之后的法律后果的约定的效力，这些约定仍然有效，除非这些约定也具有无效原因，例如，合同因为违反法律、行政法规的强制性规范而无效，但是，当事人就无效之后的后果进行了约定，通过这些约定达到了与合同有效相类似的结果，从而这些约定也可能无效。

如果当事人一方未按照有效的结算和清理条款履行，则应当依法承担违约责任。[213]

第五百六十八条

当事人互负债务，该债务的标的物种类、品质相同的，任何一方可以将自己的债务与对方的到期债务抵销；但是，根据债务性质、按照当事人约定或者依照法律规定不得抵销的除外。

当事人主张抵销的，应当通知对方。通知自到达对方时生效。抵销不得附条件或者附期限。

本条主旨

本条是关于法定抵销的规定。

相关条文

《合同法》第99条 当事人互负到期债务，该债务的标的物种类、品质相同的，任何一方可以将自己的债务与对方的债务抵销，但依照法律规定或者按照合同性质不得抵销的除外。

当事人主张抵销的，应当通知对方。通知自到达对方时生效。抵销不得附条件或者附期限。

理解与适用

一、抵销概述

抵销，是指当事人双方互负债务，各以其债权充抵债务的履行，双方各自的债权和对应债务在对等额内消灭。比如，乙在合同约定的还款日期，应支付给甲10万元人民币货款，与此同时甲也欠乙10万元人民币，并已到期支付日期，此时，乙可以向甲表明，自己不偿还甲的10万元债务，甲也不必偿还欠乙的10万元债务。两相抵销，互不相欠。抵销因其产生的根据不同，可分为法定抵销和约定抵销。法定抵销，是指法律规定抵销的条件，具备条件时依当事人一方的意思表示即发生抵销的效力。约定抵销，是指当事人双方合意协商一致，使自己的债务与对方的债务发生抵销的效力。本条规定了法定抵销。

抵销具有以下功能：第一，实现债权，债权人无须诉讼、判决或者强制执行，即可实现债权，是对自己债权的私人执行。第二，简化法律关系，在未现实交付的情况下，债务人仅需通过单方的意思表示就能消灭债务，免除双方互相履行的时间、费用及其他交易成本。^[214]某种意义上，各种集中结算也以抵销规则作为基础。第三，担保的功能，如当事人一方只行使自己的债权，不履行自己的债务，那么，对方当事人就不能确保自己债权的实现，特别是在一方当事人财产状况恶化不能履行债务时，对方当事人行使抵销权就能够确保自己的债权相应实现。比如，某人在银行存款，又在同一银行借款，这两项债务都到期以后，如果该借款人信用不佳，则将有可能发生信用风险，此时，如果赋予银行抵销权，就可以担保其债权的实现，及时地化解风险。在他方债务人丧失清偿能力或者破产时，无论债权债务是否到期、种类品质是否相同，均能抵销，担保功能更为扩大。^[215]因此，现代经济社会活动上，担保作用是抵销的重要机能。此项担保机能主张抵销之双方当事人间固然稳妥，但仍有其极限，尤其因抵销欠缺公示方法，且因当事人一方意思表示足使债权归于消灭，对于善意第三人易遭受难以预测的损害。^[216]因此，我国《企业破产法》第40条对破产抵销做了特别限定，该规定应当优先适用。^[217]

二、法定抵销权的产生要件

法定抵销能因当事人一方行使抵销权而使双方互负的债务归于消灭，为防止一方擅自以一己之意改变双方当事人的债务关系，故法定

抵销权的产生需满足以下构成要件，理论上称之为“抵销适状”。

（一）当事人互负有效的债务

抵销发生的基础在于当事人既互负有效的债务，又互享有效的债权，只有债务而无债权或者只有债权而无债务，均不发生抵销。双方当事人互负的债权债务，可能会因同一个法律关系而发生，也可能基于两个或两个以上的法律关系发生。比如，甲欠乙建设工程款200万元，乙第一次向甲购货欠款150万元，第二次购货欠50万元。甲可以以乙两次共欠其的200万元货款债权，抵销其欠乙的200万元工程款。其中，提出抵销的一方所享有的债权，称为主动债权；被抵销的债权，称为被动债权。

如果债权人和债务人并非同一人，不产生法定抵销权，不得主张抵销。^[218]例如，《合伙企业法》第41条中规定，合伙人发生与合伙企业无关的债务，相关债权人不得以其债权抵销其对合伙企业的债务。但是，有法律特别规定时，仍然可以允许抵销权向第三人行使，例如，《民法典》第549条规定：“有下列情形之一的，债务人可以向受让人主张抵销：（一）债务人接到债权转让通知时，债务人对让与人享有债权，并且债务人的债权先于转让的债权到期或者同时到期；（二）债务人的债权与转让的债权是基于同一合同产生。”同时，在第三人对债务履行具有合法利益时，依据第524条第1款规定，第三人有权向债权人代为履行，此时也应当允许第三人抵销。

同时，抵销使得债权消灭，这要求抵销人应当对用以抵销的主动债权具有处分权。比如，提出抵销的一方用于抵销的债权上已经设立质权，未经质权人同意，不能发生抵销效力；债权被扣押的，也不得作为主动债权为抵销。同时，在债权人提起代位权诉讼后，债务人丧失主动处分其对相对人债权的权利^[219]，这应当也包括行使抵销权而消灭债权，即债务人不得行使抵销权。但相对人是否可以行使抵销权？对此存在争议。一种观点认为，在债权人代位权诉讼审理期间，相对人向债权人主张与债务人互负债务相互抵销，如果法院认定代位权成立，则相对人只能向债权人清偿，其抵销主张不能得到支持。因为相对人清偿债务的对象是固定的，只能向债权人清偿，债务人与相对人之间的抵销等债权处分行为将导致债务人对相对人的债权消灭或未到期，从而直接或间接影响债权人代位权的行使，亦即相当于允许债务人和相对人自主处分财产，债权人代位权制度设定的目的便落空，故提起代位权之诉后就应该否定相对人行使抵销权的效力。^[220]但是，代位权的行使不能使得相对人的地位因为债权被他人依法行使而恶化，就此，《民法典》第535条第3款规定“相对人对债务人的抗辩，可以向债权人主张”，相对人行使抵销权也可以被作为广义上的

抗辩，在相对人行使抵销权的情形中，债务人的积极财产虽然减少，但是债务也相应减少，整体上债务人的履行能力并未恶化。因此，可能更为合适的观点是认为，即使在代位权诉讼中，相对人仍可主张抵销。^[221]

抵销人不得以第三人对被抵销人享有的债权进行抵销，比如《民法典》第553条中规定，债务承担时，原债务人对债权人享有债权的，新债务人不得向债权人主张抵销。学说上有观点认为，连带债务人以其他连带债务人对于债权人的债权，就其应承担的部分为限可以主张抵销。^[222]学说上也有观点认为，债务人对债权人享有债权的，保证人得主张抵销。^[223]《民法典》第520条第1款前段仅规定，部分连带债务人履行、抵销债务或者提存标的物的，其他债务人对债权人的债务在相应范围内消灭，并未明确承认其他连带债务人有权主动主张抵销。可能的观点是认为，考虑到民法典是以相对效力作为起点，则在没有明确规定绝对效力的前提下，连带债务人不能以其他连带债务人对于债权人的债权主张抵销，否则虽然避免了追偿麻烦，但却违反了享有抵销权的连带债务人的意愿，并且剥夺了债权人基于连带债务所享有的担保利益^[224]；与此对应，在内部追偿时，被追偿的连带债务人也不可以其对债权人所享有的抵销权对抗追偿人，不应适用第519条第2款中规定的“其他连带债务人对债权人的抗辩，可以向该债务人主张”^[225]，否则容易产生被追偿的连带债务人和债权人串通损害追偿人的道德风险，而且，被追偿的连带债务人本来可以向债权人主张抵销而避免追偿中不能行使抵销权的风险。但是，《民法典》第702条规定，债务人对债权人享有抵销权或者撤销权的，保证人可以在相应范围内拒绝承担保证责任，不承认保证人的抵销权，这样既能避免保证人通过抵销处分债务人的债权，又能避免保证人利益受损。据此，可能统一的解释方案是认为，连带债务人也有权以其他连带债务人对债权人所享有的抵销权在相应范围内拒绝承担债务，在追偿时，将抵销权解释为广义的抗辩，适用第519条中所规定的“其他连带债务人对债权人的抗辩，可以向该债务人主张”^[226]。

抵销的效果是使得对立的债权在相当的额度范围内归于消灭，因此需以双方债权的有效存在为前提。在此需要考虑以下特殊类型的债权是否能够作为主动债权抵销。

（1）就主动债权而言必须有强制履行的效力，不具有强制履行效力的不完全债权，不得由债权人用作主动债权主张抵销，否则剥夺了主动债权的债务人的利益。

（2）在附条件或者期限的债权中，若所附条件或者期限为生效条件或者期限，在条件成就或者期限届至前，债权尚不发生效力，自

不得为抵销。若所附条件为解除条件或者所附期限为终止期限，则条件成就或者期限届满前债权为有效存在，得为抵销；但是条件成就或者期限届满后有无溯及力具有争议，一种观点认为没有溯及力，抵销仍然有效^[227]；另一种观点认为具有溯及力，主动债权因条件成就或者期限届满而嗣后失其效力，被动债权此前因抵销而归消灭，其主张抵销之一方系无法律上之原因（法律上原因嗣后消灭）而受利益，应当依不当得利返还所受利益。^[228]考虑到《民法典》第158、160条对此规定的是“失效”，而非第155条中的“自始没有法律约束力”，在因期限届满或者解除条件成就而失效的债权作为主动债权而为抵销时，为保护另一方利益，似乎采取后一种观点更为妥当，毕竟主动债权人在主张抵销时就应当考虑到债权失效的可能，而被动债权人则是完全被动，不应因被抵销而丧失被动债权的利益；但在该债权作为被动债权而被抵销时，似乎前一种观点更为妥当，毕竟另一方在主张抵销时就应当考虑到被动债权具有失效的可能性。

（3）可撤销的债权，在未经撤销以前，仍属有效存在，债权人自得以为之主动债权主张抵销；若嗣后被撤销则与自始无效同，抵销即失其效力，他方之债权乃因而复活。^[229]

（4）附抗辩权的债权，不得作为主动债权抵销。例如，附履行抗辩权的债权，不得作为主动债权抵销，防止他方的抗辩机会遭到剥夺。^[230]同样，超过诉讼时效的债权，不得作为主动债权主张抵销，否则同样剥夺了对方的时效抗辩权^[231]；当然，在诉讼时效届满后，债务人同意履行的，即放弃了时效抗辩权，此时超过诉讼时效的债权也可以作为主动债权主张抵销。关于抵销适状以后主动债权诉讼时效才届满的情况，下文详述。

（5）持票人在丧失票据权利后，仍然有权依据作为票据基础关系的合同债权行使抵销权。^[232]

被动债权的限制较主动债权为小，不仅是可撤销、解除或者附解除条件或者附履行抗辩权的债权等，为被动债权而被主张抵销的均为有效。

（二）被抵销一方的债务（主动债权）已经到期

抵销具有相互清偿的作用，因此只有在提出抵销的一方所享有的主动债权的履行期限届至时，才可以主张抵销；否则，等于强制债务人提前履行债务，牺牲其期限利益。在符合其他条件的情况下，如果双方的债务均已经到期，则双方均可主张抵销，《合同法》第99条第1款即规定了“当事人互负到期债务”。但是，如果主动债权对应的债

务履行期限届至，而被动债权对应的债务履行期限未届至，应当也允许主动债权人主张抵销，这实际上是其放弃了期限利益而提前履行，只要主动债权一方提前履行不损害另一方当事人的利益，这也是根据本法第530条得出的结论，依据本法第530条的规定，提前履行不损害债权人利益的，债务人可以提前履行，但给债权人增加的费用，由债务人负担。比如，甲对乙负有债务，该债务于11月1日到期，而乙对甲也负有同种类的债务，该债务于12月1日到期，在11月15日时，甲的债务已经到期，而乙的债务尚未到期，乙可以主张抵销，相当于乙提前履行债务；但是，甲不能主张抵销，否则相当于强制乙提前履行债务。为明确这一点，本条第1款对原《合同法》第99条第1款的规定予以修改。

但在破产情形中，未届履行期的债权债务可以视为到期债权债务，依法抵销。比如，《企业破产法》第46条规定：“未到期的债权，在破产申请受理时视为到期。附利息的债权自破产申请受理时起停止计息。”《破产法解释二》第43条也规定：“债权人主张抵销，管理人以下列理由提出异议的，人民法院不予支持：（一）破产申请受理时，债务人对债权人负有的债务尚未到期；（二）破产申请受理时，债权人对债务人负有的债务尚未到期；（三）双方互负债务标的物种类、品质不同。”

此处还需要讨论，债权在抵销适状之后才超过诉讼时效的，其作为被动债权而被抵销当然并无问题，但其能否作为主动债权而为抵销？这直接联系到抵销的溯及力问题。一种观点认为，抵销应当具有溯及力，即便主动债权在主张抵销时诉讼时效已经届满，但只要在抵销适状，即得为抵销时，诉讼时效尚未届满的，仍可主张抵销。^[233]但是，主动债权在诉讼时效届满之后，如果主动债权人不是主张抵销，而是要求被动债权人向其履行债务，债务人当然享有时效抗辩权，为何在抵销情形中就做出不同处理，更合理的方式似乎是不应因为请求履行或者主张抵销而有不同。同时，只要主动债权与被动债权曾经符合抵销要件，不论主动债权诉讼时效期间届满多久，主动债权人在逻辑上都可以主张抵销溯及发生效力，这似乎不符合诉讼时效督促权利人行为权利的宗旨，债权人原本可以在诉讼时效期间届满前轻易地要求债务人清偿债务或者主张抵销，但其疏于主张权利，事后再以诉讼时效期间届满的债权主张抵销，似乎缺乏正当性。^[234]因此，可能更为合理的方案是，诉讼时效期间届满的债权仍然可作为主动债权主张抵销，但债务人有权事先或者在收到抵销通知后一定期限内主张时效抗辩。^[235]关于主张时效抗辩的期限，可以考虑《合同法司法解释二》第24条规定的约定期限或者法定的3个月期限。^[236]

（三）债务的标的物种类、品质相同

种类相同，是指合同标的物本身的性质和特点一致。比如都是支付金钱，或者交付同样的种类物。品质相同，是指标的物的质量、规格、等级无差别，如都是一级天津大米。债务种类品质不相同，原则上不允许抵销，除非法律另有规定，例如在破产程序中，种类品质不同的债务也能抵销。^[237]如果主动债权的品质优于被动债权的，也应当允许抵销。债务的标的物种类品质相同还表明，用以抵销的债务的标的应当是物而非行为，因为行为具有特定的人身性质，不具有可比性，很难使双方债权在对等额内消灭。履行地点不属于种类和品质的范畴，因此履行地点不同的同种类同品质的债务，也可以抵销，但主张抵销的债务人应当赔偿相对人因抵销而遭受的损失。^[238]

实践中还需要考虑一些特殊情况：（1）币种不同的金钱之债可否抵销。学说上认为币种不同的债务不属于相同种类的标的物，原则上不得抵销。理由是从中国的外汇管理制度下外汇具有稀缺性来看，外汇具有一般等价物之上的特殊意义和价值，允许抵销会剥夺外汇债权人所享有的一般等价物之外的特殊意义或价值；从当事人意思来看，以外汇计价必然有当事人特殊的目的，对当事人具有约束力；允许抵销会带来币种标准和汇率标准难以确定等问题。^[239]但是，如果外汇债权人提出抵销，或者外汇对被动债权人不具有特殊意义时，应当允许抵销，此时，法院依据《外汇管理条例》第8条关于中华人民共和国境内禁止外币流通并不得以外币计价结算的规定，将外币按照提出抵销时的汇率折合为人民币从而适用抵销的有关规定。^[240]这促使在波动中遭受损失的一方当事人尽快发出抵销通知，防止利用货币市场波动的投机行为。

（2）特定物与特定物、种类物与特定物、种类物与种类物之间的抵销。以特定物为给付物时，即使双方的给付物属于同种类，也不允许抵销。但是，在双方当事人均以同一物为给付物时，仍属同一种类的给付，可以抵销。^[241]当事人一方的给付物为特定物，对方的给付物为同种类的种类物时，因两者不是同种类的给付，不允许以种类债权抵销特定债权，但允许以特定物抵销种类，因为种类之物并无特性，以种类之债为被动债权，于另一方当事人并无不利益；反之，若以种类之债为主动债权，与特定之债权抵销，则另一方当事人取得具有特性的标的物的权利即遭剥夺。^[242]双方当事人的债权皆为种类债权，但种类的范围有广有狭时，范围狭的种类债权对范围广的种类债权可以抵销；范围广的种类债权对于范围狭的种类债权，则不允许抵销。^[243]

（四）无禁止抵销的情形

根据本条第1款规定，禁止抵销的情形如下。

1.根据债务性质不得抵销

所谓根据债务性质不能抵销，是指如果允许抵销，即违反债之本旨或者不符合给付目的，因此只能相互清偿以实现债权目的。根据债务性质不得抵销的情形主要有：（1）必须履行的债务不得抵销。如应当支付给下岗工人的生活保障金，不得用以抵销工人欠企业的债务。（2）具有特定人身性质或者依赖特定技能完成的债务，以及相互提供劳务的债务，不得相互抵销。如根据教学合同，乙校的张老师应去甲校讲授数学课一个月，而甲校的李老师也负有在乙校讲授一个月数学课的义务，讲课报酬相同。虽然是同种类债务，时间、报酬都相同，但由于张、李二人的讲授方法不可能相同，因此，双方的讲课债务不能抵销。（3）不作为债务不得相互抵销，此种债务不经过相互实际履行，就无法实现债权的目的。（4）故意、重大过失侵权所产生的债务，以及造成对方人身损害所产生的债务。《民法典》第506条规定了这两类债务的免责条款无效，这两类债务不能实现约定免除，基于同样的意旨，也不允许抵销，防止债权人任意侵犯债务人的人身和财产权利，如果允许抵销，有违公序良俗，且会诱发侵权行为，不利于侵权行为的遏制。这可以防止以下情形，例如，债权人享有债权后，持有属于债务人的一些物资，债权人故意将之出卖，以所得收益偿付债务。^[244]但是，对于因故意侵权行为而发生的债权应允许受害人作为主动债权主张抵销。^[245]（5）约定应当向第三人履行的债务，债务人不得以自己对于对方当事人享有的债权而主张抵销。^[246]（6）出资的义务不得抵销。即使仅存在两个出资人也是如此。同样，有可能也禁止公司股东以其出资债务抵销公司对他们所负的债务，这是为了维护公司债权人利益。^[247]股东对公司的债权是真正的债权，而公司对股东的出资缴付请求权系“会社法上的权利”，是由股东地位（成员权）派生出来的，只有公司才能主张，且只能向股东主张。倘若公司能任意处分，则不仅会罔顾其对成员权的依赖性，罔顾股东和公司的相对关系，而且会有损于公司资本充实和公司债权人保护。

2.按照当事人约定不得抵销

《合同法》第99条第1款并未规定此种消极要件，但《合同法司法解释二》第23条规定：“对于依照合同法第九十九条的规定可以抵销的到期债权，当事人约定不得抵销的，人民法院可以认定该约定有效。”本条规定予以吸收。如果当事人之间有不得抵销的特约，基于合同自由原则，合同当事人作出此种特别约定自无不许，当事人自然应该受其约束。

当事人之间禁止抵销的约定可为明示，也可以为默示，是否有禁止抵销的特别约定应解释合同。^[248]实践中，当事人约定“本协议之外的债权债务另行核对核算，签订协议处理”，可能被法院认为并非禁止抵销的约定。^[249]当事人之间约定专款专用则可能被法院认定为禁止抵销的协议。^[250]

当事人之间有禁止抵销的约定，而一方将其债权转让给第三人，第三人能否以其受让的债权抵销其原本对另一方当事人负担的债务？民法典并未对此作出明确规定，为维护交易安全，保护债权善意受让人的利益，促进债权流通，此种不得抵销的特约不得对抗善意的受让人。基于同样的目的，《民法典》第545条第2款区分了金钱债权和非金钱债权而赋予禁止转让特约以不同的效力。但是，与禁止转让特约不同的是，在禁止抵销特约中，不应当区分金钱债权和非金钱债权。在禁止转让特约中，金钱债权的转让对债务人不会产生太大负担，故可以不考虑受让人的善恶意。但是，在禁止金钱债权抵销的特约中，往往是因为债务人资力不足，债权人基于债务人付出一定对价而授信给债务人承诺不主张抵销，如果在受让人为善意的情形中，不得不为了债权流通性而牺牲债务人利益，这尚且具有正当性，但在受让人为恶意的情形中允许其也能够主张抵销，则使得债务人丧失授信利益，这过分不利于债务人利益的保护。因此，无论是金钱债权还是非金钱债权，只要当事人之间存在禁止抵销的约定，恶意受让人都不可主张抵销，但善意受让人可以主张抵销^[251]，债务人因此受到损失的，可以请求受让人承担违约赔偿责任。

3.依照法律规定不得抵销的

法律规定不得抵销的债务，当事人不得主张抵销。我国现行法上对于禁止抵销的情形大致有：（1）被扣押的债权。《民事诉讼法司法解释》第300条规定：“被执行人不能清偿债务，但对第三人享有到期债权的，人民法院可依申请执行人的申请，通知该第三人向申请执行人履行债务。该第三人对债务没有异议但又在通知指定的期限内不履行的，人民法院可以强制执行。”该债权可以被扣押。此时该第三人能否以其对被执行人享有的债权抵销其对被执行人负担的债务？合理的方案是，由于扣押与破产的类似性，可以参照适用《企业破产法》第40条，第三人在扣押后取得对被执行人的债权的，不能以此主张抵销；但是在扣押前取得的债权，第三人可以以此主张抵销；虽然第三人在扣押后取得对被执行人的债权，但是基于法律规定或者扣押前的原因所产生的，仍然能够以该债权主张抵销。^[252]

（2）禁止扣押的债权。例如，《民事诉讼法》第243条规定：“被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，人民法院有

权扣留、提取被执行人应当履行义务部分的收入。但应当保留被执行人及其所扶养家属的生活必需费用。”这一规定的目的是保护债务人（被执行人），因此对方当事人不得将债务人的生活必需费用债权用以抵销债务，禁止扣押的债权不得作为被动债权而被抵销。但是，如果禁止扣押的目的是保护私主体的利益，则该债权可作为主动债权而为抵销，也可以约定抵销。^[253]

（3）信托财产和基金财产所生债权。《信托法》第18条规定：“受托人管理运用、处分信托财产所产生的债权，不得与其固有财产产生的债务相抵销。受托人管理运用、处分不同委托人的信托财产所产生的债权债务，不得相互抵销。”《证券投资基金法》第6条规定：“基金财产的债权，不得与基金管理人、基金托管人固有财产的债务相抵销；不同基金财产的债权债务，不得相互抵销。”此时，由于均具有营业外观，且往往采取独立账户，抵销受到限制。

（4）破产法中的特殊规定。《企业破产法》第40条规定：“债权人在破产申请受理前对债务人负有债务的，可以向管理人主张抵销。但是，有下列情形之一的，不得抵销：（一）债务人的债务人在破产申请受理后取得他人对债务人的债权的；（二）债权人已知债务人有不能清偿到期债务或者破产申请的事实，对债务人负担债务的；但是，债权人因为法律规定或者有破产申请一年前所发生的原因而负担债务的除外；（三）债务人的债务人已知债务人有不能清偿到期债务或者破产申请的事实，对债务人取得债权的；但是，债务人的债务人因为法律规定或者有破产申请一年前所发生的原因而取得债权的除外。”^[254]

（5）请求返还承包收益或者土地承包经营权收益的债权。《农村土地承包经营纠纷司法解释》第18条规定：“发包方或者其他组织、个人擅自截留、扣缴承包收益或者土地承包经营权流转收益，承包方请求返还的，应予支持。发包方或者其他组织、个人主张抵销的，不予支持。”

三、抵销权的行使

（一）抵销意思表示

抵销权性质上是形成权，依据单方意思表示即可发生抵销效果，导致权利义务变动。本条第2款中规定，当事人主张抵销的，应当通知对方。这表明民法典并未采取自动抵销主义和诉讼抵销主义，而是抵销意思主义，即抵销必须以意思表示向对方主张方可发生抵销效力。^[255]这能够更好地体现意思自治原则，同时使得债权债务关系更

为明确。

当事人主张抵销的，必须向被抵销人为抵销的意思表示，为不要式行为和有相对人的单方行为。抵销的意思表示以表明消灭二人互负的债务为已足，不要求必须说明债务的发生日期、发生原因、数额等[256]；但是，主张抵销的当事人对对方当事人享有两项或者多项债权的，通知仅在指明了与抵销相关的债权时才生效，但是，无需明确表示所涉的债权，其意思可以通过解释推断出来，如果推断不出具体意思，就必须由主张抵销的当事人承担不确定所导致的风险。[257]银行有权从借款人账户上扣划存款以抵销贷款。债权银行与债务人之间成立的是借款法律关系，其债权债务所指向的标的物为货币。而债务人将款项存到银行，其与银行之间成立的是存储法律关系，债权债务所指向的标的物同为货币。在存款为活期存款的情形下，权利人可随时主张，义务人也得随之清偿，因此，除非当事人之间有特殊约定，债权银行（在借贷法律关系中）均可在符合法定抵销的情形下行使法定抵销权以实现其权利。

行使抵销权系处分债权的行为，因此抵销人需要由处分权。例如，公司的业务员未获得公司授权抵销公司的债权债务，是业务员超越代理权的行为，事后未得到公司追认的其抵销行为的效果不能归属于公司。[258]抵销权虽属于形成权，但不属于“专属于债务人自身”的权利，而可以解释为“与债权有关的从权利”，可成为代位权行使的标的。诉讼代理人虽未受特别委托，也可在诉讼上代理本人主张抵销。

抵销的意思表示是有相对人的意思表示，如果抵销的意思表示以非对话方式作出，本条第2款中明确规定，通知自到达对方时生效。具体到达时间可以依据《民法典》第137条第2款的规定：“以非对话方式作出的意思表示，到达相对人时生效。以非对话方式作出的采用数据电文形式的意思表示，相对人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统时生效；未指定特定系统的，相对人知道或者应当知道该数据电文进入其系统时生效。当事人对采用数据电文形式的意思表示的生效时间另有约定的，按照其约定。”如果抵销的意思表示以对话方式作出，根据《民法典》第137条第1款“以对话方式作出的意思表示，相对人知道其内容时生效”，则自相对人知道其内容时，抵销意思表示生效。

本条第2款同时规定了，抵销不得附条件或者附期限。抵销具有消灭权利义务的效力，对当事人之间的利益关系影响巨大。附生效条件的抵销只有在条件成就时才能发生抵销效力，而条件有可能不成就。附生效期限的抵销在期限尚未到来时也不能实现。附解除条件或者附终止期限也会使得抵销的效力无法确定。因此，抵销附条件和附

期限，使得抵销不能产生确定的效力，不符合设立抵销制度的目的，并可能损害一方当事人的权利。^[259]因此，抵销附有条件或期限的，抵销的意思表示不生效力。^[260]

关于抵销意思表示的撤回、撤销等其他具体问题与解除权的行使较为类似，可参见上文关于解除权行使的阐述。

与解除权的行使相同，《合同法司法解释二》第24条对抵销也规定了异议期限，当事人对债务抵销的异议应该在约定期限内提出，没约定的应该在通知到达之日起3个月内提出。此时也与解除权行使中的问题相同，该一般意义上的抵销异议期间并无足够正当性，即使上述异议期间届满相对人未提出异议，法院仍然需要审查抵销权是否存在，不享有抵销权的一方向另一方发出抵销通知，另一方即便未在异议期限内提起诉讼，也不发生抵销的效果。《合同法司法解释二》所确定的异议期间，即使仍然保留，也应当弱化相对人未在异议期间内提出异议的效力。如果相对人在异议期间内提出异议，首先，主张抵销方可以撤销抵销通知；其次，主张抵销方应当承担举证责任，其应当举证证明自己享有抵销权，只要其无法证明其具有抵销权的，就应承担败诉后果。但是，如果相对人未在异议期间内提出异议，则主张抵销方只需证明其发出了抵销通知、对方收到了抵销通知即可完成初步举证责任，无须举证证明自己享有抵销权，此时举证责任转移，由相对人举证证明主张抵销方不享有抵销权。具体参见上文关于解除权异议期间的阐述。

（二）抵销权的诉讼行使

当事人行使抵销权可以在诉讼外，也可以在诉讼中，还可以在执行程序中。^[261]本条对于通知的提出的时点和形式并未做限定，如果作为被告的债务人，在诉讼过程中发出抵销的意思表示，或者重申在诉讼之前已经做出的抵销表示，以此主张作为原告债权人诉讼请求权利基础的实体请求权已经消灭，从而对抗原告提出的诉讼请求，则为诉讼抵销。在通过诉讼程序行使形成权时，需要区别两种情形：一是权利人已在诉讼程序外以通知的方式行使形成权，但对方当事人有异议，并据此提起诉讼的，此时该诉讼在性质上属于确认之诉，即确认权利人是否享有形成权以及该形成权行使方式是否符合法律规定。二是权利人直接提起诉讼，请求撤销或者解除合同，此时，该诉讼性质上属于形成之诉。^[262]

从学说上，有观点认为诉讼抵销是被告的一种抗辩^[263]，也有观点认为诉讼抵销应以反诉的形式提出。^[264]此前，人民法院对于当事人在诉讼中提出的抵销抗辩大多不予支持，而是告知当事人另行提起

诉讼。^[265]之后也有法院基于简化诉讼关系，节约成本的角度出发认为应该一体审查当事人的抵销抗辩而不应该让当事人另行提起诉讼。^[266]《全国法院民商事审判工作会议纪要》第43条中规定，抵销权既可以通知的方式行使，也可以提出抗辩或者提起反诉的方式行使。

但是，在诉讼程序中，以不确定的债权，包括不容易被证实或者存在尚不确定的债权，作为主动债权主张抵销，存在明显的不利，例如，可能会延长诉讼程序。此时，一种方案是要求主动债权必须确定，但这会不必要地抑制抵销可能性，例如主动债权的价值明显高于被动债权，不允许主张抵销似乎并不必要。另一种方案是要求主动债权无需确定，但在主动债权不确定会导致诉讼程序过度延长时，不允许主张抵销，而这要伴随着程序性规定，即允许分别处理被动债权和主动债权，并对被动债权做出一个临时裁判，不过这相当难以操作。第三种折中的方案是赋予司法裁量权，如果主动债权不能马上确定，法官有权对被动债权单独做出判决，无需考虑抵销，此时法官享有自由裁量权，其可以考虑被动债权和主动债权的诉讼程序可能持续的时间或者迟延对债权人的影响。但是，无论如何，如果主动债权和被动债权产生于同一合同关系或者同一交易，则应当将主动债权和被动债权一并处理，考虑抵销的问题。此种情况下，被动债权的债权人的利益一般不会被损害，债权债务的确定相对容易，基于同一合同关系产生的损害赔偿，即使数额尚不确定，仍然能够以最低赔偿数额为限进行抵销，这有利于有商业往来的当事人之间简单、便捷地清偿各种债权债务。如果不是同一法律关系，则商业上的可预见性和公平性会要求，不应当阻碍拥有确定权利的一方当事人行使该权利，债务人的权利应被单独审理。^[267]这与《民法典》第549条区分独立抵销和非独立抵销的意旨相同。因此，在两个债权并非基于同一合同关系或者同一交易产生的独立抵消中，原则上不应允许抗辩方式行使抵销权，且可根据情况分别判决；反之，则可以允许抗辩方式行使抵销权，或者合并审理两个诉讼。

四、抵销的法律效果

（一）双方互负的债务在同等数额内消灭

在当事人双方债权债务互为相等的情况下，抵销产生债权债务消灭的法律后果，但如果债务的数额大于抵销额，抵销不能全部消灭债务，而只是在抵销范围内使得债务部分消灭。比如，甲公司尚未偿还乙公司20万元人民币到期债务，乙公司向甲公司支付20万元货款的债务也已届清偿期，双方协商一致将债务互为抵销，双方的合同关系即归于消灭。如果乙公司应偿付甲公司50万元人民币货款，那么乙公司与甲公司的债权相互抵销后，仍负有偿还30万元人民币的债务。同

时，根据本法第520条的规定，部分连带债务人履行、抵销债务或者提存标的物的，其他债务人对债权人的债务在相应范围内消灭；该债务人可以依据前条规定向其他债务人追偿。

应当注意的是，主张抵销方对对方当事人负有两项或者多项债务的，或者主动债权数额不足以抵销全部被动债权数额时，即发生抵充的问题，应当参照本法第560、561条的履行抵充规则。^[268]

（二）诉讼时效中断

抵销实为债权的行使，因此，抵销权的行使，依据民法典第195条规定，导致诉讼时效中断。《诉讼时效规定》第13条中也规定，在诉讼中主张抵销，人民法院应当认定与提起诉讼具有同等诉讼时效中断的效力。在诉讼外主张抵销，与在诉讼中主张抵销仅仅是行使抵销权的时段不同而已，都是权利人向义务人提出履行请求，也应该中断诉讼时效，故就残存的债权而言，诉讼时效期间应该重新起算。

（三）抵销的溯及力

所谓抵销的溯及力是指债之关系溯及最初得为抵销（抵销适状）时消灭，本条并未明确规定抵销是否具有溯及力。一种观点认为抵销具有溯及力。理由包括：（1）抵销的溯及效力规则，源自于罗马法上的抵销需经法定规则，即无需意思表示即可发生抵销效力。（2）抵销的制度目的就在于使当事人简洁、高效地解决债权债务关系，所以抵销权具有溯及力。（3）鉴于当事人以为随时可以抵销，因而往往急于抵销，若抵销的意思表示仅仅面向将来发生效力，容易发生不公平的情形，此种不公平在两债权的迟延履行赔偿金比率不同的场合尤为明显。（4）抵销适状的期待效力。一旦出现了抵销适状，即使没有作出抵销的意思表示，由于当事人对于抵销已经发生了期待，对此应该予以保护。^[269]抵销具有溯及力的表现为：（1）自抵销适状之时起，就消灭的债务不再发生支付利息义务。如果抵销前一方已经向对方支付的，可主张不当得利返还。（2）自抵销适状之时起，就消灭的债务不发生债务人迟延责任，如为债务迟延而给付迟延利息或者违约金，可以主张不当得利返还。（3）抵销适状之后主债权发生的变化不影响抵销权人抵销，比如前述抵销适状之后主动债权的诉讼时效届满的。

但是，否定观点对此认为：（1）抵销溯及力理论的历史根源之一是潘德克顿学派在发展出通知抵销理论的同时没有把作为其理论内核的自由意志理念贯彻到底，固守并且迁就了抵销须在诉讼中提出的历史传统，为了防止当事人不当拖延诉讼获取高额利息，故发明了抵

销溯及力理论免去此等不公平，但是现在抵销通知不一定要以诉讼形式提出，这种认识显然已经落伍。（2）认为抵销具有溯及力更能简化清偿并没有很强的说服力，无论是以抵销数额或者债务余额为标准，都不能当然得出具有溯及力更有利于简化清偿的结论。所谓简化清偿或许是出于其在计算上的简化效果，即省去了自得为抵销之时至抵销通知生效之时这一时段内的债权债务计算问题。但需要澄清的是，简化计算并不等于清偿本身得以简化，因此不适宜作为简化清偿效果的判断标准。（3）认定怠于抵销在所难免的前提是假定当事人认为具备抵销条件时应当抵销且会主动主张抵销，但是这种假定只是猜测，并没有充分的证据证明。抵销不具有溯及力，并不一定对抵销人不利，如果从抵销适状到抵销通知生效期间，抵销人的债权净余额减少或者债务净余额增大，则抵销具有溯及力对其是有利的；反之则对其不利。而有利与不利的概率，应该是基本相同的。（4）对于抵销期待确实应当给予适当保护。但是，并非任何情境下的抵销期待都值得保护。如果仅仅信赖抵销的可能性，却并未及时采取行动，这种信赖即难谓合理，并不值得保护。而且，在特定情境下对抵销期待进行适当保护，并不等于必须全面赋予抵销溯及效力。（5）抵销溯及力有违法律行为不溯及既往的原则，有损交易安全，同时抵销溯及力与实际清偿、诉讼时效以及不当得利等领域的相关规则不能融洽衔接，会产生体系负面效应，在功能上缺乏正当性。^[270]

目前，否定观点更具有说服力，并且这在最新的一些立法例中也体现出来。^[271]据此：（1）如上文所述，诉讼时效期间届满的债权仍然可作为主动债权主张抵销，但债务人有权事先或者在收到抵销通知后一定期限内主张时效抗辩。（2）抵销通知生效时，利息停止计算。（3）债务履行期届满至抵销通知生效时，债务人仍然要承担违约责任。（4）抵销通知生效后的履行才可依据不当得利请求返还。

第五百六十九条

当事人互负债务，标的物种类、品质不相同的，经协商一致，也可以抵销。

本条主旨

本条是关于约定抵销的规定。

相关条文

《合同法》第100条 当事人互负债务，标的物种类、品质不相同的，经双方协商一致，也可以抵销。

理解与适用

一、约定抵销概述

约定抵销，是指当事人双方协商一致，使自己的债务与对方的债务在对等额内消灭。法定抵销与约定抵销都是将双方的债务在对等额内消灭。但两者有不同，主要表现在：（1）抵销的根据不同。法定抵销是基于法律规定，只要具备法定条件，任何一方可将自己的债务与对方的债务抵销，无需对方当事人的同意；约定抵销，双方必须协商一致，不能由单方决定抵销。（2）对抵销的债务的要求不同。法定抵销要求标的物的种类、品质相同；约定抵销标的物的种类、品质可以不同。如可以约定以煤炭抵销运输费，以二级大米抵销一级大米。（3）对抵销的债务的期限要求不同。法定抵销要求提出抵销的当事人一方所享有的债权也即对方的债务已经到期；约定抵销，双方互负的债务即使没有到期，只要双方当事人协商一致，愿意在履行期到来前将互负的债务抵销，也可以抵销。（4）程序要求不同。法定抵销，当事人主张抵销的应当通知对方，通知未到达对方，抵销不生效；约定抵销，双方达成抵销协议时，除双方另有约定外，即发生抵销的法律效力，不必履行通知义务。

因此，约定抵销的意义在于，当事人通过合同使得债务发生抵销，将会改变法定抵销的条件或弥补法定抵销的不足。约定抵销可能对当事人也更为便利，也可能使得抵销更为困难，例如约定债权达到一定数额后才可主张抵销，基于自愿原则，应当承认该约定的效力。实践中，交互计算可以视为特殊的约定抵销，其主要发生专门从事买卖的商人之间，因此是商事交易中的一重要制度。约定抵销应当优先于法定抵销适用。

二、构成要件

（一）当事人互负债务

这里的债务当然应该是合法有效的债务，与上文所述相同。互负债务的当事人既可以是互负债务的二人，也可以是多方当事人。比如：（1）一方当事人以其对于第三人的债权与对方对于自己的债权抵销的合同，犹如代物清偿合同，似无理由不许有效。（2）一方当事人以其对于对方的债权与对方对于第三人的债权抵销，则有第三人

清偿之性质，亦应属有效。^[272]（3）多数当事人之间的债权，也可通过由全体合意达成的合同使之消灭。在《最高人民法院执行工作办公室关于上市公司发起人股份质押合同及红利抵债协议效力问题请示案的复函》（[2002]执他字第22号）中，最高人民法院认为，三方当事人达成的以股份所产生的红利抵债的协议（简称三方抵债协议）性质上属于三方当事人之间的连环债务的约定抵销关系。在约定抵销的情况下，抵销的条件、标的物、范围，均由当事人自主约定。

（二）当事人具有对债权的处分权

约定抵销是对债权的处分，这要求当事人应当所涉债权具有处分权。已设立质权的债权、被扣押或者冻结的债权，债权人均丧失处分权，不得约定抵销。^[273]在债权人提起代位权诉讼后，债务人同样丧失主动处分其对相对人债权的权利，上条的注释中已经述及。不具有处分权的，约定抵销不发生抵销效力。

（三）标的物种类、品质不相同

法定抵销要求标的物种类品质相同，但是标的物种类、品质不同的债务亦可以约定抵消。除此之外，还应该考虑，（1）即使是禁止法定抵消的债务，经协商一致也可以抵消。但是订立抵销合同损害第三人利益时，抵消对第三人不发生效力。（2）债权虽未届清偿期，仍可以约定抵消，负有抗辩权的债权也可以抵消，因为当事人可以抛弃期限利益或者抗辩。^[274]（3）当事人不但可以依抵销合同减轻法定抵消的要件，也可以依合同加重其要件。例如，约定双方债权虽具备法律上抵消的要件，非达于一定的数额后，不得为抵消。

（四）协商一致

在约定抵销中，要求存在当事人之间的抵销合意或者抵销合同。约定抵销有两种情况，一是当事人在合同中约定一定的抵销权行使条件，待条件成就时一方可以行使抵销权（约定抵销权）。二是当事人可以通过协议将债务抵销（协议抵销）。在此情况下，抵销合同为独立的合同，并非原合同的组成部分。^[275]抵销合同为双方当事人以消灭互负的债务为目的而订立的合同，属于诺成合同及不要式合同；又由于抵销合同是互相以免除对方所负债务为目的而订立的，故属于双务合同及有偿合同；如一方的债务有无效或不成立的原因，则对方所为免除债务的意思表示即归无效，抵销合同也随之消灭。抵销合同适用民事法律行为和合同的一般规则。

三、法律后果

抵销合同生效之后，除合同另有约定外，即按照合同约定发生债权债务消灭的效果。但是应该注意：（1）当双方所负债务额不等时，债务数额小的一方的债务消灭，债务数额大的一方的债务部分消灭，债务人对未消灭的债务部分仍负清偿义务，要与民法典所规定的协议解除相区分。^[276]（2）抵销合同的效力于当事人意思一致时发生，除当事人另有约定外，抵销没有溯及力。（3）原债务的诉讼时效仍然中断，在行使约定抵销权时，则需考虑双方当事人约定抵销的意思表示是否真实，即使一方当事人行使抵销权没有得到法院的支持，其对另一方当事人主张相应权利的诉讼时效依然发生中断的法律后果。

第五百七十条

有下列情形之一的，难以履行债务的，债务人可以将标的物提存：

（一）债权人无正当理由拒绝受领；

（二）债权人下落不明；

（三）债权人死亡未确定继承人、遗产管理人，或者丧失民事行为能力未确定监护人；

（四）法律规定的其他情形。

标的物不适于提存或者提存费用过高的，债务人依法可以拍卖或者变卖标的物，提存所得的价款。

本条主旨

本条是关于提存条件的规定。

相关条文

《合同法》第101条 有下列情形之一的，难以履行债务的，债务人可以将标的物提存：

（一）债权人无正当理由拒绝受领；

（二）债权人下落不明；

（三）债权人死亡未确定继承人或者丧失民事行为能力未确定监护人；

（四）法律规定的其他情形。

标的物不适于提存或者提存费用过高的，债务人依法可以拍卖或者变卖标的物，提存所得的价款。

理解与适用

一、提存概述

提存，是指由于法律规定的原因导致债务人难以向债权人履行债务时，债务人将标的物交给提存部门而消灭债务的制度，是一种履行的替代。比如，债务人乙在合同约定的履行期限，准备向债权人甲交付货物，但却无法找到债权人，乙根据法律有关规定，将该货物交给提存部门，货物被提存后，债务即消灭。除了此种以消灭债权债务为目的的清偿提存之外，还有以保管或者担保为目的的提存。^[277]本条仅规定了清偿提存，《民法典》第390条、第406条、第432条、第433条、第442-445条等规定了担保提存，即出于担保债权的目的，使特定的债权人对提存的金钱、有价证券等享有优先受偿权的制度。担保提存不需要具备债务人因债权人的原因而难以履行这一要件，因此本条至第574条关于提存的条件、效果等规定仅适用于清偿提存。

债务的履行往往需要债权人的协助，债务人已经按照约定履行债务，应当产生债务消灭的法律效力，但债权人拒绝受领或者不能受领，在此情形下虽然因债权人受领迟延可以减轻债务人的责任，但债务不能消灭。让债务人无期限地等待履行，并且要随时准备履行，对物予以保管，同时为履行提供的担保也不能消灭，承担债权人不受领的后果，显失公平。^[278]为使债务人不因债权人的原因而受迟延履行之累，民法典将提存作为一种履行的替代，构成债权债务终止的原因之一，对提存制度作了规定，当由于债权人的原因而无法向其交付合同标的物时，无须债权人的协助，债务人将该标的物交给提存部门即可消灭债务。据此，提存不仅适用于约定之债，也适用于法定之债，例如合同无效、解除后的清算债务等。^[279]

对于提存的性质，学说上争议尤为明显，由于提存部门成为一方当事人，所以有公法关系说和私法关系说两种观点。公法关系说认为，提存关系不包括债务人与债权人之间的关系，而为公法上的具有涉他效力的保管关系，主要理由包括：（1）提存机关基于公法上的

保管关系授予债权人领取提存物的直接权利；（2）提存机关是公法上的主体，受领提存物是基于公法上的义务；（3）提存关系的产生并非基于合意，而是基于共同参与之行政行为（提存人申请+公证处审核受理，《提存公证规则》第9-13条）；（4）也因此纠纷的解决不是依据民事诉讼程序而是行政复议程序（《提存公证规则》第10条、第13条）；（5）债权人申请领取的程序须以提存公证规则为之；（6）法律上对于此种公法上的保管关系没有特别规则的，适用私法上的保管合同规则。^[280]私法关系说认为，在提存关系中无论是提存人与债权人之间，还是提存人、债权人和提存部门之间都属于私法关系，提存是债务人和提存部门之间缔结的以向第三人履行的保管合同（或为第三人利益的保管合同）。其主要理由在于：（1）公证部门虽然发挥着一定的公共服务作用，但又不全等同于公法机关，提存程序也并非公法上的程序；（2）提存因债务人与提存部门的意思表示一致而成立，其合同关系中有保管标的物以及为第三人设定利益的内容；（3）提存将产生清偿的效果，这属于私法上的效力范畴；（4）提存人并没有义务必须向提存部门提存，是否提存属于债务人的权利而非公法上的义务；（5）虽然提存部门一般不得拒绝受领提存物，但是强制缔约义务仍不失为私法上的义务；（6）解释为私法关系可以毫无障碍地适用本法关于利益第三人合同的规定。^[281]此外亦有学者认为，就提存的行政程序而言其具有不同于一般私法行为的性质，但债权人取得直接的受取请求权亦与民法上的利益第三人合同类似。^[282]或者认为提存人与债权人之间的关系为私法关系，提存人、债权人与提存部门的关系为公法关系。^[283]但是，似乎并无必要将债权人与债务人之间的关系纳入提存关系。民法典回避了该争论，未采取“提存机关”而是“提存部门”的用语。无论何种观点，其中的共识是，提存关系发生于提存人与提存部门之间，具有保管提存物和向债权人履行的内容，债权人因此享有直接领取提存物的权利。

二、提存关系人

对于提存的当事人，学说上有认为包括提存人、债权人和提存部门的，有认为包括清偿人和债权人的，有认为只包括提存人和提存部门的。此时，首先应该区分提存行为的当事人和提存关系的当事人，提存行为的当事人，不论是采公法关系说还是私法关系说，都只包括债务人和提存部门。而提存行为具有向第三人履行使第三人受益的性质，债权人也为提存效力之所及，因此提存关系的当事人还包括债权人。^[284]

（一）提存人

本条规定，出现提存原因难以履行债务的，“债务人可以将标的

物提存”，因此提存人通常为债务人。根据《提存公证规则》第13条第1款第1项，提存人应具有行为能力，且意思表示真实。如果提存人并无行为能力或者意思表示不真实应生何种后果？根据《提存公证规则》第13条第3款，不符合前述规定的公证处应当拒绝办理提存公证，并告知申请人对拒绝公证不服的复议程序。该规则并未规定提存部门嗣后发现提存人意思表示不真实或者欠缺行为能力时如何处理，按照公法关系说，提存行为作为提存部门的行政行为，自应有权对错误的行政行为撤销或者变更之；按照私法关系说，则可以按照民法典总则编中关于欠缺行为能力和意思表示瑕疵的相关规则处理。

提存人不限于债务人。第三人履行而债权人没有权利拒绝的，例如，本法第524条第1款规定，债务人不履行债务，第三人对履行该债务具有合法利益的，第三人有权向债权人代为履行；但是，根据债务性质、按照当事人约定或者依照法律规定只能由债务人履行的除外。此时，第三人也可以依据本条予以提存。^[285]《提存公证规则》第2条中也规定，为履行清偿义务而向公证处申请提存的人为提存人。

（二）提存部门

提存部门为国家设立的接收并保管提存物，并应债权人的请求而将提存物发还给债权人的机构。关于哪个部门为提存部门，民法典没有明确规定。在外国，一般都有专门的提存所，附属于法院。此外法院指定的银行、信托局、商会、仓库营业人也可以办理提存事务。我国1982年颁布、1993年修改的《经济合同法》第19条规定：“定作方超过领取期限六个月不领取定作物的，承揽方有权将定作物变卖，所得价款在扣除报酬、保管费用以后，用定作方的名义存入银行。”此时可以认为银行能够作为金钱债务的提存部门。1995年司法部通过了提存公证规则，公证处可以作为提存部门，故根据《公证法》第10条和《提存公证规则》第4条，提存部门是公证处。提存公证由债务履行地的公证处管辖，以担保为目的的提存公证或在债务履行地申办提存公证有困难的，可由担保人住所地或债务人住所地的公证处管辖（《提存公证规则》第4条）。如果申请事项属于本公证处管辖，公证处应在收到申请之日起3日内作不予受理的决定（《提存公证规则》第10条）。此规定与《民法典》第511条第3项“其他标的，在履行义务一方所在地履行”相一致，不至于因债权人不明而影响提存功用之发挥。^[286]除公证处以外，诉讼过程中当事人还可以向人民法院提存。^[287]不向法定提存部门提存的，不生提存效力。^[288]

（三）债权人

债权人并非提存行为当事人，而是提存行为效力所及之关系人，

与《民法典》第522条第2款规定的真正的利益第三人合同结构上较为类似，债务人为提存之后，债权人取得受领提存物的权利。

三、提存条件

（一）具体的提存原因

本条第1款规定：“有下列情形之一的，难以履行债务的，债务人可以将标的物提存：（一）债权人无正当理由拒绝受领；（二）债权人下落不明；（三）债权人死亡未确定继承人、遗产管理人，或者丧失民事行为能力未确定监护人；（四）法律规定的其他情形。”《提存公证规则》第5条规定：“债务清偿期限届至，有下列情况之一使债务人无法按时给付的，公证处可以根据债务人申请依法办理提存：

（一）债权人无正当理由拒绝或延迟受领债之标的；（二）债权人不在债务履行地又不能到履行地受领的；（三）债权人不清、地址不详，或失踪、死亡（消灭）其继承人不清，或无行为能力其法定代理人不清的。”两者结合，提存原因如下。

1. 债权人无正当理由拒绝受领

债权人无正当理由拒绝受领，是指在债务履行期届至后，债务的履行需要债权人受领时，债务人提出了履行债务的请求，债权人能够接受履行，却无理由地不予受领。“债权人无正当理由拒绝受领”需要三项构成要件：一是债务内容的实现以债权人的受领或其他协助为必要；二是已届清偿期的债务人依债务本旨提供了履行或者履行请求；三是债权人无正当理由拒绝受领或不能受领。须注意提存制度的目的并不在于惩罚债权人，而是使得有意愿清偿债务却非因自己的原因无法给付的债务人从债务中解脱出来，免于承担违约责任和标的物毁损灭失的风险，因此不要求债权人具有过错才得提存。

债权人无正当理由拒绝受领的前提是，债务的履行需要债权人的受领或者协助配合，如果债务人单方即可完成，债务人不会因债权人拒绝受领而承受不利益，故无提存制度的适用空间。构成该提存原因，必须以债务人现实提出了给付或者以言词的形式提出了履行请求，如果债务履行期间债务人没有提出履行请求，债权人无从受领，自无拒绝受领的空间。有观点认为，以言词方式提出履行还需要伴有经证明的实现给付的现实能力，以防止不能实际履行的债务人提出给付以免除迟延履行责任。^[289]不过，其以言词形式提出履行而为拒绝，还需要以提存才能免除自己的责任，不能实际履行的亦无力提存标的物，自然难逃违约责任。如果其提出履行为债权人接受，还需要实际交付才能免除责任。故此处的以言词形式提出履行仅仅是让债权

人得以周知债务人将履行的事实，也方便提存部门审查提存原因，似无伴有经证明具有实际履行能力的必要。

提存是否以债务清偿期届至为必要？《提存公证规则》第5条中明确要求“债务清偿期限届至”。通说认为债务履行期限应该届至。债务人提前履行债务，债权人没有接受履行不构成本条所述的提存原因。原因在于，首先，根据本法第530条，债权人可以拒绝债务人提前履行债务，但提前履行不损害债权人利益的情况除外。既然提前履行债权人可以拒绝，那么期前所为之提存更可拒绝。其次，从提存制度的目的来看，提存制度是在债权人受领迟延致使债务人不能清偿债务时，为避免其负担过重所采取的让债务人尽快免除债务的变通方法，自然应该以履行期间届至为前提。最后，从利益衡量的角度来看，提存会导致债权债务终止，可能给债权人带来不利，比如风险转移，提存费用负担等，而在清偿期限届至之前债务人本来就负有保管给付标的物的义务，因此应不允许其期前提存。^[290]

《提存公证规则》第5条第1项还增加了债权人延迟受领债之标的情形，该项规定中，拒绝受领与延迟受领迟延相并列，则延迟受领应为狭义。而本条第1款规定的“拒绝受领”应当认为包括债权人无正当理由明确或者以自己的行为表明拒绝受领，也包括债权人无正当理由长期迟延受领。

构成拒绝受领的正当理由可以是：（1）债权人受到了不可抗力的影响。在债权人因为不可抗力无法受领的情况下自然得拒绝债务人的履行且免其责任。（2）债权人遇到了难以克服的意外情况，无法受领。如得了传染病入院治疗，又无可代为受领人。（3）债务人交付的标的物存在严重质量问题，甚至与合同约定根本不符。《民法典》第610条规定，因标的物不符合质量要求，致使不能实现合同目的的，买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同。买受人拒绝接受标的物或者解除合同的，标的物毁损、灭失的风险由出卖人承担。如果债权人拒绝受领提出了正当理由，债务人不能将标的物提存。（4）债务人迟延交付致使不能实现合同目的。（5）合同被解除、被确认无效等。如果债权人拒绝受领提出了正当理由，债务人不能将标的物提存。

据此，《民法典》也明确规定了一些具体情形。比如，第837条规定，收货人无正当理由拒绝受领货物的，承运人依法可以提存货物。第916条规定，储存期间届满，存货人或者仓单持有人不提取仓储物的，保管人可以催告其在合理期限内提取；逾期不提取的，保管人可以提存仓储物。第957条规定：“行纪人按照约定买入委托物，委托人应当及时受领。经行纪人催告，委托人无正当理由拒绝受领的，

行纪人依法可以提存委托物。”“委托物不能卖出或者委托人撤回出卖，经行纪人催告，委托人不取回或者不处分该物的，行纪人依法可以提存委托物。”

2. 债权人下落不明

债权人下落不明，是指当事人离开自己的住所、不知去向，或因为债权人地址不详等原因在合理期间内无法查找。^[291]债务人履行其债务债权人在合同履行地接受履行，债权人下落不明，债务人无法给付时，为消灭债权债务关系，债务人可以将标的物提存。如果债权人虽下落不明，但其提供了银行账号等，债务人能够履行的，不能提存。如果债权人下落不明只是暂时使债务人履行不能的，需要结合履行期确定，此种暂时不能受领的状态持续至履行期届满，就构成提存原因，相反未持续之履行期届满债务人并不构成违约，不构成提存原因。^[292]

债权人下落不明，即使未被宣告失踪，债务人也无法履行，为消灭债权债务关系，债务人可以将标的物提存。^[293]《提存公证规则》第5条第3项中也规定了“失踪”，失踪也是下落不明持续一段时间的一种状态，既然下落不明即可构成提存原因，自然无需下落不明满两年、利害关系人申请宣告失踪等程序。但是如果利害关系人已经申请宣告失踪，人民法院已经确定财产代管人的，债务人应该向财产代管人履行，不得提存。债权人下落不明应该包括债权人的代理人下落不明，如果债权人下落不明但其代理人确定，此时债务人得向其代理人履行以清偿债务，不得将标的物提存。^[294]

民法典也明确规定了一些具体情形，比如，第529条规定，债权人分立、合并或者变更住所没有通知债务人，致使履行债务发生困难的，债务人可以中止履行或者将标的物提存。

3. 债权人死亡未确定继承人、遗产管理人或者丧失民事行为能力未确定监护人

债权人死亡或者丧失民事行为能力，并不必然导致债务人债务的消灭。当债权人死亡时，由于该债权人的继承人可以继承其债权，因此，债务人应当向债权人的继承人、遗产管理人履行债务。如果债权人死亡以后其继承人、遗产管理人未确定，造成债务人无法履行其债务的，债务人可以将标的物提存。如果债权人因为丧失民事行为能力导致其在法律上不能受领，应由其监护人代理。如果债权人的监护人未确定，造成债务人无法履行其债务的，债务人也可以将标的物提存。

4.法律规定的其他情形

除了上述三种由于债权人的原因导致难以履行债务的事由之外，还存在法律规定的其他事由。这主要指债务人非因过失而无法确切地知道谁是债权人，也即债权人不明的其他情形。^[295]比如，债权人和债权人的受让人之间就债权转让发生争议，此时债务人无法确知谁是真正的债权人，债务人就可以提存。本法就529条也规定，债权人分立、合并或者变更住所没有通知债务人，致使履行债务发生困难的，债务人可以中止履行或者将标的物提存。第837条规定，收货人不明的，承运人依法可以提存标的物。债权人不在债务履行地又不能到履行地受领的，也可以作为提存原因之一。

（二）债务人难以履行债务

具备提存的上述情形之一的，除法律另有规定外，必须是导致债务人难以履行债务的才可以提存。所谓难以履行，是指债权人不能受领给付的情形不是暂时的、无法解决的，而是不易克服的。以下情况不能认为是难以履行：（1）债权人虽然迟延受领但迟延时间很短。

（2）下落不明的债权人有财产代管人，可以代为接受履行。（3）债权人的继承人、遗产管理人或者监护人很快可以确定。

（三）其他提存原因

当然，除了符合本条规定的情形可以提存之外，当事人在合同中约定以提存方式给付的，也可以提存。^[296]同时，还有一些法律规定的提存，最主要的是担保情形中的提存。这些提存不要求具备债务人难以履行债务的条件，一般是为了维护担保权人的利益。

四、提存标的物

提存的标的物应当是根据债务应当给付的标的物，主要是货币、有价证券、票据、提单、权利证书、贵重物品等适宜提存的标的物。本条第2款是对标的物不适于提存时如何处理作出的规定，从反面解释可以得出提存的标的物原则上应当是适合提存的、合同规定应当给付的标的物，故以行为为标的之债自无提存之可能。《提存公证规则》第7条从正面规定了适于提存之物包括：货币、有价证券、票据、提单、权利证书、贵重物品、担保物（金）或其替代物（此为担保提存之标的物）以及其他适宜提存的标的物。

提存标的物是否包括不动产？从立法层面，我国法承认提存标的物包括不动产的，实践中亦肯认之。^[297]德国民法中不承认不动产提

存，但债务人可以在对债权发出警告后放弃占有以免去负担。^[298]但是，此项制度于不知债权人时无法适用，且会造成社会财富的浪费；我国规定了不动产也可以提存，无须上述不动产放弃占有规则。^[299]不动产提存中，即使不能提交给提存部门，《提存公证规则》也规定了相应的保管措施，不存在“不适宜提存”的问题。^[300]但是，不动产提存意义较之动产提存意义较小。

提存标的物是否应该符合债的本旨？学说多认为提存标的物不依债务本旨而为之，不发生消灭债务的效力，实践中亦有法院肯认之。^[301]但是，《提存公证规则》第13条规定提存标的与债的标的相符的公证处方予以提存，但“提存标的与债的标的不符或在提存时难以判明两者是否相符的，公证处应告知提存人如提存受领人因此原因拒绝受领提存物则不能产生提存的效力。提存人仍要求提存的，公证处可以办理提存公证，并记载上述条件”。即使标的物不符合债之本旨，自提存之日起亦发生提存的效力。而债权人的依法拒绝受领是解除条件（《提存公证规则》第13条第2款），如果债权人受领时拒绝，自然不发生提存效力。将提存标的物不符合债之本旨是否发生提存效力的最终决定权赋予债权人，是因为提存的本旨仍然是清偿之替代，从尊重当事人意思自治的角度，债权人能否从提存中获得满足，应由债权人自己判断，其愿意受领债务人的给付自然没有否认的必要，当然，提存人是否构成违约则属于另一问题。提存部门也无法查明债务人和债权人之间的约定。^[302]

标的物不适于提存或者提存费用过高的，债务人依法可以拍卖或者变卖标的物，提存所得的价款。所谓标的物不适于提存，是指标的物不适于长期保管或者长期保管将损害价值的，如易腐、易烂、易燃、易爆等物品等。^[303]所谓标的物提存费用过高，一般指提存费与所提存的标的的价额不成比例，如需要特殊设备或者人工照顾的动物。标的物不适于提存或者提存费用过高有悖设立提存制度的目的，但不提存，债务人又达不到使得债务消灭的目的，为此，可以依照我国拍卖法等有关法律规定，拍卖或者变卖标的物，提存所得的价款。但是，予以拍卖或者变卖的是债务人而非提存部门。在此情况下，债权人丧失了其应该依据合同关系本旨能得到的标的物，获得的是出卖所得，如果比物的实际价值低，债务人提存出卖所得价款之后，可以将之提存，视其在提存范围内清偿债务。

第五百七十一条

债务人将标的物或者将标的物依法拍卖、变卖所得价款交付提存

部门时，提存成立。

提存成立的，视为债务人在其提存范围内已经交付标的物。

本条主旨

本条是关于提存成立的规定。

相关条文

原《合同法》未作规定。

理解与适用

一、提存成立的时间

《合同法》对提存成立的时间和效果未作规定。《合同法司法解释二》第25条第1款规定：“依照合同法第一百零一条的规定，债务人将合同标的物或者标的物拍卖、变卖所得价款交付提存部门时，人民法院应当认定提存成立。”本条借鉴该规定和比较立法例，对此予以规定。

确定提存成立的时间有如下意义：（1）对债务人而言，因为标的物的提存成立后，不论债权人是否提取，视为债务人已经交付标的物，提存成立的时点即为交付的时点，确定提存成立的时间对于确定标的物毁损灭失的风险及是否构成违约责任具有重要意义；（2）对债权人而言，自提存之日起其取得了对于提存部门的领取提存物的权利，提存成立之日是该权利存续期间的起算点；（3）对于提存部门而言，提存成立之日起，其便负有保管义务。^[304]提存成立之日还是确定保管期限的起算点。^[305]

在实践中，按照《提存公证规则》的规定，提存的程序类似于“行政许可”的程序^[306]，需要经过申请人提出申请（第9条），公证处应在收到申请之日起三日内作为受理或不予受理的决定。不予受理的，公证处应当告知申请人对不予受理不服的复议程序（第10条）。受理之后，公证处还要制作谈话笔录（第11条），并对提存进行审查，审查范围包括提存人的行为能力和清偿依据、申请提存之债的真实性、合法性、请求提存的原因和事实是否属实、提存标的物与债的标的是否相符，是否适宜提存、提存标的物是否需要采取特殊的

处理或保管措施（第12条）。审查不合格的，公证处应当拒绝办理提存公证，并告知申请人对拒绝公证不服的复议程序（第13条）。审查合格的，提存部门应当验收提存标的物并登记存档或者采取其他保管措施（第14条），且应当从提存之日起3日内出具提存公证书（第17条）。可见，提存公证中可能会有不同的时点。

本条第1款明确规定，债务人将标的物或者将标的物依法拍卖、变卖所得价款交付提存部门时，提存成立。这有助于避免关于提存成立时间的争议，同时，基于提存部门与提存人之间关系与向第三人履行的保管合同关系的类似性^[307]，该规定也与《民法典》第890条规定（“保管合同自保管物交付时成立”）保持一致。具体而言：（1）提存货币的，以现金、支票交付提存部门的日期或提存款划入提存部门提存账户的日期为提存成立的日期。（2）提存的物品需要验收的，以提存部门验收合格的日期为提存成立的日期。（3）提存的有价证券、提单、权利证书或无需验收的物品，以实际交付提存部门的日期为提存成立的日期。^[308]

二、提存成立对债务人的效力

提存成立后，涉及提存的效力，包括债务人和提存部门间的保管关系所生权利义务、债权人基于提存关系受益而对提存部门所生权利义务、提存关系对于债权人和债务人之间债务关系产生的影响。^[309]本条第2款仅规定了第三种关系中的一个问题，即提存成立的，视为债务人在其提存范围内已经交付标的物。首先，视为债务人在提存范围内已经履行了交付标的物的义务。所谓“视为”，是指此时债务人虽然没有直接向债权人交付，但本款认可债务人有权以此抗辩债权人的交付请求。其次，履行了交付标的物的义务，并非必然、绝对地构成导致债务消灭的履行债务。^[310]如果提存标的物确实是根据债务应当给付的标的物且不存在任何瑕疵，则提存成立时，构成了本法第557条第1款第3项规定的“债务人依法将标的物提存”，债务消灭，债权人请求债务人履行债务时，债务人可以据此提出抗辩。同时，依据本法第552条第1款的规定，部分连带债务人提存标的物的，其他债务人对债权人的债务在相应范围内消灭。但是，如果提存的标的物存在瑕疵，或者提存标的物与债的标的不符，债权人因此原因拒绝受领提存标的物的，不能构成本法第557条第1款第3项规定的“债务人依法将标的物提存”，债务并不消灭。^[311]再次，债务人除了交付提存范围内标的物的债务之外，还负有其他债务的，仍应当履行。例如，除交付标的物这一主给付义务外之外，出卖人可能还要负担从给付义务和附随义务，提存符合约定的标的物也仅仅是主给付义务已经履行，不能认为从给付义务和附随义务也相应消灭。^[312]

另外，债务人依法将标的物提存之后，在承认债务人取回权的前提下，是否导致债务消灭，有不同的立法例。一种立法例认为债务当然消灭，仅在债务人行使取回权时，取回提存物时，债权及其从权利复活或者债权溯及既往地不消灭，称为解除条件说。^[313]另一种立法例认为，债务并非当然消灭，但债务人因提存取得对债权人的抗辩，债务人可以要求债权人就提存物获得清偿，在债务人取回权消灭的时候，清偿效力当然发生，称为停止条件说。^[314]《民法典》第557条第1款第3项将“债务人依法将标的物提存”作为债权债务终止的原因之一，似乎采取了前一种观点。据此，债务人依法将标的物提存的，债务消灭，债务人可以此抗辩债权人的履行请求；但是，如果债务人依据第574条第2款取回提存物的，已消灭的债务复活。

第五百七十二条

标的物提存后，债务人应当及时通知债权人或者债权人的继承人、遗产管理人、监护人、财产代管人。

本条主旨

本条是关于提存通知的规定。

相关条文

《合同法》第102条 标的物提存后，除债权人下落不明的以外，债务人应当及时通知债权人或者债权人的继承人、监护人。

理解与适用

标的物提存成立后，债务消灭，但债权人还未现实地获得其债权利益。为了便于债权人领取提存物，债务人应当将提存的事实及时通知债权人或者债权人的继承人、遗产管理人、监护人、财产代管人，本条对此明确规定。有观点认为，该通知义务是后合同义务^[315]，但是，即使交付标的物的债务和对应债权消灭，但广义的债的关系却未终止，故并非后合同义务^[316]，而是基于提存关系产生的法定义务。

提存通知性质上为事实通知，提存通知的对象是债权人或者债权人的继承人、遗产管理人、监护人、财产代管人。通知应当告知提存

的标的、提存的地点、领取提存物的时间和方法等有关提存的事项。通知也应当及时。

但是，提存之时很可能债权人下落不明，或者债权人死亡未确定继承人、遗产管理人、监护人、财产代管人。现实的解决方式有两种，一种是从债务人得为通知之时才负有及时通知的义务，比如债权人下落不明满两年，利害关系人申请宣告失踪后确定财产代管人、债权人死亡后通过法定程序确定了遗产管理人等，虽然债务人提存不必留待上述人员确定，但在债务得为通知之时才负有及时通知的义务。另一种方式是，提存通知性质上为事实通知，本条并未限制通知的方式，可以以公告作出。

《合同法》将债权人下落不明作为免除通知义务的事由。但是，在债权人下落不明时，如果债权人已经被宣告失踪并被确定财产代管人的，则债务人可以向财产代管人履行，无须提存。如果没有确定财产代管人，债务人可以提存，在确定财产代管人之后通知财产代管人；而在在确定财产代管人之前，债务人也可以申请提存部门采取公告方式通知。^[317]因此，本条将该例外事由删除。《提存公证规则》第18条第3款也规定：“提存受领人不清或下落不明、地址不详无法送达通知的，公证处应自提存之日起六十日内，以公告方式通知。公告应刊登在国家或债权人在国内住所地的法制报刊上，公告应在一个月内在同一报刊刊登三次。”

应当注意的是，通知本身不是提存成立的要件，通知与否不影响提存的成立。^[318]但是，为了保护债权人的利益，债务人怠于履行通知义务造成债权人损害，债务人应负有赔偿责任。^[319]

第五百七十三条

标的物提存后，毁损、灭失的风险由债权人承担。提存期间，标的物的孳息归债权人所有。提存费用由债权人负担。

本条主旨

本条是关于提存期间风险、孳息和提存费用的规定

相关条文

《合同法》第103条 标的物提存后，毁损、灭失的风险由债权人承担。提存期间，标的物的孳息归债权人所有。提存费用由债权人负担。

理解与适用

一、风险负担

本条所谓的风险负担，不在于解决债务人的给付风险，债务人就债之标的灭失，有无再为给付之义务，这可以通过《民法典》第180、584条和其他规则处理，而仅解决对待给付风险，即债权人是否应当对待给付。在单务合同中，只有给付风险而无对待给付风险，无须适用本条。^[320]只有在双务合同中，才会发生风险负担问题。具体而言，提存中的风险负担，涉及以下问题，即债务人在提存后，提存物嗣后毁损、灭失时，债权人已经为对待给付，债权人是否有权请求债务人返还对待给付？如果债权人未为对待给付，债务人是否有权要求债权人为对待给付？

本条中规定，标的物提存后，毁损、灭失的风险由债权人承担。这也与《民法典》第604条第1款规定的风险负担规则一致，即标的物毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由出卖人承担，交付之后由买受人承担，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。既然标的物提存后，即视为债务人在其提存范围内已经交付标的物，因此，标的物毁损、灭失的风险就由债权人承担。也就是说，在债务人提存前，提存物毁损、灭失的风险由债务人承担，在债务人履行不能的情况下，债权人已经为对待给付，则债权人有权请求债务人返还对待给付；如果债权人未为对待给付，债务人无权要求债权人为对待给付。在债务人提存后，提存物毁损、灭失的风险由债权人承担，债权人已经为对待给付，则债权人无权请求债务人返还对待给付；如果债权人未为对待给付，债务人有权要求债权人为对待给付。^[321]

应当注意的是，《民法典》第605条规定，因买受人的原因致使标的物未按照约定的期限交付的，买受人应当自违反约定时起承担标的物毁损、灭失的风险。第608条规定，出卖人按照约定或者依据本法第六百零三条第二款第二项的规定将标的物置于交付地点，买受人违反约定没有收取的，标的物毁损、灭失的风险自违反约定时起由买受人承担。这些情形中，风险转移的时点不同于提存成立时点，应当优先适用上两条规定，而本条适用于除此之外的其他情形。^[322]

标的物提存后，不可归责于债权人和债务人原因发生提存物的毁

损、灭失，包括因不可抗力、标的物的自然变化、第三人的原因或者提存人保管不当，都可能引起标的物的毁坏、损失、甚至标的物不复存在。标的物毁损、灭失的风险由债权人承担，一方面，由债权人按照上述方式承担因不可抗力、标的物自身性质而产生的毁损、灭失的后果。另一方面，债权人有权对造成标的物毁损、灭失责任的第三人或者提存部门索赔，比如，提存期间，提存标的物因为提存部门未履行保管职责造成毁损、灭失的，提存部门负有赔偿责任，由债权人向提存部门索赔。

二、孳息归属

标的物的孳息，是指由标的物产生的收益，包括自然孳息和法定孳息。自然孳息，是指依物的用法所产生的作为独立物的收益。法定孳息，是指依法律关系产生的收益，比如金钱所产生的利息，有价证券产生的股息、红利。债权人对提存物享有收益的权利，本条中规定，提存期间，标的物的孳息归债权人所有。在提存期间，提存部门负责提存的收取。具体而言，提存的存款单、有价证券、奖券需要领息、承兑、领奖的，提存部门应当代为承兑或领取，所获得的本金和孳息在不改变用途的前提下，按不损害提存受领人利益的原则处理；无法按原用途使用的，应以货币形式存入提存账户；定期存款到期的，原则上按原来期限将本金和利息一并转存；股息红利除用于支付有关费用外，剩余部分应当存入提存专用账户；提存的不动产或其他物品的收益，除用于维护费用外剩余部分应当存入提存账户。^[323]提存期间，债务人不再负有支付利息的义务，或者就未收取的孳息承担赔偿责任。^[324]

三、提存费用的负担

本条中规定，提存费用由债权人负担。提存作为履行之代用，履行费用本应由债务人自行负担，但是提存所生的费用，并非债务人履行债务所必要的费用，如无提存原因，债务人自然可以依据通常的履行方法而为履行，不会再将标的物提存，也就不会支出提存费用。因此，此项特别费用应由债权人负担，除非债权人和债务人另有约定。^[325]提存费用包括：提存公证费、公告费、邮电费、保管费、评估鉴定费、代管费、拍卖变卖费、保险费，以及为保管、处理、运输提存标的物所支出的其他费用。债权人应当支付提存费用，未支付提存费用前，提存人有权留置价值相当的提存标的物。^[326]但是，依据《民法典》第574条，在债务人依法取回标的物时，提存费用由债务人负担。

第五百七十四条

债权人可以随时领取提存物。但是，债权人对债务人负有到期债务的，在债权人未履行债务或者提供担保之前，提存部门根据债务人的要求应当拒绝其领取提存物。

债权人领取提存物的权利，自提存之日起五年内不行使而消灭，提存物扣除提存费用后归国家所有。但是，债权人未履行对债务人的到期债务，或者债权人向提存部门书面表示放弃领取提存物权利的，债务人负担提存费用后有权取回提存物。

本条主旨

本条是关于债权人领取提存物的权利和债务人取回提存物的权利的规定。

相关条文

《合同法》第104条 债权人可以随时领取提存物，但债权人对债务人负有到期债务的，在债权人未履行债务或者提供担保之前，提存部门根据债务人的要求应当拒绝其领取提存物。

债权人领取提存物的权利，自提存之日起五年内不行使而消灭，提存物扣除提存费用后归国家所有。

理解与适用

一、债权人领取提存物的权利

（一）概述

标的物提存后，视为债务人在其提存范围内已经交付标的物。但是，债权人基于债权有权取得该标的物，此时提存可以被认为是为债权人利益的保管，基于此种涉他效力，债权人有权随时领取提存物。也正因为领取提存物的权利产生于提存行为的涉他效力，因此，如果提存行为无效、被撤销，则领取提存物权利也自始不发生。

提存后，债务人不再负有保管义务，而提存部门则负有保管提存物的权利和义务，应当采取适当的方法妥善保管提存物，以防毁损、

变质或灭失，但不得擅自处分或者挪用；对不宜保存的、提存受领人到期不领取或超过保管期限的提存物品，提存部门可以拍卖，保存其价款；不适于长期保管或长期保管将损害其价值的、6个月的保管费用超过物品价值5%的提存物的保管期限为6个月。[327]

债权人可以随时领取提存物。理论中，争议较大的问题之一是，领取提存物的权利是何种性质？有观点认为，在债务人将标的物交付给提存机关之时，可把提存部门看作债权人的履行辅助人，提存物的所有权即归属于债权人[328]，因此领取提存物的权利是基于债权人对提存物的所有权而产生的物权请求权。但是，提存仅具有履行代用的功能，提存成立的，视为债务人在其提存范围内已经交付标的物，但是这仅仅意味着债务人履行的提供，即使是动产所有权的移转，还需要债权人的受领，才能导致动产所有权的变动，只有债权人领取了提存物时，才构成导致动产所有权转移的“交付”，此时动产的所有权才转移给债权人。[329]即使在此时认为这与指示交付类似，债权人是提存部门的间接占有人，但考虑到本条第2款规定了债务人一定条件下取回提存物的权利，在动产所有权因提存而转移给债权人的，债务人行使该权利时，所有权的回复构造较为困难。[330]故债权人领取提存物的权利仍然是依据法律规定发生的债权，债权人的债权人可以对领取提存物的请求权予以强制执行，或者依据《民法典》第935条以下的规定行使代位权，在债权人破产时，该请求权也属于破产财产。

债权人向提存部门主张的提存物领取请求权和原来的向债务人主张的给付请求权之间的关系，理论上存在不同观点，或者是认为两种请求权是并存[331]，或者认为前者替代了后者而后者消灭，或者认为前者是后者的“镜像”而与后者具有质的同一性。[332]《民法典》第557条第1款第3项将“债务人依法将标的物提存”作为债权债务终止的原因之一，故此时只能认为给付请求权已经消灭，提存物领取请求权替代了原给付请求权，因此，在债权人请求债务人履行债务时，债务人能够抗辩，债权人只能行使提存物领取请求权。但无论如何，两种请求权都是为了实现相同的目的；在原给付请求权负有其他抗辩时，提存物领取请求权也附有相同的抗辩。可能有观点认为，原给付请求权消灭，但债权人主张原给付请求权，且债务人愿意依原给付而未履行，为何不可？从价值上当然应当对此予以承认，但即使认为原给付请求权消灭，也可以通过适当的解释路径实现这种合理的价值判断，例如，可认为债权人和债务人之间形成新的合意而产生新的债权，双方的合意之中包括债权人放弃提存物领取请求权，故债务人可以请求债权人出具书面表示放弃提存物领取请求权的证明，债务人有权依据第574条第2款行使取回权取回提存物。

（二）具体行使

《提存公证规则》第9条规定：“提存申请人应当填写公证申请表，并提交下列材料：……（四）提存受领人姓名（名称）、地址、邮编、联系电话等。”因此，债权人领取提存物时，应当证明其为债务人提交的申请材料中的受领人。《提存公证规则》第23条第2款规定，提存受领人领取提存标的物时，应提供身份证明、提存通知书或公告，以及有关债权的证明，并承担因提存所支出的费用。提存受领人负有对待给付义务的，应提供履行对待给付义务的证明。委托他人代领的，还应提供有效的授权委托书。由其继承人领取的，应当提交继承公证书或其他有效的法律文书。第24条规定，因债权的转让、抵销等原因需要由第三人领取提存标的物的，该第三人应当提供已取得提存之债债权的有效法律文书。既然提存物在提存期间所产生的孳息归提存受领人所有，因此债权人还有权向提存部门主张提存物的孳息。提存部门对于保有提存物并无利益，因此除非法定情况，不得拒绝给付。《提存公证规则》第28条规定，符合法定或当事人约定的给付条件，公证处拒绝给付的，由其主管的司法行政机关责令限期给付；给当事人造成损失的，公证处负有赔偿责任。根据人民法院、仲裁机构的裁决或司法行政机关决定给付的，由此产生的法律后果由作出决定的机构承担。

（三）领取提存物请求权的阻却事由

本条第1款中规定：“但是，债权人对债务人负有到期债务的，在债权人未履行债务或者提供担保之前，提存部门根据债务人的要求应当拒绝其领取提存物。”《提存公证规则》第6条第2款规定：“当事人申办前款所列提存公证，必须列明提存物给付条件，公证处应按提存人所附条件给付提存标的物。”第23条第1款中规定：“本规则第六条第一项规定的以对待给付为条件的提存，在提存受领人未为对待给付之前，公证处不得给付提存标的物。”第2款中规定：“提存受领人负有对待给付义务的，应提供履行对待给付义务的证明。”如果债权人对债务人也负有对待给付的义务，则当事人双方均需要履行各自的义务，债务人虽然依法将标的物提存，但与其互负到期债务的债权人并未履行对待给付的义务。为避免先行履行可能发生的风险，保证债务人债权的实现，债务人针对债权人的原给付请求权所可以行使的抗辩，即使原给付请求权消灭，这些抗辩也可以针对债权人的领取提存物请求权行使。由此，使得债务人和债权人的地位不因是否提存而在抗辩方面有差别。

因此，债务人申办提存时，可以列明提存物给付的条件，对提存部门给付提存物的行为附条件，即只有在债权人履行了对债务人的对

待债务，或者为履行提供相应的担保后，才能领取提存物。提存部门应根据债务人的要求，按提存人所附条件给付提存标的物。债权人未履行债务或者提供担保而不符合所附条件的，提存部门应当拒绝债权人领取提存物，这实质上是提存部门行使债务人的抗辩。^[333]如果提存部门未按列明的给付条件而直接向债权人给付提存标的物，造成当事人造成损失的，提存部门负有赔偿责任。比如，甲乙二公司订立了购买电视机的合同，甲公司负有交付电视机的义务，乙公司负有支付价款的义务。债务履行期届满，乙公司长期迟延受领，也未支付货款，甲公司依法将标的物提存。为保证收回货款，甲公司提存时声明，只有乙公司支付了电视机价款或者提供了付款担保后，才能允许乙公司领取电视机。如果在乙公司没有支付价款也没有提供担保的情况下，提存部门将提存物交付给了乙公司，一旦乙公司领取提存物后不能支付甲公司的价款，提存部门要承担赔偿责任。

但是，抗辩是否行使是债务人的权利，应由债务人决定，如果债务人不行使，提存部门不必越俎代庖，本条第1款中的“根据债务人的要求”即体现这一点。如果债务人提存的时候并未列明给付条件，嗣后也未提出要求，则视为其未将债权人履行给付义务作为给付条件，提存部门不得自行决定拒绝债权人的领取提存物请求权。提存人提存时，应当向提存部门明确告知提存受领人所承担的对待给付义务的内容，以及对所提供的担保的要求，比如是人的保证，还是抵押或者质押担保。这样做的目的，一方面，可以便于提存部门交付提存物前进行审查；另一方面，也是判定提存部门责任的根据。符合法定或当事人约定的给付条件，提存部门拒绝给付的，债权人有权请求提存部门限期给付并承担赔偿责任。

（四）提存物领取请求权的消灭事由

债权人虽然享有随时领取提存物的请求权，但该请求权长期不行使，不仅使权利长期处于不稳定状态，也会给提存部门增加负担，同时也不符合物的有效利用的原则，故本条第2款中规定：“债权人领取提存物的权利，自提存之日起五年内不行使而消灭，提存物扣除提存费用后归国家所有。”^[334]

理论上就此期间的性质有三种观点。一种认为其系除斥期间，理由在于该期间在于确定权利归属，而非仅为提存部门取得抗辩权^[335]；一种认为系时效期间，理由在于从比较法、法制沿革、纯理论而言，时效期间说均有依据，如采除斥期间说则“不行使”属于赘文^[336]；还有一种观点并未论及期间的性质，仅论及期间届满债权人受领提存物的权利消灭。^[337]本条第1款中规定期间届满的后果是债权人领取提存物的权利消灭，而并非《民法典》第192条第1款中所规定

的发生“义务人可以提出不履行义务的抗辩”，应当认定为除斥期间。可能的反对理由是：（1）除斥期间仅适用于形成权，但领取提存物的权利是请求权；（2）按照民法典第199条的规定，除斥期间的起算点是“自权利人知道或者应当知道权利产生之日起计算”，但本条的起算点是“自提存之日起”。但是，《民法典》第199条的适用对象虽然列明了“撤销权、解除权”，但并未将除斥期间的适用对象限定为这些权利，而是明定“撤销权、解除权等权利”，适用对象是多元化的[338]；同时，第199条的期间起算点也说明了“除法律另有规定外”。因此，上述反对理由无法成立。既然该期间是除斥期间，依据本法第199条的规定，该期间不适用有关诉讼时效中止、中断和延长的规定。[339]

本条第2款中同时规定，债权人领取提存物请求权自提存之日起5年内不行使消灭的，提存物扣除提存费用后归国家所有。此时，债权人不能再对提存物主张权利。其原因在于，对于提存物，债务人可能享有所有权但无取回权，同时债权人领取请求权也已经消灭，提存物此时可视为无主物。[340]由此，又引申出其限制，即使债权人领取提存物请求权已经消灭，但债务人依据本款规定享有取回权的，提存物不应属于国家所有。[341]

二、债务人的取回权

本条第2款中规定：“但是，债权人未履行对债务人的到期债务，或者债权人向提存部门书面表示放弃领取提存物权利的，债务人负担提存费用后有权取回提存物。”从文义上，“但是”似乎意味着，该规定仅是对前句的限制。但是，债权人书面放弃自然以其享有提存物领取请求权为前提，如果提存物领取请求权根据前句规定已经消灭，即谈不上书面放弃与否。推而广之，债务人的取回权，尤其是“债权人未履行对债务人的到期债务”情形中的债务人取回权，当然可能适用于债权人领取提存物请求权因除斥期间届满而消灭的情形，但并非仅适用于该情形，也包括债权人领取提存物请求权仍然存在的情形。

如上文所述，在提存之后，债权人领取提存物之前，尤其是动产所有权，仍然是债务人所有，但是否承认债务人的取回权？[342]如果完全承认债务人的取回权，债务人行使取回权实质上是取消了债权人领取提存物的请求权，可能会损害债权人的利益，因此在承认债务人取回权的立法例中，多对此予以限制，在债务人对提存部门表示放弃、债权人对提存部门表示接受或者向提存机关提示宣告提存合法且已送达之生效判决时，债务人取回权消灭，以此保护债权人的利益。但是，如果完全不承认债务人的取回权，则在对债权人利益并无损害却可能损害债务人利益的情形中，可能使得债务人欠缺充分的选择余

地，无法摆脱提存关系的约束，似乎无法实现债权人和债务人利益的平衡。^[343]《合同法》第104条完全不承认债务人的取回权，为实现债权人和债务人利益之间的平衡，本条第2款中增加规定了债务人取回提存物的权利，同时明确规定了具体的条件，以避免损害债权人的利益。

根据本条第2款中的规定，债务人行使取回提存物权利的前提是符合以下两种情形之一。

（1）债权人未履行对债务人的到期债务，债务人有权取回提存物。如果债权人已经履行了对债务人的到期债务，债务人就没有取回权，避免造成对债权人利益的损害。在债权人未履行对债务人的到期债务，债务人可以拒绝债权人的履行请求，本条第1款亦规定提存部门应因债务人的要求而拒绝债权人的受领请求权。此时，债务人虽不因此而陷于履行迟延，但其履行利益并未得到满足。在债权人的领取提存物的请求权因除斥期间届满而消灭后，债务人的履行利益未得到满足，但提存物却在扣除提存费用后归国有，即使债务人可以请求债权人赔偿，但债权人此时往往已经陷入资力不足状态，这对于债务人未免不公。即使债权人的领取提存物请求权仍然存在，但因为债权人并未履行对债务人的到期债务，提存部门可以拒绝债权人的领取提存物的请求，但是，债务人不因提存部门能够行使履行抗辩权而丧失了自己行使履行抗辩权的机会，故债务人也可以选择行使取回权，这实质上是自己行使履行抗辩权，在此种情形中也并无保护债权人利益的必要。并且，此时取回权的行使不以债务人解除其与债权人之间的合同为前提，这恰恰体现了履行抗辩权和解除的不同功能。当然，债务人也有权依法解除其与债权人之间的合同，从而使得债权债务关系终止，进而取回提存物。

（2）债权人领取提存物的请求权也可能因为债权人向提存部门书面放弃领取提存物权利而消灭，此时，债务人享有取回提存物的权利。这更可能发生于债务人领取提存物的请求权在除斥期间届满前的情形中。《提存公证规则》第26条第2款也规定：“提存受领人以书面形式向公证处表示抛弃提存受领权的，提存人得取回提存物。”在债权人书面放弃提存物受领请求权的情况下，提存关系应该消灭。因为提存关系中因债权人迟延或者不清等原因，不得不行提存之法，故赋予债权人以受领权是目的，而让提存机关保管是达成此目的的手段。提存机关对于提存物的保留本无利害关系，现在受领权已经被抛弃，目的不达，作为手段之保管关系亦无存续之必要。^[344]

除此之外，还可能在两种情形下承认债务人的取回权。第一，债务人和债权人之间的债权债务已经因另为履行、抵销、免除等其他原

因而消灭。在债务人依法提存之后，虽然债权债务已经消灭，但债权人和债务人基于其他原因使得已经消灭的债权再次消灭，按照当事人之间的意思，应当是以后者为准，故依提存而债务消灭即构成债权人的不当得利，此时提存也同样无必要存在，债务人可以行使取回权，实质上是提存关系消灭后，要求提存机关返还不当得利的请求权。

[345]《提存公证规则》第26条第1款还规定了提存人可以凭人民法院生效的判决、裁定或提存之债已经清偿的公证证明取回提存物。该规定中的判决、裁定的范围不清晰，但应当是有关所涉债权债务已经因另为履行、抵销、免除等其他原因而消灭的判决、裁定[346]；所谓的“提存之债已经清偿的公证证明”也应当是所涉债权债务已经因另为履行、抵销、免除等其他原因而消灭的公证证明。但是，即使没有上述判决、裁定、公证证明，也应当允许债务人通过证明债务已经因其他原因而消灭的其他证据而行使取回权。

第二，不承认债务人取回权的目的是保护债权人的利益，但是，在债权人的利益不可能被损害的前提下，仍然应当承认债务人的取回权。最为典型的情形是尚未向债权人予以提存通知的情形，此时债权人尚未确定地取得利益，故也无利益损害的问题，承认债务人的取回权并不会产生问题。[347]

符合上述条件的，债务人可以行使取回权，取回提存物的，视为未提存。因此产生的费用由债务人承担。[348]“负担提存费用后有权取回提存物”这个表述表明，债务人未支付提存费用前，提存部门有权置留价值相当的提存标的。同时，提存物的孳息也归债务人所有。但因债权人受领迟延所产生的效果并不因此消灭。

债务人行使取回权的情形中，债务人对债权人所负的交付标的物的债务是否复活可以区分情形判断：（1）在债权人未履行对债务人的到期债务导致债务人行使取回权的情形中，该债务以及相关的担保复活，但债务人有权依法解除合同。（2）债权人向提存部门书面放弃领取提存物权利导致债务人行使取回权的情形中，债务人对债权人所负的交付标的物的债务已经消灭，不再复活。（3）该债务因其他原因而消灭的情形中，在债务人行使取回权之后，该债务已经消灭不再复活。（4）尚未向债权人予以提存通知的情形中，债务人行使取回权后，上述债务以及相关的担保复活。

第五百七十五条

债权人免除债务人部分或者全部债务的，债权债务部分或者全部

终止，但是债务人在合理期限内拒绝的除外。

本条主旨

本条是关于免除债务的规定。

相关条文

《合同法》第105条 债权人免除债务人部分或者全部债务的，合同的权利义务部分或者全部终止。

理解与适用

一、免除概述

免除，指债权人抛弃债权，从而全部或者部分消灭债权债务。从债权人角度观察，免除是债权人抛弃债权，从债务人的角度观察，则因此而免其给付义务。债权人可以免除债务的部分，也可以免除债务的全部。比如，债务人乙应当偿还债权人甲2万元人民币，甲表示乙可以少还或者不还，就是债权人免除债务。甲表示只需要偿还1万元，是债务的部分免除；表示2万元都不必偿还，是债务的全部免除。免除部分债务的，债权债务部分终止，免除全部债务的，债权债务全部终止。本条对免除进行了具体规定。

增加既存债权或者设立新的债权，性质上属于债的变更，但是在债权被减少的情况下，可以认为性质上属于部分免除。民法典未明确规定债的更新，实践中，有法院认为当事人之间如果变更合同性质，属于对旧债务的免除，又成立新债务，从而认定从权利消灭。^[349]

关于免除的性质有不同的观点。一种观点认为，免除是合同行为。理由是：（1）债的关系是债权人与债务人之间特定的法律关系，不能仅依一方当事人的意思表示成立。（2）债权人免除债务人的债务是一种恩惠，而恩惠不能滥施于人。（3）债权人免除债务可能有其他动机和目的，为防止债权人滥用免除权损害债务人利益，免除应经债务人同意。^[350]另一种观点认为，免除是债权人抛弃债权的单方行为。理由是：（1）免除使债务人享受利益，因此没有必要征得同意。（2）如果免除一定要债务人同意，债务人不同意的，等于限制了债权人对权利的处分。^[351]单方行为观点并不排除债权人和债

务人之间订立免除合同，案例中也承认以和解协议等形式为债务免除。^[352]《合同法》第105条采取了单方行为观点，实务中也追随如此认为。^[353]

免除多对债权人有利，债权人一般不会反对，如果认为免除必须双方当事人的明确同意才可，这可能是不效率的；但是，基于自愿原则，债务人在合理期限内明确拒绝的，应当尊重债务人拒绝的意思，尤其是免除在一些情况下还会影响到债务人的利益。比如，债务人和投资人约定，如果债务人保持在一定的资产负债率的情况下，资产负债率不能太高也不能太低，投资人就给债务人投资，但是债权人的免除可能影响到债务人的资产负债率，进而影响到债务人获得投资的利益。在《合同法》第105条的基础上，本条规定，债权人免除债务人债务的，无需债务人明确同意，即可发生免除效力，但增加了但书规定“但是债务人在合理期限内拒绝的除外”，即如果债务人在合理期限内拒绝的，免除效力自始不发生。这反映了一项最基本的考虑，即给予他人好处的，无须他人同意，但他人可以拒绝。本法第522条第2款所规定的真正的利益第三人合同、第552条规定的债务加入都体现了此种考虑。债权人和债务人当然也可以订立免除协议，免除债务人的义务。

因此，民法典实际上采取了一种折中观点^[354]，其将逻辑起点从权利可得抛弃更换到“对债务人意思的推定”，即从现实考察绝大多数情况下债务人均予以接受，在此常态下采单方行为更为简便也更符合实际，但在债务人明确表示相反的意思之时推定即不成立，此时应限制债权人依单方行为终止债权债务，债务人可以要求继续履行，债权人无正当理由不得拒绝，债权人拒绝接受履行的，债务人可以提存标的物。当债权人将债务免除的意思通知债务人时，在债务人不表示反对的情况下，无论是认为债务免除效果的发生，不须以合同为之，还是认为债务人受领免除的意思表示仍可以视为默示同意而成立免除合同，均是自债权人意思表示到达债务人时生债权债务消灭的后果，如此情形为债务免除的常态，就此而言采合同行为说和单方行为说，实际上区别微乎其微。唯有债务人对于免除的意思予以明确反对时，采传统的单方行为说和合同说才会影响到债务免除的效力，前者债务免除仍可生效，后者则不生债务消灭的效果。^[355]依据民法典新增但书规定，“但是债务人在合理期限内拒绝的除外”，债务人在合理期限内拒绝的，不生免除效果。从单方行为说的角度解释，可以解释为此种情况下是对债权人单方行使权利的限制，从合同行为说的角度可以视为未达成免除协议。

二、构成要件

（一）免除应由有处分权人作出

免除是对债权的处分行为，故只有对于债权有处分权的人方能为免除的意思表示。（1）原则上能够做出免除的意思表示的人为债权人。由于免除行为解除了债务负担使得债权人遭受了一定的不利益，因此债权人应该具有完全民事行为能力。在共同债权的情况下，一个债权人免除债务人的债务时应当取得其他债权人的同意。^[356]在例外的情况下，比如债权人经法院受理宣告申请，债权被强制执行的、为质权的标的时，债权人不得随意免除其债权。^[357]在代位权诉讼中，债务人所享有的对相对人的债权，债务人丧失处分权，不得免除其债权。（2）代理人。免除作为法律行为，可以由代理人为之，民法典总则编关于代理的相关规定有适用的空间。（3）信托受托人。《中华人民共和国信托法》第2条规定，受托人按委托人的意愿以自己的名义，为受益人的利益或者特定目的，可以对信托财产进行管理或者处分。因管理信托事务所生的债权，在不违背信托目的的情况下，受托人有权免除债权。

被免除的债权也必须具有可处分性，否则处分的效力不能发生。比如，公司不能免除股东缴纳出资的债务。又比如德国法上将来债权中，亲属间或者夫妻间对于未来生活费请求权不得放弃，又如工人的工资请求权也不可以作为将来债权予以放弃，否则放弃不生效力。^[358]

（二）免除应以意思表示向债务人为之

免除应由债权人向债务人作出免除债务的意思表示，方能发生债务消灭的后果。免除债务表明债权人放弃债权，不再要求债务人履行义务，因此，债务人不必为免除为相应的对价，免除是无偿的民事法律行为。免除的原因行为虽得为有偿或为无偿，但是原因行为与免除的效力无关，为让债权人免除债务而约定对待给付，也不能因此而使免除具有有偿性。^[359]

同时，债权人免除债务，不论是为了赠与、和解，还是别的什么原因，都不影响免除的效力。原因无效或者消灭的情形，免除行为是否受到影响？通说认为免除为无因行为，免除的原因不成立、无效或者消灭，不影响免除的效力。^[360]

免除的意思表示为有相对人的意思表示，因此应当适用意思表示和法律行为的一般规定。免除债务不必有特定形式，口头、书面，明示、默示都无不可，例如债权人撕毁债权证书即可推定为以默示方式免除债务。如债权人以口头或者书面形式通知债务人不必再履行债

务，是以明示方式免除债务。该意思表示以向债务人作出为必要，如果只是向第三人作出免除的意思表示，债之关系并不消灭。如债权人与第三人约定抛弃对债务人的债权，并约定第三人对此负担与债务人之债务同一内容的债务，此时虽成立为第三人利益合同，但债权人对于债务人之债权并不因此消灭，债权人仅对于第三人负有抛弃其对于债务人的债权之义务。^[361]免除为放弃债权的行为，向债务人或者债务人的代理人表示后，即产生债务消灭的法律后果，因此，债权人作出免除的意思表示不得撤销，但可以撤回，根据《民法典》第141条的规定，撤回免除意思表示的通知应当在意思表示到达相对人前或者与意思表示同时到达相对人。

免除可以附条件或者附期限。通说观点认为可以附生效条件或者生效期限。^[362]附生效条件的免除，如债权人表示只要债务人在合同履行期归还本金，可以免除利息。^[363]附生效期限的免除，如出租人通知承租人下月1号开始不必再支付房租。至于能否附解除条件或终止期限则存在争议，虽有学者认为不能，以免效力不稳定^[364]，但通说观点认为可以。附解除条件的免除，如在赠与合同生效后，受赠人表示，如果赠与人经济状况恶化，赠与合同不再履行。附终止期限的合同，如出卖人通知买受人，其售予买受人商品的八折优惠月底终止。

免除系免除债务人之债务，因此免除当时须有可供免除之债务，对于尚未发生的将来债务是否能够免除，有观点认为，免除的前提是债务存在，如果债务不存在就谈不上免除，将来债务的免除等于将来债务发生的禁止，有悖于公序良俗应为无效。^[365]但是，将来债务的免除属于私法自治的范畴，法律不必干预，在将来债务发生时不需任何行为即告消灭，同时，因为将来的债还没有发生，因此，只有当将来的债务实际发生时，该免除也发生效力，所以可以解释为附停止条件的免除。^[366]

（三）债务人未在合理期限内表示拒绝

债务人在合理期限内表示反对的，不生免除的效力，作出这一规定是为了保护债务人的合法利益，更为尊重债务人的意思。在债务人认为免除对其不利时债务人可以在合理期限内表示拒绝，债务不消灭，债务人可以要求继续履行，债权人拒绝的，债务人可以提存标的物。为防止债权效力长期存在变动的可能，此种拒绝的表示应该在合理期限内做出。合理期限的确定可以考虑作出拒绝的表示所必要的期间、拒绝的表示到达债权人所必要的时间等。

三、法律效果

免除使得债权债务消灭。债权人免除部分债务的，债权债务部分消灭；免除全部债务的，债权债务全部消灭。债权人免除部分债务，如债务人乙欠债权人甲100万元货款，甲通知乙只要偿还80万元，免除了20万元债务。债权人免除部分债务的，免除的部分不必再履行，但尚未免除的部分仍要履行。债权人免除全部债务，如服装加工部向服装定作人表明不收取服装加工费。免除全部债务的，全部债务不必再履行，债权债务因此终止。在债务被全部免除的情况下，有债权证书的，债务人可以请求返还。但是，免除不得损害第三人的利益，如因免除的结果对第三人发生不利益，比如作为质权标的的债权不允许债权人随便免除，因为其行为会损害质权人的利益；融资租赁合同中出租人免除出卖人的交付义务，承租人会因此受到损害，故不允许其免除出卖人的义务。如有违反，对第三人不能发生免除效果。[367]

同时，根据本法第559条的规定，债权债务终止时，债权的从权利同时消灭，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外，因此债权因免除消灭的，从属于债权的担保权利、利息权利、违约金请求权等也随之消灭。比如甲免除了乙的债务，为乙提供履行担保的丙的保证 responsibility 没有了存在基础，必然一同消灭。根据本法第520条第2款的规定，部分连带债务人的债务被债权人免除的，在该连带债务人应当承担的份额范围内，其他债务人对债权人的债务消灭。

第五百七十六条

债权和债务同归于一人的，债权债务终止，但是损害第三人利益的除外。

本条主旨

本条是关于债权债务混同的规定。

相关条文

《合同法》第106条 债权和债务同归于一人的，合同的权利义务终止，但涉及第三人利益的除外。

理解与适用

一、概述

债权债务的混同，是指债权人和债务人同归于一人，致使债权债务终止。广义的混同，是指不能并立的两种法律关系同归于一人而使其权利义务归于消灭的现象。包括：（1）权利与权利混同，如所有权与他物权同归于一人；（2）权利与义务混同，如债权与债务同归于一人；（3）义务与义务混同，如主债务与保证债务同归于一人，此项混同与前两种混同有所不同，乃是由强势义务吸收弱势义务，故称为不真正混同。^[368]狭义的混同，也即债权债务的混同，仅指债权与债务同归于一人的情况。本条仅规定了债权债务的混同，混同是一种法律规定的事件，即因某些客观事实发生而产生的债权债务同归一人，不必由当事人为意思表示。因为债之关系系指特定人得请求特定人为特定行为之法律关系，自应有债权人和债务人两个主体，如果一人同时为债权人和债务人，由于在法律上任何人对于自己享有债权没有意义，债权债务失去存在基础。比如，甲公司与乙公司签订了房屋租赁合同，在乙公司尚未支付租金时，甲乙二公司合并成立了一个新的公司，甲公司的债权和乙公司的债务都归属于新公司，原甲公司和乙公司之间的债权债务自然终止。本条具体规定了此种终止事由。

二、发生原因

（一）概括承受

概括承受是发生混同的主要原因。主要有以下几个方面：（1）合并，合并前的两个组织之间的债权债务因同归于合并后的组织而消灭。（2）债权人继承债务人，如父亲向儿子借钱后死亡，儿子继承父亲的债权和债务。（3）债务人继承债权人，如儿子向父亲借钱后，父亲死亡，儿子继承了父亲的财产。（4）第三人继承债权人和债务人，如儿子甲向父亲乙借钱后，因意外事件二人同时死亡，由甲的儿子丙继承他们二人的财产。

（二）特定承受

特定承受主要包括：（1）债务人受让债权人的债权，比如债权人甲与债务人乙签订合同后，甲将合同权利转让给乙。（2）债权人承受债务人的债务，比如甲乙二人签订合同后，债务人乙的债务转移给债权人甲。实践中，出租人为抵债将房屋过户给承租人，则房屋租赁合同的债权债务由于出租人和承租人同归一人而消灭。^[369]保证人受让主债权的，此种情形虽然与债权人免除债务人债务或者债权人以债权赠予债务人并无不同，唯当事人无免除或者赠予的意思表示，因此不发生免除或者赠予的效力。^[370]

三、法律效果

债权债务的存在，必须有债权人和债务人，债权人和债务人双方混同，债权债务失去存在基础，自然应当终止。根据本法第559条的规定，债权债务终止时，债权的从权利同时消灭，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外，因此债权因混同消灭的，从属于债权的担保权利、利息权利、违约金请求权等也随之消灭。需要注意的是，债权与保证债务混同时，保证债务固然归于消灭，但是主债务仍然存在。同时，根据本法第520条第3款的规定，部分连带债务人的债务与债权人的债权同归于一人的，在扣除该债务人应当承担的份额后，债权人对其他债务人的债权继续存在。

本条但书规定，“但是损害第三人利益的除外”，虽然债权债务同归一人，但是该债权的继续存在具有特别的经济意义或者法律意义，尤其是会损害第三人利益的情况下，为保护第三人的利益，该债权并不因混同而消灭。具体包括：（1）债权成为第三人的权利标的的情况。债权与其债务如因混同而消灭时，第三人之法益即受影响者，为该第三人之利益，债权即不应归于消灭。比如甲以对乙的债权为丙设定权利质权，此后甲乙之间的权利义务即使混同，使之消灭会损害质权人的利益，因此作为质权标的的债权并不消灭；又比如债权人甲请求扣押债务人乙对于第三人丙的债权，此后乙丙之间的债权债务关系虽然发生混同，但是为了保护债权人甲的利益，被扣押的债权并不消灭，甲仍然可以请求人民法院强制执行。^[371]（2）具有流通性的证券化债权。票据转让中，对于受让人没有限制，因此票据再转让到以前的票据债务人（发票人、承兑人或者其他票据债务人）亦可，称为回头背书，此时票据上的权利义务不因混同而消灭。^[372]无名债权、公司债等证券化债权，由于可以作为独立的有价物交易，自然不因混同而消灭。^[373]

注释：

[1]崔建远.合同法学.北京：法律出版社，2015：222-223；韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：641；朱广新.合同法总则研究：下.北京：中国人民大学出版社，2018：513.

[2]王洪亮.债法总论.北京：北京大学出版社，2016：159.

[3]王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：257-258.

[4]《民事诉讼法司法解释》第159条规定：“债务人的财产不能满足保全请求，但对他人有到期债权的，人民法院可以依债权人的申请裁定该他人不得对本案债务人清偿。该他人要求偿付的，由人民法院提存财物或者价款。”

[5]《民事诉讼法司法解释》第501条第1款：“人民法院执行被执行人对他人的到期债权，可以作出冻结债权的裁定，并通知该他人向申请执行人履行。”

[6]《民法典》第442条规定：“汇票、本票、支票、债券、存款单、仓单、提单的兑现日期或者提货日期先于主债权到期的，质权人可以兑现或者提货，并与出质人协议将兑现的价款或者提取的货物提前清偿债务或者提存。”

[7]《企业破产法》第17条：“人民法院受理破产申请后，债务人的债务人或者财产持有人应当向管理人清偿债务或者交付财产。债务人的债务人或者财产持有人故意违反前款规定向债务人清偿债务或者交付财产，使债权人受到损失的，不免除其清偿债务或者交付财产的义务。”

[8]王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：264；黄立.民法债编总论.北京：中国政法大学出版社，2002：660；陈自强.民法讲义II契约之内容与消灭.台北：元照出版有限公司，2018：323.

[9]郑玉波.民法债编总论.北京：中国政法大学出版社，2004：470-471；朱广新.合同法总则研究：下.北京：中国人民大学出版社，2018：521；王洪亮.债法总论.北京：北京大学出版社，2016：165.

[10]参见《法国民法典》第1342-2条第3款、《意大利民法典》第1190条。

[11]参见《德国民法典》第370条、《法国民法典》第1342-3条、《意大利民法典》第1189条、《日本民法典》第478条、《韩国民法典》第472条、我国台湾地区“民法”第309条第2项和第310条第2项。民法典对此未作规定，可考虑类推适用表见代理规则。在实践中频发的冒领存款纠纷问题，就可能出现两个结论，即不构成向债权准占有人之履行，银行的债务依然存在；或者构成向债权准占有人之清偿，银行的债务消灭。但法院往往审查银行的履行是否善意，当债务人向没有受领权限之第三人清偿，法律效果只可能有两种：要么构成；要么不构成，作为债务人之银行仍需要全额负担其对债权人的债务。事实上，法院在该类纠纷的审理过程中，不仅审查银行是否善意履行，还往往会考虑存款人的过错，例如密码设置过于简单、保管不善、不及时挂失等，很多时候采取损失分担的结果，以避免上述全有或者全无的结果；同时，在理论上，如同表见代理中的争论一样，也存在是否考虑债权人的可归责性的争论。法院的观点，参见最高人民法院法（民）复（1990）13号批复；“周福君诉徐水县工商银行挂失存款被冒领赔偿损失案”.最高人民法院公报，1991（1）；“顾骏诉上海交行储蓄合同纠纷案”.最高人民法院公报，2005（4）；“周培栋诉江东农行储蓄合同纠纷案”.最高人民法院公报，2006（2）；“王永胜诉中国银行股份有限公司南京河西支行储蓄存款合同纠纷案”.最高人民法院公报，2009（2）；最高人民法院（2004）民一提字第0003号民事判决书。相关的整理分析，参见解亘.冒领存款纠纷背后的法理.浙江社会科学，2013（2）。

[12]参见《法国民法典》第1342-2条第2款、《日本民法典》第479条、我国台湾

地区“民法”第310条第3项。

[13]参见《德国民法典》第364条第1款、《意大利民法典》第1197条、《日本民法典》第482条、《韩国民法典》第466条、我国台湾地区“民法”第319条。

[14]相同观点,参见崔建远.以物抵债的理论与实践.河北法学,2012(3):27;陈自强.无因债权契约论.北京:中国政法大学出版社,2002:321-325;陆青.以房抵债协议的法理分析.法学研究,2015(3).参见“通州建总集团有限公司与内蒙古兴华房地产有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”[最高人民法院公报,2017(9)]:“以物抵债,系债务清偿的方式之一,是当事人之间对于如何清偿债务作出的安排,故对以物抵债协议的效力、履行等问题的认定,应以尊重当事人的意思自治为基本原则。一般而言,除当事人明确约定外,当事人于债务清偿期届满后签订的以物抵债协议,并不以债权人现实地受领抵债物,或取得抵债物所有权、使用权等财产权利,为成立或生效要件。只要双方当事人的意思表示真实,合同内容不违反法律、行政法规的强制性规定,合同即为有效。”

[15]参见“通州建总集团有限公司与内蒙古兴华房地产有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”[最高人民法院公报,2017(9)]:“当事人于债务清偿期届满后达成的以物抵债协议,可能构成债的更改,即成立新债务,同时消灭旧债务;亦可能属于新债清偿,即成立新债务,与旧债务并存。基于保护债权的理念,债的更改一般需有当事人明确消灭旧债的合意,否则,当事人于债务清偿期届满后达成的以物抵债协议,性质一般应为新债清偿。换言之,债务清偿期届满后,债权人与债务人所签订的以物抵债协议,如未约定消灭原有的金钱给付债务,应认定系双方当事人另行增加一种清偿债务的履行方式,而非原金钱给付债务的消灭。”“若债务人未实际履行以物抵债协议,则债权人与债务人之间的旧债务并未消灭。也就是说,在新债清偿,旧债务于新债务履行之前不消灭,旧债务和新债务处于衔接并存的状态;在新债务合法有效并得以履行完毕后,因完成了债务清偿义务,旧债务才归于消灭。”同样观点,参见最高人民法院(2015)执复字第30号执行裁定书:“市政集团与东方柏丰公司签订的《协议》,是双方当事人自行达成的和解协议,其实质是新债清偿协议,由债权人与债务人协商一致,由债务人负担新的债务以履行原有的债务,如新债务不履行,则旧债务不消灭,如新债务履行,则旧债务随之消灭。”学理观点,参见崔建远.以物抵债的理论与实践.河北法学,2012(3):24;王洪亮.代物清偿制度的发现与构建.浙江工商大学学报,2018(2):39-40;房绍坤,严聪.以物抵债协议的法律适用与性质判断.求是学刊,2018(5):106;王洪亮.债法总论.北京:北京大学出版社,2016:171.

[16]郑玉波.民法债编总论.北京:中国政法大学出版社,2004:486.此种观点的立法例,参见《德国民法典》第364条第2款、我国台湾地区“民法”第320条。关于新债务的履行,如果他种给付是移转其他需要公示的权利,则在未采取法定公示方式之前,债务人并未履行新债务;如果他种给付是为债权人设立其他债权或者移转其他债权给债权人,则在普通债权中,债权人在债权转让合同生效而立即取得该其他债权时,债务人就履行了新债务;如果是票据债权,则在债权人取得票据债权时,债务人就履行

了新债务。

[17]参见“通州建总集团有限公司与内蒙古兴华房地产有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”[最高人民法院公报, 2017(9)]:“债务人于债务已届清偿期时,应依约按时足额清偿债务。在债权人与债务人达成以物抵债协议、新债务与旧债务并存时,确定债权人应通过主张新债务抑或旧债务履行以实现债权,亦应以此作为出发点和立足点。若新债务届期不履行,致使以物抵债协议目的不能实现的,债权人有权请求债务人履行旧债务;而且,该请求权的行使,并不以以物抵债协议无效、被撤销或者被解除为前提。”同样认为债权人有权请求债务人履行原债务,进而也有权向法院恢复对原债权的执行的,也请参见最高人民法院(2011)民提字第210号民事判决书。最高人民法院公报,2012(6);最高人民法院(2015)执复字第30号执行裁定书;广东省佛山市中级人民法院(2016)粤06执复140号执行裁定书。

[18]《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法[2019]254号)第44条“履行期届满后达成的以物抵债协议”规定:“当事人在债务履行期届满后达成以物抵债协议,抵债物尚未交付债权人,债权人请求债务人交付的,人民法院要着重审查以物抵债协议是否存在恶意损害第三人合法权益等情形,避免虚假诉讼的发生。经审查,不存在以上情况,且无其他无效事由的,人民法院依法予以支持。”“当事人在一审程序中因达成以物抵债协议申请撤回起诉的,人民法院可予准许。当事人在二审程序中申请撤回上诉的,人民法院应当告知其申请撤回起诉。当事人申请撤回起诉,经审查不损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的,人民法院可予准许。当事人不申请撤回起诉,请求人民法院出具调解书对以物抵债协议予以确认的,因债务人完全可以立即履行该协议,没有必要由人民法院出具调解书,故人民法院不应准许,同时应当继续对原债权债务关系进行审理。”2014年的《北京市高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件若干疑难问题的会议纪要》第25条规定:“当事人在民间借贷债务履行期限届满后签订合同约定以房抵债,性质上属于债务履行方式的变更,贷款人要求继续履行合同办理房屋过户登记手续的,应予支持。借款人认为抵债价格明显过低,显失公平的,可以参照本纪要第24条第2款规定处理。”该规定也承认了债权人可请求履行新债务,但是将之定位为合同变更更有失妥当。

[19]最高人民法院(2015)民申字第3114号民事判决书中,法院认为:“合同约定‘2011年6月1日至2012年5月31日为合同有效期限’,因合同有效与否属于司法权裁判范畴,并非由当事人自由约定,故该约定的真实意思表示实为合同的存续期间。该存续期间届满,合同的权利义务终止。”

[20][德]施瓦布.民法导论.郑冲,译.北京:法律出版社,2006:611.

[21]朱广新.合同法总则研究:下册.北京:中国人民大学出版社,2018:399.

[22]王利明.合同法研究:第二卷.北京:中国人民大学出版社,2015:254.

[23]实践中误用的整理,参见李宇.后合同义务之检讨.中外法学,2019(5):

1274-1286.本条释义中很多案例受惠于该论文中的整理，在此一并说明。

[24]在“唐学富、庞华与合肥建鑫房地产开发有限公司给付瑕疵担保责任纠纷案”[最高人民法院公报，2020（2）]中，一审法院认为，被告合肥建鑫公司未提供证据证明其在签订合同之后采用适当的方式向承租方合肥君悦公司告知房产所有权发生转移，也未就租赁关系的变更办理任何手续，更未就其申请查封设备作出适当安排，致使原告唐学富、庞华既无法以出租人的身份主张租金，也无法以所有权人的身份实际使用房屋，故合肥建鑫公司没有及时履行后合同义务，亦构成不适当履行合同，应承担损害赔偿责任。

[25]李宇.后合同义务之检讨.中外法学，2019（5）：1275.

[26]参见江苏省南通市中级人民法院（2005）通中民一终字第0760号判决书、上海市第一中级人民法院（2009）沪一中民二（民）终字第83号民事判决书。

[27]参见北京市第一中级人民法院（2017）京01民终5918号民事判决书，本案中，法院以《合同法》第60条、92条为依据判决买受人履行其与出卖人就货物质量达到的保密协议。

[28]韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：643.

[29]参见河南省郑州市中级人民法院（2011）郑民三初字第322号民事判决书。

[30]参见上海市第二中级人民法院（2014）沪二中民四（商）终字第567号民事判决书。

[31]参见浙江省义乌市法院（2013）金义商初字第2025号民事判决书、北京市朝阳区人民法院（2015）朝民（知）初字第47881号民事判决书、山东省高级人民法院（2016）鲁民终15号民事判决书。

[32]参见最高人民法院（2017）最高法民终730号民事判决书。本案中，一审法院认定开具发票为“附随的法定义务”，二审法院认定其为法定义务且当事人之间有明确约定。另见最高人民法院（2017）最高法民终603号民事判决书。本案中，法院认为依据《合同法》第92条当事人于合同终止后仍应履行合同中约定的开具发票义务。无论是否有约定，开具发票义务是否属于后合同义务确有争议，第一种观点认为开具发票义务属于税法上的义务，无论是否订入合同，当事人均有权主张该合同义务，参见最高人民法院（2014）民一终字第4号民事判决书；第二种观点认为，开具发票属于行政法律关系，不属于民事纠纷，参见最高人民法院（2018）最高法民申1395号民事裁定书。本释义认为，开具发票是税法义务，但是，向对方当事人开具发票则是合同义务的一种。

[33]明确论及交易习惯的，参见上海市第二中级人民法院（2010）沪二中民二（民）终字第1118号民事判决书，本案中法院认为后合同义务内容根据交易习惯确定；北京

市第二中级人民法院（2017）京02民终11892号判决书。

[34]最高人民法院研究室.最高人民法院关于合同法司法解释（二）理解与适用.北京：人民法院出版社，2009：166.

[35]参见北京市第一中级人民法院（2016）京01民终3263号民事判决书。

[36]参见成都铁路运输中级法院（2013）成铁中民终字第18号民事判决书。

[37]参见最高人民法院（2011）民二终字第63号民事判决书。本案中，二审法院认为，《代持协议》属于委托合同，委托合同终止后，受托人首都机场应当履行协助委托人广联公司处置股权和领取分红款的义务。

[38]参见广东省高级人民法院（2007）粤高法民一终字第262号民事判决书。

[39]参见安徽省高级人民法院（2019）皖民再133号民事判决书。

[40]参见广东省广州市中级法院（2010）穗中法民一终字第2645号民事判决书。

[41]参见最高人民法院（2013）民申字第718号民事裁定书。本案中，法院认为：“由于福瑞研究所已交付涉案相应技术，合同解除后即使返还相关技术资料已不得使其回复至未交付前的状态，根据《中华人民共和国合同法》第九十二条的规定，济川公司应根据诚实信用原则对本案合同履行期间知悉的盐酸罗哌卡因原料与注射剂技术承担保密义务，且未经福瑞研究所同意，不得利用其所掌握的上述技术单独或者与其他单位合作申请该药品的注册与生产批件。”类似判决还可参见四川省高级人民法院（2006）川民终字第129号民事判决书。

[42]参见江苏省高级人民法院（2018）苏民终1170号民事判决书。

[43]对以私法手段实现环保义务所存在的一些障碍的说明，参见贺剑.绿色原则与法经济学.中国法学，2019（2）：113-116.

[44]韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：643.

[45]王泽鉴.民法学说与判例研究.重排合订本.北京：北京大学出版社，2015：380.

[46]焦富民.后合同责任制度研究.河北法学，2005（11）：66；最高人民法院研究室.最高人民法院关于合同法司法解释（二）理解与适用.北京：人民法院出版社，2009：166.

[47]从立法立场认为后合同义务不必要且不正当的观点，参见李宇.后合同义务之检讨.中外法学，2019（5）：1286.

[48]李宇.后合同义务之检讨.中外法学，2019（5）：1273.

[49]最高人民法院研究室.最高人民法院关于合同法司法解释(二)理解与适用.北京:人民法院出版社,2009:166.

[50]同样认为应当考虑行为人的过错的,参见孙维飞.《合同法》第42条(缔约过失责任)评注.法学家,2018(1):187.

[51]郑玉波.民法债编总论.北京:中国政法大学出版社,2004:465.

[52]《全国法院民商事审判工作会议纪要》第54条“独立担保”规定:“从属性是担保的基本属性,但由银行或者非银行金融机构开立的独立保函除外。独立保函纠纷案件依据《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》处理。……”

[53]邱聪智.新订民法债编通则:下册.北京:中国人民大学出版社,2004:442;孙森焱.民法债编总论:下.北京:法律出版社,2006:830;朱广新.合同法总则研究:下册.北京:中国人民大学出版社,2018:516。《瑞士债务法》第114条则规定:“已产生的利息,仅在依约定或者依据情事可得出债权人有权在债务消灭后行使利息债权的情形,始得在债务消灭后请求。”

[54]《德国民法典》第368、371条、《瑞士债务法》第88条、《意大利民法典》第1191条第1款、《日本民法典》第486、487条、我国台湾地区“民法”第308、324条。

[55]同样观点,参见王利明.合同法研究.第二卷.北京:中国人民大学出版社,2015:253;王洪亮.债法总论.北京:北京大学出版社,2016:162;朱广新.合同法总则研究:下册.北京:中国人民大学出版社,2018:561.立法例参见《法国民法典》第1342-9条、《瑞士债务法》第89条、《意大利民法典》第1191条第2款、我国台湾地区“民法”第325条。

[56]参见《德国民法典》第366-367条、《法国民法典》第1253-1256条、《瑞士债务法》第85-87条、《意大利民法典》第1193-1194条、《日本民法典》第488-491条、我国台湾地区“民法”第321-333条、《国际商事合同通则》(PICC)第6.1.12条、DCFR第III-2:110条。关于履行抵充的历史溯源,参见齐云.抵充制度的起源、术语及体系研究.政治与法律,2008(12)。

[57]《德国民法典》第396条、我国台湾地区“民法”第342条对此明文规定。

[58]最高人民法院研究室.最高人民法院关于合同法司法解释(二)理解与适用.北京:人民法院出版社,2009:158;孙森焱.民法债编总论:下.北京:法律出版社,2006:868。《日本民法典》第492条对此明确规定。

[59]史尚宽.债法总论.北京:中国政法大学出版社,2000:793.PICC第6.1.13条明确规定了非金钱债务的履行抵充。

[60]黄立.民法债编总论.北京:中国政法大学出版社,2002:687.

[61][日]我妻荣.新订债权总论.王赓,译.北京:中国法制出版社,2008:260;欧洲民法典研究组,欧盟现行私法研究组.欧洲私法的原则、定义与示范规则:第1-3卷.高圣平,等译.北京:法律出版社,2014:654.

[62]史尚宽.债法总论.北京:中国政法大学出版社,2000:794.

[63]史尚宽.债法总论.北京:中国政法大学出版社,2000:794;孙森焱.民法债编总论:下.北京:法律出版社,2006:869.

[64]史尚宽.债法总论.北京:中国政法大学出版社,2000:795.

[65]黄文煌.清偿抵充探微.中外法学,2015(4):998.

[66]黄文煌.清偿抵充探微.中外法学,2015(4):998.最高人民法院的理由是,审判实践中尚未遇到债务人指定抵充的案例,参见最高人民法院研究室.最高人民法院关于合同法司法解释(二)理解与适用.北京:人民法院出版社,2009:154.但是,在该解释出台之前,实践中已经有相关案例出现,例如浙江宁波市江北区人民法院(2008)甬北民二初字第422号民事判决书中,法院认为:“应尊重债务人指定抵充的权利,在债权人与债务人双方未达成抵充合意的情况下,各国民法无例外地规定债务人有权以其单方面的意思表示,决定其给付系清偿何宗债务,这无疑符合私法自治的本义。因为清偿的给付行为,由债务人为之,自然应当尊重其意思。”同样观点的案例,参见浙江绍兴市中级人民法院(2009)浙绍商终字第612号民事判决书、江苏盐城市人民法院(2013)盐商初字第0152号民事判决书。

[67]否定观点,参见黄文煌.清偿抵充探微.中外法学,2015(4):994.

[68]例如,《法国民法典》第1255条、《日本民法典》第488条第2款、PICC第6.1.12条第2款、DCFR第III-2:110条第2-3款。

[69]韩世远.合同法总论.北京:法律出版社,2018:429;曲佳,翟云岭.论清偿抵充.法律科学,2014(3);黄文煌.清偿抵充探微.中外法学,2015(4):995.

[70]参见《瑞士债务法》第86条第2款的规定。

[71]王洪亮.债法总论.北京:北京大学出版社,2016:162.

[72]该观点,参见最高人民法院民事审判第二庭.最高人民法院关于民事案件诉讼时效司法解释理解与适用.北京:人民法院出版社,2008:380.

[73]黄文煌.清偿抵充探微.中外法学,2015(4):1401.《日本民法典》第488条第4款第2项、我国台湾地区“民法”第322条第2项。

[74]欧洲民法典研究组,欧盟现行私法研究组.欧洲私法的原则、定义与示范规则:第1-3卷.高圣平,等译.北京:法律出版社,2014:655.不同观点则认为,连带债

务并非担保，但是，连带债务对比单独的债务，由于前者中债务人可能享有追偿权，故后者对债务人的负担较重，同样应当被优先抵充。两种观点之间的差异在于无其他担保的连带债务与有担保的单独债务之间的抵充顺序。

[75][德]梅迪库斯.德国债法总论.杜景林, 卢谔, 译.北京: 法律出版社, 2004: 190; 黄文煌.清偿抵充探微.中外法学, 2015(4): 1002.

[76]黄文煌.清偿抵充探微.中外法学, 2015(4): 996.

[77]韩世远: 合同法总论.北京: 法律出版社, 2018: 429.

[78][日]我妻荣.新订债权总论.王赓, 译.北京: 中国法制出版社, 2008: 258; 黄文煌.清偿抵充探微.中外法学, 2015(4): 996.

[79]在有些立法例中，债务到期的先后在法定抵充顺位中，是首先要被考虑的，例如PICC第6.1.12条第3款(a)“到期的债务，或者首先到期的债务”，DCFR第III-2: 110条第4款(a)同样如此。同时，也有些立法例在这一顺序中，考虑的是债务发生的时间，例如PICC第6.1.12条第3款(d)、DCFR第III-2: 110条第4款(d)、《德国民法典》第366条第2款。事实上，法定抵充顺序的确定因素在各个立法例中并不完全相同。

[80][德]卡纳里斯.德国商法.杨继, 译.北京: 法律出版社, 2006: 61; 黄文煌.清偿抵充探微.中外法学, 2015(4): 1002.也有观点认为，诉讼时效届满的时间可纳入担保因素予以考量，参见[德]罗歇尔德斯.德国债法总论.沈小军, 张金海, 译.北京: 中国人民大学出版社, 2014: 140.

[81]王洪亮.债法总论.北京: 北京大学出版社, 2016: 163.

[82]史尚宽.债法总论.北京: 中国政法大学出版社, 2000: 798.

[83]欧洲民法典研究组，欧盟现行私法研究组.欧洲私法的原则、定义与示范规则: 第1-3卷.高圣平, 等译.北京: 法律出版社, 2014: 655.相同立法例，参见《德国民法典》第367条第2款、PICC第6.1.12条第1款、DCFR第III-2: 110条第1款。

[84]DCFR第III-2: 110条第5款明确承认了“债权人就抵充有不同要求的除外”。

[85]参见广西壮族自治区高级人民法院(2019)桂民终534号民事判决书、吉林省高级人民法院(2019)吉民再223号民事判决书、重庆市高级人民法院(2013)渝高法民终字第00259号民事判决书、江苏省徐州市中级人民法院(2012)徐商初字第00125号民事判决书。

[86]关于逾期利息，有约定的按照约定，但不得超过法定利率限制；无约定的，按照相关规范处理。例如，《民间借贷司法解释》第29条规定：“借贷双方对逾期利率有约定的，从其约定，但以不超过年利率24%为限。未约定逾期利率或者约定不明

的，人民法院可以区分不同情况处理：（一）既未约定借期内的利率，也未约定逾期利率，出借人主张借款人自逾期还款之日起按照年利率6%支付资金占用期间利息的，人民法院应予支持；（二）约定了借期内的利率但未约定逾期利率，出借人主张借款人自逾期还款之日起按照借期内的利率支付资金占用期间利息的，人民法院应予支持。”同时，值得注意的是，按照《全国法院民商事审判工作会议纪要》的观点，法院裁判贷款利息的基本标准应改为全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率（LPR）。

[87]黄文煌.清偿抵充探微.中外法学，2015（4）：1005；邱聪智.新订民法债编通则：下.北京：中国人民大学出版社，2004：461；[日]我妻荣.新订债权总论.王赓，译.北京：中国法制出版社，2008：259.

[88]具体的案例整理，参见黄文煌.清偿抵充探微.中外法学，2015（4）：1006-1007.

[89]《民间借贷司法解释》第30条规定：“出借人与借款人既约定了逾期利率，又约定了违约金或者其他费用，出借人可以选择主张逾期利息、违约金或者其他费用，也可以一并主张，但总计超过年利率24%的部分，人民法院不予支持。”

[90]最高人民法院作出的法复[1996]7号《关于逾期付款违约金应当依据何种标准计算问题的批复》、法释[1999]8号《关于逾期付款违约金应当按照何种标准计算问题的批复》、法释[2000]34号《关于修改〈关于逾期付款违约金应当按照何种标准计算问题的批复〉的批复》、法释[2012]8号《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第24条。

[91]黄文煌.清偿抵充探微.中外法学，2015（4）：1008.

[92]采取前种观点的，参见[德]罗歇尔德斯.德国债法总论.沈小军，张金海，译.北京：中国人民大学出版社，2014：141；案例参见浙江省温州市瓯海区人民法院（2009）温瓯商初字第758号民事判决书。采取后种观点的，参见郑玉波.民法债编总论.北京：中国政法大学出版社，2004：499；朱广新.合同法总则研究：下.北京：中国人民大学出版社，2018：530；黄文煌.清偿抵充探微.中外法学，2015（4）：1009.

[93]欧洲民法典研究组，欧洲现行私法研究组.欧洲私法的原则、定义与示范规则：第1-3卷.高圣平，等译.北京：法律出版社，2014：737.

[94]韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：649；赵文杰.《合同法》第94条（法定解除）评注.法学家，2019（4）：175.

[95]赵文杰.《合同法》第94条（法定解除）评注.法学家，2019（4）：176.

[96]王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：247；朱广新.合同法总则研究：下册.北京：中国人民大学出版社，2018：511-512.

[97]刘贵祥.执行程序中租赁权的认定与处理.人民法院报,2014-05-28(8).最高人民法院执行局《关于山东省高级人民法院关于被执行人擅自出租已查封的财产执行程序中人民法院排除执行妨害能否认定该合同无效或者解除租赁合同的请示的函》([2009]执他字第7号函):“在执行程序中被执行人擅自处分的查封物,包括本案中以出租的形式妨害查封效果的行为,执行法院有权以裁定形式直接予以处理。根据最高人民法院《关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第26条,被执行人擅自处分查封物,与第三人签订的租赁合同,并不当然无效,只是不得对抗申请执行人。第三人依据租赁合同占有查封物的,人民法院可以解除其占有,但不应当在裁定中直接宣布租赁合同无效或解除租赁合同,而仅应指出租赁合同不能对抗申请执行人。”

[98]《城镇房屋租赁合同司法解释》第8条:“因下列情形之一,导致租赁房屋无法使用,承租人请求解除合同的,人民法院应予支持:(一)租赁房屋被司法机关或者行政机关依法查封的;……”

[99]同样观点,参见崔建远.合同解除的疑问与释答.法学,2005(9):73-74.例如,《外商投资纠纷司法解释》第5条:“外商投资企业股权转让合同成立后,转让方和外商投资企业不履行报批义务,经受让方催告后在合理的期限内仍未履行,受让方请求解除合同并由转让方返还其已支付的转让款、赔偿因未履行报批义务而造成的实际损失的,人民法院应予支持。”第6条第2款:“转让方和外商投资企业拒不根据人民法院生效判决确定的期限履行报批义务,受让方另行起诉,请求解除合同并赔偿损失的,人民法院应予支持。……”《矿业权纠纷司法解释》第8条规定:“矿业权转让合同依法成立后,转让人无正当理由拒不履行报批义务,受让人请求解除合同、返还已付转让款及利息,并由转让人承担违约责任的,人民法院应予支持。”

[100]类似观点,参见崔建远.合同解除的疑问与释答.法学,2005(9):74-75.在保险合同中,《保险法》第16条第2款规定:“投保人故意或者因重大过失未履行前款规定的如实告知义务,足以影响保险人决定是否同意承保或者提高保险费率的,保险人有权解除合同。”但是,此时保险合同也是可撤销的合同,就会出现保险人的解除权和撤销权之间的关系问题,例如:投保人非故意或者重大过失的行为,是否仍可能构成合同撤销权;合同撤销权的除斥期间是撤销权人知道或者应当知道撤销事由之日起1年,而解除权依据《保险法》第16条第3款,自保险人知道有解除事由之日起30日不行使而消灭,并且有2年的最长期限限制(2年后的不可争辩),在解除权消灭后保险人是否可以行使撤销权;保险合同解除,投保人故意的情形,保险人无须退还保险费,重大过失则需要退还保险费,而无论是基于欺诈还是重大误解撤销合同,都会产生保险费退还(返还财产)的效果。对此存在不同观点。一种观点主张以解除权排除撤销权;另一种观点主张两者可择一适用。本释义采取前一种观点。针对投保人违反告知义务导致保险人基于错误的意思表示承保,《保险法》第16条第2、3款已经赋予保险人解除合同的特殊救济的权利,但保险人怠于行使该权利,再以欺诈为由撤销合同,将导致保险法的不可争辩条款和特殊除斥期间条款形同具文;同时,《保险法》第16条第4、5款区分投保人的故意和重大过失规定了解除后的特殊责任后果,如果允

许保险人撤销，则又会使得后果的特殊规定落空。这种观点有助于加大保险公司全面严格审核的义务，增加投保人对保险合同的信赖，吸引投保人从而对保险人在商业上也是有利的，最终有助于保险行业的健康发展。

[101]韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：650-652.

[102]赵文杰.《合同法》第94条（法定解除）评注.法学家，2019（4）：176-177.

[103]韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：695.

[104]最高人民法院（2016）最高法民终802号民事判决书[最高人民法院公报，2017（12）]中，法院认为：“该函虽未明示同意解除合同，但并未主张继续履行合同，反而对合同解除后如何处理提出要求，即要求返还保证金及支付交易费，该回复函应认定为表示同意解除合同。”最高人民法院（2013）最高法民四终字第16号民事判决书中，法院认为：“经双方协商，香港豪德公司于2005年6月10日至11月18日期间，分27笔退还香港龙采公司投资款3450万元，香港龙采公司接受了退款。双方协商以及退款、收款行为表明双方同意解除合作合同，而不是香港豪德公司单方解除合同。”最高人民法院（2008）民抗字第104号民事判决书中，法院认为：“发展公司接到石油公司提前终止合同的要约后，其在电报回复中，虽然没有明确表示同意或不同意，但提出了因终止合同造成的经济损失（车修费）由石油公司承担的要求，反映其同意解除合同的意思表示。”浙江省绍兴市中级人民法院（2010）浙绍民再终字第8号民事判决书中，法院认为：“2008年12月23日，李某某方向五菱公司出具载明收到租赁物钥匙及租赁期间拆除房屋的补偿款15000元等内容的收条一份，本院认为，该收条表明双方无继续履行合同之意愿，应视为双方已合意解除了租赁合同，原审以此作为合同解除时间点进而确定上诉人所欠租金及应支付滞纳金数额并无不当。”

[105]北京市第一中级人民法院（2012）一中民终字第12213号民事判决书中，法院认为：“并考虑之前发回重审案件的庭审中，双方均表示不再继续履行广告位合作协议，故歌华广告公司与金凯鑫公司之间的合同应予解除。”上海市第二中级人民法院（2007）沪二中民四（商）终字第396号民事判决书中，法院认为：“上诉人于本案审理中坚持要求解除争诉合同，被上诉人于2007年2月14日表示同意解除，上诉人、被上诉人的意思表示符合合同法有关协议解除之规定，合同自2007年2月14日解除。”

[106]最高人民法院（2017）最高法民再54号民事判决书、（2017）最高法民申3629号民事裁定书、（2017）最高法民再316号民事判决书、（2015）民一终字第4号民事判决书、（2008）最高法民提字第22号民事判决书。

[107]最高人民法院（2016）最高法民申213号民事裁定书中，法院认为：“解除合同协议的有效成立，也必须满足合同成立的一般要件。即，一是在合同的订立方式上，要通过要约和承诺的方式订立；二是在合同的内容上要具体确定，合同中不仅要有消灭既存合同关系的内容，也要包括已经履行部分是否返还、责任如何分担等结算

和清理内容。本案虽然中行桂林分行诉请解除《房屋合作开发协议书》，全兴公司在诉讼中表示同意解除，但对于合同解除后的结算和清理事项并未形成一致的意思表示，故双方当事人协商解除合同的合意并未有效成立。”同样观点，参见最高人民法院（2017）最高法民再315号民事判决书、（2015）民一终字第156号民事判决书。

[108]《四川省高级人民法院关于审理合同解除纠纷案件若干问题的指导意见》第18条规定：“当事人仅对合同解除协商一致，未对合同清结形成一致意见，一方当事人起诉要求清结合同的，人民法院应当根据合同法第九十七条的规定予以处理。”

[109]《上海市高级人民法院关于处理房屋租赁纠纷若干法律适用问题的解答（三）》（沪高法民一[2005]16号）第33条规定：“如何确定合同解除的时间？一般情况下，可以分以下三种情况：1.诉讼之前，双方当事人协商解除租赁合同的，协商确定之日为合同解除之日；……3.一方当事人行使合同解除权，对方有异议提起诉讼，经法院审理认为该当事人无合同解除权，但双方当事人在诉讼中均同意解除合同的，可以在判决或调解书中明确合意解除之日为合同解除之日。”

[110]《吉林省高级人民法院民二庭关于商事案件适用合同解除制度若干问题的解答》第31条中规定，解除协议明确导致合同解除的原因系一方当事人违约，但约定放弃追究违约方违约责任权利的，守约方要求违约方承担违约责任，人民法院不予支持；解除协议明确导致合同解除的原因系一方当事人违约，未约定放弃追究违约方违约责任权利，但未对违约责任进行约定的，守约方依据原合同的约定要求违约方承担违约责任的，人民法院应予支持；解除协议明确导致合同解除的原因系一方当事人违约，且对违约责任进行了重新约定的，守约方依据解除协议的约定要求违约方承担违约责任的，人民法院应予支持。

[111]《吉林省高级人民法院民二庭关于商事案件适用合同解除制度若干问题的解答》第31条中规定，解除协议未明确导致合同解除的原因系一方当事人违约，一方当事人要求对方当事人承担违约责任的，人民法院不予支持。就此而言，该规定似乎有待商榷，参见最高人民法院民事审判第二庭：《全国法院民商事审判工作会议纪要》理解与适用。北京：人民法院出版社，2019：324。

[112]最高人民法院（2014）民一终字第4号民事判决书中，法院认为：“《协议书》签订的目的及意义是解除之前双方签订的《建筑工程施工合同》及其补充协议，并就解除后的双方权利义务作出重新约定。因此，在《协议书》无明确约定时，应当认定《建筑工程施工合同》及其补充协议都已被解除，其内容不再拘束双方当事人。”

[113]最高人民法院（2012）民申字第1542号民事判决书中，法院认为：“……附解除条件的合同，自条件成就时失效。一般认为，合同所附解除条件是对合同所加的附款，通常与合同自身的内容以及合同的履行行为本身无关。合同约定的解除条件则是指当事人在合同中约定了解除合同的条件，合同的解除条件成就时，解除权人可以依照法律规定的程序和方式解除合同。……从约定的内容看，该项约定在天圣公司不支付约定款项的情况下，赋予了国栋公司停止向天圣公司进行技术转让的权利，并且

不退还天圣公司已支付款项。这实际上是约定了在天圣公司出现违约的情况下，国栋公司享有的权利以及所产生的相应法律后果。从该约定与整个技术转让合同的关系看，该约定被规定在本案技术转让合同的第十三条即违约责任条款中。显然，合同双方当事人约定该项的目的在于防范一方的违约行为，而不是简单地通过附款限制本案技术转让合同的效力。……”广东省高级人民法院（2018）粤民申2052号民事判决书中，法院认为：“当事人在上述条款中明确约定了应退回已付转让款及已转让债权的具体条件，且并未将一方当事人行使解除权作为条件之一。在上述条款约定的条件成就之时，无须当事人行使解除权，就能发生双方分别退回已收取的转让款、已转让债权的法律效果。此法律效果应当理解为债权转让协议失效的法律后果，而非合同当事人行使解除权的法律后果。”

[114]朱广新.合同法总则研究：下册.北京：中国人民大学出版社，2018：609；崔建远.附解除条件不同于合同解除.法学杂志，2015（7）：30-38.

[115]最高人民法院（2018）最高法民终863号民事判决书中，法院认为：“单从上述第1点来看，任何一方只要有任何违约行为并给对方造成损失的，不论违约程度轻重、损失后果大小，守约方均有权解除合同。虽然该约定将守约方行使合同解除权的条件限定为一方违约且同时造成对方损失，但由于客观上违约与损失息息相关，该条款实质仍着眼于只要发生了违约，则守约方即有权解除合同。如此一来，显然泛化了作为合同约定解除条件的违约行为，将所有违约行为不加区分同质化，若简单依此履行，必将造成解除合同过于随意，增加了合同被解除的风险，不利于交易安全和稳定。故，上述第1点虽在形式上约定了合同解除的条件，但实属对解除条件约定不明。合同当事人出现违约情形时，不能当然以此为由主张解除合同，而应当结合合同履行情况、违约程度等因素，从合理平衡双方利益出发，慎重判断合同是否符合法定解除条件。”

[116]最高人民法院（2016）最高法民终715号民事判决书中，法院认为：“此外，《合同法》第九十三条规定了当事人的约定解除权，第九十四条规定了当事人的法定解除权，两者之间在行使上并不矛盾或互相排斥，在当事人未行使约定解除权、但符合法定解除条件时，可行使法定解除权解除合同。”

[117]关于不可抗力免责的规定是强制性规定故不可被强制排除的案例，参见最高人民法院（2008）民一抗字第20号民事判决书、广州市中级人民法院（2017）粤01民终14456号民事判决书；不同观点的案例参见上海市高级人民法院在（2019）沪民终298号民事判决书。

[118]王轶.新冠肺炎疫情、不可抗力和情势变更.法学，2020（3）.类似观点，参见Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016，Article 7.1.7，Comment 4.

[119]《全国法院民商事审判工作会议纪要》第47条“约定解除的条件”规定：“合同约定的解除条件成就时，守约方以此为请求解除合同的，人民法院应当审查违约

方的违约程度是否显著轻微，是否影响守约方合同目的实现，根据诚实信用原则，确定合同应否解除。违约方的违约程度显著轻微，不影响守约方合同目的实现，守约方请求解除合同的，人民法院不予支持；反之，则依法予以支持。”

[120]最高人民法院民事审判第二庭.《全国法院民商事审判工作会议纪要》理解与适用.北京：人民法院出版社，2019：315.

[121]最高人民法院民事审判第二庭.《全国法院民商事审判工作会议纪要》理解与适用.北京：人民法院出版社，2019：315.

[122]最高人民法院（2014）民申字第30号民事裁定书中，法院认为：“《通讯花苑合作销售协议》虽约定在代理期限内，三方均不得单方面终止本协议。但合同解除权是法律赋予合同当事人的一项法定权利，该权利的行使不因合同双方作出的排斥性约定而归于消灭。因此，二审法院认定《通讯花苑合作销售协议》已依法解除，在事实认定和法律适用方面并无不妥。”《吉林省高级人民法院民二庭关于商事案件适用合同解除制度若干问题的解答》中认为：“合同法第九十四条规定的‘法定解除权’是合同法赋予当事人的一项重要合同救济权利，如果确立当事人在合同中约定预先放弃法定解除权这一规则，其将不可避免地成为占优势地位的合同当事人签订不平等合同条款的工具，违反合同法第五条的公平原则和第六条的诚实信用原则。因此，合同中有关预先放弃法定解除权的条款应当认定无效。”

[123]Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016，Article 7.3.1，Comment 1，2.

[124]相同模式的还有CISG第25条、第49条第1款b、第64条第1款b；PICC第7.3.1、7.3.5条；PECL第8：103条。

[125]崔建远.论合同目的及其不能实现.吉林大学社会科学学报，2015（3）：40-50.

[126]最高人民法院（2009）民提字第125号民事判决书[最高人民法院公报，2010（5）]中，法院认为：“不良金融资产转让协议之目的是公平合规地完成债权及实物资产的顺利转让，在未对受让人是否能够清收债权及清收债权的比例作出承诺和规范的情况下，受让人以合同预期盈利目的不能实现为由提出解除合同的诉讼请求，人民法院不予支持。”

[127]江苏省南通市中级人民法院（2015）通中民终字第03134号民事判决书[最高人民法院公报，2017（9）]中，法院认为：“首先，合同目的包括客观目的和主观目的。客观目的即典型交易目的，当事人购房的客观目的在于取得房屋所有权并用于居住、孩子入学、投资等，影响合同客观目的实现的因素有房屋位置、面积、楼层、采光、质量、小区配套设施等，客观目的可通过社会大众的普通认知标准予以判断。主观目的为某些特定情况下当事人的动机和本意。一般而言，《中华人民共和国合同法》第九十四条第一款第四项中的合同目的不包括主观目的，但当事人将特定的主观

目的作为合同的条件或成交的基础，则该特定的主观目的客观化，属于《中华人民共和国合同法》第九十四条的规制范围。”

[128]最高人民法院（2016）最高法民再251号民事判决书中，法院认为：“首先，要明确是否致使合同目的落空是能否行使合同法定解除权的判断标准。我国合同法中，法定解除的认定标准是违约后果是否足够严重而非所违反的条款本身是否重要。虽然上述二者之间可能存在逻辑关联，但强调以违约结果的严重性作为法定解除认定标准的落脚点，本身就是对合同法定解除权的限制。故在判断违约行为是否足以导致合同法定解除时，不能简单地由所违反条款的性质推断根本违约，而必须讨论这一违约是否会产生合同目的落空的结果。”

[129]参见PICC第7.3.1条第2款、CISG第25条、DCFR第3-3：502条。

[130]最高人民法院（2006）民二抗字第28号民事判决书中，法院认为，卖方提供的原料未能通过国家规定的标准，导致买方生产的产品无法办理相关批准证书，不能合法销售，致使约定内容失去履行基础的，属于卖方未能按约履行合同义务，应当认定合同目的不能实现，买方有权解除合同。广东省深圳市中级人民法院（2017）粤03民终10534号民事判决书中，法院认为：“无论是否为了方便上市的目的，绿叶化工公司将业务和资产剥离至绿叶农化公司的行为，都属于《股权代持协议》中约定的影响到委托人纳菲尔公司权益的行为，作为受托人的康通公司在行使表决权和签署相关协议时，理应事前征得纳菲尔公司同意或事后追认。……但是，尽管存在上述违约行为，本院于如下理由，并不能认定纳菲尔公司合同目的不能实现：首先，绿叶化工公司将业务和资产剥离至绿叶农化公司的行为，属于重大资产重组和经营行为，即使纳菲尔公司不同意，在其股权实际由康通公司代持的情况下，康通公司在绿叶化工公司形式上仅仅为占股11.11%股东，并不能将代持的纳菲尔公司实际拥有的2%股份拆分出来单独行使否决权，因此并不能阻止绿叶化工公司相关决议的通过。……其次，也是最重要的，虽然绿叶化工公司将业务和资产剥离至绿叶农化公司，但依据2010年11月20日康通公司与绿叶化工公司签订《股权转让协议》，以及2010年12月1日绿叶化工公司股东会决议，绿叶化工公司各股东按照持有的实际股份比例，对应获得绿叶农化公司，同时保留绿叶化工公司及各股东在该公司股权（比例不变）。因此，康通公司其后向纳菲尔公司发出的《绿叶股权代持补充协议》，对继续代持纳菲尔公司在绿叶农化公司的股权予以承认，双方可以通过签订此补充协议进一步完善。也就是说，纳菲尔公司此前在绿叶化工公司投资权益并没有缺失。”

[131]Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016，Article 7.3.1，Illustration 3.

[132]最高人民法院（2006）民二终字第111号民事判决书中，法院认为，因卖方少交货及与合同约定质量不符部分货物的价值约占合同总金额的8%，不仅违约部分价值不高，而且并未因此实质剥夺买方再次转售从而获取利润的机会，并不影响合同目的的实现，买方可以以现金补偿的方式予以救济。迟延履行或其他违约行为在影响合同目的实现的情况下构成合同解除的法定条件，如未影响合同目的的实现，当事人不

得依此要求解除合同。

[133]最高人民法院（2006）民一监字第162-1号民事裁定书中，法院认为，当事人双方签订以取得项目转让款为目的的合同，因一方违约行为持续多年，致使涉案项目长期无法完成，其虽认可双方确认的项目转让尾款，但未能作出愿意支付项目尾款并有能力支付该笔款项的明确意思表示。转让方通过该项目转让合同所享有的利益无法实现，故对转让方行使法定解除权的行为应予支持。

[134]赵文杰.《合同法》第94条（法定解除）评注.法学家，2019（4）：187.参见最高人民法院（2017）最高法民申919号民事裁定书。

[135]最高人民法院（2009）民提字第125号民事判决书[最高人民法院公报，2010（5）]中，法院认为，转让方未依约在实物资产所在地共同填写实物资产交接单，属一般违约行为，并不影响受让方清收债权，应属实物资产交付中的履约瑕疵，并非迟延履行主要债务，未影响合同目的，当事人不得依此要求解除合同。

[136]Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016，Article 7.3.1，Comment 3（b）.

[137]赵文杰.《合同法》第94条（法定解除）评注.法学家，2019（4）：187.参见最高人民法院（2017）最高法民申919号民事裁定书。

[138]欧洲民法典研究组，欧盟现行私法研究组.欧洲私法的原则、定义与示范规则：第1-3卷.高圣平，等译.北京：法律出版社，2014：770-771.关于违反义务的故意，PICC第7.3.1条（2）（c）将其作为独立的考量因素，而DCFR第3-3：502条（2）（a）将其与是否使得债权人无理由认为无法信赖债务人将来的履行联系在一起。

[139]Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016，Article 7.3.1，Illustration 5.

[140]欧洲民法典研究组，欧盟现行私法研究组.欧洲私法的原则、定义与示范规则：第1-3卷.高圣平，等译.北京：法律出版社，2014：740.

[141]最高人民法院（2009）民提字第125号民事判决书中，法院认为，银行不良金融债权以资产包形式整体出售转让的，资产包内各不良金融债权的可回收比例各不相同，而资产包一旦形成，即具有不可分割性。因此，资产包整体买进后，如需解除合同，也必须整体解除，将资产包整体返还。银行不良金融债权的受让人在将资产包中相对优质的债权变卖获益后，又通过诉讼请求部分解除合同，将资产包中其他债权返还的，人民法院不予支持。“董明树与朱宪军、李文科股权转让合同纠纷上诉案”（民事审判指导与参考，2010年第3辑.北京：法律出版社，2011：188）中，法院认为：“《中天仕翔全盘整合协议书》是一份由多方当事人参加的全面合作协议。朱宪军、李文科诉请解除《中天仕翔全盘整合协议书》的第1、3、5、8条，涵盖了全盘整合的总体目标、仕翔公司股权整合目标以及资金整合目标等，这些条款构成了《中天

仕翔全盘整合协议书》的主要内容，如被单独解除将严重影响《中天仕翔全盘整合协议书》目的的实现，不利于仕翔公司和中天仕翔公司的经营和发展，也不利于维护已经发生的交易关系的稳定和公司股东的利益，因而不应被解除。”

[142]参见DCFR第3-3：506条规定：“（1）债务人因合同而产生的债务不可分时，债权人只能解除全部合同关系。（2）债务人因合同而产生的债务，将被分开履行或以其他方式分割时：（a）根据本节规定有理解除与对待履行相对应的某部分债务的，债权人有权就该部分解除合同关系；（b）只有在债权人不可能接受其他部分债务的履行或存在解除全部合同关系的理由时，债权人才可以解除全部合同关系。”

[143]石宏.中华人民共和国民法总则：条文说明、立法理由及相关规定.北京：北京大学出版社，2017：423-424.

[144]王利明.民法总则详解：下.北京：中国法制出版社，2017：831.最高人民法院（2019）最高法民终283号民事判决书中，法院认为：“（双方）在合作协议第13.2条中进一步明确：‘不可抗力’是指双方不能合理控制、不可预见或即使预见亦无法避免的事件，该等事件妨碍、影响或延误任何一方根据本协议履行其全部或部分义务。该等事件包括但不限于一定级别的风、雨、雪、洪、震等自然灾害、火灾、战争、骚乱、罢工、政府行为、法律法规及规章政策变动或任何其他类似事件。本案根据查明的事实，双方合作协议系因政府政策调整的原因导致不能履行，是当事人不能预见、不能避免的，符合双方协议约定的不可抗力情形，也符合我国合同法律制度中有关法定解除权的规定。……据此，双方合作协议系因政府政策调整导致不能履行，属因不可抗力致使不能实现合同目的。依据双方协议约定和合同法相关规定，鸿福置业公司有权要求解除合同。”

[145]韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：658-659.

[146]朱广新.合同法总则研究：下册.北京：中国人民大学出版社，2018：614.

[147]王轶.新冠肺炎疫情、不可抗力和情势变更.法学，2020（3）.

[148]Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016，Article 7.3.3，Comment 1.欧洲民法典研究组，欧洲现行私法研究组.欧洲私法的原则、定义与示范规则：第1-3卷.高圣平，等译.北京：法律出版社，2014：752.

[149]李建星.不安抗辩权与预期违约的完全区分论.政治与法律，2017（6）.

[150]Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016，Article 7.3.4，Comment 1；欧洲民法典研究组，欧洲现行私法研究组.欧洲私法的原则、定义与示范规则：第1-3卷.高圣平，等译.北京：法律出版社，2014：755.

[151]类似观点，参见赵文杰.《合同法》第94条（法定解除）评注.法学家，2019（4）：183.

[152]DCFR第3-3：503条第1款规定：“债务人迟延履行合同债务后，债权人向债务人发出通知并规定了合理的履行宽限期，但债务人在该期间内仍未履行的，即使迟延履行合同债务本身不构成根本不履行，债权人也可以解除合同。”例如，在承揽合同中，定作人协助义务的履行可能极为重要，《民法典》第778条中规定，定作人不履行协助义务致使承揽工作不能完成的，承揽人可以催告定作人在合理期限内履行义务，并可以顺延履行期限；定作人逾期不履行的，承揽人可以解除合同。

[153]DCFR第3-3：503条第2款明确规定，具体参见欧洲民法典研究组，欧洲现行私法研究组.欧洲私法的原则、定义与示范规则：第1-3卷.高圣平，等译.北京：法律出版社，2014：748.

[154]PICC第7.1.5条第2款对此明确规定。

[155]湖南省张家界市中级人民法院（2019）湘08民终920号民事判决书中，法院认为：“结合当事人签署的合同与备忘录，双方约定的权属登记办理时间即2019年6月30日届满后，万容达置业公司未完成权属登记事宜，属于迟延履行主要债务。张道贤提起诉讼，主张合同解除权，属于对万容达置业公司进行催告。”

[156]赵文杰.《合同法》第94条（法定解除）评注.法学家，2019（4）：185.

[157]《商品房买卖合同司法解释》第15条：“根据《合同法》第九十四条的规定，出卖人迟延交付房屋或者买受人迟延支付购房款，经催告后在三个月的合理期限内仍未履行，当事人一方请求解除合同的，应予支持，但当事人另有约定的除外。……”该规定适用于房地产开发企业将尚未建成或者已竣工的房屋向社会销售并转移房屋所有权于买受人商品房的买卖合同，关于其他类型的房屋买卖，例如存量房买卖等，在该期间上，实质利益关系并无显著不同，可以类推适用。

[158]《技术合同司法解释》第15条：“技术合同当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在30日内仍未履行，另一方依据合同法第九十四条第（三）项的规定主张解除合同的，人民法院应当予以支持。当事人在催告通知中附有履行期限且该期限超过30日的，人民法院应当认定该履行期限为合同法第九十四条第（三）项规定的合理期限。”

[159]湖南省张家界市中级人民法院（2019）湘08民终920号民事判决书中，法院认为：“因商品房权属登记涉及行政主管部门的审批，程序相对复杂，依法应给予合理期限。结合《慈利县商品房买卖合同》中关于‘在商品房交付使用后365日内将办理权属登记需由出卖人提供的资料交由产权登记机关备案’的约定，酌情给予合理期限1年，即自2019年7月1日至2020年6月30日。”

[160]参见最高人民法院（2017）最高法民申51号民事判决书、云南省玉溪市中级人民法院（2019）云04民终1397号民事判决书、安徽省安庆市中级人民法院（2019）皖08民终2858号民事判决书。

[161]最高人民法院（2014）民二终字第129号民事判决书中，法院认为：“催告函要求的15天期限不符合《中华人民共和国合同法》第九十四条第三项‘合理期限’的规定。其一，从合同签订和履行过程来看，2011年1月26日双方签订《投资合作合同书》至2013年9月5日中艺华海向宏盛煤矿、梁东泰煤矿邮寄催告履行通知书，长达两年多的时间内中艺华海没有发送任何函件督促对方尽快办好相关手续，两年多没有办好的手续，中艺华海要求宏盛煤矿、梁东泰煤矿在15天内完成，未尽合理。”

[162]赵文杰.《合同法》第94条（法定解除）评注.法学家，2019（4）：186.

[163]崔建远.合同一般法定解除条件探微.法律科学，2011（6）：125；赵文杰.《合同法》第94条（法定解除）评注.法学家，2019（4）：186；宁红丽.《民法典草案》“承揽合同”章评析与完善.经贸法律评论，2010（1）：112-114.我国台湾地区“民法”第502条对承揽人迟延履行作出专门规定：“因可归责于承揽人之事由，致工作逾约定期限始完成，或未定期限而逾相当时期始完成者，定作人得请求减少报酬或请求赔偿因迟延而生之损害。前项情形，如以工作于特定期限完成或交付为契约之要素者，定作人得解除契约，并得请求赔偿因不履行而生之损害。”通说观点认为定作人的解除权不能适用第254条的一般规定，以妥当平衡双方利益。

[164]相同观点，参见刘春堂.承揽人未依限完成工作与契约解除.裁判时报，2017（9）.广东省广州市中级人民法院（2016）粤01民终8739号民事判决书中，法院认为：“根据中汇公司前后两次向冠锋公司发送邮件内容可知，冠锋公司对中汇公司在第一次提出的关于拉手、边框、木皮等问题并未进行整改，中汇公司第二次邮件提出的问题与前述修改问题基本一致。可见，冠锋公司作为承揽人未能及时有效的按照中汇公司的要求制作涉案家具。据此，冠锋公司迟延交付货物，违反合同的主要义务，中汇公司有权解除《家具采购合同》，原审法院判令解除涉案合同正确，本院予以维持。”

[165]参见最高人民法院（2019）最高法民终464号民事判决书、最高人民法院（2019）最高法民申2472号民事判决书。

[166]《联合国国际货物销售合同公约》（CISG）第25条将根本违约界定为：“一方当事人违反合同的结果，如使另一方当事人蒙受损害，以至于实际上剥夺了他根据合同规定有权期待得到的东西，即为根本违反合同，除非违反合同一方并不预知而且一个同等资格、通情达理的人处于相同情况下也没有理由预知会发生这种结果。”PICC第7.3.1条、PECL第8：103条也做出了类似的规定。

[167]北京市第一中级人民法院（2012）一中民终字第4699号民事判决书中，法院认为：“北京中亿公司主张涉案作品是为纪念建党90周年而制作，过了建党90周年纪念日履行，合同目的即不能实现，并将其视为与中秋月饼订购合同相类似的绝对的定期行为，但纵观整个合同，并没有相关条款支持其主张，从合同的客观性质也无法判定若未在建党90周年纪念日之前的合理期限履行，合同目的即不能实现，故其相关主张缺乏法律及合同依据。”

[168]广东省广州市中级人民法院（2019）粤01民终19880号民事判决书中，法院认为：“首先，从双方的来往函件上看，报建报批手续需要南沙旅游公司提供相关证照，但南沙旅游公司并非涉案地块的权属人，无法提供的相关报建报批材料。……现南沙旅游公司无法提供相关报建报批材料，已构成违约。……其后果是深圳观景酒店整个项目的投资计划无法继续实施，涉案项目已经长时间停工，其合同目的无法实现，合同预期落空。根据《中华人民共和国合同法》第九十四条第四项规定……南沙旅游公司请求解除合同有事实和法律依据，原审法院予以支持。”

[169]最高人民法院（2019）最高法民终1197号民事判决书中，法院认为：“土地是否属于无权利瑕疵和符合‘三通一平’的净地，涉及受让人合同目的能否顺利实现，是土地使用权出让合同关系中的重要内容，也是出让人的一项主要合同义务。赣州市自然资源局未保障案涉土地为净地出让，违反了应尽的合同义务，经旺业公司多次催促仍未解决，已经构成违约。旺业公司认为该重大瑕疵行为影响土地的整体开发利用并导致旺业公司合同目的无法实现，理由成立。旺业公司提出解除《成交确认书》，符合《中华人民共和国合同法》第九十四条第四项……的规定情形，其要求确认该解除行为效力的诉讼请求，依法应当予以支持。”最高人民法院（2017）最高法民终386号民事判决书中，法院认为：“《调试协议》的内容表明，案涉设备于2008年10月抵达赫里克里特有限公司并开始进行安装调试工作，但一年后仍完全无法完成调试，以致无法投入正常生产，需要对设备进行整改和售后安装和维护。……经过整改和维护，设备质量问题始终未得到解决。现五矿公司未能提供证据证明案涉设备已经调试合格，其已履行了合同义务，故一审判决认定涉案设备质量存在问题导致订立合同的目的无法实现，五矿公司构成根本违约，并根据《中华人民共和国合同法》第九十四条第四项的规定，认定赫里克里特有限公司有权解除合同，有相应的事实和法律依据，并无不当。”

[170]天津市宝坻区人民法院（2019）津0115民初5440号民事判决书。

[171]参见山东省高级人民法院（2018）鲁民终1584号民事判决书。

[172]“杨艳辉诉南方航空公司、民惠公司客运合同纠纷案”。最高人民法院公报，2003（5）。

[173]具体的梳理，参见陆青.论法定解除事由的规范体系.华东政法大学学报，2015（1）。

[174]最高人民法院（2017）最高法民申第51号民事裁定书中，法院认为：“正由于法定解除权赋予了权利主体以单方意思表示干预法律关系的权利，从保护相对人免受不公平结果损害，以及维护交易安全和稳定，鼓励交易的角度出发，法定解除权通常应赋予守约方而非违约。”最高人民法院（2003）民一终字第47号民事判决书[最高人民法院公报，2005（3）]中，法院认为：“催告对方履行的当事人应当是守约方，处于违约状态的当事人不享有基于催告对方仍不履行而产生的合同解除权。”

[175]参见最高人民法院（2012）民一终字第126号民事判决书。

[176]最高人民法院（2016）最高法民终第276号民事判决书中，法院认为：“因双方均存在违约行为，导致合同无法履行……双方合作的信任基础已经不存在，合作协议事实上已经无法继续履行。在此情形下，解除合同无疑是使双方摆脱困局、减少损失、重寻商机的最佳选择。”

[177]《商品房买卖合同司法解释》第23条。

[178]《最高人民法院关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》第13条第1款。

[179]参见欧洲民法典研究组等，欧洲现行私法研究组.欧洲私法的原则、定义与示范规则：第1-3卷.高圣平，等译.北京：法律出版社，2014：611，613；Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016，Article 5.1.8，Comment；Lando and Beale（eds.），Principles of European Contract Law：Parts I and II，Kluwer Law International，2000，p. 317.比较立法例，参见《法国民法典》第1210条和第1211条、《国际商事合同通则》（PICC）第5.1.8条、《欧洲合同法原则》（PECL）第6：109条、《欧洲私法共同参考框架》（DCFR）第3-1：109条第2款、《德国民法典》第624条和《意大利民法典》第2118条关于雇佣合同的规定、《西班牙民法典》第1583条关于雇佣合同的规定和第1705条关于合伙合同的规定。

[180]王文军.论继续性合同的解除.法商研究，2019（2）.

[181]《德国民法典》第314条对此明确规定，并且第626条第1款（雇佣）、第671条第1款和第3款（委托）、第723条第1款和第2款（合伙）予以具体规定。在委托合同中此种解除的立法例更为常见，例如DCFR第4.4-6：103条和第4.4-6：105条。

[182]最新的研究，参见韩世远.继续性合同的解除：违约方解除抑或重大事由解除.中外法学，2020（1）.

[183][德]罗歇尔德斯.德国债法总论.沈小军，张金海，译.北京：中国人民大学出版社，2014：286.DCFR第3-1：109条第2款对此作出明确规定。

[184]随时解除不定期物业服务合同，要提前60日并以书面方式通知对方（第948条第2款）；不定期租赁合同（第730条）、不定期合伙合同（第976条）、不定期肖像许可合同（第1022条）的解除，法律只是规定了“在合理期限之前通知”，没有明确合理期限，需要法官自由裁量。

[185]广东省高级人民法院（2011）粤高法民一终字第105号民事判决书中，法院认为：“（当事人主张）应依据《中华人民共和国合同法》第二百三十三条之规定在合理期限内履行通知义务，而该合理期限一般为三个月。”

[186]江苏省高级人民法院（2015）苏审二民申字第00524号民事判决书中，法院

认为：“出租人徐州市体育中心可随时解除租赁合同，但应在合理期限之前通知承租人张娟。徐州市体育中心提前一个月于2011年4月7日向张娟发出《终止房屋租赁关系的通知》，通知张娟终止房屋租赁关系，符合上述法律规定。”湖北省高级人民法院（2017）鄂民终152号民事判决书中，法院认为：“亚划中心可以随时解除合同，但应当在合理期限之前通知金三利酒店。2014年8月29日，亚划中心向金三利酒店发函限期20日内腾退，实际上金三利酒店并没有马上腾退房屋，也没有对亚划中心给予的时间提出异议，亚划中心与金三利酒店间不定期租赁关系于2014年9月18日解除。”

[187]陕西省高级人民法院（2019）陕民申1826号民事判决书中，法院认为：“但根据上述法律规定培训中心解除合同还应在合理期限之前通知承租人，而培训中心在2016年4月16日租赁期限届满后双方形成不定期租赁尚不满20日即通知解除合同，显然于法相悖，对于由此给深视公司造成的损失培训中心应赔偿。”

[188]河北省高级人民法院（2015）冀民二终字第3号民事判决书中，法院认为：“……虽然上述条款规定出租人应当提前通知承租人，但结合公平原则，中交路通作为承租方解除租赁关系亦应提前通知维特根公司。中交路通虽不能证明提前通知维特根公司要解除租赁关系，但维特根公司在收到中交路通的起诉状时（2013年9月25日）就应明知中交路通要解除租赁关系，因此维特根公司应当在得知中交路通要解除租赁关系后的‘合理期限’内返还300万元的欠款。本院将‘合理期限’约定为两个月，即维特根公司应在2013年11月25日之前返还欠款。”

[189]河南省高级人民法院（2010）豫法民一终字第135号民事判决书中，法院认为：“耿虹光与新星商场系不定期租赁关系，新星商场虽有解除权，但其未给耿虹光预留合理的搬出时间，由此给耿虹光造成的经营利润损失应予赔偿，原审判决新星商场赔偿耿虹光两个月的经营利润损失亦无不当。”

[190]《民法典》第718条规定：“出租人知道或者应当知道承租人转租，但是在六个月内未提出异议的，视为出租人同意转租。”此时，出租人不能以未经同意为由解除租赁合同。《城镇房屋租赁合同司法解释》第16条也规定，出租人知道或者应当知道承租人转租，但在六个月内未提出异议，其以承租人未经同意为由请求解除合同或者认定转租合同无效的，人民法院不予支持。实践中常将此期限扩展至租赁合同中承租人的其他违约行为所产生的解除权中，例如《北京市高级人民法院关于审理房屋租赁合同纠纷案件若干疑难问题的解答》第14条中规定，租赁合同约定房屋装饰装修或扩建须经出租人同意，出租人知道或者应当知道承租人对租赁房屋进行装饰装修或扩建，但在合理期限内（一般为6个月）未提出异议……可以视为出租人同意装饰装修或扩建，或者放弃再提出异议的权利。

[191]崔建远.合同法总论：中卷.北京：中国人民大学出版社，2016：743.

[192]该规定适用于房地产开发企业将尚未建成或者已竣工的房屋向社会销售并转移房屋所有权于买受人商品房买卖合同，关于其他类型的房屋买卖，例如存量房买卖等，在该期间上，实质利益关系并无显著不同，可以类推适用。但对此也有不同观

点，例如“天津市滨海商贸大世界有限公司与天津市天益工贸有限公司、王锡锋财产权属纠纷案”[最高人民法院公报，2013（10）]中，法院认为：“最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十五条关于解除权行使期限的规定仅适用于该解释所称的商品房买卖合同纠纷案件；对于其他房屋买卖合同解除权的行使期限，法律没有规定或者当事人没有约定的，应当根据《中华人民共和国合同法》第九十五条的规定，在合理期限内行使；何为‘合理期限’，由人民法院结合具体案情予以认定。但是，在该问题上，房地产开发企业将尚未建成或者已竣工的房屋向社会销售并转移房屋所有权于买受人商品房的买卖合同，与其他买卖合同在法律性质上并无实质差别，只是标的物不同而已，根据‘相似的事物相同处理’的法律适用理念，界定‘合理期限’自然不应有差别。”《吉林省高级人民法院民二庭关于商事案件适用合同解除制度若干问题的解答》第24条即对此采取参照适用的观点。

[193]我国台湾地区“民法”采催告中定有期限的做法，其第257条规定：“解除权之行使，未定有期间者，他方当事人得定相当期限，催告解除权人于期限内确答是否解除；如逾期未受解除之通知，解除权即消灭。”

[194]之前实践中的做法不一，有的认为解除权人的解除权长达4年都不消灭，参见最高人民法院（2017）最高法民终162号民事判决书；有的类推适用民法总则关于撤销权的一般除斥期间为一年的规定和《商品房买卖合同司法解释》第15条第2款对解除权除斥期间为一年的规定，参见最高人民法院（2018）最高法民申4614号民事判决书；还有的认为解除权应当在合理期限内行使，且商事行为的“合理期限”要比民事法律行为的“合理期限”更加严格，参见最高人民法院（2018）最高法民终854号民事判决书（一审观点，二审予以维持）。

[195]DCFR第3-3：508条第2款对此明确规定。

[196]参见上海市第一中级人民法院（2010）沪一中民四（商）终字第1509号民事判决书。《吉林省高级人民法院民二庭关于商事案件适用合同解除制度若干问题的解答》第9条也规定，解除权人起诉要求对方当事人继续履行合同的，可以认定为合同解除权的放弃。《广东省高级人民法院民二庭民商事审判实践中有关疑难法律问题的解答意见》第12条中规定，如有充分的证据证明解除权人明知解除合同的条件已成就仍选择继续履约，可视为其放弃解除权。

[197]有的认为是放弃解除权，参见最高人民法院民事审判第二庭《全国法院民商事审判工作会议纪要》理解与适用。北京：人民法院出版社，2019：312。最高人民法院（2013）民二终字第54号民事判决书中，法院认为：“在提起诉讼前，合同当事人在享有合同解除权的情况下，未行使合同解除权，并接受了违约方逾期支付的价款而未提出异议，表明其已接受违约方继续履行合同的的事实，在诉讼过程中再行使合同解除权免除合同义务的，有违诚信原则，解除无效。”贵州省黔西南布依族苗族自治州中级人民法院（2019）黔23民终1816号民事判决书中，法院认为：“若解除权人要求或接受对方继续履行，推定其默示放弃解除权。因为，从人的行为和心理来看，相对人在知道解除权人有权解除合同的情况下，既不催告解除权人解除合同，亦未等待解除权人

发出解除通知，而是积极地履行合同义务，此种行为包含有不愿意解除合同而希望继续维持合同效力的意思。从解除权人的心理来看，在相对人积极继续履行合同的情形下，若解除权人认为继续履行合同已无必要或无意义，则应作出拒绝继续履行的意思表示；若解除权人无明确相反的意思表示，则表明解除权人默示接受对方的履行，可推定解除权人默示放弃解除权，该解除权消灭。”《北京市高级人民法院关于审理房屋租赁合同纠纷案件若干疑难问题的解答》第14条中规定，租赁合同约定房屋装饰装修或扩建须经出租人同意，出租人知道或者应当知道承租人对租赁房屋进行装饰装修或扩建，但在合理期限内（一般为6个月）未提出异议，或者在合理期限内提出异议后又继续履行合同或接受承租人履行义务的，可以视为出租人同意装饰装修或扩建，或者放弃再提出异议的权利。《吉林省高级人民法院民二庭关于商事案件适用合同解除制度若干问题的解答》第9条也规定，解除权人接受对方继续履行合同的，可以认定为合同解除权的放弃。

[198]我国台湾地区“民法”第262条对此明确规定。

[199]《日本民法典》第458条即规定了“但有解除权之人不知其有解除权时，不在此限”这个例外。

[200]崔建远.合同法总论：中卷.北京：中国人民大学出版社，2016：760-761；韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：692；朱广新.合同法总则研究：下.北京：中国人民大学出版社，2018：628.《德国民法典》第346条第2款即采取此种观点。

[201]参见最高人民法院（2006）民二终字第200号民事判决书。

[202]我国台湾地区“民法”第258条第3项对此明确规定。

[203]最高人民法院（2013）民一终字第18号民事判决书中，法院认为：“如对方当事人的异议为合同解除不具备合同法第九十三条或者第九十四条规定的条件，可以以抗辩的方式提出；如对方当事人的异议为其他理由，以抗辩方式提出的，人民法院应当告知其以仲裁或诉讼的方式提出。”

[204]《全国法院民商事审判工作会议纪要》第46条“通知解除的条件”规定：“审判实践中，部分人民法院对合同法司法解释（二）第24条的理解存在偏差，认为不论发出解除通知的一方有无解除权，只要另一方未在异议期限内以起诉方式提出异议，就判令解除合同，这不符合合同法关于合同解除权行使的有关规定。对该条的准确理解是，只有享有法定或者约定解除权的当事人才能以通知方式解除合同。不享有解除权的一方向另一方发出解除通知，另一方即便未在异议期限内提起诉讼，也不发生合同解除的效果。人民法院在审理案件时，应当审查发出解除通知的一方是否享有约定或者法定的解除权来决定合同应否解除，不能仅以受通知一方在约定或者法定的异议期限届满内未起诉这一事实就认定合同已经解除。”

[205]具体的整理，参见崔建远.解除效果折衷说之评论.法学研究，2012（2）；韩

世远：合同法总论.北京：法律出版社，2018：672.

[206]DCFR第3-3：510条第1款、《日本民法典》第546条。《全国法院民商事审判工作会议纪要》第34条中规定，双务合同不成立、无效或者被撤销时，标的物返还与价款返还互为对待给付，双方应当同时返还。这也可以类推适用于解除情形中。

[207]同样观点，参见韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：678-680.

[208]最高人民法院（2005）民二终字第38号民事判决书中，法院认为：“远大集团公司兼并感光材料公司后，对感光材料公司投入了一定的人力、财力，而现有证据不能证明其从兼并中获得了相应的收益，享受了优惠政策。为此，远大集团公司已在已付出了兼并成本，且《兼并协议》应依法予以解除的情况下，还要承担感光材料公司原有巨额旧债的担保责任，对其而言确实显失公平。故对于远大集团公司关于其基于《兼并协议》为感光材料公司的旧债提供的担保予以免除的请求应予支持。根据《民法通则》的基本原则，担保责任免除后的债权债务关系应当恢复到原来的状态，作为债权人的工行广厦支行、东方公司天津办事处可以向原债务人主张权利。”

[209]崔建远.解除效果折衷说之评论.法学研究，2012（2）：61.

[210]韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：690.

[211]PICC第7.3.5条（3）、DCFR第3-3：509条（2），See Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016，Article 7.3.5，Comment 3.欧洲民法典研究组，欧洲现行私法研究组.欧洲私法的原则、定义与示范规则：第1-3卷.高圣平，等译.北京：法律出版社，2014：769.

[212]最高人民法院通常承认这些约定的效力，但规范依据经常被认为是《民法典》第567条（原《合同法》第98条），这在规范依据上似乎有些问题。参见最高人民法院（2019）最高法民终187号民事判决书中，法院认为：“因《建设工程施工合同》未进行招投标程序，违反了《中华人民共和国招标投标法》第三条规定，当事人之间签订的解决履约保证金利息、临建费用和管理人员工资、税金的承担等问题的《解除协议》效力如何。最高人民法院认为，从《解除协议》签订的原因和内容上看，该协议系江林房地产公司与中核第二二公司因《建设工程施工合同》无法履行后，通过协商一致达成的终止《建设工程施工合同》并就江林房地产公司应返还给中核第二二公司的履约保证金、已经产生的利息、临建费用和管理人员工资等费用的数额进行了确认，并就前述费用的支付期限、违约金的计算方式等问题达成的协议，是对双方权利义务的清理，具有结算性质。依据《中华人民共和国合同法》第九十八条‘合同的权利义务终止，不影响合同中结算和清理条款的效力’的规定，该协议独立于《建设工程施工合同》，系双方的真实意思表示，内容不违反法律法规的强制性规定，应属有效。故江林房地产公司称《建设工程施工合同》无效，《解除协议》亦无效的理由不能成立。”最高人民法院（2017）最高法民终918号民事判决书中，法院认为：“即使本案工程属于必须进行招标的工程，《建设工程施工合同》因存在串标行为而无效，亦不影

响《工程结算书》《解除建设工程施工合同协议书》等结算和清理条款的效力。”

[213]上海市嘉定区人民法院(2010)嘉民二(商)初字第813号民事判决书中,法院认为,合同终止后,双方应按照合同约定进行结算,被告违约,应承担相应的民事责任。

[214]王利明.合同法研究:第二卷.北京:中国人民大学出版社,2015:271;黄立.民法债编总论.北京:中国政法大学出版社,2002:704.

[215]《破产法解释二》第43条规定:“债权人主张抵销,管理人以下列理由提出异议的,人民法院不予支持:(一)破产申请受理时,债务人对债权人负有的债务尚未到期;(二)破产申请受理时,债权人对债务人负有的债务尚未到期;(三)双方互负债务标的物种类、品质不同。”

[216]孙森焱.民法债编总论:下册.北京:法律出版社,2006:903-904.

[217]《企业破产法》第40条规定:“债权人在破产申请受理前对债务人负有债务的,可以向管理人主张抵销。但是,有下列情形之一的,不得抵销:(一)债务人的债务人在破产申请受理后取得他人对债务人的债权的;(二)债权人已知债务人有不能清偿到期债务或者破产申请的事实,对债务人负担债务的;但是,债权人因为法律规定或者有破产申请一年前所发生的原因而负担债务的除外;(三)债务人的债务人已知债务人有不能清偿到期债务或者破产申请的事实,对债务人取得债权的;但是,债务人的债务人因为法律规定或者有破产申请一年前所发生的原因而取得债权的除外。”

[218]“无锡市春江花园业主委员会诉上海陆家嘴物业管理有限公司等物业管理纠纷案”[最高人民法院公报,2010(5)]中,法院认为:“物业公司提出有部分业主尚结欠2008年6月30日以前的物业管理费131万元,并未提交充分证据予以证明,更重要的是,《中华人民共和国合同法》第九十九条规定:‘当事人互负到期债务,该债务的标的物种类、品质相同的,任何一方可以将自己的债务与对方的债务抵销,但依照法律规定或者按照合同性质不得抵销的除外。’根据该规定,要进行债务抵销,当事人之间应当互负债务,互享债权。本案中诉讼的双方当事人原告业委会和物业公司、被告无锡分公司,而结欠物业管理费的为部分业主,为单个的主体。业委会系代表小区全体业主提起诉讼,虽然包括了该部分欠费业主,但两者有本质的区别。因此,双方债权债务主体不同,不符合法定抵销的规定,因此,对物业公司行使抵销权的主张不予支持。”“向明清与安江信用社下属茅渡分社储蓄存款合同纠纷上诉案”(何志.合同法原理精要与实务指南.北京:人民法院出版社,2008:381页)中,法院认为,当事人行使抵销权的对象必须是对其负有债务的债务人。银行通过扣收债务人配偶的存款实现债权,不是对抵销权的正当行使,属侵权行为。

[219]参见“中国农业银行哈尔滨市汇金支行诉江苏省张家港市涤纶长丝厂代位权纠纷案”[最高人民法院公报,2004(4)]:“进入代位权诉讼程序后,债务人即丧失

主动处分其对次债务人的债权的权利。”《广东省高级人民法院关于民商事审判适用代位权制度若干问题的指导意见》第8条：“债权人提起代位权诉讼后，债务人以放弃、转让等方式处分其对次债务人的债权的行为，未经法院或债权人认可的，应认定无效，不影响债权人行使代位权。但受让债权的善意第三人已向债务人支付合理对价的除外。”同样观点，参见奚晓明，王闯.关于合同法债权人代位权制度若干重要问题//最高人民法院民事审判第二庭.民商事审判指导：2004年第2辑.北京：人民法院出版社，2005：20-22.当然，学说上存在争论，毕竟债权的保全，不同于民事诉讼上的保全措施，债务人的处分权和相对人的处分权问题，都不应该受到限制，更何况民事诉讼上的保全，通常会伴随着担保，而合同保全没有要求担保，赋予如此强大的效力，是否合适。但是，在本释义看来，保全需要担保，这以保全要件较为宽松为前提，而代位权不要求担保，但构成要件较为严格，且必须诉讼行使，所以整体上看仍然是合适的。

[220]江苏省无锡市中级人民法院（2017）苏02民终4767号民事判决书[人民司法案例，2019年（29）]中，法院认为：在法院认定中源公司提起代位诉讼成立的情况下，朱仁迪不能行使对中稷公司的抵销权。虽然法律规定，在代位权诉讼中，次债务人对债务人的抗辩，可以向债权人主张，但该抗辩仅是对债权真实性、已超过诉讼时效等的抗辩。代位权诉讼中，基于债权人向次债务人提起诉讼，是法律赋予债权人在债务人怠于行使其到期债权损害债权人权利实现时的一种特殊的债的保全制度。按照《合同法解释（一）》第20条规定，人民法院认定债权人代位权成立的情况下，次债务人朱仁迪只能向债权人中源公司履行，不能主张与债务人中稷公司互负债务互相抵销。

[221]相同观点，参见最高人民法院（2017）最高法民申1392号民事裁定书。

[222]韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：698.意大利、日本和我国台湾地区采取此种立法例。

[223]崔建远.合同法.北京：法律出版社，2016：215.

[224]PICC第11.1.4条采取同样观点。

[225]See Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016，Article 11.1.12，Comment 2.

[226]同样观点，参见王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：276-277.

[227]崔建远.合同法.北京：法律出版社，2016：215.

[228]邱聪智.新订民法债编通则：下.台北：辅仁大学，2001：758.

[229]孙森焱.民法债编总论：下册.北京：法律出版社，2006：906.

[230]孙森焱.民法债编总论：下册.北京：法律出版社，2006：907；邱聪智.新订民法债编通则：下.台北：辅仁大学，2001：758.

[231]四川省广元市利州区人民法院（2018）川0802民初851号民事判决书中，法院认为，由于本案中主张债务抵销的一方即被告利州信用联社，其债权已过诉讼时效，而对方即本案的原告郭全勇主张诉讼时效的抗辩。主张债务抵销的一方，债权诉讼时效已经经过，而诉讼时效的规定，是基于不让权利人在权利上睡觉，故本院认为，被告利州信用联社的抵销权不成立，不能主张抵销。同样观点，参见四川省成都市（2011）高新民初字第128号民事判决书。

[232]“长治市达洋电器有限公司诉博西家用电器（中国）有限公司买卖合同纠纷案”[最高人民法院公报，2011（11）]中，法院认为：人民法院就票据作出的除权判决系对权利的重新确认，票据自除权判决公告之日起即丧失效力，持票人即丧失票据权利，使原来结合于票据中的权利人从票据中分离出来，公示催告申请人即有权依据除权判决请求票据付款人付款；但是，持票人丧失票据权利，并不意味着基础民事权利丧失，其仍有权依据基础合同主张民事权利，行使基础合同履行中的债务抵销权，并不损害基础合同相对方的合法权益。

[233]郑玉波.民法债编总论.北京：中国政法大学出版社，2004：514；李永军.民法总论.北京：法律出版社，2006：745.持此种观点的案例，参见“厦门源昌房地产开发有限公司、海南悦信集团有限公司委托合同纠纷再审案”[最高人民法院公报，2019（4）]：“通知仅系法定抵销权的行使方式，抵销权成立后当事人是否及时行使抵销权通知对方，并不影响抵销权的成立。行使抵销权之时虽已超出诉讼时效，但并不妨碍此前抵销权的成立。抵销通知亦为单方意思表示，意思表示只要到达对方，无需其同意即可发生抵销的法律后果，作为形成权抵销权的行使不受诉讼时效限制。此外，因抵销关系之双方均对对方承担债务，在某种程度上对己方之债权具有担保作用，故我国《合同法》未对抵销权的行使设置除斥期间，而是规定抵销权人行使抵销权后，对方可以在一定期间内提出异议。但即使如此，抵销权的行使亦不应不合理的迟延。从实体公平的角度看若以诉讼时效届满为由认定其不能行使抵销权，不仅违背抵销权的立法意旨，且有悖于民法之公平原则。”还可参见福建省福州市中级人民法院（2007）榕民初字第575号民事判决书、江苏省张家港市人民法院（2013）张商初字第1085号民事判决书、广东省广州市海事法院（2007）广海法初字第129号民事判决书。相同立法例，参见《德国民法典》第215条、《瑞士债务法》第120条第3款、《荷兰民法典》第6：131条第1款、《日本民法典》第508条、《联合国国际贸易法委员会国际货物销售时效期间公约》第25条第2款、我国台湾地区“民法”第337条。

[234]欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组.欧洲私法的原则、定义与示范规则：第1-3卷.高圣平，等译.北京：法律出版社，2014：1051；张保华.抵销溯及力质疑.环球法律评论，2019（2）：112.

[235]相同观点，参见PECL第14：503条、DCFR第3-7：503条。其规定异议的法定期限为2个月。

[236]《合同法司法解释二》第24条：“当事人对合同法第九十六条、第九十九条规定的合同解除或者债务抵销虽有异议，但在约定的异议期限届满后才提出异议并向人民法院起诉的，人民法院不予支持；当事人没有约定异议期间，在解除合同或者债务抵销通知到达之日起三个月以后才向人民法院起诉的，人民法院不予支持。”

[237]《破产法解释二》第43条：“债权人主张抵销，管理人以下列理由提出异议的，人民法院不予支持：（一）破产申请受理时，债务人对债权人负有的债务尚未到期；（二）破产申请受理时，债权人对债务人负有的债务尚未到期；（三）双方互负债务标的物种类、品质不同。”

[238]《德国民法典》第391条、《日本民法典》第507条、我国台湾地区“民法”第336条对此明确规定。

[239]韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：701-704；王洪亮.债法总论.北京：北京大学出版社，2016：176.PICC第8.2条规定：当以不同货币支付金钱债务时，也可行使抵销权，但要以该两种货币均为可自由兑换的货币，而且当事人没有约定第一方当事人必须以特定货币支付为条件。DCFR第3-6：104条类似规定。

[240]参见广东省东莞市第二人民法院（2015）东二法民四初字第107号民事判决书，本案中法院认为：“依照《中华人民共和国外汇管理条例》第八条的规定，在中华人民共和国境内应以人民币计价结算，故原告主张的前述损失1050万日元应折合为人民币。原告主张按日元兑人民币100:5.07的汇价将前述损失1050万日元折合为人民币532350元，由于中国人民银行授权中国外汇交易中心于判决当日（即2018年7月23日）公布的日元兑人民币的汇率中间价100:6.0813高于原告主张的前述日元兑人民币的汇价，故本院对原告的前述主张依法予以照准。原告与被告确认原告就案涉买卖合同关系尚未向被告支付货款人民币345000元，原告与被告均主张在本案中抵销处理前述未付货款，依照《中华人民共和国合同法》第九十九条第一款的规定，本院对原告与被告的前述主张依法予以支持。”

[241]崔建远.合同法学.北京：法律出版社，2015：215。

[242]孙森焱.民法债编总论：下.北京：法律出版社，2006：908。

[243]王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：278。

[244]欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组.欧洲私法的原则、定义与示范规则：第1-3卷.高圣平，等译.北京：法律出版社，2014：993。

[245]《德国民法典》第393条、我国台湾地区“民法”第339条、DCFR第3-6：108条（c）限于故意侵权所产生的债务。《日本民法典》原第509条不区分故意或者过失，对于侵权行为所产生的债权，一概不允许抵销；但修改后，基于恶意侵权行为的损害赔偿债务以及因侵害人之生命或者身体的损害赔偿债务不得主张抵销。

[246]《瑞士债务法》第122条、我国台湾地区“民法”第341条明确规定。

[247]例如,《破产法解释二》第46条规定:“债务人的股东主张以下列债务与债权人对其负有的债务抵销,债务人管理人提出异议的,人民法院应予支持:(一)债务人股东因欠缴债务人的出资或者抽逃出资对债务人所负的债务;(二)债务人股东滥用股东权利或者关联关系损害公司利益对债务人所负的债务。”

[248]实践中,有法院认为禁止抵销的约定应为明示,例如江苏省南通市中级人民法院(2014)通中商终字第0595号民事判决书中,法院认为《合同法司法解释二》中该规定中所指“约定”应为明示行为。

[249]广东省高级人民法院(2016)粤民终867号民事裁定书中,一审法院认定,协议书第十三条第5项“首创公司、林小娟及其关联公司,与东方广场公司、王如洪及其关联公司之间的债权债务(本协议约定范围之外部分),协议各方同意另行核对核算,并另行签订协议进行约定和处理”的约定对东方广场公司与林小娟具有约束力,东方广场公司反诉要求与本案该公司欠蔡燕屏的债务作抵销的两笔借款,属于该协议约定“另行核对核算,并另行签订协议进行约定和处理”的情形。但二审法院认为,该条款并非约定协议书之外的债权债务不得抵销,予以改判。

[250]江苏省扬州市中级人民法院(2019)苏10民终1386号民事判决书中,二审法院认为,案涉300万元款项在黄梨木与屠有怀以及屠有怀与田明德三方之间形成了债权债务关系,并明确约定专款专用于合作铁粉生意,不作他用,该约定是当事人各方的真实意思表示,说明三方对该债权债务产生的原因行为明知,符合当事人约定排除抵销互负到期债务的情形。

[251]《日本民法典》第505条第2款、我国台湾地区“民法”第334条第2项对此明确规定。

[252]《日本民法典》第511条明确规定,《德国民法典》第392条也有类似规定。《企业破产法》第40条规定:“债权人在破产申请受理前对债务人负有债务的,可以向管理人主张抵销。但是,有下列情形之一的,不得抵销:(一)债务人的债务人在破产申请受理后取得他人对债务人的债权的;(二)债权人已知债务人有不能清偿到期债务或者破产申请的事实,对债务人负担债务的;但是,债权人因为法律规定或者有破产申请一年前所发生的原因而负担债务的除外;(三)债务人的债务人已知债务人有不能清偿到期债务或者破产申请的事实,对债务人取得债权的;但是,债务人的债务人因为法律规定或者有破产申请一年前所发生的原因而取得债权的除外。”

[253]《德国民法典》第394条、《日本民法典》第510条、我国台湾地区“民法”第338条、DCFR第3-6:108条(b)对此明确规定;并且,均认为禁止扣押的债权是为了保护私主体利益。

[254]破产中的特殊规定,还可参见《破产法解释二》第44条:“破产申请受理前六个月内,债务人有企业破产法第二条第一款规定的情形,债务人与个别债权人以抵

销方式对个别债权人清偿，其抵销的债权债务属于企业破产法第四十条第（二）、（三）项规定的情形之一，管理人在破产申请受理之日起三个月内向人民法院提起诉讼，主张该抵销无效的，人民法院应予支持。”第45条：“企业破产法第四十条所列不得抵销情形的债权人，主张以其对债务人特定财产享有优先受偿权的债权，与债务人对其不享有优先受偿权的债权抵销，债务人管理人以抵销存在企业破产法第四十条规定的情形提出异议的，人民法院不予支持。但是，用以抵销的债权大于债权人享有优先受偿权财产价值的除外。”

[255]王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：281.

[256]韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：708-709.

[257]DCFR第3-6：106条第1款明确规定，参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组.欧洲私法的原则、定义与示范规则：第1-3卷.高圣平，等译.北京：法律出版社，2014：988.

[258]参见最高人民法院（2012）民提字第172号民事判决书。该案中公司员工签署了抵销债务的“备忘录”，法院认为，丁建一、姚雄白在“备忘录”上签字的行为未获得依维柯公司的书面授权，没有得到依维柯公司的事后追认，且不存在《合同法》第49条规定的“相对人有理由相信行为人有代理权”的情形。故丁建一、姚雄白在“备忘录”上签字的行为不能构成表见代理，“备忘录”对依维柯公司不发生法律效力。

[259]王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：283.

[260]DCFR同时认为，债权未届清偿期的债务人也可以主张抵销，但抵销通知仅在该债权已届清偿期时才会生效，参见欧洲民法典研究组，欧盟现行私法研究组.欧洲私法的原则、定义与示范规则：第1-3卷.高圣平，等译.北京：法律出版社，2014：985.

[261]《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》（法释[2015]10号）第19规定：“当事人互负到期债务，被执行人请求抵销，请求抵销的债务符合下列情形的，除依照法律规定或者按照债务性质不得抵销的以外，人民法院应予支持：（一）已经生效法律文书确定或者经申请执行人认可；（二）与被执行人所负债务的标的物种类、品质相同。”从司法适用的角度上看，该规定对于执行抵销实施操作中被执行人的申请方式、申请的时间与期限、执行法院的审查方式、审查组织类型、准予与不准予的决定形式、被执行人能否以自然债权申请执行抵销、裁定不准抵销情况下的权利救济等诸多适用性问题都没有作出明确、具体的规定，有待进一步的解释，可参见廖中洪，蒋陆军.执行抵销若干适用问题研究.西南政法大学学报，2017（2）：46.

[262]最高人民法院民事审判第二庭.《全国法院民商事审判工作会议纪要》理解与适用.北京：人民法院出版社，2019：297.案例参见最高人民法院（2019）最高法民再12号民事裁定书。

[263]张卫平.民事诉讼法.北京：法律出版社，2016：322.

[264]刘哲玮.论诉讼抵销在中国法上的实现路径.现代法学，2019（1）：149.

[265]参见最高人民法院（2015）民申字第1790号民事裁定书，本案中法院认为：关于湘润公司主张的办公设备费、水电费、生产用压缩空气费等，并非与本案合同履行有关费用，湘润公司未在合同解除前提出抵销，现云龙公司对此不予认可，故二审判决未予审理并无不当。就上述款项，湘润公司可以另行诉讼解决。

[266]参见广东省深圳市前海合作区人民法院（2016）粤0391民初609号民事判决书，本案中法院认为：在诉讼上，由于双方当事人对抵销的原因事实和债务消灭的后果存在争议，需要由法院审判权的介入并作出具有约束力的判断。故在诉讼中行使抵销权，需要综合考虑实体法和程序法两个方面的法律关系，方能最终确定抵销权的行使方式及其法律效果。法院如何在诉讼中展开对抵销性抗辩的审查，既要有利于简化债的清偿、有利于整体上减少当事人的讼累，又要有利于人民法院提高诉讼效率、公平保护双方当事人的合法权益。从诉讼效益、诉讼公平以及比较法的三个方面的维度进行审查，该案被告诚煜公司所提的抵销性抗辩与原告的诉讼请求并非出于同一民事法律关系，在抗辩的原因事实较为复杂、双方争议较大、短期内难以作出判断的情况下，法院基于适度、合理的原则应当停止在本案中对于抵销事由的审查，驳回被告诚煜公司提出的抵销性抗辩。类似案例还可参见上海市高级人民法院（2016）沪民申1625号民事裁定书，本案中法院认为：一方在诉讼中主张抵销的目的，在于抗辩对方的债权履行请求，故两被申请人在一审诉讼中主张抵销，与刘晖的诉讼请求不必然有牵连性，无须以提起反诉或另行诉讼方式方能行权。两被申请人在一审庭审抗辩时已明确提出相互抵充债务，可视为向刘晖发出了抵销通知，通知一经到达对方即发生法律效力。

[267]参见DCFR第6-6：103条、PICC第8.1条；欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组.欧洲私法的原则、定义与示范规则：第1-3卷.高圣平，等译.北京：法律出版社，2014：980.

[268]《全国法院民商事审判工作会议纪要》第43条中也规定：“双方互负的债务数额，是截至抵销条件成就之时各自负有的包括主债务、利息、违约金、赔偿金等在内的全部债务数额。行使抵销权一方享有的债权不足以抵销全部债务数额，当事人对抵销顺序又没有特别约定的，应当根据实现债权的费用、利息、主债务的顺序进行抵销。”案例参见最高人民法院（2019）最高法民再12号民事裁定书。相同观点的立法例，参见《德国民法典》第396条、《日本民法典》第512条和第512条之二、我国台湾地区“民法”第342条、DCFR第3-6：106条第2款。PICC第8.4条采取不同规则，在主张抵销方没有指明且对方未在合理时间内申明的，抵销将按比例适用于所有债务，这与其第6.1.12条确定的履行抵充规则不一致。

[269]王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：288；王洪亮.债法总论.北京：北京大学出版社，2016：181；韩世远.合同法总论.北京：法律

出版社, 2018: 710; 最高人民法院民事审判第二庭.《全国法院民商事审判工作会议纪要》理解与适用.北京: 人民法院出版社, 2019: 298.《全国法院民商事审判工作会议纪要》第43条中规定, 抵销的意思表示自到达对方时生效, 抵销一经生效, 其效力溯及自抵销条件成就之时, 双方互负的债务在同等数额内消灭。案例参见“厦门源昌房地产开发有限公司、海南悦信集团有限公司委托合同纠纷再审案”[最高人民法院公报, 2019(4)]。立法例参见《德国民法典》第389条、《荷兰民法典》第6: 129条、《葡萄牙民法典》第854条、《意大利民法典》第1242条第1款、《日本民法典》第506条第2款、我国台湾地区“民法”第335条第1项。

[270]张保华.抵销溯及力质疑.环球法律评论, 2019(2): 106-113.

[271]例如, PICC第8.5条第3款、DCFR第6: 107条。英美法始终仅赋予抵销以将来的效力。

[272]韩世远.合同法总论.北京: 法律出版社, 2018: 712.

[273]山东省高级人民法院(2014)鲁执复议字第27号执行裁定书中, 法院认为: “约定抵销作为双方法律行为, 是双方当事人达到消灭债权债务的目的, 而对彼此之间的互享债权、互负债务所达成的处分、清理合意, 是对债权债务的一种特殊处分方式。基于此, 约定抵销的双方必须对协商抵销的债权债务具有完整的处分权。……合意予以抵销是债权人对自己财产权益的处分而对于人民法院已经采取保全措施财产, 在未解除保全前不得进行处分。被执行人与第三人协议将被采取冻结措施的收入与其他债务抵销的, 属于对人民法院已经冻结财产的擅自处分, 不能产生债务抵销的法律后果, 不能对抗人民法院的冻结以及后续执行行为。”

[274]最高人民法院(2014)民一终字第58号民事判决书中, 法院认为: “约定抵销不宜双方互负债务均以到期为必要, 只要双方协商一致, 愿意在履行期到来之前将互负债务抵销, 应尊重当事人的意思自治。”

[275]王利明.合同法研究: 第二卷.北京: 中国人民大学出版社, 2015: 284; 关于抵销合同的性质, 有拟制清偿说、清偿说、无因的免除合同说、双务的免除合同说、独立契约说等, 参见史尚宽.债法总论.北京: 中国政法大学出版社, 2000: 870-871.

[276]大连海事法院(2004)大海东商初字第35号民事判决书中, 法院认为: 原告与被告二冷签订对账单的行为是《合同法》所规定的债的合意抵销, 其效力仅是消灭了原告方的部分债权, 其剩余承包金的请求权和违约金请求权等从权利依然存在。被告方认为签订对账单是对原合同的协议解除没有根据, 因为除法律规定或双方事前约定外, 协议解除合同必须是明示的, 而本案中的对账单并不能看出双方有解除原承包合同的意思。故原告依合同请求承包金和违约金应受法律保护, 原告已经主动调整了违约金的数额, 但数额仍过分高于其因被告二冷不支付承包金所造成的损失, 即利息损失。

[277]《提存公证规则》第2条：“提存公证是公证处依照法定条件和程序，对债务人或担保人为债权人的利益而交付的债之标的物或担保物（含担保物的替代物）进行寄托、保管，并在条件成就时交付债权人的活动。为履行清偿义务或担保义务而向公证处申请提存的人为提存人。提存之债的债权人为提存受领人。”第3条第1、2款：“以清偿为目的的提存公证具有债的消灭和债之标的物风险责任转移的法律效力。”“以担保为目的的提存公证具有保证债务履行和替代其他担保形式的法律效力。”第29条：“司法机关或行政机关因执行公务而申办提存公证的，参照本规则办理。”“监护人、遗产管理人为保护被监护人、继承人利益，请求将所监护或管理的财产提存的，参照本规则办理。”“遗嘱人或赠与人为了保护遗嘱受益人或未成年的受赠人利益，请求将遗嘱所处分的财产或赠与财产提存的，参照本规则办理。”

[278]江苏省盐城市中级人民法院（2019）苏09民终862号民事判决书中，因为上诉人阜宁法院提出履行而被上诉人拒绝接受，上诉人并未提存，法院认为：“根据《中华人民共和国合同法》第一百零一条规定：债权人无正当理由拒绝受领难以履行债务的，债务人可以将标的物提存。第九十一条规定：债务人依法将标的物提存的，合同的权利义务终止。本案中，阜宁法院并未将未付工程款进行提存，双方之间就工程款的债权债务并未消灭，阜宁法院对兴亚公司负有支付工程款的义务，故其仍需继续承担逾期付款的责任。”

[279]PECL第7：110条即将所有未受领的情形合并规定。

[280]张谷.论提存.清华法学，2003（2）：185-188；王洪亮.债法总论.北京：北京大学出版社，2016：184；黄立.民法债编总论.北京：中国政法大学出版社，2002：695-697.

[281]王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：292-294；韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：715-716；朱广新.合同法总则研究：下册.北京：中国人民大学出版社，2018：540-541；史尚宽.债法总论.北京：中国政法大学出版社，2000：835-836；郑玉波：民法债编总论.北京：中国政法大学出版社，2004：501.

[282]陈自强.民法讲义II契约之内容与消灭.北京：法律出版社，2004：343.

[283]王家福.中国民法学·民法债权.北京：法律出版社，1997：208-209；崔建远.我国提存制度的完善.政治与法律，2019（8）：106-108.此观点更接近于公法关系说，因为一般认为提存关系系指债务人与提存部门的关系而并不包括提存人与债权人之间的关系。

[284]张谷.论提存.清华法学，2003（2）：195；朱广新.合同法总则研究：下册.北京：中国人民大学出版社，2018：542-543.

[285]王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：295-296；张谷.论提存.清华法学，2003（2）：195-197.

[286]关于在无管辖权的提存部门提存的,《德国民法典》第374条规定应向债权人赔偿因此所生的损害,《瑞士债务法》第92条第2款规定,提存的地点由债务履行地法院指定,即使没有司法机关的授权,物品可以提存于仓库,具体参见张谷.论提存.清华法学,2003(2):197-198.

[287]参见黑龙江省齐齐哈尔市中级人民法院(2016)黑02民终字第949号民事判决书、江苏省南通市中级人民法院(2019)苏06民终5367号民事判决书等。

[288]湖南省郴州市中级人民法院(2017)湘10民终2595号民事判决书中,法院认为:“因百福投资公司未举证证明本案存在债权人艺杰果业公司无正当理由受理、下落不明等难以履行债务的情形,且街道办事处并非法定的提存机关,不能从事法律意义上的提存业务,故本案百福投资公司将涉案补偿款汇入石盖塘街道办事处指定账户的行为不符合提存的法定条件和程序,百福投资公司关于其将案涉款项支付给石盖塘街道办事处监管具有正当性、合法性故而不应当继续履行的主张依法不能成立。”但是,天津市第一中级人民法院(2019)津01民终6114号民事判决书中,法院认为:“诉讼过程中,刘立均无法向村委会交纳承包费的情况下,已经向其所在地的政府部门交纳了案涉承包费,提存成立,依法应视为刘立均已经在提存范围内履行了债务。”

[289]崔建远.我国提存制度的完善.政治与法律,2019(8):108.

[290]韩世远.合同法总论.北京:法律出版社,2018:718;张谷.论提存.清华法学,2003(2):192.

[291]《提存公证规则》第5条第3项规定为“地址不详”和“失踪”。

[292]崔建远.我国提存制度的完善.政治与法律,2019(8):110.

[293]崔建远.合同法学.北京:法律出版社,2015:232.

[294]王利明.合同法研究:第二卷.北京:中国人民大学出版社,2015:298.

[295]《提存公证规则》第5条第3项即规定为“债权人不清”。《德国民法典》第372条第2款、《日本民法典》第494条、我国台湾地区“民法”第326条明确规定。

[296]《提存公证规则》第6条第1款第1项规定,“债的双方在合同(协议)中约定以提存方式给付的”。

[297]《提存公证规则》第15条规定:“对提存的贵重物品、有价证券、不动产或其他物品的价值难以确定的,公证处可以聘请专业机构或人员进行估价。”第14条第1、4款规定:“公证处应当验收提存标的物并登记存档。对不能提交公证处的提存物,公证处应当派公证员到现场实地验收。验收时,提存申请人(或其代理人)应当在场,公证员应制作验收笔录。”“经验收的提存标的物,公证处应当采用封存、委托代管等必要的保管措施。”第22条第4款规定:“提存的不动产或其他物品的收益,除用于维护费用外剩余部分应当存入提存账户。”云南省曲靖市中级人民法院(2019)云03民终

2690号民事判决书中，一审法院认定被告可以按照《合同法》第101条第1项规定对原告拒绝领受的房屋进行提存，并及时通知原告。

[298]《德国民法典》第303条将抛弃占有有限制在土地、已登记的船舶或者建造中的船舶，我国台湾地区“民法”第242条限制在不动产。

[299]王洪亮.债法总论.北京：北京大学出版社，2016：186；张谷.论提存.清华法学，2003（2）：190.《日本民法典》中规定不动产也可以提存，同样未规定放弃占有制度。

[300]王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：301-302；张谷.论提存.清华法学，2003（2）：189-190.

[301]郑玉波.民法债编总论.北京：中国政法大学出版社，2004：505.河南省沁阳市人民法院（2013）沁民重字第00001号民事判决书中，法院认为：本案被告不存在无正当理由拒绝受领租金的法定情形，公证处未全面审查作为债务人的原告请求提存的原因和事实是否属实，提存标的与债的标的是否相符就草率作出提存公证，违反法定程序，因此不具有提存公证的法律效力。不过本案中法院虽然援引“提存标的与债的标的不符”作为说理理由，但案件事实中合同约定的租金本就没有明确数字，且原告提存的租金高于此前其支付的租金，以提存标的与债的标的不符进行说理似乎有欠妥当。

[302]张谷.论提存.清华法学，2003（2）：198-199.

[303]《提存公证规则》第14条第5款规定：“对易腐易烂易燃易爆等物品，公证处应当在保全证据后，由债务人拍卖或变卖，提存其价款。”

[304]《提存公证规则》第19条规定：“公证处有保管提存标的物的权利和义务。公证处应当采取适当的方法妥善保管提存标的，以防毁损、变质或灭失。”“对不宜保存的、提存受领人到期不领取或超过保管期限的提存物品，公证处可以拍卖，保存其价款。”

[305]《提存公证规则》第20条规定：“下列物品的保管期限为六个月：（一）不适于长期保管或长期保管将损害其价值的；（二）六个月的保管费用超过物品价值5%的。”

[306]王洪亮.债法总论.北京：北京大学出版社，2016：186.

[307]韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：721；张谷.论提存.清华法学，2003（2）：187.与《民法典》第522条第2款规定不同的是，不必推定第三人有受益的意思。

[308]《提存公证规则》第16条。

[309]张谷.论提存.清华法学, 2003 (2) : 199.

[310]《合同法司法解释二》第25条第2款规定:“提存成立的,视为债务人在其提存范围内已经履行债务。”《提存公证规则》第17条中规定:“提存之债从提存之日即告清偿。”

[311]《提存公证规则》第13条第2款规定:“提存标的与债的标的不符或在提存时难以判明两者是否相符的,公证处应告知提存人如提存受领人因此原因拒绝受领提存物则不能产生提存的效力。提存人仍要求提存的,公证处可以办理提存公证,并记载上述条件。”

[312]对于登记义务,有观点认为提存的事实本身可以视为提存人已有对登记的承诺,债权人得单独申请登记,参见史尚宽.债法总论.北京:中国政法大学出版社, 2000: 843.

[313]参见《瑞士债务法》第94条、《日本民法典》第496条。

[314]《德国民法典》第378、379条。

[315]王洪亮.债法总论.北京:北京大学出版社, 2016: 186.

[316]张谷.论提存.清华法学, 2003 (2) : 219.

[317]王利明.合同法研究:第二卷.北京:中国人民大学出版社, 2015: 303.

[318]有观点指出,似以通知义务为必要条件为妥,即要令债务速速消灭,又不以通知为必要条件,不免有矛盾,参见张谷.论提存.清华法学, 2003 (2) : 219.

[319]最高人民法院研究室.最高人民法院关于合同法司法解释(二)理解与适用.北京:人民法院出版社, 2009: 183.

[320]王利明.合同法研究:第二卷.北京:中国人民大学出版社, 2015: 305.

[321]韩世远.合同法总论.北京:法律出版社, 2018: 727.

[322]同样观点,参见张谷.论提存.清华法学, 2003 (2) : 217.

[323]参见《提存公证规则》第22条。

[324]《德国民法典》第379条对此明确规定。

[325]王利明.合同法研究:第二卷.北京:中国人民大学出版社, 2015: 306; 韩世远.合同法总论.北京:法律出版社, 2018: 728.

[326]参见《提存公证规则》第25条。

[327]《提存公证规则》第19、20条。

[328]孙森焱.民法债编总论：下册.北京：法律出版社，2006：897；王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：305-206；朱广新.合同法总论研究：下册.北京：中国人民大学出版社，2018：546；崔建远.我国提存制度的完善.政治与法律，2019（8）：113.

[329]史尚宽.债法总论.北京：中国政法大学出版社，2000：843；郑玉波.民法债编总论.北京：中国政法大学出版社，2004：508；韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：726；张谷.论提存.清华法学，2003（2）：202.

[330]就此，如果认为所有权已经转移给债权人，则不应承认取回权；如果认为所有权不转移，则可以承认也可以不承认取回权；在承认取回权的立法例中，一般将领取提存物请求权作为债权请求权。单纯以风险负担转移至债权人、孳息归属给债权人，认为债权人取得所有权，与买卖合同中单纯以交付而非所有权转移作为风险负担和孳息归属的界分点不符，甚至使得《民法典》第573条的规定俱成赘文，具体参见张谷.论提存.清华法学，2003（2）：202.

[331]张谷.论提存.清华法学，2003（2）：202-203.

[332]韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：724-725.

[333]同样立法例，参见《德国民法典》第373条、《日本民法典》第498条。

[334]这一规则类似于我国台湾地区“民法”第330条，只是后者规定为10年的期间。《提存公证规则》第21条则规定：“从提存之日起，超过二十年无人领取的提存标的物，视为无主财产；公证处应在扣除提存费用后将其余额上缴国库。”该期限与民法典相冲突，不应再予以适用。

[335]最高人民法院研究室.最高人民法院关于合同法司法解释（二）理解与适用.北京：人民法院出版社，2009：179，181；郑玉波.民法债编总论.北京：中国政法大学出版社，2004：509；黄立.民法债编总论.北京：中国政法大学出版社，2002：702-703.

[336]张谷.论提存.清华法学，2003（2）：206-207.

[337]史尚宽.债法总论.北京：中国政法大学出版社，2000：842.

[338]朱虎.诉讼时效制度的现代更新.中国高校社会科学，2017（5）.

[339]《合同法司法解释一》第8条规定：“合同法……第一百零四条第二款规定的‘五年’为不变期间，不适用诉讼时效中止、中断或者延长的规定。”

[340]《提存公证规则》第21条即明定“视为无主财产”。

[341]韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：725.

[342]《德国民法典》第379条、《瑞士债务法》第94条、《日本民法典》第496条规定了债务人的取回权，而我国台湾地区“民法”并未对此规定。

[343]具体分析，参见张谷.论提存.清华法学，2003（2）：213-215.

[344]张谷.论提存.清华法学，2003（2）：200.

[345]张谷.论提存.清华法学，2003（2）：200-201.

[346]韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：729.

[347]韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：729.

[348]参见《提存公证规则》第26条第3款。

[349]参见最高人民法院（2018）最高法民终417号民事判决书。

[350]朱广新.合同法总则研究：下册.北京：中国人民大学出版社，2018：549-550；张谷.论债务免除的性质.法律科学，2003（2）：82-84.采此种观点的立法例，参见《德国民法典》第397条、《瑞士债务法》第115条。

[351]王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：307-308；崔建远.合同法.北京：法律出版社，2016：222；韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：730-731.采此种观点的立法例，参见《日本民法典》第519条、我国台湾地区“民法”第343条。

[352]云南省昆明市中级人民法院（2019）云01民终6893号民事判决书中，法院认为：“免除是指债权人放弃部分或者全部债权，债权人单方作出意思表示从而使债务部分或全部消灭的一种制度。债务一经免除，债即终止。本案中，原告是完全民事行为能力人，对自己享有的债权有处分权利，原告以和解协议的方式作出免除部分债务的意思表示，其内容具体明确，是其真实意愿，不违反法律或社会公共利益，并且该份和解协议已实际履行，原、被告的法律行为已经产生了部分债务消灭的效果，依法不得撤销。”

[353]湖南省高级人民法院（2013）湘高法民再终字第267号民事判决书中，法院认为：“刘春英以《承诺》的方式两次向廖建香作出免除部分债务的意思表示，其内容具体明确，是其真实意愿，不违反法律或社会公共利益，且已实际履行，其单方法律行为已经产生了部分债务消灭的效果，依法不得撤销。”还可参见江苏省南通市中级人民法院（2014）通中商初字第0567号民事判决书、云南省楚雄市人民法院（2018）云2301民初3938号民事判决书。

[354]相同立法例，参见《意大利民法典》第1236条。

- [355]陈自强.民法讲义II契约之内容与消灭.北京：法律出版社，2004：357；朱广新.合同法总则研究：下册.北京：中国人民大学出版社，2018：549.
- [356]王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：311.
- [357]郑玉波.民法债编总论.北京：中国政法大学出版社，2004：522.
- [358]张谷.论债务免除的性质.北京：法律科学，2003（2）：82.
- [359]王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：308；韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：731.
- [360]韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：732；朱广新.合同法总则研究：下册.北京：中国人民大学出版社，2018：550；王洪亮.债法总论.北京：北京大学出版社，2016：191.
- [361]史尚宽.债法总论.北京：中国政法大学出版社，2000：875.
- [362]王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：312；韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：732.
- [363]参见广东省广州市中级人民法院（2019）粤01民终22459号民事判决书。
- [364]黄立.民法债编总论.北京：中国政法大学出版社，2002：722.
- [365]王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：313；郑玉波.民法债编总论.北京：中国政法大学出版社，2004：523.
- [366]郑玉波.民法债编总论.北京：中国政法大学出版社，2004：523；黄立.民法债编总论.北京：中国政法大学出版社，2002：722；韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：733；[日]我妻荣.新订债权总论.北京：中国法制出版社，2008：326.
- [367]崔建远.合同法.北京：法律出版社，2016：223.
- [368]王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：313；韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：734.
- [369]参见辽宁省大连市中山区人民法院（2019）辽0202民初8779号民事判决书。
- [370]孙森焱.民法债编总论：下册.北京：法律出版社，2006：930.
- [371]韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：735.
- [372]谢怀栻.票据法概论.北京：法律出版社，1990：126-127.

[373] 韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：735.

第八章 违约责任

第五百七十七条

当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

本条主旨

本条是关于违约责任的一般规定。

相关条文

《民法通则》第111条 当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定条件的，另一方有权要求履行或者采取补救措施，并有权要求赔偿损失。

《合同法》第107条 当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

《民法典》第176条 民事主体依照法律规定或者按照当事人约定，履行民事义务，承担民事责任。

第179条 承担民事责任的方式主要有：

- （一）停止侵害；
- （二）排除妨碍；
- （三）消除危险；
- （四）返还财产；
- （五）恢复原状；
- （六）修理、重作、更换；

- (七) 继续履行；
- (八) 赔偿损失；
- (九) 支付违约金；
- (十) 消除影响、恢复名誉；
- (十一) 赔礼道歉。

法律规定惩罚性赔偿的，依照其规定。

本条规定的承担民事责任的方式，可以单独适用，也可以合并适用。

理解与适用

本条继承了《合同法》第107条，是违反各类合同义务的违约责任的规范基础。第一，本条是违反给付义务时违约责任的规范基础。在司法实践中，不需要严格区分迟延履行、不完全履行等不履行形态，便可依据本条主张违约责任。不过，对于不完全履行中的减价，《民法典》第582条作出专门规定；对迟延履行场合的违约金和加重责任，《民法典》第585条第3款和第590条第2款作出专门规定。如果需要援引这些条文，那便要说明存在不完全履行或者迟延履行。第二，本条也是违反合同附随义务时违约责任的规范基础。当事人一方违反通知、协助、保密等附随义务的，对方有权依据本条和有关附随义务的规定，请求其承担赔偿损失的违约责任。

一、违约责任的概念和特点

(一) 违约的含义

违约，是指违反合同义务，既包括违反合同中的给付义务，又包括违反合同中的附随义务。^[1]本条将违约划分为“不履行合同义务”和“履行合同义务不符合约定”两种类型；这种类型划分方法具有历史传承性。^[2]无论是给付义务，还是附随义务，都是合同债务的组成部分。违反合同义务（breach of contract）的同义语就是不履行合同债务（nonperformance of contractual obligations）。

(二) 违约责任的含义

要界定违约责任，必须先澄清债务与责任之间的关系。对于债务与责任的关系，主要有两种理解方式。第一种理解方式是，责任是违反债务的法律后果；第二种理解方式是，责任是附加在债务关系上的替代关系或者担保。^[3]

我国传统学说和《民法典》主要采用第一种理解方式，即民事责任是违反民事义务的法律后果。^[4]反映在合同法上，就是将违约责任理解为违反合同债务的各种法律后果。^[5]这早在《民法通则》第106条第1款中便有所体现。该款规定：“公民、法人违反合同或者不履行其他义务的，应当承担民事责任。”从中可以清晰地看到，民事责任就是违反合同或者其他义务的民事法律后果。《民法典》第176条规定：“民事主体依照法律规定或者按照当事人约定，履行民事义务，承担民事责任。”该规定删除了承担民事责任的前提条件，与立法过程中多份审议稿的内容都不完全相同^[6]，从而给民事责任的解释预留了一定灵活空间。尽管如此，从整体上看，《民法典》仍然是将民事责任界定为违反民事义务的法律后果。比如，《民法典》第180条规定：“因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。法律另有规定的，依照其规定。”

民法学界普遍采用的另一种理解方式是，责任是附加在债务关系上的替代关系或者担保。学界公认的是，债务（Schuld）与责任（Haftung）的区分是日耳曼法的贡献，责任是一种附加在债务上的关系。^[7]据学者考察，在日耳曼古法上，债务的本质是法的当为（Rechtliches Sollen），不包含法的强制（Rechtliches Müssen），因而依契约或者其他事由所发生的债务，并不伴随有责任，责任必须另外依据以发生责任为标的的契约或者其他事由才能成立。^[8]换言之，责任是替代（ dafür Zustehenoderhaften ）关系，是指债务人当为给付而不为给付，应服从债权人的强制取得。这种以服从强制取得为内容的责任关系，附加在债务关系上，债务关系才有拘束力（ Bindung ）。因而，为实现债权目的，责任具有担保（ Garantie ）作用。^[9]该担保作用，在发生债务不履行时便能见到，这时债权人以债务人的担保责任为依据，采取强制方法以实现债权，其在性质上属于一种给付的代偿（ Surrogat ）。^[10]责任与债务未必相结合，有责任未必有债务；有债务未必有责任。日耳曼法上责任与债务相分离的观念对于后世具有实益之处，正是在于责任的担保作用。^[11]在发挥“担保作用”的意义上，出资人的有限责任或无限责任、保证人的保证责任、担保物权中的物上担保责任，均可以被理解为无债务的责任。如此一来，自然债务、担保物权中物的责任、有限责任与无限责任等观念相继确立。^[12]

基于对债务与责任之间关系的不同理解，违约责任的含义也有所不同。违约责任的第一种含义是违反合同债务的民事法律后果，这种含义被《民法典》所采用。违约责任的第二种含义是发挥替代作用或者担保作用的法律关系，这在债法学说中也普遍被承认。如果在第一种含义上理解违约责任，那便可以将违反合同债务的各种法律后果纳入其中，包括解除、减价。如果在第二种含义上理解违约责任，那么其主要包括强制实际履行、违约损害赔偿和违约金，而不包括解除和减价。

在近代以前，债务不履行的责任形态有人格的责任与财产的责任之分，债务人甚至可能被变卖为奴，以此偿还债务。在现代文明社会，任何债务原则上都不会发生人格的责任。在财产的责任中，特定财产责任发展为担保物权，一般财产责任在观念上则成为债权的效力或者作用的一部分，原则上不必区分责任与债务的思想由此兴盛起来。^[13]

按照大陆法系目前的主流债法学说，债权的强制力属于债权权能（Befugnisse）或者债权效力的组成部分。^[14]有学者将债权权能区分为可诉求性（Klagbarkeit）、可执行性（Vollstreckbarkeit）、自力实现（Eigenmächtige Durchsetzbarkeit）、处分权能（Die Verfügungsbefugnis）、给付保持的正当根据等。^[15]缺乏可诉求性、可执行性的债权，被称为不完全债权（Unvollständige Forderungen）。^[16]有学者将债权的效力区分为请求力（请求任意履行的能力或权能）、给付保持力（合法地保持给付的能力或权能）、诉求力（通过诉讼请求履行的能力）、执行力（给付判决确定之后，通过强制执行程序实现债权）。^[17]有学者将债权的效力区分为对债务人的效力和对第三人的效力。对债务人的效力可分为给付保持力、请求力（含裁判外的请求权利和裁判上的请求力，后者即诉求力）和执行力（强制力，含贯彻力和掬取力——责任）；对第三人的效力可分为“保全债务人的责任财产的效力”和“对第三人违法的侵害债权的效力”^[18]。总之，按照主流债法学说，合同中原定给付义务的强制履行是债权权能或者债权效力的题中应有之义，是可执行性或者执行力的内容。欠缺此项权能的债权，只不过是具有不完全权能的债权而已。债务人的任意履行与不履行之责任，只不过是债之效力的两种表现形式而已。^[19]如此一来，强制履行的责任属性便应当予以淡化^[20]，违约责任的内核只剩下违约损害赔偿。

（三）违约责任的特点

最狭义的违约责任就是违约损害赔偿责任（包括赔偿性违约金）；狭义的违约责任包括违约损害赔偿和强制实际履行；广义的违

约责任是指《民法典》合同编违约责任一章所规定的违反合同债务的所有民事法律后果，除狭义的违约责任以外，还包括减少价款或者报酬、退货。按照通说，债权人主张减少价款或者报酬本质上是行使作为形成权的减价权，债权人主张退货本质上是行使作为形成权的解除权。此外，惩罚性违约金、违约定金以迫使债务人严格依约履行为其主要功能，以填补损失为其次要功能，也体现出一定的救济属性。

违约责任具有以下特点。

第一，违约责任具有救济受损害方的功能。与其说违约责任是对违约方当事人的制裁，不如说违约责任主要是对受损害方的救济。这与现代民法作为权利保护法、权利救济法的功能定位是相契合的。具体来说，（1）强制实际履行是以强制力为保障手段，使合同中原定给付义务得到实际履行，其并不包含制裁的意味。（2）违约损害赔偿以填补受损害方的损失为目的，而不是为了制裁违约方；虽然惩罚性赔偿具有预防和制裁不法行为的功能，但是立法者主要是在《民法典》侵权责任编和《消费者权益保护法》等特别法中对侵权行为作出惩罚性赔偿的规定，且局限在故意侵权场合。^[21]在违约责任领域，《民法典》并未为违约行为规定惩罚性赔偿。更何况，我国违约损害赔偿以无过错责任为原则，债务人对通常事变负责，违约损害赔偿实在不适宜发挥制裁的作用。（3）赔偿性违约金属于损害赔偿责任的范畴，故以实际损失为基础调整其数额，也不产生制裁违约方的效果；至于当事人自愿约定的所谓“惩罚性违约金”，其本质上是督促债务人严格按照合同履行义务，也不是真正意义上的制裁措施。

第二，违约责任具有相对性。违约责任只能在特定的合同当事人之间发生，合同之外的第三人不承担违约责任，合同当事人原则上也不对第三人承担违约责任。例外情况是，在真正的利益第三人合同中，第三人虽然不是合同关系的当事人，但在债务人不履行债务时，应向该第三人承担违约责任。比如，人寿保险合同中的保险人不履行合同的，应向受益人承担违约责任。《民法典》第593条规定：“当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当依法向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定处理。”该条便是关于违约责任具有相对性的提示注意规定（参见第593条释义）。

第三，违约责任具有一定的任意性。当事人可以在不违反法律强制性规定的前提下对违约责任自由进行约定。当事人可以预先约定违约行为的类型、违约金的数额、损害赔偿的计算方法、免责事由等。这些约定本质上是合同自由原则的体现，也是合同当事人对未来可能

出现的风险进行控制的方式。^[22]当事人约定惩罚性违约金的，还可能发挥督促债务人严格依约履行的效果。不过，当事人关于违约责任的约定不能违反法律、行政法规的效力性强制性规定，也不得违背公序良俗。

第四，违约责任具有补偿性。违约责任的补偿性主要体现为违约损害赔偿的补偿性。如上所述，违约损害赔偿是以填补损失为目的，而非以制裁违约方为目的。在合同法中，原则上不承认惩罚性损害赔偿。有关惩罚性赔偿的规定主要集中在侵权法领域。惩罚性赔偿主要发挥吓阻不法行为的目的，而违约行为常常是商业谋划失败的后果，通常不具有道德上的可非难性。

二、继续履行与采取补救措施

本条明确列举的违约责任包括继续履行、采取补救措施和赔偿损失。对于前两者应当一体把握，因为两者没有本质差异。继续履行也称强制履行、强制实际履行，是以第三方的强制力为保障的实际履行。^[23]在现代社会，这种强制力由国家垄断，强制履行通过强制执行程序得以实现。在德国、日本和我国，国家将强制执行的权力主要赋予司法机关。强制实际履行虽然在债务不履行时便已经存在，但只有在债权人获得生效法律文书等执行依据后才能现实发生。

采取补救措施，按照通说，是指修理、重作、更换等，完全可以被继续履行所涵盖。广义的继续履行既包括迟延履行场合的继续履行，又包括不完全履行场合的追完履行或者说补正履行；狭义的继续履行仅指前者，后者即为采取补救措施。

国内外早期债法上曾经盛行债奴制度。无论是古巴比伦的《苏美尔法和《汉谟拉比法典》，还是古希腊法，都有债务人不履行债务时沦为债奴的制度。公元前5世纪的罗马《十二铜表法》更详细规定了严酷的债务人人身责任，允许债权人对不履行债务的债务人进行杀戮或者出卖。^[24]在中国古代，存在债务人以自己及其妻儿抵债的现象，法律并未加以禁止。^[25]在很多国家，直到近代都允许在特定条件下强制拘禁不履行债务的债务人。不过，当代大多数国家的强制履行主要是通过对债务人财产的强制执行来实现的。^[26]

强制履行是债权在实体法上的效力，强制执行是确保债权、担保权实现的司法程序。为保障债权实现，强制执行方法有三。第一，直接强制，即依靠国家强制力直接实现债权的内容，从而原原本本地实现债权。比如，交付某幅画、支付价金。对于以交付金钱为内容的债权，直接强制是实现债权的最有效方式，而且不会给债务人的人格尊

严、人身自由造成侵害。对于以作为为内容的债权，如交付动产，也可以通过直接强制来实现。不过，如果债权的内容是提供服务本身，那便往往不适宜直接强制，因为直接强制会给债务人的人身自由、人格尊严造成或多或少的侵害；对于不作为债权，通常也不适宜直接强制。

第二，代替执行或者代履行。对于一项债务，如果可以由债务人以外的第三人代为给付，从而实现债权，那么司法机关可以决定以债务人的费用，由第三人代履行。这种强制执行方式在传统大陆法系称为代替执行，在我国法上称为代履行。这种强制履行方式的普遍适用与大陆法系国家对实际履行的重视有密切关系；在英美法上，一般通过损害赔偿来达到类似的效果。由于代替执行基本上不会侵害债务人的人格尊严、人身自由，所以在以行为为债权标的时，这是一种较为有效的强制执行方式。比如，由第三人代为修理机动车、代为恢复生态环境。需要注意的是，应当区分程序法上的代履行与实体法上的履行费用偿付请求权。前者是程序法上的执行措施，不需要再经过诉讼程序即可实现债权人的债权；后者属于一种实体法上的请求权，是履行请求权的具体表现形态，如果债务人不为任意履行，那么还需要经过诉讼或者仲裁程序才能获得执行根据，进而通过强制执行实现债权。

第三，间接强制。间接强制是对债务人施加某种不利益，迫使债务人为一定行为；这种不利益通常表现为罚金。在传统债法上，间接强制是兜底性的执行措施。按照日本学者我妻荣的意见，间接强制只有在代替执行不能达到目的的情形下才可适用。^[27]在现代债法上，间接强制的适用范围有扩张的趋势。比如，在不支付抚养费、赡养费の場合，通过直接强制反而不利于债权的及时实现，通过间接强制可能更有助于债权的及时实现。在我国司法实践中，在以给付金钱为内容的判决中，通常包含以下间接强制条款：“如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当按照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付延迟履行期间的债务利息。”加倍支付迟延利息可以具有压迫的功能，可以迫使债务人严格履行判决书中确定的义务。

三、违约损害赔偿

本条规定的“赔偿损失”就是违约损害赔偿。违约损害赔偿是指以金钱填补受损害方因违约遭受的利益损失，在固有利益因违约而受损的情况下，其包括以恢复原状的各种方法填补固有利益的损失。

（一）违约损害赔偿的方法

按照主流意见，违约损害赔偿仅限于金钱赔偿。^[28]对于恢复原状，其在侵权法上以修理、更换等为主要内容；在合同法上，修理、更换是不完全履行场合违约方进行补正履行或者说追完履行的具体方式，应该纳入实际履行的范畴，不应纳入违约损害赔偿的范畴。因此，在履行利益的赔偿方面，违约损害赔偿的方法就是金钱赔偿。不过，合同债务包括基于诚信原则而产生的附随义务，违反附随义务导致相对人固有利益遭受损害的，当事人承担违约损害赔偿责任时应当填补固有利益的损失。在固有利益的赔偿方法上，违约损害赔偿与侵权损害赔偿不应有所不同，除金钱赔偿以外，还应包括恢复原状的各种方法。

（二）违约损害赔偿的归责事由和构成要件

所谓归责，是指确定某个结果归由某人负责或者某种法律后果归由某人承担的判断过程。归责的法律根据就是归责事由，典型的归责事由是过错。如果某种归责事由是某种归责活动的一般依据，那么往往称之为归责原则；有原则就有例外，同一后果（如损害）在不同的交易中归由债务人承担，可能需要不同的归责事由。所谓违约责任的归责事由，就是违约损害赔偿责任归由某人承担的根据；强制履行不需要归责事由，因为给付义务是当事人约定的，按照约定提供给付是当事人意思自治的当然结果，不需要另外寻找债务人负责提供给付的根据。

违约损害赔偿的归责方式包括风险归责、过错归责，两者分别对应着无过错责任和过错责任。无过错责任与过错责任的区分是针对给付义务不履行而言，附随义务的违反都采用过错责任。结果之债（如买卖合同、承揽合同）中给付义务的不履行，原则上实行无过错责任，债务不履行行为与过错通常要分别予以判断；手段之债（如委托合同）中给付义务的不履行，原则上实行过错责任，债务不履行行为与过错通常难以区分，只能一并判断。在有的情况下，无过错责任会进一步加重（如债务人迟延的场合），过错责任也可能有进一步减轻（如债权人迟延或者无偿合同的场合）。

1. 无过错责任

根据通说，本条确立了违约损害赔偿的一般归责原则，即无过错责任。^[29]

无过错责任是指不论违约方是否存在过错，只要其存在不履行行为，就应承担损害赔偿 responsibility，除非存在不可抗力等免责事由。无过错责任实际上是将通常事变的风险分配给违约方承担，不可抗力、合同

基础嗣后丧失的风险则由双方分担。在无过错责任领域，违约损害赔偿责任的成立要件包括：（1）损害，（2）债务不履行，（3）债务不履行与损害之间的因果关系，（4）无免责事由。在买卖合同、借款合同、租赁合同、承揽合同等以交付物或者提交工作为主给付义务合同中，当事人不履行主给付义务的，在认定违约损害赔偿赔偿责任成立时，都必须满足上述要件。关于债务不履行的介绍，请参阅本条释评第六部分。关于损害、因果关系与可预见性，请参阅第584条释评。关于作为法定免责事由的不可抗力，请参阅第590条释评。

2. 过错责任

过错责任是指违约损害赔偿以过错为归责事由。凡实行过错责任的，均在《民法典》合同编典型合同分编中作出明确规定；这与侵权损害赔偿的归责事由恰成对比。^[30]在采取过错责任的场合，违约损害赔偿责任的成立要件包括：（1）损害，（2）债务不履行，（3）债务不履行与损害之间的因果关系，（4）过错。关于债务不履行，请参阅本条释评第六部分。关于损害、因果关系与可预见性，请参阅第584条释评。下面对过错的含义和《民法典》中有关过错责任的规定进行介绍。

过错的形式包括故意、过失。故意是指积极追求债务不履行或消极放任该后果的出现。过失是指违反应尽的注意义务，导致债务不履行发生。有的合同，如有偿委托合同、有偿保管合同，只要债务人存在过错，就应承担损害赔偿责任。有的合同，如无偿委托合同、无偿保管合同，只有无偿提供服务的当事人因故意或者重大过失导致损害发生，其才承担损害赔偿责任。所谓重大过失，是指债务人严重背离普通人应尽的注意义务。需要注意的是，在买卖合同、承揽合同等结果之债中，给付结果未出现即构成债务不履行，需要独立考察免责事由是否存在。在委托合同等手段之债中，即使当事人期待的目标（如病人被治愈、理财产品获利）未实现也未必构成债务不履行，只有因债务人的过错导致期待的目标未实现，才成立债务不履行，作为客观要件的债务不履行和作为主观要件的过错难以截然区分。^[31]判断债务人是否违反其应尽的注意义务，是判断手段之债中违约损害赔偿是否成立的关键步骤。只要债务人违反其应尽的注意义务，且债权人遭受的损失属于债务人违反该类义务通常导致的损失，那么违约损害赔偿赔偿责任即成立。

在《民法典》合同编中，实行过错责任的情形大致可分为三类：一是以提供服务为标的的若干合同中，《民法典》规定了过错责任为违约损害赔偿责任的归责原则；二是在赠与合同中，鉴于其无偿性，赠与方只有在存在过错的情况下才承担违约损害赔偿赔偿责任；三是鉴于

附随义务是基于诚实信用原则而生，违反附随义务产生的损害赔偿責任均属于过错責任。

第一，提供服务的合同中的过错責任。（1）客运合同属于承揽类合同，根据《民法典》第823条，旅客人身伤亡的，承运人构成未履行主给付义务，应承担无过错責任。不过，根据《民法典》第824条，在运输过程中旅客自带物品毁损、灭失，承运人有过错的，应当承担损害赔偿責任。可见，在客运合同（而非货运合同）中，有关旅客自带物品的毁损、灭失，承运人的責任有所减轻，仅承担过错責任。（2）根据《民法典》第897条规定，保管期间，因保管人保管不善造成保管物毁损、灭失的，保管人应当承担损害赔偿責任，但保管是无償的，保管人证明自己没有重大过失的，不承担损害赔偿責任。保管合同系民事合同，保管人的主给付义务是妥善保管寄存物，其违约损害赔偿責任实行过错責任。同时，合同法区分保管合同的有償性与无償性，对过错的要求有所不同。（3）根据《民法典》第917条，储存期间内，因保管人保管不善造成仓储物毁损、灭失的，保管人应当承担损害赔偿責任。因仓储物的性质、包装不符合约定或者超过有效储存期造成仓储物变质、损坏的，保管人不承担损害赔偿責任。这是关于仓储合同的规定。仓储合同系商事合同、双务合同，仓储人的主给付义务是妥善保管仓储物，其违约损害赔偿責任也是过错責任。（4）根据《民法典》第929条，“有償的委托合同，因受托人的过错造成委托人损失的，委托人可以请求賠償损失。无償的委托合同，因受托人的故意或者重大过失造成委托人损失的，委托人可以请求賠償损失”。在我国，委托合同包含民事委托和商事委托，实际上肩负着雇佣合同的制度功能。受托人因提供劳务不符合合同要求而承担损害赔偿責任的，实行过错責任。（5）根据《民法典》第962条第2款，“中介人故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虛假情况，损害委托人利益的，不得请求支付报酬并应当承担賠償責任”。中介合同也称居间合同，其属于提供服务的合同。典型的居间合同是单务合同，居间人的主要义务是信息提供义务，该义务并非委托人报酬支付义务的对待给付义务。居间人违反信息提供义务的损害赔偿責任实行过错責任。

第二，赠与合同中的过错責任。赠与合同虽属于以提供物为给付内容的合同，但鉴于其无償性，赠与人的責任有所减轻。根据《民法典》第660条，“经过公证的赠与合同或者依法不得撤销的具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同，赠与人不交付赠与财产的，受赠人可以请求交付”。“依据前款规定应当交付的赠与财产因赠与人故意或者重大过失致使毁损、灭失的，赠与人应当承担賠償責任。”可见，赠与人的损害赔偿責任实行过错責任。

第三，违反附随义务的过错责任。违约损害赔偿责任的归责原则主要是指违反给付义务的损害赔偿責任。附随义务系基于诚实信用原则而生，违反附随义务产生的损害赔偿責任均属于过错責任。除了《民法典》合同编第500、501条有关缔约过失責任的规定，在《民法典》合同编典型合同分编中，存在有关违反附随义务的损害赔偿責任的具体规定。比如，《民法典》第714条规定：“承租人应当妥善保管租赁物，因保管不善造成租赁物毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。”《民法典》第784条规定：“承揽人应当妥善保管定作人提供的材料以及完成的工作成果，因保管不善造成毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。”可见，承租人、承揽人在违反作为附随义务的保管义务时，只有在有过错的情况下才承担损害赔偿責任。

需要指出的是，违反附随义务产生的违约责任与违反交往安全义务的侵权责任之间存在较大范围的重叠：两者都属于过错責任，主要过错形式都是过失，造成的损害都是固有利益的损害。尽管如此，在合同关系中，当事人是与个别的相对人之间产生特别的注意义务，附随义务的发展具有较强的针对性，与对不特定第三人应尽的交往安全义务仍有差别。因此，不能简单地认为一者可以代替另一者。

（三）违约损害赔偿的范围

《民法典》第584条对于违约损害赔偿的范围、赔偿原则、限定规则作出明确规定。请参见第584条的释评。

四、各项违约责任之间的关系

（一）继续履行与损害赔偿的关系

关于继续履行与损害赔偿的关系，在《民法典》第583条中有专门规定。该条主要对继续履行与损害赔偿可以一并主张作出明文规定，对于这两项救济之间是否存在优先与劣后的关系，则没有作出规定。实际上，本章没有任何一个条文对于这一问题作出明确规定。本条在列举违约责任时，虽然采用了“继续履行、采取补救措施或者赔偿损失”这样的表述，但并不意味着在适用本条主张违约责任时必须遵循从前到后的顺序。

在我国法上，在实际履行与代替给付的损害赔偿之间，不存在必须优先适用其中一种救济手段的原则。在德国法上，实际履行相对于代替给付的损害赔偿具有优先适用的地位；在英美法上，一般认为损害赔偿的地位较突出，只要损害赔偿能够充分救济违约方，法院通常便不给予债权人实际履行的救济。^[32]在我国法上，并未规定以实际

履行或者损害赔偿为优先的救济手段。在债权人主张实际履行时，法院应结合债务的性质、实际履行的费用等综合判断是否给予债权人以实际履行的救济；在债权人主张代替给付的损害赔偿时，法院应结合交易习惯、债务人是否愿意通过及时履行来填补损失、债权人对债务人的信赖是否已经动摇等，综合判断是否给予债权人损害赔偿的救济。

（二）继续履行、损害赔偿与解除的关系

广义上的违约责任包括解除、减价。有必要简要介绍继续履行、损害赔偿与解除的关系。

继续履行与解除合同在目的上相反，前者是要求违约方按照合同中约定的内容履行义务，后者是将当事人从合同中原定给付义务的拘束中解放出来，两者无法并存。因此，违约方的相对人不得同时主张这两项救济，司法机关也不得同时支持这两项主张。

损害赔偿与解除并行不悖，可以同时主张。在传统学说上，对于解除合同后能否主张履行利益的损害赔偿存有分歧。《民法典》第566条第2款规定：“合同因违约解除的，解除权人可以请求违约方承担违约责任，但是当事人另有约定的除外。”该规定虽然没有明确违约责任的具体形式，但是该款中的违约责任显然不能包括强制实际履行，而只能包括违约损害赔偿、违约金等（请参阅《民法典》第566条释评）。按照学界主流意见，在解除合同之后，履行利益的损失也包括在赔偿范围之内。只不过，在计算损失时，应当将因解除合同而节省的费用予以扣除。这是损益相抵规则的题中应有之义。

五、违约形态

违约形态是指违约行为的形态或者说合同义务不履行^[33]的形态，本质上是按照违约行为的性质和特点对其所作的一些分类。^[34]之所以先对各项违约责任进行释评，后介绍违约形态，是因为不需要先界定清楚某个违约行为究竟属于哪种具体形态，就可以适用本条规定。这是由我国《民法典》合同编所采取的“救济”进路决定的。在违约发生时，首要问题是违约方的相对人希望获得何种救济，违约行为究竟属于哪种形态是次要问题。

《民法典》合同编违约责任一章包含债法的一般规定，不能简单地说本章仅包含违约形态，而不包含债务不履行形态。从债法通则的层面说，给付不能、给付迟延、其他义务违反是最基本的三种债务不履行形态或者说义务违反形态，大陆法系国家的债法正是以此“三分

法”为出发点，从“原因”进路出发构建履行障碍法的规则和理论体系。我国传统学说对此加以继受，将给付不能、给付迟延作为适用于意定之债和法定之债的一般抽象概念，前者是指给付不可能，后者是指已届清偿期、能为给付而不为给付，两者的外延并不重叠。不过，《民法典》合同编（以及《合同法》）没有采取原因进路，而是采取救济进路。与大陆法系国家传统债法相比，我国合同法未赋予给付不能如此基础的地位。履行不能与其他债务不履行的形态之间不是并列关系，而是兼容关系。

对于合同义务不履行的形态应如何分类，理论和实践中存在分歧。即使有分歧，对于司法实践也无太大实际影响。较常见的做法是：先区分预期不履行（又称预期违约、先期违约、期前拒绝履行）、实际不履行（又称实际违约、即期违约），然后将实际不履行区分为迟延履行、不完全履行（或不适当履行），再将迟延履行分为债务人迟延、债权人迟延，将不完全履行区分为瑕疵给付、加害给付和违反附随义务。本条是关于违约责任的一般规定，在司法实践中，不需要先严格区分各种不履行形态，就可以直接援引本条规定。不过，如果需要适用本章关于某个债务不履行形态的专门规定，那就需要辨析是否存在这种债务不履行形态。比如，只有存在不完全履行，才能适用《民法典》第582条关于减价的规定。

六、债务不履行

每一项违约责任都有其相应的构成要件。关于违约损害赔偿的构成要件，请参阅本条释评的第三部分和第584条释评。关于强制实际履行，需要按照其究竟属于金钱债务还是非金钱债务，区分各自的成立要件。结合《民法典》第579条来解释，金钱债务的强制实际履行其实只有一个要件，那就是存在债务不履行；结合《民法典》第580条来解释，非金钱债务的强制实际履行有两个要件，一是存在债务不履行，二是不存在《民法典》第580条第1款规定的除外情形。下面介绍债务不履行要件。

债务不履行究竟是一个客观概念还是一个包含可归责性的概念，学理上存在不同意见。一种意见认为，债务不履行是指未依照债的本旨履行债务的客观状态，另一种意见认为债务不履行是指债务人未依照债的本旨履行债务，且对此缺乏正当事由。按照第一种意见，债务不履行作为构成要件的实际意义不大，难以在司法实践中发挥限定违约责任范围的作用。按照第二种意见，债务不履行不包括那些属于正当、合法的情形，如债务不履行方行使双务合同中的履行抗辩权；此时，债务不履行作为一项独立构成要件便有助于划定违约责任的适用范围，更有实际意义。正当事由是使不履行具有正当性的事由，其不

等于免责事由。免责事由既可能基于约定产生，也可能基于法定产生。比如，当事人在免责条款中约定，“销售商因生产商迟延履行而迟延履行的，不向买受人承担损害赔偿责任”，此为约定免责事由；不可抗力则是法定免责事由。无论是约定免责事由，还是法定免责事由，都只是使债务不履行方免于承担部分或者全部违约损害赔偿责任（属于免责事由要件下所处理的问题），而非使该行为具有正当性。比如，销售商因生产商迟延履行而迟延交货的，虽然不承担损害赔偿责任，但不宜将其评价为存在正当事由，否则买受人连行使同时履行抗辩权、解除权的余地也不复存在，显然不合理。

总之，债务不履行要件的主要功能是将基于正当事由拒绝履行的行为排除在外。这些正当事由包括双务合同中的履行抗辩权、赠与人的穷困抗辩权、保证人的先诉抗辩权，以及针对以侵权行为取得的债权行使的恶意抗辩权。

七、证明责任

根据本条，实际履行责任的承担不需要归责事由。不履行方的相对人主张不履行方承担实际履行责任的，不需要证明不履行方对于不履行存在可归责事由，而只需证明给付义务没有被履行或者没有被按照约定履行即可。债务人陷入法律不能或者事实不能，或者标的不适于强制履行的，法院可以依职权驳回债权人要求实际履行的诉讼请求；如果是履行费用过高，那么不履行方依据《民法典》第580条第1款第2项享有抗辩权，其对于存在履行费用过高的事实负有证明责任。

在违约损害赔偿责任实行无过错责任的领域，受损害方主张不履行方承担违约损害赔偿责任的，不需要证明不履行方存在过错，只需要证明存在损害、给付义务不履行，以及两者之间存在因果关系。不履行方对于存在法定或者约定免责事由负有证明责任。在违约损害赔偿责任实行过错责任的领域，受损害方请求不履行方承担违约损害赔偿责任的，除了需要证明存在损害、债务不履行，以及两者之间存在因果关系以外，还需要证明不履行方存在过错。

第五百七十八条

当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的，对方可以在履行期限届满前请求其承担违约责任。

本条主旨

本条是关于预期违约的规定。

相关条文

《合同法》第108条 当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的，对方可以在履行期限届满之前要求其承担违约责任。

理解与适用

本条规定继承了《合同法》第108条规定。本条规定仅适用于合同之债，不适用于侵权行为之债，因为按照通说，侵权行为之债自侵权行为发生时便已经届期，不可能出现期前不履行的问题。因此，本条规定不是债法的一般规定，仅是合同法的一般规定。本条中的“履行期限届满前”应当解释为履行期尚未到来，如果履行期已经到来，只是期限尚未届满，那便构成实际违约，而非预期违约。

本条是不完全法条。构成预期违约的，受损害方在履行期到来前主张对方承担违约责任的，需要根据具体情况援引其他规定。第一，一方预期不履行全部债务或者主要债务的，对方可以依据《民法典》第563条第1款第2项解除合同，也可以同时援引本条和《民法典》第577条请求不履行方承担代替全部给付的违约损害赔偿责任。这种情况是预期违约的主要情况。第二，一方预期不履行次要债务的，对方不得解除合同，而仅可以依据本条和《民法典》第577条等请求违约方承担代替部分给付的违约损害赔偿责任，也可以依据本条和《民法典》第582条主张减价。这种情况虽不十分常见，但也有可能发生。如期前部分标的物灭失。第三，构成预期违约的，受损害方在履行期到来前无权请求对方承担实际履行责任，而只能等待履行期届至，才能请求对方承担实际履行责任。

一、预期违约的概念和类型

（一）预期违约的概念

预期违约，也称期前违约、先期违约。^[35]与之相对应的概念是实际违约。^[36]预期违约制度源自英美法上的期前不履行（anticipatory repudiation）。英国1853年的“霍克斯特诉德·拉图

案”(Hochster v. De la Tour)是该制度的开端。^[37]该案涉及的是一起雇佣合同纠纷。1852年4月12日,德·拉·图和霍克斯特约定,前者在欧洲旅行期间,后者为其当3个月的仆从,从6月1日起计算。5月11日,德·拉·图写信说他改变了主意,霍克斯特被解雇了。5月22日,霍克斯特向法院起诉请求对方赔偿。^[38]在这个时候,履行期还未到来。自该案起,预期违约问题引起了关注和争论。逐渐地,预期违约制度的支持者占据上风。法院普遍接受了以下一般原则:“期前拒绝履行的,受损害方有权终止自己的剩余给付义务,并有权立即就全部违约请求损害赔偿。”^[39]

在大陆法上,与预期违约类似的概念是拒绝履行。拒绝履行是指债务人能够履行债务而违法地作出不为履行的意思表示。其分为履行期到来之前的拒绝履行和履行期到来之后的拒绝履行。^[40]显然,履行期到来前的拒绝履行与预期违约中的明示毁约本质相同。履行期到来后的拒绝履行与履行迟延、履行期到来后的不完全履行没有本质上的差异。

(二) 预期违约的类型

预期违约包括明示毁约、默示毁约两种类型。明示毁约是指在履行期到来前明确表示不履行合同义务,默示毁约是指在履行期到来前以自己的行为表明不履行合同义务。以言词表明不履行的,该言词的内容必须足够确定,以至于可以合理地将其理解为这种违约将实际发生。^[41]义务人自愿地积极作为,使其自己在事实上不能履行或者不能完全履行合同的,也构成期前不履行。^[42]比如,尽管没有任何言词,出卖人将作为标的物的房屋转让给第三人的,便构成期前不履行;这就是默示的期前不履行。需要指出的是,如果是经营困难导致有不能履行合同的危险,那便不属于自愿的积极作为,只可能产生不安抗辩权,而不能作为预期违约产生解除权和违约损害赔偿。

在2016年度上海法院金融商事审判十大典型案例之八“甲公司诉乙公司证券纠纷案”^[43]中,人民法院认为该案的争议焦点在于被告乙公司是否存在“默示拒绝履行(预期违约)行为”。人民法院在该案中结合债券买卖的特点,作出否定回答:“首先,从双方合同的约定来看,尽管被告发生了《募集说明书》约定下的‘违约事件’,但合同并未赋予原告就此主张被告提前兑付的权利。其次,被告虽对其他债券存在违约行为,但每一项债券的发行和兑付均系被告的独立履约行为,对其中任何一项债券丧失兑付能力并不必然延及其他债券的兑付结果,且被告对涉案债券一直按期兑付利息,无论从主观上还是行为的外化表现上,均未表明其将不履行涉案债券的兑付义务。因此,在案证据不足以证明被告出现了《合同法》第一百零八条规定的默示拒

绝履行的情形。”债券交易的本质是发行人与债券持有人之间就该债券在一定期限内进行还本付息的约定，仍应受到合同法律规范的调整。该案系首起债券持有人在债券尚未到期时起诉发行人要求其承担违约责任的证券纠纷，人民法院的该项判决具有一定启发性。

二、预期违约的效果

依据本条，当事人可以在履行期到来之前请求违约方承担违约责任。面对预期违约，对方既可以在履行期到来之前主张违约责任，也可以在履行期到来之后主张违约责任；如果是在履行期到来之后主张违约责任，那就不适用本条，而适用《民法典》第577条等规定。

（一）损害赔偿

在预期违约场合，对损害赔偿额的估算与在现实违约中类似。在现实违约中，一方当事人全部违约，造成将来利益损失的，也要进行类似的估算。在这两种情况下，受损害方都要证明，假如没有对方的违约行为，那么自己原本会履行；在这两种情况下，证明难度并没有实质差别。在计算赔偿额时，人民法院应当考虑受损害方因为不必再提出给付而避免支出的费用，以及因为利用该部分资源所避免的损失。由于期前不履行发生在履行期到来之前，受损害方特别要采取合理措施避免损失的扩大。

（二）解除合同

解除合同是预期违约的主要法律后果。在《民法典》修改了不安抗辩权规定之后，不安抗辩权规定中不再包含独立的解除权规范。预期违约方的相对人主张解除合同的，必须援引《民法典》第563条第1款第2项，即“在履行期限届满前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务”。可见，预期违约解除权的规范依据就在有关法定解除权的一般规定中。在这样的设计之下，不安抗辩权与预期违约之间便存在相互衔接的关系。不安抗辩权规定提供了中止履行的效果，本条和《民法典》第563条第1款第2项提供了解除的效果。

从预期违约的发展史来看，其主要适用于十分严重的违约情形，以致相对人可视其为完全违约。^[44]我国学者在考察域外立法后也指出，如果被拒绝履行的仅是合同的部分内容，并且不妨碍债权人的根本目的，这种拒绝履行并没有使债权期待成为不能，就不构成先期违约^[45]；或者指出预期违反义务的重大性特征。^[46]这确实是预期违约的主要情形。不过，这种界定主要与预期违约解除权的成立有关。如果认为减价也是预期违约的一种法律后果，那便不能排除预期不完全

履行存在的可能性。比如，期前部分给付对债权人有益，而补足已不可能。

三、预期违约与不安抗辩的衔接

（一）《民法典》通过之前的争论

预期违约与不安抗辩权之间的衔接难题，早在《合同法》通过之前便埋下了伏笔。当时，立法论上对于是否引入预期违约存在争论。有学者认为英美法上的预期违约相较于大陆法上的不安抗辩更具有灵活性，更看重当事人订立合同的目的，更符合双方当事人的利益。

[47]有学者认为，预期违约比不安抗辩权适用范围更广，更有利于保护受损害方，合同法立法应采纳预期违约制度，而不应沿袭大陆法系中的不安抗辩权。[48]反之，有学者认为，预期违约制度所处理的问题，大陆法系有自己的解决途径，我国法律为大陆法系模式，因而没有必要引入预期违约制度；不安抗辩权的设立已经足以对合同履行过程中先履行的一方的利益进行保障，无须再在合同法中再设立单独的条文去规定预期违约制度。[49]最终，支持预期违约的意见占据主流，预期违约制度被《合同法》立法者所采纳。不过，《合同法》同时在不安抗辩权规则中规定了解除权，没有妥善处理不安抗辩和预期违约之间的关系。[50]

在《合同法》通过之后，不安抗辩和预期违约之间的关系在司法实践中引起争议，因为两者在解除权的成立条件上存在交叉之处，难以有效界分。主流学者认为，在民法典中应保留这两项制度，分别确定其适用范围和条件，并将二者有效衔接。在构成不安抗辩权的情形下，债权人只能主张暂时中止履行，若需解除合同并主张违约责任，则应以债务人在合理期限内未提供充分担保及未恢复债务履行能力为条件。[51]《民法典》基本上采纳了上述意见。

（二）《民法典》中不安抗辩与预期违约的有效衔接

《民法典》第528条规定：“当事人依据前条规定中止履行的，应当及时通知对方。对方提供适当担保的，应当恢复履行。中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力且未提供适当担保的，视为以自己的行为表明不履行主要债务，中止履行的一方可以解除合同并可以请求对方承担违约责任。”从中可以得出两项结论：第一，不安抗辩权的效果被限制在中止履行的范围内。第二，该规定第2句确认了默示毁约的一种具体表现形式，从而将不安抗辩权与预期违约的解除权、违约损害赔偿、违约金等有效衔接起来。在满足该条第2句规定的前提下，违约方的相对人主张违约责任时，仍必须援引《民法典》

第577条；其在行使解除权时，需要同时援用《民法典》第563条第1款第2项。在司法实践中，不应再使用“不安抗辩权解除权”这样易生歧义的概念，而应采用“预期违约解除权”这样的概念。

在司法实践中，对于某一行为是否构成默示毁约，需要法官综合全案证据判断其是否符合默示毁约的构成要件。在2017年“江西庆和商业管理有限公司诉抚州市银座商务大酒店合同纠纷案”^[52]中，江西省高级人民法院在对银座酒店能否就装修工程拆除补偿款要求庆和公司提前偿还的认定中明确指出：“庆和公司以自己的行为表明其将不会按照约定履行相应的付款义务，故其对未到期的酒店装修工程补偿款构成预期违约，因此银座公司有权要求庆和公司承担相应的违约责任，提前偿还工程拆除补偿款。”该裁判说理具有参考意义。

第五百七十九条

当事人一方未支付价款、报酬、租金、利息，或者不履行其他金钱债务的，对方可以请求其支付。

本条主旨

本条是关于金钱债务实际履行的规定。

相关条文

《合同法》第109条 当事人一方未支付价款或者报酬的，对方可以要求其支付价款或者报酬。

理解与适用

本条规定继承了《合同法》第109条规定，内容有变化。按照《合同法》第109条的规定，当事人一方未支付价款或者报酬的，对方可以要求其支付价款或者报酬。本条将“租金”“利息”补充进来，并以“其他金钱债务”兜底，意味着其适用于所有金钱债务的不履行。

一、金钱债务与非金钱债务的实际履行相区分

对于本条，必须基于体系标准进行解释。将本条和第580条结合

起来解释可以得出的结论是，以支付金钱为标的的债务既不存在事实上或者法律上的履行不能，也不存在不适于强制履行或者履行费用过高的情况。概言之，当事人一方不履行金钱债务的，承担绝对的实际履行责任，不得以经济困窘或欠缺清偿能力为由免除给付义务。不过，作为法人的债务人破产后，债务人主体资格消灭，债权人不得要求股东清偿债务，除非存在否认法人人格的具体情形。在我国未来实施自然人破产制度之后，自然人也可以在严格的条件下不再承担包括金钱债务在内的债务。[53]

二、金钱债务的实际履行与损害赔偿

本条明文规定的“利息”与价款、报酬、租金具有相同性质，都属于有偿合同中的对待给付义务（对价）。换言之，本条明文规定的利息通常是有偿借款合同中借款人使用金钱的对价，而不是金钱债务迟延履行场合产生的损失。当事人一方不履行金钱债务，造成对方利息损失的，该利息之债属于本条规定的“其他金钱债务”。

本条规定的前身是《合同法》第109条。该条继受了《国际商事合同通则》第7.2.1条有关金钱债务的履行请求权的规定。在《国际商事合同通则》第7章第2节关于履行请求权的规定中，不存在类似于我国《民法典》第577条的一般规定，而是直接规定了金钱债务不履行时的履行请求权和非金钱债务不履行时的履行请求权。由于我国《民法典》中存在第577条这条一般规定，金钱债务不履行时的履行请求权至少有两项规范基础，即第577条和第579条，由此产生规范竞合问题。从表面上看，第577条为一般规定，第579条为特别规定，然而，两者在继续履行的构成要件和法律效果上并无差异，不需要优先适用本条规定。司法机关在支持履行请求权时，可以自由选择第579条或者第577条作为裁判依据。

本条中的“请求其支付”背后包括两层含义。第一，债权人仍有权向债务人请求其任意支付。第二，债务人不支付的，债权人可以通过强制执行程序实现金钱债权。对于金钱之债，适宜采用直接强制的方式予以执行。金钱是一般等价物，大陆法系各国强制执行法都对以金钱为内容或可以替换为金钱的债务采取直接强制的方式实现债权。直接强制执行程序包括对债务人财产的扣押（查封）、变价和分配等内容。

第五百八十条

当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定

的，对方可以请求履行，但是有下列情形之一的除外：

- （一）法律上或者事实上不能履行；
- （二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；
- （三）债权人在合理期限内未请求履行。

有前款规定的除外情形之一，致使不能实现合同目的的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求终止合同权利义务关系，但是不影响违约责任的承担。

本条主旨

本条第1款是关于非金钱债务实际履行的规定，第2款是关于出现合同僵局后经由司法机关或仲裁机构终止合同权利义务关系的规定。

相关条文

《合同法》第110条 当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以要求履行，但有下列情形之一的除外：

- （一）法律上或者事实上不能履行；
- （二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；
- （三）债权人在合理期限内未要求履行。

理解与适用

本条第1款规定了非金钱债务的实际履行责任。基于对合同拘束力的尊重，当事人不履行非金钱债务的，债权人有权要求其继续履行。在这一点上，我国法未采纳英美法的做法，后者在特定场合下才允许强制实际履行。

本条第1款还规定了非金钱债务实际履行责任被排除的具体情形。本条第1款第1项和第2项规定了实际履行责任的排除事由，第3项规定了实际履行请求权的失效期间。无论是迟延履行场合的实际履行

请求权，还是不完全履行场合的补正履行或曰追完履行请求权，均得按照本条予以排除。

本条第2款是新增规定。其主要用于处理合同僵局问题。该款旨在赋予不履行方以申请终止合同关系的救济，而不是为了赋予受损害方以给付不能解除权。原因是，在履行不能导致合同目的不能实现时，受损害方可以依据《民法典》第563条第1款行使解除权，其只需要通知相对人即可解除合同，不需要经由人民法院或者仲裁机构行使解除权。如果认为本条第2款规定旨在赋予受损害方以解除权，那反而不利于对受损害方的救济。当然，本款规定并不排除受损害方依法所享有的解除权。

一、给付不能的定位

在我国，由于《民法典》未分别规定债法总则和合同总则，给付障碍的形态与违约形态之间不易作恰当区分，其中最突出的表现是给付不能的体系定位问题。有学者认为其不属于违约的独立形态。^[54]有学者认为，其属于违约的一种独立形态。^[55]有学者认为其是合同履行障碍的一种情形。^[56]严格地说，给付不能与给付迟延是对给付义务的不正常展开所作的划分，这一组概念普遍适用于意定之债和法定之债。即使是所谓瑕疵给付，也可以通过部分给付不能、部分给付迟延予以处理。上述二分法的不足之处主要是，无法有效涵盖与给付义务无必然关系的附随义务（保护义务）的违反，这正是德国积极侵害债权学说及法官法产生，2002年德国新债法增订第241条第2款的原因。^[57]如果将（合同）义务违反作为上位概念，那么给付不能就未必属于义务违反。^[58]在德国法上，只能采用客观的义务违反概念，才能将给付不能加以涵盖。^[59]我国《民法典》采用违约概念，实际上是指违反合同义务，其具有较强的涵盖力，既包括违反合同中的给付义务，又包括违反合同中的附随义务。^[60]正因如此，有学者认为，合同义务违反早已将加害给付、违反保护义务等纳入囊中，不必借鉴德、日传统债法中所谓债务不履行三分法，来解释违约行为样态。^[61]与德国法不同，我国法上的给付不能不具有如此基础的地位，其与履行迟延、不完全履行并非并列关系，而是相互兼容的关系。

二、非金钱债务实际履行请求权的排除事由和失效期间

（一）事实不能和法律不能

本条第1款第1项规定的事由是法律上或者事实上的给付不能。事实上的给付不能是指基于自然法则上的原因无法提供给付。比如，一

幅不可替代的画已被焚毁，不可能交付；又如，一幢房屋在装修之前已被拆除，不可能被装修。法律上的给付不能是指基于法律上的原因而不可能提供给付。此时，提供给付要以违反法律的禁止性规定为代价。比如，出卖人必须违反禽流感爆发期间有关活禽买卖的禁止性规定才能销售柴鸡的，便存在法律上的给付不能。法律上的原因是广义的，既可能基于法律、行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例的规定，也可能基于国务院部门规章、地方政府规章中的规定，甚至可能基于一项行政命令。不过，如果合同因违反法律、行政法规的强制性规定而无效，那么给付义务自始未生效，不存在适用本条排除给付义务的问题。

在学理上还有以下关于履行不能的分类。（1）永久不能与一时不能。根据债务履行期限内存在的履行障碍是永久性的，还是在某个时间点或时间段存在，可以将履行不能区分为永久不能和一时不能。一副不可替代的画被焚毁，即为永久不能；因禽流感疫情政府发布限制活禽交易的命令，出卖人不能按期交付活禽的，便为一时的不能。永久不能会导致履行请求权被永久排除，其与消灭无异；一时的不能只有在造成债权目的不能实现，进而当事人行使解除权的情形下，才会导致履行请求权消灭，否则只是在一段时期内暂时排除履行请求权。（2）自始不能与嗣后不能。自始不能是指在债务关系成立时就存在的给付不能，也称原始不能；嗣后不能是指在债务关系成立之后因一定原因发生的不能。在传统债法上，曾有关于自始不能的合同自始无效的规则，如今该规则已被抛弃。即使是自始不能，也不影响合同的效力，除非依据《民法典》总则编有关虚假表示等规定合同为无效；不过，在自始永久不能场合，往往存在缔约过失责任与违约责任的竞合。（3）客观不能与主观不能。客观不能是指任何人都不能完成给付的情形，如作为标的物的房屋被彻底焚毁；主观不能是指因债务人个人不具备相应条件而陷入不能，如在建造高楼时承包人无合适的建筑资质。^[62]

由于我国违约损害赔偿以无过错责任为原则，所以只要履行不能的产生原因不属于不可抗力，违约方就应承担损害赔偿责任。有鉴于此，不需要再从履行不能是否可归责于债务人出发判断损害赔偿责任是否成立。

学界普遍认为，应当承认履行不能场合债权人的代偿请求权，即在债务人陷入履行不能，且因履行不能之事由对第三人有损害赔偿请求权或者保险金请求权等债权时，只要该请求权具有可转让性，债权人就可主张代偿请求权。^[63]在我国，由于实行无过错责任原则，除非因不可抗力导致给付不能，债权人通过向债务人主张损害赔偿即可

填补自身遭受的损失。在因不可抗力导致给付不能的场合，如果风险已经转移，那么应当承认债权人的代偿请求权；如果风险尚未转移，那么债权人便不能主张代偿请求权。比如，在交付房屋之前，房屋因不可抗力部分毁损的，出卖人承担风险（丧失部分价款请求权，且买受人往往会积极主张减价），假设出卖人此时享有保险金请求权，那么买受人显然不得主张代偿请求权。

（二）标的不适于强制履行和履行费用过高

本条第1款第2项规定的事由是标的不适于强制履行或者履行费用过高。

标的不适于强制履行主要是指人身上的给付不能，即必须亲自提供劳务的给付。如果必须要对人身施加直接或间接强制才能实现实际履行，而即使加以强制也可能影响履行的质量，那就不适于强制履行。比如，演员拒绝出席颁奖典礼的，尚可通过间接强制促使其履行义务；演员拒绝表演一场经典话剧的，即使通过间接强制方式迫使其履行，也可能影响演出质量；演出对于艺术性要求越高，越不适合通过间接强制来迫使债务人履行。人身上的给付不能在适用时有以下几个特点。第一，人身上的给付不能往往适用于需要个人特殊的艺术、科学等方面能力的场合。比如，委托建筑设计大师为城市设计一件标志性雕塑或者委托一位著名画家画一幅肖像画的，该义务便既不能直接强制，也不适合间接强制。第二，人身上的给付不能往往适用于需要特殊信赖关系的场合。比如，在心理医生与患者之间，心理医生不履行合同义务的，便不适合进行直接强制或者间接强制。又如，在合伙合同中，只有当事人之间密切协作才能维系经营活动，任何一方拒绝进行协作的，都不适合进行直接强制或者间接强制。第三，人身上的给付不能不可适用于企业承担义务的情形。比如，委托建筑设计公司设计房屋的，该公司不能以工程师拒绝设计为由，主张设计义务被排除。

面对人身上的给付不能，司法机关无法支持债权人的实际履行请求权，因为其既不适合直接强制，又不适合间接强制，即使作出支持实际履行请求的判决，也无法通过强制执行程序实现债权。不过，这种给付不能大多与债务人履行合同的主观意愿和努力程度有关。如果债务人决心履行债务，那么只要合同目的尚未不能实现，合同就有继续履行的可能。因此，人身上的给付不能本身不产生合同解除权。

履行费用过高也称为经济上的给付不能，是指债权人所获利益与债务人为提供给付所支出的费用相比显著不合比例。如果出现履行费用过高，那么尽管排除给付障碍在理论上是可能的，但即使是一个理

性人也无法期待债务人会履行。比如，甲不慎将应交付给乙的戒指落入海中。在判断履行费用是否过高时，应当依据诚信原则判断是否明显丧失均衡性。换言之，债务人提供给付是否会产生不成比例的耗费。所谓耗费，除金钱上的费用之外，还包括人的作为与努力。这一耗费应当与债权人的利益作比较。^[64]在判断是否不成比例时，需要考虑债务人是否有可归责事由。如果债务人有可归责事由，那么债权人当然会期待债务人以较多的努力来克服障碍。比如，出卖人将标的物转让给第三人时，买受人会期待其以高于市价的价格购回。^[65]

戒指落海的情形毕竟少见。在商业实践中，较为典型的履行费用过高的情形包括：（1）债务人修复标的物所要支出的费用，是其重新购置同类标的物所需费用的数倍，而债权人对于该标的物并无特殊利益需要保护。（2）债权人要求债务人更换的一款标的物已经退出生产线，为更换该标的物可能需要重新调整生产线，造成其他产品的生产受严重影响，债务人为此耗费的时间和成本远远超过其修理该标的物的时间和成本。

履行费用过高产生的是一项抗辩权，而非无须主张的抗辩，因为债务人仍可以以不成比例的耗费去实际履行。只要债务人主张本项抗辩，就溯及既往地排除了给付迟延。^[66]

履行费用过高可能与情势变更有关。在合同订立之后、履行完成之前，如果客观情况发生当事人在订立合同时难以预见的重大变化，导致履行的费用显著增加，债权人要求债务人严格按照合同履行原定给付义务的，可能违背诚信原则。在这种情况下，陷入履行艰难的当事人可以依据本条拒绝履行。不过，对于合同的内容，需要当事人基于诚信原则进行磋商，进而变更或者解除合同。此时适用有关情势变更的规定。

（三）实际履行请求权的失效期间

本条第1款第3项规定的是实际履行请求权因合理期限的经过而失效。只有经债务人主张，债权人的履行请求权才发生失效的效果。合理期限经过后，违约方可能产生了对对方不再主张实际履行的合理信赖。为保护这种信赖，履行请求权不再有效。该合理期限应当自债权人知道或者应当知道不履行之日起计算。合理期限的长度与标的物的性质、合同目的紧密关联，给付的内容越具有时效性，继续履行请求权的失效期间越短。比如，对不合格花卉的更换，应当在短暂的几日内提出。

（四）给付不能与解除、减价

本条第1款的法律效果不包括合同的解除，也不包括以下效果：当事人一方的给付义务因上述事由而陷入给付不能的，双务合同中的给付义务和对待给付义务自动消灭。在传统债法上，基于双务合同中给付义务和对待给付义务的牵连性，一方给付义务因给付不能消灭的，另一方的对待给付义务也自动消灭，除非义务消灭的原因主要归责于债权人。在我国法上，当事人一方陷入全部给付不能，导致对方的合同目的不能实现的，对方可以行使一般法定解除权，消灭自身的全部对待给付义务；当事人一方陷入部分给付不能，未导致对方的合同目的完全不能实现的，对方可以依据不完全履行规定行使减价权，消灭自身的部分对待给付义务。有的场合，对方还享有特殊法定解除权，如任意解除权。整体上说，我国《民法典》将消灭全部或者部分对待给付义务的权利交给解除权人、减价权人，而未承认债务因履行不能而自动消灭。司法机关不能依据本条第1款径行判决合同解除。

三、不能请求继续履行情形中的申请终止合同关系

（一）化解合同僵局的现实需求

本条第2款规定是新增条文，也是民法典合同编立法过程中变动较频繁、争议较大的条文之一。该款主要用于处理合同僵局的化解问题。^[67]

2018年8月审议的《民法典各分编（草案）》第353条第3款规定：“合同不能履行致使不能实现合同目的，解除权人不解除合同对方明显不公平的，对方可以向人民法院或者仲裁机构请求解除合同，但是不影响其承担违约责任。”该规定一出便引发不少争论。在解除权人不解除时，为什么会出现对违约方“明显不公平”的情况？违约方当事人是否会借由本条规定随意摆脱合同关系的束缚？这些问题都未得到令人满意的回答。2018年12月审议的《民法典合同编（草案）》（二审稿）第353条第3款作出修改，增加了“滥用权利”的限制条件，并将“明显不公平”改为“显失公平”，该款规定：“合同不能履行致使不能实现合同目的，有解除权的当事人不行使解除权，构成滥用权利对方显失公平的，人民法院或者仲裁机构可以根据对方的请求解除合同，但是不影响违约责任的承担。”这一修改也引起了不少批评，因为其构成要件似乎是指引法院适用民法的基本原则进行裁判，难免带来较大的不确定性。^[68]鉴于争议颇多，2019年12月审议的《民法典草案》暂时删除了该款规定。2020年5月22日审议的《民法典（草案）》转换思路，在本条下增加第2款：“有前款规定的除外情形之一，致使不能实现合同目的的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求终止合同权利义务关系，但是不影响违约责任的承担。”

对于这一规定，需要借助2019年《全国法院民商事审判工作会议纪要》（简称《九民纪要》）来理解其由来。《九民纪要》第48条是关于“违约方起诉解除”的意见。其内容是：“违约方不享有单方解除合同的权利。但是，在一些长期性合同如房屋租赁合同履行过程中，双方形成合同僵局，一概不允许违约方通过起诉的方式解除合同，有时对双方都不利。在此前提下，符合下列条件，违约方起诉请求解除合同的，人民法院依法予以支持：（1）违约方不存在恶意违约的情形；（2）违约方继续履行合同，对其显失公平；（3）守约方拒绝解除合同，违反诚实信用原则。”“人民法院判决解除合同的，违约方本应当承担的违约责任不能因解除合同而减少或者免除。”从该条的内容看，“违约方起诉解除”裁判规则主要是为了解决长期性合同中出现“僵局”后，合同义务如何演变的问题。在这种长期性合同中，当事人需要在相互信任的基础上不断开展合作才能实现合同目的，如果当事人之间的信任基础丧失、合作关系已经完全破裂，那便无法期待这类长期合同继续履行至合同期限届满，合同目的实现的机会也十分渺茫；除了终止合同关系之外，恐怕别无更好的出路。此时，当事人可能都存在违约行为，希望解除合同的一方可能恰恰是违约情形较重的一方当事人；尽管如此，不能一概排除其申请终止合同关系的合理性。名为“违约方起诉解除”，主要是为了突出这一制度的两个特征：一是起诉请求解除合同的主体往往是违反合同义务的当事人；二是即使解除合同，违约方仍然必须承担违约责任。

围绕“违约方申请解除”，学界争议较大。有学者认为：“依据《合同法》第110条的规定，违约方有权拒绝守约方关于继续履行的请求，这就表明存在此类情形的合同继续存在已无积极意义，消灭此类合同，解脱双方当事人，使其轻装上阵，从事新的交易，更符合公平正义。于此场合消灭合同，赋予守约方解除权固然允当，允许违约方解除合同也不失为一条路径及方法。”^[69]有学者认为：“《合同法》第110条存在立法漏洞，容易产生所谓‘合同僵局’，即在违约的债务人不能履行合同的情况下，债务人虽然可以援引该条来对抗债权人的实际履行主张，但合同关系并不因此消灭，债务在合同预定的期限内始终存在。而违约方申请解除合同制度正是为了打破此种合同僵局，由法院经过综合判断后决定违约方是否可以解除合同”^[70]。有学者认为：“合同僵局的要件包括：非违约方拒绝解除合同违反了诚信原则，非违约方拒绝解除合同对违约方显失公平，且应由当事人提出申请。”^[71]有学者认为，“现行法关于继续性合同的解除规则供给不足，以至于在合同僵局场合法院被迫从拟制当事人的意思出发解除合同、打破僵局。……合同僵局问题并非仅在中国出现，在德、日两国，围绕继续性合同的解除（终止），立法及判例均有较为成熟的经验积累，值得我国立法借鉴。无视此类比较法经验，独创‘违约方解除

权’规则，并不可行”，并建议借鉴《德国民法典》第314条，规定当事人可基于重大事由解除继续性合同。^[72]

从最终通过的条文内容来看，本条第2款规定在尊重我国司法实践经验的基础上，适当借鉴域外法经验，放弃了“有解除权的当事人不行使解除权构成滥用权利”等易生分歧的要件，淡化了申请解除的当事人往往是违约方这一事实，采用“终止”以替代“解除”，从而在尽可能反映学理共识的基础上回应了司法实践中的现实需求。

（二）司法机关终止合同关系的要件和效果

按照本条第2款，其适用需要满足三个条件：（1）债务人负有非金钱债务，且该标的不适于强制履行、履行费用过高或者发生给付不能；（2）合同目的不能实现；（3）经由人民法院或者仲裁机构实现合同关系的终止。所谓“致使不能实现合同目的”不是指债务不履行方自己的合同目的不能实现，也不是仅仅导致对方的合同目的不能实现，而是导致双方的合同目的不能实现。在这三项条件基础上，在长期合同中，可能还要补充“合同继续履行不可合理期待”这一要件，原因是，无论是“不能履行”还是“标的不适于强制履行”，都是从债权的标的——给付本身出发所作的评价，“履行费用过高”则是指债务人履行的费用相较于债权人可以获得的利益显著不合比例；这些履行障碍无法恰当评价“信任基础已经丧失、合作关系已经破裂”等情事。“合同继续履行不可合理期待”是从债务关系当事人之间的信任基础、合作状况出发对合同未来的发展前景所作的综合判断，其显然难以被本条第1款的除外情形所吸收。在适用本条第2款规定判决或者裁决终止合同关系时，人民法院或者仲裁机构通常应援引本条第1款第2项中的“标的不适于强制履行”，同时在判决理由或者裁决理由中补充说明当事人合作关系已经彻底破裂等情事。

本条并未赋予当事人解除权，而仅仅是赋予当事人申请法院或者仲裁机构终止合同的权利。如果当事人不申请，法院或者仲裁机构不能依职权主动终止合同。即使当事人申请，但法院或者仲裁机构对是否终止合同仍然有最终的决定权。其中，请求终止合同的当事人虽然可以是违约情形较严重的一方，但是其不能基于故意或者重大过失肆意地破坏合同关系，且对合同继续履行不可期待负有绝对主要责任。如果允许这类当事人起诉终止合同，那就实际上借助司法机关之手保护了很多企图通过严重违约摆脱合同的当事人，有违禁止权利滥用之原则。司法机关依据本条第2款处理长期性合同终止纠纷时，必须审慎地确定合同终止的时间点，一般应在当事人最后一次主张终止合同的时间点（往往是口头辩论最后阶段）进行通盘考量，就“此时”能否期待当事人继续履行合同得出结论。如果得出的结论为否，那便应认

定合同在此时终止。

在我国司法实践中已逐渐承认的是，代理商合同不应适用普通委托合同中的任意解除权，只有在有重大理由时才能即时终止。^[73]在“新会江裕信息产业有限公司诉爱普生（中国）有限公司合同纠纷案”^[74]中，最高人民法院认为：“爱普生方实际是将LQ-300K+II打印机的独家代理权授予给江裕方。……爱普生方自2008年5月起违反合同约定，不再保障江裕方……的独家销售代理权，开始向第三方供货，并于2009年6月起，停止向江裕方供货。因此，爱普生方的行为构成违约，应当承担违约责任。”最高人民法院援引《合同法》第110条（相当于本条第1款）作出判决：“虽然江裕方要求继续履行，然而打印机独家销售不适于强制履行，因此，不能支持江裕方关于继续履行的诉讼请求，即本案所涉96协议自此应当终止履行。爱普生方应当赔偿江裕方因此造成的损失。”“对江裕方的损失至少应该计算到二审法院判决解除合同之日止。”可见，最高人民法院是通过援用“不适于强制履行”来排除代理商有关继续履行的请求权，并认定合同应当“自此”终止履行。该合同的终止日期应当是最高人民法院判决合同解除或者终止的日期。

在演艺经纪合同纠纷中，人民法院对于合同的解除近年来逐渐慎重。在“窦骁与北京新画面影业有限公司演出经纪合同纠纷案”^[75]中，一审法院依据《合同法》第110条判决合同解除，二审法院则认为：“本案中，虽然涉案《合约》的履行属于具有人身依赖关系性质的合同，合同的履行需要当事人主观自愿进行配合，但是否此类合同在一方当事人明确表示不再履行时，即能够依法解除。对此本院认为，作为从事演艺工作的人员，其主要生活来源基本来自于参加的各类商业活动，若经纪公司本身不予安排活动或者恶意阻却活动的成立，将不仅导致演艺人员在合同期内不能出现在公众面前，无法接受任何商业活动，而且可能面临基本的生存困境。在此情况下，从合同的基本属性及人身权利的基本内涵出发，解除相关合同具有合理性。然而，涉案《合约》第三条规定，窦骁对所有演艺活动具有自己选择决定权。……而且其参加非新画面公司安排的演艺活动仅需承担支付相应酬金的违约责任，并不存在直接损害其人身权的情况。同时根据在案证据，新画面公司亦不存在任何过错及违约行为，并已履行了为窦骁安排演出、商业代言及市场推广等合同义务。因此，一审判决依据《合同法》第一百一十条规定解除涉案《合约》显然缺乏法律依据，本院予以纠正。”可见，在演艺经纪合同能够充分保障演艺人员参加演出的机会，且不侵害其人身自由的前提下，人民法院仍可能支持当事人有关继续履行演艺经纪合同的请求。不过，演艺经纪合同即使得到维系，也无强制履行的余地。就上述案件而言，判决生效之后

实际可能出现的状态是，演艺人员一方面“参加非新画面公司安排的演艺活动”，另一方面按照约定“承担支付相应酬金的违约责任”^[76]。不过，如果演艺人员是故意违反合同，且对于合同继续履行不可合理期待负有绝对主要责任，那么人民法院的判决仍然有一定合理性。如果不作这种判决，那么即使是背信的违约方也可以通过肆意破坏合同关系来达到摆脱合同的目的，恐严重违背诚信原则。

在司法实践中，人民法院也应当避免过多地从当地经济效益出发判断当事人之间的合同是否应当终止，而应当从当事人之间合同的性质、信任基础、合作关系等出发综合判断合同能否得到维系。

第五百八十一条

当事人一方不履行合同或者履行合同不符合约定，根据债务的性质不得强制履行的，对方可以请求其负担由第三人替代履行的费用。

本条主旨

本条是关于代履行或代替执行的规定。

相关条文

《民事诉讼法》第252条 对判决、裁定和其他法律文书指定的行为，被执行人未按执行通知履行的，人民法院可以强制执行或者委托有关单位或者其他人员完成，费用由被执行人承担。

理解与适用

本条是新增的条文，是关于代履行的规定。

强制履行与任意履行相对应，是指以国家强制力保障合同中原定给付义务的履行，其只会发生在债务不履行的场合。实际履行责任又称为强制履行责任。执行程序中，强制履行的方法包括直接强制、代替执行和间接强制。我国《民事诉讼法》第二十一章对于这三种方法均有所规定。直接强制是指强制按照原定给付的内容履行，主要适用于交付一定标的物的债务。比如，出卖人拒绝履行房屋买卖合同的，人民法院可以依据《民事诉讼法》第250条和第251条强制实现房屋

交付和不动产所有权转移登记。依据本条所产生的请求权是实体法上的请求权，且以根据债务的性质不得强制履行为前提，同时不以进入到执行程序为前提，因此，与民事诉讼法规定的执行措施不同。

代履行或曰代替执行是指由债务人以外的人提供给付，其费用由债务人负担，其适用于为一定行为的债务。比如，债务人拒不履行维修义务的，鉴于该义务不适于强制履行，债权人可以委托他人完成修复工作，费用由债务人承担。

在执行程序中《民事诉讼法司法解释》第503条规定：“被执行人不履行生效法律文书确定的行为义务，该义务可由他人完成的，人民法院可以选定代履行人；法律、行政法规对履行该行为义务有资格限制的，应当从有资格的人中选定。必要时，可以通过招标的方式确定代履行人。”“申请执行人可以在符合条件的人中推荐代履行人，也可以申请自己代为履行，是否准许，由人民法院决定。”该解释第504条规定：“代履行费用的数额由人民法院根据案件具体情况确定，并由被执行人在指定期限内预先支付。被执行人未预付的，人民法院可以对该费用强制执行。”“代履行结束后，被执行人可以查阅、复制费用清单以及主要凭证。”间接强制是人民法院判决债务人每迟延履行一日，就必须支付一定迟延履行金，具有督促债务人履行的效果。《民事诉讼法》第253条规定了金钱债务的间接强制。

第五百八十二条

履行不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择请求对方承担修理、重作、更换、退货、减少价款或者报酬等违约责任。

本条主旨

本条是关于不完全履行的一般规定。

相关条文

《民法典》第781条 承揽人交付的工作成果不符合质量要求的，定作人可以合理选择请求承揽人承担修理、重作、减少报酬、赔偿损失

失等违约责任。

《合同法》第111条 质量不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任。

理解与适用

本条规定继承了《合同法》第111条，内容有变化。除了将“要求”改为“请求”，本条还将《合同法》第111条中的“质量不符合约定”改为“履行不符合约定”。本条的适用范围由此扩张。

一、不完全履行的含义

本条中的履行不符合约定即为不完全履行或者不完全给付^[77]，是指履行不符合合同义务的要求，其既包括瑕疵给付（不良给付），又包括加害给付，但不包括与给付义务无关的违反附随义务，因为附随义务的违反以损害赔偿为其法律效果，其请求权基础规范是《民法典》第583条和第577条。瑕疵给付是指给付不符合合同债务的本旨，但未给债权人的固有利益造成损害。比如，所购买的书籍缺页。加害给付是指给付不仅不符合合同债务的本旨，还进一步造成债权人固有利益的损害。比如，所购买的食物已变质，造成食物中毒。本条不能被理解为仅关于物之瑕疵（质量瑕疵、数量瑕疵、包装方式瑕疵等）的规定。在权利瑕疵场合，债权人亦可依据本条规定主张减价，并在补正履行与代替给付的损害赔偿之间进行“合理选择”。

二、不完全履行的效果

第一种违约责任是补正履行或曰追完履行，也称采取补救措施，包括修理、重作、更换等方式（请参阅第577条释评第二部分）。这些方式根据合同标的的不同而有多种表现形态，如数量短缺场合的补足、通讯网络信号覆盖不足场合的补强。至于补正履行具体方式之间的合理选择，不能简单适用《民法典》第580条第1款第2项规定的第二种情况（履行费用过高），而应该解释为，必须综合考察债权人的请求和债务人的积极补救行为，注重违约方与相对人之间的诚信沟通，在违约方积极提供的补救措施与受损害人主张的补救措施不一致的场合，如果受损害人并无值得保护的利益，那么认定违约方积极提供的补救措施具有合理性。^[78]

在实践中，更换通常是在修理不足以消除瑕疵的情况下才能选择的补救措施。在“任才生诉宜兴市广海元汽车销售服务有限公司汽车买卖合同纠纷案”中，在尚未有专门的汽车“三包”规定的背景下，人民法院依据《合同法》第111条（即本条的前身）判决，买受人在机动车被修理之后仍出现故障的情况下有权要求更换。人民法院认为：“原告任才生所购车辆在不到两年的时间内两次出现变速箱质量问题，修理过程及试车过程仍出现问题，因此，在任才生与广海元公司未对车辆质量及违约责任进行约定的情况下，要求被告广海元公司承担修理（更换部件）的违约责任已不能实现原告的目的。……车辆最重要的部件之一变速箱反复出现质量问题，使得车辆是否达到安全技术标准、是否消除安全隐患难以确定。原告任才生从消除自身及他人安全隐患的角度，提出更换车辆的要求合理有据。”^[79]

第二种违约责任是退货。买受人要求退货就是要求解除合同，既可能是全部解除（全部退货），又可能是部分解除（部分退货）。有观点认为退货的性质需要具体问题具体分析，可有合同解除、代物清偿、合同更改等形式。^[80]这种学说可称为多种性质说。根据该说，退货在发展过程中首先分为两种情况：一是合同解除，二是中间、过渡状态。而后者又可以发展为更换、代物清偿、合同更改或者合同解除，演化和发展的情形颇为复杂。有观点认为，退货是行使拒绝受领权的效果之一，而非合同解除效力的表现。^[81]此观点可称为拒绝受领效果说。通说认为，退货是解除权行使的表现。^[82]笔者认为，退货是一个用语通俗，但不严密的概念，买受人要求退货往往是主张解除合同并请求出卖人返还价款。为避免解释和适用上的分歧，适宜采纳通说，将其解释为解除权行使的表现。换言之，只有在满足解除权的要件时买受人才能主张退货。至于解除权能否纳入违约责任的范畴，取决于所采用的违约责任的含义，对此请参阅第577条释评第一部分。

第三种违约责任是减少价款或者报酬，简称减价。减价实际上包括减少各种有偿合同中的对价，如减少租赁合同中的租金、减少有偿借款合同中的利息。按照通说，减价权是形成权，其行使条件类似于解除权。此时减价的本质是部分解除。在补正履行请求权未被排除的情况下，只有在催告违约方补正履行却没有效果，或者催告补正履行没有必要性的情况下，才可行使减价权。在补正履行请求权被排除的情况下，合同目的部分不能实现的，可行使减价权。

减价的原理和目标是实现质价均衡。减价权的行使，不以违约方存在可归责性为前提，也不在乎补正履行是否可能。换言之，因不可归责于债务人的原因导致合同部分履行不符合约定的，债权人仍可以

行使减价权。

在《国际商事合同通则（2016）》第7.2.3条中，规定的是履行请求权“包括”瑕疵履行场合的修理、更换以及其他补救措施，此时适用第7.2.1条和第7.2.2条。根据其官方评论，《国际商事合同通则（2016）》第7.2.3条的目的是“为了澄清”履行请求权的内容。因此，该条并不是一个独立的请求权规范基础。与《国际商事合同通则（2016）》有所不同的是，我国《民法典》第582条（以及《合同法》第111条）是独立的请求权规范基础。如果将《民法典》第577条也理解为继续履行请求权的规范基础，那么不完全履行场合的继续履行请求权规范基础就有三个：第577条、第579条（金钱债务）或者第580条（非金钱债务）、第582条。如此多重重复的请求权基础规范反映出立法技术尚不尽善尽美。如果要严格区分每一条规定中履行请求权的适用范围，如将第579条或者第580条的适用范围局限于完全不履行，那就会造成法律漏洞。原因是，无论是完全不履行金钱债务，还是不完全履行金钱债务（如数量不足），依据第579条都不得排除强制履行；无论是完全不履行非金钱债务，还是不完全履行非金钱债务（如数量不足），依据第580条第1款都可以排除强制履行。有鉴于此，在司法实践中，对于主张继续履行的当事人和支持实际履行的人民法院来说，不必考虑优先适用第579条或者第580条，也未必需要优先适用第582条（除非需要适用“合理选择具体补救措施”这部分规定），而可以直接适用第577条。

第582条中的第四种违约责任是代替补正给付的损害赔偿。从买卖合同中的参引性规定即可得出这一结论。《民法典》第617条规定：“出卖人交付的标的物不符合质量要求的，买受人可以依据本法第五百八十二条至第五百八十四条的规定请求承担违约责任。”由此可得出解释结论：物的瑕疵救济的规范基础是第582条至第584条，而不包括第577条。第584条是可得利益损害赔偿的范围的规定，故第582条中的“等”应包含代替补正给付的损害赔偿。

有学者认为，修理、更换、重作是第一顺位的责任形式，减价和代替给付的损害赔偿是并列第二顺位的责任形式，解除是最后顺位的责任形式。^[83]该观点具有启发性。采取补救措施属于继续履行（参阅第577条释评第二部分），其与代替给付的损害赔偿之间并无优先和劣后的关系。债权人可以按照自己的意愿来加以主张，债务人则享有作为抗辩权的补救权。减价权、解除权作为形成权，需要满足各自的成立条件才可以行使，通常具有劣后性。

三、不完全履行与瑕疵担保的关系

依据《民法典》第617条的规定，还可得出的解释结论是，在买卖标的物存在物的瑕疵时，买受人的救济是包括损害赔偿在内的一般违约救济，不存在与违约责任相独立的瑕疵担保责任。《合同法》立法机关工作部门在解释《合同法》第154条时便持有这种立场，认为不存在独立的瑕疵担保责任。^[84]无论是2001年完成的德国债法现代化，还是2017年完成的日本债法修正，都对于传统瑕疵担保责任进行大刀阔斧的改革，将其统一到义务违反或者债务不履行的救济体系中。我国通说也认为，我国法不存在独立的瑕疵担保责任。《民法典》进一步明确了这种立场。

第五百八十三条

当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，在履行义务或者采取补救措施后，对方还有其他损失的，应当赔偿损失。

本条主旨

本条是关于与实际履行责任并存的损害赔偿责任的规定。

相关条文

《民法典》第585条第3款 当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。

《合同法》第112条 当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，在履行义务或者采取补救措施后，对方还有其他损失的，应当赔偿损失。

理解与适用

本条继承了《合同法》第112条，本条中的损失包括两类损失：一是迟延损失，二是固有利益损失。

在迟延履行场合，违约方继续履行后，受损害方仍可因履行迟延而遭受损失。比如，债务人迟延交货导致债权人生产停顿、无法向下游厂家交付货物，不得不支付违约金，在债务人交付货物之后，仍应

对其造成的债权人损失予以赔偿。[85]

在不完全履行场合，违约方采取补救措施（补正履行或曰追完履行）的，受损害方既可能因部分履行迟延而遭受损失，也可能遭受尚未填补的瑕疵结果损害。比如，甲在暂停营业期间委托乙装修商铺，乙在装修过程中不仅使用了不符合合同要求的劣质材料，还损坏了商铺大门，甲可以依据承揽合同中的具体规定，合理选择重作作为补正履行的具体方式。[86]乙在重作之后，对于商铺大门的损坏还负有损害赔偿赔偿责任；同时，因乙的不完全履行导致甲停业时间延长的，乙还应向甲承担不能按期恢复营业期间的可得利益损失。后两项损害赔偿的请求权基础规范都是本条。

本条仅明确规定了实际履行可与损害赔偿并存，并未明确规定实际履行与违约金的并存。《民法典》第585条第3款对此有专门规定。在违约金是专门为迟延履行而约定的违约金时，在继续履行之后，无论是惩罚性违约金还是赔偿性违约金都应一并支付（请参见第585条释评第三部分）。如果违约金只是宽泛地针对违约行为而约定，那就要根据违约金的目的来予以确定。在违约金的性质是赔偿性违约金，且包括了对迟延损失数额的预定时，那便应按照违约的实际情况支付相应的违约金（可予以调整）。在违约金的性质是惩罚性违约金，且担保目的包括督促债务人严格按期履行时，那便应按照担保目的与担保手段之间的比例关系，结合不履行的实际情况来判断是否予以调整。

第五百八十四条

当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，造成对方损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益；但是，不得超过违约一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失。

本条主旨

本条是关于违约损害赔偿的赔偿范围的规定。

相关条文

《合同法》第113条第1款 当事人一方不履行合同义务或者履行

合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。

理解与适用

本条继承了《合同法》第113条第1款。^[87]违约损害赔偿的数额是因违约造成的全部损失，其范围是可得利益的损失，也称期待利益或履行利益的损失。本条确立了完全赔偿原则。违约损害赔偿最基本的限定规则是可预见性规则，其在违约损害赔偿中的作用类似于因果关系在侵权损害赔偿中的作用。

违约损害赔偿的请求权基础规范是第577条、第582条和第584条。第584条不是独立的请求权基础规范，仅是关于违约损害赔偿的范围的规定。依照第577条、第583条以及分编中有关违约损害赔偿的具体规定，根据违约损害赔偿的归责原则实行无过错责任还是过错责任，其构成要件有所不同。在实行无过错责任的领域，其构成要件包括：（1）损害，（2）债务不履行，（3）债务不履行与损害之间的因果关系，（4）无免责事由。在实行过错责任的领域，违约损害赔偿的构成要件包括：（1）损害，（2）债务不履行，（3）债务不履行与损害之间的因果关系，（4）过错。两者的不同之处在于前者不要求存在归责事由，而仅要求无免责事由（包括法定免责事由和约定免责事由）；后者则要求存在过错这种归责事由，且过错原则上应由受损害方予以主张和证明。

关于债务不履行的含义和作用，请参阅第577条释评第六部分；关于过错的含义和类型，请参阅第577条释评第三部分；关于不可抗力这种法定免责事由，请参阅第590条释评。本条主要介绍的内容有二：一是损害的概念、类型、计算方法，二是因果关系可预见性。

一、违约损害赔偿的范围

（一）损害的概念

只有存在损害，才会有损害赔偿 responsibility。如何界定损害并区分其类型，对于损害赔偿责任的承担具有重要意义。根据通说，损害是指受损害方现在的利益状态与假如损害事件不存在时的利益状态之间的差额。如果前者减去后者得到的是一个负数，那么就存在损害。由此，损害赔偿请求权的目的是回复到假如损害事件不存在时受损害人所处

的状态。在违约场合，是使受损害人处于假如合同得到完全履行，其所应处于的状态。比如，因甲向乙迟延交付钢材，导致乙的工程建设时间延迟，后者向发包人支付违约金，乙有权要求甲赔偿的损失就包括自身所支付的违约金。在侵权场合，损害赔偿是使受损害人处于假如不存在侵权行为其所应处于的状态。比如，甲因过失损毁了乙正用于生产经营的一台机器设备，乙可请求甲赔偿其生产经营中断而产生的徒劳支出或为寻找替代设备而额外产生的支出，假设该机器临近使用寿命期限，侵权行为人给生产经营造成的损失可能远远超过该台机器本身的价值；此时赔偿的范围不受该机器本身价值的限制。

（二）损害的种类

第一，从“包括合同履行后可以获得的利益”的表述来看，本条规定继受自《国际商事合同通则》第7.4.2条第1款。损失不仅包括所受损失（loss），还包括所失的可得利益（gain）。前者包括财产的积极减少和责任的增加。比如，因为不能向第三人履行合同而丧失的定金属于所受损失，因向另一银行获得高利息贷款而多支付的利息也属于所受损失。所失利益包括因不能向第三人履行合同而丧失的收益。比如，因演员不能参加演出而向观众退票的，可得票款收益便是所失利益。

所受损失和所失利益的分类是在实践中最为重要的分类。在“上海飞蕾科技有限公司诉富士医疗器材（上海）有限公司、富士胶片（中国）投资有限公司合同纠纷案”^[88]中，最高人民法院认为，飞蕾公司与富士医疗公司之间存在4年期独家代理销售合同关系^[89]，对代理商的交易地位及相应权利应给予稳定保障，任何一方不得随意解除代理合同。最高人民法院认为，富士医疗公司在合同履行到第27个月时便单方解除合同，并在该期间内越过飞蕾公司向二级销售代理商恒博公司销售货物，构成根本违约。违约造成实际损失与可得利益损失：（1）实际损失。这是指富士医疗公司在合同履行期间将产品销售给恒博公司，以致恒博公司未在飞蕾公司购买产品，从而给飞蕾公司造成的损失。“如富士医疗公司不存在串货情况，这些产品将由飞蕾公司销售并产生利益，因此这部分利益的损失应视为飞蕾公司的实际损失。飞蕾公司……主张平均利润率54.5%。富士医疗公司在与飞蕾公司合同履行期间共销售给恒博公司146423904元的产品，由此得出富士医疗公司串货导致其实际损失为 $146423904 \times 54.5\% = 79801027.68$ 元。”（2）可得利益损失。这是指假设飞蕾公司继续与富士医疗公司履行合同至4年期限届满，则前者可以获得的利益。“通过已完成的销售额来推算此后合同期限能够完成的销售金额”，结合飞蕾公司已履行合同期间的平均利润率

54.5%，可以认定继续履行合同的情况下飞蓄公司可以获得的利益为303587582元。最高人民法院认为飞蓄公司最终可以获得的赔偿是上述两部分之和，即383388609.70元。

第二，根据损害是否为财产上的损害，可以将其划分为财产损害和非财产损害。财产上的损害是指赔偿权利人财产上发生的不利变动，既包括财产的积极减少，也包括财产的消极不增加。非财产上的损害是指财产之外的其他利益损失，主要包括对隐私、自由、名誉等加以侵害造成的损失，主要产生的后果是精神上的不适。对于非财产上的损害，主要由精神抚慰金来处理，在我国也称之为精神损害赔偿。一直以来，我国仅在侵权法领域明确规定精神损害赔偿，未在合同法中明确规定精神损害赔偿。

在域外法上，《国际商事合同通则（2016）》第7.4.2条第2款明确承认非财产损害（non-pecuniary），包括人身伤害（physical suffering）和精神不适（emotional distress）。这种非财产损害尤其发生在艺术工作者、运动员等订立合同的场合。比如，一位年轻的建筑设计师为自己开拓声誉，与某省文化艺术博物馆订立了将该博物馆进行现代化改造的建筑设计合同。该项目引起了媒体的广泛关注后，博物馆却在没有正当理由的情况下停止与年轻设计师之间的合作，改用另一位有经验的建筑设计师。该年轻设计师可以请求赔偿的范围不仅包括物质损失，还包括给其声誉方面造成的损失。德国传统债法限制基于违反合同的非财产损害赔偿，以防赋予司法机关以过大的自由裁量权。不过，2002年德国新债法第253条新增第2款，规定因侵害身体、健康、自由或者性的自主决定而须赔偿的，也可以因非财产损害而请求给予公平的金钱赔偿。这种一般性的抚慰金请求权既适用于有过错的不法行为和违反合同的行为，又适用于无过错的危险责任。^[90]

第三，根据损害的范围，可以将损害分为迟延损害、填补损害。迟延损害是因迟延履行而造成的损害。比如，金钱债务迟延履行场合的利息，即为典型的迟延损失。在不完全履行场合，即使通过追加、补充履行实现完全履行，也存在迟延损害，故继续履行请求权可与迟延损害赔偿请求权一并行。填补损害也称代替给付的损害或者代替履行的损害，是指在未实际履行的情况下，通过损害赔偿使债权人达到与债务履行同等的地位。在履行不能或者继续履行失败的情形中，受损方可以请求代替给付的损害赔偿。比如，在不能返还租赁的礼服时，按照同类礼服的市价进行赔偿。

第四，在合同债务中，将可赔偿的利益区分为履行利益和信赖利益。履行利益的损害是指一方当事人因另一方没有履行债务而遭受的

损害，对这类利益进行赔偿的目的是使当事人处于假如债务被完全履行时其所会处于的状态。本条有关违约损害赔偿的规定，肯定了违约损害赔偿应当赔偿履行利益的损失。信赖利益的损害包括两类：一类是当事人因信赖法律行为有效而遭受的损害，对这类利益进行赔偿的目的是使当事人处于假如其未曾知道该法律行为时其所会处于的状态。《民法典》中有关民事法律行为被撤销后，有过错方向对方当事人负有赔偿责任，就属于信赖利益的损害赔偿。另一类是当事人因信赖合同得到履行而徒劳支出的费用，即无益的费用。《德国民法典》第284条对此作出专门规定。可赔的费用必须是合理的费用，即一个处于同等地位的理性人在类似交易中通常支出的费用；如果在债务人履行义务的情况下，该费用的支出也不可避免，那么该费用便不可赔偿。

在合同被解除场合，由于解除并不使合同溯及既往地归于无效，当事人仍有权要求履行利益的损害赔偿，只不过需要减去因合同解除后不必提供给付而节省的费用。不过，由于履行利益的损失不易证明，而信赖利益的损失相对容易证明，即使当事人有权请求履行利益的损害赔偿，也可以转而请求赔偿信赖利益的损失。

第五，在传统学说上，承认直接损失和间接损失的区分。直接损失和间接损失主要是从因果关系出发所作的区分。在《民法典》合同编中并未使用这组概念，唯一的例外是，《民法典》第933条在委托合同任意解除规定中采用了“直接损失”的概念，其实应包括两部分内容：一是固有利益的损失，二是因信赖合同得到履行而产生的无益费用。^[91]

（三）违约精神损害赔偿

我国法对于违约损害赔偿是否包括非财产损失未作明确规定。学说上存在分歧。传统通说否认违约损害赔偿包括精神损害赔偿。有意见认为，因加害给付导致人身伤亡的，可以将损失解释为实际遭受的财产损失，适宜用侵权损害赔偿来处理；对于精神损害，原则上不能基于违约请求赔偿。^[92]

有力说认为，违约损害赔偿包括精神损害赔偿。有学者认为，有关违约责任的规定并没有排斥非财产上损害的赔偿，特别是在旅游、观看演出、保管骨灰盒等合同中，不应当禁止守约方选择违约的精神损害赔偿。^[93]有学者认为，违约损害赔偿的范围不仅包括履行利益，还包括固有利益；不限于财产利益，还可包括非财产利益。^[94]有学者认为：“在遵守限制规则的前提下，在一定条件下应给予因违约造成的包括精神损害在内的非财产性救济，是生活逻辑的必要要

求。”^[95]总之，有力说认为只要违约中的履行利益包含精神利益，就可以支持违约的精神损害赔偿。具有代表性的民法典草案学者建议稿也对通过违约损害赔偿填补非财产损失持肯定立场。^[96]

在《民法典》通过之后，对于这一问题还需要结合人格权编中的相关规定进行探讨。《民法典》人格权编第996条规定：“因当事人一方的违约行为，损害对方人格权并造成严重精神损害，受损害方选择请求其承担违约责任的，不影响受损害方请求精神损害赔偿。”该损害赔偿责任究竟是侵权损害赔偿，还是违约损害赔偿的内容？对此有两种解释方案。第一种解释方案是认为该损害赔偿属于侵权损害赔偿，此时受损害方依据《民法典》合同编第577条、第583条和本条请求其承担违约造成的财产损失，同时依据《民法典》人格权编第996条、侵权责任编第1165条和第1183条主张精神损害赔偿，这意味着当事人能同时主张违约责任（不包含精神损害赔偿）和侵权责任（包含精神损害赔偿）。第二种解释方案是认为该损害赔偿属于违约损害赔偿的内容，依据《民法典》合同编第577条、第583条和本条、人格权编第996条，受损害方即使主张违约责任也可包含精神损害赔偿。在第一种解释方案下，当事人实际上同时主张违约责任和侵权责任，而不是“选择请求其承担违约责任”，与《民法典》总则编第186条有关请求权竞合的规定存在矛盾。第二种解释方案与总则编第186条不矛盾，只不过按照请求权相互影响说，侵权责任编第1183条有关限制精神损害赔偿的规定仍应类推适用。从体系标准进行解释，第二种解释方案更为可取，受损害方选择请求承担违约责任的，可依据第577条、第583条和本条直接获得精神损害赔偿。

（四）损害的确定性

损害必须具有合理程度的确定性（reasonable degree of certainty）。机会的丧失具有可赔性，只要其具有合理程度的确定性。损害的数额不具有足够程度的确定性时，由法院自由裁量。在适用违约损害赔偿规定赔偿可得利益的损失时，最大的障碍便是预期可得利益的不确定性。在市场上没有同类交易可供比较时，这种困难尤其突出。比如，甲高校与乙超市约定，将教学楼一层的一间房屋出租给乙使用，而甲高校实际上只将地下一层的一间房屋出租给乙使用，因为地上一层房间全部用作教室和办公室。由于这种交易是在特定的环境中面向特定的消费者人群，通过替代性交易来计算可得利益损失的难度很高。^[97]

二、违约损害赔偿的计算

（一）计算方法

损害的计算方法分为抽象的计算方法和具体的计算方法。抽象的计算方法也称客观的计算方法，是指仅考虑市场中的替代性交易价格进行计算。具体的计算方法又称主观的计算方法，着眼于交易的具体情况，根据受损害方具体遭受的损失进行计算。^[98]两种计算方法的差异主要在于是否考虑受损害方的主观的、具体的因素。比如，在出卖人拒不交货的场合，合同中原定价格为10元/千克，买受人与第三人订立转售合同中的定价为13元/千克，履行期到来时，履行地的市场价格为15元/千克。如果按照主观计算方法进行计算，那么考虑到买受人转卖货物的具体因素，损失应当是3元/千克；如果按照客观计算方法进行计算，那么只需要考虑履行地的市场价格，而不需要考虑到买受人实际转售时的定价，故实际损失应当是5元/千克。在域外法上，主观计算方法和客观计算方法在各国司法实践中都有所采用，但难以一概地说何种计算方法更为公平、合理。^[99]在选取计算方法时，既要考虑到当事人证明的难度，也要考虑到对受损害方进行救济的充分性。如果受损害方难以对主观因素进行证明，那便应适用客观的计算方法；如果缺少市场中可供比较的替代性交易，那么可能只能适用主观的计算方法。

在计算违约损害赔偿的数额时，根据差额说，应当以受损害方现存的利益状态和假如损害事件不存在时受损害方所处的利益状态之间的差额进行计算。比如，在买卖合同中，因出卖人迟延交货，标的物价下降，买受人以较高的价格转售时可得利润与其以较低价格转售时所得利润之差，即为其损失。又如，在租赁合同中，承租人迟延返还租赁物并按原合同的约定支付租金，出租人因迟延返还而未能再出租的，其在新租赁合同中可收取的租金与其依据原合同所收取租金之差，即为损失。还如，在承揽合同中，因承揽人迟延完成机动车的修理工作，导致机动车所有人中止营业期间延长的，停业延长期间的预期利润即为损失。

在可替代的交易中，受损害方在合理期间内以合理方式订立一项替代性合同的，该合同中的价格与被违反的合同中的价格之差，可推定为损失。为寻找替代性交易而额外支出的费用亦可包含在损失之中。如果受损害方未采用替代性交易，但同类交易有市价的，合同中的价格与合同解除时的市价之差，可推定为损失。为建立替代性交易而产生的合理支出亦可包含在损失之中。

在司法实践中，可得利益损失的计算是比较困难的。在没有前期交易数据或者同类交易数据可供参考时，人民法院在判决预期可得利益时有很大的自由裁量权。债权人预估的利益损失经常因为缺乏确定性而不能得到支持。在“云南同硕环保科技有限公司、云南金鼎铝业

有限公司合同纠纷案”^[100]中，二审法院认为，债权人以“每年预估利润和合同没有履行的期限五年相乘，得出该收益损失”缺少相应依据，改判为以债权人“固定资产投资损失数额为基数，乘以同期中国人民银行公布的贷款基准利率”计算损失。不难发现，在债权人前期投入因对方违约而无法获得回报时，债权人较容易得到支持的计算方法是：以所投入资金为基数，乘以中国人民银行公布的同期贷款基准利率。这样一来，银行贷款可得利益就成为企业投资可得利益的基准。这是一个相对保守的计算方式，商业银行贷款利率尚有向上浮动的空间，更何况是普通企业；只要妥善经营，普通企业使用一笔资金可得的利益通常会高于商业银行该笔资金产生的贷款利息，否则普通企业便不可能通过向商业银行贷款来融资。因此，即使采取中国人民银行公布的同期贷款基准利率，也适宜根据债权人的具体经营状况作适当上调。

（二）准用侵权责任编中的相关规定

《民法典》侵权责任编包含有关人身、财产损害具体项目的规定，在违约损害赔偿的计算中亦可适用。比如，《民法典》侵权责任编第1179条规定：“侵害他人造成人身损害的，应当赔偿医疗费、护理费、交通费、营养费、住院伙食补助费等为治疗和康复支出的合理费用，以及因误工减少的收入。造成残疾的，还应当赔偿辅助器具费和残疾赔偿金；造成死亡的，还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。”因违约导致一方当事人遭受人身伤害，即使受损害方主张违约损害赔偿，也可准用该条有关人身损害赔偿的规定，违约方应赔偿受损害方医疗费、护理费、交通费、营养费、住院伙食补助费等为治疗和康复支出的合理费用，以及因误工减少的收入。

（三）损益相抵规则

损害赔偿不得使受损害方获益。基于禁止得利原则，赔偿的最大范围是受损害方的履行利益，即受损害方不得因违约损害赔偿而处于比假如合同得到完全履行时其所处地位更优越的地位，如果受损害方因损害事件获益，那么其所获利益应从所受损害中减去。比如，甲和乙订立钢材买卖合同，甲方迟延交付钢材，乙因为延期而延迟转售钢材，此时钢材价格上涨，乙从中获得利益即为所得利益。这种利益为积极利益。又如，甲迟延交付作为买卖标的物的奶牛，乙因此节省了饲料等费用。这种利益为消极利益。只要与违约行为之间存在因果关系，那么这些利益就应从损失中扣除。^[101]《民法典》虽然未在违约责任一章对损益相抵规则进行明确规定，但在具体计算损失时，应当将因同一赔偿原因事实获取的收益从损失中扣除，此为损害赔偿计算的题中应有之义。《买卖合同司法解释》第31条规定：“买卖合同当

事人一方因对方违约而获有利益，违约方主张从损失赔偿额中扣除该部分利益的，人民法院应予支持。”从而明确了损益相抵规则在违约损害赔偿中的适用。

（四）与有过失规定

基于公平原则，在受损害方自身对于损害的发生和扩大有过错时，有必要对前述完全赔偿原则进行缓和，由此产生与有过失规则。与有过失是指，受损害方对于损害的发生和扩大有过错的，应当相应减轻相对方的损害赔偿责任（请参阅第591条释评和第592条释评）。该规则是违约损害赔偿与侵权损害赔偿的共通规则。

在《民法典》通过之前，《民法通则》第131条、《侵权责任法》第26条对此有专门规定，《合同法》第119条规定了受损害方的减损义务。根据《合同法》第119条第1款，当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失要求赔偿。该条实际上对损失的扩大规定了与有过失规则。学说上对于《合同法》第120条是否属于与有过失规则有所讨论，该条规定：“当事人双方都违反合同的，应当各自承担相应的责任”，实际上并未明确处理违约方的责任是否因受损害方的过失而得以减轻的问题。不过，在合同法分则中，存在具体的与有过失规则。比如，《合同法》第302条第1款规定：“承运人应当对运输过程中旅客的伤亡承担损害赔偿责任，但伤亡是旅客自身健康原因造成的或者承运人证明伤亡是旅客故意、重大过失造成的除外。”在客运合同中，将乘客安全运送至目的地是承运人的主给付义务，对于乘客的伤亡承运人负无过错责任。但乘客因携带危险物品等而造成自身伤亡的，根据其过错程度相应减轻甚至免除承运人的损害赔偿责任。此外，2012年颁布的《买卖合同司法解释》第30条规定：“买卖合同当事人一方违约造成对方损失，对方对损失的发生也有过错，违约方主张扣减相应的损失赔偿额的，人民法院应予支持。”鉴于买卖合同在有名合同中处于基础地位，该条规定基本上在合同法领域确立了受损害方对于损失的发生有过错时的与有过失规则，从而弥补了《合同法》第119条和第120条留下的漏洞。

在《民法典》通过之后，《民法典》第592条在继承《合同法》第120条规定的基础上，增加一款规定：“当事人一方违约造成对方损失，对方对损失的发生有过错的，可以减少相应的损失赔偿额”，从而明确承认了损害发生上的与有过失规则（请参阅第592条释评）。

三、因果关系和可预见性

（一）作为违约损害赔偿构成要件的因果关系

债务不履行与损害之间具有因果关系是损害赔偿责任的要件之一。只有因债务不履行而导致的损害，才能予以赔偿。在德国民法上，主要借助因果关系的内容来限定损害赔偿的范围。不难理解的是，如果借助自然科学意义上的因果关系，容易导致损害赔偿责任漫无边际，因此学说上通过规范目的对因果关系进行限制。在各类学说中，最重要的是相当性理论。根据相当性理论，只有在极不寻常的，甚至对理性人来说也是无法预见的情况下，引起损害的原因才是不重要的。这是基于价值考量对因果关系进行的限制。在侵权损害赔偿领域，立法并未对因果关系作出更为具体、明确的规定，有关因果关系的学说具有重要意义。在违约损害赔偿领域，对于因果关系和可预见性规则之间的关系，学界存在不同学说。有的认为可预见性规则隶属于因果关系，有的倾向于认为可预见性规则独立于因果关系。本条明确规定损害只有在可预见的范围内才可获得赔偿。因此，尽管因果关系作为违约损害赔偿责任构成要件的地位仍须予以承认，但实际上发挥限定违约损害赔偿范围功能的，不是真正意义上的因果关系学说，而是可预见性规则及其理论。

（二）作为损害赔偿限定规则的可预见性规定

本条明确规定，可得利益赔偿的范围不得超过违约方在订立合同时预见到或者应当预见到的范围。这一规则在域外法上普遍得到承认。^[102]在适用可预见性规定时，其要点如下。

其一，预见的主体是违约方以及处于违约方地位的普通理性人，而非合同双方。合同违约方是损害赔偿的债务人（包括其代理人、辅助人），只有将损害赔偿与其预见能力相结合才具有正当性，如果以合同双方当事人共同的预见范围为基础，那便会不当缩小赔偿范围。如果仅以合同违约方实际预见到的内容为准，那也可能不当缩小损害赔偿范围，因此还应当考虑合同违约方的注意标准，即兼顾一个处于合同违约方地位的普通理性人的立场，合同违约方因重大过失而未尽到一个普通理性人的注意标准，从而未预见到损害的，仍应在该范围内承担损害赔偿 responsibility。^[103]

其二，预见的时点是订立合同时而非不履行债务时。合同是当事人通过合意对未来生活或交易风险进行的安排，一个理性人在订立合同时应对未来损害进行合理预估并在合同中作出适当安排。因此，应当以合同订立之时作为预见的时点。

其三，合同违约方只需预见到损害的性质和种类（nature and

type），不须预见到损害的范围（extent），除非该范围的变化导致产生一项新的损害类型。可预见性规则具有较大的弹性，在涉及故意侵害固有利益的情形时应当从宽解释，在普通商事交易中则要避免将可预见范围解释得过宽。一家保洁公司订购的机械在迟延两个月后才送达，出卖人负有赔偿其在通常情形下使用该机械所能获得的利益，因为出卖人可以预见到该机械将在被送达后立即投入使用；但是，如果保洁公司因此丧失一项利润丰厚的政府订单，那么对于高额的利润部分出卖人不负责赔偿，因为这超出其应当合理预见的范围。在运输行业中，对于所运输商品的赔偿需要考虑到托运人在订立合同时对标的物性质和价值的声明，以及承运人在通常交易环境下检视标的物所能认识到的标的物性质和价值。标的物本身损坏的，对于其价值和运费，承运人原则上应予以完全赔偿，除非当事人之间存在有效的限制责任约定。对于因标的物毁损导致的商业机会丧失等其他损失，承运人原则上不应予以赔偿，但承运人故意损坏标的物的除外。因此，在普通货运交易中，应对可预见范围作从严解释，防止给运输服务经营者带来过重的负担。

对于当事人来说，可预见性规则具有促使其全面履行披露义务的效果。^[104]如果当事人在订立合同时未将自身与合同有关的重要利害关系加以告知，那么即使是一个理性的相对人也难以预见其可得利益的损失范围。按照可预见性规则，那些基于违约方所不能掌握的事项产生的损失，通常无法纳入违约损害赔偿的范围。

第五百八十五条

当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。

约定的违约金低于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少。

当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。

本条主旨

本条是关于违约金和损害赔偿计算方法的规定。

相关条文

《合同法》第114条 当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。

约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。

当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。

理解与适用

本条继承了《合同法》第114条，除了将“当事人可以请求人民法院或者仲裁机构”改为“人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求”，别无变化。这一调整旨在使得该条的适用条件更为清晰，即澄清了只有当事人可以提出调整违约金的主张，人民法院不得在当事人未提出请求的情况下依职权主动调整违约金。其实，在“山西嘉和泰房地产开发有限公司与太原重型机械（集团）有限公司土地使用权转让合同纠纷案”^[105]中，最高人民法院便明确指出：“对于当事人在合同中约定的违约金数额，只有在当事人请求调整、且合同约定的违约金数额确实低于或者过分高于违约行为给当事人造成的损失时，人民法院才能进行调整。”立法者对此予以进一步确认。

本条第1款规定了违约金、损害赔偿额的计算方法。该款中的违约金是指损害赔偿额的预定，也称赔偿性违约金。本条第2款规定了违约金的调整，该款主要适用于赔偿性违约金的调整。其调整的基准是实际损失。本条第3款是迟延履行违约金与实际履行请求权可以并存的规定。迟延履行违约金既可以是赔偿性违约金，也可以是惩罚性违约金。违约金的性质应根据当事人的合意来确定。

本条并未对惩罚性违约金的调整作出专门规定。惩罚性违约金以督促债务人严格按照合同约定履行义务，从而担保债权人的正当利益实现为其目的，债权人的正当利益损失常常是难以计算的；惩罚性违约金的调整目的是对担保手段与担保目的之间显著不合比例的情况进行矫正。

一、约定的损害赔偿计算方法

《民法典》第585条第1款规定了当事人可以约定损失赔偿额的计算方法。损害的计算方法分为抽象的计算方法和具体的计算方法。抽象的计算方法是指仅考虑市场中的替代性交易价格进行计算。具体的计算方法则着眼于交易的具体情况，根据受损害方具体遭受的损失进行计算。^[106]在当事人约定损失赔偿额的计算方法时，既可能采用抽象的计算方法，又可能采用具体的计算方法，还可能兼顾两种计算方法。当事人可能将既往交易中的营业额或者利润率作为计算基准，也可能将中国人民银行同期公布的贷款基准利率的倍数作为乘数，还可能对损失计算的时间长度作出约定。通过这些具体约定，当事人可以有效锁定风险，为解决纠纷做好较充分的准备。

本条第1款中的违约金是损失赔偿额的预定。所谓损失赔偿额的预定，是指当事人在订立合同时针对可能出现的违约损害赔偿的数额进行估计，并约定其数值或者范围。预定损害赔偿额对于可能的受损害方来说，可以减轻甚至避免损害赔偿额的证明负担；对于可能的违约方来说，也可以有效锁定风险，甚至达到在一定程度上减轻责任的效果。

二、违约金

（一）赔偿性违约金和惩罚性违约金

依照通说，对于违约金必须根据当事人订立违约金条款时的意思区分其类型，一种违约金是赔偿性违约金，即前述损失赔偿额的预定；另一种违约金是惩罚性违约金或称固有意义上的违约金，其并不旨在对损害赔偿额进行预定，而是以迫使对方严格按照合同履行义务为目的，以担保为其主要功能，以填补损害为其次要功能。^[107]根据学界的研究，赔偿性违约金恰恰不属于固有意义上的违约金，而属于损害赔偿责任的范畴。

惩罚性违约金的支付以受损害方值得保护的正当利益受损为前提，该利益损失通常是难以计算、难以预估，甚至不可赔的。通过下述例子，不难发现赔偿性违约金（损失赔偿额的预定）和惩罚性违约金之间的区别。

【例1】甲为一图书销售商，乙为一出版社。近两年，甲在8月下旬至9月上旬开学季的《民法学》教材销售量基本维持在1万册左右，净利润约5万元。2019年6月，甲与乙约定，乙在9月10日前须交付1万册《民法学》教材，否则数量每短缺1000册，乙须支付5000元违约金。

【例2】乙为甲公司的高级管理人员，甲与乙在聘任合同中约定，乙在聘任合同终止之后仍对其掌握的甲公司客户信息负有保密义务，如果乙违反该保密义务，须承担50万元的违约金。

【例3】乙为一演艺人员，甲为一演出经纪公司，甲与乙在演出经纪合同中约定，甲公司为乙提供演出经纪服务，帮助乙提高知名度并获得演出机会，乙在7年内不得终止经纪合同或者与其他演出经纪公司订立经纪合同，否则须根据提前终止合同的时间承担每年500万元违约金。

上述例子中，例一中的违约金可以认定为赔偿性违约金，当事人根据其往年经营情况，对可能发生违约造成的利润损失进行预估，以此为基础订入违约金条款，可以减轻履行利益损害的证明负担。例2和例3中的违约金都属于惩罚性违约金。在例2中的乙如果泄露甲公司的客户信息，给甲公司造成的损失难以在订立聘任合同时进行计算和预估，例3中的乙在获得知名度之后提前终止与甲公司的合同的，给甲造成的利润损失也难以在订立演出经纪合同时进行计算和预估。其实，在订立演出经纪合同时，演员能否成为知名演员都具有很大不确定性。总之，在上述例2和例3中，甲方在合同中订入违约金的目的是迫使乙方严格按照合同履行义务，违约金的数额并非对违约损害赔偿额的预定；实际上，甲方在订立合同时也很难对违约损害赔偿额进行计算和预估。

当前研究表明，违约金在历史上主要作为债务履行的担保工具而存在。为促使债务人履行债务，当事人往往约定较高数额的违约金，以形成一种严格履约的压力。此类违约金的目的在于担保履行，而非解决损害赔偿问题，是固有意义上的违约金。

（二）违约金的调整

1. 赔偿性违约金的调整

赔偿性违约金本不属于固有意义上的违约金，而属于损害赔偿额的预定，因此其调整应以实际损失为基础。《民法典》第585条第2款规定：“约定的违约金低于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少。”这实际上只能适用于赔偿性违约金，而不适用于惩罚性违约金，因为后者主要针对的就是难以计算的正当利益损失。同时，较之《合同法》的表述调整，本条赋予了人民法院或者仲裁机构对调整违约金的裁量权，并非只要当事人请求就一定要调整。

《合同法司法解释二》第29条规定：“当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的，人民法院应当以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量，并作出裁决。”“当事人约定的违约金超过造成损失的百分之三十的，一般可以认定为合同法第一百一十四条第二款规定的‘过分高于造成的损失’。”该条规定的第1款为酌减违约金规定了应予考量的因素以及基本原则，第2款则为违约金酌减的幅度进行具体规定。在司法实践中，这种幅度有助于统一裁判尺度，也难免导致一些地方司法机关形成依赖性和惰性，即仅按照30%的标准来进行调整，不再按照该条第1款规定的内容进行更有针对性的调整。

最高人民法院在“北京中关村开发建设股份有限公司、湖南潭衡高速公路开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”^[108]中，依据《合同法》第114条第2款（相当于本条第2款）调整了欠付工程款的利息。最高人民法院认为：“涉案施工合同约定未付款额利率为0.08‰/天……但从实际考量看，合同约定的利率0.08‰/天，折合年利率为2.88%，尚不足同期同类贷款利率6.12%的一半，确实过低。”最高人民法院将其调整为按照银行同期贷款年利率6.12%计息。需要指出的是，之所以本条第2款规定只有在“过分高于造成的损失”时才予以适当减少，主要原因是当事人可以证明的实际损失往往会略低于其遭受的实际损失。如果考虑到这种现实情况，那么违约金数额即使略高于可以证明的实际损失数额，也不意味着具有该违约金兼具惩罚性质。

2. 惩罚性违约金的调整

惩罚性违约金是具有担保功能的违约金，旨在督促债务人严格按照合同履行债务，也称为固有意义上的违约金。这种具有担保功能的违约金并非损害赔偿额的预定，而是旨在督促债务人不要给债权人造成难以计算或难以确定的利益损失。对于惩罚性违约金，只有在其担保债务履行的目的与担保手段之间显著不合比例时，才有调整的必要性。在前述例2中，乙不履行保密义务的，即使未给甲造成实际损失，该违约金也不失合理性，无须调整。因为一旦造成损失，其后果可能难以估量，违约金条款所维护的正当利益具有显而易见的重要性；即使通过高额的违约金迫使乙严格履行保密义务的，担保手段与担保目的之间并非不合比例。

下面再看一则例子。

【例4】甲向乙购买两盒月饼，支付200元，为督促乙在农历八月十五前交付月饼，甲与乙约定，乙迟延履行的，需支付2000元违约

金。

为使债务人在农历八月十五前按期交付月饼，可以约定较高的违约金。2000元违约金具有担保功能（属于惩罚性违约金），但与债权人节日期间享受的精神利益相比恐怕不合比例，有必要予以酌减。此类违约金酌减也应经由司法机关实现。司法机关需要综合考虑违约情形的严重性、受损害方正当利益受损的程度、违约方的主观恶性等因素，而不应以实际损失为标准。就例4来说，假设甲不得不临时购买其他月饼作为替代，通常情况下，其会因为月饼价格降低而未遭受实际损失，然而其原本可以食用特定食品的正当利益已丧失，惩罚性违约金并不缺乏合理性，经调整之后（如酌减至价款的三成）仍应予以支持。

（三）迟延履行场合的违约金

《民法典》第585条第3款规定：“当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。”对于该款是否规定了惩罚性违约金，学界有否定说、肯定说和折中说之分。^[109]否定说认为该款规定的违约金也是对迟延履行数额的预定。^[110]肯定说认为，该款规定的是惩罚性违约金。^[111]折中说认为，迟延履行违约金条款若为损害赔偿额的预定，则构成赔偿性违约金；若“属于替代赔偿额的预定时，则构成惩罚性违约金”^[112]。

当事人在迟延履行场合既可能作出有关损害赔偿额预定的约定，也可能约定与迟延履行并存的惩罚性违约金（类似于罚息）。如果当事人约定的违约金是赔偿性违约金，那么只有当事人约定的违约金并非代替给付的损害赔偿额的预定时，其才可以与履行请求权并存，否则不得再请求继续履行。如果当事人约定的违约金是惩罚性违约金，那么该规定可直接适用。

有意见认为，该款中规定的“迟延履行，是包含拒绝履行、不完全履行、狭义的迟延履行在内的概念”^[113]。严格地说，不完全履行场合也可能出现部分迟延。在这种情况下，并不是迟延履行可以包含不完全履行，而是一个债务不履行行为同时具有迟延、不完全两种形态。

三、押金、质量保证金与惩罚性违约金

在实践中，还存在押金、质量保证金等具有担保功能的工具。比如，在租赁合同中承租人通常需要向出租人支付一个月租金作为押金，在承租人依约返还租赁物时出租人返还押金。又如，在建设工程

合同中，发包人常常将工程款的5%至10%作为质量保证金加以扣留，只有在质量保证期间内建设工程未出现质量问题，或者承包人及时有效修复质量问题，发包人才将质量保证金（部分价款）予以支付。这些担保工具的目的在于给承租人、承包人施加压力，促使其全面履行合同义务，直至合同关系完全结束。

与惩罚性违约金相同而与违约金不同的是，押金、质量保证金都不会对双方当事人产生同等的压迫力，而只会对一方当事人产生压迫力。^[114]比如，出租人、发包人即使有违约行为，也不发生所谓双倍返还押金或者双倍支付质量保证金的问题。因此，惩罚性违约金、押金、质量保证金往往是合同中居于强势地位的一方当事人向相对人施加压力的工具。

与惩罚性违约金相比，押金、质量保证金具有以下特点：第一，惩罚性违约金经常用于担保那些难以计算的正当利益免受损失，而押金、质量保证金通常旨在担保合同履行过程中的普通财产利益免受损失，如租赁物不被损坏、建设工程不存在质量瑕疵。第二，惩罚性违约金只有在出现违约行为的时候才产生请求权，押金、质量保证金从一开始便支付给相对人。在实践中，出租人通常连押金的法定孳息也不会返还给承租人，实际上长期无偿使用该笔资金；发包人扣留的质量保证金可能达到价款的10%，由于部分款项的支付期限延后，承包人获得利润的时间也明显延后。第三，相关部门制定的合同示范文本，是押金、质量保证金条款成为市场交易中常见现象的主要推动因素之一，以致其与市场中自生自发的交易习惯难以区分，相关主管部门维护市场秩序的初衷值得理解，但这类条款最终导致合同中处于弱势的一方当事人承受较多负担或较大成本。有鉴于此，押金、质量保证金有可能成为一方当事人向另一方当事人施加过重负担的工具。无论是否采用合同示范文本，只要当事人在订立合同时采用的押金、质量保证金条款是不可磋商的，就必须依据格式条款相关规定对这些条款的实质合理性进行审查。如果押金数额过高或者质量保证金在价款中所占比例过高，那便构成不合理地加重对方责任，属于无效格式条款。

第五百八十六条

当事人可以约定一方向对方给付定金作为债权的担保。定金合同自实际交付定金时成立。

定金的数额由当事人约定；但是，不得超过主合同标的额的百分

之二十，超过部分不产生定金的效力。实际交付的定金数额多于或者少于约定数额的，视为变更约定的定金数额。

本条主旨

本条是关于定金担保的一般规定。

相关条文

《担保法》第89条 当事人可以约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。

第90条 定金应当以书面形式约定。当事人在定金合同中应当约定交付定金的期限。定金合同从实际交付定金之日起生效。

第91条 定金的数额由当事人约定，但不得超过主合同标的额的百分之二十。

理解与适用

从一般意义上说，定金属于债权的担保，而不属于违约责任，只不过定金罚则具有违约救济的功能。将定金担保规定在违约责任部分，是因为我国《民法典》对于各种担保制度未进行彻底体系化，而是尽可能在维持原《合同法》、原《物权法》基本框架不变的情况下完善相关规定。鉴于定金相关条文数量较少，立法者决定在违约责任部分对其加以完善。《担保法》和《担保法司法解释》^[115]中有关定金的规定被整合起来，在本条中加以规定。

一、定金的概念和性质

定金是指合同当事人为了确保合同的履行，依据法律的规定或者当事人的约定，由当事人一方预先给予的一定金钱或者可替代物。^[116]由于定金可能出现双倍返还的问题，不可代替物不能作为定金。^[117]定金和定金合同具有以下性质。

第一，定金属于金钱担保。本条第1款第1句规定：“当事人可以约定一方向对方给付定金作为债权的担保。”可见，定金属于债权的

担保，而不属于违约责任，只不过定金罚则具有违约救济的功能。

[118]在支付定金之后，合同履行与否与该特定金额的资金或者代替物的得失直接相关，给双方当事人产生心理压力，从而促使其严格按照约定履行合同，具有担保作用。与人的担保和物的担保不同，定金属于金钱担保。[119]

第二，定金合同是实践合同。本条第1款第2句明确规定：“定金合同自实际交付定金时成立。”该规定改变了《担保法》第90条中的表述“生效”，采用“成立”的表述，更为严谨、科学，反映出定金合同为实践合同。本条第2款第2句规定：“实际交付的定金数额多于或者少于约定数额的，视为变更约定的定金数额。”可见，在交付定金之前，双方即使作出支付定金的口头约定，也不受该约定的拘束，当事人实际交付的定金数额仍可多于或者少于约定的数额。在多于或者略少于约定数额的情况下，相对人通常不会提出异议，此时便按照实际交付的定金数额成立定金合同。相对人不同意变更定金数额的，必须拒收定金，否则应认为其接受了变更后的定金数额。

第三，定金合同是从合同。与其他担保合同一样，定金合同是从合同，主合同是以定金担保订立、履行的合同。

第四，定金担保为双方互为担保。在定金以外的其他担保方式中，担保措施往往是为一方债权的实现而设定的，因而产生的担保利益仅为一方债权人享有，而定金担保所提供的担保利益是双向的，该效力及于给付定金的一方当事人和收受定金的一方当事人。这是区别定金担保和押金担保的关键。[120]

二、定金的种类

第一，违约定金。违约定金是担保当事人按照约定履行合同，在违约时按照定金罚则弥补相对人损失的定金。结合《民法典》第587条、第588条来看，违约定金是《民法典》中最为重要的定金类型。

第二，立约定金。立约定金是指为保证订立合同而交付的定金。这种定金的效力是，交付定金的当事人拒绝订立合同的，丧失定金；接受定金的当事人拒绝订立合同的，应当双倍返还定金。《担保法司法解释》第115条承认了这种定金。该定金合同本质上相当于预约合同，立约定金可以说也是适用于预约合同的违约定金。

第三，解约定金。解约定金是以定金作为保留合同解除权的代价。《担保法司法解释》第117条第1句规定：“定金交付后，交付定金的一方可以按照合同的约定以丧失定金为代价而解除主合同，收受

定金的一方可以双倍返还定金为代价而解除主合同。”尽管《民法典》未对此作出明确规定，但基于意思自治的原则，当事人可以在合同中自由约定解约定金。解约定金规则的核心是将定金的丧失、双倍返还与约定解除权的行使条件相结合。在约定解除权的情况下，解除合同自然不属于违约。此时所谓的定金罚则不仅称不上惩罚性措施，也不是严格意义上的违约救济，而仅具有补偿功能。

第四，成约定金。成约定金是以定金的交付作为合同成立的条件。《担保法司法解释》第116条规定：“当事人约定以交付定金作为主合同成立或者生效要件的，给付定金的一方未支付定金，但主合同已经履行或者已经履行主要部分的，不影响主合同的成立或者生效。”这种定金的目的在于使合同成立，不具有担保合同履行的功能，自然也不适用定金罚则。这种定金未必伴随有定金合同；既然没有定金合同，就无所谓主合同。对于成约定金，不适用本条和第587条、第588条的规定，对这三条进行释评时原则上将成约定金排除在外。

第五，证约定金。证约定金是以定金作为订立合同的证据。在罗马法上，定金通常有证约定金的性质。证约定金的功能在于证明合同成立，不适用定金罚则。对于我国法是否承认证约定金，学界存在分歧。^[121]证约定金不具有担保功能，也不适用定金罚则。对本条和第587条、第588条的规定进行释评时，原则上将证约定金排除在外。

按照《民法典》第587条，定金在履行合同之后抵作价款。定金和预付款产生一定类似性；不过，两者的区别仍然十分明显：第一，预付款是一种支付手段，不具有担保作用；定金是一种担保手段，本身不是履行行为。第二，预付款是合同中约定的付款方式；定金合同一般是从合同，不是主合同中约定的给付义务。第三，违约定金、立约定金在出现债务不履行的情况下都具有填补受损害方损失的功能，预付款仅仅是价款，虽然在合同解除的情况下，价款受领方当事人有可能以损害赔偿请求权与相对人的价款返还请求权相抵销，但预付款本身不具有填补损失的功能。

定金也可能被理解为预先交付的违约金。^[122]定金和违约金之间的区别包括：第一，定金是在合同履行之前支付的，定金合同是实践合同，违约金是发生违约行为之后支付的，违约金条款是诺成性的。第二，定金具有违约、解约、成约等不同类型，违约金则分为赔偿性违约金和惩罚性违约金。第三，定金的数额不得超过法定数额，超过部分无效；违约金不存在确定的数额限制，但在过高的场合，当事人可向人民法院或者仲裁机构请求酌减。^[123]

三、定金数额的限制

本条第2款第1句规定：“定金的数额由当事人约定；但是，不得超过主合同标的额的百分之二十，超过部分不产生定金的效力。”该规定是限制定金数额的规定。定金数额之所以需要限制，原因在于两点。第一，定金具有担保合同履行的功能，如果定金数额过高，便会过分地将当事人束缚在合同之上。第二，违约定金、解约定金分别具有赔偿、补偿的功能，如果定金数额过高，那便脱离了赔偿、补偿的功能，可能使相对人获得超额利益，有违公平原则。

第五百八十七条

债务人履行债务的，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行债务或者履行债务不符合约定，致使不能实现合同目的的，无权请求返还定金；收受定金的一方不履行债务或者履行债务不符合约定，致使不能实现合同目的的，应当双倍返还定金。

本条主旨

本条是关于定金罚则的规定。

相关条文

《合同法》第115条 当事人可以依照《中华人民共和国担保法》约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。

理解与适用

定金罚则适用于违约定金和立约定金，可类推适用于解约定金，不适用于证约定金和成约定金。

一、定金罚则的适用条件

与《合同法》第115条相比，本条在适用定金罚则的条件上增加

了“或者履行债务不符合约定，致使不能实现合同目的”，从而将适用条件从完全不履行债务一项，扩张到“完全不履行债务”和“履行债务不符合约定，致使不能实现合同目的”两项。该修改使得本条规定的适用范围更为明确，即排除了“履行债务虽然不符合约定，但是不导致合同目的不能实现”的情形。^[124]

二、定金罚则与定金的类型

该条所规定的定金罚则适用于债务不履行的场合，直接适用于违约定金、立约定金。违约定金具有督促债务人严格依约履行债务的功能，以担保债务履行为其目的。立约定金本质上是适用于预约合同的违约定金，其旨在担保未来订立本约。对于立约定金，也可以直接适用定金罚则。

除违约定金、立约定金外，实践中比较常见的还有解约定金。《担保法司法解释》第117条第1句规定：“定金交付后，交付定金的一方可以按照合同的约定以丧失定金为代价而解除主合同，收受定金的一方可以双倍返还定金为代价而解除主合同。”尽管《民法典》对此未作出明确规定，但基于意思自治的原则，当事人可以在合同中自由约定解约定金。值得指出的是，解约定金规则的核心是将定金的丧失、双倍返还与约定解除权的行使条件相结合。只要当事人约定了解除权，那么正当行使解除权自然不属于违约。此时丧失定金和双倍返还定金都仅具有补偿的功能，而不具有违约救济的功能。鉴于行使约定解除权不属于“不履行债务”，本条规定的定金罚则只能类推适用于解约定金，而非直接适用于解约定金。

第五百八十八条

当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款。

定金不足以弥补一方违约造成的损失的，对方可以请求赔偿超过定金数额的损失。

本条主旨

本条是关于定金和违约金、损害赔偿之间适用关系的规定。

相关条文

《合同法》第116条 当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款。

理解与适用

一、定金与惩罚性违约金可以相互替代

按照本条第1款规定，定金具有替代违约金的效力。^[125]这种替代必须以功能一致为前提。鉴于违约定金具有担保功能，其所能替代的应当是惩罚性违约金。当事人既约定惩罚性违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款。因为两者都以担保债权实现为主要功能，其效果是重复的。赔偿性违约金属于损害赔偿额的预定，其并不具有担保债权实现的功能，如果要求当事人只能在违约定金和损害赔偿额的预定之间选择适用，无疑会导致违约定金自始不可能具有担保债权实现的功能，因此，违约定金和赔偿性违约金可以并存，由受损害方同时主张。只不过，违约定金也具有填补损害这一次要功能，在接受违约定金或者双倍返还违约定金之后，当事人的损失已经得到部分甚至全部填补的，因实际损失较小或者不存在实际损失，有必要对赔偿性违约金进行酌减。

二、定金与损害赔偿可以并存

本条在《合同法》第116条的基础上增添了第2款，即“定金不足以弥补一方违约造成的损失，对方可以请求赔偿超过定金数额的损失”。这一规定充分显示出定金的次要功能是填补损失。当事人约定定金虽然往往不是为了预估将来的违约损失并锁定风险，但如前所述，违约定金具有一定的违约救济功能，解约定金具有一定的补偿功能；在实行定金罚则之后，当事人的损失往往可以得到弥补。比如，在商品房买卖场合，房屋价格为600万元，买受人预先支付50万元定金之后，出卖人将房屋转售给第三人的，应当双倍返还定金，即返还100万元。如果买受人可以以650万元买到同一地段类似的房屋，那么买受人便不能再请求损害赔偿，因为加倍返还的50万元足以填平买受人遭受的损失。不过，如果房屋上涨幅度过大，买受人只有支出700万元才能买到同一地段类似的房屋，那么出卖人双倍返还定金之后，还应向买受人赔偿50万元损失。

本条第2款规定可以类推适用于惩罚性违约金。在支付惩罚性违约金之后，债权人的损失无法得到完全填补的，更可取的手段其实是

一并主张损害赔偿，而非直接调整违约金，否则违约金的性质便始终在赔偿性与惩罚性之间纠缠不清。

《民法典》第585条第2款后段规定：“约定的违约金过分高于造成的损失，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少。”这是关于赔偿性违约金酌减的规定。鉴于违约定金的功能类似于惩罚性违约金的功能，即都以担保履行为目的，对于违约定金不应类推适用该段有关酌减违约金的规定。

《民法典》第586条第2款第1句规定：“定金的数额由当事人约定；但是，不得超过主合同标的额的百分之二十，超过部分不产生定金的效力。”这一规定已经对定金的数额进行了限制。因此，定金不需要再类推适用惩罚性违约金的酌减方法。反之，主流学者认为，惩罚性违约金的酌减可以类推适用定金的数额控制方案。^[126]该观点具有合理性，特别是在担保财产利益损失时，对于同样具有担保功能的惩罚性违约金和违约定金，应当予以同等处理。只不过，惩罚性违约金在实践中适用范围更广，可能适用于非财产利益的损失或者一些难以计算的财产利益损失，此时完全适用标的额20%的规则予以酌减，可能不尽周全。在这种情况下，适宜回归到惩罚性违约金酌减的一般标准，即担保目的与担保手段显著不合比例。

第五百八十九条

债务人按照约定履行债务，债权人无正当理由拒绝受领的，债务人可以请求债权人赔偿增加的费用。

在债权人受领迟延期间，债务人无须支付利息。

本条主旨

本条是有关债权人受领迟延的规定。本条规定了费用偿还的责任和利息的停止两项效果。

相关条文

《民法典》第570条 有下列情形之一的，难以履行债务的，债务人可以将标的物提存：

(一) 债权人无正当理由拒绝受领；

(二) 债权人下落不明；

(三) 债权人死亡未确定继承人、遗产管理人，或者丧失民事行为能力未确定监护人；

(四) 法律规定的其他情形。

标的物不适于提存或者提存费用过高的，债务人依法可以拍卖或者变卖标的物，提存所得的价款。

第608条 出卖人按照约定或者依据本法第六百零三条第二款第二项的规定将标的物置于交付地点，买受人违反约定没有收取的，标的物毁损、灭失的风险自违反约定时起由买受人承担。

理解与适用

一、债权人受领的性质

给付的有权受领人通常为债权人。债权人的受领属于其权利抑或义务，大陆法系对此历来存有争论。^[127]债权人的受领首先是其债权效力的体现。其次，在有的场合债权人负有受领义务，该义务属于协助义务，系基于诚实信用原则而生。债权人拒绝受领的正当理由是债务人未依债之本旨提供给付。

二、债权人受领迟延的要件

债权人陷入受领迟延的要件包括：第一，依据本条第1款规定，债务人必须按照约定履行债务。如果债务人未履行债务，那么债权人自然没有受领的机会；如果债务人履行债务不符合合同要求，那么债权人有权予以拒绝（如拒绝部分履行，请参阅第531条释评）。因此，债务人按照合同要求全面履行是首要的条件。第二，债权人未按照约定受领给付。第三，债权人缺乏拒绝受领的正当理由。债权人在有正当理由的场合拒绝受领的，其不陷入受领迟延，而债务人提供给付则不构成有效清偿。此时，债务人仍有义务按照合同要求再次提供给付。给付符合合同本旨的，债权人仍应受领。债权人拒绝受领的正当理由可以是约定的，也可以是法定的。在当事人有约定的情况下，优先适用当事人约定的条款；当事人没有约定的情况下，如果给付有质量瑕疵或者数量瑕疵，那便应适用《民法典》第531条，只要债务人的给付不符合债之本旨，债权人便有权予以拒绝，不需要达到造成

合同目的不能实现的地步。^[128]需要指出的是，债权人拒绝受领可能是基于不可抗力而生。比如，在防治传染病期间，债权人可能基于政府的行政命令而无法受领给付。此时在受领迟延的效果层面可以适当照顾债权人利益，但并不能排除受领迟延的产生。

债权人受领迟延与债务人履行迟延，都属于广义的迟延履行。债权人受领既是其债权的权能内容，也是其协助义务的内容。

三、债权人受领迟延的效果

债权人陷入受领迟延的，产生不利于债权人的效果。按照学理意见，这些效果包括：债务人原则上仅就故意或重大过失负责；给付风险和对待给付风险转移到债权人一侧；债权人对因迟延受领而产生的额外费用负偿还之责；债务人可将标的物提存或抛弃；在双务合同场合债权人不得行使同时履行抗辩权。^[129]其中，本条规定了费用的赔偿、利息的停止，《民法典》第570条以下对提存作出详细规定，《民法典》买卖合同章第608条规定了对待给付风险的转移。至于债务人责任的减轻，则有待填补法律漏洞。

（一）费用的赔偿

依据本条第1款的规定，债务人有权请求债权人赔偿增加的费用。债务人通常会产生以下两方面的费用。第一，保管标的物的费用。尽管债权人迟延受领，债务人的给付义务并不当然消灭。其仍应按照善良管理人的标准妥善保管标的物，由此产生保管标的物的费用。第二，债务人再次提供给付所支出的费用。债务人再次提出给付，可能需要再次安排运输，由此重复产生清偿费用。与上述活动相关的仓储费、运费、保险费、维护费等均包含在内，但不包括所失利益（如保管标的物所需空间原本可以出租获得租金）。^[130]

对上述费用的“赔偿”是否以债权人存在过错为前提？如果回答是肯定的，那就属于一般损害赔偿責任，如果回答是否定的，那就适宜界定为法定责任。笔者认为，该责任不以过错为前提。即使债权人因为不可归责于自身的原因（如不可抗力）陷入受领迟延，债务人为保管标物和提出给付而支出的费用也应由债权人承担。在债权人和债务人之间，这是一种法定债务关系。

（二）利息的停止

根据本条第2款，在债权人陷入受领迟延的场合，债务人的利息停止。在债权人迟延中，债务人不需要支付利息之债中的利息。

按照通说，因为债权人受领迟延，债务人的债务并不消灭，仍应随时准备履行，已经不能合理期待债务人享受该金钱带来的利益。^[131]既然这种利息是使用金钱带来的利益，那就意味着这一法律效果只适用于金钱债务，如买受人迟延受领价款、出租人迟延受领租金、贷款人迟延受领本金和利息。值得指出的是，在有偿借款合同中，虽然不能合理期待借款人按照普通商业用途使用本金，但借款人只要保留本金就会产生法定利息。该法定利息为本金的法定孳息，即使是债权人迟延期间产生的法定孳息，也应当返还给债权人。

（三）其他效果

1. 提存

提存是受领迟延最重要的法律效果。《民法典》第570条对此作出规定。依据该条第1款，债权人无正当理由拒绝受领，导致难以履行债务的，债务人可以将标的物提存。依据该条第2款，标的物不适于提存或者提存费用过高的，债务人依法可以拍卖或者变卖标的物，提存所得的价款。我国法未明确区分金钱债务的受领迟延和非金钱债务的受领迟延。这种区分不仅在提存方式的选取上有意义，还在是否产生保管费用上具有实际意义。^[132]关于提存的性质和法律效果，参见第570条释评。

2. 风险的转移

债权人受领迟延发生后，因不可归责于当事人的原因导致标的物毁损、灭失的，其风险由债权人承担。在我国法上，关于债权人迟延时风险转移的一般规定在买卖合同章第608条。根据该条，出卖人按照约定或者依据《民法典》第603条第2款第2项的规定将标的物置于交付地点，买受人违反约定没有收取的，标的物毁损、灭失的风险自违反约定时起由买受人承担。其他以交付标的物为给付内容的有偿合同中发生债权人迟延的，根据《民法典》第646条^[133]，参照适用买卖合同章第605条的规定。

3. 债务人责任的减轻

债权人陷入受领迟延之后，债务人未必立即将标的物提存。在此阶段，债务人不必要像给付之前那样对通常事变负责，其责任有所减轻。在传统学说上，认为受领迟延场合债务人的注意义务减轻后，债务人仅就故意或者重大过失负责。^[134]在违约损害赔偿实行过错责任的法律体系中，该规则具有合理性。然而，我国违约损害赔偿以无过错责任为原则，债权人迟延场合，债务人的注意义务究竟应减轻到何

种程度？是否一概减轻到与无偿合同相当的程度（对故意或者重大过失负责）？笔者认为，有必要考虑债权人对于受领迟延是否存在不可抗力的因素。原则上，债务人只需对故意或者重大过失负责。例外地，如果债权人是因为不可抗力而无法受领，且债务人知道或者应当知道该事由（如不可抗拒的疫情防控命令），那么债务人在注意义务减轻后仍应对抽象轻过失负责，此时债务人应按照一个善良管理人的标准来尽注意义务。这种利益权衡背后的正当性根据是，债务人因不可抗力不履行义务的，不须对债权人承担违约损害赔偿责任，这意味着债权人与债务人在一定程度上分担了不可抗力带来的不利后果；反之，债权人因不可抗力而受领迟延，且债务人知道或应当知道该事由的，债务人也应在一定程度上与债权人分担不可抗力带来的不利后果。只有这样，才可谓对同类事物予以同等处理。

第五百九十条

当事人一方因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但是法律另有规定的除外。因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明。

当事人迟延履行后发生不可抗力的，不免除其违约责任。

本条主旨

本条是关于不可抗力与违约责任关系的规定，本条第1款规定了不可抗力为免除违约责任的法定事由。本条第2款规定了迟延履行场合不免除违约责任。

相关条文

《民法典》第180条 因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。法律另有规定的，依照其规定。

不可抗力是不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。

第832条 承运人对运输过程中货物的毁损、灭失承担赔偿责任。但是，承运人证明货物的毁损、灭失是因不可抗力、货物本身的自然性质或者合理损耗以及托运人、收货人的过错造成的，不承担赔偿责任。

任。

《合同法》第117条 因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。

本法所称不可抗力，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。

第118条 当事人一方因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明。

理解与适用

一、不可抗力的含义

不可抗力的一般规定在《民法典》总则编第180条中。根据该条第1款，“因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。法律另有规定的，依照其规定”。根据该条第2款，不可抗力是不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。

根据本条第1款，因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除违约责任，但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除违约责任。关于如何界定不可抗力，请参阅《民法典》总则编第180条释评。在此处，提示注意以下几个要点。

第一，不能预见与不能预测应予区分。所谓不能预见，是指可能预测但无法预见，对于地震、海啸，虽然可以认知、监测，甚至在一定范围内预测，但在订立合同时对于其发生的具体时间、范围均无法预见。可预见性在不同历史时期有不同内涵。在近代以前，人们对台风没有较强的监测技术，更谈不上预见。在气象卫星技术应用之后，人们对台风便有了较强的预测能力，能够提前数日进行较为准确的预测。在这种情况下，对于与天气变化有密切联系的合同来说，即使按照交易习惯，当事人也应谨慎关注天气状况；当事人不能轻易以台风、暴雨属于不可抗力为由主张免除一切违约责任，因为在订立合同时当事人有可能将这类天气现象加以考虑并提前在合同中作出相应安排。不过，对于地震、海啸、山体滑坡等自然灾害，即使可以提前数秒钟或者更长时间进行预测，对于交易来说显然也缺乏实际意义，这

类现象属于典型的不可抗力。

第二，所谓不能避免，是指即使尽最大努力也不能采取合理的措施予以避免。所谓不能克服，是指尽最大努力也不能克服。至于何种努力程度可谓最大努力，不能基于当事人的主观标准进行判断。如果采取该合同中当事人的主观标准加以判断，那么不可抗力便会“因人而异”，显然不利于交易安全；相反，应当基于社会生活的通常观念，从普通人的客观标准出发加以判断。一般而言，自然灾害、战争、军事冲突是典型的不可抗力；新型传染病带来的物价波动不构成不可抗力，但是为防治传染病而实施的政府命令则往往是不可抗力；某一线城市市政府发布所谓“限购令”，将二套房首付款占房屋价款的比例从30%提高至70%的，在房价高企的一线城市既可能构成不可抗力，也可能带来合同基础的嗣后变化（情势变更）。

二、不可抗力与违约损害赔偿

本条是关于不可抗力与违约责任免除的规定，是总则编第180条的具体规定。首先应予明确的是，在不可抗力导致债务不履行的范围内，部分或者全部免除违约损害赔偿赔偿责任。原因在于，在实行无过错责任的领域，不可抗力是法定免责事由，只要具备该事由，违约损害赔偿赔偿责任便不成立。关于违约损害赔偿的构成要件，请参阅第577条释评第三部分。

不可抗力导致不能履行合同的，不影响当事人的解除权、减价权。该两项权利的行使不以债务不履行方具有可归责性为前提条件。不可抗力导致不能履行，合同目的无法实现的，当事人可以依据《民法典》第563条第1款第1项解除合同。不可抗力导致不能履行，合同目的部分无法实现的，当事人可以依据《民法典》第582条减少价款或者报酬。

根据本条第2款，当事人迟延履行后发生不可抗力的，不免除其违约责任。其主要适用于债务人迟延。债务人迟延给付后，即使发生不可抗力导致给付不能，也不免除违约损害赔偿赔偿责任。本条第2款可在有限范围内类推适用于债权人迟延。债权人受领迟延后，发生不可抗力导致其受领不能的，仍按照普通情形中的受领迟延处理，债务人仅对故意或者重大过失负责。关于不可抗力导致的债权人迟延效果，请参阅第589条释评第三部分。

三、不可抗力与实际履行、违约金

不可抗力能否排除实际履行、违约金责任？^[135]对此需要具体分

析。本条中的“不能履行”既可以是一时的给付不能，也可以是永久的给付不能。不可抗力导致一时的给付不能的，依据《民法典》第580条第1款，履行请求权暂时被排除。不可抗力导致永久的给付不能的，依据该条第1款履行请求权永久被排除。不过严格地说，排除履行请求权的不是不可抗力这个“原因”，而是给付不能这个“结果”。

至于违约金责任，应当分别加以讨论。固有意义上的违约金旨在担保债务的履行，如果因为不可抗力导致债务不能履行，令债务人承担违约金有违担保目的，那么，在不可抗力导致合同不能履行的范围内，违约金责任也相应免除。赔偿性违约金本质上是损害赔偿额的预定，其属于损害赔偿的范畴。只要不可抗力导致违约损害赔偿全部或者部分免除，那么赔偿性违约金也应全部或者部分免除。

四、通知义务和证明的提供

依据本条第1款第2句，当事人一方因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明。该通知义务是基于诚信原则而生的附随义务，尽管不可抗力造成不能履行给付义务，但当事人之间相互照顾的义务并不因此免除。不履行方怠于履行通知义务，给对方造成损失的，应承担违反附随义务的违约责任。

至于“在合理期限内提供证明”，其目的有二：一是避免当事人之间孳生纠纷，二是为债权人行使保险金请求权或者解决与第三人之间的纠纷提供协助。

五、约定的不可抗力条款

本条第1款第1句仅规定“但是法律另有规定的除外”，而未规定“但当事人另有约定的除外”。可见，只有在法律有特别规定的情况下，才会排除不可抗力的免责效果。这意味着，不可抗力免责之规定属于效力性强制性规定。原因在于，既然是不能预见、不能避免且不能克服的客观情况，令一方当事人承担违约的后果无疑向该方当事人分配过重的风险，有违无过错责任的规范目的，也往往有违公平原则和诚信原则。

本条属于效力性强制性规定，意味着当事人不能抽象地排除不可抗力免责规定的适用。如果当事人抽象地排除不可抗力免责规定的适用或者排除了不可抗力的核心内容（如将地震排除在不可抗力外），那就不当地加重违约方的责任，该约定因违反效力性强制性规定而无效。不过，当事人仍可以在合同中约定不可抗力的具体范围，特别是

将处于模糊地带的事项加以明确，如疫情、骚乱。

在实践中，常见当事人在所谓的不可抗力免责条款中加入了本不属于不可抗力事项（如供电中断）。这种约定仍然可能生效。只不过，这部分内容其实是当事人约定的普通免责事由，而非不可抗力事由。普通免责事由之约定是否生效，要适用《民法典》中有关格式条款、免责条款以及显失公平等方面的规定进行实质审查。

第五百九十一条

当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失请求赔偿。

当事人因防止损失扩大而支出的合理费用，由违约方负担。

本条主旨

本条是关于减损义务的规定。

相关条文

《合同法》第119条 当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失要求赔偿。

当事人因防止损失扩大而支出的合理费用，由违约方承担。

理解与适用

一、减损义务的性质和内涵

减损义务属于不真正义务。减损义务是债权人在债务不履行造成损害之后，采取适当措施避免损失扩大的义务。违反该义务的后果是义务人遭受不利益，即就损失扩大的部分丧失损害赔偿请求权。债权人为了防止损失扩大而支出的合理费用，属于损害的范畴。

本条中的“适当措施”是一个开放的不确定概念，在适用于具体案件时，须由法官作价值补充，使其具体化。^[136]

二、减损义务和与有过失

在传统学说上，与有过失是指，受损害方对于损害的发生或扩大有过错的，应当相应减轻相对方的损害赔偿赔偿责任。本条对损失的扩大规定了与有过失规则，《民法典》第592条第2款对损失的发生规定了与有过失规则。在《民法典》通过之前，有学者便指出，在立法论上，“究竟是采单一的与有过失规则，还是采与有过失与减损规则并存的模式，实为一立法政策问题”，并认为并存模式较具实用性，因为两者的运作逻辑并不相同。^[137]《民法典》在合同编中采取了并存模式或者说分立模式，在侵权责任编中采取了统一模式。按照《民法典》1173条，被侵权人对同一损害的发生或者扩大有过错的，可以减轻侵权人的责任。该条显然一并规定了损失发生场合的与有过失和损失扩大场合的与有过失。

由于《民法典》在合同编和侵权责任编对于与有过失的安排并不一致，与有过失便有广义和狭义之分。广义的与有过失是指受损害方对于损害的发生或者扩大有过错，狭义的与有过失仅指受损害方对于损失的发生有过错。在合同编采取分立模式的情况下，人民法院在违约场合适用法律时原则上应当区分受损害方究竟是对损失的发生存在过错，还是对损失的扩大存在过错，以便精准适用法律规定。不过，两者之间的界限可能不易划分。比如，在承揽合同中，定作人应当在承揽人所在地甲市检验标的物而未检验，从而未发现标的物不符合质量要求，然后运回自己位于乙市的工厂进行安装和使用，在使用之后才发现该物不符合质量要求。在这种情况下，一般会产生运输费、拆卸费、因使用导致增加的修复费用，这些费用都属于广义上的与有过失所关照的对象。此时，严格区分哪部分损失适用减损规则，哪部分损失适用与有过失规则，恐怕不具有太大的实际意义，因为两项规则的原理和效果是一致的，都是按照受损害方过错的程度相应地减轻违约方的违约损害赔偿责任。其实，就拆卸费用和增加的修复费用而言，既可以看作损失的扩大，又可以看作一种新的损失发生。有鉴于此，在不易区分损失的发生和扩大时，人民法院可以通过同时援引本条和第592条来回避这种区分。

第五百九十二条

当事人都违反合同的，应当各自承担相应的责任。

当事人一方违约造成对方损失，对方对损失的发生有过错的，可以减少相应的损失赔偿额。

本条主旨

本条第1款是关于双方违约的规定。本条第2款是狭义的与有过失规定，是损害赔偿责任的限定规则之一。

相关条文

《民法典》第1173条 被侵权人对同一损害的发生或者扩大有过错的，可以减轻侵权人的责任。

《合同法》第120条 当事人双方都违反合同的，应当各自承担相应的责任。

理解与适用

一、双方违约

双方违约，是指双方当事人都违反合同义务。构成双方违约的条件只有一个，即当事人各方都违反了自己应当履行的义务。如果将本条第1款中的违反合同理解为违反合同中的给付义务，那么在单务合同中，因为只有一方负有给付义务，不会发生双方违约。^[138]不过，如果将本条第1款中的违反合同理解为违反合同中的各类义务，包括基于诚信原则而生的附随义务，那便不应将单务合同完全排除在本条第1款的适用范围外。比如，赠与合同中的赠与人违反给付义务、受赠人违反附随义务的，仍可构成双方违约。

在双方违约中，双方的违约行为是独立的。比如，客运合同中承运人未按要求提供相应的承运服务，旅客也违反规定携带危险物品，便属于双方违约。双方当事人中一方违反主给付义务，另一方违反受领义务的，也可能发生双方违约。比如，出卖人迟延交付货物，买受人在没有正当理由的情况下拒绝受领，便构成双方违约。这种情况在实践中并不少见。如果一方只是在另一方违约后对损失的扩大存在过错，那便属于违反减损义务的情形，不属于双方违约。^[139]可见，双方违约不应包括违反不真正义务的情形。

在《民法典》通过之前，学说上对于《合同法》第120条^[140]是否属于与有过失规则有所讨论。严格地说，《合同法》120条和本条第1款并未明确处理违约方的责任是否因受损害方的过失而得以减轻的问题。^[141]该规定的意旨仅仅是，主张违约责任的一方当事人也违

约的，对方亦可向其主张违约责任。

二、损害发生上的与有过失

（一）广义的与有过失和狭义的与有过失

基于公平原则，在受损害方自身对于损害的发生或扩大有过错时，有必要对前述完全赔偿原则进行缓和，这便是与有过失规则产生的原因。按照传统学说，与有过失是指受损害方对于损害的发生或扩大有过错的，应当相应减轻相对方的损害赔偿赔偿责任。该规则是违约损害赔偿与侵权损害赔偿的共通规则。《民法通则》第131条、《侵权责任法》第26条对此有专门规定。《民法典》第591条对损失的扩大规定了减损义务，其属于广义上的与有过失规则。

在《民法典》合同编典型合同分编中，存在具体的与有过失规定。比如，《民法典》第823条第1款规定：“承运人应当对运输过程中旅客的伤亡承担赔偿责任；但是，伤亡是旅客自身健康原因造成的或者承运人证明伤亡是旅客故意、重大过失造成的除外。”在客运合同中，将乘客安全运送至目的地是承运人的主给付义务，对于乘客的伤亡承运人负无过错责任。但乘客因携带危险物品等而造成自身伤亡的，根据其过错程度相应减轻甚至免除承运人的损害赔偿赔偿责任。

在《民法典》通过之前，损害发生上的与有过失规则通过2012年发布的《买卖合同司法解释》得以确立。该司法解释第30条规定：“买卖合同当事人一方违约造成对方损失，对方对损失的发生也有过错，违约方主张扣减相应的损失赔偿额的，人民法院应予支持。”鉴于买卖合同在有名合同中处于基础地位，该条规定基本上在合同法领域确立了损害发生上的与有过失规则。在《民法典》通过之后，本条借鉴了《买卖合同司法解释》第30条，在第2款作出规定：“当事人一方违约造成对方损失，对方对损失的发生有过错的，可以减少相应的损失赔偿额”，从而明确承认了损害发生上的与有过失规则。

（二）损害发生上的与有过失在债法中的不同规定

与有过失规则是对损害赔偿的限定规则之一。在传统债法上，无论是违约损害赔偿还是侵权损害赔偿，任何债务不履行责任都可适用与有过失规则，故往往予以统一规定。比如，《日本民法典》第418条规定，对于债务不履行及其所生损害的发生或者扩大，债权人有过失的，法院在对此予以考量后，确定损害赔偿赔偿责任及其数额。

在我国法上，《民法典》合同编和侵权责任编分别对与有过失作出规定。两者的不同在于以下两点。第一，侵权责任编对于损失发生上的与有过失和损失扩大上的与有过失采取统一模式。《民法典》第1173条规定：“被侵权人对同一损害的发生或者扩大有过错的，可以减轻侵权人的责任。”该规定采取广义的与有过失概念，既包括受损害人对损害的发生有过错，又包括受损害人对损害的扩大有过错。第二，《民法典》侵权责任编中对于受损害人故意造成自身损害的情况，直接排除行为人的责任。《民法典》第1174条规定：“损害是因受害人故意造成的，行为人不承担责任。”之所以作此规定，是因为损失完全是受害人自己造成的，与所谓的行为人之间不存在因果关系。比如，甲谨慎地驾驶机动车通过十字路口时，乙故意冲到车前，造成自身伤亡的，甲不承担损害赔偿责任。在合同关系中，一方当事人故意导致对方不履行债务的情形固然少见，但在法理上并无二致，应作同等处理。比如，买受人在出卖人交付标的物之前故意焚毁该标的物，致使给付不能的，买受人的所谓损失与出卖人之间不存在因果关系，出卖人自然不承担违约责任。

三、受损害方承担风险的事由

在合同法上，应对与有过失进行目的论扩张，使其不仅包括受损害方的过错，还包括受损害方虽然无过错但应由其承担风险的事由。按照《国际商事合同通则》第7.4.7条，有的风险应由受损害方承担，此时产生的损失不应由违约方承担。比如，出租人违反合同提前终止租赁合同的，作为餐饮业经营者的承租人本可以就其剩余租赁期限的营业损失寻求赔偿，但如果因为附近出现食源性传染病导致该段期间内承租人无法正常营业，那么承租人便不得就该期间内的营业损失寻求赔偿。餐饮行业可能因食源性传染病而遭受损失，这属于餐饮业经营者应当承担的风险。不过，这不影响承租人要求就建立替代性交易而额外支出的费用要求赔偿，也不影响承租人以租赁期限不满为由主张减少相应租金。

第五百九十三条

当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当依法向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定处理。

本条主旨

本条是关于违约责任相对性的注意性规定。

相关条文

《合同法》第121条 当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定解决。

理解与适用

一、违约责任的相对性与无过错责任

本条规定的源头是《民法通则》第116条。^[142]该条规定：“当事人一方由于上级机关的原因，不能履行合同义务的，应当按照合同约定向另一方赔偿损失或者采取其他补救措施，再由上级机关对它因此受到的损失负责处理。”本条中的第三人不仅能够涵盖国家机关，还包括普通民事主体。^[143]需要注意的是，国家机关发布行政命令，一方当事人不可抗拒，进而出现债务不履行的，应适用《民法典》第590条有关不可抗力的规定，免除该方当事人的违约责任。

学界对本条的理解存在分歧，对“第三人”范围有无限定说和限定说之分，对本条的命运则有维持论、限制论、废除论之争。^[144]按照通说，本条一方面体现了合同相对性原则，另一方面明确了无过错责任原则或者说债务人为通常事变负责的原则。^[145]就第一点而言，立法者主要通过本条防止在审判实践中动辄将第三人拉进来，作为第三人参加诉讼，甚至在纠纷双方没有争议的情况下，判决第三人承担责任。^[146]在本条体现了合同相对性原理这一点上，学界基本上没有争议。就第二点而言，本条规定“因第三人的原因”而非“因第三人的过错”，主要是为了与无过错责任相搭配。比如，债务人在运输货物过程中遭受交通事故，原因是另一辆机动车的驾驶员甲突发严重疾病导致车辆失去控制，尽管债务人与第三人甲均无过错，货物受损的，债务人仍应向债权人承担违约损害赔偿责任。不过，《民法典》所规定的典型合同并非都实行无过错责任。比如，委托合同实行过错责任，在受托人无过错的情况下，受托人因为第三人原因陷入债务不履行的，不承担违约责任。

笔者认为，如果将本条理解为具有明确构成要件和法律效果的规定，那就必须对第三人的范围、类型以及“第三人的原因”的样态进行具体分析，并分别探讨各种情形下的法律效果。由于法律规定过于概

括，本条的适用难以具有统一性和确定性。为了避免这种不统一性和不确定性，本条适宜被界定为关于违约责任相对性的提示注意规定，而不是具有完整构成要件和特定适用范围的规定。^[147]判决债务人承担违约责任的，必须依据《民法典》第577条等其他有关违约责任的规定。

二、债务人对履行辅助人的行为负责

对于本条是否属于有关履行辅助人的规定，存在不同意见。履行辅助人是履行债务人使用的人，既包括一时性使用的人，又包括继续性使用的人；既包括按照债务人的指挥、命令而如同债务人手足一样的人，又包括独立的企业，如物流企业。^[148]在违约损害赔偿 responsibility 实行无过错责任的前提下，债务人不仅对履行辅助人的过错负责，原则上还对履行辅助人无过错的行为负责。质言之，只要是履行辅助人的原因造成债权人的债权不能实现，债务人（而非履行辅助人）原则上就对债权人承担违约责任。不过，这并不意味着在辅助人侵害债权人固有权益时，也都由债务人承担侵权责任；此时，应当按照侵权责任编的规定来予以处理。对于债务人的雇员，债务人应当按照《民法典》第1191条承担雇主责任；对于独立的辅助人，应当适用或者类推适用《民法典》第1193条，债务人只有在选任、指示等方面存在过错时，才对辅助人的侵害行为负责。概言之，有必要区分以下两种情形：（1）因辅助人的原因造成债权人的合同债权不能实现，债务人对履行辅助人的行为负责，对债权人承担违约损害赔偿 responsibility；（2）因辅助人的过错造成债权人的固有利益受到损害，区分不同情形判断债务人是否对辅助人的侵害行为负责，是否对债权人承担侵权损害赔偿 responsibility。

将本条解释为关于履行辅助人的专门规定，难以契合文义和立法目的。回顾《合同法》的立法过程，这一问题自始便没有明确的答案。按照《〈中华人民共和国合同法〉立法方案》第8章第1节中的表述，“当事人应当对自己一方的第三人（如配件供应人、分包人、受托履行义务人）的原因造成违约负责。自己一方的上级机关的原因造成合同不能履行，也应适用此原则”^[149]。不难发现，受托履行义务人只是第三人中的一种情形，配件供应人、分包人、上级机关都不是履行辅助人。在未采用“自己一方的”这一限定语的情况下，本条的适用范围显然较为宽泛，难以限定在履行辅助人这一类型范围内。其实，履行辅助人属于债务人一方，恰恰不适合将其归入第三人的范畴。^[150]与其将本条解释为构成要件完整、法律效果明确的完全性法条，不如将本条解释为违约责任相对性的提示注意规定。这并不意味着《民法典》对履行辅助人的调整存在法律漏洞，因为债务人履行合

同的方式本来就不仅包括由其命令雇员提供给付，也包括其委托独立的承运人等主体提供给付。这些行为都可通过解释纳入债务人履行合同义务的范畴。只要属于债务人履行合同义务，司法机关就应依据《民法典》第577条等有关“不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定”的规定判决由债务人承担违约责任。

三、第三人侵害债权

第三人侵害债权是指，第三人以违背善良风俗的手段故意侵害合同债权，从而须对受损害方承担侵权损害赔偿责任。本条规定并非第三人侵害债权时损害赔偿责任的请求权基础规范。只要合同中的当事人主张违约责任，那便只能向合同中的相对人加以主张。如果合同中的当事人主张侵权责任，那便应根据侵权责任编的规定加以主张。

本条第2句是提示注意规定。所谓“当事人一方和第三人之间的纠纷”既可能是合同纠纷，也可能是侵权纠纷。比如，甲平台经营者和乙平台经营者之间签订协议，约定甲和乙在3年内互相不引诱对方平台内的主播跳槽，甲与其平台内的主播丙签订协议，约定后者应服务满3年才可终止合同。乙违反约定以高薪引诱丙离开甲平台的，甲可以分别向丙和乙主张违约责任。如果甲和乙之间不存在合同关系，那么甲不能向乙主张违约责任，也难以向其主张侵权责任，因为该高薪引诱行为本身是正常的市场竞争行为。第三人侵害债权的典型情形是，甲平台经营者与乙平台经营者之间有竞争关系，甲通过侵害主播丙的人身自由恶意阻碍其在乙平台开展直播活动，给乙造成损失的，属于以违背善良风俗的手段侵害乙的债权。在上述情形中，债务人与第三人之间的纠纷，都必须依照合同编、侵权责任编中的相关规定或者按照约定处理。

第五百九十四条

因国际货物买卖合同和技术进出口合同争议提起诉讼或者申请仲裁的时效期间为四年。

本条主旨

本条是关于涉外合同时效期间的规定。

相关条文

《民法典》第188条 向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。法律另有规定的，依照其规定。

诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。法律另有规定的，依照其规定。但是，自权利受到损害之日起超过二十年的，人民法院不予保护，有特殊情况的，人民法院可以根据权利人的申请决定延长。

《涉外民事关系法律适用法》第7条 诉讼时效，适用相关涉外民事关系应当适用的法律。

《合同法》第129条 因国际货物买卖合同和技术进出口合同争议提起诉讼或者申请仲裁的期限为四年，自当事人知道或者应当知道其权利受到侵害之日起计算。因其他合同争议提起诉讼或者申请仲裁的期限，依照有关法律的规定。

理解与适用

本条是对涉外合同的时效期间所作的专门规定，是《民法典》总则编第188条的特别规定。由于条文中所列举的两类合同往往存在合同有效期长、涉及金额大的特点，且都涉及国际贸易，所以如果适用一般诉讼时效，会产生对合同当事人权益保护不周的现象。有鉴于此，法律规定这两类合同的诉讼时效长于其他合同的时效。^[151]

在我国《民法总则》生效之前，普通诉讼时效期间为两年。上述两类涉外合同与非涉外合同在诉讼时效上的差异较为显著。在我国《民法总则》生效之后，普通诉讼时效延长到3年，非涉外合同的时效期间与上述两类涉外合同的时效期间差异有所缩小。

要适用本条规定，前提是按照《涉外民事关系法律适用法》以及国际私法的相关规则，以《民法典》作为处理上述两类涉外合同纠纷的准据法。本条规定较长的时效期间，也可鼓励当事人选择《民法典》作为处理相关涉外合同纠纷的裁判依据。

注释：

[1]王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：402；王洪亮.债法总论.北京：北京大学出版社，2016：202.

[2]无论是《经济合同法》《涉外经济合同法》《技术合同法》，还是《民法通则》，都有类似的两分法。江平.中华人民共和国合同法精解.北京：中国政法大学出版

社，1999：89.

[3]郑玉波.民事责任之分析//郑玉波.民法债编论文选辑：上.台北：五南图书出版公司，1984：60-62.

[4]魏振瀛.论债与责任的融合与分离——兼论民法典体系之革新.中国法学，1998（1）：17.

[5]王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：395；陈甦.民法总则评注.北京：法律出版社，2017：1258；崔建远.合同法.北京：北京大学出版社，2016：326；郭明瑞，房绍坤.合同法学.上海：复旦大学出版社，2016：172；韩世远：合同法总论.北京：法律出版社，2018：738.

[6]陈甦.民法总则评注.北京：法律出版社，2017：1256-1257.

[7]王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：395；崔建远.合同法.北京：北京大学出版社，2016：326；韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：737.

[8]郑玉波.民法债编总论.陈荣隆，修订.北京：中国政法大学出版社，2004：9.

[9]林诚二.论债之本质与责任//郑玉波.民法债编论文选辑：上.台北：五南图书出版公司，1984：28.

[10]林诚二.论债之本质与责任//郑玉波.民法债编论文选辑：上.台北：五南图书出版公司，1984：28.

[11]强制力可以被债权的执行力特别是拘取力所吸收。中田裕康.债权总论.东京：岩波书店，2011：68.

[12]林诚二.论债之本质与责任//郑玉波.民法债编论文选辑：上.台北：五南图书出版公司，1984：28.

[13]郑玉波.民法债编总论.陈荣隆，修订.北京：中国政法大学出版社，2004：9.据林诚二教授考察，罗马法上并未区分债务与责任，德国普通法沿袭罗马法，也未区分债务与责任。英美法亦不区分债务与责任。林诚二.论债之本质与责任//郑玉波.民法债编论文选辑：上.台北：五南图书出版公司，1984：26-29.

[14]平井宜雄.债权总论.东京：弘文堂，1994：241.

[15]Vgl. Medicus/Lorenz，Schuldrecht I Allgemeiner Teil，19 Aufl.，München：2010，Rn. 18 ff.

[16]Medicus/Lorenz，Schuldrecht I Allgemeiner Teil，19 Aufl.，München：2010，Rn. 24 ff.

[17]中田裕康.债权总论.东京：岩波书店，2011：61-62.

[18]陈华彬.债法总论.北京：中国政法大学出版社，2018：162.

[19]王家福.中国民法学·民法债权.北京：法律出版社，1991：132.

[20]王洪亮.强制履行请求权的性质及其行使.法学，2012（1）：104.

[21]《民法典》第1185条规定：“故意侵害他人知识产权，情节严重的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。”第1207条规定：“明知产品存在缺陷仍然生产、销售，或者没有依据前条规定采取有效补救措施，造成他人死亡或者健康严重损害的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。”第1232条规定：“侵权人违反法律规定故意污染环境、破坏生态造成严重后果的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。”

[22]李开国.合同法.北京：法律出版社，2007：156.

[23]严格地说，我国法上的“继续履行”概念并不严谨，因为其既可以包括强制履行，又可以包括违约当事人自行而非在法院的强制下继续履行。郭明瑞，房绍坤.合同法学.上海：复旦大学出版社，2016：182.

[24]王家福.中国民法学·民法债权.北京：法律出版社，1991：133.

[25]王家福.中国民法学·民法债权.北京：法律出版社，1991：134.

[26]陈华彬.债法总论.北京：中国政法大学出版社，2018：179.

[27] [日] 我妻荣.新订债权总论.王赓，译.北京：中国法制出版社，2008：82.

[28]在德国法上，损害赔偿的方法包括回复原状和金钱赔偿，以回复原状为原则。在我国法上，对于恢复原状和赔偿损失分别作出规定。

[29]关于《合同法》立法过程中归责原则的演变和争论，参见李开国.合同法.北京：法律出版社，2007：159-162.

[30]在侵权责任编中，过错为主要归责事由，对于无过错责任作出明确规定。

[31]森田宏树.契约责任的归责构造.东京：有斐阁，2002：2-3，11-16；尹田.法国现代合同法.北京：法律出版社，2009：358-359.

[32]江平.中华人民共和国合同法精解.北京：中国政法大学出版社，1999：92.

[33]作为强制实际履行、违约损害赔偿的要件之一，债务不履行是指债务人未按照合同的要求履行债务，无论该债务是否能够履行，也无论该债务不履行是否可归责于债务人；如果债务人是正当行使权利拒绝履行，那就不构成债的不履行。

[34]韩松.合同法学.武汉：武汉大学出版社，2014：126.

[35]有意见认为应当区分这些概念。隋彭生.合同法要义.北京：中国人民大学出版社，2018：218.

[36]有意见认为届期违约的概念更妥当。隋彭生.合同法要义.北京：中国人民大学出版社，2018：218-219.

[37]韩世远，崔建远.先期违约与中国合同法.法学研究，1993（3）：33；叶金强.我国合同法中的“预期违约”制度.南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学版），2002（4）：52；葛云松.期前违约规则若干基本概念探源.环球法律评论，2003年秋季号：329.

[38][美]E.艾伦·范斯沃思.美国合同法.葛云松，丁春艳，译.北京：中国政法大学出版社，2004：597.

[39][美]E.艾伦·范斯沃思.美国合同法.葛云松，丁春艳，译.北京：中国政法大学出版社，2004：598-599.

[40]江平.中华人民共和国合同法精解.北京：中国政法大学出版社，1999：78.

[41][美]E.艾伦·范斯沃思.美国合同法.葛云松，丁春艳，译.北京：中国政法大学出版社，2004：602.

[42][美]E.艾伦·范斯沃思.美国合同法.葛云松，丁春艳，译.北京：中国政法大学出版社，2004：604.

[43]上海市浦东新区人民法院（2015）浦民六（商）初字第4310号民事判决书。

[44]E. Allan Farnsworth，Farnsworth on Contracts，Vol. II，3rd. New York：Aspen，2004，p. 559.

[45]韩世远，崔建远.先期违约与中国合同法.法学研究，1993（3）：34.

[46]叶金强.我国合同法中的“预期违约”制度.南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学版），2002（4）：58.

[47]张谷.预期违约与不安抗辩之比较.法学，1993（4）：23.

[48]王利明.预期违约制度若干问题研究.政法论坛，1995（2）：27.

[49]李永军.合同法原理.北京：中国人民公安大学出版社，1999：516.

[50]《合同法》第69条规定：“当事人依照本法第六十八条的规定中止履行的，应当及时通知对方。对方提供适当担保时，应当恢复履行。中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的，中止履行的一方可以解除合同。”

[51]王利明.预期违约与不安抗辩权.华东政法大学学报, 2016 (6) : 5.

[52]江西省高级人民法院 (2017) 赣民终297号民事判决书。

[53]2020年6月2日, 深圳市人大常委会官网发布《深圳经济特区个人破产条例 (征求意见稿) 》。依据其第2条, 在深圳经济特区居住, 且参加深圳社会保险连续满三年的自然人, 因生产经营、生活消费导致资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的, 依照本条例进行破产清算、和解或者重整。 [2020-06-03] .http://www.szrd.gov.cn/szrd_zyfb/szrd_zyfb_tzgg/202006/t20200602_19246539.htm.

[54]王利明.合同法研究: 第二卷.北京: 中国人民大学出版社, 2015 : 461.

[55]崔建远.合同法.北京: 北京大学出版社, 2016 : 340.

[56]韩世远.合同法总论.北京: 法律出版社, 2018 : 474.

[57]朱晓喆.瑕疵担保、加害给付与请求权竞合——债法总则给付障碍中的固有利益损害.中外法学, 2015 (5) : 1133.

[58]王洪亮.债法总论.北京: 北京大学出版社, 2016 : 202.

[59]王洪亮.债法总论.北京: 北京大学出版社, 2016 : 202.

[60]韩世远.合同法总论.北京: 法律出版社, 2018 : 476.

[61]陈自强.不完全履行与不完全给付.北航法律评论, 2013 (1) : 49.

[62]刘心稳.债权法总论.北京: 中国政法大学出版社, 2015 : 145.

[63]刘心稳.债权法总论.北京: 中国政法大学出版社, 2015 : 149.

[64]黄立.民法债编总论.台北: 元照出版公司, 2006 : 456-457.

[65]黄立.民法债编总论.台北: 元照出版公司, 2006 : 457.

[66]黄立.民法债编总论.台北: 元照出版公司, 2006 : 457.

[67]崔建远.完善合同解除制度的立法建议.武汉大学学报 (哲学社会科学版) , 2018 (2) : 88-89 ; 王利明.论合同僵局中违约方申请解约.法学评论, 2020 (1) : 26.

[68]刘承晔.论违约方解除合同规则写入民法典之必要与可行.中国政法大学学报, 2020 (3) : 14.

[69]崔建远.完善合同解除制度的立法建议.武汉大学学报 (哲学社会科学版) , 2018 (2) : 89.

[70]石佳友,高郈梅.违约方申请解除合同权:争议与回应.比较法研究,2019(6):36.

[71]王利明.论合同僵局中违约方申请解约.法学评论,2020(1):26.

[72]韩世远.继续性合同的解除:违约方解除抑或重大事由解除.中外法学,2020(1):104.

[73]武腾.委托合同任意解除与违约责任.现代法学,2020(2):62.

[74]最高人民法院(2013)民提字第233号民事判决书。

[75]北京市高级人民法院(2013)高民终字第1164号知识产权判决书。

[76]相关分析,参见刘承晔.论演艺经纪合同的解除.清华法学,2019(4):130.

[77]刘心稳.债权法总论.北京:中国政法大学出版社,2015:151-153.

[78]对债权人、债务人均有利的瑕疵补正行为,应具有优先地位。谢鸿飞.合同法学的新发展.北京:中国社会科学出版社,2014:476.

[79]江苏省宜兴市人民法院(2011)宜民初字第2540号民事判决书。

[80]崔建远.退货、减少价款的定性与定位.法律科学,2012(4):95.

[81]韩世远.合同法总论.北京:法律出版社,2018:426.

[82]王利明.合同法研究:第三卷.北京:中国人民大学出版社,2012:112;郭明瑞,房绍坤.合同法学.上海:复旦大学出版社,2009:261;苏号朋.合同法教程.北京:中国人民大学出版社,2015:312.

[83]郭明瑞,房绍坤.合同法学.上海:复旦大学出版社,2016:209.

[84]胡康生.中华人民共和国合同法释义.北京:法律出版社,2013:262.

[85]王利明,崔建远.合同法新论总则.北京:中国政法大学出版社,2000:644.

[86]2020年十三届全国人大三次会议审议期间,《民法典》第781条增加了“合理选择”的要求,从而使该条与《民法典》第582条更为协调。该条规定:“承揽人交付的工作成果不符合质量要求的,定作人可以合理选择请求承揽人承担修理、重作、减少报酬、赔偿损失等违约责任。”

[87]《合同法》第113条第2款是关于欺诈消费者时适用惩罚性赔偿的衔接性规定。鉴于《民法典》第179条第2款规定了“法律规定惩罚性赔偿的,依照其规定”,本条不必再重复规定。

[88]最高人民法院（2018）最高法民再82号民事判决书。

[89]不过，该案中的所谓独家代理商似乎应为独家协议经销商，因为最高人民法院查明“飞蕾公司代理富士医疗公司出售医疗产品，但飞蕾公司并非从中收取代理费，而是通过买卖的方式从中赚取差价，飞蕾公司与富士医疗公司之间的每笔交易都另行签订销售合同”。[德]C. W. 卡纳里斯.德国商法.杨继，译.北京：法律出版社，2006：468-469.

[90][德]迪尔克·罗歇尔德斯.德国债法总论.沈小军，张金海，译.北京：中国人民大学出版社，2014：347.

[91]武腾.委托合同任意解除与违约责任.现代法学，2020（2）：64-65.

[92]王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：607-611.

[93]崔建远.合同法.北京：北京大学出版社，2016：362-363.

[94]韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：782-783.

[95]李永军.债权法.北京：北京大学出版社，2016：17.

[96]梁慧星.中国民法典草案建议稿附理由（合同编）：上册.北京：法律出版社，2013：229-230.

[97]类似案例参见“兰州星达发展有限公司与西北民族大学拍卖合同纠纷案”，最高人民法院（2013）民申字第1452号民事判决书。

[98]王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：648-649；韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：819.

[99]王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：649.

[100]云南省高级人民法院（2019）云民终1187号民事判决书。

[101]郭明瑞，房绍坤.合同法学.上海：复旦大学出版社，2016：190.

[102]韩松.合同法学.武汉：武汉大学出版社，2014：154.

[103]可预见性标准应兼顾主观标准与客观标准。多数国家都考虑到客观标准和违约人的特质。李永军.合同法.北京：中国人民大学出版社，2016：230.

[104]谢鸿飞.合同法学的新发展.北京：中国社会科学出版社，2014：493.

[105]最高人民法院（2007）民一终字第62号民事判决书。

[106]王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：

618-619; 韩世远.合同法总论.北京:法律出版社,2018:819.

[107]韩世远.合同法总论.北京:法律出版社,2018:824; 韩强.违约金担保功能的异化与回归——以对违约金类型的考察为中心.法学研究,2015(3):47.

[108]最高人民法院(2019)最高法民终1401号民事判决书。

[109]谢鸿飞.合同法学的新发展.北京:中国社会科学出版社,2014:499.

[110]谢怀栻,等.合同法原理.北京:法律出版社,2000:295; 韩世远.违约金的理论问题——以合同法第114条为中心的释论.法学研究,2003(4):15.

[111]王利明.合同法研究:第二卷.北京:中国人民大学出版社,2015:705.

[112]崔建远.合同法.北京:北京大学出版社,2016:389.

[113]崔建远.合同法.北京:北京大学出版社,2016:389.

[114]柳经纬.债权法.厦门:厦门大学出版社,2018:76; 刘心稳.债权法总论.北京:中国政法大学出版社,2015:187.

[115]《担保法司法解释》第119条规定:“实际交付的定金数额多于或者少于约定数额,视为变更定金合同;收受定金一方提出异议并拒绝接受定金的,定金合同不生效。”

[116]王利明.合同法研究:第二卷.北京:中国人民大学出版社,2015:722; 崔建远.合同法.北京:北京大学出版社,2016:225.

[117]王利明.合同法研究:第二卷.北京:中国人民大学出版社,2015:722-723.

[118]有学者认为定金具有惩罚性和补偿性。谭启平.中国民法学.北京:法律出版社,2018:566.

[119]崔建远.合同法.北京:北京大学出版社,2016:226.

[120]柳经纬.债权法.厦门:厦门大学出版社,2018:76.

[121]有学者认为《民法通则》第89条第3款(相当于《民法典》第587条)兼有证约定金和违约定金的功能。王家福.中国民法学·民法债权.北京:法律出版社,1991:125; 刘心稳.债权法总论.北京:中国政法大学出版社,2015:185.有学者认为,我国民法未规定证约定金。柳经纬.债权法.厦门:厦门大学出版社,2018:76.

[122]王家福.中国民法学·民法债权.北京:法律出版社,1991:127.

[123]柳经纬.债权法.厦门:厦门大学出版社,2018:77.

[124]定金罚则只能适用于根本违约情形，如果一旦迟延就要加倍返还定金，或者一旦有瑕疵就要加倍返还定金，那便对于债务人过于苛刻，也违背了定金条款的目的。王利明，崔建远.合同法新论总则.北京：中国政法大学出版社，2000：696.

[125]李永军.债权法.北京：北京大学出版社，2016：57-58.

[126]韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：834-835.

[127]张广兴，韩世远.合同法总则：下.北京：法律出版社，1999：112-113.

[128]武腾.拒绝受领瑕疵物的法定条件——兼论《合同法》第148条中拒绝接受制度的出路.法学，2015（8）：40.

[129]韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：577-580.

[130]黄立.民法债编总论.台北：元照出版公司，2006：491.

[131]韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：578；黄立.民法债编总论.台北：元照出版公司，2006：490.

[132]《欧洲合同法原则》第7.110条和第7.111条区分了非金钱标的物的未受领和金钱的未受领，值得关注。

[133]该条规定：“法律对其他有偿合同有规定的，依照其规定；没有规定的，参照适用买卖合同的有关规定。”

[134]参见我国台湾地区“民法”第237条。

[135]王利明，崔建远.合同法新论总则.北京：中国政法大学出版社，2000：617.

[136]韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：812.

[137]韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：812.

[138]王利明，崔建远.合同法新论总则.北京：中国政法大学出版社，2000：603；郭明瑞，房绍坤.合同法学.上海：复旦大学出版社，2016：181.

[139]郭明瑞，房绍坤.合同法学.上海：复旦大学出版社，2016：181.

[140]其规定：“当事人双方都违反合同的，应当各自承担相应的责任。”

[141]郭明瑞，房绍坤.合同法学.上海：复旦大学出版社，2016：189.

[142]江平.中华人民共和国合同法精解.北京：中国政法大学出版社，1999：100.关于本条在《合同法》制定过程中的演变，参见周江洪.《合同法》第121条的理解与适用.清华法学，2012（5）：153.

[143]王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：454.

[144]谢鸿飞.合同法学的新发展.北京：中国社会科学出版社，2014：520-523.

[145]郭明瑞，房绍坤.合同法学.上海：复旦大学出版社，2016：182；韩世远：合同法总论.北京：法律出版社，2018：756；王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：454；陈小君.合同法学.北京：中国政法大学出版社，2014：183.

[146]梁慧星.读条文学民法.北京：人民法院出版社，2014：207.

[147]有学者认为应当废止本条。解亘.论《合同法》第121条的存废.清华法学，2012（5）：143.多数学者试图通过解释论澄清本条如何理解和适用。

[148]陈华彬.债法总论.北京：中国政法大学出版社，2018：200.

[149]韩世远.合同法总论.北京：法律出版社，2018：757.

[150]王利明.合同法研究：第二卷.北京：中国人民大学出版社，2015：454.

[151]江平.中华人民共和国合同法精解.北京：中国政法大学出版社，1999：105；胡康生.中华人民共和国合同法释义.北京：法律出版社，2013：221.

中国民法典释评

ZHONGGUO MINFADIAN SHIPING

合同编·典型合同

王轶 高圣平 石佳友 朱虎 熊丙万 王叶刚 著



 中国人民大学出版社

版权信息

书名：中国民法典释评·合同编·典型合同

作者：王轶 高圣平 石佳友 朱虎 熊丙万 王叶刚

出版社：中国人民大学出版社

出版日期：2020-08-01

ISBN：9787300282367

价格：480.00元

目录

CONTENTS

[代总序 民法典的时代意义](#)

[缩略语](#)

[上卷](#)

[第九章 买卖合同](#)

[第十章 供用电、水、气、热力合同](#)

[第十一章 赠与合同](#)

[第十二章 借款合同](#)

[第十三章 保证合同](#)

[第十四章 租赁合同](#)

[第十五章 融资租赁合同](#)

[下卷](#)

[第十六章 保理合同](#)

[第十七章 承揽合同](#)

[第十八章 建设工程合同](#)

[第十九章 运输合同](#)

[第二十章 技术合同](#)

[第二十一章 保管合同](#)

[第二十二章 仓储合同](#)

[第二十三章 委托合同](#)

[第二十四章 物业服务合同](#)

[第二十五章 行纪合同](#)

[第二十六章 中介合同](#)

[第二十七章 合伙合同](#)

[第三分编 准合同](#)

[第二十八章 无因管理](#)

[第二十九章 不当得利](#)

[返回总目录](#)

代总序 民法典的时代意义



民法典是新中国成立以来第一部以“法典”命名的法律，也是第一部直接以“民”命名的法典。以“法典”命名，表明凡是纳入民法典的规则，都具有基础性、典范性的特点；以“民”命名，说明民法典把人民愿望置于首位，充分反映人民的利益诉求。民法典的立法宗旨和目的就是充分反映人民群众的意愿，保障私权，维护广大人民群众的利益。

习近平总书记指出，“民法典在中国特色社会主义法律体系中具有重要地位，是一部固根本、稳预期、利长远的基础性法律”。如何理解习近平总书记所说的“基础性法律”？我认为可以从两个方面理解：一是在整个社会主义法律体系中，民法典是一部基础性法律。所谓“典”，就是典范、典籍的意思，在整个社会主义法律体系中，民法典是宪法之下的基础性法律。法律分为公法与私法两部分，它们分别确认公权与私权。现代法治的核心是规范公权、保障私权。一般认为，保障私权是由民法典等民事法律实现的，而规范公权是由公法承担的，但实际上，民法典通过确认和保护私权，也起到了规范公权的作用，其他法律、行政法规以及单行法等，都应当与民法典保持一致。同时，行政执法、司法也都要以民法典为基本遵循。二是在民事领域，民法典是基础性法律，换言之，民法典是私法的基本法。民事关系纷繁复杂，它不仅依靠民法典调整，还需要大量的民事单行法，而在所有调整民事主体财产和人身关系的法律中，民法典居于基础性地位，民法典也被称为私法基本法。

（一）推进民事立法的体系化

我国民法典的颁布有力地促进了民事立法的体系化。一方面，迄今为止，我国已经颁布了多部民商事法律，在民法典之外，还存在大量的单行法，如公司法、保险法、破产法等。民法典的颁布，使各个民商事单行法在民法典的统帅下，构成一个完整的、系统化的整体。

民法典和民事单行法之间的关系，就像树根、主干与枝叶之间的关系，民法典是树根和主干，而民事单行法是枝叶，民事单行法必须以民法典为基础和根据。民法典的颁布有效沟通了民法典和单行法，这有利于消除民法典与单行法之间的冲突和矛盾。另一方面，就内部体系而言，民法典按照“总—分”结构，形成由总则、物权、合同等构成的完整体系，各分编也在一定的价值和原则指引下形成了由概念、规则、制度构成的具有内在一致性的整体，实现了形式的一致性、内容的完备性以及逻辑自足性。民法典共分七编，即总则编、物权编、合同编、人格权编、婚姻家庭编、继承编、侵权责任编，它们都以对民事权利的确认和保护而形成一个个体系化的整体。总则是对民事权利的一般规则作出的规定，各分编则是分别对物权、合同债权、人格权、婚姻家庭中的权利、继承权以及对各项权利的侵权责任制度所组成的规则体系。

民法典有助于制度的科学化，为良法善治奠定基础。在我国，由于长期没有民法典，许多调整民事关系的重要规则不能通过民事法律的方式表现出来，从而留下了法律调整的空白。这些法律空白一般是通过国务院各部委的规章及地方政府颁布的地方性规章予以填补的，而一些规章难免出现不当限制公民私权，或者变相扩张行政权的问题。民法典颁布后，其作为上位法，可以有效指导行政法规等制度，避免民法规范与行政法规、地方法规等的矛盾冲突，防止政出多门，保障交易主体的稳定预期，维持市场经济的正常运行。

（二）有效提升国家治理体系和治理能力的现代化

国家治理体系和治理能力现代化的主要特征是实现法治，即全面依法治国。如前述，现代法治的核心在于规范公权、保障私权。一方面，民法典构建了完备的民事权利体系，确立了完善的民事权利保护规则，鼓励个人积极维护自身权利，这不仅保障了私权，也有利于规范公权。民法典的各项规则也明确了各级政府依法行政的边界，就是说，国家机关要把民法典作为行政决策、行政管理、行政监督的重要标尺，不得违背法律法规随意作出减损自然人、法人和非法人组织合法权益或增加其义务的决定，这必将有力推动政府治理能力。另一方面，作为市民社会的一般私法以及百科全书，民法典通过合理的架构为民事活动提供各种基本准则，为交易活动确立基本的规则依据，为各种民事纠纷的预防和解决提供基本的遵循。民法典进一步强化私法自治，充分鼓励交易，维护交易安全。合同编从合同的订立到履行都强调了增进合同自由和私法自治这一宗旨，将有力调动市场主体从事交易的积极性。此外，民法典还有效地处理了个人与个人、个人与社会、个人与国家的关系，在对个人的保护中，同时强调对公共利益的维护，以实现个人和社会之间关系的平衡，这必将推动社会共建共治

共享，促进社会和谐有序。

（三）完善社会主义市场经济法律体系

社会主义市场经济本质上是法治经济。各项民法制度根植于市场经济的土壤，其也反作用于市场经济，是市场经济有序发展的重要制度保障。我国《民法典》总则编所规定的诚实信用、公平原则等，确立了市场主体活动的基本原则，为诚信经济的建立提供了法律保障；总则编中的民事主体就涵盖了市场主体，民事法律行为制度、代理制度为市场主体从事交易活动提供了极大的便利；民法典的物权制度、合同制度是市场经济最基本的规则，是支撑市场经济最重要的两根法律支柱；民法典的担保制度也为融通资金、繁荣经济、保障债权提供了有力的制度保障。编纂民法典不仅完善了市场经济基本的法律制度，而且有利于营造良好的营商环境，并充分调动民事主体的积极性和创造性，维护市场交易秩序和交易安全。^[1]

（四）为实现人民群众美好幸福生活提供保障

民法典的要义是为民立法，以民为本。“人民的福祉是最高法律”。编纂民法典，就是顺应保障人民群众合法权益的需求，形成更加完备、更加切实的民事权利体系，完善权利保护和救济规则，形成较为有效的权利保护机制，使人民群众有更多、更直接、更实在的获得感、幸福感和安全感。我国《民法典》充分保障人民群众美好幸福生活，主要表现在以下几方面。

一是通过人格权编充分保障个人人格尊严。进入新时代，我国已经成为世界第二大经济体，人民物质生活条件得到了极大改善，不久即将全面建成小康社会。在基本温饱得到解决之后，人民群众就会有更高水平的精神生活追求，并希望过上更有尊严、更体面的生活。正因如此，“保护人格权、维护人格尊严，是我国法治建设的重要任务”^[2]，例如，针对发送垃圾短信、垃圾邮件侵扰个人私人生活安宁的行为，《民法典》人格权编专门在隐私权部分规定了此种侵害隐私权的行为类型，并第一次规定了私人生活安宁权，明确将个人私人生活安宁规定在隐私权之中，禁止非法进入、拍摄、窥视他人的住宅、宾馆房间等私密空间，禁止非法拍摄、窥视、窃听、公开他人的私密活动，禁止非法拍摄、窥视他人身体的私密部位（第1033条）。这有利于保障社会生活的安定有序。

二是民法典通过各项制度安排充分保障人民群众的物质生活需求。例如，《民法典》之物权编新增的居住权制度，对于解决“住有所居”问题、保障个人的居住利益具有重要意义。再如，《民法典》

合同编之典型合同完善了租赁合同的规则，完善了优先购买权规则，新增优先承租权规则（第734条）。这对于稳定租赁关系、规范租赁市场秩序、保障承租人的居住利益具有重要意义。又如，合同编之典型合同部分还完善了运输合同的规则，这对于保障个人出行安全、维护运输秩序具有重要意义。

三是民法典通过各项民事责任制度充分保障人民的合法权益。民法典通过各项规则，守护老百姓“舌尖上的安全”“车轮上的安全”“头顶上的安全”等财产和人身安全。例如，《民法典》侵权责任编在产品责任部分规定了惩罚性赔偿规则（第1207条），这必将有力遏制生产、销售不合格食品的行为，有利于保证人们“舌尖上的安全”；侵权责任编还重点完善了高楼抛物致人损害的责任（第1254条），这有利于充分保障人们“头顶上的安全”。

（五）有利于实现依法行政、公正司法

民法典具有基础性和典范性的特点，是公民权利保护的宣言书，是民事主体的行为准则、依法行政的基本依循，也是法院裁判民事案件的基本遵循。民法典对于依法行政、公正司法的作用还表现在：一是资讯集中，方便找法。实践中之所以出现“同案不同判、同法不同解”现象，重要的原因就在于，法官选择法条和裁判依据存在差别。而法典化的一个重要优势在于“资讯集中”。正所谓“法典在手，找法不愁”，执法者、法官只要有一部民法典在手，并通过领悟其规则和精神，就可以找到民事裁判的主要依据。二是统一裁判依据。民法典是基础性法律，是行政执法者、法官适用法律的基本遵循，因此，处理民事纠纷，首先要从民法典中找法。在我国，长期以来，有些新法颁布以后，因为没有废止旧法，且没有指明新法修改了哪些旧有的规定，所以就产生了新法与旧法同时适用的现象，造成了规则的不统一。《民法典》的颁布将从根本上改变这一现象。《民法典》的颁行可以保障法官裁判依据的统一性，而正是因为法律适用具有一致性，法官的自由裁量权将在规范的约束下进行，这就可以保障法官平等地、统一地对不同案件作出判决，保障“类似情况类似处理”，从而实现判决结果的可预测性，实现法的安定性。三是提升执法和司法人员的能力。民法典是法律工作者今后研究、处理涉及民事纠纷的基本依据，也是执法、司法的基本平台，民事纠纷的解决都应当在该平台中研讨。在民事领域考验我们的执法能力，很大程度上就是衡量我们准确把握、理解和运用民法典的能力。《民法典》颁布后，如果执法和司法人员都能够真正学懂、弄通民法典的规则，就可以基本把握处理和裁判民事纠纷的基本规则，并能够按照体系化的思维方式处理民事纠纷。

注释：

[1]王晨.关于《中华人民共和国民法典（草案）》的说明：二〇二〇年五月二十二日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上.人民日报，2020-05-23（6）.

[2]民法典分编草案首次提请审议：分编草案共六编总计千余条.人民日报，2018-08-28（6）.

缩略语

《民法通则意见》——《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》

《合同法解释（一）》——《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》

《合同法解释（二）》——《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》

《买卖合同司法解释》——《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》

《民间借贷司法解释》——《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》

《担保法解释》——《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》

《房屋租赁司法解释》——《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》

《融资租赁解释》——《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》

《独立保函规定》——《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》

《建设工程司法解释一》——《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》

《建设工程司法解释二》——《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）》

《技术合同司法解释》——《最高人民法院关于审理技术合同纠

纷案件适用法律若干问题的解释》

《物业服务纠纷解释》——《最高人民法院关于审理物业服务纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》

《建筑物区分所有权纠纷解释》——《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》

《诉讼时效规定》——《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》

《民事诉讼法解释》——《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》

上卷

第九章 买卖合同

买卖是市场交易的典型形式，买卖合同章位居民法典合同编第二分编第一章，共53个条文，条文数居于各类典型合同之首，该章对买卖合同标的物的交付与所有权的转移、标的物毁损灭失的风险负担、异议期间、分期付款买卖、样品买卖、试用买卖等问题作了规定，确立了有偿合同法律适用的一般规则，也确立了货物贸易的一般规则，还确立了转移财产所有权交易的一般规则。

■ 第五百九十五条

买卖合同是出卖人转移标的物的所有权于买受人，买受人支付价款的合同。

本条主旨

本条是关于买卖合同概念的规定。

相关条文

《合同法》第130条 买卖合同是出卖人转移标的物的所有权于买受人，买受人支付价款的合同。

理解与适用

买卖合同，是出卖人转移标的物的所有权于买受人，买受人支付价款的合同。依约定应交付标的物并转移标的物所有权的一方称为出卖人，应支付价款的一方称为买受人。

一、买卖合同的法律特征

第一，买卖合同是一方当事人转移标的物的所有权、另一方当事人支付价款的合同。买卖合同的出卖人负有交付标的物并转移其所有权于买受人的义务，买受人负有向出卖人支付价款的义务，两项义务互为对价，同属买卖合同当事人所负担的主合同义务。这两项主合同义务使买卖合同区别于其他转移财产所有权的合同，如赠与合同、互易合同等，以及转移财产使用权的合同，如租赁合同等。

第二，买卖合同是典型的双务合同。买卖合同的双方当事人在享有合同权利的同时，都负担相应的合同义务，因此，买卖合同是典型的双务合同。

第三，买卖合同是典型的有偿合同。买卖合同中，出卖人所负担的交付标的物或者交付提取标的物的单证并转移其所有权于买受人的义务，与买受人所负担的支付价款的义务，互为对价，因此，买卖合同是典型的有偿合同。作为商品交换发展到一定阶段的产物，买卖合同是商品交换的基本法律形式。作为典型的有偿合同，民法典就买卖合同的有偿性所确立的原则，在其他类型的有偿合同未作特别规定或未有特别的交易惯例时，适用于其他的有偿合同（《民法典》第646条）。

第四，买卖合同是诺成合同。除法律另有规定或当事人另有约定外，买卖合同自双方当事人意思表示一致之时起成立，并不以一方当事人标的物的交付或一定行为的进行作为合同的成立要件，因此，买卖合同为诺成合同。

第五，买卖合同是不要式合同。法律、行政法规并未要求当事人之间的买卖合同采用书面形式，因此，买卖合同为不要式合同。

二、买卖合同的当事人

买卖合同的当事人包括买受人和出卖人。对于买受人，依据民法典的规定，须具备相应的民事行为能力，除此以外，并无特别要求。但实际上，依据民法的基本原则、其他法律的规定以及特定买卖合同的性质，某些具有特别身份的人不得成为特定买卖合同中的买受人。如监护人负有保护被监护人、维护被监护人合法利益的责任。如果监护人购买被监护人的财产，就很难确保被监护人的利益。因此，监护人不得成为被监护人财产的买受人。再如受托人一般不得自行购买委托人委托其出售的财产；拍卖公司及其职员不得购买接受委托拍卖的财产；公务人员、其配偶及其近亲属不得购买由该公务人员依职权出

售、变卖的财产；公司的董事、经理不得同本公司订立合同或者进行交易，成为特定买卖合同的买受人。此外，军队、武装警察部队、司法机关和行政执法机关也不得成为商事经营活动中所订立的买卖合同的买受人。

对于出卖人，除须具备相应的民事行为能力之外，还应当是买卖合同标的物的所有权人或其他有处分权人，否则依据《民法典》第597条第1款的规定，因出卖人未取得处分权致使标的物所有权不能转移的，买受人可以解除合同并请求出卖人承担违约责任。所谓所有权人，依据《民法典》第240条的规定，是指对自己的不动产或者动产依法享有占有、使用、收益和处分权利的人；所谓有处分权人，是指经过所有权人授权或基于法律的规定，可以对他人的财产为出卖行为的人。有处分权人在我国现行立法上主要包括：

1.抵押权人和质权人。抵押权人和质权人作为担保物权人，在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现权利的情形，有权依照抵押合同或者质权合同的约定将抵押人的财产变卖或拍卖，并从变卖、拍卖的价款中优先受偿。

2.留置权人。留置权属担保物权的一种，留置权人在法律规定的条件满足时，有权留置其依照合同约定所占有的债务人的动产，并可依法将该财产变卖、拍卖，然后从变卖、拍卖的价款中优先受偿。

3.法定优先权人。依据《民法典》第807条的规定，建设工程合同的承包人可以依照法律的规定，享有法定优先权。在发包人未按照约定支付价款，且经催告在合理期限内仍不支付时，得申请人民法院将建设工程依法拍卖，然后从拍卖的价款中优先受偿。

4.行纪人。行纪人是接受委托人的委托，以自己的名义为委托人进行贸易活动的人。行纪人在所有权人的授权之下，可以遵从所有权人的指示进行财产的处分行为。

5.经营权人。国有企业对国家授予的财产所享有的经营权，也包括占有、使用、收益和处分权能，故虽非所有权人，仍有权以出卖的方式处分财产。

6.人民法院。人民法院对逾期拒不履行法律文书确定义务的被执行人的财产，有权进行查封、扣押，并交有关单位拍卖或者变卖，以人民法院的名义强制被执行人履行义务，实现债权人的债权。

买卖合同的标的物，依据《民法典》第595条的规定，应认定为

实物。财产权利的转让则规定在诸如技术转让合同，建设用地使用权出让、转让合同等其他的合同类型中。买卖合同的标的物可以是现实存在的物，也可以是将来产生的物；可以是特定物，也可以是不特定物。

第五百九十六条

买卖合同的内容一般包括标的物的名称、数量、质量、价款、履行期限、履行地点和方式、包装方式、检验标准和方法、结算方式、合同使用的文字及其效力等条款。

本条主旨

本条是关于买卖合同内容的规定。

相关条文

《合同法》第131条 买卖合同的内容除依照本法第十二条的规定以外，还可以包括包装方式、检验标准和方法、结算方式、合同使用的文字及其效力等条款。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第1条 当事人对合同是否成立存在争议，人民法院能够确定当事人名称或者姓名、标的和数量的，一般应当认定合同成立。但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

对合同欠缺的前款规定以外的其他内容，当事人达不成协议的，人民法院依照合同法第六十一条、第六十二条、第一百二十五条等有关规定予以确定。

理解与适用

买卖合同的内容主要由当事人约定，除了标的、数量和质量、价款、履行期限、履行地点、履行方式、违约责任、解决争议的方法等条款以外，当事人还可就包装方式、检验标准和方法、结算方式以及合同使用的文字及其效力等内容进行约定。

（一）标的

标的是买卖合同双方当事人权利义务指向的对象。买卖合同不规定标的，就会失去目的，失去意义，因此，标的是买卖合同的必要条款。标的条款必须清楚地写明标的物的名称。

（二）数量

标的物的数量是确定买卖合同标的物的具体条件之一。标的物的数量要确切，应选择双方共同接受的计量单位，一般应采用通用的计量单位，也可以采用行业或者交易习惯认可的计量单位。要确定双方认可的计量方法，同时应允许规定合理的磅差或尾差。

标的物的数量属于买卖合同成立应当具备的必要条款。

（三）质量

标的物的质量是确定买卖合同标的物的具体条件。标的物的质量一般包括两个方面的要求：一是标的物的品种和规格，通常指标的物的型号、批号、尺码、级别等；二是标的物的内在品质，通常指标的物应达到其应有的功效，并且不含有隐蔽瑕疵、缺陷等。标的物的质量需订得详细具体。但在一般情形下，欠缺质量条款，并不影响买卖合同的成立。当事人没有约定质量条款或者约定不明确，可以依照《民法典》第510条以及第511条第（1）项补充确定。

（四）履行期限、地点和方式

履行期限直接关系到买卖合同义务完成的时间，涉及当事人的期限利益，也是确定违约与否的因素之一。履行期限可以规定为即时履行，也可以规定为定时履行，还可以规定为在一定期限内履行。如果是分期履行，还应写明每期的准确时间。

履行地点是确定验收地点的依据，是确定运输费用由谁负担、风险由谁承受的依据；有时是确定标的物所有权是否转移、何时转移的依据；还是确定诉讼管辖的依据之一；对于涉外买卖合同纠纷，它是确定法律适用的一项依据。因而它十分重要，应在合同中写明。

履行方式，如是一次交付还是分批交付，是交付实物还是交付提取标的物的单证，是铁路运输还是空运、水运等，同样事关当事人的物质利益，因此，应在合同中写明。

履行期限、履行地点和履行方式未在买卖合同中作出明确约定，一般并不影响买卖合同的成立。当事人未约定履行期限、履行地点和履行方式条款或者约定不明确的，可以依照《民法典》第510条、第

511条第（3）、（4）、（5）项以及第603条第2款、第627条、第628条补充确定。

（五）价款

价款是买受人取得标的物所有权所应支付的代价，买卖合同应当对价款的数额作出明确的约定，同时对价款的币种作出约定，对不同币种之间的汇率作出约定。

价款通常指标的物本身的价款，但因商业上的大宗买卖一般是异地交货，便产生了运费、保险费、装卸费、报关费等一系列额外费用。这些费用由谁支付，需在买卖合同的价款条款中写明。

该项条款未在合同中作出明确约定，一般不影响买卖合同的成立。当事人在合同中约定价款条款或者约定不明确的，依照《民法典》第626条补充确定。

（六）违约责任

违约责任是促使当事人履行债务，使非违约方免受或少受损失的法律措施，对当事人的利益关系影响重大，合同对此应予明确规定。例如对违约所致损害的计算方法、赔偿范围等予以明确规定，对于将来及时地解决违约问题意义重大。当然，违约责任是法律责任，即使买卖合同中没有违约责任条款，只要未依法或依约免除，违约方就应承担违约责任。

对该项条款未作出约定的，不影响买卖合同的成立。买卖合同的当事人违约的，依照民法典合同编第二分编第九章关于买卖合同当事人违约责任承担的特别规定以及民法典合同编第一分编第八章关于违约责任的一般规定处理。

（七）包装方式

标的物的包装包括两层含义：一是盛标的物的容器，通常称为包装用品或者包装物；二是包装标的物的操作过程。因此，包装方式既可以指包装物的材料，又可以指包装的操作方式。包装对标的物起保护和装饰作用。在某些情况下，包装还能反映标的物的质量。因此，在买卖合同中应明确约定包装的方式，包括包装材料、装潢，包装物的交付，包装费用承担等内容。产品包装应当按照国家标准或专业（部）标准执行；没有上述标准的，可按承运、托运双方商定并在合同中写明的标准进行包装。有特殊要求或采用包装代用品的，应征得运输部门的同意，并在合同中明确规定。产品包装时必须附有装箱清

单。除国家规定由买受人提供的以外，包装物由出卖人提供，运输包装上的标记由出卖人印刷。可以多次使用的包装物，应按有关主管部门制定的包装物回收办法执行；没有规定的，由买卖双方商定包装物回收协议，作为买卖合同的附件。

除国家另有规定外，包装费用由出卖人负担，不得向买受人另外收取。如果买受人有特殊要求的，双方应在合同中约定，其包装费超过原定标准的，超过部分由买受人负担；其包装费低于原定标准的，相应降低产品价格。

对该项条款未作约定的，不影响买卖合同的成立。当事人未约定包装方式条款或者约定不明确的，依据《民法典》第510条仍不能确定的，依据《民法典》第619条确定。

（八）检验标准、检验期限和方法

合同应对检验标准、检验期限、凭封单检验还是凭现状检验以及对标的物质量和数量提出异议和答复的期限作出明确规定。

对该项条款未作约定或者约定不明确的，不影响买卖合同的成立，可以依照《民法典》第510条、第620条、第621条、第622条、第623条、第624条补充确定。

（九）结算方式

结算方式是指出卖人向买受人交付标的物后，买受人向出卖人支付标的物价款、运杂费和其他费用的方式。买卖合同的结算方式应遵守中国人民银行结算办法的规定，除法律或者行政法规另有规定的以外，必须用人民币计算和支付。同时，除国家允许使用现金履行义务的以外，必须通过银行转账或者票据结算，当事人对结算方式应当明确约定。用托收承付方式的，合同中应明确是验单付款还是验货付款。为便于结算，合同中应注明双方当事人的开户银行、账户名称、账号和结算单位。

对该项条款未作约定的，不影响买卖合同的成立。当事人未约定结算方式条款或者约定不明确的，依照《民法典》第510条补充确定。

（十）合同使用的文字及其效力

合同使用的文字及其效力，是涉外买卖合同及跨民族买卖合同的重要条款。在此类合同中双方当事人应就合同所使用的文字作出明确

约定，当事人应当使用约定的文字订立合同。

对该项条款未作约定的，不影响买卖合同的成立。当事人未约定合同使用的文字及其效力条款或者约定不明确的，依照《民法典》第510条补充确定。

依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第1条的规定，除当事人名称或者姓名、标的和数量条款外，其他条款未作约定或者约定不明确的，除非当事人另有约定或者另有交易习惯，否则不影响买卖合同的成立。可见，《民法典》第596条列举其他条款的规定，属于倡导性规范。

第五百九十七条

因出卖人未取得处分权致使标的物所有权不能转移的，买受人可以解除合同并请求出卖人承担违约责任。

法律、行政法规禁止或者限制转让的标的物，依照其规定。

本条主旨

本条是关于出卖人欠缺标的物处分权以及买卖合同标的物为禁止或者限制流通物的规定。

相关条文

《合同法》第132条 出卖的标的物，应当属于出卖人所有或者出卖人有权处分。

法律、行政法规禁止或者限制转让的标的物，依照其规定。

《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第3条 当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。

出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移，买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。

一、出卖他人之物的买卖合同

出卖人在未取得标的物处分权的情形下订立的买卖合同属于出卖他人之物的买卖合同。在不认可负担行为和处分行为区分的背景下，出卖他人之物的买卖合同是无权处分合同的典型形态。《中华人民共和国合同法》第51条规定：“无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效。”该条将无权处分合同认定为效力待定的合同，这一规定的妥当性，备受学说和司法的质疑与挑战。《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第3条规定：“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。”“出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移，买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。”该条将出卖他人之物的买卖合同认定为生效合同。随之也出现了主张认可负担行为与处分行为区分的呼声。对负担行为与处分行为的区分问题，民法学界争讼已久。立法机关态度坚定，在多次立法研讨会上，明确予以否定。^[1]裁判者则态度不一，否定者有之，肯定者也不乏其人。其实，即使不认可负担行为与处分行为的区分，无权处分合同也可认定为生效的合同行为。在债权形式主义的物权变动模式、债权意思主义的物权变动模式以及混合主义的物权变动模式之下，作为基于合同行为发生物权变动法律效果的充分条件，当事人享有处分权都是不可或缺的一环。立法者设计调整无权处分合同的法律规则，若不考虑满足善意取得构成要件的例外情形，其核心目的应在于避免受让人从无权处分人处获得相应权利。此时立法者有两种可能的选择：一是让处分权的欠缺直接影响合同行为效力的发生，从而实现欲追求的目的；二是不让处分权的欠缺影响合同行为的效力，而是让处分权的欠缺影响无权处分人履行义务的能力，从而也可实现欲追求的目的。二者相较，后者价值判断结论妥当性更高，且手段与目的更为相称，更合比例原则的要求。

有一种观点认为，在债权形式主义的物权变动模式之下，若让无权处分合同生效，则以出卖他人动产的买卖合同为例，一旦出卖人将他人之物交付于买受人，买受人即可取得标的物的所有权，标的物的有处分权人即无法保护自己的利益，善意取得制度也会变得无用武之地。这一看法尚有讨论空间，因为合同尽管已经生效，但出卖人负担的主合同义务是交付标的物或者交付提取标的物的单证，并且转移标的物的所有权于买受人。在出卖人并非标的物所有权人或者有处分权人的前提下，出卖人可能能够将标的物或者提取标的物的单证交付于

买受人，但在没有满足善意取得构成要件的情况下，出卖人并不能够转移标的物的所有权于买受人，因而不存在损害标的物有处分权人利益的问题。^[2]

我国民法以债权形式主义的物权变动模式为原则，买受人取得标的物的所有权属于出卖人履行合同义务的法律效果，而非买卖合同生效的法律效果。买受人不能取得标的物的所有权，属于出卖人未能履行自己的合同义务。出卖人未取得处分权致使标的物所有权不能转移的，买受人可以解除合同并请求出卖人承担违约责任。如果出卖人就同一标的物订立数个买卖合同的，数个买卖合同都可以成为生效的合同。数个买受人中，只有一个买受人取得标的物的所有权。未取得标的物所有权的买受人，得对出卖人主张违约责任（某些场合为侵权责任^[3]）的承担。

二、买卖禁止流通物

如果买卖合同的标的物是禁止流通物，该买卖合同得因违反法律、行政法规的效力性强制性规定而被认定为无效合同（《民法典》第153条第1款第1句）。就禁止流通物的法律规定，主要包括：

（1）治安管理处罚法作出的不得出售淫秽书刊的规定；（2）文物保护法对文物转让作出的禁止规定；（3）禁毒法禁止毒品交易的规定；（4）人民银行法禁止伪造、变造人民币交易的规定；（5）人体器官移植条例禁止人体器官买卖的规定；（6）医疗废物管理条例禁止医疗废物买卖的规定；（7）古生物化石保护条例禁止古生物化石买卖的规定等。^[4]

三、买卖限制流通物

如果买卖合同的标的物是限制流通物，该买卖合同属于办理批准等手续才能生效的合同，换言之，取得行政许可属于买卖合同的法定特别生效条件。

依据《中华人民共和国行政许可法》第2条的规定，行政许可，是指行政机关根据公民、法人或者其他组织的申请，经依法审查，准予从事特定活动的行为。我国现行法律或者行政法规多以“准予”“经批准”“经依法批准”“实行许可证管理”“审查批准”等词语表述行政许可。行政许可与民事法律行为，尤其是合同行为的效力判断联系密切。从民法学的视角观察，行政机关基于行政许可准予公民、法人或者其他组织从事的特定活动，以民事法律事实的类型区分和体系建构为背景，有的属于准予实施事实行为；有的属于准予实施民事法律行为；有的则需要区分情形，有时属于准予实施事实行为，有时属于准予实

施民事法律行为。

从民法学的视角出发，对行政许可作以上的类型区分，对于妥当判断民事法律行为的效力意义重大。原因在于，服务于对民事法律行为效力作出妥当判断的目的，裁判者着重需要回答以下两个问题：第一，当事人实施民事法律行为，意在约定排除法律或者行政法规某一规定的适用时，该民事法律行为效力如何？第二，当事人实施的民事法律行为，违反法律或者行政法规某一规定时，该民事法律行为效力如何？这是两个虽有关联，但却相互独立的问题。前者要回答的是法律或者行政法规的规定被当事人约定排除其适用时，该约定的效力判断问题；后者要回答的是法律或者行政法规的规定被当事人实施的民事法律行为违反时，该民事法律行为的效力判断问题。确立行政许可的规定，属于准予实施事实行为的，设定了实施事实行为的前置条件，意在协调事实行为引起的利益关系，此类规定可以成为当事人借助民事法律行为意图约定排除其适用的对象，但却不会成为当事人实施的民事法律行为违反的对象。确立行政许可的规定，属于准予实施民事法律行为的，设定了实施民事法律行为的前置条件，意在协调民事法律行为引起的利益关系，既可以成为当事人借助民事法律行为意图约定排除其适用的对象，也可以成为当事人实施的民事法律行为违反的对象。服务于妥当判断民事法律行为效力的目的，法律或者行政法规中可以成为当事人借助民事法律行为意图约定排除其适用的对象，但不会成为民事法律行为违反对象的法律规定，不存在依据《民法典》第153条第1款作是否为强制性规定类型区分的问题，在这种意义上，可称之为简单规范。法律或者行政法规中既可以成为当事人借助民事法律行为意图约定排除其适用的对象，又可以成为民事法律行为违反对象的法律规定，存在依据《民法典》第153条第1款作是否为强制性规定类型区分的问题，在这种意义上，可称之为复杂规范。

值得注意的是，即使是法律或者行政法规中的简单规范，也有其不简单之处：服务于妥当判断排除简单规范法律适用的约定效力如何的需要，根据简单规范能否被当事人借助民事法律行为约定排除其适用，可以将简单规范作进一步的类型区分：一是任意性规范。有的简单规范协调民事主体之间的利益关系，能够被当事人约定排除其适用，这就是学说上所谓的“任意性规范”，排除其适用的民事法律行为有效。二是强制性规范。有的简单规范协调民事主体的利益与公共利益之间的关系，不能被当事人约定排除其适用，这就是学说上与“任意性规范”对立存在的“强制性规范”，排除其适用的民事法律行为因损害公共利益，得援引《民法典》第153条第2款认定该行为无效。三是混合性规范。在能够被约定排除其适用的“任意性规范”和不能被约定排除其适用的“强制性规范”之间，还存在有时能够被当事人约定排除

其适用，有时不能被当事人约定排除其适用的“混合性规范”。法律、行政法规中存在两种类型的混合性规范，一种混合性规范协调民事主体的利益与公共利益之间的关系，如果当事人意图排除其适用的约定与法律的规定相比，更加有利于公共利益的确认、保障和维护，则该约定有效；如果当事人意图排除其适用的约定与法律的规定相比，不利于公共利益的确认、保障和维护，则该约定无效。另一种混合性规范有时协调民事主体之间的利益关系，属于前述任意性规范；有时协调民事主体的利益与公共利益之间的关系，属于前述强制性规范。为任意性规范时，排除其适用的民事法律行为有效；为强制性规范时，排除其适用的民事法律行为无效。^[5]考虑到可以设定行政许可的事项，都关涉公共利益的确认、保障和维护^[6]，因此法律或者行政法规确立的行政许可属于准予实施事实行为的规定，都属于简单规范中的强制性规范。当事人借助民事法律行为意图约定排除其适用的，得援引《民法典》第153条第2款“违背公序良俗的民事法律行为无效”，认定该民事法律行为无效。

法律或者行政法规确立的行政许可，属于准予实施民事法律行为的，此类规定与简单规范的相似之处在于，它们也可以成为当事人借助民事法律行为意图约定排除其适用的对象，因而在任意性规范、强制性规范、混合性规范的三分法之下，也属于强制性规范；但与此同时，此类规定又有与简单规范不一样的地方，那就是它们还能够成为当事人实施的民事法律行为违反的对象，因而属于复杂规范，还需要依据《民法典》第153条第1款作是否为强制性规定的类型区分。

依据《民法典》第153条第1款作是否为强制性规定的类型区分时，需要根据复杂规范所协调的利益关系类型的差异，作进一步的类型区分：首先，是仅协调民事法律行为当事人之间利益关系的倡导性规范。其次，是协调民事法律行为当事人与特定第三人利益关系的授权第三人规范。再次，是协调民事法律行为当事人的利益与公共利益之间关系的强制性规范。^[7]如前所述，可以设定行政许可的事项，都关涉公共利益的确认、保障和维护，因此法律或者行政法规确立的行政许可属于准予实施民事法律行为的情形，都属于强制性规范。

由此可见，服务于对民事法律行为的效力作出妥当判断的目的，法律或者行政法规中存在着二元的法律规范体系：其一，围绕着回答当事人实施民事法律行为意图约定排除法律或者行政法规某一规定的法律适用时，该民事法律行为的效力如何，存在着任意性规范、强制性规范、混合性规范之分；其二，围绕着回答当事人实施的民事法律行为违反法律或者行政法规某一规定时，该民事法律行为的效力如何，存在着倡导性规范、授权第三人规范、强制性规范之别。

这个二元的法律规范体系，既相互关联，又各自独立。第一个法律规范体系中的任意性规范、强制性规范、混合性规范，能够成为当事人借助民事法律行为意图约定排除其适用的对象，但并非都能够成为当事人实施的民事法律行为违反的对象。对于其中不会成为民事法律行为违反对象的法律规定，即简单规范，就不需要依据《民法典》第153条第1款作是否为强制性规定的类型区分。第二个法律规范体系中的倡导性规范、授权第三人规范、强制性规范，作为复杂规范，既能够成为当事人借助民事法律行为意图约定排除适用的对象，又能够成为当事人实施的民事法律行为违反的对象，因此需要依据《民法典》第153条第1款作是否为强制性规定的类型区分。

不难看出，第一个法律规范体系中的“强制性规范”与第二个法律规范体系中的“强制性规范”尽管都关涉民事主体的利益与公共利益之间关系的调整，都承担着确认、保障和维护公共利益的使命，都不得被当事人借助民事法律行为约定排除其适用，但第一个法律规范体系中的“强制性规范”并非都能够成为民事法律行为违反的对象，如作为简单规范的“强制性规范”。如果不是民事法律行为违反的对象，这些强制性规范就一定不是《民法典》第153条第1款所言的“强制性规定”，法律或者行政法规确立的行政许可属于准予实施事实行为的情形即属此类。第二个法律规范体系中的“强制性规范”，既能够成为当事人借助民事法律行为意图约定排除其适用的对象，又能够成为当事人实施的民事法律行为违反的对象，属于《民法典》第153条第1款所言的“强制性规定”，法律或者行政法规确立的行政许可属于准予实施民事法律行为的情形即属此类。一言以蔽之，第一个法律规范体系中的“强制性规范”如果属于简单规范，就不是第二个法律规范体系中的“强制性规范”；但第二个法律规范体系中的“强制性规范”，同时也是第一个法律规范体系中的“强制性规范”。

法律或者行政法规确立的行政许可属于准予实施民事法律行为的情形，属于倡导性规范、授权第三人规范、强制性规范三分法中的强制性规范。此类行政许可，服务于妥当判断民事法律行为效力的目的，还需要再作进一步的类型区分：一是法律或者行政法规确立的行政许可属于准予实施某项民事法律行为；二是法律或者行政法规确立的行政许可属于准予实施某类民事法律行为；三是法律或者行政法规确立的行政许可属于既准予实施某项民事法律行为，又准予实施某类民事法律行为。这一区分对于妥当判断民事法律行为的效力同样意义重大。

对于行政许可属于准予实施某项民事法律行为的情形，行政许可属于该项民事法律行为的法定特别生效条件。买卖合同的标的物属于

法律、行政法规限制转让的标的物，就意味着买卖合同需要取得行政许可，办理批准手续属于买卖合同的法定特别生效条件。未办理批准等手续影响合同生效的，不影响合同中履行报批等义务条款以及相关条款的效力。合同当事人有义务去办理批准等手续，促成买卖合同的完全生效。当事人不履行报批等义务，致使买卖合同未能完全生效的，应承担违反该义务的责任（《民法典》第502条第2款）。

第五百九十八条

出卖人应当履行向买受人交付标的物或者交付提取标的物的单证，并转移标的物所有权的义务。

本条主旨

本条是关于出卖人主合同义务的规定。

相关条文

《合同法》第135条 出卖人应当履行向买受人交付标的物或者交付提取标的物的单证，并转移标的物所有权的义务。

《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第5条 标的物为无需以有形载体交付的电子信息产品，当事人对交付方式约定不明确，且依照合同法第六十一条的规定仍不能确定的，买受人收到约定的电子信息产品或者权利凭证即为交付。

第6条 根据合同法第一百六十二条的规定，买受人拒绝接收多交部分标的物的，可以代为保管多交部分标的物。买受人主张出卖人负担代为保管期间的合理费用的，人民法院应予支持。

买受人主张出卖人承担代为保管期间非因买受人故意或者重大过失造成的损失，人民法院应予支持。

理解与适用

出卖人负担并且履行主合同义务是买卖合同效力的体现，买卖合同的效力是指生效买卖合同所具有的法律效力。广义的买卖合同的效力既包括买卖合同的对外效力，又包括买卖合同的对内效力。买卖合

同对外效力的核心是合同债权的不可侵性，主要通过民法典侵权责任编的规定予以调整（《民法典》第1165条、第1166条、第1167条）。买卖合同的对内效力以买卖合同的内容为基础，主要表现为出卖人和买受人双方所享有的权利和所负担的义务。狭义的买卖合同的效力仅指买卖合同的对内效力。由于买卖合同是典型的双务有偿合同，一方当事人所负担的合同义务是对方当事人所享有的合同权利，所以买卖合同的对内效力可以通过双方当事人所负担的合同义务来体现。向买受人交付标的物或者交付提取标的物的单证，并转移标的物所有权，是出卖人的主合同义务，它由两个方面的内容组成：其一为向买受人交付标的物或者交付提取标的物的单证；其二为转移标的物的所有权于买受人。

买卖合同中，出卖人应将买卖合同的标的物交付给买受人。交付标的物可分为交付和替代交付。交付包括现实交付和拟制交付。所谓拟制交付，是指交付提取标的物的单证，以代替标的物的现实交付的交付方式。比如交付仓单、提单以及可转让的多式联运单据等。替代交付包括简易交付、占有改定以及指示交付。现实交付，是指出卖人将标的物置于买受人的实际控制之下，即移转标的物的直接占有。所谓简易交付，是指买卖合同订立前，买受人已实际占有标的物的，标的物的交付系于合同生效的交付方式。所谓占有改定，是指由双方当事人签订协议，使买受人取得标的物的间接占有，以代替标的物直接占有的移转的交付方式。所谓指示交付，是指让与所有物返还请求权以代替现实交付。依据《民法典》第512条的规定，通过互联网等信息网络订立的买卖合同，采用快递物流方式交付的，收货人的签收时间为交付时间。买卖合同的标的物为采用在线传输方式交付的，标的物进入买受人指定的特定系统且能够检索识别的时间为交付时间。出卖人交付标的物，在标的物有从物时，若当事人无另外的约定，应当随同交付从物（《民法典》第320条）。出卖人交付标的物的义务可亲自履行，也可由第三人履行。在第三人代为交付时，对交付中出现的违约情形，第三人不负违约责任，仍由出卖人承担违约责任（《民法典》第523条）。

买受人有依照合同约定或者交易惯例受领标的物的义务。若出卖人不按合同约定的条件交付标的物，如多交付、提前交付、交付的标的物有瑕疵等，买受人有权拒绝接受。在特定情况下，买受人对于出卖人所交付的标的物，虽可作出拒绝接受的意思表示，但有暂时保管并应急处置标的物的义务。该项义务属买受人所应负担的附随义务。这一点各国立法皆有规定。买受人拒绝接受时的保管义务是有条件的：第一，必须是异地交付，货物到达交付地点时，买受人发现标的物的品质瑕疵而作出拒绝接受的意思表示；第二，出卖人在标的物接

受交付的地点没有代理人，即标的物在法律上已处于无人管理的状态；第三，一般物品由买受人暂时保管，但出卖人于接到买受人的拒绝接受通知时应立即以自己的费用将标的物提回或作其他处置，并支付买受人的保管费用；第四，对于不易保管的易变质物品如水果、蔬菜等，买受人可以紧急变卖，但变卖所得在扣除变卖费用后须退回出卖人。买受人在拒绝接受交付时为出卖人保管及紧急变卖标的物的行为必须是基于善良的动机，不得扩大出卖人的损失。出卖人也不能因买受人上述情况下的保管或紧急变卖行为而免除责任。【8】

取得标的物的所有权是买受人的主要交易目的，因此，将标的物的所有权转移给买受人，是出卖人的一项主要义务。转移标的物的所有权，是在交付标的物基础上，实现标的物所有权的转移，使买受人获得标的物所有权。依照《民法典》第224条的规定，动产物权的设立和转让，自交付时发生效力，但是法律另有规定的除外。这表明，标的物所有权的转移方法，可以有所不同。就动产而言，除法律有特别规定的以外，所有权依交付而移转。这表明，我国现行民事立法就动产所有权的转移确立了债权形式主义的物权变动模式。债权形式主义的物权变动模式允许当事人约定出卖人先行交付动产标的物，在买受人未履行支付价款或者其他义务时，动产标的物的所有权仍归出卖人所有，以担保买受人合同义务的履行，这就是所谓的所有权保留制度。依据《民法典》第225条的规定，就船舶、航空器和机动车等特殊类型的动产，所有权也自交付之时起转移，但未依法办理登记手续的，所有权的移转不具有对抗善意第三人的效力。依据《民法典》第209条第1款以及第214条的规定，不动产所有权的转移须依法办理所有权的转移登记。未办理登记的，尽管买卖合同已经生效，但标的物的所有权不发生转移（《民法典》第215条）。这表明，我国民法典就不动产所有权的转移，仍然采债权形式主义的物权变动模式。

第五百九十九条

出卖人应当按照约定或者交易习惯向买受人交付提取标的物单证以外的有关单证和资料。

本条主旨

本条是关于出卖人从合同义务的规定。

相关条文

《合同法》第136条 出卖人应当按照约定或者交易习惯向买受人交付提取标的物单证以外的有关单证和资料。

《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第7条 合同法第一百三十六条规定的“提取标的物单证以外的有关单证和资料”，主要应当包括保险单、保修单、普通发票、增值税专用发票、产品合格证、质量保证书、质量鉴定书、品质检验证书、产品进出口检疫书、原产地证明书、使用说明书、装箱单等。

第25条 出卖人没有履行或者不当履行从给付义务，致使买受人不能实现合同目的，买受人主张解除合同的，人民法院应当根据合同法第九十四条第（四）项的规定，予以支持。

理解与适用

出卖人应当按照约定或者交易习惯向买受人交付提取标的物单证以外的有关单证和资料，该项义务系属出卖人在买卖合同中所负担的从合同义务，该项义务辅助主合同义务，实现买受人的交易目的。交易实践中，与买卖合同标的物相关的其他单证和资料主要包括：保险单、保修单、普通发票、增值税专用发票、产品合格证、质量保证书、质量鉴定书、品质检验证书、产品进出口检疫书、原产地证明书、使用说明书、装箱单等。

在国际贸易中，出卖人交付有关单证和资料的义务因合同具体条件的差异而有所不同，例如普通货物买卖无须进出口许可证；在FOB或CFR条件下，由买方自己办理保险，出卖人自然无须提供保险单或者保险凭证；在DDP条件下，出卖人就必须提供证明已经完成进口完税手续的单证。

除负担前述主合同义务和从合同义务外，出卖人还应遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯负担通知、协助、保密等附随义务（《民法典》第509条第2款）以及相应的不真正义务等法定义务（如《民法典》第591条），在履行合同过程中，应当避免浪费资源、污染环境和破坏生态（《民法典》第509条第3款）。依照法律、行政法规的规定或者按照当事人的约定，标的物在有效使用年限届满后应予回收的，出卖人负有自行或者委托第三人对该标的物予以回收的义务（《民法典》第625条），这也属于出卖人负担的附随义务。

第六百条

出卖具有知识产权的标的物的，除法律另有规定或者当事人另有约定外，该标的物的知识产权不属于买受人。

本条主旨

本条是关于知识产权保留的规定。

相关条文

《合同法》第137条 出卖具有知识产权的计算机软件等标的物的，除法律另有规定或者当事人另有约定的以外，该标的物的知识产权不属于买受人。

理解与适用

出卖具有知识产权的计算机软件等标的物的，除法律另有规定或者当事人另有约定的以外，该标的物的知识产权并不随同标的物的所有权一并移转于买受人，其原因在于：首先，知识产权是一种独立的无形权利。知识产权虽然必须通过一定的物质载体才能表现出来，但知识产权的客体并非它的物质载体。知识产权与标的物的所有权是可以分离的，两者是并行于标的物上的独立权利。在买卖合同中，出卖人转让的仅仅是标的物的所有权，而不包括知识产权，因为知识产权有独立的财产价值。其次，假设在出卖人转移标的物所有权的同时，标的物上的知识产权亦同时转让，势必造成如下矛盾：很多情况下，出卖人并非知识产权人，而仅为标的物的所有人，出卖人如何能把自己都不享有的权利转移于买受人呢？另外如标的物为种类物，转让标的物的所有权时，知识产权亦转移，势必造成每个买受人都享有标的物的知识产权，这样，同一客体的知识产权就有无数主体，这显然是不可能的。

第六百零一条

出卖人应当按照约定的时间交付标的物。约定交付期限的，出卖人可以在该交付期限内的任何时间交付。

本条主旨

本条是关于出卖人交付标的物时间的规定。

相关条文

《合同法》第138条 出卖人应当按照约定的期限交付标的物。约定交付期间的，出卖人可以在该交付期间的任何时间交付。

理解与适用

出卖人按照约定的期限交付标的物，是出卖人的一项义务，期限包括具体的日期和期间。约定有具体的交付日期的，应当按照约定的具体日期交付；没有约定具体日期而约定了交付期限的，出卖人可以在该交付期限内的任何时间交付。由于按照约定期限交付是出卖人的义务，不履行或者不正确履行这一义务，没有法定或者约定的免责事由的，须承担违约责任。不按照合同约定的期限履行义务包括两种情况：一是出卖人提前交付标的物，买受人接货后，仍可按合同约定的交货时间付款；合同约定自提的，买受人可以拒绝提货。二是出卖人逾期交付标的物，应在发货前与买受人协商，买受人仍需要的，出卖人应当照数补交，并负逾期交货责任；买受人不再需要的，有权依法解除合同。

第六百零二条

当事人没有约定标的物的交付期限或者约定不明确的，适用本法第五百一十条、第五百一十一条第四项的规定。

本条主旨

本条是关于没有约定或者约定不明确时，如何确定标的物交付期限的规定。

相关条文

《合同法》第139条 当事人没有约定标的物的交付期限或者约

定不明确的，适用本法第六十一条、第六十二条第四项的规定。

理解与适用

当事人未约定标的物的交付期限或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或交易习惯确定；仍不能确定的，可以随时交付，但应当给买受人必要的准备时间。

第六百零三条

出卖人应当按照约定的地点交付标的物。

当事人没有约定交付地点或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，适用下列规定：

（一）标的物需要运输的，出卖人应当将标的物交付给第一承运人以运交给买受人；

（二）标的物不需要运输，出卖人和买受人订立合同时知道标的物在某一地点的，出卖人应当在该地点交付标的物；不知道标的物在某一地点的，应当在出卖人订立合同时的营业地交付标的物。

本条主旨

本条是关于交付标的物地点的规定。

相关条文

《合同法》第141条 出卖人应当按照约定的地点交付标的物。

当事人没有约定交付地点或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，适用下列规定：

（一）标的物需要运输的，出卖人应当将标的物交付给第一承运人以运交给买受人；

（二）标的物不需要运输，出卖人和买受人订立合同时知道标的物在某一地点的，出卖人应当在该地点交付标的物；不知道标的物在某一地点的，应当在出卖人订立合同时的营业地交付标的物。

《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第11条 合同法第一百四十一条第二款第（一）项规定的“标的物需要运输的”，是指标的物由出卖人负责办理托运，承运人系独立于买卖合同当事人之外的运输业者的情形。标的物毁损、灭失的风险负担，按照合同法第一百四十五条的规定处理。

理解与适用

出卖人应当按照约定的地点交付标的物。当事人未约定标的物的交付地点或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或交易习惯确定；仍不能确定的，适用本条规定：

如果买卖合同标的物需要运输，出卖人的交付义务就是将标的物交付给第一承运人。即使是一批货物需要经过两个以上的承运人才能运交给买方，出卖人也只需把货物交给第一承运人。这时即认为出卖人已经履行了交付义务。因此，出卖人履行交付标的物义务的地点就是将标的物交付给第一承运人的地点。值得注意的是，无论第一承运人是与出卖人还是与买受人订立货运合同，该承运人必须是独立于买卖双方的运输业经营者，而不应当是出卖人或者买受人自己。《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第11条对此作出了明确规定。在有的国际货物买卖中，合同虽然也涉及了货物的运输问题，但当事人采用了某种贸易术语，而该术语本身就涵盖了交货的地点，此时就不属于本条规定的情况。

如果买卖合同标的物不需要运输的，出卖人和买受人订立合同时知道标的物在某一地点的，出卖人应当在该地点交付标的物。双方当事人知道标的物在某一地点，在以下情况中较为常见：买卖合同的标的物是特定物，标的物是从某批特定存货中提取的货物。不知道标的物在某一地点的，出卖人的义务是在其订立合同时的营业地把标的物交付给买受人。出卖人应当采取一切必要的行动，让买受人能够取得标的物，如做好交付前的准备工作，将标的物适当包装，刷上必要的标志，并向买受人发出通知让其提货等。《联合国国际货物销售合同公约》第10条就营业地的认定规定：“（a）如果一方当事人有一个以上的营业地，则应该将那个与合同、合同的履行具有最密切联系的营业地视为其营业地；在确定最密切联系营业地时，应考虑到双方当事人在订立合同前任何时候或订立合同时所知道或所考虑的情况。（b）如果一方当事人没有营业地，则以其惯常居住地为准。”该规定可以作为认定“营业地”的参考。

第六百零四条

标的物毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由出卖人承担，交付之后由买受人承担，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

本条主旨

本条是关于标的物毁损、灭失风险负担的规定。

相关条文

《合同法》第142条 标的物毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由出卖人承担，交付之后由买受人承担，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第14条 当事人对风险负担没有约定，标的物为种类物，出卖人未以装运单据、加盖标记、通知买受人等可识别的方式清楚地将标的物特定于买卖合同，买受人主张不负担标的物毁损、灭失的风险的，人民法院应予支持。

理解与适用

风险是一个内涵丰富的概念，常被人们在不同的意义上使用。在合同法上，广义的风险是指各种非正常的损失，它既包括可归责于合同一方或双方当事人的事由所导致的损失，又包括不可归责于合同双方当事人的事由所导致的损失；狭义的风险仅指因不可归责于合同双方当事人的事由所带来的非正常损失。

合同风险制度是合同法的中心问题之一。买卖合同中的风险分配问题，在买卖法中具有特别重要的意义，以至于有的学者认为，买卖法的目的在于把基于合同关系所产生的各种损失的风险在当事人之间适当分配。各个国家和地区对不同类型的风险，设计或承认了不同的分配策略。比如对于可归责于买卖合同一方或双方当事人的事由所导致的风险，一般经由违约责任制度来进行风险的分配，而对于不可归责于双方当事人的事由所导致的风险，又根据风险对于债务人债务的影响程度，将此类风险进一步区分为导致债务履行困难的风险和导致债务无法履行的风险，其中前一类风险，无论是交付标的物的债务

还是支付价金的债务，都有发生的可能，而后一类风险，则只有非支付价金的债务方可发生。对于前一类风险，归属于大陆法系或在此问题上受大陆法系法律传统影响的国家和地区，一般运用情势变更原则，进行风险的分配；归属于英美法系或在此问题上受英美法系影响的国家和地区，则动用“合同落空”制度进行风险的分配。对于后一类风险，归属于大陆法系或在此问题上受大陆法系法律传统影响的国家和地区，一般运用风险负担规则来进行风险的分配；归属于英美法系或在此问题上受英美法系影响的国家和地区，仍然动用“合同落空”制度来进行风险的分配。

一、标的物的风险

买卖合同中标的物的风险是指买卖合同的标的物由于不可归责于买卖合同双方当事人事由毁损、灭失所造成的损失，风险负担是指该损失应由谁来承担。

就买卖合同中的风险负担，首先需要解决的一个问题，就是买卖合同中的风险负担问题，是仅限于债务履行不能的风险的负担问题，还是也包括买卖合同标的物毁损、灭失的风险负担问题。换言之，买卖合同中的风险，是否仅限于所谓的价金风险，即仅仅解决当出卖人交付标的物的债务履行不能时，买受人是否应当支付价金这一问题？归属于大陆法系或在此问题上受大陆法系法律传统影响的国家和地区，学者大多对此持肯定见解。如法国合同法理论认为，当债务的不履行系因不可抗力造成时，债务人的义务既被免除，那么，一方当事人义务的免除是否导致另一方当事人的义务也被免除？如买卖合同订立后，出卖物意外毁损，买受人是否仍应支付价款？此即是所谓风险负担问题。德国合同法上，风险问题中的主要问题，是货物发生损坏或灭失时买方是否有支付价金的义务，这个问题被称为价格风险。日本学者也认为，合同风险制度就是在当事人之间分担意外风险的法律制度。其关键在于解决一方在遭受风险损失时，是否有权向对方要求对待给付的问题。英美法系的合同法理论对此则持否定见解。英美学者对于买卖合同中风险负担问题的理解较此要广泛得多。对于英美合同法学者而言，因不可归责于双方当事人的原因导致债务无法履行的风险，既包括货物灭失的风险，也包括支付价金的风险，还包括履行利益、期待利益丧失的风险。

那么，标的物毁损、灭失的风险负担，是否有必要作为买卖合同中的风险负担问题来单独讨论？换言之，在买卖合同中，买卖合同标的物毁损、灭失的风险负担问题是否具有独立的问题意义？依照受大陆法系法律传统影响的学者的观点，标的物毁损、灭失的风险负担，只须依照“物的风险由所有人承担”的原则处理，即可迎刃而解，并不

因以买卖合同的订立和生效为背景，就有所变化，因而并无单独讨论的价值。这一认识，在一般意义上并无不妥，因为由所有人负担标的物毁损、灭失的风险，几已成为民法上的公理，但同样不容忽视的是：

第一，买卖法作为交易法，买卖合同作为直接或间接引起物权变动的最为重要的一种法律行为，其交易本质所引起的所有权归属的变化，与不同国家和地区物权变动的模式选择，有着不可分割的联系。而不同的物权变动模式，又内含着不同的所有权归属的认定规则，买卖合同所引起的所有权的变动，必然会使以买卖合同的订立和生效为背景的，标的物毁损、灭失的风险负担一般原则的适用，由于需要考虑所有权变动所引致的标的物风险负担的转换，从而呈现出更为复杂的态样。不以不同国家和地区的物权变动模式为思考的基础，不以买卖合同的订立和生效为研究背景，就难以正确把握买卖合同标的物毁损、灭失的风险负担问题。因而关于标的物风险负担的一般规则，并没有也根本无法解决买卖合同中标的物毁损、灭失的风险负担的转移及其最终确定的问题。

第二，尽管学者一再强调，物权关系与债之风险本属两回事，一方不能履行，对方应否为对待给付，应由债之关系决定，所有人因标的物毁损、灭失而丧失物权，不得因此而决定对待给付请求权的有无。但同样不容否认的是，买卖合同标的物毁损、灭失风险的分配，直接影响着因标的物毁损、灭失致使债务无法履行的风险的分配。这是因为包括买卖合同在内的双务合同中，当事人双方的给付义务具有牵连性，标的物毁损、灭失风险的分配，必然会对双方当事人的对待给付义务带来影响。换言之，买卖合同标的物毁损、灭失风险的分配，必然会对因此而带来的债务不能履行的风险的分配产生影响，一般的规则是：标的物毁损、灭失的风险分配给买卖合同双方当事人的哪一方，该方当事人就要承担因标的物毁损、灭失而致债务履行不能的风险。我国民法典关于买卖合同风险负担的规定，在合同编买卖合同章只规定了买卖合同标的物的风险负担问题，而未涉及价金风险的负担问题。

第三，买卖合同标的物毁损、灭失的风险由所有人负担，并非金科玉律。《瑞士债法》以及《美国统一商法典》都经由立法设计，使标的物的风险负担与标的物所有权的归属相脱离。此外，一些新型的交易方式也已经对该项原则提出了挑战，保留所有权的分期付款买卖即是一个典型的例子。此种交易方式下，所有人对标的物拥有所有权的唯一目的，就是担保债务人价金的支付，而债务人一般在交易之初，就占有标的物，并可对标的物进行使用、收益，享有所有权的期

待权。在此背景下，仍由所有人负担标的物毁损、灭失的风险，有失公平。因而各个国家和地区的民法一般都认可，尽管买受人尚未取得标的物的所有权，但在标的物交付之后，由其负担标的物毁损、灭失的风险。

第四，买卖合同标的物毁损、灭失的风险，既包括了导致债务履行不能的风险，又包括了导致债务仅能部分履行或迟延履行风险，这就使得对债务履行不能的风险的讨论，难以涵括所有类型的对于标的物毁损、灭失的风险的讨论。

因此对买卖合同风险分配问题的探讨，理应将买卖合同标的物毁损、灭失的风险分配问题纳入视野，而不仅仅是考察因标的物毁损、灭失致债务无法履行的风险的分配问题。

买卖合同标的物因不可归责于双方当事人的事由而毁损、灭失，所造成的标的物的损失由谁来负担，即是买卖合同中标的物毁损、灭失的风险负担问题。对此问题，各个国家和地区的立法，认识上并不完全一致，就动产标的物而言，大致有两种立法例，一种将标的物毁损、灭失的风险负担与标的物所有权归属相关联，从而使标的物毁损、灭失的风险负担的转移与标的物所有权的转移相统一；另一种将标的物毁损、灭失的风险负担与标的物所有权的归属相脱离，从而使标的物毁损、灭失的风险负担的转移与标的物所有权的转移相分离。但无论是哪一种立法例，关于风险负担的规定都是任意性规定，允许当事人经由特约予以变更，而且都可从物权变动模式的角度去发掘其立法设计的本意，去评判其立法设计的优劣。

我们先研讨第一种立法例，即将标的物毁损、灭失的风险负担与标的物所有权归属相关联的立法例。从世界范围来看，采此种立法例者无疑居于主流地位，归属于大陆法系或在此问题上受大陆法系法律传统影响的《法国民法典》、《德国民法典》、我国台湾地区“民法”等以及英美法系的代表国家英国等都采此立法例。由此我们也不难看出罗马法对于现代民法的巨大影响和内在感召力。各个国家和地区物权变动模式的差异，使得将标的物毁损、灭失的风险负担与标的物所有权归属相关联的立法例，就标的物风险负担的转移在法律的具体规定上又存有差异。《法国民法典》就物权变动采债权意思主义，依据该法典第1583条的规定，买卖合同的标的物在买卖合同成立时即发生所有权的转移。与此相适应，并依据该法典第1624条的规定：“交付前买卖标的物灭失或毁损的责任应由出卖人或买受人负担的问题，依契约或合意之债的一般规定章的规定”，使得该法典第1138条第2款的规定即成为确定标的物毁损、灭失风险转移的一般规则。根据该款规定，对于特定动产的买卖，只要双方意思表示一致，

标的物所有权即行转移，而标的物毁损、灭失的风险也一并转移，从而使标的物毁损、灭失的风险与标的物的所有权移转相关联，并最终在标的物毁损、灭失的风险分配上，采所有人主义。考虑到法典关于标的物毁损、灭失的风险负担的规定，系属任意性规定，因而当事人可以经由特约予以变更，使标的物的所有权移转与标的物毁损、灭失的风险负担相分离。《意大利民法典》以及《日本民法典》就物权变动也采债权意思主义模式，在标的物毁损、灭失风险负担的移转和确认规则上，与《法国民法典》类似。

《德国民法典》就物权变动采物权形式主义模式，将交付行为作为动产标的物的所有权移转的成立要件，因而就标的物毁损、灭失风险负担与所有权归属相关联，其立法表述自然与《法国民法典》不同，《德国民法典》第446条第1项第1款规定：“自交付买卖标的物之时起，意外灭失或意外毁损的危险责任移转于买受人。”从而使标的物毁损、灭失的风险负担的移转与标的物的所有权移转的规则一致，并最终在标的物毁损、灭失的风险分配上，采所有人主义。我国台湾地区“民法”就物权变动亦采物权形式主义模式，就标的物毁损、灭失风险负担的移转规则，与《德国民法典》相似。

英美法系的代表国家英国，在《1893年货物买卖法》中，将买卖合同标的物的所有权的转移，原则上系于合同双方当事人的意图，而非出卖人的交付行为，因而关于标的物毁损、灭失的风险负担的移转规则为：“除另有约定者外，卖方应负责承担货物的风险直至财产权移转给买方时为止。但财产权一经移转给买方，则不论货物是否已交付，其风险均由买方承担。”该项规则清楚地表明了立法者将标的物的所有权的移转与标的物毁损、灭失的风险负担的移转相统一的立法意图。

买卖合同标的物毁损、灭失的风险负担采所有人主义，其合理性体现在：

第一，所有权是最完整的物权，只有所有人才对该物享有占有、使用、收益和处分的权能，才是该物的最终受益人。按照权利义务对等的原则，既然有权享受利益，就应当承担相应的责任。

第二，转让标的物的所有权是买卖合同的主要特征和法律后果，而从根本上说，风险或利益都是基于所有权而产生的，是所有权的法律后果，是从属于所有权的東西。当标的物的所有权因买卖合同发生转移时，风险自然也应随之转移。

第三，风险转移的直接法律后果最终体现在买方是否仍应按合同

规定支付价金的问题上。在买卖合同关系中，买方承担价金支付义务的根据是卖方转移标的物所有权。只有当卖方按合同规定将标的物所有权转移给买方后，风险责任才由买方承担方为合理。

有学者对于将标的物毁损、灭失的风险负担与标的物所有权归属相统一的立法例提出批评，认为该项规则是一项陈旧的规则，指出风险转移是一个很现实的问题，而所有权的转移则是一个抽象的、不可捉摸的、甚至是一个难以证明的问题。因此，以所有权的移转来决定风险移转的做法是不可取的。主张将标的物所有权的归属与标的物风险负担分离，转而采标的物风险随交货转移的理论。此种批评仅对于就物权变动采债权意思主义的《法国民法典》《意大利民法典》《日本民法典》以及将标的物所有权的移转系于买卖合同双方当事人意图的英国《1893年货物买卖法》是有效的，由于在前述立法例中，标的物所有权的移转并无特定的外部表征，从而使得标的物毁损、灭失的风险负担，在实践中难以认定，引致诸多纠纷。但对于就物权变动采物权形式主义的《德国民法典》、我国台湾地区“民法”以及就物权变动采债权形式主义的我国民法，该批评无疑是不适当的，因为此两种物权变动模式之下，所有权的移转，标的物毁损、灭失风险的移转皆与标的物的交付相统一，使得风险转移的时点清晰可辨，有效防止了无谓的纠纷。

将动产标的物毁损、灭失的风险负担与标的物所有权的归属相脱离，从而使标的物毁损、灭失的风险负担的转移与标的物所有权的移转相分离的立法例，有代表性的是《瑞士债法》和《美国统一商法典》。瑞士民法就动产物权变动采债权形式主义模式，标的物所有权的移转系于交付行为的完成，但依据《瑞士债法》的规定，除当事人另有约定外，已特定化货物的风险于合同成立时即移转给买方，从而将标的物所有权的移转与标的物毁损、灭失风险负担的移转相分离。美国就买卖合同标的物的风险负担，曾经一度采所有人主义，即规定货物的风险，在当事人未有特约时，随货物所有权的转移而移转。20世纪初美国制定的《统一买卖法》承袭了英国《1893年货物买卖法》的规定。但在起草《美国统一商法典》时，起草人认为所有人主义太难掌握，太不明确，易导致纠纷，不利于货物风险负担问题的解决。《美国统一商法典》在货物的风险转移上完全不用所有权的概念，从而使得风险转移的规则变得清楚明确，几乎不可能产生误解。当然，美国立法上所出现的这一变化与其货物所有权移转的立法模式有关，包括与《美国统一商法典》在内的立法都采取把合同项下的货物的确定作为所有权移转的标志这一原则有关。在美国，只要合同项下的货物确定了，特定化了，即使货物仍在出卖方手中，货物所有权也移转给买方。这种货物所有权移转的立法模式，颇类似于大陆法系的《法

民法典》的债权意思主义，货物所有权的变动并无明显的外部表征，此时如果将货物毁损、灭失的风险负担随同货物的所有权一并转移，就难免在当事人之间产生纠纷。因为货物的特定化往往取决于卖方，确定合同项下的货物的时间常常难以准确把握，对买方来说就更加困难。正是基于以上考虑，《美国统一商法典》的起草人把货物的风险负担与所有权予以分离，力求把损失风险主要看作是一个合同问题，而不依赖于哪一方对货物拥有所有权或财产权。该法典第2—509条的规定，包括了合同双方均未违约时，标的物损失风险的基本确定规则，这些规则都是围绕着货物交付的两种可能情况制定的。这两种情况包括：

第一，当合同要求或授权卖方承运人发运货物时，如果合同未规定卖方在特定目的地交付货物，卖方将货物适当地交付给承运人后，风险即转移给买方，即使卖方保留了权利；但是如果合同规定卖方在特定目的地交付货物，且在货物到达目的地后仍由承运人占有期间作出适当的提示交付，则只要卖方作出此种适当的提示交付，使买方能够取得交付，损失风险即于此时转移给买方。

第二，当货物由货物保管人掌握且不需移动即可交付时，损失风险在下列情况下转移至买方：买方收到代表货物的流通所有权凭证；或货物保管人确认买方拥有占有货物的权利；或买方按第2—503条第4款第b项所规定的方式收到不可流通所有权凭证或其他交货指示书。

除了前述两种情形，如果卖方是商人，则风险在买方收到货物后转移至买方；否则，风险在提示交付时转移至买方。该条同时还确认，当事人的约定具有优先的效力。该法典就有关试用的条款和违约时风险承担的条款的特别规定，同样具有优先效力。英国也开始接受《美国统一商法典》所新确定的此项原则。

尽管由于各国内法对货物所有权转移的规定以及各国商人对国际贸易惯例的有关理解分歧很大，《联合国国际货物销售合同公约》未能对货物所有权的转移作出具体规定，但仍然对货物的风险负担制定了明确的规则，从该公约第4章关于风险转移的规定来看，明显是将货物毁损、灭失的风险负担的转移与货物的交付相关联。

我国民法典就物权变动，以债权形式主义模式为原则，将交付行为作为动产标的物所有权转移的成立要件，因而就买卖合同标的物毁损、灭失的风险负担与标的物所有权归属的关联，在文字表述上与《德国民法典》和我国台湾地区“民法”相似。

我国《民法典》第604条规定：“标的物毁损、灭失的风险，在标

的物交付之前由出卖人承担，交付之后由买受人承担，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”从而使该条规定所确立的风险负担的一般规则与《民法典》第224条关于动产标的物所有权移转的一般规则“动产物权的设立和转让，自交付时发生法律效力”相一致。可见，我国的民事立法将动产标的物毁损、灭失的风险负担的移转，在当事人没有特别约定的情况下，规定为既与标的物的交付相一致，又与标的物的所有权的移转相一致。这样规定契合当今的立法潮流，应予坚持。其中《民法典》第604条所谓法律另有规定或当事人另有约定主要包括两种情况：一是在交付前标的物风险即由买受人负担；二是交付后的一段时间内，标的物的风险仍由出卖人负担。如果当事人双方约定动产标的物的所有权非自交付时起转移，如买卖合同的双方当事人采所有权保留制度作为合同履行的担保，风险负担仍应采交付主义。

买卖合同的标的物为不动产时，其风险负担的移转规则，与动产有所不同。就大陆法系而言，在物权变动采债权意思主义模式的国家和地区，由于不动产所有权的移转无须办理相应的登记手续，不动产毁损、灭失的风险负担的转移在一般情形下与不动产所有权的移转相一致；在物权变动采债权形式主义或物权形式主义的国家和地区，由于单纯的不动产占有的移转并不能发生不动产所有权的移转，登记才是不动产所有权移转的成立要件，这就使标的物毁损、灭失的风险负担的转移与标的物所有权的移转不尽一致，其中，作为买卖合同标的物的不动产毁损、灭失的风险负担，仍在不动产交付时移转。^[9]《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第11条第2款规定：“房屋毁损、灭失的风险，在交付使用前由出卖人承担，交付使用后由买受人承担……但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”

二、价金风险

价金风险的负担问题，实际上也可以在债务陷于履行不能的债务人履行利益风险分配的题目下进行讨论。对于此种风险的分配，从各个国家和地区的立法来看，有两种应对策略。

第一种应对策略，在处理方法上借鉴了买卖合同标的物毁损、灭失风险负担的规制技巧，由法律直接对价金风险的分配作出决定。《法国民法典》《德国民法典》《意大利民法典》《日本民法典》《联合国国际货物销售合同公约》等即采此方法。但上述大陆法系诸国立法例，由于物权变动模式的差异，对于价金风险，在分配原则上又有所不同。可大致区分为：

1.债权人主义。即债权人在债务人的债务因不可归责于双方当事人的事由陷于履行不能时，债权人仍应为对待给付，价金风险由债权人负担。该分配原则意味着：买卖的标的物因不可归责于双方当事人的原因毁损、灭失致债务履行不能时，出卖方免负交付标的物的义务，买受方却仍需支付全部价款。债权人主义发源于罗马法，德国普通法、《法国民法典》、《意大利民法典》、《日本民法典》沿袭了这一认识。例如《法国民法典》第1303条规定：“非因债务人的过失而物遭毁损，或不能再作交易之用，或遗失时，如债务人就此物对于他人有损害赔偿请求权或诉权者，应将其权利让与其债权人。”从该条规定我们不难看出，债权人的对待给付义务并未被免除，否则，他就根本无从取得债务人对于他人的损害赔偿请求权或诉权。《意大利民法典》第1259条的规定效仿《法国民法典》第1303条，其内容为：“当特定物的给付全部或者部分不能时，债权人得取代债务人的位置获得因前述情况引起的履行不能时的权利，并得向债务人要求其赔偿额的给付。”《日本民法典》就此问题的规定更为直接明了，该法典第534条第1项规定：“以特定物的物权的设定或移转为双务契约的标的场合，其物因不应归责于债务人的事由而毁损、灭失时，其灭失或毁损归债权人负担。”此时，债务人有受对待给付的权利。

就价金风险负担的债权人主义，有学者提出了批评，认为：第一，与双务契约的性质相反，双务契约的两债权有牵连性，当事人一方既免其债务，他方亦无须履行；第二，不公平，在买卖契约中唯买受人独就标的物负担危险，出卖人就价金可不负担危险，因为金钱债务无发生给付不能的余地，买受人不得因给付不能而免除价金支付的义务；第三，就他人之物为买卖或为二重买卖时，会发生不当的后果。例如就他人之物为买卖，其物灭失、毁损时，出卖人不受任何损害，还可对买受人请求价金的支付。又如同在一物出卖于数人时，成立数个契约，其物毁损、灭失时，出卖人对于各买受人得请求全部的价金。

上述对于价金风险负担债权人主义的批评，颇值商榷。其未当之处，在于未能结合基于法律行为物权变动模式的立法选择来考察风险负担债权人主义的利弊得失。下面我们就前引批评逐一予以评论。

第一，就价金风险负担采债权人主义的立法例，其物权变动模式无一例外为债权意思主义。此种物权变动模式，以特定物的交易为规范基础，在合同成立之时，作为买卖合同标的物的特定物的所有权即发生移转，出卖人即使没有完成交付标的物的行为，也因标的物所有权的移转，完成了其主要合同义务的履行，如《法国民法典》第1583条规定：“当事人就标的物及其价金相互同意时，即使标的物尚未交

付，价金尚未支付，买卖即告成立，而标的物的所有权亦于此时在法律上由出卖人移转于买受人。”《意大利民法典》第1376条规定：“在以特定物所有权的转移、物权的设立或转让或是其他权利的转让为标的的契约中，所有权或其他权利根据双方当事人合法意思表示的效力而发生转让和取得。”当标的物因不可归责于双方当事人的事由毁损、灭失，致债务无法履行时，并非债务人的所有债务都无法履行，而仅仅是其交付标的物的债务无法履行而已。与之相反，买受人所承担的价金支付义务，由于价金属种类物，无法在合同成立时即行发生所有权的移转，这就意味着在出卖人业已履行完毕其主要合同义务时，买受人的主要合同义务尚未履行，此时根据双务合同当事人之间债权债务的牵连性，债权人仍应负担支付价金的义务。因而，所谓风险负担的债权人主义与双务契约的性质相反云云，不能成立。

第二，债权意思主义的物权变动模式之下，合同成立之时，买卖合同标的物的所有权即发生移转，买受人即成为所有权人，此时尽管买受人尚未占有标的物，但就标的物所生的一切利益，如孳息等就归债权人所有。这种背景下，由买受人这个标的物的受益人承担标的物毁损、灭失所导致的债务履行不能的风险，完全符合风险与利益相一致的原则，所谓风险负担的债权人主义不公平，恐难成立。

第三，债权意思主义的物权变动模式之下，出卖他人之物的合同的效力，与物权形式主义模式之下，并不相同。在物权形式主义物权变动模式之下，出卖他人之物的债权合同只要符合合同的一般生效要件，即可生效。但在债权意思主义的物权变动模式之下，出卖他人之物的合同，即使符合了合同的一般生效要件，也不能发生相应的法律效力。如《法国民法典》第1599条前段规定：“就他人之物所成立的买卖，无效”。《意大利民法典》第1478条规定：“如果缔结契约之时，出卖人不享有买卖物的所有权，则出卖人承担使买受人取得物的所有权的义务。”“买受人自出卖人获得所有权时起即成为所有权人。”结合该法典第1476条第2项的规定：“如果物的取得不立即发生契约的效力，则出卖人承担使买主取得物的所有权或其他权利的义务”。不难看出，出卖他人之物的合同并不能发生合同的效力，只有在出卖人取得标的物所有权时，该合同方发生效力。之所以如此，就是因为债权意思主义的物权变动模式之下，合同成立之时，就是标的物所有权移转之时，如果标的物所有权在合同成立之时，尚未归属于出卖人，那么，成立的合同就不能发生权利移转的合同效力。与之相反，采物权形式主义物权变动模式，由于所有权的移转系物权行为的效力，系于登记或交付行为，债权合同成立、生效并不当然引致所有权的移转，因而即使是出卖他人之物，也不会影响买卖合同的效力。

由此不难看出，前引的第三种批评意见是戴着物权形式主义物权变动模式的有色眼镜，来展开对债权意思主义物权变动模式之下，风险负担债权人主义的批判的，这种批判自然难以成立。因为既然债权意思主义物权变动模式之下，在他人之物毁损、灭失时，出卖他人之物的合同尚未生效，出卖人又怎么能向买受人请求价金的支付？！再就二重买卖或一物数卖而言，债权意思主义的物权变动模式之下，自第一次买卖成立之时起，出卖人已不再是标的物的所有人，其随后的买卖，无论进行几次，都属出卖他人之物的范畴，基于此后的交易所订立的买卖合同，属不能生效的合同，除非具备了类似于《法国民法典》第1141条或第2279条规定的条件，随后的买卖合同根本就不发生所谓出卖人对于买受人的价金支付请求权问题，而且一旦发生了第1141条或第2279条的适用，对于在先的买卖合同，因买受人丧失了标的物的所有权，因而也不发生对出卖人的价金支付请求权。综上，在二重买卖或一物数卖的情况下，根本不发生所谓的出卖人在标的物毁损、灭失时，得对数买受人主张价金支付请求权的问题。

2. 债务人主义。即由债务人承担债务履行不能的价金风险，债权人的对待给付义务被免除。这就意味着，买卖合同的标的物因不可归责于双方当事人的事由毁损、灭失，致债务陷于履行不能时，出卖方的合同义务消灭，买受方支付价款的义务也消灭。德国固有法、《奥地利普通民法典》、《德国民法典》、《瑞士民法典》以及我国台湾地区“民法”均采此主义。《德国民法典》第323条第1项规定：“双务契约的一方当事人，因不可归责于双方当事人的事由，致自己不能履行应履行的给付者，丧失自己对待给付的请求权；如仅一部分不能者，应按第472条、第473条的规定，按其比例减少对待给付。”《瑞士民法典》第119条第2项规定：“在双务契约的情况下，因此免于债务的债务人……丧失未行使的对待债权。”我国台湾地区“民法”第26条规定：“因不可归责于双方当事人之事由，致一方之给付全部不能者，他方免为对待给付之义务，如仅一部不能者，应按其比例减少对待给付。”这些即是明证。债务履行不能价金风险负担债务人主义的妥当性，也可以从基于物权变动模式的考察得到验证。在债权形式主义和物权形式主义的物权变动模式之下，出卖人的主要义务——移转标的物所有权的义务，是伴随着登记和交付行为完成的，在交付和登记行为完成之前，出卖人的主要合同义务处于未完成状态，买受人也未取得标的物的所有权。此时，若规定标的物因不可归责于双方当事人的事由毁损、灭失致债务无法履行时，由买受人承担债务无法履行的价金风险，在出卖人被免除了给付义务之后，仍应向出卖人为对待给付义务，自然有失公平。采价金风险负担的债务人主义，方可维持当事人之间的利益衡平。

《联合国国际货物销售合同公约》就债务履行不能的价金风险负担也采第一种规范策略，但由于该公约就货物所有权的移转模式未设专门规定，因而该公约第6条的规定，即“货物在风险移转到买方承担后遗失或损害，买方支付价款的义务并不因此解除，除非这种遗失或损害是由于卖方的行为或不行为所造成”，不能简单地归为债权人主义或债务人主义，而是将债务履行不能的风险负担与买卖合同标的物毁损、灭失的风险负担相关联，遵循一致的处理原则。

第二种应对策略与第一种策略有所不同，它不是直接将价金风险负担与债权人的对待给付义务联系起来，而是经由合同法相关制度的运用，实现相同的规范目的。从实际的法律效果看，与第一种应对策略并无实质差别。英美法系诸国的合同立法以及我国的合同立法即采此种应对策略。如英国《1979年货物买卖法》第7条规定：“在货物买卖交易中，如果特定化货物在被卖出后而移转到买受人手中之前，因当事人过错之外的原因灭失的，合同失效”。英国法上之所以形成对于债务履行不能价金风险负担的此种分配原则，是与其在买卖合同标的物毁损、灭失风险负担问题上借鉴《美国统一商法典》的规范方法，将标的物毁损、灭失风险负担的移转与所有权的移转相脱离，而与标的物的交付相一致是密切相关的。《美国统一商法典》第2—613条规定：“如果合同所要求的货物在订立合同时已是特定的，且如果货物在风险转移给买方之前非由于任何一方的过错而遭受损失，或合同采用‘货到成交’条件（第2—324条），那么：a、如果货物全部损失，或货物质量降低至不符合合同，买方可以要求检验货物，并可以选择视合同为无效或接受剩余货物。如果接受剩余货物，当事人应根据货物质量和数量受损情况调整价格，但买方没有对抗卖方的进一步权利。”由于合同的失效具有消灭合同权利义务关系的效力，因而从实际的法律效果来看，英美两国的立法就债务履行不能的价金风险负担所作的规定，类似于大陆法系的债务人主义。

我国的合同立法一向是通过合同解除制度的运用，来对债务履行不能的价金风险进行分配。如《中华人民共和国合同法》第26条第1款第2项规定，“由于不可抗力致使经济合同的全部义务不能履行”，允许变更或解除合同。《中华人民共和国合同法》坚持了这一规定，该法第94条第1项认可，因不可抗力致使不能实现合同目的，当事人可以解除合同。《民法典》第563条第1款第1项也采相同做法。在债务履行不能价金风险负担的处理原则上，实际上这也与大陆法系的债务人主义相仿。因为买卖合同的解除，具有消灭合同双方当事人权利义务关系的效力，债权人在债务人陷于履行不能时，自然也就无须再承担支付价金的对待给付义务。我国民法典的规定，尽管在具体内容上，与英美法不尽相同，如我国民法典的规定仅对于因不可抗力

所导致的债务履行不能作出规定，而没有如同英国法或美国法，将规范范围扩张及于“因当事人过错以外的原因”或“非由于任何一方的过错”致债务履行不能，这与我国未采用“不可归责于”这一术语有关；但我国民法典的规范策略与英美两国的合同法是一致的。此种规范策略，与第一种规范策略相较，立法技巧虽有不同，实际效果则并无二致。第一种规范策略，直接对债务履行不能的价金风险进行分配，第二种规范策略则经由合同失效或合同解除制度的运用，同样达到了分配债务履行不能的价金风险的目的，二者有异曲同工之妙；第一种应对策略中的债务人主义经由对债务人债务和债权人的对待给付义务的分别规定，消灭了当事人之间的合同关系，第二种规范策略则经由合同失效或合同解除制度的运用，直接一体消灭了当事人之间的合同关系。但也应当看到，第一种规范策略之下，价金风险负担的债务人主义，在将消灭当事人之间的合同关系作为一般原则加以规定的同时，一般都设有专门的条款，规定当债权人不欲消灭合同，而是想取得代替债务标的的损害赔偿或请求债务人让与赔偿请求权时，合同仍不消灭，债权人仍须承担相应的对待给付义务。作为一般原则的例外。我国《民法典》第563条第1款第1项的规定，则无类似的规范效果，这是因为不可抗力作为合同解除的法定事由，合同的双方当事人都享有并都可行使解除合同的权利，是将合同关系是否消灭的决定权赋予了合同的双方当事人，当债权人不欲使合同关系消灭，而是想取得代替债务标的的损害赔偿或请求债务人让与赔偿请求权时，就必须以债务人不行使解除合同的权利为前提，一旦债务人行使了这一权利，债权人的该项意图即无法实现，这就不利于保护债权人的利益。为弥补这一缺陷，我国民法典也应认有例外。

第六百零五条

因买受人的原因致使标的物未按照约定的期限交付的，买受人应当自违反约定时起承担标的物毁损、灭失的风险。

本条主旨

本条是关于买受人违约时标的物毁损、灭失风险负担的规定。

相关条文

《合同法》第143条 因买受人的原因致使标的物不能按照约定的期限交付的，买受人应当自违反约定之日起承担标的物毁损、灭失

的风险。

理解与适用

因买受人的原因致使标的物未按照约定的期限交付的，买受人应当自违反约定之日起承担标的物毁损、灭失的风险。所谓因买受人的原因，主要包括两种情形：一为买受人违约，比如买受人由于可归责于自身的原因陷于不履行或不完全履行，出卖人由于合同履行抗辩权的行使，在合同约定的履行期中止义务履行的；或者是买受人迟延受领或无正当理由拒绝受领的。二为买受人对出卖人准备交付的标的物实施侵权行为，致使出卖人无法按照约定的期限交付标的物，双方又未补充约定变更合同履行期限的。在这两种情况下，即使出卖人没有完成标的物的交付，买受人仍应自约定的交付期限起，承担标的物毁损、灭失的损失。

第六百零六条

出卖人出卖交由承运人运输的在途标的物，除当事人另有约定外，毁损、灭失的风险自合同成立时起由买受人承担。

本条主旨

本条是关于在途标的物毁损、灭失风险负担的规定。

相关条文

《合同法》第144条 出卖人出卖交由承运人运输的在途标的物，除当事人另有约定的以外，毁损、灭失的风险自合同成立时起由买受人承担。

《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第13条 出卖人出卖交由承运人运输的在途标的物，在合同成立时知道或者应当知道标的物已经毁损、灭失却未告知买受人，买受人主张出卖人负担标的物毁损、灭失的风险的，人民法院应予支持。

理解与适用

这就是关于所谓路货买卖中标的物风险负担的规定。路货买卖是指标的物已在运输途中，出卖人寻找买主，出卖在途的标的物。它可以是出卖人先把标的物装到开往某个目的地的运输工具上，然后再寻找适当的买主订立买卖合同；也可以是一个买卖合同的买受人在未实际收取标的物前，再把处于运输途中的标的物转卖给另一方。

在一般情况下，自合同订立之时起转移标的物的风险负担是合理的。但在实践中，以合同订立之时来划分路货买卖的风险负担有时是比较困难的。因为在订立买卖合同时，货物已经装在运输工具上处于运输的途中。在无确切证据的情况下，买卖双方都难以确定风险到底是发生在运输途中的哪一段，是在合同订立之前还是合同订立之后。所以，《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第13条确认：“出卖人出卖交由承运人运输的在途标的物，在合同成立时知道或者应当知道标的物已经毁损、灭失而未告知买受人，买受人主张出卖人负担标的物毁损、灭失的风险的，人民法院应予支持。”

第六百零七条

出卖人按照约定将标的物运送至买受人指定地点并交付给承运人后，标的物毁损、灭失的风险由买受人承担。

当事人没有约定交付地点或者约定不明确，依据本法第六百零三条第二款第一项的规定标的物需要运输的，出卖人将标的物交付给第一承运人后，标的物毁损、灭失的风险由买受人承担。

本条主旨

本条是关于标的物交付给承运人标的物毁损、灭失风险负担的规定。

相关条文

《合同法》第145条 当事人没有约定交付地点或者约定不明确，依照本法第一百四十一条第二款第一项的规定标的物需要运输的，出卖人将标的物交付给第一承运人后，标的物毁损、灭失的风险由买受人承担。

《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第11条 合同法第一百四十一条第二款第（一）项规定的“标的物需要运输的”，是指标的物由出卖人负责办理托运，承运人系独立于买卖合同当事人之外的运输业者的情形。标的物毁损、灭失的风险负担，按照合同法第一百四十五条的规定处理。

第12条 出卖人根据合同约定将标的物运送至买受人指定地点并交付给承运人后，标的物毁损、灭失的风险由买受人负担，但当事人另有约定的除外。

理解与适用

买卖合同，尤其是国际货物买卖都会涉及货物的运输，而在运输过程中有可能发生各种风险导致标的物的毁损、灭失，所以确定货物运输中的风险由谁承担是一个非常重要并且十分现实的问题。规定其风险由买方承担的理由是买方所处的地位使他能在目的地及时检验货物，在发现货物受损时便于采取必要的措施，包括减轻损失，及时向有责任的承运人请求赔偿以及向保险人索赔等。一些国际贸易惯例也确定了这样的原则。《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第12条确认，“出卖人根据合同约定将标的物运送至买受人指定地点并交付给承运人后，标的物毁损、灭失的风险由买受人负担，但当事人另有约定的除外”，该条规定应予坚持。

第六百零八条

出卖人按照约定或者依据本法第六百零三条第二款第二项的规定将标的物置于交付地点，买受人违反约定没有收取的，标的物毁损、灭失的风险自违反约定时起由买受人承担。

本条主旨

本条是关于买受人违反约定未收取标的物时如何负担风险的规定。

相关条文

《合同法》第146条 出卖人按照约定或者依照本法第一百四十

一条第二款第二项的规定将标的物置于交付地点，买受人违反约定没有收取的，标的物毁损、灭失的风险自违反约定之日起由买受人承担。

理解与适用

依据《民法典》第603条第2款第2项的规定，当事人未约定交付地点或者约定不明确，依照《民法典》第510条的规定仍不能确定的，如果标的物不需要运输，出卖人和买受人订立合同时知道标的物在某一地点，那么出卖人应当在该地点交付标的物；不知道标的物在某一地点的，应当在出卖人订立合同时的营业地交付标的物。出卖人有义务在合同约定或者法律确定的地点将标的物交付给买受人。在合同约定的交付期限届满时，如果买受人违反合同的约定没有接收标的物，那么按照本条的规定，买受人就从违反约定之日起承担标的物毁损、灭失的风险。

《民法典》第605条和本条规定的法律后果均是“买受人应当自违反约定时起承担标的物毁损、灭失的风险”，但是两者却存在如下区别：一是两者适用的风险负担规则不同。前者是交付转移风险规则的例外，本条则是交付转移风险规则的具体体现。二是两者适用的前提条件不同。前者要求买受人存在违约行为或者侵权行为，而本条仅限于买受人未及时受领出卖人的交付；前者是出卖人没有也无法履行交付义务，而本条是出卖人已经将标的物置于合同约定或者法律确定的交付地点。

第六百零九条

出卖人按照约定未交付有关标的物的单证和资料的，不影响标的物的毁损、灭失风险的转移。

本条主旨

本条是关于出卖人按照约定未交付有关标的物的单证和资料时如何负担风险的规定。

相关条文

《合同法》第147条 出卖人按照约定未交付有关标的物的单证和资料的，不影响标的物毁损、灭失风险的转移。

理解与适用

出卖人按照约定未交付有关标的物的单证和资料的，不影响标的物毁损、灭失风险的转移，这一规则表明在约定保留所有权场合，即使出卖人未向买受人交付提取标的物的单证和资料，标的物毁损、灭失的风险仍自标的物交付时起转移。^[10]

第六百一十条

因标的物不符合质量要求，致使不能实现合同目的的，买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同。买受人拒绝接受标的物或者解除合同的，标的物毁损、灭失的风险由出卖人承担。

本条主旨

本条是关于买受人拒绝接受标的物或者解除合同时如何负担风险的规定。

相关条文

《合同法》第148条 因标的物质量不符合质量要求，致使不能实现合同目的的，买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同。买受人拒绝接受标的物或者解除合同的，标的物毁损、灭失的风险由出卖人承担。

理解与适用

依据本条规定，因交付的标的物质量不合格，致使不能实现合同目的的，买受人拒绝接受标的物或者解除合同的，标的物毁损、灭失的风险由出卖人负担，需要满足以下三个条件。

第一，出卖人交付的标的物质量不符合要求。比如出卖人交付的产品不符合质量标准，或者不具备产品应当具备的使用性能等。

第二，因标的物质量不合格致使不能实现合同目的。如果出卖人违反物的瑕疵担保义务，已经构成违约，但违约程度轻微，并没有影响合同目的的实现，买受人不能因此拒绝接受标的物或者主张解除合同，那就不能适用本条。

第三，买受人拒绝接受标的物或者解除合同。尽管出卖人交付的标的物不符合质量要求且已经导致买受人无法实现合同目的，但买受人选择接受标的物并要求出卖人承担违约责任的，此时标的物毁损、灭失的风险应当由买受人承担。但是如果在出卖人交付的标的物质量不合格且导致买受人订立合同目的不能实现时，买受人拒绝接受标的物或者解除合同的，在此情况下所产生的标的物毁损、灭失的风险自然应当由出卖人承担。这里需要进一步说明的是，因出卖人交付的标的物质量无法实现合同目的，买受人拒绝接受，或者买受人接受后向出卖人发出解除合同的通知，这段时间标的物需要由买受人临时代为保管，出卖人仍然应当承担标的物毁损、灭失的风险。

第六百一十一条

标的物毁损、灭失的风险由买受人承担的，不影响因出卖人履行义务不符合约定，买受人请求其承担违约责任的权利。

本条主旨

本条是关于买受人负担风险不影响出卖人承担违约责任的规定。

相关条文

《合同法》第149条 标的物毁损、灭失的风险由买受人承担的，不影响因出卖人履行债务不符合约定，买受人要求其承担违约责任的权利。

理解与适用

标的物毁损、灭失的风险由买受人承担的，不影响因出卖人履行债务不符合约定，买受人要求其承担违约责任的权利。之所以如此，主要是考虑到违约责任的承担与风险负担同属合同法上对损失进行分配的途径，前者解决对于因可归责于一方或双方的事由所带来的损失

的分配；后者用来解决对于因不可归责于双方当事人的事由所带来的损失的分配。在交易实践中，两种类型的损失有可能同时发生，此时既不能用违约责任的承担代替风险负担，也不能用风险负担代替违约责任的承担。而应当让两个制度同时发挥作用，分别进行损失的分配。

第六百一十二条

出卖人就交付的标的物，负有保证第三人对该标的物不享有任何权利的义务，但是法律另有规定的除外。

本条主旨

本条是关于出卖人负担权利瑕疵担保义务的规定。

相关条文

《合同法》第150条 出卖人就交付的标的物，负有保证第三人不得向买受人主张任何权利的义务，但法律另有规定的除外。

理解与适用

出卖人就交付的标的物，除非法律另有规定，负有保证第三人不得向买受人主张任何权利的义务。这一义务称为出卖人的权利瑕疵担保义务。违反权利瑕疵担保义务，在传统民法上发生权利瑕疵担保责任的承担。我国民法典上，由于违约责任和权利瑕疵担保责任的区分丧失了依据，因此，出卖人应对买受人承担违约责任。

在我国民法上，出卖人违反权利瑕疵担保义务，得承担违约责任的情形还包括：共有人出卖全部共有财产或者出卖共有财产中的他人份额；出卖人向买受人出售第三人享有优先购买权或法定优先权的财产；出卖人出售给买受人的财产上存在第三人的居住权或者租赁权；出卖人出售给买受人的财产，第三人得根据专利权或其他知识产权主张权利或要求。

第六百一十三条

买受人订立合同时知道或者应当知道第三人对买卖的标的物享有权利的，出卖人不承担前条规定的义务。

本条主旨

本条是关于出卖人不负担权利瑕疵担保义务的规定。

相关条文

《合同法》第151条 买受人订立合同时知道或者应当知道第三人对买卖的标的物享有权利的，出卖人不承担本法第一百五十条规定的义务。

理解与适用

在买卖合同订立时，买受人知道或者应当知道第三人对买卖的标的物享有权利的，出卖人不负担该项义务。另外，买受人能够依据保护交易安全的规定，善意取得标的物所有权的，出卖人也无须承担违反权利瑕疵担保义务的违约责任。

根据本条规定，出卖人不负担权利瑕疵担保义务须具备两个条件：（1）买受人须了解情况。（2）买受人了解情况应为订立合同时。买受人知道或者应当知道第三人对买卖的标的物享有权利，应当在订立合同时，包括订立合同过程中和合同签字之时。如果在合同订立后，则不属于本条所规定的情况。

另外需要注意的是：（1）如果就买受人是否知情发生争议，出卖人如果主张买受人在订立合同时明知标的物的权利缺陷，则出卖人负举证责任，而非买受人。（2）出卖人不负担权利瑕疵担保义务，意味着买受人无权就其不能取得完整的标的物所有权请求出卖人承担违约责任。（3）本条规定属于任意性规定，买卖合同当事人如果在合同中约定此时出卖人仍然需要承担违反权利瑕疵担保义务的违约责任的，依照其约定。

第六百一十四条

买受人有确切证据证明第三人对标的物享有权利的，可以中止支付

相应的价款，但是出卖人提供适当担保的除外。

本条主旨

本条是关于出卖人违反权利瑕疵担保义务时，买受人行使合同履行抗辩权的规定。

相关条文

《合同法》第152条 买受人有确切证据证明第三人可能就标的物主张权利的，可以中止支付相应的价款，但出卖人提供适当担保的除外。

理解与适用

《民法典》第525条、526条、527条、528条分别确认了同时履行抗辩权、先履行抗辩权和不安抗辩权。本条就是合同履行抗辩权在买卖合同中的具体运用。

第六百一十五条

出卖人应当按照约定的质量要求交付标的物。出卖人提供有关标的物的质量说明的，交付的标的物应当符合该说明的质量要求。

本条主旨

本条是关于出卖人负担物的瑕疵担保义务的规定。

相关条文

《合同法》第153条 出卖人应当按照约定的质量要求交付标的物。出卖人提供有关标的物的质量说明的，交付的标的物应当符合该说明的质量要求。

理解与适用

出卖人应当按照约定的质量要求交付标的物。出卖人提供有关标的物的质量说明的，交付的标的物应当符合该说明的质量要求。这一义务被称为物的瑕疵担保义务。

出卖人负担物的瑕疵担保义务，是由买卖合同的有偿性决定的。在我国民法典上，物的瑕疵担保义务被表述为质量担保义务，即出卖人应当担保其交付给买受人的标的物符合合同约定的或者法律确定的质量标准。因此，确定标的物的质量标准，是判断出卖人是否全面履行该项义务的前提。买卖合同中，当事人对标的物的质量标准没有约定或约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定；仍不能确定的，出卖人交付的标的物，应当符合合同种物的通常标准或者为了实现合同目的该物应当具有的特定标准。

出卖人交付的标的物不符合质量标准的，属于对物的瑕疵担保义务的违反，在传统民法上，发生物的瑕疵担保责任的承担。但在我国民法典上，就违约责任的归责原则，一般（尤其是商事合同）采严格责任原则，因而使得传统民法上违约责任与物的瑕疵担保责任的区别丧失了依据。因此，出卖人应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，也不能达成补充协议或者按照合同有关条款以及交易习惯仍不能确定的，受损害方可以根据标的物的性质以及损失的大小，合理选择请求对方承担修理、更换、退货或者减少价款等违约责任（《民法典》第582条）。其中，作为救济手段的退货，在通常情形下就是行使解除合同的权利。因标的物的主物不符合约定而解除合同的，解除合同的效力及于从物。因标的物的从物不符合约定而被解除的，解除的效力不及于主物（《民法典》第631条）。标的物为数物，其中一物不符合约定的，买受人可以就该物解除。但是，该物与他物分离使标的物的价值显受损害的，当事人可以就数物解除合同（《民法典》第632条）。此项解除权不得与减少价款同时主张，也不得与修理、更换同时并举。质量不符合约定，造成其他损失的，受损方可以请求赔偿损失（《民法典》第583条）。

买受人要求出卖人承担违反物的瑕疵担保义务的违约责任，除非法律另有规定，以买受人及时向出卖人通知标的物质量不合格为条件（《民法典》第621条第1款）。买受人在订立买卖合同时知道或者应当知道标的物质量不合格的，不得向出卖人主张违反物的瑕疵担保义务的违约责任。

当事人对标的物的质量要求没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，适用本法第五百一十一条第一项的规定。

本条主旨

本条是关于标的物质质量标准确定规则的规定。

相关条文

《合同法》第154条 当事人对标的物的质量要求没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，适用本法第六十二条第一项的规定。

理解与适用

质量条款通常属于买卖合同的非必要条款，没有约定质量条款或者质量条款约定不明的，可以依据《民法典》第510条的规定补充确定，不能补充确定的，依据《民法典》第511条第1项的规定确定，即质量要求不明确的，按照强制性国家标准履行；没有强制性国家标准的，按照推荐性国家标准履行；没有推荐性国家标准的，按照行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。

由于实际生活中买卖合同的情况纷繁复杂，涉及的标的物千差万别，试图在法律中作出具体明确的规定不仅很难做到，而且不利于调整具体的合同关系。对本条在实践中的适用要结合所遇到的个案进行具体的分析，以确定“通常标准”或者“特定标准”的含义。比如，标的物属于《产品质量法》规范的产品的，产品的质量应当符合该法第26条的规定，“（一）不存在危及人身、财产安全的不合理的危险，有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的，应当符合该标准；（二）具备产品应当具备的使用性能，但是，对产品存在使用性能的瑕疵作出说明的除外；（三）符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准，符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况”；同时应当符合该法第27条的规定，“产品或者其包装上的标识必须真实，并符合下列要求：（一）有产品质量检验合格证明；（二）有中文标明的产品名称、生产厂厂名和厂址；（三）根据产品的特点和使用要求，需要标明产品规格、等级、所含主要成份的名称和含量

的，用中文相应予以标明；需要事先让消费者知晓的，应当在外包装上标明，或者预先向消费者提供有关资料；（四）限期使用的产品，应当在显著位置清晰地标明生产日期和安全使用期或者失效日期；（五）使用不当，容易造成产品本身损坏或者可能危及人身、财产安全的产品，应当有警示标志或者中文警示说明。裸装的食品和其他根据产品的特点难以附加标识的裸装产品，可以不附加产品标识。”

第六百一十七条

出卖人交付的标的物不符合质量要求的，买受人可以依据本法第五百八十二条至第五百八十四条的规定请求承担违约责任。

本条主旨

本条是关于出卖人违反物的瑕疵担保义务时承担违约责任的规定。

相关条文

《合同法》第155条 出卖人交付的标的物不符合质量要求的，买受人可以依照本法第一百一十一条的规定要求承担违约责任。

《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第23条 标的物质量不符合约定，买受人依照合同法第一百一十一条的规定要求减少价款的，人民法院应予支持。当事人主张以符合约定的标的物 and 实际交付的标的物按交付时的市场价值计算差价的，人民法院应予支持。

价款已经支付，买受人主张返还减价后多出部分价款的，人民法院应予支持。

理解与适用

依据本条的规定，出卖人交付的标的物不符合质量要求应承担本法第582条至第584条规定的违约责任。《民法典》第582条确认，“履行不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍

不能确定的，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择请求对方承担修理、重作、更换、退货、减少价款或者报酬等违约责任。”《民法典》第583条确认，“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，在履行义务或者采取补救措施后，对方还有其他损失的，应当赔偿损失。”《民法典》第584条确认，“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，造成对方损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益；但是，不得超过违约一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失。”

第六百一十八条

当事人约定减轻或者免除出卖人对标的物的瑕疵承担的责任，因出卖人故意或者重大过失不告知买受人标的物的瑕疵的，出卖人无权主张减轻或者免除责任。

本条主旨

本条是关于出卖人故意或者重大过失不告知买受人的瑕疵仍应依法承担违约责任的规定。

相关条文

《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第32条 合同约定减轻或者免除出卖人对标的物的瑕疵担保责任，但出卖人故意或者因重大过失不告知买受人标的物的瑕疵，出卖人主张依约减轻或者免除瑕疵担保责任的，人民法院不予支持。

第33条 买受人在缔约时知道或者应当知道标的物的质量存在瑕疵，主张出卖人承担瑕疵担保责任的，人民法院不予支持，但买受人在缔约时不知道该瑕疵会导致标的物的基本效用显著降低的除外。

理解与适用

商事买卖合同的当事人也可以通过免责条款的方式，预先免除出卖人违反物的瑕疵担保义务的违约责任。当事人约定减轻或者免除出卖人对标的物的瑕疵承担的责任，因出卖人故意或者重大过失不告知买

受人标的物瑕疵的，出卖人无权主张减轻或者免除责任。

第六百一十九条

出卖人应当按照约定的包装方式交付标的物。对包装方式没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，应当按照通用的方式包装；没有通用方式的，应当采取足以保护标的物且有利于节约资源、保护生态环境的包装方式。

本条主旨

本条是关于如何确定标的物包装方式的规定。

相关条文

《合同法》第156条 出卖人应当按照约定的包装方式交付标的物。对包装方式没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，应当按照通用的方式包装，没有通用方式的，应当采取足以保护标的物的包装方式。

理解与适用

随着绿色发展理念的不断深入，民法典确认了绿色原则，买卖合同标的物的包装也须符合绿色原则的要求。本条在《合同法》第156条的基础上，将绿色原则予以具体化，要求出卖人应当按照约定的包装方式交付标的物。对包装方式没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定；仍不能确定的，应当按照通用的方式包装；没有通用方式的，应当采取足以保护标的物且有利于节约资源、保护生态环境的包装方式。

第六百二十条

买受人收到标的物时应当在约定的检验期限内检验。没有约定检验期限的，应当及时检验。

本条主旨

本条是关于买受人及时检验义务的规定。

相关条文

《合同法》第157条 买受人收到标的物时应当在约定的检验期间内检验。没有约定检验期间的，应当及时检验。

理解与适用

买受人收到标的物时，有及时检验义务。当事人约定检验期间的，买受人应当在约定期间内进行检验。没有约定检验期间的，买受人应当在收到标的物之后的合理期间内及时检验（《民法典》第620条）。

但出卖人知道或应当知道提供的标的物不符合约定的，买受人得随时通知出卖人标的物的数量或质量不符合约定（《民法典》第621条第3款）。买受人通知出卖人的，买受人向出卖人寻求违约救济的请求权开始进行诉讼时效期间的计算，形成权开始除斥期间的计算。

该项义务属买受人所负担的不真正义务。该项义务的违反不发生违约责任的承担，但由此造成的损失由买受人自己负担。

第六百二十一条

当事人约定检验期限的，买受人应当在检验期限内将标的物的数量或者质量不符合约定的情形通知出卖人。买受人怠于通知的，视为标的物的数量或者质量符合约定。

当事人没有约定检验期限的，买受人应当在发现或者应当发现标的物的数量或者质量不符合约定的合理期限内通知出卖人。买受人在合理期限内未通知或者自收到标的物之日起二年内未通知出卖人的，视为标的物的数量或者质量符合约定；但是，对标的物有质量保证期的，适用质量保证期，不适用该二年的规定。

出卖人知道或者应当知道提供的标的物不符合约定的，买受人不受前两款规定的通知时间的限制。

本条主旨

本条是关于异议期间的规定。

相关条文

《合同法》第158条 当事人约定检验期间的，买受人应当在检验期间内将标的物的数量或者质量不符合约定的情形通知出卖人。买受人怠于通知的，视为标的物的数量或者质量符合约定。

当事人没有约定检验期间的，买受人应当在发现或者应当发现标的物的数量或者质量不符合约定的合理期间内通知出卖人。买受人在合理期间内未通知或者自标的物收到之日起两年内未通知出卖人的，视为标的物的数量或者质量符合约定，但对标的物有质量保证期的，适用质量保证期，不适用该两年的规定。

出卖人知道或者应当知道提供的标的物不符合约定的，买受人不受前两款规定的通知时间的限制。

《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第17条 人民法院具体认定合同法第一百五十八条第二款规定的“合理期间”时，应当综合当事人之间的交易性质、交易目的、交易方式、交易习惯、标的物的种类、数量、性质、安装和使用情况、瑕疵的性质、买受人应尽的合理注意义务、检验方法和难易程度、买受人或者检验人所处的具体环境、自身技能以及其他合理因素，依据诚实信用原则进行判断。

合同法第一百五十八条第二款规定的“两年”是最长的合理期间。该期间为不变期间，不适用诉讼时效中止、中断或者延长的规定。

第19条 买受人在合理期间内提出异议，出卖人以买受人已经支付价款、确认欠款数额、使用标的物等为由，主张买受人放弃异议的，人民法院不予支持，但当事人另有约定的除外。

第20条 合同法第一百五十八条规定的检验期间、合理期间、两年期间经过后，买受人主张标的物的数量或者质量不符合约定的，人民法院不予支持。

出卖人自愿承担违约责任后，又以上述期间经过为由翻悔的，人民法院不予支持。

第21条 买受人依约保留部分价款作为质量保证金，出卖人在质量保证期间未及时解决质量问题而影响标的物的价值或者使用效果，出卖人主张支付该部分价款的，人民法院不予支持。

第22条 买受人在检验期间、质量保证期间、合理期间内提出质量异议，出卖人未按要求予以修理或者因情况紧急，买受人自行或者通过第三人修理标的物后，主张出卖人负担因此发生的合理费用的，人民法院应予支持。

理解与适用

在约定的检验期间，或者在买受人发现或者应当发现标的物数量或者质量不符合约定的合理期间内，或者自买受人接收标的物的交付之日起2年内，买受人没有通知标的物的数量和质量不符合约定的；或者在标的物的质量保证期内，买受人没有通知标的物的质量不符合约定的，通知期间过后，发生一项事实确定规则的适用，即标的物的数量和质量视为是符合约定的。在通知期间内，买受人通知出卖人的，即可取得寻求违约救济的请求权和形成权，该请求权随即开始进行诉讼时效期间的计算，该形成权随即开始除斥期间的计算。

该通知期间与保证期间类似，既非诉讼时效期间，也非除斥期间，而是民法上一种独立的期间类型，属于或有期间。^[11]或有期间，即决定当事人能否获得特定类型请求权、形成权等权利的期间。一旦当事人在或有期间内依据法律的规定或者当事人之间的约定为一定的行为，其即可获得相应类型的请求权、形成权等权利。一旦当事人在或有期间内未依据法律的规定或者当事人之间的约定为一定行为，即不能获得相应类型的请求权、形成权等权利。我国现行民事立法中比较典型的或有期间包括保证期间和买受人的异议期间等。^[12]或有期间最终限制了当事人特定类型的请求权、形成权等权利，而且一旦当事人在或有期间内依据法律的规定或者当事人之间的约定为一定行为，从而取得了特定类型的请求权或者形成权之后，该请求权即存在适用诉讼时效期间的问题，该形成权即存在适用除斥期间的问题。换言之，或有期间与诉讼时效期间、除斥期间存在衔接与配合关系。但或有期间与诉讼时效期间、除斥期间仍属民法上限制民事权利的不同期间类型，其中或有期间是决定当事人能否获得请求权或形成权等权利的期间；诉讼时效期间是对业已存在的请求权进行限制的期间；除斥期间是对业已存在的形成权进行限制的期间，彼此存在重大区别。下面谨以诉讼时效期间与保证期间和买受人异议期间之间，以及买受人异议期间与除斥期间的区别和联系为例进行说明。

其一，诉讼时效期间与保证期间的联系和区别。

保证期间，又称保证责任期间，是债权人得主张保证人承担保证责任的期间。依据《民法典》第693条第1款的规定，就一般保证，在合同约定的保证期间或者法律规定的保证期间，债权人未对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，保证人不再承担保证责任。依据《民法典》第693条第2款的规定，就连带责任保证，在合同约定的保证期间或者法律规定的保证期间，债权人未要求保证人承担保证责任的，保证人不再承担保证责任。从法律效果上看，保证期间最终限制的是债权人对保证人的债权请求权，与诉讼时效期间同属对于请求权的期限限制。但作为或有期间，其与诉讼时效期间有明显区别。

第一，诉讼时效期间为法定期间，保证期间则允许当事人约定。

第二，诉讼时效期间与保证期间的起算点和存续期限不同。依据《民法典》第188条的规定，普通诉讼时效期间为从知道或者应当知道权利受侵害以及义务人之日起3年。依据《民法典》第692条第2款的规定，保证期间有约定的，按照约定；没有约定的，保证期间为主债务履行期限届满之日起6个月。

第三，诉讼时效期间得发生中止、中断和延长，保证期间不存在中止、中断和延长的问题。

第四，二者的直接适用对象不同。尽管从法律效果上看，保证期间最终限制的是债权人对保证人的债权请求权；但在保证期间内，一般保证在债权人对债务人提起诉讼或者申请仲裁以前、连带责任保证在债权人对保证人主张保证责任承担以前，双方当事人之间并不存在现实的债权、债务关系，保证人的保证债务可能现实发生，也可能根本不发生。仅在一般保证的债权人对债务人提起诉讼或者申请仲裁，以及连带责任保证的债权人对保证人主张保证责任承担以后，双方当事人之间才发生现实的债权、债务关系，保证人的保证债务方成为现实的债务。^[13]因此，保证期间直接限制的并非债权人对保证人的债权请求权，它是通过直接决定在债权人和保证人之间究竟是否发生现实的债权、债务关系，来间接地限制债权人对保证人的债权请求权。这与诉讼时效期间系直接限制权利人请求权的行使明显不同。

当然，一旦一般保证的债权人在保证期间内对债务人提起诉讼或者申请仲裁，以及连带责任保证的债权人在保证期间内要求保证人承担保证责任的，尚未届满的保证期间不再继续计算。

第五，期间届满的法律效果不同。从具体的法律效果来看，保证

期间届满，保证人免除保证责任，债权人对保证人的债权请求权也就随之不会再实际发生。诉讼时效期间届满，权利人现实存在的请求权效力减损。

其二，诉讼时效期间与（买受人的）异议期间的联系与区别。

从法律效果上看，与诉讼时效期间仅仅是对既存请求权的限制不同，异议期间最终限制的是买受人对出卖人主张继续履行、采取补救措施、赔偿损失、支付违约金等违约责任承担的债权请求权，以及寻求违约救济的解除权。

就对请求权的限制而言，异议期间作为或有期间，其与诉讼时效期间有如下区别。

第一，诉讼时效期间为法定期间，异议期间则允许当事人作出约定。

第二，诉讼时效期间与异议期间的起算点和存续期限不同。依据《民法典》第188条的规定，普通诉讼时效期间为从知道或者应当知道权利受侵害以及义务人之日起3年。依据《民法典》第621条的规定，异议期间则具体区分为三种类型：一为当事人约定的检验期间；二为标的物的质量保证期间；三为买受人发现或者应当发现标的物的数量或者质量不符合约定的合理期间。该合理期间应限制在自买受人收到标的物之日起2年内。

第三，诉讼时效期间为可变期间，存在中止、中断和延长，异议期间不存在中止、中断和延长。

第四，二者的直接适用对象不同。尽管从法律效果上看，异议期间最终限制的对象包括买受人得向出卖人主张的基于违约责任的请求权，如继续履行、采取补救措施、赔偿损失、支付违约金的请求权等，以及寻求违约救济的解除权；但买受人在异议期间内未向出卖人表示异议的，《民法典》第621条第1款以及第2款皆规定，“视为标的物的数量或者质量符合约定”，这就意味着根本未发生出卖人违约的问题，买受人得向出卖人主张的基于违约责任的请求权以及寻求违约救济的解除权根本就未存在过。可见，异议期间是通过直接决定买受人究竟是否能够取得对出卖人的请求权，来间接限制买受人的请求权的。这与保证期间颇为类似，与诉讼时效期间直接限制权利人请求权的行使显有不同。

当然，一旦买受人在异议期间内对出卖人表示异议的，尚未届满

的异议期间不再继续计算，买受人要求出卖人承担相应违约责任的请求权就开始诉讼时效期间的计算，买受人寻求违约救济的解除权就开始除斥期间的计算。

第五，期间届满的法律效果不同。从具体的法律效果来看，诉讼时效期间届满，发生请求权效力减损的法律效果；异议期间届满，买受人不能取得可向出卖人主张的基于违约责任的请求权以及寻求违约救济的解除权。

其三，异议期间与除斥期间的联系与区别。

异议期间最终限制的对象包括买受人寻求违约救济的合同解除权，就此而言，与除斥期间有相通之处。异议期间与除斥期间关系如下。

第一，二者的相同之处在于，皆为不变期间，不存在中止、中断和延长。

第二，二者的关联在于，一旦买受人在异议期间内对出卖人表示异议，异议期间无须继续计算，买受人取得的解除买卖合同的权利开始进行除斥期间的计算，二者之间存在协调和配合关系。

第三，二者的区别在于：首先，除斥期间或为法定期间，或为当事人约定的期间，依据《民法典》第199条的规定，除斥期间自权利人知道或者应当知道权利产生之日起开始计算，法律另有规定的除外。异议期间则具体区分为三种类型：一为当事人约定的检验期间；二为标的物的质量保证期间；三为买受人发现或者应当发现标的物的数量或者质量不符合约定的合理期间。该合理期间应限制在自买受人收到标的物之日起2年内。其次，二者的直接适用对象不同。除斥期间适用于现实存在的形成权，包括合同解除权。异议期间最终限制的对象包括买受人得向出卖人寻求违约救济的合同解除权。但买受人在异议期间内未向出卖人表示异议的，《民法典》第621条第1款以及第2款皆规定，“视为标的物的数量或者质量符合约定”，这就意味着买受人不能取得向出卖人主张的合同解除权。可见，异议期间是通过直接决定买受人究竟是否能够取得合同解除权，来间接限制买受人的解除权的。再次，期间届满的法律效果不同。依据《民法典》第199条的规定，除斥期间届满，当事人的解除权消灭。异议期间届满，买受人未提出异议的，买受人就没有取得解除合同的权利。

综上，或有期间是民法上与诉讼时效期间、除斥期间并身而立的独立的期间类型。

第六百二十二条

当事人约定的检验期限过短，根据标的物的性质和交易习惯，买受人在检验期限内难以完成全面检验的，该期限仅视为买受人对标的物的外观瑕疵提出异议的期限。

约定的检验期限或者质量保证期短于法律、行政法规规定期限的，应当以法律、行政法规规定的期限为准。

本条主旨

本条是关于约定的检验期间过短时如何确定检验期间的规定。

相关条文

《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第18条 约定的检验期间过短，依照标的物的性质和交易习惯，买受人在检验期间内难以完成全面检验的，人民法院应当认定该期间为买受人对外观瑕疵提出异议的期间，并根据本解释第十七条第一款的规定确定买受人对隐蔽瑕疵提出异议的合理期间。

约定的检验期间或者质量保证期间短于法律、行政法规规定的检验期间或者质量保证期间的，人民法院应当以法律、行政法规规定的检验期间或者质量保证期间为准。

理解与适用

《民法典》第621条规定的买受人在异议期间内的通知义务没有区分狭义的民事合同和商事合同，导致实践中，在买卖合同当事人一方为消费者时，经营者可能会以格式条款方式确定了较短的检验期限，消费者根本无法或者通常难以在该期限内对商品质量是否合格作出判断。在这种情况下，如果仍然适用前条的规定，以约定的检验期间已经过去为由，认定标的物质量符合约定，显然不利于消费者利益保护。

依据本条规定，约定的检验期限过短，视为是对外观瑕疵提出异议的期限。买卖合同标的物的瑕疵具体包括外观瑕疵和隐蔽瑕疵。外观瑕疵的检验相对容易，而隐蔽瑕疵的检验则需要借助于专业的知识和设备，通常隐蔽瑕疵的检验期限会长于外观瑕疵的检验期限。在采

取民商分立立法体例的国家和地区，一般都区分商人间的买卖和非商人间的买卖，仅商人间的买卖才有关于通知义务的规定，如《德国商法典》的第377条和《日本商法典》的第526条。作为消费者的买受人并不承担这一义务。

判断当事人约定的检验期限是否过短，可以从三个方面加以考虑：一是应当根据标的物的性质和交易习惯，在综合考虑的情况下判断约定的检验期限是否过短。二是买受人是否存在怠于通知的行为。如果买受人在约定检验期限内发现隐蔽瑕疵却没有及时通知出卖人的，应当视为标的物质量符合约定。三是买受人对不能及时检验隐蔽瑕疵是否存在过失。买受人依法应当在收货后及时检验标的物，但是其没有采取适当的措施发现隐蔽瑕疵的存在的，则不能认定检验期限过短。

在实践中，对于检验期限和质量保证期，除了当事人的约定之外，还可能法律、行政法规或者部门规章等对此作出规定。在当事人约定的检验期限或者质量保证期短于法律、行政法规规定期限时，究竟以哪种期限为准，合同法并无规定，导致实践中就应当采用约定期限还是法定期限产生争议。一般而言，质量检验期限所解决的是标的物在交付时是否存在质量瑕疵的问题，而质量保证期限所要解决的是标的物按照正常质量要求可以使用多长时间的问题。例如《建设工程质量管理条例》规定，在正常使用条件下，屋面防水工程、有防水要求的卫生间、房间和外墙面的防渗漏的最低保修期限为5年。因为涉及社会公共利益，行政法规对质量检验期限采取强制性的要求，一旦违反，必将承担相应的法律后果。据此，该法定要求应当予以遵守，不能通过约定进行降低。因此，当事人约定的检验期限或者质量保证期短于法律、行政法规规定的期限时，应当以法定期限为准。从另一角度看，如果约定的检验期限或者质量保证期长于法律、行政法规规定的期限，这是出卖人自愿加重义务，且不违反法律或者行政法规的规定，故应当尊重约定的期限。另外，在当事人没有约定质量检验期限但有约定或者法定质量保证期时，可以将质量保证期作为约定检验期限来对待。而当约定的检验期限和质量保证期不一致时，应当以较长的期限来作为检验期限对待，更为合理。^[14]

第六百二十三条

当事人对检验期限未作约定，买受人签收的送货单、确认单等载明标的物数量、型号、规格的，推定买受人已经对数量和外观瑕疵进行检验，但是有相关证据足以推翻的除外。

本条主旨

本条是关于推定买受人已经对标的物数量和外观瑕疵进行检验的规定。

相关条文

《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第15条 当事人对标的物的检验期间未作约定，买受人签收的送货单、确认单等载明标的物的数量、型号、规格的，人民法院应当根据合同法第一百五十七条的规定，认定买受人已对数量和外观瑕疵进行了检验，但有相反证据足以推翻的除外。

理解与适用

在实践中，因标的物数量引发的纠纷，主要包括消费者通过网购、邮购等方式进行的小额买卖，以及在中、小型建筑工程上零星采购钢材、水泥、砂石等建材这两种情况。在这两种情况下如果当事人签收的送货单、确认单等单据上载明数量的，根据日常生活经验法则，应当认定买受人在签收时对数量进行了核点。对于合同当事人用肉眼观察等通常方法即可发现的标的物外观瑕疵，如标的物的数量、型号、规格等属于当事人尽到一般合理注意即可发现的瑕疵，如果当事人签收的送货单、确认单等单据上对此没有提出异议，应当认定买受人收到的标的物没有外观瑕疵。当然，如果买受人另外提供证据推翻送货单、确认单载明的内容的，则应当以证据证实的内容为准。
[\[15\]](#)

第六百二十四条

出卖人依照买受人的指示向第三人交付标的物，出卖人和买受人约定的检验标准与买受人和第三人约定的检验标准不一致的，以出卖人和买受人约定的检验标准为准。

本条主旨

本条是关于向第三人交付时以出卖人和买受人约定的检验标准为准的规定。

相关条文

《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第16条 出卖人依照买受人的指示向第三人交付标的物，出卖人和买受人之间约定的检验标准与买受人和第三人之间约定的检验标准不一致的，人民法院应当根据合同法第六十四条的规定，以出卖人和买受人之间约定的检验标准为标的物的检验标准。

理解与适用

在市场交易实践过程中，履行检验义务的验货人并非限于买受人及其代理人，在出卖人直接向买卖合同当事人以外的第三人履行的场合，如果合同没有明确约定买受人是唯一的验货人，且买受人和第三人之间可能存在特殊约定，就会面临双重检验标准的问题，需要在立法上加以明确。对此，本条规定应当以出卖人和买受人之间约定的检验标准为准。

第六百二十五条

依照法律、行政法规的规定或者按照当事人的约定，标的物在有效使用年限届满后应予回收的，出卖人负有自行或者委托第三人对该标的物予以回收的义务。

本条主旨

本条是关于出卖人回收标的物义务的规定。

理解与适用

本条规定是绿色原则在买卖合同中的具体体现。目前，我国法律、行政法规确认回收义务的法律规定主要有：

1.《环境保护法》第37条规定：“地方各级人民政府应当采取措施，组织对生活废弃物的分类处置、回收利用。”

2.《固体废物污染环境防治法》第18条规定：“建设项目的环境影响评价文件确定需要配套建设的固体废物污染环境防治设施，应当

与主体工程同时设计、同时施工、同时投入使用。建设项目的初步设计，应当按照环境保护设计规范的要求，将固体废物污染环境防治内容纳入环境影响评价文件，落实防治固体废物污染环境和破坏生态的措施以及固体废物污染环境防治设施投资概算。建设单位应当依照有关法律法规的规定，对配套建设的固体废物污染环境防治设施进行验收，编制验收报告，并向社会公开。”

3.《循环经济促进法》第15条规定：“生产列入强制回收名录的产品或者包装物的企业，必须对废弃的产品或者包装物负责回收；对其中可以利用的，由各该生产企业负责利用；对因不具备技术经济条件而不适合利用的，由各该生产企业负责无害化处置。对前款规定的废弃产品或者包装物，生产者委托销售者或者其他组织进行回收的，或者委托废物利用或者处置企业进行利用或者处置的，受托方应当依照有关法律、行政法规的规定和合同的约定负责回收或者利用、处置。对列入强制回收名录的产品和包装物，消费者应当将废弃的产品或者包装物交给生产者或者其委托回收的销售者或者其他组织。强制回收的产品和包装物的名录及管理办法，由国务院循环经济发展综合管理部门规定。”

4.《水污染防治法》第59条规定：“船舶排放含油污水、生活污水，应当符合船舶污染物排放标准。从事海洋航运的船舶进入内河和港口的，应当遵守内河的船舶污染物排放标准。船舶的残油、废油应当回收，禁止排入水体。禁止向水体倾倒船舶垃圾。船舶装载运输油类或者有毒货物，应当采取防止溢流和渗漏的措施，防止货物落水造成水污染。进入中华人民共和国内河的国际航线船舶排放压载水的，应当采用压载水处理装置或者采取其他等效措施，对压载水进行灭活等处理。禁止排放不符合规定的船舶压载水。”

5.《大气污染防治法》第47条规定：“石油、化工以及其他生产和使用有机溶剂的企业，应当采取措施对管道、设备进行日常维护、维修，减少物料泄漏，对泄漏的物料应当及时收集处理。储油储气库、加油加气站、原油成品油码头、原油成品油运输船舶和油罐车、气罐车等，应当按照国家有关规定安装油气回收装置并保持正常使用。”第49条规定：“工业生产、垃圾填埋或者其他活动产生的可燃性气体应当回收利用，不具备回收利用条件的，应当进行污染防治处理。可燃性气体回收利用装置不能正常作业的，应当及时修复或者更新。在回收利用装置不能正常作业期间确需排放可燃性气体的，应当将排放的可燃性气体充分燃烧或者采取其他控制大气污染物排放的措施，并向当地生态环境主管部门报告，按照要求限期修复或者更新。”

6.《土壤污染防治法》第30条规定，“禁止生产、销售、使用国家明令禁止的农业投入品。农业投入品生产者、销售者和使用者应当及时回收农药、肥料等农业投入品的包装废弃物和农用薄膜，并将农药包装废弃物交由专门的机构或者组织进行无害化处理。具体办法由国务院农业农村主管部门会同国务院生态环境等主管部门制定。国家采取措施，鼓励、支持单位和个人回收农业投入品包装废弃物和农用薄膜。”

7.《废弃电器电子产品回收处理管理条例》第10条规定：“电器电子产品生产者、进口电器电子产品的收货人或者其代理人生产、进口的电器电子产品应当符合国家有关电器电子产品污染控制的规定，采用有利于资源综合利用和无害化处理的设计方案，使用无毒无害或者低毒低害以及便于回收利用的材料。电器电子产品上或者产品说明书中应当按照规定提供有关有毒有害物质含量、回收处理提示性说明等信息。”第11条规定：“国家鼓励电器电子产品生产者自行或者委托销售者、维修机构、售后服务机构、废弃电器电子产品回收经营者回收废弃电器电子产品。电器电子产品销售者、维修机构、售后服务机构应当在其营业场所显著位置标注废弃电器电子产品回收处理提示性信息。回收的废弃电器电子产品应当由有废弃电器电子产品处理资格的处理企业处理。”第12条规定：“废弃电器电子产品回收经营者应当采取多种方式为电器电子产品使用者提供方便、快捷的回收服务。废弃电器电子产品回收经营者对回收的废弃电器电子产品进行处理，应当依照本条例规定取得废弃电器电子产品处理资格；未取得处理资格的，应当将回收的废弃电器电子产品交有废弃电器电子产品处理资格的处理企业处理。回收的电器电子产品经过修复后销售的，必须符合保障人体健康和人身、财产安全等国家技术规范的强制性要求，并在显著位置标识为旧货。具体管理办法由国务院商务主管部门制定。”

第六百二十六条

买受人应当按照约定的数额和支付方式支付价款。对价款的数额和支付方式没有约定或者约定不明确的，适用本法第五百一十条、第五百一十一条第二项和第五项的规定。

本条主旨

本条是关于买受人支付价款义务的规定。

相关条文

《合同法》第159条 买受人应当按照约定的数额支付价款。对价款没有约定或者约定不明确的，适用本法第六十一条、第六十二条第二项的规定。

理解与适用

支付价款是买受人的主要义务。买受人支付价款应按照合同约定的数额、地点、时间为之。价款数额一般由单价与总价构成，总价为单价乘以标的物的数量。当事人在合同中约定的单价与总价不一致，而当事人又不能证明总价为折扣价的，原则上应按单价来计算总价。当事人对价款的确定，须遵守国家的物价法规，否则其约定无效。买受人应当按照约定的数额支付价款。对价款没有约定或约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。如仍不能确定，按照订立合同时履行地的市场价格履行，依法应当执行政府定价或者政府指导价的，按照规定履行。详言之，当事人在合同中约定执行政府定价的，在合同约定的交付期限内政府价格调整时，按照交付时的价格计价。逾期交付标的物的，遇价格上涨时，按照原价格执行；价格下降时，按照新价格执行。逾期提取标的物或者逾期付款的，遇价格上涨时，按照新价格执行；价格下降时，按照原价格执行。

第六百二十七条

买受人应当按照约定的地点支付价款。对支付地点没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，买受人应当在出卖人的营业地支付；但是，约定支付价款以交付标的物或者交付提取标的物单证为条件的，在交付标的物或者交付提取标的物单证的所在地支付。

本条主旨

本条是关于价款支付地点的规定。

相关条文

《合同法》第160条 买受人应当按照约定的地点支付价款。对支付地点没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，买受人应当在出卖人的营业地支付，但约定支付价款以交付标的物或者交付提取标的物单证为条件的，在交付标的物或者交付提取标的物单证的所在地支付。

理解与适用

价款的支付地点可由双方当事人约定。买受人应当按照约定的地点支付价款。对支付地点没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定；仍不能确定的，买受人应当在出卖人的营业地支付，但是，约定支付价款以交付标的物或者交付提取标的物的单证为条件的，则在交付标的物或者提取标的物单证的所在地支付。

第六百二十八条

买受人应当按照约定的时间支付价款。对支付时间没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，买受人应当在收到标的物或者提取标的物单证的同时支付。

本条主旨

本条是关于价款支付时间的规定。

相关条文

《合同法》第161条 买受人应当按照约定的时间支付价款。对支付时间没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，买受人应当在收到标的物或者提取标的物单证的同时支付。

《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第24条 买卖合同对付款期限作出的变更，不影响当事人关于逾期付款违约金的约定，但该违约金的起算点应当随之变更。

买卖合同约定逾期付款违约金，买受人以出卖人接受价款时未主

张逾期付款违约金为由拒绝支付该违约金的，人民法院不予支持。

买卖合同约定逾期付款违约金，但对账单、还款协议等未涉及逾期付款责任，出卖人根据对账单、还款协议等主张欠款时请求买受人依约支付逾期付款违约金的，人民法院应予支持，但对账单、还款协议等明确载有本金及逾期付款利息数额或者已经变更买卖合同中关于本金、利息等约定内容的除外。

买卖合同没有约定逾期付款违约金或者该违约金的计算方法，出卖人以买受人违约为由主张赔偿逾期付款损失的，人民法院可以中国人民银行同期同类人民币贷款基准利率为基础，参照逾期罚息利率标准计算。

理解与适用

价款的支付时间，可以由双方当事人约定。买受人应当按照约定的时间支付价款。对支付时间没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。仍不能确定的，按照同时履行的原则，买受人应当在收到标的物或者提取标的物单证的同时支付。（《民法典》第628条）价款支付迟延时，买受人不但有义务继续支付价款，还有责任支付迟延利息。

买受人在出卖人违约的情况下，有拒绝支付价款、请求减少价款、请求返还价款的权利。如出卖人交付的标的物有重大瑕疵以致难以使用时，买受人有权拒绝接受交付，并有权拒绝支付价款。如出卖人交付的标的物虽有瑕疵但买受人同意接受，买受人可以请求减少价款。标的物在交付后部分或全部被第三人追索，买受人不但有权解除合同、请求损害赔偿，也有权要求返还全部或部分价款。

价款的支付方式，也可由当事人约定，但当事人关于支付方式的约定，不得违反国家关于现金管理的规定。

第六百二十九条

出卖人多交标的物的，买受人可以接收或者拒绝接收多交的部分。买受人接收多交部分的，按照约定的价格支付价款；买受人拒绝接收多交部分的，应当及时通知出卖人。

本条主旨

本条是关于出卖人多交标的物时买受人如何处置的规定。

相关条文

《合同法》第162条 出卖人多交标的物的，买受人可以接收或者拒绝接收多交的部分。买受人接收多交部分的，按照合同的价格支付价款；买受人拒绝接收多交部分的，应当及时通知出卖人。

理解与适用

出卖人应当按照约定的数量交付标的物。出卖人多交标的物的，买受人可以接收或者拒绝接收多交的部分；买受人拒绝接收多交部分的，应当及时通知出卖人。买受人接收多交部分的，按照约定的价格支付价款；出卖人少交标的物的，除不损害买受人利益的以外，买受人可以拒绝接收。买受人拒绝接收标的物的，应当及时通知出卖人。买受人怠于通知的，应当承担因此产生的损害赔偿责任。但出卖人交付的标的物数量在合理的磅差或尾差之内的，应视为交付的数量符合约定的标准。合同中约定分批交付的，出卖人应按照约定的批量分批交付。出卖人未按照约定的时间和数量交付的，应就每一次的不适当交付负违约责任。

第六百三十条

标的物在交付之前产生的孳息，归出卖人所有；交付之后产生的孳息，归买受人所有。但是，当事人另有约定的除外。

本条主旨

本条是关于孳息归属的规定。

相关条文

《合同法》第163条 标的物在交付之前产生的孳息，归出卖人所有，交付之后产生的孳息，归买受人所有。

理解与适用

利益承受是指标的物于买卖合同订立后所生孳息的归属。标的物于合同订立后所生孳息的归属与风险的负担是密切相连的，二者遵循同一原则。因此在利益承受上，标的物在交付前产生的孳息，归出卖人所有；标的物交付后产生的孳息，由买受人承受。合同另有约定的，依其约定。

第六百三十一条

因标的物主物不符合约定而解除合同的，解除合同的效力及于从物。因标的物的从物不符合约定被解除的，解除的效力不及于主物。

本条主旨

本条是关于主物或者从物不符合约定时解除合同效力的规定。

相关条文

《合同法》第164条 因标的物主物不符合约定而解除合同的，解除合同的效力及于从物。因标的物的从物不符合约定被解除的，解除的效力不及于主物。

理解与适用

本条一方面确认因标的物主物不符合约定而解除合同的，解除合同的效力及于从物。也就是说，因主物不符合约定而解除的合同，涉及从物的合同，自然也就解除，当事人无须在从物问题上再为单独的解除意思表示，这就是“从随主走”规则的具体体现。另一方面确认因标的物的从物不符合约定被解除的，解除的效力不及于主物。也就是说，涉及从物的合同被解除时，并不影响到涉及主物的合同，涉及主物的合同仍然继续有效。

第六百三十二条

标的物为数物，其中一物不符合约定的，买受人可以就该物解除。

但是，该物与他物分离使标的物的价值显受损害的，买受人可以就数物解除合同。

本条主旨

本条是关于标的物为数物时，一物不符合约定买受人如何解除合同的规定。

相关条文

《合同法》第165条 标的物为数物，其中一物不符合约定的，买受人可以就该物解除，但该物与他物分离使标的物的价值显受损害的，当事人可以就数物解除合同。

理解与适用

本条所谓“数物”是指主、从物以外的其他相互独立存在的物。“数物”一般都是独立存在的物。一般来讲，本条买受人有权解除合同包括两种情形：一种情形是买受人解除数物中涉及一物的合同，不影响其他合同。换言之，在标的物为数物的买卖合同中，出卖人交付的标的物中的一物不符合约定，不被买受人接受，而出卖人交付的其他物符合要求时，买受人可以仅仅就不符合约定的物解除合同。另一种情形是，买受人购买了数物，其中一物不符合约定，而该物又不宜与数物中的其他物分离，否则将明显减损其价值，那么买受人可以要求解除整个合同。

第六百三十三条

出卖人分批交付标的物的，出卖人对其中一批标的物不交付或者交付不符合约定，致使该批标的物不能实现合同目的的，买受人可以就该批标的物解除。

出卖人不交付其中一批标的物或者交付不符合约定，致使之后其他各批标的物的交付不能实现合同目的的，买受人可以就该批以及之后其他各批标的物解除。

买受人如果就其中一批标的物解除，该批标的物与其他各批标的物相互依存的，可以就已经交付和未交付的各批标的物解除。

本条主旨

本条是关于分批交付标的物时，一批标的物的交付不符合约定，买受人如何解除合同的规定。

相关条文

《合同法》第166条 出卖人分批交付标的物的，出卖人对其中一批标的物不交付或者交付不符合约定，致使该批标的物不能实现合同目的的，买受人可以就该批标的物解除。

出卖人不交付其中一批标的物或者交付不符合约定，致使今后其他各批标的物的交付不能实现合同目的的，买受人可以就该批以及今后其他各批标的物解除。

买受人如果就其中一批标的物解除，该批标的物与其他各批标的物相互依存的，可以就已经交付和未交付的各批标的物解除。

理解与适用

买卖合同得基于合同终止的一般规则而终止，但也有特殊性。例如出卖人分批交付标的物的，出卖人对其中一批标的物不交付或交付不符合约定，致使不能实现合同目的的，买受人可以就该批标的物解除。出卖人不交付其中一批标的物或交付不符合约定，致使今后其他各批标的物的交付不能实现合同目的的，买受人可以就该批以及其他各批标的物解除。出卖人已经就其中一批标的物解除，该批标的物与其他各批标的物相互依存的，买受人可以就已经交付和未交付的各批标的物解除。

第六百三十四条

分期付款的买受人未支付到期价款的数额达到全部价款的五分之一，经催告后在合理期限内仍未支付到期价款的，出卖人可以请求买受人支付全部价款或者解除合同。

出卖人解除合同的，可以向买受人请求支付该标的物的使用费。

本条主旨

本条是关于分期付款买卖合同出卖人解除权产生条件及其法律效果的规定。

相关条文

《合同法》第167条 分期付款的买受人未支付到期价款的金额达到全部价款的五分之一的，出卖人可以要求买受人支付全部价款或者解除合同。

出卖人解除合同的，可以向买受人要求支付该标的物的使用费。

《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第38条 合同法第一百六十七条第一款规定的“分期付款”，系指买受人将应付的总价款在一定期间内至少分三次向出卖人支付。

分期付款买卖合同的约定违反合同法第一百六十七条第一款的规定，损害买受人利益，买受人主张该约定无效的，人民法院应予支持。

第39条 分期付款买卖合同约定出卖人在解除合同时可以扣留已受领价金，出卖人扣留的金额超过标的物使用费以及标的物受损赔偿额，买受人请求返还超过部分的，人民法院应予支持。

当事人对标的物的使用费没有约定的，人民法院可以参照当地同类标的物的租金标准确定。

理解与适用

分期付款买卖是一种特殊的买卖形式，是买受人将其应付的总价款按照一定期限分批向出卖人支付的买卖。依据《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第38条第1款的规定，“合同法第一百六十七条第一款规定的‘分期付款’，系指买受人将应付的总价款在一定期间内至少分三次向出卖人支付。”分期付款买卖在我国常常用于房屋及高档消费品的买卖。由于买受人的分期支付影响了出卖人的资金周转，故分期付款的总价款可略高于一次性付款的价款。在分期付款买卖中，为保护买受人的利益，只有当买受人未支付到期价款的金额达到全部价款1/5时，经催告后在合理期限内仍未支付到期价款的，出卖人方可请求买受人支付全部价款或者解除合同。出卖人解除合同的，可以向买受人请求支付该标的物的使用费。

（《民法典》第634条）

同时，因为分期付款买卖中，出卖人须先交付标的物，买受人于受领标的物后分若干次付款，出卖人有收不到价款的风险。因此在交易实践中，当事人双方就分期付款买卖常有以下特别约定。

1.所有权保留的特约。即在分期付款买卖合同中，买受人虽先占有、使用标的物，但在双方当事人约定的特定条件（通常是价款的一部或全部清偿）成就之前，出卖人仍保留标的物的所有权，待条件成就后，再将所有权转移给买受人。这种特约，一般仅适用于动产的买卖。

2.解除合同的损害赔偿金额的特约。即当事人双方关于解除合同时一方应向另一方支付的赔偿金额的约定。解除合同时，当事人双方应将其从对方取得的财产返还给对方，有过错的一方并应赔偿对方的损失。分期付款买卖在因买受人一方的原因而由出卖人解除合同时，标的物已经交付买受人，因此，买受人在占有标的物期间的利益也即是出卖人的一种损失。为保护出卖人的利益，在分期付款买卖中当事人经常有关于出卖人于解除合同时得扣留其已受领的价款或请求买受人支付一定金额的约定。这种约定如过苛，则对买受人不利。为了维系公平和保护买受人的利益，各个国家和地区的法律通常要对关于出卖人解除合同时，出卖人得扣留价款或请求支付价款的约定作一定限制。《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第39条第1款确认：“分期付款买卖合同约定出卖人在解除合同时可以扣留已受领价款，出卖人扣留的金额超过标的物使用费以及标的物受损赔偿额，买受人请求返还超过部分的，人民法院应予支持。”

第六百三十五条

凭样品买卖的当事人应当封存样品，并可以对样品质量予以说明。出卖人交付的标的物应当与样品及其说明的质量相同。

本条主旨

本条是关于样品买卖合同如何确定标的物质量标准的规定。

相关条文

《合同法》第168条 凭样品买卖的当事人应当封存样品，并可以对样品质量予以说明。出卖人交付的标的物应当与样品及其说明的质量相同。

《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第40条 合同约定的样品质量与文字说明不一致且发生纠纷时当事人不能达成合意，样品封存后外观和内在品质没有发生变化的，人民法院应当以样品为准；外观和内在品质发生变化，或者当事人对是否发生变化有争议而又无法查明的，人民法院应当以文字说明为准。

理解与适用

样品买卖，又称货样买卖，是指当事人双方约定一定的样品，出卖人交付的标的物应与样品具有相同品质的买卖。所谓样品，又称货样，是指当事人选定的用以决定标的物品质的货物。它通常是从一批货物中抽取出来的或由生产、使用部门加工、设计出来的，用以反映和代表整批商品品质的少量实物。

由于样品买卖是在普通买卖关系中附加了出卖人的一项“须按样品的品质标准交付标的物”的担保，因此，样品买卖除适用普通买卖的规定外，还产生下列效力：当事人应当封存样品，并且可以对样品质量予以说明。出卖人交付的标的物应当与样品及其说明的质量相同。在判断交付的标的物是否与样品及其说明的质量相同时，应当依据合同的性质以及交易习惯确定。

第六百三十六条

凭样品买卖的买受人不知道样品有隐蔽瑕疵的，即使交付的标的物与样品相同，出卖人交付的标的物的质量仍然应当符合合同种物的通常标准。

本条主旨

本条是关于样品存在隐蔽瑕疵时如何确定标的物质量标准的规定。

相关条文

《合同法》第169条 凭样品买卖的买受人不知道样品有隐蔽瑕疵的，即使交付的标的物与样品相同，出卖人交付的标的物的质量仍然应当符合合同种物的通常标准。

理解与适用

凭样品买卖的买受人不知道样品有隐蔽瑕疵的，即使交付的标的物与样品相同，出卖人交付的标的物的质量仍然应当符合合同种物的通常标准。其中所谓隐蔽瑕疵，是指经过一般、通常的检查不易发现的样品的品质瑕疵。

第六百三十七条

试用买卖的当事人可以约定标的物的试用期限。对试用期限没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，由出卖人确定。

本条主旨

本条是关于试用买卖试用期限如何确定的规定。

相关条文

《合同法》第170条 试用买卖的当事人可以约定标的物的试用期间。对试用期间没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，由出卖人确定。

理解与适用

试用买卖，是指当事人双方约定，于合同成立时，出卖人将标的物交付买受人试验或检验，并以买受人在约定期限内对标的物的认可为生效要件的买卖合同。这种买卖常见于某些新产品的销售。试用买卖作为一种特种买卖，与一般买卖合同相比，具有以下特征：第一，试用买卖约定由买受人试验或检验标的物；第二，试用买卖以买受人对标的物的认可为生效条件。试用买卖的当事人可以约定标的物的试用期间。对试用期间没有约定或约定不明确的，可以协议补充；不能

达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定；如仍不能确定，由出卖人确定。

第六百三十八条

试用买卖的买受人在试用期内可以购买标的物，也可以拒绝购买。试用期限届满，买受人对是否购买标的物未作表示的，视为购买。

试用买卖的买受人在试用期内已经支付部分价款或者对标的物实施出卖、出租、设立担保物权等行为的，视为同意购买。

本条主旨

本条是关于试用买卖合同中如何确定买受人是否同意购买的规定。

相关条文

《合同法》第171条 试用买卖的买受人在试用期内可以购买标的物，也可以拒绝购买。试用期间届满，买受人对是否购买标的物未作表示的，视为购买。

《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第41条 试用买卖的买受人在试用期内已经支付一部分价款的，人民法院应当认定买受人同意购买，但合同另有约定的除外。

在试用期内，买受人对标的物实施了出卖、出租、设定担保物权等非试用行为的，人民法院应当认定买受人同意购买。

第42条 买卖合同存在下列约定内容之一的，不属于试用买卖。买受人主张属于试用买卖的，人民法院不予支持：

（一）约定标的物经过试用或者检验符合一定要求时，买受人应当购买标的物；

（二）约定第三人经试验对标的物认可时，买受人应当购买标的物；

（三）约定买受人在一定期间内可以调换标的物；

（四）约定买受人在一定期间内可以退还标的物。

理解与适用

试用人在试用期内可以购买标的物，也可以拒绝购买。试用期间届满，试用人对是否购买标的物未作表示的，视为同意购买。试用人全部或部分支付价款，或就标的物为试验、检验以外的行为（如将该物转卖、转租或设定担保物权）时，虽未明确作出认可的意思表示，也应视为认可。

第六百三十九条

试用买卖的当事人对标的物使用费没有约定或者约定不明确的，出卖人无权请求买受人支付。

本条主旨

本条是关于试用买卖合同中应否支付标的物使用费的规定。

相关条文

《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第43条 试用买卖的当事人没有约定使用费或者约定不明确，出卖人主张买受人支付使用费的，人民法院不予支持。

理解与适用

本条规定是在《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》的基础上，参考《美国统一商法典》的规定作出的。《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第43条规定：“试用买卖的当事人没有约定使用费或者约定不明确，出卖人主张买受人支付使用费的，人民法院不予支持。”《美国统一商法典》第2—327条规定：“除非另有协议，在采用试用方式时a.即使货物已特定于合同项下，但在买方接受货物前，风险和所有权不转移至买方；并且b.如果使用货物的方式符合试验目的，此种使用不构成接受。未能及时将退货要求告知卖方，则构成接受。如果货物符合合

同，对部分货物的接受构成对全部货物的接受；并且c.在发出适当的退货通知后，卖方承担退货的风险和费用；但买方如果为商人，他必须遵循卖方的合理指示。”

第六百四十条

标的物在试用期内毁损、灭失的风险由出卖人承担。

本条主旨

本条是关于试用期内标的物毁损、灭失风险负担的规定。

理解与适用

在试用期间内试用人作出不认可的意思表示，或未作出认可的意思表示，也没有前述情形的，为试用人不认可，该买卖合同不生效力。因此试用人负返还标的物的义务。因可归责于试用人的事由，造成标的物毁损、灭失时，试用人负赔偿责任。由于不可归责于出卖人和试用人的原因导致标的物毁损、灭失的，当事人之间如没有特别约定或特殊的交易习惯，由标的物的所有权人负担损失。

第六百四十一条

当事人可以在买卖合同中约定买受人未履行支付价款或者其他义务的，标的物的所有权属于出卖人。

出卖人对标的物保留的所有权，未经登记，不得对抗善意第三人。

本条主旨

本条是关于所有权保留的规定。

相关条文

《合同法》第134条 当事人可以在买卖合同中约定买受人未履行支付价款或者其他义务的，标的物的所有权属于出卖人。

《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第34条 买卖合同当事人主张合同法第一百三十四条关于标的物所有权保留的规定适用于不动产的，人民法院不予支持。

理解与适用

所有权保留，是与分期付款买卖结合紧密的一种担保制度。依据该项制度，在买卖合同中，买受人虽先占有、使用标的物，但在双方当事人约定的特定条件（通常是价金的一部或全部支付）成就之前，出卖人仍保留标的物的所有权，待条件成就后，再将所有权转移给买受人。该项制度以微观上的利益均衡为宗旨，以权利享有和利益享用相分离的权利分化理论为构思主题，以设定标的物所有权转移的前提条件为特征，精巧地实现了买受人对标的物的提前享用，有效地降低了出卖人滞后收取价金的交易风险，从而以制度设计的内在合理性为契机，一经运用，即发挥了巨大的信用供给功能。所有权保留如何进行法律的构成，颇值研究。

民法典物权编以第二章“物权的设立、变更、转让和消灭”为核心，确立了多元的物权变动模式体系，即以债权形式主义的物权变动模式为原则，以意思主义的物权变动模式和混合主义的物权变动模式为例外。所谓债权形式主义的物权变动模式，其核心内容为：欲基于合同行为发生物权变动的法律效果，最低限度需要同时满足两项条件：其一，当事人之间存在生效的合同行为；其二，当事人需要依据生效合同进行履行合同义务的行为，其核心是采用法定的公示方法。所谓意思主义的物权变动模式，其核心内容为：欲基于合同行为发生物权变动的法律效果，最低限度满足一个条件即可，即当事人之间存在生效的合同行为。法定公示方法的采用仅系物权变动的法律效果具有对抗效力的条件。所谓混合主义的物权变动模式，其核心内容是：基于合同行为在当事人之间转让船舶、航空器和机动车的所有权，欲发生所有权转移的法律效果，最低限度需要同时满足两个条件：其一，当事人之间存在生效的合同行为；其二，存在交付船舶、航空器和机动车的行为。登记手续的办理仅系所有权转移的法律效果具有对抗效力的条件。

由于民法典物权编仍以债权形式主义的物权变动模式为原则，在基于合同行为发生物权变动法律效果的问题上，不认可独立于债权合同的物权合同的存在。由此产生了所有权保留法律构成的第一个争议问题，即债权形式主义的物权变动模式之下，能否完成所有权保留的法律构成？有学者主张所有权保留的法律构成，必须以认可独立的物权合同的存在为前提。若不采纳物权形式主义的物权变动模式，所有

权保留就无法完成法律的构成。此外，就民法典物权编作为一般规则加以确认的债权形式主义的物权变动模式，与《物权法》一样，与《民法通则》以及《合同法》相较，还略有调整。主要体现为：就基于合同行为发生动产标的物所有权转移的法律效果而言，此前的民事立法，如《民法通则》第72条第2款以及《合同法》第133条确认，动产标的物的所有权自交付之时起转移，但“法律另有规定或者当事人另有约定的除外”。在“法律另有规定除外”之外，尚允许“当事人另有约定的除外”，可见该项规则属于补充性的任意性规范，留有当事人自由约定的充分空间。但《民法典》第224条如同《物权法》第23条，就动产标的物所有权的转让“自交付时发生法律效力”，仅允许“法律另有规定的除外”，删去了“当事人另有约定的除外”，该项规则属于强制性规范，限制了当事人自由约定的空间。由此就带来了所有权保留法律构成的第二个争议问题，即在动产标的物所有权的转让自“交付时发生法律效力”，仅允许“法律另有规定的除外”这一背景之下，是否还有所有权保留的容身之地？一种观点认为，正是由于《民法通则》第72条第2款以及《合同法》第133条允许当事人就所有权转移进行约定，该规定为所有权保留制度的存在提供了空间：当事人可以就所有权转移附条件。如果删除“当事人另有约定的除外”，似乎也就排除了所有权保留制度的存在可能性。

笔者认为，上述问题都有讨论余地。民法典物权编未采物权形式主义的物权变动模式，不认可独立于债权合同的物权合同的存在，是否就无法进行所有权保留的法律构成？笔者的看法是，不同的物权变动模式之下，所有权保留制度如何具体构成，属于物权变动模式立法选择的体系效应问题。换言之，物权变动模式的立法选择不同，只会带来所有权保留法律构成上的差异，并不会出现特定物权变动模式之下该项制度无法完成法律构成的问题。此外，表面看来，《民法典》第224条作为强制性规范，排除了当事人自由约定的可能。但由于该条所谓“法律另有规定”，主要是指《民法典》第226条、227条以及228条确认的三种替代交付方式，即简易交付、指示交付以和占有改定。这就意味着，该项强制性规范是允许当事人在给定的数种行为模式中作出选择的强制性规范，并非仅允许当事人采用某一种特定行为模式的强制性规范。换言之，当事人仍享有强制之下的部分自由空间。除了《民法典》第224条所谓的“交付”，即现实交付和拟制交付外，尚允许当事人约定选择替代交付方式，以完成动产标的物所有权的转移。因此，尽管在一般情况下，买卖合同中动产标的物现实交付或拟制交付行为的完成，就伴随着标的物所有权的转移，但当事人完全可以基于自身的特殊需作出特别的约定。所有权保留约款即是当事人特别约定的一种类型。基于当事人之间的约定，尽管出卖人已将标的物交付给买受人，但在买受人支付完毕合同价款或履行完毕其他合

同义务之前，标的物的所有权不发生转移。这样的约定，就意味着出卖人在买受人支付完毕合同价款或履行完毕其他合同义务之前，基于买卖合同向买受人进行的标的物的现实交付，并非在履行转移标的物所有权的义务，而是服务于买受人对于标的物直接占有、提前使用的需要。标的物所有权在双方当事人约定的特定条件满足时，方发生转移。在民法典物权编认可替代交付方式的背景下，由于买受人已提前取得标的物的直接占有，这时，标的物所有权的转移只需借助简易交付的方式即可完成。

以上述认识为前提，以民法典物权编确认的债权形式主义的物权变动模式为基础，所有权保留法律构成的具体方式是：在附所有权保留的动产分期付款买卖交易中，分期付款买卖合同中除与动产标的物所有权转移相关的合同条款外，其余条款一旦满足《民法典》第502条第1款以及第143条的规定，即自成立之时起生效。与动产标的物所有权转移相关的合同条款，乃附有《民法典》第158条第2句中的“生效条件”的条款，其在价款支付完毕等条件成就前，尚不发生效力。但服务于买受人提前享用动产标的物的需要，出卖人须在其他合同条款生效的前提下，应买受人的请求交付动产标的物于买受人。由于分期付款买卖合同中与动产标的物所有权转移相关的合同条款尚未生效，买受人尚不享有要求出卖人转移动产标的物所有权的请求权。出卖人此时进行的交付动产标的物的行为，并非在履行其在买卖合同中所负担的主合同义务，即《民法典》第598条所谓“出卖人应当履行向买受人交付标的物或者交付提取标的物的单证，并转移标的物所有权的义务”。出卖人所进行的动产标的物的交付行为，仅是服务于买受人对于标的物的提前享用而已，因而不存在适用《民法典》第224条的问题。当然也就不能得出如下结论：出卖人进行了动产标的物的交付，但却未在出卖人和买受人之间发生动产标的物所有权转移的法律效果，是属于排除《民法典》第224条确认的强制性规范的适用。一旦与动产标的物所有权转移相关的合同条款所附生效条件成就，买受人支付完毕了合同约定的价款或履行了其他合同义务，买受人即得要求出卖人履行转移标的物所有权的合同义务。

考虑到“动产物权设立和转让前，权利人已经占有该动产”的，“物权自民事法律行为生效时发生效力”。保留所有权的分期付款买卖合同中，动产标的物的所有权得依此项关于简易交付的规定，自与动产标的物所有权转移相关的合同条款生效之时，转归买受人所有。

就不动产分期付款买卖交易而言，依据《民法典》第208条、第209条第1款以及第214条的规定，也是通过法律的强制性规范来调整不动产所有权的转移问题。登记手续的办理是不动产所有权转移的必

要件，除办理登记手续外，并不存在法律许可当事人选择的其他行为模式。换言之，与动产标的物所有权的转移规则不同，和不动产所有权转移相关的强制性规范中，当事人被给定的必须要遵循的行为模式是唯一的。当事人面临的是单项选择，而非多项选择。因此，就不动产分期付款买卖而言，并不会存在所谓的所有权保留约款。出卖人为担保自身价款债权的实现，不能直接就所有权的转移附加条件，仅能就出卖人（协助）登记义务的履行附加条件。采物权形式主义物权变动模式的国家和地区，也是如此。如《德国民法典》第925条第2款确认，附条件或期限而达成的关于土地所有权转移的合意，不生效力。由于该款规定限制土地所有权转移的物权合意附条件，因此德国民法上附所有权保留的分期付款买卖，仅适用于动产交易。我国台湾地区“动产担保交易法”上附条件买卖之客体，也限于动产。

在物权形式主义的物权变动模式之下，承认独立于债权合同之外的物权合同的存在。因此，在附所有权保留的分期付款买卖合同中，所附的条件就具有两个方面的功用：一方面是作为债权合同的买卖合同附条件，从而抑制买受人享有的要求出卖人转移标的物所有权的债权请求权；另一方面是转移标的物所有权的物权合同附条件，从而抑制动产所有权转移这一物权变动法律效果的发生。其中，所谓买卖合同附条件，并非整个买卖合同附条件，而是与买受人请求出卖人转移标的物所有权相关的条款附条件。买卖合同的其他部分，仍毫无障碍地发生相应的效力。所谓物权合同附条件，则是整个物权合同都附条件。这样，附所有权保留的分期付款买卖合同所对应的基本法律关系，就可以区分为债权法律关系与物权法律关系。其中债权法律关系主要涉及买卖合同的义务履行和所有权保留之间的关系。它们之间的关系是物权形式主义物权变动模式之下一般的原因行为和结果行为的关系的具体化，即虽有因果关系，但效力却相互独立。物权法律关系集中体现在出卖人的如下权利状态上：其一，在买受人支付全部价款之前，出卖人是标的物的所有权人和间接占有人。它的所有权主要发挥担保作用，而不是发挥用益作用。其二，当买受人支付完毕全部价款时，因所有权保留所附的条件成就，所有权的转移成为现实，出卖人便失去其所有权。

有学者认为，由于物权形式主义的物权变动模式之下，债权行为系以发生债务为内容的法律行为，而物权行为则是以物权的设定与移转为内容的法律行为，因此，所有权保留买卖并不是对买卖合同本身附条件，而是对所有权移转的物权行为附条件。所附的条件是：物的所有权的移转，在买受人支付全部买价的条件下进行，从而使物权行为效力的发生受到了延缓条件的抑制。因此，在所有权保留制度中，买卖契约系完全成立，而以保留所有权为其约款，其本身并不附任何

条件，附条件者，系物权行为。按以移转标的物所有权为目的之物权行为，系由合意及交付两个因素构成之。标的物虽先交付，由买受人占有，但在买受人价金义务履行完毕以前，出卖人仍保留所有权，整个物权行为效力系于将来不确定的事实。借此也可体现区隔债权行为与物权行为在现代交易中最明显的实益。

笔者以为此论尚有讨论余地。理由在于：第一，如果附所有权保留的分期付款买卖合同，仅是物权合同附条件，买卖合同本身不附条件，那就意味着买受人依据买卖合同请求出卖人转移标的物所有权的债权请求权未受抑制，仍得主张。这明显与当事人约定所有权保留条款的初衷相悖，而且也无法圆满地解释如下问题：买受人效力未受限制的债权请求权缘何在条件成就前，尚不能向出卖人主张并得以实现？第二，承认物权合同附条件，而否认债权合同附条件的见解，实际上是意味着允许当事人可以背离债权合同的约定去为履行行为，这明显与法理不合。因为物权合同本质上是属于债权合同的履行行为，在债权合同中业已包含了当事人之间利益关系的全部安排。履行行为中对于当事人之间利益关系的调整，理应以债权合同的调整为前提。如果作为债权合同履行行为的物权合同附条件，而债权合同却没有包含类似的利益安排，其实就意味着该物权合同并非该债权合同的履行行为，这自然与物权合同的功能和宗旨不合。第三，我国台湾地区的民事立法以及民法学说，在物权行为问题上大多追随德国民事立法和民法学说。中国大陆主张承认物权行为理论的学者，也大多唯德国民法学说是尚。但德国民法学界通说并不认为所有权保留的法律构成，仅需物权合同附条件，债权合同却不附条件。如德国学者鲍尔、施蒂尔纳曾就所有权保留的法律构成论述道：“为了能够发挥所有权保留的债权效力和物权效力，所有权保留必须在买卖合同和物权合意中被表示出来。只有在买卖合同中，对以所有权保留形式送交标的物达成一致，出卖人才是在所有权移转附延缓条件的情况下，履行了其作为出卖人的主给付义务。缺少这种约定，买受人无须接收附条件的所有权移转，他可以要求无条件的所有权移转。”“如果当事人在买卖合同中对所有权保留没有约定，但出卖人在标的物交付前或交付时，单方面表示要求所有权保留的话，只有当买受人对这种所有权保留做同意的意思表示时（这里存在一个对买卖合同的嗣后变更），买受人才获得一个附条件的所有权。如买受人不同意，则缺少有效的所有权让与合意，买受人没有成为所有权人；买受人可以诉请无条件进行所有权移转。”“如果既没有在买卖合同中，也没有在所有权让与合意和交付时提到所有权保留，那么出卖人不能事后通过下列方式来确定存在所有权保留，即在账单上或这类东西上表示，货物交付是在所有权保留条件下进行的。但当事人现在再约定一个所有权保留，还是可以的。那么当事人就获得了如同在买卖合同中表示的所有权保留一样的债权

法和物权法上的法律地位。”^[16]

在保留所有权的分期付款买卖中，买受人在条件成就前，享有所有权的期待权，该项权利为物权化的债权或效力扩张的债权；出卖人基于其所保留的所有权享有取回权。出卖人对标的物保留的所有权，未经登记，不得对抗善意第三人。

设置这一规定的原因是由于整个民法典所期望实现的目标之一是消灭隐形担保。按照《合同法》第134条的规定，出卖人对买卖标的物虽然享有名义上的所有权，但是这个名义上的所有权并不对外公示，但却可以行使真正所有权人的权利，甚至在破产中享有取回权。这种做法使得这种没有公示的权利取得了一个最强大的效力，必然会给交易安全造成巨大的影响，尤其是在同一标的物上可能同时存在动产抵押、浮动抵押、融资租赁、所有权保留、动产质押等各种竞存的担保物权情形时。当发生以上权利冲突时，依据《合同法》第134条的规定，出卖人借助于未公示的所有权即可享有一个最强大最完整的权利，这样就会使得其他按照现有法律规范进行真正公示的权利的当事人反而得不到保障。上述做法有违现代担保交易的基本原理，同时也会给交易中的商人产生巨额的调查成本，对交易安全造成较大损害。自2020年1月1日起施行的《优化营商环境条例》第47条第2款规定：“国家推动建立统一的动产和权利担保登记公示系统，逐步实现市场主体在一个平台上办理动产和权利担保登记。纳入统一登记公示系统的动产和权利范围另行规定。”目前，已经由中国人民银行牵头在北京市和上海市开展动产担保统一登记试点。同时，为了配合《民法典》和《优化营商环境条例》的颁布实施，中国人民银行也相应修改了《应收账款质押登记办法》，该办法第35条规定：“权利人在登记公示系统办理其他动产和权利担保登记的，参照本办法的规定执行。本办法所称动产和权利担保包括当事人通过约定在动产和权利上设定的、为偿付债务或以其他方式履行债务提供的、具有担保性质的各类交易形式，包括但不限于融资租赁、保证金质押、存货和仓单质押等，法律法规另有规定的除外。”上述行政法规和部门规章的颁布实施为逐步建立全国统一的动产与权利担保登记系统奠定了基础。所以，基于实现优化营商环境、消灭隐形担保的总目标，本条规定出卖人对标的物享有的所有权未经登记不得对抗善意第三人，明确了必须登记了才能取得对抗第三人的效力。除了上述总目标的实现以外，由于本法已经在所有权保留买卖制度中引入了登记，所以从功能上讲，保留的所有权实质上属于“可以登记的担保权”。基于此，所有权保留同样可以适用《民法典》第414条的规定，即“同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定清偿：

（一）抵押权已经登记的，按照登记的时间先后确定清偿顺序；

（二）抵押权已经登记的先于未登记的受偿；（三）抵押权未登记的，按照债权比例清偿。其他可以登记的担保物权，清偿顺序参照适用前款规定”^[17]。

第六百四十二条

当事人约定出卖人保留合同标的物的所有权，在标的物所有权转移前，买受人有下列情形之一，造成出卖人损害的，除当事人另有约定外，出卖人有权取回标的物：

- （一）未按照约定支付价款，经催告后在合理期限内仍未支付；
- （二）未按照约定完成特定条件；
- （三）将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分。

出卖人可以与买受人协商取回标的物；协商不成的，可以参照适用担保物权的实现程序。

本条主旨

本条是关于保留所有权的出卖人行使取回权的规定。

相关条文

《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第35条 当事人约定所有权保留，在标的物所有权转移前，买受人有下列情形之一，对出卖人造成损害，出卖人主张取回标的物的，人民法院应予支持：

- （一）未按约定支付价款的；
- （二）未按约定完成特定条件的；
- （三）将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分的。

取回的标的物价值显著减少，出卖人要求买受人赔偿损失的，人民法院应予支持。

第36条 买受人已经支付标的物总价款的百分之七十五以上，出卖人主张取回标的物的，人民法院不予支持。

在本解释第三十五条第一款第（三）项情形下，第三人依据物权法第一百零六条的规定已经善意取得标的物所有权或者其他物权，出卖人主张取回标的物的，人民法院不予支持。

理解与适用

本条是参照《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》作出的规定。所谓出卖人取回权，是指在所有权保留买卖合同中，当买受人出现违约的情形时，出卖人享有取回标的物的权利。依据本条第1款的规定，出卖人取回权的主要内涵为：在所有权保留买卖中，标的物进行实际交付以后、标的物所有权移转于买受人之前，因买受人未按照约定支付价款、未按照约定完成特定条件或者将标的物作出卖或者出质等不当处分的，出卖人有权取回标的物。据此表明，出卖人若取回标的物，除当事人另有约定外，必须符合本条规定的条件才可以行使。之所以明确出卖人的取回权，是因为在所有权保留买卖中，由于买受人占有、使用标的物，出卖人以保留的所有权来担保其价金债权的实现，这就造成了所有权人和标的物相分离，一旦买受人不依约支付价款，或者对标的物进行处分进而使得标的物的价值降低或状态改变，都将危害到出卖人的利益。在此前提下，当买受人未履行支付价金义务或未尽善良管理人应尽的注意义务时，出卖人应当享有一定的救济权利，取回标的物无疑是最好的手段。

第六百四十三条

出卖人依据前条第一款的规定取回标的物后，买受人在双方约定或者出卖人指定的合理回赎期限内，消除出卖人取回标的物事由的，可以请求回赎标的物。

买受人在回赎期限内没有回赎标的物，出卖人可以以合理价格将标的物出卖给第三人，出卖所得价款扣除买受人未支付的价款以及必要费用后仍有剩余的，应当返还买受人；不足部分由买受人清偿。

本条主旨

本条是关于所有权保留买卖中买受人回赎标的物的规定。

相关条文

《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第37条 出卖人取回标的物后，买受人在双方约定的或者出卖人指定的回赎期间内，消除出卖人取回标的物事由，主张回赎标的物的，人民法院应予支持。

买受人在回赎期间内没有回赎标的物的，出卖人可以另行出卖标的物。

出卖人另行出卖标的物的，出卖所得价款依次扣除取回和保管费用、再交易费用、利息、未清偿的价金后仍有剩余的，应返还原买受人；如有不足，出卖人要求原买受人清偿的，人民法院应予支持，但原买受人有证据证明出卖人另行出卖的价格明显低于市场价格的除外。

理解与适用

本条是参照《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》作出的规定。所谓买受人回赎权，是指所有权保留买卖中出卖人对标的物行使取回权后，在一定期间内，买受人可以通过履行支付价金义务或者完成其他条件后享有的重新占有标的物的权利。一般来讲，出卖人行使取回权后，应当赋予买受人一定的回赎期限，而不能立即处分标的物。这是因为，出卖人取回标的物，只是导致买受人占有的丧失，并不是立即解除当事人之间的买卖合同，否则有违鼓励交易原则，也不利于保护买受人的合法权益。

依据本条第1款的规定，出卖人取回标的物后，在回赎期内，只要买受人消除了出卖人取回标的物事由，就可以请求回赎标的物。其中“买受人消除了出卖人取回标的物事由”是指前一条所规定的出卖人可以取回标的物的三种情形已通过买受人的努力得以解决，即未按照约定支付价款、未按照约定完成特定条件以及不当处分标的物的情形已不复存在，买受人自然有权向出卖人行使回赎权。回赎制度的目的是尽力维护买受人的期待利益，使买受人有机会重新获得对标的物的占有，所以买受人应根据自身的实际情况作出选择：不选择回赎，应当尽快向出卖人作出意思表示；选择回赎，同样应当在合理期限内向出卖人作出意思表示。

买受人的回赎权应当受到回赎期的限制，当然，这个回赎期可以是约定的合理期限。回赎期是买受人可以行使回赎权的期间，一般包

括法定期间和意定期间。法定期间由法律明确规定，意定期间是当事人确定的期间，包括买卖双方约定的期间和出卖人指定的期间。双方约定的期间属于合同自由的体现，应当予以准许；而出卖人单方指定的期间，由于并未事先与买受人协商，若出卖人指定买受人应在不合理的较短期限内完成回赎，通常情况下，显然有悖于公平和诚信原则，不对买受人产生效力。因此，本条规定出卖人单方指定的回赎期限必须是合理期限，即主要根据标的物性质来确定期限，应当具体情况具体分析。如果出卖人取回的标的物是易腐烂变质的物品，那么出卖人可以指定较短的合理回赎期。

第六百四十四条

招标投标买卖的当事人的权利和义务以及招标投标程序等，依照有关法律、行政法规的规定。

本条主旨

本条是关于招标投标买卖的规定。

相关条文

《合同法》第172条 招标投标买卖的当事人的权利和义务以及招标投标程序等，依照有关法律、行政法规的规定。

理解与适用

招标投标买卖合同，是指由招标人向数人或公众发出招标通知或招标公告，在诸多投标人中选择自己最满意的投标人并与之订立买卖合同的方式。

招标投标买卖一般分为以下阶段。

（1）招标阶段。招标，是指招标人采取招标通知或招标公告的形式，向不特定的数人或公众发出的投标邀请。关于招标的性质，两大法系均认为招标属于要约邀请而不是要约，所不同的是，英美法认为招标虽属于要约邀请，但并非无法律意义，招标内容发出后，在法律上对招、投标方均有约束力。我国学者一般认为，招标的法律性质

为要约邀请，邀请投标人投标即发出要约。但是，如果招标人在招标公告中已明确表示将与报价最优者订立合同，这一招标行为则已具有要约的性质。

（2）投标阶段。投标，是指投标人（出标人）按照招标文件的要求，在规定的期间内向招标人提出报价的行为。拟投标人必须在招标通知或招标公告规定的期限内，到指定地点索取招标文件，按该文件的规定和要求编制好有关文件、资料，做好参加投标的各项工作。投标书制好并密封后按规定的方法、地点、期限投入标箱。投标的法律性质为要约，在投标人投标以后必须有招标人的承诺，合同才能成立。

（3）开标、验标阶段。开标，是指招标人在召开的投标人会议上，当众启封标书，公开标书内容的行为。验标，是验证标书的效力，对不具备投标资格的标书、不符合招标文件规定的标书以及超过截止日期送达的标书，招标人可宣布其无效。

（4）评标、定标阶段。招标人对有效标书进行评审，选择自己满意的投标人，决定其中标。该定标若是对投标的完全接受，就是承诺。

（5）签订合同。中标人在接到中标通知后，在指定的期间、地点同招标人签订合同书。

第六百四十五条

拍卖的当事人的权利和义务以及拍卖程序等，依照有关法律、行政法规的规定。

本条主旨

本条是关于拍卖的规定。

相关条文

《合同法》第173条 拍卖的当事人的权利和义务以及拍卖程序等，依照有关法律、行政法规的规定。

理解与适用

拍卖有广义、狭义之分。广义的拍卖是指竞争买卖，即众多欲订约的人通过竞争与出卖人订立合同，购买物品，它包括狭义的拍卖和投标拍卖两种情况。其中，狭义的拍卖，是指对物品的拍卖，即以公开竞价的方法，将标的物的所有权转移给最高应价者的买卖方式。从拍卖的方式上说，广义的拍卖泛指以竞争方式的缔约，包括拍卖和招标。这里仅就狭义的拍卖进行阐述。

拍卖一般须经如下程序。

（1）拍卖的表示。拍卖的表示，是指拍卖人发出的对标的物进行拍卖的意思表示，它包括拍卖公告和拍卖师在拍卖开始时所作的拍卖表示。

（2）应买的表示。应买的表示是指参加竞买的竞买人发出的购买的意思表示。在拍卖时，是由参加购买的应买人竞争，由出价最高者购买。参加竞争的应买人为竞买人，其提出的价格即为应价。竞买人一经应价，不得撤回，当其他竞买人有更高应价时，其应价即丧失约束力。在一般情况下，拍卖的表示属于要约邀请，竞买人的应价为要约，竞买人应受其约束，但在其他人有更高应价时，其应价即丧失效力。而在拍卖人说明拍卖标的无保留价时，拍卖的表示即属于要约，竞买人的应价为承诺；竞买人一经应价，买卖合同即告成立，但以无其他竞买人的更高应价为生效条件，即无其他竞买人的更高应价时条件成就，合同生效；有其他竞买人的更高应价时，条件不成就，合同失去效力。

根据《拍卖法》的规定，拍卖人及其工作人员不得以竞买人的身份参与自己组织的拍卖活动，并且不得委托他人代为竞买；委托人不得参与竞买，也不得委托他人代为竞买。拍卖人、委托人违反这一规定参与竞买的，其买卖的效力如何确定，对此有不同的观点。有的认为，拍卖人及其工作人员、委托人参与竞买的，其买卖应为无效。有的认为，拍卖人参与竞买的，经委托人的承认而生效力。根据我国《拍卖法》的规定，在发生上述情况时，市场监督管理部门应给予拍卖人或委托人以行政处罚，其买卖应为无效。

（3）卖定的表示。拍卖以拍卖人拍板或依其他惯用的方法，为卖定的表示。拍卖人作出卖定的表示，则买卖成交，竞争买卖结束。因此，拍卖人关于卖定的表示应属于承诺，但须以规定的方式公开表示。经拍卖人确认的出最高应价的竞买人即为买受人。拍卖经拍板成交后，买受人和拍卖人应当签署成交确认书。签署成交确认书并不是

订立合同，而是对经拍卖成立的买卖合同的一种确认。

第六百四十六条

法律对其他有偿合同有规定的，依照其规定；没有规定的，参照适用买卖合同的有关规定。

本条主旨

本条是关于有偿合同法律适用规则的规定。

相关条文

《合同法》第174条 法律对其他有偿合同有规定的，依照其规定；没有规定的，参照买卖合同的有关规定。

《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第45条 法律或者行政法规对债权转让、股权转让等权利转让合同有规定的，依照其规定；没有规定的，人民法院可以根据合同法第一百二十四条和第一百七十四条的规定，参照适用买卖合同的有关规定。

权利转让或者其他有偿合同参照适用买卖合同的有关规定的，人民法院应当首先引用合同法第一百七十四条的规定，再引用买卖合同的有关规定。

理解与适用

买卖合同是典型的可有偿合同，买卖合同章有关权利的瑕疵担保义务和物的瑕疵担保义务的规定，有关支付价款规则的规定等，在其他有偿合同就此类事项未设置明确具体规定时，可以参照买卖合同的有关规定。本条源自《合同法》第174条的规定。

第六百四十七条

当事人约定易货交易，转移标的物的所有权的，参照适用买卖合同

的有关规定。

本条主旨

本条是关于互易合同的规定。

相关条文

《合同法》第175条 当事人约定易货交易，转移标的物的所有权的，参照买卖合同的有关规定。

理解与适用

互易合同是指当事人约定易货交易，转移标的物的所有权的合同。互易合同是早期商品交换的合同形态，货币产生后，买卖合同渐居主导地位，互易合同的重要性下降。但考虑到当今社会仍有互易合同的存在余地，因此各个国家和地区的立法一般都给互易合同留有一席之地。依据《民法典》第647条，互易合同参照适用买卖合同的有关规定。由此可见，互易合同的当事人主要应相互负担以下义务：第一，相互交付标的物并且移转标的物的所有权于对方的义务；第二，就交付的标的物相互负担瑕疵担保义务；第三，如果互易有附补足价金条款的，负担补足价金义务的一方应当按照约定履行补足价金的义务。

注释：

[1]有观点以《民法典》第215条为据，认为我国民法典已经认可负担行为与处分行为的区分。笔者认为这一观点尚有讨论空间，该条仅是区分了设立、变更、转让、消灭不动产物权合同效力的发生条件与物权变动法律效果的发生条件，认为办理物权登记手续就是在履行生效合同的主合同义务，不能将物权登记手续的办理当作合同的法定特别生效条件，这本身就是债权形式主义物权变动模式的题中应有之义。如果用历史解释的方法确定该条的含义，没有立法资料显示该条意在认可负担行为与处分行为的区分。

[2]王轶：《物权变动论》，北京，中国人民大学出版社2001年版，第214页。

[3]例如甲有一清代花瓶，与乙订立买卖合同在先，与丙订立买卖合同在后。在与乙订立买卖合同时，双方约定花瓶的所有权自合同成立之时起即归乙所有，但暂不移转花瓶的占有于乙。丙在与甲订立买卖合同时，不知道也不应当知道该花瓶已非属甲

所有。双方的买卖合同成立之时，甲即将标的物交付于丙。此时，丙得基于动产的善意取得制度，取得花瓶的所有权，乙就丧失了业已取得的所有权。乙得向甲主张侵权责任的承担。

[4]参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（上册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第496页。

[5]参见王轶：《民法典物权编规范配置的新思考》，载《法学杂志》2019年第7期。

[6]《行政许可法》第11条确认，设定行政许可，应当遵循经济和社会发展规律，有利于发挥公民、法人或者其他组织的积极性、主动性，维护公共利益和社会秩序，促进经济、社会和生态环境协调发展。学者研究表明，行政许可关涉公共利益，属于大多数国家和地区的通例。参见朱芒：《日本的行政许可》，载《中外法学》1999年第4期。陈端洪教授就此认为，“行政许可的正当性和限度在于公共利益，创设和实施行政许可必须谋求个人自由与公共利益的平衡。”参见陈端洪：《行政许可与个人自由》，载《法学研究》2004年第5期。

[7]参见王轶：《民法典物权编规范配置的新思考》，载《法学杂志》2019年第7期。

[8]参见郭明瑞、王轶：《合同法新论·分则》，北京，中国政法大学出版社1997年版，第33页。

[9]参见崔建远：《关于制定合同法的若干建议》，载《法学前沿》（第2辑），北京，法律出版社1998年版。

[10]有立法机关人士认为，《民法典》第609条的规定系效法《联合国国际货物销售合同公约》第67条：“卖方有权保留控制货物处置权的单据，并不影响风险的转移。”

[11]参见王轶：《民法总则之期间立法研究》，载《法学家》2016年第5期。

[12]在中国国检信息技术有限公司与北京安全诚信科技有限公司承揽合同纠纷上诉案中，法院判决定作人在质量检验期间未提出异议的，视为交付的工作成果符合合同约定，定作人不得请求承揽人承担违约责任。该意见实际上肯定了在买卖合同以外，质量异议期间的适用空间，当事人只有在此期间提出异议，方能主张相应的救济权。参见北京市第一中级人民法院（2009）一中民终字第6140号民事判决书。

[13]就一般保证而言，一旦债权人不能在债务人的责任财产上实现自己的债权，即可主张保证人代为履行或承担赔偿责任。

[14]参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（上册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第565-566页。

[15] 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（上册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第566页。

[16] [德] 鲍尔、施蒂尔纳：《德国物权法》（下册），申卫星，王洪亮译，北京，法律出版社2006年版，第670-671页。

[17] 黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（上册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第616-618页。

第十章 供用电、水、气、热力合同^[1]

第六百四十八条

供用电合同是供电人向用电人供电，用电人支付电费的合同。

向社会公众供电的供电人，不得拒绝用电人合理的订立合同要求。

本条主旨

本条是关于供用电合同定义的规定。

相关条文

《合同法》第176条 供用电合同是供电人向用电人供电，用电人支付电费的合同。

《电力法》第26条 供电营业区内的供电营业机构，对本营业区内的用户有按照国家规定供电的义务；不得违反国家规定对其营业区内申请用电的单位和个人拒绝供电。

申请新装用电、临时用电、增加用电容量、变更用电和终止用电，应当依照规定的程序办理手续。

供电企业应当在其营业场所公告用电的程序、制度和收费标准，并提供用户须知资料。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第438条 供用电合同是供电人向用电人供电，用电人支付电费的合同。

向社会公众供电的法人或者非法人组织，不得拒绝他人合理的订立合同要求。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第438条 供用电合同是供电人向用电人供电，用电人支付电费的合同。

向社会公众供电的法人或者非法人组织，不得拒绝用电人合理的

订立合同要求。

《民法典（草案）》（2019年12月）第648条 供用电合同是供电人向用电人供电，用电人支付电费的合同。

向社会公众供电的供电人，不得拒绝用电人合理的订立合同要求。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第648条 供用电合同是供电人向用电人供电，用电人支付电费的合同。

向社会公众供电的供电人，不得拒绝用电人合理的订立合同要求。

理解与适用

一、供用电合同的定义

根据本条第1款的规定，供用电合同是供电人与用电人订立的，由供电人供应电力、用电人使用电力并支付电费的合同。由此可见：

第一，供用电合同的主体是供电人和用电人，《电力法》上称为供电企业和（电力）用户。在我国，电力事业属于市政公用事业，通常采取特许经营形式。依据《行政许可法》第12条的规定，“有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等，需要赋予特定权利的事项”，可以设定行政许可。如此，向社会公众供应电力的主体，应当首先取得政府行政许可，方可实施经营。供电人是指供电企业或者依法取得供电营业资格的非法人组织，其他任何单位和个人都不得作为供电人。实践中，受供电企业委托供电的营业网点、营业所不能以自己的名义签订合同，因而不是供电人。用电人的范围非常广泛，自然人、法人以及非法人组织等，有用电需求之时，均可成为供用电合同的用电人。

第二，供用电合同的标的，是一种特殊的商品——电力。《民法典》第115条规定：“物包括不动产和动产。法律规定权利作为物权客体的，依照其规定。”由此可见，民法上所称的物主要是指有体物，即不动产和动产。有体物是具有一定的物质形体，能够为人们所感知的物，其范围广泛，权利以外的一切物质实体均包括在内，它不仅包括占有一定空间的有形物（各种固体、液体和气体），还包括人力所能控制的电、热、声、光等自然力或“能”^[2]。电力具有客观物质性并能为人们所使用，因而属于民法上物的一种，但其在物理上看不见，

只有在连续使用的过程中才能表现出来。供电人将其电力供应给用电人使用，用电人支付一定数额的价款，双方当事人之间实际上是一种买卖合同关系。因此，供用电合同本质上属于一种特殊类型的买卖合同。民法典也就将其置于“买卖合同”一章之后加以规定。

第三，供用电合同是有偿合同。本条第1款强调“用电人支付电费”，由此而决定供用电合同具有双务、有偿性。供用电虽属城市公用事业，但供用电企业以营利为目的，为使电力事业得以持续，供用电企业向用电人供电即取得对待给付请求权，即向用电人主张给付相应电费的请求权。值得注意的是，电力的价格实行统一定价原则。

《电力法》第35条第2款规定：“电价实行统一政策，统一定价原则，分级管理。”供电企业向用电人供应的电价，由电网经营企业提出方案，报国家有关物价行政主管部门核准。任何单位不得超越电价管理权限制定电价。供电企业应当按照国家核准的电价和用电计量装置的记录，向用电人收取电费。供电企业不得擅自变更电价；这样，就有效地避免了供电企业利用其对电力供应的垄断地位，向用电人收取过高的电价，保护处于弱者地位的用电人的合法权益。

第四，供用电合同属于持续性合同。电力的供应与使用是连续的，因此，供用电合同的履行方式处于一种持续状态。供电人在发电、供电系统正常的情况下，应当连续向用电人供电，不得中断；用电人在合同约定的时间内，享有连续用电的权利。供用电合同具有持续性合同的属性，其解除原则上不具有溯及力，已为的给付应予保持。亦即，解除前双方已履行完毕的部分，供电人应予维持原状。合同解除后，供电人对于已向用电人供应的标的物，不得要求后者折价补偿（因供用电合同的标的物具有特殊性，是消耗物，无法返还原物）。

第五，供用电合同一般按照格式条款订立。电力事业是公用事业，电力这种特殊商品本身又具有垄断性，这就使供电企业对电力的供应及电网的管理具有一定的垄断性。供电企业尚须与大量用电人签订供用电合同，为节约交易成本，预估交易风险，供电企业预先拟定格式供用电合同条款，双方当事人按照格式条款订立合同。用电人对该格式条款仅有同意或不同意的权利，而不能更改其内容。对供用电方式有特殊要求的用电人，可采用非格式条款订立合同。

供用电合同为诺成、双务、有偿合同。供用电合同自双方当事人达成协议时起成立并生效，而不以电力的实际供应为合同的生效要件，因而供用电合同为诺成合同。供用电双方都享有一定权利，负担一定义务，双方的权利义务具有对应性，因而供用电合同为双务合同。用电人使用电力须支付电费，供电人取得电费须供应电力，因而

供用电合同为有偿合同。^[3]

二、供电人的强制缔约义务

本条第2款规定，向社会公众供电的供电人，不得拒绝用电人合理的订立合同要求。这就规定了供电人的强制缔约义务。强制缔约是指合同的订立不以双方当事人的合意为要件，只要一方当事人提出缔结合同的请求，另一方当事人就负有法定的、与之缔结合同的义务。强制缔约是对合同自由的限制。缔约自由是合同自由的当然内容，系指当事人有权决定是否缔约，但强制缔约强调缔约当事人负有必须发出订立合同之意思表示的法定义务。^[4]应当注意的是，在强制缔约中，法律行为制度依然有较为广泛的适用范围，缔约的一方必须至少具有订立合同的意思表示，对另一方可采取“拟制”或“默示推定”的方式，因此，强制缔约仍然是法律行为制度的一部分，而不是法定的债。^[5]强制缔约仍然要经过要约和承诺程序，不过一方必须作出承诺，一方作出承诺之前，合同不成立。^[6]由此可见，在强制缔约关系中，合同在形式上仍然是当事人双方进行磋商、意思表示一致的产物，强制缔约并没有从根本上否定意思自治的基本规则。

现代社会中，电力供应关系到千家万户的切身利益，也与社会的基本运行秩序和社会稳定密切相关，属于民生必需品，具有很强的公益色彩。因而，供用电合同不仅关系到当事人的利益，而且关系到社会公共利益。^[7]《合同法》上对供用电合同的订立没有规定强制缔约，但《电力法》第26条第1款规定：“供电营业区内的供电营业机构，对本营业区内的用户有按照国家规定供电的义务；不得违反国家规定对其营业区内申请用电的单位和个人拒绝供电。”本条第2款将强制缔约义务定为明文。

《反垄断法》规定了7种属于经营者滥用市场支配地位的行为。对供电企业而言，后五种行为是供电运营服务过程中要杜绝的：一是“没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易”，这就是关于强制缔约的规定；二是“没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易”；三是“没有正当理由搭售商品，或者在交易时附加其他不合理的交易条件”；四是“没有正当理由，对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇”；五是“国务院反垄断执法机构认定的其他滥用市场支配地位的行为”。《供电监管办法》第18条也有相应的规定：“电力监管机构对供电企业公平、无歧视开放供电市场的情况实施监管。供电企业不得从事下列行为：（一）无正当理由拒绝用户用电申请；（二）对趸购转售电企业符合国家规定条件的输配电设施，拒绝或者拖延接入系统；（三）违反市场竞争规则，以不正当手段损害竞争对手的商业信誉或

者排挤竞争对手；（四）对用户受电工程指定设计单位、施工单位和设备材料供应单位；（五）其他违反国家有关公平竞争规定的行为。”

《电力法》第28条规定：“供电企业应当保证供给用户的供电质量符合国家标准。对公用供电设施引起的供电质量问题，应当及时处理。用户对供电质量有特殊要求的，供电企业应当根据其必要性和电网的可能，提供相应的电力。”可见，即使用电人对电能有特殊要求且其特殊要求又有必要，但如电网没有供应可能性，供电企业就无法给用电人供电。在用电人对电能有特殊要求时，供电企业应全面把握电网的可能性和用电人用电地点周边客户的用电类别具体情况，加以权衡。

强制缔约的直接效力体现为缔约义务人必须订立合同，不能拒绝不特定相对人的缔约要求。学界有疑义的是如下两个问题：其一，合同是否自相对人提出要约就可成立，并不要求义务人必须承诺？大多数学者认为，此时，强制缔约义务人没有明确表示缔约的，或对缔约保持沉默的，通常可以采取“拟制”或者“默示推定”的方式。^[8]也有学者基于合同成立必须经过要约-承诺程序，明确反对这种观点。^[9]其二，强制缔约是否许可义务人提出抗辩？大多数学者均认为，缔约义务人拒绝缔约无正当理由的，应承担责任。相应的，缔约义务人可以提出“正当理由”抗辩。亦有学者明确指出，强制缔约义务并不是绝对的，若义务人有正当理由，可以拒绝他人的订约请求或拒绝与他人订立契约。何为“正当理由”，应该结合法律规范的目的与客观情势等予以综合考察。^[10]

强制缔约义务人不订立合同，应承担何种责任？对此，学者间意见不一。焦点可概括为如下三个。

第一，强制义务人是否承担实际履行缔约的义务？肯定说认为，在相对人需要缔约，责令缔约义务人缔约又不违反现代伦理时，应当强制缔约义务人与相对人签订合同。^[11]折中说认为，若合同属于一时性合同，没必要强制实际履行缔约的义务；若为继续性合同，尤其缔约内容涉及的是生存和生活必需品时，为保障相对人能够获得基本的生存和生活条件，应认定实际履行。此外，依据法律规范的目的，强制实际履行对相对人的保护更优时，也可适用强制履行。^[12]

第二，强制义务人承担损害赔偿责任的性质如何？对这一性问题，学界的观点可以概括为三种：其一，缔约过失责任说。强制缔约义务是先合同义务，强制缔约义务人在违反义务且给相对人造成损害时，应承担缔约过失责任。违反强制缔约义务难以构成侵权责任，因

为拒绝缔约并非侵权行为，没有造成相对人绝对权益的损害。^[13]其二，独立责任说。强制缔约义务的设立，是为使公共服务部门履行其应尽的社会职能，以满足人民基本的生活需要，体现着对社会弱者的救济。由于我国目前侵权责任的规范及违反强制缔约义务承担方式的特殊性，不宜把违反强制缔约义务的民事责任纳入侵权责任体系，而应将其定位在与缔约过失责任、违约责任相并列的、与合同相关的责任类型。^[14]其三，侵权责任与违约责任竞合说。强制缔约制度的目的，就是以拟制相对人同意的方式甚至以命令的强制方式来满足请求缔约人的要求，因此，义务人在导致权利人的合同目的无法实现时，必须承担违约损害赔偿赔偿责任。损害赔偿的范围包括缔约人因合同机会丧失而遭受的损害。在特殊类型的强制缔约中（如保障宪法的基本权利），确实存在违约责任与侵权责任的竞合问题。如在过错侵害他人平等就业权，且无法强制实际履行缔约义务的，受雇人可主张如精神损害赔偿等侵权责任的救济。在符合以违反善良风俗致他人损害的要件时，被强制人拒绝订立合同，也可构成侵权行为。^[15]或认为，拒绝缔约通常应构成侵权责任，如权利主体为特定人时，义务人应承担违约责任。^[16]

此外，诸多学者都指出，强制缔约义务多来源于公法设定的义务，如宪法性的基本权利、公平交易限制垄断、保护消费者目的等，违反这类公法义务时，被强制人还可能承担公法上的惩罚，如取缔营业许可、缴纳不当限制竞争的罚金等。^[17]

第三，强制缔约义务人的损害赔偿赔偿责任是否以过错为条件？学界对此存有歧见。倾向于肯定说的学者认为，无论将义务人的赔偿义务界定为何种责任，都需要缔约义务人没有正当理由地拒绝缔约、相对人因拒绝缔约而遭受损失、缔约义务人对此有过错及因果关系四个构成要件。^[18]否定说则认为，不必强调缔约义务人的过错，也不必以造成损害为前提条件，责任方式主要是要求公共服务部门“实际履行”强制缔约义务。^[19]

裁判实践中就供电人是否负有强制缔约义务，存在不同意见。一种观点认为，“根据《中华人民共和国电力法》第二十六条规定：申请新装用电、临时停电、增加用电容量、变更用电和终止用电，应当依照规定的程序办理手续。第二十七条规定：电力供应双方与使用双方应当根据平等自愿、协商一致的原则，按照国务院制定的电力供应与使用办法签订供用电合同，确定双方的权利和义务。在本案双方未协商一致签订供用电合同的情况下，陈永哲主张国网历城供电公司履行强制缔约义务，于法无据”^[20]。另一种观点认为，“供电企业向其营业区域内的用电人供应电力，具有一定的公益性质，双方不仅仅是

一般的民事合同关系。根据《中华人民共和国电力法》第二十五条第一款、第二款的规定，城区供电所中断供电后，恒兴公司无法在其他供电企业获得持续的、正常的供电。根据《电力法》第二十六条第一款的规定，供用电合同具有强制缔约的性质。缔约义务人即供电企业无正当理由拒绝缔约，导致相对人的损害，应负损害赔偿责任。城区供电所在中断供电后，经恒兴公司申请和要求，仍拒绝供电，违反了法律的强制性规定”^[21]。本条增加第2款有利于解决这一解释分歧。

第六百四十九条

供用电合同的内容一般包括供电的方式、质量、时间，用电容量、地址、性质，计量方式，电价、电费的结算方式，供用电设施的维护责任等条款。

本条主旨

本条是关于供用电合同内容的规定。

相关条文

《合同法》第177条 供用电合同的内容包括供电的方式、质量、时间，用电容量、地址、性质，计量方式，电价、电费的结算方式，供用电设施的维护责任等条款。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第439条 供用电合同的内容包括供电的方式、质量、时间，用电容量、地址、性质，计量方式，电价、电费的结算方式，供用电设施的维护责任等条款。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第439条 供用电合同的内容包括供电的方式、质量、时间，用电容量、地址、性质，计量方式，电价、电费的结算方式，供用电设施的维护责任等条款。

《民法典（草案）》（2019年12月）第649条 供用电合同的内容一般包括供电的方式、质量、时间，用电容量、地址、性质，计量方式，电价、电费的结算方式，供用电设施的维护责任等条款。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第649条

供用电合同的内容一般包括供电的方式、质量、时间，用电容量、地址、性质，计量方式，电价、电费的结算方式，供用电设施的维护责任等条款。

理解与适用

供用电合同的内容，从内在结构而言，是指合同的各项条款。供用电合同的条款是供用电合同合同内容的固定化和表现，是确定合同当事人权利义务的根据。本条规定供用电合同的条款，旨在为当事人的缔约提供指导、标示作用。

一、供电的方式、质量、时间

供电方式，是供电人以何种方式向用电人供电，如供电人以低压供电，还是以高压供电，是以单相供电、双相供电还是三相供电，是采用发电厂直配供电方式，还是通过公用供电设施或者委托有供电能力的单位供电等。供电企业对用电人提供的供电方式，应从供用电的安全、经济、合理和便于管理出发，依据国家的有关规定、电网的规划、用电需求以及当地供电条件等因素，进行技术经济比较，与用电人协商确定。

供电质量，是指供电频率、电压和供电可靠性三项指标。频率（周波）质量，是以频率允许偏差来衡量；电压质量，是以电压的闪变、偏离额定值的幅度和电压正弦波畸变程度衡量；供电可靠性，是以供电企业对用电人停电的时间及次数来衡量。

用电时间，是指用电人有权使用电力的起止时间。供用电合同中具体约定用电时间，目的在于保证合理用电和安全用电，避免同一时间用电人集中用电，造成高峰时间供电设施因负荷过大而发生断电、停电事故，同时也可以防止低谷负荷过低而造成电力浪费。为保证市政生活和农业季节性用电，有时需要适当、有计划地限制一部分电网高峰时间的生产用电，以尽量减少损失和维持正常的供电秩序。^[22]近几年，随着我国电力事业的迅速发展，电力供应的紧张状况已趋于缓和，对用电时间的限制也逐步放宽。

二、用电容量、地址、性质

用电容量是指供电人认定的用电人受电设备的总容量，以千瓦（千伏安）表示。用电容量为受电变压器容量与不经受电变压器直接接入电网的电气设备容量之和。用电容量用来核定供电人是否具有再

接受新用户的能力。属于工业用电性质的，用电容量是核定用电人是执行单一电价还是两部制电价的重要依据。用电人是否执行功率因数调整，是否执行峰谷分时电价，通常也是根据用电容量来确定的。

用电地址是指用电人使用电力的地址。供用电合同的履行地点，按照当事人约定；当事人没有约定或者约定不明确的，供电设施的产权分界处为履行地点。

用电性质是指用电的具体用途，包括用电人行业分类和用电分类。用电人行业分类，根据《国民经济行业分类和代码》（GB4754—1994）的有关规定，分为七大类和城乡居民生活用电：农、林、牧、渔、水利业；工业，包括采掘业和制造业；地质普查和勘探业；建筑业；交通运输、邮电通信业；商业、公共饮食业、物资供销和仓储业；其他行业。用电分类按照电价表中的分类方法，分为居民生活用电；非居民照明用电；商业用电；普通工业；非工业动力用电；大工业用电；农业生产用电；趸售。我国执行分类电价按照用电人的用电性质及特征而实行客户类型差别电价制度。

三、计量方式和电价、电费的结算方式

计量方式，是指供电人如何计算用电人使用的电量。通常，个人消费用电和企业用电的计量方式是不同的，计量方式是计算用电人所需支付的电费的基础，应在供用电合同中加以明确约定。在现实生活中，供电人为了计量用电人在约定时间内所用电量，通常会安装用电计量装置。安装用电计量装置不仅是当事人在供用电合同中约定的主要内容，也是当事人必须遵守的法律规定。^[23]例如，《电力法》第31条规定：“用户应当安装用电计量装置。用户使用的电力电量，以计量检定机构依法认可的用电计量装置的记录为准。”供电企业应在用户用电人每一个受电点内按不同电价类别，分别安装用电计量装置。用电计量装置是一种记录用户使用电力电量多少的专用度量衡器，它的记录作为向用电人计算电费的依据。用电计量方式采用高压侧计量或低压侧计量。

电价即电网销售电价，是指供电企业向用电人供应电力的价格。电价实行国家统一定价，由电网经营企业提出方案，报国家有关物价部门核准。在我国，电价通常由国家统一规定，采取统一定价的方式。《电力法》第35条规定：“本法所称电价，是指电力生产企业的上网电价、电网间的互供电价、电网销售电价。电价实行统一政策，统一定价原则，分级管理。”据此，供电企业不得擅自变更电价。这主要是因为在我国，供电企业都具有垄断性质，如果允许其自由定价，就可能导致电价偏高，对消费者的权益造成损害。^[24]《电力

法》第43条规定：“任何单位不得超越电价管理权限制定电价。供电企业不得擅自变更电价。”第44条规定：“禁止任何单位和个人在电费中加收其他费用；但是，法律、行政法规另有规定的，按照规定执行。地方集资办电在电费中加收费用的，由省、自治区、直辖市人民政府依照国务院有关规定制定办法。禁止供电企业在收取电费时，代收其他费用。”第45条规定：“电价的管理办法，由国务院依照本法的规定制定。”

电费是电力资源实现商品交换的货币形式。供电人应当按照国家核准的电价和用电计量装置的记录，向用电人计收电费；用户应当按照国家核准的电价和用电计量装置的记录，按时交纳电费。

为防止电费的拖欠，双方当事人可以在合同中约定电价、电费的结算方式。《电力法》第33条规定：“供电企业应当按照国家核准的电价和用电计量装置的记录，向用户计收电费。”一般来说，对于家庭用电可以按照用电量来收费。但是企业用电比较复杂，供电人可以和用电人约定特殊的结算方式。例如，当事人可以采取收取电费保证金、预付电费、按月按年结算等方式进行电费的结算。^[25]双方可采取下列结算方式：（1）收取电费保证金；（2）采取预付电费制；（3）有账务往来的，可商订价款互抵协议；（4）提倡采用商业承兑汇票或银行承兑汇票的结算方式；（5）由供、用、银行三方商签每月电费有期划拨协议；（6）其他有效方式。

四、供用电设施的维护责任

在供用电合同中，双方应当协商确认供用电设施的维护责任的分界点，分界点电源侧供用电设施属于供电人，由供电人负责运行维护管理，分界点负荷侧供用电设施属于用电人，由用电人负责运行维护管理。供电人、用电人分管的供用电设施，除另有约定外，未经对方同意，不得更动。按照现行规定，供用电设施的维护责任的划分规则如下：其一，公用供用电设施建成投产后，由供电单位统一维护管理。经电力管理部门批准，供电企业可以使用、改造、扩建该供电设施。其二，公用供用电设施的维护管理，由产权单位协商确定，产权单位可自行维护管理，也可以委托供电企业维护管理。如果供电企业受托对公用供用电设施进行维护管理，一定要与产权部门依法签订公用供用电设施的维护管理委托管理协议，载明维护管理的范围、具体职责、违约责任及事故责任划分。其三，用电人专用的供用电设施建成投产后，由用电人维护管理或者委托供电企业维护管理。用电人委托供电企业维护管理的，应签订公用供用电设施的维护管理委托管理协议，载明维护管理的范围、具体职责、违约责任及事故责任划分。

供用电设施的维护责任在《供电营业规则》第46条也有相应规定：“用户独资、合资或集资建设的输电、变电、配电等供电设施建成后，其运行维护管理按以下规定确定：1.属于公用性质或占用公用线路规划走廊的，由供电企业统一管理。供电企业应在交接前，与用户协商，就供电设施运行维护管理达成协议。对统一运行维护管理的公用供电设施，供电企业应保留原所有者在上述协议中确认的容量。2.属于用户专用性质，但不在公用变电站内的供电设施，由用户运行维护管理。如用户运行维护管理确有困难，可与供电企业协商，就委托供电企业代为运行维护管理有关事项签订协议。3.属于用户共用性质的供电设施，由拥有产权的用户共同运行维护管理。如用户共同运行维护管理确有困难，可与供电企业协商，就委托供电企业代为运行维护管理有关事项签订协议。4.在公用变电站内由用户投资建设的供电设备，如变压器、通信设备、开关、刀闸等，由供电企业统一经营管理。建成投运前，双方应就运行维护、检修、备品备件等项事宜签订交接协议。5.属于临时用电等其他性质的供电设施，原则上由产权所有者运行维护管理，或由双方协商确定，并签订协议。”

值得注意的是，供用电设施的维护责任，是对供用电设施日常的运行、检查、维护、维修方面的事务性、技术性管理，属于供用电设施所有权人的责任。实践中，将供用电设施的维护责任与监督检查责任混淆的情形不在少数。供电人依据行政法律、法规或授权，通过对所有人及其物（设备）的指导、监督、检查，使被管理物之状态符合国家颁布的技术标准；管理的范围并不受产权限制，可及于其管理领域（供电营业区）中的所有主体及其物；管理的方式和内容具有随机性、周期性、间接性和宏观性。供电人依据合同的约定对用电人进行监督检查，并不意味着供电人承担供用电设施的维护责任。《用电检查管理办法》第6条规定：“用户对其设备的安全负责。用电检查人员不承担因被检查设备不安全引起的任何直接损坏或损害的赔偿责任。”这说明，即使供电人未履行或未正确履行“用电检查”义务，也无须承担因被检查设备不安全引起的直接损坏或损害的赔偿责任。^[26]

五、其他条款

供用电合同是双方法律行为，除前四项合同条款外，当事人还可以在协商一致的情况下在合同中约定其他认为需要的事项，如争议解决方法、违约责任等条款。《民法典》对于合同内容的要求是提倡性和指导性的，而不是强制性的。如果供用电合同没有完全具备法律规定的內容，不影响合同的效力。依据《民法典》第510条的规定，供用电合同生效后，当事人就合同的某些内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。如果仍不能确定，当事人应当依据《民法典》第511条

对没有约定或约定不明确的有关规定办理。

其他问题

实践中大量存在供电人与用电人没有书面形式的供用电合同的情形。就此，裁判实践中大多以双方当事人之间虽未签订书面供用电协议，但已形成事实上的供用电关系为由对当事人之间的供用电合同法律关系进行认定。^[27]

第六百五十条

供用电合同的履行地点，按照当事人约定；当事人没有约定或者约定不明确的，供电设施的产权分界处为履行地点。

本条主旨

本条是关于供用电合同的履行地点的规定。

相关条文

《合同法》第178条 供用电合同的履行地点，按照当事人约定；当事人没有约定或者约定不明确的，供电设施的产权分界处为履行地点。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第440条 供用电合同的履行地点，按照当事人约定；当事人没有约定或者约定不明确的，供电设施的产权分界处为履行地点。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第440条 供用电合同的履行地点，按照当事人约定；当事人没有约定或者约定不明确的，供电设施的产权分界处为履行地点。

《民法典（草案）》（2019年12月）第650条 供用电合同的履行地点，按照当事人约定；当事人没有约定或者约定不明确的，供电设施的产权分界处为履行地点。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第650条 供用电合同的履行地点，按照当事人约定；当事人没有约定或者约定

不明确的，供电设施的产权分界处为履行地点。

理解与适用

合同的履行地点，是合同的主要条款之一，是指当事人双方行使其权利、履行其义务的地点。履行地点往往是确定验收地点的依据，是确定运输费用由谁负担、风险由谁承受的依据，也是确定标的物所有权是否转移的依据。本条中的“供用电合同的履行地点”，是指供电人将电力的所有权转移于用电人的转移点。根据合同自由的原则，供用电双方可以在供用电合同中约定该履行地点，供用电合同约定了履行地点的，供电人应当按照该约定履行供电义务。

实践中，供用电合同往往忽视履行地点的约定。例如，用电人的电能计量方式多为低压计量，而供电设施的产权分界点却大多在高压侧，电能通过导体又必然有损耗，这样必然产生线损。如果在合同中不约定履行地点，用电人就会误认为电能计量表处就是履行地点。为避免向用电人收取线损而引发不必要的法律纠纷，应按照本条的指引，明确履行地点。产权分界点由《供电营业规则》第47条作了具体规定。用电地址和产权分界点用来记载计量装置以及受电设备和供用电双方设备产权划分的位置，固然重要，但均不能取代供用电合同的履行地点。因此，在供用电合同签订时既要写明用电地址，图示标明产权分界点，又要明确供用电合同的履行地点，并提供其平面图作为附件。这既是确定供电方案的依据，又有利于产权分界点和合同履行地点不一致时的线损分担，也可在出现私自迁址、非法转供电等情况时，作为判别用电人是否属于违章用电的主要凭据。^[28]

如果供用电双方对履行地点没有约定或者约定不明确，供电设施的产权分界处为履行地点。根据本法第510条的规定，当事人对合同的履行地点没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。如果仍不能确定的，应当适用本法第511条第3项的规定，即给付金钱的，在接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行。但是，由于电力系统具有网络性，供电人与用电人由网络相联结，电力的生产、供应与使用同时完成，且具有连续性，这就使供用电合同的履行地点具有一定的特殊性，很难适用本法第511条的规定。近年来，由于用电人参与电力设施的投资建设，电力设施投资多元化已呈发展趋势，供用电双方根据这一特殊性，在实践中形成并确定了以供电设施的产权分界处作为合同的履行地点。据此，本条后半句规定：“当事人没有约定或者约定不明确的，供电设施的产权分界处为履行地点。”

供电设施的产权分界处是划分供电设施所有权归属的分界点，分界点电源侧的供电设施归供电人所有，分界点负荷侧的供电设施归用电人所有。在用电人为单位时，供电设施的产权分界处通常为该单位变电设备的第一个磁瓶或开关；在用电人为散用户时，供电设施的产权分界处通常为进户墙的第一个接收点。^[29]上述供电设施的产权分界处为供用电合同的履行地点。供电设施的产权界限在供用电的经营中具有重要意义，能够据此划清不同的经营者，电能进入产权人的产权分界点，电能即已经交付，电能的所有权在经过产权分界点的瞬间就实现了转让。当电能供电公司在供电公司产权范围内的线路运行时，其所有权属于供电公司，供电公司就是经营者。当电能其他产权人的电力设施上运行时，因为权利已经转移，此时的经营者就是持有电能进行经营的人，即电力设施产权人。

就供用电合同约定的产权分界点与计量装置设置点不一致的问题，按照《电力供应与使用条例》《供电营业规则》的规定，用电计量装置原则上应安装在供电设施的产权分界处，如产权分界处不适宜装表的，对专线供电的高压用户，可在供电变压器出口装表计量。由此可见，产权分界点的约定及计量装置的设置点不一致之时，仍应以供用电合同约定的产权分界点作为供用电合同的履行地点。^[30]

以供电设施的产权分界处作为供用电合同的履行地点，对于履行供用电合同、确定供电设施的维护管理责任，具有重要的作用。供用电双方应当根据供电设施的产权归属，承担供电设施的安装、维护、检修和管理责任。

其他问题

实践中，不宜简单地以供电设施的产权分界处作为责任划分的基础。在“国网重庆秀山县供电有限责任公司与徐新华触电人身损害责任纠纷再审案”^[31]中，最高人民法院认为，从事高压电活动的经营者，既包括利用电力设施生产高压电用以出售的发电企业，也包括利用电力设施输送高压电以获取利润的供电公司，还包括利用电力设施使用高压电进行生产经营的用电单位，无论是发电企业，还是供电公司，或者是用电单位，在其从事高压电活动进行经营的高度危险作业过程中，造成他人损害的，均应依法承担损害赔偿责任。在很多情况下，电力设施确实是为其产权人的生产经营活动服务的，但在徐新华被高压电击伤的事故发生时，涉案电力设施却没有被其产权人大塘公司利用进行生产经营活动。早在2009年6月1日大塘公司就因停产而申请供电公司停止向其供应高压电，供电公司也同意并停止向大塘公司供应高压电，此后携带高压电并击伤徐新华的电力设施已经不再为

产权人大塘公司的生产经营服务，事故发生时并非大塘公司出于经营需要才导致其电力设施携带高压电，因此大塘公司在本案中不是从事高压电活动的经营者。按照合同约定大塘公司将其电力负荷管理装置自愿移交给供电公司，由供电公司负责电力负荷管理装置的运行维护，供电公司通过操作跌落开关实现向大塘公司供应高压电、停止供应高压电和恢复供应高压电的经营目的，并防止大塘公司偷电以维护其经营利益不受损失，因此，供电公司采取此种方式停止向大塘公司供应高压电也是一种具体的高压电经营行为。徐新华确系被大塘公司电力设施携带的高压电击伤，但大塘公司电力设施在其申请停止供电的情况下仍然携带高压电的原因在于，供电公司采取了不能证明已拆除跌落开关或者通过正确规范断开操作措施的具体高压电经营行为，即因为供电公司采取了不适当的停电方式致使本不应携带高压电的供电设施上仍然携带高压电，这才导致徐新华被高压电击伤。《供电营业规则》第51条“在供电设施上发生事故引起的法律责任，按供电设施产权归属确定。产权归属于谁，谁就承担其拥有的供电设施上发生事故引起的法律责任。但产权所有者不承担受害者因违反安全或者其他规章制度，擅自进入供电设施非安全区域内而发生事故引起的法律责任，以及在委托维护的供电设施上，因代理方维护不当所发生事故的法律责任”的规定并非只能解释为在任何情况下都必须由供电设施产权人承担法律责任，还需要查明事故发生的真正原因，才能确定由谁承担责任。

第六百五十一条

供电人应当按照国家规定的供电质量标准和约定安全供电。供电人未按照国家规定的供电质量标准和约定安全供电，造成用电人损失的，应当承担赔偿责任。

本条主旨

本条是关于供电人的安全供电义务的规定。

相关条文

《合同法》第179条 供电人应当按照国家规定的供电质量标准和约定安全供电。供电人未按照国家规定的供电质量标准和约定安全供电，造成用电人损失的，应当承担损害赔偿责任。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第441条 供电人应当按照国家规定的供电质量标准和约定安全供电。供电人未按照国家规定的供电质量标准和约定安全供电，造成用电人损失的，应当承担赔偿责任。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第441条 供电人应当按照国家规定的供电质量标准和约定安全供电。供电人未按照国家规定的供电质量标准和约定安全供电，造成用电人损失的，应当承担赔偿责任。

《民法典（草案）》（2019年12月）第651条 供电人应当按照国家规定的供电质量标准和约定安全供电。供电人未按照国家规定的供电质量标准和约定安全供电，造成用电人损失的，应当承担赔偿责任。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第651条 供电人应当按照国家规定的供电质量标准和约定安全供电。供电人未按照国家规定的供电质量标准和约定安全供电，造成用电人损失的，应当承担赔偿责任。

理解与适用

一、供电人按照国家规定的供电质量标准安全供电

《供电营业规则》对供电质量标准作了规定：其一，在电力系统正常状况下，供电频率的允许偏差为：电网装机容量在300万千瓦及以上的，为正负0.2赫兹；电网装机容量在300万千瓦以下的，为正负0.5赫兹。在电力系统非正常状况下，供电频率允许偏差不应超过正负1赫兹。其二，在电力系统正常状况下，供电企业供到用户受电端的供电电压允许偏差为：35千伏及以上电压供电的，电压正、负偏差的绝对值之和不超过额定值的10%；10千伏及以下三相供电的，为额定值的正负7%；220伏单相供电的，为额定值的正7%、负10%。在电力系统非正常状况下，用户受电端的电压最大允许偏差不应超过额定值的正负10%。用户用电功率因数达不到规定标准时，其受电端的电压偏差不受此限制。

上述供电质量标准是衡量供电质量和安全的重要指标，供电人只有按照国家规定的供电质量标准供电，才能保证供电的安全，维护用电人的合法权益。本条所称的“安全供电”，是指按照国家有关安全供电的规章制度和合同约定供应电力，电压要稳定，频率要达到标准，

输电线路要安全畅通等。在“贵州省威宁县中水化工有限责任公司与贵州电网有限责任公司毕节威宁县供电局供用电合同纠纷上诉案”^[32]中，法院认为，“供电方威宁供电局未按约向用电方中水化工公司供电，输送电能质量不符合国家标准，电能质量偏差不在国家标准和当事人约定范围，在一定程度上影响中水化工公司的生产，由于本案所涉标的物电石的特殊性以及其生产对电压的依赖程度，本院认为，威宁供电局输送的电能质量与中水化工公司之间的损失存在一定因果关系，由于电能质量不符合约定标准，输送电压波动范围过大，造成中水化工公司损失的，威宁供电局应当承担赔偿责任”。

供用电双方在合同中订有电压质量责任条款的，按下列规定办理：（1）用户用电功率因数达到规定标准，而供电电压超出本规则规定的变动幅度，给用户造成损失的，供电企业应按用户每月在电压不合格的累计时间内所用的电量，乘以用户当月用电的平均电价的20%给予赔偿。（2）用户用电功率因数未达到规定标准或其他用户原因引起的电压质量不合格的，供电企业不负赔偿责任。（3）电压变动超出允许变动幅度的时间，以用户自备并经供电企业认可的电压自动记录仪表的记录为准，如用户未装此项仪表，则以供电企业的电压记录为准。

供用电双方在合同中订有频率质量责任条款的，按下列规定办理：（1）供电频率超出允许偏差，给用户造成损失的，供电企业应按用户每月在频率不合格的累计时间内所用的电量，乘以当月用电的平均电价的20%给予赔偿。（2）频率变动超出允许偏差的时间，以用户自备并经供电企业认可的频率自动记录仪表的记录为准，如用户未装此项仪表，则以供电企业的频率记录为准。

二、供电人按照合同约定安全供电

除按照国家规定的标准外，供电人还应当按照合同的约定供电。合同是当事人的意思表示的合意，合同依法成立后，就在当事人之间产生一定的法律拘束力，当事人应当按照合同的约定行使权利和履行义务，即合同必须遵守。《民法典》第465条第1款规定：“依法成立的合同，受法律保护。”在供用电合同中，按照约定供电，具体是指按照供用电合同约定的数量、质量、时间和方式等要求安全供电。

三、供电人违反安全供电义务的违约责任

本条对供电人的违约责任作出了规定：供电人未按照国家规定的供电质量标准和约定安全供电，造成用电人损失的，应当承担损害赔偿责任。只要违反合同，就应承担责任，这一规定的精神和合同法总

则违约责任一章的一般规定是一致的。《民法典》第577条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”违约方承担违约责任，仅以其不履行合同或者履行合同不符合约定为要件。《电力法》也有类似的规定，该法第59条规定：“电力企业或者用户违反供用电合同，给对方造成损失的，应当依法承担赔偿责任。”据此，只要供电人没有按照国家规定的供电质量标准和约定安全供电，并造成用电人损失，就应当承担损害赔偿责任。这里的“赔偿责任”，是指供电人就其违约行为赔偿给用电人造成的损失，损失既包括直接损失，也包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过供电人订立合同时预见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失。^[33]

第六百五十二条

供电人因供电设施计划检修、临时检修、依法限电或者用电人违法用电等原因，需要中断供电时，应当按照国家有关规定事先通知用电人；未事先通知用电人中断供电，造成用电人损失的，应当承担赔偿责任。

本条主旨

本条是关于供电人因故中断供电的通知义务的规定。

相关条文

《合同法》第180条 供电人因供电设施计划检修、临时检修、依法限电或者用电人违法用电等原因，需要中断供电时，应当按照国家有关规定事先通知用电人。未事先通知用电人中断供电，造成用电人损失的，应当承担损害赔偿责任。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第442条 供电人因供电设施计划检修、临时检修、依法限电或者用电人违法用电等原因，需要中断供电时，应当按照国家有关规定事先通知用电人。未事先通知用电人中断供电，造成用电人损失的，应当承担损害赔偿责任。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第442条 供电人因供电设施计划检修、临时检修、依法限电或者用电人违

法用电等原因，需要中断供电时，应当按照国家有关规定事先通知用电人。未事先通知用电人中断供电，造成用电人损失的，应当承担赔偿责任。

《民法典（草案）》（2019年12月）第652条 供电人因供电设施计划检修、临时检修、依法限电或者用电人违法用电等原因，需要中断供电时，应当按照国家有关规定事先通知用电人。未事先通知用电人中断供电，造成用电人损失的，应当承担赔偿责任。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第652条 供电人因供电设施计划检修、临时检修、依法限电或者用电人违法用电等原因，需要中断供电时，应当按照国家有关规定事先通知用电人。未事先通知用电人中断供电，造成用电人损失的，应当承担赔偿责任。

理解与适用

供用电合同是一种持续供给合同，供电人在发电、供电系统正常的情况下，应当连续向用电人供电，不得中断，否则应当承担违约责任。但在某些法定情形下，供电人可以中断供电，根据本条和《电力法》第29条的规定，这些情形包括供电设施检修、依法限电或者用电人违法用电等。其中，“供电设施检修”，包括供电设施计划检修和临时检修；“依法限电”，是指依照有关法律、行政法规对一个地区中的一部分地区、部分用户、用电大户的部分用电设施中断供电，使其用电总量减少的一种措施行为；“用电人违法用电”，包括违章用电、窃电、超计划用电、不安全用电以及其他违反法律、行政法规用电的行为。供电人在上述情形下中断供电，应当按照国家有关规定事先通知用电人；未事先通知用电人中断供电，造成用电人损失的，应当承担赔偿责任。

就因供电设施检修、依法限电等原因而中断供电时，供电人的通知义务，《供电监管办法》第13条中规定：“在电力系统正常的情况下，供电企业应当连续向用户供电。需要停电或者限电的，应当符合下列规定：（一）因供电设施计划检修需要停电的，供电企业应当提前7日公告停电区域、停电线路、停电时间；（二）因供电设施临时检修需要停电的，供电企业应当提前24小时公告停电区域、停电线路、停电时间；（三）因电网发生故障或者电力供需紧张等原因需要停电、限电的，供电企业应当按照所在地人民政府批准的有序用电方案或者事故应急处置方案执行。”“引起停电或者限电的原因消除后，供电企业应当尽快恢复正常供电。供电企业对用户中止供电应当按照

国家有关规定执行。”“供电企业对重要电力用户实施停电、限电、中止供电或者恢复供电，应当按照国家有关规定执行。”

就因违章用电等原因而中断供电时供电人的通知义务，《电力供应与使用条例》第40条规定：“违反本条例第三十条规定，违章用电的，供电企业可以根据违章事实和造成的后果追缴电费，并按照国务院电力管理部门的规定加收电费和规定的其他费用；情节严重的，可以按照国家规定的程序停止供电。”《供电营业规则》第66条规定：“在发供电系统正常情况下，供电企业应连续向用户供应电力。但是，有下列情形之一的，须经批准方可中止供电：1.对危害供用电安全，扰乱供用电秩序，拒绝检查者；2.拖欠电费经通知催交仍不交者；3.受电装置经检验不合格，在指定期间未改善者；4.用户注入电网的谐波电流超过标准，以及冲击负荷、非对称负荷等对电能质量产生干扰与妨碍，在规定限期内不采取措施者；5.拒不在限期内拆除私增用电容量者；6.拒不在限期内交付违约用电引起的费用者；7.违反安全用电、计划用电有关规定，拒不改正者；8.私自向外转供电力者。”

就因窃电等原因而中断供电时，《供电营业规则》第66条规定：“在发供电系统正常情况下，供电企业应连续向用户供应电力……有下列情形之一的，不经批准即可中止供电，但事后应报告本单位负责人：……确有窃电行为。”第102条规定：“供电企业对查获的窃电者，应予制止并可当场中止供电。窃电者应按所窃电量补交电费，并承担补交电费三倍的违约使用电费。拒绝承担窃电责任的，供电企业应报请电力管理部门依法处理。”《电力供应与使用条例》第41条规定：“违反本条例第三十一条规定，盗窃电能的，由电力管理部门责令停止违法行为，追缴电费并处应交电费5倍以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”

供用双方在合同中订有电力运行事故责任条款的，按下列规定办理：（1）由于供电企业电力运行事故造成用户停电的，供电企业应按用户在停电时间内可能用电量的电度电费的五倍（单一制电价为四倍）给予赔偿。用户在停电时间内可能用电量，按照停电前用户正常用电月份或正常用电一定天数内的每小时平均用电量乘以停电小时求得。（2）由于用户的责任造成供电企业对外停电，用户应按供电企业对外停电时间少供电量，乘以上月份供电企业平均售电单价给予赔偿。因用户过错造成其他用户损害的，受害用户要求赔偿时，该用户应当依法承担赔偿责任。虽因用户过错，但由于供电企业责任而使事故扩大造成其他用户损害的，该用户不承担事故扩大部分的赔偿责任。（3）停电责任的分析和停电时间及少供电量的计算，均按供电

企业的事故记录及《电业生产事故调查规程》办理。停电时间不足1小时按1小时计算，超过1小时按实际时间计算。（4）上述电度电费按国家规定的目录电价计算。

供电人在停电之前的通知义务，系供电人享有中断供电权利时应履行的义务，此义务系供电人在履行合同过程中的从合同义务。在违反该从合同义务时，供电人应根据本条的规定承担因未及时履行通知义务而给用电人造成的损失。在特定的情形之下，供电人的通知义务是否可以豁免，值得研究。在“董本正、王文雨与天津市电力公司西青供电分公司财产损害赔偿纠纷案”^[34]中，法院认为，供电人处理危急缺陷，中断供电属于不能预见。鉴于供电人停电系对不能预见的危急缺陷的处理，故供电人中断供电既来不及、也不可能通知用户，否则将造成更大的社会损失。

其他问题

实践中，在政府干预停电的情形之下，供电人是否承担以及如何承担违约责任，争议较大。

一、供电人配合行政执法停电

供电人配合行政执法停电的行为，性质上是具体行政行为的辅助实施行为。供电人的停电是否合法，关键在于决定停电的具体行政行为的合法性。配合行政执法停电，源于行政机关的有关协助文书，而非因供电人与用电人的合同约定。从目的来看，是以实现具体行政行为为目的。供电人对政府部门配合停电的要求，没有充足的理由不得拒绝。配合行政执法停电体现的是行政机关的意志而非供电人本身的相关利益。因此，供电人配合行政执法停电是政府具体行政行为的辅助实施行为。供电人依行政执法部门的要求实施停电属于具体行政行为的组成部分，而不属于民事法律关系的范畴。

供电人配合行政执法停电作为具体行政行为的辅助实施行为，是具体行政行为的组成部分，并非独立的民事行为。因此，相应的法律责任应由实施具体行政行为的行政机关承担，而非供电人。供电人不因配合行政执法停电而与用电人直接产生法律上的权利义务关系。用电人对行政机关的停电行为有异议的，应通过行政复议或行政诉讼的方式维护自身合法权益。配合行政执法停电往往是在用电人经营失去合法依据、产生的利益并非合法权益的前提下进行，因此，供电人无须承担用电人因违法经营被停电所致的损失。如在“竹均海、马炎飞与国网浙江嵊州市供电公司供用电合同纠纷上诉案”^[35]中，法院认

为，“嵊州市城市管理行政执法局于2016年4月22日认定涉案厂房为违法建筑，要求上诉人于2016年4月27日前自行拆除。同年4月28日，嵊州市经济开发区（浦口街道）管理委员会要求被上诉人对该厂房实施断电措施，涉案厂房于2016年5月30日被强制拆除。被上诉人应行政部门的要求作出的断电行为系基于拆除工作的安全考虑，一审法院认为该断电行为属于拆除工作的一部分，相应的法律责任不应由被上诉人承担，并无不当。本案的实质性纠纷由行政机关的认定、拆除等行政行为引起，上诉人如认为自己有相关损失，可通过行政复议、行政诉讼等法律途径寻求救济。现上诉人以国网浙江嵊州市供电公司诉被告提起民事诉讼要求赔偿因断电行为造成的损失，依据不足。”

二、政府干预致使供电人违法停电

本条规定：“供电人因供电设施计划检修、临时检修、依法限电或者用电人违法用电等原因，需要中断供电时，应当按照国家有关规定事先通知用电人；未事先通知用电人中断供电，造成用电人损失的，应当承担赔偿责任。”《电力法》第29条规定：“供电企业在发电、供电系统正常的情况下，应当连续向用户供电，不得中断。因供电设施检修、依法限电或者用户违法用电等原因，需要中断供电时，供电企业应当按照国家有关规定事先通知用户。用户对供电企业中断供电有异议的，可以向电力管理部门投诉；受理投诉的电力管理部门应当依法处理。”由此可见，没有法定和约定的原因中断供电，构成违约行为，应承担违约责任。实践中，个别行政机关因征地拆迁等遇到“钉子户”时，要求甚至责令供电、供水部门采取停电、停水措施，以逼迫相关当事人自行搬走。行政机关的命令或停电要求不能替代国家法律法规关于停电条件和程序的规定以及供用电合同的约定，更不能取代供电人依据法律法规承担安全、连续供电的义务。行政机关要求供电人中断供电，必须有合法依据；否则，供电人应承担违约责任。如在“乌海电业局与乌海市西川铁业有限责任公司供用电合同纠纷上诉案”^[36]中，法院认为，“西川公司因6300KVA电炉在市区内不符合排放标准，属于关闭企业。2002年4月，乌海市环保局对西川公司做出了关停的行政处罚决定，乌海市政府也做出了关闭西川公司的决定。乌海市环保局为此向乌海市中级人民法院申请强制执行，要求西川公司在2002年10月30日前关闭。西川公司以解决了部分职工就业问题和承担了陈欠电费为由申请延缓，故乌海市政府同意其在2003年3月底搬迁，西川公司又承诺在2003年7月底进行搬迁。乌海市环保局虽向乌海市中级人民法院撤回强制执行申请，但乌海市环保局对西川公司强制关停的行政处罚决定并没有撤销。更何况西川公司因未年检被乌海市工商局吊销了企业营业执照。故西川公司2003年7月以

后没有生产的根本原因不是电业局停止供电造成的，也不存在可得利益，本院对其改判电业局赔偿可得利益损失1125万元的上诉请求不予支持。”

第六百五十三条

因自然灾害等原因断电，供电人应当按照国家有关规定及时抢修；未及时抢修，造成用电人损失的，应当承担赔偿责任。

本条主旨

本条是关于抢修义务的规定。

相关条文

《合同法》第181条 因自然灾害等原因断电，供电人应当按照国家有关规定及时抢修。未及时抢修，造成用电人损失的，应当承担赔偿责任。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第443条 因自然灾害等原因断电，供电人应当按照国家有关规定及时抢修。未及时抢修，造成用电人损失的，应当承担赔偿责任。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第443条 因自然灾害等原因断电，供电人应当按照国家有关规定及时抢修。未及时抢修，造成用电人损失的，应当承担赔偿责任。

《民法典（草案）》（2019年12月）第653条 因自然灾害等原因断电，供电人应当按照国家有关规定及时抢修。未及时抢修，造成用电人损失的，应当承担赔偿责任。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第653条 因自然灾害等原因断电，供电人应当按照国家有关规定及时抢修；未及时抢修，造成用电人损失的，应当承担赔偿责任。

理解与适用

本条中的“自然灾害”，属于不可抗力情形之一，如地震、火山

爆发、山体滑坡、泥石流、雪崩、洪水、海啸、台风等，在解释上，“等原因”应指构成不可抗力的其他情形。《民法典》第180条规定：“因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。法律另有规定的，依照其规定。”“不可抗力是不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。”第590条规定：“当事人一方因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但是法律另有规定的除外。因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明。”“当事人迟延履行后发生不可抗力的，不免除其违约责任。”

由此可见，尽管不可抗力是法定的免责事由，但在不可抗力事件发生以后，当事人仍应依诚实善意原则行事，以最大限度地减少因不可抗力所造成的损失。这是诚实信用原则的基本要求。因此，本条规定，因自然灾害等原因断电后，供电人应当按照国家有关规定及时抢修，以恢复供电，减少用电人因断电所造成的损失。如供电人未及时抢修，给用电人造成损失，供电人应就未及时抢修而给用电人造成的损失承担赔偿责任。

《供电营业规则》第66条规定，“在供电系统正常情况下，供电企业应连续向用户供应电力……有下列情形之一的，不经批准即可中止供电，但事后应报告本单位负责人：1.不可抗力和紧急避险……”供电人是否尽到了及时抢修的义务，应以国家的有关规定为准。关于到达现场的时限，《供电监管办法》规定，城区范围不超过60分钟，农村地区不超过120分钟，边远、交通不便地区不超过240分钟。《国家电网公司供电服务规范》第20条规定了故障抢修服务规范：提供24小时电力故障报修服务，对电力报修请求做到快速反应、有效处理；加快故障抢修速度，缩短故障处理时间。有条件的地区应配备用于临时供电的发电车。

第六百五十四条

用电人应当按照国家有关规定和当事人的约定及时支付电费。用电人逾期不支付电费的，应当按照约定支付违约金。经催告用电人在合理期限内仍不支付电费和违约金的，供电人可以按照国家规定的程序中止供电。

供电人依据前款规定中止供电的，应当事先通知用电人。

本条主旨

本条是关于用电人交付电费的义务的规定。

相关条文

《合同法》第182条 用电人应当按照国家有关规定和当事人的约定及时交付电费。用电人逾期不交付电费的，应当按照约定支付违约金。经催告用电人在合理期限内仍不交付电费和违约金的，供电人可以按照国家规定的程序中止供电。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第444条 用电人应当按照国家有关规定和当事人的约定及时交付电费。用电人逾期不交付电费的，应当按照约定支付违约金。经催告用电人在合理期限内仍不交付电费和违约金的，供电人可以按照国家规定的程序中止供电。

供电人依照前款规定中止供电的，应当事先通知用电人。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第444条 用电人应当按照国家有关规定和当事人的约定及时支付电费。用电人逾期不支付电费的，应当按照约定支付违约金。经催告用电人在合理期限内仍不支付电费和违约金的，供电人可以按照国家规定的程序中止供电。

供电人依照前款规定中止供电的，应当事先通知用电人。

《民法典（草案）》（2019年12月）第654条 用电人应当按照国家有关规定和当事人的约定及时支付电费。用电人逾期不支付电费的，应当按照约定支付违约金。经催告用电人在合理期限内仍不支付电费和违约金的，供电人可以按照国家规定的程序中止供电。

供电人依照前款规定中止供电的，应当事先通知用电人。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第654条 用电人应当按照国家有关规定和当事人的约定及时支付电费。用电人逾期不支付电费的，应当按照约定支付违约金。经催告用电人在合理期限内仍不支付电费和违约金的，供电人可以按照国家规定的程序中止供电。

供电人依据前款规定中止供电的，应当事先通知用电人。

理解与适用

《民法典》第648条规定：“供用电合同是供电人向用电人供电，用电人支付电费的合同。”由此可见，支付电费是用电人的主要义务。供用电合同实际上是一种特殊买卖合同，即用电人向供电人购买电力以供使用，同时向供电人支付该电力的价款，电力的价款即电费，是电力资源实现其商品价值的货币形式。

用电人支付电费的依据是“国家有关规定”和“当事人的约定”。这里，“国家有关规定”，主要是国家有关电力供应与使用的法律、法规的规定。《电力法》第33条第3款规定，用户应当按照国家核准的电价和用电计量装置的记录，按时交纳电费；对供电企业查电人员和抄表收费人员依法履行职责，应当提供方便。《电力供应与使用条例》第27条第2款规定，用户应当按照国家批准的电价，并按照规定的期限、方式或者合同约定的办法，交付电费。“当事人的约定”，主要是供用电合同约定的电费结算方式、支付期限等履行交费的义务。

用电人在合同约定的期限内未支付电费，应当承担迟延支付的违约责任。如供用电双方就迟延支付电费约定了违约金，则用电人应当按照约定支付违约金。有关电力供应与使用的行政法规和规章对迟延支付电费的违约金作出了规定。《电力供应与使用条例》第39条规定，用户逾期未交付电费的，供电企业可以从逾期之日起，每日按照电费总额的千分之一至千分之三加收违约金，具体比例由供用电双方在供用电合同中约定。《供电营业规则》第98条规定，用户在供电企业规定的期限内未交清电费时，应承担电费滞纳的违约责任。电费违约金从逾期之日起计算至交纳日止。每日电费违约金按下列规定计算：居民用户每日按欠费总额的千分之一计算；其他用户：（1）当年欠费部分，每日按欠费总额的千分之二计算；（2）跨年度欠费部分，每日按欠费总额的千分之三计算。目前，供用电合同多采用格式条款订立，供用电双方一般按照上述规定约定迟延支付的违约金。

随着电力供应的逐步市场化和利用非格式条款订立供用电合同现象的大量增加，双方当事人可能没有预先约定违约金，在这种情况下，用电人逾期不交付电费的，应当支付电费的逾期利息，以补偿供电人因不能按期收回电费所受的损失。逾期利息从逾期之日起计算至交纳日止。

本条规定，经催告，用电人在合理期限内仍不支付电费和违约金的，供电人可以中止供电。供用电合同是一种持续供给合同，供电人按照约定向用电人持续供应电力，用电人按期支付电费，属于双务合同。用电人不支付电费和违约金，供电人自可拒绝继续供电。但中止供电前，供电人负有催告义务，并应给用电人一个合理期限以做准备。《电力供应与使用条例》第39条规定，对于逾期未交付电费的，

自逾期之日起计算超过30日，经催交仍未交付电费的，供电企业可以按照国家规定的程序停止供电。就“自逾期之日起计算超过30日，经催交仍未交付电费”，有两种理解，催交行为的启动时间是在30日前，还是在30日后？通常理解是在30日前就开始催费，30日后就可以停电。在解释上，只要满30日经催交仍未支付电费的，即可中止供电。《供电营业规则》第66条规定，拖欠电费经通知催交仍不交者，经批准可中止供电。第67条规定了中止供电的办理程序，即“除因故中止供电外，供电企业需对用户停止供电时，应按下列程序办理停电手续：1.应将停电的用户、原因、时间报本单位负责人批准。批准权限和程序由省电网经营企业制定；2.在停电前三至七天内，将停电通知书送达用户，对重要用户的停电，应将停电通知书报送同级电力管理部门；3.在停电前30分钟，将停电时间再通知用户一次，方可在通知规定时间实施停电”。

本条第2款规定：“供电人依据前款规定中止供电的，应当事先通知用电人。”至于通知义务的履行，应结合案件具体情况予以判断。在“国网青海省电力公司门源县供电公司^[37]与刘伟供用电合同纠纷再审案”^[37]中，法院认为，“门源供电公司与刘伟形成供用电合同关系，双方互负有义务，门源供电公司提供居民用电后，刘伟应该按时缴纳电费，但刘伟自2014年5月至2015年1月未按时缴纳电费长达8个月，合计欠电费1495.55元。门源供电公司工作人员多次以电话方式要求刘伟缴纳拖欠电费未果，并于2015年1月21日在刘伟居住的秀水花园小区门口公告栏张贴《通知》。该《通知》要求拖欠电费的用户及时缴纳电费，并要求对2015年1月份的电费必须在当月24日前缴清，逾期不交将停电。刘伟认可门源供电公司工作人员以电话方式要求其缴纳电费，但对门源供电公司在小区公告栏以书面形式履行通知义务不认可，因未提供证据反驳，应认定门源供电公司已履行通知义务。刘伟拖欠2015年1月及之前的电费，其不能在通知要求的期限内缴纳，是引起门源供电公司在催告期满后的2015年1月25日中止对其供电的直接原因。刘伟对门源供电公司的停电行为以自己住院没有看到通知，门源供电公司未尽到通知义务的抗辩意见与事实不符，再审不予支持。”

第六百五十五条

用电人应当按照国家有关规定和当事人的约定安全、节约和计划用电。用电人未按照国家有关规定和当事人的约定用电，造成供电人损失的，应当承担赔偿责任。

本条主旨

本条是关于用电人的安全用电义务的规定。

相关条文

《合同法》第183条 用电人应当按照国家有关规定和当事人的约定安全用电。用电人未按照国家有关规定和当事人的约定安全用电，造成供电人损失的，应当承担损害赔偿责任。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第445条 用电人应当按照国家有关规定和当事人的约定安全、节约和计划用电。用电人未按照国家有关规定和当事人的约定安全用电，造成供电人损失的，应当承担损害赔偿责任。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第445条 用电人应当按照国家有关规定和当事人的约定安全、节约和计划用电。用电人未按照国家有关规定和当事人的约定安全用电，造成供电人损失的，应当承担损害赔偿责任。

《民法典（草案）》（2019年12月）第655条 用电人应当按照国家有关规定和当事人的约定安全、节约和计划用电。用电人未按照国家有关规定和当事人的约定安全用电，造成供电人损失的，应当承担赔偿责任。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第655条 用电人应当按照国家有关规定和当事人的约定安全、节约和计划用电。用电人未按照国家有关规定和当事人的约定用电，造成供电人损失的，应当承担赔偿责任。

理解与适用

一、用电人安全用电的义务

供用电合同一经成立，即对当事人产生法律效力，用电人应当按照国家有关规定和合同的约定安全、节约和计划用电。电力系统具有网络性，电力的生产、供应和使用由网络联结，相互影响，并协同完成，任一用电人能否安全、节约和计划地使用电力，直接关系到电力系统的运行安全，任何一种违章、违约用电行为，都可能造成人身和财产的重大损害。因此，不仅双方当事人有必要在供用电合同中对如

何安全、节约和计划地使用电力作出约定，而且应当按照国家的有关规定安全、节约和计划用电。

用电人未按照国家有关规定和当事人的约定安全用电，主要是指用电人危害供用电安全、扰乱正常供用电秩序的行为，即违章用电行为。所谓违章用电，是指用电人在用电过程中实施的违反有关法律法规中关于安全用电的强制性规定的行为。有关法律法规对违章用电作了禁止性规定。《电力法》第32条规定，用户用电不得危害供电、用电安全和扰乱供电、用电秩序。根据《电力供应与使用条例》的规定，违章用电行为包括：（1）擅自改变用电类别；（2）擅自超过合同约定的容量用电；（3）擅自超过计划分配的用电指标；（4）擅自使用已经在供电企业办理暂停使用手续的电力设备，或者擅自启用已经被供电企业查封的电力设备；（5）擅自迁移、更动或者擅自操作供电企业的用电计量装置、电力负荷控制装置、供电设施以及约定由供电企业调度的用户受电设备；（6）未经供电企业许可，擅自引入、供出电源或者将自备电源擅自并网。窃电行为包括：（1）在供电企业的供电设施上，擅自接线用电；（2）绕越供电企业的用电计量装置用电；（3）伪造或者开启法定的或者授权的计量检定机构加封的用电计量装置封印用电；（4）故意损坏供电企业用电计量装置；（5）故意使供电企业的用电计量装置计量不准或者失效；（6）采用其他方法窃电。

二、用电人违反安全用电义务的违约责任

本条后段规定，用电人未按照国家有关规定和当事人的约定用电，造成供电人损失的，应当承担赔偿责任。《电力法》第65条规定，危害供电、用电安全或者扰乱供电、用电秩序的，由电力管理部门责令改正，给予警告；情节严重或者拒绝改正的，可以中止供电，可以并处5万元以下的罚款。《电力供应与使用条例》第40条规定，违章用电的，供电企业可以根据违章事实和造成的后果追缴电费，并按照国务院电力管理部门的规定加收电费和规定的其他费用；情节严重的，可以按照国家规定的程序停止供电。以上规定，多是从行政管理角度出发，给予行政处罚。从合同关系考虑，违章用电属于违约用电行为，用电人违章用电，应当承担违约责任，包括采取补救措施、支付违约金、供电人中止供电等，造成供电人损失的，应当给予赔偿。

《供电营业规则》第100条规定：“危害供用电安全、扰乱正常供用电秩序的行为，属于违约用电行为。供电企业对查获的违约用电行为应及时予以制止。有下列违约用电行为者，应承担其相应的违约责任：1.在电价低的供电线路上，擅自接用电价高的用电设备或私自改

变用电类别的，应按实际使用日期补交其差额电费，并承担二倍差额电费的违约使用电费。使用起讫日期难以确定的，实际使用时间按三个月计算。2.私自超过合同约定的容量用电的，除应拆除私增容设备外，属于两部制电价的用户，应补交私增设备容量使用月数的基本电费，并承担三倍私增容量基本电费的违约使用电费；其他用户应承担私增容量每千瓦（千伏安）50元的违约使用电费。如用户要求继续使用，按新装增容办理手续。3.擅自超过计划分配的用电指标的，应承担高峰超用电量每次每千瓦1元和超用电量与现行电价电费五倍的违约使用电费。4.擅自使用已在供电企业办理暂停手续的电力设备或启用供电企业封存的电力设备的，应停用违约使用的设备。属于两部制电价的用户，应补交擅自使用或启用封存设备容量和使用月数的基本电费，并承担二倍补交基本电费的违约使用电费；其他用户应承担擅自使用或启用封存设备容量每次每千瓦（千伏安）30元的违约使用电费，启用属于私增容被封存的设备的，违约使用者还应承担本条第2项规定的违约责任。5.私自迁移、更动和擅自操作供电企业的用电计量装置、电力负荷管理装置、供电设施以及约定由供电企业调度的用户受电设备者，属于居民用户的，应承担每次500元的违约使用电费；属于其他用户的，应承担每次5000元的违约使用电费。6.未经供电企业同意，擅自引入（供出）电源或将备用电源和其他电源私自联网的，除当即拆除接线外，应承担其引入（供出）或并网电源容量每千瓦（千伏安）500元的违约使用电费。”

《供电营业规则》第102条对窃电应承担的责任作出如下规定：“供电企业对查获的窃电者，应予制止并可当场中止供电。窃电者应按所窃电量补交电费，并承担补交电费三倍的违约使用电费。拒绝承担窃电责任的，供电企业应报请电力管理部门依法处理。窃电数额较大或情节严重的，供电企业应提请司法机关依法追究刑事责任。”第103条规定了窃电量的计算方法，“窃电量按下列方法确定：1.在供电企业的供电设施上，擅自接线用电的，所窃电量按私接设备额定容量（千伏安视同千瓦）乘以实际使用时间计算确定；2.以其他行为窃电的，所窃电量按计费电能表标定电流值（对装有限流器的，按限流器整定电流值）所指的容量（千伏安视同千瓦）乘以实际窃用的时间计算确定。窃电时间无法查明时，窃电日数至少以一百八十天计算，每日窃电时间：电力用户按12小时计算；照明用户按6小时计算。”第104条规定：“因违约用电或窃电造成供电企业供电设施损坏的，责任者必须承担供电设施的修复费用或进行赔偿。因违约用电或窃电导致他人财产、人身安全受到侵害的，受害人有权要求违约用电或窃电者停止侵害，赔偿损失。供电企业应予协助。”对于不能查明窃电时间或容量的可做如下处理：按产品单耗计算；总表窃电以分表之和与总表之差计算；按历史上正常月份用电量计算。

第六百五十六条

供用水、供用气、供用热力合同，参照适用供用电合同的有关规定。

本条主旨

本条是关于供用水、气、热力合同的法律适用的规定。

相关条文

《合同法》第184条 供用水、供用气、供用热力合同，参照供用电合同的有关规定。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第446条 供用水、供用气、供用热力合同，参照适用供用电合同的有关规定。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第446条 供用水、供用气、供用热力合同，参照适用供用电合同的有关规定。

《民法典（草案）》（2019年12月）第656条 供用水、供用气、供用热力合同，参照适用供用电合同的有关规定。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第656条 供用水、供用气、供用热力合同，参照适用供用电合同的有关规定。

理解与适用

供用水合同、供用气合同、供用热力合同，与供用电合同一样，都是常见的民事合同。合同的标的物即水、气、热力，既是国民经济中的重要能源，也是一种特殊的商品；合同内容都是供应人向使用人供应水、气或者热力，使用人支付价款；合同在性质上都属于诺成合同、双务有偿合同。因此，供用水合同、供用气合同、供用热力合同在本质上都属于特殊类型的买卖合同，与供用电合同在本质上具有相似性。

有鉴于此，本条规定，供用水、供用气、供用热力合同，参照适用供用电合同的有关规定。例如，供用水合同中供水人的责任，就可

以参照本法第651条的规定，供水人应当按照国家规定的供水质量标准 and 约定供水。供水人未按照国家规定的供水质量标准 and 约定安全供水，造成用水人损失的，应当承担赔偿责任。同时，供用水、供用气、供用热力合同，又各有其特性，与供用电合同并不完全相同，因此，本条规定的是“参照适用供用电合同的有关规定”，而不是完全适用。

注释：

[1]本章的文献和案例整理得到了中国人民大学法学院硕士生向尹岑同学的协助，特此致谢。

[2]王利明：《物权法研究（上卷）》（第四版），北京，中国人民大学出版社2018年版，第63页。

[3]参见黄薇（全国人大常委会法制工作委员会民法室主任）主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第644页。

[4]参见王利明：《合同法研究（第一卷）》（第三版），北京，中国人民大学出版社2018年版，第309-310页。

[5]参见朱岩：《强制缔约制度研究》，载《清华法学》2011年第1期。

[6]参见王利明：《合同法研究（第一卷）》（第三版），北京，中国人民大学出版社2018年版，第280页。

[7]参见崔建远主编：《合同法》，北京，法律出版社2003年版，第395页。

[8]参见易军、宁红丽：《强制缔约制度研究——兼论近代民法的嬗变与革新》，载《法学家》2003年第3期；崔建远：《强制缔约及其中国化》，载《社会科学战线》2006年第5期。

[9]参见王利明：《合同法研究（第一卷）》（第三版），北京，中国人民大学出版社2018年版，第288页。

[10]参见冉克平：《论强制缔约制度》，载《政治与法律》2009年第11期。

[11]参见崔建远：《强制缔约及其中国化》，载《社会科学战线》2006年第5期。

[12]参见冉克平：《论强制缔约制度》，载《政治与法律》2009年第11期。

[13]参见王利明：《合同法研究（第一卷）》（第三版），北京，中国人民大学出版社2018年版，第288页。

[14]参见屈茂辉、蒋学跃：《我国强制缔约义务制度探析》，载《人民法院报》

2001年11月2日。

[15]参见朱岩：《强制缔约制度研究》，载《清华法学》2011年第1期。

[16]参见李军：《“从强制缔约”到“承诺在先”——关于公共事业服务中承诺在先原则确立的实证分析》，载《法律适用》2008年第1期。

[17]参见崔建远：《强制缔约及其中国化》，载《社会科学战线》2006年第5期；参见王利明：《合同法研究（第一卷）》（第三版），北京，中国人民大学出版社2018年版，第289页。

[18]参见崔建远：《强制缔约及其中国化》，载《社会科学战线》2006年第5期。

[19]参见屈茂辉、蒋学跃：《我国强制缔约义务制度探析》，载《人民法院报》2001年11月2日。

[20]“陈永哲与国网山东省电力公司济南市历城区供电公司供用电合同纠纷再审案”，山东省高级人民法院（2018）鲁民申2602号民事裁定书。

[21]“正安县供电局与恒兴香辣食品公司供用电合同纠纷上诉案”，贵州省高级人民法院（2015）黔高民商终字第117号民事判决书。

[22]参见姚德年、李长城：《供用电、水、气、热力合同》，北京，法律出版社1999年版，第33页。

[23]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第191页。

[24]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第191页。

[25]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第191页。

[26]参见姜力维：《供用电合同实务及纠纷处理》，北京，中国电力出版社2011年版，第109页。

[27]参见“苏朋斌与沈阳市东陵区前进乡二台子农工商联合公司、沈阳市二台子实业公司合同纠纷上诉案”，辽宁省高级人民法院（2009）辽民二终字第70号民事判决书。

[28]参见姜力维：《供用电合同实务及纠纷处理》，北京，中国电力出版社2011年版，第110页。

[29]参见黄薇（全国人大常委会法制工作委员会民法室主任）主编：《中华人民

《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第650-651页。

[30]参见“国网湖北省电力有限公司荆门供电公司高新区供电中心、荆门市掇刀区双喜街道办事处双仙村村民委员会触电人身损害责任纠纷再审案”，湖北省高级人民法院（2019）鄂民再254号民事判决书。

[31]最高人民法院（2016）民再140号民事判决书。

[32]贵州省高级人民法院（2018）黔民终802号民事判决书。

[33]参见黄薇（全国人大常委会法制工作委员会民法室主任）主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第653页。

[34]天津市高级人民法院（2004）津民初字第55号民事判决书。

[35]浙江省绍兴市中级人民法院（2016）浙06民终4407号民事裁定书。

[36]最高人民法院（2009）民二终字第77号民事判决书。

[37]青海省高级人民法院（2016）青民再1号民事判决书。

第十一章 赠与合同^[1]

第六百五十七条

赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。

本条主旨

本条是关于赠与合同定义的规定。

相关条文

《合同法》第185条 赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第447条 赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第447条 赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。

《民法典（草案）》（2019年12月）第657条 赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第657条 赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。

理解与适用

赠与合同，是指赠与人将其财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。赠与合同的标的物即赠与财产，转让财产的一方称作

赠与人，接受财产一方称为受赠人。此处所谓财产，仅指财产上的权利，不包括义务，该财产权利主要表现为所有权，但不限于所有权。凡可转让、可由权利人处分之财产上权利，都可由赠与人赠与，如所有权、定限物权（含准物权）、无体财产权、债权、有价证券、股权等，均可作为赠与财产。这些财产应属赠与人所有。“赠与人赠与的财产不以赠与人现时所有的财产为限，赠与人也可以将其将来所有的财产赠与受赠人。”^[2]因此，赠与人尚未取得应赠予给受赠人的财产权利，并不影响赠与合同的效力。赠与内容为给予财产。所谓给予财产，是指使赠与人的财产减少（包括本应增加而没有增加），而直接使受赠人的财产增加（包括本应减少却未减少）。

一、赠与合同的法律性质

第一，赠与合同为单务合同、无偿合同。在一般赠与合同中，仅由赠与人负有将自己的财产权利转移给受赠人的义务，而受赠人并不负担义务，因此，赠与合同是单务合同。无偿给予财产是赠与的要件。所谓无偿是指受赠人对所受的赠与并不付出对价，通常包括以下两种情形：第一种情形是指赠与人一方负有给付的义务，受赠人不负对待给付的义务；第二种情况是指赠与人一方负有给付的义务，受赠人亦负有给付的义务，但是受赠人的给付并非赠与人给付的对价^[3]，如《民法典》第661条第1款规定的附义务的赠与。赠与合同的无偿性决定了赠与人的注意义务、给付义务、归责事由和责任范围较轻，主要体现在《民法典》第662条第2款的规定。赠与的财产有瑕疵的，赠与人不承担责任。附义务的赠与中，赠与的财产有瑕疵的，赠与人在附义务的限度内承担与出卖人相同的责任。赠与人故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵，造成受赠人损失的，应当承担损害赔偿责任。

第二，赠与合同为经受赠人同意接受赠与而成立的合同。赠与合同作为合同的一种，尚需当事人之间的合意，因此，赠与不同于单方法律行为。赠与属于一种恩惠行为，不过为了尊重受赠人的意思，不得强制其接受恩惠，所以赠与必须经受赠人明示或默示的同意，合同才能成立。倘若仅有一方当事人施惠，并未经他方同意，则不成立赠与，可成立他种法律关系。^[4]因此，仅仅是不存在对价，尚不能直接判定为赠与。如果给予人相信自己有给予义务而进行给予行为，如雇主对其雇员免费提供住宿、餐食，则属于有偿行为，而非赠与合同；当事人甲误信对乙负担债务，而进行债务的清偿，同样不能成立赠与合同。同时，应当注意将赠与合同与遗赠区别开来。

第三，赠与合同为诺成性合同。“诺成性合同是指当事人各方当事人意思一致即可成立的合同”，“实践合同又称要物合同，是指除当事人各方意思表示一致以外尚须交付标的物或完成其他给付才能成立

的合同”^[5]。关于赠与合同为诺成性合同或者实践性合同，历来存在争议。《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第128条规定：“公民之间的赠与关系的成立，以赠与财产的交付为准。赠与房屋，如根据书面合同办理了过户手续的，应当认定赠与关系成立；未办理过户手续，但赠与人根据书面赠与合同已将产权证书交与受赠人，受赠人根据赠与合同已占有、使用该房屋的，可以认定赠与有效，但应令其补办过户手续。”由此可见，司法解释曾接受了赠与合同的实践性合同的理论主张。根据本条的规定，只要双方当事人意思表示一致，赠与合同即告成立，不以赠与人交付赠与物为合同的成立要件，从而使赠与合同具有诺成性。^[6]

第四，赠与合同的非要式性。赠与合同可以采用口头形式，也可以采用书面等形式，表现出非要式性。赠与合同在双方当事人意思表示一致之时起即成立，不必采用书面或特殊形式，当事人可以自行决定采取何种形式订立赠与合同。

赠与合同是典型的无偿合同，其存在的意义并不在于追求利益和创造新的经济价值，相比于其他合同，较少地起到促进社会经济发展的作用。学者们普遍认为，赠与合同具有以下几个方面的社会意义：其一，赠与人以一定财产无偿地添加到受赠人的财产之中，可以增加受赠人的经济地位，改善受赠人的现实经济环境，甚至使经营者起死回生，不仅在一定程度上重新分配了财产的归属，甚至可能增加社会财富和就业人数。其二，通过赠与合同，可沟通当事人双方的感情，满足双方感情的需要，进而起到融洽社会气氛、减少社会矛盾的作用。可以说，赠与虽具有较少的经济作用，然而作为现代理性社会生活关系的调节，仍是必不可少的。^[7]

二、赠与合同的分类

以赠与合同的成立、效力是否具有特殊情况为区分标准，赠与可分为一般赠与和特殊赠与。一般赠与是指不具有特殊情形的赠与，又称为单纯赠与，是指单纯以一方当事人对他方当事人无偿给予财产为内容，在合同的成立和效力方面，未附条件、期限或负担等特殊情况的赠与。所谓特殊赠与，亦称为非单纯赠与，是指在赠与合同的成立或效力方面附着条件、期限或负担等特殊情况的赠与。特殊赠与又可以分为附义务赠与、附条件赠与、附期限赠与、死因赠与和现实赠与。^[8]

附义务赠与，有些立法例及其学说将其称为附负担赠与，是指受赠人负有一定给付义务的赠与。鉴于受赠人所负的一定给付义务与赠

与人所负给付义务无对价关系，为了显示这两种给付义务的区别，传统民法及其学说将受赠人所负的给付义务叫做负担。^[9]《民法典》没有沿用附负担赠与的称谓，采用了附义务赠与的名称。赠与合同所附的义务（负担），属于赠与合同关系中的义务（负担），而非赠与合同关系外的另一种合同关系的组成部分。换句话说，附负担的赠与（附义务赠与）不是赠与合同与负担合同两者的结合。负担（义务）的内容，必须是受赠人的一定给付，至于该给付有无财产价格、作为抑或不作为，均在所不问；就是具有财产价格，也不要求与赠与物的价值相当。负担的受益人，通常为赠与人本人，约定为特定第三人乃至一般公众，亦无不可。^[10]

所谓附条件赠与，是指赠与物财产权的转移或赠与合同的终止取决于当事人双方约定的条件是否成就的赠与。它与附义务不同，主要表现为：附条件限制了赠与合同的效力，附生效条件场合是限制了赠与物财产转移的履行效力，附解除条件场合是限制了赠与合同的存续期间；而附义务并不限制赠与合同的效力，仅仅是使受赠人负有负担。就此来看，两者不同。赠与合同本属法律行为，《民法典》第158条规定：“民事法律行为可以附条件，但是根据其性质不得附条件的除外。附生效条件的民事法律行为，自条件成就时生效。附解除条件的民事法律行为，自条件成就时失效。”这一规则自可适用于赠与合同。裁判实践中即有观点认为：“孙凤池与谢守田签订《关于谢守田服（扶）养老人协议书》，约定孙凤池将一层西侧三间房屋赠与谢守田，谢守田对孙凤池履行相应的赡养义务。现谢守田依据协议履行了其赡养义务，并据此要求确认诉争宅院内一层西侧三间房屋归其所有，其此项主张于法有据。”^[11]

附期限赠与，是指赠与物财产权的转移或赠与合同的终止取决于当事人双方约定的期限届至或届满的赠与。它与附义务赠与不同，主要表现为：附期限限制了赠与合同的效力，附生效期限赠与场合是限制了赠与与所有权转移的履行效力，附终止期限赠与场合是限制了赠与合同的存续期间；而附义务并不限制赠与合同的效力，仅仅是使受赠人负有负担。就此看来，两者也不同。^[12]赠与合同本属法律行为，《民法典》第160条规定：“民事法律行为可以附期限，但是根据其性质不得附期限的除外。附生效期限的民事法律行为，自期限届至时生效。附终止期限的民事法律行为，自期限届满时失效。”这一规则自可适用于赠与合同。裁判实践中即有观点认为：“本案为附期限的赠与合同纠纷案件……2018年3月11日尚未到来，即该赠与合同未发生法律效力。既然该赠与合同未发生法律效力，那么原告金钟哲目前请求撤销一个尚未生效的合同没有请求权基础，不予支持。”^[13]

所谓死因赠与，是指因赠与人死亡而生效力的赠与。它实际上是以“赠与人死亡时，受赠人仍然生存”为停止条件的赠与，性质上为附停止条件赠与的一种。死因赠与和遗赠的相同点在于，二者均为无偿给予财产的无偿行为，且均须于赠与人/遗赠人死亡时（受赠人/受遗赠人尚生存着）开始发生效力。其不同点表现在：（1）死因赠与为合同，遗赠是单独行为；（2）遗赠须以遗嘱为之，属于要式行为。

[14]

所谓现实赠与，是指赠与合同成立的同时即已履行的赠与，即赠与人与受赠人现实交付于受赠人而成立的赠与。

所谓混合赠与，是指约定使受赠人亦为以部分对待给付的赠与。半买半赠，为其著例。对于此类合同，原则上仍应适用一般赠与的规定，但对于受赠人所为对待给付部分，应类推适用附义务赠与的规定。对于混合赠与的性质，历来存在分歧。分离说认为，混合赠与应分为有偿与无偿两部分：无偿部分为赠与，适用赠与合同的规定；有偿部分适用有偿赠与的规定。单一说认为，混合赠与为单一的合同，应统一加以考察。[15]

区别一般赠与和特殊赠与具有重要的法律意义。一般赠与和特殊赠与适用法律的规则不同，具体表现在以下三个方面：（1）在一般赠与中，受赠人不负任何给付义务，赠与的成立及其履行，无害于而是有益于受赠人，因而无须受赠人具有行为能力；与此不同，在附条件赠与、附义务赠与中，受赠人也要相应地承担一定的义务，尽管该义务弱于赠与人的给付义务，但其实际履行时仍有可能使受赠人受到损害，需要受赠人具有辨别赠与的性质及法律效果的能力，以决定是否签订赠与合同，所以需要受赠人具备一定的行为能力。当然，这种区别在赠与人一方不会体现出来，因为将其财产赠与他人属于较为重要的法律行为，应要求赠与人具备完全行为能力，至于无行为能力人或限制行为能力人为赠与的，需要其监护人同意。（2）一般赠与合同，赠与人对赠与物的瑕疵不承担责任。在附义务赠与场合，对赠与物的瑕疵，赠与人在所附义务的限度内承担与出卖人相同的瑕疵担保责任（《民法典》第662条第1款）。（3）一般赠与场合，赠与人在赠与物的权利转移后，一般不再享有撤销权（当然也有例外）；而特殊赠与场合则有所不同，赠与人可以通过主张受赠人未履行其义务而撤销赠与合同（《民法典》第663条第1款第3项）。[16]

其他问题

一、赠与他人财产的合同效力

根据本条的规定，赠与人赠与他人的财产应属赠与人“自己的财产”。有裁判认为：“处分共有的不动产或者动产应当经全体共有人同意，部分共有人擅自处分共有财产的一般认定无效；但第三人善意有偿取得该财产的，应当维护第三人的合法权益；夫妻一方将共有财产赠与他人属于对共有财产的处分，因未经配偶同意，处分行为无效。赠与人的配偶向人民法院主张返还的，应予支持。”^[17]《民法典》第597条第1款规定：“因出卖人未取得处分权致使标的物所有权不能转移的，买受人可以解除合同并请求出卖人承担违约责任。”由此可见，有无处分权对合同效力并不发生影响。此规定是否应类推适用于无偿的赠与合同，值得研究。

二、受赠人的转移赠与财产请求权与赠与人其他债权人对标的物的强制执行

在赠与合同已经生效但未转移赠与财产的权利之前，受赠人转移赠与财产的请求权是否可以排除其他债权人对标的物的执行，不无疑问。在“刘金戈等与北京农信小额贷款有限公司案外人执行异议之诉上诉案”^[18]中，法院认为，“刘金戈享有的是将涉案房屋所有权请求变更登记至其名下的请求权，农信小贷公司享有的是普通金钱债权请求权。首先，从请求权成立时间上看，刘金戈的请求权早于农信小贷公司的请求权，农信小贷公司的请求权发生时，涉案房产已经不属于刘瑶的责任财产，刘金戈的请求权即使排除农信小贷公司对涉案房产的执行，也并未对其债权实现产生不利影响。其次，从请求权内容上看，农信小贷公司的请求权为普通金钱债权，并未指向特定财产。刘金戈的请求权系针对涉案房屋的请求权，具有直接指向性。再次，从请求权性质上看，涉案房屋系夫妻共同财产，在刘瑶与金蓓莉婚姻关系解除之时约定房屋归刘金戈所有，在案证据亦显示刘金戈由金蓓莉抚养，金蓓莉对涉案房屋实际占有、使用，并无证据显示金蓓莉有其他房产，该房屋具有保障刘金戈生活的功能，因此，刘金戈的请求权相比农信小贷公司的请求权在伦理上具有一定的优先性。综上，本院认为，刘金戈的请求权足以排除强制执行。”

但在“韩秋颖与陈宽新、陈荔娟、韩生、香河佳龙房地产开发有限公司、刘起霞案外人执行异议之诉上诉案”^[19]中，法院认为，“涉案房产并未办理产权变更登记手续，韩秋颖未取得涉案房产的物权。现韩秋颖称其在701房屋实际居住，不能改变涉案房产产权未发生转移的事实。因韩生是涉案房屋登记的产权人，对701房屋享有物权，现韩秋颖未提供充分有效的证据证明其对701房屋享有足以排除强制执行的民事权益，故对韩秋颖要求确认701房屋归其所有并停止对该房产执行的诉讼请求，不予支持。”“韩秋颖虽主张根据离婚协议中存在对涉案房产的约定，以及依据韩生在廊坊市所拥有的房产情况，可

以推断韩秋颖对涉案房屋享有权利，但离婚协议并不具有对外公开性，其对房产的约定并不具有对抗第三人的法律效力，故本院对韩秋颖的该项主张不予采信。”“韩秋颖在合理时间内并未积极向韩生主张要求其配合办理相关过户手续，并因此导致后续房屋被查封，应自行承担相应不利后果。韩秋颖虽上诉主张因无法与韩生取得联系，故不能办理过户，但鉴于韩秋颖与韩生的父女身份关系，韩秋颖的主张与社会一般经验法则相悖，韩秋颖也未据此进一步提供证据予以佐证，故本院对韩秋颖的该项主张不予采信。”

三、“名为买卖、实为赠与”的效力

实践中以买卖形式实现的赠与并不在少数。就此，应探求当事人之间的真意。在“汤琴珍等诉虞楠房屋买卖合同纠纷上诉案”^[20]中，法院认为，“虞良法、汤琴珍与虞楠系祖孙关系，办理过户时仅签了一份网签合同，即《存量房屋买卖合同》，约定的房屋成交价明显低于涉案房屋的市场价格，且合同中的付款时间、付款方式、违约责任等其他重要内容均为空白，有违交易习惯。除虞良法与汤琴珍的女儿虞某的证人证言外，虞良法、汤琴珍均未提交其他充分有效证据证明其二人在本案诉讼前向虞楠主张过售房款。通常情况下，买卖双方签订房屋买卖合同，应对于房屋成交价款、付款时间、付款方式、交房、过户、违约责任等主要条款明确约定，但有时为了便捷与节约税费，亦存在亲属间赠与房产时选择买卖形式办理过户的情况。根据已查明的事实，本案不同于房屋买卖合同的一般样态，更符合亲属间以买卖形式过户实现赠与的情形。”

第六百五十八条

赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。

经过公证的赠与合同或者依法不得撤销的具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同，不适用前款规定。

本条主旨

本条是关于赠与合同的任意撤销与限制的规定。

相关条文

《合同法》第186条 赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不适用前款规定。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第448条 赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。

具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不适用前款规定。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第448条 赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。

具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不适用前款规定。

《民法典（草案）》（2019年12月）第658条 赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。

经过公证的赠与合同或者依法不得撤销的具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同，不适用前款规定。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第658条 赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。

经过公证的赠与合同或者依法不得撤销的具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同，不适用前款规定。

理解与适用

本条是在《合同法》第186条的基础上修改而成，该条规定：“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。”“具有救灾、扶贫等公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不适用前款规定。”其中，第1款未作修改；第2款除了调整表述顺序之外，“具有救灾、扶贫等公益、道德义务性质的赠与合同”增加了“依法不得撤销的”限制，例示规定中增加了“助残”。

一、任意撤销权及其行使

赠与合同的任意撤销，是指无须具备法定情形，得由赠与人依其意思撤销赠与合同的情形。依据《民法典》第657条的规定，赠与合

同为诺成性的合同。赠与人如一时冲动或因其他不谨慎的原因作出无偿转移财产权利的意思表示，为避免赠与人受此意思表示的约束带来的问题，本条规定了赠与人的任意撤销权。这明显区别于《民法典》上的其他无偿合同。如民间借贷合同、委托合同、担保合同均未采取任意撤销权的模式。

赠与合同采取此种模式的正当性在于：首先，赠与合同任意撤销权的设置体现了《民法典》对赠与人采取较为宽容的态度，通过任意撤销权的设置保证赠与人意思表示的真实、审慎。其次，减轻赠与人的责任。根据《民法典》严守合同的原则，合同生效之后，当事人应该严格遵守合同规定，履行合同义务，违反合同义务应当承担合同责任。《民法典》有关赠与合同任意撤销的规定基于合同无偿性的特性减轻赠与人的责任，体现对赠与人宽容的立法原意，以平衡赠与人和受赠人之间的利益关系。

总的来说，赠与合同任意撤销权的规定主要基于赠与合同的无偿性和单务性的特性及合同正义原则的要求，即通过赠与合同的任意撤销权的设定减轻赠与人的合同义务，给予赠与人再一次机会，以确保赠与人的意思真实、审慎。

根据本条第1款的规定，赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。具体来说，由于赠与合同是诺成合同，即双方当事人意思表示一致，合同便成立。赠与人向受赠人转移赠与财产的权利，是对赠与合同的履行，若赠与财产的权利已经转移，那么赠与合同履行完毕，赠与人不得行使任意撤销权。值得注意的是，撤销赠与的时间点是“赠与财产的权利转移之前”而不是“赠与财产交付之前”。“交付”仅涉及赠与人移转赠与财产的占有予受赠人，并不一定导致赠与财产的所有权的转移。^[21]就动产而言，赠与财产的交付即意味着赠与财产的所有权的转移，普通动产和特殊动产均为如此；但就不动产而言，赠与财产的交付并不意味着赠与财产的所有权的转移，在《民法典》奉行登记生效主义的不动产物权变动模式之下，不动产权利的转移以登记为生效要件。就权利而言，依据该类权利的变动规则办理权利转移手续，例如股权的赠与，应按照《公司法》的股权受让规则进行权利的转移。

赠与人的任意撤销权的行使需以意思表示的方式作出，自撤销的意思表示到达受赠人之时起发生法律效力，赠与合同即自始丧失效力。在此，赠与人的任意撤销权无须通过诉讼或者仲裁方式即可行使，而与此不同的是，在可变更、可撤销合同中，当事人撤销权的行使则必须以提起诉讼或者仲裁的方式为之。赠与人撤销赠与的意思表示到达受赠人则使本具效力的赠与合同失其法律效力，并且溯及既往，该合同

自始无效；并且，赠与人或者受赠人亦无法再凭意思表示或其他方式恢复该赠与合同的效力。

二、任意撤销权行使的限制

本条第2款规定：“经过公证的赠与合同或者依法不得撤销的具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同，不适用前款规定。”所谓“不适用前款规定”，即不得任意撤销，是指在赠与合同订立之后，赠与人应当依据合同规定履行其义务，向受赠人交付赠与财产，并移转赠与财产权利。如果其拒绝交付的，受赠人有权要求其履行。

1. 经过公证的赠与合同

经过公证机关公证的赠与合同充分表明赠与人的意思表示真实、慎重，对其设定赠与的任意撤销权与《民法典》设置任意撤销权的目的相背离，同时经过公证的赠与合同体现了国家公权力的意志，不应随意否定其效力。

2. 具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同

以赠与的目的是否关乎履行道德的义务为区分标准，赠与可分为具有公益和履行道德义务性质的赠与和不具有公益和履行道德义务性质的赠与。^[22]所谓具有公益性质的赠与是指为了救灾、扶贫、助残等目的或为了资助公共设施建设、环境保护等公益事业所为的赠与。根据《公益事业捐赠法》第3条的规定，公益事业是指非营利的下列事项：救助灾害、救济贫困、扶助残疾人等困难的社会群体和个人的活动；教育、科学、文化、卫生、体育事业；环境保护、社会公共设施建设；促进社会发展和进步的其他社会公共和福利事业。值得注意的是，不宜将《公益事业捐赠法》中规定的赠与等同于公益性赠与，这将不当限缩公益性赠与的涵摄范围。所谓具有道德义务性质的赠与包括：养子女对于在法律上无扶养义务，但在道德上有扶助义务的生父母，在其生活比较困难时约定赠与一定的财务；其他虽无扶养义务，但对于其亲属以赠与合同的方式约定为扶养给付；对于重要而无偿的劳务或救护工作，以赠与合同的方式给予酬谢等。^[23]区别具有公益和道德义务性质的赠与及不具有公益和道德义务性质的赠与，其实质为：前者的赠与对赠与人的约束力较强，不得任意撤销；而后的赠与，在赠与财产的权利转移前，赠与人一般可以任意撤销。

3. 依法不得任意撤销的其他情形

我国《慈善法》第41条第1款规定：“捐赠人应当按照捐赠协议履行捐赠义务。捐赠人违反捐赠协议逾期未交付捐赠财产，有下列情形之一的，慈善组织或者其他接受捐赠的人可以要求交付；捐赠人拒不交付的，慈善组织和其他接受捐赠的人可以依法向人民法院申请支付令或者提起诉讼：（一）捐赠人通过广播、电视、报刊、互联网等媒体公开承诺捐赠的；（二）捐赠财产用于本法第三条第一项至第三项规定的慈善活动，并签订书面捐赠协议的。”该法第3条规定：“本法所称慈善活动，是指自然人、法人和其他组织以捐赠财产或者提供服务等方式，自愿开展的下列公益活动：（一）扶贫、济困；（二）扶老、救孤、恤病、助残、优抚；（三）救助自然灾害、事故灾难和公共卫生事件等突发事件造成的损害；（四）促进教育、科学、文化、卫生、体育等事业的发展；（五）防治污染和其他公害，保护和改善生态环境；（六）符合本法规定的其他公益活动。”由此可见，只要是捐赠人通过广播、电视、报刊、互联网等媒体公开承诺捐赠的，均不得任意撤销。

其他问题

实践中，夫妻双方离婚协议中将夫妻共有财产赠与给子女的情形不在少数。离婚协议中关于财产分割的条款或者当事人因离婚就财产分割达成的协议，对男女双方具有法律约束力。其中部分条款符合赠与合同的构成要件的，构成赠与合同，此时，赠与人是否可以主张任意撤销权，不无疑问。

在“杨某1与杨某2等赠与合同纠纷上诉案”^[24]中，法院认为，“本案中，杨某1与王某1签订离婚协议书并经登记机关登记离婚，双方在离婚协议书中约定将夫妻共同所有的401号房屋离婚后归杨某2所有、603号房屋在偿还完银行债务之后过户至杨某2名下。综合双方离婚协议书的内容，将401号房屋及603号房屋赠与杨某2系杨某1、王某1就双方婚姻关系解除后共同财产分割、子女抚养等问题做出的综合处理的一部分，与离婚协议书中的其他内容属于一个整体，不可分割，亦具有身份关系和道德义务的性质，不同于一般的赠与。现杨某1在与王某1办理完毕离婚登记之后，又以赠与财产尚未发生转移为由要求行使任意撤销权撤销对杨某2的赠与，不符合双方签订的离婚协议书的本意，王某1对此亦不予认可，故一审法院判决驳回杨某1行使任意撤销权的主张，是正确的，应予维持。”

但在“朱某1与胡红财产纠纷再审案”^[25]中，法院认为，“本案中，虽然谭丽与朱某2协议离婚时约定将涉案房屋赠与朱某1所有，但没有依法办理变更登记手续，涉案房屋所有权未发生转移，朱某1并

未取得该房屋的所有权。申请人提出应适用《合同法》第一百八十六条第二款，本案的赠与属于‘具有道德义务性质的赠与’不成立。”

第六百五十九条

赠与的财产依法需要办理登记或者其他手续的，应当办理有关手续。

本条主旨

本条是关于赠与人移转赠与财产的义务的规定。

相关条文

《合同法》第187条 赠与的财产依法需要办理登记等手续的，应当办理有关手续。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第449条 赠与的财产依法需要办理登记等手续的，应当办理有关手续。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第449条 赠与的财产依法需要办理登记等手续的，应当办理有关手续。

《民法典（草案）》（2019年12月）第659条 赠与的财产依法需要办理登记或者其他手续的，应当办理有关手续。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第659条 赠与的财产依法需要办理登记或者其他手续的，应当办理有关手续。

理解与适用

本条是在《合同法》第187条的基础上修改而成，增加了办理除登记之外的其他手续的情形。

赠与合同为诺成合同，自合同当事人意思表示一致之时起成立，如无阻却合同生效的事由，依法成立的合同，自成立之时起生效。赠与合同以使赠与财产的权利归于受赠人为直接目的，赠与人的主要义务是依照合同约定的期限、地点、方式、标准将标的物转移给受赠

人。 [26]

首先，赠与财产性质不同，赠与人移转赠与财产义务的表现也不同。因赠与合同所产生的赠与财产的移转，适用基于法律行为的物权变动的一般规则。《民法典》第208条规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应当依照法律规定登记。动产物权的设立和转让，应当依照法律规定交付。”由此可见，赠与财产属于不动产的，应当办理转移登记手续；赠与财产属于一般动产的，应交付赠与财产；赠与财产属于船舶、航空器和机动车等特殊动产的，除了交付赠与财产之外，尚须办理转移登记手续。赠与财产属于无形财产的，按照该类无形财产移转的一般规则办理相应手续。例如，建设用地使用权的赠与，应通过办理变更登记来完成权利移转；无纸化证券权利的赠与，应采用登记的方式进行移转。在履行赠与合同之时，如需办理特别手续或有其他特别要求的，应当办理特别手续或者满足其特别要求以转移财产权利。

其次，赠与人必须依据合同规定的标的、期限、地点、方式、标准等，履行权利移转的义务。赠与是单务、无偿的合同，在赠与人不愿交付财产的情况下，法律赋予赠与人以任意撤销权。如果其通过拒绝交付财产的行为作为行使任意撤销权的方式，受赠人不能请求赠与人履行交付义务。 [27]

值得注意的是，赠与合同为诺成合同，“办理登记或者其他手续”并不是赠与合同成立或生效的要件。当事人之间意思表示一致，符合合同生效要件，赠与合同即生效，未办理登记或者其他手续并不影响赠与合同的效力。

其他问题

如赠与房屋已被拆除，在作为产权调换的房屋办理转移登记之前，赠与人是否可以撤销赠与，不无疑问。在“赵成生与安统赠与合同纠纷再审案” [28] 中，法院认为，“安统赠与赵成生的房屋，虽然已经被拆除，因还建房屋尚未办理产权登记，赵成生在产权调换协议上的签字，不能认定完成了权利转移，赵成生不能被认定为还建房屋的所有权人，安统享有《中华人民共和国合同法》第一百八十六条赠与合同撤销权。”

经过公证的赠与合同或者依法不得撤销的具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同，赠与人不交付赠与财产的，受赠人可以请求交付。

依据前款规定应当交付的赠与财产因赠与人故意或者重大过失致使毁损、灭失的，赠与人应当承担赔偿责任。

本条主旨

本条是关于受赠人的交付请求权的规定。

相关条文

《合同法》第188条 具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，赠与人不交付赠与的财产的，受赠人可以要求交付。

《合同法》第189条 因赠与人故意或者重大过失致使赠与的财产毁损、灭失的，赠与人应当承担损害赔偿责任。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第450条 具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，赠与人不交付赠与财产的，受赠人可以要求交付。

依照前款规定应当交付的赠与财产因赠与人故意或者重大过失致使毁损、灭失的，赠与人应当承担损害赔偿责任。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第450条 具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，赠与人不交付赠与财产的，受赠人可以要求交付。

依照前款规定应当交付的赠与财产因赠与人故意或者重大过失致使毁损、灭失的，赠与人应当承担损害赔偿责任。

《民法典（草案）》（2019年12月）第660条 经过公证的赠与合同或者依法不得撤销的具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同，赠与人不交付赠与财产的，受赠人可以请求交付。

依照前款规定应当交付的赠与财产因赠与人故意或者重大过失致

使毁损、灭失的，赠与人应当承担赔偿责任。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第660条经过公证的赠与合同或者依法不得撤销的具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同，赠与人不交付赠与财产的，受赠人可以请求交付。

依据前款规定应当交付的赠与财产因赠与人故意或者重大过失致使毁损、灭失的，赠与人应当承担赔偿责任。

理解与适用

本条是在《合同法》第188条、第189条的基础上修改而成的。其中，第1款的修改与本法第658条的处理相一致，除了调整表述顺序之外，“具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同”增加了“依法不得撤销的”限制，例示规定中增加了“助残”；第2款将《合同法》第189条的适用范围进行了限缩，仅限于“经过公证的赠与合同或者依法不得撤销的具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同”。

一、受赠人的交付请求权

将赠与的财产按照赠与合同约定交付受赠人并转移所有权，是赠与人的义务。但就一般的赠与而言，赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。因此，对于一般赠与合同，赠与人不给付赠与财产，受赠人也不能请求赠与人给付或承担违约责任（《民法典》第658条第1款）。但经过公证的赠与合同或者依法不得撤销的具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同，不得任意撤销（《民法典》第658条第2款），因此，赠与人延迟履行或者不履行交付赠与财产的义务，即构成违约，受赠人可以请求赠与人交付赠与的财产。值得注意的是，本条对违约责任进行了限制，赠与人仅承担继续履行的责任，而不需要承担其他违约责任，如支付迟延利息或损害赔偿。[29]受赠人只能请求赠与人交付赠与财产，而无权请求赠与人承担其他违约责任。[30]

二、因故意或者重大过失致使赠与的财产毁损、灭失的责任

赠与人在作出赠与的意思表示后，尚未交付赠与物之前，负有妥善保管赠与物的义务；交付赠与物时，应当以妥善的方式完成交付；如果赠与人违反了先合同义务，即因赠与人的故意或者重大过失致使

赠与财产毁损、灭失的，赠与人并不能因此而免除交付赠与人的义务。但赠与人并不负有善良管理人的注意义务，而仅仅对其故意或重大过失负责。如果赠与人只是一般的过失或轻微的过失，而致赠与财产毁损、灭失的，其不应再负交付义务，也不应承担损害赔偿责任。如赠与物是种类物，经受赠人同意，赠与人可以以其他种类物代替合同约定的赠与物交付给受赠人；如赠与物是特定物，赠与人因履行不能而应当赔偿受赠人因此受到的损失。因赠与财产毁损、灭失而给受赠人造成其他损失的，赠与人还应当承担相应的损害赔偿责任。赠与人对赠与财产毁损、灭失承担损害赔偿责任，要求赠与人在主观上必须具有故意或者重大的过失，如赠与财产的毁损、灭失是因为不可抗力或者受赠人自身的原因造成的，赠与人则无须承担损害赔偿责任。

赠与人违反不得因故意或者重大过失致使赠与的财产毁损、灭失的义务，应当承担损害赔偿责任。此处说的损害赔偿责任的范围，既包括受赠人应当得到的赠与财产的价值，也包括受赠人为接受赠与，进行必要准备而支出的费用。^[31]此种损失实际上就是一种信赖利益的损失，例如，因为信赖赠与人将赠与一套设备而为该设备购买各种零配件，因设备遭受毁损、灭失而导致所购买的零配件失去使用价值，由此造成的损失应由赠与人承担赔偿责任。^[32]不过，如果赠与财产是种类物的话，则赠与人故意或重大过失造成毁损、灭失的，仍应负担继续履行的义务。^[33]

我国《合同法》第189条规定：“因赠与人故意或者重大过失致使赠与的财产毁损、灭失的，赠与人应当承担损害赔偿责任。”并未就该条适用情形作出限定，由此出现了在赠与人享有任意撤销权时与本条适用的冲突。部分学者认为，《合同法》第186条对于赠与合同任意撤销权的规定使得《合同法》第189条的规定几乎没有适用余地，赠与人可以利用任意撤销权来规避第189条的规定。合同一经撤销，受赠人合同上的请求权将不复存在。也有学者认为，《合同法》第186条和第189条分属于不同的范围，此说以任意撤销权的不行使作为赠与合同的生效条件为基础。还有学者认为，《合同法》第189条是对赠与人行使任意撤销权的限制，出现第189条规定的情形时，赠与人的任意撤销权即消灭，不得以撤销赠与为由主张免责。^[34]

为防杜争议，本条第2款将因故意或者重大过失致使赠与的财产毁损、灭失的责任仅适用于特殊赠与的情形，排除一般赠与的适用。《合同法》第189条的本意应当是适用于具有公益和道德义务性质的赠与合同，但是单独一条规定在立法本意上显得不清晰，故将《合同法》第189条作为本条的第2款，并修改为：“依据前款规定应当交付

的赠与财产因赠与人故意或者重大过失致使毁损、灭失的，赠与人应当承担赔偿责任。”这就意味着具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同，在赠与财产的权利移转给受赠人之前，由于赠与人的故意或者重大过失致使赠与财产发生毁损、灭失，无法实际交付赠与财产的，赠与人应当向受赠人赔偿因其故意或者重大过失所造成的损失。^[35]

第六百六十一条

赠与可以附义务。

赠与附义务的，受赠人应当按照约定履行义务。

本条主旨

本条是关于附义务赠与的规定。

相关条文

《合同法》第190条 赠与可以附义务。

赠与附义务的，受赠人应当按照约定履行义务。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第451条 赠与可以附义务。

赠与附义务的，受赠人应当按照约定履行义务。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第451条 赠与可以附义务。

赠与附义务的，受赠人应当按照约定履行义务。

《民法典（草案）》（2019年12月）第661条 赠与可以附义务。

赠与附义务的，受赠人应当按照约定履行义务。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第661条

赠与可以附义务。

赠与附义务的，受赠人应当按照约定履行义务。

理解与适用

附义务的赠与，也称附负担的赠与，是指以受赠人对赠与人或者第三人为一定给付为条件的赠与，亦即受赠人接受赠与后负担一定义务的赠与。“附负担的赠与，双方所附负担为主从关系，未将所附负担视为对价，因此附负担的赠与未改变赠与的无偿性质。附有负担之赠与，仍系无偿赠与。”^[36]受赠人在附义务赠与中虽负担一定义务，但赠与所附义务不构成赠与的对价，赠与人与受赠人在附义务赠与合同中所负担的义务并非对待给付，赠与人不享有对待给付合同中的同时履行抗辩权等抗辩权，赠与人不能以受赠人不履行义务为抗辩事由。因此，附义务赠与仍然属于单务无偿合同。

附义务的赠与中所附的义务以受赠人负有一定的给付为内容，但该给付不以作为为限，也可以是不作为。附义务赠与所附义务为作为义务的，可以约定受赠人向赠与人履行，也可以约定受赠人向第三人履行。约定由受赠人向第三人履行的，受赠人不履行合同义务，并不使得第三人享有直接要求受赠人履行义务的权利。此外，所附义务的设定可以为赠与人本人、受赠人或者不特定的第三人的利益设定。

附义务赠与合同属于赠与合同的特殊类型，赠与合同的成立要件和生效要件及一般权利义务分配对其同样适用，同时，其也具有自身的特殊性。

第一，受赠人应当按照约定履行义务。与一般赠与合同中受赠人不承担合同义务不同，在附义务的赠与中，受赠人在赠与的财产权利转移后，应当按照合同约定履行合同所负担的义务。如受赠人不履行或者不适当履行合同义务，赠与人可以请求赠与人履行义务或者撤销赠与。如受赠人不履行或者不适当履行合同义务非可归责于受赠人，则受赠人免除该义务，赠与人不可再请求受赠人履行或者撤销赠与。附义务的赠与中，其所附的义务并不是作为赠与的对价而存在的，即所附义务不能大于或等于受赠人所获得的利益，通常是低于赠与财产的价值。^[37]赠与的财产价值不足以履行其义务的，受赠人只在赠与财产价值限度内履行其义务。如果受赠人的义务超过赠与财产的价值，超出部分受赠人可以拒绝履行。^[38]

第二，赠与人的瑕疵担保责任。一般赠与合同通常不要求赠与人

承担瑕疵担保责任，但《民法典》第662条明确规定了附义务赠与中的瑕疵担保责任：赠与的财产有瑕疵的，赠与人不承担责任。附义务的赠与，赠与的财产有瑕疵的，赠与人在附义务的限度内承担与出卖人相同的责任。赠与人故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵，造成受赠人损失的，应当承担损害赔偿责任。

第三，附义务赠与的法定撤销权。《民法典》第663条规定，受赠人有下列情形之一的，赠与人可以撤销赠与：严重侵害赠与人或者赠与人近亲属的合法权益；对赠与人有扶养义务而不履行；不履行赠与合同约定的义务。据此，附义务赠与合同的撤销权属于形成权，赠与人得依其单方意思表示使赠与合同溯及既往地归于消灭，当事人的权利义务回复到赠与合同订立之前的状态，受赠人的所得丧失了法律上的原因，应当依据不当得利的规定返还给赠与人。

其他问题

1.附义务的赠与和附生效条件的赠与并不相同。所谓附生效条件的赠与是指当事人在合同中约定一定的条件，以该条件的成就作为赠与合同生效的条件。例如，父母与其成年儿子约定，父母赠与儿子一套住宅，条件是其必须和某女子结婚。其目的就是希望通过赠与住宅的方式，实现其子与该女结婚的目的。附义务的赠与和附生效条件的赠与的区别主要表现在：第一，附条件赠与中通常要求受赠人先履行一定的义务或者说完成一定的条件，条件成就赠与合同方可生效。而附义务的赠与中，通常都是赠与人先完成赠与，而受赠人在后履行义务。第二，在附条件的赠与中，条件不一定是以义务的形式出现的，其也可能是以一定的事件的发生为条件。而附义务赠与中所附的必须是受赠人的义务。第三，在附义务的赠与中，如果受赠人没有履行义务，赠与人有权请求受赠人继续履行负担，如果受赠人仍不履行，其有权撤销赠与合同。而在附条件赠与中，如果条件没有成就，合同根本就没有生效，自然不能强求赠与人履行义务。

2.对于附义务的赠与中的义务，裁判实践中存在不少分歧。在“阳光一百置业（辽宁）有限公司与刘慧商品房销售合同纠纷上诉案”^[39]中，法院认为，“本案中，涉案房屋赠与与夹层的赠与是在刘慧支付了购买涉案房屋的对价后才会取得的赠与，属于附义务的赠与，此时，阳光一百公司作为赠与人承担与出卖人相同的责任。”在“黎志东与梅州市振兴汽车贸易有限公司买卖合同纠纷上诉案”^[40]中，法院认为，“汽车脚垫应当认定为被上诉人为销售涉诉汽车而给予被上诉人附义务的赠与物品。按照双方对脚垫价值达成的一致意见，一审依据《中华人民共和国合同法》第一百九十一条第一款规定，认定由被上

诉人承担向上诉人支付1500元的赔偿责任，于法有据。”

第六百六十二条

赠与的财产有瑕疵的，赠与人不承担责任。附义务的赠与，赠与的财产有瑕疵的，赠与人在附义务的限度内承担与出卖人相同的责任。

赠与人故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵，造成受赠人损失的，应当承担赔偿责任。

本条主旨

本条是关于赠与财产的瑕疵担保责任的规定。

相关条文

《合同法》第191条 赠与的财产有瑕疵的，赠与人不承担责任。附义务的赠与，赠与的财产有瑕疵的，赠与人在附义务的限度内承担与出卖人相同的责任。赠与人故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵，造成受赠人损失的，应当承担损害赔偿责任。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第452条 赠与的财产有瑕疵的，赠与人不承担责任。附义务的赠与，赠与的财产有瑕疵的，赠与人在附义务的限度内承担与出卖人相同的责任。

赠与人故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵，造成受赠人损失的，应当承担损害赔偿责任。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第452条 赠与的财产有瑕疵的，赠与人不承担责任。附义务的赠与，赠与的财产有瑕疵的，赠与人在附义务的限度内承担与出卖人相同的责任。

赠与人故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵，造成受赠人损失的，应当承担损害赔偿责任。

《民法典（草案）》（2019年12月）第662条 赠与的财产有瑕疵的，赠与人不承担责任。附义务的赠与，赠与的财产有瑕疵的，赠与人在附义务的限度内承担与出卖人相同的责任。

赠与人故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵，造成受赠人损失的，应当承担赔偿责任。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第662条
赠与的财产有瑕疵的，赠与人不承担责任。附义务的赠与，赠与的财产有瑕疵的，赠与人在附义务的限度内承担与出卖人相同的责任。

赠与人故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵，造成受赠人损失的，应当承担赔偿责任。

理解与适用

一、赠与人的瑕疵担保责任

赠与合同是单务、无偿合同，与一般双务、有偿合同不同，赠与合同中赠与人对赠与财产的瑕疵担保责任的承担，具有一定的特殊性。赠与人瑕疵担保责任的承担在不同情形之下有所差异。

（一）一般赠与中赠与人不负瑕疵担保责任

赠与是单务无偿的行为，本质上是施惠行为，受赠人接受赠与财产并未支付对价，因此在一般赠与中，赠与的财产有瑕疵的，赠与人不承担责任。所谓瑕疵，是指标的物不符合法定或约定的质量标准，或者不具备标的物通常应有的功能和效用。应当注意的是，本条规定仅及于物的瑕疵担保责任，并不包括权利瑕疵担保责任。依据《民法典》第657条的规定，赠与人只能将自己的财产赠与他人，如赠与人将不属于自己的财产进行赠与的，应承担给受赠人造成损害的责任。^[41]此外，根据本条第2款的规定，如赠与人故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵，造成受赠人损失的，赠与人应承担损害赔偿责任。赠与人故意不告知赠与的财产有瑕疵，具有主观上的恶意，应对自己有违诚信的行为承担赔偿责任；赠与人保证无瑕疵，使受赠人产生信赖，受赠人因此而受到的损失，赠与人应承担相应的赔偿责任。

（二）附义务的赠与中赠与人在附义务的限度内承担与出卖人相同的责任

本条第1款后句规定：“附义务的赠与，赠与的财产有瑕疵的，赠与人在附义务的限度内承担与出卖人相同的责任。”由此可见，赠与人在附义务的赠与中负有瑕疵担保责任。在附义务的赠与中，受赠人也要履行相应的义务，并可能因此蒙受某种不利益，赠与人的行为也不是纯粹的施惠行为，因此，赠与人应当负有瑕疵担保责任。“赠与

人在附义务的限度内承担与出卖人相同的责任”，亦即赠与人在不超过受赠人所附义务具有的价值的限度内承担瑕疵担保责任，以维护当事人双方的利益均衡。

二、赠与人故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵的责任

本条第2款规定：“赠与人故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵，造成受赠人损失的，应当承担赔偿责任。”据此，无论是一般赠与还是附义务赠与，赠与人故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵时，赠与人就赠与物的瑕疵给受赠人造成的损失均应承担赔偿责任。

赠与人故意不告知赠与财产的瑕疵，是指赠与人明知其赠与的财产有瑕疵而故意隐瞒；保证赠与财产无瑕疵，是指赠与人明确地担保赠与的财产没有瑕疵或某种特定的瑕疵，但事后该赠与的财产出现瑕疵。在这两种情形下，或者表明赠与人具有侵害受赠人的恶意，其有可能构成欺诈，当然必须对受赠人承担瑕疵担保责任；或者表明其违反了单方允诺，如果造成受赠人损失，也应当承担赔偿责任。

受赠人损失，有两种不同的见解：一是广义的见解，损失不仅包括赠与财产没有价值或者价值低于其应有的价值的损失（即间接损失或者期待利益的损失），也包括接受赠与（如支出的运输费用、其他受领费用）和使用该赠与财产而造成的损失（如赠与财产存在产品质量缺陷，在使用中导致受赠人或者相关人员的财产损失或者人身伤害，即直接损失或者已有财产的减少）；二是狭义的见解，即损失仅包括接受和使用该赠与财产而造成的损失（直接损失）。我们认为，鉴于受赠人在赠与合同中有所负担，在实际履行了所负担的义务，并在该义务的范围内取得了相当于买卖合同买受人的地位，则受赠人在赠与合同中所受到的损失，赠与人都应给予赔偿，亦包括受赠人因赠与财产所受到的财产损失或者人身伤害。^[42]

第六百六十三条

受赠人有下列情形之一的，赠与人可以撤销赠与：

- （一）严重侵害赠与人或者赠与人近亲属的合法权益；
- （二）对赠与人有扶养义务而不履行；
- （三）不履行赠与合同约定的义务。

赠与人的撤销权，自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。

本条主旨

本条是关于赠与合同的法定撤销的规定。

相关条文

《合同法》第192条 受赠人有下列情形之一的，赠与人可以撤销赠与：

- （一）严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属；
- （二）对赠与人有扶养义务而不履行；
- （三）不履行赠与合同约定的义务。

赠与人的撤销权，自知道或者应当知道撤销原因之日起一年内行使。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第453条 受赠人有下列情形之一的，赠与人可以撤销赠与：

- （一）严重侵害赠与人或者赠与人近亲属的合法权益；
- （二）对赠与人有扶养义务而不履行；
- （三）不履行赠与合同约定的义务。

赠与人的撤销权，自知道或者应当知道撤销原因之日起一年内行使。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第453条 受赠人有下列情形之一的，赠与人可以撤销赠与：

- （一）严重侵害赠与人或者赠与人近亲属的合法权益；
- （二）对赠与人有扶养义务而不履行；
- （三）不履行赠与合同约定的义务。

赠与人的撤销权，自知道或者应当知道撤销原因之日起一年内行使。

《民法典（草案）》（2019年12月）第663条 受赠人有下列情形之一的，赠与人可以撤销赠与：

- （一）严重侵害赠与人或者赠与人近亲属的合法权益；
- （二）对赠与人有扶养义务而不履行；
- （三）不履行赠与合同约定的义务。

赠与人的撤销权，自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第663条 受赠人有下列情形之一的，赠与人可以撤销赠与：

- （一）严重侵害赠与人或者赠与人近亲属的合法权益；
- （二）对赠与人有扶养义务而不履行；
- （三）不履行赠与合同约定的义务。

赠与人的撤销权，自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。

理解与适用

本条是在《合同法》第192条的基础上修改而成。其中，第1款第1项由“严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属”修改为“严重侵害赠与人或者赠与人近亲属的合法权益”，从而使该项的文义更加清晰。

一、赠与合同的法定撤销及其与任意撤销的区分

赠与人的撤销权，是指在赠与合同成立之后，赠与人依据法律的规定，享有的撤销赠与合同的权利。赠与人的撤销权主要包括任意撤销权与法定撤销权。赠与人的法定撤销权是指赠与人或者其他撤销权人在法定事由出现时所享有的撤销赠与的权利。赠与人法定撤销权与赠与人任意撤销权制度都是为了平衡赠与当事人双方的利益而存在，但两者之间存在明显的区别。

其一，适用范围有差别。赠与人任意撤销权仅适用于一般赠与，排除“具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同”的适用，而法定撤销权则无此限制。

其二，行使条件不同。任意撤销权在赠与财产交付之前均可行使，无须满足特定的条件，也无须赠与人指出撤销的原因；而法定撤销权的行使尚须具备一定的法定事由。依照《民法典》的规定，行使主体不同，法定事由也不同。赠与人的法定撤销事由包括：严重侵害赠与人或者赠与人近亲属的合法权益；对赠与人有扶养义务而不履行；不履行赠与合同约定的义务。赠与人的继承人或法定代理人的法定撤销事由包括：因受赠人的违法行为致使赠与死亡或者丧失民事行为能力。

其三，行使的时间不同。赠与人必须在赠与财产的权利移转之前行使任意撤销权，而赠与人行使法定撤销权，一般是在赠与财产的权利移转之后、自赠与人知道或应当知道撤销原因之日起1年内行使。

其四，行使后果略有不同。在赠与人行使任意撤销权时，赠与财产的权利尚未发生移转，所以任意撤销权的行使不具有溯及既往的效力。但如果在交付赠与财产之后，赠与财产的权利尚未发生移转，则有可能发生溯及既往的效力。而在法定撤销权中，因赠与财产已经交付给受赠人且权利已经发生移转，法定撤销权的行使具有溯及既往的效力。在法定撤销权行使的情况下，通常受赠人无法请求信赖利益损害赔偿。在符合法定撤销权规定的情况下，受赠人通常都对法定撤销事由的发生具有故意，因此，赠与人在行使法定撤销权之后，仍可以请求受赠人承担其他法律责任。但在一般赠与中，在赠与人行使任意撤销权之后，通常受赠人并不需要承担其他法律责任。^[43]

二、法定撤销的事由

（一）严重侵害赠与人或者赠与人近亲属的合法权益

“赠与人的近亲属”，是指赠与人的配偶、子女、父母、兄弟姐妹、祖父母与外祖父母、孙子女与外孙子女。关于赠与人或者赠与人近亲属合法权益受侵害的程度，本条只规定达到“严重侵害”程度即可，不要求达到触犯《刑法》和违反《治安管理处罚法》规定的程度。对于“严重侵害”，可以结合侵害行为的情节和后果等方面进行具体界定。本项未对受赠人侵害时的主观状态作出限定，依客观情形，受赠人对赠与人及其近亲属的合法权益构成严重侵害，无论受赠人的主观状态如何，都应当肯定赠与人法定撤销权的行使。也就是说，只要受赠人严重侵害了赠与人或者赠与人的近亲属，赠与人即可撤销赠

与，即主要考虑受赠人侵害行为的结果，而不是受赠人故意或者过失的主观状态。^[44]

裁判实践中，有观点认为严重侵害赠与人的婚姻家庭利益也构成本项事由。在“侯×与惠×夫妻财产约定纠纷再审案”^[45]中，法院认为，“侯×与贺某原属同事关系，均为已婚青年男女，开房同居时间地点多在外地城市出差期间，且根据法院调取的开房记录及侯×的自认，双方存在长期、多次同宿一事的事实，根据逻辑推理和日常生活经验，惠×主张侯×存在婚外情行为的事实更加符合生活常识。惠×提供证据的证明力已具有明显优势，足以证明其主张成立。侯×的行为无疑严重损害了夫妻之间的互相信任，严重侵害了惠×的感情，必然给她造成精神痛苦。惠×以此主张侯×的行为给她造成严重精神侵害，应予以采纳。本案中，诉争的2307号房屋系惠×婚前购买，且登记在惠×名下，原本属于惠×婚前个人财产。2013年1月14日，双方约定并将该房屋登记为双方共同共有。2013年7月4日，双方约定并将该房屋登记到侯×一人名下。该两次变更登记行为均属于惠×将自己的房产赠与侯×的行为。而两次赠与行为与身份关系无关，可以适用合同法的相关规定。鉴于侯×存在严重侵害惠×的行为，惠×根据合同法第一百九十二条之规定主张法定撤销权，具有事实与法律依据。”

（二）对赠与人有扶养义务而不履行

扶养义务具有广义和狭义之分。广义的扶养指的是一定范围内的亲属间相互供养和扶助的权利义务关系，包括长辈对晚辈的抚养，晚辈对长辈的赡养和平辈之间的相互扶养。这里的“扶养”一词应指广义的扶养，不应当仅仅理解为《民法典》第1059条规定的“夫妻有相互扶养的义务”等同辈之间的照顾义务，也包括晚辈对长辈的“赡养”以及长辈对晚辈的“抚养”等关系的照顾义务。^[46]在受赠人对赠与人负有扶养义务而不履行的情况下，不仅表明受赠人已构成“忘恩负义”，而且违反了其应负的法定义务。受赠人不履行扶养义务不是出于客观方面的原因，而是在有能力扶养，能够履行扶养义务的情况下主观上拒不履行。如果受赠人虽有扶养义务而无扶养能力、不能履行扶养义务的，赠与人无权撤销赠与。

（三）不履行赠与合同约定的义务

此情形主要是针对附义务的赠与合同。在附义务的赠与中，赠与人实施赠与后需要受赠人履行一定的约定义务，如受赠人不履行约定的义务，则受赠人的行为构成违约，赠与人可以撤销该赠与合同。这里的“不履行”既包括完全没有履行也包括部分没有履行。当然，如果

受赠人已经履行了义务的主要部分，在具体案件中法官可以酌情考量。^[47]

三、赠与人法定撤销权的行使期间

赠与人的法定撤销权属于形成权，仅凭赠与人单方的意思即可使赠与合同法律关系归于消灭。为督促赠与人及时行使权利，避免赠与人与受赠人之间的法律关系长期处于不确定的状态，维持和保护交易的安全，本条第2款限定了赠与人撤销权的权利行使期间。赠与人的撤销权，自知道或应当知道撤销原因之日起1年内行使。该1年期间为除斥期间，不存在中断、中止和延长的情形。赠与人只能在该期间内行使撤销权，否则，不发生撤销赠与合同的效果。撤销权的行使，使赠与合同溯及既往地消灭，受赠人受领赠与财产即丧失法律依据，有义务返还，赠与人有权请求返还。

赠与人行使法定撤销权，应当将其撤销赠与的意思表示通知受赠人。撤销赠与的意思表示可以是明示的，也可以是默示的，例如，赠与人没有明确说明撤销赠与，而是向受赠人索要已经交付的赠与财产，即属于默示的意思表示。赠与人没有将其撤销赠与的意思表示通知受赠人的，不发生撤销赠与的法律效力。^[48]

相关问题

如果受赠人严重侵害赠与人或赠与人的近亲属，则赠与人有权撤销赠与，且赠与属于单务合同，受赠人从赠与行为中受益，根据权利义务相一致原则，我国法侧重于课予受赠人履行相关义务的责任，例如：不得侵害赠与人、履行扶养义务、履行赠与合同的义务等。相反，我国法对于赠与人更多的是给予权利，例如在多种情况下其可行使撤销权。因此，赠与人行为适当与否以及是否侵犯受赠人利益等因素均不足以剥夺其依法享有的撤销权，赠与人因其行为失当对受赠人造成伤害或损失所形成的法律关系独立于赠与合同项下的赠与法律关系，受赠人可单独就此提起诉讼。^[49]

第六百六十四条

因受赠人的违法行为致使赠与人死亡或者丧失民事行为能力的，赠与人的继承人或者法定代理人可以撤销赠与。

赠与人的继承人或者法定代理人的撤销权，自知道或者应当知道撤

销事由之日起六个月内行使。

本条主旨

本条是关于赠与人的继承人或法定代理人的撤销权的规定。

相关条文

《合同法》第193条 因受赠人的违法行为致使赠与人死亡或者丧失民事行为能力的，赠与人的继承人或者法定代理人可以撤销赠与。

赠与人的继承人或者法定代理人的撤销权，自知道或者应当知道撤销原因之日起六个月内行使。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第454条 因受赠人的违法行为致使赠与人死亡或者丧失民事行为能力的，赠与人的继承人或者法定代理人可以撤销赠与。

赠与人的继承人或者法定代理人的撤销权，自知道或者应当知道撤销原因之日起六个月内行使。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第454条 因受赠人的违法行为致使赠与人死亡或者丧失民事行为能力的，赠与人的继承人或者法定代理人可以撤销赠与。

赠与人的继承人或者法定代理人的撤销权，自知道或者应当知道撤销原因之日起六个月内行使。

《民法典（草案）》（2019年12月）第664条 因受赠人的违法行为致使赠与人死亡或者丧失民事行为能力的，赠与人的继承人或者法定代理人可以撤销赠与。

赠与人的继承人或者法定代理人的撤销权，自知道或者应当知道撤销事由之日起六个月内行使。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第664条 因受赠人的违法行为致使赠与人死亡或者丧失民事行为能力的，赠与人的继承人或者法定代理人可以撤销赠与。

赠与人的继承人或者法定代理人的撤销权，自知道或者应当知道撤销事由之日起六个月内行使。

理解与适用

本条是对赠与人的继承人或者法定代理人的法定撤销权情形及撤销权行使期间的规定。赠与的撤销权本应属于赠与人，但因受赠人的违法行为致使赠与人死亡或使其丧失民事行为能力时，赠与人的撤销权事实上已经无法行使，由赠与人的继承人或者法定代理人行使才能实现赠与人订立赠与合同的意愿和目的。同时，也只有在赠与人不能行使其撤销权时，赠与人的继承人或法定代理人才有撤销赠与的权利。赠与人的继承人，是在赠与人已经死亡的情况下，应由赠与人的继承人行使撤销权。如赠与人有多个继承人，只要有一位继承人行使了此项权利，即可生效；赠与人的法定代理人，主要是在赠与人丧失民事行为能力的情况下，撤销赠与的权利可以由其法定代理人行使。

在受赠人的违法行为致使赠与人死亡的情形下，因侵害行为而生的赠与人的撤销权由其继承人承受，赠与合同撤销后，返还的赠与财产应按赠与人的遗产处理。在受赠人的违法行为致使赠与人丧失民事行为能力的情况下，因侵害行为而生的赠与人的撤销权仍归属赠与人享有，赠与人的法定代理人为被代理人的利益行使赠与人的撤销权，以保护赠与人的利益不受损害。赠与合同撤销后，返还的赠与财产应归属赠与人享有。

赠与人的继承人或法定代理人的撤销权为形成权，应当在法定期限内行使。根据本条第2款的规定，赠与人的继承人或法定代理人行使撤销权的除斥期间为6个月，自知道或者应当知道撤销原因之日起计算，并且不可中断、中止或延长。

第六百六十五条

撤销权人撤销赠与的，可以向受赠人请求返还赠与的财产。

本条主旨

本条是关于赠与撤销的法律后果的规定。

相关条文

《合同法》第194条 撤销权人撤销赠与的，可以向受赠人要求返还赠与的财产。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第455条 撤销权人撤销赠与的，可以向受赠人要求返还赠与的财产。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第455条 撤销权人撤销赠与的，可以向受赠人要求返还赠与的财产。

《民法典（草案）》（2019年12月）第665条 撤销权人撤销赠与的，可以向受赠人请求返还赠与的财产。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第665条 撤销权人撤销赠与的，可以向受赠人请求返还赠与的财产。

理解与适用

赠与人撤销权的行使，使已生效的赠与合同归于消灭，发生溯及既往的效力，赠与财产已经交付或者权利已经转移的，应予恢复。

赠与人任意撤销权的行使，将消灭已经生效的赠与合同。但赠与人任意撤销权仅能在赠与财产未交付、财产权利未转移的条件下行使。如赠与财产已交付、财产权利已转移，赠与人无权任意撤销赠与。在解释上，在赠与财产已经交付但财产权利尚未转移（如未办理转移登记）的情形之下，赠与人仍然可以行使任意撤销权。此际，赠与人仍然可向受赠人请求返还赠与的财产。

本条主要适用于赠与人行使法定撤销权的情形。赠与人法定撤销权的行使，当事人之间依原赠与合同所为的财产权利移转自应恢复原状。这主要是因为法定撤销权的行使一般是在赠与财产已经交付且权利已经发生移转的情况下发生的。一旦赠与人行使法定撤销权，赠与人有权要求受赠人返还受赠财产，恢复原状。如赠与财产已经毁损、灭失，赠与人也有权要求受赠人赔偿赠与物的价值损失。

第六百六十六条

赠与人的经济状况显著恶化，严重影响其生产经营或者家庭生活

的，可以不再履行赠与义务。

本条主旨

本条是关于穷困抗辩权的规定。

相关条文

《合同法》第195条 赠与人的经济状况显著恶化，严重影响其生产经营或者家庭生活的，可以不再履行赠与义务。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第456条 赠与人的经济状况显著恶化，严重影响其生产经营或者家庭生活的，可以不再履行赠与义务。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第456条 赠与人的经济状况显著恶化，严重影响其生产经营或者家庭生活的，可以不再履行赠与义务。

《民法典（草案）》（2019年12月）第666条 赠与人的经济状况显著恶化，严重影响其生产经营或者家庭生活的，可以不再履行赠与义务。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第666条 赠与人的经济状况显著恶化，严重影响其生产经营或者家庭生活的，可以不再履行赠与义务。

理解与适用

穷困抗辩权，是指赠与合同成立之后，赠与人因其经济状况显著恶化，严重影响其生产经营或家庭生活的，可以拒绝履行赠与义务的情形。此种抗辩权是情势变更原则在赠与合同中的具体运用，其目的在于保证赠与人不会因为赠与他人一定的财产而使自己贫困，以此来实现较大的公平，保持互济互助的善良风俗。穷困抗辩权的设置基于赠与合同具有无偿性的特性，其实质上是为了在约束赠与人利益的同时，也保障赠与人的利益，以期平衡赠与人与受赠人之间的利益关系，追求实质公平和正义。

一、穷困抗辩权的构成

根据本条的规定，赠与合同穷困抗辩权须符合如下构成要件。

1. 须赠与人的经济状况显著恶化

显著恶化，是指在赠与合同成立之后，赠与人的经济状况发生重大不良变化。这种不良变化，不仅表现为积极财产的明显减少，也表现为消极财产的明显增加。赠与人实施赠与，一般是在自己力所能及的范围内进行的，一般不会对赠与人的生产经营或者家庭生活造成严重影响。赠与人为赠与表示之后，若突遭巨变，以至于经济状况急转直下，无力履行赠与义务，或履行后将加剧经济状况的恶化，此时仍要求赠与人继续履行赠与义务，与济危扶困的道德传统多有不合。因此，在赠与人的经济状况显著恶化时，严重影响其生产经营或家庭生活的，应当允许赠与人行使穷困抗辩权。

2. 赠与人经济状况的恶化，须已严重影响到其生产经营或家庭生活

赠与人只有在经济状况恶化到已经严重影响其生产经营或家庭生活时，才可以拒绝履行赠与义务。“严重影响”，是指因为经济状况的恶化导致生产活动无法进行，或者生活状况急剧下降。“影响生产经营”，主要是针对赠与人是企业或者个体经营者的情形，赠与人必须将财产投入正常的生产经营中才能够正常的继续经营，如果强制要求赠与人继续履行赠与义务，将对其生产经营活动产生重大影响。此时法律应当允许赠与人提出抗辩。^[50]“影响家庭生活”主要指因赠与人的经济状况严重恶化，导致其家庭开支严重拮据。是否严重影响赠与人的家庭生活，首先应判断赠与人经济状况陷入困难是否会严重危害其生计，即赠与合同的履行是否会使赠与人的生活水平产生实质性降低。而赠与人的生活水平是否发生实质性降低，则与赠与人的身份息息相关。“虽不至于必致三餐不济之地步，但至少亦感相当困苦尚可，至果否如此，应以赠与人之身份地位决之。”^[51]由于赠与人的身份地位各异，经济状况也千差万别，因此，无法以统一的经济标准去衡量陷入贫困状况对赠与人家庭生活的影响是否严重，此时以身份的标准来判断是否严重影响其生计更加符合实质正义的要求，在司法实践中也更具可操作性。

3. 经济状况恶化须发生在赠与财产的权利转移之前

“不再履行赠与义务”，表明穷困抗辩权的行使，必须在赠与财产的权利尚未转移之前。抗辩权于相对人请求履行时行使，因此，穷困抗辩权必须在赠与财产的权利转移之前、受赠人请求履行时行使。如赠与财产的权利已经移转至受赠人，表明赠与合同已经履行完毕，受

赠人已无履行请求权，穷困抗辩权无由发生。赠与财产的权利虽未转移，但受赠人未行使请求赠与人转移赠与财产的权利时，赠与人亦无法行使穷困抗辩权。

二、任意撤销权与赠与人贫困抗辩权的冲突

赠与合同任意撤销权的规定限制了穷困抗辩权的适用范围。本条规定的“不再履行”隐含的时间点应是赠与合同没有履行的部分，如已经履行完毕，则不存在“再履行”。如此时发生赠与人经济状况的恶化，对赠与合同未履行的部分，赠与人可以通过任意撤销权撤销这部分赠与。通常情况下，在赠与人的生产经营或者家庭生活难以为继之时，任意撤销权的行使足以满足赠与人撤销赠与的愿望和要求。本条规定只有在经过公证的赠与合同或者依法不得撤销的具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同的情形，才起到一定的作用。特殊赠与中，赠与人不得行使任意撤销权，赋予其穷困抗辩权，有利于保护赠与人，平衡各方当事人及社会利益。

注释：

[1]本章的文献和案例整理得到了中国人民大学法学院硕士生郑梦珍同学的协助，特此致谢。

[2]郭明瑞主编：《合同法学》，上海，复旦大学出版社2005年版，第287页。

[3]参见刘春堂：《民法债编各论》（上），台北，三民书局2008年版，第194页。

[4]参见崔建远主编：《合同法》，北京，法律出版社2010年版，第323页。

[5]郭明瑞主编：《民法》，北京，高等教育出版社2003年版，第436页。

[6]参见张新宝、龚赛红主编：《买卖合同、赠与合同》，北京，法律出版社1999年版，第209页。

[7]参见黄薇（全国人大常委会法制工作委员会民法室主任）主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第666-667页。

[8]参见崔建远主编：《合同法》，北京，法律出版社2010年版，第323页。

[9]参见邱聪智：《新订债法各论》（上），姚志明校订，北京，中国人民大学出版社2006年版，第211页；刘春堂：《民法债编各论》（上），台北，三民书局2008年版，第213页。

[10]参见邱聪智：《新订债法各论》（上），姚志明校订，北京，中国人民大学

出版社2006年版，第211-212页；刘春堂：《民法债编各论》（上），台北，三民书局2008年版，第213-214页。

[11]“孙秀明诉谢守田赠与合同纠纷上诉案”，北京高级人民法院（2016）年京民申2455号民事判决书。

[12]参见崔建远主编：《合同法》，北京，法律出版社2010年版，第324页。

[13]“金钟哲诉林福顺等赠与合同纠纷案”，吉林省敦化市人民法院（2017）吉2403民初1377号民事判决书。

[14]参见刘春堂：《民法债编各论》（上），台北，三民书局2008年版，第220页。

[15]参见王利明：《合同法》，北京，中国人民大学出版社2013年版，第278页。

[16]参见崔建远主编：《合同法》，北京，法律出版社2010年版，第325页。

[17]“陈涛与陈冬霞、勾宗铭合同纠纷再审案”，四川省高级人民法院（2017）川民再427号民事判决书。

[18]北京市第一中级人民法院（2019）京01民终10095号民事判决书。

[19]北京市第三中级人民法院（2019）京03民终1773号民事判决书。同旨参见“刘志民与王英、刘明俊案外人执行异议之诉上诉案”，吉林省吉林市中级人民法院（2019）吉02民终649号民事判决书。

[20]北京市第三中级人民法院（2019）京03民终12304号民事判决书。

[21]参见黄薇（全国人大常委会法制工作委员会民法室主任）主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第671页。

[22]参见张新宝、龚赛红：《买卖合同、赠与合同》，北京，法律出版社1999年版，第212页。

[23]参见王利明：《合同法》，北京，中国人民大学出版社2013年版，第278页。

[24]北京市第一中级人民法院（2018）京01民终6703号民事判决书。同旨参见“王某、易某离婚后财产纠纷上诉案”，广东省广州市中级人民法院（2019）粤01民终7003号民事判决书。

[25]江苏省宿迁市中级人民法院（2017）苏13民申132号民事裁定书。

[26]参见崔建远主编：《合同法》，北京，法律出版社2010年版，第325页。

[27]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学

出版社2015年版，第209页。

[28]甘肃省高级人民法院（2015）甘民申字第751号民事裁定书。

[29]参见胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，北京，法律出版社1999年版，第283页。

[30]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第210页。

[31]参见魏耀荣等：《中华人民共和国合同法释论（分则）》，北京，中国法制出版社2000年版，第141页。

[32]Christian von Bar and Eric Clive, *Definitions and Model, Rules of European Private Law*, Volume I, (Munich: Sellier, European Law Publishers, 2009), p.2852.

[33]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第213-214页。

[34]参见胡元琼、江梅、何艳真、于明磊：《赠与合同若干问题研究》，载梁慧星主编：《民商法论丛》2002年第4号，香港，金桥文化出版（香港）有限公司2003年版，第399页。

[35]参见黄薇（全国人大常委会法制工作委员会民法室主任）主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第679页。

[36]郭钦铭：《赠与》，台北，三民书局2008年版，第100页。

[37]参见魏耀荣等：《中华人民共和国合同法释论（分则）》，北京，中国法制出版社2000年版，第142页。

[38]参见黄薇（全国人大常委会法制工作委员会民法室主任）主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第682页。

[39]辽宁省沈阳市中级人民法院（2017）辽01民终8580号民事判决书。

[40]广东省梅州市中级人民法院（2017）粤14民终772号民事判决书。

[41]参见张新宝、龚赛红：《买卖合同、赠与合同》，北京，法律出版社1999年版，第220页。

[42]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第211-212页。

[43]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第223页。

[44]参见黄薇（全国人大常委会法制工作委员会民法室主任）主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第686页。

[45]北京市高级人民法院（2015）高民申字第1095号民事裁定书。

[46]参见黄薇（全国人大常委会法制工作委员会民法室主任）主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第687页。

[47]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第225页。

[48]参见黄薇（全国人大常委会法制工作委员会民法室主任）主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第687-688页。

[49]参见“王惠玲与王芳泽赠与合同纠纷再审案”，福建省高级人民法院（2019）闽民申1752号民事裁定书。

[50]参见易军：《债法各论》，北京，北京大学出版社2009年版，第87页。

[51]郑玉波：《民商法问题研究》（四），台北，作者1991年自版，第82页。

第十二章 借款合同^[1]

第六百六十七条

借款合同是借款人向贷款人借款，到期返还借款并支付利息的合同。

本条主旨

本条是关于借款合同的定义的规定。

相关条文

《合同法》第196条 借款合同是借款人向贷款人借款，到期返还借款并支付利息的合同。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第457条 借款合同是借款人向贷款人借款，到期返还借款并支付利息的合同。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第457条 借款合同是借款人向贷款人借款，到期返还借款并支付利息的合同。

《民法典（草案）》（2019年12月）第667条 借款合同是借款人向贷款人借款，到期返还借款并支付利息的合同。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第667条 借款合同是借款人向贷款人借款，到期返还借款并支付利息的合同。

理解与适用

本条是对《合同法》第196条的完整保留。借款合同不仅包括以银行等金融机构为贷款人的借款合同，也应包括其他非银行金融机构为贷款人的借款合同。借款合同的标的为货币，包括本币和外币，从而将以实物为标的的使用借贷合同排除在借款合同之外。

借款合同的主体是贷款人和借款人。本章以金融机构借款为规制重点，贷款人以金融机构为主。从我国金融体系来看，金融机构包括：《银行业监督管理法》第2条第2款规定的银行业金融机构；由中国银保监会批准设立并履行监管职责的信托公司、财务公司、金融租赁公司、汽车金融公司、消费金融公司及货币经纪公司等非银行业金融机构。金融机构是借款合同的主要贷款人主体^[2]，金融机构自身通常具有特殊性，其设立、运营和监管等事项都要适用国家制定的特殊规则，通常是依据法定程序所设立的、具有经营存贷款业务的金融机构。^[3]

本条对于借款合同的贷款人并未作限制^[4]，在解释上，以自有资金出借但并非以出借款项为业的自然人、法人或者非法人组织作为贷款人，亦无不可。^[5]此时，适用《民间借贷司法解释》即可。最高人民法院民间借贷司法解释调研小组“建立和完善我国民间借贷法律规制的报告”调研数据显示，向其他企业借贷在企业民间借入资金来源中占61.74%，成为中小企业借贷资金的主要来源。^[6]放松企业间借贷有助于形成金融机构的融资活动与民间借贷的民间融资活动的“双轨制”，以金融机构融资为主，以民间融资活动为辅，全面依法保护，以保障社会、经济发展的资金需要，解决中小企业融资难问题。^[7]《民间借贷司法解释》将国家金融监管部门之外的法人、非法人组织、自然人之间及其相互之间因借款合同引发的纠纷均纳入了其规范范畴，并规定，除存在法定无效事由或者该解释第14条规定的情形外，当事人主张合同有效的，人民法院应予支持。

根据双方当事人是否互负具有对价意义的债务，合同可以分为双务合同和单务合同。单务合同是指一方当事人负担给付义务的合同；双务合同指双方当事人互负具有对价意义的债务的合同，或者说双方互负居于给付与对待给付关系之义务的合同。区分双务合同与单务合同的意义，在于厘清风险负担、同时履行抗辩权以及合同解除制度的适用问题。^[8]从这个角度出发，若借款合同为诺成合同，则负担利息的借款合同即为双务合同，无偿的借款合同即为单务合同；若合同为实践合同（自然人之间的借款合同），则因为合同成立后仅借款人负有返还义务，因而为单务合同。^[9]简而言之，自然人之间的借款合同一般为单务合同，金融借款合同为双务合同。^[10]

借款合同可以是要式合同，也可以是非要式合同。法律规定符合特定方式才能成立的合同，为要式合同；无须以特定方式订立合同即可成立的，为非要式合同。《民法典》第668条第1款规定：“借款合同应当采用书面形式，但是自然人之间借款另有约定的除外。”据此，采用书面形式的借款合同为要式合同，自然人之间的借款如果未

采用书面形式的，为不要式合同。

其他问题

我国实践中尚存“借用合同”这一交易类型，借用合同和借款合同是传统民法中借贷的具体类型，在我国台湾地区即被总括为“借贷”（消费借贷）^[11]。我国立法上的有名合同仅规定了借款合同，与传统大陆法借贷合同的模式有所区别。我国法没有采取《德国民法典》的模式，主要有如下理由：第一是对于相关纠纷的产生认识尚付阙如，借款合同立法时，立法者认为消费借贷主要是在自然人之间发生的，产生争议的情形较少；第二是认为可以类推适用相似制度，区分消费借贷和使用借贷在我国司法实践中并无必要。在消费借贷中，对于货币以外的其他种类物的借贷，其规则类似于借款，其对象是种类物，在返还的时候都是替代物，通常可以参照借款合同的规定适用。因此，即便我国立法没有明确规定使用借贷和消费借贷，也不影响实践中对相关纠纷的处理。^[12]直接参与立法的同志也认为，我国立法上并未设“消费借贷”的概念，而是以调整金融机构与自然人、法人和其他非法人组织之间的关系为主，借款合同沿用了我国《经济合同法》的概念，仅指消费借贷合同的内容。^[13]

第六百八十八条

借款合同应当采用书面形式，但是自然人之间借款另有约定的除外。

借款合同的内容一般包括借款种类、币种、用途、数额、利率、期限和还款方式等条款。

本条主旨

本条是关于借款合同的形式和内容的规定。

相关条文

《合同法》第197条 借款合同采用书面形式，但自然人之间借款另有约定的除外。

借款合同的内容包括借款种类、币种、用途、数额、利率、期限和还款方式等条款。

《商业银行法》第37条 商业银行贷款，应当与借款人订立书面合同。合同应当约定贷款种类、借款用途、金额、利率、还款期限、还款方式、违约责任和双方认为需要约定的其他事项。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第458条 借款合同采用书面形式，但是自然人之间借款另有约定的除外。

借款合同的内容包括借款种类、币种、用途、数额、利率、期限和还款方式等条款。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第458条 借款合同采用书面形式，但是自然人之间借款另有约定的除外。

借款合同的内容包括借款种类、币种、用途、数额、利率、期限和还款方式等条款。

《民法典（草案）》（2019年12月）第668条 借款合同应当采用书面形式，但是自然人之间借款另有约定的除外。

借款合同的内容一般包括借款种类、币种、用途、数额、利率、期限和还款方式等条款。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第668条 借款合同应当采用书面形式，但是自然人之间借款另有约定的除外。

借款合同的内容一般包括借款种类、币种、用途、数额、利率、期限和还款方式等条款。

理解与适用

本条是在《合同法》第197条基础上修改而成的，仅作了文字调整。

一、借款合同的形式

本条第1款规定：“借款合同应当采用书面形式，但是自然人之间借款另有约定的除外。”由此可见，除自然人之间的借款合同可以采取口头形式或者其他形式外，借款合同原则上应为要式合同。日常生

活中，自然人之间较少采用书面合同形式约定借款种类、币种、用途、数额、期限和还款方式等条款，而是采取由借款人向出借人出具借条、收条等债权凭证的方式表明双方间的借贷合意。^[14]本条第1款中的书面形式，是指合同书、信件、电报、电传、传真等可以有形地表现所载内容的形式。以电子数据交换、电子邮件等方式能够有形地表现所载内容，并可以随时调取查用的数据电文，视为书面形式。本条规定与《商业银行法》的规定相一致。该法第37条规定：“商业银行贷款，应当与借款人订立书面合同。合同应当约定贷款种类、借款用途、金额、利率、还款期限、还款方式、违约责任和双方认为需要约定的其他事项。”

借款合同采用书面形式具有如下优势：第一，保存证据、定分止争。大多数论者提出，由于书面形式有文字等内容，能够再现达成的合同，这种形式能够在涉及纠纷时做到有据可查。^[15]第二，明确双方权利义务，可以在双方的缔约中起到划定权利义务的境界线之目的，维护金融安全和金融秩序，维护金融机构信贷资金安全。^[16]第三，信息告知和警示功能，便于利害关系人检索查阅和对交易后果产生合理预期和警觉，通过合同的形式要件，实际上是给当事人一次深思熟虑的机会，以免其作出草率的决定，以降低交易成本，减少纠纷发生。^[17]

自然人之间的借贷可以使用其他形式订立，但是法律鼓励自然人之间用书面形式订立合同。因此，尽管当事人之间没有签订民间借贷合同，但双方之间通过借贷及还款的资金往来事实形成了民间借贷合同关系；具备《民间借贷司法解释》第2条的转账汇款等凭据，也成立借贷合同关系。^[18]

二、借款合同的内容

借款合同的内容又称借款合同的条款。根据本条第2款的规定，借款合同的内容一般包括以下条款。

（一）种类

在金融机构作为贷款人的情况下，针对不同种类的借款实行不同的信贷政策。例如，根据贷款资金来源，可以分为自营贷款、委托贷款和特定贷款。其中，自营贷款系指贷款人以合法方式筹集的资金自主发放的贷款，其风险由贷款人承担，并由贷款人收回本金和利息；委托贷款系指委托人提供资金，由商业银行（受托人）根据委托人确定的借款人、用途、金额、币种、期限、利率等代为发放、协助监督使用、协助收回的贷款；特定贷款系指经国务院批准并对贷款可能造

成的损失采取相应补救措施后责成国有独资商业银行发放的贷款。按照贷款的期限，贷款可分为短期贷款、中期贷款和长期贷款。其中，短期贷款系指贷款期限在1年以内（含1年）的贷款；中期贷款系指贷款期限在1年以上（不含1年）5年以下（含5年）的贷款；长期贷款，系指贷款期限在5年（不含5年）以上的贷款。按照贷款是否需要担保，还可将贷款分为信用贷款、担保贷款和票据贴现。其中，信用贷款系指以借款人的信誉发放的贷款；担保贷款系指保证贷款、抵押贷款、质押贷款；票据贴现系指贷款人以购买借款人未到期商业票据的方式发放的贷款。

（二）币种

币种是指借款是人民币还是外国货币。当事人对币种没有约定的，推定为人民币。

（三）用途

用途是指借款使用的目的。根据我国现行的金融政策，向金融机构的借款应当专款专用。借款用途的不同，利率水平和监管要求也不同。根据用途的不同，借款可以分为固定资产贷款、流动资金贷款、项目融资贷款等，其中，固定资产贷款，是指贷款人向企（事）业法人或国家规定可以作为借款人的其他组织发放的，用于借款人固定资产投资的本外币贷款；流动资金贷款，是指贷款人向企（事）业法人或国家规定可以作为借款人的其他组织发放的用于借款人日常生产经营周转的本外币贷款；项目融资贷款，是指符合以下特征的贷款：贷款用途通常是用于建造一个或一组大型生产装置、基础设施、房地产项目或其他项目，包括对在建或已建项目的再融资；借款人通常是为建设、经营该项目或为该项目融资而专门组建的企事业法人，包括主要从事该项目建设、经营或融资的既有企事业法人；还款资金来源主要依赖该项目产生的销售收入、补贴收入或其他收入，一般不具备其他还款来源。

（四）数额

数额是指借款数量的多少，包括借款的总金额以及在分批支付借款时，每一次支付借款的金额。

（五）利率

利率是指借款人和贷款人约定的应付利息的数额与借款数额的比率。借款利率从结构上划分，可分为基准利率、法定利率、浮动利率、差别利率、加息、贴息等八种主要形式。^[19]为促进金融借款利

率的市场化改革，中国人民银行于2004年发布《中国人民银行关于调整金融机构存、贷款利率的通知》（银发〔2004〕251号，以下简称《调整金融机构存、贷款利率的通知》），该通知第2条取消了金融机构（城乡信用社除外）借款利率的上限，即“金融机构（城乡信用社除外）贷款利率不再设定上限。商业银行贷款和政策性银行按商业化管理的贷款，其利率不再实行上限管理，贷款利率下浮幅度不变”。2015年，最高人民法院制定的《民间借贷司法解释》对民间借贷的利率进行了规制，并划定了年利率24%的有效界限。^[20]2020年，最高人民法院修改了《民间借贷司法解释》，将利率限定于一年期贷款市场报价利率的4倍。^[21]虽然《民间借贷司法解释》规定该解释不适用于金融机构因发放贷款等相关金融业务引发的纠纷，但该解释的出台也引发了实践中关于金融借款利率上限的讨论。2017年，最高人民法院颁布了《关于进一步加强金融审判工作的若干意见》（法发〔2017〕22号，以下简称《金融审判工作意见》），规定将民间借贷中24%的利率上限也适用于金融借款合同纠纷^[22]，这相当于在司法层面划定了金融借款的利率上限。

为深化利率市场化改革，推动降低实体利率水平，自2019年8月20日起，中国人民银行已经授权全国银行间同业拆借中心于每月20日（遇节假日顺延）9时30分公布贷款市场报价利率（LPR），中国人民银行贷款基准利率这一标准已经取消。因此，自此之后人民法院裁判贷款利息的基本标准应改为全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率。应予以注意的是，贷款利率标准尽管发生了变化，但存款基准利率并未发生相应变化，相关标准仍可适用。

（六）期限

期限是指借款人使用借款的时间。当事人一般根据借款人的生产经营周期、还款能力和贷款人的资金供给能力等，约定借款期限。根据《贷款通则》的规定，自营贷款期限最长一般不超过10年，超过10年的应当报中国人民银行备案。票据贴现期限最长不得超过6个月，贴现期限为从贴现之日起到票据到期日止。公民之间借款的期限由当事人自行约定。

（七）还款方式

还款方式是指贷款人和借款人约定偿还借款的结算方式。

以上所列举的内容仅是借款合同一般包括的条款，除了以上七项内容外，借款合同的当事人还可以对其他需要约定的内容作出约定。可以约定的其他内容可能包括：合同变更条款，即由于一定的法律事

实的出现，借贷双方同意修改原合同，产生新的债权债务关系；贷款人行使监督权的方式；加速条款，即在贷款到期前，由于所约定的事项发生，贷款人有权不受原合同期限的约束，而提前解除合同并且要求借款人偿付借款的本金及占用期间的利息。[23]

上述条款中，当事人的姓名或名称以及借款的数量是借款合同的必备条款，缺之将导致借款合同不成立。[24]至于用途、利率、期限和还款方式等条款则为非必备条款，缺之不影响借款合同的成立。不过，也有观点认为，由于国家金融机构对金融贷款实施专款专用、分口监管，贷款用途亦为必备条款：根据我国现行金融政策，为监督借款人对借款的使用，保障借款的及时收回，以维护金融机构的利益，合同中应当明确约定借款用途。[25]

值得注意的是，《合同法》第198条规定：“订立借款合同，贷款人可以要求借款人提供担保。担保依照《中华人民共和国担保法》的规定。”在民法典编纂过程中，由于担保法的内容全部纳入民法典物权编和合同编之中，该条内容已在相关条文中体现，比如《民法典》第387条等，因此，《合同法》的该条内容没有必要再作规定，故在编纂过程中删去。[26]担保合同既可以与借款合同在同一合同文本中约定，也可以单独约定。即使在同一合同文件中同时约定，在解释上，借款合同和担保合同也是相互独立、彼此联系的两个合同。

第六百六十九条

订立借款合同，借款人应当按照贷款人的要求提供与借款有关的业务活动和财务状况的真实情况。

本条主旨

本条是关于借款人提供真实情况的义务的规定。

相关条文

《合同法》第199条 订立借款合同，借款人应当按照贷款人的要求提供与借款有关的业务活动和财务状况的真实情况。

《商业银行法》第35条 商业银行贷款，应当对借款人的借款用途、偿还能力、还款方式等情况进行严格审查。

商业银行贷款，应当实行审贷分离、分级审批的制度。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第459条 订立借款合同，借款人应当按照贷款人的要求提供与借款有关的业务活动和财务状况的真实情况。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第459条 订立借款合同，借款人应当按照贷款人的要求提供与借款有关的业务活动和财务状况的真实情况。

《民法典（草案）》（2019年12月）第669条 订立借款合同，借款人应当按照贷款人的要求提供与借款有关的业务活动和财务状况的真实情况。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第669条 订立借款合同，借款人应当按照贷款人的要求提供与借款有关的业务活动和财务状况的真实情况。

理解与适用

本条是对《合同法》第199条的完整保留。

一、借款人提供真实情况义务的内容

借款人提供真实情况义务的内容与借款有关的业务活动和财务状况，包括两个方面：一是与借款有关的业务活动的基本情况。比如，借款人提供有关产品和生产经营方面的材料，以便于贷款人确定借款人生产的产品是否具有市场、生产经营是否有效益，能否做到不挪用所借资金等。二是借款人财务状况的真实情况。借款人可以按照贷款人的要求，如实提供所有的开户行、账号及存贷款余额情况，使贷款人全面充分地了解借款人实际账面资金的运作情况，以便贷款人能判断借款人偿还借款的能力。借款人还应当提供财政部门或会计师事务所核准的上年度财务报告，使贷款人了解即期的生产经营情况和财务状况，从而在总体上把握借款人的经营和资信状况，保障借款的安全。^[27]

按照《贷款通则》的规定，借款人在申请贷款时，必须填写包括借款用途、偿还能力、还款方式等主要内容的借款申请书，并提供以下资料：（1）借款人及保证人基本状况；（2）财政部门或会计（审计）事务所核准的上年度财会报告以及申请借款前一期的财政报告；（3）原有不合理占有贷款的纠正情况；（4）抵押物、质物清单和有

处分权人的同意抵押、质押的证明及保证人拟同意保证的有关证明文件。申请中长期贷款还必须提供以下材料：（1）项目可行性报告；（2）项目开工前期准备工作完成情况的报告；（3）在开户银行存入了规定比例资金的证明；（4）经有权单位批准下达的项目投资计划或开工通知书；（5）按规定项目竣工投产所需自筹流动资金落实情况证明及证明材料；（6）贷款人认为需要提供的其他资料等。^[28]

借款人的资产将构成偿还贷款的责任财产，了解借款人的资产状况，有利于贷款人正确评估借款人未来的偿还能力，有助于贷款机构对借款人的借款用途、偿还能力、还款方式等情况进行严格审查。在借款活动中，贷款人收到借款人送交的借款要约之后，应根据国家的金融管理法规、规章和信贷政策，做好贷前调查立项工作，对借款人的信用等级以及借款的合法性、安全性、盈利性等情况进行调查。在此调查过程中，借款人应当尽到必要的协助义务。^[29]

二、借款人未提供真实情况的法律后果

就此，裁判实践中大多认为，借款人对提供信息的真实性负责，不得以信息不真实为由拒绝履行还款义务。例如，在“戴欣敏与招商银行股份有限公司马鞍山分行等金融借款合同纠纷上诉案”^[30]中，法院认为，招商银行马鞍山分行对上诉人提交的贷款材料承担形式审查义务，《合同法》第199条规定订立借款合同，借款人应当按照贷款人的要求提供与借款有关的业务活动和财务状况的真实情况，因此戴欣敏应当对自己在贷款中向银行提供材料的真实性负责，戴欣敏主张部分签字行为不是其本人以及自存自贷的抗辩理由，因证据不足本院不予采信。戴欣敏作为完全民事行为能力人应当对自己与招商银行马鞍山分行之间签订的《个人授信及担保协议》《周转协议书》是明知，在两份协议书上签字也是对贷款前期向银行提供相关材料的认可，更是各方真实意思表示，且案涉前两笔款项的放款和还款均正常，即便贷款过程中存在一些瑕疵，但这些瑕疵仍不足以排除戴欣敏承担还款责任，戴欣敏作为合同的相对方应当履行还款义务。

裁判中，多数观点认为，商业银行对虚假信息未履行严格审查义务的，不影响合同效力。例如，在“张俊恒等诉中国银行股份有限公司昆明市民航路支行金融借款合同纠纷再审案”中，云南省高级人民法院认为，李兴祥使用伪造张俊恒、孙应仙签字捺印的委托书是其单方违法行为，并不改变其真实的代理人身份，张俊恒、孙应仙无证据证明双方委托关系已经解除或者终止。李兴祥以张俊恒、孙应仙名义与中国银行签订借款和抵押合同是履行约定的合同义务，双方签订的《个人循环贷款额度协议》《个人循环贷款最高额抵押合同》《个人抵（质）押循环借款合同》未超出授权委托范围，李兴祥的代理行为

合法有效，中国银行与张俊恒、孙应仙形成借款和抵押合同关系，双方当事人应当按合同约定履行义务。中国银行已按约履行放贷义务；合同履行期间，张俊恒未按约付息，构成违约，符合约定合同解除条件，中国银行主张解除合同，返还借款本金并支付利息和逾期利息，有事实和法律依据，本院予以支持。因张俊恒违约，中国银行提起诉讼支出律师费30991元，该费用由张俊恒承担符合双方约定，且金额在合理支出范围，本院予以支持。中国银行与张俊恒、孙应仙形成抵押合同关系，约定的抵押物已经办理抵押登记手续，中国银行的抵押权设立，其主张实现抵押权，未超出约定抵押担保范围，本院予以支持。中国银行与代理人李兴祥面谈，而未与被代理人张俊恒、孙应仙面谈符合代理关系的法律规定。中国银行审查借款人的借款用途及还款能力均是执行其内部管理规定，是否存在审查不严或者违反规定的情形，均不影响本案借款抵押合同的效力。……本院二审判决认定事实清楚，适用法律正确，处理适当，本院予以维持。再审申请人张俊恒、孙应仙的申诉请求不能成立，本院不予支持。[31]

学说上亦有观点认为，若当事人未提供真实情况的，可以按照法律上关于欺诈的规定处理。[32]因欺诈订立的合同属于可撤销的合同，如果其侵犯国家利益，则属于无效合同。在“臧术美、李聪明与中国光大银行股份有限公司上海漕河泾开发区支行金融借款合同纠纷审判监督案”中，上海市高级人民法院认为，借款合同签订后，被申请人发现了抵押物上户籍迁出情况与再审申请人原提交材料不符的，其有权变更或撤销合同。[33]

其他问题

关于借款人提供真实情况义务的性质，学说上一直存在争议。

第一种观点认为，借款人提供真实情况的义务属于法定义务，不是一种双方缔约磋商中照顾保护的合同义务，更不属于先合同义务。法律之所以要求借款人负有如实告知真实情况的义务，主要是基于如下考虑：其一，是为了方便国家对借款人借款用途的监管，以防止借款人将所借款项用于从事非法活动。其二，根据诚实信用原则，借款人向贷款人如实告知其真实业务活动和财务状况，也可以使贷款人对借款人的偿还能力进行判断，从而决定是否对其进行借贷。其三，有利于保护贷款人的利益。借款人如实告知其真实情况，有利于贷款人对其进行监督，确保借款人按期偿还本息，防止因贷款欺诈造成国有资产流失。[34]

第二种观点认为，借款人提供真实情况的义务属于先合同义务而

非合同义务。借款人违反如实陈述义务造成贷款人损失的，应当承担缔约过失责任。在金融机构借款合同中，借款人之所以负有如实陈述的义务，是因为借款人有关的业务活动的情况和财产状况如何，直接涉及借款人的还贷能力，反映着借款人的信用，所以为保障借款能够收回，保障贷款的安全，贷款人一般要对借款人的信用进行调查、了解。同时，应贷款人的要求，借款人应如实陈述与借款有关的情况。当然，若贷款人不要求借款人提供有关情况的，借款人则无陈述的义务。^[35]

第三种观点认为，借款人提供真实情况的义务是一种借款人在合同上与贷款人约定的“容忍义务”，即借款人负有容忍贷款人按照约定检查、监督借款使用情况。借款人应当按照约定向贷款人定期提供有关财务会计报表等资料。该项义务基于约定。^[36]同样，若借款人和贷款人未就该义务进行约定，借款人亦无陈述相关情况的义务，也无须承担相应的责任。

第六百七十条

借款的利息不得预先在本金中扣除。利息预先在本金中扣除的，应当按照实际借款数额返还借款并计算利息。

本条主旨

本条是关于借款利息的预先扣除的规定。

相关条文

《合同法》第200条 借款的利息不得预先在本金中扣除。利息预先在本金中扣除的，应当按照实际借款数额返还借款并计算利息。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第460条 借款的利息不得预先在本金中扣除。利息预先在本金中扣除的，应当按照实际借款数额返还借款并计算利息。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第460条 借款的利息不得预先在本金中扣除。利息预先在本金中扣除的，应当按照实际借款数额返还借款并计算利息。

《民法典（草案）》（2019年12月）第670条 借款的利息不得预先在本金中扣除。利息预先在本金中扣除的，应当按照实际借款数额返还借款并计算利息。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第670条 借款的利息不得预先在本金中扣除。利息预先在本金中扣除的，应当按照实际借款数额返还借款并计算利息。

理解与适用

本条是对《合同法》第200条的完整保留。

一、借款的利息不得预先在本金中扣除

贷款人在贷款时，将按照贷款利率计算的贷款利息预先在本金中扣除，民间称为“贴水贷款”“砍头息”“抽头”。实务中，有观点认为，民间借贷双方当事人有权自由选择利息支付时间，预扣利息即先支付利息后使用借款，只要出于借款人自愿、真实之意思表示，司法不应予以否定评价。^[37]本条对这一观点予以否定。

《民法典》第667条规定：“借款合同是借款人向贷款人借款，到期返还借款并支付利息的合同。”由此可见，支付利息的时间点是在借款到期时。利息不应当预先扣除。《民法典》第674条规定：“借款人应当按照约定的期限支付利息。对支付利息的期限没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定，借款期间不满一年的，应当在返还借款时一并支付；借款期间一年以上的，应当在每届满一年时支付，剩余期间不满一年的，应当在返还借款时一并支付。”据此可以认为，对于支付利息期限没有约定或者约定不明确的，在法定的支付利息的时间点上，借款人是在为已经过去的、其已经实际使用本金的这个时间段，支付利息。通常且已经形成习惯的对价支付方式应是先使用、后支付。^[38]

本条前段规定，借款的利息不得预先在本金中扣除。法律作出此种规定主要是为了保障交易的公平，防止贷款人利用其优势地位损害借款人的利益。^[39]借款的数额和利息是借款合同需要规定的主要内容，当事人在订立借款合同时一般要对借款数额和利息的多少及支付期限作出明确的约定。一般来说，借款利息是在借款期限届满时或者合同履行期间按照约定分批偿付给贷款人。但是，现实中有有的贷款人为了确保利息的收回，在提供借款时就将利息从本金中扣除，造成借款人借到的本金实质上为扣除利息后的数额。这种做法虽然使贷款人

的利息提前收回，减少了借款的风险，却损害了借款人的合法利益，使借款人实际上得到的借款少于合同约定的借款数额，影响其资金的正常使用，加重了借款人的负担，也容易引起借款合同双方当事人的纠纷。为了解决借款实践中经常出现的问题，体现合同公平的原则，防止贷款人利用优势地位确定不平等的合同内容，本条明确规定，贷款人在提供借款时不得预先将利息从本金中扣除。^[40]《民间借贷司法解释》第27条规定：“借据、收据、欠条等债权凭证载明的借款金额，一般认定为本金。预先在本金中扣除利息的，人民法院应当将实际出借的金额认定为本金。”据此，在借款人对贷款人在出借款项时即已收取利息的事实提出证据后，法院便不会以借据等证据载明的借款金额作为本金，而会以该本金减去贷款人已收取的利息后的数额作为本金。

这一规定有利于防止违法高利借贷行为。在民间借贷的现实中，出借人，尤其是职业放贷人往往都怀有收取超越法律规定界限的利息之目的，而为了避免在纠纷诉至法院后，超过红线部分的利息被认定为无效，出借人往往想尽办法采用各种方式掩饰高额利息，例如，有的在约定利息之外另行约定违约金；有的在借款合同条款中并不约定利息，但在暗中索要高额利息，并要求借款人就该笔利息的总金额作为本金与其另行订立一份借款合同，即一份合同出借本金，另一份合同出借利息，而出借利息的合同项下，出借人没有支付合同价款的义务，却有着坐等收取借款人还款的权利；还有的用预扣本金的方式掩盖高息，在支付本金的同时直接将利息扣除，甚至还在合同中注明用现金支付多少金额，而现金支付部分实际上就是预扣的利息；等等。这些行为都是为法律所禁止的，因为其以合法的形式掩盖了实际上超越利率红线的客观情况，必须给予否定性评价，否则，钻营者愈加有恃无恐，司法解释规定的“二区三线”的利率上限将会形同虚设。^[41]尽管法律对于提前扣除利息的做法采取否定性评价，但实践中对于本金数额的争议一直是审判实践的难点，原因在于：一是我国尚未采取大额款项支付必须强制通过银行走账的方式，出借双方往往对于大额现金支付款项数额与借条等债权凭证载明数额存有争议；二是当事人提前扣除利息方式比较隐蔽，甚至游走于法律边缘；三是当事人在诉讼之前往往经过多次结算，形成新的借条、借款协议等债权凭证，将利息甚至法律不予保护的高息计入本金，表面证据记载金额与法律合法保护数额并不一致。^[42]

二、预扣利息行为的认定

由于本条内容是指在交付借款时不得直接扣除利息，对交付借款后当事人直接支付利息的行为未加明确规定，实践中存在多种规避方式。

一是出借人实际扣除利息后现金给付借款人，借款人向出借人出具全额的借条或者借款合同。第二种情况是收到借款后当场支付全部利息，也存在虚构现金交易事实上达成当场支付利息效果。例如：2014年5月26日，被告谢某、陈某向原告张某借款500万元，同月28日，中国农业银行银行卡业务回单载明，张某向谢某的账户转入476万元。同日，被告谢某、陈某向张某出具《借款收据》，载明二人收到张某的借款500万元。[43]

二是出借人实际给付借款人的款项是转账支付，出借人实际扣下的利息则双方约定是以现金方式支付，借款人向出借人出具全额的借条或者借款合同。2014年1月26日，被告刘某向原告李某借款50万元，双方约定利息为月利率3%。同一天，李某将47万元以银行转账方式支付给刘某。同日，刘某还写了一份收据，收据载明收到李某的现金3万元。[44]

三是出借人以转账的方式全额支付给借款人，借款人随即将利息支付给出借人，借款人向出借人出具全额的借条或者借款合同。例如分期借款中，本期直接预付下期利息。[45]例如：张三因购买自住房屋向李四借款20万元，双方的借款合同中约定借款金额为20万元，借期1年，月利率为2%，每月15日张三以现金形式向李四支付下一个月的利息。合同订立后，李四于2015年3月15日向张三支付现金20万元，当日，张三又向李四支付3月15日至4月14日的月利息4000元。此后每月的15日，张三都按时向李四支付下一月的利息。

四是通过咨询费、服务费等名目变相预扣。例如：2014年7月21日，潘某与夏某签订借款协议约定，潘某向夏某借款61898元。同日，潘某与信合等三家中介公司签订合同，合同约定三家中介公司为潘某取得借款提供了服务，潘某应当向三家中介公司支付咨询费用、服务费用、审核费费用以及信访咨询费，相关费用总共为12098元。夏某在扣除代替潘某应交纳的咨询费、审核费、服务费后，将剩余款项汇入潘某账户。2014年7月21日，潘某共收到夏某转账汇款49800元。同日，上述三家公司分别向夏某出具了收到咨询费、审核费、服务费的收据。[46]

第六百七十一条

贷款人未按照约定的日期、数额提供借款，造成借款人损失的，应当赔偿损失。

借款人未按照约定的日期、数额收取借款的，应当按照约定的日

期、数额支付利息。

本条主旨

本条是关于借款的提供与收取的规定。

相关条文

《合同法》第201条 贷款人未按照约定的日期、数额提供借款，造成借款人损失的，应当赔偿损失。

借款人未按照约定的日期、数额收取借款的，应当按照约定的日期、数额支付利息。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第461条 贷款人未按照约定的日期、数额提供借款，造成借款人损失的，应当赔偿损失。

借款人未按照约定的日期、数额收取借款的，应当按照约定的日期、数额支付利息。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第461条 贷款人未按照约定的日期、数额提供借款，造成借款人损失的，应当赔偿损失。

借款人未按照约定的日期、数额收取借款的，应当按照约定的日期、数额支付利息。

《民法典（草案）》（2019年12月）第671条 贷款人未按照约定的日期、数额提供借款，造成借款人损失的，应当赔偿损失。

借款人未按照约定的日期、数额收取借款的，应当按照约定的日期、数额支付利息。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第671条 贷款人未按照约定的日期、数额提供借款，造成借款人损失的，应当赔偿损失。

借款人未按照约定的日期、数额收取借款的，应当按照约定的日期、数额支付利息。

理解与适用

本条是对《合同法》第201条的完整保留。

本条是关于贷款人未按照约定提供借款及借款人未按照约定收取借款的违约责任的规定。由于自然人之间是贷款人交付借款时，借款合同才生效，所以，自然人之间借款的，不适用本条的规定。^[47]

一、贷款人提供借款的义务

贷款人按照约定提供借款，是借款合同中贷款人的主给付义务。具体来说，该项义务包括如下几项内容：第一，贷款人须按照约定的日期向借款人提供贷款。借款合同成立以后，贷款人必须及时向借款人提供贷款，不得拖延提供借款的期限。第二，贷款人须按照约定的数额向借款人提供借款。贷款人必须足额提供贷款，不得将利息预先扣除。如当事人就币种作出特别约定的，则贷款人必须如期提供约定币种的借款。第三，如果当事人对借款的具体交付方式有约定，那么贷款人也必须按照约定方式提供。例如，当事人在借款合同中约定贷款人应当将借款直接打入借款人在某个银行的账户，贷款人应当按照该约定履行提供贷款的义务。^[48]贷款人不能按照约定提供借款，就会打乱借款人的资金使用计划，直接影响到借款人的生产或者其他经营活动，甚至会出现因借款人资金不到位侵害第三人的合法权益，引发三角债或者其他纠纷的发生，影响整个资金的良性周转和循环。^[49]

依据本条的规定，贷款人未按照约定的日期、数额提供借款，因此造成借款人损失的，借款人有权请求贷款人赔偿损失。这里的损失，系指借款人因此所受的全部损失，包括借款人可得利益的损失。^[50]也有学者认为，此种解释过于宽泛，应当对借款人的损失进行适当限制。因为贷款人没有及时提供贷款，借款人也应当积极采取措施避免损失的发生或扩大，对于因借款人没有尽到其减轻损失的义务而造成的损失，贷款人不负赔偿责任。这里既包括没有提供足额贷款的差额损失，也包括因为没有及时得到足额的资金导致借款人受到的其他损失。例如，农民由于没有及时得到足额资金，导致其不能够按时购买种子和化肥，错过了最佳播种时间而遭受的损失。^[51]

在我国，贷款人违约不放贷，往往是因为政策变化使其授信方向与额度受到限制，或银行新发现了借款的风险，此时银行可主张情势变更、不安抗辩权等。若不存在上述情形，银行无理由反悔并不欲放贷的，借款人也不应享有实际履行请求权。因为贷款人提供贷款的义务虽然属金钱债务，可强制履行，但借款合同对借款人的信用要求

高，一定程度上具有人身性质，而且任何借款都具有信用风险，若判决实际履行，可能给银行造成远远超过承担损害赔偿金的损失。可见，贷款义务的软化和借款人救济手段的限制具有合理性。[52]

二、借款人收取借款的义务

本条第2款规定，借款人负有按照约定的时间和数额收取借款的义务。从保障合同订立的目的实现的角度来说，如果借款人没有及时收取借款，则可能会打乱银行的金融计划。因此，在合同订立以后，没有法律规定的原因，借款人未按照约定的日期、数额收取借款的，也应当按照约定的日期、数额支付利息。

关于收取借款是否是借款人的义务，理论上尚有争议。一种观点认为，收取借款是借款人的一种权利，而非义务，借款人可以不去收取借款。只是在未收取借款时，并不能够免除合同中约定的还本付息的责任。这种责任并非违反收取义务的违约责任，而是合同中本身约定的合同责任，这两种责任的性质并不一致。另一种观点认为，收取借款是一种义务，如果合同生效后借款人不收取借款的，就会对贷款人的资金利用和资金使用的效率产生影响。[53]本条虽然是从借款人未及时收取借款所应承担的利息责任作出的规定，但实际上该规定也确立了借款人及时收取借款的义务。

借款人未按照约定收取借款，也应承担一定的责任。借款人未按约定的日期、数额收取借款的，必然会影响贷款人资金的正常周转，损害贷款人的合法利益。贷款人所受损失就是利息的损失。此种责任就是按照约定的日期、数额支付利息。

第六百七十二条

贷款人按照约定可以检查、监督借款的使用情况。借款人应当按照约定向贷款人定期提供有关财务会计报表或者其他资料。

本条主旨

本条是关于贷款人的检查、监督权的规定。

相关条文

《合同法》第202条 贷款人按照约定可以检查、监督借款的使用情况。借款人应当按照约定向贷款人定期提供有关财务会计报表等资料。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第462条 贷款人按照约定可以检查、监督借款的使用情况。借款人应当按照约定向贷款人定期提供有关财务会计报表等资料。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第462条 贷款人按照约定可以检查、监督借款的使用情况。借款人应当按照约定向贷款人定期提供有关财务会计报表等资料。

《民法典（草案）》（2019年12月）第672条 贷款人按照约定可以检查、监督借款的使用情况。借款人应当按照约定向贷款人定期提供有关财务会计报表或者其他资料。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第672条 贷款人按照约定可以检查、监督借款的使用情况。借款人应当按照约定向贷款人定期提供有关财务会计报表或者其他资料。

理解与适用

本条是在《合同法》第202条的基础上修改而成，仅作了文字上的修改。

依据本法第669条的规定，借款人应当按照贷款人的要求提供与借款有关的业务活动和财务状况的真实情况。这一规定涉及借款人订立合同时履行的义务，其目的在于使贷款人能根据借款人的真实情况决定是否签订合同以及如何确定借款合同的内容。但是，现实中，借款人的财务状况不可能总处于订立合同时的状态，其经营状况会随着市场供求等因素不断变化，而这种变化又会直接影响到其财务状况的好坏。^[54]因此，本条规定，贷款人按照约定可以检查、监督借款的使用情况。借款人应当按照约定向贷款人定期提供有关财务会计报表或者其他资料。依据这一规定，借款人在使用借款的过程中，应当按照约定接受贷款人的检查和监督。贷款人发放借款后，为了保证信贷资金的合理使用和按期收回，贷款人必须定期检查贷款的使用情况，了解借款人的生产经营能力、财务收支、物资储备等情况。^[55]

借款合同中通常约定了贷款人有权检查、监督借款人的借款使用情况，了解借款人的计划执行、经营管理、财务活动、物质库存等情

况。如果发现借款人使用借款造成浪费或利用借款进行违法活动的，贷款人有权追回贷款本息。一旦合同作出了此种约定之后，借款人应当配合贷款人的检查、监督行为的展开，并应当按照约定向贷款人定期提供有关财务会计报表等资料，这些资料包括资产负债表、损益表、财产状况变动表、现金流量表、附表及会计报表附注和财务状况说明书等。^[56]借款人应当按照约定向贷款人定期提供有关财务会计报表等资料。当然，贷款人对借款人贷款资金的使用情况所进行的检查、监督应严格依合同的约定进行，不得干预借款人的正常经营活动。^[57]借款人违反该项约定的，属于违反合同义务的行为，借款人应当承担违约责任。此时，贷款人可以提前收回借款并要求借款人承担违约责任。如果贷款人与借款人就资料的提供没有在借款合同中作出约定的，借款人提供有关资料的义务属于借款人的附随义务，违反附随义务造成贷款人损失的，贷款人可以要求借款人赔偿损失。

第六百七十三条

借款人未按照约定的借款用途使用借款的，贷款人可以停止发放借款、提前收回借款或者解除合同。

本条主旨

本条是关于借款用途的限制的规定。

相关条文

《合同法》第203条 借款人未按照约定的借款用途使用借款的，贷款人可以停止发放借款、提前收回借款或者解除合同。

《商业银行法》第35条 商业银行贷款，应当对借款人的借款用途、偿还能力、还款方式等情况进行严格审查。

商业银行贷款，应当实行审贷分离、分级审批的制度。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第463条 借款人未按照约定的借款用途使用借款的，贷款人可以停止发放借款、提前收回借款或者解除合同。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第463

条 借款人未按照约定的借款用途使用借款的，贷款人可以停止发放借款、提前收回借款或者解除合同。

《民法典（草案）》（2019年12月）第673条 借款人未按照约定的借款用途使用借款的，贷款人可以停止发放借款、提前收回借款或者解除合同。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第673条 借款人未按照约定的借款用途使用借款的，贷款人可以停止发放借款、提前收回借款或者解除合同。

理解与适用

本条是对《合同法》第203条的完整保留。

本条是关于借款人未按照约定的借款用途使用借款的违约责任的规定。借款用途是借款人使用借款的目的，是贷款人斟酌决定贷款与否的关键，也是确保借款合同期满后，借款人能还本付息的客观要求。^[58]借款人应按照约定的借款用途使用借款。一方面，借款用途涉及贷款人信贷资金的安全，与借款人能否按期偿还借款也有着直接的关系。^[59]例如，如借款人未按照约定将所借款项用于购置工厂的生产设备，而是将其投入房地产建设，这无疑会增加借款人的还款风险，也会增加贷款人如期收回贷款的不确定性。另一方面，如果借款人按照合同约定的借款用途使用借款，不仅可以实现借款的目的，而且能够最大限度地发挥借款的效益，增加如期返还借款的可能性、确定性。例如，某公司因开发新能源需要借款，银行根据其申请对该项目进行可行性评估之后，认为其已经有良好的研究基础和市场前景，且属于国家政策扶植的项目，进而决定提供借款。如果借款人未将借款用于开发新能源，不仅会造成借款目的的落空，也会增加贷款人收回贷款的风险。此时，只有借款人按照约定用途使用借款才能保障贷款人的利益。在借款人收取所借款项之后，其有权按照借款用途自行使用、收益和处分借款。^[60]

在金融借款合同中，借款用途体现着国家的宏观经济政策、国家的信贷政策和产业政策，和国家的经济政策有着直接的关系。如果不按借款用途使用借款，还会造成资金的使用不符合国家政策的情况。^[61]《商业银行法》第35条规定，贷款人贷款应当对借款人的借款用途等情况进行严格审查。借款合同中应当对借款用途作出约定。

借款人违反贷款用途使用借款，没有按照合同约定来使用借款，

贷款人可以采取以下三种措施。

一是停止发放借款。这是针对分期发放贷款的情形。在大额、长期借款合同中，借款合同通常约定贷款人分期交付借款，在贷款人尚未交付全部借款之前，贷款人就有权检查、监督借款人的财务状况以及使用借款的情况，发现借款人未按照约定的用途使用借款的，贷款人可以停止发放尚未发放的借款。

二是提前收回借款，通称“加速到期”。借款人不按照约定的用途使用借款时，其清偿能力将随着时间的推移越来越低，贷款人之本息返还请求权难以实现，可以将已经贷出的借款提前收回。在民法典编纂过程中，有意见提出，本条的“提前收回借款”措施是“解除合同”的应有之义，已经包含在“解除合同”之中，建议删去“提前收回借款”。但对于没有按照约定的用途使用借款的，不是任何时候都可以采取“解除合同”的措施，只有当违约情况严重致使借款合同不能实现合同目的时才可以采取。而“提前收回借款”的措施，只要存在没有按照约定用途使用借款的情况，不管程度如何，贷款人便可以采取。另外，单独保留“提前收回借款”的措施，可以增加贷款人选择的自由度，同时有利于合同的保持。因此，本条保留了“提前收回借款”的规定。^[62]在“加速到期”之时，借款利息应当如何计算？是应当按照实际贷款期限计算，还是按照合同约定的期限计算？我们认为，利息仍然应当按照合同约定的期限来进行计算，这主要是因为“加速到期”是由借款人的违约行为所导致的，应当由借款人负担相应的不利后果。^[63]

三是解除合同。借款人不按照合同约定的用途使用借款，构成违约；当违约情况严重，致使借款合同不能实现其目的时，则构成根本违约。此时，贷款人享有法定解除权，可以直接行使解除权而解除合同。在合同解除后，贷款人仍有权请求借款人承担违约责任。借款人应当承担的违约责任主要包括：（1）支付违约金。如果借款合同专门就借款人未按照约定用途使用借款而规定违约金条款的，借款人应当向贷款人支付违约金。（2）承担损害赔偿责任。如果因借款人未按照约定用途使用借款，而是将所借款项用于其他用途，因而导致借款本金及利息无法返还等情形的，其应当承担损害赔偿责任。^[64]

第六百七十四条

借款人应当按照约定的期限支付利息。对支付利息的期限没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定，借款期间不满一年的，应当在返还借款时一并支付；借款期间一年以上的，应当

在每届满一年时支付，剩余期间不满一年的，应当在返还借款时一并支付。

本条主旨

本条是关于借款利息的支付期限的规定。

相关条文

《合同法》第205条 借款人应当按照约定的期限支付利息。对支付利息的期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定，借款期间不满一年的，应当在返还借款时一并支付；借款期间一年以上的，应当在每届满一年时支付，剩余期间不满一年的，应当在返还借款时一并支付。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第464条 借款人应当按照约定的期限支付利息。对支付利息的期限没有约定或者约定不明确，依照本法第三百零一条的规定仍不能确定，借款期间不满一年的，应当在返还借款时一并支付；借款期间一年以上的，应当在每届满一年时支付，剩余期间不满一年的，应当在返还借款时一并支付。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第464条 借款人应当按照约定的期限支付利息。对支付利息的期限没有约定或者约定不明确，依照本法第三百零一条的规定仍不能确定，借款期间不满一年的，应当在返还借款时一并支付；借款期间一年以上的，应当在每届满一年时支付，剩余期间不满一年的，应当在返还借款时一并支付。

《民法典（草案）》（2019年12月）第674条 借款人应当按照约定的期限支付利息。对支付利息的期限没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定，借款期间不满一年的，应当在返还借款时一并支付；借款期间一年以上的，应当在每届满一年时支付，剩余期间不满一年的，应当在返还借款时一并支付。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第674条 借款人应当按照约定的期限支付利息。对支付利息的期限没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定，借款期间不满一年的，应当在返还借款时一并支付；借款期间一年以上的，应当在每届满一年时支付，剩余期间不满一年的，应当在返还借款时一

并支付。

理解与适用

本条在《合同法》第205条的基础上作了文字上的调整，未作实质修改。

本条是关于借款人支付利息的期限的规定。向贷款人支付利息是借款人的主要义务，借款人不仅应当按照约定的数额支付利息，而且还应当在约定的期限内向贷款人支付。

贷款人与借款人对利息的支付期限有约定的，按照当事人之间的约定。约定的支付期限既可以是在借款期限届满时和本金一并支付，也可以是在借款期间内分期向贷款人支付。例如，借款合同约定按年结息或按月结息。^[65]

贷款人与借款人对利息的支付期限没有约定或者约定不明确的，按照以下步骤确定利息支付期限。

第一，“依据本法第五百一十条的规定”加以确定，即“合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同相关条款或者交易习惯确定”。由此可见，此时当事人之间可以协议补充利息支付期限，不能达成补充协议的，按照合同相关条款或者交易习惯确定。如当事人之间此前的借款合同的履行一直是按季结息，可以以此交易习惯确定利息的支付期限。

第二，依据本法第510条的规定仍不能确定的，适用本条所定推定规则。借款期间不满1年的，应当在返还借款时一并支付；借款期间1年以上的，应当在每届满1年时支付，剩余期间不满1年的，应当在返还借款时一并支付。值得注意的是，本条所定缺省规则属于特别规定，排除了本法第510条第4项所定“履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时请求履行，但是应当给对方必要的准备时间”这一一般缺省规则的适用。

第六百七十五条

借款人应当按照约定的期限返还借款。对借款期限没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，借款人可以随

时返还；贷款人可以催告借款人在合理期限内返还。

本条主旨

本条是关于借款的返还期限的规定。

相关条文

《合同法》第206条 借款人应当按照约定的期限返还借款。对借款期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，借款人可以随时返还；贷款人可以催告借款人在合理期限内返还。

《商业银行法》第42条 借款人应当按期归还贷款的本金和利息。

借款人到期不归还担保贷款的，商业银行依法享有要求保证人归还贷款本金和利息或者就该担保物优先受偿的权利。商业银行因行使抵押权、质权而取得的不动产或者股权，应当自取得之日起二年内予以处分。

借款人到期不归还信用贷款的，应当按照合同约定承担责任。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第465条 借款人应当按照约定的期限返还借款。对借款期限没有约定或者约定不明确，依照本法第三百零一条的规定仍不能确定的，借款人可以随时返还；贷款人可以催告借款人在合理期限内返还。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第465条 借款人应当按照约定的期限返还借款。对借款期限没有约定或者约定不明确，依照本法第三百零一条的规定仍不能确定的，借款人可以随时返还；贷款人可以催告借款人在合理期限内返还。

《民法典（草案）》（2019年12月）第675条 借款人应当按照约定的期限返还借款。对借款期限没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，借款人可以随时返还；贷款人可以催告借款人在合理期限内返还。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第675条 借款人应当按照约定的期限返还借款。对借款期限没有约定或者约定

不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，借款人可以随时返还；贷款人可以催告借款人在合理期限内返还。

理解与适用

本条在《合同法》第206条的基础上作了文字上的调整，未作实质修改。按照合同约定的期限返还借款，是借款人的一项主要义务。

贷款人与借款人对借款期限有约定的，按照当事人之间的约定。如当事人约定分期返还的，则借款人应当每期按照约定的数额返还。借款人在订立合同时应当准备按期还款，在合同生效后使用借款时，也应当积极筹措资金、创造各种还款条件，借款期限一到，借款人应及时还款。^[66]

贷款人与借款人对借款期限没有约定或者约定不明确的，按照以下步骤确定借款返还期限。

第一，“依据本法第五百一十条的规定”加以确定，即“合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同相关条款或者交易习惯确定”。由此可见，此时当事人之间可以协议补充借款期限，不能达成补充协议的，按照合同相关条款或者交易习惯确定。

第二，依据本法第510条的规定仍不能确定的，适用本条所定推定规则。借款人可以随时返还；贷款人可以催告借款人在合理期限内返还。本条对贷款人催告借款人还款的“合理期间”未作出明确的规定，主要是考虑到金融机构和一般自然人作为贷款人时，对借款的返还期限的要求是不同的，规定统一的还款期限不能适应不同的情况。因此，该合理期限由贷款人根据具体情况来确定。在发生纠纷时，司法机关亦可以根据具体的情况来判定该期限是否合理。^[67]《贷款通则》虽然没有明确规定“合理期限”的时间，但是其第32条规定，贷款人在短期贷款到期1个星期之前、中长期贷款到期1个月之前，应当向借款人发送还本付息通知单；借款人应当及时筹备资金，按期还本付息，这一规定可以被类推适用于确定“合理期限”。值得注意的是，本条所定缺省规则与本法第510条第4项所定“履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时请求履行，但是应当给对方必要的准备时间”的规则相当。

第六百七十六条

借款人未按照约定的期限返还借款的，应当按照约定或者国家有关规定支付逾期利息。

本条主旨

本条是关于逾期利息的规定。

相关条文

《合同法》第207条 借款人未按照约定的期限返还借款的，应当按照约定或者国家有关规定支付逾期利息。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第466条 借款人未按照约定的期限返还借款的，应当按照约定或者国家有关规定支付逾期利息。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第466条 借款人未按照约定的期限返还借款的，应当按照约定或者国家有关规定支付逾期利息。

《民法典（草案）》（2019年12月）第676条 借款人未按照约定的期限返还借款的，应当按照约定或者依照国家有关规定支付逾期利息。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第676条 借款人未按照约定的期限返还借款的，应当按照约定或者国家有关规定支付逾期利息。

理解与适用

本条是对《合同法》第207条的完整保留。

一、逾期利息及其性质

逾期利息，是指当事人约定或者国家规定的，在借款合同期限届满后，借款人未按照约定归还借款时应向贷款人支付的利息。就其本质而言，借款合同中的逾期利息，是一种借款合同的违约责任承担方

式：在当事人未约定明确的逾期利息时，逾期利息是借款人因逾期还款所应承担的对贷款人利息损失的赔偿；在当事人明确约定了逾期利息时，逾期利息是当事人就借款人逾期还款的违约行为约定的违约金。^[68]根据本条的规定，逾期利息的产生不以当事人的约定为前提，只是计算方法不同。有约定的，按约定方法计算，没有约定的，按法定方法计算。因此，无论借款合同是否约定逾期利息，只要借款人逾期归还借款，贷款人都可以要求逾期利息。^[69]在金融机构作为贷款人时，其出借资金的主要来源是存款，而金融机构需要通过收回借款本息来保证资金的正常周转，如果借款人逾期未返还借款，会使贷款人无法保证存款的按期支付，造成存贷收支不平衡的局面，影响国家经济的良性循环。^[70]

就借款合同中约定的逾期利息而言，其性质可以根据当事人约定的数额来判定，如数额与实际利息损失接近则为赔偿性质，如数额明显高于实际利息损失则兼具惩罚性质。我国《民法典》并不排斥惩罚性违约金的约定，所以逾期利息的约定应当不受利息损失范围的限制，其数额可以与利息损失没有对应关系。^[71]在没有约定逾期利息的情况下，逾期利息的性质为损害赔偿或继续履行^[72]，属于课以迟延履行债务人一个“强制性的信用”，亦即拟制迟延履行期间存在根据法定比率计息的有偿借贷关系，从而填补债权人的资金占用损失。同时，法定迟延履行息之大小，与迟延状态持续的时间长度成正相关，亦有迫使违约方尽早结束迟延状态的督促功能。^[73]此外，在未约定逾期利率的情况下，逾期利息与利息损失是对应相等的，如当事人虽未约定逾期利率但约定了借款利率，且该利率高于银行同期同类贷款基准利率的，可视为当事人对系争借款的可得利益标准计算已有明确的预见，借款利率应当推定为计算出借人利息损失的利率；如当事人未约定逾期利率和借款利率，或者约定借款利率低于银行同期同类贷款基准利率的，从维护出借人利益、禁止违约方从违约行为中获益的合同法原则出发，应当推定银行同期同类贷款基准利率为计算出借人利息损失的利率。

二、逾期利息的计算

逾期利息是借款人没有按合同约定的期限返还借款而应支付的超期利息，借款人支付逾期利息本质上是其未按期履行合同义务所承担的违约责任。在具体的计算方式上，逾期利息的计算应以借款本金为基数，而非以借款本金与借款期间利息之和为基数，否则即不当扩大了借款人的责任。

本条中逾期利息的计算标准包括“按照约定”“国家有关规定”，两者之间的适用以约定优先。其中，“按照约定”，应指当事人约定了作

为迟延利息的违约金，通常是根据借款合同期内利息的计算方式作一定调整，在计算上与期内利息比率相关^[74]；“国家有关规定”，即为法定迟延罚息，就其具体参照标准，最高人民法院的立场在过去三十年经历了一些变化。

《贷款通则》第34条规定：“逾期贷款，系指借款合同约定到期（含展期后到期）未归还的贷款。”本条也规定，借款人应支付逾期利息的情形是“借款人未按照约定的期限返还借款的”。因此，逾期利息应自贷款逾期之日（也即贷款到期的次日）起算。依据贷款到期日的不同，逾期利息的起算有如下三种情形：第一，借款人未按照合同约定的日期归还借款的，借款人应自逾期之日起支付罚息；第二，若借款合同中包含加速到期条款，贷款人依据合同约定宣布贷款提前到期时，逾期利息的起算点应为贷款提前到期的次日；第三，若当事人在借款合同的履行过程中签订借款展期协议，而借款人在展期后仍未按期归还本息的，借款人应自展期后的逾期之日起支付逾期利息。

关于逾期还款利息计算的截止时间，主要有四种观点：（1）贷款人起诉之日止；（2）判决发生法律效力之日止；（3）判决确定的履行期届满之日止；（4）借款偿付完毕之日。在理论上，由于借款人在清偿借款之前违约的状态一直在持续之中，应当由其承担直到全部清偿之间的违约金或者赔偿损失。且依据《民事诉讼法》第253条与《最高人民法院关于执行程序中计算迟延履行期间的债务利息适用法律若干问题的解释》，被执行人未按判决指定的期间履行给付金钱义务的，应当加倍支付迟延履行期间的债务利息，两者分别适用，不冲突也不重复。^[75]

关于民间借贷合同逾期利息的计算，《民间借贷司法解释》第29条、第30条确立了如下规则：（1）允许当事人就逾期利率的利率作出约定。按照私法自治原则，当事人可以在民间借贷合同中就逾期利率作出约定，因此，《民间借贷司法解释》第29条第1款规定：“借贷双方对逾期利率有约定的，从其约定，但是以不超过合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍为限。”依据这一规定，如果当事人就逾期利率已经作出了约定，则应当按照当事人约定的利率标准计算逾期利息数额。当然，该条也对当事人约定逾期利率的自由进行了一定的限制，即当事人约定的逾期利率不得超过LPR的4倍。（2）当事人未约定逾期利率时逾期利息的计算。依据《民间借贷司法解释》第29条第2款的规定，在当事人没有约定逾期利率或者对逾期利率约定不明时，应当区分以下情形分别处理：1）如果当事人没有约定借期内的利率，则贷款人有权主张借款人自逾期还款之日起承担逾期还款违约责任。2）如果当事人约定了借期内的利率，则贷款人有权请求借款

人按照借期内的利率标准支付资金占用期间利息。（3）逾期利率与违约金或其他费用的适用关系。当事人在约定逾期利率的同时，也可能同时约定了违约金责任，在此情形下，如何准确适用各种责任，值得探讨。依据《民间借贷司法解释》第30条的规定，如果当事人同时约定了逾期利率、违约金或者其他费用时，在借款人逾期还款的情形下，贷款人有权选择主张逾期利息、违约金或者其他费用，也可以一并主张上述各种责任，但贷款人请求的总额不得超过合同成立时LPR的4倍。

其他问题

一、逾期利息的利率限制

依据《人民币利率管理规定》第25条的规定，逾期贷款应按罚息利率计收罚息，直到清偿本息为止，遇罚息利率调整分段计息。《中国人民银行关于人民币贷款利率有关问题的通知》（银发〔2003〕251号，以下简称《贷款利率通知》）第3条则进一步明确了逾期贷款的罚息利率，即“逾期贷款（借款人未按合同约定日期还款的借款）罚息利率由现行按日万分之二点一计收利息，改为在借款合同载明的贷款利率水平上加收30%~50%”。《关于进一步加强金融审判工作的若干意见》中也进一步明确了“严格依法规制高利贷，有效降低实体经济的融资成本”的司法政策。关于金融借款纠纷的逾期利率，人民法院的裁判立场是尊重当事人的约定，但逾期利率不能过分高于贷款人因逾期而遭受的损失，具体的裁判规律如下。

第一，在当事人就逾期利息的利率有约定时，若该利率是在《贷款利率通知》规定的区间内，即是在借款合同约定的贷款利率水平上加收30%~50%，则贷款人关于逾期利率的主张可以获得法院支持。

第二，在当事人对逾期利息的利率没有约定时，贷款人可在借款合同载明的贷款利率水平上加收30%~50%的范围内主张逾期利息。

第三，若依照《贷款利率通知》第3条的规定，在借款合同所载明的贷款利率水平上加收30%~50%计算逾期利息利率，导致逾期利息利率过高时，法院可依据借款人的请求对该利率进行调整，以避免借款人所支付的逾期利息过高。

二、逾期利息与违约金的并存

在当事人对逾期利息没有约定时，或者双方约定了逾期利息的支

付，但未约定逾期利率，由于《民法典》规定的违约金以当事人的约定为前提，故此时逾期利息不应属于违约金，可认为属于损失赔偿。若借贷双方不仅约定了逾期利息的支付，还约定了逾期利率，此时逾期利息的数额是由双方通过约定予以确定，逾期利息的性质实为违约金。^[76]

若借贷双方明确约定了逾期利息及其利率，同时又约定了违约金，关于贷款人是否可以同时主张逾期利息与违约金，金融借款纠纷的司法实践存在不同观点。一种观点认为，逾期利息与违约金的性质相同，两者并存对借款人而言有失公平，贷款人仅能单独主张逾期利息或违约金。^[77]另一种观点则认为，违约金与逾期利息并不是同一概念，法律并不禁止对同一违约行为可以进行多种处罚，对资金占用收取的权益约定，违约金是债务人及担保人对违约后还应该另行承担的责任，两者间可以并存。但为避免借款人所承担的违约责任严重背离贷款人的实际损失，依据《金融审判工作意见》第2点的规定，逾期利息与违约金的数额之和应不超过借款本金年利率24%的部分。^[78]

在借贷双方对逾期还款的民事责任既约定了逾期利率，又约定了违约金的情形下，实际上是两种违约金并存，随之产生了双重违约金如何适用的问题。《民间借贷司法解释》的起草者认为，《合同法》并未禁止当事人在借款合同中约定违约金，也未禁止当事人约定逾期利息。在两者并存时，虽然性质上都属于违约金，但两者属于并不相同的概念，在适用条件上也各不相同，故而两者可以同时适用。为了维护公平原则，违约金与逾期利息同时适用时，应当作出最高数额的限制，即总计不得超过以借款本金为基数，以年利率24%计算得出的数额。^[79]关于逾期利息与违约金并存的问题，民间借贷纠纷与金融借款合同纠纷并无差别，故而应参照适用《民间借贷司法解释》的规定，两者数额之和应受LPR 4倍的年利率限制。

第六百七十七条

借款人提前返还借款的，除当事人另有约定外，应当按照实际借款的期间计算利息。

本条主旨

本条是关于借款人提前返还借款的法律后果的规定。

相关条文

《合同法》第208条 借款人提前偿还借款的，除当事人另有约定的以外，应当按照实际借款的期间计算利息。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第467条 借款人提前偿还借款的，除当事人另有约定的以外，应当按照实际借款的期间计算利息。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第467条 借款人提前偿还借款的，除当事人另有约定外，应当按照实际借款的期间计算利息。

《民法典（草案）》（2019年12月）第677条 借款人提前偿还借款的，除当事人另有约定外，应当按照实际借款的期间计算利息。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第677条 借款人提前返还借款的，除当事人另有约定外，应当按照实际借款的期间计算利息。

理解与适用

本条在《合同法》第208条的基础上作了文字上的调整，未作实质修改。

依据《民法典》第675条的规定，借款人应当按照约定的期限返还借款。当事人对借款期限没有约定或约定不明确，当事人又不能达成补充协议，根据借款合同的有关条款或交易习惯也无法确定借款期限的，借款人“可以随时返还”借款。此时，借款人返还借款也意味着借款期限同时届至，并不存在提前偿还借款问题；贷款人“可以催告借款人在合理期限内返还”，只要借款人在合理期限内返还，也不发生提前偿还借款问题。由此可见，提前偿还借款，仅出现于借款期限确定的情形，在适用借款期限推定的情形，不发生所谓提前偿还借款问题。

有学者认为，借款合同有关借款期限的约定，目的在于保护贷款人“收回本息”的权利，其法律意义在于：对于借款人说，贷款到期前，有拒绝还款的权利，贷款到期后，有还本付息的义务，否则构成逾期违约；对于贷款人来说，贷款到期前，没有收回贷款的权利，贷款到期后，才有收回本息的权利。也就是说，借款期限的约定，主要

是确定贷款人得回收贷款的最早期日，以及借款人还款的最迟的期日。可见，借款人有义务在借款期限届至之前还款，否则构成违约，即是说，只有在期限后还款才构成违约，而在期限前还款，则是借款人对期限到来之日还款这一“权利”的放弃。依法理，权利的放弃是权利享有者的权利，显然不构成违约。[80]

反对观点则认为，法律所称之期限包括期间与期日两种情形。基于非此即彼之逻辑选择，显然，法条中所称之“期限”系指“期间”。以此而论，不存在法条中之期限不是期间之说。称此处之期限在于确定贷款人得收回贷款的最早期日及借款人还款最迟的期日，表述的正是期间的含义。当然，依上述表述推定借款人可于期间内任何一天随时还款的结论是错误的——果真如此，则《民法典》第675条对于未约定借款期限或约定不明确的设计方案即丧失了基本立法价值，该条规定的借款人的借款本息即“可以随时返还”[81]。

就提前偿还借款是否损害了债权人期限利益的问题，银行界普遍认为，提前偿还借款缩短了借款人使用资金的期间，使借款合同在剩余的时间里不再履行，属于部分解除合同的行为。提前偿还借款，一方面增加了银行的人力成本；另一方面会打乱银行资金营运计划，并导致银行预期利息收入减少。提前还贷的损失应该是人力成本的增加与银行预期利息收入减少之和。就此，银行有权主张以借款合同可得利益为限的赔偿。[82]

大部分学者认为，提前偿还借款并未损害债权人的期限利益。对银行而言，其最大风险是借款人拒不归还借款导致血本无归，其次是逾期还款导致影响资金的再次流转。而提前偿还借款除了有可能带来部分利息损失和重新支出部分人力成本以外，却使银行提前解除了该笔资金的贷出风险。实际上，银行的这部分损失可以通过采取合理调整贷款结构及数额等措施，消除或减少提前偿还借款对银行收益的影响，也可以将提前归还的借款再次贷出，以减少利息损失。退一步讲，即便给银行带来了损失，将贷款人拒不偿还贷款本息所带来的风险损失与提前偿还借款本息带来的利息损失和投入的人力成本相比较，银行不应收取违约金。借款人提前偿还借款即使给银行带来预期收益的减少，但这种情况也纯属银行经营过程中出现的正常商业风险。[83]一个理性的银行对借款人的提前偿还借款行为应该是能够预料到的。[84]而且，银行也完全可以避免这种风险损失的发生。银行为消除或减少这种风险，可以与借款人进行事先协商，约定向提前还款者收取必要费用，此类特殊约定在本质上是银行将提前偿还借款造成的预期损失转嫁给借款人的商业性安排，并不违反现行法律和行政法规的强制性规定。[85]

《民法典》第530条规定：“债权人可以拒绝债务人提前履行债务，但是提前履行不损害债权人利益的除外。”“债务人提前履行债务给债权人增加的费用，由债务人负担。”借款人提前返还借款时，除按照实际借款的期间计算利息之外，是否应承担增加的费用？期限利益的规则是：如果期限利益专为债务人而设，那么债务人可以抛弃该利益而提前清偿，而债权人不得随意请求清偿；若期限利益为债权人所设计或为双方共享，则非经过债权人的同意，债务人不得期前清偿，否则债权人可以拒绝受领，履行行为不产生债务清偿的效力对期限利益的理解是统一的，仅指既有利益，不包括预期利益，损害期限利益表现为债权人成本和费用的增加，第530条第1款和第2款的规定之间存在着内在的逻辑联系。

有学者认为，无论是违约性提前偿还借款，还是非违约性提前偿还借款，借款人均应补偿贷款人因此发生的合理费用。不能将提前偿还借款作为法定违约行为，也就是说，当贷款协议没有约定违约责任条款时，提前偿还借款应视为借款人的权利。但是，借款人提前偿还借款应承担提前通知的附随义务，通知的合理期限以提前1个月为宜；同时，借款人应补偿贷款人因此发生的合理费用。^[86]也有学者认为借款人应有条件地支付合理费用。出借人可以与借款人进行事先协商，约定向提前还款者收取必要费用。^[87]

第六百七十八条

借款人可以在还款期限届满前向贷款人申请展期；贷款人同意的，可以展期。

本条主旨

本条是关于借款的展期的规定。

相关条文

《合同法》第209条 借款人可以在还款期限届满之前向贷款人申请展期。贷款人同意的，可以展期。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第468条 借款人可以在还款期限届满之前向贷款人申请展期。贷款人同意的，可以展期。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第468条 借款人可以在还款期限届满之前向贷款人申请展期。贷款人同意的，可以展期。

《民法典（草案）》（2019年12月）第678条 借款人可以在还款期限届满之前向贷款人申请展期。贷款人同意的，可以展期。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第678条 借款人可以在还款期限届满前向贷款人申请展期；贷款人同意的，可以展期。

理解与适用

本条是在《合同法》第209条的基础上修改而成，仅作了文字上的调整。

借款的展期，是指借款人在合同约定的借款期限届满不能偿还借款，在征得贷款人同意的情况下，延长原借款的期限，使借款人能够继续使用借款。对于借款人未按合同约定归还的贷款，金融机构根据借款人的申请，对借款人不能依合同约定归还贷款的情况进行调查了解，重新评估借款人的偿债能力，从而决定是否同意展期。2020年3月，为进一步纾解中小微企业因新冠肺炎疫情造成的困难，推动企业有序复工复产，中国银行保险监督管理委员会、中国人民银行等五部委发布了《关于对中小微企业贷款实施临时性延期还本付息的通知》，其第1条指出，“对于2020年1月25日以来到期的困难中小微企业（含小微企业主、个体工商户）贷款本金，银行业金融机构应根据企业延期还本申请，结合企业受疫情影响情况和经营状况，通过贷款展期、续贷等方式，给予企业一定期限的临时性延期还本安排”。对于借款人而言，申请贷款展期的目的是延期还本付息，可帮助其克服临时性的经营困难。

就贷款展期的性质，实践中有不同的看法，归纳起来大致有以下两种：一种观点认为贷款展期是原债权债务关系的延续，展期协议并非新的借款合同，而是对原借款合同的补充，贷款的展期并不能产生新的债权债务关系。^[88]另一种观点认为，贷款展期产生新的债权债务关系。贷款展期为设立新的债权债务，依附于债务之上的抵押等担保则需要重新办理相关登记手续。^[89]

观察现行相关法律规范，《贷款通则》第12条规定：“不能按期归还贷款的，借款人应当在贷款到期日之前，向贷款人申请贷款展

期。是否展期由贷款人决定。申请保证贷款、抵押贷款、质押贷款展期的，还应当由保证人、抵押人、出质人出具同意的书面证明。已有约定的，按照约定执行。短期贷款展期期限累计不得超过原贷款期限；中期贷款展期期限累计不得超过原贷款期限的一半；长期贷款展期期限累计不得超过3年。国家另有规定者除外。借款人未申请展期或申请展期未得到批准，其贷款从到期日次日起，转入逾期贷款账户。”《最高人民法院关于展期贷款超过原贷款期限的效力问题的答复》（法函〔2000〕12号）规定：“展期贷款性质上是对原贷款合同期限的变更。”同时，《民法典》第543条规定：“当事人协商一致，可以变更合同。”第678条规定：“借款人可以在还款期限届满前向贷款人申请展期；贷款人同意的，可以展期。”可见，我国现行法对贷款展期的规定更倾向于合同关系成立后当事人通过协商的方式对合同内容进行变更，这体现的是法律对于双方意思自治权利的尊重。此外，对于已经成立的法律关系，我国法律更倾向于保护与维持，而不是彻底推翻，以维护法律关系的相对稳定状态。因此，上述第一种观点更加合理。一般认为，贷款展期并未产生新的债权债务关系，仅是原债权债务关系的延续，实际上是对借款合同还款期限的变更，在法律上属于借款合同变更的范畴。

第六百七十九条

自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时成立。

本条主旨

本条是关于自然人之间的借款合同的规定。

相关条文

《合同法》第210条 自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时生效。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第469条 自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时成立。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第469条 自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时成立。

《民法典（草案）》（2019年12月）第679条 自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时生效。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第679条 自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时成立。

理解与适用

本条是在《合同法》第210条的基础上修改而成，将“生效”修改为“成立”。之所以作此修改，主要考虑为：一是避免产生自然人之间借款合同是实践合同还是诺成合同的争议。由于立法的本意是将自然人之间的借款合同确定为实践合同，而《合同法》第210条中“生效”的表述，又容易使人产生系诺成合同的误解，故作出修改完善。二是与民法典中定金合同和无偿保管合同条文的表述保持一致，统一表述为合同自实际交付时“成立”。三是可以给司法实践提供正确指引：均为自然人的贷款人与借款人即使签订了借款合同，借款人也无权申请强制执行，更不能要求对方承担违约责任。^[90]

本条规定，自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时成立。“提供借款”实际上是指金钱的交付，由此可见，这里明确了自然人之间借款合同的实践合同属性。^[91]这样规定的目的是充分保护贷款人的利益。自然人之间的借款合同多以无偿、互助为其特征，贷款人没有“义务”必须将贷款提供给借款人，是否提供贷款属于贷款人的“自由”。贷款提供之前，贷款人可能由于自己的财产状况发生变化，可能对于借款人的信用产生疑虑，或者基于其他原因，可以撤回允诺，以免遭受损失。^[92]

值得注意的是，《民间借贷司法解释》第10条规定：“除自然人之间的借款合同外，当事人主张民间借贷合同自合同成立时生效的，人民法院应予支持，但当事人另有约定或者法律、行政法规另有规定的除外。”依据这一规定，非自然人之间的民间借贷合同一般自成立时生效。因此，非自然人之间的借款合同在性质上属于诺成合同，一旦当事人就借款事项达成合意，合同即生效，任何一方当事人都不得随意毁约。对非自然人之间的民间借贷合同而言，将其界定为诺成合同，则合同一旦成立，贷款人的贷款收益一般就是可以预期的，这也利于资金的有效利用。^[93]

《民法典》第483条规定：“承诺生效时合同成立，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”本条即为“法律另有规定”的情形。由此可见，在通常情况下，合同经要约和承诺即为成立，但有的合同

虽经协商一致，但如缺乏标的物的交付也无法使合同成立。这种成立方式必须同时具备合意与交付标的物两个要件。自然人之间的借款合同是要物性合同，它不是在双方达成协议时成立，而是自贷款人提供的贷款被借款人接受时成立。^[94]有观点认为，即便是本条，也只是把所借金钱的交付作为了合同的生效要件，而未作为成立要件。^[95]但多数意见认为，“对于第二百一十条的理解，不能望文生义地理解为借款合同‘成立’了但‘不生效’，而应该解释为其‘不生效’其实就是因为其‘不成立’。所以贷款人提供借款为自然人间借款合同的‘成立要件’”^[96]。也有学者认为此种讨论并无意义，主要理由为：若物已交付，依私法自治理念，均足使合同生效，除非存在其他影响合同效力的因素，但此显然已超出“要物”之要件属性问题；相反，物之交付前，“无论其为不成立或不生效力”，“当事人均不能主张契约上的权利”，其法效实无不同。^[97]

自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时成立。这里的“提供借款时”，在解释上包括以下几种情形：其一，以现金方式提供借款的，为借款人收到借款的时间；其二，以银行转账、网上电子汇款或者通过网络贷款平台等形式支付的，为资金到达借款人账户的时间；其三，以票据交付的，为借款人依法取得票据权利的时间；其四，贷款人将特定资金账户支配权授权给借款人的，为借款人取得对该账户实际支配权的时间；其五，贷款人以与借款人约定的其他方式提供借款的，为实际履行完成的时间。^[98]

在诺成合同中，交付标的物或完成其他给付系当事人的给付义务，违反该义务便产生违约责任，而自然人之间的借款合同作为一种实践合同，提供借款不是贷款人的给付义务，只是先合同义务，违反它不产生违约责任，可构成缔约过失责任。但需要注意，如果自然人之间的借款合同是无偿合同，宜减轻缔约人的责任，在提供借款前，可以借鉴罗马法允许当事人任意撤销的模式，不予追究撤销人的责任。^[99]

第六百八十条

禁止高利放贷，借款的利率不得违反国家有关规定。

借款合同对支付利息没有约定的，视为没有利息。

借款合同对支付利息约定不明确，当事人不能达成补充协议的，按照当地或者当事人的交易方式、交易习惯、市场利率等因素确定利息；自然人之间借款的，视为没有利息。

本条主旨

本条是关于借款的利息控制的规定。

相关条文

《合同法》第204条 办理贷款业务的金融机构贷款的利率，应当按照中国人民银行规定的贷款利率的上下限确定。

《合同法》第211条 自然人之间的借款合同对支付利息没有约定或者约定不明确的，视为不支付利息。

自然人之间的借款合同约定支付利息的，借款的利率不得违反国家有关限制借款利率的规定。

《商业银行法》第38条 商业银行应当按照中国人民银行规定的贷款利率的上下限，确定贷款利率。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第470条 借款合同约定支付利息的，借款的利率不得违反国家的有关规定；对支付利息没有约定或者约定不明确的，按照当地或者当事人的交易方式、交易习惯、市场利率等因素确定利息。

自然人之间的借款合同对支付利息没有约定或者约定不明确的，视为不支付利息。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第470条 借款合同约定支付利息的，借款的利率不得违反国家的有关规定。

借款合同对支付利息没有约定的，视为没有利息。

借款合同对支付利息约定不明确的，按照当地或者当事人的交易方式、交易习惯、市场利率等因素确定利息；自然人之间借款的，视为没有利息。

《民法典（草案）》（2019年12月）第680条 禁止高利放贷，借款的利率不得违反国家有关规定。

借款合同对支付利息没有约定的，视为没有利息。

借款合同对支付利息约定不明确，当事人不能达成补充协议的，按照当地或者当事人的交易方式、交易习惯、市场利率等因素确定利息；自然人之间借款的，视为没有利息。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第680条禁止高利放贷，借款的利率不得违反国家有关规定。

借款合同对支付利息没有约定的，视为没有利息。

借款合同对支付利息约定不明确，当事人不能达成补充协议的，按照当地或者当事人的交易方式、交易习惯、市场利率等因素确定利息；自然人之间借款的，视为没有利息。

理解与适用

本条是在《合同法》第211条的基础上修改而成。《合同法》第211条规定：“自然人之间的借款合同对支付利息没有约定或者约定不明确的，视为不支付利息。自然人之间的借款合同约定支付利息的，借款的利率不得违反国家有关限制借款利率的规定。”两相比较，本条将调整对象扩及所有的借款合同，而不仅限于自然人之间的借款合同；区分了借款合同对支付利息没有约定和约定不明确两种不同情形，分别采取了不同的立法态度。

一、禁止高利放贷

本条第1款规定：“禁止高利放贷，借款的利率不得违反国家有关规定。”这一规则并不仅限于民间借贷。借款利率，是指借款期限内利息数额与本金额的比例。以公式表示：利率=利息/本金。从长期来看，利率取决于经济体的实际增长，是经济体的自然增长率的一部分，短期来看，利率由供求双方谈判力决定，供求双方的谈判力又与资金供求、政府干预、物价、风险等因素有关。^[100]

在我国，金融机构贷款利率包括贷款的基准利率和法定利率，由中国人民银行统一管理，中国人民银行确定的利率经国务院批准后执行。^[101]贷款利率可分为固定利率与浮动利率，所谓固定利率，是指约定一个确定的利率不再变动，而浮动利率则可以随银行业的平均利率水平而发生相应的变化、进行相应调整。无论是固定利率还是浮动利率，都应当遵循中国人民银行的相应规定。^[102]关于贷款利率的确定，办理贷款业务的各类金融机构可在中国人民银行总行制定的利率浮动幅度范围内，以法定利率为浮动基础，并按照中国人民银行规定

的贷款利率的上下限自行确定各种类、各档次的贷款利率。[103]

我国立法和司法实践历来禁止高利贷。[104]《民法通则》第90条规定：“合法的借贷关系受法律保护。”该条的立法本意就是禁止设立高利贷。[105]《民间借贷司法解释》采用了分类的规范，其既没有完全禁止高利率，也没有完全放任高利率。该司法解释第26条第1款规定：“借贷双方约定的利率未超过年利率24%，出借人请求借款人按照约定的利率支付利息的，人民法院应予支持。”据此，该条在参考金融市场平均利率的基础上，确定了24%为判断标准的规则。根据司法解释起草者的观点，民间借贷的固定利率上限应当高于金融市场的平均利率，但又不得过度高于实体经济的利润率。[106]否则，就会导致民间借贷资金不会流向实体经济，可能加剧金融风险。[107]所以将民间借贷利率规制的上限规定为24%，总体符合这一发展水平。[108]因此，只要当事人约定的利率未超过年利率的24%，则贷款人可以直接申请强制执行。

在《民法典》编纂过程中，有的全国人大常委会委员、社会公众提出，为解决民间借贷领域存在的突出问题，维护正常的金融秩序，建议明确规定禁止高利放贷。宪法和法律委员会经研究，建议采纳这一意见，将这一款规定修改为：禁止高利放贷，借款的利率不得违反国家有关规定。规制借款利率是保护市场主体合法权益的需要。高利贷有导致穷者愈穷、富者愈富的“马太效应”和加速社会阶层分化的作用，对普通百姓而言，则可能威胁到其生存权。高利贷还会导致违法讨债，甚至黑社会性质组织讨债等情形，借款人的人身权益也因此受到威胁。规制借款利率有利于引导民间金融市场健康理性发展。资本作为一种重要的生产要素，要通过市场进行分配。发挥好市场的资源配置作用，有利于提高生产效率，促进经济发展。从另一方面看，市场具有自发性、盲目性、滞后性的弱点，高利率致使大量民间资金没有投入实体产业，出现资金“空转”的现象。规制借款利率有利于优化国家产业结构。如果借款利率整体高于实业利润率，就会阻碍民间资金流向实体经济领域。[109]

依据《民间借贷司法解释》第26条的规定：“出借人请求借款人按照合同约定利率支付利息的，人民法院应予支持，但是双方约定的利率超过合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍的除外。”“前款所称‘一年期贷款市场报价利率’，是指中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心自2019年8月20日起每月发布的一年期贷款市场报价利率。”

就目前的实际情况而言，金融借款领域执行的是全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率标准，民间借贷领域执行的是司法

解释规定的标准。在民法典编纂过程中，有不少意见提出在本条第1款直接规定最高利率的具体标准，比如不超过年利率12%、16%等，但由于民法典作为基本法需要保持稳定性和兼容性，因而不适宜规定具体的利率标准。从借贷领域的规范角度而言，鉴于利率问题的重要性，应当由国家有关主管部门对借款的利率作出明确的规定。^[110]

2019年7月23日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部印发《关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见》的通知，将违反国家规定，未经监管部门批准，或者超越经营范围，以营利为目的，经常性地向社会不特定对象发放贷款（两年内向不特定的人放贷10次以上，并且以超过36%的年利率放贷），扰乱金融市场秩序，情节严重的行为以非法经营罪定罪处罚。这一规则对于高利放贷的刑法规制具有重要意义。

二、利息的推定规则

本条第2款和第3款分两款分别对借款合同没有约定利息和没有明确约定利息的情形设计了不同的推定规则。有无约定与约定是否明确属于事实判断问题，未约定利息须符合两个条件：第一，借贷双方对于利息是否存在的事实有争议；第二，借贷双方都没有证据证明自己的主张。在约定不明状态时，虽然有“约定”二字，但如果对于利息是否有约定难以形成优势证据，其实质仍是一种无利息约定的状态。再比如当事人之间口头约定，可以分为三种情形分别处理：其一，双方均予认可，并对利率无争议，为有约定。其二，一方承认，另一方予以否认，则视双方能否提出证据证明自己的主张而定，若主张有利息约定的一方能提供证据，则应当认为双方是有利息约定的，如果对于利率约定难以查清，视为“利息约定不明”；若主张无利息一方能够提供无利息约定的证据或主张有利息的一方不能提供有力证据，则债权人要承担不利后果，视为“未约定利息”。其三，借贷双方对于有利息约定事实予以承认，但在利率高低上存在分歧，属于“利息约定不明”^[111]。

（一）借款合同对支付利息没有约定时的推定规则

利息不是借款合同的必备条款，当事人可以约定支付利息，也可以约定不支付利息。借款合同对支付利息没有约定的，视为没有利息，借款人可以不向贷款人支付利息。

自然人之间的借款合同原则上是无偿的，除非当事人有特别约定，才应当支付利息。《民间借贷司法解释》第25条规定：“借贷双方没有约定利息，出借人主张支付利息的，人民法院不予支持。”“自

然人之间借贷对利息约定不明，出借人主张支付利息的，人民法院不予支持。除自然人之间借贷的外，借贷双方对借贷利息约定不明，出借人主张利息的，人民法院应当结合民间借贷合同的内容，并根据当地或者当事人的交易方式、交易习惯、市场报价利率等因素确定利息。”当然，即便是无偿借款合同，如果借款人未按期还款，则在还款期限届满后，贷款人仍有权请求借款人支付逾期还款期间占有资金的利息。

（二）借款合同对支付利息约定不明确时的推定规则

借款合同对支付利息约定不明确，当事人不能达成补充协议的，按照当地或者当事人的交易方式、交易习惯、市场利率等因素确定利息；自然人之间借款的，视为没有利息。这一规则借助了更为丰富的确定利息的方法，本质而言，即为合同漏洞补充。^[112]合同漏洞，即合同欠缺条款，是指合同应对某事项加以规定却未予规定。造成合同漏洞的原因主要有两种：其一，当事人对于非必要之点（要素）未予协商；其二，当事人对非必要之点虽经协商，但未达成协议，约定留待日后商定。合同漏洞的填补方法，按《民法典》第510条、第511条规定，包括协议补充、整体解释补充、交易习惯补充与法律的任意规定补充。

其中，协议补充属于合同当事人的行为，是意思自治的表现。当事人协议补充合同漏洞，应当按照诚实信用原则的要求进行，另外，根据诚实信用原则，也应当认为当事人负有“再交涉义务”。当然，此种再交涉义务只宜认定为一种行为义务，而不宜认定为一种结果义务。由于补充欠缺的条款往往是一方得到好处，对方受到损失，因此协议不成为常态。^[113]整体解释与交易习惯补充则属于补充的合同解释。合同的解释包括狭义的合同解释、补充的合同解释以及修正的合同解释。狭义的合同解释是要确定当事人赋予其表示行为的含义，而补充与修正并非纯粹的“含义的确定”或“意义的发现”，而应认为进行了“含义的带入”或“意义的插入”^[114]。正因如此，后两种解释本身与私法自治有所抵触，便不再是“自治”，而是“他治”，法官充当了“监护人”或“好事者”的角色，对于私法自治而言，构成一种威胁，应当遵循“最小介入原则”^[115]。且在与任意性规范适用的顺序上，补充的合同解释优先于适用任意性规定。^[116]

在本条中，具体适用“交易方式、交易习惯、市场利率等因素确定利息”。所谓“交易习惯”，依据《合同法解释（二）》第7条的规定，下列情形，不违反法律、行政法规强制性规定的，人民法院可以认定为合同法所称“交易习惯”：（1）在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用并为交易对方订立合同时所知道或者应当知道

的做法；（2）当事人双方经常使用的习惯做法。对于交易习惯，由提出主张的一方当事人承担举证责任。根据该规定，交易习惯必须合法，当事人也不能通过交易习惯等理由规避强制性规定的适用。由此，对于第一类交易习惯，有三个条件限制：一是客观条件，当地或行业通常采用的做法；二是主观条件，为交易对方知道或者应当知道，以加强对不了解当地习惯或者缺乏业内经验的相对人的保护；三是交易习惯的时间节点，应为订立合同时所知道或者应当知道的习惯做法。^[117]对于第二类交易习惯，韩世远教授借鉴英美法“系列交易理论”，认为以该交易行为具有“规则性”以及“一致性”为要件。所谓规则性，是指当事人频繁地、继续地为当事人营业种类的法律行为；所谓一致性是当事人缔结合同所采用的合同条款内容均相同。最后，交易习惯的存在及其范围，作为事实问题，应由主张者进行证明。^[118]

注释：

[1]本章的文献和案例整理得到了中国人民大学法学院硕士生章金、曾军、昌雨莎等同学的协助，特此致谢。

[2]参见杜万华主编：《最高人民法院民间借贷司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2015年版，第48~49页。

[3]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第241页。

[4]参见龙翼飞、杨建文：《企业间借贷合同的效力认定及责任承担》，载《现代法学》2008年第2期。

[5]参见黄薇（全国人大常委会法制工作委员会民法室主任）主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第696页。

[6]参见王林清：《论企业间借贷正当性的法律分析》，载《法学评论》2015年第4期。

[7]参见杨立新：《民间借贷关系法律调整新时期的法律适用尺度》，载《法律适用》2015年第11期。

[8]参见韩世远：《合同法总论》（第四版），北京，法律出版社2018年版，第78页。

[9]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第243页。

[10]参见屈茂辉：《中国合同法学》，长沙，湖南大学出版社2003年版，第210、

212页。

[11]王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第119页。

[12]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第244页。

[13]参见全国人大常委会法制工作委员会（胡康生主编）：《中华人民共和国合同法释义》（第三版），北京，法律出版社2013年版，第323页。

[14]参见“王海潮、陈士伟民间借贷纠纷再审案”，湖北省高级人民法院（2019）鄂民再248号民事判决书；《民间借贷司法解释》第2条第1款规定：“出借人向人民法院起诉时，应当提供借据、收据、欠条等债权凭证以及其他能够证明借贷法律关系存在的证据。”

[15]参见崔建远：《合同法学》，北京，法律出版社2015年版，第65页；全国人大常委会法制工作委员会（胡康生主编）：《中华人民共和国合同法释义》（第三版），北京，法律出版社2013年版，第20-21页。

[16]参见全国人大常委会法制工作委员会（胡康生主编）：《中华人民共和国合同法释义》（第三版），北京，法律出版社2013年版，第324页；王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第241页；郭明瑞、房绍坤主编：《合同法学》，上海，复旦大学出版社2009年版，第300页。

[17]参见孙学政、李宝军：《合同法定形式的效力》，载马新彦主编：《民法现代性与制度现代化》，长春，吉林大学出版社2002年版，第86页；韩世远：《合同法总论》（第四版），北京，法律出版社2018年版，第109页。

[18]参见“叶鑫与黄锡斌、厦门西华家具有限公司民间借贷纠纷上诉案”，最高人民法院（2016）民终645号民事判决书。

[19]参见张少鹏主编：《借款合同理论的理论与实务》，厦门，厦门大学出版社1995年版，第37页；韩自强、郑玉敏主编：《合同法学》，厦门，厦门大学出版社2012年版，第242页。

[20]《民间借贷司法解释》原第26条第1款规定：“借贷双方约定的利率未超过年利率24%，出借人请求借款人按照约定的利率支付利息的，人民法院应予支持。”

[21]《民间借贷司法解释》第26条规定：“出借人请求借款人按照合同约定利率支付利息的，人民法院应予支持，但是双方约定的利率超过合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍的除外。”“前款所称‘一年期贷款市场报价利率’，是指中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心自2019年8月20日起每月发布的一年期贷款市场报价利率。”

[22]《关于进一步加强金融审判工作的若干意见》第2条第2款规定：“金融借款合同的借款人以贷款人同时主张的利息、复利、罚息、违约金和其他费用过高，显著背离实际损失为由，请求对总计超过年利率24%的部分予以调减的，应予支持，以有效降低实体经济的融资成本。”

[23]参见张少鹏主编：《借款合同法的理论与实务》，厦门，厦门大学出版社1995年版，第38-39页。

[24]参见王利明主编：《合同法评论》（第2辑），北京，人民法院出版社2004年版，第255页。

[25]参见郭明瑞、房绍坤主编：《合同法学》，上海，复旦大学出版社2009年版，第298页。

[26]参见黄薇（全国人大常委会法制工作委员会民法室主任）主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第702页。

[27]参见全国人大常委会法制工作委员会（胡康生主编）：《中华人民共和国合同法释义》（第三版），北京，法律出版社2013年版，第327页。

[28]参见屈茂辉主编：《中国合同法学》，长沙，湖南大学出版社2003年版，第210页。

[29]参见韩自强、郑玉敏主编：《合同法学》，厦门，厦门大学出版社2012年版，第243页。

[30]安徽省马鞍山市中级人民法院（2017）皖05民终569号民事判决书。

[31]参见“张俊恒等诉中国银行股份有限公司昆明市民航路支行金融借款合同纠纷再审案”，云南省昆明市中级人民法院（2016）云01民再40号民事判决书。

[32]参见崔建远：《合同法学》，北京，法律出版社2015年版，第357页。

[33]参见“臧术美、李聪明与中国光大银行股份有限公司上海漕河泾开发区支行金融借款合同纠纷审判监督案”，上海市高级人民法院（2019）沪民申172号民事裁定书。

[34]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第251页。

[35]参见郭明瑞、房绍坤主编：《合同法学》，上海，复旦大学出版社2009年版，第300页。

[36]参见黄彤主编：《合同法》，杭州，浙江大学出版社2013年版，第185页。

[37]参见胡毅杰：《收到借款后立即支付利息与预先扣除利息不同》，陈新军律师的新浪博客，链接：http://blog.sina.com.cn/s/blog_515ede5f0102xgzv.html，最后访问时间：2020年2月10日。

[38]参见何志、黄砚丽主编：《最高人民法院民间借贷司法解释精释精解》，北京，中国法制出版社2016年版，第333页。

[39]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第258页。

[40]参见全国人大常委会法制工作委员会（胡康生主编）：《中华人民共和国合同法释义》（第三版），北京，法律出版社2013年版，第353页。

[41]参见何志、黄砚丽主编：《最高人民法院民间借贷司法解释精释精解》，北京，中国法制出版社2016年版，第334页。

[42]参见杜万华主编：《最高人民法院民间借贷司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2015年版，第480页。

[43]参见“广东原创动力文化传播有限公司与义乌市奕安文化用品有限公司、四川北山商业连锁经营管理有限公司著作权侵权纠纷案”，四川省达州市中级人民法院（2015）达中民初字第9号民事判决书。

[44]参见“李云莺与姚美琴、刘鹏等民间借贷纠纷上诉案”，山东省青岛市中级人民法院（2016）鲁02民终7578号民事判决书。

[45]参见何志、黄砚丽主编：《最高人民法院民间借贷司法解释精释精解》，北京，中国法制出版社2016年版，第331页。

[46]参见“夏靖与潘建明民间借贷纠纷上诉案”，浙江省湖州市中级人民法院（2016）浙05民终1197号民事判决书。

[47]参见全国人大常委会法制工作委员会（胡康生主编）：《中华人民共和国合同法释义》（第三版），北京，法律出版社2013年版，第330页；魏耀荣等：《中华人民共和国合同法分则》，北京，中国法制出版社2000年版，第178页。

[48]参见王利明：《合同法研究（第四卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2018年版，第256页。

[49]参见全国人大常委会法制工作委员会（胡康生主编）：《中华人民共和国合同法释义》（第三版），北京，法律出版社2013年版，第329页。

[50]参见何志：《合同法分则判解研究与适用》，北京，人民法院出版社2002年版，第167页。

[51]参见王利明：《合同法研究（第四卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2018年版，第256页。

[52]参见谢鸿飞：《合同法学的新发展》，北京，中国社会科学出版社2014年版，第576页。

[53]参见魏耀荣等：《中华人民共和国合同法释义（分则）》，北京，中国法制出版社2000年版，第178页。

[54]参见全国人大常委会法制工作委员会（胡康生主编）：《中华人民共和国合同法释义》（第三版），北京，法律出版社2013年版，第330-331页。

[55]参见马俊驹、余延满：《民法原论》（第四版），北京，法律出版社2010年版，第665页。

[56]参见魏耀荣等：《中华人民共和国合同法释义（分则）》，北京，中国法制出版社2000年版，第180页。

[57]参见魏耀荣等：《中华人民共和国合同法释义（分则）》，北京，中国法制出版社2000年版，第179页。

[58]参见马俊驹、余延满：《民法原论》（第四版），北京，法律出版社2010年版，第665页。

[59]参见魏耀荣等：《中华人民共和国合同法释义（分则）》，北京，中国法制出版社2000年版，第180页。

[60]参见王利明：《合同法研究（第四卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2018年版，第262页。

[61]参见全国人大常委会法制工作委员会（胡康生主编）：《中华人民共和国合同法释义》（第三版），北京，法律出版社2013年版，第331页。

[62]参见黄薇（全国人大常委会法制工作委员会民法室主任）主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第713-714页。

[63]参见王利明：《合同法研究（第四卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2018年版，第266页。

[64]参见王利明：《合同法研究（第四卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2018年版，第266页。

[65]参见全国人大常委会法制工作委员会（胡康生主编）：《中华人民共和国合同法释义》（第三版），北京，法律出版社2013年版，第303页。

[66]参见孙晓：《合同法各论》，北京，中国法制出版社2002年版，第109页。

[67]参见全国人大常委会法制工作委员会（胡康生主编）：《中华人民共和国合同法释义》（第三版），北京，法律出版社2013年版，第335-336页。

[68]参见高圣平、申晨：《论民间借贷利率上限的确定》，载《上海财经大学学报》2014年第2期。

[69]参见王学棉：《民间借贷合同逾期利息请求及其判决》，载《当代法学》2015年第6期。

[70]参见全国人大常委会法制工作委员会（胡康生主编）：《中华人民共和国合同法释义》（第三版），北京，法律出版社2013年版，第336页。

[71]参见高圣平、申晨：《论民间借贷利率上限的确定》，载《上海财经大学学报》2014年第2期。

[72]参见最高人民法院：《司法解释理解与适用全集·合同卷2》，北京，人民法院出版社2018年版，第2059页。

[73]参见姚明斌：《金钱债务迟延履行违约金的规范互动》，载《华东政法大学学报》2015年第4期。

[74]参见孙森焱：《民法债编总论》（下册），北京，法律出版社2006年版，第509页；黄立：《民法债编总论》，北京，中国政法大学出版社2002年版，第509页；欧阳胜嘉：《定型化违约金条款之法律问题》，台北，元照出版公司2010年版，第74页以下；高圣平、申晨：《民间借贷中利率上限规定的司法适用》，载《政治与法律》2013年第12期；姚明斌：《金钱债务迟延履行违约金的规范互动》，载《华东政法大学学报》2015年第4期。

[75]参见最高人民法院：《司法解释理解与适用全集·合同卷2》，北京，人民法院出版社2018年版，第2063页。

[76]参见杜万华主编：《最高人民法院民间借贷司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2015年版，第520页。

[77]参见北京市高级人民法院（2014）高民（商）终字第04844号民事判决书。

[78]参见云南省高级人民法院（2019）云民终1114号民事判决书。

[79]参见杜万华主编：《最高人民法院民间借贷司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2015年版，第523页。《民间借贷司法解释》修改后，应为不超过合同成立时LPR的4倍。

[80]参见李健男：《提前还贷的法律解释》，载《法学》2005年第9期。

[81]翟云岭、吕海宁：《论提前付款（还贷）的法律规制》，载《东方法学》2009年第5期。

[82]参见叶林、侯太领：《贷款买房提前还贷：是守信还是违约》，见中国法院网，<https://www.chinacourt.org/article/detail/2002/07/id/7994.shtml>。最后访问时间：2020年2月18日。

[83]以下学者亦持此种观点：参见仇瑾：《提前还贷的法律定性》，载《济南金融》2003年第11期。提前还贷给银行带来的费用增加和利息损失，不是法律意义上的期限利益的损失，而是正常的商业风险，银行应该采取风险防范措施合理合法地转移这种风险，而不应该简单地把风险转嫁给借款人。

[84]以下学者亦持此种观点：参见周海林：《关于提前还贷违约金的分析及完善》，载《福建政法管理干部学院学报》2004年第2期。银行应该预见得到提前还贷现象，并事先设计好提前还贷情况下的资金运作模型。

[85]参见刘会玲：《提前还贷，银行应收取违约金吗？》，载《房地产与法律》2004年第12期。

[86]参见李健男：《提前还贷的法律解释》，载《法学》2005年第9期。

[87]参见刘会玲：《提前还贷，银行应收取违约金吗？》，载《房地产与法律》2004年第12期。

[88]参见最高人民法院（2014）民申字第629号民事裁定书。类似裁判参见“郑喜花、恒丰银行股份有限公司威海分行第三人撤销之诉上诉案”，山东省威海市中级人民法院（2018）鲁10民终2152号民事裁定书；“马兰诉张筱钫等民间借贷纠纷再审案”，山西省高级人民法院（2015）晋民申字第887号民事裁定书；“交通银行股份有限公司连云港分行与王丽娟、王永强等金融借款合同纠纷案”，江苏省连云港市中级人民法院（2013）连商初字第0165号民事判决书。

[89]参见贵州省高级人民法院（2015）黔高民申字第100号民事裁定书。

[90]参见黄薇（全国人大常委会法制工作委员会民法室主任）主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第728-729页。

[91]参见易军、宁红丽：《合同法分则制度研究》，北京，人民法院出版社2003年版，第17页。

[92]参见最高人民法院：《司法解释理解与适用全集·合同卷2》，北京，人民法院出版社2018年版，第1815页。

[93]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学

出版社2015年版，第273页。

[94]参见最高人民法院：《司法解释理解与适用全集·合同卷2》，北京，人民法院出版社2018年版，第1815页。

[95]参见崔建远：《合同法学》，北京，法律出版社2015年版，第356页。

[96]张谷：《借款合同：诺成契约还是要物契约？——以合同法第二百一十条为中心》，<https://wenku.baidu.com/view/d23c6100b52acfc789ebc9f9.html>。最后访问时间：2020年2月18日。

[97]参见郑永宽：《要物合同之存在现状及其价值反思》，载《现代法学》2009年第1期。

[98]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第271-272页。

[99]参见崔建远：《合同法学》，北京，法律出版社2015年版，第20页。

[100]参见王林清、于蒙：《管控到疏导：我国民间借贷利率规制的路径选择与司法应对》，载《法律适用》2012年第5期。

[101]参见肖玉萍：《借款合同》，北京，法律出版社1999年版，第27页。

[102]参见肖玉萍：《借款合同》，北京，法律出版社1999年版，第28页。

[103]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第257页。

[104]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第257页。

[105]参见魏耀荣等：《中华人民共和国合同法释论（分则）》，北京，中国法制出版社2000年版，第197页。

[106]参见杜万华主编：《最高人民法院民间借贷司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2015年版，第460页。

[107]参见袁春湘：《民间借贷法律规制研究》，北京，法律出版社2015年版，第113页。

[108]有关报告显示，全国民间借贷利率为23.5%，而农村地区的民间借贷利率为25.7%。参见杜万华主编：《最高人民法院民间借贷司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2015年版，第461页。

[109]参见杜万华、谢勇：《民间借贷利率的规制》，载《人民司法》2013年第19期。

[110]参见黄薇（全国人大常委会法制工作委员会民法室主任）主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第733页。

[111]最高人民法院：《司法解释理解与适用全集·合同卷2》，北京，人民法院出版社2018年版，第2014页。

[112]参见最高人民法院：《司法解释理解与适用全集·合同卷2》，北京，人民法院出版社2018年版，第2011页。

[113]参见韩世远：《合同法总论》（第四版），北京，法律出版社2018年版，第878页；崔建远：《关于合同欠缺条款的处理》，载《人民法院报》1999年9月30日，第3版。

[114]韩世远：《合同法总论》（第四版），北京，法律出版社2018年版，第866-867页；邱聪智：《民法研究（一）》增订版，北京，中国人民大学出版社2002年版，第36-38页。

[115]王泽鉴：《债法原理》（第一册），北京，中国政法大学出版社2001年版，第218-219页。

[116]参见韩世远：《民事法律行为解释的立法问题》，载《法学》2003年第12期；韩世远：《民法的解释论域立法论》，北京，法律出版社2015年版，第320-321页。

[117]参见最高人民法院：《司法解释理解与适用全集·合同卷2》，北京，人民法院出版社2018年版，第2012页。

[118]参见韩世远：《合同法总论》（第四版），北京，法律出版社2018年版，第881页。

第十三章 保证合同

第一节 一般规定

第六百八十一条

保证合同是为保障债权的实现，保证人和债权人约定，当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，保证人履行债务或者承担责任的合同。

本条主旨

本条是关于保证合同的定义的规定。

相关条文

《担保法》第6条 本法所称保证，是指保证人和债权人约定，当债务人不履行债务时，保证人按照约定履行债务或者承担责任的行。

《担保法解释》第13条 保证合同中约定保证人代为履行非金钱债务的，如果保证人不能实际代为履行，对债权人因此造成的损失，保证人应当承担赔偿责任。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第471条 保证合同是为保障债权的实现，当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，保证人履行债务或者承担责任的合同。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第471条 保证合同是为保障债权的实现，当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，保证人履行债务或者承担责任的合同。

《民法典（草案）》（2019年12月）第681条 保证合同是为保障债权的实现，保证人和债权人约定，当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，保证人履行债务或者承担责任的合同。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第681条保证合同是为保障债权的实现，保证人和债权人约定，当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，保证人履行债务或者承担责任的合同。

理解与适用

本条是在《担保法》第6条的基础上修改而成。与《担保法》第6条相比，将保证债务的履行条件由“债务人不履行债务”修改为“债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形”。这一修改统一了《民法典》上担保权的实现条件，与《民法典》第386条规定的担保物权的实现条件相一致，其原因在于，《民法典》上“违约”的构成已不再限于债务人不履行到期债务，当事人约定的其他情形亦包括在内。

根据本条的规定，保证合同是指当事人约定，一方在他方的债务人不履行到期债务或发生当事人约定的情形时，由其履行债务或者承担责任的合同。在保证法律关系中，约定在他方的债务人不履行到期债务或发生当事人约定的情形时由其履行债务或者承担责任的一方为保证人，又称保证债务人；他方即为债权人，也称保证债权人；他方之债务人本不属于保证法律关系的当事人，但属利害关系人，为与保证（债务）人相区别，称之主债务人。^[1]由本条所见，保证合同的含义如下。

一、保证合同是保证人与债权人之间的合同

保证合同由“保证人和债权人约定”，是保证人与债权人之间的债权债务关系，须依双方意思表示的合致而成立。虽名为保证，但仅有一方的意思表示即可成立的单方法律行为，不是《民法典》上所称的保证。如票据保证，仅须保证人单方的意思表示即可成立，具有单方法律行为性质，属于商事特别法上的特殊保证。

保证的发生通常与主债务人有关，且由主债务人商请保证人为主债务人的利益而提供担保。但保证合同仅为保证人与债权人之间的合同，保证人与主债务人之间是什么关系，保证人何为为主债务的履行提供担保，与保证合同的成立、生效无关。^[2]

二、保证合同是旨在保障他人债权实现的合同

保证以他人债务（主债务）的履行为担保对象，是一种单独成立的特别担保，不同于主债务人本身财产的一般担保。虽名为“保证”，

但非为他人而是为自己的债务履行所作的保证，或不以担保债务人履行债务为目的的保证，都不是《民法典》上的保证。由此可见，保证人一定是除债权人和主债务人之外的第三人。

保证人基于保证合同对债权人所负债务，称为保证债务，在性质上属于从债务，与主债务人对债权人所负之主债务相对而称。保证合同的成立以主债务的存在为前提，在主债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形之时，保证人则履行保证债务，使债权人得以保持与主债务相同的利益。^[3]但保证债务的成立，并不影响或取代主债务人原应履行的主债务，因此，保证债务与主债务之间属于独立并存的关系。^[4]

三、保证债务或保证责任表现为代为履行债务或者承担责任

这里的“履行债务”，是指在主债务人不履行债务或者发生当事人约定的情形时，保证人代为履行债务，多适用于主债务为非专属性债务的情况，专属性债务（如提供劳务的债务）不适用“代为履行”^[5]；这里的“承担责任”，是指在主债务人不履行债务或者发生当事人约定的情形时，保证人代为承担主债务人不履行债务时应负的赔偿责任^[6]，对于主债务是否属于专属性债务，不作要求。《担保法解释》第13条规定：“保证合同中约定保证人代为履行非金钱债务的，如果保证人不能实际代为履行，对债权人因此造成的损失，保证人应当承担赔偿责任。”

学者间有观点认为，“履行债务或者承担责任”的表述，表明“保证包含着保证债务和保证责任两个方面”^[7]。此应系对“保证债务”和“保证责任”的误解。无论是《担保法》还是《民法典》，“保证责任”并非严格意义上的“责任”，而是保证人依保证合同所应履行的保证债务；代为履行债务、承担责任均为保证债务的形式。“按照大陆法系关于民事责任为债的一般担保的通说，保证责任的确为债的一般担保，加上民法学界已经习惯把保证债务称为保证责任”，所以“把保证责任和保证债务作为同义语来使用”^[8]。《民法典》上也同时使用“保证债务”和“保证责任”，两者也系同义语。

虽然同为债的担保制度，但保证担保以保证人的一般财产作为主债务履行的担保，与抵押、质押等担保物权以主债务人或第三人的特定财产作为主债务的担保不同。学理上一般称保证为“人的担保”或“人保”，称担保物权为“物的担保”或“物保”^[9]，主要是因为其据以提供担保作用的信用基础不同：前者是以人的信用为基础，保证人以其所有的责任财产就主债务之不履行负无限责任；后者是以特定物的信用为基础，物上保证人担保主债务的履行系以担保物的价值为限承担有

限责任。因此，债权人接受保证人的担保，是基于对保证人资信能力的信任^[10]；而债权人接受物上保证人的物的担保，是基于对担保物价值的肯定。

其他问题

一、被担保的主债务是否限于合同之债

适用担保的主债权范围，是指哪些主债权的实现可以通过设立担保的方式予以保障。^[11]《担保法》第2条第1款将可以担保的债权范围限定为“借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动”所生的债权。这里“借贷、买卖、货物运输、加工承揽”是典型的合同行为，亦即，被担保的主债权必定是合同债权。该款中同时使用了“等”字，若严格地按照例示规定解释，被担保的必须是合同之债，而身份关系之债、不当得利之债、无因管理之债则不得设立担保。^[12]但这一理解有欠周全。为了避免理解上的歧异，《担保法解释》第1条对此作了专门规定，即：“当事人对由民事关系产生的债权，在不违反法律、法规强制性规定的情况下，以担保法规定的方式设定担保的，可以认定为有效。”这一规定使得担保债权范围更加明确。《民法典》第387条第1款规定：“债权人在借贷、买卖等民事活动中，为保障实现其债权，需要担保的，可以依照本法和其他法律的规定设立担保物权。”这一规则自可类推适用于保证。在体系解释上，该款“借贷、买卖等民事活动”的范围，尚须结合后段“为保障实现其债权”进行理解。这里，妥适的解释结论是，担保适用于民事活动中所发生的所有债权，借贷、买卖仅为其中的典型。^[13]所有的担保手段均旨在担保债务的履行，亦即只要是其履行需要担保的主债务均可以设定担保，至于该债务的发生原因如何，则非所问。因此，因合同而产生的债权和因侵权行为、无因管理、不当得利或者其他法律规定而发生的债权，都可以作为担保债权。不过，对于因侵权行为、无因管理、不当得利产生的债权不能通过先行设定担保的方式来加以保障，仅在因上述行为已经产生债权后，才可以担保方式来保障实现。^[14]

二、被担保的主债务是否包括将来债务

早期，主债权均系现有债权，例如，基于主债权债务合同（买卖合同），出卖人已经给付适格的标的物，但买受人尚未履行给付价款的义务。不管买受人给付价款义务的履行期限是否届满，出卖人的相对债权均为现有债权。此际，担保发生上的从属性也就体现为担保设立之时必有特定主债权的存在。一般情况下，先有主合同的存在，而后有担保合同，具体表现上可以是二者同时订立，或主合同订立在

先，担保合同嗣后订立。随着经济发展，商业经营模式不断更新，债权发生形式已不再局限于现有债权。客观上已有发生基础且于将来有发生可能性的债权，例如，当事人之间已经签订买卖合同，在出卖人没有给付标的物情形之下，出卖人请求买受人给付价款的债权即属将来可能发生的债权，此类将来特定债权是否可以作为担保的对象？再如，信贷实践中，贷款人基于风险控制的需要，往往先设立有效的担保，再签订借款合同并发放贷款；当事人之间签订反担保合同担保保证人求偿权的实现，但在保证人尚未履行保证债务之时，其对主债务人的求偿权无由发生，就此将来债权是否可以设立担保？此外，在当事人之间存在持续交易的情形之下，连续发生不特定的多数债权，就此类主债权，也有了一次性设立担保的制度需求，以达到迅速、安全及低成本、高效率的目标。学说上认为，只要将来债权已可得特定^[15]，或发生确定债权的原因事实在担保权设立之时即已存在且数额预定^[16]，即不违背担保从属性和担保债权特定原则。

以将来债务作为保证对象时，应当注意以下几个问题。

1.以将来债务作为保证对象的，除当事人另有特别约定或最高额保证之外，保证人对于保证合同成立之前发生的债务不承担保证责任。

2.以将来债务作为保证对象的，并不强求其保证数额现实具体确定，但必须可得确定，如其数额或范围完全不能预先确定，在解释上应认为保证合同因不合意而不成立。^[17]

3.最高额保证的对象，不仅限于将来发生的债务，在保证成立时已存在的债务，也可为保证效力之所及。

对将来可能成立债务所为的保证，不同于对附停止条件债务所为的保证。前者是无条件的保证合同，并在成立之时本身已产生拘束力。

三、已罹于诉讼时效的主债务作为保证对象的问题

主债务已经超过诉讼时效的，依据《民法典》第701条的规定，保证人有权提出主张主债务人的时效经过抗辩权，人民法院不能强制执行保证人的财产向债权人清偿。但是，如果当事人就诉讼时效已经完成的主债务提供保证，其效力应如何认定？《民法典》对此未作规定，但在理论上一般持肯定态度。^[18]《担保法解释》第35条规定：“保证人对已经超过诉讼时效期间的债务承担保证责任或者提供保证的，又以超过诉讼时效为由抗辩的，人民法院不予支持。”司法

解释这样规定，是基于放弃诉讼时效抗辩的理论。根据该理论，债权诉讼时效期间届满后，主债务人因此取得对债权人的时效经过抗辩权，以对抗债权人的履行请求，主债务人遂不受法院的强制执行。但如果主债务人放弃该抗辩权的，法律不予干涉，此时已超过时效的债权因债务人放弃抗辩权而得以行使。一般而言，债务人履行债务或以书面承诺履行债务是债务人放弃抗辩权的形式，法律予以认可。《担保法解释》所规定的“保证人对已经超过诉讼时效期间的债务承担保证责任或者提供保证的”，性质即属于保证人履行保证债务或以书面承诺履行保证债务，视为保证人放弃诉讼时效期间届满产生的抗辩权。此后保证人再行提出抗辩的，人民法院将不予支持。^[19]

四、人事保证纠纷中的争议问题

人事保证，又被称为职务保证，是指在劳动关系存续期间，若因可归责于劳动者的职务行为而使用人单位遭受损害，则由保证人对此损害承担赔偿责任的保证制度。^[20]人事保证制度并非我国历史上的舶来品，新中国成立之前工人被雇佣时多要求有保人，以担保其人品、技能和健康状况，如有打架斗殴、卷款潜逃等不良情事，由保人负责赔偿并领回。虽然在之后的计划经济时期，人事保证一度销声匿迹，但随着改革开放后的人才异地流动，不少用人单位要求员工提供人事保证，以分散异地劳动者因职务行为造成损失而求偿不得的风险。^[21]然而，我国就人事保证制度未见有明确的规定——人事保证并不是担保法所明文规定的担保类型，也不属于合同法中的有名合同，因此，不同于已建立起较为完善的人事保证制度的日本及我国台湾地区，我国人事保证的制度的争议仍停留在初始阶段，即人事保证合同是否有效，理论界及实务界长期以来也存在是否要立法承认人事保证制度的论辩。

（一）人事保证合同的效力：规范解释视角

关于担保的适用范围，《民法典》第387条第1款规定：“债权人在借贷、买卖等民事活动中，为保障实现其债权，需要担保的，可以依照本法和其他法律的规定设立担保物权。”这一规则自可类推适用于保证，已如前述。由于人事保证是在劳动关系存续期间所设定的担保，在属性上不可避免地带有**人身色彩**，故而从文义上看，人事保证并不属于担保法所调整的对象。与此同时，为规制实践中用人单位滥用优势地位，侵害劳动者权益的行为，《劳动合同法》第9条规定：“用人单位招用劳动者，不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件，不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物。”

否定人事保证合同效力者首先认为，人事保证是一种人格担保，

体现的是雇用人的单方意思，旨在保证雇用人不因被保证人的违法违纪行为而受有损害，而非保障债权的实现，故而人事保证合同应为无效。例如在“广州市海珠区珠江贸易发展有限公司与龙健通、林胜波财产损害赔偿纠纷再审案”^[22]中，再审法院指出人事保证违反《劳动合同法》第9条的规定，同时其不属于《担保法》第2条所规定的经济活动中的担保，人事保证合同应为无效：“担保法的调整对象是经济活动中的担保行为，不包括带有人身性质的担保，而人事保证是带有人身性质的担保，担保法并未规定人事担保这种担保方式。龙健通出具的《人事担保书》约定由龙健通为林胜波因职务上的行为给珠江公司造成的损害承担赔偿责任，属于人事保证的范畴，不属担保法的调整范围，不适用担保法的规定。林胜波非法占有珠江公司货款的行为属犯罪行为，按照责任自负原则，应由其本人承担侵权责任，我国法律并没有规定犯罪行为造成的损失可以成为被担保的对象。综上，珠江公司依据《人事担保书》请求龙健通承担连带清偿责任，不符合法律规定”。

《担保法解释》第1条规定：“当事人对由民事关系产生的债权，在不违反法律、法规强制性规定的情况下，以担保法规定的方式设定担保的，可以认定为有效。”支持人事保证合同有效者则认为，现行法中虽然没有就人事保证合同作出规定，但合同本身不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗，基于对民事主体意思自治的尊重，人事保证合同的效力应当被肯定。例如在“张龙强诉张志平追偿权案”^[23]中，法院认为：“我国相关法律虽然对人事保证未作明确规定，但当事人关于人事保证的约定并不违反法律强制性规定，亦不违背公序良俗，故合法有效，且关于人事保证内容与性质与担保法所规定之保证相似，故其法律适用可类推适用担保法有关保证之规定。”

裁判者认定人事保证合同有效，难以回避的解释问题是如何看待规定了用人单位“不得要求劳动者提供担保”的《劳动合同法》第9条。对此，持人事保证肯定论者则认为，《劳动合同法》第9条所禁止的是用人单位以向劳动者索取财物为目的的担保，而人事保证的对象是劳动者因职务原因给用人单位造成的损失，故而人事保证不适用《劳动合同法》第9条。^[24]

笔者认为，《民法典》第387条第1款及《劳动合同法》第9条并不能构成人事保证合同效力上的规范障碍：一方面，《民法典》第387条第1款虽然仅是明确列举了“借贷、买卖”这几类民事活动，但若是债权人需要以担保方式保障其债权的其他场景，可由该条中的“等民事活动”予以涵盖。人事保证合同中，当事人意思表示真实、

不违反法律、行政法规的强制性规定或者损害公序良俗，合同效力应当被肯定。另一方面，《劳动合同法》第9条中规定的用人单位“不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物”，该内容所侧重的目的是“向劳动者收取财物”，此点亦在《劳动合同法》第84条第2款中得到印证。^[25]与此同时，国务院《对外劳务合作管理条例》第25条第3款也规定：“对外劳务合作企业不得以任何名目向劳务人员收取押金或者要求劳务人员提供财产担保。”对此，司法实践中的看法是：“国务院《对外劳务合作管理条例》第二十五条第三款规定的‘对外劳务合作企业不得以任何名目向劳务人员收取押金或者要求劳务人员提供财产担保’，是禁止劳务人员提供财产担保，并不影响本案所涉[人事保证]效力。”^[26]对外劳务（动）与对内劳务（动）本质上并无差别，在人事保证合同效力上也应一体化对待。因此，应当将《劳动合同法》第9条中的“担保”限缩解释为财产担保的情形，属于人保的人事保证不在该条禁止之列。

（二）人事保证合同的效力：价值衡量视角

除却现有规范外，司法实践还会基于对用人单位与劳动者、保证人之间的价值衡量否认人事保证的效力，具体可分为两类理由：一方面，人事保证所担保的标的不属于可以担保的债务。人事保证所担保的是劳动者与用人单位间的侵权之债，若肯定人事保证，则有违侵权法责任自负的原则。同时，人事保证所担保的债务属于不可预见的将来债务，而担保法所规定的担保方式要求主债权种类、数额确定，人事保证的存在有违担保责任范围应当可以预见的基本原理。另一方面，人事保证对于保证人及劳动者而言都有失公平。较之用人单位，保证人对劳动者职务行为中的过失及因此对用人单位所造成的损害欠缺控制能力，而对劳动者进行管理、教育、培训本属于用人单位的职责，用人单位接受人事保证属于转嫁管理风险的行为。对劳动者而言，人事保证合同是对劳动者就业所额外设置的负担，不符合劳动法发展的潮流，更有违就业平等原则。^[27]笔者对上述观点不敢苟同，并认为即使是对用人单位、保证人及劳动者之间的权利保护进行价值衡量，人事保证合同效力也不应被否定，理由如下。

其一，依据《民法典》第700条的规定，保证人承担保证责任后，除当事人另有约定外，有权在其承担保证责任的范围内向债务人追偿，享有债权人对债务人的权利，但是不得损害债权人的利益。人事保证的设立并不违背侵权法责任自负的原则。换言之，劳动者并不会因为人事保证而免除其因侵权责任而产生的赔偿义务，最终赔偿责任的归属仍是劳动者本人，人事保证人只是在劳动者不履行赔偿义务时，代为履行赔偿责任。

其二，晚近以来，担保制度的从属性已经缓和，担保债权数额的确定性不足以否认保证合同的效力。不仅是在最高额担保领域存在被担保债权不确定的情形，而且在抵押贷款领域，一方提供担保，另一方才提供贷款的交易方式比比皆是，故而对于担保权的从属性应当灵活理解。^[28]与此同时，根据劳动者所从事工作的性质与内容，保证人与用人单位完全可以事先对劳动者所可能造成的损害进行合理预测，从而限制其债务债权数额。

其三，用人单位利用人事保证转嫁管理风险、损害保证人利益的弊端，则可以用妥善的制度设计予以平衡。若将保证人因人事保证合同所负担的风险实体化，可看到其实质是损害赔偿额的范围问题，而非时刻控制劳动者在劳动关系中的具体行为。“人事保证契约系以将来内容不确定之损害赔偿作为保证内容的，而非以担保将来的行为是否违法为内容及目的。”^[29]然如上所述，保证人可以根据劳动者的工作性质与内容对其可能造成的损害赔偿额进行事先预估，从而控制其因提供人事保证所带来的债务风险。在立法承认人事保证制度的我国台湾地区，即规定了人事保证损害赔偿责任的限制、人事保证的保证期间、保证人的任意解除权、雇佣人对保证人的通知义务等条款，以此使保证人免受不公平条款侵害。我国在承认人事保证效力的同时，也应当规定前述对用人单位的限制条款，保护保证人权利。

其四，人事保证具有其积极的社会经济价值，而其是否限制劳动者的就业权应当结合具体的合同条款予以分析，以限制劳动者的就业权为由否认其效力失之武断。在劳动用工领域，用人单位与劳动者之间相互陌生，通过人事保证，用人单位可以借助保证人稳定的个人或社会表征与劳动者建立可信赖的人际关系。同时，人事保证人通常既与劳动者更为熟悉，也能与用人单位建立起信任关系，用人单位可以通过人事保证降低其与劳动者间的信息不对称，减少用人单位筛选劳动者时付出的时间、金钱成本，尽快与劳动者建立劳动关系。^[30]劳动者并不是人事保证合同的主体，人事保证合同应是用人单位与保证人间真实意思表示的结果，至于对劳动者是否存在不平等，也应当在具体的合同条款予以考察，不能整体否认人事保证合同的效力。更何况，人事保证合同并没有事先为用人单位提供不正当利益，用人单位只有在损害发生后才能实际得到补偿，相对于没有提供人事保证的劳动合同而言，用人单位并未取得实质的优势地位。^[31]

总而言之，在人才流动日益增强的背景下，人事保证确有其构建劳动者与用人单位间信任关系的桥梁作用，对于特殊行业和关系重大的职务而言，人事保证也确有其存在的合理性与必然性。虽然人事保证制度中存在影响劳动者就业平等，以及用人单位借此转移管理风险

的弊端，但此不利因素并非不可以通过限制人事保证的适用范围、保证期间以及使用用人单位负以通知义务来抑制，故而直接否定人事保证之效力并不可取。目前而言，虽然可通过解释使人事保证在《民法典》及《劳动合同法》第9条之下合法化，但对于妥善的人事保证制度而言，肯定其效力只是制度完善的起点，下一步的作业是在立法上进行具体的规则构建。

第六百八十二条

保证合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效，保证合同无效，但是法律另有规定的除外。

保证合同被确认无效后，债务人、保证人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

本条主旨

本条是关于保证合同的从属性的规定。

相关条文

《担保法》第5条 担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。担保合同另有约定的，按照约定。

担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

《担保法解释》第7条 主合同有效而担保合同无效，债权人无过错的，担保人与债务人对主合同债权人的经济损失，承担连带赔偿责任；债权人、担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的二分之一。

第8条 主合同无效而导致担保合同无效，担保人无过错的，担保人不承担民事责任；担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。

第9条 担保人因无效担保合同向债权人承担赔偿责任后，可以向债务人追偿，或者在承担赔偿责任的范围内，要求有过错的反担保人承担赔偿责任。

担保人可以根据承担赔偿责任的事实对债务人或者反担保人另行提起诉讼。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第472条 保证合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效，保证合同无效，但是法律另有规定的除外。

保证合同被确认无效后，债务人、保证人、债权人应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第472条 保证合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效，保证合同无效，但是法律另有规定的除外。

保证合同被确认无效后，债务人、保证人、债权人应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

《民法典（草案）》（2019年12月）第682条 保证合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效，保证合同无效，但是法律另有规定的除外。

保证合同被确认无效后，债务人、保证人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第682条 保证合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效的，保证合同无效，但是法律另有规定的除外。

保证合同被确认无效后，债务人、保证人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

理解与适用

本条是在《担保法》第5条的基础上修改而成，其中第2款未作修改。与《担保法》第5条第1款相比，本条第1款的修改之处主要体现在：其一，将“担保合同”限缩于“保证合同”，从担保合同的一般规定降为保证合同的特别规定，本法第388条另就物上担保合同作出专门规定；其二，将“主合同”改为“主债权债务合同”，与本法第388条的表述相一致；其三，将但书的句号移至“主债权债务合同无效，保证合同无效”之前，避免了从属性例外范围在解释上的分歧；其四，将“担保合同另有约定的，按照约定”修改为“法律另有规定的除外”，

限缩了当事人的意思，置重于保证制度的保全功能。

一、保证合同的从属性

本条第1款前句规定：“保证合同是主债权债务合同的从合同。”此即保证合同从属性的实定法基础。由此可见，保证债务则为主债务的从债务，原则上与其所担保的主债务同命运；保证合同以担保主债务之履行为目的，是具有从属性的担保。^[32]“从属性不可依当事人双方之意思而除去，因保证如不具有从属性，则丧失保证为从契约之本质。”^[33]这一保证合同目的上的从属性，又进一步被解读为发生（成立）上的从属性、范围及强度上的从属性、处分（移转）上之从属性及消灭上之从属性^[34]，更有学者主张还包括抗辩上的从属性在内。^[35]

第一，发生（成立）上的从属性。保证合同是为担保主债务的履行而订立，只有主债务存在时，保证合同的存在才有意义。因此，保证合同的成立以主合同的存在为前提。一般情况下先有主合同的存在，而后有担保合同，在具体表现上可以是二者同时订立，或主合同在先，保证合同嗣后订立。尽管如此，当事人可以约定就附条件的债务或将来发生的债务提供担保^[36]，最高额担保即为著例。只要将来债权已可得特定^[37]，或发生确定债权的原因事实在保证合同成立之时即已存在且数额预定^[38]，即不违背从属性。

第二，范围和强度上的从属性。保证合同系为担保主债务而设立，由此而决定，保证债务的范围和强度从属于主债务。保证债务系别异于主债务的另一种债务，具有相对独立性，其内容未必与主债务的完全相同，但仍不得超过主债务。因此，保证人和债权人约定的保证债务可以小于或者弱于主债务。例如，债权人与保证人有以下减轻约定的，其约定应属有效，并依该约定减轻保证人的保证责任：

（1）约定仅保证主债务原本而不保证利息；（2）约定仅保证主债务的一部而不保证其全部；（3）约定仅保证债务不履行的损害赔偿而不保证主债务的履行本身；（4）约定仅就债务人的故意或者重大过失所致不履行始为保证，而不及于主债务不履行的全面。^[39]

就此，本法未设明文规定。本法第691条规定：“保证的范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。当事人另有约定的，按照其约定。”多数学者认为，保证的范围和强度从属于主债务。保证人与债权人虽可以协商保证的范围，但双方约定的保证范围与强度不得大于或强于主债务，否则应减缩至主债务的限度内。^[40]但亦有观点认为，在约定保证范围超过法定保证范围时，应按法定保证范围强制执行。对于约定保证范围超过法定保证范围的部分，

不影响保证合同的效力，超出部分依然成立，但不具有强制执行力，如果保证人自愿加以履行，则视为赠与；保证人在自愿履行后反悔的，也不予支持。^[41]

依据本法第691条规定，债权人与保证人自可约定不同于该条前句的保证范围，但此处的“约定”，尚须结合本条第1款前句“保证合同是主债权债务合同的从合同”进行限缩解释：当事人在保证合同中就保证范围的例外约定，应仅限于保证责任的范围或数额小于主债务，或保证责任之强度低于主债务的情形。例如，保证债务的利率不得高于主债务的利率；主债务不必支付利息的，不得约定保证债务支付利息；主债务附有条件的，不得约定保证债务为无条件；保证债务的履行期不得先于主债务的履行期；债务人仅就重大过失负责的，不得约定保证人就抽象过失或具体过失负责等。^[42]《民商事审判会议纪要》明确指出，当事人约定的担保责任的范围大于主债务的，应当认定大于主债务部分的约定无效，从而使担保责任缩减至主债务的范围。

此外，本法第695条规定：“债权人和债务人未经保证人书面同意，协商变更主债权债务合同内容，减轻债务的，保证人仍对变更后的债务承担保证责任；加重债务的，保证人对加重的部分不承担保证责任。”“债权人与债务人变更主债权债务合同的履行期限，未经保证人书面同意的，保证期间不受影响。”因此，债权人与主债务人协议变更主合同，扩张主债务的范围时，保证债务范围不因此而扩张；缩小主债务范围时，保证债务的范围也随之缩小。这一规定也是保证债务从属性的体现。

第三，效力上的从属性。主合同不成立、无效或被撤销之时，保证合同也无由发生。因此，主合同无效，则保证合同绝对无效；保证合同无效，则不影响主合同的效力。

《担保法》第5条第1款规定：“担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。担保合同另有约定的，按照约定。”这里，“但书”是单独一句，但前句有两段，分别是“担保合同是主合同的从合同”，“主合同无效，担保合同无效”，两段之间以逗号隔开，那但书“担保合同另有约定的，按照约定”，究竟是针对前段的但书，还是针对后段的但书？在《担保法》第5条第1款基础上修改的《物权法》第172条第1款^[43]在一定程度上澄清了这一争议。第172条的表述是：“担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效，担保合同无效，但法律另有规定的除外。”至此，“但书”所针对的对象即至为明显，即仅是“担保合同不因主债权债务合同的无效而归于无效”，而不及于“担保合同不是主债权债务合同的从合同”。由此可见，

《担保法》第5条第1款虽然允许担保合同作为例外约定，但这一例外针对的仅是担保合同效力上的从属性，而不及于其他。准此，《担保法》第5条第1款“但书”并不能作为裁判上承认见索即付保函适法性的规范基础。虽然全国人大常委会法工委民法室的释义书中列举的凭要求即付担保（即“见索即付保函”）作为第5条第1款“但书”的例证[44]，但尚存疑问的是，仅效力从属性上的例外约定并不足以构成见索即付保函，后者还需担保合同中约定保证人放弃主债务人的抗辩权等等要素（效力从属性上的例外约定可以解释为保证人放弃了主债务人主张主合同无效的抗辩权），这就又回到第5条第1款“但书”所针对的对象的老路上了。同样参加立法的人员的释义书中却是另外一种观点。[45]由此可见，在我国尚无官方立法理由书的情况下，参加立法的工作人员的解释并不具有立法目的解释的效力，而仅能供在解释相关法条的立法原意时参考。[46]

所谓“担保合同另有约定的，按照约定”，是指当事人可依其明示的意思表示排除从属性的适用，如无约定，仍得依从属性特征决定担保合同的效力。在解释上，在主合同无效、担保合同有效的情况下，担保人系就主合同无效所产生的民事责任负担担保责任。[47]但是《物权法》第172条第1款中规定：“主债权债务合同无效，担保合同无效，但法律另有规定的除外。”这里排除了当事人另作约定的可能性。审判实践中就当事人约定的独立保证的效力，一直有两种不同的意见：第一种意见认为，独立担保的约定仅在国际商事交易中予以承认，不能适用于国内经济活动。“独立担保的实质是否定担保合同从属性，不再适用担保法律中为担保人提供的各种保护措施，诸如未经担保人同意而变更担保合同场合下担保人的免责，担保人因主债权债务合同无效、被撤销、诉讼时效或强制执行期限完成而产生的抗辩权，以及一般保证人独有的先诉抗辩权等，因此独立担保是一种担保责任非常严厉的担保。”[48]“考虑到独立担保责任的异常严格性，以及该制度在使用过程中容易滋生欺诈和滥用权利等弊端，尤其是为避免严重影响或动摇我国担保法律制度体系之基础，全国人大法工委和最高人民法院在《担保法解释》论证过程的态度非常明确：独立担保只能在国际商事交易中使用。”[49]第二种意见认为，“应当承担独立担保约定的效力。独立担保已为大陆和英美两大法系的判例和学理所承认，并与从属性担保制度并列成为现代担保制度的两大支柱”[50]，《担保法》第5条第1款已经承认了独立担保，并未明确将其界定为仅适用于国际商事交易，基于契约自由原则，在国内经济活动中亦应承认其效力。[51]

《民商事审判会议纪要》第54条秉承最高人民法院一直以来的司法态度，采纳上述第一种意见，认为：“银行或者非银行金融机构之

外的当事人开立的独立保函，以及当事人有关排除担保从属性的约定，应当认定无效。但是，根据‘无效法律行为的转换’原理，在否定其独立担保效力的同时，应当将其认定为从属性担保。此时，如果主合同有效，则担保合同有效，担保人与主债务人承担连带保证责任。^[52]主合同无效，则该所谓的独立担保也随之无效，担保人无过错的，不承担责任；担保人有过错的，其承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。”

本条结合司法裁判经验，将《担保法》第5条第1款“担保合同另有约定的，按照约定”修改为“法律另有规定的除外”，这在一定程度上限缩了当事人的意思，置重于保证制度的保全功能。这里的“法律另有规定的除外”，是指本法中关于最高额保证合同的相对独立性的规定。^[53]在最高额担保法律关系中，最高额保证与连续发生的具体债权之间并无一一对应关系，其中某一主合同被认定无效或被撤销，并不影响保证合同的效力。在最高额保证决算之时，可将该主合同被认定无效或被撤销之后债务人所应承担的损害赔偿一并计入，由最高额保证所担保。在解释上，最高额保证所担保的综合授信协议被认定无效的，担保合同应随之无效，不适用例外规则。

在解释上，亦有观点认为“法律另有规定的除外”中的“法律”应采广义，包含法律、行政法规、司法解释等在内。如此，《独立保函规定》即可包含在内。^[54]但即便如此，也仅仅解决了效力从属性上的例外问题，而独立保函中还涉及保证人（开立人）放弃主债务人的抗辩等要素。因此，独立保函在《民法典》上尚无“立足之地”，将其界定为一种实定法之外的非典型担保形式，应为妥适的解释选择。

第四，处分上的从属性。从权利依主权利的移转而移转，但从权利不得与主权利分离而单独让与。在保证之债中，主合同权利、义务的转移，原则上应导致保证合同所生权利、义务的转移，但保证债务不能与主债权相分离而单独转让或者作为其他债权的担保。^[55]债权人将全部或者部分债权转让给第三人，通知保证人后，保证人对受让人承担相应的保证责任。未经通知，该转让对保证人不发生效力。保证人与债权人约定仅对特定的债权人承担保证责任或者禁止债权转让，债权人未经保证人书面同意转让全部或者部分债权的，保证人就受让人的债权不再承担保证责任。债权人未经保证人书面同意，允许债务人转移全部或者部分债务，保证人对未经其同意转移的债务不再承担保证责任，但是债权人和保证人另有约定的除外。第三人加入债务的，保证人的保证责任不受影响。

第五，消灭上的从属性。保证债务以担保主债务为唯一目的，主债务如因清偿、提存、抵销、免除等原因而全部消灭的，保证债务随

之消灭。本法就此虽未作出明文规定，但基于以下两条的体系解释，自可得出相同结论。其一，本法第393条第1项明定，主债权消灭的，担保物权消灭，这一规则自可类推适用于保证债权；其二，本法第701条规定：“保证人可以主张债务人对债权人的抗辩。债务人放弃抗辩的，保证人仍有权向债权人主张抗辩。”由此可见，若主债务因清偿、抵销、提存、免除、混同等原因而归于消灭时，保证人有权向债权人主张权利已消灭的抗辩，本法上关于保证合同消灭上的从属性亦相当明显。

二、无效保证的法律后果

（一）无效保证的民事责任的性质

本条第2款规定：“保证合同被确认无效后，债务人、保证人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。”这一规定摒弃了保证合同无效后保证人承担保证责任或连带责任的观点。这里，“相应的民事责任”是缔约过失责任。缔约过失责任，是指在合同订立过程中，一方违背其依据诚实信用原则所负担的义务，而致另一方的信赖利益受损失，从而应承担的民事责任。本法第500条规定：“当事人在订立合同过程中有下列情形之一，造成对方损失的，应当承担赔偿责任：（一）假借订立合同，恶意进行磋商；（二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（三）有其他违背诚信原则的行为。”本法在第157条对合同无效、被撤销或确定不发生效力的缔约过失责任作了规定：“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律另有规定的，依照其规定。”

保证合同亦为一种合同，其无效时自有缔约过失责任之适用。由此，当保证合同无效时，保证人无须履行保证债务，但保证人对保证合同无效有过错的，应承担缔约过失责任。此种责任是一种独立责任，不因一般保证与连带责任保证而有所区别。亦即，即使是在一般保证的情况下，保证人在向主合同债权人承担缔约过失责任时，也不存在先诉抗辩权问题。^[56]将无效保证合同的民事责任认定为缔约过失责任，既表明它是一种独立的民事责任形式，又揭示出其责任的理论基础，符合本条规定的立法精神。赔偿范围也就只能是债权人相信保证合同有效但实际上无效所受的损失，即限于信赖利益的赔偿。^[57]

（二）主合同无效引起保证合同无效时的责任承担

根据本条第1款的规定，保证合同从属于主合同而存在，在主合同无效而导致保证合同无效时，保证合同无效的唯一原因是主合同无效。对于主合同无效引起保证合同无效时保证人是否应当承担民事责任，一直存在争议。有学者认为，在主合同无效的情形下，主债权人在与保证人订立保证合同之初就丧失了信赖基础。债权人没有理由“信赖”保证合同有效，并希望以此来保障其债权的实现。因这种“信赖”而产生的损失仅仅与主合同的无效有着必然的联系，而与保证合同无效没有关联，因此，对保证人而言，它不是合理的信赖利益损失。对这种损失，债权人可以根据主合同无效而生之缔约过失责任向主债务人主张赔偿，而不能根据保证合同无效而生之缔约过失责任向保证人主张赔偿。[58]

《担保法解释》第8条对此予以明确。该条规定：“主合同无效而导致担保合同无效，担保人无过错的，担保人不承担民事责任；担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。”保证合同因主合同的无效而无效时，因主合同无效所造成的损失是主合同一方或双方当事人的过错造成的，保证人没有过错，因此保证人对主债权人因主合同所受之损失，不应承担赔偿责任。这里，保证人的过错主要体现在担保人明知主合同无效仍为之提供担保或保证人明知主合同无效仍促使主合同成立或为主合同的签订作中介等。[59]保证人的过错不是指保证人在主合同无效上的过错，与一般缔约过失责任中的过错有一定的区别。一般缔约过失责任发生在合同当事人之间，保证人并非主合同的当事人，因此，主合同无效导致保证合同无效的保证人存在过错时的缔约过失责任并不是主合同无效而产生的缔约过失责任。有学者认为，该过错是主合同无效的过错向保证人的延伸，是担保人承担赔偿责任的根据，也有学者认为，这种缔约过失责任可以解释为保证合同无效时发生的缔约过失责任，保证合同的无效是因为主合同无效，保证人促使了无效的主合同的存在，因而可以认为，保证人对保证合同的无效有过错，这样，保证人承担的仍是缔约过失责任。[60]

根据《担保法解释》第8条的规定，主合同无效而导致担保合同无效，担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的1/3。对于这一规定，应当注意以下问题：其一，“上限定1/3是因为主合同无效时，债权人、债务人原则上均有过错，即使债权人或债务人任何一方没有过错，担保人有过错，因担保合同无效是主合同无效所致，担保人的责任原则上不应当超过主合同当事人的责任。债权人的损失，债权人、债务人、担保人作为三方，按照均分计算的结果，担保人承担的责任份额定为1/3”[61]。其二，1/3只是保证人承担民事责任的上限，并非所有此类案件均应绝对适

用1/3。上限的本意是不超过1/3。在1/3以下保证人应当具体承担多少民事责任，由保证人的过错大小来决定，而保证人的过错原则上由法官基于案件事实而判断。其三，1/3的基数是债务人不能清偿部分，而非债权人的全部损失。《担保法解释》第131条规定：“本解释所称‘不能清偿’指对债务人的存款、现金、有价证券、成品、半成品、原材料、交通工具等可以执行的动产和其他方便执行的财产执行完毕后，债务仍未能得到清偿的状态。”这里，不能清偿的债务范围应当界定为主债权及其利息等应当由债务人清偿的债务，甚至包括实现债权的费用。

（三）主合同有效但保证合同因保证人不适格而无效时的责任承担

主合同有效、保证合同无效时，保证人有过错的，应承担相应的民事责任（缔约过失责任）。基于债的相对性，保证人只对债权人依保证合同本身无效所受之损失承担缔约过失责任。但保证合同的产生、内容与主债权债务密切相关，由此而产生了债权人、主债务人、保证人三者之间各不相同却又密切关联的权利义务关系。因此，当保证合同无效产生的缔约过失责任已不仅仅局限于主债权人与保证人之间的保证合同关系，而且延伸至主债权债务关系，负担债权人因为保证合同无效而对主债权债务造成的损害赔偿赔偿责任。《担保法解释》对此予以明确，其第7条规定：“主合同有效而担保合同无效，债权人无过错的，担保人与债务人对主合同债权人的经济损失，承担连带赔偿责任；债权人、担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的二分之一。”

本法第683条规定：“机关法人不得为保证人，但是经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外。”“以公益为目的的非营利法人、非法人组织不得为保证人。”《担保法解释》第3条规定：“国家机关和以公益为目的的事业单位、社会团体违反法律规定提供担保的，担保合同无效。因此给债权人造成损失的，应当根据担保法第五条第二款的规定处理。”机关法人、以公益为目的的非营利法人、非法人组织充当保证人，保证合同即因主体不适格而无效，应无疑问。此时，保证人、债权人对保证合同的无效均有过错，保证人的过错体现在违反法律的禁止规定，债权人的过错表现为疏于审查，未尽注意义务。在保证合同的成立过程中，主债权人不仅要在形式上与保证人签订一份保证合同，而且要对保证人的主体资格进行审查，这是保证合同目的得以达成（主债权得以最终实现）的关键。主债权人疏于审查，而与机关法人、以公益为目的的非营利法人、非法人组织订立保证合同，其主观过错可堪确认。保证人与主债权人应依其各自过错承担相应的民事责任。

（四）主合同有效但保证合同因意思不真实而无效时的责任承担

《担保法》第30条规定：“有下列情形之一的，保证人不承担民事责任：（一）主合同当事人双方串通，骗取保证人提供保证的；（二）主合同债权人采取欺诈、胁迫等手段，使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的。”在该条所定两种情形下，保证合同因保证人的意思表示不真实而无效，对保证合同的无效，保证人并无过错，因此，保证人对保证合同无效所致损失不承担缔约过失责任，相反，保证人有权请求主债权人承担缔约过失责任。此外，主债务人不是保证合同的当事人（即使在债权人、主债务人、保证人均参加的合同中，主债务人也不是保证合同的当事人，而是主合同的当事人），因此，主债务人的欺诈一般不是在处理保证合同纠纷时的考虑因素。实践中，主债务人单独出面采取欺诈或者胁迫的手段取得保证人的保证，往往有债权人的幕后参与，一概不考虑对保证人的保护，在利益衡量上对保证人存在不公。因此，《担保法解释》第40条规定：“主合同债务人采取欺诈、胁迫等手段，使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的，债权人知道或者应当知道欺诈、胁迫事实的，按照担保法第三十条的规定处理。”该条丰富了《担保法》第30条的内容，也在一定程度上突破了合同相对性原则。

本法删去了《担保法》第30条的规定。原第1项的内容，涉及本法第154条的适用，该条规定：“行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效。”原第2项的内容，涉及本法第148条、第150条的适用，其中，第148条规定：“一方以欺诈手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”第150条规定：“一方或者第三人以胁迫手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受胁迫方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”《担保法解释》第40条所规定的情形，涉及本法第149条、第150条的适用，其中，第149条规定：“第三人实施欺诈行为，使一方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，对方知道或者应当知道该欺诈行为的，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”由此可见，保证人意思表示的瑕疵，不再适用特别规定，而直接适用本法总则编的一般规定。至于其法律后果，本法第157条规定：“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生法律效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律另有规定的，依照其规定。”在解释上可以认为，前述情形之下，如保证人没有过错，无须承担缔约过失责任。

其他问题

一、独立保函的性质与效力

在国际公约和国际惯例的发展演进过程中，国际商会《合同保证统一规则》（URCG325）将合同保证（银行保函）的法律性质定性为从属保证。虽然该规则允许当事人约定排除该规则的适用，以达到选择独立保证的目的^[62]，但其过分强调保证交易各方当事人之间的利益平衡，甚至将保证责任的承担与基础交易关系相联系（要求提交主债务人违约证明作为前提条件）。因该规则忽略了商事交易中债权人期待借助合同保证快速、切实地实现债权的诉求，最终该规则被实践淘汰。^[63]有鉴于此，国际商会《见索即付保函统一规则》（URDG458）第2条第2款规定：“保函从性质上是独立于其可能基于之合同或投标条件的交易，即使保函中包含对合同或投标条件的援引，担保人与这类合同或投标条件亦无任何关系，也不受其约束。”这里明确了见索即付保函的独立性。这一惯例在《见索即付保函统一规则》（URDG758）得到了进一步的强化。而联合国国际贸易法委员会制定的《联合国独立担保和备用信用证公约》则试图统一调整独立保函和备用信用证，统合大陆法系和英美法系的独立担保制度。^[64]

《民法典》如何规定经由国际贸易实践发展起来的独立保函制度，不无争议。在立法过程中，学者间即有观点认为，《民法典》中应当承认包括独立保函在内的独立担保制度。^[65]根据《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》（法释〔2016〕24号，以下简称《独立保函规定》）的规定，独立保函是指银行或非银行金融机构作为开立人，以书面形式向受益人出具的，同意在受益人请求付款并提交符合保函要求的单据时，向其支付特定款项或在保函最高金额内付款的承诺。“独立保函的性质是付款承诺，开立人的义务在于依条件付款，而非在债务人不履行债务时代负履行责任。开立人付款义务的独立性和单据性特点，使得独立保函在效力、履行、付款金额、有效期、转让等方面均排除了对基础交易的从属性，具有依文本自足自治的特点。”^[66]独立保函独立于基础交易关系，是对传统从属性担保的重大突破和创新。只要债权人达到独立保函约定的条件，除现有证据证明债权人的请求明显存在滥用或欺诈之外，开立人即应承担责任，从而使得债权人快速地实现债权，提高了交易的效率，同时，开立人也无须像从属保证人那样负有审慎审查基础交易关系中违约情事的义务，只需就债权人提供的文件进行形式审查。开立人向债权人承担责任之后，自可向债务人求偿或向反担保人主张担保权利。这一特殊的担保模式满足了特定交易的需要，在金融实践和国

际贸易中得到了越来越广泛的应用，已然成为相关领域的交易惯例。民事立法和司法实践不能漠视商事实践的发展，更不能以违反从属担保的法理为由而轻易否定这一金融创新。

《民商事审判会议纪要》第54条前段指出：“从属性是担保的基本属性，但由银行或者非银行金融机构开立的独立保函除外。独立保函纠纷案件依据《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》处理。需要进一步明确的是：凡是由银行或者非银行金融机构开立的符合该司法解释第1条、第3条规定情形的保函，无论是用于国际商事交易还是用于国内商事交易，均不影响保函的效力。银行或者非银行金融机构之外的当事人开立的独立保函，以及当事人有关排除担保从属性的约定，应当认定无效。”由此可见，《民商事审判会议纪要》承认金融机构出具的独立保函的效力，以与《独立保函规定》第23条相一致。在性质上，独立保函不属于本法上所规定的典型担保形式——保证。“独立保函的性质是付款承诺，开立人的义务在于依条件付款，而非在债务人不履行债务时代负履行责任。开立人付款义务的独立性和单据性特点，使得独立保函在效力、履行、付款金额、有效期、转让等方面均排除了对基础交易的从属性，具有依文本自足自治的特点。因此，独立保函虽然客观上具有担保债权实现的功能，但与担保法规定的保证有本质区别，与信用证性质相同。”^[67]因独立保函的提示付款单据简单、付款责任严厉，司法实践中一直对国内交易中独立保函的效力问题缺乏定论。近年来为国内交易开具独立保函已经成为我国金融机构的一项重要业务，基于平等保护原则，《独立保函规定》第23条规定，当事人约定在国内交易中适用独立保函的，人民法院不能以独立保函不具有涉外因素为由，否定保函独立性约定的效力。^[68]

在最高人民法院看来，独立保函在性质上不属于《民法典》上所规定的典型担保形式即保证。“独立保函虽然客观上具有担保债权实现的功能，但与担保法规定的保证有本质区别，与信用证性质相同。”^[69]“当事人主张独立保函适用担保法关于一般保证或连带保证规定的，人民法院不予支持。”^[70]在《民法典》之下，是否可以通过对第682条第1款“主债权债务合同无效的，保证合同无效，但是法律另有规定的除外”的解释来解决独立保函的适法性问题？虽然在解释上可以将《独立保函规定》纳入“法律另有规定”的“法律”之内，但即便如此，也仅仅解决了效力从属性上的例外问题，而独立保函中还涉及保证人（开立人）放弃主债务人的抗辩等等要素。因此，独立保函在《民法典》上尚无“立足之地”，将其界定为一种实定法之外的非典型担保形式，应为妥适的解释选择。

如此，当事人的意思表示是否认定为独立保函，就显得尤为重要。根据《独立保函规定》的规定，几个核心要素如下：其一，开立人仅限于“银行或非银行金融机构”。金融机构包括政策性银行、商业银行、农村合作银行、城市信用社、农村信用社、村镇银行、贷款公司、农村资金互助社、金融资产管理公司、信托公司、企业集团财务公司、金融租赁公司、汽车金融公司、货币经纪公司等^[71]，在外观表象上，金融机构持有“金融许可证”，但凡不持有“金融许可证”的机构，如担保公司、融资租赁公司等，所开立的独立保函，均应认定为无效。其二，文件中存在开立人见索即付的承诺，如保函中载明适用国际商会《见索即付保函统一规则》等独立保函交易示范规则；根据保函文本内容，开立人的付款义务独立于基础交易关系及保函申请法律关系，其仅承担相符交单的付款责任。至于独立保函是否记载了对应的基础交易，不影响独立保函的定性。^[72]

司法实践中，法院一般依照《独立保函规定》的规定^[73]，根据保函的文本是否符合独立保函的形式要件来判断是否属于独立保函。就保函在性质上的争议，有裁判认为，如保函载明开立人承担付款责任以申请人违约为条件、担保方式为连带责任担保等，则表明该保函为保证，而非独立保函。^[74]也有相反观点认为，尽管存在申请人违约等表述，但仅此不影响保函的定性。^[75]此外，保函中同时存在见索即付以及担保责任的条款的，亦存在保函的定性之争。^[76]笔者认为，即便存在连带责任担保以及申请人违约的表述，只要对于开立人的付款责任而言未增加实质性的条件，即不影响保函的定性。因此，只要证明保函文本具备《独立保函规定》第3条所规定的要件，即应将案涉保函定性为独立保函。

二、“借新还旧”时的保证责任

针对信贷实践中的“借新还旧”，即贷款到期后，借款人与贷款人签订新的借款合同，将新贷出的款项用于归还旧贷的情形，司法实践中较为一致的观点是认为，新的借款合同不因旨在归还“旧贷”而无效，担保人亦不得以贷款用途的“改变”损及其利益而提出抗辩。^[77]此际，“旧贷”因清偿而消灭^[78]，担保“旧贷”的从权利也随之消灭。

《担保法解释》第39条规定：“主合同当事人双方协议以新贷偿还旧贷，除保证人知道或者应当知道的外，保证人不承担民事责任。”“新贷与旧贷系同一保证人的，不适用前款的规定。”这里，针对“借新还旧”情形之下，担保“新贷”偿还的保证人是否承担保证责任作了规定：其一，该保证人同时也是“旧贷”的保证人的，应承担保证责任；其二，该保证人不是“旧贷”的保证人，但其知道或者应当知道主合同系“借新还旧”的，应承担保证责任；其三，该保证人不是“旧贷”的保证人，也不知道或者不应当知道主合同系“借新还旧”的，“显系主合同

双方当事人恶意串通欺骗保证人”^[79]，根据《担保法》第30条第1项“主合同当事人双方串通，骗取保证人提供保证的”“保证人不承担民事责任”的规定，保证人不应承担任何责任。

《民法典》删去了《担保法》第30条的规定。《担保法》第30条第1项的内容，涉及《民法典》第154条即“行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效”的适用。《担保法》第30条第2项的内容，涉及《民法典》第148条、第150条的适用（即一方以欺诈或胁迫手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受欺诈方或受胁迫方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销）。由此可见，保证人意思表示的瑕疵，不再适用特别规定，而直接使用《民法典》总则编的一般规定。至于其法律后果，《民法典》第157条中规定：“有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”在解释上可以认为，前述情形之下，如保证人没有过错，无须承担缔约过失责任，如此即与《担保法》第30条的效果相同，《担保法解释》第39条在《民法典》实施之后实际上仍有适用空间。

第六百八十三条

机关法人不得为保证人，但是经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外。

以公益为目的的非营利法人、非法人组织不得为保证人。

本条主旨

本条是关于保证人的资格与限制的规定。

相关条文

《担保法》第7条 具有代为清偿债务能力的法人、其他组织或者公民，可以作保证人。

第8条 国家机关不得为保证人，但经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外。

第9条 学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会

团体不得为保证人。

第10条 企业法人的分支机构、职能部门不得为保证人。

企业法人的分支机构有法人书面授权的，可以在授权范围内提供保证。

第11条 任何单位和个人不得强令银行等金融机构或者企业为他人提供保证；银行等金融机构或者企业对强令其为他人提供保证的行为，有权拒绝。

《担保法解释》第3条 国家机关和以公益为目的的事业单位、社会团体违反法律规定提供担保的，担保合同无效。因此给债权人造成损失的，应当根据担保法第五条第二款的规定处理。

第16条 从事经营活动的事业单位、社会团体为保证人的，如无其他导致保证合同无效的情况，其所签定的保证合同应当认定为有效。

第17条 企业法人的分支机构未经法人书面授权提供保证的，保证合同无效。因此给债权人造成损失的，应当根据担保法第五条第二款的规定处理。

企业法人的分支机构经法人书面授权提供保证的，如果法人的书面授权范围不明，法人的分支机构应当对保证合同约定的全部债务承担保证责任。

企业法人的分支机构经营管理的财产不足以承担保证责任的，由企业法人承担民事责任。

企业法人的分支机构提供的保证无效后应当承担赔偿责任的，由分支机构经营管理的财产承担。企业法人有过错的，按照担保法第二十九条的规定处理。

第18条 企业法人的职能部门提供保证的，保证合同无效。债权人知道或者应当知道保证人为企业法人的职能部门的，因此造成的损失由债权人自行承担。

债权人不知保证人为企业法人的职能部门，因此造成的损失，可以参照担保法第五条第二款的规定和第二十九条的规定处理。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第473条 下列组织

不得担任保证人：

（一）机关法人，但是经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外；

（二）以公益为目的的法人、非法人组织；

（三）法人的分支机构。

法人的分支机构取得法人书面授权的，可以在授权范围内提供保证。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第473条 下列组织不得为保证人：

（一）机关法人，但是经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外；

（二）以公益为目的的法人、非法人组织；

（三）法人的分支机构。

法人的分支机构取得法人书面授权的，可以在授权范围内提供保证。

《民法典（草案）》（2019年12月）第683条 机关法人不得为保证人，但是经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外。

以公益为目的的非营利法人、非法人组织不得为保证人。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第683条 机关法人不得为保证人，但是经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外。

以公益为目的的非营利法人、非法人组织不得为保证人。

理解与适用

本条是在《担保法》第7条至第11条规定的基础上修改而成，主要的变化如下。

其一，删去了《担保法》第7条关于保证人代偿能力的倡导性规定。该条规定：“具有代为清偿债务能力的法人、其他组织或者公民，可以作保证人。”就不具有代偿能力的人所签订的保证合同的效力，《担保法解释》第14条规定：“不具有完全代偿能力的法人、其他组织或者自然人，以保证人身份订立保证合同后，又以自己没有代偿能力要求免除保证责任的，人民法院不予支持。”但这一规定的删除，并未降低债权人的尽职调查义务。《商业银行法》第36条第1款规定：“商业银行贷款，借款人应当提供担保。商业银行应当对保证人的偿还能力，抵押物、质物的权属和价值以及实现抵押权、质权的可行性进行严格审查。”

其二，根据本法总则编的规定，修改了相关主体的表述，将“国家机关”改称“机关法人”；将“学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体”改称“以公益为目的的非营利法人、非法人组织”。《担保法》第8条规定：“国家机关不得为保证人，但经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外。”第9条规定：“学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体不得为保证人。”

其三，删去了企业法人分支机构、职能部门的保证资格的规定。《担保法》第10条规定：“企业法人的分支机构、职能部门不得为保证人。”“企业法人的分支机构有法人书面授权的，可以在授权范围内提供保证。”本法删去了这一规定。

一、机关法人的保证人资格问题

本条第1款规定：“机关法人不得为保证人，但是经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外。”机关法人是指依照法律和行政命令组建的，履行公共管理职能的各级国家机关，包括各级权力机关、行政机关、审判机关、检察机关、军事机关。在解释上，参公管理的社会团体法人、事业单位法人，包括各级党的机关、妇联、共青团等，也按照规定履行公共管理职能，在此范围内准用机关法人的相关规则。机关法人的主要职责是依法履行管理社会的公共职能，进行日常的公务活动，而且，机关法人的财产和经费由国家财政和地方财政划拨，用以维持国家机关的公务活动和日常的开支，保障国家机关正常履行其职责。因此，机关法人不能直接参与经济活动^[80]，不得为他人的债务提供保证。否则，如允许机关法人充当保证人，当债务人不履行债务或发生当事人约定的情形时，机关法人就应承担保证责任，用机关法人的行政经费来清偿债务，势必影响机关法人正常公务的进行。因此，机关法人没有保证人的资格，不得为他人的债务提供保证。机关法人违反法律规定提供担保的，担保合

同无效，因此给债权人造成损失的，应当依据本法第682条第2款的规定处理。

本款但书规定，机关法人可以为经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行的转贷提供担保。外国政府和国际经济组织贷款主要是用于交通、能源、邮电通讯、环境保护、城市基础设施建设、扶贫开发等没有赢利或赢利很少或者短期内无法见到经济效益的项目，金额巨大。一般个人和单位组织不愿意也没有能力为这种贷款提供保证。在使用外国政府和国际经济组织贷款转贷和还款问题上，目前已形成了独特的还款及担保方式：中央政府将筹借到的外国政府或者国际经济组织贷款转贷给项目使用，同时要求地方政府委托其计划财政管理部门向中央政府提供还款担保，保证向中央政府偿还所用的贷款，中央政府和地方政府通过这种担保，共同维护国家偿还外债的信誉。由此可见，依法定程序经国务院批准后，机关法人可以为此类贷款的转贷活动提供担保。

二、公益非营利法人、非法人组织的保证人资格问题

本条第2款规定：“以公益为目的的非营利法人、非法人组织不得为保证人。”非营利法人，是指为公益目的或者其他非营利目的成立，不向出资人、设立人或者会员分配所取得利润的法人，包括事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构等。非营利法人可以再分为公益法人和非公益法人。公益法人是专门以社会公益为目的的法人，如慈善机构、福利院等。非公益法人，也可以称为中间法人，是指不以营利为目的，也不以公益为目的的法人，如同学会、同乡会等。^[81]非法人组织，是不具有法人资格，但是能够依法以自己的名义从事民事活动的组织。在我国民法上，“鉴于合伙企业、个人独资企业等不具有法人资格的组织已为我国立法所承认，且在现实生活中发挥着重要作用，为便于其参与民事活动，有必要赋予其民事主体资格”^[82]。非法人组织也有公益和非公益之分。

公益法人、非法人组织为社会化公共利益（不特定的多数人的利益，一般是非经济利益）而设立，公益法人、非法人组织担任保证人与其设立宗旨不相符。公益法人、非法人组织的财产主要体现为固定资产，如学校教学大楼、办公大楼、学生宿舍等，医院医务大楼、各种医疗设施等，如允许其担任保证人，有可能变卖这些固定资产以及教育设施、医疗设施等来承担保证责任，这样势必影响教育工作、医疗工作等公益事业的进行。

值得注意的是，《担保法解释》第16条规定：“从事经营活动的事业单位、社会团体为保证人的，如无其他导致保证合同无效的情

况，其所签定的保证合同应当认定为有效。”该规定与本条第2款的规定并不矛盾，非公益的法人、非法人组织即属《担保法解释》第16条所述情形。随着我国经济体制改革的不断深入，出现了一些企业化管理、自负盈亏的事业单位，以及其他类型的非公益的事业单位和社会团体。这些领有企业法人营业执照、营业执照或国家政策允许从事经营活动的事业单位，其经营性决定了它具有从事保证活动的民事权利能力和行为能力，可以充当保证人。值得注意的是，《社会团体登记管理条例》第4条第2款规定，社会团体不得从事营利性经营活动，《担保法解释》第16条所规定的“从事经营活动的社会团体”自无适用的可能。

其他问题

一、特别法人的保证人资格问题

本法第96条规定：“本节规定的机关法人、农村集体经济组织法人、城镇农村的合作经济组织法人、基层群众性自治组织法人，为特别法人。”而本条仅涉及机关法人，对于农村集体经济组织法人、城镇农村的合作经济组织法人、基层群众性自治组织法人是否可以充任保证人，不无疑问。

二、法人分支机构的保证人资格问题

《担保法》第10条规定：“企业法人的分支机构、职能部门不得为保证人。”“企业法人的分支机构有法人书面授权的，可以在授权范围内提供保证。”由于本法同时删去了“具有代为清偿债务能力的法人、其他组织或者公民，可以作保证人”的规定，经过法人书面授权，法人分支机构是否可充任保证人，即生解释上的疑问。

本法第74条第2款规定：“分支机构以自己的名义从事民事活动，产生的民事责任由法人承担；也可以先以该分支机构管理的财产承担，不足以承担的，由法人承担。”第102条规定：“非法人组织是不具有法人资格，但是能够依法以自己的名义从事民事活动的组织。”“非法人组织包括个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构等。”在体系解释上，第102条第2款并未明确列举法人的分支机构，而法人的分支机构不具有法人资格，但可以自己的名义从事民事活动，亦属第102条第1款文义所能涵盖；第102条所定分支机构的责任承担也符合第104条关于“非法人组织的财产不足以清偿债务的，其出资人或者设立人承担无限责任。法律另有规定的，依照其规定”的规定，因此，可以认为法人的分支机构属于非法人组织。

《民法总则》实施之后，最高人民法院发布的《民事诉讼法解释》第52条明确将“依法设立并领取营业执照的法人的分支机构”“依法成立的社会团体的分支机构、代表机构”“依法设立并领取营业执照的商业银行、政策性银行和非银行金融机构的分支机构”列举为《民事诉讼法》第48条规定的“其他组织”（与《民法典》上“非法人组织”同义）之列；第53条又明确规定：“法人非依法设立的分支机构，或者虽依法设立，但没有领取营业执照的分支机构，以设立该分支机构的法人作为当事人。”

综上，非法人组织可以以自己的名义为他人债务提供保证，但其担保权限来自法人的授权。《担保法解释》第17条规定：“企业法人的分支机构未经法人书面授权提供保证的，保证合同无效。因此给债权人造成损失的，应当根据担保法第五条第二款的规定处理。”“企业法人的分支机构经法人书面授权提供保证的，如果法人的书面授权范围不明，法人的分支机构应当对保证合同约定的全部债务承担保证责任。”“企业法人的分支机构经营管理的财产不足以承担保证责任的，由企业法人承担民事责任。”“企业法人的分支机构提供的保证无效后应当承担赔偿责任的，由分支机构经营管理的财产承担。企业法人有过错的，按照担保法第二十九条的规定处理。”《担保法解释》第18条规定：“企业法人的职能部门提供保证的，保证合同无效。债权人知道或者应当知道保证人为企业法人的职能部门的，因此造成的损失由债权人自行承担。”“债权人不知保证人为企业法人的职能部门，因此造成的损失，可以参照担保法第五条第二款的规定和第二十九条的规定处理。”这些规定仍有适用价值。

三、民办学校、医院的保证人资格问题

《民办教育促进法》第19条中规定，民办学校可分为非营利性民办学校与营利性民办学校，而其区分依据为出资人是否可以“取得办学收益”及学校的办学结余是否“全部用于办学”。依据《民办学校分类登记实施细则》第7条、第9条^[83]以及《国家工商行政管理总局、教育部关于营利性民办学校名称登记管理有关工作的通知》（工商企注字〔2017〕156号）第1条^[84]的规定，非营利性民办学校可根据条件登记为民办非企业单位与事业单位，营利性民办学校则应登记为公司法人。就登记为事业单位的非营利性民办学校与登记为公司法人的营利性民办学校，前者的公益性与后者的非公益性并无反对意见，只是目前绝大部分民办学校被登记为民办非企业单位，在实际管理中又在人事制度、社会保险、税收等具体运营事项上与公办学校有别^[85]，故而此类民办学校的公益属性仍然是暧昧不清的，相应地也产生了有关保证人资格的争议。

在司法实践中，就登记为民办非企业单位的民办学校的保证人资格，其裁判路径主要有两种，具体如下。

一种裁判路径是依据《民办教育促进法》第3条“民办教育事业属于公益性事业”及第5条“民办学校与公办学校具有同等的法律地位”之规定，直接认定民办学校属于公益性的事业单位，依法不具有保证人资格。^[86]

另一种裁判路径则是以民办学校是否以公益为目的作为判断其保证人资格的核心，并以民办学校的营利性有无作为判断公益目的的基础。一种观点认为，民办非企业单位的民办学校具有一定的营利性，并非是以公益为目的，而其性质有别于《担保法》第9条中的事业单位与社会团体，故其具备对外提供保证的资格。^[87]另一种观点则认为，应当结合民办学校的登记情况与实际运营情况来判断其是否以公益为目的。具体而言，若涉案民办学校登记为非营利性，则其公益目的可被初步认定，而若该民办学校的实际运用情况符合“举办者不得取得办学收益，学校的办学结余全部用于办学”的条件，则其公益性可被最终认可，其所签订的保证合同也因主体欠缺保证资格而无效。^[88]在该案中，最高人民法院认为，《担保法》第9条事业单位及社会团体的范围客观上无法涵盖民办非企业单位。该条规范目的是因学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体直接为社会公众服务，如果作为保证人而最终履行保证责任，势必直接影响社会公共利益。民办非企业单位与事业单位的举办资金来源不同，但均有可能是以公益为目的，故不能以民办非企业单位并非事业单位、社会团体而当然排除《担保法》第9条的法律适用。

笔者认为，“事业”的公益性不等于“主体”的公益性，虽然《民办教育促进法》第3条规定了“民办教育事业属于公益性事业”，但该条是从整个“事业”的角度对民办教育所做的功能定位，该事业范围内的每个主体并不必然具有公益性。^[89]同时，《担保法》第9条所称的“学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体”和本条的“以公益为目的的非营利法人、非法人组织”是指主体的公益性，故即使民办学校所致力事业是公益性事业，其是否具有保证资格仍须结合该民办学校的具体情况进行分析。换言之，若该民办学校本身为公益性机构，则其不具有保证资格，所签订的保证合同无效；反之，则其具有保证资格，对外可提供保证担保。至于特定的民办学校是否具有公益性，“马鞍山中加双语学校、新时代信托股份有限公司金融借款合同纠纷上诉案”中，最高人民法院的分析值得赞同，即应综合审查民办学校的登记情况和实际运营情况，在其登记为非营利性民办学校，且实际上也符合《民办教育促进法》第19条“举办者不得

取得办学收益，学校的办学结余全部用于办学”的非营利性要件时，应支持该民办学校有关其以公益为目的的主张。换言之，在《民法典》将法人分类为营利性法人与非营利性法人，《民办教育促进法》关于营利性与非营利性学校分类管理的教育体制下，若该民办学校在形式与实质上符合非营利性的标准，应支持其缺乏保证资格的主张。

根据医疗机构的经营目的、服务任务，以及财政、税收、价格政策和财务会计制度的不同，医疗机构划分为非营利性医疗机构和营利性医疗机构。“非营利性医疗机构是指为社会公众利益服务而设立和运营的医疗机构，不以营利为目的，其收入用于弥补医疗服务成本，实际运营中的收支结余只能用于自身的发展，如改善医疗条件、引进技术、开展新的医疗服务项目等。营利性医疗机构是指医疗服务所得收益可用于投资者经济回报的医疗机构。政府不举办营利性医疗机构。”^[90] 我国的医疗分类管理体制下，民营医疗机构也划分为营利性或非营利性医疗机构。就民营医疗机构是否具有保证人资格的这一问题，司法实践的裁判路径是在遵循医疗机构分类管理的基础上，以非营利性作为民办医疗机构公益性的核心，再以此导入《担保法》第9条予以裁判。^[91]

就保证人资格问题，裁判者在民营医疗机构纠纷与民办学校纠纷中所面临的困境相同，即在主体所从事的为公益性事业的前提下，如何判断由社会资本所设立的民办医疗机构是否也具有公益性。在“盱眙县中医院与夏建平、江苏鹏胜集团有限公司等民间借贷纠纷案”^[92]中，江苏省高级人民法院二审认为，医疗机构虽具有向社会公众提供医疗服务的公益职能，但并不代表医疗机构本身是以公益为目的。至于涉案医疗机构是否以公益为目的，该案法院继续认为，应当结合该医疗机构的实际运营情形判断是否符合非营利性的要件。总而言之，就民办医疗机构是否是以公益为目的，裁判实践往往从形式与实质两项要件予以把握：一是形式要件，即涉案民办医疗机构应登记为非营利性机构；二是实质要件，即涉案民办医疗机构的运营不以营利为目的，收入用于弥补医疗服务成本，收支结余也只用于自身发展。

第六百八十四条

保证合同的内容一般包括被保证的主债权的种类、数额，债务人履行债务的期限，保证的方式、范围和期间等条款。

本条主旨

本条是关于保证合同的内容的规定。

相关条文

《担保法》第15条 保证合同应当包括以下内容：

- （一）被保证的主债权种类、数额；
- （二）债务人履行债务的期限；
- （三）保证的方式；
- （四）保证担保的范围；
- （五）保证的期间；
- （六）双方认为需要约定的其他事项。

保证合同不完全具备前款规定内容的，可以补正。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第474条 保证合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款：

- （一）被保证的主债权的种类、数额；
- （二）债务人履行债务的期限；
- （三）保证的方式；
- （四）保证的范围；
- （五）保证的期间；
- （六）当事人认为需要约定的其他事项。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第474条 保证合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款：

- （一）被保证的主债权的种类、数额；
- （二）债务人履行债务的期限；

（三）保证的方式；

（四）保证的范围；

（五）保证的期间；

（六）当事人认为需要约定的其他事项。

《民法典（草案）》（2019年12月）第684条 保证合同的内容一般包括被保证的主债权的种类、数额，债务人履行债务的期限，保证的方式、范围和期间等条款。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第684条 保证合同的内容一般包括被保证的主债权的种类、数额，债务人履行债务的期限，保证的方式、范围和期间等条款。

理解与适用

本条是在《担保法》第15条的基础上修改而成。与该条相比，本条的修改主要体现在：其一，将《担保法》第15条第1款中保证合同的内容从“应当包括”修改为“一般包括”，进一步明确本条倡导性规范的属性，并将条文的表述方式从分项改为不分项。其二，删去《担保法》第15条第2款“保证合同不完全具备前款规定内容的，可以补正”，但这并不表明不允许当事人就保证合同的内容进行所谓“补正”，在解释上，这里的“补正”保证合同的内容，应为对保证合同的变更，适用合同编通则分编的一般规则。

一、保证合同的内容

保证合同的内容，是确定保证合同当事人权利和义务的根据以及保证合同是否合法、有效的依据。根据本条的规定，保证合同一般包括以下内容。

（一）被保证的主债权的种类和数额

保证合同从属于主合同，保证债务从属于主债务，不得超过主债务。为了确定保证债务的种类和数额的上限，保证合同应明确主债权的种类和数额，包括债权发生的原因、债权的性质、债权的本金、利息，以及债权的计算方法。^[93]

值得注意的是，《民法典》担保规则体系中所使用的“主债权”具

有两种不同含义：一种是在从属性之下使用，系指与保证债权或担保物权相对而称的被担保的债权，例如，本法第388条、第682条中所称“主债权”，在内容上包括了主债权（指原本债权）及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用；一种是在债权债务关系内部使用，系指与利息、违约金、损害赔偿金等从债权相对而称的原本债权，例如，本法第389条、第684条中所称“主债权”。在这个意义上，借款合同法律关系中的贷款人请求借款人返还借款本金的债权即为“主债权”，因该“主债权”而派生的利息、违约金、损害赔偿金等其他请求权为从债权。^[94]

（二）债务人履行债务的期限

债务人履行债务的期限事关保证人的切身利益。主债务履行期限届满，不仅意味着主债务人应完成债务的履行和主债务诉讼时效的开始计算，对于保证人来说，也意味着债权人可以要求连带责任保证人履行保证债务或保证期间的迫近。对于一般保证人来说，主债务履行期限届满意味着自己将有可能对主债务承担保证责任。“债务人履行债务的期限”应属主合同中的条款，且应属主合同中的任意条款。依据本法第692条第3款的规定，债权人与债务人对主债务履行期限没有约定或者约定不明确的，保证期间自债权人请求债务人履行债务的宽限期届满之日起计算。由此可见，“债务人履行债务的期限”不属于保证合同的必备条款。

（三）保证的方式

依据本法第686条的规定，保证方式有一般保证和连带责任保证两种。一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或仲裁，并就债务人财产强制执行仍不能履行债务时，才依法承担保证责任，亦即，一般保证的保证人有先诉抗辩权。连带责任保证的债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，债权人可以请求债务人履行债务，也可以请求保证人在其保证范围内承担保证责任。依据本法第686条第2款的规定，当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照一般保证承担保证责任。这说明“保证的方式”属于保证合同中的任意条款。

（四）保证的范围

保证的范围是保证人承担保证责任的范围。依据本法第691条的规定，保证的范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。当事人另有约定的，按照其约定。保证人对债务人的全部债务承担保证责任的，为全额保证或无限保证；保证人对债务人的

部分债务承担保证责任的，为部分保证或有限保证。保证人承担部分保证的，保证人只在其约定的保证数额内承担保证责任。当事人对保证范围没有约定或者约定不明确的，保证人应当按照法定的担保范围承担担保责任。由此可见，“保证的范围”不属于保证合同的必备条款。

（五）保证的期间

保证期间是确定保证人承担保证责任的期间。一般保证的债权人未在保证期间内对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，保证人不再承担保证责任。连带责任保证的债权人未在保证期间内请求保证人承担保证责任的，保证人不再承担保证责任。依据本法第692条第2、3款的规定，债权人与保证人可以约定保证期间，但是约定的保证期间早于主债务履行期限或者与主债务履行期限同时届满的，视为没有约定；没有约定或者约定不明确的，保证期间为主债务履行期限届满之日起6个月。债权人与债务人对主债务履行期限没有约定或者约定不明确的，保证期间自债权人请求债务人履行债务的宽限期届满之日起计算。由此可见，“保证的期间”也不属于保证合同的必备条款。

（六）双方认为需要约定的其他事项

保证合同中除了可以对被保证的主债务的种类、数额、债务人履行债务的期限以及保证的方式、范围、期间等内容作出约定外，保证人和债权人还可以就双方认为需要的其他事项作出约定，例如，对争议解决条款等内容作出约定。

值得注意的是，上述条款并非都是保证合同的必备条款，保证合同没有完全具备这些条款的，不影响保证合同的成立。在本条规定的保证合同的内容中只有“被保证的主债权的种类和数额”属于保证合同的必备条款，其他均不属于保证合同的必备条款。同时，在保证担保的是合同债务时，主债权的种类和数额也属于主合同的条款之一，因此，保证人只需在主合同上签字或者盖章，并表明自己的保证意思，保证合同即可成立。

二、保证合同的成立

保证合同的成立是对保证合同实行效力控制的基础，因此，认定保证合同的成立，在司法实践中具有重大意义。依双方法律行为成立的法理，保证合同的成立，一般应具备当事人、标的与意思表示的合致，此外，保证合同是要式合同，尚需以书面形式为特别成立要件。由此可见，只需保证人以书面形式对债权人表示保证意旨，保证合同

即为成立，至于保证范围、保证期间等等，除当事人明确约定为合同成立要素之外，对于保证合同的成立不发生影响。^[95]

保证合同当事人为保证人与债权人。《民法典》在“保证合同”章中仅有第683条一条涉及保证人的资格限制，即：“机关法人不得为保证人，但是经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外。”“以公益为目的的非营利法人、非法人组织不得为保证人。”其他均适用总则编关于民事主体的一般规定。

保证人自应满足《民法典》所规定的一般民事主体资格要求，即具备民事权利能力和相应的民事行为能力，但充当保证人是否需要额外的条件？《担保法》第7条规定：“具有代为清偿债务能力的法人、其他组织或者公民，可以作保证人。”代偿能力，是指保证人依保证合同的约定代为履行债务或承担责任的能力。《担保法》规定保证人应具有代偿能力，有其合理性和必要性：一则就保证的性质而言，保证是指保证人在主债务人不履行债务时，依约定履行债务或承担责任的行为，保证人理应具有代偿能力；二则就保证的目的而言，保证之设立旨在保障债权的实现，如果保证人无代偿能力，设立保证的目的即告落空，保证便形同虚设。这一规定属于训示规则，意在要求保证人本着诚实、谨慎的原则，有能力才为保证，同时也提醒债权人对保证人的代偿能力应作审查，避免接受无代偿能力人提供的保证担保。^[96]

代偿能力对保证合同效力有何影响，在理论上和实践中均有不同看法。为防杜争议，《担保法解释》第14条规定：“不具有完全代偿能力的法人、其他组织或者自然人，以保证人身份订立保证合同后，又以自己没有代偿能力要求免除保证责任的，人民法院不予支持。”《民法典》“保证合同”章删去了《担保法》第7条这一训示性规定，将这一问题留由债权人在接受第三人提供保证时去判断。《商业银行法》第35条第1款规定：“商业银行贷款，应当对借款人的借款用途、偿还能力、还款方式等情况进行严格审查。”

其他问题

保证具有无偿性，这决定了保证人提供保证的意思表示必须明确具体。^[97]实践中一般要求保证人必须具有明确的承担保证责任或代为履行债务的意思表示，如仅表达“愿意督促借款人切实履行还款责任，按时归还贷款本息。如借款人出现逾期或拖欠贷款本息的情况，将负责解决，不让贷款人在经济上蒙受损失”的意思，其中并未明确承担保证责任或者代为还款，并未明确保证当主债务人不履行债务时

由承诺人履行债务或承担责任的保证意愿。^[98]如当事人一方仅是向债权人提供主债务人履行债务的能力的声明，并无担保债务人履行债务的意思表示，则双方在保证债务的成立上意思表示不一致，保证合同不成立。例如，有的仅向债权人表示“我担保债务人有足够的能力清偿债务”或者“我保证债务人到期能履行债务”等等，而未表示自己愿意承担保证债务的意思，这类意思表示仅是对债务人信用的一种说明或者证明，并非承担保证债务的意思表示，保证合同不能成立。

对于当事人双方在成立保证上的意思表示是否一致，应从客观上解释，亦即只要保证人在客观上有提供保证的意思表示，则不论其主观上是否有承担保证债务的意思，保证合同都应成立。如《担保法解释》第22条第2款规定：“主合同中虽然没有保证条款，但是，保证人在主合同上以保证人的身份签字或者盖章的，保证合同成立。”由此可见，虽然主合同中没有保证条款，但第三人以保证人的身份（不以表述为“保证人”为限，还可表述为“担保人”“保人”“具保人”等）在主合同或主合同的“保证人”栏内签字或者盖章，如无其他相反说明，应解释为该第三人具有提供保证的意思表示，保证合同成立。

债权凭证或者借款合同上仅有第三人签名或者盖章，不足以认定其保证人身份的，就不能认定其有提供保证的意思表示。所谓“仅有”，是指既未在借款凭证或借款合同中表明保证人身份，也未在其中约定保证条款并指向签字或盖章人，同时也无其他证据证明该签字或盖章人为保证人。《民间借贷司法解释》第21条规定：“他人在借据、收据、欠条等债权凭证或者借款合同上签名或者盖章，但未表明其保证人身份或者承担保证责任，或者通过其他事实不能推定其为保证人，出借人请求其承担保证责任的，人民法院不予支持。”

在实践中，保证合同的订立，有时是由债权人要求主债务人觅保，并向主债务人提供保证书文本，保证人在保证人栏签字盖章后，交给主债务人，再由主债务人交给债权人而完成。那么，若主债务人仅提供尚未记载保证合同事项的空白保证书，保证人在其上签名、盖章的，保证合同的效力为何？对此，司法实践多数肯定保证合同已有效成立，其理由在于：其一，完全民事行为能力人具有对提供保证担保可能面临的法律后果之相当的认知能力，自应承担相应的风险。^[99]其二，保证人在空白保证书上签字盖章，应视为对保证合同内容的无限授权，系其对自身权利的放任。^[100]

在解释上，如保证书记载完整、明确，即包括了主债务的种类和数额、债务人履行债务的期限、保证方式、保证担保范围等有关主债务与保证债务的重要事项，对于保证合同的成立及法律关系而言，主债务人属于保证人为保证意思表示的传达机关；如保证书对主债务与

保证债务的重要事项留作空白，未做记载，主债务人应解为保证人的代理人，保证人就保证合同的缔结对主债务人授予代理权。主债务人填补空白事项者，使代理保证人成立保证合同，且不发生自己代理或双重代理的问题。在主债务人充当保证人的代理人的情形，如主债务人超过保证人先前同意的保证担保范围而订立保证合同的，或者保证人将经其签名盖章的保证书交付给主债务人后，在主债务人交付给债权人之前，保证人意欲不再担任保证人而向主债务人要求撤回其保证的，如主债务人仍将该保证书交付予善意的债权人，应当解释为构成表见代理，如经债权人主张，其保证合同仍属有效成立。

第六百八十五条

保证合同可以是单独订立的书面合同，也可以是主债权债务合同中的保证条款。

第三人单方以书面形式向债权人作出保证，债权人接收且未提出异议的，保证合同成立。

本条主旨

本条是关于保证合同的形式规定。

相关条文

《担保法》第13条 保证人与债权人应当以书面形式订立保证合同。

《担保法解释》第22条 第三人单方以书面形式向债权人出具担保书，债权人接受且未提出异议的，保证合同成立。

主合同中虽然没有保证条款，但是，保证人在主合同上以保证人的身份签字或者盖章的，保证合同成立。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第475条 保证合同可以是单独订立的书面合同，也可以是主合同中的保证条款。

第三人单方以书面形式向债权人出具保证书，债权人接受且未提出异议的，保证合同成立。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第475条 保证合同可以是单独订立的书面合同，也可以是主合同中的保证条款。

第三人单方以书面形式向债权人出具保证书，债权人接收且未提出异议的，保证合同成立。

《民法典（草案）》（2019年12月）第685条 保证合同可以是单独订立的书面合同，也可以是主债权债务合同中的保证条款。

第三人单方以书面形式向债权人作出保证的，债权人接收且未提出异议的，保证合同成立。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第685条 保证合同可以是单独订立的书面合同，也可以是主债权债务合同中的保证条款。

第三人单方以书面形式向债权人作出保证的，债权人接收且未提出异议的，保证合同成立。

理解与适用

本条是在《担保法》第13条和《担保法解释》第22条的基础上修改而成。《担保法》第13条规定：“保证人与债权人应当以书面形式订立保证合同。”《担保法解释》第22条第2款规定：“主合同中虽然没有保证条款，但是，保证人在主合同上以保证人的身份签字或者盖章的，保证合同成立。”本条第1款在此基础上对书面形式作了细化。

《担保法解释》第22条第1款规定：“第三人单方以书面形式向债权人出具担保书，债权人接受且未提出异议的，保证合同成立。”本条第2款在此基础上作了文字上的完善。

保证债务在主债务人不履行到期债务或发生当事人约定的情形时才有给付责任，在此之前无须现实履行，因此，保证合同为诺成合同。《民法典》虽然删去了《担保法》第13条关于“保证人与债权人应当以书面形式订立保证合同”的规定，但第685条第1款规定：“保证合同可以是单独订立的书面合同，也可以是主债权债务合同中的保证条款。”由此可见，《民法典》上仍然坚持保证合同的要式性。

保证合同的书面形式一般表现为以下几种。

1. 保证人与债权人订立单独的保证合同

保证人与债权人订立单独的保证合同是保证合同成立的典型形式，《民法典》第685条对此作了明确规定。此时，保证合同的成立并无特别规则，适用《民法典》总则编和合同编通则的规定即可。

2. 保证人与债权人、债务人共同订立合同

保证合同作为从合同可以与主合同合为一体，此时保证合同表现为主合同中的保证条款。如保证人、债权人、债务人在该合同中共同签字或者盖章，保证合同成立。值得注意的是，主合同中虽然没有保证条款，但是，保证人在主合同上以保证人的身份签字或者盖章。此时，“被保证的主债权的种类和数额”经由解释得以明确，保证合同成立。

3. 保证人单方以书面形式向债权人作出保证

本条第2款规定：“第三人单方以书面形式向债权人作出保证的，债权人接收且未提出异议的，保证合同成立。”本条是在《担保法解释》第22条第1款的基础上修改而成。在解释上，保证人单方以书面形式向债权人作出保证，属于保证人的单方意思表示，属于要约，债权人接收且未提出异议即属于承诺。此时，法律推定债权人默示同意，因为债权人无附加义务而增加了权利，对债权人只会有利。^[101]因此，保证人单方以书面形式向债权人作出保证，经债权人接收且未提出异议，即成立保证合同，而不再是单方法律行为。这里，债权人的接收可以采取口头、书面或者行为的方式。

其他问题

虽然没有签订独立的保证合同，但公司股东会决议或董事会决议等内部文件中载明股东同意提供保证，该文件提交债权人，债权人未提出异议的，是否应认定保证合同成立，在司法实践中存在不同看法。一种观点认为，股东虽未向债权人出具保证书，但是其作为公司的股东在向债权人出具的“股东会决议”“股东会承诺书”“股东会同意担保贷款展期承诺书”上均签名并加盖个人印章，且上述“股东会决议”“股东会承诺书”“股东会同意担保贷款展期承诺书”的内容中均载明“同时公司股东承诺以个人名下资产为主债务人作连带责任担保该笔贷款，承担还款责任”，足以证实其为主债务人的贷款作连带保证责任担保的真实意愿。^[102]另一种观点认为，因股东会决议、董事会决议等系公司内部文件，其中意思表示的效力并不能当然及于公司之外的第三人。即使股东在公司内部文件上签章，同意为公司债务提供担保，亦仅能说明股东具有向债权人就案涉债务提供担保的效果意

思，该意思以公司内部文件为载体，仅在公司内部发生效力，不能认定客观上已外化。债权人不能仅以其知晓公司内部文件的内容即主张股东与其建立了保证法律关系。^[103]

就载有为他人债务提供担保的意思的股东会决议、董事会决议或会议纪要等内部文件的效力问题，裁判实践中大多考察债权人是否接收且未提出异议。如债权人在场^[104]、向债权人提交的，亦成立保证法律关系；未向债权人提交的，不成立保证合同。^[105]

第六百八十六条

保证的方式包括一般保证和连带责任保证。

当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照一般保证承担保证责任。

本条主旨

本条是关于保证方式的规定。

相关条文

《担保法》第16条 保证的方式有：

- （一）一般保证；
- （二）连带责任保证。

第19条 当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第476条 保证的方式包括一般保证和连带责任保证。

当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任，但是自然人之间的保证合同除外。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第476条 保证的方式包括一般保证和连带责任保证。

当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照一般保证承担保证责任。

《民法典（草案）》（2019年12月）第686条 保证的方式包括一般保证和连带责任保证。

当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照一般保证承担保证责任。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第686条 保证的方式包括一般保证和连带责任保证。

当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照一般保证承担保证责任。

理解与适用

本条是在《担保法》第16条和第19条的基础上整合而成，同时修改了保证方式的推定规则。本条将当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的推定规则作了修改，由“连带责任保证”修改为“一般保证”。

根据本条的规定，保证方式有两种：一般保证和连带责任保证。在不同的保证方式中，保证人承担保证责任的方式不同。

一、一般保证

本法第687条规定：“当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证。”“一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，有权拒绝向债权人承担保证责任，但是有下列情形之一的除外：（一）债务人下落不明，且无财产可供执行；（二）人民法院已经受理债务人破产案件；（三）债权人有证据证明债务人的财产不足以履行全部债务或者丧失履行债务能力；（四）保证人书面表示放弃前款规定的权利。”由此可见，一般保证的保证人享有先诉抗辩权，仅在主债务人的财产不足以完全清偿债权时才对不能清偿的部分承担保证责任。构成一般保证责任，原则上应由保证人与债权人以书面形式明确约定保证的方式为“一般保证”^[106]，或者约定保证人承担“补充赔偿责任”，或者约定保证人为“第二顺序债务人”或“承担第二顺序清偿责任”，或者约定保证人享有先诉抗辩权。^[107]

二、连带责任保证

本法第688条规定：“当事人在保证合同中约定保证人和债务人对债务承担连带责任的，为连带责任保证。”“连带责任保证的债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，债权人可以请求债务人履行债务，也可以请求保证人在其保证范围内承担保证责任。”连带责任保证人并不享有先诉抗辩权，只要有主债务人不履行到期债务或者发生当事人约定情形的事实，债权人即可要求保证人承担保证责任。债权人请求连带责任保证人承担保证责任的，只需证明主债务人不履行到期债务或者发生当事人约定情形的事实即可，而不论债权人是否就主债务人的财产已申请强制执行，保证人均应依保证合同的约定承担保证责任。

三、保证方式没有约定或者约定不明确时的推定

本条第2款规定：“当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照一般保证承担保证责任。”这一规则改变了《担保法》第19条关于“当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任”的规定。《担保法》第19条的立法目的是通过加重保证人的责任纾解交易诚信严重缺失的困境^[108]，但将其作为普遍规则，对于无偿提供保证的自然人过于不公，也有违缓解自然人保证责任的潮流^[109]，饱受诟病。

保证方式为任意事项，可由当事人在保证合同中予以明确约定。《担保法》的上述规定，不仅明确了保证人承担保证责任的方式，而且规定保证人承担较重的责任，有助于加强保证人的责任意识，使保证人明确对保证方式不约定或者约定不明的法律后果，从而对保证方式能作出适当的选择。法律作如此规定，是基于其对债权保障的特别关爱，但如此规定是否充分考量了保证当事人的多方权益，是否合于法理，尚值研究。

一般而言，保证债务具有补充性，在主债务人不能履行主债务时，才由保证人代为履行。只有在特殊情形下，才将保证人置于与主债务人同等的地位，使其对主债务与主债务人承担连带责任。由此可见，一般保证为一般规定，连带责任保证为特别规定，“连带责任是一种加重责任……对于这种加重责任，原则上应当由当事人约定或者基于极为特殊的考虑，否则动辄让当事人承担连带保证责任也是不公平的”^[110]。因此，在当事人对保证方式没有约定或约定不明确的情况下，推定保证方式为一般保证才符合逻辑。同时，《担保法》第19条关于当事人对保证方式没有约定或者约定不明确时应承担连带责任保证的规定，属法定缺省规则，是法律对当事人意思表示不明确时对

其内心意思的推定。从内心意思考察，债权人的主观意愿是选择连带责任保证方式，因为这样对自己债权的实现更为有利；主债务人也在连带责任保证，因为这样可以推延债务的清偿；保证人的主观意愿多为一般保证，因为，保证的无偿性和单务性决定了保证人处于极为不利的地位，保证人在为他人取得信用的同时，应尽量降低自己的风险，这是任何一个理性人的内心意思，选择一般保证能够减轻、延缓自己的保证责任。对保证方式没有约定或者约定不明确时的推定，不应仅着眼于债权人和主债务人，更应着眼于保证人的意思。因为债权人和主债务人希望约定连带责任保证，但又怕保证人不同意，故不约定或约定不明确，以达到保证人承担连带保证责任之目的，带有一定的欺骗性。^[111]同时，保证又是保证人的自愿行为，从保证人的意思出发，应推定其愿意承担较轻的保证责任而非较重的保证责任。正是基于此，《民法典》第686条第2款修改了《担保法》的这一规则，以一般保证作为对保证方式没有约定或者约定不明确时的推定规则。

其他问题

当事人关于保证方式的约定并非在所有情形下都是具体明确的，法院应当依合同所使用的语句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则，来确定当事人的真实意思表示。“不能履行债务”，是指债务人客观上不能履行或者履行不能，而不是主观上的“不”履行或“不愿履行”，因此，债务人是客观上“不能”履行还是主观上“不”履行或“不愿履行”抑或是否具有先诉抗辩权，是区分一般保证与连带责任保证的最重要标志。^[112]

审判实践主要考虑到以下因素。

第一，保证合同如约定在主债务人“到期无法偿还”或“到期不能履行债务”的情况下，保证人承担保证责任，这一表述表明了保证人承担保证责任的顺序性，保证人仅在主债务到期且主债务人无法偿还，即客观上不能履行主债务的情况下方才承担保证责任，而非主债务到期、主债务人未履行主债务时，保证人即无条件承担保证责任。因此，保证人提供的系一般保证，而非连带责任保证。^[113]

第二，保证合同如约定保证人于“主债务人不履行债务时”或“主债务人不履行到期债务时”承担保证责任，强调的是“主债务人不履行债务”这种事实状态，而非“不能履行债务”这种能力，保证人并无先诉抗辩权，与连带责任保证的特征相合，此时可认定为连带责任保证。保证合同如约定，若主债务人不履行到期债务，保证人则无条件承担履行债务的责任，或在接到债权人通知后一定期间内履行保证债务，表

明保证人并不享有先诉抗辩权，可以认定为连带责任保证。此外，保证合同如约定主债务人不履行到期债务保证人则直接向债权人承担责任，亦可认定为连带责任保证。^[114]

第三，保证合同如约定保证人于“主债务人不能按期履行债务时”或“主债务人不能如期履行债务时”承担保证责任的，保证方式的认定，司法实践中有三种观点：其一，主债务人不能按期履行债务，保证人即承担保证责任，符合一般保证的特征，应认定为一般保证^[115]；其二，主债务人不能按期履行债务并不表明主债务人不能以其财产清偿债务，不能认定为一般保证，属于对保证方式约定不明，推定为连带责任保证^[116]；其三，“主债务人不能按期履行债务”与“主债务人不能履行债务”含义不同。^[117]如单纯使用“不能”字样，则具有客观上主债务人确无能力偿还借款的含义，此时保证人方承担保证责任可以认定为一般保证责任。但是，该“不能”字样是与“按期”结合在一起使用，则不能将其理解为确实无力偿还借款的客观能力的约定，仅是表明只要主债务人未按期偿还借款，保证人即应向债权人承担保证责任。因此，“主债务人不能按期履行债务时”或“主债务人不能如期履行债务时”等此类表述并不含有保证人先诉抗辩权的意思，应认定为连带保证责任。^[118]

本书作者赞同第三种观点，区分一般保证和连带责任保证的关键在于保证人是否享有先诉抗辩权，即债权人是否必须先行对主债务人主张权利并经强制执行仍不能得到清偿时，方能请求保证人承担保证责任。“主债务人不能按期履行债务”或“主债务人不能如期履行债务”，“不能”系修饰“按期”“如期”等词，不能理解为主债务人须处于客观上不能履行债务的事实状态，仅表明主债务人未按期偿还即产生保证责任，故应认定为连带责任保证。

第六百八十七条

当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证。

一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，有权拒绝向债权人承担保证责任，但是有下列情形之一的除外：

- （一）债务人下落不明，且无财产可供执行；
- （二）人民法院已经受理债务人破产案件；

（三）债权人^①有证据证明债务人的财产不足以履行全部债务或者丧失履行债务能力；

（四）保证人书面表示放弃前款规定的权利。

本条主旨

本条是关于一般保证及先诉抗辩权的规定。

相关条文

《担保法》第17条 当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证。

一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，对债权人可以拒绝承担保证责任。

有下列情形之一的，保证人不得行使前款规定的权利：

（一）债务人住所变更，致使债权人要求其履行债务发生重大困难的；

（二）人民法院受理债务人破产案件，中止执行程序的；

（三）保证人以书面形式放弃前款规定的权利的。

《担保法解释》第25条 担保法第十七条第三款第（一）项规定的债权人要求债务人履行债务发生的重大困难情形，包括债务人下落不明、移居境外，且无财产可供执行。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第477条 当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证。

一般保证的保证人在就债务人的财产依法强制执行仍不能履行债务前，有权拒绝承担保证责任。

有下列情形之一的，保证人不得行使前款规定的权利：

(一) 债务人下落不明，且无财产可供执行；

(二) 人民法院受理债务人破产案件，中止执行程序；

(三) 债权人有证据证明债务人的财产不足以履行全部债务或者明显缺乏履行债务能力；

(四) 保证人明确放弃前款规定的权利。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第477条 当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证。

一般保证的保证人在就债务人的财产依法强制执行仍不能履行债务前，有权拒绝承担保证责任，但是有下列情形之一的除外：

(一) 债务人下落不明，且无财产可供执行；

(二) 人民法院受理债务人破产案件，中止执行程序；

(三) 债权人有证据证明债务人的财产不足以履行全部债务或者明显缺乏履行债务能力；

(四) 保证人明确放弃本款规定的权利。

《民法典（草案）》（2019年12月）第687条 当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证。

一般保证的保证人在就债务人的财产依法强制执行仍不能履行债务前，有权拒绝承担保证责任，但是有下列情形之一的除外：

(一) 债务人下落不明，且无财产可供执行；

(二) 人民法院受理债务人破产案件；

(三) 债权人有证据证明债务人的财产不足以履行全部债务或者丧失履行债务能力；

(四) 保证人书面放弃本款规定的权利。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第687条 当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保

证责任的，为一般保证。

一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，有权拒绝向债权人承担保证责任，但是有下列情形之一的除外：

（一）债务人下落不明，且无财产可供执行；

（二）人民法院已经受理债务人破产案件；

（三）债权人有证据证明债务人的财产不足以履行全部债务或者丧失履行债务能力；

（四）保证人书面表示放弃前款规定的权利。

理解与适用

本条是在《担保法》第17条和《担保法解释》第25条的基础上修改而成。本条主要就先诉抗辩权的限制规则作了相应完善，其中，第1项删去了原有的“债务人住所变更”这一前置性条件；第2项删除了本项中后句“中止执行程序”这一赘语；新增第3项。

一、一般保证人先诉抗辩权及其性质

先诉抗辩权，又称检索抗辩权，是指一般保证的保证人在主债权人向保证人请求履行保证责任时，保证人有权要求主债权人先就主债务人财产诉请强制执行；在主合同债权债务纠纷未经审判或仲裁，并就主债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，保证人可以对主债权人拒绝承担保证责任。

先诉抗辩权是一般保证的保证人用以对抗债权人的债务履行请求权的权利，其性质表现为以下几个方面。

第一，先诉抗辩权是保证人对抗债权人的清偿要求的防御性、阻却性权利。就保证人而言，先诉抗辩权只有在债权人行使请求权时才能行使，若债权人没有向保证人主张权利，则保证人不得主动行使先诉抗辩权，因此，先诉抗辩权旨在防御，而不在攻击；就债权人而言，先诉抗辩权行使的结果是暂时停止或者延续请求权的行使，而不是消灭请求权，由此可见，先诉抗辩权旨在阻却请求权的行使，而非消灭请求权。

第二，先诉抗辩权是保证人在债权人就债务人的财产依法强制执行仍不能履行债务前得以主张的拒绝承担保证责任的权利。其实质在于赋予保证人享有“顺序利益”或“先诉利益”，即保证人与主债务人承担责任有顺序之分，其中主债务人是第一顺序，保证人则是第二顺序。这里，值得讨论的是，在存在先诉抗辩权的情况下，债权人是否应当首先起诉主债务人，只有在主债务人不能清偿时，才可以起诉？对此有两种观点：一种观点认为，债权人只有在就主债务人起诉、强制执行仍不能完全清偿时，才可以起诉保证人，债权人单独起诉保证人的，保证人可以请求法院驳回；债权人同时起诉二者的，应当驳回其对保证人的诉讼，只有这样才能有效保护保证人的先诉利益；另一种观点认为，债权人单独起诉一般保证人时法院应当追加主债务人为共同被告，债权人单独起诉连带责任保证人时不应追加债权人为共同被告，同时起诉债务人和保证人的，法院在判决中应当言明，只有在执行主债务人财产无果的条件下，才可以执行保证人财产。

对于同时起诉主债务人和保证人的问题，《担保法解释》第125条规定：“一般保证的债权人向债务人和保证人一并提起诉讼的，人民法院可以将债务人和保证人列为共同被告参加诉讼。但是，应当在判决书中明确在对债务人财产依法强制执行后仍不能履行债务时，由保证人承担保证责任。”对于是否可以单独起诉一般保证人的问题，最高人民法院《民事诉讼法解释》第66条中规定：“保证合同约定为一般保证，债权人仅起诉保证人的，人民法院应当通知被保证人作为共同被告参加诉讼”。这一规定的理由是：从诉讼理论上说，债权人仅起诉一般保证人而不起诉债务人是债权人的权利，人民法院可以根据债权人的诉讼请求进行审判。但考虑到《担保法》规定一般保证人有先诉抗辩权，并规定保证责任有保证期间的要求，债权人仅起诉一般保证人的，人民法院只能驳回其诉讼请求。因此为避免因驳回债权人的诉讼请求而加大诉讼成本，并避免债权人对一般保证人的权利因保证期间的届满而丧失，人民法院应当有权追加主债务人为被告。这样既解决了保证期间的问题，又解决了诉讼成本的问题。笔者认为，固守传统诉讼理论，宁愿冒着债权人丧失对一般保证人的权利的危险而驳回债权人的诉讼请求，不符合司法的社会效果原则。^[119]

第三，先诉抗辩权是一般保证的保证人所享有的权利。一般保证的保证人承担当债务人不履行或不能全部履行债务时的代为履行债务的责任，也即一种补充责任。而连带责任的保证人与债务人共同承担履行债务的责任，债务人未履行到期债务，债权人既可以请求债务人履行，也可以请求保证人履行，没有先后顺序及主次的限制，保证人所承担的实际上是一种代替履行的责任。可见，当债务人尚有清偿债务的能力而债权人直接要求保证人承担保证责任时，一般保证的保证

人有权提出抗辩，而连带责任保证的保证人无权抗辩，先诉抗辩权是一种专属于一般保证的保证人所享有的对抗债权人的权利。

第四，先诉抗辩权具有独立性与专属性。双务合同的履行抗辩权的存在基础为抗辩权人有向对方请求对待给付之债权，而先诉抗辩权中，保证人并不对债权人享有请求权，因此，从其与主债权的关系言之，保证人行使先诉抗辩权，不必对债权人享有债权。从其与主债务的关系而言，保证债务具有相对独立性和补充性，因而保证人所享有的先诉抗辩权可不受主债务人的权利的限制和影响，它可以独立存在，并专属于保证人享有。

二、保证人先诉抗辩权的行使条件

根据本条的规定，保证人行使先诉抗辩权，必须把握四个条件。

第一，只有有效保证合同中的保证人才有可能行使先诉抗辩权。若保证合同因保证人主体不合格导致合同无效，或主合同无效导致保证合同无效，则保证人因不承担保证责任而无行使先诉抗辩权之可能。

第二，只有保证人承担保证责任的方式是一般保证时，保证人才有可能行使先诉抗辩权。一般保证方式由当事人在保证合同中明确约定；当事人对保证方式没有约定或者约定不明的，按照一般保证承担保证责任。

第三，保证人抗辩债权人的法定事由必须是主合同纠纷未经审判或者仲裁，或虽经审判或者仲裁，但未就债务人财产依法强制执行。

一般保证的保证人在诉讼或仲裁前，以及在诉讼或仲裁程序和强制执行程序的任何时候都可以行使先诉抗辩权。如果在诉讼或仲裁前行使，应以主债权人未就主合同纠纷向法院起诉或未向仲裁机构申请仲裁为条件；如果在诉讼或仲裁程序进行中行使，应以法院的判决或仲裁机关的裁决未生效力为条件；如果在裁决生效后行使，应以未就债务人财产申请强制执行为条件；如果在强制执行程序中行使，应以未采取强制执行措施为条件。如果主合同纠纷已经审判或者仲裁，并就主债务人的财产依法强制执行仍不能履行主债务，则保证人再不能继续行使先诉抗辩权。

这里，先诉抗辩权的适用涉及“就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务”的认定问题。这里的“不能履行债务”就是《担保法解释》第131条所界定的“不能清偿”的状态。^[120]《担保法解释》第131条

将债务人财产限于方便执行的财产，即清偿直接、变现容易、回收便捷的财产，一般指司法解释列举的存款、现金、有价证券、成品、半成品、原材料、交通工具等动产，但又不限于动产。司法解释列举的存款、现金、有价证券、成品、半成品、原材料、交通工具等动产是方便执行的不动产，如土地、建筑物。但不动产与动产相比变现困难，变现周期长，一般不属于方便执行的财产，因此对不动产是否属于方便执行的财产的判断，由人民法院根据不动产的实际状态，从执行实践出发来进行。企业的设备也是如此。债务人的对外债权一般不属于方便执行的财产。如果债务人有方便执行的财产没有被执行，就不属于“不能清偿”的状态，就不能执行一般保证人或无效担保人的财产。如果债务人方便执行的财产已经执行完毕，即便债务人还有其他难以回收或变现的财产没有被执行，仍属于“不能清偿”的状态，可以执行一般保证人或无效担保人这样一些第二顺序债务人的财产。 [121]

第四，先诉抗辩权只能是在债权人请求保证人履行保证责任时，才能由保证人行使；若债权人未向保证人作出履行债务的请求，则保证人无从行使该抗辩权。先诉抗辩权既可以通过诉讼方式行使，也可以在诉讼外行使。

三、保证人先诉抗辩权的行使效果

保证人行使先诉抗辩权将产生下列效果。

第一，先诉抗辩权在性质上属于一时抗辩权，即延期性抗辩权。先诉抗辩权的行使仅使保证人暂时拒绝履行债务，延缓保证责任的承担时间，并不能否认或消灭债权人的权利和保证人的责任。

第二，自先诉抗辩权有效行使后到就主债务人的财产强制执行而无效果前，保证人不负履行迟延履行。

第三，在前述时期，债权人不得以其对于保证人的债权而对保证人为抵销，抵销者无效。

第四，保证人行使先诉抗辩权后，债权人就主债务人的财产已申请强制执行，但未能全部满足债权时，可就剩余部分向保证人请求履行，此时即使债务人的财产已有显著改善并足以清偿剩余部分，保证人也不得再次行使先诉抗辩权。

四、保证人先诉抗辩权的限制

保证人先诉抗辩权为保护一般保证人的利益而设，但如不对其加以限制，无疑会给债权人带来不利益，因而本条第2款明文规定了保

证人不得行使先诉抗辩权的情形。

第一，债务人下落不明，且无财产可供执行。此际，债权人请求主债务人履行债务发生重大困难，令保证人放弃先诉抗辩权，代为清偿主债务甚为必要。如果债务人仍有财产可供执行，则即使债务人下落不明，保证人的先诉抗辩权也不消灭。^[122]

第二，人民法院已经受理债务人破产案件。根据我国《企业破产法》第19条的规定，人民法院受理破产申请的法律后果即为，解除有关债务人财产的保全措施，中止执行程序。由此可见，人民法院受理主债务人破产案件后，债权人已无法先就主债务人的财产依法强制执行，使保证人先诉抗辩权失去了存在的基础。此时，保证人应丧失先诉抗辩权，债权人无须等待破产程序结束，即可直接向保证人请求代为履行主债权，保证人不得对债权人主张先诉抗辩权。《担保法解释》第44条规定：“保证期间，人民法院受理债务人破产案件的，债权人既可以向人民法院申报债权，也可以向保证人主张权利。”“债权人申报债权后在破产程序中未受清偿的部分，保证人仍应当承担保证责任。债权人要求保证人承担保证责任的，应当在破产程序终结后六个月内提出。”

第三，债权人有证据证明债务人的财产不足以履行全部债务或者丧失履行债务能力。这是本法新增的一项规定，起着兜底作用。即使没有出现“债务人下落不明，且无财产可供执行”“人民法院已经受理债务人破产案件”等情形，如债权人有证据证明债务人的财产不足以履行全部债务或者丧失履行债务能力，此时再赋予保证人以先诉利益，保证担保的目的将无法达致。

第四，保证人书面表示放弃先诉抗辩权。保证人的先诉抗辩权属民事权利的一种，既属民事权利（私权），则可行使，也可抛弃。抛弃先诉抗辩权为保证人的单方行为，其生效于保证人作出抛弃先诉抗辩权的意思表示之时。保证人的先诉抗辩权因为抛弃而发生绝对消灭的效果。保证人在抛弃先诉抗辩权后，不得以任何理由再行主张先诉抗辩权。保证人抛弃先诉抗辩权可以预先抛弃，亦可事后抛弃。预先抛弃主要表现为一般保证合同中明确约定保证人不行使先诉抗辩权，如“保证人放弃先诉抗辩权”“债权人履行期限届满，保证人应立即清偿”等等；事后抛弃是指在一般保证合同成立后，保证人明示或默示地放弃先诉抗辩权。默示的放弃通常表现为保证人承担保证责任的情形。

在债务人不履行债务的情况下，如果债权人要求一般保证的保证人履行保证债务，该保证人则可以先诉抗辩权进行抗辩。先诉抗辩权

在性质上只是一种延期履行的抗辩权，而并非免责抗辩权。如果在对债务人起诉或者执行后，仍不能满足清偿全部债务，债权人仍有权要求保证人承担担保责任。但如果债务人有可供执行的财产，却因债权人怠于行使权利而错失机会的，让保证人承担保证责任则不公平。

[123]因此，《担保法解释》第24条规定：“一般保证的保证人在主债权履行期间届满后，向债权人提供了债务人可供执行财产的真实情况的，债权人放弃或者怠于行使权利致使该财产不能被执行，保证人可以请求人民法院在其提供可供执行财产的实际价值范围内免除保证责任。”但也有学者通过比较法上的考察认为，在我国法律没有明确规定保证人在行使先诉抗辩权时负有向债权人指示其能够加以追诉的主债务人的财产的义务的的情况下，为保证人提供一个减轻保证责任的机会不甚合理。[124]

其他问题

一般而言，债权人请求一般保证人承担保证责任的，不仅须证明主债务人不履行债务的事实，还须证明已就主债务的财产依法强制执行后仍不能完全受偿。《民法典》第687条第1款中，主债务人“不能履行债务”是保证人承担保证责任的重要前提，但其认定引起了广泛的争论。

传统民法认为，在特定物之债中，特定物于交付前毁损灭失，构成不能履行；在劳务之债中，债务人于履行期届满前丧失劳动能力乃至丧失行为能力，构成不能履行；在种类物之债中，所有的种类物全部毁损灭失构成不能履行，仅仅是债务人的种类物毁损灭失尚不能构成不能履行；金钱债务不存在不能履行。准此以解，在种类物之债和金钱债务中，一般保证就会名存实亡，保证人基本上不实际承担保证责任。即使主债务人在实际上确实已无财产可用于履行债务，也会因种类物之债和金钱债务不存在不能履行，使保证人的保证责任仅成为名义上的债务。如此理解，显然有违《民法典》的立法原意。因此，“不能履行”应当解释为“就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务”，包括执行结果不能清偿债务或不足清偿债务等情形。例如，拍卖主债务人的财产无人应买，或拍卖所得价款仅能清偿一部分债务或主债务人虽有财产却不知其所在等。[125]

《担保法解释》将“不能履行债务”等同于“不能清偿”，并将其界定为“对债务人的存款、现金、有价证券、成品、半成品、原材料、交通工具等可以执行的动产和其他方便执行的财产执行完毕后，债务仍未能得到清偿的状态”。

第一，“不能清偿”不等于主债务人破产。这里的“不能清偿”并不是主债务人所有财产全部执行完毕后的实际不能清偿，不是债务人资不抵债，而是方便执行的财产执行完毕后主债务没有得到清偿的实际状态，因此在执行主债务人财产时不必进行破产清算。

第二，“不能清偿”不是“未清偿”。“不能清偿”有主债务人清偿能力上的原因，是经过清偿过程后主债务仍未得到清偿的状态，而“未清偿”只是主债务未受偿的客观实际状态，与主债务人的清偿能力无关，也可能是主债务人有清偿能力而拒不偿还。

第三，“不能清偿”需要经过强制执行程序。判断“不能清偿”的程序前提是对主债务人的强制执行，主债务是否经过裁判则非所问。实践中，执行依据并非仅有法院生效裁判文书一种，债权人以依法被赋予强制执行效力的公证债权文书同样可以申请强制执行。是否“不能清偿”需要由执行法官作出判断。但由此造成的问题是，案件审理时的裁判依据是执行后确定的状况，而执行又以裁判为依据，二者互为条件。因此，在实践中，有人提出应当赋予审理法官判断主债务人是否已经达到“不能清偿”状态的权利。但这一方法仍不能从根本上解决问题，因为不经过强制执行，在审判中是无法认定不能清偿的，因此更为有效的方法仍有待于实践中的探索和研究。^[126]

第四，《担保法解释》以方便执行的财产执行完毕后的债务清偿状态作为唯一判断标准，如主债务仍未得到清偿，则为“不能清偿”。所谓方便执行的财产，是指清偿直接、变现容易、回收便捷的财产。一般来说，方便执行的财产，主要是指存款、现金、有价证券、成品、半成品、原材料、交通工具等动产，但又不仅限于这些动产，还可以包括其他动产和不动产。虽然不动产与动产相比而言变现困难，但实践中的情况不可一概而论。因此，对于列举范围外的其他动产和不动产财产，需要由人民法院根据财产的实际状态来判断是否方便执行。^[127]

第六百八十八条

当事人在保证合同中约定保证人和债务人对债务承担连带责任的，为连带责任保证。

连带责任保证的债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，债权人可以请求债务人履行债务，也可以请求保证人在其保证范围内承担保证责任。

本条主旨

本条是关于连带责任保证的规定。

相关条文

《担保法》第18条 当事人在保证合同中约定保证人与债务人对债务承担连带责任的，为连带责任保证。

连带责任保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第478条 当事人在保证合同中约定保证人和债务人对债务承担连带责任的，为连带责任保证。

连带责任保证的债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第478条 当事人在保证合同中约定保证人和债务人对债务承担连带责任的，为连带责任保证。

连带责任保证的债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任。

《民法典（草案）》（2019年12月）第688条 当事人在保证合同中约定保证人和债务人对债务承担连带责任的，为连带责任保证。

连带责任保证的债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，债权人可以请求债务人履行债务，也可以请求保证人在其保证范围内承担保证责任。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第688条 当事人在保证合同中约定保证人和债务人对债务承担连带责任的，为连带责任保证。

连带责任保证的债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情

形时，债权人可以请求债务人履行债务，也可以请求保证人在其保证范围内承担保证责任。

理解与适用

本条是在《担保法》第18条的基础上修改而成。由于本法第681条将保证债务的履行条件由“债务人不履行债务”修改为“债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形”，本条第2款增加了这一履行条件；同时，基于主合同中不一定就债务履行期作了约定，将“债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务”修改为“债务人不履行到期债务”，与本法第681条相统一。

本条第1款规定连带责任保证的定义。连带责任保证，是指当事人在保证合同中约定保证人和债务人对债务承担连带责任。结合本法第686条第2款关于保证方式的推定规则，可以得出以下结论：保证人承担连带责任保证，以当事人之间有明确约定为前提。这一立法态度与本法第518条关于“连带债权或者连带债务，由法律规定或者当事人约定”的规定相合。值得注意的是，裁判中将“连带责任保证”称为“连带保证”的，不在少数，甚至在学术文献中，这一情形也多有存在。在我国担保规则体系之中，“连带责任保证”与“一般保证”相对而称，表达了保证人承担保证责任的方式的不同；“连带保证”与“按份保证”相对而称，传达的是在共同保证中，多个保证人之间与主债务的关系。两者不宜混淆。

本条第2款规定连带责任保证的效力。虽然连带责任保证人不是本位意义上的债务人，但其对于主债务人并不享有顺序利益。只要出现主债务人不履行到期债务或者发生当事人约定情形的事实，债权人即可要求保证人承担保证责任。债权人请求连带责任保证人承担保证责任的，只需证明主债务人不履行到期债务或者发生当事人约定情形的事实即可，而不论债权人是否就主债务人的财产已强制执行，保证人均应依保证合同的约定承担保证责任。在诉讼结构上，连带责任保证的债权人可以将债务人或者保证人作为被告提起诉讼，也可以将债务人和保证人作为共同被告提起诉讼。

实践中经常混用连带责任保证与连带保证。本条规定的连带责任保证，规定的是保证人和债务人之间的关系，两者就主债务负连带责任；而本法第699条规定的连带保证，规定的是共同保证中的多个保证人之间承担连带责任的情形。在共同保证的情形下，可能会出现四种不同的责任形态的排列组合：按份共同一般保证、按份共同连带责任保证、连带共同一般保证、连带共同连带责任保证。

第六百八十九条

保证人可以要求债务人提供反担保。

本条主旨

本条是关于反担保的规定。

相关条文

《担保法》第4条 第三人为债务人向债权人提供担保时，可以要求债务人提供反担保。

反担保适用本法担保的规定。

《担保法解释》第2条 反担保人可以是债务人，也可以是债务人之外的其他人。

反担保方式可以是债务人提供的抵押或者质押，也可以是其他人提供的保证、抵押或者质押。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第479条 保证人可以要求债务人提供反担保。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第479条 保证人可以要求债务人提供反担保。

《民法典（草案）》（2019年12月）第689条 保证人可以要求债务人提供反担保。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第689条 保证人可以要求债务人提供反担保。

理解与适用

本条是在《担保法》第4条的基础上修改而成，删去了《担保法》第4条第2款的规定，并对第1款作了相应的文字修改。

一、反担保的功能和性质

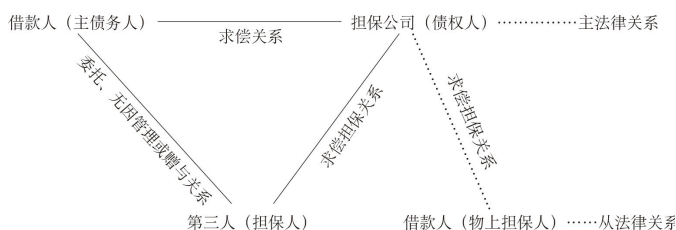
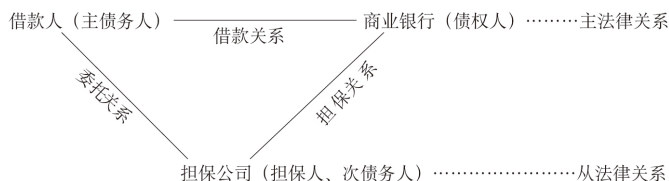
反担保，又称求偿担保，是指债务人或第三人为确保担保人承担担保责任后实现对主债务人的求偿权而设定的担保。作为一项担保措施，反担保除了具有促进资金融通和商品流通、保障债权实现，维护交易安全的作用之外，还有其独特的功能，它为解决目前觅保难问题提供了一条路径。担保的无偿性决定了担保人在未受有对待给付的情况下承担着为被担保人代为履行债务或代为赔偿的风险。这与市场经济条件下的市场主体追求利润的功利性特征不合，形成了担保人和担保权人之间经济利益上的明显的不对等，使愿意为他人作保的人越来越少。我国近几年来经济生活中觅保难问题十分突出，在一定程度上影响了商品流通和资金融通，对发展经济，繁荣市场，实现国民经济稳定、持续、快速发展十分不利。本条在《担保法》的基础上明定保证人可以要求债务人提供反担保。反担保保障了保证人追偿权的实现，无疑降低了保证人的风险。

反担保关系中，其当事人无论是主债务人（反担保人）与担保合同中的担保人（反担保权人），还是主债务人或第三人（反担保人）与担保合同中的担保人（反担保权人），相对于担保关系（原担保关系，其当事人为主合同的债权人与担保合同中的担保人）而言，不过是一般意义上的担保，反担保权仍然具有从权利、价值权、变价权的特征，也完全符合一般担保所具有之不可分性和物上代位性的性质。^[128]由此可见，反担保与担保并没有质的差异，只是在形式和用语上与担保相左。

二、反担保担保的主债权债务关系

目前担保公司求偿担保实践中的做法大多是先有求偿担保的设立（包括践行担保登记手续），然后才有借款人与商业银行之间的借款合同以及担保公司与商业银行之间的担保合同。但是，在担保登记实践中，许多登记机构要求登记申请人提供借款人与商业银行之间的借款合同、担保公司与商业银行之间的担保合同以及担保公司与借款人或第三人之间的求偿担保合同。^[129]这一操作顺序给求偿担保信贷实践造成了极大的困难，因为在求偿担保登记时借款合同和担保合同往往还没有订立或没有生效。这一做法将求偿担保等同于本担保，简单地将本担保的登记规则套用于求偿担保。因此厘清求偿担保的性质和对象，对于准确把握担保登记的内容和程序均有重要意义。

在担保公司参与的借贷交易中，当事人之间的法律关系，如图1、图2所示。



可以将交易分成两块：第一，如图1所示，借款人与商业银行之间存在借款合同关系，为了担保借款人偿还贷款，担保公司应借款人之委托向商业银行提供担保，担保公司与商业银行之间存在担保关系（为与求偿担保相区分，以下统称为本担保）。其中，借款合同关系是主法律关系，担保关系是从法律关系；借款人与商业银行之间的借款合同是主合同，担保公司与商业银行之间的本担保合同是从合同，并担保主合同的履行。

第二，如图2所示，担保公司应商业银行的请求代为偿还贷款之后，担保公司依法对借款人取得求偿权（追偿权），可向主债务人直接主张清偿利益的返还，是基于担保公司与借款人之间的基础关系——委托关系或无因管理关系。^[130]准此，求偿权产生的依据并不是担保公司与商业银行之间的本担保合同，而是借款人与担保公司之间的委托合同。^[131]为了担保求偿权的实现，借款人或者第三人向担保公司提供担保，借款人或者第三人与担保公司之间的存在担保关系（为与担保公司向商业银行提供的担保相区分，以下统称为求偿担保）。其中，基于委托合同所产生的求偿关系是主法律关系，求偿担保关系是从法律关系；担保公司与借款人之间的委托（担保）合同是主合同，借款人或者第三人与担保公司之间的求偿担保合同是从合同。

主流观点认为，求偿担保合同从属于担保人和债权人之间的本担保合同，是本担保合同的从合同。^[132]本书作者对此不敢苟同。第一，担保公司求偿权的产生并不是基于本担保合同，而是基于委托（担保）关系，已如前述。本担保合同所体现的是担保公司和商业银

行之间的法律关系，而担保公司求偿权所指向的对象是借款人，所体现的是担保公司和借款人之间的法律关系。只有基于担保公司和借款人之间的委托（担保）合同，担保公司才会就借款人和商业银行之间的借款法律关系向商业银行提供担保。担保公司在向商业银行承担了担保责任之后，也只有基于其与借款人之间的委托合同，才能向借款人请求偿还其已代偿的金额，亦即主张求偿权。由此可见，求偿担保合同并不从属于担保公司和商业银行之间的本担保合同，而是从属于借款人与担保公司之间的委托（担保）合同。第二，依现行法和信贷实践，担保合同的内容大抵包括被担保债权的种类和数额；主债务人履行债务的期限；担保的范围；担保人或担保财产等^[133]，其中并无求偿权的约定。由此进一步证成了求偿担保合同所担保的主债权并非产生于本担保合同的结论。虽然在担保公司的求偿担保实践中，借款人与担保公司之间有时没有签订委托（担保）合同，而只有担保申请书等类似文件，但基于担保公司的缔约目的以及设立性质，借款人与担保公司之间的委托关系不证自明。在借款人与担保公司之间就求偿关系作了特别约定的，应当依照其约定；没有约定的，应当适用法律的直接规定。对此，《民法典》第700条规定：“保证人承担保证责任后，除当事人另有约定外，有权在其承担保证责任的范围内向债务人追偿，享有债权人对债务人的权利，但是不得损害债权人的利益。”其文义至为明确：委托合同或担保申请书中是否有求偿权的约定，都不影响求偿关系的存在。

由此可见，求偿担保与本担保虽均属担保，但其担保对象和担保当事人并不相同。在这一前提下，对担保公司求偿担保中的相关问题即可迎刃而解。

第一，在现行登记规则之下，担保登记申请应提交主合同、担保合同等材料。就求偿担保情形，担保登记申请人所应提交的是求偿担保的主合同——委托（担保）合同、求偿担保的担保合同——求偿担保合同。由此看来，前述许多登记机构要求登记申请人提交借款合同、担保合同以及求偿担保合同，即扩大解释了现行担保规则，增加了融资担保的操作难度，在一定程度上滞阻了信贷实践的发展。无论怎么解释，借款人与商业银行之间的借款合同不是求偿担保的主合同，担保公司与商业银行之间的本担保合同也不是求偿担保的主合同。即使在担保登记规定的严格管理要求之下，也不用提交借款合同和本担保合同。实际上，登记机构要求提交主合同、担保合同等交易文件意义不大。对交易风险的控制（包括对交易文件的审查）本是交易当事人的事情，登记机构没有权利也没有能力对交易文件的效力等进行审查。根据《民法典》及最高人民法院司法解释的规定，对合同效力的判断是人民法院和仲裁机构的职责，而且只有法律和行政法规

才能作为合同效力的判断依据。我国目前的担保登记机构，除公证部门外，均属行政机关，如登记机构都对主合同、担保合同进行实质审查并判断其效力，等于实际上充当了人民法院和仲裁机构的角色。

[134]

第二，目前融资性担保实践中，有的担保登记机构不接受借款人与商业银行之间不存在借款合同关系的求偿担保登记。如商业银行只是为主债务人开具保函，或担保公司只是为主债务人提供诉讼担保，因为不存在所谓的“主合同”，担保登记机构即不予登记。在我国现行担保登记规则之下，登记申请人应当向登记机关提交主合同、担保合同等文件，其主要目的在于登记机构探知被担保债务（主法律关系）和担保债务（从法律关系）的具体情形，以完备相关形式审查义务。单方允诺本身即可为表意人设定债务，而无须当事人意思表示的合致。商业银行所出具的保函或担保公司所出具的诉讼担保书本身即为产生担保债务，无须再与对方当事人之间签订合同，由此可见，保函、诉讼担保书等本身即与担保合同具有相同的法律意义。就求偿担保登记而言，其主合同本身应是主债务人与担保公司之间的委托（担保合同），从合同应是担保公司与主债务人或第三人之间的求偿担保合同，即使按照现行担保登记规则的规定，登记申请人也无须提交商业银行与主债务人之间的借款合同、担保公司与商业银行之间的担保合同。

三、反担保人的范围

依据本条的规定，保证人可以要求债务人提供反担保。这里，提供求偿担保的仅仅只是主债务人，还是包括主债务人委托的第三人在内，不无疑问。实践中，有些担保登记机构仅接受借款人作为主债务人以其自身财产为担保公司设定求偿担保的登记，对借款人之外的第三人为担保公司提供求偿担保的，不予登记。这一情况即反映了上述现行法解释上的分歧。

首先，我们可以探讨一下求偿担保关系的性质。求偿担保关系中，其当事人无论是借款人（主债务人、求偿担保人）与担保公司（求偿担保权人），还是借款人以外的第三人（求偿担保人）与担保公司（求偿担保权人），相对于本担保关系（其当事人为商业银行与担保公司）而言，不过是一般意义上的担保，求偿担保权仍然具有从权利、价值权、变价权的特征，也完全符合担保物权所具有之不可分性和物上代位性的性质。^[135]由此可见，求偿担保与本担保并没有质的差异，只是在形式和用语上与本担保相左。正是基于这个原因，《民法典》并未将担保人局限于主债务人。准此以解，将求偿担保人限定为主债务人不妥。本条仅规定主债务人为反担保的提供者，忽视

了主债务人委托第三人向原担保人提供反担保的情形。从本条侧重保护原担保人的合法权益、换取原担保人立保的立法目的和基本思想衡量，法条文本涵盖的反担保提供者的范围过于狭窄，不足以贯彻其立法目的，构成法律漏洞。对该漏洞的弥补应采取目的性扩张解释方式，将第三人提供反担保的情形纳入本条的适用范围。^[136]

其次，从实际操作层面上看，如果将求偿担保人仅限于主债务人（借款人）：（1）排除了求偿担保中保证的适用。依债的一般担保和特殊担保的原理，借款人本身以其全部财产为责任财产向担保公司承担责任以满足其求偿权，如允许借款人充任保证人，无异于使求偿保证沦为一般担保，与求偿担保之特殊担保判然有别。因此，求偿保证的保证人必须由借款人以外的第三人充任，而不能由借款人自己充任，如果求偿担保人限于借款人，就排除了求偿担保中保证方式的适用。（2）排除了求偿担保中由第三人提供求偿抵押、质押的可能，而只能由借款人提供抵押、质押。但是，在一般情况下，如果借款人有能力提供适当的抵押、质押，他完全可以直接向商业银行提供担保，也就不会产生由担保公司担保的情形。^[137]果若如此，求偿担保制度之存在意义大值怀疑。

综上，本书作者认为，对《民法典》第689条规定的求偿担保人应作广义解释，不仅限于主债务人，还包括第三人。亦即，为保障担保公司求偿权的实现而提供的担保，可以是借款人作为主债务人所提供的求偿抵押或求偿质押，也可以是第三人所提供的求偿保证、求偿抵押或求偿质押。《担保法》和《物权法》上所规定的定金和留置两种担保方式不适用于求偿担保〔《担保法解释》第2条〕。前述担保登记机构不予登记借款人之外的第三人提供的求偿担保的做法即应纠正。此外，还有学者认为，如果允许主债务人以外的第三人充任求偿担保人，会造成担保——求偿担保——再求偿担保无休止地进行，徒增了担保关系的复杂程度，而且最终还由主债务人承担相应责任。这种担心不无道理，但担保制度之设本是为了强化债的效力，当担保公司理性地判断自身债权（求偿权）的实现存在风险的时候，自不应否定其利用求偿担保强化其求偿权的效力、控制其交易风险的可能。完全排除第三人作为求偿担保人，不但有悖于担保理论和立法精神，而且在实践中难以行得通。

其他问题

求偿保证在性质上与保证并无二致，自有保证期间的适用，保证期间届满，担保人未主张权利的，求偿保证人产生免责抗辩权，即不再承担求偿保证责任。但是，在求偿保证期间的起算上，司法实践中

存在争议。

第一种观点认为，求偿保证的保证期间应从担保人实际承担保证责任之日起计算。“反担保是为了保障保证人承担担保责任后实现债务人追偿权而设定的担保，反担保责任的履行应以保证人已履行担保责任为前提。主合同的保证期间与反担保人的保证期间二者适用的起算规则不同，反担保人的保证期间应当从担保人实际履行了担保责任之日起计算。”^[138]“反担保人承担反担保责任应以担保人已承担保证责任为前提，担保人承担担保责任之时，就是反担保人担保期间的起算日。”^[139]

第二种观点认为，求偿保证的保证期间应从主债务履行期限届满之日起算。其主要理由在于，反担保适用担保的规定。根据现行法的规定，保证期间自主债务履行期届满之日起算。^[140]

第三种观点认为，求偿保证的保证期间应自担保人要求债务人清偿代偿款义务之日起算。反担保系基于担保人为实现其追偿权而设立，当事人如在反担保合同中未约定在担保人代为清偿后债务人应当向担保人偿还债务的期限，反担保的保证期间应自担保人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起计算。^[141]

本书作者认为，求偿保证作为反担保的一种方式，以确保本担保人求偿权的实现为目的，而求偿权产生的依据并不是本担保人与债权人之间的本担保合同，而是主债务人与本担保人之间的委托合同。为了担保求偿权的实现，第三人向本担保人提供保证（求偿保证）。其中，基于委托合同所产生的求偿关系是主债权债务关系，求偿保证关系是从债权债务关系；本担保人与主债务人之间的委托（担保）合同是主合同，第三人与本担保人之间的求偿保证合同是从合同。依从属关系的基本法理，求偿保证所担保的主债务并非本担保所担保的主债务，上述第二种观点自不足采。当事人如就求偿保证期间另有约定的，从其约定；没有约定的，求偿保证期间为自主债务人清偿本担保人代偿债务的履行期限届满之日起6个月。如果本担保人与主债务人之间就清偿本担保人代偿债务的履行期限未作约定或约定不明，即应适用《民法典》第692条第3款的规定确定求偿保证期间的起算。依据《民法典》第692条第3款的规定，“债权人与债务人对主债务履行期限没有约定或者约定不明确的，保证期间自债权人请求债务人履行债务的宽限期届满之日起计算”。由此可见，本担保人应设定合理的宽限期使得代偿债务的履行期限得以确定，从而使得求偿保证期间的起算点得以确定。

第六百九十条

保证人与债权人可以协商订立最高额保证的合同，约定在最高债权额限度内就一定期间连续发生的债权提供保证。

最高额保证除适用本章规定外，参照适用本法第二编最高额抵押权的有关规定。

本条主旨

本条是关于最高额保证的规定。

相关条文

《担保法》第14条 保证人与债权人可以就单个主合同分别订立保证合同，也可以协议在最高债权额限度内就一定期间连续发生的借款合同或者某项商品交易合同订立一个保证合同。

《担保法解释》第23条 最高额保证合同的不特定债权确定后，保证人应当对在最高债权额限度内就一定期间连续发生的债权余额承担保证责任。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第493条 保证人与债权人可以协商设立最高额保证。

最高额保证除适用本章规定以外，参照适用物权编关于最高额抵押权的规定。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第479条之一 保证人与债权人可以协商订立最高额保证合同，约定在最高债权额限度内就一定期间连续发生的债权提供保证。

最高额保证合同除适用本章规定外，参照适用物权编最高额抵押权的有关规定。

《民法典（草案）》（2019年12月）第690条 保证人与债权人可以协商订立最高额保证合同，约定在最高债权额限度内就一定期间连续发生的债权提供保证。

最高额保证合同除适用本章规定外，参照适用物权编最高额抵押

权的有关规定。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第690条保证人与债权人可以协商订立最高额保证的合同，约定在最高债权额限度内就一定期间连续发生的债权提供保证。

最高额保证除适用本章规定外，参照适用本法第二编最高额抵押权的有关规定。

理解与适用

本条是在《担保法》第14条的基础上修改而成。第1款对《担保法》第14条作了文字上的修改，第2款明确了准用规则。

一、最高额保证及其适用范围

最高额保证，是指保证人与债权人约定，就债权人与主债务人之间在一定期间内连续发生的债权，预定最高限额，由保证人承担保证责任的合同。保证债务为从债务，须以主债务的存在为其前提。因此，主债务应于保证成立前发生，但并不以现实发生为必要，只要已有发生基础且将来可能发生即为已足^[142]；将来债务的数额也无须具体确定，只要明定最高限额即可。只是最高额保证所从属者，并非一个确定的主债务，而是债权人与主债务人之间在一定期间内连续发生的债务，且该连续发生的债务还受约定的最高额的限制。

最高额保证所担保的债权是基于一定的基础关系而发生的。在一定期间内，发生在债权人和债务人之间的债权可能很多，但只有依约定的主合同关系发生的债权，才能纳入保证范围。^[143]《担保法》第14条规定：“保证人与债权人可以就单个主合同分别订立保证合同，也可以协议在最高债权额限度内就一定期间连续发生的借款合同或者某项商品交易合同订立一个保证合同。”这里，《担保法》将最高额保证的适用范围限定为“连续发生的借款合同或者某项商品交易合同”。这一范围未免过于狭窄，无法涵盖现实生活中的情况，如连续发生的工资、住院费等就不能适用最高额保证。为充分发挥最高额保证节约交易成本的作用，《民法典》于本条明定最高额保证适用于“连续发生的债权”。所谓“连续发生的债权”，是指一定期间内，陆续不断或随时增减变动的债权。参照本法第420条的规定，最高额保证合同成立之前已经存在的债权，经当事人同意，可以转入最高额保证担保的债权范围。

最高额保证所担保的债权是一定期间内连续发生的债权，即债权是在最高额保证合同所担保的主合同约定的一定期间内连续发生的。该期间又称债权发生期，该期间届满之日又称决算期。

二、最高额保证的确定

本条第2款规定：“最高额保证除适用本章规定外，参照适用本法第二编最高额抵押权的有关规定。”如此，《民法典》物权编最高额抵押权一节中，第421条关于最高额抵押担保的债权确定前部分债权转让的效力、第422条关于最高额抵押担保的债权确定前主债权的变更、第423条关于最高额抵押担保的债权确定事由的规定，对于最高额保证均可准用。

最高额保证是保证人对债务人在将来一定期间内连续发生的不特定债权，在其所承诺的额度范围内提供保证，保证人仅对其所承诺的未来一定期间范围内发生的债权承担保证责任。这个“一定期间”就是被保证债权的发生期间，其截止日即为最高额保证的决算期。《民法典》第423条称之为“债权确定期间”。

在保证合同约定的“债权确定期间”内发生的债权，才可能进入保证的范围。债权人与保证人可以在保证合同中约定“债权确定期间”，如没有约定债权确定期间或者约定不明确，债权人或者保证人自最高额保证合同生效之日起满2年后请求确定债权。这一准用规则改变了《担保法》上的相关交易规则。《担保法》第27条规定：“保证人依照本法第十四条规定就连续发生的债权作保证，未约定保证期间的，保证人可以随时书面通知债权人终止保证合同，但保证人对于通知到债权人前所发生的债权，承担保证责任。”这里的“保证期间”实际上指的是“债权确定期间”。最高额保证人承担保证责任的期间并非该条所定之“保证期间”。当事人在保证合同中明确约定了最高额保证的“债权确定期间”，该期间的终点，即为最高额保证的决算期。在最高额保证的“债权确定期间”内，债权人与保证人协议终止保证合同，保证合同终止之日为最高额保证的决算期。在当事人对最高额保证“债权确定期间”没有约定或者约定不明确的情况下，保证人的书面通知到达债权人之日，即为最高额保证的决算期。^[144]《民法典》删去了《担保法》第27条，借由本条第2款，第423条第2项关于“没有约定债权确定期间或者约定不明确，抵押权人或者抵押人自最高额抵押权设立之日起满二年后请求确定债权”的规定自有准用余地。

其他问题

一、最高额保证中“最高债权额限度”的认定

最高额保证中的“最高债权额限度”是指债权累计发生额，还是债权余额？最高额保证人是按债权的累计发生额承担担保责任，还是按债权余额承担担保责任？这些一直是争议比较大的问题。有学者认为，最高债权额以预定的最高债权额度内累计发生的债权总额为限，即使最后决算时发生的债权余额未超过预定最高债权额，保证人也不承担保证责任。本书作者对此不敢苟同。债权发生期内所发生的债权，如已获清偿，该债权消灭，保证人的保证责任免除。因此，最高额保证中，当事人约定的“最高债权额限度”，是指最高额保证中的债权发生期间终止时，通过决算所确定债权人实际享有的债权余额的最高限额，当债权余额未超过最高限额时，保证人按实际发生的债权余额承担保证责任；当债权余额已超过最高限额时，保证人按最高限额承担保证责任。“若将最高限额理解为在规定期间内累计发生的债权额，则等于让债务人不能在规定期间内清偿债务，在规定期间内不论债务人是否清偿债务，债权人只能与债务人发生最高限额内的债权债务。”^[145]《担保法解释》第23条规定：“最高额保证合同的不特定债权确定后，保证人应当对在最高债权额限度内就一定期间连续发生的债权余额承担保证责任。”

最高债权额限度是仅指主债权，还是包括主债权、从债权？我们认为应包括主债权和从债权在内。因为当事人已经约定了担保债权的最高限额，可视为保证合同对担保范围另有约定，该约定应可以排除法定担保范围的适用。但如果保证人明确表示，约定的最高额为主债权的最高限额，主债权之利息、违约金、损害赔偿金及实现债权的费用等从债权未包括在内，应依当事人的约定。

二、最高额保证的保证期间

最高额保证与普通保证在保证期间问题上并无实质区别，即最高额保证合同对保证期间有约定的，从其约定；当事人没有约定保证期间的，适用法定的保证期间。《担保法解释》第37条规定：“最高额保证合同对保证期间没有约定或者约定不明的，如最高额保证合同约定有保证人清偿债务期限的，保证期间为清偿期限届满之日起六个月。没有约定债务清偿期限的，保证期间自最高额保证终止之日或自债权人收到保证人终止保证合同的书面通知到达之日起六个月。”对该条前句的理解自无疑义，实践中存在争议的是如何理解第37条后句的适用条件。

一种观点认为，最高额保证合同没有约定保证期间且没有约定债务清偿期限的，保证期间为“自最高额保证终止之日或自债权人收到

保证人终止保证合同的书面通知到达之日起六个月”^[146]。另一种观点认为，只有在最高额保证合同没有约定保证期间，主合同亦没有约定债务履行期限的情况下，第37条第2款才应适用。同时，若存在当事人对保证期间约定不明的情形，则应适用《担保法解释》第32条第2款的规定，即：“保证合同约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容的，视为约定不明，保证期间为主债务履行期届满之日起二年。”^[147]

本书作者认为，从文义解释的角度出发，《担保法解释》第37条第2款中“没有约定债务清偿期限的”应受第1款限制，即最高额保证合同中没有约定保证期间且没有约定债务清偿期限的，保证期间自最高额保证终止之日或自债权人收到保证人终止保证合同的书面通知到达之日起6个月。

对于债务履行期限超过决算期的主债权，保证期间如何起算一直存在争议。发生于决算日之前的主债务，其履行期既可以短于或等于决算日，又可能超过决算日，对于前者，在无特别约定的情况下，从决算日起算保证期间当无疑义；但对于后者，若保证期间从决算日开始计算，则会出现先于主债务履行期届满之日即计算保证责任期间的情形，明显违背了保证的一般规则和基本原理。无论是一般保证还是连带保证，保证人与债权人未约定保证期间的，保证期间皆为主债务履行期届满之日起6个月。如果主债务履行期尚未届满，而保证人的保证期间开始起算，显然会使特定情况下保证人的保证责任落空，对债权人不公平，也不符合立法原意。因此，不能机械适用《担保法解释》第37条的规定。在主债务履行期超出决算日的情况下，应参照适用《担保法解释》第32条“保证合同约定的保证期间早于或者等于主债务履行期限的，视为没有约定，保证期间为主债务履行期届满之日起六个月”的规定，而在主债务履行期没有约定的情况下，则应适用《担保法解释》第33条“主合同对主债务履行期限没有约定或者约定不明的，保证期间自债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起计算”的规定。^[148]

注释：

[1]我国《民法典》上径称保证债务人为“保证人”，主债权债务关系的债务人为“债务人”。为厘清保证所及的各类法律关系，并避免误解，本书将后者称为“主债务人”。

[2]参见邱聪智：《新订债法各论》（下），姚志明校订，北京，中国人民大学出版社2006年版，第343页。

[3]参见刘春堂：《民法债编各论》（下），台北，三民书局2012年版，第

331-332页。

[4]参见邱聪智：《新订债法各论》（下），姚志明校订，北京，中国人民大学出版社2006年版，第344页。

[5]黄阳寿：《两岸民事保证之比较研究》，中国政法大学1999年民商法学博士学位论文，第18页。

[6]《担保法解释》第13条规定：“保证合同中约定保证人代为履行非金钱债务的，如果保证人不能实际代为履行，对债权人因此造成的损失，保证人应当承担赔偿责任。”即传达了这一意义。

[7]王恒：《保证期间的本体论批判》，载《河北法学》2011年第10期。

[8]崔建远主编：《合同法》，北京，法律出版社2007年版，第177、182、183页。

[9]邱聪智：《新订债法各论》（下），姚志明校订，北京，中国人民大学出版社2006年版，第344页；刘春堂：《民法债编各论》（下），台北，三民书局2012年版，第333页。

[10]参见叶金强：《担保法原理》，北京，科学出版社2002年版，第33页。

[11]参见王利明：《物权法研究（下卷）》（第四版），北京，中国人民大学出版社2018年版，第327页。

[12]参见李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵：《最高人民法院〈关于适用中华人民共和国担保法若干问题的解释〉理解与适用》，长春，吉林人民出版社2000年版，第48页；孔祥俊：《担保法及其司法解释理解与适用》，北京，法律出版社2001年版，第8页。

[13]参见王利明：《物权法研究（下卷）》（第四版），北京，中国人民大学出版社2018年版，第328-329页。

[14]参见邱聪智：《新订债法各论》（下），姚志明校订，北京，中国人民大学出版社2006年版，第346页；曹士兵：《中国担保制度与担保方法》（第四版），北京，中国法制出版社2017年版，第22页。

[15]参见谢在全：《担保物权制度的成长与蜕变》，载《法学家》2019年第1期，第41页。

[16]参见朱伯松：《论不同抵押权之效力》，载《月旦法学杂志》2005年第9期，第180-181页；林诚二：《论债务担保制度的从属性》，载陈荣隆教授六秩华诞祝寿论文集编辑委员会：《物权法之新思与新为——陈荣隆教授六秩华诞祝寿论文集》，台

北, 瑞兴图书股份有限公司2016年版, 第54-55页。

[17]参见邱聪智:《新订债法各论》(下), 姚志明校订, 北京, 中国人民大学出版社2006年版, 第347-348页。

[18]持此观点者参见以下著述: 邹海林、常敏:《债权担保的方式和应用》, 北京, 法律出版社1998年版, 第52-53页; 郭明瑞、杨立新:《担保法新论》, 长春, 吉林人民出版社1996年版, 第44页; 陈本寒主编:《担保法通论》, 武汉, 武汉大学出版社1998年版, 第73页。

[19]参见李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵:《最高人民法院〈关于适用中华人民共和国民事诉讼法担保法若干问题的解释〉理解与适用》, 长春, 吉林人民出版社2000年版, 第152页。

[20]参见史尚宽:《债法各论》, 北京, 中国政法大学出版社2000年版, 第947页; 林诚二:《民法债编各论》(下), 北京, 中国人民大学出版社2007年版, 第296页; 潘俊、张娇东:《人事保证合同之效力研究》, 载《法律适用》2014年第12期。

[21]参见朱凡:《论我国人事保证制度之构建》, 载《法律适用》2004年第3期。

[22]广东省高级人民法院(2014)粤高法民申字第1017号民事裁定书。

[23]上海市虹口区人民法院(2011)虹民一(民)初字第5063号民事判决书。

[24]参见“乌鲁木齐新恺乐商贸有限公司与李斌欠款纠纷上诉案”, 新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院(2010)乌中民一终字第191号民事判决书。

[25]《劳动合同法》第84条第2款规定:“用人单位违反本法规定, 以担保或者其他名义向劳动者收取财物的, 由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人, 并以每人五百元以上二千元以下的标准处以罚款; 给劳动者造成损害的, 应当承担赔偿责任。”

[26]“吉林省金田人力资源有限公司与林德旭劳务合同纠纷再审案”, 吉林省高级人民法院(2017)吉民再258号民事判决书。

[27]参见“彭水县浩博贸易有限公司与李卫华、宋海波不当得利纠纷案”, 重庆市彭水苗族土家族自治县人民法院(2015)彭法民初字第00381号民事判决书。

[28]参见潘俊、张娇东:《人事保证合同之效力研究》, 载《法律适用》2014年第12期。

[29]“广州统一企业有限公司与崔展鸣财产损害赔偿纠纷上诉案”, 广东省佛山市中级人民法院(2004)佛中法民一终字第854号民事判决书。

[30]参见段晓红:《论人事保证的制度功能及我国的立法选择——兼评〈劳动合同法〉第九条》, 载《华中农业大学学报(社会科学版)》2008年第5期。

[31]参见潘俊、张娇东：《人事保证合同之效力研究》，载《法律适用》2014年第12期。

[32]参见史尚宽：《债法各论》，北京，中国政法大学出版社2000年版，第878页。

[33]杜怡静：《保证》，载黄立：《民法债编各论》，北京，中国政法大学出版社2003年版，第861页。

[34]参见史尚宽：《债法各论》，北京，中国政法大学出版社2000年版，第878页；刘春堂：《民法债编各论》（下），台北，三民书局2012年版，第345-346页；郭明瑞：《担保法》，北京，法律出版社2010年版，第27-28页；邹海林、常敏：《债权担保的理论与实务》，北京，社会科学文献出版社2005年版，第30页；刘保玉、吕文江主编：《债权担保制度研究》，北京，中国民主法制出版社2000年版，第84-85页；程啸：《保证合同研究》，北京，法律出版社2006年版，第212页。

[35]参见黄茂荣：《债法各论》（第一册增订版），台北，作者2006年自版，第746页；程啸：《保证合同研究》，北京，法律出版社2006年版，第22页。

[36]参见邱聪智：《新订债法各论》（下），姚志明校订，北京，中国人民大学出版社2006年版，第517页。

[37]参见谢在全：《担保物权制度的成长与蜕变》，载《法学家》2019年第1期，第41页。

[38]参见朱伯松：《论不同抵押权之效力》，载《月旦法学杂志》2005年第9期，第180-181页；林诚二：《论债务担保制度的从属性》，载陈荣隆教授六秩华诞祝寿论文集编辑委员会：《物权法之新思与新为——陈荣隆教授六秩华诞祝寿论文集》，台北，瑞兴图书股份有限公司2016年版，第54-55页。

[39]参见邱聪智：《新订债法各论》（下），姚志明校订，北京，中国人民大学出版社2006年版，第518页。

[40]参见王利明、崔建远：《合同法总论·总则》，北京，中国政法大学出版社1996年版，第515页；邹海林、常敏：《债权担保的方式与应用》，北京，法律出版社1998年版，第63页；郭明瑞：《担保法》，北京，中国政法大学出版社1998年版，第34页；孙礼海主编：《中华人民共和国担保法释义》，北京，法律出版社1995年版，第29页。

[41]参见孔祥俊主编：《担保法例解与适用》，北京，人民法院出版社1998年版，第157-158页。

[42]参见程啸：《保证合同研究》，北京，法律出版社2006年版，第223页。

[43]通说以为,《物权法》第172条第1款来源于《担保法》第5条第1款。参见全国人大常委会法制工作委员会民法室:《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》,北京,北京大学出版社2007年版,第303页;最高人民法院物权法研究小组:《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》,北京,人民法院出版社2007年版,第506页。

[44]“主合同无效,其约定的权利义务等于不存在,担保合同自然归于无效。但是有些担保合同,特别是在涉外经济贸易中的担保合同,经双方当事人约定担保合同独立于主合同的、不可撤销的担保合同,如凭要求即付担保。这已成为国际贸易中的惯例。这种独立的担保合同,在主合同无效后,仍应当对债务人承担无效后的法律责任担保。为了适应实际需要,本条规定,担保合同另有约定的,按照约定。”全国人大常委会法制工作委员会民法室(孙礼海主编):《中华人民共和国担保法释义》,北京,法律出版社1995年版,第6页。

[45]肖峒、皇甫景山认为,《担保法》第5条第1款仅允许担保合同效力从属性上的例外约定,并未承认“见索即付”的担保方式。在国际经济贸易中,根据需要和有关规定,这种方式可以继续使用。但在国内贸易方面,则不采用这种方式。因为我国正在向市场经济过渡,债权债务关系的运转缺乏秩序,如果对合同一方当事人的是否履约不进行严格的检查和监督,“见索即付”,不会有助于经济活动的安全。“在市场经济相当发达的国家,立法上尚未最终确认这种担保方式,那么,我国在立法上似乎也无需过于急迫了。”肖峒、皇甫景山:《中华人民共和国担保法讲话》,北京,中国社会科学出版社1995年版,第49页。

[46]高圣平:《独立保证的典型化与类型化》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2016年第1期。

[47]高圣平:《独立保证的典型化与类型化》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2016年第1期。

[48]奚晓明:《充分发挥民商事审判职能作用,为构建社会主义和谐社会提供司法保障——在全国民商事审判工作会议上的讲话(2007年5月30日)》,载最高人民法院民事审判第二庭编(奚晓明主编):《民商事审判指导》,2007年第1辑(总第11辑),北京,人民法院出版社2007年版,第57页。

[49]王闯:《冲突与创新——以物权法与担保法及其解释的比较为中心而展开》,载最高人民法院民事审判第二庭:《民商事审判指导》(总第12辑),北京,人民法院出版社2008年版,第71页。

[50]李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵:《最高人民法院〈关于适用中华人民共和国担保法若干问题的解释〉理解与适用》,长春,吉林人民出版社2000年版,第29-30页。

[51]参见王闯:《冲突与创新——以物权法与担保法及其解释的比较为中心而展

开》，载最高人民法院民事审判第二庭：《民商事审判指导》（总第12辑），北京，人民法院出版社2008年版，第71页。

[52]这里的“连带保证责任”，应为“连带责任保证责任”。就保证方式，我国实定法上规定为“一般保证”和“连带责任保证”。“连带保证责任”在实定法上与“按份保证责任”相并而称，是就共同保证中保证人之间关系的分类。

[53]参见全国人大常委会法制工作委员会民法室：《〈中华人民共和国物权法〉条文说明、立法理由及相关规定》（第二版），北京，北京大学出版社2017年版，第346页。

[54]参见黄薇（全国人大常委会法制工作委员会民法室主任）主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第734页。

[55]参见程啸：《保证合同研究》，北京，法律出版社2006年版，第213页。

[56]参见李明发：《无效保证合同的民事责任研究》，载第二届“罗马法·中国法及民法法典化”国际研讨会论文集，北京，中国政法大学出版社1999年版，第349页。

[57]参见崔建远：《我国担保法的解释与适用初探》，载《吉林大学社会科学学报》1996年第2期。

[58]参见李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵：《最高人民法院〈关于适用中华人民共和国担保法若干问题的解释〉理解与适用》，长春，吉林人民出版社2000年版，第73页。

[59]参见李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵：《最高人民法院〈关于适用中华人民共和国担保法若干问题的解释〉理解与适用》，长春，吉林人民出版社2000年版，第73页。

[60]参见曹士兵：《中国担保制度与担保方法》（第四版），北京，中国法制出版社2017年版，第99-100页。

[61]曹士兵：《中国担保制度与担保方法》（第四版），北京，中国法制出版社2017年版，第98页。

[62]参见陈立虎：《独立担保国际惯例的新规则：URDG758》，载《法治研究》2014年第1期。

[63]参见李燕：《独立保函单据化的逻辑解释与我国立法之选择》，载《政法论坛》2013年第4期。

[64]有关国际公约的详细介绍参见笄恺：《国际贸易中银行担保法律问题研究》，北京，法律出版社2000年版，第235页；郭德香：《国际银行独立担保法律问题

研究》，北京，法律出版社2013年版，第82页。

[65]参见高圣平：《民法典担保物权法编纂：问题与展望》，载《清华法学》2018年第2期，第88页；刘斌：《论民法典分则中人的担保之体系重构》，载《当代法学》2018年第5期，第33页；徐同远：《民法典合同编草案中保证制度的完善》，载《北京航空航天大学学报（社会科学版）》2019年第2期，第10-12页。

[66]张勇健、沈红雨：《〈关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定〉的理解和适用》，载《人民司法·应用》2017年第1期，第25页。

[67]张勇健、沈红雨：《〈关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定〉的理解和适用》，载《人民司法·应用》2017年第1期，第25页。

[68]参见2016年11月22日最高人民法院民事审判第四庭张勇健庭长在最高人民法院举办的独立保函司法解释新闻发布会上的情况介绍。

[69]张勇健、沈红雨：《〈关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定〉的理解和适用》，载《人民司法·应用》2017年第1期，第25页。

[70]《独立保函规定》第3条第3款。

[71]参见《金融许可证管理办法》第3条第2款。

[72]《独立保函规定》第1条规定：“本规定所称的独立保函，是指银行或非银行金融机构作为开立人，以书面形式向受益人出具的，同意在受益人请求付款并提交符合保函要求的单据时，向其支付特定款项或在保函最高金额内付款的承诺。”“前款所称的单据，是指独立保函载明的受益人应提交的付款请求书、违约声明、第三方签发的文件、法院判决、仲裁裁决、汇票、发票等表明发生付款到期事件的书面文件。”“独立保函可以依保函申请人的申请而开立，也可以依另一金融机构的指示而开立。开立人依指示开立独立保函的，可以要求指示人向其开立用以保障追偿权的独立保函。”

[73]《独立保函规定》第3条规定：“保函具有下列情形之一，当事人主张保函性质为独立保函的，人民法院应予支持，但保函未载明据以付款的单据和最高金额的除外：（一）保函载明见索即付；（二）保函载明适用国际商会《见索即付保函统一规则》等独立保函交易示范规则；（三）根据保函文本内容，开立人的付款义务独立于基础交易关系及保函申请法律关系，其仅承担相符交单的付款责任。当事人以独立保函记载了对应的基础交易为由，主张该保函性质为一般保证或连带保证的，人民法院不予支持。当事人主张独立保函适用担保法关于一般保证或连带保证规定的，人民法院不予支持。”

[74]如最高人民法院（2017）民终647号民事判决书。

[75]如浙江省杭州市中级人民法院（2011）浙杭商外初字第16号民事判决书。

[76]如湖北省武汉海事法院（2014）武海法商字第00823号民事判决书。

[77]参见李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵：《最高人民法院〈关于适用中华人民共和国担保法若干问题的解释〉理解与适用》，长春，吉林人民出版社2000年版，第152页。

[78]裁判实践中也有观点认为，“借新还旧”在本质上是对“旧贷”的一种特殊形式的展期，即延长了旧贷款的还款期限，原债权债务关系继续存续。参见“中国长城资产管理公司北京办事处与上海中油天宝钢管有限公司、上海中油天宝巴圣钢管有限公司等金融借款合同纠纷案”，上海市高级人民法院（2016）沪民初7号民事判决书。这一观点属于少数说。

[79]李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵：《最高人民法院〈关于适用中华人民共和国担保法若干问题的解释〉理解与适用》，长春，吉林人民出版社2000年版，第166页。

[80]虽然机关法人也进行一些民事活动，但仍以必要和可能为前提。

[81]参见洪逊欣：《中国民法总则》，台北，三民书局1992年版，第131页。

[82]石宏主编：《中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及相关规定》，北京，北京大学出版社2017年版，第247页。

[83]《民办学校分类登记实施细则》第7条规定：“正式批准设立的非营利性民办学校，符合《民办非企业单位登记管理暂行条例》等民办非企业单位登记管理有关规定的到民政部门登记为民办非企业单位，符合《事业单位登记管理暂行条例》等事业单位登记管理有关规定的到事业单位登记管理机关登记为事业单位。”第9条规定：“正式批准设立的营利性民办学校，依据法律法规规定的管辖权限到工商行政管理部门办理登记。”

[84]《国家工商行政管理总局、教育部关于营利性民办学校名称登记管理有关工作的通知》（工商企注字〔2017〕156号）第1条规定：“民办学校应当按照《中华人民共和国公司法》《中华人民共和国民办教育促进法》有关规定，登记为有限责任公司或者股份有限公司，其名称应当符合公司登记管理和教育相关法律法规的规定。”

[85]参见杨翱宇：《民办学校的商事主体地位判定》，载《河北法学》2018年第7期。

[86]参见“田牧凡与付海涌、何云霞等民间借贷纠纷上诉案”，山东省高级人民法院（2016）鲁民终2096号民事判决书；“重庆市聚英技工学校与何旭刘璐等金融借款合同纠纷上诉案”，重庆市第五中级人民法院（2016）渝05民终5168号民事判决书。

[87]参见“湖北文理学院理工学院与刘平民间借贷纠纷再审案”，湖北省高级人民法院（2017）鄂民申1620号民事裁定书；“厦门东海职业技术学院、林志专民间借贷纠

纷上诉案”，福建省泉州市中级人民法院（2017）闽05民终1822号民事判决书。

[88]参见“马鞍山中加双语学校与新时代信托股份有限公司等金融借款合同纠纷上诉案”，最高人民法院（2017）民终297号民事判决书。

[89]参见杨翱宇：《民办学校的商事主体地位判定》，载《河北法学》2018年第7期。

[90]《关于城镇医疗机构分类管理的实施意见》（卫医发〔2000〕233号）。

[91]参见“青海湘亚医院与金梦章、青海兴华医院建设工程施工合同纠纷案”，青海省高级人民法院（2019）青民终55号民事判决书。

[92]江苏省高级人民法院（2017）苏民申3209号民事裁定书。

[93]参见邹海林、常敏：《债权担保的方式和应用》，北京，法律出版社1998年版，第55页。

[94]参见尹田：《物权法》（第二版），北京，北京大学出版社2017年版，第494页。为避免混淆，本书以下以“原本债权”指称第二种意义上的“主债权”。

[95]参见邱聪智：《新订债法各论》（下），姚志明校订，北京，中国人民大学出版社2006年版，第349页。

[96]参见叶金强：《担保法原理》，北京，科学出版社2002年版，第36页。

[97]参见“韩军与锦州市鑫泽锰业有限公司、李刚、孙明辉民间借贷纠纷再审案”，最高人民法院（2017）民再120号民事判决书。

[98]参见“中国银行（香港）有限公司与广州市保科力贸易公司、广州市对外贸易经济合作局保证合同纠纷再审案”，最高人民法院（2011）民申字第1412号民事裁定书。相同处理的还可参见“交通银行香港分行诉佛山市人民政府担保纠纷上诉案”，最高人民法院（2004）民四终字第5号民事判决书；“中国银行（香港）有限公司诉辽宁省人民政府、葫芦岛锌厂保证合同纠纷案”，最高人民法院（2014）民四终字第37号民事判决书。

[99]参见“马天贺与新乡县建设投资有限责任公司、河南省龙泉集团实业有限公司等民间借贷纠纷再审案”，最高人民法院（2015）民申字第1225号民事裁定书；“宁夏贺兰县德晟小额贷款有限公司与岳怡、宁夏怡天汽车销售服务有限公司等借款合同纠纷再审案”，最高人民法院（2017）民申744号民事裁定书。

[100]参见“中国建设银行乌鲁木齐河南路支行与新疆昆仑工程建设总公司等借款担保合同纠纷上诉案”，最高人民法院（1999）经终字第190号民事判决书；“施苏程与方晗民间借贷纠纷再审案”，最高人民法院（2017）民申3858号民事裁定书；“宜昌市

九鼎投资担保有限公司与湖北东圣化工集团东达矿业有限公司、陈宗新追偿权纠纷再审案”，最高人民法院（2017）民申2370号民事裁定书。

[101]参见黄薇（全国人大常委会法制工作委员会民法室主任）主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第749页。

[102]参见“兰州农村商业银行股份有限公司文化宫支行与甘肃瑞鑫商业管理有限公司、江福明等金融借款合同纠纷上诉案”，最高人民法院（2018）民终1183号民事判决书。

[103]参见“重庆朝天门国际商贸城股份有限公司与重庆商投石化有限公司等企业借贷纠纷上诉案”，最高人民法院（2018）民终816号民事判决书。

[104]参见“南京加豪新型建筑材料有限公司与上海亨维粉体技术有限公司、蔡滨买卖合同纠纷再审案”，最高人民法院（2013）民申字第2116号民事裁定书。

[105]参见“吴金铸与姚淑斌、张家口市秀林房地产开发有限公司债权转让合同纠纷再审案”，最高人民法院（2014）民申字第994号民事裁定书；“中国建设银行股份有限公司舟山市城关支行与镇江新兴船舶制造有限公司等船舶抵押合同纠纷再审案”，最高人民法院（2017）民申3547号民事裁定书。

[106]最高人民法院（2016）民终字第780号民事判决书。

[107]参见“白丽与江苏金烁置业有限公司、汪陆军等民间借贷纠纷上诉案”，江苏省高级人民法院（2014）苏民终字第00362号民事判决书。相同处理的可参见“朱文博与泰州市荣星房地产开发有限公司民间借贷纠纷上诉案”，江苏省高级人民法院（2011）苏民终字第0255号民事判决书；“王霞与袁卫国、曹立新民间借贷纠纷上诉案”，黑龙江省高级人民法院（2015）黑高商终字第118号民事判决书。

[108]参见董开军主编：《〈中华人民共和国担保法〉原理与条文释义》，北京，中国计划出版社1995年版，第69页。

[109]参见张良：《民法典编纂背景下我国〈合同法〉分则之完善——以民事合同与商事合同的区分为视角》，载《法学杂志》2016年第9期；谢鸿飞：《民法典担保规则的再体系化——以〈民法典各分编（草案）二审稿〉为分析对象》，载《社会科学研究》2019年第6期。

[110]黄薇（全国人大常委会法制工作委员会民法室主任）主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第751页。

[111]参见李钦道：《对连带责任保证推定的质疑》，载《当前民事经济审判疑难问题研究》，北京，人民法院出版社1998年版，第392页。

[112]参见“饶明成与达州市华鑫商贸有限公司、徐永达保证合同纠纷再审案”，四

川省高级人民法院（2014）川民提字第106号民事判决书。

[113]参见“陈文明与菏泽市中荣房地产开发有限公司等民间借贷纠纷再审案”，最高人民法院（2018）民申2968号民事裁定书。

[114]参见程啸：《保证合同研究》，北京，法律出版社2006年版，第54页。

[115]参见“洛阳市浪潮消防科技股份有限公司与高胜灵、三门峡市金山工贸有限公司等借款合同纠纷再审案”，最高人民法院（2015）民申字第1424号民事裁定书。相同处理的还可参见“张艳春与姚海建、高文华民间借贷纠纷再审案”，吉林省高级人民法院（2017）吉民再字第126号民事裁定书；“洛川后子头租赁站与高春琳、王守定租赁合同纠纷再审案”，陕西省高级人民法院（2017）陕民申字第498号民事裁定书。

[116]参见“林卓延与天津市九鼎实业发展有限公司等债权转让合同纠纷上诉案”，最高人民法院（2018）民终1189号民事判决书；“黄思权、吴银来诉黄金平、黄文良民间借贷纠纷再审案”，广东省高级人民法院（2016）粤民申字第4827号民事裁定书。

[117]参见“吴修勤、宋喜临与净雅食品股份有限公司、徐正强等股权转让纠纷上诉案”，最高人民法院（2016）民终字第668号民事判决书。

[118]参见“中国信达资产管理公司贵阳办事处与贵州开磷有限责任公司借款合同纠纷上诉案”，最高人民法院（2008）民二终字第106号民事判决书；“鹤壁市金农投资管理有限公司与周新政等民间借贷纠纷再审案”，最高人民法院（2017）民申2406号民事裁定书。

[119]参见李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵：《最高人民法院〈关于适用中华人民共和国担保法若干问题的解释〉理解与适用》，长春，吉林人民出版社2000年版，第423页。

[120]参见李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵：《最高人民法院〈关于适用中华人民共和国担保法若干问题的解释〉理解与适用》，长春，吉林人民出版社2000年版，第434页。

[121]参见曹士兵：《中国担保诸问题的解决与展望》，北京，中国法制出版社2001年版，第89-90页。

[122]参见李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵：《最高人民法院〈关于适用中华人民共和国担保法若干问题的解释〉理解与适用》，长春，吉林人民出版社2000年版，第128页。

[123]参见叶金强：《担保法原理》，北京，科学出版社2002年版，第69页。

[124]参见程啸：《论保证合同研究》，北京，法律出版社2006年版，第284页。

[125]参见黄薇（全国人大常委会法制工作委员会民法室主任）主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第754页。

[126]参见邓基联主编：《适用担保法重大疑难问题研究》，深圳，海天出版社2003年版，第45页。

[127]参见曹士兵：《中国担保制度与担保方法》，北京，中国法制出版社2007年版，第95页。

[128]参见陈小君、樊梵：《论反担保》，载《法商研究》1997年第1期。

[129]参见张友占、张健：《如何办理反担保土地抵押登记》，载《中国国土资源报》2008年2月21日，第8版。

[130]在比较法上，担保人清偿利益的实现还有担保人代位权（法定权利接受），不过，在我国担保法上，通说认为并未确定担保人代位权制度。

[131]担保人与主债务人之间的关系可以是委托、无因管理、赠与，详见高圣平：《担保法论》，北京，法律出版社2009年版，第85页。但担保公司与借款人两者之间明显是委托关系，应无疑问。如担保公司与借款人之间的基础关系是赠与关系，即使担保公司承担了担保责任，亦不得对借款人主张求偿权。

[132]参见刘保玉：《反担保初探》，载《法律科学》1997年第1期。

[133]参见《担保法》第15条，《物权法》第185条、第210条。

[134]参见高圣平：《登记对抗主义之下的动产抵押登记制度》，载《法学家》2007年第6期。

[135]参见陈小君、樊梵：《论反担保》，载《法商研究》1997年第1期。

[136]参见黄薇（全国人大常委会法制工作委员会民法室主任）主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第757页。

[137]尽管这种物的担保较为可靠，但商业银行出于以下某种考虑也可能不愿接受：（1）希望在借款人不能清偿债务时能够便捷地从担保公司处获得金钱偿付；（2）避免抵押物登记或质押物运输、保管等方面的麻烦；（3）担忧担保物日后处理不便，而折价给自己又无使用价值等。在这种情况下，即需要由担保公司向商业银行提供其满意的保证担保，再由借款人向担保公司提供求偿担保，求偿担保与本担保恰当搭配、榫合联结以满足当事人的各种需要、维系交易安全并避免担保之风险。参见刘保玉：《反担保初探》，载《法律科学》1997年第1期。

[138]“四川欣融融资性担保有限公司与什邡市龙盛投资有限责任公司、广汉市三

星堆汽车客运服务有限责任公司债务追偿纠纷申请再审案”，最高人民法院（2013）民申字第1578号民事裁定书。

[139]“钱云富与湖北汇城置业有限公司、十堰海恒汽车专营有限公司追偿权纠纷申请再审案”，最高人民法院（2014）民申字第1298号民事裁定书。

[140]参见“高峰民与银川市中小企业信用担保中心、宁夏银起重型机器股份有限公司金融借款合同纠纷上诉案”，宁夏回族自治区高级人民法院（2011）宁民商终字第27号民事判决书。

[141]参见“江苏海通融资担保有限公司与刘玉香、许超等追偿权纠纷再审案”，江苏省淮安市中级人民法院（原江苏省淮阴市中级人民法院）（2015）淮中商再终字第00002号民事判决书。

[142]参见林诚二：《民法债编各论》（下），北京，中国人民大学出版社2007年版，第286页。

[143]参见叶金强：《担保法原理》，北京，科学出版社2002年版，第54页。

[144]参见范李瑛：《浅论最高额保证的期间》，载《中国律师》2003年第4期。

[145]郭明瑞：《担保法》（第二版），北京，法律出版社2004年版，第68页。

[146]“飞洲集团有限公司与杭州华富进出口有限公司、杭州华昌制衣有限公司买卖合同纠纷上诉案”，浙江省台州市中级人民法院（2016）浙10民终1101号民事判决书。类似观点请参见“冯留洪与安徽中防投资有限公司、陶武豪民间借贷纠纷上诉案”，江苏省高级人民法院（2014）苏商终字第00455号民事判决书。

[147]“杨树青、通榆县康乐房地产开发有限公司、通榆县康乐商贸实业有限责任公司与四平市汇鑫小额贷款有限公司、张超、四平市华龙建筑有限公司借款合同纠纷上诉案”，吉林省高级人民法院（2014）吉民二终字第50号民事判决书。

[148]参见“徐会军与江苏沪武建设集团有限公司民间借贷纠纷上诉案”，江苏省高级人民法院（2015）苏民终字第00455号民事判决书。

第二节 保证责任

第六百九十一条

保证的范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。当事人另有约定的，按照其约定。

本条主旨

本条是关于保证担保的范围的规定。

相关条文

《担保法》第21条 保证担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。保证合同另有约定的，按照约定。

当事人对保证担保的范围没有约定或者约定不明确的，保证人应当对全部债务承担责任。

《担保法解释》第23条 最高额保证合同的不特定债权确定后，保证人应当对在最高债权额限度内就一定期间连续发生的债权余额承担保证责任。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第480条 保证担保的范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的合理费用。当事人另有约定的，按照其约定。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第480条 保证担保的范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的合理费用。当事人另有约定的，按照其约定。

《民法典（草案）》（2019年12月）第691条 保证的范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。当事人另有约定的，按照其约定。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第691条保证的范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。当事人另有约定的，按照其约定。

理解与适用

本条是在《担保法》第21条的基础上修改而成的。本条删去了《担保法》第21条第2款“当事人对保证担保的范围没有约定或者约定不明确的，保证人应当对全部债务承担责任”；同时将《担保法》第21条第1款中的“保证担保的范围”修改为“保证的范围”，“保证合同另有约定的，按照约定”修改为“当事人另有约定的，按照其约定”。

保证的范围，又称保证责任的范围、保证担保的范围、保证债务的范围，是指保证人在主债务人不履行债务或者发生当事人约定的情形时，向债权人履行保证债务的限度。依据《民法典》第684条、第691条的规定，当事人订立保证合同时，应明确约定保证的范围，如无约定，直接依法律之规定确定保证的范围。

一、约定的保证范围

保证债务独立于主债务，因此保证责任之范围得由当事人自由约定。此时，保证责任的范围不必与主债务的范围相一致。当事人对保证责任的范围有明确约定的，保证人仅在约定的限度内负保证责任，对超出约定范围的债务，保证人不负保证责任。

担保合同是主合同的从合同，由此而决定，担保人承担担保责任的范围和强度不得大于或重于主债务。^[1]担保范围和强度，是指在主债务人不履行债务或者发生当事人约定的实现担保权的其他情形之时，担保人向债权人承担担保责任的限度。^[2]担保制度并非使权利人全面地支配标的物的交换价值或掌控担保人之资力，而仅在其所担保的主债权范围内借由标的物的交换价值或担保人之资力获偿。^[3]就担保范围和强度上的从属性，在解释论上应予明确的有以下几点。

第一，债权人和担保人是否可以在担保合同中约定小于主债权的担保范围？就此，第691条规定：“保证的范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。当事人另有约定的，按照其约定。”这就意味着，《民法典》上就担保范围的规定属于任意性规定，采取了约定担保范围和法定担保范围的区分，且以约定担保范围优先。当事人可就担保范围作出约定，明确排除或者确认相关债权是否属于担保责任的范围；如当事人就此未作约定，则适用法定的担保

范围。

保证债务系别异于主债务的另一种债务，具有相对独立性，其内容未必与主债务完全相同，但仍不得超过主债务。因此，保证人和债权人约定的保证债务可以小于或者弱于主债务。例如，债权人与保证人有以下减轻约定的，其约定应属有效，并依该约定减轻保证人的保证责任：（1）约定仅担保原本债务而不保证利息等从债务；（2）约定仅保证原本债务的一部而不保证其全部；（3）约定仅保证债务不履行的损害赔偿而不担保主债务的履行本身；（4）约定仅就债务人的故意或者重大过失所致不履行提供保证，而不及于主债务不履行的全面。^[4]

第二，债权人和担保人是否可以在担保合同中约定大于主债权的担保范围？就此，《民法典》未设明文规定。多数学者认为，担保的范围和强度从属于主债务，债权人与担保人虽可约定担保的范围，但其约定的担保范围与强度不得大于或强于主债务，否则应减缩至主债务的限度内。^[5]但亦有观点认为，在约定担保范围超过法定担保范围时，应按法定担保范围强制执行。对于约定担保范围超过法定担保范围的部分，不影响担保合同的效力，超出部分依然成立，但不具有强制执行力，如担保人自愿加以履行，则视为赠与；担保人在自愿履行后反悔的，也不予支持。^[6]

在体系解释上，《民法典》第691条关于保证范围的但书规定“当事人另有约定的，按照其约定”，应结合《民法典》第682条第1款“保证合同是主债权债务合同的从合同”的从属性规定进行限缩解释：债权人与保证人之间就担保范围的意思形成自由应受限制，亦即，当事人在保证合同中就保证范围的例外约定，应仅限于保证责任的范围或数额小于主债务，或保证责任之强度低于主债务的情形。例如，保证债务的利率不得高于主债务的利率；主债务不必支付利息的，不得约定保证债务支付利息；主债务附有条件的，不得约定保证债务为无条件；保证债务的履行期限不得先于主债务的履行期限；债务人仅就重大过失负责的，不得约定保证人就抽象过失或具体过失负责；等等。^[7]当事人约定的担保责任的范围大于主债务的，均应当认定大于主债务部分的约定无效，从而使担保责任缩减至主债务的范围。

如此解释也符合《民法典》上担保人求偿权行使范围的要求。担保人承担担保责任之后，自得向主债务人求偿，该求偿权以担保人代偿金额为限，但同时受到主债务的限制。担保人承担担保责任，属于代负履行责任或代为承担债务不履行的赔偿责任，因此，担保人的代偿金额自不得超过主债务。^[8]债权人向担保人的请求数额超过主债务人应予承担的数额的，担保人自应主张本属于主债务人的抗辩，以对

抗债权人的请求。担保人怠于主张该抗辩，导致其所承担的责任超过主债务的，自不得就超过部分向主债务人求偿。由此可见，如担保范围和强度超过主债务，担保人就超过部分承担了担保责任，但无从向主债务人求偿。

第三，担保范围和强度大于或强于主债务的例外情形。在债务人破产时，债权人通过破产程序未能实现的债权，保证人仍然承担清偿责任（《企业破产法》第124条）；债权人对保证人享有的权利不受重整计划或和解协议的影响（《企业破产法》第92条第3款、第101条）。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（三）》（法释〔2019〕3号）第5条第2款中规定：“债权人向债务人、保证人均申报全部债权的，从一方破产程序中获得清偿后，其对另一方的债权额不作调整，但债权人的受偿额不得超出其债权总额。”这些都说明在债务人企业破产、重整、和解程序中，保证债务的范围或数额例外地可以大于主债务。

二、法定的保证范围

保证责任的法定范围，除主债权的原本之外，还及于主债权的利息、违约金、损害赔偿和实现债权的费用。本条规定比较符合保证法律关系从属性的法律性质，有利于保护债权人的利益。

（一）主债权（原本债权）

主债权即主合同债权人请求债务人为特定行为的权利，它是保证责任范围的基本内容。保证责任的法定范围内的其他内容为主债权所派生，从属于主债权。应当注意的是，保证人仅对于保证合同成立时主债权人的债权负保障其实现的责任。保证合同成立后，主债权数额减少的，保证担保范围也相应减少；主债权数额增加的，保证担保的范围不能随之扩大。《民法典》第387条第1款、第681条中“为保障实现其债权”“为保障债权的实现”的表述，即体现了担保在发生上的从属性。^[9]与为同属债权性质的保证债权相区分，这里的“债权”又被称为“主债权”。值得注意的是，《民法典》担保规则体系中所使用的“主债权”具有两种不同含义：一种是在从属性之下使用，系指与保证债权或担保物权相对而称的被担保的债权，例如，《民法典》第388条、第682条中所称“主债权”，在内容上包括主债权（指原本债权）及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用；一种是在债权债务关系内部使用，系指与利息、违约金、损害赔偿金等从债权相对而称的原本债权，例如，《民法典》第389条、第684条中所称“主债权”。在这个意义上，借款合同法律关系中的贷款人请求借款人返还借款本金的债权即为“主债权”，因该“主债权”而派

生的利息、违约金、损害赔偿金等其他请求权为从债权。^[10]

（二）利息

利息主要是当原本债权的标的为金钱时而发生。利息可分为约定利息和法定利息两种。

约定利息由保证合同当事人约定，而非主债务当然发生的从债权，因此，保证人只对保证合同成立时的约定利息承担保证责任，对于保证合同成立之后债权人和债务人约定的利息没有经保证人同意的，保证人不承担保证责任。当事人约定的利息不得超过法定之最高限额，超过法律规定的利息限额而约定的利息，超过部分不受法律保护。因此，保证人对利息的保证责任仅以主债务人和债权人在法定利息限额内约定的利息为限。

法定利息是法律规定的利息，是由原本债权所必然派出，系属主债权的从债权，当然属于保证责任的范围，其中的迟延履行利息，按其性质与本条规定的“违约金、损害赔偿金”相同。^[11]但就此仍存争议。

（三）违约金

违约金是指法律规定或者合同约定的，当事人一方不履行债务时，应支付对方的金钱或其他给付。违约金实质上是一种从属于原本债权的负担，包括在保证责任范围之列。但是，只有于保证合同成立时为原本债权应付的违约金才在保证责任范围内，主债务人与债权人于保证合同成立后新约定的违约金，未经保证人同意，不应在保证责任范围内。

（四）损害赔偿金

损害赔偿金是指主债务人不履行债务时给债权人造成损害时应支付的款项。损害赔偿金因原本债权未受偿而生，因此也属于保证责任的范围。只要是可归责于主债务人的事由所造成的，不管是因为主债务人履行债务不能，还是履行迟延或者不完全履行，保证人均应对此承担保证责任。如保证人是对侵权之债提供保证，则侵权损害赔偿金属于主债权的范畴，并不属于本条所定的“损害赔偿金”^[12]。

（五）实现债权的费用

实现债权的费用是指债务履行期限届满债务人不履行债务后，债权人为了实现其债权而付出的费用，包括诉讼费、仲裁费、通知保证人的费用以及其他的合理费用，是从属于原本债权的必要负担。实现

债权的费用是债权人实现其利益所必需的，也是保证人设定保证债务时应当预见的，因此也在保证责任范围内。^[13]

三、约定保证范围和法定保证范围的关系

法定保证范围为保证合同当事人约定保证范围时提供示范与指导，约定保证范围则是对法律规定的保证范围的明晰化和具体化。约定保证范围具有优先于法定保证范围的效力，亦即，保证人和主债权人如在保证合同中对保证责任范围作了明确约定，即使其约定与法定的保证范围不一致，亦应优先适用约定的保证范围，而排除法定保证范围的适用。如果当事人没有约定保证责任范围，或者约定的保证范围不明确的，推定保证人对主债务的全部承担保证责任，即保证人对主债务及因主债务而发生的利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用等从债务，承担保证责任。从这个意义上讲，法定保证范围又是对约定保证范围的有效补充。

其他问题

一、保证合同中单独约定的违约金条款的效力

信贷和司法实践中，债权人与保证人签订的部分保证合同，就保证债务的履行单独约定了违约金条款，如在保证合同中约定，“保证人为主债务人的债务提供连带责任保证，保证人不承担保证责任或违反合同约定的其他义务的，保证人应按主合同项下主债务本金的15%（或特定的数额）向债权人另外支付违约金”。由此引发的问题是，上述保证合同中的违约金条款是否有效？是否有违保证合同从属性特征？

对于前述保证合同违约金条款的效力，司法实践中存在三种裁判观点。第一种观点认为此类条款有效。其主要理由在于保证责任的范围属于债权人与保证人意思自治的范畴，只要不违反法律的禁止性规定，则合法有效。^[14]第二种观点认为此条款无效。其主要理由在于：保证合同对保证责任范围的约定，虽属意思自治范畴，但因保证合同是主合同的从合同，基于从属性原则，保证责任的范围及强度不能超过主债务；保证债务超过主债务的部分，使债权人获得了从主债务人处不能获得的利益，保证人就该部分承担责任后无法向主债务人求偿，对保证人产生不公平的结果。^[15]第三种观点认为该条款有效，但是可以适用违约金酌减规则。^[16]其主要理由在于：就保证合同的从属性并无对应的法律条文予以明确，否定单独违约金条款的效力缺乏明确的法律规定。该约定并未违反社会公共利益，属于当事人

之间利益调整的范畴，自应有效。主债务不履行的违约金和保证债务的违约金自可并行不悖，但两者针对的债务毕竟具有同一性，如两者相加明显过高，则可通过调整违约金来解决。^[17]

笔者认为，该条款对保证人不发生效力，理由如下。

第一，就保证责任而言，虽然《民法典》上规定了“履行债务或者承担责任”两种形式，但在解释上，如主债务属于金钱债务，保证人的保证责任仅为代主债务人履行债务。在此前提之下，只要保证人没有代为履行主债务，主债务不履行的违约金就一直在计算和累积之中，且属于保证范围。如承认保证合同中单独约定的违约金条款的效力，保证人就将承担主债务不履行和保证债务不履行的双重违约责任。

第二，基于保护保证人的法政策，保证人的责任不宜过重。《民法典》上就保证人权利保护体系的设计在一定程度上体现了这一政策考量。就保证债权的从属性，《民法典》已定有明文，已如前述。保证范围和强度上的从属性在这一法政策之下就应作严格解释。在保证人不及时应债权人的请求代为履行主债务的情形之下，主债权债务合同的违约责任条款已经起着惩戒保证人的作用。

第三，保证人代为履行债务之后，自得向主债务人求偿。如承认保证合同中单独的违约金条款的效力，且不能就此向主债务人追偿，明显加重了保证人的责任。实定法上否定保证人求偿权的情形并不多见，主要体现在保证人本可主张的主债务人的抗辩却不主张。以主债务时效经过抗辩权为例，保证人怠于主张该抗辩权，就丧失对主债务人的求偿权，否则主债务人本来享有的时效利益旋即丧失殆尽。就超过主债务范围和强度的保证债务违约金，基于债的相对性，主债务人不负清偿责任，自可就保证人的求偿请求进行抗辩。

上述就保证合同中约定单独违约金条款效力的分析，自可适用于物上担保合同。

二、律师费用是否属于“实现债权的费用”

当事人在担保合同中约定了包括律师费在内的从债权，该费用是否属于“实现债权的费用”，并由担保人所担保？对此，裁判实践中存在不同意见。肯定意见认为，如当事人已经明确作出约定，且该律师费符合相关收费标准规定，则应支持当事人的支付律师费用请求。^[18]也有持反对意见的法院认为，尽管当事人约定实现债权费用包括律师费，但实现债权的费用一般指诉讼费、申请法院强制执行费、拍

卖费等，实现代偿债权而支出的律师费用属于当事人选择的有偿法律服务所支出的费用，不属于“实现债权的费用”的范围，当事人的诉讼请求不应支持。^[19]还有法院认为，担保合同是主债权债务合同的从合同，主合同对律师费未作约定，债权人应无权主张支付律师费。^[20]当事人未明确约定律师代理费属于担保债权范围时，且律师代理费并非实现担保债权的直接、必要费用，则法院不会支持。^[21]

笔者认为，在当事人就保证范围中已经明确约定律师费的情形之下，基于意思自治，自应予以承认，但以合理和必要为限。

第六百九十二条

保证期间是确定保证人承担保证责任的期间，不发生中止、中断和延长。

债权人与保证人可以约定保证期间，但是约定的保证期间早于主债务履行期限或者与主债务履行期限同时届满的，视为没有约定；没有约定或者约定不明确的，保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月。

债权人与债务人对主债务履行期限没有约定或者约定不明确的，保证期间自债权人请求债务人履行债务的宽限期届满之日起计算。

本条主旨

本条是关于保证期间的性质与种类的规定。

相关条文

《担保法》第25条第1款 一般保证的保证人与债权人未约定保证期间的，保证期间为主债务履行期届满之日起六个月。

第26条第1款 连带责任保证的保证人与债权人未约定保证期间的，债权人有权自主债务履行期届满之日起六个月内要求保证人承担保证责任。

《担保法解释》第31条 保证期间不因任何事由发生中断、中止、延长的法律后果。

第32条 保证合同约定的保证期间早于或者等于主债务履行期限

的，视为没有约定，保证期间为主债务履行期届满之日起六个月。

保证合同约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容的，视为约定不明，保证期间为主债务履行期届满之日起二年。

第33条 主合同对主债务履行期限没有约定或者约定不明的，保证期间自债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起计算。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第481条 保证期间是保证人承担保证责任的期间，不发生中止、中断和延长。

债权人与保证人可以约定保证期间，但是约定的保证期间早于主债务期限或者与主债务期限同时届满的，视为没有约定；没有约定或者约定不明确的，保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月。

债权人与债务人对主债务履行期限没有约定或者约定不明确的，保证期间自债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起计算。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第481条 保证期间是保证人承担保证责任的期间，不发生中止、中断和延长。

债权人与保证人可以约定保证期间，但是约定的保证期间早于主债务期限或者与主债务期限同时届满的，视为没有约定；没有约定或者约定不明确的，保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月。

债权人与债务人对主债务履行期限没有约定或者约定不明确的，保证期间自债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起计算。

《民法典（草案）》（2019年12月）第692条 保证期间是保证人承担保证责任的期间，不发生中止、中断和延长。

债权人与保证人可以约定保证期间，但是约定的保证期间早于主债务履行期限或者与主债务履行期限同时届满的，视为没有约定；没有约定或者约定不明确的，保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月。

债权人与债务人对主债务履行期限没有约定或者约定不明确的，保证期间自债权人请求债务人履行债务的宽限期届满之日起计算。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第692条

保证期间是确定保证人承担保证责任的期间，不发生中止、中断和延长。

债权人与保证人可以约定保证期间，但是约定的保证期间早于主债务履行期限或者与主债务履行期限同时届满的，视为没有约定；没有约定或者约定不明确的，保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月。

债权人与债务人对主债务履行期限没有约定或者约定不明确的，保证期间自债权人请求债务人履行债务的宽限期届满之日起计算。

理解与适用

本条是在《担保法》第25条第1款、第26条第1款和《担保法解释》第31—33条的基础上统合修改而成的。其中，本条第1款源于《担保法解释》第31条，增加了“保证期间是确定保证人承担保证责任的期间”的定义性规定；本条第2款源于《担保法》第25条第1款、第26条第1款和《担保法解释》第32条，删去了《担保法解释》第32条第2款的规定，将保证期间约定不明的情形与没有约定的情形作同一处理；本条第3款源于《担保法解释》第33条，作了文字上的调整。

一、保证期间制度的规范目的

基于保证债务的从属性，保证债务与主债务同其命运，主债务未消灭者，保证债务亦存在。但如主债务因时效不断中断而持续存在，保证人即无止境地处于承担债务的不利状态或是长期处于随时可能承担债务的财产关系不确定状态。我国法上基于保护保证人立场，规定了保证期间制度^[22]，明定所有保证债务均有保证期间之适用。保证期间是保证人承担保证责任的期间。保证期间经过，债权人未为特定行为的，保证债务消灭，保证人无须承担保证责任。

依据《民法典》第692条第1款的规定，“保证期间是确定保证人承担保证责任的期间”。债权人须在保证期间内主张权利：一般保证中，债权人须在保证期间内“对债务人提起诉讼或者申请仲裁”；连带责任保证中，债权人须在保证期间内“对保证人主张承担保证责任”。如果债权人未在保证期间内主张权利，则发生“保证人不再承担保证责任”的法律后果。由此可见，保证期间经过的事实，加上债权人的特定行为（不作为），才能发生保证人不承担保证责任的法律后果。保证期间是当事人约定或者法律规定的一种期间，债权人在该期间内

不以法定方式行使权利即导致保证合同消灭（保证人免除保证责任）。

同时，在主债务履行期限届满后至保证期间完成前，保证人是否最终承担保证责任处于“待确定”状态，需要在保证期间内基于债权人单方的意思表示来结束这一状态，并转化为“确定发生”或“确定不发生”状态，以最终确定保证人承担或不承担保证责任。

从《民法典》第692条第2款的规定来看，“债权人与保证人可以约定保证期间……没有约定或者约定不明确的，保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月”。由此可见，但凡保证债务，均有保证期间的适用。此所谓保证期间的法定主义。在债权人、保证人与主债务人之间所形成的三者关系中，保证人通常所承担的是单务、无偿的法律责任，并不享有对待给付请求权。因此，法律有必要设定一段特殊的不变期间加以限制，以弥补仅适用诉讼时效可能出现的问题，防止保证人无限期地承担保证责任。在保证期间届满时，债权人没有及时行使权利，则其要求保证人承担保证责任的实体权利归于消灭，保证人免除保证责任。^[23]

在保证期间的法定主义之下，保证期间为保证债务的固有属性^[24]，当事人如已约定保证期间，则依该约定确定保证人承担保证责任的期间，当事人如未约定保证期间，则直接将法定保证期间推定为当事人的意思；无论当事人是否约定了保证期间，任何保证债务均应适用保证期间。本书作者曾质疑保证期间的法定主义，认为，保证人为主债务提供担保，债权人接受该担保，双方对担保交易的风险自有估量，在其没有对保证债务约定期间限制的情况下，自应依保证债务的一般事理——从属性来补充当事人的意思，推定保证债务无期间限制，而不是为保证债务补充一个保证期间。这种立法与其说是对当事人意思的补充，不如说是对当事人意思的限制和约束。不过，基于《民法典》就保证期间制度所作出的政策选择，保证人承担着保证债务，但是保证人毕竟不是主合同中的主债务人，所以不能使保证人处于和主债务人完全同样的法律地位。设定保证期间，将保证人的保证责任限定在一定的期间内，可以避免保证人无止境地处于承担债务的不利状态或是长期处于随时可能承担债务的财产关系不确定状态。保证期间的设定对于债权人也具有法律意义，它既维护了债权人的利益，促使债权人及时向主债务人行使权利（包括诉权），避免可能因主债务人财产状况继续恶化而影响到债权的实现；同时也是对债权人请求权的行使，从期间上加以必要的限制。^[25]

二、保证期间与相近法律概念的区别

（一）保证期间与诉讼时效期间

诉讼时效是权利人在法定期间内不行使权利，持续达到一定期间而致使其请求权消灭的法律事实。债权人持续不向保证人行使权利在保证期间届满时即丧失其保证债权请求权，从此种意义上讲，保证期间类似于诉讼时效期间。有学者认为：“保证责任免除的法律后果是保证之债解除，保证人不再履行保证义务，其依据是保证人的抗辩权中获得了免责的法定事由，债权人丧失了胜诉权，在此种意义上讲，保证期间具有时效的效能，类似于债权的诉讼时效。准确地说，保证期间所具有的时效效能同于财产权的实体权利的消灭。”^[26]但笔者认为，保证期间与诉讼时效期间明显不同。

第一，诉讼时效期间是实体权利受到侵害时，请求司法保护的期间，期间届满，权利人丧失的是胜诉权，而非实体权利，而保证期间届满，债权人所丧失者为实体权利——保证债务请求权。

第二，诉讼时效期间为法定期间，属强行性规范，当事人不得依特约以排除适用或预先抛弃，而保证期间由当事人协商约定，没有约定的情况下，以法律规定予以直接补充，但是，该法定保证期间属任意法规范，其适用的前提是，当事人对保证期间没有约定。

第三，诉讼时效期间从权利人知道或者应当知道其权利受到侵害时起计算，而保证期间的起算点可由当事人约定，无约定的，从主债务履行期限届满之日起计算。

第四，诉讼时效期间为可变期间，可因法定事由的出现而中止、中断、延长，而保证期间一般为不变期间，不因任何事由发生中断、中止、延长的法律后果。

综上，保证期间非诉讼时效期间。前述第一种观点以及第三种观点中关于一般保证的保证期间属诉讼时效期间的观点不值赞同。

（二）保证期间与除斥期间

本条第1款后段规定，保证期间不发生中止、中断和延长。这一规定源于《担保法解释》第31条，即“保证期间不因任何事由发生中断、中止、延长的法律后果”。此条的立法原意是：“根据除斥期间的性质及担保法中对于保证期间的规定，对于我国担保法中所规定的保证期间应当理解为除斥期间。”^[27]

除斥期间，是指法律预定某种权利于存续期间届满当然消灭的期间。除斥期间说因得到《担保法解释》的支持而几成通说，但与传统

民法除斥期间理论相较，此点结论尚值怀疑。

第一，除斥期间的规范功能旨在维持原事实状态，其限定的是否定原事实状态之权利的存续期间；而保证期间的规范功能则是为维护新事实状态，其限定的是否定新事实状态之权利的存续期间。

第二，除斥期间均为法定期间，而保证期间原则上为约定，法定为例外。

第三，除斥期间适用于形成权^[28]，所谓形成权是指依照权利人的单方意思表示就能使权利发生、变更、消灭的权利，而保证期间不仅适用于对形成权的规制，原则上还适用于其他一切债上请求权。^[29]

三、保证期间的种类

（一）法定保证期间与约定保证期间

《民法典》关于保证期间，以约定为原则，以法定为例外。当事人没有约定保证期间时，依法律直接规定确定保证人承担保证责任的期间。依据《民法典》第692条第2款的规定，法定保证期间为6个月，自主债务履行期限届满之日起计算。法定保证期间的适用，以当事人没有约定保证期间为前提。没有约定保证期间，包括当事人约定的保证期间不明确，或者当事人约定的保证期间没有意义等无法确定保证期间的各种情形。

在我国法上，约定的保证期间具有优先于法定保证期间而适用的效力。《民法典》第692条第2款关于“债权人与保证人可以约定保证期间……没有约定或者约定不明确的，保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月”的文义，至为明显。如此，当事人约定的保证期间是否有效，对于保证期间这一攸关债权人和保证人利益的制度的适用，具有不同寻常的意义。

实践中，当事人约定的保证期间不外以下几种情况：第一，当事人约定的保证期间早于主债务履行期限或者与主债务履行期限同时届满；第二，当事人约定的保证期间短于主债务履行期限届满后6个月；第三，当事人约定的保证期间长于主债务履行期限届满后2年；第四，当事人约定的保证期间在主债务履行期限届满后6个月至2年；第五，当事人约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容。^[30]以上约定除对第四种情形没有争议之外，其他几种情形是否具有约束当事人的效力，不无疑问。^[31]

（二）当事人约定早于主债务履行期限或者与主债务履行期限同时届满的保证期间的效力

《民法典》第692条第2款中规定，“约定的保证期间早于主债务履行期限或者与主债务履行期限同时届满的，视为没有约定”。与《担保法解释》第32条第1款“保证合同约定的保证期间早于或等于主债务履行期限，视为没有约定”的规定相比，本条的表述更为严谨。主债务履行期限既可以是一个时点，也可以是一个时段，而这里比较明确的是时点。“对一个在时间轴上的时点而言，只能有早晚和同时之分，而对一个在时间轴上的时段来说，因为是一个时间长度概念，对长度而言，没有所谓的早晚和同时之分，仅有长短之分。”^[32]只有保证期间与主债务履行期限的届满（只能是一个时点而非一个时段）之间，才有早晚或同时的比较结果。

一般而言，保证期间自主债务履行期限届满时起计算。主债务履行期限届满而主债务人不履行债务，始有保证人承担保证责任的可能。如当事人约定的保证期间早于主债务履行期限届满，亦即主债务履行期尚未届至，保证期间即已经过去，此时，主债务人尚无义务履行债务，从属于主债务的保证债务自无发生的可能；如当事人约定的保证期间与主债务履行期限同时届满，当主债务人履行期限届至，主债务人履行债务的义务才发生，但保证期间已经届满，保证人无履行保证债务的可能。在这两种情况下，保证期间的约定没有意义，但保证人的保证意思可堪确认，约定的保证期间无效不影响整个保证合同的效力，虽保证期间的约定无效，但保证人仍应承担保证责任。依“无约定，依法定”的保证期间适用规则，可视为此时当事人未约定保证期间，直接适用法定保证期间，即自主债务履行期限届满之日起6个月。

（三）当事人约定短于主债务履行期限届满后6个月的保证期间的效力

当事人约定的保证期间短于主债务履行期限届满后6个月，俗称“短期保证”，其效力若何，历来存在两种观点。一种观点认为，保证合同约定的保证期间不能过短，如短于6个月的，应当按照6个月处理。其理由是，法定保证期间（6个月）可以视为法律对债权人予以保护的最短时间，约定的保证期间如再短于6个月，给债权人行使权利增加了困难，甚至不利于保障债权的实现。^[33]另一种观点认为，保证合同约定短于6个月的保证期间的，应为有效，因为法律上关于保证期间的规定为任意性规定，当事人当然可以以自己的意思排除其适用，债权人往往是保证关系中的强者，如果保证期间过短对债权人不利，债权人完全可以在订立保证合同时不同意。^[34]

本书作者认为，上述两种观点都过于严苛。一方面，当事人的意思应当得到遵从，另一方面，我们不能要求每个人都是“经济理性人”，都熟知相关法律。对于“短期保证”而言，既然是当事人之间的合意，则应承认其效力，但“短期保证”之“短期”不能过分地限制债权人行使保证债权，“应以不违背诚实信用、公序良俗原则为限”^[35]。若当事人约定的保证期间过短，使债权人不能主张保证债权或者主张保证债权极度困难的，该约定因与当事人之间的保证合意相违，即应视为没有约定，而适用法定保证期间。至于何谓“主张保证债权极度困难”，无法确定一个统一的标准，应由法官参酌具体情事予以自由裁量。在裁判实践中，当事人约定的保证期间仅为主债务履行期限届满后1天，法院即认为，“[保证人]承诺的保证期间一天时间过短，该约定过分地限制债权人行使保证债权，违背了诚实信用原则和客观常理，致使债权人……主张保证债权非常困难，对其极度不公，故该约定因与当事人之间的保证合意相违，即应视为没有约定，而适用法定保证期间。”^[36]

（四）当事人约定长于主债务履行期限届满后3年的保证期间的效力

当事人约定的保证期间长于主债务履行期限届满后的2年或3年（《民法典》对普通诉讼时效期间的规定），俗称“长期保证”。对此，存在几种不同的观点。第一种观点认为，保证期间多长及是否有利于债权人，纯属当事人意思自治的问题，保证期间并非时效期间，其长度应允许当事人自由约定。^[37]最高人民法院在《关于保证合同约定的保证期间超过两年诉讼时效是否有效的答复》（〔2001〕民二他字第27号）中认为：“保证合同约定的保证期间超过两年的主债务诉讼时效期间的，应当认定该约定有效。连带责任保证的保证人应当在保证期间内承担连带责任保证。”第二种观点认为，此种约定无效。如果允许保证合同约定的保证期间长于诉讼时效期间，将导致债权人向债务人提起诉讼或仲裁或者向保证人主张权利的有效期间长于诉讼时效，其实质效果是以约定排斥了诉讼时效的适用，这既有悖于诉讼时效规定的强制性，也游离了法律上关于保证期间及其效力规定的本旨。^[38]第三种观点认为，此种约定部分无效，自主债务履行期限届满2年或3年期间的约定为有效约定，超过部分无效。理由为：“约定保证期间超过2年将导致主债务已过诉讼时效而保证期间尚未届满的情形，造成当事人以事先的约定排除法律规定诉讼时效的结果。”^[39]这一观点既尊重了当事人的意志，又与诉讼时效制度的精神相吻合，且避免了完全否定当事人的约定所可能造成的债权人错过主张权利的有效期间的不利后果。^[40]

本书作者赞成第一种观点。

第一，我国法律对保证期间约定的长短问题并未作强制性规定，依“法无禁止即为允许”的私法自治理念，应当允许当事人对保证期间的长短作出自由约定。虽然保证期间制度之设意在保护保证人的利益，但保证人自愿放弃其利益，与保证制度确保主债务之履行的本旨并无不合，司法实践中不应强加干预。

第二，保证期间制度与诉讼时效制度相互独立，各有其特定的规则。诉讼时效制度意在维护交易秩序和安全，属以社会为本位的立法，而保证期间制度旨在衡平当事人之间的利益，着眼于个人的利益，因此，时效利益一般不得事先抛弃，但保证期间可得自由约定。同时，诉讼时效期间为可变期间，保证期间为不变期间。主债务的诉讼时效期间虽为3年，但其可因时效的中断、中止而变动，亦可因特殊情形之发生而延长，累计可延长至20年，因此，那种认为主债务存续期间仅为3年，并进而认为作为从债务的保证债务的保证期间不能超过3年的观点，理由尚不充分。例如，保证合同中约定的保证期间为4年，主债务的诉讼时效期间因多次中断而延至自主债务履行期限届满后5年。此时，保证期间并未超过主债务诉讼时效期间，并不违反保证债务的从属性。

第三，保证债务的从属性为传统民法理论所认同，并为我国《民法典》所采纳。但保证债务的独立性在交易实践中日渐广泛地被采用，乃不争的事实。从既有的司法态度来看，银行和非银行金融机构所开立的独立保函得到了司法实践的认可。此际，保证债务和主债务各有其履行期限和诉讼时效期间，两者并行不悖，保证人不得以主债务诉讼时效期间已经届满而向债权人主张抗辩。即使在从属保证之下，若当事人约定了较长的保证期间，基于保证债务从属于主债务的特征，保证人自可主张特定的抗辩权以维护其合法权益。在主债务诉讼时效已经经过，但保证期间尚未届满的情况下，依据《民法典》第701条的规定，保证人可以主张债务人对债权人的抗辩。在主债权诉讼时效期间经过之时，对于债权人的请求，主债务人享有时效经过抗辩权，就此，《民法典》第192条第1款规定：“诉讼时效期间届满的，义务人可以提出不履行义务的抗辩。”此际，如债权人向保证人主张保证债权，保证人自得为主债务人的时效抗辩权对抗之，双方约定保证期间此时即失去作用。值得注意的是，这并非超过3年的保证期间本身的效力判断问题，而是保证人的抗辩权问题，与保证债务的从属性并不矛盾，与诉讼时效期间制度也不冲突。

应当注意的是，有学者主张，约定超过3年的保证期间属保证人自愿放弃可能产生的诉讼时效利益。依《民法典》第197条的规定，诉讼时效利益不得事先抛弃。《担保法解释》第35条虽对保证人抛弃

时效利益作了规定，但该规定仅限于主债务已超过诉讼时效的情形，属事后抛弃，并不能准用于事先约定的情形。

（五）当事人约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容的效力

信贷实践中，约定“保证责任承担至主债务消灭之时”“保证人承担保证责任至借款人全部偿还贷款本息时止”等的，不在少数。对此类约定性质的认定，直接影响了类似个案的处理，在一定程度上影响了银行信贷资产的安全。

关于“保证人承担保证责任至借款人全部偿还贷款本息时止”等此类约定的性质和法律后果，我国立法和司法前后政策并不一致。《担保法》对保证期间采取了“有约定”和“没有约定”的两分法，并为没有约定保证期间的保证合同推定了一个“6个月”的法定保证期间，但并没有规定对保证期间“约定不明确”这种情形，在解释上应视为“没有约定”，而适用法定保证期间。^[41]“保证人承担保证责任直至主债务本息还清时止”的约定，如系“保证期间约定不明确”，则应视为对保证期间没有约定，而将保证期间推定为“6个月”。

最高人民法院副院长李国光在全国经济审判工作座谈会（1998年11月23日）上，就“关于适用担保法的一些重要问题”强调指出：“关于如何处理保证期间约定不明的问题。保证期间是担保法中的一个重要问题，目前市场交易中采取保证担保的方式比较多，当事人对保证期间的约定也极不规范，在审理有关案件时当事人争执很大，审判人员也认识不一致。问题主要出现在当事人对保证期间约定不明的情况下，如约定‘保证责任直至主债务本息还清时为止’等，这种没有约定保证期间具体截止日期，究竟是应该参照担保法对‘没有约定’的规定，推定为半年，还是应该参照诉讼时效的规定，将保证期间定为两年，在审判实践中争论较大。我们考虑，这种情况毕竟不同于当事人根本没有约定，仅仅是该约定没有确定明确的期间，如果完全按照没有约定处理，也不尽合理。因此，参照诉讼时效的规定将保证期间确定为两年比较合适。但是，必须明确这个期间是保证期间，它与诉讼时效具有根本不同的性质，因此不存在诉讼时效那样的中止、中断情况。”^[42]正是在这种思想的指导下，《担保法解释》第32条第2款规定：“保证合同约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时止等类似内容的，视为约定不明，保证期间为主债务履行期届满之日起二年。”据此，“保证人承担保证责任直至主债务本息还清时止”的约定，为“保证期间约定不明”，但将保证期间推定为“2年”。

《民法典》第692条第2款规定：“债权人与保证人可以约定保证

期间……没有约定或者约定不明确的，保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月。”这里，明显取消了债权人与保证人就保证期间约定不明确的单独类型，这就意味着《担保法解释》第32条第2款的规定自《民法典》实施之日起，不再适用。上述变化在一定程度上体现了立法者和司法者对保证人和债权人利益的衡平，但其中法理，不可不辨。

保证期间究竟是诉讼时效期间抑或除斥期间，理论上多有疑问，但其属于期间的一种，应无争议。通说认为，作为法律行为附款的期限^[43]，应是将来确定的事实。^[44]“主债务本息还清”“借款合同项下借款方所欠贷款方的全部贷款本息、逾期加息及其他费用完全清偿”等是否是将来确定的事实？有学者认为：“‘主债务本息还清时’的约定看起来没有明确的终结时间，但主债务的清偿通常是能够实现的，其实现之时就是保证期间的结束之日，实际上保证期间是以主债务的结束时间为终止时间，相当于约定了明确的保证期间认定方法。”^[45]本书作者对此不敢苟同。本息是否还清取决于当事人的履约能力等多方面的因素，因此，“借款合同项下借款方所欠全部贷款本息、逾期加息及其他费用完全清偿”“主债务本息还清”等事实并非将来确定会发生，并不具有必然性，将之认定为期限，混淆了条件和期限的区分。

条件和期限均系当事人对其意思表示效力所附加的限制，构成意思表示的一部^[46]，均以将来的事实为内容，其主要区别在于条件是针对客观上不确定的事实，而期限则是确定发生的事实。^[47]关于期间与条件的区别，自罗马法以来，学者设有四大原则以为区别：

（1）时期确定，到来亦确定，为期间，如“明年10月1日”；（2）时期确定，能否到来不确定，为条件，如“甲成年时”，甲的成年固然确定，但其能否到来不确定，若甲未达成年而死亡，则所约定的将来事实不能实现；（3）时期不确定，到来确定，为期间（不确定期间），如“下次下雨时”；（4）到期不确定，到来亦不确定，为条件，如“乙考上大学时”，乙能否考取难以预料，而其于何时考取大学更属不可知。依此推断，“本担保书将持续有效直至借款合同项下借款方所欠全部贷款本息、逾期加息及其他费用完全清偿时止”“保证人承担保证责任直至主债务本息还清时止”属“时期不确定，到来亦不确定”的情形，应为条件。“保证人承担保证责任直至主债务本息还清时止”的约定解释为保证期间，值得商榷。

《担保法解释》第32条第2款之所以作出如上规定，其理由是：“在这种约定中，对于保证期间还是作出了约定的，只是没有明确约定具体的时间，毕竟不同于根本没有约定，而且在这种约定中，

体现出债权人是采取最大限度的可能来保证自己债权的实现，如果完全认定为无效，从而适用六个月的规定，对债权人未免有所不公。从另一角度考虑，虽然诉讼时效经过中止、中断、延长，也可能最终持续很长时间，但这毕竟是不断地发生法律所规定的事由，累积而成。如果承认这种约定的效力，必然造成以当事人事先的约定排除法律规定诉讼时效的结果，使保证人处于一种随时可能承担责任的不利境地，显然也是不合适的。当事人约定的期间如果超出诉讼时效，则超出的部分应当认定为无效，没有超出的部分仍可认定为有效。”^[48]

上述规定及其理由尚值商榷。

第一，“保证人承担保证责任直至主债务本息还清时止”本身不属于关于期间的约定，已如前述，自不应解释为“对于保证期间还是作出了约定的，只是没有明确约定具体的时间”。这种约定实际上重述了保证债务的从属性。

传统民法理论认为，保证债务为担保主债而设，具有从属性、附随性，即保证债务以主债务之存在为前提，因主债务之消灭而消灭，保证债务原则上与其所担保的主债务同其命运。信贷实践中，“保证人承担保证责任直至主债务本息还清时止”等此类约定体现了保证债务从属于主债务的属性，只要被担保的主债务未消灭，保证人的保证债务即存在。此种约定若无保证期间的强制适用，应是保证债务的当然之理，亦即无须约定，即应适用。由于《民法典》规定的保证期间具有强制性和法定性，无论当事人是否约定有保证期间，保证债务均有保证期间的适用。因此，如当事人在这种约定之外没有约定保证期间，则因对保证期间没有约定，而适用法定的保证期间。有学者认为，这种约定符合保证的目的，且并不违背法律的强制性规定，没有必要变更其内容。^[49]本书作者认为，在我国实行保证期间法定主义的制度设计之下，这种主张几无实现的可能。

将在性质上属于保证债务从属性的约定解释为“在这种约定中，体现出债权人是采取最大限度的可能来保证自己债权的实现”，完全正确，但称“如果完全认定为无效，从而适用六个月的规定，对债权人未免有所不公”，则失之偏颇。因为在当事人未约定保证期间的情况下，保证债务在存续上的从属性本应属当然之理，主债务存在，保证债务即存在，但法律上强制性地补充当事人的意思，规定了“6个月”的法定保证期间，对保证人利益的关爱，跃然纸上。《担保法解释》第32条第2款将同一情况的两种不同情形（约定和未约定保证债务的从属性）作出不同处理，在逻辑上无法自圆其说，也与法定保证期间的立法宗旨相悖。

第二，法律上关于保证期间的适用仅有约定和法定两种，在约定保证期间与法定保证期间之间不存在约定不明的独立情形。在解释上，对保证期间约定不明，即视为没有约定，而应适用法定保证期间。因此，即使将“保证人承担保证责任直至主债务本息还清时止”解释为关于保证期间的约定，亦应认定其属“保证期间约定不明”，自应推定适用法定保证期间——“6个月”。《担保法解释》第32条第2款在对保证期间“有约定”“没有约定”之外，再规定一种“约定不明”，并为其推定一个不同于“6个月”法定保证期间——两年，实有越权之嫌，并没有依循《合同法》第78条的逻辑，建构了更为复杂的规则体系。^[50]

第三，保证期间制度与诉讼时效制度相互独立，各有其特定的规则。诉讼时效制度意在维护交易秩序和安全，属以社会为本位的立法，而保证期间制度旨在平衡当事人之间的利益，着眼于个人的利益，因此，时效利益一般不得事先抛弃，但保证期间可得自由约定。同时，诉讼时效期间为可变期间，保证期间为不变期间。主债务的诉讼时效期间虽为3年，但其可因时效的中止、中断而变动，亦可因特殊情形之发生而延长，累计可延长至20年，因此，那种认为主债务存续期间仅为3年，并进而认为作为从债务的保证债务的保证期间不能超过3年的观点，理由尚不充分。

第四，保证期间在性质上已被确定为除斥期间^[51]，作为诉讼时效的补充，除斥期间制度之设旨在避免在某些特定的场合，如果不对权利人行使权利的期间另加限制，则仍有可能使某些民事法律关系处于不确定的状态的情形。因此，一般而言，除斥期间要短于诉讼时效期间。同时，保证期间制度体现了对保证人利益的倾斜，即如果债权人不及时行使保证债权，则保证人免责。将“保证人承担保证责任直至主债务本息还清时止”认定为对保证期间约定不明确，并进而将保证期间推定为主债务履行期限届满之日起2年，则债权人不用急于向保证人行使保证债权，对保证人保护不周。《担保法解释》第32条第2款的规定不仅没有准确理解我国法上保证期间制度的立法原意，也没有很好地把握保证期间制度与保证债务从属性之间的固有冲突。

综上，本书作者认为，“保证人承担保证责任直至主债务还清时止”的约定，不能认定为明确约定了保证期间，应视为对保证期间没有约定，而应适用法定保证期间。《民法典》第692条第2款删去此种单独类型，实值赞同。

四、保证期间的起算

（一）保证期间起算的一般规则

保证期间起算点不同，保证期间的长短也不同，而保证期间的长短决定着保证责任的承担或免除。因此，明确保证期间的起算时间，具有重要的意义。

保证期间为保证人承担保证责任的起讫期间，因此，保证人开始承担保证责任的时间即为保证期间的始期，亦即保证期间应从保证人开始承担保证责任起计算。《民法典》第681条规定：“保证合同是为保障债权的实现，保证人和债权人约定，当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，保证人履行债务或者承担责任的合同。”这一规定修改了《担保法》第6条的规定^[52]，将保证人承担保证责任的前提条件由“债务人不履行债务”修改为“债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形”，以与《民法典》担保物权的实现条件“债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形”相一致。这一修改实际上契合了我国法上违约构成的变迁。自《合同法》开始，我国法上的违约已不再限于债务人不履行到期债务，即使在债务到期之前，亦有可能构成违约。

基于《民法典》第681条的规定，保证期间应自“债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形”之时起计算。《民法典》第692条第2款规定：“债权人与保证人可以约定保证期间，但是约定的保证期间早于主债务履行期限或者与主债务履行期限同时届满的，视为没有约定；没有约定或者约定不明确的，保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月。”从文义来看，这里仅规定法定保证期间自“主债务履行期限届满之日”起计算，并不涉及约定保证期间的起算问题。在解释上，约定保证期间的长短及其计算，在不违背强行法的前提之下，自应承认其效力。如当事人在保证合同中约定了保证人承担保证责任的条件除了“债务人不履行到期债务”之外，还包括其他情形，如主债务人在履行期限届满之前明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务时，债权人可以请求保证人承担保证责任，保证期间即应从主债务人明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务时开始计算。值得注意的是，在适用法定保证期间的情形，也不排除预期违约的出现，依据《民法典》第578条关于“当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的，对方可以在履行期限届满之前请求其承担违约责任”的规定，债权人自可在履行期限届满之前请求主债务人承担违约责任。此际，债权人亦可向连带责任保证人主张保证债权，如保证合同中没有约定保证期间或者约定不明确的，保证期间应自主债务人明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务之日起6个月。

不论何种类型的保证期间，其始期均不同步于保证合同的生效日

期。当事人依法对保证合同的主要条款协商一致，保证合同即成立，保证合同一旦依法成立即具有法律效力。因此，在一般情况下，保证合同依法成立的时间与保证合同生效的时间是一致的。但是，如果当事人在保证合同中特别约定推迟合同的生效时间，或者有关法律、法规规定保证合同必须报请有关部门批准的，保证合同生效的时间就以当事人特别约定或法律、法规特别规定的时间为准。在这种情况下，保证合同生效的时间就不同于保证合同成立的时间。由此可见，保证期间的始期不同于保证合同生效的时间，也不同于保证合同成立的时间。

依据《民法典》第201条第1款的规定，凡以年、月、日计算期间的，开始的当日不计入，自下一日开始计算，因此，保证期间的真正起算日应为主债务履行期限届满之次日。应提及的是，保证期间的终期的确定亦应依据《民法典》关于期间计算的规定，即期间的最后一日是法定节假日的，以法定节假日结束的次日为期间的最后一日。期间的最后一日的截止时间为二十四时；有业务时间的，停止业务活动的时间为截止时间。

（二）未约定主债务履行期限时保证期间的起算

《民法典》第692条第3款规定：“债权人与债务人对主债务履行期限没有约定或者约定不明确的，保证期间自债权人请求债务人履行债务的宽限期届满之日起计算。”一般而言，保证人于主债务履行期限届满之时开始承担保证责任，这一时间就是保证期间的起算时间。这里，“主债务履行期限”，从主合同当事人的约定；无约定者，从法定。依据《民法典》第511条第4项的规定，当事人就履行期限约定不明确，不能达成补充协议，也不能按照合同有关条款、合同性质、合同目的或者交易习惯确定的，“债务人可以随时履行，债权人也可以随时请求履行，但是应当给对方必要的准备时间。”该“必要的准备时间”即为“宽限期”。债权人通过要求债务人履行，并提出合理的宽限期使本来不明确的主债务履行期限得以确定，从而也使得保证期间的起算点得以确定，即自该宽限期届满之日开始计算保证期间。^[53]由此可见，此种情形之下，债权人可以随时要求主债务人履行债务，但应当给对方设定一个“宽限期”，宽限期届满之日即为主债务履行期限届满之日，亦即保证期间的起算日。^[54]债权人对主债务人履行债务的时间给予一定的宽限期，并不属于《民法典》第695条所规定的“债权人和债务人协商变更主债权债务合同内容”，因此不必“经保证人书面同意”。值得注意的是，如果债权人与主债务人依据《民法典》第510条通过补充协议对债务履行期限作出约定，该行为属于“对主合同履行期限作了变动”，应当适用《民法典》第692条第2款确定保证期间起算点，而非适用《民法典》第692条第3款。

（三）当事人约定的保证期间的始期早于主债务履行期限的效力

如当事人就保证责任的承担条件没有例外规定，保证人仅得在主债务人不履行到期债务的情形之下才承担保证责任。此种情形之下，当事人约定的保证期间的始期早于主债务履行期限，是否有效？

约定的保证期间的始期早于主债务履行期限，但其终期晚于主债务履行期限，且约定的期限为“期日”的，该约定的始期无效，但终期有效。保证期间的始期应从主债务履行期限届满之日起计算，保证期间至约定的终期日来临之日止。如甲、乙约定为2019年5月1日到期的借贷债务提供保证，保证期间自借款日2018年5月1日开始计算，至2019年4月1日或者2019年5月1日届满，则保证期间的约定没有意义；如甲、乙双方将保证期间约定至2019年12月1日届满，则为有效，原因在于，当事人对于主债务履行期限均已知道或者应当知道，双方对保证期间的终期已达成合意，即对债权人不积极主张权利，则保证人的保证责任消灭的具体日期已经确定，即使此时主张当事人约定的保证期间的始期与保证期间的性质不合而应认定为无效，也不影响当事人对保证期间终期的约定的效力。

约定的保证期间的始期早于主债务履行期限，但其终期晚于主债务履行期限，且约定的期限为“期间”的，该约定的“期间”有效，但其约定的始期无效，应从主债务履行期限届满之日计算期间。如前例中甲与乙约定的保证期间若非期日，而为期间，如约定保证期间为“提供借款之日起1年”，则乙的保证期间应从2019年5月2日起至2020年5月1日止。

其他问题

一、保证合同无效时保证期间的适用问题

对于保证合同被认定无效后，保证期间是否仍然适用，学界和司法实践存在两种观点。

一种观点认为，在保证合同无效下，保证合同约定的或者法律规定的保证期间仍然具有法律意义。如果债权人在保证期间内未主张权利的，保证人原则上不再承担无效保证的赔偿责任。^[55]就在保证合同无效时仍然能够适用保证期间的理由，主要有以下三点：其一，在合同无效的情形下，债权人所获得的利益不应当超过保证合同有效时所获得的利益，因此保证期间应适用于无效保证合同。^[56]其二，为平衡当事人之间的利益，避免无效保证合同的保证人因合同效力不确

定而无限期地承担责任，在保证合同被认定无效的情况下，当事人仍应按照约定或法定的保证期间主张权利。^[57]其三，虽然保证合同被认定无效后，保证人的责任是以过错原则来确定的赔偿责任，其性质已不同于基于保证合同有效情形下的保证责任，但是债权人与保证人在订立保证合同时一般不能预见保证合同无效，因此保证合同中双方约定的保证期间或法定保证期间是双方对各自权利义务行使期限的唯一合理预期，按照该期间确定双方的利益关系，符合双方的缔约本意。^[58]

另一种观点则认为，保证合同无效，保证期间也就不再具有适用空间。其主要理由在于：第一，法律未规定保证责任期间也适用于保证合同无效的情况下。保证合同既已无效，保证人承担的损失赔偿责任，在性质上不属于保证责任，而属于缔约过失责任，并不受保证期间的约束，债权人请求无效保证合同的保证人承担赔偿责任直接适用诉讼时效^[59]；第二，保证合同无效，有关保证期间的约定也应无效，保证人的“缔约本意”已无意义；第三，保证合同无效时，保证人无过错者无责任，有过错才有责任，因而债权人的权利是基于保证人的过错，与保证合同有效时债权人的权利不具有可比性，保证合同有效时债权人的权利是基于当事人的意思，因此不存在债权人获得的利益超过保证合同有效时的问题；第四，保证责任期间制度现已过于复杂，若再适用于保证合同无效的情况，将使之更为复杂，衍生诸如是按一般保证还是连带责任保证确定债权人应当为行为、保证责任期间的起算点等问题。^[60]司法实践中，亦有裁判采此观点：“借款合同及担保合同均为无效，合同约定的或法律规定的保证期间即丧失了法律适用条件，担保人应在承担民事责任诉讼时效期间即两年内承担民事责任。”^[61]“保证期间是考量保证人应否承担保证责任的因素，而案涉保证合同无效，保证人不再承担保证责任，故保证期间在本案没有适用的余地。”^[62]

本书作者认为，保证期间是为保证责任所规定的期间限制，该种期间适用的前提是保证合同合法有效、保证人应依据合同约定承担保证责任。故在保证合同无效时，没有保证期间的适用余地。

二、分期履行债务的保证期间的起算

对于分期履行债务的保证期间的起算，《民法典》并未作出规定，但是关于分期履行债务的诉讼时效的起算，《民法典》第189条规定：“当事人约定同一债务分期履行的，诉讼时效期间自最后一期履行期限届满之日起计算。”该条的立法理由在于：同一债务的特性；减少讼累、实现诉讼效率；促进交易、增加社会财富等。^[63]虽然该条规定的是分期履行债务诉讼时效的起算规则，但其规则原理亦

可适用于保证期间的起算。那么对于分期履行债务保证期间的起算是不是也如同诉讼时效，从最后一期履行期限届满日起算呢？司法实践中对此也有两种不同的观点。一种观点是参照适用分期履行债务的诉讼时效起算规则，保证期间从最后一期履行期限届满之日起计算^[64]；另一种观点认为，应按照每笔债务的履行期限届满日分别起算保证期间。^[65]

本书作者赞同第一种观点，一方面在分期履行债务的规定上，可类推适用分期履行债务的诉讼时效起算规则，另一方面，保证人的担保在没有特别约定的情况下，是为整个债务提供担保，即“当事人约定保证人对整个债务提供担保，保证期间应从最后履行期限届满之日起算。理由在于：因保证人系对同一笔债务提供的担保，故主债权人可基于该债务的整体性而待最后履行期限届满后向主债务人和保证人主张权利，故保证期间应从最后一期债务履行期届满之日起开始计算”^[66]。

第六百九十三条

一般保证的债权人未在保证期间对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，保证人不再承担保证责任。

连带责任保证的债权人未在保证期间请求保证人承担保证责任的，保证人不再承担保证责任。

本条主旨

本条是关于保证期间的效力的规定。

相关条文

《担保法》第25条第2款 在合同约定的保证期间和前款规定的保证期间，债权人未对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，保证人免除保证责任；债权人已提起诉讼或者申请仲裁的，保证期间适用诉讼时效中断的规定。

第26条第2款 在合同约定的保证期间和前款规定的保证期间，债权人未要求保证人承担保证责任的，保证人免除保证责任。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第482条 一般保证的债权人未在保证期间内对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，保证人不再承担保证责任。

连带责任保证的债权人未在保证期间内对保证人主张承担保证责任的，保证人不再承担保证责任。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第482条 一般保证的债权人未在保证期间内对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，保证人不再承担保证责任。

连带责任保证的债权人未在保证期间内对保证人主张承担保证责任的，保证人不再承担保证责任。

《民法典（草案）》（2019年12月）第693条 一般保证的债权人未在保证期间内对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，保证人不再承担保证责任。

连带责任保证的债权人未在保证期间对保证人主张承担保证责任的，保证人不再承担保证责任。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第693条 一般保证的债权人未在保证期间对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，保证人不再承担保证责任。

连带责任保证的债权人未在保证期间请求保证人承担保证责任的，保证人不再承担保证责任。

理解与适用

本条是在《担保法》第25条第2款、第26条第2款的基础上整合修改而成的。本条将原条文中的“保证人免除保证责任”修改为“保证人不再承担保证责任”，明确了保证期间经过的法律效果：保证债务消灭，在一定程度上防止了“保证人免除保证责任”的解释分歧。就《担保法》第25条第2款、第26条第2款中的“保证人免除保证责任”，通说认为系指保证责任（保证债务）在实体上归于消灭^[67]，裁判实践中，亦以此说为主流意见。^[68]但也有观点认为，保证期间届满仅产生保证人的免责抗辩权，不产生权利消灭的法律后果。^[69]裁判实践中，有少数案例采取“抗辩权发生说”^[70]。

一、一般保证的保证期间的效力

保证期间是确定保证人承担保证责任的期间。由此可见，一般意义上，保证期间也就是保证责任有效存续的期间，此即保证期间的积极效力的方面。保证期间的效力还有其消极的一面，即在保证期间内发生一定的事实，保证人的保证责任将因保证期间届满而消灭。依据《民法典》第693条第1款的规定，“一般保证的债权人未在保证期间内对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，保证人不再承担保证责任”。由此可见，保证期间消极效力的发生必须具备以下要件：第一，保证期间的经过；第二，债权人在保证期间内未对主债务人提起诉讼或申请仲裁。如在保证期间内，债权人依法对主债务人提起诉讼，或就其与主债务人的纠纷申请仲裁，不发生保证债务消灭的法律后果。^[71]

值得注意的是，如果在保证期间内债权人仅对一般保证人主张权利，要求其承担保证责任，而不对主债务人提起诉讼或申请仲裁，此时是否发生保证债务消灭的法律后果？由于一般保证保证人有先诉抗辩权，债权人的上述主张将因保证人依法行使了先诉抗辩权而失去效力，债权人如仍不对主债务人提起诉讼或申请仲裁，保证期间届满，发生保证债务消灭的法律后果。但保证人放弃或怠于行使其先诉抗辩权，表示同意承担保证责任，则不能因保证期间届满而不再承担保证责任。

二、连带责任保证的保证期间的效力

保证期间是确定保证人承担保证责任的期间，连带责任保证也不例外。如债权人在保证期间内依法向连带责任保证人请求承担保证责任，保证人不得无故拒绝，此即保证期间效力的积极方面。如债权人在保证期间内未要求保证人承担保证责任，则保证人不再承担保证责任，此即保证期间的消极效力。依据《民法典》第693条第2款的规定，“连带责任保证的债权人未在保证期间请求保证人承担保证责任的，保证人不再承担保证责任”。这里的“请求保证人承担保证责任”，应理解为在保证期间内以书面形式（口头形式者需有证据证明）请求保证人承担保证责任，并不以提起诉讼或申请仲裁为必要。

连带责任保证人无先诉抗辩权，主债务履行期限届满，债权人既可以向主债务人请求清偿，也可以向保证人请求承担保证责任，保证人与主债务人在主债务人不履行主债务时，处于同等的地位。所以，就连带责任保证而言，一旦债权人在保证期间内请求保证人承担保证责任，保证期间即因未完成而失去意义，不发生重新计算的问题。此后，债权人对保证人的保证债务履行请求权直接适用诉讼时效的有关规定。

其他问题

一、人民法院是否应主动审查保证期间是否经过

司法实践中，在保证人未提出保证期间已经经过的抗辩时，人民法院是否应主动审查保证期间？对这一问题的回答取决于对保证期间性质的把握。对此，司法实践中存在争议。

一种观点认为，对保证期间是否经过的案件事实，人民法院应依职权主动审查。其主要理由在于，保证期间经过的法律后果，是保证人免除保证责任。因此，保证期间从性质上不同于诉讼时效期间。同时，最高人民法院在制定担保法司法解释过程中的意见认为，保证期间从性质上应认为属于除斥期间，因而不适用中断、中止、延长。从除斥期间的适用上看，其应当属于法院依职权予以审查的事项，而不属于依当事人抗辩审查的事项，故不论保证人是否抗辩，人民法院对保证期间是否经过的事实应当依职权主动审查，进而确定是否免除保证人的保证责任。^[72]保证责任具有单务、无偿性，即使认为保证期间可以作为一种特殊的权利行使期间或者责任免除期间，成为一种独立的期间类型，而不归入现有的诉讼时效期间或者除斥期间之中，亦不影响法院依职权对保证期间是否经过予以审查的结论，因为唯如此，才与保证期间之法律规定限制保证人无限期承担保证责任，平衡债权人、保证人与主债务人三者利益关系的立法本意相契合。^[73]因此，对保证期间是否经过的案件事实，人民法院应当依照职权进行审查，不应仅因保证人未主动提出保证期间经过的抗辩，而对保证期间是否经过的事实不予审查，并直接认定保证人应当就已经超过保证期间的债务承担担保责任。^[74]

另一种观点认为，对保证期间是否经过的案件事实，人民法院不应依职权主动审查。其主要理由在于，保证期间在性质上属于诉讼时效期间，依据《民法典》第193条“人民法院不得主动适用诉讼时效的规定”的规定，人民法院不得主动审查。裁判实践中，有判决并未直接指明保证期间的性质，仅指出“保证期间作为保证人对抗债权人的抗辩理由之一，是否主张为当事人对自己诉讼权利的处分。根据一审判决载明的的事实，潘荣荣在本案一审诉讼过程中并未提出关于保证期间的抗辩，并在一审判决其承担连带保证责任后，并未提起上诉。而在二审庭审中，潘荣荣亦未就保证期间提出异议，故双方当事人并未就此形成争议。现潘荣荣却就此主张一审、二审判决错误并申请再审，本院认为其有违诉讼诚信，其申请再审理由不能成立”^[75]。也有裁判认为，“在陈远转提起诉讼后，吴英琪未出庭应诉，亦未对其是否应免除保证责任提交书面答辩意见，可视为其已放弃抗辩权利”^[76]。

对此，本书作者认为人民法院应主动审查保证期间。债权人在保证期间是否主张权利关系保证责任是否免除，关系保证人的实体权利义务，属于人民法院应查明的事实。此与诉讼时效不同，因后者影响的只是债务人的时效经过抗辩权。

二、保证期间届满后保证人在催款通知书上签字的法律后果

依据《民法典》第693条的规定，一般保证的保证期间届满，债权人未以诉讼或者仲裁的方式向主债务人请求履行债务的，保证人不再承担保证责任；连带责任保证的保证期间届满，债权人未向保证人主张保证债权，保证人不再承担保证责任。但是，实践中，保证期间届满后，保证人若在债权人向其出示的催款通知书等债权文书上签字，是否能够认定保证人应继续承担保证责任？对此，《最高人民法院关于人民法院应当如何认定保证人在保证期间届满后又在催款通知书上签字问题的批复》（法释〔2004〕4号）指出：“保证期间届满债权人未依法向保证人主张保证责任的，保证责任消灭。保证责任消灭后，债权人书面通知保证人要求承担保证责任或者清偿债务，保证人在催款通知书上签字的，人民法院不得认定保证人继续承担保证责任。但是，该催款通知书内容符合合同法和担保法有关担保合同成立的规定，并经保证人签字认可，能够认定成立新的保证合同的，人民法院应当认定保证人按照新保证合同承担责任。”这里，有几点值得注意。

第一，主债务人和保证人在逾期贷款催款通知书上签字的法律后果不同。“最高人民法院司法解释规定超过诉讼时效期间借款人在催款通知单上签字或盖章，应视为对原债务的重新确认，也正是建立在诉讼时效期间届满后，债权人与债务人之间实体上的债权债务关系并不因此而消灭，法律对于债务人的自愿履行或确认行为予以确认。而保证期间届满，意味着债权人实体权利的丧失，债权人与保证人之间已不存在可资确认的保证合同关系，除非双方另行签订保证合同。”^[77]

第二，保证期间届满后，保证人如无其他明示，仅在债权人发出的催收贷款通知单上签字或盖章的行为，不能成为重新承担保证责任的依据。^[78]债权人在超过了主债务诉讼时效之后与主债务人进行了债权债务核对，该核对行为仅构成对原债权债务的重新确认，也即新的债权债务法律关系的确立。主债务人对主债务予以重新确认，构成放弃诉讼时效抗辩权的行为，因该弃权行为使主债权强制执行效力得以恢复，故该弃权行为亦导致主债务诉讼时效期间重新起算。在此之前，原债已构成自然之债，作为从债务的担保之债因保证期间已经经过而自然免除。《民法典》第701条规定：“保证人可以主张债务人对

债权人的抗辩。债务人放弃抗辩的，保证人仍有权向债权人主张抗辩。”此时，保证人系基于其独立地位行使该抗辩权，而非代主债务人行使。^[79]因此，在新的债权债务法律关系中，除非有担保人明确担保的意思表示，否则并不当然产生新的担保法律关系，亦不产生针对原债务的担保法律关系的延续。^[80]

第三，催款通知书内容符合法律上有关保证合同成立的规定，并经保证人签字认可，可以认定成立新的保证合同。首先，催款通知书须有明确的保证要约。具体必须符合：一是催款通知书要有要求保证人承担保证责任的要求；二是必须是要求保证人继续履行保证责任的要求，即对原担保债务承担保证责任；三是必须能够明确认定不是要求保证人履行其原保证责任。如催款通知书中载明：“我单位为上述贷款的保证人，自愿承担新的连带责任保证责任，保证期间自本催收通知送达签收后两年”^[81]，或保证人明确表示其对“债权转移不持任何异议”，“继续履行借款合同、担保合同或协议规定的各项义务”^[82]。其次，保证人签字或者盖章构成承诺。保证人单纯的签字通常不能认定保证人即为构成承诺。在保证人有表明同意或者接受催款通知书中的保证责任要求时，才构成承诺。但催款通知书中已经明确写明如果保证人在催款通知书上签字或者盖章即视为接受催款通知书约定的内容的除外。^[83]值得注意的是，保证人在保证期间届满后，发函督促债权人向主债务人收款或督促主债务人还款，并不表明保证人放弃保证期间已经经过的抗辩权。^[84]

第六百九十四条

一般保证的债权人在保证期间届满前对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，从保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日起，开始计算保证债务的诉讼时效。

连带责任保证的债权人在保证期间届满前请求保证人承担保证责任的，从债权人请求保证人承担保证责任之日起，开始计算保证债务的诉讼时效。

本条主旨

本条是关于保证债务诉讼时效的起算的规定。

相关条文

《担保法》第14条 保证人与债权人可以就单个主合同分别订立保证合同，也可以协议在最高债权额限度内就一定期间连续发生的借款合同或者某项商品交易合同订立一个保证合同。

《担保法解释》第34条 一般保证的债权人在保证期间届满前对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，从判决或者仲裁裁决生效之日起，开始计算保证合同的诉讼时效。

连带责任保证的债权人在保证期间届满前要求保证人承担保证责任的，从债权人要求保证人承担保证责任之日起，开始计算保证合同的诉讼时效。

第35条 保证人对已经超过诉讼时效期间的债务承担保证责任或者提供保证的，又以超过诉讼时效为由抗辩的，人民法院不予支持。

第36条 一般保证中，主债务诉讼时效中断，保证债务诉讼时效中断；连带责任保证中，主债务诉讼时效中断，保证债务诉讼时效不中断。

一般保证和连带责任保证中，主债务诉讼时效中止的，保证债务的诉讼时效同时中止。

第37条 最高额保证合同对保证期间没有约定或者约定不明的，如最高额保证合同约定有保证人清偿债务期限的，保证期间为清偿期限届满之日起六个月。没有约定债务清偿期限的，保证期间自最高额保证终止之日或自债权人收到保证人终止保证合同的书面通知到达之日起六个月。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第483条 一般保证的债权人在保证期间届满前对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，从判决或者仲裁裁决生效之日起，开始计算保证债务的诉讼时效。

连带责任保证的债权人在保证期间届满前要求保证人承担保证责任的，从债权人要求保证人承担保证责任之日起，开始计算保证债务的诉讼时效。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第483条 一般保证的债权人在保证期间届满前对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，从保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日起，开始计算保证债务的诉讼时效。

连带责任保证的债权人在保证期间届满前要求保证人承担保证责

任的，从债权人要求保证人承担保证责任之日起，开始计算保证债务的诉讼时效。

《民法典（草案）》（2019年12月）第694条 一般保证的债权人在保证期间届满前对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，从保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日起，开始计算保证债务的诉讼时效。

连带责任保证的债权人在保证期间届满前请求保证人承担保证责任的，从债权人请求保证人承担保证责任之日起，开始计算保证债务的诉讼时效。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第694条 一般保证的债权人在保证期间届满前对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，从保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日起，开始计算保证债务的诉讼时效。

连带责任保证的债权人在保证期间届满前请求保证人承担保证责任的，从债权人请求保证人承担保证责任之日起，开始计算保证债务的诉讼时效。

理解与适用

本条是在《担保法解释》第34条的基础上修改而成的。本条将一般保证债务诉讼时效的起算点由“判决或者仲裁裁决生效之日”修改为“保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日”。

一、保证期间与保证债务诉讼时效的关系及其衔接

关于保证期间与保证债务诉讼时效的关系，学者间见解不一。一种观点认为，保证合同的保证期间与保证合同的诉讼时效期间，都是要求债权人行使权利（债权请求权）的期间。两者分别处于不同的阶段，相互衔接，各自发挥着不同的作用。^[85]另一种观点认为，保证合同的诉讼时效本质上与保证期间的性质并不相容。无论保证债务诉讼时效还是保证期间，其指向的对象都是债权人对保证人的请求权，而诉讼时效和保证期间对待债权人的请求权的处理方式并不相同，从而不可能发生两者并行不悖的情形，只能选择其一。既然法律为保护保证人而选择了保证期间制度，就不可能再在保证合同上存在诉讼时效制度。^[86]

保证期间和诉讼时效的区别已如前述。保证期间为确定保证人承担保证责任的期间，该期间不以法定期间为限，而且属于不变期间；

保证期间经过，保证人的保证责任免除，债权人对保证人的保证债务履行请求权即告消灭。保证债务诉讼时效期间，是债权人得以诉讼请求人民法院等保护其保证债权的法定期间；该期间为可变期间，有时效中断、中止和延长等的适用；期间经过而债权人不行使权利的，其实体民事权利并不消灭，仅使债务人取得时效经过抗辩权。因此，保证期间并非保证债务的诉讼时效期间。

从《民法典》第694条的规定，我们可以看出保证期间与保证债务诉讼时效的适用路径与分野。在一般保证的情形，主合同履行期限届满时主债务人未履行债务，主债务诉讼时效期间和保证期间（包含约定的和法定的）同时开始计算，在保证期间和主债务诉讼时效期间未届满之前，债权人依主合同提起诉讼或申请仲裁请求主债务人履行债务，此时保证期间因未完成而失去意义。从保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日起开始计算保证债务的诉讼时效。保证债务诉讼时效经过之后，虽债权人仍得提起诉讼或申请仲裁，但保证人取得时效经过抗辩权，可以时效之经过为由对抗债权人的履行请求，债权人的保证债权将不获满足。如在保证期间内，债权人不向主债务人以提起诉讼或者申请仲裁的方式主张债权，保证人不再承担保证责任，无保证债务诉讼时效之适用。

在连带责任保证的情形，主合同履行期限届满时，主债务诉讼时效期间和保证期间开始计算。在保证期间内，债权人向保证人主张保证债权（不以提起诉讼或申请仲裁为必要），此时，保证期间因未完成而失去意义，如此时保证人拒绝履行保证债务，则保证债务诉讼时效期间开始计算。保证债务诉讼时效经过之后，虽债权人仍得提起诉讼或申请仲裁，但保证人取得时效经过抗辩权，可以时效之经过为由对抗债权人的履行请求，债权人的保证债权将不获满足。如在保证期间内，债权人不请求保证人承担保证责任的，保证人不再承担保证责任，无保证债务诉讼时效之适用。

二、保证债务诉讼时效期间的起算

（一）本条与《民法典》第188条的关系

《民法典》第188条第1款规定：“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。法律另有规定的，依照其规定。”《民法典》上就保证债务的诉讼时效期间并未作出特别规定，由此可见，保证债务的诉讼时效期间与一般诉讼时效期间一样，均为3年。

《民法典》第188条第2款规定：“诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。法律另有规定的，

依照其规定。但是，自权利受到损害之日起超过二十年的，人民法院不予保护，有特殊情况的，人民法院可以根据权利人的申请决定延长。”本条规定可以理解为该款中就诉讼时效期间的起算“法律另有规定的”情形。在这里，没有考虑保证债务履行期限问题。

依据《民法典》第188条第2款的规定，我国诉讼时效起算原则上采主观主义起算标准^[87]，保证债务的诉讼时效期间也就应自债权人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。在保证合同债权债务关系中，如何判断债权人的保证债权受到损害？本书作者认为，与一般债权相比，保证债权的行使有其特殊性。由于我国法上采保证期间法定主义，任何保证债权均有保证期间的适用。如债权人未在保证期间内行使权利，保证债务消灭；仅在保证期间内债权人实施特定行为，保证期间因未届满而失去意义，保证债权才有了适用诉讼时效的空间。因此，债权人的保证债权受到损害，系指在保证债权可得行使时，债权人如向保证人主张保证债权，一旦保证人拒绝承担保证责任，债权人即知道或者应当知道自己权利受到损害，此时保证债务的诉讼时效期间即开始计算。这里，“保证债权可得行使”，是指保证债权人可以实际地向保证人请求承担保证责任。在一般保证，因保证人有先诉抗辩权，债权人并不能直接向保证人要求承担保证责任。主债务人不履行主债务时，债权人首先仍应请求主债务人履行主债务，只有在主债务人确实无力履行主债务时，才能向保证人要求代为履行或承担责任，此时才是一般保证的保证债权可得行使时。而在连带责任保证，保证人与主债务人几乎处于同样的地位，债权人既可以向主债务人行使主债权，又可向保证人行使保证债权。因此，在连带责任保证情形下，主合同履行期限届满时即为“保证债权可得行使”时。

（二）一般保证债务诉讼时效期间的起算

就一般保证债务诉讼时效期间的起算，本条第1款规定：“一般保证的债权人在保证期间届满前对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，从保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日起，开始计算保证债务的诉讼时效。”这一规则改变了《担保法解释》第34条第1款关于“一般保证的债权人在保证期间届满前对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，从判决或者仲裁裁决生效之日起，开始计算保证合同的诉讼时效”的规定。《担保法解释》的理由是：“在一般保证中，保证人享有先诉抗辩权，在主合同未经审判或仲裁并就债务人财产依法执行仍不能履行债务前，保证人可拒绝承担保证责任。在这种情况下，这个期间可能持续很长时间。当案件经过一审、二审最终发生法律效力时，开始计算保证合同的诉讼时效。尽管对债务人的财产强制执行仍然不能满足债权时，债权人方可起诉保证人，但这些活动在两年的诉讼时效内一

般是可以完成的。”^[88]保证债务诉讼时效自起诉之日起计算，对债权人过于不利；保证债务诉讼时效自执行终结之日起算对保证人过于不利；保证债务诉讼时效自判决生效之日起算，兼顾了双方利益。^[89]

本书作者认为，将保证债务诉讼时效的起算点确定在对主债务人的判决或仲裁裁决生效之日，尚值商榷。该观点与保证人先诉抗辩权不合，也与《民法典》中关于诉讼时效期间的起算的基本规则相悖。

《民法典》第687条第2款中规定：“一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，有权拒绝向债权人承担保证责任”。法律赋予一般保证的保证人以先诉抗辩权，使其在主债务诉讼或仲裁以及执行过程中暂时不受债权人追究。既然一般保证的债权人在主合同纠纷未经审判或仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，无权要求保证人承担保证责任，不能视为债权人的权利受侵害之日。依照《民法典》第188条关于“诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算”的规定，在“债务人财产依法强制执行仍不能履行债务”之前，保证人未履行保证债务的行为，不构成保证债务的履行迟延，并未对债权人的权利造成侵害，保证债务诉讼时效尚未开始起算。因此，《担保法解释》第34条第1款的规定至为可议。

同时，上引观点认为对债务人的财产强制执行的活动“在两年的诉讼时效内一般是可以完成的”，这只是论者的设想，并不能排除对债务人的强制执行程序在两年内不能完成的情况。换言之，在保证债务两年诉讼时效内，对债务人的财产强制执行程序能够终结，带有一定的不确定性。因此，在对债务人的财产强制执行程序完结之日，保证债务的诉讼时效不仅必然地被大打折扣，而且还可能已经届满。在此情形下，已不仅仅是限制债权人对保证人的诉讼权利，而是可能直接导致债权人对保证人因诉讼时效届满而效力减弱。提前起算保证债务诉讼时效可能损及债权人对保证人本应享有的期限利益。在就主债务人的财产依法强制执行仍不能履行债务之前，债权人请求保证人履行保证债务，保证人依《民法典》第687条第2款的规定，可以拒绝，此为“先诉抗辩权”之本意。如自对主债务人的判决或仲裁裁决生效之日开始计算保证债务诉讼时效，在对主债务人的强制执行程序终结之前，保证债务诉讼时效期间已经届满，保证人即取得时效经过抗辩权，可以对抗此后债权人的履行请求，对于债权人而言至为不利。

本条将一般保证债务的诉讼时效的起算点界定为“保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日”。这里，所谓“保证人拒绝承担保证责任的权利消灭”，结合《民法典》第687条第2款的规定，即指保证人先诉抗辩权的消灭。在具体判断上，可以对主债务人的财产强制执行而

无效果或执行终结为标准。

（三）连带责任保证债务诉讼时效期间的起算

就连带责任保证债务诉讼时效期间的起算，本条第2款规定：“连带责任保证的债权人在保证期间届满前请求保证人承担保证责任的，从债权人请求保证人承担保证责任之日起，开始计算保证债务的诉讼时效。”这一规则同于《担保法解释》第34条第2款关于“连带责任保证的债权人在保证期间届满前要求保证人承担保证责任的，从债权人要求保证人承担保证责任之日起，开始计算保证合同的诉讼时效”的规定。

连带责任保证债务诉讼时效的起算点是“债权人请求保证人承担保证责任之日”。在连带责任保证债务场合，不存在先诉抗辩权，主合同履行期限届满，债权人即可主张其保证债权，亦即可以请求保证人履行保证债务，如在保证期间内，债权人请求保证人承担保证责任，一旦保证人拒绝，债权人即知道或者应当知道自己的保证债权受到了侵犯，保证债务的诉讼时效期间即开始起算。

其他问题

一、保证期间与主债务诉讼时效的关系

保证期间与主债务诉讼时效的关系主要涉及的问题是约定的保证期间长于主债务诉讼时效时的处理。关于当事人约定的保证期间长于主债务诉讼时效的效力问题，已如前述。此时并不能当然地认为当事人对保证期间的约定无效或将长于主债务诉讼时效的期间视为无效。

当事人约定的保证期间长于主债务诉讼时效时，保证人可以依主债务人的时效抗辩权对抗债权人在主债务诉讼时效完成后对保证人的履行请求，以避免保证期间与诉讼时效发生冲突。如果保证人放弃了其享有的时效抗辩权而自愿履行保证债务，在保证人向主债务人行使追偿权时，主债务人同样可以时效抗辩权对抗保证人的追偿权以保护自己的利益不受损害。因此，约定的保证期间长于主债务诉讼时效不会影响到诉讼时效的强制力，当事人约定的保证期间仍然有效，保证期间与主债务诉讼时效并不发生冲突。

二、主债务诉讼时效与保证债务诉讼时效的关系

主债务和保证债务均属债务，均有诉讼时效期间之适用。主债务诉讼时效期间一般为普通诉讼时效（国际货物买卖合同、技术进出口

合同以及特别法对合同诉讼时效期间有特别规定者例外，此时主债务诉讼时效期间适用特别法的规定），保证债务诉讼时效期间为普通诉讼时效期间（3年）。

（一）主债务诉讼时效与保证债务诉讼时效起算的关系

主债务诉讼时效和保证债务诉讼时效虽都从权利人知道或者应当知道其权利受到损害以及义务人之日起计算，但其具体起算点不同。主债务履行期限届满，主债务人不履行债务，债权人即知道或者应当知道其债权受到损害，主债务诉讼时效期间即开始计算；在保证债权可行使时，债权人向保证人主张保证债权，但保证人拒绝履行保证债务，债权人即知道或者应当知道其保证债权受到损害，保证债务诉讼时效期间即开始计算。《民法典》规定的保证债务诉讼时效起算点为，就一般保证债务，自保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日；就连带责任保证债务，自债权人请求保证人承担保证责任之日。无论哪种情形，均以保证债务未因保证期间的经过而消灭为前提。

（二）主债务诉讼时效对保证债务诉讼时效的影响

保证债务从属于主债务，由此决定，主债务消灭，保证债务也消灭；主债务效力减弱，保证债务效力也减弱。主债务不因诉讼时效届满而消灭，但效力减弱，使得主债务人取得时效经过抗辩权，债权人向保证人主张保证债权之时，保证人亦可主张本属于主债务人的时效经过抗辩权。

1. 主债务诉讼时效的中断是否引起保证债务诉讼时间的中断

主债务诉讼时效的中断是否引起保证债务诉讼时间的中断？关于主债务诉讼时效的中断是否引起保证债务诉讼时效的中断，应结合主债务诉讼时效、保证债务诉讼时效、保证期间等综合予以考量。

在一般保证的情形，主债务履行期限届满，主债务人不履行债务，主债务诉讼时效期间和保证期间同时开始计算，如债权人向主债务人主张主债权，但未以诉讼或仲裁方式为之，此时主债务诉讼时效中断，但保证期间并未中断，如在保证期间届满时，债权人仍未以诉讼或仲裁方式向主债务人主张主债权，保证人不再承担保证责任，保证债务时效期间无适用之可能；如在保证期间届满前，债权人以诉讼或仲裁方式向主债务人主张主债权，主债务诉讼时效再次中断，从保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日起计算保证债务的诉讼时效，自不发生主债务诉讼时效期间的中断对保证债务诉讼时效期间有何影响的问题。

就此,《担保法解释》第36条第1款中规定:“一般保证中,主债务诉讼时效中断,保证债务诉讼时效中断”。其理由是:“在一般保证情况下,由于担保法第十七条规定,债权人必须首先向债务人提起诉讼或者申请仲裁,而不能直接单独起诉保证人,一旦债权人以上述方式主张了自己的权利,根据民法通则的规定,主合同的诉讼时效中断。此时,根据担保法第二十五条的规定,保证期间的作用已经消灭,诉讼时效制度开始起作用。如果此时保证债务的诉讼时效不中断,在经过长时间的诉讼或者仲裁后,债权人向保证人起诉之时,很可能超过了保证债务的诉讼时效,对债务人未免有所不公。因此,主债务诉讼时效中断,保证债务的诉讼时效亦应中断。”^[90]学界对此多持批评意见,批评的主要理由如下:其一,该规定与《担保法解释》第34条第1款相矛盾。^[91]根据该解释第34条第1款之规定,一般保证的债权人在保证期间届满前对债务人提起诉讼或者申请仲裁的,从判决或者仲裁裁决生效之日起,开始计算保证债务的诉讼时效。在主债务诉讼时效中断的情况下,主债务的判决或仲裁裁决并未作出,自无保证债务诉讼时效适用之可能,保证债务诉讼时效之中断更无从谈起。其二,该规定导致连带责任保证人的负担轻于一般保证人。连带责任保证中,可能出现主债务诉讼时效未届满,而保证债务诉讼时效已届满,保证人可以主张保证债务的时效抗辩权以拒绝承担保证责任。这就导致连带责任保证人的负担,反而较一般保证人的负担更轻。^[92]

在连带责任保证的情形,债权人向主债务人主张主债权,引起主债务诉讼时效中断,并不影响债权人向保证人主张保证债权,对保证债务的诉讼时效期间自不发生影响。值得注意的是,《诉讼时效规定》第17条规定:“对于连带债权人中的一人发生诉讼时效中断效力的事由,应当认定对其他连带债权人也发生诉讼时效中断的效力。”“对于连带债务人中的一人发生诉讼时效中断效力的事由,应当认定对其他连带债务人也发生诉讼时效中断的效力。”但这一规定规范的对象是典型连带责任的连带债务人,这里的连带债务应为同一债务层次的连带债务,对于主债务人与连带责任保证人并不适用,理由是:首先,因为连带责任保证人为从债务人而非主债务人,其所负的债务为从债务而非主债务,与主债务并非同一层次的债务。其次,连带责任保证的连带性就其内部关系而言,较一般连带债务不同,连带责任保证人并非最终责任人。保证人承担保证责任后,对主债务人享有求偿权,并不与主债务人分担债务,最终的债务主体为主债务人。再有,主债务人与连带保证人承担的债务的性质并不相同,两者具有独立性,主债务的诉讼时效起算点与保证债务的诉讼时效起算点也不相同,中断、中止事由也各有独立性。主债权人既可以向主债务人主张权利,也可以向连带责任保证人主张权利,在主债权人只向主债务

人主张权利而未向保证人主张权利的情形下，并不能推定其向连带责任保证债务人也主张权利。^[93]同时，《诉讼时效规定》第17条是对诉讼时效制度的一般规定，而《担保法解释》第36条是对连带责任保证债务诉讼时效的特别规定，在确定主债务诉讼时效与连带责任保证债务诉讼时效的关系时，应当适用《担保法解释》的规定。^[94]

2.主债务诉讼时效的中止是否引起保证债务诉讼时效的中止

《担保法解释》第36条第2款规定：“一般保证和连带责任保证中，主债务诉讼时效中止的，保证债务的诉讼时效同时中止。”其理由是，诉讼时效的中止是“因非当事人所能控制的客观原因而产生，如因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权。因此，无论对于主债务还是保证债务均应一律对待，主债务诉讼时效中止，保证债务的诉讼时效也应当同时中止”^[95]。果若如此，法律无须另行作出规定，直接适用诉讼时效中止的规则即可。但实际上，中止的事由另为客观事实，但未必同时影响到主债权和保证债权的行使，例如，在主债权及保证债权的诉讼时效均只剩下不足3个月时，债务人所在的城市发生了地震，而保证人所在的城市未发生地震，此时，主债权诉讼时效应中止，保证债权的诉讼时效则不应中止。可见，司法解释的规定徒增烦忧。^[96]

正是基于上述原因，《民法典》就主债务诉讼时效的中断、中止是否引起保证债务诉讼时效的中断、中止未作规定，在将主债务和保证债务理解为各自独立的债务的前提之下，其各自诉讼时效的中断、中止问题，直接适用《民法典》总则中诉讼时效的规定即可。

（三）保证债务诉讼时效对主债务诉讼时效的影响

《民法通则意见》第173条第2款规定，“权利人向债务保证人、债务人的代理人或财产代管人主张权利的，可以认定诉讼时效中断。”这一规定的理由在于，债权人向保证人主张权利构成向主债务人“间接请求”，因此引起主债务诉讼时效中断。^[97]最高人民法院认为，“权利人向从债务人主张权利的，应可以推出其主张主债权。因为，从债权从属于主债权，无主债权的存在也无从债权的存在，且从债权实现后从债务人行使追偿权的行为必然使主债务人承担债务清偿责任。”^[98]但这一规则并不符合主债务与保证债务之间为主从关系的事实和原理。“保证债务因时效而消灭时，主债务不因而消灭。其他对于保证人之履行请求或其他时效之中断，对于主债务不生效力。”^[99]该规定应予修正。有学者认为，目前应当通过解释论的路径解决问题，即当适用具体的法律规则解决案件会出现极不适当的结果时，应当放弃适用该项具体规则，而改用民法的基本原则处理纠纷。

在债权人只向保证人主张保证债权时，无论此主张产生结束保证期间并确定保证债务诉讼时效起算的效果，还是产生中断保证债务诉讼时效的效果，其效力都不及于主债务诉讼时效。在主债务诉讼时效期间，如果债权人未向债务人主张权利，时效届满时，债权人将丧失对主债务人的胜诉权。保证债务诉讼时效的中断，同样对主债务诉讼时效的经过不发生作用。

（四）保证债务诉讼时效与主债务诉讼时效不一致时的处理

主债务诉讼时效和保证债务诉讼时效的起算点并不一致，且各有其中断事由，因此，主债务诉讼时效期间与保证债务诉讼时效期间并不一定同时届满。如果保证债务诉讼时效期间先于主债务诉讼时效期间届满，债权人的保证债权即因诉讼时效的经过沦为自然债务，但其主债权仍在诉讼时效期间内，仍可请求法院主张其主债权。

如果保证债务诉讼时效期间后于主债务诉讼时效期间届满，债权人在主债务诉讼时效期间届满后、保证债务诉讼时效期间届满前向保证人主张权利，保证人能否以主债务诉讼时效期间届满进行抗辩？如果保证人承担了保证责任，其对主债务人是否享有追偿权？就此，有观点认为：“因为连带责任保证债务的诉讼时效与主债务分别计算，主债务超过诉讼时效，但连带责任保证债务没超过时效的，连带责任保证人不能免责。”本书作者对此不敢苟同。

第一，主债务诉讼时效期间届满，主债务人取得时效抗辩权，债权人向主债务人主张主债权时，主债务人可以以之抗辩。依据《民法典》第701条的规定，“保证人可以主张债务人对债权人的抗辩。债务人放弃抗辩的，保证人仍有权向债权人主张抗辩。”从该规定并不能得出“连带责任保证的保证人不享有主债权时效完成的抗辩权”的结论。

第二，如果在主债务诉讼时效期间已经届满但保证债务诉讼时效期间尚未届满的情况下，债权人可以向保证人主张保证债权。根据保证关系的一般原理，保证人承担保证责任后，对债务人的追偿权就应当受到法律保护。因为债务人才是债务的最终承担者，既然保证人不能行使时效抗辩权并承担了保证责任，就应当能够对债务人行使追偿权，而债务人也不能以主债务诉讼时效完成为由进行抗辩，最终还是要承担清偿债务的责任。如此对主债务人极为不公平，等于其要受到两个诉讼时效的约束，主债务诉讼时效的完成，并不必然给主债务人带来时效利益，还要受保证债务诉讼时效的约束。如果认为此时主债

务人可以以时效抗辩对抗保证人的追偿权，则对保证人也极为不公平。

因此，本书作者认为，在连带责任保证中，主债务诉讼时效完成后，保证债务诉讼时效尚未完成时，债权人向保证人主张权利，保证人可以主债务诉讼时效完成为由进行抗辩，连带责任保证的保证人与一般保证的保证人同样享有主债权时效完成的抗辩权，并可据此拒绝履行保证责任。

连带责任保证与一般保证相比，保证人不享有先诉抗辩权，对债权人来说，连带责任保证人是与主债务人处于同一顺序的债务人。但这并不影响连带保证债务与主债务之间的主从关系，即连带责任保证依然符合担保的从属性这一基本特性，主债务人对债权人的抗辩权，连带保证人也应当享有。既然保证人可以对债权人的请求进行抗辩，也就不会因保证人行使追偿权对主债务人利益造成损害。当然不排除保证人明知自己享有时效抗辩权而予以放弃，主动承担保证责任的可能，保证人承担责任后，如果向主债务人追偿，主债务人可以主债务诉讼时效完成进行抗辩，从而保护自己的利益。

第六百九十五条

债权人和债务人未经保证人书面同意，协商变更主债权债务合同内容，减轻债务的，保证人仍对变更后的债务承担保证责任；加重债务的，保证人对加重的部分不承担保证责任。

债权人和债务人变更主债权债务合同的履行期限，未经保证人书面同意的，保证期间不受影响。

本条主旨

本条是关于主合同变更对保证责任的影响的规定。

相关条文

《担保法》第24条 债权人与债务人协议变更主合同的，应当取得保证人书面同意，未经保证人书面同意的，保证人不再承担保证责任。保证合同另有约定的，按照约定。

《担保法解释》第30条 保证期间，债权人与债务人对主合同数

量、价款、币种、利率等内容作了变动，未经保证人同意的，如果减轻债务人的债务的，保证人仍应当对变更后的合同承担保证责任；如果加重债务人的债务的，保证人对加重的部分不承担保证责任。

债权人与债务人对主合同履行期限作了变动，未经保证人书面同意的，保证期间为原合同约定的或者法律规定的期间。

债权人与债务人协议变动主合同内容，但并未实际履行的，保证人仍应当承担保证责任。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第485条 债权人和债务人在保证期间内未经保证人同意，协商变更主合同内容，减轻债务的，保证人仍对变更后的债务承担保证责任；加重债务的，保证人对加重的部分不承担保证责任。

债权人与债务人对主合同履行期限作了变更，未经保证人同意的，保证期间为原合同约定或者法律规定的期间。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第485条 债权人和债务人在保证期间内未经保证人同意，协商变更主合同内容，减轻债务的，保证人仍对变更后的债务承担保证责任；加重债务的，保证人对加重的部分不承担保证责任。

债权人与债务人对主合同履行期限作了变更，未经保证人同意的，保证期间为原合同约定或者法律规定的期间。

《民法典（草案）》（2019年12月）第695条 债权人和债务人未经保证人书面同意，协商变更主债权债务合同内容，减轻债务的，保证人仍对变更后的债务承担保证责任；加重债务的，保证人对加重的部分不承担保证责任。

债权人与债务人对主债权债务合同履行期限作了变更，未经保证人书面同意的，保证期间不受影响。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第695条 债权人和债务人未经保证人书面同意，协商变更主债权债务合同内容，减轻债务的，保证人仍对变更后的债务承担保证责任；加重债务的，保证人对加重的部分不承担保证责任。

债权人和债务人变更主债权债务合同的履行期限，未经保证人书面同意的，保证期间不受影响。

理解与适用

一、修改情况

本条是在《担保法》第24条和《担保法解释》第30条的基础上修改而成的。与《担保法解释》第30条相比，本条删去了第3款，并就其他两款作了文字上的调整。

合同内容变更，是指有效成立的合同在尚未履行或未履行完毕之前，由于一定法律事实的出现而使合同内容发生改变。例如，增加或减少标的物的数量、推迟原定履行期限、变更交付地点或方式等。主合同内容的变更改变了主债权人和主债务人之间的权利义务的内容，从属于主合同的保证合同必将会因主合同的变更而受影响。

鉴于保证合同的单务、无偿性特点，未经保证人同意，不得依他人意愿增加保证人的负担乃理所当然。在当事人变更主合同，并增加主债的数额或强度时，如未经保证人同意，对超过原债数额或强度的部分，径直要求保证人承担保证责任，一方面会使债权人获得经保证人允诺以外的利益，另一方面当然也就使保证人蒙受其允诺外的不测损害，对保证人至为不公平。^[101]因此，《担保法》第24条中规定：“债权人与债务人协议变更主合同的，应当取得保证人书面同意，未经保证人书面同意的，保证人不再承担保证责任。”由此可见，根据《担保法》的规定，未经保证人书面同意的主合同变更将导致保证责任的消灭。这一规定旨在保护保证人的利益，使其不因债权人与债务人非善意的合谋而致损。但是，现实生活千变万化，为了使合同履行适应客观要求，当事人协议变更合同内容的情况在所难免。如果债权人与债务人就主合同的细枝末节进行修改，保证人就可主张免除保证责任，特别是当变更主合同减少主债的数额或强度时，若仅因未经保证人同意，法律则免除其保证责任，债权人与保证人的利益得失则与前述情况相反，对债权人也有失公平。依公平理念，在上述前一种情况下，法律仅应在增加主债的数额或强度的范围内，免除保证人的保证责任；在后一种情况下，则不应免除保证人的保证责任。

《担保法》的上述规定广受批评。该规定旨在防止因主合同的变更而加重保证人的保证责任，但主合同的变更并不必然导致保证责任的加重，如果主合同的变更对保证人保证责任承担没有产生任何不利影响，何以要让保证责任消灭呢？该条没有将其规定建立在合同变更对保证责任的影响的基础上，或者说没有从合同变更对保证责任的影响这一出发点考虑问题，从而丧失了基本合理性。^[102]另有学者认为：“《担保法》第24条作出了与以往有所不同的新规定，这对于切实维护保证人的利益是非常有益的。但这一新规定，有矫枉过正之

嫌。因为在解决主合同的变更对保证责任的影响问题时，我们必须注意到：主合同当事人协议变更主合同，可能增加保证人的负担，也可能减轻保证人的负担；合同的一般变更与合同的更新不同，两者不能混为一谈，保证合同虽具有独立性，但其独立性只是相对的，而非绝对的。”^[103]

《担保法解释》第30条规定：“保证期间，债权人与债务人对主合同数量、价款、币种、利率等内容作了变动，未经保证人同意的，如果减轻债务人的债务的，保证人仍应当对变更后的合同承担保证责任；如果加重债务人的债务的，保证人对加重的部分不承担保证责任。”“债权人与债务人对主合同履行期限作了变动，未经保证人书面同意的，保证期间为原合同约定的或者法律规定的期间。”“债权人与债务人协议变动主合同内容，但并未实际履行的，保证人仍应当承担保证责任。”与《担保法解释》第30条相比，本条删去了第3款，并就其他两款作了文字上的调整。本条就主合同变更区分了两种情况。

二、主合同履行期限之外的变更对保证责任的影响

主合同履行期限之外的变更可能存在三种情况：第一，内容的变更仅涉及交付地点或方式等变化，对主债务并没有产生实质影响；第二，内容的变更减轻了主债务人的债务；第三，内容的变更加重了主债务人的债务。基于保证债务的从属性，主合同内容的变更，可能对保证债务产生不利影响。因此，债权人与债务人协议变更主合同，尚须取得保证人的书面同意。保证人书面同意的，即意味着保证人愿意为变更后的合同提供保证。未经保证人书面同意的，在前述第一种情形下，保证责任不受影响；在前述第二种情形下，保证人仍对变更后的债务承担保证责任；在前述第三种情形下，保证人对加重的部分不承担责任，但仍应对其余部分承担保证责任。

值得注意的是，本款中合同内容的变更是否仅限于数量、价款、币种、利率等变更？有学者认为，合同内容的变更，有些是根本性的变更，有些是非根本性的变更，可暂且称其为变动。如果是合同标的物方面的变更属于根本性的变更，则必须征得保证人的同意，否则保证人不承担保证责任。^[104]也有学者认为应区分合同的必要条款与非必要条款。前者指确定合同当事人主要权利义务的条款，如合同标的、数量、履行期限、价款等；后者指对当事人主要权利义务不发生影响的条款，如通知方式、运输方式等。变更局限在合同必要条款上，合同非必要条款的变更无须征得保证人的同意。^[105]本书作者认为，这两种区分都不大妥当，而且在很多情况下区分两者并非易事，如哪些条款是必要条款，在不同类型的合同中有不同的答案。最好的选择应当是把握一个处理原则，即保证人的保证责任不因主合同当事

人的后续行为而扩大，而不必对该后续行为的性质进行界定。

三、主合同履行期限的变更对保证责任的影响

在保证期间内，如债权人和主债务人未经保证人同意变更主债务履行期限，对保证人产生什么影响？我国学术界主要有三种不同意见。第一种意见认为，未经保证人同意，债权人和主债务人变更主债务履行期限，违背了保证人的真实表示，故保证人不再承担保证责任。第二种意见认为，保证人是否承担保证责任，应以这种变更是否加大保证人的责任为前提，如果该变更加大了保证人责任，则保证人不再承担保证责任；如果变更没有加大保证人的责任，则保证人仍在原先的保证责任期间内承担保证责任。^[106]第三种意见认为，前述两种意见皆失之偏颇，第一种意见过于绝对，第二种意见在实践中往往难以认定某种变更是否加大了保证人责任，故应吸收两种意见的合理成分，即在被保证的主债务履行期限内，主债的双方当事人未经保证人同意而变更主债务履行期限的，保证人不再承担保证责任。被保证的主债务履行期限届满后，主债当事人未经保证人同意而造成延期履行协议的，如果保证合同未约定有保证期间的，主债履行期的延长势必加大保证人责任，保证人不再承担保证责任。如果保证合同明确约定有保证责任期限的，延期履行的协议对保证人无效，保证人仍在原保证合同约定的期限内承担保证责任。此外，还有学者认为，主债内容（包括履行期限）的变更对保证责任的影响，应首先考虑债之变更的性质。如若将变更理解为更新，那么，变更即应视为成立了新的法律关系，根据保证成立上的从属性，自应认为原保证合同因其基础不存在而解除，保证人不再承担保证责任；如若认为变更后的主债与原债仍为同一之法律关系，则依保证的从属性，保证合同应继续存在且发生相应的变化。^[107]

依据《民法典》第692条的规定，保证期间从主合同履行期限届满之日起计算，因此，主债务履行期限与保证期间的关系尤为密切。如果主合同双方当事人协商延长主合同履行期限，没有经过保证人的同意，并且延长后的主合同履行期限届满日，接近或者超过保证期间的，如果从延长后的主合同履行期限届满后，开始计算保证期间，无异于同时延长了保证期间，从而加重了保证人的保证责任。因此，主合同当事人协商延长主合同履行期限，不应当对保证责任产生期间影响，保证期间的计算，仍然应当以原合同约定的或者法律规定的期间为准。

应当注意的是，本条第2款规定的是“债权人和债务人变更主债权债务合同的履行期限”，此种变更应当包括延长与缩短两种情形。主合同履行期限缩短或提前，是否也应依本条第1款的规定处理，有两

种不同观点。一种观点认为：“合同义务的提前履行，意味着债务人的义务加重，保证人的责任亦有可能随着债务人义务的加重而加重，于此情况下，若仍让保证人依原合同的履行期承担保证责任，对保证人而言似乎过于苛刻。司法解释的规定似乎只考虑了延长债务履行期的情形，而未注意到缩短债务履行期作目的性的限缩，即债权人与债务人缩短合同履行期限，未经保证人书面同意的，保证人应免除责任。”^[108]还有一种观点认为：“如果主债履行期缩短，那么保证责任的起算点随之提前，而持续时间维持原状，亦即期日提前，期间恒定，债权人必须在提前的期日内主张保证责任。”^[109]

本书作者认为，对本条第2款不应作目的性限缩解释。主合同履行期的缩短对保证人未必总是有利，如债务人置自身的履行能力和状况于不顾，盲目与债权人协议提前履行，其结果是不适当地增加保证人的风险。此际，主合同履行期的缩短对保证人则产生不利影响。“需要特别指出的是，未经保证人书面同意的主债权债务合同履行期限变更未必一定给保证人带来保证期间上的不利影响，但本款规定未像第1款规定作出‘有利变更则有效，不利变更则无效’的规定。”^[110]

第六百九十六条

债权人转让全部或者部分债权，未通知保证人的，该转让对保证人不发生效力。

保证人与债权人约定禁止债权转让，债权人未经保证人书面同意转让债权的，保证人对受让人不再承担保证责任。

本条主旨

本条是关于主债权转让对保证责任的影响的规定。

相关条文

《担保法》第22条 保证期间，债权人依法将主债权转让给第三人的，保证人在原保证担保的范围内继续承担保证责任。保证合同另有约定的，按照约定。

《担保法解释》第28条 保证期间，债权人依法将主债权转让给

第三人的，保证债权同时转让，保证人在原保证担保的范围内对受让人承担保证责任。但是保证人与债权人事先约定仅对特定的债权人承担保证责任或者禁止债权转让的，保证人不再承担保证责任。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第486条 债权人在保证期间内将全部或者部分债权转让给第三人，通知保证人后，保证人对受让人承担相应的保证责任。未经通知，该转让对保证人不发生效力。

保证人与债权人约定仅对特定的债权人承担保证责任或者禁止债权转让，债权人在保证期间内未经保证人同意转让全部或者部分债权的，保证人就受让人的债权不再承担保证责任。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第486条 债权人在保证期间内将全部或者部分债权转让给第三人，通知保证人后，保证人对受让人承担相应的保证责任。未经通知，该转让对保证人不发生效力。

保证人与债权人约定仅对特定的债权人承担保证责任或者禁止债权转让，债权人在保证期间内未经保证人同意转让全部或者部分债权的，保证人就受让人的债权不再承担保证责任。

《民法典（草案）》（2019年12月）第696条 债权人将全部或者部分债权转让给第三人，通知保证人后，保证人对受让人承担相应的保证责任。未经通知，该转让对保证人不发生效力。

保证人与债权人约定仅对特定的债权人承担保证责任或者禁止债权转让，债权人未经保证人书面同意转让全部或者部分债权的，保证人就受让人的债权不再承担保证责任。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第696条 债权人转让全部或者部分债权，未通知保证人的，该转让对保证人不发生效力。

保证人与债权人约定禁止债权转让，债权人未经保证人书面同意转让债权的，保证人对受让人不再承担保证责任。

理解与适用

本条是在《担保法》第22条和《担保法解释》第28条的基础上修改而成的。本条第1款将保证人是否继续承担保证责任系于主债权转

让的事实是否通知保证人；本条第2款与《担保法解释》第28条后句相当。

主债权转让仅涉及债权人的变化，对主债务人的履约能力不发生影响，一般不会增加担保人的风险和负担，因此，担保权利随同主债权一并转移，就成了一般规则。^[111]《民法典》第547条第1款规定：“债权人转让债权的，受让人取得与债权有关的从权利，但是该从权利专属于债权人自身的除外。”保证债权和担保物权自属从权利，应为该条文义所能涵盖。这一一般规则在适用于保证债权和担保物权之时，《民法典》上又分别规定了特殊规则（第696条、第407条）。

就保证债权而言，其实现端赖于保证人的履行行为，通知保证人也就成了此时的考量因素。主债权转让之时债权人通知保证人的，保证人对受让人承担相应的保证责任：全部转让时，受让人成为保证债权人，保证法律关系在受让人和保证人之间得以存续；部分转让时，债权人和受让人均为保证债权人。主债权转让之时未通知保证人的，该转让对保证人不发生效力。这就意味着，“保证人并不知道作为新的债权人的受让人的存在，对其当然不承担保证责任”^[112]。由此可见，主债权转让对保证人发生效力（即保证人仍在原保证担保的范围内向受让人继续承担保证责任）应满足以下条件。

第一，主债权转让必须是在保证期间内作出。保证人的保证责任随保证期间的届满而免除。保证期间届满后，保证人的保证责任免除，债权人转让其主债权的，主债权上已无保证债权依附，此时的主债权转让对保证人不发生法律效力。

第二，主债权转让必须依法律规定或合同约定作出。主债权转让的效力及于保证人是主债权转让须生效。由此可见，主债权转让应为让与人与受让人之合意，且应符合法律的规定以及主合同、保证合同的约定。如《民法典》第545条规定，依债权性质、当事人约定、法律规定不得转让的债权不得转让，如转让上述债权，其转让债权的合意虽成立但因违背法律规定而无效，主债权转让合同无效，自不发生主债权转让的效果，保证债权更无从转让。如主合同或保证合同约定，主合同债权的让与应取得主债务人或保证人的书面同意的，未取得主债务人或保证人的书面同意，主债权转让不生效力，保证债权亦无从转让。

第三，债权人应将主债权转让通知主债务人、保证人。依据《民法典》第546条的规定，债权人转让债权，未通知债务人的，该转让对债务人不发生效力。主债权转让对债务人发生效力是对保证人发生

效力的前提，因此，主债权转让对保证人发生效力应以债权人将主债权转让通知主债务人、保证人为条件。根据《担保法》第22条之规定，债权人转让主债权，无须通知保证人，但如债权人与保证人在保证合同中特别约定，债权人应将主债权转让通知保证人的，应从其约定，债权人应向保证人为通知，否则对保证人不发生效力。

第四，保证人与债权人事先没有相反约定。保证属于信用担保，保证关系的建立是基于人与人之间的信用关系。根据意思自治原则，如果当事人于保证合同中就主债权转让对保证债务的影响问题另有特别约定的，应从其约定，法律关于主债权转让的一般规定即不再适用。《民法典》第696条第2款规定：“保证人与债权人约定禁止债权转让，债权人未经保证人书面同意转让债权的，保证人对受让人不再承担保证责任。”本款同时也是本法第547条第1款“债权人转让债权的，受让人取得与债权有关的从权利，但是该从权利专属于债权人自身的除外”中但书部分的具体化情形。^[113]在解释上，此类约定不得对抗（善意）第三人。此外，最高额保证所担保的主债权确定前，部分债权转让的，最高额担保不得转让，但是当事人另有约定的除外（准用《民法典》第421条）。

应当注意的是，保证人与债权人之间关于“禁止债权转让”的规定是否发生实际禁止债权转让的效果？本书作者认为，此处的“债权”应指主债权，而非保证债权。该债权关系的当事人应为债权人和主债务人，而非债权人与保证人。同时，债权人转让其债权是其权利，保证人无权干涉。保证人与债权人事先关于禁止债权转让的约定仅发生保证人不承担保证责任的效力，对债权人转让债权的效力不生影响。

主债权转让对保证人的效力主要表现在：其一，主债权转让对保证人生效后，受让人取得原主债权人的地位，其有权要求保证人在主债务人不履行债务的情况下承担保证责任。保证人有义务依保证合同的规定向主债权的受让人承担保证责任，并以此对抗原债权人。其二，主债权依法转让后，保证人仅在原有的范围内承担保证责任，即债权人依法向第三人转让主债权对保证人的保证担保的范围不发生影响。债权人在转让主债权时对主债权及其从属权利所作的任何扩张，对保证人的担保范围都不发生影响，保证人仍在原保证合同所确定的保证范围内承担保证责任。

第六百九十七条

债权人未经保证人书面同意，允许债务人转移全部或者部分债务，保证人对未经其同意转移的债务不再承担保证责任，但是债权人和保证

人另有约定的除外。

第三人加入债务的，保证人的保证责任不受影响。

本条主旨

本条是关于主债务转移对保证责任的影响的规定。

相关条文

《担保法》第23条 保证期间，债权人许可债务人转让债务的，应当取得保证人书面同意，保证人对未经其同意转让的债务，不再承担保证责任。

《担保法解释》第29条 保证期间，债权人许可债务人转让部分债务未经保证人书面同意的，保证人对未经其同意转让部分的债务，不再承担保证责任。但是，保证人仍应当对未转让部分的债务承担保证责任。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第487条 债权人在保证期间内未经保证人同意，允许债务人转移全部或者部分债务，保证人对未经其同意转移的债务不再承担保证责任，但是保证合同另有约定的除外。

在保证期间内，第三人加入债务的，保证人的保证责任不受影响。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第487条 债权人在保证期间内未经保证人同意，允许债务人转移全部或者部分债务，保证人对未经其同意转移的债务不再承担保证责任，但是保证合同另有约定的除外。

在保证期间内，第三人加入债务的，保证人的保证责任不受影响。

《民法典（草案）》（2019年12月）第697条 债权人未经保证人书面同意，允许债务人转移全部或者部分债务，保证人对未经其同意转移的债务不再承担保证责任，但是债权人和保证人另有约定的除外。

第三人加入债务的，保证人的保证责任不受影响。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第697条债权人未经保证人书面同意，允许债务人转移全部或者部分债务，保证人对未经其同意转移的债务不再承担保证责任，但是债权人和保证人另有约定的除外。

第三人加入债务的，保证人的保证责任不受影响。

理解与适用

本条是在《担保法》第23条和《担保法解释》第29条的基础上修改而成的，未作实质上的调整。

主债务转移，又称债务承担，是就原债务人的债务在不失其同一性的前提下转由第三人承担而言。其中，转由第三人对债权人负债务履行责任的，为免责的债务承担；由第三人与原债务人共同对债权人负连带责任的，为并存的债务承担。^[114]主债务的转移涉及履行主债务的义务人的变化，担保人基于对原债务人的履约能力为主债务的履行提供担保，承担人是否如原债务人一样具有相应的履约能力，非担保人在提供担保时所能预估。如此，主债务的转移关涉担保人利益，未经担保人同意的主债务转移虽可在当事人之间发生效力，但不得对担保人主张，担保人在转移的主债务范围内免除担保责任。^[115]《民法典》第697条、第391条均规定，未经保证人或物上保证人书面同意，债权人允许债务人转移全部或者部分债务，保证人或物上保证人对未经其同意转移的债务不再承担担保责任。但前条但书规定“债权人和保证人另有约定的除外”，后条并无此规定。在解释上，如债权人和物上保证人在担保合同中另有约定的，亦不适用前述规定。值得注意的是，《民法典》第391条仅限于第三人提供物的担保的情形，债务人自己提供物的担保之时，即使主债务转移且未经债务人（担保人）同意，债务人仍应承担担保责任。

本条第1款规定的主债务转移既包括主债务人将主债务全部转移给他人，也包括将部分债务转移给他人。学说上认为，就并存的债务承担而言，原债务人并未脱离债的关系，未超出保证人或物上保证人提供担保之时的预期，且在并存的债务承担的情形，第三人与原债务人共负连带责任，增加了债权受偿的可能性，对于保证人或物上保证人并无不利。^[116]但《民法典》在《合同法》上的债务承担规则之外，新增债务加入规则（《民法典》第552条），在解释上可以认为《民法典》第551条仅指免责的债务承担的情形。^[117]经债权人同

意，债务人将部分债务转移给第三人之时，就该部分债务而言，原债务人并不负连带之责，亦属免责的债务承担的亚类型——部分免责债务承担。^[118]而《民法典》第552条所定债务加入规则即属并存的债务承担情形。与此相对应，《民法典》第697条、第391条所称“债务人转移全部或者部分债务”，也仅限于发生免除原债务人全部或者部分债务的情形。债权人允许债务人部分转移的，原债务人并不退出债务关系，只是其所应承担的债务额减少，新债务人与原债务人共同向债权人承担债务。部分转移债务的也必须经担保人同意，否则担保人对转移出去的部分债务不承担担保责任。^[119]

本条第2款规定：“第三人加入债务的，保证人的保证责任不受影响。”就债务加入，《民法典》第552条规定：“第三人与债务人约定加入债务并通知债权人，或者第三人向债权人表示愿意加入债务，债权人未在合理期限内明确拒绝的，债权人可以请求第三人在其愿意承担的债务范围内和债务人承担连带责任。”第三人加入债务，债务人的整体偿债能力只会增加而不会减损，对保证人的权益不发生不利影响，只会更有利于保证人，因此不需要保证人书面同意，保证人按照原来的约定继续承担保证责任。^[120]

其他问题

《民法典》第697条只是关于约定的债务承担对保证人保证责任的影响，并未涉及法定的债务承担对保证人保证责任影响的问题，其旨在防杜当事人恶意串通，通过达成债务转移的合意来损害保证人的利益。如在保证期间，主债务根据法定原因转移的，保证人仍应承担保证责任。

《民法典》第67条规定：“法人合并的，其权利和义务由合并后的法人享有和承担。”“法人分立的，其权利和义务由分立后的法人享有连带债权，承担连带债务，但是债权人和债务人另有约定的除外。”这一条均为债务的法定转移的规定。在债务法定转移情形，即使债务之转移未取得保证人的同意，保证人仍得承担保证责任。

实践中，除了法人分立、合并所引起的法定转移之外，尚有企业改制等问题。对此，有学者认为，对于债务的法定转移，例如，国家在强制企业合并、分立、转让、解散、改组、破产、联营或者股份改造等过程中债务重组时，涉及债务转移问题。此时，既不存在征得债权人同意的问題，原法人的债权债务由变更后的法人承担；也不存在需要保证人同意的问題，原债务上从属的担保债务原则上不能消灭。^[121]还有学者对此类情形下债务转移的处理办法及其原因进行了较为

具体的分析。“总的来看，债务依法转移，保证人并不因此免除保证责任，尤其是债务转移不以债权人的许可为条件的情况，比如债务人死亡。在有债权人许可才能发生的企业合并、分立、出售、改制的情况下，由于多数情况对保证人不会发生不利影响，保证人原则上不能免责。从司法政策的角度出发，肯定保证人不能免责，有利于企业改制、改组的完成，意义重大。”^[122]

第六百九十八条

一般保证的保证人在主债务履行期限届满后，向债权人提供债务人可供执行财产的真实情况，债权人放弃或者怠于行使权利致使该财产不能被执行的，保证人在其提供可供执行财产的价值范围内不再承担保证责任。

本条主旨

本条是关于一般保证中保证人的特定免责事由的规定。

相关条文

《担保法解释》第24条 一般保证的保证人在主债权履行期间届满后，向债权人提供了债务人可供执行财产的真实情况的，债权人放弃或者怠于行使权利致使该财产不能被执行，保证人可以请求人民法院在其提供可供执行财产的实际价值范围内免除保证责任。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第488条 一般保证的保证人在主债务履行期限届满后，向债权人提供了债务人可供执行财产的真实情况，债权人放弃或者怠于行使权利致使该财产不能被执行的，保证人在其提供可供执行财产的价值范围内免除保证责任。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第488条 一般保证的保证人在主债务履行期限届满后，向债权人提供债务人可供执行财产的真实情况，债权人放弃或者怠于行使权利致使该财产不能被执行的，保证人在其提供可供执行财产的价值范围内免除保证责任。

《民法典（草案）》（2019年12月）第698条 一般保证的保证人在主债务履行期限届满后，向债权人提供债务人可供执行财产的真

实情况，债权人放弃或者怠于行使权利致使该财产不能被执行的，保证人在其提供可供执行财产的价值范围内不再承担保证责任。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第698条一般保证的保证人在主债务履行期限届满后，向债权人提供债务人可供执行财产的真实情况，债权人放弃或者怠于行使权利致使该财产不能被执行的，保证人在其提供可供执行财产的价值范围内不再承担保证责任。

理解与适用

本条是在《担保法解释》第24条的基础上修改而成的，仅作文字上的调整。

本条仅适用于一般保证。一般保证，是指当事人在保证合同中约定，主债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任。一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就主债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，有权拒绝向债权人承担保证责任。此际，债权人自主债务人的获偿，直接决定了保证人承担保证责任的程度。而在连带责任保证中，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，债权人可以请求主债务人履行债务，也可以请求保证人在其保证范围内承担保证责任。这里，主债务人和保证人之间彼此并无顺序利益，债权人自可决定请求主债务人或是连带责任保证人承担全部或部分责任，债权人自主债务人的获偿情况，并直接决定了保证人承担保证责任的程度。因此，本条规定不适用于连带责任保证的情形。^[123]

在一般保证情形下，债权人应先就主债务人财产依法强制执行以使其债权受偿，保证人具有先诉抗辩权，仅就债权人未能获偿的部分承担保证责任。但先诉抗辩权仅具延期履行的效力，其行使并不能使债权债务关系消灭。因此，保证人在一定条件下要考虑以适当的方法进行自救。在主合同履行期限届满之后，保证人发现主债务人存在可供执行的财产，并向债权人提供了真实情况。此际，如债权人积极主张权利，通过诉讼或者仲裁的方式控制主债务人的该项财产，不仅使债权人的债权在相应范围内得以实现，而且在相应范围内减轻了保证人的保证责任。但是，如债权人放弃或者怠于行使权利，致使相应财产流失而不能用以强制执行，势必加重保证人的保证责任。本条因此而规定，此时因债权人自己的原因导致对债务人财产执行不能，保证人可以在相应范围内免责。如此，保证人的抗辩就由仅具延期履行效力的先诉抗辩权演变成了一种新的免责抗辩权。^[124]

第六百九十九条

同一债务有两个以上保证人的，保证人应当按照保证合同约定的保证份额，承担保证责任；没有约定保证份额的，债权人可以请求任何一个保证人在其保证范围内承担保证责任。

本条主旨

本条是关于共同保证的规定。

相关条文

《担保法》第12条 同一债务有两个以上保证人的，保证人应当按照保证合同约定的保证份额，承担保证责任。没有约定保证份额的，保证人承担连带责任，债权人可以要求任何一个保证人承担全部保证责任，保证人都负有担保全部债权实现的义务。已经承担保证责任的保证人，有权向债务人追偿，或者要求承担连带责任的其他保证人清偿其应当承担的份额。

《担保法解释》第19条 两个以上保证人对同一债务同时或者分别提供保证时，各保证人与债权人没有约定保证份额的，应当认定为连带共同保证。

连带共同保证的保证人以其相互之间约定各自承担的份额对抗债权人的，人民法院不予支持。

第20条 连带共同保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求任何一个保证人承担全部保证责任。

连带共同保证的保证人承担保证责任后，向债务人不能追偿的部分，由各连带保证人按其内部约定的比例分担。没有约定的，平均分担。

第21条 按份共同保证的保证人按照保证合同约定的保证份额承担保证责任后，在其履行保证责任的范围内对债务人行使追偿权。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第489条 同一债务有两个以上保证人的，保证人应当按照保证合同约定的保证份额，承担保证责任。没有约定保证份额的，债权人可以要求任何一个保证人

在其保证范围内承担保证责任。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第489条 同一债务有两个以上保证人的，保证人应当按照保证合同约定的保证份额，承担保证责任。没有约定保证份额的，债权人可以要求任何一个保证人在其保证范围内承担保证责任。

《民法典（草案）》（2019年12月）第699条 同一债务有两个以上保证人的，保证人应当按照保证合同约定的保证份额，承担保证责任；没有约定保证份额的，债权人可以请求任何一个保证人在其保证范围内承担保证责任。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第699条 同一债务有两个以上保证人的，保证人应当按照保证合同约定的保证份额，承担保证责任；没有约定保证份额的，债权人可以请求任何一个保证人在其保证范围内承担保证责任。

理解与适用

本条是在《担保法》第12条和《担保法解释》第19—22条的基础上修改而成的，无实质性的修改。

一、一人保证与共同保证

根据保证人的人数的不同可以将保证合同分为一人保证与共同保证。一人保证是指只有一个保证人为债务人提供担保，并按照保证合同的约定确定其承担保证责任的方式；共同保证是指两个或两个以上的保证人为同一债务作保证的行为。两个或两个以上的保证人对同一债务人的不同债务提供保证，不能称为共同保证。

共同保证是数个保证人就同一债务人的同一债务所为的保证，因而应由每个保证人与债权人订立保证合同。但是，共同保证的保证合同既可以由数个保证人一同与债权人订立一个保证合同，也可以由各个保证人与债权人分别订立保证合同，而且各个保证合同可以是同时订立的，也可以是先后订立的。数个保证人分别与债权人订立保证合同时，相互之间虽然没有任何关系以及共同的意思联络，且不知道另有保证人，但是只要有数人对同一债务提供保证的单纯事实，即构成共同保证。数个保证人的数个保证合同的效力相互独立，共同保证人中一人的责任不因其他保证合同无效而受影响。

根据各保证人之间对所担保的债务有无价额的不同，共同保证可

以再分为按份共同保证与连带共同保证。《民法典》认可了这一分类。按份共同保证是保证人与债权人约定按照份额对主债务承担保证责任的共同保证；连带共同保证是各保证人约定均对全部主债务承担连带保证责任或保证人与债权人之间没有约定所承担保证份额的共同保证。连带共同保证中的连带，是指各保证人之间有连带关系，而非指保证人与债务人之间的连带关系，为与连带责任保证中保证人与债务人之间的连带关系相区别，学理上通常将共同保证人之间的连带关系称为“保证连带”。

保证根据保证方式的不同，分为一般保证和连带责任保证，其区别在于保证人是否享有先诉抗辩权。共同保证也可包括一般共同保证和连带责任共同保证。一般共同保证的各保证人均享有先诉抗辩权，仅在债务人不能履行到期债务时才承担责任，而连带责任共同保证的保证人在债务人不履行到期债务时，即应承担保证责任。在非同时设立而构成的共同保证中，还可能出现一项保证为一般保证，另一项保证为连带责任保证的情况，如此构成的共同保证既非一般共同保证，也非连带责任共同保证。可见共同保证在保证方式上，存在一般共同保证、连带责任共同保证和混合型共同保证三种形态。^[125]

二、按份共同保证中保证责任的承担

本条前段规定：“同一债务有两个以上保证人的，保证人应当按照保证合同约定的保证份额，承担保证责任”。共同保证人承担按份责任只限于保证人对保证份额有明确约定的情形。数个保证人如果明确了各自承担的份额，应视为各共同保证人均为就主债务的特定部分设定保证，此时应尊重各共同保证人的分别利益。在这种情况下，债权人只能请求每一个保证人就其保证份额承担保证责任，无权请求其中某个保证人就全部保证债务承担责任，某个保证人的保证责任也局限于合同约定的保证份额。

各保证人向债权人承担了保证责任后，可分别向债务人追偿。各按份保证人之间不发生求偿关系。《担保法解释》第21条规定：“按份共同保证的保证人按照保证合同约定的保证份额承担保证责任后，在其履行保证责任的范围对债务人行使追偿权。”该条解释进一步明确了各个共同保证人之间没有牵连关系，各保证人所承担的保证责任均系依据自己的承诺而产生，在履行了保证责任后，只能向债务人求偿。债务人如无财产，保证人不能从债务人得到清偿的，该保证人也不能向其他共同保证人要求清偿，损失只能自负。^[126]

数人保证如果是由数保证人与债权人订立一个保证合同而成立，则共同保证人对债权人有无先诉抗辩权，依其合同约定；没有约定或

约定不明的，共同保证人在各自的保证份额内对主债务人享有先诉抗辩权。若数个保证人分别与债权人订立保证合同，则因各保证合同约定的内容不同，可能出现有的保证人在其保证份额内负一般保证责任，而有的保证人则在保证份额内与主债务人负连带责任的情况，处于后一情况下的共同保证人，其处境自然颇为不利。

三、连带共同保证中保证责任的承担

本条后段规定，同一债务有两个以上保证人，“没有约定保证份额的，债权人可以请求任何一个保证人在其保证范围内承担保证责任”。在解释上，此际保证人之间承担连带责任，《担保法解释》第19条第1款规定：“两个以上保证人对同一债务同时或者分别提供保证时，各保证人与债权人没有约定保证份额的，应当认定为连带共同保证。”债权人可以向其中任一保证人请求承担全部保证责任，每一个保证人也都有义务承担全部保证责任。这一规定将共同保证人之间的连带关系，等同于保证人与债务人之间的连带关系。其实连带共同保证人也可与债权人成立一般保证关系，此时共同保证人享有先诉抗辩权，仅在主债务人不能清偿债务时，共同保证人才共同连带承担责任。^[127]

《担保法解释》第20条规定：“连带共同保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求任何一个保证人承担全部保证责任。”“连带共同保证的保证人承担保证责任后，向债务人不能追偿的部分，由各连带保证人按其内部约定的比例分担。没有约定的，平均分担。”

1. 连带共同保证人之间的份额问题

共同保证人之间的关系相对于债权人而言是一种连带债务关系，但是共同保证人内部之间仍然存在着承担份额问题，份额的多少取决于保证合同或各个保证人之间的约定。若对此没有约定，则视为各共同保证人平等分担。因此，无论是通过保证人间的约定还是通过推定，各连带保证人最终所应承担保证的份额都是确定的。但应当注意的是，“连带共同保证的保证人以其相互之间约定各自承担的份额对抗债权人的，人民法院不予支持”（《担保法解释》第19条第2款）。

2. 连带共同保证的保证人之间的求偿问题

《担保法》第12条规定：“已经承担保证责任的保证人，有权向债务人追偿，或者要求承担连带责任的其他保证人清偿其应当承担的份额。”《担保法解释》第20条第2款规定：“连带共同保证的保证人

承担保证责任后，向债务人不能追偿的部分，由各连带保证人按其内部约定的比例分担。没有约定的，平均分担。”两者之间的不同之处在于连带共同保证的保证人承担保证责任之后，《担保法》规定可以向债务人或者其他保证人选择求偿；但《担保法解释》规定先应向债务人求偿，不足部分才能向其他保证人求偿。《担保法解释》的这种限度未必妥当。

依据《担保法》第12条的规定，作为连带共同保证的各保证人之间内部求偿问题，在各保证人内部约定了保证份额的情况下，已经承担保证责任的保证人有权向债务人追偿（不足部分再按份额比例向其他保证人追偿）或者直接要求承担连带责任的其他保证人清偿其应承担的份额，并非如《担保法解释》第20条第2款规定的连带共同保证的保证人承担保证责任后，向债务人不能追偿的部分，由各连带保证人按其内部约定的比例分担。因为各保证人在保证时已约定各自承担的份额，已经承担了保证责任的保证人根据内部的协议与其他保证人之间可直接产生债权债务关系，故可按约定份额直接向其他保证人追偿，不一定必须先向债务人追偿；当然为了减少追偿环节，有时其向债务人追偿后，可能全部获得清偿，故也应准许其可先向债务人追偿，不足部分再按份额比例向其他保证人追偿。也就是说，针对该种情况应当赋予已经承担保证责任的保证人有向主债务人追偿还是直接向其他保证人追偿的选择权。对此问题，上述司法解释没有《担保法》规定得合理。

连带共同保证的保证人之间未约定保证份额，《担保法解释》将之推定为保证人内部没有约定保证份额的，平均分担。在这种情况下，已经承担保证责任的保证人是否必须先向债务人追偿，不能追偿部分再由各连带共同保证人按其内部约定的比例分担？本书作者认为应当同第一种情况一样，已经承担保证责任的保证人并不一定必须先向债务人追偿，应赋予其选择权。

本条就连带共同保证人之一承担了保证责任之后向主债务人求偿以及保证人之间内部求偿问题未作规定，留待下一条解决。

其他问题

连带责任保证中，债权人未在约定的保证期间内向保证人主张权利，保证责任即告免除。那么在连带共同保证中，债权人对连带共同保证人之一主张权利的，效力是否及于其他连带共同保证人？对此，《民法典》第699条规定：“同一债务有两个以上保证人的，保证人应当按照保证合同约定的保证份额，承担保证责任；没有约定保证份额

的，债权人可以请求任何一个保证人在其保证范围内承担保证责任。”由此，“在连带共同保证中，由于保证人是作为一个整体共同对债权人承担保证责任，所以债权人向共同保证人中的任何一人主张权利，都是债权人要求保证人承担保证责任的行为，其效力自然及于所有的保证人。对那些未被选择承担责任的共同保证人来说，债权人向保证人中任何一人主张权利的行为，应当视为债权人已向其主张了权利”^[128]。

第七百条

保证人承担保证责任后，除当事人另有约定外，有权在其承担保证责任的范围内向债务人追偿，享有债权人对债务人的权利，但是不得损害债权人的利益。

本条主旨

本条是关于保证人的求偿权与清偿承受权的规定。

相关条文

《担保法》第31条 保证人承担保证责任后，有权向债务人追偿。

《担保法解释》第42条 人民法院判决保证人承担保证责任或者赔偿责任的，应当在判决书主文中明确保证人享有担保法第三十一条规定的权利。判决书中未予明确追偿权的，保证人只能按照承担责任的事实，另行提起诉讼。

保证人对债务人行使追偿权的诉讼时效，自保证人向债权人承担责任之日起开始计算。

第43条 保证人自行履行保证责任时，其实际清偿额大于主债权范围的，保证人只能在主债权范围内对债务人行使追偿权。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第490条 保证人承担保证责任后，除当事人另有约定以外，有权在其承担保证责任的范围内向债务人追偿，享有债权人对债务人的权利，但是不得损害债权人的利益。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第490条 保证人承担保证责任后，除当事人另有约定外，有权在其承担保证责任的范围内向债务人追偿，享有债权人对债务人的权利，但是不得损害债权人的利益。

《民法典（草案）》（2019年12月）第700条 保证人承担保证责任后，除当事人另有约定外，有权在其承担保证责任的范围内向债务人追偿，享有债权人对债务人的权利，但是不得损害债权人的利益。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第700条 保证人承担保证责任后，除当事人另有约定外，有权在其承担保证责任的范围内向债务人追偿，享有债权人对债务人的权利，但是不得损害债权人的利益。

理解与适用

本条是在《担保法》第31条和《担保法解释》第43条的基础上修改而成的，增加了保证人清偿承受权的规定。

保证人是为主债务人代负履行责任或者赔偿责任，其对于主债务人通常只有权利主张而无义务之负担。^[129]按照本法的规定，保证人对主债务人的权利主要体现在两个方面：保证人求偿权和保证人清偿承受权。保证人与主债务人之间原因关系不同，保证人对于主债务人的权利亦不同。保证人与主债务人之间系委托关系或无因管理关系时，保证人对主债务人享有求偿权、清偿承受权；保证人与主债务人之间系赠与关系时，保证人对主债务人则无上述权利。

一、保证人的求偿权

保证人的求偿权，又称保证人的追偿权，是指保证人履行保证债务后，可向主债务人请求返还的权利。我国台湾地区并无保证人求偿权的专门规定，但在解释上认为，基于委托成立保证的，保证人（受托人）得依“民法”第546条向委托人（主债务人）求偿，但受托人因过失怠于行使对债权人之各项抗辩权所代负履行之部分，因不构成必要费用而不得求偿；基于无因管理成立保证的，保证人（管理人）得依“民法”第176、177条向本人（主债务人）求偿，但管理人因过失怠于行使对债权人之各项抗辩权所代负履行之部分并非管理所需必要费用，故不得求偿。^[130]

（一）保证人行使求偿权的条件

保证人之所以享有求偿权，是因为保证人履行保证债务实质上是为主债务人履行债务，而非履行自身债务，自得向因其清偿而得利的主债务人追偿。保证人求偿权的行使应当具备一定的条件。

1. 保证人已经向债权人履行保证债务

保证人的求偿权只有在保证人已承担保证责任后才会产生。在保证人向债权人承担保证责任之前，保证人对主债务人有将来之求偿权，并非既得权，不得对主债务人主张。保证人以清偿债务、提存、抵销等方法代主债务人清偿主债务后，保证人对主债务人的求偿权即转化为既得权，始可向主债务人行使。^[131]保证人的求偿，必须限于保证人的给付致使有偿地消灭主债务人对于债权人的责任。假如自己毫无给付，仅因其尽力致使主债务消灭，如说服债权人，使债权人免除主债务人的债务，则不得向主债务人追偿。^[132]

值得注意的是，如保证人仅对部分债权承担保证责任，或者保证人仅部分履行保证债务，在其承担了保证责任后，依法仍可向主债务人追偿。此际，保证人的求偿权和债权人的剩余债权并存，两者均属债权，依债权平等原则，就主债务人的责任财产平等受偿。

2. 因保证人履行保证债务而使主债务全部或部分地消灭

保证人履行保证债务与主债务消灭之间有因果关系，求偿权才能成立，若主债务的消灭并非保证人履行保证债务的结果，则保证人不享有求偿权。如主债务人本人履行债务，或者由于不可抗力使主债务不复存在等，保证人不得主张求偿权，已经履行保证债务的保证人，可以依不当得利而请求债权人返还。无论保证人的履行行为是使全部主债务消灭还是部分主债务消灭，保证人均可取得求偿权，只是求偿权的范围依主债务受偿的范围不同而不同。

3. 保证人履行保证债务须没有过错

保证人对债权人享有主债务人所有的抗辩，保证人应当以之对抗债权人的清偿请求，若保证人怠于行使主债务人的抗辩，而为大于主债务人应承担债务范围的清偿，以及保证人支出非必要的花费使得主债务范围扩大，对扩大部分，保证人丧失求偿权，在保证人行使求偿权时主债务人有权提出抗辩。此外，保证人在承担保证责任后，有义务及时通知主债务人，若保证人怠于通知主债务人，致使主债务人无过失地又向债权人履行的，保证人丧失求偿权，保证人依不当得利请

求债权人返还。《担保法解释》第43条规定：“保证人自行履行保证责任时，其实际清偿额大于主债权范围的，保证人只能在主债权范围内对债务人行使追偿权。”

4. 保证人没有赠与的意思

本条前句“当事人另有约定”，包括保证人与主债务人之间的原因关系属于赠与的情形。保证人没有赠与的意思，是保证人求偿权的消极要件。保证人在行使求偿权时不必就此举证。^[133]

（二）保证人求偿权行使的范围

本条前句将保证人求偿权的范围，限定于“承担保证责任的范围”，并允许“当事人另有约定”。在解释上，求偿权是对保证人因履行保证债务的一种补偿，补偿的范围包括保证人因履行保证债务所受到的一切损失，包括：其一，保证人实际承担的保证责任的范围。此范围应与主债务人的免责范围一致，若保证人承担保证责任而给付的金额大于主债务免除金额，则超出部分保证人不得追偿，而应依不当得利向债权人求偿。其二，自承担保证责任之日起，保证人为债务人免除债务而给付的金额的法定利息。其三，保证人为承担保证责任而支付的必要费用，如履行保证责任的费用、诉讼费用等。其四，保证人在承担保证责任过程中因不可归责于自己的事由而受到的损失。

保证人与主债务人之间的原因关系有数种，已如前述。以上所述求偿权行使的范围仅限于委托关系而言。在保证人承担保证责任是出于赠与的意思，即保证人与债务人之间存在赠与的法律关系时，保证人应无求偿权。在保证人未受委托而为保证，保证人又无赠与的意思的，其与债务人之间存在无因管理关系，应依无因管理的规则来确定求偿的范围。在保证行为不违背债务人明示或可推知的意思时，保证人有权向债务人追偿所清偿的全部债务和利息及必要费用。在保证人行为违背债务人意思时，保证人仅在债务人享受利益限度内有追偿的权利。^[134]

二、保证人的清偿承受权

（一）保证人的清偿承受权的规范目的

保证人的清偿承受权，又称保证人的代位权，是指保证人承担保证责任之后，在其承担保证责任的范围承受债权人对于主债务人的债权，而对主债务人行使原债权人权利的权。保证人承担保证责任之后，对主债务人并非新取得一个名曰“代位权”的权利，而是在清偿限度内取得债权人对于主债务人的权利，其情形与具有合法利益的

第三人清偿后取得债权人对债务人的权利（第524条）相同，但与债的保全制度中的债权人代位权仅能代位行使债务人的权利（第535条）存在重大差异。保证人行使的权利不是“代位权”，而是从债权人移转而来的权利，属于法定的债权移转。^[135]为避免混淆，本书以清偿承受权称之。

保证人清偿承受权的法理基础在于，保证人不是基础法律关系的当事人，而只是“代为履行债务或代负赔偿责任”的第三人，当保证人清偿保证债务使主债务在相应范围内消灭之时，基于法定的债权转让，保证人承受债权人的地位，行使除专属于债权人自身之外的一切权利，包括享有担保该债权的其他担保权。也就是说，保证人清偿承受权是以担保责任的从属性为基础，担保责任是第二性的债务，而主债务才是本位意义上的债务，保证人只是代替主债务人履行债务。

保证人清偿承受权和求偿权各有其保护担保人的视角和独特作用，在比较法上大多数国家（地区）亦予承认^[136]，但我国《担保法》上是否存在保证人清偿承受权制度则尚存疑问。从我国《担保法》第31条的文义来看^[137]，尚无法得出我国法上已经规定保证人清偿承受权的结论。^[138]在《担保法》上，保证人承担保证责任后，保证人所行使的并不是原债权人的权利，保证人对主债务人的求偿权的解释基础并不是清偿承受权^[139]，而是保证人与主债务人之间的基础关系。有学者经由体系解释得出我国法律已承认保证人清偿承受权。其主要理由为：第一，《担保法》第28条第2款关于“债权人放弃物的担保的，保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任”的规定，只有在承认保证人代位权的基础上才能得到解释^[140]，否则，无论债权人是否放弃担保物权都与保证人无关，就不会出现保证人能够在“债权人放弃权利的范围内免除保证责任”这种相当于保证人实现担保物权的规定；第二，《担保法解释》第38条第1款后段关于“承担了担保责任的担保人也可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额”的规定，也只有在承认保证人代位权的前提下才能得到合理解释，否则，不能要求其他担保人清偿其应当分担的份额。^[141]

本文作者认为，上述相关两个条文均涉及人的担保与物的担保并存时的相互求偿关系的问题。姑且不论我国《物权法》已就相关规则作了修改，明确保证人与物上保证人之间已不存在内部求偿关系^[142]，即使承认保证人与物上保证人之间存在内部求偿关系^[143]，其解释路径也并非一定要借助保证人清偿承受权理论。在人保和物保并存时，“为同一债务担保”的共同目标实际上已经使他们之间建立了联系。^[144]虽然保证人与物上保证人之间并非连带债务人，亦非不真正连带债务人，但是，因为同一债务提供担保的事实而使各担保人与债

权人之间构成担保之连带或竞合^[145]，这也是债权人在主张担保权利时可以就保证人和物上保证人之间享有选择权的逻辑前提。这一“担保之连带”无须当事人作出约定，也并不意味着各担保人之间构成相互担保或者反担保。在大多数国家，通说认为，数个从属保证人在不存在特别协议且为同一债务提供担保的情况下，一般要像连带债务人那样负担内部责任，多数连带债务人之间的求偿规则也适用于多数保证人之间，因为所有保证人的处境是一样的。多数保证人之间的内部求偿规则同样适用或类推适用于物上保证人。^[146]《欧洲示范民法典草案》也因此而明确了保证人与物上保证人对于债权人的担保连带关系以及相互之间的求偿关系。由此可见，保证人与物上保证人之间的求偿关系无须借助于担保人清偿承受法理。

本文作者认为，为使担保人承担担保责任后对担保主债务清偿的其他担保人的求偿权更具解释力，应规定担保人的清偿承受权。虽然保证人与物上保证人之间存在内部求偿关系的解释路径并非一定要借助担保人清偿承受法理，但担保人清偿承受权确实能解决信贷交易实践中的问题。例如，借款人向商业银行申请贷款，担保公司提供保证，同时借款人依其生产设备、原材料、半成品、产品为担保公司提供动产浮动抵押反担保，贷款人之所以不直接接受借款人提供的物上担保，是因为商业银行在浮动抵押交易中监管责任过重。但在办理动产浮动抵押登记时，登记机构不接受抵押权人是非商业银行的登记申请，担保公司遂委托商业银行与借款人签订抵押合同，并办理动产抵押登记。后借款人未如期偿还债务，担保公司代为偿还。此时，主债务因清偿而消灭，动产抵押权因主债务消灭而消灭，因该抵押权是担保主债务的清偿，而非担保担保公司求偿权的实现，担保公司无法基于基础交易关系——委托而主张动产抵押权。此种情形之下，如承认担保人的清偿承受权，担保公司不仅可以代位商业银行向借款人主张主债权，而且可以代位商业银行行使担保该主债权的动产抵押权。

（二）保证人清偿承受权的成立与效力

依据本条的规定，“保证人承担保证责任后，除当事人另有约定外，有权在其承担保证责任的范围内……享有债权人对债务人的权利，但是不得损害债权人的利益”。由此可见，保证人清偿承受权的成立仅以“保证人承担保证责任”为要件。在解释上，“保证人承担保证责任”包括保证人自行清偿保证债务、经强制执行或破产清算而清偿保证债务在内。此外，依“保证人承担保证责任”之目的——在相应范围内消灭债权人与主债务人之间的债权债务关系而言，保证人以代物清偿、提存、抵销等其他方式足以消灭主债务的，亦发生保证人的清偿承受权。^[147]

保证人承担保证责任后，即在其承担保证责任的范围内“享有债权人对债务人的权利”，即债权人对于主债务人的债权在保证人的清偿限度内移转于保证人。此种移转属于债权的法定移转，无须当事人的意思表示。保证人承担保证责任使主债务全部消灭的，债权人的债权即由保证人全部承受；保证人承担保证责任仅使主债务部分消灭的，债权人的该部分债权即由保证人承受。

由于保证人承受债权人的债权属于债权的法定移转，在法效果上应与债权的约定移转相同。依据《民法典》第547条第1款的规定，债权人转让债权的，受让人取得与债权有关的从权利，但是该从权利专属于债权人自身的除外。由此，在解释上，保证人承受取得的不仅仅只是原债权人对主债务人的债权，该债权的担保权利，如抵押权、质权、留置权或保证债权，以及该债权的其他从权利，亦一并移转于保证人。保证人承受取得的债权与原债权全然相同。保证人取得从权利也不因该从权利未办理转移登记手续或者未转移占有而受到影响。“享有债权人对债务人的权利”不宜简单地依其文义解释为，保证人仅取得债权人对主债务人的债权，否则保证人的清偿承受权即与保证人求偿权并无多大差异，《民法典》增设这一权利类型即实无必要。

保证人清偿承受权的行使“不得损害债权人的利益”。这主要是指保证人承担保证责任仅使主债务部分消灭的情形，包括保证人本就提供有限保证，未担保主债权的全部，也包括保证人虽提供无限保证，就主债权之全部提供保证，但保证人仅清偿部分保证债务的情形。此际，保证人承受的部分债权与原债权人的剩余债权并存。原债权人的利益不应因保证人履行保证债务而受影响，因此，保证人清偿承受权的行使“不得损害债权人的利益”^[148]。如保证人承担保证责任仅使主债务部分消灭时，虽也承受部分债权，但在原债权人全部债权受偿之前，尚无法主张与原债权人的剩余债权平等受偿，以免害及原债权人的利益。^[149]

三、保证人的求偿权与清偿承受权之间的关系

依据本条的规定，保证人为履行保证债务而对债权人清偿或其他消灭债务的行为，导致主债务人对债权人免责的，保证人同时享有求偿权与清偿承受权。在权利关系上，求偿权系保证人自己对主债务人的权利，属于新成立的权利；清偿承受权系保证人承受债权人对于主债务人的债权，保证人承受取得的实为债权人原有的权利，并非新成立的权利。求偿权与清偿承受权同时并存，且清偿承受权为法定当然移转于保证人，但是，保证人仍得选择行使求偿权，亦得于承受债权之后，行使原债权人的权利。两者为请求权竞合，其中一权利因行

使而达目的时，则另一种权利于所达目的之范围内即归消灭。[150]

其他问题

争点讨论：无效保证中保证人承担赔偿责任后的求偿权问题

依据《民法典》第682条第2款的规定，保证合同无效后，保证人虽然无须承担保证责任，但仍应根据其过错承担赔偿责任。但保证人承担赔偿责任后，是否可以向主债务人求偿，则不无疑问。

否定论者认为，过错责任是当事人因其自身的过错而承担的责任，责任应当由其本人消化，不应再向其他人追偿，只有代为履行、债务代偿，才存在向最终义务人追偿的问题。承认过错责任可以追偿，不符合过错责任的理论。

肯定论者认为，在本质上，无论是有效担保还是无效担保，债务人均均为最终义务人，应当承担最终责任，也就是说，无效担保人承担的责任是原属于债务人的责任。担保人因其允诺承担责任，责任与权利相比通常不成比例，即便在担保无效时，无效担保人的责任也很可观。如果不允许担保人向债务人追偿，不符合民法公平原则。作为缔约过失责任的一种，担保人的过错是决定其在担保无效时继续承担责任的根据，这一根据也构成担保人承担一定的代偿责任的基础，担保人承担的无效担保责任仍具有代偿责任的性质，因此在理论上也可以自足。[151]

无效担保人承担的赔偿责任，性质上属于缔约过失责任，《担保法解释》肯定担保人可以向债务人追偿，肯定了过错责任可以向最终义务人求偿的做法。《担保法解释》第9条规定：“担保人因无效担保合同向债权人承担赔偿责任后，可以向债务人追偿，或者在承担赔偿责任的范围内，要求有过错的反担保人承担赔偿责任。担保人可以根据承担赔偿责任的事实对债务人或者反担保人另行提起诉讼。”

1. 无效保证的保证人行使求偿权的范围

第一，保证人向债务人行使求偿权的范围。保证人追偿的范围以其已经承担的责任范围为限。保证人在保证合同无效时承担的是缔约过失责任。缔约过失责任的损害赔偿一般仅指信赖利益的损害赔偿，具体包括：（1）缔约费用，包括邮电费用、赴缔约地察看标的物所支出的费用；（2）准备履约所支出的费用，包括准备为运送标的物或受领对方给付所支出的费用；（3）受害人支出上述费用的利息损

失；（4）因恢复原状、返还财产而增加的费用；（5）丧失与第三人另订立合同的机会所产生的损失。保证人向债务人追偿的范围以缔约过失责任为限，不应超出保证合同的履行利益。

第二，保证人向反担保人行使求偿权的范围。保证人向反担保人追偿的条件是，反担保人有过错和保证人实际承担了赔偿责任。反担保合同是保证合同的从合同，保证合同无效，反担保合同也无效，保证人在保证合同无效时承担的是缔约过失责任；同理，反担保人承担的也是缔约过失责任。反担保人承担责任必须符合缔约过失责任的构成要件，缔约过失责任是一种过错责任，反担保人只有因过错才承担责任，如果担保人有过错而反担保人无过错，反担保人就享有无过错抗辩权，可以不必承担责任。至于反担保人的过错判断，应当和担保人的过错情形相同，即反担保人明知担保合同无效仍为之提供反担保或反担保人明知担保合同无效仍促使担保合同成立或为担保合同的签订作中介等。反担保人承担责任的大小，不宜以保证人承担的全部责任为限，要视案情而定。在无效担保的情况下，保证人和反担保人都有过错，从这个角度来理解，反担保人分担保证人所承担的责任比较公平。例如，保证人承担了债务人不能清偿部分的1/3，反担保人则承担保证人所承担的1/3部分的一半比较适合。同理，当保证人承担了债务人不能清偿部分的1/2，反担保人可以承担该部分的一半。

[152]

2. 无效保证的保证人行使求偿权的程序

依前引《担保法解释》条文可见，无效保证的保证人行使追偿程序上是“另行起诉”。也就是说，在债权人起诉债务人或者保证人要求其承担赔偿责任的案件中，保证人不能提出要求债务人或者反担保人分担责任的请求。在债权人、债务人、担保人均参加诉讼的案件中，不解决担保人向债务人或反担保人要求追偿或分担责任的问题，担保人向债务人提出追偿的诉讼请求也不构成反诉。这是司法解释对行使追偿权的程序要求。实践中，一些法院在审理担保纠纷案件时一并解决担保人追偿的问题，以一个判决解决两个诉请，节约了诉讼成本，也值得肯定。[153]

第七百零一条

保证人可以主张债务人对债权人的抗辩。债务人放弃抗辩的，保证人仍有权向债权人主张抗辩。

本条主旨

本条是关于保证人对主债务人抗辩的援引的规定。

相关条文

《担保法》第20条 一般保证和连带责任保证的保证人享有债务人的抗辩权。债务人放弃对债务的抗辩权的，保证人仍有权抗辩。

抗辩权是指债权人行使债权时，债务人根据法定事由，对抗债权人行使请求权的权利。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第491条 保证人享有债务人对债权人的抗辩。债务人放弃抗辩的，保证人仍有权向债权人主张抗辩。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第491条 保证人享有债务人对债权人的抗辩。债务人放弃抗辩的，保证人仍有权向债权人主张抗辩。

《民法典（草案）》（2019年12月）第701条 保证人可以主张债务人对债权人的抗辩。债务人放弃抗辩的，保证人仍有权向债权人主张抗辩。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第701条 保证人可以主张债务人对债权人的抗辩。债务人放弃抗辩的，保证人仍有权向债权人主张抗辩。

理解与适用

本条是在《担保法》第20条的基础上修改而成的，将其中的“抗辩权”修改为“抗辩”。

一、保证人的抗辩与抗辩权

保证合同的单务性和无偿性，决定了保证人对债权人并无任何请求权，但在债权人向保证人主张保证债务履行请求权时，保证人可以依照保证合同约定或者法律规定的事由，反驳债权人的请求，此即保证人基于保证合同所产生的抗辩，保证人以一般债务人的地位可以主张相应的抗辩以对抗债权人的请求权。此类抗辩主要针对保证债务的

发生、变更、消灭等事项。如保证合同未成立的抗辩、保证债务已消灭的抗辩、保证债务未届清偿期的抗辩、保证期间已经过的抗辩、保证债务罹于时效的抗辩权，等等。

保证债务具有从属于主债务的属性，主债务人对于债权人所享有的任何抗辩，保证人均可以主张以对抗债权人的履行请求。为了保护保证人的合法权益，主债务人自己主张了抗辩，其效力自然及于保证人，若主债务人有对抗债权人的抗辩而不主张，又不赋予保证人行使主债务人抗辩的权利，势必损害保证人的利益。反之，在主债务人不主张抗辩之时，由保证人自己来主张主债务人的抗辩，则能保护保证人的合法利益。因此，本条规定，保证人可以主张债务人对债权人的抗辩。这里尚需注意的是，尽管保证人主张的是主债务人的抗辩，但保证人是以自己的名义而非以主债务人或主债务人的代理人的名义主张该项抗辩，因此，保证人的抗辩属于其依法享有的抗辩，独立于主债务人的抗辩而发生效力。

《担保法》第20条第1款规定：“一般保证和连带责任保证的保证人享有债务人的抗辩权。债务人放弃对债务的抗辩权的，保证人仍有权抗辩。”这里，将保证人可得援引的抗辩局限于抗辩权，在文义上无法涵盖诉讼上的非抗辩权的防卫手段。^[154]学说上认为，诉讼中旨在挑战原告诉讼请求正当性的诉讼抗辩，依其效力，有权利阻却（未发生的）抗辩、权利消灭抗辩和权利阻止抗辩。其中，前两者又合称权利否认抗辩或事实抗辩；权利阻止抗辩是指，被告既否认原告请求权，亦未主张其消灭，仅以给付拒绝权阻遏原告请求权的实现。仅有其中权利阻止抗辩对应于私法上的抗辩权，而权利阻却（未发生的）抗辩、权利消灭抗辩均旨在否认对方请求权之存在，并非简单阻止请求权效力，故不属于实体法上的抗辩权。^[155]由此可见，抗辩与抗辩权具有不同的法律内涵^[156]，也有着不同的效力，抗辩权须由权利人主张，法官不得主动适用；而权利否认抗辩则无此限制，即使当事人未予援引，法官亦得主动适用。^[157]基于此，本条将《担保法》第20条中的“抗辩权”修改为“抗辩”。

二、保证人援引主债务人对债权人的抗辩的种类

所谓“债务人对债权人的抗辩”，是指主债务人所得对抗债权人的事由，举凡主债务人所有，而与主债务自身之发生、消灭或履行有牵连关系的一切抗辩，均包括在内，但不包括主债务发生、变更或消灭以外独立原因事由所生的抗辩。例如，抵销之抗辩即不在本条适用范围之内。^[158]本条所定“债务人对债权人的抗辩”中的抗辩系采广义，既包括所谓权利否认抗辩，又包括所谓权利阻止抗辩（抗辩权）。举其要者，有以下几类。

第一，主债权未发生的抗辩。即主债权所据以发生的债权债务合同或其他法律事实，因法律规定而有不成立、未发生或无效的原因，导致债权人权利未发生者。

第二，主债权已消灭的抗辩。主债权虽曾有效发生，但因清偿、提存、抵销等法定事由而消灭的，保证债务亦随同消灭，保证人自可援用该抗辩。但主合同解除时，主债务人负有恢复原状及损害赔偿的义务，除保证合同另有约定的外，保证人就此仍负保证责任，尚无抗辩可言。

第三，拒绝给付的抗辩。即狭义的抗辩（权），亦即债权人行使债权时，债务人根据法定事由，对抗债权人行使请求权的权利。无论是减却性的抗辩，还是延期性的抗辩，保证人均可援用。前者如主债务时效经过抗辩权；后者如同时履行抗辩权、不安抗辩权、先履行抗辩权、违约金酌减。^[159]

保证人主张主债务人对于债权人的抗辩，并非代主债务人为主张，而乃基于保证人的地位而独立主张。易言之，保证人以主债务人之抗辩为自己的抗辩事由，借以拒绝自己债务清偿，故即使主债务人抛弃其抗辩，保证人仍得主张之。^[160]

第七百零二条

债务人对债权人享有抵销权或者撤销权的，保证人可以在相应范围内拒绝承担保证责任。

本条主旨

本条是关于保证人对主债务人抵销权或者撤销权的援引的规定。

相关条文

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第492条 债务人对债权人享有抵销权或者撤销权的，保证人可以在相应范围内拒绝承担保证责任。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第492条 债务人对债权人享有抵销权或者撤销权的，保证人可以在相应范

围内拒绝承担保证责任。

《民法典（草案）》（2019年12月）第702条 债务人对债权人享有抵销权或者撤销权的，保证人可以在相应范围内拒绝承担保证责任。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第702条 债务人对债权人享有抵销权或者撤销权的，保证人可以在相应范围内拒绝承担保证责任。

理解与适用

本条系新增。我国《担保法》就保证人可得主张主债务人对债权人的权利仅限于抗辩权一种（第20条）。至于比较法上的保证人基于主债务人的抵销权或撤销权而产生的拒绝履行的权利，《担保法》均未规定。学者间多对《担保法》第20条进行了扩张性解释，将这些权利纳入其中，或将保证人的抵销权、撤销权直接作为抗辩权，进而将其纳入保证人可得行使的主债务人抗辩权范围^[161]，或认为这两种权利虽不属于抗辩权，但属于“类似于抗辩权的权利”，因此，保证人也能享有这些权利。^[162]主债务人的抵销权或撤销权毕竟不是基于主债权债务合同而产生，无法为本法第701条的文义所涵盖，本法遂专列一条，就此作出专门规定，以免解释分歧。

出于对保证人的保护，各国和地区立法都规定了在主债务可抵销、撤销的情形下，保证人可行使一定的权利。但该权利的性质却不尽相同，有的规定保证人可“直接行使主债务人抵销权或撤销权”，有的规定保证人“仅能行使抗辩权”两种模式。^[163]从本条的条文表述来看，本法明显采纳了第二种模式。

一、保证人主张主债务人对债权人的抵销抗辩权

依据《民法典》第568条、第569条的规定，当事人互负债务，该债务的标的物种类、品质相同的，任何一方可以将自己的债务与对方的到期债务抵销；但是，根据债务性质、按照当事人约定或者依照法律规定不得抵销的除外。当事人主张抵销的，应当通知对方。通知自到达对方时生效。抵销不得附条件或者附期限。当事人互负债务，标的物种类、品质不相同的，经协商一致，也可以抵销。同时，《民法典》第557条将“债务相互抵销”作为债权债务终止的事由。基于《民法典》第682条所定保证合同的从属性，主债务因抵销而消灭的，保证债务亦随之消灭。

在主债务人对债权人享有抵销权的情形之下，若主债务人自己行使抵销权，则主债务消灭，保证人亦得援用而据以拒绝清偿。只不过，保证人此时所援用的主债权已消灭的抗辩，而非本条之抵销抗辩。^[164]主债务人自己未主张抵销时，保证人即可依主债务人的抵销权在相应范围内拒绝承担保证责任。值得注意的是，保证人在此时并无直接行使主债务人对债权人的抵销权的权利。从保护当事人利益出发，抵销权是否行使，取决于债权人与主债务人之间的意思。但为保护保证人利益，在主债务人对债权人享有抵销权的情形，保证人在相应范围内应享有拒绝履行保证债务的抗辩权。

保证债务因抵销而消灭，主债务并不消灭，此时，保证人依《民法典》第700条之规定，承受债权人之债权。保证人自己对债权人享有债权的，除其自己可向债权人主张抵销外，在保证人具有先诉抗辩权的情形之下，主债务人不得以之向债权人主张抵销，债权人亦不得以之向保证人主张抵销；在保证人并无先诉抗辩权的情形之下，保证人的法律地位与连带债务人的相同，主债务人得以之向债权人主张抵销，相对地，债权人亦得对之主张抵销。^[165]

二、保证人主张主债务人对债权人的撤销抗辩权

依据《民法典》第147—151条的规定，基于重大误解实施的民事法律行为，行为人有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。一方以欺诈手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。第三人实施欺诈行为，使一方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，对方知道或者应当知道该欺诈行为的，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。一方或者第三人以胁迫手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受胁迫方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使民事法律行为成立时显失公平的，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

在主债务人基于法定事由对债权人享有撤销权的情形之下，若主债务人发出撤销的意思表示，则主债权债务合同即自始无效，保证合同亦随之失效。此时保证人亦得援用而据以拒绝履行保证债务。只不过，保证人此时所援用的主债权未发生的抗辩，而非本条之撤销抗辩。^[166]主债务人自己并未行使撤销权的，保证人即可依主债务人的撤销权在相应范围内拒绝承担保证责任。值得注意的是，保证人在此时并无直接行使主债务人对债权人的撤销权的权利。撤销权的规定，系为保护当事人之利益而设，在保证关系上，即系为保护主债务人之利益而设，保证人无权积极行使债务人的撤销权，尽管合同具有可撤

销的理由，但是否行使撤销权是债务人的意思自治范畴，债务人可以放弃撤销权。^[167]但为具体周延地保护保证人利益，在主债务人对债权人享有撤销权的情形，保证人得以主债务人撤销权的存在为由，在相应范围内享有拒绝履行保证债务的抗辩权。^[168]保证人可得主张的主债务人对债权人的撤销抗辩权，在性质上属于暂时性抗辩权，故主债务撤销权因除斥期间经过而告失权的^[169]，保证人即不得再援引本条拒绝履行保证债务。^[170]

注释：

[1]参见王利明：《合同法研究（第四卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2018年版，第244页；邱聪智：《新订债法各论》（下），姚志明校订，北京，中国人民大学出版社2006年版，第363页；刘春堂：《民法债编各论》（下）（修订版），台北，作者2012年自版，346页。

[2]参见高圣平：《担保法论》，北京，法律出版社2009年版，第164页。

[3]参见林诚二：《论债务担保制度的从属性》，载陈荣隆教授六秩华诞祝寿论文集编辑委员会：《物权法之新思与新为——陈荣隆教授六秩华诞祝寿论文集》，台北，瑞兴图书股份有限公司2016年版，第51页。

[4]参见邱聪智：《新订债法各论》（下），姚志明校订，北京，中国人民大学出版社2006年版，第363-364页。

[5]参见王利明：《合同法研究（第四卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2018年版，第244页；邹海林，常敏：《债权担保的理论与实务》，北京，社会科学文献出版社2005年版，第63页；全国人大常委会法制工作委员会民法室（孙礼海主编）：《中华人民共和国担保法释义》，北京，法律出版社1995年版，第29页。

[6]参见孔祥俊主编：《担保法例解与适用》，北京，人民法院出版社1996年版，第157-158页。

[7]参见程啸：《保证合同研究》，北京，法律出版社2006年版，第223页。

[8]值得注意的是，就物上保证人的代偿金额而言，因《民法典》第389条所定担保范围中包括“保管担保财产和实现担保物权的费用”，必然超过主债务。此部分代偿金额为保全和实现担保物权所必需，虽超过主债务，但亦属求偿范围。

[9]参见刘保玉：《第三人担保的共通规则梳理与立法规定的完善》，载《江西社会科学》2018年第10期，第19页。

[10]参见尹田：《物权法》（第二版），北京，北京大学出版社2017年版，第494页。为避免混淆，本书以下以“原本债权”指称第二种意义上的“主债权”。

[11]参见邹海林、常敏：《债权担保的方式和应用》，北京，法律出版社1998年版，第66页。

[12]黄薇（全国人大常委会法制工作委员会民法室主任）主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第762页。

[13]参见郭明瑞：《担保法》，北京，中国政法大学出版社1998年版，第50页。

[14]如北京市朝阳区人民法院（2016）京0105民初65061号民事判决书。

[15]参见四川省成都市中级人民法院（2014）成民终字第5894号民事判决书。关于此案的详细分析详见胡建萍、王长军：《保证人承担保证责任的范围应以主债务为限》，载《人民司法·案例》2015年第24期，第55-57页。

[16]如最高人民法院（2015）民提字第126号民事判决书。

[17]参见刘贵祥主编：《最高人民法院第一巡回法庭精选案例与裁判思路解析（一）》，北京，法律出版社2016年版，第47页。

[18]参见“香港上海汇丰银行有限公司上海分行与景轩大酒店（深圳）有限公司、万轩置业有限公司金融借款合同纠纷上诉案”，最高人民法院（2010）民四终字第12号民事判决书〔最高人民法院公报2014年第6期〕；“云南铜业股份有限公司与江门市江磁电工企业有限公司买卖合同纠纷上诉案”，最高人民法院（2015）民二终字第74号民事判决书；“白凡凡与中国农业银行股份有限公司重庆两江分行、重庆滨海医药有限公司金融借款合同纠纷上诉案”，重庆市第一中级人民法院（2016）渝01民终6028号民事判决书；“谷茺萍与徐敏抵押合同纠纷上诉案”，山东省青岛市中级人民法院（2016）鲁02民终2583号民事判决书；“中信银行股份有限公司南京分行与董磊金融借款合同纠纷上诉案”，江苏省南京市中级人民法院（2015）宁商终字第1366号民事判决书。

[19]参见“南宁市金通小额贷款有限公司与广西田林富民糖业有限公司、曹立秦、山海关开发区长城糖业有限公司追偿权纠纷上诉案”，广西壮族自治区百色市（地区）中级人民法院（2017）桂10民终883号民事判决书。同样处理的案例有“牛敬、广西中小企业信用担保有限公司追偿权纠纷案”，广西壮族自治区田林县人民法院（2016）桂1029民初200号民事判决书。

[20]参见“安徽肥东农村合作银行与合肥康宝衣帽有限公司借款合同纠纷上诉案”，安徽省高级人民法院（2014）皖民二终字第00655号民事判决书；“江苏银行股份有限公司南京城东支行与南京福地房地产开发有限公司、南京阅江商贸有限公司、张从春、徐瑾金融借款合同纠纷案”，江苏省南京市中级人民法院（2013）宁商初字第137号民事判决书。

[21]参见“王旭君与杨远见、李红梅民间借贷纠纷案上诉案”，浙江省台州市中级人

民法院（2013）浙台商终字第578号民事判决书。

[22]早期的司法文件中有称为“保证期限”的，如《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法通则〉若干问题的意见（试行）》第108、109条；也有称为“保证责任期限”的，如《最高人民法院关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》第10、11条。自《担保法》始，各规范性文件均称之为“保证期间”。

[23]参见最高人民法院民一庭：《对保证期间是否经过的案件事实，人民法院应依职权主动审查》，载最高人民法院民一庭编：《民事审判指导与参考》2015年第3辑，北京，人民法院出版社2016年版，第160页。

[24]参见冯永军：《保证期间比较研究》，载《河南教育学院学报（哲学社会科学版）》2002年第2期。

[25]参见盛杰民、袁祝杰：《浅论保证期间与诉讼时效》，载《中外法学》1997年第4期。

[26]高素芝、卜庆秀：《保证期间的特征、效能及引发的法律冲突》，载《经济与法》1996年第7期。

[27]李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵：《最高人民法院〈关于适用中华人民共和国民事诉讼法担保法若干问题的解释〉理解与适用》，长春，吉林人民出版社2000年版，第141页。

[28]参见[德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，北京，法律出版社2000年版，第89页。不过，也有学者主张除斥期间的适用范围应予扩大，但其扩大的范围也仅限于特殊的债权请求权。

[29]参见杨路：《保证期间问题探析》，载《法律适用》1999年第6期。

[30]从严格意义上讲，此种约定不属保证期间的约定（容后详述），但实践中多将此纳入保证期间进行讨论。

[31]应当注意的是，本处讨论的范围局限于上述约定本身，至于由当事人因素、意志因素等原因所致保证合同无效而引起的保证期间条款无效，则不属本处讨论的范围。

[32]王恒：《保证期间的本体论批判》，载《河北法学》2011年第10期。

[33]参见曹士兵：《中国担保诸问题的解决与展望》，北京，中国法制出版社2001年版，第135页。但作者其后改变了观点，认为约定保证期间短于6个月亦可有效。参见曹士兵：《中国担保制度与担保方法》（第四版），北京，中国法制出版社2017年版，第162页。

[34]参见叶金强：《担保法原理》，北京，科学出版社2002年版，第55页。

[35]曹士兵：《清理保证期间的法律适用》，载奚晓明主编：《中国民商审判（总第2卷）》，北京，法律出版社2003年版，第272页。

[36]“翁某某与钱某某、童某某、孟某某民间借贷纠纷案”，浙江省杭州市萧山区人民法院（2012）杭萧商初字第3138号民事判决书。

[37]参见梁慧星主编：《民商法论丛》第14卷，北京，法律出版社2000年版，第147页。《山东省高级人民法院关于当前审理民商事案件中适用法律若干问题的意见》（2005年12月13日）中“关于担保方面的问题”第2条规定：“债权人与保证人可以自行约定保证期间，当事人约定的保证期间超过两年的，应认定有效。”支持这一观点的判决有“顾三官与宋秀辉、苏州皋申油脂有限公司等民间借贷纠纷上诉案”，江苏省高级人民法院（2016）苏05民终3853号民事判决书；江苏省泰州市中级人民法院（2014）泰中民四终字第00783号民事判决书。丁万志：《超过主债务诉讼时效的约定保证期间合法有效》，载《人民司法案例》2015年第24期。

[38]参见刘保玉、吕文江主编：《债权担保制度研究》，北京，中国民主法制出版社2000年版，第141-142页。《陕西省高级人民法院民二庭关于审理担保纠纷案件若干法律问题的意见》第2条第3款规定：“当事人约定保证期间超过两年的，保证期间的确定应以主债务的诉讼时效期间为限，超过部分无效。”最高人民法院早期的案例有采此观点的，如在“重庆中渝物业发展有限公司与四川金鑫贸易有限公司重庆公司、重庆渝鑫大酒店有限责任公司借款担保合同纠纷上诉案”[最高人民法院（1999）经终字第385号民事判决书]中，最高人民法院认为：“根据担保法规定，允许当事人自行约定担保责任期限，但最长不应超过主债务到期后两年，主要是因为债权人向主债务人主张权利的诉讼时效为两年，故担保责任期限应受诉讼时效的约束。”

[39]“天地冶金与贺宁公司、长润公司、五泰公司、华融公司、江苏能博旺仓储公司、江苏能博旺钢材公司买卖合同纠纷案”，江苏省南京市中级人民法院（2012）宁商初字第61号民事判决书。

[40]参见刘保玉、吕文江主编：《债权担保制度研究》，北京，中国民主法制出版社2000年版，第142页。

[41]如“中国建设银行三亚市分行诉三亚万翔宾馆有限公司等借款合同纠纷案”中，法院认为：“担保人三亚市旅游公司向三亚建行出具《担保书》，担保期限为贷款本息全部还清为止。该出具担保书行为为一保证行为，但保证期间约定不明确，应适用法定保证期间。”[海南省三亚市中级人民法院（2000）三亚民初字第12号民事判决书]

[42]李国光：《当前经济审判工作应当注意的几个问题》，载《最高人民法院公报》1999年第1期。

[43]在我国，期间和期限常常混同使用。严格来说，期间是指时间的经过，是始

期与终期之继续时期，期限则是时的计算，分别指始期或者终期。质言之，“期限系从一端言之，即时之计算，期间从两端言之，即时之经过”。郑玉波：《民法总则》，北京，中国政法大学出版社2003年版，第477页。

[44]参见王利明：《民法总则研究》，北京，中国人民大学出版社2003年版，第597页。

[45]孔祥俊：《担保法及其司法解释的理解与适用》，北京，法律出版社2001年版，第162页。

[46]参见王泽鉴：《民法通则》，北京，中国政法大学出版社2001年版，第421页。

[47]参见王泽鉴：《民法通则》，北京，中国政法大学出版社2001年版，第420页。

[48]李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵：《最高人民法院〈关于适用中华人民共和国担保法若干问题的解释〉的理解与适用》，长春，吉林人民出版社2000年版，第146-147页。

[49]参见孔祥俊：《担保法及其司法解释的理解与适用》，北京，法律出版社2001年版，第162页。

[50]参见姜朋：《保证期间的困扰——兼论法律与司法解释的关系》，载《北方法学》2017年第1期。

[51]参见曹士兵：《中国担保诸问题的解决与展望》，北京，中国法制出版社2001年版，第133页。但笔者对此持保留意见。

[52]《担保法》第6条规定：“本法所称保证，是指保证人和债权人约定，当债务人不履行债务时，保证人按照约定履行债务或者承担责任的行為。”

[53]参见李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵：《最高人民法院〈关于适用中华人民共和国担保法若干问题的解释〉理解与适用》，长春，吉林人民出版社2000年版，第147-148页。

[54]具体适用可参见最高人民法院（2016）民再6号民事判决书；最高人民法院（2016）民申1692号民事裁定书等。

[55]参见曹士兵：《中国担保诸问题的解决与展望》，北京，中国法制出版社2001年版，第135-136页；“中国银行（香港）有限公司与台山市电力发展公司、台山市人民政府、台山市鸿基石油化工有限公司、台山市财政局担保合同纠纷申请再审案”，最高人民法院（2011）民申字第1209号民事裁定书。

[56]参见“伟龙置业有限公司与罗定市人民政府、罗定市财政局因担保合同纠纷上诉案”，最高人民法院（2011）民四终字第40号民事判决书。

[57]参见“南方证券股份有限公司上海分公司与上海银行曹安支行借款合同纠纷上诉案”，上海市高级人民法院（2004）沪高民二（商）终字第5号民事判决书。

[58]参见“上海捷耐国际货物运输代理有限公司与上海裕庆服饰有限公司等买卖合同纠纷上诉案”，上海市第一中级人民法院（2014）沪一中民四（商）终字第S786号民事判决书。

[59]如“太原市融通信用合作社与山西省通宝能源股份有限公司保证合同纠纷上诉案”，最高人民法院（1998）经终字第330号民事判决书；“中国信达资产管理公司郑州办事处与濮阳市石油公司等借款担保纠纷上诉案”，最高人民法院（2002）民二终字第87号民事判决书。

[60]参见叶金强：《担保法原理》，北京，科学出版社2002年版，第53-54页。

[61]“太原市融通城市信用合作社与山西通宝能源股份有限公司保证合同纠纷上诉案”，最高人民法院（1998）经终字第330号民事判决书。

[62]“袁仲贤与陈善成保证合同纠纷再审案”，浙江省高级人民法院（2016）浙民申1149号民事裁定书。

[63]参见石宏主编：《中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及其相关规定》，北京，北京大学出版社2017年版，第450页。

[64]参见“中国东方航空集团公司与中国信达资产管理公司西安办事处借款合同纠纷再审案”，陕西省高级人民法院（2009）陕民再字第37号民事判决书；“厦门万众企业发展有限公司与福建中旅实业股份有限公司石狮中国旅行社等债权转让合同纠纷上诉案”，福建省高级人民法院（2014）闽民终字第29号民事判决书。

[65]参见“山东荣成农村商业银行股份有限公司龙须岛支行诉李耀钊等船舶抵押合同纠纷案”。2019年6月5日青岛海事法院发布的2018年海事审判白皮书和十起典型案例之一。

[66]张雪梅：《诉讼时效和保证期间疑难问题分析》，载最高人民法院民事审判第二庭编：《商事审判指导》2016年第2辑（总第41辑），北京，人民法院出版社2017年版，第90页。

[67]参见全国人大常委会法制工作委员会民法室（孙礼海主编）：《中华人民共和国担保法释义》，北京，法律出版社1995年版，第26页；李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵：《最高人民法院〈关于适用中华人民共和国担保法若干问题的解释〉理解与适用》，长春，吉林人民出版社2000年版，第143页；张谷：《论约定保证期间》，载《中国法学》2006年第4期；甄增水：《解释论视野下保证期间制度的反思与

重构》，载《法商研究》2010年第5期；张鹏：《我国保证债务诉讼时效问题研究》，载《中外法学》2011年第3期；李昊、邓辉：《论保证合同入典及其立法完善》，载《法治研究》2017年第6期。

[68]在具体表述上不尽相同，有的表述为“保证责任消灭”，参见广东省江门市中级人民法院（2011）江中法民二终字第255号民事判决书；有的表述为“保证责任免除”，参见最高人民法院（2013）民二终字第117号民事判决书。

[69]参见曹士兵：《中国担保制度与担保方法》，北京，中国法制出版社2017年版，第159页。

[70]如在“中国信达资产管理公司郑州办事处诉沁阳市铝电集团公司保证合同纠纷案”中，法院认为：“本案保证期间无论依约定还是依法定，均应为借款合同履行期届满之日起二年，至债权转让时已超过保证期间，保证人同时拥有因保证期间届满产生的免责抗辩权和因诉讼时效届满产生的抗辩权。”河南省高级人民法院（2002）豫法民二初字第25号民事判决书。

[71]在保证人丧失先诉抗辩权的情况下，债权人在保证期间内仅对保证人提起诉讼或者申请仲裁，仍然发生阻却保证期间消灭的效力。

[72]参见“赵文坤与李小庭民间借贷纠纷再审案”，福建省高级人民法院（2016）闽民申1596号民事裁定书。

[73]参见最高人民法院民一庭：《对保证期间是否经过的案件事实，人民法院应依职权主动审查》，载最高人民法院民一庭编：《民事审判指导与参考》2015年第3辑，北京，人民法院出版社2016年版，第160页。

[74]参见最高人民法院中国应用法学研究所：《人民法院案例选》2017年第3辑，北京，人民法院出版社2017年版，第56页。相同观点还可参见董涛：《法院对保证期间是否届满应主动审查——高青县农村信用合作社诉田永民等金融借款合同案》，载国家法官学院案例开发研究中心：《中国法院2014年度案例》（借款担保纠纷），北京，中国法制出版社2014年版，第118-120页。

[75]“潘荣荣与徐吉、南京光华城南机电有限公司民间借贷纠纷再审案”，上海市高级人民法院（2016）沪民申2781号民事裁定书。

[76]“杨凉凉与陈远转、吴英琪民间借贷纠纷上诉案”，福建省高级人民法院（2013）闽民终字第84号民事判决书。

[77]陆永棣：《桐乡市工商支行诉桐乡市化轻建材总公司于保证期间届满后在其发出的保证贷款逾期催收函上盖章仍应承担保证责任案》，载最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》（分类重排本）（商事卷），北京，人民法院出版社2017年版，第1396-1397页。相同观点参见王学堂，孙勇：《青州市益都村信用

合作社诉韩明吉、青州市昭德街道苏桥居民委员会因担保期限不明而引发的借款合同案》，载最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》（分类重排本）（商事卷），北京，人民法院出版社2017年版，第2023页。

[78]参见《最高人民法院关于锦州市商业银行与锦州市华鼎工贸商行、锦州市经济技术开发区实华通信设备安装公司借款纠纷一案的复函》。

[79]参见吴志正：《债编各论逐条释义》，台北，元照出版公司2015年版，第405页。

[80]参见“宁夏荣恒房地产集团有限责任公司与中国信达资产管理股份有限公司宁夏回族自治区分公司保证合同纠纷上诉案”，最高人民法院（2013）民二终字第117号民事判决书。

[81]“中色（宁夏）东方集团有限公司与中国信达资产管理股份有限公司陕西省分公司保证合同纠纷上诉案”，最高人民法院（2011）民二终字第27号民事判决书。

[82]王宪森：《保证期间届满后债权人与保证人之间是否成立了新保证合同的认定及法律适用——中国长城资产管理公司广州办事处与广东省新会市会城建设发展总公司、新会市长江贸易总公司借款担保合同纠纷上诉案》，最高人民法院民事审判第二庭编：《民商事审判指导》2005年第1辑（总第7辑），北京，人民法院出版社2005年版，第160页；李洪堂：《债务承担及新保证合同的认定》，载《人民司法案例》2008年第12期。

[83]参见吴兆祥：《解读〈关于人民法院应当如何认定保证人在保证期间届满后又在催款通知书上签字问题的批复〉》，载杜万华主编：《解读最高人民法院司法解释、指导性案例》（商事卷下），北京，人民法院出版社2016年版。

[84]参见“中国信达资产管理公司太原办事处与山阴县康立化工有限责任公司等借款担保纠纷上诉案”，最高人民法院（2006）民二终字第240号民事判决书。

[85]参见奚晓明：《论保证期间与诉讼时效》，载《中国法学》2001年第6期。

[86]参见孔祥俊：《保证期间再探讨》，载《法学》2001年第7期。

[87]参见石宏主编：《中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及其相关规定》，北京，北京大学出版社2017年版，第447页。

[88]李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵：《最高人民法院〈关于适用中华人民共和国担保法若干问题的解释〉理解与适用》，长春，吉林人民出版社2000年版，第150页。

[89]参见奚晓明：《论保证期间与诉讼时效》，载《中国法学》2001年第6期。

[90]李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵：《最高人民法院〈关于适用中华人民共和国担保法若干问题的解释〉理解与适用》，长春，吉林人民出版社2000年版，第154页。

[91]参见李明发：《保证责任研究》，北京，法律出版社2006年版，第125页。

[92]参见叶金强：《担保法原理》，北京，科学出版社2002年版，第59页。

[93]参见最高人民法院民事审判第二庭：《最高人民法院〈关于民事案件诉讼时效司法解释〉理解与适用》，北京，人民法院出版社2008年版，第308-309页；张雪樾：《诉讼时效和保证期间疑难问题分析》，载最高人民法院民事审判第二庭编：《商事审判指导》2016年第2辑（总第41辑），北京，人民法院出版社2017年版，第89页；“中国东方资产管理公司郑州办事处与郑州建材实业总公司加气混凝土厂金融借款合同纠纷上诉案”，河南省高级人民法院（2010）豫法民二终字第111号民事判决书。

[94]参见耿建宏、方贤利：《连带责任保证的诉讼时效不适用诉讼时效中断——中国农业银行股份有限公司新县支行诉邱永成金融借款合同案》，载国家法官学院案例开发研究中心编：《中国法院2017年度案例》（借款担保纠纷），北京，中国法制出版社2017年版，第182页。

[95]李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵：《最高人民法院〈关于适用中华人民共和国担保法若干问题的解释〉理解与适用》，长春，吉林人民出版社2000年版，第155页。

[96]参见叶金强：《担保法原理》，北京，科学出版社2002年版，第59页。

[97]参见梁书文主编：《民法通则贯彻意见诠释》，北京，中国法制出版社2001年版，第148页。

[98]最高人民法院民事审判第二庭编著：《最高人民法院〈关于民事案件诉讼时效司法解释〉理解与适用》，北京，人民法院出版社2008年版，第310页。

[99]史尚宽：《债法各论》，北京，中国政法大学出版社2000年版，第918-919页。

[100]参见崔建远：《合同法与诉讼时效》，载黄松有主编：《民事审判指导与参考》（总第19集），北京，法律出版社2004年版，第103-104页。

[101]参见蓝承烈：《民法专题研究》，哈尔滨，黑龙江人民出版社1999年版，第232页。

[102]参见孔祥俊：《担保法及其司法解释理解与适用》，北京，法律出版社2001年版，第136页。

[103]刘保玉，吕文江主编：《债权担保制度研究》，北京，中国民主法制出版社2000年版，第139页。

[104]参见李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵：《最高人民法院〈关于适用中华人民共和国民事诉讼法担保法若干问题的解释〉理解与适用》，长春，吉林人民出版社2000年版，第139页。

[105]参见曹士兵：《中国担保诸问题的解决与展望》，北京，中国法制出版社2001年版，第130页。

[106]参见最高人民法院经济审判庭：《保证合同纠纷案件审判实用》，北京，人民法院出版社1994年版，第32-33页。

[107]参见孙鹏、肖厚国：《担保法律制度研究》，北京，法律出版社1998年版，第92页。

[108]刘言浩：《担保法典型判例研究》，北京，人民法院出版社2002年版，第38页。

[109]孙鹏、肖厚国：《担保法律制度研究》，北京，法律出版社1998年版，第92-93页。

[110]黄薇（全国人大常委会法制工作委员会民法室主任）主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第771页。

[111]参见杨明刚：《论免责债务承担》，载崔建远主编：《民法九人行》（第2卷），香港，金桥文化出版有限公司2004年版，第62页。

[112]黄薇（全国人大常委会法制工作委员会民法室主任）主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第772-773页。

[113]参见黄薇（全国人大常委会法制工作委员会民法室主任）主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第773页。

[114]参见王利明：《合同法研究（第四卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2018年版，第299页。

[115]参见王利明：《物权法研究（下卷）》（第四版），北京，中国人民大学出版社2018年版，第371-372页；杨明刚：《论免责债务承担》，载崔建远主编：《民法九人行》（第2卷），香港，金桥文化出版有限公司2004年版，第62页；程啸：《担保物权研究》（第二版），北京，中国人民大学出版社2019年版，第45页。

[116]参见王利明：《合同法研究（第四卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2018年版，第300页；邹海林、常敏：《债权担保的理论与实务》，北京，社会

科学文献出版社2005年版，第69页。

[117]我国学说上就《合同法》第84条（《民法典》第551条与此内容相同，未作修改）是否承认了并存的债务承担一直存在争议。参见崔建远主编：《民法九人行》（第2卷），香港，金桥文化出版有限公司2004年版，第20页。

[118]参见杨明刚：《论免责债务承担》，载崔建远主编：《民法九人行》（第2卷），香港，金桥文化出版有限公司2004年版，第20页；程啸：《担保物权研究》（第二版），北京，中国人民大学出版社2019年版，第46页。

[119]参见黄薇（全国人大常委会法制工作委员会民法室主任）主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第773页。

[120]参见黄薇（全国人大常委会法制工作委员会民法室主任）主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第773页。

[121]参见李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵：《最高人民法院〈关于适用中华人民共和国担保法若干问题的解释〉理解与适用》，长春，吉林人民出版社2000年版，第137页。

[122]曹士兵：《中国担保诸问题的解决与展望》，北京，中国法制出版社2001年版，第128-129页。

[123]参见黄薇（全国人大常委会法制工作委员会民法室主任）主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第776-777页。

[124]参见李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵：《最高人民法院〈关于适用中华人民共和国担保法若干问题的解释〉理解与适用》，长春，吉林人民出版社2000年版，第126页。

[125]参见叶金强：《担保法原理》，北京，科学出版社2002年版，第17页。

[126]参见曹士兵：《中国担保诸问题的解决与展望》，北京，中国法制出版社2001年版，第73页。

[127]参见叶金强：《担保法原理》，北京，科学出版社2002年版，第19页。

[128]“英贸公司与天元公司保证合同追偿权纠纷上诉案”，载《最高人民法院公报》2002年第6期。另参见“浙江省诸暨市康业医药有限公司与福建三明医药股份有限公司等合同纠纷申请再审案”，最高人民法院（2015）民申字第2064号民事裁定书。

[129]参见邱聪智：《新订债法各论》（下），姚志明校订，北京，中国人民大学出版社2006年版，第390页。

[130]参见吴志正：《债编各论逐条释义》，台北，元照出版公司2015年版，第408页。

[131]参见邹海林、常敏：《债权担保的方式和应用》，北京，法律出版社1998年版，第87页。

[132]参见黄薇（全国人大常委会法制工作委员会民法室主任）主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第782页。

[133]参见黄薇（全国人大常委会法制工作委员会民法室主任）主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第782页。

[134]参见叶金强：《担保法原理》，北京，科学出版社2002年版，第71页。

[135]参见陈自强：《契约责任与契约解消》，台北，元照出版公司2016年版，第362-363页。

[136]参见史尚宽：《债法总论》，北京，中国政法大学出版社2000年版，第809页；郑玉波：《民法债编各论》（下），台北，作者1981年自版，第857页；杜怡静：《保证》，载黄立：《民法债编各论》（下），北京，中国政法大学出版社2003年版，第872-873页；邱聪智：《新订债法各论》（下），北京，中国人民大学出版社2006年版，第390页；[日]於保不二雄：《日本民法债编总论》，庄胜荣校订，台北，五南图书出版公司1998年版，第366-367页。

[137]值得注意的是，《担保法》第31条使用的是“追偿”而非“求偿”，一是因为更符合中国人的心里，有助于对主债务人造成心理上的压力（邓曾甲：《中日担保法律制度比较》，北京，法律出版社1999年版，第117页）；二是基于对最终责任承担者的确认。“追偿”这一概念可谓是针对所欲处理的事物，相对于借助该法律概念所欲达成的规范功能，趋向于所欲实现的价值而发生（参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，北京，法律出版社2007年版，第108页）。因此，这里的“追偿权”应系指担保人与主债务人之间的求偿权。参见张尧：《论担保人的求偿权——以担保人对主债务人的求偿权为中心》，载《岳麓法律评论》第7卷，长沙，湖南大学出版社2012年版，第162页。

[138]参见邹海林、常敏：《债权担保的理论与实务》，北京，社会科学文献出版社2005年版，第101页；陈本寒主编：《担保法通论》，武汉，武汉大学出版社1998年版，第90页；崔建远主编：《合同法》，北京，法律出版社2007年版，第180页。

[139]有学者认为，在保证人承担保证责任后，债权人的权利当然于其受偿范围内或保证人承担保证责任范围内移转给有追偿权的保证人，使保证人得以部分或者全部取代债权人的地位行使权利，以确保保证人的求偿权得以实现。参见孔祥俊主编：《担保法例解与适用》，北京，人民法院出版社2001年版，第211页。

[140]参见费安玲、龙云丽：《信用担保人权利救济之研究——以保证人权利制度完善为研究视角》，北京，中国政法大学出版社2013年版，第153页。

[141]参见程啸、王静：《论保证人追偿权与代位权之区分及其意义》，载《法学家》2007年第2期。

[142]参见胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第381-382页。

[143]本书作者即赞成保证人与物上保证人之间存在相互求偿关系，参见高圣平：《混合共同担保之研究》，载《法律科学》2008年第2期。

[144]参见高圣平：《担保物权司法解释起草中的重大争议问题研究》，载《中国法学》2016年第1期。

[145]参见郑冠宇：《再论担保之竞合》，载《山东科技大学学报（社会科学版）》2010年第5期。

[146]See Study Group on a European Civil Code and Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Volume 3*. Munich: Sellier, European Law Publishers GmbH, 2009, pp. 2563、2558、2565.

[147]参见邱聪智：《新订债法各论》（下），姚志明校订，中国人民大学出版社2006年版，第397页；刘春堂：《民法债编各论》（下）（修订版），台北，作者2012年自版，第370页。

[148]刘春堂：《民法债编各论》（下）（修订版），台北，作者2012年自版，第371页。

[149]参见邱聪智：《新订债法各论》（下），姚志明校订，北京，中国人民大学出版社2006年版，第397页。

[150]参见邱聪智：《新订债法各论》（下），姚志明校订，北京，中国人民大学出版社2006年版，第399页；刘春堂：《民法债编各论》（下）（修订版），台北，作者2012年自版，第373页。

[151]参见曹士兵：《中国担保制度与担保方法》，北京，中国法制出版社2007年版，第97页。

[152]参见曹士兵：《中国担保制度与担保方法》，北京，中国法制出版社2007年版，第98页；邓基联主编：《适用担保法重大疑难问题研究》，深圳，海天出版社2003年版，第138页。

[153]参见曹士兵：《中国担保制度与担保方法》，北京，中国法制出版社2007年版，第98页。

[154]参见程啸：《保证合同研究》，北京，法律出版社2006年版，第238-239页。

[155]参见朱庆育：《民法总论》（第二版），北京，北京大学出版社2016年版，第506页。同旨参见史尚宽：《债法各论》，北京，中国政法大学出版社2000年版，第906-907页；张俊浩主编：《民法学原理（修订第3版）》（上册），北京，中国政法大学出版社2000年版，第79页；[德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔等译，北京，法律出版社2003年版，第333页；王泽鉴：《民法总论》（增订版），北京，中国政法大学出版社2001年版，第95页；尹腊梅：《保证人抗辩权的类型化及其适用》，载《法学杂志》2010年第4期。

[156]参见柳经纬、尹腊梅：《民法上的抗辩与抗辩权》，载《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2007年第2期。

[157]参见朱庆育：《民法总论》（第二版），北京，北京大学出版社2016年版，第507页；费安玲、龙云丽：《信用担保人权利救济之研究——以保证人权利制度完善为研究视角》，北京，中国政法大学出版社2013年版，第96-97页。

[158]参见邱聪智：《新订债法各论》（下），姚志明校订，北京，中国人民大学出版社2006年版，第377页。

[159]参见邱聪智：《新订债法各论》（下），姚志明校订，北京，中国人民大学出版社2006年版，第377-378页；刘春堂：《民法债编各论》（下）（修订版），台北，作者2012年自版，第358-359页。

[160]参见杜怡静：《保证》，载黄立：《民法债编各论》（下），北京，中国政法大学出版社2003年版，第868页；林诚二：《债编各论新解——体系化解说》（下）（修订三版），台北，瑞兴图书股份有限公司2015年版，第310页。

[161]参见邹海林、常敏：《债权担保的理论与实务》，北京，社会科学文献出版社2005年版，第78-79页；高圣平：《担保法新问题与判解研究》，北京，人民法院出版社2001年版，第285页。

[162]参见唐德华主编：《最新担保法条文释义》，北京，人民法院出版社1995年版，第61-62页；刘保玉、吕文江主编：《债权担保制度研究》，北京，中国民主法制出版社2000年版，第152页。

[163]参见费安玲、龙云丽：《信用担保人权利救济之研究——以保证人权利制度完善为研究视角》，北京，中国政法大学出版社2013年版，第130-131页。

[164]参见邱聪智：《新订债法各论》（下），姚志明校订，北京，中国人民大学

出版社2006年版，第379页；刘春堂：《民法债编各论》（下）（修订版），台北，作者2012年自版，第360页。

[165]参见林诚二：《债编各论新解——体系化解说》（下）（修订三版），台北，瑞兴图书股份有限公司2015年版，第306页。

[166]参见林诚二：《债编各论新解——体系化解说》（下）（修订三版），台北，瑞兴图书股份有限公司2015年版，第311页。

[167]参见费安玲，龙云丽：《信用担保人权利救济之研究——以保证人权利制度完善为研究视角》，北京，中国政法大学出版社2013年版，第134-135页。

[168]参见邱聪智：《新订债法各论》（下），姚志明校订，北京，中国人民大学出版社2006年版，第380页；刘春堂：《民法债编各论》（下）（修订版），台北，作者2012年自版，第360页。

[169]《民法典》第152条规定：“有下列情形之一的，撤销权消灭：（一）当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内、重大误解的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起九十日内没有行使撤销权；（二）当事人受胁迫，自胁迫行为终止之日起一年内没有行使撤销权；（三）当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为表明放弃撤销权。”“当事人自民事法律行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，撤销权消灭。”

[170]参见林诚二：《债编各论新解——体系化解说》（下）（修订三版），台北，瑞兴图书股份有限公司2015年版，第311页。

第十四章 租赁合同

第七百零三条

租赁合同是出租人将租赁物交付承租人使用、收益，承租人支付租金的合同。

本条主旨

本条是关于租赁合同的定义。

相关条文

《城市房地产管理法》第53条 房屋租赁，是指房屋所有权人作为出租人将其房屋出租给承租人使用，由承租人向出租人支付租金的行为。

《商品房屋租赁管理办法》第6条 有下列情形之一的房屋不得出租：

- （一）属于违法建筑的；
- （二）不符合安全、防灾等工程建设强制性标准的；
- （三）违反规定改变房屋使用性质的；
- （四）法律、法规规定禁止出租的其他情形。

理解与适用

一、租赁合同的概念

租赁是人与人之间进行财产让渡的一种形式，即出租人允许承租人在一定期限内按照一定的方式对租赁物进行利用，并以承租人支付一定的对价作为财产让渡的条件。租赁现象，可以说自古有之，是一种有助于充分发挥租赁物的使用价值，便于社会生产和生活的民事交

易活动。租赁由“租”和“赁”构成，在古时分别指代两种不同的社会交往活动。“租，田赋也”^[1]，与田地的利用和税负有关；而“赁”则与劳动报酬有关，主要指因给人做雇工所获得的工钱。^[2]而在当代，我们已经习惯性地两个词合并使用，用于指称人与人之间的财产租让活动，并将这类活动交由财产法领域中的合同法来调整。今天，虽然有一些私人交往活动被冠以“租”字（典型的例如“租友”^[3]），但因为被让渡的内容并非财产而是劳务，因此不被视为合同法意义上的租赁活动，不由合同法调整。

在租赁合同关系中，向对方提供租赁物的一方当事人，即为出租人；而租用其租赁物的一方当事人，则被称为承租人。出租人不一定是租赁物的所有人；用益物权人、担保物权人以及承租人，只要符合法律的规定或者与租赁物所有人之间的约定，都可以成为出租人。^[4]承租人向出租人支付的租用对价即为租金。租赁物的种类繁多，动产和不动产皆有之，常见的如马路边上的共享单车和共享汽车、汽车租赁公司停车场的机动车、机械设备、办公用品、居家用具、住宅或者商用房屋、农用土地或者鱼塘，凡此种种。不过，金钱一般不能作为租赁的对象，金钱的借用活动由借款合同规则来调整。

租赁物的利用方式丰富，既可以是对租赁物的直接使用，以方便自己的生产和生活活动；也可以是从租赁物上获取经济收益，如将租用的房产用于酒店经营。租金的表现形式通常为现金，但出租人愿意接受的其他形式的租用对价也构成租金^[5]；且在名称上不一定写为“租金”字样，“使用费”“补贴”“报酬”等能够表明租用对价的称谓都可以被认定为租金。^[6]

二、租赁合同的特征

租赁合同是一类十分重要的经济交往现象，有助于通过在一定期限内部分让渡财产利用机会的方式来提高财产的利用效率，促进物尽其用。法律通过将租赁合同有名化，不仅有助于解决合同当事人所订立的租赁合同的不完全性，填补合同漏洞，而且还有助于鼓励和保障相关租赁活动符合公共秩序的维系要求。概括来讲，合同法意义上的租赁合同有如下特点。

1. 在合同目的上，仅以移转租赁物的占有和使用权能为目的。与买卖合同不同，租赁合同仅是对租赁财产之权能的部分让渡，而非全部让渡。出租人虽然将租赁物交付给承租人占有、使用以及收益，但通常情况下希望保留租赁物的最终处分权，即在租期届满之后能够恢复对租赁物的占有、使用和收益（融资租赁是例外情形）。这也决定了，一方面，租赁合同具有明确的期限限制。在租赁期限届满之后，

承租人需要将租赁物归还给出租人。《民法典》第705条明确规定，租赁期限最长不得超过20年。另一方面，租赁物是现货，而不是将要产生的财产。因为，对于将要产生的财产，虽然可以提前就其作出买卖的约定，但因无法转移占有而不能缔结租赁合同。

另其与保管合同不同的是，承租人占有租赁物的目的是按照约定的用途发挥和利用其使用价值，而不是以保存和维系财产的既有状态为目的。^[7]保管人在占有保管物期间违背委托人的意愿擅自使用保管物甚至获取收益的，虽然可能需要参照租金支付规则向委托人返还不当得利^[8]，但其本身因为缺乏相应的合同目的而并不构成租赁合同。

2.在交易对价上，具有有偿性和双务性。在租赁合同关系中，出租人之所以愿意将自己的物品移转给他人占有和使用，主要目的是获得租金；反之亦然，承租人之所以同意向出租人支付租金，是因为可以占有和使用租赁物。也就是说，租赁合同是一种相互有偿的交易活动，一方以另一方向自己支付交易对价作为履行自身义务的条件。因此，当一方当事人未能依约履行自己的合同义务或者在未存在严重履约障碍时，另一方当事人可以依法援引双务合同中的各种履行抗辩权，暂时中止履行自己的义务，以防范相对方的履约风险。

实践中，也有不少人将自己的财产让渡给他人占有和使用，但并不收取任何对价，即我们通常所称的“借用”或者“使用借贷”。这种无偿让渡财产的占有和使用权能的交往是单务的，且以临时性、短期借用为主，与无偿让渡财产全部权能的赠与合同在性质上更为接近。对于这种实践中广泛出现的财产利用方式，虽然《民法通则意见》第126条曾对借用合同作出过规定^[9]，但在《民法典》合同编中，使用借贷系无名合同^[10]，在适用合同编通则的同时，可以参照适用买卖合同、赠与合同和租赁合同的相似规则。

3.在租赁物的物理属性上，通常是耐用品（durable goods）。在租赁物的持续使用过程中，之所以能够以数额相对比较稳定的租金作为交易对价，在很大程度上是因为出租人让渡的主要是使用租赁物的机会，而不涉及租赁物本身的明显耗损。如果租赁物是消耗品，那么，对于承租人在租用期间消耗的那一部分，则可能因为消耗度的评估困难而难以通过租金的方式来计价。因此，实践中对于食品、日化用品等消耗品，通常以买卖的方式一次性完全让渡权利。在比较法上，有的法域还对租赁物的耐用品属性作了明确规定。例如，《奥地利普通民法典》第1090条规定：“某人在一定的时间内获得他人不可消耗性财产的使用，并支付一定租金的合同，称为租赁合同。”^[11]当然，物品的耐用性本身是一个程度问题，大量租赁物在租赁期间会面临不同程度的自然耗损，当事人可以就自然耗损部分是否需要在租金

之外支付额外对价作出约定。在没有特别约定的情形，出租人无权要求承租人就租赁期间的自然耗损支付对价。

4.在租赁物的使用权限上，由承租人依约独享出租人让渡的权能。在租赁移转占有之后，承租人通常按照合同约定的范围和方式，单独行使对租赁物的使用权和收益权；而出租人既不参与也不能干涉承租人对租赁物的使用。实践中，有的当事人表面上签订的是关于租赁物（如酒店）的《合作协议》，并约定出租人有权参与租赁物经营过程中的财务管理。但是，根据合同的约定，无论经营盈亏，出租人都要收取固定利润，无须承担任何经营风险。由于这类合同中的保底条款不符合联营合同法律关系的关键特征（即共负盈亏、共担风险原则），而实际上更符合一方将租赁物交付给另一方占有、使用和收益，并固定收取租金的特点。这类名义上的合作协议实非联营合同，而是租赁合同。^[12]

5.在租赁物的使用用途上，不得违反法律的强制性规定。一些租赁物本身在法律上面临着比较严格的用途管制，无论是出租人自己还是承租人，都不得违反相关法律法规的用途管制。这样的租赁使用行为不仅可能面临来自行政主管部门的处罚，而且在合同效力上也会被人民法院作出否定性评价，甚至被宣告为无效。后文的释评将进一步解释这一点。

6.在租赁物的使用期限上，具有在一定期限内的继续性特点。租赁合同是典型的继续性合同，承租人可以在租赁期间持续地占有和使用租赁物。因此，当事人有符合法律规定的正当事由或者有约定，在租赁合同履行期间解除合同的，通常只发生面向未来的解除效果。合同解除之前的部分应当视为有效的履行；在没有特别约定的情况下，承租人需要按照原来的约定向出租人支付租金；延迟支付租金的，需要支付额外利息。

7.在租赁合同的订立形式上，租赁合同系诺成性合同。与买卖交易类似，租赁交易除了需要遵守一般性的强制性法律规范之外，法律上无须作出特别的形式性要求，当事人通常可以自主判断特定租赁关系的利害关系。租赁合同关系的成立和生效，不以租赁物的交付为必要，也无须签订书面形式的合同，只要双方当事人之间就租赁事宜达成一致的意思表示即可。

三、租赁的类型区分

现实社会交往中的租赁现象纷繁复杂。这不仅表现在租赁物的物理属性上有动产与不动产之分，而且在租赁合同的缔结方式上有线下

和线上之分，此外还可以根据租赁物的用途特殊性和规范基础区分为一般租赁和特殊租赁。按照这些标准对租赁合同加以区分，有助于更准确地把握租赁合同领域内的规则区分。

（一）动产租赁与不动产租赁

如前所述，适于租赁的动产一般为非耐用品；而不动产原则上都是耐用品，都可出租。除此之外，动产租赁和不动产租赁还存在以下差异。

第一，在租赁物的用途上，由于不动产常常涉及有限公共资源的有效利用和可持续发展（如土地）、相邻不动产权利人的权益保护（房屋）和社会公共卫生与安全（如人防工程）等诸多方面的问题，因而面临来自《城市房地产管理法》等一系列公法上的管制要求。私人之间的不动产租赁合同不得违反这些要求；那些违反法律、行政法规强制性规定的合同则可能被人民法院宣告无效，如擅自将规划用途为地下车库的物业改作生活市场使用的行为。^[13]

第二，在承租人的保护力度上，与动产租赁不同，不动产租赁，特别是住宅用不动产的租赁关涉承租人和与其有密切关系者的基本生活和生产秩序的保障问题，因此，法律上设定了多种对承租人一方的保护措施，越来越多地体现了民法的人文关怀精神^[14]和经济效益意识。^[15]例如，《合同法》第234条规定：“承租人在房屋租赁期间死亡的，与其生前共同居住的人可以按照原租赁合同租赁该房屋。”这一规定突破了合同的相对性，旨在在不损及出租人经济利益的前提下保障与承租人生前共同居住者的生活稳定性。而《民法典》第732条进一步规定：“承租人在房屋租赁期间死亡的，与其生前共同居住的人或者共同经营人可以按照原租赁合同租赁该房屋。”在“共同居住的人”这一特殊保护群体之外，这一新的规定将承租人的“共同经营人”也纳入特别保护的范畴，旨在在不损及出租人经济利益的前提下维护租赁房屋内经营事业的持续性和稳定性。

第三，在租赁物的修缮义务上，依据《民法典》第712条的规定，“出租人应当履行租赁物的维修义务，但是当事人另有约定的除外”。不过，在当事人有约定但约定不明的场合，法官也可以视具体案情和交易习惯作出判断，在合同的解释上有必要区分动产和不动产。特别是在那些不涉及专业维修技术的情形，出租后的动产的修缮义务也可能由承租人来负担，而不动产的修缮义务则原则上由出租人来承担。这主要是因为，动产移转占有之后，可能分布在各种难以为出租人所熟悉或者到达的物理场所。与出租人相比，承租人更容易控制和了解租赁物的性状，也便于就地维修。当然，对于机械仪器等涉

及专业技术的租赁物的修缮工作，无论是出租人出于租赁物的安全使用考虑，还是承租人从自身认知能力的有限性上考虑，通常会约定由出租人承担维修义务。

（二）线下租赁与线上租赁

在网络交易平台得到广泛应用之前，无论是租赁协议的订立，还是租赁物的交付、检验和归还，当事人常常能够在面对面的场景下展开，有比较充分的沟通、判断和谈判机会。但是，随着各类电子商务平台日益普遍的应用，前述交易场景都在发生着日益深刻的变化。这一点在消费型租赁市场上表现得尤为明显。最初是合同订立的电子化，但租赁物的交付和归还尚需要面对面完成，如由出租方的搬运人员或者快递公司的快递员将健身蹦床运送至承租人处。后来，一些租赁物的交付和归还都完全在非面对面的场景下展开，如租用停在马路旁边的共享单车、停车场内的共享汽车、酒店和商厦内的移动电源（俗称“充电宝”），从民宿短租公寓平台途家、爱彼迎、美团等租下房屋之后自助领取和归还租赁物的钥匙^[16]，凡此种种。准确认识这些差异，有助于理解线下租赁合同和线上租赁合同的规则区别。代表性的差异如下。

第一，出租人的信息披露义务或者告知义务不同。可以说，在合同的订立和履行方式上，线上化程度越高，合同的格式化或者说标准化程度也就越高。相应的，提供格式合同条款的一方就需要在条款告知和条款公平两个方面承担越重的义务。因为，出租人通过越高的标准化安排来节省自身成本的同时，越可能忽视承租人的个性化要求，并因此增加承租人的负担。例如，对于新装修的线上短租房屋，即便符合法律规定的居住安全标准，出租人也有义务用显著的方式在租赁平台上披露新装修的事实。这不仅是因为作为消费者的承租人事前没有机会实地查看房屋和了解宜居状况，而且是因为，承租人通常是在入住当日进入房屋，即便发现不宜居的状况也很可能来不及寻找替代性房源或者因临时寻找替代性酒店而需要支付高额费用。

第二，租赁物的交付和归还方式不同。如前所述，在各种共享租赁中，承租人在取得和归还租赁物时没有与出租人进行面对面的交流机会。这意味着，承租人在归还租赁物时，需要按照出租人要求的合理方式对租赁物加锁或者加密，以防止租赁物被盗；否则，承租人可能需要因不当归还承担违约责任。这还意味着，与线下租赁相比，出租人能够比较便捷地对租赁物进行物理控制，在承租人违约的情形下有及时防止损失扩大的义务。例如，在线上短租房案件中，承租人租期届满后清空房屋但并没有将开门磁卡退还出租人，出租人以承租人没有归还磁卡为由要求其承担后续房租损失。对于这类案件，承租人

虽未归还钥匙，但涉案房屋系密码锁，且出租人有其他备用磁卡，因此，在承租人已经明确表示退租的情况下，出租人应当采取措施防止损失的进一步扩大。^[17]

第三，租赁合同关系的参与主体存在差异。线下租赁虽然也可能有中介公司提供中介服务，但线上短期租房却普遍地以电子商务平台的撮合为基础条件。在法律适用上，线下中介服务一般适用《民法典》合同编第26章的中介合同；而线上服务平台，如果构成《电子商务法》第9条规定的“电子商务经营者”，则还需要适用《电子商务法》规定的电子商务平台经营者的相关法律规则，特别是《电子商务法》第3章规定的合同订立与履行规则。总体上讲，与线下中介服务商相比，线上提供服务的电商平台的合同义务更为严格。如对《民法典》第731条将要释评的那样，对于承租人与房东之间的部分争议，平台甚至有协助调查事实和处理争端的合同义务。

（三）定期租赁和不定期租赁

尽管租赁合同是继续性合同，租用活动通常需持续一段时间，但是，并非所有合同都有明确的租赁期限。据此，我们可以将租赁合同区分为定期租赁和不定期租赁。当然，定期租赁合同并不等于明确约定租赁期限的租赁合同。在当事人没有明确约定租赁期限的情形，如果能够根据合同的相关条款或者交易习惯来确定一桩租赁交易的合同目的实现的时间节点，也就可以据此确定合同的期限。^[18]而不定期租赁合同，顾名思义，即无法根据合同约定条款或者交易习惯来确定合同租期的合同。

从比较法上看，虽然有的法域不承认不定期租赁，但大多数法域将租期视为合同当事人意思自治的范畴，允许当事人自主安排。^[19]我国《民法典》第707条规定，“无法确定租赁期限的，视为不定期租赁”。因此，我国也采取了租期自治的模式；类似的，《民法典》对合伙合同、物业服务合同中的不定期安排也是承认的。区分定期租赁和不定期租赁，在以下几个方面都有意义。

第一，租赁期限的确定方式不同。在定期租赁合同中，我们总能根据一定的合同解释方法去确定或者推定当事人之间的租期，并据此确定双方当事人的义务履行届至时点，特别是租赁物的返还时间。但如对《民法典》第707条的释评将要详细讨论的那样，在当事人通过非书面形式订立租赁合同的情形，如果有证据证明双方有关于租期长短的具体约定，则应当尊重当事人之间的真实意思，而不是像《合同法》第215条规定的那样，将6个月以上的非书面租赁合同简单地推定为不定期租赁。

第二，合同终止的方式不同。定期租赁合同可以因为租赁期限届满而自然终止。而不定期租赁合同则没有自然终止的期限，理论上讲可以是无限期的租赁使用。由于合同没有约定租期，双方并不存在重大的期限利益，因此，法律通常赋予任何一方当事人随时解除租赁合同的权利。如《民法典》第730条规定：“当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方。”

（四）一般租赁与特种租赁

从法律渊源上看，除了受到《民法典》合同编中的“租赁合同”一章的调整之外，一些种类的租赁活动还受到相应的特别法调整。这在比较法上也不鲜见。例如，融资租赁受《民法典》合同编中的“融资租赁合同”专章的调整，船舶租赁受到《海商法》的调整，航空器租赁受到《民用航空法》的调整，农村承包用地的对外出租受到《农村土地承包法》的调整。

这些类型的租赁合同之所以还受到专门法律的调整，原因有多个方面，既可能是基于交易目的和过程的复杂性，如融资租赁的出租人主要是提供融资服务、并不以保留租赁设备的最终所有权为主要交易目的；又可能是基于风险分配的特殊性，如船舶租赁在自然风险和管辖法域的法律风险上都区别于一般租赁；还可能是基于公共安全和市场竞争秩序的特殊要求，如航空租赁面临来自民航主管部门的各种管制性措施；抑或有基于自然资源的利用秩序维系要求，如农村承包用地的租赁期限和租赁对象都需要符合农村土地集体所有制的各种要求。

第七百零四条

租赁合同的内容一般包括租赁物的名称、数量、用途、租赁期限、租金及其支付期限和方式、租赁物维修等条款。

本条主旨

本条是关于租赁合同的主要内容的规定。

相关条文

《城市房地产管理法》第54条 房屋租赁，出租人和承租人应当

签订书面租赁合同，约定租赁期限、租赁用途、租赁价格、修缮责任等条款，以及双方的其他权利和义务，并向房产管理部门登记备案。

《商品房屋租赁管理办法》第7条 房屋租赁当事人应当依法订立租赁合同。房屋租赁合同的内容由当事人双方约定，一般应当包括以下内容：

（一）房屋租赁当事人的姓名（名称）和住所；

（二）房屋的坐落、面积、结构、附属设施，家具和家电等室内设施状况；

（三）租金和押金数额、支付方式；

（四）租赁用途和房屋使用要求；

（五）房屋和室内设施的安全性能；

（六）租赁期限；

（七）房屋维修责任；

（八）物业服务、水、电、燃气等相关费用的缴纳；

（九）争议解决办法和违约责任；

（十）其他约定。

房屋租赁当事人应当在房屋租赁合同中约定房屋被征收或者拆迁时的处理办法。

建设（房地产）管理部门可以会同工商行政管理部门制定房屋租赁合同示范文本，供当事人选用。

《海商法》第130条 定期租船合同的内容，主要包括出租人和承租人的名称、船名、船籍、船级、吨位、容积、船速、燃料消耗、航区、用途、租船期间、交船和还船的时间和地点以及条件、租金及其支付，以及其他有关事项。

第145条 光船租赁合同的内容，主要包括出租人和承租人的名称、船名、船籍、船级、吨位、容积、航区、用途、租船期间、交船和还船的时间和地点以及条件、船舶检验、船舶的保养维修、租金及

其支付、船舶保险、合同解除的时间和条件，以及其他有关事项。

理解与适用

一、租赁合同的内容

与买卖这种通常经一次交割即可完成的交易相比，租赁则是一类需要双方当事人在一段时间内持续交往与互动的经济活动。对双方当事人来说，除了需要在租赁物本身的品质和性状上达成共识之外，租赁期限长短的确定、租赁物的用途、租金的计算与支付、租赁物的修缮义务、租赁物税费的缴纳、租赁物孳息的归属、租赁物归还时的状况，等等，都是十分重要的问题。在一些租赁情形，如一些房屋租赁，甚至连租赁物的实际使用人（是否允许亲友临时或者长期居住）及其使用习惯（是否吸烟、养宠物、作息时间等）都是双方当事人重点关心的内容。而在主要由《海商法》等特别法调整的船舶租赁合同中，船名、船籍、船级、吨位、容积、船速、燃料消耗、航区、用途、船舶检验、船舶保险等事项对租赁合同当事人来说都至关重要。

不过，由于磋商时间、磋商能力和合同起草成本等方面的限制，出租人与承租人自己常常难以就租赁合同的内容作出十分详尽的磋商和约定，或者说订立的合同具有不完全性，并可能因此在合同履行过程中引发争端。这也是本条规定倡导当事人在订立租赁合同时就租赁期限、租赁用途、租赁价格、修缮责任等条款作出安排的原因。

实际上，不少租赁物的行业主管部门起草和发布了相应租赁合同的示范文本。例如，住房和城乡建设部于2010年制定的《商品房屋租赁管理办法》第7条鼓励房地产管理部门会同工商行政管理部门制定房屋租赁合同示范文本，供当事人选用。又如，北京市住房和城乡建设委员会、北京市市场监督管理局于2019年6月28日联合发布《北京市住房租赁合同示范文本》。^[20]再如，北京市工商行政管理局与北京市交通委员会运输管理局于2015年11月联合发布了《北京市汽车租赁合同纠纷示范文本》。^[21]这些租赁合同示范文本以及由各类租赁中介提供的示范文本，有助于节省当事人的缔约磋商成本，预防潜在争议的发生。

二、租赁合同成立的必要条款

从合同成立的角度来看，租赁合同只需满足一般性的合同成立条款要求即可成立。换言之，只要双方当事人的主体信息确定，且双方当事人就租赁物和租赁期限达成了一致的意思表示，租赁合同原则上

就成立了。租赁期限，如前所述，既可以是定期的，也可以是不定期的，关键是双方当事人需要就此达成共识。

关于租金条款是否为租赁合同成立的必备条款，可能存有不同的认识。^[22]从鼓励交易和维护租用秩序的角度来讲，租金条款不宜作为合同成立的必备条款。特别是，对于房屋、交通工具和机械设备等存在相对成熟的租赁市场的租赁物，可以依据《民法典》第511条第2项的合同解释规则，按照市场价格或者其他标准予以填补。^[23]当然，如果有证据表明当事人有“租金不达成合意，就不租赁”的意思，则应当尊重当事人的意思。特别是，对于那些很难通过市场价格、政府指导价等外在标准来确定租金的特殊租赁物（如稀有的艺术品），当事人自己无法就租金达成补充意向的，应当推定当事人对租金有特殊要求；双方就此达成一致的意思表示之前，合同不成立。

三、租赁物

作为租赁合同的交易标的，适格的租赁物首先需要满足上一条释义中提及的耐用性特点，可消耗物不适宜作为租赁的财产。同时，租赁物应当是有体财产。诸如专利权、商标权等无体财产，宜归入许可使用合同这一业已形成习惯的合同类型来调整。

除此之外，租赁物还需满足“物理特定性”、“用途明确性”与“标的合法性”这三个重要的条件。前两个条件与租赁合同的成立有关，第三个条件对租赁合同的效力有影响。下面先讨论前两个条件，然后另起一题讨论第三个条件。

第一，物理特定性。无论是动产租赁，还是不动产租赁，当事人都需要在租赁合同中明确约定拟租赁的特定物品，以对拟交付的租赁物有相互一致的认识。租赁物需要满足特定性要求，并不是说租赁物在缔约时就一定是特定的某一个物；相反，当事人缔约时也可以约定种类物，只要最终出租人交付的租赁物符合约定的种类即可。当然，即便是种类物，至交付时则实现了最终的特定化。^[24]例如，在惯常的自驾旅游租车业务中，游客通常提前在网络租车平台上下单，但只需选择车型（经济型、舒适型、豪华型等）、品牌以及车辆租赁价格，而无需确定具体的车牌号。只要租赁公司到时交付的车辆符合租赁合同中约定的车型、品牌等要求即可。

不过，不同种类租赁物的关键指标或者性能存在明显差异，有的多、有的少。例如，在长租公寓的房屋租赁业务中，拟租房屋的面积、楼层、朝向、附属设施和家电配置等都是十分重要的性状。当事人虽然无须在交房之前明确约定房间号，但在订立租赁合同时需要就

前述关键性状作出明确约定。否则，当事人可以因为在租赁物的关键性状上的意思表示不一致而主张合同不成立。^[25]

第二，用途明确性。租赁合同交易的核心内容是对租赁物的利用性权能进行让渡，但是，人们常常能够从多个不同的维度、以多种不同的形式和强度对一宗财产予以利用。虽然说租赁物是不可消耗品，但并不是说租赁物在租用过程中不会面临损耗。相反，绝大多数耐用品会随着使用频次和强度的增加而缓慢地消耗^[26]，当然也会相应地增加承租人从租赁物上取得的价值。因此，无论对出租人还是对承租人而言，明确约定租赁物的用途至关重要。租赁的房屋是用于居家还是办公，是仅供自己居住还是要经常接待访客甚至转租，租客是否吸烟或者养宠物、正常作息还是异常作息；租赁的机动车是用于载人还是载货，长途还是短途驾驶。凡此种种，都对当事人的利益预期设定或者说合同目的的实现有着重大影响。

四、租赁物的合法性

在租赁关系中，无论是动产还是不动产，都可能涉及两个方面的合法性问题：一是出租人对拟租赁物本身是否具有合法的民事权益，包括占有、使用、收益和处分等各方面的权能。如果出租人自身对拟出租的物并不具备合法的权益，则租赁合同的效力很有可能受到负面评价。例如，依照法律规定达到报废标准的机动车车辆，机动车所有人就缺乏合法的民事权益，至少不得上路驾驶。又如，依据《民法典》第253条之规定，“法律规定属于国家所有的文物，属于国家所有”，对于此类文物，除非从文物主管部门获得许可或者授权，一般的民事主体并不具备占有、使用等方面的合法民事权益。再如，将农民集体所有的农用地出租用于非农业建设的，该租赁合同亦可能被认定为无效。^[27]

二是在出租人自身对拟租赁物享有占有、使用和收益等合法民事权益的情形，出租人是否具有向他人转租的权利。在一些情形，虽然出租人享有对特定物进行占有、使用、收益甚至有效处分的权能，但是，由于法律对特定物上的权利持有人的资质有要求，出租人不得对外出租或者仅能够向符合资质要求的承租人让渡租赁财产的部分权能。例如，有驾驶执照的机动车所有人自己可以驾驶汽车，但却无权将车辆出租给没有驾照的承租人驾驶用；特种车辆的保有人不得将其出租给持普通驾照的承租人驾驶用。对于这一类情形，在承租人取得租用相应物的资质之前，原则上应当认定相应的合同无效。不过，如果承租人事后取得相应资质的，原则上可以补正租赁合同的效力瑕疵。

不过，第一方面的合法性问题值得进一步讨论。一方面，可以肯定的是，在那些出租人对拟出租物严重缺乏合法权益的情形，不仅租赁合同应当被宣告无效，而且出租人还可能因为从事此类租赁活动而面临其他不利后果。例如，对于已经达到报废标准的机动车，《民法典》第1214条规定：“以买卖或者其他方式转让拼装或者已经达到报废标准的机动车，发生交通事故造成损害的，由转让人和受让人承担连带责任。”据此，如果出租人出租已经达到报废标准的机动车，需要与承租人一起就承租人造成的交通事故承担连带赔偿责任。而另一方面，出租人拟出租的物的违法性有一个程度问题（a matter of degree），且所违反的法律所保护的目标并不一定与租用活动本身有关。正因如此，有必要在法律上结合具体情形去判断，租赁物的违法性本身是否与物的租用活动本身有关。如果所违反的法律规范与租用活动本身并无直接关联，而只涉及税费征缴、登记注册等方面的一般行政管理秩序，则不宜据此轻易否定租赁合同的合法性。

以违章建筑为例，如果违章建筑属于危房，危及他人的人身安全甚至公共安全，则此类租赁合同应当被宣告为无效。^[28]但是，并不是所有违章建筑的租赁合同都应当被宣告为无效。例如，对于那些未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定建设的房屋，如果建设单位能够在一审法庭辩论终结前取得规划许可证或者获得批准，则违法性被消除，合同应当被认定为有效。对此，《租赁合同司法解释》第2条第1句作了明确规定：“出租人就未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定建设的房屋，与承租人订立的租赁合同无效。但在一审法庭辩论终结前取得建设工程规划许可证或者经主管部门批准建设的，人民法院应当认定有效。”

同理，对于临时建筑，即“在城市、镇规划区内，根据形势的客观需要，经建设行政主管部门审核批准后，在核定的临时建筑工程规划许可证记载的使用期限、范围、用途内，建造的供临时使用的建筑物”^[29]，一审法庭辩论终结前的补正规则同样适用。对此，《租赁合同司法解释》第3条第1款也作出了明确的规定，即“出租人就未经批准或者未按照批准内容建设的临时建筑，与承租人订立的租赁合同无效。但在一审法庭辩论终结前经主管部门批准建设的，人民法院应当认定有效”。此外，关于租赁期限超过临时建筑的合法使用期限的，《租赁合同司法解释》第3条第2款也作出了同样规定，即“租赁期限超过临时建筑的使用期限，超过部分无效。但在一审法庭辩论终结前经主管部门批准延长使用期限的，人民法院应当认定延长使用期限内的租赁期间有效”。

问题在于，对于那些在一审法庭辩论终结前没有实现前述证照合规的，如果无法实质性证明该建筑的租用危及人身或者财产安全，根据《租赁合同司法解释》的前述规定，则都应当被认定为无效。其主要理由是“体现严肃执法，有利于维护城镇建设规划秩序”^[30]。但是，笔者认为，这一理由和做法很可能混淆了人民法院和行政主管部门之间的职权分工，而且可能会导致不少机会主义的违约和诉讼行为。相反，在违章建筑不涉及前述安全性问题时，认定合同有效更为妥当，原因有以下方面。

第一，对于这类违章建筑，在行政主管部门认定严重违法以至于需要拆除之前，建造人尚对建筑物本身具有占有利益，值得法律保护。事实上，对于一些城郊和城乡结合地带的违章建筑，特别是那些为了满足住房紧张而私自搭建的厨房、储物间、居住用房等违章建筑，不仅事实上被公众认可，而且“政府主管部门也不会主动予以拆除，只是在确定拆迁补偿标准时与合法建筑有所区别”^[31]。对于此类直接的行政主管部门都没有予以执法拆除的违章建筑物，或者说没有就其合法性予以明确否定的情形下，法院在审理相关财产的民事租赁合同纠纷时，不宜主动介入这方面的审查。特别是，如果这种占有利益的让渡并不会损害受让的租赁人的使用利益，法律上也没有完全否定的必要。例如，对于那些已经被行政主管部门明确认定违法但并未要求拆除的（而是罚款和要求限期补正证照手续）违建，说明行政主管部门并没有完全否定建造人对违章建筑的合法利益，人民法院自然没有必要宣告合同无效。

第二，对于违章建筑的此类违法性问题，适合通过相应行政主管部门的行政监管措施来处理（罚款、没收违法所得等），而不是通过宣告合同无效来处理。实际上，对于此类违章建筑本身的违法性处理问题，法院可以通过发送司法建议的方式，交由行政主管部门去依法判断和处理更合适，这样也更符合司法机关与行政主管部门之间的职权分工，能够更好地体现执法的专业性和严肃性。

第三，在民事法律关系上轻易宣告合同无效，并不会实质性地抑制违章建筑建造人的违章建造动力和对外出租的动力。如对《民法典》第706条关于“关于登记备案与租赁合同效力的关系”的释评所评论的那样，无论是承租人还是出租人，通常不会因为小概率的合同无效风险而主动放弃出租或者承租违章建筑。用经济学的术语来讲，违法行为（因违法而被判合同无效）的捕获率低。相反，这样做反而会催生一些承租人的事后机会主义行为，即以租赁物违法为由主张合同无效，并以此逃避合同约定的租金。这实际上可能无谓地刺激更多的民事诉讼请求产生。^[32]

第四，对于那些被行政主管部门明确认定为违法并要求拆除的违章建筑，适合以“被认定为违法”为时间节点，向后宣告合同无效，但不适合回溯性地向前宣告合同无效。毕竟，向前的合同已经履行，且没有损害当事人和他人的利益。至于建造人是否因为法院认定合同有效而获得了不正当的利益，交由行政主管部门去判断和处理（如没收违法所得）更为妥当。至于合同被宣告无效之后的，给承租人等所造成损失的承担问题，除了要严格计算实际损失的数额之外，还需要合理认定出租人和承租人双方之间的过错大小。一般来说，除非承租人对租赁建筑物的违法性有明确的认识，应当认定出租方承担主要责任，承租人承担次要责任。^[33]

第七百零五条

租赁期限不得超过二十年。超过二十年的，超过部分无效。

租赁期限届满，当事人可以续订租赁合同；但是，约定的租赁期限自续订之日起不得超过二十年。

本条主旨

本条是关于租赁合同的最长租赁期限的规定。

相关条文

《城市房地产管理法》第54条 房屋租赁，出租人和承租人应当签订书面租赁合同，约定租赁期限、租赁用途、租赁价格、修缮责任等条款，以及双方的其他权利和义务，并向房产管理部门登记备案。

理解与适用

一、最长租赁期限的概念和特征

租赁期限是租赁合同的核心内容。无论是定期租赁还是不定期租赁，当事人作出明确的约定至关重要。不过，租赁合同在性质上仅是对租赁财产之权能的部分让渡，而非永久让渡。也就是说，即便是不定期租赁，也不是无期限的永久性租赁；相反，不定期租赁也有终了之时。

本条规定就当事人之间可以约定的最长租赁期限作了强制性规定，即无论是定期租赁合同中约定的租期，还是不定期租赁合同可以持续租赁的租期，都不得超过20年。超过的20年的租赁期限无效，即不被法律所认可和支持。进一步说，最长租赁期限具有如下几个特点。

第一，最长租赁期限是指单次租赁合同法律关系中的期限，也就是说，在当事人缔结的某一次租赁合同关系中，最长不得超过20年，超过的无效。但这并不是说，当事人之间只能就同一个租赁物租赁20年，20年之后必须终止租赁合同关系，返还租赁物。相反，当事人可以在一次租赁合同的租期届满20年之后，可以通过续期的方式重新订立一个租赁合同，约定不超过20年的新的租期。^[34]在这个意义上，只要出租人与承租人能够不断地就租期续订达成新的协议，则可以多次反复续订租期，可以无期限地租用租赁物。租期的续订，既可以通过明确的意思表示来完成，也可以通过实践行为来实现。如《民法典》第734条规定：“租赁期限届满，承租人继续使用租赁物，出租人没有提出异议的，原租赁合同继续有效，但是租赁期限为不定期。”

第二，最长租期限制规则只对租赁合同中的租期条款有约束力，原则上不影响其他合同条款的效力。也就是说，如果当事人约定了超过20年租期的租赁合同或者在不定期租赁中实际租用期限超过了20年，任何一方当事人均可以主张租赁合同在20年之后无效；但是，对于20年以内的租赁合同法律关系，租赁合同中关于租赁物、租赁物的用途、租赁物的维修义务、租金和争端解决等条款，仍然是有效的，对双方当事人具有约束力。

第三，最长租赁期限是固定期限，不能像诉讼时效那样中止、中断或者延长。^[35]例如，在租期为20年的租赁合同的租期起算之后，即便发生了因为不可抗力导致租赁合同短期内无法履行或者存在重大履行障碍的情况，只要当事人没有依据《民法典》第533条规定的情势变更制度请求人民法院或者仲裁机构变更租期，那么，20年租期的起始日期并不会因此发生变化。20年的租期截止后，租赁合同自动终止。

第四，最长租赁期限的法律效果是合同关系的自动终止，除非当事人通过续订租期的方式达成一个新的租赁合同关系。在这一点上，租赁合同区别于原则上适用于形成权的除斥期间制度。

第五，最长租赁期限超过20年的法定上限，且由第三人提供担保的（无论是人保还是物保），那么，由于超过20年的主合同部分因为违反本条的强制性规定而无效，因而作为从合同的担保合同也就失去

了存在的基础。债权人不能就超过20年租期的部分请求第三人承担担保法律责任。^[36]

二、最长租赁期限规则的基本原理

租赁合同是在一定期限内的租赁物权能的让渡，不能是无期限的永久性让渡。但是，这并不能当然地说明法律必须设定一个明确的最长租赁期限，以防止租赁合同变成永久性租赁物权能让渡。即便是通过法律明确规定最长租期，也不等于只有“20年”这一种最长租期的限制方案。如后面将阐述的那样，认识到这一点，虽然不可能在短期内预期立法上的变化，但对于人民法院在司法实践中如何判断各种租赁期限条款的法律效力至关重要。特别是，当立法上设定一个刚性的最长租期条款时，那些对租期要求较长的当事人（如后文讨论的商铺长期租赁合同的当事人），他们会尽力通过合同条款的安排来避免或者减轻这一刚性规则对商业交易的障碍。那么，深刻理解这一感性规则背后的规范目的，有助于更妥当地认定这些变通性合同条款的效力。为此，我们可以先回顾比较法上的多元立法模式，并分析背后的规律。

从比较法上看，的确有采用类似于我国《民法典》第705条规定的“20年最长租期”限制规则的法域。例如，《日本民法典》第604条在2017年以前曾规定^[37]：“租赁的存续期间不能超过20年。以合同约定更长期间的，其期间也为20年。”我国台湾地区“民法”第449条第1款也规定：“租赁契约之期限，不得逾20年。逾20年者，缩短为20年。”在这类情形，超过20年租期的，租期条款无效。

但值得注意的是，除此之外，比较法上也不乏其他立法模式。大致来说，有以下几类：（1）不设置关于最长租赁期限的明文规定，有代表性的例如《奥地利普通民法典》第1090条规定：“一方在一定期限内取得非消费物的使用，并支付一定租金的契约，统称为租赁契约。”该法典并没有关于最长期限的明确限制，而这一条通常被解释为：租赁合同必须是在一段时间内具有拘束力的合同，满足“一定期限内”的要求即可。^[38]类似的，匈牙利的法律也没有关于最长租赁期限的强制性规定，只是不承认永久性租赁合同的效力而已（a “perpetual” lease is inadmissible）。也就是说，这些法域的法律原则上是认可合同当事人关于租赁期限之约定的，而无论租期有多长。^[39]（2）不设置关于最长租赁期限的明文规定，但是对于“过长”（excessively long period）的租赁期限条款，法律设置了一个相对比较灵活的控制机制。例如，根据《瑞士债法》第255条的规定，法律一方面否定那些没有租期约束的永久性租赁合同，即“租赁契约可以是短期的或者不定期的”；另一方面，对于那些约定租期过长的

合同，赋予当事人主张过长部分无效或者将租期缩短至可以被法律所接受的期限的权利。超过可以接受的最长期限的部分，则视为不定期租赁，当事人可以随时解除。又如，荷兰的法律虽然既没有关于最长租期的限制性规定，也没有明文禁止永久性租赁契约，但在司法实践中，法官可以根据《荷兰民法典》第6：258条关于情势变更的规则，对过长的租期予以调整或者终止。^[40]（3）设置了关于最长租赁期限的明文规定，但超过最长期限的部分并非无效，而是转为不定期租赁，也就是说任何一方当事人可以随时主张终止超过最长期限部分的租赁合同关系。例如，根据2002年的《爱沙尼亚债法》第318条之规定，除以出租人或者承租人的终身寿命为期限订立的租赁合同外，如果租赁期限超过30年，出租人或者承租人可以随时提出终止该合同。类似地，根据《德国民法典》第544条规定：“如果一个租赁合同约定的租期超过30年，任何一方当事人都有权在30年以后通知对方终止租赁关系。”^[41]《意大利民法典》第1573条规定：“除法律有不同规定外^[42]，租赁不得约定超过30年。如果约定期限超过30年或者是永久的，则将被减至30年。”（4）设置了关于最长期限的明文规定，且规定超过部分无效；但是，最长期限较长，如日本在2017年修改法律时，将20年的最长租期调整为50年。

前述各种立法模式表明：第一，各法域外都明确强调租赁合同的租期有限性，都不承认“永久性”的或者“过长”的租赁期限条款。这主要是与租赁合同的权能有限让渡属性相一致。否则，没有租期限制的租赁合同就不再是租赁，而是买卖或者其他交易形式。从法律上对“永久性”的或者“过长”的租赁期限条款予以限制，不仅有助于使得合同符合交易当事人的交易目的，而且，也有助于解决交易时间中因为谈判地位、谈判能力悬殊导致的明显利益失衡的情况。但是，第二，对于最长租期的限制方式，各法域采用了各不相同的做法。诸如中国大陆、中国台湾地区和日本（2017年前）等法域采取了刚性的措施，即超过20年的一律无效。而另外一些法域则赋予合同交往当事人更大的自主决策空间，赋予任何一方当事人在超过法定最长期限后任意解除合同的权力。还有一些法域并不提出明确的最长租期限制，而是赋予司法机关一个灵活的判断空间。第三，大多数明确规定最长期限的法域所设定的最长期限限制为30年及以上；日本甚至在2017年将其从20年延长到了50年。最初起草日本明治民法时，起草者之所以将租赁期间的上限限定为20年，主要是期待当事人在设定长期利用权时可以利用地上权或永小作权制度，但显然，明治民法起草者的此种期待并不符合实际情况。同时，将上限限定为20年也不符合经济活动的现实需求。^[43]

我国《民法典》第705条延续了《合同法》第214条的“20年最长

租赁期限”，当然也有多个方面的道理：一是对于土地承包经营权之上的林木种植活动，利用期限较长的，在《民法典》物权编承认了可以自由流转的“土地经营权”之后，长期租用需求可以通过设立土地经营权的方式来实现；二是《民法典》物权编规定的居住权制度给居住性房屋的长期有偿租赁留下了制度空间，有助于进一步弥补“20年最长租赁期限”的制度供给不足。^[44]

然而，比较前述各种模式，我们可以大致发现，与我国当前的“20年最长租赁期限”刚性限制相比，一个相对较长的最长期限限制（如30年）并辅之以当事人在法定最长期限后的任意终止权很可能更符合商业交易的需要，特别是商铺租赁等涉及持续性商业经营活动和安排的租赁活动。实际上，在围绕我国民法典编纂展开的学术讨论中，也不乏这方面的理论主张和立法建议。特别是，对于那些有着长期持续经营计划的租赁当事人来说，一个相对更为稳定的租期预期，会更有助于实现其设计和实现其商业计划，也有助于实现对租赁物的投入和维护。^[45]这也是为什么我们将看到，实践中有当事人希望通过事前约定“多次续签”的方式来作出超过“20年”租期的合同安排。

从这个意义上讲，在法律解释和适用上有必要注意两点：一是对于当事人通过事前的续订条款的设计，希望借此锁定更长期限的租用预期的，应当灵活把握和判断，不宜简单地宣告合同条款无效。二是对于《民法典》第734条规定的租期届满后的不定期转换制度，适宜作广义解释，即在“20年”的最长租期届满之后，承租人继续使用租赁物，出租人没有提出异议的，原来的租赁合同继续有效。当然，此时转为不定期租赁，任何一方当事人可以依据《民法典》第730条的规定，经合理通知来解除合同。

三、租期续订条款的效力判定

本条第2款关于租期续订的规定，可以分三种情形来看：

一是在租赁期限将截止时，双方当事人经重新协商续订原来的租赁合同。对于此类情形，只要满足“约定的租赁期限自续订之日起不得超过二十年”，则就是有效的租期续订，当事人通过续订行为对原租赁合同中的租期条款予以变更。在租期延长之后，当事人需要在新租期内按照原租赁合同的其他条款确定和履行各自的合同义务。

二是签订租赁合同时，直接在合同中订立“续订条款”，约定在租期届满之后，在特定条件满足时一方或者双方具有继续出租或者承租的义务，并根据双方的合意续签租赁合同。这类条款在性质上可以理解为预约合同条款，即就租期截止后“达成新的租期条款”作出事前安

排的条款，可以依据《民法典》第495条关于预约合同之规定来确定双方当事人之前的“订立合同义务”和违反此义务的违约责任。不过，这类预约条款对当事人未来拟订立的合同的内容作了十分明确的约定，即以原来的租赁合同条款为基础续订新的租赁合同（当然，在没有明确约定的情形下，出租人可以主张按照租金的市场变动情况来调整租金条款）。对于此类合同安排，即便当事人约定了超过“20年”的总租赁期限，如果这一租赁期限需要通过多次续订来实现，且首次租赁期和每一续订的期限不超过“20年”，人民法院应当认定该期限约定的效力。

例如，在一个商铺租赁交易案中，双方当事人在《商铺租赁合同》中约定：“合同约定租赁期限30年，共分3个阶段签约，每个签约期为10年”，并约定了每个阶段签约的租金调整条款等。关于这一租期条款的效力问题，有法院在判决中认为，“《商铺租赁合同》所约定的事项除签约时间为每十年一签以外，对租金支付标准及方式、合同期内的权利及义务等均有明确约定，故每十年一签的仅是合同约定的签约方式，而非合同存续的必须构成要件”。因此，这一规定并未违反《合同法》第214条关于“20年”最长租赁期限的强制性规定，是有效的合同条款。特别是，在第一个10年的租赁期限届满之后，双方当事人不仅没有主张解除合同，而且还有继续使用租赁物和收取租金的实践行为，因此应该认定通过实践行为续订了第二个10年的租期。^[46]同样的道理，在第二个10年租期届满后，双方当事人负有按照约定的条件磋商和续订第三个10年租期的合同义务。

假如本案中有第三人为这30年期的租赁合同提供担保，如果担保人没有就续签后的担保提出特别要求，那么，当事人在这30年内按照约定续订租期的，担保人对续订之后的债权负有继续担保的义务和责任。

三是签订租赁合同时，直接在合同中订立“自动续订条款”，即在第一个租期届满之后，合同租期自动续订，而无须重新谈判和缔约。这种“自动续订条款”安排，与前一种情形中的续订预约安排存在比较大的区别。由于当事人在一个租期届满之后，无须通过新的合同磋商来续订合同期限，而是“自动续订”，所以，这就等于一次性约定了所有“自动续订”的租赁期限。换句话说，法律上需要将“自动续订”的各个租期加总到一起来评价：如果加总后超过20年，应当认定超过部分无效。

在类似的情形，当事人可能约定单方（如承租方）享有决定是否自动续订的权利，或者说单方享有是否解除自动续订条款的权利。如果可以自动续订的总期限超过20年，该条款的法律效力如何呢？此类

情形与近年来债券市场中的“永续债”合同安排类似，可以对比分析。在这类债券发行活动中，《募集说明书》不仅约定发行人享有决定债券的到期日的权利，甚至在一些情形享有延期支付利息的权利。而投资人既没有要求发行人付息的权利，也没有回售权。例如，《募集说明书》在明确提示投资人后，约定如下交易条款：“赎回权归发行人所有，该债券在发行人赎回时到期；发行人享有递延付息的权利，在本期中期票据的每个付息日，发行人可自行选择将当期利息以及按照本条款已经递延的所有利息及其孳息推迟至下一个付息日支付，且不受任何递延支付利息次数的限制。”^[47]如果我们在广义上将债券募集合同理解为“金钱租赁合同”的话，“永续债”就是对“资金”的无限期租赁。对此，法院认为违背了投资人的投资目的，投资人可以基于合同目的不能实现而解除合同。^[48]类似的道理对单方决定自动续租的条款同样有启示。如果一方当事人享有的决定自动续订权利的总期限超过了20年，则实质上可以不经对方同意就可以将单次租期延长至20年以上，违背了本条规定的双方通过合意来完成续订的规范目的，在法律上应当被认定为无效。

第七百零六条

当事人未依照法律、行政法规规定办理租赁合同登记备案手续的，不影响合同的效力。

本条主旨

本条是关于登记备案与租赁合同效力的关系的规定。

相关条文

《城市房地产管理法》第54条 房屋租赁，出租人和承租人应当签订书面租赁合同，约定租赁期限、租赁用途、租赁价格、修缮责任等条款，以及双方的其他权利和义务，并向房产管理部门登记备案。

《商品房屋租赁管理办法》第14条 房屋租赁合同订立后三十日内，房屋租赁当事人应当到租赁房屋所在地直辖市、市、县人民政府建设（房地产）主管部门办理房屋租赁登记备案。

房屋租赁当事人可以书面委托他人办理租赁登记备案。

《租赁合同司法解释》第4条 当事人以房屋租赁合同未按照法律、行政法规规定办理登记备案手续为由，请求确认合同无效的，人民法院不予支持。

理解与适用

一、租赁合同登记备案制度的发展历史

租赁合同的登记备案制度是指租赁合同的当事人应当按照法律、行政法规的规定就其租赁合同向相关的部门申请办理备案登记的制度。

租赁合同的登记备案制度在我国的房屋租赁市场中具有比较早的历史。早1983年国务院颁布的《城市私有房屋管理条例》就采取了房屋租赁合同登记备案制度。^[49]后来，1994年制定并经2007年、2009年、2019年三次修订的《城市房地产管理法》都要求出租人和承租人向房产管理部门登记备案。相应地，在1995年4月28日，建设部发布的《城市房屋租赁管理办法》的第13条就规定“房屋租赁实行登记备案制度”，要求签订、变更、终止租赁合同的当事人向房地产管理部门办理登记备案。该《办法》第14条要求房屋租赁当事人应当在租赁合同签订后30日内办理登记备案手续。住房与城乡建设部于2010年12月1日发布的《商品房屋租赁管理办法》^[50]第14条重申了这一登记备案要求。根据这些规定，房屋租赁合同的当事人需要在租赁合同签订后30日内向房屋管理部门办理登记备案。

除了房屋租赁合同需要依法登记之外，法律、行政法规有关于其他租赁物的登记备案要求的，当事人也需要按照要求办理登记。

二、违反登记备案要求的行政法和民法后果

我国法律、行政法规和部门规章不仅反复重申房屋租赁合同的登记备案要求，而且还明文规定了违反该规定的当事人的行政法律责任。例如，《商品房屋租赁管理办法》第23条规定：“违反本办法第十四条第一款、第十九条规定的，由直辖市、市、县人民政府建设（房地产）主管部门责令限期改正；个人逾期不改正的，处以一千元以下罚款；单位逾期不改正的，处以一千元以上一万元以下罚款。”理论上说，违反登记备案要求的租赁当事人应当被房地产主管部门课加行政处罚等行政法律责任。但实践中，当事人去房屋管理部门办理租赁登记的比例并不高，被主管部门执法的概率也不大。

进一步的问题在于，登记备案要求的民法意义是什么？对租赁合同的效力有何种影响？关于这一点，无论是在理论上，还是在实践中，都一度存在重大分歧。在学理上，关于未办理登记备案手续的房屋租赁合同的效力如何，既有认为该规定为效力性强制性规定，违反该规定的合同无效的看法；也有采取相反看法，认为这一规定主要关于行政管理目标实现的问题，与私人交易秩序无关，因此合同有效的看法。^[51]而在司法审判实践中，“以出租人未依照《城市房地产管理法》的规定办理登记备案手续为由，认定房屋租赁合同因违反法律的强制性规定而无效的判决也时有出现”^[52]。

实际上，自1999年以来，围绕《合同法》第52条第5项“违反法律、行政法规的强制性规定”的合同的效力问题一直是学理和司法审判中的焦点问题。在2009年以前，有研究表明，依据该规定否定那些违反强制性规定的合同的效力的概率相当高。^[53]此后，学理上日益认识和阐述了根据强制性规范背后的规范目的来区分违法合同效力的观点^[54]，并最终表现为最高人民法院于2009年发布的《合同法解释（二）》第14条的规定：“合同法第五十二条第（五）项规定的‘强制性规定’，是指效力性强制性规定。”新进经验研究表明，该司法解释的出台，在很大程度上改变了此前司法系统的立场，大幅降低了法院依据《合同法》第52条第5项宣告合同无效的概率。^[55]

概括来讲，无论是学理上，还是审判实践中，日益强调对强制性规范的类型区分，避免轻易因为违反强制性规定而判决合同无效。关键在于，一方面，所违反的强制性规范的规范目的是什么？另一方面，学理上容易忽略的是，在那些合同交易仅是违反一般的行政管理秩序的情形（而不是根本性的社会公共秩序和善良风俗），判决特定合同无效，是否以及在多大程度上有助于帮助实现行政管理目标？还是说，反过来，判决无效会诱发不诚信的机会主义行为？

关于这一点，对《民法典》第704条的释评在讨论“违章建筑租赁合同”的法律效力时观察认为，司法实务中存在希望通过否定民事合同效力的做法来实现行政管理上的目的的做法，即希望通过将违章建筑租赁合同认定为无效来挫伤潜在交易当事人从事此类租赁交易的积极性。实际上，这一逻辑同样发生在“备案登记与租赁合同效力”的问题上，行政主管部门之所以反复重申租赁备案登记，主要是考虑就是希望借此实现多重行政管理目标。^[56]有代表性的例如：（1）防止因为租赁物权属不清引发的社会纠纷和问题。例如，一些出租人既没有房屋的所有权，也没有房屋的转租权，或者没有取得其他房屋共有人的同意，在房屋出租后容易在承租人与相关权利人之间发生冲突，影响社会和谐稳定。实践中甚至有承租人冒充房主将房屋出租，以骗取

第三方的钱财的现象。(2)防止利用出租房屋进行违法犯罪活动,如“一些不法人员利用出租屋……窝赃、销赃、窝藏犯罪分子、赌博、卖淫嫖娼、诈骗钱财的场所,也为公安机关的侦破工作带来难度”[57]。(3)通过登记备案对流动人口和暂住人口进行身份信息收集和管理,便于承租人与邻里发生纠纷之后便捷地确定纠纷当事人(如防止承租人逃逸)。(4)便于对租赁市场进行税费征缴,通过租赁登记信息确定出租情况并有助于税务工作者征缴税费。

如对《民法典》第704条的释评在讨论“违章建筑租赁合同”时观察的那样,即便法院判决未办理登记备案的租赁合同无效,也不太可能对实现前述行政管理目标有帮助。简单的道理就在于,一方面,在日常的租赁合同中,承租人与出租人之间发生矛盾以至于有人主张合同无效的比例的程度的,会比较低。否则,租赁市场将严重缺乏诚信和稳定性。也就是说,无论是承租人还是出租人,通常不会因为小概率的合同无效风险而主动选择办理备案登记。用经济学的术语来讲,违法行为(因违法而被判合同无效)的捕获率低。[58]另一方面,判令租赁合同无效,给双方当事人施加的负面法律后果通常并不严重,或者说这种“民事处罚”的力度并不大,作用不会明显。相反,据此判令租赁合同无效,可能会诱发一些机会主义行为,如出租人或者承租人为了摆脱租赁合同的约束,以租赁合同违反“登记备案制度”为由主张合同无效,严重违背诚实信用原则。

从有效实现前述行政管理目标的角度看,与否定租赁合同的效力这种做法相比,更有效的办法有二:一是通过加强社区管理的方式提高对租赁关系的捕获率。二是在《商品房屋租赁管理办法》第23条的基础上,加大对违反登记备案的出租人的处罚力度,从而增加违反该规定的成本。当然,在行政管理上,是否有提升登记备案的比例,以此来提升税费征缴和流动人口管理等目标,主要是一个行业主管部门的公共政策判断问题。从司法机关与行政机关的职权分工和专业判断能力层面看,此情形留给行业主管部门去处理更为妥当。[59]

最高人民法院于2009年7月30日颁布《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》(《租赁合同司法解释》)并在第4条明确规定房屋租赁合同的登记备案手续不宜作为确认合同效力的依据。此后,这一规定对司法审判实践中的租赁合同产生了明显的影响。大量判决书据此驳回了那些因未办理备案登记而否定租赁合同效力的主张,维持了房屋租赁合同的法律约束力和严肃性。[60]实际上,租房租赁的登记备案制度与我国一些地方在早期实施的“房屋租赁许可”制度有关,是计划经济的制度遗留。但早在2003年《行政许可法》实施以后,大多数地方政府就废除了之前曾经实施

过的“房屋租赁许可制度”，并在地方法规层面明确房屋租赁合同的生效与是否办理备案登记无关。^[61]

三、登记备案对承租人与第三人关系的影响

虽然登记备案与否不应对租赁合同当事人之间的合同效力产生影响，但是，由于登记备案可能还具有对外公示租赁物上的租赁债权债务的作用，是否登记备案与承租人能否对抗第三人有着重要联系。特别是对于不动产和交通工具等特殊动产来说，如果用于办理登记备案的登记系统与物权变动的登记系统系同一套系统，那么，备案性质的登记便于在后的交易当事人了解租赁物上的既有权利负担，并因此有助于解决租赁物上的权利冲突。^[62]这种租赁信息的积极公示和披露，对于维护这类租赁物的整个租赁市场交易安全和秩序都有重要的帮助。

这就涉及两个方面的问题。

1. 买卖不破租赁。在《民法典》颁布之前，在不少涉及《合同法》第229条规定的“买卖不破租赁”规则的案例中，法院将“当事人在房屋所有权变动以前是否已办理备案登记”或者“承租人在房屋所有权变动以前是否已经实际占有居住租赁房屋”等事实作为判断承租人能否对抗第三人的重要依据。也就是说，在这类案件中，法院一方面认同备案登记并非房屋租赁合同本身的生效要件，登记与否不影响租赁合同对出租人和承租人的合同效力；但另一方面也明确认为，出租人在房屋所有权变动以前既未将房屋交付给承租人占有居住，也未对租赁合同进行备案登记的，不能对抗房屋买受人等第三人，而只能追究出租人的违约责任。否则，这不符合保护承租人居住之基本需求的立法本意。^[63]

进一步的问题在于，《民法典》第725条在《合同法》第229条的基础上明确增加“承租人按照租赁合同占有期限内”作为对抗买受人等第三人的要件，那么，如果承租人仅办理了租赁合同的备案登记，但并没有占有或者无法证明占有的事实；或者说，承租人办理了租赁合同的备案登记但关于“占有”的事实证据不充分，能否对抗第三人呢？^[64]关于这一问题，我们将在对第725条的释评中进一步讨论。

2. 一房数租。在出租人违背诚实信用，将同一套房屋出租给多个承租人的情形，房屋备案登记也具有一定的租赁登记公示的作用。我们将在《民法典》第708条的释评中进一步讨论这一点。

第七百零七条

租赁期限六个月以上的，应当采用书面形式。当事人未采用书面形式，无法确定租赁期限的，视为不定期租赁。

本条主旨

本条是关于租赁合同的书面形式要求及其与租赁期限之关系的规定。

相关条文

《合同法》第215条 租赁期限六个月以上的，应当采用书面形式。当事人未采用书面形式的，视为不定期租赁。

《民法典》第730条 当事人对租赁期限没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，视为不定期租赁；当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方。

理解与适用

一、书面形式对租赁合同的意义

由于大量租赁合同的履行需要持续一段时间，且有大量合同内容在租赁期限内涉及双方当事人的利益关切，包括租赁物的确定、租赁物的用途、租赁物的维修、租赁物的耗损赔偿、租赁物的保险、租金的支付等诸多事项。因此，在租赁期限相对较长的情形，如果双方当事人能够在事前以书面形式记载和确认双方关于这些重要事项的合意，不仅有助于确定各当事人的权利义务，避免纠纷的发生；而且即便在发生纠纷之后，也有助于为争议事项的认定提供证据材料。这也是为什么实践中的租赁合同，特别是不动产租赁、交通工具租赁和大型设备租赁，租赁中介服务的企业或者专司出租业务的商人常常会准备详细的、格式化的书面合同供当事人或者相对人签署。

这也是为什么本条针对租期在6个月以上的租赁合同，明确规定“应当采用书面形式”。但值得注意的是，从合同成立和生效的角度来看，租赁合同具有诺成性、非要式性。只要出租人和承租人双方当事人的意思表示一致，合同即告成立和生效。当事人既无须实施实际

交付标的物的行为，也不一定要通过书面形式来固定双方的合意。也就是说，这里的“应当”在性质上属于倡导性条款，而不是效力性条款。^[65]也就是说，当事人不能以“没有采用书面形式”为理由否定租赁合同的成立和效力。

二、书面形式与租赁期限的转换

是否采用书面形式虽不影响合同的成立与效力，但对于租期的确定却有着直接的影响。当事人以口头形式或者实践行为缔结租赁关系的，如果发生争议的，应当如何确定租期呢？对此，1999年的《合同法》第215条规定做了“一刀切”式的归类处理，即对于租期6个月以上的合同，当事人未采用书面形式的，做了简单的转化处理，一律视为不定期租赁。这也被称为非书面形式的法定转换效力。^[66]例如，在一起商铺租赁合同争议案中，不仅双方当事人均认可“双方口头约定了3年租期和每年支付租金的约定”，而且法院也在案件事实认定中明确承认这一点，但当一方当事人提出解除合同的请求时，法院只能依据《合同法》第215条的规定解除合同。^[67]

这一规则将非书面形式租赁合同的租期认定做了过于简化的处理，因为，在一些情形即便没有书面协议，但是当事人之间并不否认曾有关于租期的明确口头约定，或者一方当事人有证据证明曾经存在关于租期的口头约定。对于这样的情形，一律视为不定期租赁，不仅不符合当事人之间缔约时的真实意思表示，不符合《民法典》第7条和第509条确定的诚实信用原则；而且还可能诱发一些当事人的事后机会主义行为，当事人一旦面临新的交易机会或者处境就以“未采取书面形式”为由主张合同为不定期租赁，并依据《民法典》第730条之规定随时要求解除租赁合同。这不利于租赁活动的稳定开展和当事人预期的保护。

这大抵也是为什么《民法典》第707条对《合同法》第215条做了修改，即将当事人未采取书面形式的租赁合同区分为两类来处理：第一类是“无法确定租赁期限的”，视为不定期租赁合同，任何一方当事人可以依据《民法典》第730条的规定，在履行合理期限通知义务之后，随时解除租赁合同。而第二类是虽无书面约定，但可以依据《民法典》第142条的意思表示解释规则和第509～511条的合同履行解释规则确定租赁期限的（如前述商铺租赁合同争议案），则应当被认定为定期租赁，租期以法院认定的期限为准。当事人在依此方式确定的租期内，无权解除合同。

三、书面合同的主体变更与租赁期限的转换

值得进一步讨论的是：如果出租人和承租人已经签订了书面租赁合同，并约定了明确的租赁期限，但是，承租人在租期内办理了注销登记，由设立该承租人的主体继续履行租赁合同，那么，书面合同约定的租赁期限是否继续有效呢？还是因为承租人的主体变更而转化为不定期租赁呢？

例如，在一起《加油站资产租赁合同》纠纷中，承租人在租赁期限内办理注销登记，但是另一主体（承租人的设立人）继续行使该租赁合同中约定的承租人权利，继续租用该加油站，并向出租人支付租金。经过一段时间内，在合同租期届满之前，出租人认为新的主体不是涉案合同相对方，也不符合法定合同承继权利的规定（不构成公司合并、分离），因此要求其返还出租的加油站。^[68]

关于这类情形，由于承租人办理了注销登记，主体资格消灭，的确不存在非自然主体合并或者分立之后的合同承继的问题。但是，在承租人主体资格消灭之后，新的主体继续履行原来合同的义务，出租人也接受履行。这表明出租人与新的承租人之间以实际行为形成了租赁合同关系。不过，这是一个新的合同关系，原《加油站资产租赁合同》中约定的租赁期限对双方并不具有约束力，新的承租人不能主张该合同中的租期利益。相反，双方之间形成的新的合同关系是不定期租赁合同关系，双方当事人均享有任意解除权。^[69]

第七百零八条

出租人应当按照约定将租赁物交付承租人，并在租赁期限内保持租赁物符合约定的用途。

本条主旨

本条是关于出租人的合同义务的一般规定。

相关条文

《民法典》第597条 因出卖人未取得处分权致使标的物所有权不能转移的，买受人可以解除合同并请求出卖人承担违约责任。

法律、行政法规禁止或者限制转让的标的物，依照其规定。

《买卖合同司法解释》第3条 当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。

出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移，买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。

《房屋租赁司法解释》第6条 出租人就同一房屋订立数份租赁合同，在合同均有效的情况下，承租人均主张履行合同的，人民法院按照下列顺序确定履行合同的承租人：

- (一) 已经合法占有租赁房屋的；
- (二) 已经办理登记备案手续的；
- (三) 合同成立在前的。

不能取得租赁房屋的承租人请求解除合同、赔偿损失的，依照合同法的有关规定处理。

《海商法》第132条 出租人交付船舶时，应当做到谨慎处理，使船舶适航。交付的船舶应当适于约定的用途。

出租人违反前款规定的，承租人有权解除合同，并有权要求赔偿因此遭受的损失。

《海商法》第133条 船舶在租期内不符合约定的适航状态或者其他状态，出租人应当采取可能采取的合理措施，使之尽快恢复。

船舶不符合约定的适航状态或者其他状态而不能正常营运连续满二十四小时的，对因此而损失的营运时间，承租人不付租金，但是上述状态是由承租人造成的除外。

《海商法》第146条 出租人应当在合同约定的港口或者地点，按照合同约定的时间，向承租人交付船舶以及船舶证书。交船时，出租人应当做到谨慎处理，使船舶适航。交付的船舶应当适于合同约定的用途。

出租人违反前款规定的，承租人有权解除合同，并有权要求赔偿因此遭受的损失。

理解与适用

一、出租人合同义务的主要类型

租赁物的状况是租赁合同的基础，对于租赁合同目的的实现至关重要。承租人对租赁物的使用以及由此产生的收益在很大程度上取决于租赁物的状况。只有当租赁物的实际状况与承租人合理预期的租赁物状况相符时，或者说处于适租状况时，租赁物才能满足出租人的用途需求，承租人的租用目的才能够比较好的实现。^[70]因此，在租赁合同中，出租人的合同义务主要表现为向出租人交付适租的租赁物并维持租赁物的适租状况。

具体来说，出租人的义务包括两个方面。

1.按照约定的时间、地点和方式向承租人交付处于适租状态的租赁物。在这一点，出租人的交付义务与买卖合同中出卖人的货物交付义务颇有相似之处，即将符合交易相对人预期品质的物品按照约定的方式交付给相对人，且应当把租赁物的使用规范和风险警示明确告知承租人。

2.在承租人租用期间，出租人有义务维系租赁物的适租状况，使之符合约定的租赁用途。租赁物处于适租状况，满足承租人的租用需求和预期，概括来说包括三个类别：（1）对租赁物在物理属性上的状况要求，即在物理功能上确保租赁物的状况有助于承租人的占有和使用。（2）对租赁物之上的法律关系的要求，即不存在第三人提出与租用活动相冲突的权属主张，或者第三人因为出租人的原因对租用活动进行干扰，或者公权力机构采取与租用活动相冲突的限制措施。无论是第三人提出权属主张还是实施干扰活动，或是公共执法或者司法措施，都可能影响承租人的租用活动。（3）满足与租赁物直接利用相关的附属需求。例如，提供与租赁物（车辆、船舶等）使用相关的证照，协助房屋承租人办理居住证明、就近入学证明，为娱乐小艇的承租人提供及时救助，等等。

出租人违反上述义务的，需要承担与违约严重程度相适应的违约责任。在轻者，承租人可以要求减免部分租金；在重者，承租人可以请求部分或者全部解除租赁合同，并要求出租人承担违约损害赔偿责任。《民法典》除了在合同编通则中对此做了一般性规定，而且还在第724、729和731条专门就出租人违约情形下承租人的合同解除权作了具体规定。

下面就出租人的交付义务、适租保持义务中的若干重点问题予以

释评。

二、出租人的交付义务

（一）交付的租赁物符合租赁用途

如何判断出租人交付的租赁物是否符合“租赁用途”？如果当事人作出了明确的书面约定，依约定判断。但在不少场合，当事人之间并没有明确的书面约定或者因仅存在口头约定但存在争议。此时，对租赁用途的判断，除了依据《民法典》第510、511条规定的交易习惯、国家标准、行业标准等之外，还需要综合考虑以下因素。

第一，出租人是否为专司特定租赁活动的当事人。如果出租人是专门从事特定租赁活动之人，则通常比承租人具有更好的专业知识去了解和判断租赁物的适租要求。^[71]例如，在海滨娱乐场所从事娱乐船艇租赁的当事人，不仅需要保证交付的船艇具备与通常的水上娱乐时间相适应的充足电源或者其他能源，而且还需要在船艇上提供救生衣、灭火器和急救电话等必要设备和信息。不过，这仅适用于承租人可能合理地依赖出租人的专业知识的情况。如果出租人未能充分了解其特定目的，则承租人不能依靠出租人的专业知识。

第二，出租人是否知晓承租人的特殊租赁用途。虽然租赁合同并没有载明租赁用途，但如果承租人曾明确告诉过出租人其特殊用途，则出租人需要按照用途准备和交付相应的租赁物。例如，如果承租人明确告诉汽车租赁公司的前台经理，其将开车去救援另一辆爆胎的小汽车，则租赁公司需要保证其出租的车辆在燃油动力上符合拖车的需求。^[72]

第三，出租人在订立合同之前提供了样品或样板的，或者做了关于租赁物品质或者性能的宣传的，则租赁的货物通常需要符合该样品或样板的质量。^[73]例如，公寓出租样板房展示了桌椅、电器或者炊具等关键设施的，出租人需要保证实际提供给承租人的房屋内设施与此一致。又如，出租人在广告宣传中称其出租的军事模型直升机的螺旋桨能够转动的，这一功能性描述则构成承租人的合理用途预期。^[74]

第四，所交付的租赁物需要包装和运输的，是否按照通常的运输要求提供了包装服务。特别是对于易碎品，如果按照通常的运输方式需要特别包装的，那么，出租人向自取的承租人交付租赁物时，需要将租赁物予以特别包装后交付给承租人。当然，如果出租人明确告诉承租人易碎的风险，需要特殊运输，但承租人坚持普通运输的，视为

交付的租赁物合格。相应的风险由承租人自己承担。

除了可以按照上述因素来判断租赁物的适租状态之外，租赁物还需要满足一般承租人的合理功能期待，即满足通常情况下承租人对租赁物的使用用途。例如，在一起房屋租赁案件中，出租人将房屋出租给承租人用于办公。但是，承租人后来发现，该房屋空气质量不合格，并聘请专业的空气检测机构出具了《检测报告》。承租人以此出租人交付的租赁物无法满足租赁用途，致使合同目的无法实现为由，要求解除租赁合同的，人民法院予以支持。^[75]

（二）租赁物的交付

租赁物的交付问题主要涉及交付地点和交付方式这两个方面的问题。

1.交付地点。履行地点通常由双方明确商定，或可根据商定的条款确定。关于这一点，《民法典》并没有特别的规定。不过，《民法典》第511条第3项确立的履行规则可以作为一般的租赁物交付规则来适用。根据该项规定，“（三）履行地点不明确……交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行”，也就是说，动产租赁的交付地点通常在出租人所在地。不过，如果出租人有多处营业地点，但双方当事人并没有具体约定，则需要根据租赁物的利用用途来判断。例如，同一家租车公司可能在机场等交通枢纽、大型商厦或者居住社区附近都有营业地点，那么，在承租人已经告知出租人自己将乘飞机抵达某个城市的情况下，交付地点应该是机场附近的营业地点。类似的，承租人在归还租赁物时，也需要归还至领取租赁物的地方。在租车商业实践中，大量租赁公司接受异地还车，但是需要收取将车辆运输或者驾驶回领取地点的费用。

2.交付方式。通常来说，租赁物的交付是指实际交付，即出租人将租赁物现实地移转给承租人占有。如果承租人在订立租赁合同之前已经占有租赁物（如保管、质押等），出租人当然可以通过简易交付的方式完成租赁物的交付。

但问题在于，在租赁物由第三人占有的情形，租赁物的交付可否通过指示交付来完成呢？对此，除非承租人明确接受指示交付，出租人不能以指示交付来代替实际交付。^[76]毕竟，在指示交付的场合，第三人并不负有对承租人的合同义务；一旦第三人拒绝交付或者交付不合格，将对承租人的租用利益产生直接影响。即便是承租人同意以“指示交付”替代“实际交付”，在第三人拒绝交付或者交付不合格的情形，出租人的“指示交付”并没有达到保障承租人有效占有和利用租

赁物的合同目的。因此，承租人仍然可以请求出租人履行交付义务，或者追究出租人的其他违约责任^[77]，除非承租人明确免除了出租人的此种义务。

进一步的问题在于，在涉及指示交付的情形，在第三人向承租人交付租赁物之后，出租人主张租赁关系仅发生在第三人与承租人之间、承租人与出租人自己并无实际租赁关系的情形，应当如何判别？对此，有必要综合三方当事人提交的证据，包括书面合同、日常通讯记录、租金支付信息等各种有助于识别三方当事人之间在“指示交付”时的真实意思的证据，作为判断租赁合同当事人的基础。^[78]

还值得讨论的问题是，在租赁物由第三人占有的情形，如果出租人怠于向第三人主张返还租赁物的，承租人是否有权依据《民法典》第535条和第536条的规定行使代位权？关于这一点，最高人民法院于1999年发布的《合同法解释（一）》第13条规定：“合同法第七十三条规定的‘债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的’，是指债务人不履行其对债权人的到期债务，又不以诉讼方式或者仲裁方式向其债务人主张其享有的具有金钱给付内容的到期债权，致使债权人的到期债权未能实现。”根据该解释，被代位行使的债权应当是“具有金钱给付内容的到期债权”，而承租人欲代替出租人行使的租赁物返还请求权则不符合“金钱给付内容”。该解释将代位权的标的限制在债务人对次债务人的“金钱债权”，大抵是为了便于债权债务标的之间的估价和结算；不同给付内容的到期债权之间的确存在估价和结算困难。但无论是在连环买卖，还是在租赁的场合，均不存在估价和结算困难，法律没有必要限制代位权的标的。实际上，在该司法解释发布之后，大量判决已经在实践中突破了这一解释，将到期的抵押权等认定为可代位的标的。^[79]在我国台湾地区，司法判决和学说也都明确认可承租人的代位权。^[80]

在更广泛的意义上，由于今天的市场化定价机制日趋成熟和完善，基于市场定价难易程度对代位权的标的进行限制的做法，已经没有必要。在此意义上，如无特殊原因，就没有必要对《民法典》第535条规定的债务人怠于行使的“债权或者与该债权有关的从权利”的内容予以限制。

（三）善意取得的租赁权的对抗效力

实践中，有的出租人在将租赁物出售或者抵押给第三人（买受人或者抵押权人）之后，与承租人签订租赁合同，将租赁物交付给承租人占有和使用。当第三人主张行使所有权或者抵押权时，就会引发“承租人可否对抗买受人或者抵押权人”的问题，甚至“承租人可否善

意取得租赁权”的问题。^[81]

在学理上，有观点比较明确地主张，承租权不适用善意受让规则。^[82]有法院在判决中认为，《物权法》第106条（即《民法典》第311条）规定的善意取得制度“是物权法上善意第三人取得物权的一种特殊方式，善意取得的对象是所有权、抵押权等物权，而租赁权作为一种合同权利，并不适用善意取得制度”^[83]。然而，严格来讲，该条仅仅从正面规定了“可以善意取得所有权”的情形，并没有回答善意第三人取得的租赁权能否对抗所有人或者抵押权人等他物权人的问题。特别是，《民法典》第225条规定：“船舶、航空器和机动车等的物权的设立、变更、转让和消灭，未经登记，不得对抗善意第三人。”《民法典》第403条规定：“以动产抵押的，抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人。”这里并没有明确规定“善意第三人”的交易类型，并未将其限制为《民法典》第311条中规定的“物权受让人”。

再加上，承租人的确存在善意的可能性。（1）在不动产情形，如果不动产所有权或者他物权（如抵押权）已经登记，已经登记物权具有公示公信的效力，承租人在签订租赁合同时，应当知道已经登记的所有权^[84]或者抵押权^[85]的存在，一般来说不太可能构成善意，自然也就谈不上善意取得的可能性了。《物权法》第190条规定：“订立抵押合同前抵押财产已出租的，原租赁关系不受该抵押权的影响。抵押权设立后抵押财产出租的，该租赁关系不得对抗已登记的抵押权。”《民法典》第405条对其调整规定为：“抵押权设立前，抵押财产已经出租并转移占有的，原租赁关系不受该抵押权的影响。”新的规定一方面与《民法典》第725条保持一致，为“买卖（抵押）不破租赁”这一关于在先承租人的特殊保护规则增设了“移转占有租赁物”这一条件；另一方面，删除了《物权法》第190条第二句关于“在后承租权不得对抗已登记抵押权”的规定。对于已经登记的抵押权，已经充分公示，在后的承租人很难构成善意，自然也就不能对抗抵押权人。不过，也不排除存在例外的情形。例如，出租人伪造证件，冒用所有人或者其他物权人的名义，“成功”骗取了登记机构和承租人的信任，出租给了善意的承租人。^[86]（2）在动产情形，特别是在特殊动产情形，因为标的价值较大，容易引发这方面的争议。以机动车为例，无论是基于观念交付后的“售后回租”，还是实际交付以后一段时间发生的回租，都表现得尤为明显。例如，张三将自己名下的一辆机动车出售给李四，交付了机动车但并没有办理过户登记。后来，李四又将该车辆出租给张三，租期为不定期。张三在租用期间，与王五签订了5年的出租合同，并向王五交付了车辆。王五在订立租赁合同之前，到交通运输主管部门查阅了登记。随后不久，这被李四发现。李四要求

王五返还属于他所有的车辆；但王五主张其基于善意取得了对车辆的租赁权，可以对抗李四。

因此，从学理上讨论善意取得的租赁权有无对抗效力的问题，仍有必要。

在讨论该问题之前，有必要先明确租赁合同的效力问题。1999年的《合同法》第132条规定：“出卖的标的物，应当属于出卖人所有或者出卖人有权处分。法律、行政法规禁止或者限制转让的标的物，依照其规定。”此后，无权处分人订立的买卖合同的效力问题，一直是学理上和司法实践中争议的焦点。直到2012年的《买卖合同司法解释》，围绕这一问题展开的争论逐渐得以平息。详言之，《买卖合同司法解释》第3条第1款明确规定“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持”，即区分了基于无权处分的合同的效力与该合同的履行问题。无权处分的合同本身有效，但相对人可以基于无权处分人的履行不能请求其承担违约责任，即该解释第3条第2款规定：“出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移，买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。”实际上，这一区分规则在2007年的《物权法》第15条（即《民法典》第215条）已经有了体现，并在《民法典》第579条得以重申。在无权出租的情形，关于无权处分人订立的买卖合同的效力规则同样适用，即租赁合同本身有效。无论是非所有权人还是已经办理抵押的所有权人，与承租人签订的租赁合同应当被认定为有效。^[87]

接下来的问题是，善意的承租人可否取得租赁权呢？这是一个比较疑难的问题，关键取决于我们评判这个问题的视角。如果我们把《民法典》第225、403条规定的“善意第三人”严格限定在“物权”语境，并坚持“法定物权类型”与“债权”的严格区分，那么，结论自然是，作为债权的善意承租权不得依据此规定主张对抗特殊动产的买受人或者一般动产的抵押人。^[88]如此简化处理当然有其优势，特别是这有助于简化关于涉及善意第三人的各项制度安排和维系传统法律学说的稳定性。甚至也有人会认为，与无权出让相比，无权出租给承租人造成的不利影响要小不少。毕竟，在租赁实践中，承租人的交易对价（租金）通常不是一次性支付的，而是按月、季度或者按年支付的。即便善意承租人不能取得对抗所有人或者抵押权人等的效力，给善意承租人造成的损失也不会太大。

然而，稍加细致观察可发现，这一理由并不成立。因为，这个道理反过来讲也成立：即便善意承租人能取得对抗所有人或者抵押权人等的效力，给所有人或者抵押权人造成的损失也不会太大。毕竟，在

惯常的租金分期支付商业安排中，所有人或者抵押权实现以后的物权人可以要求承租人向其自身支付后续租金。

更进一步的问题在于，“一刀切”式地否定善意承租人的对抗效力，会造成相关制度安排内部的价值取向矛盾。因为，无论是《民法典》第311条规定的物权善意取得制度，还是第225条和第403条规定的“善意第三人对抗制度”，背后的主要考虑还是市场交易秩序的维护和交易成本的控制问题：保护那些已经采取合理手段对外公示的显性物权；并让那些隐藏于转让当事人之间的隐性物权劣后于“善意第三人”。只不过，在《物权法》或者物权编的语境下，我们会习惯性地或者直觉性地将“善意第三人”等同于“以取得物权为目标的善意第三人”而已。但若细致观察，不难发现：在前述李四与王五的机动车权属争议案中，或者，在更广泛的语境下，在承租人已经查阅特殊动产的登记信息并基于租赁目的占有特殊动产的情形，以及承租人在不知道也不应当知道普通动产的出租人无权出租的情形，与特殊动产的所有人或者普通动产的抵押权人相比，承租权人通过占有对其“债权信息”的公示，要比此种所有权人或者抵押权人的“物权信息”的公示更充分。或者说，在这个场景下，出现了“强势的债权公示”和“弱势的物权公示”。根据整个善意第三人保护制度的基本原理，承租人更值得保护。

实际上，最高人民法院于2016年发布的《物权法解释（一）》第6条规定也可以从这个视角得到更好的解释。该条规定：“转让人转移船舶、航空器和机动车等所有权，受让人已经支付对价并取得占有，虽未经登记，但转让人的债权人主张其为物权法第二十四条所称的‘善意第三人’的，不予支持，法律另有规定的除外。”该条强调的是“转让人的债权人”，而不是“转让人的其他受让人”。因此，如果对本条设立的规则作一个反向解释，结论是：“受让人虽已经支付对价但并未取得占有，也未登记的，转让人的债权人主张其为《物权法》第24条所称的‘善意第三人’的，应当支持。”

（四）“一物数租”中的承租人确定规则

除“无权出租”问题外，出租人就同一宗租赁物先后订立多份租赁合同时，也容易引发租赁权的归属确定问题。这一现象在房屋租赁市场容易出现。特别是在房屋销售和租赁市场的价格波动比较明显的城市，“一物数卖”与“一物数租”的现象就更容易出现。“一物数租”不仅发生在一般的房屋租赁合同中，而且还容易在商品房预租合同交易中出现；在前者，出租人旨在谋求更高的租金，在后者，出租人旨在谋求多份租金作为融资。^[89]

严格来说，在“一物数租”的情形，各承租人处于平等的债权人地位，应当有权要求平等受偿。但与“一物数卖”案件中多位买受人面临的情况一样，客观上的租赁物标的只有一个，最终只有一位承租人的债权能够得到实际履行，其余的承租人只能请求解除合同、赔偿损失。

问题在于，如何在数个承租人之间确定履行合同义务的优先顺序？对此，学术界和司法实务界存在诸多争议，大致包括四种意见^[90]：第一种意见主张承认出租人享有选择履行的权利。在多个承租债权人之间，是否履行、向谁履行，以及因此对其他承租人承担违约责任，由出租人自己决定。法律和司法解释不宜就此作出规定，否则不符合传统民法理论关于债权人之间地位平等的学说。第二种意见主张以“登记备案”、“移转占有”和“合同成立时间”作为确定多位承租人之优先顺序的判断标准。其主要理由是登记备案和移转占有是两种具有一定公信力的公示方法，应当优先于支付租金。大量来自基层一线的民事审判法官的经验表明，如果以租金支付作为优先标准，容易诱发出租人的道德风险，即与他人恶意串通事后订立租赁合同并支付租金。第三种意见主张以“移转占有”、“登记备案”和“合同成立时间”作为确定多位承租人之优先顺序的判断标准。这主要是考虑到，实践中，办理房屋租赁备案登记并不是普遍现象，过分突出备案登记的意义不大。第四种意见主张在第二种或者第三种意见的基础上，将“租金支付时间”这种履行行为作为一种优先于“合同成立时间”的判断因素。

的确，在“一物数租”的情形，有必要从法律上确定一个履行优先顺位。否则，各承租人为了获取优先履行，可能付出各种成本去争夺租赁物。例如，在有的案件中，当出租人将租赁房屋移转给某一位承租人占有之后，其他承租人给租赁房屋上锁，阻止实际占有的承租人使用租赁物，并造成各种经济损失。^[91]至于应当将何种因素作为优先履行的判断因素的问题，笔者认为，《房屋租赁司法解释》第6条确立的处理原则是合理的，即前述第三种意见所主张的以“移转占有”、“登记备案”和“合同成立时间”作为确定多位承租人之优先顺序的判断标准，这是因为：

第一，“租金支付时间”的确不宜作为确定优先履行的判断因素。除了前述基层法官表明的关于串通伪造租赁合同和租金支付的问题之外，还在于这种串通伪造比较容易，因为法律无法要求承租人支付全部租金。毕竟，大量租赁物的租金支付是分期支付的。也就是说，一旦将“租金支付时间”确立为判断标准，通过支付少许租金即可引发串通的问题。在这一点上，“一物数租”与“一物数卖”存在很大的差异，

因为，在“一物数卖”的场合，买方需要支付的金额通常来说要比租金高得多，串通的概率也相应地小不少。这大抵也是为什么《买卖合同司法解释》第9条关于普通动产多重买卖的履行顺序的规定着重考虑了“价款支付时间”^[92]。

第二，关于“移转占有”与“登记备案”何者优先的问题，在房屋租赁场合，在我国当前的登记制度体系下，的确应当采用“移转占有”优先的原则。这不仅是因为实践中办理备案登记的承租人不多了，而且，更主要的原因是目前办理备案登记的系统与办理产权登记的系统并未实现统一。将备案登记作为一项比移转占有更强的权利公示方式，会进一步加重潜在租赁的风险防控负担。“移转占有”之所以可以作为首要的判断标准，是因为在出租人不占有租赁物的情形下，根据一般的生活经验，承租人在与出租人订立租赁合同时，一般会有起码的疑问和询问。也就是说，根据一般的生活经验，承租人更容易在此情形下识别“一物数租”的风险。^[93]当然，如果未来的租赁登记备案系统与不动产权属登记系统实现二合一，而且查询便捷，将“登记备案”作为更优先的履行顺序判断因素，是更合适的。

问题在于，在特殊动产和普通动产租赁领域，《房屋租赁司法解释》第6条确立的处理原则是否同样合理？需要注意的是，特殊动产的租赁不存在备案登记方面的要求，普通动产则不存在唯一编码的统一登记系统。因此，在特殊动产和普通动产租赁领域，将“移转占有”作为优先于“合同成立时间”的履行顺序判断因素，也是合适的。

至于依据这些因素确定履行顺序之后，未能占有租赁物的承租人，依据《房屋租赁司法解释》第6条第2款的规定，可以基于《民法典》第563条第1款第4项规定的事由（“当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的”）解除租赁合同并要求出租人承担违约责任，也可以直接请求出租人承担违约责任。^[94]

还值得注意的问题是，无论是“移转占有”，还是房屋的“登记备案”，出租人都比较容易在与承租人发生争议后与第三人恶意串通为之。对此，人民法院有必要结合出租人与承租人争议发生的时点与出租人向第三人（其他承租人）移转占有或者办理登记备案的时点，根据《民事诉讼法》或者《民事诉讼证据规则》予以确定。

三、出租人的适租保持义务

在租赁物的交付问题上，出租人的合同义务与出卖人的合同义务有不少共同之处。但在交付合格之后，买卖标的耗损或者毁损风险则原则上转嫁给买方承担，除非该风险是由于卖方的作为或不作为造成

的；而租赁物交付合格之后，出租人原则上负有“并在租赁期限内保持租赁物符合约定的用途”的义务。买卖合同中的风险转嫁规则对租赁合同并不适用。^[95]在更广泛的意义上，出租人负有在租赁期限内保持租赁物处于“适租状态”的义务。这不仅包括保持租赁物的物理状态上的适租，即需要及时维修租赁物；而且还包括在法律意义上保持适租，即要及时排除租赁物面临的第三人的权属主张或者利用阻挠，此外，还有行政执法或者司法措施造成的利用障碍。出租人还需要满足与租赁物直接利用相关的附属需求，如提供相关证照或者协助承租人办理相关证照，等等。

（一）维修义务

对于租赁物在租用过程中出现的损坏问题，如果影响租用用途实现的，出租人负有维修义务，承租人可以请求出租人在合理期限内予以维修。但值得注意的是，一方面，双方当事人可以通过合同约定将此种维修义务分配给承租人自己负担。另一方面，如果租赁物的损坏问题不是正常租用活动所致，而是因为承租人的过错所致，那么，相应的维修义务应当由承租人自己负担。对此，《民法典》第712条和第713条作了明确规定。关于这两个条文的释评将于后文细致讨论之。

像后续释评将进一步讨论的那样，在判断出租人是否负有对特定事项的维修义务时，我们有必要区分“对租赁物功能性损坏的维修”（如机动车发动机失灵、热水器短路）、“为保持租赁物正常使用的必要维护”（如更换机油、轮胎充气、抽油烟机清洁、热水器除垢、宠物就医）和“租赁物的非功能性自然耗损的容忍”（如刹车灵活性自然降低、加点噪音自然增加）^[96]，在出租人与承租人之间合理分配租用期间的这些负担，避免过度放大出租人的维修义务，以维系和谐的租用合同关系。

（二）瑕疵担保义务

所谓瑕疵担保义务，是指出租人应当保证租赁物在租赁期限内没有物理利用上的功能性瑕疵或者权利行使上的法律性瑕疵的义务。出租人之所以负有此种义务，主要是为了实现租赁合同的主要目的。概括来说，出租人主要负有四类瑕疵担保义务。

（1）保证租赁物在物理性状能够满足租用用途，否则租用活动在事实上难以展开；

（2）保证租赁物上不存在与租用活动相冲突的权属主张，否则

承租人难以在法律上有效占有和利用租赁物；

（3）保证承租人的租用活动免受他人的不当干涉，特别是因为与出租人的非权属性冲突而阻挠正常的租用活动；

（4）保证租用活动免于行政执法或者司法查封、扣押。

《民法典》第723条、第724条和第731条分别就“第三人提出权利主张”、“司法或行政查封或者扣押”和“租赁物危及人身健康或者安全”等类型的瑕疵作了明确的规定，但并未对第三人因为与出租人的非权属性冲突而阻挠正常的租用活动的情形[第（3）类义务]作出规定。例如，出租人的邻居因为与出租人之间的其他矛盾，阻挠承租人利用租赁房屋，那么，出租人也负有排除此种租用障碍的义务。当然，一方面，承租人本人也可以依法请求保护其合法的租用占有利益，要求该邻居停止侵害甚至赔偿损失。当然，我们可以在法律解释上，认为《民法典》第708条规定的“在租赁期限内保持租赁物符合约定的用途”当然包括这方面的义务。另一方面，如果该邻居的阻挠行为是因为承租人本人与其之间的矛盾引起的，则出租人并不负有这方面的瑕疵担保义务。

可以确定的是，如果承租人订立合同时不知道租赁物的物理性状或者法律状况上不符合租赁用途，或者说租赁物存在隐藏瑕疵（hidden defects），那么，出租人仍然负有交付符合租用用途的租赁物的义务以及在租用期间保持租赁物处于适租状态的义务。^[97]

但值得讨论的是，如果承租人订立合同时明知租赁物的物理性状或者法律状况不符合租赁用途，那么，出租人是否仍然负有瑕疵担保义务呢？对此，学理上存在不同的看法。一种观点认为，在租赁期开始之前（如订立合同协议时）的租赁物状况与出租人需按期交付的租赁物的适租状况无关。在当事人没有明确约定时，即便承租人在缔约时知道或者应当知道租赁物上的物理或者法律上的瑕疵，出租人届时也需要交付适合租用用途的租赁物或者在租用期间维持租赁物的适租状态。^[98]另一种观点则认为，“如果承租人在订立合同时已经明知租赁物具有质量瑕疵而仍然愿意承租，通常认为承租人已经自负风险，在租赁合同生效之后，承租人无权基于租赁物的瑕疵而要求出租人承担维修义务、减少租金或者解除承租关系”，除非，这种瑕疵在程度上达到了《民法典》第731条规定的“危及人身健康或者安全”的强制性安全标准。^[99]

在当事人没有就租赁物的瑕疵进行明确约定的情形下，对于承租人订立合同时明知的租赁物瑕疵的处理，有必要考虑三重因素。

(1) 此种瑕疵是否危及人身或者财产安全。《民法典》第731条的确只规定了“危及承租人的安全或者健康”情形的问题，例如租赁房屋空气质量有害健康、租赁车辆刹车失灵或者转向灯损坏。但是，该条也只是规定了承租人“可以随时解除合同”这一种救济选项，可以理解是对承租人人身健康和保护的特别强调条款，而并不排除和否定其他情形下承租人的救济需求。如果承租人事前知晓的瑕疵也危及承租人的财产安全（如所租赁的仓库存在垮塌风险），那么，承租人仍然可以请求出租人修理仓库以保证所存储财产的安全。毕竟，在没有特别约定的情况下，租用仓库的重要用途就是安全地储存物资。只不过，承租人享有的救济手段并不是“可以随时解除合同”而已。

(2) 瑕疵的严重程度。如果承租人事前明知的瑕疵对租用用途并不会造成实质性的影响，如租赁汽车的音响播放设备或者倒车雷达无法正常使用，那么，这种瑕疵应当视为承租人同意接受的瑕疵，不能要求出租人负担瑕疵担保义务。反之，如果是出租房屋中部分房间的电路不通或者租赁车内一把座椅无法使用、备用胎缺失等严重影响租用用途的瑕疵，则出租人仍然负有瑕疵担保义务。在买卖合同情形，通常可以推定买受人已经将此瑕疵造成的价值贬损计入了买卖价款之中，通过交易价款的调节机制来内化此种瑕疵。^[100]但在租赁合同中，在当事人没有对瑕疵的处理作出明确约定的场合，除非出租人能够证明双方已经在租金上针对这些实质性瑕疵做过特别的安排，否则，出租人仍然负有这方面的瑕疵担保义务。

(3) 当事人是否约定了租赁物的特别用途。在当事人没有约定特别的租赁物用途的情形，可以根据租赁实践的交易习惯确定租赁用途，并据此判断出租人届时是否交付了符合该用途的租赁物。如果当事人在合同中明确约定了特殊的用途，且没有就承租人事前知道的瑕疵作出约定，那么，可以推定承租人有这样的预期：在正式交付租赁物之前，出租人会对租赁物予以修缮或者加工，以满足特殊的租赁用途。例如，住宅性房屋的租赁合同中明确约定了住宅商用，但承租人查看房屋时就得知邻居不同意商用。那么，出租人负有在交付房屋之前依据《民法典》第279条的规定征得利害关系业主的同意的义务，或者说消除权利瑕疵的义务。

(三) 税费缴纳义务

在租赁物的持续使用过程中，相关税费的缴纳容易成为争议的焦点。关于水费、电费、电话费、电视收视费、燃气费、上网费和车位费等项目，不仅主要因承租人的利用而发生，还因为承租人不同而存在个性化差异。因此，在当事人没有明确约定的情况下，由承租人负担更为妥当，也符合“谁受益谁付费”的基本交易和生活逻辑。但是，

对供暖费（特别是集体水暖）和物业管理费的负担，则存在争议，且可能因为延迟缴纳这两项费用而影响房屋的正常租用。实践中，不少物业管理公司因为没有收到物业管理费或者供暖费而采取断电、断暖的恶劣措施。这一问题，将随着《民法典》第944条的实施而得到缓解（该条第3款规定，“物业服务人不得采取停止供电、供水、供热、供燃气等方式催交物业费”）。但是，在当事人没有就此作出约定的情形，仍然可能因为物业服务企业或者供暖企业的诉讼等行为影响租用活动的正常开展。

应当说，物业管理和冬季北方的暖气供应是保持房屋处于正常租用状态的基础条件。物业管理费用和集体供暖费用不仅是保持房屋适租状态的必要支出，而且是非个性化的支出，不会因为承租人的不同而有所差异。因此，将这两类费用计入“在租赁期限内保持租赁物符合约定的用途”的必要费用支出，在约定不明的情形下应当由出租人支付。^[101]在司法实践中，无论是住宅用房租赁，还是商业用房租赁，物业服务企业起诉承租人要求支付物业服务费的，人民法院一般以承租人不是物业服务合同的当事人为由否定此种诉求。^[102]出租人在没有约定的情况下要求承租人支付采暖费的，也不应得到支持。^[103]同样的道理，如果其他租赁物也涉及类似的保持租赁物用途的必要税费支出，在约定不明时由出租人承担更为合适。

（四）协助实现配套需求的义务

在房屋租赁等情形，租赁物用途的实现不仅取决于租赁物本身在物理上或者法律上是否处于适租状态，而且还取决于与租赁物直接使用相关的配套需求是否得到满足。例如，承租人办理居住证明、承租人的适龄子女办理入学证明、承租人在重大疫情期间需要办理小区出入证件，等等。这些是承租人租用目的实现的重要内容。对此，依据《民法典》第509条规定的“当事人应当遵循诚信原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务”，出租人负有协助承租人出具相应证明等义务，以实现租用目的。

四、出租人违约时的承租人救济措施

出租人违反前述合同义务的，承租方可以根据违约程度的差异选择相应的救济措施。对此，本章第713、723~724、729和731条针对多种形态的违约规定了承租人的救济措施。这些规定大致可以分为如下类别。

1. 请求支付维修费用。在租赁物需要维修时，承租人首先应当请求出租人履行维修义务。但如果出租人在合理期限内未能履行维修义

务，则承租人可自行维修，并请求出租人承担合理的维修费用。除面临紧急情况外，承租人不得径直维修租赁物并请求出租人承担维修费用。因为，此种维修可能不符合出租人的维修计划，并增加维修成本。

2.请求减免租金。原则上说，只要是因为出租人一方的原因使租赁物处于不适租状态，使得承租人在一段租期内无法正常利用租赁物或者在整个租期内无法使用部分租赁物的，承租人都可以请求减少或者免除相应部分的租金。

3.请求延长租期。对于因为出租人原因需要维修租赁物，且维修期间影响承租人使用的，承租人除了可以请求减免相应的租金之外，还可以选择延长租期，以弥补其租用利益的损失。

4.请求解除合同。承租人除了可以依据《民法典》第563条规定一般解除事由解除合同之外，还享有依据《民法典》第724、729和731条的规定的的事由解除合同。这些事由主要包括：非因承租人的原因，租赁物全部或者部分无法使用，致使租赁合同目的无法实现。承租人解除合同后，可以按照《民法典》第566条确定解除后的法律后果。

5.请求赔偿损失。除了可以请求出租人赔偿因为无法使用租赁物而遭受的损失之外，承租人还可以请求出租人赔偿因出租人过错引发的其他人身财产损失。

五、因不可抗力致使无法提供租赁物时的处理

在租赁过程中，如果租赁物因为不可抗力毁损的，那么，依据《民法典》第180条之规定，“因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。法律另有规定的，依照其规定。”例如，房屋因为构成不可抗力的自然原因毁损，那么，双方当事人就此相互负有的债务，概不承担责任。

不过，在因政府拆迁等法律上的不可抗力导致房屋租赁合同解除的，尚涉及承租人的营业损失补偿和征收拆迁款的分配问题。例如，承租人租用涉案房屋后从事锁具修配服务，并依法办理营业执照，在其合法经营期间涉案房屋被拆迁，造成原告停产停业效益损失，其应当获得涉案房屋因拆迁而产生的经营损失。经法院与拆迁部门核实，被拆迁房屋的停产停业损失补偿费系按照房屋面积及根据房屋所处地段等标准计算，涉案被拆迁房屋总面积为136.11m²，停产停业损失补偿费为73 506元，因此，涉案承租人所租用

房屋相应的停产停业损失为10 800.97元（73 506元 $\div 136.11\text{m}^2 \times 20\text{m}^2$ ）。由于承租人和出租人并未在合同中约定如何分配拆迁补偿款，且涉案房屋在出租给原告之前也是经营用房，因此，法院结合合同剩余期限和双方的营业性质，酌情判令出租人补偿承租人停产停业损失7 560.68元（10 800.97元 $\times 70\%$ ）。^[104]这是一种妥当的处理方法。

第七百零九条

承租人应当按照约定的方法使用租赁物。对租赁物的使用方法没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，应当根据租赁物的性质使用。

本条主旨

本条是关于承租人按照约定方法使用租赁物之义务的规定。

相关条文

《民法典》第510条 合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同相关条款或者交易习惯确定。

理解与适用

《民法典》第709条是承租人的义务确定规范；第710条和第711条是关于义务履行或者违反后的法律后果的确定规则。

一、承租人按照约定方法使用租赁物的义务

对承租人来说，出租人提供的租赁物能否满足约定的租赁用途至关重要；反之亦然。对出租人来说，承租人是否按照约定的方法使用租赁物对其利益有重要影响。因为，使用方法决定了租赁物的耗损程度和使用寿命；出租人所收取的租金一般是与承租人对租赁物的使用方法相挂钩的。承租人对租赁物的利用方式和强度如果超过约定范围，则将损害出租人的合同利益预期。

承租人对租赁物的用途预期与出租人对租赁物的使用方法预期是

一体两面的问题。出租人需要确保租赁物能够满足约定的用途，同时，承租人对租赁物的利用也以满足该用途的实现为限，不能为了追求超越约定用途之外的使用利益而利用租赁物。例如，双方约定用于居住的房屋不能用于从事经营性活动，约定用于载客的租赁汽车不得用于载货。

关于租赁物的使用方法，除了在物理层面的依约使用之外，在广义上还包括依法使用，也就是说，对租赁物的使用必须符合法律的相关规定。当事人约定的使用方法超出法律规定的限度的，或者当事人约定的使用方法不明确的，承租人都不得违反法律使用租赁物。这些规定如下。

（1）关于使用方法的要求。例如，虽然出租人在房屋租赁合同中同意承租人在租期内对房屋予以打隔断和分租，但是，承租人设计的隔断空间过于狭小，违反有关行政法规和规章关于基本居住条件的要求，也构成违反约定方法使用租赁物。^[105]

（2）关于使用主体之资质的规定。例如，无论是共享汽车，还是共享单车，在法律上都存在关于使用主体的要求：前者必须取得机动车驾驶证执照，后者不得低于12岁。对于这类共享租赁，无论是合同约定还是法律规定，常常不禁止（也难以控制）承租人将租赁物交由第三人使用。但是，承租人在取得租赁物之后，如果将租赁物交由没有使用资质的人使用，则构成对约定使用方法的违反。

（3）关于使用条件的要求。例如，出租人将住宅用房出租给他人从事经营性活动的，须以利害关系业主的同意为条件，否则会损害其他业主和使用人的合法权益。

二、租赁物使用方法的确定规则

当事人对租赁物的使用方法没有约定或者约定不明确，事后也无法通过协议补充的，应当按照以下规则来确定。

一是依据《民法典》第510条“按照合同相关条款”来确定租赁物的使用方法，即结合租赁合同中的相关条款来确定当事人在这方面的意思。例如，虽然合同双方当事人没有在《房屋租赁合同》中就承租人对租赁房屋的改造利用作出约定，但双方在微信联系记录中关于“把主卧室隔断柜和坏冰箱搬走”的商议内容表明，出租人对承租人拆除主卧室隔断柜的利用方式并没有争议。^[106]再如，当事人在《停车场地租赁合同》中约定：“交还租赁场地时，双方共同验收租赁场地及附属设施，如有损坏，承租方必须按购置价赔偿（自然损耗除

外)。”另外,双方在诉讼中均确认,“订立合同时‘租用停车场用来停放自重较大的大型车辆’这一租赁用途做过明确沟通”。后来,承租人在租赁期限内因为停放重型车辆导致停车场路面硬化层严重破损。假如出租人主张承租人的使用方法违反租赁物的性质(停放普通车辆)并造成了租赁物损耗,请求解除租赁合同的,那么,问题的关键就在于确定出租人的使用方法是否妥当。^[107]的确,根据租赁物的性质,该停车场只能用于停放普通车辆。但是,如本书在对《民法典》第711条的释评中所评论的那样,当事人之所以在合同中作出“如有损坏,承租方必须按购置价赔偿(自然损耗除外)”的约定,是因为双方在缔约时明确意识到承租人会将停车场用于停放超越租赁物承载能力的车辆,会给停车场造成损害;并基于对此种使用方法的潜在损害风险的预测作出了损失分配方案。这也就意味着,出租人是同意承租人将该停车场用于超越租赁物性质的使用方式的。因此,承租人在租用期间并未违反双方约定的租赁物使用方法,出租人无权解除租赁合同。

二是依据《民法典》第510条按照“交易习惯”来确定租赁物的使用方法,也就是按照同样或者类似租赁物的习惯性使用方式来确定承租人可以如何使用租赁物。例如,出租人将住宅出租给承租人一家居住使用时,约定“可以转租”,那么,承租人将房屋转租给与其家庭成员人数大致相当的家庭使用,是符合交易习惯的。但是,如果承租人将房屋分割甚至打隔断后转租的人数远超家庭人数的人使用的,则该转租行为不符合交易习惯。^[108]

三是根据租赁物的物理性质来确定承租人的使用方法。在当事人没有明确约定,也难以根据相关条款来推定当事人意思的,那么,租赁物的性质是重要的判断标准。例如,载客小汽车不得用于从事与车辆承载能力不相适应的载货活动^[109],住宅性住房不得用于营业,乳牛不得用于犁地,耕地不得用于建房,等等^[110];此外,还包括儿童蹦床不得用于成人健身,等等。

但在另一些情形中,租赁物的性质并非一目了然,需要根据租用活动本身对租赁物的耗损影响和功能性改变程度来判断。^[111]例如,某林场管理人将位于某林区一处石塘坑(采石后废弃的山地)出租给承租人,但并未约定租赁物的用途。后来,承租人将其用于牲口养殖。出租人主张,该石塘坑仅能用于从事绿化造林活动,用于从事养殖活动不符合租赁物的性质。法院判决认为,石塘坑虽然位于林地范围内,但因属采石后废弃的山地,并不排除可用于养殖;在合同未明确约定用于绿化造林的情况下,承租人用于养殖,亦符合该租赁物的性质。^[112]这一判法是有道理的。这不仅是因为石塘坑本身的物理性

状已经不同于周边的林地，而且，将石塘坑用于养殖既不会损害其物理性状，也不会造成其价值贬损。

四是根据租赁物的法律性质来确定承租人的使用方法。如本章一开始就指出的那样，对租赁物的使用除了要符合其物理性质之外，还不得违背其法律性质。例如，承租人租赁的共享汽车，不得违反交通规则行使或者停靠，也不得提供给那些没有驾驶执照的人驾驶；登记为非营运性质的车辆，承租人不得将其用于从事网约车等营运活动[113]；承租人解锁的共享单车，不得违反相关法律规定提供给12岁以下的未成年人骑行。承租人违反这些法律规定的，不仅构成违约，而且还需要承担因此造成的行政违法责任（扣分、罚款、行政拘留甚至刑事犯罪）或者损害赔偿责任（如12岁以下未成年人骑车发生交通事故导致损害的）。

三、违反租赁物使用方法的法律后果

承租人按照约定的方法或者根据前述规则确定的方式使用租赁物，致使租赁物遭受耗损的，不需要就租赁物的耗损承担赔偿责任。即便这种耗损并非一般的磨损，而是使租赁物的物理性状发生了实质性改变以及价值贬损，只要当事人没有特别约定的，承租人就不需要承担赔偿责任。

反过来，如果承租人违反前述使用方法，致使租赁物受到损失的；或者，承租人按照约定方法使用租赁物致使租赁物受到损失，但与出租人约定了损失赔偿责任的，承租人都需要依法或者依约承担赔偿责任。不过，在出租人同意承租人采用可能致使租赁物损害的情形，出租人只能按照约定请求赔偿损失，但在租赁期限内不得解除合同。关于这一点，笔者将在《民法典》第710条和第711条的释评中作进一步分析。

四、依约定方法使用的义务与妥善保管义务之间的关系

在租赁合同中，出租人只是在租赁期限内部分让渡租赁物的使用权能，其通常希望在租期届满之后能够继续占有并正常利用租赁物。鉴于此种合同交易目的，承租人除了负有支付租金的义务之外，还因为对租赁物的物理占有而负有两类义务：一类义务是消极的，即前文着重阐述的避免不当使用而损害租赁物的义务。另一类义务是积极的，即《民法典》第714条规定的“妥善保管租赁物”的义务，即在确保合理使用租赁物的同时，又要履行必要的维护义务，避免租赁物面临的非使用性损害或者损失风险。这方面的风险不限于物理层面，也可能是法律层面的风险，例如对加油站等租赁物的证照的定期核验和

备案等。

在很多情形下，我们能够比较容易地区分这两类义务，但在一些情形下，消极义务和积极义务之间并非泾渭分明。一个替代性的判断方案，即承租人在控制租赁物期间是否不当地导致租赁物的价值贬损。

第七百一十条

承租人按照约定的方法或者根据租赁物的性质使用租赁物，致使租赁物受到损耗的，不承担赔偿责任。

本条主旨

本条是关于承租人合理使用租赁物的法律责任的规定。

相关条文

《民法典》第709条 承租人应当按照约定的方法使用租赁物。对租赁物的使用方法没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，应当根据租赁物的性质使用。

理解与适用

在通常情况下，承租人按照约定的方法，特别是根据租赁物的性质使用租赁物的，租赁物面临的损耗与出租人自己使用租赁物时相差不多。此时的损耗通常是物品使用过程中的自然损耗，在当事人订立租赁合同时，这已经与租赁物的使用机会利益一起，通过租金的形式记作交易对价。因此，承租人不需要就此种损耗承担赔偿责任。^[114]

此种自然损耗主要包括两类。

1. 因为积极的使用行为造成的损耗，特别是租赁物在使用过程中的折旧损耗，如租赁房屋内的门窗松动、家具用品的表面磨损，租赁车辆的轮胎磨损和里程增加，租赁牲口的老龄化以及承租的出租车的经营权期限的自然流逝，等等。不过，在判断此类损耗时，以下因素值得重点考虑。

(1) 是否属于实施租用活动的必要损耗。根据租赁物性质使用租赁物，给租赁物造成的损耗不限于自然磨损造成的损耗，还可能与开展特定租用活动相应的实质性损坏。例如，出租人将房屋出租给承租人用于经营饭店，承租人在租用期间在墙面开凿烟洞，并在室内安装隔断。对房屋的正常装修行为，符合租赁物的使用性质，由此对房屋造成损耗的，不承担赔偿责任。^[115]但是，如果承租人为了提高生活便利度、符合自己的个性化生活偏好，将承租房屋主卧附属的衣帽间改为卫生间，则客观上改变了原有房屋区域功能的分割和房型结构布局，构成非必要性损耗。^[116]

(2) 租赁物所处的地理环境差异。判断租赁物的损耗是否符合约定使用方法或者租赁物性质，还需要结合租赁物所处的地理环境。因为，同一宗租赁物在不同的自然环境中所出现的自然损耗可能存在差异。例如，红木家具在湿度不同的环境中的形态稳定性存在差异。

(3) 租赁物的归还和争议时间差异，即要根据出租人提出主张的时间来判断租赁物所受“损耗”是否系因承租人使用不当所致。例如，在潮湿的地理环境中，如果出租人在租赁期限届满比较长的一段时间后主张出租的房屋、家具、门窗等发生了不同程度的腐烂、发霉、墙面掉皮现象，那么，原则上应当推定是自然损耗，承租人不构成使用不当，也无须承担赔偿责任。^[117]

2. 不可归责于承租人的外来原因造成的损耗，包括自然原因和第三人原因。例如，因为突如其来的大雪或者暴雨，使租赁房屋的房顶坍塌的，承租人不需就此承担责任；或者是出租房屋的房顶不够结实导致房顶坍塌的。^[118]当然，这还涉及《民法典》第714条规定的承租人的“妥善保管义务”的问题。如果承租人明知或者应知此种坍塌风险，未尽必要的报告甚至紧急处置义务的，需要承担赔偿责任。如果承租人在使用期间遭受来自第三人的侵害，导致租赁物损坏的，若承租人尽到妥善保管义务，则不需要向出租人承担赔偿责任。

第七百一十一条

承租人未按照约定的方法或者未根据租赁物的性质使用租赁物，致使租赁物受到损失的，出租人可以解除合同并请求赔偿损失。

本条主旨

本条是关于承租人不合理使用租赁物的法律责任的规定。

相关条文

《房屋租赁司法解释》第7条 承租人擅自变动房屋建筑主体和承重结构或者扩建，在出租人要求的合理期限内仍不予恢复原状，出租人请求解除合同并要求赔偿损失的，人民法院依照合同法第二百一十九条的规定处理。

《商品房屋租赁管理办法》第10条 承租人应当按照合同约定的租赁用途和使用要求合理使用房屋，不得擅自改动房屋承重结构和拆改室内设施，不得损害其他业主和使用人的合法权益。

承租人因使用不当等原因造成承租房屋和设施损坏的，承租人应当负责修复或者承担赔偿责任。

理解与适用

与《民法典》第710条处理的情形相反，本条规定了承租人不合理使用租赁物导致租赁物受到损失的处理规则，特别是规定了出租人的救济措施。承租人不合理地使用租赁物，致使租赁物遭受损失的，出租人享有“解除合同”和“请求赔偿损失”两种救济手段。重点在于，出租人行使合同解除权和损害赔偿请求权时，需要具备什么条件？特别是，如何理解作为这些救济手段之前提条件的“不合理使用”“租赁物受到损失”等。

一、不合理使用

本条规定的不合理使用行为包括三种类型。

1.未按照约定的方法使用租赁物。在当事人明确约定了租赁物使用方法的情形中，出租人的不合理使用行为容易判断。但在一些情形，当事人在租赁合同中只约定了租赁物的用途，并没有具体约定租赁物的使用方法。而承租人的租赁用途的有效实现，可能需要对租赁物进行结构上的改变或者设施上的调整。在此情形，承租人为了满足租赁用途对租赁物进行结构上的改变或者设施上的调整的，是否构成“未按照约定的方法使用租赁物”呢？

例如，出租人将一幢房子出租给承租人，明确约定用作开设宾馆，租期20年。如果租赁合同明确约定“对租赁房屋的任何结构性改变均须征得出租人同意”，那么，承租人可以为了满足开设宾馆需要对该建筑内的房间进行翻新装修。但是，在征得出租人同意之前不得

擅自拆除改变墙体结构或者将部分房间之间的墙壁打通使用，也不得改变建筑外墙结构安装电梯，即便这样有助于提升宾馆设计的结构合理性和运行便捷性。^[119]

2.未根据租赁物的性质使用租赁物。如前文关于第709条的释评所述，不少情形下租赁物的性质并非一目了然，需要根据租用活动本身对租赁物的耗损影响和功能性改变程度来判断。在前述房屋租赁合同中，如果租赁合同并未约定承租人将建筑物用于开设宾馆的利用方式，那么，对房屋内部结构进行装修、对房屋内部的非承重结构进行调整以符合开设宾馆需要、对漏洞外墙进行粉刷和张贴广告等，都应当属于符合租赁物的使用性质。主要是因为，一方面，这是为了满足开设宾馆的租赁用途的需要；另一方面，这些调整和改变并不会影响在租赁结束后将该房屋用于其他用途。

但是，承租人擅自变动房屋建筑主体和承重结构或者扩建的，则很可能永久性地改变该建筑物未来的利用价值，实质性影响出租人在租期届满取回租赁物之后的利用计划和安排，不符合出租人的预期利益。此外，承租人拆除或者改变室内设施的（如供水、供暖、供电和供气设施），如果无法复原，或者损害其他业主和使用人的合法权益的（如影响相邻业主的水暖电气供应），那么，该使用方式也不符合租赁物的性质。对此，《房屋租赁司法解释》第7条和《商品房屋租赁管理办法》第10条作了明确的规定。

另值得注意的是，一些改变兼具承重结构和室内设施的特点，例如将室内壁暖改为地暖的，不仅可能因为施工过程中过度刨除楼面影响楼面的承重，而且还可能因为水暖设施问题而引发漏水，损害楼下业主的利益。所以，在征得出租人和利害关系业主（通常是楼下业主）的同意之前，承租人改壁暖为地暖的，应当构成违反租赁物的性质使用租赁物。

3.约定的使用方法不符合租赁物的性质。在一些情形下，承租人对租赁物的使用方式不符合租赁物的性质，但却符合合同约定。例如，在前文所述第709条释评中提到的停车场租赁合同案例中，双方知晓承租人将在普通停车场上停放重型车辆，并就可能造成的停车场路面硬化层严重破损的赔偿责任作出了约定。此种使用方式虽然致使租赁物受到损失，但仍然构成合理利用，符合双方当事人之间的合同目的。因此，出租人不得主张解除租赁合同，而只能按照约定请求承租人赔偿损失，作为租赁物损坏的交易对价。

二、租赁物受到损失

本条赋予出租人“可以解除合同并请求赔偿损失”的救济途径，不仅以承租人的“不合理使用行为”为要件，而且要求发生了“租赁物受到损失”的结果。对此，可以从以下几个方面来理解。

第一，租赁物受到的“损失”与第710条规定的“损耗”相对应。前者是承租人的不合理使用行为造成的，超出了出租人对租赁物损耗的合理预期，所以赋予出租人解除合同和请求赔偿的权利；后者是由承租人的合理使用行为引发的，是出租人预期范围内的合理损耗，已经包含在了租金内。

至于如何具体判断租赁物的特定性状改变是否构成合理损耗，则是一个需要结合具体的场景来判断的问题。如前所述第710条之释评关于“损耗”的考虑因素在这里同样适用。此外，“损失”和“损耗”之间有时并非泾渭分明。例如，双方当事人约定租赁车辆用于家用，但出租人将车辆频繁用于远程自驾游，使租赁期间的车辆行驶里程远超一般的家用驾驶的，此明显超出部分属于“损耗”还是“损失”呢？对此，应当结合当事人订立合同时的语境来判断。如果双方当事人明确约定了租赁期间的最长行驶里程，那么，此种“损耗”构成“损失”自不待言。但如果当事人之间没有约定最长行驶里程，则需要考虑当事人之间是否就车辆的特殊用途达成了共识。如果承租人并没有明确告知出租人其对车辆的特殊用途，那么，推定双方约定的用途系普通的家用驾驶，明显超出部分的行驶里程，应当被认定为本条规定的“损失”。

第二，租赁物受到的“损失”是承租人的不合理使用行为造成的，而非不可归因于承租人的外来原因所致。在承租人占有租赁物期间，租赁物因为自然原因或者第三人侵害等原因受到损失的，承租人原则上无须就此承担责任。

不过，在涉及第三人致损的情形，有两种例外情况，承租人需要承担责任。一是承租人自己的不当使用行为与自然原因或者第三人原因对“损失”的发生均有“贡献度”的，则需要根据出租人的选择承担违约损害赔偿责任或者侵权损害赔偿责任。^[120]例如，承租人临时挪动了支撑租赁建筑物的支架，但同时意外遭受大雪，致使房顶坍塌的。再如，承租人嫌承租房屋的防盗门出入麻烦，将其更换为普通门锁，致使室内设备夜间被盗的；或者承租人嫌承租院落的大门出入开关麻烦，长期将大门敞开，致使院内设施夜间被盗的。出租人直接请求承租人承担侵权损害赔偿责任的，承租人与第三人之间构成不真正连带，承租人可以向出租人承担侵权责任之后向第三人追偿。^[121]二是经承租人许可使用租赁物的第三人，致使租赁物损害的，也可以归因于承租人。^[122]

第三，“损失”既包括物理性状上的损坏，也包括经济意义上的不合理贬值。因承租人的合理使用行为造成的折旧性价值贬损，系承租人无须赔偿的合理“损耗”。反之，因为不合理使用导致的明显经济价值贬损，超出出租人的合理预期的，则构成可以救济的“损失”。例如，承租人未经出租人同意转租房屋，次承租人在房屋内自杀^[123]；或者承租人在房屋内从事非法活动，引发打斗致人死亡的。在中国社会的大众观念下，该房屋在后续的租赁市场或者买卖市场上的受欢迎度会明显降低，经济价值会遭受实质性的贬损。^[124]凶车亦然，如果是因承租人不合理使用造成“凶车”问题，致使出租车价值贬损的，需要承担损害赔偿责任。

租赁物在经济意义上的“损失”不限于此种市场性贬损，还包括前述第709条释评中讨论过的因为法律资质上的变动或者吊销导致的价值贬损。例如，承租人在承租加油站期间因严重违反消防要求或者市场监管规范而导致经营加油站必需的危险化学品经营许可证、成品油零售经营批准证书被吊销的，则加油站因为失去经营资助而面临重大的经济价值贬损，这同样构成本条所规定的“损失”。

第四，“损失”可以包括租赁物本身遭受的物理或者经济损失，但是否在广义上也包括因不合理使用租赁物给第三人造成的损失呢？例如，承租人违反合同约定将主卧侧面的衣帽间改造为卫生间，出现渗水损害楼下业主权益的，出租人在先行赔偿之后可以向承租人追偿。^[125]如果严格从本条的文义来讲，出租人可以请求赔偿的“损失”应当限于“租赁物受到的损失”。出租人遭受的此种损失并不构成“致使租赁物受到损失的”情形。不过，出租人可以援引《民法典》第583条、第584条关于违约责任的一般性规定，请求承租人承担此种损失的赔偿责任。

三、出租人的合同解除权和损害赔偿请求权

1. 两种救济措施之间的关系

本条规定的出租人救济措施有两种：一是解除租赁合同，二是请求承租人赔偿损失。前一种措施属于违约救济措施；后一种措施存在违约责任和侵权责任之间的竞合问题，出租人可以选择主张违约责任，也可以选择主张侵权责任。不过，无论出租人选择何种损害赔偿事由，在符合条件的情况下，都可以与合同解除权一并进行。

另外，无论承租人是否决定解除合同，都可以请求承租人赔偿因不合理使用行为造成的租赁物损失。即便承租人不合理使用租赁物造成租赁物损失的，出租人认为继续履行租赁合同对其有利，其也可以

放弃行使解除权，而仅请求承租人赔偿损失。^[126]例如，承租人在租赁期间因故去外地时，将厨房窗户置于开启状态，加之寒冷天气导致热水器水阀冻裂，发生渗水导致房屋受损。对此，出租人可以选择解除合同，也可以选择继续租赁而仅请求承租人承担损害赔偿责任。^[127]

2. 合同解除权的行使条件

出租人行使合同解除权，要么符合当事人之间约定的解除条件，要么符合法律规定。出租人依据本条的规定行使法定解除权的，需要满足因为承租人的不当使用行为“致使租赁物受到损失”的要件。且此种“损失”需要达到一定的严重程度，以至于影响了出租人合同目的的实现。例如，承租人在使用洗衣机的过程中处理不当，导致房屋严重渗水，甚至渗透到了楼下业主的房顶。对此，出租人主张解除合同的，人民法院应当支持。^[128]

如果租赁物只是遭受了比较轻微的损失，即便承租人违反了合同的约定，出租人也不得行使合同解除权。例如，承租人将登记为“非营运”性质的车辆用于从事网约车客运服务活动，但承租人只是体验了几次客运服务活动，并未给租赁车辆造成明显的损失，则出租人原则上不得主张解除合同。此时，出租人可以要求承租人停止不合理的使用行为。

问题在于，承租人不合理地使用了租赁物，但并未造成租赁物损失的，出租人如何救济？例如，承租人将登记为“非营运”性质的车辆多次用于从事网约车客运服务活动，但既未造成明显的里程增加，也未被交通运输主管部门发现和处罚，此时，出租人可否解除合同？对此，笔者认为，出租人可以行使合同解除权，但不宜依据本条解除，而是应依据《民法典》第563条第1款第4项规定的“其他违约行为致使不能实现合同目的”来解除合同。因为，承租人的此类使用行为虽然未造成租赁物的现实损失，但是具有比较大的潜在风险，包括物理形状上的和经济上的损失，其不符合双方订立合同时出租人的基本预期。

2. 损失的计算

关于损失的计算，有两个问题值得注意。

一是租赁物的物理或者经济价值并未出现消极减损，但是承租人的不合理利用行为获取了额外利益，出租人是否可以主张将承租人因此所获利润计入“损失”，并向其请求赔偿？

例如，承租人将约定用于家用的车辆用于从事网约车业务之类的营利性使用活动，在“家用”利益之外获得的额外收入，是否构成“损失”？在此情形，的确出现了“损失”和“损耗”之间的模糊地带问题。租赁物本身的物理性状并没有发生明显的改变，但是，的确发生了超出出租人预期的“损耗”。承租人将车辆用于从事网约车客运服务活动，通常来说会增加车辆的行驶里程，超出了订立租赁合同时出租人对合理损耗的预期，因此，此种超额损耗应当理解为租赁物因不合理利用遭受的损失；再加上此种超额里程损耗的计算并不容易，故法官可以大致将此种获利推定为与“损失”等额。

二是违反租赁物的性质使用租赁物造成损失，但出租人同意此种使用方式的，如何计算需赔偿的损失？

我们回到前述第709条释评中初步评述过的“停车场租用案”。在该案实际发生的案情中，当事人在《停车场地租赁合同》中约定：“交还租赁场地时，双方共同验收租赁场地及附属设施，如有损坏，承租方必须按购置价赔偿（自然损耗除外）。”另外，双方在诉讼中均确认，“订立合同时‘租用停车场用来停放自重较大的大型车辆’这一租赁用途做过明确沟通”。争议的焦点在于，如何理解“自然损耗”。承租人主张：“自然损耗”指按照约定方式使用租赁场地产生的损耗，无论损耗程度，只要是非其过错造成的，均为“自然损耗”；但出租人则认为“自然损耗”仅指路面的轻微损耗，而不包括停放重型车辆导致的停车场硬化层的破损损失。

从该案中《停车场地租赁合同》约定的条款的上下文来说，一方面，该条款约定“如有损坏，承租方必须按购置价赔偿（自然损耗除外）”，但双方并未在约定中将“损坏”限定为承租人故意或过失造成的损坏。因此，这里的“损坏”应当理解为相较于租赁物交付时的状况的实质性、明显损耗。另一方面，在租赁合同中，按照通常方法使用租赁物造成的自然损耗或者磨损，通常无须承租人赔偿，因为这种损耗系出租人收取租金的对价。双方缔约时作出这样一款特别约定，则可以推定其是当事人鉴于停车场将用于停放大型车辆的事实，双方为了分配因此造成的非自然损耗而作出的特别安排，其目的就是明确停放大型车辆造成的损耗的分配问题。^[129]

进一步的问题是，如果当事人之间根本就没有前述约定条款，那么，出租人是否有权请求赔偿停车场硬化层破损导致的损失？对此，法官可以根据当事人约定的其他条款（特别是“租金”），判断此种损失是否已经通过租金条款合理地计作了交易对价。如果租金的水平明显仅与“普通停车”这一使用方式导致的耗损相对应，那么，出租人仍然可以根据本条主张赔偿此种损失，即因违背租赁物性质使用租赁物

导致的租赁物损失。这样也更符合民法的公平原则和诚实信用原则。
[130]

第七百一十二条

出租人应当履行租赁物的维修义务，但是当事人另有约定的除外。

本条主旨

本条是关于租赁物维修义务的分配原则的规定。

相关条文

《海商法》第147条 在光船租赁期间，承租人负责船舶的保养、维修。

理解与适用

租赁合同是典型的继续性合同，合同当事人的权利义务关系贯穿于整个合同存续期间。为了满足承租人在租期内合理租用的合同目的，出租人不仅负有按照约定交付租赁物的义务，而且还附有“在租赁期限内保持租赁物符合约定的用途”的义务（《民法典》第708条）。如前所述，租赁期限内的维修义务，是出租人为了保持租赁物的适租状态而需要承担的合同义务，其贯穿于整个租赁合同履行期间。

一、出租人的维修义务和维修权利

在租赁期限内，保持租赁物处于适租状态对承租人和出租人来说都是合同履行中的重要事项。对于承租人来说，保持租赁物处于良好的状态和性能，有助于承租人充分发挥租赁物的功用，在租用期间持续实现其租用目的。根据本条和下一条的规定，承租人原则上有权要求出租人在合理期限内履行维修租赁物义务。对于出租人来说，对租赁物及时进行必要的维修，有助于防止租赁物因为失修而遭受更为严重的毁损，以至于在租赁期限结束后收回的租赁物失去应有的经济价值。

因此，对出租人来说，对租赁物进行维修不仅是本条规定的法定

义务，而且也是其法定权利。^[131]当出租人认为租赁物需要在合理期限内维修，以避免租赁物遭受更严重的损失时，其有权利要求对租赁物进行修理，占有租赁物的承租人有容忍修理工作的义务（lessee's obligation to tolerate repairs），或者说有义务配合出租人的修理活动（承租人可以请求出租人弥补修理期间的租用损失，形式包括租金减免或者租期顺延）^[132]；在当事人约定由承租人负担维修义务的情形，承租人有义务及时维修租赁物，否则需要承担因未及时维修导致的租赁物损失。

根据本条的规定，租赁物的维修义务原则上由出租人负担。这一做法在比较法上也是比较常见的规则。^[133]原因大抵如下。

第一，租赁物通常由出租人所有，由出租人自己来维修租赁物，一方面，基于出租人对租赁物的性状和性能的了解，有助于采用更经济、更有效的维修方案；另一方面，有助于出租人根据自身的长期所有利益理性地评估维修的成本投入，更好地发挥物的价值。^[134]

第二，与承租人相比，出租人对租赁物的性状更了解，因此在订立租赁合同时，能够更好地评估租赁物在未来使用过程中需要维修的频率和成本，并基于此种信息优势将未来的维修成本计入“租金”这种交易对价中去。与出租人相比，承租人有更好的信息优势去评估按照约定方式或者租赁物性质使用租赁物给自己带来的租用收益，但对租赁物的性状和维护成本的了解却常常低于出租人。因此，此种比较法上的常见维修义务分配规则也是一种符合经济效率要求的分配规则。

当然，这只是基于对租赁交易场景的原则性假设得出的结论。在现实生活中，双方当事人之间对租赁物性状的了解程度、双方当事人实施维修活动的便利程度、双方当事人对租赁物的可维修价值的认知和计划，存在大量的例外情况。这也是不少租赁合同明确约定由承租人一方承担维修义务的原因。存在此种约定的，约定优先；此时，承租人不仅没有请求出租人维修的权利，而且自己还负有对租赁物进行合理维修的义务，以避免《民法典》第711条规定的“不合理使用致使租赁物损失”和第714条规定的“未妥善保管租赁物致使租赁物毁损、灭失”的问题发生。

二、出租人维修义务的发生条件

在没有例外约定的情形，出租人负担维修义务。不过，此种维修义务并不是没有边界的，其发生需要满足以下条件。

第一，租赁物的待修缺陷系承租人在合理使用租赁物过程中出现

的，或者是在租赁物交付前就已经存在的瑕疵。通常来说，需要出租人处理的待修缺陷是在租赁物租用过程中出现的瑕疵；但如果缺陷是租赁物交付之前就存在的，出租人对租赁物负有物理意义上的瑕疵担保义务，包括通过维修消除瑕疵的义务。^[135]因承租人的合理使用行为造成的待修缺陷，出租人有及时维修的义务。就租用过程中产生的瑕疵而言，以承租人对租赁物的合理使用行为^[136]为限。如果是因为承租人不合理使用行为造成租赁物损失的，依据《民法典》第713条第2款的规定，出租人不承担维修义务。不过，如果待修缺陷是因为不可归因于承租人的第三人的侵权行为所引起的，出租人仍然负有维修义务。这也是出租人瑕疵担保义务的具体体现。比较法上也有法律明确规定了这一点。^[137]

第二，出租人有义务维修的缺陷是影响租用用途之实现的缺陷。一方面，在租用过程中，租赁物发生自然损耗（特别是磨损）属于正常的现象。只要此种损耗并不影响承租人正常使用租赁物，不影响租赁用途的实现，承租人就没有权利要求出租人维修。例如，租赁车辆的车身在夜间被人刮蹭，但无法找到刮蹭原因，如果刮蹭伤痕与安全驾驶毫无关系，则承租人无权要求出租人维修。另一方面，即便租赁物的缺陷是功能性的，但如果该缺陷所影响的功能与承租人的租用用途无关，那么是否维修也应当由出租人自主决定。

另值得注意的是，如果租赁物自身的耐用性不强，则存在随着使用时间的推移而自然发生灵活性下降等问题。即便是出租人自己使用该租赁物，通常也会将此种功能弱化视为物品使用过程中的正常现象，而不会甚至也没有办法采取维修措施。例如，租用电动车的续航能力降低，但尚未达到需要更换电池的程度；租用车辆的刹车的灵活度随着时间推移而降低；租用耕牛随着其年龄的增长而出现耕力衰减；等等。

第三，租赁物具有维修的可能性。租赁物维修的可能性，主要包括技术可能性和经济可能性两个方面（technically possible and economically feasible）。^[138]如果在技术上没有维修的可能，那么，承租人不能强求出租人维修，而只能请求出租人更换租赁物或者减免租金。或者虽然租赁物在技术上具有维修的可能性，但是，如果维修成本过高，也没有必要进行维修。这一点是《民法典》第580条第1款第2项规定的“履行费用过高”的具体体现。

问题在于，如何判断“维修成本过高”？能否以“维修价格超出了重置租赁物的市场价格”作为判断标准？笔者认为，在出租人可以向承租人更换新的租赁物的前提下，如果维修价格超出了重置租赁物的市场价格，那么，的确没有必要强求出租人维修租赁物。但是，在一些

情形，租赁物缺乏市场替代品，但其对承租人租赁目的的实现却至关重要。如果修复租赁物给承租人的租用事业带来的预期收益明显高于重置租赁物的市场成本，那么，出租人仍然负有维修义务。因为，一方面，保持租赁物处于适租状态，促进承租人合同目的的实现是出租人的主要合同义务；另一方面，这也是一种讲效率的做法，即“维修所获效果足以弥补修缮费用”^[139]。当然，对承租人的此种租用事业的预期收益的判断，应当以出租人在订立合同时的可预见能力为限，即《民法典》第584条所规定的可预见性规则。在此情形，出租人拒绝履行维修义务的，需要赔偿承租人租用事业的预期收益。

当然，如果维修成本过高，在技术上和经济上都不能要求实际履行的，承租人可以根据待修缺陷对其租赁用途的影响程度大小选择相应的救济措施，包括减少租金、解除合同以及承担违约责任，等等。

第四，承租人就待修缺陷的信息有效通知出租人。由于租赁物处于承租人的控制之下，出租人常常需要根据承租人的通知来判断是否以及如何维修租赁物。如果承租人并没有准确描述待修缺陷，以至于出租人认为无须维修的，则出租人的维修义务尚未发生。

三、出租人承担维修义务的例外情形

法律对出租人的维修义务的限定，不仅表现在前述限定条件，而且还存在以下几种例外情形。

1.法定例外情形。无论是在比较法上，还是在我国法律体系中，都存在将维修义务施加给承租人的法定例外情形。法定例外情形大致包括两类。第一类是关于重大修缮义务的法定例外。例如，我国《海商法》第147条规定：“在光船租赁期间，承租人负责船舶的保养、维修。”第二类是关于轻微修缮的例外。我国没有这方面的规定，但如后所述，比较法上不乏这方面的明确规定。之所以存在这些法定例外，是因为如此分配维修义务更经济。对于光船租赁等情形，租赁物不仅处于承租人控制之下，而且常常与出租人之间的物理距离远，由承租人负担维修义务更经济、更现实。对于轻微缺陷的修缮，由于不涉及前面谈到的维修投入方面的大额成本考虑，因而由承租人负担也更经济。

2.约定例外情形。如果当事人明确约定由承租人承担维修义务，当然应尊重当事人的合意。问题在于，此种约定可否是默示约定？对此，有观点认为，在租金相当低廉的情形，可以结合具体案情推定当事人之间存在关于修缮义务由承租人负责的约定。^[140]这种看法不无道理，但需要结合具体案情来判断。

3.酌定例外情形。如果严格从文义上讲，无论是大修还是小补，都应当由出租人负担维修义务。但如前所述，对于小修小补，如果不存在特别的技术或者经济要求的话，一般来说由承租人负担更经济。事实上，无论是在交易习惯中，还是在各类格式条款中，此类小修小补通常是由承租人来负担的，其在交易实践中通常被称作“保养义务”，区别于针对重大瑕疵的“修理义务”。例如，对于长租车辆而言，车辆保养义务一般是由承租人承担，租赁合同中一般都会有约定，因而关于保养义务的争议比较少。在实际操作中，在车辆回收的时候，出租人会做一次车辆的全面检测，如果不符合交接标准的，会在前期收取的押金里面扣掉一部分费用做维修保养。

在我国西南地区的房屋租赁实践中，存在“大修为主、小修为客”的习俗，或者说存在这方面的习惯法。^[141]在比较法上，也有法律作出这样的明确约定。例如，《法国民法典》第1754条明确列举了那些应当由承租人维修的不动产缺陷；学说上一般认为该规则也可对动产类推适用。^[142]《荷兰民法典》第7：217条就明确区分一般维修和小修，后者应当由承租人负担，除非有相反的合同约定。^[143]《瑞士债法》第259条也有类似规定。

对于小修小补，法官在审判实践中除了可以根据习惯法来确立维修负担分配规则之外，还有以下工具可以用来缓和本条的刚性：相对灵活地解释《民法典》第714条规定的承租人妥善保管义务，使其能够包容与租赁物的使用活动相伴随的维护成本（costs corresponding to the current use of the goods）或者说维护义务，例如厨房中抽油烟机堵塞后的维修（区别于电机失灵），热水器内的水垢清理（区别于电路损坏），机动车的加油加气、更换机油和轮胎修补（区别于发动机失灵），宠物租赁中的感冒就诊（区别于宠物手术）。

第七百一十三条

承租人在租赁物需要维修时可以请求出租人在合理期限内维修。出租人未履行维修义务的，承租人可以自行维修，维修费用由出租人负担。因维修租赁物影响承租人使用的，应当相应减少租金或者延长租期。

因承租人的过错致使租赁物需要维修的，出租人不承担前款规定的维修义务。

本条主旨

本条是关于租赁物维修义务的补充性规定。

理解与适用

本条第1款就承租人请求出租人履行维修义务的方式做了规定，第2款明确了承租人不享有此种请求权的例外事由。

一、承租人自行维修的条件

在出租人负有维修义务的情形，承租人有权请求出租人在合理期限内履行维修义务。在两种条件下，承租人可以自行维修：一是出租人接到承租人请求后拒绝履行维修义务或者未能在合理期限内履行维修义务的，承租人可以自行维修。二是在紧急情况下，租赁物需要及时维修，承租人来不及请求出租人维修或者出租人无法紧急处置的，承租人也可以自行维修。在这两种情形下，承租人自行维修，有助于保持租赁物的适租性，实现租赁合同的目的。不过，在这两种情形，承租人负有证明“出租人拒绝或者怠于在合理期限内维修”或者“发生紧急情况需要及时维修”等事实的义务，否则可能在请求出租人支付维修费用时存在诉讼障碍。^[144]

但问题在于，承租人能否在请求出租人履行维修义务之前自行维修，即自己直接购买材料或者委托第三人对租赁物进行维修，然后请求出租人支付维修费用？

在比较法上的一些法域（如英国），承租人不能轻易决定维修商，不能擅自将租赁物交付给第三人维修，除非租赁合同如此约定。^[145]这种规则是有道理的，因为，一方面，通常来说出租人更了解租赁物的性状，能够更好地评估维修投入的额度和必要性。毕竟，租赁物在租期届满之后需要返还给出租人；维修投入的利益除了满足承租人的租用用途之外，剩余经济价值归属于出租人自身。另一方面，在涉及租赁物维修服务提供者的专业性和维修品质的问题上，出租人也有重大利益。例如，租赁设备的零部件损坏，是到专修店铺更换品牌原装配件，还是到普通维修商处更换通用配件，不仅涉及租赁物待修部位的品质问题，而且还可能对整个租赁物的耐用性产生影响（例如，机动车轮胎的型号和品质对车辆的减震系统有重要影响；轴承对设备的运行稳定性和寿命有重要影响；挡风玻璃对车内皮具的抗衰老性也有明显作用）。因此，除面临紧急情况外，承租人不得在请求出租人履行维修义务之前主动维修。

承租人自行维修的，只能就必要的维修费用请求出租人返还不当

得利，并不一定能够要求出租人返还非必要的维修费用。但是，如果承租人的维修品质明显不符合出租人的维修计划和品质要求的，出租人有权拒绝支付相应的维修费用。

二、承租人自行维修后的费用负担

承租人在自行维修之后，可以请求出租人负担维修费用，也可以抵扣应当支付给出租人的租金。如前所述，法律上之所以不应当支持承租人直接自行维修，其中一个主要考虑就是维修成本是否符合出租人的租赁物修缮计划。因此，承租人可以请求返还的维修费用，应当限于与租赁物的待修缺陷相应的修缮成本支出，包括自行维修所需的材料费和劳务费，或者委托第三人维修时向第三人支付的维修费用。如果维修费用明显超出修缮待修缺陷的必要，出租人可以拒绝支付额外的费用。

三、维修期间的租用损失

无论是出租人维修，还是承租自行维修，都可能在不同程度上影响承租人对租赁物的占有和使用，包括一段时间内部分不能使用或者完全不能使用。这直接减损了承租人的租用利益的实现。因此，本条规定，承租人可以根据租赁活动对租赁物使用利益的影响程度，相应地主张“减少租金或者延长租期”。例如，在房屋租赁合同中，房屋卫生间的天花板的水泥砂浆发生脱落。从脱落发生之日起，至修理完成之日，历时20天。无论是在等待维修期间，还是在维修执行期间，虽然承租人可以继续使用房屋，但是在使用的便利性上的确会受到一定的影响。对此，法院酌情判决减少支付这期间的部分租金或者适度延长租期是合适的。^[146]

另值得注意的是，根据本条规定，在出租人未能依法履行维修义务的场所，承租人“可以”自行维修，也可以选择不维修，并根据待修缺陷对其造成的影响请求减少或者免除租金。例如，承租人租赁房屋的用途是从事服装加工活动，由于租用房屋的部分地方从交付之日起就存在漏水现象，且一直未能彻底修复，承租人的服装加工活动对场所和设备的整洁性要求高，此种租赁物缺陷将直接影响到大型印花设备的布置和运转。因此，承租人可以基于其从事的租赁使用活动的特殊性，结合投资及生产规模、从业人数、经营成本、租赁期限和房屋漏水可能造成影响的程度等因素，请求减少整个承租期间的房租。^[147]

但是，一方面，承租人选择不维修，部分或者完全停止租用活动的，除了请求相应地减免租金之外，一般来说不能就明知出租人不维

修后的停产停业损失请求出租人赔偿。^[148]因为，依据《民法典》第591条之规定，承租人此时有采取适当措施（如自行维修）防止损失扩大的义务。因未采取措施导致损失扩大的，属于承租人自己的责任。另一方面，如果租赁物的缺陷给承租人的人身或者财产安全造成持续性的侵害的，承租人也有义务通过自行修缮或者转移至安全地方等方式及时止损，否则不能就损失扩大的部分请求出租人赔偿。^[149]

四、待修缺陷的发生原因与维修义务的分配

在1999年《合同法》第221条的基础上，本条增加了规定作为第2款，即“因承租人的过错致使租赁物需要维修的，出租人不承担前款规定的维修义务”。该规定在一定程度上对维修义务的分配采取了过错分配原则，即因承租人自身过错造成的待修缺陷，应当由承租人自己负担维修义务。

不过，在该规定之前，学理上和实务中对此存在争议。有的观点主张，承租人在待修缺陷发生上的过错，只应当影响维修费用的负担，但不应当影响维修义务的分配。也就是说，即便承租人对缺陷的发生有过错，出租人仍然有维修义务，只不过，承租人需要支付维修费用。因为维修义务和费用赔偿义务是两种不同性质的义务。^[150]特别是，《合同法》第221条并未明确规定这一点，出租人没有拒绝履行维修义务的法律依据。^[151]相反的观点则认为，出租人有权拒绝此种情形下的修缮要求。因为，一方面，由承租人负担维修义务，有助于省去承租人在出租人履行维修义务后再赔偿维修费的复杂过程；另一方面，这有助于防止来自承租人的道德风险。^[152]在比较法上，在承租人因为过错导致待修缺陷的情形，排除出租人的维修义务的确是比較常见的做法。^[153]

笔者认为，这两种方案在实质效果上的差异并不大。采用第一种方案，即出租人仍然要负担维修义务（但可以请求赔偿维修费用）。如果是小修小补，通常因为争议标的价值不大，不会发生大的争议；如果是比较严重的损毁，出租人可以选择履行维修义务之后要求赔偿费用，但也可以主张解除租赁合同并要求赔偿损失。至于道德风险，在持续性租赁合同中并不明显。承租人并不会故意或者容忍损害的反复发生，毕竟其要赔偿费用；如果拒绝向出租人支付维修费用，出租人可能会解除合同来获得救济。采用第二种方案，如果承租人主动向出租人支付维修费用或者作出相应可信赖承诺的，出租人也很可能愿意提供维修服务。因此，问题的关键在于：法律明确承租人需要最终支付因为其过错引发的维修成本。至于由哪一方承担维修义务，在对交易关系的实质性影响上并不明显。关键在于，法律要就维修义务作出明确分配，避免因规则不明确引发的争端成本。当然，从朴素的

法情感层面考虑，此时豁免出租人的维修义务，的确是有道理的。

第七百一十四条

承租人应当妥善保管租赁物，因保管不善造成租赁物毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。

本条主旨

本条是关于承租人的妥善保管义务的规定。

理解与适用

除了交付租赁物的义务之外，出租人在整个租赁期限内都负有维修义务。类似的，除了支付租金的义务之外，承租人在整个租赁期限内负有妥善保管义务。而且，此类保管义务通常不宜通过合同约定来分配给出租人负担。毕竟，在租赁期限内，租赁物通常处于承租人的控制之下。承租人妥善保管租赁物，不仅有利于维持租赁物的适租性，而且有助于维持租赁物的经济价值，保护出租人对租赁物的财产权益。

一、需要保管的事项

法律之所以要求承租人在租赁期限内采取妥善的保管措施（reasonable measures of preservation），主要是为了维持租赁物的正常物理状态和工作性能，避免租赁物因为脱离出租人的控制而出现不合理的损耗。这与《民法典》第710条要求承租人按照约定或者根据租赁物的性质使用租赁物，以避免租赁物的不合理损耗的道理相当。

承租人对租赁物进行保管的目标，主要是防止租赁物因合理使用行为之外的其他原因造成的物理性损坏或者经济性贬值。从这一点出发，我们可以从两个方面来理解承租人需要保管的事项。

一方面，承租人应采取的措施是保持出租物的正常物理状态和工作性能所必需的措施。在没有明确约定的情况下，承租人并不负有对租赁物进行升级和更新的义务。同时，因租赁物损坏而必须进行的修理不是维护租赁物的正常标准和功能所必需的措施。^[154]

另一方面，承租人有义务妥善保管的事项并不限于租赁物的物理状态，还包括法律状态。如果承租人因为怠于采取必要的措施，致使租赁物丧失法律上的资质并因此发生经济贬值时，承租人也需承担赔偿责任。在前述第707条释评中评述过的加油站资产租赁合同案件中，出租人按照约定交付了加油站的房屋、加油设施、办公设备及各种证照，并将成品油经营许可证、危险化学品经营许可证等证照更换至承租人名下。承租人按照约定支付了租金，但一直未经营，亦未合理维护加油站，且申请注销了经营加油站必需的危险化学品经营许可证，未积极年检换证导致成品油零售经营批准证书已超期不能使用。在本案中，租赁物不仅是加油站的物理场所和设施，还包括法律意义上的危险化学品经营许可证、成品油零售经营批准证书。这些证照的丧失将导致加油站失去经营资质和应有的经济价值。^[155]特别是，在相关证照已经变更到承租人名下的情况下，承租人不仅应当知道不依法办理相应证照手续的法律风险，而且其也是去办理相应证照的最合适主体。承租人怠于办理的，需要就此造成的损失承担赔偿责任。

二、妥善保管的判断因素

本条要求承租人尽到“妥善保管”义务，也就是采取了过错责任原则。问题是，法律上应当采用何种标准来判断保管措施是否“妥善”或者说是否对租赁物的毁损、灭失存在过错？到底是从主观层面还是从客观层面来判断保管措施的“妥善性”，本条的规定用语模糊。^[156]在学理上，主观判断标准说、客观判断标准说甚至严格责任说皆有之。^[157]

笔者认为，采用主观标准去判断承租人是否尽到妥善保管义务更合适，因为，对于承租人无法控制的自然原因或者第三人原因造成的租赁物损失，也要求承租人去防患，未免强人所难。即便是租赁物在出租人自己的控制之下，也很可能无法防止此种外来原因的损害。在比较法上，《意大利民法典》第1587条规定：“承租人应当接受交付的租赁物，并在实施契约确定的用途或者根据情况得实施推定用途时要奉行善良家父般的勤谨注意”。这也就是学理上所谓的“善良管理人标准”^[158]。

根据这一主观判断标准，承租人需要尽到善良管理人的注意水平，也就是不低于出租人自己控制时通常会对租赁物采取的保管措施。其背后的道理在于：一方面，因为租赁物脱离了出租人的控制，出租人不可能采取保管措施；另一方面，法律向承租人课加“妥善保管义务”，就是为了借此达到与由出租人自己保管一样的效果。就如在前述加油站资产租赁合同案中，如果加油站是承租人自己所有的，按照常理，承租人应当会积极主动地办理相关经营证照的更新和报

批，避免因为法律资质的失效而使加油站遭受经济的贬值。

当然，关于保管措施的“妥善性”的判断，还需要具体到租赁场景，结合租赁物的性质、租赁期限的长短、租赁物保管的专业性要求等因素来判断。^[159]（1）关于租赁物的性质，例如，承租人租赁机械设备用于露天作业的，如果机械设备的外壳不具备防水性能，那么，承租人有必要在下雨天加盖必要的防水材料，避免因为设备渗水导致设备的零部件损毁。特别是，对于日常的阴雨天气，承租人在主观上能够根据气象局公布的天气预报合理预见，若因为疏忽未注意或者怠于采取防水措施致使设备损坏的，应当构成“保管不善”。如果机械设备的损毁经检测系因长期浸泡在水中导致的，那么，承租人需要为不善的保管行为承担赔偿责任。^[160]（2）关于租赁期限，例如，法律不能要求机动车的短期承租人去关注车辆发动机内的机油是否需要更新；但对长期承租人提出此种要求是妥当的。（3）在一些情形，基于租赁物保管技术的专业性，承租人可能缺乏相应的保管知识。此时，承租人有必要在采取保管措施之前咨询出租人的意见，以确保所采取的保管措施符合租赁物的性质。^[161]

三、自然原因或第三人原因致损时的承租人保管义务

租赁物因为不可抗力被毁损的，出租人不能主张承租人未尽妥善保管义务。但是，承租人有积极向出租人报告，以便出租人及时采取保护性措施的义务；或者在积极情况下，可以通过采取合理的保护措施来减损自然原因的损害效果的，承租人有义务积极采取合理的措施，防止损害进一步扩大。这也是善良管理人标准的体现，因为出租人在此情景也会积极采取保护措施。

在第三人侵害租赁物的情形，至少可以区分为四种情形分别判断^[162]：（1）如果是与承租人并无关联之人，则前述针对自然原因的规则同样适用，承租人负有及时报告和采取必要止损措施的保管义务。例如，侵权行为人基于对出租人的怨恨故意毁坏租赁物的，不宜让承租人为此负责。（2）在承租人未经出租人允许转租给第三人的情形，应当理解为在承租人的控制范围内；承租人需要对转租期间的保管不善承担赔偿责任。（3）在承租人经出租人允许向第三人转租时，如果出租人并未指定次承租人，则承租人需要对次承租人的选任承担责任。例如，选择了缺乏租用资格的承租人（如次承租人没有驾驶证），则承租人构成保管不善。（4）如果出租人同意向特定次承租人转租的，则承租人仍然需要为次承租人的保管不善承担赔偿责任。这主要是因为出租人与次承租人之间并无合同关系。对此，《民法典》第716条作了明确规定。

第七百一十五条

承租人经出租人同意，可以对租赁物进行改善或者增设他物。

承租人未经出租人同意，对租赁物进行改善或者增设他物的，出租人可以请求承租人恢复原状或者赔偿损失。

本条主旨

本条是关于租赁物之改善或者增设物的处理规则的规定。

相关条文

《民法典》第322条 因加工、附合、混合而产生的物的归属，有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，依照法律规定；法律没有规定的，按照充分发挥物的效用以及保护无过错当事人的原则确定。因一方当事人的过错或者确定物的归属造成另一方当事人损害的，应当给予赔偿或者补偿。

《房屋租赁司法解释》第9条 承租人经出租人同意装饰装修，租赁合同无效时，未形成附合的装饰装修物，出租人同意利用的，可折价归出租人所有；不同意利用的，可由承租人拆除。因拆除造成房屋毁损的，承租人应当恢复原状。

已形成附合的装饰装修物，出租人同意利用的，可折价归出租人所有；不同意利用的，由双方各自按照导致合同无效的过错分担现值损失。

第10条 承租人经出租人同意装饰装修，租赁期间届满或者合同解除时，除当事人另有约定外，未形成附合的装饰装修物，可由承租人拆除。因拆除造成房屋毁损的，承租人应当恢复原状。

第11条 承租人经出租人同意装饰装修，合同解除时，双方对已形成附合的装饰装修物的处理没有约定的，人民法院按照下列情形分别处理：

（一）因出租人违约导致合同解除，承租人请求出租人赔偿剩余租赁期内装饰装修残值损失的，应予支持；

（二）因承租人违约导致合同解除，承租人请求出租人赔偿剩余

租赁期内装饰装修残值损失的，不予支持。但出租人同意利用的，应在利用价值范围内予以适当补偿；

（三）因双方违约导致合同解除，剩余租赁期内的装饰装修残值损失，由双方根据各自的过错承担相应的责任；

（四）因不可归责于双方的事由导致合同解除的，剩余租赁期内的装饰装修残值损失，由双方按照公平原则分担。法律另有规定的，适用其规定。

第12条 承租人经出租人同意装饰装修，租赁期间届满时，承租人请求出租人补偿附合装饰装修费用的，不予支持。但当事人另有约定的除外。

第13条 承租人未经出租人同意装饰装修或者扩建发生的费用，由承租人负担。出租人请求承租人恢复原状或者赔偿损失的，人民法院应予支持。

第14条 承租人经出租人同意扩建，但双方对扩建费用的处理没有约定的，人民法院按照下列情形分别处理：

（一）办理合法建设手续的，扩建造价费用由出租人负担；

（二）未办理合法建设手续的，扩建造价费用由双方按照过错分担。

理解与适用

一、租赁物上的添附物的权属确定准则

在不少租赁合同中（特别是在长期房屋租赁合同中，无论出租人交付的是毛坯房还是装修房），承租人都可能基于自身的租用用途需要，对租赁物进行改善或者增设他物。从对租赁物的改变方式来看，“对租赁物进行改善”与“在租赁物上增设他物”是两种不同的活动。

对租赁物进行改善，一般并不改变租赁物的内部结构和外观形状，而是对租赁物的组成部分或者组织结构进行改良升级。例如，将租赁汽车的老式化油器更换为电喷化油器，提升燃油装置的动力性能和环保指数；将租赁汽车的轮胎更换为防滑性能更佳的高品质轮胎；将租赁汽车的挡风玻璃更换为防紫外线能力更强的玻璃；将计算机设

备的内存条更换为储存和运行性能更高的规格或者品牌；将租赁房屋内部的壁暖更换为散热性能更优的材质；等等。而在租赁物上增设他物，在学理上一般也被称作“添附”，即在租赁物的原有组成部分或者组织结构上增添额外部分或者组织结构的活动。^[163]例如，在租赁汽车内加装防雾霾空气过滤装置、桌椅皮套等，在房间内安装空调管道、照明设施等家电装置，对房屋进行装饰装修或者改建扩建等。

在一个宽泛的意义上，笔者将在本条的释评中将前述两类改变方式统称为“添附”；“添附性能”在广义上也可以理解为一种“添附物”，在效果上都是对租赁物的增值性改变。如此处理，不仅仅是为了行文便利，而且是因为两类改变租赁物的活动具有共通性。特别是，当租赁关系终止时，如果当事人之间无法达成协议，租赁物上的添附部分（或者说升级的性能部分）的归属如何确定？以及，按照特定规则分割添附物（或者升级的性能），给租赁物造成损失的，如何在当事人之间分配？

这既是学理上长期讨论的学术问题，也是实践中常见的疑难问题。关于这一问题，我们可以从确定添附物权属所需重点考虑的因素出发，来进一步认识相关的具体规则。我国《民法典》第322条首次在法律层面比较系统地规定了添附物的权属确定规则。该条规定的是关于添附物归属的一般规则，包括但不限于添附于租赁物的场景。这一规定明确了“充分发挥物的效用”和“依过错确定归属和分配损失”这两大基本原则。而《民法典》第715条是关于租赁场景中的添附物归属的具体规定，其将“添附行为是否经出租人同意”规定为一项新的权属确定标准。而《房屋租赁合同司法解释》的第9～14条则进一步规定了“租赁合同是否有效”“添附物是否可以拆除”“附合物对出租人的经济价值”“当事人对租赁合同终止的过错”等多重因素，作为确定添附物之归属和因为分割添附物致使租赁物损失的重要因素。

综合考虑这些法律规范确立的因素，确定租赁物之上的添附物的归属或者分配因分割添附物所造成的损失，需要着重考虑如下因素，包括两项一般因素和五项具体因素。

1.一般因素之一：是否有助于充分发挥物的效用？只要添附物本身不危害人身财产安全，也不违反公序良俗，添附物就是有经济价值的存在财产，法律规则的设计应当充分考虑如何确定和分配该财产的权属才能够充分发挥添附物的经济效用。这也是民法之效率观念的基本要求。^[164]这具体表现为：添附物在经济上是否具有物理分割的可能性？如果分割添附物将造成不必要的经济损失，则原则上不宜进行物理分割。

2.一般因素之二：是否有助于公平分配添附增益或者损失？或者说，当事人对添付行为以及添附物分割所致损失是否存在过错？无论添附物是否具有物理分割的可行性，都存在公平分配问题。在不能物理分割的情形，需要重点考虑“添附物的残值对出租人是否具有经济价值”和“对出租人有经济价值时是否需要补偿承租人”这两个问题；在能够进行物理分割的情形，需要重点考虑因为物理分割行为给租赁物造成的损失应当如何分配。在回答这些公平分配问题时，一方面，需要考虑特定的归属确定方式是否给一方或双方当事人带来实实在在的好处或者损失；另一方面，需要考虑当事人对增益部分的贡献和对损失部分的过错。

下面将围绕若干具体考量因素来说明租赁物之上的添附物的归属或者分配因分割添附物所造成的损失分配规则。

二、租赁物上的添附物的可分割性

添附物的可分割性，对于确定添附物的归属至关重要。无论租赁合同的效力如何，也无论添附行为是否经过了出租人同意，更无须考虑租赁合同的终止原因，只要添附物在物理上和经济上具有分割的可行性，那么，将添附的部分从租赁物上予以分离拆除即可。在当事人没有特别约定的情况下，分割出来的添附物原则上应当归属于实施添附行为的承租人所有。

1.分割可行性

至于如何判断添附物的分割可行性，需要着重从物理和经济两个层面考虑：在物理层面，重点是分割行为是否会毁损添附物或者改变添附物的性质。例如，在承租房屋内安装的地砖、吊顶天花板、墙壁粉刷或者贴纸，在租赁商场内安装的空调管道、电路管线等，在车窗上加贴的防晒膜，在机械设备上焊接的加固层或者保护层，等等，进行物理分割毁损添附物或者改变添附物的性质的，则不具有可分割性。相反，在地面上铺设的地毯、房顶上增设的吊灯、墙壁上安装的画框、车内的座套等，则可以轻易拆除。在经济层面，如果对添附物进行分割需要花费巨大的成本，以至于超出了分割出来的物的经济价值的，则也应当认为不具有可分割性。例如，承租人在楼面上铺设的昂贵的大理石地砖，要想在不毁损地砖的前提下拆除，则需要支付高昂的成本。

概括来说，添附物与租赁物之间的黏合与固定化程度越高，予以分割的物理和经济可行性越低；反之，则越高。而在“性能添附”的情形，无论是物理上还是经济上，一般都不具备分割的可行性。^[165]因

为，性能添附通常是通过更换租赁物的零部件或者在租赁物的组织结构中融入新的材料来实现的。

2.可分割添附物的归属

对于具有分割可行性的添附物，由承租人拆除和所有，租赁物归还出租人。对此，《房屋租赁司法解释》第9条和第10条做了明确规定。不过，在不少情形，添附物的分割可能会给租赁物造成一定程度的毁损，那么，承租人在拆除添附物时，有义务将租赁物恢复原状。承租人不能或者不能完全恢复原状，或者拒绝恢复原状的，出租人可以请求承租人赔偿损失。虽然《民法典》第715条仅仅规定了“承租人未经出租人同意”，对租赁物进行改善或者增设他物的，出租人可以请求承租人恢复原状或者赔偿损失，但是，在“承租人经出租人同意”进行添附的情形，承租人对可分割的添附物进行分割时造成租赁物毁损的，也负有前述恢复原状的义务，并应在不能完全恢复原状时或者拒绝恢复原状时赔偿出租人的损失。这一规则的正当性在于，出租人同意承租人从事添附行为，主要是为了满足承租人的增值需求，但自己并没有收到拆除致损的交易对价。这也符合出租人在租赁关系结束时圆满回收租赁物的一般交易预期。

不过，有一种例外情形，即如果出租人同意的添附行为是违法的行为，那么，当分割添附物造成租赁物毁损的，出租人与承租人需要根据双方的过错程度来分担恢复原状的成本。例如，承租人经出租人同意对机动车进行违法改装或者拼装的，拆除改装或者拼装设备时给机动车造成的损失，需要由双方当事人分担。关于这一点，现行法律和司法解释并无直接的明确规定，但可以从《房屋租赁司法解释》第14条的规定理解如此处理因违法添附致损的一般分配原理。根据该条规定，“承租人经出租人同意扩建……未办理合法建设手续的，扩建造价费用由双方按照过错分担。”

3.不可分割添附物的归属

如果添附物不具有物理或者经济上的可分割性，或者说附合于租赁物之上，那么，只要添附于租赁物的部分不违法，原则上就应当维持租赁物的添附现状。在承租人向出租人归还租赁物时，添附物因为丧失独立性，而成为被添附的租赁物的一部分，归出租人所有。毕竟，租赁情形的添附物一般来说价值不会超过租赁物本身，几乎没有归添附人所有的可能性。

进一步的问题在于，出租人取得添附物的，是否需要向承租人支付对价？支付多少？这需要综合下述多重因素予以进一步评价。首先

需要考虑的是添附物对出租人是否具有经济价值。

三、添附行为是否经过出租人同意

1.出租人“同意”的判断

出租人依据本条请求承租人恢复租赁物的原状或者赔偿损失的一个前提是“未经其同意”。此处的“同意”除了明示的口头或者书面同意，是否还应当包括默示同意呢？笔者认为是可以的，但承租人需要为此提供充足的证据。例如，出租人在注意到承租人的装修行为之后，不仅没有提出相反意见，而且还继续收取房租，那么，应当认定构成对装修行为的默示同意。^[166]

2.添附行为未经出租人同意的处理规则

如果承租人的添附行为并未取得出租人的同意，那么，即便添附物已经附合于租赁物，原则上也应当尊重出租人自主决策，赋予出租人请求承租人恢复原状或者赔偿损失的权利。这也是为什么本条规定“承租人未经出租人同意，对租赁物进行改善或者增设他物的，出租人可以请求承租人恢复原状或者赔偿损失。”而且，《房屋租赁司法解释》第13条也进一步明确，“承租人未经出租人同意装饰装修或者扩建”的，“出租人请求承租人恢复原状或者赔偿损失的，人民法院应予支持。”

这主要是因为，附合于租赁物的添附物对出租人是否有经济价值，是一个较为主观的问题。特别是，“在房屋租赁合同中，出租人取得附合于房屋的装饰装修物所有权却并不一定都能获取利益。因为对租赁的房屋进行装饰装修，具有很强的主观性……当承租人的审美情趣、爱好及对房屋的用途与出租人不一致时，出租人不会因取得该装饰装修物而获取利益，有时反而可能成为一种损害”^[167]。在出租人希望恢复租赁物原状的情况下，如果法律不尊重出租人的此种请求，那么，就存在“强加偏好”的问题。法律更不得将已形成附合的装饰装修物折价归出租人所有，要求出租人返还不当得利，因为这实际上就构成了“强迫得利”^[168]。

即便是性能改善型添附行为，承租人的添附选择也有可能不符合出租人的利用偏好和利益取向。出租人有足够理由说明租赁物的性能改善不符合其偏好和利益的，法院也应当支持其恢复原状或者赔偿损失的请求。不过，在此情形，如果出租人请求恢复原状或者赔偿损失的主张严重背离生活常理，是比较明显的“敲竹杠”行为的，人民法院可以灵活处理。

可能有一种担忧会认为，出租人可能出于恶意要求承租人拆除原本对出租人有价值的添附物，不符合发挥物的效用的原则。笔者认为，这种担忧没有必要，因为，一方面，恶意要求承租人拆除对其本身并无好处，少有出租人会如此选择。另一方面，对租赁物进行改造，要尊重出租人的意见，这可以说是一种社会交往常识。承租人可以通过征得出租人同意来判断此种添附是否会违背出租人的偏好和利益。

进一步的问题是，如果出租人同意承租人在租赁物上添附不具有可分割性的物的，应当如何处理？为此，我们转入下一题，重点考虑添附物对出租人的经济价值。

四、添附物对（同意添附的）出租人的经济价值

出租人同意承租人的添附行为，且添附物已经附合于租赁物的，则出租人在租赁关系终止时不得请求承租人恢复原状或者赔偿损失，除非当事人之间有明确的约定。这是因为，出租人同意添附的，推定添附物符合出租人的利用偏好和利益，甚至会增进租赁物对出租人的经济价值。

但反过来的问题是：承租人可否请求出租人就添附物的残值予以补偿？对此，有必要结合以下因素来判断。

1. 租赁合同是否因为期限届满而自然终止？租赁合同因为租赁期限届满而自然终止的，承租人原则上不享有请求出租人补偿附合物残值的权利。因为，承租人在从事不可拆分的添附行为时，通常会根据其租赁期限内的租用用途来选择添附物的成本投入。添附物的投入和利用，一般与租赁期限的长短相当。也就是说，租赁期限正常届满的，推定承租人已经从添附物中取得了对等的租用利益，因此不能再向出租人主张。当然，如果当事人之间有特别合同约定的，依照约定处理。《房屋租赁司法解释》第12条确立的规则，也遵循了这样的原理。

值得注意的是，在不定期租赁情形，出租人可以随时要求解除合同。出租人解除合同的，也符合《房屋租赁司法解释》第12条规定的“租赁期间届满时，承租人请求出租人补偿附合装饰装修费用的，不予支持”。此时，承租人无权请求出租人补偿装饰装修费用等添附物的残值。^[169]

2. 出租人是否同意继续利用添附物？如果租赁合同无效或者在租期届满前被解除的，由于租期尚未完全经过，添附物尚有残余经济价

值。承租人请求出租人补偿添附物的残余价值的，首先需要考虑添附物对出租人是否具有可以利用的经济价值。如果出租人同意继续利用的，无论是这里讨论的附合物，还是之前讨论的可分割添附物；也无论是因为出租人过错，还是因为承租人过错导致合同被解除的^[170]，均可折价归出租人所有。值得注意的是，对于未形成附合的消防设施，虽然出租人不同意利用，同意承租人拆除，但是承租人并未拆除；如果出租人对此未做进一步处理并另行租赁给他人，并从中取得收益，那么，此时虽然不能简单地说出出租人默示同意继续利用，但可以认为出租人构成了不当得利，应作折价补偿承租人。^[171]

如果出租人不同意利用的，可分割添附物可以按照之前讨论的分割规则来处理。但问题在于，对于出租人不同意利用的附合物，应当如何处理添附物的残余价值？

租赁合同无效或者在租期届满前被解除的，出租人表示不同意利用已经附合于租赁物上的添附物的，有三种可能性：一是附合于租赁物的添附物对出租人真的缺乏经济利用价值；二是出租人暂时无法准确评估附合于租赁物的添附物对其是否有经济价值；三是对其有经济价值，但对外诈称没有经济价值，不同意利用。而从法官或者其他人的视角，不太容易去准确识别这三种可能的情形。特别是，如前所述，在房屋装饰装修等添附情形，由于个人偏好的特殊性，因而从外部人视角去识别这三种可能性更加困难。在此情形，法官除非有特别充分的证据^[172]，一般只能推定出租人关于“不愿意利用租赁物”的宣称是真实的，即添附物对出租人没有经济价值。

因此，问题转化为：出租人同意添附行为的，（1）租赁合同无效或者（2）在租期届满前被解除的，以及（3）改建扩建无法取得合法建设手续的，已经附合于租赁物的添附物对出租人没有经济价值，那么，添附物的残值损失^[173]应当在当事人之间如何分担？为了回答这一问题，我们有必要进一步重点考察：当事人对租赁合同的终止是否存在过错？为此，我们转入下一题。

五、当事人对租赁合同的无效或解除是否存在过错？

针对前述问题，添附物既不能拆除，也不能对保留添附物的出租人产生经济价值，那么，就需要根据当事人之间的过错来分担承租人的添附投入。概括来说，出租人与承租人之间存在四种可能情形：一是出租人对租赁合同无效或者在租期届满前被解除存有有过错；二是承租人有过错；三是双方皆有有过错；四是双方均无有过错。

1.出租人有过错

如果是因为出租人的过错导致合同被解除的，出租人应当向承租人赔偿剩余租赁期限内的添附物的残值。简单的道理在于，如果没有出租人的过错，承租人可以在剩余租期内持续利用添附物，从而实现其实施添附时设定未来的经济利用预期。在房屋租赁领域，典型的如《房屋租赁合同司法解释》第11条第1项规定的情形，即“因出租人违约导致合同解除，承租人请求出租人赔偿剩余租赁期内装饰装修残值损失的，应予支持”。

例如，在一起房屋租赁合同案件中，承租人在进行装修前已经就装修方案获得了出租人同意。但在承租人装修过程中，出租人以租赁房屋需要经过消防验收为理由，告知承租人无限期停止装修活动。承租人主张出租人构成违约，解除租赁合同，并得到了法院的支持。关于装修损失问题，涉案合同系因出租人违约而解除，所以，出租人应当根据承租人实际投入的装修物的实际价值赔偿承租人的装修损失。而关于尚未进场的木门、玻璃、木质地板等装修材料，法院根据物品的性质酌定由承租人寻求处置途径更能发挥其使用价值。但笔者认为，法院酌情判令出租人赔偿承租人另行处置的损失，是妥当的做法。^[174]

2. 承租人有过错

无论是租赁合同无效，还是租赁合同被解除，抑或改建扩建没有取得合法手续的，如果是因为承租人过错导致的，那么，承租人应当自行对添附物的投入损失负责。在房屋租赁领域，例如，《房屋租赁合同司法解释》第11条第2项规定的情形，即“因承租人违约导致合同解除，承租人请求出租人赔偿剩余租赁期内装饰装修残值损失的，不予支持”。例如，在一起商铺租赁合同纠纷中，出租人因为承租人未能依照约定缴纳电费的违约行为而解除合同；但是，承租人在租赁期间对商场内承租的商铺所做的固定装修，已经附合于商铺，不能拆除。承租人请求出租人支付剩余租赁期内装饰装修残值的损失，但出租人并未同意利用，因此法院对于承租人的残值返还请求不予支持。^[175]再如，在一起房屋租赁合同纠纷案件中，承租人对房屋进行扩建，既未经出租人同意，也未就涉扩建部分的建筑取得合法建设手续，出租人对扩建费用的发生并无过错，因此，扩建费用应当由承租人负担。或者说，承租人不得请求出租人返还不当得利。^[176]

3. 双方均有过错

根据前述逻辑，在双方对租赁合同无效或者被解除均有过错的情形，各方当事人需要分担与其过错程度相应的残值损失。在房屋租赁领域，关于租赁合同无效的情形，《房屋租赁合同司法解释》第9条做了

规定，即“承租人经出租人同意装饰装修，租赁合同无效时……已形成附合的装饰装修物，出租人……不同意利用的，由双方各自按照导致合同无效的过错分担现值损失。”关于租赁合同被解除的情形，《房屋租赁司法解释》第11条第3项规定，“因双方违约导致合同解除，剩余租赁期内的装饰装修残值损失，由双方根据各自的过错承担相应的责任。”关于出租人同意的扩建行为未办理合法建设手续的，《房屋租赁司法解释》第14条第2项规定，“扩建造价费用由双方按照过错分担”。

例如，在一起案件中，承租人在签订租赁合同之后对租赁房屋进行装修。其中一部分装修物已经形成房屋的附合物，无法拆除。但承租人在签订租赁合同时，明知涉案房屋未取得“建设工程规划许可证”，明知其无权属证明和合法的报建手续，仍然与出租方签订并履行租赁合同，因此，双方当事人对于租赁合同被认定为无效以及因此发生的损失均存在过错。对于已形成附合的装修部分，出租人不同意利用，由双方各自按照导致合同无效的过错分担现值损失，如各自承担因合同无效造成损失的50%的民事责任。^[177]

值得注意的是，在一些案件中，承租人的添附行为包括了前述多种不同的类型，需要区分处理。例如，出租人将一宗含有房屋建筑面积 311m^2 、庭院面积 840m^2 、外围场地面积约7.5亩的不动产全部租赁给承租人经营。承租人和出租人默许的次承租人对租赁房屋进行了装饰装修，在院内挖掘了一口深水井，并投资PVC管和电线接通了水管和照明，且在院内外栽植了树木和花卉，硬化了地面，并于院外建设厕所一处。租期届满后，承租人交付了租赁物，但要求出租人支付各项添附的成本。本案中，人民法院依据《房屋租赁司法解释》第14条第2项判定：“租赁期间承租人修建扩建和栽植树木，出租人并未反对，被法院认定为许可和默认，其产生的损失，应根据各自过错或财产性质承担”，即判令出租人向承租人补偿“建筑物和构筑物损失28 447.56元、树木和苗木损失11 896元、台阶大门修缮和水管电线铺设费用1 905.04元”^[178]。

但是，这一判决并未将前述诸多添附物区分为“需要办理合法建设手续的扩建”“无需办理建设手续的扩建”和“普通种植和装修行为”。对于需要办理合法建设手续但并未办理的扩建建筑物和构筑物，的确应当按照《房屋租赁司法解释》第14条第2项的规定，由双方根据过错分担。但对于“无需办理建设手续的扩建”和“普通种植和装修行为”，因为租期届满才终止合同，则推定承租人在租期内已经在添附物上实现了其租用利益，应当适用《房屋租赁司法解释》第12条的规定，即承租人不得请求出租人补偿添附物的残值损失。不过，其中涉

及的树木和苗木，如果出租人不要求承租人挖走的，应当推定对其具有经济价值，应当补偿承租人。

4.双方均无过错

《房屋租赁司法解释》第11条第4项规定，承租人经出租人同意装饰装修，合同解除时，因不可归责于双方的事由导致合同解除的，剩余租赁期内的装饰装修残值损失，由双方按照公平原则分担。例如，承租房屋合同因为政府的征收拆迁活动而被当事人解除的，关于承租人的装饰装修残值，因双方均无过错，人民法院根据公平原则判令出租人承担50%的残值损失是合理的做法。^[179]

第七百一十六条

承租人经出租人同意，可以将租赁物转租给第三人。承租人转租的，承租人与出租人之间的租赁合同继续有效；第三人造成租赁物损失的，承租人应当赔偿损失。

承租人未经出租人同意转租的，出租人可以解除合同。

本条主旨

本条是关于承租人对租赁物予以转租的规定。

相关条文

《商品房屋租赁管理办法》第11条 承租人转租房屋的，应当经出租人书面同意。

承租人未经出租人书面同意转租的，出租人可以解除租赁合同，收回房屋并要求承租人赔偿损失。

理解与适用

如同商品本身需要在市场流通中产生更大的经济价值一样，承租人对租赁物的租用机会也可以被理解为一种广义上的商品。在不少场景下，承租人有将其流通到第三人处的经济需求，如承租人因租用途发生变化而不再需要租赁物、因找到更好的替代品而希望转租、因

第三人愿意支付更高的租金而转租牟利，等等。但由于承租人享有的关于租赁物的使用权能不仅有期限限制，而且还涉及出租人的利益保护问题，因而，大量法域对转租行为都有限制，特别是要求取得出租人的同意。^[180]我们下面以“如何理解‘转租’”“经出租人同意的转租”和“未经出租人同意的转租”三个问题，分别讨论涉及的合同关系和法律效果。

一、如何理解“转租”

所谓转租，是指出租人与第三人订立租赁合同，将租赁物全部或者部分提供给第三人使用，以从第三人处取得租金的合同交易形式。^[181]此处的第三人即为“次承租人”。

1. 转租中的合同关系。在转租之后，承租人并不会脱离与出租人之间的既有租赁关系，且出租人也不会与第三人之间建立一个新的租赁关系。但是，承租人因为将租赁物部分或者全部出租给次承租人，而与次承租人之间形成一个新的租赁合同关系。也就是说，转租发生之后，次承租人从承租人处取得对租赁物的占有和利用的权利。三方当事人之间形成了两个相互关联的合同关系，即原租赁合同关系和转租合同关系。虽然转租不会使新的当事人进入出租人与承租人之间的合同关系，但其却会受到原租赁合同关系的影响。^[182]典型的，例如，出租人是否同意转租，对次承租人之租赁权的行使有着至关重要的影响。

2. 转租与租赁权之转让、租赁让与之区别。^[183]如果承租人依据《民法典》第545条规定的债权让与规则，只是把租赁合同中享有的对出租人的租赁债权（占有、使用租赁物，请求维修租赁物，优先购买权等）转让给第三人，则承租人并未退出出租人与第三人之租赁关系，只是将租赁债权转让给了第三人而已。不过，由于租赁关系的建立常常蕴含着出租人对承租人的品质信赖问题（即承租人是否会合理使用和保管租赁物），所以，租赁债权在性质上很可能构成《民法典》第545条第1款规定的例外情形，即“根据债权性质不得转让”的债权。当然，当事人之间另有约定的除外。

在另外的情形，如果出租人、承租人与第三人达成合意，或由承租人与第三人达成合意后取得出租人同意或者追认，由第三人概括承受承租人的地位的，则承租人完全退出租赁关系，第三人与出租人之间继续履行原来的租赁合同关系。这也不构成转租。

3. 转租与将租赁物用于与第三人的合作经营。如果承租人将租赁物用于与第三人合作从事特定的经济活动，且不违反约定的租赁物使

用方式的，是否构成转租呢？例如，2007年6月，出租人将位于海南省三亚市的一间商铺出租给承租人经营西餐厅。租赁合同约定，如需转租，必须取得出租人的同意。2012年上半年，出租人发现涉案房屋已经由第三人用于经营中餐厅。出租人认为承租人私自将房屋转租给第三人，违反了《合同法》第224条的规定和双方合同的约定，起诉请求法院判决解除双方签订的租赁合同。但承租人辩称其并未转租房屋，而是与第三人签订了《餐厅合作协议》，以承租的房屋作为合作条件与第三人合作，按合同约定承担风险与收益，不是转租。

对此，海南省高级人民法院判决认为，以承租的房屋作为合作条件与他人合作是否构成转租，取决于两个条件：一是在形式上，合同的权利义务相对人是否变更；二是在结果上，是否侵犯了出租人对租赁物的收益权与处分权，是否增加了出租人要求返还租赁物的困难并造成出租物的毁损。^[184]这一判决是有道理的，对于以承租的房屋作为合作条件与他人合作，不能一概而论。关键是要判断这一合作是否违背了租赁合同中约定的租赁物使用方式，以及是否因为此种合作损害出租人的租金收取和租赁物保护利益。

二、经出租人同意的转租

经出租人同意的转租有三种形态：一是在订立租赁合同时明确赋予承租人转租权；二是在租赁期限内同意承租人的转租请求或者行为；三是被法律推定同意转租，即《民法典》第718条规定的情形。前两种是约定同意转租，第三种是法律推定的同意转租，即“出租人知道或者应当知道承租人转租，但是在六个月内未提出异议的，视为出租人同意转租。”

另外，虽然《商品房屋租赁管理办法》第11条要求“承租人转租房屋的，应当经出租人书面同意”，但将这里的书面形式要求理解为倡导性规范更为合适。只要当事人能够提供关于“同意转租”的证据，没有必要强求书面形式。如前面的相关条文所释评的，这一要求主要是基于行政管理上的信息搜集需要，但不应作为判断合同效力的依据。

1. 原租赁合同关系维持

出租人同意转租的，虽然在原来的租赁关系基础之上新增了一个租赁合同关系，但原租赁合同关系并不因为转租而受到影响。也就是说，出租人仍然负有对租赁物的维修义务等瑕疵担保义务，承租人仍然负有向出租人支付租金的义务、对租赁物进行妥善保管的义务等。至于承租人与次承租人之间，由哪一方来实际实施保养活动，属于二

者之间的内部约定，不影响承租人对出租人的义务。这也是为什么本条规定“承租人经出租人同意，可以将租赁物转租给第三人……第三人造成租赁物损失的，承租人应当赔偿损失”。承租人不得以已经转租给第三人为由，拒绝履行对出租人的约定和法定义务。承租人向出租人赔偿以后，可以基于转租合同向次承租人追偿。

即便转租后约定由次承租人向出租人支付租金，但“出租人与承租人之间的租赁合同继续有效，且处于履行状态，合同项下的租金给付之债仍然存续。转租后次承租人支付租金的行为应视为合同当事人以外的第三人向债权人履行债务的行为。”^[185]因此，当次承租人无法有效履行承租人对出租人的租金支付义务时，出租人仍然可以要求承租人支付租金。

2. 次承租人可以代替承租人向出租人履行

虽然次承租人与出租人之间没有直接的合同法律关系，但是，由于出租人同意转租，所以，次承租人对占有和使用租赁物有合理的利益预期。在承租人违约，无法按期向出租人支付租金时，次承租人可以依据《民法典》第719条的规定直接向出租人支付租金，且出租人不得拒绝受领。因为，承租人是否向出租人履行债务，对次承租人有直接的利害关系。^[186]下文中对《民法典》第719条的释评将进一步分析这一点。

3. 转租合同依存于出租合同

转租合同的存续，是以承租人享有租赁权为基础条件的。如果租赁合同在转租合同约定的转租期限届满之前终止的（如合同解除），则承租人就不再享有可以向次承租人转租的租用利益。那么，承租人与次承租人之间的租赁关系也随之终止。^[187]次承租人并不能以“出租人同意转租”为由拒绝归还租赁物。

三、未经出租人同意的转租

承租人未经出租人同意转租的，主要涉及以下问题。

1. 转租合同的效力

对此，学理上有观点认为，未经出租人同意的转租合同无效。因为，“出租人作为所有权人，有权决定租赁物的转租，如果转租未经其同意就可以生效，则属于对其所有权的侵犯”，且“如果允许擅自转租，也不利于社会管理。例如，次承租人违法擅自改装改建，或者利用房屋从事违法活动，允许承租人擅自转租，可能难以有效控制和管

理此类活动。”^[188]实践中，也有不少类似的判决，认为此种转租合同无效。^[189]

承租人的转租行为与无权处分人向他人出卖所有权人的财产的行为高度相似；买卖合同中关于无权处分人与相对人之间的合同效力的规则在这里同样适用。《买卖合同司法解释》第3条规定：“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。”

同样的道理，未经出租人同意的转租合同在承租人与次承租人之间应当是有效的，次承租人可以请求承租人履行合同或者在履行不能时承担违约责任。但是，次承租人对承租人的债权只是相对于承租人而言的，对出租人没有约束力。出租人没有同意转租，可以拒绝将租赁物交付给次承租人；在次承租人已经实际占有租赁物的场合，出租人可以解除其与承租人之间的合同关系，并要求返还租赁物。

类似的道理，《民法典》第717条规定的“转租期限超过承租人剩余租赁期限的”，超过部分的转租合同仍然有效，但对出租人不具有法律约束力。^[190]

2. 出租人解除合同的条件

根据本条规定，“承租人未经出租人同意转租的，出租人可以解除合同。”但值得注意的是，只有承租人的转租行为严重到《民法典》第563条第1款第4项规定的“其他违约行为致使不能实现合同目的”的程度，出租人才可以行使解除权。如果承租人只是签订了转租合同但并未交付，或者转租被发现后及时改正且并未造成租赁物损害的，原则上不宜支持出租人的解除主张。

在类似的案例中，夫妻之间签订《夫妻婚前财产约定书》，约定属于夫妻一方婚前财产的住房一套，在其死亡后由另一方居住，但另一方只有居住的权利，不得转让、转借、租赁和出售。一方死亡后，另一方就该房屋与他人签订租赁合同。^[191]对于此种情形，如果另一方及时改正，从承租人处收回房屋的，死者的继承人不得主张解除合同。除非，另一方屡教不改，多次出租，无法得到居住权设立人（及其继承人）的信任。当然，对于另一方享有的对承租人的租金请求权，可以借鉴《德国民法典》第285条规定的代偿请求权制度^[192]，由继承人请求直接向其支付。我国《民法典》并未直接规定这样的制度，但是，如果法官在价值取向上认为应当防止另一方因违约出租获利，也可以考虑通过意思表示的解释来提供合同依据。

在意思表示解释层面，实际上，如果居住权设立人（一方）与居住权人（另一方）在设立居住权时就这一问题进行正式谈判，那么，根据一般的生活经验，谈判的结果很可能是：如果未经继承人同意对外出租的，需要将租金支付给继承人。道理很简单，居住权设立人之所以设立居住权，是希望给其提供一个生活上的帮助，而不是对外出租。如果居住权设立人知晓居住权人会对外出租牟利，居住权设立人很可能就不为其设立居住权。通过此种解释来填补《夫妻婚前财产约定书》的不完全性，或者说填补该合同的漏洞，从而更好地实现合同当事人的意愿。[193]

3. 转租获利的归属

与前面的问题类似，实践中，有承租人未经出租人同意对外转租，且通过租金的提高来获取利润的情况。在相关案例中，部分出租人仅要求解除合同，并未对承租人的额外收益提出诉求，法官只能在当事人诉讼请求的范围内进行审理。[194]不过，一旦涉及转租获利是否需要返还的问题，不同法官的看法就容易发生分歧。例如，在一起案件中，一审法院认为，未经许可的转租属于违约行为，故其获利也应赔偿出租人；二审法院则认为，法律并未对转租获利分配作出规定，因此并不支持出租人对解除合同时点前转租获利的诉讼请求，仅要求承租人返还解除合同时点后的转租获利。[195]

与前文讨论的问题类似，即便法官在价值取向上认为应当防止承租人因违约转租获利，我国《民法典》也并未直接规定出租人可以要求承租人获得的不当得利或者剥夺承租人因为违约获得的利润。但同样的，也可以考虑通过意思表示的解释和对合同解除制度、不当得利制度的组合运用来提供实定法依据。关于意思表示的解释，前文的讨论同样适用于这里，即：如果出租人与承租人在缔约时有机会就违约转租后的获利分配问题作出谈判，结果很可能是剥夺承租人转租的获利。不过，由于现实中双方当事人交易中直接写明转租获利的剥夺条款的情形并不多见，因而，作出此种“默认”的意思表示的推断时，法官需要结合具体的交易场景，尽到充分的说理义务。[196]

由于合同解除的概念同时囊括了一时性合同的解除和继续性合同的终止[197]，所以确实存在可使承租人返还转租获利的实定法解释空间。具体而言，在合同解除制度和不当得利返还制度的组合使用层面，虽然学理上多有关于“继续性合同的解除主要是面向未来的解除”（即比较法上继续性合同的终止），但是，如果转租期间的合同履行情况严重违背当事人缔约时的预期和目的，此时《民法典》第716条第2款的“解除”概念，可以被解释为发生类似一时性合同解除的效果，租赁合同的权利义务溯及转租合同生效的时点终止。于是，承

租人在此时点之后获取租赁物的占有利益就缺乏法律上的根据。出租人可以依据《民法典》第985条或者第460条的规定，向承租人主张占有利益之返还^[198]，即返还因为转租获得的额外利润。

在未获出租人同意时的转租，如果次承租人尚未向承租人支付租金的，那么，出租人可否直接请求次承租人返还不当得利，是一个值得讨论的问题。毕竟，在出租人从次承租人处取回租赁物之前，承租人与次承租人之间不仅存在有效的转租合同，而且也有实际履行。那么，次承租人能否基于合同的相对性，只向承租人履行，而拒绝向出租人履行（即支付租金）？

实践中，有法院判决大致认为，在原租赁合同到期后，承租人和次承租人应就实际分别占有的房屋面积，承担按份的占有利益返还责任。这大致体现了不当得利人以所取得利益为限分别返还的思路，即在原租赁合同到期后，承租人与次承租人之间的转租合同超过该期限的部分无效，因而出租人可以向次承租人主张该时点之后占有利益的返还。^[199]

但是，在此之前，次承租人和承租人获得房屋的占有利益，是基于不同的给付行为；前者系基于承租人向次承租人移转占有的给付行为；后者系基于出租人向承租人移转占有的给付行为。故即便此处可以成立给付型不当得利，也会因不同移转占有的给付关系而对出租人请求指向的对象范围有所限制^[200]，出租人不得直接向次承租人主张，而至多只能根据对承租人的不当得利请求权，在符合代位权要件的前提下，对次承租人行使承租人对次承租人的不当得利返还请求权。^[201]但是，我国当前的学说和制度安排一般认为，即便没有取得出租人同意，承租人与次承租人之间的转租合同仍然是有效的。因此，只有当承租人怠于向次承租人行使租金支付请求权时，才能代位承租人而行使对次承租人的租金支付请求权。

4. 转租致损的赔偿责任

《民法典》第566条第2款规定：“合同因违约解除的，解除权人可以请求违约方承担违约责任，但是当事人另有约定的除外。”因此，在未经出租人同意的转租期间，如果导致租赁物损失的，出租人在解除租赁合同之后，可以请求承租人承担损害赔偿责任；当然，也可以选择不解除合同，仅要求承租人承担违约损害赔偿责任。本书对《民法典》第711条的释评中所讨论的凶宅价值贬损就是代表性问题。例如，在一起租赁合同中，出租人与承租人约定涉案房屋不得转租、改造，但出租人违反约定，对房屋进行改造后转租于第三人，后第三人在房屋内自杀。法院认为，即便第三人自杀的事实不可归因于

承租人，承租人也须就租赁物的损失向出租人承担损害赔偿责任。
[202]

不过，值得注意的是，法院同时认为损害赔偿的范围需要参酌“合同的履行情况、当事人的过错程度、案涉房屋的价值以及次承租人死亡原因”。这大致表明，如果承租人的转租、改造等行为得到了出租人的同意，则可能因并未出现违约行为（合同的履行情况）、承租人没有过错而减少转租人应承担的责任。所以，对《民法典》第716条第1款中，“第三人造成租赁物损失的”情形，还应当额外考虑承租人的转租行为是否尽到选择妥当次承租人的谨慎义务，以及承租人与第三人加害行为之间的因果关系，适当限制承租人的损害赔偿责任；而在第716条第2款未经同意转租的情形下，不仅可以举轻以明重，要求承租人承担损害赔偿责任，而且可能不再考虑前述限制。例如，案例中不再考虑承租人与第三人致租赁物损失的行为之间的因果关系等，以体现对同意转租人的特殊考虑。

这一裁判思路的确有其应然合理性，但在实定法层面，不太符合本条第1款关于“第三人造成租赁物损失的，承租人应当赔偿损失”之规定的表面文义。不过，法官也可以通过对这一条进行限缩解释来实现前述价值目标。

第七百一十七条

承租人经出租人同意将租赁物转租给第三人，转租期限超过承租人剩余租赁期限的，超过部分的约定对出租人不具有法律约束力，但是出租人与承租人另有约定的除外。

本条主旨

本条是关于转租期限的规定。

相关条文

《房屋租赁司法解释》第15条 承租人经出租人同意将租赁房屋转租给第三人时，转租期限超过承租人剩余租赁期限的，人民法院应当认定超过部分的约定无效。但出租人与承租人另有约定的除外。

理解与适用

本条是关于出租人同意转租时的转租期限的规定。此前的确有判决依据《房屋租赁司法解释》第15条的规定，判决超过原来租赁合同期限的转租部分的合同无效。例如，在一起租赁案件中，出租人与承租人约定了不可转租条款。一年的租期届满后，双方仍继续按照合同约定按年缴纳租金、占有使用房屋。后承租人多次将房屋转租他人。2018年1月26日，承租人与次承租人签订转租合同，租赁期限为2018年1月26日至2019年1月25日；但自2018年8月起，承租人即未向出租人按时交纳房租，同年8月31日，出租人向承租人发出了解除租赁合同的通知，法院据此认为承租人与次承租人签订的转租合同，“超出上一手租赁合同期限的部分无效，即自2018年9月1日起至2019年1月25日止期间无效”^[203]。

虽然本条规定部分吸收了《房屋租赁司法解释》第15条的规则，但对于超过原来租赁合同期限的转租部分的合同效力问题，本条规定做了调整，即由原来的“超过部分的约定无效”调整为“超过部分的约定对出租人不具有法律约束力”。也就是说，承租人与次承租人关于“超过部分的约定”，在双方当事人之间仍然有效，但对转租合同以外的出租人不具有法律约束力。这也意味着，对于超过的部分，如果出租人不同意或者不追认的话，可以要求次承租人返还对租赁物的占有；但是，次承租人可以依法请求承租人承担违约责任。关于如此规定的合理性，本书第716条的释评已经做过较为充分的讨论，这里不再赘述。

第七百一十八条

出租人知道或者应当知道承租人转租，但是在六个月内未提出异议的，视为出租人同意转租。

本条主旨

本条是关于出租人的沉默构成同意转租的规定。

相关条文

《房屋租赁司法解释》第16条 出租人知道或者应当知道承租人转租，但在六个月内未提出异议，其以承租人未经同意为由请求解除合同或者认定转租合同无效的，人民法院不予支持。

理解与适用

本条吸收了《房屋租赁司法解释》第16条的规则，规定出租人在特定条件下的沉默构成对转租行为的同意，是关于出租人同意转租的意思表示的特殊例外规定。

《民法典》第140条规定：“行为人可以明示或者默示作出意思表示。沉默只有在有法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯时，才可以视为意思表示。”据此，出租人关于同意转租的意思表示原则上应当以“明示”或者“默示”的形式作出，“沉默”原则上不构成此种意思表示。承租人默示同意转租的方式有很多，如接受次承租人直接向其支付的租金、根据次承租人的请求履行租赁物的修缮义务等。

但如果出租人知道或者应当知道转租事实后，处于沉默状态，即既无言语表示，也无前述行为表示的纯粹的缄默状态，不宜简单推定出租人有同意转租的意思。出租人没有任何意思表示，主观上有几种可能的状况：一是明确反对，但暂时联系不上承租人，且不希望直接与次承租人交涉；二是明确反对，但暂时没想好如何处理与承租人之间的关系；三是尚无明确的态度，需要进一步思考和决策。如果简单将沉默推定为同意转租，则很可能违背出租人的真实意愿。

不过，如果出租人知道或者应当知道转租事实，但并未提出异议，承租人和次承租人很可能基于此种沉默状态而日益产生一种信赖，即推断出租人同意转租。此种沉默状态持续的时间越长，转租当事人的信赖程度就越高，相应的生产生活投入就越大。一旦出租人在此后表示异议，则将对次承租人明显不利；且出租人可能基于特定原因发生事后很长时间可提出异议的道德风险。在这个意义上，法律有必要介入，结束因为沉默行为引发的交易关系不稳定性问题。

本条遵循《房屋租赁司法解释》第16条的逻辑，为出租人设定了6个月的思考和决策时间。在明知或者应当知道之后6个月内仍然保持沉默状态的，法律视为其同意转租。这也属于《民法典》第140条规定的关于“沉默不构成意思表示”的法定例外情形。例如，承租人租赁了出租人大厦内的店铺，租赁合同明确约定不得转租，但事后承租人将该店铺转租于次承租人，次承租人在出租人的大厦内以自己的名称营业。法院认为，虽然次承租人“未能举证证明其合法承租或转租案涉房屋”，但其以自己名称在店铺内营业的事实应当为出租人明知，出租人在次承租人半年的营业时间内未提出异议，故“转租关系成立”^[204]。

值得讨论的是，如何理解“未提出异议”或者说“沉默”？出租人在明知或者应知转租事实的情形下，仍然从次承租人处收取租金的，构成默示同意转租。但是，如果出租人仍然继续按期收取承租人支付的租金，是构成“未提出异议”或者说“沉默”，还是构成默示同意呢？笔者认为，至少在出租人从承租人处收取的租金对应的租期期限内，应当构成默示同意转租，否则，有违基本的一般社会生活常识和诚实信用原则。在此期限内，出租人不得以“未同意转租”为由主张解除合同。

至于超过所收取租金对应的期限的转租部分，是视为默示同意，还是沉默，可以结合更多案情进一步判断。例如，出租人委托其父亲与承租人签订租赁合同，后承租人将该房屋改造后转租，虽然承租人的转租行为没有得到出租人或其父亲的明确同意，但是法院以出租人父亲居住在案涉房屋的对面和出租人父亲直接从次承租人处收取过租金的事实认为出租人对一年来转租的事实应当知情，进而未支持出租人解除合同的请求。^[205]虽然判决理由未直接明示出租人收取租金行为的含义，但两审法院均在裁判文书中对出租人受领承租人履行的事实予以详细描述：一审法院特别认定了承租人一年来每月向出租人父亲支付租金的事实，二审法院专辟段落，认定了出租人明知承租人一直缴纳水电费用的事实。这大致表明，在出租人对转租事实知情后，继续受领承租人的履行会更容易被法院认定为默示同意。总之，在对超过所收取租金对应的期限的转租部分，究竟应当是沉默还是默示同意的问题上，若出租人受领包括租金支付在内的履行行为，持续时间越长、次数越多、越频繁，就越不应当认为出租人仅仅只是单纯的沉默。

第七百一十九条

承租人拖欠租金的，次承租人可以代承租人支付其欠付的租金和违约金，但是转租合同对出租人不具有法律约束力的除外。

次承租人代为支付的租金和违约金，可以充抵次承租人应当向承租人支付的租金；超出其应付的租金数额的，可以向承租人追偿。

本条主旨

本条是关于次承租人的代为清偿请求权的规定。

相关条文

《房屋租赁司法解释》第17条 因承租人拖欠租金，出租人请求解除合同时，次承租人请求代承租人支付欠付的租金和违约金以抗辩出租人合同解除权的，人民法院应予支持。但转租合同无效的除外。

次承租人代为支付的租金和违约金超出其应付的租金数额，可以折抵租金或者向承租人追偿。

理解与适用

《民法典》第524条规定的第三人代为清偿制度是对我国既有民事法律制度的一次创新。本条规定的次承租人的代为清偿请求权是第三人代为清偿制度的一个代表性场景。在围绕我国民法典编纂展开的立法学术研讨中，关于是否要在合同编通则明确承认和规定一般性的第三人代为清偿制度，曾经产生过比较大的争议。反对的学者认为，赋予第三人代为清偿的权利，一方面，这常常意味着第三人在代为清偿后取得债权人对债务人的债权（见《民法典》第524条第2款）。但是，这有可能不符合债务人的利益，包括加重债务人的情感和物质负担。另一方面，第三人代偿的方式和内容也可能不符合债权人的利益，无法充分实现债权人的债权。

可以说，《民法典》第524条的规定比较好地处理了这些疑问，在承认第三人的代偿请求权的同时，做了两方面的条件限制：一是要求“第三人对履行该债务具有合法利益的”，才可以主张向债权人代为履行；二是排除“根据债务性质、按照当事人约定或者依照法律规定只能由债务人履行的”情形。

1. 次承租人的代偿请求权

在经出租人同意的转租场景，次承租人（第三人）是符合这两项条件的。一方面，次承租人的租用利益能否得到实现，在很大程度上取决于作为出租人的承租人是否享有可以转租的租用利益。如果因为承租人对出租人的违约，导致出租人解除出租合同，并要求次承租人返还租赁物，则次承租人的合同租用利益得不到保障。在承租人违约的情况下，允许次承租人代替承租人支付其欠付的租金和违约金，有助于避免前述不利状况的发生。另一方面，由于租金和违约金的支付，在性质上属于金钱债权，与当事人的主体身份、品质和能力无关，赋予次承租人以代偿请求权不会损害出租人与承租人的合同利益预期。特别是，这有助于防止实践中偶尔出现的道德风险^[206]，即出

租人与承租人恶意串通，可以制造违约事实，进而导致合同被出租人解除，损害次承租人的合同利益。

次承租人行使代偿请求权，不以“承租人的同意”为条件。无论承租人是否同意，承租人拖欠对出租人的租金的，都应当视为损及次承租人的利益。次承租人都有权代为清偿，承租人不得以“未同意代为清偿”为理由拒向次承租人偿还代付租金。例如，在一起房屋租赁合同纠纷中，承租人将房屋转租于次承租人后，并未及时向出租人支付租金。承租人与次承租人协商，仅请求后者先代承租人垫付25万元租金。之后出租人表示要求清偿全部租金，否则将解除合同；于是，次承租人又再次代承租人支付剩余租金10万元。承租人抗辩认为，次承租人后来垫付的金额超过其请求垫付金额的，无权请求返还；但该抗辩并未得到法院的支持。[\[207\]](#)

2. 次承租人代偿请求权的行使

次承租人行使代偿请求权，需要以转租合同对出租人具有法律约束力为条件。如果承租人的转租行为未经出租人同意，或者承租人转租的期限超过其自己对租赁物的租用期限，那么，转租合同对出租人完全或者在超过期限部分上不具有法律约束力。此时，如果次承租人仍然可以行使代偿请求权，无异于强迫出租人同意转租或者同意超期转租的部分。

从效果上看，次承租人行使代偿请求权之后，一方面，承租人的违约行为得到补正，租赁合同处于正常履行状态的效果。另一方面，次承租人基于代为履行的行为，可以充抵次承租人应当向承租人支付的租金。如果次承租人履行的部分超出其应向承租人支付的租金数额（如承租人低价转租的情形），其可以向承租人追偿。如果承租人未能及时偿还次承租人的超支数额，次承租人还可以请求承租人赔偿利息损失。[\[208\]](#)

第七百二十条

在租赁期限内因占有、使用租赁物获得的收益，归承租人所有，但是当事人另有约定的除外。

本条主旨

本条是关于租赁物的孳息归属的规定。

相关条文

无

理解与适用

对承租人而言，对租赁物的“租用利益”（the right to use）和“孳息收取利益”（the right to fruits）是两种不同的利益。前者是按照约定的方法或者根据租赁物的性质使用租赁物而获取的利益，例如，长期租用一头耕牛用于耕田；后者是在使用租赁物过程中，在一般性使用之外产生的收益，如耕牛在租用期间经配种而产下牛崽。

根据民法的一般原理，孳息可以分为天然孳息和法律孳息两类。在前者，除了牲口所产幼崽之外，典型的如果林的水果、鱼塘的水产等；在后者，如房屋转租的额外租金收益、租赁物被征收拆迁后的赔偿款等。

在当事人没有约定的情况下，虽然本条规定“在租赁期限内因占有、使用租赁物获得的收益，归承租人所有”，但是，这并不能简单地理解为“承租人对租赁物的使用是以支付租金为代价的，所以其就租赁物的占有、使用而获得的收益，应当享有所有权”^[209]。有观点认为，“财产在承租人占有之下，新产生的孳息也在承租人的占有之下，在此情况下一定要求承租人转移孳息给出租人也是困难的”^[210]。但这并不是一定将孳息归属于承租人的充分理由，因为，承租人可以以金钱等方式返还不当得利。特别值得注意的是，在一些场景下，“租用利益”和“孳息收取利益”的区分，并非一目了然，需要结合交易场景（特别是合同目的）来判断。^[211]例如，某影视传媒公司租用一块果林地，用于拍摄制作一部影视作品，那么，秋季产生的水果，归谁所有呢？对于这类问题的回答，需要系统考虑以下三层重要因素。

1.对租赁物的使用方法的合理性

一般来说，承租人的孳息收取权，以承租人对租赁物的合理使用（按照约定或者无约定时根据租赁物的性质使用）为前提。承租人不合理使用租赁物产生的孳息，承租人不得主张取得。例如，承租人将家用租赁小汽车用于从事网约车经营活动并获取收益，擅自将仅仅用于耕种的耕牛配种产生牛崽，擅自将房屋转租获取额外租金收益，将居住用房用于从事经营性活动并获取收益，等等。

承租人采用不合理的方式使用租赁物的，不仅不能取得孳息，而且还面临合同被出租人解除并承担违约损害承担责任的法律后果。

2. 租用合同的目的

即便在承租人合理使用租赁物的前提下，承租人是否一定有权取得孳息，也需要着重考察租赁合同的目的，即当事人订立租赁合同时，是否有让承租人取得孳息的合同目的。在一些国家，法律明确规定了以产生和取得孳息为目的的租赁合同。例如，《意大利民法典》第1615条规定：“当租赁是以动产或不动产产生孳息的物品的享用为标的时，承租人应当负责根据物的经济用途和生产利益进行经营、管理。租赁物的孳息和其他利益归承租人。”

我国没有这样的特别规定，但不妨结合具体的租赁场景，综合考虑租赁的时间、价格等因素来判断租用目的和租赁物孳息的归属。例如，在前述影视传媒公司租用果林案中，如果租赁合同的内容仅限于在果林取景，完成一年四季的拍摄活动，那么，参与拍摄人员出于拍摄需要摘拾水果，是合理的；但是，并不能主张水果归承租人所有。不过，租金的多少也是一个重要判断因素。如果租金足以甚至超过租赁期间水果的销售价格，那么，应当对当事人的意思表示做相反推定。再如，出租人将一块淡水湖出租给承租人用于从事水上娱乐活动，在没有特别约定的情况下，承租人不得主张获取湖中的水产。

3. 当事人的投入状况

租赁物之所以产生孳息，在一些情形下与承租人的投入有关系。例如，承租人租赁大片林地，自己投资栽种了大量林木，后来遇到政府征收拆迁，产生补偿款这类法律孳息。在各项征收拆迁补偿款中，对土地补偿费等专门关于租赁物的费用，承租人不得主张取得；但是，青苗补偿费，主要因为承租人的投入而产生，则应当归属承租人所有。^[212]类似的，承租人在租赁期间出资建造鹅舍及有关设施，后遇拆迁，则拆迁款应归属承租人。^[213]

再如，在本书第708条的释评讨论过的案例中，承租人将商业用房用于从事生产经营活动，设立了企业的，拆迁补偿款包括了营业损失补偿费。那么，法院有必要结合租赁合同的剩余期限和双方的营业性质，在出租人和承租人之间酌情分配营业损失补偿费。^[214]

承租人应当按照约定的期限支付租金。对支付租金的期限没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定，租赁期限不满一年的，应当在租赁期限届满时支付；租赁期限一年以上的，应当在每届满一年时支付，剩余期限不满一年的，应当在租赁期限届满时支付。

本条主旨

本条是关于租金支付期限的规定。

相关条文

无

理解与适用

承租人的租金支付义务是其对出租人的主要合同义务。当事人通常会在缔结租赁合同时就租金的支付方式和期限作出明确的约定，年付、季付、月付、日付甚至按小时支付的情形都有。娱乐场所的玩具车和室内时租车即为典型的按小时支付的情形。

1. 租金支付时间的基本规则

对于租金支付期限没有约定或者约定不明确的，可以依据《民法典》第510条的规定来确定，即先看当事人能否达成补充协议；然后在不能达成补充协议时按照合同相关条款或者交易习惯确定。

根据前述规则仍然不能确定租金支付期限时，根据本条的规定，区分租期的长短来确定租金支付的期限。

（1）如果租赁期限不满一年，承租人应当在租赁期限届满时支付。如无特别约定，在租赁期限届满之前，出租人无权利请求承租人支付租金。例如，约定的租期是3个月，则应当在3个月租期届满时支付租金。

（2）租赁期限一年以上的，承租人应当在每届满一年时支付，直到整年的租期届满或者剩余租期不足一年的时候。

（3）租赁期限一年以上的，剩余期限不满一年的，则实行第

(1) 项规则，即应当在租赁期限届满时支付。

2. 租金数额的确定规则

与支付期限相关联的一个问题是租金数额的确定问题。如果当事人没有特别约定租金，除了补充约定之外，还可以根据以下方式来确定：一是合同相关条款或者交易习惯，例如租赁站的参考价目表等。二是租金的市场变动信息。对于长期租赁合同而言，根据一般的商业交往惯例，出租人常常会随行就市，设定租金调整条款，如根据每年的租赁行情增加或者减少租金。因此，如果合同没有约定，则可以根据一方或各方要求根据相应租赁物的租赁市场价格来调整租金。^[215]

第七百二十二条

承租人无正当理由未支付或者迟延支付租金的，出租人可以请求承租人在合理期限内支付；承租人逾期不支付的，出租人可以解除合同。

本条主旨

本条是关于承租人违反租金支付义务的法律后果的规定。

相关条文

《民法通则》第136条^[216] 下列的诉讼时效期间为一年：

- (一) 身体受到伤害要求赔偿的；
- (二) 出售质量不合格的商品未声明的；
- (三) 延付或者拒付租金的；
- (四) 寄存财物被丢失或者损毁的。

最高人民法院研究室《关于对租赁合同债务人因欠付租金而出具“欠款结算单”不适用普通诉讼时效的复函》 租赁合同债务人因欠付租金而出具的“欠款结算单”只表明未付租金的数额，并未改变其与债权人之间的租赁关系。因此，租赁合同当事人之间就该欠款结算单所发生纠纷的诉讼时效期间适用《中华人民共和国民事诉讼法通则》第一百三十六条的规定。

理解与适用

对出租人来说，按期收取租金是其关键合同利益之所在。在承租人未能按照合同约定的期限支付租金时，出租人可以根据本条的规定来救济自己的权利：一是催告承租人在合理期限内或者宽限期内支付租金；二是承租人在宽限期内仍不履行租金支付义务的，可以解除租赁合同，并请求承租人承担违约责任。但值得注意的是，承租人未能依约履行租金支付义务，在一些情形下是情有可原的，或者说具有“正当理由”。在具备正当理由时，出租人不能依据本条获得有效救济。我们先讨论何为“正当理由”。

一、不依约支付租金的正当理由

承租人不按照约定支付租金的类型主要有四种：一是可以全部拒付；二是可以部分拒付；三是可以延迟支付；四是因承租人遭遇意外事件或面临情势变更而无力按照约定及时支付。下面根据可以将承租人不按约支付的正当理由予以分类介绍：

第一，租赁物因为不可抗力或者意外事件的发生而毁损灭失，以至于承租人无法占有和使用租赁物，也无法实现自己的租用利益。在部分毁损的情形，只要毁损部分实质性地影响租赁用途的实现，承租人都可以拒付全部租金（且可以依据《民法典》第563条之规定解除租赁合同）。这也符合《民法典》第180条关于“因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任”之规定。

第二，由于情势变更或者说租赁合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，出租人继续履行合同将遭受明显不公平的，出租人可以依据《民法典》第533条之规定与出租人协商减少租金；协商不成的，可以请求人民法院或者仲裁机构减少租金（或者解除合同）。代表性的案例如，在新冠肺炎爆发期间，最初的疫情灾区武汉被全城封锁，当时居住在武汉的承租人无法离开武汉，也就无法使用其在武汉以外的地方承租的房屋；同样，当时居住在武汉以外的承租人无法进入武汉，也就无法使用其在武汉以内承租的房屋。如果这期间继续要求这两类承租人按照原来的约定支付房租，对承租人明显不公平。因此，承租人可以请求出租人减少租金，或者说可以拒付部分租金（如一半租金）。实际上，在疫情期间，“自如租房”等网上租房平台（对租客的出租人）主动减收了这些承租人的租金，且大量上游的出租人（对自如平台的出租人，房屋业主）通过捐赠的方式弥补了自如租房平台因对租客减免租金造成的亏损。^[217]这说明，在重大疫情面前，各方交易当事人在交易公平性上存在比较高的公示。

不过，如果承租人因为担心被传染而不愿意从一个城市旅行到承租房屋所在地居住，原则上不能援引《民法典》第533条的情势变更规则主张减少租金。

第三，由于出租人没有履行约定或者法定义务，例如对租赁物的合格交付义务、修缮义务和权利瑕疵担保义务，影响承租人使用部分或者全部租赁物的，那么，承租人可以在相应的范围内拒付租金。

第四，承租人自身遭遇意外事件，或者面临情势变更，无力按照约定及时支付租金。例如，承租人突然遭遇伤病住院，经济上出现重大困难、无法支付租金的，那么，承租人可以请求在合理期限内缓交租金。类似的，在新冠疫情期间，不少承租人因为失去工作无法及时支付租金，我国从最高人民法院到省高级人民法院的多份司法审判指导意见，都明确了承租人请求在合理期限内延期支付租金的权利。

例如，《最高人民法院关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见（二）》第5条第1款规定：“承租房屋用于经营，疫情或者疫情防控措施导致承租人资金周转困难或者营业收入明显减少，出租人以承租人没有按照约定的期限支付租金为由请求解除租赁合同，由承租人承担违约责任的，人民法院不予支持。”第6条第2款规定：“承租非国有房屋用于经营，疫情或者疫情防控措施导致承租人没有营业收入或者营业收入明显减少，继续按照原租赁合同支付租金对其明显不公平，承租人请求减免租金、延长租期或者延期支付租金的，人民法院可以引导当事人参照有关租金减免的政策进行调解；调解不成的，应当结合案件的实际情况，根据公平原则变更合同。”

如果承租人不依据约定支付租金的行为不具备前述理由，那么，出租人就可以依据本条催告承租人支付，并在催告后仍不支付的情形，解除租赁合同。

二、出租人的合理催告义务

承租人未能支付或者迟延支付租金的原因比较复杂，一方面，可能是因恶意违约而拒付租金，但实践中更可能是因为搞错支付时间、出现支付困难或主观上认为有拒付或者延迟支付的正当理由。另一方面，承租人未能依照约定及时支付租金，虽然影响到出租人权利的实现，但是通常并不会影响出租人合同目的的实现。鉴于这些可能性，在承租人无正当理由未支付或者迟延支付租金时，出租人应当先选择催告承租人支付租金，给承租人一个宽限期，以便承租人在合理期限内补正，以维持租赁合同的稳定性。承租人在催告后的合理期限内仍

然不支付租金的，已经构成根本违约，符合《民法典》第563条规定的“当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行”这一合同解除事由。出租人可以解除合同，并追究承租人的违约责任。至于如何判断“合理期限”，则需要结合租金支付障碍的发生原因等因素做语境化的考察。

例如，出租人与承租人签订建筑设备租赁合同，将设备交付承租人使用，但承租人未按照规定日期支付租金，也未向出租人返还租赁物，在出租人催告后合理期限内仍未履行，出租人诉至法院，要求解除租赁合同、承租人支付租金、返还租赁物。法院判决认为，承租方负有支付租金、返还租赁物的合同义务，“近五年的时间里，经原告催告在合理期限内仍未履行，案涉租赁合同依法应当解除”^[218]。

值得注意的是，即便承租人在合理期限内支付欠付租金，仍然构成违约，出租人可以请求承租人承担相应的违约责任，如因延迟支付租金造成的利息损失等合理损失。

三、延期支付租金的惩罚性赔偿条款

在一些租房合同中，当事人针对承租方潜在的拒付行为、延迟支付行为或者延期退房行为约定了带有惩罚性的责任条款。例如，双方在租赁合同中约定：“在租期届满后乙方（吕海鹏）不按期交纳房租和续写合同，甲方（张爱生）有权另行租赁，乙方必须按期退房，如不退房，每间每月加倍有权处罚。”但在租赁期限届满后，承租人继续占有使用该房屋，出租人也未提出异议，后承租人并未足额交纳租金，出租人诉至法院，要求承租人按照约定的双倍罚则支付租金。该案法院认为，租赁期限届满，承租人继续占有使用该房屋，构成不定期租赁；合同约定的法则不适用于“合法的民事法律关系”，故并未支持出租人要求按照双倍罚则计算的请求，仅判决要求承租人支付剩余的租金。^[219]

关于我国是否承认惩罚性违约金的问题，无论是学理上还是实践中，还是各类司法解释或者类似文件，都存在不小争议。但共识度相对较高的是，对于普通的民事交易，如住宅用房或者更广义上的民用房，不宜承认惩罚性违约金。至于典型的商事合同中，司法实践和学理上日益形成这样一种共识：一方面，惩罚性违约金条款不能完全尊重意思自治原则，不能无原则地承认；另一方面，也不宜简单地否定，而是需要根据违约方的严重程度、主观过错等因素予以综合评判和把握。违约金以补偿性为主，以惩罚性为辅。^[220]这一点，对比较明显的商事租赁合同，也是适用的。

四、租金请求权的诉讼时效确定

关于租金请求权的诉讼时效，2017年的《民法总则》删除了1986年《民法通则》第136条关于“延付或者拒付租金的”等情形适用一年的短期时效的规定。最高人民法院随后发布的关于诉讼时效的司法解释采取了前者废止后者的司法立场。《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉诉讼时效制度若干问题的解释》第1条规定：“民法总则施行后诉讼时效期间开始计算的，应当适用民法总则第一百八十八条关于三年诉讼时效期间的规定。当事人主张适用民法通则关于二年或者一年诉讼时效期间规定的，人民法院不予支持。”因此，出租人的租金支付请求权，也适用三年的诉讼时效。

但是，仍然有两个特别的问题值得讨论：

1. 租金分期支付的诉讼时效

无论是分期付款买卖，还是分期支付租金的租赁合同，都涉及每一期的价款或者租金债权的诉讼时效问题。在最高人民法院于2008年发布《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》之前，各地法院判决并不统一。有的裁判针对每一期债权分别单独计算诉讼时效，也有从最后一期履行期限届满之日起计算诉讼时效的。2008年的《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第5条规定：“当事人约定同一债务分期履行的，诉讼时效期间从最后一期履行期限届满之日起计算。”最高人民法院曾在2011年的一个提审案件判决中重申了这一立场。

在该案中，出租人与承租人于1995年订立《工商综合楼租赁使用合同》，租赁期限为18年（从1995年6月15日开始到2013年6月15日止）。其中约定，每半年支付一次租金。之后，出租人未向承租人支付1998年至2000年的租金。2000年9月，承租人将该不动产转租于次承租人，并与出租人和次承租人一起签订了《工商综合楼转租协议》。租赁合同和转租合同正常履行至2008年；此时，出租人诉至法院，请求承租人支付1998年至2000年欠缴的租金。但承租人对此提出诉讼时效已经经过的抗辩。

一审法院认为租赁合同一直在履行状态中，《工商综合楼转租协议》等与原租赁合同约定债务为同一债务，呈连续状态。双方约定的租金支付方式为分期履行，根据《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第5条的规定，应当以最后一期的履行期限届满之日起计算诉讼时效，并驳回了承租人的抗辩。二审法院维持了一审判决。后承租人以同样的理由申请再审。再审法院重申分期履行的租

金债务虽然“具备一定的独立性，但该独立性不足以否认租金债务的整体性”，并指出本案租赁合同长达18年，长期债之关系中若要求从每一期租金债务履行期限届满之日分别计算诉讼时效，则相当于要求债权人必须频繁主张权利，这会“动摇双方之间的互信，不利于保护债权人，更将背离诉讼时效制度的价值目标”。法院认为，在合同履行顺利的过程中，出租人未向承租人及时主张债权，是基于“维护双方的友好合作关系”以及对承租人的“信任和谅解”，“符合社会经济交往的习惯，不应被认定为怠于行使权利”^[221]。

笔者认为，这一判决是值得称赞的。特别是对于继续性合同，当事人的确可能基于合作关系维护的考虑，并不对其部分款项的支付时间“斤斤计较”。如果债务人反过来以此为由提出时效抗辩的，法院不宜轻易支持。实际上，最高人民法院于2008年《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第5条重申了上述规则，即“当事人约定同一债务分期履行的，诉讼时效期间从最后一期履行期限届满之日起计算。”

2.“租金结算单”的法律性质

在一些案件中，当承租人欠付租金时，可能与出租人共同确认一份“租金结算单”。问题在于，双方签署“租金结算单”的法律性质如何？是将原来的租金债权变更为普通债权，还是仅仅表明双方对租金数额的确认？对此，最高人民法院研究室《关于对租赁合同债务人因欠付租金而出具“欠款结算单”不适用普通诉讼时效的复函》回复认为：“租赁合同债务人因欠付租金而出具的‘欠款结算单’只表明未付租金的数额，并未改变其与债权人之间的租赁关系。因此，租赁合同当事人之间就该欠款结算单所发生纠纷的诉讼时效期间适用《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十六条的规定。”这一复函当初主要是针对《民法通则》第136条规定的租金债权的特别短期时效，但在《民法总则》颁布之后，其在这个层面上就失去了意义。不过，本复函关于“‘欠款结算单’只表明未付租金的数额，并未改变其与债权人之间的租赁关系”的解释，在相关的司法审判实践中仍然具有意义。当事人之间的租金债权债务关系以及相应的时效计算并不会因为“租金结算单”的签署而改变。当然，签署确认行为本身很可能构成诉讼时效中断的事由。

第七百二十三条

因第三人主张权利，致使承租人不能对租赁物使用、收益的，承租人可以请求减少租金或者不支付租金。

第三人主张权利的，承租人应当及时通知出租人。

本条主旨

本条是关于出租人的权利瑕疵担保责任的规定。

相关条文

无

理解与适用

如本书第708条的释评所述，出租人在租赁期限内对承租人负有瑕疵担保义务，包括物理和权利上的瑕疵担保义务。本条即关于权利瑕疵担保义务的规定，即出租人有义务确保承租期间无第三人对租赁物提出权利主张，以至于影响承租人的合理租用活动。本条就出现此类第三人权利主张时承租人的救济方式做了特别规定。

1. 权利瑕疵担保的构成要件

关于本条规定的“第三人主张权利”，有以下几个问题值得注意。

第一，第三人所主张的权利在租赁合同订立以前就已经存在。^[222]如果第三人所主张的权利系在租赁合同订立后产生的，则主要受《民法典》第725条规定的“买卖不破租赁规则”调整。^[223]本条与第725条组合在一起，构成处理第三人权利主张的规则体系。“不得侵犯在先权利”是合同交易中的基本准则。出租人的出租行为侵犯第三人财产权的，虽然承租人也值得保护，但是一般不得以损害第三人之在先权利为代价。相反，承租人的救济措施应当以出租有权利瑕疵的出租人为对象。类似的道理，第三人在租赁发生之后与出租人就租赁物进行交易的，很可能侵犯承租人的在先权利，在符合第725条规定的要件时，优先保护承租人的承租权。

第二，承租人在订立合同时对租赁物上的权利瑕疵原则上并不知情。如果第三人在订立合同时已经知道租赁物上可能存在第三人的权利主张，仍然与出租人订立租赁合同，对第三人的权利主张有明确的预期，出租人原则上不负有瑕疵担保责任。不过，如果出租人与承租人有明确约定，或者有其他证据表明，出租人应在租赁合同订立后的特定时限内消除此种权利瑕疵（包括取得第三人的权利或者征得第三

人的同意），出租人仍然负有瑕疵担保责任。[224]

第三，第三人主张的“权利”对承租人的租用活动产生了实质性的负面影响，以至于影响到了承租人租赁目的之实现。第三人主张的“权利”具体包括哪些类型呢？第三人主张享有所有权的，是典型的权利瑕疵，包括第三人对租赁物主张完全所有权（例如，出租人谎称有所有权或者冒名出租）、共有权、建筑物区分所有权等类型。第三人主张用益物权的，特别是已经登记的用益物权的，同样构成权利瑕疵。但是，第三人主张抵押权或者保留所有权的，则需要特别考虑是否构成对租用活动的实质性干扰。[225]只有当出租人无力偿债或债权人已采取行动，要求实现担保权利时，第三人的担保权利可能对承租人的使用构成威胁的，承租人才有要求出租人承担瑕疵担保责任的必要。这一点，对于“买卖不破租赁”规则同样适用。

还值得注意的是，第三人主张所有权的，不限于出租人谎称有所有权或者冒名出租的情形，还包括出租人未经出租人同意转租、经同意的转租期限过长和经同意的转租人（承租人）未能向出租人支付租金导致合同被解除等情形。在最后一种情形，虽然次承租人可以依据《民法典》第719条的规定，代替承租人向出租人支付租金，但次承租人也可以选择直接请求承租人承担瑕疵担保责任。[226]

2. 权利瑕疵担保责任的主张

承租人向出租人主张瑕疵担保责任的，与《民法典》第722条规定的出租人向承租人主张租金支付违约救济的规则类似，即当出现第三人主张权利时，承租人应当及时通知出租人，给出租人一个及时消除权利瑕疵的机会；如果出租人在收到通知以后的合理期限内未能消除权利瑕疵，承租人可以根据本条第一款，请求减少租金或者不支付租金，在瑕疵严重时也可以解除合同并追究出租人的违约责任。

反过来，如果承租人怠于通知致使出租人丧失本可消除的权利瑕疵之机会的，则出租人对承租人的损失不负赔偿责任。[227]

第七百二十四条

有下列情形之一的，非因承租人原因致使租赁物无法使用的，承租人可以解除合同：

（一）租赁物被司法机关或者行政机关依法查封、扣押；

（二）租赁物权属有争议；

（三）租赁物具有违反法律、行政法规关于使用条件的强制性规定情形。

本条主旨

本条是关于承租人的合同解除权的规定。

相关条文

《房屋租赁司法解释》第8条 因下列情形之一，导致租赁房屋无法使用，承租人请求解除合同的，人民法院应予支持：

（一）租赁房屋被司法机关或者行政机关依法查封的；

（二）租赁房屋权属有争议的；

（三）租赁房屋具有违反法律、行政法规关于房屋使用条件强制性规定情况的。

理解与适用

本条是关于承租人的合同解除事由的规定。除本条规定的解除事由之外，承租人还可以依据《民法典》第729条（租赁物毁损、灭失）和第731条（租赁物危及承租人的人身安全与健康）等规定，在出现其他解除事由时主张解除与出租人之间的租赁合同。

一、“非因承租人的原因”的理解

本条规定系对《房屋租赁司法解释》第8条的吸收，以适用于所有租赁合同，并在此基础上限定了承租人行使解除权的条件。具体来说，本条规定的三类致使租赁物无法使用的情形，必须是“非因承租人的原因”所引发的。反过来说，如果租赁物被查封、扣押等是因为承租人自身的行为所导致的，属于承租人应当自我承担的法律后果和风险，承租人不能主张解除与出租人之间的合同。例如，承租人将登记为“非营运”的租赁车辆用于从事网约车客运服务活动^[228]，被交通运输主管部门查封、扣押的，则承租人不享有解除租赁合同的权利。

但值得注意的是，“非因承租人的原因”并不等于“因出租人的原因”。除出租人的原因之外，还可能是双方当事人都无法合理掌控的情势变更或者不可抗力发生，使得租赁物进入本条规定的三类无法使用状态。例如在一起车辆租赁纠纷中，出租人将车辆租赁给承租人，从事运营网络约租车，但半年后当地出台《网络预约出租汽车经营服务管理实施细则（暂行）》，其中规定了网约车必须符合的标准；租赁车辆不符合该网约车经营的车辆条件，致无法按照合同目的使用。后来，出租人诉至法院，要求解除合同。一审法院认为，涉案租赁合同的目的是从事网约车运营，但当地《网络预约出租汽车经营服务管理实施细则（暂行）》出台后，“王正飞（承租人）合同目的无法实现，情势变更”，故以情势变更为由支持了出租人的诉讼请求。^[229]

二、三种租赁合同解除事由的分述

下面就本条规定的三类解除事由予以简要评述。

1. 租赁物被司法机关或者行政机关依法查封、扣押。租赁物被司法机关或者行政机关查封、扣押的原因比较多，既可能是因为出租人的外部债权人将租赁物作为出租人的责任财产申请强制执行被查封、扣押，也可能是因为租赁物是赃物（如系出租人违法所得）被查封、扣押，还可能是因为出租人将租赁物用于从事违法犯罪活动（如作为赌资）被查封、扣押的。

无论租赁物因为出租人的何种原因被查封、扣押，只要达到了“致使租赁物无法使用的”的状态，承租人就可以解除租赁合同。在这个意义上，司法实践区分“活查封”和“死查封”，前者是指“被执行人在财产被查封后不仅其处分权受到限制，而且丧失了使用、管理权，只有妥善保管的义务”。而后者则相反，“被执行人在财产被查封后，仍享有对该财产的使用、管理和收益权”^[230]。例如，人民法院只是查封了不动产登记机构的权属登记材料，但并未对不动产本身采取任何措施。因此，在“活查封”的情形下，承租人原则上不能行使合同解除权。

不过，有一种例外情形值得讨论，即“活查封”发生在租赁合同订立之前的，承租人可否解除？在一起案件中，涉案房屋因出租人与案外人纠纷在2016年7月4日被查封，2017年10月31日，出租人与承租人就该房屋签订了《租房协议》，后查封法院裁定拍卖该房屋，但并未售出，没有证据证明影响了承租人的使用。承租人以涉案房屋被司法机关依法查封为由诉至法院，要求解除租赁合同。法院认为，解除权必须以“租赁物无法使用”作为必要前提，租赁房屋虽然被司法机关

依法查封且已进入拍卖程序，但是其权属并未变更，查封对该房屋的正常使用也无妨害，故承租人主张解除合同的诉请未得到法院支持。^[231]

但笔者认为，由于查封申请人很可能将财产拍卖变现，这就类似于，在租赁合同订立之前，有一个潜在的在先权利，在权利实现时会影响承租人的租用利益，此时，也应当允许承租人解除租赁合同。^[232]因为，对承租人来说，此类查封扣押就意味着比较大的不确定性，其面向未来的商业计划或者生活安排都将面临不确定性，不符合其租用目的。例如，在一起房屋租赁案件中，出租人与承租人签订《房屋租赁合同》，但是租赁的房屋早已被出租人的债权人申请强制执行并被查封，后双方产生纠纷诉至法院。裁判法院认为，租赁物被案外人申请强制执行，致使原合同无法履行，可以予以解除。^[233]但有趣的是，虽然法院援引了《房屋租赁司法解释》第8条第1项作为依据，但是诉请解除的一方并非承租人，而是出租人。所以，推敲该裁判文书后，似乎可以得出如下裁判观点：当租赁物被司法机关或者行政机关依法查封而无法使用时，无论是承租人还是出租人均可要求解除合同；或者至少当租赁物系城镇房屋时，当事人双方均得诉请解除。

不过，该案案情的独特之处在于，房屋被查封的事实发生于租赁合同成立之前^[234]，法院未支持原告以受欺诈为由要求撤销的主张，反而通过扩大合同解除权人的方式处理纠纷。所以，上述裁判观点是否可以普遍化，甚至推广到租赁物非系城镇房屋的情境中，仍然有待进一步考察。

2. 租赁物权属有争议。因为租赁物上存在权属争议，所以承租人无法使用房屋，不能实现合同目的，承租人可以在权属争议得到解决之前就请求解除合同。因为，无论最终归属如何，该争议已经影响到承租人的租用用途的实现了。例如在一起集体建设用地租赁合同纠纷中，集体经济组织将土地租赁于承租人，并同意承租人将该土地转租于次承租人。但是，该集体建设用地上存在部分属于案外人所有的房屋，导致次承租人“未能顺利使用涉诉土地及房屋并实现合同目的”。次承租人诉请解除转租合同，法院援引《房屋租赁司法解释》第8条第2项支持了次承租人的诉讼请求。^[235]

当然，在一些情形，权属争议本身并不会影响到租用活动^[236]，例如，关于租赁物的继承权争议，通常不会影响到租赁物的使用。从被继承人处取得房屋的承租人，不得以继承人之间关于继承方面的权属争议主张解除合同。

3.租赁物具有违反法律、行政法规关于使用条件的强制性规定情形。违反法律、行政法规关于使用条件的强制性规定的租赁物，通常涉及租赁物的安全性能问题，关系到承租人的人身和财产安全，也可能关系到公共安全。这一种类型包括但不限于《民法典》第731条规定的“租赁物危及承租人的安全或者健康的”这样特殊情形。在这一特殊情形，即便承租人订立合同时知道该瑕疵的存在，也可以直接解除合同。

但是，本条调整的违法事项范围更广泛，包括各种违反法律、行政法规关于使用条件的强制性规定的情形，如仓储建筑违反《建筑法》和《消防法》等关于消防通道和设施的要求，会存在财产安全风险。关于此类租赁合同的效力问题，曾经发生过争议，但如本章前文曾评论过的那样，目前司法审判实务和学理上倾向于合同有效说。^[237]因此，承租人的救济方式就首先表现为本条规定的合同解除权。例如，出租人与承租人签订《商铺租赁合同》，涉案商铺在交付承租人后，因消防设施不符合标准被消防大队查封，导致无法按合同目的使用。承租人诉请解除，法院在裁判中明确指出，租赁标的物虽然违反消防法等关于房屋使用条件的强制性规定，但“不影响合同的效力”，在涉案房屋未通过消防验收无法实现合同目的时，承租人有权解除合同。^[238]

不过，对于这类不涉及人身健康和安全的场合，如果承租人事前知情的，不得主张解除合同。但是，承租人可以请求出租人消除这些违法性瑕疵，以实现安全租用的目的；出租人不能在合理期限内消除此种违法性瑕疵的，则承租人可以解除合同。

第七百二十五条

租赁物在承租人按照租赁合同占有期限内发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。

本条主旨

本条是关于“买卖不破租赁”规则的具体规定。

相关条文

《民法典》第405条 抵押权设立前，抵押财产已经出租并转移

占有的，原租赁关系不受该抵押权的影响。

《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第31条 承租人请求在租赁期内阻止向受让人移交占有被执行的不动产，在人民法院查封之前已签订合法有效的书面租赁合同并占有使用该不动产的，人民法院应予支持。

承租人与被执行人恶意串通，以明显不合理的低价承租被执行的不动产或者伪造交付租金证据的，对其提出的阻止移交占有的请求，人民法院不予支持。

《房屋租赁司法解释》第20条 租赁房屋在租赁期间发生所有权变动，承租人请求房屋受让人继续履行原租赁合同的，人民法院应予支持。但租赁房屋具有下列情形或者当事人另有约定的除外：

（一）房屋在出租前已设立抵押权，因抵押权人实现抵押权发生所有权变动的；

（二）房屋在出租前已被人民法院依法查封的。

《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第31条 拍卖财产上原有的担保物权及其他优先受偿权，因拍卖而消灭，拍卖所得价款，应当优先清偿担保物权人及其他优先受偿权人的债权，但当事人另有约定的除外。

拍卖财产上原有的租赁权及其他用益物权，不因拍卖而消灭，但该权利继续存在于拍卖财产上，对在先的担保物权或者其他优先受偿权的实现有影响的，人民法院应当依法将其除去后进行拍卖。

《担保法解释》第65条 抵押人将已出租的财产抵押的，抵押权实现后，租赁合同在有效期内对抵押物的受让人继续有效。

第66条 抵押人将已抵押的财产出租的，抵押权实现后，租赁合同对受让人不具有约束力。

抵押人将已抵押的财产出租时，如果抵押人未书面告知承租人该财产已抵押的，抵押人对出租抵押物造成承租人的损失承担赔偿责任；如果抵押人已书面告知承租人该财产已抵押的，抵押权实现造成承租人的损失，由承租人自己承担。

《商品房屋租赁管理办法》第12条 房屋租赁期间内，因赠与、析产、继承或者买卖转让房屋的，原房屋租赁合同继续有效。

承租人在房屋租赁期间死亡的，与其生前共同居住的人可以按照原租赁合同租赁该房屋。

理解与适用

本条规定的即为民法学说上通常所谓的“买卖不破租赁”规则，即对租赁债权提供“物权化”的保护水平，即“在承租人依据租赁合同占有租赁物期限内，承租人对租赁物的占有使用可以对抗第三人，即使是该租赁物所有权人或享有其他物权的人也不例外”^[239]。《合同法》第229条规定：“租赁物在租赁期间发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。”本条规定对《合同法》第229条做了实质性修改，即对承租人对抗买受人的条件做了修改，将原来的“在租赁期间”修改为“在承租人按照租赁合同占有期限内”。也就是说，根据原来的规定，只要租赁物在租赁期间发生所有权变动的，都不影响租赁合同的效力，而无论承租人在租赁物所有权变动发生时是否占有租赁物；但根据修改后的规则，租赁物在租赁期间内发生所有权变动的，若承租人希望对抗买受人或者说保持对租赁物的继续占有和使用的，则需要证明其在租赁物所有权变动发生时正占有租赁物。

当然，本条设定的买卖不破租赁之规则，在性质上理解为任意性规范更合适。如果出租人与承租人之间有相反约定，则承租人知晓其租赁权未来受到影响的可能性，并会据此提出租金降低要求。法律应当尊重当事人之间的此种约定。

1.关于“承租人占有租赁物”的新增要件

本条的“相关条文”的数量之多和类型之丰富，一方面说明“买卖不破租赁制度”这样一种将租赁债权物权化的制度安排的重要性；另一方面也说明了该规则在运行实践中的复杂性。该制度的重要意义，既有学说已经有非常丰富的讨论，即保障承租人之租用权，特别是房屋租用权之稳定性。但是，实践中，经常出现的问题是：在房屋买受人或者房屋所有人的外部债权人请求执行房屋时，突然跳出一位长期承租人（如20年租期），主张优先保护其承租权。而这类长期租赁关系常常是被执行人事后虚构的，且不容易被证明。^[240]“司法实践中出现了大量的倒签租赁合同去损害房屋买受人（所有权人）的利益的情形。”^[241]显然，被执行人的此类道德风险大大减损了相对人的交易安全，激励相对人付出高额的成本来尽力防患。因此，不少民法同行建议将“租赁登记”规定为承租人主张对抗力的要件，未经登记的承租人一律不得主张对抗受让人。但另有不少同行认为，我国的房屋租赁登记尚未充分电子化和便捷化，实践中有大量短期承租人，一律要求

登记将徒增他们的交易成本。^[242]

作为这两种主张的折中方案，本条采取的规则将“占有”规定为承租人主张对抗力的要件。欧洲民法典研究小组起草的《欧洲法原则之商品租赁》（PELLG）第7:101条题为“所有权变动与出租人替换”。其中第1款明确规定：“租赁物在承租人占有期间发生所有权变动的，租赁物的新所有人将承受租赁合同的出租人地位。租赁物的前所有人仍然对租赁合同的履行不能负有担保责任，即对新所有人的履行不能承担补充责任。”^[243]实际上，最高人民法院于2015年公布的《关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第31条也特别强调了“承租人占有期限”这一要件。

这的确有助于在一定程度上缓解被执行人的道德风险，且不会过度增加买受人（第三人）的交易风险负担。因为，在承租人占有租赁物期间，出租人（出卖人）不具有占有的外观。根据一般的社会生活经验，这一般会引起买受人的警觉，并促使买受人去进一步询问和调查拟交易的物的权属状况。^[244]所以，赋予占有租赁物的承租人对抗买受人的权利，并不会给买受人造成过高的交易成本。

不过，可以预想的是，如何证明“承租人实际占有了租赁物”这一事实问题，将是一个新的证明难题，同样面临（1）“伪造”的道德风险和（2）承租人因特殊原因无法占有而无法得到保护的风险（如在租赁期间将租赁房屋短暂地交由出租人代为看管）。与“占有”这一折中方案相比，从长远来看，很可能还有一个更经济的改革方案^[245]：对长期承租人（如三年以上）提出租赁登记要求，否则不能取得对抗效力；对短期承租人，无论是否登记，均可主张对抗效力。因为，一方面，长期租赁通常是商事交易，且一般都会经历比较长的谈判和缔约过程。与此相比，办理租赁登记的成本并不高^[246]，且可以增加承租人的安全系数、大幅减少申请执行人面临的道德风险。当然，这里涉及关于房屋租赁登记的顶层制度设计要求问题，即《民法典》第706条规定的租赁备案登记系统需要与不动产权属登记系统之间实现信息共享或者二合一。另一方面，尽管短期承租人无须登记即可取得对抗力，但被执行人虚构租赁关系的动力并不大。毕竟，虚构短期租赁合同获得的利益有限，且还需要向申请执行人（特别是房屋买受人）承担赔偿责任。即便伪造了短期租赁关系，对申请执行人造成的损失也不大。

2.关于“承租人占有租赁物”的理解

如何判断租赁物的所有权变动是否发生在“承租人占有租赁物”期限内？以下几个问题值得讨论。

第一，间接占有是否构成这里的“占有”？例如，承租人将租赁物转租给他人占有，或者委托他人临时帮助看管。如前所述，本条新规定的“买卖不破租赁”规则之所以强调“占有”外观，是主要是希望让买受人（第三人）在出租人（通常是所有人）不占有租赁物时谨慎交易，特别是要求买受人进一步了解拟买受物的真实权属或者负担状况。在这个意义上，承租人将租赁物交由他人占有或者说自己间接占有的，当然构成本条规定的“占有”^[247]。

曾有法院在判决中将“占有”限缩解释为“为自身生产经营而占有使用租赁物”，将承租人为了对外开展出租业务而将租赁物交由他人（如次承租人）间接占有的排除在本条的保护范围之外。但这一解释被最高人民法院在一起抗诉案件中否定。例如，在一起由最高人民法院审理的民事抗诉案件中^[248]，不动产原所有权人与一家物业管理公司（一审原告）签订《物业管理委托合同》，委托原告代收租金，并允许原告将涉案不动产出租给案外人。后来，涉案不动产因原所有权人为他人提供担保而被执行、拍卖，被告通过拍卖成为该不动产的新所有权人。之后，原告与原所有权人倒签租赁期为20年的《写字楼租赁合同》，并诉至法院，要求拍得该不动产的新所有权人（被告）继续履行租赁合同义务；而被告也提出反诉，要求确认该合同无效，并请求返还不动产之占有。一审、二审法院并未查明《写字楼租赁合同》的倒签事实。一审法院支持了原告（倒签承租人）的诉讼请求。被告上诉后，二审法院则认为该《写字楼租赁合同》的承租人租赁该不动产的目的是“对外开展出租业务”，非系“为自身生产经营而占有使用租赁物”，不符合“买卖不破租赁”规则“保护承租人自身的生产或生活不因租赁物产权人变化而受影响”的目的。此外，二审法院认为，该合同名为“租赁”，实则为“一般商业承包合同”，故撤销一审判决，判决该《写字楼租赁合同》自被告拍得不动产时解除，原告应将不动产之占有返还给被告。最高人民检察院在向最高人民法院的抗诉中主张，二审对合同性质认定有误，将《合同法》第229条缩限解释为必须在满足自身生产、生活的情境，缺乏法律依据；二审判决解除合同，超过了当事人的诉讼请求，且与诚实信用原则有违，故由。再审法院查明了《写字楼租赁合同》倒签的事实，认为该合同成立于司法拍卖之后，虽然有效，但只能约束原所有权人与原告。至于原不动产所有权人在司法拍卖前就已与案外人签订的租赁合同，适用买卖不破租赁规则，被告（新的所有人）不得请求返还。

笔者认为，尽管“买卖不破租赁”规则在制度发生史上具有维护承租人的生产经营和生活的稳定性的考虑，但是，这并不等于以转租经营为业的承租人就不值得保护。因为，一旦此类承租人的承租权得不到保护，意味着与其建立租赁关系的广大次承租人的承租权也无法得

到保护，最终实际上不符合维护（次）承租人的生产经营和生活的稳定性的目标。在此意义上，本案二审判决简单地将“占有”限缩解释为“为自身生产经营而占有使用租赁物”的做法是不合理的。

第二，承租人在占有租赁之后，又在租期内将租赁物交由出租人短期占有的，此期间是否构成“承租人占有租赁物”呢？基于前一问题中考虑的要点，在此情形，买受人有足够的理由相信拟交易对象上没有租赁权负担。法律也就不能要求买受人负担进一步的风险识别成本。相反，承租人应当理解和负担失去“占有”后面临的此种风险和不利后果。 [249]

第三，出租人订立租赁合同后尚未向承租人交付，但买受人知晓拟交易物已经被出租的，那么，承租人还能否依据本条主张“租赁合同的效力”不受影响呢？这的确是一个比较疑难的问题。对此，我们不妨比较几种可能的方案：（1）承租人可以对抗买受人。如果“租赁物”仅仅指代居住性房屋，那么，采取此种方案的确有助于更好地实现本条立法在发生史上的功能定位，即保护承租人稳定的居住环境，或者说保护经济上处于弱势地位之人。学理上不仅有观点认为应当将本条规定的租赁物限缩解释为“不动产” [250]，而且比较法上的确有不少法域的制度明确将“买卖不破租赁”规则限缩于“住房” [251]。但是，本条目前适用于所有租赁合同关系，一律采用此种对承租人之租赁债权的物权式保护措施，未免保护过度。（2）居住性房屋的承租人可以对抗买受人。如果对本条的“租赁物”采取如此细微复杂的分类，不仅对各级法院的司法审判技术和能力产生挑战，而且在如何判断特定租赁房屋是否构成“居住性租赁”问题上也存在不小的困难。（3）承租人不可以对抗买受人。采用此种方案的确不利于对居住性房屋的承租人的保护。不过，在出租人向承租人交付房屋之前，承租人虽有居住预期，但尚未形成一个稳定的居住状态。法律不赋予此种状况下的承租人强大的物权效力，对其居住利益的影响并没有那么大。再综合考虑（1）和（2）中的问题，采用（3）这一种方案的综合制度效应会更好。

3.关于承租人支付的租金

承租人主张对抗新的所有权人，除了需要证明所有权变动发生在其对租赁物的占有期间之外，是否还需要证明其支付了合理的租金呢？对此，有的法院判决作出了肯定的回答。例如，在一起房屋租赁案中，房屋的出卖人向该诉被告（买受人）“承诺该房屋在转让时，没有任何债权债务纠纷，没有任何权利限制”，并向买受人移转了房屋所有权；在移转房屋占有时，买受人同意由出卖人的父母暂时在房屋内居住；嗣后买受人在该房屋上为其债权人设立抵押权，并之后被

其债权人诉至法院依法查封、拍卖；在执行过程中，该案原告以与房屋的原出卖人之间存在长达20年的租赁合同为理由，提出执行异议，在被裁定驳回后，诉至法院，要求确认租赁合同有效，并请求相对人继续履行。该案法院虽然确定该合同在房屋原出卖人和原告之间合法有效，但以租金价格明显过低作为主要理由之一，认为“该租赁合同明显不具有善意”，未支持原告要求继续履行的诉请。^[252]笔者认为这一裁判立场是值得赞许的。因为，承租人没有支付合理租金的，不仅因为没有支付合理对价缺乏给与特别的强势保护的必要，而且如本判决所表达的那样，容易滋生恶意“承租人”。特别是，在一些情形，“占有”事实的证明本身就存在比较大的不确定性。

类似地，本条规定的“买卖不破租赁”规则，是否可以类推适用于“使用借贷”，即物品的免费借用人？我国台湾地区的“最高法院”为追求个案之公平性，少数判决似有将使用借贷物权化之倾向^[253]。笔者认为，在免费借用的场景，毕竟借用人没有支付借用对价，法律上也没有必要给其提供如此强大的保护措施。如果出于社会保障的考虑，通过其他社会保障措施来解决更合适。

4.关于“所有权变动”的理解

本条规定的所有权变动，并不局限于“买卖租赁物”这一种类型。无论是赠与、遗赠、互易、强制执行、破产拍卖或者将租赁物作为合伙事业或者法人的投资的，无论是基于法律行为还是基于法律规定的物权变动，只要可能影响到承租人在租赁期限内稳定地占有和利用租赁物的，都构成这里的“所有权变动”^[254]。

所有权变动之后，新的所有权人继承原出租人的地位，享有其对承租人的权利和义务。当然，根据债的主体变更的一般规则，新的租赁合同关系的建立和约束力，以出租人通知承租人为要件；否则，承租人在不知道租赁物所有权变动事实之前，仍然向出租人支付租金的，其效力及于新的所有人。反过来，一旦出租人通知承租人租赁物已经转让的，则承租人立即取得对抗出租人的效果，可以拒绝向出租人支付后续租金，即便租赁物的转让尚未完成；只有在通知中明确的买受人同意时，该通知才可以失去效力。^[255]

关于抵押，《民法典》第405条就抵押权与抵押权设立前的租赁权之间的关系问题做了特别规定。根据该条，“抵押权设立前，抵押财产已经出租并转移占有的，原租赁关系不受该抵押权的影响”。据此，一方面，租赁物被抵押的，原来的租赁关系不受影响。另一方面，即便抵押权人要求实现抵押权，因实现抵押权而引发租赁物所有权变动的（可能折价后归抵押权人所有，也可能拍卖给第三人所

有），承租人将与新的所有权人形成租赁关系，租用权利不受影响。

不过，在所有权变动之后，虽然出租人变更为新的所有权人，但并不等于出租人就与新的租赁合同毫无关系。相反，如《欧洲法原则之商品租赁》（PELLG）第7:101条第1款规定的那样，“租赁物在承租人占有期间发生所有权变动的……租赁物的前所有人仍然对租赁合同的履行不能负有担保责任”。如果新的所有人不能履行原租赁合同设定的出租人义务，承租人一方面享有拒绝搬出房屋、请求新出租人履行维修义务等权利；但另一方面，也可以请求原出租人承担保证责任，即承担根据原租赁合同应当承担的义务和责任。因为，在《民法典》第555条规定的债的概括移转规则中规定，“当事人……将自己在合同中的权利和义务一并转让给第三人”的，需要“经对方同意”。但是，本条规定的“买卖不破租赁”规则，是通过法律规定拟制了租赁之债的概括移转的部分效果，实际上并未取得承租人同意。

第七百二十六条

出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利；但是，房屋按份共有人行使优先购买权或者出租人将房屋出卖给近亲属的除外。

出租人履行通知义务后，承租人在十五日内未明确表示购买的，视为承租人放弃优先购买权。

本条主旨

本条是关于房屋承租人对租赁物的优先购买权的规定。

相关条文

《房屋租赁司法解释》第24条 具有下列情形之一，承租人主张优先购买房屋的，人民法院不予支持：

（一）房屋共有人行使优先购买权的；

（二）出租人将房屋出卖给近亲属，包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女的；

（三）出租人履行通知义务后，承租人在十五日内未明确表示购

买的；

（四）第三人善意购买租赁房屋并已经办理登记手续的。

理解与适用

1.房屋承租人优先购买权的发展历史

房屋承租人的法定优先购买权，在我国已经有比较长的历史。该制度可以追溯到1950年的《东北城市房产管理暂行条例》，是特定历史背景下的产物。^[256]这与解放初期房产资源紧张，房屋承租人的生产和生活稳定性容易因为房东行使房权而遭受重大影响有关，有碍于“繁荣经济，发展社会生产”的目标。因此，《东北城市房产管理暂行条例》有一条规定：“房屋出租出典出卖，原房户有继续承租承典或购买之优先权。”“维护承租人生产和生活的稳定性”这一精神至今仍是解释承租人优先购买权的主要理由。^[257]这大抵也是为什么《民法通则意见》第118条赋予优先购买权人强大的对抗第三人效力，并在“优先购买权”上延续至今。根据该条，出租人应提前三个月通知承租人，承租人在同等条件下享有优先购买权。否则，“承租人可以请求人民法院宣告该房屋买卖无效”^[258]。

不过，“时至今日，租赁权的目的多样化，不动产资源极为丰富，承租人未必是经济上的弱者，其对承租的不动产的依赖性大为降低”，法律在通过“买卖不破租赁”制度赋予租赁权对抗买受人的物权性对抗效力的同时，是否还有必要进一步赋予其法定优先购买权，则学理上也不无争议。^[259]这大抵也是为什么房屋承租人的优先购买权的权利内容在不断弱化。这主要表现在：

（1）缩小承租人法定优先购买权的适用场景，即将“房屋按份共有人行使优先购买权或者出租人将房屋出卖给近亲属的”排除在外。

（2）限定承租人优先购买权的行使时间，即“出租人履行通知义务后，承租人在十五日内未明确表示购买的，视为承租人放弃优先购买权”。

（3）弱化承租人优先购买权的法律效力。例如，关于出租人与第三人之间签订的买卖合同，《房屋租赁司法解释》第21条已经明确调整为有效。出租人侵害承租人优先购买权（并将房屋过户登记给买受人的），承租人只能请求出租人承担赔偿责任，但不能对抗买受人取得的物权。

2. 如何理解租赁房屋的“出卖”？

本条调整的出租人的房屋出卖行为，并不限于通常意义上的市场买卖行为，还应当包括出租人作为房屋抵押人时与抵押权人就房屋进行折价、变卖，以实现抵押权的行为。^[260]因为，此种折价或者变卖行为导致了房屋所有人的更迭。房屋抵押权与承租人的优先购买权并不冲突。因为，一方面，无论抵押权设定在租赁合同成立之前或之后，承租人都可以主张行使优先购买权；另一方面，承租人行使优先购买权是需要以与折价、变卖“同等”的条件为前提的，因此，抵押权人仍然可以通过优先购买的价款来获得优先受偿。

不过，如果租赁房屋发生物权变动的原因并非买卖，而是赠与、互易以及因公征用等非买卖法律行为的原因，则承租人并不能主张优先购买权，也不能以此种权利被妨害为由请求承租人赔偿损失。

另值得注意的是，如果承租人只承租了部分房屋，出租人将房屋整体出卖时，承租人是否还享有优先购买权？对此，最高人民法院于2005年7月26日发布的《关于承租部分房屋的承租人在出租人整体出卖房屋时是否享有优先购买权的复函》指出：“第一，从房屋使用功能上看，如果承租人承租的部分房屋与房屋的其他部分是可分的、使用功能可相对独立的，则承租人的优先购买权应仅及其承租的部分房屋；如果承租人的部分房屋与房屋的其他部分是不可分的、使用功能整体性较明显的，则其对出租人所卖全部房屋享有优先购买权。第二，从承租人承租的部分房屋占全部房屋的比例看，承租人承租的部分房屋占出租人出卖的全部房屋一半以上的，则其对出租人出卖的全部房屋享有优先购买权；反之则不宜认定其对全部房屋享有优先购买权。”

这一意见从优先购买权的功能的角度对该问题做了回答，值得赞赏。因为，承租人的优先购买权的规范目的在于维护承租人在租赁房屋上的生产生活秩序的稳定性，以及保持交易后房屋的使用价值。如果承租人所租用房屋占总体的比例较小，其主张行使优先购买权，很可能有违诚实信用原则。^[261]如果承租人所租用的部分与出租人拟出卖的整体之间存在比较明显的不可分性和使用功能整体性，支持承租人的优先购买权有助于更好地维系生产、生活秩序。承租人承租的部分房屋占出租人出卖的全部房屋一半以上的，则可以根据一般生活经验推定具备功能上的不可分性和整体性。再加上，承租人行使优先购买权是以同等条件购买为前提的，并不会损害整栋建筑的市场售价，不会损害出租人的利益。

3. 出租人的通知义务和承租人的行权期间

出租人在出卖房屋之前，有义务在合理的期限内通知承租人。否则，出租人没有通知，或者没有在合理期限内通知出租人的，给承租人优先购买权的行使造成障碍的，需要依据《民法典》第728条之规定承担赔偿责任。至于如何理解“合理的期限”，由于本条第2款赋予了承租人15日的决策时间，原则上只要出租人只要提前15日通知承租人就履行了其通知义务。^[262]当然，决策购买一套房屋并非小事儿，涉及对购买价值的评估、对购买资金的筹备等一系列重大决策事项，因此，15日的决策时间实际上是比较短的。^[263]这也意味着，如果出租人在国庆长假等特殊的节假日之前通知，留给承租人的决策时间就大打折扣，远不足15日。在这样的情形，应当对15日予以灵活解释，扣除明显减少的决策期日。

承租人在接到出租人通知之后，承租人有必要在15日内决定是否行使优先购买权。如果承租人保持沉默，则结合被通知的事实前提，可以推定承租人放弃了优先购买权。

4.行使优先购买权的同等条件

权的主要规范目的是维系承租人的生产生活秩序的稳定，以及对租赁物持续利用的价值，但并无给承租人以经济优待的考虑。因此，承租人需要以同等的购买条件行使优先购买权。概括来说，“同等条件指出让人与买受人双方谈妥之条件，非出卖人单方面开出之条件”^[264]。当然，这主要是指交易价格的等同性，包括价格、支付期限和方式等等。“如果出租人基于某种特殊原因给予了其他买受人一种较优惠的价格，而此种优惠能以金钱计算，则应折合金钱加入价格中。如果不能以金钱计算，则应以市场价格来确定房价。”^[265]

5.数个承租人的优先购买权分配

一套房屋上有数个承租人的情况可以分为两种，一是数个人共同承租一套房子；二是承租人将房屋转租的。在数人共同承租的情形，只有部分承租人希望行使优先购买权的，应当予以支持，因为，无论是数人共同行使还是部分承租人行使，都有助于实现本制度的规范目的。而在转租的场景，应当由实际占有和租用房屋的（次）承租人来行使。因为这样才能有效地发挥本制度保护承租人之生产、生活稳定性的规范目的。^[266]

另外，与承租人共同居住者，由于缺乏与出租人之间的合同关系，不是租赁合同当事人，也就不能主张行使优先购买权。例如，在一起房屋租赁案件中，承租人将房屋用于与妻子共同居住，后来与妻子离婚，由妻子实际租用房屋；再后来，出租人将房屋出售给第三

人，实际居住的妻子起诉主张行使优先购买权。二审法院以其并非租赁合同相对人为由，驳回其诉讼请求，是妥当的做法。^[267]

6. 优先购买权的排除适用情形

如前所述，法律对优先购买权的保护强度并不大，因此，承租人约定放弃优先购买权的，属于有效的弃权行为。^[268]除约定排除之外，本条还规定了法定排除的情形：

一是按份共有人行使优先购买权的，承租人无权主张优先购买。共同共有人对共有物的处分有共同决策权，房屋出租人未经全体共有人同意不得出卖该共有房屋，因此无须在此予以特别保护。^[269]值得注意的是，本条规定的按份共有人的优先购买权与《民法典》第305条规定的按份共有人的优先购买权之间并不矛盾，因为，前者是对整个物的优先购买权，后者只是对其他共有人对物的份额的优先购买权。^[270]

二是出租人将房屋出卖给近亲属的。《房屋租赁司法解释》第24条对“近亲属”作了明确列举，包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。法律之所以就近亲属的购买行为作特别规定，主要考虑到对出租人之社会情感关系的维系和照顾。特别是，出租人在向近亲属出卖时，通常会因为特殊的情感联系而采取减价等方案，难以通过市场化的定价方案来估量。

此外，《房屋租赁司法解释》第24条还将“第三人善意购买租赁房屋并已经办理登记手续的”作为例外情形加以规定。但这一情形可以由《民法典物权编》中的善意取得制度所涵盖，无须在合同编的本条进一步规定。

第七百二十七条

出租人委托拍卖人拍卖租赁房屋的，应当在拍卖五日前通知承租人。承租人未参加拍卖的，视为放弃优先购买权。

本条主旨

本条是关于房屋拍卖程序中承租人的优先购买权的规定。

相关条文

《房屋租赁司法解释》第23条 出租人委托拍卖人拍卖租赁房屋，应当在拍卖5日前通知承租人。承租人未参加拍卖的，人民法院应当认定承租人放弃优先购买权。

理解与适用

拍卖是一种特殊的买卖形式，以竞拍者的集中竞价为特点，采取最终出价最高者得的规则。因此，如何协调拍卖的特殊缔约过程与承租人的优先购买权是一个比较疑难的技术性问题。一个比较好的方案就是让优先购买权人参与到竞拍程序中，通过程序安排让其享有知晓和决定是否愿意以“出价最高者”的同等条件优先购买竞拍物。

近些年来的司法审判实践大致积累了以下经验，即采用“通知”与“竞拍参与”相结合的规则。

1.通知承租人

出租人在委托拍卖人拍卖租赁房屋时，首先应当在拍卖之前的一段合理时间内通知承租人，给其思考和决定是否要参与竞拍程序并依据竞拍中的最高出价决定是否优先购买。如果承租人在竞拍之前根本就没有得到通知，则其优先购买权被侵害。其可以请求出租人赔偿其损失。^[271]而接到竞拍通知的承租人未参加拍卖活动的，则视为放弃了优先购买权。

至于出租人需要在多长时间内通知承租人，《房屋租赁司法解释》第23条以“5日”为标准；《民法典》第727条沿袭了该规则。但如前所述，承租人决定是否行使优先购买权的过程通常伴随着资金筹措的过程。如此短的通知时间，很可能让那些需要合理时间筹措资金的优先购买权人丧失竞拍的机会。特别是，如后面将谈到，竞拍过程短暂且价格具有不确定性，5天的准备时间确实显得紧张。

2.竞拍参与

关于优先购买权人在竞拍活动中的参与程序问题，比较法上有不同的做法。^[272]《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第16条规定：“拍卖过程中，有最高应价时，优先购买权人可以表示以该最高价买受，如无更高应价，则拍归优先购买权人；如有更高应价，而优先购买权人不作表示的，则拍归该应价最高的竞买人。顺序相同的多个优先购买权人同时表示买受的，以抽签方式决定买受人。”

这也就是所谓的“跟价法”，即优先购买权人需要先按照拍卖通知或者公告，与其他竞拍人一样进行竞买登记、缴纳竞买保证金，并如期到达拍卖现场参与竞拍活动。同时，拍卖行有义务将拍卖物上有优先购买权人参与竞拍的事实告诉其他竞买人，以便于他们决定是否要采取比承租人更高的价格购买拍卖物。

在拍卖活动过程中，承租人应当举牌应价。如果承租人在出现最高应价时未作出以该价格购买的意思表示，则拍卖房屋由最高应价人购买。反之，如果承租人在出现最高应价时作出以该价格购买的意思表示，则看是否有新的最高应价者；如果出现更高应价者，若承租人未作出以该价格优先购买的意思表示，则该拍卖房屋由更高应价人购买。

在司法实践中，曾发生过这样的案例：承租人以竞买人身份参加了拍卖活动，并在拍卖前告知了拍卖行其承租人和优先购买权的身份。当某竞买人报出1102万元的价格后，无人竞价，拍卖师在征求承租人的意见之前直接落槌。此时，承租人高声叫道：“这个价格我要购买！”但拍卖行认为其主张没有道理，并与出价1102万元的竞买人签订了确认书。^[273]这一拍卖过程的确没有保障承租人优先购买权的行使，侵犯了承租人的优先购买权。拍卖行与出价1102万元的竞买人签订的确认书应当被认定为无效。

第七百二十八条

出租人未通知承租人或者有其他妨害承租人行使优先购买权情形的，承租人可以请求出租人承担赔偿责任。但是，出租人与第三人订立的房屋买卖合同的效力不受影响。

本条主旨

本条是关于出租人妨害承租人行使优先购买权的法律后果的规定。

相关条文

《房屋租赁司法解释》第21条 出租人出卖租赁房屋未在合理期限内通知承租人或者存在其他侵害承租人优先购买权情形，承租人请求出租人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。但请求确认出租人与

第三人签订的房屋买卖合同无效的，人民法院不予支持。

理解与适用

因为出租人的原因妨害承租人行使优先购买权的，如何救济承租人的优先购买权是一个疑难问题。这与公司法上的股东优先购买权之救济问题类似。现就其中的几个要点问题予以评述。

1.“妨害”的理解

出租人未按照《民法典》第726条、第727条通知承租人的，当然构成对承租人优先购买权的妨害。概括来说，由于出租人的原因导致承租人未能获得关于优先购买机会的信息、未能获得法律规定的决策和准备时间、未能准确了解优先购买的同等条件、未能及时有效表达优先购买意愿以及表达后仍然被剥夺优先购买机会的，都构成这里的“妨害”。例如，如果出租人并未如实告知承租人其与买受人达成的交易条件（如虚构交易价格），以至于误导出租人优先购买决策的，也构成妨害行为。再如，前述第727条释评最后讨论的案例中，在出租人委托拍卖的情形，拍卖程序错误致使承租人优先购买权被妨害的，承租人除了可以主张最终的成交确认书无效这种救济方式以外，还可以选择请求出租人（和拍卖行）赔偿法定优先权被侵害的损失。[\[274\]](#)

承租人主张优先购买权被妨害的，必须要证明出租人从事出卖其租赁的特定房屋的事实。反之，如果承租人不能证明租赁物已被出卖的事实，则根本无本条的适用余地。例如，在一起承租人优先购买权纠纷中，在租赁合同履行期间，出租人的工作人员通知承租人，该租赁房产已出售，要求承租人与购房人协商租赁事宜。承租人于是将出租人诉至法院，认为出租人侵犯了承租人的优先购买权。但在起诉后，承租人继续向出租人交纳房租，出租人也向承租人出具房租收据。在诉讼中，承租人提供了租赁房产出售的通知和相关证人证言，希望证明租赁物所有权已被出售的事实，但出租人提供了相应的门面房出售协议，证明涉案房屋并未被出售。一审法院认为承租人只能证明该房屋有被出卖的意图，却未发生所有权变动的事实，因此未支持承租人的诉讼请求。在二审中，法院进一步查明涉案房产虽有出卖给他人的行为，但并未办理过户登记，且出租人将涉案房屋为银行办理了抵押登记，说明租赁物所有权人仍为出租人，因此维持了一审判决。[\[275\]](#)

这表明，承租人主张优先购买权被侵犯的，一方面需要证明被出

租人出卖的房屋必须是承租人本人租赁的这一套房屋；另一方面，从裁判观点中可以看出，本条请求权得以成立的必要要件，不仅包括买卖双方的买卖合同，而且还需要租赁物所有权变动的结果已经发生。这一要件要求是否妥当，在很大程度上涉及我们对优先购买权法律性质的认识。为此，我们先转入下一题。

2. 优先购买权的法律性质

优先购买权的法律性质如何，是请求权还是形成权？这对双方当事人和买受人的影响巨大。如前所述，如果出租人与买受人订立了买卖合同，甚至买受人支付了部分或者全部价款，但尚未办理过户登记的，承租人发现后及时主张要行使优先购买权，出租人与买受人协议解除房屋买卖合同的，是否构成对承租人优先购买权的“妨害”？这类案件在股东优先购买权领域也曾发生过，有的法院认定其为侵犯优先购买权，并依照股权转让合同中设定的价格条款作为优先购买权的“同等条件”，还办理了股权的强制过户登记。

对这一问题的回答，在很大程度上取决于我们对优先购买权的法律性质的看法：其是请求权还是形成权？如果是形成权，则即便出租人解除了买卖合同，承租人主张行使优先购买权时，就与出租人之间达成了购买协议。这在效果上类似于强制缔约。在《民法典》第726条赋予承租人对抗买受人的强大物权效力的同时，再赋予承租人具有强制缔约性质的优先购买权，则将导致各方当事人之间的权力配置失衡。^[276]特别是，潜在的买受人需要为了防止此种突发因素而采取更高的成本去调查和防患此种交易风险。在此意义上，将优先购买权理解为请求权更为合适。

3. 优先购买权被侵害的救济措施

自1988年4月2日起实施的《民法通则意见》第118条规定：“出租人出卖出租房屋，应提前三个月通知承租人，承租人在同等条件下，享有优先购买权；出租人未按此规定出卖房屋的，承租人可以请求人民法院宣告该房屋买卖无效。”但如第726条的释评一开始就评论的那样，随着房屋交易市场的市场化程度的不断提高，通过优先购买权来给承租人予以特别保护的需求就越弱。这也是为什么自2009年9月1日起实施的《房屋租赁司法解释》第21条规定：“出租人出卖租赁房屋未在合理期限内通知承租人或者存在其他侵害承租人优先购买权情形，承租人……出租人与第三人签订的房屋买卖合同无效的，人民法院不予支持。”

这也就是说，优先购买权被侵害的，出租人与第三人订立的房屋

买卖合同的效力不受影响。即便第三人知道所购房屋之上存在承租人的，只要其没有与出租人恶意串通（如共同虚构交易条件，误导承租人的购买决策）^[277]，妨害承租人行使优先购买权，其合同效力就不应当受到影响。因为，第三人可以合理地预期，出租人作为卖方，应当确定好承租人是否要优先购买。

4. 优先购买权被侵害后的损失确定

本条尚未明确，承租人的优先购买权被侵害之后，可以请求出租人赔偿何种损失？笔者认为，应当以优先购买权得到尊重为参照系，来评估承租人因此遭受的损失。概括来说，其因此遭受的损失有两个方面：一是要获得类似房屋所需要多支出的房屋购买价款，以及为了购买新的房屋需要支出的其他费用（如中介费等）。不过，对于此类损失的判断，不能简单地推定每位承租人应当获得同样标准的赔偿。因为，有的承租人原本就没有优先购买的计划，只不过后来因为与出租人的其他纠纷而主张优先购买权被侵害的赔偿。也就是说，不同承租人的处境和优先购买权被妨害的此类损失是不一样的。法官需要结合具体案情来综合判断，特别是考虑承租人提出主张的时间、原因和强烈程度等多重因素综合判断。

例如，在一起门面房租赁合同纠纷中，出租人将门面房租赁给承租人用于经营活动。在租赁期间，因出租人改制问题，对该租赁房屋进行拍卖，并在当地公共资源交易监管网上发布转让公告，但未通知出租人；在出租人未参加拍卖的情况下，第三人以396.55万元的价格拍得该门面房。出租人将承租人诉至法院，要求终止双方之间的房屋租赁合同，请求承租人返还房屋，并支付拖欠的房租；承租人反诉出租人，要求返还多缴纳的租金、赔偿其房屋装修费用和优先购买权被侵害导致的损失等。一审法院认为，该门面房拍卖在网上发布转让广告的“指向对象并不具有针对性、唯一性和专向性，不足以作为通知承租人魏东的依据”，故认定出租人侵害了承租人的优先购买权，承租人因此遭受的损失为其装修租赁门面的投入。对于装修费用虽未评估，但一审法院结合装修的实际情况、当地政府号召装修的要求、租赁门面的面积及装修费用收据等，酌情认定损失为10万元。二审法院进一步认为，当地政府开展活动，号召门面装修，故出租人应对承租人的装修事实知情；其未制止出租人，“实际是对装修行为进行了默许”；并以出租人同意承租人装修后，因不可归责于双方的事由导致合同解除的，装饰装修残值损失，由双方按照公平分担的规则（《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第11条第4项）作为支持一审裁判结果的理由。^[278]该案判决考虑到了妨害优先购买权的损失，但在裁判说理中并未将其与装

修损失相区分。

二是因为无法购买所租用房屋而遭受的经营性损失。特别是，承租人在长期租用过程中可能建立了比较稳定的商业品牌，为周边的顾客所熟知。由于无法优先购买和继续经营，且难以在周边合理的位置购得类似房屋，其商业品牌价值必将受到损害。不过，对于此类损失的赔偿，司法上应当慎重，特别是要考虑在临近地段购买类似房屋并从事同样经营活动的可行性。

第七百二十九条

因不可归责于承租人的事由，致使租赁物部分或者全部毁损、灭失的，承租人可以请求减少租金或者不支付租金；因租赁物部分或者全部毁损、灭失，致使不能实现合同目的的，承租人可以解除合同。

本条主旨

本条是关于租赁物毁损、灭失时承租人的救济措施的规定。

理解与适用

一、租赁物毁损、灭失的风险分配原理

在买卖合同中，标的物的毁损、灭失直接涉及标的物交付前后的风险负担问题。而在租赁合同中，由于当事人交易的不是租赁物的所有权，而是租赁物之上的租用机会，因而，租赁物毁损、灭失的，将引发租用机会损失的风险负担问题。从《民法典》内部价值体系的一致性层面考虑，有必要结合租赁物毁损、灭失的原因，从两个层面来考虑租赁物毁损、灭失引发的租用机会损失的风险负担规则。

一方面，如果是因为当事人可以控制但未控制好的风险引发的损失，应当根据当事人的风险控制能力去分配。特别是，由于租赁物在租用期间处于承租人的占有和控制之下，如果是因为承租人的原因导致租赁物毁损、灭失的，则应当由承租人负担此种风险，赔偿出租人的损失。例如，承租人未按照约定的方法或者未根据租赁物的性质使用租赁物，致使租赁物受到损失的（《民法典》第711条）、承租人未尽妥善保管租赁物之义务造成租赁物毁损、灭失的（《民法典》第714条），都应当由承租人赔偿出租人的损失。

另一方面，对于不可归责于承租人的事由，则应当根据租赁物所有权的归属来分配风险。如果是因为可归责于出租人的事由（如出租人未及时履行对租赁物的修缮义务致损），风险由出租人负责自不待言。如果是因为不可抗力、意外事件等双方都不具备可归责性的事由造成的损失，则需要考虑民法上关于“谁所有、谁负责”的一般原理。

《民法典》合同编买卖合同一章在标的物的风险负担规则上采用了以标的物之交付为标准的规则。在租赁合同场景，应当遵循同样的逻辑，即对于不可归责于承租人的事由造成的租赁物毁损、灭失，由作为所有人的出租人负担此种风险。因不可抗力造成的租赁物损害，如山洪暴发致使租赁房屋被大水灌洗，导致室内装修全部毁损；意外事件如承租车辆在正常行驶中被肇事车辆撞击毁损。

还有一些情形，甚至难以事后区分是“可归责于出租人的原因致损”还是“不可抗力或者意外事件”。例如，在一起机动车租赁纠纷中，车辆被出租人交付给承租人的次日，即在道路上起火燃烧，嗣后无法查明车辆起火的原因，出租人诉至法院，要求承租人承担损害赔偿责任；在无法查清事故是否由承租人所致的前提下，法院未支持出租人的诉讼请求。^[279]在这些情形，都应当由出租人负担不利后果。当然，在此种意外事件情形中，出租人作为受害人可以请求肇事方承担侵权损害赔偿责任。

二、承租人的救济方式

对于不可归责于承租人的事由致使租赁物部分或者全部毁损、灭失的，承租人的租用利益将遭受相应的不利影响。对此，本条根据租赁物毁损、灭失的严重程度，为承租人提供了两种救济方式。

一是请求减少租金或者不支付租金。减少租金通常是指租赁物的毁损、灭失虽然影响租赁物的使用，但是尚未严重到无法使用的程度。例如，租赁房屋的附属设施坍塌，给承租人的储物带来不便的，承租人可以根据受影响的程度要求减少租金。不支付租金既可能是因为事前已经预付一段时间的租金，但在预付期限内租赁物的部分功能丧失，承租人可以相应地抵扣下一个支付期限内的租金；或者，因为租赁物完全毁损、灭失，导致履行不能的，无论双方是否协议解除合同，承租人都不用再支付租金。

二是解除合同。租赁物部分或者全部毁损、灭失，致使不能实现合同目的的，既包括《民法典》第563条第1款第1项合同解除事由，即“因不可抗力致使不能实现合同目的”；也包括该条第1款第4项规定的事由，即“当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的”（如出租人怠于维修造成的）。在这两种情形，由于

合同目的不能实现，出租人可以解除合同。如果是因为后一事项解除合同的，承租人还可以请求出租人承担违约责任，赔偿其损失。例如，在一起案例中，出租人与承租人签订租赁合同，将土地及地上附属物租赁给承租人用于建设、经营孵化、宰杀加工厂。合同签订后，承租人投资建设了孵化机房、购买了宰杀机等设备；后在租赁期间内，出租人通知承租人，涉案土地要进行复耕，并拆除土地上的房屋、设施；承租人诉至法院，要求出租人继续履行合同并赔偿所受损失。法院认为，在涉案土地上大部分房屋已被拆除，且在村民已经复耕的情况下，重建房屋所需投入过大，不具经济可能性，已符合不适于强制履行或者履行费用过高的条件，故未支持承租人要求继续履行的诉求，仅判决由出租人承担损害赔偿赔偿责任。^[280]

值得注意的是，实践中，因为不可抗力或者出租人原因导致租赁物部分或者全部毁损、灭失，以至于租赁用途无法实现的，如果承租人请求出租人重建租赁物以实现其租用用途，法院需要根据重建的技术和经济可能性综合判断。如果重建的技术难度过高或者经济成本过大，则应当构成《民法典》第580条规定的否定实际履行的请求。

第七百三十条

当事人对租赁期限没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，视为不定期租赁；当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方。

本条主旨

本条是关于租赁期限没有约定或者约定不明时的法律后果的规定。

理解与适用

本条就租赁期限没有约定或者约定不明时的租期确定和法律后果做了规定。关于租赁期限的确定方式，前文在第703条关于“定期租赁与不定期租赁之区分”与第707条中关于“书面形式与不定期租赁之确定”的释评中已经做过比较充分的讨论。对此，这里不再详述。简要说来，双方对租赁期限没有约定或者约定不明确的，如果无法通过达成补充协议确定，也无法根据相关合同条款和交易习惯确定，则视为不定期租赁。一般来说，承租人在约定租赁期限届满之后继续使用租

赁物并支付租金，出租人接受租金的，也视为不定期租赁。不过，在预付租金的情形，租赁期限虽不确定，但至少不得短于预付租金对应的期限。

对于不定期租赁合同，学理上一般认为当事人可以随时以通知的方式单方解除合同，因为每一方当事人都有“合同可能被随时终止”的预期。^[281]例如，承租人原租赁的房屋被拆迁，房地产公司征用拆迁后，与其签订了《房屋拆迁安置协议》，安排其回迁入住涉案房屋，但双方没有约定租赁期限，后因该公司拖欠他人欠款，涉案房屋被依法拍卖，拍卖信息中包括房屋被承租人占有的事实；买受人通过拍卖取得房屋所有权后，诉至法院，要求承租人搬离，并支付相应期间的使用费。法院认为买受人作为新产权人，有权随时解除不定期租赁合同，但因其已在拍卖中已明知房屋租赁的情况，所以应当为承租人搬离酌情预留一定的时间。^[282]

不过，“随时”解除并不等于“即刻”解除。因为，无论对出租人，还是对承租人，从“收到解除通知”到“返还租赁物”可能还需要一定的准备时间。因此，当事人通知对方解除不定期租赁合同的，需要遵循诚实信用原则，在合理期限之前通知对方。^[283]

出租人一方解除合同的，当然需要在合理期限之前通知承租人，需要为承租人寻找替代性租赁物或者结束租用活动等预留时间，需要综合考虑租赁活动的性质（如度假房、运输车、冷藏室）和承租人的前期合理投入（如房屋装修）等因素，确保给承租人预留的时间不会给其造成明显不公平的损失。出租人对前述因素越了解，需要预留给承租人做退租准备的时间越长。而承租人解除合同的，同样需要在合理期限之前通知出租人，需要为出租人准备收回租赁物预留必要的准备时间。例如，租赁物需要特殊的存放环境的、需要安排运输的、需要检疫检验的，等等。在这个意义上，1999年《合同法》第232条仅要求出租人解除合同时需要履行提前通知义务，是不全面的。^[284]本条修改后，双方当事人都有在合理期限之前通知对方的义务，更为妥当。

第七百三十一条

租赁物危及承租人的安全或者健康的，即使承租人订立合同时明知该租赁物质量不合格，承租人仍然可以随时解除合同。

本条主旨

本条是关于租赁物危及承租人的安全或健康时的承租人救济规则。

理解与适用

本条是关于出租人违反瑕疵担保义务后的承租人救济规则的规定。前文在释评《民法典》第708条时，就包括本条调整的“租赁物危及人身健康或者安全”和“第三人提出权利主张”（第723条）、“司法查封或者扣押”（第724条）等类型的出租人瑕疵担保义务做了较为系统的讨论。下面概述其中要点。

通常来说，如果承租人订立合同时不知道租赁物的物理性状或其法律状况上不符合租赁用途，或者说租赁物存在隐藏瑕疵（hidden defects），那么，出租人仍然负有交付符合租用用途的租赁物的义务以及在租用期间保持租赁物处于适租状态的义务。^[285]但是，承租人在订立合同时明知租赁物质量不合格的，除了有证据表明当事人对关于出租人交付合格租赁物有约定的，一般认为，承租人对租赁物的瑕疵是接受的。或者说，双方交易的标的就是有瑕疵的租赁物，且这也常常反映在双方的交易对价当中，承租人事后不能以有瑕疵为由要求解除合同。

但是，本条将承租人缔约时明知的危及人身健康和安全的的情形规定为例外。例如，租赁房屋空气质量有害健康、租赁车辆刹车失灵或者转向灯损坏。^[286]在此情形，出于对人身健康和安全的这一重要私人利益的保护考虑，法律允许承租人随时解除租赁合同。

承租人在订立合同时明知瑕疵的，之所以仍然订立租赁合同，通常是因为对于租赁物瑕疵对人身健康或安全存在的危险性认识不足，或者存在侥幸心理。随着租用活动的展开，承租人将更理性地认识到此种危险性，并请求解除合同。但以下内容值得注意。

（1）承租人在解除合同的同时，能否要求减少甚至退还解除之前的租金？由于承租人明知此种瑕疵，因而对于租赁物瑕疵无法满足其租赁用途造成的租金损失，应当由其自己负担，除非出租人故意隐瞒租赁物的瑕疵（但承租人知道）。^[287]

（2）在承租人请求解除合同之前，租赁物造成现实的人身健康或者安全损害的，承租人能否请求出租人承担一定的损害赔偿责任呢？笔者认为，这需要考虑出租人对此种损害的发生是否存有过错，特别是瑕疵的存在是否具有《民法典》第724条规定的“违反法律、行

政法规关于使用条件的强制性规定情形”。如果存在，则出租人可能具有一定的过错。当然，承租人自身通常也对损害存有过错，在明知缺陷时仍然使用的，其过错程度通常比出租人的要大。

例如，在一起租赁期间财产损害赔偿纠纷案件中，出租人（本案被告之一）将两处不符合消防标准的厂房分别租赁给两名不同的承租人，其中一名承租人（本案原告）生产易燃物品，出租人对此知情；在租赁期间，另一名承租人的厂房（本案另一被告）失火，火灾波及原告厂房，致厂房顶部、厂内机器物件损毁；原告将出租人与另一名承租人诉至法院，要求赔偿损失。法院认为，出租人明知原告“生产易燃产品却将不符合消防安全要求的厂房出租给原告用于生产，且在与原告订立的租赁合同中未约定消防责任，在签订合同时以及承租人生产期间也未尽到提醒承租人注意防火的义务，对火灾发生及扩大存在一定过错，应承担相应的赔偿责任”，原告在与出租人“订立的租赁合同中未约定消防责任，在未进行必要的符合耐火等级改造的情况下即投入生产，自身对火灾扩大存在一定过错”，因此判决出租人承担10%的责任，另一承租人承担60%的责任，剩下30%的部分由原告自行承担。^[288]

（3）如何处理“租赁物危及承租人的安全或者健康”的证明困难？实践中，如果危及承租人的安全或者健康的不是租赁物上表面可见的结构性物理缺陷，而是装修后的异味或者从邻居房屋排入的异味，承租人可能面临举证困难。特别是在短期旅行租房合同中，承租人很可能没有足够的时间和工具来固定证据。例如，承租人一家四口（夫妻和子女）到旅游目的地之前从网上预定了民宿酒店，夜间抵达时发现房屋是新装修的，且有明显的刺鼻味道，只好临时放弃该民宿转而到附近的酒店寻找替代方案。对于此种情形，承租人不仅没有足够时间和机会与出租人当面交涉，也没有工具去固定证据（如空气质量检测仪）。在国际差旅中，此种问题更为明显。例如，在一起房屋租赁合同纠纷中，承租人认为涉案房屋气味过重，不符合正常居住条件，导致自己无法使用租赁房屋，被迫搬去宾馆和朋友家居住，故诉至法院，要求解除租赁合同，判令出租人返还剩余租金、保证金和其他费用，并支付违约金。承租人为证明前述事实，向法院提交了12份自己与出租人交涉的录音材料，以及租赁期间在附近宾馆的住房记录和朋友的证人证言。其中录音材料主要内容是出租人表示知道涉案房屋环境差，单元楼内其他房屋正在装修，整个单元楼有很多装修、砸墙、喷漆的，其间出租人到涉案房屋内查看后表示环境太差、太脏，确实不适合居住；证人证言的主要内容是承租人的朋友表示租赁的房屋“楼上楼下装修比较吵，还有气味”“2016年12月至2017年1月期间多次去我家住过”。法院认为，承租人未能提交充分有效证据证明涉

案房屋存在“租赁物危及承租人的安全或者健康的”情形，故未支持承租人的诉讼请求。^[289]由此可见，特别是在租赁房屋面临不可量物之侵入时，承租人缺乏固定证据的手段，会存在证明存在“租赁物危及承租人的安全或者健康”情形的困难。

对于此种问题，法院原则上仍然要坚持谁主张、谁举证的基本原则，但同时也需要综合考虑出租人在订立合同时是否有披露“新装修”等信息。如果是新装修的房屋，但出租人并未事先披露的，则可以推定承租人的主张为真。毕竟，前述场景中的承租人并不会为了解除合同而自寻烦恼（临时寻找替代租房）。反之，如果出租人事前披露过新装修的信息，承租人需要提供充分的证据来证明租赁物存在危及人身健康或安全的问题，或者在决定租用之前作出谨慎选择。

当然，对于这类问题，我们不能把民事法律规则视为万能钥匙；我们需要换一个眼光看世界，从整个法律制度体系来寻求解决之道。对于此类情况，如果消费者向网络出租平台投诉或者向政府主管部门投诉，相关部门应当及时采取调查措施。在民事关系层面，如果网络出租平台怠于及时调查和确认事实，构成对承租人与网络平台之间的服务协议的违反，需要承担与该协议相应的违约责任。因为，在网络平台交易场景，消费者之所以愿意在平台上与陌生人交易，在很大程度上是基于对平台的信息获取能力和准确性的普遍性信任。由平台承担此种事后调查的服务义务，是合适的。^[290]

第七百三十二条

承租人在房屋租赁期限内死亡的，与其生前共同居住的人或者共同经营人可以按照原租赁合同租赁该房屋。

本条主旨

本条是关于房屋承租人死亡后的租赁合同承受规则的规定。

理解与适用

如前面多个条文的释评所指出，租赁合同这类涉及对租赁物持续利用的交易的合同与买卖合同有很大不同，承租人的租赁物利用方式和租金支付及时性等因素（特别是前者）是出租人的重大利益之所在。因此，承租人在租赁期限内死亡的，与承租人具有密切法律、

生活和经营关系的人，是否可以继续租用该房屋，是一个比较有争议的问题。具有密切法律关系的人，典型的如法定继承人；具有密切生活关系的人，既可能是近亲属，也可能是与其长期共同居住和生活的非近亲属；具有密切经营关系的人，如利用其所租用的房屋共同从事经营活动的人。

一、可在承租人身后继续租用房屋的主体

有一种观点认为，“承租人死亡后，生前未与其共同生活的亲属或者法定继承人，如果确需继续租用房屋的，享有优先承租权，可以与出租人另行签订房屋租赁合同。但是，在租赁期限内，与承租人共同居住的人有在租赁的房屋内居住的权利，出租人不得干涉。”^[291]

这一观点首先将“是否与承租人生前共同生活”作为一项重要考虑因素，以确定能否继续租用死者生前租用的房屋。这一点是有道理的。毕竟，允许与承租人生前共同居住的人在租赁期限内继续享有租用房屋的权利，突破合同的相对性原理，有助于保护他们生活秩序的稳定性的。^[292]同样的道理，与承租人生前有共同经营关系的人，允许其在租赁期限内继续享有租用房屋的权利，有助于保护他们经营活动的稳定性的。例如，承租人将租用房屋用于与他人合伙从事特定经营事业的，承租人在租用期间死亡的，如果不允许合作经营者继续租用房屋，则将导致已经开启的经营事业被迫中断，引发不合理的经济损失。在这个意义上，本条规定在《合同法》第234条规定的“生前与承租人共同居住的人”之外，增加规定了“生前与承租人共同经营的人”，是一次有重要意义的立法改革。

不过，生前未与承租人共同生活的亲属或者法定继承人，目前尚无实定法依据赋予他们以优先承租权。在应然层面，也没有赋予他们优先承租人的必要。因为，生前未与承租人共同生活的亲属或者法定继承人，一般谈不上“确需继续租用房屋的”情形，通常也没有这样的继续租用预期。

总之，在承租人死后，与其生前共同居住的人或者共同经营的人都可以按照原租赁合同租赁该房屋。至于共同居住的人或者共同经营的人与承租人之间是否具有亲属关系或者继承关系，在所不论。因为，该制度的规范目的在于保护那些在承租人租用的房屋之上建立了稳定的生活和经营活动的人，保护的是他们的生活和经营秩序的稳定性的。

二、继续租用房屋者与出租人之间的合同关系

依据本条，与原承租人生前共同居住的人或者共同经营的人可以“按照原租赁合同租赁该房屋”。但是，继续租用房屋者与出租人之间的合同关系为何？笔者认为，将其理解为承租人的债权债务关系的法定概括转让更为妥当。^[293]与原承租人生前共同居住的人或者共同经营的人主张按照原租赁合同继续租用房屋的，那么，其应当通知出租人，并成为新的承租人。不过，一方面，新的租用关系自承租人死亡后即建立；另一方面，为了便于出租人确定概括受让租赁合同关系的当事人，确认新的租用当事人，继续租用房屋者“应与出租人办理续租手续，变更承租人”^[294]。

三、如何判断“共同居住”？

实践中，如何判断“共同居住”也可能存在争议。例如，原承租人租赁公租房，原告与被告均为其儿子，其中，原告居住在楼下一层的自建房内，被告与承租人共同居住在楼上的公租房，但是原告与被告的户籍均登记在该公租房的地址上。在承租人去世后，原告主张自己系共同居住人，要求确认其对公租房的使用权；法院认为，共同居住人的认定不能仅凭户籍信息确定；因原告不能证明居住在公租房内，因此未支持原告的诉讼请求。^[295]

对于共同居住人的判断，比较法上多围绕共同家务以及家业等因素来判断。例如，《德国民法典》第563条^[296]、《魁北克民法典》第1936、1938条均有这方面的规定。虽然最高司法机关在相关司法解释的理解上强调“户”的概念^[297]，但如类似上述案例所示，同一户籍地址信息上可能存在多套不同的房屋。该地址上居住的人是否具有“共同居住”关系，仍然需要结合具体案情来判断，特别是要考虑是否有家务分担、家业共管等基础事实，并结合社会一般观念予以综合判断。

第七百三十三条

租赁期限届满，承租人应当返还租赁物。返还的租赁物应当符合按照约定或者根据租赁物的性质使用后的状态。

本条主旨

本条是关于租赁期限届满后的承租人租赁物返还义务的规定。

理解与适用

在租赁合同关系中，承租人除了负有支付租金的义务、妥善保管租赁物的义务之外，还负有在租赁期限届满后返还租赁物的义务。在请求权性质上，出租人请求承租人返还租赁物，既可以基于合同关系请求承租人履行返还租赁物的合同义务，也可以基于承租人在租赁期限届满后缺乏占有租赁物的正当依据而行使返还不当得利请求权，还可以在租期结束后基于无负担的物权行使物权返还请求权（物权请求权限于出租人是物权人的情形）。^[298]

租赁物是耐用品，如果出租人和承租人在租用期限内分别履行了各自的及时维修义务和妥善保管义务，那么，在没有不可抗力、意外事件等因素致损的情况时，租赁物只会发生与合理租用活动相应的耗损。承租人返还的租赁物的状态应当与合理使用活动造成的耗损相当。

概括来讲，承租人的租赁物返还义务包括以下内容。

1. 及时向出租人返还租赁物

租赁期限届满后，租赁合同关系即告终止，承租人就没有继续使用租赁物的权利，应当立即停止使用并采取合理的方式及时返还给出租人。在租赁期限内，租赁物因承租人的合理使用行为而意外毁损、灭失的（如越野车的发动机在山路上发生重大故障），承租人不承担赔偿责任。但是，在租赁期限结束后，承租人未及时返还的，无论其是否继续使用，都需要向出租人赔偿因未能及时返还造成的损失。这些损失至少包括两个方面：（1）租金损失，即出租人因无法及时占有租赁物并对外出租的损失。（2）意外毁损、灭失的损失。在租赁期限结束后，承租人继续使用租赁物的（如继续驾驶越野车向山路上行驶），即构成可归责的原因。^[299]即便承租人在租期结束后的使用方法与结束前一致，但需要对租赁物的意外毁损、灭失承担赔偿责任（如汽车在山路上行驶时发动机发生的重大故障损失）。

还值得注意的是，承租人返还租赁物的方式，只要是合理地将对租赁物的占有移转给了出租人即可。例如，前文曾讨论过一个在线上短租房退租案件，承租人租期届满后清空房屋但并没有将开门磁卡退还出租人，出租人以承租人没有归还磁卡为由要求其承担后续房租损失。对于这类案件，承租人虽未归还开门磁卡，但涉案房屋系密码锁，且出租人有其他备用磁卡。因此，在承租人已经明确表示退租的情况下，出租人可以利用备用磁卡打开和重新利用房屋。也就是说，承租人明确告知出租人退租的行为，即可视为返还租赁物。出租人不

积极采取此种措施收回租赁物的，需要为未能采取措施防止损失的进一步扩大负责。^[300]当然，承租人未能交还磁卡的行为构成返还不合格；出租人回收房屋之后，出于安全考虑需要更换锁孔装置的，承租人需要赔偿因此造成的损失。

在租赁合同解除的情形，承租人同样具有在解除后及时将租赁物返还给出租人的义务，否则同样需要承担未及时返还的责任。例如，房租承租人在租赁关系解除后，有不少家具用品等仍然放置在系争房屋内，直至一段时间后双方办理完交接手续，才有机会处理家居用品。法院判决承租人承担双方交接之前的房屋使用费，是有道理的。^[301]

2. 返还的租赁物的状态要求

如前所述，出租人与承租人在租赁合同中交易的核心内容是租赁物的合理使用机会（按照约定方法使用或者根据租赁物的性质使用）以及因合理使用造成的自然耗损（包括意外损失）。这也意味着，在租赁期限结束后，承租人返还的租赁物应具备与约定使用方法或者根据租赁物的性质的使用方法相符合的状态。否则，承租人的租赁物返还行为构成不合格的返还，需要对因不合理使用造成的耗损状态负责，即赔偿相应的损失。例如，出租人将房屋租赁给承租人，在租赁期间，承租人安装了电灯，并将租赁房屋与相邻房屋的部分隔墙拆除，在租赁期满后，承租人为恢复原状而将隔墙重砌，将房屋内电灯、电线拆除，后出租人诉至法院，要求赔偿因恢复照明设施而产生的费用。法院认为，返还的租赁物应当符合约定或者依租赁物的性质使用后的状态，承租人拆除的电灯系其在租赁过程中所添加，但是拆除的电线“不符合按照房屋的性质使用后的状态，应当予以恢复”^[302]。

3. 出租人的租赁物受领义务

与承租人返还租赁物的义务相对应，出租人在租赁期届满后有及时受领租赁物的义务。例如，出租人有必要将归还租赁物的时间、地点和方式等信息告知承租人。如果出租人无正当理由拒绝受领租赁物的，构成受领迟延。只要租赁物遭受的损失不是因为承租人的继续使用或者保管不当造成的，出租人就无权请求承租人承担赔偿责任。^[303]

实践中较为常见的问题是，由于承租人未尽到妥善保管的义务，拟返还的租赁物状态不符合出租人的预期或者本条规定的合理状态要求。此时，出租人虽然可以请求承租人赔偿不合理损害的损失，但

是，出租人能否拒绝受领，并要求承租人修复之后再返还给出租人，以及赔偿因延期返还造成的租金损失？对这一问题，很难说有一个一般性的规则，需要依据《民法典》第580条规定的履行不能规则，结合具体场景来判断。^[304]笔者认为，对于因可归责于承租人的原因造成的租赁物不合理状态，原则上应当保护无过错的出租人一方，允许出租人选择“受领有缺陷的租赁物并请求赔偿损失”或者“请求承租人维修之后返还”。这也符合《民法典》第582条之精神，即“受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择请求对方承担修理、重作、更换、退货、减少价款或者报酬等违约责任”。当然，如果要求承租人维修租赁物构成《民法典》第580条规定的无法实际履行的情形，则属于例外情形。

第七百三十四条

租赁期限届满，承租人继续使用租赁物，出租人没有提出异议的，原租赁合同继续有效，但是租赁期限为不定期。

租赁期限届满，房屋承租人享有以同等条件优先承租的权利。

本条主旨

本条是关于承租人在租赁期限届满后继续使用租赁物及其优先承租权之规定。

理解与适用

关于不定期租赁，前述第703条关于“定期租赁与不定期租赁之区分”的释评、第707条中关于“书面形式与不定期租赁之确定”的释评和第730条关于“租期约定不明时的不定期租赁”的释评已做过比较充分的讨论。与定期租赁的重大差别在于，任何一方当事人可以随时单方解除不定期租赁合同。本条规定了另一种不定期租赁合同的发生原因，即“租赁期限届满，承租人继续使用租赁物，出租人没有提出异议的”。

在“租期约定不明或者没有约定”的情形，“不定期租赁”是对既有合同租赁期限的一种解释；但在本条规定的情形，“不定期租赁”是对租赁合同期限的更新，是一种法定的更新方式。此种法定更新，也被称为租赁期限的默示更新，即双方当事人通过“继续使用租赁物”和“不

提出异议”的行为默示对新的租赁合同的认同。^[305]与此种法定的租期更新相对应的是约定更新，即当事人在租赁期限届满之前或者之后另行订立一个租赁合同，约定新的租期。类似地，当事人之间也可以通过约定排除本条规定的“法定更新”，如载明“租赁期限届满后不续期”或者“续期须另行订立合同”等约定。^[306]

默示更新租期的合同，除了租赁期限由原来的确定期限变更为不确定期限之外，原租赁合同的其他条款保持不变，构成新的租赁合同的内容。承租人对租赁物的使用方式不得超出原来约定的方法，或者在没有约定时需符合租赁的性质。不过，如果存在担保权利的，并不会随着更新后的期限而延长，除非获得担保提供人的明确同意。

本条第2款规定，租赁期限届满，房屋承租人享有以同等条件优先承租的权利。这是对《合同法》第236条的增补，体现了对房屋承租人的居住和经营活动稳定性的保护。在原理和规则上，这与承租人在出租人出卖房屋时的优先购买权颇为类似。这里不再赘述。

注释：

[1] 《说文·禾部》。

[2] 如《史记·梁布列传》记载，“穷困，赁佣于齐，为酒人保”。

[3] 今天的网络平台经济中出现了大量的租男友、租女友现象。参见《男友出租市场，收费高的每天500元》，载《杭州商报》2009年1月12日，第04版。涉及租友活动的司法判决，可见“沈磊与野村综研（上海）咨询有限公司劳动合同纠纷案”，上海市徐汇区人民法院（2017）沪0104民初3658号民事判决书；“上诉人马×与上诉人梁×同居关系子女抚养纠纷案”，北京市第三中级人民法院（2015）三中民终字第04121号民事判决书。

[4] 参见吴志正：《债编各论逐条释义》，台北，元照出版公司2019年版，第97页。

[5] See Kåre Lilleholt, *Lease of Goods (Principles of European Law)*, Sellier, European Law Publishers, 2008, p.110.

[6] 参见吴志正：《债编各论逐条释义》，台北，元照出版公司2019年版，第99页。

[7] 参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第283页。

[8] 关于质权人在占有质押车辆期间违反约定使用车辆、出质人能否按照车辆租赁

的价格请求使用人返还不当得利的问题，实践中存有争议。有的法院认为这过分高于对出质人造成的损失，判决参照非营业用汽车损失保险条款的折旧率（按年6.7%计算）酌情赔偿给出质人造成的损失。参见“温州市九洲房地产开发有限公司等诉温州安代投资信息有限公司保管合同纠纷案”，浙江省温州市鹿城区人民法院（2015）温鹿西商初字第884号民事判决书。

[9]《民法通则意见》第126条规定：“借用实物的，出借人要求归还原物或者同等数量、质量的实物，应当予以支持；如果确实无法归还实物的，可以按照或者适当高于归还时市场零售价格折价给付。”

[10]在《民法典》编纂过程中，曾有学者提议将使用借贷合同作为一类有名的合同加以规定，但并未被采纳。

[11]译本来自《奥地利普通民法典》，周友军、杨垠红译，北京，清华大学出版社2013年版。

[12]关于这一点的代表性案例，参见“琼海潭门汇鑫旅业开发有限公司与孙为群房屋租赁合同纠纷上诉案”，海南省第一中级人民法院（2017）琼96民终2151号民事判决书。

[13]参见“林文兴、网电（深圳）新能源汽车服务有限公司房屋租赁合同纠纷案”，广东省深圳市中级人民法院（2019）粤03民终14800号民事判决书。

[14]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第287页。

[15]参见熊丙万：《中国民法学的效率意识》，载《中国法学》2018年第5期。

[16]这是一种在全球范围内都比较流行的房屋短期租赁商业模式。房东通常将装有房屋钥匙的密码盒子挂在房屋或者社区入口的某个地方，房客根据在爱彼迎上下单时获得的密码领取和归还房屋的钥匙；或者在密码锁情形告知承租人解锁密码即可。

[17]参见“许殷与刘屈明房屋租赁合同纠纷案”，贵州省贵阳市花溪区人民法院（2018）黔0111民初2199号民事判决书。

[18]See Kåre Lilleholt, *Lease of Goods (Principles of European Law)*, Sellier, European Law Publishers, 2008, p.134.

[19]See Christian von Bar and Eric Clive, *Principles, Definitions and Model, Rules of European Private Law*, Volume III, Sellier, European Law Publishers, 2009, p.1459.

[20]参见《北京市住房租赁合同示范文本》，http://www.beijing.gov.cn/zhengce/zhengcefagui/201907/t20190708_101182.html，最后访问时间：2020年5

月6日。

[21]参见《北京市汽车租赁合同约定示范文本》，http://scjgj.beijing.gov.cn/bsfw/bmfw/sfwbbm/shxfl/qc/201911/t20191129_720050.html，最后访问时间：2020年5月6日。

[22]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第290页。

[23]See Kåre Lilleholt, *Lease of Goods (Principles of European Law)*, Sellier, European Law Publishers, 2008, p.130.

[24]参见胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，北京，法律出版社1999年版，第316页。

[25]这同时意味着，对于非关键形状上的认识分歧（如出租人向承租人展示的独栋房屋的庭院绿地存在轻微的违章扩建，后因行政执法而缩小），当事人只能依据《民法典》第582条的规定主张“减少价款”等违约救济；或者要求出租人承担缔约过失责任，并以不存在缔约过失的成交价格来计算损害赔偿金。此类认识错误曾经发生在房屋买卖合同之中，如“中国供销合作对外贸易有限责任公司与林某某房屋买卖合同纠纷案”，北京市第三中级人民法院（2016）京03民初18号民事判决书（一审），北京市高级人民法院（2017）京民终289号民事判决书（二审）。由于2017年颁布的《民法总则》第147条关于重大误解的规定删除了此前《合同法》中的“可变更”选项，本判决选择援引了1988年《民法通则意见》第73条关于重大误解的“可变更”规则，并对合同价款予以调整（毕竟，1986年的《民法通则》仍然有效）。但在《民法典》生效之后，《民法通则》和《民法通则意见》都将被废止。

[26]例外情形，例如，新出土的非文物玉石在正常把玩中获得更光亮的色泽，从而得到价值的提升。

[27]参见“尚利明、河南省建安区尚集镇西街社区居民委员会三组确认合同无效纠纷案”，河南省许昌市中级人民法院（2017）豫10民终3708号民事判决书。

[28]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第292页。

[29]最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件司法解释的理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第45页。

[30]最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件司法解释的理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第40-41页。

[31]最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同

合同纠纷案件司法解释的理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第31页。

[32]关于这一点的讨论，可见朱虎、熊丙万、王轶与吴从周在中国人民大学法学院“民商法前沿论坛”上的相关讨论。吴从周：《台湾民事实务之当前论争课题》，载《民商法前沿论坛》第469期，<https://www.civillaw.com.cn/zt/t/?id=34738>，最后访问时间：2020年6月28日。

[33]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件司法解释的理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第48页。

[34]参见胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，北京，法律出版社1999年版，第319页。

[35]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第294页。

[36]参见吴志正：《债编各论逐条释义》，台北，元照出版公司2019年版，第154页。

[37]在2017年以后，20年被调整为50年。

[38]Peter Rummel (ed.), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, I, 3rd ed., Wien 2000, §1090, no.4.

[39]See Kåre Lilleholt, *Lease of Goods (Principles of European Law)*, Sellier, European Law Publishers, 2008, p.143.

[40]See Kåre Lilleholt, *Lease of Goods (Principles of European Law)*, Sellier, European Law Publishers, 2008, p.143.

[41]不过，该条第2句作了例外规定：“如果合同关系是以出租人或者承租人的终身寿命为期限订立的，则不允许根据通知方式终止。”

[42]《意大利民法典》第1607条作了与《德国民法典》第544条类似的规定，即“一栋住宅的租赁得协商存续于房东的终生并在其死后续存两年”；第1629条就林地租赁作了99年的最长租赁期限的规定。

[43]参见[日]潮见佳男：《民法（債權關係）改正法の概要》，东京，金融财政事情研究会2017年版，第293页；[日]大村敦志、道垣内弘人编：《解説民法（債權法）改正のポイント》，东京，有斐阁2017年版，第430页。

[44]依据《民法典》第368条，当事人可以通过约定，设立有偿的居住权。

[45]有一种观点认为，“如果租期过长，出租人就不愿投入过大成本对租赁物进行

维修改良，如此则不利于租赁物的有效利用”（王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第292页）。笔者认为，这一看法并不充分，因为，对于长期租赁合同，由于承租人有更稳定的利用和收入预期，通常来说会有更强的动力去投入和维护租赁。

[46]参见“关磊、贵阳瑞金置业投资管理有限公司与贵阳高新鑫鹏实业有限公司房屋租赁合同纠纷一案”，贵州省贵阳市中级人民法院（2019）黔01民终7170号民事判决书。

[47]“景顺长城基金管理有限公司与中国城市建设控股集团有限公司公司债券交易纠纷案”，上海市高级人民法院（2017）沪0101民初13670号民事判决书。

[48]参见“中国城市建设控股集团有限公司与景顺长城基金管理有限公司公司债券交易纠纷案”，上海市高级人民法院（2018）沪02民终3136号民事判决书。

[49]该条例第15条规定：“租赁城市私有房屋，须由出租人和承租人签订租赁合同，明确双方的权利和义务，并报房屋所在地房管机关备案。”

[50]该办法废止了1995年的《城市房屋租赁管理办法》。

[51]参见李朝晖：《论房屋租赁合同登记备案制度的立法价值目标》，载《广西社会科学》2008年第2期，第101-103页。

[52]最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件司法解释的理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第49页。

[53]参见叶名怡：《我国违法合同无效制度的实证研究》，载《法律科学》2015年第6期。

[54]代表性的观点如王轶：《论物权法的规范配置》，载《中国法学》2007年第6期；新近类似论述，王轶：《行政许可的民法意义》，载《中国社会科学》2020年第5期。

[55]参见姚明斌：《“效力性”强制规范裁判之考察与检讨》，载《中外法学》2016年第5期。

[56]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件司法解释的理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第56-57页。

[57]最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件司法解释的理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第56-57页。

[58]关于处罚力度与被捕获率的对比分析，参见Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, 2004, pp.479-481。

[59]例如，在中国土地出让金和房价“双高”的情形下，是否还有对居住性用房的出租收入进一步征税的正当性，是一个值得研究和论证的行政管理问题。

[60]参见“中国农业发展银行曲靖市分行诉李润洁等房屋租赁合同纠纷案”，云南省曲靖市麒麟区人民法院（2017）云0302民初317号民事判决书。

[61]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件司法解释的理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第86页。

[62]See Kåre Lilleholt, *Lease of Goods (Principles of European Law)*, Sellier, European Law Publishers, 2008, p.275.

[63]参见“李式良、白书源等与容兰芳房屋租赁合同纠纷一审案”，广西壮族自治区钦州市钦南区人民法院（2017）桂0702民初755号民事判决书。

[64]在一个有代表性的案例中，租赁合同当事人提供了《厂房、办公楼租赁合同》、租金缴纳凭证、水电费凭证以及证人证言，用以证明双方之间存在真实的房屋租赁关系。但是，法院最终并未认可这一租赁关系可以对抗第三人。参见“鄯善县农村信用合作联社与段文武、高明才房屋租赁合同纠纷案”，新疆维吾尔自治区高级人民法院（2020）新民终94号民事判决书。

[65]关于民法中的效力性条款与倡导性条款的学理区分，参见王轶：《论倡导性规范——以合同法为背景的分析》，载《清华法学》2007年第4期。

[66]参见吴志正：《债编各论逐条释义》，台北，元照出版公司2019年版，第100页。

[67]参见彭晴雅：《超六月未形成书面的租赁合同 视为不定期租赁关系随时可解除》，见中国法院网（<http://pjxfy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2018/11/id/3582969.shtml>），2018年11月22日刊发。

[68]参见“中国石油天然气股份有限公司河南销售分公司与郑州少阳商贸有限公司租赁合同纠纷上诉案”，河南省郑州市中级人民法院（2018）豫01民终2357号民事判决书。

[69]参见“中国石油天然气股份有限公司河南销售分公司与郑州少阳商贸有限公司租赁合同纠纷上诉案”，河南省郑州市中级人民法院（2018）豫01民终2357号民事判决书。

[70]See Kåre Lilleholt, *Lease of Goods (Principles of European Law)*, Sellier,

European Law Publishers , 2008 , p.166.

[71]See Kåre Lilleholt , *Lease of Goods (Principles of European Law)* , Sellier , European Law Publishers , 2008 , pp.169-170.

[72]See Kåre Lilleholt , *Lease of Goods (Principles of European Law)* , Sellier , European Law Publishers , 2008 , p.170.

[73]See Kåre Lilleholt , *Lease of Goods (Principles of European Law)* , Sellier , European Law Publishers , 2008 , p.170.

[74]参见“中山市蓝巨人光电科技有限公司诉郑州弘讯模型有限公司、杨明明租赁合同纠纷案”，四川省隆昌市人民法院（2019）川1028民初1828号民事判决书。

[75]参见“北京正鹏房地产开发有限公司销售分公司与北京博立信广告有限责任公司房屋租赁合同纠纷上诉案”，北京市第三中级人民法院（2018）京03民终1929号民事判决书。

[76]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第304页。

[77]参见“德润融资租赁股份有限公司、山东常林路桥工程有限公司融资租赁合同纠纷案”，山东省高级人民法院（2019）鲁民申7139号再审审查与审判监督民事裁定书。

[78]参见“上海璞物科技有限公司与上海骋峰信息科技有限公司合同纠纷二审案”，上海市高级人民法院（2020）沪01民终2548号民事判决书。

[79]参见“张其斌、袁玉琴、四川大弘文化传播有限公司与张其安、钱直秀债权人代位权纠纷上诉案”，重庆市第二中级人民法院（2017）渝02民终437号民事判决书。

[80]参见吴志正：《债编各论逐条释义》，台北，元照出版公司2019年版，第102页。

[81]严格来说，我们在物权法语境下通常所言的“无权处分”，指的是“对物权的无权处分”；但租赁权被认为是债权，也就不存在物权法语境下的无权处分问题，没有适用善意取得的空间。但这并不能直接排除“承租人可否对抗买受人或者抵押权人”的问题。

[82]参见吴志正：《债编各论逐条释义》，台北，元照出版公司2019年版，第98页。

[83]“（异议人）诉南京数码港投资管理有限公司等金融借款合同纠纷案”，江苏省高级人民法院（2016）苏执复180号。

[84]参见“珠海市康德农餐饮管理有限公司、珠海景佳方盈投资管理合伙企业金融借款合同纠纷案”，广东省珠海市中级人民法院（2020）粤04执复40号。

[85]参见“赵县农村信用联社股份有限公司诉李进友等租赁合同纠纷案”，河北省石家庄市赵县人民法院（2016）冀0133民初1491号民事判决书。

[86]关于冒名处分的讨论，可见冉克平：《论冒名处分不动产的私法效果》，载《中国法学》2015年第1期。

[87]实践中，有法院判决认为，在承租人明知或者应知租赁物已经出卖或者抵押的情形，租赁合同无效。这是不妥当的。例如，“赵县农村信用联社股份有限公司诉李进友等租赁合同纠纷案”，河北省石家庄市赵县人民法院（2016）冀0133民初1491号民事判决书。

[88]否定善意取得租赁权的观点，参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第305页。支持的观点，可见王轶：《论无权处分行为的效力——以物权变动模式的立法选择为背景》，载《中外法学》2001年第3期。

[89]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件司法解释的理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第77-78页。

[90]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件司法解释的理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第79-81页。

[91]参见“邹军与陈伯承、胡佳乐房屋租赁合同纠纷案”，湖南省高级人民法院（2019）湘09民终2406号民事判决书。本案中，法院依据《房屋租赁司法解释》第6条的规定，认定通过加锁来阻碍优先取得占有的承租人的行为构成侵权，需要向被侵权人承担赔偿责任。

[92]《买卖合同司法解释》第9条规定：“出卖人就同一普通动产订立多重买卖合同，在买卖合同均有效的情况下，买受人均要求实际履行合同的，应当按照以下情形分别处理：（一）先行受领交付的买受人请求确认所有权已经转移的，人民法院应予支持；（二）均未受领交付，先行支付价款的买受人请求出卖人履行交付标的物等合同义务的，人民法院应予支持；（三）均未受领交付，也未支付价款，依法成立在先合同的买受人请求出卖人履行交付标的物等合同义务的，人民法院应予支持。”不过，值得检讨的是，该司法解释第10条关于“特殊动产”的多重买卖的履行顺序并没有考虑“价款支付时间”。

[93]See Kåre Lilleholt, *Lease of Goods (Principles of European Law)*, Sellier, European Law Publishers, 2008, pp.273-274.

[94]这方面的案例，可见“张某、信某房屋租赁合同纠纷二审案”，吉林市中级人民法院（2020）吉02民终1024号民事判决书。

[95]See Kåre Lilleholt, *Lease of Goods (Principles of European Law)*, Sellier, European Law Publishers, 2008, p.158.

[96]See Kåre Lilleholt, *Lease of Goods (Principles of European Law)*, Sellier, European Law Publishers, 2008, pp.174-178.

[97]See Kåre Lilleholt, *Lease of Goods (Principles of European Law)*, Sellier, European Law Publishers, 2008, p.168.

[98]See Kåre Lilleholt, *Lease of Goods (Principles of European Law)*, Sellier, European Law Publishers, 2008, p.168.

[99]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第310页。

[100]《消费者权益保护法》第23条规定：“经营者应当保证在正常使用商品或者接受服务的情况下其提供的商品或者服务应当具有的质量、性能、用途和有效期限；但消费者在购买该商品或者接受该服务前已经知道其存在瑕疵，且存在该瑕疵不违反法律强制性规定的除外。”本条的规定主要针对的是减价货买卖，大致反映了价格条款的特殊安排。

[101]此外，在合同编的物业服务合同中，《民法典》第944条第1款也明确规定：“业主应当按照约定向物业服务人支付物业费。”

[102]参见“紫银物业公司诉张德荣、王大勇物业服务合同纠纷案”，【法宝引证码】CLI.C.513271；“杨望鸣诉江苏乐天玛特商业有限公司等物业服务合同纠纷案”，江苏省徐州市中级人民法院（2017）苏03民终3954号民事判决书。

[103]参见“崔瑛与清力源公司房屋租赁合同纠纷案”，新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市天山区人民法院（2015）天民三初字第218号一审民事判决书。在另一案例中，双方在第1份《房屋租赁合同》中约定租赁期内由承租人承担供暖费，但在续签的第2份《房屋租赁合同》并未就供暖费作出约定。法院最终判决续签合同中的供暖费由出租人承担。参见“刘军诉武相甫租赁合同纠纷案”，内蒙古自治区乌拉特前旗人民法院（2016）内0823民初783号民事判决书。

[104]参见“赵文刚与汪建国房屋租赁合同纠纷案”，江苏省连云港市海州区人民法院（2019）苏0706民初434号民事判决书。

[105]参见“李贵军与刘玮房屋租赁合同纠纷案”，北京市第三中级人民法院（2020）京03民终3140号民事判决书。

[106]参见“詹国标、潘孝贞房屋租赁合同纠纷案”，福建省厦门市中级人民法院（2020）闽02民终1185号民事判决书。

[107]如后文第711条释评中评述的那样，本案的实际争议是“承租人是否需要就停车场硬化层损坏的非自然损害予以赔偿”。参见“北京天马通驰旅游客运有限公司与北京众合盛物业管理有限公司房屋租赁合同纠纷案”，北京市第一中级人民法院（2020）京01民终4159号民事判决书。

[108]参见“爱家公司与昊泰公司房屋租赁纠纷案”，最高人民法院（2012）民申字第1055号民事判决书。

[109]参见魏耀荣：《中华人民共和国合同法释论（分则）》，北京，中国法制出版社2000年版，第211页。

[110]参见吴志正：《债编各论逐条释义》，台北，元照出版公司2019年版，第133页。

[111]更多分析，参见本书第711条释评。

[112]参见“徐州市林场与许光亮、许光永租赁合同纠纷案”，江苏省徐州市中级人民法院（2019）苏03民终8906号民事判决书。

[113]参见“北京亿心宜行汽车技术开发服务有限公司与罗佳、罗文明等机动车交通事故责任纠纷案”，海南省三亚市中级人民法院（2020）琼02民终77号民事判决书。

[114]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第316-317页。

[115]参见“郝某与任某房屋租赁合同纠纷上诉案”，甘肃省平凉市中级人民法院（2017）甘08民终60号民事判决书。

[116]参见“李涛与杨嵘房屋租赁合同纠纷上诉案”，上海市第一中级人民法院（2014）沪一中民二（民）终字第2779号民事判决书。

[117]参见“巢湖半汤康复医院、巢湖市亚兴塑料有限公司房屋租赁合同纠纷案”，安徽省合肥市中级人民法院（2020）皖01民终895号民事判决书。

[118]参见“恒东公司与曹吉某、多文某租赁合同纠纷案”，山西省太原市中级人民法院（2017）晋01民终4384号民事判决书。

[119]参见“北京世纪鑫塔建设工程管理中心等诉席玉翠房屋租赁合同纠纷上诉案”，北京市第一中级人民法院（2018）京01民终197号民事判决书。

[120]如后所释评，若发生了违约责任与侵权责任的竞合，则出租人可以从违约损

害赔偿责任和侵权损害赔偿责任中择其一主张。参见杨立新主编：《中华人民共和国民法典释义与案例评注·合同编》，北京，中国法制出版社2020年版，第524页。

[121]我国民法典中并无关于不真正连带责任的一般性规定。

[122]参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第809页。

[123]参见“丁某某与刘某某房屋租赁合同纠纷上诉案”，辽宁省沈阳市中级人民法院（2015）沈中民二终字第2716号民事判决书。

[124]关于这一点的讨论，可见吴从周：《台湾民事实务之当前论争课题》，载《民商法前沿论坛》第469期，<https://www.civillaw.com.cn/zt/t/?id=34738>（最后访问时间：2020年6月28日）；李永：《论“凶宅”贬值损害赔偿纠纷处理的法律适用》，载《法律适用》2019年第10期。

[125]类似案情，可参见“李涛与杨嵘房屋租赁合同纠纷上诉案”，上海市第一中级人民法院（2014）沪一中民二（民）终字第2779号民事判决书。

[126]参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第810页。

[127]参见“韦方菡诉赵广辉等财产损害赔偿纠纷案”，上海市第一中级人民法院（2017）沪01民终13440号民事判决书。

[128]参见“杨娟与沙开福、滕秀莲房屋租赁合同纠纷案”，江苏省南京市中级人民法院（2019）苏01民终10469号民事判决书。

[129]参见“北京天马通驰旅游客运有限公司与北京众合盛物业管理有限公司房屋租赁合同纠纷案”，北京市第一中级人民法院（2020）京01民终4159号民事判决书。

[130]参见“北京天马通驰旅游客运有限公司与北京众合盛物业管理有限公司房屋租赁合同纠纷案”，北京市第一中级人民法院（2020）京01民终4159号民事判决书。

[131]参见吴志正：《债编各论逐条释义》，台北，元照出版公司2019年版，第128页；Kåre Lilleholt, *Lease of Goods (Principles of European Law)*, Sellier, European Law Publishers, 2008, p.158.

[132]See Kåre Lilleholt, *Lease of Goods (Principles of European Law)*, Sellier, European Law Publishers, 2008, p.244.

[133]See Kåre Lilleholt, *Lease of Goods (Principles of European Law)*, Sellier, European Law Publishers, 2008, p.157.

[134]参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中

国法制出版社2020年版，第811页。

[135]参见吴志正：《债编各论逐条释义》，台北，元照出版公司2019年版，第129页。

[136]关于“合理使用行为”的讨论，参见本书对《民法典》第709～711条的释评。

[137]See Kåre Lilleholt, *Lease of Goods (Principles of European Law)*, Sellier, European Law Publishers, 2008, p.181.

[138]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第307页；黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第812页。Kåre Lilleholt, *Lease of Goods (Principles of European Law)*, Sellier, European Law Publishers, 2008, p.179.

[139]黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第812页。

[140]参见吴志正：《债编各论逐条释义》，台北，元照出版公司2019年版，第128页。

[141]参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第813页。

[142]Alain Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux* (6th ed., Paris 2006), no.339.

[143]See Kåre Lilleholt, *Lease of Goods (Principles of European Law)*, Sellier, European Law Publishers, 2008, p.181.

[144]关于“抢修”事实的证明困难问题，参见“广州维维中介物业管理有限公司、广州市城市更新项目建设管理办公室租赁合同纠纷上诉案”，广东省广州市中级人民法院（2020）粤01民终9653号民事判决书。

[145]See Hugh Beale (ed.), *Chitty on Contracts, II Specific Contracts* (29th ed.London 2004), para.33-72.

[146]参见“陈伟清与梁明英、赖陈生房屋租赁合同纠纷案”，广东省湛江市赤坎区人民法院（2018）粤0802民初2025号民事判决书。

[147]参见“王军与海安县沪屏丝绸有限公司房屋租赁合同纠纷案”，江苏省南通市中级人民法院（2020）苏06民终756号民事判决书。

[148]参见“杨奕轩、岳阳诚实房地产开发有限公司租赁合同纠纷案”，湖南省岳阳市中级人民法院（2020）湘06民终1941号民事判决书。

[149]参见“孙胜旗、张玉娟房屋租赁合同纠纷案”，河南省郑州市中级人民法院（2020）豫01民终6046号民事判决书。

[150]参见[日]我妻荣：《债法各论》，台北，五南图书出版公司1998年版，第34页。

[151]参见崔建远主编：《合同法》，北京，法律出版社2003年版，第371页。

[152]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第308页；黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第812页。

[153]See Kåre Lilleholt, *Lease of Goods (Principles of European Law)*, Sellier, European Law Publishers, 2008, pp.179-181.

[154]See Kåre Lilleholt, *Lease of Goods (Principles of European Law)*, Sellier, European Law Publishers, 2008, p.178.

[155]参见“中国石化销售有限公司河北承德石油分公司、何继玉租赁合同纠纷案”，河北省承德市中级人民法院（2019）冀08民再12号民事判决书。

[156]参见易军、宁红丽：《合同法分则制度研究》，北京，人民法院出版社2003年版，第16页。

[157]关于这方面的文献和讨论，可参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第319页。

[158]黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第816页。

[159]See Kåre Lilleholt, *Lease of Goods (Principles of European Law)*, Sellier, European Law Publishers, 2008, p.178.

[160]参见“张国义与杭州泰越机械有限公司建筑设备租赁合同纠纷上诉案”，浙江省杭州市中级人民法院（2017）浙01民终7207号民事判决书。

[161]See Kåre Lilleholt, *Lease of Goods (Principles of European Law)*, Sellier, European Law Publishers, 2008, p.178.

[162]有一种观点认为，“对第三人与次承租人之责任负责，则是无过失责任”。吴志正：《债编各论逐条释义》，台北，元照出版公司2019年版，第134页。这种看法没有考虑到实践中的复杂情形，不可取。

[163]参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第817-818页。

[164]关于民法中的经济效率观念的一般性论述，参见熊丙万：《中国民法学的效率意识》，载《中国法学》2018年第5期；贺剑：《绿色原则与法经济学》，载《中国法学》2019年第2期。

[165]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件司法解释的理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第115-116页。

[166]参见“赵文刚与汪建国房屋租赁合同纠纷案”，江苏省连云港市海州区人民法院（2019）苏0706民初434号民事判决书。

[167]最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件司法解释的理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第120页。

[168]最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件司法解释的理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第120页。

[169]参见“马艳芬与白云平房屋租赁合同纠纷上诉案”，云南省昆明市中级人民法院（2017）云01民终7817号民事判决书。

[170]《房屋租赁司法解释》第11条第2项规定：“因承租人违约导致合同解除，承租人请求出租人赔偿剩余租赁期内装饰装修残值损失的……出租人同意利用的，应在利用价值范围内予以适当补偿。”

[171]参见“邓修德与何松均等房屋租赁合同纠纷上诉案”，广东省广州市中级人民法院（2017）粤01民终19091号民事判决书。

[172]例如，《房屋租赁司法解释》第14条规定的情形，即“承租人经出租人同意扩建，但双方对扩建费用的处理没有约定的，人民法院按照下列情形分别处理：

（一）办理合法建设手续的，扩建造价费用由出租人负担……”该条规定并未提及出租人是否同意利用的问题，因为，在出租人同意扩建且已经办理合法建设手续的情况下，可以推定扩建之添附对出租人是具有经济价值的。因此，要求出租人负担扩建造价费，是合理的。也可以换一个视角来理解，即承租人代替出租人对房屋做了合法扩建；只不过，扩建后出租给了自己而已。例如，在一起房屋租赁案件中，承租人对租赁房屋的改建行为不仅取得了出租人的同意，而且，扩建房屋的面积已计入合法办理的房屋所有权证中。因此，扩建造价费用由出租人负担。参见“王越与锦州市评剧院财产损害赔偿纠纷案”，辽宁省锦州市凌河区人民法院（2018）辽0703民初1753号民事判决书。

[173]在租赁合同无效的情形，准确地说，诉争的标的是添附物的“现值”，而不是“残值”。不过，由于承租人通常也对在添附之后的租赁物有过一段时间的利用活动，也不妨统一称之为“残值”。

[174]参见“徐州心德清文化艺术发展有限公司与徐州山水汇邻湾商业管理有限公司、徐州颐和汇邻湾商业管理有限公司房屋租赁合同纠纷上诉案”，江苏省徐州市中级人民法院（2018）苏03民终7066号民事判决书。

[175]参见“厦门美美家商业管理有限公司与卢祥桦租赁合同纠纷上诉案”，福建省漳州市中级人民法院（2018）闽06民终72号民事判决书。

[176]参见“常州布朗多纺织有限公司与常州利云环保服务有限公司房屋租赁合同纠纷上诉案”，江苏省常州市中级人民法院（2019）苏04民终3072号民事判决书。

[177]参见“邓修德与何松均等房屋租赁合同纠纷上诉案”，广东省广州市中级人民法院（2017）粤01民终19091号民事判决书。类似案例，参见“北京建固建筑有限责任公司与常金成房屋租赁合同纠纷上诉案”，北京市第一中级人民法院（2020）京01民终2317号民事判决书。

[178]“东阿县东阿阿胶旅游养生有限公司、张学书房屋租赁合同纠纷上诉案”，山东省聊城市中级人民法院（2019）鲁15民终1772号民事判决书。

[179]参见“赵文刚与汪建国房屋租赁合同纠纷案”，江苏省连云港市海州区人民法院（2019）苏0706民初434号民事判决书。

[180]当然，也有不少例外法域，出租人的转租行为无须征得承租人同意，但转租不得损害出租人的利益。例如，《奥地利普通民法典》第1098条规定：“如果转租不会给所有人带来不利，且合同中没有明示地禁止，承租人还有权转租该租赁财产。”关于更多立法例的介绍，See Kåre Lilleholt, *Lease of Goods (Principles of European Law)*, Sellier, European Law Publishers, 2008, pp.282-283.

[181]See Kåre Lilleholt, *Lease of Goods (Principles of European Law)*, Sellier, European Law Publishers, 2008, p.278.

[182]See Kåre Lilleholt, *Lease of Goods (Principles of European Law)*, Sellier, European Law Publishers, 2008, p.282；吴志正：《债编各论逐条释义》，台北，元照出版公司2019年版，第145页；黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第820页。

[183]关于这一区分的讨论，可参见吴志正：《债编各论逐条释义》，台北，元照出版公司2019年版，第146页。也可见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第320-321页。

[184]参见“罗某夫妇诉邹亮等房屋租赁合同纠纷案”，海南省高级人民法院（2015）琼民三终字第29号民事判决书。

[185]“秦皇岛华侨大酒店与秦皇岛市海港区工商行政管理局租赁合同纠纷案”，最高人民法院（2011）民提字第304号民事判决书。

[186]相反观点，可见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第320页。

[187]参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第820页。

[188]王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第321-322页。

[189]参见“顾淑平、顾淑芳等确认合同无效纠纷案”，河北省邯郸市中级人民法院（2020）冀04民终1038号民事判决书。

[190]参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第821页。

[191]参见“顾淑平、顾淑芳等确认合同无效纠纷案”，河北省邯郸市中级人民法院（2020）冀04民终1038号民事判决书。

[192]代偿请求权，即违约方因为违约取得了对于他人的请求权，守约方可以请求将请求权直接让与给他。

[193]关于不完全合同的解释方法，参见Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, 2004, pp.299-303。

[194]参见“许俊杰、谭大钦房屋租赁合同纠纷案”，广东省广州市中级人民法院（2020）粤01民终8263号民事判决书。

[195]参见“陈铁兵与周晓华房屋租赁合同纠纷案”，辽宁省沈阳市中级人民法院（2013）沈中民二终字第1456号民事判决书。不过，该二审裁判实质上推翻了一审裁判关于未经许可转租的事实认定，认为因“双方存在长期租赁合同关系”，推定出租人对转租行为知情，进而认为出租人对承租人的转租行为系“默认”。

[196]例如“何花诉万晓利物权保护纠纷再审案”，北京市高级人民法院（2012）高民申字第2667号民事裁定书。

[197]参见韩世远：《合同法总论》（第四版），北京，法律出版社2018年版，第645页。

[198]第985条系不当得利之返还，第460条系依据所有人占有人关系返还。在传统民法理论上，所有人占有人关系和不当得利请求权之间的适用竞合关系一直存在争论，见王泽鉴：《不当得利》，北京，北京大学出版社2015年版，第42页。故于兹并不深究该问题。

[199]见“刘培峰、青岛红星化工厂房屋租赁合同纠纷上诉案”，山东省青岛市中级

人民法院（2020）鲁02民终4694号民事判决书。法院以未能确定诸次承租人和承租人“各自使用房屋的面积”为理由，未支持出租人要求次承租人支付占用使用费的请求，而告知出租人“可另行主张”。若诸次承租人和承租人“各自使用房屋的面积”（即份额）系出租人请求成立的必要要件，则可以推知法院观点认为，诸次承租人和承租人对房屋占有利益的返还应承担按份责任。

[200]参见王泽鉴：《不当得利》，北京，北京大学出版社2015年版，第55-67页。给付型不当得利中以给付关系限制不当得利请求权的范围，旨在保留原有给付关系中双方当事人之间可能存在的抗辩及风险分配，这背后的原理正是合同的相对性。

[201]参见王泽鉴：《不当得利》，北京，北京大学出版社2015年版，第91-92页。

[202]参见“吴春华与赵亲洪房屋租赁合同纠纷上诉案”，江苏省南京市中级人民法院（2019）苏01民终10476号民事判决书。

[203]“黄俊、王意玲租赁合同纠纷上诉案”，湖北省武汉市中级人民法院（2020）鄂01民终2592号民事判决书。值得注意的是，在裁判说理部分，合议庭已经意识到“同时依据合同相对性，承租人与次承租人之间的转租合同对转租双方具有约束力，是合法有效的”；但是在仅仅两句篇幅之后，却认定转租合同超出原租赁合同期限的部分无效。

[204]“大连侨乐物业服务有限公司、大连雅钰瑜伽健身文化发展有限公司财产损害赔偿纠纷二审案”，辽宁省大连市中级人民法院（2020）辽02民终2120号民事判决书。

[205]参见“陈红娟与石榴红房屋租赁合同纠纷二审案”，江苏省苏州市中级人民法院（2019）苏05民终9248号民事判决书。

[206]参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第826页。

[207]参见“丁养善、彭希荣房屋租赁合同纠纷上诉案”，浙江省温州市中级人民法院（2020）浙03民终1782号民事判决书。值得注意的是，法院认为承租人与出租人“在租赁合同履行过程中产生的有无多付租金、装修残值是否需要结算等纠纷”，不能对抗次承租人的追偿权。在此种观点下，本条规定的追偿权可能并非源自《民法典》第524条第2款规定的债权法定移转的原理，而是一种可以超越原债之关系中抗辩和风险安排的“超级追偿权”。

[208]关于次承租人请求承租人赔偿利息损失的案件，可参见“张慧茹、杨欣卓房屋租赁合同纠纷案”，浙江省衢州市中级人民法院（2019）浙08民终1100号民事判决书。

[209]此种表述可见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第827页。

[210]王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第317页。

[211]See Kåre Lilleholt, *Lease of Goods (Principles of European Law)*, Sellier, European Law Publishers, 2008, p.108.

[212]实践中，有争议的问题是：承租人如果专门以获取青苗补偿款为目的，租用土地，并在政府作出征收拆迁决定之前大规模种植林木，是否应当获得青苗补偿款？当然，这一问题已经超出了本条释评的关注范围。笔者认为，对于这种“抢种”行为，政府征收拆迁部门应当通过设定合理的青苗费补偿时间点和对青苗补贴标准的差异化定价来解决，不宜简单以违反公共利益等理由拒绝赔偿，甚至以诈骗罪论处。毕竟，此种“抢种”不一定能够获得成果，因为征收决定书尚未作出；在未被征收的情况下，植树造林仍然是对环境保护有价值的行为。

[213]参见“牙克石市大兴安岭乾森农业（集团）有限责任公司与牙克石市鑫泉养殖场、牙克石市国生亚麻有限责任公司租赁合同纠纷上诉案”，内蒙古自治区呼伦贝尔市中级人民法院（2019）内07民终927号民事判决书。

[214]参见“赵文刚与汪建国房屋租赁合同纠纷案”，江苏省连云港市海州区人民法院（2019）苏0706民初434号民事判决书。

[215]See Kåre Lilleholt, *Lease of Goods (Principles of European Law)*, Sellier, European Law Publishers, 2008, p.225；王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第314-315页。

[216]注意，2017年《民法总则》颁布后，本条就已经失效。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法总则〉诉讼时效制度若干问题的解释》第1条规定：“民法总则施行后诉讼时效期间开始计算的，应当适用民法总则第一百八十八条关于三年诉讼时效期间的规定。当事人主张适用民法通则关于二年或者一年诉讼时效期间规定的，人民法院不予支持。”

[217]以上信息主要来自对自如租房平台的访谈。关于新冠疫情对包括房屋租赁市场在内的合同履行的影响的专题讨论，可参见王轶：《新冠肺炎疫情、不可抗力与情势变更》，载《法学》2020年第3期。Christian Twigg-Flesner, “A comparative Perspective on Commercial Contracts and the impact of Covid 19-Change of Circumstances, Force Majeure, or what?”, in Katharina Pistor (ed.), *Law in the Time of COVID-19* (2020). Books.240, pp.9-10, <https://scholarship.law.columbia.edu/books/240>；Bingwan Xiong, Thomas Kadner Graziano, “COVID-19, Contractual Obligation and Risk Allocation: The loss lies where it falls or parties' duty to renegotiate and to share loss?”, *The Journal of*

[218]“刘胜华与姜小刚、王继红建筑设备租赁合同纠纷案”，山东省滨州市博兴县人民法院（2020）鲁1625民初1254号民事判决书。

[219]参见“张爱生与吕海鹏房屋租赁合同纠纷案”，甘肃省庆阳市中级人民法院（2014）庆中民终字第372号民事判决书。法院最终未支持约定双倍罚则的原因，还包括根据证人证言，出租人在承租人腾退房屋后索要房租时未主张过双倍房租，且出租人在一审庭审陈述时并未主张按照双倍罚则计算房租。

[220]参见姚明斌：《〈合同法〉第114条（约定违约金）评注》，载《法学家》2017年第5期；罗昆：《违约金的性质反思与类型重构》，载《法商研究》2015年第5期。

[221]“秦皇岛华侨大酒店与秦皇岛市海港区工商行政管理局租赁合同纠纷再审案”，最高人民法院（2011）民提字第304号民事判决书。

[222]参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第830页。

[223]我国台湾地区的租赁合同学说也做类似理解。参见吴志正：《债编各论逐条释义》，台北，元照出版公司2019年版，第108页。

[224]有释评没有注意到此种例外情形，如黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第830页。

[225]参见吴志正：《债编各论逐条释义》，台北，元照出版公司2019年版，第108页；Kåre Lilleholt, *Lease of Goods (Principles of European Law)*, Sellier, European Law Publishers, 2008, p.159.

[226]较为类似的案情，可参见“周世明、曾宪融合同纠纷上诉案”，贵州省黔西南布依族苗族自治州中级人民法院（2019）黔23民终2309号民事判决书。

[227]参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第831页。

[228]违反机动车登记注册性质从事客运服务活动，造成第三人损失的损害赔偿纠纷，可见“北京亿心宜行汽车技术开发服务有限公司与罗佳、罗文明等机动车交通事故责任纠纷案”，海南省三亚市中级人民法院（2020）琼02民终77号民事判决书。

[229]参见“长沙鑫广合汽车销售服务有限公司、王正飞车辆租赁合同纠纷案”，湖南省长沙市中级人民法院（2020）湘01民终5977号民事判决书。虽然该案由出租人提出解除，而且二审时支持出租人解除的理由系符合合同约定的解除条件（承租人延期支付租车款），但是当时并无《民法典》的规则可供援引，二审裁判也再次确认《网

络预约出租汽车经营服务管理实施细则（暂行）》对合同履行造成了影响，故从一审和二审裁判中关于租赁物无法用于合同目的的论述中，可以肯定裁判者会同意如下观点：对不可归责于双方的原因导致租赁物无法按照原本的目的使用的，可以支持当事人提出的解除诉请，而不用苛求此时的情形必须是由相对方导致的。

[230]最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件司法解释的理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第110页。

[231]参见“于富涛、王军租赁合同纠纷案”，辽宁省沈阳市中级人民法院（2019）辽01民终8444号二审民事判决书。与后述“邓学岭与深圳市浩京投资有限公司、张毅房屋租赁合同纠纷案”的不同之处在于，邓学岭案中查封法院公告显示，该房屋已在腾退过程之中，故已无法被承租人适法占有、使用。

[232]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件司法解释的理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第110页。

[233]参见“邓学岭与深圳市浩京投资有限公司、张毅房屋租赁合同纠纷案”，广东省深圳市罗湖区人民法院（2018）粤0303民初24379号民事判决书。

[234]2018年4月17日，涉及强制执行和房屋腾退内容的法院公告被粘贴于房产处；而直至同年4月26日，双方当事人签订《租赁合同》。原裁判认为该房屋“处于不适租状态”，即合同约定的出租人义务可能自始无法履行。

[235]参见“高立新等与范向阳合同纠纷案”，北京市第三中级人民法院（2018）京03民终1008号民事判决书。

[236]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件司法解释的理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第113页。

[237]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件司法解释的理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第106页。

[238]参见“陈艳诉张建伟等房屋租赁合同纠纷案”，安徽省宿州市萧县人民法院（2016）皖1322民初5241号民事判决书。

[239]黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第835页。

[240]参见卢正敏：《执行程序中的虚假租赁及其法律应对》，载《中国法学》2013年第4期，第176页。

[241]黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第834页。

[242]而且，一旦一律要求租赁登记，就涉及税收征缴问题，对普通的居住性承租方，特别是短期租方，是一种不小的经济负担。

[243]Kåre Lilleholt, *Lease of Goods (Principles of European Law)*, Sellier, European Law Publishers, 2008, p.271.

[244]See Kåre Lilleholt, *Lease of Goods (Principles of European Law)*, Sellier, European Law Publishers, 2008, p.273.

[245]参见熊丙万：《中国民法学的效率意识》，载《中国法学》2018年第5期。

[246]关于这一点的类似观察，参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第834页。

[247]类似观点，参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第300页；吴志正：《债编各论逐条释义》，台北，元照出版公司2019年版，第110页；相反观点，参见韩世远：《合同法学》，北京，高等教育出版社2000年版，第457页。

[248]参见“北京金悦物业管理有限责任公司诉北京长信汇金投资咨询有限公司、北京置地商贸有限责任公司租赁合同纠纷抗诉案”，最高人民法院（2014）民抗字第23号民事判决书。

[249]持相反的观点则认为，“买受人可以对出卖人主张因受欺诈而撤销合同或主张权利瑕疵担保等”，但具体的反对理由不详。如吴志正：《债编各论逐条释义》，台北，元照出版公司2019年版，第110页。

[250]王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第302页；吴志正：《债编各论逐条释义》，台北，元照出版公司2019年版，第110页。

[251]例如，《德国民法典》第566条规定：“所出租人的住房在交给承租人后，被出租人让与给第三人的，取得人代替出租人，加入出租人的所有权存续期间因使用租赁关系而发生的权利义务中。”

[252]参见“李式良、白书源等与容兰芳房屋租赁合同纠纷案”，广西壮族自治区钦州市钦南区人民法院（2017）桂0702民初755号民事判决书。该案审理法院认为，《合同法》第229条“买卖不破租赁”规则的立法旨意在于“保护承租人居住之基本需求”，其中的租赁合同必须是“善意合约”且具有权利外观（承租人实际占有房屋或者租赁合同已登记备案）。针对具体案情，裁判观点列举了4项理由，支持了被告（房屋买受人）的答辩意见，分别为：合同未备案、出卖人承诺无权利限制、无证据证明原告

占有、租金过分低于正常价格。

[253]吴志正：《债编各论逐条释义》，台北，元照出版公司2019年版，第115页。

[254]不过，有观点认为：“本条适用于第三人继受取得租赁物所有权之情形。但倘第三人系原始取得租赁物者，譬如，（1）B向A租赁之土地因公用征收或土地重新分配至新所有人C，B即不得向C主张本条之适用；（2）破产没收经拍卖，无本条之适用；（3）时效取得以占有为前提，无本条适用之可能；（4）善意受让则有争议。”吴志正：《债编各论逐条释义》，台北，元照出版公司2019年版，第111-112页。

[255]比较法上可参见《德国民法典》第566e条就此作出的明确规定。

[256]参见最高人民法院于1952年5月17日发布的《解答关于处理房产行使优先购买权案件，发生疑义的问题的函》，法监字第8012号，<http://www.chinalawedu.com/falvfagui/fg22598/2952.shtml>，最后访问时间：2017年8月3日。

[257]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第325页。

[258]1999年《合同法》第230条重申了承租人的优先购买权，但并未进一步明确该权利的性质和效力。

[259]参见卢正敏：《执行程序中的虚假租赁及其法律应对》，载《中国法学》2013年第4期，第176页。

[260]《房屋租赁司法解释》第22条规定：“出租人与抵押权人协议折价、变卖租赁房屋偿还债务，应当在合理期限内通知承租人。承租人请求以同等条件优先购买房屋的，人民法院应予支持。”

[261]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第333页。

[262]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第332页。

[263]对比《民法通则意见》第118条的规定：“出租人出卖出租房屋，应提前三个月通知承租人，承租人在同等条件下，享有优先购买权……”

[264]吴志正：《债编各论逐条释义》，台北，元照出版公司2019年版，第124页。

[265]杨立新主编：《中华人民共和国民法典释义与案例评注》，北京，中国法制

出版社2020年版，第726页。

[266]参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第838页。

[267]参见湖北省高级人民法院（2018）鄂01民终10232号民事判决书。

[268]关于弃权行为的法律效力的专题讨论，参见叶名怡：《论事前弃权的效力》，载《中外法学》2008年第1期。

[269]参见吴志正：《债编各论逐条释义》，台北，元照出版公司2019年版，第124页。

[270]参见张鹏：《共有人优先购买权和房屋承租人优先购买权竞合之证伪——兼评〈房屋租赁合同司法解释〉第24条第1项的理解和适用》，载《法学》2014年第2期。

[271]关于这方面的案例，参见“贵阳市花溪机械塑料厂与魏东房屋租赁合同纠纷案”，贵州省贵阳市中级人民法院（2016）黔01民终4740号民事判决书。

[272]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件司法解释的理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第313-314页。

[273]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件司法解释的理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第316-317页。

[274]拍卖行的行为效果可以归属于作为委托拍卖方的出租人；出租人在赔偿损失之后，可以向拍卖行追偿。

[275]参见“杨巧丽诉中州泵业公司优先购买权侵权纠纷上诉案”，载《最高人民法院公报》2004年第5期（总第91期）。

[276]参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第842页。

[277]参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第843页。

[278]关于这方面的案例，参见“贵阳市花溪机械塑料厂与魏东房屋租赁合同纠纷案”，贵州省贵阳市中级人民法院（2016）黔01民终4740号民事判决书。

[279]参见“永安旅游汽车租赁公司诉刘辉荣租赁合同案”，江苏省苏州市金阊区人民法院（2004）金民二初字第245号民事判决书。本案中法院将事故原因及归责、损失扩大归责的举证责任分配于原告（出租人），故可以认为法院将不可归责于承租人的

租赁物风险完全分配于出租人。

[280]参见“孙彦真与单县龙王庙镇人民政府租赁合同纠纷案”，山东省高级人民法院（2014）鲁商终字第76号民事判决书。

[281]See Kåre Lilleholt, *Lease of Goods (Principles of European Law)*, Sellier, European Law Publishers, 2008, p.137.

[282]参见“何建屏与肖启明房屋搬迁纠纷案”，广东省广州市中级人民法院（2004）穗中法民四终字第3819号民事判决书。虽然二审法院未明示不定期租赁合同的随时解除，而且甚至还有“双方并没有签订租赁合同”的表达，但是考虑到该裁判作出的年代，文书说理普遍较为简略，所以应当从文书的逻辑演绎脉络中理解裁判的观点，而不能拘泥于文义表达。该裁判文书援引了《合同法》第232条作为依据，因为合同的解除以其成立生效为前提，所以这说明法院实际上认可了在承租人与房屋原所有权人房地产公司之间成立不定期的租赁合同，在房屋所有权转移后，该不定期租赁合同在承租人与原告（房屋新所有权人）之间继续成立，由此方有该条适用的可能。至于裁判中关于被告（承租人）“以‘买卖不破租赁’为由要求在讼争房屋继续居住依据不足，本院不予采纳”的说法，应当在前述语境下被理解：承租人虽然与原告之间成立合同，但是该合同可以被原告随时解除，原告诉至法院要求承租人搬离的行为，可以被解释为发出解除的通知，因此该不定期租赁合同已被解除，从而被告“继续居住依据不足”。

[283]参见吴志正：《债编各论逐条释义》，台北，元照出版公司2019年版，第156页。

[284]《合同法》第232条规定：“当事人对租赁期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，视为不定期租赁。当事人可以随时解除合同，但出租人解除合同应当在合理期限之前通知承租人。”

[285]See Kåre Lilleholt, *Lease of Goods (Principles of European Law)*, Sellier, European Law Publishers, 2008, p.168.

[286]在比较法上，不少法域仅对房屋领域的承租人在缔约时明知人身安全瑕疵后的解除权作出规定。例如，《德国民法典》第544条规定：“住房或者其他房屋处于其使用显然有害于健康的状况时，即使承租人在订立合同时已知此种有害状况，或者已放弃行使因此种有害状况而相应的权利，仍可以不遵守预告解约通知期限而通知终止租赁关系。”我国台湾地区“民法”第424条也做了类似规定。

[287]参见吴志正：《债编各论逐条释义》，台北，元照出版公司2019年版，第115页。

[288]参见“仪征市兴成塑业包装有限公司诉仪征市新城镇新华村村民委员会、郭五年财产损害赔偿纠纷上诉案”，载《最高人民法院公报》2016年第3期（总第233

期)。该案案情虽然不涉及人身健康安全,但是裁判根据具体情况认定租赁双方当事人的过错,并认定遭受损失的承租人应自行承担超过出租人份额的损失,对本条损害赔偿责任的认定与理解,具有借鉴意义。

[289]参见“张秀芬与蔡立兴房屋租赁合同纠纷上诉案”,山东省济南市中级人民法院(2018)鲁01民终1950号民事判决书。在本案中,承租人因为并非短期租赁(自气味侵入起至双方交涉结束,时间长达两个月之久),而且系本地居民,故应当有其他更为直接的方式固定证据,所以本案裁判结论可以赞同。以本案为例,旨在说明如果上述情形发生在异地短期租赁中,或者侵入的不可量物是更加难以证明的噪声等,那么承租人因为没有更为直接的方式固定证据,故将几乎不可能完成举证。

[290]关于电子商务平台经营者的运行机理的描述,可见熊丙万:《专车拼车管制新探》,载《清华法学》2016年第2期。

[291]黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编解读(下册)》,北京,中国法制出版社2020年版,第849页。

[292]参见王利明:《合同法研究(第三卷)》(第二版),北京,中国人民大学出版社2015年版,第340页。

[293]参见崔建远主编:《合同法》,北京,法律出版社2007年版,第417页;王利明:《合同法研究(第三卷)》(第二版),北京,中国人民大学出版社2015年版,第341-342页。

[294]黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编解读(下册)》,北京,中国法制出版社2020年版,第849页。参见王利明:《合同法研究(第三卷)》(第二版),北京,中国人民大学出版社2015年版,第340页;胡康生:《中华人民共和国合同法释义》,北京,法律出版社1999年版,第345-346页。

[295]参见“王×与王×一排除妨害纠纷案”,北京市第三中级人民法院(2014)三中民终字第13764号民事判决书。

[296]参见陈卫佐译注:《德国民法典》,3版,北京,法律出版社2010年版,第200-201页;台湾大学法律学院编译:《德国民法典》,北京,北京大学出版社2017年版,第513页。

[297]参见奚晓明主编:《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件司法解释的理解与适用》,北京,人民法院出版社2009年版,第256页。

[298]参见王利明:《合同法研究(第三卷)》(第二版),北京,中国人民大学出版社2015年版,第342-343页;黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编解读(下册)》,北京,中国法制出版社2020年版,第851页。

[299]参见吴志正:《债编各论逐条释义》,台北,元照出版公司2019年版,第

160页。

[300]参见“许殷与刘屈明房屋租赁合同纠纷案”，贵州省贵阳市花溪区人民法院（2018）黔0111民初2199号民事判决书。

[301]参见“李涛与杨嵘房屋租赁合同纠纷上诉案”，上海市第一中级人民法院（2014）沪一中民二（民）终字第2779号民事判决书。

[302]“殷明良与秦贵春房屋租赁合同纠纷案”，江苏省镇江市中级人民法院（2019）苏11民终3249号民事判决书。

[303]See Kåre Lilleholt, *Lease of Goods (Principles of European Law)*, Sellier, European Law Publishers, 2008, p.185.

[304]See Kåre Lilleholt, *Lease of Goods (Principles of European Law)*, Sellier, European Law Publishers, 2008, p.186.

[305]See Kåre Lilleholt, *Lease of Goods (Principles of European Law)*, Sellier, European Law Publishers, 2008, pp.146-149.

[306]参见吴志正：《债编各论逐条释义》，台北，元照出版公司2019年版，第157页。参见“许殷与刘屈明房屋租赁合同纠纷案”，贵州省贵阳市花溪区人民法院（2018）黔民初0111号民事判决书。

第十五章 融资租赁合同^[1]

第七百三十五条

融资租赁合同是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。

本条主旨

本条是关于融资租赁合同定义的规定。

相关条文

《合同法》第237条 融资租赁合同是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。

《国际融资租赁公约》^[2]第1条

1.本公约调整本条第2款所述的融资租赁交易，其中，一方（出租人），（a）按照另一方（承租人）的指定，与第三方（供货人）订立合同（供货合同）。根据该合同，出租人按承租人在其利益有关的范围内所认可的条件，取得成套设备、生产资料或其他设备（以下统称“租赁物”），并且，（b）与承租人订立合同（租赁合同），授权承租人使用租赁物，并要求承租人支付租金。

2.前款所称融资租赁交易具有以下特点：

（a）承租人指定租赁物和选择供货人，并不主要依赖于出租人的技能和判断；

（b）出租人取得的租赁物与出租人和承租人之间已经签订或即将签订的租赁合同相关联，并且供货人知道这一情况，以及

（c）特别是，该租赁合同项下应付租金的计算摊销了租赁物全部或绝大部分成本。

3.无论承租人是否已经或随后取得选择权以购买租赁物或延展租期而继续占有租赁物，也无论是否支付名义上的价金或租金，本公约均予适用。

4.本公约适用于涉及所有动产设备的融资租赁交易，但该设备主要供承租人个人、家人或家庭使用的，除外。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第526条 融资租赁合同是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。

承租人将其自有物出卖给出租人，再通过融资租赁合同将租赁物从出租人处租回的，承租人和出卖人系同一人不影响融资租赁合同的成立。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第526条 融资租赁合同是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。

承租人将其自有物出卖给出租人，再通过融资租赁合同将租赁物从出租人处租回的，承租人和出卖人系同一人不影响融资租赁合同的成立。

《民法典（草案）》（2019年12月）第735条 融资租赁合同是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。

承租人将其自有物出卖给出租人，再通过融资租赁合同将租赁物从出租人处租回的，承租人和出卖人系同一人不影响融资租赁合同的成立。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第735条 融资租赁合同是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。

理解与适用

本条旨在明确融资租赁合同的核心要素，以此与其他典型合同和非典型合同相区分。融资租赁，系译自英文“financial leasing”或“finance lease”，又译“金融租赁”^[3]，因我国合同法已将“financial leasing”有名化，并定名为“融资租赁合同”，“融资租

赁”即成约定俗成的译名。但本书作者注意到,《金融租赁公司管理办法》兼采两种译法,明定“本办法所称金融租赁公司,是指经银监会批准,以经营融资租赁业务为主的非银行金融机构”。(第2条第1款)“金融租赁公司名称中应当标明‘金融租赁’字样。”(第2条第2款)“本办法所称融资租赁,是指出租人根据承租人对租赁物和供货人的选择或认可,将其从供货人处取得的租赁物按合同约定出租给承租人占有、使用,向承租人收取租金的交易活动。”(第3条)笔者认为,融资租赁业在我国兴起与发展的历史因素造成对该行业的监管有金融监管与非金融监管的区分,如将“financial leasing”译为“金融租赁”,则无法涵盖融资租赁的所有情形,易生误解,因而,应称之为“融资租赁”。

融资租赁作为一种新兴的交易形态,以融物(租赁)的形式达到融资的目的^[4],既规避了银行信贷的严格监管,使得融资更为便捷,又具备会计上节税的优势,优化了企业财务报表,已然成为工商企业获得信用支持的又一大渠道。随着我国金融市场的进一步细分,在银行信贷之外的非正规金融中,融资租赁的作用已不可小觑,尤其对于获得银行信贷极为困难的中小企业而言,这一交易形态已经成为企业取得生产设备的重要融资工具。我国在借鉴《国际融资租赁公约》和其他国家对融资租赁的定义的基础上,结合我国融资租赁界比较一致的看法后,于《合同法》第237条对融资租赁合同作了界定,本条从之。

一、融资租赁合同的定义

第一,“出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择,向出卖人购买租赁物”。这是融资租赁合同不同于租赁合同的一个重要特点。出租人在依租赁合同交付租赁物之前已经取得了租赁物,而融资租赁合同是出租人按照承租人的指令出资购买租赁物,在融资租赁合同订立之时,出租人并未取得租赁物,甚至租赁物尚未存在。融资租赁合同的本质在于出租人融通资金让承租人得以使用标的物,而非出租人在取得租赁物的所有权后,享有从租赁物获得收益的权利。^[5]在融资租赁交易中,出租人支付租赁物的全额价款,承租人虽选定出卖人、租赁物,但不必支付价金,即可利用租赁物,从而达到融资的效果。这就相当于出租人贷款给承租人,用以购买后者所需要的租赁物。^[6]正是从这一意义上,融资租赁合同才被冠以“融资”之名。

第二,出租人将购买的租赁物“提供给承租人使用”。融资租赁交易中,出租人向出卖人购买租赁物,非为自己使用,而是将之提供给承租人使用,因而又具有了“融物”的属性。与租赁合同的期限不能超过20年(第705条第1款)不同的是,融资租赁合同的期限并无最长

20年的限制。实践中，融资租赁合同的期限一般较长，一般占租赁物预期使用年限的大部分（约占70%以上）。^[7] 融资租赁合同虽具融资的性质，但是并不能据此认定融资租赁合同的法律性质而忽略其中仍具有标的物使用收益的作用。就承租人而言，融资租赁合同的达成主要仍是由于承租人欲取得标的物的使用，而碍于资金运用的考量，才进行融资租赁交易。况且，融资租赁合同还包括承租人尚须妥善保管、使用租赁物等内容^[8]，均显示出融资租赁合同不仅具有融资性质，也具有传统租赁所具有的要素。

第三，承租人向出租人支付租金。融资租赁合同的承租人对出租人购买的租赁物为使用收益，并须支付租金。也正是在这种意义上，融资租赁合同才被冠以“租赁”之名。但与租赁合同不同的是，融资租赁合同的租金，除当事人另有约定外，应当根据购买租赁物的大部分或者全部成本以及出租人的合理利润确定。

值得注意的是，本条规定所呈现的许多特征比较宽泛，用一个定义来囊括所有建立在被称为“融资租赁”的混合机制之上的可能变体，不仅几乎不可能，而且限制了融资租赁交易的未来发展。首先，这个定义是融资租赁交易机制的描述；其次，是融资租赁交易构成要素的描述，这些构成要素建立了与那些邻近法律概念之间的区别。^[9]

融资租赁合同是双方互负对待给付义务的合同，因为出租人要履行其按照承租人的要求购买标的物并交付承租人使用的义务。承租人要履行其支付租金等义务。融资租赁合同的成立和生效并不以标的物的实际交付为要件，属于诺成性的合同。换言之，只要双方意思表示一致，合同即成立。同时，《民法典》第736条第2款规定：“融资租赁合同应当采用书面形式。”之所以要采用书面形式，是因为此类合同内容复杂，涉及多方当事人，并且合同的标的物一般价值较大。所以，采用书面形式有利于提醒当事人注意合同交易的细节和风险，并可以预防纠纷。即使当事人之间发生了纠纷，书面合同还可以起到固定证据的作用，有利于保护当事人的权利。融资租赁合同也是一种继续性合同，因为此类合同不是一次履行完毕的，而是长期、持续履行义务的合同。

在融资租赁合同中，出租人应当具有融资租赁业务的资质。^[10] 考虑到融资租赁交易具有融资性，只有经有关部门批准许可经营的公司，才有从事融资租赁交易、订立融资租赁合同的资格。^[11]

裁判实践中，即有观点认为，出租人未取得融资租赁的资质，不具有从事融资租赁行为的主体资格，其所签订的融资租赁合同应为无效。^[12]但也有观点认为，“根据现有的法律、行政法规，融资租赁并

不属于国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营的范围”^[13]。

二、融资租赁合同的法律性质

探讨融资租赁合同的法律性质，除有其理论价值之外，在实务运作上亦有助益。如当事人对于融资租赁合同内容约定不够详尽，或其约定有悖于法律的禁止性规定，甚至有违融资租赁合同的本质时，则需根据融资租赁合同的法律性质，适用或类推适用相关规则，以作为合同的补充解释。

关于融资租赁合同的性质，学者间分别根据融资租赁合同的经济学功能、法律手段或起源发展过程等因素加以考量，产生了多种学说，这些学说均有其立论基础，然而反对者则对其不完善之处也有评论。^[14]

1.借款合同说^[15]

此说系着重于融资租赁合同的经济学功能，认为其具有借款的实质，即融资租赁合同的本质在于出租人融通资金让承租人得以使用标的物，而非出租人取得租赁物的所有权后，将该物交付予承租人为使用收益的过程。但是，融资租赁的利益在于“使用”功能及以租赁物为出租人债权担保的功能，此说未能对之加以说明，且融资租赁交易中出租人的金钱，是移转交付予租赁物的出卖人，而非承租人，出租人并保有租赁物的所有权，在承租人违约时出租人有权取回租赁物的特性，均非借款合同所能包含。

2.借用合同说^[16]

此说亦系着眼于融资租赁的融资形式，认为融资租赁是以物之授信代替金钱的授信，只要出租人提供的租赁物为代替物，即可成为消费借贷的标的物。不过，在物的消费借贷关系中，借贷标的物一经贷与人移转所有权与借用人，即成为借用人的财产，借用人并能终局地保有标的物，而只需于借用期限届满时返还同种类、品质、数量之物即可；然而融资租赁交易中，出租人自始均保有租赁物的所有权，而未移转所有权与承租人，承租人所需返还的是原租赁物，而非其代替物，因此，其与借用合同性质殊有不同。

3.分期付款买卖合同说

此说认为融资租赁交易中承租人享有在租赁期限届满后购买租赁物的选择权，与附所有权保留约款的分期付款买卖中的买受人，在清

偿最后一期价款即取得买卖标的物的所有权相同，而且出租人保有租赁物所有权，仅为担保其价金债权，其于交付租赁物与承租人后，除负担承租人不为给付或不能给付之危险之外，不负其他风险，无异于交付买卖标的物后的出卖人。此外，租赁期限大多接近租赁物的使用期限，与传统租赁的承租人仅取得一时之使用权不同，因此，融资租赁的本质实为分期付款买卖。但是，融资租赁合同的出租人之所以不利用买卖的方式，即重在追求融资利益，而非销售利益，承租人虽享有购买租赁物的选择权，但承租人在租赁期限届满后未必行使，此与附所有权保留约款之分期付款买卖中的买受人，在付清价金后即取得标的物所有权者不同，况且并非所有融资租赁合同均赋予附承租人购买租赁物的选择权。此外，融资租赁交易当事人的目的重在租赁物的使用收益，而非取得所有权。因此，两者的法律结论不同，此说亦无法说明融资租赁的性质。

4.特殊租赁合同说

此说重视融资租赁合同所采取的法律手段甚过其内在的经济本质，认为融资租赁交易中，出租人负有交付租赁物与承租人使用收益的义务，而承租人则负有给付租金予出租人的义务，正好与租赁合同的形式要件相符。至于出租人所负担的使租赁物适合于约定使用收益的状态、修缮、瑕疵担保、危险担保等义务，则依特约予以免除，故为特殊租赁合同。反对者则认为，合同形式仅为确定合同属性之标准之一，并非唯一标准，融资租赁中出租人重在取得融资利益，而非租赁利益，且出租人于交付租赁物后，已不负任何义务，已失去租赁为义务合同的性质。而且在传统租赁理论中，承租人所支付的租金被认为是在租赁期限内使用租赁物的对价。但是，在融资租赁交易中，承租人对出租人定期支付的租金，基本上是以出租人购买租赁物的价款加上相应利息、费用及预计利润，扣除预估租赁物在租赁期满时的残余价值及出租人可享有的租税优惠之后的数额，再除以租赁期限计算而得。因此，虽然就同一租赁物，如租赁期限较长，则承租人每期所应支付的租金即较低，如租赁期限较短，则每期所应支付的租金即需增加，因此，承租人所支付的租金并非对于租赁物使用收益的对价，这一点与传统租赁理论的租金概念并不相同。

5.无名合同说（独立交易说）

此说置重于融资租赁的经济性质，认为其为具有金融本质的无名合同。因为融资租赁合同似乎排除了民法上关于租赁合同的任意规定的适用，尤其出租人的主要义务，例如修缮、瑕疵担保等作为租赁物所有人的义务，均已不复存在，至于承租人因使用收益租赁物所支付的租金，可以说是以分期付款的方式，无条件地偿还出租人购入租赁

物所支出的价金、利息及利润。因此，与其认定融资租赁为特殊租赁，还不如解释为类似于租赁的无名合同为佳。此说虽可能注意融资租赁的特质及传统租赁规则无法适用的问题，但论者的主张稍嫌消极，不能积极解决问题。

6. 动产担保交易说

此说以为融资租赁发源于美国，依《美国统一商法典》的规定，融资租赁在法律性质上属于动产担保交易，已不成问题，且认定其为动产担保交易，不仅能兼容上述各种学说的优点，克服其缺点，并能说明融资租赁所具有的融资、担保、使用的功能。但是，在1988年《美国统一商法典》新增第二编之一（Article 2A）之后，融资租赁交易被重新界定^[17]，被作为一种独立的动产交易形态予以固定化，无须登记，但构成动产担保交易的融资租赁交易，应在统一的动产担保登记系统中登记融资声明书^[18]，才能对抗第三人。不过，虽然《美国统一商法典》上对融资租赁作了真实的融资租赁和构成动产担保交易的融资租赁之分，并分别适用第二编之一和第九编，但法典对两者区分标准的规定并不明晰，因此，那些关心交易产生的是融资租赁还是动产担保权的出租人，仍然会在登记系统中登记保护性融资声明书。^[19]

我国《民法典》将融资租赁合同作专章规定，认为融资租赁是一种独立的交易形态，既不同于借款合同、借用合同，也不同于租赁合同，实值赞同。但《民法典》第388条又将出租人的所有权功能化为担保物权，由此增加了解释上的分歧。民事法律关系依其不同性质，分别定位于《民法典》的不同分编。《民法典》坚守物债两分的体系，将物权法律关系规定于物权编，将因合同所产生的债权法律关系规定于合同编。在物权变动的原因和结果相区分原则之下（第215条），物权变动的原因（民事法律行为）主要是合同，属于合同编的调整范围，而是否发生物权变动的结果以及物权的效力与保护，则受物权编的规制。《民法典》合同编融资租赁合同章一般仅涉及当事人之间的债权债务关系问题，且其中规则多具任意法属性，得由当事人依约定而排除适用。

融资租赁交易的功能化转向，并不涉及融资租赁合同中当事人之间的债权债务关系，仅仅只表明对出租人的物权保护，由所有权转向担保物权，其立法意旨在于，规制“手段超过目的”，借由功能化转向，明确出租人取回租赁物和实行功能化的担保物权之时的清算义务，以实现出租人和承租人之间的利益平衡。就《民法典》上所确立的物权行使和保护的程序规则而言，如出租人自力实现不能，虽然在所有权构造之下，出租人在救济程序上，尚须于申请启动普通民事诉

讼程序并取得胜诉裁判之后，依强制执行程序得以实现。与此不同的是，在担保权构造之下，出租人实现其功能化的担保物权，自可类推适用第410条第2款，选择申请启动实现担保物权案件特别程序，在取得许可裁定之后再申请强制执行。两者相较，以后者更为简速、迅捷。

融资租赁交易的规制重心，并不在于其为融资租赁合同，而在于其担保权构造。^[20]虽然《民法典》将出租人对租赁物的所有权功能化为担保物权，但在承认购买价金担保权超优先顺位规则的情形之下，出租人的权利并未受到实质性的影响。相反，借助于担保物权规则，租赁物上竞存权利之间的优先顺位、承租人违约后救济的程序保障等等得以明晰地确立，增加了融资租赁交易的确定性。唯一不同的是，承租人破产之时，在所有权构造之下，出租人基于其所有权可得主张破产取回权；但在担保权构造之下，出租人仅得主张破产别除权。在我国《企业破产法》就破产别除权的行使与保护存在诸多限制的情形之下，破产取回权的地位明显优于破产别除权。不过，《企业破产法》的修订已经纳入立法规划，既有规则的失当之处即可经由修法加以解决。

三、融资租赁合同法律关系的具体认定

《融资租赁解释》第1条规定，人民法院应根据标的物的性质、价值、租金的构成等对是否构成融资租赁法律关系作出认定。值得注意的是，融资租赁作为一种特殊的租赁形式，兼具融资的经济功能，若仅以签约时是否有融资的动机判断合同性质，则融资租赁与借款殆无区别，法律上亦不再有必要并存融资租赁和借款两种不同性质的合同。由此足见，当事人之间合同的法律性质，并非由当事人签订该合同时在经济上的动机所决定，而应当由该合同所约定的主给付义务决定。^[21]

（一）标的物的性质与融资租赁合同法律关系的认定

从国外的融资租赁实践看，租赁物多以工业设备、交通运输设备为主。但在我国，出现了不少以房地产、公路、城市地下管网等不动产，以及商标权、专利权、特许经营权等权利作为租赁物的“融资租赁合同”，对此类合同的性质认定问题，是司法实践争议的焦点。融资租赁交易的标的物主要有以下要件^[22]：第一，标的物不属于禁止流通物。如标的物是国家禁止式限制流通之物，其买卖合同自属无效，其不能作为融资租赁合同的标的物。第二，标的物的所有权和使用权可以分离。标的物的所有权属于出租人所有，使用权属于承租人所有，若所有权和使用权无法分离，如货币，则不能成立融资租赁合

同。第三，标的物为非消耗物。消耗物不能重复使用，一经使用即改变其原有形态、性质；非消耗物经反复使用也不会改变其形态、性质。如标的物为消耗物，则出租人的所有权无法得到保障，承租人持续使用租赁物的目的也无法达致。第四，标的物一般为有体物。《金融租赁公司管理办法》第4条规定，“适用于融资租赁交易的租赁物为固定资产”，这里的固定资产包括动产和不动产，排除了无形资产。同时，《外商投资租赁业管理办法》第6条第1款规定，各动产和交通工具附带的软件、技术等无形资产作为融资租赁的租赁物时，无形资产价值不得超过租赁物财产价值的1/2，该条文在认同无形资产作为特殊的租赁物的同时，也否定了无形资产单独作为租赁物的合法性。第五，标的物应由承租人选择并由出租人出资购买。这是融资租赁交易的特殊之处。

在一起以“四块灵璧石”为租赁物的售后回租型融资租赁交易纠纷中，最高人民法院认为，“关于案涉四块灵璧石，中青旅公司主张案涉四块灵璧石不属于可租赁范围，理由是根据《融资租赁企业监督管理办法》第十九条、第二十条规定，租赁物应当为不可消耗物，国家允许流通的物。但中青旅公司所引规范依据与主张的理由内容不一致，且关于租赁物的范围系监管部门行使监管职责的内容，并非人民法院认定融资租赁合同关系的依据。”法院并主张，“售后回租交易当中，承租人向出租人让渡租赁物的价值，同时取得租赁物的使用收益，从而达到融资的效果，其内容是融资，表现形式是融物。参照中国人民银行同期贷款利率作为计算租金利率的方法，在一定期限内收回本金均是售后回租交易的特征，也是融资租赁业务具有融资功能的体现。但上述两个特征是众多融资业务的基本特征，中青旅公司以此认定案涉交易系金融借贷业务，本质上是以融资租赁业务的一般交易特征来否认细分领域的某一具体交易的法律性质，不符合法律论证的逻辑，未能合理解释案涉四块灵璧石所有权已经转移的事实。《金融租赁公司管理办法》第二十六条规定金融租赁公司可以经营融资租赁业务，即有权开展基于购买租赁物而发生的融资业务，锦银公司从事案涉交易行为无需规避上述行政监管要求。中青旅公司主张案涉交易系金融借贷业务，锦银公司有意规避监管要求，案涉交易合同因违反《中华人民共和国合同法》第五十二条第三款的规定应认定无效的理由，本院不予采信。一审法院认定案涉《买卖合同》《融资租赁合同》有效，认定事实、适用法律并无不当”^[23]。“灵璧石”是否叙做融资租赁业务，值得研究。融资租赁交易中的“融物”属性决定了，承租人在交易中所追求的目标是利用租赁物并产生收益。“灵璧石”是否能达致这一目的，尚值怀疑。

最高人民法院对租赁物包括企业厂房、设备在内的融资租赁合

同，倾向于认定构成融资租赁合同关系。理由是，此类租赁物符合银监会及商务部有关租赁物为固定资产的规定，体现出融资与融物相结合的融资租赁特征，也符合通过融资租赁支持实体经济的产业政策。从权利义务关系的设定上来看，将企业的厂房、设备的所有权转移给出租人，并在此基础上建立的融资租赁合同关系符合《民法典》第735条有关融资租赁合同的权利义务关系的规定。就商业地产而言，承租人为融资需要，以融资租赁合同的方式取得商业地产的使用权，并实际占有使用租赁物，出租人作为租赁物的所有权人，在其物权担保得到保障的前提下，提供融资便利，并不违反法律法规的强制性规定，也并非政府房地产调控政策的调整对象和目标，故也不应以其租赁物为不动产而否定融资租赁合同的性质和效力。^[24]

（二）标的物的价值与融资租赁合同法律关系的认定

标的物的价值是否公允，也是认定融资租赁合同法律关系的关键。标的物的价值明显偏低、无法起到担保租赁债权实现的情形，此际，仅有融资之实，而无融物之实，难以认定为融资租赁合同法律关系。如将价值100万元的设备估价为1 000 万元，并以此作为融资租赁合同的标的物。即使由出租人享有所有权，但该租赁物显然不足以作为出租人的物权保障。实务中，出租人对此大多知悉，且多以另外签订保证合同的方式，将其债权保障依附于保证合同之上。此际，虽然当事人将其交易结构设计为融资租赁合同，但实为在信贷管制严格的客观条件下，以融资租赁合同的方式进行变相贷款。在此类交易中，有关租赁物的估价、买卖、残值的约定、取回权的行使，均背离了融资租赁合同关系的一般法律规则，如简单按照合同的名称，将其纳入融资租赁合同法律关系中进行调整，不仅违背了双方当事人的真实意思，也可能造成事实上的权利义务不对等或不公平。如有裁判即认为，“融资租赁合同具有融资与融物相结合的特点，融资租赁关系中包括两个交易行为，一是供货人和出租人之间的买卖合同，二是承租人与出租人之间的租赁合同。两个合同相互结合才能构成融资租赁合同关系，缺一不可。如无实际租赁物或者租赁物所有权未从出卖人处转移至出租人或者租赁物的价值明显偏低，则应认定该类融资租赁合同没有融物属性，系以融资租赁之名行借贷之实，应属借款合同”^[25]。

（三）租金的构成与融资租赁合同法律关系的认定

租金因素不仅是融资租赁合同区别于普通租赁合同的重要特征，也是融资租赁合同中最重要的合同条款，是租赁公司确定营利标准的重要考量因素。《民法典》第746条规定，融资租赁合同的租金，除当事人另有约定的外，应当根据购买租赁物的大部分或者全部成本以

及出租人的合理利润确定。由此可见，融资租赁交易中的租金，不仅仅是租赁物使用的对价，更是“融资”的对价。^[26]在融资租赁合同中，租金除了包括租赁物购买价款及其利息之外，一般还包括其他成本，如保险、正常维修和保养费用以及一定的税务成本。出租人的合理利润是租金的另外一个构成。据测算，融资租赁公司的利润来源主要包括：（1）利差，约为2%，通常来说，向承租人收取的租金利率高于银行贷款利率2个百分点左右；（2）手续费，约为合同金额的1%~1.5%；（3）租前息，对在正式计算租金前占用出租人的资金（如开信用证所占资金）而计收的利息；（4）出卖人的回扣，约6%，由出卖人实现租赁物销售时向出租人支付。根据以上计算，融资租赁公司的表面利润率（总资产收益率）一般为3%~4%。司法解释将租金的构成作为融资租赁合同关系的认定因素，主要是考虑到在正常的融资租赁合同中，租金由出租人的资金成本加上费用及利润构成，但有的融资租赁合同约定的租金显著高于前述计算方式的数倍甚至数十倍，实际上也是以融资租赁合同掩盖真实的借贷合同。对此，也不宜认定为融资租赁合同关系。

值得注意的是，租赁物的残值较大之时，租金的构成并不涵盖购买租赁物的大部分或者全部成本，不宜仅依此而否定融资租赁交易法律关系的构成。此时，租金应为购买租赁物的全部成本除去残值，应付租金与租赁物的经济摊销期限具有对应关系。^[27]详见本书释评第746条。

四、“三方结构说”与“两方结构说”之争

本条对融资租赁合同作出了定义，据此，立法机关的学理解释认为典型的融资租赁涉及三方当事人（出租人、承租人、出卖人）和两个合同（融资租赁合同和买卖合同），其中出租人与出卖人之间签订买卖合同，出租人与承租人之间签订融资租赁合同；在形式上融资租赁合同还包括回租、转租、杠杆租赁等。^[28]此即所谓三方结构说（tripartite arrangements）。^[29]该说认为，本条明确提到了出卖人，表明出卖人在融资租赁合同中处于一方当事人地位，同时认为，规定出卖人作为融资租赁合同当事人有利于维护出卖人的权益，也有利于对出卖人形成有效的约束，有利于承租人向出卖人提出请求。^[30]不过，融资租赁合同在生效以后，其法律效力并不完全等同于买卖、租赁合同。仅就出租人对承租人所负担的义务而言，其不同于一般租赁中出租人的义务，如其并不负担租赁物的维修义务，也不负担租赁物的瑕疵担保义务。就买卖合同而言，融资租赁合同的出卖人向承租人而非买受人（出租人）履行交付标的物瑕疵担保义务，也不同于买卖合同。因此，融资租赁合同不是买卖合同和租赁合同的简单相加，而是一种相互交错在一起的关系。一般认为，融资租赁集借

贷、租赁、买卖于一体，是将融资和融物结合在一起的交易方式。

[31]

笔者认为，融资租赁合同本身即为一种独立的典型合同，并不由买卖合同和融资租赁合同构成。理由如下。[32]

第一，仅就《民法典》第735条之文义，尚无法得出融资租赁交易三方结构安排的结论。《民法典》第735条规定：“融资租赁合同是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。”在这里，“出租人……向出卖人购买租赁物”一语并不能说明出卖人即为融资租赁合同的当事人，而仅仅是表明融资租赁交易中租赁物的来源，体现了交易中的“融资”特色[33]，并以此与一般租赁交易相区别。融资租赁交易的核心在于“出租人……提供给承租人使用，承租人支付租金”。中国银监会在《合同法》之后颁布的《金融租赁公司管理办法》即较好地传达了《合同法》的本义，其在第3条规定：“本办法所称融资租赁，是指出租人根据承租人对租赁物和供货人的选择或认可，将其从供货人处取得的租赁物按合同约定出租给承租人占有、使用，向承租人收取租金的交易合同。”这里更加明晰地表明了融资租赁交易结构的核心：“出租人……将……租赁物……出租给承租人占有、使用，向承租人收取租金”，至于出卖人在融资租赁交易中的地位，本条明确指出仅仅只是“出租人……从供货人处取得……租赁物”，即仅表明租赁物的来源。

第二，从《民法典》合同编第十五章“融资租赁合同”的内容来看，也无法得出融资租赁交易三方结构安排的结论。该章第736条第1款规定：“融资租赁合同的内容一般包括租赁物的名称、数量、规格、技术性能、检验方法，租赁期限，租金构成及其支付期限和方式、币种，租赁期限届满租赁物的归属等条款。”虽然这一条文并非强制性规范，但就法律本身所倡导的内容来看，这里并不包括出租人与出卖人之间买卖交易的内容，而仅涉及出租人和承租人之间的租赁交易。该章中提到出租人与出卖人之间买卖交易的仅有第739条（租赁物的交付和受领）、第740条（出卖人违约交付标的物的救济）、第741条（出卖人违约的索赔权）、第742条（承租人行使索赔权对租金给付义务的影响）、第743条（因出租人的原因导致承租人索赔权失败的法律后果）、第744条（买卖合同变更的特别规定）。其中，第741条以承租人、出租人和出卖人三方约定为前提，可以暂不纳入讨论范围。第739条实际上是买卖合同的替代履行，由承租人替代出租人作为买卖合同中标的物的受领人。承租人“之所以能够向买卖合同中的出卖人主张标的物的交付，是因为在买卖合同中就有这样的条款，承租人就是基于买卖合同中的此项约定，享有从出卖人处受

领标的物的权利的”^[34]。这正好说明了买卖交易与融资租赁交易的分离，承租人与买卖交易无涉，只是因为买卖合同的约定才“加入”买卖合同之中，但这并不说明承租人本来就是买卖合同的当事人。第744条关于未经承租人同意，出租人不得变更买卖合同的规定，也说明了承租人不是买卖合同的当事人。由此可见，《民法典》合同编第十五章“融资租赁合同”有关买卖的条文来看，都只是强调融资租赁交易中出租人取得标的物所有权的经济目的，并基于此，将买卖交易有关的受领和救济权利赋予承租人。仅此并不足以认定融资租赁交易包括买卖合同和融资租赁合同。本章并未规定出租人（买受人）与出卖人之间买卖交易的权利义务，也未规定融资租赁交易中买卖交易的援引性规定。如果本章采纳三方结构说，就应当有一个援引性规定来规定其中买卖交易的法律适用，例如，“除本章另有规定外，出租人（买受人）与出卖人之间的买卖合同，适用本法买卖合同一章的规定”。这里，仅有一种解释：融资租赁交易只有一个交易和两方当事人（出租人和承租人），亦即我国《民法典》上采取的是两方结构说。至于出租人作为买受人与出卖人之间的买卖交易关系，自应适用《民法典》合同编第九章“买卖合同”的规定。

第三，融资租赁交易三方结构说本身就陷入了逻辑上的怪圈。三方结构说下，融资租赁合同由买卖合同和融资租赁合同两个合同所构成，那么，前一个融资租赁合同和后一个融资租赁合同有何区别？有学者认识到这一点，就将后一个融资租赁合同改换称谓。如有观点认为：“融资租赁合同由买卖合同和租赁合同两个合同所组成。”^[35]但这里所使用的“租赁合同”中当事人的权利和义务又如何与《民法典》合同编第十四章“租赁合同”相区分？在体系解释之下，两者应作同一解释，但融资租赁合同中的“租赁合同”显然与《民法典》合同编第十四章“租赁合同”相去甚远。还有观点认为：“融资租赁合同由两个合同——买卖合同和融资性租赁合同构成。”^[36]这里，融资租赁合同与融资性租赁合同又作何区分？实际上，我国台湾地区普遍将美国法上的“financial leasing”译为“融资性租赁”^[37]，而我国大陆通常译为“融资租赁”^[38]，两者实为相同表述。

第四，以国际公约采取三方结构安排来论证我国融资租赁交易的三方结构说^[39]，虽遵循了历史解释方法，但仍嫌不足。尽管《国际融资租赁公约》采取了三方结构安排，但为弥补该公约之不足，国际统一私法协会另外就特定的价值动产所起草的《移动设备国际利益公约》及三大议定书就融资租赁交易采取的是两方结构安排，其仅涉及出租人和承租人。^[40]随后，国际统一私法协会起草的《租赁示范法》亦是采取两方结构。^[41]该示范法是最新的国际文件，反映了融资租赁比较法上的新发展，为转型国家的融资租赁立法提供了范本。

该示范法虽然基本上采纳了《国际融资租赁公约》关于融资租赁的定义，但却改变了交易结构，仅将承租人作为买卖合同的受益人（beneficiary of supply agreement），并未将出卖人作为融资租赁交易的当事人。^[42]由此可见，在比较法层面，三方结构和两方结构均有立法例支持，仅言及其中之一，未免失之偏颇。

裁判实践中，为厘清当事人之间的法律关系，有法院即认为，“融资租赁合同与买卖合同属于不同的法律关系，融资租赁合同关系下双方当事人为出租人和承租人，不包括出卖人”。“虽然本案所涉及的融资租赁合同关系与买卖合同关系之间在合同主体上有交叉，即出卖人也是出租人，但权利义务并不存在牵连，当事人之间不会基于租赁物的交付即是否符合质量标准等产生相互牵连的权利义务关系，因此，融资租赁合同案件的审理不会对买卖合同案件的当事人的利益关系产生影响。”^[43]

其他问题

1. 融资租赁交易是否可以以未来财产为标的物而展开？

《融资租赁公司监督管理暂行办法》第7条第2款规定：“融资租赁公司开展融资租赁业应当以权属清晰、真实存在且能够产生收益的租赁物为载体。融资租赁公司不得接受已设置抵押、权属存在争议、已被司法机关查封、扣押的财产或所有权存在瑕疵的财产作为租赁物。”由此引发了融资租赁交易是否可以以未来财产为标的物而展开的争议。在融资租赁交易中，出租人给付租赁物价金、出卖人交付标的物 and 承租人给付租金这三个时间点之间通常不一致。一般情况下，出租人给付价金的时间与承租人给付租金的时间是一致的，因为在解释上，出租人一旦给付价金，即发生成本和财务费用，承租人即应自此开始给付租金，而并不以其已经受领租赁物并开始使用租赁物为前提。在契约自由之下，这三者之间的关系完全由当事人自由约定，没有必要在法律上进行干预。例如，承租人拟采购某生产厂商生产的成套设备（专用设备），但自有资金不足，寻求融资租赁公司的介入，在融资租赁公司根据承租人的指定与该生产厂商进行洽购时，该生产厂商提出应先预付80%的价款，才能投入生产，半年后才交付该成套设备。就此交易而言，融资租赁公司须先与生产厂商签订买卖合同，并先支付大部分设备价款，但生产厂商半年后才交付设备；同时，融资租赁公司须与承租人签订融资租赁合同，租赁物过半年后才交付，但自合同生效之日起，承租人即应按月支付租金。虽然此时承租人并未开始使用租赁物，但基于融资租赁交易融资和融物并存的属性，在融资租赁公司已经开始给付租赁物价金的情况下，承租人自应依约定

开始给付租金，而不管其是否使用租赁物。由此可见，融资租赁交易可以以未来财产为标的物而展开。

与《融资租赁公司监督管理暂行办法》第7条第2款规定不同的是，《金融租赁公司管理办法》第34条规定：“售后回租业务的租赁物必须由承租人真实拥有并有权处分。金融租赁公司不得接受已设置任何抵押、权属存在争议或已被司法机关查封、扣押的财产或所有权存在瑕疵的财产作为售后回租业务的租赁物。”这里，将租赁物真实存在的要求仅限于售后回租。就直接租赁而言，其第32条规定：“金融租赁公司应当合法取得租赁物的所有权。”这里，并未作出相同的限定。

2. 不动产是否可以叙做融资租赁交易业务？

融资租赁作为一种新型交易形态，各国在法制发展过程中均对其作了一定程度的规制。就融资租赁交易是否可以以不动产作为标的物，一直存在争议。一种观点认为，融资租赁交易的标的物仅限于动产，不动产融资完全可以借助其他制度来达致^[44]；另一种观点认为，融资租赁交易的标的物既可以是动产，也可以是不动产，融资租赁的交易结构不同于信贷担保等其他类似交易，不动产信贷担保制度并不能排除不动产融资租赁交易。^[45]本书作者赞成第二种观点，理由如下。

第一，在金融市场细分的态势之下，信贷等正规金融和融资租赁、信托、保险、典当等非正规金融各有其金融产品和服务对象。在“紧紧围绕使市场在资源配置中起决定性作用深化经济体制改革”^[46]“鼓励金融创新，丰富金融市场层次和产品”^[47]的大背景之下，不宜对标的物的范围作出限制性规定，这样才能满足实体经济多元化的金融服务需求。不动产融资的各种金融产品的交易模式和交易成本各有不同，完全可以由市场主体参酌具体情事自由选择。现如今，不动产融资的渠道主要是银行信贷，但不可忽视的是，典当交易和小额贷款交易等非正规金融已经在不动产融资中占据着一席之地，同样属于非正规金融的融资租赁交易自可在不动产融资中发挥相应作用。如此，才能增强市场机制在金融资源配置中的决定性作用。

融资租赁交易兼具“融资”和“融物”的双重特色，所“融”之“物”应当具备以下条件：其一，必须是具有交换价值和使用价值的财产，否则无法达到融资租赁交易的“融物”目的。其二，必须是可以转让的财产。在典型的融资租赁交易中，出租人应按承租人的指令购买财产，并将之出租给承租人，“不可转让的财产”将无法由出租人取得，亦就无法充当融资租赁物。其三，必须是使用寿命较长的财产。融资租赁

交易是涉及数方的金融安排，其交易成本较之一般的买卖交易和租赁交易成本都要高，这就决定了租赁物的使用寿命必须较长才能实现交易的目的。从实践中的情况看，融资租赁交易的标的物均是高价值、使用寿命较长的财产。准此，不动产就是适于融资租赁的标的物。

有裁判认为，融资租赁合同要求“融资”与“融物”相结合，既要“融资”，又要“融物”。“融物”指的是合同中的标的物所有权应发生转移，出卖给出租人，否则就不是融资租赁合同。“双方在合同中虽约定了租赁房产所有权转移，但在实际履行合同中，长城国兴公司未提供任何证据证明其曾要求过帝景房地产公司履行房产过户的义务，且双方至今也未办理案涉房产产权变更登记。双方只是办理了房产抵押手续，由帝景房地产公司以抵押人名义将案涉房产抵押给长城国兴公司，该房产抵押只不过是长城国兴公司资金安全的保障形式。换言之，即租赁期间，租赁房产的所有权仍属于帝景房地产公司所有，所有权未发生转移，长城国兴公司对租赁物不享有所有权，故双方在履行该合同时并无实际转让房产的意愿，双方只有‘融资’之实，无‘融物’之法律要件，即不动产所有权的转移。双方的真实意思表示不是融资租赁，而是不动产抵押借款。所以，案涉合同名为融资租赁合同，实为借款抵押合同。”^[48]

第二，我国法律、行政法规并未禁止不动产作为融资租赁物。

《民法典》第735条规定：“融资租赁合同是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。”这里，并没有将不动产排除于“租赁物”之外。在同一部法律中，第703条规定：“租赁合同是出租人将租赁物交付承租人使用、收益，承租人支付租金的合同。”依体系解释方法，这两条所称的“租赁物”应作同一理解。第703条位于《民法典》合同编第十四章“租赁合同”，同章第726条^[49]和第732条^[50]均以不动产租赁物为规制对象。很明显，第703条中“租赁物”既包括动产，又包括不动产。因此，第735条所规定的融资租赁物也包括动产和不动产。除《民法典》之外，其他法律、行政法规对不动产融资租赁并未作禁止性规定。在法律、行政法规未作禁止性规定的情况下，依私法上“法无禁止即为允许”的基本原理，自应允许不动产作为融资租赁交易的标的物。

第三，我国相关部门规章和规范性文件已经承认不动产融资租赁交易。《金融租赁公司管理办法》第4条规定：“适用于融资租赁交易的租赁物为固定资产，银监会另有规定的除外。”《融资租赁公司监督管理暂行办法》第7条第1款规定：“适用于融资租赁交易的租赁物为固定资产，另有规定的除外。”所谓固定资产，根据《企业会计准

则第4号——《固定资产》第3条的规定，是指“同时具有下列特征的有形资产：（一）为生产商品、提供劳务、出租或经营管理而持有的；（二）使用寿命超过一个会计年度。使用寿命，是指企业使用固定资产的预计期间，或者该固定资产所能生产产品或提供劳务的数量”。准此，《金融租赁公司管理办法》《融资租赁公司监督管理暂行办法》已经明确了不动产可以作为融资租赁物。而财政部、国家税务总局也已发布相应的不动产融资租赁交易征税规则。^[51]由此可见，不动产融资租赁已经取得有关政府部门的认可。对不动产是否能作为融资租赁物作出不同规定的是《外商投资租赁业管理办法》^[52]，但该办法亦并未对不动产融资租赁作出禁止性规定。

第四，在比较法上，仅就融资租赁物的范围而言，通常仅将消耗物排除在租赁物之外，并不明确禁止不动产作为融资租赁物。德国、西班牙、日本等国虽对融资租赁物的范围没有作出具体规定，但不动产作为租赁物在法律上并没有障碍。^[53]俄罗斯、哈萨克斯坦、乌兹别克斯坦、韩国等国甚至明确规定不动产可以作为融资租赁物。^[54]相关的示范法也就融资租赁物的范围作了明确。如《中亚国家融资租赁示范法》第4条规定：“租赁物可以是用于商业活动的任何非消耗物。”在解释上，非消耗物当然包括不动产。《国际统一私法协会租赁示范法》一体调整租赁和融资租赁^[55]，在其第2条“定义”中明确将“租赁物”界定为：“承租人用于生产、贸易及经营活动的所有财产，包括不动产、固定资产、动产设备、未来资产、特制资产、植物和活的以及未出生的动物。”^[56]由此可见，就不动产是否作为融资租赁物，各国之间均存差异，并无统一的否定意见。

总之，融资租赁业虽是我国金融业的朝阳产业，但目前适格的租赁物并不多见，需要不动产作租赁物以培育市场。^[57]根据监管部门确定的调控范围和行业价值取向，目前不宜将不动产排除在融资租赁标的物之外。由于《金融租赁公司管理办法》《融资租赁公司监督管理暂行办法》已经将租赁物确定为固定资产，金融租赁公司全行业都普遍开展了不动产融资租赁业务，且这些业务投入资金量大、租赁期限又长，是目前一些金融租赁公司的支柱性业务，贸然否定不动产融资租赁交易，极易导致融资租赁公司的租赁债权被悬空，巨额经营资产流失，从而引发融资租赁经营危机，使刚起步的金融租赁业受到重创而陷入绝境。^[58]

3. 售后回租的体系定位

售后回租，是指承租人将其所有物出卖予出租人，同时与出租人签订融资租赁合同，再将该物租回使用的一种租赁形式。在售后回租情况下，出卖人同时也是承租人，买受人同时也是出租人。《融资租

赁解释》第2条规定：“承租人将其自有物出卖给出租人，再通过融资租赁合同将租赁物从出租人处租回的，人民法院不应仅以承租人和出卖人系同一人为由认定不构成融资租赁法律关系。”《民法典（草案）》第735条第2款也曾规定：“承租人将其自有物出卖给出租人，再通过融资租赁合同将租赁物从出租人处租回的，承租人和出卖人系同一人不影响融资租赁合同的成立。”本条删去第2款，并不表明《民法典》上不承认这种融资租赁交易形态。

就售后回租是否属于融资租赁合同，学说上尚存争议。否定论者认为，售后回租交易与抵押借款交易难以进行区分，如承认其为融资租赁合同，易为变相高利贷打开方便之门；租赁期限届满后租赁物的归属问题难以确定；售后回租并不符合《民法典》第735条的文义，在合同的结构上，买卖合同的出卖人与租赁合同的承租人系同一人。^[59]肯定论者则主张，尽管售后回租在合同结构上与传统意义上的融资租赁合同有所区别，但这并不能说明其不符合《民法典》第735条的规定。《民法典》第735条仅反映融资租赁交易的基本结构，并未排除售后回租中合同主体高度重合的情形；金融监管机关以及相应的税务部门已经认可了售后回租为融资租赁合同的定性。《金融租赁公司管理办法》第5条规定：“本办法所称售后回租业务，是指承租人将自有物件出卖给出租人，同时与出租人签订融资租赁合同，再将该物件从出租人处租回的融资租赁形式。售后回租业务是承租人和供货人为同一人的融资租赁方式。”《关于融资性售后回租业务中承租方出售资产行为有关税收问题的公告》也同样规定：“融资性售后回租业务是指承租方以融资为目的将资产出售给经批准从事融资租赁业务的企业后，又将该项资产从该融资租赁企业租回的行为。”

《融资租赁解释》认为，尽管售后回租合同与一般意义上的融资租赁合同有所区别，但这并不影响认定其作为融资租赁合同的定性。主要理由在于：其一，售后回租合同具备融资租赁合同的本质特征。售后回租合同具备了融资与融物的双重特征，区别于借款合同；售后回租合同具备了融资租赁合同所包含的买卖合同和租赁合同，这又区别于租赁合同；售后回租合同中出租人享有租赁物的所有权，这又区别于抵押合同。^[60]其二，依据《民法典》第735条（《合同法》第237条）关于融资租赁合同的定义，出租人依照承租人对于租赁物、出卖人的要求，向出卖人购买租赁物，再出租给承租人，承租人定期向出租人支付租金。在这两个合同中，出卖人、出租人、承租人的法律关系是相互对称的，《民法典》也并没有禁止两个合同中的主体重合。其三，金融监管机关以及相应的税务部门已经认可了售后回租合同作为融资租赁合同的效力。其四，从推动金融市场发展的角度分析，售后回租行为实质是推动企业资金融通的行为，其本身并不存在

危险性和违法性。其五，售后回租合同与抵押借款合同虽在形式上存在共通之处，区别难度较大，但这并不意味着两者不可以进行区分，从标的物的性质、物权担保的属性等方面还是能够进行甄别的。不能因两者区分不易，而因噎废食，对售后回租合同望而却步、止步不前。^[61]

经典的融资租赁交易模式（通称直接融资租赁交易模式）中，承租人通过出租人购置新的固定资产，扩大了资产规模。与之相比，售后回租型融资租赁交易通过对于承租人已经享有所有权的设备进行购买和租赁，实现了承租人自身的存量资产变现，即盘活了承租人固定资产^[62]；承租人对于租赁标的物的占有使用收益权并不会发生改变，承租人生产经营状态保持连续不会受融资干扰^[63]；融资期保持在3至5年，相较银行贷款等短期的融资方式，售后回租型融资租赁交易模式有效减缓了承租人的还款压力；承租人可通过融资款扩大产能、增加产量、提升经济效益、增加现金流，减少企业负债率，提升资金的利用率，且可以享受承租人税收优惠，即按照计提折旧方式增大当期成本，承租人可享受延缓缴税等税收优惠。此外，在会计处理上属于表外融资、而非负债，有助于承租人优化财务报表、实现资产重组、降低资产负债率。^[64]

售后回租型融资租赁交易中，物的所有权原本属于承租人，出卖人与承租人归于一体，与传统融资租赁交易的三方当事人存在一定区别，但与抵押借款存在不同：一是当事人之间存在的合同法律关系不同。抵押借款一般存在抵押合同与借款合同两个合同，当事人之间是借款担保关系；售后回租则包括租赁物买卖合同与融资租赁合同两个合同，当事人之间是融资租赁法律关系。二是标的物在租赁期间的权利属性不同。在抵押贷款合同中，债权人是抵押权人，标的物是抵押物，所有权归抵押人；而在售后回租合同中，出租人是标的物的所有权人。三是债权金额构成不同。抵押借款合同由本金加利息构成；而售后回租合同中，租金一般由租赁物的购买价款、费用及出租人的合理利润摊提而成。四是偿还方式不同。抵押借款多为整借整还，售后回租多为按月或按年分期偿还。^[65]

售后回租型融资租赁交易与直接融资租赁交易模式存在共同之处：都存在两个合同——买卖合同与融资租赁合同，且融资租赁合同中的出租人与买卖合同中的买受人系同一人。但两者之间的差别也很明显：在直接融资租赁交易模式中，买卖合同的出卖人与融资租赁合同中的承租人系两个合同中不同的当事人，两者之间不存在相对性的合同关系，但在售后回租型融资租赁交易中，买卖合同的出卖人与融资租赁合同的承租人系同一人。此外，就租赁物的来源，两者亦存在

不同之处：在直接融资租赁交易模式中，租赁物的来源为出租人从出卖人处购入，而在售后回租型融资租赁交易中，租赁物为承租人的自有物。

虽然《融资租赁解释》认可了售后回租作为融资租赁合同的属性，但对于实务中假借售后回租合同之名，行借款合同之实的行为仍需加以甄别。在实务中，主要应区分以下两种情况：其一，无租赁物的“售后回租”，即双方约定了售后回租的合同性质，但实际上并不存在现实的租赁物。显然此类合同并不具备融资租赁合同的特征，属于典型的以融资融物之名，行借款之实，并且依据《金融租赁公司管理办法》第34条“售后回租业务的租赁物必须由承租人真实拥有并有权处分”的规定，此种情形亦不为金融监管部门所认定，宜以借款合同进行处理。售后回租业务中，少数承租人通过伪造标的物建造或者购买的原始凭证来夸大租赁物的价值，以价值明显低于融资金额的标的物来获取融资租赁公司的资金。融资租赁公司虽然可以通过要求承租人签署所有权转移证明、租赁物接收函等法律文件，并有各类查验、巡视记录，以减轻自身的法律风险和责任，但仍会因融资租赁合同无效而构成事实上的借款合同关系。^[66]其二，以特殊的标的物作为租赁物的售后回租合同。这里的特殊标的物主要指房产、交通道路或者房地产项目内的机电设备、管线，考虑到这些合同标的物可能无法转让，宜结合《融资租赁解释》第1条的认定对该合同进行区分：对于实务中以交通道路等基础设施作为租赁物的，由于在实践中承租人并不实际享有该不动产的所有权或所有权依赖于政府信用或第三人保证，因此在实际出租使用过程中，融物的目的微乎其微，甚至可以忽略不计，仅存有融资之实。且《金融租赁公司管理办法》第32、34条要求承租人对租赁物真实拥有并有权进行处分，即对于不动产能够进行登记公示转移所有权。而依据《民法典》第254条第2款的规定，“铁路、公路、电力设施、电信设施和油气管道等基础设施，依照法律规定为国家所有的，属于国家所有”，显然，承租人非国家，不可能拥有交通道路的所有权。因此，无论是从法律的角度，还是依据金融监管部门的行政规定，此类合同均不能成立融资租赁合同。以房产、房地产项目内的机电设备、管线为租赁物的售后回租合同，由于其所有权可为私人获得，并且金融监管部门对此又没有作出禁止性的规定，此种行为在实践中的操作系为融通房地产业的资金，使得房地产的效用得到最大化的利用，促进社会主义市场经济的发展，符合融资租赁合同融资与融物相结合的特征，因此宜认定为售后回租合同。^[67]

《金融租赁公司管理办法》将售后回租作为融资租赁交易的一种形式加以界定，其第5条规定：“本办法所称售后回租业务，是指承租

人将自有物件出卖给出租人，同时与出租人签订融资租赁合同，再将该物件从出租人处租回的融资租赁形式。售后回租业务是承租人和供货人为同一人的融资租赁方式。”《金融租赁公司管理办法》第34条规定：“售后回租业务的租赁物必须由承租人真实拥有并有权处分。金融租赁公司不得接受已设置任何抵押、权属存在争议或已被司法机关查封、扣押的财产或所有权存在瑕疵的财产作为售后回租业务的租赁物。”《融资租赁公司监督管理暂行办法》第17条第2款亦规定：“售后回租业务中，融资租赁公司对租赁物的买入价格应当有合理的、不违反会计准则的定价依据作为参考，不得低值高买。”由此可见，《金融租赁公司管理办法》和《融资租赁公司监督管理暂行办法》大抵是认为：售后回租交易的标的物应是承租人现实拥有且有权处分的物。

第一，在“三方当事人、两份合同”的融资租赁交易结构^[68]之下，一个典型的融资租赁交易包括融资租赁合同（当事人为出租人和承租人）和买卖合同（当事人为出卖人和买受人——出租人）。^[69]售后回租交易的当事人只有出租人和承租人两个当事人，但在解释上，承租人在买卖合同中充任出卖人的角色，在融资租赁合同中充当承租人的角色；出租人在买卖合同中充任买受人的角色，在融资租赁合同中充当出租人的角色。准此，售后回租交易实际上也是两份合同——买卖合同和融资租赁合同，也各有两个当事人，而买卖合同的出卖人是承租人，恰好符合出卖人由承租人指定或认可这一要件。正是基于这一原因，《金融租赁公司管理办法》才将售后回租作为一种融资租赁交易加以规定，融资租赁交易一般规则自应适用于售后回租交易。

第二，售后回租交易与一般融资租赁交易的区别，仅在于承租人同时又是出卖人。此际，同样可能存在出卖人依约定在合同订立后一段期间内交付标的物问题。准此以解，售后回租业务也可以以未来财产为标的物而叙做。《金融租赁公司管理办法》第34条所规定的“售后回租业务的租赁物必须由承租人真实拥有并有权处分”，是以融资租赁标的物必须是现实存在的物为前提，至为可议。承租人向出租人出售租赁物，该租赁物自应是具体明确的物（特定物），这是物权客体的特定性使然^[70]，但特定物仅须为一般社会或经济观念上的特定物即可，非必须为物理上之特定物。^[71]例如，正在建造中的船舶，有相应图纸设计为支撑，在观念上已具有特定化的要求，符合上述标的物的“明确”“权利人真实拥有并有权处分”等条件，自可作为特定物进行交易，当然也可以叙做融资租赁交易。正在建设中的公路、轨道交通等基础设施亦应作相同解释。准此，即使是未来取得的财产，只要符合特定化的要求，均可作为融资租赁交易的标的物。

《金融租赁公司管理办法》第32条规定：“金融租赁公司应当合法取得租赁物的所有权。”第33条规定：“租赁物属于国家法律法规规定所有权转移必须到登记部门进行登记的财产类别，金融租赁公司应当进行相关登记。租赁物不属于需要登记的财产类别，金融租赁公司应当采取有效措施保障对租赁物的合法权益。”这里依循上述售后回租交易的标的物必须是现实存在的物的路径，就某些物权变动以登记为公示方法的情形，强调应当办理转移登记手续。这一规定借物权登记公示来保障融资租赁公司对租赁物的所有权，并以此管控融资租赁公司的交易风险和资产安全。但是，我国《民法典》物权编区分物权变动是否基于法律行为而引起，作了不同的规定，其中第二章第一节、第二节分别规定基于法律行为的物权变动方法——登记和交付，第三节规定非基于法律行为引起的物权变动。就后者而言，物权变动并不以登记或交付为前提，只需相应法律事实的发生即可发生物权变动。^[72]如《民法典》第231条规定：“因合法建造、拆除房屋等事实行为设立或者消灭物权的，自事实行为成就时发生效力。”也就是说，基于合法建造行为即可取得物权，而无须登记。准此，如融资租赁公司以售后回租方式叙做某段铁路，合同生效后，融资租赁公司即为该铁路的所有权人，基于投资而合法建筑该铁路，自铁路修建完毕，即取得所有权，并不以登记为要件。虽然融资租赁公司此后处分该物权应办理登记，或者说登记是融资租赁公司保全其权利的最适当的方法，但登记却不是融资租赁公司取得所有权的方法。

综上，即使是售后回租交易，标的物也不应仅限于承租人现实拥有的物，只要是特定物，即使是未来财产，也可作为融资租赁的标的物。同时，在售后回租交易中，如果标的物是应登记才取得物权的，应分别不同的情形不同处理：若承租人对标的物已办理了所有权登记的，融资租赁公司应办理转移登记；若标的物尚不具备登记条件，承租人并未办理登记手续的，融资租赁公司可以不办理转移登记，但在标的物具备登记条件时，融资租赁公司应当办理所有权登记。在售后回租交易中，如果标的物是依交付而取得物权的，融资租赁公司自无必要办理所谓转移登记手续。

对当事人约定的售后回租交易是否构成融资租赁交易，同样要结合融资租赁合同的构成要素加以判断。有裁判即认为，售后回租型融资租赁是承租人将自有物件出卖给出租人，同时与出租人签订融资租赁合同，再将该物件从出租人处租回的融资租赁形式，是承租人和供货人为同一人的融资租赁方式。因售后回租式融资租赁在承租人与出租人之间发生物的所有权的变动，所以必须有明确的、能够进行处分的标的物。本案涉案标的物并不符合融资租赁标的物的要求。本案所谓融资租赁的标的物记载于《设备清单》中。《设备清单》中1-621

项一般都是通用名称，且计量单位多为“批”。《设备清单》作为评估报告的附件，其中出现如：38综合布线（163200元）、84停车库改造（33800元）、116-143项多次出现“购”，等等。上述诸如综合布线、停车库改造、电脑配件等已经难谓物权法上“独立的物”，不能够单独转让。而且诸如家具、厨房设备、酒店用品等均系通用名称，并不明确。此外，从第622-626项等五项来看，均系装修设施，外贸租赁公司和经发公司均无法说出具体指何项动产。从发票上来看，主要是工程款、监理费、装修费等，实际是添附物的价值。上述五项装修设施的价值占了融资租赁标的价值的近三分之二。从标的物本身来看，综合上述两点，本案《设备清单》标的物不符合物权法关于转让标的物的规定，同样不符合售后回租型融资租赁标的物的要求，外贸租赁公司根本无法取得租赁标的物的所有权，无法做到售后回租型融资租赁既“融资”又“融物”的要求，故本案法律关系上，并不能认定为回租式融资租赁。^[73]

第七百三十六条

融资租赁合同的内容一般包括租赁物的名称、数量、规格、技术性能、检验方法，租赁期限，租金构成及其支付期限和方式、币种，租赁期限届满租赁物的归属等条款。

融资租赁合同应当采用书面形式。

本条主旨

本条是关于融资租赁合同的内容和形式的规定。

相关条文

《合同法》第238条 融资租赁合同的内容包括租赁物名称、数量、规格、技术性能、检验方法、租赁期限、租金构成及其支付期限和方式、币种、租赁期间届满租赁物的归属等条款。

融资租赁合同应当采用书面形式。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第528条 融资租赁合同的内容包括租赁物名称、数量、规格、技术性能、检验方法、租赁期限、租金构成及其支付期限和方式、币种、租赁期间届满租赁物

的归属等条款。

融资租赁合同应当采用书面形式。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第528条 融资租赁合同的内容包括租赁物名称、数量、规格、技术性能、检验方法、租赁期限、租金构成及其支付期限和方式、币种、租赁期间届满租赁物的归属等条款。

融资租赁合同应当采用书面形式。

《民法典（草案）》（2019年12月）第737条 融资租赁合同的内容一般包括租赁物名称、数量、规格、技术性能、检验方法、租赁期限、租金构成及其支付期限和方式、币种、租赁期间届满租赁物的归属等条款。

融资租赁合同应当采用书面形式。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第736条 融资租赁合同的内容一般包括租赁物的名称、数量、规格、技术性能、检验方法，租赁期限，租金构成及其支付期限和方式、币种，租赁期限届满租赁物的归属等条款。

融资租赁合同应当采用书面形式。

理解与适用

合同的内容，可以从两方面理解：一是从民事法律关系而言，合同的内容是指合同当事人享有的权利即债权和承担的义务即债务；换言之，合同的内容是指合同当事人依据法律规定和合同的约定所产生的权利义务关系，简称为合同权利和合同义务，或债权债务关系。

[74]二是从内在结构而言，合同的内容是指合同的各项条款。合同的条款是合同内容的外在的具体表现，依据《民法典》第470条规定，“合同的内容由当事人约定，一般包括下列条款……”由此表明，合同的条款是合同内容的固定化和表现，是确定合同当事人权利义务的根据；合同的条款必须明确、肯定、完整，并且不能够自相矛盾，否则，将构成合同的缺陷。本条第1款将融资租赁合同的内容界定为“一般包括”，明确该款的倡导性规范属性。

一、融资租赁合同的内容

根据本条第1款的规定，融资租赁合同一般包括以下条款。[75]

1. 租赁物的名称、数量、规格、技术性能、检验方法

融资租赁合同中有关租赁物的条款包括租赁物名称、数量、规格、技术性能、检验方法。租赁物是承租人指令出租人购买的标的物，是合同当事人双方权利和义务指向的对象，是融资租赁合同的必备条款。通常来说，租赁物都是价格较高、使用寿命较长的动产和不动产。大型机器设备、航空器、船舶等都是常见的融资租赁物。[76] 由于租赁物大多涉及专业技术内容，一般只在合同正文中简要提及，另附表详细说明，该附表为合同不可缺少的附件。值得注意的是，融资租赁合同成立之时并不要求租赁物已经现实存在，因此，融资租赁合同中有关租赁物的条款只要达到可得特定（合理识别）的标准即可，对租赁物名称、数量、规格、技术性能、检验方法应作灵活处理。

2. 租赁期限

租赁期限对于明确当事人权利义务的存续期间具有重要的法律意义。租赁期限一般根据租赁物的使用年限、利用租赁物所产生的效益，由双方当事人协商确定。但租赁期限并不一定同于租赁物的使用年限，在租赁物残余价值较高之时，尤为如此。租赁期限条款应当明确租赁期限的起止日期。基于融资租赁合同的融资属性，合同不可中途解约，因此，租赁期限条款应当明确约定。在租赁期限内，当事人双方无正当、充分的理由，不得单方要求解约或退租。

3. 租金构成及其支付期限和方式、币种

租金条款是合同的主要内容之一。本条例示的有关租金的条款，包括租金的构成及其支付期限和方式、币种。融资租赁交易实践中，有关租金的条款包括租金总额、租金构成、租金支付方式、支付地点和次数、租金支付期限、每期租金额、租金计算方法、租金币种等。其中，租金的构成一般包括购买租赁物的大部分或者全部成本以及出租人的合理利润；租金的支付期限，主要是针对融资租赁合同这种期限较长的继续性合同所作的分期支付安排；租金的支付方式包括以现金、支票等；币种包括人民币和外国货币，约定外国货币主要是针对在国外购买的标的物情形，既涉及外汇额度的监管，也涉及汇兑损失的分担。

4. 租赁期限届满租赁物的归属

租赁期限届满，承租人一般有三种选择权，即留购、续租或退租。在留购情况下，承租人取得租赁物的所有权。在续租和退租情况下，租赁物仍归出租人所有。在融资租赁交易中，虽然在租赁期限内租赁物仍然归属于出租人所有，但是出租人的所有权实际上只是承租人租金的担保，租赁物是为了承租人特别定作或者选择的，其对于承租人以外的人而言，可能没有直接的利用价值，且由于租赁期限很长，在届满后，返还对出租人而言也没有太大的意义。^[77]根据本法的规定，出租人和承租人可以约定租赁期限届满租赁物的归属；对租赁物的归属没有约定或者约定不明确，依据本法第510条的规定仍不能确定的，租赁物的所有权归出租人。当事人约定租赁期限届满租赁物归承租人所有，承租人已经支付大部分租金，但是无力支付剩余租金，出租人因此解除合同收回租赁物，收回的租赁物的价值超过承租人欠付的租金以及其他费用的，承租人可以请求相应返还。当事人约定租赁期限届满租赁物归出租人所有，因租赁物毁损、灭失或者附合、混合于他物致使承租人不能返还的，出租人有权请求承租人给予合理补偿。当事人约定租赁期限届满，承租人仅需向出租人支付象征性价款的，视为约定的租金义务履行完毕后租赁物的所有权归承租人。

除上述条款外，融资租赁合同一般还应包括租赁物的交付、使用、保养、维修和保险、担保、违约责任、合同发生争议时的解决方法、合同签订日期和地点等条款。

二、融资租赁合同的形式

本条第2款规定，融资租赁合同应当采用书面形式。融资租赁合同采用书面形式的原因在于：第一，当事人人数较多。在融资租赁合同中，一般会涉及三方当事人。第二，法律关系较为复杂。融资租赁合同是两个合同的结合，既有买卖又有租赁，法律关系较为复杂，因此需要以书面形式订立的合同来明确界定各方的权利义务关系。第三，租赁期限较长。在租赁期限届满后还涉及租赁物的归属问题，对当事人的权利义务影响重大，因此应当以书面形式加以确定。第四，可能具有涉外因素。有些融资租赁合同可能涉及外国产品，有些可能涉及外方当事人，因此，融资租赁合同经常具有涉外因素，如果不采用书面形式，将无法明确各方的权利义务关系。^[78]

就立法原则而言，《民法典》废弃了形式主义原则，而改采同意主义原则，仅在个别情形基于立法政策的需要而实行形式强制。《民法典》第135条规定：“民事法律行为可以采用书面形式、口头形式或者其他形式；法律、行政法规规定或者当事人约定采用特定形式的，应当采用特定形式。”第469条规定：“当事人订立合同，可以采用书

面形式、口头形式或者其他形式。”“书面形式是合同书、信件、电报、电传、传真等可以有形地表现所载内容的形式。”“以电子数据交换、电子邮件等方式能够有形地表现所载内容，并可以随时调取查用的数据电文，视为书面形式。”第490条规定：“当事人采用合同书形式订立合同的，自当事人均签名、盖章或者按指印时合同成立。在签名、盖章或者按指印之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。”“法律、行政法规规定或者当事人约定合同应当采用书面形式订立，当事人未采用书面形式但是一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。”虽然《民法典》第135条使用了“应当”一词，但是《民法典》并没有就要求欠缺的法律后果作出明确的一般性规定，而相关法律、行政法规就个别类型合同的法定方式的效力又作出了各种不同的规定，由此造成理论与实务对于合同法定形式的效力问题一直争论不休，呈现出混乱、矛盾的评价状态。

在解释上，通说认为《民法典》第735条第2款这类书面形式并非合同的特别成立要件或者特别生效要件，仅具有证据的效力，而不影响合同的成立或者生效。^[79]亦有不少学者认为，根据对《民法典》第135条的反对解释，法律、行政法规规定或者当事人约定采取书面形式订立合同的，如果当事人未采用书面形式，除一方已经履行主要义务且对方接受的外，合同不成立。^[80]有学者认为，由于反对解释方法的特殊技术性^[81]，并非任何法律规定均可作为反对解释。《民法典》第490条是就履行治愈法定书面形式之欠缺所作的规定，其逻辑前提是法律、行政法规规定或者当事人约定采取书面形式订立合同，该书面形式构成合同成立要件时，可基于事后一方已经履行主要义务且对方接受之事实而治愈其成立方式的欠缺。由于我国法律大都未规定书面形式是合同的成立要件，因此，就该类合同的构成要件与其法律效果间之“行文”，即其相互间之逻辑关系观察，书面形式与法律效果之间仅为外延的包含关系，不得为反对解释。可见，成立要件说之解释并不足采。^[82]

其他问题

融资租赁合同的生效，涉及融资租赁合同和买卖合同之间的关系问题。关于融资租赁合同的生效时间，存在不同的看法。^[83]

1. 独立生效说

此观点认为，买卖合同与融资租赁合同相互独立、互不影响，一个合同的成立、生效并不影响另一个合同的成立、生效。出租人与承租人所订立的融资租赁合同一般应自成立起生效。从融资租赁合同的

内容来看，它一般只是约定租赁物的名称、数量、规格、技术性能、检验方法，租赁期限，租金构成及其支付期限和方式、币种，租赁期限届满租赁物的归属等条款，不必约定须待出租人交付租赁物后才生效。如出卖人到期不交付租赁物，则为违约，应承担违约责任。因此，融资租赁合同的成立与生效不以买卖合同的成立、生效为前提。^[84]

2. 非独立生效说

该理论认为，融资租赁合同由两个有着有机联系的两个合同构成，因此，买卖合同与租赁合同不能独立生效。该理论又分为两种不同的观点：一种观点认为，租赁合同签订之后，出租人和出卖人之间还应当签订一个买卖合同，应当以买卖合同的生效时间为融资租赁合同的生效时间。另一种观点认为，融资租赁合同必须以买卖合同的订立为前提。该观点认为，虽然有时先签订租赁合同，有时先签订买卖合同，但租赁合同的生效依一般合同的生效规则，而买卖合同则应在租赁合同订立后方可生效。^[85]

3. 租赁合同交付生效说

此种观点认为，融资租赁合同是要物合同，即租赁合同自出卖人交付标的物并经承租人验收和向出租人出具接受标的物的收据后才生效。就租赁与买卖的关系而言，租赁合同自当事人双方签订合同之日起成立，但合同自承租人收到出卖人交付的标的物时生效。^[86]因为出租人与承租人订立租赁合同，合同已成立，但并未生效，须待承租人验收租赁物后且承租人受领交付且支付第一期租金，租赁合同才为有效，即租赁期限开始计算，用户负租金交付义务。^[87]

笔者认为，当事人之间如无相反约定，应采第一种观点。

第七百三十七条

当事人以虚构租赁物方式订立的融资租赁合同无效。

本条主旨

本条是关于虚构租赁物的融资租赁合同的效力的规定。

相关条文

本条为新增。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第527条 当事人以虚构租赁物等方式订立融资租赁合同掩盖非法目的的，融资租赁合同无效。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第527条 当事人以虚构租赁物等方式订立融资租赁合同掩盖非法目的的，融资租赁合同无效。

《民法典（草案）》（2019年12月）第736条 当事人以虚构租赁物等方式订立融资租赁合同掩盖非法目的的，融资租赁合同无效。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第737条 当事人以虚构租赁物方式订立的融资租赁合同无效。

理解与适用

融资租赁交易中的租赁物，是经由承租人选择，再由出租人购买后出租给承租人使用的标的物，是融资租赁关系中的核心内容，直接影响到当事人之间的权利义务关系。如交易中根本没有租赁物，仅是融资及资金空转，就不能构成融资租赁法律关系。在融资租赁交易实践中，虚构租赁物表现为，通过伪造租赁物增值税发票虚构租赁物，合同中并没有提及租赁物，或虽提及但是不明确，或仅提到了租赁物的产地、规格等原则性条款等。^[88]

《民法典（草案）》第736条曾经规定：“当事人以虚构租赁物等方式订立融资租赁合同掩盖非法目的的，融资租赁合同无效。”合法形式掩盖非法目的的行为，是指行为人利用一个合法的民事行为掩盖一个非法的民事行为。这种民事行为实际上包括两种：一是用来掩盖另一种民事行为的伪装行为；二是被掩盖的真实行为。^[89]也有学者认为，所谓合法形式掩盖非法目的行为，是通过使用不直接违反禁止性规定的手段，在实质上实现法律所禁止内容的行为，在民法理论上称为脱法行为或规避行为。^[90]掩盖非法目的的行为与规避法律的行为并不完全等同。掩盖非法目的的行为是以一种行为掩盖另一种当事人所希望实施的行为；规避法律行为只是通过实施某种规避行为，达到违法的目的，而并没有实施掩盖的行为。如果行为人的法效意思或目的意思损害社会公共利益或违反法律、行政法规的强制性规定，则其应为“非法目的”^[91]。《民法典》确认了通谋虚伪表示制度，与此同时继续规定了恶意串通，但不再单独规制掩盖非法目的的行为。因

此，通谋虚伪表示与恶意串通、掩盖非法目的、规避行为之间彼此相互区分，各有其构成要件。

应当指出，如果当事人所掩盖的目的并不是违法的，而是合法的，则应按照行为的真实意图处理，使被掩盖的行为生效。^[92]但以虚构租赁物等方式订立融资租赁合同掩盖的目的，并不一定是非法的，为了避免解释上的冲突，本条删去了“掩盖非法目的”的表述。

一、以虚构租赁物方式订立的融资租赁合同的效力

本条是总则编通谋虚伪表示规定的具体化。^[93]本条规定尚须结合《民法典》第146条一起加以理解。该条第1款规定：“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。”本条与该款意义相当。这里确立了通谋虚伪表示无效的基本判断。通谋虚伪表示中欠缺与表示相应的效果意思。通谋虚伪表示应具备的要件有三：须有意思表示的存在；须表示与真意不符；须其非真意的表示与相对人通谋。^[94]在通谋虚伪表示中，表意人与相对人虽有共同实施法律行为的外观，但均不欲使表示出来的内容产生法律效力，即当事人的表示行为与效果意思不一致。虽然我国确立了善意取得、表见代理、表见代表以及表见合伙等制度，对合理信赖交易外观的第三人进行特殊保护，但在法律行为领域尚有必要规定通谋虚伪表示的无效不得对抗善意第三人，即此种无效仅及于当事人之间，不可及于第三人，是一种相对的无效而非绝对的无效。^[95]

“以虚构租赁物方式”，是指相关业务中的当事人为了在形式上满足融资租赁业务的相关条件，而实施的将“租赁物”从“无”到“有”的行为、活动。就“以虚构租赁物方式”的认定，有学者建议根据以下几个标准，结合主、客观两个方面的实施情况，进行综合判断：“（一）租赁物是否真实存在。具体包括以下事项：1.租赁物在融资租赁合同签订时，是否能够使用；2.租赁物在融资租赁合同签订时，是否仍具有使用价值；3.租赁物的发票、合同是否存在，是否真实、合法、有效；4.租赁物在融资租赁合同签订时的所有权归属；5.其他关于租赁物是否存在的事项（影像资料等）。”“（二）相关当事人之间是否存在就设立融资租赁法律关系的合意：1.融资租赁业务开展过程中或融资租赁合同签订前，出租人是否对租赁物进行了实地核验；2.融资租赁业务开展过程中或融资租赁合同签订前，相关当事人是否共同实施了旨在虚构租赁物的通谋行为，以及相关当事人在主观上是否知道或者应当知道的相关情形，包括但不限于：（1）是否存在单独或者共同制作、编制内容无法反映真实财务情况的财务报告、审计报告、会计记账凭证等财务资料；（2）是否存在单独或者共同制作、编制内容无法反映‘租赁物’真实价值的资产评估报告或（和）其他用以证

明‘租赁物’价值的文件、材料、信息等；（3）是否存在单独或者共同伪造、变造有关‘租赁物’的虚假权属证明文件、材料（如：发票、运单、提单、合同、航空器登记号码、船舶登记号码、地下管网分布图或规划图等）；（4）租赁物的价值与出租人向承租人所实际提供、投放之融资款总额之间的差额、空间；（5）是否存在其他旨在虚构租赁物的串通、共谋行为。”在此基础上，进一步总结了“以虚构租赁物方式”的常见情形：“（一）‘租赁物’并不存在，相关证据（包括但不限于：发票、运单、提单、合同、航空器登记号码、船舶登记号码、地下管网分布图或规划图）系当事人伪造、编造所形成；（二）‘租赁物’确实真实存在，但是其并非相关‘融资租赁业务’合同项下的‘租赁物’。主要表现为以下两种情形：（1）相关‘融资租赁业务’合同项下的‘租赁物’的所有权，在‘融资租赁业务’合同签订或生效时，已经转让给其他融资租赁公司并与之形成融资租赁法律关系的；（2）相关‘融资租赁业务’合同项下的‘租赁物’的所有权，在‘融资租赁业务’合同签订或生效时，并不属于‘承租人’或原属于‘承租人’但已经转让给了其他主体（实务中，相关‘租赁物’的所有权实际属于‘承租人’的控股股东、实际控制人或关联方的这类情形，较为常见），但是相关当事人仍然以该等‘租赁物’开展‘融资租赁业务’、签订‘融资租赁合同’的。”^[96]

值得注意的是，虽然《融资租赁公司监督管理暂行办法》第7条第2款规定“融资租赁公司开展融资租赁业应当以权属清晰、真实存在且能够产生收益的租赁物为载体”，但就虚构租赁物的判断，并不以租赁物在融资租赁合同订立之时真实存在为前提。应承租人的指令，出租人向特定出卖人订购特定设备之时，该设备在融资租赁合同订立之时并不存在。在解释上，只要该设备此后交付承租人使用，并不构成“虚构租赁物”。

二、名为融资租赁合同，实为其他法律关系的合同的效力

《民法典》第146条第2款规定：“以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理。”通谋虚伪表示应区分为表面行为和隐藏行为。表面行为亦称虚假行为、虚构行为、虚伪行为或伪装行为。^[97]其无效的原因在于相对人明知表意人意思表示的虚伪性，而且当事人均不欲使其发生法律效力，故法律殊无使之生效的必要。而隐藏行为体现了当事人的真实意愿，若其符合法律行为的有效要件，则应认定为有效。^[98]

《融资租赁解释》第1条第2款规定：“对名为融资租赁合同，但实际不构成融资租赁法律关系的，人民法院应按照其实际构成的法律关系处理。”这并不意味着隐藏行为一定有效，而应按照该种法律关

系去认定合同的效力，同样存在不成立、不生效、有效、无效、被撤销等多种可能。

在实践中，较为常见的是名为融资租赁实为借款的合同。对于此种情形就要按照借款合同法律关系进行处理，但如果存在合同无效的情形，比如存在诈骗或非法集资等情况，应当认定合同无效。融资租赁公司签订的借款合同在性质上属于民间借贷。《民间借贷司法解释》第11条规定：“法人之间、其他组织之间以及它们相互之间为生产、经营需要订立的民间借贷合同，除存在《中华人民共和国合同法》第五十二条、本规定第十四条规定的情形外，当事人主张民间借贷合同有效的，人民法院应予支持。”如在“工银金融租赁有限公司与华纳国际（铜陵）电子材料有限公司、铜陵大江投资控股有限公司和中国建设银行股份有限公司铜陵开发区支行融资租赁合同纠纷再审案”^[99]中，最高人民法院再审认为：“即使通谋虚伪意思表示认定为无效，对于其隐藏的民事法律行为的效力，仍应根据相关法律规定作出判断。本案中，即使工银公司与华纳公司在签订合同之时，融资租赁行为系其通谋虚伪的意思表示，但其隐藏的民间借贷法律行为，并不当然无效。”“案涉合同系企业间的借款合同关系，应当按照该性质认定合同的效力……工银公司如果违反监管规定，其应承担相应的行政责任，并不当然影响案涉民事合同的效力。华纳公司、大江公司无证据证明案涉合同具有民间借贷司法解释第十四条规定的合同无效情形。因此，华纳公司、大江公司、建行开发区支行关于合同无效的理由不成立，案涉4号《融资租赁合同》有效。”

值得注意的是，金融审判中出现尊重金融监管规章的趋势。《全国法院民商事审判工作会议纪要》第31条指出：“违反规章一般情况下不影响合同效力，但该规章的内容涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的，应当认定合同无效。人民法院在认定规章是否涉及公序良俗时，要在考察规范对象基础上，兼顾监管强度、交易安全保护以及社会影响等方面进行慎重考量，并在裁判文书中进行充分说理。”而《融资租赁公司监督管理暂行办法》第8条规定：“融资租赁公司不得有下列业务或活动：……（二）发放或受托发放贷款；……”违反这一规章的借款合同的效力如何认定，值得研究。

根据《全国法院民商事审判工作会议纪要》的规定，民间借贷中，出借人的资金必须是自有资金。出借人套取金融机构信贷资金又高利转贷给借款人的民间借贷行为，既增加了融资成本，又扰乱了信贷秩序，根据《民间借贷司法解释》第14条第1项的规定，应当认定此类民间借贷行为无效。人民法院在适用该条规定时，应当注意把握以下几点：一是要审查出借人的资金来源。借款人能够举证证明在签

订借款合同时出借人尚欠银行贷款未还的，一般可以推定为出借人套取信贷资金，但出借人能够举反证予以推翻的除外。二是从宽认定“高利”转贷行为的标准，只要出借人通过转贷行为牟利的，就可以认定为是“高利”转贷行为。三是对该条规定的“借款人事先知道或者应当知道”要件，不宜把握过苛。实践中，只要出借人在签订借款合同时存在尚欠银行贷款未还事实的，一般可以认为满足了该条规定的“借款人事先知道或者应当知道”这一要件。这一司法态度在一定程度上会影响到融资租赁公司签订的借款合同的效力。

根据《全国法院民商事审判工作会议纪要》的规定，未依法取得放贷资格的以民间借贷为业的法人，以及以民间借贷为业的非法人组织或者自然人从事的民间借贷行为，应当依法认定无效。同一出借人在一定期间内多次反复从事有偿民间借贷行为的，一般可以认定为职业放贷人。如融资租赁公司在一定期间内并不从事融资租赁业务，专注于放贷，是否可能被认定为职业放贷人，从而认定虚假的融资租赁合同所隐藏的借款合同的效力，即值研究。

第七百三十八条

依照法律、行政法规的规定，对于租赁物的经营使用应当取得行政许可的，出租人未取得行政许可不影响融资租赁合同的效力。

本条主旨

本条是关于行政许可对融资租赁合同效力的影响的规定。

相关条文

《融资租赁解释》第3条 根据法律、行政法规规定，承租人对于租赁物的经营使用应当取得行政许可的，人民法院不应仅以出租人未取得行政许可为由认定融资租赁合同无效。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第529条 依照法律、行政法规的规定，承租人对于租赁物的经营使用应当取得行政许可的，出租人未取得行政许可不影响融资租赁合同的效力。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第529条 依照法律、行政法规的规定，承租人对于租赁物的经营使用应当

取得行政许可的，出租人未取得行政许可不影响融资租赁合同的效力。

《民法典（草案）》（2019年12月）第738条 依照法律、行政法规的规定，承租人对于租赁物的经营使用应当取得行政许可的，出租人未取得行政许可不影响融资租赁合同的效力。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第738条 依照法律、行政法规的规定，对于租赁物的经营使用应当取得行政许可的，出租人未取得行政许可不影响融资租赁合同的效力。

理解与适用

融资租赁合同具有融资的属性和功能，融资租赁交易实际上相当于出租人贷款给承租人，用于购买后者所需要的租赁物，出租人所享有的租赁物所有权事实上只是担保贷款的清偿。^[100]出租人的缔约目的在于取得其所支出的资金的收益，并不在于租赁物的占有与使用。由此可见，法律、行政法规对于租赁物的经营使用应当取得行政许可的，也仅仅只是约束承租人，对于出租人而言自无拘束力。

一、未取得行政许可对合同效力的影响

行政许可是行政主体赋予行政相对人某种法律资格或法律权利的具体行政行为，是典型的公法行为。行政许可对平等民事主体之间订立合同效力的影响，不仅涉及公法与私法之间的协调问题，更是处理好维护公共利益与让市场在资源配置中起决定性作用两者关系的重大法律问题。对行政许可和合同效力之间采取不同的立场，意味着平衡私人自治的价值观与国家管制的国家意识之间的冲突，并且对于国家实现良性社会秩序循环基础上当事人利益的合理保障具有深远影响。

市场经济的发展依赖于成熟的市场机制，而良好的市场机制是由众多的交易行为所组成的。至于这些交易行为如何能够实现，则需要良好的市场资源配置，于是，这就强调合同自由原则的重要性，依此来实现鼓励交易、多种交易共同繁荣市场的良性循环。在此种情形下，如果过分地强调行政许可是合同效力的来源，则会大大限制合同行为，即交易行为的产生，从而不利于市场经济的健康发展。相反，只有使行政许可在最小范围的限度内发挥限制合同效力的作用，才能在最大限度内使市场发挥资源配置的效用。概言之，只有公法所规制的利益具有较高层次的价值，才能对私法进行有效的制约。由此关键所在，便是如何将公法对私法的有效限制控制在适度的范围内。一方

面，这就需要国家将审批许可的项目进行整合，明确哪些项目应当进行审批，哪些项目应当裁撤审批环节；另一方面，则需要从更高层面去思考如何在管制私法范围的同时，保持诸如合同自由在内的私法自治的活力。^[101]

就未取得行政许可的合同效力，学说上一直存在争议，主要有以下几种观点。

第一，无效说。行政审批设置的目的是审查合同是否合法，避免合同出现违反法律、行政法规及公序良俗的情况，从而据此认定合同无效。^[102]《合同法解释（一）》出台，首次明确了“合同未生效”提法，“合同无效说”一定程度上逐渐被抛弃。

第二，未生效说。在没有经过行政审批之前，其效力处于有效无效之间，为“未生效”。依据《民法典》第502条第1款的规定，多数合同在成立的同时发生效力，而需经批准的合同在其依法成立后未经审批前是不生效的，即成立与生效不同时发生。合同的生效是双方由意思磋商发展到发生法律拘束力的动态过程，以“生效”为界，生效后自然应当发生合同有效的结果。^[103]在其成立后至生效前的阶段，当前合同的效力体系无法囊括此种情形，于是有学者提出，其成立后至生效前的阶段便是未生效的适用空间，“未生效”应作为独立的效力类型。^[104]同时，《合同法解释（一）》第9条“合同未生效”的提法便成为这一学说的支撑。目前这一学说已成为主流，在《民法总则》起草过程中也有学者提出我国法律中现有效力类型无法将法律行为效力的所有形态都囊括在内，无法适应社会发展过程中的新要求，因此有必要承认未生效的法律行为作为一种独立的效力类型。^[105]

第三，有效说。此说分为两种观点。一是借鉴区分原则提出未审批合同有效的观点，即区分合同效力与合同履行。区分原则认为，物权变动的原因是一个独立的法律事实，其结果也是独立的法律事实，这二者之间互相独立，其成立与生效应当区分，根据不同的法律进行判断。^[106]审批作为一种行政手段，对合同效力并不产生影响，如果合同不存在效力瑕疵，此时合同就应当是有效的，当事人在合同成立后依据有效合同负有报批义务，进行报批是合同履行的体现，违反这一义务应当按照有效合同分配其责任。行政审批仅控制权利变动，未经审批则权利不能发生变动。^[107]二是从契约自由和意思自治的角度出发，合同是当事人意思自治的场域^[108]，当事人的意思表示应被充分尊重，合同的成立是双方意思表示达成一致的结果，双方当事人均应受其约束。未审批合同符合一般生效要件，从尊重私法自治的角度，在其获批前合同效力应当认定为有效。^[109]同时，《合同法解释（一）》虽然出现了“合同未生效”的提法，但并没有在相关法律中进

行具体规定，仅以司法解释作依据，无法表明其已经被认可成为独立的合同类型。

《全国法院民商事审判工作会议纪要》指出，法律、行政法规规定某类合同应当办理批准手续生效的，如《商业银行法》《证券法》《保险法》等法律规定购买商业银行、证券公司、保险公司5%以上股权须经相关主管部门批准，批准是合同的法定生效条件，未经批准的合同因欠缺法律规定的特别生效条件而未生效。实践中的一个突出问题是，把未生效合同认定为无效合同，或者虽认定为未生效，却按无效合同处理。无效合同从本质上来说是欠缺合同的有效要件，或者具有合同无效的法定事由，自始不发生法律效力。而未生效合同已具备合同的有效要件，对双方具有一定的拘束力，任何一方不得擅自撤回、解除、变更，但因欠缺法律、行政法规规定或当事人约定的特别生效条件，在该生效条件成就前，不能产生请求对方履行合同主要权利义务的法律效力。须经行政机关批准生效的合同，对报批义务及未履行报批义务的违约责任等相关内容作出专门约定的，该约定独立生效。一方因另一方不履行报批义务，请求解除合同并请求其承担合同约定的相应违约责任的，人民法院依法予以支持。须经行政机关批准生效的合同，一方请求另一方履行合同主要权利义务的，人民法院应当向其释明，将诉讼请求变更为请求履行报批义务。一方变更诉讼请求的，人民法院依法予以支持；经释明后当事人拒绝变更的，应当驳回其诉讼请求，但不影响其另行提起诉讼。人民法院判决一方履行报批义务后，该当事人拒绝履行，经人民法院强制执行仍未履行，对方请求其承担合同违约责任的，人民法院依法予以支持。一方依据判决履行报批义务，行政机关予以批准，合同发生完全的法律效力，其请求对方履行合同的，人民法院依法予以支持；行政机关没有批准，合同不具有法律上的可履行性，一方请求解除合同的，人民法院依法予以支持。

《民法典》第502条第2款规定：“依照法律、行政法规的规定，合同应当办理批准等手续的，依照其规定。未办理批准等手续影响合同生效的，不影响合同中履行报批等义务条款以及相关条款的效力。应当办理申请批准等手续的当事人未履行义务的，对方可以请求其承担违反该义务的责任。”这一规定吸收了《全国法院民商事审判工作会议纪要》的司法态度。

二、租赁物经营使用未取得行政许可对融资租赁合同效力的影响

对于租赁物经营使用应取得而未取得行政许可对合同效力的影响问题，主要有以下三种观点。^[110]

第一种观点认为，应将合同效力与行政许可脱钩，不论是承租人还是出租人有无获得行政许可，都不影响融资租赁合同效力。出租人与承租人之间主要是债权债务关系，承租人是否取得行政许可不应作为影响融资租赁合同效力的因素；融资租赁的本质属性在于其融资性，是一种金融业务，出租人提供的是资金产品，而非经营租赁物，出租人是否取得行政许可也不应影响融资租赁合同的效力。

第二种观点认为，出租人不需要具有租赁物经营许可，但要求承租人必须具有租赁物的经营许可。如出租人明知承租人应取得而未取得该项行政许可，则应认定融资租赁合同无效。租赁物的实际使用人是承租人，取得相应行政许可是承租人而非出租人的义务，只要承租人取得相应的资质即可。对于因承租人未取得该项行政许可，对融资租赁合同效力的影响也应作出明确。如果承租人和出租人都没有租赁物经营许可而继续认定合同有效，将架空法律、行政法规设立行政许可的立法目的。

第三种观点认为，对承租人未取得相应行政许可的融资租赁合同应认定无效，但应将承租人取得租赁物经营使用行政许可的时间限制在一审诉讼前。主要理由是，在最高人民法院已经出台的相关解释中，对合同效力的补正均采用限制补正时限的做法，以避免法律关系长期处于不稳定的状态。对此，有关司法解释一般将合同效力的补正限制在一审诉讼前（如买卖未取得预售许可的商品房的买卖合同的效力补正、转让划拨土地使用权的合同效力补正），有利于避免法律关系在进入法院诉讼后仍处于不稳定状态。

《融资租赁解释》第3条规定：“根据法律、行政法规规定，承租人对于租赁物的经营使用应当取得行政许可的，人民法院不应仅以出租人未取得行政许可为由认定融资租赁合同无效。”最高人民法院认为，对于租赁物上设定行政许可的限制仅仅是围绕承租人占有、使用租赁物的范围展开，从而排除了出租人与承租人之间的合同关系、出租人参与该关系的问题。^[111]本条采纳了这一观点。

融资租赁是以融物为形式，以融资为目的的交易模式。通常情况下出租人会按照承租人的要求，包括对租赁物的选择以及出卖人的认定进行购买，以取得租赁物的所有权，之后交由承租人经营使用。在这一过程中，出租人对租赁物的管领义务主要体现在两个阶段：第一，在与出卖人缔结买卖合同中，就租赁物的生产、规格、型号、价格、交付、安装、人员培训等进行确定、协商；第二，交付给承租人经营使用后，出租人仅就租赁物享有形式上的所有权，也就是出租人并不参与租赁物的经营使用，仅就所有权担保租金债权的清偿。因此，行政机关所针对的租赁物施以行政许可的限制，所指向的对象为

出卖人、承租人，而非出租人。在排除其他影响合同效力的因素之外，仅以出租人没有取得行政许可而认定融资租赁合同无效，有欠妥当。^[112]

自《融资租赁解释》实施以来，司法态度趋于统一。如在“北京大学第一医院、北京润通房地产开发有限责任公司合同纠纷上诉案”^[113]中，二审法院认为，“医疗器械的租赁使用并不以出租方是否取得行政许可作为合同的生效要件，本案中，《租赁合同》虽未被认定为融资租赁合同，但按照约定，设备是由润通公司出租给北大医院使用，而北大医院是一家三级甲等医院，当然具有合法使用涉案设备的资质。因此，北大医院以润通公司未取得医疗器械特许经营资格为由要求认定合同无效，没有法律依据，其该项上诉主张不能成立。”

其他问题

本条是适用于对使用融资租赁设备的整体项目需要取得行政许可的情形，还是仅适用于经营使用租赁物行为本身需要取得行政许可的情形？例如，承租人为建设电厂，以融资租赁方式购买发电设备，但发电项目的审批可能要数年的时间，并且有可能最终未获得审批，如因此而导致融资租赁合同无效，将大大增加租赁公司的经营风险。而且，在售后回租模式下，承租人将审批过的已经建成的项目出售给出租人取得资金，然后从出租人处租回使用该项目。但是承租人拿着出售资产的资金投入其他在建的、与租赁项目无关的，未经国家有关部门审批的项目中，完全可以规避项目报批义务。对此，最高人民法院认为，本条仅适用于经营使用租赁物行为本身需要取得许可的情形，而使用租赁物从事的工程或项目是否需要取得许可不影响融资租赁合同的效力。因此，对于使用融资租赁设备的整体项目需要取得行政许可的情形，不适用本条的规定。^[114]

第七百三十九条

出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择订立的买卖合同，出卖人应当按照约定向承租人交付标的物，承租人享有与受领标的物有关的买受人的权利。

本条主旨

本条是关于买受人与受领标的物有关的权利的规定。

相关条文

《合同法》第239条 出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择订立的买卖合同，出卖人应当按照约定向承租人交付标的物，承租人享有与受领标的物有关的买受人的权利。

《国际融资租赁公约》第10条 供货人依供货合同的义务亦可向承租人履行，就如同承租人是该供货合同的当事人，该租赁物是直接提供给承租人一样。但是，供货人就同一损害不应既向出租人又向承租人承担责任。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第530条 出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择订立的买卖合同，出卖人应当按照约定向承租人交付标的物，承租人享有与受领标的物有关的买受人的权利。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第530条 出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择订立的买卖合同，出卖人应当按照约定向承租人交付标的物，承租人享有与受领标的物有关的买受人的权利。

《民法典（草案）》（2019年12月）第739条 出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择订立的买卖合同，出卖人应当按照约定向承租人交付标的物，承租人享有与受领标的物有关的买受人的权利。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第739条 出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择订立的买卖合同，出卖人应当按照约定向承租人交付标的物，承租人享有与受领标的物有关的买受人的权利。

理解与适用

融资租赁合同兼具融资性和融物性的要素。基于融物性，在《民法典》关于租赁合同的规定之下，出租人应当按照约定将租赁物交付承租人，并在租赁期限内保持租赁物符合约定的用途（第708条）。但基于融资性，出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择订立买卖合同，并无意受领标的物之后再将其交付承租人，而由出卖人直接向承租人交付租赁物。^[115]之所以法律规定租赁物由出卖人依约定交付给承租人，主要是基于以下原因^[116]：首先，租赁物以及出卖人均由承租人选定，有关租赁物的规格及技术性能均由承租人把握，而

出租人只是按照承租人的选择进行购买，对承租人所选定的租赁物的规格及技术性能不可能也没有必要完全了解，因此，出卖人是否按照约定交付合格的租赁物，出租人并不易判断。相反，承租人对于租赁物的规格及技术性能最为熟悉，由其直接受领效率更高，在发生纠纷时也更容易解决。其次，这种交付方式和融资租赁合同各当事人所追求的目的有关。出租人出资购买租赁物，仅出于融资的目的，将标的物出租并获取利润。出租人本身并不具有对租赁物占有、使用、处分、收益的意图，其只是取得租赁物的形式意义上的所有权，并将其作为租金清偿的保障。因此，对于出租人而言，其接受租赁物已无实际意义；对于出卖人而言，其仅欲完成履行义务，至于向谁给付，差别不大；对于承租人而言，这种方式可以让其更早地接收标的物，投入生产，更有效率。由此可见，基于效率和各当事人合同目的的要求，由出卖人直接交付给承租人这种方式更具有实际意义。

本条前句规定：“出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择订立的买卖合同，出卖人应当按照约定向承租人交付标的物”。承租人并不是买卖合同的买受人，但这里规定出卖人向承租人交付标的物。本条所称的交付，仅指现实交付，亦即出卖人将标的物移转予承租人，使承租人实际占有和控制该标的物。融资租赁交易中的租赁物是按照承租人的要求购买的，作为出租人的买受人实际上只是资金提供者，其本身并不关注租赁物的情况，一般也没有相应的知识和能力去了解租赁物，因此，出租人自然不宜承担对租赁物太多的义务，这也是融资租赁区别于传统租赁的显著特点之一。出卖人的主要义务是按照约定交付标的物。一是按照约定的质量、数量等交付标的物。有关标的物的质量、数量等，通常是按照承租人的要求而确定的。由出卖人直接将标的物交付给承租人，但即便由出卖人交付，也应当符合承租人的要求。如标的物与融资租赁合同的标的物不符合，则承租人有权拒绝履行自己的义务。二是按照约定的期限交付标的物。标的物的交付期限对于承租人的利益影响也较大，因而，如果当事人有约定的，应当按照约定的期限交付。三是按照约定的地点进行交付。当事人通常都约定了标的物的交付地点，如以航空器为租赁物的，可能以承租人的公司住所地为交付地点。如果当事人没有约定的，应当适用《民法典》第510条、第511条的规定确定交付地点。如果出卖人交付的标的物不合格，或者未按照约定的期限、地点等交付，则承租人有权拒绝受领。^[117]

本条后句规定：“承租人享有与受领标的物有关的买受人的权利”。承租人并不是买卖合同的买受人，但依本条的规定，承租人享有买受人的受领权利。出卖人直接向承租人交付租赁物，承租人受领租赁物，与受领租赁物相关的权利自然也随之转让给承租人。无论买

买卖合同中是否约定承租人享有受领权，承租人都可以依据《民法典》关于买卖合同的规定，享有买受人的部分权利。“与受领标的物有关的买受人的权利”通常包含两方面的内容，一是对租赁物的检验权利，二是拒绝接受不符合要求的租赁物的权利。^[118]此种权利是依据法律的规定由承租人享有的，因为此项权利体现了融资租赁合同的特殊性，所以，法律上需要对其作出特别规定。既然承租人享有受领的权利，其也负有相应的义务，即在规定的地点、时间受领标的物，并且应当按照合同的约定支付运输费用等。从买卖合同的角度来看，其具有利益第三人合同的特点。这是因为出租人和出卖人之间订立了买卖合同，使承租人享有了与受领标的物有关的买受人的权利。^[119]

值得注意的是，承租人依法享有与受领租赁物有关的买受人的权利，但并不能据此认定出租人将买卖合同项下权利义务全部转让给承租人。案涉《融资租赁合同》及《买卖合同》中虽然约定由承租人自主选择出卖人和租赁物，并直接接收租赁物等事宜，以及办理因买卖合同发生的争议，承担由此发生的一切法律责任，但并未明确约定出租人不再享有买受人权利。因此，不能认定出租人已通过法律规定及合同约定的方式将其与受领标的物有关的买受人权利包括解除合同的权利转移给了承租人。^[120]

第七百四十条

出卖人违反向承租人交付标的物的义务，有下列情形之一的，承租人可以拒绝受领出卖人向其交付的标的物：

（一）标的物严重不符合约定；

（二）未按照约定交付标的物，经承租人或者出租人催告后在合理期限内仍未交付。

承租人拒绝受领标的物的，应当及时通知出租人。

本条主旨

本条是关于出卖人违约交付标的物的救济的规定。

相关条文

《融资租赁解释》第5条 出卖人违反合同约定的向承租人交付

标的物的义务，承租人因下列情形之一拒绝受领租赁物的，人民法院应予支持：

（一）租赁物严重不符合约定的；

（二）出卖人未在约定的交付期间或者合理期间内交付租赁物，经承租人或者出租人催告，在催告期满后仍未交付的。

承租人拒绝受领租赁物，未及时通知出租人，或者无正当理由拒绝受领租赁物，造成出租人损失，出租人向承租人主张损害赔偿的，人民法院应予支持。

《国际融资租赁公约》第12条

1.租赁物未交付、迟延交付，或不符合供货合同约定的：

（a）对出租人，承租人有权拒收租赁物或解除租赁合同；以及

（b）出租人有权提供符合供货合同约定的租赁物对违约做出补救，如同承租人已经同意按照与供货合同相同的条款向出租人购买租赁物一样。

2.前款规定的权利，应当按照与承租人同意根据与供货合同相同的条款向出租人购买租赁物时相同的方式行使，且在同样的情况上丧失。

3.承租人有权拒付租赁合同项下的应付租金，直至出租人对其违约做出补救，提供了符合供货合同约定的租赁物，或者承租人丧失了拒收租赁物的权利。

4.承租人行使其解除租赁合同的权利的，承租人有权请求返还其预先支付的任何租金及其他款项，但应减去承租人已从该租赁物取得的收益相当的合理金额。

5.承租人不因租赁物未交付、交付迟延或不符合约定而对出租人享有其他的请求权，但这些结果是由于出租人的作为或不作为所造成的，除外。

6.本条规定并不影响承租人依本公约第10条的规定对供货人享有的权利。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第531条 出卖人违

反向承租人交付标的物的义务，有下列情形之一的，承租人可以拒绝受领出卖人向其交付的租赁物：

（一）租赁物严重不符合约定；

（二）出卖人未在约定期间或者合理期间内交付租赁物，经承租人或者出租人催告，在催告期满后仍未交付。

承租人拒绝受领租赁物的，应当及时通知出租人。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第531条 出卖人违反向承租人交付标的物的义务，有下列情形之一的，承租人可以拒绝受领出卖人向其交付的租赁物：

（一）租赁物严重不符合约定；

（二）出卖人未在约定期间或者合理期间内交付租赁物，经承租人或者出租人催告，在催告期满后仍未交付。

承租人拒绝受领租赁物的，应当及时通知出租人。

《民法典（草案）》（2019年12月）第740条 出卖人违反向承租人交付标的物的义务，有下列情形之一的，承租人可以拒绝受领出卖人向其交付的租赁物：

（一）租赁物严重不符合约定；

（二）未按照约定交付租赁物，经承租人或者出租人催告后在合理期限内仍未交付。

承租人拒绝受领租赁物的，应当及时通知出租人。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第740条 出卖人违反向承租人交付标的物的义务，有下列情形之一的，承租人可以拒绝受领出卖人向其交付的租赁物：

（一）租赁物严重不符合约定；

（二）未按照约定交付租赁物，经承租人或者出租人催告后在合理期限内仍未交付。

承租人拒绝受领租赁物的，应当及时通知出租人。

理解与适用

承租人享有受领和拒绝受领租赁物的权利，源自承租人取得了买卖合同项下与出租人同样的买受人地位，相当于成为买卖合同的当事人之一。这种权利和地位的取得，需要突破合同相对性的原则。出卖人按照约定向承租人交付租赁物，承租人享有与受领租赁物有关的买受人的权利，是依据《民法典》第739条“出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择订立的买卖合同，出卖人应当按照约定向承租人交付标的物，承租人享有与受领标的物有关的买受人的权利”之规定。本条赋予承租人直接向出卖人拒绝受领瑕疵给付或迟延给付的权利，使出卖人与承租人建立法律上的关系。这两条既是突破买卖合同相对性原则的重要体现，属于《民法典》第465条第2款所述法律另有规定的情形^[121]，也是融资租赁合同与租赁合同的一个重要区别。^[122]

一、承租人对于标的物的受领

受领租赁物，既是承租人的权利，也是承租人的义务。从权利的角度，承租人有权受领租赁物，且出卖人不得拒绝将租赁物交付给承租人；从义务的角度，承租人应严格依照合同的适当履行原则，在约定的时间、地点，以约定的方式受领租赁物。承租人违反受领租赁物的义务，则须承担因其拒绝受领而导致的延迟履行责任或者违约责任。^[123]其义务主要有：第一，接收租赁物。承租人应当按照合同约定的时间、地点、验收方法接收标的物，这是承租人协助出卖人履行给付义务的体现，既是承租人的权利，也是承租人的义务。如果其无正当理由不接收租赁物，则承租人将要承担相应的延迟履行责任。第二，对租赁物的检验。相较于出租人而言，对于承租人对租赁物的特征及规格更了解，也更专业。因为对于租赁物和出卖人，都是在承租人的选择下进行的，所以，对租赁物的检验，也应当由承租人来进行。承租人在接收租赁物之时，有权利对租赁物进行检验，出卖人不得拒绝承租人的检验要求。如果检验不合格，承租人可以拒绝接收。如果承租人怠于对租赁物进行检验，并因此而没有发现租赁物的瑕疵，由此而导致租赁物的价值减损，则承租人应自己承担此种瑕疵损失。第三，在检验租赁物之后，应当及时通知出租人。承租人对租赁物进行检验之后，应及时通知出租人检验的结果，如果符合买卖合同约定，则承租人即应按照约定向出租人支付租金；如果不符合买卖合同约定，则应按照融资租赁合同约定，行使索赔权。承租人的通知义务应当慎重行使，因为一旦通知发出，既构成了出卖人交付租赁物的证据，也构成了出租人取得租赁物所有权的证据。^[124]

二、承租人对于标的物的拒绝受领

本条第1款规定：“出卖人违反向承租人交付标的物的义务，有下列情形之一的，承租人可以拒绝受领出卖人向其交付的标的物：

（一）标的物严重不符合约定；（二）未按照约定交付标的物，经承租人或者出租人催告后在合理期限内仍未交付。”之所以设立如此高的拒绝受领权行使门槛，出发点是保护出租人的利益。^[125]融资租赁是一项以融物为依托的融资行为，具有较强的融资性特征，且一般资金量较大，租期也较长，通常都是几年甚至十几年，涉及的租赁物通常也都是用于生产经营的大型机器设备，其中很多都是专门按承租人的要求定制的特种设备，这与一般买卖行为中的普通标的物有很大不同，与传统出租在资金量、租赁期限和租赁物特性等方面也有较大差异。出租人按照承租人的要求，与承租人选定的出卖人签订了租赁物的买卖合同，并支付了购买租赁物的价款，应当视为已经履行了融资租赁合同项下的主要义务。从尽可能维护交易稳定性的角度出发，应尽量努力促使合同能够继续履行，对承租人拒绝受领租赁物的条件不宜放得过宽。同时，也应给予出租人或出卖人合理的补救机会，允许其在合理期限内对不符合约定的租赁物进行维修、调试、更换或重新生产等，以达到合同要求，符合承租人的使用标准。从实际出发，在承租人拒绝受领租赁物的判定条件上，应以是否能够实现承租人的使用目的为标准。

“标的物严重不符合约定”的，承租人可以拒绝受领出卖人向其交付的标的物。若承租人仅以租赁物上存在微小的瑕疵，该瑕疵并不会导致租赁物的使用价值严重降低，那么在影响生产经营时拒绝受领，则受损害的就不仅仅是出卖人的利益，其会影响到整个融资租赁合同中所有主体的利益。因此，关于承租人拒绝受领租赁物的条件必须加以严格限制。只有当租赁物的瑕疵足以影响到正常的生产经营，承租人无法使用该租赁物实现合同目的时，才允许承租人行使拒绝受领的权利，并有权向出卖人或者出租人进一步主张合同救济。^[126]

“未按照约定交付标的物，经承租人或者出租人催告后在合理期限内仍未交付”的，承租人可以拒绝受领出卖人向其交付的标的物。就出卖人未按合同约定时间交付的情况而言，主要包括迟延交付和未交付两种情况。对于迟延交付的情况，有必要进行限制，这是因为，作为融资租赁合同的标的物，租赁物多为大型机械设备或者交通运输工具，其运输、安装、检验乃至进口报关手续等相对更为复杂，故出卖人逾期交付的情形比较常见。如仅因非出卖人的过错导致租赁物交付的短暂迟延，又未影响承租人正常使用的，即允许承租人拒绝受领租赁物，对出卖人的要求显然过于苛刻，也不利于整个融资租赁交易的正常履行。因此，有必要对逾期交付的情形作出适当限制。结合《民法典》第563条第3项来看，本条第1款第2项允许拒绝受领租赁

物的情形，可以理解为出卖人迟延履行主要债务，且经催告后在合理期限内仍未履行的情形，应该满足解除买卖合同的法定条件。[127]

本条第2款规定：“承租人拒绝受领标的物的，应当及时通知出租人。”出租人作为买卖合同中的一方当事人，对于合同的履行享有绝对的知情权；尽管出租人在买卖合同中仅有为支付标的物价款的义务，但这并不排除出租人作为合同的主体，对合同的权利行使享有知情的权利。虽然承租人是实际意义上的买受人，但其行使拒绝履行义务后势必会对出租人支付标的物价款的义务产生重大影响；如果承租人没有通知出租人拒绝受领了租赁物，则出租人支付标的物价款义务将会受到影响，出租人就会因此行为付出相应的成本代价。依据诚实信用原则以及全面履行原则，承租人亦得将拒绝受领标的物的事实及时通知出租人。本条仅仅只是将这一义务予以明确，并非为承租人设定额外的义务。承租人履行通知义务，并不需要额外付出成本；相反，承租人履行通知义务，一方面确保自己的利益，为以后进行抗辩提供了证据，另一方面也确保了出租人的利益，于己于人均有利。基于上述理由，承租人行使拒绝受领权利后，应当履行通知的义务。[128]值得注意的是，本条第2款删去了《融资租赁解释》第5条第2款的“造成出租人损失，出租人向承租人主张损害赔偿”。这一修改并不表明，在承租人未及时通知出租人，或者无正当理由拒绝受领租赁物，造成出租人损失之时，出租人就没有损害赔偿请求权。在将通知义务定为明文的情形下，违之自当承担违约责任，但请求权基础不在本条，而在第577条、第582条、第584条等相关法条。

第七百四十一条

出租人、出卖人、承租人可以约定，出卖人不履行买卖合同义务的，由承租人行使索赔的权利。承租人行使索赔权利的，出租人应当协助。

本条主旨

本条是关于出卖人违约的索赔权的规定。

相关条文

《合同法》第240条 出租人、出卖人、承租人可以约定，出卖人不履行买卖合同义务的，由承租人行使索赔的权利。承租人行使索

赔权利的，出租人应当协助。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第532条 出租人、出卖人、承租人可以约定，出卖人不履行买卖合同义务的，由承租人行使索赔的权利。承租人行使索赔权利的，出租人应当协助。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第532条 出租人、出卖人、承租人可以约定，出卖人不履行买卖合同义务的，由承租人行使索赔的权利。承租人行使索赔权利的，出租人应当协助。

《民法典（草案）》（2019年12月）第741条 出租人、出卖人、承租人可以约定，出卖人不履行买卖合同义务的，由承租人行使索赔的权利。承租人行使索赔权利的，出租人应当协助。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第741条 出租人、出卖人、承租人可以约定，出卖人不履行买卖合同义务的，由承租人行使索赔的权利。承租人行使索赔权利的，出租人应当协助。

理解与适用

在出卖人不履行买卖合同义务时，如交付的标的物不合格或迟延，承租人有权直接请求其承担责任，出卖人也负有修理、替换以及损害赔偿的义务。法律作出此种规定的主要原因在于：第一，因承租人受领标的物，并对标的物进行验收，所以，承租人对于标的物是否符合合同约定的情况最为了解，应当由承租人行使索赔的权利。第二，因承租人对标的物进行实际使用，如果标的物存在瑕疵或功能上的缺陷，承租人持有第一手资料，只有其才能够提出不合格的证据，而出租人一般是融资租赁公司，对于标的物具体的性能、使用方法、操作规范等情况并不了解，因此出租人应当协助承租人行使索赔的权利。第三，有利于简化索赔权的行使的程序。因为按照合同相对性规则，此种索赔的权利应当由出租人行使。如果不移转索赔权，则需要形成两个诉讼，即首先由承租人向出租人主张权利，然后再由出租人起诉出卖人。而如果法律直接允许承租人诉出卖人，则极大地简化了索赔权的行使程序，节约了权利行使的成本。^[129]

一、承租人的索赔权

索赔权仅仅是指提起赔偿的权利，还是泛指出卖人不履行买卖合

同的情况下买受人所享有的请求权？有学者认为，根据出卖人不履行
合同义务的情况不同，承租人所享有的索赔权利内容不同。首先，若
出卖人未按约定向承租人交付租赁物的，为违约行为，应负违约责任。
承租人可以要求出卖人继续履行交付义务，也可以解除合同，并
要求赔偿损失。其次，如出卖人交付的标的物虽不符合约定的条件但
不影响使用，承租人愿意继续使用的，可以要求减少价金。再者，若
出卖人交付的标的物不能利用，则承租人可以根据情况要求出卖人予
以修理或者更换。最后，如出卖人交付的租赁物无法实现合同的目
的，承租人可以要求解除合同并赔偿损失。^[130]有学者认为，从本条
第1句的规定中可知，索赔权是因出卖人不履行买卖合同之义务而产
生的。不履行买卖合同之义务的范围很宽泛，可能是没有按期交付标
的物，或交付标的物在数量或质量上不符合约定等。同时，《融资租
赁解释》第5条就出卖人可能违反合同的行为进行了列举，如出卖人
延迟交货、交付的租赁物质量或数量存在问题，以及其他违反买卖合
同约定的行为。由此可见，本条第1句所指的索赔权是泛指因出卖人
不履行买卖合同，买受人由此而享有的债权。^[131]

承租人直接向出卖人行使索赔权的情况主要包括：

1. 出卖人交付的租赁物本身不符合合同约定时，承租人可以要
求：（1）减少价金。如果出卖人交付的标的物虽不符合合同约定，
但不影响使用，而承租人也愿意继续使用的，可以按质论价，要求出
卖人减少价金。（2）修理、调换。当出卖人交付的租赁物不能正常
使用时，根据租赁物的具体情况，承租人可以请求出卖人负责修理或
者另行交付无瑕疵的租赁物，并承担因修理、调换而支付的实际费
用。（3）折价补偿。如果出卖人交付的租赁物虽不符合合同约定，
但不影响使用，而承租人也愿意继续使用的，可以要求出卖人折价用
以抵偿部分租金。（4）支付违约金。在出卖人交付的租赁物不符合
合同约定时，承租人可以请求出卖人支付约定的或者法定违约金。在
违约金不足以抵偿损失时，承租人还可以要求出卖人支付损害赔偿
金。（5）解除合同并赔偿损失。当出卖人交付的租赁物由于质量问
题无法使用时，承租人可以要求解除其与出租人之间的融资租赁合
同，进而导致买卖合同的解除。

2. 出卖人未交付或者迟延交付租赁物的，承租人可以请求出卖人
继续履行交付义务，并请求支付违约金，或者同时要求赔偿损失。
^[132]

裁判实践中，承租人直接索赔权由出租人、出卖人、承租人等三
方共同约定的，裁判结果均予认可^[133]；承租人直接索赔权由承租人与
出租人双方约定的，裁判结果均予认可^[134]；承租人直接索赔权由

承租人与出卖人双方约定的，裁判结果均予认可。^[135]也有观点认为，即使相关交易合同中对承租人直接索赔权没有约定，亦应认可承租人享有直接索赔权。如在“段敏与中国电建集团租赁有限公司融资租赁合同纠纷上诉案”^[136]中，法院即认为，“《中华人民共和国合同法》第二百四十条关于出租人、出卖人、承租人可以约定出卖人不履行买卖合同义务的由承租人行使索赔的权利的规定，是指出租人可以将其索赔权转让给承租人，但并不能得出承租人只有在出租人明确转让索赔权时才能向出卖人索赔的结论，《融资租赁解释》亦未明确规定承租人对出卖人的索赔权必须来源于出租人的转让”。

二、出租人的协助

本条后句规定，承租人行使索赔权利的，出租人应当协助。这是因为，出租人作为租赁物买卖合同的当事人，虽然可以将对出卖人的索赔权让与承租人，但这并不能改变其在租赁物买卖合同中的法律地位。所以承租人在行使索赔权时，仍需要得到出租人的协助，譬如为承租人提供一些相关的单据票证等，以便于承租人与出卖人进行协商。同时，出租人协助承租人行使索赔权，在一定意义上也是在维护自己的利益，因为租赁物买卖合同履行得如何，直接关系到融资租赁合同的履行，如果租赁物买卖合同中出卖人不交付或者交付的标的物不符合合同约定，承租人无法使用租赁物，也就无法实现租赁合同的目的，同时也会影响承租人向出租人支付租金。所以，出租人为了避免自己利益受到损害，应积极履行协助承租人行使索赔权这一义务。^[137]

本条所称的“协助”主要包括如下几个方面的内容：一是帮助寻找出卖人。在一些融资租赁中，出卖人是承租人指定的，承租人很容易找到；而在另一些融资租赁中，承租人只是确定了租赁物，而没有确定出卖人，由出租人具体确定出卖人，在发生争议后，出租人就应当帮助承租人寻找出卖人。二是帮助提供证据。在买卖合同的签约过程中，主要是出租人和出卖人之间磋商谈判，所以，出租人应当提供合同文本、订约资料等证据材料。三是诉讼过程中的协助义务。例如，出租人要出庭作证等。依据本条，即便当事人没有约定，出租人也应当负有协助的义务。因为只有充分履行协助义务后，承租人才能实现其索赔权。依据《融资租赁解释》第18条的规定，承租人行使索赔权时，出租人未及时提供必要的协助，导致承租人损失的，承租人有权请求出租人承担相应的责任。^[138]

其他问题

本条赋予了承租人对出卖人的索赔权，但对此条文的理解与适用存在不同观点。关于承租人索赔权的约定，是必须要三方共同约定，还是承租人与出卖人约定、出租人与出卖人约定，抑或是承租人与出租人约定即可？根据索赔权的转让是否需要三方共同约定，可分为“肯定说”与“否定说”。

“肯定说”认为，根据本条的规定，只有出租人、出卖人、承租人三方共同约定，索赔权的转让才能生效。也就是说，索赔权的转让必须经出卖人的同意。^[139]如果出租人、出卖人、承租人没有约定由承租人行使出卖人对出卖人的索赔权利的，则出租人于出卖人不履行买卖合同义务时，有权向出卖人索赔。^[140]另有解释认为，就索赔权的性质而言，有派生权利和从权利两种学说。持派生权利观点的学者认为，索赔权系因原权利之损害而发生，表现为原状恢复和损害赔偿请求权等形式。^[141]持从权利说的学者认为，损害赔偿请求权（即索赔权）与抵押权、利息债权、定金债权及违约金债权一并归于合同主债权的从权利。^[142]如果将索赔权的性质界定为从权利，不能单独转让；如果将其界定为派生权利，一般认为也不能脱离原权利单独转让。因此，无论将索赔权作何界定，索赔权在通常情况下均不能脱离主权利或原权利单独转让。出租人将受领权保留于己方，而将索赔权转让于承租人时，承租人此时不能单独受让索赔权。既然索赔权在性质上不同于作为原权利的一般债权的转让，在法律适用上不应适用“债权人、受让人同意加通知债务人”的债权转让规则。^[143]

“否定说”认为，索赔权的转让无须出卖人同意，只要通知出卖人即可。从本条文义来看，由承租人行使索赔的权利须有三方的约定。索赔权的转让，实质上是债权的转让，出租人与承租人达成债权转让的协议后，通知出卖人即可生效。^[144]出租人在融资租赁交易中的地位决定了其对租赁物的了解非常有限，也不能够准确地检验和判断由出卖人提供的租赁物的质量问题。如果由出租人对出卖人主张权利，必须有承租人协助证明租赁物瑕疵的存在。这就是说，若发生纠纷，出租人、承租人和出卖人必须共同参加。这样，不仅使解决纠纷的程序复杂化，而且加大了解决问题的成本。另一方面，出租人也承担了因权利主张不当而产生的风险，比如诉讼中败诉的风险。因此，索赔权转让须经出卖人同意这一要件，不仅不符合我国法律中确定的债权转让原则，制约了出租人对其享有的合同权利的处分权，而且完全不符合当事人的真实意愿和实际利益。因此，索赔权的转让应无须经出卖人的同意，仅通知供货商即可生效。^[145]承租人若想取得对出卖人不履行或者拒绝履行合同的索赔权，应当与出租人订立契约。需要说明的是，承租人的索赔权在性质上属于“债权转让”或“债权让与”，因此，出租人与承租人订立在出卖人不履行或者拒绝履行合同时，由承

租人来行使对出卖人的索赔权的协议时，应当通知出卖人。在出卖人知道存在一个租赁协议或买卖协议是为即将订立的融资租赁合同而订立的情况下，其应该知道标的物是承租人所需要且将为承租人占有和使用的，其应该预见到由于其不履行或者拒绝履行合同可能会给承租人带来的损失及此种损失可能与出租人所受的损失不完全一致的情况，因此其应承担此种损失的责任。还有学者认为，承租人对出卖人的索赔权无须三方约定，但是，该项索赔权的基础不在于约定的债权转让，而在于法定的债权转让。^[146]由承租人直接受领和由承租人直接索赔实乃融资租赁之特征使然，因为出租人大多为金融性租赁公司，通常不具备承租人所涉行业的专业知识和经验，而租赁物和交易对象的选择、租赁物的受领和检验以及受领后质量瑕疵的发现，均需要具备一定程度的专业知识和经验。由承租人直接索赔既简化了法律关系，同时又降低了索赔成本。部分国家立法和示范性公约明确规定了承租人的直接受领和直接索赔权利，并不需要当事人的额外约定。^[147]

第七百四十二条

承租人对出卖人行使索赔权利，不影响其履行支付租金的义务。但是，承租人依赖出租人的技能确定租赁物或者出租人干预选择租赁物的，承租人可以请求减免相应租金。

本条主旨

本条是关于承租人行使索赔权对租金给付义务的影响的规定。

相关条文

《融资租赁解释》第6条 承租人对出卖人行使索赔权，不影响其履行融资租赁合同项下支付租金的义务，但承租人以依赖出租人的技能确定租赁物或者出租人干预选择租赁物为由，主张减轻或者免除相应租金支付义务的除外。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第533条 承租人对出卖人行使索赔权利，不影响其履行支付租金的义务，但是承租人依赖出租人的技能确定租赁物或者出租人干预选择租赁物的，承租人可以要求减轻或者免除相应租金的支付义务。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第533条 承租人对出卖人行使索赔权利，不影响其履行支付租金的义务，但是承租人依赖出租人的技能确定租赁物或者出租人干预选择租赁物的，承租人可以要求减轻或者免除相应租金的支付义务。

《民法典（草案）》（2019年12月）第742条 承租人对出卖人行使索赔权利，不影响其履行支付租金的义务。但是，承租人依赖出租人的技能确定租赁物或者出租人干预选择租赁物的，承租人可以请求减免相应租金。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第742条 承租人对出卖人行使索赔权利，不影响其履行支付租金的义务。但是，承租人依赖出租人的技能确定租赁物或者出租人干预选择租赁物的，承租人可以请求减免相应租金。

理解与适用

融资租赁交易最核心的要素即是承租人选择租赁物及出卖人，出租人是根据承租人对租赁物和出卖人的选择或认可，与出卖人签订租赁物买卖合同，从出卖人处购买租赁物并出租给承租人使用，出租人在融资租赁交易中承担的最主要的义务就是支付价款以购得租赁物，而与租赁物本身有关的一切风险与收益全部转归承租人承担和享有。在融资租赁交易中，出租人不承担包括租赁物的瑕疵担保责任在内的与租赁物有关的一切责任，这也是融资租赁交易区别于其他租赁形式的典型特征之一。依据《民法典》第741条的规定，出租人、出卖人、承租人可以约定，出卖人不履行买卖合同义务的，由承租人行使索赔的权利。依据《民法典》第742条规定，承租人对出卖人行使索赔权利，也不影响其履行支付租金的义务。本条规定中所称的“承租人对出卖人行使索赔权利”，包括出卖人未交付或迟延交付租赁物时，承租人要求出卖人履行交付义务、赔偿损失等的权利。简言之，在出租人已经履行其融资义务，而出卖人未交付货物，承租人直接向出卖人行使索赔权的情况下，除非出租人对租赁物的选择施加了影响，否则承租人不得以未交付货物为由拒付租金。^[148]

一、承租人索赔不影响租金给付义务的原则

支付租金是承租人所负担的最主要义务（《民法典》第735、752条）。融资租赁合同中出租人所收取的租金，既不同于一般租赁合同的租金，又不同于买卖合同中的价金。由于租金并非融物的对价而为融资的对价，承租人支付租金的义务具有不可解约性和独立性，

不受其他违约救济措施的影响。融资租赁的特征决定了出租人的本质义务是为承租人提供融资，在承租人选定出卖人、租赁物的前提下，履行买卖合同的风险也应由承租人承担。只要出租人履行了支付价款购买租赁物的义务并且不存在其严重违约行为（包括平静占有担保责任等），承租人就应当完全履行融资租赁合同项下的租金支付等义务。从合同相对性出发，买卖合同的履行存在瑕疵，如租赁物未交付、延迟交付、存在瑕疵等，承租人可以向出卖人直接行使索赔权，但索赔的结果，并不影响承租人在融资租赁合同项下租金支付等义务的履行，承租人不能仅以此为由主张减轻或免除租金支付义务，由此造成承租人的损失应由出卖人负责。[149]

因出卖人违约，导致承租人未能及时受领符合合同约定的租赁物，承租人固然可以通过向出卖人行使索赔权的方式，得到相应的救济，但如出卖人根本违约，提供的租赁物无法使用，或者无法提供符合合同约定的租赁物，可能导致承租人取得租赁物，并占用、使用租赁物的合同目的落空，在此情形下，可能出现承租人与出租人利益保护失衡的情况：一方面承租人未取得租赁物，另一方面，承租人仍然要承担融资租赁合同项下的租金给付义务。此时，承租人可以依据《民法典》第754条的规定解除融资租赁合同，不再承受持续给付租金的负担。[150]

二、承租人索赔不影响租金给付义务的例外

本条后段规定了承租人索赔不影响租金给付义务原则的例外情形，即“承租人依赖出租人的技能确定租赁物或者出租人干预选择租赁物的，承租人可以请求减免相应租金。”有学者主张，本条的适用至少同时具备如下要素：承租人有承租租赁物的商业需求，但承租人对租赁物缺少应有的专业知识和理解；出租人在具体推介租赁物时存在故意或重大过失；出租人推介并促使承租人承租的租赁物不符合约定或者不符合使用目的；承租人已经遭受损失，或继续承租租赁物将会遭受损失。由此可见，只有在出租人利用其专业优势，误导或诱使或以其他方式不当干预承租人选择租赁物且承租人因此而遭受损失时，承租人方可在其遭受的损失范围内主张减轻或者免除相应租金支付义务。[151]

承租人依赖出租人的技能确定租赁物或者出租人干预选择租赁物，主要是指以下情形：（1）出租人在承租人选择出卖人、租赁物时，对租赁物的选定起决定作用的；（2）出租人干预或者要求承租人按照出租人意愿选择出卖人或者租赁物的；（3）出租人擅自变更承租人已经选定的出卖人或者租赁物的。人民法院在审理此类案件中，要注意区分出租人的行为是否对承租人的选择造成了实质性影

响。所谓构成实质性影响，通常可包括以下情形：（1）出租人指定租赁物或出卖人；（2）出租人给出一定的选择范围，指定几家制造商或几种产品供承租人选择；（3）出租人将承租人的选择与租金等合同条款挂钩，如承租人只有在出租人推荐的范围内选择才可获得相应的优惠条件。若承租人能够举证证明出租人存在这些行为，则可以认为出租人对承租人的选择构成了实质性影响，即干预了承租人的选择。^[152]裁判实践中，出卖人与出租人“人格混同”也构成例外情形之一。^[153]

第七百四十三条

出租人有下列情形之一的，致使承租人对出卖人行使索赔权利失败的，承租人有权请求出租人承担相应的责任：

- （一）明知租赁物有质量瑕疵而不告知承租人；
- （二）承租人行使索赔权利时，未及时提供必要协助。

出租人怠于行使只能由其对出卖人行使的索赔权利，造成承租人损失的，承租人有权请求出租人承担赔偿责任。

本条主旨

本条是关于承租人索赔失败时出租人的责任的规定。

相关条文

《融资租赁解释》第18条 出租人有下列情形之一的，导致承租人对出卖人索赔逾期或者索赔失败，承租人要求出租人承担相应责任的，人民法院应予支持：

- （一）明知租赁物有质量瑕疵而不告知承租人的；
- （二）承租人行使索赔权时，未及时提供必要协助的；
- （三）怠于行使融资租赁合同中约定的只能由出租人行使对出卖人的索赔权的；
- （四）怠于行使买卖合同中约定的只能由出租人行使对出卖人的

索赔权的。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第534条 出租人有下列情形之一的，致使承租人对出卖人索赔逾期或者索赔失败的，承租人有权要求出租人承担相应责任：

- （一）明知租赁物有质量瑕疵而不告知承租人；
- （二）承租人行使索赔权利时，未及时提供必要协助。

出租人怠于行使融资租赁合同或者买卖合同中约定的只能由出租人对出卖人行使的索赔权利，承租人有权要求出租人承担相应责任。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第534条 出租人有下列情形之一的，致使承租人对出卖人索赔逾期或者索赔失败的，承租人有权要求出租人承担相应责任：

- （一）明知租赁物有质量瑕疵而不告知承租人；
- （二）承租人行使索赔权利时，未及时提供必要协助。

出租人怠于行使融资租赁合同或者买卖合同中约定的只能由出租人对出卖人行使的索赔权利，承租人有权要求出租人承担相应责任。

《民法典（草案）》（2019年12月）第743条 出租人有下列情形之一的，致使承租人对出卖人行使索赔权利失败的，承租人有权请求出租人承担相应的责任：

- （一）明知租赁物有质量瑕疵而不告知承租人；
- （二）承租人行使索赔权利时，未及时提供必要协助。

出租人怠于行使只能由其对出卖人行使的索赔权利，造成承租人损失的，承租人有权请求出租人承担赔偿责任。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第742条 出租人有下列情形之一的，致使承租人对出卖人行使索赔权利失败的，承租人有权请求出租人承担相应的责任：

- （一）明知租赁物有质量瑕疵而不告知承租人；
- （二）承租人行使索赔权利时，未及时提供必要协助。

出租人怠于行使只能由其对出卖人行使的索赔权利，造成承租人损失的，承租人有权请求出租人承担赔偿责任。

理解与适用

在融资租赁合同中，双方都负有依诚信原则所产生的附随义务。就出租人而言，其应当负有必要的告知、说明、协助等附随义务。^[154] 索赔权转让之后，出租人同样对承租人负担一定的义务。这些义务在性质上多属于附随义务。附随义务并非基于法律的规定或者当事人的约定，而是依诚实信用原则，由社会一般交易观念产生。《民法典》第509条第2款对附随义务作出了一般性规定：“当事人应当遵循诚信原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”从附随义务的功能来看，附随义务或为促进主给付义务，或为维护对方当事人的利益。在索赔权转让之后，出租人在承租人索赔过程中，应当依据诚实信用原则负担告知、协助等义务。《民法典》第741条明确规定在承租人享有索赔权的情况下，出租人负担协助的附随义务。本条进一步将明知租赁物有质量瑕疵时的告知义务纳入出租人的附随义务范围。^[155]

一、出租人的附随义务

《民法典》第509条第2款中的通知义务涵盖了瑕疵告知义务，即出卖或赠与瑕疵物品时，应将标的物的瑕疵，特别是隐蔽的瑕疵告知买受人或受赠人。^[156] 融资租赁交易中的通知义务，一般是指出租人应将其所知悉的对合同履行以及承租人利益可能产生重大影响的情况及时、恰当地通知承租人。本条基于承租人索赔失败，将出租人的通知义务限定在明知租赁物有质量瑕疵的情形，但并不表明在一般意义上排除其他基于诚信原则的通知义务。出租人在明知租赁物有质量瑕疵的情况下而不及时通知承租人，明显违背了出租人依据诚实信用原则所应承担的通知义务。此处出租人所负担的通知义务并不考虑租赁物是由承租人直接受领还是由出租人受领后又转移给承租人。只要出租人明知租赁物存在质量瑕疵，即使其未受领租赁物，也应当将其知悉的情况及时通知承租人。明知的概念中并不包含应当知道，否则实际上增加了出租人的默示担保义务，而融资租赁中出租人通常并不负担此项义务。^[157]

《民法典》第741条明确规定：“出租人、出卖人、承租人可以约定，出卖人不履行买卖合同义务的，由承租人行使索赔的权利。承租人行使索赔权利的，出租人应当协助。”由此可见，伴随着索赔权的移转，出租人有协助出租人索赔的附随义务。出租人协助索赔的义务

须以索赔权的移转为前提，即便当事人没有约定，出租人也应当负有协助的义务。^[158]协助义务的内容包括为协助承租人而需要采取的一切商业上的合理措施。这些合理措施通常应当包括但不限于以下措施：“一是帮助寻找出卖人；二是帮助寻找证据；三是诉讼过程中的协助义务。”^[159]协助义务的内容应当根据案件所涉融资租赁的特点，依诚实信用原则和交易习惯予以确定。^[160]

二、出租人违反附随义务的法律效果

出租人违反附随义务，致使承租人对出卖人行使索赔权利失败的，承租人有权请求出租人承担相应的责任。所谓索赔失败，是指由于出租人的原因导致承租人无法行使索赔权利或者由于出租人怠于通知承租人租赁物的瑕疵致使承租人所享有的索赔权已经超过诉讼时效，或者因出租人的不协助导致承租人举证不能而被驳回诉讼请求。承租人索赔失败应当与出租人违反附随义务之间存在因果关系。如出租人违反附随义务的行为与承租人索赔失败的后果不存在因果关系，则出租人无须向承租人承担责任。^[161]如在出租人明知租赁物存在质量瑕疵而未告知承租人的情况下，如承租人自身也知晓此种状况，但承租人却因自身原因怠于行使对出卖人的索赔权致使其请求超过诉讼时效进而而索赔失败时，出租人违反附随义务的行为与索赔失败的后果之间并不存在因果关系，因而出租人并不需要承担相应的责任。又如，在承租人因举证不能而导致索赔失败时，同样应当区分出租人因素在索赔失败结果中的作用力。如果承租人因为出租人未履行协助义务而导致部分诉讼请求被驳回，出租人仅应对这部分索赔失败后果承担责任。^[162]

三、出租人怠于行使只能由其行使的索赔权的法律效果

本条第2款规定：“出租人怠于行使只能由其对出卖人行使的索赔权利，造成承租人损失的，承租人有权请求出租人承担赔偿责任。”这里，“只能由其对出卖人行使的索赔权利”包括两种情形：“融资租赁合同中约定的只能由出租人行使对出卖人的索赔权”和“买卖合同中约定的只能由出租人行使对出卖人的索赔权”。在两种情形下，承租人并不享有索赔权，因而自无妨碍承租人索赔的可能。出租人在此种情况下向承租人承担责任的基础，实际上并非基于出租人违反附随义务，而是基于承租人在此种情形下不享有索赔权，基于合同相对性原则，无法直接向出卖人索赔，只能依据融资租赁合同，请求出租人承担违约责任。^[163]

出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择订立的买卖合同，未经承租人同意，出租人不得变更与承租人有关的合同内容。

本条主旨

本条是关于买卖合同的变更的规定。

相关条文

《合同法》第241条 出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择订立的买卖合同，未经承租人同意，出租人不得变更与承租人有关的合同内容。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第535条 出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择订立的买卖合同，未经承租人同意，出租人不得变更与承租人有关的合同内容。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第535条 出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择订立的买卖合同，未经承租人同意，出租人不得变更与承租人有关的合同内容。

《民法典（草案）》（2019年12月）第744条 出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择订立的买卖合同，未经承租人同意，出租人不得变更与承租人有关的合同内容。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第744条 出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择订立的买卖合同，未经承租人同意，出租人不得变更与承租人有关的合同内容。

理解与适用

融资租赁交易中，承租人所承租的标的物虽由出租人出资购买，却是由承租人选择决定的。承租人不仅有权选定租赁标的物及供货的出卖人，而且有权直接与出卖人商定标的物的条件。因此，选择租赁物的出卖人和决定租赁物的规格和技术性能，是承租人的一项权利。这也是融资租赁中的承租人与租赁中的承租人地位不同的区别之一。^[164]为充分实现合同目的，通常情况下，由承租人根据自身对标的物的规格和技术性能等的要求，凭借自身所掌握的信息、实践经验来确定买卖合同标的物及出卖人。只有在少数情况下，承租人才会依赖于

出租人的专业知识和市场信息来确定标的物及出卖人。[165]

由此可见，虽然买卖合同是在出租人与出卖人之间签订的，承租人并不是买卖合同的当事人，但在租赁物是依据承租人对出卖人、租赁物的选择而购买之时，订立买卖合同最终是为了履行融资租赁合同。因此，未经承租人同意，出租人不得变更与承租人有关的合同内容。[166]若允许出租人随意变更合同内容，则出租人依承租人的要求购买租赁物这一融资租赁的特殊性就不复存在。由本条文义来看，出租人虽然不能擅自变更与承租人相关的内容，但就买卖合同中与承租人不相关的内容，出租人仍有权变更，所以，该条文还是给出租人保留了买卖合同中最基本的变更权利，只不过该变更不能影响到承租人而已。

与承租人有关的买卖合同内容的变更主要涉及以下几个方面：其一，出卖人的变更。买卖合同的主体是出租人（买受人）与出卖人。其中，出卖人是由承租人预先选择的，是承租人在融资租赁合同中指定的。因此，未经承租人同意，出租人不得擅自变更买卖合同的出卖人。其二，标的物的变更。由于买卖合同的标的物是融资租赁合同的租赁物，两者是一致的，它也是由承租人预先选择并在融资租赁合同中约定的，它必须合于承租人指定的条件。因此，未经承租人同意，出租人不得擅自变更买卖合同的标的物。其三，标的物的交付时间、地点和方式的变更。由于买卖合同的标的物由出卖人直接交付于承租人，如出租人与出卖人协商变更标的物的交付时间、地点和方式，应当征得承租人的同意。如因此而增加承租人的费用的，应由出租人和出卖人协商分担。[167]

出租人擅自变更承租人已经选定的租赁物，构成租赁物严重不符合约定的，承租人有权拒绝受领，并通知出租人解除合同。如因此给承租人造成损失的，承租人还有权请求出租人赔偿损失。[168]承租人已经受领的，由于出租人实际上剥夺了承租人的选择权，因此，应当对租赁物承担瑕疵担保责任。[169]

第七百四十五条

出租人对租赁物享有的所有权，未经登记，不得对抗善意第三人。

本条主旨

本条是关于租赁物所有权的登记对抗的规定。

相关条文

《合同法》第242条 出租人享有租赁物的所有权。承租人破产的，租赁物不属于破产财产。

《融资租赁解释》第9条 承租人或者租赁物的实际使用人，未经出租人同意转让租赁物或者在租赁物上设立其他物权，第三人依据物权法第一百零六条的规定取得租赁物的所有权或者其他物权，出租人主张第三人物权权利不成立的，人民法院不予支持，但有下列情形之一的除外：

（一）出租人已在租赁物的显著位置作出标识，第三人在与承租人交易时知道或者应当知道该物为租赁物的；

（二）出租人授权承租人将租赁物抵押给出租人并在登记机关依法办理抵押权登记的；

（三）第三人与承租人交易时，未按照法律、行政法规、行业或者地区主管部门的规定在相应机构进行融资租赁交易查询的；

（四）出租人有证据证明第三人知道或者应当知道交易标的物为租赁物的其他情形。

《国际融资租赁公约》第7条

1. (a) 出租人对租赁物的所有权可以对抗承租人的破产受托人和债权人，包括已经取得扣押令状或执行令状的债权人。

(b) 在本款中，“破产受托人”包括为全体债权人的利益被指定管理承租人财产的清算人、管理人或其他人。

2. 依准据法，出租人对租赁物的所有权只有经公示才能对抗前款所称的人的，只有遵守公示规则时，此种权利才能发生对抗效力。

3. 在前款中，准据法是指本条第1款所称的人有权援引前款所称公示规则时，下列国家的法律：

(a) 就已登记船舶而言，是以船东名义登记的所在国（在本款中，光船承租人不是船东）；

(b) 就依1944年12月7日在芝加哥缔结的《国际民用航空公约》登记的航空器而言，是据此办理登记的所在国；

(c) 就通常从一国移至另一国的那类其他租赁物（包括航空器发动机）而言，是承租人主要营业地的所在国；

(d) 就其他租赁物而言，是租赁物的所在国。

4. 本条第2款并不影响其他条约中关于确认出租人对租赁物的所有权的規定。

5. 本条并不影响享有以下权利的任何债权人的优先顺序：

(a) 非因扣押令状或执行令状而引起的，约定的或法定的对租赁物的担保物权，或

(b) 根据国际私法规则确定的准据法对船舶或航空器所特别享有的扣留、扣押或处分的权利。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第536条 出租人对租赁物享有的所有权，未经登记，不得对抗善意第三人。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第536条 出租人对租赁物享有的所有权，未经登记，不得对抗善意第三人。

《民法典（草案）》（2019年12月）第745条 出租人对租赁物享有的所有权，未经登记，不得对抗善意第三人。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第745条 出租人对租赁物享有的所有权，未经登记，不得对抗善意第三人。

理解与适用

融资租赁交易中，经由“融物”达致“融资”的目的，出租人所看重的是确保承租人及时清偿租金，以收回投放的资金；在法律结构设计上，出租人保有租赁物的所有权，其经济目的在于担保租金的清偿。但实践中广泛存在着承租人未经出租人同意随意处分租赁物的情形，第三人依善意取得规则原始取得租赁物上的权益，出租人所保有的所有权旋即丧失殆尽（承租人转让租赁物之时），或效力贬损（承租人就租赁物设定抵押之时）。出租人必须采取相应措施保全自己的权利，或者提高租金水平以弥补个别交易中的例外损失，或者增加监管措施以防止承租人不当处分租赁物。这些都增加了融资租赁交易的总体成本，一则增加了承租人“融资”的利率水平，二则影响了租赁公司

从事融资租赁业务的积极性。针对这种现状,“研究建立规范的融资租赁物登记制度,发挥租赁物登记的风险防范作用”就成了“建设法治化营商环境”的重要内容。^[170]在融资租赁交易关系中,虽然租赁物的所有权由出租人享有,但由于租赁物由承租人占有,出租人无法依传统动产物权的公示方法——占有来公示自己的权利,出租人的权利处于秘密状态时,就产生了所谓“表面所有权”的问题,而融资租赁登记制度彻底解决了“表面所有权”的困境,它一方面保证了承租人对物的占有,另一方面又使第三人有可能了解融资租赁交易的内容,因而成为较占有制度成本更低、更有效的公示制度。

《移动设备国际利益公约》一体调整动产担保交易、融资租赁交易和保留所有权交易等三类交易形态,不强求内国法将融资租赁交易作为担保交易,充分尊重内国法就具有担保功能的交易的类型化方法,但基于这三类交易的经济实质和功能,统一要求权利人的国际利益只有在登记簿上登记才能确立和保全其与竞存权利之间的优先顺位。在这里,“国际利益”是公约为了规避各国就权利称谓上的差异而生造的一个新词汇,被界定为一种(担保)物权,在满足协议采取书面形式订立、权利人有权处分该标的物、该标的物已经特定化等三项条件之时即为设定^[171],不仅在当事人之间发生效力,而且及于当事人之外的第三人。在公约之下,国际利益的登记实质上就是担保权的登记。

融资租赁登记制度的建立对于市场交易的主要影响在于:拟就租赁物从事交易的相对人,仅依租赁物占有的权利外观,与承租人进行交易,其信赖利益无法依善意取得制度得到保护。准此,是否查询融资租赁登记系统就成了交易相对人主观上是否构成善意的判断因素。这实际上强制性地要求交易相对人去查询融资租赁登记公示系统,无疑增加了交易相对人的负担和整个社会的交易成本。^[172]如此看来,融资租赁登记制度的建立还涉及法政策的选择。我国目前的政策导向是:“逐步完善金融租赁行业法律法规,研究建立具有法律效力的租赁物登记制度,发挥租赁物的风险保障作用,维护金融租赁公司的合法权益。”^[173]在占有(交付)在融资租赁交易中无法起到公示作用的情况下,本条明定以登记作为融资租赁交易的公示方法。基于我国融资租赁实践中并未将租赁物局限于动产的现实,融资租赁合同章就融资租赁公示的效力未作区分,就不动产融资租赁而言,登记是出租人取得所有权的生效要件,相关登记系统无须重建,直接在统一的不动产登记簿上登记即可;就动产融资租赁而言,登记是出租人所有权的对抗要件,在欠缺统一的动产融资登记系统的情形之下,尚需另行构建融资租赁登记公示系统或统一动产融资登记公示系统。

一、融资租赁交易中出租人所有权的功能化

近代以来，随着经济的高速发展，科技的惊人进步，动产的价值日益攀升，其中部分已非不动产所能比拟。^[174]传统动产质权模式已经不能满足融资的需求，非移转占有型动产担保模式逐渐进入融资交易领域。囿于法制传统的不同，各国动产担保制度存在巨大的差异，呈现出形式主义和功能主义的两种立法模式。^[175]其中，形式主义侧重于当事人就交易安排的表象，依交易的形式归属不同的法域予以调整。例如，当事人之间依合同在债务人或第三人之物上设立的担保主债务清偿的，在形式上属于担保物权，适用动产担保交易法；所有权保留交易和融资租赁交易中出卖人、出租人的所有权，适用所有权法。功能主义则强调特定交易在经济上的作用，只要在功能上具有担保作用的交易均应纳入动产担保交易法的规制范畴，例如，所有权保留交易和融资租赁交易中出卖人、出租人的所有权，虽然在名称上不是担保物权，但其在功能上发挥着担保作用——担保买卖价金或租金的清偿，即应定位为担保物权，适用动产担保交易法。

世界银行集团《全球营商环境报告》迎合国际动产担保制度改革总体趋势，在其指标体系中将各国是否采行基于功能主义的一元化动产担保交易制度作为评估指标之一。《民法典》的编纂正值我国提出持续优化营商环境之际，故而，“民法典物权编对担保物权部分的修改，总的立法精神是要进一步优化营商环境，进一步增强我国在吸引投资方面的优势”^[176]。在此背景之下，功能主义的立法潮流必然影响到《民法典》担保物权分编的体系重构和规则设计。我国物权法体系以大陆法系的形式主义为传统，且以物权法定为基本原则，如全然接受功能主义的立法模式，将带来不可估量的制度变迁成本。

《民法典》因而转向功能主义与形式主义相结合的路径。“与其重构为动产担保交易，还不如引入登记制度，因为前者不可避免地会损害债权人对标的物的所有权。”^[177]由此看来，动产担保交易的形式与体系定位都不重要，重要的是各类动产担保交易规则的统一，而规则的统一绝不仅仅只是设立、公示规则的统一，更为重要的应是竞存动产担保权之间优先顺位规则的统一。

在《民法典》将所有权保留交易中出卖人对标的物的所有权、融资租赁交易中出租人对租赁物的所有权“功能化”之后，所有权的权利内涵已经更接近于动产抵押权这一限制物权。与此同时，《民法典》第388条中规定：“担保合同包括抵押合同、质押合同和其他具有担保功能的合同。”这就为非典型担保交易准用典型担保交易的相关规则提供了解释前提。

动产担保交易制度改革的核心问题并不在于如何宽泛地界定动产担保权的范围，而在于所有在功能上起着担保作用的交易工具如何统

一地适用设立、公示、优先顺位和实行规则。亦即，采行功能主义立法方法并不意味着所有的担保交易规则均适用于所有非典型担保交易类型，只须统一这些权利的设立、公示、优先顺位和实行规则即可。^[178]在我国，基于物债两分的体系是法典形式理性的基本要素，由自物权和他物权构建的物权体系也已成为《民法典》物权编的基本架构。如此，在植入现代动产担保交易制度的合理元素之时，我国《民法典》自无须采行功能主义的立法方法，而将在功能上起着担保作用的所有交易工具均构造为动产担保交易。

《民法典》虽然未将所有权保留交易、融资租赁交易、保理交易等非典型动产担保交易在形式上重构为动产担保交易，但基于这些交易与典型动产担保交易在经济功能上的等同性，采取了与动产抵押权一样的登记对抗主义模式，以实现平等保护信用提供者的政策目标。“减少信贷成本的有效方式是让所有潜在的信用提供者展开公开竞争。为此，有必要设计一个对以下各种信用提供者同等适用的有效的动产担保交易制度：金融机构和其他贷款人、制造商和供应商以及国内外信用提供者。”^[179]由此，平等对待不同来源的信用授受行为和各种形式的动产担保交易，就成了制度设计和规范解释的基本出发点。例如，出卖人为买受人提供信用支持，既可以采取所有权保留交易形式，在买受人支付价款之前保留标的物的所有权，也可以采取动产抵押交易形式，移转标的物所有权予买受人，同时在该标的物上设立动产抵押权，还可以采取附回购权买卖交易形式，移转标的物所有权予买受人但保留回购权，并以买受人支付价款为解除条件。这些交易形式实际上均起着担保购买价金清偿的作用，权利人应受平等对待。这一法政策选择为这些非典型动产担保交易准用典型动产担保交易的其他规则提供了解释前提。就这三类非典型动产担保权而言，《民法典》第768条特别规定了保理交易的优先顺位规则^[180]，但未就前两类作出特别规定。如出卖人或买受人、出租人或承租人处分标的物，在其上为他人设立动产抵押权，数项权利之间即发生竞存，如此就出现了出卖人、出租人的所有权与第三人的抵押权之间的竞存，如何确定权利人之间的优先顺位，即存在解释空间。

二、融资租赁交易中所有权的登记对抗效力

本条规定不适用于不动产融资租赁交易。出租人对租赁物的所有权，虽未登记，但亦属物权，只不过效力没有那么完备而已。采行债权意思主义的物权变动模式，未登记所有权的物权效力自不应完全同于基于债权形式主义物权变动模式。与债权形式主义不同的是，债权意思主义下的物权不再限于能有效对抗所有第三人的权利，未经登记的所有权是能有效对抗当事人及“某些”第三人的物权，与有效对抗“所有”第三人的物权存在着区别。^[181]有学者即主张，“物权具有优先于

债权的效力，在公示对抗主义模式下成了一个值得怀疑的命题。在构建我国的公示对抗主义制度时，我们不能简单地以物权、债权的二元划分作为分析工具，而应该具体分析每一组权利间的优先顺位关系。”^[182]物债两分体系仍然是我国《民法典》的架构基础，在解释论上亦为重要的分析工具。承租人的无担保债权人仅得请求给付，并不能支配作为担保财产的租赁物，与出租人的所有权（变价权和优先受偿权）所体现的支配性不在同一层次，在进入强制执行程序和破产清算程序之前，尚无法及于该财产，也不会与出租人就该财产发生争夺关系。^[183]此时，出租人对租赁物的所有权，虽未登记，但亦可对抗无担保债权人，无担保债权人也就不属于法律保护的“善意第三人”之列。^[184]

（一）“对抗”的广义与狭义

“对抗”一语有广狭两义。从广义上讲，物权的对抗效力，是指物权人可以对世界上任何人主张其物权，任何人都不能予以剥夺。^[185]从这个意义上讲，出租人对租赁物的所有权和无担保债权之间的关系，亦可在登记对抗效力中予以讨论，无担保债权人亦属“第三人”。从狭义上讲，“对抗”是“以权利依其性质有竞存抗争关系为前提”^[186]，所谓“第三人”，是指对标的物有物权关系的相对人。^[187]出租人对租赁物的所有权系属物权，与无担保债权人之间不发生对抗关系，所谓出租人对租赁物的所有权可以对抗无担保债权人，只是一种便宜说法。

不管采取哪种意义，“第三人”的范围是理解“对抗”含义的必由之路。就“未经登记，不得对抗善意第三人”的文义而言，如采广义的“对抗”观念，解释论上的作业也就转向对“第三人”的范围进行限缩，将部分无担保债权人排除于外；如采狭义的“对抗”概念，无担保债权人自不属于“第三人”，但解释论上仍应将部分无担保债权人包括在内，以避免危及交易安全和社会秩序。

由此，《民法典》第114条第2款的规定应作限缩解释，未登记的出租人所有权仅具相对性的物权地位^[188]，其排除性和对世效力仅得向具有相对效力的债权人主张，而不能扩及至全部第三人。如此，在债权、未登记的出租人所有权、已登记的出租人所有权之间形成逐渐递进的效力层次，在物债两分的体系之下，也就有了传统物权与债权之外的效力中间形态。我国民事权利体系中也存在着一种只能对抗某些第三人、不能对抗其他人的物权。^[189]这种情形不仅出现在《民法典》的动产抵押制度，还体现在所有权保留交易和融资租赁交易之中。

我国《民法典》于坚持形式主义的立法方法的同时，试图将在功能上起担保作用的交易与动产抵押交易在设立规则上实现统一，不仅都规定采行登记对抗主义，而且在第388条中明确指出，“担保合同包括抵押合同、质押合同和其他具有担保功能的合同”。与动产抵押权依动产抵押合同生效而设立不同的是，在所有权保留交易和融资租赁交易中，出卖人、出租人对标的物的所有权已依物权变动规则而取得，并不依赖于所有权保留买卖合同或融资租赁合同的生效。但所有权保留交易中出卖人所保留的所有权、融资租赁交易中出租人所享有的所有权，与动产抵押权一样，也是“未经登记，不得对抗善意第三人”。如此，第641条第2款和第745条中所规定的“所有权”，也就不再具有《民法典》物权编所规定的所有权的完整内容，而具有动产担保权的属性，所有权保留买卖合同和融资租赁合同也就具有了担保合同的性质。如此一来，担保合同也就不仅限于设立动产担保权的合同，也包括规定动产担保权的合同。^[190]在实行统一的动产和权利担保登记制度^[191]之下，所有权保留买卖交易和融资租赁交易中出卖人、出租人对标的物的所有权，亦和动产抵押权一样，均在同一系统中登记，只不过，出卖人、出租人登记的是形式意义上的标的物所有权。出卖人、出租人的法律地位类似于动产抵押权人，买受人、承租人的法律地位类似于动产抵押人。出卖人、出租人所有权的登记对抗效力亦应与动产抵押权作同一解释。

（二）未登记所有权可得对抗的第三人的客观范围

本条中所规定的“第三人”，除了“善意”之外未加其他任何限制。仅从文义上看，所谓“第三人”，自是当事人及其承受人之外的人。但如此理解，可能造成不合理、不妥当的结果。

1. 未登记所有权不得对抗租赁物的物权人

在《民法典》所确立的优先顺位规则体系中，一般规则是以取得对抗效力的时间先后作为判断竞存动产担保权之间优先顺位的客观标准。^[192]如此，登记对抗规则也就成了优先顺位规则的基础。依据《民法典》第414条和第415条的规定，未登记的所有权劣后于已登记的所有权和动产抵押权、已设立的动产质权。因此可以认为，未经登记的所有权，不得对抗已登记的所有权和动产抵押权、已设立的动产质权。

在承租人转让租赁物的情形之下，我国学说上均认为受让人属于出租人所有权未登记而不得对抗的“第三人”之列。^[193]在解释上，这里的受让人，应以已依物权变动规则取得所有权者为限；已经签订买卖合同但未受领交付的受让人，在法律地位上仍属债权人，自不属于

不得对抗的“第三人”。未登记的出租人所有权不得对抗受让人，虽然“不得对抗”并不意味着出租人所有权的消灭，未经登记的出租人所有权在对第三人的关系上也非绝对无效，仅该当事人不得对第三人主张所有权的效力而已，但在受让人取得标的物的所有权之后，该当事人不得对其主张所有权，此时出租人所有权仅具形式上的意义。因此可以认为，此时，出租人所有权亦消灭，出租人也就无法行使所有权。

2. 未登记所有权不得对抗承租人的特定债权人

未登记出租人所有权这一隐蔽性的权利，基于其物权地位可以对抗无担保债权。有学者主张，这一解释论“可能导致交易信赖基础的丧失和正常预期的破坏，直接损害社会整体的交易安全”^[194]，但无担保债权人是否享有主张登记欠缺的正当利益，尚存疑问。无担保债权人以债务人（承租人）的全部责任财产作为求偿基础，一则债务人责任财产变动不居，无担保债权人求偿不能的风险本属其在债权债务关系形成之初即可得预见^[195]，二则在债务人以财产为自身债务提供物上担保的情形之下，债务人已取得相应的财产，并不影响其责任财产的总量和偿债能力。^[196]尽管如此，在法政策上，对无担保债权人的范围进行限缩，降低未登记动产担保权的隐蔽性可能对交易安全所致损害，应属妥适的方案。

无担保债权人基于执行名义已经申请启动强制执行程序，且执行法院已就租赁物采取查封、扣押措施之时，未登记的所有权是否可得对抗之，我国实定法上并无明文规定。就强制执行程序中查封、扣押在私法上的效力，除了限制债务人处分标的物之外，我国法上并未明确查封、扣押债权人是否就标的物取得优先受偿权。在比较法上，德国《民事诉讼法》和法国《民事执行程序法》均规定查封、扣押债权人依照法律的直接规定取得对标的物的扣押质权与保全抵押权、裁判抵押权，并依查封、扣押的时点取得相应的优先顺位。^[197]在美国法上，未登记的动产担保权（包括出租人所有权）劣后于法定担保权人（lien creditor）。这里的“法定担保权人”之中即包括通过查封、扣押或者其他类似程序，对相应财产取得法定担保权（lien）的债权人。^[198]

我国法上虽无类似的明确规定，在解释论上可以认为，无担保债权人已经通过强制执行程序查封、扣押租赁物的情形之下，其对该租赁物已经取得了对物的支配权，与出租人形成了对物的争夺关系。^[199]同时可以认为，无担保债权人此时已取得对该财产的（间接）占有，债权人的胜诉债权就该财产也就取得了担保权（动产质权）。在利益衡量上，无担保债权人在交易时是基于标的物上不存在担保负担

的责任财产状态，在承租人的财产被查封、扣押时，债权人即与未登记出租人的利益发生实质性冲突，此际，对于未登记出租人和无担保债权人应实行平等保护。^[200]

上述查封、扣押债权人自当包括在强制执行程序中申请参与分配的债权人。破产清算程序在性质上属于对破产债务人的概括执行程序，破产债权人、破产管理人的法律地位亦应与查封、扣押债权人作相同理解。准此，未经登记的出租人所有权，不得对抗查封或扣押债权人、参与分配债权人、破产债权人或破产管理人。值得注意的是，《民法典》就融资租赁交易改行登记对抗主义，第745条中未经登记的所有权不得对抗的第三人客观范围，亦应与《民法典》第403条中未经登记的动产抵押权作同一理解。《合同法》第242条原规定：“出租人享有租赁物的所有权。承租人破产的，租赁物不属于破产财产。”《民法典》第745条将其修改为：“出租人对租赁物享有的所有权，未经登记，不得对抗善意第三人。”两者相较，《民法典》删去了“承租人破产的，租赁物不属于破产财产”的规定。在承租人破产之时，出租人自不得依其所有权主张破产取回权，而仅得在其所有权已行登记的情形之下向破产管理人主张优先受偿权；如未登记，即不具有对抗善意第三人的效力，也不得对抗破产管理人。

3.未登记所有权可得对抗的第三人的主观范围

未经登记不得对抗的“第三人”应属“善意”，但是否全部“第三人”均受主观上“善意”之限制，不无疑问。

标的物的受让人作为出租人所有权未登记而不得对抗的“第三人”时，尚须以受让人的主观“善意”为前提。^[201]这里所谓“善意”，是指不知道标的物上存在出租人所有权，且无重大过失。受让人不知情且存在轻过失者，不在此限，否则无异于强制性地要求所有动产交易的相对人均须注意交易标的物上是否存在动产担保权，害及大量动产交易的效率和安全。^[202]出租人所有权既未登记，第三人亦难以注意到标的物上存在出租人所有权，为贯彻登记对抗制度的规范意旨，应将“善意”限定在重大过失，不强求第三人在登记簿之外再作详尽的调查，以降低交易成本、促进交易效率。这一解释方案也与我国实践中关于善意认定的一般标准相合。^[203]值得注意的是，登记对抗规则与善意取得制度之间，分别适用不同的场景，各有其不同的制度功能和体系分工。^[204]未经登记不得对抗的是善意第三人，并不是要求第三人善意取得标的物的所有权，第三人取得标的物上无负担的所有权也无须在善意取得制度之下寻求解释基础。在将未登记所有权不得对抗的第三人的客观范围界定为物权人和特殊债权人的前提之下，受让人是否取得标的物所有权意义重大，但受让人是否取得标的物所有权

不是登记对抗规则的任务，自应适用《民法典》上动产物权变动的一般规则。由此可进一步认为，登记对抗规则所涉及的仅仅只是未登记出租人与第三人之间的关系，并不解决第三人是否取得物权问题。
[205]

在将标的物的受让人纳入“第三人”的客观范围之后，其主观上的善意、恶意分别产生不同的法律后果。以普通动产（租赁物）的买卖为例，买受人为善意之时，如该买受人已依《民法典》上一般物权变动规则，受领标的物的交付取得标的物所有权，未登记的出租人所有权不得与之对抗，此时，并不以买受人给付合理对价为前提。此际的“不得对抗”宜解释为出租人所有权消灭。虽然对抗问题仅仅涉及与第三人的关系，但此时出租人因没有对抗力而失去对标的物的追及力，出租人所有权自当消灭。如认为未登记出租人所有权不消灭，买受人取得的标的物所有权上仍然存在出租人所有权，只是后者的顺位劣后，一则没有实际意义，二则可能危及标的物的进一步流转。买受人为善意之时，如该买受人并未取得标的物所有权，未登记出租人所有权自可对抗之，已如前述。买受人为恶意之时，该买受人亦可依《民法典》上一般物权变动规则，受领标的物的交付而取得标的物所有权。只不过，未登记的出租人所有权可以对抗该买受人，自可参照《民法典》第406条第1款关于“抵押财产转让的，抵押权不受影响”的规定，追及至标的物之所在，向买受人主张出租人所有权，就标的物变价并优先受偿。

“未经登记，不得对抗善意第三人”，是否可依反对解释方法理解为“虽未经登记，但可以对抗恶意第三人”，不无疑问。在自由竞争的市场秩序之下，竞存的担保权人之间依具有确定性的规则争夺就同一标的物的清偿顺位，在法律后果上并不导致某一担保权的消灭。即使后设立担保权的权利人知道在先担保权的存在，亦未超过社会生活上正当的自由竞争范围，主观上也不具有可归责性，而怠于登记的担保权人自应承担相应的不利后果。[206]正是基于此，美国法、加拿大法、新西兰法和澳大利亚法在确立竞存动产担保权之间的优先顺位之时，均不考虑后顺位动产担保权人是否知悉在先未公示担保权的存在。[207]我国已经加入的《开普敦公约》也采取了这一态度。[208]

在解释上，可以认为《民法典》第414条与第403条、第641条第2款、第745条两个规范群之间是特殊规定和一般规定的关系，自应优先适用。[209]如此，《民法典》第745条应作限缩解释，善意要件只适用于第三人为非为担保权人的情形。在确定竞存动产担保权之间的优先顺位之时，不考虑动产担保权人的主观心理态度，直接以登记先后作为判断标准，有其正当性。其一，贯彻经由登记制度形成的透明度，与动产担保登记制度之间相协调。作为替代动产质权中交付公示

的工具，登记充任着公示非移转占有型动产担保权的功能，以警示其后拟再次提供信用支持的查询者。动产担保登记的制度功能也就在于使后续债权人免受欺诈，并使其免受在先未登记动产担保权的约束。[210]其二，增加法律上的确定性和可预见性。不考虑权利人的主观心理态度，以当事人不易篡改的客观标准——登记的时间作为判断竞存权利之间优先顺位的一般标准，清晰而简明，债权人可得据以预估其法律地位，进而作出理性的商事判断。[211]主观善意标准的介入，将带来事实认定上的困难，徒增诉讼成本和风险。[212]其三，降低动产担保交易的成本，提高动产担保交易的效率。不考虑权利人的主观心理态度，降低了债权人的征信成本，债权人无须在登记簿之外就潜在债务人的资信现状进行调查。[213]而在电子化的统一动产担保登记制之下，债权人自可在线自助查询登记系统，成本低廉。法经济学视角的分析表明，这将有损于降低信贷交易成本，促进融资交易的发展，提高交易效率。[214]其四，有利于预防和减少风险。不考虑权利人的主观心理态度，将交易风险在当事人之间进行确定性的分配，在一定程度上降低了融资交易的风险。即使后设立动产担保权的权利人知悉同一标的物上存在在先的未登记动产担保权，其动产担保权亦依登记而优先。这一规则极大地激励了债权人在法律框架内展开其交易活动，及时办理登记，以保全其优先顺位[215]，同时也赋予债权人以谨慎的注意义务，对标的物上是否存在已登记动产担保权进行尽职调查。[216]

三、融资租赁交易中所有权的登记制度

为满足融资租赁登记公示的需求，中国人民银行征信中心率先建立了融资租赁登记公示系统，通过互联网为全国范围内的机构提供租赁物权利登记公示与查询服务。在《融资租赁解释》通过之后，中国人民银行发布《关于使用融资租赁登记公示系统进行融资租赁交易查询的通知》，明确融资租赁公司等租赁物权利人开展融资租赁业务时，可以在融资租赁登记公示系统办理融资租赁登记，并通过明定“银行等机构”的查询义务，经由《融资租赁解释》第9条第3项倒逼融资租赁公司办理融资租赁登记。中国人民银行征信中心并及时修订登记规则，出台《中征动产融资统一登记平台操作规则》，构建了统一的中征动产融资统一登记平台（<http://www.zhongdengwang.org.cn/>），一体登记“应收账款质押登记、应收账款转让登记、租赁登记、所有权保留登记、租购登记、留置权登记、存货/仓单质押登记、保证金质押登记、动产信托登记等业务类型”。

《融资租赁解释》通过之前，商务部发布《融资租赁企业监督管理办法》，明确规定“若租赁物不属于需要登记的财产类别，鼓励融

融资租赁企业在商务主管部门指定的系统进行登记，明示租赁物所有权”，并明确指出：“商务部建立、完善‘全国融资租赁企业管理信息系统’”。《融资租赁解释》通过之后，商务部将其全国融资租赁企业管理信息系统（<http://leasing.mofcom.gov.cn>）作为租赁物登记公示和查询平台，“为内资融资租赁试点企业、外商投资融资租赁企业及相关企业、组织和个人提供公共信息、租赁物登记公示查询、交流合作等服务”。与全国企业信用信息公示平台登记动产抵押信息的弊端一样，全国融资租赁企业管理信息系统的建立旨在“对融资租赁企业的业务活动、内部控制和风险状况等情况进行了解和监督管理”，因此，系统中所记载的信息大大超越了融资租赁登记所需信息。

两大融资租赁登记公示系统构建以来，确实起到了明晰租赁物权利状况，维护交易安全的作用，这一实践中的做法也得到了《融资租赁解释》的间接承认，但相关方法论值得检讨。

其一，相关监管机关的规范性文件无权改变物权法上普通动产物权变动的规则。融资租赁登记的作用在于公示租赁物之上的物权权属和变动状况，亦即租赁物虽然由承租人占有，但其物权归属应依登记簿的记载而定，占有不能成为租赁物上物权变动的公示方法。物权公示的效力及于世人，这一物权制度属于“民事基本制度”，依我国《立法法》第8条之规定，属于全国人民代表大会及其常务委员会的立法权限。^[217]我国《物权法》上就普通动产物权变动的规定见于第23条，其中指出：“动产物权的设立和转让，自交付时发生效力，但法律另有规定的除外。”就动产租赁物的物权变动而言，仅有《物权法》《海商法》《民用航空法》就船舶、民用航空器、机动车做了登记对抗的例外规定，法律上就普通动产并未做其他例外安排（非基于法律行为所引起的物权变动除外）。虽然上述规范性文件使用了“可以”“可”“鼓励”“支持”办理融资租赁登记，但在缺乏上位法支撑的情况下，前述融资租赁登记公示系统究竟能否起到公示的作用，尚值怀疑。

其二，相关监管机关的规范性文件无权为交易相对人设定查询登记簿的法定义务。各监管机关囿于行政权限，将融资租赁登记簿的查询义务人限定于“银行等机构”或“融资租赁企业”，但在租赁物的交易相对人（如普通的工商企业）并不限于“银行等机构”或“融资租赁企业”的情况下，这一制度设计能在多大程度上保护出租人的利益，尚值研究。

《融资租赁解释》第9条第3项规定，“第三人与承租人交易时，未按照法律、行政法规、行业或者地区主管部门的规定在相应机构进行融资租赁交易查询的”，第三人不得依据《物权法》第106条的规定

取得租赁物的所有权或者其他物权。这里的“第三人”仅限于法律、行政法规、行业或者地区主管部门的规定要求应对交易物的融资租赁交易信息进行查询的交易相对人，此类交易相对人未按照要求查询融资租赁登记簿的，应认定其未尽注意义务，不构成善意。^[218]其他交易相对人并无查询融资租赁登记簿的法定义务，不能以其未查询融资租赁登记簿即认定其未尽注意义务。当然，基于《物权法》上动产抵押登记效力的规定，所有交易相对人均须查询动产抵押登记簿，此为法定义务。交易相对人未查询动产抵押登记簿即从事租赁物相关交易，抵押权人可以其抵押权对抗租赁物所有权人或他物权人，交易相对人不能主张善意取得租赁物上的权利。如此看来，《融资租赁解释》第9条第3项的作用范围仍然有限，即使出租人已经办理融资租赁登记，仍然只能对抗法律、行政法规、行业或者地区主管部门规定的查询义务人，不得对抗其他交易相对人。

其三，就普通动产融资租赁，基于监管的需要而分别设置登记系统，其正当性值得质疑。为防范风险，融资租赁企业就同一笔融资租赁交易在两个登记系统同时办理登记的已经不在少数。如此，既增加了融资租赁企业的负担，也加重了交易相对人的查询成本。在基于《民法典》重构动产和权利担保登记系统之时，自应统一动产融资登记公示系统。

在动产融资登记制度设计方面所面临的一个困难就是，如何统合“大动产”的概念。“大动产”不仅包括有体动产，还包括权利等无体动产。目前，我国就有体动产的抵押，采取登记对抗主义，登记制度的设计采行声明登记制；但就无体动产的质权，我国采取登记生效主义，登记制度的设计是不是也可以采行声明登记制，值得在统一动产融资登记制度时进一步研究。仅就有体动产而言，我国目前已经构建针对特殊动产的登记系统，登记机构即为行使相应管理职能的行政机关。从现实的角度出发，这些特殊动产登记系统与统一的动产融资登记公示系统在功能上存在差异，不仅具有公示特殊动产之上的权利现状的目的，还负载着部分行政管理的职能。基于此，可以维系目前的分散登记现状。接下来，我们要统一的是普通动产的融资登记公示系统。

第一个问题涉及登记申请人。《动产抵押登记办法》采取双方申请主义，主要目的在于防止虚假登记；但前述两个融资租赁登记系统均采取单方申请主义。单方申请主义确实有利于登记程序的展开，为防止权利人恶意在他人财产之上登记权利负担，在程序设计上可以吸收比较法上的一些成熟经验，如单方提出申请后，登记机构发出确认通知书，一则可以由权利人斟酌情事，具体确定是否予以登记；二则

双方当事人可以发现登记系统的错误，及时纠正，以维持融资登记系统的公示效力。^[219]

第二个问题是登记申请文件。各登记机构就登记申请文件规定了宽严不同的要求，如《动产抵押登记办法》要求提交《动产抵押登记书》和当事人主体资格证明或者自然人身份证明文件，但有的登记机构还要提交主合同、抵押合同以及其他证明文件，体现了纸面登记之下的实质审查观念，值得检讨。在电子化的登记系统中，当事人无须提交登记申请文件，相关登记事项直接由登记申请人在线填写。前述两个融资租赁登记公示系统即采用这种做法，值得在统一动产融资登记系统重构时参照。

第三个问题涉及登记事项。动产融资登记奉行声明登记制，登记系统并不保证其中所记载内容的真实性、合法性和准确性，只是提醒查询者相应标的物之上的可能权利现状。因此，登记事项应较为简单，主要包括当事人身份信息、标的物描述〔既可以具体描述，也可以概括描述〕，涉及担保交易时还包括担保债权数额。在《动产抵押登记办法》中，登记事项还包括担保范围、主债务清偿期限等。登记这些要素的价值和作用并无实益，没有实现当事人商业秘密和登记公示之间的平衡。

第四個问题是电子化登记系统的构建。我国《动产抵押登记办法》构建的是一个纸质化的登记系统，从而与《物权法》公布后同期构建的应收账款质押电子化登记系统迥异，在一定程度上迁就了《担保法》实施以来的动产抵押登记实践，这一登记系统在运行过程中也出现了一系列的问题，如登记和查询不便捷等等。前述两个融资租赁登记公示系统采用电子化的自主登记模式，申请人可以通过计算机终端即时办理动产融资登记，且不受登记机构工作时间的限制，极大地增强了登记的便利性；同时，申请人通过电子方式直接进行登记，无须登记机构的人工介入，大大降低了登记机构运营的人力成本及其他日常开支，减少了登记机构工作人员从事欺诈或腐败行为的机会，并相应减轻了登记机构对用户的潜在赔偿责任。^[220]

第七百四十六条

融资租赁合同的租金，除当事人另有约定外，应当根据购买租赁物的大部分或者全部成本以及出租人的合理利润确定。

本条是关于租金构成的规定。

相关条文

《合同法》第243条 融资租赁合同的租金，除当事人另有约定的以外，应当根据购买租赁物的大部分或者全部成本以及出租人的合理利润确定。

《国际融资租赁公约》第1条第2款 前款所称融资租赁交易具有以下特点：

(a) 承租人指定租赁物和选择供货人，并不主要依赖于出租人的技能和判断；

(b) 出租人取得的租赁物与出租人和承租人之间已经签订或即将签订的租赁合同相关联，并且供货人知道这一情况，以及

(c) 特别是，该租赁合同项下应付租金的计算摊销了租赁物全部或绝大部分成本。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第537条 融资租赁合同的租金，除当事人另有约定的以外，应当根据购买租赁物的大部分或者全部成本以及出租人的合理利润确定。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第537条 融资租赁合同的租金，除当事人另有约定外，应当根据购买租赁物的大部分或者全部成本以及出租人的合理利润确定。

《民法典（草案）》（2019年12月）第746条 融资租赁合同的租金，除当事人另有约定外，应当根据购买租赁物的大部分或者全部成本以及出租人的合理利润确定。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第746条 融资租赁合同的租金，除当事人另有约定外，应当根据购买租赁物的大部分或者全部成本以及出租人的合理利润确定。

理解与适用

与租赁合同不同，融资租赁合同具有融资功能，即出租人购买租赁物的最主要目的就是将其出租，一方面缓解承租人资金的短缺状

况，使其无须购进租赁物即可维持或扩大其生产能力；另一方面借租金的形式回收资金并获取营业利润。^[221]由此决定，承租人支付的租金，并非使用租赁物的对价，而是融资的对价。因此，融资租赁合同中租金标准的确定与租赁合同存在差异，前者要高于后者。^[222]

一、融资租赁交易中租金的构成

融资租赁合同中的租金，是根据出租人取得租赁物的大部分或者全部成本以及出租人的合理利润确定的，其中包含了出租人的合理利润预期。根据本条的规定，融资租赁合同中的租金应当考虑如下因素确定：第一，购买租赁物的大部分或者全部成本，实际上是出租人的“融资成本”。全部成本是指标的物在租赁期限，其使用价值全部耗尽，无法再租赁给他人使用，此时承租人就需要支付相当于租赁物全部的成本作为租金。大部分成本是指如果在租赁期限届满后，标的物仍有一定的使用价值，出租人还可将之出租给他人继续使用，此时，就只需要收回标的物大部分的成本。购买租赁物的成本主要是其价款，也包括相关费用。例如，出租人支付的运输费、保险费、律师费、谈判费用等。出租人为购买租赁物向银行贷款而支付的利息，是租金构成的又一重要因素。此外，营业费用也属于租金构成的要素之一。营业费用是指出租人经营租赁过程中所开支的费用，包括业务人员工资、办公费、差旅费和必要的盈利。^[223]第二，合理利润。在融资租赁合同中，出租人是融资租赁企业，其从事融资租赁交易的目的就是要获得利润。对于利润是否合理，判断标准一般是行业的平均利润水平。^[224]

二、“当事人另有约定”的理解

“当事人另有约定”，指的是融资租赁合同的租金不是根据购买租赁物的大部分或者全部成本以及出租人的合理利润而确定的情形。融资租赁实践中，租赁期限并未涵盖租赁物的全部使用年限的情形，并不少见。此际，租赁物的残余价值较大，融资租赁合同的租金也就并不涵盖购买租赁物的大部分或者全部成本。如当事人在融资租赁合同中约定，在租赁期限届满时，出租人有权收回租赁物或约定承租人在租赁期限届满时再支付一部分价金就可以取得租赁物的所有权时，融资租赁合同的租金构成就只应包括购买租赁物的部分成本。当然，如当事人约定，租赁期限届满时，租赁物的所有权即转归承租人所有，融资租赁合同的租金构成则应包括购买租赁物的全部成本。^[225]

裁判实践中认可的“当事人另有约定”还包括以下情形：第一，可以不包括利息。“当事人可自行约定融资租赁合同的租金，故深圳润泽公司以本案约定的租金不含利息为由否认融资租赁合同关系的成

立，缺乏依据。”^[226]第二，可以包括服务费。“法律对融资租赁合同的租金是否应包括服务费未作明确规定，并允许签约双方可以‘另有约定’，因此原告和被告制药厂在《融资租赁合同》附表三中将该服务费约定为设备价款的一部分并以此作为租金的组成部分，并不违反法律规定，被告制药厂该辩称意见无法律依据，本院不予采信。”^[227]

其他问题

租赁物的起租日即租金的起算日，直接决定和影响出租人的收益和承租人的成本。实践中，有如下做法和主张。

第一，支付租赁物价款之日。目前，融资租赁实务中，通常以出租人支付租赁物价款之日作为售后回租式融资租赁的起租日，以该方法确定起租日，最有利于出租人收益的最大化。^[228]

第二，租赁物交付之日。实务中有观点指出，在直接租赁式融资租赁中，以出卖人交付或承租人受领租赁物之日为起租日，有利于满足生产或建造周期较长的租赁物分期支付购买款的需要。此时，出租人在租赁物交付之前向出卖人支付的各项款项均按约定的利率计息（租前息），并且最终都由承租人承担。^[229]

第三，承租人通知出租人收到标的物之日。承租人支付租金的义务以承租人通知出租人收到标的物的通知为生效条件，而不以实际使用租赁物为条件。^[230]在租赁期限，承租人应按照约定向出租人支付租金，这是承租人的基本义务。但融资租赁的承租人交付的租金，其性质不同于传统租赁合同中承租人交付的租金。它不是承租人使用租赁物的对价，而是出租人向承租人提供金融的对价。出租人通过收取租金而收回其向出卖人购买租赁物所支付的价款。因此，承租人支付价款的义务，以承租人通知出租人收到标的物的通知为生效条件，而不以承租人实际使用租赁物为条件。^[231]

第四，融资租赁合同约定之日。如从出租人向承租人承诺转让租赁物的占有权等的时点考虑，则该时点是该合同生效之日；如从出租人得以履行上述承诺的时点考虑，则该时点是出卖人向出租人提交提单或发票之日。但是，相关的买卖合同项下的标的物多半不是一次交付，因此，相应的提单或发票将不止一件，提交日也将不止一个；如从承租人得以实际行使其合同权利的时点考虑，则可以分别是承租人受领标的物之日，标的物运抵承租人现场之日，标的物安装、调试完毕之日，标的物验收之日，承租人正式开始使用标的物之日（投产日）等等。其中，受领和运抵现场的时点又多半不止一个。从另一个

角度看，融资租赁交易的经济实质是承租人利用出租人的以租赁方式进行的融资，即，承租人以在约定的期限内和以分期支付租金的方式清偿为条件，来占用出租人的资金。因此，从资金占用及偿还期限的角度，来约定租赁期限的起始时点（起租日）和时间长度，反而比较合理，这也是我国融资租赁业界较为通行的做法。^[232]

第七百四十七条

租赁物不符合约定或者不符合使用目的的，出租人不承担责任。但是，承租人依赖出租人的技能确定租赁物或者出租人干预选择租赁物的除外。

本条主旨

本条是关于出租人质量瑕疵担保责任的免除及例外的规定。

相关条文

《合同法》第244条 租赁物不符合约定或者不符合使用目的的，出租人不承担责任，但承租人依赖出租人的技能确定租赁物或者出租人干预选择租赁物的除外。

《国际融资租赁公约》第8条第1款

（a）除非本公约另有规定或租赁合同另有约定，出租人不应就租赁物对承租人承担任何责任，但承租人因依赖出租人的技能和判断以及出租人干预选择供货人或指定租赁物而受到损失的，除外。

（c）项本款的上述规定不适用于出租人以其他身份，例如所有权人的身份，所应承担的责任。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第538条 租赁物不符合约定或者不符合使用目的的，出租人不承担责任，但是承租人依赖出租人的技能确定租赁物或者出租人干预选择租赁物的除外。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第538条 租赁物不符合约定或者不符合使用目的的，出租人不承担责任，但是承租人依赖出租人的技能确定租赁物或者出租人干预选择租赁物的除外。

《民法典（草案）》（2019年12月）第747条 租赁物不符合约定或者不符合使用目的的，出租人不承担责任。但是，承租人依赖出租人的技能确定租赁物或者出租人干预选择租赁物的除外。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第747条 租赁物不符合约定或者不符合使用目的的，出租人不承担责任。但是，承租人依赖出租人的技能确定租赁物或者出租人干预选择租赁物的除外。

理解与适用

租赁物瑕疵分为物的瑕疵（也称质量瑕疵）和权利瑕疵两种。对于租赁物质量瑕疵，确定其担保责任的承担主体至关重要，因为它直接关系到融资租赁交易本质特征能否体现，关系到融资租赁与传统租赁能否明确区分。《民法典》第708条规定：“出租人应当按照约定将租赁物交付承租人，并在租赁期限内保持租赁物符合约定的用途。”由此可见，出租人应对租赁物承担瑕疵担保责任，以使租赁物在交付时及在租赁期限内处在适于使用及收益状态。

本条规定与此不同。“租赁物不符合约定或者不符合使用目的的，出租人不承担责任。”这一规定的正当性在于：其一，融资租赁的经济意义在于出租人以融物的方式向承租人提供融资，具有金融的性质。出租人的主要义务就是支付购买租赁物的价款，其权利是收取租金从而收回投资，并取得利润。出租人对租赁物没有真正的需求，购买租赁物的目的主要是满足承租人的需要。出租人与租赁物也没有形成真正的占有和控制关系。与此相反，承租人在租赁期限内一直控制租赁物，与租赁物有着密切的关系，对租赁物瑕疵更能够直接发现和处理，相对于出租人而言，承租人在租赁物占有和使用方面的利益远远大于出租人的。因此，从融资租赁合同的本质来看，出租人应当主要提供融资，而由承租人支付租金、合理占有使用租赁物并承担租赁物的瑕疵风险更为合理，也更符合合同各方当事人的意愿。^[233]其二，融资租赁合同签订时，往往是由承租人基于其知识和经验选定租赁物的制造商、租赁物的种类、数量、规格等，出租人仅仅根据承租人的指示向出卖人购买标的物出租给承租人。因此，因选择错误所产生的结果，应由用户承租人负责。相反，出租人并不必然具备商品知识、信息、经验和处置能力，因而不应承担瑕疵担保责任。^[234]如由出租人承担瑕疵担保责任，必然导致出租人聘请专家检验，这就意味着增加费用。而所增加的费用最后必然通过租金的形式由承租人负担。^[235]其三，出租人、出卖人、承租人可以约定，出卖人不履行买卖合同义务的，由承租人行使索赔的权利。在规定出租人瑕疵担保免

责的同时，通过索赔权转让条款，承租人可以向出卖人提出赔偿请求。这就保证了出租人和承租人之间权利义务的平衡。[236]

由于融资租赁交易中租赁物是由承租人选择的，出租人在融资租赁交易中仅承担融资的功能，因此，出租人对租赁物的瑕疵担保免责是融资租赁合同一个重要特征。但也有例外，根据本条的规定，如承租人依赖出租人的技能确定租赁物或者出租人干预选择租赁物，出租人则应当对租赁物的瑕疵承担担保责任。司法实践中，对如何认定承租人依赖出租人的技能及出租人干预选择争议较大。《融资租赁解释》第19条就此具体列举了三种情形。

其一，出租人在承租人选择出卖人、租赁物时，对租赁物的选定起决定作用。单纯的提供设备名录、出卖人名录，并不构成决定作用。出租人以其技能为承租人确定租赁物，包含了出租人愿意为承租人就租赁物质量进行控制的意愿和承租人对出租人技能的依赖，从而事实上由双方合意形成了出租人应尽谨慎选择租赁物的义务，若出租人因疏忽而未能尽到自己义务，应承担相应的责任。[237]在融资租赁实务中，租赁公司利用自身对特定行业的精通，以更低的报价为承租人购买特定的设备，对出租人与承租人来讲是双赢的结果。如果因租赁公司提供选购信息就认定属于承租人依赖出租人技能、出租人干预租赁物的选择，并因此要求租赁公司承担瑕疵担保责任，往往导致租赁公司不愿提供更专业的服务，进而影响到承租人认购专业设备的成本和能力，最终将影响融资租赁行业的发展。因此，出租人承担瑕疵担保责任应当严格限定在出租人对租赁物的选定起决定作用的情形。[238]

其二，出租人干预或者要求承租人按照出租人意愿选择出卖人或者租赁物。此种情况下，出租人主动对租赁物的选择进行干预，不再属于不作为的情形。所谓干预应当没有强迫的含义，只是表明出租人有强烈为承租人选择租赁物的意愿，而承租人也愿意接受出租人的选择，从而，在事实上形成了承租人在租赁物选择上对出租人的依赖和信任关系，出租人对此应当尽谨慎的表达意见和选择租赁物的义务。[239]这两种情形在选定的内容上有所差异，前者只限定为租赁物，后者既包括选定租赁物，也包括选定出卖人，主要原因在于，在出租人为厂商租赁型的租赁公司时，出卖人往往是单一的，但出租人如未对租赁物的选择起决定性作用，要求其必然地承担瑕疵担保责任，有违公平原则，也将在相当程度上制约了厂商租赁的发展，故第一种情形未将选定出卖人列入。[240]

其三，出租人擅自变更承租人已经选定的出卖人或者租赁物。
《民法典》第744条规定：“出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选

择订立的买卖合同，未经承租人同意，出租人不得变更与承租人有关的合同内容。”第740条规定，出卖人违反向承租人交付标的物的义务，标的物严重不符合约定，承租人可以拒绝受领出卖人向其交付的标的物。出租人擅自变更承租人已经选定的租赁物，构成租赁物严重不符合约定的，承租人有权拒绝受领。承租人已经受领的，由于出租人实际上剥夺了承租人的选择权，因此，应当对租赁物承担瑕疵担保责任。 [241]

《融资租赁解释》第19条第2款规定：“承租人主张其系依赖出租人的技能确定租赁物或者出租人干预选择租赁物的，对上述事实承担举证责任。”在融资租赁合同中，出租人瑕疵担保免责是原则，承担瑕疵担保责任是例外。因此，在无证据证明出租人存在上述行为的情况下，出租人应当免责；只有在承租人有证据证明上述事实存在的情况下，才能要求出租人承担瑕疵担保责任。如果要求出租人承担举证责任，则出租人应当证明自身未干预承租人选择或承租人未依赖出租人选择，此二项事实均为消极事实，出租人无法证明，故有关除外事项是否存在的证明责任由承租人承担。 [242]

其他问题

租赁物权利瑕疵担保责任不适用本条规定。本条是针对物的瑕疵担保责任的规定，其基本规则是租赁物不符合融资租赁合同约定的，出租人原则上不承担责任，只在法律规定的特殊情形下承担责任。而融资租赁物存在权利瑕疵，发生纠纷时，应当依据《民法典》第748条进行处理，其基本规则是承租人如果受到对租赁物享有合法权利的人的干扰，出租人应承担违约责任。

第七百四十八条

出租人应当保证承租人对租赁物的占有和使用。

出租人有下列情形之一的，承租人有权请求其赔偿损失：

- （一）无正当理由收回租赁物；
- （二）无正当理由妨碍、干扰承租人对租赁物的占有和使用；
- （三）因出租人的原因致使第三人对租赁物主张权利；
- （四）不当影响承租人对租赁物占有和使用的其他情形。

本条主旨

本条是关于租赁物的平静占有的规定。

相关条文

《合同法》第245条 出租人应当保证承租人对租赁物的占有和使用。

《融资租赁解释》第17条 出租人有下列情形之一的，影响承租人对租赁物的占有和使用，承租人依照合同法第二百四十五条的规定，要求出租人赔偿相应损失的，人民法院应予支持：

- （一）无正当理由收回租赁物；
- （二）无正当理由妨碍、干扰承租人对租赁物的占有和使用；
- （三）因出租人的原因导致第三人对租赁物主张权利；
- （四）不当影响承租人对租赁物占有、使用的其他情形。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第539条 出租人应当保证承租人对租赁物的占有和使用。

第540条 出租人有下列情形之一的，影响承租人对租赁物的占有和使用的，承租人有权要求出租人赔偿损失：

- （一）无正当理由收回租赁物；
- （二）无正当理由妨碍、干扰承租人对租赁物的占有和使用；
- （三）因出租人的原因致使第三人对租赁物主张权利；
- （四）不当影响承租人对租赁物占有和使用的其他情形。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第539条 出租人应当保证承租人对租赁物的占有和使用。

第540条 出租人有下列情形之一的，影响承租人对租赁物的占有和使用的，承租人有权要求出租人赔偿损失：

- （一）无正当理由收回租赁物；

- (二) 无正当理由妨碍、干扰承租人对租赁物的占有和使用；
- (三) 因出租人的原因致使第三人对租赁物主张权利；
- (四) 不当影响承租人对租赁物占有和使用的其他情形。

《民法典（草案）》（2019年12月）第748条 出租人应当保证承租人对租赁物的占有和使用。

出租人有下列情形之一的，承租人有权请求其赔偿损失：

- (一) 无正当理由收回租赁物；
- (二) 无正当理由妨碍、干扰承租人对租赁物的占有和使用；
- (三) 因出租人的原因致使第三人对租赁物主张权利；
- (四) 不当影响承租人对租赁物占有和使用的其他情形。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第748条 出租人应当保证承租人对租赁物的占有和使用。

出租人有下列情形之一的，承租人有权请求其赔偿损失：

- (一) 无正当理由收回租赁物；
- (二) 无正当理由妨碍、干扰承租人对租赁物的占有和使用；
- (三) 因出租人的原因致使第三人对租赁物主张权利；
- (四) 不当影响承租人对租赁物占有和使用的其他情形。

理解与适用

租赁期限内，出租人应保证承租人对租赁物的占有和使用，这既是出租人的一项基本义务，也是承租人的一项基本权利。在融资租赁合同中，虽然承租人是通过出租人进行资金融通的，但承租人订立融资租赁合同的根本目的是要取得租赁物的使用权。所以，承租人接受出卖人交付的标的物后，在租赁期限内对租赁物享有独占的使用权，对使用租赁物所取得的收益有权独立处分。此为承租人基于融资租赁合同享有的基本权利。正是因为出租人对出卖人交付的租赁标的物享有所有权、承租人在租赁期限内对租赁物得为使用、收益，而出租人

不能为使用、收益，所以，融资租赁合同才被称为“租赁”合同。 [243]

一、平静占有担保义务的内容与形式

平静占有担保义务的内容主要有两点：一是排除出租人自己对租赁物占有、使用的影响，此为其自身所负的消极义务；二是排除他人对租赁物占有、使用的影响，即确保租赁物上没有权利瑕疵。 [244] 本条第2款规定了出租人违反平静占有担保义务的几种典型形式。

第一，出租人无正当理由收回租赁物。出租人基于正当理由可以收回租赁物。例如，《民法典》第752条规定：“承租人应当按照约定支付租金。承租人经催告后在合理期限内仍不支付租金的，出租人可以请求支付全部租金；也可以解除合同，收回租赁物。”第758条第1款规定：“当事人约定租赁期限届满租赁物归承租人所有，承租人已经支付大部分租金，但是无力支付剩余租金，出租人因此解除合同收回租赁物，收回的租赁物的价值超过承租人欠付的租金以及其他费用的，承租人可以请求相应返还。”出租人无正当理由收回租赁物，构成出租人违反平静占有担保义务的典型形式。

第二，出租人无正当理由妨碍、干扰承租人对租赁物的占有和使用。妨碍，就是指因出租人的行为导致承租人不能正常地使用标的物。从实践来看，出租人为了保障自己租金债权的实现，可能与承租人约定，其享有监督租赁物使用的权利。 [245] 实际上对租赁物的使用及维护等情况进行检查是租后管理工作的一项重要内容，而租后管理工作对融资租赁公司来说至关重要，良好的租后管理可以有效预警风险，提高租赁资产质量，提高租赁资产安全。 [246] 对于出租人按约定定期检查或查看租赁物的权利或义务，与其保证承租人对租赁物的占有和使用义务之间的关系，若出租人在履行或行使该项义务或权利时，严格按照合同中所规定的进行履行或者行使，则应当认定不构成对上述担保义务的违反，但如果出租人未按照合同的约定行使或者履行该项权利或者义务，对承租人占有、使用该租赁物产生影响的，则应当认定出租人违反了平静占有担保义务。 [247]

第三，因出租人的原因致使第三人对租赁物主张权利。在融资租赁合同中，由于出租人仅是按照承租人的选择购买租赁物，并不对租赁物实际占有、使用、收益，同时也缺乏关于租赁物是否存在瑕疵的知识和能力，因此，《民法典》第747条规定：“租赁物不符合约定或者不符合使用目的的，出租人不承担责任。但是，承租人依赖出租人的技能确定租赁物或者出租人干预选择租赁物的除外。” [248] 但出租人的瑕疵担保免责仅指出租人对物的瑕疵担保免责，而不包括权利瑕疵担保，即出租人仍须保证第三人不得就该租赁物向承租人主张权

利。因出租人的原因致使第三人对租赁物主张权利，也是出租人违反平静占有担保义务的典型形式。例如，出租人转让租赁物之时，融资租赁合同对新所有权人仍然有效；租赁物上为他人设定抵押权，抵押权实现不得影响承租人对租赁物的利用。^[249]

此外，本条第2款第4项还规定了兜底条款：出租人不当影响承租人对租赁物占有和使用的其他情形。

二、违反平静占有担保义务的责任

根据本条第2款的规定，出租人违反平静占有担保义务的，承租人有权请求其赔偿损失。至于损失赔偿的范围，自应依《民法典》关于违约责任的相关规定予以认定。《民法典》第584条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，造成对方损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益；但是，不得超过违约一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失。”

就出租人违反平静占有担保义务的救济，除了承担赔偿责任之外，如违约已经达到承租人无法占有、使用租赁物的程度，则将导致融资租赁合同目的不能实现，此时应认定出租人构成根本违约，承租人可以依据《民法典》第563条的规定行使法定合同解除权。^[250]

《融资租赁解释》第13条规定：“因出租人的原因致使承租人无法占有、使用租赁物，承租人请求解除融资租赁合同的，人民法院应予支持。”适用这一规定，应当注意以下两点：其一，正确理解和把握“因出租人原因”。在融资租赁合同履行过程中，造成承租人无法占有、使用租赁物的因素，不仅仅只有出租人原因，要注意区分出租人原因、承租人自身原因和出卖人原因，只有在因出租人的原因致使承租人无法占有、使用租赁物的情况下，承租人才享有解除权。其二，正确理解和把握“承租人无法占有、使用租赁物”。穷尽一切补救措施承租人仍然无法实现对租赁物的占有、使用权，如尚有其他补救措施，则不宜解除合同。^[251]

其他问题

实践中，在融资租赁合同履行过程中，由于承租人拒付租金或者其他原因，出租人会借助技术手段，自行或请求出卖人将租赁物锁死，使得实际占有租赁物的承租人无法正常使用租赁物，从而迫使承租人履行合同义务。锁机手段可用于大型机械设备租赁、车辆租赁、计算机软件租赁等融资租赁交易中。承租人违反了融资租赁合同义

务，为了维护自身的合法权益，出租人依约定通过锁机的方式进行自力救济，并不违反法律法规，承租人不得因此拒付租金。理由如下：其一，锁机的前提是承租人违约。此时，出租人通过锁机进行自力救济，本身没有过错，对承租人在锁机期间的损失，应由过错方即承租人自己承担，而不应由无过错方承担。其二，融资租赁合同的出租人收取的租金是融资的对价，即出租人向承租人所融通资金的本金加上本金的时间成本，而不是承租人对租赁物经营使用的对价。故租金只取决于承租人占用资金的时间长短，与其经营使用租赁物所获收入无关。虽然锁机期间承租人无法使用租赁物，但如果据此免除其锁机期间的租金，则出租人向承租人融通资金的时间成本无法补偿，对出租人不公平。^[252]锁机本身并不直接导致融资租赁合同解除或终止，但往往会触发约定的解除条款，或者因锁机，融资租赁合同的出租人的主义务无法全面履行而致法定解除。锁机后承租人继续履行合同缴纳租金的，双方往往会达成和解，继续履行合同。而解除合同的情形一般有以下两类：其一，锁机后，承租人仍然拒不履行合同的，往往会触发融资租赁合同约定的解除合同条款，从而形成合同解除权，出租人则据之解除合同。其二，锁机后，承租人有正当理由抗辩，出租人拒绝开机继续履行合同的，会导致根本违约，承租人可据此行使法定解除权。^[253]

第七百四十九条

承租人占有租赁物期间，租赁物造成第三人人身损害或者财产损失的，出租人不承担责任。

本条主旨

本条是关于租赁物造成第三人损害时的免责的规定。

相关条文

《合同法》第246条 承租人占有租赁物期间，租赁物造成第三人的人身伤害或者财产损害的，出租人不承担责任。

《国际融资租赁公约》第8条第1款

(b) 出租人不应以其出租人身份而对第三人承担因租赁物所造成的死亡、人身伤害和财产损害的责任。

(c) 本款的上述规定不适用于出租人以其他身份，例如所有权人的身份，所应承担的责任。

本条将《合同法》第246条中“人身伤害或者财产损失”修改为“人身损害或者财产损失”。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第541条 承租人占有租赁物期间，租赁物造成第三人的人身损害或者财产损失的，出租人不承担责任。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第541条 承租人占有租赁物期间，租赁物造成第三人的人身损害或者财产损失的，出租人不承担责任。

《民法典（草案）》（2019年12月）第749条 承租人占有租赁物期间，租赁物造成第三人的人身损害或者财产损失的，出租人不承担责任。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第749条 承租人占有租赁物期间，租赁物造成第三人人身损害或者财产损失的，出租人不承担责任。

理解与适用

租赁物造成第三人损害，是指因租赁物本身及其设置、使用、保管等造成第三人人身损害或者财产损失。^[254]本条规定，出租人不承担租赁物造成第三人损害的侵权责任。主要理由在于：其一，融资租赁合同中的出租人虽然是租赁物的所有人，但并不是租赁物的使用人和管理者，其无法支配租赁物。其二，出租人获得的租金是融资的对价，即出租人向承租人融通资金的本金和时间成本，并不是使用租赁物的对价，即出租人自己使用租赁物的机会成本，更不是从承租人使用租赁物所获收入的对价。^[255]

租赁物造成第三人损害，可分为两种情况：一是由于使用、保管租赁物不当而造成第三人人身损害或者财产损失；二是由于租赁物本身存在内在缺陷而造成第三人人身损害或者财产损失。^[256]在第一种情况下，第三人损害的发生原因在于承租人对租赁物保管、使用不当，出租人不承担责任，而由承租人向第三人承担损害赔偿责任更具有说服力。在第二种情况下，租赁物不符合约定或者不符合使用目的的，出租人不承担责任。但是，承租人依赖出租人的技能确定租赁物

或者出租人干预选择租赁物的除外。由此可见，出租人在一般情况下不负有物之瑕疵担保责任，其对租赁物之瑕疵造成的第三人损害享有免责权。^[257]

本条虽然规定出租人不承担责任，但并没有明确承租人是否负责。有学者认为，在融资租赁合同中规定租赁物造成第三人损害时由承租人承担赔偿责任的规定尚有商榷余地。^[258]通说认为，出租人最大的义务是提供融资，而承租人直接占有和控制租赁物，对租赁物的实际状况能够及时准确地掌握，由其承担租赁物的该类风险符合当事人的客观实际和共同愿望，并由此引申出承租人负有按照出租人的要求，承担为租赁物投财产保险及第三人责任险的保险费用的义务。^[259]赋予承租人一项承担风险的责任，实际上是赋予其一项控制风险的义务，使其能够更好地维护社会的相对公平，减少损害的发生。^[260]只有在融资租赁的承租人占有期间发生的租赁物造成他人的损害，才可以适用本条的规定。如果在合同签订后，租赁物尚未交付之前，或因某种原因租赁物处于出租人的占有之下，此时租赁物造成的损害应当由实际管理该物的人承担损害赔偿责任。这是基于风险规则而产生的一般原理，即谁最有能力控制风险，就由谁来承担风险发生后的责任。因此，只有在承租人控制该物时，其最有能力控制风险，也才能由承租人承担风险责任。

承租人只承担租赁物造成第三人人身损害或者财产损失的赔偿责任。至于其他方面的损害，并非由此条文进行规制。例如，租赁物自身损害的赔偿问题，应区分情况进行处理：其一，如在出卖人给付租赁物时即存在瑕疵，根据《民法典》买卖合同章的规定，向出卖人主张瑕疵担保的违约责任；其二，如瑕疵并不是给付时就已存在的，而是在事后使用中由于承租人正常的操作造成的，这种损耗也属于风险，也应由承租人承担。^[261]承租人应当承担租赁物造成第三人损害的赔偿责任，其构成要件是：第一，租赁物造成了第三人的损害。此种损害既包括人身伤害，也包括财产损害。严格地说，租赁物造成的损害包括两类情况：一是租赁物在正常使用过程中对第三人造成了人身或财产的损害，例如，承租人租赁汽车，因为交通事故导致他人损害，在此情况下应当由承租人承担责任。二是租赁物自身固有的缺陷造成了第三人的损害，在此情况下，如果租赁物的缺陷是制造者造成的，那么承租人在承担责任后还可以向制造者追偿。第二，租赁物造成损害发生于承租人占有租赁物期间。一般是指租赁物自交付承租人之日起至租赁期限届满租赁物被返还给出租人之日止。承租人的占有既包括直接占有，也包括间接占有。第三，租赁物造成第三人损害，满足了侵权责任的构成要件。例如，如果租赁物是因为第三人原因造成损害（如有人擅自将承租人的汽车开走撞伤他人），则应当由第三

人负责。[262]

租赁物造成第三人损害的侵权责任通常有三种情形：产品责任、高度危险作业责任以及建筑物责任。有学者指出除了上述三种情形外，还应包括环境污染责任。[263]相应责任的构成自应适用《民法典》侵权责任编的相关规定。

其他问题

融资租赁交易中，法人作为承租人时，租赁物造成第三人人身损害或者财产损失往往是使用租赁物的劳动者。劳动者受到人身损害时，往往并不能依据本条规定进行赔偿。虽然劳动者受到人身损害的伤害，同样也是第三人受到人身损害，但由于《工伤保险条例》的限制，该条例往往优先于《民法典》侵权责任编而适用。因此，在劳动者受到人身损害时，往往不能依据《民法典》侵权责任编的规定，而应当优先适用《工伤保险条例》的规定。当然，如果事故的发生是因为租赁物本身瑕疵或缺陷造成的，那么承租人在承担损害赔偿责任后，可以依据买卖合同向出卖人追偿。如是劳动者操作不当造成的，则属于内部关系，可通过《工伤保险条例》的规定减轻责任。[264]在实践中，承租人也可能选择购买人身意外伤害保险以解决其劳动者在使用租赁物过程中所发生的人员死亡或残疾的风险。[265]

第七百五十条

承租人应当妥善保管、使用租赁物。

承租人应当履行占有租赁物期间的维修义务。

本条主旨

本条是关于租赁物的保管、使用和维修的规定。

相关条文

《合同法》第247条 承租人应当妥善保管、使用租赁物。承租人应当履行占有租赁物期间的维修义务。

《国际融资租赁公约》第9条第1款 承租人应当妥善保管租赁

物、以合理的方式使用租赁物，并使之保持在交付时的状态，但合理的损耗及当事人同意的租赁物改良除外。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第542条 承租人应当妥善保管、使用租赁物。

承租人应当履行占有租赁物期间的维修义务。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第542条 承租人应当妥善保管、使用租赁物。

承租人应当履行占有租赁物期间的维修义务。

《民法典（草案）》（2019年12月）第750条 承租人应当妥善保管、使用租赁物。

承租人应当履行占有租赁物期间的维修义务。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第750条 承租人应当妥善保管、使用租赁物。

承租人应当履行占有租赁物期间的维修义务。

理解与适用

融资租赁交易中，承租人对租赁物并不享有形式意义上的所有权，但享有占有和使用租赁物的权利，因此，承租人应当妥善保管和合理使用标的物，避免因保管不善而损害出租人的权益。所谓妥善保管，是指应当根据善良管理人的标准来进行保管，它要求比处理自己的事务更为谨慎。所谓合理使用，是指承租人应当按照租赁物的性质和通常使用方法进行使用。承租人享有实质意义上的所有人权益，与此相适应，其也应当负有维修租赁物的义务。

一、妥善保管、使用租赁物的义务

在融资租赁合同中，承租人的一项重要义务就是妥善保管和合理使用标的物。所谓妥善保管，是指应当根据善良管理人的标准来进行保管，它要求比处理自己的事务更为谨慎。所谓合理使用，是指承租人应当按照租赁物的性质和通常方法进行使用。^[266]作出此种规定的原因是：一方面承租人得对租赁物为使用收益，出租人须容忍承租人为使用收益，另一方面租赁物虽为承租人选定，但为出租人所有，

因此承租人为自己使用收益的需要，为保护出租人利益的需要，应负妥善保管和使用义务。[267]

对于如何判断妥善保管，《民法典》以及相关司法解释均未作出规定。在比较法上，《国际融资租赁公约》第9条规定：“1.承租人应适当地保管设备，以合理的方式使用设备并且使之处于其交付的状态。但是合理的损耗及当事人所同意的对设备的改变除外。2.当租赁协议终止时，承租人应将处于前款规定状态的设备退还给出租人，除非承租人行使权力购买设备或继续为租赁而持有设备。”由此可见，妥善保管就是让租赁物处于其交付时的状态。借鉴租赁合同中承租人妥善保管义务的相关规定，承租人妥善保管应尽到善良管理人的义务。对于认定承租人是否尽到善良管理人的义务，应当包括以下方面：首先，承租人应当按照租赁物的性能要求保管租赁物，例如根据精密仪器性能需要放在特定房间内，承租人就不能够露天存放；其次，承租人应当对租赁物进行定期检查，因为在融资租赁中，承租人对于租赁物的性能更为熟悉，由承租人来检查更为合适；再次，承租人应当遵循租赁物的性能妥善使用，因为如果使用方式不符合租赁物的性能，则有可能对租赁物造成一定程度的损害。[268]

二、维修租赁物的义务

在租赁合同中，出租人负有维修的义务，应当负有保证承租人对租赁物使用的义务。但是，在融资租赁合同之中，出租人并不负有维修义务，而应由承租人承担该义务。法律上作出此种规定的原因在于：一方面，融资租赁中承租人享有实质意义上的所有人权益，与此相适应，其也应当负有维修租赁物的义务。另一方面，承租人对标的物 and 出卖人进行了选择，而且具有专业技术，因此承租人最有能力对标的物进行维修。此外，由承租人负担此种义务，有利于促使其妥善保管和使用标的物，从而更能够达到融资租赁合同的缔约目的。

依据本条第2款规定，承租人的维修义务限于占有租赁物期间，这就意味着，只有在占有租赁物期间，承租人才负有此种义务。而且，如果在租赁期限内，租赁物被出租人取回或因其他原因而丧失占有，承租人也不再负有维修义务。[269]

虽然融资租赁合同和租赁合同在维修义务上的规定有所不同，但是在维修义务的发生要件和发生范围上有类似性，可作统一考量。参照传统租赁合同，在融资租赁合同中维修义务的发生条件有以下两点[270]：第一，租赁物应当依合同目的或社会一般观念具有维修的必要性。此条件主要是考量租赁物损坏的程度是否已经达到无法实现用益的程度。如果租赁物的损坏并没有达到该程度，并不影响承租人的用

益，则承租人并不负有维修义务。认定维修的“必要性”不仅要依据合同目的以及一般的交易观念，也要依据当事人的约定。如果当事人对维修进行了相关的特殊约定，则在符合该特约条件之时也应认定维修义务的存在。第二，租赁物依合同目的或社会一般观念具有维修的可能性。若维修已无可能，则自然没有维修义务的存在。维修不存在可能性，除了租赁物事实上以及不能够被维修之外，还有维修费用过高导致维修费用超过租赁物自身价值的情形。在后者的情况下，比起维修，当事人重新购买租赁物更为经济，此时也不产生维修义务。对于维修义务的发生范围，原则上应仅限于租赁物之上，对于租赁物外相关当事人增设的物件，则按照其他法律关系来分辨，而不是用此处的维修义务规定。[271]

其他问题

在实务中，出卖人的瑕疵担保责任与承租人的维修义务的界限往往无法分清，因此有必要进行区分。瑕疵担保责任和承租人维修义务的发生，均是由于租赁物发生损耗而无法正常使用及产生额外费用的支出的问题。不同的是，二者的法律效果并不相同。对于瑕疵担保责任，由出卖人承担维修义务，而在承租人承担维修义务的情况下，则是由承租人自行修缮。实际上，两者之间在法律适用上最大的区分，就是需要明确维修的瑕疵或缺陷究竟是在何时发生的。如在合同订立之前即已存在，应认定出卖人承担瑕疵担保责任，由出卖人进行维修。反之，如是由于承租人的使用不当或事后的合理损耗造成需要维修的情况，则应由承租人自行承担由此造成的维修义务。然而，在有些情况下，租赁物本身就已经存在瑕疵，又由于承租人的不正常使用造成了损害，则应区分两者在损害中的作用大小。实际上，二者在造成损害上均有责任，只是二者的责任程度和作用的方式不同而已。虽然出卖人在出卖租赁物时并没有完全遵守合同义务，给付有瑕疵的货物，但是也是由于承租人的不正常使用造成了损失的进一步扩大，就扩大了的那一部分损失，出卖人并不用承担任何责任，而应当由承租人来承担。因此，应当根据在损失中所起的作用大小来承担损失。[272]

第七百五十一条

承租人占有租赁物期间，租赁物毁损、灭失的，出租人有权请求承租人继续支付租金，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

本条主旨

本条是关于租赁物毁损、灭失的风险负担的规定。

相关条文

《融资租赁解释》第7条 承租人占有租赁物期间，租赁物毁损、灭失的风险由承租人承担，出租人要求承租人继续支付租金的，人民法院应予支持。但当事人另有约定或者法律另有规定的除外。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第543条 承租人占有租赁物期间，租赁物毁损、灭失的，出租人有权要求承租人继续支付租金，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第543条 承租人占有租赁物期间，租赁物毁损、灭失的，出租人有权要求承租人继续支付租金，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

《民法典（草案）》（2019年12月）第751条 承租人占有租赁物期间，租赁物毁损、灭失的，出租人有权请求承租人继续支付租金，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第751条 承租人占有租赁物期间，租赁物毁损、灭失的，出租人有权请求承租人继续支付租金，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

理解与适用

融资租赁合同作为一种双务合同，租赁物因不可归责于双方当事人之事由毁损、灭失时，风险应该由谁承担，出租人能否要求承租人继续支付租金，《合同法》对此并未作出明确规定，在学理上也存在较大的疑问。本条在《融资租赁解释》第7条的基础上对此作了明确。

在租赁合同中，租赁物的毁损、灭失的风险均由出租人承担。出租人作为租赁物的所有权人，理应承担所有物毁损、灭失的不利后果。但基于融资租赁合同的特征，承租人占有租赁物期间，租赁物毁损、灭失的风险由承租人承担，将出租人排除于租赁物的毁损、灭失

风险承担之外。出租人在融资租赁合同中所起到的作用为融资，而非简单地提供租赁物。出租人在融资租赁合同中购买租赁物，与其说是购买，不如称之为一种融资，当出租人完成这一义务之后，有关租赁物的一切风险均与出租人无关。出租人对租赁物所享有的所有权实质是一种担保功能。

一、融资租赁交易中的风险负担规则

《民法典》第735条规定：“融资租赁合同是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。”由此可见，出租人履行买卖合同中买受人的义务主要是基于承租人对于租赁物、出卖人的选择，出租人本人对于租赁物只享有名义上的所有权，即只享有所有权的担保功能，对于占有、使用以及收益的权能均由承租人来进行，这就导致了承租人对于租赁物的各项功能、属性的控制程度远远超过出租人。因此，承租人较之出租人更有资格承担租赁物毁损、灭失的风险，这也符合收益与风险相适应的原则。由承租人负担标的物毁损、灭失的风险，也有利于避免和防范承租人的道德风险。如果承租人占有、使用标的物，却又不必负担标的物毁损、灭失的风险，则极易引发承租人恶意导致租赁物毁损、灭失的道德风险。^[273]

二、风险负担规则与合同解除制度的竞合

根据本条规定，租赁物毁损、灭失的风险由承租人承担，即承租人应当继续向出租人支付相应的租金。《民法典》同时规定，租赁物因不可归责于当事人的原因毁损、灭失，且不能修复或者确定替代物的，出租人或者承租人可以解除融资租赁合同（第754条）；融资租赁合同因租赁物交付承租人后意外毁损、灭失等不可归责于当事人的原因解除的，出租人可以请求承租人按照租赁物折旧情况给予补偿（第756条）。由此出现了风险负担制度与合同解除制度两者并存的制度体系。学说上有观点认为，两者分属于不同的制度，各自均具有存在的价值，一方不可能完全替代另一方。风险负担规则的目的在于租赁物意外毁损、灭失后，如何分配双方当事人之间该损失的问题，对于合同是否消灭以及消灭后的效果均不在其考虑的范围之内。而合同解除制度的目的在于终止合同关系，确保当事人不会因为合同关系的无法实现而陷入其中，保证交易秩序。其侧重于合同关系的解除，而非对利益损失进行分配。^[274]

风险负担规则与合同解除制度竞合时的疑难问题在于：因不可归责于当事人的原因导致租赁物毁损、灭失，若一方主张合同解除，一方主张适用风险负担规则时，其法律效果并不完全相同。若支持解除

合同，承租人按照租赁物折旧情况给予补偿；若适用风险负担规则，则承租人应继续支付租金。两者的效力存在如下差异：一是承租人继续支付租金时，其仍享有期限利益，而租赁物的价值补偿，原则上应当一次性支付；二是租金和价值补偿的数量往往不同，前者通常会高于后者。^[275]

对两种制度竞合时解决方案的选择，学者们也提出了不同的见解。有学者认为，融资租赁合同中风险负担规则不具有特殊性，应遵循合同法风险负担的一般规则。赋予承租人在租赁物毁损、灭失时以合同解除权，实际上给予了承租人以解除合同逃避风险负担的机会，因此该规定看似公平，实质上违背了融资租赁合同的本质，应予以摒弃。^[276]也有学者主张应以合同解除制度为一般规则，以风险负担规则为特殊规则，从根本上避免两者竞合。但也应承认当事人的选择权，同时予以必要限制。^[277]

周江洪教授对此提出了一个具有参考意义的解决思路：首先，融资租赁合同当事人已就租赁物的毁损、灭失的风险负担作出了特别约定时，若与法定解除的效果相冲突，除非该特别约定存无效之情形，应视为解除权人的解除受到了当事人合意的限制。如融资租赁合同中约定“租赁物意外毁损、灭失，承租人不得解除融资租赁合同”，根据“约定优先于法定”的原则，该约定有效，可以排除法定解除权的适用。其次，若当事人双方均选择解除合同，即使原融资租赁合同对于风险负担存有特别约定，亦可认为当事人就风险的分配作出了变更，采合同解除的方式予以处理即可。再次，若承租人起诉，其通常会选择解除合同，因为若选择适用风险负担规则，无须争讼即可保持原合同的存续。若出租人起诉，出租人应在解除合同和适用风险负担规则之间作出“二者择其一”的选择。当出现一方要求适用风险负担规则，而另一方要求解除合同时，为顺应《民法典》所采取的二元结构的立法导向，可以采取以剩余租金为标准计算剩余租赁期限返还额度的做法，以尽量弥合两者效果之间的差别。对于到期后的租赁物残值问题，则根据约定的归属不同作出清算。对于合同解除时，承租人面临期限利益丧失的问题，也可以采取对《民法典》第756条规定的折旧补偿进行进一步解释的做法，即该条并未规定补偿是否为一次性支付，承租人仍可按照原合同规定进行分期支付。如此一来，无论是采取风险负担规则处理，还是按照合同解除制度处理，其结果并无太大不同。^[278]

主流观点认为，如适用风险分担规则，对承租人过于严苛；如适用合同解除制度，承租人承担返还租赁物的义务，因返还不能而代之以折价补偿，利润损失则由出租人合理分担，兼顾平衡了双方的利

益。但在租赁物意外毁损、灭失，融资租赁合同可得解除之时，《民法典》赋予当事人选择权，既可按风险分担规则，亦可行使解除权。
[279]

其他问题

融资租赁交易中租赁物风险转移的时间节点，是理论和实务中的一大难点。最高人民法院采取的立场是否定对融资租赁合同的定性绝对化。在具体情况下均存在以下两种情形，且都存在一定的合理性：其一，租赁物为一般通用设备，在出租人按照承租人的选定进行购买后即可快速组装、测试后进行交付，在此种情况下宜采用实践性合同的观点，既可以保障出租人的利益不受损害，又能体现融资租赁合同中两个合同效力的先后顺序关系。其二，租赁物为特殊设备，即需要出租人根据承租人的要求进行专门定制，生产周期长且价值大的设备。如采实践性合同说，不利于保护出租人的利益；而认定为诺成性合同，是基于该设备的特殊工艺，通常为根据承租人的要求定制，不具备通用性，并且实务中，通常也不是一次性交付所有款项，而是由出租人支付部分款项或者订金，出卖人才会下单生产该租赁物，加之此种设备的生产周期通常在1年以上，在此期间若承租人不履行支付租金的义务，对于出租人而言后果是不堪设想的。因此不宜单纯认定融资租赁合同的性质，而是根据租赁物的具体情形进行认定，紧扣住租赁物为通用设备还是特殊定制的设备，综合分析融资租赁合同的性质。
[280]

由于对融资租赁合同的定性发生变化，对于风险转移的时点确定也应当具体情况具体分析：依照诺成性合同的认定，则租赁物的风险自合同签订之日起发生移转；依照实践性合同的认定，则租赁物的风险自租赁物交付之日起发生移转。全国人大财经委主持起草的《中华人民共和国融资租赁法（草案）》（第三次征求意见稿）也作出了相应规定：“根据买卖合同，租赁物毁损或者灭失的风险转移给出租人时，该风险即转移给承租人，出卖人将租赁物直接交付给出租人的除外。”由此可见，该草案在充分尊重当事人意思自治的基础上，兼顾了融资租赁合同“诺成性合同”与“实践性合同”的双重属性，符合法律适用的同时也强调了实务中的可操作性。虽然该草案并未生效，但其所提供的思路值得借鉴。需要说明的是，无论租赁物风险何时发生转移，均不应移转给出租人承担。以承租人受领租赁物为时间节点，此前应由出卖人承担风险，在承租人受领占有租赁物期间风险则应由承租人承担。
[281]

第七百五十二条

承租人应当按照约定支付租金。承租人经催告后在合理期限内仍不支付租金的，出租人可以请求支付全部租金；也可以解除合同，收回租赁物。

本条主旨

本条是关于租金未付的救济的规定。

相关条文

《合同法》第248条 承租人应当按照约定支付租金。承租人经催告后在合理期限内仍不支付租金的，出租人可以要求支付全部租金；也可以解除合同，收回租赁物。

《国际融资租赁公约》第13条

1.承租人违约时，出租人可以请求支付到期未付租金、利息和损害赔偿金。

2.承租人根本违约时，受本条第5款的约束，出租人还可以根据租赁合同的约定，请求支付全部未到期租金，也可以解除租赁合同，该租赁合同解除后，出租人可以

(a) 取回租赁物；以及

(b) 请求损害赔偿，使出租人处于承租人按租赁合同的约定履行合同时出租人所应处的状态。

3. (a) 租赁合同可以约定本条第2款第(b)项所定损害赔偿金的计算方法。

(b) 租赁合同中的此种约定在当事人之间具有强制执行效力，但约定的损害赔偿极大地超过本条第2款第(b)项所规定的损害赔偿的除外。当事人不得减损或变更本项规定的效力。

4.出租人解除租赁合同的，出租人无权请求执行租赁合同关于支付全部未到期租金的条款，但在按照本条第2款第(b)项和第3款计算损害赔偿金时，可以把未到期租金的金额考虑在内。当事人不得

减损或变更本款规定的效力。

5.除非出租人已经以通知的形式给予承租人合理的机会，使其在可补救的范围内对违约进行补救，否则出租人不得行使本条第2款所规定的支付全部未到期租金的请求权或解除权。

6.出租人未采取一切合理措施减轻其损失的，就该部分损失，出租人不得主张损害赔偿。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第544条 承租人应当按照约定支付租金。承租人经催告后在合理期限内仍不支付租金的，出租人可以要求支付全部租金；也可以解除合同，收回租赁物。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第544条 承租人应当按照约定支付租金。承租人经催告后在合理期限内仍不支付租金的，出租人可以要求支付全部租金；也可以解除合同，收回租赁物。

《民法典（草案）》（2019年12月）第752条 承租人应当按照约定支付租金。承租人经催告后在合理期限内仍不支付租金的，出租人可以请求支付全部租金；也可以解除合同，收回租赁物。

理解与适用

融资租赁交易中，收取租金是出租人订立合同的主要目的，支付租金是承租人的主要义务。所谓“按照约定支付租金”，就是指承租人应当按照约定的时间、地点、方式、币种等支付租金。如果承租人没有按照约定支付租金，经催告后在合理期限内仍不支付租金的，出租人可以要求其支付全部租金。这实际上是指出租人可以要求承租人支付所有尚未到期的租金，从而加速债务到期，其目的在于保障出租人的租金债权。与此同时，出租人也可以解除合同，收回租赁物。在融资租赁合同中，出租人常常按照合同约定交付了租赁物，其主给付义务已经履行完毕，而承租人的租金是分期支付的，只有督促其按时、足额支付租金，才能保障出租人的租金债权。[282]

一、承租人支付租金的义务

在融资租赁合同中，承租人应当按照合同约定向出租人支付租金，这是承租人的基本义务。承租人支付的租金并非租赁物的对价，而是融资的对价。基于此，融资租赁合同中承租人支付租金的义务也有如下特点。[283]

第一，如融资租赁合同对于承租人支付租金的起算日没有相反约定，承租人只要通知出租人其已受领租赁物，即负有支付租金的义务。融资租赁交易的特殊之处体现在，租赁物一般是由出卖人直接交付予承租人，出租人无须接收交付，承租人在成功接收租赁物时即应发出通知，通知出租人向出卖人付款。租金的起算一般是在承租人发出通知，出租人付款之际，而不管承租人是否已经开始使用租赁物。

第二，在租赁期限内，即使租赁物存在瑕疵，承租人也不得以此为由拒付租金。《民法典》第747条规定：“租赁物不符合约定或者不符合使用目的的，出租人不承担责任。但是，承租人依赖出租人的技能确定租赁物或者出租人干预选择租赁物的除外。”由此可见，出租人对租赁物不承担物之瑕疵担保责任，在租赁物存在瑕疵之时，承租人可以向出卖人追究其瑕疵担保责任，但仍应向出租人支付租金。

第三，租赁期限内租赁物毁损、灭失的风险由承租人负担，即便租赁物因不可归责于双方当事人的事由而发生毁损、灭失，承租人仍然要履行支付租金的义务，但融资租赁合同因解除权的行使而终止的除外。

第四，承租人违约而被出租人收回租赁物时，承租人不能因此拒付之前的租金。在租赁物被收回以后，承租人可以不再继续支付租金，但对其在租赁物收回前应付的租金，仍应继续履行支付义务。

二、承租人不履行支付租金义务时，出租人的救济途径

本条规定了承租人在逾期支付租金的情况下，出租人的救济途径：“承租人应当按照约定支付租金。承租人经催告后在合理期限内仍不支付租金的，出租人可以请求支付全部租金；也可以解除合同，收回租赁物。”依据此规定，出租人享有违约救济方式的选择权：可以要求承租人一次性支付全部租金；也可以选择解除合同，收回租赁物。值得注意的是，这两种救济方式的适用条件不仅是承租人逾期支付租金，还包括经出租人催告后在合理期限内仍不支付租金，即承租人以行动表明其不再履行融资租赁合同的义务。在此种情况下，出租人才可以选择前述两种不同的救济方式。

（一）支付全部租金的救济方式

承租人逾期支付租金，且经催告后仍不履行该义务的，出租人可以选择请求承租人立即支付全部租金。此处的全部租金，既包括融资租赁合同中所规定的全部已到期而承租人未支付的租金，还包括其他依约定尚未到期的租金，亦即包含了租赁期届满所有的租金。在融资

租赁合同规定的每期租金支付期限到期之前，承租人享有期限利益，出租人无权请求承租人支付。但在承租人不支付租金或者有其他违约行为时，出租人有权要求承租人一次性支付全部租金，此即所谓期限利益丧失约款。所谓期限利益，是从平衡出租人与承租人的利益角度出发，将未到期的租金贴现值考虑进实际损失的范围内，并且根据一定的利率计算标准折算出现值。^[284]在融资租赁合同中，租赁物是为了承租人的特殊需要，专用性较强，在承租人不支付租金时，出租人即使收回租赁物，也难以通过重新转让或出租收回所投资金。同时，在融资租赁交易中，出租人与承租人互负的义务具有先后顺序，出租人支付租赁物价款的义务在先，承租人支付租金的义务在后，出租人的利益缺乏一种相互制衡或者保障。一般情况下，承租人在迟延支付一期租金时，很有可能也无力支付剩余未到期的租金。此时，如出租人不能一次性主张全部租金或者不能收回租赁物，将使自己处于默示损失扩大却无能为力的被动局面。因此，在承租人违约不支付租金时，出租人有权要求承租人支付全部租金，这有利于保护出租人的利益。同时，承租人丧失了期限利益，也是对承租人违约行为的一种惩罚，有利于促使承租人更好地履行自己的义务。^[285]

出租人请求承租人支付全部租金，实际上是选择了在承租人违约时继续履行合同。因此，承租人在支付了全部租金之后，仍然可以保有租赁物，出租人仍须继续履行自己保证承租人对租赁物的占有、使用之义务。

（二）解除合同、收回租赁物的救济方式

《融资租赁解释》对承租人违约行为导致出租人解除合同的要件进行了细致区分，其第12条规定：“有下列情形之一的，出租人请求解除融资租赁合同的，人民法院应予支持：……（二）承租人未按照合同约定的期限和数额支付租金，符合合同约定的解除条件，经出租人催告后在合理期限内仍不支付的；（三）合同对于欠付租金解除合同的情形没有明确约定，但承租人欠付租金达到两期以上，或者数额达到全部租金百分之十五以上，经出租人催告后在合理期限内仍不支付的……”依照该规定，如当事人约定了承租人拒付租金解除合同的要件，则按照该约定进行，但仍需加上“经出租人催告后在合理期限内仍不支付”的要件；如当事人没有对相关合同解除要件进行约定，则在“合理期限”要件之外，还应满足“承租人欠付租金两期以上”或者“数额达到全部租金百分之五十以上”两个要件。该规定增加了欠付租金的数额要件，加大了出租人主张解除合同的难度，提高了解除融资租赁合同的门槛。这一规则符合融资租赁合同不可中途解约的基本属性，在《民法典》实施之后，仍有适用价值。

（三）出租人违约救济权利竞合的处理

《融资租赁解释》第21条第1款中规定：“出租人既请求承租人支付合同约定的全部未付租金又请求解除融资租赁合同的，人民法院应告知其依照合同法第二百四十八条的规定作出选择。”由此可见，在出租人既要求支付租金，又要求解除合同返还租赁物时，法院具有释明权，向出租人释明其选择权，从而也从侧面证实了这两项请求权不能够同时行使，只能择一请求。

之所以规定出租人的两项违约救济权利只能择一行使，主要包括以下几方面原因：其一，无论出租人采用何种救济途径，均能实现出租人参与融资租赁合同的目，即享有承租人支付租金的权利，依此收回租赁物的成本、费用以及获得相应的利润。如采用第一种救济途径的，承租人支付全部租金，出租人即直接实现了其合同目的，再适用第二种途径不仅没有必要，同时也会给承租人造成过重的负担，不利于承租人利益的平衡。而在第二种途径中，出租人已经将合同解除，虽然出租人可以要求承租人履行已经到期的租金义务，但因为融资租赁合同为持续性合同，其不具有溯及既往的效力，因此出租人不得要求承租人承担未到期部分的租金，亦即出租人不得要求承租人负担全部租金的义务。^[286]其二，出租人要求承租人给付全部租金，实际上是要求承租人继续履行合同，仅是要求租金加速到期。而出租人要求解除合同，收回租赁物，则实际上是终止了融资租赁合同的履行。出租人又要求继续履行，又要终止履行，两个请求权相互排斥，根本无法同时得到满足。其三，出租人可以要求承租人支付全部租金，而不是全部租金的贴现值，其实质是因承租人的违约行为而导致承租人丧失未到期租金的期限利益，以此体现出对承租人的违约行为的一定惩罚性。因此，出租人如果要求承租人支付全部租金后，就不能再行使合同解除权，收回租赁物，否则对于承租人无疑是极其不公平的。^[287]

《融资租赁解释》第21条第2款规定了出租人请求承租人支付全部租金未能实现时，出租人应当如何救济的问题。通常承租人在人民法院判决应当履行全部租金时仍未履行的，出租人可以要求法院进行强制执行。但在实务中，强制执行的周期时间较长，而且可能会导致救济成本增加，而实际承租人的偿债能力会因时间的延长而减小，这样亦不利于出租人权利的实现。所以，在实务中出租人往往还会提起解除合同，收回租赁物的诉讼。针对此种情形，司法解释明确规定人民法院应当依法受理。理由在于：虽然表面看来两个诉讼的目的均在于实现出租人的合同权利，但两个诉讼的请求内容，即诉讼标的是不同的，并且基于前一个判决已对本案的事实产生了新的变化，因此出租人提起两个诉讼并未违反一事不再理的原则，人民法院也应当受

理。 [288]

第七百五十三条

承租人未经出租人同意，将租赁物转让、抵押、质押、投资入股或者以其他方式处分的，出租人可以解除融资租赁合同。

本条主旨

本条是关于承租人不当处分租赁物的法律后果的规定。

相关条文

《融资租赁解释》第12条 有下列情形之一的，出租人请求解除融资租赁合同的，人民法院应予支持：

（一）承租人未经出租人同意，将租赁物转让、转租、抵押、质押、投资入股或者以其他方式处分租赁物的；

（二）承租人未按照合同约定的期限和数额支付租金，符合合同约定的解除条件，经出租人催告后在合理期限内仍不支付的；

（三）合同对于欠付租金解除合同的情形没有明确约定，但承租人欠付租金达到两期以上，或者数额达到全部租金百分之十五以上，经出租人催告后在合理期限内仍不支付的；

（四）承租人违反合同约定，致使合同目的不能实现的其他情形。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第545条 承租人未经出租人同意，将租赁物转让、转租、抵押、质押、投资入股或者以其他方式处分的，出租人可以解除融资租赁合同。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第545条 承租人未经出租人同意，将租赁物转让、转租、抵押、质押、投资入股或者以其他方式处分的，出租人可以解除融资租赁合同。

《民法典（草案）》（2019年12月）第753条 承租人未经出租人同意，将租赁物转让、抵押、质押、投资入股或者以其他方式处分

的，出租人可以解除融资租赁合同。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第753条承租人未经出租人同意，将租赁物转让、抵押、质押、投资入股或者以其他方式处分的，出租人可以解除融资租赁合同。

理解与适用

在融资租赁交易中，租赁物的所有权仍归属于出租人，而且此种所有权还有担保租金债权实现的功能。在租金全部支付完毕之前，承租人未经出租人同意，擅自将租赁物转让、抵押、质押、投资入股或者以其他方式处分的，不仅严重违反了合同约定，而且侵害了出租人的所有权。鉴于承租人擅自处分租赁物已经使得合同目的落空，此时应当允许出租人解除合同。^[289]本条在《融资租赁解释》第12条第1项规定的基础上，规定了出租人的法定解除权。在解释上，出租人选择解除融资租赁合同的，自可收回租赁物并请求赔偿损失。根据《融资租赁解释》第22条的规定，出租人可主张赔偿的损失范围是承租人全部未付租金及其他费用与收回租赁物价值的差额。合同约定租赁期限届满后租赁物归出租人所有的，损失赔偿范围还应包括融资租赁合同到期后租赁物的残值。

融资租赁合同租赁期限届满前租赁物由承租人占有、使用，并且实践中为了便于承租人账务处理或获得一定的税收优惠，出租人购买租赁物时往往让出卖人出具以承租人为购买人的税务发票，或将一些融资租赁资产登记在承租人名下。在此情况下，承租人可能凭借其对租赁物的实际控制和相关证明材料，在未经出租人同意的情况下，将租赁物转让、抵押、质押、投资入股或者以其他方式处分。由于融资租赁合同租赁期限届满前，租赁物归出租人所有，承租人的上述行为显然构成无权处分。^[290]

值得注意的是，因《民法典》第745条就出租人的所有权改采登记对抗主义，出租人解除融资租赁合同、收回租赁物应有适当限制。在出租人已经登记其所有权的情形之下，承租人转让租赁物或者以租赁物投资入股，受让人无法依善意取得规则取得标的物所有权，出租人在解除融资租赁合同的前提下，可以直接向第三人（受让人）主张返还原物而收回租赁物；承租人抵押、质押租赁物，出租人的所有权处于第一顺位，就租赁物的变价款优先受偿。

在出租人未登记其所有权的情形之下，承租人转让租赁物或者以租赁物投资入股，如受让人依善意取得规则取得标的物所有权，出租

人在解除融资租赁合同的前提下，无法收回租赁物，仅得主张损害赔偿，如无善意取得规则的适用，受让人未取得标的物所有权，出租人在解除融资租赁合同的前提下，可以直接向第三人（受让人）主张返还原物而收回租赁物；承租人抵押租赁物，如抵押权已行登记，则抵押权优先于出租人的所有权，即使出租人收回租赁物，也受其上抵押权的约束，如抵押权也未登记，出租人的所有权与抵押权人的抵押权处于同一顺位，就租赁物的变价款按比例受偿；承租人质押租赁物，质权人的质权因标的物的交付而设立，其就标的物的变价款优先于出租人的所有权受偿。

第七百五十四条

有下列情形之一的，出租人或者承租人可以解除融资租赁合同：

（一）出租人与出卖人订立的买卖合同解除、被确认无效或者被撤销，且未能重新订立买卖合同；

（二）租赁物因不可归责于当事人的原因毁损、灭失，且不能修复或者确定替代物；

（三）因出卖人的原因致使融资租赁合同的目的不能实现。

本条主旨

本条是关于融资租赁合同的解除的规定。

相关条文

《融资租赁解释》第11条 有下列情形之一的，出租人或者承租人请求解除融资租赁合同的，人民法院应予支持：

（一）出租人与出卖人订立的买卖合同解除、被确认无效或者被撤销，且双方未能重新订立买卖合同的；

（二）租赁物因不可归责于双方的原因意外毁损、灭失，且不能修复或者确定替代物的；

（三）因出卖人的原因致使融资租赁合同的目的不能实现的。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第546条 有下列情形之一的，出租人或者承租人可以解除融资租赁合同：

（一）出租人与出卖人订立的买卖合同解除、被确认无效或者被撤销，且未能重新订立买卖合同；

（二）租赁物因不可归责于当事人的原因毁损、灭失，且不能修复或者确定替代物；

（三）因出卖人的原因致使融资租赁合同的目的是不能实现。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第546条 有下列情形之一的，出租人或者承租人可以解除融资租赁合同：

（一）出租人与出卖人订立的买卖合同解除、被确认无效或者被撤销，且未能重新订立买卖合同；

（二）租赁物因不可归责于当事人的原因毁损、灭失，且不能修复或者确定替代物；

（三）因出卖人的原因致使融资租赁合同的目的是不能实现。

《民法典（草案）》（2019年12月）第754条 有下列情形之一的，出租人或者承租人可以解除融资租赁合同：

（一）出租人与出卖人订立的买卖合同解除、被确认无效或者被撤销，且未能重新订立买卖合同；

（二）租赁物因不可归责于当事人的原因毁损、灭失，且不能修复或者确定替代物；

（三）因出卖人的原因致使融资租赁合同的目的是不能实现。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第754条 有下列情形之一的，出租人或者承租人可以解除融资租赁合同：

（一）出租人与出卖人订立的买卖合同解除、被确认无效或者被撤销，且未能重新订立买卖合同；

（二）租赁物因不可归责于当事人的原因毁损、灭失，且不能修复或者确定替代物；

（三）因出卖人的原因致使融资租赁合同的目的不能实现。

理解与适用

融资租赁合同是为了承租人对租赁物的长期使用而订立的合同，为了实现融资租赁合同的缔约目的，就应当保持租赁物的利用关系的稳定性。由此而决定，对于此类合同的解除应当有比较严格的限制。但这并非意味着禁止当事人解除合同。违约解除是对违约行为的救济，虽然融资租赁合同具有特殊性，但如完全不允许解除，就可能导致当事人无法得到充分的救济，甚至因使非违约方严格受到合同的拘束，反而使非违约方的利益受损。^[291]

一、融资租赁合同是否具有不可解约性

从融资租赁合同的法律性质和经济目的来看，禁止中途解约有其合理性。^[292]所谓禁止中途解约条款，是指出租人和承租人约定，在融资租赁合同存续期间，双方都不得任意解除合同。融资租赁合同的缔约目的需要保持租赁物利用关系的稳定性，从比较法的角度来分析，各国法律对融资租赁合同的解除都有比较严格的限制，我国《合同法》中虽然未直接规定，但总结司法实践中的案例以及融资租赁合同的特点，理应支持合同当事人积极订立禁止中途解约条款，来保护各自的权利。^[293]

基于融资租赁合同的特性，虽然应对当事人的解除权有一定的限制，但这并非意味着要禁止当事人解除合同。一方面，违约解除是对违约行为的救济。虽然融资租赁合同具有其特殊性，但是如完全不允许解除，就可能导致当事人无法得到充分的救济，甚至因非违约方严格受到合同的拘束，反而使其利益受损。另一方面，《民法典》上关于解除权的一般规定也应当可以适用于融资租赁合同。即在当事人没有特别约定禁止解约的情形下，仍然应当允许当事人享有法定解除权。^[294]

二、融资租赁合同因履行不能而解除的具体情形^[295]

（一）出租人与出卖人订立的买卖合同解除、被确认无效或者被撤销，且未能重新订立买卖合同

《民法典》第157条规定：“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法

律另有规定的，依照其规定。”第566条第1款规定：“合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以请求恢复原状或者采取其他补救措施，并有权请求赔偿损失。”由此可见，无论是买卖合同解除，还是买卖合同被确认无效或者被撤销，均发生返还标的物的法律效果。因此，在融资租赁交易中，因买卖合同解除、被认定无效以及被撤销而导致的标的物返还，势必影响出租人与承租人之间融资租赁合同的履行。如出租人与出卖人在买卖合同解除、被确认无效或者被撤销之后未能重新订立买卖合同，融资租赁合同中的租赁物即无法交付，融资租赁合同的缔约目的无法实现。

（二）租赁物因不可归责于当事人的原因毁损、灭失，且不能修复或者确定替代物

融资租赁交易中，出租人仅对租赁物享有名义上的所有权，租赁物的实际占有、使用以及收益均掌握在承租人的手中，出租人不承担租赁物的风险负担责任。承租人占有租赁物期间，租赁物毁损、灭失的，出租人有权请求承租人继续支付租金，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。租赁物因不可归责于当事人的原因毁损、灭失，且不能修复或者确定替代物的，融资租赁合同已无法履行。承租人和出租人均可以解除融资租赁合同。

（三）因出卖人的原因致使融资租赁合同的目的是不能实现

虽然出卖人不属于融资租赁合同中的当事人，但买卖合同的标的物对于融资租赁合同的履行至关重要。而作为买卖合同的一方主体，出卖人掌握着买卖标的物的所有权，如出卖人基于自己的原因而使标的物的交付归于不可能，导致买卖合同履行不能，抑或出卖人无正当理由拒绝履行买卖合同的，都将直接影响到融资租赁合同的履行，导致合同履行不能。

其他问题

如果当事人约定了中途解约禁止条款，是否实际上排除了本条关于法定解除权的适用？对此，多数观点认为，本条规定属于任意性规定，如果当事人有特别约定就不能适用本条的规定。如当事人约定了禁止中途解约条款，就排除了本条的适用。也就是说，如当事人约定了该条款，即便发生了本条所规定的三种情形，当事人也不得随意解除合同。^[296]

也有观点反对约定排除法定解除权，其认为预先排除基于履行不能或合同目的落空时的法定解除权，其实是将当事人强行且无限期地束缚在一个根本没有任何前途和未来的合同关系中，显然构成对缔约方经济自由的不合理的束缚。正因为如此，在比较法上，几乎没有哪个国家会认同这种解除权的预先排除：德国法上因违约之外的原因而导致的合同解除权或终止权不得预先放弃，该条款被理解作为一种典型的法定风险负担规则。在合同目的落空时，解除权的行使十分有意义，当整个合同已失去交易标的或当持续性债务关系中已出现明显的法律情势改变，仍要求继续行使合同权利，有可能构成不被允许的权利滥用。即预先放弃嗣后履行不能之法定解除权，或放弃继续性合同解除权的，或者弃权涉及消费者保护等其他公共利益时，应属无效。[\[297\]](#)

第七百五十五条

融资租赁合同因买卖合同解除、被确认无效或者被撤销而解除，出卖人、租赁物系由承租人选择的，出租人有权请求承租人赔偿相应损失；但是，因出租人原因致使买卖合同解除、被确认无效或者被撤销的除外。

出租人的损失已经在买卖合同解除、被确认无效或者被撤销时获得赔偿的，承租人不再承担相应的赔偿责任。

本条主旨

本条是关于融资租赁合同因买卖合同而解除的法律后果的规定。

相关条文

《融资租赁解释》第16条 融资租赁合同因买卖合同被解除、被确认无效或者被撤销而解除，出租人根据融资租赁合同约定，或者以融资租赁合同虽未约定或约定不明，但出卖人及租赁物系由承租人选择为由，主张承租人赔偿相应损失的，人民法院应予支持。

出租人的损失已经在买卖合同被解除、被确认无效或者被撤销时获得赔偿的，应当免除承租人相应的赔偿责任。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第548条 融资租赁合同因买卖合同解除、被确认无效或者被撤销而解除，但是出卖人及

租赁物系由承租人选择的，出租人有权要求承租人赔偿相应损失。

出租人的损失已经在买卖合同解除、被确认无效或者被撤销时获得赔偿的，应当免除承租人相应的赔偿责任。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第546条之一 融资租赁合同因买卖合同解除、被确认无效或者被撤销而解除，但是出卖人及租赁物系由承租人选择的，出租人有权要求承租人赔偿相应损失。

出租人的损失已经在买卖合同解除、被确认无效或者被撤销时获得赔偿的，应当免除承租人相应的赔偿责任。

《民法典（草案）》（2019年12月）第755条 融资租赁合同因买卖合同解除、被确认无效或者被撤销而解除，出卖人及租赁物系由承租人选择的，出租人有权请求承租人赔偿相应损失。

出租人的损失已经在买卖合同解除、被确认无效或者被撤销时获得赔偿的，承租人不再承担相应的赔偿责任。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第755条 融资租赁合同因买卖合同解除、被确认无效或者被撤销而解除，出卖人以及租赁物系由承租人选择的，出租人有权请求承租人赔偿相应损失；但是，因出租人原因致使买卖合同解除、被确认无效或者被撤销的除外。

出租人的损失已经在买卖合同解除、被确认无效或者被撤销时获得赔偿的，承租人不再承担相应的赔偿责任。

理解与适用

融资租赁合同虽与买卖合同分属于不同的有名合同，但是基于融资租赁交易的关系两者具有一定的联系。在融资租赁合同中，出租人的主要义务就是获得租赁物的所有权，并将租赁物交付给承租人占有、使用，所以在买卖合同被解除、认定无效或者被撤销的情形下，出租人受其影响不大，承租人则会面临基于买卖合同效力丧失导致其占有、使用受到影响，可能会导致融资租赁合同的目的一旦无法实现，面临解除的境地。《民法典》第754条因此规定，出租人与出卖人订立的买卖合同解除、被确认无效或者被撤销，且未能重新订立买卖合同的，出租人或者承租人可以解除融资租赁合同。融资租赁合同因买卖

合同解除、被确认无效或者被撤销而解除，属于因融资租赁合同当事人之外的原因导致合同解除。此际，承租人虽无违约行为，但如出卖人、租赁物系由承租人选择，承租人亦应对其选择的后果负责，即对因此给出租人造成的损失承担赔偿责任。^[298]

依据意思自治的原则，若当事人在融资租赁合同中对融资租赁合同因买卖合同而被解除后的损害赔偿进行约定的，应当遵从此项约定；若融资租赁合同中就此未作约定，由承租人承担该损失，负赔偿责任。这一规则的正当性在于：其一，符合出租人的合理期待。出租人之所以参与融资租赁交易，其目的就在于享有融资租赁合同中请求承租人支付租金的权利，在出租人支付租赁物价款后，其主要的合同义务业已履行完毕，因此法律应当保障其在合同中的权利。其二，符合权责一致的基本原则。虽然在买卖合同中，承租人并不是合同的当事人，但是若出租人是基于承租人对于租赁物以及出卖人的选择才与出卖人订立买卖合同，承租人实质上是买卖合同的参与人，对于买卖合同的策划、实施起到了重要的作用，承租人因此也要承担相应的责任。同时，相关条款赋予承租人以索赔权，即承租人因买卖合同所承担的损失赔偿责任，可以通过索赔权的途径向出卖人进行追偿。在此情况下，对于出租人与承租人的利益均未造成太大的损失，也符合公平原则的要求。

融资租赁合同因买卖合同解除、被确认无效或者被撤销而解除之时，出租人享有两项请求权：一是基于其买受人地位向出卖人行使买卖合同中的损害赔偿请求权；二是基于其出租人地位向承租人行使融资租赁合同中的损害赔偿请求权。其中，出卖人与承租人此时构成不真正连带关系，出租人可以同时或者分别向两者主张权利，若出租人向其中一方求偿并且得到了相应的赔偿，另一方可以就此减免相应的赔偿责任。同时，出租人求偿的前提是买卖合同被解除、被撤销或者认定无效非基于其本身的原因，如果买卖合同存在瑕疵系因出租人的原因^[299]所造成，且由此导致了融资租赁合同解除的，出租人此时无权享有求偿权。

第七百五十六条

融资租赁合同因租赁物交付承租人后意外毁损、灭失等不可归责于当事人的原因解除的，出租人可以请求承租人按照租赁物折旧情况给予补偿。

本条主旨

本条是关于融资租赁合同因租赁物毁损、灭失而解除的法律后果的规定。

相关条文

《融资租赁解释》第15条 融资租赁合同因租赁物交付承租人后意外毁损、灭失等不可归责于当事人的原因而解除，出租人要求承租人按照租赁物折旧情况给予补偿的，人民法院应予支持。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第547条 融资租赁合同因租赁物交付承租人后意外毁损、灭失等不可归责于当事人的原因解除的，出租人可以要求承租人按照租赁物折旧情况给予补偿。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第547条 融资租赁合同因租赁物交付承租人后意外毁损、灭失等不可归责于当事人的原因解除的，出租人可以要求承租人按照租赁物折旧情况给予补偿。

《民法典（草案）》（2019年12月）第756条 融资租赁合同因租赁物交付承租人后意外毁损、灭失等不可归责于当事人的原因解除的，出租人可以请求承租人按照租赁物折旧情况给予补偿。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第756条 融资租赁合同因租赁物交付承租人后意外毁损、灭失等不可归责于当事人的原因解除的，出租人可以请求承租人按照租赁物折旧情况给予补偿。

理解与适用

对于租赁物因意外毁损、灭失致使承租人不能占有、使用租赁物，从而融资租赁合同目的不能实现，出租人或者承租人均可解除融资租赁合同。就此，《民法典》第754条第2项定有明文。《民法典》第751条规定了租赁物毁损、灭失时的风险负担规则，即“承租人占有租赁物期间，租赁物毁损、灭失的，出租人有权请求承租人继续支付租金，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外”。但同时第754条第2项又规定了租赁物毁损、灭失时的合同解除权，即“有下列情形之一的，出租人或者承租人可以解除融资租赁合同：……（二）租赁物因不可归责于当事人的原因毁损、灭失，且不能修复或者确定替代物……”。在当事人行使解除权的情形之下，承租人负有返还租赁物

的义务，因返还不能而代之以折价补偿，折价补偿要考虑租赁物的折旧情况。

在解释上，租赁物意外毁损、灭失，当事人均不具有可归责性，不存在违约损害赔偿问题。如当事人选择解除合同，《民法典》第566条第1款规定：“合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以请求恢复原状或者采取其他补救措施，并有权请求赔偿损失。”融资租赁合同为持续性合同，合同解除不具有溯及力，当事人已经履行的部分不发生双方返还和恢复原状问题，但尚未履行的部分，终止履行。因此，承租人尚未支付的租金不再支付，相应地，承租人也无权继续占有、使用租赁物，应返还予承租人。但租赁物已经毁损、灭失，客观上返还不能。因此，此时，承租人应承担代物返还义务，将租赁物折价后的价值余额返还给出租人，即此时出租人能够获得的仅为租赁物自身的价值。

合同解除时，承租人补偿出租人的租赁物价值中包含了剩余租赁期限租赁物的价值和租赁期满后租赁物的残值两部分，如果融资租赁合同事先约定租赁期满后租赁物属于承租人所有，则承租人可以在支付的补偿金额中扣除应属于自己的残值部分。^[300]此种法律后果，既然使用“补偿”一语，在性质上就不属于损害赔偿责任，也不要求过错作为其成立要件。^[301]

第七百五十七条

出租人和承租人可以约定租赁期限届满租赁物的归属；对租赁物的归属没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，租赁物的所有权归出租人。

本条主旨

本条是关于租赁期限届满时租赁物的归属的规定。

相关条文

《合同法》第250条 出租人和承租人可以约定租赁期间届满租赁物的归属。对租赁物的归属没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，租赁物的所有权归出租人。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第550条 出租人和承租人可以约定租赁期间届满租赁物的归属。对租赁物的归属没有约定或者约定不明确，依照本法第三百零一条的规定仍不能确定的，租赁物的所有权归出租人。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第550条 出租人和承租人可以约定租赁期间届满租赁物的归属。对租赁物的归属没有约定或者约定不明确，依照本法第三百零一条的规定仍不能确定的，租赁物的所有权归出租人。

《民法典（草案）》（2019年12月）第757条 出租人和承租人可以约定租赁期间届满租赁物的归属。对租赁物的归属没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，租赁物的所有权归出租人。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第757条 出租人和承租人可以约定租赁期限届满租赁物的归属；对租赁物的归属没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，租赁物的所有权归出租人。

理解与适用

民法典合同编遵循“约定优先于法定”的原则。在典型合同分编中，大量的规范都属于任意性规范，均可经由当事人的约定而排除适用。根据本条的规定，出租人和承租人可以约定租赁期限届满后租赁物的归属；当事人没有约定或者约定不明确的情况下，可以协议补充，不能达成补充协议的，按照合同相关条款或者交易习惯确定；据此仍不能确定的，租赁物的所有权归出租人。融资租赁合同属于规定较为细致的商业合同，这一推定规则并无多大的适用余地。

一、约定优先于法定

由于融资租赁合同的专业性，交易双方之间大都有交易惯例或习惯。例如，出租人甲和承租人乙经常签订融资租赁合同，且没有约定租赁期限届满后租赁物所有权的归属。但在交易实践中，承租人乙在租赁期限届满后均取得租赁物的所有权，由此可以认定当事人之间已经形成交易习惯。根据此交易习惯，应当判定在发生争议的合同，除非有相反约定，也应当遵循这一惯例，将租赁物确定归承租人所有。

应当注意的是，在融资租赁合同被解除的情形之下，融资租赁合同已经不存在，并非“届满”，而是终止，其中，有关所有权归属的约定条款也随着合同效力的终止而不发生效力。^[302]

针对融资租赁合同中约定承租人有权选择以一定对价（名义对价除外）留购租赁物的情形，裁判实践中大多解释为，“该项约定系将取得租赁物所有权的选择权赋予承租人，且行使选择权利的时间点为租赁期间届满之时，即融资租赁合同订立以及合同履行期间均无法确定租赁期间届满后租赁物的归属，应属于对租赁物归属约定不明确的情形。”^[303]

二、推定规则的正当性

虽然《民法典》第746条规定，融资租赁合同的租金，应当根据购买租赁物的大部分或者全部成本以及出租人的合理利润确定，但该条同时允许当事人另有约定。这一规则使得当事人在融资租赁交易之中有了更多的选择，例如，当事人关于租赁期限的约定并不涵盖租赁物的正常使用年限，租赁物在租赁期限届满后的残值仍然较高。此际，租赁期限届满，承租人就租赁物有三种选择：留购、续租或退租。其中，留购是在租赁期限届满后，承租人将相当于租赁物残值的价款给予出租人，由承租人取得租赁物的所有权；续租是在租赁期限届满后，承租人与出租人更新合同，继续承租租赁物，承租人按新的融资租赁合同支付租金；退租是在租赁期限届满后，承租人将处于良好状态的租赁物返还予出租人。在融资租赁交易实践中，出租人所看重的是及时收回融资投入并取得相应的商业利润，并不关注租赁物的使用价值，也无意取得租赁物的所有权，因此，大多数融资租赁交易均以承租人留购租赁物作为交易的必要条件，以实现双方利益的最大化。^[304]鼓励承租人购买标的物是由融资租赁合同的特点所决定的，即在融资租赁合同中，出租人购买租赁物，是基于承租人融资的需要而选择的，是针对承租人的特定需求而购买的，因而在租赁期限届满后，租赁物返还给出租人并不能发挥其效用，因此，在一般情形之下，应将租赁物折价或无偿转让给承租人，以实现物尽其用的效果。^[305]

在体系解释上，尽管本法第745条规定，出租人对租赁物享有的所有权，未经登记，不得对抗善意第三人，但在出租人与承租人之间，并没有发生租赁物所有权的移转，承租人在租赁期限占有并使用租赁物的事实，亦无法改变这一结论。出租人在租赁期限内享有租赁物的所有权，在租赁期限届满时，除非双方另有约定，租赁物的所有权仍然归属于出租人。租赁物的所有权并不因租赁期限届满而发生移转。^[306]值得注意的是，本法第759条规定：“当事人约定租赁期限届

满，承租人仅需向出租人支付象征性价款的，视为约定的租金义务履行完毕后租赁物的所有权归承租人。”此际，推定租赁物所有权归属于承租人，并非基于租赁期限届满，而是“约定的租金义务履行完毕”，且双方约定“承租人仅需向出租人支付象征性价款”。

其他问题

关于无约定时承租人是否必然享有租赁物回购权的问题，有学者认为，出于效率的考虑，在当事人无约定的情况下应当赋予承租人以租赁物选择权，甚至是优先购买权。即使融资租赁合同没有约定租赁物归承租人所有，在出租人出卖租赁物时，在同等条件下只能出卖给承租人。^[307]但也有学者认为，这种认定没有法律依据，唯一和该认定有关的部分也只是在《民法典》第510条中规定的交易习惯中。在当事人事先没有约定的情况下，赋予承租人一个租赁物选择权，甚至赋予其优先购买权，是否属于交易习惯，存有争议，需要在具体情形中进行认定。^[308]

出租人和承租人是否可以通过合同约定由出租人向承租人在租赁期限届满之前转让所有权？两大法系的规定不同。一是肯定说。在许多大陆法系国家（如法国），允许当事人在合同中设立提前转让所有权的协议。^[309]二是否定说。在英美法系国家，大多禁止当事人作出此种规定。例如，《美国统一商法典》规定，凡出现承租人有权不支付额外对价，或者仅支付名义对价续租，或者购买租赁物件的条款的，任何合同都不属于租赁合同，而应视为有担保利益的其他合同，如买卖合同或借款合同。有学者认为，如果当事人事先约定出租人转移所有权给承租人，并非导致合同无效，但是，该合同在性质上已经发生了改变，不再属于融资租赁合同，而属于分期付款买卖合同。因为融资租赁合同的根本特点在于其属于租赁，即出租人保留所有权，而承租人仅仅只是享有对标的物的占有和使用权。如果标的物的所有权在合同订立时就已经转移给了承租人，则在性质上转化为买卖。即便当事人在合同中约定的是“租金”，但实际上，其属于价金而非租金。因此，当事人提前约定转移所有权，就使得该合同转化为分期付款买卖合同。^[310]

第七百五十八条

当事人约定租赁期限届满租赁物归承租人所有，承租人已经支付大部分租金，但是无力支付剩余租金，出租人因此解除合同收回租赁物，收回的租赁物的价值超过承租人欠付的租金以及其他费用的，承租人可

以请求相应返还。

当事人约定租赁期限届满租赁物归出租人所有，因租赁物毁损、灭失或者附合、混合于他物致使承租人不能返还的，出租人有权请求承租人给予合理补偿。

本条主旨

本条是关于租赁物价值的部分返还和合理补偿的规定。

相关条文

《合同法》第249条 当事人约定租赁期间届满租赁物归承租人所有，承租人已经支付大部分租金，但无力支付剩余租金，出租人因此解除合同收回租赁物的，收回的租赁物的价值超过承租人欠付的租金以及其他费用的，承租人可以要求部分返还。

《融资租赁解释》第10条 当事人约定租赁期间届满租赁物归出租人的，因租赁物毁损、灭失或者附合、混同于他物导致承租人不能返还，出租人要求其给予合理补偿的，人民法院应予支持。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第549条 当事人约定租赁期间届满租赁物归承租人所有，承租人已经支付大部分租金，但是无力支付剩余租金，出租人因此解除合同收回租赁物的，收回的租赁物的价值超过承租人欠付的租金以及其他费用的，承租人可以要求部分返还。

当事人约定租赁期间届满租赁物归出租人所有，因租赁物毁损、灭失或者附合、混同于他物致使承租人不能返还的，出租人有权要求承租人给予合理补偿。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第549条 当事人约定租赁期间届满租赁物归承租人所有，承租人已经支付大部分租金，但是无力支付剩余租金，出租人因此解除合同收回租赁物的，收回的租赁物的价值超过承租人欠付的租金以及其他费用的，承租人可以要求部分返还。

当事人约定租赁期间届满租赁物归出租人所有，因租赁物毁损、灭失或者附合、混合于他物致使承租人不能返还的，出租人有权要求承租人给予合理补偿。

《民法典（草案）》（2019年12月）第758条 当事人约定租赁期间届满租赁物归承租人所有，承租人已经支付大部分租金，但是无力支付剩余租金，出租人因此解除合同收回租赁物的，收回的租赁物的价值超过承租人欠付的租金以及其他费用的，承租人可以请求部分返还。

当事人约定租赁期间届满租赁物归出租人所有，因租赁物毁损、灭失或者附合、混合于他物致使承租人不能返还的，出租人有权请求承租人给予合理补偿。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第758条 当事人约定租赁期限届满租赁物归承租人所有，承租人已经支付大部分租金，但是无力支付剩余租金，出租人因此解除合同收回租赁物，收回的租赁物的价值超过承租人欠付的租金以及其他费用的，承租人可以请求相应返还。

当事人约定租赁期限届满租赁物归出租人所有，因租赁物毁损、灭失或者附合、混合于他物致使承租人不能返还的，出租人有权请求承租人给予合理补偿。

理解与适用

租赁物价值的部分返还，是指在当事人约定了租赁期限届满租赁物归承租人所有之下，承租人已经支付大部分租金，但是无力支付剩余租金，出租人因此解除合同收回租赁物，收回的租赁物的价值超过承租人欠付的租金以及其他费用的，承租人可以请求相应返还。出租人因合同的解除而获得了超出其合同约定的利益，此种利益称为“中途解约而取得的利益”。如此种利益完全归出租人，将使得出租人和承租人之间利益失衡。因为如果合同约定租期届满后租赁物归承租人的，租金通常高于平均水平，在分期支付的过程中，其可能因一时资金周转困难或经营不善而无力继续支付。但是，毕竟承租人已经支付了大部分租金，如果仅仅因一时不能支付，而使其无法最终获得租赁物，对承租人损失较大。出租人收回租赁物后，其取得了租赁物的所有权同时，出租人取得了大部分租金，而承租人交付租金，又不能获得租赁物，出租人就取得了其不应获得的利益。^[311]

一、租赁物价值的部分返还

本条实际上赋予承租人以清算义务。根据本条第1款的规定，租赁物价值的部分返还应满足以下条件。

第一，当事人约定租赁期限届满租赁物归承租人所有。当事人已经作出了特别约定，租赁期限届满后排除了出租人的所有权。此时，考虑到期满后要将所有权移转给承租人，租金通常较高，才有可能发生租赁物的残值如何处理的问题。如租赁物归出租人所有，则没有设立这一规则的必要。值得注意的是，即使当事人约定租赁期限届满租赁物归出租人所有，如租金构成在排除租赁物残余价值之后仍然符合《民法典》第746条的规定的，只要满足其他要件，出租人仍然负有清算义务。此际，应对本条进行扩张解释。

第二，承租人已经支付了大部分租金。本条所指的“大部分租金”，是超过全部租金的50%，只有超过50%，才可能出现严重的不公平的现象。如果仅仅支付了很少一部分的租金，从租赁物的整体价值上来看影响非常小，没有必要适用该条文的规定，可以直接适用第752条之规定，要求承租人承担违约责任。

第三，承租人必须是无能力支付租金，出租人因此解除合同。如承租人并非无力支付租金，而仅为不愿意支付租金，则无保护之必要，也没有必要填补他们的损失，可以直接根据第752条的规定，承担违约责任。

第四，收回的租赁物的价值超过承租人所负的债务。这一要件是本条的核心。因为只有在租赁物价值超过承租人所欠租金的情况下，承租人的付出大于其所获得，这与民法中权利义务对等的原则不相符合，有必要对这样无辜的承租人进行保护。这实际上是不当得利返还制度的具体化。^[312]

二、租赁物价值的合理补偿

本条第2款规定：“当事人约定租赁期限届满租赁物归出租人所有，因租赁物毁损、灭失或者附合、混合于他物致使承租人不能返还的，出租人有权请求承租人给予合理补偿。”当事人约定租赁期限届满租赁物归出租人所有的，租赁期限届满后，承租人应将租赁物返还予出租人，但如发生租赁物毁损、灭失或者附合、混合于他物致使承租人不能返还的情形，出租人可以请求承租人对租赁物的残值给予合理补偿。此种法律后果，既然使用“补偿”一语，在性质上就不属于损害赔偿，也不要求过错作为其成立要件。^[313]对于可归责于承租人的原因导致租赁物无法返还的情形，出租人自可向承租人主张违约损害赔偿，不适用本条第2款。

当事人约定租赁期限届满，承租人仅需向出租人支付象征性价款的，视为约定的租金义务履行完毕后租赁物的所有权归承租人。

本条主旨

本条是关于约定名义对价留购时租赁物的归属的规定。

相关条文

本条为新增。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第551条 当事人约定租赁期间届满，承租人仅需向出租人支付象征性价款的，视为约定的租金义务履行完毕后租赁物归承租人所有。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第551条 当事人约定租赁期间届满，承租人仅需向出租人支付象征性价款的，视为约定的租金义务履行完毕后租赁物的所有权归承租人。

《民法典（草案）》（2019年12月）第759条 当事人约定租赁期间届满，承租人仅需向出租人支付象征性价款的，视为约定的租金义务履行完毕后租赁物的所有权归承租人。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第759条 当事人约定租赁期限届满，承租人仅需向出租人支付象征性价款的，视为约定的租金义务履行完毕后租赁物的所有权归承租人。

理解与适用

融资租赁合同期限届满后，当事人一般采用“退租、续租、留购”等方法来确定所有权的归属。其中，退租是指在融资租赁合同期限届满后，承租人将租赁物返还给出租人；续租是指在租赁期限届满以后，承租人可以与出租人协商，以确定是否延长租赁期限；留购是指承租人与出租人协商通过支付一定价款的方式以取得租赁物的所有权。从实践来看，承租人往往支付名义性的价款，就可以获得租赁物的所有权。^[314]融资租赁合同约定承租人可以在租赁期间届满后支付象征性价款留购租赁物，是为了确保合同约定内容有效成立，而非赋予承租人选择权。在约定象征性留购价款的融资租赁合同中，双方订立合同时事实上已对租赁期间届满后租赁物的归属达成了共识，即这

种情形下应确认双方明确约定了租赁期间届满后租赁物归属于承租人。^[315]

融资租赁合同中就租赁期限届满后租赁物的归属作出明确约定，如约定归出租人或承租人所有。实践中还有一种特殊约定，即租赁期限届满后承租人可以支付一定的价款留购租赁物，也可以选择不支付价款而放弃租赁物。

此类约定情形将是否取得租赁物所有权的选择权赋予了承租人，且行使选择权的时间点为租赁期限届满之时，即融资租赁合同订立时以及合同履行期间均无法确定租赁期限届满后租赁物的归属。在解释上，这种情形应当属于当事人对租赁物归属约定不明确。依据《民法典》第757条之规定，“出租人和承租人可以约定租赁期限届满租赁物的归属；对租赁物的归属没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，租赁物的所有权归出租人。”此际，如承租人未行使选择权，则租赁物的所有权归出租人。

例外情形是，如融资租赁合同约定租赁期限届满后承租人可以支付象征性价款留购租赁物，例如1元钱。这类约定在融资租赁合同中十分常见，“承租人支付象征性价款亦是承租人与出租人对租赁物归属的一种通常安排”^[316]，其根源在于英美法系的对价制度，即约定象征性对价是为了确保合同条款得以有效成立，而非赋予承租人选择权。可以认为，在约定象征性留购价款的融资租赁合同中，双方订立合同时对租赁期限届满后租赁物的归属已经达成了一致意见。遵从当事人真实意思，应确认这种情形下双方明确约定了租赁期限届满后租赁物归属于承租人。一旦约定的租金义务履行完毕，即可确认租赁物的所有权归属于承租人。

裁判中即有观点认为，“融资租赁合同，约定租赁期间届满后承租人可以支付一定的价款留购租赁物，即是将租赁物所有权的选择权利留给了承租人，而且行使选择权利的时间点应为租赁期间届满之时，该约定应当属于当事人对租赁物归属约定不明的情形，当事人对租赁物归属约定不明确的，租赁物的所有权归出租人。但上述情形，存在例外，即合同中约定有租赁期间届满后承租人可以支付象征性价款留购租赁物的条款的，实际上，出租方在计算租金时即已将期满后租赁物的残值计入，租金相对较高，可以视为双方订立合同时对租赁期间届满后租赁物的归属已经达成共识，应确认这种情形下双方明确约定了租赁期间届满后租赁物归承租人所有，本案双方约定的1 000元留购价，相对于原价值300多万元的租赁物租赁三年期满后的残值，即是象征性留购价，因此，原告提出的租赁物的所有权应归原告所有，相应的残值也应归原告所有的主张，本院不予支持。”^[317]

第七百六十条

融资租赁合同无效，当事人就该情形下租赁物的归属有约定的，按照其约定；没有约定或者约定不明确的，租赁物应当返还出租人。但是，因承租人原因致使合同无效，出租人不请求返还或者返还后会显著降低租赁物效用的，租赁物的所有权归承租人，由承租人给予出租人合理补偿。

本条主旨

本条是关于融资租赁合同无效时租赁物的归属的规定。

相关条文

《融资租赁解释》第4条 融资租赁合同被认定无效，当事人就合同无效情形下租赁物归属有约定的，从其约定；未约定或者约定不明，且当事人协商不成的，租赁物应当返还出租人。但因承租人原因导致合同无效，出租人不要求返还租赁物，或者租赁物正在使用，返还出租人后会显著降低租赁物价值和效用的，人民法院可以判决租赁物所有权归承租人，并根据合同履行情况和租金支付情况，由承租人就租赁物进行折价补偿。

《民法典各分编（草案）》（2018年8月）第552条 融资租赁合同无效，当事人就合同无效情形下租赁物的归属有约定的，依照其约定；没有约定或者约定不明确的，租赁物应当返还出租人。但是因承租人原因致使合同无效，出租人不要求返还租赁物或者返还出租人后会显著降低租赁物效用的，租赁物归承租人所有，并由承租人给予出租人合理补偿。

《民法典合同编（草案）（二审稿）》（2018年12月）第552条 融资租赁合同无效，当事人就合同无效情形下租赁物的归属有约定的，按照其约定；没有约定或者约定不明确的，租赁物应当返还出租人。但是因承租人原因致使合同无效，出租人不要求返还租赁物或者返还出租人后会显著降低租赁物效用的，租赁物的所有权归承租人，并由承租人给予出租人合理补偿。

《民法典（草案）》（2019年12月）第760条 融资租赁合同无效，当事人就该情形下租赁物的归属有约定的，按照其约定；没有约定或者约定不明确的，租赁物应当返还出租人。但是，因承租人原因

致使合同无效，出租人不请求返还或者返还后会显著降低租赁物效用的，租赁物的所有权归承租人，由承租人给予出租人合理补偿。

《民法典（草案）》（2020年5月22日大会审议稿）第760条融资租赁合同无效，当事人就该情形下租赁物的归属有约定的，按照其约定；没有约定或者约定不明确的，租赁物应当返还出租人。但是，因承租人原因致使合同无效，出租人不请求返还或者返还后会显著降低租赁物效用的，租赁物的所有权归承租人，由承租人给予出租人合理补偿。

理解与适用

通常情况下，合同被认定无效之后，依据《民法典》第157条的规定，租赁物应返还予出租人。但由于融资租赁合同具有特殊性，合同无效时租赁物的归属问题，尚须综合考量合同无效的原因以及租赁物价值与使用价值的发挥。^[318]融资租赁合同无效，当事人就该情形下租赁物的归属有约定的，按照其约定；没有约定或者约定不明确的，租赁物应当返还出租人。但是，因承租人原因致使合同无效，出租人不请求返还或者返还后会显著降低租赁物效用的，租赁物的所有权归承租人，由承租人给予出租人合理补偿。

本章对于融资租赁合同的无效事由并未作出特别规定。有关融资租赁合同的效力判断，主要适用《民法典》总则编民事法律行为章的规定，如第153条关于“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。违背公序良俗的民事法律行为无效”的规定；第154条关于“行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效”的规定。

根据本条的规定，在融资租赁合同无效之时，租赁物的最终归属有以下几种情形。

第一，当事人就合同无效情形下租赁物归属有约定的，从其约定。对当事人在事前事后对合同无效后租赁物的归属问题的合意不进行干涉，积极鼓励当事人自行决定租赁物的归属。融资租赁实践中，当事人多就租赁期限届满后租赁物的归属作了约定，而鲜有就融资租赁合同无效时租赁物的归属作出约定的。有观点认为，合同无效及其后果系法定的，将其归属于当事人的约定有所不妥。依据《民法典》第507条规定的精神，合同中关于争议解决方法的条款具有相对的独立性，不因合同不生效、无效、被撤销以及终止而导致效力上的变化。在实务中，租赁物对于承租人的经营使用的影响往往要大于对出

租人的，仅仅依照《民法典》第157条的规定判定租赁物的归属过于死板，也不利于保障意思自治、交易迅捷安全。据此，即使当事人双方约定的归属结果不符合《民法典》第157条所规定的租赁物归属于出租人的规定，也不应当认定为是对第157条的违反；相反，第157条还规定标的物不能返还或没有必要返还的，应当折价补偿。当事人就租赁物归属问题达成一致意见后，如将租赁物归属于承租人后，则承租人应当向出租人进行折价补偿，同样也符合第157条的规定。

第二，当事人就合同无效情形下租赁物归属没有约定或者约定不明的，租赁物应当返还出租人。这一规定与《民法典》第157条相一致。该条规定：“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律另有规定的，依照其规定。”

第三，因承租人原因致使合同无效，出租人不请求返还或者返还后会显著降低租赁物效用的，租赁物的所有权归承租人，由承租人给予出租人合理补偿。在融资租赁合同中，出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择而购买租赁物，获得租赁物的所有权，将该租赁物出租给承租人，而承租人则定期向出租人以支付租金的形式获得租赁物的使用权，同时也获得了融资。通常情况下，仅仅依靠承租人本身是不可能获得该租赁物的使用权的。因此，从上述关系中可以看出，出租人需要的是租赁物的担保功能，倚仗其对于租赁物的所有权向承租人受领租金，对于租赁物的实质使用权能则并不关注；相反，承租人需要的是租赁物的使用权能。因此，当融资租赁合同无效的原因可归责于承租人时，承租人将租赁物返还给出租人，出租人认为其租赁物的担保功能丧失，也就是认为租赁物对其意义不大，不愿意接受租赁物时，可以按照照顾无过错方的原则，将租赁物归属于承租人，使其继续进行经营生产活动，并对出租人进行折价补偿。此外，从充分利用租赁物效能的角度出发，租赁物在承租人手中能够发挥最大的效能，进行经营生产，促进经济的发展，此时将租赁物归其所有也符合市场规律的发展。^[319]

在解释上，本条规定也类推适用于融资租赁合同被撤销的情形。

注释：

[1]本章的文献和案例整理得到了中国人民大学法学院曾紫钰、何金英、李淑娟、陈睿凝等同学的协助，特此致谢。

[2]《国际融资租赁公约》全称为《国际统一私法协会国际融资租赁公约》，1988年5月28日签订于加拿大渥太华。Unidroit Convention on International Financial Leasing (Ottawa, 28 May 1988)。该公约没有官方作准的中文文本，由高圣平重译。翻译过程中参考了在翻译过程中参考了裘企阳、沈根荣、谢修如（张月姣校对）的译本，谨致谢忱。

[3]因“financial leasing”词中含有“financial”之故。

[4]参见全国人大常委会法制工作委员会（胡康生主编）编著：《中华人民共和国合同法释义》（第三版），北京，法律出版社2013年版，第384页。

[5]参见高圣平、乐沸涛：《融资租赁登记与取回权》，北京，当代中国出版社2007年版，第8页。

[6]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第349页。

[7]参见李鲁阳主编：《融资租赁若干问题研究和借鉴》，北京，当代中国出版社2007年版，第22页。

[8]See Peter Breslaner, “Finance Lease, Hell or High Water Clause, and Third Party Beneficiary Theory in Article 2A of the Uniform Commercial Code”, 77 *Cornell Law Review* 318 (1992).

[9]See Unidroit Secretariat, *Explanatory Report on the Draft Convention on International Financial Leasing*, Study LIX-D.48, October 1987, p.45.

[10]参见王轶：《租赁合同、融资租赁合同》，北京，法律出版社1999年版，第134页。

[11]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第349页。

[12]参见“成都义武建筑机械租赁服务中心与彭四军、西继迅达（许昌）电梯有限公司融资租赁合同纠纷再审案”，湖南省衡阳市中级人民法院（2016）湘04民再7号民事判决书。

[13]“谢亮新与福建小松工程机械有限公司融资租赁合同纠纷再审案”，福建省高级人民法院（2015）闽民申字第864号民事裁定书。

[14]以下学说参见吴启宾：《租赁之理论与实务》，我国台湾地区司法周刊杂志社1992年版，第237-241页。

[15]我国台湾学者称之为“金融消费借贷说”。依我国台湾地区“民法”第474条第1

项规定：“称消费借贷者，让当事人一方移转或其他代替物之所有权于他方，而约定他方以种类、品质、数量相同之物返还之契约。”

[16]我国台湾学者称之为“物之消费借贷说”。

[17]《美国统一商法典》第2A-103条（1）（g）规定：“‘融资租赁’指这样一种租赁，就该租赁而言：（i）出租人不选择、制造或者提供（租赁）标的物；（ii）承租人因租赁而取得标的物或者标的物的占有权和使用权；（iii）以下情形之一出现：（A）承租人在签署租赁合同之前收到出租人据此取得标的物或标的物的占有权和使用权的合同的副本；（B）承租人批准出租人据此取得标的物或者标的物的占有权和使用权的合同系租赁合同生效之条件；（C）承租人签署租赁合同之前收到一份指明由租赁物的供货人根据出租人据此获得租赁物或租赁物的占有权和使用权的合同或者作为合同之部分而向出租人提供的允诺和担保以及对担保的否认，对救济或违约金的限制或变更（包括第三人，如租赁物的制造人，所作之同类意思表示）的准确而完整的声明；或者（D）如果租赁非为消费租赁，则出租人在承租人签署租赁合同之前书面告知承租人（a）租赁物供应人的身份，但承租人选择此人并指示出租人取得租赁物或租赁物的占有权和使用权的除外，（b）依据本编承租人有权享有由供货人根据出租人据此取得租赁物或者租赁物的占有权和使用权的合同或者作为合同之部分而向出租人提供的允诺和担保，包括第三人的允诺和担保，（c）承租人可以与出租人的供货人联系，并且可以接收关于那些允诺和担保（包括对允诺和担保或救济的任何否认及限制）的准确而完整的声明。”

[18]“financial statement”，又译担保声明书。

[19]See Coogan, “Leasing and the Uniform Commercial Code”, in Ian Shrank & Arnold G. Gough, Jr (eds), *Equipment Leasing-Leveraged Leasing*, 2d, edn, New York: Practising Law Institute, 1980, pp.744-746.

[20]参见游进发：《附条件买卖之基本结构》，载《物权法之新思与新为——陈荣隆教授六秩华诞祝寿论文集》，台北，瑞兴图书股份有限公司2016年版，第410页。

[21]参见“福建省第二公路工程有限公司诉平安国际融资租赁有限公司融资租赁合同纠纷上诉案”，上海市第一中级人民法院（2017）沪01民终4134号民事判决书。

[22]参见李中华：《融资租赁运作实务与法律风险防范》，北京，法律出版社2012年版，第122页。

[23]“中国青旅实业发展有限责任公司、锦银金融租赁有限责任公司融资租赁合同纠纷上诉案”，最高人民法院（2019）民终222号民事判决书。

[24]参见最高人民法院编著：《司法解释理解与适用全集·合同卷2》，北京，人民法院出版社2018年版，第1092-1094页。

[25]“工银金融租赁有限公司、铜陵大江投资控股有限公司融资租赁合同再审案”，最高人民法院（2018）民再373号民事判决书。

[26]参见刘冬平、虞臣伟：《融资租赁合同中租金组成的法律分析》，载《中国市场》2012年第9期。

[27]See Unidroit Secretariat, *Explanatory Report on the Draft Convention on International Financial Leasing*, Study LIX-D.48, October 1987, p.46.

[28]参见全国人大常委会法制工作委员会（胡康生主编）编著：《中华人民共和国合同法释义》（第三版），北京，法律出版社2013年版，第384页。

[29]See Barkley Clark, Barbara Clark, *The Law of Secured Transactions Under the Uniform Commercial Code*, V1, Washington D.C.: A.S. Pratt, 2011, pp.1-55.

[30]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第346-348页。

[31]参见何志：《合同法分则判解研究与适用》，北京，人民法院出版社2002年版，第274页。

[32]参见高圣平、王思源：《论融资租赁交易的法律构造》，载《法律科学（西北政法大學學報）》2013年第1期。

[33]参见全国人大常委会法制工作委员会（胡康生主编）编著：《中华人民共和国合同法释义》（第三版），北京，法律出版社2013年版，第384页。

[34]黄建中：《合同法分则重点疑点难点问题判解研究》，北京，人民法院出版社2006年版，第294页。

[35]陈小君主编：《合同法学》，北京，高等教育出版社2004年版，第329页。

[36]崔建远主编：《合同法》，北京，法律出版社2008年版，第419页。

[37]许忠信：《从国际金融法之观点论融资性租赁立法规范之必要性》，载《月旦法学杂志》2003年第4期，第84-95页。

[38]美国法学会、美国统一法委员会编著：《美国统一商法典及其正式评述》（第一卷），孙新强译，北京，中国人民大学出版社2004年版，第256页。

[39]参见全国人大常委会法制工作委员会（胡康生主编）编著：《中华人民共和国合同法释义》（第三版），北京，法律出版社2013年版，第384页。

[40]《移动设备国际利益公约》第2条第2款，另参见Roy Goode, *Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol There to on Matters Specific to*

Aircraft Equipment : Official Commentary , Revised edition , Rome : UNIDROIT , 2008 , pp.13 , 169.

[41]See Unidroit Model Law on Leasing (13 November 2008) , Chapter 1 , Art.2 , and Chapter 2.

[42]See Unidroit Model Law on Leasing (13 November 2008) , Chapter 1 , Art.2 , and Chapter 2.

[43]“新疆昆仑路港工程公司等与吴娜等融资租赁合同纠纷上诉案”，北京市高级人民法院（2017）京民终334号民事判决书。

[44]参见李鲁阳主编：《融资租赁若干问题研究与借鉴》，北京，当代中国出版社2007年版，第95页。

[45]参见李鲁阳主编：《融资租赁若干问题研究与借鉴》，北京，当代中国出版社2007年版，第238页。

[46]《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》“一、全面深化改革的重大意义和指导思想”之（2）。

[47]《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》“二、坚持和完善基本经济制度”之（12）“完善金融市场体系”。

[48]“惠州市帝景房地产开发有限公司、惠州市帝景集团有限公司合同纠纷上诉案”，最高人民法院（2018）民终467号民事裁定书。

[49]该条规定：“出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利；但是，房屋按份共有人行使优先购买权或者出租人将房屋出卖给近亲属的除外。”

[50]该条规定：“承租人在房屋租赁期限内死亡的，与其生前共同居住的人或者共同经营人可以按照原租赁合同租赁该房屋。”

[51]《财政部、国家税务总局关于房产税城镇土地使用税有关问题的通知》（财税〔2009〕128号）在第3条“关于融资租赁房产的房产税问题”中指出：“融资租赁的房产，由承租人自融资租赁合同约定开始日的次月起依照房产余值缴纳房产税。合同未约定开始日的，由承租人自合同签订的次月起依照房产余值缴纳房产税。”《国家税务总局关于从事房地产开发的外商投资企业售后回租业务所得税处理问题的批复（国税函〔2007〕603号）》（已废止）规定：“从事房地产开发经营的外商投资企业以销售方式转让其生产、开发的房屋、建筑物等不动产，又通过租赁方式从买受人回租该资产，企业无论采取何种租赁方式，均应将售后回租业务分解为销售和租赁两项业务分别进行税务处理。企业销售或转让有关不动产所有权的收入与该被转让的不动产所有权相关的成本、费用的差额，应作为业务发生当期的损益，计入当期应纳税所得额。”

[52]其第6条规定：“本办法所称租赁财产包括：（一）生产设备、通信设备、医疗设备、科研设备、检验检测设备、工程机械设备、办公设备等各类动产；（二）飞机、汽车、船舶等各类交通工具；（三）本条（一）、（二）项所述动产和交通工具附带的软件、技术等无形资产，但附带的无形资产价值不得超过租赁财产价值的二分之一。”

[53]参见李鲁阳主编：《融资租赁若干问题研究与借鉴》，北京，当代中国出版社2007年版，第231-351页。

[54]《俄罗斯联邦融资租赁法》第3条第1款规定：“任何可以用于经营活动的非消耗物，包括公司和其他资产、建筑物、在建物、设备、交通工具和其他不动产和动产，都可以作为租赁物”。第2款规定：“土地和其他自然遗产以及根据联邦法律禁止自由流通或限制流通的物不得作为租赁物。”《哈萨克斯坦共和国融资租赁法》第4条规定：“租赁对象可以是房屋、建筑物、机器、设备、用具、土地和其他未损物品。”《乌兹别克斯坦共和国租赁法》第3条规定：“租赁资产可以是任何的非消耗物，包括企业、不动产、建筑、构件、设备、交通设施和其他用于经营活动的动产和不动产。”《韩国租赁业务条例》第7条之2规定：“租赁物件等的范围……c.不动产与a、b物件直接相关的财产”。参见李鲁阳主编：《融资租赁若干问题研究与借鉴》，北京，当代中国出版社2007年版，第231-351页。

[55]Unidroit Secretariat, *UNIDROIT Model Law on Leasing Official Commentary*, Unidroit 2010 Study LIXA-Doc.24.p.5.

[56]原文是：“Asset means all property used in the craft, trade or business of the lessee, including immovables, capital assets, equipment, future assets, specially manufactured assets, plants and living and unborn animals.”

[57]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第350页。

[58]参见高圣平：《基础设施融资租赁交易：现实与法律困境》，载《中外法学》2014年第3期。

[59]参见肖学治：《融资租赁合同》，北京，中国民主法制出版社2003年版，第77页。

[60]参见李鲁阳主编：《融资租赁若干问题研究和借鉴》，北京，当代中国出版社2007年版，第400页。

[61]参见《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案例指导》编写组编著：《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案例指导-融资租赁合同卷》，北京，人民法制出版社2016年版，第17页。

[62]参见梁慧星：《融资租赁若干法律问题》，载《法学研究》1993年第1期。

[63]参见秦国勇：《融资租赁法律实务》，北京，法律出版社2017年版，第164-174页。

[64]参见王家福、梁慧星主编：《民法债权》，北京，法律出版社2008年版，第110-115页。

[65]参见“德州市陵城区人民政府、德州市陵城区国土资源局融资租赁合同上诉案”，最高人民法院（2016）民终480号民事判决书。

[66]参见吴智永、徐劲草：《融资租赁案件中名实不符的表现形态及法律分析》，载《人民司法（应用）》2017年第17期。

[67]参见《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案例指导》编写组编著：《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案例指导·融资租赁合同卷》，北京，人民法制出版社2016年版，第17页。

[68]本章作者曾对此提出质疑，参见高圣平、王思源：《论融资租赁交易的法律构造》，载《法律科学》2013年第1期。不过，这一交易结构模式仍是目前分析相关问题时的起点，以下也由此而展开。

[69]参见王轶：《租赁合同、融资租赁合同》，北京，法律出版社1999年版，第129页；高圣平、王思源：《论融资租赁交易的法律构造》，载《法律科学》2013年第1期。

[70]参见谢在全：《民法物权论》（修订五版），北京，中国政法大学出版社2011年版，第11页；王泽鉴：《民法物权》，北京，北京大学出版社2010年版，第41页。

[71]参见谢在全：《民法物权论》（修订五版），北京，中国政法大学出版社2011年版，第12页。

[72]参见王利明：《物权法研究（上卷）》（第四版），北京，中国人民大学出版社2018年版，第282页；梁慧星、陈华彬：《物权法》，北京，法律出版社2007年版，第85页；崔建远：《物权法》，北京，中国人民大学出版社2011年版，第62-63页。

[73]参见“中国外贸金融租赁有限公司与浙江经发实业集团有限公司等融资租赁合同纠纷案”，北京市第一中级人民法院（2013）一中民初字第5657号民事判决书。

[74]参见崔建远主编：《合同法》（第五版），北京，法律出版社2010年版，第20页。

[75]参见谢怀栻等：《合同法原理》，北京，法律出版社2000年版，第422-423页。

[76]参见魏耀荣等：《中华人民共和国合同法释论（分则）》，北京，中国法制出版社2000年版，第245页。

[77]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第369页。

[78]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第364页。

[79]参见王利明主编：《合同法评论》（第2辑），北京，人民法院出版社2004年版，第108页。

[80]参见李开国：《民法总则研究》，北京，法律出版社2003年版，第242页；韩世远：《合同法总论》，北京，法律出版社2004年版，第134页；江平主编：《中华人民共和国合同法精解》，北京，中国政法大学出版社1999年版，第28页。

[81]德国学者库鲁格（Klug）指出，某一法律规定可否作反对解释，应视其构成要件与其法律效果间之“行文”，即其相互间之逻辑关系加以决定。设将法律要件称为M，法律效果称为P，条文结构即为M—P。此条文结构在逻辑上分有如下三种：一为外延的包含，即有M就有P，M仅为P的充分条件，故有P未必有M。此种情形不得为反对解释。二为内涵的包含，即无M即无P，M为P的必要条件，故有P必有M。三为相互的包含，即有M即有P，无M即无P，M、P两相重叠。在后两种情形，均得为反对解释。参见杨仁寿：《法学方法论》，北京，中国政法大学出版社1999年版，第114-120页。

[82]参见王洪：《合同形式欠缺与履行治愈论》，载《现代法学》2005年第3期。

[83]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第364页。

[84]参见李克武：《关于融资租赁合同几个问题的探讨》，载《华中师范大学学报（哲社版）》1995年第3期。

[85]参见徐维熔、王忆华、王成芝：《租赁会计与实务》，北京，中信出版社1990年版，第150页。

[86]参见全国人大常委会法制工作委员会（胡康生主编）编著：《中华人民共和国合同法释义》（第三版），北京，法律出版社2013年版，第386页。

[87]参见梁慧星：《融资性租赁若干法律问题》，载《法学研究》1993年第2期。

[88]参见俞宏雷、王立新：《融资租赁与借款合同之比较研究》，载《中外法

学》1996年第2期。

[89]参见马强：《合同法总则》，北京，法律出版社2007年版，第58页。

[90]参见梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿附理由·总则编》，北京，法律出版社2004年版，第148页。

[91]梅夏英、邹启钊：《法律规避行为：以合法形式掩盖非法目的——解释与平息》，载《中国社会科学院研究生院学报》2013年第4期。

[92]参见王利明、房绍坤、王轶：《合同法》，北京，中国人民大学出版社2007年版，第170页。

[93]参见黄薇（全国人大常委会法制工作委员会民法室主任）主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第858页。

[94]参见王泽鉴：《民法总则》，北京，北京大学出版社2009年版，第285页。

[95]参见曾大鹏：《〈民法总则〉“通谋虚伪表示”第一案的法理研判》，载《法学》2018年第9期。

[96]黄恩霖、马泽鑫：《论〈民法典〉第七百三十七条的理解与适用——〈民法典〉对融资租赁业务的影响系列文章（之一）》，载微信公众号陆家嘴金租局，最后访问时间：2020年6月18日。

[97]有学者认为，通谋虚伪表示仅指虚伪行为，其中并未隐藏真实的民事法律行为，而隐藏民事法律行为则是在虚伪行为之中所隐藏的民事法律行为。参见杨立新：《〈民法总则〉规定的虚假民事法律行为的法律适用》，载《法律科学》2018年第1期。但虚与实、假与真之间相互依存、不可或缺，故通说认为通谋虚伪表示也包含了隐藏行为。参见李适时主编：《中华人民共和国民法总则释义》，北京，法律出版社2017年版，第455页；沈德咏主编：《〈中华人民共和国民法总则〉条文理解与适用》下册，北京，人民法院出版社2017年版，第976页；陈甦主编：《民法总则评注》下册，北京，法律出版社2017年版，第1047页。

[98]参见王利明主编：《中华人民共和国民法总则详解》下册，北京，中国法制出版社2017年版，第628-629页。

[99]最高人民法院（2018）民再373号民事判决书。

[100]参见黄薇（全国人大常委会法制工作委员会民法室主任）主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第860页。

[101]参见肖学治：《融资租赁合同》，北京，中国民主法制出版社2003年版，第78页。

[102]参见刘俊臣：《合同成立基本问题研究》，北京，中国工商出版社2003年版，第159页。

[103]参见王利明：《合同法研究（第一卷）》（第三版），北京，中国人民大学出版社2018年版，第537页。

[104]参见许中缘：《未生效合同应作为一种独立的合同效力类型》，载《苏州大学学报（法学版）》2015年第1期。

[105]参见王轶：《民法总则法律行为效力制度立法建议》，载《比较法研究》2016年第2期。

[106]参见孙宪忠：《中国物权法总论》，北京，法律出版社2009年版，第248页。

[107]参见蔡立东：《行政审批与权利转让合同的效力》，载《中国法学》2013年第1期。

[108]参见孙学致、郑倩：《特别要件及其成就前合同效力的新诠释》，载《国家检察官学院学报》2012年第5期。

[109]参见孙学致、韩蕊：《特约生效要件成就前合同的效力——未生效合同概念批判之一》，载《当代法学》2011年第6期。

[110]参见最高人民法院编著：《司法解释理解与适用全集·合同卷2》，北京，人民法院出版社2018年版，第1116-1117页。

[111]参见江必新主编：《融资租赁合同纠纷》，北京，法律出版社2014年版，第39页。

[112]参见江必新主编：《融资租赁合同纠纷》，北京，法律出版社2014年版，第39-40页。

[113]北京市第二中级人民法院（2017）京02民终5631号民事判决书。

[114]参见江必新主编：《融资租赁合同纠纷》，北京，法律出版社2014年版，第41页。

[115]参见李永军、易军：《合同法》，北京，中国法制出版社2009年版，第527页。

[116]参见张懋主编：《合同法条文案例释解》，北京，人民出版社1999年版，第423-424页。

[117]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学

出版社2015年版，第371-372页。

[118]参见肖学治：《融资租赁合同》，北京，中国民主法制出版社2003年版，第91页。

[119]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第372页。

[120]参见“沈阳恒信租赁有限公司与佛山市南海区明晟机械制造有限公司买卖合同纠纷再审案”，最高人民法院（2018）民申145号民事裁定书。

[121]参见黄薇（全国人大常委会法制工作委员会民法室主任）主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第863页。

[122]参见江必新主编：《融资租赁合同纠纷》，北京，法律出版社2014年版，第47页。

[123]参见肖学治：《融资租赁合同》，北京，中国民主法制出版社2003年版，第35页。

[124]参见江必新主编：《融资租赁合同纠纷》，北京，法律出版社2014年版，第46-47页。

[125]参见雷继平、原爽、李志刚：《交易实践与司法回应：融资租赁合同若干法律问题——〈最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释〉解读》，载《法律适用》2014年第4期。

[126]参见秦国勇：《融资租赁法律实务》，北京，法律出版社2011年版，第50页。

[127]需要指出的是，解除买卖合同的标准与解除融资租赁合同的标准不同。参见《融资租赁解释》第11条。

[128]参见江必新主编：《融资租赁合同纠纷》，北京，法律出版社2014年版，第49页。

[129]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第382页。

[130]参见郭明瑞主编：《合同法学》，上海，复旦大学出版社2007年版，第327页。

[131]参见胡晓媛：《融资租赁出租人风险承担及其控制》，载《法学》2011年第1期。

[132]参见最高人民法院编著：《司法解释理解与适用全集·合同卷2》，北京，人民法院出版社2018年版，第1141页；全国人大常委会法制工作委员会（胡康生主编）编著：《中华人民共和国合同法释义》（第三版），北京，法律出版社2013年版，第389页。

[133]如“贵州詹阳动力重工有限公司、杨成买卖合同纠纷上诉案”，贵州省贵阳市中级人民法院（2019）黔01民终518号民事判决书；“拉赫兰顿融资租赁（中国）有限公司与中国人民解放军第二二四医院融资租赁合同纠纷案”，上海市浦东新区人民法院（2015）浦民六（商）初字第6285号民事判决书；等等。

[134]如“江苏金融租赁股份有限公司与成都市西区医院、四川三友集团股份有限公司、苏美达国际技术贸易有限公司融资租赁合同纠纷上诉案”，江苏省南京市中级人民法院（2018）苏01民终424号民事判决书；“魏县中医医院与中恒国际租赁有限公司融资租赁合同纠纷上诉案”，北京市第二中级人民法院（2018）京02民终8295号民事判决书；等等。

[135]如“陈玉民与北京市三一重机有限公司融资租赁合同纠纷案”，北京市昌平区人民法院（2014）昌民（商）初字第13021号民事判决书。

[136]四川省成都市中级人民法院（2017）川01民终2995号民事裁定书。

[137]参见姬新江、李利：《论融资租赁合同中承租人的索赔权》，载《当代法学》2005年第6期。

[138]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第374页。

[139]参见王轶：《租赁合同、融资租赁合同》，北京，法律出版社1999年版，第149页。

[140]参见郭明瑞主编：《合同法学》，上海，复旦大学出版社2007年版，第325页。

[141]参见史尚宽：《民法总论》，北京，中国政法大学出版社2000年版，第29页。

[142]参见吴勇奇：《索赔权意定转让之否定》，载《海大法律评论》2008年创刊，第429页。相同观点参见王利明：《论合同权利的转让》，载《民商法研究》（第4辑），北京，法律出版社2001年版，第557、546页；江平主编：《中华人民共和国合同法精解》，北京，中国政法大学出版社1999年版，第67-68页；崔建远主编：《合同法》，北京，法律出版社2003年版，第170、173页。

[143]参见最高人民法院编著：《司法解释理解与适用全集·合同卷2》，北京，人民法院出版社2018年版，第1258页。

[144]参见隋彭生：《合同法要义》（第四版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第361页。

[145]参见胡晓媛：《中德融资租赁法律制度比较研究》，北京，中国法制出版社2011年版，第119页。

[146]参见曾大鹏：《融资租赁法制创新的体系化思考》，载《法学》2014年第9期。

[147]参见最高人民法院编著：《司法解释理解与适用全集·合同卷2》，北京，人民法院出版社2018年版，第1157-1158页。

[148]参见“合库金国际租赁有限公司与上海甬佳模具厂融资租赁合同纠纷上诉案”，上海市第一中级人民法院（2016）沪01民终6312号民事判决书。

[149]参见李艳科：《租赁物未交付或交付瑕疵时出租人权利的救济》，<http://www.filong.com/newsitem/277633516>，最后访问时间：2020年1月25日；最高人民法院编著：《司法解释理解与适用全集·合同卷2》，北京，人民法院出版社2018年版，第1145-1146页。

[150]参见宋晓明、刘竹梅、原爽：《〈关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释〉的理解与适用》，载《人民司法》2014年第7期；最高人民法院编著：《司法解释理解与适用全集·合同卷2》，北京，人民法院出版社2018年版，第1147页。

[151]参见王明朗、李立：《深度解读最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》，威科先行专业文章，最后访问时间：2020年1月25日。

[152]参见最高人民法院编著：《司法解释理解与适用全集·合同卷2》，北京，人民法院出版社2018年版，第1146-1147页。

[153]参见“云南山重工程机械有限公司融资租赁合同纠纷申请再审案”，云南省高级人民法院（2014）云高民申字第788号民事裁定书。

[154]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第376页。

[155]参见最高人民法院编著：《司法解释理解与适用全集·合同卷2》，北京，人民法院出版社2018年版，第1259页。

[156]参见道文：《试析合同法上的附随义务》，载《法学》1999年第10期。

[157]参见最高人民法院编著：《司法解释理解与适用全集·合同卷2》，北京，人民法院出版社2018年版，第1260页。

[158]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第374页。

[159]全国人大常委会法制工作委员会（胡康生主编）编著：《中华人民共和国合同法释义》（第三版），北京，法律出版社2013年版，第389页。

[160]参见最高人民法院编著：《司法解释理解与适用全集·合同卷2》，北京，人民法院出版社2018年版，第1260页。

[161]参见最高人民法院编著：《司法解释理解与适用全集·合同卷2》，北京，人民法院出版社2018年版，第1260页。

[162]参见最高人民法院编著：《司法解释理解与适用全集·合同卷2》，北京，人民法院出版社2018年版，第1263页。

[163]参见最高人民法院编著：《司法解释理解与适用全集·合同卷2》，北京，人民法院出版社2018年版，第1259页。

[164]参见朱伯玉、管洪彦：《合同法分则研究》，北京，人民出版社2014年版，第117页。

[165]参见张雄庆：《融资租赁承租人权利及其救济探析》，载《公民与法（法学版）》2013年第1期。

[166]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第375页。

[167]参见全国人大常委会法制工作委员会（胡康生主编）编著：《中华人民共和国合同法释义》（第三版），北京，法律出版社2013年版，第416页。

[168]参见全国人大常委会法制工作委员会（胡康生主编）编著：《中华人民共和国合同法释义》（第三版），北京，法律出版社2013年版，第416页。

[169]参见最高人民法院编著：《司法解释理解与适用全集·合同卷2》，北京，人民法院出版社2018年版，第1272页。

[170]参见《国务院办公厅关于加快融资租赁业发展的指导意见》（国办发〔2015〕68号，2015年8月31日）“三、政策措施”之“（八）建设法治化营商环境”。

[171]See Martin Stanford, “From Ottawa to Cape Town: Unidroit's Role in the Modernisation of the Law Governing Leasing and the Taking of Security”, in Iwan Davies ed., *Security Interests in Mobile Equipment*, Hants, Dartmouth Publishing Company, 2002, p.436.

[172]参见高圣平、王思源：《论融资租赁交易的法律构造》，载《法律科学（西

北政法大学学报)》2013年第1期。

[173]《国务院办公厅关于促进金融租赁行业健康发展的指导意见》(国办发〔2015〕69号,2015年9月8日)之“五、加强基础设施建设,夯实行业发展基础”。

[174]参见谢在全:《担保物权制度的成长与蜕变》,载《法学家》2019年第1期。

[175]各国动产担保法制演进的介绍,参见高圣平:《动产担保交易制度比较研究》,北京,中国人民大学出版社2008年版,第17-68页。

[176]黄薇:《〈民法典物权编草案〉(二审稿)对若干重点问题的回应》,载《中州学刊》2019年第7期。

[177]Duncan Sheehan, “Registration, Re-Characterisation of Quasi-Security and the Nemo Dat Rules”, 7 *Journal of Business Law* 584 (2018), p.585.

[178]参见高圣平:《统一动产融资登记公示制度的建构》,载《环球法律评论》2017年第6期。

[179]United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions*, United Nations, 2010, p.20.

[180]但这一特别规定不无检讨的余地。应收账款保理和应收账款质押本属应收账款融资的两种模式,但《民法典》上采取了不同的立法主义。我国《民法典》上囿于动产质权采公示生效主义的体系强制,包括应收账款质权在内的权利质权,只不过是动产质权的一种特殊形式,同样采取公示生效主义。就竞存的应收账款质权之间,也就准用第414条第1款第1项的规定,即应收账款质权之间按照登记的时间先后确定其优先顺位。在解释上,应收账款质权如未登记即未设立,不与已登记者发生竞存关系。

[181]See Ulrich Drobnig and Ole B. Øger (eds), *Proprietary Security in Movable Assets*, Oxford: Oxford University Press, 2015, p.276.

[182]龙俊:《公示对抗下“一般债权”在比较法中的重大误读》,载《甘肃政法学院学报》2014年第4期。

[183]参见庄加园:《动产抵押的登记对抗原理》,载《法学研究》2018年第5期。

[184]参见王轶:《物权变动论》,北京,中国人民大学出版社2001年版,第132页。

[185]参见梁慧星:《〈物权法司法解释(一)〉解读》,载《法治研究》2017年第1期。

[186]王泽鉴：《民法学说与判例研究：重排合订本》，北京，北京大学出版社2015年版，第1481页。同旨参见最高人民法院民事审判第一庭：《最高人民法院物权法解释（一）理解与适用》，北京，人民法院出版社2016年版，第189页。

[187]参见全国人大常委会法制工作委员会（胡康生主编）编著：《中华人民共和国物权法释义》，北京，法律出版社2007年版，第412页。

[188]参见张双根：《论股权让与的意思主义构成》，载《中外法学》2019年第6期。

[189]参见庄加园：《登记对抗主义的反思与改造：〈物权法〉第24条解析》，载《中国法学》2018年第1期。

[190]See United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions*, United Nations, 2010, pp.339-340.

[191]《民法典》删除了有关动产抵押和权利质押具体登记机构的内容，为建立统一的动产抵押和权利质押登记制度留下空间。参见沈春耀（全国人大宪法和法律委员会副主任委员）：《关于〈民法典各分编（草案）〉的说明——2018年8月27日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第五次会议上》。国务院《优化营商环境条例》第47条第2款规定：“国家推动建立统一的动产和权利担保登记公示系统，逐步实现市场主体在一个平台上办理动产和权利担保登记。纳入统一登记公示系统的动产和权利范围另行规定。”由此可见，统一的动产和权利担保登记制度指日可待。

[192]详细分析，参见高圣平：《民法典动产担保权优先顺位规则的解释论》，载《清华法学》2020年第3期。

[193]参见龙俊：《动产抵押对抗规则研究》，载《法学家》2016年第3期；郭志京：《也论中国物权法上的登记对抗主义》，载《比较法研究》2014年第3期；庄加园：《动产抵押的登记对抗原理》，载《法学研究》2018年第5期。

[194]李文涛、龙翼飞：《“不登记不得对抗第三人”规则中“第三人”范围的界定——以对传统民法形式逻辑的检讨为思路》，载《法学杂志》2012年第8期。

[195]参见王泽鉴：《民法学说与判例研究：重排合订本》，北京，北京大学出版社2015年版，第1481页。

[196]参见王稳：《登记对抗模式下的信赖保护问题研究》，载《江西社会科学》2018年第4期；最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院物权法解释（一）理解与适用》，北京，人民法院出版社2016年版，第189页。

[197]参见于海涌：《法国保全性裁判抵押权制度研究——兼论我国不动产查封制度的完善》，载《清华大学学报（哲学社会科学版）》2006年第3期；刘哲玮：《论民事司法查封的效力》，载《国家检察官学院学报》2019年第4期。

[198]值得注意的是，美国法上明确指出，无担保债权人基于查封、扣押等取得法定担保权的时间，由各州具体规定。See Barkley Clark and Barbara Clark, *The Law of Secured Transactions Under the Uniform Commercial Code*, 3rd ed., New York: LexisNexis, 2017, pp.3-26.

[199]参见李文涛、龙翼飞：《“不登记不得对抗第三人”规则中“第三人”范围的界定——以对传统民法形式逻辑的检讨为思路》，载《法学杂志》2012年第8期；赵忠丽：《论登记对抗规则下第三人范围的确定》，载《研究生法学》2015年第2期。

[200]参见龙俊：《中国物权法上的登记对抗主义》，载《法学研究》2012年第5期。

[201]参见龙俊：《动产抵押对抗规则研究》，载《法学家》2016年第3期；郭志京：《也论中国物权法上的登记对抗主义》，载《比较法研究》2014年第3期；庄加园：《动产抵押的登记对抗原理》，载《法学研究》2018年第5期。

[202]参见刘春堂：《动产担保交易登记之对抗力》，载《物权法之新思与新为——陈荣隆教授八秩华诞祝寿论文集》，台北，瑞兴图书股份有限公司2016年版，第404页。

[203]《物权法解释（一）》第15条第1款即规定：“受让人受让不动产或者动产时，不知道转让人无处分权，且无重大过失的，应当认定受让人为善意。”

[204]参见郭志京：《也论中国物权法上的登记对抗主义》，载《比较法研究》2014年第3期；尹田：《论物权对抗效力规则的立法完善与法律适用》，载《清华法学》2017年第2期。

[205]参见郭志京：《也论中国物权法上的登记对抗主义》，载《比较法研究》2014年第3期。

[206]参见李文涛、龙翼飞：《“不登记不得对抗第三人”规则中“第三人”范围的界定——以对传统民法形式逻辑的检讨为思路》，载《法学杂志》2012年第8期；庄加园：《动产抵押的登记对抗原理》，载《法学研究》2018年第5期。

[207]美国法上的规定，参见William H. Lawrence, William H. Henning and R. Wilson Freyeremuth, *Understanding Secured Transactions*, 5th ed., New Providence, NJ: Matthew Bender & Company, Inc., 2012, pp.229-233。英国法上的态度，参见Hugh Beale, Michael Bridge, Louise Gullifer and Eva Lomnicka, *The Law of Security and Title-Based Financing*, 3rd ed., Oxford: Oxford University Press, 2018, pp.495-496。加拿大法上的观点，参见Ronald C.C. Cuming, Catherine Walsh and Roderick J. Wood, *Personal Property Security Law*, 2nd ed., Toronto, ON: Irwin Law Inc., 2012, p.422。新西兰法上的介绍，参见Linda Widdup, *Personal Property Securities Act: A Conceptual Approach*, 3rd ed.,

Wellington : LexisNexis NZ Limited , 2013 , pp.167-170。澳大利亚法上的规定 , 参见 Jason Harris and Nicholas Mirzai , *Annotated Personal Property Securities Act* , Sydney : CCH Australia Limited , 2011 , pp.224-226。《联合国动产担保立法指南》的观点 , 参见 United Nations Commission on International Trade Law , *UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions* , United Nations , 2010 , p.192。《欧洲示范民法典草案》的意见 , 参见 Study Group on a European Civil Code and Research Group on EC Private Law (Acquis Group) , *Principles , Definitions and Model Rules of European Private Law : Draft Common Frame of Reference , Volume 6*. Munich : Sellier , European Law Publishers GmbH , pp.5553-5554。

[208]《开普敦公约》第29条(对抗利益间的优先权)中规定:“1.已登记的利益优先于在其后登记的任何其他利益和未登记的利益。”“2.前款最先提及的利益的优先权在下列情况下亦得适用:(a)即使最先提及的利益是在实际知道存在其他利益的情况下取得或登记的;和(b)即使是涉及最先提及利益的知情持有人所给付的价金的。”“3.标的物的买方取得的对标的物的利益:(a)不能对抗取得该利益时已登记的利益;和(b)不受未登记利益的影响,即使实际知道存在此种利益。”“4.附条件买方或承租人取得的对标的物的利益或权利:(a)不能对抗在附条件卖方或出租人持有的国际利益登记之前已登记的利益;和(b)不受当时未登记利益的影响,即使实际知道存在该项利益。”本处所引是公约的官方作准中文文本。本条中的“优先权”,实为“优先顺位”。参见[英]罗伊·古德:《国际航空器融资法律实务——移动设备国际利益公约及航空器设备特定问题议定书正式评述》,高圣平译,北京,法律出版社2014年版,第359页。

[209]参见龙俊:《动产抵押对抗规则研究》,载《法学家》2016年第3期。

[210]See Eva-Maria Kieninger and Harry C. Sigman , Introduction , in Eva-Maria Kieninger and Harry C. Sigman (eds.) , *Cross-Border Security over Tangibles* , 2007 , Munich : Sellier , European Law Publishers GmbH , p.40 ; Jolyn Ang Yi Qin , Rationalizing the Cape Town Convention and Aircraft Protocol's First-to-Register Rule and Its Exceptions in the Context of Aviation Finance , 79 *Journal of Air Law and Commerce* 747 (2014) , p.757.

[211]See Harry C. Sigman , Security in Movables in the United States-Uniform Commercial Code Article 9 : A Basis for Comparison , in Eva-Maria Kieninger (ed) , *Security Rights in Movable Property in European Private Law* , New York : Cambridge University Press , 2004 , p.59.

[212]See Jeffrey Wool , The Next Generation of International Aviation Finance Law : An Overview of the Proposed UNIDROIT Convention on International Interests in Mobile Equipment as Applied to Aircraft Equipment , 20 *University of Pennsylvania Journal of International Law* 499 (1999) , p.535.

[213]See Jeffrey Wool, The Next Generation of International Aviation Finance Law : An Overview of the Proposed UNIDROIT Convention on International Interests in Mobile Equipment as Applied to Aircraft Equipment , 20 *University of Pennsylvania Journal of International Law* 499 (1999) , p.535.

[214]See Mark Arundell and F. Scott Wilson , The Need for International Secured Transactions and Leasing Rules for Aircraft Engines through the Proposed UNIDROIT Convention , 23 *Air & Space Law* 283 (1998) , pp.285-286.

[215]See Jeffrey Wool , The Next Generation of International Aviation Finance Law : An Overview of the Proposed UNIDROIT Convention on International Interests in Mobile Equipment as Applied to Aircraft Equipment , 20 *University of Pennsylvania Journal of International Law* 499 (1999) , p.535.

[216]See Eva-Maria Kieninger and Harry C. Sigman , Introduction , in Eva-Maria Kieninger and Harry C. Sigman eds. , *Cross-Border Security over Tangibles* , 2007) , Munich : Sellier , European Law Publishers GmbH , p.42 ; Jolyn Ang Yi Qin , Rationalizing the Cape Town Convention and Aircraft Protocol's First-to-Register Rule and Its Exceptions in the Context of Aviation Finance , 79 *Journal of Air Law and Commerce* 747 (2014) , p.757.

[217]参见高圣平、王思源：《论融资租赁交易的法律构造》，载《法律科学（西北政法大學學報）》2013年第1期。

[218]参见最高人民法院民事审判第二庭编著：《最高人民法院关于融资租赁合同司法解释的理解与适用》，北京，人民法院出版社2014年版，第155页。

[219]参见高圣平、秦鑫：《应收账款出质登记制度研究》，载《烟台大学学报（社会科学版）》2009年第2期。

[220]参见高圣平：《动产抵押登记的法理——以〈动产抵押登记办法〉的修改为中心》，载《法学》2016年第2期。

[221]参见王轶：《租赁合同、融资租赁合同》，北京，法律出版社1999年版，第144页。

[222]参见黄薇（全国人大常委会法制工作委员会民法室主任）主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第874页。

[223]参见全国人大常委会法制工作委员会（胡康生主编）编著：《中华人民共和国合同法释义》（第三版），北京，法律出版社2013年版，第393-394页。

[224]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第368页。

[225]参见崔建远：《合同法学》，北京，法律出版社2015年版，第389页。

[226]“深圳市润泽工程机械有限公司、江苏公信资产经营管理有限公司融资租赁合同纠纷再审案”，最高人民法院（2017）民申1065号民事裁定书。

[227]“惠普租赁有限公司与山东省泰安市四维制药厂民事纠纷案”，上海市第一中级人民法院（2002）沪一中民四（商）初字第45号民事判决书。

[228]参见李中华：《融资租赁运作实务与法律风险防范》，北京，法律出版社2012年版，第115页。

[229]参见李中华：《融资租赁运作实务与法律风险防范》，北京，法律出版社2012年版，第115页。

[230]参见崔建远：《合同法学》，北京，法律出版社2015年版，第389页；王轶：《租赁合同、融资租赁合同》，北京，法律出版社1999年版，第157页。

[231]参见朱伯玉、管洪彦：《合同法分则研究》，北京，人民出版社2014年版，第119页。

[232]参见袁企阳：《融资租赁理论探讨与实务操作》，北京，中国财政经济出版社2002年版，第19页。

[233]参见最高人民法院编著：《司法解释理解与适用全集·合同卷2》，北京，人民法院出版社2018年版，第1268-1269页。

[234]参见王轶：《租赁合同、融资租赁合同》，北京，法律出版社1999年版，第152页。

[235]参见全国人大常委会法制工作委员会（胡康生主编）编著：《中华人民共和国合同法释义》（第三版），北京，法律出版社2013年版，第394-395页。

[236]参见王轶：《租赁合同、融资租赁合同》，北京，法律出版社1999年版，第152页；全国人大常委会法制工作委员会（胡康生主编）编著：《中华人民共和国合同法释义》（第三版），北京，法律出版社2013年版，第394-395页。

[237]参见胡晓媛：《中德融资租赁法律制度比较研究》，北京，中国法制出版社2011年版，第124-125页。

[238]参见最高人民法院编著：《司法解释理解与适用全集·合同卷2》，北京，人民法院出版社2018年版，第1268-1269页。

[239]参见胡晓媛：《中德融资租赁法律制度比较研究》，北京，中国法制出版社2011年版，第124-125页。

[240]参见宋晓明、刘竹梅、原爽：《〈关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释〉的理解与适用》，载《人民司法》2014年第7期。

[241]参见最高人民法院编著：《司法解释理解与适用全集·合同卷2》，北京，人民法院出版社2018年版，第1271-1272页。

[242]参见最高人民法院编著：《司法解释理解与适用全集·合同卷2》，北京，人民法院出版社2018年版，第1278页。

[243]参见房绍坤、郭明瑞主编：《合同法要义与案例析解（分则）》，北京，中国人民大学出版社2001年版，第255页。

[244]参见《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案件指导》编写组编著：《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案件指导·融资租赁合同卷》，北京，中国法制出版社2016年版，第96、250页。

[245]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第373页。

[246]参见陈稳：《融资租赁实务操作指引：案例解析与风险防控》，北京，中国法制出版社2017年版，第128页。

[247]参见《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案件指导》编写组编著：《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案件指导·融资租赁合同卷》，北京，中国法制出版社2016年版，第97页。

[248]郭明瑞、房绍坤主编：《合同法学》，上海，复旦大学出版社2005年版，第324页。

[249]参见黄薇（全国人大常委会法制工作委员会民法室主任）主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第879页。

[250]参见《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案件指导》编写组编著：《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案件指导·融资租赁合同卷》，北京，中国法制出版社2016年版，第305页。

[251]参见王林清、杨心忠：《金融纠纷裁判思路与裁判规则》，北京，法律出版社2015年版，第211-212页。

[252]参见郭丁铭、罗时贵：《融资租赁实务精解与百案评析》，北京，中国法制出版社2017年版，第258页。

[253]参见白福东、张雅璠：《“锁机”能否成为承租人拒绝支付租金的理由？》，威科先行专业文章，最后访问时间：2020年3月10日。

[254]参见全国人大常委会法制工作委员会（胡康生主编）编著：《中华人民共和国合同法释义》（第三版），北京，法律出版社2013年版，第397页。

[255]参见郭丁铭、罗时贵：《融资租赁实务精解与百案评析》，北京，中国法制出版社2017年版，第214-215页。

[256]参见张桂龙、刘向东：《融资租赁合同》，北京，人民法院出版社2001年版，第200页。

[257]参见《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案件指导》编写组编著：《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案件指导·融资租赁合同卷》，北京，中国法制出版社2016年版，第186页。

[258]参见梁慧星：《融资性租赁若干法律问题》，载《法学研究》1993年第2期。

[259]参见胡晓媛：《中德融资租赁法律制度比较研究》，北京，中国法制出版社2011年版，第102页。

[260]参见《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案件指导》编写组编著：《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案件指导·融资租赁合同卷》，北京，中国法制出版社2016年版，第97-98页。

[261]参见《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案件指导》编写组编著：《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案件指导·融资租赁合同卷》，北京，中国法制出版社2016年版，第98页。

[262]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第381-382页。

[263]参见郑玉敏、韩自强主编：《合同法学》，厦门，厦门大学出版社2012年版，第254页。

[264]参见《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案件指导》编写组编著：《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案件指导·融资租赁合同卷》，北京，中国法制出版社2016年版，第98-99页。

[265]参见李政明、贾泽：《我国融资租赁中保险模式的选择与法律风险初探》，威科先行专业文章，最后访问时间：2019年8月28日。

[266]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第379页。

[267]参见全国人大常委会法制工作委员会（胡康生主编）编著：《中华人民共和国

国合同法释义》（第三版），北京，法律出版社2013年版，第399页。

[268]参见《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案件指导》编写组编著：《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案件指导·融资租赁合同卷》，北京，中国法制出版社2016年版，第190-191页。

[269]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第380-381页。

[270]参见李永军、易军：《合同法》，北京，中国法制出版社2009年版，第489页。

[271]参见《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案件指导》编写组编著：《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案件指导·融资租赁合同卷》，北京，中国法制出版社2016年版，第196-197页。

[272]参见《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案件指导》编写组编著：《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案件指导·融资租赁合同卷》，北京，中国法制出版社2016年版，第100-101页。

[273]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第377页。

[274]参见《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案件指导》编写组编著：《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案件指导·融资租赁合同卷》，北京，中国法制出版社2016年版，第262页。

[275]参见于韞珩：《论合同法风险分配制度的体系建构——以风险负担规则为中心》，载《政治与法律》2016年第4期。

[276]参见唐郢、汤杨程：《论融资租赁合同中的风险负担》，载《昆明学院学报》2016年第5期。

[277]参见邓志伟、张平：《风险负担规则与合同解除制度的竞合》，载《上海政法学院学报》2012年第4期。

[278]参见周江洪：《融资租赁合同解除与风险负担规则并存模式之评析》，载《晋阳学刊》2015年第1期。

[279]参见黄薇（全国人大常委会法制工作委员会民法室主任）主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第894-895页。

[280]参见《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案件指导》编写组编著：《最

高人民法院专家法官阐释疑难问题与案件指导·融资租赁合同卷》，北京，中国法制出版社2016年版，第115页。

[281]参见《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案件指导》编写组编著：《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案件指导·融资租赁合同卷》，北京，中国法制出版社2016年版，第115-116页。

[282]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第376-377页。

[283]参见张懋主编：《合同法条文案例释解》，北京，人民出版社1999年版，第434页。

[284]参见《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案件指导》编写组编著：《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案件指导·融资租赁合同卷》，北京，中国法制出版社2016年版，第353页。

[285]参见全国人大常委会法制工作委员会（胡康生主编）编著：《中华人民共和国合同法释义》（第三版），北京，法律出版社2013年版，第400-401页。

[286]参见《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案件指导》编写组编著：《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案件指导·融资租赁合同卷》，北京，中国法制出版社2016年版，第355页。

[287]参见《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案件指导》编写组编著：《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案件指导·融资租赁合同卷》，北京，中国法制出版社2016年版，第355、445页。

[288]参见《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案件指导》编写组编著：《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案件指导·融资租赁合同卷》，北京，中国法制出版社2016年版，第355页。

[289]参见王利明：《民法总则研究》（第三版），北京，中国人民大学出版社2018年版，第386页。

[290]参见奚晓明主编：《合同案件审判指导》，北京，中国法制出版社2014年版，第723页。

[291]参见王利明：《民法总则研究》（第三版），北京，中国人民大学出版社2018年版，第384-386页。

[292]参见梁慧星：《融资性租赁契约法律性质论》，载《法学研究》1992年第4期。

[293]参见王利明、房绍坤、王轶：《合同法》，北京，中国人民大学出版社2013年版，第428页。

[294]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第386页。

[295]参见《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案例指导》编写组编著：《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案例指导·融资租赁合同卷》，北京，中国法制出版社2016年版，第239-242页。

[296]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第370页。

[297]参见叶名怡：《论事前弃权的效力》，载《中外法学》2018年第2期。

[298]参见黄薇（全国人大常委会法制工作委员会民法室主任）主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第891页。

[299]由于出租人的原因致使买卖合同存在效力瑕疵的情形主要包括：出租人不履行支付价款义务，干预、违背承租人对于租赁物、出卖人的选择等。

[300]参见最高人民法院民事审判第二庭编著：《最高人民法院关于融资租赁合同司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2014年版，第233-235页。

[301]参见韩世远：《合同法总论》（第四版），北京，法律出版社2018年版，第322页。

[302]参见《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案例指导》编写组编著：《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案例指导·融资租赁合同卷》，北京，中国法制出版社2016年版，第101-102页。

[303]“信达金融租赁有限公司与温州市长江能源海运有限公司、浙江长江能源发展有限公司、杨选建船舶融资租赁合同纠纷上诉案”，天津市高级人民法院（2015）津高民四终字第13号民事判决书。同旨参见“梁自龙、青岛金街购物广场投资发展有限公司与华亮建设集团股份有限公司案外人执行异议案”，山东省青岛市中级人民法院（2013）青民一初字第51号民事判决书；“广州银达融资租赁有限公司与福建海容疏浚工程有限公司、王振贤船舶融资租赁合同纠纷案”，广州海事法院（2015）广海法初字第48号民事判决书。

[304]参见《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案例指导》编写组编著：《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案例指导·融资租赁合同卷》，北京，中国法制出版社2016年版，第199-200页。

[305]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学

出版社2015年版，第355页。

[306]参见韩强、孙瑜主编：《融资租赁法律原理与实务》，杭州，浙江大学出版社2017年版，第103-104页。

[307]参见张懋主编：《合同法条文案例释解》，北京，人民出版社1999年版，第436页。

[308]参见《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案例指导》编写组编著：《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案例指导·融资租赁合同卷》，北京，中国法制出版社2016年版，第199-200页。

[309]参见李鲁阳主编：《融资租赁若干问题研究和借鉴》，北京，当代中国出版社2007年版，第49页。

[310]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第395-396页。

[311]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第397页。

[312]参见江必新主编：《融资租赁合同纠纷》，北京，法律出版社2014年版，第25-26页。

[313]参见韩世远：《合同法总论》（第四版），北京，法律出版社2018年版，第322页。

[314]参见王利明：《合同法研究（第三卷）》（第二版），北京，中国人民大学出版社2015年版，第396页。

[315]“左军、胡莲与台新融资租赁（中国）有限公司融资租赁合同纠纷上诉案”，重庆市第一中级人民法院（2016）渝01民终8688号民事判决书。

[316]“兴业金融租赁有限责任公司与山西楼俊集团泰业煤业有限公司、山西联盛能源投资有限公司等融资租赁合同纠纷上诉案”，最高人民法院（2014）民二终字第203号、（2014）民二终字第204号民事判决书。

[317]“一银国际租赁有限公司与镭铭纳光电（合肥）有限公司、赵晴等融资租赁合同纠纷案”，江苏省苏州工业园区人民法院（2018）苏0591民初2683号民事判决书。

[318]参见最高人民法院民事审判第二庭：《最高人民法院关于融资租赁合同司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2014年版，第87页。

[319]参见《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案例指导》编写组编著：《最

高人民法院专家法官阐释疑难问题与案例指导·融资租赁合同卷》，北京，中国法制出版社2016年版，第29-30页。

下卷

第十六章 保理合同

保理合同是应收账款的债权人将应收账款转让给保理人，保理人提供资金支持以及应收账款管理、催收、付款担保等服务的合同。关于是否增设保理合同为典型合同，有的意见认为：保理业务可以为实体企业提供综合性金融服务，特别是可以帮助中小型企业拓宽融资渠道。当前我国保理业务发展迅猛、体量庞大，据国际保理商联合会2018年统计，我国保理业务总量居世界首位，占20.3%。在司法实践中保理合同纠纷亦处于增长态势，亟须立法加以规范。有的意见则认为：虽然保理业务重要，但民法典应当从法理逻辑和法典体系出发，不应仅仅着眼于具体问题的解决。在交易实践和司法实践中，最为急需的规则不是保理合同的特殊规则，而是债权转让的一般规则，而保理所涉及的资金融通、应收账款管理和催收、付款担保等服务均有对应的或者类似的合同类型。因此，无须增设保理合同作为典型合同，而应解决债权转让的一般规则。

民法典最终决定将保理合同增设为典型合同。保理业务作为企业融资的一种手段，在权利义务设置、对外效力等方面具有典型性。对保理合同作出明确规定，提供清晰的交易规则和司法裁判规则（一方面，针对保理合同的特殊问题予以规定；另一方面，补充债权转让的一般性规则），有利于促进保理业务的发展，缓解中小企业融资难、融资贵的问题，也有利于对保理业务进行规范，规制保理业务在当前出现的一些问题，使保理业务能够健康地、有序地发展，进而促进我国实体经济发展。在具体规定中，规定的重点是债权转让一般规则的补充，因保理所涉及的资金融通、应收账款管理和催收、付款担保等均有对应的或者类似的合同类型，足供保理合同参照适用。国际统一私法协会的国际保理公约及俄罗斯、我国澳门等的民商法典的保理合同章均未涉及此方面的法律规范。

本章共9条，对保理合同的概念、内容和形式，虚构应收账款的保理、保理人发出转让通知、保理后变更或者终止基础交易合同、有追索权保理、无追索权保理和多重保理等作了规定。

第七百六十一条

保理合同是应收账款债权人将现有的或者将有的应收账款转让给保理人，保理人提供资金融通、应收账款管理或者催收、应收账款债务人付款担保等服务的合同。

本条主旨

本条是关于保理合同概念的规定。

相关条文

《民法典》第440条 债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质：……（六）现有的以及将有的应收账款……

第545条 债权人可以将债权的全部或者部分转让给第三人，但是有下列情形之一的除外：（一）根据债权性质不得转让；（二）按照当事人约定不得转让；（三）依照法律规定不得转让。

当事人约定非金钱债权不得转让的，不得对抗善意第三人。当事人约定金钱债权不得转让的，不得对抗第三人。

理解与适用

一、保理合同的概念与法律关系

保理合同，是以债权人转让其应收账款为前提，集资金融通、应收账款催收或者管理、付款担保等服务于一体的综合性金融服务合同。^[1]目前在我国，保理区分为银行业保理和商业保理，两者在设立主体、行业准入和监管要求方面存在差异，但在交易结构上并无不同，所涉及的保理合同是相同的。

保理法律关系，涉及保理商与债权人、保理商与债务人之间不同的法律关系。债权人与债务人之间的基础交易合同是成立保理的前提，而债权人与保理商之间的应收账款债权转让则是保理关系的核心。这与单纯的借款合同有显著区别，故不应将保理合同简单视为借款合同。实践中确实有部分保理商与交易相对人虚构基础交易合同，以保理之名行借贷之实。对此，应查明事实，从是否存在基础合同、保理商是否明知虚构基础交易合同、双方当事人之间实际的权利义务

关系等方面审查和确定合同性质。如果确实是名为保理实为借贷的，仍可以按照借款合同确定当事人之间的权利、义务。

二、保理合同必须具备应收账款债权转让的要素

按照本条规定，保理合同必须具备的要素是应收账款债权的转让，没有应收账款的转让就不能构成保理合同。所谓应收账款，是指权利人因提供一定的货物、服务或设施而获得的要求债务人付款的权利，以及依法享有的其他付款请求权，包括现有的和未来的金钱债权，但不包括因票据或其他有价证券而产生的付款请求权，以及法律、行政法规禁止转让的付款请求权。应收账款主要包括下列权利：（1）销售、出租产生的债权，包括销售货物，供应水、电、气、暖，知识产权的许可使用，出租动产或不动产等产生的债权；（2）提供医疗、教育、旅游等服务或劳务产生的债权；（3）能源、交通运输、水利、环境保护、市政工程等基础设施和公用事业项目收益权；（4）提供贷款或其他信用活动产生的债权；（5）其他以合同为基础的具有金钱给付内容的债权。这些应收账款的转让可以是单独转让，也可以是批量集合转让，这取决于当事人之间的约定。应收账款的转让，应当适用《民法典》关于债权转让的一般规则。

现有的应收账款比较容易理解，需要注意的是将有的应收账款。在理论中，将有的应收债权包括两类。一类是已经存在基础法律关系的将有的应收账款，例如基于附生效条件或生效期限的合同、继续性合同所产生的将有的应收账款，债权人自身的给付行为尚未完成但一旦完成即可产生的债权等；另一类是没有基础法律关系的纯粹的将有的应收账款，例如尚未订立合同的买卖、租赁等所产生的债权，即“纯粹的未来债权”。《民法典》第440条第6项规定，现有的以及将有的应收账款都可以被出质。基于同样的考量，本条也承认将有的应收账款的保理。依据《民法典》第467条，没有明文规定的合同，可以参照适用最相类似合同的规定。故本条可扩展适用于所有的债权转让，即将有的债权也可被转让。许多国家和地区的法律、国际性公约或者文件明确规定了将有债权的可转让性，例如《日本民法典》第466条之六、《法国民法典》第1323条第3款、《国际保理公约》第5条第2款、《联合国国际贸易中应收款转让公约》第8条第1款、《国际商事合同通则》第9.1.5条、《欧洲合同法原则》第11：101条、《美国统一商法典》第9-204条（a）等。当然，转让的将有债权应当可以被特定化，此种特定化并非在债权转让合同或者保理合同签订时已经被特定化，而是在将有债权实际产生时能够被识别出为之前订立的债权转让合同或者保理合同所涉及。但需要注意的是，如果自然人转让其全部的将来债权，例如自然人转让其全部的将来劳动报酬债权，可能产生剥夺债权人人生计收入或生存来源的危险。对此可以认

为，自然人因转让全部的将来债权导致实质上丧失经济自由的，该转让行为违背了公序良俗，依据《民法典》第153条第2款，应当无效。

三、保理人须提供资金融通、应收账款管理或者催收、应收账款债务人付款担保等服务

除必须具备的应收账款转让之外，保理合同还需要保理人提供资金融通、应收账款管理或者催收、应收账款债务人付款担保等服务。这同样在国际保理公约、国际保理通则以及保理示范法中都有规定。在我国目前的一些规范例如《中国银行业保理业务规范》《商业银行保理业务暂行管理办法》中，也都有规定。资金融通，是指保理人应债权人的申请，在债权人将应收账款转让给保理人后，为债权人提供的资金融通，包括贷款和应收账款转让预付款。应收账款催收，是指保理人根据应收账款账期，主动或应债权人的要求，采取电话、函件、上门等方式，直至运用法律手段等对债务人进行催收。应收账款管理，又称为销售分户账管理，是指保理人根据债权人的要求，定期或不定期向其提供关于应收账款的回收情况、逾期账款情况、对账单等财务和统计报表，协助其进行应收账款管理。付款担保，是指保理人在与债权人签订保理合同后，为债务人核定信用额度，并在核准额度内，对债权人无商业纠纷的应收账款，提供约定的付款担保。除了这些服务，在保理合同中保理人提供的服务通常还包括资信调查与评估、信用风险控制等其他可被认定为保理性质的金融服务。这些服务均有对应的或者类似的合同类型供参照适用，例如，如果保理人提供应收账款的管理和催收服务，则保理人负有相当于一般委托合同受托人或者信托合同受托人的义务，在管理和催收应收账款时应当尽到注意义务，如应当及时催收诉讼时效期间即将届满的应收账款；如果保理人提供付款担保服务，则提供担保的保理人居于担保人的地位，可参照适用担保的一般规则。^[2]

保理合同必备的要素是应收账款转让，除此之外，构成保理合同，还要保理人提供资金融通、应收账款管理或者催收、应收账款债务人付款担保等服务，但是保理人并非必须提供上述所有各项的服务。对于这些服务，《国际保理公约》第1条第2款第2项要求保理人至少要提供两种，《国际保理通则》第1条仅要求提供一项即可，我国的《商业银行保理业务管理暂行办法》第6条、银行业协会的《中国银行业保理业务规范》第4条以及其他一些司法文件，也仅要求提供一项即可。无论如何，无应收账款转让的，不构成保理合同；但是，仅仅只是规定应收账款转让的，同样不构成保理合同。保理人具体提供哪些服务，取决于保理人和应收账款债权人之间的约定。

第七百六十二条

保理合同的内容一般包括业务类型、服务范围、服务期限、基础交易合同情况、应收账款信息、保理融资款或者服务报酬及其支付方式等条款。

保理合同应当采用书面形式。

本条主旨

本条是关于保理合同之内容和形式的规定

相关条文

无

理解与适用

一、保理合同的内容与类型

本条第1款规定了保理合同中所一般包含的内容。保理合同的内容一般包括业务类型、服务范围、服务期限、基础交易合同情况、应收账款信息、保理融资款或者服务报酬及其支付方式等条款。保理合同的具体内容由保理人和应收账款债权人具体约定。本条第1款是倡导性的规定，是对保理合同通常所包含内容的总结。

（一）有追索权保理和无追索权保理

保理业务按照不同的标准可以被区分为不同的类型。按照保理人在债务人破产、无理拖欠或无法偿付应收账款时是否可以向债权人反转让应收账款，或者要求债权人回购应收账款、归还融资，可以将保理区分为有追索权保理和无追索权保理。

有追索权保理，是指保理人不承担为债务人核定信用额度和提供坏账担保的义务，仅提供包括融资在内的其他金融服务，在应收账款到期无法从债务人处收回时，保理人可以向债权人反转让应收账款，或者要求债权人回购应收账款、归还融资。有追索权保理又称为回购型保理。^[3]

无追索权保理，是指保理人根据债权人提供的债务人核准信用额度，在信用额度内承购债权人对债务人的应收账款并提供坏账担保，在债务人因发生信用风险未按基础合同约定按时足额支付应收账款时，保理人不能向债权人追索。无追索权保理又称为买断型保理。

该分类是保理业务的基础性分类，《民法典》第766条和第767条分别规定了有追索权保理和无追索权保理。

（二）公开型保理和隐蔽型保理

按照是否将应收账款转让的事实通知债务人，可将保理分为公开型保理和隐蔽型保理。公开型保理，是指将应收账款转让的事实通知债务人。通知方式包括但不限于向债务人提交规定格式的通知书、在发票上加注规定格式的转让条款。公开型保理又称明保理。隐蔽型保理，是指保理合同签订后的一定时期内，都未将应收账款转让事实通知债务人，仅在约定期限届满或者约定事由出现后，将应收账款转让事实通知债务人。隐蔽型保理又称暗保理。在暗保理的情形中，即使保理人已预付融资款，正常情况下仍由债权人或以债权人名义继续收取债权，融资款项仅在债权人与保理人之间清算，由债权人将相关付款转付保理人，另以保理人控制收款账户等方式确保保理人对应收账款收益的控制，以为债权人设定违约责任等方式阻遏债权人另行收取债权。暗保理固然存在债务人另行向债权人给付的风险，但同时具有便于应收账款管理与催收、利于维系债权人与债务人的合作关系等优势，故在实践中常有应用。《民法典》第546条第1款并未规定债权转让必须通知债务人，而仅规定了转让通知对债务人的效力，即未通知债务人的，债权转让对债务人不发生效力。该规定不妨碍暗保理的发展。

（三）国际保理与国内保理

按照基础交易的性质和债权人、债务人所在地，保理可分为国际保理和国内保理。债权人和债务人均在境内的，称为国内保理；债权人和债务人中至少有一方在境外的，称为国际保理。国际保理涉及准据法的选择，但如果当事人选择中国法作为准据法，相关实体法应无区别。

（四）反向保理

反向保理是指保理人与规模较大、资信较好的买方达成协议，对于为其供货、位于其供应链上游的中小企业提供保理业务。反向保理不是一种具体产品或者合同名称，而是一种保理营销策略，在大幅度

降低保理人风险的同时，有效缓解了中小企业的融资困难，提高了中小企业的市场开拓能力。具体操作中，保理人首先与资信较好的买方协商，确定由保理人为向买方供货的中小企业提供保理融资，然后保理人与供货的中小企业，或者与供货的中小企业和买方共同签订保理合同。供货的中小企业履行基础交易合同中的供货义务后，向保理人提示买方承兑的票据，保理人立即提供融资，并提供应收账款管理、账款催收等综合性金融服务。票据到期时，买方直接向保理商支付款项。可见，反向保理仅仅在交易流程上具有特色，但在实体法上与通常的保理并无特殊之处。

（五）单保理与双保理、共同保理或者联合保理

按照保理人的数量，保理可分为单保理、双保理、共同保理或者联合保理。双保理涉及两个保理合同，共同保理涉及《民法典》第517条及以下条文规定的多数人之债。

（六）融资保理与非融资保理

按照保理人所提供服务的内容不同，保理可分为融资保理和非融资保理。融资保理，是指保理人提供应收账款融资的保理业务。基于保理商融资款的支付期限融资保理又可分为到期保理和预付保理。非融资保理，是指保理人不向债权人提供应收账款融资，仅提供应收账款管理或者催收、付款担保等服务。该区分涉及当事人无约定时参照适用何种典型合同的规则。

（七）回款保理和间接保理

根据债务人是否直接向保理人支付应收账款，保理可分为直接回款保理和间接回款保理，前者是指债务人直接向保理人支付应收账款的保理业务，后者是指不要求债务人直接向保理人支付应收账款的保理业务。由于保理人风险的不同，间接回款涉及对保理回款专户的监管。

上述分类均不涉及特殊的规则，可以通过现有规则予以解决，因此并非本章立法的重心。

二、基础交易合同

基础交易合同，是指应收账款债权人与债务人签订的据以产生应收账款的有关销售货物、提供服务或出租资产等的交易合同及其全部补充或者修改文件。基础交易合同的存在是保理合同订立的前提，虽然两者有关权利义务的约定存有牵连，但两者并非主从合同关系，而

是相对独立的两个合同。据此，首先，基础交易合同的效力不影响保理合同的效力。其次，保理人以保理合同为依据向基础交易合同债务人主张债权时，如果保理合同中对债权内容也即债务人之债务的约定与基础交易合同中的约定不同，则除债务人同意或者法律另有规定外，保理合同中关于债务人之债务的约定并不能约束债务人。这也是债权转让的一般规则在保理合同中的具体应用。

三、保理合同的形式

本条第2款明确规定了保理合同应当采用书面形式。口头形式没有凭证，容易发生争议，发生争议后，难以取证，不易分清责任，而保理合同较为复杂，出于保护交易安全、避免纠纷的需要，保理合同应当采用书面形式。按照《民法典》第469条第2款和第3款的规定，书面形式是合同书、信件、电报、电传、传真等可以有形地表现所载内容的形式；以电子数据交换、电子邮件等方式能够有形地表现所载内容，并可以随时调取查用的数据电文，视为书面形式。《民法典》第490条第2款同时规定，法律、行政法规规定或者当事人约定合同应当采用书面形式订立，当事人未采用书面形式但是一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。

第七百六十三条

应收账款债权人与债务人虚构应收账款作为转让标的，与保理人订立保理合同的，应收账款债务人不得以应收账款不存在为由对抗保理人，但是保理人明知虚构的除外。

本条主旨

本条是关于保理中虚构应收账款的规定。

相关条文

《民法典》第146条 行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。

以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理。

理解与适用

一、虚构应收账款中的法律关系

应收账款虚假，是保理实践中的突出问题。典型的场景是，在尽职调查过程中，保理人通常会向债务人核实应收账款的真实性，债务人在征询函或其他文书上确认该应收账款真实存在，保理人因而与债权人签订保理合同，事后保理人向债务人主张权利时，债务人以基础交易合同不实或应收账款虚假为由予以抗辩。此时，债权转让合同或者保理合同并非因此当然无效，但保理人有权依法以欺诈为由请求撤销其与债权人之间的合同，同时依据《民法典》第157条的规定，有权请求债权人承担撤销后的返还财产、赔偿损失责任。依据债权人和保理人之间的合同，债权人负有保证所转让债权真实的义务，保理人也有权解除合同并请求债权人承担违约赔偿责任。但是，债务人是否以及如何向保理人承担责任，在实践中争议较大，因此，本条对此予以明确规定。当然，这个问题不仅在保理中存在，在其他债权转让中同样存在。如果在其他债权转让中出现类似的问题，可以参照适用本条予以处理。

针对此种情形，其他国家和地区的法律存在不同的规定方式。一种方式是统一规定通谋虚伪表示不得对抗善意第三人。这当然也适用于本条所针对的情形，例如《奥地利普通民法典》第916条第2款、《日本民法典》第94条第2款、我国台湾地区“民法”第87条第1项等。另一种方式是对本条所针对的情形予以特别规定，例如《德国民法典》第405条规定：“债务人出具关于债务之文书者，如于文书提出时而为债权让与，债务人不得对新债权人主张债之关系之成立或者承认系出于虚伪，或者与原债权人曾有债权不得让与之约定。但新债权人于债权让与时明知或者可得而知其情事者，不在此限。”《瑞士债法》第18条第2款也采取了类似的方式。还有一种方式是受让人（保理人）有权请求债务人承担侵权的损失赔偿责任。无论采取哪一种立法方式，共识是，此种情形中，债务人应当向受让人（保理人）承担责任；区别在于，所承担的责任是，债务人不得以债权不存在为由对受让人（保理人）提出抗辩，而必须履行本不存在的债权所对应的债务，还是债务人对受让人（保理人）承担侵权赔偿责任^[4]，但是最终的结果并无实质区别。经研究，对此种情形明确予以规定，并采取债务人不得以债权不存在为由对受让人（保理人）提出抗辩的方式，有助于实践中债务人承担责任的数额的确定，能够对受让人（保理人）的利益予以充分保护。

二、构成要件与法律后果

本条适用有以下前提。

首先是，作为转让标的的应收账款不存在。所谓应收账款不存在，包括应收账款全部不存在，也包括应收账款存在但与真实债权数额不实，因而部分不存在。

其次是，应收账款不存在是因为应收账款债权人与债务人虚构。虚构的方式是多样的，可能是：（1）应收账款债权人与债务人通谋以虚假的意思表示制造了虚假应收账款的外观。这属于《民法典》第146条第1款所规定的通谋虚伪行为，即行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效；但是，该无效仅是在应收账款债权人和债务人之间产生，不得对抗据此产生信赖的保理人。^[5]（2）债务人向保理人确认应收账款的真实性，制造了虚假应收账款的外观。^[6]虽然债权一般不具有权利外观，原则上不适用善意取得，但是，在本条所针对的情形中，债权具有一定的权利外观，故对据此产生信赖的债权受让人（保理人）应当予以保护。

最后是，保理人因此对应收转款存在产生了合理的信赖，从而签订了保理合同。在保理人未对此有所信赖的情形，保理人并未因信赖而蒙受不利益，例如，在将来虚构某笔债权的情形，保理人当初受让将来债权，并非基于对该债权的信赖而给付对价，就不适用本条。同时，保理人的信赖必须是合理的。本条中的应收账款不包括因票据或其他有价证券而产生的付款请求权，而仅仅是普通的债权。普通债权与票据等证券化债权不同，保理人本来就没有充分理由仅依据债权存在的外观而信赖债权的真实存在，因而负有必要的调查核实的义务。保理人调查核实债权的真实性有时成本较高，例如在债权打包转让的情形中，涉及大量债权，保理人对涉及这些债权的发票或者合同单独逐一核实，审查难度较大。因此，在实践中，保理人通常会向债务人调查核实。^[7]如果债务人确认了债权的真实性，虽然不应因此而完全免除保理人的调查核实义务，但此时，保理人一般能够相信债务人不存在关于债权真实性的抗辩，这会使保理人对债权真实性的审核义务降低，保理人的合理信赖更容易形成。^[8]因此，依本条规定在保理人明知债权不存在的情形下，因保理人未形成合理信赖，故不能适用本条予以保护。这一方面考虑到了，在债务人确认的情形中，保理人对债权真实性的审核义务较低；另一方面，保理人也不能因为债务人的确认而完全不对债权进行任何的调查核实，在保理人完全可以通过成本较低的审核措施发现债权不存在的情形中，就有理由认为保理人对债权不存在是明知的。

本条适用的法律后果是，应收账款债务人不得以应收账款不存在为由对抗保理人。这意味着，在债务人虚构或者确认债权的范围内，

保理人仍有权请求债务人履行如同债权存在时相对应的债务，债务人不得以应收账款实际上不存在为由对保理人提出抗辩。

第七百六十四条

保理人向应收账款债务人发出应收账款转让通知的，应当表明保理人身份并附有必要凭证。

本条主旨

本条是关于保理人发出转让通知的规定。

相关条文

《民法典》第546条 债权人转让债权，未通知债务人的，该转让对债务人不发生效力。

债权转让的通知不得撤销，但是经受让人同意的除外。

理解与适用

一、适用债权转让通知的一般规则

保理合同的核心是应收账款债权转让，在此应当适用《民法典》关于债权转让的一般规则。为保护债务人利益，依据《民法典》第546条第1款，债权人转让债权，未通知债务人的，该转让对债务人不发生效力。因此，应收账款债权转让未通知债务人的，该转让对债务人不发生效力。^[9]即使保理人取得了债权，债务人也有权拒绝保理人的履行请求；债务人向债权人履行债务的，债权消灭。如果应收账款债权转让通知了债务人，则债权转让对债务人发生效力，此时债务人即对保理人负有履行义务，并且有权以此拒绝债权人的履行请求；如果债务人仍然向债权人履行，则不发生债权消灭的效力。^[10]因此，只有通知了债务人，才可以最大限度保护保理人的利益。

二、通知主体

但是，问题是保理人是否有权单独向债务人发出转让通知。在一般的债权转让中，关于转让通知的发出主体，不同的立法例有不同的

规定。有的规定仅限于让与人，例如日本民法典第467条第1款。有的规定让与人或者受让人均可发出转让通知，例如《瑞士债法》第167条、我国台湾地区“民法”第297条第1项。有的规定，让与人当然可以发出转让通知，受让人发出转让通知必须附有必要凭证，受让人未提交必要凭证的，转让通知不发生效力，债务人可以向让与人履行债务，债务人也有权要求受让人在合理期间内提供必要凭证，并在受让人提供之前有权拒绝履行，例如《联合国国际贸易中应收款转让公约》第13条第1款和第17条第7款、《国际商事合同通则》第9.1.10条第1款和第9.1.12条、《联合国国际贸易法委员会担保交易示范法》第58条和第63条第8款、《欧洲合同法原则》第11：303条第1~2款、《美国统一商法典》第9-406条（a）和（c）。经研究，不同立法例存在的共识是，让与人可以发出转让通知，因为此时债务人无须对债权是否转让予以审核，不会增加债务人的负担。而受让人发出转让通知的，债务人并无充分理由予以相信。因此，允许受让人发出转让通知的观点和立法例往往同时认为，此时应当提出受让人已经取得债权的必要凭证。但真正的问题在于何谓必要凭证以及债务人对这些凭证的审核义务程度。如果债务人承担过高的审核义务，则其就会处于两难境地而遭受不利益：要么向受让人履行，但如果受让人并未取得债权，此时债务人就仍需向让与人再次履行，并且增加了债务人依据不当得利要求让与人返还所可能承担的让与人资力不足的风险；要么拒绝受让人的履行请求，但如果受让人确实取得债权，此时债务人可能会陷入违约。如果债务人承担过低的审核义务，则又会不利于对受让人利益的保障。只要允许受让人发出通知，此种价值权衡上的进退维谷无法避免。因此，在一般的债权转让中，发出转让通知的主体原则上应当仅限于让与人。

于保理合同，实践中的大多数情形都是保理人发出通知，因为其对此具有重大利益，以避免债务人在转让发生后仍向债权人履行债务。因此，本条规定，保理人向应收账款债务人发出应收账款转让通知的，应当表明保理人身份并附有必要凭证。基于前述避免增加债务人审核负担的考虑，此时最为重要的是对必要凭证的认定。对此应当采取较为严格的认定方式。如果保理人提交的是书面的债权转让合同或者保理合同或者债权人签字、盖章的书面转让通知，考虑到我国当前的信用环境下这些凭证的伪造可能性较高，且对于债务人来说，其收到债权转让通知后可能审查的时间并不充足，因此其仍有可能无法判断合同或者转让通知的真实性，故上述文件并不构成充分的必要凭证，需要结合其他具体情况予以具体判断。但是，如果保理人提交的是经过公证的债权转让合同、保理合同或者转让通知等，则由于公证书的证明力较强，此时债务人无须审核。因此，保理人向债务人发出转让通知时，如果表明了保理人的身份并且附有经过公证的债权转让

合同、保理合同或者转让通知等必要凭证，则可以认为具有同债权人发出转让通知同等的效力。这也可以被认为是债权转让的一般规则，因此，在其他债权转让中，也可以参照适用本条，允许受让人单独对债务人发出转让通知，但应当提交经过公证的债权转让合同或者转让通知等必要凭证；受让人单独通知而未提出充分的必要凭证的，转让通知不发生效力，债务人可以向让与人履行债务，债务人也有权要求受让人在合理期间内提供充分的必要凭证，并在受让人提供之前有权拒绝履行。保理人在央行应收账款质押系统进行保理债权登记，不免除其就债权转让通知债务人的法定义务，债权转让未通知债务人的，保理合同对债务人不发生效力。^[11]

第七百六十五条

应收账款债务人接到应收账款转让通知后，应收账款债权人与债务人无正当理由协商变更或者终止基础交易合同，对保理人产生不利影响的，对保理人不发生效力。

本条主旨

本条是关于基础交易合同协商变更或者终止对保理人之效力的规定。

相关条文

无

理解与适用

一、规范目的

依据保理合同，为保障保理人的地位，应收账款债权人负有不减损该应收账款债权价值的义务，因此，债权人不能通过与债务人协商，作出任何使转让的应收账款的债权价值落空或者减损的行为，债权人违反该义务时，保理人有权依法解除保理合同并请求债权人承担违约责任。但问题是，这些行为是否对保理人发生效力。为保护保理人的利益，借鉴《德国民法典》第407条第1款、《联合国国际贸易中应收款转让公约》第20条、《欧洲合同法原则》第11：308条、《联

联合国国际贸易法委员会担保交易示范法》第66条、《美国统一商法典》第9-405条（a）（b）等立法例，本条对此作出明确规定。

二、构成要件

本条适用须具备以下前提。

首先，应收账款债权人和债务人协商，作出了有关转让债权的民事法律行为。该民事法律行为必须是关于转让债权的，如果不涉及转让债权，不会对保理人发生影响，就不适用本条。而且，必须是债权人和债务人协商一致，作出了民事法律行为。这里既包括协商变更或者终止基础交易合同的情形，例如延期履行、和解、协议抵销、协议解除等，也包括债权人免除债务人的债务而债务人未在合理期限内拒绝的情形；但是，不应当包括基于法律规定以及债务人单方行使基于法律规定而享有的法定解除权等，使基础交易合同发生变更或者终止的情形。

其次，该民事法律行为对保理人产生不利影响。这意味着债权人和债务人通过协商，使应收账款的债权价值落空或者减损，从而对保理人产生了不利影响。例如，债权人和债务人协商一致变更基础交易合同而减少了债权数额，或者协商一致解除基础交易合同而对保理人产生了不利影响。如果债权人和债务人的行为对保理人是有利的，自然无须保理人同意即可对保理人发生有利的效力。

再次，该民事法律行为发生在债务人接到债权转让通知后。债务人接到债权转让通知前，债权转让对债务人不发生效力，债务人有权主张债权人仍然对债权有处分权。此时债权人和债务人协商一致作出的民事法律行为，即使导致保理人的利益受损，该行为仍然对保理人发生效力，保理人所取得的债权发生相应变动，保理人仅能依法解除保理合同并请求债权人承担违约责任。

最后，对保理人产生不利影响的民事法律行为无正当理由。这里所谓的正当理由，第一是指经过了保理人的同意。如果经过了保理人的同意，自然能够对保理人发生效力。第二是指该民事法律行为符合诚信原则且保理人并无合理理由反对。“正当理由”具体可能包括：

（1）基础交易合同已约定可变更或者终止的情形。债务人原本依据基础交易合同享有与债权人协商变更、消灭其债之关系的自由，此种自由不应因债权人转让其债权而丧失，并且保理人能够通过尽职调查知道该约定的存在，从而采取风险预防措施。（2）政府合同和复杂的合同安排，尤其是数额尚未最终确定的债权。例如，建筑商将对业主的付款请求权转让给保理人并且通知之后，建筑商和业主变更约定

业主向建筑商预付款项，以使建筑商有能力支付工资、购买原料等，从而继续进行建筑工程。如果此种预付是必要的，否则建筑商可能就会资金链断裂，从而可能导致更换建筑商，交易无法进行，而业主也会拒绝付款，对转让债权的实现最终也会发生不利影响，则应当允许如此变更；如果涉及无法合理预料的工程量增减，同样应当允许变更。对保理人而言，保理人也能够预知该等债权即使被转让，但在正常的业务过程中也可能会有合理的变动，因此，保理人同样能够采取风险预防措施，例如可以有效地约定业主的任何变更都构成违约。当然，即使该等行为对保理人发生效力，也不影响债权人依照法律规定或者按照约定对保理人承担违约责任。

三、法律后果

本条的法律后果是，该民事法律行为对保理人不发生效力。这意味着，保理人仍然可以根据该民事法律行为成立之前的债权状况请求债务人履行支付应收账款的债务。该规定的目的是保护保理人利益，保理人自然可以放弃此种保护，而选择依法解除保理合同并请求债权人承担违约责任。债权人与债务人恶意串通，变更或者终止基础交易合同，损害保理人利益的，保理人也有权选择依据《民法典》第1168条的规定主张债权人与债务人构成共同侵权，请求他们对造成的损失承担连带责任。

应当注意的是，本条仅适用于保理合同，但是在其他债权转让中同样会发生类似情形，如果在其他债权转让中出现类似的问题，可以参照适用本条予以处理。

第七百六十六条

当事人约定也有追索权保理的，保理人可以向应收账款债权人主张返还保理融资款本息或者回购应收账款债权，也可以向应收账款债务人主张应收账款债权。保理人向应收账款债务人主张应收账款债权，在扣除保理融资款本息和相关费用后有剩余的，剩余部分应当返还给应收账款债权人。

本条主旨

本条是关于有追索权保理的规定。

相关条文

无

理解与适用

一、有追索权保理的概念

按照保理人在债务人破产、无理拖欠或无法偿付应收账款时，是否可以向债权人反转让应收账款，或者要求债权人回购应收账款或归还融资，可以将保理区分为有追索权保理和无追索权保理。有追索权保理，是指保理人不承担为债务人核定信用额度和提供坏账担保的义务，仅提供包括融资在内的其他金融服务，在应收账款到期而无法从债务人处收回时，保理人可以向债权人反转让应收账款，或要求债权人回购应收账款或归还融资。有追索权保理又称为回购型保理。无追索权保理，是指保理人根据债权人提供的债务人核准信用额度，在信用额度内承购债权人对债务人的应收账款并提供坏账担保，债务人因发生信用风险未按基础交易合同的约定按时足额支付应收账款时，保理人不能向债权人追索。无追索权保理又称为买断型保理。

有追索权保理和无追索权保理是保理业务的基础分类。各国（地区）立法例中，有的以有追索权保理为原型，即规定保理人有追索权，但合同另有约定时除外；有的以无追索权保理为原型，即规定保理人无追索权，但合同另有约定时除外；还有的同时规定有追索权保理和无追索权保理，由当事人自己选择。经研究，基于我国当前的保理实践，当事人一般都会在保理合同中就有无追索权作出约定，因此，《民法典》同时规定有追索权保理和无追索权保理，以供当事人自己选择。本条关于有追索权保理的规定，在性质上属于任意性规范，适用于当事人未另有约定的情形。如果当事人另有约定，应当按照当事人的约定处理。

二、无特别约定或约定不明确时的默认规则

当当事人无特别约定或者约定不明确时，在理论上，关于有追索权保理的法律性质存在争议。一种观点认为其属于让与担保^[12]，即为担保的给付，此时保理人对转让债权有变价的权利，但是没有变价的义务；另一种观点认为其属于间接给付^[13]，即为清偿的给付，此时，保理人负有对转让债权尽必要注意予以变价的义务，保理人只有在就变价作出必要行为而未获得清偿时，才可请求债权人返还保理融资款本息或者回购应收账款债权。这两种观点的实质区别在于，如果

认为有追索权保理是为担保的给付，则保理人有权请求应收账款债务人给付或者再转让应收账款，或者请求债权人偿还融资款，但不负有先行请求应收账款债务人给付的义务；如果认为有追索权保理是为清偿的给付，则保理人应当先请求债务人履行债务，只有在债务人不能履行或者因基础交易合同无效、被撤销、确定不生效等而无法获得债务人的给付利益时，才可以请求债权人返还保理融资款本息或者回购应收账款债权。

我国目前的保理交易实践中，在有追索权的保理中，当事人通常会明确约定，保理人有权而非有义务同时要求应收账款债务人和债权人清偿各自所负债务，保理人并有权自主决定将已受让的应收账款转让给其他第三人，或者明确约定，债权人负有融资款到期后无条件足额偿还的义务。此时，保理人不负有先行请求应收账款债务人履行或以其他方式将应收账款变价的义务，债权人更无权请求保理人先行变价或以保理人未先行变价为由抗辩。^[14]同时，在保理人和债权人没有约定或者约定不明确时，由于在为担保的给付中，保理人仅有变价的权利而无变价的义务，故对保理人的负担较轻；而无论给付是何种性质，对债权人的最终利益均没有太大影响。因此，基于保理业务的通常实践，避免当事人通过约定排除法定规则的交易成本，以及对保理人负担越大者越需要保理人的明确同意这种解释原则，同时基于基础交易合同关系和保理合同关系的关联性，便于查明事实，减轻当事人讼累，提高审判效率，在保理人和债权人无特别约定或者约定不明确时，本条规定，保理人可以向应收账款债权人主张返还保理融资款本息或者回购应收账款债权^[15]，也可以向应收账款债务人主张应收账款债权。^[16]

按照本条规定，在有追索权保理中，在当事人无特别约定或者约定不明确时，保理人有权选择向应收账款债权人主张返还保理融资款本息或者回购应收账款债权^[17]，或者向应收账款债务人主张应收账款债权；保理人也可以同时向应收账款债权人和债务人主张权利。当然，也可以向应收账款债务人主张应收账款债权。^[18]当然，保理人不能从债权人和债务人处获得重复清偿。

同时，在有追索权保理中，保理人向应收账款债务人主张应收账款债权的，在获得债务人的履行后，首先应当扣除保理融资款本息和相关费用，具体包括：保理融资款本息、保理人未受清偿的应收账款融资额度承诺费、保理手续费、保理首付款使用费以及其他债权人到期未付款等。至于扣除后剩余的这部分保理余款的归属，首先由保理人和债权人在保理合同中约定，保理合同对此无约定或者约定不明确时，本条规定了一个默认规则，即保理余款应当返还给应收账款债权人

人。此时，保理人负有清算义务。当然，保理人和债权人之间可以依法另作约定。

第七百六十七条

当事人约定无追索权保理的，保理人应当向应收账款债务人主张应收账款债权，保理人取得超过保理融资款本息和相关费用的部分，无需向应收账款债权人返还。

本条主旨

本条是关于无追索权保理的规定。

相关条文

无

理解与适用

一、无追索权保理的概念

无追索权保理，是指保理人根据债权人提供的债务人核准信用额度，在信用额度内承购债权人对债务人的应收账款并提供坏账担保，债务人因发生信用风险未按基础合同约定按时足额支付应收账款时，保理人不能向债权人追索，故又称为买断型保理。无追索权保理在性质上属于应收账款债权买卖，保理人受让债权并享有债权的全部清偿利益、负担债权不能受偿的风险，作为债权转让对价的融资款实际上是通过买卖取得债权的价款。

二、法律关系

按照本条规定，当事人约定无追索权保理的，保理人应当向应收账款债务人主张应收账款债权，而不能向应收账款债权人主张返还保理融资款本息或者回购应收账款债权。这适用于债务人发生了信用风险的情形，即债务人未按照基础合同约定履行债务或者履行债务不符合约定，包括债务人破产、无正当理由不按照约定履行债务等。《国际保理通则》第16条、我国的《商业银行保理业务管理暂行办法》第10条都作了类似规定。实际上这涉及债权人依据保理合同对保

理人负有的瑕疵担保义务的范围。依据保理合同，除非债权人和保理人之间另有约定或者保理人在订立保理合同时知道或者应当知道，债权人负有保证债权转让时确实存在、所有与该转让有关的文件或合同都是真实的并与其所声称的保持一致、其对该债权有处分权、其不会进行任何使转让债权的价值落空或者减损的行为、债务人对转让债权没有抗辩权和抵销权、第三人不得向保理人主张任何权利等义务，否则其应当对保理人承担去除权利瑕疵的继续履行、违约损害赔偿等违约责任，保理人也有权行使履行抗辩权和依法解除转让合同的权利。但是，除非债权人和保理人另有约定，债权人并不承诺债务人具有或者将具有履行能力。这一点不仅仅适用于保理合同，在所有的债权转让合同中都是如此，即除非当事人另有约定，让与人不对债务人的履行能力负有担保责任。这在《瑞士债法》第171条、《意大利民法典》第1267条、《俄罗斯联邦民法典》第1964条第2款、我国台湾地区“民法”第352条、我国澳门地区《民法典》第581条第2款、《联合国国际贸易中应收款转让公约》第12条第2款、《联合国国际贸易法委员会担保交易示范法》第57条第2款中都有明确规定。

也就是说，无追索权保理并非意味着在任何情形下保理人对债权人均无追索权，一旦发生债务人未及时全额付款，保理人需要根据债务人违约的具体原因来判断追索对象，保理人不再追索应收账款债权人是具有一定前提的，即债务人未及时全额付款系源于其自身信用风险，而非其他原因。如果债务人因不可抗力而无法支付，或者债务人依法主张基础交易合同所产生的抗辩、抵销权或者依法解除基础交易合同而拒绝付款，则保理人仍有权对债权人追索，向应收账款债权人主张返还保理融资款本息或者回购应收账款债权。例如，债权人和债务人签订了货物买卖合同，债权人就其对债务人的应收账款债权与保理人签订了保理合同。在保理人向债务人主张应收账款债权时，债务人因债权人出卖的货物有严重的质量瑕疵而依法解除货物买卖合同，并拒绝保理人的履行请求。此时，由于这并非债务人的信用风险，因此，保理人仍然有权按照约定向应收账款债权人主张返还保理融资款本息或者回购应收账款债权。在实践中，针对非债务人信用风险的情形，保理人和债权人可以约定特定情形下的反转让权。这种约定与无追索权保理作为债权买卖并不冲突，其性质可以被认为是卖回权，是债权买卖中特别约定的条款。这种条款在其他买卖合同中也可以约定。这种特别约定正是无追索权保理有别于一般债权买卖之处，也是保理交易的特色。

同时，在无追索权保理中，保理人向应收账款债务人主张应收账款债权，在获得债务人的履行后，超过保理融资款本息和相关费用的，对这部分保理余款的归属，首先由保理人和债权人在保理合同中

约定，因此保理人和债权人可以在保理合同中约定，保理人应当负有清算义务，就超过的部分，保理人负有向应收账款债权人返还的义务。保理合同对此无约定或者约定不明确时，基于无追索权保理在性质上属于应收账款债权买卖，因而与有追索权保理不同，本条规定了另外的默认规则，即这部分保理余款应当归属于保理人，无须向应收账款债权人返还。该默认规则符合无追索权保理的特性。在无追索权保理中，较之有追索权保理，保理人的风险更高，因此将这部分保理余款归属于保理人，也符合风险与收益相一致的基本原理。

第七百六十八条

应收账款债权人就同一应收账款订立多个保理合同，致使多个保理人主张权利的，已经登记的先于未登记的取得应收账款；均已经登记的，按照登记时间的先后顺序取得应收账款；均未登记的，由最先到达应收账款债务人的转让通知中载明的保理人取得应收账款；既未登记也未通知的，按照保理融资款或者服务报酬的比例取得应收账款。

本条主旨

本条是关于保理中应收账款债权重复转让的规定。

相关条文

《民法典》第414条 同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定清偿：（一）抵押权已经登记的，按照登记的时间先后确定清偿顺序；（二）抵押权已经登记的先于未登记的受偿；（三）抵押权未登记的，按照债权比例清偿。

其他可以登记的担保物权，清偿顺序参照适用前款规定。

理解与适用

一、债权重复转让的优先顺位问题

在实践中，经常会出现应收账款债权人就同一应收账款订立多个保理合同，致使多个保理人主张应收账款债权的情形。就多个作为债权受让人的保理人之间优先顺位的确定，不同的立法例存在不同的观点。有的采取转让合同成立在前的规则，例如《德国民法典》和我国

台湾地区“民法”；有的采取通知在先的规则，例如《意大利民法典》第1265条、《埃塞俄比亚民法典》第1967条、《希腊民法典》第460条、《日本民法典》第467条第2款、我国澳门地区《民法典》第578条、《欧洲合同法原则》第11：401条；有的采取登记在先的规则，例如《美国统一商法典》第9-322条（a）、《联合国国际贸易法委员会担保交易示范法》第18条、《欧洲复兴开发银行担保交易示范法》第17条。对此，实践中的争议也较大。

二、已经登记的优先于未登记的，先登记的优先于后登记的

经研究，以何种方式确定多个保理人之间的优先顺位，取决于哪种方式能够使债权交易的公示成本、事先的调查成本、事中的监督防范成本、事后的债权执行的执行成本等各种成本更低，对第三人和社会整体的外部成本也更低。在上述三种方式中，采取登记在先方式的，保理人调查成本、监督防范成本、实现债权的执行成本都是最低的，并且有助于防止债权人和其他人串通损害保理人利益的道德风险，提高债权的流通和担保价值，最终降低债权人的融资成本。建立在电子化的通知登记程序系统基础上的债权转让登记，由于电子化登记簿、自助登记和登记机构的审核程度低，因此登记成本非常低，并且其他第三人对登记的查询成本也较低，故是最为便捷、安全、高效、可靠的公示方法。总之，采取登记在先的方式，将使整体的社会成本最低，对保理人的地位保障最为充分，有利于保护交易安全，提升营商环境，同时便利企业的融资实践。关于登记机构的问题，《优化营商环境条例》第47条第2款已经规定：国家推动建立统一的动产和权利担保登记公示系统，逐步实现市场主体在一个平台上办理动产和权利担保登记。纳入统一登记公示系统的动产和权利范围另行规定。修订后的《应收账款质押登记办法》第34条也规定，权利人在登记公示系统办理以融资为目的的应收账款转让登记，参照本办法的规定。同时，同一债权向多个保理人多重转让的情形，在利益衡量上类似于同一财产向两个以上债权人抵押的情形，针对后一种情形，《民法典》第414条第1款规定，抵押权已经登记的，按照登记的时间先后确定清偿顺序，抵押权已经登记的先于未登记的受偿；同时，在第2款中规定，其他可以登记的担保物权，清偿顺序参照适用前款规定。因此，为了提升营商环境，保护交易安全，便利融资，在利益结构相似的情形中保持规则的一致，提高裁判的统一性，本条首先采取了登记在先的方式来确定多个保理人之间的优先顺位，即应收账款债权人就同一应收账款订立多个保理合同，致使多个保理人主张权利的，已经登记的先于未登记的取得应收账款；均已经登记的，按照登记时间的先后顺序取得应收账款。

三、均未登记的，债权转让通知最先到达者优先

对于保理人都未进行债权转让登记的情形，考虑到采通知在先方式虽然较之采登记在先方式社会成本要高，但较之依合同成立时间先后来确定优先顺位仍然成本要低，此时宜采取通知在先的顺位确定方式，最先到达债务人的转让通知中载明的保理人顺位在先。这对于暗保理的保理人可能会有所不利，但整体上仍然有助于保护交易安全，并且暗保理的保理人应当承担因选择暗保理所应当承担的风险。因此，本条首先采取了登记在先的顺位确定方式，其次采取了通知在先的顺位确定方式。所转让的应收账款无论是现有的还是将有的，都适用相同的规则。

对于保理人既未登记也未通知债务人的情形，有些立法例采取了以合同成立时间的先后来确定优先顺位，本条则规定，既未登记也未通知的，按照保理融资款或者服务报酬的比例取得应收账款。这与《民法典》第414条第2款第3项在最后采取的按照所担保的债权比例清偿的方式一致，同时区分了担保性的保理和非担保性的保理（即服务性保理）。在担保性的保理中，涉及保理融资款，此时按照保理融资款的比例取得应收账款；而在服务性的保理中，并不涉及保理融资款，此时按照服务报酬的比例取得应收账款。

本条所规定的优先顺位仅仅涉及多个保理人之间的关系，因此，本条是确定多个保理人之间的优先顺位的规则，而不涉及债务人的履行。对债务人而言，其向哪个保理人履行，仅取决于债务人收到转让通知的时间。债权转让登记本身不能对债务人发生效力，对债务人发生效力的是通知。因此，债务人向谁有效清偿和债权利益最终归属于谁，分别是债务人保护和保理人的地位保障这两个不同的问题。如果债务人基于转让通知向劣后顺位的保理人有效清偿，则基于对债务人的保护，此时债务消灭，债务人被免除再次履行的责任，但基于本条所确立的确定保理人之间优先顺位的规则，债权的最终利益应归属于优先顺位的保理人，因此优先顺位的保理人有权向劣后顺位的保理人请求返还债务人的履行。

应当注意的是：首先，本条仅明确规定了应收账款债权人就同一应收账款订立多个保理合同致使多个保理人主张权利，也即应收账款债权重复保理的情形，明确了多个保理人之间的优先顺位，但是并未明确规定应收账款多重处分的其他情形。在实践中，有可能是应收账款的保理人和应收账款的质权人之间发生利益的冲突；也有可能是应收账款的保理人和应收账款的其他受让人之间发生利益的冲突，例如，甲公司将其应收账款转让给乙工厂用于抵债，后又将该应收账款重复转让给保理人丙银行，因甲、乙之间的交易合同并非保理合同且不以融资为目的，无须登记，也无法登记，此时就会出现丙银行和乙

工厂之间的利益冲突。此外，此种利益冲突也可能发生于并非保理的其他类型的债权多重处分中。此时，为保护交易的安全，在债权多重处分的其他情形中，有些立法例也按照本条所规定的规则确定不同主体之间的顺位。其次，本条仅明确规定了应收账款的多重保理人之间的关系，但是，在应收账款保理和一般的债权转让或者其他处分中所涉及的第三人，除了转让债权的重复受让人，还包括该债权的其他担保权人、让与人的其他债权人，而让与人的其他债权人又包括让与人的其他债权人、让与人的扣押和执行债权人、让与人的破产管理人等。受让人和这些第三人的关系，在有些立法例例如《美国统一商法典》《联合国国际贸易法委员会担保交易示范法》中，为了保护交易安全，受让人和让与人的其他扣押债权人、破产管理人之间的顺位，统一取决于登记与扣押、受理破产案件的时间先后，如果债权转让未登记或者登记时间在后的，受让人不能对抗这些第三人；如果债权转让先登记，则受让人能够对抗这些第三人而取得优先顺位。

第七百六十九条

本章没有规定的，适用本编第六章债权转让的有关规定。

本条主旨

本条是关于保理适用债权转让规则的规定。

相关条文

无

理解与适用

保理必须具备的要素是应收账款债权的转让，没有应收账款的转让就不能构成保理合同，而应收账款是债权的一种，应收账款债权转让属于债权转让，应收账款债权人就是债权转让中的让与人，保理人就是债权转让中的受让人，应收账款债务人就是债权转让中的债务人。^[19]因此，在本章没有特别规定的情形中，应当适用《民法典》合同编第六章关于合同转让的一般规定，具体而言，在涉及债权转让的范围内，适用以下规定：（1）不得转让的债权的规定。^[20]（第545条）（2）关于债权转让通知的效力和撤销的规定。（第546条）

- (3) 债权受让人取得与债权有关的从权利的规定。(第547条)
- (4) 债务人对让与人的抗辩可以继续向受让人主张的规定。^[21](第548条)
- (5) 债务人对受让人主张抵销权的规定。(第549条)
- (6) 债权转让增加的履行费用的负担的规定。(第550条)

当然,《民法典》合同编第六章“合同的变更和转让”中未规定,而《民法典》其他章节对债权转让有规定的,也要在保理中予以适用,例如,《民法典》第502条第3款关于债权转让经批准的规定。

应当注意的是,《民法典》第467条规定:本法或者其他法律没有明文规定的合同,适用本编通则的规定,并可以参照适用本编或者其他法律最相类似合同的规定。因此,对于非因保理合同发生的债权转让,首先,适用《民法典》或者其他法律中明确的特别规定;其次,适用《民法典》合同编第六章关于债权转让的一般规定,同时参照适用最相类似的合同的规定。因此,在对这些债权转让没有明确规定时,本章中涉及保理中的应收账款债权转让的规则,可以参照适用于非因保理合同发生的债权转让。所涉及的本章规则主要包括:

- (1) 允许将有债权转让的规定。(第761条)
- (2) 虚构转让债权的法律后果的规定。(第763条)
- (3) 受让人发出转让通知的限制性条件的规定。(第764条)
- (4) 让与人和债务人协商一致影响转让债权价值的行为对受让人之效力的规定。(第765条)
- (5) 债权多重转让时优先顺位的规定。(第768条)

注释:

[1]参见《最高人民法院关于当前商事审判工作中的若干具体问题》(2015年12月24日),《商业银行保理业务管理暂行办法》(中国银行业监督管理委员会令2014年第5号)。

[2]参见李宇:《保理合同立法论》,载《法学》2019年第12期。

[3]关于“中国工商银行股份有限公司乌拉特后旗支行诉内蒙古乌拉特后旗宏泰化工有限责任公司保理合同纠纷案”(载《人民法院案例选》2012年第1辑),内蒙古自治区高级人民法院(2011)内民二终字第30号民事判决书认为:案涉保理合同系无名合同,依法应以合同双方权利、义务的约定及《合同法》相关规定为处理原则。化工公司以其与贸易公司之间形成的应收账款向银行申请办理有追索权的国内保理业务,而根据此前形成的应收账款转让清单等文件,购货方即为贸易公司。该应收账款转让清单,为保理合同附件的一部分,与保理合同具有同等法律效力,构成完整的保理合同项下的双方权利义务内容。此外,应收账款债权确认书、付款承诺、转让通知均系保理合同关系建立的前提条件。化工公司将完整的法律关系割裂,认为本案属于债权转让合同、不符合保理合同,其主张与事实不符。保理合同对化工公司承担回购责任的

条件、方式、程序及合同双方各自的具体权利义务等均作了明确约定，不存在霸王条款或无效情形。化工公司负担回购义务后，依合同其即取得与之对应的对贸易公司的应收账款债权，贸易公司与银行对应偿还责任免除。故判决贸易公司偿还银行应收账款债权本金 399 万余元，化工公司对贸易公司不履行部分承担回购义务并支付相应利息及违约金。

[4]有学者主张应以债务人承担侵权责任的方式保护保理人。参见李宇：《保理合同立法论》，载《法学》2019年第12期。

[5]针对“浦发银行乌鲁木齐分行诉博湖公司等合同纠纷案”（载《人民法院报》2017年3月2日，第6版），新疆维吾尔自治区高级人民法院（2016）新民终257号民事判决书认为：根据民法基本原理，双方当事人通谋所为虚伪意思表示，在当事人之间发生绝对无效法律后果，但在当事人与第三人之间，则应视该第三人是否知道或应当知道该虚伪意思表示而发生不同法律后果。当第三人不知道当事人之间的虚伪意思时，该意思表示无效不得对抗善意第三人。本案中，贸易公司在保理协议、应收账款转让登记协议中承诺“向保理银行提交的所有文件材料和单据均为真实、准确、完整、有效”，“保证转让应收账款合法、有效”。材料公司对银行所享有应收账款债权亦予以确认。银行审查了贸易公司提交的购销合同、发票、增值税专用发票的真实性。贸易公司、材料公司提交的相关文件，足以使银行产生合理信赖并有理由相信涉案应收账款债权真实、合法、有效。

[6]针对“港峰实业（天津）有限公司与中国工商银行股份有限公司、抚州文昌支行抚州宜腾光学有限公司合同纠纷申请再审案”[载《最高人民法院民商事案件审判指导》（第5卷）]，评析意见认为：第三人缔约过失责任以第三人以自己行为获得缔约当事人信赖为前提，第三人违反了依诚实信用原则产生的先合同义务，致使缔约当事人一方或双方的信赖利益受损时，第三人应承担相应赔偿责任。本案银行与光学公司签订保理合同，实业公司虽非保理合同当事人，但系合同所涉应收账款债务人。银行签约前，向实业公司核实债权真实性时，实业公司在光学公司提供的购销合同、产品入库单上盖章，对该笔债权予以确认，后又在债权转让通知上盖章确认。实业公司以自己的行为取得了银行信赖，其对保理合同的订立有显著影响。依诚实信用原则，实业公司理应对银行提供保护义务。然而，实业公司与光学公司之间事实上并不存在交易，保理合同所涉应收账款系虚假债权，实业公司故意违反了应负保护义务。依保理合同约定，银行本应从受让应收账款中收回融资款并获得合同利益，但因该债权虚假，致使银行合同目的落空。银行损害与实业公司违反保护义务的行为存在因果关系，故实业公司应对银行损失承担补充赔偿责任，故判决光学公司返还银行450万元及利息，实业公司在光学公司不能清偿上述款项范围内对银行承担赔偿责任。针对“交通银行股份有限公司上海市分行与上海上体产业发展有限公司等合同纠纷上诉案”，上海市第一中级人民法院（2016）沪01民终1759号民事判决书认为：依各方当事人陈述及证据，实业公司具有油品买卖的贸易基础和生产条件；工贸公司就工业品买卖合同进行了部分货款支付；实业公司开具给工贸公司的增值税发票已被认证抵扣；工贸公司出具买方确认意见书，同意应收账款转让的各项安排和约定。根据基础合同性质、效

力、发票真伪、货款支付、生产经营情况等，银行提供的证据足以证明保理合同项下系争应收账款的存在，应认定实业公司和工贸公司之间的买卖关系真实。设若买卖关系为虚假，在银行并无恶意的情况下，仅银行享有对保理合同的撤销权，实业公司和工贸公司无权主张保理合同无效。在有追索权保理合同关系中，当应收账款到期而不能足额收款时，融资人对保理人负有按约定回购价格购回该应收账款的义务，工贸公司作为债务人，当然负有首先向银行支付该应收账款的义务，当工贸公司支付账款不足以偿还债务时，银行有权按合同约定向实业公司行使追索权。故判决工贸公司支付银行欠款3 400万余元，实业公司、油料公司在1 990万余元范围内承担连带保证责任。

[7]针对“珠海华润银行股份有限公司与江西省电力燃料有限公司、广州大优煤炭销售有限公司保理合同纠纷案”，最高人民法院（2017）民再164号民事判决书认为：根据民法基本原理，双方当事人通谋所为虚伪意思表示，在当事人之间发生绝对无效的法律后果。但在虚伪表示的当事人与第三人之间，应视该第三人是否知道或应当知道该虚伪意思表示而发生不同的法律后果：当第三人知道该当事人之间虚伪意思表示时，虚伪表示的无效可对抗该第三人；当第三人不知道当事人之间虚伪意思表示时，该虚伪意思表示无效不得对抗善意第三人。据此，燃料公司关于案涉应收账款虚假的诉讼理由能否对抗银行，取决于银行在受让债权时是否善意。本案中，银行在签订案涉保理合同前，已就基础债权的真实性问题进行了必要的调查和核实，煤炭公司和燃料公司共同向银行确认了基础债权真实、合法、有效，故银行已尽到审慎注意义务，其有理由相信煤炭公司对燃料公司享有诉争债权。虽然银行在开展贸易背景调查过程中，存在应收账款转让通知确认书落款时间误差一天，及实际开展面签见证工作人员仅为一人的工作疏忽，但因燃料公司并不否认应收账款转让确认书和通知确认书上经办人签名和燃料公司印章的真实性，故该等工作瑕疵存在，并不影响本案事实认定。在应付账款贸易背景真实、合法和有效的情况下，增值税发票是否认证、抵扣，印章编码与备案印章是否一致等事由，原则上不应被纳入银行调查、核实范围，即便银行对上述事项已有所认识，亦并不足以引起银行的合理怀疑，故对燃料公司此点抗辩理由，亦不予支持。

[8]有裁判见解认为，债务人应依其过错程度承担责任。“中国农业银行股份有限公司上海普陀区支行诉上海公路桥梁（集团）有限公司财产损害赔偿纠纷案”（载《人民司法（案例）》2016年第32期）的审理法院认为：路桥公司在应收账款债务人签收确认书文件上加盖公章和法定代表人印章，确认对象为材料公司和银行。其后又两次在应收账款债务人签收确认书上加盖公章和法定代表人印章，其中一份应收账款债务人签收确认书记载确认对象“卖方”一栏空白。尽管路桥公司未收到应收账款转让通知书，且应收账款债务人签收确认书未记载应收账款转让通知书签署日期、合同编号等信息，但应收账款债务人签收确认书记载了“我方已收到……应收账款债权转让通知书，现确认同意其内容。同时承诺……”等内容，相关文字表述清晰且意思明确，路桥公司自行确认的法律后果，故路桥公司盖章确认行为使银行有充分理由相信路桥公司已收到应收账款转让通知书，进而确信材料公司对路桥公司享有应收账款转让通知书所记载应收账款事实。本案银行向材料公司发放保理融资款的前提是材料公司向银行转让

其对路桥公司所享有的应收账款，故路桥公司在应收账款债务人签收确认书上盖章确认的行为直接影响了银行对于系争保理融资款审核及发放，路桥公司对银行的经济损失应承担赔偿责任。银行作为专业金融机构，理应具备保理业务交易经验和相关专业知识，应遵守合理的商业准则和管理规范，并履行审慎经营义务。具体而言，在保理业务中银行通过受让应收账款而取得对债务人的直接请求权，债务人对应收账款支付是银行保理融资款第一还款来源，可见保理业务特点在于以债权人转让其应收账款为前提，故银行在从事保理业务过程中，应充分审查材料公司转让于银行的债权是否真实，包括审查材料公司与路桥公司之间的交易合同是否真实、合同所对应的应收账款具体金额等，以此作为发放融资的依据。然而，在保理融资款发放前，银行未亲自核实相关合同、应收账款的真实性。银行疏于审查行为与本案损害发生亦存在一定因果关系，故银行对损害发生亦有过错，可适当减轻路桥公司责任。

[9]针对“中国工商银行股份有限公司杭州经济技术开发区支行与浙江光大锦豪交通工程有限公司、中达建设集团股份有限公司、光大华璞建设发展有限公司合同纠纷案”（载《人民司法（案例）》2016年第32期），浙江省杭州经济开发区人民法院（2014）杭经开商初字第646号民事判决书认为：本案中，根据保理合同约定，工程公司向银行申请办理的是有追索权国内保理业务，其应收账款由工程公司负责催收，银行无须催收，且银行仅提供应收账款融资服务而无其他金融服务，故双方关注点集中在融资款是否发放、是否收回。事实上，银行对应收账款确定数额以及是否依法有效转让只作形式审查，对工程公司是否实际用应收账款归还融资款及够归还多少并不关心。工程公司亦未将应收账款转让通知债务人交通局，该转让对债务人不发生效力，且工程公司对应收账款催收亦不积极。根据双方约定，银行只是计收相应融资款利息，并不收取其他费用。双方就融资数额、利率、期限、用途、还款方式等作了约定，银行已发放融资款，工程公司亦支付了部分利息。综上，案涉保理合同并不具有保理合同典型特征，却符合借款合同特征，可认定名为保理实为借款合同。案涉应收账款虽未有效转让，但不能以此认定合同无效。根据保理合同约定，工程公司对合同项下融资承担最终偿还责任，无论何种原因致使其不能及时、足额收回应收账款，均不影响银行对其行使并实现追索权。同时，案涉保理合同作为事实上的借款合同，银行已按约向工程公司发放贷款，工程公司理应按约返还贷款本息。

[10]针对“中国建设银行股份有限公司宁波国家高新区支行诉宁波诺冠国际贸易有限公司等合同纠纷案”（载《人民司法（案例）》2016年第32期），浙江省宁波市鄞州区人民法院（2015）甬鄞商初字第429号民事判决书认为：原告依约受让了被告诺冠公司对被告中喜公司在商品购销合同及相应增值税专用发票项下的应收账款债权。由于原告与被告诺冠公司约定有追索权保理类型为公开型有追索权保理，在原告向被告诺冠公司提供保理预付款之前，被告诺冠公司需按合同约定向被告中喜公司发送通知书，并取得被告中喜公司的回执。被告诺冠公司向被告中喜公司发出通知书后，被告中喜公司亦在通知书的回执上加盖公章和法定代表人签章，对回执的内容进行确认。被告中喜公司在回执上加盖公章和法定代表人签章时理应尽到谨慎注意义务，应当知晓加盖公章和法定代表人签章的法律后果，虽然被告中喜公司对此持有异议，认为通知书所盖的印章为盗盖或偷盖，但未向法院提供证据予以证明，故法院确认被告中喜

公司已收到被告诺冠公司的债权转让通知，并产生债权转让的法律效力。虽然被告中喜公司辩称已向被告诺冠公司支付了全部价款，但未向法院提供证据证明其将款项支付至被告诺冠公司开立在原告的保理账户的事实，其抗辩理由依法不能成立。被告中喜公司违背承诺擅自向被告诺冠公司清偿系单方行为，仍应对原告承担付款清偿责任。

[11]针对“中国工商银行股份有限公司上海市青浦支行与上海康虹纺织品有限公司、上海大润发有限公司等债务纠纷案”（载《人民司法（案例）》2013年第18期），上海市第二中级人民法院（2012）沪二中民六（商）终字第147号民事判决书认为：央行登记系统根据物权法等规范性文件法律文件，为应收账款质押登记而设。保理业务中债权转让登记无法法律法规赋予其法律效力，仅为公示服务，故与应收账款质押登记不同，债权转让登记于央行登记系统不发生强制性排他对抗效力。另外，法律、司法解释或相关规范性文件未赋予任何形式的登记以债权转让通知的法律效力，因此，即便债权转让在系争登记系统中进行了登记，也不能免除合同法确定的债权转让通知义务。

[12]针对“中国银行股份有限公司福建省分行与福州飞皇贸易有限公司等金融借款合同纠纷案”（载《人民司法（案例）》2016年第32期），福建省福州市中级人民法院（2013）榕民初字第1287号民事判决书认为：关于有追索权保理所涉法律关系，包含了金融借贷和债权转让关系。其一，有追索权保理的主法律关系为金融借贷。有追索权保理的融资方（通常表述为卖方）向保理银行申请融资款，并将其对债务人（通常表述为买方）的应收账款转让给银行，当应收账款无法收回时，卖方负有回购义务并向保理银行承担还本付息的责任，卖方对保理融资款仍负有最终的偿还责任，故保理融资本质上是卖方与银行之间的资金借贷。此外，银行通常还会要求卖方另行提供其他担保，均符合担保借款的法律特征。因此，有追索权国内保理合同的主法律关系应为金融借贷。其二，有追索权保理从法律关系为债权让与担保。有追索权保理的保理银行虽受让了卖方的应收账款债权，但银行受让应收账款后仅代为管理、收取应收账款，并将收回款项优先清偿保理融资款，收回款项若超过保理融资款本息，银行亦应将余款退还卖方，故银行与卖方内部之间形成信托关系；并且，当保理银行要求卖方承担还款责任，在卖方清偿保理融资款前，保理银行仍有权向买方收取应收账款用以清偿主债权。故应收账款转让的目的在于清偿主债务或担保主债务得到清偿，实为债权让与担保。

[13]针对“珠海华润银行股份有限公司与江西省电力燃料有限公司、广州大优煤炭销售有限公司保理合同纠纷案”，最高人民法院（2017）民再164号民事判决书认为：大陆法系通说认为，有追索权的保理业务所包含债权转让合同法律性质并非纯正的债权让与，而应认定为具有担保债务履行功能的间接给付契约。间接给付，学说上又称为新债清偿、新债抵旧，或为清偿之给付。根据民法基本原理，间接给付作为债务清偿方法之一，是指为清偿债务而以他种给付代替原定给付的清偿，并不具有消灭原有债务的效力，在新债务履行前，原债务并不消灭，只有当新债务履行且债权人原债权因此得到实现后，原债务才同时消灭。从司法实践中的情况来看，对保理商有追索权

的保理业务中，在债权未获清偿情况下，保理商不仅有权请求基础交易合同的债务人向其清偿债务，同时有权向基础交易合同债权让与人追索这一问题，并无分歧认识，但在原有债务和受让债权数额不一致情况下应如何确定清偿义务的范围和顺序，尚无先例判决可以遵循。

[14]针对“珠海华润银行股份有限公司与江西省电力燃料有限公司、广州大优煤炭销售有限公司保理合同纠纷案”，最高人民法院（2017）民再164号民事判决书认为：依案涉保理合同约定和间接给付法理，银行本应先向燃料公司求偿，在未获清偿时才能向煤炭公司主张权利，追索权的功能相当于煤炭公司为燃料公司的债务清偿能力提供了担保，这一担保功能与放弃先诉抗辩权的一般保证相当。参照《担保法》关于一般保证的法律规定，燃料公司应就其所负债务承担第一顺位的清偿责任，对其不能清偿部分，由煤炭公司承担补充赔偿责任。因银行对煤炭公司的债权并未得到实际清偿，故其虽通过另案向煤炭公司行使了追索权，但仍有权就未获清偿部分向燃料公司主张。但在燃料公司应承担的清偿义务的范围方面，揆诸间接给付的基本法理，因银行并不承担该应收账款不能收回的商业风险，其受让煤炭公司对燃料公司所享有的债权，目的是清偿煤炭公司对其所欠债务，银行实际向煤炭公司发放的借款本金为3 680万元，故银行在本案中向燃料公司所能主张的权利范围，依法应限缩至3 680万元借款本金及其利息范围之内。同时，银行基于该笔贷款受让了对燃料公司的应收账款，其对燃料公司清偿债务的信赖利益仅为应收账款本金4 600万余元及其利息，这一信赖利益范围亦应成为燃料公司对其承担责任的最高上限，故燃料公司向银行清偿该3 680万元本金利息的实际数额，不能超过该4 600万余元本金及相应利息。判决燃料公司向银行支付3 680万元及相应利息，煤炭公司对另案生效判决项下债务的清偿行为，相应减少本判决项下燃料公司的清偿义务，反之亦然。

[15]债权人与债务人均没有清偿彼此债务的意思表示，不是代为清偿。最高人民法院（2017）民申4013号民事裁定书认为：中航公司因三份“煤炭采购合同”对弘宇公司产生的3 800万元债务已由弘宇公司转让给中信银行。中航公司确认，至2013年9月10日，上述债务尚未偿还。虽然弘宇公司于2013年9月自筹资金3 800万元支付给了中信银行，但弘宇公司声明，其支付上述款项是为了履行其与中信银行所签订的保理合同项下回购义务。同时，弘宇公司、中信银行向中航公司发出了三份“债权转让通知书”，中航公司也相应出具“债权转让通知书回执”，并于同日与弘宇公司共同向中信银行出具了“声明”。该声明载明，“煤炭采购合同”项下的3 800万元债务仍由中航公司归还。上述行为足以证明弘宇公司向中信银行归还3 800万元的行为并无代中航公司偿还债务的意思表示，且中航公司对此明知，弘宇公司的还款行为不能发生消灭中航公司债务的效果。

[16]针对“天津汇融保理有限公司诉天津百畅医疗器械销售有限公司等保理合同纠纷案”（载《人民法院案例选》2015年第4辑），天津市高级人民法院（2014）津高民二终字第0103号民事判决书认为：双方在保理合同第二条第（二十）项还约定，百畅销售公司向汇融保理公司归还保理融资款及相关费用后，汇融保理公司将应收账款及应收账款项下的权利返还百畅销售公司。从上述约定可以看出，汇融保理公司返还应

收账款及其项下的权利并非汇融保理公司要求百畅销售公司归还保理融资款的前提条件，百畅销售公司主张其归还保理融资款的条件并未成就的理由不能成立，本院不予支持。

[17]针对“招商银行天津分行诉天津华通润商贸发展有限公司等保理合同案”，（载《人民法院案例选·月版》2009年第3辑）天津市高级人民法院（2005）津高民二初字第48号民事判决书认为：投资公司在保理期满未依协议向银行支付银行已支付对价的应收账款债权，理应对尚欠债务本息承担偿还义务，同时银行可依保理业务合同约定在其应收账款债权未受偿时直接对商贸公司行使追索权，即要求商贸公司对银行未受偿的应收账款债权承担回购责任，投资公司和化工公司依约对该回购义务履行承担连带责任。回购金额为：银行基本收购款+基本收购款逾期支付违约金+银行实际发生的所有管理及追索费用，故商贸公司应依合同约定在收购款3700万余元及逾期利息范围内对投资公司上述到期债务承担回购责任，化工公司、投资公司对商贸公司上述债务承担相应的连带保证责任。

[18]针对“张某祥、秦某、田某、江苏长三角煤炭有限公司、江苏长三角能源发展有限公司、江苏中江能源有限公司、中煤科技集团有限公司与中国民生银行股份有限公司南京分行一般借款合同纠纷案”，最高人民法院（2014）民一终字第187号民事裁定书认为：因案涉“应收账款”系煤业公司与煤炭集团履行“煤炭买卖合同”产生的合同之债，且煤业公司将债权转让一事通知了债务人煤炭集团，煤炭集团亦在“应收账款转让通知书”上签字，故银行取得了有追索权的转让债权，基于该转让债权取得了与原债权人煤业公司一样的诉讼地位和诉讼权利。但煤炭集团非“保理服务合同”的当事人且未在上述合同上签字，故不应受“保理服务合同”的约束。煤炭集团在“应收账款转让通知书”上签字，只能证明其与银行之间产生债权转让关系，而不意味着其加入银行与煤业公司之间的借款担保合同关系。银行不能基于“综合授信合同”“贸易融资主协议”“保理服务合同”有关争议管辖条款，以借款担保合同纠纷为由向银行住所地法院起诉煤炭集团，其与煤炭集团之间的债权转让纠纷，可依《民事诉讼法》关于“因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖”的规定，另行向依法享有法定管辖权的法院起诉。另有裁判观点认为，如果已经有法院判决要求债权人回购的，保理人就不再享有应收账款债权。针对上海浦东发展银行股份有限公司长沙分行诉中联重科股份有限公司合同纠纷案，最高人民法院（2017）民申132号民事裁定书认为：根据“保理协议书”“保理融资申请书”的约定，本案为买断性保理，浦发银行受让湾天公司对中联公司的应收账款债权，浦发银行成为中联公司的债权人。此后，湾天公司向浦发银行出具“承诺函”，承诺如中联公司没有在融资到期日内足额履行付款义务，则由湾天公司对“保理协议书”项下转让给浦发银行的对中联公司的应收账款承担回购责任，其回购的标的仍是该应收账款债权。所以，浦发银行无论是向中联公司请求债务清偿，还是向湾天公司请求回购，均是基于同一笔应收账款债权。在当事人没有另行约定的情形下，浦发银行只能择一主张。根据已查明事实，浦发银行已经在另案中请求湾天公司就该应收账款债权承担回购责任，另案生效判决已经支持了其诉讼请求。在此情形下，浦发银行对中联公司不再享有该笔应收账款债权，故浦发银行又在本案中诉请中联公司清偿债务缺乏请求权基础，一、二审判决驳回其诉讼请求并无不当。

[19]针对“鑫晨保理有限公司诉上海特创实业发展有限公司合同纠纷案”（载《人民司法（案例）》2016年第32期），上海市浦东新区人民法院（2014）浦民六（商）初字第7430号民事判决书认为：商业保理合同的法律性质是以债权转让为核心的综合金融服务合同。保理的核心是应收账款转让，属债权转让范畴，故所有保理均可适用《民法通则》《合同法》等法律中关于债权转让的一般性规定。

[20]《民法典》生效前的司法实践持不同立场。针对“中国光大银行苏州分行诉韦翔塑胶（昆山）有限公司、苏州冠捷科技有限公司等借款合同纠纷案”，江苏省高级人民法院（2008）苏民二终字第0333号民事判决书认为：科技公司与塑胶公司所签购销协议明确约定了禁止转让合同权益和义务的条款，符合《合同法》第79条规定的除外情形。银行作为保理商在与塑胶公司签订“保理协议”与“综合授信协议”时，对保理所涉基础交易合同条款未尽审查注意义务，故塑胶公司在未征得科技公司同意下，将其对科技公司应收账款擅自转让给银行，违反前述法律规定，即使债权人通知了债务人，对科技公司亦不发生效力。因此，应依《合同法》第79条规定认定债务人虽就禁止让与的应收账款对保理商享有抗辩权，但债务人实际履行中以明示行为表示同意转让的除外。科技公司虽按塑胶公司指示向银行的监管账户支付了部分到期货款，但并不能以此认定科技公司同意塑胶公司将其对科技公司的应收账款债权均转让给银行，该部分付款行为可被视为部分接受债权转让。鉴于科技公司与塑胶公司已结算相应货款，本案所涉主债务是基于银行与塑胶公司之间因“保理协议”与“综合授信协议”项下的贸易融资业务而产生，且“保理协议”明确约定银行对贸易融资本息保留向塑胶公司追索的权利，故本案主债务即保理融资款应由塑胶公司向银行偿还。

[21]针对“中国银行股份有限公司福建省分行与福州飞皇贸易有限公司等金融借款合同纠纷案”（载《人民司法（案例）》2016年第32期），福建省福州市中级人民法院（2013）榕民初字第1287号民事判决书认为：根据中电公司、福州飞皇公司、江西本立公司签订的三方协议，中电公司在收到江西本立公司货款后才有义务向福州飞皇公司付款。因中电公司未收到2012年9月份订单的相应货款，故其向福州飞皇公司付款的条件尚未成就。由于案涉应收账款系附给付条件的债权，中电公司对福州飞皇公司的关于讼争款项尚不具备支付条件的抗辩，可向受让人中行福建分行主张。因此，被告中电公司只有在其收到第三人江西本立公司支付案涉月度订单下的款项后，才有义务向应收账款受让人原告履行付款义务。基于债权让与担保的从属性，被告中电公司在收到江西本立公司支付的货款后，在9704360元应收账款限额内对原告福州飞皇公司对原告所负债务承担连带清偿责任。

第十七章 承揽合同

第七百七十条

承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人支付报酬的合同。

承揽包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等工作。

本条主旨

本条是关于承揽合同的定义和主要类型的规定。

相关条文

《合同法》第251条 承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人给付报酬的合同。

承揽包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等工作。

《民法典》第808条 本章没有规定的，适用承揽合同的有关规定。

第1193条 承揽人在完成工作过程中造成第三人损害或者自己损害的，定作人不承担侵权责任，但是定作人对定作、指示或者选任有过错的，应当承担相应的责任。

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第10条 承揽人在完成工作过程中对第三人造成损害或者造成自身损害的，定作人不承担赔偿责任。但定作人对定作、指示或者选任有过失的，应当承担相应的赔偿责任。

理解与适用

一、承揽合同的主要特征

（一）承揽人按照定作人的要求完成工作并交付工作成果

承揽人必须按照定作人的要求完成一定的工作，即以劳务完成一定的结果。在承揽合同中，定作人所需要的不是承揽人单纯提供劳务，而是一定的结果。承揽人完成工作的劳务只有体现在其完成的工作结果上，才能满足定作人的需要。完成的工作结果可以是有形的，也可以是无形的，例如宣传、演讲、向导、演戏等。“交付工作成果”在完成的工作结果是有形结果的情形中才有可能。但是，并非所有的承揽均须交付工作成果，因此，“交付工作成果”仅仅适用于特定的情形而非所有的承揽情形。^[1]当然，不作为不能成为承揽合同的标的。

这同时意味着，承揽合同属于结果之债，即只有债务人的行为按照要求实现了特定后果时，债务人才履行了其义务。因此，承揽人没有完成工作成果，即使其提供了劳务，也不能向定作人要求报酬并依法承担违约责任。^[2]这体现了对当事人意思表示解释的一般推定规则。定作人是根据承揽人的条件认定承揽人能够完成工作而选择承揽人的，定作人的目的是取得工作成果，一旦承揽人同意，则承揽人应当担保完成工作，除非当事人另有约定。

据此，承揽合同是以提供一定的劳务或服务为内容的服务合同的一种。关于服务合同，一直有观点认为：要将其作为典型合同的一种，与以物或者权利的转移为中心的合同相对应，因为服务具有库存的不可能性、无形性或者识别困难性、复原返还的不可能性、受到服务人特质的制约、受领人的协作、受领人自身的特性与服务效果之间的密切关联性、信息的不对称性、持续性、损害的特殊性等。建议在将重要的服务合同类型作为典型合同的同时，构建各类服务合同的一般性规定。^[3]目前，民法典并未采取此种方案，而仅仅是将重要的服务合同类型作为典型合同予以规定。这主要是考虑到服务合同内部也需要再类型化：第一种是“以物为中心”的承揽性服务合同，包括承揽合同、建设工程合同、运输合同；第二种是保管性服务合同，包括保管合同和仓储合同；第三种是委托性服务合同，包括委托合同、物业服务合同、行纪合同、中介合同。承揽合同是承揽性服务合同最为基本的类型^[4]，因此其规定也构成了这一类合同的基础，在对这一类合同没有特别规定时，可以参照适用承揽合同的相关规则。例如，就建设工程合同，《民法典》第808条就明确规定：本章没有规定的，适用承揽合同的有关规定。

（二）定作人支付报酬

定作人应当按照约定向承揽人支付报酬，换言之，如何支付报

酬、报酬形式、支付数额、支付期限等，均由当事人自由约定。在对有偿或者无偿未作出约定时，按照本条规定，似应推定为有偿。如果双方明确约定是无偿的，则此时自然无须支付报酬，但该合同是否仍然是承揽合同，在双方无约定时适用本章规则，抑或参照适用无偿委托合同或者赠与合同的规则。考虑到本章的具体规则都是以有偿合同作为原型而设计的，在无偿合同中如果以此确定双方的权利、义务似乎并不妥当，因此在涉及承揽人的责任时，参照适用赠与合同和无偿委托合同的规则更为妥当，在其他方面可以参照适用关于承揽合同的规定。^[5]据此，承揽合同是双务合同和有偿合同。

（三）承揽合同是诺成合同和不要式合同

承揽合同在双方当事人意思表示达成一致时即可成立。承揽合同的形式可以由当事人协商确定，法律没有明确限制，故其是不要式合同。^[6]

二、承揽合同的种类

根据承揽工作的种类可以将承揽合同区分为以下几种。

（1）加工合同：加工合同是承揽合同中最典型的一种。所谓的加工就是指承揽人以自己的技能、设备和劳力，按照定作人的要求，将定作人提供的原材料加工为成品，定作人接受该成品并支付报酬的合同。

（2）定作合同：定作就是承揽人根据定作人的要求，以自己的技能、设备和劳力，用自己的材料为定作人制作成品，定作人接受该特别制作的成品并给付报酬的合同。定作合同与加工合同的区别在于材料的提供方不同，加工合同的材料提供者是定作人，定作合同的材料提供者是承揽人。

（3）修理合同：修理合同是指定作人将损坏的物品等交予承揽人进行维修，承揽人以自己的技能、设备和劳动修理该物品，并将修理好的物品返还于定作人，定作人接受该工作成果后支付报酬的合同。

（4）复制合同：复制是指承揽人按照定作人的要求，根据定作人提供的样品，重新制作类似的成品，定作人接受复制品并支付报酬的合同。承揽人根据定作人提供的样本不同，可以采取不同的方式进行复制，如对文本复印、对书稿临摹等。

（5）测试合同：测试是指承揽人根据定作人的要求，利用自己

的技术和设备对定作人完成的某一项目的性能进行检测试验，定作人接受测试成果并支付报酬的合同。

（6）检验合同：检验是指承揽人以自己的技术和仪器、设备等对定作人提出的特定事物的性能、问题、质量等进行检查化验，定作人接受检验成果并支付报酬的合同。

（7）其他合同：本章所调整的范围不仅仅包括以上所列的这几种承揽工作，任何符合本条第1款之定义的行为，如印刷、洗染、打字、翻译、拍照、冲卷扩印、广告制作、测绘、鉴定等，都属于本章所调整的承揽工作。

三、承揽合同的实践认定

（一）承揽合同和劳动合同

双方当事人之间所签订的合同是承揽合同抑或劳动合同直接关系到法律的适用和当事人之间的利益分配。虽理论上的区分很清晰，但实践中的区分有时很含糊。实践中，此种区分的最为重要的意义在于完成工作过程中造成第三人损害或者自己损害的，究竟由谁承担侵权责任和承担何种形式的侵权责任。《民法典》第1191条规定了用人单位的承担责任，第1192条规定了个人之间劳务关系中的责任承担，第1193条规定了承揽关系中的责任承担。不同关系的认定对侵权责任承担有重大的影响。^[7]

在实践情形中，首先，应当看当事人事前或者事后的约定。这种约定不仅是关于合同名称的约定，更重要的是关于合同内容的约定。如果当事人明确将双方的法律关系约定为承揽合同，则按照其约定进行处理。如果当事人没有明确约定合同的名称，但合同项下的权利、义务为承揽合同之内容的，则应当将合同定性为承揽合同。^[8]其次，当事人之间事后仍达不成一致意见时，如果在诉争法律关系的领域形成了较为稳定、公开的交易习惯，则可以按照该交易习惯进行裁判。^[9]既没有约定也没有交易习惯的，总结裁判中的观点，往往要综合权衡以下因素予以判断。

（1）当事人之间是否存在控制、支配和从属关系。虽然承揽人也是根据定作人的指示要求完成一定的工作，但承揽人在完成承揽工作时具有独立性，有权根据自己的经验、知识和技能，选择自己认为最好的工作方法进行工作。定作人虽然可以监督、检验，但一般无权任意干预、妨碍承揽人的正常工作。劳动合同中的劳务给付具有从属性，表现为一方应当服从另一方的指示、安排、指挥和监督。这涉及

具体劳动内容由哪一方决定、劳动地点位于哪一方之处、劳动时间由哪一方安排、劳动方式由哪一方指定等。如果上述因素全部或者大部分由一方决定与安排，则双方构成劳动或者劳务合同。^[10]但是，在社会分工时代，在可管理、控制的范围内，雇主也不必对工作人员的任何工作都作出明确指示，有可能只是对工作人员的一部分工作作出了指示，而给予工作人员一定范围内的自由裁量权。因此，在这一类劳动合同中，双方的支配、控制关系就不明显；而承揽合同中定作人有权对承揽人的工作实施必要的监督、检验，这有时在外观上可能接近于支配、控制。

（2）是否由一方指定工作场所、提供劳动工具或设备、限定工作时间。承揽人一般具有独立性，在完成工作过程中自行提供工具设备、拥有专业技术，一般不以定作人的设备、技术为依托而工作。在劳动合同中，往往由雇主一方指定工作场所、提供劳动工具或设备、限定工作时间。

（3）完成工作还是提供劳务。一般而言，承揽合同具有结果关联性，承揽人不仅需要提供劳务，还需要完成工作实现一定结果，未完成工作的，不能获得报酬，因此，承揽人的义务强度较高。而劳动合同中，雇员只需正常提供劳务即可，一般是继续性提供劳务，仅具有行为关联性。如果以完成工作实现一定的结果为目的，提供劳务仅仅是完成工作的手段，则一般为承揽。但是，特定劳动成果的无形化与单纯劳务付出的区分日益困难，例如，对某合同内容，是擦拭玻璃这一单纯的劳务给付，还是把玻璃擦拭干净这一无形劳务成果的完成，不同的理解会使法律关系的定性结果截然不同，而且某种程度上会出现模棱两可的理解结果。^[11]

（4）报酬包含的内容、支付形式和支付条件。承揽关系的支付方式一般是履行完毕后一次性支付，报酬不仅包括劳动力价格，而一般是基于承揽人自身的技能或生产规模、原材料的价格等确定的，支付报酬前一般还有验收的过程。劳动合同中，一般定期给付或者一次性按照工作天数支付报酬，报酬是根据市场劳动力的价格结合相应的行业标准确定的，体现的是劳动力的价格，一经确定后，一般在长时间内维持稳定，不存在亏损的风险。^[12]但是，在一些需要耗费较长时间才能完成特定成果的承揽合同中，也有可能存在着定作人向承揽人分期支付报酬的情形；大量短期的劳务合同中，报酬的支付方式为一次性支付，并不存在分期支付的情况。

（5）当事人一方所提供的劳动是其独立的业务或者经营活动，还是构成合同相对方的业务或者经营活动的组成部分。劳动合同中提供劳务一方所提供的劳动一般构成合同相对方的业务或经营活动的组

成部分，承揽关系中承揽方所提供的劳动是其独立的业务或经营活动。^[13]但是，在双方当事人均为自然人的情形中，例如农村村民建房，建造房屋就不属于生产经营活动。

此外，还需要考虑劳务活动所需的技术含量、劳务是否可交由第三人完成等其他因素。

但是，需要注意的是，依据单独的任何一个因素，都存在判断不清晰、不准确的可能性，往往需要将这些因素进行综合权衡后，才能得出一个相对有说服力的回答。^[14]

（二）承揽合同和买卖合同

承揽合同和买卖合同的区分一般是清晰的，买卖合同当事人的权利、义务以交付和所有权的移转为中心展开，而承揽合同当事人的权利、义务以完成一定工作为中心展开。《民法典》第646条规定：“法律对其他有偿合同有规定的，依照其规定；没有规定的，参照适用买卖合同的有关规定。”承揽为劳务性合同，与买卖为财产性合同不同，在适用该条处理承揽纠纷时，不可毫无保留地直接适用买卖合同的规定，而仅仅是参照适用，应根据两者的性质差异作出调整。^[15]但是，对于当事人一方将全部或者主要以自己的材料做成的物供给他方，他方接受给付并支付报酬的合同，例如甲向乙订购蛋糕、服装店包工包料定做西装等（理论上称之为“承揽供给合同”“承揽出卖合同”“制作物供给合同”，俗称“包工包料”），究竟是适用承揽合同的规则还是适用买卖合同的规则，就会存在争议。这里涉及确定管辖、定作人的任意解除权、是否允许第三人履行、材料和工作物的所有权归属及风险承担、另一方的监督权、侵权责任的承担等实践问题。理论上存在争议，存在不同观点，包括单独或者结合以下考虑因素，例如材料提供主体、替代物和不可替代物、当事人意思等，也有认为是混合合同（例如，就完成工作部分适用承揽合同，就交付工作成果部分适用买卖合同）。^[16]《民法典》第774条规定了承揽人提供材料的情形，似乎可以解释为此时绝对是承揽合同，但如此解释对当事人的权利、义务安排未尽妥当。单纯以是定作人还是承揽人提供全部或者主要材料来区分是否为承揽合同，不能适应现代社会承揽的经济背景，并且对当事人的权利、义务安排并非完全妥当。^[17]按照意思自治的基本考量，一般应当根据当事人的意思予以判断。当事人的意思重在制作物财产权移转的，为买卖合同；当事人的意思重在制作物完成的，为承揽合同。但是，当事人的意思又过于抽象，考虑重点是合同内容而非合同名称。一般在实践中，综合以下因素予以考量。^[18]

（1）是否明确约定制作方自己完成主要工作。承揽合同中，定

作人选择承揽人通常是基于对承揽人之能力、设备、技术等方面的考虑并决定是否签订合同。买卖合同中的买方一般只根据卖方现有的标的物的性能、条件来衡量是否满足自己的需要，主要是基于标的物之现有性能来考虑并进行买卖的。如果合同内容规定制作方必须以自己的设备、技术和劳力完成制作物的主要部分，则一般可以认定为承揽合同。买卖合同中，买受人的主要目的为取得标的物所有权，而不要求标的物一定由卖方制作完成，因此，该标的物是否可以转交第三人生产、制作，也成为司法实践中认定合同性质的一个重要标准。^[19]

（2）是否明确约定对制作方工作的监督、检查权，或者随意的变更权。如果约定在不影响制作人工作的情况下对制作人的制作过程进行监督检查的，一般可以认定为承揽合同。买卖合同的买受人只有权请求出卖人按约定的条件交付标的物，其无权过问对方的生产经营或标的物的取得情况。如果对制作人的要求可以随时调整、修改，则更类似于承揽合同。^[20]

（3）合同中是否含有图纸或者定作要求。如果包含图纸或者定作要求，则更可能构成承揽合同。

（4）材料是否于报酬之外单独另行计价。如果未单独另行计价，而是整体包含于报酬之内，更可能构成承揽合同。如果工作报酬被明定于买卖价格之内，则更可能构成买卖合同。如果工作报酬和材料都单独另行计价支付，则可能构成混合合同，此时对材料部分适用买卖合同的规则，对工作完成部分适用承揽合同的规则。^[21]

（5）标的物是替代物还是不可替代物、其流通性。如果标的物是不可替代物，具有较强的特定性，不具有太强的流通性，此时需要定作人更强的协助义务，通常情形下也难以另行出卖，则可能更倾向于适用承揽合同的规则。^[22]该因素一般不宜单独作为决定性因素，需要结合其他因素综合判断。

需要注意的是，即使认定为承揽合同，也不妨碍在承揽合同未作特殊规定的情况下，依据《民法典》第646条，参照适用买卖合同的有关规定。

第七百七十一条

承揽合同的内容一般包括承揽的标的、数量、质量、报酬，承揽方式，材料的提供，履行期限，验收标准和方法等条款。

本条主旨

本条是关于承揽合同之一般条款的规定。

相关条文

《合同法》第252条 承揽合同的内容包括承揽的标的、数量、质量、报酬、承揽方式、材料的提供、履行期限、验收标准和方法等条款。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第1条 当事人对合同是否成立存在争议，人民法院能够确定当事人名称或者姓名、标的和数量的，一般应当认定合同成立。但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

对合同欠缺的前款规定以外的其他内容，当事人达不成协议的，人民法院依照合同法第六十一条、第六十二条、第一百二十五条等有关规定予以确定。

理解与适用

本条规定的是承揽合同中的一般条款，其中的“一般包括”表明本条是倡导性规范，承揽合同不是一定要具备这些条款，当事人可以根据合同性质和双方的需要对上述规定的条款进行增减。缺少这些条款并不必然导致合同不成立。一般而言，仅当事人的名称或者姓名、标的和数量，是承揽合同的必备条款；缺少其他条款，承揽合同一般仍然可以成立。对承揽合同中出现的漏洞适用《民法典》第510、511条予以确定。按照合同自由原则，当事人也可以约定这些条款以外的条款，例如预付款、结算方式、原材料消耗定额、工作成果的质量保证期限、保密等条款。如果当事人作了约定，这些约定也可以成为合同条款。

依照本条规定，承揽合同一般所包含如下条款。

（1）标的。

承揽的标的是承揽合同的权利、义务所指向的对象，也就是承揽人按照定作人要求所应进行的承揽工作。承揽合同双方当事人必须在合同中明确标的的名称，以使标的特定化。标的是承揽合同的必要条

款，双方当事人未约定承揽标的或者约定不明确的，承揽合同不成立。

（2）数量。

当事人应当明确规定标的的数量，选择好双方共同接受的计算单位，确定双方认可的计算方法等。数量是承揽合同的必要条款，当事人未约定标的数量或者约定不明确的，承揽合同不成立。

（3）质量。

标的质量需订得详细、具体，如标的的技术指标、质量要求、规格、型号等，都应尽量明确。当事人在签订合同时，应当详尽写明质量要求，既可以以样货确定，也可以以标准市货确定，还可以采取其他方式确定。

（4）报酬。

报酬主要是指定作人应当支付承揽人进行承揽工作所付出的技能、劳务的酬金。当事人可以约定报酬的具体数额，也可以约定报酬的计算方法。

（5）承揽方式。

承揽方式是指应该由承揽人独立完成还是可以转承揽。一般来说，如果没有明确约定采用何种承揽方式，主要工作都应该由承揽人亲自、独立完成，未经定作人允许，不得转承揽。

（6）材料的提供。

材料是指完成承揽工作所需的原料。当事人应当约定材料由承揽人提供还是由定作人提供抑或双方共同提供，并且应当明确提供材料的时间、地点，材料的数量和质量等。

（7）履行期限。

承揽合同中的履行期限主要是指双方当事人履行义务的时间：对承揽人而言，是指承揽人完成工作、交付工作成果的时间；对定作人而言，是指定作人支付报酬或者材料费等价款的时间。

（8）验收标准和方法。

验收的标准和方法是指检验材料、承揽工作质量的具体标准和方法。

第七百七十二条

承揽人应当以自己的设备、技术和劳力，完成主要工作，但是当事人另有约定的除外。

承揽人将其承揽的主要工作交由第三人完成的，应当就该第三人完成的工作成果向定作人负责；未经定作人同意的，定作人也可以解除合同。

本条主旨

本条是关于承揽人完成主要工作之义务的规定。

相关条文

《合同法》第253条 承揽人应当以自己的设备、技术和劳力，完成主要工作，但当事人另有约定的除外。

承揽人将其承揽的主要工作交由第三人完成的，应当就该第三人完成的工作成果向定作人负责；未经定作人同意的，定作人也可以解除合同。

《民法典》第773条 承揽人可以将其承揽的辅助工作交由第三人完成。承揽人将其承揽的辅助工作交由第三人完成的，应当就该第三人完成的工作成果向定作人负责。

理解与适用

一、承揽人应当独立完成主要工作

关于承揽人是否应当独立完成工作，存在不同的立法例。^[23]一方面，承揽合同建立在定作人对承揽人之工作能力信任的基础上，承揽人的设备、技术和劳力是决定其工作能力的重要因素，也是定作人选择该承揽人完成工作的决定性因素。但另一方面，承揽合同较为关注工作按约定完成，相对忽视工作过程，即使承揽人将工作交给第三

人完成，只要工作按照约定完成，符合定作人的要求，这恰恰符合专业分工的要求，是符合效率要求的。《民法典》采取了中间路线，为维护双方当事人之间的特殊信赖关系，保障合同目的的实现，默认独立完成主要工作是承揽人的主要义务之一，但允许当事人另有约定、将辅助工作交由第三人完成等例外，试图兼顾信任和效率两方面的因素。

承揽人应当独立完成主要工作有三层含义。

首先是完成主要工作。“主要工作”是指完成承揽合同约定的主体性的、基础性的和大部分的工作。主要工作一般对承揽工作按照约定完成起着决定性作用，通常来说，其技术要求也相对较高。例如定做汽车的发动机制造工作、订制服装时量体裁剪和整体裁制工作等。如果质量不起决定性作用，主要工作即指数量上的大部分。在具体合同中，要根据承揽工作的性质和当事人的约定来确定主要工作的具体内容。至于辅助工作，依据《民法典》第773条，如果当事人未另有约定的，承揽人可以将其承揽的辅助工作交由第三人完成。

其次是独立完成。所谓的独立完成，是指承揽人应当以自己的设备、技术和劳力完成。所谓的设备，是指承揽人进行工作所使用的工具，包括自己所有的、承租的设备。所谓的技术，是承揽人进行工作所需的技能，包括专业知识、经验等。所谓的劳力，是指承揽人完成工作所付出的劳动力。这里并不排除承揽人聘请其他更具有技术能力的人帮助完成主要工作。

最后是当事人未作出其他约定。承揽人应当独立完成主要工作是任意性规范，当事人可以另有约定。这种约定当然要求定作人的同意，既包括定作人事前的同意，也包括事后的同意即追认；既可以是明示的，也可以是默示的，但单纯的沉默一般不能构成同意，除非法律有规定、当事人另有约定或者符合当事人之间的交易习惯。承揽人将其承揽的主要工作交由第三人完成，未经定作人同意，但定作人也未解除合同的，不应当认为构成定作人的同意。

二、次承揽（转承揽）效力的发生

本条第2款前半句规定：承揽人将其承揽的主要工作交由第三人完成的，应当就该第三人完成的工作成果向定作人负责。在实践中，业务明显关联的母公司与子公司、总公司与分公司之间，一方将工作交由另一方实际处理的，一般不认为另一方构成“第三人”^[24]。

按照体系解释，该规定可以适用于两种情形：第一，经过定作人

同意，承揽人将主要工作交由第三人完成；第二，虽然未经定作人同意，但定作人未解除合同或者根本不享有解除权。无论何种情形，其法律效果都是承揽人应当就该第三人完成的工作成果向定作人负责，此即理论上所谓的次承揽效力。这与承揽合同权利、义务的概括转移不同，更类似于租赁合同中的转租关系：次承揽合同与原承揽合同各为独立的承揽合同，次承揽合同的成立、生效与效力，与原承揽合同无关。原承揽合同最终无效或被解除时，应当理解为不影响次承揽合同的效力，仅仅是产生了承揽人的法定解除权。^[25]即使定作人同意，也仅意味着其放弃了以此为由解除承揽合同的权利，但次承揽人与定作人之间不发生权利义务关系，定作人对次承揽人无完成工作并交付工作成果的请求权，次承揽人对原定作人无报酬请求权，但定作人仍然负有协助义务。^[26]据此，当作为次承揽人的第三人完成的工作不符合约定时，定作人有权依照法律规定行使法定解除权并依法请求承揽人承担违约责任，但是定作人对次承揽人不直接享有权利和承担义务。^[27]承揽人因此遭受损失的，可以依据其与次承揽人之间的合同关系向次承揽人请求赔偿。承揽人未按约定向次承揽人支付报酬的，次承揽人只能向承揽人而不能向定作人请求支付。

值得注意的是，按照本款规定，不区分经过定作人同意和未经定作人同意但定作人不解除合同两种情形，法律效果似乎都是相同的。对此，有观点认为：前种情形下承揽人的可归责性明显要比后种情形的小，理论上分别称为适法次承揽和不适法次承揽，适用同一法律效果似乎有失妥当。应结合《民法典》第169条关于转委托代理的规定和第923条关于转委托的规定，其中都区分了是否经过被代理人或者委托人同意或追认的情形，如果经过了同意或追认，代理人或者受托人仅就次承揽人的选任以及对第三人的指示承担责任，据此，承揽人就该次承揽人的工作，仅就次承揽人的选任、指示向定作人负责。^[28]但是，次承揽的情形与委托不同，最大的区别是：《民法典》第923条特别规定了委托人有权就委托事务直接指示第三人，受托人无干预的可能性，故仅就选任和指示承担责任。但是，本款的情形中并未规定定作人可以直接指示第三人，这意味对第三人的工作有干预可能性的是承揽人而非定作人。因此，此时具有反对类推的合理根据：即使经过定作人同意，承揽人也就第三人完成的工作成果向定作人负责。^[29]如果是定作人直接指示承揽人导致工作成果不符合约定的，即使不存在次承揽，承揽人也不承担违约责任，因此，定作人直接选定了次承揽人或者直接指示次承揽人导致工作成果不符合约定的，承揽人同样不对定作人承担违约责任。^[30]可见，经过定作人同意和未经定作人同意两种情形的法律效果并不完全相同，毕竟后种情形中，定作人可能会享有法定解除权。

当然，该法律后果的规定同样属于任意性规范，承揽人和定作人可以作出完全不同的约定。

三、定作人的法定解除权

本条第2款中规定：承揽人将其承揽的主要工作交由第三人完成的……未经定作人同意的，定作人也可以解除合同。结合前句规定，该句规定中的“也”意味着定作人享有选择权：第一，定作人可以解除合同；第二，定作人不解除合同，承揽人就该第三人完成的工作成果向定作人负责，即发生次承揽的效力。同时，这里应当排除了紧急情况下承揽人为维护定作人的利益将主要工作交由第三人完成的情形，此时定作人并无法定解除权。

对“定作人也可以解除合同”的通常理解可能是，只要未经定作人同意，无须《民法典》第563条第1款所规定的催告、致使不能实现合同目的等其他要求，定作人可以解除合同，因此构成了法定解除权的特殊产生事由。但是，此种解释似乎过分保护了定作人的利益，不符合效率要求。在承揽工作完全符合定作人要求的情况下更是如此。更佳的解释是，该句规定仅仅是不能完全规范，不能单独予以适用，仍然要结合《民法典》第563条第1款第3、4项的规定予以适用，只有在符合这两项规定的前提下，定作人才享有法定解除权。^[31]因此，在一般情形中，即使承揽人将其承揽的主要工作交由第三人完成，但未达到不能实现合同目的的程度的，定作人不享有法定解除权；如果在特殊情形中，工作的完成与人身信任关系极为密切，定作人也可以依据《民法典》第563条第1款第4项规定的“有其他违约行为致使不能实现合同目的”而享有法定解除权。这里不涉及当事人事先约定解除权和事后协议解除的情形。

第七百七十三条

承揽人可以将其承揽的辅助工作交由第三人完成。承揽人将其承揽的辅助工作交由第三人完成的，应当就该第三人完成的工作成果向定作人负责。

本条主旨

本条是关于承揽之辅助工作的规定。

相关条文

《合同法》第254条 承揽人可以将其承揽的辅助工作交由第三人完成。承揽人将其承揽的辅助工作交由第三人完成的，应当就该第三人完成的工作成果向定作人负责。

《民法典》第772条 承揽人应当以自己的设备、技术和劳力，完成主要工作，但是当事人另有约定的除外。

承揽人将其承揽的主要工作交由第三人完成的，应当就该第三人完成的工作成果向定作人负责；未经定作人同意的，定作人也可以解除合同。

理解与适用

一、承揽人有权将其承揽的辅助工作交由第三人完成

“辅助工作”，是相对于“主要工作”而言的，它是指承揽工作中主要工作之外的部分。一般而言，辅助工作只是对主要工作起协助和完善性质的工作，其并不构成承揽工作的主要内容，可以协助承揽工作的完成。辅助工作对工作成果的整体质量没有太大的影响，因此，承揽人将辅助工作交由第三人完成的，可以不经定作人同意。这样的规定符合承揽工作的一般交易习惯。例如，产品加工中的包装工作，定制服装中的缝扣子、熨烫工作，一般都属于辅助工作，可以交由第三人完成。^[32]

如果第三人同意完成该部分工作的，按照承揽人和第三人之间的合同关系，承揽人应当将定作人对工作的要求或者合同中关于质量、数量、交付期限的约定如实告知第三人，第三人应当根据承揽人提供的情况完成工作。这已经是承揽人和第三人之间的合同处理的问题，无涉本条的适用。

二、次承揽效力的发生

承揽人将其承揽的辅助工作交由第三人完成的，无论是符合法律规定的情形，还是违反了当事人之间的明确约定，但定作人不享有解除权或者虽享有解除权但不行使解除权的情形，其法律效果都是承揽人应当就该第三人完成的工作成果向定作人负责。此即理论上所谓的次承揽效力。这在对上一条的释义中已经阐明，此处不赘述。

三、任意性规范

本条整体上属于任意性规范，当事人可以在多个方面另行约定。

首先，在当事人没有约定或者约定不明确时，承揽人有权将辅助工作交由第三人完成。但是，当事人可以另行明确约定辅助工作也必须由承揽人自己独立完成，必须由承揽人自己独立完成的辅助工作的范围必须限于当事人明确约定的范围，有疑义时应当作出对承揽人有利的解释。如果承揽人将双方明确约定必须由承揽人自己独立完成的辅助工作交由第三人完成，可以按照《民法典》第772条的规定处理。但是，一般情况下辅助工作转承揽不会致使合同目的不能实现，因此，定作人一般不享有法定解除权，除非将该辅助工作转承揽违反约定达到了致使合同目的不能实现的程度。

其次，承揽合同中可以约定，承揽人将辅助性工作交由第三人完成的，承揽人仅对其完成的主要工作负责，第三人对其完成的辅助工作负责。在此情况下，承揽人应当通知定作人并取得定作人同意。第三人的工作成果不符合约定的，定作人只能要求第三人承担违约责任，承揽人根据约定对此不承担责任。

最后，承揽合同中可以约定，承揽人将辅助性工作交由第三人完成的，承揽人与第三人就由第三人完成的辅助工作向定作人承担连带责任。承揽人将辅助工作交由第三人完成的，可以与第三人约定，就该辅助工作向定作人承担连带责任。承揽人与第三人未作此约定的，仅承揽人应当对第三人的工作向定作人承担责任。

第七百七十四条

承揽人提供材料的，应当按照约定选用材料，并接受定作人检验。

本条主旨

本条是关于承揽人提供材料的规定。

相关条文

《合同法》第225条 承揽人提供材料的，承揽人应当按照约定选用材料，并接受定作人检验。

《民法典》第778条 承揽工作需要定作人协助的，定作人有协

助的义务。定作人不履行协助义务致使承揽工作不能完成的，承揽人可以催告定作人在合理期限内履行义务，并可以顺延履行期限；定作人逾期不履行的，承揽人可以解除合同。

理解与适用

一、承揽合同约定由承揽人提供材料

本条适用的前提是由承揽人提供材料。如果承揽合同约定由承揽人提供材料，这并无疑问。这种约定也可以根据对报酬支付的构成和数额的约定推导出来。但是，如果承揽合同对是承揽人还是定作人提供材料没有约定或者约定不明，依据《民法典》第510、511条仍然有疑义时，应当如何处理？一种可能的解释是，根据意思自治原则，在无明确约定情况下应当作出对义务人有利的解释，此时，承揽人不负有提供材料的义务。但是，另一种可能的，似乎也更为合理的解释是，承揽人在材料的选取方面更专业，这些材料是完成工作所必需的，因此，承揽人负有完成工作的义务就包含了承揽人提供为完成工作所必要的材料的义务，并且，承揽人完全有足够的能力使议定价款中包含材料的费用。^[33]

二、承揽人负有按照约定选用材料的义务

如果当事人在承揽合同中约定由承揽人提供材料，并约定了提供材料的时间、材料的具体要求的，则承揽人应当按照约定选用材料。如果对提供材料的时间、材料的具体要求没有约定的，应当依据《民法典》第510、511条予以确定。承揽人就自己提供的材料应当负有与买卖合同中卖方相同的瑕疵担保责任，即权利瑕疵担保责任和物的瑕疵担保责任。承揽合同作为有偿合同，依据《民法典》第646条的规定，参照适用买卖合同中关于瑕疵担保的规定。此时，定作人在发现承揽人提供的材料有瑕疵时，即可向承揽人提出请求，例如请求承揽人重新提供符合要求的材料，而非在交付工作成果时才能够提出请求。

三、承揽人负有接受定作人检验的义务

承揽人准备好材料后，应当及时通知定作人检验，并如实提供发票以及关于数量和质量的说明文件，并准备好接受定作人的检验。定作人接到通知后，有权检验该材料。定作人经检验后认为承揽人提供的材料不符合约定的，可以通知承揽人，要求承揽人重新提供符合要求的材料，并在承揽人以后工作的过程中检查和监督承揽人的工作。

定作人经检验确认后，不得再就此提出异议，承揽人也应当以定作人确认后的材料完成工作。承揽人以次充好或者故意隐瞒材料瑕疵而造成工作成果质量不符合约定的，定作人有权依据《民法典》第781条的规定请求承揽人承担违约责任。关于具体的检验期间和检验标准，依据《民法典》第646条的规定，可以参照适用买卖合同中的规定。

但是，定作人在接到通知后未及时检验的，法律后果如何在本条中并未规定。这里可能要区分情形：如果承揽合同中约定必须定作人检验后才能开始承揽工作的，则此时定作人的检验义务就属于协助义务的一种，依照《民法典》第778条的规定，定作人不履行协助义务致使承揽工作不能完成的，承揽人可以催告定作人在合理期限内履行义务，并可以顺延履行期限；定作人逾期不履行的，承揽人可以解除合同；同时可以请求定作人赔偿停工、窝工的损失，此时可参照适用《民法典》第798条中的规定。

但承揽合同中并未约定必须定作人检验后才能开始承揽工作的，或者未将定作人的检验明确约定为义务的，定作人的检验似乎就是定作人的权利而非定作人的义务。本条并未如同第775条那样规定了承揽人对定作人所提供材料的及时检验义务，也未如同第780条那样规定定作人负有验收工作成果的义务，同时未如同第620条及以下条文那样规定了买卖合同中买方及时检验的义务。同时，从体系上看，第779条规定了承揽人对定作人必要的监督检查的接受义务，但是同样没有规定定作人的监督检查义务。考虑到承揽合同目的的实现依赖于定作人对工作成果的验收，而定作人往往不验收承揽人提供的材料而仅对最后的工作成果予以验收，并且其负有验收工作成果的义务，因此可以将检验承揽人提供的材料认为是定作人的权利，定作人即使没有及时检验承揽人提供的材料的，在定作人就工作成果的瑕疵依据第781条规定请求承揽人承担违约责任时，承揽人也不得以此提出抗辩。^[34]此时并不适宜参照适用《民法典》中关于买卖合同中买方未及时检验的法律后果的相关规定。但是，即使如此，定作人仍然享有检验承揽人所提供材料的权利，要求检验时，承揽人应当接受。

第七百七十五条

定作人提供材料的，应当按照约定提供材料。承揽人对定作人提供的材料应当及时检验，发现不符合约定时，应当及时通知定作人更换、补齐或者采取其他补救措施。

承揽人不得擅自更换定作人提供的材料，不得更换不需要修理的零部件。

本条主旨

本条是关于定作人提供材料的规定。

相关条文

《合同法》第256条 定作人提供材料的，定作人应当按照约定提供材料。承揽人对定作人提供的材料，应当及时检验，发现不符合约定时，应当及时通知定作人更换、补齐或者采取其他补救措施。

承揽人不得擅自更换定作人提供的材料，不得更换不需要修理的零部件。

《民法典》第803条 发包人未按照约定的时间和要求提供原材料、设备、场地、资金、技术资料的，承包人可以顺延工程日期，并有权请求赔偿停工、窝工等损失。

理解与适用

一、定作人负有按照约定提供材料的义务

本条适用的前提是由定作人提供材料。如果承揽合同对是承揽人还是定作人提供材料没有约定或者约定不明的，依据《民法典》第510、511条仍然有疑义时，推定为由承揽人提供完成承揽工作所必要的材料。所谓“材料”，主要是指承揽工作所必需的原材料，如制作家具的木材、制作衣服的面料等。但是，承揽工作的对象，或者承揽工作所附的基础，即工作基底，例如修理电视合同中的电视等，必须由定作人提供。

定作人应当按照约定提供材料。如果对提供材料的时间、材料的具体要求没有约定的，应当依据《民法典》第510、511条予以确定。如果定作人未按照约定提供材料的，应当依据《民法典》第778条的规定，认为定作人负有协助义务，定作人不履行协助义务的，承揽人可以催告定作人在合理期限内履行义务，并可以顺延履行期限；定作人逾期不履行的，承揽人可以解除合同，同时有权请求赔偿停工、窝工等损失。定作人提供材料，但没有转移材料所有权的意思，因此，材料的所有权一般不会移转于承揽人，定作人仍然享有材料的所有权。

在定作人和承揽人双方共同提供材料的情形，可以就定作人提供

的材料部分和承揽人提供的材料部分，分别适用本条和第774条的规定。

二、承揽人负有及时检验通知的义务，享有相关权利

对于定作人提供的材料，承揽人有检验的权利。如果经承揽人检验，定作人提供的材料符合约定，则承揽人应当确认并告知定作人。如果经检验，定作人提供的材料不足的，则承揽人有权及时通知定作人补齐，并依据《民法典》第784条负有保管义务；定作人提供的原材料质量不符合约定的，承揽人有权及时通知定作人更换以达到合同要求；承揽人也可以请求定作人采取其他补救措施，例如支付价款，由承揽人代购等。定作人在接到材料不符合约定的通知后，应当及时采取补救措施以使材料达到合同约定的要求。如果定作人未及时采取补救措施，依据《民法典》第778条的规定，承揽人可以顺延履行期限；定作人不履行的，承揽人可以解除合同，同时有权请求赔偿停工、窝工等损失。建设工程合同中，《民法典》第803条对此予以了规定，这体现了一般性的要求。

与《民法典》第774条未规定定作人及时检验的义务不同，考虑到承揽人往往具有专业能力，能够及时检验并通知以减少进一步的损害，本条明确规定了承揽人对定作人提供的材料负有及时检验的义务，并且在发现材料不符合约定时负有及时通知的义务。但是，这里所规定的及时检验和通知义务，与《民法典》第620条及以下条文关于买卖合同中买方及时检验和通知的义务并不相同，如果参照适用，则承揽人未及时检验并通知定作人的，就被视为材料符合约定，因材料原因造成承揽工作不符合约定的，承揽人就会依据《民法典》第781条承担违约责任，而这会导致承揽人对定作人提供材料的检验通知义务过重。就此，合理的解释是：将此处对定作人提供材料的检验通知义务和《民法典》第776条规定的对定作人提供图纸要求的通知义务等同对待，仅仅是承揽人负有及时通知、对定作人进行警示的义务，不能参照适用《民法典》第620条及以下条文的规则。^[35]

三、承揽人对定作人所提供材料负有的不作为义务

承揽人不得擅自更换定作人提供的材料，不得更换不需要修理的零部件，这就是承揽人对定作人所提供材料的不作为义务。只要当事人未明确约定承揽人可以更换，只要材料是定作人提供的，则承揽人就负有该义务。承揽人如果违反了该义务，应当依法向定作人承担违约责任。同时，定作人提供材料的，材料的所有权一般不会移转于承揽人，定作人仍然享有材料的所有权，承揽人擅自更换的，实际上构成了对定作人的所有权的侵害，承揽人应当依法承担侵权责任。此

时构成侵权责任和违约责任的竞合，依据《民法典》第186条，定作人有权选择请求承揽人承担违约责任或侵权责任。

在修理合同中，承揽人应当按照约定修理物品损坏的部分，并保持其他部分的完整性，不得更换不需要修理部分的零部件。例如，对手表的修理中，不得将手表中无须修理的贵重零部件更换为廉价的零部件；发现只有一个齿轮有磨损的，承揽人应当更换该磨损的齿轮而不得以次充好，更换其余的齿轮。承揽人更换应修理的以外的零部件的，承揽人应当恢复原状并承担赔偿责任。承揽人对定作人提供的材料也应当合理利用，符合合同中约定或者合理的损耗量，避免材料的损失浪费。^[36]由于承揽人的原因造成材料浪费的，承揽人应当予以赔偿；造成材料短缺的，由承揽人负责补齐。如果完成承揽工作后定作人提供的材料有剩余的，承揽人应当返还给定作人。

四、不规则承揽

承揽人不得更换定作人提供的材料是任意性规范，根据意思自治，双方当事人可以明确约定承揽人有权更换定作人提供的材料。这在理论上称为“不规则承揽”，此时承揽人享有更换材料的权利，有权按照约定以同种类、品质、数量的材料代替为一定工作并交付工作成果。例如，定作人将某布料交给承揽人定制西装，约定承揽人可以以同种类的布料替代。此时承揽人当然可以以更高品质的布料更换。当然，材料为可替代物时才可能有不规则承揽的适用。依照本款规定，《民法典》以一般承揽为原则，在没有约定或者约定不明确时，依据第510、511条仍不能确定的，推定为一般承揽。^[37]关于不规则承揽的性质，有的认为是承担与互易混合，即完成工作部分适用承揽规则，材料代替部分则构成互易。但是，不规则承揽的目的是工作的完成，这与一般的承揽并无区别，所以仍可以将之作为单纯的承揽予以处理。^[38]

在不规则承揽中，较有争议的问题是材料所有权转移的时间和材料的风险负担问题。对于材料所有权转移的时间，存在不同观点。^[39]第一，通说为交付说，认为，定作人交付的材料，自交付时，其所有权移转于承揽人。第二，代替说认为，定作人交付的材料，必须在承揽人以他种材料代替时，或就材料加以处分时，所有权才移转于承揽人。第三，工作完成说主张，定作人交付的材料，必须在承揽人完成工作时，或者工作成果须交付的，在将工作成果交付给定作人时，材料的所有权才发生移转。该争论主要的实践意义在于：如果认为材料所有权在交付工作成果前已经移转给承揽人，则承揽人的处分为有权处分，第三人无论是善意还是恶意都能取得材料所有权或者其他物权，定作人不得要求返还；承揽人在交付工作成果前破产或者被

他人强制执行的，定作人不享有破产取回权，也无权提出执行异议，而这对于定作人更为不利。如果认为材料所有权在交付工作成果时才移转给承揽人的，则承揽人的处分是无权处分，第三人能否取得物权取决于其是否符合善意取得的条件，当不符合时，定作人有权要求第三人返还或者除去材料上的负担；承揽人在交付工作成果前破产或者被他人强制执行的，定作人享有破产取回权，能够提出执行异议。这对于定作人更为有利。

移转交付材料的所有权要求定作人有移转所有权的意思，但是，定作人交付材料是基于承揽合同，此时不能认为定作人交付材料有移转材料所有权的意思，而只是约定承揽人有权以其他材料代替，故交付说似乎并不妥当；代替说也并无足够的法律依据。^[40]更为妥当的观点是工作完成说。一方面，在承揽人以承揽为营业时，承揽人的其他债权人不应合理相信材料都应当由承揽人所有，此时无理由对承揽人的其他债权人予以优待，至少在承揽人以承揽为营业时，定作人有权提出执行异议或者享有破产取回权；另一方面，避免承揽人处分材料时的第三人即使为恶意也能取得材料的所有权，从而使定作人利益受损的情形。当然，第三人符合善意取得条件的，仍然能够取得材料的所有权。这样更能实现不同主体之间的利益平衡。^[41]

第七百七十六条

承揽人发现定作人提供的图纸或者技术要求不合理的，应当及时通知定作人。因定作人怠于答复等原因造成承揽人损失的，应当赔偿损失。

本条主旨

本条是关于承揽人之通知义务和定作人之相应义务的规定。

相关条文

《合同法》第257条 承揽人发现定作人提供的图纸或者技术要求不合理的，应当及时通知定作人。因定作人怠于答复等原因造成承揽人损失的，应当赔偿损失。

《民法典》第509条第2款 当事人应当遵循诚信原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

第500条 当事人在订立合同过程中有下列情形之一，造成对方损失的，应当承担赔偿责任：（一）假借订立合同，恶意进行磋商；（二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（三）有其他违背诚信原则的行为。

第806条第2款 发包人提供的主要建筑材料、建筑构配件和设备不符合强制性标准或者不履行协助义务，致使承包人无法施工，经催告后在合理期限内仍未履行相应义务的，承包人可以解除合同。

理解与适用

一、承揽人的通知义务

《民法典》第509条第2款即规定，当事人应当遵循诚信原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。本条第一句就规定了情形之一，即承揽人发现定作人提供的图纸或者技术要求不合理时，负有及时通知定作人的义务。《民法典》第775条第1款也规定了承揽人在定作人提供的材料不符合约定时的通知义务。但是，依据《民法典》第509条第2款，承揽人所负有的通知义务不限于这两种情形，还包括定作人提供的材料虽然符合约定但不合理、定作人所作出的指示不合理等诸多可能的情形，也包括虽然不是定作人提供的材料或者资料但对于合同目的实现具有重要性的其他信息。这些通知义务对于承揽合同尤为重要。因此，需要结合本条规定对承揽人的通知义务作整体的分析。^[42]

在承揽情形中，承揽人往往具有更强的专业能力，并且通知不会给承揽人带来较大的成本，但是有助于双方就重要的信息进行交流，预防未来争议的发生，而这对于双方当事人都是有利的。因此，承揽人在一定范围内负有通知义务，是基于诚信原则的要求。但是，如果将承揽人的通知义务过分扩大，也会对承揽人产生不利，这里就涉及承揽人负有通知义务的前提条件。

首先，必须是涉及重要风险的信息。如果就任何信息都要求承揽人负有通知义务，向定作人咨询，这是不妥当的，也是不切实际的。对于该信息，若通过个案判断，认为可能导致承揽合同的履行不能达到定作人所指明或所设想的工作成果的，或者可能损害定作人的其他利益的，或者将比定作人原本期待的要花费更多金钱或时间的，则该信息就是重要的，即通知的成本较之避免该风险的成本极低，则承揽人应当负有通知定作人的义务。据此，在定作人提供的图纸、技术要求或者材料等达到上述程度时，例如，按照定作人提供的图纸或者技

术要求难以产生符合合同约定的工作成果，承揽人才负有通知义务。

其次，承揽人发现该信息。这里不同于“应当知道”（ought to have known），并非要求承揽人负有积极调查的义务，而是仅限于对已经知道的风险作出警示，否则大范围的积极调查可能对承揽人过于苛严，过分增加承揽人的成本。^[43]因此，《民法典》第775条和本条仅仅是规定了发现不符合约定或者发现不合理的情形，而不包括“应当发现”的情形。^[44]但是，为了降低举证困难，如果基于承揽人无须调查就能知道的所有事实及情况，风险明显存在的，则推定承揽人已经知道该风险的存在或者发现了该风险，即承揽人有理由知道（reason to know）。比较明显的情形是定作人提供的图纸、技术要求或者材料等不符合约定，《民法典》第775条就规定了定作人提供材料不符合约定时承揽人的通知义务。另外一种较为明显的情形是，定作人提供的图纸、技术要求或者材料等不符合强制性标准，《民法典》第806条第2款在建筑工程合同中对此予以了规定。至于其他构成“不合理”的情形则要考虑交易惯例和行业实践等因素具体到个案中予以细致判断。

最后，定作人对此等信息不知道且无重大过失。如果定作人已经知道或者因重大过失而不知道此等风险，则要求承揽人通知是不必要的，对于定作人也意味着额外的开支。但是，不能仅因定作人具有相关领域的知识或听从了具有相关领域知识的其他人的建议，就认定定作人知道该信息或者对不知道具有重大过失。这是为了保护有亲朋好友出谋划策的中小型企业或者消费者的利益。但是，如果定作人聘请了专业的咨询人员，则专业咨询人员的知道或者重大过失就被认为是定作人的知道或者重大过失。^[45]

在符合上述前提时，承揽人就负有及时通知定作人的义务。不要求通知必须是书面形式，但承揽人应当采取合理方式确保定作人理解通知的内容。如果承揽人未及时通知，之后风险现实发生的，定作人有权要求承揽人承担违约责任。在风险发生，导致最终工作成果不符合质量要求时，定作人有权依据《民法典》第781条的规定，请求承揽人修理、重作、减少报酬或者赔偿损失。^[46]但定作人就最终工作成果不符合质量要求赔偿，同时就承揽人未尽到及时通知义务要求承揽人赔偿的，应当避免双重赔偿。如果该风险的现实发生导致承揽人要花费更多的成本，就增加的成本承揽人不得要求赔偿，也无权要求顺延工期等对合同的单方变更。

在承揽人负有通知义务的情形中，如果因情况紧急，承揽人难以和定作人取得联系的，承揽人此时有权自行处理，但应负有妥善处理的义务，同时，事后应当将该情况及时通知定作人。此时可以参照适

用《民法典》第922条关于受托人的规定。

仍然需要说明是，不仅在承揽合同履行过程中，承揽人负有通知义务；在承揽合同订立阶段，依据《民法典》第500条规定，承揽人也负有通知的先合同义务。^[47]这两个阶段的通知义务的条件大致相同，仅仅需要注意的是：第一，如果承揽人在合同订立过程中未尽到及时通知义务，则根据具体情形可能会构成欺诈或者重大误解。此时定作人不仅可以请求缔约过失的赔偿，还可能享有撤销权。第二，在不同阶段，承揽人所取得信息的范围和分析中心不同。在合同订立阶段，承揽人所搜集的信息更多的是关于定作人的需求，围绕合同订立展开；但在合同履行中，则是围绕达到定作人的要求展开，承揽人所获得的信息可能会更多，并且从履行角度分析，此前未被觉察到的风险也可能会变得明显。^[48]

二、定作人的相应义务

在承揽人及时通知定作人之后，定作人负有及时答复并采取合理措施的义务。这也是《民法典》第778条所规定的定作人协助义务的一种。具体到本条适用情形中，定作人在接到承揽人关于图纸或者技术要求不合理的通知后，应当立即采取措施，修改图纸和技术要求。修改完成后，定作人应当及时答复承揽人，并提出修改意见。在承揽人发出通知至收到定作人答复期间，承揽人可以根据具体影响在相应范围内合理地停止工作，工期顺延，定作人还应当赔偿承揽人在此期间的误工以及其他损失。

定作人在接到通知后，未能及时答复承揽人并提出合理修改意见的，承揽人有权要求定作人赔偿其误工等损失。定作人怠于答复的，承揽人可以依据《民法典》第778条的规定，催告定作人在合理期限内予以答复并提出合理修改意见，并可以顺延工期；在合理期限内承揽人仍未收到定作人的合理答复的，承揽人有权解除合同，因此造成损失的，由定作人赔偿。

三、定作人的通知义务

本条仅规定了承揽人的通知义务。依据《民法典》第509条第2款，定作人也依据诚信原则负有通知义务。如果定作人已经知道一些信息，包括承揽合同的履行不能达到定作人所指明或所设想的工作成果的或者可能导致承揽人比其原来期待的要花费更多的金钱或时间的，或者在承揽人工作时会给承揽人或者他人造成危险，并且该风险异常而无法合理期待承揽人获知的^[49]，则定作人也负有通知承揽人的义务。该通知义务的具体条件与承揽人的通知义务的具体条件大致

相同。如果定作人未尽到此等通知义务，就额外产生的费用和工期的延长无权请求承揽人赔偿；承揽人有权请求定作人赔偿因此而遭受的损失，并且相应地顺延工期。同时，依据《民法典》第500条的规定，定作人也负有通知的先合同义务，其具体条件和法律效果也与承揽人通知的先合同义务大致相同。^[50]

第七百七十七条

定作人中途变更承揽工作的要求，造成承揽人损失的，应当赔偿损失。

本条主旨

本条是关于定作人中途变更工作要求应承担赔偿责任的规定。

相关条文

《合同法》第258条 定作人中途变更承揽工作的要求，造成承揽人损失的，应当赔偿损失。

《民法典》第805条 因发包人变更计划，提供的资料不准确，或者未按照期限提供必需的勘察、设计工作条件而造成勘察、设计的返工、停工或者修改设计，发包人应当按照勘察人、设计人实际消耗的工作量增付费用。

理解与适用

一、定作人的任意变更权

对于定作人的任意变更权，比较法上存在争议，有的完全不承认，有的承认但予以限制。^[51]本条承认了定作人的任意变更权。这是因为：第一，承揽合同的履行往往需要经过一段时间，但定作人订立合同时，无法取得所有未来的信息，只能根据当时的信息而作出判断。承揽工作的目的就是满足定作人的特殊需要，如果承揽工作的成果不能满足定作人的需要，则承揽合同就不会实现定作人订立合同时所期望的利益。第二，承揽合同的关系契约特征尤为突出，在当事人无法通过协商一致变更合同的情况下，如果定作人只能解除承揽合

同，则不利于维护当事人之间的合作关系。第三，从利益衡量角度，允许定作人任意变更，但赔偿承揽人的损失，对承揽人也并无不利，但却有利于社会资源的节省，有利于提高经济运行的效率，因为如果定作人不能变更，则其必须接受工作成果，而该工作成果往往是个性化的，对其他人并没有意义。第四，从体系上而言，既然允许定作人任意解除，举重以明轻，也应允许定作人任意变更，甚至定作人减少部分工作这种变更情形本身就可被理解为定作人部分解除合同。[52]

但是，定作人有权任意变更，并不意味着毫不受限制。第一，变更必须发生在承揽人完成全部工作前。本条中的“中途”就意味着是在承揽人完成工作前，在承揽人完成工作后，已经不存在变更合同的可能，定作人只能通过签订新的承揽合同来实现自己目的，但对完成的工作成果应当受领。第二，变更具有客观可能性。如果不存在变更可能性的，自然不能变更。[53]

在符合这两个条件的前提下，定作人变更承揽合同，无须取得承揽人的同意，无须特别的理由，也无须考虑变更是否具有合理理由。但是，如果承揽人发现定作人变更后的要求是不合理的，此时的不合理与定作人是否具有变更的合理理由是不同的，依据《民法典》第776条的规定，承揽人负有及时通知的义务。为了保护承揽人的利益，也可以考虑，当定作人的变更总额超过原约定价款的一定比例时，或者将导致承揽工作的性质或者工作量发生重大变化时，承揽人有权以合同目的不能实现为由解除合同。[54]

二、定作人的赔偿责任

虽然定作人享有任意变更权，定作人中途变更对承揽工作的要求并非违约行为，但是造成承揽人损失的，定作人仍然应当赔偿损失。具体而言，承揽人按照原要求完成部分工作的，定作人应当支付该部分工作的报酬；由承揽人提供材料的，定作人应当支付完成该部分工作所耗费的材料的价款和保管费；按照新要求，需增加材料的，由定作人负担费用；新要求使原承揽工作的质量、难度提高的，定作人应当按照实际增加的工作量相应增加报酬，（《民法典》第805条在建设工程合同中作出了例示性的规定），但增加的报酬应当是合理的，应以与最初确定原价款时的方法相同的方法加以确定；定作人中途变更合同，使工期顺延的，顺延的时间依据变更所需的额外工作占实施原工作内容所需的工作的比例而定；造成承揽人误工等其他损失的，由定作人赔偿损失[55]；如果使承揽工作量减少的，则应当考虑利润的损失、节省的开支以及承揽人将其剩余的工作能力用于其他目的的可能性等因素。[56]

三、承揽人具有合理理由时的单方变更

定作人享有任意变更权和任意解除权，其行使无须具备合理理由。但是，双方当事人已约定承揽人在具体情形下的单方变更的权利时，承揽人可以单方变更；在法律有特别规定时，承揽人也有权单方变更，例如《民法典》第778条规定承揽人可以顺延工期，故承揽人依法也有这种单方变更的权利；再例如，在符合《民法典》第533条规定的情势变更的条件时，如原材料、设备的价格变化超出了正常的市场价格涨跌幅度、人工单价发生了重大变化、规划或设计发生了重大变化等，当事人都可以请求法院或者仲裁机构变更合同。

除了当事人约定和法律规定这两种情形，承揽人一般不享有单方变更的权利，但是在其他特殊情形中，也应当考虑承揽人的单方变更权。如果承揽人的变更行为具有正当理由，即符合诚信原则且定作人并无合理理由反对，有观点认为，应当允许承揽人单方变更，此时可以综合考量拟完成的工作成果、定作人和承揽人双方的利益、变更时的具体情况等因素予以确定^[57]，尤其应允许承揽人为完成工作而必需的变更。例如，甲委托乙维修机器的一个部件让机器能够运行，但在维修中乙发现机器的另外一个部件存在瑕疵，仅维修指定的部件不能使机器运行，但双方并未就维修这个另外的部件达成协议，而且该部件的瑕疵并非在订立合同时乙能够发现的，此时乙享有单方变更的合理理由。^[58]再例如，定作人和承揽人约定完成工作后付款，但是，在履行过程中，定作人资金断裂，为了获得定作人一部分的预付资金以支付工资、购买材料，从而继续进行承揽工作，此时承揽人的单方变更也具有合理理由。当然，即使承揽人的变更具有合理理由，但定作人仍有权随时解除合同。允许承揽人的合理变更，是为了在特定情况下允许承揽人要求支付额外的报酬、顺延工期或者变更报酬支付的时间，并且定作人享有随时解除合同的权利，承揽人的变更也会让定作人重新考虑承揽合同关系的未来。^[59]但是，《民法典》并未明确规定承揽人的此种变更权利，有待进一步的解释发展，可以考虑扩大情势变更的适用范围以实现同样的目的，并且通过法院或仲裁机构的控制来避免此种权利的滥用。

第七百七十八条

承揽工作需要定作人协助的，定作人有协助的义务。定作人不履行协助义务致使承揽工作不能完成的，承揽人可以催告定作人在合理期限内履行义务，并可以顺延履行期限；定作人逾期不履行的，承揽人可以解除合同。

本条主旨

本条是关于定作人之协助义务的规定。

相关条文

《合同法》第259条 承揽工作需要定作人协助的，定作人有协助的义务。定作人不履行协助义务致使承揽工作不能完成的，承揽人可以催告定作人在合理期限内履行义务，并可以顺延履行期限；定作人逾期不履行的，承揽人可以解除合同。

《民法典》第509条第2款 当事人应当遵循诚信原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

第803条 发包人未按照约定的时间和要求提供原材料、设备、场地、资金、技术资料的，承包人可以顺延工程日期，并有权请求赔偿停工、窝工等损失。

第804条 因发包人的原因致使工程中途停建、缓建的，发包人应当采取措施弥补或者减少损失，赔偿承包人因此造成的停工、窝工、倒运、机械设备调迁、材料和构件积压等损失和实际费用。

第806条第2款 发包人提供的主要建筑材料、建筑构配件和设备不符合强制性标准或者不履行协助义务，致使承包人无法施工，经催告后在合理期限内仍未履行相应义务的，承包人可以解除合同。

理解与适用

一、定作人的协助义务

《民法典》第509条第2款规定：当事人应当遵循诚信原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。在承揽合同中，定作人的协助更为重要，是承揽合同适当履行的保障。定作人不协助承揽人进行工作，承揽合同将不能顺利履行，甚至无法履行，双方当事人订立合同的目的难以实现，因此，如果承揽合同需要定作人协助的，即使合同未明确规定定作人应协助的，定作人也应当履行协助义务。据此，本条特别规定了定作人的协助义务。^[60]

定作人负有协助义务以承揽工作需要定作人协助为前提，包括双方有明确约定的或者依据承揽工作的性质所需要的。如果依据承揽工

作的性质，无须定作人协助的，定作人就不负有协助义务。并且，定作人协助义务的具体范围和内容的确定也取决于双方的明确约定以及是否是承揽人为完成工作所合理期待的。

定作人的协助义务的内容根据承揽工作的性质的不同可能不同，包括但不限于以下内容：

第一，交付承揽工作的对象、提供进入实施工作场所的必要通道。

第二，在根据当事人的约定或者承揽工作的具体情况应当由定作人提供部件、材料、工具或者场所等必要工作条件的情况下，提供必要的工作条件。当然，《民法典》第775条也规定了定作人按照约定提供材料的义务，该义务非常重要，因为定作人不提供材料，承揽人就无法开始工作。但是，并不能据此认为该义务不属于本条所规定的协助义务，定作人未履行该义务的，仍然可以适用本条规定，以使法律后果更为清晰。^[61]

第三，在应当由定作人取得许可的情况下，定作人在必要时取得许可或许可证，以便承揽人履行其合同义务。

第四，提供完成工作所必要的信息。

第五，提供必要答复或者指示。例如，《民法典》第776条就规定了定作人提供的图纸或者技术要求不合理且承揽人及时通知的，定作人应当在合理期限内作出合理答复的义务。

第六，特殊情形下对承揽人所提供材料的检验。定作人一般不负有对承揽人所提供材料的检验义务，但是如果双方明确约定，必须要定作人检验后才能开始承揽工作的，则此时定作人的检验义务就属于协助义务的一种。

二、定作人违反协助义务的法律后果

定作人违反协助义务的，承揽人有权依据《民法典》合同编之通则的规定请求一般的违约救济。例如，定作人违反协助义务造成承揽人损失的，承揽人有权请求定作人承担违约损害赔偿责任。因此，定作人的协助义务并非不能产生对方请求权的不真正义务，而是真正的义务。^[62]但是，承揽人不能单独请求定作人强制执行该协助义务。^[63]除此之外，本条又规定了以下特殊的救济方式。

首先，在定作人不履行协助义务致使承揽工作不能在约定期限内

完成的情况下，承揽人有权催告定作人在合理期限内履行义务，并有权顺延履行期限；并且，顺延履行期限并不以催告为前提。

其次，承揽人享有法定解除权。此时需要具备以下条件：（1）定作人不履行协助义务。（2）客观上致使承揽工作不能完成。此时不考虑定作人的主观过错。如果定作人不履行协助义务并不能导致工作不能完成，则承揽人不能解除合同，而只能要求定作人赔偿损失；如果因此导致工作成果交付的期限拖延的，定作人应当承担迟延履行责任。（3）经承揽人催告后定作人逾期仍不履行。定作人不履行协助义务时，承揽人并不立即享有法定解除权，必须催告定作人在合理期限内履行，定作人逾期仍然不履行的，承揽人才享有法定解除权。^[64]但是，如果定作人明确表示或者以自己的行为表明不履行协助义务，致使承揽工作不能完成的，此时无催告的必要，承揽人依据《民法典》第563条第1款第4项的规定——“当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的”，享有法定解除权。

承揽人依法行使法定解除权的，承揽合同解除。承揽合同通常为继续性合同，考虑到承揽人可能已为完成承揽工作付出了相当投入，宜使合同效力向将来消灭，使承揽人可向定作人请求已经完成部分工作的报酬。^[65]至于其他法律后果，依据《民法典》第566、567、558条的规定处理，例如，承揽人有权请求定作人承担违约损害赔偿责任，对履行利益予以赔偿。

第七百七十九条

承揽人在工作期间，应当接受定作人必要的监督检验。定作人不得因监督检验妨碍承揽人的正常工作。

本条主旨

本条是关于定作人监督检查承揽工作的规定。

相关条文

《合同法》第260条 承揽人在工作期间，应当接受定作人必要的监督检验。定作人不得因监督检验妨碍承揽人的正常工作。

《民法典》第797条 发包人在不妨碍承包人正常作业的情况

下，可以随时对作业进度、质量进行检查。

理解与适用

一、定作人必要的监督检验权和承揽人的相应义务

于承揽合同，定作人的目的就是获得特定的工作成果，满足定作人的特殊需要，因此，定作人最为清楚自己的需求。如果承揽人的工作有瑕疵，定作人和承揽人的合同目的都无法实现。因此，为了使定作人及时发现承揽人的工具、材料和零部件等所可能出现的工作瑕疵，相应地及时采取预防措施，有利于保障工作质量、预防工作成果瑕疵、降低纠纷解决的成本，本条明确规定了定作人必要的监督检验权。^[66]

监督检验主要是指在进度、材料的使用、是否符合图纸或者技术要求等方面看是否符合合同约定和定作人的要求。关于定作人的监督检验权，首先要求是必要的。如果合同中已经约定定作人监督检验的范围，则定作人应当按照约定的内容按时进行检验。如果合同中未约定检验范围的，则定作人应当根据承揽工作的性质，对承揽工作进行监督检验，如承揽人是否使用符合约定的材料、承揽人是否按照定作人提供的图纸或者技术要求展开工作。

其次要求不得因监督检验妨碍承揽人的正常工作。承揽人虽然是按照定作人的要求完成工作，但是承揽人对完成工作的方法和程序等可以自主决定，这是承揽合同和劳动合同之间的重要区别之一。同时，还必须注意到，定作人的监督检验可能会涉及承揽人的商业秘密和第三人的隐私或者个人信息，因此需要对两种价值予以妥当平衡。^[67]因此，本条规定了对定作人监督检验权的限制。如果定作人的监督检验导致承揽人无法按照预定的程序和进度完成工作，或者导致承揽人的商业秘密和第三人的隐私或者个人信息可能被泄露，则定作人不得监督检验。据此，承揽合同中约定监督检验时间的，定作人应当按照约定的时间进行检验。合同中未约定监督检验的，定作人在监督检验前应当与承揽人协商确定监督检验的方式、时间和内容；未达成协议的，定作人在检验前，应当通知承揽人检验的时间和内容，以便于承揽人对工作作出适当的安排。定作人的监督检验妨碍承揽人正常工作的，承揽人可以拒绝定作人的监督检验。定作人的监督检验行为，或者将其在监督检验过程中所获知的承揽人的商业秘密透露给他人，给承揽人造成损失的，定作人应当依法承担损害赔偿责任。

在定作人的监督检验符合前述条件的情况下，承揽人应当予以接

受，不得拒绝。^[68]但是，定作人监督检验的费用由定作人自己负担。

最为重要的是，定作人有监督检验的权利，但是并没有监督检验的义务。因此，不能因为定作人未监督检验或者监督检验不充分而减轻或者免除承揽人的任何责任。^[69]

二、定作人监督检验后的后续处理

虽然定作人没有监督检验的义务，但是，如果定作人通过监督检验，发现承揽人的工作有可能导致承揽工作不能按照约定完成的，或者承揽人比其原来期待的要花费更多的成本的，或者承揽工作可能给承揽人或者他人造成危险且该风险异常而无法合理期待承揽人获知的，则依据《民法典》第509条第2款，定作人也负有通知承揽人的义务。具体的条件和后果在上文中已经阐述。^[70]

这在承揽工作造成第三人或者承揽人自己损害的情况下特别重要。《民法典》第1193条规定：“承揽人在完成工作过程中造成第三人损害或者自己损害的，定作人不承担侵权责任。但是，定作人对定作、指示或者选任有过错的，应当承担相应的责任。”^[71]该条文并未规定定作人的监督检验过错。因为定作人不负有监督检验的义务，所以就谈不上监督检验过错。但是，如果定作人发现承揽人的工作可能会给承揽人或者他人造成危险的，应当及时通知，而定作人未及时通知的，也可以认为定作人有过错，其应当承担相应的责任。^[72]

如果定作人发现承揽人的工作有可能导致承揽工作不能按照约定完成的，为了预防工作成果出现瑕疵，定作人有权请求承揽人改善、变更工作要求等。同时，定作人有权依据《民法典》第525条及以下条文关于履行抗辩权的规定，依法行使履行抗辩权。当可能涉及中止履行时，定作人应及时通知承揽人，如果承揽人在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的，视为对方以自己的行为表明不履行主要义务。此时，定作人有权依据《民法典》第563条第1款第2项解除合同，并有权依据第578条请求承揽人承担违约责任。^[73]

第七百八十条

承揽人完成工作的，应当向定作人交付工作成果，并提交必要的技术资料和相关质量证明。定作人应当验收该工作成果。

本条主旨

本条是关于工作成果交付的规定。

相关条文

《合同法》第261条 承揽人完成工作的，应当向定作人交付工作成果，并提交必要的技术资料和有关质量证明。定作人应当验收该工作成果。

《民法典》第799条 建设工程竣工后，发包人应当根据施工图纸及说明书、国家颁发的施工验收规范和质量检验标准及时进行验收。验收合格的，发包人应当按照约定支付价款，并接收该建设工程。

建设工程竣工经验收合格后，方可交付使用；未经验收或者验收不合格的，不得交付使用。

理解与适用

一、承揽人完成工作和交付、提交的义务

为实现承揽合同的目的，承揽人应当完成承揽工作，并且，在工作成果应当交付的情况下，需要交付工作成果。根据承揽合同的性质，承揽工作无须特别交付的，例如在定作人处粉刷一面墙，则承揽人完成工作即为交付，完成工作并通知定作人的时间为交付和受领的时间。^[74]完成的工作和交付的工作成果应当符合合同约定的时间、地点、质量、交付方式等要求，此时可以参照适用《民法典》第598条及以下条文关于买卖合同中出卖人交付的规则，并适用第510、511条。例如，当事人没有约定交付地点或者约定不明确，依据《民法典》第510条的规定仍不能确定，工作成果需要运输的，承揽人应当将工作成果交付给第一承运人以运交给定作人。

同时，为进一步实现定作人订立承揽合同的目的，参照适用《民法典》第598条，提取工作成果需要单证的，承揽人应当交付单证。承揽人还应当提交必要的技术资料和有关质量证明。这与《民法典》第599条的规定一致：“出卖人应当按照约定或者交易习惯向买受人交付提取标的物单证以外的有关单证和资料一致。”技术资料主要包括使用说明书、结构图纸、有关技术数据。质量证明包括有关部门出具

的质量合格证书以及其他能够证明工作成果质量的数据、鉴定证明等。承揽人在交付工作成果、提取工作成果的单证、必要的技术资料和质量证明外，还应当交付工作成果的附从物，如工作成果的备件、配件、特殊的维护工具等。如果定作人提供的材料尚有剩余，承揽人也应当退还定作人。

若承揽人未履行交付工作成果的义务，根据《民法典》合同编之通则的规定，定作人享有履行抗辩权，有权解除合同、请求承揽人承担违约责任。在此也可以参照适用《民法典》合同编关于买卖合同中卖方交付义务的有关规定。例如，参照适用《民法典》第632、633条，工作成果为数物，其中一物不符合约定的，定作人可以就该物解除，但是该物与他物分离使工作成果的价值显受损害的，定作人可以就数物解除合同；承揽人分批交付工作成果的，承揽人对其中一批不交付或者交付不符合约定，致使该批不能实现合同目的的，定作人可以就该批标的物解除；承揽人不交付其中一批或者交付不符合约定，致使之后其他各批的交付不能实现合同目的的，定作人可以就该批以及之后其他各批解除；定作人如果就其中一批标的解除，该批与其他各批相互依存的，定作人可以就已经交付和未交付的各批解除。

二、定作人受领和验收的义务

定作人负有受领的义务。^[75]首先，这以承揽工作成果需要交付为前提。如上文所述，如果承揽工作成果无须交付，则此时完成工作并通知定作人的时间为交付和受领的时间，定作人自然就不负有受领义务。其次，只有在承揽人按照约定交付工作成果时，定作人才负有受领义务。如果工作成果不符合约定，致使不能实现合同目的的，参照适用《民法典》第610条，定作人有权拒绝受领或者解除合同，但这以工作成果不符合约定致使合同目的不能实现为前提，如果仅仅是轻微的瑕疵，定作人无权拒绝受领。^[76]依照《民法典》第530条第1款和第531条第1款，提前履行和部分履行不损害定作人利益的，定作人无权拒绝受领，但是，承揽人必须在合理期间前通知定作人，突然的、未提前通知定作人的提前履行或者部分履行，应被认为损害了定作人利益，定作人可以拒绝。应当注意的是，并不能根据定作人的受领认为工作成果符合要求，受领和验收是定作人两个不同的义务。^[77]

定作人违反受领义务，主要产生如下法律后果：（1）承揽人在定作人受领迟延期间，不能简单地抛弃工作成果，而是负有保管义务。这类似于无偿保管合同，参照适用《民法典》第897条的规定：“保管期内，因保管人保管不善造成保管物毁损、灭失的，保管人应当承担赔偿责任。但是，无偿保管人证明自己没有故意或者重大

过失的，不承担赔偿责任。”据此，在定作人受领迟延期间，承揽人仅就故意或者重大过失承担责任。（2）承揽人有权依据《民法典》第570条第1款第1项的规定，将工作成果提存。^[78]（3）依据《民法典》第589条第1款，承揽人可以请求定作人赔偿增加的费用，包括提出给付的费用、保管的费用和其他费用。（4）参照适用《民法典》第608条的规定，承揽人按照约定将工作成果置于交付地点，定作人违反约定没有收取的，工作成果毁损、灭失的风险自违反约定时起由定作人承担。

定作人还负有验收的义务。^[79]无论承揽工作成果是否需要交付，定作人都有验收的权利，但也负有验收的义务。受领与验收不同：受领并不等同于验收，此处的验收等同于《民法典》第620条及以下条文规定的买卖合同中买受人及时检验并通知的义务，因此应当参照适用这些规则。据此，如果定作人未及时履行验收义务的，视为工作成果的数量或者质量符合约定。因此，验收义务是一种不真正义务，违反它不会产生承揽人的损害赔偿请求权，而只会使定作人自己遭受不利后果。^[80]至于具体的期限、标准同样应当参照适用《民法典》第620条及以下条文。例如，当事人约定的检验期间过短，根据工作成果的性质和交易习惯，定作人在检验期间内难以完成全面检验的，应当参照适用《民法典》第622条第1款，该期间仅被视为定作人对外观瑕疵提出异议的期间。但需要注意的是，承揽人不能仅以定作人支付报酬或者使用了工作成果为由证明工作成果质量合格。^[81]

三、工作成果所有权的归属

当工作成果体现为有形物时，本条仅规定了承揽人负有向定作人交付工作成果的义务，并未规定承揽人负有移转工作成果所有权的义务。这似乎隐含了在当事人没有另有约定的情况下，定作人就工作成果所有权的取得是原始取得而非继受取得，因此，承揽人并不享有工作成果的所有权，自然也就不负有移转工作成果所有权的义务。定作人是原始取得还是继受取得工作成果所有权，在实践中非常重要。如果定作人继受取得所有权，所有权先由承揽人取得，那么承揽人在交付工作成果之前的处分就是有权处分，第三人无论善意还是恶意都能取得材料所有权或者其他物权，定作人不得要求返还；承揽人在交付工作成果前破产或者被他人强制执行的，定作人对工作成果不享有破产取回权，也无权提出执行异议。反之，承揽人的处分是无权处分，第三人能否取得物权取决于其是否符合善意取得的条件，当不符合时，定作人有权要求第三人返还或者除去材料上的负担；承揽人在交付工作成果前破产或者被他人强制执行的，定作人针对工作成果享有破产取回权，能够提出执行异议。

定作人原始取得工作成果的所有权，这在定作人提供材料的一般承揽中，并无太大争议。^[82]定作人提供材料，并无移转材料所有权的意思，因此，承揽人仅仅是占有材料而不享有对材料的所有权。就此种情况下的工作成果，承揽人也不享有所有权，其所有权归属于定作人。承揽人对工作成果的交付，实际上是占有的返还。此时可能会发生添附的情形^[83]，依据添附的一般法理，有可能会出现工作成果所有权由承揽人单独所有或者与定作人共有的情形。但是，承揽人的行为本身就是履行合同义务的行为，其本来就有完成工作成果的义务，与作为所有权取得方式的事实行为不同，且承揽合同本来就有“工作属性性”的特点，承揽人对自己完成的工作成果并没有自己所有的意思。添附的规定在存在承揽合同的情形中不应适用，无论承揽工作对象是动产还是不动产，均如此。^[84]在定作人提供了承揽工作的对象（即工作基底），例如待装修的房屋等，并且定作人提供了其他材料时，自然适用同样规则。材料由承揽人提供，定作人提供购置材料的资金时，应当认为定作人和承揽人就买卖材料订立了委托合同，定作人对承揽人所购材料享有所有权。此时也适用上述规则。定作人是否支付所约定的资金仅仅是定作人和承揽人之间的委托合同要处理的问题，不影响工作成果的归属。^[85]

在定作人提供材料的不规则承揽中，关于工作成果所有权的归属问题存在争议。有观点认为，材料所有权移转给承揽人，如果承揽人已经以自己材料替代的，工作成果的所有权应先由承揽人取得，然后再从承揽人处转移到定作人处，由定作人继受取得。^[86]也有观点认为，工作成果的所有权归定作人原始取得。^[87]如果认为材料的所有权先移转给承揽人，进而工作成果的所有权就先由承揽人取得，则在价值判断上有轻重失衡的嫌疑。事实上，承揽的目的是工作的完成，材料的提供仅仅是完成工作的部分过程，就此而言，定作人提供材料的不规则承揽与一般承揽并无不同，都应由定作人原始取得工作成果所有权。^[88]

定作人交付材料时一般并无移转所有权的意思，而只是约定承揽人有权以其他材料代替，进而定作人取得材料的所有权。此时，与第一种情形相同，仍然应当由定作人原始取得工作成果的所有权。^[89]

对于承揽人提供材料、定作人提供承揽工作对象（即工作基底）的情形，有观点认为，应当依据添附规则决定所有权归属。据此，如果工作对象是动产，该动产为主物，则定作人原始取得添附物的所有权；如果工作对象是不动产，仍由定作人原始取得添附物的所有权。^[90]但是，即使得出同样结论，如上文所述，似乎不应以添附为根据，提供材料本来就是承揽人的义务，添附的规定在存在承揽合同的

情形中不应适用，而仅需考虑承揽合同的目的即可。^[91]

在承揽人提供材料、定作人未提供承揽工作对象的情形中，关于定作人是否是原始取得工作成果的所有权也存在不同观点。有观点认为，工作成果所有权应首先归属于承揽人，其理论根据包括添附、债务履行、外部征表、当事人意思推定等，定作人是继受取得。^[92]但是，承揽人的目的是通过自己的劳动获得一定报酬，其本身并无取得工作成果所有权的意思，故无将所有权归属于承揽人的必要。即使此举目的在于确保承揽人在定作人不支付材料款的情形下至少取得提供材料所需资金，但法律对此已经提供了留置权、同时履行抗辩权等手段，且承揽人可以通过与定作人的约定取得其他担保，故并无通过此种手段实现的必要。此外，这同样会导致次承揽情形中合同履行的烦琐：次承揽人要将工作成果交付于承揽人，承揽人再将其交付于定作人。这并无必要。^[93]因此，规定定作人原始取得工作成果的所有权更为妥当。^[94]

在定作人和承揽人共同提供材料的情形，有观点，认为在材料主要部分由承揽人提供的情形，应当由承揽人首先取得工作成果所有权，定作人继受取得，于其他情形则由定作人原始取得所有权。^[95]但是，如上文所述，这并无必要，仍然一概规定由定作人原始取得工作成果的所有权更为妥当。^[96]

综上，在所有情形中，都应当由定作人原始取得工作成果所有权。对于承揽人而言，承揽合同本来就有“工作属他性”的特点，承揽人是通过自己的劳动获得一定报酬，对自己完成的工作成果并没有自己所有的意思。承揽人是基于为他人工作或者使他人取得工作成果所有权的认识而工作的，工作成果的所有权无归属于承揽人的必要。即使是在承揽人自己提供材料的情形，同样如此，且承揽人为确保自己能够取得材料价款，有其他足够的手段（例如留置权）可以实现，即使材料价款另行于报酬之外计价支付，就该材料部分解释其有买卖性质即已足够，因此，该情形与其他承揽情形在所讨论的问题上并无太大差异。^[97]对承揽人的其他债权人而言，在承揽人以承揽作为营业的情形中，其本来就不应合理信赖承揽人对工作成果享有所有权，尤其是在工作成果可以与承揽人的其他财产合理区分的前提下，其不应较之定作人获得特殊对待。而就不同情形予以区分的观点，观点游移不定，过于烦琐，且价值判断上并不融贯。

因此，本条并未规定承揽人有移转工作成果所有权的义务，就隐含了定作人原始取得工作成果所有权的观点。此外，《民法典》第783条规定：“定作人未向承揽人支付报酬或者材料费等价款的，承揽人对完成的工作成果享有留置权或者有权拒绝交付，但是当事人另有

约定的除外。”承揽人留置权适用的前提是定作人对留置物享所有权，故由此推知工作成果的所有权应归属于定作人。第二，《民法典》第784条规定：承揽人应当妥善保管定作人提供的材料以及完成的工作成果，因保管不善造成毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。据此，承揽人对工作成果负有保管义务，而保管义务的前提是保管物为他人所有，故由此推知，工作成果属于定作人所有，否则承揽人对自己所有的物可通过风险负担解决，而谈不上对定作人承担损害赔偿责任。^[98]

当然，定作人原始取得所有权的规定是任意性规范，当事人可以另行约定。在当事人约定工作成果归承揽人所有的情况下，承揽人例外地负有将该工作成果的所有权转移给定作人的义务。

第七百八十一条

承揽人交付的工作成果不符合质量要求的，定作人可以合理选择请求承揽人承担修理、重作、减少报酬、赔偿损失等违约责任。

本条主旨

本条是关于承揽人因工作成果的质量不符合约定所承担违约责任的规定。

相关条文

《合同法》第262条 承揽人交付的工作成果不符合质量要求的，定作人可以要求承揽人承担修理、重作、减少报酬、赔偿损失等违约责任。

《民法典》第801条 因施工人的原因致使建设工程质量不符合约定的，发包人有权请求施工人在合理期限内无偿修理或者返工、改建。经过修理或者返工、改建后，造成逾期交付的，施工人应当承担违约责任。

理解与适用

一、承揽人承担违约责任的构成要件

依据本条规定，同时参照适用《民法典》第615条及以下条文关于出卖人承担该种责任的规则，承揽人因交付的工作成果不符合质量要求而承担违约责任的构成要件如下。

（一）完成的工作不符合质量要求

完成的工作不符合质量要求，在完成的工作体现为工作成果的情况下，是指工作成果不符合质量要求。承揽合同与委托合同最大的区别在于，承揽合同重视结果，是结果之债，而委托合同重视过程，是手段之债。据此，承揽人的服务工作本身是否存在瑕疵并非判断的重心，因而在认定是否质量不符合要求方面不具有实质性作用，在判断工作成果是否符合质量要求时，没有必要具体考虑服务本身的瑕疵。

[99]

所谓不符合质量要求，包括品质瑕疵、效用瑕疵和价值瑕疵。承揽人应当保证其完成的工作符合合同约定的品质、没有不适于通常或者约定用途的瑕疵以及没有价值灭失或者减少的瑕疵。在双方当事人没有约定质量要求的情况下，参照适用《民法典》第616条关于买卖标的物质量的规则，即对质量要求没有约定或者约定不明确，依据第510条的规定仍不能确定的，适用《民法典》第511条第1项的规定。在此，可以参照《产品质量法》第40条第1款来认定不符合质量要求，包括：（1）不具备产品应当具备的使用性能而事先未作说明的；（2）不符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准的；（3）不符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况的。完成的工作不符合定作人的特定使用目的，且定作人已将该目的告知承揽人，或者承揽人基于其他情况有理由知道该目的的，同样可以认定不符合质量要求。但是，在承揽合同中，往往存在定作人个性化的需求，工作成果是否符合质量要求，取决于定作人的特殊需求、承揽人满足需求的解决方案以及其他一些外在环境，承揽人的工作能力仅仅是一方面，因此，在判断工作成果是否符合质量要求时，需要进行更多层面的考量。[100]

如果工作成果的数量不符合要求，同时引起质量问题时，可以作为不符合质量要求处理，适用本条规定；数量仅仅不足，未同时导致质量不符合要求的，则按照一般的违约责任处理，例如可以适用《民法典》第582条，该条以“履行不符合约定”为前提，适用的范围因此更广。

（二）工作完成时已经存在不符合质量要求的情形

承揽人承担违约责任，不仅要求完成的工作不符合质量要求，而

且要求该情形在工作完成时已经存在。如果完成的工作体现为工作成果且需要交付，即为交付时已经存在。^[101]至于交付的具体规则，同样可以参照适用《民法典》第601条及以下条文关于买卖合同出卖人交付的规则。例如，当事人没有约定交付地点或者约定不明确，依据《民法典》第510条的规定仍不能确定，工作成果需要运输的，承揽人应当将工作成果交付给第一承运人以运交给定作人。此时，如果交付的工作成果已经不符合质量要求，则承揽人应当依法承担违约责任。

（三）定作人及时提出质量异议

《民法典》第780条已经规定了定作人的验收义务，此处的验收等同于《民法典》第620条及以下条文规定的买卖合同中买受人及时检验并通知的义务，因此应当参照适用这些规则。据此，定作人未及时履行验收义务的，视为工作成果符合质量要求。至于具体的期限、标准同样应当参照适用《民法典》第620条及以下条文。例如，经验收发现工作成果不符合质量要求的，定作人应当在约定的期限内通知承揽人；如果当事人未约定异议期限的，定作人应当在发现或者应当发现工作成果不符合质量要求的合理期间内通知承揽人。

（四）不存在一般的免责事由，同时不符合质量要求并非定作人原因导致的

既然承揽人在此承担的是违约责任，那么自当适用《民法典》第577条及以下条文关于违约责任的一般规定，如果存在免除违约责任的一般事由，自然要免除承揽人的违约责任。例如，依照《民法典》第590条的规定，承揽人因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除其责任，但是法律另有规定的除外；因不可抗力不能履行合同的，承揽人应当及时通知定作人，以减轻可能给定作人造成的损失，并应当在合理期限内提供证明；承揽人迟延履行后发生不可抗力的，不免除其违约责任。

同时，违约责任采取无过错归责原则，承揽合同确定的债务是结果债务，因此在承揽人交付的工作成果不符合质量要求的情形中，一般不考虑承揽人的过错。^[102]但是，无论是采取无过错归责原则的观点还是采取过错归责原则的观点，至少在工作成果不符合质量要求完全是定作人的原因导致的情形，达成的共识是承揽人一般不承担违约责任。^[103]这尤其体现在不符合质量要求仅是依定作人指示或者定作人提供材料的性质而产生的情形中。在承揽合同中，定作人也可能对承揽人发出指示，包括对次承揽人的指定、对特定工具或者材料的选择和购买途径的指定、对履行方式的选择等。一般情况下，虽然承揽

人是按照定作人的要求完成工作，但是承揽人对完成工作的方法和程序等可以自主决定，并且承揽人可能已经根据承揽合同和定作人之前的指示进行相关的准备工作，因此定作人的指示可能与这些准备工作有矛盾。因此，承揽人没有义务遵循定作人的指示。但是，在特殊情况下承揽人负有遵循定作人指示的义务，包括：（1）双方对此明确约定；（2）指示本身是合同的一部分或规定于合同引用的图纸等文件之中；（3）合同本身赋予定作人选择权，定作人基于该选择权的行使而发出指示；（4）定作人的指令构成了《民法典》第777条所规定的“中途变更承揽工作的请求”。如果承揽人负有遵循定作人指示的义务，或者虽然不负有遵循的义务但实际上遵循了定作人的指示，那么当承揽人发现定作人的指示是不合理的时，承揽人应当依据《民法典》第776条的规定，及时通知定作人。如果承揽人未及时通知，那么因遵循定作人的指示而不能按照约定完成承揽工作的，承揽人仍应当承担违约责任；但是如果承揽人履行了及时通知的义务，那么承揽人不承担违约责任，同时有权请求相应的报酬和返还垫款，并就此而遭受的损失请求赔偿。这在定作人提供材料的情形中同样如此。对《民法典》第775、776条进行反对解释即可得出同样的结论。^[104] 如果不符合质量要求部分是因为定作人的指示或者定作人提供材料的性质而产生的，则适用《民法典》第592条第2款关于与有过错的规定。

同时，《民法典》第1193条规定：承揽人在完成工作过程中造成第三人损害或者自己损害的，定作人不承担侵权责任。但是，定作人对定作、指示或者选任有过错的，应当承担相应的责任。^[105] 据此，承揽人因遵循定作人的指示造成第三人或者自己损害，而定作人对指示有过错的，定作人应当承担相应的责任。

二、承揽人因此而承担的违约责任

在很多大陆法系国家和地区，债务不履行以过错作为要件，此时对债务内容予以形式化确定，为了补缺，都将瑕疵担保责任作为一种特别的法定担保责任，适用无过错归责原则，而且有短期时效、异议通知等制度。^[106] 而英美法系本来就对违约责任采取无过错归责原则，因此没有必要特别规定瑕疵担保责任。但是，这仅仅是形式上规范技术的不同，实践结论上并无实质性差异。^[107] 在《民法典》中违约责任一般是无过错责任，所以《民法典》也未特别规定瑕疵担保责任，瑕疵担保责任仅仅是违约责任的一种。这样简化了法律的适用。^[108] 据此，在承揽人因本条而承担违约责任时，因本条规定较为简单，必须要同时考虑《民法典》第577条及以下条文关于违约责任的一般规定的适用，以保持规则适用和价值判断的一致。

（一）定作人合理选择修理、重作、减少报酬

依照《民法典》第582条的规定，定作人和承揽人事先对此有约定时，因该约定是民事法律行为，因而适用民事法律行为的一般规定。比如，双方约定的“三包”规定中对不同瑕疵的后果进行了详细的约定时，就应当按照当事人之间的约定。如果当事人对违约责任没有约定，或者虽有约定但约定不明确的，此时就当依据《民法典》第510条的规定予以确定，当事人可以协议补充，不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。如果当事人对此既无约定，也无法依据《民法典》第510条的规定予以确定的，则定作人根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择请求承揽人承担修理、重作、减少报酬、赔偿损失等违约责任。虽然本条并未明确当事人的约定等，但应当结合《民法典》第582条作出同样解释。

修理和重作有助于尽量维持当事人之间的合同关系。修理是对工作成果质量瑕疵的修补。在存在严重的质量瑕疵，以致不能通过修理使之符合质量要求的情形下，定作人可以选择重作的补救方式。由于承揽合同的工作成果是特定物，因此承揽合同中难以适用更换的责任。

对于修理、重作、减少报酬，定作人具有选择权，但其选择必须是合理的。^[109]修理、重作同样适用《民法典》第580条的规定，当这些方式事实上不能履行、履行费用过高以及定作人未在当事人约定期限或者合理期限内要求的，定作人不能再请求修理、重作，而只能请求承揽人承担其他违约责任。^[110]瑕疵是细微和无关紧要的，若修理、重作的费用过高，则不能请求修理、重作。修理、重作是不可能、不合理或者没有效果的，或者承揽人拒绝或在合理期间内仍不履行的，定作人可以请求减少报酬。如果承揽人在交付的工作成果不符合质量要求后，立即提出在合理期限内自己承担费用予以修理、重作，则定作人应当允许，除非该瑕疵已经致使合同目的不能实现，或者定作人有理由相信承揽人不可能在合理期限内并不在给定作人造成显著不便或不给定作人的合法利益造成其他损害的前提下实施有效的修理、重作。

同样，在对修理、重作的选择中，也要求选择的合理性。一般情况下，如果瑕疵仅仅是轻微的，而并未达到致使合同目的不能实现的程度，修理能够在合理时间内完成，并且修复程度很高，则定作人请求重作就可能是不合理的。但是，如果瑕疵达到了致使合同目的不能实现的程度，则定作人有权直接请求重作。^[111]

承揽人修理、重作的，应当自行承担费用和因此产生的运输费用

等合理费用。如果承揽人未按要求予以修理、重作，或者因情况紧急，定作人自行或者通过第三人修理、重作工作成果的，定作人有权主张承揽人负担因此发生的合理费用。这有利于维护定作人的利益，也与《民法典》第581条规定的精神相一致。在将修理、重作理解为补正履行，因此适用继续履行规则的情形中更是如此。^[112]

修理、重作是不可能、不合理或者没有效果的，或者承揽人拒绝或在合理期间内仍不履行的，定作人可以请求减少报酬。^[113]报酬未支付的，定作人可以主张减少其应支付的报酬；报酬已经支付的，定作人可以主张返还减价后多出部分的报酬。^[114]定作人主张减价，承揽人对减价与否或者减价数额均认可的，按照当事人一致的意思表示处理；承揽人对减价与否或者减价数额有异议的，可以由人民法院或者仲裁机构予以确定。当事人双方有异议时，减价的标准就非常重要。不同的立法例对此有不同的规定。^[115]《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第23条第1款规定：标的物的质量不符合约定，买受人依照《合同法》第111条的规定要求减少价款的，人民法院应予支持。当事人主张以符合约定的标的物 and 实际交付的标的物按交付时的市场价值计算差价的，人民法院应予支持。参照适用该款规定，减少报酬的标准是交付时的差价。

（二）赔偿损失

《民法典》第583条规定：当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，在履行义务或者采取补救措施后，对方还有其他损失的，应当赔偿损失。据此，尽管承揽人在约定期间或者合理期间内已经采取了有效的补救措施，但定作人还有其他损失的，定作人仍然可以请求承揽人依法赔偿。这些损失主要包括：（1）承揽人最初的不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定给定作人造成的损失；（2）嗣后的不采取补救措施或者补救措施不符合约定给定作人造成的损失；（3）承揽人采取补救措施完毕前期间的迟延履行给定作人造成的损失；（4）补救措施本身给定作人造成的损失；（5）补救措施仍然无法弥补的定作人的损失。

当然，这仅仅规定了采取补救措施后的赔偿。承揽人拒绝或者未能在约定期间或者合理期间内修理、重作的，定作人当然也可以请求赔偿损失。如果不修理、重作是不可能、不合理或者没有效果的，定作人也可以直接请求赔偿损失^[116]；如果定作人有权直接解除合同，合同解除后定作人仍有权请求承揽人承担违约责任。两者的区别在于赔偿的范围是否包括替代给付。

另外，本条规定的赔偿损失，应当适用《民法典》第584条及以

下条文关于违约赔偿责任的一般规定，同时需要参照适用《民法典》关于出卖人承担此种责任的规则。例如，当事人约定减轻或者免除承揽人对工作成果瑕疵承担的责任，承揽人故意或者出于重大过失不告知定作人工作成果瑕疵的，参照适用《民法典》第618条的规定，承揽人无权主张减轻或者免除责任。^[117]

（三）定作人的其他救济

除本条规定之外，定作人还可以根据《民法典》合同编之通则的一般规定采取救济措施。例如，在工作成果不符合质量要求，致使不能实现合同目的时，定作人可以解除合同；如果不符合质量要求的瑕疵不重要，则定作人不得解除合同。^[118]同时，定作人还可以依法行使履行抗辩权。

三、承揽人的其他违约责任

首先是承揽人因违反权利瑕疵担保所承担的违约责任。如上文所述，定作人一般原始取得工作成果所有权，故原则上没有权利瑕疵担保责任的适用。^[119]但是并不能据此排除权利瑕疵担保责任。^[120]例如，在双方约定承揽人先取得工作成果所有权的情况下，就可能出现违反权利瑕疵担保的违约责任问题；承揽人提供的材料属于第三人所有，承揽人在交付工作成果前，将工作成果抵押给第三人，第三人符合善意取得的条件的，此时承揽人也应当负有违反权利瑕疵担保的违约责任。此时应当参照适用《民法典》第612~614条关于出卖人违反权利瑕疵担保的违约责任规则。

其次是承揽人因除这些之外的其他违约行为所承担的违约责任，此时仍然通过《民法典》合同编之通则的一般规定予以解决。这里需要特别予以说明的是，承揽人未按照期限完成工作、迟延交付工作成果而产生定作人的法定解除权问题，其中的关注点在于是否能够适用《民法典》第563条第1款第3项“当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行”。对此，有观点认为，如果承揽人已经完成大部分工作，仅是迟延交付工作成果，且时间不是太久，单次定期催告无果后解除可能使已完成的大部分工作丧失价值，对承揽人失之过苛，且不合经济效益原则。^[121]在此需要权衡定作人和承揽人双方的利益。据此：（1）在期限极为重要的定期承揽合同中，履行期限构成合同的必要因素，无论工作的大部分是否完成，此时应适用《民法典》第563条第1款第4项“当事人一方迟延履行债务或者其他违约行为致使不能实现合同目的”，定作人直接享有法定解除权。

（2）在非定期的承揽合同中，一般情况下，如果工作大部分尚未完成，此时仍然能够适用《民法典》第563条第1款第3项，经定作人催

告后承揽人在合理期限内仍未履行的，定作人享有法定解除权。

（3）但是，如果工作大部分已经完成，可以认为此时交付工作成果并非主要债务，故不能适用《民法典》第563条第1款第3项，而应适用《民法典》第563条第1款第4项，因此，此时单次催告无果并不足以发生解除权，尚需由定作人进一步证明合同目的不能实现，即工作成果对定作人已经没有什么利益，例如，承揽人迟延履行，而定作人为履行与他人之间的合同，已经与第三人订立了相同内容的承揽合同并已经履行完毕。^[122]

第七百八十二条

定作人应当按照约定的期限支付报酬。对支付报酬的期限没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，定作人应当在承揽人交付工作成果时支付；工作成果部分交付的，定作人应当相应支付。

本条主旨

本条是关于定作人支付报酬之期限的规定。

相关条文

《合同法》第263条 定作人应当按照约定的期限支付报酬。对支付报酬的期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，定作人应当在承揽人交付工作成果时支付；工作成果部分交付的，定作人应当相应支付。

理解与适用

本条仅规定了定作人支付报酬的期限。关于报酬支付的数额、地点、币种等，在没有约定或者约定不明确时，应当依据《民法典》第510条和第511条第2、3项以及第514条予以确定。

本条适用的前提是承揽人按照约定完成工作并向定作人交付了工作成果。承揽人的履行不符合约定的，定作人可以不支付报酬或者相应地减少报酬。但是，如果承揽人的履行符合约定，即使定作人无正当理由地不受领，定作人仍应当支付报酬。

在此前提下，定作人应当按照合同约定的期限向承揽人支付报酬。如果承揽人提供了材料，定作人应当在支付报酬之外向承揽人另行支付材料费的，定作人支付材料费也适用本条的规定。如果双方约定有偿并由承揽人提供材料，但并未对材料费明确约定的，其材料费被推定为报酬的一部分，即原则上材料费由承揽人负担，并计入报酬，承揽人不得作出额外的请求。^[123]

如果承揽合同对报酬的支付期限有约定的，定作人按照双方约定的支付期限支付报酬。没有约定或者约定不明确的，首先应当适用《民法典》第510条予以确定。据此，当事人可以协议补充约定报酬的支付期限，定作人按照补充约定的期限向承揽人支付报酬；当事人不能达成补充协议的，定作人按照合同有关条款或者交易习惯确定的支付期限向承揽人支付报酬。

如果承揽合同对报酬的支付期限未约定，依据《民法典》第510条仍不能确定的，定作人应当在承揽人交付工作成果的同时支付。这表明本条采取了报酬后付方式。^[124]合同约定由定作人自提的，承揽人应当在工作完成后，通知定作人提货，在工作完成的地点或者定作人指定的地点，将工作成果交付给定作人。承揽人通知定作人提货的日期为交付日期，定作人应当在该日期支付报酬。合同约定由承揽人送交的，承揽人在工作完成后，自备运输工具，将工作成果送到定作人指定的地点并通知定作人验收，定作人在接受工作成果时支付报酬。交付工作成果的具体时间，可以参照适用《民法典》第598条及以下条文关于买卖合同出卖人交付的规则予以确定。约定由运输部门或者邮政部门代为运送的，承揽人应当在工作完成后，将工作成果交到运输部门或者邮政部门、办理运输手续，运输部门或者邮政部门接受工作成果的日期为交付日期。承揽人将运输部门或者邮政部门收运的日期通知定作人，定作人在收到该通知时，支付报酬。

如果工作成果是可分且仅部分交付，且报酬是就各部分而定的，则定作人应验收该部分工作成果，并根据已交付的部分工作成果，在承揽人交付该部分工作成果时向承揽人支付报酬。^[125]如甲与乙约定，由乙为甲制作三套沙发，每套600元，总价1 800元。乙交付了一套，则甲应当向乙支付600元。如果依据双方约定，工作成果交付后仍然需要继续一定的承揽工作的，则定作人可以拒绝支付该未完成部分的合理报酬。

根据承揽合同的性质，承揽工作无须特别交付的，完成工作并通知定作人的时间，就是定作人应当支付报酬的时间。^[126]

第七百八十三条

定作人未向承揽人支付报酬或者材料费等价款的，承揽人对完成的工作成果享有留置权或者有权拒绝交付，但是当事人另有约定的除外。

本条主旨

本条是关于承揽人之留置权和抗辩权的规定。

相关条文

《合同法》第264条 定作人未向承揽人支付报酬或者材料费等价款的，承揽人对完成的工作成果享有留置权，但当事人另有约定的除外。

《担保法》第84条 因保管合同、运输合同、加工承揽合同发生的债权，债务人不履行债务的，债权人有权留置。

法律规定可以留置的其他合同，适用前款规定。

当事人可以在合同中约定不得留置的物。

《民法典》第447条 债务人不履行到期债务，债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产，并有权就该动产优先受偿。

前款规定的债权人为留置权人，占有的动产为留置财产。

第448条 债权人留置的动产，应当与债权属于同一法律关系，但是企业之间留置的除外。

第449条 法律规定或者当事人约定不得留置的动产，不得留置。

第807条 发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除根据建设工程的性质不宜折价、拍卖外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以请求人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。

理解与适用

定作人应当向承揽人支付的价款包括报酬、材料费、保管费和承揽人为完成工作而垫付的其他费用等。定作人支付价款的义务是其主要义务。如果定作人无正当理由不履行该义务的，除当事人另有约定外，承揽人对完成的工作成果享有留置权或者有权拒绝交付。

一、承揽人的留置权

按照《民法典》第447条及以下条文的规定，承揽人享有留置权须具备以下前提。

第一，定作人无正当理由不支付已经到期的报酬、材料费等费用。如果定作人因合法行使履行抗辩权等正当理由而不支付，则承揽人不能享有留置权；同样，如果定作人支付费用的债务并未到期，则承揽人同样不能享有留置权，但是，如果定作人无支付能力，则承揽人在请求支付价款债权到期之前也享有留置权。^[127]在承揽合同中，对于定作人的违约赔偿责任，也可通过本条予以目的性扩张，从而在其不承担违约赔偿责任时，承揽人有权行使留置权。

第二，承揽人基于承揽合同占有定作人的工作成果。如上文所述，定作人原始取得作为工作成果的动产的所有权，因此，工作成果属于定作人所有，承揽人是基于承揽合同而占有该工作成果。工作成果必须是动产，如果工作成果不是动产，如已粉刷的墙壁，则承揽人无法享有留置权。如果承揽人已经将工作成果交付给定作人，则承揽人也无法享有留置权。承揽人的履行辅助人并非工作成果的占有人，不能享有留置权。

但是，如果工作成果不属于定作人，承揽人是否可以留置？例如，甲将从丙处盗来的物交给乙加工，甲未支付加工费，且甲不能取得所有权时，乙可否行使留置权？按照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第108条的规定——债权人合法占有债务人交付的动产时，不知债务人无处分该动产的权利，债权人可以按照担保法第八十二条的规定行使留置权，此时，乙仍然可以行使留置权，有权以此拒绝甲的返还请求。但是，如果丙请求返还，因丙和乙之间并无合同关系，丙不负有向乙支付价款的义务，故乙不得行使留置权；如果加工使物的价值大大增加，则乙对丙享有不当得利请求权，就该项请求权，乙可以行使留置权，拒绝丙的返还请求。

第三，留置的工作成果应当与支付价款的债权属于同一法律关

系，但是企业之间留置的除外。例如，甲与乙服装店约定，由乙服装店为甲制作一套西装。之后甲又与乙服装店约定，由乙服装店再为甲制作一件风衣。如果甲支付了制作风衣的报酬而未支付制作西装的报酬的，则乙只能留置西装而不能留置风衣。再例如，甲配件厂租用乙公司的汽车，同时乙公司和甲配件厂约定，由甲配件厂为乙公司加工一批汽车配件。如果乙公司未按照约定支付甲配件厂加工配件的报酬，则甲只能留置汽车配件而不能留置汽车。但是，在商业实践中，企业之间相互交易频繁，追求交易效率，讲究商业信用，如果严格要求留置的财产必须与支付价款的债权具有同一法律关系，有悖于交易迅捷和交易安全原则，因此，在企业之间的承揽合同中，承揽人留置的工作成果可以不与支付价款的债权属于同一法律关系。

需要考虑的是次承揽合同。次承揽人与定作人不存在合同关系，其占有工作成果与其对承揽人之间的债权不属于同一法律关系，因此，次承揽人一般不得对定作人主张留置权。但是，在次承揽合同中，承揽人没有向次承揽人支付费用的，因为其占有与其对承揽人支付价款的债权属于同一法律关系，所以次承揽人可以向承揽人主张留置权。^[128]

在承揽合同无效、被撤销、确定不生效或者被解除的情形中，当事人负有相互返还的义务，此种相互返还也是一种债的关系，双方当事人的义务仍然属于同一债的关系，因此，可以认为，承揽人此时仍然可以对工作成果享有留置权。

第四，工作成果不属于根据法律规定或者当事人约定不得留置的财产。如果法律基于公序良俗等明确规定某些情形下不得留置或者某些财产不得留置，则须依照该法律规定，不得成立留置权。承揽合同当事人事先在合同中约定排除留置权的，则在定作人未向承揽人支付报酬或者材料费等价款时，基于尊重当事人的意思自治，承揽人也不得留置完成的工作成果。但是，定作人于工作成果交付后，陷入无支付能力状态，或者其无支付能力状态于交付后始为承揽人所知者，即使存在约定不得留置的情形，承揽人也可以留置。^[129]

依据《民法典》第450条的规定，工作成果为可分物的，留置财产的价值应当相当于债务的金额。至于承揽人行使留置权的法律效果方面，也要适用《民法典》第451条及以下条文的规定以及担保物权的一般规定。例如，承揽人作为留置权人负有妥善保管所留置工作成果的义务；因保管不善致使所留置工作成果毁损、灭失的，承揽人应当承担赔偿责任。留置权人（承揽人）与债务人（定作人）应当约定留置财产后的债务履行期间；没有约定或者约定不明确的，留置权人（承揽人）应当给债务人（定作人）60日以上履行债务的期间，但是

鲜活易腐等不易保管的动产除外。债务人（定作人）逾期未履行的，留置权人（承揽人）可以与债务人（定作人）协议以留置财产折价，也可以就拍卖、变卖留置财产所得的价款优先受偿。留置财产被折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归债务人（定作人）所有，不足部分由债务人（定作人）清偿。

二、承揽人拒绝交付的抗辩权

承揽人也可能先取得工作成果的所有权，例如，承揽合同中也可能明确约定，先由承揽人取得工作成果的所有权，之后承揽人再将所有权移转给定作人。此时，定作人并不享有工作成果的所有权，因此，承揽人不能对自己所有的动产行使留置权。^[130]但此时，为了保证承揽人请求定作人支付价款的债权得到实现，承揽人有权拒绝交付工作成果。^[131]承揽人的此种权利的基础在于《民法典》第525条及以下条文所规定的履行抗辩权，因此应当符合《民法典》第525条及以下条文所规定的其他构成要件，并产生相应的法律后果。

承揽人的此种抗辩权和留置权的共同点在于，都可以拒绝交付工作成果，但是，抗辩权不像留置权那样具有物权效力，因此不能参照适用留置权的规定。承揽人在取得工作成果所有权的情况下，有权基于自己所享有的所有权而处置工作成果，以实现自己的债权，但此时应当参照适用留置权的法律效果规定，避免过分损害定作人的利益。

三、承揽人为保障价款请求权的实现而可能享有的其他权利

在工作成果并非动产，例如粉刷墙壁、装饰装修的情况下，也无留置权的适用余地。但是，《民法典》在规定了承揽人对动产的留置权的同时，未明确规定承揽人对不动产的法定抵押权，故无法实现对承揽人的全面救济。^[132]针对建设工程合同，《民法典》第807条规定：发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除根据建设工程的性质不宜折价、拍卖外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以请求人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。这与很多立法例中规定的法定抵押权或者先取特权的实际效果比较类似。但是，对不动产的承揽工作并非建设工程合同所能完全概括，而承揽人的劳动价值并不必然比动产的加工等承揽劳动的价值小，甚至承揽人还要提供一些材料。如果承揽人无法就此优先受偿，对承揽人明显不公。^[133]据此，在承揽人对不动产实施承揽工作、定作人不支付价款的情形中，可以参照适用《民法典》第807条以及相关规范规定的构成要件和法律效果，使承揽人享有法定的优先权。^[134]例如，按照《建设工程司法解释二》第21条第2款的规定，

价款的利息、违约金和损害赔偿金等不属于法定优先权担保的范围。

第七百八十四条

承揽人应当妥善保管定作人提供的材料以及完成的工作成果，因保管不善造成毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。

本条主旨

本条是关于承揽人之保管义务的规定。

相关条文

《合同法》第265条 承揽人应当妥善保管定作人提供的材料以及完成的工作成果，因保管不善造成毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。

《民法典》第897条 保管期内，因保管人保管不善造成保管物毁损、灭失的，保管人应当承担赔偿责任。但是，无偿保管人证明自己没有故意或者重大过失的，不承担赔偿责任。

理解与适用

一、承揽人的保管义务

依照本条规定，承揽人对定作人提供的材料和完成的工作成果有妥当保管的义务。^[135]规定此种保管义务不仅仅是为了定作人的利益，而且有助于承揽合同目的的实现。例如，如果定作人提供的材料，尤其是承揽工作的对象，灭失，承揽人可能就无法完成承揽工作，无法获得报酬，甚至要承担违约责任，因此，承揽人的保管义务有助于承揽人和定作人双方的利益。^[136]之所以如此，是因为承揽人能够最有效地采取保管措施。

首先，承揽人对定作人提供的材料负有妥当保管的义务。定作人提供材料后，虽然材料的所有权并未移转于承揽人，但承揽人已经取得对该材料的直接占有，定作人对该材料间接占有，占有的媒介关系就是承揽关系，故承揽人对材料负有保管义务，保持材料的质量状态，防止材料非正常损耗。如果材料是由承揽人自己提供的，承揽人

当然不负有保管义务。当然，承揽人对定作人提供的材料之外的设备、技术图纸等同样负有保管义务。^[137]

其次，承揽人对完成的工作成果也负有妥当保管的义务。承揽人的主要义务是完成工作并交付工作成果，在交付前，工作成果是在承揽人直接占有之下的，故承揽人应当妥善保管工作成果，保证工作成果如期交付。

最后，承揽人负有善意管理人的注意义务。《民法典》第897条已经区分了有偿保管和无偿保管，有偿保管人的注意义务程度更高，而无偿保管人仅在故意或者有重大过失的情况下才承担责任。承揽合同是有偿的合同，因此，承揽人所负有的义务是善良管理人的注意义务。在没有特别约定的情况下，承揽人应当按照本行业的一般要求，根据物品的性质选择合理的场地、采用适当的保管方式，防止物品毁损和灭失。承揽人可以自己保管材料，也可以将材料交给第三人保管。承揽人将材料交给第三人保管的，不得给定作人增加不合理的费用。保管费用，有约定的，按照约定；无约定或者约定不明确，且无法确定的，应当推定为由承揽人负担。

与《民法典》第897条的规定相一致，承揽人因保管不善造成材料或者工作成果毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。这意味着不能要求承揽人承担无过错的责任，必须是在保管不善，也即违反善意管理人的注意义务的情况下，承揽人才承担赔偿责任。如果承揽工作本身需要对定作人提供的材料等造成损害，例如重新喷漆本身就需要将旧漆去掉并抛光，或者承揽工作本身就是粉碎机密文件或砸墙，则承揽人就没有保管不善，无须承担责任。^[138]材料因自身性质产生自然损耗的，承揽人自然也无须承担责任。

二、承揽合同中的风险负担

承揽合同中的风险负担，是指材料、工作成果一旦由于不可归责于双方当事人的事由而毁损、灭失，风险由谁承担。对此，当事人有约定的，应当按照约定处理；没有约定或者约定不明确的，可以考虑按照以下方式处理。

（一）材料的风险负担

如果材料是由定作人提供的，因定作人的交付并非以移转所有权为目的，材料的所有权仍然由定作人享有，承揽人并未取得所有权，故不能参照适用《民法典》第604条关于买卖合同中标的物交付后风险转移的规则。一旦由于不可归责于双方当事人的事由材料发生毁

损、灭失，按照本条规定，承揽人并未违反妥当保管的义务，承揽人不承担赔偿责任。这意味着此种风险应当由定作人负担。^[139]此时，定作人应当重新提供材料，无权请求承揽人承担修理、赔偿等违约责任，承揽人完成工作的期限应当相应顺延；如果定作人无法重新提供材料，而约定由承揽人提供材料的，则定作人应当承担这些材料的费用，承揽人完成工作的期限同样应当相应顺延；如果承揽工作因此而不可可能的，则定作人和承揽人都有权解除合同，但承揽人还有权就已完成的工作部分请求相应的报酬。

如果材料是由承揽人提供的，因定作人并未对材料予以控制，且承揽人提供材料是为了获得收益，故风险应当由承揽人负担。此时，承揽人应当重新提供材料，但是对于由此导致的履行迟延，应当根据事由影响的程度而全部或者部分免除其违约责任；如果承揽工作因此而不可可能的，则定作人和承揽人都有权解除合同，承揽人无权就已完成的工作请求报酬，但是对于因此导致的履行不能应当根据事由影响的程度而全部或者部分免除其违约责任。

（二）工作成果的风险负担和由此产生的报酬风险

关于完成工作之后的工作成果的风险负担，依照本条规定，承揽人仅因在交付前保管不善造成工作成果毁损、灭失的，才应当承担赔偿责任。如果由此进行反面推论，似乎工作成果的毁损和灭失，在交付前都应当由定作人承担风险。但是，在工作成果交付前，工作成果处于承揽人的支配和控制范围内。此时这种风险由谁承担以及如何承担，存在很大的争议。从比较法来看，更多的做法是采取交付主义或者完成工作并通知主义，以平衡双方的利益。^[140]据此，更为合理的解释方式是不能对本条进行反面推论，应当认为，本条仅规定了承揽人对工作成果保管不善时应当承担责任，但对于不可归责于双方的事由导致工作成果毁损、灭失时的风险负担，本条并未规定，而可以参照买卖合同的风险负担规则予以解决。^[141]

具体而言，如果未交付工作成果，或者无须交付时未通知定作人工作完成的，风险一般应当由承揽人负担。关于风险负担的具体规则可以参照适用《民法典》第604条及以下条文。^[142]例如，定作人迟延受领的，参照适用《民法典》第608条，定作人应当自迟延受领时起负担风险；承揽人完成的工作成果不符合质量要求，致使不能实现合同目的，定作人拒绝接受或者解除合同的，参照适用《民法典》第610条，风险由承揽人负担；工作成果需要运输，且当事人没有约定交付地点或者约定不明确，依据《民法典》第510条的规定仍不能确定的，参照适用《民法典》第607条，在承揽人将工作成果交付给第一承运人前，承揽人负担风险。

承揽人负担风险，而承揽工作仍有可能时，承揽人仍应继续履行，但是，履行期限可以相应顺延，承揽人对于由此导致的履行迟延应当根据事由影响的程度而全部或者部分被免除违约责任。此时，定作人仅有义务支付原约定的报酬，而无须支付承揽人新履行的报酬。定作人提供的材料也因此而灭失的，依据材料灭失的风险负担规则，定作人应当重新提供材料。^[143]定作人无法重新提供材料，而约定由承揽人提供材料的，定作人应当承担这些材料的费用；同时，定作人依据《民法典》第787条所享有的任意解除权不受影响，在承揽工作对定作人已经没有意义时，定作人也有权依据《民法典》第563条第1款第1项行使法定解除权。如果承揽人负担风险而承揽工作已经不可能，此时定作人和承揽人都无权依据《民法典》第563条第1款第1项行使法定解除权；承揽人无权请求定作人支付报酬，但对于由此导致的履行不能仍应当根据事由影响的程度而全部或者部分被免除违约责任。但是，当事人约定定期支付承揽人报酬的，定作人应就在事由发生之前已经经过的期间向承揽人支付报酬。^[144]这也使承揽人负担风险并非对承揽人完全不公，毕竟承揽人可以和定作人约定定期支付。

如果已经交付工作成果，或者无须交付时已经通知定作人工作完成的，风险一般应当由定作人负担。此时，承揽人无须再为履行，有权请求定作人支付报酬；同时，承揽人有义务将工作成果的残存部分返还给定作人，如果定作人表示不再需要该残存部分的，承揽人可以处置该残存部分并由定作人承担费用。^[145]

第七百八十五条

承揽人应当按照定作人的要求保守秘密，未经定作人许可，不得留存复制品或者技术资料。

本条主旨

本条是关于承揽人之保密义务的规定。

相关条文

《合同法》第266条 承揽人应当按照定作人的要求保守秘密，未经定作人许可，不得留存复制品或者技术资料。

《民法典》第501条 当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密或者其他应当保密的信息，无论合同是否成立，不得泄露或者不正当地使用；泄露、不正当地使用该商业秘密或者信息，造成对方损失的，应当承担赔偿责任。

第509条第2款 当事人应当遵循诚信原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

第558条 债权债务终止后，当事人应当遵循诚信等原则，根据交易习惯履行通知、协助、保密、旧物回收等义务。

理解与适用

承揽人在完成工作的过程中，可能会接触到定作人的一些秘密。为保护定作人的利益，承揽人对于这些秘密，应当按照定作人的要求保守秘密。《民法典》针对合同履行于第509条第2款规定：当事人应当遵循诚信原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。据此，本条规定是该规定在承揽合同中的具体化。
[146]

据此，承揽人的保密义务属于附随义务的一种，其依据在于当事人在合同履行过程中形成了特别关系，负有使对方利益最大化的义务。当然，不仅在合同履行阶段，在合同订立阶段当事人也负有先合同义务，如《民法典》第501条规定：“当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密或者其他应当保密的信息，无论合同是否成立，不得泄露或者不正当地使用；泄露、不正当地使用该商业秘密或者信息，造成对方损失的，应当承担赔偿责任。”在合同终止后的阶段，当事人负有后合同义务，如《民法典》第558条规定：“债权债务终止后，当事人应当遵循诚信等原则，根据交易习惯履行通知、协助、保密、旧物回收等义务。”据此，保密义务涵盖了合同订立阶段、合同履行阶段和合同终止后的阶段。保密义务仅仅是在不同阶段中被定性为先合同义务、附随义务和后合同义务，其产生的根据是共同的——诚信原则，其具体范围要依据诚信原则随着合同关系的发展在具体个案中判定，不宜以结果倒推保密义务的范围。要考虑诚信原则所要求的不同价值之间的平衡，要考虑交易习惯的举证，结合当事人主观方面的要求、履行的对价、成本和收益的对比、当事人约定的可能性等，在个案中具体判断保密义务的具体范围、强度、地域、内容、期限等。尤其要注意的是，对承揽人的主观方面的要求已经为诚信原则所涵盖，不能要求承揽人对无过错情形下违反保密义务承担责任。

保密的对象不限于定作人的商业秘密，还包括定作人其他不愿公开而应当保密的信息，如定作人的名称、工作成果的名称、其他隐私信息和个人信息等。如果定作人要求承揽人生产某一型号的车床，该车床的型号公开的，并且属于承揽人的产品系列，则这种情况下，承揽类似于买卖，承揽人可以留存该车床的生产技术资料而不必承担保密义务。但是，如果定作人要求承揽人生产一特大车床，承揽人以前没有生产过该车床，承揽人根据定作人提出的要求设计、生产，其费用由定作人负责的，则承揽人就应当在完成工作后，将图纸及有关技术资料交给定作人，并不得留存复制品。^[147]

定作人可以要求承揽人对承揽的工作保密。定作人保密的要求可以通过合同作出约定，也可以在合同履行期间提出。定作人应当明确承揽人保密的内容、期限。即使定作人未提出保密的要求，只要定作人未明确作出相反的意思表示，为了保护定作人的利益，承揽人也应当予以保密。据此，对本条应当目的性扩张解释，即使定作人没有向承揽人提出保密要求的，承揽人也负有保密义务。

关于承揽人保密的方式，本条规定，承揽人在工作完成后，应当将涉密的图纸、技术资料等一并返还定作人，未经定作人的许可，承揽人不得留存复制品或者技术资料。例如，定作人与承揽人订立加工承揽合同，要求承揽人根据图纸加工出一台定作人设计的新型汽车发动机的样机，承揽人就不得根据图纸多加工几台以便供研究或者投放市场。这仅仅是对承揽人保密的方式的一种列举。因此，承揽人未经定作人许可而留存了复制品或者技术资料是承揽人违反保密义务的方式之一。除此之外，承揽人违反保密义务还有其他方式，例如，未经许可而泄露、公开、向他人提供复制品或者技术资料，未经许可而自己使用技术资料，未经许可而公开、向他人提供定作人的隐私信息等。

承揽人违反保密义务，可能要依照法律的规定在不同的阶段承担缔约过失责任、违约责任，在符合侵权责任构成的前提下也要承担侵权责任等，由此，缔约过失责任和侵权责任、违约责任和侵权责任可能会构成责任竞合，此时，定作人有权作出选择。

第七百八十六条

共同承揽人对定作人承担连带责任，但是当事人另有约定的除外。

本条主旨

本条是关于共同承揽人之责任的规定。

相关条文

《合同法》第267条 共同承揽人对定作人承担连带责任，但当事人另有约定的除外。

《民法典》第178条 二人以上依法承担连带责任的，权利人有权请求部分或者全部连带责任人承担责任。

连带责任人的责任份额根据各自责任大小确定；难以确定责任大小的，平均承担责任。实际承担责任超过自己责任份额的连带责任人，有权向其他连带责任人追偿。

连带责任，由法律规定或者当事人约定。

理解与适用

共同承揽，是指由两个或者两个以上的人共同完成同一承揽工作，以定作人和全部承揽人之间存在共同约定为前提。共同承揽与转承揽不同：（1）转承揽是承揽人将自己承揽的部分工作交由第三人完成，发生次承揽效力，适用《民法典》第772、773条。（2）虽然共同承揽与转承揽都是由多个人完成工作，但共同承揽人都是承揽合同的当事人，而转承揽中的第三人虽然参与完成工作，但不是承揽合同的当事人，只是转承揽合同中的当事人。（3）共同承揽人对定作人承担连带责任，即每一个共同承揽人都对全部工作向定作人负责，定作人可以要求任何一个共同承揽人承担责任。转承揽中，参与完成工作的第三人向承揽人负责，承揽人向定作人承担责任。当工作成果不符合约定时，即使是第三人造成的，承揽人也要向定作人承担违约责任，定作人也只能请求承揽人而不能请求第三人承担责任。

在共同承揽中，从尊重当事人的意思自治出发，本条规定了当事人可以约定共同承揽的责任承担。如定作人与共同承揽人可以约定，共同承揽人承担按份责任；也可以约定，指定其中一个承揽人承担全部责任。有约定的，共同承揽人根据约定向定作人承担责任。无约定或者约定不明确的，共同承揽人承担连带责任。

共同承揽人应当按照约定完成工作，将工作成果交付给定作人。每一个共同承揽人都应当对承揽的全部工作向定作人负责。如果完成

的工作不符合质量要求，依据《民法典》第178条第1款的规定，定作人有权请求部分或者全部共同承揽人承担责任，任何一个共同承揽人也都应当根据定作人的要求承担责任。同时，关于部分共同承揽人的履行、抵销、提存、免除、混同和定作人的受领迟延，应当适用《民法典》第520条的规定。除了连带责任，共同承揽人一般应当共同完成承揽工作，目的在于借共同承揽人之间的相互制约和相互配合来维护定作人的利益。所谓的共同行使，是指共同承揽人进行承揽工作时应相互协商，至于如何相互协商，应交由共同承揽人之间的约定确定，如果欠缺明确约定，应认为须经全体共同承揽人一致同意。

在共同承揽人的内部关系中，有约定的按照约定；没有约定的，依据《民法典》第178条第2款的规定，共同承揽人的责任份额根据各自责任大小确定，例如，其中一个或者数个承揽人未与其他承揽人协商而实施的行为损害了定作人的利益，因此而承担赔偿责任的，无过错的承揽人可以在承担连带责任后向实施行为的承揽人追偿；难以确定责任大小的，平均承担责任。依据《民法典》第178条第2款和第519条第2款，实际承担责任超过自己份额的共同承揽人，有权就超出部分在其他共同承揽人未履行的份额范围内向其追偿，并相应地享有定作人的权利，但是不得损害定作人的利益。其他共同承揽人对定作人的抗辩，可以向行使追偿权的共同承揽人主张。

共同承揽人在对定作人承担连带责任的同时，在无特别约定的情况下，也对定作人享有连带债权。此时，应当适用《民法典》第518条第1款和第521条，部分或者全部共同承揽人均可以请求定作人履行债务。共同承揽人之间的份额难以确定的，视为份额相同。实际受领超过自己份额的共同承揽人，应当按比例向其他共同承揽人返还。同时，参照适用连带债务的有关规定，但是部分共同承揽人免除定作人债务的，在扣除该部分承揽人的份额后，不影响其他共同承揽人的债权。

第七百八十七条

定作人在承揽人完成工作前可以随时解除合同，造成承揽人损失的，应当赔偿损失。

本条主旨

本条是关于定作人之任意解除权的规定。

相关条文

《合同法》第268条 定作人可以随时解除承揽合同，造成承揽人损失的，应当赔偿损失。

《民法典》第933条 委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同造成对方损失的，除不可归责于该当事人的事由外，无偿委托合同的解除方应当赔偿因解除时间不当造成的直接损失，有偿委托合同的解除方应当赔偿对方的直接损失和合同履行后可以获得的利益。

理解与适用

一、定作人之任意解除权的目的和规范性质

《民法典》第562、563条规定了合同的协议解除、约定解除权和法定解除权三种解除合同的方式，其中，约定解除权和法定解除权都属于单方面的解除权。除此之外，本条又规定了特殊的法定解除权，即定作人的任意解除权。其与一般的法定解除权虽然都属于单方解除权，是形成权，因此无须对方当事人的同意，但区别在于，一般的法定解除权需要满足特定的情形方可主张，例如承揽人根本违约或者不可抗力致使不能实现合同目的，但定作人行使任意解除权无须任何理由。

定作人的任意解除权在比较立法例上极为常见。^[148]在承揽合同履行过程中，可能因为主观、客观因素的变化，定作人已经不需要约定的承揽工作了。定作人无法依据一般的法定解除权解除合同，在无法和承揽人协商解除的情况下，定作人就仍需要受领和验收完成的工作成果。即使定作人预期拒绝履行，承揽人仍可继续履行而追究定作人的违约责任。与买卖合同中的买方不同的是，定作人很可能难以将完成的工作成果转卖给他人。据此定作人对解除合同具有合法的利益，同时承揽人的利益通过请求定作人赔偿而得到保障。因此，定作人的任意解除权，实质上是将定作人不再想要承揽工作的利益置于承揽人继续履行这一利益之上，以赔偿换取解除合同的权利，再通过赔偿保障承揽人的经济利益。由此能够实现双方当事人利益的平衡，对承揽人并无不利，但却有利于定作人，有利于社会资源的节省，有利于增进经济运行的效率，实现了帕累托最优状态。同时，只有定作人才有任意解除权，承揽人不享有这一权利，因为原则上承揽工作是为了定作人的利益。承揽人的利益通过解除后的赔偿予以解决。这与《民法典》第829条规定货运合同中托运人享有任意解除权而承运人不享

有、第899条第1款规定保管合同中寄存人享有任意解除权而保管人不享有是一样的；但与委托合同中双方享有任意解除权不同，原因可能在于，较之委托合同，承揽合同更为侧重定作人的利益。

本条规定是强制性规范还是任意性规范，涉及定作人的任意解除权是否可以通过当事人的约定被事先限制或者排除。对此存在不同观点。^[149]限制意思自治必须要有充分且正当的理由，并且，承揽合同是有偿合同，除信赖关系之外还存在利益关系，即使承揽人在本次交易中的直接对价往往通过赔偿已经实现，但是承揽人除此之外还可能享有其他特别利益关系，例如承揽人通过本次承揽工作锻炼团队、提高商誉等。因此，双方当事人通过约定排除定作人的任意解除权，一般应当予以允许，除非这种约定因违反公序良俗或者格式条款的效力规范而无效，或者出现不得不解除合同的情形。^[150]因此，为防止定作人无故随时解除合同，若双方达成合意，则承揽人可以通过提前的书面约定来对定作人的任意解除权进行限制或排除，如“甲方不得中途无故解除合同，如要无故解除合同，应提前3个月书面通知乙方”“如甲方未经乙方书面同意单方解除合同的，甲方除需向乙方支付合同总金额之30%的违约金之外，还需赔偿因此给乙方造成的经济损失”。通过这些约定，可以很好地限制定作人任意解除合同，以此来减少承揽人履行合同的不确定性。但需注意，承揽合同仅仅对定作人的任意解除权进行限制，但符合《民法典》第563条规定的法定解除的情形的，定作人仍可以解除合同。

二、定作人之任意解除权的构成和行使

定作人行使任意解除权不需要任何理由，对此存在的唯一限制是时间限制，即定作人必须在承揽人完成工作前解除合同。定作人行使任意解除权的目的在于使承揽人的工作终止，使其不再继续进行，以防止不必要的工作对定作人和社会造成不利影响。如果承揽人已经完成工作，定作物在加工完毕后对定作人失去实用效能，则该种不利已经造成，行使任意解除权的目的已不能达到，即使解除承揽合同，亦不能挽回不利。如果允许定作人解除合同，则不利于交易秩序的稳定和安全，不符合公平原则，且极易造成社会资源浪费，并使承揽人陷入被动局面。故在承揽人已完成工作成果时，即使工作成果未交付，定作人也不得再解除合同，而必须受领工作成果。^[151]

有少数立法例规定，定作人必须在对承揽人进行赔偿后才能解除合同。^[152]但是，如采取此种观点，则承揽人在获得赔偿前仍应继续工作。这虽然能够保障承揽人及时获得赔偿，但对定作人十分不利，并且承揽人的利益往往可以通过留置权来得到保障，没有对承揽人予以特殊保护的必要。据此，定作人行使任意解除权不以进行赔偿为要

件。^[153]另外，承揽合同是与特定结果目标联系在一起的，即完成一定的工作任务，承揽人给付的范围已经通过特定结果目标予以确定，并且通过这种方式确定了期限，虽然可能期限何时到来不确定，故承揽合同既非以持续履行债务为内容的继续性合同，也非不定期合同，故不能适用《民法典》第563条第2款。

定作人行使任意解除权时，只要将解除合同的意思表示通知承揽人即可。关于解除通知，应当适用《民法典》第565条的规定。

三、定作人行使任意解除权的法律后果

定作人依法行使任意解除权后，原则上应当仅对将来发生效力。据此，承揽人有权请求已完成工作部分的报酬，并负有将已完成的工作部分以及定作人提供的剩余材料交给定作人的义务。但最具有争议的问题是，本条虽然规定了，定作人行使任意解除权，造成承揽人损失的，应当赔偿损失，但该赔偿损失的范围为何。

首先，无论何种观点，都认为定作人应当赔偿因定作人任意解除合同而给承揽人造成的直接损失，例如，承揽人为了该工作购入的材料以及已雇用的劳务人员等无法用于该工作所造成的损失等。在实践中，承揽人主张直接损失的，应当在其直接损失与所承揽的项目之间建立联系，此时可以综合考量该项费用是否必要、是否属于其履行加工承揽义务所必须具备的基本物质条件、提供的证据是否能证明该项损失已经发生来予以判断。^[154]

其次，关于其他损失，包括承揽人的可得利益在内的履行利益损失，是否应当得到赔偿，存在不同观点。有的观点认为，任意解除权的行使不是违约行为，且承揽合同自订立时起就存在随时解除的风险，承揽人的可得利益没有保障，因此，承揽合同未履行部分的履行利益不应得到赔偿。^[155]但是，定作人的任意解除权保障了定作人的利益，避免强制其受领已经不想要的承揽工作成果而造成更大的浪费，但与此同时，也应当保护承揽人的利益。对于承揽人来说，其订立承揽合同的主要目的就是取得相应的合同履行利益。如果采取定作人任意解除承揽合同只需赔偿承揽人的直接损失的观点，不赔偿履行利益，不但对承揽人不公，而且极易诱发定作人的道德风险。因此，更为合理的观点应当是赔偿承揽人的履行利益。^[156]

但是，关于履行利益的计算方法存在不同立法例。一种是报酬请求权模式，规定承揽人有权请求约定的报酬，但扣减承揽人因合同解除而节省的费用，或转将其劳动力用于他处而取得或原本能够取得但故意不取得的利益^[157]；另一种是损害赔偿模式，明定赔偿范围包括

承揽人的一切费用、实施的劳动及丧失的可得利益。^[158]在此，无论如何，请求履行利益赔偿的依据并非《民法典》第584条的规定，因为：定作人行使任意解除权是定作人依据法律享有的权利，因此定作人任意解除合同并不能被认为是违约行为，从而也就没有第584条适用的余地。^[159]但是，即使如此，其赔偿的范围同样是《民法典》第584条所规定的履行利益，此时可以参照适用第933条关于有偿委托合同任意解除后赔偿范围的规定，即“有偿委托合同的解除方应当赔偿对方的直接损失和合同履行后可以获得的利益”。在计算履行利益时，为减轻承揽人的举证责任，应当以报酬为计算依据。由此，在一般情况下，上述两种模式的差异仅仅是形式上的，在实际结果上并不存在较大差异。

定作人任意解除合同后，参照适用《民法典》第933条的规定，应当赔偿承揽人的直接损失和合同履行后可以获得的利益。具体计算时，为方便计算和减轻承揽人的举证责任，应当以报酬为基本的计算依据，定作人向承揽人支付已完成部分的报酬和未完成部分的报酬，但基于损益相抵的基本原理，应当扣除承揽人因合同解除而节省的费用，或转将其劳动力用于他处而取得或原本能够取得但故意不取得的利益。^[160]至于承揽人已经投入的材料或者劳动力等费用，因为这些费用已经计算到了报酬之中，所以不必另行赔偿，但如果材料费等是独立支付的，则也应当予以赔偿。

但是，承揽人在报酬之外还可能还有其他损害，此时较之报酬请求权模式，损害赔偿模式就具有更大的涵盖性。第一，承揽人可能因定作人解除合同发生其他附带费用或损害，例如，运往工地之材料，若完成工作，无须运回并租用仓库保管等，则承揽人因合同解除而支出此一运输材料及租用仓库的费用；或者承揽人因为定作人解除合同，另寻承揽工作而支出费用但并无结果；或者因定作人解除合同而计算双方已为给付或报酬时所生之费用，均应由定作人承担。第二，承揽人除报酬之外对承揽合同的履行享有其他特别的利益。例如，承揽人可能以较低的报酬取得了承揽工作，通过承揽工作而实现承揽人在报酬之外的其他自身利益，由于定作人解除了合同，此时可能要考虑对这些利益的赔偿。尤其是，在承揽人将自己的全部资源应用于与承揽合同相关的工作物制作的情形，或者在经济萧条时期，承揽人为挽留有素质的人员而十分在意承揽合同的执行，因定作人解除了合同，承揽人会遭受在报酬之外的其他损失。^[161]如果通过解释能够将承揽人在报酬之外的上述特别利益纳入合同内容，则定作人解除合同时的损害赔偿对象应当不限于报酬，还应包括承揽人因这些已经被纳入合同内容的特别利益丧失而遭受的损害。

如果双方约定定作人行使任意解除权应当支付一定金额的，则按照双方的约定处理，此时可以参照适用《民法典》第585条关于违约金的规定，从而有司法酌增或者酌减的可能性。

如果承揽人存在一定的违约行为，但并未致使合同目的不能实现，则定作人不能依据《民法典》第563条的规定享有法定解除权。定作人行使本条规定的任意解除权解除合同的，定作人对承揽人的赔偿仍然应当依据上述方式予以计算。但是，承揽人违约造成定作人损失，因而承揽人应当向定作人承担违约赔偿责任的，定作人可以依照《民法典》第568条的规定行使法定抵销权，扣减相应的赔偿金额。

四、承揽合同的其他特殊终止情形

在承揽人破产的情形，《企业破产法》第18条规定：“人民法院受理破产申请后，管理人对破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同有权决定解除或者继续履行，并通知对方当事人。管理人自破产申请受理之日起二个月内未通知对方当事人，或者自收到对方当事人催告之日起三十日内未答复的，视为解除合同。”“管理人决定继续履行合同的，对方当事人应当履行；但是，对方当事人有权要求管理人提供担保。管理人不提供担保的，视为解除合同。”

定作人死亡、终止或者丧失民事行为能力，并不会导致承揽合同的当然终止；承揽人的死亡、终止，原则上也不会导致承揽合同的当然终止。这与《民法典》第934条关于委托合同终止的规定不同，不能当然地参照适用该条规定。^[162]此时，定作人的继承人、遗产管理人、法定代理人或者清算人可以行使本条规定的任意解除权。

但是，在承揽工作的完成以承揽人的个人技能为必要条件情况下，如果承揽人死亡、终止或者非因承揽人的过失丧失完成工作的能力，则工作已经不可能完成。此时，一些立法例规定，承揽合同当然终止而无须行使解除权。我国学者也有持相同观点者。^[163]《民法典》对此并未规定，但此时可以例外地参照适用第934条和第936条关于委托合同终止的规定：承揽合同当然终止，但当事人另有约定的除外；承揽人或者承揽人的继承人、遗产管理人、法定代理人、清算人应当及时通知定作人；承揽合同终止将损害定作人的利益的，在定作人作出善后处理之前，承揽人或者承揽人的继承人、遗产管理人、法定代理人、清算人应当采取必要措施。同时，对于承揽人已经完成的部分工作，如果对定作人有用，定作人负有受领和支付相当报酬的义务。

注释：

[1]相同观点，参见崔建远：《合同法学》，北京，法律出版社2016年版，第393页；宁红丽：《〈民法典草案〉“承揽合同”章评析与完善》，载《经贸法律评论》2010年第1期，第109-110页。我国有学者认为承揽标的仅以有形物为前提设计，参见郭洁：《承揽合同若干法律问题研究》，载《政法论坛》2000年第6期，第45-46页。《德国民法典》第631条、《瑞士债法》第363条、《意大利民法典》第1655条、《日本民法典》第632条、我国台湾地区“民法”第490条均规定承揽以“完成工作”而并非必然以交付有形的工作物为条件。

[2]参见王利明：《合同法研究》（第三卷），北京，中国人民大学出版社2015年版，第405页。

[3]参见周江洪：《服务合同在我国民法典中的定位及其制度构建》，载《法学研究》2008年第1期；周江洪：《服务合同的类型化及服务瑕疵研究》，载《中外法学》2008年第5期；刘训峰：《服务合同一般规定立法研究》，南京大学2011年博士学位论文；战东升：《民法典编纂视野下的服务合同立法》，载《法商研究》2017年第2期；周江洪：《作为典型合同之服务合同的未来》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2020年第1期。当然，不同学者关于具体的实现路径仍然有争论。比较法中，英国通过《货物与服务供应法》第5、12~15条以及《消费者权益法》第48~57条创制了服务相关的规则；大陆法系不少国家与地区也积极进行服务合同一般规则立法，例如《荷兰民法典》《魁北克民法典》《俄罗斯联邦民法典》《秘鲁民法典》《越南民法典》等，《欧洲私法统一参考框架》（以下简称DCFR）就专门规定了服务合同。

[4]德国法以承揽合同为中心统合所有的服务合同，但这是因为德国的委托合同都是无偿的，因此以承揽为中心试图解决其他有偿服务合同的规则适用。但我国的委托合同并非以无偿为要件，并且委托合同和承揽合同在瑕疵判断和法律效果方面存在很大的区别。参见周江洪：《服务合同研究》，北京，法律出版社2010年版，第48页。DCFR也将服务合同和委托合同区分开。

[5]参见崔建远：《合同法学》，北京，法律出版社2016年版，第394页；王利明：《合同法研究》（第三卷），北京，中国人民大学出版社2015年版，第406页。DCFR第4.3-1：101条以有偿服务为原型，但明确规定无偿提供服务的情形可以参照适用。

[6]河南省南阳市中级人民法院（2003）南民三终字第0013号民事判决书认为：“上诉人委托被上诉人接收铜字和行徽的事实，虽然双方无书面协议，但已经形成事实上的加工承揽合同关系。”

[7]《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第8~14条也对此规定了不同的责任承担。

[8]北京市第一中级人民法院（2015）一中民终字第03808号民事判决书中认为，

虽然双方合同中出现了“承揽”一词，但合同中也存在着严格的管理和支配关系（如对服务态度的要求和惩罚、对投递率的要求和惩罚、对投递延误的惩罚等），遂结合原告驾驶具有被告统一标识的车辆这一事实，而认定是雇佣合同。

[9]参见崔建远：《承揽合同四论》，载《河南省政法管理干部学院学报》2010年第2期，第76页。

[10]江苏省连云港市灌云县人民法院（2011）灌杨民初字第0267号民事判决书中认为：原告张某某受被告宏顺公司的职员陈某某之托为该公司接钢丝绳，工作地点位于该公司化工处，由公司职工带至指定地点，工作时间由被告公司指定，接钢丝绳的工作方式受被告公司员工的指挥，原告并无工作独立性。因此，本案被人民法院判定性为雇佣合同，被告对原告张某某承担雇用人责任。而在江西省宜昌市中级人民法院（2010）宜中民三终字第00176号民事判决书中，原告韩某某在工作过程中，与其他装卸工人自行搬运，并未受到鹰冠公司职员的指挥、支配与控制，具有独立性，故本案被人民法院最后定性为承揽合同。

[11]参见上海市第二中级人民法院（2011）沪二中民一（民）终字第172号民事判决书。

[12]江苏省泰州市泰兴市人民法院（2012）泰将民初字第0465号民事判决书中认为：季某某与被告张某约定按照船舶的总吨位，每吨按一定价格结算清舱费，是以船舱被清理干净作为报酬支付依据，而并非以时间的长短作为劳务报酬支付的依据，因此被认定为承揽合同。安徽省黄山市中级人民法院（2017）皖10民终14号民事判决书认为虽然劳动者自带运输工具，但是运输行为发生的场所、路线、装卸货物均受监督和管理，劳动者完成相应的工作后获得报酬为提供劳务的对价，其自带的运输工具、自行负担的油费均为提供劳务的成本，故劳动者与雇用人之间属雇佣关系。

[13]湖南省常德市鼎城区人民法院（2013）常鼎民初字第1535号民事判决书中，原告顾某某为佳盛公司安装节水节能产品，该工作属于被告公司的核心业务，构成其生产经营活动的重要组成部分，法院认为双方构成雇佣合同。

[14]最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院人身损害赔偿司法解释的理解与适用》，北京，人民法院出版社2004年版，第169页。实践中也往往是综合采取以上标准予以权衡。例如，最高人民法院（2019）民申字第560号民事裁定书中认为：叶连余与谢祥温约定劳动报酬为挖掘机按时计费、拖拉机按车次计费、工程结束后再一次性补偿谢祥温物资运输费用5 000元，从施工前的准备来看，谢祥温与谢祥朝等人勘察完现场后，与叶连余协商施工方案，谢祥温除决定需用何种挖掘机外，还决定需多少拖拉机，并负责物资运输；在该工程中谢祥温除提供自有的挖掘机外，雇用了挖掘机操作员官锡宝，联系了拖拉机手林立庆、谢康平等人，最高人民法院以上三个标准认定为承揽而非雇佣。江苏省如东县人民法院（2010）东民初字第2126号民事判决书中，因劳动者提供劳动的时间、方式由其自行决定，与委托人具有平等地位，无人身依附性，委托人仅注重劳动成果，而非劳动过程，劳动者在完成委托人要

求的劳动成果时才能获取报酬，且劳动者提供劳动与获取报酬均为一次性，不具连续性，故可认定委托人与劳动者之间的法律关系为承揽关系，而非雇佣关系。湖北省宜昌市中级人民法院（2017）鄂05民终2579号民事判决书中，劳动者自备汽车从事运输，收取运费，运输业务由自己决定是否接单，与委托人之间不存在服从与管理的关系，因此，双方之间属运输合同关系而不是雇佣关系。云南省高级人民法院（2008）云高民三终字第29号民事判决书中认为：上诉人罗培金作为三机床厂的内退职工，没有接受三机床厂指派维修加工中心的劳动合同义务，从几次维修加工中心机器的过程来看是上诉人与三机床厂协商的结果，并且上诉人维修加工中心机器时在地点、时间上具有自主性，三机床厂并未指定工作场所、提供劳动工具或设备，限定工作时间，双方的合同符合承揽合同的特征。实践中对此的观点，参见刘千军、谢彬：《承揽与雇佣的区别及责任承担》，载《人民法院报》2013年5月23日，第006版；郑小苗：《雇佣、承揽与合伙的区别》，载《人民司法·案例》2007年第16期；车志平：《雇佣关系与帮工、承揽等相似关系的界定及识别》，载《人民司法·案例》2010年第10期；邱继东、郭瑞萍：《雇佣关系与承揽关系的区分》，载《人民法院报》2010年9月16日，第006版。

[15]参见易军：《买卖合同之规定准用于其他有偿合同》，载《法学研究》2016年第1期，第101页。

[16]具体参见谢鸿飞：《承揽合同》，北京，法律出版社1999年版，第24-27页；崔建远：《合同法学》，北京，法律出版社2016年版，第398-400页；邱聪智：《新订债法各论》（中），北京，中国人民大学出版社2006年版，第35-37页；王和雄：《承揽供给契约之性质及其工作物所有权之归属》，载郑玉波主编：《民法债编论文选辑》（下），台北，五南图书出版公司1984年版，第1120-1124页；郭洁：《承揽合同若干法律问题研究》，载《政法论坛》2000年第6期，第46-47页。罗马法、法国法区分材料提供主体而作判断；《德国民法典》第651条以材料提供主体为依据，但区分替代物和不可替代物；《奥地利普通民法典》第1158条、日本和我国台湾地区通说采取当事人意思；意大利以当事人意思为主，以材料提供主体为辅。

[17]《德国民法典》原第651条在承揽人提供材料的情形中，适用买卖合同的规定。但为贯彻欧洲议会和欧洲理事会1999年5月25日的《消费商品买卖及消费物保障指令》，目前新的第651条已经对此作出修改。其第1款规定，契约系以交付尚待制造或者生产的动产为内容者，适用关于买卖之规定。其第3款同时规定，如果尚待制造或者生产的动产为不可替代物的，也同时要适用承揽合同的一些规则。

[18]参见王利明：《合同法研究》（第三卷），北京，中国人民大学出版社2015年版，第412-413页；最高人民法院立案一庭一般买卖合同纠纷课题调研组：《一般买卖合同纠纷访案比高的成因及对策分析》，载最高人民法院立案一庭、最高人民法院立案二庭编（苏泽林、景汉朝主编）：《立案工作指导》2012年第1辑（总第32辑），北京，人民法院出版社2012年版，第134-135页。最高人民法院（2015）民申字第1048号民事裁定书中认为：金茂公司签订合同之目的是获取一定数量和规格的石材，

而该规格和数量的石材在签订合同时尚不存在，需由孙开华为业主的奎屯屯业石材厂按金茂公司的要求利用设备、技术和劳力进行制作，而后将制作好的石材交付金茂公司。通过上述合同目的和履行方式可以看出，“石材供应合同”符合承揽合同的一般特征，故一、二审认定该合同的性质为承揽合同并无不当。辽宁省高级人民法院（2016）辽民终575号民事判决书中认为：锦州电炉公司自认本案争议合同就是其以自己的设备、技术、材料和劳力，按照与鞍钢重机公司签订的“技术协议”的要求定做工业电炉，鞍钢重机公司接受成果并支付报酬的合同，双方当事人的真实意思表示应为承揽合同关系，一审法院认定为买卖合同关系不妥，应予纠正。

[19]山东省东营市中级人民法院（2019）鲁05民终1500号民事判决书中认为：买卖合同和承揽合同的最主要区别在于标的不同，买卖合同的标的是一定的物，其注重的是成品交易；承揽合同的标的是一定的工作成果，其注重的是承揽人的特殊技术，承揽人所完成的工作成果必须符合定作人的要求和设计。虽然证据中合同名称处有“销售”的字样，虽然销售合同中的“销售”两字从字面可以理解为买卖的意思，但该合同的内容并不符合买卖合同的法律特征……依法认定本案当事人之间订立的合同应系定作合同。

[20]河北省高级人民法院（2013）冀民二终字第14号民事判决书中认为：涉案合同文本名为买卖，实际系承揽人按定作人要求完成工作，定作人可随时修改、调整承揽指令，承揽人交付承揽成果取得报酬的合同，符合加工承揽合同法律特征，故本案属电器设备设施加工与安装的承揽合同。

[21]参见邱聪智：《新订债法各论》（中），北京，中国人民大学出版社2006年版，第37页。其认为仅买卖规则的适用仅应当及于材料部分，否则结果实厚于买卖而薄于承揽，所有权仍然原始归于承揽人，价值上不利于消费者而更有利于企业经营

者。

[22]《德国民法典》第651条第3款规定，尚待制造或者生产的动产为不可替代物的，除买卖合同的规则外，要适用承揽合同的一些规则。具体参见[德]梅迪库斯：《德国债法分论》，杜景林、卢谔译，北京，法律出版社2007年版，第299-300页。最高人民法院（2013）民申字第2015号民事裁定书中认为：双方明确约定多层油箱设备属秦川公司研制，塑光公司开制多层油箱模具，秦川公司进行技术指导，确保六层油箱模具与设备配套生产，因此，秦川公司根据上述约定的标准和要求制造的产品具有特定性，两份合同是以秦川公司提供特定劳务为内容的承揽合同，其合同名称、约定的付款方式和交付方式虽然无异于一般的买卖合同，但并不足以影响合同的性质。

[23]《德国民法典》、《法国民法典》、《俄罗斯联邦民法典》、《日本民法典》和我国台湾地区“民法”均未规定承揽人应当独立完成，但《意大利民法典》第1656条规定未经定作人同意不得转承揽。可能理想的方案是，除当事人有特定约定外，承揽人可以将其工作交由第三人完成，但是某些合同的履行与人身信任关系密切的除外；例外情形主要是涉及创作等承揽人特殊专业能力的情形，承揽人必须亲自完成主要工作，参见谢鸿飞：《承揽合同》，北京，法律出版社1999年版，第48页。

DCFR就采取比较法上的多数观点，其第4.3-2：104条规定：（1）服务提供人可以不经客户同意，将服务转包或分包给第三人履行，但合同约定应由服务提供者亲自履行的除外。（2）服务提供者所聘用的转包人或分包人应当具有充分的资质。

[24]湖北省高级人民法院（2017）鄂民终1447号民事判决书中认为：善福公司即属前述武重公司专门化全资子公司之一。可见，善福公司虽登记为独立法人，但与武重公司关联关系明显，在一定程度上，善福公司的专业化技术能力即为武重公司的生产技术优势，武重公司将案涉机床交由善福公司生产的履约行为，不属于《中华人民共和国合同法》第253条规制的承揽人未经定作人同意将主要工作交由第三人完成，可能妨碍定作人对承揽人人身信赖的情形。

[25]参见王利明：《合同法研究》（第三卷），北京，中国人民大学出版社2015年版，第416页；吴志正：《债编各论逐条释义》，台北，元照出版有限公司2019年版，第190页。不同观点，参见崔建远：《合同法学》，北京，法律出版社2016年版，第397页。其认为次承揽合同因失去标的而无效。

[26]参见邱聪智：《新订债法各论》（中），北京，中国人民大学出版社2006年版，第32-33页；林诚二：《民法债编各论》（中），北京，中国人民大学出版社2007年版，第42页。

[27]山东省枣庄市中级人民法院（2019）鲁04民终834号民事判决书中认为：承揽合同与次承揽合同各自独立，其当事人各不相同。因此，基于合同相对性的原理，承揽合同的关祥伟对次承揽合同关祥翔不存在任何合同上的请求权，关祥翔对承揽人关祥伟亦不负有任何合同上的义务。同样观点见于安徽省高级人民法院（2010）皖民二终字第00078号民事判决书。广西壮族自治区桂林市中级人民法院（2016）桂03民终2324号民事判决书中认为：本案被告收到原告的画后应由其自己完成该画的装裱工作，但被告却将装裱原告画的工作全部交由第三人覃锦芳来完成，其应当就覃锦芳完成的装裱工作成果向原告负责。本案第三人覃锦芳在装裱原告的画时发现有些纸张不对称，就应该及时通知原告，协商如何处理，但覃锦芳只是按照自己多年的装裱画经验继续完成了装裱工作。这对之后影响装裱画的美观是有过错的。

[28]参见宁红丽：《我国典型合同理论与立法完善研究》，北京，对外经济贸易大学出版社2016年版，第286页；宁红丽：《〈民法典草案〉“承揽合同”章评析与完善》，载《经贸法律评论》2010年第1期，第111页。

[29]当然在立法论上，不排除将两者统一处理的可能性，甚至这种统一方案更具有正当性。但是从解释的立场，两者由于是否赋予直接指示的权利，而在法律效果上存在重大不同。

[30]DCFR第4.3-2：104条第4款就体现了此种观念：“由客户指定分包人或由客户提供工具和材料的，服务提供人的责任适用第4.3-2：107条（客户的指令）和第4.3-2：108条（服务提供人的约定警示义务）的规定。”

[31]类似观点，参见谢鸿飞：《承揽合同》，北京，法律出版社1999年版，第49-50页。

[32]广东省高级人民法院（2016）粤民终1596号判决书中认为：赛拉德公司为亿瑞公司承建原料车间设备工程，并将其工程中的辅助工作80个料仓的施工工作交由第三人益通公司完成。上述行为，符合《合同法》第254条的规定。

[33]《意大利民法典》第1658条即如此规定。

[34]相同结论，参见谢鸿飞：《承揽合同》，北京，法律出版社1999年版，第156页。不同观点，参见崔建远：《合同法学》，北京，法律出版社2016年版，第400页。其认为应视为定作人不对材料的质量提出异议。

[35]具体参见对第776条的释评。

[36]参见王利明：《合同法研究》（第三卷），北京，中国人民大学出版社2015年版，第421页；崔建远：《合同法学》，北京，法律出版社2016年版，第400页。

[37]参见崔建远：《合同法学》，北京，法律出版社2016年版，第397页。

[38]参见邱聪智：《新订债法各论》（中），北京，中国人民大学出版社2006年版，第34页。这也是我国台湾地区的通说观点。

[39]参见崔建远：《合同法学》，北京，法律出版社2016年版，第397页；邱聪智：《新订债法各论》（中），北京，中国人民大学出版社2006年版，第33-34页。

[40]参见谢鸿飞：《承揽合同》，北京，法律出版社1999年版，第117-120页。

[41]关于材料的风险负担和工作成果的归属，在下文再加以详述。

[42]DCFR第4.3-2：108条就针对服务合同作出了一般性规定，以下论述多借鉴了该规定。

[43]参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组：《欧洲私法的原则、定义与框架规则》（第四卷），于庆生等译，北京，法律出版社2014年版，第355-356、401-402页。我国台湾地区“民法”第496条规定，只有在承揽人明知的情况下才负有通知义务。

[44]辽宁省鞍山市中级人民法院（2017）辽03民终2356号民事判决书中认为：该条规定并未要求承揽人具有核查设计图是否存在缺陷的义务。河北省沧州市中级人民法院（2016）冀09民终1934号民事判决书中认为：如果在被上诉人未将货物关联的信息和盘托出的情况下，上诉人何从判断图纸及工艺的合理性？同时，虽然法律对于承揽人发现不合理因素后应当及时通知的义务进行了规定，但通知义务不等同于上诉人有义务去发现不合理。定做图纸中的设计瑕疵应当由提供者或设计者首当其冲承担相

应责任，而非作为承揽人的上诉人。

[45]参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组：《欧洲私法的原则、定义与框架规则》（第四卷），于庆生等译，北京，法律出版社2014年版，第402页。

[46]重庆市第四中级人民法院（2017）渝04民终1224号民事判决书中认为：本案中并没有证据证明阳光公司就嘉宏公司要求定做的卧式机型本身可能存在的缺陷向嘉宏公司进行了提示说明。故……阳光公司据此主张其不承担干燥机参数达不到合同要求的责任的理由不能成立。辽宁省大连市中级人民法院（2016）辽02民终2135号民事判决书中认为：作为承揽合同的承揽人，被告应当以其掌握的捋瓦技术来完成工作成果，否则原告也不会请被告来捋瓦。即使如被告所说是按照原告的要求施工，作为承揽人若发现定作人技术要求不合理，也应按照《合同法》第257条的规定，及时通知定作人，这是被告作为承揽人能够完成承揽工作应当具备的技能要求，也是应当履行的合同义务。被告未能提供证据证明其履行过该通知义务，应当承担举证不能的法律后果。

[47]DCFR第4.3-2：102条对服务合同的先合同通知义务予以专门规定。

[48]参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组：《欧洲私法的原则、定义与框架规则》（第四卷），于庆生等译，北京，法律出版社2014年版，第400页。

[49]参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组：《欧洲私法的原则、定义与框架规则》（第四卷），于庆生等译，北京，法律出版社2014年版，第356页。

[50]DCFR第4.3-2：102条第4、5款对此予以特别规定。

[51]例如，《意大利民法典》第1661条就规定，只有在变更总额未超过总对价的1/6的范围内，定作人才可以任意变更。

[52]参见谢鸿飞：《承揽合同》，北京，法律出版社1999年版，第158-162页；王利明：《合同法研究》（第三卷），北京，中国人民大学出版社2015年版，第446页。

[53]参见谢鸿飞：《承揽合同》，北京，法律出版社1999年版，第163页。

[54]《意大利民法典》第1660条第2款即规定：“变更总额超过了约定总对价的1/6的，承揽人可以解除契约，并且可以根据情况获得公正补偿。”

[55]最高人民法院（2015）民申字第2753号民事裁定书中认为：本案系信远公司按照华锐公司通知投料生产加工行星架，因定作人华锐公司设计变更通知停产而未继续履行。根据《中华人民共和国合同法》第二百五十八条……二审法院依据双方在先交易习惯确定行星架单价，计算当时市价后，扣除鉴定评估残值，确定损失数额为1957728元，证据确实充分，并无不当。山西省长治市中级人民法院（2018）晋04民终48号民事判决书中认为：原告为履行原承揽合同支付商品砼6600元、租赁模板板支支付9680元……承包人在未完成原合同约定的工作成果时，定作人变更合同给承包人造

成的损失，定作人应当予以赔偿，对已履行部分支付相应报酬。故对原告请求支付商品砼、租赁模型板费用的请求予以支持。

[56]尤其是变更导致工作量减少的，应当与《民法典》第787条规定的定作人行使任意解除权赔偿损失的范围取得一致。

[57]DCFR第4.3-2：109条对此有明确规定；《意大利民法典》第1660条和第1664条对此也有明确规定。

[58]参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组：《欧洲私法的原则、定义与框架规则》（第四卷），于庆生等译，北京，法律出版社2014年版，第410页。

[59]参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组：《欧洲私法的原则、定义与框架规则》（第四卷），于庆生等译，北京，法律出版社2014年版，第412页。

[60]很多国家和地区专门在承揽合同或者服务合同中规定了定作人的协助义务，例如《德国民法典》第642~643条、《俄罗斯联邦民法典》第718~719条、我国台湾地区“民法”第507条，DCFR第4.3-3：102、4.3-4：102条。

[61]同样观点，参见谢鸿飞：《承揽合同》，北京，法律出版社1999年版，第149页。

[62]参见朱广新：《合同法总则》，北京，中国人民大学出版社2012年版，第328页。德国和我国台湾地区的通说观点认为该义务不是法律义务。

[63]参见谢鸿飞：《承揽合同》，北京，法律出版社1999年版，第151页。

[64]参见王利明：《合同法研究》（第三卷），北京，中国人民大学出版社2015年版，第432页。《德国民法典》第643条、我国台湾地区“民法”第507条均对催告作出了明确规定。

[65]参见宁红丽：《我国典型合同理论与立法完善研究》，北京，对外经济贸易大学出版社2016年版，第294页。

[66]《意大利民法典》第1662条、DCFR第4.3-4：104条同样如此规定。

[67]参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组：《欧洲私法的原则、定义与框架规则》（第四卷），于庆生等译，北京，法律出版社2014年版，第410页。据此，DCFR第4.3-4：104条将定作人的监督检验权限制在服务在顾客提供的地点进行这种情形。

[68]广西壮族自治区桂林市中级人民法院（2016）桂09民终523号民事判决书中认为：本案覃某1在覃某2修理车期间，一直在旁边查看，必要时协助提部分重的零部件以保证修理顺利进行，应当视为覃某2已经履行了接受覃某1监督检查的义务。

[69]参见王利明：《合同法研究》（第三卷），北京，中国人民大学出版社2015年版，第423页。这是比较法上的共同处理方式，具体的整理，参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组：《欧洲私法的原则、定义与框架规则》（第四卷），于庆生等译，北京，法律出版社2014年版，第488页。DCFR据此在第4.3-4：104条作出了明确规定。

[70]DCFR第4.3-2：110条规定：（1）客户在服务实施期间意识到服务提供人不能履行第4.3-2：106条（完成工作成果的义务）所规定的义务的，应当就此通知服务提供人。（2）根据客户无须调查就能知道的所有事实及具体情况，客户有理由意识到的，则推定客户已意识到。（3）因不履行本条第（1）款所规定的义务导致服务比合同约定要花费更多时间或金钱的，服务提供人有权：（a）就因客户不履行通知义务而遭受的损失请求赔偿；（b）调整实施服务的时间。

[71]《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第10条作了相同规定。

[72]实践中，很多判例经常会在此情形中认为定作人有监督检验的义务。例如，广东省广州市中级人民法院（2017）粤01民终8123号民事判决书中认为：陈钊贤未尽到法定的审查义务，对承揽人的选任方面具有过错，并且没有尽到监督检验的职责，以致发生施工事故，陈钊贤对此应承担相应的责任。广东省肇庆市中级人民法院（2016）粤12民终396号民事判决书中认为：侯秀雄允许没有资质的程钊时参与施工，存在选任过失，且未履行监督职责，对本次事故有存在一定过错，应承担次要的责任。虽然均将选任和监督检验并列而认为定作人有过错，但应当注意到定作人不负有监督检验的义务。

[73]《瑞士债法》第366条、《意大利民法典》第1662条、《俄罗斯联邦民法典》第715条和我国台湾地区“民法”第497条的规定产生了类似的法律后果。

[74]参见邱聪智：《新订债法各论》（中），北京，中国人民大学出版社2006年版，第42页；刘春堂：《民法债编各论》（中），台北，三民书局2007年版，第33页；崔建远：《合同法学》，北京，法律出版社2016年版，第402页。《德国民法典》第646条对此有明确规定。最高人民法院（2013）民申字第418号民事裁定书中认为：在“工厂交货”（EXW）术语下，定作人负有自行提货或者委托办理运输的义务且运费自行承担，但这并不意味着承揽人没有按照合同约定加工设备并组织交付设备的义务。北京市第二中级人民法院（2003）二中民终字第02040号民事判决书中认为：在加工承揽合同中，如果承揽工作的完成是在定作方的场所内进行的，则定作物无须特别交付，承揽方完成工作之日即为交付之日。

[75]《德国民法典》第640条规定了承揽人的受领义务。我国台湾地区“民法”对此未明确规定，有学者认为有失妥当。参见黄立：《承揽合同之工作物受领问题》，载《北京航空航天大学学报（社会科学版）》2018年第3期，第1-13页。

[76]《德国民法典》第640条第1款对此有明确规定。

[77]DCFR第4.3-4:105条第3款对此有明确规定。

[78]《俄罗斯联邦民法典》第720条对提存作出了明确规定。

[79]《意大利民法典》第1665条、《俄罗斯联邦民法典》第720条同样对此作了明确规定。

[80]最高人民法院（2016）民申2818号民事裁定书中认为：定作人不能证明承揽人提供的产品不符合合同约定目的及不积极履行终验收的协助义务的，不能以此为由解除合同。北京市第二中级人民法院（2003）二中民终字第02040号民事判决书中认为：加工承揽合同双方对验收方式无特别约定，定作方受领完成的工作成果并使用，且在保修期内未提出质量异议，应视为受领方对该工作成果验收合格。上海市第一中级人民法院（2017）沪01民终6848号民事判决书中认为：依据我国合同法中关于买卖合同质量检验期及承揽合同中定作人义务的相关规定，普圣公司作为定作人在收到祥和公司交付的工作成果时，应当予以验收，怠于通知的，应视为定作物质量符合约定。

[81]最高人民法院（2002）民二提字第16号民事判决书中认为：加工承揽合同约定，承揽人应对制造、安装的设备调试合格后交付定作人的，虽然承揽人进行了多次调试，但双方没有办理设备验收手续，也没有其他证据证明已将设备调试合格，不能仅以定作人已陆续支付设备款的行为主张定作设备已调试合格。

[82]参见邱聪智：《新订债法各论》（中），北京，中国人民大学出版社2006年版，第43页；刘春堂：《民法债编各论》（中），台北，三民书局2007年版，第34页。

[83]有观点认为应当适用添附规则决定所有权归属，参见郭洁：《承揽合同若干法律问题的研究》，载《政法论坛》2000年第6期，第48页。

[84]参见谢鸿飞：《承揽合同》，北京，法律出版社1999年版，第63页；邱聪智：《新订债法各论》（中），北京，中国人民大学出版社2006年版，第43页。但是，谢鸿飞教授在其他情形中仍然采用添附规则决定所有权归属，其观点似乎与此相矛盾。另外，材料属于第三人的，此时第三人与定作人或者承揽人之间并无承揽合同关系，在无约定时，适用添附规则予以处理更为妥当。参见崔建远：《合同法学》，北京，法律出版社2016年版，第405页；刘春堂：《民法债编各论》（中），台北，三民书局2007年版，第41页。

[85]参见谢鸿飞：《承揽合同》，北京，法律出版社1999年版，第65页。日本判例的观点相同，虽然其理论基础在不同阶段有变化。参见邱聪智：《新订债法各论》（中），北京，中国人民大学出版社2006年版，第44页。

[86]参见戴修瓚：《民法债编各论》（上），台北，三民书局1964年版，第165页；郑玉波：《民法债编各论》（下），台北，三民书局1981年版，第352页；宁红丽：《〈民法典草案〉“承揽合同”章评析与完善》，载《经贸法律评论》2010年第1期，第124页。

[87]参见刘春堂：《民法债编各论》（中），台北，三民书局2007年版，第27页。

[88]参见邱聪智：《新订债法各论》（中），北京，中国人民大学出版社2006年版，第34页。

[89]参见崔建远：《合同法学》，北京，法律出版社2016年版，第403页；谢鸿飞：《承揽合同》，北京，法律出版社1999年版，第64-65页。

[90]参见崔建远：《合同法学》，北京，法律出版社2016年版，第403-404页；谢鸿飞：《承揽合同》，北京，法律出版社1999年版，第65页以下；郑玉波：《民法债编各论》（上），台北，三民书局1992年版，第348-349页；郭洁：《承揽合同若干法律问题的研究》，载《政法论坛》2000年第6期，第48页。

[91]参见林诚二：《民法债编各论》（中），北京，中国人民大学出版社2007年版，第82-83页。

[92]参见刘春堂：《民法债编各论》（中），台北，三民书局2007年版，第33页。

[93]参见王和雄：《承揽供给契约之性质及其工作物所有权之归属》，载郑玉波主编：《民法债编论文选辑》（下），台北，五南图书出版公司1984年版，第1136-1138页；谢鸿飞：《承揽合同》，北京，法律出版社1999年版，第67-69页。

[94]参见崔建远：《合同法学》，北京，法律出版社2016年版，第404页；邱聪智：《新订债法各论》（中），北京，中国人民大学出版社2006年版，第43页；吴志正：《债编各论逐条释义》，台北，元照出版公司2019年版，第191页。

[95]参见刘春堂：《民法债编各论》（中），台北，三民书局2007年版，第40-41页。

[96]参见崔建远：《合同法学》，北京，法律出版社2016年版，第404页；邱聪智：《新订债法各论》（中），北京，中国人民大学出版社2006年版，第44-45页。

[97]参见邱聪智：《新订债法各论》（中），北京，中国人民大学出版社2006年版，第44-45页。

[98]参见崔建远：《合同法学》，北京，法律出版社2016年版，第403页；毛坚儿：《动产定作物所有权之澄明》，载《人民法院报》2001年9月14日，第003版。

[99]参见周江洪：《服务合同研究》，北京，法律出版社2010年版，第105-110页。

[100]DCFR第4.3-2：106条第1款中规定：（1）服务提供者必须完成客户在订立合同时指明或设想的特定成果。在该成果仅为设想而并未指明的情形时：（a）该设想的成果是客户可以合理地被期待所设想的成果；（b）客户没有理由相信存在该服务不会取得所设想的工作成果的重大风险。

[101]参见崔建远：《合同法学》，北京，法律出版社2016年版，第405页；宁红丽：《论承揽人瑕疵责任的构成》，载《法学》2013年第9期，第136-137页。

[102]对类似《合同法》第111条实务中的观点皆如此，最高人民法院（2014）民申字第793号民事裁定书，最高人民法院（2014）民提字第14号民事判决书，最高人民法院（2013）民申字第431号民事裁定书，最高人民法院（2015）民二终字第251号民事判决书。金晶：《〈合同法〉第111条（质量不符合约定之违约责任）》，载《法学家》2018年第3期，第172页。但是，《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第11条规定：“因承包人的过错造成建设工程质量不符合约定，承包人拒绝修理、返工或者改建，发包人请求减少支付工程价款的，应予支持。”对建设工程合同中的类似责任采取过错责任原则，似乎超越了法律的规定。

[103]参见王利明：《合同法研究》（第三卷），北京，中国人民大学出版社2015年版，第444页；崔建远：《合同法学》，北京，法律出版社2016年版，第405页。

[104]《德国民法典》第645条、《日本民法典》第636条，以及我国台湾地区“民法”第496、509条对此有明确规定；DCFR第4.3-2：107条对此作同样规定。相同观点，参见谢鸿飞：《承揽合同》，北京，法律出版社1999年版，第96页；宁红丽：《论承揽人瑕疵责任的构成》，载《法学》2013年第9期，第140-141页。

[105]《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第10条作相同规定。

[106]例如，《德国民法典》设置了9个条文（第633条～第640条），《日本民法典》设置了7个条文（第634条～第640条），《葡萄牙民法典》设置了9个条文（第1218条～第1226条），我国台湾地区“民法”设置11个条文（第492条～第501-1条）。但并非所有大陆法系均如此，例如《俄罗斯联邦民法典》第721条就没有将承揽人的瑕疵担保责任和违约责任并列，承揽人承担的责任仍然是违约责任。

[107]日本在修法时已经对之前的做法反思，具体参见解亘：《日本契约拘束力理论的嬗变》，载《南京大学学报（哲学人文科学社会科学版）》2010年第2期；解亘：《我国合同拘束力理论的重构》，载《法学研究》2011年第2期。德国法修法之后，瑕疵担保责任与一般的债务不履行责任之间的差别也已经缩小。

[108]参见宁红丽：《论承揽人瑕疵责任的构成》，载《法学》2013年第9期，第

[109]《德国民法典》第635条规定承揽人具有选择权，因为承揽人更易知悉采取何种方式成本会较低，也更符合定作人的要求，较为符合当事人之间的利益状态。但是，如果定作人享有选择权，但选择必须是合理的，这与承揽人享有选择权在结果上并不存在较大的差异。关于该问题的具体论述，参见宁红丽：《论承揽人瑕疵责任的形式及其顺位》，载《法商研究》2013年第6期，第103-112页。

[110]上海市松江区人民法院（2011）松民三（民）初字第1691号民事判决书中认为：系争工作成果，总价款达四百余万元，如允许重作，必定会产生拆除及重作两项费用，且必定会造成原告无法经营的损失，其数额远大于上述总价款，显属履行费用过高。另，原告已实际使用系争工作成果多年，如拆除重作，则不利于充分发挥物的效用。江西省赣州市中级人民法院（2009）赣中民四终字第203号民事判决书中认为：本案涉及房屋修理、重作的成本过分高于肖士军应支付的工程款，因此，本院确定黄海生应承担减少报酬的违约责任。

[111]“青龙山窑业有限公司诉弘达汽车修理公司案”（《人民法院案例选》2003年第3辑，第231-238页）的判决书中认为：由于双方间的基础法律关系为修理合同关系，修理是被告的第一要务，本着能修理仍应修理，实在不能修复的，才可更换或赔偿损失的精神，鉴于被告对争议的车辆认为有能力修复，因此，被告在一定时间内将该车修好并交付原告。

[112]《德国民法典》第323条第2款和我国台湾地区“民法”第493条第2款对此有明确规定。《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第22条规定：买受人在检验期间、质量保证期间、合理期间内提出质量异议，出卖人未按要求予以修理或者因情况紧急，买受人自行或者通过第三人修理标的物后，主张出卖人负担因此发生的合理费用的，人民法院应予支持。在买卖合同中对此明确予以承认，而有偿合同参照适用买卖合同的有关规定，据此在承揽合同中也应如此。上海市长宁区人民法院（2011）长民三（民）初字第763号民事判决书中认为：本案中被告对原告在保修期提出的质量问题虽然修复了一部分，但是其余质量问题或敷衍或拒绝确认，在此情况下原告要求被告承担修复费、自行解决施工质量问题并无不当，本院予以准许。上海市第一中级人民法院（2012）沪一中民四（商）终字第158号民事判决书中认为：基于加工合同的特性，在加工方将工作成果交付完毕的前提下，若加工方不承担修理责任，定作方可以另行修理，引起的必要修理费用可向加工方主张。持类似的观点还有上海市第一中级人民法院（2004）沪一中民一（民）终字第180号民事判决书等。

[113]上海市徐汇区人民法院（2005）徐民二（商）初字第139号民事判决书中认为：鉴于原告已按照合同约定的数量如数制作完成，且该定作物制作完成后是不可能修复到与被告定作样本相同程度的，而被告定作笔记本系用于赠送来宾。据此，原告以承担减少报酬的违约责任为宜。河南省鹤壁市中级人民法院（2012）鹤民二终字第52号民事判决书中认为：吴长修、张玉花在2010年10月2日即已要求李胜远重作产品

陈列柜，而李胜远予以拒绝。因此，吴长修、张玉花继而有权通过诉讼要求李胜远承担减少报酬、赔偿经济损失的违约责任。

[114]《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第23条第2款对此有明确规定。

[115]《德国民法典》第441条第3款规定，应当按照缔约时标的物在无瑕状态所具有的价值与其实际价值可能存在的比例减价；《联合国国际货物销售合同公约》第50条、《欧洲合同法原则》第9：401条第1款规定，减价按实际交付的货物在交货时的价值与符合合同的货物在当时的价值两者之间的比例计算。同时，也有观点认为，不是按照比例予以确定，而是按照绝对的差额予以确定。第一种方式更为公平，第二种方式更为简便，各有道理；同时，对于非标准化商品或者服务，上述两种计算方式都较难适用。

[116]上海市第一中级人民法院（2005）沪一中民四（商）终字第1042号民事判决书中认为：兵广厂加工生产的大礼包不符合质量标准要求，雅艺公司在无法要求兵广厂承担修理、重作或减少报酬的方式进行处理的情况下，可以要求兵广厂承担赔偿责任的违约责任。

[117]参见宁红丽：《论承揽人瑕疵责任的构成》，载《法学》2013年第9期，第141页。《德国民法典》第639条、我国台湾地区“民法”第501-1条对此有明确规定。

[118]上海市徐汇区人民法院（2009）徐民二（商）初字第2135号民事判决书中认为：由于螺丝孔封闭、补漆事宜可以通过原告的修理义务予以完成，不属于根本违约行为，故被告不能以此作为其要求解除合同、退还承揽费用的依据。

[119]参见邱聪智：《新订债法各论》（中），北京，中国人民大学出版社2006年版，第54页。

[120]同样观点，参见谢鸿飞：《承揽合同》，北京，法律出版社1999年版，第78页。DCFR第4.3-2：106条第2款中也明确规定：根据服务合同的约定将工作成果的所有权移转给客户时，该工作成果免受第三人的任何权利或有合理根据的请求权的约束。

[121]参见崔建远：《合同一般法定解除条件探微》，载《法律科学》2011年第6期，第125页；赵文杰：《〈合同法〉第94条（法定解除）评注》，载《法学家》2019年第4期，第186页；宁红丽：《〈民法典草案〉“承揽合同”章评析与完善》，载《经贸法律评论》2010年第1期，第112-114页。我国台湾地区“民法”第502条对承揽人迟延履行作出专门规定：“因可归责于承揽人之事由，致工作逾约定期限始完成，或未定期限而逾相当时期始完成者，定作人得请求减少报酬或请求赔偿因迟延而生之损害。前项情形，如以工作于特定期限完成或交付为契约之要素者，定作人得解除契约，并得请求赔偿因不履行而生之损害。”通说观点认为定作人的解除权不能适用我国台湾地区“民法”第254条的一般规定，以妥当平衡双方利益。

[122]相同观点，参见刘春堂：《承揽人未依限完成工作与契约解除》，载《裁判时报》2017年第9期。广东省广州市中级人民法院（2016）粤01民终8739号民事判决书中认为：根据中汇公司前后两次向冠锋公司发送邮件内容可知，冠锋公司对中汇公司在第一次提出的关于拉手、边框、木皮等问题并未进行整改，中汇公司第二次邮件提出的问题与前述修改问题基本一致。可见，冠锋公司作为承揽人未能及时有效地按照中汇公司的要求制作涉案家具。据此，冠锋公司迟延交付货物，违反合同的主要义务，中汇公司有权解除“家具采购合同”，原审法院判令解除涉案合同正确，本院予以维持。

[123]我国台湾地区“民法”第490条第2项对此有明确规定。但是，如果双方约定无偿，并约定由承揽人提供材料的，应当推定材料费由定作人负担。

[124]比较法上多采取此种方式，例如《德国民法典》第641条、《俄罗斯联邦民法典》第711条、《日本民法典》第633条。

[125]我国台湾地区“民法”第505条第2项作出了明确规定。

[126]参见崔建远：《合同法学》，北京，法律出版社2016年版，第407页。DCFR第4.3-4：106条第3款也规定：“依合同不得向客户转移加工物或其控制权的，价款应当在加工完成且加工人对客户为完成通知时支付。”

[127]我国台湾地区“民法”第931条第1款有明确规定。

[128]参见谢鸿飞：《承揽合同》，北京，法律出版社1999年版，第130页。

[129]我国台湾地区“民法”第931条第2款。

[130]参见王利明：《合同法研究》（第三卷），北京，中国人民大学出版社2015年版，第430页。

[131]《德国民法典》第647条规定了承揽人的留置权，但此种留置权仅具有履行抗辩的效力，而不具有物权效力，因此类似于本条所规定的履行抗辩权。

[132]规定了承揽人对不动产的法定抵押权的立法例，例如《德国民法典》第648条和第648条之一、我国台湾地区“民法”第513条。《日本民法典》第325条及以下条文规定了与法定抵押权类似的先取特权。

[133]参见谢鸿飞：《承揽合同》，北京，法律出版社1999年版，第134页以下。

[134]《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）》第18条规定：装饰装修工程的承包人，请求装饰装修工程价款就该装饰装修工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持，但装饰装修工程的发包人不是该建筑物的所有权人的除外。该规定已将法定优先权扩张适用于装饰装修不动产的情形。但是，该法定优先权在具体适用中仍然存在大量的问题，最高人民法院的司

法解释仅仅明确了部分问题，而没有完全、彻底地解决实践中的问题，其中最为核心的就是保障交易安全的登记制度。民法典未对此作出明确的规定。

[135]《俄罗斯联邦民法典》第714条明确规定了承揽人对定作人提供的材料的保管义务。DCFR第4.3-4:103条也规定：“加工人必须采取合理的预防措施防止对加工物的任何损害。”很多国家的民法典并未明确规定承揽人负有该义务，但均规定了承揽人对材料的风险负担，因此，与规定承揽人的保管义务具有功能的相似性。

[136]参见谢鸿飞：《承揽合同》，北京，法律出版社1999年版，第115页。

[137]参见王利明：《合同法研究》（第三卷），北京，中国人民大学出版社2015年版，第423页。

[138]参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组：《欧洲私法的原则、定义与框架规则》（第四卷），于庆生等译，北京，法律出版社2014年版，第484页。

[139]参见王利明：《合同法研究》（第三卷），北京，中国人民大学出版社2015年版，第433-434页；崔建远：《合同法学》，北京，法律出版社2016年版，第409页。比较法也多采取此种观点，例如《德国民法典》第644条第1款第二句、《意大利民法典》第1673条、《法国民法典》第1789条、我国台湾地区“民法”第508条第2项。有观点认为，在不规则承揽中，定作人所提供材料的所有权已经移转，风险应当由承揽人负担。参见林诚二：《民法债法各论》（中），北京，中国人民大学出版社2003年版，第100-101页；宁红丽：《中国民法典上典型合同风险负担规则研究》，载《中国政法大学学报》2019年第6期，第55页。但是，如上文所述，不规则承揽中，在工作完成前材料的所有权并不移转，并且，上述观点将承揽人用自己的材料替代变成承揽人的义务，但不规则承揽中这是承揽人的权利，因此，不规则承揽中也适用与一般承揽相同的规则。

[140]参见王利明：《合同法研究》（第三卷），北京，中国人民大学出版社2015年版，第435页；谢鸿飞：《承揽合同》，北京，法律出版社1999年版，第173页；宁红丽：《中国民法典上典型合同风险负担规则研究》，载《中国政法大学学报》2019年第6期，第54页。比较立法例，例如《德国民法典》第644条、《法国民法典》第1790条、《瑞士债法》第376条第1项、我国台湾地区“民法”第508条第1项、DCFR第4.3-4:107条等。

[141]同样观点，参见周江洪：《服务合同在我国民法典中的定位及其制度构建》，载《法学》2008年第1期。

[142]参见易军：《买卖合同之规定准用于其他有偿合同》，载《法学研究》2016年第1期，第97页。

[143]参见林诚二：《民法债法各论》（中），北京，中国人民大学出版社2003年版，第101页。

[144]具体参见DCFR第4.3-4：107条第3~5款的规定。

[145]具体参见DCFR第4.3-4：107条第2款的规定。

[146]《俄罗斯联邦民法典》第727条也对承揽人的保密义务作出了明确规定。

[147]参见王利明：《合同法研究》（第三卷），北京，中国人民大学出版社2015年版，第426页。

[148]例如，《德国民法典》第648条、《法国民法典》第1794条、《瑞士民法典》第377条、《意大利民法典》第1671条、《荷兰民法典》第7：764条、《俄罗斯联邦民法典》第731条第2款、我国台湾地区“民法”第511条、DCFR第4.3-2：111条。关于更详尽的比较立法例的整理，参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组：《欧洲私法的原则、定义与框架规则》（第四卷），于庆生等译，北京，法律出版社2014年版，第425-426页。

[149]认为可以排除的，参见黄立：《民法债编各论》（上），北京，中国政法大学出版社2003年版，第437页。认为不可排除的理由往往是该规定涉及公共利益，同时认为，如果可预先排除会导致强者利用自己的优势地位强迫弱者预先抛弃其权利。参见谢鸿飞：《承揽合同》，北京，法律出版社1999年版，第166-167页；蔡恒、骆电：《我国〈合同法〉上任意解除权的理解与适用》，载《法律适用》2014年第12期，第110页。《俄罗斯联邦民法典》第731条也持此种观点，我国台湾地区的通说观点也是如此，参见邱聪智：《民法债编通则》（中），北京，中国人民大学出版社2003年版，第246页。

[150]对有偿委托合同持相同观点的，参见崔建远、龙俊：《委托合同的任意解除权及其限制》，载《法学研究》2008年第6期，第86页。持同样观点的判例，有福建省泉州市中级人民法院（2002）泉经初字第167号民事判决书、上海市高级人民法院（2018）沪民申783号民事裁定书、北京市第一中级人民法院（2018）京01民终7850号民事判决书等。

[151]参见谢鸿飞：《承揽合同》，北京，法律出版社1999年版，第167页；李永军主编：《合同法学》，北京，高等教育出版社2011年版，第326页。采取这一观点的案例，参见上海市第一中级人民法院（2019）沪01民终1442号民事判决书、江苏省常州市中级人民法院（2017）苏04民终3529号民事判决书、河北省廊坊市中级人民法院（2011）廊民二终字第90号民事判决书、湖南省长沙市中级人民法院（2016）湘01民终1020号民事判决书。采取不同观点的案例，参见上海市闵行区人民法院（2013）闵民二（商）初字第1765号民事判决书：即使承揽人完成加工后，定作人依然可以继续行使任意解除权，但是承揽人完成加工后，定作人继续行使任意解除权的，可以视为免除了承揽人交付义务，但是对于定作人的对等给付义务不能因此免除。

[152]例如《法国民法典》第1794条。

[153]参见谢鸿飞：《承揽合同》，北京，法律出版社1999年版，第167页；邱聪智：《新订债法各论》（中），北京，中国人民大学出版社2006年版，第91页。

[154]例如，上海市第一中级人民法院（2014）沪一中民四（商）终字第1774号民事判决书中，对于承揽人主张的设备、工作服及工具损失，法院认为，弗通公司作为专门从事液压管路施工的公司，理应具备基本的施工设备、工作服和工具，若因弗通公司不具备基本的施工设备和工具而需要临时购买，也属弗通公司完备自身施工能力的支出，而非因宝高公司解除合同导致的弗通公司损失。

[155]参见蔡恒、骆电：《我国〈合同法〉上任意解除权的理解与适用》，载《法律适用》2014年第12期，第112页。持有此观点的案例，参见江苏省南通市中级人民法院（2016）苏06民终3218号民事判决书。

[156]采取此观点的案例，例如，最高人民法院（2017）民申3852号民事裁定书、浙江省宁波市中级人民法院（2017）浙02民终2652号民事判决书、湖南省长沙市中级人民法院（2017）湘01民再37号民事判决书、上海市第一中级人民法院（2014）沪一中民四（商）终字第363号民事判决书、江苏省高级人民法院（2015）苏审二民申字第01790号民事裁定书。

[157]例如《德国民法典》第649条、《荷兰民法典》第7：764条。

[158]例如，《意大利民法典》第1671条、《法国民法典》第1794条、《瑞士债法》第377条、《西班牙民法典》第1594条、《日本民法典》第641条。关于对这两种模式的具体整理，参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组：《欧洲私法的原则、定义与框架规则》（第四卷），于庆生等译，北京，法律出版社2014年版，第426页。

[159]日本法对此的争论，具体参见[日]星野英一：《日本民法概论》，IV契约，姚荣涛译、刘乐中校，台北，五南图书出版公司1999年版，第248页；周江洪：《委托合同任意解除的损害赔偿》，载《法学研究》2017年第3期，第83-84页。

[160]持相同观点者如王利明：《合同法研究》（第三卷），北京，中国人民大学出版社2015年版，第439页；谢鸿飞：《承揽合同》，北京，法律出版社1999年版，第169页；黄立：《民法债编各论》（上），北京，中国政法大学出版社2003年版，第439页；邱聪智：《新订债法各论》（中），北京，中国人民大学出版社2006年版，第92页；宁红丽：《〈民法典草案〉“承揽合同”章评析与完善》，载《经贸法律评论》2010年第1期，第132页；李宇：《民法典分则草案修改建议》，载《法治研究》2019年第4期，第30页。《德国民法典》第649条最后一句，为减轻举证责任而规定：“就此情形，推定承揽人就该分摊于尚未提供之工作给付部分之约定报酬者，享有其中5%。”这时，除已完成部分的报酬外，未完成部分的报酬推定为约定报酬的5%，但当事人可以举证推翻该推定。

[161]参见杜景林、卢谌：《德国民法典全条文注释》（上册），北京，中国政法

大学出版社2015年版，第542页。

[162]我国台湾地区“民法”关于委托合同也有类似于《民法典》规定的规则，但关于承揽合同同样未规定与委托合同类似的规则，解释上的观点与本文的观点相同。

[163]例如，《意大利民法典》第1674～1675条、我国台湾地区“民法”第512条。参见谢鸿飞：《承揽合同》，北京，法律出版社1999年版，第178页。

第十八章 建设工程合同

就建设工程合同而言，民法典在第三编“合同”中延续了1999年《合同法》的体例。在该编第二分编“典型合同”中，民法典以第十八章规定了“建设工程合同”。该章的规则对于规范建筑行业的发展、完善相关的司法实践均具有重要价值。从性质上来说，建设工程合同属于所谓广义上的“服务合同（service contract）”的范畴，是针对以原材料为“投入”而以建筑物等工作成果为“产出”的过程，这一过程最重要的特征是形成了不可移动的建筑物。^[1]

民法典合同编中建设工程合同的规定源自1999年《合同法》第十六章，而后者是在原《经济合同法》中关于建设承包合同条文规定的基础上扩充而成的。根据参与《合同法》起草的相关专家的论述，《合同法》设立建设工程合同专章的主要目的是“适应我国经济建设发展和规范建筑市场管理的需要，对完善房地产市场体系、使房地产业成为国民经济新增长点发挥重要作用”^[2]。另外，在《合同法》颁布后，最高人民法院又先后颁布了2002年《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（法释〔2002〕16号）、2004年《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2004〕14号，下称《建设工程司法解释一》）、2018年12月《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）》（法释〔2018〕20号，下称《建设工程司法解释二》）等重要的司法解释文件，对于统一司法裁判效果起到了重要的作用；因此，这些司法文件无疑是民法典编纂过程中的重要参考和来源。还值得注意的是，《建筑法》《招标投标法》《建设工程质量管理条例》《建设工程勘察设计管理条例》《建设工程安全生产管理条例》《招标投标法实施条例》《建设工程施工许可管理办法》《建设工程造价鉴定规范》等具有公法性质的单行法、行政法规、规章的有关规定亦可适用于建设工程合同。另外，据不完全统计，最高人民法院先后公布了三十多个涉及建设工程合同的指导性案例和公报案例。因此，建设工程合同的法律渊源体系呈现十分复杂的状态，这也是建设工程合同法律制度具有高度复杂性的重要原因。

因此，很容易理解的是，在民法典的编纂过程中，建设工程合同也始终是学者、专家们高度关注和热烈讨论的话题。^[3]但从立法机关最后所通过的民法典文本来看，较之于1999年《合同法》而言，民法典在建设工程合同部分的修订极其有限；究其原因，可能主要是由于民法典的编纂时间十分有限，对于一些争议问题，立法机关未能有充

分的时间去进行全面和深入的研究；另外，由于司法机关已经有相对比较详细和成熟的司法解释、指导性案例、指导意见等司法文件，立法机关认为民法典对有些问题没有必要再作出规定。因此，民法典最后仅对《合同法》的个别条文进行了修订，这使得民法典在建设工程合同部分仅表现为现行法的延续，而无任何“革命性变化”。

第七百八十八条

建设工程合同是承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同。

建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。

本条主旨

本条对建设工程合同的含义进行了定义，强调其核心内容为承包人进行工程建设、发包人支付价款。另外，本条还列举了建设工程合同的种类，包括工程勘察合同、设计合同和施工合同等类型。

相关条文

《合同法》第269条 建设工程合同是承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同。建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。

理解与适用

本条沿袭了《合同法》第269条的规定。

通常来说，建设工程是指建造新的或改造原有的固定资产。建设工程是固定资产再生产过程中形成综合生产能力或发挥工程效能的工程项目；其经济形态包括建筑工程建设、安装工程建设、购置固定资产以及与此相关的一切其他工作。从产业划分来说，建筑业属于第二产业；所谓第二产业是指采矿业（不含开采专业及辅助性活动）、制造业（不含金属制品、机械和设备修理业）、电力、热力、燃气及水生产和供应业以及建筑业等。

从法律角度来说，建设工程合同属于广义上的服务合同，其核心是承包人以其专业技能按照发包人的要求完成特定的工程建设。因

此，承包人的核心义务是按照约定进行工程建设，而发包人的核心义务是支付工程价款；其中，承包人的工程建设行为显然是建设工程合同的“特征给付”，是使其区别于其他合同（如承揽合同）最为本质的特征。

就建设工程合同的类型，本条沿袭了《合同法》原来的规定，列举了工程勘察合同、设计合同和施工合同三大类别；其中，最为常见的是施工合同。所谓建设工程勘察，是指根据建设工程的要求，查明、分析、评价建设场地的地质地理环境特征和岩土工程条件，编制建设工程勘察文件的活动。所谓建设工程设计，是指根据建设工程的要求，对建设工程所需的技术、质量、经济、资源、环境等条件进行综合分析、论证，编制建设工程设计文件的活动。所谓工程施工，是指根据建设工程设计文件的要求，对建设工程进行新建、扩建、改建的活动。

值得探讨的是建筑装饰、装修合同是否属于建设工程合同的范围，建筑装饰、装修与建设工程本身有密切的内在联系：建筑装饰、装修行为都是针对建筑工程所进行的，它既可能在建设工程竣工之后实施，也可能与建设行为同时进行。2000年《建设工程质量管理条例》第2条第2款规定：“本条例所称建设工程，是指土木工程、建筑工程、线路管道和设备安装工程及装修工程。”而2018年有关部门在进行产业划分调整时，将“建筑装饰和其他建筑业”更名为“建筑装饰、装修和其他建筑业”。因此，一直有专家建议在建设工程合同的范畴下纳入建筑装饰装修合同。但也有论者认为两类合同性质并不相同：“建设工程设计与装饰装修存在明显差异，前者侧重建设工程的前期工作，旨在使建设工程能够顺利立项、实施；后者侧重建设工程的后期工作，旨在通过室内建筑装饰、室内设备设施装饰以及室外的建筑结构与环境装饰，使房屋具备基本居住使用功能，给身处其中者带来高层级的享受。”^[4]另外，国家相关主管机构对于建设工程合同设有严格的资质监管、备案等程序，并设计了较为统一的合同范本；而对于装饰、装修合同则显然要宽松得多，更多的交由市场和行业来自行规范。鉴于这样的原因，民法典在建设工程合同的类型中最终没有纳入建筑装饰、装修合同。

第七百八十九条

建设工程合同应当采用书面形式。

本条主旨

本条规定了建设工程合同所必须采取的法律形式。

相关条文

《合同法》第270条 建设工程合同应当采用书面形式。

理解与适用

本条沿袭了《合同法》第270条的规定。

建设工程合同由于其专业性，所涉及的内容十分复杂和专业。以施工合同为例，其中涉及建设工程施工方面极为具体和专业性的内容（质量标准、工期、监理、验收、价款结算等）。如果不采取书面的正式形式，极易为未来预留隐患。因此，法律明确要求其采取书面形式，属于所谓要式合同，其主要原因在于明确当事人双方的权利义务关系，避免引发不必要的争议，并为未来的争议处理预留证据。

在审判实践中，书面形式的建设工程合同对于法官迅速准确判断当事人双方诉讼主体地位及权利义务关系以正确确定分止争具有重要作用，因此，在建设工程合同相关的纠纷中，建设工程合同一直被作为核心证据提出。

值得注意的是，在审判实践中，在缺乏书面建设工程合同的情况下，双方依旧可能成立事实上的建设工程合同关系。在吉林省通化市中级人民法院2019年审理的一起案件中^[5]，被告（开发方）意图开发一项目，因急于开工投产，决定边施工边办理相关手续；经被告董事长与原告（建设方）法定代表人沟通，原告个人股东对被告建设项目部分土建工程进行了施工并完工，但双方未就上述工程签订建设工程施工合同。后双方发生纠纷，原告诉请被告及其董事长支付工程款及相应利息，被告辩称原告无诉讼主体资格。在没有签订书面建设工程合同的情况下，法院根据案件情况判断是否建立了事实上的建设工程施工合同关系，认为“需要由主张权利一方当事人举证证明要约内容和承诺过程、没有签订书面合同原因、实际履行情况（包括承包方式、收费标准、施工现场的管理、财务管理、人事管理、税费的处理）、建设工程的验收、工程款结算等方面的事实，然后进行全面分析认定”。在该案中，被告虽曾向原告转账，但原告提交的证据不能充分证明建设工程施工合同从要约开始到实际履行的主要事实，因此其为实际施工人的证据不足。基于此一审及二审法院均驳回原告起诉。在另一起案件中^[6]，一建设公司将其中标工程项目交由其项目经理负责

具体施工，双方并未签订书面的建设工程施工合同，而是履行该公司与招标方签订的《建设工程施工合同》。后公司与该项目经理因工程款发生纠纷并诉至法院。二审法院认为项目经理施工过程中并不接受该建筑公司的内部管理，实际采取独立核算、自负盈亏，且其作为个人不具备承包涉案工程的相应资质，名为内部承包，实为非法转包，其与公司之间的建筑工程承包合同应属无效；虽双方之间未签订书面的建设工程承包合同，但双方认可执行建筑公司与招标方签订的《建设工程施工合同》且各方均认可项目经理实际施工的事实，因此仍可根据《建设工程司法解释一》第2条的规定参照双方约定确定工程款结算方式。

对于经过招投标程序确定承包方的建设工程项目来说，中标通知书是招标人和中标人之间的预约合同而无法仅由此得到建设工程合同关系成立的结论。在内蒙古自治区阿拉善盟中级人民法院2019年审理的一起案件中^[7]，被告（开发方）通过招投标程序确定原告（建设方）为其项目建设方，并向其发出中标通知书；原告要求与被告签订《建设工程施工合同》，但被告要求原告支付1 000万元履约保证金，原告向被告缴纳履约保证金后被告仍未与其签订《建设工程施工合同》。而由于工期在即，原告积极准备开工材料、设备、施工人员等；其后被告向原告发出项目撤销的书面说明，双方就被告应返还款项发生纠纷并诉至法院。法院根据《合同法》第270条及第32条，认为建设工程合同关系自双方签订书面合同时成立，故双方之间应当自书面合同签订之日合同才能成立，中标通知书属于招标人与中标人之间的预约合同。被告作为招标人在未做好研判的情况下进行项目招标，且在中标后未及时与原告签订建设工程施工合同，单方放弃中标项目，依法应当承担缔约过失的法律责任；原告在双方未签订《建设工程施工合同》的情况下，积极准备开工材料、设备、施工人员等，未能及时止损，存在扩大损失的情形，对此部分损失的请求法院不予支持。

第七百九十条

建设工程的招标投标活动，应当依照有关法律的规定公开、公平、公正进行。

本条主旨

本条针对建设工程招标投标活动，规定了公开、公平和公正原则。

相关条文

《合同法》第271条 建设工程的招标投标活动，应当依照有关法律的规定公开、公平、公正进行。

《招标投标法》第5条 招标投标活动应当遵循公开、公平、公正和诚实信用的原则。

理解与适用

本条沿袭了《合同法》第271条的内容。

基于前引《招标投标法》第5条规定的强制性，不允许当事人排除其适用，以维护招标投标程序的严肃性。因此，在审判实践中，违反招投标程序达成的建设工程合同会被法院认定为无效。在陕西省高级人民法院2018年审结的一起案件中^[8]，原告（承包方）与被告（发包方，医院）就一建设项目达成合作框架协议，于此协议中双方就工程概况、工程款结算方式以及之后将以正式招投标的方式（议标的方式）进行承包达成合意；其后原告向被告法定代表人借款为包括其在内的三家建筑公司缴纳投标保证金，最终原告中标并签订了另一份《建设工程合同》以供备案，合作框架协议与备案合同内容并非完全一致。之后双方因工程进度款产生纠纷并诉至法院。依据《招标投标法》相关条文以及《合同法》第52条，一审及二审法院均认为合作框架协议因未履行招标手续而无效，备案合同因中标无效而导致合同无效；二审法院认为在合作框架协议与备案合同均无效的情况下，应尊重双方当事人的真实意思表示，参照双方当事人达成合意并实际履行的合同结算工程价款，并最终从该案实际出发，综合考量致使合作框架协议无效、项目停工的责任，以及造成的损失后果，酌情认定双方工程款的承担比例。在另一起案件当中^[9]，事先签订的《建筑工程施工合同补充协议》及备案的《建设工程合同》均被法院认定无效。

类似的立场还可见于浙江省高级人民法院2019年审结的一起案件中。^[10]该案中，原告（承包方）与被告（承包方）就一旧村改造工程签订意向协议书并开始施工，在施工过程中双方补办招投标手续并签订《建设工程合同》以供备案，然而双方之后签订《建设工程施工合同补充协议》，约定备案的《建设工程施工合同》约定的价款、计价方式和支付办法、违约责任等合同条款，仅作为备案之用，双方不实际执行。最后工程竣工并通过验收，双方因工程款及预期违约等发生纠纷并诉至法院。一审及二审法院因双方“明招暗定”的招投标违法行为认定意向协议书、《建设工程合同》及《建设工程施工合同补

充协议书》无效并参照双方约定确定工程价款。

第七百九十一条

发包人可以与总承包人订立建设工程合同，也可以分别与勘察人、设计人、施工人订立勘察、设计、施工承包合同。发包人不得将应当由一个承包人完成的建设工程支解成若干部分发包给数个承包人。

总承包人或者勘察、设计、施工承包人经发包人同意，可以将自己承包的部分工作交由第三人完成。第三人就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发包人承担连带责任。承包人不得将其承包的全部建设工程转包给第三人或者将其承包的全部建设工程支解以后以分包的名义分别转包给第三人。

禁止承包人将工程分包给不具备相应资质条件的单位。禁止分包单位将其承包的工程再分包。建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成。

本条主旨

本条规定了建设工程的转包与违法分包。

相关条文

《合同法》第272条 发包人可以与总承包人订立建设工程合同，也可以分别与勘察人、设计人、施工人订立勘察、设计、施工承包合同。发包人不得将应当由一个承包人完成的建设工程肢解成若干部分发包给几个承包人。总承包人或者勘察、设计、施工承包人经发包人同意，可以将自己承包的部分工作交由第三人完成。第三人就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发包人承担连带责任。承包人不得将其承包的全部建设工程转包给第三人或者将其承包的全部建设工程肢解以后以分包的名义分别转包给第三人。禁止承包人将工程分包给不具备相应资质条件的单位。禁止分包单位将其承包的工程再分包。建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成。

《建筑法》第28条 禁止承包单位将其承包的全部建筑工程转包给他人，禁止承包单位将其承包的全部建筑工程肢解以后以分包的名义分别转包给他人。

第29条 建筑工程总承包单位可以将承包工程中的部分工程发包给具有相应资质条件的分包单位；但是，除总承包合同中约定的分包外，必须经建设单位认可。施工总承包的，建筑工程主体结构的施工必须由总承包单位自行完成。建筑工程总承包单位按照总承包合同的约定对建设单位负责；分包单位按照分包合同的约定对总承包单位负责。总承包单位和分包单位就分包工程对建设单位承担连带责任。禁止总承包单位将工程分包给不具备相应资质条件的单位。禁止分包单位将其承包的工程再分包。

《建设工程质量管理条例》第25条 施工单位应当依法取得相应等级的资质证书，并在其资质等级许可的范围内承揽工程。禁止施工单位超越本单位资质等级许可的业务范围或者以其他施工单位的名义承揽工程。禁止施工单位允许其他单位或者个人以本单位的名义承揽工程。施工单位不得转包或者违法分包工程。

理解与适用

本条源自《合同法》第272条；但在文字措辞上略有调整。

本条规定了转包与违法分包，这是建设工程合同领域中十分重要的问题。其中，转包是将所承包的全部建设工程转包给第三人；而承包人将其所承包的全部建设工程支解后以分包名义分别转包给第三人、将其工程分包给不具备相应资质条件的单位，均构成违法分包。根据《建设工程质量管理条例》第78条第3款的规定，转包是指承包单位承包建设工程后，不履行合同约定的责任和义务，将其承包的全部建设工程转给他人或者将其承包的全部建设工程支解以后以分包的名义分别转给其他单位承包的行为。

就分包而言，原则上是合法的，它主要是指主体符合资质要求、专业工程经约定或认可条件下的分包。由于建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成，因此，分包的内容是除主体结构的施工外的部分内容，只允许一次分包且分包指向内容合法，分包单位不得将其承包的建设工程再次分包。

根据《建设工程质量管理条例》第78条第2款规定，违法分包主要是指以下情况：1.总承包方将建设工程分包给不具备相关资质条件的单位。2.建设工程总承包方合同中没有约定，但又未经建设单位认可，承包单位将其承包的部分建设工程交由其他单位完成的。3.施工总承包方将建设工程的主体结构施工分包给其他单位的。4.分包单位将其承包的建设工程再分包的。

另外，实践中还有“内包”的概念，所谓“内包”又叫“内部承包”，是承包人承接工程后，将工程交由内部职能机构或者部门负责完成的一种经营行为。也有人认为内包属于转包的一种形式和变种，是无效的。但根据工程行业的惯例，内包原则上合法有效。内设机构或分支机构和法人属于同一主体，内设机构或分支机构的行为视为法人的行为，内设机构或分支机构不属于法律意义上的“他人”或“第三人”。因此，内包只是法人经营的策略或手段，并不属于法律意义上的转包。

在审判实践中，将全部承包工程转包给第三人、将工程分包给无资质的第三方的建筑工程承包合同无效。在一起案件中^[11]，总承包方通过分包方式将其承包的全部工程转给由第三人实际控制的企业进行施工，法院认定就涉案工程构成事实上的违法转包关系，相关转包协议依法属于无效合同；对于已经竣工验收的工程，违法转包的总承包方应承担欠付的工程款，而发包方在其所欠工程款范围内，对总承包方的付款义务承担连带清偿责任。在又一起案件中^[12]，总承包方将部分工程分包给不具备施工资质的第三方，此分包合同同样被法院认定无效。

还值得注意的是，本条较之于《合同法》第272条的主要变化是措辞方面的改进，一是将“肢解”改为“支解”，二是将“几个”改为“数个”。这一文字性的改动仍然具有重要的意义。因为民法典作为法典化最高成就的体现，其措辞用语必须既简明易懂，又要体现优美、典雅和庄重。法典的很多条款应当具有哲学命题式的美感，体现优雅、精确和简明。^[13]因此，有比较法学者指出，若想编纂一部好的民法典，立法者首先应当“重新学习语法学和语义学，因为适用和遵守一部良法，比适用和遵守一部糟糕的法律，显然更令人愉悦”^[14]。就1999年《合同法》的建设工程合同部分而言，当时由于强调通俗易懂，立法条文采纳了大量的行业术语，导致立法的过分口语化、行话化。如果在民法典中继续保留这些行业术语，将严重损害民法典的典雅和形式美感。因此，法典最好应剔除那些过分口语化的措辞（如《合同法》中委托合同部分的“善后”，建设工程合同部分的“肢解”“窝工”“倒运”，《侵权责任法》中的“挂靠”“挖坑”，《继承法》中的“争抢”等），而代之以更为典雅、庄重的立法用语。令人欣慰的是，民法典最终删除了侵权责任编草案中的“挖坑”，将合同编部分的“肢解”修订为“支解”。就“肢解”和“支解”而言，虽然两个词在某些时候可以通用，但是在建设工程领域中，其本意是将建设工程分割成几个部分发包给多个承包人，因此在建设工程领域中，使用“支解”比“肢解”更为恰当，更为典雅。而《合同法》中“几个”的文字表述显然比较口语化；改为“数个”，更符合书面语的特征，以及民法典作为基本法律的文字美感与严肃性。

第七百九十二条

国家重大建设工程合同，应当按照国家规定的程序和国家批准的投资计划、可行性研究报告等文件订立。

本条主旨

本条规范国家重大建设工程合同的订立行为，要求其必须按照国家规定的程序和国家批准的投资计划、可行性研究报告等文件进行。

相关条文

《合同法》第273条 国家重大建设工程合同，应当按照国家规定的程序和国家批准的投资计划、可行性研究报告等文件订立。

理解与适用

本条沿袭了《合同法》第273条的内容。

通常来说，国家重大工程一般指列入国家重点投资计划而且投资额巨大，建设周期特别长，由中央政府全部投资或者参与投资的工程，属于国家重大建设项目。另外，有些工程项目虽然未列入国家重点投资计划，但影响很大，因此也属于国家重大建设工程项目。鉴于国家重大项目的特殊重要性，其合同订立需遵循极为严格的程序。根据有关规定，国家重大建设工程事先应当进行可行性研究，对工程的投资规模、建设效益进行论证分析，并编制可行性研究报告，然后申请立项。立项获得批准后，根据立项制定投资计划，并报有关发改委等主管部门进行批准，投资计划批准后，有关建设单位根据工程的可行性研究报告和国家批准的投资计划，按照国家规定的程序进行发包，与承包人订立建设工程合同。

在审判实践中，国家规定的相关程序会对所订立的国家重大建设工程合同效力产生影响。部分违反程序的合同可能会被认定无效。在江苏省南通市中级人民法院2015年审结的一起案件中^[15]，原告（承包方）与被告（发包方）双方就一道路工程项目签订了《投资建设合同》（BT方式），该项目以“企业投资建设，政府一次回购”的BT方式进行，工程竣工决算报当地审计局进行审计后确定；最终工程竣工并通过验收，双方就工程款的延期返还达成协议；最终双方就工程款返

还发生争议并诉至法院。由于案涉工程未取得国有土地使用权证以及规划许可证，亦未办理招投标手续，违反我国法律的强制性规定，且因该工程最终的回购资金体现为国有资金，有可能损害国家和社会公共利益，因此法院认定建设工程合同及延期还款合同无效。而部分程序性文件不会对合同效力产生影响，如吉林省白城市中级人民法院于2019年审结的一起案件中^[16]，省财政厅在对案涉工程结算进行审核时发现存在单价计算有误、重复计算问题，从而导致承建方与发包方（当地人民政府）之间的返还之诉。在该案中，结算审核并未对合同效力产生影响，法院认为，依据相关规定，含有国家财政性资金投入的工程，结算时需报财政部门审查，但这只是国家对建设单位基本建设资金的监督管理，不影响建设单位与承建单位的合同效力及履行。类似的立场还可见于最高人民法院2013年审结的一起案件^[17]，在该案中，当事人已经同意接受国家机关的审计行为对民事法律关系的介入；且在双方当事人已经通过结算协议确认了工程结算价款并已基本履行完毕的情况下，国家审计机关作出的审计报告，不影响双方结算协议的效力。另外，《建设工程司法解释一》第20条规定：“当事人约定，发包人收到竣工结算文件后，在约定期限内不予答复，视为认可竣工结算文件的，按照约定处理。承包人请求按照竣工结算文件结算工程价款的，应予支持。”因此，如果合同约定“发包人在1个月内没有审核完毕的，视为认可承包人的竣工结算报告”，承包人在竣工验收后向发包人递交了竣工决算书和相应的结算文件，但发包人在合同约定的1个月期限内没有审核完毕，也没有提出异议，则承包人有权根据约定要求按照竣工结算书中的金额来支付工程款。^[18]

另外，有关的工程项目是否履行了相关程序建设也会成为判断建设工程合同是否成立的重要因素。在内蒙古自治区巴彦淖尔市中级人民法院2019年审结的一起案件当中^[19]，原告（承包方）与被告（发包方，市民政局）就该市社会福利服务中心大楼的建设签订协议书，但未写明签订日期；在协议签订后，原告委托设计公司对该项目进行了设计并支付设计费；之后原告开始该项目的施工打桩，但其后依市政的规划要求，社会福利服务中心大楼项目的选址发生了变动，原告停止施工；原地址改建为商住楼，并由原告承建。原告诉讼请求法院要求被告偿还支出的设计费用。法院指出该项目属于政府公用事业项目，完备的建设工程施工合同文本需依据建设部、国家工商行政管理局制定的《建设工程施工合同（示范文本）》进行起草，且必须经建设行政主管部门审查并登记备案。本案协议未对工程造价等关键条款进行约定且协议落款处因需等待政府批复文件未签注时间，故该协议不具备建设工程施工合同的完备条款，该协议应为双方通过初步协商，就建设项目在缔约过程中达成一致认识并表示合作意向的意向协议，并非正式合同。因此双方只能以是否遵守诚信原则来确定缔约过失责

任。就本案而言，选址变动非被告可控制，故其并未违反诚实信用义务。

第七百九十三条

建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。

建设工程施工合同无效，且建设工程经验收不合格的，按照以下情形处理：

（一）修复后的建设工程经验收合格的，发包人可以请求承包人承担修复费用；

（二）修复后的建设工程经验收不合格的，承包人无权请求参照合同关于工程价款的约定折价补偿。

发包人对因建设工程不合格造成的损失有过错的，应当承担相应的责任。

本条主旨

本条旨在解决建设工程施工合同无效后的工程价款的结算问题。

相关条文

《建设工程司法解释一》第2条 建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。

第3条建设工程施工合同无效，且建设工程经竣工验收不合格的，按照以下情形分别处理：（一）修复后的建设工程经竣工验收合格，发包人请求承包人承担修复费用的，应予支持；（二）修复后的建设工程经竣工验收不合格，承包人请求支付工程价款的，不予支持。因建设工程不合格造成的损失，发包人有过错的，也应承担相应的民事责任。

理解与适用

相较《合同法》，本条为新增条文，主要来自2004年《建设工程司法解释一》的第2条和第3条。但相较司法解释而言，民法典的主要变化在于本条第1款明确使用了“折价补偿”这一术语。其原因在于，《民法典》第157条前半段规定：“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。”为与民法典总则的立法措辞保持一致，本条明确采用了“折价补偿”这一术语。

另外，采纳“折价补偿”这一措辞，也进一步说明了所谓“无效合同、有效处理”做法的合理性。长期以来，《建设工程司法解释一》第2条的做法被实务界俗称为“无效合同、有效处理”，引起了一些不必要的误解；因为按照民法原理，在合同无效的情况下，合同中所约定的权利义务条款因违反强行法自然不能发生效力，不可能发生合同无效后还按有效来处理的情况。显然，这一称呼有简约主义的错误，司法解释实际上并非是将无效合同进行“有效处理”，而是因为合同无效后的返还不能所被迫采取的替代措施。根据前引《民法典》第157条，合同无效后，双方负有返还义务。然而，对于已经验收合格的建设工程而言，显然无法进行实物返还；在此情况下，只能采取折价补偿的方案。而为了计算补偿的折价，则必须参照建设工程施工合同的约定。采用“折价补偿”这一措辞更为充分和清晰地解释了前述做法的合理性所在。

在参照的主体上，《建设工程司法解释一》仅规定了“承包人”请求参照合同约定支付工程价款，这一表述在实践中让人误认为仅能由承包人主张，而发包人无权主张。实践中，一些地方法院不得不通过发布文件等方式来加以澄清，譬如2012年北京市高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》（京高法发〔2012〕245号）第17条规定：“建设工程施工合同无效，但工程经竣工验收合格，当事人任何一方依据《解释》第二条的规定要求参照合同约定支付工程折价补偿款的，应予支持。承包人要求发包人按中国人民银行同期贷款利率支付欠付工程款利息的，应予支持。发包人以合同无效为由要求扣除工程折价补偿款中所含利润的，不予支持。”有鉴于此，民法典不再单独规定承包人可以请求参照，而是笼统地规定“可以参照”，意即双方均有权主张。

在审判实践中，鉴于建设工程的特殊性，虽然合同无效，但施工人的劳动和建筑材料已经物化在建筑工程中，在建设工程合同无效但建设工程经竣工验收合格的情形下，承包人请求参照有效合同处理的，应当参照合同约定来计算涉案工程价款，但承包人不应当获得比合同有效时更多的利益。例如，在最高人民法院2019年审结的一起案件

中，发包方与承包方就一商品房小区的建设工程签订《银古花园补充协议》，其后承包方通过招标投标程序中标并与发包方签订《建设工程施工合同》用以备案。在工程经过预验收并通报验收检查中存在的各施工单位未完成项目、未整改处理项目后，承包方撤出现场。其后承包方认为工程已通过竣工验收并催促发包方支付工程价款，涉案工程双方未进行移交，承包方实际施工的工程未经结算，施工资料亦未向发包方移交，双方就此产生纠纷并诉至法院。法院认为，当事人签订的《银古花园补充协议》及《建设工程施工合同》因“先定后招”的串标行为而应被认定无效，且涉案工程系未完工工程，已完工工程经过司法鉴定，存在诸项需要修复的质量问题并未通过竣工验收，但法院依据相关鉴定材料认为，涉案工程可以进行修复且经修复后有利用价值，因此根据案件实际情况，参照鉴定意见由承包方承担修复费用而视为工程验收合格，进而法院参照实际履行的合同以及合同无效不应获得比合同有效更高利益的原则确定工程价款。^[20]

另外，前引《民法典》第793条第3款规定，“发包人对因建设工程不合格造成的损失有过错的，应当承担相应的责任”，这源自《民法典》第157条后半段规定：“有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律另有规定的，依照其规定。”由此，本条文保持了与民法典总则的逻辑一致性。

另外，在实践中，判断建设工程合同的效力经常需要解决以下问题。

1. 基于“挂靠”关系所订立的建设工程合同

“挂靠”是典型的行业术语，属于实践中约定俗成的“行话”，并非严谨的法律概念。在建设工程领域，“挂靠”是十分普遍的现象；因此，在民法典编纂的过程中，曾有专家建议民法典对此应作出规定。根据2014年住建部《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法（试行）》第10条的规定，挂靠“是指单位或个人以其他有资质的施工单位的名义，承揽工程的行为”。在实践中十分常见的是：没有取得施工资质的单位或个人借用施工资质的企业名义承揽工程，或施工资质等级较低的施工企业以施工资质等级较高的企业的名义去承揽工程，并向出借方缴纳一定比例的管理费。名义上的工程承包人（被挂靠人）并不实际组织施工，而是交由无资质或者资质等级低的挂靠人施工作业。《建筑法》第26条规定，“禁止……以任何形式用其他建筑施工企业名义承揽工程。禁止建筑施工企业以任何形式允许其他单位或个人使用本企业的资质证书、营业执照，以本企业的名义承揽工程”。第66条规定：“建筑施工企业转让、出借资质证书或

者以其他方式允许他人以本企业的名义承揽工程的，责令改正，没收违法所得，并处罚款，可以责令停业整顿，降低资质等级；情节严重的，吊销资质证书。对因该项承揽工程不符合规定的质量标准造成的损失，建筑施工企业与使用本企业名义的单位或者个人承担连带赔偿责任。”然而，尽管法律有明文规定，实践中挂靠现象仍然屡禁不止。

根据《建设工程司法解释一》第1条第2项规定“没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的”，合同无效；这被一些学者认为是“只是具有名义上的合法资质等级，其实质仍属无资质承揽工程”的“脱法行为”，因而应被认定为无效。^[21]然而，随着2009年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》的出台，学界对这一问题的看法发生了转变。有论者指出，《建设工程司法解释一》出台时《合同法解释二》尚未出台，彼时学术界对将法律的强制性规定区分为效力性强制性规定和管理性强制性规定尚无统一意见。《建设工程司法解释一》的起草者并未对法律、法规有关转包、分包和借用资质的强制性规定属于效力性规定还是管理性规定进行区分。因此，不能得出发包人与出借资质企业之间施工合同无效的结论，而应当根据合同当事人双方之间的合同要素和具体情形，分别作出判断。^[22]

有论者指出，应区分发包人明知挂靠关系和发包人不知挂靠关系的不同情形，分别加以处理。《建设工程司法解释一》针对挂靠形成的建设工程合同笼统宣告无效，对于施工合同中诚信的发包人利益的保护极为不利，不符合公平原则。更适宜的方式是，结合发包人在订立施工合同时的主观状况，也就是对于实际施工人借用资质的情况是否明知来决定施工合同的效力。如果发包人明知挂靠关系的存在，此时按照《合同法》第402条的隐名代理关系来处理即可，合同直接约束发包人和挂靠人。而如果发包人对挂靠关系不知情，则只能认定在出借资质的被挂靠人与发包人之间形成建设工程施工合同法律关系，而不能让合同约束发包人和挂靠人。“对于仅具有违反建筑企业资质管理制度出借资质的行为，但并不欠缺相应资质的挂靠施工合同……应审慎认定施工合同无效，适用更有利于维护各方利益的裁判规则……人民法院在认定挂靠施工合同无效的裁判规则上，存在一个由‘紧’到‘松’的变化过程。这一变化过程体现我国合同司法领域尊重了合同法律的效率价值，慎重认定合同无效，尽量促成交易的趋势，也有利于保障诚信的发包方权益，体现合同法律的公平价值。”^[23]由此，如果施工企业具备相应资质，仅违反资质管理规定存在借用资质订立施工合同的行为，或是在施工企业暂时存在资质缺陷但在规定期限内能够进行补正的情形下，都不会对施工安全和工程质量造成威

胁，不存在违反立法目的的情形；在此情况下，实际施工人借用资质订立的施工合同并非必然无效。^[24]

而值得注意的是2018年《建设工程司法解释二》第4条的规定：“缺乏资质的单位或者个人借用有资质的建筑施工企业名义签订建设工程施工合同，发包人请求出借方与借用方对建设工程质量不合格等因出借资质造成的损失承担连带赔偿责任的，人民法院应予支持。”按照起草者的解释，“在借用资质与发包人签订建设工程施工合同的情况下，名义上的承包人是出借资质的单位，实际上的承包人是借用资质的单位或者个人，出借资质方之名与借用资质方之实共同构成承包人，缺少任何一方，建设工程施工合同都不能订立。因此，在对外关系上，可将出借资质方和借用资质方作为一个整体，对发包人负责”^[25]。这就是说，只要发包人的损失是由出借资质行为所造成，发包人就有权请求借用资质的单位或者个人与出借资质的建筑施工企业承担连带责任。当然，从严格的文义解释方法出发，本条其实只是解决了违约损害赔偿问题，而回避了对基于挂靠关系所签订合同效力的判断。但是，值得关注的是，本条既然允许发包人请求与之没有合同关系的挂靠人（资质的借用人）承担连带违约赔偿责任，实际上隐含着承认了挂靠形成的建设工程合同有效性的意蕴；可以认为，《建设工程司法解释二》对挂靠所形成的建设工程合同的有效性采取了某种默认的态度。由此，对这一问题目前已不存在争议，司法实践也形成了较为一致的成熟做法；在这样的背景下，立法机关最终在民法典中未对此作出规定。

2. 建设工程领域中的“黑白合同”问题

“黑白合同”也是建设工程领域十分常见的现象，是司法机关经常需要处理的棘手问题；而对这一问题的司法政策也历经了一个发展演变的进程，相关判决的结论并非完全一致。这也是这一问题在民法典的起草论证过程中成为备受关注的热点问题的原因所在。从内容上看，“白合同”对合同价款、工期及工程款拨付方面都比较客观且与市场实际相符合，而“黑合同”往往在工程造价方面约定比较低，有时还附带一些苛刻的条件，如要求承包方承担一些额外的费用，更有甚者还要求承包方垫付一定的资金。“黑白合同”造成了“名”与“实”的脱节，助长了“明招暗定”的不良风气，架空了公开招投标的意义，扭曲了建筑市场的竞争秩序。而更为严重的是，由于“黑合同”中私下约定的工程造价比较低，在利益的驱动下，承包人都最大限度地降低成本，并采取转包、非法分包等手段甚至偷工减料，制造“豆腐渣”工程，导致建筑质量问题甚至安全责任事故频发。

《招标投标法》第46条规定：“招标人和中标人不得再行订立背

离合同实质性内容的其他协议。”显然，依据严格的法律程序，经过招标、投标、开标、评标、定标的一系列严格程序才最终产生具有法律约束力的中标通知。“这一过程不仅体现了招投标双方当事人的意志，而且还体现了国家意志，其严肃性和权威性是无可置疑的，必须得到切实的维护。”^[26]这就是说，中标合同（“白合同”）的效力必须得到承认和维护。由此，对于建设工程领域的“黑白合同”问题，其处理方式与《民法典》第146条关于隐藏行为的处理逻辑明显不同：就建设工程合同而言，“白合同”有效；当事人私下签订和履行的“黑合同”则无效。而对于隐藏行为，作为虚假意思表示的“白合同”无效；而被隐藏和实际履行的“黑合同”的效力，则依照相关法律来确定（可能有效亦可能无效）。

对于“黑白合同”问题，最高人民法院2004年所发布的《建设工程司法解释一》第21条规定：“当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的，应当以备案的中标合同作为结算工程价款的根据。”在“青岛百仕置业有限公司与青岛一建集团有限公司建设工程施工合同纠纷上诉案”中，法院指出，上诉人作为招标人与中标人即被上诉人签订的补充协议，未按照招标文件来签订合同，其中关于适用1996年定额作为结算依据的内容与招标文件不符，不仅违反了法律规定，同时，补充协议关于结算依据的约定显然背离了中标合同的实质性内容。根据《建设工程司法解释一》第21条之规定，应当以中标合同作为结算工程价款的根据。^[27]

但是，一些论者也对《建设工程司法解释一》第21条的立场持批评态度。在他们看来，“以不得进行实质性变更为由，否定变更或补充协议的效力，是干预了当事人的意思自治，也与我国的合同法规定相违背”^[28]。也就是说，考虑到建设工程这一领域的特殊性，对于当事人在中标合同签订后，另行签订的“黑合同”，不应一概认定为无效，而要根据具体情况来进行具体分析。也就是说，对于双方在中标合同之外另行签订的“黑合同”，在某些情况下，亦可承认其效力。譬如，如双方另行签订的“黑合同”仅对“白合同”作了非实质性内容的变更，则可以双方当事人实际履行的“黑合同”作为结算工程价款的依据。

但是，对于何谓“实质性变更”，最高人民法院的认识也经历了一个发展过程。最高人民法院民一庭2015年编著的《建设工程施工合同司法解释的理解与适用》（以下称《理解与适用》）中认为：“两份合同不一致的地方必须是在工程价款、工程质量或者工程期限等三个合同实质性内容方面有所违背，而不是一般的合同内容变更或者其他条款的修改。”^[29]而2016年《第八次全国法院民事商事审判工作会议

《民事部分》纪要》第31条规定：“招标人和中标人另行签订改变工期、工程价款、工程项目性质等影响中标结果实质性内容的协议，导致合同双方当事人就实质性内容享有的权利义务发生重大变化的，应认定为变更中标合同实质性内容。”重要的发展是2018年12月《建设工程司法解释二》第1条，该条第1款规定：“招标人和中标人另行签订的建设工程施工合同约定的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容，与中标合同不一致，一方当事人请求按照中标合同确定权利义务的，人民法院应予支持。”相比之下，《建设工程司法解释二》的显著变化是增加了“工程范围”这一要素并将其置于首位，其主要原因在于：一方面，工程范围的变化在很多情形下都会引发工程价款、工期、工程质量等要素的相应变更；另一方面，《建设工程司法解释二》的这一措辞也与《合同法》第275条保持一致，该条文将“工程范围”作为施工合同内容的首要因素。总而言之，《建设工程司法解释二》的立场很明确：如果“黑合同”对“白合同”的内容作出了实质性变更的，应排除其效力，而以中标的“白合同”作为结算依据。该司法解释在第10条再次重申了这一逻辑。

而同样值得注意的是《建设工程司法解释二》的第9条。该条规定：“发包人将依法不属于必须招标的建设工程进行招标后，与承包人另行订立的建设工程施工合同背离中标合同的实质性内容，当事人请求以中标合同作为结算建设工程价款依据的，人民法院应予支持，但发包人与承包人因客观情况发生了在招标投标时难以预见的变化而另行订立建设工程施工合同的除外。”该条提出了两个十分重要的问题：一是何谓“依法不属于必须招标的建设工程”？二是何谓“因客观情况发生了在招标投标时难以预见的变化”？对于第一个问题，《招标投标法》第3条对于必须进行招标的建设工程已作出规定；2018年国家发展和改革委员会也颁布了《必须招标的工程项目规定》《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》等文件。从审判实践来看，开发商利用私人资本投资建设商品房不属于必须招标的建设工程。而更为复杂的问题是，情事变更原则在建设工程合同是否能够适用？因为如果允许适用情事变更，则意味着允许当事人对最初所订立的中标合同进行修订，双方应以修订后的合同作为结算依据；这似乎与上述“黑白合同”的规则又有所矛盾。

3. 情事变更的适用与“黑白合同”问题

由此，不难理解的是，情事变更在建设工程合同中的适用也是民法典编纂过程中曾经受到关注的议题之一。必须看到，建筑行业确实具有很多特殊性，建设工程项目履行期间长，易受社会经济环境变化的影响；在合同履行的过程中，难免会出现建筑材料、工程设备、人

工费用、规划设计等的涨跌变化，甚至是超出正常范围的价格重大波动。另外，在施工的过程中，有可能出现一些当事人未能预见的意外情况，其被迫对最初的施工方案或计划进行必要的修正，这必然带来成本的变化。由此，如果合同履行中出现了未曾预见的重大变化，严重影响了合同的缔约基础，也可以构成情事变更。显然，情事变更制度在建设工程合同中有适用的余地。但是，如同有法国论者所指出的，“情事变更在建筑法领域的适用不能很频繁，因为很多领域的建筑合同都包含有专门的条款，排除情事变更的适用：譬如合同中的履行艰难（hardship）条款、价格更新（actualisation）或调整条款，这些条款就是用来应对经济形势的变化。富有远见的当事人继续以合同条款对此作出规定，但在实践中也出现在这样或那样的情形下排除当事人以协议处理情事变更的做法。我们很难同意民法典第1195条的情事变更制度在建筑法领域有很大的适用余地。如果协议中没有作出规定，在出现情事变更的问题后，当事人自行谈判解决，如同他们经常所做的那样，只有在很少的情况下才会进入司法阶段达成新协议。对意外风险的同意条款用以排除第1195条情事变更制度，这一条款是否可以适用于包干型（type forfaitaire）建筑合同？因为在此类合同中，工程价格在缔约时以一次性的方式予以确定”^[30]。在这类包干型建筑合同中，工程价格在一开始就以整体和终局性的方式予以确定，合同履行中的意外风险推定由承包人承担；因此，业主可以预先锁定风险，避免工程款金额出现意外。就此而言，《法国民法典》第1793条值得特别注意：“如建筑师或承揽人承诺以包干方式（à forfait）建造建筑物，在施工过程中，不得以劳动力或原材料有所增加为由，或以对原计划有所变动或增加为由，要求增加任何工程造价，除非此种修改或增加经过业主书面同意且价格与业主协商一致。”本条既针对包干型建筑工程合同履行中在经济层面所发生的变化，也涵盖了技术层面所可能出现的调整。就效力而言，作为特别法，第1793条可以排除第1195条情事变更的适用；另外，该条是强行法，禁止当事人以协议方式规避其适用。当然，对于第1793条所不适用的建设工程合同，承揽人接受一揽子价格并不当然表明其同意承担成本出现“过度”波动的风险，如果此种过分波动导致其出现履行艰难，承揽人仍然可以主张原因情事变更。

就我国法律而言，前引《建设工程司法解释二》第9条中“因客观情况发生了在招标投标时难以预见的变化”应该主要是指情事变更；根据最高人民法院民一庭所编写的《理解与适用》，这里的“变化”必须是当事人在订立合同是所未能预见的；如果已经预见或能够预见未来所发生的变化，就应当属于正常的商业风险范围。^[31]依据《民法典》第533条，在建设工程合同履行的过程中，如果出现了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同

对于当事人一方明显不公平的，该当事人可主张变更或解除合同。情事变更情况下的合同变更，属于法定变更，是当事人的权利，不属于当事人另行订立“黑合同”来规避中标的“白合同”的情形。《建设工程司法解释二》第9条允许发包人与承包人在因客观情况发生了在招标投标时难以预见的变化时，另行订立一份建设工程施工合同，它可以作为结算建设工程价款的依据。这被认为是兼顾了招标投标市场秩序的维护和当事人之间的契约自由原则。总之，基于维护投标程序的严肃性和中标合同的效力，对于此种例外情况应严格解释，将其限定于构成交易基础丧失的情事变更；只有在出现符合情事变更条件的“变化”时，才允许当事人在中标合同中之外另行签订新的协议，并以此作为结算依据；在此种情况下，新协议显然不构成所谓的“黑合同”。

第七百九十四条

勘察、设计合同的内容一般包括提交有关基础资料和概预算等文件的期限、质量要求、费用以及其他协作条件等条款。

本条主旨

本条规定了勘察、设计合同的主要内容。

相关条文

《合同法》第274条 勘察、设计合同的内容包括提交有关基础资料和文件（包括概预算）的期限、质量要求、费用以及其他协作条件等条款。

《建设工程勘察设计合同管理办法》第4条 勘察设计合同的发包人（以下简称甲方）应当是法人或者自然人，承接方（以下简称乙方）必须具有法人资格。甲方是建设单位或项目管理部门，乙方是持有建设行政主管部门颁发的工程勘察资质证书、工程勘察设计收费资格证书和工商行政管理部门核发的企业法人营业执照的工程勘察设计单位。

第5条 签订勘察设计公司，应当采用书面形式，参照文本的条款，明确约定双方的权利义务。对文本条款以外的其他事项，当事人认为需要约定的，也应采用书面形式。对可能发生的问题，要约定解决办法和处理原则。双方协商同意的合同修改文件、补充协议均为合

同的组成部分。

第6条 双方应当依据国家和地方有关规定，确定勘察设计合同价款。

理解与适用

本条沿袭了《合同法》第274条的规定。另外，2000年，建设部、国家工商行政管理总局不仅修订了《建设工程勘察设计合同管理办法》，而且修订了《建设工程勘察合同（示范文本）》和《建设工程设计合同（示范文本）》。

建设工程勘察设计合同是指委托方与承包方为完成特定的勘察设计任务，明确相互权利义务关系而订立的合同。建筑勘察、设计合同的内容一般包括：提交有关基础资料和概预算等文件的期限、质量要求、费用，以及其他协作条件等。

在审判实践中，核心条款是否存在有助于判定所签订合同的性质。在贵州省贵阳市中级人民法院2018年审结的一起案件中^[32]，被告（发包方）向原告（承包方）发出《工程设计委托书》，委托原告完成各项目的研究及设计，同时其中载明在批准的招标方式完成相关手续后，参照《勘察设计收费标准》和项目具体条件签订正式合同；其后原告完成部分项目的可行性研究报告及施工图并被被告的工作人员签收，原告依据《工程设计委托书》向被告主张设计费用。法院认为，《工程设计委托书》虽然委托原告完成相关设计工作，但并未明确约定双方具体的权利、义务，更未约定委托事项的计价标准等，更载明了在达到一定条件后，被告才与原告签订正式合同。因此，该《工程设计委托书》应当是合同当事人为了订立本约而签订的预约合同，而非勘察、设计合同；原告在知晓这些情况下完成的工作应当是为了签订正式勘察设计工作而进行的前期准备工作，在尚未形成勘察、设计合同的情况下对原告要求被告支付设计费用的主张不予支持。

第七百九十五条

施工合同的内容一般包括工程范围、建设工期、中间交工工程的开工和竣工时间、工程质量、工程造价、技术资料交付时间、材料和设备供应责任、拨款和结算、竣工验收、质量保修范围和质量保证期、相互协作等条款。

本条主旨

本条规定了建设工程施工合同的主要内容。

相关条文

《合同法》第275条 施工合同的内容包括工程范围、建设工期、中间交工工程的开工和竣工时间、工程质量、工程造价、技术资料交付时间、材料和设备供应责任、拨款和结算、竣工验收、质量保修范围和质量保证期、双方相互协作等条款。

理解与适用

本条沿袭了《合同法》第275条的内容。

2017年，住房和城乡建设部、国家工商行政管理总局对《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2013—0201）进行了修订，制定了《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2017—0201）（以下简称《示范文本》）。

建设工程施工合同是指发包方（建设单位）和承包方（施工人）为完成商定的施工工程，明确相互权利、义务的协议。建设工程施工合同是承包人进行工程建设施工，发包人支付价款的合同，是建设工程的主要合同，同时也是工程建设质量控制、进度控制、投资控制的主要依据。

前述住房和城乡建设部、国家工商行政管理总局所发布的《示范文本》由合同协议书、通用合同条款和专用合同条款三部分组成。

1.合同协议书。主要内容有：工程概况、合同工期、质量标准、签约合同价和合同价格形式、项目经理、合同文件构成、承诺以及合同生效条件等重要内容，集中约定了合同当事人基本的合同权利义务。

2.通用合同条款。通用合同条款是合同当事人根据《中华人民共和国建筑法》《中华人民共和国合同法》等法律法规的规定，就工程建设的实施及相关事项，对合同当事人的权利义务作出的原则性约定。通用合同条款的具体条款分别为：一般约定、发包人、承包人、监理人、工程质量、安全文明施工与环境保护、工期和进度、材料与

设备、试验与检验、变更、价格调整、合同价格、计量与支付、验收和工程试车、竣工结算、缺陷责任与保修、违约、不可抗力、保险、索赔和争议解决。前述条款安排既考虑了现行法律法规对工程建设的有关要求，也考虑了建设工程施工管理的特殊需要。

3.专用合同条款。专用合同条款是对通用合同条款原则性约定的细化、完善、补充、修改或另行约定的条款。合同当事人可以根据不同建设工程的特点及具体情况，通过双方的谈判、协商对相应的专用合同条款进行修改补充。

施工合同中的结算条款是司法实践中争议高发的主要条款之一。在齐河环盾钢结构有限公司与济南永君物资有限责任公司建设工程施工合同纠纷案^[33]中，法院认为：在确定工程价款时，一般应以市场价确定工程价款。这是因为，以定额为基础确定工程造价大多未能反映企业的施工、技术和管理水平，定额标准往往跟不上市场价格的变化，而建设行政主管部门发布的市场价格信息，更贴近市场价格，更接近建筑工程的实际造价成本，且符合《合同法》的有关规定，对双方当事人更公平。在中铁十九局集团有限公司与重庆建工集团股份有限公司建设工程合同纠纷再审案中^[34]，法院认为：（1）根据审计法的规定，国家审计机关对工程建设单位进行审计是一种行政监督行为，审计人与被审计人之间因国家审计发生的法律关系与本案当事人之间的民事法律关系性质不同。因此，在民事合同中，当事人对接受行政审计作为确定民事法律关系依据的约定，应当具体明确，而不能通过解释推定的方式，认为合同签订时，当事人已经同意接受国家机关的审计行为对民事法律关系的介入。（2）在双方当事人已经通过结算协议确认了工程结算价款并已基本履行完毕的情况下，国家审计机关作出的审计报告，不影响双方结算协议的效力。

第七百九十六条

建设工程实行监理的，发包人应当与监理人采用书面形式订立委托监理合同。发包人与监理人的权利和义务以及法律责任，应当依照本编委托合同以及其他有关法律、行政法规的规定。

本条主旨

本条规定了建设工程监理合同。

相关条文

《合同法》第276条 建设工程实行监理的，发包人应当与监理人采用书面形式订立委托监理合同。发包人与监理人的权利和义务以及法律责任，应当依照本法委托合同以及其他有关法律、行政法规的规定。

理解与适用

本条沿袭了《合同法》第276条的内容。

2012年住房和城乡建设部、国家工商行政管理总局发布了《建设工程监理合同（示范文本）》。

“监理”是指监理人受委托人的委托，依照法律法规、工程建设标准、勘察设计文件及合同，在施工阶段对建设工程质量、进度、造价进行控制，对合同、信息进行管理，对工程建设相关方的关系进行协调，并履行建设工程安全生产管理法定职责的服务活动。建设工程监理合同的全称叫建设工程委托监理合同，是指工程建设单位聘请监理单位代其对其工程项目进行管理，明确双方权利、义务的协议。建设单位称委托人、监理单位称受托人。

根据住房和城乡建设部、国家工商行政管理总局2012年联合制定的《建设工程监理合同（示范文本）》（GF—2012—0202），建设工程监理合同一般包括如下内容：

第一部分 协议书。包括：委托人、监理人；工程概况，词语限定，组成本合同的文件，总监理工程师，签约酬金，期限，双方承诺，合同订立。

第二部分 通用条件。包括：定义与解释，监理人的义务，委托人的义务，违约责任，支付，合同生效、变更、暂停、解除与终止，争议解决，其他。

第三部分 专用条件。包括：定义与解释，监理人义务，委托人义务，违约责任，支付，合同生效、变更、暂停、解除与终止，争议解决，其他。

在审判实践中，因监理人的过错对工程发包方造成损失的，监理方需要承担相应的赔偿责任。在新疆阿勒泰地区中级人民法院2019年

审结的一起案件中[35]，工程发包方与监理方签订了建设工程监理合同，案涉工程在交工验收后不久发生渗漏事故，随后各方对事故现场进行了勘察、整改施工以及事故原因的鉴定。二审法院认为监理方应对施工过程及施工质量进行全程跟踪及监督，因此对于事故的发生应当负有相应的责任，应当承担赔偿责任；同时发包方与监理方系委托关系，双方之间的权利义务应当按照监理合同确定，因此法院依照合同相应条款的约定确定了赔偿数额。在另一起案件中[36]，发包方与监理方签订建设工程监理合同，在施工过程中发生支模架坍塌事故进而工程被质监站要求停工整改，停工期间双方就解除合同及支付相关款项进行了协商，复工后发包方与另一监理单位签订工程监理合同。经调查，事故直接原因为支模架未按国家相关标准规定搭建，监理方起诉解除原来双方签订的建设工程监理合同并且要求发包方赔偿相应损失。一审法院认为，双方已事实上解除合同且合同不能继续履行为双方共同的责任；二审法院认为，本案中的监理方并未按照行政法规的规定履行监理职责，未尽受托人的谨慎和勤勉义务，而事故给建设单位造成的损失，远远超过未给付的监理费部分。按照权利和义务相适应原则，由于监理方未全面履行法定义务，不应享有相应权利。且监理方在原审中拒绝就应给付的监理费申请评估，应承担举证不能的法律责任，因此驳回了监理方的请求。

同时，建设工程监理合同纠纷虽属于建设工程合同纠纷，但不同于建设工程施工合同纠纷，由此会对法律适用产生一定影响，如在山东省青岛市中级人民法院2018年审结的一起案件中[37]，在经过招标投标程序后，发包方与监理方签订了两份实质内容存在区别的合同，其中一份进行了备案，双方之后就采取哪份合同约定的方式进行结算产生了纠纷。一审法院认为，应适用《建设工程司法解释一》第21条规定，当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的，应当以备案的中标合同作为结算工程价款的根据；二审法院认为此司法解释系对建设工程施工合同纠纷案由所做的司法解释，因此一审法院法律适用错误。同时，根据之前的付款情况来看，双方实际履行的是未经备案的合同，二审法院认为其反映了双方当事人的真实意思表示，符合公平及诚实信用原则，应作为双方结算价款的依据。

第七百九十七条

发包人在不妨碍承包人正常作业的情况下，可以随时对作业进度、质量进行检查。

本条主旨

本条规定了发包人的检查权。

相关条文

《合同法》第277条 发包人在不妨碍承包人正常作业的情况下，可以随时对作业进度、质量进行检查。

理解与适用

本条源自《合同法》第277条。

建设工程合同的履行期间通常较长。为保证承包人能按照约定的质量和期限完成工程建设任务，发包人必须有权利对承包人的建设行为进行监督检查。本条就规定了这一权利，依据本条，发包人可以在不妨碍承包人正常作业的情况下，随时对作业进度、质量进行检查。实践中，发包人一般指派代表在工地现场进行监督检查。发包人委派工地代表后，应当及时通知承包人；派驻的工地代表具体负责对工程进度、工程质量进行监督检查，办理中间交工工程验收手续以及其他应当由发包人解决的事宜。如果在检查中发现问题，应在第一时间通知承包人，确保问题及时得到解决。

在江苏省无锡市中级人民法院2017年审结的一起案件中^[38]，发包方将一建筑项目发包给承包方进行建设，工程竣工验收后出现裂缝、漏水等质量问题，故发包方诉至法院要求承包方承担全部责任。经鉴定，裂缝产生的原因部分是由沉降因素所致，而沉降因素主要为楼房沉降未稳定，提前封闭后浇带导致沉降不均，而有证据证明提前封闭后浇带的行为是发包方曾发函严令承包方限期封闭后浇带。二审法院及一审法院均认为，发包方虽然可以随时对作业进度、质量进行检查，但应在不妨碍承包人正常作业的情况下进行，故发包方对于提前封闭后浇带的情形应负有一定责任。而承包方作为施工单位，理应具有专业施工经验和判断能力，应对其施工质量负责，对于发包方提出的违反法律、行政法规和建筑工程质量规定的标准，降低工程质量的要求，承包人未予拒绝而继续施工的，仍存在相应过错。因此，法院据此酌定沉降因素由双方各承担50%的责任。

隐蔽工程在隐蔽以前，承包人应当通知发包人检查。发包人没有及时检查的，承包人可以顺延工程日期，并有权请求赔偿停工、窝工等损失。

本条主旨

本条规定了隐蔽工程的验收。

相关条文

《合同法》第278条 隐蔽工程在隐蔽以前，承包人应当通知发包人检查。发包人没有及时检查的，承包人可以顺延工程日期，并有权要求赔偿停工、窝工等损失。

理解与适用

本条沿袭了《合同法》第278条的内容。

所谓隐蔽工程是指建筑物、构筑物在施工期间将建筑材料或构配件埋于物体之中后被覆盖外表看不见的实物，譬如房屋基础、钢筋、水电构配件、设备基础等分部分项工程。显然，隐蔽工程在隐蔽后如果发生质量问题，需要重新覆盖甚至拆除重建，会造成返工等损失与浪费。因此，为了避免资源的浪费和不必要的损失，承包人在隐蔽工程隐蔽以前，应当通知发包人检查，发包人检查合格的，方可进行隐蔽工程。如果发包人没有及时检查，承包人可以顺延工程日期，并有权请求赔偿停工、窝工等损失。

另外，本条中的“窝工”一词是工程领域的术语，从语义上来说是指承包商、分包商在进入施工现场后，不能按照总包合同或分包合同的约定等预定计划安排施工，使得施工进度慢于计划进度的现象；其成因在于因计划不周或调配不科学，人力和物料都不能充分发挥作用，出现“人等物”或“物等人”的不合理现象。譬如，承包商承建的工程项目因建设方依约应当提供的水电设施、原材料供应、设备、场地、技术资料等供应障碍或供应滞后，或者因建设方（业主）在建设项目的土地征用、拆迁安置、拆迁补偿等方面的原因而被延误。因此，所谓“窝工”本质上是指一方因另一方未履行约定义务而产生的停工。

在审判实践中，当事人可对隐蔽工程的验收期限进行约定，逾期未验收可导致视为验收合格的后果。在山东省济宁市中级人民法院

2014年审结的一起案件中^[39]，发包方与承包方就小区室内外中央空调系统工程的建设施工达成协议，合同约定了隐蔽工作验收时间，即隐蔽工程在隐蔽前48小时，承包方应通知发包方验收，发包方验收合格后，承包方方可进行隐蔽和继续施工。合同约定了工程的验收方式为工程全部竣工后，承包方应向发包方提交竣工验收报告；发包方在接到报告后15日内应协同承包方及委托有关鉴定机构到场进行验收；双方代表应对系统的运行状况进行客观评价、检测，并在验收报告上签字；发包方逾期不组织验收即视为验收合格。承包方陆续打好5眼空调井，并申请报验，监理公司同意报验，发包方均未及时组织有关机构进行验收，后承包方继续施工并共完成13眼空调井施工；其后，由于发包方未能及时支付工程款，承包方因资金压力停止施工，并在其后诉至法院，要求解除合同并请求发包方支付工程款及承担违约损失等，发包方以空调井质量全部不合格进行抗辩。二审法院认为，承包方13眼空调井中的5眼验收单已经工程监理部门签字确认同意报验，应视为承包方履行了法律规定及合同约定的对发包方的通知验收义务，且根据双方约定，发包方应在接到验收报告后15日内组织有关人员进行验收，逾期不组织验收视为验收合格，承包方提交了5眼空调井验收报告，监理部门亦同意报验，但发包方并未在规定的期限内进行验收，应视为验收合格，因而就此5眼空调井否定了发包方关于空调井质量的抗辩。

第七百九十九条

建设工程竣工后，发包人应当根据施工图纸及说明书、国家颁发的施工验收规范和质量检验标准及时进行验收。验收合格的，发包人应当按照约定支付价款，并接收该建设工程。

建设工程竣工验收合格后，方可交付使用；未经验收或者验收不合格的，不得交付使用。

本条主旨

本条规定了建设工程的竣工验收。

相关条文

《合同法》第279条 建设工程竣工后，发包人应当根据施工图纸及说明书、国家颁发的施工验收规范和质量检验标准及时进行验

收。验收合格的，发包人应当按照约定支付价款，并接收该建设工程。建设工程竣工验收合格后，方可交付使用；未经验收或者验收不合格的，不得交付使用。

《建筑法》第61条 交付竣工验收的建筑工程，必须符合规定的建筑工程质量标准，有完整的工程技术经济资料和经签署的工程保修书，并具备国家规定的其他竣工条件。建筑工程竣工验收合格后，方可交付使用；未经验收或者验收不合格的，不得交付使用。

《建设工程质量管理条例》第16条 建设单位收到建设工程竣工报告后，应当组织设计、施工、工程监理等有关单位进行竣工验收。建设工程竣工验收应当具备下列条件：（一）完成建设工程设计和合同约定的各项内容；（二）有完整的技术档案和施工管理资料；（三）有工程使用的主要建筑材料、建筑构配件和设备的进场试验报告；（四）有勘察、设计、施工、工程监理等单位分别签署的质量合格文件；（五）有施工单位签署的工程保修书。建设工程经验收合格的，方可交付使用。

理解与适用

本条沿袭了《合同法》第279条内容。

工程竣工验收是指承包人依照国家有关法律、法规及工程建设规范、标准的规定完成工程设计文件要求和合同约定的各项内容，发包人取得政府有关主管部门所出具的工程施工质量、消防、规划、环保、城建等验收文件或准许使用文件后，对所完成的建设工程组织工程竣工验收并编制完成《建设工程竣工验收报告》。工程项目的竣工验收是施工全过程的最后一道程序，也是工程项目管理的最后一项工作。

本条第2款规定：“建设工程竣工验收合格后，方可交付使用；未经验收或者验收不合格的，不得交付使用。”此款规定源于《建筑法》第61条，后者规定：“交付竣工验收的建筑工程，必须符合规定的建筑工程质量标准，有完整的工程技术经济资料和经签署的工程保修书，并具备国家规定的其他竣工条件。建筑工程竣工验收合格后，方可交付使用；未经验收或者验收不合格的，不得交付使用。”就此而言，值得注意的是，2018年民法典一审稿草案于建设工程合同部分曾增加了一个《合同法》所未规定的新条款：第583条规定，“建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用的，除存在违反法律、行政法规强制性规定的情形以外，视为工程质量验收合格，但是

承包人应当在建设工程的合理使用期限内对地基基础工程和主体结构质量承担责任”。该条源于《建设工程司法解释一》。不过，国家有关法律、法规、规章等对建筑工程竣工后的验收工作有着极为严格的程序规定（譬如，发包人、承包人除必须提供相应的资料外，还必须取得规划、公安消防、环保、燃气工程等专项验收合格文件、建设工程质量安全监督站出具的电梯验收准用证等法律文件）。如建设工程未经竣工验收而发包人擅自使用，将其直接“视为工程质量验收合格”，显然与前引的《建筑法》第61条等法律法规的规定不符。而且，这一新增规定容易引发由于发包人急于投入使用而使承包人赶工期的现象，极易制造工程隐患。因此，在立法研讨的过程中，部分专家建议删除该条款。最终，立法机关接受了这一建议，民法典删除了草案中的这一条文。

审判实践曾对“未经验收或者验收不合格的，不得交付使用”的规范性质进行过分析探讨。在上海市第一中级人民法院2012年审结的一起案件中^[40]，原告认为被告向其出租的房屋未通过竣工验收，因此双方签订的房屋租赁合同违反了法律的强制性规定，应为无效。二审法院通过目的解释认为该条文的意旨在于加强行政管理，对于此条文的违反可能会导致相应的行政处罚，但并非否定私法行为的效力，并从体系解释的角度认为该条文所规制的是合同履行的前提条件，而非合同本身，进而认定该强制性规定为管理性强制性规定，而非效力性强制性规定。

在审判实践中，是否通过竣工验收是付款条件是否达成的重要判断基准，如在最高人民法院2018年审结的一起案件中^[41]，发包方主张案涉建设工程合同对最后剩余合同总价款的付款条件存在多重约定，需满足获得临时验收、承包人应保证该项目无索赔、保修期满等，则只有在条件完全满足的情况下，承包方才有权主张工程价款，但承包方并未提交已完成上述事项、满足上述支付条件的证据。二审法院认为案涉工程已经竣工验收合格，双方已就工程价款进行了审计和结算，已不存在发包方主张的合同约定的付款条件未成就的问题，因而支持承包方要求支付剩余工程款的主张。而在另一起案件中^[42]，根据合同约定，案涉工程虽未竣工验收，但根据合同的履行情况和建设工程合同的性质，施工方已向建设方提出竣工验收的申请，说明已基本完成涉案工程的建设，且案中无证据证明未完成竣工验收应归责于施工方。因此，二审法院认为，涉案工程应进行竣工结算并由建设方向施工方支付工程款。

另外，项目竣工验收既是发包人的义务，亦是发包人的权利；承包人不得单方组织项目的竣工验收。在威海市鲸园建筑有限公司与威

海市福利企业服务公司、威海市盛发贸易有限公司拖欠建筑工程款纠纷案^[43]中，法院认为：依照《中华人民共和国合同法》第279条、《建设工程质量管理条例》第16条的规定，建设工程竣工后，发包人应当按照相关施工验收规定对工程及时组织验收。承包人未经发包人同意对工程组织验收，单方向质量监督部门办理竣工验收手续的，侵害了发包人工程验收权利。在此情况下，质检部门对该工程出具的验收报告及工程优良证书因不符合法定验收程序，不能产生相应的法律效力。

第八百条

勘察、设计的质量不符合要求或者未按照期限提交勘察、设计文件拖延工期，造成发包人损失的，勘察人、设计人应当继续完善勘察、设计，减收或者免收勘察、设计费并赔偿损失。

本条主旨

本条规定了勘察、设计人的质量责任。

相关条文

《合同法》第280条 勘察、设计的质量不符合要求或者未按照期限提交勘察、设计文件拖延工期，造成发包人损失的，勘察人、设计人应当继续完善勘察、设计，减收或者免收勘察、设计费并赔偿损失。

《建设工程质量管理条例》第18条 从事建设工程勘察、设计的单位应当依法取得相应等级的资质证书，并在其资质等级许可的范围内承揽工程。禁止勘察、设计单位超越其资质等级许可的范围或者其他勘察、设计单位的名义承揽工程。禁止勘察、设计单位允许其他单位或者个人以本单位的名义承揽工程。勘察、设计单位不得转包或者违法分包所承揽的工程。

第19条 勘察、设计单位必须按照工程建设强制性标准进行勘察、设计，并对其勘察、设计的质量负责。

理解与适用

本条源自《合同法》第280条。

根据本条规定，勘察、设计的质量不符合要求或者未按照期限提交勘察、设计文件拖延工期，造成发包人损失的，勘察人、设计人所承担的责任包括：（1）继续完善勘察、设计；这是其质量瑕疵担保的方式，相当于瑕疵担保责任中的修理、重作、更换。（2）减收或者免收勘察、设计费；这也是瑕疵担保责任中的“减价”形式。（3）赔偿损失。这是其违约所应承担的损害赔偿责任。

在审判实践中，勘察、设计人就其勘察、设计失误承担继续完善，减收费用或赔偿损失等一系列责任。在内蒙古自治区高级人民法院2015年审结的一起案件中^[44]，发包人与承包方虽未签订书面的委托设计合同，但通过双方就该项目形成的设计招标文件、报价表、中标通知书、投标邀请函等表明的内容具备合同成立的标的、价款、履行方式等主要条款，且承包方在其投标文件中承诺：由于设计不合理造成设计人提交的设计成果超出限额设计指标的5%，工程建设增加成本，设计人同意从设计费中扣除增加成本的10%作为对发包人的补偿。二审法院以鉴定报告为依据，认为承包方设计方案成本明显超出了其原有设计承诺，进而判令承包方承担合同约定的减价责任。与之类似，在安徽省安庆市中级人民法院2018年审结的一起案件中^[45]，设计方提供的设计图纸在质量上存有与国家标准要求不符之处，且施工方在安装施工上存在三点与设计图纸、规范要求不符之处，使案涉液化气站不能正常使用；二审法院综合考量双方责任，要求设计方及施工方按照一定比例赔偿发包方无法使用气泵正常充装液化气的经济损失。在另一起案件中^[46]，因勘察单位和设计单位的缺陷致使涉案房屋地下室透水，二审法院要求两者按比例承担业主为此支出的维修费用。

另外，在设计质量不满足不符合要求的情况下，设计人亦有继续完善设计的义务。^[47]在海擎重机械有限公司与江苏中兴建设有限公司、中国建设银行股份有限公司泰兴支行建设工程施工合同纠纷案^[48]中，法院认为：从事建设工程活动，必须严格执行基本建设程序，坚持先勘察、后设计、再施工原则。建设单位未提前交付地质勘察报告、施工图设计文件未经过建设主管部门审查批准的，应对因双方签约前未曾预见的特殊地质条件导致的工程质量问题承担主要责任。施工单位应秉持诚实信用原则，采取合理施工方案，避免损失扩大。人民法院应当根据合同约定、法律及行政法规规定的工程建设程序，依据诚实信用原则，合理确定建设单位与施工单位对于建设工程质量问题的责任承担。

第八百零一条

因施工人的原因致使建设工程质量不符合约定的，发包人有权请求施工人在合理期限内无偿修理或者返工、改建。经过修理或者返工、改建后，造成逾期交付的，施工人应当承担违约责任。

本条主旨

本条规定了施工人的质量责任。

相关条文

《合同法》第281条 因施工人的原因致使建设工程质量不符合约定的，发包人有权要求施工人在合理期限内无偿修理或者返工、改建。经过修理或者返工、改建后，造成逾期交付的，施工人应当承担违约责任。

《建设工程质量管理条例》第26条 施工单位对建设工程的施工质量负责。施工单位应当建立质量责任制，确定工程项目的项目经理、技术负责人和施工管理负责人。建设工程实行总承包的，总承包单位应当对全部建设工程质量负责；建设工程勘察、设计、施工、设备采购的一项或者多项实行总承包的，总承包单位应当对其承包的建设工程或者采购的设备的质量负责。

第32条 施工单位对施工中出现质量问题的建设工程或者竣工验收不合格的建设工工程，应当负责返修。

理解与适用

本条源自《合同法》第281条。

建设工程的施工是指根据工程的设计文件和施工图纸的要求，通过施工作业最终形成建设工程实体的建设。根据本条文，因施工人的原因致使建设工程质量不符合约定的，发包人享有的权利包括：

（1）有权请求施工人在合理期限内无偿修理或者返工、改建；这在性质上属于质量瑕疵担保责任。（2）如经过修理或者返工、改建后，造成建设工程逾期交付的，施工人应当承担违约责任。违约责任包括施工合同中所约定的违约金责任及损害赔偿。

在司法实践中，因为建设工程质量出现问题而引起纠纷的案件不在少数。在江苏南通二建集团有限公司与吴江恒森房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案中^[49]，法院认为，承包人交付的建设工程应符合合同约定的交付条件及相关工程验收标准。工程实际存在明显的质量问题，承包人以工程竣工验收合格证明等主张工程质量合格的，人民法院不予支持。

在审判实践中，质量保证金对于施工人法定的保修义务起补充作用。在最高人民法院2018年审结的一起案件中^[50]，发包方与施工方签订建设工程相关合同并在施工方退场后签订《结算协议》《支付协议》等，双方在《支付协议》对质量保证金进行了相应约定；工程施工完成后，承包人要求发包人支付剩余工程款项并按约定返还质量保证金，发包人主张已完成工程存在大量的质量问题并请了另一施工方进行维修，因此对质量保证金不予返还。一审法院因招投标程序违法而认定前期签订的建设工程相关合同无效，但由于《支付协议》等仅是对已有债权的安排，一审法院认可其效力；二审法院认为质量保证金的返还应遵循当事人约定，合同约定的缺陷责任期届满，发包人应当返还质量保证金，但保修义务是承包人的法定义务，发包人返还保证金后，承包人仍应在法定或合同约定的保修期内承担各部分工程的保修责任。在本案中，发包人应返还已到期的质量保证金并支付逾期返还利息，而对于其主张的质量问题，承包人应按照法律规定承担保修义务；同时发包人未提供充分证据证明其在约定的缺陷责任期内通知承包人维修而其拒绝维修，亦未能证明应扣除质量保证金的数额，因此双方关于工程质量问题的纠纷将另案解决。

在另一起建设工程合同被认定为无效的案件当中^[51]，在工程全部完工，承包方退场并将涉案工程交付使用后，发包方曾就部分工程质量问题向承包方提出过异议，要求整改维修；由于工程质量问题等原因，双方当事人一直未对承包方所建工程设施的造价进行决算。发包方与承包方因工程价款及工程质量等产生纠纷。再审法院根据双方过错划分了双方责任：发包方在发包工程前未取得相应许可，未按建筑法律法规的规定发包建设工程，未进行正规地质勘察及设计即与承包方达成建设工程施工合同，对工程质量问题承担主要责任；施工方作为工程建设方面的专业人士，其应知晓上述问题可能对建筑质量带来的影响，其在勘察及施工过程中未向发包方进行提示，也未采取加固建筑设施的方式，应承担次要责任。虽然双方对质量问题未作明确约定，但依据法律规定承包方仍应在涉案建设工程合理使用期限内对地基基础工程和主体结构质量承担相应的民事责任。此外，如出现建设工程质量问题，在双方当事人已失去合作信任的情况下，为解决双方矛盾，人民法院可以判决由发包人自行委托第三方参照修复设计方

案对工程质量予以整改，所需费用由承包人承担。

■ 第八百零二条

因承包人的原因致使建设工程在合理使用期限内造成人身损害和财产损失的，承包人应当承担赔偿责任。

本条主旨

本条规定了承包人的质量保证责任。

相关条文

《合同法》第282条 因承包人的原因致使建设工程在合理使用期限内造成人身和财产损害的，承包人应当承担损害赔偿责任。

《建设工程质量管理条例》第26条 总承包单位依法将建设工程分包给其他单位的，分包单位应当按照分包合同的约定对其分包工程的质量向总承包单位负责，总承包单位与分包单位对分包工程的质量承担连带责任。

理解与适用

本条源自《合同法》第282条。

根据本条，如因承包人的原因致使建设工程在合理使用期限内造成人身损害和财产损失的，则属于承包人的质量担保责任，承包人显然应对此承担赔偿责任。

在江苏省高级人民法院2018年审结的一起案件中^[52]，案涉工程竣工验收后发生建筑裂缝、倾斜、地坪裂缝、墙体错位及基坑位移等事故，发包人作为业主支付了事故鉴定、覆土回填、工程加固等一系列费用，其后诉请法院要求承包人承担相应的赔偿责任。二审法院认为合同中明确施工方对于基坑发生的质量问题应当承担全部责任且施工方作为基坑维护的专业单位，应当具备基坑维护的专业知识以避免事故的发生。且从现有证据看，设计公司系由施工方委托，而设计方案存在缺陷是涉案事故发生的最初原因。施工方作为基坑维护单位没有尽到协调各方的义务，采用的施工方案存在缺陷，过错较大，因此

应当承担主要责任。发包方支解发包涉案工程，在施工中未尽到妥善选择或管理职责，存在一定的过错，承担次要责任。

在另一起案件中^[53]，案涉工程竣工验收后发生坍塌事故，发包方与承包方就事故损失的承担未能达成一致遂起诉至法院。二审法院根据鉴定意见认定坍塌事故的根本原因系设计不合理，而该工程设计是由没有建筑工程设计资质的施工方员工完成，二审法院首先认定发包方与承包方之间事实上的建设工程设计合同关系无效，并根据各自的过错认定相应的责任：承包方作为专业的建筑企业，明知自己没有设计资质而实施设计行为，并依不合理的设计施工，应承担主要责任；发包方将案涉工程交由没有设计资质的百合安装公司进行设计，应承担次要责任。损失费用包括坍塌物清除费用和库存商品的运输费、装卸费、工程修复费用、损失商品费用以及为防止损失扩大另行租赁仓库的费用。

第八百零三条

发包人未按照约定的时间和要求提供原材料、设备、场地、资金、技术资料的，承包人可以顺延工程日期，并有权请求赔偿停工、窝工等损失。

本条主旨

本条规定了发包人的违约责任。

相关条文

《合同法》第283条 发包人未按照约定的时间和要求提供原材料、设备、场地、资金、技术资料的，承包人可以顺延工程日期，并有权要求赔偿停工、窝工等损失。

理解与适用

本条源自《合同法》第283条。

根据本条，如果发包人未按照约定的时间和要求提供原材料、设备、场地、资金、技术资料，承包人可以要求发包人提供上述资料，

并可要求顺延工程日期。承包人如果因此遭受停工、窝工等损失，有权要求发包人赔偿损失。

关于发包人的违约责任，2016年《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》第32点规定：“因发包人未按照约定提供原材料、设备、场地、资金、技术资料的，隐蔽工程在隐蔽之前，承包人已通知发包人检查，发包人未及时检查等原因致使工程中途停、缓建，发包人应当赔偿因此给承包人造成的停（窝）工损失，包括停（窝）工人员人工费、机械设备窝工费和因窝工造成设备租赁费用等停（窝）工损失。”

司法实践中，对于发包人未能及时提供正确的技术资料的情况，法院认为承包人不能盲目等待，放任提供状态持续；这应该是考虑到承包人亦有防止损失扩大的义务。在河南省偃师市鑫龙建安工程有限公司与洛阳理工学院、河南省第六建筑工程公司索赔及工程欠款纠纷案中^[54]，法院认定：因发包人提供错误的地质报告致使建设工程停工，当事人对停工时间未作约定或未达成协议的，承包人不应当盲目等待而放任停工状态的持续以及停工损失的扩大。对于由此导致的停工损失所依据的停工时间的确定，也不能简单地以停工状态的自然持续时间为准，而是应根据案件事实综合确定一定的合理期间作为停工时间。

第八百零四条

因发包人的原因致使工程中途停建、缓建的，发包人应当采取措施弥补或者减少损失，赔偿承包人因此造成的停工、窝工、倒运、机械设备调迁、材料和构件积压等损失和实际费用。

本条主旨

本条规定了因发包人原因致工程停建、缓建的责任。

相关条文

《合同法》第284条 因发包人的原因致使工程中途停建、缓建的，发包人应当采取措施弥补或者减少损失，赔偿承包人因此造成的停工、窝工、倒运、机械设备调迁、材料和构件积压等损失和实际费用。

本条源自《合同法》第284条。

根据本条规定，如因发包人的原因致使工程中途停建、缓建的，发包人应当采取措施弥补或者减少损失。如对承包人造成停工、窝工、倒运、机械设备调迁、材料和构件积压等损失或者使承包人额外支付了费用，还应赔偿这些损失和费用。

在审判实践中，即便在合同无效的情况下，若发包人的原因致使工程中途停建、缓建且此原因与合同无效原因无关，发包人仍应就承包人的停工、窝工等损失承担赔偿责任。在最高人民法院2019年审结的一起案件中^[55]，发包方与承包方就一工程项目签订建设工程合同，其后承包方与第三人签订责任管理协议书，约定此人对承包项目实行自主经营、独立经济核算、自负盈亏。因涉诉项目周边滑坡，群众阻止施工，该项目中途停工。其后，发包人认为该工程系第三人挂靠承包人承包，向一审法院提起诉讼。承包人认为停工原因在于发包人，提起反诉。法院认为涉案合同为没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义签订而无效，但对于承包人提出的停工损失赔偿，再审法院认为停工原因与合同无效无关，根据相关鉴定意见，停工第一过错人（勘察方）及第三过错人（监理方）均为发包人委托，因此发包人应对承包人的停工损失承担主要责任，承包人承担次要责任。停工损失包括原材料积压损失、建筑施工模板毁损、建筑钢管架租赁费用损失、人工费损失、机械设备租赁损失、项目部办公室租赁费用损失及项目施工管理人员工资损失以及施工现场水电费损失。

在另一起案件中^[56]，承包人（自然人）与发包人口头约定由发包人将其筹建的一工程项目发包给承包人施工，承包人为该工程实际施工人。其后承包人进场施工，其间承包人因资金周转问题与发包人产生纠纷，承包人停止施工。后发包人通知承包人退场，但承包人既未继续施工也未退场，案涉工程未进行竣工验收，亦未结算交付。二审法院明确停工原因系昊天公司未及时支付工程款，认为承包人为防止案涉工程在停工期间发生损失，雇用数量合理的看守人员照管案涉工程并提供安全保障，由此增加的费用属合理支出，因此对承包人主张的此项停工损失予以支持，但对其他项目停工损失，因证据不足等原因不予支持。

因发包人变更计划，提供的资料不准确，或者未按照期限提供必需的勘察、设计工作条件而造成勘察、设计的返工、停工或者修改设计，发包人应当按照勘察人、设计人实际消耗的工作量增付费用。

本条主旨

本条规定了发包人的原因致勘察、设计的返工、停工或修改设计的责任。

相关条文

《合同法》第285条 因发包人变更计划，提供的资料不准确，或者未按照期限提供必需的勘察、设计工作条件而造成勘察、设计的返工、停工或者修改设计，发包人应当按照勘察人、设计人实际消耗的工作量增付费用。

理解与适用

本条源自《合同法》第285条。

根据本条，因发包人变更计划，提供的资料不准确，或者未按照期限提供必需的勘察、设计工作条件而造成勘察、设计的返工、停工或者修改设计的，发包人应当按照勘察人、设计人实际消耗的工作量增付费用。其理由在于，由于发包人的原因（变更计划，提供的资料不准确，或者未按照期限提供必需的勘察、设计工作条件等）使得勘察人、设计人额外增加了工作量，因此，发包人应当对这些额外增加的工作量支付相应的费用。

关于发包人不履行协作义务的责任问题，2016年《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》第33点规定：“发包人不履行告知变更后的施工方案、施工技术交底、完善施工条件等协作义务，致使承包人停（窝）工，以至难以完成工程项目建设的，承包人催告在合理期限内履行，发包人逾期仍不履行的，人民法院视违约情节，可以依据合同法第二百五十九条、第二百八十三条规定裁判顺延工期，并有权要求赔偿停（窝）工损失。”

在四川省高级人民法院2018年审结的一起案件中，发包方与承包方就一项工程签订建筑工程合同并开始施工，但由于当地居民阻挠施工、施工用水用电未接通、土石方弃土场未指定等问题承包方无法开

始施工，其后在施工过程中因设计变更、增加工程量、道路中断、下雨等原因，工程多次停工，产生窝工损失，承包方亦在施工过程中多次索赔。二审法院根据案件证据情况否定了发包人未收到《竣工付款证书》、已超过索赔期限等抗辩事由，要求发包人承担相应的窝工损失。在另一起案件中^[57]，原施工方为发包方就一项铁路工程试验段进行施工，其后发包方会议决定该铁路由原施工方在试验段基础上继续延伸施工，但其后招投标过程中，原施工方并未中标，原施工方与发包方就合同解除、工程款结算以及损失赔偿等问题产生纠纷并诉至法院。其中原施工方主张了设备及人员的窝工损失，法院确认设备系为后续工程准备的机械，因施工未能继续，造成设备窝工，因此对该项损失予以支持；原施工方提供的项目部工人工资表不足以证明其主张的窝工事实，情况汇报中双方当事人也未对窝工予以确认，因此法院对该项损失不予支持。

在海南省三亚市中级人民法院2018年审结的一起案件中^[58]，委托方将一道路工程委托代建方代建，代建方通过招投标程序将此项工程发包给承包方施工，而承包方将此路段的绿化工程分包给第三方公司；施工期间当地管理委员会决定对该路段绿化工程进行提升，改变了原有的设计方案和施工方案，当地规划委员会对该第三方公司报送的设计方案不予通过，其后委托方与代建方在该第三方公司不知情的情况下对建设工程合同签订补充协议，且委托方对此项绿化工程项目进行重新招标。该第三方公司要求各方就重复招标行为对其造成的损失进行赔偿，支付相应的工程价款及设计费用。二审法院认为尽管该公司与其他各方之间未存在设计合同，但其已实际上完成了涉案工程施工图纸设计及提升方案设计，且主要因委托方未能配合该第三方公司进行后续修改的原因，该提升方案设计未能最终通过，根据《合同法》第285条规定，法院支持第三方公司对实际发包人即委托方关于设计费的请求，但是鉴于该公司的提升设计方案未最终通过评审并实际使用的原因，二审法院根据案件的具体情况，酌情支持鉴定结果50%的设计费。

在云南省迪庆藏族自治州中级人民法院2016年审结的一起案件中^[59]，发包方将一工程设计工作发包给承包方，之后经双方验收，工程完成竣工验收并进入投运，但发包方一直未支付剩余设计费用且在施工过程中，因地理原因，经发包方同意，承包方变更了部分线路，存在增加工程量的情况。二审法院认为双方所签合同中并没有明确约定线路路径变更的处理方法，在竣工验收后，双方也没有对线路路径变更进行过协商；且该施工图纸是由承包方自行勘察、设计的，新增工程量双方没有进行结算，也没有进行评估鉴定，增加的费用是承包方单方作出的。在承包方所提供的证据不足以证明增加费用及发包方不

予认可的情况下，二审法院对工作增量费用的支付请求不予支持。

另外，本条禁止发包人单方变更计划，因为施工计划此前是由双方共同协商确定的。正因为如此，《法国民法典》第1793条规定，承包人与土地所有人协商好建筑方案后，在工程施工过程中，不得以劳动力或原材料的数量增加或以对原方案有所增改为由，单方面要求增加任何工程造价，但经过业主批准或与业主协商一致的除外。其理由在于，建设工程的造价一般采取包干（forfait）模式，因此是终局性的，不允许单方变更。承包人不得就所实施的额外工程向发包人索要报酬，也不得主张对标的物存在认识错误、业主构成不当得利或者存在情事变更。^[60]

第八百零六条

承包人将建设工程转包、违法分包的，发包人可以解除合同。

发包人提供的主要建筑材料、建筑构配件和设备不符合强制性标准或者不履行协助义务，致使承包人无法施工，经催告后在合理期限内仍未履行相应义务的，承包人可以解除合同。

合同解除后，已经完成的建设工程质量合格的，发包人应当按照约定支付相应的工程价款；已经完成的建设工程质量不合格的，参照本法第七百九十三条的规定处理。

本条主旨

本条规定了发包人和承包人的合同解除权。

相关条文

《建设工程司法解释一》第8条 承包人具有下列情形之一，发包人请求解除建设工程施工合同的，应予支持：（一）明确表示或者以行为表明不履行合同主要义务的；（二）合同约定的期限内没有完工，且在发包人催告的合理期限内仍未完工的；（三）已经完成的建设工程质量不合格，并拒绝修复的；（四）将承包的建设工程非法转包、违法分包的。

第9条 发包人具有下列情形之一，致使承包人无法施工，且在催告的合理期限内仍未履行相应义务，承包人请求解除建设工程施工

合同的，应予支持：（一）未按约定支付工程价款的；（二）提供的主要建筑材料、建筑构配件和设备不符合强制性标准的；（三）不履行合同约定的协助义务的。

第10条 建设工程施工合同解除后，已经完成的建设工程质量合格的，发包人应当按照约定支付相应的工程价款；已经完成的建设工程质量不合格的，参照本解释第三条规定处理。因一方违约导致合同解除的，违约方应当赔偿因此而给对方造成的损失。

理解与适用

本条是新增条文，主要源自2004年《建设工程司法解释一》第8条、第9条和第10条。其中，本条第1款规定源自《建设工程司法解释一》第8条第4项。其原因在于，根据《建筑法》第28条及第29条，承包人转包和违法分包的行为是违法的；在此种情况下，发包人可以主张因为承包人实施了违法行为而解除合同。本条第2款源自《建设工程司法解释一》第9条第2和3项，包括“使承包人无法施工，经催告后在催告的合理期限内仍未履行相应义务的”这一重要条件。其原因在于，《民法典》第563条第3项规定的法定解除事由为“当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行”。因此，在迟延履行履行的情况下，债权人必须先履行催告程序，只有债务人在催告的合理期限内仍然未能履行其合同义务，债权人才能解除合同。由此，本条的这一表述更为周延，与民法典合同编通则部分的规定保持了一致性。

还需要强调的是，协助义务在建设工程合同的履行中具有特别重要的意义。协助义务又称为协力义务，包括：提供符合承包人进场施工条件的施工场地；及时提供工程图纸及文件，并适时对工程文件作出解释；确保整个施工现场的一般秩序，并负责协调各个承包人之间的工作；提供工程所需的执照和许可，并协助承包人办理必要的证件和批件；提供承包人使用或共用工地上必要的堆置地和施工场地；组织竣工验收并接收工程等。^[61]如同有论者所指出的，债权人的这些协力义务属于不真正义务，而非传统的（债务人的）附随义务；对于此类不真正义务，相对人通常不得请求履行，其违反并不发生损害赔偿赔偿责任，仅发生权利人可以主张的赔偿的相应扣减^[62]；此点与非违约方的“减损义务”性质类似。

从审判实践来看，法院在判决建设工程合同解除的时候，会考虑双方的过错程度。在四川省高级人民法院2019年审结的一起案件中^[63]，承包方通过招标程序承包一项工程并签订建设工程合同。在施

工过程中，发包方以承包方主要管理人员不到场履职导致现场管理混乱、出现质量问题及诈骗阻工事件发生、相关人员煽动和组织工人到县政府机关闹事给项目造成极其恶劣的影响为由，要求解除施工合同，承包方回应不认可发包方所述理由，并要求发包方在收到回函后3个工作日内协商合同解除条件等相关问题。后双方未能就工程款结算及损失赔偿达成一致意见。其后承包方以发包方拒不支付工程款构成重大违约且违法解除施工合同给承包方造成巨大损失为由，向一审法院提起诉讼。一审法院认为依据双方约定不得分包，案涉工程中的水电安装工程部分属于承包方的总承包范围，但其将该部分工程分包给第三方，违反了双方的合同约定，发包方享有合同解除权；此外，对于合同解除后的损失分担问题，二审法院确认双方均存在违约行为，且双方的根本违约行为均构成合同被解除的条件，又根据双方提供的证据，无法证明双方的违约行为与合同解除的具体因果关系比例，因此支持一审法院根据双方过错程度，判定各承担损失的一半的责任划分。

在安徽省高级人民法院2019年审结的一起案件中^[64]，发包方与承包方就两项工程达成建设工程合同，施工期间发包方长期欠付工程款项，因此承包方向法院起诉要求解除合同且承包方承担赔偿责任的责任。法院明确施工以来，发包方未支付工程款，特别是其已明确认可承包方施工进度业已达到支付工程款相应节点，在承包方向其催要工程款后其仍未履行的情况下，仍未支付工程款，法院认为，发包方提出的承包方未开具工程款发票仅系承包方违反附随义务而非主合同义务，且因发包方拒付工程款导致工程持续停工，同时其未明确给出愿意继续履行合同的意思表示，亦没有作出继续履行合同的行为，因此法院支持承包方解除合同的请求。审判实践中还存在不少因发包人拒付工程款且经承包人催告仍不支付而解除合同的案例。^[65]在青海方升建筑安装工程有限责任公司与青海隆豪置业有限公司建设工程施工合同纠纷案中^[66]，法院认为：对于约定了固定价款的建设工程施工合同，双方未能如约履行，致使合同解除的，在确定争议合同的工程价款时，既不能简单地依据政府部门发布的定额计算工程价款，也不宜直接以合同约定的总价与全部工程预算总价的比值作为下浮比例，再以该比例乘以已完工程预算价格的方式计算工程价款，而应当综合考虑案件实际履行情况，并特别注重双方当事人的过错和司法判决的价值取向等因素来确定。

另外，前引《民法典》第806条第3款源自《建设工程司法解释一》第10条第1款，涉及建设工程施工合同解除的后果。根据该条，已经完成的建设工程质量合格的，发包人应当按照约定支付相应的工程价款；已经完成的建设工程质量不合格的，参照前引第793条的规

定处理。鉴于《民法典》第566条已经规定，“合同因违约解除的，解除权人可以请求违约方承担违约责任”，因此，本款未再保留《建设工程司法解释一》第10条第2款中承担违约责任的表述。

第八百零七条

发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除根据建设工程的性质不宜折价、拍卖外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以请求人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。

本条主旨

本条规定了工程价款的支付及其优先受偿问题。

相关条文

《合同法》第286条 发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。

最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》

一、人民法院在审理房地产纠纷案件和办理执行案件中，应当依照《中华人民共和国合同法》第二百八十六条的规定，认定建筑工程的承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。二、消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后，承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人。三、建筑工程价款包括承包人为建设工程应当支付的工作人员报酬、材料款等实际支出的费用，不包括承包人因发包人违约所造成的损失。四、建设工程承包人行使优先权的期限为六个月，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。

《建设工程司法解释二》第17条 与发包人订立建设工程施工合同的承包人，根据合同法第二百八十六条规定请求其承建工程的价款

就工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。

第18条 装饰装修工程的承包人，请求装饰装修工程价款就该装饰装修工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持，但装饰装修工程的发包人不是该建筑物的所有权人的除外。

第19条 建设工程质量合格，承包人请求其建设工程的价款就工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。

第20条 未竣工的建设工程质量合格，承包人请求其建设工程的价款就其建设工程部分折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。

第21条 承包人建设工程价款优先受偿的范围依照国务院有关行政主管部门关于建设工程价款范围的规定确定。承包人就逾期支付建设工程价款的利息、违约金、损害赔偿金等主张优先受偿的，人民法院不予支持。

第22条 承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限为六个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起算。

第23条 发包人与承包人约定放弃或者限制建设工程价款优先受偿权，损害建筑工人利益，发包人根据该约定主张承包人不享有建设工程价款优先受偿权的，人民法院不予支持。

理解与适用

1999年《合同法》第286条规定了承包人就建设工程价款的优先受偿权；这是建设工程合同部分最为关键和最为复杂的内容之一；在民法典编纂的立法研讨中，工程款优先受偿权也是建设工程合同部分讨论最受关注的议题之一。尽管立法者最终决定在《民法典》第807条中完全沿袭前述既有条文，对工程款优先受偿权相关问题的探讨与研究在未来仍然有必要延续。

1.工程款优先受偿权制度的价值

在民法典编纂立法研讨过程中，有论者提出：工程款优先权的立法目的是保护农民工的权益，但是实际上他们的工资款是付给了承包商、分包商，这并没有达到立法的目的。另外，现在相关的行政管理手段比较严格，拖欠农民工工资的问题比较少，是否还有必要保留工程款优先权制度？这一观点确实具有一定道理。例如，国务院于2019

年12月颁布了《保障农民工工资支付条例》，其中专设第四章“工程建设领域特别规定”（第23-37条）^[67]，对农民工工资的支付规定了多项保障制度，其规定对于保障农民工工资的及时支付将发挥重要作用；但是，不能因此认为包括工程款优先受偿权在内的其他制度就不再起作用。另外，保障农民工工资的支付仅是工程款优先受偿权制度的目的之一，这一制度也同时可以保护承包人、分包人等其他群体的合法利益；这也是其他国家都广泛设立了这一制度的原因所在。因此，主流意见均认为民法典应该继续保留这一制度。

2. 工程款优先受偿权的性质

关于工程款优先权的性质，学界历来存在不同观点：有留置权说、优先权说、抵押权说等不同学说。譬如，鉴于我国的留置权只适用于动产，不少学者主张其为法定抵押权。^[68]此观点似乎受到德国法的影响，因为《德国民法典》第648条第1款前半段规定：“建筑工程或者建筑工程之一部分的承揽人，可以针对自己由合同产生的债权，请求就定作人之建筑用地给予保全抵押。”^[69]《德国民法典》第1184条第2款规定，保全抵押权必须在土地登记簿上标明。《法国民法典》第2374条规定了不动产优先权中的“特别优先权”；其中第4款规定了建筑师、承包人、施工人等对所完成的建筑物，在工程完工之日起6个月内有优先权。《法国民法典》第2396条又规定了依照法律规定而产生的法定抵押权（*hypothèque légale*）；根据第2400条，法定抵押权包括：夫妻一方对另一方的权利与债权就后者财产所享有的法定抵押权，被监护人的权利或债权对监护人、法定管理人的财产享有的法定抵押权，国家对税收官员、会计人员等特定公务人员的债权就其不动产所享有的法定抵押权，受遗赠人的权利与债权对遗产有法定优先权等。不过，在法国法上，也有“优先权债权人（*créanciers privilégiés*）的法定抵押权”这一概念，这些优先债权人包括国库、社保机构、职工（企业破产时）、建筑承包商、建筑师、业主大会（如个别业主未支付基于区分所有所负担的费用）等。法定抵押权需要进行登记。而在加拿大，就建筑商的优先权，魁北克省《关于建筑物的法律》所使用的是“法定抵押权”的措辞，就权利人的工作所带来的“增值（*plus-value*）”部分享有优先受偿权，这些工作包括建造（*construction*）、修缮（*rénovation*）和扩建（*agrandissement*）等工作，因为这些工作会为建筑物带来增值，而不包括对建筑物的常规保养（*entretien*）。作为抵押权，法定抵押权必须在权利人所负责实施的工程完成之日起30日内登记；其具有追及效力，并可对银行等债权人的约定抵押权（*hypothèque conventionnelle*）享有优先性。法定抵押权的主体是承包人（总承包商和分包商）、工人、建筑师、工程师、建材供应商，权利人须在工程结束起6个月内行使。而新不伦

瑞克省《关于建筑商、材料商优先权的法律》所使用的术语是“优先权（*priviège*）”，权利人是承包商、分包商、材料商等，权利范围以发包人对承包人所应支付的费用为限；禁止以合同方式剥夺第三方所享有的优先权；建筑工人所签署的放弃优先权的协议无效；优先权应当在完工之日起60日内登记，其行使期限为自登记之日起90天内，优先权以诉讼方式行使。

从以上比较法的分析来看，将工程款优先受偿权的属性界定为优先权抑或是法定抵押权，均有先例，二者在实质上其实差别不大。就我国而言，民法典物权编沿袭了《物权法》的相关规定，在抵押部分仅承认了约定抵押权（包括一般抵押权和最高额抵押权），并未另设法定抵押权。但我国《海商法》《破产法》等特别法则规定了一些法定优先权类型，因此，优先权在我国法律中是明确存在的。根据物权法定原则，物权的类型需要由法律加以规定；在这样的背景下，既然可以通过既有的优先权制度来解决问题，显然没有必要去专门创造出一个“法定抵押权”的新概念。因此，本书更赞同将工程款优先权归入法定优先权的范畴。^[70]

3. 工程款优先受偿权的权利主体

《合同法》第286条将工程款优先受偿权的权利主体规定为承包人，并未明确分包人、实际施工人等其他主体能否主张。民法典也沿袭了《合同法》的规定，未明确其他可以主张的主体。本书认为，就合法分包中的分包人而言，应允许其有权主张工程款优先受偿权。从上述比较法的分析可以看出，工程款优先受偿权的实质是特定群体对于建筑物提供了使其产生增值的工作，因此，其权利主体除了承包人之外，分包人、材料供应商、建筑师等均可主张。就我国的司法实践而言，很多地方法院所发布的司法政策文件中，都承认分包人或实际施工人完成了合同约定的施工义务且工程质量合格，在总承包人或转包人怠于行使工程价款优先受偿权时，就其承建的工程在发包人欠付工程价款范围内可以主张工程价款优先受偿权（如四川、浙江、安徽、江苏等省）。因此，可以对立法中的“承包人”概念进行扩大解释，将分包人纳入工程款优先受偿权的权利主体范围。

而“实际施工人”的情况则要复杂得多。这一概念是我国司法解释的一个创造；2004年《建设工程司法解释一》第26条第2款规定：“实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。”本条突破了合同相对性原则，规定实际施工人享有对发包人的直接诉权，但并未规定其有优先受偿权。从各地的司法实践来看，“实际施工人”一般被认为是转包、违法分包以及借

用资质的无效建设工程施工合同中的承包人。在建设工程历经数次转包或分包的，实际施工人是实际投入了资金、材料和劳力并负责工程施工的企业或个人。就实际施工人能否主张工程价款优先受偿权这一问题，持肯定意见的主要理由在于，当前建设工程领域存在层层转包、违法分包、资质挂靠等诸多乱象，实际施工人的存在是十分普遍的现象，应保护其合法权益。“工程竣工验收合格即表明法律认可无效合同的承包人对工程价值的增值，依据增值理论，自然应赋予其优先受偿的权利。”^[71]与之相反，持否定意见的理由在于，实际施工人往往无建设资质或超越其建设资质施工，由此其施工合同无效；在合同无效的情况下，显然不能支持其享有优先受偿权。而从法院的相关司法判例来看，有些判例持肯定态度，如“珠海宝辉生物科技有限公司与伍常青及湛江市粤西建筑工程公司珠海公司案外人执行异议之诉”中，最高人民法院认为：伍常青作为丽丰花园项目的实际施工人有权对该项目地上建筑物拍卖所得的价款主张优先受偿权。一、二审法院支持伍常青的诉讼请求并无不当。^[72]但是，也有不少判例持否定意见。例如，在“王春霖与辽宁万泰房地产开发有限公司、盛京银行股份有限公司沈阳市泰山支行申请再审案”中，最高人民法院认为：“王春霖作为实际施工人，主张建设工程价款优先受偿权没有法律依据。”^[73]

在这样的背景下，2018年《建设工程司法解释二》的相关内容就尤其值得注意：该司法解释对实际施工人能否主张工程价款优先受偿权这一争议问题仍然保持沉默^[74]；第24条规定，实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任；第25条规定，实际施工人可向发包人提起代位权诉讼。从文义解释的方法来看，可以解释为新司法解释未承认实际施工人可以主张工程价款优先受偿权；这一立场在最高人民法院所编著的《建设工程司法解释二》的理解与适用中被得以表达。而此后的最新司法判例似乎也遵从了这一立场。^[75]

笔者认为，法院最新的司法判例的否定立场是正确的，应予肯定。一方面，工程价款优先受偿权是基于有效的建设工程合同所产生的法定优先权；在合同无效的情况下，显然难以支持实际施工人向发包人主张这一法定优先权。另一方面，尽管实际施工人在建设工程中投入了资金、劳动力，但其对合同无效显然并非无辜，作为无资质的直接当事人，其对合同无效亦具有过错。在此情况下，法律没有必要对其授予合法的承包人、分包人所享有的优先受偿权。而且，正是考虑到其实际所投入的资金、劳动力等资源，前引司法解释赋予了其对发包人享有直接诉权；但这种诉权并非是优先受偿权，而是一种债权性质的权利。这与法国法的规定十分类似：《法国民法典》第1798条

规定了建筑工程中受雇的泥瓦工、木工以及其他工人对于业主享有直接诉权，业主的责任范围以承包合同中对承包人所负的债务为限。但是，此种直接诉权并非优先权，而是一种债权性质的权利，因为这些工人相对于业主的其他债权人而言，并无优先受偿权。^[76]因此，实际施工人不能主张工程款优先受偿权；但如转包人或者违法分包人怠于向发包人行使到期债权，对其造成损害，则可根据《建设工程司法解释二》第25条的规定，代位行使承包人的权利，包括承包人的工程款优先受偿权。这一解释也符合民法典对《合同法》中的代位权制度所进行的修订：根据民法典第535条，债权人可以自己的名义代位行使债务人对相对人的权利以及与债权“有关的从权利”，包括具有担保物权属性的优先受偿权。总之，对于分包人，未来可以通过对民法典中的“承包人”概念进行扩张解释，将其纳入工程款优先受偿权的权利主体范围；对于实际施工人，鉴于其本身是司法解释所使用的概念，对其是否可以主张工程款优先受偿权的问题，显然继续交由司法解释和判例去解决较为适宜，民法典无必要对此作出规定。

4. 关于工程款优先受偿权的范围

关于优先受偿权担保范围，涉及所谓直接费用和间接费用的区分。所谓直接费用（direct costs），即工程建设所直接支付的人力和建筑材料等费用；而间接成本（indirect costs）是除了材料、人力等直接成本之外、为管理工程所必需的成本，包括设计费、评估费、咨询费、法律服务费用、国家和地方的税以及行政费用。^[77]就建设工程领域而言，根据住房和城乡建设部2017年发布的《建设项目总投资费用项目组成（征求意见稿）》，直接费是指施工过程中耗费的构成工程实体或独立计价措施项目的费用，以及按综合计费形式表现的措施费用；直接费包括人工费、材料费、施工机具使用费和其他直接费。间接费是指施工企业为完成承包工程而组织施工生产和经营管理所发生的费用，其内容包括管理人员薪酬、办公费、差旅交通费、施工单位进退场费、非生产性固定资产使用费、工具用具使用费、劳动保护费、财务费、税金，以及其他管理性的费用。

就工程价款优先受偿权的范围，2002年最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第3条曾规定：“建筑工程价款包括承包人为建设工程应当支付的工作人员报酬、材料款等实际支出的费用，不包括承包人因发包人违约所造成的损失。”据此，在中铁二十二局集团第四工程有限公司与安徽瑞讯交通开发有限公司、安徽省高速公路控股集团有限公司建设工程施工合同纠纷案^[78]中，法院认为：承包人诉讼请求中所主张的因发包人违约造成的停窝工损失和材料价差损失，不属于建设工程价款优先受偿权的权利行使范围，承包

人请求对上述两部分款项行使优先受偿权的，人民法院不予支持。这一司法解释的规定也被认为过于机械和严苛，缺乏可操作性。

这样的背景下，2018年《建设工程司法解释二》第21条对优先受偿权的范围采取了模糊规定：“承包人建设工程价款优先受偿的范围依照国务院有关行政主管部门关于建设工程价款范围的规定确定。承包人就逾期支付建设工程价款的利息、违约金、损害赔偿金等主张优先受偿的，人民法院不予支持。”显然，该条不再像2002年司法解释那样，明确限定建设工程价款的范围，而是通过援引规范（“依照...确定”），指向“国务院有关行政主管部门关于建设工程价款范围的规定”。此条规定中的“国务院有关行政主管部门”，应为具体建设工程归属管理的国务院有关行政主管部门，根据所涉行业领域的不同而有所不同。至于“国务院有关行政主管部门关于建设工程价款范围的规定”，司法解释并未明确具体是哪一部：事实上，此类“规定”有多部。譬如，2004年财政部、建设部发布《建设工程价款结算暂行办法》。2017年住房和城乡建设部发布《建设项目总投资费用项目组成（征求意见稿）》和《建设项目工程总承包费用项目组成（征求意见稿）》等。^[79]未来，人民法院将参照这些规章，来确定承包人建设工程价款优先受偿的范围。另外，前引2018年《建设工程司法解释二》第21条第2款明确规定：“承包人就逾期支付建设工程价款的利息、违约金、损害赔偿金等主张优先受偿的，人民法院不予支持。”这就沿袭了2002年司法解释的一贯立场：违约金并不包含在优先受偿权范围内^[80]；工程款利息同样不包含在此范围当中^[81]，这被认为是平衡各方当事人利益的结果。

5. 工程款优先受偿权的登记与放弃问题

在立法研讨过程中，就工程款优先受偿权的登记问题也曾出现过一些争论。一些专家坚持现行法的规定，认为其作为法定的优先权无须登记，因为法律的直接规定就相当于公示作用，对其他债权人可以起到警示作用；这也是民法典最后所采纳的立场。但是，另一些专家则坚持登记的必要性。理由在于，一方面，工程款优先受偿权究其性质而言，仍然是不动产物权，而物权法对不动产物权原则上均要求登记方可生效（除承包经营权等因法律另有规定而除外），因此，工程款优先受偿权也应进行登记；这对于权利人和其他债权人的利益保护来说也都是有利的。另一方面，从技术层面来看，工程款优先受偿权的登记在操作层面并不存在障碍，因为承包合同、分包合同中均载明了工程价款的金额、履行期限等要素。可以参照比较法的经验，可要求权利人在合同中所约定的工程任务完成后的一定期限内（如30日内）进行登记，因为此时工程款优先受偿权的担保范围也相应固定下

来。另外，通过登记制度，发包人事先可详细了解各分包人的相关情况，预先控制相关风险。正是基于这些原因，在全国人大常委会法工委民法室早期所起草的“室内稿”草案中曾规定工程款优先受偿权未经登记不得对抗；然而，由于存在分歧，这一条文最终被删除；民法典仍然选择沿袭《合同法》的立场，对工程款优先权不要求登记。

在民法典编纂过程中，曾有专家提出民法典应对工程款优先权能否预先放弃作出规定，因为在实践中不少业主提出过这样的缔约条件。从比较法上看，这一问题存有争议。以加拿大为例，根据魁北克省的法律，基于业主的利益，建筑商、材料商可以放弃其法定抵押权，业主与承包商的合同中常包含此类弃权条款；而总承包人与分包商、材料供应商的合同中有时候也有此类弃权条款。然而，新不伦瑞克省的法律却规定，除总承包人在其与发包人缔结的合同可以放弃工程款优先权之外，其他人不得放弃此种优先权。就我国而言，《建设工程司法解释二》第23条对此已有明确规定：“发包人与承包人约定放弃或者限制建设工程价款优先受偿权，损害建筑工人利益，发包人根据该约定主张承包人不享有建设工程价款优先受偿权的，人民法院不予支持。”鉴于司法解释对此已有明确立场，民法典最终对这一问题没有再行规定。

6. 工程价款优先受偿权期限的起算点

2002年最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第4条规定：“建设工程承包人行使优先权的期限为六个月，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。”这一司法解释确定以工程竣工之日起计算6个月的优先权期限；在一般情况下，工程竣工之日即为工程款支付的日期，因此，这一做法确有其合理性。在审判实践中，由于此期限限制，优先受偿权期限计算的起点以及主张的时间认定对案件结果有重大的影响。但是，实践中也存在工程款支付日期晚于工程竣工日期的情形；在这样的情况下，如果一律按照竣工日期作为6个月期限的起算点，对于承包人显然不公。正因为如此，有些地方的法院在审判实践中对司法解释的上述规定进行了变通。例如，在“南通一建公司诉均英光电公司建设工程价款优先受偿权纠纷案”^[82]中，江苏省高级人民法院认为：“对于承包人是否享有优先受偿权，应当结合《中华人民共和国合同法》第二百八十六条和《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第四条的规定处理。由于实践中工程竣工之日往往也是工程款应当结清之时，因此，承包人主张工程款优先受偿权一般应从建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算，但如果工程款债权在建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日尚未届清偿期，建设

工程价款优先受偿权的起算点最早应当从债权应受清偿时起算，即在发包人未按约定支付价款，承包人在合理期限内催告后，发包人仍未支付的，从此时起算建设工程优先受偿权的行使期间。”在最高人民法院2017年审结的一起案件中^[83]，在工程施工完成后，承包方向发包方提交了工程结算书，要求进行工程结算，此后双方就工程结算进行了长期的协商，但最终发包方仍旧未支付工程款，因此承包方诉至法院。对于优先受偿权，本案工程于2012年10月18日竣工，2014年9月23日办理竣工验收备案，2014年10月24日办理竣工结算备案，双方结算协议约定欠付款于2015年1月27日之前付清，案件焦点在于承包方对案涉工程主张优先受偿权是否已经超过6个月的保护期限。再审法院认为优先受偿权保护期限从2015年1月27日即发包方支付欠付款期限届满之日起计算，因为建设工程优先受偿的对象是工程折价或者拍卖价款，而工程需折价或者拍卖的前提是发包人逾期不支付工程价款。当发包人支付工程价款已届履行期时，承包人通过诉讼要求支付工程款才可能得到支持，并相应主张优先受偿权才有意义，故建设工程优先受偿权宜从发包人应付工程款期间届满之日起算；同时在认定该优先受偿权的行使期限时，应当尊重当事人之间关于支付工程价款期限的约定。此外，建设工程款优先受偿权的行使期限属于除斥期间，且承包人需在法定期限内通过诉讼的方式予以主张，因此再审法院认定承包人向一审法院提交诉状的时间为其主张优先受偿权的时间。此外，在建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用且不与承包人结算工程款的情况下，安徽省高级人民法院在其2014年审结的一起案件^[84]中认为，此时的竣工日期不宜依照最高人民法院《建设工程司法解释一》第14条第3项规定“建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用的，以转移占有建设工程之日为竣工日期”，将案涉工程转移占有之日作为竣工日期，因为从立法目的看，该条文主要针对建设工程施工合同纠纷中发包人恶意拖延工程竣工验收时间，以达到拖延支付工程款的违法目的而作出的惩罚性规，而并非针对优先受偿权的规定。于此案中，二审法院按照最高人民法院全国民事审判工作会议纪要精神，认为因发包人的原因，合同解除或终止履行时已经超出合同约定的竣工日期的，承包人行使优先受偿权的期限自合同解除之日起计算。

正因为如此，2018年《建设工程司法解释二》第22条对工程款优先受偿权行使期限的起算点重新作出了规定：“承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限为六个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起算。”较之于前引2002年司法解释，新司法解释的这一调整显然更为合理，从承包人可以行使其工程款优先受偿权之日起开始计算其6个月期限，对承包人更为公平，有重要的实践价值。

7. 工程价款优先权的强制执行法问题

承包人的建设工程价款优先受偿权须经执行程序申请法院依法拍卖工程，就拍卖所得价款优先受偿；但承包人并不能取得建设工程的所有权。另外，建设工程价款优先受偿权在获得执行之前，是否必须经过诉讼或仲裁程序？对此，一种观点认为必须先通过诉讼程序来确定优先权的有无及数额；另一种观点则相反，认为无须另行通过诉讼可直接申请执行。持后一种观点的部分学者受到《民事诉讼法》第196条关于申请实现担保物权程序相关规定的影响，认为可由权利人直接向担保财产所在地或者担保物权登记地法院提出。但这一观点忽视了不动产抵押权与工程价款优先受偿权的重要区别在于，不动产抵押权必须登记，因此，其所担保的主债权金额是确定的；而工程价款优先受偿权无须登记，因此，发生争议时双方常常工程价款优先受偿权是否存在以及具体金额难以达成一致。从法律性质上说，此类问题属于实体问题，应由审判机构通过诉讼程序或者由仲裁机构通过仲裁程序予以确认；执行机构无权对实体问题作出裁判。

另外，承包人可否以其建设工程价款优先受偿权为由，就进入强制执行程序的建设工程提起执行异议之诉？就此而言，江苏省高级人民法院2017年发布的《执行异议之诉案件审理指南》第24条规定：“建设工程优先受偿权的本质是以建设工程的交换价值担保工程款债权的实现，也就是说，建设工程优先受偿权只是一种顺位权，不能达到阻却执行的效果。因此，人民法院对建设工程采取强制执行措施时，案外人不能以其对该建设工程享有优先受偿权为由提起执行异议之诉要求停止执行，而只能在执行程序中向执行法院提出优先受偿的主张。”最高人民法院在裁判中也表达了相同的立场。在2017年的“天津聚成建筑安装工程有限公司与中节能（天津）投资集团有限公司、天津市福鸿房地产开发有限公司案外人执行异议之诉案”^[85]中，最高人民法院认为：《民事诉讼法》第227条的“案外人对执行标的提出书面异议”，是指对执行标的的主张具有足以排除强制执行的权益。案外人执行异议之诉的标的是案外人是否有权请求排除对执行标的采取的强制执行措施，而这一诉讼标的基础是案外人与被执行人谁对该执行标的享有实体权利。因此，足以排除强制执行的权益范围，应当为“所有权或者有其他足以阻止执行标的的转让、交付的实体权利”。案外人只有认为自己对该执行标的享有实体权利，而人民法院的强制执行行为妨碍了其所享有的实体权利的，才可以作为执行异议之诉的原告提起执行异议之诉。建设工程价款优先受偿权是承包人就建设工程折价或者拍卖的价款优先受偿的权利，属于法定优先权的范畴。优先受偿权是债权优先得到清偿的权利，这种权利不是所有权等实体权利，不能阻止执行标的的转让、交付。因此，主张建设工程价

款优先权的人，不能依据《民事诉讼法》第227条规定提出异议。案外人对人民法院正在执行的财产主张享有建设工程价款优先受偿的，应当依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第508条第2款规定申请参与分配，而不能对执行标的提出异议。

从这些司法政策与判例可以看出，在人民法院看来，建设工程价款优先受偿权的目的是以建筑工程的交换价值作为担保，来实现对所欠付的工程价款的最终受偿；作为法定优先权，其主要的功能在于确保债务人清偿债务时，优先权人处于优先于其他债权人的次序首先获得受偿，显然，其目的并非在于获取建筑工程本身的所有权或处分权。因此，权利人不能以其所享有的建设工程价款优先受偿权对抗债权人就建设工程的强制执行程序。当然，尽管建设工程价款优先受偿权不能阻止执行标的的转让、交付，但并不影响执行标的在转让、交付获得相应执行价款之后，优先权人以享有法定优先权为由请求参与执行价款的分配。

■ 第八百零八条

本章没有规定的，适用承揽合同的有关规定。

本条主旨

本条规定了对承揽合同的参照适用。

相关条文

《合同法》第287条 本章没有规定的，适用承揽合同的有关规定。

理解与适用

本条沿袭了《合同法》第287条的内容。

根据本条，如本章没有规定的，适用承揽合同的有关规定。其原因在于，建设工程合同本质上仍然属于承揽合同，两者的区别主要在于工作内容不同，以承揽建设工程为内容的是建设工程合同，而以承

揽其他工作为内容的属于承揽合同。《法国民法典》第1792-1799条关于建设工程合同的规定，是置于承揽合同（contrat d'entreprise）的框架之下。^[86]同样，根据德国民法典，建设工程合同属于承揽合同的特殊类型，没有特别规定时，仍适用第631条、第650条的承揽合同一般规定。^[87]我国有论者指出，我国《合同法》将建设工程合同从承揽合同中分离出来的做法乃移植于苏联民法。苏联把建设工程合同称为基本建设包工合同，并在民法典中将“基本建设包工”列为独立一章，位于“承揽”之后。我国这一做法有两个目的：其一，规范建设市场，确保工程质量；其二，解决拖欠工程款和民工工资的问题。^[88]

在审判实践中，法院可在建设工程合同纠纷中适用承揽合同的相关规定。如在四川省高级人民法院2019年审结的一起案件中^[89]，发包人与承包人签订《建筑工程承包及商品房销售协议》，其后承包方开始施工，竣工验收后双方就工程款发生纠纷并诉至法院，同时发包人要求承包人交付部分商铺并赔偿逾期交付的损失。法院依据《合同法》第264条关于承揽人留置权的相关规定，认为在发包方未全额支付工程款的情况下，承包方有权就其承建的工程予以留置；且双方签订的《建筑工程承包及商品房销售协议》未就工程交付时间作明确约定。因此，即使承包方至今未向发包方交付此部分商铺，无论基于上述法律规定或者行使同时履行抗辩权，其均具有正当理由。

而真正复杂的问题在于，建设工程合同可否适用承揽合同中定作人的任意解除权。《民法典》第787条规定：“定作人在承揽人完成工作前可以随时解除合同，造成承揽人损失的，应当赔偿损失。”这样一种定作人的任意解除权，是否可以适用于在建工程施工合同？是否可允许发包人在承包人完成工作之前任意解除建设工程合同？

就此而言，值得注意的是，《建设工程司法解释一》第8条列举了发包人行使解除权的情形，包括：（1）明确表示或者以行为表明不履行合同主要义务的；（2）合同约定的期限内没有完工，且在发包人催告的合理期限内仍未完工的；（3）已经完成的建设工程质量不合格，并拒绝修复的；（4）将承包的建设工程非法转包、违法分包的。据此有论者认为，其中并没有提到发包人具有所谓“任意解除权”，因此，不能认为发包人享有这样的权利。另外，由于建设工程施工合同标的物的特殊性，建造工程不仅耗时间长而且还需要投入相当多的人力、物力与财力。因此，一旦赋予发包人“任意解除权”，会给承包人造成极大的损失。因此，建设工程施工合同的解除不适用《合同法》第268条的规定。

然而，上述观点值得商榷。在承包人完成工程之前，如果发包人

由于其规划方案改变，或者整体的商业计划发生变化，原先所涉及的使用寿命对其已无价值，甚至整个建筑工程对其来说已无需要可言。譬如，某大学基于此前的办学方案，拟建立公共卫生学院，因此通过招投标与承包人签署协议拟建造一座与此学科相关的实验室；但后来因政策与资金原因改变了学科建设方案，不再建立公共卫生学院。因此，原先拟建立的实验室在未来将不再有用。在此情况下，如发包人提出解除合同，承包人并无理由拒绝；承包人不能强迫发包人接受其继续施工的行为，在未来更不能强迫发包人接收其执意按原计划所建设的实验室。显然，应允许发包人及时通知承包人终止合同，避免施工行为继续所导致的不必要浪费。否则可能出现的情况是：在明知发包人已无需要的情况下，承包人还要继续履行合同，花费巨大的人力物力去建成对发包人而言毫无价值的工程，造成社会财富的浪费。正因为如此，《法国民法典》第1794条规定：“工程业主得依其单方面的意愿（*par sa seule volonté*）解除包干型工程承揽合同，即使工程已经开始施工，亦同；但业主应当对工程承揽人在该工程中已经付出的所有费用和劳务及其所可以获得的利益给予赔偿。”当然，发包人解除合同如对承包人造成损失，应给予相应的赔偿。

注释：

[1] See Study Group on a European Civil Code : *Principles of European Law on Service Contracts* (*PEL SC*) , Munich : Sellier , 2009 , p.309.

[2] 李凡：《建设工程合同中的有关问题》，载《人民司法》1999年第11期，第4页。

[3] 笔者所在的教育部人文社会科学重点研究基地“中国人民大学民商事法律科学研究中心”曾在2019年10月及11月与有关机构合作，先后在中国人民大学及国家法官学院北京分院组织了两次“民法典合同编分则草案立法研讨会”，邀请多位学界和实务界的知名专家及来自立法机构的民法典编纂工作专班成员参会；会议期间，建设工程合同始终一直是讨论最为热烈的议题之一。

[4] 庞闻淙、朱晨阳：《对设计咨询合同的性质应综合判断》，载《人民司法》2019年第11期，第69页。

[5] 参见“柳河县天鑫建筑工程有限责任公司与柳河县康华牧业有限责任公司、康宝权、原审第三人胡永丰建设工程合同纠纷案”吉林省通化市中级人民法院（2019）吉05民终792号民事裁定书。

[6] 参见“新疆陆通建筑安装工程有限公司、周瑜建设工程施工合同纠纷案”，新疆维吾尔自治区高级人民法院（2016）新民终470号民事判决书。

[7]参见“中恒建设集团有限公司与内蒙古大美丝路文化旅游开发有限公司建设工程合同纠纷案”，内蒙古自治区阿拉善盟中级人民法院（2019）内29民初9号民事判决书。

[8]参见“陕西瑞龙建筑工程有限公司与榆林针灸按摩专科医院合同纠纷案”陕西省高级人民法院（2017）陕民终919号民事判决书。

[9]参见“松原市粮食建筑有限责任公司与吉林省诚隆房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”，吉林省高级人民法院（2018）吉民终502号民事判决书。

[10]参见“瑞安市汀田街道富里村股份经济合作社、瑞安市汀田街道强里村股份经济合作社建设工程施工合同纠纷案”，浙江省高级人民法院（2019）浙民终437号民事判决书。

[11]参见“黄进涛、北京建工集团有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”，最高人民法院（2018）民终611号民事判决书。

[12]参见“湖南对外建设集团有限公司、冷仲华建设工程施工合同纠纷案”，湖南省高级人民法院（2019）湘民再199号民事判决书。

[13]参见石佳友：《民法典与社会转型》，北京，中国人民大学出版社2018年版，第363页。

[14]Jean Hausser, Les difficultés de la recodification : les personnes?, in Bernard Saintourens (dir.), Le Code civil: Une le on de légistique? Paris: Economica, 2006,p.64.

[15]参见“南通鸿基市政工程有限公司与如皋西部投资开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”，江苏省南通市中级人民法院（2015）通中民初字第00002号民事判决书。

[16]参见“中国第四冶金建设有限责任公司与镇赉县人民政府不当得利纠纷案”，吉林省白城市中级人民法院（2019）吉08民终995号民事判决书。

[17]参见“重庆建工集团股份有限公司与中铁十九局集团有限公司建设工程合同纠纷案”，最高人民法院（2012）民提字第205号民事判决书。

[18]参见王建东、孙兴洋：《建设工程合同竣工结算规则的合理性探讨》，载《法学》2006年第11期，第151-152页。

[19]参见“鄂尔多斯市锦道房地产开发有限公司与巴彦淖尔市民政局建设工程施工合同纠纷案”，内蒙古巴彦淖尔市中级人民法院（2018）内08民终1231号民事判决书。

[20]参见“江苏省苏中建设集团股份有限公司、宁夏银古实业有限公司建设工程施工合同纠纷案”，最高人民法院（2019）民终1192号民事判决书。

[21]参见王建东、毛亚敏：《建设工程合同的主体资格》，载《政法论坛》2007年第4期，第176页。

[22]参见龚雪林：《转包、分包和借用资质情形下的建设工程施工合同效力分析——兼论建设工程施工合同司法解释有关效力规定》，载《法律适用》2014年第12期，第72页。

[23]唐倩：《挂靠施工合同的效力分析》，载《法律适用》2019年第5期，第89-90页。

[24]参见唐倩：《实际施工人的建设工程价款优先受偿权实证研究》，载《中国政法大学学报》2019年第4期，第84页。

[25]程新文、刘敏、谢勇：《〈关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）〉的理解与适用》，载《人民司法》2019年第4期，第37-38页。

[26]王建东：《论建设工程合同的成立》，载《政法论坛》2004年第3期，第60页。

[27]参见“青岛百仕置业有限公司与青岛一建集团有限公司建设工程施工合同纠纷上诉案”，山东省高级人民法院（2014）鲁民一终字第158号民事判决书。

[28]钟晓东：《建设工程合同效力问题所引发的思考》（下），载《仲裁研究》2014年第三十六辑，第67页。

[29]最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建设工程施工合同司法解释的理解与适用》，北京，人民法院出版社2015年第2版，第150页。

[30]Mariane Faure-Abbad，〈〉 Les incidences de la réforme sur les effets des contrats de construction : questions choisies 〈 〉，in Lionel Andreu et Marc Mignot（dir.），Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations，Paris：LGDJ，2017，p.186.

[31]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《〈最高人民法院建设工程施工合同司法解释（二）〉理解与适用：条文·释义·原理·实务》，北京，人民法院出版社2019年版，第215-217页。

[32]参见“贵州中水建设管理股份有限公司与贵州北控城投投资有限公司、贵阳市人民政府合同纠纷案”，贵州省贵阳市中级人民法院（2016）黔01民初1559号民事判决书。

[33]参见“齐河环盾钢结构有限公司与济南永君物资有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”，载《最高人民法院公报》2012年第9期（总第191期）。

[34]参见“中铁十九局集团有限公司与重庆建工集团股份有限公司建设工程合同纠纷再审案”，载《最高人民法院公报》2014年第4期（总第210期）。

[35]参见“甘肃蓝野建设监理有限公司与新疆千鑫矿业有限公司建设工程监理合同纠纷案”，新疆阿勒泰地区中级人民法院（2019）新43民终231号民事判决书。

[36]参见“上诉人成都安彼隆建设监理有限公司与被上诉人阆中市宏誉置业有限公司建设工程监理合同纠纷案”，四川省南充市中级人民法院（2017）川13民终3060号民事判决书。

[37]参见“青岛金水源置业有限公司、山东昌隆建设咨询股份有限公司建设工程监理合同纠纷案”，山东省青岛市中级人民法院（2018）鲁02民终418号民事判决书。

[38]参见“中国建筑第四工程局有限公司等诉无锡新世界国际纺织服装城有限公司等建设工程施工合同纠纷案”，江苏省无锡市中级人民法院（2017）苏02民终2180号民事判决书。

[39]参见“山东康能地温空调有限公司与商丘市恒嘉置业有限公司承揽合同纠纷案”，山东省济宁市中级人民法院（2014）济民终字第1454号民事判决书。

[40]参见“七天快捷酒店管理（北京）有限公司等诉上海松瓯实业有限公司等房屋租赁合同纠纷案”，上海市第一中级人民法院（2012）沪一中民二（民）终字第3152号民事判决书。

[41]参见“中国十五冶金建设集团有限公司、合肥水泥研究设计院有限公司建设工程施工合同纠纷案”，最高人民法院（2018）民终92号民事判决书。

[42]参见“阜新新兴房地产开发有限公司、中国新兴建设开发有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”，最高人民法院（2019）民终1466号民事判决书。

[43]参见“威海市鲸园建筑有限公司与威海市福利企业服务公司、威海市盛发贸易有限公司拖欠建筑工程款纠纷案”，载《最高人民法院公报》2013年第8期（总第202期）。

[44]参见“呼和浩特万达广场投资有限公司因与内蒙古建筑勘察设计院有限责任公司建设工程设计合同纠纷案”，内蒙古自治区高级人民法院（2015）内民一终字第00105号民事判决书。

[45]参见“安徽省工业设备安装有限公司、安徽实华工程技术股份有限公司建设工程合同纠纷案”，安徽省安庆市中级人民法院（2018）皖08民终557号民事判决书。

[46]参见“张嘉欣、兴安盟宇科房地产开发有限公司房屋买卖合同纠纷案”，内蒙古自治区高级人民法院（2017）内22民终89号民事判决书。

[47]参见“北京中奥建工程设计有限公司、三亚远大投资管理有限公司建设工程设计合同纠纷案”，海南省三亚市中级人民法院（2018）琼02民终1626号民事判决书。

[48]参见“海擎重工机械有限公司与江苏中兴建设有限公司、中国建设银行股份有限公司泰兴支行建设工程施工合同纠纷案”，载《最高人民法院公报》2015年第6期（总第224期）。

[49]参见“江苏南通二建集团有限公司与吴江恒森房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”，载《最高人民法院公报》2014年第8期（总第214期）。

[50]参见“中国新兴建设开发有限责任公司与海上嘉年华（青岛）置业有限公司建设工程施工合同纠纷案”，最高人民法院（2018）民终556号民事判决书。

[51]参见“常州神州特种养殖有限公司与杨网大建设工程施工合同纠纷案”，江苏省高级人民法院（2019）苏民再186号民事判决书。

[52]参见“苏州国信建设集团有限公司、中国核工业芜湖基础工程公司等与青岛时代建筑设计有限公司建设工程施工合同纠纷”，江苏省高级人民法院（2017）苏民终1672号民事判决书。

[53]参见“大安市鑫立食品有限公司与松原市百合建设安装有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”，吉林省高级人民法院（2017）吉民终537号民事判决书。

[54]参见“河南省偃师市鑫龙建安工程有限公司与洛阳理工学院、河南省第六建筑工程公司索赔及工程欠款纠纷案”，载《最高人民法院公报》2013年第1期（总第195期）。

[55]参见“广东吴川建筑安装工程有限公司、成信雄建设工程施工合同纠纷案”，最高人民法院（2019）民再196号民事判决书。

[56]参见“王俊旭、平顶山市昊天实业有限公司与李海利建设工程施工合同纠纷案”，青海省高级人民法院（2019）青民终84号民事判决书。

[57]参见“中铁二十四局集团有限公司与新疆甘泉堡神信物流有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”，新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市新市区人民法院（2014）新民一初字第15号民事判决书。

[58]参见“海南北林大景观园林工程有限公司、三亚市海棠湾开发建设有限公司等与海南公路工程有限公司建设工程合同纠纷案”，海南省三亚市中级人民法院（2017）琼02民终922号民事判决书。

[59]参见“香格里拉市伟松房地产开发有限责任公司、昆明供电设计院有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”，云南省迪庆藏族自治州中级人民法院（2016）云34民终45号民事判决书。

[60]François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque, Contrats civils et commerciaux, 10^e éd., Dalloz, 2015, p.703.

[61]参见《中华人民共和国标准施工招标文件（2017年版）》第四章“合同条款及格式”。

[62]参见黄喆：《论建设工程合同发包人的协力义务——以德国民法解释论为借鉴》，载《比较法研究》2014年第5期，第106-107页。

[63]参见“中国第四冶金建设有限责任公司、苍溪县博翔房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”，四川省高级人民法院（2019）川民终22号民事判决书。

[64]参见“江苏南通二建集团有限公司与合肥海润光伏科技有限公司建设工程施工合同纠纷案”，安徽省高级人民法院（2017）皖民初50号民事判决书。

[65]参见“辽宁建工集团有限公司与抚顺市远达房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”，最高人民法院（2016）民申3556号民事判决书；“吉林民融投资有限公司、中国建筑第六工程局有限公司建设工程施工合同纠纷案”，最高人民法院（2018）民终629号民事判决书。

[66]参见“青海方升建筑安装工程有限责任公司与青海隆豪置业有限公司建设工程施工合同纠纷案”，载《最高人民法院公报》2015年第12期（总第230期）。

[67]譬如，施工总承包单位应当按照有关规定开设农民工工资专用账户，专项用于支付该工程项目农民工工资（第26条）。因建设单位未按照合同约定及时拨付工程款导致农民工工资拖欠的，建设单位应当以未结清的工程款为限先行垫付被拖欠的农民工工资（第29条）。分包单位拖欠农民工工资的，由施工总承包单位先行清偿，再依法进行追偿。工程建设项目转包，拖欠农民工工资的，由施工总承包单位先行清偿，再依法进行追偿（第30条）。工程建设领域推行分包单位农民工工资委托施工总承包单位代发制度（第31条）。施工总承包单位应当按照有关规定存储工资保证金，专项用于支付为所承包工程提供劳动的农民工被拖欠的工资（第32条）。建设单位或者施工总承包单位将建设工程发包或者分包给个人或者不具备合法经营资格的单位，导致拖欠农民工工资的，由建设单位或者施工总承包单位清偿；施工单位允许其他单位和个人以施工单位的名义对外承揽建设工程，导致拖欠农民工工资的，由施工单位清偿（第36条）。

[68]参见黄有丽：《论建设工程承包人的优先受偿权》，载《政法论坛》2005年第4期，第119页。

[69]同理，我国台湾地区“民法”第 513 条规定了承揽人的法定抵押权：“承揽之工作作为建筑物或其他土地上之工作物，或为此等工作物之重大修缮者，承揽人得就承揽关系报酬额，对于其工作所附之定作人之不动产，请求定作人为抵押权之登记；或对于将来完成之定作人之不动产，请求预为抵押权之登记。”

[70]参见孟勤国：《物权的二元结构论——中国物权制度的理论重构》，北京，人民法院出版社2004年第2版，第339-346页。

[71]孙科峰、杨遂全：《建设工程优先受偿权主体的争议与探究——〈合同法〉第286条之分析》，载《河北法学》2011年第6期，第133页。

[72]参见“珠海宝辉生物科技有限公司与伍常青及湛江市粤西建筑工程公司珠海公司案外人执行异议之诉申请再审案”，最高人民法院（2013）民申字第283号民事裁定书。

[73]“王春霖与辽宁万泰房地产开发有限公司、盛京银行股份有限公司沈阳市泰山支行申请再审案”，最高人民法院（2015）民申字第2311号民事裁定书。

[74]关于实际施工人权利的保护问题，《建设工程司法解释二》第24条对《建设工程司法解释一》第26条第2款规定（“实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任”）进行了完善。这表现在，明确规定人民法院应当（而非是可以）追加转包人或者违法分包人为本案第三人；在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。另外，《建设工程合同司法解释二》第25条还规定：“实际施工人根据合同法第七十三条规定，以转包人或者违法分包人怠于向发包人行使到期债权，对其造成损害为由，提起代位权诉讼的，人民法院应予支持。”

[75]参见“吴道全、重庆市丰都县第一建筑工程公司建设工程施工合同纠纷再审案”，最高人民法院（2019）民再258号民事判决书。

[76]François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque, Contrats civils et commerciaux, 10^e éd., Paris : Dalloz, 2015, p.687.

[77]Wyatt, P. *Property Valuation in an Economic Context*, Oxford, Wiley-Blackwell, p.128.

[78]参见“中铁二十二局集团第四工程有限公司与安徽瑞讯交通开发有限公司、安徽省高速公路控股集团有限公司建设工程施工合同纠纷二审案”，载《最高人民法院公报》2016年第4期（总第234期）。

[79]根据这些文件，建设项目工程总承包费用项目由建筑安装工程费、设备购置费、总承包其他费、暂列费用构成。其中，建设单位应根据建设工程总承包项目发包

的工程内容、工作范围，按照风险合理分担的原则确定具体费用项目及其范围。建筑安装工程费指为完成建设项目发生的建筑工程和安装工程所需的费用，不包括应列入设备购置费的被安装设备本身的价值。设备购置费指为完成建设项目，需要采购设备和为生产准备的不够固定资产标准的工具、器具的价款，不包括应列入安装工程费的工程设备（建筑设备）本身的价值。总承包其他费指建设单位应当分摊计入工程总承包相关项目的各项费用和税金支出，并按照合同约定支付给总承包单位的费用。主要包括：（1）勘察费、设计费、研究试验费。（2）土地租用及补偿费。（3）税费。（4）总承包项目建设管理费。（5）临时设施费。（6）招标投标费。（7）咨询和审计费。（8）检验检测费。（9）系统集成费。（10）其他专项费用。指建设单位按照合同约定支付给总承包单位使用的费用（如财务费、专利及专有技术使用费、工程保险费、法律费用等）。

[80]参见“南通一建公司诉均英光电公司建设工程价款优先受偿权纠纷案”，江苏省高级人民法院（2014）苏民终字第0289号民事判决书。

[81]参见“江苏弘盛建设工程集团有限公司、云南仟浩房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”，最高人民法院（2019）民终272号民事判决书；“阜新新兴房地产开发有限公司、中国新兴建设开发有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”，最高人民法院（2019）民终1466号民事判决书。

[82]“南通一建公司诉均英光电公司建设工程价款优先受偿权纠纷案”，江苏省高级人民法院（2014）苏民终字第0289号民事判决书。

[83]参见“湖南协和建设有限公司、株洲市汉华房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”，最高人民法院（2017）民再389号民事判决书；类似判决可见“东方建设集团有限公司诉江苏多米诺塑胶制造有限公司、中国银行股份有限公司淮安分行建设工程施工合同纠纷案”，最高人民法院（2017）民申356号民事判决书。

[84]参见“华丰建设股份有限公司诉替克斯阀门有限公司建设工程施工合同案”，安徽省高级人民法院（2014）皖民四终字第00200号民事判决书。

[85]“天津聚成建筑安装工程有限公司与中节能（天津）投资集团有限公司、天津市福鸿房地产开发有限公司案外人执行异议之诉案”，最高人民法院（2017）民申5098号民事判决书。

[86]Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Pierre-Yves Gautier, Droit des contrats spéciaux, 8 ^e éd., LGDJ, 2016, p.454.

[87]参见黄喆：《德国工程合同法的体系与构造》，载《东南法学》2018年第14辑，第79页。

[88]参见辛坚、闵海峰、章豪杰：《建设工程合同与承揽合同之区分》，载《人民司法》2011年第8期，第41-44页。

[89]参见“简阳市虹都房地产开发有限公司、四川省都江堰龙泉山灌区管理处建筑工程公司建设工程施工合同纠纷案”，四川省高级人民法院（2019）川民终325号民事判决书。

第十九章 运输合同

众所周知，交通运输业是国民经济中的一个重要物质生产部门，它能把社会生产、分配、交换和消费等各个环节有机地联系起来。交通运输作为经济发展的重要基础和先导条件，在一定程度可促进或制约经济的发展速度。得益于交通运输的发展，各种生产要素频繁流动，由此带来巨大的人流、物流、资金流、技术流和信息流等，这会极大地促进城市化和区域经济一体化的进程。根据有关统计，2019年，全国完成营业性客运量176.04亿人，完成旅客周转量35 349.06亿人公里，完成营业性货运量462.24亿吨，完成货物周转量194 044.56亿吨公里。

显然，运输合同是现代社会十分常见的合同类型，与民众出行、企业生产经营等都密切相关。因此，十分容易理解的是，1999年《合同法》第十七章以专章规定了运输合同。民法典在其第三编“合同”第二分编“典型合同”中，在第十九章对运输合同作出了规定，基本沿袭了《合同法》的前述规定，并根据实际情况作出了少量的修订和补充。

第一节 一般规定

第八百零九条

运输合同是承运人将旅客或者货物从起运地点运输到约定地点，旅客、托运人或者收货人支付票款或者运输费用的合同。

本条主旨

本条规定了运输合同的定义与类型。

相关条文

《合同法》第288条 运输合同是承运人将旅客或者货物从起运地点运输到约定地点，旅客、托运人或者收货人支付票款或者运输费用的合同。

《民用航空法》第107条 本法所称国内航空运输，是指根据当事人订立的航空运输合同，运输的出发地点、约定的经停地点和目的地点均在中华人民共和国境内的运输。本法所称国际航空运输，是指根据当事人订立的航空运输合同，无论运输有无间断或者有无转运，运输的出发地点、目的地点或者约定的经停地点之一不在中华人民共和国境内的运输。

理解与适用

本条沿袭了《合同法》第288条的规定。

该条明确了运输合同的定义。运输服务的本质表现为承运人利用特定的运输工具将旅客或货物从起点运送到指定目的地的行为。运输行为是运输合同的本质，其外在表现为旅客或货物的物理位移，这也正是运输合同区别于装卸合同、包装合同、搬运合同等其他合同的主要特征所在。^[1]

另外，根据本条，运输合同包括客运合同与货运合同，前者是指

承运人将旅客从起点运送到约定的目的地的合同；而货运合同则是指承运人将所交运的货物从起点运送到约定目的地的合同。

实践中，运输合同关系必须与车辆租赁合同关系等加以区分，因为合同的定性将直接影响合同双方的权利义务范围，特别是在发生交通事故侵权责任后，将影响当事人的责任承担问题。在穆国宁与白城市德源农机有限责任公司、江苏东禾机械有限公司机动车交通事故责任纠纷案中^[2]，法院认为，东禾公司以每天200元的价格购买的是车辆的使用收益，并不是运输行为，不能因该车辆租赁的主要使用目的是运输农机配件，即认定为运输合同。

另外，运输合同关系还应区分于雇佣合同关系。在朱立帅与孙强、张秀芝侵权责任纠纷案中^[3]，法院认为，雇佣关系中雇主对雇员的行为进行指挥、管理、监督。运输合同关系中，双方的法律地位是平等的，不存在任何隶属、服从关系；因此本案双方间属于运输合同关系。

第八百一十条

从事公共运输的承运人不得拒绝旅客、托运人通常、合理的运输要求。

本条主旨

本条规定了公共运输承运人的强制缔约义务。

相关条文

《合同法》第289条 从事公共运输的承运人不得拒绝旅客、托运人通常、合理的运输要求。

《民用航空法》第91条 公共航空运输企业，是指以营利为目的，使用民用航空器运送旅客、行李、邮件或者货物的企业法人。

理解与适用

本条沿袭了《合同法》第289条的规定。

该条赋予了公共运输承运人订约的强制性义务。公共运输服务属于公共服务的组成部分，是确保现代社会正常运行、满足社会公众基本出行需求的必备条件。鉴于公共运输的公共服务属性，必须对其承运人施加强制性的缔约义务，以确保社会公众均等和无差别地享受公共服务，防止针对特定群体或特定个人的歧视和社会排斥现象。

在司法实践中，常见案例集中在主体上如何界定从事公共运输的承运人，以及义务内容上旅客、托运人通常、合理的运输要求范围如何界定的问题。

一、义务主体的界定——从事公共运输的承运人

根据本条的规定，强制缔约义务的义务主体为“从事公共运输的承运人”。在马士基（中国）航运有限公司、马士基（中国）航运有限公司厦门分公司、中国厦门外轮代理有限公司与厦门瀛海实业发展有限公司国际海上货运代理经营权损害赔偿纠纷案中^[4]，被告马士基公司系在厦门口岸经营国际集装箱班轮运输业务的公司，2005年马士基公司通知厦门外轮代理公司停止向原告瀛海公司提供马士基公司铅封，并拒绝瀛海公司提取马士基公司的集装箱，单方停止了与瀛海公司的所有业务。原告遂起诉判令马士基公司依业务惯例向其提供货运订舱相关服务。福建省高级人民法院二审认为，马士基公司作为海上承运人的运输行为，除了具有商业性的一面外，还由于其是面向社会大众的运输，因而具有公益性的一面，应当将其归入我国公共承运人的范畴。最高人民法院提审认为，公共运输履行着为社会公众提供运输服务的社会职能，具有公益性、垄断性等特征。但目前国际海上集装箱班轮运输是服务于国际贸易的商事经营活动，具有较强的竞争性，不属于公用事业，不具有公益性，也不具有垄断性，故不属于公共运输。托运人或者其货运代理人请求从事国际海上集装箱班轮运输的承运人承担强制缔约义务，没有法律依据，应予驳回。

二、强制缔约义务的适用对象——通常、合理的运输要求

根据本条的规定，强制缔约义务的适用对象为“通常、合理的运输要求”。在南澳县澄瀛石油气供应公司诉汕头市公路局莱长渡口所海上货物运输合同纠纷案中^[5]，原告南澳公司系从事液化石油气运输的公司，被告莱长渡口所是事业单位，举办单位为汕头市公路局，负责莱长渡口管理，承担渡运及渡口收费工作。南澳县同周边陆地的交通完全依靠南澳县与澄海市之间的渡船。纠纷发生前，南澳公司的液化气罐车一直通过莱长渡口的渡船来渡运，后莱长渡口所对外发布通知称禁止渡运液化气罐车，原告遂诉请被告恢复对液化气罐车的运输，并赔偿停运期间可得利益的损失。经查明，莱长渡口所所属的渡船均没

有渡运危险货物的合法运输资格。在主体认定上，法院认为，莱长渡口所是承担旅客、货物和汽车过往南澳岛至澄海市之间海上运输的事业单位，属于从事公共运输的承运人；但就南澳公司关于莱长渡口所渡运装载液化气罐车的要求超出了莱长渡口所所能实施的权利能力范围，并非通常、合理的要求。

三、强制缔约义务的排除

如同有论证所指出的，应对承运人的强制缔约义务进行全面的理解，“不能忽视订立合同时旅客要求的合理性以及承运人履行义务的现实可能性，这对于保证公共航空运输的安全是十分关键的”^[6]。因此，强制缔约义务在例外情况下亦可被排除，譬如，承运人有确切证据证明如履行缔约义务可能对公共安全、公共利益等造成危害，则可对特定对象拒绝履行其缔约义务。在范某与厦门航空有限公司等纠纷案中^[7]，原告范某与厦航福州分公司宿怨已久，他曾在厦航工作，后因未能通过航空安全员转空中警察的考试，被厦航停止空勤工作。2005年，厦航开始拒绝范某乘坐厦航的飞机，并在具体操作流程上对范某采取了一定措施。厦航还向各航空公司发函商请不要售予范某任何航班机票。2006年，范某殴打厦航工作人员，被行政处罚。范某与厦航劳动仲裁调解达成协议，范某承诺“今后自愿在没有子女前放弃选择乘坐厦门航空公司航班的权利”。法院认为，公共航空运输企业同时负有法定的保障航空安全的义务。基于航空安全关乎其他旅客的生命财产安全的事实，公共航空运输企业如果认为旅客的运输要求可能构成对航空安全的影响，其应有权作出判断并基于合理的判断拒绝承运。此种拒绝既是对其他旅客合法利益的维护，亦是对其法定义务的履行，此种拒载亦符合相关国际惯例。为防止公共航空运输企业随意对旅客拒载，侵犯旅客合理要求运输的权利，在允许公共航空运输企业对旅客运输要求的合理性先行判断的同时，公共航空运输企业应就其判断的合理性作出正当解释，否则应当承担非法拒载的法律责任。

第八百一十一条

承运人应当在约定期限或者合理期限内将旅客、货物安全运输到约定地点。

本条主旨

本条规定了承运人按约定期间运输的义务。

相关条文

《合同法》第290条 承运人应当在约定期间或者合理期间内将旅客、货物安全运输到约定地点。

理解与适用

本条源自《合同法》第290条的规定，略有文字上的改动，将“期间”改为“期限”。

该条规定了承运人的主合同义务，即在约定期限或者合理期限内将旅客、货物安全运输到约定地点。其中，“约定期限”可以根据双方当事人的合意确定，而如何确定将旅客、货物安全运输到约定地点的“合理期限”成为实践难点。期限是否合理，需要结合案件的具体情况，从通常的管理等角度，衡量承运人所最终耗费的运输期限是否“合理”。

第八百一十二条

承运人应当按照约定的或者通常的运输路线将旅客、货物运输到约定地点。

本条主旨

本条规定了承运人按约定线路运输的任务。

相关条文

《合同法》第291条 承运人应当按照约定的或者通常的运输路线将旅客、货物运输到约定地点。

理解与适用

本条沿袭了《合同法》第291条的规定。

该条规定了承运人在运输中路线的选择问题，其中路线的选择可以按照双方当事人的约定，也可以按照“通常的运输路线”。

1.运输目的地是否合理需要具体判断

张某患有精神分裂症，独自一人欲前往房县某镇花沟的奶奶家，在房县汽车站后门，其乘坐邢某驾驶的出租车，双方约定打表计费至梅花山。邢某将张某载至梅花山大桥桥头后，邢某即开车调头回房县县城。张某下车后不久坠河身亡。法院认为，虽然张某系在梅花山大桥的两个桥体连接处下车，但其下车的地点有一户人家，从一般社会人的认知水平来看，邢某按照张某的要求在此停车并不违反常理，其也无法预知张某会从该桥上落水溺亡，邢某安全运输义务履行完毕。[\[8\]](#)

2.高速公路上中途下车不合理

实践中，经常出现承运人在承运过程中，应旅客的要求中途停车，乘客中途下车导致交通事故的问题。法院可能需要结合适用《民法典》第811条讨论乘客要求下车是否为合理要求，乘客的下车要求也不能成为承运人免责的依据。在一则案例中，法院认为，乘客肖某要求在高速公路下车，不属于通常、合理的运输要求，承运人龙骧公司依法应予以拒绝，并应当在约定期限或合理期限内将肖某安全运输至约定地点。其基于旅客运输合同的义务尚未完成，应视旅客运输合同尚未结束，肖某下车后横过道路即被后向来车碰撞死亡，龙骧公司作为承运人对此负有过错，应承担赔偿责任。[\[9\]](#)

第八百一十三条

旅客、托运人或者收货人应当支付票款或者运输费用。承运人未按照约定路线或者通常路线运输增加票款或者运输费用的，旅客、托运人或者收货人可以拒绝支付增加部分的票款或者运输费用。

本条主旨

本条规定了旅客、托运人或收货人的基本义务。

相关条文

《合同法》第292条 旅客、托运人或者收货人应当支付票款或者运输费用。承运人未按照约定路线或者通常路线运输增加票款或者运输费用的，旅客、托运人或者收货人可以拒绝支付增加部分的票款

或者运输费用。

《道路旅客运输及客运站管理规定》第37条 客运班车应当按照许可的起讫地、日发班次下限和备案的途经路线运行，在起讫地客运站点和中途停靠地客运站点（以下统称配客站点）上下旅客。

客运班车不得在规定的配客站点外上客或者沿途揽客，无正当理由不得改变途经路线。客运班车在遵守道路交通安全、城市管理相关法规的前提下，可以在起讫地、中途停靠地所在的城市市区、县城城区沿途下客。

重大活动期间，客运班车应当按照相关道路运输管理机构指定的配客站点上下旅客。

理解与适用

本条沿袭了《合同法》第292条的规定。

根据本条，旅客、托运人或者收货人的主要义务是支付票款或者运输费用，这一费用通常在其事前已由其与承运人协商一致，或其接受承运人所公示的收费标准。但是，如果承运人未按照约定路线或者通常路线运输，导致票款或者运输费用额外增加，旅客、托运人或者收货人可以拒绝支付增加部分的票款或者运输费用。如双方对运输线路约定不明，承运人必须按照“通常线路”来完成其运输义务；此种情况下，承运人所遵循的运输路线是否是“通常路线”，是否存在“绕道”等现象，同样要根据行业惯例等因素予以判断。

注释：

[1] François Collart Duthilleul et Philippe Delebecque, Contrats civils et commerciaux, 10^e édition, Dalloz, 2015, pp.717-718.

[2] 参见“穆国宁与白城市德源农机有限责任公司、江苏东禾机械有限公司机动车交通事故责任纠纷案”，吉林省白城市中级人民法院（2019）吉08民终1327号。

[3] 参见“朱立帅与孙强、张秀芝侵权责任纠纷案”，山东省淄博市淄川区人民法院（2017）鲁0302民初2961号。

[4] 参见“马士基（中国）航运有限公司、马士基（中国）航运有限公司厦门分公司、中国厦门外轮代理有限公司与厦门瀛海实业发展有限公司国际海上货运代理经营权损害赔偿纠纷案”，最高人民法院（2010）民提字第213号民事判决书。

[5]参见“南澳县澄瀛石油气供应公司诉汕头市公路局莱长渡口所海上货物运输合同案”，广东省高级人民法院（2003）粤高法民四终字第55号民事判决书。

[6]刁伟民：《航空旅客“黑名单”的法律分析》，载《法学杂志》2012年第7期，第128页。

[7]参见“范某与厦门航空有限公司等侵犯人格权纠纷上诉案”，北京市第二中级人民法院（2010）二中民终字第8432号民事判决书。

[8]参见“张运辉、陈鸣生命权、健康权、身体权纠纷案”，湖北省十堰市中级人民法院（2019）鄂03民终367号民事判决书。

[9]参见“中国人民财产保险股份有限公司湖南省分公司、中华联合财产保险股份有限公司湖南分公司保险纠纷案”，湖南省岳阳市中级人民法院（2018）湘06民终1509号民事判决书。

第二节 客运合同

第八百一十四条

客运合同自承运人向旅客出具客票时成立，但是当事人另有约定或者另有交易习惯的除外。

本条主旨

本条规定了客运合同的成立。

相关条文

《合同法》第293条 客运合同自承运人向旅客交付客票时成立，但当事人另有约定或者另有交易习惯的除外。

《民用航空法》第109条 承运人运送旅客，应当出具客票。旅客乘坐民用航空器，应当交验有效客票。

第110条 客票应当包括的内容由国务院民用航空主管部门规定，至少应当包括以下内容：（一）出发地点和目的地点；（二）出发地点和目的地点均在中华人民共和国境内，而在境外有一个或者数个约定的经停地点的，至少注明一个经停地点；（三）旅客航程的最终目的地点、出发地点或者约定的经停地点之一不在中华人民共和国境内，依照所适用的国际航空运输公约的规定，应当在客票上声明此项运输适用该公约的，客票上应当载有该项声明。

第111条 客票是航空旅客运输合同订立和运输合同条件的初步证据。旅客未能出示客票、客票不符合规定或者客票遗失，不影响运输合同的存在或者有效。在国内航空运输中，承运人同意旅客不经其出票而乘坐民用航空器的，承运人无权援用本法第一百二十八条有关赔偿责任限制的规定。在国际航空运输中，承运人同意旅客不经其出票而乘坐民用航空器的，或者客票上未依照本法第一百一十条第（三）项的规定声明的，承运人无权援用本法第一百二十九条有关赔偿责任限制的规定。

理解与适用

本条沿袭了《合同法》第293条的规定，略有文字改动，将“交付”改为“出具”，“但”改为“但是”。

客运合同成立时间的确定，决定着承运人承担义务的起算时间点，影响着旅客人身财产损失的责任承担问题。一般而言，如当事人之间没有特殊的约定，客票本身就相当于客运合同；在承运人向旅客出具客票时，就意味着其同意承运旅客。因此，本条规定，客运合同自承运人向旅客出具客票时成立。另外，鉴于电子商务的普及，客票的出售主要采取网络在线方式；旅客在线购买客票后，承运人不再采取物理上的“交付”客票行为，而是由网络售票系统自动为客户生成电子形式的客票，因此，民法典将“交付”改为“出具”。“交付”改为“出具”，也意味着可避免客运合同是否属于实践合同（要物合同）的理论争议。^[1]

不过，值得注意的是，在实践中承运人不一定先向旅客出具客票再开始承运，在部分客运合同中还存在着“先上车后补票”的情形，此时旅客的人身财产损失可能发生在收到客票前，此时法院通常将上车后补票视为本条所称的“交易习惯”。司法实践中，对此有一系列案例。

（1）公交车。被告陈某驾驶的18路公交车停放等客，原告乔某上车缴费过程中与他人发生碰撞摔倒在地，导致伤残，其主张公交公司和司机陈某的责任。法院认为，公交车的交易习惯为先上车后买票，被告公汽公司车辆停靠车站打开车门营运中，同意原告乔某上车乘坐车辆，虽原告还未购票成功，但他是在投币购票过程中受伤，双方已实际履行客运合同，应认定运输合同已成立。^[2]

（2）铁路运输。乘客伏某购买郑州铁路局值乘的2596次列车郑州至徐州5号车厢无座车票一张并按期从郑州出发，列车到达徐州后，通过调取相关视频，没有发现伏某下车出站。后警方在京沪线曹村至夹沟站839公里410米处线路东侧护网内路基盖板上发现死者伏某。法院认为，经承运人许可搭乘的无票旅客应视为存在旅客运输合同关系，这反映了旅客先上车后买票的交易习惯，此时车票并非合同成立标志，承运人许可旅客上车才是承诺，承运人对旅客的安全保障在旅客付款以及承运人出具车票之前。同理对旅客越站乘车亦存在因客观原因未补票的，按照交易习惯补票即可，按照公平原则以及合同法鼓励交易的原则以及公共运输合同中的强制缔约原则，不宜轻易否定旅客运输合同的存在，否则对旅客的安全保障极为不利。^[3]

(3) 其他车辆根据交易习惯予以认定。法院认为，运输合同是承运人将旅客或者货物从起运地点运输到约定地点，旅客、托运人或者收货人支付票款或者运输费用的合同。客运合同自承运人向旅客交付客票时成立，但当事人另有约定或者另有交易习惯的除外。关于原告与被告邓喜超之间的民事法律关系，根据法庭调查，被告邓喜超与乘客互不认识，有乘客陈述乘车费为50元，车程为从恩施市到来凤县，结合在公路旅客运输合同中，存在先上车后付费的行业交易习惯，本院认定双方形成公路旅客运输合同关系。被告邓喜超向乘客发出从恩施到来凤、票款为50元的要约，乘客表示同意并上车乘坐的行为即为承诺，公路旅客运输合同关系成立并生效。^[4]

第八百一十五条

旅客应当按照有效客票记载的时间、班次和座位号乘坐。旅客无票乘坐、超程乘坐、越级乘坐或者持不符合减价条件的优惠客票乘坐的，应当补交票款，承运人可以按照规定加收票款；旅客不支付票款的，承运人可以拒绝运输。

实名制客运合同的旅客丢失客票的，可以请求承运人挂失补办，承运人不得再次收取票款和其他不合理费用。

本条主旨

本条规定了旅客对客票的使用规则。

相关条文

《合同法》第294条 旅客应当持有效客票乘运。旅客无票乘运、超程乘运、越级乘运或者持失效客票乘运的，应当补交票款，承运人可以按照规定加收票款。旅客不交付票款的，承运人可以拒绝运输。

《铁路旅客运输规程》第29条 旅客须按票面载明的日期、车次、席别乘车，并在票面规定有效期内到达站。

持通票的旅客中转换乘时，应当办理中转签证手续。

第30条 持通票的旅客在乘车途中客票有效期终了、要求继续乘车时，应自有效期终了站或最近前方停车站起，另行补票，核收手续

费。定期票可按有效使用至到站。

第43条 旅客丢失车票应另行购票。在列车上应自丢失站起（不能判明时从列车始发站起）补收票价，核收手续费。旅客补票后又找到原票时，列车长应编制客运记录交旅客，作为在到站出站前向到站要求退还后补票价的依据。退票核收退票费。

《道路旅客运输及客运站管理规定》第38条 一类、二类客运班线的经营者或者其委托的售票单位、配客站点，应当实行实名售票和实名查验（以下统称实名制管理），免票儿童除外。其他客运班线及客运站实行实名制管理的范围，由省级人民政府交通运输主管部门确定。

实行实名制管理的，购票人购票时应当提供有效身份证件原件（有效身份证件类别见附件9），并由售票人在客票上记载旅客的身份信息。通过网络、电话等方式实名购票的，购票人应当提供有效的身份证件信息，并在取票时提供有效身份证件原件。

旅客遗失客票的，经核实其身份信息后，售票人应当免费为其补办客票。

第50条 旅客应当持有效客票乘车，配合行李物品安全检查，按照规定使用安全带，遵守乘车秩序，文明礼貌；不得携带违禁物品乘车，不得干扰驾驶员安全驾驶。

实行实名制管理的客运班线及客运站，旅客还应当持有本人有效身份证件原件，配合工作人员查验。旅客乘车前，客运站经营者应当对客票记载的身份信息与旅客及其有效身份证件原件（以下简称票、人、证）进行一致性核对并记录有关信息。

对旅客拒不配合行李物品安全检查或者坚持携带违禁物品、乘坐实名制管理的客运班线拒不提供本人有效身份证件原件或者票、人、证不一致的，班车客运经营者和客运站经营者不得允许其乘车。

理解与适用

本条源自《合同法》第294条的规定，并有重要改动。

本条规定：旅客应当按照有效客票记载的时间、班次和座位号乘坐。因此，旅客乘车必须严格按照客票所注明的日期、时刻、班次以及座位号；禁止占据他人的座位，禁止购买低等级的车票却乘坐高等

级的座位。因此，根据本条，承运人可以打击“霸座”等不文明行为。

本条还规定，旅客无票乘坐、超程乘坐、越级乘坐或者持不符合减价条件的优惠客票乘坐的，应当补交票款，承运人可以按照规定加收票款；旅客不支付票款的，承运人可以拒绝运输。本条所说的“超程乘坐”就是实践中经常发生的“买短乘长”，根据本条，应支付差额的运费。另外，无票乘车、持不符合减价条件的优惠客票乘车、超越座位等级乘车等，都应补交相应的运费。如果乘客拒绝补交票款的，承运人可以拒绝承运。

另外，本条规定，实名制客运合同的旅客丢失客票的，可以请求承运人挂失补办，承运人不得再次收取票款和其他不合理费用。本条为新增条款，在此前的实践中，一些人认为：依据国家发票管理有关规定，铁路部门出具的车票等运输票据具有发票属性，旅客丢失车票不能申请补办。但是，根据本条，对于实名制车票，旅客如果丢失，有权申请挂失补办；承运人不得再次收取票款或其他不合理费用，但可收取车票的工本费等合理费用。

如果在乘车后，被发现没有客票，如何处理？2014年，何奎通过中国铁路客户服务中心网站购买从武汉开往长沙南的G1003次列车。何奎在武汉高铁站取票后进站上车。在长沙南站出站检票时，何奎未能出示车票，被长沙南站出站口工作人员视为无票旅客，要求其补票，并收取了手续费。何奎请求广铁公司向其返还因重新购票而多支付的车票费和手续费。法院认为，我国目前虽然实行铁路购票实名制，但铁路车票并非属于电子车票，除了在乘坐高铁而且未换取纸质车票的情形外，车票仍是双方运输合同关系成立的有效书面证明，旅客应当履行妥善保管车票的义务。同时，车票背面《铁路旅客乘车须知》载明参阅的《铁路旅客运输规程》中，也明确旅客应“妥善保管车票，保持票面信息完整可识别”。何奎没有按照约定妥善保管车票，其不正确履行合同义务的行为，已经构成违约。铁路运输企业在运输义务已经履行完毕，何奎又不能提供充分有效证据证明已经购票的情况下，为其办理了补票手续，符合法律规定和合同约定。因此，不予支持何奎的请求。^[5]

旅客将电子客票改签成纸质车票后遗失车票，如何处理？在一起案件中，原告高学文通过中国铁路客服中心网站购得徐州至无锡东的火车票，后因故凭身份证将车票改签，并取得纸质车票。高学文出站时，因未能出示有效车票，补交了票款及手续费。高学文事后找到前述改签车票，并要求退还补票款。法院认为，高学文事后改签纸质车票系双方变更合同的行为，也是其对车票形式的选择，该纸质车票即为高学文乘车的有效车票，而之前从网站购得的电子客票同时失效。

根据合同约定，旅客按规定的任一方式取得纸质车票后，铁路电子客票即失效，需凭纸质车票办理进出站检票和列车验票；电子客票和纸质车票只能选择其一作为有效的乘车凭证。高学文将原来网购的车票改签为纸质车票时，即对有效车票的形式进行了选择，按约定该纸质车票即为其在承运过程中的唯一有效乘车凭证。高学文在履行客运合同过程中有妥善保管纸质车票以供上海铁路局查验的义务。现高学文在出站时不能出示有效乘车凭证，应当承担相应的违约责任，故上海铁路局向高学文补收票款依法有据，并无不当。^[6]

第八百一十六条

旅客因自己的原因不能按照客票记载的时间乘坐的，应当在约定的期限内办理退票或者变更手续。逾期办理的，承运人可以不退票款，并不再承担运输义务。

本条主旨

本条规定了客票的退票与变更。

相关条文

《合同法》第295条 旅客因自己的原因不能按照客票记载的时间乘坐的，应当在约定的时间内办理退票或者变更手续。逾期办理的，承运人可以不退票款，并不再承担运输义务。

《铁路旅客运输规程》第36条 因承运人责任使旅客不能按票面记载的日期、车次、座别、铺位乘车时，站、车应重新妥善安排。重新安排的列车、座席、铺位高于原票等级时，超过部分票价不予补收。低于原票等级时，应退还票价差额，不收退票费。

第48条 旅客要求退票时，按下列规定办理，核收退票费：

1.旅客退票必须在购票地车站或票面发站办理。

2.在发站开车前，特殊情况也可以在开车后2小时内，退还全部票价。团体旅客必须在开车48小时以前办理。

3.旅客开始旅行后不能退票。但如因伤、病不能继续旅行时，经站、车证实，可退还已收票价与已乘区间票价差额。已乘区间不足区

码里程时，按起码里程计算；同行入同样办理。

- 4.退还带有“行”字戳迹的车票时，应先办理行李变更手续。
- 5.因特殊情况经站长同意在开车后2小时内改签的车票不退。
- 6.站台票售出不退。

市郊票、定期票、定额票的退票办法由铁路运输企业自定。

必要时，铁路运输企业可以临时调整退票办法。

理解与适用

本条沿袭了《合同法》第295条的规定。

本条涉及办理客运退票和变更手续问题。因旅客自身原因，不能按期乘坐交通工具的，旅客应在约定的期限内办理退票或改签手续。如超过约定期限，承运人有权拒绝退款。实践中，铁路、地铁等运输中，常会出现旅客退票、改签等情形，旅客可能会损失部分乃至全部退票款，部分旅客诉至法院，请求承运人返还。承运人通常也会公开相关的退票或者变更手续，法院一般会将承运人相关公告视为约定。

（1）地铁运输。原告谷新华在地铁站长期倒卖地铁票，并因此多次受到治安处罚。2017年4月6日，其在北京市地铁建国门站购买了两张单价为8元的地铁单程票，随后索要了发票，约10分钟后申请退票，北京地铁公司以《车票使用规则》第5条第3款规定的“非轨道交通运营原因，单程票售出，不予退票”，不予退票。法院认为，一方面，谷新华长期进行地铁票倒票活动，从地铁公司购买车票之后销售给旅客赚取差价，不符合“旅客”的基本行为特征，不应适用《合同法》中关于客运合同的专门规定进行调整。另一方面，北京地铁公司所依据的《车票使用规则》系对现行合法有效的《城市轨道交通运营管理办法》的具体落实，北京地铁公司在本案所涉地铁建国门站自动购票机旁已张贴《车票使用规则》，履行了向所有购票人进行提示和说明的义务，保障了包括谷新华在内的所有购票人的自主选择权。事实上，在地铁正常运行期间，乘客购票乘坐地铁，并无车次和时间上的限制，即使有关于单程票不予退换的规定，乘客也可以根据自己的行程安排，选择是否购票及购票的具体时机，从而有效地避免可能的损失。^[7]

（2）铁路运输。申请人汪建国因堵车而未能按照客票记载的时

间乘坐列车，依据铁路企业客运合同约定，该车票限乘当日当次车，开车后旅客仍可改签当日其他列车。因兰州火车站在当日（2016年3月23日）24时前，再无始发或经停该站开往泰州的旅客列车，故铁路公司无法为申请人进行改签或退票。法院认为，汪建国因堵车而未能乘坐列车，是因自身过错造成。根据铁路企业客运合同约定，承运人铁路公司可以不退票款，并不再承担运输义务。^[8]

第八百一十七条

旅客随身携带行李应当符合约定的限量和品类要求；超过限量或者违反品类要求携带行李的，应当办理托运手续。

本条主旨

本条规定了旅客随身行李的要求。

相关条文

《合同法》第296条 旅客在运输中应当按照约定的限量携带行李。超过限量携带行李的，应当办理托运手续。

理解与适用

本条源自《合同法》第296条的规定，并有修订。

本条规定是对旅客应当按照约定的限量和品类要求携带行李的规定；根据这一条文，旅客携带行李应当符合约定的限量和品类要求；在《合同法》第296条约定限量的基础上，增加了双方对“品类要求”的约定。对于旅客超过限量或者违反品类的行李，不可随身携带，而应当按规定办理托运手续。

实践中，承运人为控制成本，常常会限制客运合同旅客携带行李的重量，特别是在航空客运实践中，部分廉价航空公司推出的廉价折扣机票限制旅客随身携带的行李重量，甚至不提供免费行李重量，对旅客携带超额的行李收费，因而成诉。如原告朱新峰通过“去哪儿旅行”手机软件购买西部航空公司“低价特惠套餐”机票1张，从重庆始发到济南。订票中航空公司明确提示其可免费携带5公斤以内的非托运

行李，无免费托运行李额。后朱新峰携带行李登机安检时，朱新峰行李超重，办理了行李托运手续并支付逾重行李费80元。朱新峰遂主张西部航空公司免费行李额违反《中国民用航空旅客、行李国内运输规则》经济舱旅客免费行李额20公斤的规定。法院认为，西部航空公司发展低成本航空服务、免费行李额低的差异化服务模式，不违反法律、行政法规的禁止性规定，且明确提示行李额受限，因而不支持原告的主张。^[9]

第八百一十八条

旅客不得随身携带或者在行李中夹带易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性以及有可能危及运输工具上人身和财产安全的危险物品或者违禁物品。

旅客违反前款规定的，承运人可以将危险物品或者违禁物品卸下、销毁或者送交有关部门。旅客坚持携带或者夹带危险物品或者违禁物品的，承运人应当拒绝运输。

本条主旨

本条规定了携带禁止违禁物品或危险物品。

相关条文

《合同法》第297条 旅客不得随身携带或者在行李中夹带易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性以及有可能危及运输工具上人身和财产安全的危险物品或者其他违禁物品。旅客违反前款规定的，承运人可以将违禁物品卸下、销毁或者送交有关部门。旅客坚持携带或者夹带违禁物品的，承运人应当拒绝运输。

《民用航空法》第100条 公共航空运输企业不得运输法律、行政法规规定的禁运物品。公共航空运输企业未经国务院民用航空主管部门批准，不得运输作战军火、作战物资。禁止旅客随身携带法律、行政法规规定的禁运物品乘坐民用航空器。

第101条 公共航空运输企业运输危险品，应当遵守国家有关规定。禁止以非危险品品名托运危险品。禁止旅客随身携带危险品乘坐民用航空器。除因执行公务并按照国家规定经过批准外，禁止旅客携

带枪支、管制刀具乘坐民用航空器。禁止违反国务院民用航空主管部门的规定将危险品作为行李托运。危险品品名由国务院民用航空主管部门规定并公布。

《铁路旅客运输规程》第52条 下列物品不得带入车内：

- 1.国家禁止或限制运输的物品；
- 2.法律、法规、规章中规定的危险品、弹药和承运人不能判明性质的化工产品；
- 3.动物及妨碍公共卫生（包括有恶臭等异味）的物品；
- 4.能够损坏或污染车辆的物品；
- 5.规格或重量超过本规程第五十一条规定的物品。

《中国民用航空旅客、行李国内运输规则》第36条 承运人承运的行李，只限于符合本规则第三条第二十三项定义范围内的物品。

承运人承运的行李，按照运输责任分为托运行李、自理行李和随身携带物品。

重要文件和资料、外交信袋、证券、货币、汇票、贵重物品、易碎易腐物品，以及其他需要专人照管的物品，不得夹入行李内托运。承运人对托运行李内夹带上述物品的遗失或损坏按一般托运行李承担赔偿责任。

国家规定的禁运物品、限制运输物品、危险物品，以及具有异味或容易污损飞机的其他物品，不能作为行李或夹入行李内托运。承运人在收运行李前或在运输过程中，发现行李中装有不得作为行李或夹入行李内运输的任何物品，可以拒绝收运或随时终止运输。

旅客不得携带管制刀具乘机。管制刀具以外的利器或钝器应随托运行李托运，不能随身携带。

理解与适用

本条沿袭了《合同法》第297条的规定。

本条是对旅客携带违禁物品或者危险物品的规定。实践中，承运

人将违禁物品卸下、销毁或者送交有关部门可能会造成旅客损失，容易发生纠纷。实践中，有案例认为，机场方面处理违禁物品无责任。在唐海南与北京首都国际机场股份有限公司财产损害赔偿纠纷中[10]，原告唐海南于北京首都国际机场T3航站楼搭乘客机出行。在乘机时，就其携带的行李办理了行李托运手续。原告托运的行李内有三块大疆DJI Mavic Air无人机锂电池。到达目的地后，原告发现托运行李内的三块大疆DJI Mavic Air无人机锂电池不在行李包裹内，并在行李内收到开包检查单一张，检查单说明首都国际机场发现疑有禁止托运物品特征，因此进行了开包检查，电池、移动电源（充电宝）、火种类禁止托运的物品被移除。原告遂起诉主张赔偿电池价款和租赁电池费用。法院认为，涉诉锂电池已被法律以及中国民用航空局的相关规定界定为危险品，属于禁止托运的危险品。首都机场公司履行机场安检职责中履行了相关的提示和告知义务，对涉诉锂电池进行移除处理符合相关操作规范，相关行为是为了维护公共安全，合理且合法。

第八百一十九条

承运人应当严格履行安全运输义务，及时告知旅客安全运输应当注意的事项。旅客对承运人为安全运输所作的合理安排应当积极协助和配合。

本条主旨

本条规定了承运人的安全运输义务。

相关条文

《合同法》第298条 承运人应当向旅客及时告知有关不能正常运输的重要事由和安全运输应当注意的事项。

理解与适用

本条系对《合同法》第298条修订而成，在该条的基础上，增加了承运人的安全运输义务以及旅客的合作义务。

本条是对承运人安全运输义务和应当履行向旅客告知重要事项义务的规定。较之合同法原条文，该条增加了承运人安全运输义务的详

细规定。众所周知，公共运输事关公共安全，因此，运输安全本身也是公共安全的重要内容。作为公共运输服务的提供者，承运人必须保证运输安全，保证旅客的人身安全，这也是其作为运输企业对旅客所应负担的安全义务；安全义务被认为是一种“结果义务”，即承运人必须实现将旅客安全运送到约定目的地的结果，方可视为义务履行完成。^[11]另外，承运人应当及时告知安全运输的注意事项，以保障旅客的知情权。对于承运人基于运输安全所采取的合理措施与安排，旅客负有配合与协助的义务，这也是其合作义务的内容。

司法实践中，有法院认为，客运合同中的安全运输事项应由承运人明确告知旅客，而不是要求旅客主动告知承运人。在朱兰英诉云南机场地面服务有限公司、成都航空有限公司航空旅客运输合同纠纷案中，原告朱兰英系高位截瘫人员，委托朋友帮其预定一张2011年10月8日从昆明飞往成都的航班机票，购票时未申明原告是残疾旅客。后原告独自一人到达昆明机场办理登机手续，申请专用窄型轮椅服务，被告表示临时申请轮椅需有人陪同或者有医院证明，原告不能申请轮椅，只能改签。原告独自通过安检到达登机口准备登机，被告以原告不具备该次航班乘机条件为由，决定对原告不予承运。法院认为：被告决定对原告不予承运的行为并未违反中国民航局规范性文件的规定，也符合其经民航四川监管局批准的国内客运手册的操作规程。但从原、被告具体订立并履行航空旅客运输合同来说，直接约束双方当事人的应当是具体合同条款确定的权利义务。根据《合同法》第298条规定客运合同中的安全运输事项应由承运人明确告知旅客，而不是要求旅客主动告知承运人。承运人在未明确告知病残旅客的特殊规定和要求的情况下拒载，已构成违约，应承担相应的违约责任。^[12]

另外，如果发生不可抗力事件影响运输安全，承运人可以解除合同，终止原定的运输计划。在崔凤翎与兰州铁路局铁路旅客运输合同纠纷案中^[13]，原告崔凤翎持兰州西至中川机场的火车票，乘坐被告所属的C8523次旅客列车，当日列车运行区间陈官营车站检测降雨量已达到封锁警戒值，被告封锁了陈官营车站上下行线路，随后取消了列车。后车站通知原告该趟列车停运。法院认为：本案是由于天气原因，不能实现合同目的，导致合同解除，属于《合同法》规定的不可抗力。被告考虑到天气恶劣，影响行车安全，取消C8523次旅客列车是其履行承运人职责、实现铁路运输安全管理的需要，且在取消该车次后及时通知了原告，并将票款全额退回。被告为保障旅客人身财产安全，取消该次列车并无过错，不应承担违约责任。

承运人应当按照有效客票记载的时间、班次和座位号运输旅客。承运人迟延运输或者有其他不能正常运输情形的，应当及时告知和提醒旅客，采取必要的安置措施，并根据旅客的要求安排改乘其他班次或者退票；由此造成旅客损失的，承运人应当承担赔偿责任，但是不可归责于承运人的除外。

本条主旨

本条规定了承运人迟延运输的责任。

相关条文

《合同法》第299条 承运人应当按照客票载明的时间和班次运输旅客。承运人迟延运输的，应当根据旅客的要求安排改乘其他班次或者退票。

理解与适用

本条源自《合同法》第299条的规定，并有重要修订。

本条是关于承运人迟延运输的规定。承运人应当按照有效客票记载的时间、班次和座位号运输旅客。根据本条，承运人一旦发生迟延运输，应当履行告知和提醒义务，及时告知旅客相关的信息，并根据旅客的要求安排改乘其他班次或者退票；由此造成旅客损失的，承运人应当承担赔偿责任，但是不可归责于承运人的除外（譬如天气变化原因、临时性的空中交通管制、意外的地质灾害等）。

实践中，飞机和火车等经常会出现晚点现象，如非因合理原因造成的迟延运输，承运人需要赔偿。在卢廷阁诉北京铁路局赔偿纠纷案中，针对列车晚点所造成的损失，法院认为：由于前序列车晚点的原因，致使卢廷阁预定的车次晚点两小时，北京铁路局构成违约。在得知列车晚点的情况后，卢廷阁未选择退票而是决定继续乘坐该次列车，属于其作为守约方行使权利的正当行为。该行为已明确表明其放弃要求退票或改乘其他列车的权利，同时，亦表明双方当事人之间就发车时间又达成了新的合意，即卢廷阁同意北京铁路局按新的发车时间履行合同。^[14]

关于航班延误，有论者认为，承运人对因延误给消费者造成的损失承担责任实行的是推定过失责任制。承运人只要证明“已采取必要

措施以避免损失的发生，或者是出现承运人无法预料、无法控制的不可抗力因素，不可能采取此种措施”，就可免除其赔偿责任。^[15]在王磊等人诉中国南方航空股份有限公司航空旅客运输合同纠纷案中^[16]，法院认为：王磊等人购买南航公司CZ3817航班机票后，即与该公司建立了合法有效的航空旅客运输合同关系。航空公司应于合同约定期间将旅客安全运送至约定地点，并履行相关法定附随义务。无论何种原因造成航班延误，航空公司均应依照相关法律、行业规范及惯例，本着善良管理人的注意义务，做好对旅客的安抚、解释工作，提供适时、良好的服务，保障旅客权利的正常行使，采取必要措施尽快恢复航班运行。本案航班近24小时的延误，南航公司均未能秉持提供良好服务的准则，适时（或根本没有）向旅客提供餐食服务，导致延误旅客长时间不能正常进食，存在服务质量瑕疵，且航班延误期间，南航公司未能始终如一全面、迅速、及时地将航班延误或取消以及新的飞行计划等信息向旅客进行告知和解释，限制乃至剥夺了旅客的知情权，并进而妨碍了旅客选择权的行使，南航公司未能全部履行航空旅客运输合同的附随义务，故构成违约。在卢子彬与深圳航空有限责任公司航空旅客运输合同纠纷案中，原告卢子彬购买了承运人深航公司从成都飞往南宁的ZH9564航班。卢子彬所乘坐飞机的前序航班因存在雷暴天气在重庆备降，后由重庆返回成都，故导致后序航班ZH9564延误。又因机组人员执行飞行任务时间较长，后序航班人员机组超时，故ZH9564航班于当日被取消，发生递次延误。法院认为：本案所涉航班的前序航班因天气原因在重庆机场备降后又返回双流机场导致初期延误，这是在客观上不可抗力的现象，无法避免和克服。但因上一段的延误导致本次ZH9564航班执勤机组执勤时间届满，即“机组超时”，这属于航空公司自身原因导致。本案发生的该时段属于雷雨多发季节，深航公司作为有多年经验的航空公司应当预见该季节多发天气会造成延误，且深航公司于成都双流机场处设有基地深圳航空公司四川分公司，就应当考虑机组的执勤时间，及时调整机组人员的构成，增加运力备份，以减少时间延误、递次延误的可能性。^[17]

但如果不能按约定履行运输义务是由于承运人其他内部管理方面的原因，则承运人不能被免除责任。在阎玉海诉北京佳信安达科技发展有限公司等航空旅客运输合同纠纷案中，原告委托佳信公司购买北京—曼谷的往返机票。后佳信公司代理原告向大京中心购票，并将该机票交给原告。原告持上述机票飞赴曼谷，但返回北京时，被告知因座位未确定，无法登机。同日，原告另行购买机票一张返京。就原告在曼谷无法登机的原因，大京中心和斯航公司称系由于在订票过程中电脑网络传输出现问题，返程机票未经确认。大京中心和斯航公司只告知可以改期，并未告知可以退票。法院认为：大京中心与斯航公司

之间的网络传输问题，系其内部事由，不能对抗原告并否定合同效力。斯航公司在发现履行合同有困难时，本应积极采取补救措施，以实现原告的目的，而其只是要求原告变更或者解除合同，明显违背诚实信用原则。在原告明确表示不同意变更、解除合同的情况下，斯航公司也未采取替代履行方式，而是拒绝原告在曼谷登机，已构成违约行为，应赔偿原告的合理损失。^[18]

第八百二十一条

承运人擅自降低服务标准的，应当根据旅客的请求退票或者减收票款；提高服务标准的，不得加收票款。

本条主旨

本条规定了承运人变更运输工具时的处理。

相关条文

《合同法》第300条 承运人擅自变更运输工具而降低服务标准的，应当根据旅客的要求退票或者减收票款；提高服务标准的，不当加收票款。

理解与适用

本条源自《合同法》第300条的规定，并有文字上的修订：删除了“承运人擅自变更运输工具”这一前提，将“要求”改为“请求”，并“不当”改为“不得”。

本条是对承运人擅自变更降低服务标准的规定。本条删去了合同法原条文中“承运人擅自变更运输工具”这一降低服务标准的前提，因为承运人擅自降低服务标准与擅自变更运输工具之间无必然的因果关系；在不变更运输工具的情况下，也可能降低服务等级，譬如，因超售原因将客户购买的航班头等舱座位调低为经济舱座位^[19]，或者将高铁的商务座调低为一等座。在这样的情况下，承运人应当根据旅客的请求，为其安排退票，或者退还相应的差额。如因为承运人的安排，使旅客的服务等级提升，譬如为旅客安排升舱或调改座位等级，承运人不应向旅客加收差额票款。

第八百二十二条

承运人在运输过程中，应当尽力救助患有急病、分娩、遇险的旅客。

本条主旨

本条规定了承运人的紧急救助义务。

相关条文

《合同法》第301条 承运人在运输过程中，应当尽力救助患有急病、分娩、遇险的旅客。

理解与适用

本条沿用了《合同法》第301条的规定。

本条是对承运人对旅客尽紧急救助义务的规定。虽然旅客的这些紧急情况并非由承运人造成的，但是，基于人道主义，承运人如果对其所运输旅客的急病、分娩等紧急情况拒绝救助、对旅客的安危不闻不问，显然有悖公序良俗，也违反了承运人所负担的安全义务。不过，“尽力（救助）”一词也表明，其救助义务是一种“方法之债”而非“结果之债”，即只要承运人作出了其客观条件允许范围内的努力，即应视为履行了救助义务；如旅客仍然发生意外伤亡，则承运人应免于承担责任。

关于承运人的紧急救助义务的司法案例较为丰富。在旅客突发疾病需救助时，如承运人未尽到紧急救助义务，则需担责。在阳光财产保险股份有限公司山西省分公司与宋守春等公路旅客运输合同纠纷案中，王生梅乘坐并州快客公司所属长途客车由广西北海返回山西省太原，车内配备两名司机和一名司乘人员。该车驶入河南省泌阳县服务区停车休息3个小时，休息过程中约1时50分许，有同车乘客发现王生梅手扶卫生间门口栏杆，有身体不适症状，经上前询问，王生梅无应答随即躺倒在地。2时40分，同车乘客拨打了当地120求救。医务人员于2时59分到达河南省驻马店市泌阳县铜山湖服务区现场进行救护。3时11分，该客车司乘人员拨打当地110报案，3时45分，王生梅经抢救无效死亡。法院认为：在运输过程中，对于患急病而猝死的王

生梅，并州快客公司的司乘人员未能及时予以救助存在过错，理应承担相应的民事责任。^[20]

另外，在乘客受伤后，承运人应采取紧急救助措施。在中国太平洋财产保险股份有限公司长春中心支公司与王某等运输合同纠纷案中，张某在长春市宽城区黑水路乘坐1路公交车时，与乘客李某发生争执，张某被李某殴打，次日凌晨3时许张某陷入昏迷入院治疗后死亡。法院认为：本案中，公交集团的司机在承运过程中，未对李某的犯罪行为及时进行制止、未拨打报警电话，事后，亦未对受害人张某采取必要的手段进行救助，此种不作为的行为既有违善良风俗和公共道德，也违反了上述法律规定的承运人对乘客的救助义务。故根据民法的公平原则和公序良俗原则，公交集团对因张某死亡而造成的相关损失应予以适当的分担和补偿。^[21]

在王丽春诉长春站损害赔偿案中^[22]，原告王丽春的丈夫尚洪民与同行高杰持有效车票，从鞍山站乘坐列车回长春。上车后，尚、高二人去餐车吃饭，喝了几瓶啤酒。距长春还有30分钟左右时，该节车的列车员徐广才叫两人，两人未清醒。长春开车后，徐广才发现尚二人并未下车，遂通知车长和乘警到场。乘警也未能叫醒二人。该车到哈尔滨站前10分钟左右，发现尚洪民俯卧于铺上死亡，鉴定结论为呕吐物吸入气管致窒息死亡。法院认为：作为承运人的第三人的种种过错，促成了尚洪民死亡结果的发生。（1）因第三人未本着负责态度核对下车人数，致使尚洪民未在长春站下车。（2）旅客坐过了站时，第三人未履行此积极义务，未编制客运记录，亦未在前方停车站（德惠站）将尚洪民交下。（3）人饮酒超过一定的限度，即会达到危险状态，这是普通人所应当掌握的基本知识。根据尚洪民在长春站前后的种种表现，可以确认其已经喝了一定量的酒，因此，第三人应当尽力予以救助，在前方站将其交下。但第三人未给予应尽的、足够的、能够确保其人身安全的救助措施。

另外，司法实践中也涉及对“尽力救助”的认定。在济南汇元出租汽车有限公司诉杨萍等出租汽车运输合同纠纷案中^[23]，死者苏华民在窑头路上车搭乘汇元公司出租车司机王某驾驶的出租车。途中，苏华民突发急病。王某发现后将其送至位于济南市历下区甸新东路28号的济南市公安局公交分局第二派出所，该所民警让王某拨打120急救。王某与苏华民未发生任何冲突。法院认为：根据词典中对“尽力”的解释，“尽力”即用一切力量。根据汇元公司提交的济南市城市客运出租汽车驾驶员继续教育教材，遇到突发疾病时如果是心脏病要立即停车，尽量放平座位，并同时拨打120急救电话。遇到突然昏厥或者原因不明的情况下应立即拨打120急救电话。可见，在遇到突发情

况时，通常有几种措施：将患者送至医院，或拨打120急救电话。本案出租车司机选择将车开至派出所再拨打120急救电话，选择的救助方式虽无明显不当，但却与《合同法》第301条规定，应尽到尽力救助义务存在差距，与之日常培训亦不符，也与通常情况下社会的正常期待存在差距。综上，不能认定出租车司机将乘客送至派出所然后拨打120急救电话的救助方式即尽到了尽力救助的义务。

此外，根据司法判例，在乘客因重大过失受伤后承运人仍有救助义务。在宋仙菊与广州马会巴士有限公司城市公交运输合同纠纷案中[24]，宋仙菊在上车后，在车辆行驶过程中，没有坐稳扶好，而是肩膀挎着挎包、一手拿着雨伞、一手拖着放满物品的购物车往车厢后部走去，后宋仙菊摔倒后乘客帮她在座位上坐好，车辆在广东省人民医院附近时送医院就医，且承运人马会巴士公司也垫付了医疗费、护理费等费用。法院认为：可以认定马会巴士公司尽了一定的救助责任。综上，原审法院认定宋仙菊的受损是由马会巴士公司和宋仙菊的共同过错造成的，其中宋仙菊的自我过错是造成损害的主要原因，其应自行承担主要责任，马会巴士公司承担次要责任。

第八百二十三条

承运人应当对运输过程中旅客的伤亡承担赔偿责任；但是，伤亡是旅客自身健康原因造成的或者承运人证明伤亡是旅客故意、重大过失造成的除外。

前款规定适用于按照规定免票、持优待票或者经承运人许可搭乘的无票旅客。

本条主旨

本条规定了旅客伤亡的损害赔偿责任。

相关条文

《合同法》第302条 承运人应当对运输过程中旅客的伤亡承担赔偿责任，但伤亡是旅客自身健康原因造成的或者承运人证明伤亡是旅客故意、重大过失造成的除外。前款规定适用于按照规定免票、持优待票或者经承运人许可搭乘的无票旅客。

《民用航空法》第124条 因发生在民用航空器上或者在旅客上、下民用航空器过程中的事件，造成旅客人身伤亡的，承运人应当承担责任；但是，旅客的人身伤亡完全是由于旅客本人的健康状况造成的，承运人不承担责任。

第127条 在旅客、行李运输中，经承运人证明，损失是由索赔人的过错造成或者促成的，应当根据造成或者促成此种损失的过错的程度，相应免除或者减轻承运人的责任。旅客以外的其他人就旅客死亡或者受伤提出赔偿请求时，经承运人证明，死亡或者受伤是旅客本人的过错造成或者促成的，同样应当根据造成或者促成此种损失的过错的程度，相应免除或者减轻承运人的责任。在货物运输中，经承运人证明，损失是由索赔人或者代行权利人的过错造成或者促成的，应当根据造成或者促成此种损失的过错的程度，相应免除或者减轻承运人的责任。

理解与适用

本条沿用了《合同法》第302条的规定，略有文字和标点的修订。

本条是对旅客运输中承运人对旅客人身伤亡应负责任的规定。根据本条，承运人应当对运输过程中旅客的伤亡承担赔偿责任；但是，伤亡如果是旅客自身健康原因造成的或者承运人证明伤亡是旅客故意、重大过失造成的除外。其原因在于，旅客运输合同中，将旅客安全运送到约定的目的地，这是一种“结果债务”；只要安全运达目的地这一结果未达到，作为债务人的承运人即应承担责任，除非义务未履行应归咎于旅客自身的体质（譬如自身患有严重疾病或不适合长途旅行的疾病），或者是旅客的故意或重大过失（譬如旅客拒不遵守有关运输安全的规则而致自身伤亡）。

另外，根据本条第2款，第1款的规定同样适用于按照规定免票、持优待票或者经承运人许可搭乘的无票旅客。这就是说，承运人对旅客人身伤害的责任，同样适用于经其同意而免费乘坐的乘客或持减价优待票的乘客。譬如，根据承运人的营销政策，经常乘坐其交通工具的乘客可通过所积累的里程来兑换免费的客票，如其在使用所兑换的免费客票的过程中发生伤亡，承运人同样应承担责任，除非存在前述的法定免责事由。

在司法实践中，旅客伤亡是客运合同中最多的纠纷类型之一。在旅客运输活动中，实行无过错责任制度，即承运人即使在没有过错的

情况下，如未能将旅客安全运送至指定目的地，应当承担损害赔偿責任，除非是由于旅客自身的健康原因或其故意、重大过失所造成。同时，结合《民法典》第822条，旅客自身健康原因造成伤亡且承运人合理救助的，承运人也可以免除责任。实践中，难点在于重大过失的认定。

对乘客重大过失的认定，需结合具体的案情来判断。在缪原慧与呼和浩特铁路局铁路旅客运输合同纠纷案中^[25]，原告缪原慧持K691次自贡至昆明的旅客列车车票，乘坐于该车第5号车厢5号中铺。次日早上6点左右，缪原慧在去洗漱间洗漱的过程中摔倒。在缪原慧摔倒后，列车员赶到并广播寻医，对其进行了简单的伤情处理。在列车到达昆明火车站后，铁路局将缪原慧送入云南省第三人民医院进行治疗，经诊断，缪原慧右侧髌骨骨折，十级伤残。法院认为：缪原慧在行走时摔伤，没有尽到作为一个正常成年人所应负有的对自己人身安全的注意义务，以致身体受到伤害，缪原慧对其摔伤具有一般过失。缪原慧并非违反了普通人的注意义务，以极不合理的方式未尽到对自己人身安全最基本的注意，因此缪原慧的过失不是重大过失。铁路局不具有法定的免责事由，依法不能免除其赔偿责任。故对上诉人铁路局认为缪原慧存在重大过失，可以免除其赔偿责任的主张，法院不予支持，确定由缪原慧承担60%的责任，铁路局承担40%的责任。

■ 第二百二十四条

在运输过程中旅客随身携带物品毁损、灭失，承运人有过错的，应当承担赔偿责任。

旅客托运的行李毁损、灭失的，适用货物运输的有关规定。

本条主旨

本条规定了对旅客随身携带行李的赔偿责任。

相关条文

《合同法》第303条 在运输过程中旅客自带物品毁损、灭失，承运人有过错的，应当承担损害赔偿责任。旅客托运的行李毁损、灭失的，适用货物运输的有关规定。

《民用航空法》第125条 因发生在民用航空器上或者在旅客上、下民用航空器过程中的事件，造成旅客随身携带物品毁灭、遗失或者损坏的，承运人应当承担责任。因发生在航空运输期间的事件，造成旅客的托运行李毁灭、遗失或者损坏的，承运人应当承担责任。旅客随身携带物品或者托运行李的毁灭、遗失或者损坏完全是由于行李本身的自然属性、质量或者缺陷造成的，承运人不承担责任。本章所称行李，包括托运行李和旅客随身携带的物品。因发生在航空运输期间的事件，造成货物毁灭、遗失或者损坏的，承运人应当承担责任；但是，承运人证明货物的毁灭、遗失或者损坏完全是由于下列原因之一造成的，不承担责任：（一）货物本身的自然属性、质量或者缺陷；（二）承运人或者其受雇人、代理人以外的人包装货物的，货物包装不良；（三）战争或者武装冲突；（四）政府有关部门实施的与货物入境、出境或者过境有关的行为。本条所称航空运输期间，是指在机场内、民用航空器上或者机场外降落的任何地点，托运行李、货物处于承运人掌管之下的全部期间。航空运输期间，不包括机场外的任何陆路运输、海上运输、内河运输过程；但是，此种陆路运输、海上运输、内河运输是为了履行航空运输合同而装载、交付或者转运，在没有相反证据的情况下，所发生的损失视为在航空运输期间发生的损失。

第126条 旅客、行李或者货物在航空运输中因延误造成的损失，承运人应当承担责任；但是，承运人证明本人或者其受雇人、代理人为了避免损失的发生，已经采取一切必要措施或者不可能采取此种措施的，不承担责任。

第127条 在旅客、行李运输中，经承运人证明，损失是由索赔人的过错造成或者促成的，应当根据造成或者促成此种损失的过错的程度，相应免除或者减轻承运人的责任。旅客以外的其他人就旅客死亡或者受伤提出赔偿请求时，经承运人证明，死亡或者受伤是旅客本人的过错造成或者促成的，同样应当根据造成或者促成此种损失的过错的程度，相应免除或者减轻承运人的责任。在货物运输中，经承运人证明，损失是由索赔人或者代行权利人的过错造成或者促成的，应当根据造成或者促成此种损失的过错的程度，相应免除或者减轻承运人的责任。

第128条 国内航空运输承运人的赔偿责任限额由国务院民用航空主管部门制定，报国务院批准后公布执行。旅客或者托运人在交运行李或者货物时，特别声明在目的地点交付时的利益，并在必要时支付附加费的，除承运人证明旅客或者托运人声明的金额高于托运行李或者货物在目的地点交付时的实际利益外，承运人应当在声明金

额范围内承担责任；本法第一百二十九条的其他规定，除赔偿责任限额外，适用于国内航空运输。

理解与适用

本条源自《合同法》第303条的规定，略有文字修订，将“自带物品”改为“随身携带物品”。

本条是对承运人对旅客自带物品毁损、灭失应负赔偿责任的规定。根据本条，在运输过程中旅客随身携带物品毁损、灭失，承运人有过错的，应当承担赔偿责任。因此，承运人对随身携带物品的赔偿，法律所采纳的是过错责任，即旅客必须证实承运人存在过失，这是因为承运人对于旅客随身行李一般是免费承运，基于无偿法律关系，承运人不应承担无过失责任，而仅对其过失负责。

另外，根据本条，旅客托运的行李毁损、灭失的，适用货物运输的有关规定。这是因为对托运行李的运输，相对于旅客运输而言具有一定的独立性；事实上，在实践中，承运人对于行李的托运都有另外的单独规则，甚至有时候会安排客舱之外的单独空间（如货舱、行李间等部位）存放。因此，对托运行李的处理，应适用货物运输的有关规则。由此，如果旅客将行李存放于大客车封闭的行李舱中，则应视为行李已托运，承运人应对此负有安全义务。在辽宁城际客运有限公司与齐佳运输合同纠纷案中^[26]，齐佳乘坐城际客运公司大巴去沈阳五爱，将其自带的价值为6 126元服装放置在汽车下面提供存放货物的密闭舱内，车辆行驶到南塔鞋城时有顾客下车到行李箱取行李，后齐佳下车时发现自己的货物不见了。法院认为：齐佳乘坐客车，其携带的物品应处于其自身的控制之下，本人对之负有关注和保护义务，并不处于承运人的义务范围之内，但根据目前旅客乘坐城际客运或类似性质的客车普遍习惯，一般将携带的稍大物品放在汽车下面提供存放货物的密闭舱内，此时，该货物已脱离于齐佳的控制之下，此情形不属于因齐佳自己未尽到注意义务导致货物丢失。对于作为承运人的城际客运，在建立与旅客的客运合同关系中，其负有安全运送义务，齐佳放在客车下面密闭舱的货物因舱门中途未关严导致丢失的结果系城际客运的原因，基于承运人的安全义务，城际客运应承担赔偿责任。

在吴悦与广东省湛江汽车运输集团有限公司湛江市汽车南站公路旅客运输合同纠纷案中^[27]，吴悦及其女友游某购买了两张湛江至江门的汽车票，吴悦上车时将两个行李箱放置于班车的封闭行李舱中，并在两行李箱分别贴上标签，记载：“乘客联（当班次领取有效）一、现金及贵重物品请随身携带、保管，丢失概不负责。二、非保价

行李每千克赔偿不超过10元”，吴悦称没有为行李购买保价。^[28]车辆到达目的地后，吴悦发现两行李箱已丢失遂报警。法院认为：本案中，吴悦将行李放置在客车行李舱内，其丧失了对其物品的直接控制的权利，直到下客车的时候才能恢复，在此期间，乘客对物品的保管义务同时转移给了承运人，承运人应当尽到安全保管行李的义务，造成吴悦行李的丢失，湛江市汽车南站存在过错行为，需要承担损害赔偿责任。关于财物损失的问题。行李标签中注明的“非保价行李每千克赔偿不超过10元”的内容加重了托运人在货物丢失时的索赔条件并限制了索赔金额，属于减轻己方责任、加重对方义务的条款，依法应当认定此为无效条款，不能直接采用该计算标准。故法院根据实际货损确定赔偿额。

关于托运行李丢失损害的赔偿责任，一个比较复杂的问题是，是否适用限制赔偿规则？就此而言，司法判例存在两种做法。

（1）认为原则上适用。在一起案件中，旅客在咸阳机场转机换乘南方航空公司航班回武汉，登机前，其将行李箱办理了托运手续，但航班到达后，其未能领取到行李箱。直至次年1月15日，南方航空公司找到行李箱后，将行李箱送至其家中。该旅客认为行李箱之中的部分物品已丢失，具体包括玉石、手镯、红珊瑚念珠、天珠等，并提供了物品的付费凭证。法院认为：旅客托运的行李毁损、灭失的，适用货物运输的有关规定，货物的毁损、灭失的赔偿额，当事人有约定的，按照其约定。法律、行政法规对赔偿额的计算方法和赔偿限额另有规定的，依照其规定。依据我国《民用航空法》第131条规定，确定了有关航空运输中发生损失的诉讼，应优先适用该法赔偿责任限额的原则。本案该旅客虽提交了相关证据，可以认定其丢失行李物品的实际价值，但该旅客在办理行李托运时未声明价值，交纳声明价值附加费。法院只能依据上述规定，按照其丢失行李在托运时的重量为基准计算赔偿责任限额。^[29]

（2）认为原则不适用限额，除非承运人自证无责。在董学俭与中国东方航空股份有限公司西北分公司等航空旅客运输合同纠纷案中^[30]，原告董学俭乘坐被告东航西北分公司格尔木至西安航班，在格尔木机场办理行李托运，飞机到达西安咸阳机场后原告发现在格尔木托运的8公斤行李丢失，在寻找无果的情况下，原告申报行李运输事故并报警，丢失的行李至今没有找回。就赔偿范围的问题，法院认为本案中董学俭搭乘飞机时，办理完行李托运手续后，行李就移交给东航西北分公司的代理人格尔木机场工作人员处理。在行李托运过程中，行李均在承运人的监管之下，董学俭乘坐飞机安全顺利抵达目的地，但董学俭却未领到其托运的行李，该托运行李丢失的原因非因旅

客原因、非因风险性事故原因，而是承运人管理过失原因造成。在此情况下，东航西北分公司应承担举证责任，即对于东航西北分公司而言，如果认为应当适用《民用航空法》第128条、第129条有关赔偿责任限额的规定对董学俭丢失行李进行赔偿，其应当提供证据证明自身在运输旅客行李过程中没有故意或者明知可能造成损失而轻率地作为或者不作为，即承运过程中没有过错。本案中，因东航西北分公司没有提供证据证明，故法院认为，对于董学俭丢失行李的赔偿不应适用《民用航空法》第128条、第129条有关赔偿责任限额的规定。

注释：

[1]参见刘海安：《航空客运合同成立时间——达成合意的回归》，载《北京理工大学学报（社会科学版）》，2016年第5期，第119页。

[2]参见“乔珍宝与大冶市公共汽车公司、陈章华公路旅客运输合同纠纷案”，湖北省大冶市人民法院（2019）鄂0281民初4477号民事判决书。

[3]参见“郑州铁路局与钟某某、伏开济等铁路旅客运输合同纠纷案”，上海铁路运输法院（2017）沪71民终2号民事判决书。

[4]参见“张德辉与邓喜超公路旅客运输合同纠纷案”，湖北省恩施市中级人民法院（2014）鄂恩施民初字第02199号民事判决书。

[5]参见“武广铁路客运专线有限责任公司、广州铁路（集团）公司与何奎铁路旅客运输合同纠纷案”，广东省广州铁路运输法院（2014）广铁中法民终字第47号民事判决书。

[6]参见“高学文与上海铁路局铁路旅客运输合同纠纷”，上海市高级人民法院（2016）沪71民终15号民事判决书。

[7]参见“谷新华与北京市地铁运营有限公司城市公交运输合同纠纷案”，北京市第四中级人民法院（2017）京04民终84号民事判决书。

[8]参见“汪建国与兰州铁路局铁路运输合同纠纷案”，甘肃省高级人民法院（2016）甘民申1164号民事判决书。

[9]参见“朱新峰与西部航空有限责任公司航空旅客运输合同纠纷案”，广东省广州市中级人民法院（2017）粤01民终5336号民事判决书。

[10]参见“唐海南与北京首都国际机场股份有限公司财产损害赔偿纠纷案”，北京市顺义区人民法院（2019）京0113民初2593号民事判决书。

[11]François Collart Duthilleul et Philippe Delebecque , Contrats civils et commerciaux , 10^e édition , Dalloz , 2015 , pp.734-735.

[12]参见“朱兰英诉云南机场地面服务有限公司、成都航空有限公司航空旅客运输合同纠纷案”，云南省昆明市官渡区人民法院（2011）官民一初字第3207号民事判决书。

[13]参见“崔凤翎与兰州铁路局铁路旅客运输合同纠纷案”，兰州铁路运输法院（2017）甘71民终24号民事判决书。

[14]参见“卢廷阁上诉北京铁路局铁路旅客运输合同纠纷案”，北京市第四中级人民法院（2016）京04民终62号民事判决书。

[15]参见贺富永：《航空运输延误及判断依据》，载《河北法学》，2016年第5期，第82页。另可参见蔡东辉：《航空旅客运输航班延误及其法律责任》，载《法律适用》，2006年第8期，第59页。

[16]参见“王磊等人诉中国南方航空股份有限公司航空旅客运输合同案”，安徽省合肥市中级人民法院（2005）合民二终字第39号民事判决书。

[17]参见“卢子彬与深圳航空有限责任公司航空旅客运输合同纠纷案”，成都铁路运输法院（2017）川71民终7号民事判决书。

[18]参见“阎玉海诉北京佳信安达科技发展有限公司等航空旅客运输合同纠纷案”，北京市朝阳区人民法院（2007）朝民初字第14945号民事判决书。

[19]对于超售条款，理论界和司法实务界对其合理性始终存有争议，存在“肯定说”和“否定说”两种观点。肯定说认为，超售源自航空承运人为了避免座位的虚耗以及满足更多旅客出行的需求，而非基于承运人之主观恶意，符合国际航空业的售票惯例。而否定说认为，超售侵犯了消费者的知情权，违反了诚实信用原则，构成欺诈。参见贺大伟：《论公共航空承运人运输总条件的法律属性及其适用困境消解》，载《政治与法律》，2018年第1期，第142-143页。

[20]参见“阳光财产保险股份有限公司山西省分公司与宋守春等公路旅客运输合同纠纷上诉案”，太原铁路运输法院（2017）晋71民终14号民事判决书。

[21]参见“中国太平洋财产保险股份有限公司长春中心支公司与王亚春等运输合同纠纷上诉案”，吉林省长春市中级人民法院（2017）吉01民终4476号民事判决书。

[22]参见“王丽春诉长春站损害赔偿案”，北大法宝引证码：CLI.C.25983。

[23]参见“济南汇元出租汽车有限公司诉杨萍等出租汽车运输合同纠纷案”，山东省济南市中级人民法院（2016）鲁01民终5152号民事判决书。

[24]参见“宋仙菊与广州马会巴士有限公司城市公交运输合同纠纷上诉案”，广东省广州市中级人民法院（2017）粤01民终11886号民事判决书。

[25]参见“缪原慧与呼和浩特铁路局铁路旅客运输合同纠纷案”，昆明铁路运输法院（2016）云71民终33号民事判决书。

[26]参见“辽宁城际客运有限公司与齐佳运输合同纠纷上诉案”，辽宁省抚顺市中级人民法院（2017）辽04民终1798号民事判决书。

[27]参见“吴悦与广东省湛江汽车运输集团有限公司湛江市汽车南站公路旅客运输合同纠纷上诉案”，广东省江门市中级人民法院（2016）粤07民终2466号民事判决书。

[28]所谓保价条款是指承运人对价值较高的货物，声明其价值，并按其声明价值的一定比例（通常为千分之三），在运费外再支付保价费，一旦发生货损，则按声明价值赔付；如未保价，则按运费的一定倍数赔付。保价属于格式条例，其效力在审判实践中引起的争议较大。参见陈昶、罗懿：《运输合同中保价条款的效力及其排除适用的条件》，载《人民司法》2008年第24期，第83页。

[29]参见“中国南方航空股份有限公司等诉某航空旅客运输合同纠纷案”，湖北省高级人民法院（2017）鄂民再239号民事判决书。

[30]参见“董学俭与中国东方航空股份有限公司西北分公司等航空旅客运输合同纠纷上诉案”，西安铁路运输法院（2016）陕71民终36号民事判决书。

第三节 货运合同

货运合同是承运人将托运人交付运输的货物运送到指定地点，托运人支付运费的合同，是运输合同的一种。^[1]在货物运输实践中，收货人可能为托运人，但更为普遍的情况是收货人为托运人和承运人之外的第三人，因此货运合同往往有第三人参加，甚至被称为“真正利益第三人契约”，收货人即便不是订立合同的当事人，亦享有对托运人的直接请求权。^[2]

本节规定了托运人、承运人和收货人的权利义务，规定了托运人的如实申报义务，提供审批、检验文件的义务，妥当包装义务以及在托运危险物品时的特殊危险防范义务，明确了托运人对于运输货物的处置权，还规定了货物到达后承运人的通知义务及收货人的提货和检验义务、承运人在特定情况下对运输货物的留置和提存。同时，本节规定了承运人对于运输过程中的货物毁损、灭失承担责任，并明确了赔偿额的计算方法，同时对于货物因不可抗力灭失时的运费处理进行了规范。最后，本节对于单式联运中的责任分配进行了规定，考虑到多式联运合同的责任和风险规则有诸多特殊之处，多式联运合同留待第四节进行专门规范。

■ 第八百二十五条

托运人办理货物运输，应当向承运人准确表明收货人的姓名、名称或者凭指示的收货人，货物的名称、性质、重量、数量，收货地点等有关货物运输的必要情况。

因托运人申报不实或者遗漏重要情况，造成承运人损失的，托运人应当承担赔偿责任。

本条主旨

本条是对托运人如实申报义务的规定。

相关条文

《合同法》第304条 托运人办理货物运输，应当向承运人准确

表明收货人的名称或者姓名或者凭指示的收货人，货物的名称、性质、重量、数量，收货地点等有关货物运输的必要情况。因托运人申报不实或者遗漏重要情况，造成承运人损失的，托运人应当承担损害赔偿责任。

《民用航空法》第113条 承运人有权要求托运人填写航空货运单，托运人有权要求承运人接受该航空货运单。托运人未能出示航空货运单、航空货运单不符合规定或者航空货运单遗失，不影响运输合同的存在或者有效。

第114条 托运人应当填写航空货运单正本一式三份，连同货物交给承运人。航空货运单第一份注明“交承运人”，由托运人签字、盖章；第二份注明“交收货人”，由托运人和承运人签字、盖章；第三份由承运人在接受货物后签字、盖章，交给托运人。承运人根据托运人的请求填写航空货运单的，在没有相反证据的情况下，应当视为代托运人填写。

第115条 航空货运单应当包括的内容由国务院民用航空主管部门规定，至少应当包括以下内容：（一）出发地点和目的地点；（二）出发地点和目的地点均在中华人民共和国境内，而在境外有一个或者数个约定的经停地点的，至少注明一个经停地点；（三）货物运输的最终目的地点、出发地点或者约定的经停地点之一不在中华人民共和国境内，依照所适用的国际航空运输公约的规定，应当在货运单上声明此项运输适用该公约的，货运单上应当载有该项声明。

第117条 托运人应当对航空货运单上所填关于货物的说明和声明的正确性负责。因航空货运单上所填的说明和声明不符合规定、不正确或者不完全，给承运人或者承运人对之负责的其他人造成损失的，托运人应当承担赔偿责任。

第118条 航空货运单是航空货物运输合同订立和运输条件以及承运人接受货物的初步证据。航空货运单上关于货物的重量、尺寸、包装和包装件数的说明具有初步证据的效力。除经过承运人和托运人当面核对并在航空货运单上注明经过核对或者书写关于货物的外表情况的说明外，航空货运单上关于货物的数量、体积和情况的说明不能构成不利于承运人的证据。

理解与适用

本条与《合同法》第304条的规定一致。

托运人在办理货物运输之时，应当向承运人准确地表明一些有关货物运输的必要情况，以便于承运人准确、安全地进行运输。这一规则亦见诸各运输特别法中，例如，《民用航空法》第117条规定托运人应当对航空货运单上所填关于货物的说明和声明的正确性负责；《海商法》第66条第1款规定托运人托运货物，应向承运人保证，货物装船时所提供的货物的品名、标志、包数或者件数、重量或者体积的正确性。《民法典》合同编对这些规则进行归纳和总结，在一般法层面对托运人如实申报义务作出规定。

一、托运人如实申报的事项

本条列举了三方面的申报内容。

第一，收货人的名称、姓名或者凭指示的收货人。运输合同中的托运人经常并非货物的接收方，因此为了方便承运人及时交货，托运人就需要在承运人的运单上列明或者以其他方式告知收货人的名称或者姓名，如果在托运人办理货物运输时并没有明确具体收货人，托运人应将提取货物的凭证告知承运人。^[3]

第二，货物的名称、性质、重量、数量。托运人准确告知货物的情况，以便承运人采取恰当的措施完成运输；同时，如实告知货物的名称、性质、重量、数量，也是对托运人诚实履行合同的要求，因为承运人收取运费、装卸货物的方式往往都依赖于托运人所表明货物的情况。^[4]

第三，收货地点等其他有关货物运输的必要情况。《民法典》第811条针对运输合同一般性规定了承运人在约定期限或者合理期限内将货物运输到约定地点的义务，因此托运人自然应当告知承运人收货地点。其他必要情况还可以包括约定送达时间、货物保险指示以及当事人特别约定的其他事项。

二、托运人违反如实申报义务的法律后果

托运人违反如实申报义务，应当承担相应的法律后果。本条第2款规定，托运人申报不实或者遗漏重要情况，造成承运人损失的，应当承担赔偿责任。另外，托运人违反如实申报义务，使得承运人按照托运人申报的情况进行运输，最后导致托运人自身造成损失的，托运人理应承担自身损失。^[5]我国法院在裁判中指出，承运人在运输之前，应当对货物进行简单的检验，在托运人未如实申报的情况下，承运人如果未能履行基本的检验义务，那么亦应当对损失承担一定的责任。^[6]

值得探讨的是，如果托运人没有如实告知承运人所运送之物品为贵重物品，之后物品非因托运人、收货人的过错发生损毁灭失，承运人对于运输过程中的灭失、毁损的赔偿额如何确定，换言之，在托运人未如实申报与物品的损害无因果关系的情况下，托运人的如实申报义务是否影响《民法典》第833条下赔偿额之认定，赔偿额是否应当依据贵重物品的真实价值确定，抑或以托运人申报的价值为限？对于这一点，第833条并未包含类似我国台湾“民法”第639第2款的以申报价值为限额之规则^[7]，但是运输特别法中存在对申报数额和赔偿数额关系之规定。以《海商法》第56条为例，该条在设置货物灭失或损坏的赔偿限额的同时，明确了如果托运人在货物装运前已经申报其性质和价值，并在提单中载明，那么赔偿数额不受限额的限制。因此，在贵重物品运输中，托运人是否如实申报物品价值将会影响其在物品毁损、灭失时获得的赔偿，托运人如实申报同时也是对其自身财产利益的保护。

■ 第八百二十六条

货物运输需要办理审批、检验等手续的，托运人应当将办理完有关手续的文件提交承运人。

本条主旨

本条规定了托运人向承运人提交审批、检验等文件的义务。

相关条文

《合同法》第305条 货物运输需要办理审批、检验等手续的，托运人应当将办理完有关手续的文件提交承运人。

理解与适用

本条与《合同法》第305的规定一致。

货物的运输可能会涉及某些手续的办理，所以在运输前，承运人往往要求托运人提交相应文件，以便顺利完成货物运输。本条对托运人应当办理的手续列举了审批、检验两种，出资之外还往往包括检疫、港口准入等，在危险品的运输时，还包括危险品运输的许可手

续。 [8]

涉及货物运输的专门立法基本都强调了托运人办理必要手续并提供相应单证、文件的义务，并且进一步规定，如果托运人没有向承运人提供必要的单证、文件或者提供的单证文件不充足、不正确，导致承运人遭受损失，托运人应当承担赔偿责任。例如，《海商法》第67条规定：“托运人应当及时向港口、海关、检疫、检验和其他主管机关办理货物运输所需要的各项手续，并将已办理各项手续的单证送交承运人；因办理各项手续的有关单证送交不及时、不完备或者不正确，使承运人的利益受到损害的，托运人应当负赔偿责任。”《民用航空法》第123条规定：“托运人应当提供必需的资料和文件，以便在货物交付收货人前完成法律、行政法规规定的有关手续；因没有此种资料、文件，或者此种资料、文件不充足或者不符合规定造成的损失，除由于承运人或者其受雇人、代理人的过错造成的外，托运人应当对承运人承担责任。除法律、行政法规另有规定外，承运人没有对前款规定的资料或者文件进行检查的义务。”

■ 第八百二十七条

托运人应当按照约定的方式包装货物。对包装方式没有约定或者约定不明确的，适用本法第六百一十九条的规定。

托运人违反前款规定的，承运人可以拒绝运输。

本条主旨

本条规定了托运人的货物包装义务。

相关条文

《合同法》第306条 托运人应当按照约定的方式包装货物。对包装方式没有约定或者约定不明确的，适用本法第一百五十六条的规定。托运人违反前款规定的，承运人可以拒绝运输。

理解与适用

本条在《合同法》第306条基础上修改而来，实质性内容未做变

动，仅根据《民法典》的条文编号调整了交叉引用的法律条文。

此条规定了托运人妥善包装的义务，合同中对于包装方式有约定的，托运人应当按照约定的包装方式交付标的物；合同中对包装方式没有约定或者约定不明确，适用《民法典》第619条针对买卖合同之规定，按照如下规则确定包装方式：第一，按照《民法典》510条的规则，由当事人签订补充协议就包装方式协商达成合意；第二，如果当事人不能达成补充协议，按照合同相关条款或者交易习惯确定；第三，如果按照《民法典》510条的上述两项规则仍然无法确定包装方式，则应当采用通用方式包装，所谓通用方式，主要指按照某种运输工具运输某种货物的惯常包装方式；第四，没有通用的包装方式的，应当采取足以保护标的物且有利于节约资源、保护生态环境的包装方式，其中“有利于节约资源、保护生态环境”为此次《民法典》修订在《合同法》基础上增加的要求，进一步贯彻了绿色原则。

本条第2款进一步规定，托运人违反妥善包装义务的，承运人有权拒绝运输。同时，因包装不符合约定或者相关规定、规则导致托运人或者承运人损失的，托运人应当承担赔偿责任。^[9]这一点在特别法中已有明确规定，例如，《海商法》第66条第1款明确规定，托运人托运货物，应当妥善包装，由于包装不良对承运人造成损失的，托运人应当负赔偿责任。

承运人在运输过程中负有安全运输的义务，在运输途中应当注意运输安全，防止事故发生，对于需要照料的货物，应予适当的照料。^[10]承运人如果在运输途中发现包装安全隐患，应当在安全运输义务的范围内进行照料甚至补救，如果对损失的发生亦有过错，应当承担一定的责任。司法实践中出现过这样的案例，承运人为托运人提供货物运输服务，由托运公司负责装货，但是由于托运公司加装不牢，货物在运输途中发生了松动、倾斜，托运人遂派员工前往加固。在将货物人为扶正的过程中，货物发生严重倾斜砸伤了托运人的员工和承运人。法院审理发现，托运人未履行妥善包装的义务，导致了安全隐患，在途中加固的过程中，托运人派出的员工指挥不当，托运人应承担赔偿责任。但是与此同时，运输的货物超过了车辆核准载货量，承运人未尽到安全运输的义务，其在加固过程中有操作不当，对损害的发生亦应该承担责任。最终法院判决托运人与承运人各承担一半的责任。^[11]

托运人托运易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性等危险物品的，应当按照国家有关危险物品运输的规定对危险物品妥善包装，做出危险物品标志和标签，并将有关危险物品的名称、性质和防范措施的书面材料提交承运人。

托运人违反前款规定的，承运人可以拒绝运输，也可以采取相应措施以避免损失的发生，因此产生的费用由托运人负担。

本条主旨

本条规定了托运危险货物时托运人的危险防范义务。

相关条文

《合同法》第307条 托运人托运易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性等危险物品的，应当按照国家有关危险物品运输的规定对危险物品妥善包装，作出危险物标志和标签，并将有关危险物品的名称、性质和防范措施的书面材料提交承运人。托运人违反前款规定的，承运人可以拒绝运输，也可以采取相应措施以避免损失的发生，因此产生的费用由托运人承担。

《道路运输条例》第25条 货运经营者不得运输法律、行政法规禁止运输的货物。法律、行政法规规定必须办理有关手续后方可运输的货物，货运经营者应当查验有关手续。

第26条 国家鼓励货运经营者实行封闭式运输，保证环境卫生和货物运输安全。货运经营者应当采取必要措施，防止货物脱落、扬撒等。

运输危险货物应当采取必要措施，防止危险货物燃烧、爆炸、辐射、泄漏等。

第27条 运输危险货物应当配备必要的押运人员，保证危险货物处于押运人员的监管之下，并悬挂明显的危险货物运输标志。

托运危险货物的，应当向货运经营者说明危险货物的品名、性质、应急处置方法等情况，并严格按照国家有关规定包装，设置明显标志。

理解与适用

本条文在《合同法》第307条的基础上修改而来，实质性内容未做变动，仅将《合同法》第307条第1款中的“作出”危险物标志和标签改为“做出”，将第2款中的费用由托运人“承担”改为“负担”，法律语言表达和文字使用更加准确规范。

易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性等危险物品的运输措施上与普通物品有诸多不同，如果不进行妥善处理，可能会对运输工具和公共设置造成损害，甚至会将运输人和第三人的生命健康乃至公共安全置于风险之中。对于危险物品的运输，各运输特别法已经进行了具体规定，《民法典》第828条承继《合同法》第307条，对这些专门规定进行了总结，规定了托运人的三项义务：第一，对危险物品妥善包装；第二，做出危险物品标志和标签；第三，将有关危险物品的名称、性质和防范措施的书面材料提交承运人，从而有利于承运人合理安排运输人和运输计划，并针对危险物品的具体情况采取适宜的防范和应对措施，避免运输过程中的损害。^[12]

此处，国家有关危险物品运输的规定应当包括法律法规、部门规章中的规定及相关国家标准。值得注意的是，对于危险物品包装的要求应与《民法典》第827条中的一般包装要求进行区别。对于一般运输物品的包装，应优先服从当事人的约定，与之相比，危险物品的包装则必须服从国家规定，当事人之间就危险物品的包装达成的约定只能高于相关规定中的要求，如果当事人之间约定的包装方式没有达到国家规定的要求，托运人不得以双方约定为由主张相关责任的免除。^[13]

如果托运人违反国家有关危险物品运输的规定，承运人可以拒绝运输，也可以采取相应措施以避免损失的发生，这些措施包括承运人可以在任何地点、任何时间根据情况将货物卸下、销毁或者使之不能为害，因此产生的费用由托运人承担。^[14]有学者指出，即使托运人没有违反本条第1款规定的义务，承运人也知道危险物品的性质并且同意运输的，但在运输过程中如果危险货物对运输工具、人员和其他货物造成危险，承运人仍然可以基于安全运输的义务采取相应措施避免损失的发生，而不负有赔偿责任。^[15]我国《海商法》第68条第2款采这一观点，规定：“承运人知道危险货物的性质并已同意装运的，仍然可以在该项货物对于船舶、人员或者其他货物构成实际危险时，将货物卸下、销毁或者使之不能为害，而不负赔偿责任。但是，本款规定不影响共同海损的分摊。”

如果托运人违反国家有关危险物品运输的规定，承运人没有拒绝

运输，导致损失，双方应按照各自的过错承担责任。本条第2款赋予了承运人拒绝运输的权利，自然就要求其在接受运输危险物品之前履行审慎注意义务。实践中，有托运人口头通知承运人运输硝酸钙，后承运人因未取得道路危险货物运输许可证被行政处罚。承运人认为托运人未提交有关危险物品的名称、性质和防范措施的书面材料，应当承担赔偿责任。法院认为，虽然托运人的确违反了托运危险物品时的义务，但是提单中明确记载货物名称为硝酸钙，承运人应当具备基本的认知能力，了解运输危险品必须取得的许可，其未尽审慎注意义务，在不具备相关资质的情况下进行危险物品运输，亦存在过错，法院最终决定双方各自承担一部分责任。^[16]

■ 第八百二十九条

在承运人将货物交付收货人之前，托运人可以要求承运人中止运输、返还货物、变更到达地或者将货物交给其他收货人，但是应当赔偿承运人因此受到的损失。

本条主旨

本条规定托运人任意变更、终止合同的权利，或称托运人之处置权。

相关条文

《合同法》第308条 在承运人将货物交付收货人之前，托运人可以要求承运人中止运输、返还货物、变更到达地或者将货物交给其他收货人，但应当赔偿承运人因此受到的损失。

理解与适用

本条沿袭《合同法》第308条，内容没有实质性变动，仅将“但”改为“但是”。

该条确认了托运人的处置权，即货运合同成立之后，到货物交付收货人之前，托运人有权不经承运人的同意而变更、解除合同，承运人无权询问托运人进行变更和解除的原因，如无正当理由，无权加以拒绝。^[17]具体而言，托运人可以要求承运人中止运输、返还货物、

变更到达地或者将货物交给其他收货人。

这一规则对于现代国际贸易实践具有尤为重要的意义，例如，在交易过程中，卖方若有确切证据证明买方可能丧失履行能力，可以行使不安抗辩权中止合同的履行，此时若货物尚处在运输过程中而未交付，买方自然需要通过及时更改甚至解除运输合同避免进一步的损失。由于承运方并非买卖合同之当事人，法律需要将买卖与运输规则进行连接，托运人的处置权正满足了这一需求，使得运输情况可以及时随着货物买卖情况和市场变化进行调整。^[18]

一、处置权的主体

根据本条规定，处置权主体为托运人。在国际海上货物运输实践中，往往存在两种不同的托运人，我国《海商法》第42条对其进行了区分，第一种是本人或者委托他人以本人名义或者委托他人为本人与承运人订立海上货物运输合同的人，第二种是本人或者委托他人以本人名义或者委托他人为本人将货物交给与海上货物运输合同有关的承运人的人。《民法典》第829条位于合同编第十九章第三节货运合同之下，因此此处的托运人宜理解为第一种托运人。^[19]另外，学者普遍认为，处置权主体因有无提单而有所区别。在提单运输中，由于提单是作为物权凭证而存在的，故而若承运人签发的是可转让提单，在提单转让后货物交付之前，托运人无权行使对于货物的处置权，这一权利应当由提单持有人行使。^[20]不过，我国《合同法》及《民法典》对这一点都没有作出明确规定。《最高人民法院关于审理无正本提单交付货物案件适用法律若干问题的规定》第9条规定：“承运人按照记名提单托运人的要求中止运输、返还货物、变更到达地或者将货物交给其他收货人，持有记名提单的收货人要求承运人承担无正本提单交付货物民事责任的，人民法院不予支持。”^[21]根据《海商法》的规定，记名提单不得转让^[22]，因此只有记名提单托运人享有对运输货物的处置权，这一司法解释似可理解为从侧面表明支持了可转让提单持有人的处置权。

二、托运行行使处置权的限度

值得注意的是，托运人的处置权并不是毫无限度的，如果承运人变更或解除合同的请求违反法律、法规，损害公共和他人利益，或是严重影响承运人的正常运营，那么承运人应当有权利拒绝。^[23]最高人民法院曾在司法实践中处理过这样一起案例，托运人由中国宁波港出口一批不锈钢无缝产品至科伦坡，出港后托运人询问是否可以将货物退运并原船带回，承运人回复原船退回不具有操作性，需在目的港卸货后，由现在的收货人在目的港清关后，再向当地海关申请退运。

最高人民法院认为：在承运人将货物交付收货人之前，托运人享有请求变更运输合同的权利，但双方当事人仍要遵循合同法规定的公平原则确定各方的权利和义务。海上货物运输具有运输量大、航程预先拟定、航线相对固定等特殊性质，托运人要求改港或者退运的请求有时不仅不易操作，还会妨碍承运人的正常营运或者给其他货物的托运人或收货人带来较大损害。在此情形下，如果要求承运人无条件服从托运人变更运输合同的请求，显失公平。因此，在海上货物运输合同下，托运人并非可以无限制地行使请求变更、解除运输合同的权利，承运人也并非在任何情况下都应无条件服从托运人请求变更、解除运输合同的指示。为合理平衡海上货物运输合同中各方当事人的利益，在托运人可以行使请求变更、解除运输合同权利的同时，承运人也相应地享有一定的抗辩权。如果变更运输合同难以实现或者将严重影响承运人正常营运，承运人可以拒绝托运人改港或者退运的请求，但应当及时通知托运人不能执行的原因。^[24]对于这一点，《德国商法典》进行了更为详尽的规定，第418条第1款规定，承运人仅在执行指示既不会给自己企业的营运带来不利益，也不会给其他货物的托运人或者受令人带来损害的限度之内，有义务遵守这种指示。^[25]我国《民法典》第829条虽未在这一点上进行直接规定，但是托运人处置权的界限可自公平原则推导出，如最高人民法院所述，应当根据具体情况平衡运输合同各方的利益。

三、行使处置权之赔偿责任

托运人就运输物品所为的处置，并非承运人所预料，承运人因此遭受的损失理应由托运人承担。因此，本条同时规定，托运行使处置权，应当赔偿承运人因此所遭受的损失。例如，托运人变更到达地，可能会导致承运人办理通往新到达地的相应手续，产生时间延迟，发生额外费用，在此情况下，托运人应当赔偿承运人遭受的损失。实践案例中，有承运人因对托运人改变目的地不满与之发生争执，要求托运人另行支付费用才继续履行合同，因此造成不必要的延迟，在此情况下，承运人遭受的损失不应一概归于托运人，而应当根据具体情况判断托运人和承运人之间的责任分配。^[26]

第八百三十条

货物运输到达后，承运人知道收货人的，应当及时通知收货人，收货人应当及时提货。收货人逾期提货的，应当向承运人支付保管费等费用。

本条主旨

本条规定了货物运输到达后，承运人的及时通知义务和收货人的及时提货义务。

相关条文

《合同法》第309条 货物运输到达后，承运人知道收货人的，应当及时通知收货人，收货人应当及时提货。收货人逾期提货的，应当向承运人支付保管费等费用。

理解与适用

一、承运人的及时通知义务

货物到达目的地并不意味着运输的完成，承运人还应当及时通知收货人，并完成货物交付。本条首先明确了承运人在货物运输到达后，及时通知收货人的义务。在货物运输中，由于装运时间和在途时间往往难以准确确定，当事人经常仅对运输期限进行约定，因此，要求承运人在货物运输到达后及时履行通知收货人的义务，是基于实践中需求的考量。^[27]当然，承运人履行这一义务的前提是其知晓收货人的通信地址或者联系方式，承运人如果不知道收货人，则应当通知托运人在合理期限内就运输货物的处分作出指示；如果托运人没有及时作出指示，承运人被免除相应的通知义务。^[28]承运人怠于履行通知义务可能导致违约的，其应当承担相应的赔偿责任。^[29]

二、收货人的及时提货义务

收货人接到承运人的通知之后，应当及时提货。收货人逾期提货的，应当向承运人支付发生的保管等费用。在逾期期间，货物的毁损、灭失的风险由收货人承担。^[30]此外，依据《民法典》第837条，收货人无正当理由拒绝受领货物的，承运人依法可以提存货物。

第八百三十一条

收货人提货时应当按照约定的期限检验货物。对检验货物的期限没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，应当在合理期限内检验货物。收货人在约定的期限或者合理期限内对货

物的数量、毁损等未提出异议的，视为承运人已经按照运输单证的记载交付的初步证据。

本条主旨

本条是对收货人的检验义务的规定。

相关条文

《合同法》第310条 收货人提货时应当按照约定的期限检验货物。对检验货物的期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，应当在合理期限内检验货物。收货人在约定的期限或者合理期限内对货物的数量、毁损等未提出异议的，视为承运人已经按照运输单证的记载交付的初步证据。

理解与适用

本条沿袭《合同法》第310条，内容没有实质变化，仅根据《民法典》的条文编号调整了交叉引用的法律条文，另外将“依照”改为“依据”，语言表达更为规范。

本条规定，收货人提货时应当按照约定的期限检验货物，检验的目的是查明承运人交付之货物的质量、数量和其他状况，确定其是否符合合同的约定。强调收货人应当及时检验货物，主要是为了尽快明确责任，及时发现和解决争议，加速商品的流转。^[31]

对于收货人检验货物的期限，当事人有约定的，从其约定，没有约定或者约定不明确，应当依据《民法典》第510条的规定予以确定；仍然不能确定的，应当在合理期限内检验货物。这里的合理期限应当根据交易和运输的实际情况与货物损毁的特点确定，在司法实践中，如果货物存在明显的外观损坏，那么一般认为收货人在交付当场就应当提出异议。^[32]《海商法》第81条对于合理检验期限进行了更为具体的规定，对于明显的灭失或损坏，收货人应当在交付货物之时就将这一情况书面通知承运人；如果货物灭失或者损坏的情况非显而易见，在货物交付的次日起连续7日内，集装箱货物交付的次日起连续15日内，收货人应当进行书面通知，否则视为承运人已经按照运输单证的记载交付以及货物状况良好的初步证据。

在《合同法》的立法过程中，对于收货人未在约定的期间或者合

理的期间内对货物的数量、损毁等提出异议的法律后果，曾有两种观点，第一种观点认为，如果收货人未及时提出异议，则应当视为交付的货物与运输单证的记载完全一致；第二种观点认为，未提出异议这一事实，只能视为承运人已经按照运输单证记载交付的初步证据。

[33] 《合同法》第310条采纳了第二种观点，《民法典》第831条亦延续这一路径。一方面，收货人在约定的期限或者合理期限内对货物的数量、毁损等未提出异议并不意味着收货人丧失了请求赔偿的权利；另一方面，承运人可以以此为由证明其完成了交付行为，收货人需有相反的证据推翻此种推定。[34]

■ 第八百三十二条

承运人对运输过程中货物的毁损、灭失承担赔偿责任。但是，承运人证明货物的毁损、灭失是因不可抗力、货物本身的自然性质或者合理损耗以及托运人、收货人的过错造成的，不承担赔偿责任。

本条主旨

本条规定了承运人对于运输过程中货物的毁损、灭失的责任。

相关条文

《合同法》第311条 承运人对运输过程中货物的毁损、灭失承担赔偿责任，但承运人证明货物的毁损、灭失是因不可抗力、货物本身的自然性质或者合理损耗以及托运人、收货人的过错造成的，不承担赔偿责任。

理解与适用

本条延续了《合同法》第311条的规定，没有实质修改，将承担“损害赔偿责任”改为“赔偿责任”，将“但”改为“但是”，另外，调整了标点符号。

承运人负有妥善保管货物的义务，应当根据货物的性质采取合理的运输方式，制订严格的运输计划，保证货物安全地送达目的地，对运输过程中货物的毁损、灭失，应承担赔偿责任。此处，“毁损”指的是货物因损坏而价值减少，“灭失”则指承运人无法将货物交付给收货

人，既包括货物物质上的灭失，也包括占有的更新丧失及法律上不能回复占有的情形。运输过程应当自从托运人收取货物为始，以在目的地交付货物为止，包括承运人掌管货物的整个期间。^[35]实践中容易引起的争议的为装卸货的过程，比如运输货物的车辆已经到达指定地点，但是在卸货的过程中发生毁损，法院认为，卸货时收货人尚未进行货物清点，因此应当认为货物尚在运输途中。^[36]《海商法》第46条对运输期间进行了更加具体的界定，集装箱装运的货物的责任期间是指从装货港接收货物时起至卸货港交付货物时止，货物处于承运人掌管之下的全部期间，也就是通常所说的“钩至钩”；非集装箱装运的货物的责任期间，是指从货物装上船时起至卸下船时止，货物处于承运人掌管之下的全部期间；同时，当事人可以协议对在装船前和卸船后所承担的责任作出约定。^[37]

承运人货损责任有三个免责事由：第一种情形是不可抗力，《民法典》第180条第2款将不可抗力明确定义为不能预见、不能避免且不能克服的客观情况；第二种情形是货物本身的自然性质或者合理损耗；第三种情形是因托运人、收货人的过错造成的毁损、灭失。例如，托运人未按照《民法典》第825条之规定如实申报，导致承运人未能采取适宜的运输措施，货物毁损、灭失；再如，托运人没有采取足以保护标的物的包装措施，导致货物在运输过程中毁损、灭失。承运人应当对以上三种情形的存在负担举证责任。

■ 第八百三十三条

货物的毁损、灭失的赔偿额，当事人有约定的，按照其约定；没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，按照交付或者应当交付时货物到达地的市场价格计算。法律、行政法规对赔偿额的计算方法和赔偿限额另有规定的，依照其规定。

本条主旨

本条规定了货物毁损、灭失赔偿数额的计算方式。

相关条文

《合同法》第312条 货物的毁损、灭失的赔偿额，当事人有约定的，按照其约定；没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，按照交付或者应当交付时货物到达地的市场价

格计算。法律、行政法规对赔偿额的计算方法和赔偿限额另有规定的，依照其规定。

理解与适用

本条沿袭了《合同法》第312条的规定，内容没有实质变化，仅根据《民法典》的条文编号调整了交叉引用的法律条文，另外将“依照”改为“依据”，语言表达更为规范。

对于货物的毁损、灭失的赔偿额或者计算方法，本条确定了四项规则。首先，如果当事人已经就进行了约定，从其约定。例如，当事人往往对约定赔偿限额和计算方式作出约定，或者选择保价运输的方式。另外，实践中对于赔偿限额的约定常以格式条款的形式出现，在这种情况下，应当依据《民法典》第497条判断格式条款的效力。^[38]第二，当事人之间没有约定或者约定不明确，按照《民法典》第510条的规定确定，即由当事人协议补充，不能达成补充协议的，按照合同相关条款或者交易习惯确定。第三，赔偿额仍然不能确定的，按照交付或者应当交付时货物到达地的市场价格计算。规定“应当交付时货物到达地的市场价格”主要是考虑到货物没有按时到达，或者在途中灭失而根本就无法到达的情况，例如海运途中船舶沉没，运输途中货物全损等。^[39]第四，法律、行政法规对赔偿额的计算方法和赔偿限额另有规定的，依照其规定。我国与货物运输有关的专门法规往往对赔偿限额进行了一定的规定。例如，我国《海商法》第56条第1款规定：“承运人对货物的灭失或者损坏的赔偿限额，按照货物件数或者其他货运单位数计算，每件或者每个其他货运单位为666.67计算单位，或者按照货物毛重计算，每公斤为2计算单位，以二者中赔偿限额较高的为准。但是，托运人在货物装运前已经申报其性质和价值，并在提单中载明的，或者承运人与托运人已经另行约定高于本条规定的赔偿限额的除外。”

另外，托运人如果自愿办理了货物运输保险，在货物毁损、灭失时，得以向保险人索赔，保险人取得求偿代位权。^[40]

第八百三十四条

两个以上承运人以同一运输方式联运的，与托运人订立合同的承运人应当对全程运输承担责任；损失发生在某一运输区段的，与托运人订立合同的承运人和该区段的承运人承担连带责任。

本条主旨

本条规定了单式联运中的运输责任。

相关条文

《合同法》第313条 两个以上承运人以同一运输方式联运的，与托运人订立合同的承运人应当对全程运输承担责任。损失发生在某一运输区段的，与托运人订立合同的承运人和该区段的承运人承担连带责任。

理解与适用

本条内容与《合同法》第313条相同，仅在标点符号上进行了调整。

本条是对于单式联运的规定。联运，是指两个以上的承运人以同一或者多样的运输方式从事运输活动，可以分为单式联运和多式联运。单式联运合同，又称相继运输合同，是指托运人与第一承运人订立运输合同之后，由第一承运人与其他承运人以相同方式完成同一货物运输的合同。^[41]多式联运合同则是两个或两个以上承运人以不同运输方式完成货物运输的合同，本章第四节对其进行专门规定。

合同中订约承运人应当对全称运输承担责任。关于单式联运中的承运人责任有两种立法观点，一种是连带责任说，即各承运人承担连带责任；第二是订约承运人负责说，由签订运输合同的第一承运人对运输的全程负责，我国《民法典》及此前的《合同法》均采第二种观点。若损失发生在某一运输区段的，与托运人订立合同的承运人和该区段的承运人承担连带责任。^[42]

第八百三十五条

货物在运输过程中因不可抗力灭失，未收取运费的，承运人不得请求支付运费；已经收取运费的，托运人可以请求返还。法律另有规定的，依照其规定。

本条主旨

本条规定了货物在运输过程中因不可抗力灭失的运费处理。

相关条文

《合同法》第314条 货物在运输过程中因不可抗力灭失，未收取运费的，承运人不得要求支付运费；已收取运费的，托运人可以要求返还。

理解与适用

本条在《合同法》第314条的基础上修改而来，在后者的基础上增加了最后一句“法律另有规定的，依照其规定”。2020年5月22日提交全国人民代表大会的审议稿并未包含这一内容，其是在《民法典》审议的过程中作出的修改，是我国《民法典》对于日益发展的国际贸易运输实践进行的回应。

本条款确立的一般规则是，货物在运输过程中因不可抗力灭失，未收取运费的，承运人不得请求支付运费；已经收取运费的，托运人可以请求返还。规则的适用情形严格限制为货物在运输中因不可抗力灭失，货物必须全损，且原因仅限于不可抗力。^[43]《合同法》第314条的这一规定参考了我国台湾地区“民法”第645条规定和《海商法》第90条。^[44]学者认为，此规则设计旨意在于避免使得托运人遭受过分的损失，运费乃承运人按约定将货物运输至目的地的对价，货物因不可抗力灭失，未能运抵目的地，承运人不负赔偿责任，若托运人已付之运费无法得到返还，则托运人遭受双重损失，不符合公平原则。^[45]

不过，随着国际货物运输的发展，这一规则开始受到质疑。在海上货物运输实践中，提单背面条款往往注明货方负有运费或其他费用之绝对义务，即使货物在运行过程中灭失，货方仍然要向承运方支付全额运费。另外，英美国家普遍采纳的规则是预付运费不退换的路径，而不论货物灭失之原因为何。换言之，在海上货物运输实践中，承运人不承担预付运费之风险，但是如果灭失乃承运人所致，托运人可将预付运费作为其遭受损失的一部分向承运人索赔。^[46]

为了兼顾国际货物贸易运输的实践需求，《民法典》第835条增加了“法律另有规定的，依照其规定”的条款。不过，我国《海商法》对于这一问题没有进行直接规范，在此背景下，在作为一般法的《民法典》中加入法律另有规定除外的规则，是否足以解决实践中的问

题，这仍然值得探讨，但是即便如此，《民法典》这一修改为未来特别法层面的规则改进留下了充足的空间，这是值得肯定的。

■ 第八百三十六条

托运人或者收货人不支付运费、保管费或者其他费用的，承运人对相应的运输货物享有留置权，但是当事人另有约定的除外。

本条主旨

此条规定了承运人的留置权。

相关条文

《合同法》第315条 托运人或者收货人不支付运费、保管费以及其他运输费用的，承运人对相应的运输货物享有留置权，但当事人另有约定的除外。

理解与适用

本规定沿袭了《合同法》第315条，内容未做实质变动，仅将“运费、保管费以及其他运输费用”中的“以及”改为“或者”，托运人或者收货人不支付任意一种费用，承运人都可以依法行使留置权，因此使用“或者”更加符合法律原意。另外，最后一个分句中的“但”改为“但是”。

此条规定了托运人或收货人不支付运输费用时承运人享有的留置权，其成立要件有三：第一，留置权主体是特定的，为承运人；第二，托运人或者收货人不支付运费、保管费以及其他运输费用，其他运输费用如海上货物运输中的亏舱费、滞期费、共同海损分摊费用等；第三，留置的对象为与上述未支付费用“相应的运输货物”，即运输费用应当是由于该货物的运输产生的，但是并不要求该货物为债务人所有，另外，留置货物的整体价值应当与托运人或者收货人未支付的运输费用具有相当性，如果货物的整体价值远高于未支付的费用，那么在货物可分的情况下，承运人只可以就部分货物行使留置权。

[47]

另外，本条同时规定当事人另有规定的除外，当事人可能在货运

合同中直接约定承运人不享有留置权，也可能对运输费用作出其他约定，导致托运人实质上无法行使留置权，例如，当事人约定承运人先交付货物、托运人或收货人后支付费用等，在这种情况下，承运人应当先履行交付货物的义务，交付之后因不再占有货物无法行使留置权；再如，如果托运人或收货人提供了担保，那么承运人也不能留置货物。^[48]

■ 第八百三十七条

收货人不明或者收货人无正当理由拒绝受领货物的，承运人依法可以提存货物。

本条主旨

本条规定了运输货物的提存。

相关条文

《合同法》第316条 收货人不明或者收货人无正当理由拒绝受领货物的，依照本法第一百零一条的规定，承运人可以提存货物。

理解与适用

该条为《合同法》第316条修改而来，后者规定：“收货人不明或者收货人无正当理由拒绝受领货物的，依照本法第一百零一条的规定，承运人可以提存货物。”其中《合同法》第101条为提存之一般规定。《民法典》删除了对提存一般规定之直接援引，转而表述为“承运人可以依法提存货物”。

此条规定了承运人在货物运输合同履行中提存货物的法定事由：收货人不明或者收货人无正当理由拒绝受领货物。收货人不明，既包括托运人没有向承运人提供收货人信息，承运人向收货人请求指示，托运人逾期没有指示之情况，亦包括虽有人主张自己为收货人，但是根据现有证据无法认定其是否为收货人的情形。收货人无正当理由拒绝受领，主张是指其对货物质量、品种、数量、运到期限等存有异议或者由于其他原因，与承运人未达成一致意见，而拒绝受领货物。

^[49]

依据《民法典》第570条第2款的规定，如果货物不适于提存或者提存费用过高，债务人依法可以拍卖或者变卖标的物，提存所得的价款。依据《民法典》第557条，承运人提存运输的货物后，运输合同关系即告消灭，该货物毁损、灭失的风险由收货人承担。提存产生的费用由收货人承担，当然，承运人若对于提存有过错，也应当承担相应的责任。^[50]

注释：

[1]参见崔建远：《合同法》，北京，法律出版社2016年版，第388页。

[2]参见货运合同为利益第三人合同这一观点，参见崔建远：《合同法》，北京，法律出版社2016年版，第388页；黄立：《民法摘编各论》（下），北京，中国政法大学出版社2003年版，第655-656页。当然，亦有人对此持反对观点，参见赵军、周荆、孙之斌、刘斌：《货物运输合同若干问题研究》，载《法律适用》2007年第5期。

[3]参见王利明：《合同法分则研究（上卷）》，北京，中国人民大学出版社2012年版，第475页；胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，北京，法律出版社1999年版，第465-466页。

[4]参见王利明：《合同法分则研究（上卷）》，北京，中国人民大学出版社2012年版，第475页。

[5]参见王利明：《合同法分则研究（上卷）》，北京，中国人民大学出版社2012年版，第475页；胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，北京，法律出版社1999年版，第466页。

[6]参见“厦门环资矿业科技股份有限公司与南昌鄱阳湖航运有限公司公司运输合同纠纷上诉案”，江西省南昌市中级人民法院（2016）赣01民终2463号民事判决书。

[7]我国台湾地区“民法”第639条规定：金钱、有价证券、珠宝或其他贵重物品，除托运人于托运时报明其性质及价值者外，运送人对于其丧失或毁损，不负责任。价值经报明者，运送人以所报价额为限，负其责任。参见邱聪智：《新订债法各论（中）》，台北，元照出版公司2008年版，第521-522页；黄立：《民法债编各论（下）》，北京，中国政法大学出版社2003年版，第682-683页。

[8]参见胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，北京，法律出版社1999年版，第467页。

[9]参见胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，北京，法律出版社1999年版，第469页。同时参考“陈正云与平凉中通速递服务有限公司泾川县分公司公路货物运输合同纠纷上诉案”，甘肃省高级人民法院（2016）甘08民终224号民事判决书。

[10]参见崔建远：《合同法》，北京，法律出版社2016年版，391页。

[11]参见“张威、武汉曙光汽车附件有限公司侵权责任纠纷案”，湖北省武汉市中级人民法院（2017）鄂01民终2868号民事判决书。

[12]参见王利明：《合同法分则研究（上卷）》，北京，中国人民大学出版社2012年版，第477页。

[13]参见“连云港赣榆东宝化工有限公司等诉连云港顺泰物流有限公司运输合同纠纷案”，江苏省高级人民法院（2016）苏民再301号。

[14]参见胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，北京，法律出版社1999年版，第470-471页。

[15]参见胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，北京，法律出版社1999年版，第470-471页。

[16]参见“太原远程张兰货运部与上海晋太渊物流有限公司公路货物运输合同纠纷案”，太原铁路运输法院（2017）晋71民终10号。

[17]参见王利明：《合同法分则研究（上卷）》，北京，中国人民大学出版社2012年版，第479-480页。

[18]参见陈晶莹：《〈合同法〉第308条在司法实践中的适用风险》，载《国际贸易问题》2012年第7期，第151-163页。

[19]参见司玉琢主编：《海商法》，北京，法律出版社2018年版，第100页。

[20]参见王利明：《合同法分则研究（上卷）》，北京，中国人民大学出版社2012年版，第480页；胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，北京，法律出版社1999年版，第471-472页；陈晶莹：《〈合同法〉第308条在司法实践中的适用风险》，载《国际贸易问题》2012年第7期；另参见邱聪智：《新订债法各论（中）》，台北，元照出版公司2008年版，第493，501-502页。不过，邱聪智之观点似依赖于我国台湾“民法”第629条之规定：“交付提单于有受领物品权利之人时，其交付就物品所有权移转之关系，与物品之交付有同一之效力。”相较而言，我国《民法典》并未明确规定提单之物权效力。对于提单在我国法律制度下是否具有物权属性之探讨以及我国《合同法》第308条下处置权主体的讨论，可参见司玉琢主编：《海商法》，北京，法律出版社2018年版，第99-100、107页，其指出，按照《合同法》之规定，如果提单已经转移给第三人，托运人行使处置权，其结果是承运人无法履行对提单持有人的义务，承运人赔偿提单持有人不能提货所受之损失，并嗣后向托运人追偿。

[21]《最高人民法院关于审理无正本提单交付货物案件适用法律若干问题的规定》，法释〔2009〕1号。这一司法解释系根据《海商法》《合同法》《民法通则》制定。依据《民法典》第1260条，后者将于2021年1月1日废止。

[22]参见《海商法》第79条。

[23]有学者建议应当间接《鹿特丹规则》与《德国商法典》的有关规定，为托运人处置权设定限制条件：（1）不妨碍承运人的正常营运；（2）不给其他货物的托运人或收货人带来损害。参见陈晶莹：《〈合同法〉第308条在司法实践中的适用风险》，载《国际贸易问题》2012年第7期。

[24]参见“A.P.穆勒-马士基有限公司（A.P.Moller-MaerskA/S）与浙江隆达不锈钢有限公司海上货物运输合同纠纷案”，最高人民法院（2017）民再412号民事判决书。

[25]参见杜景林、卢谡译：《德国商法典》，北京，法律出版社2010年版，第235页。

[26]参见“成都庄吉物流有限公司与四川南方凯路物流有限责任公司公路货物运输合同纠纷案”，四川省自贡市中级人民法院（2016）川03民终754号民事判决书。

[27]参见崔建远：《合同法》，北京，法律出版社2016年版，第391页。

[28]参见王利明：《合同法分则研究（上卷）》，北京，中国人民大学出版社2012年版，第482页。

[29]相关案例参见“武汉市黄陂区汉口北东方速达货物运输部与武汉市黄陂区四季丰华志友兴旺副食商行运输合同纠纷案”，湖北省武汉市中级人民法院（2017）鄂01民终7419号民事判决书。

[30]参见王利明：《合同法分则研究（上卷）》，北京，中国人民大学出版社2012年版，第485页；胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，北京，法律出版社1999年版，第473页。相关案例参见“宁夏众欣联合方经睦纬医药有限公司与银川市兴庆区兴旺货运部等财产损害责任纠纷案”，宁夏回族自治区银川市中级人民法院（2017）宁01民终1886号民事判决书。

[31]参见胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，北京，法律出版社1999年版，第474页。

[32]参见“樊海兵与克拉玛依区安能货物运输代理服务部运输合同纠纷案”，新疆维吾尔自治区克拉玛依市中级人民法院（2018）新02民终15号民事判决书。

[33]参见胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，北京，法律出版社1999年版，第474页。

[34]参见王利明：《合同法分则研究》（上卷），北京，中国人民大学出版社2012年版，第486页。

[35]参见黄立：《民法债编各论（下）》，北京，中国政法大学出版社2003年

版，第679页。

[36]参见“中国平安财产保险股份有限公司上海分公司与厦门西北南物流有限公司保险人代位求偿权纠纷案”，福建省厦门市中级人民法院（2015）厦民终字第4850号民事判决书。

[37]对于这一规则合理性的讨论，参见张丽英：《海商法学》，北京，高等教育出版社2016年版，第76页。

[38]相关案例参见“广州市贵腾物流有限公司与太平财产保险有限公司广州市分公司等保险人代位求偿权纠纷案”，广州铁路运输法院（2017）粤71民终153号民事判决书。

[39]相关案例参见“周结发与刘波公路货物运输合同纠纷案”，安徽省安庆市中级人民法院（2017）皖08民终193号民事判决书；“中国人民财产保险股份有限公司厦门市分公司诉本溪钢铁（集团）腾达股份有限公司等海上、通海水域货物运输合同纠纷案”，上海海事法院（2008）沪海法商初字第491号民事判决书。

[40]参见胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，北京，法律出版社1999年版，第478-479页。

[41]参见王利明：《合同法分则研究（上卷）》，北京，中国人民大学出版社2012年版，第483页。

[42]参见王利明：《合同法分则研究（上卷）》，北京，中国人民大学出版社2012年版，第484页。相关案例参见“广州国贸物流有限公司诉卡丹路品牌管理有限公司等运输合同纠纷案”，广东省广州市中级人民法院（2017）粤01民终17510号民事判决书。

[43]参见“广州市鲁丰物流有限公司等与彭军等公路货物运输合同纠纷案”，广州铁路运输法院（2016）粤71民终60号民事判决书。此案中，二审法院纠正了一审法院将该条款适用于非因不可抗力造成货物灭失的情况的判决。

[44]参见胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，北京，法律出版社1999年版，第480-481页。我国台湾地区“民法”第645条规定：“运送物于运送中，因不可抗力而丧失者，运送人不得请求运费，其因运送而已受领之数额，应返还之。”我国《海商法》第90条规定：“船舶在装货港开航前，因不可抗力或者其他不能归责于承运人和托运人的原因致使合同不能履行的，双方均可以解除合同，并互不负赔偿责任。除合同另有约定外，运费已经支付的，承运人应当将运费退还给托运人；货物已经装船的，托运人应当承担装卸费用；已经签发提单的，托运人应当将提单退还承运人。”

[45]参见邱聪智：《新订债法各论（中）》，台北，元照出版公司2008年版，第531-532页；黄立：《民法债编各论（下）》，北京，中国政法大学出版社2003年版，

第655-656页。

[46]参见司玉琢主编：《海商法》，北京，法律出版社2018年版，第88、118页。

[47]参见司玉琢主编：《海商法》，北京，法律出版社2018年版，第89页；胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，北京，法律出版社1999年版，第481-482页。相关案例参见“成都华川进出口集团有限公司等诉成都中远海运物流有限公司等合同纠纷案”，四川省成都市中级人民法院（2017）川01民终12875号民事判决书。

[48]参见崔建远：《合同法》，北京，法律出版社2016年版，第390页；王利明：《合同法分则研究（上卷）》，北京，中国人民大学出版社2012年版，第479页。

[49]参见崔建远：《合同法》，北京，法律出版社2016年版，390页。相关案例参见“周海超诉北京大唐环宇国际货运咨询服务有限公司等公路货物运输合同纠纷案”，北京市第四中级人民法院（2017）京04民终43号民事判决书。

[50]“相关案例参见威海韩进贸易有限公司、威海中外运物流发展有限公司运输合同纠纷案”，山东省威海市中级人民法院（2017）鲁10民终1110号民事判决书。

第四节 多式联运合同

国际货物多式联运伴随着国际集装箱货物运输的发展而日渐繁荣，集装箱运输在运输效率和安全方面的优势，便利了海上运输、铁路运输、公路运输、航空运输和内河运输的结合，进一步实现了一体化的“门到门”运输。^[1]我国“一带一路”倡议的建设工作要求提升经贸合作水平，推动贸易和运输便利化，多式联运作为一种高效运输组织形式，对促进“一带一路”倡议下的海陆运输通道的建设具有重要意义。^[2]我国《民法典》本节规定的多式联运合同是指多式联运人经营人与托运人签订的，约定以两种或两种以上不同运输方式，采取同一运输凭证将货物运输至约定地点的合同。^[3]多式联运与单式联运或者普通运输相比，在风险和责任分配机制上有诸多不同，因此第四节就多式联运合同作出特别规定，主要涉及了多式联运经营人的权利、义务及其责任，同时对多式联运经营人与各实际运输人之间的责任承担进行了规范。

第八百三十八条

多式联运经营人负责履行或者组织履行多式联运合同，对全程运输享有承运人的权利，承担承运人的义务。

本条主旨

本条规定了多式联运经营人的权利和义务。

相关条文

《合同法》第317条 多式联运经营人负责履行或者组织履行多式联运合同，对全程运输享有承运人的权利，承担承运人的义务。

理解与适用

本条与《合同法》第317条的规定一致。

多式联运经营人，是本人或者委托他人以本人名义与托运人订立

多式联运合同的人，是合同的当事人，而并非托运人的代理人或者实际承运人的代理人或者代表，其有可能仅为多式联运的缔约经营人，但并不进行实际承运，亦有可能为缔约经营人兼实际承运人，例如，在运输方式之一为国际海上货物运输的多式联运中，除非多式联运经营人为船公司，否则其本身往往不拥有船舶。^[4]

对于多式联运中的经营人责任，存在着责任分担制和单一责任制两种路径。分担责任制是指多式联运经营人和区段承运人仅对自己完成的运输负责的责任形式；单一责任制则是要求多式联运经营人对全程负责。我国《民法典》第838条、第839条沿用了《合同法》采纳的单一责任制，要求多式联运经营人对全程承担责任。^[5]之所以采纳单一责任制，主要是考虑到多式联运经营人为合同当事人，而实际承运人往往有数个，且并非合同当事人，与托运人没有直接联系，因此多式联运经营人承担全部承运人的义务并享有承运人的权利更加合理。^[6]

■ 第八百三十九条

多式联运经营人可以参与参加多式联运的各区段承运人就多式联运合同的各区段运输约定相互之间的责任；但是，该约定不影响多式联运经营人对全程运输承担的义务。

本条主旨

本条规定了多式联运经营人的责任以及其与各实际承运人之间的责任分配。

相关条文

《合同法》第318条 多式联运经营人可以参与参加多式联运的各区段承运人就多式联运合同的各区段运输约定相互之间的责任，但该约定不影响多式联运经营人对全程运输承担的义务。

理解与适用

本条沿袭《合同法》第318条，内容没有实质变动，仅将“但”改为“但是”，并调整了标点符号。

本条是对于单一责任制下多式联运经营人责任的进一步规定。多式联运经营人在组织联运的过程中，通常需要与各实际运输人分别订立合同，进行进一步的约定，多式联运经营人可以与参加多式联运的各区段承运人就多式联运合同的各区段运输约定相互之间的责任，但是这种约定不影响多式联运经营人对全程运输承担责任。在多式联运货物发生灭失、损坏或者运输延迟等情况下，托运人或者收货人只需要向多式联运经营人进行求偿。虽然多式联运经营人与各实际承运人之间的约定不发生对抗托运人或者收货人的效力，但是此约定可以调整多式联运经营人与各实际承运人之间的责任关系，在多式联运经营人承担责任之后，其可以基于此约定向实际承运人进行追偿。^[7]

■ 第八百四十条

多式联运经营人收到托运人交付的货物时，应当签发多式联运单据。按照托运人的要求，多式联运单据可以是可转让单据，也可以是不可转让单据。

本条主旨

本条是对多式联运单据的规定。

相关条文

《合同法》第319条 多式联运经营人收到托运人交付的货物时，应当签发多式联运单据。按照托运人的要求，多式联运单据可以是可转让单据，也可以是不可转让单据。

理解与适用

本条与《合同法》第319条的规定一致。

多式联运经营人收到托运人交付的货物时，应当向托运人签发多式联运单据。多式联运单证是证明多式联运合同以及证明多式联运经营人接管货物并负责按照合同交付的单据。多式联运中只签发一个单据，结合前述第838、839条，不难发现，多式联运是通过“一份合同，一张单证，一个负责方”将多种运输方式和不同运输区段连接起来形成一个整体，这正是多式联运最大的特点。^[8]

按照托运人的要求，多式联运单据可以是可转让单据，也可以是不可转让单据。

■ 第八百四十一条

因托运人托运货物时的过错造成多式联运经营人损失的，即使托运人已经转让多式联运单据，托运人仍然应当承担赔偿责任。

本条主旨

本条规定了托运人对多式联运经营人的过错责任。

相关条文

《合同法》第320条 因托运人托运货物时的过错造成多式联运经营人损失的，即使托运人已经转让多式联运单据，托运人仍然应当承担损害赔偿责任。

理解与适用

本条与《合同法》第320条的规定一致。

因托运人托运货物时的过错造成多式联运经营人损失的，托运人应当承担赔偿责任；托运人的赔偿责任不受多式联运单据是否转让的影响，即使托运人已经转让多式联运单据，多式联运经营人仍然应当向托运人要求赔偿。

学者认为，这一规则主要是为了平衡托运人和受让人之间的利益，将托运人对多式联运经营人的赔偿责任一并转移至受让人，会将受让人置于过重的负担之下，不符合公平原则，也与多式联运的实践不符。^[9]

■ 第八百四十二条

货物的毁损、灭失发生于多式联运的某一运输区段的，多式联运经营人的赔偿责任和责任限额，适用调整该区段运输方式的有关法规

定；货物毁损、灭失发生的运输区段不能确定的，依照本章规定承担赔偿责任。

本条主旨

本条规定了多式联运经营人承担赔偿责任的适用法。

相关条文

《合同法》第321条 货物的毁损、灭失发生于多式联运的某一运输区段的，多式联运经营人的赔偿责任和责任限额，适用调整该区段运输方式的有关法律规定。货物毁损、灭失发生的运输区段不能确定的，依照本章规定承担赔偿责任。

理解与适用

本条与《合同法》第321条的规定一致。

第838条、第839条的评注中提到，我国《民法典》对多式联运中的责任分配采单一责任制，多式联运经营人对全程负责，但是可以与参与多式联运的各区段承运人就各区段的运输约定相互之间的责任。那么，多式联运经营人对于货物毁损、灭失的赔偿责任及责任限额如何确定？

学理上，单一责任制可以进一步细分为网状责任制和统一责任制。其中，网状责任制度是指就各个运输区段发生的货物损毁、灭失，赔偿责任按照适用于该区段的国际公约或者国内法确定，这种模式避免了多式联运法律规范与单一运输方式法律的冲突。但是，当损害发生的区段无法确定的时候，或者在损害逐渐发生的情况下，网状责任制就会使责任确定变得十分困难；另外，由于每一区段的责任原则可能是非常不同的，当事人对于赔偿结果往往难以预见。因此，网状责任制一般设计有兜底责任制度，或者称“包含所有条款”，规定货物毁损、灭失发生的运输区段不能确定的，应当适用某一具体规则。^[10]与之相对，统一责任制则要求无论损害发生在哪一区段，或者无论损害的区段能否确定，相应的责任都依照统一规则确定。另外，为了避免统一责任制下统一规则与各区段适用规则之间的冲突，在这一路径的基础上又衍生出了一种“经修正的统一责任制”，或称“综合性赔偿责任限制模式”，原则上多式联运经营人的责任仍然按照统一规则

确定，但如果某一区段适用的国际规则或者国内法规定的责任限额高于统一规则下的限额时，适用后一类规则，例如，《联合国国际货物多式联运公约》第19条就采纳了“经修正的统一责任制”^[11]。

《民法典》第842条采纳的是网状责任制，包括两种情形：第一，如果货物的毁损、灭失的发生区段是确定的，多式联运经营人的赔偿责任和责任限额，适用调整该区段运输方式的有关法律规定；第二，如果货物毁损、灭失的发生无法定域，依照本章规定确定赔偿责任。其中，第二种情形就是为了克服纯粹网状责任制带来的弊端，保证即使损害的发生无法准确定域，相应的赔偿责任仍然有规范可依。

注释：

[1]参见司玉琢主编：《海商法》，北京，法律出版社2018年版，第176页。

[2]参见李志文、吕琪：《“一带一路”战略下对我国多式联运立法建构的思考》，载《法学杂志》2016年第4期。

[3]参见崔建远：《合同法》，北京，法律出版社2016年版，第393页。

[4]参见崔建远：《合同法》，北京，法律出版社2016年版，第393页；司玉琢主编：《海商法》，北京，法律出版社2018年版，第176页。

[5]参见司玉琢主编：《海商法》，北京，法律出版社2018年版，第177-179页。相关案例参见“广东红土地物流有限公司与中国平安财产保险股份有限公司广东分公司等多式联运合同纠纷案东莞市锐展铸造材料有限公司与日照市日丰物流有限公司合同纠纷案”，青岛海事法院（2017）鲁72民初553号民事判决书。

[6]参见王利明：《合同法分则研究（上卷）》，北京，中国人民大学出版社2012年版，第489页；胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，北京，法律出版社1999年版，第485页。

[7]参见王利明：《合同法分则研究（上卷）》，北京，中国人民大学出版社2012年版，第490页；陈玉梅：《多式联运的法律解读》，载《湖南社会科学》2010年第2期。

[8]参见陈玉梅：《多式联运的法律解读》，载《湖南社会科学》2010年第2期。

[9]参见崔建远：《合同法》，北京，法律出版社2016年版，第394页。

[10]参见贺万忠：《国际货物多式运输法律问题研究》，北京，法律出版社2001年版，第31-35页；司玉琢主编：《海商法》，北京，法律出版社2018年版，第178页。

[11] 司玉琢主编：《海商法》，北京，法律出版社2018年版，第178-179；贺万忠、赵萍：《多式联运经营人货物损害赔偿赔偿责任限制规则的构建》，载《河北法学》2004年第3期。“Article 19 of United Nations Convention on International Multimodal Transport of Goods provides : When the loss of or damage to the goods occurred during one particular stage of the multimodal transport , in respect of which an applicable international convention or mandatory national law provides a higher limit of liability than the limit that would follow from application of paragraphs 1 to 3 of article 18, then the limit of the multimodal transport operator's liability for such loss or damage shall be determined by reference to the provisions of such convention or mandatory national law.”在责任限额的确定上，《联合国国际货物多式联运公约》第19条采纳的是“经修正的统一责任制”。

第二十章 技术合同

我国关于技术合同的专门立法可以追溯到1987年6月23日由第六届全国人大常委会第二十一次会议通过并于同年11月1日起施行的《技术合同法》。1989年2月15日，原国家科学技术委员会发布并实施《技术合同法实施条例》。1995年4月2日，最高人民法院发布了《关于审理科技纠纷案件的若干问题的规定》。

1999年3月15日由九届全国人大二次会议通过的《合同法》结束了我国《经济合同法》《涉外经济合同法》和《技术合同法》三法并存的局面，用一套统一的市场交易规则来调整各类民事合同法律关系。《技术合同法》作为一类有名的合同被纳入了《合同法》之中。自此，《技术合同法》《技术合同法实施条例》和《关于审理科技纠纷案件的若干问题的规定》也在此后被废止。

2004年12月16日，最高人民法院发布《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（简称《技术合同司法解释》），对《合同法》第十八章关于“技术合同”的规定予以解释。对比本章规定与《合同法》第十八章之差异和变化，并结合《技术合同司法解释》和《专利法》《反不正当竞争法》等法律的相关规定，将有助于更好地理解 and 适用本法中的技术合同制度。

概括来说，本章分4节，共45条，采用了总分结构，在“一般规定”之后，分别就“技术开发合同”“技术转让合同和技术许可合同”和“技术咨询合同和技术服务合同”做了规定。其中，第一节和第三节在《合同法》的基础上，新增了对“技术许可合同”的专门规定，将“技术许可合同”与“技术转让合同”合并在一起加以规定。

从内容上看，本章着重规定了技术合同的概念，技术合同交易的基本原则和导向，技术合同的内容，技术合同的交易标的和对价，职务技术成果及其归属，非职务技术成果及其归属，技术合同的效力和履行规则，以及违约责任等。

第一节 一般规定

第八百四十三条

技术合同是当事人就技术开发、转让、许可、咨询或者服务订立的确立相互之间权利和义务的合同。

本条主旨

本条是关于技术合同的定义。

相关条文

《技术合同司法解释》第1条 技术成果，是指利用科学技术知识、信息和经验作出的涉及产品、工艺、材料及其改进等的技术方案，包括专利、专利申请、技术秘密、计算机软件、集成电路布图设计、植物新品种等。

技术秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取保密措施的技术信息。

理解与适用

技术合同之所以被作为一个有名合同来对待，主要是因为此类合同交易之标的的特殊性，即“技术”或者说“技术成果”这类无形财产。^[1]因此，明确“技术成果”的内涵有助于判断特定合同交易是否属于“技术合同”并由本章调整，还是应当归入“买卖合同”“租赁合同”“承揽合同”“建设工程合同”等有名合同制度调整，或者说尚未被有名化处理的“服务合同”。

一、技术合同作为有名合同

现代社会是科技社会，普通商品的生产、财产的加工制作和修理、建设工程的展开以及各种服务的提供背后，都离不开技术的应用和支持。但在“买卖合同”“租赁合同”“承揽合同”“建设工程合同”和“服

务合同”中，当事人交易的标的或者说广义上的买方希望通过合同交易取得的并不是技术本身，而是通过技术的应用产生的非技术成果（商品也好、服务也罢），如购买一辆自动驾驶新能源汽车、承租一套高级按摩设备、委托珠宝行用尖端科技把一块玉石材料加工为一件高档玉器、委托一家建筑公司开发一套原生态城市住宅、请求一家医院提供换脸手术服务，凡此等等。

技术合同之所以能够与前述合同类型区分开来，是因为当事人交易的标的本身就是技术或者技术成果，而不是通过技术的应用生产和提供的一般商品或者服务。技术合同当事人交易的内容就是技术或者技术成果。正是通过将技术成果应用于商品生产和服务提供活动中，或者说技术知识或者成果的持有人通过与技术需求方的合作使得技术成果得以开发或者转化为现实的生产力。^[2]这一合作过程，通常是通过技术合同这样一种交易形式来完成的，以区别于其他形式的合同。

对特定合同交易性质的认定，直接影响到双方当事人的权利义务关系。例如，在一起涉及技术交易的合同中，委托人为竞标某项目进行准备工作。受托人作为其外包服务商，根据委托人的安排，为委托人提供计量资产、计量运行、计量综合、报表及掌上营销与现在作业模块的开发或劳务派遣服务。但是，双方并未签订外包服务合同。后来，委托人竞标失败，受托人要求委托人支付报酬。不过，委托人认为双方系合作共同开发，该工作未产生收益，投资的风险应当由双方共同承担，不愿意向受托人支付报酬。本案争议的焦点在于，双方建立了何种合同关系。法院援引《合同法》第322条认为，涉案项目属于技术研发范畴，而受托人为该项目的研发工作确实投入了一定的人力、物力成本，符合技术合同关系的特征。再加上，双方长期合作的惯常做法，就是由受托人为委托人提供有偿的技术服务或劳务派遣服务，而且受托人是以自己的技术知识为委托人的项目提供技术服务，因此本案纠纷的性质应当是技术服务合同纠纷。^[3]双方的权利义务关系需要根据技术合同法律规则来确定。

二、技术成果的内涵与外延

1. 技术成果的内涵

关于何为“技术成果”，《技术合同司法解释》第1条做了界定，即“利用科学技术知识、信息和经验作出的涉及产品、工艺、材料及其改进等的技术方案，包括专利、专利申请、技术秘密、计算机软件、集成电路布图设计、植物新品种等”。从内涵上看，首先有必要区分“技术成果”与“科学发现”^[4]，后者是“对自然现象、特征或者规律的发现或者揭示”，是一种普适的自然科学知识，如万有引力定律

等；而前者是在普适的科学知识、信息和经验基础上创造性地发明的“涉及产品、工艺、材料及其改进等的技术方案”。当事人交易的技术成果具有实用性和可重复再现性，能够解决特定的技术问题，能够制造或者使用，并且可以产生实际的效果。^[5]

2.技术成果的外延

从外延上看，除了《合同法》所关注和规定的专利、专利申请和技术秘密之外，具备技术品质且能够成为技术合同标的的还包括《技术合同司法解释》第1条规定的计算机软件、集成电路布图设计、植物新品种，以及动物新品种^[6]和进入公有领域的技术内容。本章的规定在《合同法》基础之上，吸收了《技术合同司法解释》第1条的规定，在第876条规定，“集成电路布图设计专有权、植物新品种权、计算机软件著作权等其他知识产权的转让和许可”，参照适用本章第三节关于“技术转让合同和技术许可合同”的规定。

3.如何理解“进入公有领域的技术内容”

（1）何为“公有领域的技术内容”？关于以“进入公有领域的技术内容”为基础的技术开发^[7]，我们可以通过一项关于司法裁判文书的数据采集技术的开发合同为例来理解。委托方委托一家大数据技术公司开发一套“裁判文书数据采集系统”，而受托方则根据自己的专业技术知识开发本系统。受托方所依赖的专业技术知识，既可能是其专有的技术成果，也可能是公有领域的技术内容，如由发布者按照一定协议公开、具有特定功能、开发者可自由下载和使用的代码片段，俗称“包”“库”“模块”等。例如，一个使用Python编程语言的开发者，采集网络上公开的裁判文书可能会使用Scrapy包、Selenium包，分析裁判文书数据可能会用到Pandas包、Re包。在这些“包”的基础上，开发者结合裁判文书的数据性状，设计更具针对性的技术解决方案，从而在公有技术内容基础上形成新的技术成果。

（2）至于当事人基于公有领域的技术内容形成的新的技术成果，是否值得法律保护，还是说也属于公有技术知识，则关键在于新的技术成果是否能够明显区别于公有知识，符合专利或者技术秘密的特点。例如，最高人民法院曾在一起案例中认为，关于“诉争技术是否属于公有领域的技术。在技术信息的各组成部分分别为公知技术的情况下，并不能当然得出公知技术的组合也属于公知技术的结论。一项信息要构成商业秘密，不仅要处于一般的保密状态，而且获得该项信息要有一定的难度”；案涉当事人“所转让的是一项技术秘密，即通过申京爱多年积累的经验及工艺技巧，将公知的低温乙醇法与压滤机结合起来应用于生产实践，从而达到白蛋白产品性能的优良及白蛋白

收率的提高，符合不为公众知悉、具有实用性、经权利人采取保密措施等技术秘密的构成要素”。因此，对公有领域的知识进行组合加工并形成新的技术秘密成果的，应当予以法律保护。[8]

（3）判断技术合同当事人交易的标的到底是仅限于公有技术知识（以公有技术知识提供技术服务），还是在公有技术知识之外另有技术秘密，则需要结合具体场景来判断。以后文对本法第870条的释评中讨论的“庆大霉素生产技术”的技术秘密转让合同纠纷案为例，如果双方当事人和技术合同中约定的交易标的不是关于庆大霉素的一般性生产工艺和原理，而是“庆大霉素的高产技术的转让”，那么，当事人之间的合同关系就不是基于庆大霉素一般生产工艺的公知技术为受让人提供技术服务，而是高产技术的转让合同。即使公有知识领域的庆大霉素生产工艺原理大致相同，使用具体参数的不同也会导致生产效率的不同，因此，在实践中，生产工艺中涉及的参数及具体操作程序才是商业市场尽相保护的商业秘密，才是真正具有价值的技术秘密。

4. 专利与专利申请

关于专利和专利申请，我国的《专利法》及其实施细则有专门的规定，既有学术讨论也比较丰富。[9]（1）所谓专利，指的是依法获得专利权的发明创造，包括发明、实用新型和外观设计这三类。

（2）专利申请，是指那些已经提交专利的申请但尚未获得授权的技术，特别是处于发明专利临时保护期的技术。更准确的表达，应该是“申请中的发明专利”，类似于“成立中的公司”。从发明专利申请到最终的专利授权或者不授权，通常有一个比较长的周期。发明专利的申请提交后，需要经过一段比较长的初步审查时间，然后对外公开予以公示；经过公示期确认没有权利冲突之后，再授予专利证书。[10]在递交发明专利申请后、对外公示以前的审查阶段，申请人拟获得的发明专利仍然属于技术秘密，按照技术秘密来对待。但是，在经过审查并对外公示以后、正式颁发专利证书之前的这一期间（即发明专利的临时保护期），技术成果的发明创造主体的权益处于一个特殊阶段，既不同于已经授权的专利又不同于技术秘密，但也应当依法予以保护。

三、技术合同的类型

从类型上看，围绕技术成果展开的交易大致可以分为以下类型。

一是技术开发合同，包括委托开发与合作开发两大类，即当事人之间就新技术、新产品、新工艺、新品种或者新材料的研究开发订立

的合同。本章第二节对此类合同做了系统规定。此类合同交易的主要目的是对技术成果的从无到有的研发，以待研发的技术成果本身作为交易标的。

二是技术转让合同和技术许可合同。对于既存技术成果，有在市场上完全或者部分流通的需求。权利持有人不仅可以向对外出售商品那样对外予以转让，而且可以像对外出租租赁物那样许可他人使用。不过，由于技术成果这类特殊“财产”在取得过程、排他性控制方面具有特殊性（如受让人常常需要接受出让人的技术指导方能有效掌握）等特点，技术成果的流通交易有诸多特殊性。

三是技术咨询合同和技术服务合同。这两类合同既不是以开发新的技术成果为目标，也不以既有成果的全部或者部分让与为合同目的，而是以一方的技术知识为基础，为另一方的技术项目的开展提供咨询服务或者解决另一方的技术问题。在合同交易实践中，与技术服务类似的合同交易是商务咨询公司为需求方拟实施的商业计划（如旅游开发项目、影视娱乐项目）提供的咨询服务类似；而技术服务合同与承揽合同类似。但与一般的商务咨询和承揽服务不同，技术咨询和技术服务是以服务提供者的技术知识为背景的。

第八百四十四条

订立技术合同，应当有利于知识产权的保护和科学技术的进步，促进科学技术成果的研发、转化、应用和推广。

本条主旨

本条是关于技术合同交易的基本原则的规定。

相关条文

《民法典》第850条 非法垄断技术或者侵害他人技术成果的技术合同无效。

第857条 作为技术开发合同标的的技术已经由他人公开，致使技术开发合同的履行没有意义的，当事人可以解除合同。

《合同法》第323条 订立技术合同，应当有利于科学技术的进

步，加速科学技术成果的转化、应用和推广。

理解与适用

科学技术是第一生产力，是一个国家和民族的经济发展和科技进步的重要驱动力。作为一种财产类型，技术成果一方面具有稀缺性，即是通过人类的劳动和资本投入来获取的；另一方面具有实用性，即能够用于满足社会生产和生活的需要。因此，技术合同交易应当遵循产权保护的基本原则，维护技术成果的开发者的合法权益；同时要以促进技术成果的转化、应用和推广为原则，充分发挥技术成果的社会效用。

但与普通财产不同，技术成果不是普通的消耗品。技术成果本身存在一个在既有技术基础上不断积累和创新的特点。新的技术的研发常常以既有技术成果为基础，在既有技术基础上发展和衍生出新的技术。因此，国家在通过专利授权等特殊机制保护既有的技术成果持有人的财产权益的同时，还得考虑如何促进科学技术的持续发展和进步，避免因为对既有权利人的保护抑制技术的不断进步。这也是技术合同区别于大量其他典型合同的地方。

概括来说，本条确立了以下技术合同交易的原则。

一是有利于知识产权的保护。技术合同交易的技术成果，是重要的知识产权和智力劳动成果。由于此类财产的易复制性等特点，当事人不容易通过物理控制来排除他人的侵占，或者说容易在合同交易中被他人知晓和复制利用。因此，技术合同交易当事人应当尊重相对人的技术成果，特别是要遵守本章大量条文中规定的保密义务等义务。有恒产者有恒心。如此设计技术合同规则，也有助于促进人们投入人力和物力，去研发新的技术成果，更好地服务于社会发展和进步。

二是有利于科学技术的进步。技术是在不断的发展中取得突破和进步的。保护既有技术成果的持有人的知识产权本身就有利于科学技术的进步。同时，如果既有技术成果持有人通过技术合同安排形成技术垄断，则会妨碍技术的持续进步。因此，本章第850条规定：“非法垄断技术或者侵害他人技术成果的技术合同无效。”

三是有利于技术成果和产品的研发。合同当事人订立技术开发合同之后，是否能够按照合同的约定积极履行自己的研发义务，如何分享研发的技术成果，如何分担研发失败的风险或者如何处理第三人率先研发成功导致的投入损失，对当事人都至关重要。因此，技术合同

规则的设计需要合理考虑技术合同交易的特点，在合同履行、成果分配、风险和损失分担上要作出符合技术交易特点的规定，促进当事人积极参与技术成果的研发。例如，本章第857条规定：“作为技术开发合同标的的技术已经由他人公开，致使技术开发合同的履行没有意义的，当事人可以解除合同。”此种原因导致的合同解除，对双方而言都是意外风险，双方互不承担违约责任。

再以技术许可合同的履行为例，技术许可方允许被许可人使用专利技术从事特定产品生产的，如果许可方许可的技术不成熟，或者没有披露完整的技术资料，或者没有提供有效的指导，以至于受让方无法根据该技术开发生产特定产品的，受让方可以解除合同并请求许可方承担违约责任。坚持这样的规则，有助于促进技术交易当事人本着诚信原则，有效利用各方的投入，研发新的技术成果和产品。例如，原告与被告签订合作协议，约定由原告提供自有专利技术，被告提供厂房、库房、机器设备和资金，双方在青海省内生产和销售该技术产品；协议签订后，原告向被告讲解了该专利技术，指导被告生产了两台专利产品的样品，并经点火验收。之后，被告生产出第一批70台专利产品，但在经销中均因无法正常点火使用而未能销售出一台，被告遂中止了生产活动。原告诉至法院，要求继续履行合同，被告则反诉要求解除合同。法院援引《合同法》第323条“订立技术合同，应当有利于科学技术的进步，加速科学技术成果的转化、应用和推广”的规定，认为双方生产的70台专利产品不被市场所认可，已全部滞销的事实，能够证明该项技术尚不具备应用并推广的条件，无法实现合同预期的经济指标，也使合同继续履行成为不可能，驳回了原告继续履行的诉讼请求，支持了被告解除合同的请求。^[11]本案体现的技术合同准则是，对于那些不利于技术成果和产品的研发的，法律应当赋予当事人及时跳出合同约束并寻求救济的机会。

四是有利于技术成果的转化、应用和推广。将技术成果转化为现实的生产力是发挥技术财产的经济价值的重要环节。为此，全国人民代表大会常务委员会于1996年5月15日通过《促进科技成果转化法》，并于2015年8月29日予以修订，旨在促进科技成果转化为现实生产力，规范科技成果转化活动，加速科学技术进步，推动经济建设和社会发展。从技术合同交易规则层面看，要使技术成果持有人有动力和信心积极与他人缔结合同，将自己的成果与他人进行交易，一项重要的内容就是加强对技术成果持有人的“权益保护”。对此，《促进科技成果转化法》用第四章专门规定了“技术权益”，对技术成果的投入、分配和保密做了细致规定。例如，第40条就技术转化过程中权属不明的处理规则做了类型化区分和规定。^[12]第四条就技术成果转化中的保密义务做了规定。^[13]

第八百四十五条

技术合同的内容一般包括项目的名称，标的的内容、范围和要求，履行的计划、地点和方式，技术信息和资料的保密，技术成果的归属和收益的分配办法，验收标准和方法，名词和术语的解释等条款。

与履行合同有关的技术背景资料、可行性论证和技术评价报告、项目任务书和计划书、技术标准、技术规范、原始设计和工艺文件，以及其他技术文档，按照当事人的约定可以作为合同的组成部分。

技术合同涉及专利的，应当注明发明创造的名称、专利申请人和专利权人、申请日期、申请号、专利号以及专利权的有效期限。

本条主旨

本条是关于技术合同的主要条款的规定。

相关条文

《合同法》第324条 技术合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款：

- （一）项目名称；
- （二）标的的内容、范围和要求；
- （三）履行的计划、进度、期限、地点、地域和方式；
- （四）技术情报和资料的保密；
- （五）风险责任的承担；
- （六）技术成果的归属和收益的分成办法；
- （七）验收标准和方法；
- （八）价款、报酬或者使用费及其支付方式；
- （九）违约金或者损失赔偿的计算方法；
- （十）解决争议的方法；

（十一）名词和术语的解释。

与履行合同有关的技术背景资料、可行性论证和技术评价报告、项目任务书和计划书、技术标准、技术规范、原始设计和工艺文件，以及其他技术文档，按照当事人的约定可以作为合同的组成部分。

技术合同涉及专利的，应当注明发明创造的名称、专利申请人和专利权人、申请日期、申请号、专利号以及专利权的有效期限。

理解与适用

与大量有名合同规则体系中关于合同主要条款的规定相似，本条对技术合同的主要条款做了倡导性规定，以提示和鼓励合同当事人尽可能地在缔约时就双方当事人关切的重要事项进行约定。特别是，技术合同交易的标的，即技术成果，本身就颇具复杂性。^[14]其不仅需要交易当事人就标的本身形成一致的理解，而且要求该技术成果能够被交易当事人所掌握、检验以及在一些场景下应用。例如，交易当事人如何确认受托开发方提交的技术成果是否达到了预期的标准，如何证明技术许可方提供的技术资料是否完整以及技术指导是否有效，如何分配技术交易中新产生的技术成果，如何判断和分配技术研发或者应用中的失败风险，都是一般的商品买卖合同不会面临的复杂问题。

因此，为了明确技术合同当事人的交易预期，当事人在缔约时应当结合拟交易技术自身的特点，尽可能地就与交易相关的事项作出明确的约定，特别是书面约定，从而提升合同的完备性，以便于在发生争议时确定双方约定的纠纷解决方案。这样做不仅明确和稳定当事人自己的预期，也有助于减轻纠纷发生后人民法院或者仲裁机构的司法负担。

与《合同法》第324条规定的倡导性条款相比，本条已经做了大幅度删减。这一方面是因为《合同法》第324条中关于“价款或者报酬”“违约责任”“解决争议的方法”等条款，本法第470条已经从合同编一般规定的层面做了规定；另一方面是因为关于“履行进度”“履行地域”等条款，并不是所有技术合同都涉及的条款，所以，没有必要作为技术合同的一般性主要条款予以规定。

通常来说，技术合同要就以下内容作出约定。

1.项目的名称。特别是，在合同条款关于标的约定不清或者存在理解分歧时，项目名称有助于对双方交易标的的解释。例如，一研究

机构为了开展关于某一类裁判文书的大数据挖掘和分析研究项目，与一家大数据公司签订合同。项目的名称是“裁判文书数据采集技术合同”还是“裁判文书数据采集合同”？虽然这两个名称只有“技术”二字之差，但可能对该合同是“技术开发合同”还是“技术服务合同”的解释存在重要影响。

2. 标的的内容、范围和要求。这一条款直接影响到交易当事人所指向的交易对象，影响到交易当事人的利益预期。除了技术标的的内容，明确交易对象的技术范围（如期限、地域、领域和方式^[15]）和技术指标，对当事人至关重要。在前述案例中，假如项目名称是“裁判文书数据采集合同”，即数据采集服务合同而不是数据采集技术的开发合同，标的的内容是：“大数据公司根据委托方的要求，就涉及某疑难法律解释问题的所有裁判文书，通过‘人工标注’和‘半监督机器学习’的方式，就指定标签数据^[16]进行采集。”但问题在于，这里约定的“裁判文书”的范围为何，以哪一个裁判文书数据库为准，截至哪一个时间点？需要“人工标注”的裁判文书，占整个需要采集和分析的裁判文书的比例多高？关于技术要求，“半监督机器学习”，即以人工标注的数据为基础来训练出一套人工智能大脑，对人工未标注的裁判文书进行机器标注或者说机器学习。那么，委托方对于机器标注数据的准确率和召回率有何种要求？这些内容直接关乎委托方合同目的的实现，如果能够做出明确约定，对整个合同的履行有重要作用。

3. 履行的计划、进度、期限、地点、地域和方式。履行的计划、进度和期限直接关乎技术成果的市场应用和转化问题，有时还涉及交易当事人与第三人之间的后续交易。履行的地点与当事人的交易成本有密切关联，如在上述“裁判文书数据采集合同”中，如果裁判文书的人工标注工作是由委托方组织人力来完成，那么，标注人员是去大数据公司的物理办公场所的设备上标注，还是通过远程接口参与标注工作，对履行成本有重要影响。履行的地域，通常与技术许可合同中被许可人的经营销售地域有关，与营业额挂钩。关于履行方式，一方面取决于合同的内容^[17]；另一方面取决于当事人对不同履行方式的成本和对价估算，事先约定常有必要。

4. 技术信息和资料的保密。无论是涉及国家安全还是当事人的技术秘密，当事人都有必要在合同中就保密事项、保密范围、保密期限和违约责任进行约定。这不仅有助于发生纠纷后的争端解决，而且，甚至更重要的是，有助于提示交易当事人在交易过程中积极履行保密义务。如上述“裁判文书数据采集合同”中，受托方对于委托方的技术路线有保密义务，委托方对于接触到的受托方的关键数据挖掘技术不得随意公开展示。

5.技术成果的归属和收益的分配办法。技术成果得以开发之后，或者技术许可使用中产生的新技术成果，在归属上如何分配，也是复杂的问题，涉及成果的类型、不同类型成果的应用范围和应用收益的分配。上述“裁判文书数据采集合同”交易中，最后采集的数据不仅包括便于科学研究的标签数据，还包括相关裁判文书的原始数据（以及经过字段解析的原始数据等）。这些数据不仅可以用作科学研究和发表，而且可以用于商业咨询服务，还可以用于相应司法人工智能的进一步技术开发。用作商业咨询服务的，将产生直接的经济收益。委托方与受托方如何分配前述成果及其应用收益，都有必要在合同中约定清楚。

6.验收标准和方法。不同的技术标准决定了技术成果的技术水准和应用价值。例如，在一起植物气化炉的技术许可交易中，被许可人经培训取得的植物气化炉生产技术的重要标准之一就是燃料的燃烧率和火焰的纯净度。当事人有必要在合同中约定需要检验的项目、检验机构或者检验标准、方法。在一些情形中，当事人约定了明确的合同标的，但并未约定验收标准和方法，且难以根据本法第511条的解释规则得到可信结论的，则可能构成本法第563条第1款第5项规定的其他解除事由。例如，在一起技术委托开发合同纠纷中，委托人委托受托人开发螺杆鼓风机及真空泵，但是合同未对风险责任的承担、验收标准和方法作出任何约定，对于合同标的的内容、范围和要求亦未约定明确。在合同履行期间，受托人就合同中有关股权赠与、合作期间、报酬与技术开发验收标准、知识产权归属、保密的条款存在模糊不清、无法执行等情况提出异议，认为合同难以履行。后双方产生矛盾，受托人诉至法院，要求解除合同。法院认为，“由于本案双方当事人签约不够严谨的原因，未能就上述技术合同的主要条款作出明确约定，大大降低了合同履行的现实性和可能性，导致了合作关系的迅速破裂”；“在双方当事人无法就修补合同部分条款达成一致，无法恢复互信的情况下，继续以涉案合同拘束双方当事人的行为必将进一步扩大当事人的经济损失”，故最终支持了受托人解除合同的诉讼请求。^[18]

7.价款、报酬、投资或者使用费的额度及支付方式。在双方合作开发技术的交易中，双方当事人需要明确合作的方式，特别是技术投入、资本投入、场地投入和设备投入等投资承诺。在一方向另一方提供技术开发服务、转让技术、许可技术或者提供技术咨询服务的情形中，技术成果接受方需要支付的价款、报酬或者使用费及其支付方式（是否分期、币种等），是技术成果提供方的重要利益所在。

在一些技术交易中，还涉及特定条件下的费用追加问题，也有必

要予以约定。例如，在上述“裁判文书数据采集合同”中，如果委托方在合同订立后，所需要挖掘的裁判文书范围和数量发生变化，需提取的标签数量和难度增加或者对机器学习的数据精度要求提高，则很可能涉及费用追加的问题。

8. 风险责任的承担。商品买卖交易的风险主要表现为标的物的毁损、灭失，而技术合同交易的主要风险表现为“技术开发或者应用的失败”“技术缺陷或者技术应用不当造成损害”和“他人率先开发出技术成果并取得专利权”等技术或者法律风险。如果当事人不能根据特定交易的场景作出明确安排，一般来说需要根据双方当事人的过错程度来承担风险和损失。例如，在一起委托创作合同纠纷中，双方签订“APP手机客户端开发合同”，约定由受托人为委托人开发微信商城和分销系统，3个月内完成；但是合同并未就技术合同一般应包括的风险责任的承担、验收标准和方法作出明确约定。在实际履行过程中，双方不断对合同标的的内容和要求进行了细化和增加，甚至在履行期限早已届满后仍签订了包含20个具体问题的合同文件，但又未明确新的履行期限。后来，委托人诉至法院，要求解除合同并由受托人承担损害赔偿责任。法院认为，双方当事人对合同约定不明确均有过错，应按各自的过错承担相应损失的法律責任。^[19]

除上述内容外，技术合同交易中的名词和术语的解释规则，也对交易对象及其提供有重要意义。

另外，与履行合同有关的技术背景资料、可行性论证和技术评价报告、项目任务书和计划书、技术标准、技术规范、原始设计和工艺文件，以及其他技术文档，有可能对解释合同中的交易条款有参考价值。如果当事人约定可以作为合同组成部分的，将按照合同条款来对待。

第八百四十六条

技术合同价款、报酬或者使用费的支付方式由当事人约定，可以采取一次总算、一次总付或者一次总算、分期支付，也可以采取提成支付或者提成支付附加预付入门费的方式。

约定提成支付的，可以按照产品价格、实施专利和使用技术秘密后新增的产值、利润或者产品销售额的一定比例提成，也可以按照约定的其他方式计算。提成支付的比例可以采取固定比例、逐年递增比例或者逐年递减比例。

约定提成支付的，当事人可以约定查阅有关会计账目的办法。

本条主旨

本条是关于技术合同的价款、报酬和使用费的计算和支付方式的规定。

相关条文

《技术合同司法解释》第14条 对技术合同的价款、报酬和使用费，当事人没有约定或者约定不明确的，人民法院可以按照以下原则处理：

（一）对于技术开发合同和技术转让合同，根据有关技术成果的研究开发成本、先进性、实施转化和应用的程度，当事人享有的权益和承担的责任，以及技术成果的经济效益等合理确定；

（二）对于技术咨询合同和技术服务合同，根据有关咨询服务工作的技术含量、质量和数量，以及已经产生和预期产生的经济效益等合理确定。

技术合同价款、报酬、使用费中包含非技术性款项的，应当分项计算。

理解与适用

在术语上，技术合同交易的回报因交易类型而存有差异。例如，在技术开发合同、技术咨询合同和技术服务合同中，技术提供方的回报称作“报酬”；在技术转让合同中，出让方的回报称作“价款”；在技术许可合同中，许可方的回报称作“使用费”^[20]。

一、技术合同交易回报的支付方式

技术合同的交易回报的计算和支付方式有其特殊性。技术合同交易的一个重要特点在于交易标的的创新性和个性化特点，在交易对价上很可能没有本法第511条的国家标准、行业标准，更没有推荐标准和交易惯例。因为相关交易很可能尚未形成一个统一的市场，所以，交易当事人根据参与特定交易过程中的技术投入、人力投入、资金投入和技术产出的经济和社会效应，事前评估自己投入状况、工作效益

和利润分配预期，并在合同中明确约定回报的固定数额或者计算方法以及支付方式，有助于明确双方的交易预期和争端解决。不同的交易类型，很可能对应着不同的回报计算预期和支付要求。这也是为什么本条规定了多种计算方式，以应对实践中多元的回报计算和支付。

具体来说，本条规定了以下技术合同交易回报的支付方式。

1. 一次总算，一次总付或者分期支付

如果当事人对特定技术合同交易的投入、产出和回报估算能够一次性地完成，那么，可以通过在合同中一次总算的方式来确定交易回报金额，并要求相对人一次性付清或者分几次支付。

2. 提成支付

在不少技术合同交易中，一方当事人或者双方当事人对交易形成的技术成果的市场前景难以有一个明确的预估，都希望去分享将所交易的技术成果投入市场后产生的收益或增值，并去承担市场投入效果不好时的不利后果。因此，双方约定在未来按照一定的标准进行提成，如按照产品价格、实施专利和使用技术秘密后新增的产值、利润或者产品销售额的一定比例提成，也可以按照约定的其他方式计算。提成支付的比例可以采取固定比例、逐年递增比例或者逐年递减比例。这主要取决于交易当事人对未来市场前景的预估认识。

3. 提成支付附加预付入门费

在有的技术合同交易中，技术提供方为了加强合同的严肃性或者保证最低限度的成本付出得到弥补，会要求技术受让方先支付一笔入门费，然后根据市场销售业绩等情况来提成。

对于采取提成支付的，无论是否附加预付入门费的要求，在合同履行中的一个核心问题就是如何防止相对人的道德风险，即如何确保作为提成计算基础的市场销售业绩。为了防止一方的道德风险，法律赋予当事人查阅有关会计账目的权利。约定提成支付的，当事人可以约定查阅有关会计账目的办法。如果当事人没有约定查阅有关会计账目的办法，则当事人在有正当理由时可以请求查阅相关账目。

二、交易回报约定缺失或者不明时的处理

尽管本条规定了技术合同交易回报的四种计算和支付方式，但实践中仍然会有合同并未清楚地约定。由于不少技术合同交易很可能没有一个统一的交易市场，所以，很难简单地诉诸本法第511条规定的

国家标准、行业标准或者说交易惯例。一个更有效的办法就是去评估各方的成本投入和经济产出，然后按照相应的比例寻找一个共赢或者损失共担的方案。对此，《技术合同司法解释》第14条规定：“对技术合同的价款、报酬和使用费，当事人没有约定或者约定不明确的，人民法院可以按照以下原则处理：（一）对于技术开发合同和技术转让合同，根据有关技术成果的研究开发成本、先进性、实施转化和应用的程度，当事人享有的权益和承担的责任，以及技术成果的经济效益等合理确定；（二）对于技术咨询合同和技术服务合同，根据有关咨询服务工作的技术含量、质量和数量，以及已经产生和预期产生的经济效益等合理确定。技术合同价款、报酬、使用费中包含非技术性款项的，应当分项计算。”

例如，提出回报支付主张的当事人必须先证明其按照约定向相对方作出了技术性贡献。在一起技术合同纠纷中，原告以其生产打包机的图纸等产品技术与被告合作，签订了技术合作协议书，并对部分打包机产品的交易回报分配作了约定。在合同履行期间，原告为被告开发了压捆机、液压打包机等产品，部分产品成功申请了实用新型专利。后来，双方产生纠纷，又就相关事项签订备忘录，约定“从即日起，再行生产重新签约的打包机按何图纸、用何方式进行、工资待遇等，另行协商”。不过，双方后来就提供和研发的产品的利润分成纠纷未能协商解决，原告诉至法院，要求被告按照原合同已约定的交易回报分配方式，支付压捆机、液压打包机等产品的利润分成款。一审法院认为，原合同中并未约定压捆机等产品的利润分配方式，故未支持原告的诉讼请求，让其“另行协商达成分配方式后另行主张权利”；二审法院进一步认为，原告既无法证明压捆机等产品的销量^[21]，又无法证明压捆机等产品是否属于新产品^[22]，故直接驳回了原告针对压捆机等产品利润分配的诉讼请求。^[23]而在另一起专利实施许可合同纠纷中，合同约定，原告负责提供技术图纸和技术交底，并尽快帮助被告实现独立生产蜂窝煤采暖炉，合同约定被告向原告预付入门费加按销售额提成的方式分配利润；但后因不可归责于原告的原因致产品生产销售受阻，被告以原告“未出示过该产品的技术图纸，只是临时画些草图示意，使已生产出来的样炉无法检验，技术、质量是否合格亦无标准”为理由，拒绝支付入门费。原告诉至法院，要求被告支付使用费。一审法院认为原告在指导被告的过程中绘制的图纸有专利文件作为依据，属于技术图纸，支持了原告的诉讼请求；二审法院经咨询有关部门后，进一步认为“个人的技术发明，缺乏晒制图纸的条件，只要有详尽铅笔绘图，应视为正式图纸”，亦支持了支付使用费的请求。^[24]

此外，在一些技术合同中，合同终止后，双方当时互负债务，则

需要相互履行或者抵销。例如，原告与被告签订合作协议，约定双方合作设立生物治疗中心，开展体细胞研究及治疗工作，被告负责技术方面以及为实现技术所必需的基建投资，原告则负责其他投资，并负责向乙方支付设施设备折旧费。在合同履行期间，因不可归责于双方当事人的政策变动原因无法实现合同目的，双方约定解除原合同。之后，原告请求被告支付尚欠的投资款；被告则提出反诉，要求原告支付相应的设备折旧费。法院认为被告支付投资款和原告支付设备折旧费之间并不矛盾，而且符合抵销的要件，可以抵销，故同时支持了双方的诉请。[25]

第八百四十七条

职务技术成果的使用权、转让权属于法人或者非法人组织的，法人或者非法人组织可以就该项职务技术成果订立技术合同。法人或者非法人组织订立技术合同转让职务技术成果时，职务技术成果的完成人享有以同等条件优先受让的权利。

职务技术成果是执行法人或者非法人组织的工作任务，或者主要是利用法人或者非法人组织的物质技术条件所完成的技术成果。

本条主旨

本条是关于职务技术成果的界定和归属的规定。

相关条文

《合同法》第326条 职务技术成果的使用权、转让权属于法人或者其他组织的，法人或者其他组织可以就该项职务技术成果订立技术合同。法人或者其他组织应当从使用和转让该项职务技术成果所取得的收益中提取一定比例，对完成该项职务技术成果的个人给予奖励或者报酬。法人或者其他组织订立技术合同转让职务技术成果时，职务技术成果的完成人享有以同等条件优先受让的权利。

职务技术成果是执行法人或者其他组织的工作任务，或者主要是利用法人或者其他组织的物质技术条件所完成的技术成果。

《技术合同司法解释》第2条 合同法第三百二十六条第二款所称“执行法人或者其他组织的工作任务”，包括：

(一) 履行法人或者其他组织的岗位职责或者承担其交付的其他技术开发任务；

(二) 离职后一年内继续从事与其原所在法人或者其他组织的岗位职责或者交付的任务有关的技术开发工作，但法律、行政法规另有规定的除外。

法人或者其他组织与其职工就职工在职期间或者离职以后所完成的技术成果的权益有约定的，人民法院应当依约定确认。

第3条 合同法第三百二十六条第二款所称“物质技术条件”，包括资金、设备、器材、原材料、未公开的技术信息和资料等。

第4条 合同法第三百二十六条第二款所称“主要利用法人或者其他组织的物质技术条件”，包括职工在技术成果的研究开发过程中，全部或者大部分利用了法人或者其他组织的资金、设备、器材或者原材料等物质条件，并且这些物质条件对形成该技术成果具有实质性的影响；还包括该技术成果实质性内容是在法人或者其他组织尚未公开的技术成果、阶段性技术成果基础上完成的情形。但下列情况除外：

(一) 对利用法人或者其他组织提供的物质技术条件，约定返还资金或者交纳使用费的；

(二) 在技术成果完成后利用法人或者其他组织的物质技术条件对技术方案进行验证、测试的。

第5条 个人完成的技术成果，属于执行原所在法人或者其他组织的工作任务，又主要利用了现所在法人或者其他组织的物质技术条件的，应当按照该自然人原所在和现所在法人或者其他组织达成的协议确认权益。不能达成协议的，根据对完成该项技术成果的贡献大小由双方合理分享。

第6条 合同法第三百二十六条、第三百二十七条所称完成技术成果的“个人”，包括对技术成果单独或者共同作出创造性贡献的人，也即技术成果的发明人或者设计人。人民法院在对创造性贡献进行认定时，应当分解所涉及技术成果的实质性技术构成。提出实质性技术构成并由此实现技术方案的人，是作出创造性贡献的人。

提供资金、设备、材料、试验条件，进行组织管理，协助绘制图纸、整理资料、翻译文献等人员，不属于完成技术成果的个人。

理解与适用

本章规定的技术成果，是指利用科学技术知识、信息和经验作出的涉及产品、工艺、材料及其改进等的技术方案，包括专利、专利申请、技术秘密、计算机软件、集成电路布图设计、植物新品种、动物新品种^[26]和进入公共领域的部分技术内容等。技术成果作为一种权利客体，对应的权利在性质上属于知识产权，即基于智力劳动成果的一种私权利。知识产权包括人身权和财产权。因此，技术成果上的知识产权也可以区分为人身权和财产权。前者主要是指技术成果的完成人基于完成行为而享有的、没有直接财产内容的权利，包括署名权、荣誉权等；后者是指使用和转让技术成果的权利。

本条和第848条系关于技术成果的财产权归属的规定，前者调整职务技术成果的财产权归属，后者调整非职务技术成果的财产权归属。第849条规定了技术成果的人身权。三个条文一起，构成了关于技术成果的权利归属规则体系。

1. 职务技术成果的界定

关于何为职务技术成果，本条第2款规定了两种类型。再加上《技术合同司法解释》第5条规定的跨单位完成的类型，共有三种类型。

（1）“执行法人或者非法人组织的工作任务”完成的技术成果。关于何为“执行法人或者其他组织的工作任务”，《技术合同司法解释》第2条做了解释，即首先采用约定优先原则，“法人或者其他组织与其职工就职工在职期间或者离职以后所完成的技术成果的权益有约定的，人民法院应当依约定确认”。没有约定或者约定不清的，根据技术成果完成人所处的岗位和时间这两个因素来判断：一是“履行法人或者其他组织的岗位职责或者承担其交付的其他技术开发任务”的，属于职务技术成果；二是“离职后一年内继续从事与其原所在法人或者其他组织的岗位职责或者交付的任务有关的技术开发工作，但法律、行政法规另有规定的除外”。

与职务技术成果相关的个人和法人之间存在双重法律关系，即劳动关系的职务发明创造关系。^[27]如果完成技术成果的当事人之间并没有职务或者说雇佣关系，则不宜认定为职务技术成果。例如，原告、被告系父子关系，共同设计某技术产品，并由被告申请实用新型专利，成为专利权人。后原告诉至法院，要求被告依《合同法》第326条向其支付设计费。法院认为本案的涉案专利人（被告）为自然人，虽然曾作为某公司代表人参与另案诉讼，但“其身份并不符合法

人或其他组织的特征”，原告完成的也不是职务发明创造，故不适用有关职务技术成果的规定。^[28]再如，在一起技术合同纠纷中，原告要求被告支付技术使用费和利润分成，被告则以其使用的技术系原告的职务发明为理由，认为原告诉讼主体不适格。但是，原告举证证明该技术发明未经其所在单位或其他科研基金的立项和资助，并非执行本职工作，也未利用其所在单位的物质技术条件，为其本人业余时间自主完成，属非职务技术成果。法院接受了原告的这一主张，驳回了被告的抗辩理由。^[29]

另外值得注意的是，尚未形成正式成果的技术工作内容，是否构成职务技术成果。这直接涉及工作单位对外转让此种工作内容时，完成人是否享有优先购买权的问题。例如，在一起科技成果权纠纷中，某公司工作人员在劳动关系存续期间，为公司开发技术产品，但是直至双方劳动关系终止，该工作人员仍未完成该项工作。后来，该公司诉至法院，要求确认该工作中的应用程序、电路制板等重要资料属于职务成果，归公司所有。法院认为，该研发工作的相关资料，虽然“还不具有相应的特征和功能，亦不能体现基本价值，无法实现原告验创公司的预期目的，没有形成技术方案”，但该工作人员在公司工作期间已完成的部分，属于劳动者为执行用人单位的工作任务而形成的技术成果，应当为职务技术成果，归该公司所有。^[30]笔者认为，这一判决立场是有道理的。

（2）“主要是利用法人或者非法人组织的物质技术条件”完成的技术成果。关于何为“物质技术条件”，《技术合同司法解释》第3条做了列举性解释，即“资金、设备、器材、原材料、未公开的技术信息和资料等”。

“主要利用”意味着技术成果的完成人还可能利用了自己或者其他法人或者非法人组织的物质技术条件，但发挥的是次要作用。根据《技术合同司法解释》第4条，关于物质技术条件的主要提供者，意思是说：“职工在技术成果的研究开发过程中，全部或者大部分利用了法人或者其他组织的资金、设备、器材或者原材料等物质条件，并且这些物质条件对形成该技术成果具有实质性的影响；还包括该技术成果实质性内容是在法人或者其他组织尚未公开的技术成果、阶段性技术成果基础上完成的情形。”学理上认为，这一规定系对物质贡献因素的适度弱化，对技术贡献的强化；物质贡献只有发挥了主要作用的，物质贡献主体才可以主张成为技术成果的权利人。^[31]

但值得注意的是，一方面，如果“对利用法人或者其他组织提供的物质技术条件，约定返还资金或者交纳使用费的”，或者说完成人系有偿使用的，则完成的技术成果就属于职务技术成果。另一方面，

完成人在技术成果完成后仅仅“利用法人或者其他组织的物质技术条件对技术方案进行验证、测试的”，也不属于职务技术成果。

（3）跨单位完成的职务技术成果。《技术合同司法解释》第5条对此做了明确规定，即“个人完成的技术成果，属于执行原所在法人或者其他组织的工作任务，又主要利用了现所在法人或者其他组织的物质技术条件的”，仍然属于职务技术成果。只不过，对于跨单位完成的技术成果，问题的重点在于如何在两个单位之间分配成果的归属。毕竟，技术成果的完成得益于前后两个工作单位的物质技术条件。

2. 职务技术成果的财产权分配

技术成果的收益分配，原则上遵循按出资分配原则。出资人的资本可以是资金，也可以是技术，还可以是智力劳动。当事人对出资和分配有约定安排的，原则按照约定分配成果收益。^[32]

没有约定或者约定不明的，关于职务技术成果的财产权分配（主要是使用权、转让权分配，包括许可他人使用的权利），本条规定和《技术合同司法解释》第5条一起，确立了以下三项分配规则。

第一，职务技术成果的财产权归完成人的工作单位。职务技术成果的使用权、转让权属于法人或者非法人组织的，法人或者非法人组织可以就该项职务技术成果订立技术合同。这不仅符合“谁投资，谁收益”的基本逻辑，而且符合职务技术成果的性质，即完成人基于职务要求为所属单位创造技术成果。

第二，职务技术成果的完成人享有受让权。法人或者非法人组织订立技术合同转让职务技术成果时，职务技术成果的完成人享有以同等条件优先受让的权利。这不仅是基于完成人的参与和贡献给完成人提供的一种优待，而且，完成人如果有意愿在同等交易条件下优先购买，很可能基于其对技术成果的了解，能够更好地发挥该技术成果的价值和效用。关于“同等条件”的问题，本书对本法726条规定的承租人优先购买权的释评具有类似性，可以参考。

值得注意的是，《合同法》第326条中规定有关于单位给职务技术成果完成人给予一定比例的奖励或者报酬的规定，即：“法人或者其他组织应当从使用和转让该项职务技术成果所取得的收益中提取一定比例，对完成该项职务技术成果的个人给予奖励或者报酬。”这一规定被删除，大抵是因为，工作单位是否从技术成果收益中提取一定比例作为完成人的奖励或者报酬，属于雇佣关系和工作激励的范畴，

由当事人自己安排更为合适。毕竟，如果用人单位希望雇员更好地完成技术成果，会主动作出这样的分配承诺，自然会受到合同法的约束。反之，如果用人单位认为没有必要作出这样的激励安排（并承担激励不足的后果），也属于企业自主经营决策的范畴。法律对此不宜过度介入。

第三，跨单位完成的技术成果按照各单位的贡献度分配利益。对于《技术合同司法解释》第5条关于跨单位完成技术成果的情形，首先应当由技术成果完成人原所在和现所在单位就技术成果的分配达成协议。不能达成协议的，则应当根据对完成该项技术成果的贡献大小由双方合理分享。至于如何评估两个单位对技术成果的贡献度，可以参考《技术合同司法解释》第14条关于技术合同交易价款、报酬和使用费的解释，即：对于技术开发和技术转让类成果，“根据有关技术成果的研究开发成本、先进性、实施转化和应用的程度”，以及技术成果的经济效益等因素，来合理确定当事人享有的权益。

3. 职务技术成果的完成人

本条和第848、849条都有关于技术成果的完成人（第848、849条为“个人”）的规定，但实践中有争议的问题是：何为“完成人”？

《技术合同司法解释》第6条将其解释为：“对技术成果单独或者共同作出创造性贡献的人，也即技术成果的发明人或者设计人。人民法院在对创造性贡献进行认定时，应当分解所涉及技术成果的实质性技术构成。提出实质性技术构成并由此实现技术方案的人，是作出创造性贡献的人。”也就是说，参与技术成果研发的人员是否具有“创造性贡献”是判断技术成果完成人的核心标准。只是“提供资金、设备、材料、试验条件，进行组织管理，协助绘制图纸、整理资料、翻译文献”等非创造性贡献的人员，不属于技术成果的完成人。但是，如果验证人、测试人除了提供验证、测试技术服务之外，还参与到了技术成果的后续改进工作中，并且对最终技术成果的形成和完善做出了实质性贡献，则验证人、测试人也构成该改进成果的完成人，按照贡献度分享相应的成果收益。^[33]

第八百四十八条

非职务技术成果的使用权、转让权属于完成技术成果的个人，完成技术成果的个人可以就该项非职务技术成果订立技术合同。

本条主旨

本条是关于非职务技术成果的归属的规定。

相关条文

无

理解与适用

与第847条规定的职务技术成果相对应，非职务技术成果的财产权（包括使用权和转让权）归完成技术成果的个人。不符合上一条规定的“职务技术成果”的判断标准的，就属于非职务技术成果。完成人不仅可以自己使用，而且可以许可他人使用，还有权对外予以转让。任何法人或者非法人组织擅自使用他人的非职务技术成果的，构成对个人知识产权的侵权行为。

值得注意的是，有的研究人员的技术创造得到了与其没有劳动关系的法人或者非法人组织的支持，但是，技术研发活动主要是由其自己完成的。其他法人或者非法人组织不得擅自以该技术成果作为客体主张或者申请相应财产权或者荣誉、奖励。例如，在一起科技成果纠纷中，原告（自然人）在被告（当地乡政府）扶持帮助下，以非职务科研人员身份参与研发工作，并完成“合成炭黑”等成果。后来，经原告同意，该成果以被告职能部门（企业办）为完成单位报请上级部门审核备案；但是，双方当事人之间没有签订关于该成果权益归属的书面合同。二审法院认为，原告是该非职务技术成果的主要完成人和权利人。虽然双方当事人之间未签订技术成果转让合同，但是因“事实上已经履行转让行为”，已经成立了合法有效的技术转让合同关系。因此，被告须为此向原告支付该成果的转让价款。^[34]

第八百四十九条

完成技术成果的个人享有在有关技术成果文件上写明自己是技术成果完成者的权利和取得荣誉证书、奖励的权利。

本条主旨

本条是关于技术成果的人身权归属的规定。

相关条文

《民法典》第1031条 民事主体享有荣誉权。任何组织或者个人不得非法剥夺他人的荣誉称号，不得诋毁、贬损他人的荣誉。

获得的荣誉称号应当记载而没有记载的，民事主体可以请求记载；获得的荣誉称号记载错误的，民事主体可以请求更正。

理解与适用

技术成果的财产权归属按照职务技术成果和非职务技术成果进行区分。但是，技术成果的人身权与此不同，其专属于完成技术成果的个人，其他任何人都无权分享。完成人是基于工作职务要求研发了技术成果，还是非基于工作职务要求而为，在所不问。关于技术成果完成人的界定，前文关于第847条的释评已经做过比较详细的阐述，可参见之。

技术成果的完成人可以是一个人，也可以是多个人；在后一情形，多个人成为该技术成果的共同完成人。共同完成人可以是协同完成所有研发过程；也可以是分板块而分别完成，然后汇总融合而成；还可以是分阶段，先后完成不同的研发环节。例如，根据一项“虚假诉讼预警甄别模型”的研发计划，目标是研发一套能够对诉讼中的案件进行实时监测并对潜在的虚假诉讼行为进行甄别和预警的人工智能系统。在该套系统的研发中，一部分研究人员负责对涉诉案件的数据维度、采集来源和权重赋值进行研发，另一部分研究人员负责对各维度数据的采集和接入系统进行研发，还有一部分人员对数据的集成和运算系统进行攻关，凡此等等。在这个技术成果的研发中，对每一个重要环节有创造性贡献的个人，都构成最终技术成果的研发人员，享有署名权、荣誉权和获得奖励等身份权。

与技术成果完成人的人身相关的权利主要有三类。

一是署名权，即在有关技术成果文件上写明自己是技术成果完成者的权利。本条所称“有关技术成果文件”，主要是指专利申请书、科学技术奖励申请书、科技成果登记证书等确认和展示技术成果完成者身份和所获荣誉的证书和文件。如果他人擅自替换或者修改特定技术成果完成人的身份信息，构成对其署名权的侵权，应当承担相应的民事法律责任。

值得注意的是，如果研发人员完成的内容尚未达到“技术成果”的

水平，尚不构成专利、专利申请、技术秘密、计算机软件、集成电路布图设计、植物新品种、动物新品种^[35]等任何一种技术成果，不受知识产权法律的保护，那么，即便他人取得和利用了类似的技术内容，只要不构成对前者知识产权的侵犯，前者就无权主张专利意义上的署名权。例如，甲方以其研发的技术成果申请专利，并在初审合格后与乙方签订合作协议，约定接纳乙方为专利的共同申请人。但是，该专利申请后来被专利主管部门局驳回。再后来，甲、乙成立丙公司经营该非专利技术并向当地科技厅申报技术成果。在当地科技厅颁发的“科学技术成果鉴定证书”所附的“主要完成人员名单”中，名为“对完成项目作出的创造性贡献”的栏目仅将乙记载为项目主持人，甲为技术负责人（排第二位）。当地科技厅作为登记机关对上述技术进行了登记，颁发了科学技术成果登记证书和科学技术成果证书。登记证书载明，主要完成单位为丙公司，主要完成人员包括乙、甲等九人（乙排第一位，甲排第二位）。甲认为，乙、丙的行为侵害其技术成果署名权，于是诉至法院。法院认为，相关成果未进行科学技术成果登记^[36]，故不存在署名问题，在登记证书上甲已被记载为“技术完成者”，且其无法证明自己系项目主持人，故未支持甲的诉讼请求。^[37]

二是荣誉权，即基于完成人的身份而获取相应荣誉的权利。有关政府部门或者社会组织向技术成果完成人授予荣誉，是对其技术创造贡献的公共或者社会认可，也是对潜在的创造人的一种引导。这种权利也是人格权中的荣誉权的一种具体表现，受法律保护。本法第1031条（人格权编）对包括技术成果完成人的荣誉权在内的各种荣誉权做了一般性规定：“民事主体享有荣誉权。任何组织或者个人不得非法剥夺他人的荣誉称号，不得诋毁、贬损他人的荣誉。获得的荣誉称号应当记载而没有记载的，民事主体可以请求记载；获得的荣誉称号记载错误的，民事主体可以请求更正。”

三是获得奖励的权利，无论是政府部门或者社会组织，还是持有职务技术成果的单位，只要是对特定技术成果的完成人授予的奖励，应当专属于该个人所有。任何组织或者个人都不得截留或者侵占；在没有有效约定的情况下，也不得主张对奖金进行提成。

不过，实践中常见的争议发生在职务技术成果完成人与用人单位之间。特别是，用人单位的内部文件对职工的职务技术成果转化收益的分配做出约定的，是否构成职工主张奖励的法律依据。笔者认为，只要相应的内部奖励政策对员工公开，在相应研发活动之前为研发人员知晓，那么，作为职工的研发人员完成了符合相应奖励政策鼓励的职务技术成果，就应当按照相应的计算方法支付奖励。例如，职务技术成果完成人为所在单位研发技术，所在单位以该技术与案外人合

作，获取股权收益等利润。职务技术成果完成人要求所在单位按照单位的现有政策文件分配股权收益。该单位负责人在报告中批示，同意此次按现有政策文件执行，但以后须按单位新文件精神处理。之后，所在单位出台新文件，规定“技术转让净收入的70%一次性奖励科技成果完成人；科技成果入股时作价金额的70%股份一次性奖励给科技成果完成人”。在该文件出台后不久，单位将持有的案外人股权通过拍卖方式转让，获取转让款。职务技术成果完成人诉至法院，要求按新文件规定分配该转让款。法院认为，完成技术成果的个人有取得奖励的权利，“职务技术成果完成人所在单位关于奖励报酬的内部文件可以成为确定收益分配的政策依据；单位应该遵守自己制定文件的相关规定”，而且单位曾明确表示之后的利润分配按照新文件执行。故法院最终支持了职务技术成果完成人的诉讼请求。[38]

另值得注意的是，关于职务技术成果的奖励承诺，要区分是对技术开发活动的奖励，还是对技术转让活动的奖励。奖励承诺单位应当严守奖励承诺，不得在完成人申领奖励时附加额外条件。例如，某研究所的研发人员参加所在单位组织的课题组，成功研发新技术并通过技术鉴定。在该研发人员被调离单位后，该单位将该技术转让于第三人，获取转让费若干。该研发人员要求分配转让费，但单位认为，该项技术转让时，研发人员已不在单位工作，未参与转让工作，故无权要求提取奖励费用。法院认为，该研发人员虽未直接参加技术转让工作，但是其作为“直接从事研究、开发该项技术的人员”[39]，有权申请领取奖励费，故最终支持了研发人员的诉讼请求，要求单位按照转让费的10%计提技术转让奖励费用。[40]

■ 第八百五十条

非法垄断技术或者侵害他人技术成果的技术合同无效。

本条主旨

本条是关于技术合同效力瑕疵之无效事由的规定。

相关条文

《合同法》第329条 非法垄断技术、妨碍技术进步或者侵害他人技术成果的技术合同无效。

《技术合同司法解释》第7条 不具有民事主体资格的科研组织订立的技术合同，经法人或者其他组织授权或者认可的，视为法人或者其他组织订立的合同，由法人或者其他组织承担责任；未经法人或者其他组织授权或者认可的，由该科研组织成员共同承担责任，但法人或者其他组织因该合同受益的，应当在其受益范围内承担相应责任。

前款所称不具有民事主体资格的科研组织，包括法人或者其他组织设立的从事技术研究开发、转让等活动的课题组、工作室等。

第8条 生产产品或者提供服务依法须经有关部门审批或者取得行政许可，而未经审批或者许可的，不影响当事人订立的相关技术合同的效力。

当事人对办理前款所称审批或者许可的义务没有约定或者约定不明的，人民法院应当判令由实施技术的一方负责办理，但法律、行政法规另有规定的除外。

第9条 当事人一方采取欺诈手段，就其现有技术成果作为研究开发标的与他人订立委托开发合同收取研究开发费用，或者就同一研究开发课题先后与两个或者两个以上的委托人分别订立委托开发合同重复收取研究开发费用的，受损害方依照合同法第五十四条第二款规定请求变更或者撤销合同的，人民法院应当予以支持。

第12条 根据合同法第三百二十九条的规定，侵害他人技术秘密的技术合同被确认无效后，除法律、行政法规另有规定的以外，善意取得该技术秘密的一方当事人可以在其取得时的范围内继续使用该技术秘密，但应当向权利人支付合理的使用费并承担保密义务。

当事人双方恶意串通或者一方知道或者应当知道另一方侵权仍与其订立或者履行合同的，属于共同侵权，人民法院应当判令侵权人承担连带赔偿责任和保密义务，因此取得技术秘密的当事人不得继续使用该技术秘密。

理解与适用

本法总则编第六章第三节关于“民事法律行为的效力”的一般性规定，也适用于各类技术合同。本条关于涉及“非法垄断技术”和“侵害他人技术成果”的技术合同，大致属于《民法典》第153条规定的情形，即违反法律、行政法规的强制性规定的合同，或者违背公序良俗的合

同。

1.非法垄断技术的技术合同

技术合同首先应当遵循私人自治的民法一般原理，当事人之间可以就技术交易进行自由的约定。例如，《技术合同司法解释》第28条在解释技术许可合同的许可范围时规定：第一，“实施专利或者使用技术秘密的范围”，包括实施专利或者使用技术秘密的期限、地域、方式以及接触技术秘密的人员等。第二，“当事人对实施专利或者使用技术秘密的期限没有约定或者约定不明确的，受让人实施专利或者使用技术秘密不受期限限制”。这也就是说，当事人之间原则上可以自由约定技术许可的范围。

但是，当事人试图通过技术交易合同来非法垄断技术的，将妨碍技术的进步，则违反本章第844条确立的技术合同交易的基本原则。本条规定明确认定“非法垄断技术”的技术合同无效，就是为了抑制当事人从事此类违法交易的积极性。^[41]关于“非法垄断技术”的行为类型很多，从发生原因上看既可能是当事人双方串通起来构筑技术进入或者发展壁垒，也可能是一方当事人利用自身优势要求另一方接受不平等且垄断技术的合同条款。总之，凡是具有非法垄断技术、妨碍技术进步的效果的合同约定，都应当被认定为无效。例如，在某技术合同纠纷案中，原告与被告达成协议，约定双方就原告所掌握的技术开发系列商品（靶浓度输注麻醉泵），合同中约定双方“属独家合作方式，双方将持续开发上述系列产品，除此合作之外，双方不能重复与第三者进行合作”，且被告“不得通过其他方法获得具有靶浓度输注功能的单片机芯片”。后来，被告从原告之外的途径获取具有靶浓度输注功能的单片机芯片，原告以被告违约为由诉至法院，要求被告承担赔偿责任。法院认为，本案中双方关于被告不得通过其他方法获得具有靶浓度输注功能的单片机芯片的约定，限制了被告从其他来源获得类似的技术，属于《合同法》第329条所称的“非法垄断技术、妨碍技术进步”的情形，故为无效约定。^[42]

当然，如果涉及技术垄断的条款并不是合同交易的核心条款，该条款的无效不影响协议其他部分的有效性，双方应当履行协议其他部分的约定。

关于“非法垄断技术”行为的具体类型，除了本条规定之外，有大量国内法律、行政法规对排除、限制竞争的行为予以规范，也有不少国际条约的规制。^[43]在这些国内法和国际法的基础上，《技术合同司法解释》第10条做了列举性解释，主要包括以下形态：（1）限制当事人一方在合同标的技术基础上进行新的研究开发或者限制其使用

所改进的技术，或者双方交换改进技术的条件不对等，包括要求一方将其自行改进的技术无偿提供给对方、非互惠性转让给对方、无偿独占或者共享该改进技术的知识产权；（2）限制当事人一方从其他来源获得与技术提供方类似技术或者与其竞争的技术；（3）阻碍当事人一方根据市场需求，按照合理方式充分实施合同标的的技术，包括明显不合理地限制技术接受方实施合同标的的技术生产产品或者提供服务的数量、品种、价格、销售渠道和出口市场；（4）要求技术接受方接受并非实施技术必不可少的附带条件，包括购买非必需的技术、原材料、产品、设备、服务以及接收非必需的人员等；（5）不合理地限制技术接受方购买原材料、零部件、产品或者设备等的渠道或者来源；（6）禁止技术接受方对合同标的的技术知识产权的有效性提出异议或者对提出异议附加条件。

在具体案件的判断中，人民法院需要着重考虑诉争合同条款是完成相应技术交易，实现相应合同目的所必需的条款以及给一方当事人设定的合同义务，还是与合同目的实现无关且会限制竞争的条款。

[44]例如，在某专利实施许可合同纠纷中，原告许可被告实施其持有的专利技术（石材切压成型机），合同还约定由原告向被告提供该石材切压成型机，被告以金钱和不动产向原告支付相应价款。嗣后被告未全额支付价款，于是原告将被告诉至法院，要求被告履行合同义务；被告辩称原合同“违反了法律强制性规定”，“被上诉人实施专利许可的目的是为了强制并高价销售并非实施该专利必不可少的设备，属于‘非法垄断技术、妨碍技术进步’的行为”，故合同无效。法院认为，《合同法》第329条规定的非法垄断技术、妨碍技术进步的行为，“是指要求技术接受方接受非实施技术必不可少的附带条件，包括购买技术接受方不需要的技术、服务、原材料、设备或者产品等和接收技术接受方不需要的人员，以及不合理地限制技术接受方自由选择从不同来源购买原材料、零部件或者设备等”。但是，根据专利实施许可合同，该案中涉及的石材切压成型机是为实施技术所必需的专用设备，“被告获得的专利实施许可，并不是制造专利产品（即石材切压成型机），而是通过使用该专利产品生产、销售最终产品石材。因此，在专利实施许可合同中约定由技术许可方提供履行合同所需要的专用设备并不违反法律、法规的规定”。最终，法院支持了原告的诉讼请求。[45]

2. 侵害他人技术成果的技术合同

技术合同侵害他人依法享有的技术成果的，（1）既可能是双方恶意串通，订立技术合同侵害他人技术成果产权；（2）又可能是因无权处分人诈称自己有处分权或者冒称自己是技术成果产权人，与

知道或者应当知道无权处分事实的第三人订立技术交易合同；（3）还可能是诈称者或者冒称者与不知情的善意第三人订立技术交易合同。

在第（1）种情形，即当事人恶意串通订立技术合同的情形，根据本法第154条关于恶意串通民事法律行为之效力的一般规定，技术合同归于无效，自始、确定无效。

在第（2）种情形，相应的技术合同是应当直接归为无效，还是认定为效力待定的合同，可以经技术成果权利人的追认而有效，值得讨论。鉴于实践中此类交易很可能是因为诈称者或者冒称者故意侵权所致，并不像无权处分物理性财产的行为那样有不小的被迫认机会，将这类合同直接认定为无效是符合知识产权保护这一价值取向的。本条的规定，应当理解为本法第153条规定的导致合同无效的强制性法律规范。不仅如此，根据《技术合同司法解释》第12条的规定，“当事人双方恶意串通或者一方知道或者应当知道另一方侵权仍与其订立或者履行合同的，属于共同侵权，人民法院应当判令侵权人承担连带赔偿责任和保密义务，因此取得技术秘密的当事人不得继续使用该技术秘密”。

不过，在第（3）类情形，善意第三人很可能基于信赖而做了技术转化投入，甚至产生了技术升级和经济效益。对于这类情形，不宜采取合同无效的规则给第三人课加过重的不利后果。这类情形不容易发生在专利、植物新品种等以登记、公告授权为出让行为的特别生效要件的情形；这与不动产的权属变动以登记为生效要件的情形类似。但是，与普通动产的交易类似，技术秘密由于没有（也不可能）对外登记公示，所以存在善意取得的可能。鉴于这种情况，《技术合同司法解释》第12条对此做了特别的规定：“侵害他人技术秘密的技术合同被确认无效后，除法律、行政法规另有规定的以外，善意取得该技术秘密的一方当事人可以在其取得时的范围内继续使用该技术秘密，但应当向权利人支付合理的使用费并承担保密义务。”

3.其他类型的技术合同法律效力问题

除了前述两种合同无效的情形，《技术合同司法解释》第7—9条还就以下涉及技术合同效力的问题做了解释。

（1）不具备民事主体资格的科研组织订立的技术合同。根据《技术合同司法解释》第7条，该类合同“经法人或者其他组织授权或者认可的，视为法人或者其他组织订立的合同，由法人或者其他组织承担责任；未经法人或者其他组织授权或者认可的，由该科研组织成

员共同承担责任，但法人或者其他组织因该合同受益的，应当在其受益范围内承担相应责任”。实践中，有不少由法人或者其他组织设立的从事技术研究开发、转让等活动的课题组、工作室等。这些组织一方面隶属于设立单位，另一方面在对外技术合作交往上有较大的自由空间，容易订立不被设立单位认可的协议。这也意味着，与这类不具备法人或者其他组织资质的机构订立技术合同的，需要承担不被设立单位追认的风险。

反过来亦然，由课题组成员作为缔约当事人完成的技术合同交易，不隶属于任何单位的，课题组成员作为缔约当事人享有相关的权利，包括依据合同约定享有的权利和依据法律规定享有的技术成果人身权。例如，在某技术合同纠纷中，原告退休后接受被告的返聘，以开采技术研究课题组的名义与被告签署技术开发合同，继续从事新技术开发并负责生产力的转化。合同还约定了技术转化生产力后计提奖金的方法。在原告完成数个科研项目后，被告拒绝履行合同，且辩称原告仅是课题组代表，不是技术开发合同的主体，不具备本案的诉讼主体资格。一审法院认为，原告签订合同所用的“研究课题组”名义，是其所在单位为继续对技术创新和科研成果的转化而设立的内部临时性机构，原告依据技术开发合同主张的是“其个人应得的部分”，故认可了原告的诉讼主体资格。二审法院进一步认为，技术开发合同的签订者“技术研究课题组”是被告设立的不具有民事主体资格的科研组织，由包括原告在内的8人组成，由原告担任组长；原告作为课题组成员有权依据合同请求支付科技成果转化奖，且被告已按技术开发合同履行了部分发放科技成果转化奖的义务。因此，原告具备本案的诉讼主体资格。[46]

（2）需要行政审批或者许可的技术合同。关于需要需要行政审批或者许可的合同，民法学理论和司法审判实践日益达成共识，即在没有特别理由的情况下，是否获得行政审批或者许可不影响合同的效力，但会影响合同的履行可能性。[47]在没有获得审批或者许可时，由于缺乏履行的法律基础，相应的交易通常难以履行。对此，《技术合同司法解释》第8条第1款规定：“生产产品或者提供服务依法须经有关部门审批或者取得行政许可，而未经审批或者许可的，不影响当事人订立的相关技术合同的效力。”关于双方当事人之间的报批义务，如果当事人没有约定或者约定不明确的，一般来说由实施技术的一方承担更为合适。因为其通常对技术的性质和申报事宜更为熟悉，报批成本更低，效率更高。[48]

（3）一方采取欺诈手段订立的技术合同。由于技术成果的专业性和复杂性，交易欺诈的事件并不鲜见。当事人一方采取欺诈手段，

就其现有技术成果作为研究开发标的与他人订立委托开发合同收取研究开发费用，或者就同一研究开发课题先后与两个或者两个以上的委托人分别订立委托开发合同重复收取研究开发费用的，受损害一方可以依据本法第148条或者第149条的规定请求人民法院或者仲裁机构撤销合同。

在技术服务合同中，技术服务提供方侵犯他人技术权利的，被欺诈的合同相对人不仅可以撤销合同，而且可以拒绝支付对价。例如，在某技术服务合同纠纷中，委托人与受托人约定，由受托人向委托人提供相关地图数据，委托人应对提供的数据拥有著作权。但受托人提供给委托人的数字化资料中有侵犯他人著作权的图片资料，故委托人拒绝支付对价。^[49]不过，被欺诈的合同相对人因为接受服务获得利益的，被侵权人可以主张向其返还不当得利。

4. 技术合同无效、被撤销或者发生善意取得后的法律后果

关于技术合同被认定为无效或者被撤销后的法律后果，应当根据本法第157条规定的规则来处理。特别是关于当事人已经履行的部分且涉及研究开发经费、技术使用费、提供咨询服务报酬的，则应当根据双方当事人的过错来处理。如果技术提供方没有过错的，则相对方需要为其原因造成的合同无效或者被撤销的损失承担赔偿责任。双方均有过错的，按照过错分担损失。

在一些情形中，虽然技术合同被认定无效或者被撤销，但却因履行合同完成了新的技术成果或者在他人技术成果基础上完成后续改进技术成果。关于这一部分的归属，如果合同当事人是恶意串通或者非善意的，则应当认定构成不当得利，扣除必要成本之后，应当归被侵权的受害人所有。反过来，无过错的合同当事人可以根据其投入情况享有这些新增技术成果。

第三人主张善意取得并希望继续使用技术秘密的，需要向技术秘密的权利持有人支付使用费。否则，人民法院可以根据权利人的请求判令使用人停止使用。至于使用费的确定标准，人民法院一方面可以根据权利人通常对外许可该技术秘密的使用费或者使用人取得该技术秘密所支付的使用费来判断，另一方面也需要考虑该技术秘密的研究开发成本、成果转化和应用程度以及使用人的使用规模、经济效益等因素。不论使用人是否继续使用技术秘密，人民法院均应当判令其向权利人支付已使用期间的使用费。使用人已向无效合同的让与人支付的使用费应当由让与人负责返还。《技术合同司法解释》第13条对前述问题做了进一步解释。

注释：

[1] 参见郅中林：《〈关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释〉的理解与适用》，载《人民司法》2005年第4期，第23页。

[2] 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第1130-1131页。

[3] 二审法院援引《技术合同司法解释》第14条第1款第2项的规定，认为对技术合同的价款、报酬和使用费，当事人没有约定或者约定不明确的，可以根据有关咨询服务工作的技术含量、质量和数量，以及已经产生和预期产生的经济效益等合理确定。具体到该案中，就是在受托人“自己提交的相关证据确定的该公司投入南网计量项目工作人员的人数、工作量、工作时间的基础上，综合考虑该项目所处行业的各种相关因素”予以确定，即最终按照法院委托的评估机构出具报告的评估值要求委托人向受托人支付服务费。参见“云南云电同方科技有限公司、深圳市爱德曼思科技有限公司技术合同纠纷案”，云南省高级人民法院（2018）云民终25号民事判决书。

[4] 蒋志培主编：《技术合同司法解释的理解与适用》，北京，科学技术文献出版社2007年版，第5页。

[5] 参见蒋志培主编：《技术合同司法解释的理解与适用》，北京，科学技术文献出版社2007年版，第5页。

[6] 动物新品种（能够产出纯紫色珍珠的三角帆蚌新品种）是否与植物新品种一样受到知识产权法律的保护，在学理上有争议。在一起关于能够产出纯紫色珍珠的三角帆蚌新品种的发现权纠纷中，原告张某某是金华职业技术学院的教授，其诉称在从事淡水珍珠三角帆蚌的研究和培育过程中获得了一个能够产出纯紫色珍珠的新品种。但其向全国水产原种和良种审定委员会申报该新品种时，获知上海海洋大学已于2012年进行申报。因存在争议，双方均未被认定。后来，张某某诉至法院，请求确认其为紫色珍珠蚌新品种的发现者，同时判令被告停止侵害其对该新品种的发现权。法院认为，根据《民法通则》第97条第1款规定，公民对自己的发现享有发现权，有权申请领取发现证书、奖金或者其他奖励。但是，发现权是指对自然的现象、特性或规律等作出的前所未有的阐释而依法取得的权利。发现权保护的客体是科学发现，即对客观存在的尚未揭示出来的自然现象、自然规律、事物性质迄今为止的一种新认识。本案中，诉争的三角帆蚌新品种并非一开始就在自然界存在，而是通过人工多代选育出来，不属于发现权的客体。原告发现权主张不成立。参见“张某某与上海海洋大学、金华市浙星珍珠商贸有限公司发现权纠纷案”，浙江省金华市中级人民法院（2016）浙07民初407号民事裁定书。

[7] 感谢张建悦同学对这一技术内容的介绍。

[8] 参见“申京爱、贵阳黔峰生物制品有限责任公司技术转让合同纠纷案”，最高人民法院（2007）民三提字第2号民事判决书。

[9] 参见蒋志培主编：《技术合同司法解释的理解与适用》，北京，科学技术文献出版社2007年版，第6-7页。

[10] 与“发明专利”不同，“实用新型专利”“外观设计专利”的申请提交后，如果获得审查通过，审查机构在颁发专利证书的同时公开技术方案。

[11] 参见“眉山市中能生物科技研究所与西宁信利机械制造有限公司技术转让合同纠纷”，青海省高级人民法院(2012)青民三终字第4号民事判决书。后原审被告申请再审，再审法院补充了如下理由：双方在合作协议中约定，原告提供自有专利技术、负责产品质量检验，并派两名工作人员从2009年4月开始负责产品质量检验，而且原告确实于2009年4月至6月指派两名工作人员到被告处负责产品质量检验与数量统计，可见产品质量检验是由原告所负责的，维持了原审判决。参见最高人民法院（2015）民申字第1469号民事裁定书。

[12] 该条规定：“科技成果完成单位与其他单位合作进行科技成果转化的，应当依法由合同约定该科技成果有关权益的归属。合同未作约定的，按照下列原则办理：（一）在合作转化中无新的发明创造的，该科技成果的权益，归该科技成果完成单位；（二）在合作转化中产生新的发明创造的，该新发明创造的权益归合作各方共有；（三）对合作转化中产生的科技成果，各方都有实施该项科技成果的权利，转让该科技成果应经合作各方同意。”

[13] 该条规定：“科技成果完成单位与其他单位合作进行科技成果转化的，合作各方应当就保守技术秘密达成协议；当事人不得违反协议或者违反权利人有关保守技术秘密的要求，披露、允许他人使用该技术。”

[14] 参见王利明：《合同法研究（第三卷）》，第二版，北京，中国人民大学出版社2015年版，第551页。

[15] 许可方式包括：独占许可、排他许可、普通许可和转许可。可参见第863条的相关释评。

[16] 例如，“争议标的的数额”“法官是否支持原告的法律解释主张”“判决支持或者驳回原告主张的主要理由”“判决赔偿的金额”“法院支持或者驳回原告请求之比例与原告诉讼动力之变化的相关性”等。

[17] 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第1136页。

[18] 参见“巫修海、浙江珂勒曦动力设备有限公司技术合作开发合同纠纷”，浙江省高级人民法院（2017）浙民终139号民事判决书。

[19] 参见“杭州逸马健康管理有限公司、杭州向欧电子商务有限公司委托创作合同纠纷”，浙江省高级人民法院（2017）浙民终260号民事判决书。

[20] 黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第1138-1139页。

[21] 原告在诉讼中提供了相关产品机身铭牌出厂编号的照片，尝试证明产品的生产、销售数量，并试图以此为基础计算利润数值，但是二审法院认为该证据与被告的生产销售情况并无直接对应关系。

[22] 一审法院咨询当地农机鉴定站，该站工作人员陈述打包机与压捆机系不同种类产品，而且根据一审“关于方捆压捆机利润分成，陈广大可与星光公司另行协商达成分配方式后另行主张权利”的表述，可以推断一审对压捆机等产品属于新产品的事实是认可的。但是二审在经过双方再次质证后，认为该事实真伪不明，故原告需要对此承担结果意义上的举证责任。

[23] 参见“陈广大、星光玉龙机械（湖北）有限公司技术合同纠纷”，湖北省高级人民法院（2017）鄂民终588号民事判决书。结合《技术合同司法解释》第14条，可以推断出，二审法院认为，在原告未举证“研究开发成本”，且对“实施转化和应用的程度，当事人享有的权益和承担的责任，以及技术成果的经济效益”未完成行为意义上的举证责任时，仅凭有关技术成果的“先进性”不足以支持其诉讼请求。

[24] 参见“刘秉正诉北京市康达汽车装修厂专利实施许可合同纠纷案”，载《最高人民法院公报》1989年第3期（总第19期）。二审对一审的修正仅在于，对原告在补充协议中放弃的入门费部分予以减扣，除此以外维持了一审的裁判结果。

[25] 参见“中国人民解放军海军总医院与深圳市博泰生物医学科技发展有限公司技术合同纠纷”，北京市海淀区人民法院（2017）京0108民初55043号民事判决书。

[26] 动物新品种是否与植物新品种一样受到知识产权法律的保护，在学理上有争议。

[27] 参见王利明：《合同法研究（第三卷）》，第二版，北京，中国人民大学出版社2015年版，第559页。

[28] 参见“杨守信与杨东技术成果完成人报酬纠纷”，辽宁省沈阳市中级人民法院（2016）辽01民初176号民事判决书。

[29] 参见“吴琦诉北京思路高科技发展有限公司技术合同纠纷”，北京市第一中级人民法院（2005）一中民初字第10224号民事判决书。

[30] 参见“南京验创科技有限公司与姚维东其他科技成果权纠纷”，江苏省南京市中级人民法院（2013）宁知民初字第282号民事判决书。虽然最终法院并未支持公司（原告）的该诉讼请求，但系出于其他原因，即公司认为该工作人员研发进度已达90%，能够“点亮”电路制板的显示器，但被告认为研发进度仅进行了10%左右；后法院到原告公司进行了现场勘验，发现该工作电脑及“电路制板”均无法通电工作，原告公司

也没有证据证明该工作人员以其他方式使用了涉案的相关资料或将其据为己有，故最终未支持原告的诉请。总而言之，法院最终未支持公司的诉请，并非因为该未形成成果的技术资料不是职务技术成果，而是由于不能判令作为被告的原工作人员交付不存在的技术成果。

[31] 参见郇中林：《〈关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释〉的理解与适用》，载《人民司法》2005年第2期。

[32] 参见蒋志培主编：《技术合同司法解释的理解与适用》，北京，科学技术文献出版社2007年版，第35页；王利明：《合同法研究（第三卷）》，第二版，北京，中国人民大学出版社2015年版，第557-558页。

[33] 参见蒋志培主编：《技术合同司法解释的理解与适用》，北京，科学技术文献出版社2007年版，第14页。

[34] 参见“贾忠信与阜新蒙古族自治县卧凤沟乡人民政府其他科技成果权纠纷”，辽宁省高级人民法院(2015)辽民三终字第00046号民事判决书。不过，二审最终未支持原告（二审上诉人）的诉讼请求，因为原告的诉讼请求已超过诉讼时效。后该原告申请再审，最高人民法院重申了二审裁判的以下观点：该发明系非职务技术成果，被告径以自己的名义将该发明申报科技成果，需要向原告支付对价，但原告的诉请已超过诉讼时效，故驳回了原审原告的诉讼请求。参见“贾忠信诉阜新市蒙古族自治县卧凤沟乡人民政府科技成果权纠纷”，最高人民法院(2015)民申字第1898号民事裁定书。

[35] 动物新品种是否与植物新品种一样受到知识产权法律的保护，在学理上有争议。

[36] 《科技成果登记办法》第11条规定：“凡存在争议的科技成果，在争议未解决之前，不予登记；已经登记的科技成果，发现弄虚作假，剽窃、篡改或者以其他方式侵犯他人知识产权的，注销登记。”

[37] 参见“罗琮贵与丘寿勇、广西灏运环保燃料科技有限公司技术成果完成人署名权、荣誉权、奖励权纠纷”，广西壮族自治区玉林市中级人民法院（2017）桂09民初29号民事判决书。

[38] 参见“彭义霆、田晓辉诉湖北工业大学职务技术成果完成人奖励、报酬纠纷”，湖北省高级人民法院(2014)鄂民三终字第00109号民事判决书。

[39] 法院援引了《国务院关于技术转让的暂行规定》第7条（技术转让收入的使用）第2款，该款规定：“转让技术的单位应当从留用的技术转让净收入中，提取百分之五至十作为第四条规定的奖励费用，由课题负责人主持分配，本单位或其他有关部门不要干预。此项费用不计入本单位的奖金总额。”

[40] 参见“徐永北诉江苏省日用化工研究所奖金、奖励费纠纷”，载《最高人民法院

院公报》1990年第4期(总第24期)。虽然本案中,法院以该单位违反《国务院关于技术转让的暂行规定》为理由支持了研发人员的诉请,但是该规定第7条第1款规定:“单位留用的技术转让收入的使用,由单位自行确定,上级领导机关或其他有关部门不得抽调和限制。”若严格依文义,则单位内部对该收入使用的分配应当具有主导地位;即在案例中,因单位明显不愿意向该研发人员分配技术转让收入,故理应按照最低限额5%计提奖励费用;但两审法院均明确按照10%的上限计算。故可以进一步推测,裁判观点理应认为,单位在对完成人申领奖励时违法、违约或背俗附加额外条件的情形下,法院不应当再考虑该单位的分配意见,而应直接按照诚信原则,衡量案情对分配比率予以确定——这样符合该《规定》第4条第2款的文义:“根据本单位计划研究、开发的技术,其转让收入归单位;对直接从事研究、开发该项技术的人员给予奖励,对根据市场需求主动提出研究、开发项目建议并积极促其完成的有功人员,应当给予较为优厚的奖励。”

[41] 本条源自《合同法》第329条,但删除了其中“妨碍技术进步”的字样。这大抵是因为,“妨碍技术进步”是“非法垄断技术”这一行为的结果,从立法简约的角度看,无须规定。

[42] 参见“吴琦诉北京思路高科技发展有限公司技术合同纠纷”,北京市第一中级人民法院(2005)一中民初字第10224号民事判决书。

[43] 关于这一点的更多信息,可参见蒋志培主编:《技术合同司法解释的理解与适用》,北京,科学技术文献出版社2007年版,第22-24页。

[44] 学理上有关于“白色条款”“黑色条款”“灰色条款”的类型区分,即:“白色条款是一种限制条款,它具有合理限制、指引、合作互利功能;黑色条款是一种限制竞争条款,其主要功能是排除竞争;灰色条款是既不享受具体豁免又不受白色或黑色条款约束的许可合同条款,其主要功能是调和。”参见曹新明:《专利许可协议中的有色条款功能研究》,载《法商研究》2007年第1期,第89页。

[45] 参见“大洋公司诉黄河公司专利实施许可合同纠纷”,最高人民法院(2003)民三终字第8号民事判决书。

[46] 参见“陈德俊与山东鲁泰煤业有限公司、山东鲁泰煤业有限公司太平煤矿技术合同纠纷”,山东省高级人民法院(2013)鲁民再字第4号民事判决书。

[47] 新近论述,可见王轶:《行政许可的民法意义》,载《中国社会科学》2020年第5期。

[48] 参见蒋志培主编:《技术合同司法解释的理解与适用》,北京,科学技术文献出版社2007年版,第20页。

[49] 参见“北京九州宏图技术有限公司诉北京北大千方科技有限公司技术服务合同纠纷”,北京市海淀区人民法院(2003)海民初字第10456号民事判决书。

第二节 技术开发合同

第八百五十一条

技术开发合同是当事人之间就新技术、新产品、新工艺、新品种或者新材料及其系统的研究开发所订立的合同。

技术开发合同包括委托开发合同和合作开发合同。

技术开发合同应当采用书面形式。

当事人之间就具有实用价值的科技成果实施转化订立的合同，参照适用技术开发合同的有关规定。

本条主旨

本条是关于技术开发合同的定义和种类的规定。

相关条文

《合同法》第330条 技术开发合同是指当事人之间就新技术、新产品、新工艺或者新材料及其系统的研究开发所订立的合同。

技术开发合同包括委托开发合同和合作开发合同。

技术开发合同应当采用书面形式。

当事人之间就具有产业应用价值的科技成果实施转化订立的合同，参照技术开发合同的规定。

理解与适用

技术成果总有一个从无到有的开发过程。在科学技术日益复杂化的今天，大量科技成果是集多方的人力、物力和智力合作开发的。这一过程自然就涉及合作各方之间的合同关系，也即本节规定的技术开发合同。与《合同法》第330条相比较，本条做了两处修改：一是

将“新品种”增列为可以开发的技术成果，包括植物新品种和动物新品种。这有利于“鼓励推出技术新品种，研究开发新品种”^[1]。二是将“产业应用价值”调整为“实用价值”，“目的是扩大科技成果实施转化的适用范围”^[2]，特别是一些可以实施转化的科技成果能够经过转化达到“产业应用价值”的高度，具有不确定性，但当事人判断是否具有“实用价值”的转化可能性，是相对比较容易判断的。

一、技术开发合同的界定

技术开发合同与技术转让、技术许可和技术服务等合同类型相区分，重点就在于双方交易标的的“开发”属性，即根据构想的技术开发目标，将原本不存在的新技术成果研发出来。而其他几类技术合同交易，是以既有的技术成果为基础的，主要是对既有技术成果的转让、许可或者用于服务他人；尽管技术许可甚至服务过程中可能产生新的技术，但是，这些交易中的新增技术并不是这些合同的主要目的，而更多的是副产品。据此，我们总结出技术开发合同的如下特点。

1. 技术开发合同以“开发新的技术成果”为合同标的

这也是为什么本条特别强调一个“新”字，即当事人拟通过此类合同研究开发的是“新技术、新产品、新工艺、新品种或者新材料及其系统”。关于“新”的标准，我们可以从时间和空间两个维度来理解。^[3]

在时间维度上，应当以当事人订立合同的时点为标准，即双方拟研发的技术成果在缔约时是否已经存在。对此，《技术合同司法解释》第17条做了解释，即“新技术、新产品、新工艺、新材料及其系统”是指当事人在订立技术合同时尚未掌握的产品、工艺、品种、材料及其系统等技术方案。如果双方订立合同时已经存在相应的技术成果，那么，双方之间要么是对技术成果进行转让、许可或者用于提供服务（既有技术成果归合同当事人持有），要么是本法第850条规定的“侵害他人技术成果”（既有技术成果不归合同当事人持有）。此外，如果双方当事人只是对既有技术成果的改型、工艺变更、材料配方调整以及对技术成果的验证、测试和使用，而不涉及实质性的创新，则也不构成新技术的开发。

在空间维度上，“新”可以从客观标准和主观标准两个标准来认识。^[4]所谓客观标准，是指在合同订立时，拟开发的技术在国内外都没有公开发表和使用过，符合专利的“新颖性”要求。所谓主观标准，是指在订立合同时，当事人是否已经掌握。如果当事人已经掌握，则不构成对新技术的开发。《技术合同司法解释》第17条采用了主观标

准，即拟研发的技术成果是“当事人在订立技术合同时尚未掌握的”产品、工艺、品种、材料及其系统等技术方案。笔者也认为，主观标准比客观标准更为合理。^[5]因为，一方面，对当事人来说，要在订立合同时客观上准确知晓拟研发的技术是否与既有专利成果重复，存在信息搜集上的困难。毕竟，不少时候，合同当事人对拟研发的技术只有一个初步概念和设想，在研发出来之前并不清楚具体样态。另一方面，采用主观标准的话，即便拟研究的技术成果客观上已经存在了，只要当事人主观上没有掌握，也不至于影响开发合同的效力。只不过，当出现其他人，在合同当事人研发出来之前已经成功研发并申请专利和公开的，本研究已经没有继续研究的意义，合同当事人需要承担相应的不利后果。例如，根据本法第857条的规定，当事人可以解除合同。

如果一方当事人订立合同时已经掌握了拟研发的技术，但另一方不掌握，那么，已经掌握的一方仍然与另一方订立技术“开发”合同的，则构成合同欺诈。被欺诈的一方既可以选择与对方协商，将合同变更为技术转让或者许可合同；也可以选择撤销合同，并追究对方的损害赔偿责任。

2. 技术开发合同是要式合同

技术合同是双务、有偿、诺成合同，比较容易理解。^[6]但如何理解本条第3款规定的“技术开发合同应当采用书面形式”呢？这一要求是倡导性的，还是强制性的，本条并没有明确。有观点主张技术开发合同是要式合同，因为与其他合同相比，技术开发合同的内容复杂程度高。^[7]笔者认为这种看法是有道理的。的确，技术开发合同在标的的明确性、研发经费及其利用、技术成果的归属、失败风险的分配等方面都不容易找到本法第511条规定的国家标准、区域标准、行业标准或者交易习惯来确定。毕竟，当事人的交易标的是尚不存在的“新技术”。如果双方当事人没有采用书面形式作出比较明确的约定，一旦发生争议，很可能难以通过法官来对合同的内容进行辨识和填补。在一些司法实践案例中，即便当事人订立了书面合同，但由于合同对技术标的等内容没有明确约定，法官无法判断当事人关于合同条款之主张的真实性，也缺乏进行合同填补的必要司法经验，法院最后只能以此为由支持一方当事人解除合同。这也大致说明了这样的问题。

不过，我们并不能当然反推未采用书面形式订立的合同就一定不成立。当事人之间虽未签订书面合同，但一方当事人或者双方当事人已经实际履行，且有证据证明对方接受的，则根据本法第490条第2款的规定，合同也告成立。例如，被告在未签订书面合同的情形下，通过电子邮件、召开会议等多种方式与原告沟通协商，要求原告开发软

件平台，并在开发过程中提出修改要求。原告亦按照被告的要求开发了具备相应功能的软件平台，该开发成果已通过专家验收并上线运行。后来，因为被告利用原告公司所开发软件的部分源代码重新开发的软件，原告诉至法院，认为被告未经其许可，复制、剽窃并使用涉案软件源代码的行为，侵害其享有的软件著作权，要求被告承担侵权责任。法院认为，被告与原告就软件开发中“各自的权利义务作出了明确约定，软件开发的指向明晰，开发内容和要求清楚，并不存在争议”，并援引《合同法》第37条，认为合同因实际履行而使其欠缺书面形式的瑕疵得以治愈。法院最终认定，双方当事人之间虽未签订书面协议，但“仍应确认彼此之间的涉案软件委托开发合同已然成立”^[8]。

3. 技术开发合同具有较高的风险性

由于技术开发合同的交易标的是去研究和创造一套尚不存在的技术成果，其也可以被理解为一种科学研究活动。既然是科学研究活动，就有比较明显的“试错”色彩，有比较高的不确定性，包括开发可行性的不确定性、开发路径、成本和进度的不确定性、开发的技术成果的应用价值的不确定性、开发的技术成果的检验方法的不确定性，以及是否被人先行开发的不确定性，等等。这些风险与买卖合同中标的物的意外毁损、灭失风险不一样，很难以“交付时点”之类的确定标准来分配。在货物买卖合同中，通常来说，能够物理控制标的物的一方有更好的能力和机会去防止风险和损失。但在技术开发合同中，特别是在合作开发合同中，当事人都可能存在风险预测困难。这也是为什么本法第858条无法给出一个相对确定的判断标准，而是规定：“没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，风险由当事人合理分担。”

对于前述风险，当事人自己都难以在事前有效预知和分配的风险，事后由法官来判断，即便借助专家辅助，也存在比较高的不可预期性。也就是说，一方面，当事人有必要在订立合同之前进行充分调研和可行性论证，尽可能地降低前述研发风险；另一方面，对于涉及国家财政支持的科研项目，研发活动需要符合发包方的项目任务书要求和相关技术政策的规定。^[9]

二、技术开发合同的种类

本条第2款将技术开发合同分为两类：一是委托开发合同，二是合作开发合同。区分委托开发与合作开发，在很多方面具有法律意义。例如，在研发风险的承担方面，虽然本法第858条规定“没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，风险

由当事人合理分担”，但是，由于委托开发场景中受托人的技术性判断、掌握、决策和控制能力更强，原则上要承担更重的责任去证明研发失败等风险的不可控性。合作开发中，双方都有实质性的研发参与，研发风险的控制能力和分配方案可能因为场景的差异而明显不同。

所谓委托开发，即一方当事人委托另一方当事人进行研究开发所订立的合同。在委托开发合同中，委托方向受托方提供研究开发经费和报酬，明确研发要求，提供必要的技术资料；有时，委托人也可能提供开展研发活动的物理场所或者条件，但并不参与受托人的智力研发过程。受托人以自己的名义、技术和劳务独立完成相应的研发活动，并向委托人交付约定的研发技术成果。简单地理解，委托技术开发是委托人向受托人订购一款个性化的技术成果，双方当事人的供需角色区分明显。

委托技术开发合同与技术服务合同的区分问题值得注意。技术服务合同由服务提供方以其既有技术成果为基础，向接受方提供服务，但并不向接受方交付技术本身；委托技术开发合同虽然也可能以受托人的既有技术成果为基础，但重点在于通过开发创造并向受托人交付新的技术成果。例如，被告系电机生产企业，与原告约定，原告为被告公司研发技术产品并申请专利，被告向其支付报酬。嗣后双方产生纠纷，原告诉至法院，称双方存在技术服务合同，要求被告按每月5000元计算，支付5年的报酬。被告则辩称，双方之间并不存在该技术服务合同关系。法院经审理查明，证据证明双方之间的约定为原告为被告研发技术产品并申请专利，专利获授权后被告按每件1万元的价格支付原告报酬，并不存在被告委托原告完成指定的工作事项以及原告为解决被告的技术问题而实际付出了相关的技术服务内容，故判决被告应当依照委托合同的约定，向原告支付1万元的报酬。^[10]

而所谓合作开发合同，顾名思义，系双方围绕共同开展技术研发活动订立的合同。双方当事人之间并没有明确的供需角色之分，而是共同投资、共同参与研究开发活动，共同承担前述各种研发风险。至于二者之间的具体分工，如第849条释评的那样，共同完成人可以是协同完成所有研发过程；也可以是分板块而分别完成，然后汇总融合；还可以是分阶段，先后完成不同的研发环节。但无论如何，合作各方均有实质性的智力创造性投入和贡献。否则，一方仅仅提供资金、设备和物质条件的，或者仅仅是协助另一方完成部分事项的，只构成委托开发合同。

三、科技成果实施转化合同的参照适用

技术成果的研发不同于商品的批量生产，通常需要经过一个论证、设计、实验和改进的过程，有时甚至需要反复多次设计、实验和改进。这也意味着，有不少技术研究成果虽然具有了一定的实用价值，但尚未达到产业化应用的程度，尚未达到商品化、产业化的成熟度。从技术成果的完善成熟度的角度，这些技术成果还处于实验室阶段，我们也可以将其称为实验室技术成果。“为了使这些科技成果能够从保险柜里走出来，尽快形成现实的生产力，就需要进行后续开发研究，实现成果转化。”^[11]而这种后续开发又与典型的技术开发合同不同，不是完全的从头开始研发，而是在实验室技术成果基础上进行后续开发研究，以使其转化为可以用于工业化生产的技术成果。这也不同于技术转让合同，因为：技术转让合同的标的是那些已经具有实用价值的科技成果，而不是需要进行试验、开发以达到推广应用的程度。

正是基于前述考虑，1999年《合同法》在吸收原来的《技术合同法》的同时，增加了技术成果转化合同这一新的技术合同类型。《技术合同司法解释》第18条就技术转化合同做了进一步解释，即“当事人之间就具有实用价值但尚未实现工业化应用的科技成果包括阶段性技术成果，以实现该科技成果工业化应用为目标，约定后续试验、开发和应用等内容的合同”。本条规定将《合同法》第330条规定的“产业应用价值”调整为“实用价值”，有助于进一步明确技术转化合同的交易标的。

虽然技术转化合同是以现有的实验室技术成果为基础的，但是，由于合同交易的目的主要是后续试验、开发和应用，仍然以技术开发为主，所以，在规则适用上“参照适用技术开发合同的有关规定”。

■ 第八百五十二条

委托开发合同的委托人应当按照约定支付研究开发经费和报酬，提供技术资料，提出研究开发要求，完成协作事项，接受研究开发成果。

本条主旨

本条是关于委托人开发合同的委托人的主要义务的规定。

相关条文

《合同法》第331条 委托开发合同的委托人应当按照约定支付研究开发经费和报酬；提供技术资料、原始数据；完成协作事项；接受研究开发成果。

理解与适用

本条源自《合同法》第331条，但略有修改：一是删除了提供“原始数据”的义务；二是增加规定了“提出研究开发要求”的义务。根据本法第854条的规定，当事人违反约定造成研究开发工作停滞、延误或者失败的，应当承担违约责任。

根据本条的规定，委托开发合同的委托人负有以下义务。

1.按照约定支付研究开发经费和报酬。所谓开发经费，主要是指用于完成研究开发活动所需要支付的成本，包括用于购买必要的设备仪器、研究资料、实验材料、能源、专家咨询费用、日常会议和办公支出等等。在合作开发的情形，双方当事人一般根据分工安排来各自或者相互承担这些开发经费；而在本条规定的委托开发的情形下，委托方一般需要在合同签订之后、开发活动正式启动之前支付，或者根据开发进程分批支付，也可能由受托方先行垫付并在开发任务完成后要求委托方一次性支付。

如果开发经费在开发活动结束后尚有剩余，则需要根据当事人的约定或者投入情况予以返还或者分配。“如果合同中约定研究开发经费包干使用，那么结余经费应当归研究开发人所有，不足的经费由研究开发人自行解决。”^[12]在当事人没有“经费包干”之类的约定时，开发经费原则上应当是以必要的实际支出为计算基准，多退少补。

委托人应当支付的报酬，主要是指取得研发成果的对价或者向研发人员支付的科研补贴。这主要是以研发人员的劳动所得，而不是实际花销为内容的开发费用。当事人之间既可能单列研发报酬，也可能将研发报酬计入研发经费之中。^[13]

实践中，开发经费和报酬支付争议并不少见。在一些案件中，委托人约定按照研发进度分批支付开发经费或者报酬，但后来双方就后续研发计划的执行和调整产生分歧。例如，北斗公司与博彦公司签订关于某操作系统的技术开发合同，双方约定工程分期和支付分期；委托方需要于受托方发布上线试运行（试点）版本之后的10个工作日之后支付第一期款项。在受托方博彦公司完成第一期的研发任务之后，双方签订“项目阶段性工作完成确认函”，内容既包括对博彦公司已完

成部分的确认，也对“运营管理”等内容进行了调整，记录为“变更或二期”或“制订开发计划中”。博彦公司认为双方在“项目阶段性工作完成确认函”以及合同的实际履行过程中，对合同义务进行过变更，北斗公司既不履行一期合同的付款义务，也对博彦公司提出的二期合同要求不做任何回应，构成根本违约。北斗公司认为，“项目阶段性工作完成确认函”并非双方对开发需求变更与减少的协议，而是明确列举了博彦公司需要继续根据合同要求完成的工作，足以证明博彦公司没有履行全部合同义务。法院判决认为，确认函表明双方已一致认可的合同实际履行情况；结合具体案情与其他证据，其中对运营管理等功能双方作了变更约定，被变更的内容不再属于本合同开发范围。博彦公司已经履行第一期应当完成的合同义务，即于2015年8月21日发布上线试运行（试点）版本，但北斗公司未依约在10个工作日之后履行支付报酬的义务，已经构成违约。^[14]

2.提供技术资料。受托人能够在多大程度上完成委托人的开发任务，在很大程度上取决于对委托开发任务的理解准确性，包括需要开发的目标成果、与目标成果相关的背景信息和资料信息。例如，一家大数据科技公司接受一家人民法院的委托，开发一套关于诉讼案件的“智能繁简分流”系统，即：一方面，预估一个起诉到人民法院的案件的工作量；另一方面，评估每一位法官的审判专业技能和潜在耗时，从而达到案件工作量分配（workload）上的高效、快捷。那么，这家法院至少需要提供本院审判人员在过往审判的案件文书和工作时间记录方面的资料，以便于受托人比较准确地判断案件的工作量和审判工作人员的工作能力，并进行有效的“案件—审判人员”匹配。

如果委托人未能准确表达其拟追求的开发目标和相关的背景资料信息，致使受托人产生误解甚至制订和实施远离开发目标的技术路线的，则将造成不可挽回的研发损失。因此，委托人在技术资料提供上有重大遗漏或者隐瞒，以致误导受托人的研发计划和执行的，则构成违约，需要承担研发质量不高或者研发失败的不利后果。当然，受托人需要根据自身的专业技术知识，及时发现和索要相关技术资料。如果发现技术资料有问题但并未采取措施去解决和消除问题，则属于自身的不当履行。

关于委托人是否有义务提供原始数据的问题，本条删除了《合同法》第331条规定的一般性提供义务。这大抵是因为，原始数据是否是帮助受托人认识和了解研发目标和背景的必要信息，不能一概而论。再加上，原始数据可能涉及委托方的重要技术或者商业秘密，在不涉及受托方的研发任务开展时，没有必要提供。因此，委托方是否有义务提供原始数据，需要根据特定研发任务和性质来判断。

3.提出研究开发要求。本条增加规定委托方的“提出研究开发要求”的义务。委托人明确开发要求和预期，也就是要明确交易的标的。这不仅包括对拟开发技术成果的技术形态和性能要求，也包括开发的进度、交付的时间等涉及研发目的实现的重要因素。

4.完成协作事项。受托人开发活动的顺利开展，有时需要委托人提供物理上的协助，如了解拟开发技术的应用环境、测试中期研发成果或者最终成果的性能；有时需要委托人提供法律上的协助，例如，在受托人完成开发之后积极申请相应的权利证书，以帮助受托人完成交付义务。这也是本法第509条规定的依据诚信原则履行协助义务的具体体现。如果委托人拒不履行相关协助义务，导致受托人无法完成和交付技术成果，则需要承担相应的不利后果。

例如，在第845条释评中提到的“裁判文书数据采集技术合同”案中，接受委托的大数据公司的研发任务是：对涉及某一法律问题的裁判文书，根据前期对样本判决书的人工标注数据进行训练，研发出一套能够对此类判决书进行批量自学习的人工智能预测模型。委托人需要协助受托人的技术人员理解相应裁判文书的字句排列规律、行文规律和法官的推理逻辑，以便于技术人员有效组织和开展对样本裁判文书的人工标注。委托方还有义务协助核查和确认人工标注数据的准确性，以确保批量裁判文书的人工智能学习的有效性。

再如第851条曾提及的案例，由原告为被告公司研发技术产品并申请专利，专利申请成功后被告向原告支付报酬。在原告以被告名义申请专利的过程中，因未在期限内缴足相关申请费用，国家知识产权局向原告发出“视为撤回通知书”。后经原告补缴费用，国家知识产权局要求申请人提交具有被告签章的“恢复权利请求书”，但被告不同意提供，导致专利申请未成功。原告诉至法院，要求被告支付报酬。法院认为，被告故意阻止专利申请的条件成就，应当视为涉案专利申请已经获得授权，故据此判令被告向原告支付报酬。^[15]

5.接受研究开发成果。技术成果的呈现形态与普通商品不一样，需要通过一定的载体来交付。受托人负有按照符合科技成果交付要求的方式，将技术成果交付给委托人的义务。同样，委托人负有按照约定接受交付的义务，不得在合理的交付之外提出额外要求或者附加条件。例如，科学技术部于2001年发布的《技术合同认定规则》第19条就如何认定“合理的技术成果载体”做了规定：“申请认定登记的技术合同，当事人约定提交有关技术成果的载体，不得超出合理的数量范围。技术成果载体数量的合理范围，按以下原则认定：（一）技术文件（包括技术方案、产品和工艺设计、工程设计图纸、试验报告及其他文字性技术资料），以通常掌握该技术和必要存档所需份数为限；（二）

磁盘、光盘等软件性技术载体、动植物(包括转基因动植物)新品种、微生物菌种，以及样品、样机等产品技术和硬件性技术载体，以当事人进行必要试验和掌握、使用该技术所需数量为限；(三)成套技术设备和试验装置一般限于1—2套。”据此，受托人的交付满足这些要求的，委托人没有约定依据或者其他正当理由时，不得拒绝受领技术成果。

不过，在学理上值得讨论的是，委托人的“接受研究开发成果”的义务是真正合同义务，还是不真正合同义务。^[16]所谓真正合同义务，即委托人需要做出积极行为，否则需要向对方承担违约责任。例如，本法第830条关于货物运输合同规定：“货物运输到达后，承运人知道收货人的，应当及时通知收货人，收货人应当及时提货。收货人逾期提货的，应当向承运人支付保管费等费用。”如果收货人不及时提取货物，则构成违约；不仅不能向承运人主张迟延交付的违约责任，而且需要支付因逾期提货造成的额外保管费用。而所谓不真正义务，主要是指因受领迟延导致相对人未能按时交付的，不得主张相对人违约并请求其承担责任，实际上就是相对人的抗辩事由。此时还涉及因为受领迟延导致的标的物毁损灭失的不利风险分配，即把受领迟延之后的标的物毁损灭失风险分配给受领迟延的一方。在技术合同中，委托人的受领义务，既可能是不真正义务（如可以随时交付的电子化技术成果），也可能是真正义务（如对受托人开发的生物类技术产品，需要支付特殊的保存成本），不能一概而论，需要结合具体场景来判断。

■ 第八百五十三条

委托开发合同的研究开发人应当按照约定制定和实施研究开发计划，合理使用研究开发经费，按期完成研究开发工作，交付研究开发成果，提供有关的技术资料和必要的技术指导，帮助委托人掌握研究开发成果。

本条主旨

本条是关于委托人开发合同的受托人的主要义务的规定。

相关条文

《合同法》第332条 委托开发合同的研究开发人应当按照约定

制定和实施研究开发计划；合理使用研究开发经费；按期完成研究开发工作，交付研究开发成果，提供有关的技术资料和必要的技术指导，帮助委托人掌握研究开发成果。

理解与适用

与前一条规定的委托人的合同义务相对应，受托人负有按照约定制定和实施研究开发计划，合理使用研究开发经费，按期完成研究开发工作，交付研究开发成果，提供有关的技术资料和必要的技术指导，帮助委托人掌握研究开发成果等多项合同义务。

1.制定和实施研究开发计划

与委托人的“提出研究开发要求”义务相对应。当双方当事人通过委托开发合同商定“研究开发要求”之后，受托人需要据此制定具有技术合理性和可行性的研究开发方案，并将该方案及时付诸实施行动，以确保在约定的期限完成相应成果的研发。受托人制定的研究开发计划不合理，明显不符合一般的技术经验的；或者计划实施无正当理由地偏离研究计划或者不符合约定实施进度的，都可能造成研发失败（包括研发不出来成果或者晚于他人研发和公开的技术成果）。

无论是研发计划还是实施计划，都可能在执行过程中遇到障碍，包括技术障碍、材料障碍、法律障碍等各种阻碍既有研究和执行计划落实的情况。对于这些情况，受托人应当及时报告委托人，以便于委托人及时调整自己的工作或者商业计划，并与受托人一起商讨新的研发和执行方案。如果是遇到无法克服的技术困难，导致研发部分或者全部失败的，则需要根据本法第858条分担风险。

此外，委托技术开发合同的订立和履行，在很大程度上是基于委托人对受托人的技术能力和商业品性的信赖。因此，未经委托人同意，受托人不得将研发任务转委托给第三人来承担。当然，如果涉及一些辅助性工作，不依赖于受托人的核心技术能力的，受托人可以根据情况请求第三人完成。不过，受托人仍然需要就第三人的工作成果对委托人负责。^[17]

2.合理使用研究开发经费

要点在于专款专用^[18]、账目清楚。受托人可以根据研发的需要，在不违反研发预算约定的前提下灵活把握研发经费的使用。但是，研发经费需要专款专用，不得用于从事与委托研发任务不相关的

支出活动。同时，受托人要遵循会计准则的要求，保留好重要的支付凭证。委托人可以根据约定或者国家法律的规定，检查研究开发费用的使用情况^[19]，并在使用情况不清时要求受托方作出合理的解释。受托方不能作出合理解释的，则可能构成对合理使用经费义务的违反。

3.按期完成和交付研究开发成果

直接关系到委托人的合同利益的实现。受托人需要保证交付的技术成果符合约定的关键技术指标，或者在性能上符合约定的技术成果的使用性质。例如，在第845条释评中提到的“裁判文书数据采集技术合同”案中，接受委托的大数据公司的研发任务是：对涉及某一法律问题的裁判文书，根据前期对样本判决书的人工标注数据进行训练，研发出一套能够对此类判决书进行批量自学习的人工智能预测模型。如果受托人最后提交的预测模型对判决书的人工智能学习的准确率、召回率（与人工标注相比）不够高，达不到科学研究或者实务应用的标准，则属于交付的技术成果不合格。除非，这是由于裁判文书基础数据缺陷（如关键信息缺失、字段无法解析等）造成的，或者是服务双方缔约时预知和约定的风险。

（1）通知义务

此外，如果研发过程中遇到意外情况，影响研发任务的如期完成和交付的，受托人需要及时向委托人说明情况，因需要调整研究方案而推迟研发进度和交付时间的，也需要及时告知委托人，以便于委托人调整自己的预期和相关工作及商业计划。

（2）情势变更与不可抗力

受托人能否因为意外情况的发生而获得延迟完成或者交付成果的理由，而不用向对方承担违约责任，还需要根据“意外情况”的性质而定。重点在于，这些情况是否构成本法第533条规定的“情势变更”事由以至于受托方有正当理由请求调整工期，或者符合“不可抗力”等法定免责事由。例如，在前述“裁判文书数据采集技术合同”案中，双方订立合同时都有正当理由推定相应的裁判文书是可以充分获取的，但委托方后来发现不少省市的裁判文书上网率不高，出现了数据的区域不平衡问题，以至于严重到影响数据采取的全面性、训练数据的充足性以及训练出的人工智能预测模型的应用范围的，则受托方可以援引情势变更，主张调整研发方案或者延迟工期，以解决该问题。再如，如果一个国家突然出台法律，禁止通过人工智能的方式对裁判文书进行批量处理和大数据分析^[20]，则构成法律上的不可抗力。受托方因

此不能履行合同的，可以据此主张免责。^[21]但是，受托方的核心研发团队的工程师在攻坚阶段怀孕需要入院治疗或者辞职的，一般来说不构成受托方请求变更合同或者免责的正当事由。因为，这是比较常见的现象，受托方需要为这些事件的发生做好预案。

另值得注意的是，如果受托人在技术开发过程中遇到无法克服的技术困难（区别于情势变更和不可抗力），致使研究开发失败或者部分失败的，则需要根据本法第858条确定的规则在双方之间合理地分担风险。此种“无法克服的技术困难”是在合同订立之前就客观存在的，区别于合同订立后发生的情势变更或者不可抗力。

4. 提供有关的技术资料和必要的技术指导

首先，与上一条讨论的“原始数据”问题类似，受托人有义务提供的“有关的技术资料”是否包括原始数据，需要根据个案来判断。重点在于，原始数据是否构成委托人理解、掌握和使用研发技术成果的必备条件。例如，在前述“裁判文书数据采集技术合同”案中，受托人在向委托人交付关于相应裁判文书的人工智能预测模型时，需要交付相应裁判文书的原始数据（而不能要求委托人去中国裁判文书网自行下载），且是经过字段解析后的裁判文书数据，以便于委托人在使用这套人工智能预测模型时，能够去人工抽查和检验人工智能学习所得标签数据的精度和可靠性。同时，受托人有必要向委托人披露这一套人工智能预测模型所采用的算法的基础性背景信息，以便于委托人在科研发表中对科研过程和背景信息予以必要的介绍。但是，受托人没有义务向委托人披露算法和代码本身的原始数据，因为这很可能构成受托方的技术秘密。

其次，关于必要的技术指导，受托人应当本着诚实信用的原则，帮助委托人在合理的时间内学习和掌握新研发的技术成果。

5. 其他义务

除了前述义务之外，受托人在技术成果研发过程中或者交付之后，还负有以下义务：（1）技术产品的瑕疵担保义务。如果因为提供的技术成果有缺陷，或者未能向委托人提供关键的技术资料和帮助其掌握关键的技术运用要领，导致委托人损失的，则需要承担相应的违约责任。（2）保密义务，即不得擅自将向委托人交付的技术秘密或者了解的委托人的商业秘密披露给第三人。（3）除非有特别约定，不得将为委托人开发的技术成果再次出让给第三人使用，因为这样会损害委托人的技术专有性利益。（4）在涉及重大国家或者公共安全的委托研发中，受托方还负有对研发过程和成果的安全保护义

务，除了不主动向他人泄露之外，还需要积极采取技术安全保密措施，防止被他人窥探或者盗窃（如在涉及数据科技的研发中，要保证数据研发环境的安全性，防止他人攻击）。而对于法律、法规规定对从事特定技术研发活动的主体有资质要求的，如涉及易燃、易爆、剧毒、放射性物质的技术研发的，受托人不仅需要具备相应的资质，而且应当具备与相应资质相符合的技术条件和安全防护设施。^[22]

第八百五十四条

委托开发合同的当事人违反约定造成研究开发工作停滞、延误或者失败的，应当承担违约责任。

本条主旨

本条是关于委托人开发合同的当事人的违约责任的规定。

相关条文

《合同法》第333条 委托开发合同的委托人应当按照约定支付研究开发经费和报酬；提供技术资料、原始数据；完成协作事项；接受研究开发成果。

第334条 研究开发人违反约定造成研究开发工作停滞、延误或者失败的，应当承担违约责任。

理解与适用

本条对《合同法》第333条和第334条进行了合并处理，规定了委托开发合同当事人双方违反约定的违约责任。有评论认为，在技术合同交易中，“违约行为具有一定程度的不可避免性”^[23]。第852条和第853条规定了委托方和受托方的主要合同义务。当事人违反前述合同义务，导致研究开发工作停滞、延误或者失败的，相对人可以采取以下措施获得救济。

一是根据本法第582条的规定，“根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择请求对方承担修理、重作、更换、退货、减少价款或者报酬等违约责任”。仍以第845条和上一条释评中提到的“裁判文

书数据采集技术合同”案为例，如果受托方交付的裁判文书人工智能预测模型的数据采集精度达不到科研或者实务的基本要求，或者不符合约定的标准，则委托人可以要求受托人检查和改进开发的人工智能预测模型，提高数据采集精度。

二是根据本法第583条的规定，“在履行义务或者采取补救措施后，对方还有其他损失的，应当赔偿损失”。在“裁判文书数据采集技术合同”案中，尽管受托人改进后的人工智能预测模型解决了部分数据标签的智能提取效果，但仍有部分数据标签达不到约定标准的，则应当赔偿委托方的损失。

应当赔偿的损失范围需要根据本法第584条确立的违约责任计算规则来判断。特别是，在不少技术开发合同（无论是本条调整的委托开发还是第856条规范的合作开发）中，一方当事人基于对技术开发成果的合同预期，已经与第三人拟签订后续的技术转让、许可或者服务合同。如果委托开发合同的受托方违约或者合作开发合同的一方当事人违约，导致预期技术成果无法完成，进而导致委托人或者另一方当事人违反与第三人之间的技术合同并需要承担违约责任，那么，受托方或者合作开发合同的违约方在缔约时知道相对方与第三人的合同关系和违约风险的，受托方或者合作开发合同的违约方需要就此承担赔偿责任。例如，在“中国人民解放军信息工程大学与河南阿波罗自动化有限责任公司技术开发合同纠纷案”中，再审法院指出，信息工程大学违反合同约定，致使阿波罗公司与清华大学的合作项目失去了履行的可能性，信息工程大学应当对阿波罗公司在与第三方（清华大学）的合同交往中遭受的损失承担赔偿责任。^[24]

三是根据本法第562条或者第563条的规定，解除合同。因为相对方违约导致合同解除的，不影响守约方按照前述方案请求相对方承担违约责任。如果因为一方违约，致使合同目的不能实现的，另一方可以解除合同，并可以请求违约方承担违约责任。例如，委托人拒绝按期支付开发经费或者报酬，影响合同目的实现的，受托人可以解除合同，并请求委托人继续履行相应的支付义务和利息损失。

当事人援引本法第563条第1款第3项解除合同的，需要在“经催告后在合理期限内仍未履行”时才可以解除。关于“合理期限”，《技术合同司法解释》第15条规定做了解释，即“技术合同当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在30日内仍未履行”，可以主张解除合同；“当事人在催告通知中附有履行期限且该期限超过30日的”，也应当认定符合“合理期限”要求。

值得注意的是，如果一方未能履行合同的事实是因为另一方的违

约行为导致的（如受领不当），则另一方需要自己承担相应的不利后果。例如，委托人与受托人签订技术开发合同，约定由受托人为委托人开发管理信息系统软件。在委托人支付了开发费用后，受托人将开发的软件模块、使用说明书及培训考试情况表交付给委托人。但在软件调试过程中，因委托人未提供统计数据，致使约定开发的技术成果未进行调试和验收。委托人诉至法院，以受托人违约，未交付开发技术成果为由，要求解除双方所签订的技术开发合同，并退还其支付的开发费用。法院认为，因为委托人的原因造成该软件未能进行调试和验收，此责任应由过错方委托人负担，受托人在履行合同过程中并无违约行为，委托人不能实现合同目的的责任在其自身，故未支持委托人的诉讼请求。^[25]

第八百五十五条

合作开发合同的当事人应当按照约定进行投资，包括以技术进行投资，分工参与研究开发工作，协作配合研究开发工作。

本条主旨

本条是关于合作开发合同的当事人的主要义务的规定。

相关条文

《合同法》第335条 合作开发合同的当事人应当按照约定进行投资，包括以技术进行投资；分工参与研究开发工作；协作配合研究开发工作。

理解与适用

本条与本法第856条一起规定了合作技术开发合同当事人的义务和违约责任。本条规定了合作开发合同当事人的三项义务。

1. 分工参与研究开发工作

合作技术开发合同与委托技术开发合同的根本区别在于，合同当事人是否都要实质性地参与研究开发工作，即本条规定的是否要“分工参与研究开发工作”。在委托开发合同中，双方当事人有比较明确

的角色区分，委托方无须参加这方面的工作，但合作开发合同的当事人在合同目标和工作任务上具有一致性^[26]，特别是均需实质性地参与研发活动，为技术成果的研发提供实质性的智力贡献。对此，《技术合同司法解释》第19条做了解释，即“分工参与研究开发工作”，是指“当事人按照约定的计划和分工，共同或者分别承担设计、工艺、试验、试制等工作”。

如果技术开发合同当事人一方仅提供资金、设备、材料等物质条件或者承担辅助协作事项，另一方进行研究工作并向其交付研发成果的，则属于委托开发合同。类似地，如果当事人仅仅是向实际从事研发的公司进行股权投资，并未实际参与研发活动，也不构成合作技术开发合同关系，不得主张对被投资方所开发技术成果的知识产权。例如，原告与被告九洲超声公司通过会议纪要的形式达成一致，由原告负责筹措并先行垫付九洲超声公司研发项目的资金，垫付的资金可作为原告后续持有被告股份的股本金。2016年4月，原、被告双方合意解除合作关系，但原告主张其与被告已经形成技术合作开发合同关系，要求被告偿还原告履行合同期间垫付的所有研发费用并支付一定的报酬。法院援引《合同法》第335条认为，合作开发合同的当事人应当按照约定进行投资，包括以技术进行投资、分工参与研究开发工作、协作配合研究开发工作；在案涉项目开发中，原告未与被告形成合作或协作配合研究开发的关系，而是被告的其他股东与原告之间进行合作和配合开发项目，被告并未基于该合作开发享有相应的权利义务，相反该公司的其他股东基于其各自在合作中的贡献享有被告相应的股份，加之原告也并非针对被告履行义务，故法院最终未支持原告的诉讼请求。^[27]

虽然当事人最初订立的合同是技术合作开发合同，但双方在实际履行过程中已经通过履行行为改变合同交易性质，不再具备合作开发的特征的，没有实际参与技术性开发活动的一方当事人也不得依据最初订立的合作技术开发合同主张合同权利。当然，这不影响当事人根据合同的实际履行情况来主张相应的合同权利，如委托开发合同中委托人的权利。

例如，东营凯维公司与欧利亚机械厂签订“企业战略合作协议”，决定共同研发生产双金属螺杆泵系列产品。但是，该协议对于开发过程中双方的履行方式、成本分摊、利润分配、风险负担等均未作约定。不过，双方当事人均认可，合作中应由东营凯维公司负责转子的开发，由欧利亚机械厂负责定子的开发；在开发中期，由于东营凯维公司开发转子未果，该开发工作转由欧利亚机械厂完成。后来，后因为所生产的产品技术性能和指标不能达到合同要求，且双方无法解决

技术瓶颈问题，东营凯维公司提出解除合作协议。欧利亚机械厂反诉称，东营凯维公司于2014年2月将原本约定由其承担的部件“转子”的开发工作委托给欧利亚机械厂进行，由此产生的相关费用应由东营凯维公司承担。东营凯维公司针对反诉辩称双方成立技术合作开发合同关系，而非委托合同关系，不认可欧利亚机械厂的反诉主张。

在双金属螺杆泵的整个开发过程中，最主要的定子、转子的开发工作均由欧利亚机械厂完成，而东营凯维公司则主要提供机器设备、部分材料，双方的履行方式已经改变了开发早期意向的合作开发模式。在此情形下，对双方之间是技术合作还是技术开发关系的判断，应从双金属螺杆泵的完整开发过程进行判断。法院认为，在合作初期，东营凯维公司负责转子的开发，欧利亚机械厂负责定子的开发，故属于技术合作开发关系。但在后期最主要的定子、转子的开发工作均由欧利亚机械厂完成，而东营凯维公司则主要提供机器设备、部分材料，双方的履行方式已经改变了开发早期意向的合作开发模式，东营凯维公司由于实际履行方式符合《技术合同司法解释》第19条规定的“技术开发合同当事人一方仅提供资金、设备、材料等物质条件或者承担辅助协作事项，另一方进行研究工作”之情形，故法院确认双方成立的是技术委托开发合同。^[28]

合作技术开发合同当事人的一项主要合同义务就是“分工参与研究开发工作”。当然，合作开发者之间具体如何分工，主要取决于当事人之间的约定，既可以是共同参与和完成整个研发环节，也可以是分别完成不同的研发工序或者组件；既可以是按功能区分来分工，也可以是按研发进程来先后分工。但无论如何，合同当事人参与和完成了智力方面的创造性活动。

2.按照约定进行投资

按照约定进行投资，是指合作开发的当事人以货币、设备、场地、材料和技术知识产权等对合作开发项目有价值的形式进行投资，为合作研发活动的开展提供必要的物质条件。在合作开发合同中，双方当事人需要遵守共同投资、共同收益和共担风险的合作准则。当事人通常需要根据投资份额来确定开发成果的权属和收益分配比例，以及承担相应比例的研发风险。如果是非货币投资的，则需要折算成相应的金额，以确定各自的投资比例。

与委托开发合同一样，负责实际支配相应投资的当事人，一方面需要确保当事人投入的合作开发物资专用于合作研发活动；另一方面，需要做了支出和使用记录，确保投资的流向和账目清楚，便于在当事人有异议时查询。

3.协作配合研发工作

如前面的多个条文所评述，在委托开发合同中，双方当事人之间存在明确的角色分工，一方支付开发经费和报酬，另一方负责完成技术成果的研发和交付。但在合作开发合同中，双方当事人之间具有角色对等性和义务相似性，在某种意义上就是一个合伙事业。双方当事人有着共同的交易目标，需要相互协作，共同推进研发活动的展开和技术成果的产出。这也就意味着，双方当事人之间保持密切的沟通与协助，积极参与研发计划的制订和实施工作，并就研发过程中遇到的问题保持密切沟通，以避免因为一方的懈怠而阻碍合作开发计划的顺利推进。任何一方的违约行为，都可能导致整个研发活动的失败或者延迟。^[29]一方当事人未能按照约定的合作计划积极参与合作研发活动的，则构成违约，需要视对研发活动的影响程度承担相应的不利后果。

第八百五十六条

合作开发合同的当事人违反约定造成研究开发工作停滞、延误或者失败的，应当承担违约责任。

本条主旨

本条是关于合作开发合同的当事人违约责任的规定。

相关条文

《合同法》第336条 合作开发合同的当事人违反约定造成研究开发工作停滞、延误或者失败的，应当承担违约责任。

理解与适用

关于合作开发合同当事人的违约责任，可以参考本书对委托开发合同当事人的违约责任（第554条）的释评。其与委托开发合同的不同之处如下。

一方面，合作开发合同的双方当事人在出资、研发和协助等事项上均负有合同义务，因此可能违反的义务类型更多，且相似性高。委

托开发合同中双方当事人之间的角色区分明确，而合作开发合同中的双方当事人在工作角色上具有对等性和义务相似性。

另一方面，由于合作开发合同的每一方当事人都参与技术成果的研发活动，因此，每一方当事人的违约都可能对整个研发计划的制订、实施和调整产生实质性影响，也可能影响到另一方当事人合同义务的履行。例如，如果双方当事人按研发阶段分工，前一阶段的研发任务未完成，后一阶段的任務可能无法启动。所以，在判断合作合同违约方的违约责任时，要根据具体案情，充分结合合作研发的性质来判断特定违约行为对合作障碍或者失败的影响大小，应据此判定相应的违约责任。

合作技术开发合同的一方当事人向另一方承担违约责任，以一方的违约行为为前提。如果没有充分的证据证明违约行为的存在，合作技术成果的研发失败应当归结为第858条调整的因“无法克服的技术困难”所致研发失败，需要根据相应的规则分担失败风险。例如，在某技术合作开发合同纠纷中，原告（反诉被告）与被告（反诉原告）签订“技术合作开发合同”，由原告依约开发“基于影像识别技术的负气压单臂机械手臂—图像识别及控制部分”。合同签订后，被告向原告支付2.4万元研发费进行技术研发工作；直至合同履行期届满，原告未完成第一阶段的开发工作，即未能成功操作机械臂、运行图像识别及控制程序，标的技术至今未交付验收，产品样机至今未交付。后原告诉至法院，要求被告继续履行合同，支付剩余研发经费；被告则提出反诉，主张原告应返还已支付研发经费，并承担违约责任。法院认为，原告虽未在履行期限内交付研发成果，但其提供的证据足以证明其积极进行了研发工作，因被告无法证明原告存在怠于履行研发义务等违约行为，故应当按照研发失败的责任风险分担问题予以处理。案涉合同只对硬件采购和加工费用进行了约定（由被告负责），未对研发失败风险的责任分担进行约定，故法院援引《合同法》第338条规定，判定：（1）因原告积极进行了研发工作，实际投入了技术、智力、人力等成本，故已支付的研发经费不予返还；（2）因“硬件的采购及加工”由被告负责，且机械臂仍具有继续利用的使用价值，故机械臂的费用由被告自担。

■ 第八百五十七条

作为技术开发合同标的的技术已经由他人公开，致使技术开发合同的履行没有意义的，当事人可以解除合同。

本条主旨

本条规定了技术开发合同的标的已由他人公开的法律效果。

相关条文

《合同法》第337条 因作为技术开发合同标的的技术已经由他人公开，致使技术开发合同的履行没有意义的，当事人可以解除合同。

理解与适用

通常来说，作为技术开发合同标的的技术已经由他人公开的情形，要么是他人申请专利时予以了公开，要么是作为技术秘密的技术成果被公开而失去技术秘密的特点。在这两种情形下，本合同当事人正在从事的技术开发合同就失去了意义：继续开发出来的技术成果要么因为他人的在先专利而不被保护，要么因为不构成技术秘密不被保护。在此意义上，当事人订立技术开发合同的合同目的就落空了，任何一方当事人都可以解除合同。不过，此种合同目的落空的事由不是由任何一方当事人违约所致，也不容易归入不可抗力情形，但可以归入本法第563条第1款第5项规定的“法律规定的其他情形”。

不过，从起诉到法院的争议案例来看，虽然有不少当事人以本条为依据，主张解除合同，但少有得到法院支持的。因为，这些当事人并未成功证明拟开发的技术成果与他人公开的技术成果具有同质性。更多的情况是，一方当事人基于其他考虑不希望继续履行合同了，以“作为技术开发合同标的的技术已经由他人公开”作为解除合同的借口。^[30]事实上，两个当事人拟研发的技术成果因为他人的类似成果公布而丧失“新颖性”的概率并不高。鉴于这些现象，人民法院在审查依据本条请求解除合同的，需要严格把关请求解除的当事人所主张的基础事实是否成立。

还值得讨论的是：因本条规定的事由解除技术开发合同的，解除后的法律效果为何？委托人与受托人，或者合作开发当事人之间，如何分配因此导致的经济损失（研发经费投入、研发人力投入等）？^[31]这一问题与下一条（第858条）规定的“因出现无法克服的技术困难”导致研发失败而产生的损失具有相似性。为此，我们转入下一条的段末一并释评。

第八百五十八条

技术开发合同履行过程中，因出现无法克服的技术困难，致使研究开发失败或者部分失败的，该风险由当事人约定；没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，风险由当事人合理分担。

当事人一方发现前款规定的可能致使研究开发失败或者部分失败的情形时，应当及时通知另一方并采取适当措施减少损失；没有及时通知并采取适当措施，致使损失扩大的，应当就扩大的损失承担责任。

本条主旨

本条规定了技术开发合同的风险负担规则和通知义务。

相关条文

《合同法》第338条 在技术开发合同履行过程中，因出现无法克服的技术困难，致使研究开发失败或者部分失败的，该风险责任由当事人约定。没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，风险责任由当事人合理分担。

当事人一方发现前款规定的可能致使研究开发失败或者部分失败的情形时，应当及时通知另一方并采取适当措施减少损失。没有及时通知并采取适当措施，致使损失扩大的，应当就扩大的损失承担责任。

理解与适用

一、技术风险的特点和认定

本条规定的技术风险是一种客观上的技术困难，即技术标的研发过程中面临的无法克服的技术困难。在买卖、承揽、租赁等合同中，当事人拟交易的标的主要是已经存在的商品或者可以根据成熟的生产或者加工工艺来供给的商品或者服务。与这些合同不同的是，技术开发合同的目的是要开发一套尚不存在的新技术成果，具有技术研究的实验性特点，即便经过严密的前期研发方案设计和论证，也必然伴随着一定的研发失败的风险。

此种技术风险是人类探索未知世界的必然代价。其并不是指外部环境和条件以及社会环境的客观变化，而是指受一定时期科技水平下人们主观能力的限制未能履行合同，是内在因素的限制和局限。^[32]这种风险既不是可以通过当事人经过合理的努力能够克服的困难，也不同于作为不可抗力的自然事件和社会事件，还区别于人员风险、市场风险等商业风险。^[33]也就是说，此种风险既不能归咎于当事人的违约行为，也不能等同于外来因素的破坏（如第853条释评中提到的因为国家法律禁止从事特定技术开发而面临的研发障碍），而是内生于人类科技认知水平的一种风险。

此类技术风险，既可能发生在研发阶段，即遇到了无法突破的技术瓶颈，难以继续推进研发计划；也可能发生在验证阶段，即无法验证所开发技术成果的有效性。无论发生在哪一个阶段或者环节，本条规定的技术风险大致可以从以下三个方面来判断：一是承担研发义务的当事人已经尽了最大限度的努力；二是此种技术障碍在国外、国内的现有技术水平下都构成实质性困难；三是此种研发困难系该领域的专家普遍认可的技术困难。^[34]如果从事技术研发的当事人在缔约时有关于技术研发的初步承诺，也给了相对人的研发成功预期，那么，遭遇此种技术困难的一方当事人需要尽可能充分地说明和解释此种困难，至少达到让同领域专家理解的程度。相对人不接受此种技术风险主张的，也可以聘请专家提出相反证据。

二、因技术风险所致损失的分担

此类技术风险的发生，致使研发任务部分或者全部失败，除了合同当事人的预期利益部分或者全部无法实现之外，还很可能引发既有研发投资和人力投入的损失，以及因相信技术成果的研发成功而从事的相关投资失败。由于此种损失并非任何一方当事人的违约行为所致，自然就谈不上预期利益损失的赔偿问题。问题在于：对于既有研发投入的损失，当事人之间应当如何分担？

本条确立了如下风险分担规则。

1. 按照当事人之间的约定分担损失

如果当事人之间事前就潜在的技术风险做了预测和谈判，并就风险分担作出了安排，原则上应当尊重当事人之间的约定。无论是委托开发还是合作开发，只要承担研发任务的当事人在缔约时没有欺诈等法定的法律行为瑕疵以助于影响合同条款的效力，当事人就应当遵守这方面的约定。

实践中曾发生过这样的案件，虽然当事人之间作出了明确的风险分担约定（由一方当事人承担研发失败的成本投入），但在遭遇技术风险导致研发失败之后，但法院认为：“而从双方合作性质而言……技术研发单位……应对技术的研发过程和可能的研发结果具有更强的掌控力，也更有可能提前预见或发现可能致使研发失败或部分失败的情形从而及早防范损失的扩大，其在技术研发初期过分美化技术开发前景，在技术开发过程中疏于提醒和防范，在最终技术研发失败的情形下亦未承担风险责任，实质上造成了双方间权利义务的失衡。”该法院最终判决撤销当事人之间的风险分担条款，并要求研发单位分担损失。^[35]

但是，这一判决并未明确阐述撤销当事人之间的风险分担条款的原因，到底是因为“技术研发单位的缔约欺诈”，还是“技术研发单位的技术知识优势”，抑或“具有技术知识优势的一方未履行本条第2款规定的及时通知和止损义务”？对此，笔者意见如下。

第一，如果不能证明技术研发单位“在技术研发初期过分美化技术开发前景”构成欺诈，则不构成撤销该条款的事由。

第二，研发单位具有技术知识优势，一般来说另一方并不构成本法第151条规定的“缺乏判断能力”，也不得轻易依据本条主张“一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使民事法律行为成立时显失公平的，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销”^[36]。一般来说，我们推定参与技术开发合同交易的当事人具有起码的技术判断能力，或者在自身技术知识不足时会聘请专业人员协助作出判断。

第三，如果是因为研发单位“具有技术知识优势，但并未履行本条第2款规定的及时通知和止损义务”，那么，研发单位只“应当就扩大的损失承担责任”，但不至于导致当事人之间约定的研发失败风险分担条款被撤销的后果。

总之，对于当事人之间已经约定好的风险分担条款，在不涉及法定无效或者可撤销等效力瑕疵事由时，人民法院应当尊重当事人之间约定的效力。

2.按照本法第510条确立的规则分担损失

当事人之间没有合同约定或者约定不明的，可以按照本法第510条的规则分担损失，即“可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同相关条款或者交易习惯确定”。当事人之间达不成补充协议的，

需要按照当事人之间的相关条款的约定或者相关行业或者领域的交易习惯来判断。不过，对于技术研发交易，因为待研发的技术标的本身的特殊性，很有可能没有相应的交易习惯。

3.合理分担规则

在无法通过前两种方法确定技术风险的分担规则时，本条最后规定了“合理分担规则”。至于何为“合理分担规则”，则需要考虑技术开发合同的特殊性，特别是技术风险这种必然伴随于技术研发活动的交易风险。“技术开发合同具有特殊性，假如照抄买卖、承揽、租赁等合同中的风险负担规则，则脱离了技术开发合同的实际情况。”^[37]

实际上，技术风险并不是技术开发合同的独有问题。《产品质量法》第41条规定的发展风险抗辩规则有一定的类似之处。该条规定：“因产品存在缺陷造成人身、缺陷产品以外的其他财产损害的，生产者应当承担赔偿责任。生产者能够证明有下列情形之一的，不承担赔偿责任：……将产品投入流通时的科学技术水平尚不能发现缺陷的存在的。”这一规则采取了不同于“严格责任”这样一种典型的产品责任归责原则，实际上对产品设计和生产者予以一定的优待，让其免于对存在普遍性技术认知缺陷的问题承担过于严苛的责任。或者说，这是在消费者权益保护与产品技术进步之间寻找一个平衡点。^[38]在这个意义上，对于此类人类按照一个常规的技术发展轨道追求技术进步时遇到的技术风险，采用了一种趋于公平的损失分担规则。同样，对于技术开发合同交易中的技术风险，在没有更好的分担规则时，应当遵守民法的公平原则来分配。

值得注意的是，合理分担并不等于平均分担，而是根据合同的具体情况来判断^[39]；也不等同于损失的自然、随机分配规则（如本法第180条规定的不可抗力情形下的“互不承担”规则；如果在技术开发合同中采取随机分配规则，就是各方当事人对于发现“技术风险”之前的各方投入互不分担）。^[40]相反，风险的公平分担需要综合考虑以下因素：一是当事人在合同中约定的出资比例和成果分配比例。在合作开发合同中，本着公共投资、共同受益和共担风险的精神，按照当事人约定的投资和收益分配比例，对双方当事人的物质和人力研发投入进行分担，是公平的做法。二是考虑当事人之间对技术风险的认知和控制能力的差异。在委托开发合同中，受托方一方面作出了智力劳动，另一方面具有明显更好的技术风险认识和防患能力，包括确定相应研发成本投入的潜在风险的能力。因此，对于受托方的智力劳动投入，委托方有必要予以补偿。同样，对于委托方投入的开发成本明显过高的，受托方也需要反过来给予一定的补偿；如此也有助于激励研发机构更谨慎地规划和使用研发资金。三是考虑当事人的风险承受能

力。如果一方合同当事人是以自然人身份缔结技术开发合同的研发人员，有必要予以特别考虑。

三、发现技术风险的当事人的通知义务和止损义务

如前面初步评论到的那样，当事人一方发现技术风险的，应当及时通知另一方并采取适当措施减少损失。如果没有及时通知并采取适当措施，致使损失扩大，应当就扩大的损失承担责任。这也是民法的诚实信用原则的具体体现和要求。

四、因技术风险所致损失的分担

再回到第857条释评中留下的问题，即：“作为技术开发合同标的的技术已经由他人公开，致使技术开发合同的履行没有意义的”，一方当事人解除合同后，当事人之间如何分担之前的技术研发成本损失？

对此，本法第566条（合同编通则）第1款规定：“合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以请求恢复原状或者采取其他补救措施，并有权请求赔偿损失。”但这一规定并未明确技术开发合同当事人如何采取“其他补救措施”。笔者认为，在研发人员严格按照约定的研发计划执行研发任务的前提下，作为技术开发合同标的的技术已经由他人公开，也是研发人员难以控制的法律风险，即法律不承认后来研发成果的风险。这种风险与本条着重评述的技术风险具有相似性，可以参考前面的损失公平分担规则。

■ 第八百五十九条

委托开发完成的发明创造，除法律另有规定或者当事人另有约定外，申请专利的权利属于研究开发人。研究开发人取得专利权的，委托人可以依法实施该专利。

研究开发人转让专利申请权的，委托人享有以同等条件优先受让的权利。

本条主旨

本条是关于委托开发的发明创造成果之归属的规定。

相关条文

《合同法》第339条 委托开发完成的发明创造，除当事人另有约定的以外，申请专利的权利属于研究开发人。研究开发人取得专利权的，委托人可以免费实施该专利。

研究开发人转让专利申请权的，委托人享有以同等条件优先受让的权利。

理解与适用

本条与第860—861条一起，规定了当事人通过技术开发合同开发的技术成果的归属、利用和交易规则。本条规定的是委托开发合同完成的发明创造的归属、利用和交易规则。鉴于《专利法》已经对这三条规定的规则做了特别的规定，这里仅概述基本规则。

关于委托开发的发明创造，包括发明、实用新型和外观设计，专利申请权属于研究开发人。这一规则有助于尊重智力劳动成果和鼓励发明创造。当然法律另有规定或者当事人另有约定的，从之。例如，《专利法》第6条第3款规定：“利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造，单位与发明人或者设计人订有合同，对申请专利的权利和专利权的归属作出约定的，从其约定。”这实际上也是规定了约定优先原则。

法律在赋予研究开发人员专利申请权的同时，也给委托方（通常也是出资方）赋予了两项权利：（1）研究开发人取得专利权的，委托人可以依法实施该专利。委托人依法实施该专利的，无须向研发人员另行支付使用费，因为，其在委托研发中已经支付了研发成本。这也是保持委托研发合同公平性的要求。当然，委托人依法实施该专利的，并不影响开发人员同时实施该专利。（2）研究开发人转让专利申请权的，委托人享有以同等条件优先受让的权利。当然，此种优先购买权的形式，需要满足“同等条件”的要求。

值得讨论的是，如果委托人自己并不具有实施专利的条件，可否委托他人代为实施，或者许可他人实施？对此，《技术合同司法解释》第21条规定：“技术开发合同当事人依照合同的规定或者约定自行实施专利或使用技术秘密，但因其不具备独立实施专利或者使用技术秘密的条件，以一个普通许可方式许可他人实施或者使用的，可以准许。”这里的“普通许可方式”，区别于“独家许可”。因为，如果一方当事人独家许可第三方使用专利权，则会侵犯专利权人的专利权。

有一种观点认为，这需要从许可数量和许可范围上判断，即：“只能有一个许可，超过一个以上的许可，是不允许的，因为这样做，就会损害其他当事人的权益，超出了弥补当事人不能自行实施专利或者使用技术秘密的范畴。”^[41]

笔者认为，是否应当像前述观点所主张的那样，“只能有一个许可”，则需要结合具体场景来个案分析，不能一概而论。只要委托技术开发合同的委托人请他人代为实施的行为符合弥补其自身实施能力缺陷的，就是合法的行为，不构成对研究开发人员的专利权的侵害。例如，在一起专利权纠纷中，原告接受案外人的委托，自行研发了公用自行车的锁止器控制板，后原告陆续委托被告加工公用自行车的锁止器控制板，并向国家知识产权局申请实用新型专利且获得授权。之后，案外人中标某市公共自行车系统的采购，并委托被告生产锁止器控制板；该锁止器控制板产品技术方案落入前述原告专利权的保护范围。原告主张被告利用为原告加工产品的机会，获知原告的技术并销售侵权产品，构成侵权。被告认为，涉案专利系案外人委托原告技术开发的成果，该案外人有权免费实施该专利，被告系受案外人委托加工被诉侵权产品，具有合法授权，不构成侵权。法院认为，案外人为涉案专利技术的研发支付了研发费用，其有权免费实施涉案专利，鉴于其并非生产型企业，故存在委托他人加工涉案产品的需要和必要；被告在接受案外人委托并按其提供的封样加工涉案产品后，定向销售给案外人，其受委托加工并定向销售的行为系案外人免费实施涉案专利权的行为；故法院判定被告的合法授权抗辩成立，其受案外人委托加工涉案产品并定向销售案外人的行为不构成侵权。^[42]

第八百六十条

合作开发完成的发明创造，申请专利的权利属于合作开发的当事人共有；当事人一方转让其共有的专利申请权的，其他各方享有以同等条件优先受让的权利。但是，当事人另有约定的除外。

合作开发的当事人一方声明放弃其共有的专利申请权的，除当事人另有约定外，可以由另一方单独申请或者由其他各方共同申请。申请人取得专利权的，放弃专利申请权的一方可以免费实施该专利。

合作开发的当事人一方不同意申请专利的，另一方或者其他各方不得申请专利。

本条主旨

本条是关于合作开发的发明创造成果之归属的规定。

相关条文

《合同法》第340条 合作开发完成的发明创造，除当事人另有约定的以外，申请专利的权利属于合作开发的当事人共有。当事人一方转让其共有的专利申请权的，其他各方享有以同等条件优先受让的权利。

合作开发的当事人一方声明放弃其共有的专利申请权的，可以由另一方单独申请或者由其他各方共同申请。申请人取得专利权的，放弃专利申请权的一方可以免费实施该专利。

合作开发的当事人一方不同意申请专利的，另一方或者其他各方不得申请专利。

理解与适用

本条规定的是合作技术开发合同完成的发明创造的归属、利用和交易规则。与《合同法》第340条相比，本条在第1款和第2款分别新增了“当事人另有约定的除外”规则，即约定优先规则，体现了对私人自主决策的尊重。在没有约定或者约定不明的情况下，按照以下方式来确定合作开发当事人之间的发明创造成果的归属、利用和流转规则。

合作开发完成的发明创造，申请专利的权利属于合作开发的当事人共有。这符合合作开发合同中共同投资、共担风险和共同收益的基本准则。至于最终申请的专利权的共有关系，是按份共有还是共同共有，同样遵循约定优先的规则。在没有约定的情况下，如果当事人之间就共有关系发生分歧的，应当根据合作各方的投资比例来确定；如果确定投资比例的，推定为等额按份共有。对共有关系的确定，在共有人对外转让专利时，对于如何分配转让款项至关重要。

与本法第305条关于按份共有人的优先购买权一致，当事人一方转让其共有的专利申请权的，其他各方享有以同等条件优先受让的权利。

此外，合作开发的当事人一方声明放弃其共有的专利申请权的，可以由另一方单独申请或者由其他各方共同申请。实践中，“合作开

发的当事人一方声明放弃其共有的专利申请权的”案例并不常见，但也不排除发生的可能性。本条允许另一方单独或者由其他各方共同申请，这主要是对其他合作开发当事人的投资回报合理利益诉求的尊重。同时，申请人取得专利权的，放弃专利申请权的一方可以免费实施该专利。这也是在各方当事人之间寻求一个利益平衡，保证各方最终都能从合作开发的发明创造成果中受益。

合作开发的当事人一方不同意申请专利的，另一方或者其他各方不得申请专利。当事人一方不同意申请专利的原因有多种可能，既可能是认为采用“技术秘密”的方式来保护自己的技术成果更为有效，也可能是因为不希望因为申请专利而对外披露自己在发明创造成果中蕴含的特殊思想。再加上，一项发明创造成果作为一个权利的客体，具有不可分割性；且专利申请权具有一定的人身属性，因此，在一方发明创造人不同意申请专利时，其他发明创造人应当尊重对方的意愿。不过，如果当事人事前约定“放弃拒绝申请专利的权利”的，弃权行为原则上应当有效。除非研发的专利技术所指向的产品的确会引起对申请人的人格负面评价，强制申请很可能不符合一方当事人的人格尊严保护要求。

■ 第八百六十一条

委托开发或者合作开发完成的技术秘密成果的使用权、转让权以及收益的分配办法，由当事人约定；没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，在没有相同技术方案被授予专利权前，当事人均有使用和转让的权利。但是，委托开发的研究开发人不得在向委托人交付研究开发成果之前，将研究开发成果转让给第三人。

本条主旨

本条是关于技术秘密成果的归属和分配的规定。

相关条文

《合同法》第341条 委托开发或者合作开发完成的技术秘密成果的使用权、转让权以及利益的分配办法，由当事人约定。没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，当事人均有使用和转让的权利，但委托开发的研究开发人不得在向委托人交付研究开发成果之前，将研究开发成果转让给第三人。

理解与适用

本条所规定的技术秘密，是指当事人不愿意公开的不为公众所知悉、但能够给权利人带来经济收益、具有实用性且经权利人采取保密措施的技术信息。除了坚持约定优先原则之外，在技术开发合同当事人之间没有约定或者约定不明时，本条规定了技术秘密成果的如下归属、利用和转让规则。

一是依据本法第510条（合同编通则）确立的规则来解决。关于这一点，前面多个条文已有相关论述，这里不赘述。

二是在没有相同技术方案被授予专利权前，当事人均有使用和转让的权利。有相同技术方案被授予专利权的，技术秘密不仅不受保护，而且继续实施还涉及对他人专利权的侵犯。不过，在没有相同技术方案被授予专利权前，合同当事人，无论是委托开发还是合作开发当事人，均有使用和转让的权利，并独自取得因此获得的收益。例如，原告与被告签订建设工程设计合同，合同约定被告委托原告承担一期工程的设计；工程设计结束后，原告发现被告在二期工程中所用的主体工程图纸系复制原告在一期工程中所设计的图纸，故诉至法院，主张被告未经许可擅自复制原告图纸并用于其他项目，谋取利益，侵犯了原告的技术秘密成果等权益。法院认为，原、被告双方签订技术合作开发合同，并未就合作开发中的技术秘密成果权归属作出约定，根据《合同法》第341条的规定，当事人均有不经对方同意而自己使用或者以普通使用许可的方式许可他人使用技术秘密，并独占由此所获利益的权利。故法院最终判定原告称被告侵犯其技术秘密等技术成果权的诉求不能成立。^[43]

与第859条所讨论的“不具备实施能力的委托人委托他人实施”的情况类似，一方当事人“使用或者转让”技术秘密成果的，不得侵害其他当事人的使用和转让权利。这就意味着，在转让的场合，需要征得其他当事人同意；在许可他人使用的场合，不能是排他使用。对此，《技术合同司法解释》第20条做了明确规定：“‘当事人均有使用和转让的权利’，包括当事人均有不经对方同意而自己使用或者以普通使用许可的方式许可他人使用技术秘密，并独占由此所获利益的权利。当事人一方将技术秘密成果的转让权让与他人，或者以独占或者排他使用许可的方式许可他人使用技术秘密，未经对方当事人同意或者追认的，应当认定该让与或者许可行为无效。”

三是受托人在向委托人交付研究开发成果之前，不得将研究开发成果转让给第三人。因为，这样将使得委托人完全丧失委托开发的合同利益。

注释：

[1] 黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第1149页。

[2] 黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第1149页。

[3] 关于时间维度和空间维度的区分，主要参见蒋志培主编：《技术合同司法解释的理解与适用》，北京，科学技术文献出版社2007年版，第36-37页。

[4] 蒋志培先生采用的是绝对标准和相对标准的区分。

[5] 参见段瑞春：《技术合同》，北京，法律出版社1999年版，第122页。

[6] 参见王利明：《合同法研究（第三卷）》，第二版，北京，中国人民大学出版社2015年版，第571页。

[7] 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第1150页。

[8] “杭州聚合网络科技有限公司诉中国移动通信集团浙江有限公司、浙江融创信息产业有限公司等侵害计算机软件著作权纠纷”，浙江省高级人民法院（2013）浙知终字第289号民事判决书。一审法院据此认为，被告在双方合作终止之后，虽然利用了原告涉案软件的部分源代码开发新软件，“但其作为诉争软件的委托人及合法复制品持有人，其在委托开发的特定目的范围内部分使用诉争软件，不会损害原告的合法权益，其行为具有正当性”，故驳回了原告的诉讼请求。但二审法院认为，原审原告享有涉案软件著作权，原审被告“作为委托人仅可基于把该软件用于实际的计算机应用环境或者改进其功能、性能的目的，而进行必要的修改，且限于在软件作品委托创作的原有目的范围内继续使用”，但并无权限将该软件作品作为技术成果加以利用，最终认定了原审被告的侵权责任。

[9] 关于国家财政支持的研发项目的讨论，参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第1151页。

[10] 参见“王乃兵与无锡市新宏达电机有限公司技术委托开发合同纠纷”，江苏省高级人民法院（2014）苏知民终字第00201号民事判决书。虽然按照委托合同的内容，原告并未使被告获得专利授权，但是按照法院认定的事实，原告在代表被告申请专利后，因为被告故意阻却（专利申请在国家知识产权局受理后，未在规定的期限内缴纳或缴足相关费用），导致专利申请未获得授权通过，应当视为涉案专利申请已经获得授权，故法院判决由被告向原告支付报酬。

[11] 蒋志培主编：《技术合同司法解释的理解与适用》，北京，科学技术文献出版社2007年版，第38-39页。

[12] 黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第1154页。

[13] 参见魏耀荣等：《中华人民共和国合同法释论（分则）》，北京，中国法制出版社2000年版，第442页。

[14] 参见“北斗卫星数字新媒体（北京）有限公司（简称‘北斗公司’）与博彦科技广州有限公司（简称‘博彦公司’）计算机软件开发合同纠纷”，广东省高级人民法院（2018）粤民终1900号民事判决书。

[15] 参见“王乃兵与无锡市新宏达电机有限公司技术委托开发合同纠纷”，江苏省高级人民法院（2014）苏知民终字第00201号民事判决书。一审法院未采纳原告关于被告“不正当地阻止专利申请的条件成就，应视为条件已成就”的主张，是考虑证据方面的原因，即一审中无证据证明被告拒绝提供“恢复权利请求书”的事实；后二审法院依职权调取了相应证据，证明前述事实存在，故作成与一审不同的裁判结果。

[16] 关于这一点的讨论，参见崔建远：《技术合同的立法论》，载《广东社会科学》2018年第1期，第242-243页。

[17] 参见梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿附理由：合同编》，北京，法律出版社2012年版，第1294页。

[18] 参见王利明：《合同法研究（第三卷）》，第二版，北京，中国人民大学出版社2015年版，第574页。

[19] 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第1158页。

[20] See Jason Tashea, “France bans publishing of judicial analytics and prompts criminal penalty”, ABA Journal, June 7, 2019. <https://www.abajournal.com/news/article/france-bans-and-creates-criminal-penalty-for-judicial-analytics>.

[21] 法国还曾经禁止人工智能指引裁判，参见施鹏鹏：《法国缘何禁止人工智能指引裁判》，“正义网”，2019年10月30日，http://www.jcrb.com/xueshudp/dt/201910/t20191030_2070636.html（最后访问日期：2020年6月10日）。

[22] 参见张邦清编著：《技术合同实务指南》，北京，知识产权出版社2002年版，第123-124页。

[23] 欧修平：《技术合同违约行为的审查判断》，载《人民司法》2013年第5期，第46页。

[24] 参见河南省高级人民法院（2007）豫法民再字第201号民事判决书。

[25] 参见“昆明市保安护卫有限公司与昆明贝思特软件有限公司技术合同纠纷”，云南省昆明市中级人民法院(2005)昆民六终字第1号民事判决书。此外，双方约定开发的软件系统须在多米诺（domino）平台（一种软件运行工具）上运行、使用，但委托人并未得到该平台的授权。委托人（原审原告）在二审中主张受托人应向自己提供该软件运行工具的授权，并以此作为受托人违约的理由。二审法院认为，软件的开发以多米诺平台为基础，“但该平台系软件的运行环境，本身不是合同的标的”；该平台授权的交易习惯为“由具体使用人向工具供应商进行一对一的申请以获得使用授权，再根据终端用户的数量缴纳使用费”，所以受托人无法向委托人提供概括的使用许可，更毋论替委托人缴费获得授权。法院据此进一步认为“获得运行工具的合法使用授权以及按照自己的终端用户数量进行缴费应是委托人自己应完成的事项”，委托人应当自行承担不利后果。

[26] 参见王利明：《合同法研究（第三卷）》，第二版，北京，中国人民大学出版社2015年版，第578页。

[27] 参见“魏昭荣与成都九洲超声技术有限公司、罗宪中技术合作开发合同纠纷”，四川省成都市中级人民法院(2017)川01民初3647号民事判决书。

[28] 参见“东营凯维石油科技有限责任公司与无锡市欧利亚机械厂技术合同纠纷”，江苏省无锡市中级人民法院（2015）锡知民初字第0162号民事判决书。

[29] 参见肖学文、张文新主编：《中国〈合同法〉实务操作丛书·技术合同》，北京，中国民主法制出版社2003年版，第154页。

[30] 代表性的如“太原市尖草坪区小裴开发汽车修理厂与山西前海企业管理咨询有限公司技术委托开发合同纠纷案”，（2017）晋01民初643号民事判决书。

[31] 这也是本次民法典编纂过程中的重大议题。不过，立法工作机构认为这一情形可以根据本法第566条（合同编通则）关于合同解除之效果的一般规定来解决，因此并未就技术合同的这一特殊情形予以进一步处理。参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第1165-1166页。

[32] 参见关键主编：《技术合同》，北京，中国民主法制出版社2003年版，第159页。

[33] 参见周大伟：《谈谈委托技术开发合同的风险承担原则》，载《科技进步与对策》1988年05期。

[34] 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第1165-1167页。

[35] 参见“湖南地源精细化工有限公司与兰州理工大学合同纠纷案”，最高人民法院（2012）民二终字第43号民事判决书。

[36] 当然，本案发生在2012年，即2017年《民法总则》颁布之前。1999年的《合同法》第54条将“在订立合同时显失公平的”规定为可撤销、可变更的一般性事由。

[37] 崔建远：《技术合同的立法论》，载《广东社会科学》2018年第1期，第240页。

[38] 参见[美]罗伯特·考特、托马斯·尤伦：《法和经济学》，上海，上海三联书店，上海人民出版社1997年版，第621页。

[39] 参见魏耀荣等：《中华人民共和国合同法释论（分则）》，北京，中国法制出版社2000年版，第455页；参见王利明：《合同法研究（第三卷）》，第二版，北京，中国人民大学出版社2015年版，第576页。

[40] 关于“风险的随机分配规则”的评论，参见Bingwan Xiong, Thomas Kadner Graziano, COVID-19, *Contractual Obligation and Risk Allocation: The loss lies where it falls or parties' duty to renegotiate and to share loss?* The Journal of Chinese Comparative Law (2021, forthcoming)。

[41] 蒋志培主编：《技术合同司法解释的理解与适用》，北京，科学技术文献出版社2007年版，第49页。

[42] 参见“宁波天派智能科技有限公司与宁波高新区捷思特电子科技有限公司侵害实用新型专利权纠纷”，浙江省宁波市中级人民法院（2016）浙02民初463号民事判决书。

[43] 参见“湖南中大冶金设计有限公司与新疆其亚铝电有限公司著作权权属、侵权纠纷”，新疆维吾尔自治区昌吉回族自治州中级人民法院(2017)新23民初59号民事判决书。该案中原告未能证明涉案图纸符合“技术秘密”所应当具备的要件（如信息载体），也未能证明技术成果权的保护范围。

第三节 技术转让合同与技术许可合同

第八百六十二条

技术转让合同是合法拥有技术的权利人，将现有特定的专利、专利申请、技术秘密的相关权利让与他人所订立的合同。

技术许可合同是合法拥有技术的权利人，将现有特定的专利、技术秘密的相关权利许可他人实施、使用所订立的合同。

技术转让合同和技术许可合同中关于提供实施技术的专用设备、原材料或者提供有关的技术咨询、技术服务的约定，属于合同的组成部分。

本条主旨

本条规定了技术转让合同与技术许可合同的定义。

相关条文

无

理解与适用

已经开发完成的技术成果^[1]，与普通商品一样，可以在市场上流通，包括对技术成果财产权的完全让与和部分让与两种形式。

^[2]1999年《合同法》并未明确界定“完全让与（技术转让）”与“部分让与（技术许可）”，甚至在不少条文中并未明确区分技术转让合同当事人与技术许可合同当事人，而是概括使用了“技术转让”“让与人”和“受让人”等术语。例如，《合同法》第342条规定：“技术转让合同包括专利权转让、专利申请权转让、技术秘密转让、专利实施许可合同。技术转让合同应当采用书面形式。”

1. 技术转让合同与技术许可合同的界定

本法“技术合同”一章对《合同法》的“技术合同”一章做了明确的

章节区分，并在第三节“技术转让合同和技术许可合同”伊始增设本条，对技术转让合同与技术许可合同做了分别界定。^[3]可以转让和许可的技术成果，除了本条规定的专利、专利申请、技术秘密之外，还包括本节第876条规定的“集成电路布图设计专有权、植物新品种权、计算机软件著作权等其他知识产权”。根据本条的规定，技术转让合同与技术许可合同的区分如下。

（1）技术转让合同是指合法拥有技术的权利人，将现有特定的专利、专利申请、技术秘密的相关权利让与他人所订立的合同。此种让与是技术成果的完全让与，出让人在出让之后不再享有技术成果财产权。至于技术成果的人身权，在当事人无特别约定的情况下，原则上不因财产权的变动而变化。

技术转让合同以转让人拥有独立的技术产权为前提。如果转让人只是利用公有领域的技术知识帮助相对人解决特定技术问题，则仅构成本法第878条第2款规定的技术服务合同。^[4]但如本书关于第843条的释评所讨论的那样，在一方当事人利用涉及公有领域的技术知识与另一方当事人交易时，判断是技术转让合同还是技术服务合同的关键在于：在技术信息的各组成部分分别为公知技术的情况下，一方当事人对公知技术的组合使用如果具有实质性的创新性，符合专利或者技术秘密的特点，也构成该当事人的技术产权，相应的合同就很可能被认定为技术转让合同。例如，最高人民法院在“申京爱、贵阳黔峰生物制品有限责任公司技术转让合同纠纷案”中认为：“从合同约定以及当事人实际履行情况看，本案《技术合同》所转让的是一项技术秘密，即通过申京爱多年积累的经验及工艺技巧，将公知的低温乙醇法与压滤机结合起来应用于生产实践，从而达到白蛋白产品性能的优良及白蛋白收率的提高，符合不为公众知悉、具有实用性、经权利人采取保密措施等技术秘密的构成要素。”因此，双方的技术合同构成技术秘密转让合同，而非技术服务合同。^[5]

（2）技术许可合同是指合法拥有技术的权利人，将现有特定的专利、技术秘密的相关权利许可他人实施、使用所订立的合同。与租赁合同类似，技术许可合同是对技术成果财产权的部分让渡。许可合同当事人可以约定许可使用的时间、地域以及应用范围。被许可人可以在许可权限范围内实施、使用被许可的专利或者技术秘密。^[6]实践中，由于技术成果常常要依附于一定的物理载体，如果当事人在合同中并未清楚约定许可使用的到底是载体，还是载体上所承载的技术方案，则需要结合合同条款和其他交易背景，探究当事人合同交易的真意。例如，在一起涉及模具的使用争议案件中，法院认为在判断合同性质时必须区分涉案载体与载体上所载技术方案，明确载体抑或技术

方案之间何者才是合同当事人的主要交易目标。判决认为：“从协议字面解释，新力厂缔约系为获得润新公司模具这一专用设备的使用权，但探求新力厂缔约之目的，其真实意思表示是希望通过使用模具，以期获得对模具上所附载的关于产品结构的技术方案的使用权，协议的主要标的是模具上所附载的技术而非载体本身。”^[7]因此，这是一起关于模具承载的技术方案的转让合同，而不是模具本身的租用或者买卖合同。

此外，技术转让合同和技术许可合同中可能有关于提供实施技术的专用设备、原材料或者提供有关的技术咨询、技术服务的约定。单独来看，这些约定在性质上与买卖合同、技术咨询或者技术服务合同更接近。但是，这些约定主要是为实现技术转让和技术许可的目的服务的。对此，《技术合同司法解释》第22条第2款规定：“技术转让合同中关于让与人向受让人提供实施技术的专用设备、原材料或者提供有关的技术咨询、技术服务的约定，属于技术转让合同的组成部分。因此发生的纠纷，按照技术转让合同处理。”本条第3款吸收了这一司法解释。

2. 技术转让合同与联营合同的区分

《技术合同司法解释》第22条第3款规定：“当事人以技术入股方式订立联营合同，但技术入股人不参与联营体的经营管理，并且以保底条款形式约定联营体或者联营对方支付其技术价款或者使用费的，视为技术转让合同。”这里规定的“技术转让合同”属于广义上的“技术转让合同”，应当同时包括本条规定的“技术转让合同”和“技术许可合同”。关键在于，当事人以技术入股的，是以整个技术产权入股，还是以部分技术产权入股。该解释对“联营合同”采取了实质主义路径，即“技术入股人不参与联营体的经营管理”，且有保底条款作为“入股”对价的，构成技术转让合同。

例如，在最高人民法院审理的“闫春梅与被申请人朱国庆技术转让合同纠纷案”^[8]中，闫春梅与朱国庆签订“合作经营合同”，约定：闫春梅将其自主开发的技术独家转让给朱国庆，用于作为闫春梅向拟设立的奶牛精饲料公司的合作经营投资；闫春梅帮助建立为使用该技术所必需的生产线；朱国庆分三期向闫春梅支付技术转让费100万元。后来，天翔公司（朱国庆任法定代表人）以闫春梅未履行技术转让义务和帮助公司建立生产线以及将技术转让给他人等违约行为为由，诉请闫春梅承担违约责任。关于涉案合同的性质，最高人民法院认为：（1）合同词句上使用的“公司的股份确认”并不能得出必须设立以朱国庆、闫春梅、季新华为股东的公司的明确意思表示；该条款约定的“股份”并未明确就是有限责任公司股东的出资份额，而实际是

指提取公司利润的计算标准。（2）本案合同的目的在于通过技术转让获取利润，设立以朱国庆、闫春梅、季新华为股东的公司并不是合同目的。（3）在技术转让交易中，存在以固定部分转让费（也叫预付入门费）加利润提成作为技术转让费方式的习惯。综合考虑这些因素，法院判决认为，本案合同应当属于预付前期技术转让费加利润提成方式的技术转让合同，不能以该合同名称为“合作经营合同”以及合同中有表面上的合作经营内容就否定合同的主要内容和目的为技术转让，不能否认其为技术转让合同。合同中所约定的财务监督、技术指导等内容，表面上是合作经营内容，实际上是技术转让合同中技术转让方的附随权利义务。

■ 第八百六十三条

技术转让合同包括专利权转让、专利申请权转让、技术秘密转让等合同。

技术许可合同包括专利实施许可、技术秘密使用许可等合同。

技术转让合同和技术许可合同应当采用书面形式。

本条主旨

本条规定了技术转让合同与技术许可合同的种类及订立形式。

相关条文

《合同法》第342条 技术转让合同包括专利权转让、专利申请权转让、技术秘密转让、专利实施许可合同。

技术转让合同应当采用书面形式。

理解与适用

如上一条所述，本法在《合同法》基础上，明确区分了技术转让合同与技术许可合同。上一条对这两类合同做了界定，本条前两款列举了技术转让合同与技术许可合同的主要类型；本条第3款就这两类合同的订立形式做了规定。

1. 技术转让合同的类型

技术转让合同包括专利权转让、专利申请权转让、技术秘密转让等合同。其中，专利权转让合同的交易标的是已经依法批准的发明人或者其权利受让人对发明成果在一定期限内的排他性专用权。而专利申请权转让合同的交易标的是申请专利之前的发明创造成果；受让人取得申请权并在申请成功后成为专利权人。

2. 技术许可合同的类型

技术许可合同包括专利实施许可、技术秘密使用许可等合同。进一步的分类如下。

（1）约定许可和强制许可

专利实施的许可可以分为约定许可和强制许可两类。在欧美、印度等法域，专利强制许可案件并不鲜见。这属于强制缔约的一种，即国家为了满足重大公共利益需要，强制专利权人许可他人实施其专利。例如，当某一医药制造商拒绝将特定医药专利许可给他人实施或者提出过高许可费，以至于严重有害于特定公共安全事件的应对的主管部门有可能提出此种强制许可要求。不过，这类案件在我国尚未实际发生过。无论是约定许可，还是强制许可，被许可人都应当支付许可使用费。对此，《专利法》第12条规定：“任何单位或者个人实施他人专利的，应当与专利权人订立实施许可合同，向专利权人支付专利使用费。被许可人无权允许合同规定以外的任何单位或者个人实施该专利。”

（2）四种许可类型

无论是专利许可使用还是技术秘密的许可使用，当事人都需要在合同中明确许可使用的期限、地域范围和应用领域。据此，专利许可使用可以分为“独占实施许可”“排他实施许可”和“普通实施许可”三类。《技术合同司法解释》第25条第1、2款对此做了解释：“专利实施许可包括以下方式：（一）独占实施许可，是指让与人在约定许可实施专利的范围内，将该专利仅许可一个受让人实施，让与人依约定不得实施该专利；（二）排他实施许可，是指让与人在约定许可实施专利的范围内，将该专利仅许可一个受让人实施，但让与人依约定可以自行实施该专利；（三）普通实施许可，是指让与人在约定许可实施专利的范围内许可他人实施该专利，并且可以自行实施该专利。当事人对专利实施许可方式没有约定或者约定不明确的，认定为普通实施许可。专利实施许可合同约定受让人可以再许可他人实施专利的，

认定该再许可为普通实施许可，但当事人另有约定的除外。”除了这三种许可方式之外，还值得注意的是第四种许可方式——转许可，即被许可人在享有实施专利权的同时，可以根据当事人之间的约定许可第三人实施其专利。这与租赁合同中的转租类似，但前提是得到了许可人的同意。本法第867条明确禁止擅自转许可的行为。

实践中，有的专利权人先将其专利许可给一方当事人实施，后来又与另一方当事人签订专利实施许可合同。如果两份许可合同都是普通许可，则两方被许可人之间的实施权利并不冲突。但是，如果专利权人与其中一方或者两方被许可人签订了独家许可或者排他许可协议，被独家或者排他许可方主张排除另一被许可方实施权利的，应当如何处理？对此，有的法院判决认为，两个被许可合同均成为普通实施许可。^[9]笔者认为，这一做法是有道理的。毕竟，两位被许可人很可能都在订立许可协议后为实施专利做了积极准备和投入，如果完全排除一方的实施机会（仅让其请求许可方承担违约责任），则可能造成实施投资的浪费。当然，失去许可合同约定的独家或者排他实施权利的被许可方，可以请求许可人承担违约责任。

3. 技术转让和许可合同的缔约形式要求

关于技术转让合同与技术许可合同的缔约形式，本条规定“应当采用书面形式”。本书关于第851条规定的“技术开发合同”的释评指出，技术合同的复杂性决定了书面形式要求的重要性；但是，当事人虽未签订书面合同但已作出履行行为、对方表示接受的，也应当认定合同成立。其对技术秘密转让合同和技术许可合同的缔约形式要求同样适用。

但值得注意的是，对于专利申请权或者专利权的转让合同，我国采取登记生效主义，且要求登记申请人向专利行政部门申请登记时提交书面合同。《专利法》第10条第2、3款规定：“中国单位或者个人向外国人、外国企业或者外国其他组织转让专利申请权或者专利权的，应当依照有关法律、行政法规的规定办理手续。转让专利申请权或者专利权的，当事人应当订立书面合同，并向国务院专利行政部门登记，由国务院专利行政部门予以公告。专利申请权或者专利权的转让自登记之日起生效。”据此，当事人之间没有订立书面合同的，几乎不可能完成权属变更登记。因此，即便当事人之间达成口头协议的，也不太可能具有履行的可行性。

技术转让合同和技术许可合同可以约定实施专利或者使用技术秘密的范围，但是不得限制技术竞争和技术发展。

本条主旨

本条是关于技术转让合同与技术许可合同的限制性条款的规定。

相关条文

《民法典》第844条 订立技术合同，应当有利于知识产权的保护和科学技术的进步，促进科学技术成果的研发、转化、应用和推广。

第850条 非法垄断技术或者侵害他人技术成果的技术合同无效。

理解与适用

根据本章第844条和第850条这两条关于技术合同的一般性规定，当事人订立技术合同的，不得限制技术竞争和妨碍技术进步。本条就技术转让与技术许可合同交易领域的潜在限制技术竞争现象做了针对性规定，是前两条一般性规定的具体体现。前文关于两条一般性规定的释评，可资参考。这里不赘述。

第八百六十五条

专利实施许可合同仅在该专利权的存续期限内有效。专利权有效期限届满或者专利权被宣告无效的，专利权人不得就该专利与他人订立专利实施许可合同。

本条主旨

本条是关于专利实施许可合同的有效期限的规定。

相关条文

《合同法》第344条 专利实施许可合同只在该专利权的存续期间内有效。专利权有效期限届满或者专利权被宣布无效的，专利权人不得就该专利与他人订立专利实施许可合同。

理解与适用

专利实施许可合同以许可人享有被许可的专利权为基础。许可人不享有专利权的，自然也就没有可以许可的标的与他人交易。与出租人就租赁物对承租人负有瑕疵担保义务类似，专利实施许可合同中的许可人对许可使用的专利权负有瑕疵担保义务。

就专利而言，一方面，我国《专利法》第42条规定：“发明专利权的期限为二十年，实用新型专利权和外观设计专利权的期限为十年，均自申请日起计算。”这也就是说，专利期限届满之后，专利权人不再享有可以许可的权利。另一方面，取得专利权利证书的当事人与在先权利人的专利权冲突，后来被撤销的，也不再享有可以许可的权利。在这两种情形中，专利权人都不得就该专利与他人订立专利实施许可合同。

在被许可的专利权的存续期限内，专利实施许可合同合法有效，自不待言。问题在于：（1）专利权有效期限届满后或者专利权被宣告无效后，专利权人仍然与他人订立专利实施许可合同，效力如何？笔者认为，专利权期限届满的情形，构成本法第580条规定的“履行不能”，且是自始不能，故合同应当无效。但专利权被宣告无效的，则构成本章第850条规定的“侵害他人技术成果的合同”，也应当归于无效。（2）专利权有效期限届满前或者专利权被宣告无效前，专利权人与他人订立专利实施许可合同的，在专利权有效期限届满前或者专利权被宣告无效前的合同有效，但之后的合同因为合同目的不能实现，被许可人可以根据本法第563条第1款第4项或者第5项解除合同。

实践中常见的情况是因为专利被宣告无效或者因故被终止导致专利实施许可合同被解除。如果专利被宣告无效主要是因为国家专利主管部门的审查不严导致的，不可归责于专利申请人（许可人），则专利许可人不构成违约，被许可人只能根据本法第563条第1款第5项解除合同，且不能请求许可人承担违约责任。^[10]但是，如果是因为专利申请人的申请材料不实导致无效，或者是因为专利权人未按时缴纳专利年费以及专利权人以书面声明放弃其专利权导致专利权提前终止^[11]，则构成许可人的违约行为。被许可人可以根据本法第563条第1款第4项解除合同，并请求许可人承担违约责任。

另外，如果专利权是因为被许可人的原因失效的，许可人可以主张解除许可合同，并请求被许可人承担违约责任。例如，在“邹桂怀诉襄阳汽车轴承股份有限公司专利实施许可合同纠纷案”中，专利权人邹桂怀将专利证书交付于襄阳汽车轴承股份有限公司保管并由其按时缴纳年费。由于后者未缴纳年费，国家专利局公告其专利终止。法院判决认为，由于被许可人依约负有缴纳年费的义务，但其未按照合同约定按时缴费导致技术许可合同的标的失效，应负主要责任。被许可人应当向许可人返还专利证书等，并赔偿许可人因专利权失效而遭受的经济损失。^[12]这与本书第714条释评中讨论的加油站承租人怠于履行约定的年检手续办理义务，导致加油站的资质被撤销的案例类似。

第八百六十六条

专利实施许可合同的许可人应当按照约定许可被许可人实施专利，交付实施专利有关的技术资料，提供必要的技术指导。

本条主旨

本条是关于专利实施许可合同许可人的主要义务的规定。

相关条文

《合同法》第345条 专利实施许可合同的让与人应当按照约定许可受让人实施专利，交付实施专利有关的技术资料，提供必要的技术指导。

理解与适用

在专利实施许可合同中，许可人至少负有四项合同义务：一是向被许可人交付实施专利有关的技术资料的义务；二是向被许可人提供必要的技术指导的义务；三是第865条规定的权利瑕疵担保义务；四是不侵犯被许可人的实施权限的义务。^[13]

如前一条所比较的那样，专利许可合同与租赁合同颇有类似之处，出租人负有交付租赁物、维修租赁物和租赁物瑕疵担保义务。与租赁合同不同的是，一方面，许可人对许可使用的技术成果的交付只

能通过交付技术资料的方式来完成。另一方面，被许可人在取得技术资料后，常常无法像租赁物那样可以直接使用，而是需要经历一个学习的过程，需要许可人提供必要的技术指导。否则，被许可人可能就无法实施技术专利。

许可人是否履行本条规定的两项合同义务，根据“谁主张，谁举证”的基本原理，一般应当由许可人举证证明。在发生争议之后，许可人不仅需要证明自己已经向被许可人交付了技术资料，而且需要证明所交付的技术资料是与被许可实施的专利技术核心资料。否则，许可构成违约，被许可人可以根据情况要求许可人承担违约责任，或者解除合同并要求许可人承担违约责任。例如，在“高某某与金璞公司著作权权属、侵权纠纷案”^[14]中，双方签订专利实施许可合同，约定高某某将两项专利产品许可给金璞公司实施、推广。后来许可人以被许可人拖延生产时间，导致未能实施生产与推广专利产品，给许可人造成损失为由诉至法院，要求解除合同，并要求被许可人赔偿许可人精神损失费及诉讼费用支出共计12万元。案件的争议焦点在于，许可人是否履行了专利实施许可合同中规定的义务（交付技术资料）。法院判决认为，双方所签协议中虽未约定许可人应交付的技术资料名称、种类及应交付的期限，但庭审中许可人确未提交已将相关技术图纸交付被告的证据。而技术图纸当属技术资料的重要组成部分，因此可以认定许可人并未完全履行交付技术资料的义务。

再如，在“襄阳渤天新型环保建材有限公司与武汉中天创新环保科技有限公司专利实施许可合同纠纷案”^[15]中，渤天公司与中天公司签订代理合同书，约定由中天公司向渤天公司提供发泡免蒸砌块配制和生产技术、模具制作技术和图纸、提供场地设计和建设图纸、提供设备和指导设备安装、指导渤天公司订制配套生产设备，许可渤天公司在襄阳地区生产发泡免蒸砌块等；渤天公司向中天公司支付专利实施许可费。后来，渤天公司以中天公司未履行合同主要义务为由，通知中天公司解除合同，并返还已支付款项与定金。中天公司反诉称其在订立合同后，严格遵守和履行了合同义务，且渤天公司在解除合同前已经引进了其他技术和设备，构成根本违约。

法院审查证据后认为，尚无证据证明中天公司在订立合同时即向渤天公司交付了相关技术资料，而其向渤天公司邮寄的函件中也未注明邮寄物品的名称，尚不能认定其在渤天公司书面通知解除合同之前已向渤天公司交付了合同约定的技术资料。另外，交付发泡免蒸砌块配制和生产技术相关资料是中天公司的主要合同义务，渤天公司得以运用该项技术生产免蒸砌块产品是其主要合同目的，虽然合同对交付相关技术资料的时间并未明确约定，但渤天公司曾致函中天公司对专

利技术交付进行了催告，此后中天公司仍未履行该项义务，即从双方签订合同至渤天公司发出解除合同通知近一年半的时间内，作为专利技术转让与人的中天公司并未向专利技术受让人渤天公司交付实施专利有关的技术资料，因此法院认为中天公司并未履行合同义务，渤天公司有权解除合同。

■ 第八百六十七条

专利实施许可合同的被许可人应当按照约定实施专利，不得许可约定以外的第三人实施该专利，并按照约定支付使用费。

本条主旨

本条是关于专利实施许可合同被许可人的主要义务的规定。

相关条文

《合同法》第346条 专利实施许可合同的受让人应当按照约定实施专利，不得许可约定以外的第三人实施该专利；并按照约定支付使用费。

理解与适用

与第866条相对应，本条规定了专利实施许可合同被许可人的主要义务，包括“应当按照约定实施专利”“不得许可约定以外的第三人实施该专利”和“按照约定支付使用费”等三项义务。如前一条对比分析的那样，这与让渡租赁物的部分权能的租赁合同类似，承租人应当按照约定的方式或者按照租赁物的用途使用租赁物、不得擅自转租且应当按照约定支付租金。

一、按照约定实施专利的义务

被许可人对专利的实施，不得超过约定的实施方式、实施地域、实施领域和实施期限。无论是独占实施许可、排他实施许可、普通实施许可还是转许可，都需要符合双方当事人之间的约定。这与租赁合同中承租人不得违反约定的租赁物使用方式和期限相似。在租赁合同中，如果当事人没有约定使用方式或者约定不明确的，则依据租赁物

的性质确定使用方式。类似地，在专利实施许可合同中，如果当事人之间没有就许可方式作出约定或者约定不明确的，根据《技术合同司法解释》第25条第2款的规定，“认定为普通实施许可”。

二、不得擅自转许可的义务

被许可人不得许可约定以外的第三人实施专利。这里的第三人，既包括与被许可人没有隶属或者控制关系的第三人，也包括被许可人的子公司。^[16]当然，如果许可人同意被许可人向第三人许可实施（转许可），尊重其约定。被许可人的这一义务，与上一条释评的许可人的“不侵犯被许可人的实施权限的义务”相对应（在独占实施许可中，许可人自己不得实施；在排他实施许可中，许可人没有特别原因，不得许可他人实施）。

三、支付许可费的义务

1.及时支付许可费

被许可人有义务按照约定支付使用费，以作为许可人让渡专利权的部分权能的交易对价。实践中的问题在于，被许可人未能按照约定的时间履行支付义务的，许可人要求解除合同，如何判断许可人的解除权的行使是否有效？例如，在一起关于“防近视簿册及其印刷方法”发明专利的许可合同交易中，双方当事人“在专利实施许可合同”中约定了许可费的支付方式（2013年10月31日之前付给专利费5万元整；2014年10月31日前付给专利费5万元整）。但是，被许可人逾期未付应于2013年10月31日之前支付的5万元专利使用费；许可人于2013年12月26日直接向原告发出解除合同的通知。问题是：许可人在此情形下是否具备了本法第563条第1款第4项规定的解除条件？法院判决认为，“根据双方长期合作的实际和履行合同的实际情况，从鼓励交易和有效实施专利的角度出发，被许可人迟延履行主要债务，许可人应当在行使合同解除权之前催告原告在合理期限内履行，但许可人未进行催告直接向被许可人发出解除合同通知，该通知在双方之间尚不能发生法律效力”^[17]。

笔者认为，在专利实施许可这类继续行合同中，当事人以相对方“迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的”为由解除合同的，的确“应当在合理期限之前通知对方”。但是，本法第563条第2款规定的此种通知要求，主要是为了给被解除的一方以必要的时间，为合同和自身业务的终止做好准备，但不是为了“催告”。这不同于本法第528条规定的不安抗辩权的“通知催告”要求。在这个意义上，本判决存在明显的法律适用错误。不过，具体到本案案情，被许

可人迟延支付许可费的时间并不长，尚未到达“致使不能实现合同目的”的严重程度，尚不足以解发本法第563条第1款第4项规定的解除权条款。许可人的通知并不能引发解除的效果。

2. 许可费的支付符合“税费”约定

许可费作为许可人的营业收入（非自然人作为许可人）或者个人所得（自然人作为许可人），与许可人的税费缴纳义务密切相关。在不少合同中，当事人在许可合同中明确约定许可费是税前还是税后所得。例如，“东北大高科华泰制药有限公司、胡小泉发明专利实施许可合同纠纷案”中，双方当事人签订的“注射用三磷酸腺苷二钠氯化镁专利授权使用协议”第2条明确约定：第一，被许可人应每半年足额支付人民币700万元至许可人账户；第二，700万元为被许可人支付给许可人的净款项，且开票税额由被许可人承担。法院据此认为，“足额”、“净款项”与“开票税额”等约定表明，当事人合同用语意在指明700万元为许可人实际收取的税后许可费，而非被许可人主张的税前许可费。^[18]

四、保密义务

此外，被许可人还负有本法第509条规定的诚信义务，特别是保密义务。因为，即便被许可的专利技术已经被公开，许可人在申请专利权时也不一定公开了所有技术信息和资料。相反，不少专利申请人在申请专利的同时，还选择保留一些对专利实施活动的展开有重要影响的技术秘密。许可人在履行第866条规定的“必要技术指导”义务时，有可能在不同程度上向被许可人披露此种技术秘密。对此，被许可人负有保密义务。此种保密义务，与本法第869条规定的技术秘密许可合同中的被许可人保密义务性质相同。

第八百六十八条

技术秘密转让合同的让与人和技术秘密使用许可合同的许可人应当按照约定提供技术资料，进行技术指导，保证技术的实用性、可靠性，承担保密义务。

前款规定的保密义务，不限制许可人申请专利，但是当事人另有约定的除外。

本条主旨

本条是关于技术秘密让与人和许可人主要义务的规定。

相关条文

《合同法》第347条 技术秘密转让合同的让与人应当按照约定提供技术资料，进行技术指导，保证技术的实用性、可靠性，承担保密义务。

《技术合同司法解释》第29条 合同法第三百四十七条规定技术秘密转让合同让与人承担的“保密义务”，不限制其申请专利，但当事人约定让与人不得申请专利的除外。

当事人之间就申请专利的技术成果所订立的许可使用合同，专利申请公开以前，适用技术秘密转让合同的有关规定；发明专利申请公开以后、授权以前，参照适用专利实施许可合同的有关规定；授权以后，原合同即为专利实施许可合同，适用专利实施许可合同的有关规定。

人民法院不以当事人就已经申请专利但尚未授权的技术订立专利实施许可合同为由，认定合同无效。

理解与适用

一、技术秘密让与人和许可人的主要义务

技术秘密是持有者并未公开的技术成果，既可以完全转让给受让人，也可以许可给被许可人使用。与专利实施许可合同的许可人义务类似，技术秘密让与人和许可人负有向受让人和被许可人“提供技术资料的义务”和“进行技术指导的义务”。关于这两项义务，第866条关于专利实施许可合同中许可人的合同义务的释评可资参考。

技术秘密让与人和许可人的义务与专利许可合同许可人的义务不同之处如下。

第一，专利实施许可人只负有“提供必要的技术指导”的义务，即只有在必要时负有义务指导被许可人；但技术秘密让与人和许可人负有“进行技术指导”的一般性义务。这主要是因为，专利技术成果经过专利申请，有着比较高程度的公开，被许可人学习和掌握起来相对比较容易。故只在必要时，许可人才负有指导义务。

不过，技术秘密让与人和许可人负有的一般性“技术指导”义务也不能绝对化，其仍然是以受让人和被许可人的实际需求为前提条件的。如有的法院在裁判中所指出的那样：“技术指导作为技术转让合同中出让方的一种法定附随义务，是否需要技术指导一般是由双方作出约定，如无明确约定的则根据受让方的需求及请求实施，即使其没有履行，但在没有证据证实所需要的技术指导会导致所转让技术根本无法实施的情况下，一般亦不宜以此认定出让方构成根本性违约。”^[19]

第二，专利技术的“实用性、可靠性”在专利申请过程中得到了确认。法律推定专利权人转让的专利具有实用性和可靠性。但是，技术秘密并未经过这一审查确认过程，因此，法律特别规定许可人负有“保证技术的实用性、可靠性”的义务。例如，在一起关于“粉刷石膏、内墙石膏砌块和外墙自保温石膏砌块等建材产品的生产配方和技术”的转让案^[20]中，出让人承诺其拥有成熟生产配方和技术，并与受让人约定了违约金。后来，双方就转让的技术是否成熟可靠产生争议。双方推荐的专业技术人员就外墙自保温石膏砌块如适用外墙必须具备耐水性达成了一致意见。但是，许可人自行委托的鉴定报告未对耐水性进行检测，对于抗冻性也未检测，并不足以证明转让技术的成熟性和可规模化生产的品质。最后，法院判决许可人违约，需要向被许可人返还许可费并赔偿其损失。

不过，虽然技术秘密转让合同中让与人提供的技术资料（如图纸）存在缺陷，但可以通过补充和修改来消除缺陷，且不影响技术秘密的有效实施的，受让人不得以技术不具有可靠性和实用性为由拒绝支付技术转让费。例如，在“上海螺钉厂诉上海群英机械厂技术转让合同纠纷案”^[21]中，双方签订技术转让合同，约定出让人向受让人转让Z47—16型螺控多工位联合机（大张嘴）技术。合同签订后，出让人向受让人提供了技术图纸8套。受让人据此图纸，生产了3台Z47—16型螺控多工位联合机并已销售。但受让人以图纸有缺陷，部分技术不具备实用性和可靠性为由，拒不支付技术转让费。法院查明，上述技术在转让过程中，出让人与受让人曾共同对图纸进行过实质性的修改和补充，且之后受让人根据图纸生产了3台Z47—16型螺控多工位联合机，每台以36万元价格售出。因此，法院判决认为，出让人提供的图纸虽有误差和不完善之处，但是，经双方共同对图纸进行修改和补充，并未影响转让技术的实施，且受让人已生产并销售了3台机器，足以证明出让人转让的专利技术具备实用性、可靠性，不存在明显缺陷。

第三，专利技术是已经公开的技术，被许可人不负有保密义务

[22]；而技术秘密这类成果的首要保护方式是“对外保密”，因此，无论是出让方（许可方），还是受让方（被许可方），都相互负有保密义务。因为，无论是哪一方当事人公开技术秘密，都会使得技术秘密失去排他性占有的权利价值，成为公共知识，而这必然损害对方的利益。这也是为什么本条和下一条，分别规定了出让方（许可方）和受让方（被许可方）的保密义务。

二、技术秘密许可人的专利申请权

本条第2款是对《合同法》第347条的增补，是对《技术合同司法解释》第29条的部分吸收。该司法解释第29条第1款规定：“技术秘密转让合同让与人[23]承担的‘保密义务’，不限制其申请专利，但当事人约定让与人不得申请专利的除外。”

这一规则的合理性在于：一方面，技术秘密许可合同的许可人决定申请专利的，既有可能是对技术秘密被泄露的一般性担忧，也有可能是因向被许可人披露而担忧被公开。

另一方面，技术秘密许可人成功申请专利的，被许可人变为专利实施许可中的被许可人，一般来说并不会因此面临实质性的不利影响。《技术合同司法解释》第29条第2款规定：“当事人之间就申请专利的技术成果所订立的许可使用合同，专利申请公开以前，适用技术秘密转让合同的有关规定；发明专利申请公开以后、授权以前，参照适用专利实施许可合同的有关规定；授权以后，原合同即为专利实施许可合同，适用专利实施许可合同的有关规定。”当然，技术秘密许可合同的许可期限长于专利有效期限的，许可人申请专利的行为则在相应期限内违反了合同的约定，需要与被许可人重新协商或者承担违约责任。

此外，《技术合同司法解释》第29条第3款还规定：“人民法院不以当事人就已经申请专利但尚未授权的技术订立专利实施许可合同为由，认定合同无效。”

第八百六十九条

技术秘密转让合同的受让人和技术秘密使用许可合同的被许可人应当按照约定使用技术，支付转让费、使用费，承担保密义务。

本条主旨

本条是关于技术秘密受让人和被许可人主要义务的规定。

相关条文

《合同法》第348条 技术秘密转让合同的受让人应当按照约定使用技术，支付使用费，承担保密义务。

理解与适用

在《合同法》第348条的基础上，本条考虑到对“技术转让合同”与“技术许可合同”的明确区分，做了补改。

关于技术秘密受让人与被许可人的“按照约定使用技术”和“支付转让费、使用费”的义务，本书对第867条规定的专利实施许可合同中被许可人的此类义务的释评，对这里具有参考意义。关于保密义务的问题，笔者在评论上一条（第868条）规定的技术秘密出让人与许可人的保密义务时，已经一并做过评论。这里均不赘述。

第八百七十条

技术转让合同的让与人和技术许可合同的许可人应当保证自己是所提供的技术的合法拥有者，并保证所提供的技术完整、无误、有效，能够达到约定的目标。

本条主旨

本条是关于技术转让合同的让与人和技术许可合同的许可人的瑕疵担保义务的规定。

相关条文

《合同法》第349条 技术转让合同的让与人应当保证自己是所提供的技术的合法拥有者，并保证所提供的技术完整、无误、有效，能够达到约定的目标。

理解与适用

一、两种瑕疵担保义务

技术转让合同的让与人和技术许可合同的许可人负有两方面的瑕疵担保义务。

1.权利瑕疵担保义务，即保证所出让的或者许可的技术成果或者技术成果的部分权能（专利或者技术秘密）由出让人或者许可人合法拥有。在技术转许可的情形，被许可人向次许可人再次许可的，以获得许可人的转许可授权为前提。关于这一点，本书前文关于买卖合同中出卖人的权利瑕疵担保义务和租赁合同中出租人的权利瑕疵担保义务的释评，在这里可以参考适用。

不同的是，在让与人与许可人并非所提供的技术的合法拥有者时，技术转让合同与技术许可合同的效力如何？在买卖和租赁合同中，我国当前的学说和司法实践趋向于区分“合同的效力”与“合同能否履行”这两个层面的问题（或者说负担行为与处分行为的区分）；无权出卖或者无权出租的合同本身有效，只是可能因为有权出卖人或者有权出租人取回标的物而无法履行。这种区分不仅具有学说逻辑自洽上的优势，更有实务上的考虑：无权出卖人或者无权出租人事后取得处分权或者出租权的概率并不小，这使得相应的合同具有履行的可能性。但在技术合同中，很可能是因为无权转让和无权许可行为得到事后补救的概率更小，所以，立法工作机构倾向于认为此类合同应当归于无效。^[24]不过，这方面的事实假设是否以及在多大程度上存在，还有待更多的经验观察和实证研究。

2.技术瑕疵担保义务，即保证所转让或者许可的技术成果具备出让人或者许可人宣称的技术品质，能够解决受让方的技术问题，实现双方交易的预期目标。关于这一点，第866条规定的专利实施许可人的“交付技术资料的义务”和“提供必要的技术指导的义务”和第868条规定的技术秘密让与人与许可人的“交付技术资料的义务”“进行技术指导的义务”和“保密义务”，实际上就是本条规定的技术瑕疵担保义务的具体展开。笔者在前述两个条文中的相关释评，可资参考。

本条进一步规定，出让人和许可人需要保证“技术完整、无误、有效”。这只是立法上的一个方向性指引，具体的还取决于当事人在合同中对拟转让或许可的技术的细节描述，以及对当事人合同交易目的的探究。在这类纠纷中，法官妥善分配双方当事人的举证责任至关重要。在不少情形中，需要通过专家鉴定等方式来判断双方当事人关于交易技术的“完整性、无误性、有效性”的主张。下面就“技术完整”和“技术无误”予以举例说明。

(1) 所谓技术完整,是指出让人和许可人需要将与交易的技术标的相关的整套技术提供给受让人和被许可人。否则,受让人和被许可人无法获得约定的技术,也难以实现其相应的生产目标。

例如,在一起关于“庆大霉素生产技术”的技术秘密转让合同纠纷[25]中,出让人在合同履行过程中仅向受让人移交了部分菌种及部分生产工艺,但双方欲完成的合同目的是庆大霉素的高产技术的转让,而不是基于庆大霉素提炼生产工艺的公知技术为受让人提供技术服务。关于“硫酸庆大霉素提炼详细生产工艺是否是公知技术”的问题,法院认为需要根据双方当事人约定的交易标的来判断。“双方当事人在合同第一条约定合同项目为硫酸庆大霉素高产技术转让,第二条技术内容及标准中约定转让内容包括庆大霉素发酵菌种及详细生产工艺和硫酸庆大霉素提炼详细生产工艺。根据该约定可知,双方当事人将硫酸庆大霉素提炼详细生产工艺作为合同转让标的的一部分……即使药品生产的生产工艺原理相同,使用具体参数的不同也会导致生产效率的不同,因此,在实践中,生产工艺中涉及的参数及具体操作程序才是商业市场尽相保护的商业秘密,才是真正具有价值的技术秘密。”鉴于双方当事人约定转让的是一套关于庆大霉素的高产技术,且“庆大霉素生产技术文件”中的工艺流程图显示此技术应是一套完整的技术,由发酵菌种及详细生产工艺和硫酸庆大霉素提炼详细生产工艺两部分组成,完成其中任何一项技术内容都不能判断为完成全部的技术转让。出让人除了需要向受让人提供生产工艺的一般原理之外,还应当提供关于庆大霉素高产技术的参数设置及具体操作程序。最后,法院判决认为,出让方提供的技术并不完整,不能够达到约定的目标,构成违约。

(2) 所谓技术无误,是指出让人和许可人提供的技术产品、工艺、材料及其系统或者改进的技术应当准确,没有误差。[26]受让人与被许可人利用该技术生产的产品不会出现过量的残次品。例如,在一起关于汽车维修的“立式振动光饰机”技术转让合同纠纷案[27]中,出让人与受让人签订了技术转让合同,约定出让人向受让人提供全部技术图纸资料,并派技术人员对受让人进行人员培训和样机调试。合同签订后,受让人即付给出让人技术转让费,并提走全部技术图纸,按图纸进行样机生产。但在生产过程中,受让人发现图纸中多处有差错,按图纸生产出的样机无法使用。出让人则辩称,合同不能如期履行,是因为受让人无加工能力,又没有按机械产品生产规律进行生产准备即投入生产,造成出让人无法进行后期工作。法院受理后,委托中国技术市场开发中心对“立式振动光饰机”技术转让合同的标的进行了技术鉴定和现场调查。鉴定报告指出,出让人提供的施工蓝图上存在大量差错,且图纸凌乱,标注不全,无技术人员签名,并存在无法

检验的情况。鉴定中心认为该图纸不符合国家有关规定，不能用于投产。因此，法院判决认为，技术转让合同不能履行的主要原因是出让人提供的技术图纸存在较多差错，不符合“技术完整、无误、有效”的规定，不能用于实际投产，无法实现合同目的。出让人是引起纠纷的责任方，应承担违约责任。

二、违反权利瑕疵担保义务的责任承担

如果让与人和许可人并不是该技术的合法拥有者，那么，受让人或者被许可人使用该技术从事生产或者销售产品，就会侵害其他人的知识产权，并会引发侵权责任的承担问题。对此，本法第874条规定：“受让人或者被许可人按照约定实施专利、使用技术秘密侵害他人合法权益的，由让与人或者许可人承担责任，但是当事人另有约定的除外。”

笔者认为，我们有必要区分四种情形来分别判断合同双方当事人对他人的侵权责任问题。

1.被侵害的技术拥有者请求停止侵害的，无论是让与人、许可人，还是受让人、被许可人（无论此前是否对侵权事实知情），都有责任立即停止侵权。特别是，受让人、被许可人必须停止相关技术产品的生产和销售活动；继续生产和销售的，应就继续生产和销售的的部分承担侵权损害赔偿赔偿责任。

2.被侵害的技术拥有者请求赔偿损失的，如果受让人与被许可人此前知晓让与人、许可人系无权处分的，则构成共同侵权，需要依据本法第1168条之规定，承担连带赔偿责任。

3.被侵害的技术拥有者请求赔偿损失的，如果受让人与被许可人对让与人、许可人无权处分的事实并不知情，则主观上并无本法第1165条第1款所要求的“过错”，并不满足过错侵权责任的构成要件，无须向受害人承担侵权责任。相反，让与人或者许可人系侵权责任人，需要向受害人承担损害赔偿赔偿责任。实践中，技术转让或者许可合同侵害他人知识产权的，多属此种情形。

4.让与人、许可人与受让人、被许可人在技术转让合同或者技术许可合同中明确约定，双方就未来对他人的损害共同承担赔偿责任的，则当事人的约定优先。不过，受让人与被许可人对让与人、许可人无权处分的事实并不知情，且双方当事人关于责任共同承担的约定只是双方之间的内部约定的，受害人不得直接请求受让人与被许可人承担赔偿责任。不过，受害人请求让与人、许可人承担赔偿责任之

后，让与人、许可人可以依据合同约定向受让人、被许可人追偿。
[28]

第八百七十一条

技术转让合同的受让人和技术许可合同的被许可人应当按照约定的范围和期限，对让与人、许可人提供的技术中尚未公开的秘密部分，承担保密义务。

本条主旨

本条是关于技术转让合同的受让人和技术许可合同的被许可人的保密义务规定。

相关条文

《合同法》第350条 技术转让合同的受让人应当按照约定的范围和期限，对让与人提供的技术中尚未公开的秘密部分，承担保密义务。

理解与适用

关于技术转让合同的受让人和技术许可合同的被许可人的保密义务，可以参照前文在释评第867条时，对专利实施许可合同中的被许可人的保密义务的释评。这里不赘述。

第八百七十二条

许可人未按照约定许可技术的，应当返还部分或者全部使用费，并应当承担违约责任；实施专利或者使用技术秘密超越约定的范围的，违反约定擅自许可第三人实施该项专利或者使用该项技术秘密的，应当停止违约行为，承担违约责任；违反约定的保密义务的，应当承担违约责任。

让与人承担违约责任，参照适用前款规定。

本条主旨

本条是关于技术许可合同的许可人和技术转让合同的让与人的违约责任的规定。

相关条文

《合同法》第351条 让与人未按照约定转让技术的，应当返还部分或者全部使用费，并应当承担违约责任；实施专利或者使用技术秘密超越约定的范围的，违反约定擅自许可第三人实施该项专利或者使用该技术秘密的，应当停止违约行为，承担违约责任；违反约定的保密义务的，应当承担违约责任。

理解与适用

本条与下一条（第873条）一起构成了技术许可合同和技术转让合同的违约责任体系。本条规定了许可人和让与人的违约责任；下一条规定了被许可人与受让人的违约责任。本条对《合同法》第351条的表达方式做了调整，在第1款详细规定了技术许可人的违约责任，在第2款对技术让与人的违约责任采用“参照适用”立法技术，即参照第1款规定的技术许可人的违约责任。

许可人的违约行为和责任主要表现如下。

1.没有按照约定向被许可人交付技术成果，包括“迟延办理专利权移交手续”“未提供有关的技术资料”“未进行必要的技术指导”“交付的技术成果上有权利瑕疵”“交付的成果失效”等情形（参见本法第865条、第866条、第868条规定的许可人的交付义务和技术成果维持义务）。这些违约行为的发生，与出租人未按照约定交付租赁物或者交付的租赁物不适租一样，都将实质性地阻碍被许可人实施专利或者使用技术秘密。

在此情形，被许可人可以请求许可人继续履行，满足交付技术成果的“完整性、无误性和有效性”^[29]；也可以在许可人严重违约影响合同目的实现时解除合同，并请求许可人承担违约责任；还可以在受领有瑕疵的履行之后，就瑕疵部分请求许可人承担违约责任。除了请求许可人承担违约责任之外，许可人需要将履行不合格的部分对应的使用费返还给被许可人^[30]；但是，被许可人不能同时主张继续履行请求权与使用费返还请求权，除非继续履行的请求没有实现。

在实践中，可能存在许可人仅向被许可人转让部分技术的情形；这需要结合具体案情，判断该部分技术是否有独立使用的价值，进而考虑应当要求许可人返还部分还是全部使用费。例如，在某技术转让合同纠纷中，原告与两名被告签订“技术转让合同”，约定由两被告向原告转让“硫酸庆大霉素高产技术”，该技术分为两部分，分别为：

（1）庆大霉素发酵菌种及详细生产工艺（第一阶段）；和（2）硫酸庆大霉素提炼详细生产工艺（第二阶段）；合同还约定当被告不能全部完成第二条技术内容及标准时，原告可以通知被告解除合同，被告应将原告已支付的合同费用全额退还；但该合同并未约定履行期限。合同签订后，原告向被告支付了100万元技术转让费，被告向原告转让了第一阶段的技术。嗣后，双方当事人在事后对合同履行期限进行了补充约定，但被告未能在期限内完成第二阶段的技术转让。后原告诉至法院，要求解除合同，并诉请两被告返还100万元的技术转让费。法院认为，被告虽然向原告移交了部分技术，但是根据原合同，该技术应当是一套完整的技术，仅转让其中的一项技术内容不能判断为完成全部的技术转让，故符合合同约定的解除条件，原告可以解除合同；在合同解除后，被告应当将技术转让费返还给原告。^[31]

再如，在一技术转让合同纠纷中，箭波公司与华夏公司签订合同，约定由华夏公司向箭波公司转让技术并授权生产许可以及转让和授权的相应细节，箭波公司向华夏公司支付相应的转让费和授权许可费。后箭波公司首笔转让费迟延交付1日，但华夏公司对此并未提出异议；华夏公司分数次交付了技术样品和硬件生产技术的资料，但交付的样品不符合合同约定，软件核心技术资料一直未向箭波公司提供，亦未履行技术培训、指导、咨询及协助义务。后箭波公司诉至法院，要求解除合同并诉请华夏公司返还技术转让费；华夏公司反诉要求继续履行合同。法院认为，不能认定华夏公司“所提供的技术完整、无误、有效，能够达到约定的目标”；其已履行的义务并不代表技术转让已经完成；华夏公司的行为已构成根本违约。最终法院支持了箭波公司的诉讼请求。^[32]

2.超越约定范围实施专利或者使用技术秘密，包括“许可人自己超越约定范围实施专利或者使用技术秘密”和“违反约定擅自许可第三人实施该项专利或者使用该技术秘密”这两种情形。

前文在多个地方将技术许可合同与租赁合同做类比分析，因为两类合同的交易结构都是一方当事人将特定财产上的利用机会或者说权能部分地让渡给另一方当事人。但与租赁合同不同的是，技术许可合同的交易标的并不具有物理上的唯一性，而是可以备份和复制的。租赁物交付给承租人之后，出租人就失去了控制和利用机会；但技术成

果交付给被许可人之后，许可人仍然持有技术资料和信息，在事实上可以与被许可人同步利用。而双方关于许可使用的范围（如期限、地域、领域和方式^[33]）的约定^[34]，实际上就是划定了双方的权利边界，是双方当事人的核心利益之所在。因此，无论是专利实施许可使用还是技术秘密许可使用，无论是许可人还是被许可人，都需要严格遵守合同约定的许可范围，在约定的范围内行使自己的权利。

双方当事人通过许可合同划定案涉技术成果的利用边界或者说范围（期限、地域、领域和方式）之后，都应当及时停止违约行为，并向对方承担违约责任。如果是请求违约方承担损害赔偿责任，那么，损害的计算需要着重考虑违约方超越的使用期限、地域、领域和方式等因素来具体判断。

3.违反约定的保密义务，泄露技术秘密，给被许可人造成损失的，应当承担相应的违约责任。实践中的难题在于，如何评估给相对人造成的损失。毕竟，技术秘密并无一个成熟的交易市场，存在评估困难。

■ 第八百七十三条

被许可人未按照约定支付使用费的，应当补交使用费并按照约定支付违约金；不补交使用费或者支付违约金的，应当停止实施专利或者使用技术秘密，交还技术资料，承担违约责任；实施专利或者使用技术秘密超越约定的范围的，未经许可人同意擅自许可第三人实施该专利或者使用该技术秘密的，应当停止违约行为，承担违约责任；违反约定的保密义务的，应当承担违约责任。

受让人承担违约责任，参照适用前款规定。

本条主旨

本条是关于技术许可合同的被许可人和技术转让合同的受让人的违约责任的规定。

相关条文

《合同法》第352条 受让人未按照约定支付使用费的，应当补交使用费并按照约定支付违约金；不补交使用费或者支付违约金的，

应当停止实施专利或者使用技术秘密，交还技术资料，承担违约责任；实施专利或者使用技术秘密超越约定的范围的，未经让与人同意擅自许可第三人实施该专利或者使用该技术秘密的，应当停止违约行为，承担违约责任；违反约定的保密义务的，应当承担违约责任。

理解与适用

与上一条关于许可人和让与人的违约责任相对应，本条第1款规定了被许可人的违约责任，第2款对技术转让合同中的受让人的违约责任采用“参照适用”立法技术，即参照第1款规定的被许可人的违约责任。

如本法第867条和第869条所规定的那样，专利实施被许可人和技术秘密被许可人负有“按照约定使用技术”“支付使用费”和“保守秘密”等义务。被许可人违反这些义务的，需要根据本条和本法合同编通则第八章关于“违约责任”的一般规定承担违约责任。被许可人的违约行为和责任主要表现如下。

1.未按照约定支付使用费的，应当补交使用费并按照约定支付违约金。支付使用费是被许可人的主要合同义务，是取得技术使用机会的交易对价。许可人不仅可以请求其补交许可费，而且可以请求支付违约金。只要许可人履行了“提供有关的技术资料”“进行必要的技术指导”和保证“技术成果上无权利或者技术瑕疵”等义务，帮助被许可人掌握了该技术，即履行了合同义务。被许可人就需要按照约定支付使用费。至于被许可人是否将掌握的技术成果投产以及是否营利，与技术许可合同的履行无关，不得作为延迟或者拒绝支付的理由（除非有相反约定）。例如，原告与被告签订专利实施许可合同，合同约定，原告负责提供技术图纸和技术交底，并尽快帮助被告独立生产专利产品；被告负责投资、生产设备、材料运输和出售产品，并向原告支付入门费，商品销售后，再提取销售额的4%作为专利技术实施费支付给原告。之后，在原告指导下，被告已完全掌握了该专利技术，但被告未向原告支付入门费。后原告诉至法院，要求被告承担违约责任，被告辩称“合同没有全面履行的原因是双方造成的，而且原告责任大于被告”。法院认为，被告在掌握了该项技术后，未能批量生产技术产品，是出于缺少原料等原因，并非技术原因；因此，原告履行了合同规定的全部义务，被告答辩的理由不能成立。^[35]

2.不补交使用费或者支付违约金的，许可人既可以根据案情行使本法第525—528条规定的履行抗辩权，要求被许可人停止实施专利或者使用技术秘密、交还技术资料；又可以在被许可人的迟延支付行

为达到本法第563条第1款第4项的严重程度时解除合同，并要求被许可人停止实施专利或者使用技术秘密、交还技术资料。无论是行使履行抗辩权，还是解除合同，都不影响许可人根据本法合同编通则第八章关于“违约责任”的一般规定，请求被许可人就其违约行为承担相应的违约责任。

3.超越约定范围实施专利或者使用技术秘密的，包括未经许可人同意擅自许可第三人实施该专利或者使用该技术秘密的，许可人可以请求被许可人停止违约行为，承担违约责任。关于越权使用的问题，笔者已经在上一条就许可人和被许可人双方的越权使用行为的违约责任做过一并评论，可资参考。

4.违反约定的保密义务，泄露技术秘密，给许可人造成损失的，应当承担相应的违约责任。

第八百七十四条

受让人或者被许可人按照约定实施专利、使用技术秘密侵害他人合法权益的，由让与人或者许可人承担责任，但是当事人另有约定的除外。

本条主旨

本条是关于实施专利、使用技术秘密侵害他人合法权益的责任承担的规定。

相关条文

《合同法》第353条 受让人按照约定实施专利、使用技术秘密侵害他人合法权益的，由让与人承担责任，但当事人另有约定的除外。

理解与适用

前文在释评本法第870条规定的“出让人或者许可人违反权利瑕疵担保义务的责任承担”问题时，对本条规定的内容做了一并评论，可资参阅。

第八百七十五条

当事人可以按照互利的原则，在合同中约定实施专利、使用技术秘密后续改进的技术成果的分享办法；没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，一方后续改进的技术成果，其他各方无权分享。

本条主旨

本条规定了技术许可合同中后续改进技术成果的分享规则。

相关条文

《合同法》第354条 当事人可以按照互利的原则，在技术转让合同中约定实施专利、使用技术秘密后续改进的技术成果的分享办法。没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，一方后续改进的技术成果，其他各方无权分享。

理解与适用

本条主要是关于技术许可合同中后续改进技术成果的分享规则的规定。在技术转让合同中，由于出让人将所拥有的技术成果的财产权完全让渡给了受让人，因此，受让人在成为该技术成果财产权的新的权利人之后，对该技术成果进行后续改进的成果，当然归属于受让人。^[36]这就类似于买卖合同的标的交付之后的所有权和孳息归买受人一个道理。

在技术许可合同中，被许可人只是在许可范围（期限、地域、领域和方式）内享有对技术成果的利用权。在许可使用范围内，无论是专利实施许可还是技术秘密许可，被许可人都有可能在使用技术成果期间通过后续改进创设新的技术成果。这就类似于租赁物在承租人租用期间产生孳息，需要确定孳息的归属。

本条确立了如下后续改进成果的分享规则。

- 1.当事人可以按照互利的原则，在合同中约定后续改进的技术成果的分享办法。约定优先。
- 2.没有约定或者约定不明确的，依据本法第510条规定的解释规

则，先寻求补充协议解决；然后按照相关交易条款或者交易习惯来解决。

3.按照前述方法仍然无法解决的，后续改进的技术成果归完成技术改进的人所有，其他各方无权分享。完成技术改进的人，既可能是被许可人，也可能是许可人同意转许可时的次被许可人。这与本章第二节关于“技术开发合同”所确立的规则一致：约定不明且难以通过合同解释来确定的，则成果归完成人享有；在职务成果情形，技术成果的财产权归单位所有，人身权归完成人所有。这也与本法第720条确立的“租赁物的孳息归承租人所有”的精神一致。此外，本法第847条确立的“有实质性贡献的验证人、测试人可以按照贡献度分享后续改进成果”的规则一致。

概括来说，技术成果的权利归属以约定为优先；在没有确定或者约定不明，也无法通过本法第510条的解释规则得到妥当结论的，采取按照贡献分配所创造的技术成果的原则来确定新创设的技术成果的归属。在技术许可情形，被许可人在许可使用过程中改进创造的技术成果，应当归完成人享有。

第八百七十六条

集成电路布图设计专有权、植物新品种权、计算机软件著作权等其他知识产权的转让和许可，参照适用本节的有关规定。

本条主旨

本条是关于其他类型的知识产权的转让和许可的法律适用的规定。

相关条文

无

理解与适用

本条是本次民法典编纂过程中新增的条文，旨在进一步明确专利、技术秘密之外的其他几种类型的知识产权的转让和许可合同交易

法律适用问题。

前文在释评本法第843条时，曾就“技术成果的内涵与外延”做过讨论，涉及集成电路布图设计专有权、植物新品种权、计算机软件著作权等其他知识产权的合同交易的界定问题，可资参阅。

略需补充的是，在涉及新品种（植物新品种和动物新品种）的交易中，不仅转让和许可合同需要参照适用本节的规定，而且开发合同需要直接适用本章第二节关于“技术开发合同”的规定（见第851条）。但是，集成电路布图设计专有权的问题是新兴的知识产权问题，目前主要由国务院于2001年制定的《集成电路布图设计保护条例》调整；而计算机软件著作权的创作开发问题，主要适用著作权法等方面的法律规则。

第八百七十七条

法律、行政法规对技术进出口合同或者专利、专利申请合同另有规定的，依照其规定。

本条主旨

本条是关于技术进出口合同或者专利、专利申请合同的特殊规定。

相关条文

《合同法》第355条 法律、行政法规对技术进出口合同或者专利、专利申请合同另有规定的，依照其规定。

理解与适用

技术进出口合同在性质上仍然属于技术转让合同或者技术许可合同。在涉及技术转让或者许可的交易规则时，可以依据本节的规则来处理；但涉及技术进出口的行政管理问题时，需要依照相关的法律或者行政法规，特别是基于国家技术安全等考虑而设立的进出口管制制度来处理。例如，我国《对外贸易法》第16条规定：“国家基于下列原因，可以限制或者禁止有关货物、技术的进口或者出口：（一）为

维护国家安全、社会公共利益或者公共道德，需要限制或者禁止进口或者出口的；（二）为保护人的健康或者安全，保护动物、植物的生命或者健康，保护环境，需要限制或者禁止进口或者出口的；（三）为实施与黄金或者白银进出口有关的措施，需要限制或者禁止进口或者出口的；（四）国内供应短缺或者为有效保护可能用竭的自然资源，需要限制或者禁止出口的；（五）输往国家或者地区的市场容量有限，需要限制出口的；（六）出口经营秩序出现严重混乱，需要限制出口的；（七）为建立或者加快建立国内特定产业，需要限制进口的；（八）对任何形式的农业、牧业、渔业产品有必要限制进口的；（九）为保障国家国际金融地位和国际收支平衡，需要限制进口的；（十）依照法律、行政法规的规定，其他需要限制或者禁止进口或者出口的；（十一）根据我国缔结或者参加的国际条约、协定的规定，其他需要限制或者禁止进口或者出口的。”

国家限制或者禁止有关货物、技术的进口或者出口的主要措施就是对相关合同交易进行审批。对此，国务院于2019年制定的《技术进出口管理条例》就规定了技术进出口合同的审批制度。其中，第2条对“技术进出口”活动做了界定，即：“从中华人民共和国境外向中华人民共和国境内，或者从中华人民共和国境内向中华人民共和国境外，通过贸易、投资或者经济技术合作的方式转移技术的行为。前款规定的行为包括专利权转让、专利申请权转让、专利实施许可、技术秘密转让、技术服务和其他方式的技术转移。”第11条规定：“进口属于限制进口的技术，应当向国务院外经贸主管部门提出技术进口申请并附有关文件。技术进口项目需经有关部门批准的，还应当提交有关部门的批准文件。”第15条规定：“申请人依照本条例第十一条的规定向国务院外经贸主管部门提出技术进口申请时，可以一并提交已经签订的技术进口合同副本。国务院外经贸主管部门应当依照本条例第十二条和第十四条的规定对申请及其技术进口合同的真实性一并进行审查，并自收到前款规定的文件之日起40个工作日内，对技术进口作出许可或者不许可的决定。”当事人从事的技术转让或者许可合同交易涉及前述情形的，就需要按照规定报批；在主管部门批准之前，合同处于待生效状态。

专利和专利申请权的转让或者许可，无论是否涉及进出口问题，都应当订立书面合同且向国务院专利行政主管部门办理登记，且由国务院专利行政主管部门予以公告。《专利法》第10条第2款还规定：“中国单位或者个人向外国人、外国企业或者外国其他组织转让专利申请权或者专利权的，应当依照有关法律、行政法规的规定办理手续。”

注释：

[1] 关于“技术成果”的概念和类型，可参见《民法典》对本法第843条的释评。

[2] 不过，无论是在“技术商品”的呈现形态上，还是交付方式上，还是合同义务的履行上，都与普通商品存在诸多不同。例如，“技术秘密”交易当事人的保密性要求，与普通商品交易当事人在特定合同交易场景中的保密性要求不可同日而语。

[3] 关于本条的立法发生史的简要介绍，可见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第1177-1178页。

[4] 参见王利明：《合同法研究（第三卷）》，第二版，北京，中国人民大学出版社2015年版，第586页。

[5] 参见“申京爱、贵阳黔峰生物制品有限责任公司技术转让合同纠纷案”，最高人民法院（2007）民三提字第2号民事判决书。

[6] “专利申请”，或者更准确地说，“申请中的专利”，如第843条释评所述，是对申请过程中的发明专利的一种特殊权属状态。其作为一种可以期待的权利，当然可以转让，但不适合作为许可使用的标的。一是因为这个过渡期不长，二是因为申请中的专利可能因为其他权利人的异议而最终无法获得专利权证书。

[7] “增城市润新工贸有限公司与刘澎湖专利实施许可合同纠纷案”，广东省高级人民法院（2006）粤高法民三终字第368号民事判决书。

[8] 最高人民法院（2009）民申字第159号民事裁定书。

[9] 参见“爱科公司与微生物公司等专利侵权纠纷上诉案”，海南省高级人民法院（2008）琼民二终字第21号民事判决书。

[10] 因为专利权被宣告无效引起合同解除的案例，可参见“朝明公司与育恒公司专利合同纠纷案”，青海省西宁市中级人民法院（2017）青01民初246号民事判决书。本案中，“一种防近视书簿”发明专利的权利人许可他人独家实施该专利，但该专利后来被国家知识产权局宣告无效。

[11] 《专利法》第44条第1款规定：“有下列情形之一的，专利权在期限届满前终止：（一）没有按照规定缴纳年费的；（二）专利权人以书面声明放弃其专利权的。”《技术合同司法解释》第26条也规定：“专利实施许可合同让与人负有在合同有效期内维持专利权有效的义务，包括依法缴纳专利年费和积极应对他人提出宣告专利权无效的请求，但当事人另有约定的除外。”相关案例可参见“万和新公司与何某实用新型专利实施许可合同纠纷案”，广东省佛山市中级人民法院（2011）佛中法知民初字第450号民事判决书。该案中，万和新公司和何某于2010年11月10日签订协议，何某作为许可方，将自己的五项专利权普通许可给万和新公司实施。被许可人在许可协议签订后依约支付了第一年的许可费390 000元。但国家知识产权局的官方网站显示，其中一项专利权于2009年10月23日起因未缴年费而终止。许可人应当返还这一项专利的

许可费。

[12] 参见“邹桂怀诉襄阳汽车轴承股份有限公司专利实施许可合同纠纷案”，最高人民法院（1997）知终字第5号民事判决书。

[13] 在独占实施许可中，许可人自己不得实施；在排他实施许可中，许可人没有特别原因，不得许可他人实施。但是，《技术合同司法解释》第27条规定：“排他实施许可合同让与人不具备独立实施其专利的条件，以一个普通许可的方式许可他人实施专利的，人民法院可以认定为让与人自己实施专利，但当事人另有约定的除外。”

[14] “高银锋与北屯金璞机械制造有限公司著作权权属、侵权纠纷案”，新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院（2015）乌中民三初字第218号民事判决书。

[15] 湖北省高级人民法院（2014）鄂民三终字第00182号民事判决书。

[16] 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第1188页。

[17] “宁夏永宁县永中育源印刷有限公司与甘肃省武威市光明印刷物资有限公司、曹平发明专利实施许可合同纠纷案”，甘肃省兰州市中级人民法院（2014）兰民三初字第16号民事判决书。

[18] 参见“东北大高科华泰制药有限公司、胡小泉发明专利实施许可合同纠纷案”，山东省高级人民法院（2017）鲁民终第1257号民事判决书。

[19] “海南葫芦娃药业集团股份有限公司、广西科伦制药有限公司确认合同效力纠纷案”，（2018）桂民终134号民事判决书。

[20] 参见“中电华鼎（北京）低碳科技研究院、中电华软投资集团有限公司技术合同纠纷案”，河南省高级人民法院（2015）豫法知民终字第90号民事判决书。

[21] 《最高人民法院公报》1993年第2期。

[22] 如上一条（第867条）最后所释评的那样，不少专利申请人在申请专利的同时，还选择保留一些对专利实施活动的展开有重要影响的技术秘密。被许可人知晓此内容的，对此负有保密义务。

[23] 如前所述，《合同法》并未严格区分“技术转让合同中的让与人”与“技术许可合同中的让与人”，这里的“让与人”实际上指的是后者。

[24] 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第1192页。

[25] 参见“汤华钊、四川省长征药业股份有限公司技术转让合同纠纷案”，贵州省高级人民法院（2016）黔民终153号民事判决书。

[26] 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第1192-1193页。

[27] 参见“临清市汽车修理厂诉北京市青年经济开发总公司技术转让合同纠纷案”，载《最高人民法院公报》1987年第4期。

[28] 关于这一点，立法工作机构的解释不够明确。参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第1198-1199页。

[29] 值得注意的是，技术成果是否构成本法第580条第1款第2项规定的“债务的标的不适于强制履行”，不能一概而论。如果是在国家专利主管部门登记的专利，是可以强制履行的；但如果是技术秘密或者与专利实施相关的技术秘密，原则上不适于强制履行。

[30] 例如，在第865条释评中已经讨论过的一起专利许可纠纷案中，许可方将自己的五项专利权普通许可给被许可方实施。被许可人在许可协议签订后依约支付了第一年的许可费390 000元。但国家知识产权局的官方网站显示，其中一项专利权因未缴年费而终止。则许可人应当返还这一项专利的许可费。参见“万和新公司与何某实用新型专利实施许可合同纠纷案”，广东省佛山市中级人民法院（2011）佛中法知民初字第450号民事判决书。

[31] 参见“汤华钊、四川省长征药业股份有限公司技术转让合同纠纷”，贵州省高级人民法院（2016）黔民终153号民事判决书。值得注意的是，两审法院虽然均援引《合同法》第351条作为被告返还“使用费”的依据，但是从裁判思路上，两审法院实际上运用的是合同在满足约定解除条件被原告解除后，要求相对人返还已履行部分的原理——这凸显了本条所涉的技术转让合同让与人违约责任规则与合同解除后返还规则之间的紧张关系；如果不能在非合同解除的情形下解释出使用费返还规则的独立适用空间，那么本条第一句第一分句有成为具文之嫌。

[32] 参见“山东箭波通信设备有限公司与华夏星通（北京）科技发展有限公司技术转让合同纠纷”，山东省高级人民法院（2015）鲁民三终字第42号民事判决书。法院将援引《合同法》第351条的说理内容置于“关于涉案项目合作协议书应否解除以及解除后双方应如何承担民事责任的问题”的标题之下，说明法院认为《合同法》第351条的规定应当属于合同解除的特殊规则或者提示规则。

[33] 许可方式包括：独占许可、排他许可、普通许可和转许可。可参见第863条的相关释评。

[34] 关于许可使用的范围，可参见第845条的释评。

[35] 参见“刘秉正诉北京市康达汽车装修厂专利实施许可合同纠纷”，载《最高人民法院公报》1989年第3期（总第19期）。

[36] 不少文献认为“技术转让合同”的后续改进的技术成果也是本条调整的重点内容，不甚准确。如杨立新主编：《中华人民共和国民法典释义与案例评注·合同编》，北京，中国法制出版社2020年版，第875条评注；黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第1199页。

第四节 技术咨询合同和技术服务合同

第八百七十八条

技术咨询合同是当事人一方以技术知识为对方就特定技术项目提供可行性论证、技术预测、专题技术调查、分析评价报告等所订立的合同。

技术服务合同是当事人一方以技术知识为对方解决特定技术问题所订立的合同，不包括承揽合同和建设工程合同。

本条主旨

本条是关于技术咨询合同和技术服务合同的定义规范。

相关条文

《合同法》第356条 技术咨询合同包括就特定技术项目提供可行性论证、技术预测、专题技术调查、分析评价报告等合同。

技术服务合同是指当事人一方以技术知识为另一方解决特定技术问题所订立的合同，不包括建设工程合同和承揽合同。

理解与适用

一、技术咨询合同和技术服务合同的界定

1. 技术咨询合同的界定

咨询（consultation）在中国古代“咨”和“询”原是两个词，分别表示“商量”和“询问”的意思。后来，“咨”和“询”合在一起使用，表达询问、谋划和商量的意思。今天，咨询活动已经成为一种具有参谋、服务性的社会活动，已成为社会、经济、政治和军事活动中辅助决策的重要手段，且日益形成了一门应用性软科学。咨询活动的主要特点是：通过咨询服务提供者所具备的知识经验和通过对各种信息资料的综合加工而进行的综合性研判活动，通过咨询产生的智力劳动成果，

可以为决策者充当顾问、参谋和外脑的作用，帮助决策者更好地决策。

技术咨询同样如此，只不过是受托人所具备的技术知识为基础，围绕委托人的特定技术项目提供的咨询服务活动，包括本条规定的为委托人“就特定技术项目提供可行性论证、技术预测、专题技术调查、分析评价报告等”活动。通常来说，作为受托人向委托人提供咨询服务的交易对价，委托人需要向受托人支付相应的咨询服务费用或者说报酬，还需要就拟咨询的技术项目向受托人提供必要的资料和信息。

技术咨询合同，就是委托人与受托人为了实现前述交易目标而订立的合同。此类合同具有如下特点。

（1）合同标的的特殊性，即是受托人围绕委托人的“特定技术项目”向其提供的咨询服务。所谓“特定技术项目”，《技术合同司法解释》第30条将其解释为“包括有关科学技术与经济社会协调发展的软科学研究项目，促进科技进步和管理现代化、提高经济效益和社会效益等运用科学知识和技术手段进行调查、分析、论证、评价、预测的专业性技术项目”^[1]。也就是说，咨询服务合同是围绕具有专业性的技术项目展开的活动；如果是不涉及技术问题的咨询，则不构成技术咨询。

仍以第845条释评中提到的“裁判文书数据采集技术”为例，假如一家大数据公司拟自行研发一套关于裁判文书的数据采集技术系统：对涉及某一法律问题的裁判文书，根据前期对样本判决书的人工标注数据进行训练，研发出一套能够对此类判决书进行批量自学习的人工智能预测模型。但是，技术公司的研发团队没有关于这一法律问题的法律专家，于是邀请了一位该领域的资深法学教授为其提供咨询服务。法学教授的咨询服务主要是帮助技术研发人员理解“裁判文书的行文结构”“法官裁判时的思路与逻辑”等与法官的司法裁判活动相关的专业信息。虽然该法学教授提供的咨询具有很强的专业性，且在法学领域常常被冠以“法律科学”“司法技术”等名号，但是，这种专业知识并不构成本章所调整的技术合同中的“技术”。因此，法学教授提供的只是普通咨询服务，而不是技术咨询服务。

反过来，在决定投入大量资源来研发这一套人工智能预测模型之前，该技术公司邀请另一家在裁判文书的数据挖掘方面有操作经验的法律大数据公司为其提供咨询服务，帮助其评估本项目拟处理的“某一法律问题的裁判文书”在数量、段落结构和词句表达上是否具有进行人工智能预测模型的可能性，以及潜在的预测准确率，则构成技术

咨询合同。

如后面将进一步比较的那样，虽然合同交易的标的都具有技术性，但是技术咨询合同的标的只是提供一种参谋服务^[2]，即通过技术性研判辅助委托人作出技术开发或者利用决策和行动。受托人本身并不直接参与技术的开发和利用活动。“诸如技术开发、技术转让、工程设计、工程验收、人员培训等技术活动不属于此类。”^[3]

（2）合同主体的特殊性。《合同法》第356条第1款规定：“技术咨询合同包括就特定技术项目提供可行性论证、技术预测、专题技术调查、分析评价报告等合同。”在此基础上，本条第1款增加了“当事人一方以技术知识为对方……”这一限定条件，即强调技术咨询合同的受托人的主体资质特殊性，要求技术咨询服务提供方拥有一定的技术知识。^[4]至于此种技术知识是受托人享有的专利、技术秘密，还是具有一定掌握难度的公有领域技术知识，在所不问。正是受托方所掌握的技术知识，使其有能力为委托方提供技术项目顾问和参谋。否则，受托方提供的顾问和参谋服务只能构成一般的咨询服务。

2. 技术服务合同的界定

与《合同法》第356条第1款对技术咨询合同的界定不同，《合同法》第356条第2款在界定技术服务合同时明确强调，受托人是具有技术知识的服务提供方，即“技术服务合同是指当事人一方以技术知识为另一方解决特定技术问题所订立的合同，不包括建设工程合同和承揽合同”。本条第2款规定延续了这一要求，并在第1款对技术咨询服务提供者增设了同样的要求。

（1）技术服务合同的概念

所谓技术服务合同，根据本条之规定，“是指受托人以自己的知识、技术信息和劳务，为委托人解决技术性问题，委托方接受服务并支付报酬的协议”^[5]。技术咨询合同以委托人拟决策和实施的技术项目为工作对象，受托人只提供顾问和参谋服务，但不直接参与项目的决策和实施。但技术服务合同以委托人面临的现实技术问题为工作对象，旨在通过受托人的技术能力直接解决该技术问题。

这里所谓的“特定技术问题”，《技术合同司法解释》第33条将其解释为“包括需要运用专业技术知识、经验和信息解决的有关改进产品结构、改良工艺流程、提高产品质量、降低产品成本、节约资源能耗、保护资源环境、实现安全操作、提高经济效益和社会效益等专业技术问题”。

受托人帮助委托人解决这些技术问题，之所以能够成为一类典型的合同加以规定，是因为这些问题具有明显的技术性，在解决方式上具有一定的难度，依赖于服务提供方的专业技术知识。^[6]“技术服务合同带有智力密集性特征，因而要求受托人必须是掌握一定专业技术知识的科学技术人员，这些科技人员大都具有相当技术知识和技能，并能以自己的知识、技能和经验完成委托人的特定技术项目。”^[7]如果受托方或者服务提供方解决这类问题并不是以其掌握的专业技术知识为基础，则构成普通服务合同，不受本节的合同规则调整。

（2）技术服务合同的类型

技术服务合同分为三种类型：一是普通的技术服务合同，二是技术培训服务合同，三是技术中介服务合同。不过，根据本节第887条的规定，“法律、行政法规对技术中介合同、技术培训合同另有规定的，依照其规定”。

无论是技术培训，还是技术中介，在广义上都是利用受托方的技术知识，向委托方提供技术服务，即通过培训帮助委托方的人员掌握特定技术并具备技术能力，或者通过提供技术中介服务帮助促进潜在客户之间的技术交易和成果转化。立法过程中，有人提出：“实践中技术培训和中介情况复杂，纠纷较多，建议对技术培训合同、技术中介合同作出规定。”^[8]不过，鉴于相应的实践总结和立法研究准备不足的问题，本条最终延续了《合同法》第364条的模式，为法律、行政法规的特别规定的适用提供了一个链接，也为未来的相关立法提供了一个制度空间。

1) 技术培训合同。实际上，《技术合同司法解释》也对这两类特殊的技术服务合同做了解释。例如，第36条规定：“‘技术培训合同’，是指当事人一方委托另一方对指定的学员进行特定项目的专业技术训练和技术指导所订立的合同，不包括职业培训、文化学习和按照行业、法人或者其他组织的计划进行的职工业余教育。”这一解释从正反两个方面解释了技术培训合同的内涵和外延。在内涵上，“技术培训合同的本质特征在于以传授特定技术项目的专业技术知识为合同的主要标的，以委托方指定的与特定技术项目有关的专业技术人员为培训对象”^[9]。

就技术培训合同而言，培训场地、设施和试验条件的提供问题，培训学员的学习能力问题，培训教员的教学能力问题，都是合同交易目的实现的重要内容。在当事人没有约定或者约定不明时，需要法律提供补充性规则。^[10]

2) 技术中介合同。一方面，技术中介合同具有技术性，需要适用本章的一般性规定和本节的规定。《技术合同司法解释》第38条规定：“‘技术中介合同’，是指当事人一方以知识、技术、经验和信息为另一方与第三人订立技术合同进行联系、介绍以及对履行合同专门提供专门服务所订立的合同。”据此，技术中介合同是一种技术居间合同，只不过居间人是具备一定技术知识的中介，区别于房屋交易中介等不依赖于技术知识的居间活动。“《合同法》关于居间合同的规定对其有适用余地。此外，国家为规范技术中介市场，出台了一系列的规定，其中属法律或行政法规的，对技术中介合同也有适用余地。”^[11]

另一方面，技术中介合同又是“中介合同”的一种，应当适用本法典型合同中第二十六章关于“中介合同”的一般规定。由于技术中介是以其技术知识为基础来开展中介服务活动的，这意味着接受中介服务的当事人对其有技术上的信赖，中介人要承担与技术信赖相关的合同义务，不得隐瞒或者欺诈。本法第962条规定：“中介人应当就有关订立合同的事项向委托人如实报告。中介人故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况，损害委托人利益的，不得请求支付报酬并应当承担赔偿责任。”^[12]

关于中介费用的支付，在当事人没有约定或者约定不明时，也需要法律提供补充性规则。本法第964条规定：“中介人未促成合同成立的，不得请求支付报酬；但是，可以按照约定请求委托人支付从事中介活动支出的必要费用。”^[13]且根据本法第965条的规定，“委托人在接受中介人的服务后，利用中介人提供的交易机会或者媒介服务，绕开中介人直接订立合同的，应当向中介人支付报酬”。这些关于中介合同的一般性规则，与本章关于技术合同和技术服务合同的一般性规则一样，也是技术中介合同的一般性规则。

此外，根据《技术合同司法解释》第41条第1款的规定，“中介人对造成委托人与第三人之间的技术合同的无效或者被撤销没有过错，并且该技术合同的无效或者被撤销不影响有关中介条款或者技术中介合同继续有效，中介人要求按照约定或者本解释的有关规定给付从事中介活动的费用和报酬的，人民法院应当予以支持。”也就是说，只要中介人提供的中介服务合法，且对当事人之间的合同效力瑕疵没有过错，那么，其付出的中介服务就应当得到相应的回报。至于撮合的交易当事人之间的合同效力问题，由当事人自己负责。这一解释规则，对于本法典型合同中第二十六章关于“中介合同”的一般规则也是很好的补充。

（3）技术服务合同与技术转让合同的联立问题

在一些技术交易中，当事人订立技术服务合同，是为了更好地促进先前订立的技术转让或者技术许可合同的交易目的实现，或者提供增值服务。那么，此类技术服务合同与先前的技术转让或者许可合同之间就存在学理上所称的“联立合同”关系。如果先前的技术转让或者许可合同因被解除而无须履行，那么，作为从合同的技术服务合同就失去了履行的基础，任何一方当事人都可以主张解除。不过，对此类从属关系的判断要谨慎。尽管技术服务合同与先前合同有一定的牵连关系，但是，如果技术服务提供方已经按照约定履行了服务，即便先前合同无效或者被解除，也不影响受托方主张服务费用。例如，在一起技术服务合同纠纷^[14]中，技术服务的接受方（委托方）辩称双方签订的技术服务合同是双方签订的技术转让合同的从合同，旨在为主合同正常投产之后在生产过程中提供的后续技术服务；但是，由于主合同约定的生产线未能调试成功、验收并不能正常生产，技术服务合同没有履行的前提。法院判决认为，虽然案涉技术服务合同与案外合同之间存在一定牵连关系，但本案系一个独立的技术服务合同，权利义务独立于其他合同；受托方已经按照约定履行了技术服务，委托方也需要按照本合同履行自己的费用支付义务。

3. 技术咨询合同与技术服务合同的区分

技术咨询在广义上仍然属于一种技术服务活动，与狭义上的技术服务合同一样，在主体资格上都以服务提供方的技术知识为基础，处理服务接受方的技术性问题。只不过，在合同标的上，咨询服务主要是一种顾问和参谋服务；而狭义上的技术服务是一种致力于委托方技术问题的实际解决的服务。

在交易实践中，合同当事人可能并不会明确区分所订立的合同到底是技术咨询合同还是技术服务合同，或者会混用这两类合同的名称。国家科委于1989年制定的《技术合同法实施条例》（已失效）第80条第2款规定：“当事人一方委托另一方就解决特定技术问题提出实施方案、进行实施指导所订立的合同，是技术服务合同，不适用有关技术咨询合同的规定。”此时，法官需要根据当事人在合同条款中约定的权利义务的内容来判断交易的标的和合同的类型。例如，在一起涉及“设计制造熔炉技术”争议案件中，当事人争议的焦点为：受托方是仅仅就委托方的“设计制造熔炉”计划提供咨询，还是要向委托方提供“设计制造熔炉”的服务？法院结合双方当事人提供的证据，认为双方当事人“签署的技术咨询合同明确约定的技术服务范围和内容并不包含设计、制造窑炉的内容，其后‘甲方的协作事项’一条的规定，虽甲、乙方表述混乱，互有矛盾，但综观合同整体，前面是技术咨询合同受托人提供服务的范围，后面条款一般应为委托人应当协作的内

容，故无法得出双方约定由被告设计制造熔炉的结论”^[15]。据此，该合同应该是关于委托方的“设计制造熔炉”计划的咨询合同，受托方不负有帮助委托方设计和制造熔炉的服务义务。

二、与其他技术合同的区分

本章以合同交易的目的性差异，将技术合同分为三大类型：

(1) 技术开发合同，以从无到有地研发出新的技术成果为合同目的。(2) 技术转让合同和技术许可合同，以将现存的技术成果的利用机会（或者说权能）全部或者部分地让渡给他人为合同目的。

(3) 技术咨询合同和技术服务合同，与前两类相区别，其以一方当事人已经掌握的技术知识为基础，为相对人就特定技术项目提供咨询服务或者帮助相对人解决特定技术问题。第三类合同交易既不致力于创造新的技术成果，也不以技术成果本身的让渡为目标，而是基于一方已经掌握的技术知识向相对方提供咨询或者服务，以帮助相对方更好地理解 and 安排拟开展的技术项目或者解决正面临的技术问题。

关于这三类合同的区分，前文在释评第843条（技术合同的定义）、第851条（技术开发合同）和第862条（技术转让与许可合同）时，已经就这两类技术合同与本条规定的技术咨询和服务合同的区分做了讨论，可资参考。这里仅作概要介绍。

1. 结合双方当事人之间的交易习惯来判断是技术开发合同还是技术服务合同。例如，在第843条的释评讨论的“受托人为委托人的竞标活动提供技术服务案”^[16]中，受托人作为其外包服务商，根据委托人的安排为委托人提供计量资产、计量运行、计量综合、报表及掌上营销与现在作业模块的开发或劳务派遣服务。后来，委托人竞标失败，受托人要求委托人支付报酬；但委托人认为双方系合作共同开发，该工作未产生收益，投资的风险应当由双方共同承担，不愿支付报酬。法院援引《合同法》第322条认为，涉案项目属于技术研发范畴，而受托人为该项目的研发工作确实投入了一定的人力、物力成本，符合技术合同关系的特征。再加上，双方长期合作的惯常做法，就是由受托人为委托人提供有偿的技术服务或劳务派遣服务，而且受托人是以自己的技术知识为委托人的项目提供技术服务，因此本案纠纷的性质应当是技术服务合同纠纷。

2. 根据合同交易中涉及的技术知识范围判断是技术转让合同还是技术服务合同。这一点在涉及公有领域的技术知识交易时尤为突出。利用涉及公有领域的技术知识与另一方当事人交易时，判断是技术转让合同还是技术服务合同的关键在于：在技术信息的各组成部分分别为公知技术的情况下，一方当事人对公知技术的组合使用如果具有实

质性的创新性，符合专利或者技术秘密的特点，也构成该当事人的技术产权，相应的合同就很可能被认定为技术转让合同。

以第843条和第870条的释评中讨论的“庆大霉素生产技术”的技术秘密转让合同纠纷案为例，如果双方当事人在技术合同中约定的交易标的不是关于庆大霉素的一般性生产工艺和原理，而是“庆大霉素的高产技术的转让”，那么，当事人之间的合同关系就不是基于庆大霉素一般生产工艺的公知技术为受让人提供技术服务，而是高产技术的转让合同。虽然公有知识领域的庆大霉素生产工艺原理大致相同，但使用具体参数的不同会导致生产效率的不同，因此，在实践中，生产工艺中涉及的参数及具体操作程序才是商业市场尽相保护的商业秘密，才是真正具有价值的技术秘密。类似地，最高人民法院在“申京爱、贵阳黔峰生物制品有限责任公司技术转让合同纠纷案”中认为：“从合同约定以及当事人实际履行情况看，本案《技术合同》所转让的是一项技术秘密，即通过申京爱多年积累的经验及工艺技巧，将公知的低温乙醇法与压滤机结合起来应用于生产实践，从而达到白蛋白产品性能的优良及白蛋白收率的提高，符合不为公众知悉、具有实用性、经权利人采取保密措施等技术秘密的构成要素。”因此，双方的技术合同构成技术秘密转让合同，而非技术服务合同。^[17]

三、技术服务合同与承揽、建设工程合同的区分

本条第2款特别强调，本节调整的技术服务合同不包括承揽合同和建设工程合同。这不仅是因为本法已有关于承揽合同（典型合同，第十七章）和建设工程合同（第十八章）的专门规定，而且，更重要的是，技术服务合同以本章着力调整的“技术交易”为基础。

1. 技术服务合同与承揽合同

承揽合同是指，“承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人支付报酬的合同。承揽包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等工作”^[18]。虽然承揽合同和技术服务合同都以解决委托人的特定问题为目标，但是，其与技术服务合同存在三方面的差异。

第一，当事人在两种合同中拟解决的问题的属性不一样。“承揽合同履行的目的是为满足人们在生产和工作及日常生活中的需要”^[19]，不以承揽方具备本法规定的技术知识条件为必要。例如，在一起涉及“水煤浆”技术交易的案件中，法院认为，“承揽方的主要义务是按定作方的要求完成一定的工作，并交付工作成果，所谓完成一定的工作，即以体力劳动为主，一般不需要具备较高的科学技术知识水平就能完成该项成果。就本案而言，四川九达公司需要运用自己掌握

的水煤浆全套工艺技术，完成跨世纪公司交付的涉案技改工程这项特定工作，并非提供一般的劳务就能获得的成果，故本案合同性质不符合承揽合同的特点”[20]。

第二，从两种服务的成果性质来看，承揽活动的成果通常是委托人根据一般生活经验可以预期的加工产品、定作物或者修缮物等；但是，“技术服务合同中更可能出现新的技术成果，甚至可能因该技术成果的出现而产生知识产权问题”[21]，涉及新生技术成果的权属分配问题。

第三，从法律赋予两种合同的委托人（客户）一方的合同解除权上看，承揽合同的委托人享有任意解除权。根据本法第787条的规定，“定作人在承揽人完成工作前可以随时解除合同，造成承揽人损失的，应当赔偿损失”。但是，技术服务合同规则体系并未赋予委托人以任意解除权。[22]之所以如此，原因之一就在于，承揽服务本身是一项普通的服务工作，不仅市场选择多元，而且定价比较好确定，不会因为委托人的解除造成责任确定上的困难。

2. 技术服务合同与建设工程合同

建设工程合同是指“承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同。建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同”[23]。应当说，建设工程合同交易也常常涉及大量的技术问题，在这方面其与技术服务合同存在相似性。但是，建设工程合同与技术服务合同的主要区别在于合同目的的不同：建设工程合同是为进行工程勘察、设计或施工而订立，技术服务合同是为解决特定技术问题而订立。对二者进行区分的一大标准就是当事人交易的目的是否为完成特定的建设工程。

例如，在“贵州务川万年峰公司与傅大卫技术服务合同纠纷案”中，法院认为：“双方当事人签订的《委托规划合约书》约定的项目名称、规划范围、编制内容、深度要求及合同履行的过程中均反映出双方当事人签订该合同的目的，针对的是由傅大卫一方以技术知识为务川万年峰实业公司就务川县洋溪镇湿地公园农业园区的客源市场分析、总体布局概念性规划、定位与营销策划、容量控制与环境保护、配套工种规划、视觉系统工程规划、投资效益分析与实施建议等总体规划问题提供解决方案，并不涉及工程建设。”[24]因此，该合同并不是建设工程合同，而是技术服务合同关系。

技术咨询合同的委托人应当按照约定阐明咨询的问题，提供技术背景材料及有关技术资料，接受受托人的工作成果，支付报酬。

本条主旨

本条是关于技术咨询合同的委托人的主要义务的规定。

相关条文

《合同法》第357条 技术咨询合同的委托人应当按照约定阐明咨询的问题，提供技术背景材料及有关技术资料、数据；接受受托人的工作成果，支付报酬。

理解与适用

技术咨询合同的委托人的主要义务如下。

1.按照约定阐明咨询的问题

委托人要想实现技术咨询交易的目的，首先需要向受托人阐明其需要咨询的问题，让受托人能够有针对性地提供咨询服务。无论是就特定技术项目提供可行性论证，还是进行技术预测、专题技术调查、分析评价报告等，委托人都需要向受托人讲清楚其咨询问题的要点和对咨询服务的成果预期。委托人阐明的咨询事项“不应当超出合同约定的范畴，应当与其所欲咨询的问题相关”^[25]。如果因为委托人自身的错误阐述误导受托人的咨询活动的，受托人根据委托人阐明的事项完成和交付的咨询成果视为依约履行义务；委托人需要自己承受相应的不利后果。例如，本法第881条第3款规定：“技术咨询合同的委托人按照受托人符合约定要求的咨询报告和意见作出决策所造成的损失，由委托人承担，但是当事人另有约定的除外。”

2.提供技术背景材料及有关技术资料

与本章第852条规定的委托技术开发合同的委托人的“技术资料提供”义务类似，技术咨询合同的委托人也负有提供技术资料的义务。与第852条之规定不同的是，本条还特别强调，技术咨询委托人需要提供“技术背景资料”。这是为了确保提供咨询服务的一方能够准确了解拟咨询问题的来龙去脉，能够更好地着手研判拟咨询的技术项目所处的局势，并据此提供好参谋服务。“受托人能否按时按质完成技术

咨询服务，很大程度取决于委托人对于拟咨询问题的彰明，以及对相关背景资料及技术数据的提供。”^[26]与“阐明咨询的问题”义务一样，委托人未能提供必要的技术背景材料（以及有关技术资料）或者提供错误的，应当承担相应的不利后果。

3.接受工作成果和支付报酬

关于“接受工作成果”和“支付报酬”，与本章第852条规定的委托技术开发合同的委托人的义务类似，可以参考前面的释评。此外，《技术合同司法解释》第14条第1款第2项规定：“对于技术咨询合同和技术服务合同，根据有关咨询服务工作的技术含量、质量和数量，以及已经产生和预期产生的经济效益等合理确定。”下面就几个特殊问题予以释评。

（1）“缔约磋商”与“成果接受（交付）”的同步发生

受托人为了了解委托人的问题并说明其提供咨询服务的能力，可能在与委托人的沟通和讨论过程中、在订立技术咨询合同之前就向委托人提供了有价值的咨询信息。在实践中，若双方当事人并未订立技术咨询合同，但在事实上，受托人一方已经提供了技术咨询服务的，应当认定为存在事实上的技术咨询合同，委托人一方应当支付相应的报酬。例如，在“叶晓明等诉索佳公司技术成果权侵害案”中，拟获取技术咨询服务的公司的技术人员一行6人来到武汉大学测绘学院叶晓明等处的测量仪器馆检修室，与叶晓明等人就本公司设备面临的问题和拟获取的咨询进行商讨。在双方订立合同之前，叶晓明等人利用新的检测方法做了技术演示，并指出该公司的技术设备存在的设计错误问题，并提出了改进方案。拟委托方在这一过程中发现了其产品存在的缺陷、改进方案和检测方法。法院判决认为，虽然没有订立书面合同，但拟委托方与受托方的一系列磋商活动的主要目的是为获得技术咨询服务，且事实上也获得了咨询成果。法院据此认定技术咨询合同成立，但鉴于双方之间没有关于技术咨询费的约定，也难以确定案涉技术秘密的价值，最终酌定了委托方需要支付的费用数额。^[27]

（2）咨询调研活动成本的负担规则

另值得注意的是，《技术合同司法解释》第31条第1款规定：“当事人对技术咨询合同受托人进行调查研究、分析论证、试验测定等所需费用的负担没有约定或者约定不明确的，由受托人承担。”第35条第1款就技术委托合同设立了同样的费用负担规则，即：“当事人对技术服务合同受托人提供服务所需费用的负担没有约定或者约定不明确的，由受托人承担。”本法第886条采纳了这两条司法解释的规则，将

二者合并在一起规定为：“技术咨询合同和技术服务合同对受托人正常开展工作所需费用的负担没有约定或者约定不明确的，由受托人负担。”

这不仅是因为，“对于受托人完成咨询任务过程中的费用，按照合同法的对价理论，并不在‘报酬—成果’这组对价之列，在性质上不应属于工作成果的对价范畴”^[28]。更重要的是，在当事人没有额外约定时，法律上推定合同约定的委托方应支付的咨询报酬中涵盖了受托方从事调查研究、分析论证、试验测定等活动的成本。毕竟，委托人并不一定了解和掌控受托人完成咨询成果的过程和成本；而且，与技术开发活动相比，技术咨询活动的成本支出名目和金额远没有那么复杂，推定受托人在磋商咨询报酬时已经一并考虑。这也是为什么本章第852条就技术开发合同的交易对价设立了不同的规则，即分别计算“开发经费（成本）”和“报酬”。

（3）咨询调研活动成本的负担规则的例外

在委托人没有约定的负担义务时，如果委托人自愿负担了相应成本，则视为对成本负担的补充约定，合法有效。例如，在“赣州逸豪实业有限公司与潘勤峰技术服务合同纠纷案”中，受托方为了开展咨询调研，入住逸豪宾馆，发生食宿费用。最高人民法院在裁判中认为，在该宾馆发生的食宿费用系受托人为了提供服务咨询服务支出的必需费用。双方未就此作出约定，也没有就此作出结算安排，因此不属于逸豪公司自愿承担的咨询成本费用，而是逸豪公司为受托人垫付的咨询开支费用。受托人应当向逸豪公司返还该食宿费用。不过，逸豪公司此前向受托人报销支付了工资及交通费，且已经由逸豪公司入账入账，因此可以视为逸豪公司自愿承担的咨询成本，受托人没有义务返还。^[29]

第八百八十条

技术咨询合同的受托人应当按照约定的期限完成咨询报告或者解答问题，提出的咨询报告应当达到约定的要求。

本条主旨

本条是关于技术咨询合同的受托人的主要义务的规定。

相关条文

《合同法》第358条 技术咨询合同的受托人应当按照约定的期限完成咨询报告或者解答问题；提出的咨询报告应当达到约定的要求。

理解与适用

技术咨询合同的受托人需要按照合同约定的时间和要求完成咨询成果，并提交给委托人。概括来说，受托人负有以下义务。

1. 按期完成咨询报告或者解答问题

委托人愿意支付对价聘请受托人提供咨询服务，主要是希望通过咨询成果增强对拟启动或者实施的技术项目的可行性、实施效果和社会经济效益等信息进行预测和评估。“就受托人所提供的咨询服务而言，其一般具有时效性”^[30]，如果受托人不能按时完成咨询报告，意味着委托人的项目计划就需要延期或者在缺乏充分决策信息的前提下实施。这些都可能让委托人遭受经济利益损失。

2. 保证咨询报告的内容达到约定的要求

所谓“约定的要求”，既包括形式和数量要求（咨询报告的形式、内容、份数等要求），也包括质量要求。委托人之所以聘请特定受托人提供咨询服务，主要是因为对受托人的技术知识和参谋能力的信任。因此，“受托人要尽可能地收集与咨询对象相关的经济技术内容，预测技术经济前景，为委托方的技术项目决策提供科学依据、参考方案，提出具有较高科学水平的参考价值的咨询报告和意见”^[31]。也就是说，受托人不仅需要本着严肃认真的态度去开展咨询研判，而且需要发挥其技术知识特长。如果受托人未能尽职尽责地研判委托方的技术项目，提供的咨询报告存在重大遗漏或者误导性信息的，则构成违约，需要承担违约责任。

实践中的难点在于，如何确定受托人提供的咨询成果是否达到了约定的要求。在双方各执一词时，比较好的方案就是由双方共同选定或者由争端解决机构指定相应的技术专家，对咨询成果进行评估，以多数专家的意见来判断咨询成果的品质。^[32]

值得注意的是，咨询成果的主要作用在于帮助委托方就技术项目的可行性、实施效益等方面进行研判，而不是制定一套实施计划。对

此，国家科委于1989年制定的《技术合同法实施条例》（已失效）第80条第2款规定：“当事人一方委托另一方就解决特定技术问题提出实施方案、进行实施指导所订立的合同，是技术服务合同，不适用有关技术咨询合同的规定。”

3. 保密义务

《技术合同司法解释》第31条第2款规定：“当事人对技术咨询合同委托人提供的技术资料和数据或者受托人提出的咨询报告和意见未约定保密义务，当事人一方引用、发表或者向第三人提供的，不认定为违约行为，但侵害对方当事人对此享有的合法权益的，应当依法承担民事责任。”由于受托方在提供咨询服务过程中，不可避免地了解到委托方的技术项目信息、背景资料信息和技术资料，如果完成的咨询报告包含这些内容，公开发表或者向第三人披露后有可能泄露委托人的技术秘密或者商业秘密。因此，无论当事人之间是否约定了保密义务，受托人都需要在公开利用咨询报告时考虑侵害委托人的技术秘密和商业秘密的可能性。

第八百八十一条

技术咨询合同的委托人未按照约定提供必要的资料，影响工作进度和质量，不接受或者逾期接受工作成果的，支付的报酬不得追回，未支付的报酬应当支付。

技术咨询合同的受托人未按期提出咨询报告或者提出的咨询报告不符合约定的，应当承担减收或者免收报酬等违约责任。

技术咨询合同的委托人按照受托人符合约定要求的咨询报告和意见作出决策所造成的损失，由委托人承担，但是当事人另有约定的除外。

本条主旨

本条规定了技术咨询合同当事人的违约责任和决策风险的负担规则。

相关条文

《合同法》第359条 技术咨询合同的委托人未按照约定提供必要的资料和数据，影响工作进度和质量，不接受或者逾期接受工作成

果的，支付的报酬不得追回，未支付的报酬应当支付。

技术咨询合同的受托人未按期提出咨询报告或者提出的咨询报告不符合约定的，应当承担减收或者免收报酬等违约责任。

技术咨询合同的委托人按照受托人符合约定要求的咨询报告和意见作出决策所造成的损失，由委托人承担，但当事人另有约定的除外。

理解与适用

1. 委托人的违约责任

本法第879条规定了技术咨询合同委托人的“咨询问题阐明义务”“技术背景材料及有关技术资料的提供义务”“接受受托人的工作成果的义务”和“支付报酬的义务”。受托人在委托人阐明问题之后，已经开始咨询研究活动，开始履行咨询服务义务。但由于委托人未按照约定提供必要的资料，受托人只能基于委托人提供的资料展开咨询工作。如果因此影响工作进度和质量，是由咨询服务接受方自身的原因所致，而不是受托人的违约行为所致，后果应当由委托人自己承担。因委托人自身原因影响咨询成果的进度和质量的，即便委托方不接受或者逾期接受工作成果的，受托方已经履行了合同义务，有权利要求委托方履行报酬支付义务，并可以主张迟延履行利息。

2. 受托人的违约责任

反过来，技术咨询合同的受托人未按期提出咨询报告或者提出的咨询报告不符合约定的，构成受托人的违约。受托人应当向委托方承担违约责任，包括减收或者免收报酬、补充完善咨询成果、赔偿因此给委托人造成的预期利益损失等。例如，在一起关于“煤矿矿区地质调查和相关报告资料编制”的技术咨询合同纠纷^[33]中，委托方为了从政府主管部门申请取得某煤矿的探矿权，委托受托人提供以“煤矿矿区地质调查和相关报告资料编制”为内容的咨询服务，并在订立合同后向受托方支付了182万元报酬。受托方完成了详查地质工作并编制完成了《贵州省瓮安县大源煤矿详查报告》，且取得贵州省国土资源厅评审备案证明。但是，贵州省国土资源厅经审查后并没有批准委托方依据咨询报告提出的探矿权申请，因为，“该探矿权勘查程度仅达到详查，不符合国土资源部规定的‘应达到勘查程度’的条件”。委托方后来以受托方违约为由，诉至法院，请求退还报酬。法院审理认为，受托方作为专业技术咨询公司，虽已经向委托方移交了工作成果，但

由于受托人的原因导致咨询报告并没有达到合同约定的目的，因此，受托人应承担减收报酬的责任。再如，在一起关于“编制地质检测报告”的技术咨询合同中^[34]，双方并未约定地质检测报告所要达到的标准。但是，因为受托人编制和提交的报告不符合国家行业标准，所指向的矿山因无资源可采致使委托人无法按照预期从国土资源主管部门申请取得相应的资源。法院判决支持了委托人的损失赔偿请求。

3. 受托人对委托人的资料缺陷通知义务

咨询合同的委托人提供给受托人的资料、数据、材料等可能存在明显错误和缺陷，尽管这可能是委托人的无心之过，但受托人可能在咨询研判过程中发现该错误。对此，受托人有义务及时通知委托人；委托人在接到通知后，应当及时答复和补正。进一步的问题在于：如果受托人发现委托人提供的资料、数据和材料存在明显瑕疵但未主动通知委托人，因此发生的损失应当如何处理？关于这一问题主要有两种观点：“一种意见认为，既然可以视为受托人认可委托人的履行行为，就不应当再要求委托人承担赔偿责任的责任；另一种意见认为，在受托人不通知时，虽可视为其认可委托人的履行，但双方当事人对造成损失均有过错，应当按照各自的过错大小承担赔偿责任的责任。”^[35]《技术合同司法解释》第32条采取了第一种观点，其规定：“技术咨询合同受托人发现委托人提供的资料、数据等有明显错误或者缺陷，未在合理期限内通知委托人的，视为其对委托人提供的技术资料、数据等予以认可。委托人在接到受托人的补正通知后未在合理期限内答复并予补正的，发生的损失由委托人承担。”这一解释是有道理的，毕竟，委托人提供有明显缺陷或者错误的资料、数据、材料，通常是无心之失，因为这样不符合其缔结合同的初衷。与此相比，受托人发现之后本可以通过比较简单的通知来避免此种错误或者瑕疵以及后续损失，但受托人急于采取此种低成本的行为来避免损失，应当由其自己承担相应损失。

4. 决策风险的负担规则

即便是委托人竭尽所能，提供了委托人掌握的所有技术资料和信息，且受托人努力地完成了咨询服务合同，咨询报告仍然可能存在研判风险。这也是为什么大量咨询报告都会就所得出的结论的稳健性作出相应的声明。对于此种风险，本条第3款规定：“技术咨询合同的委托人按照受托人符合约定要求的咨询报告和意见作出决策所造成的损失，由委托人承担，但是当事人另有约定的除外。”这大抵是因为，技术咨询服务所产生的债权债务关系的核心内容是“适当完成一定行为”。如果债务人的活动是严格按照合同约定来进行的，那么他就不应对能否得到预期的结果负责。^[36]关于这一点，前文在释评本法第

879条时也作过释评，可资参考。

第八百八十二条

技术服务合同的委托人应当按照约定提供工作条件，完成配合事项，接受工作成果并支付报酬。

本条主旨

本条是关于技术服务合同的委托人主要义务的规定。

相关条文

《合同法》第360条 技术服务合同的委托人应当按照约定提供工作条件，完成配合事项；接受工作成果并支付报酬。

理解与适用

1. 提供工作条件，完成配合事项

在技术咨询合同中，委托方阐明问题并提供必要的资料后，后续咨询工作原则上由受托方独立完成。但与技术咨询合同不同，技术服务合同的目的是解决委托人的特定技术问题，受托人服务工作的开展很可能需要直接作用于委托人的人员或者财产。因此，委托人除了需要向受托人阐明服务需求和标准之外，还需要承担“提供工作条件，完成配合事项”的义务。

这一点在技术培训合同中表现得尤为明显。根据《技术合同司法解释》第36条的解释，“技术培训合同”是指当事人一方委托另一方对指定的学员进行特定项目的专业技术训练和技术指导所订立的合同。^[37]这不仅意味着受托人需要提供符合培训目标的师资，而且意味着委托人需要提供必要的培训条件和对象。对此，《技术合同司法解释》第37条规定：“当事人对技术培训必需的场地、设施和试验条件等工作条件的提供和管理责任没有约定或者约定不明确的，由委托人负责提供和管理。技术培训合同委托人派出的学员不符合约定条件，影响培训质量的，由委托人按照约定支付报酬。受托人配备的教员不符合约定条件，影响培训质量，或者受托人未按照计划和项目进行培

训，导致不能实现约定培训目标的，应当减收或者免收报酬。受托人发现学员不符合约定条件或者委托人发现教员不符合约定条件，未在合理期限内通知对方，或者接到通知的一方未在合理期限内按约定改派的，应当由负有履行义务的当事人承担相应的民事责任。”

在一些情形中，为了便于受托方开展技术服务工作，委托方依照合同约定负有完成一定的前期工作的义务。委托方的前期工作是受托方后期工作的基础条件，属于本条规定的“完成配合事项”的义务。例如，下一条（第883条）评述的“裁判文书数据采集服务合同”中委托人的前期“人工标注”义务，就属此类。委托人违反该义务的（如人工标注的基础数据存在明显错标或者漏标，严重影响“机器模型预测”的），将自担受托人无法提供符合约定质量要求的工作成果的不利后果。这属于本法第884条规定的“委托人不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，影响工作进度和质量”的情形。无论委托人最终是否接受受托人交付的不符合约定质量的工作成果，其支付的报酬不得追回，未支付的报酬应当支付。

2. 接受工作成果的义务

第852条关于“委托技术开发合同”中委托人的“工作成果接受义务”，涉及该义务“是真正合同义务，还是不真正合同义务”的问题。^[38]所谓真正合同义务，即委托人需要作出积极行为，否则需要向对方承担违约责任。例如，本法第830条关于货物运输合同规定：“货物运输到达后，承运人知道收货人的，应当及时通知收货人，收货人应当及时提货。收货人逾期提货的，应当向承运人支付保管费等费用。”如笔者在第852条的释评中指出的那样，委托人的受领义务，既可能是不真正义务（如可以随时交付的电子化技术成果），也可能是真正义务（如对受托人开发的生物类技术产品，需要支付特殊的保存成本），不能一概而论，需要结合具体场景来判断。这一点对技术服务合同的委托人同样适用。

在涉及技术性验收的工作成果时，委托人“如发现工作成果不符合合同规定的技术指标和要求，应当在约定的期限内及时通知对方返工或改进”^[39]。委托人在接受工作成果之后，不能举证证明工作成果存在瑕疵的，视为验收合格。

3. 支付报酬的义务

在当事人对服务报酬没有约定或者约定不明时，报酬的计算是司法实践中的一个难题。《技术合同司法解释》第14条第1款第2项规定了主要考量因素和标准，即“对于技术咨询合同和技术服务合同，根

据有关咨询服务工作的技术含量、质量和数量，以及已经产生和预期产生的经济效益等合理确定。”但是，实践中发生争议时，人民法院常常需要借助专业评估机构的评估报告来确定与咨询服务工作相关的成本、预期经济效益和合理利润。^[40]

第八百八十三条

技术服务合同的受托人应当按照约定完成服务项目，解决技术问题，保证工作质量，并传授解决技术问题的知识。

本条主旨

本条是关于技术服务合同的受托人主要义务的规定。

相关条文

《合同法》第361条 技术服务合同的受托人应当按照约定完成服务项目，解决技术问题，保证工作质量，并传授解决技术问题的知识。

理解与适用

技术服务合同的受托人的主要义务，可以从两个方面来理解。

一是按照约定完成服务项目，解决技术问题，保证工作质量。由于技术服务合同的标的是解决委托人的特定技术问题，所以，受托人按照约定完成服务项目，就意味着所完成项目(或者说提交的工作成果)的质量有保证，能够解决技术问题。或者说，“受托人所应当保证的工作质量，是与解决技术问题联系在一起的……受托人所提交的工作成果应当能够解决委托人所提出的特定技术问题”^[41]。以第845条释评中讨论的“裁判文书数据采集服务合同”为例。如前所述，本合同的标的是：“大数据公司根据委托方的要求，就涉及某疑难法律解释问题的所有裁判文书，通过‘人工标注’和‘半监督机器学习’的方式，就指定标签数据^[42]进行采集。”“半监督机器学习”，即以人工标注的数据为基础来训练出一套人工智能大脑，对人工未标注的裁判文书进行机器标注或者说机器学习。

如果受托方最终提供的机器标注数据的准确率和召回率不够高，达不到学术研究和司法应用的基本要求的，则交付的工作成果的质量不合格，构成本法第884条第2款规定的“技术服务合同的受托人未按照约定完成服务工作的”，需要承担相应的违约责任。受托人需要承担的违约责任并不一定是第884条第2款明确列举的“免收报酬”这一形式^[43]，还可能是第881条第2款规定的“减收报酬”，以及继续履行、采取补救措施和赔偿损失等。关键在于受托人违约行为的严重程度，以及委托人的救济选择。如果受托的大数据公司处理的部分数据标签的机器学习是符合约定质量的、且委托人可以就这些标签数据进行独立研究和应用，那么，违约责任就是“减收报酬”。如果由专家知识表明是大数据公司投入的工程人力资源不合格或者不够的，委托人可以要求受托人采取补救措施，分配具备相应技术能力的工程师继续从事该项工作。凡此等等。

不过，如果“工作成果不合格”与受托人采用的工程技术和人力投入没有关系，那么，则应当由委托方承受不利后果；受托方并不构成违约。例如，根据“裁判文书数据采集服务合同”的约定，委托方负责组织人力完成相应部分裁判文书的人工标注。但由于委托方所组织的人力资源未能准确理解“标签”与“文书词句”的准确对应关系，或者存在明显的错误标注或者标注遗漏问题，以至于直接影响到受托方进行半监督机器训练和学习的数据基础质量，则构成委托方违反了上一条规定的“完成配合事项”的义务。

二是传授解决技术问题的知识。受托人解决的技术问题“包括需要运用专业技术知识、经验和信息解决的有关改进产品结构、改良工艺流程、提高产品质量、降低产品成本、节约资源能耗、保护资源环境、实现安全操作、提高经济效益和社会效益等专业技术问题”。因此，受托人最终提交的工作成果不仅表现为数据、图纸、软件、光盘等可以承载相关信息的载体，在一些情形下还需要口传心授。需要口传心授的技术内容一般“不涉及专利和非专利技术的权属。委托人如果需要获得专利实施许可或者取得受托人未公开的非专利技术成果的，应当另行订立技术转让合同”^[44]。这也是技术服务合同与技术转让、技术许可合同之区别。

上一条（第882条）释评的技术培训服务类合同就是典型的例子。受托人不仅需要用一定的载体将提供的技术知识和操作规程记载下来，而且需要帮助被培训的对象理解和掌握这些技术知识。受托人配备的教员不符合约定条件，影响培训质量的，应当及时更换教员，以保证培训质量。当然，委托人派出的学员不符合约定条件，影响培训质量的，相应后果由委托人自担。这也符合服务合同的一般原理，

即在服务提供方已经按照约定做好准备并提供服务的，但因为服务接受方自身的特殊原因未能充分获得服务的价值的，后果由服务接受方承受。足底保健服务就是日常生活服务中的常见例子，服务接受方因为不习惯足底按摩或者其他原因导致没有从按摩服务中获得身体放松收益的，不能拒绝支付服务费用。

■ 第八百八十四条

技术服务合同的委托人不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，影响工作进度和质量，不接受或者逾期接受工作成果的，支付的报酬不得追回，未支付的报酬应当支付。

技术服务合同的受托人未按照约定完成服务工作的，应当承担免收报酬等违约责任。

本条主旨

本条是关于技术服务合同当事人违约责任的规定。

相关条文

《合同法》第362条 技术服务合同的委托人不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，影响工作进度和质量，不接受或者逾期接受工作成果的，支付的报酬不得追回，未支付的报酬应当支付。

技术服务合同的受托人未按照合同约定完成服务工作的，应当承担免收报酬等违约责任。

理解与适用

技术合同的委托人和受托人违反自己的合同义务，都需要根据本条的规定承担相应的违约责任。前文在释评委托人的合同义务（第882条）和受托人的合同义务（第883条）时，已经就本条规定的违约责任做了一并评述，可资参考。

■ 第八百八十五条

技术咨询合同、技术服务合同履行过程中，受托人利用委托人提供的技术资料和工作条件完成的新的技术成果，属于受托人。委托人利用受托人的工作成果完成的新的技术成果，属于委托人。当事人另有约定的，按照其约定。

本条主旨

本条是关于技术咨询和服务合同的受托人在履行过程中产生的技术成果和委托人在利用工作成果过程中产生的技术成果的归属规则。

相关条文

《合同法》第363条 在技术咨询合同、技术服务合同履行过程中，受托人利用委托人提供的技术资料和工作条件完成的新的技术成果，属于受托人。委托人利用受托人的工作成果完成的新的技术成果，属于委托人。当事人另有约定的，按照其约定。

理解与适用

本法第875条规定了技术许可合同中被许可人在利用被许可技术的过程中的后续改进技术成果的归属，其采用了“归属于改进技术成果完成人”的规则。这实际上也是新创造的技术成果权属分配的一般规则，即以技术成果的实质创造性贡献度来确定归属。^[45]对于技术咨询和服务合同的受托人在履行过程中产生的技术成果和委托人在利用工作成果过程中产生的技术成果，这一原理同样适用，即应当归属于创造该技术成果的一方。

采用这一规则的优势还有三个方面：第一，无论是技术咨询合同，还是技术服务合同，委托人缔约的目的都不是取得新的技术成果，而是就自己的特定技术项目取得咨询服务或者解决自己的特定技术问题。同样，受托人向委托人交付工作成果之后，已经从报酬中实现了对价支付，通常并没有关于交付后的新成果的权属预期。这与技术开发合同存在明显的不同。第二，这也有利于鼓励各方当事人在完成合同义务、满足相对人的合同利益预期的同时，更积极主动地探索新的技术成果，符合人类社会发展的总体利益。第三，即便允许相对人分享新生成果，也可能存在比较大的证明困难（不像技术开发合同那样，事先有比较明确的约定），并因此引发不必要的社会纠纷解决成本。

第八百八十六条

技术咨询合同和技术服务合同对受托人正常开展工作所需费用的负担没有约定或者约定不明确的，由受托人负担。

本条主旨

本条规定了技术咨询合同和技术服务合同中受托人的合同履行成本的负担规则。

相关条文

无

理解与适用

前文在释评本法第879条时，已经在“3.接受工作成果和支付报酬”一节中就本条做过详细评述，可资参阅。

第八百八十七条

法律、行政法规对技术中介合同、技术培训合同另有规定的，依照其规定。

本条主旨

本条是关于技术中介合同与技术培训合同的法律适用的规定。

相关条文

《合同法》第364条 法律、行政法规对技术中介合同、技术培训合同另有规定的，依照其规定。

理解与适用

前文在释评本法第878条时，已经对本条规定作了一并评述，可资参阅。

注释：

[1] 《技术合同司法解释》第30条的解释主要来自国家科委于1989年制定的《技术合同法实施条例》（已失效）第80条的规定。

[2] 参见崔建远主编：《合同法第六版》，北京，法律出版社2016年版，第411页。

[3] 黄建中：《合同法分则重点疑点难点问题判解研究》，北京，人民法院出版社2006年版，第598页。

[4] 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第1206页。

[5] 王利明：《合同法分则研究（上卷）》，北京，中国人民大学出版社2012年版，第547页。

[6] 参见蒋志培主编：《技术合同司法解释的理解与适用》，北京，科学技术文献出版社2007年版，第75页。

[7] 关键主编：《技术合同》，北京，中国民主法制出版社2003年版，第238页。

[8] 黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第1224页。

[9] 蒋志培主编：《技术合同司法解释的理解与适用》，北京，科学技术文献出版社2007年版，第82页。

[10] 《技术合同司法解释》第37条也作了相关解释：“当事人对技术培训必需的场地、设施和试验条件等工作条件的提供和管理责任没有约定或者约定不明确的，由委托人负责提供和管理。技术培训合同委托人派出的学员不符合约定条件，影响培训质量的，由委托人按照约定支付报酬。受托人配备的教员不符合约定条件，影响培训质量，或者受托人未按照计划和项目进行培训，导致不能实现约定培训目标的，应当减收或者免收报酬。受托人发现学员不符合约定条件或者委托人发现教员不符合约定条件，未在合理期限内通知对方，或者接到通知的一方未在合理期限内按约定改派的，应当由负有履行义务的当事人承担相应的民事责任。”

[11] 崔建远主编：《合同法》（第六版），北京，法律出版社2016年版，第417页。

[12] 《技术合同司法解释》第40条第2款也作了相关解释：“中介人隐瞒与订立技

术合同有关的重要事实或者提供虚假情况，侵害委托人利益的，应当根据情况免收报酬并承担赔偿责任。”

[13] 《技术合同司法解释》第39条也作了相关解释：“中介人从事中介活动的费用，是指中介人在委托人和第三人订立技术合同前，进行联系、介绍活动所支出的通信、交通和必要的调查研究等费用。中介人的报酬，是指中介人为委托人与第三人订立技术合同以及对履行该合同提供服务应当得到的收益。当事人对中介人从事中介活动的费用负担没有约定或者约定不明确的，由中介人承担。当事人约定该费用由委托人承担但未约定具体数额或者计算方法的，由委托人支付中介人从事中介活动支出的必要费用。当事人对中介人的报酬数额没有约定或者约定不明确的，应当根据中介人所进行的劳务合理确定，并由委托人承担。仅在委托人与第三人订立的技术合同中约定中介条款，但未约定给付中介人报酬或者约定不明确的，应当支付的报酬由委托人和第三人平均承担。”

[14] 参见“新冶高科技集团有限公司与安阳龙腾热处理材料有限公司技术服务合同纠纷案”，北京市海淀区人民法院（2015）海民（知）初字第41897号民事判决书。

[15] “南京神童特种玻璃技术有限公司与东华大学技术服务合同纠纷案”，上海市黄浦区人民法院（2017）沪0101民初9548号民事判决书。

[16] “云南云电同方科技有限公司、深圳市爱德曼思科技有限公司技术服务合同纠纷案”，云南省高级人民法院（2018）云民终25号民事判决书。

[17] 参见“申京爱、贵阳黔峰生物制品有限责任公司技术转让合同纠纷案”，最高人民法院（2007）民三提字第2号民事判决书。

[18] 见本法第770条的界定。

[19] 孙邦清：《技术合同实务指南》，北京，知识产权出版社2002年版，第194页。

[20] “夹江县跨世纪瓷业有限公司与四川省九达水煤浆技术产业有限公司技术服务合同纠纷案”，四川省高级人民法院（2010）川民终字第129号民事判决书。

[21] 王利明：《合同法分则研究（上卷）》，北京，中国人民大学出版社2012年版，第550页。

[22] 参见王利明：《合同法分则研究（上卷）》，北京，中国人民大学出版社2012年版，第550页。

[23] 本法第788条的界定。

[24] “贵州务川万年峰实业发展有限公司、傅大卫技术服务合同纠纷案”，贵州省高级人民法院（2019）黔民终176号民事判决书。

[25] 王利明：《合同法分则研究（上卷）》，北京，中国人民大学出版社2012年版，第543页。

[26] 岳业鹏：《合同法注释全书（配套解析与应用实例）》，北京，法律出版社2015年版，第795页。

[27] 参见湖北省高级人民法院（2002）鄂民三终字第6号民事判决书。

[28] 蒋志培：《技术合同司法解释的理解与适用》，北京，科学技术文献出版社2007年版，第72页。

[29] 参见“赣州逸豪实业有限公司与潘勤峰技术服务合同纠纷案”，最高人民法院（2016）民申2680号民事裁定书。

[30] 王利明：《合同法分则研究》，北京，中国人民大学出版社2012年版，第546页。

[31] 黄建中：《合同法分则重点难点疑点问题判解研究》，北京，人民法院出版社2006年版，第599页。

[32] 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（下册）》，北京，中国法制出版社2020年版，第1211页。

[33] 类似案情，参见“陈益芳与贵州天辰地矿技术咨询有限公司技术咨询合同纠纷案”，贵州省高级人民法院（2015）黔高民三终字第38号民事判决书。

[34] 参见“卢德荣与贵州地元生态工程有限公司等技术咨询合同纠纷案”，贵州省高级人民法院（2014）黔高民三终字第10号民事判决书。

[35] 蒋志培主编：《技术合同司法解释的理解与适用》，北京，科学技术文献出版社2007年版，第74页。

[36] 参见关键主编：《技术合同》，北京，中国民主法制出版社2003年版，第234页。

[37] 但不包括职业培训、文化学习和按照行业、法人或者其他组织的计划进行的职工业余教育。

[38] 关于这一点的讨论，参见崔建远：《技术合同的立法论》，载《广东社会科学》2018年第1期，第242-243页。

[39] 最高人民法院经济审判庭编著：《合同法释解与适用》，北京，新华出版社1999年版，第1787-1789页。

[40] 代表性的案例，如“云南云电同方科技有限公司、深圳市爱德曼思科技有限公

司技术服务合同纠纷”，云南省高级人民法院（2018）云民终25号民事判决书。

[41] 参见王利明：《合同法》，北京，中国人民大学出版社2015年版，第447页。

[42] 例如，“争议标的的数额”“法官是否支持原告的法律解释主张”“判决支持或者驳回原告主张的主要理由”“判决赔偿的金额”“法院支持或者驳回原告请求之比例与原告诉讼动力之变化的相关性”等。

[43] 在一起案例中，受托人与委托人签订了利用现有热回收焦炉研制生产型焦的“技术服务协议”。合同签订后，受托人向委托人提供了《研制“方型铸造焦”可行性方案》。受托人于2009年1月9日向国家知识产权局申请取得了“用焦炉生产铸造型焦的方法及型焦原料块”的发明专利，并于2009年3月离开委托人处。委托人后来主张，受托人提供的是公知的技术，且提供的技术、方案、实验均失败，最终未能生产出符合协议约定的型焦产品，没有达到合同目的，因此需要承担“免收报酬”的违约责任。委托人在庭审中建议受托人使用其提供的技术及利用该公司机器设备生产涉案产品，以证明其提供技术的可行性，但是受托人表示现有证据能够认定此事实，认为没有必要做。法院审理后认为，双方约定的技术服务费高达60万元，说明研制技术服务产品的质量是“技术服务协议”中的关键内容；型焦产品的质量不仅直接关系到其经济价值和使用价值，还直接关系到该企业的竞争与发展。受托人作为焦化工程师和技术方案的提供者，应当按照法律规定以及协议约定，在该关键阶段为委托人提供技术服务，包括解决技术问题，保证工作质量，并传授解决技术问题的知识等合同义务。但是，受托人于2009年3月自行离开了委托人的单位，其不但未能提供相应的证据证明离开该公司时的产品研制情况，而且未能证明其履行合同义务情况。法院综合以上事实，最后认定受托人在无证据证明其按协议约定完成服务工作的情况下，应承担免收报酬的违约责任。参见“林鸣秋诉山西明源集团沁泽焦化有限公司技术合同纠纷案”，山西省高级人民法院（2015）晋民终字第178号民事判决书。

[44] 黄建中：《合同法则重点疑点难点问题判解研究》，北京，人民法院出版社2006年版，第601页。

[45] 职务性成果的财产权除外，即主要归属于所在单位。这主要是因为单位提供了物质条件，且为工作人员支付了工资。

第二十一章 保管合同

本章主要依据《合同法》第十九章“保管合同”相关条文修改而成，围绕保管合同法律关系的主要内容，对保管合同的定义、成立、有偿和无偿、保管凭证、保管人和寄存人的权利义务、第三人保管和对保管物的权利主张、贵重物品寄存、保管物领取、保管物返还、保管费用支付期限和保管人的留置权进行了规定。

整体而言，《民法典》合同编第二十一章“保管合同”基本承袭了《合同法》第十九章“保管合同”的相关规定，除新增少数实体规则外，主要是立法语言或表达等文字方面的修改和完善。主要修改内容如下：第一，在保管合同定义处新增特定场所存放物品法律性质不明情形下“视为保管”的法律拟制规则，以回应司法实践纠纷和统一法律适用；第二，增加无偿保管合同中保管人承担保管物毁损、灭失责任的免责事由，保管人“证明自己没有故意或者重大过失”即可免责而不仅限于“没有重大过失”，扩大了免责适用范围；第三，完善了保管人行使留置权的构成要件，寄存人未按照约定支付保管费或者其他费用，满足前述条件之一而非全部的，保管人就可对保管物行使留置权；第四，其他语言文字方面的修改，如将“给付保管凭证”修改为“出具保管凭证”，“但”修改为“但是”，“保管期间”修改为“保管期限”等。

保管合同是传统的民事合同，与民事主体日常生活和经济发展密切相关，具备典型性和普遍性，属于我国合同法和民法学研究中的有名合同。保管合同的相关规则较为完整清晰，学说和司法实践争议较少，民法典整体承继了合同法的规定，改动幅度不大，体现了立法的延续性，便于司法裁判。

第八百八十八条

保管合同是保管人保管寄存人交付的保管物，并返还该物的合同。

寄存人到保管人处从事购物、就餐、住宿等活动，将物品存放在指定场所的，视为保管，但是当事人另有约定或者另有交易习惯的除外。

本条主旨

本条是关于保管合同定义和保管法律关系拟制的规定。

相关条文

《合同法》第365条 保管合同是保管人保管寄存人交付的保管物，并返还该物的合同。

理解与适用

本条是在《合同法》第365条的基础上修改而成的，本条在保管合同定义条款的基础上，新增特定场所下存放物品视为保管的规定作为第2款。民法上，保管合同又称寄存合同或寄托合同，是指经双方当事人协商一致，约定由一方当事人替另一方保管交付的物品并按期返还该物的合同。“保管合同始自罗马法。罗马法把寄托分为通常寄托与变例寄托。通常寄托是指受寄人应于合同期满后将受托保管的原物返还寄托人，而变例寄托是指受寄人得返还同种类、品质、数量之物，包括金钱寄托、讼争物寄托及危难寄托。”^[1]本条第1款规定：“保管合同是保管人保管寄存人交付的保管物，并返还该物的合同。”根据该定义，保管合同双方当事人包括保管人（保管物品的一方，又称受寄人）和寄存人（交付保管物品的一方，又称寄托人），交付保管的物品称为保管物。

一、保管合同的法律性质

首先，保管合同属于双方法律行为，保管合同需要保管人和寄存人就物品保管的意思表示达成一致；其次，保管合同是实践合同，除双方当事人意思表示一致外，寄存人将保管物交付保管人是保管合同的成立要件；再次，保管合同以保管物品为目的，通常而言，保管指占有有保管物并维持原状，不包括对保管物进行改良、利用和处分，除消费保管合同外不发生保管物所有权的转移变动^[2]；复次，保管合同为不要式合同，双方当事人无须采用特定形式订立保管合同；最后，根据不同的合同内容，保管合同既可以是有偿合同、双务合同，也可以是无偿合同、单务合同。

二、保管物的种类

保管合同的标的物为保管物，问题在于，保管物是否仅限于动产，保管物的外延直接决定了保管合同制度的适用范围。在比较法上，主要有两种立法模式：第一，以德国、意大利为代表的单一模式

规定保管物仅限于动产，《德国民法典》第688条规定：“根据保管合同，保管人负有保管存放人所交付的动产的义务。”《意大利民法典》第1766条规定：“寄托是一方接受他方的某个动产，负责保管并返还的契约。”第二，以日本和我国台湾地区为代表的双重模式规定，保管物包括动产与不动产，《日本民法典》第657条规定：“寄托，因当事人一方约定为相对人保管而受取某物，而发生效力。”我国台湾地区“民法”第589条第1款规定：“称寄托者，谓当事人一方以物交付他方，他方允为保管之契约。”其立法理由谓“寄托之标的物，是否以动产为限，抑无论动产及不动产皆可寄托，各国立法例未能一致，本法则认动产不动产皆可寄托之标的物”^[3]。我国《民法典》就保管物的种类并未进行限制，且第115条第一句规定：“物包括不动产和动产。”因此，就解释而言，本条的保管物不应限于动产。

三、保管合同的实践争议

司法裁判中，与保管合同有关的争议集中于：在停车场、超市等特定场所存放车辆或其他物品受损后，双方当事人之间形成何种法律关系的法律定性方面。民法典在合同编就该问题进行了专门规定。实践中，就停车场车辆保管形成的法律关系存在保管合同、场地租赁合同及消费服务合同的附随义务等三种性质的关系^[4]，而超市自助寄存也存在保管合同、借用合同或租赁合同之争，司法裁判结果差异明显。

酒店住客入住后，在酒店保安引导下将车辆停放于酒店停车场，酒店疏于保管致使车辆被盗，酒店方是否应赔偿住客损失？四川省乐山市中院认为，乘客按照工作人员指示将车辆停放在指定位置，实际上是作出将车辆交付给停车场保管的要约。而停车场收取停车费的行为表示其愿意接受该要约，因此双方构成有偿保管合同关系。^[5]但在另一起案情高度相似的案件中，甘肃省高院则认为，保管合同的成立既需要合同双方一致的意思表示，也需要保管物的交付。虽然住客在酒店保安的指引下将车驶入停车位，但这一行为并不代表酒店接收保管物的法律行为。因住客未提出保管车辆的要求也并未交付车辆控制权，酒店停车场也未收取停车费或作出承诺保管车辆的表示，双方不成立保管合同关系，酒店不存在保管义务，也无须赔偿住客损失。^[6]消费者将个人财物存入超市门口自助存包柜后，存包柜内物品被盗，消费者主张双方构成保管合同关系，超市应当赔偿消费者损失。法院并未支持消费者的主张，消费者仅借助使用自助寄存柜继续实现对自己物品的控制和占有，未发生保管物的转移占有，故超市与消费者之间不形成保管合同，仅形成借用合同。^[7]

本条第2款为新增条款，“寄存人到保管人处从事购物、就餐、住

宿等活动，将物品存放在指定场所的，视为保管，但是当事人另有约定或者另有交易习惯的除外”，将购物、就餐、住宿等特定情形下发生的物品保管行为认定为“保管”，实质上确立了特定场所存放物品合同法律性质不明情形下法律拟制为保管合同的规则。该规则在平衡双方利益和风险的基础上，旨在通过立法明晰法律规则，统一法律适用，减少司法争议。“增强对消费者权益的保护，是现代各国民法立法和司法实践之潮流”^[8]，将上述争议合同认定为保管合同，有助于增强对消费者权益的保护，促使特定场所的管理人履行对他人财产安全的注意义务，即“场所主人之责任”^[9]。此外，本条也通过“当事人另有约定或者另有交易习惯的除外”的但书条款，作为法律拟制的例外，以尊重私法自治和更好地平衡个案利益。

第八百八十九条

寄存人应当按照约定向保管人支付保管费。

当事人对保管费没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，视为无偿保管。

本条主旨

本条是关于保管合同费用的规定。

相关条文

《合同法》第366条 寄存人应当按照约定向保管人支付保管费。当事人对保管费没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，保管是无偿的。

理解与适用

本条是在《合同法》第366条的基础上修改而成的，《民法典》对《合同法》的内容进行了立法表达上的完善，将“依照本法”修改为“依据本法”，将“保管是无偿的”修改为“视为无偿保管”，提升了立法语言的准确性、规范性。本条第1款规定，“寄存人应当按照约定向保管人支付保管费”，表明保管合同既可以有偿也可以无偿，取决于双方当事人之间的约定。该款确定了有偿保管合同中寄存人的费用支

付义务，在有偿保管情形下，保管合同构成双务合同，保管人应当履行保管交付物的义务，而寄存人应当按照约定对待给付，即向保管人支付保管费。

保管合同当事人就保管费用没有约定或者约定不明确的，应当首先依据《民法典》第510条的规定进行确定，该条规定：“合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同相关条款或者交易习惯确定。”具体而言，保管费用属于对合同报酬内容没有约定或者约定不明确的，民法典尊重当事人的意思自治，双方当事人可以就保管费用的实际数额、支付方式、支付期限等内容进行协商，达成补充协议。不能达成补充协议的，则应当按照保管合同的相关条款或者交易习惯确定，即通过对合同的相关条款进行体系解释，探求保管合同约定的权利义务内容或参照交易习惯进行具体确定。在一起案件中，法院认为，原被告双方形成事实上的保管合同关系，合同生效。因双方未签订书面合同，未约定保管费的具体数额，原告的保管费应当参照案涉货场所在地停车收费标准确定。

依据《民法典》第510条的规定仍然无法确定保管费用的，视为无偿合同，此时法律拟制该保管合同为“无偿合同”。主要原因在于，“保管合同主要是社会成员之间相互提供帮助或服务部门向社会提供服务的一种方式，这种保管合同在现实生活中多是无偿的”，并且“从传统上看，罗马法将保管合同规定为无偿合同。在近现代西方国家的民事立法上一般也规定保管合同以无偿为原则，以有偿为补充”^[10]。一般而言，保管合同作为传统民事合同，与商事合同的营利性有明显区别，保管合同当事人就保管费用没有约定或者约定不明确且通过其他规定也无法确定的，法律将其拟制为无偿合同，不仅契合保管合同的民事属性，且与其他比较法制度相一致，符合主流立法习惯。实践中有法院认为，原告完成维修工作后，被告未提走车辆，发生了原告对其轿车进行保管的事实。双方对保管费没有约定，未能就保管费问题达成补充协议，也没有相关合同条款可供参照，原告又未能举证说明存在相关交易习惯，且被告未提车的行为没有增加原告负担的恶意，被告无须支付保管费用。^[11]

第八百九十条

保管合同自保管物交付时成立，但是当事人另有约定的除外。

本条主旨

本条是关于保管合同成立的规定。

相关条文

《合同法》第367条 保管合同自保管物交付时成立，但当事人另有约定的除外。

理解与适用

本条是在《合同法》第367条的基础上修改而成，与《合同法》相比，本条并无实质性内容修改，只是完善了立法语言的表达，将“但当事人另有约定的除外”修改为“但是当事人另有约定的除外”。

本条规定是对保管合同属于“实践合同”的宣示，保管合同的成立，不仅需要双方当事人就形成物品保管的意思表示达成一致，而且需要寄存人将保管物交付保管人，寄存人交付保管物是保管合同成立的要件。同时，本条明确了保管合同的成立时间，保管合同自保管物交付时成立。实践合同与诺成合同的区分最早可追溯至罗马法。与债的发生根据一样，罗马法中的契约可以细分为四类：实物契约、口头契约、文书契约与合意契约。实物契约通过物的交付而成立，实施物的交付是双方当事人合意的意思表示。^[12]基于合同自由原则，近现代民法通常不对合同形式或类型作强制性规定，多数合同尊重当事人的意思自治，双方达成合意即可成立，实践合同已属特殊合同。^[13]目前，大陆法系国家主要将保管合同规定为实践合同，《德国民法典》《法国民法典》《日本民法典》《意大利民法典》等对保管合同的定义均强调寄存人对保管物的“交付”。实践中，法院也认为保管合同自保管物交付时成立，双方在订立保管合同之时具有形成有偿保管合同的意思表示，车主事后是否实际缴纳停车费并不影响双方订立合同之时的真实意思表示，双方之间仍为有偿的保管合同关系。^[14]保管合同中，双方意思表示一致，保管物的交付，事实上就成立了保管合同关系。^[15]保管物的“交付”一般包括直接交付和间接交付中的简易交付，至于占有改定和指示交付等方式能否构成保管物的交付，学界存在不同见解。^[16]

保管合同自保管物交付时成立，但是当事人另有约定的除外。本条的但书条款进一步贯彻了合同当事人的私法自治原则，当事人可以通过约定排除“保管合同自保管物交付时成立”的适用，重新约定保管合同的成立时间。在有偿保管合同中，保管合同可以自合同签订时成立并生效，双方当事人应当按照约定履行义务，保管人拒绝保管交付

的物品时，寄存人有权要求其继续履行合同；寄存人未交付保管物，未履行保管合同时，保管人有权追究寄存人的违约责任。也有学者对实践合同制度提出批判性意见，认为“要物合同制度无充分的正当性根据，现行法上的要物性规定亦无明确、可靠的学理基础，在解释论层面上，为去除要物合同制度的弊端，应当在适用相关条文时做目的性限缩，将自然人间的有偿保管等合同排除在适用范围之外”^[17]。

■ 第八百九十一条

寄存人向保管人交付保管物的，保管人应当出具保管凭证，但是另有交易习惯的除外。

本条主旨

本条是关于保管人出具保管凭证的规定。

相关条文

《合同法》第368条 寄存人向保管人交付保管物的，保管人应当给付保管凭证，但另有交易习惯的除外。

理解与适用

本条是在《合同法》第368条的基础上修改而成的，与《合同法》相比，本条并无实质性内容修改，主要规范了立法表达，将“给付保管凭证”修改为“出具保管凭证”，将“但另有交易习惯的除外”修改为“但是另有交易习惯的除外”。

寄存人向保管人交付保管物的，保管人应当出具保管凭证。本条规定了保管合同中保管人出具保管凭证的义务，同时，但书规定另有交易习惯的除外，即在交易实践中存在不出具保管凭证习惯的，依照该习惯，保管人可免除前述出具保管凭证的合同义务。基于合同法主要是任意法的性质，解释上当然允许保管合同当事人对不出具保管凭证进行特别约定，该约定有效。

保管合同是典型的实践合同，除当事人另有约定外，保管合同自保管物交付时成立。同时，保管合同为非要式合同，法律不要求其采

取特定方式订立。保管人出具保管凭证不是保管合同成立的形式要件，是否给付保管凭证不影响保管合同的成立。在一起车辆保管案件中，法院认为，是否交纳保管费并非保管合同成立的前提条件，给付保管凭证系保管人依法应承担的义务，亦非保管合同成立的前提条件。且根据双方以往的交易习惯，停车保管无须给付保管凭证，故不给付保管凭证不影响保管合同的成立。^[18]

尽管保管凭证并非合同成立的要件，但该凭证本身具有一定的现实生活和法律意义。首先，保管凭证是寄存人交付保管物且保管人已接收保管物的证明，得以佐证保管合同的成立；其次，保管凭证可以在一定程度上证明保管人对保管物的验收和确认，证实保管物寄存的原初状态；最后，鉴于保管合同的非要式性，现实生活中多数情况下缺少书面协议，保管凭证对确定合同内容和双方权利义务关系有重要作用，是保管合同的重要载体，也是当事人履行义务和纠纷发生时裁判的依据。为避免可能的法律风险，保管凭证可以参照《民法典》第470关于合同内容的规定，记载保管合同当事人的基本信息，保管物的名称、性质、数量、质量，保管时间、地点、要求，保管费用，违约责任等基本事项。

第八百九十二条

保管人应当妥善保管保管物。

当事人可以约定保管场所或者方法。除紧急情况或者为维护寄存人利益外，不得擅自改变保管场所或者方法。

本条主旨

本条是关于保管人履行妥善保管保管物义务的规定。

相关条文

《合同法》第369条 保管人应当妥善保管保管物。当事人可以约定保管场所或者方法。除紧急情况或者为了维护寄存人利益的以外，不得擅自改变保管场所或者方法。

理解与适用

本条是在《合同法》第369条的基础上修改而成的，与《合同法》相比，本条并无实质性内容修改，只是完善了立法语言的简洁性，将“除紧急情况或者为了维护寄存人利益的以外”修改为“除紧急情况或者为维护寄存人利益外”。

保管合同以物品的保管为直接和主要目的，因而妥善保管保管物是保管人应当履行的主要义务，该义务不因保管合同的有偿与否而免除，只是对义务的履行标准或注意义务标准存在影响。

“传统民法理论根据程度的不同确立了三种不同的注意标准：一为普通人的注意，欠缺普通人的注意即为重大过失。二为与处理自己事务为同一的注意，违反此种注意义务，即为具体轻过失，也称主观的轻过失。三为善良管理人的注意，违反此种义务即为抽象的轻过失，也称客观的轻过失。近代民法倾向以债务人对抽象的轻过失负责为原则，对具体的轻过失或重大过失负责为例外。”^[19]就比较法而言，各个国家和地区通常以保管合同是否有偿为标准，对保管人规定不同程度的保管义务，即区分有偿合同和无偿合同中保管人的注意义务。在有偿合同中，保管人一般应尽善良管理人的注意义务，承担更重的合同义务，而无偿保管人只需要尽与处理自己事务同一的注意义务。例如，原告将货物送至被告经营的冷库进行冷藏保管，被告为此收取一定费用，后原告于保管期间发现货物已变质，要求被告赔偿损失。原告主张双方构成保管合同关系，被告主张双方构成租赁合同关系。法院认为双方构成保管合同关系，保管人未尽到妥善保管义务致使货物毁损的，应当承担赔偿责任。^[20]本案中，因保管合同的有偿性，被告则应当承担较高的保管义务。

前述区分主要考虑到了民法中的公平原则，应根据不同的利益和风险情况，合理确定当事人之间的权利义务，《民法典》第6条明确规定：“民事主体从事民事活动，应当遵循公平原则，合理确定各方的权利和义务。”鉴于现代商业经济的复杂性，为保护消费者的利益，不应拘泥于以是否直接给付保管费作为判断保管合同有偿与否的标准，同时应当注意到特定场合下保管合同所具有的间接有偿性，如营业场所对顾客的物品寄存，在此情形下，保管人都应尽善良管理人的注意。^[21]

本条第2款是关于保管合同当事人对保管场所或者方法进行约定的规定。保管场所或者保管方法是保管合同的主要内容之一，当事人可以根据保管物的性质和寄存人的特别要求对保管场所和保管方法进行特别约定，该约定具有优先效力，当事人应当遵守，《民法典》第509条第1款规定：“当事人应当按照约定全面履行自己的义务。”在当事人有约定的情况下，除紧急情况或者为维护寄存人利益外，保管人

不得擅自改变保管场所或者方法。此处的紧急情况，主要是指保管物因其他原因可能发生毁损、灭失的风险，而为维护寄存人利益也应作类似的解释，一般不包括保管物的改良、利用甚至处分。当事人对保管场所或者保管方法没有约定的，保管人应按照有利于保管物保存的合理方式保管，并可参照《民法典》第509条第2款和第3款的规定保管保管物：“当事人应当遵循诚信原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。当事人在履行合同过程中，应当避免浪费资源、污染环境和破坏生态。”

■ 第八百九十三条

寄存人交付的保管物有瑕疵或者根据保管物的性质需要采取特殊保管措施的，寄存人应当将有关情况告知保管人。寄存人未告知，致使保管物受损失的，保管人不承担赔偿责任；保管人因此受损失的，除保管人知道或者应当知道且未采取补救措施外，寄存人应当承担赔偿责任。

本条主旨

本条是关于寄存人特殊告知义务的规定。

相关条文

《合同法》第370条 寄存人交付的保管物有瑕疵或者按照保管物的性质需要采取特殊保管措施的，寄存人应当将有关情况告知保管人。寄存人未告知，致使保管物受损失的，保管人不承担损害赔偿责任；保管人因此受损失的，除保管人知道或者应当知道并且未采取补救措施的以外，寄存人应当承担损害赔偿责任。

理解与适用

本条是在《合同法》第370条的基础上修改而成的，与《合同法》相比，本条并无实质性变化，主要是进行了文字方面的表达完善，将“按照保管物的性质需要采取特殊保管措施的”修改为“根据保管物的性质需要采取特殊保管措施的”，将“除保管人知道或者应当知道并且未采取补救措施的以外”修改为“除保管人知道或者应当知道且未采取补救措施外”，将“损害赔偿责任”修改为“赔偿责任”。

本条规定了寄存人的特殊告知义务，包括两个部分。第一句明确了寄存人就保管物的特殊情况应当向保管人进行告知的法定义务。保管物的特殊情况包括保管物有瑕疵和根据保管物的性质需要采取特殊保管措施两种情形。保管物有瑕疵，是指保管物的品质、效用或价值存在缺陷，如保管的衣物为被污染之物，保管人因此患病。^[22]根据保管物的性质需要采取特殊保管措施，是指保管物存在易燃、易爆、易碎、易腐、有毒、放射性等不同于一般物品的特征，需要采取特殊的方法进行保管，如海鲜、水果等食物需要低温保藏。

本条第二句规定了寄存人未履行特殊告知义务造成损失的责任承担问题。寄存人违反告知义务造成保管物损失的，由寄存人自己承担责任，保管人不承担赔偿责任，此时保管物的损失完全是因为寄存人自己的过错，保管人未违反合同义务。寄存人违反告知义务造成保管人损失的，亦可归责于寄存人的瑕疵履行，此时由寄存人承担赔偿责任无可厚非。在一起车辆保管案件中，法院认为当事人应当预料到涉案车辆因债务纠纷随时可能会被他人强行开走，其在将车辆交付停车场进行保管时，应当就车辆的相关情况告知停车场，并告知停车场对涉案车辆采取特殊的保管措施。但其未履行告知义务导致车辆被开走，停车场对此事件无法预料也无法控制，因此停车场无须承担赔偿责任。^[23]

同时，本条规定了寄存人的免责事由，即使寄存人违反告知义务造成保管人损失，若保管人知道或者应当知道且未采取补救措施，寄存人不承担责任。原因在于，保管人已经知道保管物存在瑕疵或其他不合理的风险，仍怠于采取相应的补救措施，以避免损害的发生或扩大，保管人的该行为有违民法的诚实信用原则。也有法院认为，合同双方应根据过错分担损失，在一起保管合同中，原告明知涉案红枣对贮藏温度的要求较高，却未在储存前将红枣的性质及保管方法告知被告，故原告自身对红枣霉烂变质存在重大过错，承担主要责任。被告因未将其冷库温度等贮藏环境条件告知原告，亦存在一定过失，被告对原告损失仅需承担10%的责任。^[24]

■ 第八百九十四条

保管人不得将保管物转交第三人保管，但是当事人另有约定的除外。

保管人违反前款规定，将保管物转交第三人保管，造成保管物损失的，应当承担赔偿责任。

本条主旨

本条是关于保管人亲自保管义务的规定。

相关条文

《合同法》第371条 保管人不得将保管物转交第三人保管，但当事人另有约定的除外。保管人违反前款规定，将保管物转交第三人保管，对保管物造成损失的，应当承担损害赔偿责任。

理解与适用

本条是在《合同法》第371条的基础上修改而成的，与《合同法》相比，本条并无实质性变化，主要进行了法律文字方面的修改，将“但当事人另有约定的除外”修改为“但是当事人另有约定的除外”，将“对保管物造成损失的”修改为“造成保管物损失的”，将“损害赔偿责任”修改为“赔偿责任”。

除当事人另有约定外，保管人不得将保管物转交第三人保管。本条确立了保管合同中保管人亲自保管保管物的义务。传统民法上，保管合同属无偿合同，双方当事人通常基于相互之间的信任关系而进行保管，体现的是市民社会公民之间的互助精神。从此种意义上讲，传统的保管合同具有某种人身性质的色彩。这里的亲自保管，并不限于保管人自己，利用履行辅助人进行保管应当属于“亲自保管”的范畴。因此，保管人不得将保管物转交第三人保管，这里的“第三人”在解释上不应包括履行辅助人。^[25]但是，履行辅助人在保管过程中造成保管物损失的，保管人应当向寄存人承担赔偿责任。

“但是当事人另有约定的除外”表明，经保管人和寄存人协商一致，保管人可以将保管物交给第三人保管，学说上称之为“合法转保管”，该第三人为“次保管人”。我国《民法典》仅规定了“当事人约定”这一种合法转保管的情形，比较法上的立法往往还规定了免除保管人亲自保管义务的其他情形。如我国台湾地区“民法”第592条规定：“受寄人应自己保管寄托物。但经寄托人之同意或另有习惯或有不得已之事由者，得使第三人代为保管。”除了当事人约定或同意，交易习惯和不得已之事由也是转委托的合法情形。《民法典》第892条第2款后句规定：“除紧急情况或者为维护寄存人利益外，不得擅自改变保管场所或者方法。”解释上，本条关于转保管的规定，在“紧急情况或者为维护寄存人利益外”的情形下，似有扩大解释或类推适用

的可能性。

在转保管的情形下，保管物毁损灭失的，保管人如何承担责任需要根据具体情况分析。一般认为，在合法转保管的情形下，由于征得寄存人的同意，原则上保管人不直接承担保管物的损失责任，除非保管人对第三人存在选任或指示上的过失。^[26]我国台湾地区“民法”第593条第2款也采此种规制路径：“受寄人依前条之规定，使第三人代为保管者，仅就第三人之选任及其对于第三人所为之指示，负其责任。”在违法转保管的情形下，保管人未取得寄存人同意，将保管物擅自转交第三人保管，保管人明显违反亲自保管的合同义务，有法院认为，保管人擅自将寄存人委托保管的货物转移给第三方，侵犯了原告的合法权益，应当予以返还。^[27]由于寄存人与转保管人不存在合同关系，寄存人原则上无法直接向次保管人求偿。

第八百九十五条

保管人不得使用或者许可第三人使用保管物，但是当事人另有约定的除外。

本条主旨

本条是关于保管人不得使用或者许可第三人使用保管物的规定。

相关条文

《合同法》第372条 保管人不得使用或者许可第三人使用保管物，但当事人另有约定的除外。

理解与适用

本条是在《合同法》第372条的基础上修改而成的，与《合同法》相比，本条并无实质性变化，只是完善了立法的语言表达，将“但当事人另有约定的除外”修改为“但是当事人另有约定的除外”。

本条确立了保管人对保管物的禁止使用义务，除当事人另有约定外，保管人既不得自己使用保管物，也不得许可第三人使用保管物，这里的第三人当然包括履行辅助人。原因在于，保管合同的目的是对

物品进行保管而非管理，不包括对保管物的使用、改良甚至处分，其旨在维持保管物的原有状态。对保管物的使用，一定程度上会减损其自身价值、功效或使用寿命，增加保管物毁损灭失的风险，因此原则上禁止使用保管物。但是，若基于保管物的特殊性质，对保管物进行必要的使用才能有效或合理履行保管义务以维持保管物的应有状态的，即使未经寄存人同意，保管人亦不构成违约，如定期发动汽车防止发动机故障，对保管的牛羊进行适当放牧等。前述“使用”行为本身就构成合理的保管，属于保管合同内容的一部分。

本条从结构上看，属于不完整法条，只规定了行为模式要件，缺少必要的法律后果。未经当事人同意擅自使用保管物的，构成合同义务的违反，寄存人有权要求保管人承担违约责任，造成保管物损失的，可以要求其赔偿损失。在一起车辆保管案件中，酒店工作人员在履行保管车辆的职务过程中，未经原告同意，私自将原告停放的车辆开出使用，后导致该车辆毁损，原告请求被告承担车辆修理费。法院经审理认为，双方之间形成车辆保管合同关系。在保管合同履行期间，保管人员将寄存的车辆开出使用并造成损害，酒店违反保管合同义务，依法应当承担赔偿责任。^[28]同时，保管人擅自使用他人之物取得利益的，可构成不当得利，寄存人有权要求返还该利益或支付使用费用。经当事人同意使用保管物的，就合理的物之减损，原则上保管人不承担责任，而对于其他损失，则应当承担责任。

■ 第八百九十六条

第三人对保管物主张权利的，除依法对保管物采取保全或者执行措施外，保管人应当履行向寄存人返还保管物的义务。

第三人对保管人提起诉讼或者对保管物申请扣押的，保管人应当及时通知寄存人。

本条主旨

本条是关于保管人返还保管物和危险通知义务的规定。

相关条文

《合同法》第373条 第三人对保管物主张权利的，除依法对保管物采取保全或者执行的以外，保管人应当履行向寄存人返还保管物

的义务。第三人对保管人提起诉讼或者对保管物申请扣押的，保管人应当及时通知寄存人。

理解与适用

本条是在《合同法》第373条的基础上修改而成的，与《合同法》相比，本条并无实质性变化，只是进行了立法表达的完善，将“除依法对保管物采取保全或者执行的以外”修改为“除依法对保管物采取保全或者执行措施外”。

保管合同是以转移保管物的占有而非所有权来对保管物进行保管的合同，因此保管期限届满或出现其他事由时，保管人应当履行向寄存人返还保管物的义务。基于对占有事实的合理信赖，保管人有理由相信寄存人对保管物享有所有权或处于有权占有的地位，保管合同的成立不要求保管人明晰保管物的真实权利状态，这不会不合理加重保管人的审查义务。因此，存在第三人对保管物主张权利的可能性。由于合同的相对性和保管保管物的主要合同义务，即使第三人对保管物主张权利，保管人亦负有向寄存人返还保管物的义务，除非第三人已通过法定程序，依法对保管物采取了保全或者执行措施，包括对保管物进行查封、扣押、冻结、封存或者拍卖等。当保管物因案外人主张权利，被其他法院裁定查封时，保管人在法律上存在向寄存人交付货物的障碍；货物被其他法院查封后，保管人已经履行了向寄存人告知义务的，此时货物不能交付并非保管人自身原因所致，因此保管人不承担责任。^[29]

第三人对保管人提起诉讼或者对保管物申请扣押的，保管人应当及时通知寄存人，本条第2款规定了保管合同中保管人的危险通知义务。这里的危险，是指保管物罹于诉讼的情形。^[30]危险通知义务，是指当第三人对保管人提起诉讼就保管物主张权利，或者对保管物申请扣押时，保管人应当将上述可能危及保管物的情况及时通知寄存人。寄存人将保管物交付保管人保管时，可能无法直接了解保管物的当前状态，当第三人通过诉讼程序主张对保管物的权利时，若保管人不及时通知寄存人参与诉讼或采取其他合理措施，寄存人的权益就会受损。该危险通知义务是基于诚实信用原则产生的合理附随义务，即根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密的义务等。因此，保管人未及时履行危险通知义务，给寄存人造成损失的，保管人应当承担赔偿责任。

保管期内，因保管人保管不善造成保管物毁损、灭失的，保管人应当承担赔偿责任。但是，无偿保管人证明自己没有故意或者重大过失的，不承担赔偿责任。

本条主旨

本条是关于保管物毁损、灭失时保管人赔偿责任的规定。

相关条文

《合同法》第374条 保管期间，因保管人保管不善造成保管物毁损、灭失的，保管人应当承担损害赔偿责任，但保管是无偿的，保管人证明自己没有重大过失的，不承担损害赔偿责任。

理解与适用

本条是在《合同法》第374条的基础上修改而成的，与《合同法》相比，《民法典》对前述条文进行了两方面的修改与完善。一是实质内容的修改，增加了保管物毁损、灭失时，无偿保管人“证明自己没有故意”的免责事由；二是形式方面的修改，提升了立法语言的准确性和规范性，将“保管期间”修改为“保管期内”，将“但”修改为“但是”，将“损害赔偿责任”修改为“赔偿责任”。

《民法典》第892条第1款明确规定：“保管人应当妥善保管保管物。”这确立了保管人对保管物进行妥善保管的义务，以实现保管合同之保管目的。保管人未尽妥善保管义务，造成保管物毁损、灭失的，保管人应当承担赔偿责任，只是该保管合同有偿与否会对保管人的责任负担大小有影响。最高人民法院认为，当委托人明知保管人并非具有专业保管知识能力的企业，双方约定的保管费用又仅为一般看管责任所对应的数额较低的“场地保管费”，此时让保管人承担全部责任，有违民法中的公平原则。^[31]

本条是按照以有偿为原则、以无效为例外的立场规定保管人的赔偿责任的。^[32]在有偿合同情形下，保管人承担较为严格的责任，在保管期内，只要保管人保管不善造成保管物毁损、灭失，就应当承担赔偿责任。当然保管人并非承担绝对责任，其可以援引合同的法定免责事由，如不可抗力，《民法典》第590条第1款前句规定：“当事人一方因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全

部免除责任，但是法律另有规定的除外。”在一起案件中，法院认为寄存人与保管人成立保管合同，因预报的自然灾害远超预期而导致保管物受损的，如保管人已采取必要措施减轻损害后果，则对保管物的损失部分不承担赔偿责任。若事后当事人双方均未采取任何减损措施，以致损失扩大的，双方均有过错，应平均负担该部分损失。^[33]除此之外，《民法典》第917条规定：“储存期内，因保管不善造成仓储物毁损、灭失的，保管人应当承担赔偿责任。因仓储物本身的自然性质、包装不符合约定或者超过有效储存期造成仓储物变质、损坏的，保管人不承担赔偿责任。”仓储合同性质上属于广义上的保管合同，因此，前述规定在有偿保管合同中有类推适用的空间。

在合同无偿的情形下，《合同法》规定“保管人证明自己没有重大过失的，不承担损害赔偿责任”（第374条）。显然，考虑到无偿保管合同的非营利性和社会互助性，不宜苛责保管人过高的保管义务，只有当保管人有重大过失的情形下才承担责任。同时，根据举轻以明重的解释规则，既然无偿保管人在重大过失的情形下都需要承担赔偿责任，当其故意造成保管物毁损、灭失的，当然也应该承担责任。鉴于此，《民法典》将无偿保管人承担责任的情形明确为故意或重大过失。解释上，无偿保管人若要免除保管物的损失责任，应当证明自己没有故意或者重大过失。

■ 第八百九十八条

寄存人寄存货币、有价证券或者其他贵重物品的，应当向保管人声明，由保管人验收或者封存；寄存人未声明的，该物品毁损、灭失后，保管人可以按照一般物品予以赔偿。

本条主旨

本条是关于寄存人贵重物品声明义务的规定。

相关条文

《合同法》第375条 寄存人寄存货币、有价证券或者其他贵重物品的，应当向保管人声明，由保管人验收或者封存。寄存人未声明的，该物品毁损、灭失后，保管人可以按照一般物品予以赔偿。

理解与适用

本条源自《合同法》第375条，与《合同法》相比，本条无实质变化，只是对标点符号进行了适当修改，明晰了本规定的逻辑层次。

根据保管物的性质，保管物可以分为贵重物品和一般物品两类，前者是指货币、有价证券、珠宝等具有较高功效和社会价值的物品，后者是指不具有高价值的其他一般物品。保管物价值的区分具有相当的合同意义，在保管合同中，寄托人将被保管物的名称、数量、状态等告知保管人，有助于明确责任划分，保管人也可以根据被保管物的特点采取相应保管措施，保管人还可以根据被保管物的价值高调整收费标准以体现风险的合理承担。^[34]保管人应当妥善保管保管物，保管物价值的高低，直接决定了保管人履行保管义务的程度。就高价值物品而言，由于其本身的社会价值，因而被盗或毁损的高额赔偿极易发生，这就要求保管人采取高标准的保管措施或存放于特定的保管场所。由于保管物归属于寄存人或主要处于其控制之下，若寄存人不对该物品的价值进行声明，保管人则无法对保管物进行确认以决定采取何种保管措施。因此，本条第1款明确了寄存人寄存贵重物品的声明义务，以便保管人验收或者封存。

寄存人履行前述规定的贵重物品声明义务的，保管人对保管物的性质已经知悉，应当按照合同约定或根据保管物的性质、行业习惯等，依据诚信原则履行保管义务，未尽妥善保管义务的，则应当根据实际损失承担赔偿责任。反之，寄存人未声明的，由于保管人无法知悉保管物的价值等真实状态，不可能进行验收进而采取特殊的保管措施。同时在正常交易状态下，保管费用往往与保管物的价值或风险挂钩，保管物损失的，若按照原价值赔偿，会产生诸多问题：一方面，由于保管人未对该高价值物品进行确认，保管物遗失时，会产生证明难的问题，实践中有法院以现有证据不足以证明贵重物品的存在为由，对原告要求赔偿相机、手机、眼镜及现金的诉讼请求不予支持。也有法院直接以原被告之间没有就该贵重物品形成保管合同关系为由，认为被告对该部分财物没有保管义务，因被盗而产生的损失不应由被告承担赔偿责任。^[35]另一方面，按照保管物的原价值赔偿，与保管费用差距较大，使保管人承担更大的交易风险，有悖民法的公平原则。有鉴于此，法律在综合平衡双方当事人利益的基础上，规定寄存人未履行贵重物品声明义务的，该物品毁损、灭失后，保管人可以按照一般物品予以赔偿。这也与《邮政法》的精神相一致，该法第47条第1款规定：“邮政企业对给据邮件的损失依照下列规定赔偿：

（一）保价的给据邮件丢失或者全部损毁的，按照保价额赔偿；部分损毁或者内件短少的，按照保价额与邮件全部价值的比例对邮件的实

际损失予以赔偿。（二）未保价的给据邮件丢失、损毁或者内件短少的，按照实际损失赔偿，但最高赔偿额不超过所收取资费的三倍；挂号信件丢失、损毁的，按照所收取资费的三倍予以赔偿。”

■ 第八百九十九条

寄存人可以随时领取保管物。

当事人对保管期限没有约定或者约定不明确的，保管人可以随时请求寄存人领取保管物；约定保管期限的，保管人无特别事由，不得请求寄存人提前领取保管物。

本条主旨

本条是关于领取保管物的规定。

相关条文

《合同法》第376条 寄存人可以随时领取保管物。当事人对保管期间没有约定或者约定不明确的，保管人可以随时要求寄存人领取保管物；约定保管期间的，保管人无特别事由，不得要求寄存人提前领取保管物。

理解与适用

本条是在《合同法》第376条的基础上修改而成的，与《合同法》相比，本条并无实质性变化，主要进行了法律用语方面的修改，将“保管期间”修改为“保管期限”，将“要求”修改为“请求”。

保管保管物是保管合同的目的，保管合同终止的，寄存人有权领取保管物，保管人有义务返还保管物。本条第1款赋予了寄存人随时领取保管物的权利，不论是否约定保管期。这实质上是赋予寄存人在保管合同中的任意解除权，寄存人解除保管合同，保管人失去继续占有保管物的权源，承担保管物返还义务。^[36]原因在于，“保管的目的是为寄存人保管财物，当寄存人认为保管的目的已经实现时，尽管约定的保管期间还未届满，为了寄存人的利益，寄存人可以提前领取保管物。而且寄存人随时领取保管物，也不问保管为有偿或无偿。保管

是无偿的，寄存人提前领取保管物，可以提前解除保管人的义务，对保管人实为有利；保管是有偿的，只要寄存人认为已实现保管目的而要求提前领取的，保管人也无阻碍之理”^[37]。

保管合同的任意解除权只能由寄存人单方行使，并且不受保管期限的限制，因保管人扣留寄存人设备和工具致使寄存人需另行租赁设备和工具的，保管人需赔偿寄存人因此产生的租赁损失。^[38]而在当事人对保管期限没有约定或者约定不明确的情形下，保管人可以随时请求寄存人领取保管物属于当然之理，这也与一般合同履行制度相一致，《民法典》第511条第4项规定：“履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时请求履行，但是应当给对方必要的准备时间。”在双方对保管期限进行明确约定的情形下，保管期限构成合同的主要内容，保管人应当在该期限内妥善保管保管物，保管人无特别事由，不得请求寄存人提前领取保管物。

■ 第九百条

保管期限届满或者寄存人提前领取保管物的，保管人应当将原物及其孳息归还寄存人。

本条主旨

本条是关于保管人返还保管物及其孳息的规定。

相关条文

《合同法》第377条 保管期间届满或者寄存人提前领取保管物的，保管人应当将原物及其孳息归还寄存人。

理解与适用

本条是在《合同法》第377条的基础上修改而成的，与《合同法》相比，本条并无实质性变化，主要完善了立法语言的表达，将“保管期间”修改为“保管期限”。

《民法典》第899条规定了寄存人就保管合同的任意解除权，即不论是否约定保管期限，保管期限是否届满，寄存人都有权领取保管

物，本条再次明确了此项规则，寄存人可以在保管期限届满时领取保管物或者提前领取保管物。保管期限届满或者寄存人提前领取保管物时，返还保管的物品是保管人应当履行的主要合同义务之一。基于合同的性质和目的，保管合同仅限于对物品的妥善保管，不包括使用、完善、收益等，因此保管人在履行返还义务时应当将原物及其孳息一并返还寄存人。在一起案件中，购房人向卖房人支付了定金，卖房人将定金交给中介保管，中介出具了定金保管书，后购房人未能与卖房人签订房产转让合同。卖房人要求中介将定金退还时，中介拒绝退还。法院认为，卖房人和中介之间存在保管关系。现寄存人主张返还保管物，保管人应当将保管物及其孳息一并予以返还。法院判决中介返还卖房人定金及利息。^[39]

《民法典》第460条也规定：“不动产或者动产被占有人占有的，权利人可以请求返还原物及其孳息；但是，应当支付善意占有人因维护该不动产或者动产支出的必要费用。”传统民法上，孳息分为天然孳息和法定孳息。天然孳息是指依原物的自然属性而生长的物，包括果实、牲畜幼崽等；法定孳息是指因一定的法律关系而产生的收益，包括租金、利息等。在货币保管中，法院一般会支持原告要求被告返还委托其保管款项的本金及利息。^[40]保管期限届满或者寄存人提前领取保管物的，保管人应当将原物及其孳息归还寄存人，解释上，这里的孳息既包括天然孳息也包括法定孳息。

■ 第九百零一条

保管人保管货币的，可以返还相同种类、数量的货币；保管其他可替代物的，可以按照约定返还相同种类、品质、数量的物品。

本条主旨

本条是关于消费保管的规定。

相关条文

《合同法》第378条 保管人保管货币的，可以返还相同种类、数量的货币。保管其他可替代物的，可以按照约定返还相同种类、品质、数量的物品。

本条是在《合同法》第378条的基础上修改而成的，与《合同法》相比，本条并无实质性变化，主要完善了标点符号的使用，将句号改为分号。

本条规定源于《合同法》第378条，学界主流观点认为，该条规定了保管合同中的消费保管合同。^[41]也有学者认为，由于保管人无权消费其所保管的货币，无法得出消费保管的结论，该条规定属于混藏保管。^[42]消费保管合同，又称不规则保管合同，是指保管物为可替代物，约定寄存人将保管物的所有权移转至保管人，将来保管人则返还相同种类、品质、数量的物品。消费保管合同与一般保管合同的主要区别在于，以替代物作为保管物，且移转保管物的所有权。^[43]

本条与《民法典》第898条规定的货币、有价证券或者其他贵重物品的保管不同。本条是关于消费保管的规定，当事人可以约定将货币等代替物的所有权移转至保管人，保管人可以对这里的保管物进行占有、使用、收益和处分，将来保管人仅需要返还相同的种类物即可。而《民法典》第898条规定的是货币（或其他贵重物品）寄存的一般保管合同，移转的只是特定货币的占有，保管人不享有该保管物的所有权，不得进行利用和处分，合同期满的保管人应当返还该货币原物，并且该条主要是明确了寄存人就贵重物品寄存的声明义务和赔偿规则。

本条所谓的替代物，是指种类物。学理上，根据物是否具有独立的特征或者是否被权利人特定化，物可分为特定物和种类物。种类物是指性质或种类相同，可以等价替代的物。除收藏或被其他方式特定化外，一般的货币属于种类物，其价值以票面载明金额来计算，不取决于其重量、体积等。双方就货币形成保管合同关系的，双方均应按照约定全面履行自己的义务，保管人应当返还相同种类、数量的货币。^[44]其他的种类物还包括普通的食物、钢筋、水泥等。由于种类物一般不具有特定性，因而可以成为消费保管合同的标的物，移转其所有权，保管人嗣后只需以等价的种类物返还寄存人即可。在此种意义上，消费保管合同与消费借贷合同具有一致性。但是，两者仍有明显区别：消费保管合同以保管为目的，主要是为了实现寄存人的利益；而消费借贷合同以借用物的使用为目的，侧重于借用人的利益。

有偿的保管合同，寄存人应当按照约定的期限向保管人支付保管费。

当事人对支付期限没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，应当在领取保管物的同时支付。

本条主旨

本条是关于保管费用支付期限的规定。

相关条文

《合同法》第379条 有偿的保管合同，寄存人应当按照约定的期限向保管人支付保管费。当事人对支付期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，应当在领取保管物的同时支付。

理解与适用

本条是在《合同法》第379条的基础上修改而成的，与《合同法》相比，本条并无实质性变化，只是修改了立法语言的表达，将“依照本法”修改为“依据本法”。

《民法典》第889条规定：“寄存人应当按照约定向保管人支付保管费。当事人对保管费没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，视为无偿保管。”原则上，保管合同为无偿合同，符合保管合同的原初性质，若当事人明确约定了保管费，则保管合同为有偿合同。在有偿保管合同中，保管人的义务是妥善保管保管物，而寄存人的义务是根据约定支付保管费用。本条再次明确了有偿保管合同中保管人的报酬请求权。在一起保管合同中，法院认为，原被告之间达成口头有偿保管合同，该合同是双方当事人的真实意思表示，不违反法律行政法规的强制性规定，依法成立生效。寄存人可以随时凭相关单据领取保管物，也应该按照约定的期限向保管人支付保管费。^[45]

保管费用的支付期限，有约定的按照当事人的约定，即本条第1款的规定：有偿的保管合同，寄存人应当按照约定的期限向保管人支付保管费。当事人对支付期限没有约定或者约定不明确的，首先应当依据本法第510条的规定确定，当事人可以就保管费的支付期限进行

协商，达成补充协议；不能达成补充协议的，按照合同相关条款或者交易习惯确定。根据本法第510条的规定仍无法确定保管费支付期限的，寄存人应当在领取保管物的同时支付保管费用。可见，保管合同中的保管费用采取了“费用后付主义”模式。于此，保管人可就保管费用的支付与保管物的返还主张先履行抗辩，但不得就保管费用的支付与保管物的保管主张同时履行抗辩。

第九百零三条

寄存人未按照约定支付保管费或者其他费用的，保管人对保管物享有留置权，但是当事人另有约定的除外。

本条主旨

本条是关于保管人留置权的规定。

相关条文

《合同法》第380条 寄存人未按照约定支付保管费以及其他费用的，保管人对保管物享有留置权，但当事人另有约定的除外。

理解与适用

本条是在《合同法》第380条的基础上修改而成的，与《合同法》相比，本条有两处变化，完善了立法语言的表达，将“寄存人未按照约定支付保管费以及其他费用的”修改为“寄存人未按照约定支付保管费或者其他费用的”，将“但当事人另有约定的除外”修改为“但是当事人另有约定的除外”。

本条主要规定了保管人因寄存人拖欠保管费用而对保管物享有的留置权，同时规定了保管人就其他合理费用的偿还请求权。根据规定，寄存人应当按照约定向保管人支付保管费自不待言，这是寄存人的合同义务。本条的“其他费用”是指保管人为履行保管义务，维持保管物的合理状态，客观上所产生的必要费用，如保管物的税费、清洁费、动物的饲养费、生鲜的冷藏费等。^[46]原因在于，保管合同是为寄存人的利益而设，根据民法的公平原则，寄存人应当支付该合理费用。在有偿或无偿保管合同中，当事人均可以对此进行约定。即使没

有约定，按照公平原则和诚实信用原则也应当作此解释，同时可以考虑不当得利制度的运用。需要指出的是，民法典对保管人行使留置权的行使要件作了修正，不再要求寄存人未支付保管费以及其他费用，保管费和其他费用其中之一未支付的，保管人即可行使留置权，并有权就保管物优先受偿。^[47]

就留置权而言，应当同时适用《民法典》物权编的相关规定。

《民法典》第447条明确了留置权的定义和行使要件：“债务人不履行到期债务，债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产，并有权就该动产优先受偿。前款规定的债权人为留置权人，占有的动产为留置财产。”尽管根据解释，保管物不限于动产，亦包括不动产，但根据物权法定主义原则，此时保管人仅可就保管的动产行使留置权，而无法对保管的房屋等不动产行使该权利。同时，《民法典》第448条规定：“债权人留置的动产，应当与债权属于同一法律关系，但是企业之间留置的除外。”根据该规定，除企业之间的保管外，其余保管合同中，保管人留置的动产必须与债权属于同一法律关系，即只能留置拖欠费用合同项下的保管物，而不能留置其他保管物。实践中，法院也认为留置权担保的是保管费及其他为履行保管合同产生的费用，原告主张的对被告拥有的全部债权均享有优先受偿权，没有法律依据。^[48]此外，《民法典》第449条规定：“法律规定或者当事人约定不得留置的动产，不得留置。”若当事人在保管合同中明确约定了保管人不得对该保管物行使留置权，保管人也无法行使该权利。就留置物的保管和其他事项，应当适用本法物权编或总则编的规定。

注释：

[1]胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，北京，法律出版社1999年版，第534页。

[2]参见崔建远：《合同法》，（第六版），北京，法律出版社2015年版，第418页。

[3]宁红丽：《论我国保管合同制度的法律适用》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2008年第6期。

[4]参见刘立峰：《对停车场机动车丢失的民事责任分析》，载《法学杂志》2004年第1期。

[5]参见“周丽诉四川省沐川县翔盛旅游开发有限公司等保管合同纠纷案”，四川省乐山市中级人民法院（2018）川11民终100号民事判决书。

[6]参见“民勤县西渠镇人民政府与武威荣华宾馆保管合同纠纷案”，甘肃省高级人

民法院（2012）甘民申字第473号民事裁定书；另参见“钦州国星油气有限公司诉广西钦州金湾大酒店保管合同案”，广西壮族自治区钦州市中级人民法院（2008）钦民二终字第53号民事判决书；“沈阳新世界鹿鸣春大厦有限责任公司沈阳新世界酒店与绥中县土地管理局保管合同纠纷上诉案”，辽宁省沈阳市中级人民法院（2001）沈经终字第798号民事判决书。

[7]参见“李杏英诉上海大润发超市存包损害赔偿案”，载《最高人民法院公报》2002年第6期。

[8]汤征宇、陈亚男：《车辆保管合同与场地租赁合同之辨》，载《人民司法》2011年第4期。

[9]史尚宽：《债法各论》，北京，中国政法大学出版社2000年版，第539页

[10]胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，北京，法律出版社1999年版，第536-537页。

[11]参见“刘雅如与赤峰奥邦汽车服务有限公司承揽合同纠纷上诉案”，内蒙古自治区赤峰市中级人民法院（2017）内04民终5983号民事判决书；另参见“四川奥派思食品有限责任公司与邻水县人民政府保管合同纠纷上诉案”，四川省广安市中级人民法院（2016）川16民终1172号民事判决书。

[12]参见[意]奥利维耶罗·迪利贝尔托：《罗马法中租赁与买卖的异同》，黄美玲译，载《环球法律评论》2017年第3期。

[13]参见韩世远：《合同法总论》（第三版），北京，法律出版社2011年版，第59页。

[14]参见“北京莲花物业管理有限责任公司与深圳市深开电器实业有限公司保管合同纠纷案”，北京市第一中级人民法院（2012）一中民终字第9661号民事判决书；另参见“四川正源实业有限公司诉陆建惠保管合同纠纷案”，四川省高级人民法院（2017）川民申5470号民事裁定书；“张甲与某某物业服务有限责任公司保管合同纠纷案”，北京市第二中级人民法院（2013）北民二初字第××号民事判决书；“广州市白云区永平街东平村马市岭经济合作社等诉罗克忠保管合同纠纷案”，广东省广州市中级人民法院（2017）粤01民终23516号民事判决书；“昆明置富物业管理有限公司与罗青保管合同纠纷上诉案”，昆明铁路运输法院（2018）云71民终2号民事判决书。

[15]参见“贾香丽与北京韩韵坊美容诊所保管合同纠纷上诉案”，北京市高级人民法院（2018）京02民终4077号民事判决书；另参见“衢州领跑健身有限公司、徐雪军保管合同纠纷案”，浙江省衢州市中级人民法院（2017）浙08民终1093号民事判决书。

[16]参见崔建远：《合同法》（第三版），北京，北京大学出版社2016年版，第622页；陈小君主编：《合同法学》（第二版），北京，高等教育出版社2009年版，第

[17]张金海：《论要物合同的废止与改造》，载《中外法学》2014年第4期。

[18]参见“海南贵州大厦诉陈起璠财产损害赔偿纠纷案”，海南省海口市中级人民法院（2002）海中法民终字第208号民事判决书；另参见“干治平等与倪红福等保管合同纠纷上诉案”，浙江省湖州市中级人民法院（2015）浙湖商终字第166号民事判决书。

[19]宁红丽：《论我国保管合同制度的法律适用》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2008年第6期。

[20]参见“缙云县正大农牧有限公司与李福松保管合同纠纷上诉案”，浙江省丽水市中级人民法院（2017）浙11民终1481号民事判决书；另参见“张春瑞等诉姜波保管合同纠纷案”，辽宁省高级人民法院（2017）辽06民申147号民事裁定书；“王升与大丰市绿丰蔬菜冷藏有限公司保管合同纠纷上诉案”，江苏省盐城市中级人民法院（2017）苏09民终463号民事判决书。

[21]参见郭明瑞、王轶：《合同法新论·分则》，北京，中国政法大学出版社1997年版，第340页。

[22]参见邱聪智：《新订债法各论》（中），姚志明校订，北京，中国人民大学出版社2006年版，第289页。

[23]参见“蔡建友等诉平顶山市新华区亨利停车场保管合同纠纷案”，河南省平顶山市中级人民法院（2018）豫04民终275号民事判决书；另参见“王朝洋与杨文增、杨召召保管合同纠纷案”，河南省商丘市中级人民法院（2016）豫14民终2580号民事判决书。

[24]参见“熊某某等诉胡某某保管合同纠纷案”，江西省南昌市中级人民法院（2017）赣01民终212号民事判决书；另参见“北京永盛丰农资有限公司青岛分公司与河北金沃土农业服务有限公司保管合同纠纷上诉案”，河北省邢台市中级人民法院（2016）冀05民终1807号民事判决书。

[25]参见林诚二：《民法债编各论》，北京，中国人民大学出版社2003年版，第325-326页。

[26]参见王利明、房绍坤、王轶：《合同法》，北京，中国人民大学出版社2002年版，第481页。

[27]参见“江西常鑫仓储管理有限公司诉宁波韩电电器有限公司返还原物纠纷案”，江西省赣州市中级人民法院（2017）赣07民终2493号民事判决书。

[28]参见“昆明爱诺风情酒店有限公司与郝飞飞等保管合同纠纷上诉案”，昆明铁路运输法院（2017）云71民终18号民事判决书；另参见“黄兵与胡燕等保管合同纠纷上

诉案”，四川省宜宾市中级人民法院（2016）川15民终1940号民事判决书。

[29]参见“江苏苏美达国际技术贸易有限公司与张家港泰富石油仓储有限公司仓储合同纠纷案”，湖北省武汉海事法院（2005）武海法商字第393号民事判决书；另参见“华坤商业集团有限公司诉宁德市港务集团有限公司公司仓储合同纠纷案”，最高人民法院（2017）民申4629号民事裁定书。

[30]参见邱聪智：《新订债法各论》（中），姚志明校订，北京，中国人民大学出版社2006年版，第4页。

[31]参见“山西省棉麻公司侯马采购供应站等与中国太平洋财产保险股份有限公司北京分公司保险人代位求偿权纠纷上诉案”，最高人民法院（2016）民终347号民事判决书。

[32]参见朱广新：《民法典之典型合同类型扩增的体系性思考》，载《交大法学》2017年第1期。

[33]参见“中捷缝纫机股份有限公司与宁波经济技术开发区远亚仓储有限公司保管合同纠纷上诉案”，浙江省高级人民法院（2006）浙民三终字第142号民事判决书。

[34]参见张为一：《浅论保管箱合同》，载《法学杂志》1999年第4期。

[35]参见“周丽诉四川省沐川县翔盛旅游开发有限公司等保管合同纠纷案”，四川省乐山市中级人民法院（2018）川11民终100号民事判决书。

[36]参见崔建远：《合同法》（第六版），北京，法律出版社2015年版，第422页。

[37]胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，北京，法律出版社1999年版，第547页。

[38]参见“吕翠凤诉李金生财产损害赔偿纠纷案”，河北省高级人民法院（2017）冀民申1197号民事裁定书；另参见“东莞市伟旭升塑胶制品有限公司与广州易腾品牌策划有限公司保管合同纠纷上诉案”，广东省东莞市中级人民法院（2016）粤19民终8301号民事判决书；“北京常轮鑫海汽车轮胎有限公司上诉上海耐克森轮胎销售有限公司保管合同纠纷案”，北京市第二中级人民法院（2016）京02民终6975号民事判决书。

[39]参见“新市区河北东路博邦房产信息咨询服务部与罗立保管合同纠纷上诉案”，新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院（2018）新01民终271号民事判决书；另参见“陈西南诉南京高业房产经纪有限公司等保管合同纠纷案”，江苏省南京市中级人民法院（2017）苏01民终9072号民事判决书。

[40]参见“再审申请人刘永平与被申请人刘辉、原审被告丁金秀保管合同纠纷审查

案”，山西省高级人民法院（2016）晋民申865号民事裁定书。

[41]参见龙翼飞等：《合同法教程》，北京，法律出版社2008年版，第323页；郭明瑞主编：《合同法学》，上海，复旦大学出版社2005年版，第406页；崔建远：《合同法》（第六版），北京，法律出版社2015年版，第419页。

[42]参见万建华：《〈中华人民共和国合同法〉第378条之理解与完善——兼论我国货币保管合同的民商分立》，载《法商研究》2010年第2期。

[43]参见刘春堂：《民法债编各论》（中），台北，三民书局2007年版，第314-315页。

[44]参见“朱金桃与朱利平等保管合同纠纷上诉案”，湖南省张家界市中级人民法院（2017）湘08民终74号民事判决书。

[45]参见“刘春林与重庆市顺鸿农副产品有限公司保管合同纠纷上诉案”，重庆市第五中级人民法院（2016）渝05民终3847号民事判决书。

[46]参见邱聪智：《新订债法各论》（中），姚志明校订，北京，中国人民大学出版社2006年版，第287页。

[47]参见“中国工商银行股份有限公司萍乡安源支行诉江西中外运有限公司等公司保管合同纠纷案”，江西省九江市中级人民法院（2016）赣04民终1639号民事判决书。

[48]参见“浙江嘉兴福达建设股份有限公司等诉嘉兴大晨光电科技有限公司破产债权确认纠纷案”，浙江省嘉兴市中级人民法院（2015）浙嘉商终字第393号民事判决书。

第二十二章 仓储合同

本章共十五条，主要依据《合同法》第二十章相关条文修改而成，围绕仓储合同法律关系主要规定了仓储合同的成立及内容、危险物品和易变质物品的储存、保管人的验收义务和通知义务、保管人承担赔偿责任的范围及其免责事由、仓单的内容和性质、存货人或仓单持有人的检查权、保管人危险催告义务和紧急处置权、逾期提取仓储物的法律后果、储存期限不明确时仓储物提取等内容。

与《合同法》相比，本章主要修改了以下内容：其一，明确了仓储合同的成立时间，规定仓储合同自保管人和存货人意思表示一致时成立，由此确认了仓储合同的诺成性，有助于违约责任的认定。其二，丰富了仓储物提取凭证的类型，明确保管人接收存货人交付仓储物后应当出具仓单、入库单等，增加规定入库单也可作为提取仓储物的凭证，这是对司法实践中出现的多样化仓储单据的回应。其三，增强了法条用语的准确性和一致性，如将“储存期间”修改为“储存期限”，将“签字”修改为“签名”等，进一步完善和统一了《民法典》的表述。

本章所规定的仓储合同是由一般保管合同发展、演变而来，属于保管合同的特殊类型，又称“仓储保管合同”。仓储合同与保管合同可以视作特殊与一般的关系，因此，法律对仓储合同有特别规定的，适用该特别规定；在本章中没有特别规定的，则适用保管合同的有关规定。

第九百零四条

仓储合同是保管人储存存货人交付的仓储物，存货人支付仓储费的合同。

本条主旨

本条是关于仓储合同定义的规定。

相关条文

《合同法》第381条 仓储合同是保管人储存存货人交付的仓储物，存货人支付仓储费的合同。

理解与适用

本条与《合同法》第381条的规定一致。

根据本条的规定，仓储合同是保管人储存存货人交付的仓储物，存货人支付仓储费的合同。由此所见，仓储合同的含义如下。

一、仓储合同是保管人与存货人之间的合同

仓储合同是保管人与存货人之间的法律关系。存货人是指对仓储物享有所有权或其他相关权益的人，保管人是指按照合同约定保管存货人交付的仓储物的人。保管人对仓储设备应当具有所有权或使用权。仓储合同的标的物是仓储物，且必须是动产，不动产不能作为仓储合同的标的物。其中的动产是否为商品，以及其价值多少，在所不问。^[1]仓储合同的目的是维持仓储物的原状，因此，金钱、有价证券以及其他权利凭证一般不能作为仓储合同的保管对象。此外，仓储营业须兼具存储和保管功能，二者缺一不可不构成仓储合同，而可能成立租赁合同或保管合同等，例如只提供仓储设备供他人储存物件而不负保管责任，或不具备储存设备仅承担保管义务等。^[2]

二、仓储合同是继续性、双务、有偿的合同

三、仓储合同是商事合同

仓储或仓库营业是随着国际和地区贸易发展而兴起的商业活动。仓储合同属于典型的商事合同，其在合同主体、保管对象等方面有别于一般保管合同。我国采取民商合一的立法例，因此将仓储合同规定于《民法典》合同编。

在仓储合同关系中，仓储合同中的保管人须是仓储营业人^[3]，即保管人必须具有相应从业资质的专门或兼营从事仓储保管业务的法人、非法人组织或自然人，且具备符合规定的仓储设备。仓储设备是保管人从事仓储营业的基本物质条件，包括房屋等能够储存仓储物的设施。在司法实务中，多数法院均认为仓储合同中的保管人需要具备相关的资质，并将此作为认定构成仓储合同的标准。如“仓储合同中的保管人须具有仓储设备和从事仓储业务的资格”^[4]，“宿城区粮库提供的营业执照显示，该单位系专业粮食收购、储备经营者且具有仓储设备，故本案应定性为仓储合同”^[5]，“被告从事冷库经营，系从事专

业仓储业的人员，原告作为存货人将水果萝卜存放在被告冷库中，由被告保管，双方之间的行为符合仓储合同的合同行为”^[6]。

第九百零五条

仓储合同自保管人和存货人意思表示一致时成立。

本条主旨

本条是关于仓储合同成立时间的规定。

相关条文

《合同法》第382条 仓储合同自成立时生效。

理解与适用

本条是在《合同法》第382条的基础上修改而成的。对于仓储合同是诺成性合同还是实践性合同，《合同法》未明文规定。由此引发了理论和实践的争议，不利于司法裁判的统一适用。同时，《合同法》第382条关于仓储合同生效时间的规定与《民法典》第136条第1款关于“民事法律行为的生效时间”以及《民法典》第502条第1款关于“合同生效时间”的规定重复。因此，在总结审判实践发展的基础上，本条修改了《合同法》关于仓储合同生效时间的规定，明确仓储合同的成立时间是双方当事人意思表示一致时，自此从立法层面确认了仓储合同为诺成性合同。

一、仓储合同是诺成性合同

不同于一般保管合同，仓储合同是诺成性合同，合同自双方当事人意思表示一致时成立，而非仓储物交付时或履行特定行为时成立。这主要是基于仓储合同的商事属性。仓储合同的当事人是商主体，其通常是存货人就大宗物品与专门从事仓储营业的保管人订立协议。一方面，基于专业性和营利性，保管人通常会为履行合同做准备而支出一定费用，若存货人在交付仓储物之前改变交易意愿，保管人可以基于违约责任要求存货人承担赔偿责任。若定性为实践合同，由于合同未成立，保管人只能主张缔约过失责任。另一方面，存货人也同样面

临保管人在接收仓储物之前拒绝储存的风险。^[7]实践性合同不利于当事人的权利保障，也不符合合同中合意主义的要求。本条将仓储合同定性为诺成性合同，表明双方当事人意思表示一致即受合同拘束，一方不按约定履行义务即承担违约责任。这为实现商事交易的稳定性和可预期性提供了充分的法律保障。

二、仓储合同是不要式合同

关于仓储合同是否为不要式合同，学者间有不同认识。采“要式合同”观点的认为，仓储合同必须以书面形式订立。持相反观点的则认为法律未规定仓储合同必须具备特定形式，保管人向存货人出具的仓单或其他凭证也非合同的成立要件，故仓储合同是不要式合同。^[8]依据《民法典》第905条的规定，仓储合同成立不要求遵循特别形式，签发仓单只是保管人的一种履行行为，所以仓储合同是不要式合同。司法实践中，法院认定仓储合同的成立也不以书面形式为判断依据。如在一起仓储合同纠纷中，法院认为，“原告与被告口头约定，原告将其火鸡存放在被告的冷库中，双方之间的仓储合同已经成立”^[9]。

第九百零六条

储存易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性等危险物品或者易变质物品的，存货人应当说明该物品的性质，提供有关资料。

存货人违反前款规定的，保管人可以拒收仓储物，也可以采取相应措施以避免损失的发生，因此产生的费用由存货人负担。

保管人储存易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性等危险物品的，应当具备相应的保管条件。

本条主旨

本条是关于储存危险物品和易变质物品的规定。

相关条文

《合同法》第383条 储存易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性等危险物品或者易变质物品，存货人应当说明该物品的性质，提供有关资料。存货人违反前款规定的，保管人可以拒收仓储物，也可

以采取相应措施以避免损失的发生，因此产生的费用由存货人承担。保管人储存易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性等危险物品的，应当具备相应的保管条件。

理解与适用

本条是在《合同法》第383条的基础上修改而成的。本条的修改体现在：将“储存易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性等危险物品或者易变质物品”修改为“储存易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性等危险物品或者易变质物品的”；将“因此产生的费用由存货人承担”修改为“因此产生的费用由存货人负担”。这两处的修改主要是语词的调整，其原因在于，“承担责任”与“负担费用”更符合民法用语的习惯搭配，也与《民法典》相关表述相一致。

无论是存货人还是保管人，对于储存危险物品和易变质物品都应当履行相应的义务和具备特殊的条件。本条第1款是对存货人说明义务的规定，即存货人在订立合同时应当说明物品的性质并提供有关资料，这是诚实信用原则的应然要求。此项义务是法定义务，无论当事人是否有约定，存货人都应当履行说明义务。这是因为危险物品和易变质物品本身具有较大危险性，如果不提前告知，很可能会导致严重的人身或财产损害。因此，存货人应当提前说明仓储物的特殊性质，并且提供仓储物保管注意事项等材料，这便于保管人采取特殊的保管措施。如果存货人不履行该项义务造成损失，通常会被认定自身具有过错。如在“徐伟钟与绍兴市越州冷冻食品有限公司仓储合同纠纷案”^[10]中，双方当事人就洋葱的不当储存造成的损失发生争议，法院认为，存货人不能证明自身在交付洋葱之时已将涉案洋葱的具体品种和适宜的储藏温度明确告知冷冻公司，其自身存在一定过错。

本条第2款与第3款是对保管人储存特殊物品权利义务的规定：一是如果存货人不履行危险物品和易变质物品的说明义务和材料提供义务，保管人享有拒收仓储物的权利或主动采取措施避免损失，且因此发生的费用由存货人负担。如果存货人不履行说明义务且未提供有关材料，导致损坏其他存货人的货物或给保管人带来财产损失，存货人应当承担赔偿责任。二是危险物品和易变质物品有特殊保管要求，即保管人不但需要具有相应从业资质，同时应当符合法律规定的特别储存条件并按规定进行操作。保管人不具备相应储存条件就对上述危险物品进行保管，因此造成自身损失的，存货人不负赔偿责任。司法实践中，保管人是否具备储存特殊物品的条件也是认定保管人是否尽了妥善保管义务的重要依据。例如在“深圳市新宁现代物流有限公司、南昌欧菲光科技有限公司仓储合同纠纷案”^[11]中，法院认为：“新宁

公司作为专业的仓储物流公司，对该危险物品的保管条件应当具有专业的辨识能力，但其对涉案锂电池的保管未采取必要的分类存放或隔离措施。且新宁公司既未提供证据证明涉案仓库经过了消防验收或备案，也未提供充分证据证明其具备必要的消防设施，且消防设施能正常运转并发挥应有的消防功能，而且不能举证证明案涉火灾及火灾导致的货物损失属于合同约定的免责事由，故新宁公司未尽妥善保管义务，存在重大过失。”

■ 第九百零七条

保管人应当按照约定对入库仓储物进行验收。保管人验收时发现入库仓储物与约定不符合的，应当及时通知存货人。保管人验收后，发生仓储物的品种、数量、质量不符合约定的，保管人应当承担赔偿责任。

本条主旨

本条是关于仓储物验收的规定。

相关条文

《合同法》第384条 保管人应当按照约定对入库仓储物进行验收。保管人验收时发现入库仓储物与约定不符合的，应当及时通知存货人。保管人验收后，发生仓储物的品种、数量、质量不符合约定的，保管人应当承担损害赔偿责任。

理解与适用

本条是在《合同法》第384条的基础上修改而成的。相比而言，本条的修改体现在：将保管人应当承担的“损害赔偿责任”修改为“赔偿责任”。此处措辞上的变动，是为了统一《民法典》关于责任承担规定的表述。

一、保管人负有验收义务

该条确立了保管人的入库验收义务。在仓储合同中，保管人负有验收义务，这也是仓储合同与保管合同的不同之处。验收的方式包含实物验收和抽样验收，一般根据当事人的约定或交易习惯确定。^[12]

验收是指保管人对仓储物的品种、数量、规格等进行查验，以确定是否符合合同约定。保管人如未按照合同约定的项目、方法和期限进行验收，或验收不准确的，因此造成的损失由保管人承担。违反验收义务所承担的赔偿责任为严格责任，不以保管人的过错为前提。例如，在“重庆中集物流有限公司与象屿重庆有限责任公司仓储合同纠纷案”^[13]中，法院明确指出：“保管人的损害赔偿是严格责任，不以保管人存在保管不善的过错为前提要件，只要发生‘仓储物的品种、数量、质量不符合约定’的结果即可。”另外，在当事人双方交接仓储物中发现问题的，保管人应妥善暂存，并在有效验收期内通知存货人处理，暂存期间发生的一切费用和损失由存货人负担。^[14]

二、保管人承担怠于履行验收义务的赔偿责任

首先，验收是保管人接收仓储物的前提，当保管人验收完毕后，仓储合同即进入履行阶段，保管人开始履行妥善保管仓储物的义务。其次，保管人验收时发现入库仓储物与约定不符合的，应当及时通知存货人。由存货人作出解释说明，或修改合同，或将不符合合同约定的仓储物予以退还。如果保管人未及时通知或未提出异议，则推定为验收合格，视为仓储物符合合同约定的条件。保管人验收后，其已实际占有仓储物，应当履行妥善保管之合同义务。^[15]因此，如果验收后发生仓储物的品种、数量、质量不符合约定的，推定此为保管人未履行保管义务之后果，故保管人应当承担赔偿责任。例如，在一起仓储合同纠纷中，法院认为：“新河公司作为仓储人没有就仓储货物的重量进行查验，导致其不能按照凭证记载的重量向提货人交付货物的后果，由新河公司自行承担。”^[16]需要注意的是，质量是否符合约定首先根据当事人的约定和交易习惯进行判断，如果没有约定或者约定不明确，验收后发生质量不符合约定的，保管人并非一律承担赔偿责任。^[17]依据《民法典》第917条的规定，因仓储物本身的自然性质、包装不符合约定或者超过有效储存期造成仓储物变质、损坏的，保管人不承担赔偿责任。

第九百零八条

存货人交付仓储物的，保管人应当出具仓单、入库单等凭证。

本条主旨

本条是关于保管人出具仓单、入库单义务的规定。

相关条文

《合同法》第385条 存货人交付仓储物的，保管人应当给付仓单。

理解与适用

本条是在《合同法》第385条的基础上修改而成的。本条的修改体现在：将“给付仓单”修改为“出具仓单、入库单等凭证”。增加规定保管人接收存货人交付仓储物后应当出具入库单等义务，是在总结审判实践基础上对凭证形式的补充完善。

存货人交付仓储物的，保管人负有出具仓单、入库单的义务。保管人拒不填发仓单、入库单的，构成债务不履行。仓单是指保管人在收到仓储物时向存货人签发的，表示其收到一定数量储存物的有价证券。^[18]入库单是指保管人对其收到的仓储物入库数量的确认。仓单、入库单等凭证的作用主要体现为：一是证明仓储合同关系的存在，且保管人已收到仓储物。应当注意的是，尽管该凭证上可能记载仓储合同的主要内容，但不能代替仓储合同，只能作为仓储合同存在的凭证。仓储合同经双方当事人意思表示一致即成立，无论是存货人交付仓储物，还是保管人出具仓单、入库单等凭证，都是在履行合同成立后的义务。如果保管人在检验时发现仓储物不符合合同约定条件，从而通知存货人取回仓储物，则保管人无须出具仓单等凭证。二是存货人可以凭借该凭证提取仓储物。司法实践中，法院通过明确相关单证的性质来认定当事人是否可以提取仓储物。例如，最高人民法院认为，“仓储保管人锦泰公司对于本案所涉货物的提货手续有着具体明确的要求，应包括正式出库单和提货单。本案中的《货权转移证明》既非出库单也非提货单，华联公司关于珉福公司持有《货权转移证明》传真件即可提取货物的主张既不符合法律规定，也不符合当事人《货物储运合同》的相关约定，该主张不能成立。”^[19]

填发仓单是仓储合同的主要特色，也是赋予其独立有名合同类型的理由之一。^[20]关于仓单，主要有三种立法例。一是一单主义，即保管人只出具一张仓单，该仓单可以提取仓储物，也可以转让和出质。二是复单主义，即保管人同时出具存入仓单和出质仓单，前者用于提取货物或通过背书转让仓储物；后者可以设定质权担保。三是并用主义，即依存货人的意愿出具一单或两单。^[21]我国采取的是一单主义，兼作转让和出质之用。^[22]按照《民法典》第440条，仓单可以出质。第441条规定，以仓单出质的，质权自权利凭证交付质权人时设立；没有权利凭证的，质权自办理出质登记时设立。法律另有规定

的，依照其规定。

■ 第九百零九条

保管人应当在仓单上签名或者盖章。仓单包括下列事项：

- （一）存货人的姓名或者名称和住所；
- （二）仓储物的品种、数量、质量、包装及其件数和标记；
- （三）仓储物的损耗标准；
- （四）储存场所；
- （五）储存期限；
- （六）仓储费；
- （七）仓储物已经办理保险的，其保险金额、期间以及保险人的名称；
- （八）填发人、填发地和填发日期。

本条主旨

本条是关于仓单应记载事项的规定。

相关条文

《合同法》第386条 保管人应当在仓单上签字或者盖章。仓单包括下列事项：（一）存货人的名称或者姓名和住所；（二）仓储物的品种、数量、质量、包装、件数和标记；（三）仓储物的损耗标准；（四）储存场所；（五）储存期间；（六）仓储费；（七）仓储物已经办理保险的，其保险金额、期间以及保险人的名称；（八）填发人、填发地和填发日期。

理解与适用

本条是在《合同法》第386条的基础上修改而成的。本条的修改

体现在：将“签字”修改为“签名”；将“存货人的名称或者姓名和住所”修改为“存货人的姓名或者名称和住所”；将“仓储物的品种、数量、质量、包装、件数和标记”修改为“仓储物的品种、数量、质量、包装及其件数和标记”；将“储存期间”修改为“储存期限”。总的来说，本条的变化主要体现在文字上的修改和语序的调整，其原因在于，加强文字的准确性，避免理解上的歧义。

一、仓单是要式证券

要式证券是具备法律规定的形式才能有效的证券，本条对仓单的格式和记载事项均有严格规定，故仓单是要式证券。首先，仓单必须经由保管人签名或盖章。这是仓单发生效力的必备条件。签名和盖章只需一项即可，不必同时具备。保管人在仓单上签名或盖章表明其已收到存货人交付的仓储物，且认可了仓单上的记载事项，同时也是证明仓单真实性的凭证。如果没有签名或盖章，则难以证明符合合同约定的仓储物已交付的事实，仓单应当认定为无效。其次，仓单应当具备一定的形式。仓单作为有价证券，可以用于转让或出质，为了使受让人或质权人了解仓储合同的内容，便于其行使权利和履行义务，本条规定了仓单的应载事项。

二、仓单应当记载法定事项

一是仓单为记名证券，因此应当记载存货人的姓名或者名称和住所。存货人是自然人的，需记载姓名和住所；存货人是法人或其他组织的，需记载名称和住所地。二是仓单是背书证券和物权证券，存货人可以通过背书转让仓储物，因此必须明确权利客体。记载仓储物的品种、数量、质量、包装及其件数和标记可以将仓储物特定化，便于当事人行使权利。三是损耗标准。由于仓储物可能因为自然原因或自身性质发生损耗，因而在仓单上应当明确仓储物的损耗标准，以区分其与因保管不善造成的损失，避免提取仓储物时发生纠纷。四是储存场所。记载存放仓储物的场所对于确定合同的履行地点有重要意义，便于存货人或仓单持有人及时、准确提取仓储物。五是储存期限。储存时间是保管人储存仓储物的保管时间，同时也是存货人或仓单持有人提取仓储物的时间界限。储存期间到期之后，存货人或仓单持有人负有提取仓储物的义务。六是仓储费。仓储合同原则上是双务有偿合同，仓储费是存货人向保管人支付的报酬，仓单上应当记载数额、支付方式、支付时间等事项。但如果当事人间有特殊约定，存货人也可以不支付仓储费。七是仓储物的投保情况。如果仓储物已经办理保险的，仓单上应当记载保险金额、期间以及保险人的名称，这有利于保险事故发生后，仓单持有人向保险人主张权利。八是填发人、填发地和填发日期。这是物权证券的基本要求，便于确定当事人的权利义

务。司法实践中，法院通过考察文本记载内容来认定是否构成仓单。例如，有法院认为，“由于案涉货物为镍铁矿大宗货物，在本案中未出现制式仓单这一权利外观要件，但2014年1月26日、6月4日的两份《三方协议书》已载明存货人名称和住所、仓储物情况、仓储费等内容，具备《中华人民共和国合同法》第三百八十六条规定的仓单的基本要素。”^[23]

第九百一十条

仓单是提取仓储物的凭证。存货人或者仓单持有人在仓单上背书并经保管人签名或者盖章的，可以转让提取仓储物的权利。

本条主旨

本条是关于仓单的转让规定。

相关条文

《合同法》第387条 仓单是提取仓储物的凭证。存货人或者仓单持有人在仓单上背书并经保管人签字或者盖章的，可以转让提取仓储物的权利。

理解与适用

本条是在《合同法》第387条的基础上修改而成的。本条的修改体现在：将“保管人签字”修改为“保管人签名”。这一修改主要是语词的调整，与《民法典》的相关表述相一致。

一、仓单的可转让性

仓单作为一种有价证券，可以流通。所谓“有价证券”是指，设定并证明持券人能取得一定财产权利的书面凭证，其权利的行使或处分必须借助于证券的占有或移转。^[24]流通的方式包含转让和出质。本条主要体现了仓单的可转让性。仓单的转让必须符合：其一，需要通过背书的方式进行转让，且应当符合有价证券对背书连续性的要求。^[25]“背书”是指存货人或仓单持有人在仓单的背面或者粘单上记载被背书人（受让人）的姓名或名称、住所等有关事项的行为。^[26]其

二，保管人应当在仓单上签名或盖章。如果仓单仅由存货人或仓单持有人背书，但缺少保管人签名或盖章，仓单的转让也不发生效力。仓单是仓储合同的证明凭证，保管人是仓储物的合法占有人，经由保管人签名或盖章可以避免出现伪造、涂改仓单等损坏权利人利益的现象。同时，仓单是无因证券，即使发生基础法律关系无效或被撤销的情形，仓单转让的效力也不受影响。

二、仓单的效力

仓单既是存货人与保管人之间仓储合同的证明，亦是存货人或仓单持有人向保管人请求交付货物的凭证。仓单兼具债权效力和物权效力^[27]，但主要表现为物权效力。一方面，仓单是仓储合同的书面凭证，仓单持有者享有请求保管人交付仓储物的权利；另一方面，仓单交付会产生物权变动的效果，仓单据此具有物权凭证的效力。经存货人或仓单持有人在仓单上背书并经保管人签名或盖章后，仓单持有人将仓单转让给第三人时，即相当于完成货物之交付，第三人即取得货物所有权。^[28]仓单表彰其记载物品的所有权，持有仓单者即享有该仓储物的所有权。例如，在“佛山市佛安能源有限公司诉中石化中海船舶燃料供应有限公司等买卖合同纠纷案”^[29]中，法院认为，“中海燃料持有由存货人或者仓单持有人中源石油与保管人佛安能源共同出具的仓单，且保管人佛安能源亦在涉案货物所有权确认函中盖章确认了仓储物的所有权人为中海燃料，已符合转让提取仓储物权利的全部形式要件，因此中海燃料依法取得了提取涉案仓储物的权利。”^[30]仓单不仅可以表现为纸质形式，还可以表现为电子形式，如实践中有法院认为电子仓单作为电子商务领域的金融服务创新产品，也可以是仓单的一种表现形式。另外，对于仓单出质的，需要适用《民法典》物权编关于权利质押的规定。

第九百一十一条

保管人根据存货人或者仓单持有人的要求，应当同意其检查仓储物或者提取样品。

本条主旨

本条是关于存货人或仓单持有人有权检查仓储物或提取样品的规定。

相关条文

《合同法》第388条 保管人根据存货人或者仓单持有人的要求，应当同意其检查仓储物或者提取样品。

理解与适用

本条与《合同法》第388条的规定一致。

本条规定了保管人因存货人或仓单持有人的请求，应当允许其检查仓储物或提取样品。原因在于，仓储物交付后由保管人实际占有，存货人有权请求了解货物的存放和保管情况。同时，仓单交付会产生物权变动的效果，当仓单经由存货人背书且保管人签名或盖章而转让或出质，仓单受让人或质权人即成为仓单持有人，仓单持有人同样拥有检查仓储物或提取样品的权利。存货人或仓单持有人对仓储物进行检查或样品提取，也有助于监督保管人认真履行合同义务。^[31]但检查仓储物或提取样品的行为，不得妨碍保管人的正常工作。从保管人的角度看，这是其容忍义务。一是容许存货人或仓单持有人检查、清点仓储物；二是容许存货人或仓单持有人提取仓储物样本。存货人或仓单持有人的检查或提取方法、范围等不应当超出维持仓储物原状的目的，且应符合交易习惯和诚实信用原则。^[32]检查仓储物或提取样品所造成的损失或产生的费用，由存货人或仓单持有人承担。

需要注意的是，本条规定的检查权属于存货人或者仓单持有人的法定权利，在仓储期限内均可以行使。在实践中，要将其与合同中的约定检查权相区别。例如，在一起由最高人民法院审理的合同纠纷中，上诉人认为，被上诉人不同意其对代购代存玉米进行检验，所以其拒绝付款提货。法院经审理认为，对仓储物进行检查是存货人的法定权利，无须以合同约定为前提条件。但根据案件事实，被上诉人并未拒绝上诉人行使仓储货物的检查权，因此上诉人拒绝付款提货是在行使不安抗辩权的理由不成立。^[33]

第九百一十二条

保管人发现入库仓储物有变质或者其他损坏的，应当及时通知存货人或者仓单持有人。

本条主旨

本条是关于保管人危险通知义务的规定。

相关条文

《合同法》第389条 保管人对入库仓储物发现有变质或者其他损坏的，应当及时通知存货人或者仓单持有人。

理解与适用

本条是在《合同法》第389条的基础上修改而成的。本条的修改体现在：将“保管人对入库仓储物发现有变质或者其他损坏的”修改为“保管人发现入库仓储物有变质或者其他损坏的”。这一修改主要是表述上的调整，使其更加符合用语习惯。

保管人接收存货人交付的仓储物后，在符合合同约定的条件和要求下储存和保管仓储物，仓储物因自身性质、超过有效储存期等原因发生变质或其他损坏的，保管人虽然不承担赔偿责任，但应履行危险通知义务。根据本条规定，保管人在发现入库仓储物有变质或者其他损坏，或是存在变质或者其他损坏的危险时，应当及时通知存货人或仓单持有人，使其尽早采取措施，避免损失的发生或扩大。“仓储物有变质或者其他损坏”一般是指仓储物发生变质、数量减少、价值降低、包装破损造成的损坏等情形。如有法院认为，“依据已查明事实，苏宁物流公司已通过电子邮件形式告知北京酵真公司货物有效期至情况及相应货物数量，且要求该公司尽快处置即将过期货物，已经履行了案涉合同约定的保管人通知义务。货物超过保质期并不属于危及其他货物安全或正常保管的情形，故北京酵真公司主张苏宁物流公司应在货物过期时采取处置措施，缺乏合同及法律依据，本院不予支持。”^[34]

同时，本条的规定体现了诚实信用原则的精神，是该原则的具体化。依据《民法典》第509条的规定，“当事人应当按照约定全面履行自己的义务。当事人应当遵循诚信原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。当事人在履行合同过程中，应当避免浪费资源、污染环境和破坏生态。”这表明，仓储合同的保管人除了按合同约定履行义务，还应当遵循诚实信用原则，根据仓储合同的性质、目的和交易习惯，在仓储物发生变质或其他损坏，或者仓储物有变质或其他损坏的危险时，向存货人或仓单持有人履行通知义务。^[35]

第九百一十三条

保管人发现入库仓储物有变质或者其他损坏，危及其他仓储物的安全和正常保管的，应当催告存货人或者仓单持有人作出必要的处置。因情况紧急，保管人可以作出必要的处置；但是，事后应当将该情况及时通知存货人或者仓单持有人。

本条主旨

本条是关于保管人危险催告义务和紧急处置权的规定。

相关条文

《合同法》第390条 保管人对入库仓储物发现有变质或者其他损坏，危及其他仓储物的安全和正常保管的，应当催告存货人或者仓单持有人作出必要的处置。因情况紧急，保管人可以作出必要的处置，但事后应当将该情况及时通知存货人或者仓单持有人。

理解与适用

本条是在《合同法》第390条的基础上修改而成的。本条的修改体现在：将“保管人对入库仓储物发现有变质或者其他损坏”修改为“保管人发现入库仓储物有变质或者其他损坏”；将“保管人可以作出必要的处置，但事后应当将该情况及时通知存货人或者仓单持有人”修改为“保管人可以作出必要的处置；但是，事后应当将该情况及时通知存货人或者仓单持有人”。这两处修改主要是标点符号和表述上的调整，使其更加符合用语习惯，同时与《民法典》第912条的改动保持一致。

一、保管人的催告义务

司法实践中对于《民法典》第912条的通知义务与第913条的催告义务存在结合适用和单独适用的情形。如“金秋元公司通知的证据仅为一条短信，在大蒜出现发芽情况后金秋元公司未举证证明其向刘江平通知货物情况、并要求刘江平尽快处置，故金秋元公司未尽保管方的提醒义务”^[36]；“被告没有将胡萝卜超出有效储存期并损坏的情况及时通知原告，胡萝卜损坏影响其冷库的使用和其他仓储物保管的情况下没有通知原告进行必要的处置，被告自己也没有采取必要的措

施”[37]；“上诉人并未提交证据证实被上诉人存储的苹果发现有变质或者其他损坏，危及其他仓储物的安全和正常保管，即便存在该种情形，依法亦应当通知存货人作出必要处理，同时，上诉人也未提交证据证实存在紧急情况其必须处置的情形”[38]。

保管人发现入库仓储物有变质或者其他损坏，或仓储物存在变质或者其他损坏的危险时，若这种变质或损坏是由仓储物自身性质或包装破损等不可归责于保管人的原因造成的，保管人应当履行《民法典》第912条规定的危险通知义务，如果这种变质或其他损坏已经危及其他仓储物的安全和正常保管，保管人还应当催告存货人或者仓单持有人作出必要的处置。因情况紧急，保管人可以作出必要的处置；但是，事后应当将该情况及时通知存货人或者仓单持有人。保管人的催告对象必须是存货人或仓单持有人，否则不构成有效催告。催告的内容一般包括：要求存货人或仓单持有人对发生变质或其他损坏的仓储物进行处置或作出处置指示。如果保管人怠于催告，则应对其他货物的损失或自己遭受的损失自负责任。存货人接到催告后应当及时进行处置，如果其违反此项义务，导致保管人或其他仓储物存货人财产损失的，存货人承担赔偿责任。

二、保管人的紧急处置权

通常来说，保管人不具有对仓储物的处分权，但因情况紧急，保管人可以作出必要处置；但是，事后应当将该情况及时通知存货人或者仓单持有人。因此，在一般情况下保管人只需履行催告义务，只有在保管人无法通知存货人或仓单持有人，或者保管人必须马上采取措施才能避免其他货物的损害的紧急情形下，法律赋予保管人不经催告的紧急处置权。紧急处置以能够保证其他货物的安全和正常保管为限度。[39]保管人的紧急处置权是保管人防止损失扩大的注意义务的体现，即仓储物产生较为严重的变质或其他损坏后，保管人应当采取合理措施尽量避免损失扩大。保管人紧急处置仓储物产生的费用由存货人或仓单持有人负担。

第九百一十四条

当事人对储存期限没有约定或者约定不明确的，存货人或者仓单持有人可以随时提取仓储物，保管人也可以随时请求存货人或者仓单持有人提取仓储物，但是应当给予必要的准备时间。

本条主旨

本条是关于储存期限不明确时如何提取仓储物的规定。

相关条文

《合同法》第391条 当事人对储存期间没有约定或者约定不明确的，存货人或者仓单持有人可以随时提取仓储物，保管人也可以随时要求存货人或者仓单持有人提取仓储物，但应当给予必要的准备时间。

理解与适用

本条是在《合同法》第391条的基础上修改而成的。本条的修改体现在：将“当事人对储存期间没有约定或者约定不明确的”修改为“当事人对储存期限没有约定或者约定不明确的”；将“保管人也可以随时要求存货人或者仓单持有人提取仓储物”修改为“保管人也可以随时请求存货人或者仓单持有人提取仓储物”；将“但”改为“但是”。这三处修改主要是表述上的调整，其目的在于提高法条用语的准确性，“期限”相较于“期间”而言更能指明提取仓储物的时间界限，“请求”相比“要求”而言更符合合同债权的性质。

从保管人的角度看，本条前段规定了保管人须满足存货人或仓单持有人提取仓储物请求的义务，即储存期限不明确时，存货人或者仓单持有人可以随时提取仓储物。存货人或仓单持有人随时提取货物不属于违约行为，也不产生仓储费用的增减问题，仓储费按照实际储存时间确定。关于储存时间是否明确，司法实践一般综合考量是否直接标明货物的储存期限或取回时间等约定条款，单独的仓储物转库时间视为双方对储存期限没有约定。^[40]本条后段规定的是保管人请求存货人或仓单持有人提取仓储物的权利，即保管人也可以随时请求存货人或者仓单持有人提取仓储物，但是应当给予必要的准备时间。所谓“给予必要的准备时间”，是指保管人预先通知提货，然后确定一个合理的期限，以给存货人或仓单持有人留出必要的准备时间，在期限届至前提货即可，并非在通知当时就必须提取仓储物。^[41]如果保管人没有给予存货人或仓单持有人必要的准备时间，导致仓储物发生损失的，保管人承担赔偿责任。^[42]究其本质，储存期限不明确的仓储合同属于不定期合同，当事人有权单方终止合同。^[43]司法实践中，也有法院将其认定为是合同任意解除权的体现。如在一起仓储合同纠纷案中，法院认为，“双方未约定煤炭储存期间，因此金港公司作为存货人可以随时提取煤炭，其于2013年5月4日要求拉出煤炭，系行使仓储合同的任意解除权，双方之间的仓储合同关系应于该日解

除。”^[44]

第九百一十五条

储存期限届满，存货人或者仓单持有人应当凭仓单、入库单等提取仓储物。存货人或者仓单持有人逾期提取的，应当加收仓储费；提前提取的，不减收仓储费。

本条主旨

本条是关于储存期限有明确约定时如何提取仓储物的规定。

相关条文

《合同法》第392条 储存期间届满，存货人或者仓单持有人应当凭仓单提取仓储物。存货人或者仓单持有人逾期提取的，应当加收仓储费；提前提取的，不减收仓储费。

理解与适用

本条是在《合同法》第392条的基础上修改而成的。本条的修改体现在：将“储存期间届满”修改为“储存期限届满”；将“存货人或者仓单持有人应当凭仓单提取仓储物”修改为“存货人或者仓单持有人应当凭仓单、入库单等提取仓储物”。这两处修改的原因在于，“期限”更能准确指明仓储物的储存时间界限，且与《民法典》相关表述保持一致；将“仓单”修改为“仓单、入库单等”是针对实践中不断丰富的仓储物提取凭证作出的规定，且与《民法典》第908条规定保管人接收存货人交付仓储物后应当出具仓单、入库单等凭证的义务相统一。

依据《民法典》第908条，仓单、入库单是保管人接收存货人交付仓储物后应当出具的凭证，可以用于提取仓储物。因此本条规定，存货人或仓单持有人应当凭仓单、入库单等提取仓储物。仓储期限届满，仓储合同终止，存货人或仓单持有人可以请求保管人返还仓储物，这也是存货人或仓单持有人按期提取仓储物的义务。当存货人或仓单持有人违反此项义务时，会产生两项法律后果：一是逾期提取的，应当加收仓储费。如果存货人或仓单持有人超出合同约定的储存期限提取仓储物，将会增加保管人的保管成本和负担，因此，基于公

平原则，保管人应当加收仓储费。司法实践中，甚至有法院认为支付的逾期仓储费可以视为双方就逾期仓储费收取标准达成了新的协议。^[45]二是提前提取的，不减收仓储费。合同明确约定了储存期限，存货人或仓单持有人在期限届至前提取仓储物的，在一般情况下不会导致保管人受损，但保管人可能为此作出大量准备，提前提取的行为会破坏保管人的保管计划和合同信赖，甚至因此丧失其他缔约机会。所以，为了维护保管人的合法利益，本条规定提前提取的，不减收仓储费。^[46]

第九百一十六条

储存期限届满，存货人或者仓单持有人不提取仓储物的，保管人可以催告其在合理期限内提取；逾期不提取的，保管人可以提存仓储物。

本条主旨

本条是关于保管人提存权的规定。

相关条文

《合同法》第393条 储存期间届满，存货人或者仓单持有人不提取仓储物的，保管人可以催告其在合理期限内提取，逾期不提取的，保管人可以提存仓储物。

理解与适用

本条是在《合同法》第393条的基础上修改而成的。本条的修改体现在：将“储存期间届满”修改为“储存期限届满”；将“，”修改为“；”。本条修改的原因在于，一是提高标点符号使用的准确性；二是“期限”更能准确指明仓储物的储存时间界限，且与《民法典》相关表述保持一致。

保管人于约定保管期限届满前，不得请求存货人或仓单持有人提取仓储物，否则会造成存货人或仓单持有人临时另觅堆藏之地的窘境。^[47]储存期限届满，存货人或仓单持有人凭仓单、入库单等凭证提取仓储物，这既是存货人或仓单持有人的权利，也是其义务。如果存货人或仓单持有人不能或拒绝提取，保管人可以确定一个合理期

限，催告其在此期限内提取，逾期仍不提取的，保管人可以提存仓储物。这就是保管人的提存权，其设置的原因主要是为了及时消灭债的关系，不增加保管人的保管负担。所谓“提存”，是指以提存代替清偿，即由于债权人的原因，债务人无法向债权人清偿到期债务，债务人将合同标的物交付给特定的提存部门，从而完成债务的清偿，达到使合同权利义务终止的效果。^[48]依据《民法典》第570条第1款，提存的原因分为三类，债权人拒绝受领、债权人不能受领以及债权人不知。本条即属于债务内容的实现以债权人的受领为必要，但债权人无正当理由拒绝受领之情形。保管人提存的前提条件是储存期限届满，经保管人催告后，存货人或者仓单持有人在合理期限内仍未提取仓储物。本条的“不提取仓储物”包含仓储物全部未提取和遗留部分仓储物两种情形。此外，本条也适用《民法典》第570条第2款的规定，即“标的物不适于提存或者提存费用过高的，债务人依法可以拍卖或者变卖标的物，提存所得的价款”。司法实践中，法院会结合第570条的规定对保管人的提存行为是否构成违约进行综合认定。例如最高人民法院在一起合同纠纷案中指出^[49]，在谷丰公司催告后，惠农合作社仍不作出提货安排的情况下，谷丰公司可依法提存仓储物，因5万吨玉米的提存费用过高，谷丰公司变卖代存玉米，符合法律规定。此外，新玉米即将上市，谷丰公司还要履行与案外人签订的仓库租赁合同。合同履行期限届满，为避免损失继续扩大，谷丰公司对垫资代购代存的玉米进行销售，系采取正当的自力救济措施，且该行为并未导致惠农合作社的利益受到损害。惠农合作社上诉称，谷丰公司销售代存玉米侵害了其合法权益，法院不予支持。

■ 第九百一十七条

储存期内，因保管不善造成仓储物毁损、灭失的，保管人应当承担赔偿责任。因仓储物本身的自然性质、包装不符合约定或者超过有效储存期造成仓储物变质、损坏的，保管人不承担赔偿责任。

本条主旨

本条是关于仓储合同保管人承担赔偿责任的情形及其免责事由的规定。

相关条文

《合同法》第394条 储存期间，因保管人保管不善造成仓储物

毁损、灭失的，保管人应当承担损害赔偿责任。因仓储物的性质、包装不符合约定或者超过有效储存期造成仓储物变质、损坏的，保管人不承担损害赔偿责任。

理解与适用

本条是在《合同法》第394条的基础上修改而成的。本条的修改体现在：将“储存期间”修改为“储存期内”；将“因保管人保管不善造成仓储物毁损、灭失的”修改为“因保管不善造成仓储物毁损、灭失的”；将两处的“损害赔偿责任”修改为“赔偿责任”；将“仓储物的性质”修改为“仓储物本身的自然性质”。这几处修改一是提高法条用语的简洁性和准确性，避免在理解和适用上产生歧义；二是为了与《民法典》相关表述相一致。

一、保管人的妥善保管义务

在仓储物储存期内，保管人负有妥善保管的义务。保管人的妥善保管义务主要包括三种情形：一是具备法定的资格和保管条件，如对于危险物品的保管，法律规定了特别保管条件，保管人应当符合该要求。二是保管人必须按照仓储合同的约定按要求和条件进行保管。三是除了合同约定的保管条件和保管要求外，保管人还应当尽到善良管理人的义务。^[50]如保管人应当完善安全防范措施，避免仓储物毁损、灭失。因为仓储合同中保管人的专业性和营利性，其注意义务要高于一般保管合同中的保管人的。在判断保管人是否尽到妥善保管义务时，可以参考行业内的一般水平加以认定。保管不善造成仓储物毁损、灭失的，保管人应当承担赔偿责任。

“保管不善”主要包括以下情形：一是保管人不具备相关保管资质的，如在“深圳市新宁现代物流有限公司、南昌欧菲光科技有限公司仓储合同纠纷案”中，新宁公司对危险物品的保管不符合相关的保管条件，对涉案锂电池的保管未采取必要的分类存放或隔离措施，未提供证据证明其具备相应消防条件，未尽妥善保管义务，存在重大过失。^[51]二是保管人不能依约定返还仓储物。司法实践中，法院的观点举例如下：中远公司作为仓储方不能及时向中铁柳州公司返还仓储物，应当赔偿相应的价款以及运输费用^[52]；中港公司作为保管人对全明公司存储的货物负有妥善保管义务，涉案货物因中港公司保管不善导致雨淋，经鉴定机构鉴定质量不合格，因此中港公司应赔偿全明公司的货物损失。^[53]三是保管人违反验收、通知、催告义务，对扩大的损失也应承担相应的责任。法院的判决理由如金娟对入库仓储物没有验收而直接入库，应当视为金娟对于人参入库时的完好状态予以

确认，在金娟履行仓储保管义务期间，涉案人发生霉变，金娟未能提供证据证明系仓储物自身原因所致，应当承担保管不善的法律责任。^[54]四是保管人的必要处置措施不恰当的，也应承担相应的违约责任。如法院认为，即使根据合同约定可以调整场地，际誉公司也应通知运达公司，现际誉公司提供的证据不能证明其在调整前或调整后以何种方式通知过福田法院及运达公司，运达公司也不认可煤炭仍在际誉公司的仓储场地内，故际誉公司应承担损害赔偿责任。^[55]

二、保管人不承担赔偿责任的情形

保管人承担赔偿责任的主要原因在于，仓储物的毁损、灭失是因为保管不善所造成的，即两者存在因果关系。所以，如果仓储物变质、损坏是因为其本身的自然性质、包装不符合约定或者超过有效储存期所造成的，则保管人不承担赔偿责任。一方面，在仓储物本身的自然性质或包装不符合约定的情况下，即便保管人履行了妥善保管义务也无法避免发生腐烂等异状，故保管人不应当承担赔偿责任。例如当双方未对仓储物损耗问题作出明确约定时，保管人对油品的损耗不承担赔偿责任。^[56]另一方面，仓储物本身存在有效期时，因超出有效储存期导致变质或损坏，应当由存货人承受超出储存期造成的损失。^[57]如在一起仓储合同纠纷中，法院认为，存货人在仓储时间届满后，没有及时提取仓储物，造成仓储物发生腐烂，因此存货人对仓储物发生损失也应承担相应的责任。^[58]本条实际上确立了保管人的法定免责事由。值得注意的是，保管人在上述情况中免于承担赔偿责任的前提是已经履行了危险通知、催告、必要处置等义务。此外，发生不可抗力或存货人的行为导致仓储物毁损、灭失的，保管人也不承担赔偿责任。

第九百一十八条

本章没有规定的，适用保管合同的有关规定。

本条主旨

本条是关于仓储合同法律适用的规定。

相关条文

《合同法》第395条 本章没有规定的，适用保管合同的有关规

定。

理解与适用

本条与《合同法》第395条的规定一致。

仓储合同又称仓储保管合同，就其性质而言，仍属于保管合同的一种。本条属于准用性规则，这表明法律上承认仓储合同和保管合同的相似性。对仓储合同没有规定的，适用保管合同的有关规定。例如关于仓储合同保管人留置权的规定可以参照适用《民法典》第903条保管合同留置权的规则，即“寄存人未按照约定支付保管费或者其他费用的，保管人对保管物享有留置权，但是当事人另有约定的除外。”在“太仓新港物流管理中心有限公司与奥特斯维能源（太仓）有限公司仓储合同纠纷案”中，法院援引保管合同留置权之规定，认为该条款界定了保管人享有留置权的货物范围为保管人保管的货物，并不要求必须是寄存人所有的货物，但当事人另有约定的除外。因被告奥特公司未向原告新港公司支付其应承担的仓储服务费用，所以原告对被告仍在仓储未出库的货物享有留置权，包括商业单据显示的货物进口方为鑫辉公司、海润公司的货物。^[59]又如仓储合同中第三人主张权利的返还问题可以适用《民法典》第896条，即“第三人对保管物主张权利的，除依法对保管物采取保全或者执行措施外，保管人应当履行向寄存人返还保管物的义务。第三人对保管人提起诉讼或者对保管物申请扣押的，保管人应当及时通知寄存人。”对此，法院通常在判决中援引保管合同的相关规定，进而认定仓储合同纠纷问题。^[60]

需要注意的是，并非所有仓储合同没有规定的情形都可以适用保管合同相关规定。在确定是否能够参照适用时，应当考虑仓储合同的特殊性，与仓储合同性质相悖的规则不能适用。

注释：

^[1]参见邱聪智：《新订债法各论》（中），姚志明校订，北京，中国人民大学出版社2006年版，第317页；刘春堂：《民法债编各论》（中），台北，三民书局2007年版，第375-376页。

^[2]参见邱聪智：《新订债法各论》（中），姚志明校订，北京，中国人民大学出版社2006年版，第317页；刘春堂：《民法债编各论》（中），台北，三民书局2007年版，第376页。

^[3]参见崔建远：《合同法》，北京，法律出版社2015年第6版，第426页。

[4]“北京正合海石油工程技术有限公司与中国石油化工股份有限公司东北油气分公司等仓储合同纠纷案”，内蒙古自治区前郭尔罗斯蒙古族自治县人民法院（2019）吉0721民初484号民事判决书。

[5]“宿迁市宿城区粮食储备库与蒋中民间借贷纠纷案”，江苏省宿迁市中级人民法院（2014）宿中民终字第1793号民事判决书。

[6]“武留忠与樊肖峰仓储合同纠纷案”，河南省内黄县人民法院（2017）豫0527民初1323号民事判决书。

[7]参见崔建远：《合同法》，北京，法律出版社2015年第6版，第427页；王利明：《合同法分则研究（上卷）》，北京，中国人民大学出版社2012年版，第591页。

[8]参见郭明瑞、王轶：《合同法新论·分则》，北京，中国政法大学出版社1997年版，第350页。

[9]“徐洪文与郭富年仓储合同纠纷案”，山东省潍坊市中级人民法院（2011）潍商终字第80号民事判决书。

[10]“徐伟钟与绍兴市越州冷冻食品有限公司仓储合同纠纷案”，浙江省绍兴市中级人民法院（2017）浙06民终2516号民事判决书。

[11]“深圳市新宁现代物流有限公司、南昌欧菲光科技有限公司仓储合同纠纷案”，江西省高级人民法院（2018）赣民申1270号再审查与审判监督民事裁定书。

[12]参见魏耀荣等：《中华人民共和国合同法释义（分则）》，北京，中国法制出版社2000年版，第537页。

[13]“重庆中集物流有限公司与象屿重庆有限责任公司仓储合同纠纷案”，重庆市高级人民法院（2016）渝民终330号民事判决书。

[14]参见郭明瑞、王轶：《合同法新论·分则》，北京，中国政法大学出版社1997年版，第352页。

[15]参见王利明：《合同法分则研究》（上卷），北京，中国人民大学出版社2012年版，第601页。

[16]“中国外运天津集团新河储运公司与天津义联国际货运代理有限公司等仓储合同纠纷案”，最高人民法院（2015）民申字第3084号申请再审民事裁定书。

[17]参见胡康生：《中华人民共和国合同法释义》，北京，法律出版社1999年版，第556页。

[18]参见郭明瑞、房绍坤：《新合同法原理》，北京，中国人民大学出版社2000年版，第676页。

[19]“中商华联科贸有限公司与昌邑琨福纺织有限公司买卖合同纠纷案”，最高人民法院（2013）民提字第138号。

[20]参见邱聪智：《新订债法各论》（中），姚志明校订，北京，中国人民大学出版社2006年版，第321页。

[21]参见房绍坤：《仓单若干问题探讨》，载《求是学刊》2002年第1期；胡康生：《中华人民共和国合同法释义》，北京，法律出版社1999年版，第557页。

[22]参见黄立：《民法债编各论》（下），北京，中国政法大学出版社2003年版，第637-638页。

[23]“江苏国泰国际集团恒联进出口有限公司与维维食品饮料股份有限公司买卖合同纠纷案”，江苏省高级人民法院（2016）苏民终439号民事判决书。

[24]参见马俊驹、余延满：《民法原论》，北京，法律出版社2010年版，第718页。

[25]例如甲背书转让给乙，乙背书转让给丙。背书的连续性是为了保证每个背书人都是有权进行背书转让的人。

[26]参见胡康生：《中华人民共和国合同法释义》，北京，法律出版社1999年版，第559页。

[27]参见吴志正：《债编各论逐条释义》，台北，元照出版公司2013年版，第311页。

[28]参见邱聪智：《新订债法各论》（中），姚志明校订，北京，中国人民大学出版社2006年版，第328页；王利明：《合同法分则研究》（上卷），北京，中国人民大学出版社2012年版，第592页。

[29]“栾川县豫广金属冶炼有限责任公司诉上海平欣资产管理有限公司金融借款合同纠纷案”，上海市第一中级人民法院（2017）沪01民终6125号民事判决书。

[30]“佛山市佛安能源有限公司诉中石化中海船舶燃料供应有限公司等买卖合同纠纷案”，广东省广州市黄埔区人民法院（2016）粤0112民初256号民事判决书。

[31]参见邱聪智：《新订债法各论》（中），姚志明校订，北京，中国人民大学出版社2006年版，第331-332页；王利明：《合同法分则研究》（上卷），北京，中国人民大学出版社2012年版，第602页。

[32]参见刘春堂：《民法债编各论（中）》，台北，三民书局2007年版，第407页。

[33]参见“曹县谷丰粮食购销有限公司与佳木斯市惠农谷物专业合作社其他合同纠

纷案”，最高人民法院（2014）民二终字第135号民事判决书。

[34]“江苏苏宁物流有限公司与北京酵真生物科技有限公司合同纠纷上诉案”，江苏省南京市中级人民法院（2017）苏01民终6114号民事判决书。

[35]参见胡康生：《中华人民共和国合同法释义》，北京，法律出版社1999年版，第561页。

[36]“刘江平、昆明金秋元贸易有限公司仓储合同纠纷”，昆明市中级人民法院（2014）昆民四终字第337号民事判决书。

[37]该案中，法官引用《合同法》第389条（通知义务）和第390条（催告义务）之规定，认为被告在为原告冷存胡萝卜过程中，虽然多次催促原告出库，但并没有将胡萝卜超出有效储存期并损坏的情况及时通知原告，在胡萝卜损坏影响其冷库的使用和其他仓储物保管的情况下没有通知原告进行必要的处置，被告自己也没有采取必要的措施，从而导致仓储费用的不断扩大。参见“张文龙与德州飞马冷链物流有限公司保管合同纠纷上诉案”，山东省德州市中级人民法院（2018）鲁14民终85号民事判决书。

[38]“荣成市华峰果品有限公司与陈志华仓储合同纠纷上诉案”，山东省威海市中级人民法院（2017）鲁10民终1005号民事判决书。

[39]参见马俊驹、余延满：《民法原论》，北京，法律出版社2010年版，第722页。

[40]例如有法院认为，“案涉《货物转库移交表》注明的时间虽为2010年2月9日，但该时间仅为仓储物转库时间，移交表上并没有写明货物储存期间或取回日期，当事人双方在诉讼中也未提交相关仓储合同，应视为双方对储存期间没有约定。”参见“成小红等诉湘潭诚信冷冻冷藏食品有限公司与公司有关的纠纷案”，湖南省高级人民法院（2017）湘民终79号民事判决书。

[41]参见胡康生：《中华人民共和国合同法释义》，北京，法律出版社1999年版，第563页。

[42]例如有法院认为，“龙泰公司2013年8月14日通知王洪杰要求其于2013年8月15日前将所剩苹果自行处理，在没有给予王洪杰必要准备时间的情况下，龙泰公司即将剩余苹果按垃圾废品处理，故龙泰公司应按剩余苹果的重量及价格对王洪杰承担损害赔偿赔偿责任。”参见“王洪杰与莱阳市龙泰果蔬食品有限公司仓储合同纠纷案”，山东省烟台市中级人民法院（2017）鲁06民终1277号民事判决书。

[43]参见吴志正：《债编各论逐条释义》，台北，元照出版公司2013年版，第314页；王利明：《合同法分则研究》（上卷），北京，中国人民大学出版社2012年版，第608页。

[44]“徐州飞达港与江苏金港能源有限公司仓储合同纠纷案”，江苏省徐州市中级人民法院（2017）苏03民终778号民事判决书。

[45]如在“汝城县星宇矿业有限公司与汝城县瑞泰隆投资有限公司仓储合同纠纷上诉案”中，法院认为，“星宇公司逾期提取冰铜矿，瑞泰隆公司可加收仓储费。星宇公司在提货时已按60元/吨/月的标准支付给瑞泰隆公司逾期仓储费，应视为双方就逾期仓储费收取标准达成了新的协议。”参见湖南省郴州市中级人民法院（2017）湘10民终1892号民事判决书。

[46]参见魏耀荣等：《中华人民共和国合同法释义（分则）》，北京，中国法制出版社2000年版，第551页。司法实践中，法院也作此认定。如在“莒南县供销社果品蔬菜公司等诉陈华伟仓储合同纠纷再审案”中，法院认为，“即使2007年11月下旬陈华伟与孔某订立合同，提前提取大蒜，陈华伟也应向果品公司支付协议书约定的全部仓储费用”。参见山东省高级人民法院（2017）鲁民再3号民事判决书。

[47]参见吴志正：《债编各论逐条释义》，台北，元照出版公司2013年版，第314页。

[48]参见崔建远：《我国提存制度的完善》，载《政治与法律》2019年第8期；韩世远：《提存论——〈合同法〉第101-104条的解释论》，载《现代法学》2004年第3期。

[49]参见“曹县谷丰粮食购销有限公司与佳木斯市惠农谷物专业合作社其他合同纠纷”，最高人民法院（2014）民二终字第135号民事判决书。

[50]参见马俊驹、余延满：《民法原论》，北京，法律出版社2010年版，第722页。

[51]参见“深圳市新宁现代物流有限公司、南昌欧菲光科技有限公司仓储合同纠纷案”，江西省高级人民法院（2018）赣民申1270号再审审查与审判监督民事裁定书。

[52]参见“中国铁路物资柳州物流有限公司诉广州中远海运物流有限公司仓储合同纠纷案”，广东省广州市中级人民法院（2017）粤01民初128号民事判决书。

[53]参见“青岛中港仓储有限公司与青岛全明肥料有限公司仓储合同纠纷案”，山东省青岛市黄岛区人民法院（2015）黄商初字第69号民事判决书。

[54]参见“金娟与范琳红仓储合同纠纷上诉案”，广东省广州市中级人民法院（2016）粤01民终8760号民事判决书。

[55]参见“内蒙古际誉仓储物流有限责任公司与巴彦淖尔市运达工贸有限责任公司仓储合同纠纷上诉案”，内蒙古自治区巴彦淖尔市中级人民法院（2016）内08民终1778号民事判决书。

[56]相关判决参见“中国石油天然气股份有限公司山西销售分公司与山西省代县林红伟石化有限公司仓储合同纠纷案”，山西省太原市万柏林区人民法院（2017）晋0109民初59号民事判决书。

[57]参见王利明：《合同法分则研究》（上卷），北京，中国人民大学出版社2012年版，第600页。

[58]参见“金娟与范琳红仓储合同纠纷案”，广东省广州市荔湾区人民法院（2015）穗荔法民二初字第1125号民事判决书。

[59]参见“太仓新港物流管理中心有限公司与奥特斯维能源（太仓）有限公司仓储合同纠纷案”，湖北省武汉海事法院（2018）鄂72民初383号民事判决书。类似判决参见天津市第二中级人民法院（2017）津02民终2399号民事判决书。

[60]第三人对保管物主张权利时仓储保管人仍应向存货人返还。相关案例参见浙江省宁波市镇海区人民法院（2016）浙0211民初1252号民事判决书。

第二十三章 委托合同

第九百一十九条

委托合同是委托人和受托人约定，由受托人处理委托人事务的合同。

本条主旨

本条是关于委托合同之概念的规定。

相关条文

《合同法》第396条 委托合同是委托人和受托人约定，由受托人处理委托人事务的合同。

《民法典》第796条 建设工程实行监理的，发包人应当与监理人采用书面形式订立委托监理合同。发包人与监理人的权利和义务以及法律责任，应当依照本编委托合同以及其他有关法律、行政法规的规定。

第960条 本章没有规定的，参照适用委托合同的有关规定。

第966条 本章没有规定的，参照适用委托合同的有关规定。

第984条 管理人管理事务经受益人事后追认的，从管理事务开始时起，适用委托合同的有关规定，但是管理人另有意思表示的除外。

理解与适用

一、委托合同的功能

亲自处理自己的事务，受时间、空间的限制，可能无法事必躬亲。通过委托合同，由他人处理自己的事务，可以突破上述限制。同

时，随着社会分工的发展，每个人无法像百科全书一样掌握所有的知识，委托合同，也可以突破专业知识的限制。因此，委托合同能够扩大自治可能性，弥补自治能力的不足。在交易实践中，委托合同经常作为交易结构设计的一环，通过与其他法律工具的组合，实现当事人的整体目标。在我国由于大量管制性规则的存在，委托合同具有更重要的价值和意义。

同时，委托合同是以提供一定的劳务或服务为内容的服务合同的一种。较之以物或者权利的转移为中心的合同，服务合同具有库存的不可能性、无形性或者识别困难性、复原返还的不可能性、受到服务人特质的制约、受领人的协作、受领人自身的特性与服务效果之间的密切关联性、信息的不对称性、持续性、损害的特殊性等特点。^[1]服务合同内部分为承揽性服务合同（承揽合同、建设工程合同、运输合同等）、保管性服务合同（保管合同、仓储合同等）和委托性服务合同（委托合同、物业服务合同、行纪合同、中介合同等），《民法典》并未规定统一的服务合同规则。^[2]委托合同是委托性服务合同的基本类型，其规定构成了委托性服务合同的基础。因此，在其他委托性服务合同没有特别规定时，可以参照适用委托合同的规定。针对行纪合同和中介合同，《民法典》第960条和第966条都规定：本章没有规定的，参照适用委托合同的有关规定。这属于法定的准用条款。即使法律规定的物业服务合同、证券投资顾问合同、金融理财合同等没有规定此种法定准用条款，在其没有特别规定时，仍然可以参照适用委托合同的有关规定。《民法典》和其他法律没有明文规定的委托性服务合同，例如经理人、代办商、合伙事务执行，在没有特别规定时，依据《民法典》第467条第1款，也可以参照适用最相类似的委托合同的有关规定。

除民事委托之外，行政法也借用概念形成行政委托。行政委托是行政机关在其职权职责范围内依法将其行政职权或行政事项委托给有关行政机关、社会组织或者个人，受托人以委托机关的名义实施管理行为和行使职权，并由委托机关承担法律责任。行政委托必须有法定依据、符合法定程序，委托的行政机关必须拥有法定权限，受托人应当是符合法定条件的有关企事业单位、社会组织或者个人，且必须以委托机关的名义实施管理行为和行使职权。^[3]

二、委托合同是受托人处理委托人事务的合同

委托合同是以处理委托人事务为标的的合同，因而与以交付和转移所有权为内容的买卖合同是不同的。当然，委托合同和买卖合同确实存在易混淆的部分，尤其是在链条型交易中。在实践中，第三方由一方指定并按照其指示与另一方签订买卖合同，另一方受托处理交易

并收取买卖合同差价作为报酬，被认为是委托合同^[4]；而按照双方签订的合同，甲方的主合同义务是提供商品，乙方作为独家经营销售商按月向其采购不少于一定数量的商品，乙方采购后以何种形式何种价格面向社会销售，甲方均不参与，也不承担乙方在市场推广中发生的任何费用的，则被认为实质上是买卖合同关系。^[5]

委托合同中的处理事务，与无因管理中的管理事务在行为层面大致类似，除非处理行为因属于其他典型合同而不属于委托合同中的处理事务，例如保管、行纪等。^[6]所处理的事务更是多元化，不仅涉及法律行为，例如买卖、赠与、租赁等，也可以涉及准法律行为和非法律行为，例如看房子、质押财产监管、账户监管等；不仅可以是实体法上的事务，也可以是程序法上的事务，例如办理登记、批准、代理诉讼等；既可以涉及财产，也可以不涉及财产；不仅可以是一次性事务，也可以是持续一段时间的事务。^[7]在交易实践中，常见的委托事务包括但不限于：代办担保登记、行政审批、行政登记等手续，委托采购、委托销售、委托拍卖，委托代理诉讼活动，委托经营，委托收购股权，委托理财，委托监管^[8]，委托贷款、委托收款，有限责任公司股东委托会计师事务所查阅公司账簿，委托投资和股权代持^[9]，委托借名购房^[10]，等等。但是，依据法律规定、当事人约定或者依行为的性质，应当由本人亲自实施的行为，例如办理结婚登记、履行演出合同、不作为等，一般不适用委托合同。同时，委托的目的和事项不得违反法律、行政法规的效力性规定，不得违背公序良俗，于此适用法律行为的一般规则。^[11]

处理委托人事务，同样要求委托合同可以为委托人或者第三人的利益，可以为委托人和受托人或者第三人的利益，可以为第三人和受托人的利益，但不得仅为受托人的利益。^[12]同时，处理委托人事务，原则上并非必须达到一定的结果，即其是行为之债而非结果之债。该行为是否产生预期的工作成果，通常不能成为评判受托人是否履行合同的考量因素，这是委托合同与承揽合同的最重要区别。《民法典》实际上采用的是“大委托、小承揽”的理念，在无法准确对合同定性的前提下，基于使债务人负担越重越需要债务人的明确同意这个自治原则，推定为适用或者参照适用委托合同而非承揽合同的规则。^[13]换言之，委托合同的规则可以构成服务合同的一般性和默认规则，但在委托合同未规定时，也可以在性质不相违背的范围内参照适用承揽合同的相关规定。

还应当注意的是，委托合同和劳动合同或者劳务合同的内容均为提供劳务，但委托的目的在于处理委托人事务，受托人提供劳务仅是手段，即使受托人应当按照委托人的指示处理委托事务，受托人仍具

有独立性，有权根据自己的经验、知识和技能，选择自己认为最好的方法；而在劳动合同或者劳务合同中，提供劳务方仅是单纯地提供劳务，同时，其应当服从债权人的指示、安排、指挥和监督，当事人之间具有控制、支配和从属关系。^[14]但是，委托合同规则可以是劳务合同的一般和默认规则。^[15]

委托合同的标的是处理委托人事务，这也使委托合同与中介合同区分开。在实践中，两者区分的关键是中介人仅报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务，中介人并不实际参与委托人与相对人的合同关系，而由委托人和相对人实质性地协商。^[16]

三、委托人承受委托事务的最终收益和风险

受托人处理委托事务，并非必须要以委托人的名义。这涉及委托合同和代理授权行为的不同。并非所有的委托合同都伴随着代理权，例如仅委托传达时即没有代理权问题。代理权也并非仅以委托合同作为基础关系，合伙合同、劳动合同都可能作为基础关系，甚至法定代理权也可以作为基础关系。即使委托合同伴随着代理权，但产生代理权的并非作为基础关系的委托合同，而是代理授权行为。委托合同仅仅产生委托人和受托人之间的债权债务关系。代理权是代理人取得的一种以自己的意思表示改变被代理人法律地位的法律权力，由被代理人承受代理行为的法律效果，但代理人本人并没有根据代理权获得利益，换言之，代理权属于一种私法中的权力而非权利。^[17]同时，代理授权行为并不会课予代理人义务，只要代理权力未行使就无法产生权利、义务，故代理授权行为并非债的发生原因。^[18]因此，委托合同仅仅产生债权债务关系，产生私法中的债权和债务，而代理授权行为产生将代理行为的效果归属于被代理人的私法权力，两者在法律效果上显然不同，效果意思成为基础行为与代理授权行为区分的基础。在通常的律师委托行为中，可以看到其中的区别：双方通常要先签订一个委托合同，之后再由委托人出具授权委托书，产生代理权的并非委托合同，而是授权委托书所表现出来的代理授权行为。该区分中最为重要的价值考虑是使相对人原则上无须对内部基础行为予以审查，而仅需审查代理授权行为中的代理权有无和权限，增加无权代理中相对人善意认定的可能性，从而降低相对人对代理权有无和权限范围的审查成本。^[19]因此，委托合同仅侧重解决委托人和受托人之间的权利义务问题，而代理权侧重解决代理人所作出法律行为的效果归属问题。

但是，委托合同是受托人处理委托人事务的合同，因此，在委托人和受托人之间，受托人处理委托事务所产生的利益和风险，最终由委托人承受。^[20]这也构成了委托合同与其他很多合同的区别。例

如，当事人就商铺、产权式酒店等订立的委托经营合同，不应一概定性为委托合同。如当事人明确约定委托人将商铺、房屋交予受托人经营，经营收益和风险均由受托人承担，受托人支付固定金额的“租金”或“投资回报”的，应认定为租赁合同。如当事人约定委托人将商铺、房屋交予受托人经营，经营收益和风险均由委托人承担，委托人支付一定金额的报酬给受托人的，则应认定为委托合同。 [21]

实践中，委托合同的应用情形之一是委托理财或者资产管理合同。委托理财是指委托人将其资金、证券等资产委托给受托人，由受托人将该资产投资于股票、期货等交易市场或通过其他金融形式进行管理，所得收益由双方按约定进行分配或由受托人收取代理费的经济活动。根据受托人的主体特征不同，委托理财可分为金融委托理财和民间委托理财。金融委托理财，又称金融机构委托理财。在我国从事委托理财业务的金融机构主要有商业银行、证券公司、信托公司、保险公司、基金公司等五类，这些金融机构从事这类业务须有一定的资质并经有关主管部门批准方可进行。民间委托理财，又称非金融机构委托理财，其受托主体主要为资产管理公司、投资咨询公司、一般企事业单位等非金融机构或自然人。民间委托理财合同和民间借贷合同经常难以区分，这涉及诉讼管辖、民间借贷的利息管制等一系列问题，也会出现以委托理财合同掩盖民间借贷合同的情形。其中重要的考虑因素之一仍然在于是否由委托人承担风险。此时，应该透过合同的标题、形式去审视合同的实质内容，应进一步区分不同权利、义务的约定以界定其法律关系并确定案由。

双方当事人在合同中约定或以事实行为表明，委托人获得固定本息回报的，即约定有“保底条款”的，例如受托人到期返还本金和固定收益，则因此时是委托人收取固定回报而受托人承担全部风险，再结合其他因素，有理由认定为“名为委托理财、实为借贷关系”，从而双方成立借贷关系，以借款合同纠纷确定案由，并适用相关法律、行政法规和司法解释的规定予以处理。 [22]在证券委托理财中，如果当事人在合同中约定，由委托人向受托人交付资金，受托人自行开设证券账户进行证券交易，委托期限届满后由受托人向委托人返还本金并支付固定回报，或除支付固定回报外对超额投资收益约定由委托人与受托人按比例分成的，可以认定双方成立以委托理财为表现形式的借贷关系，并以借款合同纠纷确定案由。但是，如果当事人在合同中约定，由委托人自行开设账户并投入资金或购买证券资产后，将账户控制权委托受托人进行证券交易，受托人承诺委托期限届满后向委托人返还本金并支付固定回报，或者除支付固定回报外对超额投资收益约定由委托人和受托人按比例分成的，应认定双方之间成立有保底条款的委托关系，并以委托合同纠纷确定案由。 [23]

如果被认定为委托理财合同，证券公司从业人员受托理财、受托进行外汇投资、以委托理财为形式进行洗钱活动，或者不具有委托资产管理经营资质的非金融机构法人作为受托人，会因为违反《证券法》《外汇管理条例》《个人外汇管理办法》《金融机构反洗钱规定》等，而以违反法律、行政法规的效力性强制性规定或者违背公序良俗而被认定无效^[24]；受托人接受不特定多数人委托从事受托理财业务（尤其是集合性受托投资管理）的，也有很大的被认定为合同无效的风险。如果被认定为有保底条款的委托理财合同，则受托人为金融机构时，委托理财合同应当全部无效而非仅保底条款无效。^[25]自然人之间存在这种约定的，因现行的法律法规尚没有对受托人为特定金融机构以外的委托理财合同的保底条款作否定性规定，可以被认定为有效。^[26]

实践中，委托贷款合同和借款合同也经常联系在一起。按照《贷款通则》第7条第2款的规定，委托贷款系指由政府部门、企事业单位及个人等委托人提供资金，由贷款人（即受托人）根据委托人确定的贷款对象、用途、金额、期限、利率等代为发放、监督使用并协助收回的贷款；贷款人（受托人）只收取手续费，不承担贷款风险。这里存在委托合同和借款合同两个法律关系。因此，委托贷款法律关系中，委托人贷款资金的来源并不影响委托借款合同的效力，委托人委托银行发放贷款，并非直接从事银行业金融机构的业务活动，未违反银行业监督管理法相关规定。^[27]委托借款合同形式上的贷款人是受托人，实质上的贷款人则是作为被代理人的委托人，因此，作为贷款人的受托人无须承担贷款风险。在委托贷款合同约定的还本付息期限届满的情况下，当事人可以约定将委托贷款关系转为一般借款合同，将作为三方关系的委托贷款关系转为作为双方关系的一般借贷关系，但此种变化既未实质性地改变借款关系的当事人，亦未改变借款合同的权利义务关系，主债权的借款关系并不消灭，作为从权利的担保权利也未消灭。^[28]基于同样原因，委托贷款合同在监管层面受到“穿透式监管”，委托贷款合同的效力、委托人与借款人之间的利息、逾期利息、违约金等权利义务均应受有关民间借贷的法律、法规和司法解释的规制。^[29]

四、委托合同基于当事人之间的特别信任而订立

受托人按照约定处理委托事务，委托事务的最终风险由委托人承受，且受托人不保证结果的一定实现。这意味着委托合同应当具有一定的人身信赖属性，以委托人和受托人的相互信任为基础。委托人是基于对受托人的能力、经验、品行等方面的信任而委托受托人处理事务，而在受托人处理委托事务过程中，需要委托人大量的协作，还要按照委托人的指示处理，这也需要受托人对委托人特别信任。虽然，

所有的合同都需要当事人之间的一定信任才会订立，但是，委托合同中当事人之间的信任是一种特别信任，此种信任在要求与表现方面要高于一般合同中的信任。^[30]

五、委托合同是诺成合同和不要式合同

委托合同在双方当事人意思表示达成一致时即可成立，需要要约和承诺，于此适用民事法律行为和合同成立的一般规则。有些立法例规定，以受托处理事务为营业的主体，例如律师事务所、会计师事务所等，如果已有受托处理一定事务的公开表示，在其接到要约而不愿意订立合同时，负有积极拒绝承诺的通知义务，如果没有及时地明确拒绝，即为承诺。^[31]《民法典》对此未作出明确规定，一般不应使其负有明确拒绝的义务，但是如果法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易惯例使其负有明确拒绝义务时，依照《民法典》第140条第2款的规定，单纯的沉默也可以被视为承诺的意思表示。

委托合同与无因管理最大的区别在于另一方是否有法定或者约定的义务，在其他方面，无因管理和无偿委托合同中当事人的权利义务比较类似，但仍然存在一定区别。若当事人之间存在委托合同，则受托人就负有处理或者管理的义务，不构成无因管理。但是，管理事务最初构成无因管理，但受益人可以对此追认，《民法典》第984条规定，管理人管理事务经受益人事后追认的，则从管理事务开始时起，适用委托合同的有关规定，但是管理人另有意思表示的除外。

无偿委托合同既然是合同，就应当与作为非法律行为的情谊行为有所区分。情谊行为与无偿委托合同都涉及的是无偿的活动，但情谊行为不具有法律行为所要求的受法律拘束的意思，因此情谊行为的主体一般不负有义务，只有在行为构成侵权时才承担责任。商事交易中，一般应当认定为委托而非情谊行为。在日常生活的行为中，如果该行为会产生较为高额的费用，则可以推定为委托合同，例如浇花不产生行车费用时，是情谊行为；而产生行车费用时，可以推定为委托合同。^[32]

委托合同的形式可以由当事人协商确定，法律没有明确限制，故委托合同是不要式合同。

委托合同的其他事项由当事人约定。例如，关于委托合同的期限，当事人可以约定明确的期限，也可以不约定期限，还可以以完成特定事务为期限。

《民法典》中的委托合同既可以有偿，也可以无偿。^[33]

第九百二十条

委托人可以特别委托受托人处理一项或者数项事务，也可以概括委托受托人处理一切事务。

本条主旨

本条是关于委托事务范围的规定。

相关条文

《合同法》第397条 委托人可以特别委托受托人处理一项或者数项事务，也可以概括委托受托人处理一切事务。

理解与适用

受托人既然是为委托人的利益处理委托人事务，则受托人委托事务的范围，应当根据委托合同确定。受托人在处理委托事务时，应以委托人指示的范围为准。以此为标准可把委托划分为两大类，即特别委托和概括委托。

特别委托，是委托人特别委托受托人处理一项或者数项事务的委托。在委托事务范围内，委托人可以再行确定受托人的权限，如果未明确权限，则受托人的权限是为处理委托事务所需要的一切必要行为，例如，律师事务所受托处理委托人的某一诉讼，其不但可以起诉或者应诉，也可以撰写诉讼所需要的法律文件、查找证据等。^[34]在有争议的情况下，应当按照有利于委托人的原则，认为受托人的权限仅包括为处理委托事务所必需的管理行为，而不能包括处分行为等对委托人的重大利益有影响的行为。

概括委托，是委托人概括委托受托人处理一切事务的委托。此时，受托人可以为委托人为一切行为。例如，律师事务所处理委托人的全部法律事务。

当然，特别委托和概括委托具有相对性，在某一领域是概括委托，而相对于更大的领域是特别委托。但是，纵然是概括委托，也可能要求在委托事项对委托人的重大利益具有影响时需要委托人的特别授权。^[35]例如，《民事诉讼法》第59条第2款中规定，诉讼代理人代

为承认、放弃、变更诉讼请求，进行和解，提起反诉或者上诉，必须有委托人的特别授权。

需要注意的是，概括委托和全权委托不同，概括委托涉及委托事务的范围，而全权委托涉及受托人处理委托事务的权限。在概括委托和特别委托中，都可发生全权委托。例如，委托律师事务所处理某一诉讼，这是特别委托，但委托人可以授予受托人处理该事务的全部权限。

■ 第九百二十一条

委托人应当预付处理委托事务的费用。受托人为处理委托事务垫付的必要费用，委托人应当偿还该费用并支付利息。

本条主旨

本条是关于委托人预付及偿还费用之义务的规定。

相关条文

《合同法》第398条 委托人应当预付处理委托事务的费用。受托人为处理委托事务垫付的必要费用，委托人应当偿还该费用及其利息。

理解与适用

一、委托人预付费用的义务

处理委托事务的费用，不同于《民法典》第928条规定的报酬，即使是无偿的委托合同，委托人也应当偿还受托人为处理委托事务垫付的必要费用并支付利息。但是，在有偿委托合同中，当事人对费用未约定或者约定不明确时，应当推定为报酬包括了处理委托事务的费用。委托合同为无偿委托合同时，或者虽然是有偿委托合同，但当事人明确约定费用应当另外单独支付时，当事人对费用未约定或者约定不明确的，应当推定为委托人负有预付或者偿还处理委托事务的必要费用的义务。^[36]

受托人处理的是委托人的事务，受托人就没有垫付的义务。为了

处理事务得以开展，无特别约定时，委托人就负有预付处理委托事务费用的义务，预付费用的范围应当以处理委托事务客观上的必要费用为限。除当事人另有约定外，委托人不得以受托人未处理事务而主张履行抗辩权。如果委托人不预付，受托人有权拒绝处理事务，不因此而对委托人承担违约责任。但是，受托人是否可以请求委托人预付？对此存在争议。有观点认为，处理委托事务，并非为受托人的利益，无利益即无诉权。^[37]但是，处理委托事务可以并非仅为委托人的利益，也可同时为受托人的利益，如果委托人不预付导致委托事务无法处理的，受托人自然可以解除委托合同，但是，解除合同对受托人的声誉或者锻炼团队等利益有损，此时，受托人应当享有请求委托人预付的权利，这对委托人也并无不利^[38]；同时，委托人享有任意解除权，委托人可以通过任意解除权的行使而不预付费用。

当然，委托人预付的费用在委托事务处理完毕后有剩余的，受托人应当将剩余的费用返还给委托人。

二、委托人偿还费用和利息的义务

受托人不负有为处理委托事务而垫付费用的义务，但受托人垫付了的，其有权请求委托人偿还垫付的费用及其利息。偿还费用的范围以受托人实际垫付的必要费用为限。这首先要求受托人已经实际垫付。其次要求受托人垫付的费用是必要的，具体判断时应当以受托人决定垫付的时间点为标准，具体斟酌事务的性质、繁简程度、通常支出水平、受托人的身份/职业等而客观确定，具有相关性、合理性和适当性；受托人认为委托人未合理预见的费用是必要费用时，按照《民法典》第922条，受托人一般应当取得委托人的指示。符合这两个要求的，受托人应当按照《民法典》第924条的规定报告垫付费用的情况。委托人除了有义务偿还必要费用，还有义务偿还必要费用的利息，利息的计算应当从受托人垫付时起^[39]，依据全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率（LPR）计算。^[40]委托人无正当理由未偿还的，受托人可以请求委托人承担违约责任，同时有权行使履行抗辩权，拒绝继续处理事务或者转交财产，或者在符合留置权构成的前提下，有权行使留置权，不因此而对委托人承担违约责任。当事人可以在委托合同中明确约定以达到一定结果为支付报酬的条件，但是，这并不意味着受托人应当负担因此支出的必要费用，受托人仍然有权请求委托人偿还因处理事务所支出的必要费用及其利息，除非当事人另有约定。^[41]

按照本条规定不使受托人因处理委托事务受损的意旨，受托人为处理委托事务而负担必要债务的，受托人可以请求委托人代为清偿，债务未届清偿期的，可以请求委托人提供相应担保。^[42]至于受托人

因处理委托事务受到的损失，依据《民法典》第930条处理。

另外，虽然不是处理委托事务的必要费用，但却是受托人处理委托事务的有益费用的，受托人是否有权请求委托人偿还？《民法典》未予明确，解释上可以认为，可以由当事人约定，未约定的，可与无因管理的理论处理方案一致，即符合《民法典》第979条规定的适法无因管理的构成要件的，可以请求返还该有益费用及利息；不符合第979条的规定，按照第980条，委托人享有管理利益的，其在取得的利益范围内对受托人负有返还该有益费用和利益的义务。^[43]

■ 第九百二十二条

受托人应当按照委托人的指示处理委托事务。需要变更委托人指示的，应当经委托人同意；因情况紧急，难以和委托人取得联系的，受托人应当妥善处理委托事务，但是事后应当将该情况及时报告委托人。

本条主旨

本条是关于受托人服从委托人指示的义务的规定。

相关条文

《合同法》第399条 受托人应当按照委托人的指示处理委托事务。需要变更委托人指示的，应当经委托人同意；因情况紧急，难以和委托人取得联系的，受托人应当妥善处理委托事务，但事后应当将该情况及时报告委托人。

理解与适用

一、受托人应当按照委托人的指示处理委托事务

既然受托人是为委托人处理事务，处理事务的收益和风险最终由委托人承受，那么，受托人应当按照委托人的指示处理委托事务。委托人的指示包括在订立委托合同时的指示和在订立委托合同后的指示，受托人都应当服从这些指示，否则应当承担违约责任。指示属于意思通知而非意思表示，但可以类推适用意思表示的一般规定。指示又可以区分为受托人无裁量权的命令性指示、受托人有一定裁量权的

指导性指示和受托人有高度裁量权的任意性指示，这对于判断受托人是否违背了委托人的指示以及是否变更了委托人的指示具有意义。
[44]

这也意味着，委托人可以随时变更自己的指示，对于同一委托事务，委托人可以根据主客观情况的变化，变更自己的指示。这与《民法典》第777条关于定作人任意变更权的规定相互协调，参照适用第777条，委托人变更指示应当在受托人完成委托事务之前，在受托人完成委托事务后，已经不存在变更指示的可能性。委托人变更指示的，无须取得受托人的同意，无须特别的理由。当委托人的指示前后不一致时，受托人应当按照委托人的最新指示处理事务。

同样，参照适用《民法典》第777条，如果委托人变更指示，虽然并非违约行为，但是造成受托人损失的，委托人仍然应当赔偿损失。这属于《民法典》第930条规定的适用范围，即受托人处理委托事务时因不可归责于自己的事由受到损失的，可以向委托人请求赔偿损失。例如，委托人变更指示导致委托合同内容的实质性变更，使受托人处理事务的难度和劳动量增加的，受托人可以请求赔偿，该赔偿可以按照与确定初始报酬时所采取的计算方法相同的方法予以计算，实质上就是因工作量增加而可能增加的报酬；如果有明确的履行期限，必要时，受托人还有权请求顺延相应的履行期限。^[45]如果委托人变更指示导致受托人处理委托事务的难度显著增加的，受托人可以依据《民法典》第933条行使任意解除权而解除委托合同，且这属于不可归责于受托人的事由，受托人无须向委托人承担赔偿责任。如果委托人变更指示，使委托事务无法按照委托人的指示完成的，按照《民法典》第928条第2款，这属于不可归责于受托人的事由，委托事务不能完成的，委托人应当向受托人支付相应的报酬，除非当事人另有约定。

二、受托人的通知义务和委托人的同意

如果委托人作出了指示，但是按照委托人的指示处理委托事务，将比按照委托合同的约定处理事务或者按照原指示处理事务显著地增加金钱或时间，或者该指示与委托合同的目的不一致，或者可能不利于委托人的利益，需要变更委托人的指示的，受托人不能单方变更委托人的指示，而应当通知委托人。受托人在此负有通知义务，以方便委托人的指示。^[46]

一般情况下，受托人仅能够通知，但无权按照自己的意愿自行变更委托人的指示，否则应当承担违约责任。例如，委托人指示受托人提供给第三人贷款，但第三人可能丧失履行能力的，则受托人有义务

通知委托人，由委托人决定是否继续提供贷款。受托人如果自行变更委托人的指示，可能会违反委托人恰恰想要帮助第三人的意思。因此，一般不能赋予受托人自行变更委托人指示的权利，除非当事人另有约定。^[47]如果受托人履行了通知义务，委托人在合理期间内作出了答复，受托人应当服从委托人答复中的指示。也即，委托人同意受托人变更指示的，受托人应当变更指示；委托人不同意变更指示的，受托人就应当按照委托人的原指示处理委托事务，但不妨碍上文所述的受托人在委托人的指示变更了其更早之前的指示时所享有的权利。如果委托人已经作出指示，受托人认为需要变更，委托人接到受托人通知后未在合理期间内同意的，应当推定为委托人不同意变更，受托人仍应当按照委托人的指示处理委托事务。

三、情况紧急下受托人的妥善处理义务和及时报告义务

委托人作出指示而需要变更的，受托人负有通知义务，原则上不能在未经委托人同意的情况下自行变更委托人的指示，但是，本条赋予了例外情况下受托人自行处理委托事务的权利。该例外的构成要件包括：（1）因情况紧急，需要立即作出新的措施；（2）由于客观上的原因，难以和委托人取得联系；（3）依据情况这样办是为了委托人的利益的。此时，受托人具有自行处理的权利，包括变更委托人的指示，甚至突破关于受托人权限的指示而超越原定权限。并且，为了在紧急情况下维护委托人的利益，受托人此时也负有妥善处理的义务，即在根据已取得的信息和指示可以合理地推断出的委托人的期待、偏好及优先选择的基础上处理委托事务。同样，如果构成对委托人指示的合理的实质性变更，使受托人处理事务的难度和劳动量增加，受托人同样享有上文所述的其在委托人变更指示时所享有的权利。^[48]同时，受托人毕竟变更了委托人的指示，因此在妥善处理委托事务后，仍然应当向委托人及时报告。

四、受托人的其他通知义务和委托人的协助义务

应当注意的是，委托人作出指示而需要变更，这仅仅是受托人的通知义务的适用情形之一。在委托人未作出指示的其他情形中，受托人同样可能负有通知义务。按照《民法典》第509条第2款，当事人应当遵循诚信原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务；同时，《民法典》第776条也规定了承揽人的通知义务，该规定可以参照适用于委托合同中的受托人。据此，受托人负有诚信原则所要求的通知义务，但是，也不能将受托人的通知义务过分扩大，否则会对受托人产生不利。受托人负有通知义务的前提条件，类似于承揽合同中承揽人负有通知义务的前提条件；同时，依据《民法典》第500条的规定，受托人在合同订立阶段也负有诚信原则

所要求的通知义务。同样，委托人也可能在一定条件下负有诚信原则要求的通知义务。^[49]关于具体的前提和法律后果，这在第776条的释义中已经说明，故这里不赘述。^[50]

同时，《民法典》第509条第2款规定：当事人应当遵循诚信原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。据此，委托人也负有诚信原则要求的协助义务。委托人负有协助义务以需要委托人协助为前提，包括双方有明确的约定或者是依据处理事务的性质所需要的。并且，委托人的协助义务的具体范围和内容的确定也取决于双方的明确约定以及是否是委托人处理委托事务所合理期待的，这包括但不限于及时提供受托人处理事务所必要的信息、接到受托人通知情形下及时答复或者指示等。^[51]如果委托人在接到通知后未及时提供信息或者作出指示，致使委托事务无法继续的，则受托人有权：（1）依据《民法典》第930条，要求委托人赔偿其误工等损失；同时，（2）参照适用《民法典》第778条关于定作人之协助义务的规定，催告委托人在合理期限内履行义务，顺延履行期限，委托人逾期仍不履行的，受托人有权解除合同；或者（3）自行妥善处理，即在根据已取得的信息和指示可以合理地推断出的委托人的期待、偏好及优先选择的基础上处理委托事务。^[52]

■ 第九百二十三条

受托人应当亲自处理委托事务。经委托人同意，受托人可以转委托。转委托经同意或者追认的，委托人可以就委托事务直接指示转委托的第三人，受托人仅就第三人的选任及其对第三人的指示承担责任。转委托未经同意或者追认的，受托人应当对转委托的第三人的行为承担责任；但是，在紧急情况下受托人为了维护委托人的利益需要转委托的除外。

本条主旨

本条是关于转委托的规定。

相关条文

《合同法》第400条 受托人应当亲自处理委托事务。经委托人同意，受托人可以转委托。转委托经同意的，委托人可以就委托事务直接指示转委托的第三人，受托人仅就第三人的选任及其对第三人的

指示承担责任。转委托未经同意的，受托人应当对转委托的第三人的行为承担责任，但在紧急情况下受托人为维护委托人的利益需要转委托的除外。

《民法典》第169条 代理人需要转委托第三人代理的，应当取得被代理人的同意或者追认。

转委托代理经被代理人同意或者追认的，被代理人可以就代理事务直接指示转委托的第三人，代理人仅就第三人的选任以及对第三人的指示承担责任。

转委托代理未经被代理人同意或者追认的，代理人应当对转委托的第三人的行为承担责任，但是在紧急情况下代理人为了维护被代理人的利益需要转委托第三人代理的除外。

理解与适用

一、转委托

转委托，是受托人将处理委托事务的义务委托由第三人（转受托人）履行，第三人替代受托人履行处理委托事务的义务。这与委托合同权利义务概括转移不同：转委托合同与委托合同各自独立，转委托合同的成立、生效与效力，与委托合同无关；委托合同最终无效、被解除或者确定不生效时，不影响转委托合同的效力，仅仅是产生了法定解除权。

受托人是否具有转委托的权利，取决于其与委托人之间的约定。但欠缺明确约定时，因委托合同基于当事人之间的特别信任而订立，当事人之间具有特别的信任关系，委托人是基于对受托人之能力、经验、品行等方面的信任而委托受托人处理事务，但这并不意味着受托人就必然信任受托人基于其对他人的个人信任而选择的该他人，因此，受托人有义务亲自处理委托事务，而无转委托的权利。^[53]亲自处理委托事务，不排除利用各种辅助人员从事辅助工作。这并非转委托，无须委托人同意，但就这些工作受托人应当向委托人承担责任。同时，在实践中，对于业务明显关联的母公司与子公司、总公司与分公司之间，一方将工作交由另一方实际处理的，一般不认为另一方构成“第三人”^[54]。但是，该规定是为了保护委托人的利益，据此而存在一些例外情况。

二、合法转委托一：经过委托人的同意或追认的转委托

如果委托人事先同意转委托，例如委托合同中约定了受托人可以转委托，或者虽然委托合同中未约定，但委托人在转委托前予以同意，则受托人的转委托自然是合法的。虽然委托人事先未同意，但委托人在事后追认的，转委托同样是合法的。委托人的同意或追认的意思表示可以是明示的，也可以通过其行为予以默示。但是，委托人知道或应当知道受托人转委托而未表示反对的，依《民法典》第140条第2款，这种单纯的沉默原则上不能认为构成同意或追认的意思表示，除非存在法律规定、当事人约定或符合当事人之间的交易习惯。这一点在最高人民法院之前的司法解释中也体现出来，例如《最高人民法院关于审理海上货运代理纠纷案件若干问题的规定》第5条第2款规定：没有约定转委托权限，货运代理企业或第三人以委托人知道货运代理企业将海上货运代理事务转委托或部分转委托第三人处理而未表示反对为由，主张委托人同意转委托的，人民法院不予支持，但委托人的行为明确表明其接受转委托的除外。同样，委托人采取措施避免损失的行为，也不能被认为是事后追认。[55]

委托人的同意或者追认，使转委托成为合法的转委托。但是，在向作为转受托人的第三人的指示问题上，委托人和受托人没有明确约定时，为维护委托人的利益，方便委托人，本条特别规定委托人有权就委托事务直接指示第三人。在委托人和受托人的指示存在矛盾时，由于最终是由委托人承担处理委托事务的风险，故应以委托人的指示为准。同时，本条仅仅规定了委托人直接指示受托人的权利，但如果第三人过错造成委托人损失的，而受托人仅就第三人的选任和指示承担责任。为了周全保护委托人的利益，应当认为委托人对第三人享有直接的请求权，此时委托人有权对第三人主张受托人对第三人的请求权，例如报告、赔偿、转交财产等。[56]

但是，在其他方面，第三人和委托人之间是否产生直接的关系？例如，第三人是否对委托人负有报告义务？需要变更委托人指示的，是否应当适用《民法典》第922条的规定？第三人是否有权向委托人直接请求费用返还和支付报酬？对此，存在不同的观点。有的观点认为，委托人和第三人之间并未产生直接关系，第三人对委托人没有直接的权利，例如，第三人对于处理委托事务所支出的费用、所遭受的损失等不能直接请求委托人负责，而只能请求受托人负责；同样，对委托人的请求，第三人原则上也不能因为受托人的原因而对委托人拒绝履行。[57]但有的观点认为，第三人对委托人享有与受托人相同的权利和义务，第三人可以向委托人主张受托人对委托人的权利。[58]如果在委托人和第三人之间不产生直接关系，那么第三人的过错行为造成委托人损失时，受托人就应当根据其与其委托人之间的委托合同承担全部责任，而不能像本条规定那样仅限于对第三人的选任和指示过

错承担责任；同时，如果仅仅使委托人对第三人享有权利，而不对第三人负有义务，这似乎对第三人而言也并不公平；并且，如果第三人无权对委托人请求协助，则委托事务也无法继续。因此，可能更为合理的观点是，委托人可以直接请求第三人报告等，第三人也可以直接向委托人请求费用返还、报酬支付、协助等，即委托人和第三人之间产生了与委托人和受托人之间的关系同样的关系，并且由受托人和第三人之间的转委托合同约定范围，双方请求权的范围受到两个合同的限制。例如，委托人和受托人之间约定了10万元报酬，而受托人与第三人之间约定了8万元报酬，则第三人只能向委托人请求8万元报酬。当然，委托人和受托人之间的委托合同依然具有效力，委托人向第三人直接支付了报酬的，其对受托人的报酬支付义务在相应范围内消灭。^[59]

在委托人和受托人之间中，双方的委托合同关系依然具有效力，但是本条特别规定，受托人仅就对第三人的选任和指示对委托人承担责任。^[60]此时，受托人对委托人承担责任的构成要件包括：（1）转委托的第三人对委托人承担责任。只有在转委托的第三人对委托人承担责任的前提下，受托人才可能对委托人承担责任。如果第三人在处理委托事务时纠正了受托人的不当指示，受托人即使存在指示错误，也不向委托人承担责任。（2）受托人仅就在就第三人的选择和指示有过错的前提下承担责任。受托人选择的第三人必须具有处理事务的能力，而且受托人不能指示不当。根据保护委托人利益的制度目的，应进行目的性扩张解释，受托人还需就其选任第三人之后的监督承担责任。在其他情况下，受托人不因第三人的行为而对委托人承担责任。当然，受托人和委托人之间有特别约定的除外。（3）受托人作出了真正的选任、指示或监督行为。如果委托人明确指定了第三人作为转受托人，受托人并无转委托的自由，此时受托人自然无须就对第三人的选任对委托人承担责任，但是即使如此，如果受托人明知第三人不胜任等情形却怠于通知委托人或者未尽对委托人明确指定的第三人的监督责任，则受托人仍应对委托人承担责任。在委托人就委托事务直接或者通过受托人指示第三人的情形中，同理，受托人自然无须就对第三人的指示向委托人承担责任。

在委托人对第三人享有直接赔偿请求权，又对受托人享有赔偿请求权时，在相应范围内构成了连带债务关系，于此适用《民法典》第519、520条关于连带债务的一般性规定。但在受托人和第三人之间，如果没有特别约定，则不存在内部分享比例，而是由第三人全部承担责任。^[61]委托人请求受托人而非第三人承担责任的，受托人向委托人承担责任后，有权按照《民法典》第929条请求第三人对受托人承担违约责任。相应的，第三人向委托人承担责任后，无须向受托

人承担违约责任。

就受托人和第三人之间的关系而言，双方存在转委托合同，因此应当适用委托合同的一般性规则。

三、合法转委托二：紧急情况下为了维护委托人利益的转委托

在紧急情况下，受托人为了维护委托人的利益需要转委托第三人的，无须经过委托人的同意或追认。所谓紧急情况，参考《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第80条的规定，是指由于急病、通讯联络中断等特殊原因，受托人自己不能处理委托事务，又不能与委托人及时取得联系，如不及时转委托他人，会给委托人的利益造成损失或者扩大损失的。

紧急情况下的转委托所产生的法律后果与经过委托人同意或追认的转委托所产生的法律后果相同。本条第三句分号前规定“受托人应当对转委托的第三人的行为承担责任”，分号后紧接着规定“但是，在紧急情况下受托人为维护委托人的利益需要转委托第三人的除外”。这容易使人误解为受托人无须就第三人的行为向委托人承担责任。但是，按照体系解释和价值考量，即使是紧急情况下的转委托，受托人仍然就要对第三人的选任和指示向委托人承担责任。

四、违法转委托：非紧急情况下未经委托人同意或者追认

在非紧急情况下，如果受托人转委托第三人未经委托人同意或者追认，在受托人和第三人之间，转委托合同仍然有效，适用委托合同的一般规定。但是，受托人违反了亲自处理委托事务的义务，且事务处理与信任关系极为密切，因此致使不能实现合同目的的，委托人有权解除其与受托人之间的委托合同。于此可以适用《民法典》第563条第1款第4项的规定“当事人一方……有其他违约行为致使不能实现合同目的”，并参照适用《民法典》第772条第2款中的“未经定作人同意的，定作人也可以解除合同”^[62]。为了进一步加强对委托人的保护，第三人的行为就等同于受托人的行为，按照本条规定，受托人就应当向委托人承担责任，而限于合法转委托情形中的选任和指示过错。

但是，如果委托人未行使解除权，在违法转委托中，委托人和第三人之间是否产生直接的权利义务关系？例如，委托人是否有权就委托事务直接指示转委托的第三人？如果第三人过错造成委托人损失的，此时委托人是否对第三人享有直接的赔偿请求权？对此同样存在争论。^[63]为了与合法转委托的后果区分开，可能更为合理的观点

是，违法转委托中委托人和第三人之间不产生直接的权利义务关系，这对委托人也并无不利，毕竟委托人可以通过追认将违法转委托转变为合法转委托，并且可以在追认中保留对受托人的赔偿请求权。

五、基于转委托作出的民事法律行为的效果归属

如果以委托合同和转委托合同为基础关系，产生了第三人的转委托代理权（复代理权），仍需解决的问题是，第三人（复代理人）基于此种复代理权作出的代理行为的效果归属。虽然这属于代理而非委托合同的范畴，但与本条存在密切联系，故也附带提及。

在合法转委托的情况下，此时第三人就是被代理人的有权代理人，以被代理人的名义作出的代理行为的效果直接归属于被代理人。在其他方面则应适用代理的一般规则，例如，如果复代理人无权代理，则由复代理人作为无权代理人依据《民法典》第171条第3、4款对相对人承担无权代理责任；复代理人和被代理人之间的同样适用代理的一般规则，被代理人有权依据内部基础关系或侵权关系请求复代理人承担赔偿责任；对相对人则依据《民法典》第172条予以表见代理的保护。

如果是违法转委托，复代理人无代理权，则适用《民法典》第171、172条关于无权代理和表见代理的规定。如果不构成表见代理，且被代理人不追认的，依据《民法典》第169条，本代理人应当对复代理人的行为承担责任，民事法律行为的效果不应归属于被代理人。^[64]但这样仍然存在不清晰之处：是本代理人向相对人直接承担无权代理的责任，还是先由复代理人向相对人承担责任，然后由本代理人向复代理人承担责任呢？^[65]此时应当区分不同的情形：如果复代理人向相对人表明自己是复代理人，显示出多层代理关系，相对人信赖本代理人是被代理人的代理人的，此时无权代理责任由本代理人直接向相对人承担；相反，如果复代理人未表明自己是复代理人，相对人信赖复代理人是被代理人的代理人的，则为保护相对人的信赖，无权代理责任由复代理人向相对人承担，本代理人不直接向相对人承担责任。^[66]

第九百二十四条

受托人应当按照委托人的要求，报告委托事务的处理情况。委托合同终止时，受托人应当报告委托事务的结果。

本条主旨

本条是关于受托人的报告义务的规定。

相关条文

《合同法》第401条 受托人应当按照委托人的要求，报告委托事务的处理情况。委托合同终止时，受托人应当报告委托事务的结果。

理解与适用

一、受托人报告义务的制度目的

受托人是为委托人处理事务，处理事务的收益和风险最终由委托人承受，因此，委托事务的处理情况和结果直接涉及委托人的利益。据此，本条规定了受托人在委托事务处理过程中和委托合同终止时的报告义务。这有利于委托人及时了解情况以便作出判断而发出指示，也有利于委托人对事务处理结果进行接收审核，判断受托人是否有过错，确定偿还费用和支付报酬的具体数额，还便利委托人行使权利和履行义务。

二、委托事务处理情况的报告义务

在委托事务处理过程中，受托人有义务向委托人报告委托事务的处理情况，以便委托人作出合理的判断。但是，受托人的报告义务对受托人而言是一个负担，随时让委托人了解受托人行为的所有细节不可行且不必要，过分宽泛的报告义务甚至使委托人干预受托人的处理细节而延缓委托事务的处理，并最终影响受托人请求支付报酬的权利。^[67]因此，需要在报告义务的履行时间和报告的具体范围中予以适当平衡。

首先是报告的具体范围，包括了处理状况、进度、突发事件的情况等，但无须涉及受托人行为的所有细节，关于其具体的范围要在个案中予以判断。

其次是报告义务的履行时间。按照本条规定，受托人在委托人要求时，才负有报告义务。^[68]委托人的要求可以体现在委托合同中约定的报告履行时间，也可以在未明确约定时随时合理要求。但是，委托人可能根本不知道何时要求和要求什么，也可能无法预知事务处理

情况的变化。《民法典》第509条第2款也规定，当事人应当遵循诚信原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。因此，有必要将受托人的报告义务扩展到委托人虽然未要求但依据诚信原有必要报告的情形。^[69]事实上，《民法典》第922条就已经规定了受托人在委托人未要求时负有报告义务的情形之一，即“因情况紧急，难以和委托人取得联系的，受托人应当妥善处理委托事务，但是事后应当将该情况及时报告委托人”。

三、委托事务结果的报告义务

委托合同可能因完成特定委托事务而终止，也可能因解除、当事人死亡等其他原因而终止。无论基于何种原因，也无论委托事务完成还是未完成，在委托合同终止时，受托人都负有报告委托事务结果的义务。报告委托事务结果，包括报告受托人履行的方式、委托事务的最终处理结果、预付费用和所垫付的费用开支情况、其他收益状况等，还包括提交必要的证明文件。在委托合同终止时，无须委托人请求，受托人就负有报告义务。^[70]这有助于在非排他性的委托中避免委托人自己和委托其他人处理所可能产生的风险。例如，委托出售房屋，受托人在签订房屋买卖合同后，应当立即报告委托人，否则委托人自己可能和他人也签订了房屋买卖合同。

四、受托人违反报告义务的法律后果

受托人迟延履行报告义务的，委托人有权依据违约责任的一般规定，请求继续履行，但此时只能采取间接强制的方式执行。例如，《民事诉讼法》第255条规定，被执行人不履行法律文书确定的义务的，人民法院可以对其采取或者通知有关单位协助采取限制出境，在征信系统记录、通过媒体公布不履行义务信息以及法律规定的其他措施。《民事诉讼法》第111条也规定，拒不履行人民法院已经发生法律效力的判决、裁定的，人民法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任；如果是债务人是单位，人民法院可以对其主要负责人或者直接责任人员予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。受托人违反报告义务导致委托人损失的，委托人也有权依据违约责任的一般规定，请求受托人予以赔偿。

但是，只有在受托人违反报告义务，致使合同目的不能实现时，委托人才有权解除合同。于此不应适用《民法典》第563条第1款第3项“当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行”，而应当适用第4项“当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的”。

第九百二十五条

受托人以自己的名义，在委托人的授权范围内与第三人订立的合同，第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的，该合同直接约束委托人和第三人；但是，有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外。

本条主旨

本条是关于受托人以自己名义订立合同且第三人知情时的法律后果的规定。

相关条文

《合同法》第402条 受托人以自己的名义，在委托人的授权范围内与第三人订立的合同，第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的，该合同直接约束委托人和第三人，但有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外。

《民法典》第162条 代理人在代理权限内，以被代理人名义实施的民事法律行为，对被代理人发生效力。

理解与适用

一、本条规范目的

从体系上而言，本条并非着眼于委托人和受托人之间的内部关系，而着眼于受托人以自己名义所签订合同的效果归属，因此主要涉及代理，故本条将委托人和受托人称为被代理人 and 代理人。关于本条的理论争论甚多，实践中误用情形也较多。有的将本条规定的内容理解为间接代理，有的理解为隐名代理，有的理解为直接代理的特殊形态。在价值判断上，有人认为该条是对大陆法系代理公开原则的背离，实践中也多有误用滥用；也有人认为，代理公开也包括仅公开代理事实但未公开被代理人身份的情形，因此该条并非对代理公开原则的突破，具有价值正当性。关于适用范围，有人认为应当仅适用于商事交易，但也有人认为，代理公开和不公开并非民事代理和商事代理的区分标准，应当一体适用于所有交易。^[71]

《民法典》第162条规定了，代理人在代理权限内，以被代理人

名义实施的民事法律行为，对被代理人发生效力。此即代理公开原则。本条与第162条的其他构成要件相同，区别仅在于代理人是以自己名义而非被代理人名义订立合同，但法律效果都是将代理行为的效果归属于被代理人。据此，本条与第162条同样属于效果直接归属规范。

在1999年制定《合同法》时规定本条和下条的内容是为了解决外贸代理问题，但是自2004年7月1日起，外贸经营权已经由审批制改为登记制，代理人可以自由选择是以自己的名义还是以被代理人的名义行为，最初的目的已经不再需要，因此，目前需要将本条与代理公开原则结合而探求其制度目的。代理公开最重要的目的就是保护相对人的利益，通过代理事实和被代理人特定身份的公开，相对人就能够知悉特定的交易对方。这涉及相对人对交易对方的履行能力和信用状况的信赖。^[72]据此，当相对人的利益不需要通过代理公开予以保护时，即使代理未公开，也可以产生与代理公开相同的后果。代理人公开代理事实，相对人自然知道其交易相对人并非代理人而是被代理人，但代理人未公开代理事实，并不意味着相对人必然不知道代理事实。重要的是保护相对人的利益这个实质目的，不能舍本逐末地把手段当成目的本身。代理人虽然以自己名义作出代理行为，但相对人已经知道代理人实际上是为了被代理人的利益而行为时，代理公开所要实现的使相对人获知交易对方的目的已经实现，即使代理未公开，同样有理由使被代理人承受代理行为的后果。^[73]因此，代理公开和不公开不是依名义作出区分，而是以相对人是否知道代理事实作为区分标准。相对人知道代理事实的公开代理，包括了代理事实公开（“以被代理人名义”）和代理事实未公开但相对人知道这两种情形，两者具有相同的法律效果。^[74]

但是，在代理人具有代理权的前提下，代理人并非只能为被代理人的利益行为，其也可以为自己的利益行为。如果代理人选择以自己的名义行为，一般表达的就是为自己利益的意图。代理人以自己的名义行为本身就表明代理行为仅约束代理人和相对人而无法约束被代理人。同时，代理人以自己的名义行为也可能体现了被代理人隐身幕后、不愿被约束的意思。即使相对人知道代理人与被代理人之间的代理关系，但既然代理人以自己的名义行为，那么相对人也不能合理信赖代理人以自己的名义作出的法律行为能够约束被代理人。因此，在代理人以自己的名义行为时，概括地使被代理人承受行为效果，就可能使本来愿意受到行为约束的代理人可以不受约束，反而使本来不愿受到行为约束的被代理人受到约束。^[75]为了避免这种情形，本条对此作出了严格的构成要件限定。

二、构成要件一：以代理人（受托人）自己的名义

本条的构成要件之一是以代理人自己的名义与第三人订立合同，这是区分本条与《民法典》第162条的适用范围的关键。

如果代理人以被代理人的名义订立合同，则代理人公开了代理事实和特定的被代理人，应当适用第162条。但是，如果代理人公开了代理事实而未公开被代理人，即仅对相对人第三人表明了自己是代理人，但未公开特定的被代理人的，该适用哪条就可能存在疑问。此种情形的发生有正当的经济理由：可能是为了被代理人的利益，如果相对人知道实际的交易对象是被代理人，交易条件可能更为苛刻，或者被代理人基于合理原因而更愿意隐居幕后；也可能是为了代理人的利益，其付出大量成本发展出其资源网络，不愿让相对人和被代理人直接联系而使自己被绕开，或者代理人先与相对人订立合同，之后再寻找愿意承受代理行为效果的特定被代理人，但代理人同时不愿直接对相对人承担责任。代理人已经清晰地表明了代理事实和为他人利益行为的意思，相对人已经知道合同当事人并非代理人而是另有他人时，相对人就有两种选择：或者接受这一点并订立合同，行为效果不由代理人而由隐藏的被代理人承受；或者其因不愿承担交易对方不明的风险而拒绝交易。相对人可以基于自己的利益自由地选择，这种自由选择的可能性已足以保护相对人的利益。据此，如果相对人选择接受，则代理行为应当直接约束被代理人 and 相对人，代理人并非合同当事人。^[76]这与适用第162条的法律效果相同。行为效果之所以由被代理人承受，不是因为代理人公开了被代理人的特定身份，而是因为代理人表明了其所为的意思表示效果不归属于代理人自己，而是归属于被代理人的意思，且代理人和相对人基于此共同认识而订立合同。因此，第162条中的“以被代理人名义”应被理解为代理人公开了代理事实，是否公开了被代理人的特定身份则是无关紧要的。据此，该情形应当是代理公开的类型之一而非例外，属于第162条的适用范围。

同样，代理公开原则是保护相对人利益的规范手段。据此，当相对人的利益不需要通过代理公开予以保护时，即使代理未公开，也可以产生与代理公开相同的后果。其中的情形之一是，对于相对人而言，交易对方是代理人还是被代理人根本不重要，即“隐蔽的行为归属”。例如，日常生活中的现金交易，如果相对人的权利已经消灭，则相对人的义务和责任是对被代理人还是对代理人承担无关紧要，对相对人的利益并无影响，所以通说认为此时由被代理人承受行为后果而享有违约请求权、撤销权等。^[77]此时可以类推适用本条规定。^[78]

在委托人和受托人的关系中，受托人应当以自己的名义还是以委托人的名义订立合同不明确时，可以通知委托人，请求委托人作出指示；在委托人未作出指示时，受托人有权在根据已收集的信息和指示

可以合理地推断出的委托人的期待、偏好及优先选择基础上予以选择^[79]；有疑义时，可以推定为受托人应当以委托人的名义订立合同。

三、构成要件二：代理人在授权范围内订立合同

本条适用的构成要件还包括代理人在授权范围内订立合同。由此，有疑问的是：如果受托人以自己的名义却无代理权，可否适用或者类推适用无权代理或者表见代理规则？^[80]本条与《民法典》第162条仅解决代理公开的问题，而代理权限本来就不属于这两条的适用范围，但是，在以被代理人的名义订立合同时，如果无代理权，则适用《民法典》第171、172条的无权代理和表见代理规则解决代理权限欠缺的法律后果，而本条与第162条同样属于效果直接归属规范，自然也有理由类推适用第171、172条。从利益衡量角度观察，适用第171条，由于被代理人享有追认权，对被代理人并无不利，第三人则享有善意时的撤销权和请求代理人赔偿的权利，对第三人也并无不利；适用第172条，虽然不利于被代理人，但其中的考量与一般的表见代理中的考量并无不同。

代理人可以与第三人订立任何类型的合同，这可以类推适用于代理人实施的其他法律行为。实践中，最常出现的类型是委托借款合同^[81]，还有其他一些类型的合同，例如资产转让合同^[82]、建设工程设计合同^[83]、房地产开发经营合同^[84]、租赁合同^[85]、运输合同、专利实施许可合同^[86]，等等。

四、构成要件三：第三人在订立合同时知道代理关系

如果代理人“以自己的名义”作出法律行为，此时对“以自己的名义”首先应依据客观化的文义解释立场，即《民法典》第142条第1款中所述“按照所使用的词句”，予以认定。是否以代理人自己的名义，要看所签订合同的词句和当事人条款显示出来的双方当事人。如果代理人作出代理行为，且根据文义判断代理行为的当事人是代理人，那么一般而言，不能将代理行为的效果直接归属于被代理人。但即使以文义为起点，也还要“结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则”，从规范解释的立场确定代理人的意思。例如，代理人的明确表示或者交易过程中明确显示出来的代理人意思，使交易相对人知道代理人的真正意思是将代理行为的效果直接归属于被代理人，此时相对人仍然具有选择交易对方的自由，按照意思表示的解释，可以使被代理人受到代理行为的约束。换言之，代理人“以自己的名义”仅仅是依据文义来认定，仅构成了意思表示解释的起点，但如果根据意思表示解释的其他因素，相对人知道代理人具有将效果归属于被代理

人的真实代理意思，那么从规范立场和相对人立场对代理人意思予以解释的结果就是代理人具有代理意思，也即代理人的代理意思与相对人知道代理的存在乃一体两面，由此在意思表示解释的结果上也符合《民法典》第162条中的代理人“以被代理人名义”，进而与《民法典》第142条第1款的意思表示解释规则能够形成一致。另外，按照此种解释方案，本条的适用范围绝对不是非常广泛的，而仅适用于代理人文辞上以自己的名义但从客观的相对人立场认为代理人具有代理意思的情形。本条中的“第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系”，指的是从客观的相对人立场认为受托人具有代理意思。例如，在办理委托贷款业务时，签订合同的方式主要有两种：一种是分别由委托人与受托人签订委托合同、受托人（贷款人）与借款人签订借款合同，在委托合同和借款合同中均载明贷款资金的委托人和借款人；另一种是委托人、受托人、借款人三方共同签订委托贷款合同，约定各自的权利义务关系。无论采何种方式，一般而言，借款人均知晓委托人与受托人的真实身份，而借款人系由委托人确定的。又如，在实践中出现的一些循环贸易中，可能其实质目的是融资借款，虽然融资人与中间人签订的合同，但实质上融资方是知道真正的出资人的，此时如果最终认定为借款合同^[87]，则借款合同的双方当事人是融资人和出资人，其并不约束中间人。^[88]具体而言：

首先，第三人在订立合同时知道。第三人在履行过程中或者在纠纷解决过程中知道的，不能适用本条。^[89]

其次，第三人知道。对此应当作更为严格的认定。“知道”体现了较高程度的证明要求。^[90]当代理人以自己的名义行为时，代理意思和事实的公开程度较低，此时第三人对背后的代理意思和事实不应当负有较高程度的注意义务，否则会增加第三人的交易成本。在判断第三人是否知道时，就要根据相对人较低的注意和审查义务，探求客观第三人处在相对人的地位将会如何理解，斟酌合同缔结前的联系、被代理人与相对人先前的交易关系和商业习惯等予以确定。第三人知道的途径无关紧要，仅仅在判断第三人是否知道时作为考量因素之一。

最后，第三人知道的内容是代理人和被代理人之间的代理关系。至于被代理人的特定身份，无须构成第三人知道的内容。关于授权的范围，本条将代理人在授权范围内与第三人订立合同作为其适用的构成要件之一，在解释上可以认为第三人知道的内容不包括授权的内容和权限。^[91]如果第三人知道代理事实，但不知道代理人无代理权限，如上文所述，可以类推适用《民法》第171条、第172条。

五、构成要件四：没有证据证明该合同只约束代理人和第三人

本条同时规定了消极性的构成要件，即有证据证明该合同只约束代理人和第三人的，该合同不能直接约束委托人。这里的“有证据证明”，包括了代理人或者第三人的意思表示、具体交易情况和法律规定。

首先，代理人或者第三人的意思表示。代理人或者第三人于订立合同时通过意思表示表明不愿意使被代理人成为合同当事人。代理人通过意思表示，无论是明示还是通过行为的默示，表明其仅具有为自己缔约的意思，而不希望合同对被代理人发生法律效力时，不能适用本条。第三人通过意思表示，无论是明示还是通过行为的默示，表明仅具有与代理人缔约的意思的，同样不能适用本条。^[92]但是，代理人和第三人的此种意思表示应当在订立合同时存在，否则若随时可以表明意思表示，将使本条根本无适用余地。^[93]例如，在委托贷款中，当事人关于诉讼主体的约定主要有三种：一是约定以受托人（贷款方）的名义向借款人提起诉讼，相关费用和后果由委托人承担；二是约定由受托人协助委托人提起和参与诉讼，相关费用和后果由委托人承担；三是约定由委托人直接向借款人提起诉讼。如果在受托人（代理人）和第三人之间存在第一种约定，就可以认为有证据证明该合同只约束受托人和第三人。但是，如果是委托人和受托人（代理人）之间存在约定，与第三人无关，同时该约定更有可能是赋予委托人权利，而非限制委托人行为的义务，此时，委托人既可以自行向第三人请求，也可以要求受托人向第三人请求。^[94]

在第三人依据合同向被代理人主张权利时，被代理人也可以通过证明该合同只约束代理人和第三人而使自己不受合同约束，例如，被代理人在第三人订立合同时，明确向第三人表明自己不受合同约束。

其次，具体交易情况。例如，在货运代理中，虽然承运人明显知道货运代理中的代理事实，但是承运人基于交易成本的考虑而不愿意和大量的散货货主形成合同关系。除此之外，现代商事实践的节奏加快、陌生人趋势增强反而更加注重代理制度的形式要求，因此产生了大量的广告代理人、保付代理人、海运经纪人等“承担特别责任的代理人”，此时，相对人对代理人的信赖程度可能要高于相对人对被代理人的信赖程度。^[95]据此，依据交易惯例和交易情境等可以推断相对人只愿意与代理人形成该合同关系，或者有证据证明如果被代理人作为合同当事人相对人就不会订立该合同时，合同自然仅能约束代理人和相对人，而不能在被代理人和相对人之间形成合同关系。^[96]

实践中还存在委托型借名购房，即房屋买卖合同由出名人以自己的名义与出卖人订立，但出名人系受借名人的委托。在此种情形中借名合同可以被认定为委托合同。在为规避政策、规章借名购房的情形

中，如果借名购买的是经济适用房等保障性住房，第三人（出卖人）显然只愿意将房屋出卖给具备购房资格的受托人（出名人），即便其在订约时明知道委托关系，也可以基于保障性住房的特殊性认定“该合同只约束受托人和第三人”。如果委托型借名购房的目的是规避限购令，由于借名人在特定区域内同样不具备购买此处房屋的资格（要么没有本地户口且社保缴费年限不够，要么虽有本地户口但已经拥有多处房屋），所以也应当认定出卖人只愿意与具备购房资格的出名人发生房屋买卖合同关系。^[97]

最后，法律规定。例如，在行纪合同中，即使相对人知道委托人的存在，委托人和相对人之间也不直接发生合同权利义务关系，但《民法典》第960条规定了行纪合同准用委托合同的相关规定，这会导致本条的规定被适用于行纪合同。但是，委托合同的规定补充适用于行纪合同的前提是行纪合同无相应规定，而《民法典》第958条已经明确规定相对人和行纪人发生权利义务关系。如果委托人选择行纪人，相对人与具有营业外观的行纪人进行交易，这本身就意味着从客观的相对人立场不能认为行纪人行为时具有代理意思。委托人取得合同权利、义务仅能基于其和行纪人之间的关系进行合同权利义务的约定概括移转，故本条不能适用于行纪合同。^[98]

此外，在举证责任上，代理人以自己的名义行为，一般应当认定为代理行为不对被代理人发生法律效力，因此，如果要适用本条规定，主张合同产生直接约束委托人和第三人的法律效果者，应当证明前三个积极构成要件的存在，而由主张不适用本条者证明该合同只约束代理人和第三人。

六、法律效果：合同直接约束被代理人和第三人

本条适用的法律效果是合同直接约束被代理人和第三人，即：被代理人对第三人享有权利和负担义务，并有权主张从属性权利^[99]；第三人对被代理人也享有权利和负担义务。同时，代理人不是合同当事人，因此其不对第三人负有义务^[100]，也不能向第三人主张权利^[101]，但在被代理人和第三人之间的诉讼中可以被列为第三人。该效果的发生是基于法律的直接规定，并不取决于当事人是否存在此种约定。^[102]

这与适用《民法典》第162条的法律效果是一样的，因此，本条和第162条同属于效果直接归属规范。这具有重要的意义。例如，由于代理行为的后果直接归属于被代理人，因此，相对人即不得以代理人对相对人所独立负担的债务抵销相对人根据代理行为对被代理人负担的债务，同样，被代理人也不得以相对人对代理人独立负担的债务

抵销被代理人根据代理行为对相对人负担的债务。^[103]又如，如果代理人基于被代理人的明确授权在与相对人的合同中约定了仲裁条款，由于代理行为的后果直接归属于被代理人，此时应认为被代理人也受到仲裁条款的约束。这对于相对人的利益没有影响，同时也并不违背被代理人的预期。^[104]

■ 第九百二十六条

受托人以自己的名义与第三人订立合同时，第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的，受托人因第三人的原因对委托人不履行义务，受托人应当向委托人披露第三人，委托人因此可以行使受托人对第三人的权利。但是，第三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同的除外。

受托人因委托人的原因对第三人不履行义务，受托人应当向第三人披露委托人，第三人因此可以选择受托人或者委托人作为相对人主张其权利，但是第三人不得变更选定的相对人。

委托人行使受托人对第三人的权利的，第三人可以向委托人主张其对受托人的抗辩。第三人选定委托人作为其相对人的，委托人可以向第三人主张其对受托人的抗辩以及受托人对第三人的抗辩。

本条主旨

本条是关于委托人的介入权、第三人的选择权的规定。

相关条文

《合同法》第403条 受托人以自己的名义与第三人订立合同时，第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的，受托人因第三人的原因对委托人不履行义务，受托人应当向委托人披露第三人，委托人因此可以行使受托人对第三人的权利，但第三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同的除外。

受托人因委托人的原因对第三人不履行义务，受托人应当向第三人披露委托人，第三人因此可以选择受托人或者委托人作为相对人主张其权利，但第三人不得变更选定的相对人。

委托人行使受托人对第三人的权利的，第三人可以向委托人主张

其对受托人的抗辩。第三人选定委托人作为其相对人的，委托人可以向第三人主张其对受托人的抗辩以及受托人对第三人的抗辩。

理解与适用

一、本条的体系定位

本条规定了受托人以自己的名义与第三人订立合同，而第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的情形。从文义上观察，《民法典》第162条中的“对被代理人发生效力”和第925条中的“该合同直接约束委托人和第三人”，都表明这两条是效果直接归属规范，即代理行为的后果直接归属于被代理人。但是，本条的文义表述却并非如此，表明该条并非效果直接归属规范。按照本条规定，合同仍然仅直接约束受托人和第三人^[105]，只有受托人因第三人的原因对委托人不履行义务，或者受托人因委托人的原因对第三人不履行义务时，才有委托人介入权和第三人选择权的问题，也才有相互主张权利的可能性。^[106]由此可见，本条规定不同于英美法中的不公开代理。^[107]

二、共同适用前提

根据本条规定，委托人介入权和第三人选择权的共同适用前提是，受托人以自己的名义与第三人订立合同时，第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系。因为受托人以自己的名义，所以区别于《民法典》第162条规定的情形；因为第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系，所以区别于《民法典》第925条规定的情形。^[108]同时，虽然本条的文义上并未体现出来，但本条仍以受托人在授权范围内与第三人订立合同为前提。由于本条并非效果归属规范，因此与《民法典》第925条规定的情形不同，在受托人超出授权范围或者无授权情形下，不能类推适用《民法典》第171、172条关于无权代理和表见代理的规定。

三、委托人的介入权

（一）行使前提和制度目的

按照本条第1款的规定，在受托人因第三人的原因对委托人不履行义务时，受托人应当向委托人披露第三人，委托人因此可以行使受托人对第三人的权利。因此，委托人介入权的行使前提是受托人因第三人的原因对委托人不履行义务，而不包括第三人已经向受托人履行义务，而受托人未向委托人履行是出于自身原因的情形。

对于委托人而言，基于专业分工等合理考虑，存在通过专业的中间人进入市场这种重要的商业需求，同时也存在交易时不公开自身的合理商业需求。如果法律不对这些商人予以保护，使其在中间人违约或者破产时向第三人直接主张权利，则这些商人可能会因害怕中间人违约或者破产而不愿再进行此种交易。因此，允许委托人行使介入权而直接向第三人主张，有助于商业便利、减少理论逻辑与商业现实之间的冲突，同时能够平衡委托人、受托人和第三人的利益。

具体而言，委托人面对的风险，首先是受托人未破产时的违约风险。这又可以区分为受托人因自身原因违约和因第三人原因违约。如果受托人因自身原因违约，由于受托人和委托人之间存在委托等内部关系，委托人能够采取事先的风险控制机制，而第三人由于不知道代理事实，故其无法预防受托人对委托人违约的风险。因此，委托人较之第三人对此种风险的控制成本更低，故有理由将这种风险分配给委托人。换言之，此种风险是委托人应当承担的一般交易风险，对此没有必要进行特别保护，否则将会使不知情的第三人有更多的机会遭到委托人的突然袭击。与此不同的是，受托人因第三人原因而对委托人违约这种风险。虽然委托人同样可以通过其与受托人的内部关系而采取事先的风险预防机制，但是第三人对此种风险的控制成本更低，即只要其按照其与受托人之间的合同履行其本应履行的合同义务即可。此时允许委托人行使介入权，第三人所应当履行的仍然是其所承诺的，仅仅是履行相对方不同而已，故并未使第三人增加任何新的成本。

委托人还需要面对的风险是受托人的破产风险，此时又可以分为两种情形，即第三人已经履行了义务和未履行义务。在第三人已经履行了义务的情形中，受托人对第三人的债权已经实现，委托人自然无法行使已经消灭的权利。在第三人未履行义务的情形中，即使受托人破产，第三人仍有义务履行，并且即使义务未到期，也应在受托人破产时视为到期。此时，毕竟第三人并未履行义务，故此种情形也可以被纳入受托人因第三人原因而不履行义务的情形中。

因此，在委托人、受托人和第三人的内部关系中，允许委托人的介入权是妥当的，并且没有必要在更多情形中允许介入权的行使。

（二）受托人的披露义务

为了保障委托人的介入权的实现，本条第1款规定了受托人应当主动或者在委托人请求后的合理期限内披露第三人，包括第三人的姓名或名称及住址。^[109]基于委托人和受托人之间的内部关系，为保障受托人的利益，如果委托人没有按照其与受托人的内部关系履行自己

对受托人的义务，此时受托人有权基于该内部关系行使履行抗辩权，拒绝向委托人履行披露第三人的义务。相应的，若受托人没有履行披露义务，则委托人也有权在相应范围内行使履行抗辩权；造成委托人损失的，应当按照《民法典》第929条的规定对委托人承担赔偿责任。

（三）消极构成：不存在第三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同的情况

本条第1款明确规定了但书，即“第三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同”的，委托人不能行使介入权。这明显是为了保护第三人的利益。^[110]该但书的满足，可以是明示的，如果按照债权转让的规范逻辑，这也属于《民法典》第545条第1款所规定的当事人约定债权不得转让的情形；也可以根据交易惯例和交易具体情势推导出来。如果根据交易的具体情势，可以推断第三人只愿意与受托人形成合同关系（尤其是在受托人承担特别责任的情形）或有较优惠条件的合同关系，或者第三人向委托人履行将明显使义务性质发生变更，显著增加第三人负担或者提高风险，显著地不利于第三人履行义务的，则委托人不享有介入权。^[111]按照债权转让的规范逻辑，这属于《民法典》第545条第1款规定的根据合同性质或者依照法律规定不得转让的情形。这也构成了委托合同与行纪合同的区别。在行纪合同中，委托人和行纪人也可以在订立行纪合同时预先作出未来债权转让的明确安排，行纪人在取得对第三人的权利后，也可以将该权利转让给委托人，但在未预先作出此等明确安排且之后也并未明确转让的情形下，依据《民法典》第958条第1款，只能由行纪人享有权利。这就属于但书规定的情形之一，此时委托人不享有介入权。

但书规定的举证责任应当由主张委托人不能行使介入权者承担。

（四）法律效果

1. 债权转让

委托人的介入权为一种形成权，对其行使后的效果能够依债权转让的教义构造予以更为体系化的一致解释，即委托人因此可以行使受托人对第三人的权利。

以受托人和委托人之间存在委托合同为例：如果在委托合同签订时就已经提前作出了未来债权转让的安排，这毫无疑问是可以的。即使未提前作出该安排，依据《民法典》第927条，受托人应当将处理委托事务取得的财产转交给委托人，受托人对第三人的债权也属于该

范围，也应当转让给委托人。基于委托人对受托人享有请求债权转让的权利，为保障委托人的利益，本条直接规定委托人的介入权，行使介入权的效果就是债权转让，无须委托人和受托人之间达成债权转让合意。此时相当于法律拟制了委托人和受托人之间的债权转让合意，从而一旦委托人行使介入权，债权便从受托人处移转至委托人处。据此也可将此情形概括为介入权的行使导致法定的债权让与。

如果采取债权转让的教义构造，就可以将债权转让的规则适用于委托人行使介入权的效果，这有助于填补本条第1款可能的法律漏洞。首先，按照《民法典》第546条，债权转让未通知债务人的，该转让对债务人不发生效力。据此，委托人行使介入权的，应当通知受托人和第三人，第三人一旦收到通知，可以要求委托人提供其特定身份和其与受托人之间关系的合理证明。在收到该证明前，第三人对受托人作出善意履行的，第三人的债务消灭；在收到该证明后，第三人即不得向受托人履行义务或者与受托人协商而使自己的债务减少或消灭。其次，委托人也可以依据《民法典》第547条取得有关的从权利。最后，如下文所述，第三人也可以行使《民法典》第548条及以下条文规定的债务人保护机制。

2. 第三人的抗辩权

为了进一步保护第三人的利益，与《民法典》第548条的规范考量一致，本条第3款同时规定，在委托人行使介入权的情形下，“第三人可以向委托人主张其对受托人的抗辩”。该抗辩包括但不限于抗辩权，其范围更为广泛，包括权利不存在、权利消灭和变更的抗辩等。

即使如此，仍存在以下法律漏洞：首先，其并未规定抵销的问题，因此，应类推适用《民法典》第549条的规定予以弥补。其次，同样要考虑约定管辖和仲裁条款，从而涉及受托人和第三人之间合同的约定管辖和仲裁条款能否约束委托人和第三人，这与债权转让中的考量仍然一致。^[112]原则上，委托人行使介入权后也受到这些条款的约束，因为委托人在判断是否介入时必然会对仲裁条款予以考虑，故无须对其予以特别保护。同时，为了避免第三人因为委托人的介入而使得约定管辖和仲裁意愿落空，且第三人本来就受到约定管辖和仲裁条款的约束，故也不能给他重新选择的机会。因此，约定管辖和仲裁条款能够约束委托人和第三人。^[113]

3. 外部关系

本条并未规定委托人和受托人的其他债权人之间的外部关系。这涉及以下两个问题：在受托人破产的程序中，委托人是否享有受托人

对第三人之债权的取回权和第三人已经交给受托人之财产的取回权[114]？在受托人的其他债权人申请执行受托人的此等债权和财产时，委托人是否可以提出执行异议？[115]

以取回权为例：如果从经济归属上看，似乎允许委托人行使取回权更合适，毕竟受托人仅仅是一个管道或者中间人而已。但是，确定委托人是否享有取回权时，必须考虑到委托人利益的保护和交易安全之间的平衡，以及委托人和受托人串通的道德风险。此时，可以考虑以受托人是否具有为他人利益而行为的营业外观作为确定委托人是否享有取回权的依据。[116]如果受托人具有为他人利益而行为的营业外观，例如是行纪商、外贸代理商等，虽然会存在委托人和受托人串通的道德风险，例如乙对丙享有债权，在乙破产时，乙和甲串通，虚构不存在的代理关系，如倒签委托合同等，以使甲可以就乙对丙的债权行使取回权，从而伤害乙之破产债权人的利益，但是，此时受托人的债权人应当合理推定受托人持有多项他人财产，不应合理期待受托人所占有的财产均归受托人所有，同时可借由独立账户等降低受托人之债权人的信息成本，受托人的债权人与受托人进行交易时也更容易采取控制此风险的措施，且审判者也能够借由独立账户等证据查明委托人和受托人串通的可能性，因此，串通成本较高，道德风险较低，故不必担心让委托人享有取回权会发生欺诈其他债权人以及扰乱债权债务关系，进而破坏交易安全的后果。[117]但是，如果受托人不具有为他人利益的营业外观，受托人的其他债权人更应推定受托人持有的财产是受托人自己的。尤其在欠缺债权公示机制的情形下，受托人的其他债权人获知受托人为委托人持有财产的信息成本较高，因此预先采取控制此风险的措施的能力也较弱，而审判者查明委托人与受托人串通的成本较高，故串通成本较低，道德风险较高。

该等考虑同样适用于委托人是否有权提出执行异议这个问题。据此，在受托人具有为他人利益而行为的营业外观时，委托人可以行使取回权和提出执行异议；反之则否。

四、第三人的选择权

与委托人享有介入权相对应，第三人享有选择权。本条第2款规定，如果“受托人因委托人的原因对第三人不履行义务”，则第三人可以选择向受托人或者委托人主张权利。对第三人选择权的内在经济性考量和教义构造恰恰与对委托人的介入权的基本保持一致。由此，受托人因自身原因对第三人违约，是第三人所应承担的一般交易风险，此时不应赋予第三人选择权，否则就将委托人不合理地作为担保提供者。受托人因委托人原因对第三人违约时，第三人享有选择权具有正当性；如果受托人破产且委托人未履行义务，则可以纳入受托人

因委托人原因违约的情形。同样，在受托人破产时第三人与受托人的其他债权人之间的关系中，只有在受托人具有为他人利益而行为的营业外观时，第三人才可以行使取回权和提出执行异议。为保障第三人选择权的行使，受托人也对第三人负有披露委托人的义务。

同样，对第三人行使选择权的效果也可以采取债务转移的教义构造。按照《民法典》第921条，委托人应当偿还受托人为处理委托事务垫付的必要费用及其利息，虽然文义上委托人不负有承担受托人因处理委托事务所负债务的义务，但按照《民法典》第921条的论述，对此也能作目的性扩张解释。第三人选择向委托人直接主张权利，即可被认为同意了债务转移，此时无须委托人和受托人之间存在债务转移合意，而《民法典》第551、553、554条有关债务转移的规定同样具有适用余地。当然，第三人选择向委托人直接主张权利的，也应当通知委托人和受托人，委托人在收到通知后，即不得向受托人履行义务或者与受托人协商而使自己的债务减少或消灭。总之，在未特别说明之处，第三人选择权的规则与委托人介入权的规则并无不同，可参考上文论述。

本条第2款规定第三人不得变更选择，这意味着第三人行使选择权的效果并非形成受托人和委托人之间的连带债务，故并非《民法典》第552条规定的债务加入。第三人一旦选择向委托人直接主张权利，之后不能再转而向受托人主张权利。因为赋予第三人选择权已经对其进行了保护，没有理由再通过连带责任给予进一步保护。理论上认为，第三人行使选择权后虽然不得变更，但是在第三人因误信受托人或者委托人有足够资力而进行了选择的情形此举未必公平。^[118]考虑到此种情形发生的前提是受托人未公开代理而第三人不知情，第三人无从预先采取风险预防措施，而委托人的风险控制成本较低，将此种情形的风险分配给委托人是合理的。因此，美国法的规定值得借鉴，解释上可以考虑在行使选择权的意思表示存在重大误解时允许变更，以实现此种风险分配。

同时，在第三人选择向委托人直接主张权利时，为了保障委托人的利益，依照本条第3款，委托人可以向第三人主张委托人对受托人的抗辩以及受托人对第三人的抗辩。其中，委托人可以主张受托人对第三人的抗辩，与《民法典》第553条的规范逻辑保持一致。同时，毕竟委托人是被迫成为请求对象的，不能使其地位恶化，因此其也可以对第三人主张委托人对受托人的抗辩。关于抵销，同样参照适用《民法典》第553条中的“原债务人对债权人享有债权的，新债务人不得向债权人主张抵销”，委托人不得以第三人对受托人独立承担的债务抵销委托人根据合同对第三人承担的债务。第三人和受托人之间的

合同约定了仲裁条款时，如果第三人行使了选择权，则虽然第三人的仲裁利益很重要，但其具有选择可能性，而委托人是被迫成为请求对象的，两相权衡，委托人不应受到仲裁条款的约束。^[119]

■ 第九百二十七条

受托人处理委托事务取得的财产，应当转交给委托人。

本条主旨

本条是关于受托人之转交财产义务的规定。

相关条文

《合同法》第404条 受托人处理委托事务取得的财产，应当转交给委托人。

理解与适用

一、委托人处理委托事务取得的财产

既然受托人是为委托人处理事务，则委托人享有委托事务的最终收益，因此，除另有约定外，受托人处理委托事务取得的财产，应当转交给委托人。

受托人处理委托事务取得的财产具有以下特征：首先，是因处理委托事务取得的财产，包括委托人交给受托人的财产，例如为让受托人照看房屋交给其钥匙、预付的处理委托事务的费用的剩余部分^[120]，也包括受托人处理委托事务从他人处取得的财产。^[121]其次，包括金钱、其他动产和不动产、已经收取的孳息^[122]，也包括受托人以自己名义为委托人取得的债权、股权等权利。受托人未收取孳息的，自然不负有转交义务，但可能会依据《民法典》第929条承担赔偿责任。

二、转交义务

转交义务包括使委托人取得对财产的占有以及取得财产的权利。首先，如果财产是金钱、其他动产和不动产、已经收取的孳息这些

物，则受托人应当使委托人取得对这些物的占有。

其次，受托人还应当将其取得的权利转让给委托人。^[123]如果受托人作为代理人依据《民法典》第162、925条直接使委托人取得了权利，则受托人自然无须再履行该义务。但是，如果受托人以自己的名义先取得了这些权利，则其就负有将这些权利转让给委托人的义务。转让的权利不仅包括取得的权利本身，也包括基于该权利而产生的损害赔偿请求权。^[124]

至于转交义务的履行时间，有约定的按照约定，没有约定的则按照委托内容确定，无法确定的，则依据《民法典》第511条第4项，属于履行期限不明确的债务，在委托人请求且必要的准备时间届满后，受托人应当履行转交义务，否则就构成履行迟延。但是，委托合同终止的，受托人应当在委托合同终止后及时转交。^[125]

三、违反转交义务的责任

受托人违反转交义务的，应当承担违约责任，委托人可以依法请求继续履行等。如果委托人已经取得物的所有权，则其也可以选择依据所有权请求受托人返还占有。此举无须考虑受托人的过错，构成请求权的竞合。同时，如果受托人将应返还给委托人的金钱，或者应为委托人利益而使用的金钱，为自己的利益而消费，则构成了不当得利。^[126]此时同样无须考虑受托人的过错，受托人负有返还义务并且应当自使用时按照贷款市场报价利率（LPR）支付利息。

但是，受托人违反转交义务造成委托人损失，应承担赔偿责任的，应符合《民法典》第929条的规定，即有偿委托合同中受托人有过错，无偿委托合同中受托人有故意或者重大过失。例如，受托人依照约定的期限退还委托人预先支付的费用，不应计付资金占用费，但当事人另有约定的除外；但是，受托人超过约定期限退还委托人预先支付的费用，委托人有权请求从逾期之日起按照法定利率计付资金占用费。如果非因受托人的过错，而是因为法律或者事实上的障碍，受托人无法将取得的财产转让给委托人的，受托人不承担赔偿责任。^[127]

第九百二十八条

受托人完成委托事务的，委托人应当按照约定向其支付报酬。

因不可归责于受托人的事由，委托合同解除或者委托事务不能完成

的，委托人应当向受托人支付相应的报酬。当事人另有约定的，按照其约定。

本条主旨

本条是关于委托人支付报酬的规定。

相关条文

《合同法》第405条 受托人完成委托事务的，委托人应当向其支付报酬。因不可归责于受托人的事由，委托合同解除或者委托事务不能完成的，委托人应当向受托人支付相应的报酬。当事人另有约定的，按照其约定。

理解与适用

一、有偿委托合同

本条适用的前提是有偿委托合同。委托合同既可以有偿，也可以无偿。在当事人未明确约定有偿或者无偿时，依据《民法典》第510条确定，此时应当考虑交易习惯、委托事务的性质等，例如，如果受托人以处理事务为营业的，可以推定为有偿，这也与无因管理人以管理事务为职业者可以请求报酬的价值权衡保持一致。^[128]仍然无法确定的，考虑到实际生活中没有约定报酬事项的委托合同大多是非经营领域的委托合同，而其中大多为无偿的委托合同，并考虑到鼓励发挥无偿委托合同在社会成员互助中的积极作用，可以推定为无偿。

报酬是受托人提供劳务的对价，即使当事人在委托合同中明确约定以达到一定结果为支付报酬的条件，按照意思自治，当事人可以作出此种附条件的约定，例如实践中常见的风险代理，此时与承揽很相似，但报酬仍然是受托人提供劳务的对价，仍然应被理解为委托，仅就报酬支付义务约定附条件。^[129]报酬的形式、数额由当事人约定。报酬的形式不限，可以是金钱，也可以是其他形式，例如一定比例的股权，委托管理多间房屋而允许受托人居住其中某间房屋等；报酬的数额可以是固定数额，也可以是处理委托事务所获得收益的一定分成比例。当事人没有约定或者约定不明确的，首先按照《民法典》第510条予以确定；仍然无法确定的，报酬的形式应当是金钱。至于报酬的数额，依据《民法典》第511条第2项，是订立合同时履行地的市

场价格，市场价格此时可以参照所涉及的行业或近似行业上年度职工平均工资标准，如无法判断行业的，可以参照上年度城镇经济单位在岗职工平均工资，酌情确定委托报酬。

同时，报酬支付义务以委托合同有效为前提。如果委托合同无效，则受托人无权以合同约定为依据主张委托报酬，此时应当适用《民法典》第157条，据此，受托人有权请求委托人支付其为履行合同已实际支出的合理费用和劳务费用；委托人有权请求返还已经支付的委托报酬请求，但受托人可以主张扣除其为履行合同实际支出的合理费用和劳务费用；就应当返还给委托人的委托报酬，委托人有权请求支付资金占用损失，双方均有过错的，应根据其过错大小，在委托人与受托人之间分担资金占用损失。

二、委托事务完成情形中的报酬支付义务

委托事务是否完成，应当依据委托合同的约定予以确定。受托人按照委托合同约定完成了委托事务，即使未达到委托人的预期目的，委托人也应当向受托人支付报酬。^[130]委托人预付的处理委托事务的费用被受托人挪用，虽然受托人可能构成不当得利，但并非当然能够证明委托事务未完成。^[131]

关于支付报酬的时间，有约定的，按照约定，例如，可以约定在事务处理达到特定效果时才支付报酬，例如实践中常见的风险代理；没有约定，依据《民法典》第510条仍不能确定的，在完成委托事务后，按照《民法典》第924条的规定，受托人还应当报告委托事务的结果。为了保障委托人的利益，应当认为，支付报酬的时间是受托人完成委托并且报告委托事务的结果时。^[132]这意味着，除非当事人另有约定，支付报酬原则上采取后付主义，此时受托人不能以委托人未支付报酬为由不履行继续处理事务和报告的义务。但是，委托人无正当理由未支付报酬的，受托人可以请求委托人承担违约责任，同时有权依法行使履行抗辩权，或者在符合留置权构成的前提下有权行使留置权，拒绝转交财产。

三、委托事务未完成情形中的报酬支付义务

委托合同中受托人的义务一般属于手段债务而非结果债务，受托人不负有保证委托事务完成的义务，委托事务能否完成，并不完全依靠受托人自己的努力，受托人未完成委托事务并不意味着受托人违反义务。虽然委托事务未完成，但受托人可能已部分完成，甚至大部分完成委托事务，已经付出劳务。为保护受托人的利益，防止委托人于受托人完成大部分委托事务时任意终止合同并以未完成委托事务为由

拒绝履行报酬支付义务等道德风险，本条第2款规定了委托事务未完成情形中的报酬支付义务。

第一，委托合同解除或者委托事务不能完成。委托合同解除，应扩张理解为委托合同终止，包括因解除而终止和因其他法定原因而终止，例如《民法典》第934条规定的委托合同因委托人或者受托人死亡、丧失民事行为能力或者终止而终止等。委托事务不能完成，是指委托事务客观上已经不可能全部完成。^[133]

第二，因不可归责于受托人的事由。这首先是因委托人的原因，例如，因为委托人根本违约，包括未按照《民法典》第921条预付处理委托事务的费用致使无法处理委托事务等，受托人依法解除合同；委托人行使任意解除权且无其他法定理由，或者因委托人的原因导致委托事务客观上不可能完成，即使受托人有一定的违约行为，但并未构成根本违约的，此时仍然构成因委托人的原因，仍可以适用本款，只是需要扣减受托人应当承担的赔偿数额。^[134]其次是不可归责于受托人的其他客观原因，例如，发生不可抗力，致使不能实现合同目的而解除委托合同，因委托人或者受托人死亡、丧失民事行为能力或者终止导致委托合同终止；委托诉讼合同因委托人并非不合理的撤诉而终止^[135]；委托人变更指示，导致受托人处理委托事务的难度显著增加，受托人依据《民法典》第922条予以通知而委托人不同意再变更指示，委托人行使任意解除权导致合同解除。

符合以上两个条件的，委托人应当向受托人支付相应的报酬。至于报酬的数额可根据受托人对委托事务完成所付出劳动的效果，按照受托人已完成的委托事务部分与委托事务整体的比例确定，一般为已处理部分的报酬。^[136]另外，即使因可归责于受托人的事由而委托合同解除的，虽然原则上受托人不能请求支付相应的报酬，但如果报酬约定定期分期支付的，可以认为，对于产生该事由前的事务处理，委托人应支付与该期间相应的报酬。^[137]关于报酬支付的时间，参照上文论述，应当为合同解除或者委托事务不能完成且受托人报告委托事务的处理情况时。但是，当事人就报酬支付的数额和时间另有约定的，按照其约定。

■ 第九百二十九条

有偿的委托合同，因受托人的过错造成委托人损失的，委托人可以请求赔偿损失。无偿的委托合同，因受托人的故意或者重大过失造成委托人损失的，委托人可以请求赔偿损失。

受托人超越权限造成委托人损失的，应当赔偿损失。

本条主旨

本条是关于受托人之赔偿责任的规定。

相关条文

《合同法》第406条 有偿的委托合同，因受托人的过错给委托人造成损失的，委托人可以要求赔偿损失。无偿的委托合同，因受托人的故意或者重大过失给委托人造成损失的，委托人可以要求赔偿损失。

受托人超越权限给委托人造成损失的，应当赔偿损失。

理解与适用

一、受托人在权限范围内处理委托事务的注意义务

受托人处理委托事务，是受托人的权限，也是受托人的义务，委托人有权请求受托人处理委托事务。受托人处理委托事务的行为，可能是在权限范围内，也可能是在权限范围外。受托人在权限范围内处理委托事务，仍然要具有一定的注意义务，而注意义务的程度根据委托合同是有偿的还是无偿的而有所区别。

首先，受托人的义务是受托人提供一定的劳务，不保证一定的结果，是手段债务。为了避免受托人在未达到委托人的预期结果时就要承担违约责任，本条第1款特别规定，受托人只有违反了注意义务造成委托人损失时，才承担违约赔偿责任；即使未达到委托人的预期结果，但只要受托人未违反注意义务，受托人就不承担违约赔偿责任。此时，不能从事后角度判断受托人是否尽到注意义务，而是应当站在受托人作出行为之时结合具体情境予以判断。^[138]因此，受托人的违约赔偿责任采取过错归责原则。

其次，受托人之注意义务的内容。注意义务，在这里也可以称为信义义务，有几层含义：第一，是指受托人在处理委托事务时，具有为委托人利益行为的义务，即忠实义务。此时，如果受托人已经知道或应当知道委托人的利益的，受托人的行为应当符合该利益；如果受托人对委托人的利益没有充分了解，影响到受托人适当履行处理事务

的义务的，受托人应当向委托人请求告知相关信息。同时，受托人也应当尽量避免利益冲突的行为，例如，依据《民法典》第168条，受托人一般不得实施自己代理和双方代理行为；依据《民法典》第164条第2款，受托人不得和相对人恶意串通，损害委托人的合法权益。第二，受托人还具有勤勉的义务。受托人在处理委托事务时应当以合理的技能勤勉履行合同义务，并且及时履行通知、报告等义务。^[139]例如，在金融类委托理财合同中，很多同时订有委托监管协议，由证券公司作为监管人。监管人在具体情境中负有多种义务，包括但不限于：其知道受托人在证券业机构非实名开户或一个资金账户对应多个证券交易账户时有提示义务；不得挪用委托金融类资产合同项下的委托资产或者违反有关规定划转委托资产；按照合同约定负有及时平仓止损的义务；负有不得实施恶意串通、共同欺诈委托人，从事内幕交易、操纵市场价格等不正当交易行为的义务。

再次，受托人之注意义务的程度。受托人应当以委托人依具体情况有权期待的注意和技能履行委托合同约定的义务；受托人声称具有更高标准的注意及技能的，应当以该注意和技能履行委托合同约定的义务；受托人是或者据称是专业代理团体的成员，相关部门或该团体为专业代理设定了标准的，受托人应当以该标准中明示的注意和技能履行委托合同约定的义务。在确定委托人有权期待的注意和技能时，所必须考虑的因素包括但不限于：（1）履行义务时所涉及的风险的性质、大小、频率及可预见性；（2）义务是否由非专业人士履行；（3）履行义务是否有报酬以及报酬的数额；（4）可合理用于履行义务的时间。^[140]例如，在对质押物的委托监管中，监管的方式不同，有的是监管方占有和控制质押物，封闭质押物，并有保管、仓储义务，这更类似于保管；有的是将质押物存放于监管方的厂区内，但质押物是可以流动的，债权人允许出质人提取质押物出库，监管方仅收取监管费用；有的是将质押物存放于第四方的厂区内，监管方不能有效控制。不同的监管方式导致监管人的注意义务的程度是不同的。再如，受托人在受托操作POS机刷卡时，特别是受理如“无卡无密”这种风险较高的境外信用卡刷卡业务时，由于“无卡无密”的支付方式与持卡通过卡槽刷卡的方式相比存在着更高的风险，因此受托人的注意义务程度更高。^[141]

在此，尤其要注意有偿委托合同和无偿委托合同的区分。在有偿委托合同中，受托人负有善良管理人的注意义务，只要因受托人的过错造成委托人损失的，受托人就要承担违约赔偿责任。但在无偿委托合同中，受托人没有报酬，其注意义务的程度要比有偿委托情形下的轻，只有因受托人故意或者有重大过失造成委托人损失的，受托人才承担违约赔偿责任。^[142]这体现了对无偿债务人的责任优待，与《民

法典》第660条和第662条关于赠与人的责任、第897条关于无偿保管人的责任等规则的价值取向是一致的。

最后，受托人违反注意义务的举证责任。按照本条第1款的规定，委托人需要证明有偿受托人的过错和无偿受托人的故意或者重大过失。但是，在专业性特别强的一些合同中，结构设计日趋复杂，运作专业化程度特别高，受托人作为专业机构，在行为主体、决策过程、客观效果、同行业绩等方面提供证据证明其尽到注意义务更为容易。此时在实践中，可能会依据法官自由证据评价中的表见证明规则来减轻委托人的举证责任。^[143]其规范依据已为《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第10条所明定：“下列事实，当事人无须举证证明：……（四）根据已知的事实和日常生活经验法则推定出的另一事实……”这在资产管理产品的合同中非常常见。例如，《全国民商事审判工作会议纪要》第94条规定：“资产管理产品的委托人以受托人未履行勤勉尽责、公平对待客户等义务损害其合法权益为由，请求受托人承担损害赔偿责任的，应当由受托人举证证明其已经履行了义务。受托人不能举证证明，委托人请求其承担相应赔偿责任的，人民法院依法予以支持。”在未按照正常程序规范处理委托事务时，也通常采取此种方式使举证责任由委托人处转移到受托人处。^[144]

二、受托人超越权限

本条第2款规定，受托人超越权限给委托人造成损失的，应当赔偿损失。从文义上看，本款并未如同第1款一样以受托人的过错作为要件，解释上似乎可以认为，只要受托人超越权限，造成委托人损失，受托人就应当承担赔偿责任，不能以其无过错主张免责。^[145]但是，即使实施了超越权限的行为，受托人也可能具有合理理由，例如，受托人是为委托人利益有合理理由从事该行为，并且受托人没有合理机会探知委托人在特定情形下的意思，同时受托人不知道且不应知道该特殊情形下的行为违背了委托人的意思。^[146]此时，受托人因为实施了超越权限的行为就要承担违约赔偿责任，对受托人殊为不利，并且最终可能不利于委托人的利益。因此，可能更为合理的解释方案之一是，对本款进行目的性限缩解释，受托人超越权限给委托人造成损失的，应当赔偿损失，但受托人证明自己无过错的除外，也即采取过错推定的方式。此时应结合第1款予以适用，也即有偿受托人证明自己无过错，无偿受托人证明自己无故意和重大过失。解释方案之二是，将受托人具有合理理由的超越权限，直接解释为受托人未超越权限。

同时，受托人为委托人利益超越委托权限实施了法律行为，并且

不具有上述合理理由时，委托人对该民事法律行为予以追认的，可以推定为免除了受托人对委托人的赔偿责任，但委托人在追认后及时地通知受托人其保留对受托人不履行义务的违约损害赔偿请求权的除外。^[147]

三、受托人赔偿的责任范围

受托人向委托人承担赔偿责任的，按照违约责任的一般规则，其赔偿的范围应受责任范围的因果关系的限制，即赔偿的范围是受托人的行为给委托人造成的损失。此时应考虑受托人过错的程度、受托人的行为在委托人损失中的原因力等因素。^[148]以质押物委托监管合同为例：监管方未履行合同义务，货物的减少与监管方有直接因果关系的，监管方应根据其过错大小承担责任。对于合同约定监管方有接收货物义务的，例如，在出质人向债权人转移对质物的占有时，合同约定监管人代债权人盘点货物数量或者确认货值的，监管方未尽到职责，使质押物的货值自始未足额的，监管方应在未足额的范围内，根据其过错大小承担责任。对于合同约定监管方仅负有监管义务的，监管方未发现货物总值低于约定数额或未将他人的强行出库行为等及时通知债权人，导致债权人丧失了控制质押物、提前受偿债权等降低其风险的机会的，监管方应在其过错范围内承担责任。监管方如果故意出具虚假接收货物或者盘点货物清单、出库入库台账等，应在虚假货值范围内承担责任。当然，如果质权人对虚假情形是明知的，或者授意监管方制作虚假清单、台账的，监管方可以被酌情免除部分责任或者全部责任。监管方与他人恶意串通、共同欺诈委托人，损害委托人利益的，应当对委托人的损失承担连带赔偿责任。

同时，依据《民法典》第164条，受托人和相对人恶意串通，损害委托人合法权益的，受托人和相对人应当承担连带责任。

第九百三十条

受托人处理委托事务时，因不可归责于自己的事由受到损失的，可以向委托人要求赔偿损失。

本条主旨

本条是关于委托人承担赔偿责任的规定。

相关条文

《合同法》第407条 受托人处理委托事务时，因不可归责于自己的事由受到损失的，可以向委托人要求赔偿损失。

理解与适用

既然受托人是为委托人处理事务，则一个基本的宗旨就是，不因委托事务的处理而使受托人增加任何经济负担。《民法典》第921条就体现了这一点，即受托人为处理委托事务垫付了必要费用的，委托人应当偿还该费用并支付利息。与第921条相对应，为进一步实现这一宗旨，本条特别规定：受托人处理委托事务时，因不可归责于自己的事由受到损失的，可以向委托人要求赔偿损失。

首先，受托人的损失是因为处理委托事务而遭受的。这意味着，受托人的损失与处理委托事务具有因果关系。例如，在处理委托事务而外出的过程中被他人撞伤。这里的损失不仅包括实际损失，即现实利益的损失，又被称为积极损失，也包括可得利益的损失，即未来的、期待的利益的损失，又被称为消极损失；不限于财产损失，也应包括受托人之人身权益受侵害而遭受严重精神损害情况下的精神损失。但是，《民法典》第928条已经对受托人的报酬损失作出了特别规定，因此，这是的损失不应当包括受托人的报酬损失。

其次，受托人因不可归责于自己的事由受到损失。这不仅要求损害的发生不能归责于受托人自己，也要求引起损害的机会作为委托事务的处理方法也不可归责于受托人自己。例如，在处理委托事务而外出的过程中被他人撞伤，不仅要求受托人没有过错，而且也要求处理委托事务时外出也并非不当。^[149]

最后，委托人承担赔偿责任不以委托人违约和具有过错作为前提。委托人是否违约毋庸考虑。委托人违约造成受托人损失的，受托人自然应当承担赔偿责任。例如，委托人在接到通知后未及时提供信息或者作出指示，致使委托事务无法继续的，受托人有权请求委托人赔偿其误工等损失；委托人未经受托人同意，又委托第三人处理同一事务致使受托人报酬减少的，委托人应当承担赔偿责任。但是，即使委托人不违约，其也应承担赔偿责任。例如，依据《民法典》第931条，委托人经受托人同意，可以在受托人之外委托第三人处理委托事务，此时当然不构成违约行为，但因此造成受托人损失的，受托人可以向委托人要求赔偿损失。再如，委托人有权变更对受托人的指示，因此，委托人变更指示的行为并非违约行为，但是造成受托人损失

的，委托人仍然应当承担赔偿责任。^[150]

同时，即使委托人对受托人的损害不具有过错，其也应承担赔偿责任，这样才符合本条加强对受托人利益保护的规范目的。^[151]这包括可归责于委托人的事由，也包括可归责于第三人的事由，还包括不可抗力、意外事件等客观情况。即使在受托人处理委托事务的过程中，是不可抗力造成了对受托人的损害，委托人仍然应当承担赔偿责任。因此，这实际上包含了处理委托事务的风险承担，不同于委托人对受托人承担的违约责任和侵权责任，而是一种特别的赔偿责任。^[152]

当然，让委托人承担赔偿责任，目的是加强对受托人利益的保护，但是在委托人并非损害赔偿的终局责任人时，委托人在赔偿受托人后，对依法负有终局责任的第三人享有求偿的权利。^[153]

■ 第九百三十一条

委托人经受托人同意，可以在受托人之外委托第三人处理委托事务。因此造成受托人损失的，受托人可以向委托人请求赔偿损失。

本条主旨

本条是关于委托人另行委托他人处理委托事务的规定。

相关条文

《合同法》第408条 委托人经受托人同意，可以在受托人之外委托第三人处理委托事务。因此给受托人造成损失的，受托人可以向委托人要求赔偿损失。

理解与适用

一、委托人在受托人之外委托第三人处理事务

受托人亲自处理委托事务，是受托人的义务而非权利，并不能当然排除委托人自己处理委托事务和委托人委托其他人处理委托事务的权利。但是，委托人另行委托第三人处理委托事务，可能会给受托人造成损失，例如报酬减少。在商业实践中，为保障受托人的利益，双

方可能会约定排他性的独家委托，即只有受托人才能处理委托事务。委托人不能另行委托其他人处理委托事务。这在委托销售等情形中极为常见。本条考虑到对受托人利益的保护，规定委托人经受托人同意，才可以在受托人之外委托第三人处理委托事务。

首先，委托人在受托人之外委托第三人处理委托事务。“在受托人之外”意味着，委托人和受托人之间的合同仍然保持，受托人仍然可以处理委托事务。如果委托人委托第三人处理，受托人不再处理委托事务，则这是委托合同的解除，不适用本条。同时，委托人在受托人之外自行处理委托事务，不适用本条。

其次，必须经过受托人的同意。委托人在受托人之外委托第三人处理委托事务，可能会影响受托人的利益，例如，报酬减少或者影响受托人的职业声誉，还可能造成多个受托人之间在处理委托事务时发生冲突，同时导致受托人完成委托事务的成本增加。因此，本条规定，委托人必须经过受托人的同意，才可以在受托人之外委托第三人处理委托事务。但是，这属于任意性规范，委托人和受托人可以明确约定，委托人有权另行委托第三人处理。此时，委托人有权不经受托人同意而另行委托第三人。^[154]

未经受托人同意，委托人仍有权另行委托第三人，受托人不得请求排除第三人作为受托人^[155]，第三人作为受托人处理委托事务的有效性也不会影响，例如，第三人作为受托人和他人签订的合同仍然是有效的；但是，此时委托人构成了违约，应当向受托人承担赔偿责任。对此适用一般的违约赔偿责任规则，无须特别规定。但是，本条特别规定，即使经过受托人同意，另行委托给受托人造成损失的，受托人有权向委托人要求赔偿损失，除非委托人和受托人另有约定。这体现了对受托人利益的特殊保护。^[156]

二、委托人在受托人之外自行处理事务

如上文所述，本条并未排除委托人在受托人之外自行处理事务的权利，因此，委托人在受托人之外自行处理事务，无须经过受托人的同意。

但是，如果委托人和受托人明确约定，排除委托人自己处理委托事务的权利，或者委托人自行处理委托事务也需要受托人的同意，则该约定的效力如何？对此可能会存在争议。^[157]基于意思自治的原则，可以认为该约定是有效的。但是，委托人自行处理委托事务也会影响到受托人的利益，例如开发楼盘的委托销售，委托人自行和买方签订销售合同会导致受托人报酬的减少。如果委托人违反了约定，自

行处理委托事务而与第三人签订了合同，则该合同的效力不因此而受影响。但是，如果仅是处理某项特别事务的排他性委托，则此时可以认为是委托人以行为的方式表达了解除委托合同的意思表示，受托人不可请求委托人继续履行，但有权请求委托人承担违约赔偿责任。
[158]

当事人仅约定排他性委托，究竟是排除委托人委托第三人处理事务还是同时排除了委托人自行处理事务不明确时，应当从保护委托人的立场，推定并未排除委托人自行处理委托事务的权利，即为排他性委托而非独占性委托。

■ 第九百三十二条

两个以上的受托人共同处理委托事务的，对委托人承担连带责任。

本条主旨

本条是关于共同受托人承担连带责任的规定。

相关条文

《合同法》第409条 两个以上的受托人共同处理委托事务的，对委托人承担连带责任。

理解与适用

共同委托，是指委托人委托两个以上的受托人共同处理同一委托事务。两个以上的受托人共同处理委托事务的共同委托，以委托人和全部受托人之间存在共同约定为前提，受托人之间形成一个整体，因此，其与《民法典》第931条规定的另行委托不同：另行委托中，受托人之间不存在共同约定，而是分别与委托人约定，因此，其本质上是数个委托合同，每个受托人均可以处理委托事务，各受托人就各自处理的事务向委托人负责。
[159]共同委托也与《民法典》第923条规定的转委托不同，转委托是受托人委托第三人处理委托事务。

在共同委托中，受托人之间在处理委托事务时不论其内部分工如何，须向委托人承担处理委托事务的连带责任，即每一个共同受托人

都对全部工作向委托人负责，委托人可以要求任何一个共同受托人承担责任。如果依据《民法典》第929条需要向委托人承担赔偿责任，依据《民法典》第178条第1款的规定，委托人有权请求部分或者全部共同受托人承担责任，任何一个共同受托人也都应当根据委托人的请求承担责任。同时，关于部分共同受托人的履行、抵销、提存、免除、混同和委托人的受领迟延，应当适用《民法典》第520条的规定。

另外，除当事人另有约定外，共同受托人一般应当共同处理委托事务，目的在于借共同受托人之间的相互制约和相互配合来维护委托人的利益。《民法典》第166条就据此规定，数人为同一代理事项的代理人的，应当共同行使代理权，但是当事人另有约定的除外。但是，如果在处理委托事务过程中，受托人仅需要作出受领他人意思表示的消极行为，不涉及受托人之间相互制约的问题，同时也不增加相对人送达意思表示的困难，从而对其发生不利影响，那么，处理委托事务的消极行为应不需要共同处理。所谓的共同处理，是指共同受托人处理委托事务时应予协商，至于如何共同协商，应交由共同受托人之间的约定，如果欠缺明确约定，应认为须由全体共同受托人一致同意。如果受托人全体协议授权一人为具体的处理事务行为，则因与共同委托目的没有违背，应也认为属于共同处理。

从尊重当事人的意思自治出发，委托人可以和共同受托人约定共同受托人的责任承担。如委托人可以与共同受托人约定，共同受托人承担按份责任；也可以约定，指定其中一个受托人承担全部责任。当事人有约定的，共同受托人根据约定向委托人承担责任。无约定或者约定不明确的，共同受托人承担连带责任。

在共同受托人的内部关系中，有约定的按照约定；没有约定的，依据《民法典》第178条第2款的规定，共同受托人的责任份额根据各自责任大小确定，例如，其中一个或者数个受托人未与其他受托人协商而实施的行为损害了委托人的利益，因此而承担赔偿责任的，无过错的受托人可以在承担连带责任后向实施行为的受托人追偿；难以确定责任大小的，平均承担责任。依据《民法典》第178条第2款和第519条第2款，实际承担责任超过自己份额的共同受托人，有权就超出部分在其他共同受托人未履行的份额范围内向其追偿，并相应地享有委托人的权利，但是不得损害委托人的利益。其他共同受托人对委托人的抗辩，可以向行使追偿权的共同受托人主张。

在共同受托人对委托人承担连带责任的同时，在无特别约定的情况下，共同受托人也对委托人享有连带债权。此时，应当适用《民法典》第518条第1款和第521条，部分或者全部共同受托人均可以请求

委托人履行债务。共同受托人之间的份额难以确定的，视为份额相同。实际受领超过自己份额的共同受托人，应当按比例向其他共同受托人返还。同时，参照适用连带债务的有关规定，但是部分共同受托人免除委托人债务的，在扣除该部分受托人的份额后，不影响其他共同受托人的债权。

第九百三十三条

委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同造成对方损失的，除不可归责于该当事人的事由外，无偿委托合同的解除方应当赔偿因解除时间不当造成的直接损失，有偿委托合同的解除方应当赔偿对方的直接损失和合同履行后可以获得的利益。

本条主旨

本条是关于委托人和受托人之任意解除权的规定。

相关条文

《合同法》第410条 委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同给对方造成损失的，除不可归责于该当事人的事由以外，应当赔偿损失。

理解与适用

《民法典》第562、563条规定了合同的协议解除、约定解除权和法定解除权三种解除合同的方式，其中，约定解除权和法定解除权都属于单方面的解除权。除此之外，本条又规定了特殊的法定解除权，即委托人和受托人的任意解除权。其与一般的法定解除权虽然都属于单方解除权，是形成权，因此无须对方当事人的同意，但区别在于，一般的法定解除权需要满足特定的情形方可主张，例如对方根本违约或者不可抗力致使不能实现合同目的^[160]，但任意解除权的行使无须任何理由。

如果受托人违约，但不构成根本违约，委托人行使任意解除权使委托合同终止，则同样可以适用本条，但受托人因为违约而应对委托人承担赔偿责任的，委托人支付相应报酬时可以行使法定抵销权而予

以相应扣减；反之亦然。

一、委托合同任意解除权的制度目的

基于契约严守原则，双方在订立合同后，均应依约履行合同义务，违反合同约定者，应承担合同责任。委托合同是委托人和受托人约定，由受托人处理委托人事务的合同，本应适用上述一般法律原则。然而，法律基于一些特殊的价值考量，在委托合同中突破了契约严守原则，赋予委托合同双方不附理由解除合同的权利。

（一）委托人的任意解除权

委托合同以处理委托事务为内容，故具有特别的人身信任关系。如果委托人在合同履行过程中，对受托人的特别人身信任降低，委托合同便没有存续的必要。因此，有必要赋予委托人以任意解除权。但是，在商事委托合同中，委托人选择受托人处理委托事务，关注的是受托人的商誉及经营能力而非人身信赖关系。在这一点上委托合同与其他类型的合同并无区别。因此，委托人的任意解除权需要在其他层面上寻求正当性基础。在委托合同的履行中，主、客观因素的变化都可能导致委托人对事务处理丧失利益。而在委托合同订立前，委托人对事务处理了解不足的，将导致其在订立合同后维持合同的意愿发生变化。^[161]因此，应当赋予委托人以任意解除权，避免委托人受到合同的绝对拘束。

委托人解除委托合同，将使受托人丧失依有效订立的合同享有的权利，这对于受托人相当不利。因此，委托人任意解除权的配置应当考虑受托人的利益。在无偿委托合同中，受托人并不因处理委托事务获得对价，因此，受托人对处理事务没有相应的利益。由于委托人解除合同仅对将来发生效力，因此，受托人对已经发生的费用、损害，都可请求委托人偿还或者赔偿。^[162]因此，无偿委托合同中，委托人享有任意解除权，并无疑义。在有偿委托合同中，受托人为完成委托事务通常要投入大量的人力和物力，可能因委托人解除合同而丧失报酬请求权。因此，有些立法例和观点反对在有偿委托合同中赋予委托人任意解除权。^[163]但是，受托人的利益可以通过赔偿损失的方式得到填补，因此，赋予委托人以任意解除权，不会影响受托人的合同利益。

然而，受托人可能在取得报酬外，对委托合同具有其他利益。^[164]例如，甲委托乙无偿收取甲对丙的债权，因为乙对甲享有债权，甲、乙约定乙可以从收取的债权中扣除乙对甲的债权，此时，乙对处理事务就具有债的保全和担保利益。^[165]再如，银行与消费者的贷款

信贷合同以消费者的房产作为抵押，并同时约定消费者委托银行办理抵押登记，此时银行对处理委托事务同样具有自己的利益。^[166]对此情形，存在两种解决思路：第一，委托人仍然享有任意解除权，但将受托人遭受的利益损失纳入委托人的赔偿范围。第二，损害赔偿无法完全填补受托人的损失时，如前举之例，受托人享有担保利益，则委托人不享有任意解除权。实践中，委托合同和无名的混合合同（例如合作协议）之间很难区分，裁判与学说的观点存在分歧。^[167]关于委托人是否享有任意解除权的判断，应当在委托人不受合同绝对拘束的利益和受托人对继续履行合同所享有的利益之间进行平衡，平衡的标准就是受托人对继续履行合同所享有的利益的强弱。如果此种利益较弱，赔偿足以保障的，则委托人享有任意解除权；如果此种利益较强，则委托人不享有任意解除权。此种判断必然会涉及个人价值判断的差异和政策的考量空间，只能在具体案件中进行。^[168]

（二）受托人的任意解除权

根据本条规定，受托人也享有任意解除权。在无偿委托合同中，受托人未因处理事务获得对价，故其义务应当弱化，应赋予其任意解除权。^[169]但是，在有偿委托合同中，受托人是否享有任意解除权？对此，在比较法例中存在争议。一种方式是，受托人原则上享有任意解除权，但应当对委托人承担赔偿责任^[170]；另一种方式是，受托人原则上不享有任意解除权，但基于重大事由而解除的例外。^[171]本条采取了第一种方式。在有偿委托合同，赋予受托人任意解除权的正当性在于，受托人的行为义务难以被强制。即使采取间接强制方式，仍难以保障受托人尽到足够的注意义务去处理委托事务。注意义务或者服务瑕疵的判断具有很大的不确定性，不允许受托人任意解除最终会损害委托人的利益。此判断与承揽合同中最终是对工作成果的判断存在不同，因此，对其作出的评价不同于对承揽合同作出的评价。

（三）规范性质

委托人的任意解除权能否经约定而事先抛弃？对此，在立法上和实践中存在争议。在无偿委托合同中，委托人不得放弃任意解除权，因为委托人的任意解除权对受托人并不会造成损害，而且信赖关系破裂时，没有理由维持合同关系。有偿委托合同常体现为商事性的委托合同，受托人的商誉及经营能力是主要考虑因素。受托人为完成委托事务通常要投入大量的人力和物力来开拓市场、联系客户，等等。此外，经营可得利益也具有不确定性，合同解除后的损害赔偿可能无法完全填补损失。双方当事人对合同履行风险作出特殊安排，排除任意解除权的适用，体现了意思自治原则。如果受托人对于合同存在报酬外的其他利益时，约定委托人放弃任意解除权具有充分理由。即使认

为当事人之间关于委托人放弃任意解除权的约定有效，但仍然可以通过意思表示解释、重大事由例外、行使其他法定解除权等方式使委托人仍有权解除合同。

那么，受托人能否抛弃任意解除权？在无偿委托合同中，受托人未获得对价，其义务程度较低，故放弃特约应当无效。即使无偿委托合同同时是为了受托人的利益，受托人也可以将自己的利益予以放弃。在有偿委托合同中，受托人享有任意解除权的正当性较弱，因此，放弃特约原则上有效。但是，也可以通过许多方式，例如重大事由例外等方式，使受托人有权解除合同。

二、构成要件和行使方式

委托人行使任意解除权并不需要任何理由，对此存在的限制可能包括：

第一，应当在受托人处理事务完毕之前解除合同。解释上，可以参照适用《民法典》第787条关于承揽合同定作人之解除权的规定。如果事务处理完毕，委托人行使任意解除权的目的已经不能达到，解除合同也不能挽回不利结果。

第二，委托合同非属不定期合同。如果是不定期的委托合同，则应当适用《民法典》第563条第2款：“以持续履行的债务为内容的不定期合同，当事人……在合理期限之前通知对方”。依本款规定，受托人无须对受托人予以赔偿，因为在不定期合同中，受托人本来就不应有合理的预期。另外，不定期合同的解除，需要在合理期限之前通知受托人，以使受托人能够作出相应的安排。

委托人行使任意解除权，只要将解除合同的意思表示通知受托人即可。关于解除通知，应当适用《民法典》第565条的规定。

三、法律后果

（一）委托人行使任意解除权后的损害赔偿责任

因不可归责于委托人的事由委托人解除合同的，委托人不承担赔偿责任。例如，委托人因政策变化要求停止营业，解除委托记账合同；受托人的商业信誉严重受损，导致委托人无法相信受托人时，委托人可以解除合同而无须赔偿。

在无偿委托合同中，委托人解除委托合同，一般不会对受托人造成损失，因此，委托人无须承担赔偿责任。^[172]在有偿委托合同中，

委托人应当赔偿受托人的直接损失和可以获得的利益。^[173]如果赔偿范围不包括可得利益，则委托人在委托事务接近完成时解除合同，以此获得利益的道德风险就非常高。在报酬依结果而定的风险代理等情形中更是如此。

委托人行使任意解除权属于《民法典》第928条第2款规定的“因不可归责于受托人的事由”，因此，受托人就在解除前已经处理事务的部分可以请求委托人按比例支付相应的报酬。对于委托人任意解除委托合同导致的受托人损失，为方便计算和减轻受托人的举证责任，应当以解除后的报酬为基本的计算依据，同时适用损益相抵、减损不真正义务、过错相抵等规则。需要注意的是，本条适用的前提是“因解除合同造成对方损失的”，即损失必须和解除合同间存在相当因果关系。例如，在商品房代理销售合同中，双方可能约定受托人有权提取销售房款额的一定比例，则受托人的可得利益取决于商品房是否能够销售出去，从而存在不确定性。此时，就可以通过相当因果关系限制赔偿数额。^[174]另外，在委托合同同时使受托人享有报酬之外的其他利益，同时未达到适用任意解除权的程度的情形中，委托人承担损害赔偿时应当考虑特别利益。

（二）受托人行使任意解除权后的损害赔偿责任

根据本条规定，损害赔偿的范围取决于是是否解除合同可归责于受托人。“不可归责于受托人的事由”的情形，例如，受托人因病住院且无法转委托他人处理。再如，受托人依赖委托人的商业信誉，但委托人的商业信誉严重受损。无偿受托人行使任意解除权应当对委托人赔偿，但赔偿范围应予以缩小。依本条规定，无偿受托人仅应当赔偿因解除时间不当对委托人造成的直接损失。^[175]这主要是指妨碍委托人自行或者委托其他人处理该事务的情形。例如，无偿受托为他人浇花者，在委托人难以找到其他人浇花的情况下解除合同，导致花卉枯萎的，应当赔偿花卉枯萎的损害。^[176]

有偿受托人行使任意解除权，应当赔偿委托人的直接损失和可以获得的利益。但是，同样基于损益相抵、减损不真正义务、过错相抵等规则，委托人应当自行处理或者委托他人处理委托事务。具体而言，赔偿范围包括：（1）委托人自行处理或者委托他人处理所增加的费用；（2）委托人在此之前的损失；（3）如果委托事务对处理人的资质、特定的时效性等有要求，委托人无法自行处理或者委托他人处理时，委托人因此而遭受的包括可得利益在内的损失。

委托人死亡、终止或者受托人死亡、丧失民事行为能力、终止的，委托合同终止；但是，当事人另有约定或者根据委托事务的性质不宜终止的除外。

本条主旨

本条是关于委托合同终止的规定。

相关条文

《合同法》第411条 委托人或者受托人死亡、丧失民事行为能力或者破产的，委托合同终止，但当事人另有约定或者根据委托事务的性质不宜终止的除外。

《民法典》第173条 有下列情形之一的，委托代理终止：

（一）代理期限届满或者代理事务完成；（二）被代理人取消委托或者代理人辞去委托；（三）代理人丧失民事行为能力；（四）代理人或者被代理人死亡；（五）作为代理人或者被代理人的法人、非法人组织终止。

理解与适用

一、委托人或者受托人死亡、终止

委托合同以委托人和受托人之间的特别信任关系为基础，如果受托人死亡或者终止，并不能期待委托人希望由他可能并不认识的受托人的继承人或者继受者继续处理委托事务，因此，受托人依据委托合同享有的处理事务的权利和义务不具有可继承性，受托人死亡或者终止的，委托合同原则上终止。这也与《民法典》第923条原则上不允许转委托的价值取向一致。如果委托人死亡或者终止的，委托合同原则上是否终止？对此立法例上有两种方式：一种是委托合同自动终止^[177]，另一种是委托合同不自动终止。^[178]本条采取了前一种方式，其背后的假定是委托人的利益和委托人的继承人或者继受者的利益并不相同。

委托人或者受托人死亡，不限于自然死亡，也包括被宣告死亡。自然死亡时间依据《民法典》第15条确定，被宣告死亡人的死亡时间依据《民法典》第48条确定。

委托人或者受托人是法人或者非法人组织时，可能会终止，终止事由包括解散、被宣告破产以及法律规定的其他原因。依据《民法典》第68条第1款，终止事由发生后还需要依法完成清算、注销登记的，法人或者非法人组织才终止，故在破产程序中，法院受理破产申请并不会导致终止。^[179]同时，按照本条文义，委托人或者受托人被宣告破产或者被解散，仅仅是委托人或受托人终止的原因，委托人或者受托人并未终止，因此，委托合同并未自动终止。这也与《民法典》第173条第5项关于“作为代理人或者被代理人的法人、非法人组织终止”时委托代理终止的规定相同。但是，此种文义解释方案可能会产生价值不妥当的问题。例如，委托人已经被宣告破产，受托人继续按照未终止的委托合同负有义务似乎并不妥当，即使受托人可以行使任意解除权解除委托合同，但这似乎徒增成本；而在受托人被宣告破产的情形中，委托合同不自动终止对委托人更为不利，即使委托人可以行使任意解除权也无法完全避免此种不利，而且同样徒增成本。依据《民法典》第72条第1款“清算期间法人存续，但是不得从事与清算无关的活动”，清算人也不得从事与清算无关的活动，在受托人解散的情形中，如果委托合同仍未终止，则受托人的清算人就需要继续履行委托合同，事实上就可能从事与清算无关的活动了。并且，依据《民法典》第935、936条的规定，委托人或者受托人被宣告破产、解散的，“致使委托合同终止”。这已经隐含了委托人或者受托人被宣告破产、解散构成了委托合同终止的事由的意思。因此，按照体系解释和价值正当性的解释方案，委托人或者受托人被宣告破产、解散时，即使委托人或者受托人尚未终止，委托合同仍然自动终止。因此，本条中的“终止”应当被理解为“发生终止原因”，即发生了《民法典》第68条第1款所规定的被宣告破产、解散或者法律规定的其他原因，此时，委托合同原则上就应当自动终止。

如果当事人一方已经发生了法院受理破产申请等情况，或者发生了宣告死亡的事由，但尚未被宣告死亡的，虽然委托合同没有当然终止，但不妨碍另一方依据《民法典》第933条行使任意解除权而解除委托合同，同时，以此为由解除委托合同的道德风险较低，在构成不可归责于解除人的事由的情况下，无须向对方承担赔偿责任。^[180]例如，在房屋委托销售合同中，法院已经受理了受托人的破产申请，此时委托销售合同并未当然终止，但委托人可以依据《民法典》第933条行使任意解除权，发出解除通知，解除委托销售合同，避免自己利益受损，同时，受托人破产构成不可归责于委托人的事由，因此，委托人无须对受托人承担赔偿责任。

二、受托人丧失民事行为能力

委托人或者受托人为自然人时，有丧失民事行为能力的可能。委

托人丧失民事行为能力，委托合同是否终止？如上文所述，对此，同样存在两种立法例。^[181]1999年《合同法》采取了原则上委托合同终止的方式。但是，本条改采委托合同不自动终止的方式。在委托人丧失民事行为能力的情形中，在法定代理人解除委托合同之前，委托合同不自动终止，更有利于保护委托人的利益，也与《民法典》第173条第3项的规定保持一致。但是，受托人丧失民事行为能力的，并不能期待委托人希望由他可能并不认识的受托人的监护人继续处理委托事务，因此，原则上委托合同终止。

应当注意的是，受托人丧失民事行为能力包括不同的情形。如果受托人完全丧失民事行为能力，成为无民事行为能力人，则原则上委托合同终止。如果受托人并未完全丧失民事行为能力，而是成为限制民事行为能力人，但依据其年龄、智力状况仍然具有处理委托事务的能力的，则此时没有必要让委托合同终止；但是，如果受托人成为限制民事行为能力人，并且依据其年龄、智力状况不具有处理委托事务的能力，考虑到受托人负有处理委托事务的注意义务，并在违反注意义务时可能要承担赔偿责任，为保护受托人的利益，此时原则上委托合同终止。因此，本条规定受托人丧失民事行为能力，应当理解为丧失“相应的民事行为能力”，此时委托合同终止。^[182]

三、委托合同终止的例外

发生上述事由的，委托合同原则上终止，但存在两个例外。第一个例外是当事人另有约定的例外。如果当事人特别约定委托合同并不因发生上述事由而终止，应当尊重其意思自治。如果当事人明确约定委托合同在委托事务处理完成时终止，就属于上述特别约定。这与《民法典》第174条第1款第3项的内在考量是一致的。^[183]如果受托人就是委托受托人处理委托人死亡后特定事务的，同样如此。应注意的是，此时虽然委托合同不终止，但《民法典》第933条规定的任意解除权仍然存在，除当事人另有意思表示（例如，委托受托人处理死亡后的特定事务）外，委托人的继承人、遗产管理人、法定代理人等仍然可以行使任意解除权而解除委托合同，受托人也可以行使任意解除权。并且，一般情况下，这属于不可归责于解除人的事由，而且是重大事由，同时，以此为由解除委托合同的道德风险较低，因此，依据《民法典》第933条，解除人无须向对方承担赔偿责任。

第二个例外是根据委托事务的性质不宜终止的。所谓依据委托事务的性质不宜终止，包括但不限于以下情形：（1）委托事务的处理同时为了受托人报酬之外的其他利益的，在委托人死亡后不宜终止。例如，甲委托乙无偿收取甲对丙的债权，因为乙对甲享有债权，甲、乙约定乙可以从收取的债权中扣除乙对甲的债权。此时，乙对处理事

务就具有债的保全和担保利益，在委托事务完成前，即使甲死亡，委托合同也不宜终止，以免损害乙的担保利益。^[184]（2）委托事务涉及经营性事务，或者受托人享有经理权、代办权等，在委托人死亡后不宜终止。（3）委托事务的处理以双方当事人之间的社会性关系为基础的时候，例如委托他人照顾自己的母亲并支付报酬，在委托人死亡之后，似乎也不应当使委托合同自然终止。^[185]

四、法律后果

委托合同的终止仅仅是向将来发生效力，在终止之前的已经发生的权利、义务不受影响。例如，终止前，受托人对委托人应当承担赔偿责任的，终止后仍然应当赔偿；受托人对于已经遭受的损害或者已经垫付的费用，终止后仍然可以依法请求委托人赔偿或者偿还。

依据《民法典》第558、559条关于合同终止的一般规定，委托合同终止后，当事人应当遵循诚信等原则，根据交易习惯负有后合同义务^[186]；同时，委托合同的从合同也应当终止，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

如果依据委托合同受托人享有委托代理权，则委托代理的终止适用《民法典》第173、174条。关于其他后果参见对后两个条文的释义。

五、委托合同的其他终止事由

本条仅仅规定了委托合同的终止事由之一，并未穷尽其他终止事由。除了委托合同因被解除而终止，常见的终止事由还包括：（1）约定的特定委托事务已经完成。（2）约定的期间届满。此时，可以类推适用《民法典》第173条第1项的规则，即代理期间届满或者代理事务完成的，委托代理终止。

如果委托合同因约定的期间届满而终止，受托人继续处理委托事务，而委托人并未提出异议的，此时应当视为不定期的委托合同。^[187]《民法典》第734条第1款（租赁）、第948条第1款（物业服务）、第976条第2款（合伙），都规定了合同期限届满而继续履行合同，当事人未提出异议的，视为不定期合同。这些规定可以类推适用于委托合同。但此时，依据《民法典》第563条第2款，当事人在合理期限之前通知对方后可以解除。

因委托人死亡或者被宣告破产、解散，致使委托合同终止将损害委托人利益的，在委托人的继承人、遗产管理人或者清算人承受委托事务之前，受托人应当继续处理委托事务。

本条主旨

本条是关于受托人之继续处理义务的规定。

相关条文

《合同法》第412条 因委托人死亡、丧失民事行为能力或者破产，致使委托合同终止将损害委托人利益的，在委托人的继承人、法定代理人或者清算组织承受委托事务之前，受托人应当继续处理委托事务。

理解与适用

一、规范目的

委托人死亡的，除了上条规定的例外情形外，委托合同应当终止，受托人就不负有继续处理委托事务的义务。在委托人被宣告破产、解散时，如对上条的释义中所述，原则上委托合同也应当终止。但是，委托合同终止时，委托人的继承人、遗产管理人或者清算人有可能无法承受委托事务，在存在必须处理的事务时，如果受托人坐视不理，就可能会损害委托人方面的利益。此时，为了保护委托人或者其承受人免受损害，受托人负有在一定期间内继续处理委托事务的义务。

二、构成要件

首先，委托人死亡或者终止。具体见对上条的释评。

其次，委托合同终止。在上条所规定的例外情形，委托合同不终止的，受托人自然依据委托合同负有继续处理委托事务的义务，无须适用本条。

最后，受托人不继续处理委托事务将损害委托人的利益。这是指如果受托人不继续处理委托事务，将会导致委托人方面的利益受到损害。例如，委托人死亡，其遗产管理人在国外无法赶回，无法承受委

托事务，既无法亲自处理又无法委托他人处理，且委托事务的处理非常紧急，受托人不继续处理会导致委托人方面的利益受损失。

三、法律后果

受托人在委托人的继承人、遗产管理人或者清算人承受委托事务之前，负有继续处理委托事务的义务。具体而言：

首先，受托人负有该项义务的期间是委托人的继承人、遗产管理人或者清算人承受委托事务之前。这里所谓的“承受”并非实际承受，而是“能够承受”^[188]，否则，在委托人的继承人等能够承受委托事务而怠于实际承受时，受托人的继续处理义务就会一直持续，这与本条所规定的继续处理义务的暂时性相违背。据此，在委托人的继承人等能够承受委托事务但怠于实际承受时，受托人不再负有继续处理的义务。对能够承受委托事务时点的判断，应当依据客观情事，即使委托人的继承人等知道发生了委托人死亡等事由，但其不能承受委托事务的，受托人仍然负有继续处理的义务。^[189]承受委托事务的主体，在委托人死亡时，是委托人的继承人或者遗产管理人，《民法典》第1145条已经对此作具体规定；在委托人作为法人或者非法人组织被宣告破产或者解散时，是委托人的清算人。

其次，受托人在此期间负有继续处理委托事务的义务。此时，这不构成无因管理，因为受托人对处理委托事务负有法定义务。也有观点认为，符合上述要件的，委托合同不终止。但是，《民法典》第934条已经规定了在当事人另有约定或者根据委托事务的性质不宜终止情形中委托合同不终止这种例外情形，按照体系解释，本条就不构成委托合同不终止这种例外情形。因此，可以认为，在不存在《民法典》第934条规定的例外情形时，委托合同已经终止，但符合本条规定的，虽然委托合同终止，但于其限度内，委托合同被“视为”存续。^[190]

这意味着，在委托人死亡或者被宣告破产、解散的情形中，委托合同被视为存续，但委托人一方的主体发生了变动时，存在法定的概括转移。受托人继续处理委托事务的权限与发生终止事由前相同，权利和义务同样如此。例如，受托人为继续处理委托事务垫付必要费用的，同样可以依据《民法典》第921条请求委托人方面予以偿还并支付利益；如果委托合同是有偿的，受托人继续处理委托事务后同样可以依据《民法典》第928条请求报酬；有偿受托人继续处理委托事务时有过错，或者无偿受托人有故意或者重大过失，造成委托人方面损失的，同样应当依据《民法典》第929条承担赔偿责任。

第九百三十六条

因受托人死亡、丧失民事行为能力或者被宣告破产、解散，致使委托合同终止的，受托人的继承人、遗产管理人、法定代理人或者清算人应当及时通知委托人。因委托合同终止将损害委托人利益的，在委托人作出善后处理之前，受托人的继承人、遗产管理人、法定代理人或者清算人应当采取必要措施。

本条主旨

本条是关于受托人的继承人等的通知义务和采取必要措施义务的规定。

相关条文

《合同法》第413条 因受托人死亡、丧失民事行为能力或者破产，致使委托合同终止的，受托人的继承人、法定代理人或者清算组织应当及时通知委托人。因委托合同终止将损害委托人利益的，在委托人作出善后处理之前，受托人的继承人、法定代理人或者清算组织应当采取必要措施。

理解与适用

一、规范目的

受托人死亡、丧失民事行为能力或者被宣告破产、解散的，如上文所述，除《民法典》第934条规定的例外情形外，委托合同终止，受托人的继承人、遗产管理人、法定代理人或者清算人就不再负有继续处理事务的义务。但是，受托人方面原因导致委托合同终止的，委托人可能并不知情而不可能采取必要的善后处理措施，或者即使知情但无法采取必要的善意处理措施。为了保护委托人方面的利益，本条规定了受托人的继承人等的通知义务，以及一定期限之内的采取必要措施的义务。

如果委托人和受托人都出现了死亡、丧失民事行为能力、被宣告破产或者解散的情形，可以将《民法典》第935条和本条结合起来予以适用。在委托人方面出现合同终止事由，受托人方面未出现时，适用《民法典》第935条；受托人方面出现合同终止事由，委托人方面

未出现时，适用《民法典》第936条。委托人方面和受托人方面都出现了合同终止事由后，结合《民法典》第935条和本条，仅仅是委托人方面和受托人方面都转变成各自的继承人、遗产管理人、法定代理人或者清算人。

二、通知义务

本条第一句规定的通知义务的产生条件包括：（1）受托人死亡、丧失民事行为能力、被宣告破产或者解散。（2）委托合同因此终止。如果依据《民法典》第934条所规定的例外情形，委托合同不终止的，无须适用本条。

法律后果是，受托人的继承人等应当及时通知委托人。具体而言：（1）通知主体。在受托人死亡时，是受托人的继承人或者遗产管理人，《民法典》第1145条已经对此作具体规定；在受托人丧失民事行为能力时，是受托人的法定代理人；在受托人作为法人或者非法人组织被宣告破产或者解散时，是受托人的清算人。（2）通知应当及时。具体时间需要根据个案情形予以判断。

受托人的继承人等未尽到及时通知义务，造成委托人方面损失的，应当依据《民法典》第929条承担赔偿责任。

三、采取必要措施义务

本条第二句规定的采取必要措施义务的产生条件包括：（1）受托人死亡、丧失民事行为能力、被宣告破产或者解散，致使委托合同终止。（2）委托合同终止将损害委托人的利益。具体理解参见对上条的释义。

法律后果方面：首先，受托人的继承人等采取必要措施的义务的期间是委托人作出善后处理之前。同样，所谓的委托人作出善后处理并非“实际作出”，而是“能够作出”，因此，委托人能够作出善后处理而怠于实际作出时，受托人的继承人等不负有采取必要措施的义务。其次，采取必要措施义务的主体。这与通知义务的主体相同。再次，受托人的继承人等负有采取必要措施的义务。必要措施包括积极的和消极的措施，对其必要性应当依据客观情况予以判断，不必然与委托合同终止前的处理事务权限完全相同，因此，本条与上条的表述不同，上条是“应当继续处理委托事务”，而本条是“应当采取必要措施”，这也与《民法典》第923条关于原则上禁止转委托的规定取得内在价值取向上的一致。但是，于必要措施采取的限度内，委托合同被“视为”存续。^[191]例如，受托人的继承人等为采取必要措施而垫付

必要费用的，有权依据《民法典》第921条请求委托人偿还并支付利益；如果委托合同是有偿的，受托人的继承人采取必要措施后，有权依据《民法典》第928条请求报酬；有偿受托人采取必要措施时有过错，或者无偿受托人有故意或者重大过失，造成委托人方面损失的，同样应当依据《民法典》第929条承担赔偿责任。

四、委托人出现合同终止事由情形中的通知义务

本条仅规定了受托人出现合同终止事由情形中的通知义务，并未规定委托人出现合同终止事由情形中的通知义务。但是，在委托人死亡、丧失民事行为能力等合同终止事由的情形中，受托人在不知道并且不应当知道合同终止时仍然可能继续处理委托事务，还可能在处理委托事务过程中和第三人发生交易等，此时，更有必要为保护受托人和第三人的利益，使委托人的继承人、遗产管理人、法定代理人或者清算人负有对受托人的及时通知义务。

如果委托人的继承人等未尽到通知义务，且受托人不知道并且不应当知道出现委托合同终止事由的，此时委托合同同样应当被视为持续。^[192]这首先意味着，在委托人的继承人等及时通知受托人前，如果受托人不知道并且不应当知道委托合同终止的，委托人的继承人等不得以委托合同已经终止对抗受托人，受托人仍具有委托事务的处理权限，并且依据委托合同享有权利和承担义务。例如，委托合同因委托人死亡已经终止，但未通知受托人，且受托人不知道并且不应当知道的，受托人继续处理委托事务而垫付必要费用的，就这些费用仍然有权请求偿还；受托人也有权请求支付相应的报酬；同样，受托人也承担其依据委托合同应当承担的义务。当然，作这些规定是为了保护受托人的利益，受托人可以放弃此种保护而主张委托合同已经终止。这其次意味着，受托人此时处理委托事务而与第三人发生交易等关系的，委托人的继承人等也不得以委托合同已经终止为由对抗该第三人。此时，可以适用（存在委托代理）或者类推适用（不存在委托代理）《民法典》第174条第1款第1项的规定，即代理人不知道并且不应当知道被代理人死亡的，委托代理人实施的代理行为有效。如果仅通知了受托人，但未通知第三人，则可以考虑适用或者参照适用《民法典》第172条，以保护第三人的利益，但是委托人的继承人等享有依据委托合同请求受托人赔偿的权利。^[193]

注释：

[1]参见周江洪：《服务合同研究》，北京，法律出版社2010年版，第15-18页。

[2]DCFR也将服务合同和委托合同区分开，其认为委托合同更多集中在被授权和被

指示的是什么，而不是作为提供商提供的是什么。参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组：《欧洲私法的原则、定义与框架规则》（第四卷），于庆生等译，北京，法律出版社2014年版，第709页。

[3]《最高人民法院关于对中国长江航运（集团）总公司与武汉港务管理局委托代收水运客货运附加费纠纷一案请示的复函》（〔2002〕民四他字第41号）指出：本院经研究认为，水运客货运附加费属国家行政规费，交通部是唯一的法定征收单位。中国长江航运（集团）总公司（以下称长航总公司）和武汉港务管理局虽是企业法人，但根据交财发〔1993〕456号和交财发〔1993〕541号两个文件的规定，它们是受交通部委托征收水运客货运附加费的代征单位和代收单位，因此与交通部形成行政委托法律关系，长航总公司与武汉港务管理局之间则构成该项行政委托的转委托关系，不应认定是民事委托关系。

[4]参见最高人民法院（2017）民终569号民事判决书。

[5]参见最高人民法院（2017）民终701号民事判决书。

[6]参见邱聪智：《新订债法各论》（中），北京，中国人民大学出版社2006年版，第138页。

[7]参见王利明：《合同法研究》（第三卷），北京，中国人民大学出版社2015年版，第684页。《日本民法典》第643条将委托事项限定为法律行为，但第656条将委托合同规定准用于对非法律行为事务的委托。

[8]实践中常见的质押财产委托监管，如果监管人并不实际占有和控制监管物，而是帮助质权人监督实际仓储方的仓储保管工作，则可认为存在委托合同关系，参见最高人民法院（2013）民申字第591号民事裁定书；如果监管人实际保管，则可以认定为存在保管合同关系，参见最高人民法院（2015）民申字第230号民事裁定书。也有观点认为，该关系为混合合同关系，监管人的合同义务不限于保管质物，还包括验明质物、监管质物等义务，与保管人在保管合同项下承担的义务有所区别，应被视为复合法律关系，参见最高人民法院（2013）民申字第138号民事裁定书。在此要区分合同效力和物权效力，监管是否足以确定质物是否已经交付债权人，进而是否足以使质权有效设立。《全国法院民商事审判工作会议纪要》第63条规定：在流动质押中，经常由债权人、出质人与监管人订立三方监管协议，此时应当查明监管人究竟是受债权人的委托还是受出质人的委托监管质物，确定质物是否已经交付债权人，从而判断质权是否有效设立。如果监管人系受债权人的委托监管质物，则其是债权人的直接占有人，应当认定完成了质物交付，质权有效设立。监管人违反监管协议约定，违规向出质人放货、因保管不善导致质物毁损灭失，债权人请求监管人承担违约责任的，人民法院依法予以支持。如果监管人系受出质人委托监管质物，表明质物并未交付债权人，应当认定质权未有效设立。尽管监管协议约定监管人系受债权人的委托监管质物，但有证据证明其并未履行监管职责，质物实际上仍由出质人管领控制的，也应当认定质物并未实际交付，质权未有效设立。此时，债权人可以基于质押合同的约定请求质押人

承担违约责任，但其范围不得超过质权有效设立时质押人所应当承担的责任。监管人未履行监管职责的，债权人也可以请求监管人承担违约责任。

[9]实践中也多将股权代持合同认定为委托合同，参见最高人民法院（2011）民二终字第63号民事判决书、广东省深圳市中级人民法院（2017）粤03民终10534号民事判决书等。该协议在当事人之间原则上有效，并且区分对内效力、对公司等的效力和对外效力，例如，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定（三）》第24、25条，《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》第15条、《全国法院民商事审判工作会议纪要》第28条等。关于对内效力按照当事人之间的合同处理，包括但不限于以下问题：投资权益一般归属于实际投资人；名义股东未经实际投资人同意处分股权应当承担违约责任等。关于对公司的效力包括但不限于以下问题：实际出资人未经公司其他股东半数以上同意，请求公司变更股东、签发出资证明书、记载于股东名册、记载于公司章程并办理公司登记机关登记的，不予支持；有限责任公司过半数的其他股东知道实际出资的事实，且对实际投资人实际行使股东权利未曾提出异议，对实际出资人提出的登记为公司股东的请求，应予支持；有限责任公司登记股东均与实际出资人之间具有委托持股关系，实际出资人行使知情权，不涉及公司以外第三人的利益，亦未破坏有限责任公司的人合性特征，应予支持。参见福建省龙岩市中级人民法院（2015）岩民终字第12650号民事判决书。关于对公司以外第三人的对外效力包括但不限于以下问题：名义股东对外处分股权有效；实际投资人对名义股东的债权人执行股权时是否有权提出执行异议〔不予支持的判决，参见最高人民法院（2013）民二终字第111号民事判决书、最高人民法院（2013）民申字第758号民事裁定书〕；实际投资人在名义股东破产时是否有权取回股权。但无论如何，当事人之间的合同效力和股权归属是两个不同的问题，即使签订协议是为了规避外资持有股权的限制性规定等，也并不必然导致委托合同无效。最高人民法院（2015）民申字第136号民事裁定书中认为：股权归属关系与委托投资关系是两个层面的法律关系。前者因合法的投资行为而形成，后者则因当事人之间的合同行为形成，保监会的上述规章仅仅是对外资股东持股比例所作的限制，而非对当事人之间的委托合同关系进行限制。因此，实际出资人不能以存在合法的委托投资关系为由主张股东地位，受托人也不能以存在持股比例限制为由否定委托投资协议的效力。

[10]如果房屋买卖合同由出名人以自己的名义与出卖人订立，但出名人系受借名人委托，借名合同在此种情形中应被认定为委托合同。参见杨代雄：《借名购房及借名登记中的物权变动》，载《法学》2016年第8期。在此，仍然要将委托合同的效力和物权效力区分开，物权效力涉及出名人是否取得了房屋所有权以及其后处分的效力。

[11]例如，最高人民法院（2014）民申字第1358号民事裁定书中认为，委托合同的主要内容是协调降低国有土地使用权的挂牌价格，损害了国家利益和社会公共利益，委托合同无效。涉及代孕的委托合同，也会因此而被判定无效，例如上海市第二中级人民法院（2016）沪02民终9572号民事判决书。违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的委托合同也无效。

[12]参见邱聪智：《新订债法各论》（中），北京，中国人民大学出版社2006年版，第139页。

[13]同样结论，参见王利明：《合同法研究》（第三卷），北京，中国人民大学出版社2015年版，第694页；邱聪智：《新订债法各论》（中），北京，中国人民大学出版社2006年版，第148页。

[14]最高人民法院（2015）民申字3557号民事裁定书中认为，委托合同是受托人为委托人办理委托事务，委托人支付约定报酬或不支付报酬的合同；当事人在履行委托合同的过程中地位是平等的，不具有管理与被管理的特点；而劳动合同是劳动者与用人单位之间确立劳动关系，明确双方权利和义务的协议。《重庆市高级人民法院民二庭关于委托合同纠纷法律适用问题的解答》（2014年）第1条采取同样的观点。

[15]我国台湾地区“民法”第529条对此有明确规定。

[16]四川省德阳市中级人民法院（2019）川06民终980号民事判决书认为：从本案查明的事实来看，袁宇、李季接受喻林强的委托后，收取喻林强费用，以自己或者自己另行委托的代理人的名义向相关单位支付费用，以围标的方式以期达到让喻林强承包项目工程的目的，喻林强从始至终未参与进去。如果袁宇、李季是向喻林强提供订立合同的机会，或者提供订立合同的服务，那么就应当让喻林强自己参与进去并自行判断是否签订合同。综上，本案的法律关系应当是委托合同关系。北京市第三中级人民法院（2019）京03民终10717号民事判决书认为：本院认为，玉钢受托之事虽有居间的性质，但其不仅仅限于介绍龙民与产权公司认识，而且协议中有关于房屋的单价、楼层、户型等的具体约定，双方之间的法律关系应当认定为委托关系更为符合本案实际。四川省成都市中级人民法院（2019）川01民终12363号民事判决书认为：根据“协议”内容，启西公司不仅负责向泰晤士公司报告与指点学校签约机会、为其缔约居中斡旋，同时还直接参与双方通过股权转让方式完成指点学校收购的具体事宜，故双方“协议”的性质应为委托合同关系，而非居间合同关系。

[17]关于代理权的性质，参见[德]拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔等译，北京，法律出版社2003年版，第827页；朱庆育：《民法总论》，北京，北京大学出版社2013年版，第328页。

[18]参见王泽鉴：《债法原理》，北京，北京大学出版社2009年版，第282页。关于持此观点的案例，参见重庆市高级人民法院（2015）渝高法民终字第72号民事判决书，载《人民司法案例》2016年第2期。

[19]参见[德]拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔等译，北京，法律出版社2003年版，第856页；谢鸿飞：《代理部分立法的基本理念和重要制度》，载《华东政法大学学报》2016年第5期。当然，关于是否承认代理授权行为的独立性仍然存在争论，但这些争论在是否应当和如何保护相对人这个价值判断问题上并无区别。承认独立性可以实现对相对人的保护，不承认独立性同样可以通过其他方式实现对相对人的

同等程度的保护，因此，这仅仅是一个理论性争议而已，争论本身不会导致价值判断上的区别。对此请参见[日]山本敬三：《民法讲义I·总则》，解亘译，北京，北京大学出版社2012年版，第290页。

[20]参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组：《欧洲私法的原则、定义与框架规则》（第四卷），于庆生等译，北京，法律出版社2014年版，第710页。

[21]参见《重庆市高级人民法院民二庭关于委托合同纠纷法律适用问题的解答》（2014年）第3条。

[22]例如，最高人民法院（2014）民提字第148号民事判决书、最高人民法院（2009）民二终字第83号民事判决书、山东省高级人民法院（2015）鲁商终字第142号民事判决书，这些案例中因为有保底条款的存在而认定为借款合同关系。广东省广州市中级人民法院（2019）粤01民终7774号民事判决书则因为无保底条款的存在而认定为委托理财合同。《江苏省高级人民法院关于审理委托理财合同纠纷案件若干问题的通知》（2004年）第2条（一）中也规定：对于被认定成立以委托理财为表现形式的借贷关系的合同效力，应根据人民法院审理借款合同纠纷的一贯原则认定。

[23]参见《江苏省高级人民法院关于审理委托理财合同纠纷案件若干问题的通知》（2004年）第2条第1款。

[24]例如，《北京市高级人民法院关于审理金融类委托理财合同纠纷案件若干问题的指导意见（试行）》（2007年）第2条规定：未经中国证监会批准、未取得国家外汇管理局额度批准的境外机构作为委托人订立的金融类委托理财合同，未取得特许经营资质的证券公司作为委托人订立的金融类委托理财合同，不具备金融类委托理财资质的其他非金融机构作为受托人订立的金融类委托理财合同，其他主体违背相关法律法规订立的金融类委托理财合同，这些合同应当认定无效。上海市高级人民法院（2004）沪高民二（商）终字第6号民事判决书认为，不具有委托资产管理经营资质的非金融机构法人接受他人委托，与他人订立委托资产管理协议，该协议应被认定为无效。

[25]《全国法院民商事审判工作会议纪要》第92第1款规定：信托公司、商业银行等金融机构作为资产管理产品的受托人与受益人订立的含有保证本息固定回报、保证本金不受损失等保底或者刚兑条款的合同，人民法院应当认定该条款无效。受益人请求受托人对其损失承担与其过错相适应的赔偿责任的，人民法院依法予以支持。另参见高民尚：《关于审理证券、期货、国债市场中委托理财案件的若干法律问题》，载《人民司法》2006年第6期；最高人民法院（2009）民二终字第1号民事判决书；《北京市高级人民法院关于审理金融类委托理财合同纠纷案件若干问题的指导意见（试行）》第4条。

[26]例如，湖南省永州市中级人民法院（2009）永中法民二终字第99号民事判决书。

[27]参见最高人民法院（2018）民终112号民事判决书。

[28]参见最高人民法院（2017）民终624号民事判决书。

[29]“上海浦东发展银行股份有限公司深圳分行与梅州地中海酒店有限公司等借款合同纠纷案”（载《最高人民法院公报》2020年第4期）的审理法院认为：“委托贷款属于商业银行中间业务，不构成商业银行表内资产、表内负债，仅形成银行非利息收入。由此可见，委托贷款已经纳入国家金融监管范围……委托贷款在不同的方面分别体现出金融借款与民间借贷的特点，在现行法律及司法解释对委托贷款未作明确规定的情况下，可通过分析相关问题是更具有金融借款还是民间借贷的特点，进而确定可参照的规则。现行法律及司法解释未对委托贷款的利率上限作出限制，鉴于委托贷款系由委托人而非作为贷款人的金融机构确定借款利率等合同主要条款并实际收取利息，同时考虑到委托贷款与民间借贷在资金来源相同的基础上亦可推定其资金成本大致等同，人民法院确定委托贷款合同的利率上限时当参照民间借贷的相关规则。”持同样观点者如最高人民法院（2016）民终124号民事判决书，（载《最高人民法院公报》2016年第11期）；最高人民法院（2016）民终790号民事判决书。

[30]参见陈甦：《委托合同 行纪合同 居间合同》，北京，法律出版社1999年版，第7页。

[31]例如《德国民法典》第663条、《瑞士债法》第395条、我国台湾地区“民法”第530条，但适用的范围并不完全相同。

[32]参见[德]梅迪库斯：《德国债法分论》，杜景林、卢谔译，北京，法律出版社第2007年版，第338页。

[33]《德国民法典》区分无偿的委托合同和有偿的事务处理合同；《日本民法典》和我国台湾地区“民法”则以委托合同无偿为原则，但允许特别约定为有偿。

[34]参见我国台湾地区“民法”第533条、我国澳门地区民法典第1085条第2款。

[35]我国台湾地区“民法”第534条所列举的需要特别授权的行为有：不动产之出卖或者设定负担、不动产之租赁其期限逾两年者、赠与、和解、起诉、提付仲裁。《瑞士债法》第396条第3款规定需要特别授权的行为有：同意和解、接受仲裁裁决、承担票据债务、让与不动产、以不动产设定负担或者赠与财产。

[36]DCFR第4.4-2：103条第1、2款有明确规定。

[37]参见崔建远：《合同法学》，北京，法律出版社2016年版，第496页；张谷：《民法典合同编若干问题漫谈》，载《法治研究》2019年第1期，第76-77页。

[38]邱聪智：《新订债法各论》（中），北京，中国人民大学出版社2006年版，第176页。

[39]《日本民法典》第650条第1款、《意大利民法典》第1720条第1款、我国台湾地区“民法”第546条第1项有明确规定。

[40]为深化利率市场化改革，推动降低实体利率水平，自2019年8月20日起，中国人民银行已经授权全国银行间同业拆借中心于每月20日（遇节假日顺延）9时30分公布贷款市场报价利率（LPR），中国人民银行贷款基准利率这一标准已经取消。《全国民商事审判工作会议纪要》关于借款合同已经明确，自此之后人民法院裁判贷款利息的基本标准应改为全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率。

[41]DCFR第4.4-2：103条第4款有明确规定，并且这与上文所说的报酬被推定为包括必要费用并不矛盾。

[42]《瑞士债法》第402条第1款、《日本民法典》第650条第2款、我国台湾地区“民法”第546条第2项有明确规定。

[43]同样观点，参见邱聪智：《新订债法各论》（中），北京，中国人民大学出版社2006年版，第177页。

[44]参见邱聪智：《新订债法各论》（中），北京，中国人民大学出版社2006年版，第160页。

[45]DCFR第4.4-4：201条第1、2款对此作了明确规定。也请参见关于《民法典》第777条的具体释评。

[46]DCFR第4.4-4：101条第3款对此作了明确规定。

[47]参见《德国民法典》第665条。最高人民法院（2009）民二终字第78号民事判决书中认为：港渝公司作为受托人，对受托的财产只有经营权，其无权在他人享有所有权的财产上进行添附，如果需要进行任何经营上的变更，应当取得委托人超霸公司的同意。

[48]DCFR第4.4-4：104条对此有明确规定。

[49]最高人民法院（2006）民二终字第194号民事判决书中认为：关于宁夏国禾公司单方改变销售为租赁……招租本身不为总代理合同所禁止，从法律上讲，租赁行为本身并不对销售产生法律上的约束或排斥，带租销售既不违法，亦不违约。……总代理合同、营销策划报告及项目营销执行方案均未对此作出排斥性安排，故租赁招商并不违约。但宁夏国禾公司自2005年8月21日起将排他性委托营销改为自行招租属营销策划方案的重大变化，宁夏国禾公司单方改变销售方式，应当履行提前通知的义务，未履行即应视为违约……

[50]参见DCFR第4.4-4：102条。关于通知义务规定在承揽和委托中的相互参照，参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组：《欧洲私法的原则、定义与框架规则》（第四卷），于庆生等译，北京，法律出版社2014年版，第710页。

[51]DCFR第4.4-2：101条对此有明确规定。

[52]类似的规定，参见DCFR第4.4-4：103条。也请参见关于《民法典》第778条的释评。

[53]这是比较法上的通行规则。除此之外，《德国民法典》第664第2款同时规定了委托事务处理的请求权在有疑问时不得让与，但是，第664条仅适用于无偿的委托合同，而对有偿的事务处理合同不适用。考虑到目前有偿的委托合同的重要性，在委托合同包括有偿和无偿的情况下，目前也有示范法不采取此种方式，而采取原则上可以转委托、例外不允许的做法，例如，DCFR第4.4-3：302条第1款规定：“受托人不经委托人同意即可全部或部分地将委托合同中的义务转委托，但委托合同规定受托人亲自履行的除外。”

[54]此时，一方客观的组织关系并未破坏当事人之间的特别信赖；委托人对受托人处理委托事务的请求权转让也应同样理解。参见[日]我妻荣：《债法各论》（中卷二），周江洪译，北京，中国法制出版社2008年版，第144页。

[55]最高人民法院（2012）民申字第769号民事裁定书中认为：飞极物流作为受托人未能及时将货物出运而转委托永泽公司处理时，依照法律规定应当征得相城公司的同意。依据现有的证据，飞极物流不能证明相城公司同意其将货物出运事项转委托永泽公司，而相城公司请求承运人补发提单的行为是相城公司采取必要措施避免损失的行为，不能据此推定相城公司事后认可了飞极物流的转委托行为。

[56]参见邱聪智：《新订债法各论》（中），北京，中国人民大学出版社2006年版，第165页。《法国民法典》第1994条第2款、《瑞士债法》第399条第2款、《意大利民法典》第1717条第4款对此有明确规定。

[57]参见崔建远：《合同法学》，北京，法律出版社2016年版，第492-493页；邱聪智：《新订债法各论》（中），北京，中国人民大学出版社2006年版，第166页。我国台湾地区“民法”第539条规定，“受任人使第三人代为处理委托事务者，委托人对于该第三人关于委任事务之履行，有直接请求权”；且该条适用于合法转委托和违法转委托，同时并未规定第三人对委托人的权利。

[58]参见陈甦：《委托合同行纪合同居间合同》，北京，法律出版社1999年版，第48页；[日]我妻荣：《债法各论》（中卷二），周江洪译，北京，中国法制出版社2008年版，第142-143页。《日本民法典》第644条之二第2款规定，在合法转委托情况下，转委托的第三人于其权限范围内，对于委托人，享有与受托人相同的权利，负担相同义务。

[59]参见[日]我妻荣：《债法各论》（中卷二），周江洪译，北京，中国法制出版社2008年版，第143页。

[60]参见《德国民法典》第664条第1款、《瑞士债法》第187条第2款、《意大利

民法典》第1717条第2-4款、我国台湾地区“民法”第539条第2款。

[61]参见邱聪智：《新订债法各论》（中），北京，中国人民大学出版社2006年版，第166页。理论上有的称之为不真正连带债务，其与真正的连带债务，在外部关系上并无区别，仅仅是在内部关系上无比例可言，而由部分债务人承担全部责任。

[62]具体参见关于《民法典》第772条的释评。

[63]我国台湾地区“民法”第539条规定的委托人对第三人的直接请求权，适用于合法转委托和违法转委托。《法国民法典》第1994条第2款同样如此。但《瑞士民法典》第399条第3款将委托人对第三人的直接请求权限制于合法转委托。

[64]最高人民法院（2016）民终第299号民事判决书中认为：潘明欣仅认可代理人胡荣坤在办理还款事宜后将所得款项直接划入其指定账户，而非转委托他人以其他方式抵偿欠款；胡荣坤在转委托张永胜从振兴煤矿以购煤形式抵扣潘明欣借款后，亦未取得潘明欣的事后追认；由于胡荣坤转委托张永胜的行为事前未征得潘明欣的同意，事后亦未获得潘明欣的认可，该转委托的行为后果不应由潘明欣承担。

[65]关于争议意见，参见黄立：《民法总则》，北京，中国政法大学出版社2002年版，第414页；[德]布洛克斯、瓦尔克：《德国民法总论》，张艳译，北京，中国人民大学出版社2012年版，第331页以下。

[66]参见朱庆育：《民法总论》，北京，北京大学出版社2013年版，第340页；[德]拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔等译，北京，法律出版社2003年版，第880页以下；[德]梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，北京，法律出版社2000年版，第749页。

[67]参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组：《欧洲私法的原则、定义与框架规则》（第四卷），于庆生等译，北京，法律出版社2014年版，第815页。

[68]采取同样观点的立法例有《瑞士债法》第400条第1款、《日本民法典》第645条。但是《日本商法典》第47条就代理商规定了无须委托人请求的报告义务。

[69]采取此种立法例的，参见《德国民法典》第666条、《法国民法典》第1993条、我国台湾地区“民法”第540条、DCFR第4.4-3：401条。《日本商法典》第47条就代理商规定了无须委托人请求的报告义务，构成了《日本民法典》的例外。

[70]参见崔建远：《合同法学》，北京，法律出版社2016年版，第494页；邱聪智：《新订债法各论》（中），北京，中国人民大学出版社2006年版，第166页。

[71]关于这些争论，近五年来的主要专题论文有尹飞：《论我国民法典中代理制度的类型与体系地位》，载《法学杂志》2015年第9期，第12页以下；殷秋实：《论代理中的显名原则及其例外》，载《政治与法律》2016年第1期，第76页以下；耿林、崔建远：《未来民法总则如何对待间接代理》，载《吉林大学社会科学学报》2016年第3

期，第21页以下；武亦文、潘重阳：《民法典编纂中代理制度的体系整合》，载《浙江社会科学》2016年第10期，第60页以下；方新军：《民法典编纂视野下合同法第402条、第403条的存废》，载《法学研究》2019年第1期，第78页以下；朱虎：《代理公开的例外类型和效果》，载《法学研究》2019年第4期，第82页以下；胡东海：《合同法第402条（隐名代理）评注》，载《法学家》2019年第6期，第176页以下。《全国法院民商事审判工作会议纪要》第2条第2款将本条称之为隐名代理，同样观点的案例参见最高人民法院（2015）民二终字第128号民事判决书。

[72]参见朱庆育：《民法总论》，北京，北京大学出版社2013年版，第326页。

[73]同样观点，参见[日]山本敬三：《民法讲义》，I·总则，解亘译，北京，北京大学出版社2012年版，第283页。

[74]例如《国际商事合同通则》第2.2.3条。关于具体的资料梳理，参见朱虎：《代理公开的例外类型和效果》，载《法学研究》2019年第4期，第88-89页；胡东海：《合同法第402条（隐名代理）评注》，载《法学家》2019年第6期，第177-179页。

[75]据此，《国际货物销售代理公约》第12条未将“以自己名义”作为要件。

[76]参见美国《代理法重述（第三次）》第1.04条、《国际商事合同通则》第2.2.3条、《欧洲合同法原则》第3：203条。

[77]参见[德]吕特斯、施塔德勒：《德国民法总论》，于馨森、张姝译，北京，法律出版社2017年版，第500页。

[78]参见胡东海：《合同法第402条（隐名代理）评注》，载《法学家》2019年第6期，第181页。

[79]参见DCFR第4.4-4：102条第2款和第4.4-4：103条第3款。

[80]关于肯定观点，参见尹飞：《论隐名代理的构成与效力》，载《法律科学》2011年第3期，第114页；相关案例，参见重庆市长寿区人民法院（2015）长法民初字第06532号民事判决、甘肃省天水市麦积区人民法院（2013）麦民二初字第279号民事判决书。关于否定观点，参见胡东海：《合同法第402条（隐名代理）评注》，载《法学家》2019年第6期，第182-183页。

[81]参见《最高人民法院关于如何确定委托贷款协议纠纷诉讼主体资格的批复》（法复〔1996〕6号），最高人民法院（2018）民终673号民事判决书，最高人民法院（2017）民终369号民事判决书，最高人民法院（2016）民终124号民事判决书，最高人民法院（2012）民二终字第131号民事判决书。

[82]参见最高人民法院（2011）民提字第29号民事判决书。

[83]参见最高人民法院（2012）民申字第668号民事裁定书。

[84]参见最高人民法院（2018）民终1329号民事判决书。

[85]参见北京市第一中级人民法院（2013）民终字第13718号民事判决书。

[86]参见最高人民法院（2010）民提字第213号民事裁定书（载《最高人民法院公报》2011年第10期），西藏自治区高级人民法院（2007）藏法民再终字第2号民事判决书。

[87]最高人民法院（2014）民申字第1894号民事裁定书、最高人民法院（2014）民二终字第56号民事判决书中均认为，审理循环贸易案件首先应审查当事人的真实意思与表明合同行为是否具有一致性，且尽管循环贸易以“走单、走票、不走货”为典型特征，但是不能仅以贸易中没有实际货物交付为由否认当事人之间的买卖合同关系，货物是否真实交付应当与各方是否存在借贷意思表示的情况结合考虑予以判断。最高人民法院（2018）民终888号民事判决书中认为：根据宇航公司、中船公司、斯创姆公司等三案外人之间签订的买卖合同下的付款、交货情况，结合二审中双方当事人均认可无实际交货的事实，一审法院经审理查明将本案认定为循环贸易式融资法律关系正确。最高人民法院（2016）民终539号民事判决书中则认为，如循环贸易关系不构成闭合模式，应基于合同相对性原则，认定当事人之间为买卖合同关系，而非民间借贷关系。最高人民法院（2011）民提字第227号民事判决书中认为，在循环贸易中，即使存在证明买卖关系的买卖合同、货权转移证明等文件，但如果存在融资方享有和承担任何市场价格变化产生的盈亏，中间方和出资方按照固定比例加价作为固定收益，不承担货物验收、市场交易风险而只享有固定回报的约定，应当属于典型的资金拆借行为。最高人民法院（2010）民提字第110号民事判决书中也认为：交易各方签订货物规格和数量相同的买卖合同，在较短时间内发生相同货物购买又出售的行为，且进行高买低卖的，有悖正常交易习惯，可能被认定为以货物买卖形式掩盖融资目的的借贷关系。最高人民法院（2015）民提字第74号民事判决书（载《最高人民法院公报》2017年第6期）中认为，多个企业之间通过封闭式循环贸易掩盖融资借贷实质，实际借款人高买低卖，作为中间方的托盘企业并非出于生产、经营需要而借款，而是为转贷牟利。如果被认定为借款合同关系，此时有关借贷的管制规则应当适用于该等关系。

[88]在被认为融资人和出资人存在借款合同的前提下，出资人就有权依据借款合同直接请求融资人。但是，实践中往往因为融资人不能返还而使出资人遭受损失，对于明知并促成循环贸易的中间人而言，在其并未明确作出债务加入或者连带保证的意思表示的情况下，其既是融资人的受托人，也是出资人的受托人，因此要根据委托合同对作为委托人的融资人依法承担过错责任。在损失的确定上，实践中往往判决中间人依据委托合同对融资人不能返还的部分承担30%~50%的责任。参见最高人民法院（2013）民再申字第15号民事裁定书、最高人民法院（2010）民提字第110号民事判决书。

[89]参见山东省青岛市中级人民法院（2016）鲁02民终3145号民事判决书。

[90]无论是否认为本条也应包括“应当知道”的情形，共识在于对此应当有较高质量的证明要求。

[91]参见朱虎：《代理公开的例外类型和效果》，载《法学研究》2019年第4期，第90页；胡东海：《合同法第402条（隐名代理）评注》，载《法学家》2019年第6期，第185页。

[92]参见胡东海：《合同法第402条（隐名代理）评注》，载《法学家》2019年第6期，第186-187页。

[93]最高人民法院（2012）民申字第668号民事裁定书对此存在误用：虽然大连机电公司知道东华公司与其签订《总承包合同》系受日达公司委托，但因在日达公司发函表明行使委托人的合同介入权的情况下，大连机电公司明确表示选择东华公司作为相对人主张权利，二审判决认定《总承包合同》约束东华公司与大连机电公司，符合《中华人民共和国合同法》第402条但书条款、第403条第2款的规定和合同相对性原则。所谓的误用，第一，将《合同法》第402条（《民法典》第925条）的但书条款和第403条（《民法典》第926条）第2款并用，事实上，这两个条文的构成要件不同，无法并用，在第三人知道代理关系的前提下，不存在被代理人的介入权；第二，最为重要的，现有的事实和证据仅证明了，第三人在订立合同后被代理人发函时明确表示选择代理人作为相对人，而判决并未着眼于第三人在订立合同时具有此种意思表示。

[94]参见最高人民法院（2016）民终124号民事判决书（载《最高人民法院公报》2016年第11期）中认为：“委托贷款合同”第1.4条受托人承诺中约定，“借款人不能按期偿还本金及利息时，受托人应按照委托人的书面要求以受托人的名义向借款人、担保人及相关联人提起诉讼”，该约定是受托人兴业银行武汉分行对委托人长富基金的承诺，只约束兴业银行武汉分行和长富基金，与中森华房地产公司无关；就约定内容而言，是否以兴业银行武汉分行作为原告对借款人、担保人及相关联人提起诉讼，是该约定赋予长富基金的权利，而非系限制其行为的义务，长富基金既可以自行起诉，也可要求受托人兴业银行武汉分行提起诉讼。

[95]参见方新军：《对我国合同法第402、403条的评说——关于两大法系代理理论差异的再思考》，载《北大法律评论》2001年第4卷第2辑，第534页以下。

[96]参见最高人民法院（2014）民申字第2225号民事裁定书（载《最高人民法院公报》2017年第11期）中认为：《合同法》第402条关于委托人介入权的规定一般限于单纯的委托合同关系，但本案除委托合同关系外，还涉及买卖、借贷以及担保等多重法律关系，特别是担保法律关系。……据此，在厦航开发公司已实际为东方龙金属公司垫付巨额货款的前提下，在南钢金易公司知道该事实的情况下，若简单适用合同法第四百零二条（不适用该条的但书），排除买卖关系中买方厦航开发公司要求卖方南钢金易公司返还货款的权利，明显损害厦航开发公司的权利，不符合该条的立法本意。本案应当适用该条的但书规定，即“钢材购销合同”的上述约定内容以及南钢金易公司知道东方龙金属公司为该笔交易向厦航开发公司融资的事实，属于《合同法》第402

条但书中规定的“确切证据”，故“钢材购销合同”只约束厦航开发公司和南钢金易公司。

[97]参见杨代雄：《借名购房及借名登记中的物权变动》，载《法学》2016年第8期。

[98]相同观点，参见汪渊智：《代理论》，北京，北京大学出版社2015年版，第211页以下；李宇：《民法总则要义：规范释论与判解集注》，北京，法律出版社2017年版，第769页。

[99]最高人民法院（2018）民终673号民事判决书中认为：颐和酒店公司对于“委托贷款合同”的存在及韩啸与平安银行海口分行之间的代理关系应当明知，其是在对韩啸为案涉贷款实际权利人有清楚认知的基础上签订的两份“抵押担保合同”。对颐和酒店公司名下国有土地使用权办理抵押登记时，虽然登记的抵押权人为平安银行海口分行，但因该抵押法律关系是为案涉贷款设定，在委托贷款法律关系中，受托人平安银行海口分行的代理行为产生的后果应当归属于委托人韩啸。在本案诉讼中，平安银行海口分行也明确表示韩啸享有案涉国有土地使用权的抵押权，故韩啸可以自己的名义直接向颐和酒店公司主张以平安银行海口分行名义设立的抵押权。

[100]参见“名山电力有限责任公司诉威格尔国际合作发展公司等专利实施许可合同纠纷案”（载《最高人民法院公报》2002年第2期）的判决书中认为：周鼎力与威格尔公司之间的委托代理关系是明确的。威格尔公司在签订合同前接待被上诉人名山公司在北京参考察、签订合同、代交保险费等，是其履行代理义务的行为。对周鼎力与威格尔公司之间的委托代理关系，名山公司是清楚的。……合同责任应当由周鼎力承担。威格尔公司关于其不应因代理而承担连带责任的上诉理由……应当支持。此外，在委托贷款中，中国人民银行曾经于《关于商业银行开办委托贷款业务有关问题的通知》中规定，商业银行开办委托贷款业务只收取手续费，不得承担任何形式的贷款风险。

[101]《最高人民法院关于如何确定委托贷款协议纠纷诉讼主体资格的批复》（法复〔1996〕6号）指出：在履行委托贷款协议过程中，由于借款人不按期归还贷款而发生纠纷的，贷款人（受托人）可以借款合同纠纷为由向人民法院提起诉讼；贷款人坚持不起诉的，委托人可以委托贷款协议的受托人为被告、以借款人为第三人向人民法院提起诉讼。其中前半句认为，贷款人（受托人）可以借款合同纠纷为由向人民法院提起诉讼，这似乎不符合本条规定。最高人民法院的案例也仅是在受托人（贷款人）在其与委托人有约定的情况下承认了受托人以自己的名义向借款人主张权利。参见最高人民法院（2017）民终369号民事判决书：案涉“一般委托贷款借款合同”约定委托人可以授权受托人对借款人催收并追索相关债权。其后，中山证券公司、新余钢铁公司均分别向工行鹰潭分行出具了相关函件，明确委托工行鹰潭分行以自身名义提起诉讼。

[102]当然，如果当事人之间存在此种约定，则该约定也是有效的。参见最高人民法院（2007）民二终字第7号民事判决书。

[103]美国《代理法重述（第三次）》第6.06条第1款对此有明确规定。

[104]同样观点，参见汪渊智：《代理法论》，北京，北京大学出版社2015年版，第211页以下；徐涤宇：《间接代理制度对仲裁条款的适用》，载《法学研究》2009年第1期，第36页以下。

[105]最高人民法院（2015）民申字第956号民事裁定书（载《最高人民法院公报》2016年第1期）中认为：“委托人行使介入权，则合同直接约束委托人与第三人，委托人代替受托人成为合同主体，受托人不能行使合同权利；委托人不行使介入权的，则合同仍约束受托人，受托人可以行使合同权利。”这样的界定似乎并不完全妥当。

[106]同样观点，参见徐涤宇：《间接代理制度对仲裁条款的适用》，载《法学研究》2009年第1期，第39页；张平华、刘耀东：《间接代理制度研究》，载《北方法学》2009年第4期，第34页；尹田：《民事代理之显名主义及其发展》，载《清华法学》2010年第4期，第22页以下；殷秋实：《论代理中的显名原则及其例外》，载《政治与法律》2016年第1期，第86页以下；朱虎：《代理公开的例外类型和效果》，载《法学研究》2019年第4期，第91-92页。《全国法院民商事审判工作会议纪要》第2条第2款将本条称之为间接代理，最高人民法院（2015）民申字第956号民事裁定书将本条称为隐名代理，似乎都不妥当。

[107]关于本条与英美法中的不公开代理的区别，以及委托人介入权和第三人选择权在不同立法例中具体适用前提的不同，参见朱虎：《代理公开的例外类型和效果》，载《法学研究》2019年第4期，第91页以下。

[108]有些案例同时适用《民法典》第925条和第926条（《合同法》第402条和第403条），似乎并不妥当，参见“巴菲特投资有限公司诉上海自来水投资建设有限公司股权转让纠纷案”，（载《最高人民法院公报》2010年第4期）；最高人民法院（2012）民申字第668号民事裁定书。

[109]DCFR第4.4-3：403条第1款对此有明确规定。

[110]《国际货物销售代理公约》第13条第6款、《荷兰民法典》第7：420条第1款作了同样的规定。

[111]参见王利明：《合同法研究》（第三卷），北京，中国人民大学出版社2015年版，第720页。

[112]《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第9条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第33条中都规定，债权全部或者部分转让的，仲裁协议或者管辖协议原则上都对受让人有效；同时分别规定了一些例外，但其中一些例外仍有待斟酌，此处不予详论。

[113]关于仲裁条款的相同观点，参见汪渊智：《代理法论》，北京，北京大学出版社2015年版，第210页以下；徐涤宇：《间接代理制度对仲裁条款的适用》，载《法学研究》2009年第1期，第42页。

[114]可能对于债权是否存在取回权存在疑问，但是所有的权利都具有归属的问题，因此在债权或者物权的名义归属和实际归属不一致的情况下，就可能会涉及取回权的问题。参见许德风：《破产法论》，北京，北京大学出版社2015年版，第223页。当然，如果是卖出委托的情形下，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》第2条第1项，被代理人取回自己的物毫无疑问，但在其他情形中欠缺明确规定。

[115]《德国商法典》第392条第2款允许在行纪中对债权行使此等权利，通说观点认为可以扩充到相对人向行纪人交付的标的物。与此类似的还有《瑞士债法》第401条第3款、《法国破产法》第121条第1款和第122条、《意大利民法典》第1705条第2款和1707条等，但范围和条件并不完全相同。

[116]同样观点，参见许德风：《破产法论》，北京，北京大学出版社2015年版，第226页以下。下文对这个问题的论证也部分借鉴了该书。

[117]例如，《证券法》第131条规定：证券公司客户的交易结算资金应当存放在商业银行，以每个客户的名义单独立户管理。……证券公司破产或者清算时，客户的交易结算资金和证券不属于其破产财产或者清算财产。非因客户本身的债务或者法律规定的其他情形，不得查封、冻结、扣划或者强制执行客户的交易结算资金和证券。

[118]美国《代理法重述（第三次）》第6.09条对此规定，“委托人或受托人对第三人负有债务，针对其中一方的判决得到满足的，另一方的债务消灭”，此时另一方居于类似于一般保证人的地位。

[119]参见汪渊智：《代理法论》，北京，北京大学出版社2015年版，第210页以下；徐涤宇：《间接代理制度对仲裁条款的适用》，载《法学研究》2009年第1期，第42页以下。

[120]《重庆市高级人民法院民二庭关于委托合同纠纷法律适用问题的解答》第7条第1款认为：委托合同约定，如委托事务未完成，则受托人退还委托人预先支付的款项的，只要双方当事人意思表示真实，没有违反法律、行政法规禁止性规定，人民法院应认定其效力。受托人主张在退还的款项中扣除其为委托事务实际支出的合理费用的，人民法院应予支持，但双方明确约定委托事务未完成，由受托人承担实际支出的费用的除外。

[121]《德国民法典》第667条明确规定应当转交的包括“因执行委托事务所收取者”和“因处理事务所取得者”。

[122]最高人民法院（2009）民二终字第78号民事判决书中认为：在没有明确约定

超出部分归港渝公司所有的情况下……港渝公司应当将其处理委托事务所取得的全部租金收入转交超霸公司。

[123]《日本民法典》第647条第2款、我国台湾地区“民法”第541条第2款对此有明确规定。

[124]参见邱聪智：《新订债法各论》（中），北京，中国人民大学出版社2006年版，第168-169页。

[125]参见崔建远：《合同法学》，北京，法律出版社2016年版，第494页。最高人民法院（2009）民二终字第78号民事判决书中认为：委托人或者委托人都可以行使任意解除权，但受托人应将处理委托事务取得的财产转交委托人。

[126]参见崔建远：《合同法学》，北京，法律出版社2016年版，第495页。《德国民法典》第668条、《日本民法典》第647条、我国台湾地区“民法”第542条对此有明确规定。之所以特设规定，是为了使应返还金钱的，应当自使用金钱时而非应予返还时支付利息。

[127]最高人民法院（2012）民二终字第13号民事判决书中认为：受托人受托收购股权后，因为法律的限制无法将股权转让给委托人的，在该股权并非依法当然应当过户给委托人的情形下，受托人解除委托合同、未将股权转让给委托人具有客观理由，不应赔偿该股款差价款损失。

[128]参见崔建远：《合同法学》，北京，法律出版社2016年版，第497页。德国法中也如此认为，参见[德]梅迪库斯：《德国债法分论》，杜景林、卢谔译，北京，法律出版社2007年版，第342页。我国台湾地区“民法”第547条规定，报酬纵未约定，如依习惯，或依委任事务之性质，应给与报酬者，受任人得请求报酬。据此学说也多采取此种观点，参见邱聪智：《新订债法各论》（中），北京，中国人民大学出版社2006年版，第180页。DCFR第4.4-2：102条第1款也采取同样观点：受托人是在其经营活动中履行委托合同的义务的，委托人必须支付价款，但委托人期待或应当期待受托人无偿履行合同义务的除外。例如，旅店提供观光服务，但并未指示价格，即使旅店是经营者，但客人也可能合理预期旅店提供服务是无偿的，因为旅店希望借此获得积极评价，或者借此销售其他服务。参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组：《欧洲私法的原则、定义与框架规则》（第四卷），于庆生等译，北京，法律出版社2014年版，第750-751页。

[129]最高人民法院（2018）民终25号民事判决书中认为：故华融资产云南公司除实际支付的前期费用10万元外，剩余律师代理费的计收为附条件的约定，需要根据实际回收的为现金或非现金以及金额价值的不同阶段，按不同的比例计算，因此，华融资产云南公司为实现本案债权而需要承担的律师费尚处于不确定状态。故对华融资产云南公司已经实际支出的10万元律师代理费应予支持，对“委托代理合同”约定了计算方式但尚未实际发生的，可待实际发生后另行主张。《律师服务收费管理办法》第11

~13条对风险代理的范围、案件类型、方式和幅度均作出了严格限定，即只能适用于涉及财产关系的民事案件（且排除了婚姻、继承、劳动报酬等四类案件），在订立风险代理条款前应告知委托人政府指导价，最高收费金额不得高于收费合同约定标的额的30%。

[130]最高人民法院（2011）民二终字第92号民事判决书中认为：委托人与受托人约定报酬的，只要受托人完成约定事项，委托人即使没有达到预期目的，也应向受托人支付报酬。本案中，根据相关合同约定，使标的公司符合被收购条件是受托人的合同义务，收购标的公司的股份系委托人的合同义务，故对于委托人尚未成功收购目标股份，受托人无须承担法律责任。而且各方也未约定报酬的支付和使用应以成功收购目标股份为条件……虽然委托人未实际收购成功目标股份可能导致受托人使用报酬所产生的成果被他人享有，因受托人系受托完成相关事务，且委托人未及时终止与受托人的委托关系，对履行委托事务过程中发生的损失应由委托人自行承担。（但是，本案在认定受托人完成了约定事项的同时，又适用了本条第2款，即《合同法》第405条第2句的规定，似乎相互矛盾）。也请参见最高人民法院（2013）民申字第985号民事裁定书。

[131]最高人民法院（2011）民一终字第72号民事判决书中认为：委托合同是否适当履行应当以受托人人民福公司是否完成委托事务来进行判断，委托人住总公司所支付的费用是否全部用于办理委托事务不能作为判断合同是否适当履行的标准。除非合同特别约定，委托人支付的费用用于某一用途，或者该费用的挪作他用将客观导致委托事务无法完成，但本案中住总公司并没有证据证明该挪用行为已经严重影响到委托事务的正常处理。且民福公司在办理委托事务过程中已取得了阶段性成果，办理了项目的立项手续，完成了项目从无到有的重要环节。

[132]我国台湾地区“民法”第548条第1项、DCFR第4.4-2：102条第2款对此有明确规定。

[133]《日本民法典》第648条更为清晰地表明了这一点，其规定，下列情形，受托人得按既已履行之比例请求报酬：（1）因不可归责于委托人之事由而致不能履行委托事务时；（2）委托于履行中途终止时。

[134]最高人民法院（2006）民二终字第194号民事判决书中认为：上海精稳公司实施的宣传推广行为违反合同约定和《项目宣传推广实施纲要》的明确规定，不应作为根本性违约行为予以认定……但宁夏国禾公司自2005年8月21日起将排他性委托营销改为自行招租属营销策划方案的重大变化，宁夏国禾公司单方改变销售方式，应当履行提前通知的义务，未履行即应视为违约，且客观上招租行为导致销售无法正常进行，宁夏国禾公司未给上海精稳公司预留销售面积，使上海精稳公司的代理行为落空……上海精稳公司主张宁夏国禾公司违反了提供铺面的根本义务，构成根本违约的观点是成立的。据此，在委托代理合同中，受托人主张代理费用的，应当结合委托代理合同的内容以及受托人履行受托义务的情况进行判断，受托人未全面、正确履行受托义务的，其主张全部代理费用的主张不能得到支持。

[135]最高人民法院（2013）民申字第734号民事裁定书中认为：从“委托代理合同”的约定看，鼎尊所获得全额代理费的对价是其全程代理凯棣基公司与郭进光、长运（集团）能源发展有限公司之间的第一审诉讼。但在该诉讼中，凯棣基公司起诉后又撤回了诉讼，委托合同因撤诉而自然终止。鉴于该诉讼并未进入实体审理程序，二审法院综合考虑鼎尊所为案件付出一定劳动的事实，并结合当地律师代理民事诉讼案件收费的一般标准，酌情判令凯棣基公司向鼎尊所支付部分诉讼代理费、差旅费、通讯、文印费等费用，在结果上并无不当。

[136]参见最高人民法院（2011）民一终字第72号民事判决书。

[137]参见[日]我妻荣：《债法各论》（中卷·二），周江洪译，北京，中国法制出版社2008年版，第156页。

[138]最高人民法院（2005）民二终字第166号民事判决书中认为：证券投资作为一种风险预测行为，不可能做到百分之百的准确，即使专业证券研究和管理机构，也难免在变幻莫测的市场投资中，作出不适当甚至错误的选择。因此，确认受托方的“谨慎勤勉”义务是否履行，不能以受托方作出投资判断的结果是否与股票实际走势完全一致为标准，而是应当以受托方作出该项投资判断的过程是否合理、是否尽到高度注意义务为标准。不能从事后角度对这一判断作出是否准确的评价，而是应当站在当时的市场情况下，考察这样的投资决策是否合理、是否尽到了“谨慎勤勉”义务。

[139]DCFR第4.4-3：102条和第4.4-3：103条分别规定了忠实义务和勤勉义务。《信托法》第25条也规定：受托人应当遵守信托文件的规定，为受益人的最大利益处理信托事务。受托人管理信托财产，必须恪尽职守，履行诚实、信用、谨慎、有效管理的义务。“周伟均、周伟达诉王煦琼委托合同纠纷案”（载《最高人民法院公报》2018年第3期）中，法院认为：在委托合同项下，受托人负有遵照委托人指示，本着诚实信用的原则在授权范围内依法善意处理委托事务之法定义务。受托人无视委托人的真实意愿与切身利益，转而根据出借人指令恶意处分委托人财产，即使该处分行为对交易相对方发生效力，受托人仍应就其严重侵害委托人利益的行为承担相应赔偿责任。

[140]DCFR第4.4-3：103条有明确规定。该条采取了一种综合判断的方式。日本法中同样如此，具体的研究，参见周江洪：《服务合同的类型化及服务瑕疵研究》，载《中外法学》2008年第5期；周江洪：《服务合同研究》，北京，法律出版社2010年版，第32页以下。同样的观点，参见曾祥生：《服务合同一般规则与立法模式研究》，北京，中国政法大学出版社2017年版，第129页以下；叶振军：《服务合同法律规范的体系建构——以合同履行行为为视角》，上海交通大学2018年博士学位论文。

[141]参见“苏州阳光新地置业有限公司新地中心酒店诉苏州文化国际旅行社有限公司新区塔园路营业部、苏州文化国际旅行社有限公司委托合同纠纷案”（载《最高人民法院公报》2012年第8期）中，法院认为：旅游公司借用酒店POS机进行刷卡，并在酒店获得银行刷卡预付款项后与酒店进行结算的，则在款项的收取和结算上与酒店形

成委托合同关系。……由于酒店与银行就境外信用卡POS机刷卡签有特约商户协议，对境外各种信用卡结算方式、操作流程和应审查事项，具备一定的专业知识和风险防范能力，其在受委托完成POS机刷卡支付操作时，应当尽到谨慎义务和风险提示义务，其未尽到上述义务的，则视为存在重大过失，就应当对由于境外客户使用伪冒卡进行交易产生的损失承担相应的责任。

[142]有学者借鉴我国台湾地区“民法”第535条认为，无偿受托人负有与处理自己事务为同一之注意。但是，这意味着，无偿受托人即使没有注意或者重大过失，在具有具体轻过失时也应承担违约赔偿责任。我国台湾地区“民法”第544条中原规定“委任为无偿者，受任人仅就重大过失，负过失责任”，但是这与第535条存在矛盾，因此修法中将这句规定删除。但是，《民法典》中，无偿受托人仍然只在故意或者重大过失时才承担违约赔偿责任，故不能将无偿受托人的注意义务表述为“与处理自己事务为同一之注意”。

[143]表见证明仅仅是法官对证据进行自由评价的运用方式之一，是在自由证明评价的框架内形成确信时合乎逻辑地适用生活经验法则，因此并不需要法律的明确规定。它仅仅使当事人之间的举证责任转移成为可能，倒置了具体的举证责任，而非通过过错推定实现真正的证明责任倒置，也并未降低证明标准。具体参见周翠：《从事实推定走向表见证明》，载《现代法学》2014年第6期。

[144]最高人民法院（2016）民再303号民事裁定书中认为，委托贷款法律关系中，银行在履行委托贷款协议过程中未能举证证明办理抵押登记具有正常程序，导致委托人借款损失的，银行应当承担赔偿责任。

[145]参见崔建远：《合同法学》，北京，法律出版社2016年版，第495页。我国台湾地区“民法”第544条采取了同样的规定方式，学说上也多认为确立了无过错责任。参见邱聪智：《新订债法各论》（中），北京，中国人民大学出版社2006年版，第173页。

[146]DCFR第4.4-3：201条有明确规定。

[147]DCFR第4.4-3：202条作了明确规定。

[148]《最高人民法院关于浙江省医学科学院普康生物技术公司诉中国农业银行信托投资公司委托贷款合同纠纷一案的答复》（〔1997〕法函第103号函）指出：农行信托公司有协助委托人监管贷款的义务，当普康公司向其提示风险并要求采取措施时，农行信托公司不仅没有采取应急措施，反而向普康公司提供了担保人捷通公司虚假的资产平衡表，因此，农行信托公司对贷款损失应负主要责任；普康公司指定三联公司为借款人，对借款人的资信情况有失审查，对贷款损失亦负有一定责任。双方当事人具体可按6:4的比例分别承担责任，即由农行信托公司承担60%的责任，普康公司承担40%的责任。如事实有变化，由该院自定。最高人民法院（2016）民再303号民事裁定书中认为：珠江银行未按照规范办理土地抵押登记及未按照约定办理土地保险，与李

本琼的损失发生有因果关系，但形成李本琼损失的主要原因系李春等三人为贷款诈骗而虚构抵押物，致李本琼未能通过处置抵押物实现债权。……李本琼本人在签订“委托贷款协议”前未发现抵押物系虚构，对其损失亦应承担相应的责任。珠江银行未能按照规范办理土地抵押登记，按照其过错程度，对李本琼的损失应承担20%的赔偿责任。

[149]参见[日]我妻荣：《债法各论》，中卷·二，周江洪译，北京，中国法制出版社2008年版，第153页。但也有观点认为，可归责与否仅以该发生损失之事由为断，如果受托人与该事由之发生为无可归责者，即使于事务处理本身有债务不履行情事者，委托人仍应负赔偿责任。参见邱聪智：《新订债法各论》（中），北京，中国人民大学出版社2006年版，第179页。但是，这似乎对委托人过分苛刻。本条已经保护了受托人的利益，故具体适用中需要考虑与委托人之间的利益平衡。

[150]DCFR第4.4-4：201条第2款对此有明确规定。

[151]《法国民法典》第2000条、《日本民法典》第650条第3款、我国台湾地区“民法”第546条第3项中也是如此规定。但是，《瑞士债法》第402条第2款中，委托人可以通过证明其对损害的发生无过错而不负赔偿责任。

[152]参见陈甦：《委托合同 行纪合同 居间合同》，北京，法律出版社1999年版，第34-35页。

[153]我国台湾地区“民法”第546条第4项对此有明确规定。

[154]比较法上，一般认为，只有委托合同另有约定的情况下，委托人才不得未经受托人同意而另行委托第三人，当然，委托合同的此种特别约定是有效的，因此，采取了与本条规则相反的处理方案，即将委托人可以不经同意另行委托作为任意性的默认规则，除非当事人另有约定。DCFR第4.4-3：301条即对此作了明确规定。具体的比较法例梳理，参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组：《欧洲私法的原则、定义与框架规则》（第四卷），于庆生等译，北京，法律出版社2014年版，第801-802页。换言之，委托人必须经受托人同意才可以另行委托，在我国法中是opt out的规则，当事人可以约定排除；而在其他很多国家中，这是opt in的规则，只有当事人有约定时才如此处理。

[155]参见王利明：《合同法研究》（第三卷），北京，中国人民大学出版社2015年版，第704页。

[156]参见崔建远：《合同法学》，北京，法律出版社2016年版，第498页。

[157]比较法上，有的认为有效，有的认为无效。具体整理参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组：《欧洲私法的原则、定义与框架规则》（第四卷），于庆生等译，北京，法律出版社2014年版，第802-806页。

[158]《重庆市高级人民法院民二庭关于委托合同纠纷法律适用问题的解答》

（2014年）第6条持同样观点。

[159]参见王利明：《合同法研究》（第三卷），北京，中国人民大学出版社2015年版，第699页。

[160]如果当事人一方存在一定的违约行为，但未达到合同目的不能实现的程度的，不产生法定解除权，但不妨碍对方行使任意解除权使委托合同终止。例如，受托人非根本违约，委托人行使任意解除权解除合同，但受托人因为违约而应对委托人承担赔偿责任的，委托人向受托人赔偿时可以行使法定抵销权而予以相应扣减；反之亦然。

[161]同样观点，参见周江洪：《委托合同任意解除的损害赔偿》，载《法学研究》2017年第3期，第78页。

[162]参见周江洪：《委托合同任意解除的损害赔偿》，载《法学研究》2017年第3期，第78-79页。

[163]参见王利明：《合同法研究》（第三卷），北京，中国人民大学出版社2015年版，第728-729页。比较立法例中最典型的是德国法：无偿委托合同中的委托人有任意解除权，而有偿委托合同中委托人不享有任意解除权。

[164]《日本民法典》第651条第2款中特别规定了“委托也以受托人利益（专得报酬者除外）为目的”的情形；DCFR第4.4-1：105条第1款也规定了“委托的作出是为了保护受托人除价款之外的合法利益”的情形。两者的共同点都是将受托人的报酬利益排除于受托人的利益之外。

[165]日本大判大正9年（1920）4月24日。参见崔建远、龙俊：《委托合同的任意解除权及其限制》，载《法学研究》2008年第6期，第78页；周江洪：《委托合同任意解除的损害赔偿》，载《法学研究》2017年第3期，第79页。

[166]参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组：《欧洲私法的原则、定义与框架规则》（第四卷），于庆生等译，北京，法律出版社2014年版，第737页。

[167]“上海盘起贸易有限公司与盘起工业（大连）有限公司委托合同纠纷案”（载《最高人民法院公报》2006年第4期）的审理法院认为该合同是委托合同。有学者认为，该案更类似于合作协议的无名合同；即使是委托合同，也是有偿委托合同。参见崔建远、龙俊：《委托合同的任意解除权及其限制》，载《法学研究》2008年第6期，第81页。也有学者认为，该案很难说是典型的委托合同，即使作为委托合同，也是无偿的委托合同。参见周江洪：《委托合同任意解除的损害赔偿》，载《法学研究》2017年第3期，第80页。

[168]例如，针对商品房委托代理销售合同，最高人民法院（2015）民申字第1410号民事裁定书和最高人民法院（2013）民申字第1413-1号民事裁定书中认

为,“代理销售合同”是商品房包销合同,委托人不享有任意解除权;最高人民法院(2013)民申字第1609号民事裁定书中认为仍然是委托合同。

[169]参见[德]梅迪库斯:《德国债法分论》,杜景林、卢谔译,北京,法律出版社2007年版,第344页。这也与《民法典》第658条第1款关于赠与人在赠与财产权利转移前有任何撤销权的规定的内在考量取得一致。

[170]参见《法国民法典》第2007条、《瑞士民法典》第404条、《意大利民法典》第1727条、《日本民法典》第651条、我国台湾地区“民法”第549条、DCFR第4.4-6:101条。

[171]根据《德国民法典》第675条第1款,有偿受托人原则上不享有任意解除权,除非当事人另有约定或者根据第314条第1款或者准用第626条第1款有重大事由。同样的立法例还有《魁北克民法典》第2126条第1款、《荷兰民法典》第7:408条第2款以及《西班牙民法典》第1732、1736条。

[172]据此,《德国民法典》中的委托合同是无偿的,因此其第671条未规定委托人行使任意解除权时的赔偿。

[173]例如,最高人民法院(2018)民再82号民事裁定书在商事独家代理销售合同中支持了可得利益的赔偿。类似的还有,山西省高级人民法院(2014)晋民申字第473号民事裁定书、北京市第一中级人民法院(2015)一中民再终字第04818民事判决书。

[174]有观点将此种情形下的赔偿限定为信赖利益。参见崔建远、龙俊:《委托合同的任意解除权及其限制》,载《法学研究》2008年第6期,第85页。但该观点似乎过于绝对。

[175]比较法上多类似规定,例如《德国民法典》第671条第2款、《瑞士民法典》第404条第2款、《意大利民法典》第1727条、《日本民法典》第651条第2款第1项、我国台湾地区“民法”第549条第2项。

[176]参见[德]梅迪库斯:《德国债法分论》,杜景林、卢谔译,北京,法律出版社2007年版,第344页。

[177]例如,《法国民法典》第2003条、《瑞士债法》第405条第1款、《奥地利普通民法典》第1022条、《西班牙民法典》第1732条第2款、《日本民法典》第653条、我国台湾地区“民法”第550条。

[178]例如,《德国民法典》第672条第1款、DCFR第4.4-7:102条第1款。《意大利民法典》第1722条第4项采取了中间路线,原则上合同终止,但如果企业经营是持续的,以企业经营行为作为标的的委托合同不终止。

[179]《日本民法典》第653条第2款即采取受破产程序开始之裁定时,委托合同终

止。

[180]不同观点，参见崔建远：《合同法学》，北京，法律出版社2016年版，第501-502页。其认为解散未完成清算时，委托合同也自然终止。

[181]《德国民法典》第672条第1款同样规定原则上不导致委托合同终止。《日本民法典》第653条也并未将委托人丧失民事行为能力作为合同终止事由。具体的立法例整理，参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组：《欧洲私法的原则、定义与框架规则》（第四卷），于庆生等译，北京，法律出版社2014年版，第901页。

[182]《瑞士民法典》第451条第1款即如此规定。

[183]参见重庆市第五中级人民法院（2015）渝五中法民终字第02392号民事判决书。

[184]更多的例子，参见对《民法典》第933条的释评。《意大利民法典》第1723条第2款对此明确规定。

[185]同样观点，参见[日]我妻荣：《债法各论》（中卷·二），周江洪译，北京，中国法制出版社2008年版，第164-165页。

[186]最高人民法院（2011）民二终字第63号民事判决书中认为：“代持协议”属于委托合同，委托合同终止后，受托人首都机场应当履行协助委托人广联公司处置股权和领取分红款的义务。

[187]但是，这里仅仅是一般性规则，具体的案情决定了也可以做出不同的判决结论。例如，最高人民法院（2017）民申1440号民事裁定书中认为：涉案合同为委托理财合同，合同内容为委托股票投资交易，基于股票交易的连续性和股票盈亏的不确定性，履行期限在此类合同中关系重大，对于双方对股票盈亏的预期以及责任承担均具有重大影响。在双方未就合同终止时间达成一致的情况下，任何一方在任何时候主张合同终止都可能对对方造成不利。案涉“合作协议”第1条和第4条约定了原道弘公司对账户进行操作的资金本金数额和操作期限，同时，双方在“合作协议”中明确约定“需要延期，双方另行约定”。原审判决基于涉案合同性质的特殊性和合同履行，认为涉案合同应由双方进行明确约定方可继续履行，并无不当。本案中，双方并未就合同延期另行签订协议，冯新力也未能证明双方就新的合同履行期限达成合意，应当认定为双方并未就合同继续履行达成一致。在合同约定的一年期满时，账户处于盈利状态。冯新力关于合同期满后双方继续履行合同，原道弘公司应就涉案证券账户上的亏损承担赔偿责任的申请理由，缺乏事实依据，本院不予支持。

[188]《德国民法典》第672条第2款、《瑞士债法》第405条第2款、《日本民法典》第654条、我国台湾地区“民法”第551条。

[189]参见邱聪智：《新订债法各论》（中），北京，中国人民大学出版社2006年

版，第188-189页。

[190]《德国民法典》第672条第2款后半句对此作了明确规定。同样观点，参见[日]我妻荣：《债法各论》（中卷·二），周江洪译，北京，中国法制出版社2008年版，第166页；邱聪智：《新订债法各论》（中），北京，中国人民大学出版社2006年版，第187页；崔建远：《合同法学》，北京，法律出版社2016年版，第503页。

[191]《德国民法典》第673条对此明确规定。

[192]《瑞士债法》第406条、《意大利民法典》第1729条、我国台湾地区“民法”第552条对此作了明确规定。《日本民法典》第655条仅规定不得对抗相对人，在委托合同双方当事人的权利义务范围内，与前述立法例的结果相同。

[193]《法国民法典》第2005条规定：“仅向受托人通知撤销委托，对不知道此项撤销事由仍然与受托人进行业务往来的第三人并不具对抗效力，但委托人对受托人有求偿权。”

第二十四章 物业服务合同

第九百三十七条

物业服务合同是物业服务人在物业服务区域内，为业主提供建筑物及其附属设施的维修养护、环境卫生和相关秩序的管理维护等物业服务，业主支付物业费的合同。

物业服务人包括物业服务企业和其他物业管理人。

本条主旨

本条是关于物业服务合同的概念和主体的规定。

相关条文

《民法典》第284条第1款 业主可以自行管理建筑物及其附属设施，也可以委托物业服务企业或者其他管理人管理。

第285条第1款 物业服务企业或者其他管理人根据业主的委托，依照本法第三编有关物业服务合同的规定管理建筑区划内的建筑物及其附属设施，接受业主的监督，并及时答复业主对物业服务情况提出的询问。

《物业管理条例》第2条 本条例所称物业管理，是指业主通过选聘物业服务企业，由业主和物业服务企业按照物业服务合同约定，对房屋及配套的设施设备和相关场地进行维修、养护、管理，维护物业管理区域内的环境卫生和相关秩序的活动。

第32条第1款 从事物业管理活动的企业应当具有独立的法人资格。

《物业服务纠纷解释》第11条 本解释涉及物业服务企业的规定，适用于物权法第七十六条、第八十一条、第八十二条所称其他管理人。

理解与适用

一、物业服务合同的概况

(一) 历史发展

物业服务合同是随着我国房地产行业的发展而产生的。目前在我国，尤其在城市中，土地资源日益稀缺，故房屋的所有权多采用建筑物区分所有权的方式。此时业主人数众多，容易产生集体行动难题，进而效率低下、管理成本增加。社会分工的发展，催生了物业服务企业，以提升物业服务的专业化能力。《民法典》第284条第1款据此规定：“业主可以自行管理建筑物及其附属设施，也可以委托物业服务企业或者其他管理人管理。”第285条第1款进一步规定：“物业服务企业或者其他管理人根据业主的委托，依照本法第三编有关物业服务合同的规定管理建筑区划内的建筑物及其附属设施，接受业主的监督，并及时答复业主对物业服务情况提出的询问。”这表明，业主具有共同管理的权利，共同管理的形式可以是自己管理，也可以是委托他人管理。如果业主不是自行管理，而是委托物业服务企业或者其他管理人管理，就会产生物业服务合同。后者逐渐成为业主共同管理的主要方式。

关于物业服务，由于我国之前的行政管理的色彩，物业服务一直被称为“物业管理”，修改前的《物业管理条例》就采取方式。但是，为了体现物业服务的服务性而非管理性，自2007年《物权法》之后，改称为“物业服务”，修改后的《物业管理条例》也采取了这一称呼。^[1]但称呼的改变并伴随着观念的改变。近年来，物业服务行业发展滞后，物业服务企业鱼龙混杂，物业服务质量参差不齐，物业服务纠纷持续增多。

1999年《合同法》中并无物业服务合同的类型。《民法典》的物权编仅针对建筑物区分所有权作出规定，规范重心在于业主的专有权、共有权和共同管理权。其中虽然涉及物业服务合同，但并非其规范的重心，仅仅将物业服务作为共同管理权行使的一种方式。实践中，涉及物业服务合同的主要是《物业管理条例》，但该条例侧重于对物业服务行业的行政管理，对物业服务合同双方当事人之权利、义务的规定并不完备。此外，2009年最高人民法院通过的《物业服务合同纠纷解释》对物业服务合同作了更为详细的规定，但其仅仅是司法解释，无法对争议较大的问题进行统一的规定。另外，各个省（市、自治区）的物业管理办法或者条例也都涉及物业服务合同，但在很多问题上规定并不完全一致。

基于物业服务合同在现实生活中的普遍性及重要性，为了规范物业服务行业的健康发展，统一物业服务的司法实践，《民法典》新增物业服务合同，作为典型合同的一种专门予以规定，对物业服务合同双方当事人的权利、义务予以整体的明确规定。这与《民法典》物权编关于建筑物区分所有权的规定的规范重心不同，但又相互配合。^[2]

（二）物业服务合同的规范适用和性质

在《民法典》对物业服务合同作了专门规定的前提下，物业服务合同已经成为典型合同的一种，因此也是合同的一种。关于物业服务合同当事人之间的权利、义务，按照《民法典》第509条，自然首先应当适用当事人的约定；如果当事人没有约定或者约定不明确，依据《民法典》第510条的规定，可以协议补充，不能达成补充协议的，按照合同有关条款予以体系解释，并考虑交易习惯；仍无法确定的，可以适用《民法典》第511条和本章中的规范予以确定。

但是，问题在于，如果当事人没有约定，而且法律对一些问题也没有明确规定，则即使适用《民法典》第509条，在没有交易习惯，进行体系解释又无法得到确定回答的情况下，就会涉及最相类似合同的规范适用问题。此时，就会产生关于物业服务合同之性质的争论。第一种观点认为，物业服务合同属于有偿委托合同，都是提供劳务性的服务，即使存在多种服务，也是一种综合性的委托合同。^[3]但是，如果认为物业服务合同是委托合同，就会涉及委托合同规则的具体适用，这会导致很大的问题。例如，物业服务人处理事务的费用依据《民法典》第921条是否由业主承担？物业服务人是否必须依据《民法典》第922条服从业主指示，物业服务人依据《民法典》第923条是否必须亲自处理且只要经过同意就可以全部转委托，物业服务人依据《民法典》第930条是否有权就因不可归责于自己的事由的损失请求业主赔偿？物业服务人依据《民法典》第933条是否有任何解除权？可能对此的回答都是否定的。^[4]虽然《民法典》第285条第1款规定，“物业服务企业或者其他管理人根据业主的委托，依照本法第三编有关物业服务合同的规定管理建筑区划内的建筑物及其附属设施，接受业主的监督，并及时答复业主对物业服务情况提出的询问”，但并不能因此而当然地认为物业服务合同直接适用委托合同的规则。第二种观点认为，物业服务合同是劳动合同或者雇佣合同的一种，但物业服务人具有更强的自主性。第三种观点认为，物业服务合同是服务合同。这当然正确，但《民法典》并无服务合同的一般规定，故对于物业服务合同的规范适用并无意义。第四种观点认为，物业服务合同是混合合同，包含了委托、承揽、劳务等多种因素，是复合性的合同，因此，物业服务合同是一种独立的合同。^[5]但这并未彻

底解除上述法律适用的问题。

物业服务合同确实是复合性的，涉及委托、承揽、劳务等多种因素，但其并非这些合同类型的简单组合，虽然其本质上是事务处理类的合同，但同时兼具委托、承揽、劳务等诸多合同类型中部分给付的性质；同时，会涉及业主之间，业主大会、业主委员会以及物业服务人之间的关系，会涉及单个的成员在合同中的定位问题。因此，物业服务合同之所以被作为典型合同在《民法典》中规定，不仅仅是因为其在现实生活中的普遍性和重要性，而且因为其也具有典型合同的典型性。即使将其作为典型合同，在没有当事人约定和法律规定的情况下，还是要根据具体的事项寻找最相类似的合同例如承揽合同和委托合同的具体规范，不能简单地进行定性，而应根据事项不同更为灵活地处理，否则会导致具体事项处理结论的不合理。^[6]

二、物业服务合同的特点

（一）服务合同

根据本条第1款的规定，物业服务人在物业服务区域内，为业主提供建筑物及其附属设施的维修养护、环境卫生和相关秩序的管理维护等物业服务。因此，物业服务合同是以提供一定的服务和劳务为内容的服务合同的一种。同时，物业服务合同不与特定结果目标联系在一起，因此，其与承揽类的服务合同不同。因此，《民法典》将物业服务合同放到委托合同之后，体现了物业服务合同虽然并非委托合同，并不能当然适用委托合同中的很多规则，但却属于委托类的服务合同。

同时，物业服务人提供的服务更具有综合性或者复合性，既涉及建筑物及其附属设施的维修养护，也涉及环境卫生和相关秩序的管理维护；既涉及对物的管理，也涉及对人的管理。因此，物业服务合同涉及委托、承揽、劳务等多种因素，但并非这些合同类型的简单组合，兼具委托、承揽、劳务等诸多合同类型中的部分给付的性质。^[7]

（二）长期的继续性合同

《民法典》第563条第2款已经提出了继续性合同的概念，即以持续履行的债务为内容的合同。当然，关于继续性合同的术语表达、界定标准和具体范围都存在争议，这取决于其背后所涉及的不同问题。^[8]在物业服务合同中，物业服务并不是一次性完成的，而是需要持续一定的时间，物业服务人应当在服务期间内不间断地提供物业服务。物业服务人给付的范围单纯由时间决定，故物业服务合同属于固有的

继续性合同。此种所界定所涉及的问题主要有无效或者被撤销的溯及力、履行抗辩权、解除事由和溯及力等问题。例如，继续性合同在终止时没有溯及既往的效力，在物业服务合同终止时，其效力向将来发生，对于物业服务人已经提供的服务，业主仍应当按照合同约定支付相应的报酬。

物业服务合同也是一种长期合同。长期合同包括长期的继续性合同和长期的非继续性合同（例如，长期的承揽合同）。长期合同的重点是长期性所产生的合同社会关系性和不完全性，因此，其法律适用的重心体现在诚信谈判、开放性或者待定条款、情势变更、弹性调整的实体和程序条款、后合同义务等方面。^[9]例如，在长期合同终止后，就会发生交接等后合同义务问题，《民法典》第949条对此予以专门规定。

（三）集体合同

按照《民法典》第939条的规定，建设单位依法与物业服务人订立的前期物业服务合同，以及业主委员会与业主大会依法选聘的物业服务人订立的物业服务合同，对业主都具有法律约束力。此时，就出现了合同的订立主体和合同的约束主体有可能不同的问题。其主要的的原因在于，此时还没有业主或者全体业主人数众多，难以由业主或者全体业主直接参与合同订立过程，因此，法定的主体依据法定的程序和要求订立的物业服务合同，对全体业主都具有法律约束力。这充分体现了物业服务合同的集体合同特点。^[10]

既然物业服务合同是集体合同，那么，业主作为业主团体的一员，享有接受物业服务人提供的物业服务的权利，但是，单个业主的权利也要因此受到一定的限制，例如，《民法典》第944条第1款中规定，物业服务人已经按照约定和有关规定提供服务的，业主不得以未接受或者无须接受相关物业服务为由拒绝支付物业费；第946条第1款中规定，解除物业服务合同的，业主必须依照法定程序共同决定解聘物业服务人，单个业主无权解除合同。

（四）双务、有偿、诺成合同

根据本条规定，物业服务人提供物业服务，业主也要支付物业费，因此，物业服务合同是双务合同。业主支付物业费，这同时意味着物业服务合同是有偿合同。当然，这允许当事人另作约定。只要双方当事人意思表示达成一致，物业服务合同即告成立，无须标的物之交付，故物业服务合同为诺成合同。

三、物业服务人

在物业服务合同中，物业服务提供人是物业服务人。依据《民法典》第284条第1款的规定，业主享有共同管理权，可以自行管理，也可以委托物业服务企业或者其他管理人管理。本条第2款进一步明确，物业服务人包括物业服务企业和其他物业管理人。因此，物业服务人除了物业服务企业，还包括其他物业管理人。

首先，物业服务企业。根据《物业管理条例》第32条第1款，从事物业管理活动的企业应当具有独立的法人资格。依据其目的，该规范应当为管理性强制性规范，违反该规范不应当导致物业服务合同无效。^[11]国家有关行政主管部门还制定了一系列的规章制度，规范物业服务企业的行为，如《物业管理企业财务管理规定》《前期物业管理招标投标管理暂行办法》等。2015年的《物业服务企业资质管理办法》进一步将物业服务企业的资质等级分为一、二、三级，但2018年该管理办法被废止了。这进一步体现了业主自我管理与社会化服务相结合的原则，从资质的事前监管转换到事中事后监管，构建以信用为核心的物业服务市场监管体制。这意味着，原核定的物业服务企业资质不再作为订立物业服务合同的条件，不再影响物业服务合同的效力。但是，如果物业服务企业以隐瞒或者伪造有关资质、资格证书等形式骗取签订物业服务合同，依据《民法典》第148条，物业服务合同是可撤销的合同。物业服务合同被确认无效或者被撤销后，已经提供物业服务的物业服务人要求业主给付相应物业服务费的，可以结合物业服务合同的约定、物业服务人实际提供的物业服务水平、有关部门提供的物业服务成本、当地物业服务费标准等因素合理确定。^[12]

其次，物业服务企业之外的其他物业管理人。业主有权与物业服务企业之外的其他物业管理人订立物业服务合同。业主在不愿自行管理小区共有部分的情况下，完全可以委托普通的自然人来进行。例如，在规模不大的小区，业主完全可以决定聘用一些下岗职工、退休在家的老人负责来客登记、车辆看管、小区保洁等服务，而无须选聘专门的物业服务企业。实践中，还存在业主与一些专业单位订立物业服务合同的情形。此时，仍然适用本章关于物业服务合同的规定。但是，在许多城市的城乡结合部，存在利用集体土地建造住宅小区即所谓“小产权房”的现象，往往由当地村委会等提供物业服务、收取费用；此外，还存在自行管理公房的单位提供物业服务的现象。这些并非真正意义上的物业服务行为^[13]，不宜直接适用本章规定，但在具体事项上参照适用本章规定。

物业服务合同的内容一般包括服务事项、服务质量、服务费用的标准和收取办法、维修资金的使用、服务用房的管理和使用、服务期限、服务交接等条款。

物业服务人公开作出的有利于业主的服务承诺，为物业服务合同的组成部分。

物业服务合同应当采用书面形式。

本条主旨

本条是关于物业服务合同的内容和形式的规定。

相关条文

《物业管理条例》第34条 业主委员会应当与业主大会选聘的物业服务企业订立书面的物业服务合同。

物业服务合同应当对物业管理事项、服务质量、服务费用、双方的权利义务、专项维修资金的管理与使用、物业管理用房、合同期限、违约责任等内容进行约定。

《物业服务纠纷解释》第3条第2款 物业服务企业公开作出的服务承诺及制定的服务细则，应当认定为物业服务合同的组成部分。

理解与适用

一、物业服务合同的内容

根据本条第1款的规定，物业服务合同的内容一般包括服务事项、服务质量、服务费用的标准和收取办法、维修资金的使用、服务用房的管理和使用、服务期限、服务交接等条款。该款中的“一般”表明该款为宣示性规范，物业服务合同的内容不限于本款的列举内容，例如，利用业主共用部位、共用设施设备开展经营活动的情况下，相关收益的核算和分配办法，也可以在物业服务合同中明确约定；欠缺本款列举的内容也不必然影响物业服务合同的成立。物业服务合同通常包括以下主要条款。

1.服务事项

物业服务事项是指物业服务人按照约定应当提供的具体服务类型。依据《民法典》第937条的规定，物业服务人的服务事项主要是为业主提供建筑物及其附属设施的维修养护、环境卫生和相关秩序的管理维护等。《民法典》第942条对物业服务人的服务事项又进一步予以规定。这些条文列举了一些主要的、基本的物业服务事项，具体的物业服务事项由当事人在物业服务合同中约定，可以不限于上述事项。此外，《物业管理条例》第43条规定：物业服务企业可以根据业主的委托提供物业服务合同约定以外的服务项目，服务报酬由双方约定。这主要是指，对于一些本不属于物业服务内容的服务项目，物业服务人可以和业主另行约定有偿提供。这里可以适用委托合同的规则。

2. 服务质量

物业服务合同中可以明确约定物业服务的质量，以避免服务瑕疵认定的难题。在住宅物业服务领域，2004年中国物业管理协会颁布了《普通住宅小区物业管理服务等级标准（试行）》，将服务等级区分为三级，各等级服务分别由基本要求、房屋管理、共用设施设备维修养护、协助维护公共秩序、保洁服务、绿化养护管理等六大项主要内容组成。这对于保障物业服务质量具有重要意义。各地也陆续出台了一系列地方性标准，例如北京市住房和城乡建设委员会和北京市质量技术监督局联合于2010年颁布北京市《住宅物业服务标准》。物业服务合同的约定可以参考、借鉴上述标准，考虑建设标准、配套设施设备、服务功能及业主的居住消费能力等因素，选择相应的服务等级。

3. 服务费用的标准和收取办法

服务费用，是指物业服务人按照物业服务合同的约定提供物业服务向业主所收取的费用。关于服务费用的标准，《物业服务收费管理办法》第5、6条规定，物业服务收费应遵循合理、公开以及费用与服务水平相适应的原则；区分不同物业的性质和特点分别实行政府指导价和市场调节价。第7条规定：“物业服务收费实行政府指导价的，有定价权限的人民政府价格主管部门应当会同房地产行政主管部门根据物业管理服务等级标准等因素，制定相应的基准价及其浮动幅度，并定期公布。具体收费标准由业主与物业管理企业根据规定的基准价和浮动幅度在物业服务合同中约定。”“实行市场调节价的物业服务收费，由业主与物业管理企业在物业服务合同中约定。”物业服务收费实行政府指导价，纳入地方定价目录，但这不利于提升物业服务质量，尤其考虑到全民社保政策对物业服务企业的影响。因此，在2014年之后，物业服务费用放开，主要实行市场调节价；政府指导价更多

针对前期物业服务，防止建设单位与自己设立的物业服务企业设定高价格，或者针对经济上处于弱势地位的经济适用住房小区、危改回迁小区等物业的业主。^[14]当然，即便是实行市场调节价，在实践中，物业服务费用的制定一般先由物业服务评估监理公司评估各项成本，在此基础上再由双方当事人协商确定。

服务费用的计费方式，可以约定采取包干制或者酬金制。包干制是指由业主向物业服务人支付固定物业服务费用，盈余或者亏损均由物业服务人享有或者承担的物业服务计费方式。其构成包括物业服务成本、法定税费和物业服务人的利润。酬金制是指在预收的物业服务资金中按约定比例或者约定数额提取酬金支付给物业服务人，其余全部用于物业服务合同约定的支出，结余或者不足均由业主享有或者承担的物业服务计费方式。其构成包括物业服务支出和物业服务人的酬金。实行酬金制的，预收的物业服务支出由物业服务人代管，为交纳费用的业主所有，物业服务人不得将其用于物业服务合同约定以外的支出。双方可以约定建立物业服务费用和共用部分经营收益的共管账户。^[15]采取包干制的，不区分费用和报酬。在实践中，物业服务合同往往期限较长，物业服务人在合同签订之初采包干制往往能够享受较高的利润。但随着物价的上涨、劳动力价格等各项成本的上升，包干制中的物业服务费甚至无法涵盖完成物业服务所支付的必要费用。物业服务人的涨价请求通常无法得到业主的赞成，只能以削减开支、降低物业服务质量来应对。这又导致对物业服务质量不满的业主拒绝交费，从而导致物业服务质量进一步下滑。酬金制有助于提高物业服务质量，但酬金制以业主的自治能力较强为前提，对业主委员会的要求更高。

不存在物业服务合同，或者虽存在物业服务合同，但合同对物业费没有约定或者约定不明确的，依据《民法典》第510条，在诉讼中，法院可以释明当事人依法通过召开业主大会形成决议等法定程序予以解决；仍无法确定的，可以依据《民法典》第511条第2项，按照订立合同时履行地的市场价格确定，依法应当执行政府定价或者政府指导价的，按照规定执行。此时可结合物业服务人实际提供的物业服务水平、有关部门提供的物业服务成本、当地物业服务费标准、同类物业服务收费标准等因素合理确定应交纳的物业费；双方也可以委托第三方评估监理企业评估。^[16]

4. 维修资金的使用

维修资金，是指专项用于共用部位、共用设施设备保修期满后的维修和更新、改造的资金。根据《物业管理条例》第40条和2008年的《住宅专项维修资金管理办法》，专项维修资金管理实行专户存

储、专款专用、所有权人决策、政府监督的原则。业主交存的住宅专项维修资金属于业主所有；从公有住房售房款中提取的住宅专项维修资金属于公有住房售房单位所有。维修资金并非由物业服务人管理，而是应当存入相关主管部门或者业主大会委托的住宅专项维修资金专户管理银行的住宅专项维修资金专户。关于该资金的使用，由物业服务人或者相关业主提出使用建议或者使用方案，并组织实施使用方案。为了保证维修基金依法依规进行，物业服务合同中可以就相关事项加以明确约定。

5.服务用房的管理和使用

物业服务用房是满足物业服务人的物业服务设施设备、办公及值班等需求所使用的房屋。依据《物业管理条例》第30条的规定，建设单位应当按照规定在物业服务区域内配置必要的物业服务用房。依据《民法典》第274条和《物业管理条例》第37条，物业服务用房的所有权依法属于全体业主。物业服务用房的用途是特定的，只能用于物业服务，未经业主大会同意，物业服务人不得改变服务用房的用途。物业服务合同中可以对服务用房的具体管理和使用事项作出更为细化的约定。

6.服务期限

服务期限，是指物业服务合同双方当事人约定的合同存续期限。物业服务合同中应尽可能明确约定服务期限，这样，一方面，可使物业服务人及时制定经营安排，另一方面便于业主适时续聘或另聘物业服务人，减少纠纷和摩擦。在物业服务合同中，也可能涉及对具体服务时间的约定，例如，双方当事人在合同中约定，物业服务人提供24小时的保安服务，但这不同于合同存续期限。实践中，绝大多数物业服务合同均有明确的期限约定。未明确约定服务期限，又无法确定的，则构成了不定期的物业服务合同，依据《民法典》第948条第2款，当事人双方享有任意解除权。

7.服务交接

物业服务合同涉及的服务事项较多，一般服务期限较长，物业服务人不仅长期占有物业服务用房，而且还掌握了小区内相关设施、物业服务的很多相关资料。依据《民法典》第949条第1款，这些物业服务用房及相关资料等应当交还给业主委员会、决定自行管理的业主或者其指定的人，物业服务人还应当配合新物业服务人做好交接工作，如实告知物业的使用和管理情况。至于具体如何进行交接，双方当事人可以在物业服务合同中进行约定。

二、物业服务人公开的服务承诺

根据本条第2款的规定，物业服务人公开作出的有利于业主的服务承诺，为物业服务合同的组成部分。其规范目的在于，物业服务人公开作出的服务承诺，已经成为业主选聘物业服务人的重要依据，也是业主维护其权益的根据，有助于合理扩充物业服务人应承担义务的范围，维护业主的合理信赖，同时未不合理地额外增加物业服务人的义务。^[17]

该款的构成要件，具体如下。第一，物业服务人作出服务承诺。服务承诺是物业服务人单方作出的对所提供物业服务的承诺。其中，物业服务人单方制订的服务细则，即对物业服务内容的具体实施细则，也可以被理解为服务承诺的一种。作出承诺的主体必须是物业服务人，而不是建设单位。实践中，很多房地产项目以送阁楼、地下室或减免物业费等方式促销，这并非物业服务人作出的服务承诺。第二，服务承诺是物业服务人的真实意思表示，并且无影响效力的其他事由。第三，服务承诺是物业服务人公开作出的，例如，在小区内进行了公示。这里无须考虑公开时间是物业服务合同签订前还是履行过程中。当然，只要物业服务人公开作出，其是否在小区内公示无关紧要。第四，服务承诺的内容具体、确定。第五，服务承诺的内容有利于业主。服务承诺的内容五花八门，许多可能只是物业服务人内部的操作规程或工作标准，如果泥沙俱下，一律被认为物业服务合同的组成部分，则会使业主被动接受物业服务人自定的不利标准，不利于对业主权益的维护，也违背了意思自治所要求的不利益必须明确同意的基本原则。

该款的法律效果是，符合上述要件的服务承诺为物业服务合同的组成部分。可以考虑类推适用《民法典》第473条第2款：此类服务承诺符合要约规定，同时对物业服务合同的订立、延续和物业服务费的价格有影响，因此可认为物业服务人有经受要约人承诺即受约束的意思，根据交易习惯和利益衡量，业主此时通过行为或者沉默的方式表明了承诺。因此，这些服务承诺为物业服务合同的组成部分。这意味着，判断物业服务人提供的服务是否符合约定时，也要考虑这些服务承诺。

三、物业服务合同应当采用书面形式

本条第3款规定，物业服务合同应当采用书面形式。这表明物业服务合同是要式合同。之所以如此规定，是因为物业服务合同涉及众多业主的切身利益，合同当事人人数众多，利益关系复杂，一旦纠纷处理不当，极易引发激烈的矛盾与冲突，甚至成为群体性事件的导火

索。物业服务合同采书面要式之目的在于明确物业服务人与业主的权利义务关系，保障双方当事人的合法权益，便于举证，减少矛盾与冲突，促进物业服务行业健康发展，维护社会秩序稳定。一些规范还要求对物业服务合同进行备案，但这属于行政管理范畴，这些规范属于管理性强制性规范，即使未备案，依据《民法典》第153条第1款的规定，也不影响物业服务合同的效力。

如果未采用书面形式，《民法典》第490条第2款规定，法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式，但一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。因此，即使物业服务合同未采用书面形式，但物业服务人已经提供了物业服务且业主未提出异议的，物业服务合同仍然成立。为平衡双方当事人的利益，可以考虑参照适用《民法典》第707条关于租赁合同的规定：应当采用书面形式而未采用书面形式，无法确定合同期限的，视为不定期。同时，依据《民法典》第948条第2款的规定，当事人可以随时解除不定期物业服务合同，但是应当提前60日书面通知。此时，物业服务人可以要求业主交纳相应的物业费。物业服务人在合同期满后继续提供服务，双方未对物业费标准重新作出约定的，按照原有收费标准予以确定。^[18]

同时，物业服务合同的成立不能严重违背当事人的意思表示。例如，业主通过业主大会选聘新的物业服务人并重新订立合同，原物业服务人拒绝交接并继续提供物业服务的，不能认为物业服务合同成立。《民法典》第949条第2款即规定，此时原物业服务人不得请求业主支付物业服务合同终止后的物业费；造成业主损失的，应当赔偿损失。

第九百三十九条

建设单位依法与物业服务人订立的前期物业服务合同，以及业主委员会与业主大会依法选聘的物业服务人订立的物业服务合同，对业主具有法律约束力。

本条主旨

本条是关于物业服务合同对业主具有约束力的规定。

相关条文

《民法典》第278条 下列事项由业主共同决定：……（四）选聘和解聘物业服务企业或者其他管理人……

业主共同决定事项，应当由专有部分面积占比三分之二以上的业主且人数占比三分之二以上的业主参与表决。……决定前款其他事项，应当经参与表决专有部分面积过半数的业主且参与表决人数过半数的业主同意。

《物业管理条例》第21条 在业主、业主大会选聘物业服务企业之前，建设单位选聘物业服务企业的，应当签订书面的前期物业服务合同。

第25条 建设单位与物业买受人签订的买卖合同应当包含前期物业服务合同约定的内容。

第34条第1款 业主委员会应当与业主大会选聘的物业服务企业订立书面的物业服务合同。

第47条 物业使用人在物业管理活动中的权利义务由业主和物业使用人约定，但不得违反法律、法规和管理规约的有关规定。

物业使用人违反本条例和管理规约的规定，有关业主应当承担连带责任。

《建筑物区分所有权纠纷解释》第1条 依法登记取得或者根据物权法第二章第三节规定取得建筑物专有部分所有权的人，应当认定为物权法第六章所称的业主。

基于与建设单位之间的商品房买卖民事法律行为，已经合法占有建筑物专有部分，但尚未依法办理所有权登记的人，可以认定为物权法第六章所称的业主。

《物业服务纠纷解释》第1条 建设单位依法与物业服务企业签订的前期物业服务合同，以及业主委员会与业主大会依法选聘的物业服务企业签订的物业服务合同，对业主具有约束力。业主以其并非合同当事人为由提出抗辩的，人民法院不予支持。

第2条 符合下列情形之一，业主委员会或者业主请求确认合同或者合同相关条款无效的，人民法院应予支持：……（二）物业服务合同中免除物业服务企业责任、加重业主委员会或者业主责任、排除业主委员会或者业主主要权利的条款。

前款所称物业服务合同包括前期物业服务合同。

第12条 因物业的承租人、借用人或者其他物业使用人实施违反物业服务合同，以及法律、法规或者管理规约的行为引起的物业服务纠纷，人民法院应当参照本解释关于业主的规定处理。

理解与适用

一、物业服务合同的类型

根据本条规定，物业服务合同可以分为两大类，即前期物业服务合同和普通物业服务合同。前期物业服务合同，是指由建设单位与其委托的物业服务人依法签订的物业服务合同。^[19]普通物业服务合同，是指由业主委员会等依法与物业服务人签订的物业服务合同。这两类合同都是物业服务合同，都适用本章规定。

两者的区别在于：第一，订立主体不同。依据《物业管理条例》第21条和第34条第1款，前者的订立主体是建设单位，后者的订立主体是业主委员会等。第二，订立合同的时间不同。前者订立于前期阶段，此时尚未成立业主大会及业主委员会；后者产生于业主入住达到一定比例并通过法定程序召开业主大会选举业主委员会，并选聘物业服务人之后。第三，合同的履行期限不同。依据《民法典》第940条的规定，前期物业服务合同约定的服务期限届满前，业主委员会或者业主与新物业服务人订立的物业服务合同生效的，前期物业服务合同终止；普通物业服务合同的期限一般由当事人协商并在签订合同时予以确定。第四，合同的内容不同。前期物业服务合同侧重于对建筑物建成初期的养护、安全保障以及配合建设单位为未来即将入住的业主提供服务等；普通物业服务合同侧重于对建筑规划内建筑物的维护、对环境及居住条件的保障等，目的系为业主正常的日常起居生活提供服务。^[20]

二、物业服务合同的服务受领方

（一）业主作为物业服务合同的当事人

物业服务合同中的提供服务方是物业服务人，这并无疑问，有疑问的是物业服务合同的服务受领方。如果是业主自己与物业服务人订立物业服务合同，则业主当然是物业服务合同当事人而受到合同约束。但问题是，实践中，如果业主自己没有和物业服务人订立物业服务合同，而是由建设单位或者业主委员会订立物业服务合同，那么此时物业服务合同的当事人是否可以确定为单个业主，或者说，单个业

主是否受到物业服务合同的约束而享有权利和承担义务。

理想的模式是，物业服务合同的服务受领方应当是业主团体，物业服务合同由业主团体与物业服务人之间签订，并且业主团体受到合同约束，负有支付物业费的义务，业主仅仅承担向业主团体支付费用（包括物业费、分摊的业主自治费用等）的义务。此时，物业服务合同的签订主体和当事人是一致的。但是，这种模式以业主团体健全并能够充分发挥作用为前提，我国目前尚未具备此种前提。因此，本条参考了《物业服务纠纷解释》第1条的规定，即使业主并未参与订立物业服务合同，业主仍然是物业服务合同当事人，受到物业服务合同的约束。此时，就会出现物业服务合同订立主体和约束主体的分离。

此时，物业服务合同对业主产生约束力的法律基础是不同的。在前期物业服务合同中，建设单位与物业服务人订立了物业服务合同。对此《物业管理条例》第25条规定：“建设单位与物业买受人签订的买卖合同应当包含前期物业服务合同约定的内容。”同时，《物业服务收费管理办法》第10条规定：“建设单位与物业买受人签订的买卖合同，应当约定物业管理服务内容、服务标准、收费标准、计费方式及计费起始时间等内容，涉及物业买受人共同利益的约定应当一致。”物业买受人此时仍签订了买卖合同成为业主的，可以认为，建设单位是经过业主同意，将自己在物业服务合同中的权利和义务一并转让给业主，构成《民法典》第555条所规定的合同地位的概括转移。因此，业主之所以受到物业服务合同约束，是基于物业服务合同中服务受领人地位的概括转移。^[21]按照此种解释路径，概括转移同样需要物业服务人的同意，可以认为物业服务人对此概括转移在与建设单位订立前期物业服务合同时已经默示同意。同时，也可依据委托理论对此予以解释：商品房买卖合同中包含有关前期物业服务之约定，业主与建设单位签约，即意味着业主对该前期物业服务合同进行了事后追认，即业主已将选任物业服务人之事项委托于建设单位，由其代为选任。此种委托可被认定为事后委托，通过事后对授权之追认使前期物业服务合同对业主具有拘束力^[22]，并且可以适用《民法典》第925条的规定，直接使物业服务合同约定约束物业服务人和业主。普通的物业服务合同中，业主委员会根据业主大会决定与物业服务人订立的物业服务合同对业主应当具有法律约束力，是由业主大会或者业主委员会作为自我管理机构的权力机构和执行机构的法律地位决定的，是业主行使自治权的结果。^[23]业主在建筑物管理与维护上享有无法分割的共同利益，形成紧密相连的利益共同体。为了解决集体行动的难题，单个业主的意思必须服从民主的共同决定，不得以单个业主的意思随意否定民主共同决定的结论。这也是《民法典》第134条第2款所规定的决议行为的特殊性。据此，《民法典》第280条第1款

明确规定，业主大会或者业主委员会的决定，对业主具有法律约束力。因此，即使规范基础有所不同，物业服务合同对业主具有法律约束力，最终仍然源于业主通过购买体现出的意思表示或者通过业主共同管理体现出的意思表示，因此仍植根于业主的意思表示。实践中，在成立业主委员会之前，还存在由居民委员会与物业服务人订立的物业服务合同。基于同样的原理，该物业服务合同也对业主具有约束力。

物业服务合同对业主具有法律约束力，这意味着业主享有物业服务合同中的权利、承担物业服务合同中的义务，业主无权以其并非合同当事人或者未参与订立合同为由提出抗辩。^[24]

（二）受合同约束的业主的范围

受到物业服务合同约束的业主，主要包括以下几类。

第一，依法登记取得建筑物专有部分所有权者。无论是依据法律行为还是非法律行为，只要登记取得，就是业主，受到物业服务合同约束。

第二，即使未登记，但依据《民法典》第229～231条取得建筑物专有部分所有权者。依据《民法典》第229条至第231条，非法律行为在登记前就有可能取得建筑物专有部分的所有权者，就已经成为业主，受到物业服务合同约束。建设单位也可能基于合法建造行为取得建筑物专有部分所有权，包括建设单位尚未销售或者虽已签订房屋买卖合同但尚未移转占有的专有部分，以及建设单位保留自用的专有部分。如果尚未登记，建设单位就可基于合法建造行为取得专有部分所有权。^[25]《物业管理条例》第41条第2款据此规定：“已竣工但尚未出售或者尚未交给物业买受人的物业，物业服务费用由建设单位交纳。”^[26]但是，即使此时建设单位受到物业服务合同约束，其业主权利也受到一定限制，例如《建筑物区分所有权纠纷解释》第9条第1项中规定，计算表决权业主人数时，“建设单位尚未出售和虽已出售但尚未交付的部分，以及同一买受人拥有一个以上专有部分的，按一人计算”。

第三，基于与建设单位之间的商品房买卖民事法律行为，已经合法占有建筑物专有部分，但尚未依法办理所有权登记的人，虽然并非专有部分的所有权人，但可以被认定为业主。这是《建筑物区分所有权纠纷解释》第1条第2款的规定，此时这些人对物业服务的要求更为强烈。此一条件有两层含义：首先，买受人与建设单位之间存在商品房买卖民事法律行为，也即是一手房买卖，而非二手房买卖。在二手

房买卖中，买受人购买专有部分后尚未办理登记即转让该专有部分并向相对人交付的，可以认为对专有部分合法占有者为业主。买受人购买专有部分并办理登记后转让并向相对人交付的，相对人为业主。买受人购买专有部分并办理登记后一房多卖的，可以认为完成移转登记的买受人为业主。其次，虽然尚未办理所有权登记，但已经合法占有建筑物专有部分。此时，也无须考虑房屋买卖合同是否经过房屋管理部门备案登记。^[27]为了保障买受人的利益，在建设单位将专有部分交付给买受人之前，建设单位仍然应当缴纳物业服务费，除非当事人另有约定。^[28]

除了业主，还存在大量的物业使用人。这些物业使用人可能是基于租赁合同的承租人、基于借用合同的借用人，也可能是其他物业使用人，例如尚未出售的公有住房的使用人。^[29]这些物业使用人并非业主，不享有业主的权利和承担业主的义务，也并非物业服务合同的当事人。《物业管理条例》第47条第1款规定：“物业使用人在物业管理活动中的权利义务由业主和物业使用人约定，但不得违反法律、法规和管理规约的有关规定。”但是，即使不存在约定，物业使用人也是现代物业区域的重要成员，这些物业使用人应当如同业主一样遵守法律、法规或者管理规约。^[30]因此，《物业服务纠纷解释》第12条规定：“因物业的承租人、借用人或者其他物业使用人实施违反物业服务合同，以及法律、法规或者管理规约的行为引起的物业服务纠纷，人民法院应当参照本解释关于业主的规定处理。”据此，物业使用人在一定范围内可以参照《民法典》关于业主的规定例如第945条第1款，物业使用人装饰装修房屋的，即使经过了业主的同意，也应当事先告知物业服务人，遵守物业服务人提示的合理注意事项，并配合其进行必要的现场检查。物业使用人和业主约定由物业使用人交纳物业费时，也可以参照适用《民法典》第944条规定。同时，《物业管理条例》第47条第2款规定：“物业使用人违反本条例和管理规约的规定，有关业主应当承担连带责任。”

物业使用人有下列情形之一的，可以作为诉讼当事人：（1）物业使用人与物业服务人直接签订物业服务合同；（2）物业使用人接受物业服务，已经与物业服务人形成事实上的物业服务关系；（3）业主与物业使用人约定由物业使用人交纳物业服务费用但物业使用人拖欠物业费；（4）物业使用人违反物业服务合同以及法律、法规或者管理规约的规定。在上述情形（3）（4）中，业主可以被列为共同被告。^[31]

（三）业主与业主委员会之间的关系

虽然法律并未对业主委员会的民事主体地位和诉讼主体资格作出

明确规定，但业主委员会具有作为业主大会执行机构的法律地位。同时，业主委员会的诉讼主体资格主要体现在以下方面，同时由主要负责人作为代表人：

第一，依据《民法典》第286条第2款，业主委员会对于任意弃置垃圾、排放污染物或者噪声、违反规定饲养动物、违章搭建、侵占通道、拒付物业费等损害他人合法权益的行为，有权依照法律、法规以及管理规约，请求行为人停止侵害、排除妨碍、消除危险、恢复原状、赔偿损失。业主委员会可以成为上述案件的适格原告。

第二，依据《民法典》第280条第2款，业主大会或者业主委员会作出的决定侵害业主合法权益的，受侵害的业主可以请求人民法院予以撤销。业主委员会可以成为上述案件的适格被告。

第三，《物业服务纠纷解释》规定以下情形中业主委员会可以作为原告。（1）第2条第1款规定，符合下列情形之一，业主委员会或者业主请求确认合同或者合同相关条款无效的，人民法院应予支持：①物业服务人将物业服务区域内的全部物业服务业务一并委托他人而签订的委托合同；②物业服务合同中免除物业服务人责任、加重业主委员会或者业主责任、排除业主委员会或者业主主要权利的条款。（2）第8条第1款规定，业主大会按照法定程序作出解聘物业服务人的决定后，业主委员会请求解除物业服务合同的，人民法院应予支持。（3）第10条第1款规定，物业服务合同的权利、义务终止后，业主委员会请求物业服务人退出物业服务区域、移交物业服务用房和相关设施，以及物业服务所必需的相关资料和由其代管的专项维修资金的，人民法院应予支持。上述规定肯定了业主委员会的原告主体资格。业主委员会得以原告身份提起的诉讼，都与物业服务密切相关，且都涉及业主的共同利益。业主委员会提起诉讼是为了业主的共同利益，因此，诉讼的法律后果应由全体业主共同承担。据此，还可认为，物业管理人违反合同约定损害业主共同利益的其他情形，例如，物业管理人违约或违规利用物业共用部位、共用设施设备营利，损害业主共同利益的情形，或者涉及业主共同利益的信息资料，业主委员会主张要求公开、查阅的，业主委员会都可以作为原告提起诉讼。

[32]

在上述业委会作为原告的情形中，由于涉及业主的共同利益，业主委员会已经作为原告提起诉讼的，单个业主的权利此时受到限制，业主此时不能作为共同原告参加诉讼。业主委员会起诉且法院已经受理后，业主又以相同的事实和理由起诉的，不予受理。[33]这有助于避免业主委员会与业主重复起诉。[34]经过业主大会授权，业主委员会在诉讼中可以承认、放弃、变更诉讼请求，进行和解，提起反诉或

者上诉。但是，如果未依法成立业主委员会，或者业主委员会怠于提起诉讼的，可以考虑参照适用《公司法》中的股东派生诉讼规定，由一定比例的业主以自己的名义提起诉讼，或者由经过业主大会授权的业主以自己的名义提起诉讼。^[35]

同时，如果物业服务人侵害的权益仅涉及单个业主或部分业主的，此时因为不涉及业主的共同利益，所以业主委员会无权提起诉讼，依据《民法典》第287条，应当由单个业主或部分业主作为原告提起诉讼。^[36]

同样，按照法律规定，业主委员会成为被告的情形较少。物业服务人一般不能起诉业主委员会。物业服务人因业主违反物业服务合同的约定而起诉业主委员会或要求将业主委员会列为共同被告的，不当准许。但是，物业服务人与业主委员会因双方所签订物业服务合同中涉及业主共同权益的事项发生争议，物业服务人对业主委员会提起诉讼的，应予受理；业主委员会怠于应诉的，依法承担相应的法律后果。^[37]业主委员会及经过业主大会授权的业主参加有关诉讼的诉讼费用、诉讼风险和后果由全体业主共同承担。^[38]人民法院的裁判结果涉及业主委员会依法承担财产给付责任的，可以业主大会赋予业主委员会自行管理的资金及其他合法收益支付；不足部分，由业主按照专有部分占建筑区划内建筑物总面积的比例分担。^[39]

三、建设单位或者业主委员会依法订立物业服务合同

根据本条规定，物业服务合同对业主具有法律约束力的前提是，建设单位或者业主委员会依法订立物业服务合同。这里的依法包括程序和权限条件以及实体条件。

（一）程序和权限条件

针对前期物业服务合同，《物业管理条例》第24条规定：“国家提倡建设单位按照房地产开发与物业管理相分离的原则，通过招投标的方式选聘物业服务企业。”“住宅物业的建设单位，应当通过招投标的方式选聘物业服务企业；投标人少于3个或者住宅规模较小的，经物业所在地的区、县人民政府房地产行政主管部门批准，可以采用协议方式选聘物业服务企业。”据此《前期物业管理招标投标管理暂行办法》出台了。建设单位选聘物业服务人，尤其是住宅物业的建设单位选聘的，应当符合法律规定的程序要件，本条中的“建设单位依法与物业服务人订立的前期物业服务合同”就包含了这些法律要求。如果对于住宅物业，建设单位依法应当招投标选聘物业服务人，而未进行招投标或者中标无效的，此时可以认为前期物业服务合同无效。

[40]对于少于3个或者住宅规模较小的住宅物业，建设单位以协议方式直接选聘物业服务人，但未能提供政府主管部门批准文件的，物业服务合同是否有效存在争议。对此可以认为，上述规定并非效力性强制性规范，依据《民法典》第153条第1款的规定，前期物业服务合同的效力不受影响；业主可依据《物业管理条例》第57条的规定就建设单位的违法行为向相关部门反映，由相关部门作出行政处理。

同时，《物业管理条例》第25条规定：“建设单位与物业买受人签订的买卖合同应当包含前期物业服务合同约定的内容。”据此，房屋销售并交付后，建设单位再次选聘物业服务人，不存在“买卖合同……包含前期物业服务合同约定的内容”，业主与建设单位之间不存在关于受前期物业服务合同约束的合意，建设单位与物业服务人签订的物业服务合同对业主并不具有当然的约束力。如果物业服务人按照物业服务合同的约定提供物业服务，业主也接受了物业服务，则可认定双方之间存在事实上的物业服务合同关系。

针对普通的物业服务合同，本条要求“业主委员会与业主大会依法选聘的物业服务人订立的物业服务合同”。据此，业主大会要依法选聘物业服务人。所谓的“业主大会依法选聘”，即符合《民法典》第278条所要求的条件。[41]如果有充分证据证明物业服务人的选聘、物业服务合同的签订并非业主大会依据法定程序决议通过，是业主委员会擅自订立的，则业主有权依据《民法典》第280条第2款以业主委员会作出的决定侵害业主合法权益为由，请求法院予以撤销。[42]但是，业主委员会的法定性和代表性决定了业主委员会拥有对外代表权，故可以类推适用《民法典》第504条关于越权代表的规则：除相对人知道或者应当知道其超越权限外，物业服务合同对全体业主发生效力。[43]同时，在一审法庭辩论终结前经过业主大会追认的，物业服务合同当然对全体业主发生效力。如果业主大会作出选聘物业服务人的决定侵害了业主的合法权益，受侵害的业主可以请求人民法院予以撤销；即使业主大会的上述决定被撤销，该撤销并不能对抗善意的物业服务人。另外，如果竞聘的物业服务人均无法达到法定的表决要求，业主委员会根据业主大会的决定与得票最多的竞聘物业服务人订立的临时物业服务合同应当能够对业主产生法律约束力。[44]

（二）实体条件

在一些情况下，物业服务合同是由物业服务人提供的格式合同，一些条款的内容可能对业主不利。前期物业服务合同由建设单位与物业服务人订立，往往业主无法参与合同的起草、制订的过程，只有在购买物业时，业主才会了解到前期物业服务合同的内容，且对于业主而言，前期物业服务合同往往作为房屋买卖合同的附件一并由业主签

署，因此前期物业服务合同是无法更改、只能被动接受的合同文本。因此，前期物业服务合同也可能被认为是格式合同。尤其是，目前很多建设单位都已设立自己品牌的物业服务人管理自己开发的房地产项目，此时建设单位与自己设立的物业服务人签订的前期物业服务合同更难考虑业主的利益。

《民法典》第497条规定：“有下列情形之一的，该格式条款无效：（一）具有本法第一编第六章第三节和本法第五百零六条规定的无效情形；（二）提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利；（三）提供格式条款一方排除对方主要权利。”在物业服务合同构成格式条款的前提下，如果存在包含上述情形的格式条款，该格式条款也据此无效。《物业服务纠纷解释》第2条对此作出了明确规定。

（三）法律后果

如果物业服务合同无效、被撤销，或者不能对业主具有法律约束力的，已经提供物业服务的物业服务人要求业主给付相应物业费的，可以结合物业服务合同的约定、物业服务人实际提供的物业服务水平、有关部门提供的物业服务成本、当地物业服务费标准等因素合理确定。^[45]

第九百四十条

建设单位依法与物业服务人订立的前期物业服务合同约定的服务期限届满前，业主委员会或者业主与新物业服务人订立的物业服务合同生效的，前期物业服务合同终止。

本条主旨

本条是关于前期物业服务合同因物业服务合同生效而终止的规定。

相关条文

《民法典》第284条第2款 对建设单位聘请的物业服务企业或者其他管理人，业主有权依法更换。

《物业管理条例》第26条 前期物业服务合同可以约定期限；但

是，期限未满、业主委员会与物业服务企业签订的物业服务合同生效的，前期物业服务合同终止。

理解与适用

一、前期物业服务合同的特殊终止事由

《物业管理条例》第26条规定：“前期物业服务合同可以约定期限；但是，期限未满、业主委员会与物业服务企业签订的物业服务合同生效的，前期物业服务合同终止。”据此，前期物业服务合同的期限由合同约定。由于前期物业服务合同的临时性和过渡性之特征，当事人所约定的合同存续期限通常不能太长。^[46]前期物业服务合同和普通物业服务合同之间的衔接与协调问题十分重要。实践中常常会出现以下几种典型情形：（1）前期物业服务合同期限届满，但业主大会仍未召开，未成立业主委员会，没有选聘新的物业服务人。（2）前期物业服务合同期限未届满，业主大会已经召开，已经通过业主委员会选聘新的物业服务人并订立新的物业服务合同。此时，新、旧物业服务人之间易产生冲突和纠纷。（3）前期物业服务合同期限届满时，新的物业服务合同生效，新、旧物业服务人实现良好衔接。^[47]本条规定吸收了《物业管理条例》的上述规定，目的是避免上述第二种情形下的冲突，据此，即使前期物业服务合同约定的期限尚未届满，只要业主委员会与新选聘的物业服务人订立了物业服务合同，前期物业服务合同必须自动终止。

本条适用的前提如下。

第一，建设单位依法与物业服务人订立的前期物业服务合同约定的服务期限届满前。如果前期物业服务合同约定的服务期限已经届满，则前期物业服务合同自然终止，无须适用本条。如果前期物业服务合同未约定服务期限，或者约定的服务期限届满后原物业服务人继续提供物业服务，则也可扩张适用本条。

第二，业主委员会或者业主与新物业服务人订立的物业服务合同生效。这里包括两种情形。第一种情形是，业主委员会与业主大会依法选聘的物业服务人订立了物业服务合同，并且物业服务合同生效。第二种情形是，《物业管理条例》第10条中规定，“……只有一个业主的，或者业主人数较少且经全体业主一致同意，决定不成立业主大会的，由业主共同履行业主大会、业主委员会职责”，此时，业主直接与新物业服务人订立了物业服务合同，并且物业服务合同生效。

本条的法律后果是，前期物业服务合同终止。这时，同样适用《民法典》第949条：“物业服务合同终止的，原物业服务人应当在约定期限或者合理期限内退出物业服务区域，将物业服务用房、相关设施、物业服务所必需的相关资料等交还给业主委员会、决定自行管理的业主或者其指定的人，配合新物业服务人做好交接工作，并如实告知物业的使用和管理状况。”“原物业服务人违反前款规定的，不得请求业主支付物业服务合同终止后的物业费；造成业主损失的，应当赔偿损失。”同时，也适用《民法典》第950条：“物业服务合同终止后，在业主或者业主大会选聘的新物业服务人或者决定自行管理的业主接管之前，原物业服务人应当继续处理物业服务事项，并可以请求业主支付该期间的物业费。”

二、前期物业服务合同的其他问题

针对上述第一种冲突情形，即前期物业服务合同期限届满，但业主大会仍未召开，未成立业主委员会，没有选聘新的物业服务人，应当适用《民法典》第948条：“物业服务期限届满后，业主没有依法作出续聘或者另聘物业服务人的决定，物业服务人继续提供物业服务的，原物业服务合同继续有效，但是服务期限为不定期。”“当事人可以随时解除不定期物业服务合同，但是应当提前六十日书面通知对方。”

第九百四十一条

物业服务人将物业服务区域内的部分专项服务事项委托给专业性服务组织或者其他第三人的，应当就该部分专项服务事项向业主负责。

物业服务人不得将其应当提供的全部物业服务转委托给第三人，或者将全部物业服务支解后分别转委托给第三人。

本条主旨

本条是关于物业服务转委托的规定。

相关条文

《物业管理条例》第39条 物业服务企业可以将物业管理区域内的专项服务业务委托给专业性服务企业，但不得将该区域内的全部物

业管理一并委托给他人。

《物业服务纠纷解释》第2条 符合下列情形之一，业主委员会或者业主请求确认合同或者合同相关条款无效的，人民法院应予支持：（一）物业服务企业将物业服务区域内的全部物业服务业务一并委托他人而签订的委托合同……

前款所称物业服务合同包括前期物业服务合同。

理解与适用

一、合法转委托

所谓物业服务的转委托，是指作为物业服务合同主体的物业服务人，将根据物业服务合同应当由其提供的物业服务，部分或者全部委托给他人进行的行为。物业服务涉及卫生、环保、消防、特种设备维修、道路养护等诸多方面，其中许多方面具有一定的专业性。随着社会分工的进一步发展，应当允许物业服务人结合自己的人员配备情况，将部分服务事项转委托给更为专业的机构或者人员来完成。例如，物业服务人另外寻找保安公司、保洁公司等，将其所承担的小区保安、保洁、电梯服务等工作分别进行转委托。这样，既能够保证物业服务质量，同时也有利于降低物业管理成本、提高资源配置效率。
[48]根据本条第1款的规定，物业服务人有权将物业服务区域内的部分专项服务事项委托给专业性服务组织或者其他第三人，但是应当就该部分专项服务事项向业主负责。这也与《物业管理条例》第39条、《物业服务纠纷解释》第2条第1项的规定一致。

本条第1款的适用前提具体如下。

第一，物业服务人将物业服务区域内的部分专项服务事项转委托给他人。物业服务人仅仅有权将部分专项服务事项转委托给他人，而不得将其应当提供的全部物业服务转委托给第三人，或者将全部物业服务支解后分别转委托给第三人。据此第1款的适用范围与第2款的适用范围相区分。

第二，转委托给专业性服务组织或者其他第三人。《物业管理条例》第39条仅规定了可以转委托给专业性服务企业。但是，在物业服务人可以是物业服务企业之外的其他管理人时，在转委托情况下，次受托人无须以物业服务企业为限；同时，本条第1款已经规定了，物业服务人应当就该部分专项服务事项向业主负责，因此更没有必要通

通过对次受托人的限制来达到保护业主的目的。因此，本条第1款规定，除了可以转委托给专业服务组织，也可以转委托给其他第三人。但是，转委托内容不得超过物业服务合同约定的服务事项。

第三，无须经过业主同意。之前，关于部分转委托是否需要业主同意，在实践中有着不同的观点。认为需要经过业主同意的理由主要是：（1）涉及次受托人的相应资质；（2）依据委托合同的规则，转委托应当经过委托人的同意。^[49]但是，物业服务人的相应资质在2017年之后就已经放开，并且，物业服务人应当就该部分专项服务事项向业主负责，因此不会损害业主的利益；同时，与委托合同不同的是，在物业服务合同中，业主无权直接指示次受托人，这意味着对次受托人有干预可能性的是物业服务人而非业主，进而不区分是否经过委托人同意时受托人对次受托人之行为的不同责任。因此，此处的物业服务的转委托与《民法典》第923条规定的委托合同中的转委托根本不同。

本条第1款的法律后果具体如下。

第一，业主无权解除物业服务合同。既然物业服务人有权将物业服务区域内的部分专项服务事项委托给专业性服务组织或者其他第三人，那么业主自然无权以此为由解除物业服务合同。

第二，转委托合同与物业服务合同在效力上相互独立。物业服务合同的当事人是业主和物业服务人，转委托合同的当事人是物业服务人和次受托人，因此，此并非合同权利、义务的概括转移。转委托合同的效力与物业服务合同无关，物业服务合同无效或者被解除，不影响转委托合同的效力，仅仅是产生了法定的解除转委托合同的权利。

第三，物业服务人应当就该部分专项服务事项向业主负责。当该部分专业服务事项不符合约定时，业主有权依法请求物业服务人承担违约责任，而无权请求次受托人承担违约责任。如果次受托人在提供该部分专项服务事项时造成业主的人身和财产损失，因而构成侵权责任的，业主也有权请求次受托人依法承担侵权责任。此时，物业服务人和次受托人在相应范围内构成了连带债务关系，于此适用《民法典》第519、520条关于连带债务的一般性规定。业主请求物业服务人承担违约责任的，物业服务人承担责任后，有权依据其与次受托人之间的合同请求次受托人承担违约责任。

二、违法转委托

在物业服务合同中，之所以选聘某一物业服务人而非其他物业服

务人，大多是出于对物业服务人之实力与服务质量的信任。一旦允许物业服务人将全部物业服务一并委托给他人，将使业主大会所享有的选聘物业服务人的权利形同虚设，业主的合法权益难以得到保障；另外，在实践中物业服务人之所以将全部物业服务移转给他人，大多是出于通过全部转委托赚取差额利润的动机，而次受托人因为支出了较高的成本，自然会基于谋取利益的需要而使提供服务的质量有所降低，最终损害业主的合法权益。^[50]因此，本条第2款禁止物业服务人将其应当提供的全部物业服务转委托给第三人，或者将全部物业服务支解后分别转委托给第三人。这也类似于《民法典》第791条第2款禁止将建设工程全部转包或者全部支解后分别转包。

所谓的物业服务人将其应当提供的全部物业服务转委托给第三人，指的是一并转委托，将全部物业服务转委托给同一个第三人。所谓的将全部物业服务支解后分别转委托给第三人，指的是将全部物业服务支解成各个服务事项，而分别转委托给不同的第三人。这实质上也是将全部物业服务转委托。对这里的“全部”不能理解为“主要或者实质内容”，主要原因是，物业服务的各项内容中很难区分出哪些是主要或者实质性的，一旦如此理解，就会难以区分合法转委托与违法转委托。^[51]在实践中，对于业务明显关联的母公司与子公司、总公司与分公司之间一方将工作交由另一方实际处理的，可以不认为另一方构成“第三人”。

但是，本条第2款并未明确规定违法转委托合同的法律后果，对其法律后果可以具体分析如下。

第一，违法转委托合同无效。本条第2款关于违法转委托的规范在性质上应当为效力性强制性规范，违反该规范应当导致违法转委托合同无效。《物业服务纠纷解释》第2条第1款第1项对此已经明确规定。这也与《建设工程施工合同纠纷解释》第4条关于非法转包和分包的合同无效的规则是一致的。有权请求法院确认转委托合同无效的业主委员会和业主的权利参见对上条的释评。同时，法院也有权依职权确认违法转委托合同无效。

第二，业主有权依法共同决定解除物业服务合同。物业服务人的违法转委托已经构成了根本违约，因此，业主有权依法共同决定解除物业服务合同。但是，并无充分根据认为物业服务合同必然因此无效。^[52]

第三，就违法转委托中的次受托人所提供的物业服务，物业服务人仍应当向业主负责。

第九百四十二条

物业服务人应当按照约定和物业的使用性质，妥善维修、养护、清洁、绿化和经营管理物业服务区域内的业主共有部分，维护物业服务区域内的基本秩序，采取合理措施保护业主的人身、财产安全。

对物业服务区域内违反有关治安、环保等法律法规的行为，物业服务人应当及时采取合理措施制止、向有关行政主管部门报告并协助处理。

本条主旨

本条是关于物业服务人提供物业服务的义务的规定。

相关条文

《民法典》第285条第1款 物业服务企业或者其他管理人根据业主的委托，依照本法第三编有关物业服务合同的规定管理建筑区划内的建筑物及其附属设施，接受业主的监督，并及时答复业主对物业服务情况提出的询问。

《物业管理条例》第33条 一个物业管理区域由一个物业服务企业实施物业管理。

第35条 物业服务企业应当按照物业服务合同的约定，提供相应的服务。

物业服务企业未能履行物业服务合同的约定，导致业主人身、财产安全受到损害的，应当依法承担相应的法律责任。

《物业服务纠纷解释》第3条第1款 物业服务企业不履行或者不完全履行物业服务合同约定的或者法律、法规规定以及相关行业规范确定的维修、养护、管理和维护义务，业主请求物业服务企业承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任的，人民法院应予支持。

第4条 业主违反物业服务合同或者法律、法规、管理规约，实施妨害物业服务与管理的行为，物业服务企业请求业主承担恢复原状、停止侵害、排除妨害等相应民事责任的，人民法院应予支持。

理解与适用

一、物业服务人提供服务的区域范围

物业服务人提供服务的区域是物业服务区域。《民法典》关于建筑物区分所有权的规定中，对共有部分、专有部分等的界定，都是以建筑区划为基础。从各地方的实践来看，在进行建筑区划的划分时，是以宗地红线内规划行政主管部门批准的建设工程规划总平面图为基础，在充分考虑物业共用设施设备、建筑物规模、社区建设等因素上划分的。但是，《物业管理条例》使用了“物业管理区域”这个概念，于第33条规定：“一个物业管理区域由一个物业服务企业实施物业管理。”其第9条第2款进一步规定：“物业管理区域的划分应当考虑物业的共用设施设备、建筑物规模、社区建设等因素。具体办法由省、自治区、直辖市制定。”在《民法典》关于物业服务合同的规定中，考虑到物业服务合同与建筑物区分所有权规范的重心不同，本条沿袭了上述规定中的术语，但将“物业管理区域”修改为“物业服务区域”。

目前在实践中，物业服务区域一般与建筑区划一致。此外，不少地方规定，新开发建设项目的土地使用权划拨、出让前，住房和城乡建设行政主管部门一般应当就物业管理区域的划分提出意见和建议，经商规划和自然资源行政主管部门，纳入区域规划综合实施方案、土地出让合同或者划拨文件，并向社会公布；建设单位也应当在房屋买卖合同中明示核定的物业管理区域。这使物业服务区域与建筑区划一致化程度越来越高。

二、物业服务人提供服务的内容

（一）业主共有部分的维修养护

首先，应当注意的是，物业服务人此项服务的对象是业主共有部分而非专有部分。《民法典》关于建筑物区分所有权的规定区分了业主的专有部分和共有部分。物业服务人提供的此项服务仅针对业主共有部分而非专有部分。当然，物业服务人可以根据业主的委托提供对专有部分的服务，但这不属于物业服务合同的范围，而需要由双方另行约定，因此，《物业管理条例》第43条规定：“物业服务企业可以根据业主的委托提供物业服务合同约定以外的服务项目，服务报酬由双方约定。”关于共有部分，具体参见《民法典》关于建筑物区分所有权的规定。

其次，业主共有部分也不等于共用部分。“共有”着眼于所有权的归属，而“共用”着眼于使用。共用部分可能是专有部分，也可能是共

有部分；同样，共有部分也可能成为专用部分。《物业管理条例》采取了共用部分来界定物业服务的对象，其目的在于避免因相关部分的所有权归属不明给物业服务的正常提供带来不必要的干扰。但是，目前随着登记制度的完善，共有部分越来越清晰，但共用部分可能存在很大的不确定。例如，建设单位保留了车位、车库的所有权，但可能开放由全体业主共用。因此，本条规定，物业服务人此项服务的对象是业主共有部分而非共用部分。如果是专有但共用，往往以所有权人与业主之间存在其他合同关系为前提，非共有但共用的部分的服务责任和费用应当由所有权人承担，而不能以共用为由要求并非所有权人的业主为此承担物业服务费用；但是，这仍然不妨碍所有权人另行委托物业服务人对此提供服务，但这同样并非物业服务合同的内容。如果是共有但专用，则由于专用的收益属于业主共有，故应当纳入物业服务的范围，由所有业主承担物业服务费。

再次，供水、供电、供气、供热等的相关管线和专业设施设备，也不属于物业服务的范围。《物业管理条例》第51条第1款规定：“供水、供电、供气、供热、通信、有线电视等单位，应当依法承担物业管理区域内相关管线和设施设备维修、养护的责任。”^[53]但在此时，专业设施设备发生故障、不能正常使用的，物业管理人应当立即报告相关专业运营单位，并且应当提供必要的协助和便利，不得以任何方式干扰、阻挠、妨碍其正常作业。

最后，所谓的维修养护的内容包括：（1）日常养护和出现故障情形下的维修；（2）静态的维修养护（例如，建筑物共有部分）和运行、使用的维修养护（例如，共有设备和设施）。维修养护的对象包括建筑物，共有的设施、设备，以及道路、广场、构筑物等。维修养护的具体措施，例如，对房屋共有部分和共有的设施、设备日常巡查和定期养护，运行、检修、保养等记录齐全，建立共有设施、设备档案（设备台账）；需要维修，属于小修范围的，及时组织修复，对电梯、消防、技防、配电等涉及人身、财产安全以及其他有特定要求的设施、设备的维修和养护，组织由专业机构实施；属于大、中修范围的，及时编制维修计划和住房专项维修资金使用计划，向业主大会或者业主委员会提出报告与建议，根据业主大会的决定，组织维修；等等。

（二）业主共有部分的清洁绿化

这主要是指对共有部分环境卫生的管理维护。

首先是清洁，物业服务人应当自行或委托专业性服务企业提供保洁服务，维护物业服务区域内良好的卫生环境。例如，设置垃圾收集

点，及时清运；清扫公共场所；按照规定清洗二次供水水箱；对水系的清理；在实施生活垃圾分类的地区，物业服务人应当指导、监督业主和其他物业使用人进行生活垃圾分类；等等。

其次是绿化。在开发建设过程中，规划条件对于小区绿地的面积、比例等都有明确要求，建设单位在房地产开发过程中应当按照相关规定，足额配置绿化。在物业交接之后，业主也可以委托物业服务人保持、改善绿化环境，物业服务人应当按照合同的约定，加强对小区绿化的日常维护管理，例如，定期修剪、养护绿植；定期清除绿地杂草、杂物；预防花草、树木病虫害等。

关于提供服务的费用，区分不同的情形：（1）如果费用属于维修资金的范围，应当以维修资金支付维修、更新或者改造费用。此时，物业服务人可以对维修资金的使用提出使用建议或者使用方案，并组织实施使用方案。（2）其他费用，如果采取包干制，则相关费用成为物业服务费确定之基础，由物业服务人负担；如果采取酬金制，则相关费用应由业主负担，并预先支付。^[54]（3）物业的维修养护存在责任人时，《物业管理条例》第55条规定：“物业存在安全隐患，危及公共利益及他人合法权益时，责任人应当及时维修养护，有关业主应当给予配合。”“责任人不履行维修养护义务的，经业主大会同意，可以由物业服务企业维修养护，费用由责任人承担。”

（三）业主共有部分的经营管理

《民法典》第278条第1款第8项规定，利用共有部分从事经营活动应当由业主依法共同决定；同时，第282条规定，建设单位、物业服务企业或者其他管理人等利用业主的共有部分产生的收入，在扣除合理成本之后，属于业主共有。《物业管理条例》第54条也规定：“利用物业共用部位、共用设施设备进行经营的，应当在征得相关业主、业主大会、物业服务企业的同意后，按照规定办理有关手续。业主所得收益应当主要用于补充专项维修资金，也可以按照业主大会的决定使用。”既然收入由业主共有，那么有理由将共有部分的经营管理纳入物业服务的范围，由所有业主承担物业服务费。实践中，对共有部分的具体经营管理事项，通常是由业主通过物业服务合同委托物业服务人代为经营管理。经营的方式较为多样，可能是承包，也可能是委托，需要在物业服务合同中加以约定；而在经营过程中，也需要从经营收益中支付给物业服务人一定的费用和报酬，其支付标准也需要在物业服务合同中加以约定。如果物业服务人未依法取得同意即对共有部分进行经营管理，扣除合理成本后的收益仍然由业主共有，物业服务人应当将该部分返还并相应赔偿资金占有损失，并且对成本支出及其合理性承担举证责任。^[55]

（四）维护物业服务区域内的基本秩序

根据政府的公共管理职能和物业服务人的物业服务职能的不同，可将这里的基本秩序区分为公共秩序和业主生活秩序。物业服务人仅负有维护业主基本生活秩序的义务，例如对出入人员和车辆的管理、制止影响业主和物业使用人安宁生活的行为等，而不负有维护公共秩序的义务。公共秩序应当由政府维护，相关开支应当以公共财政支付，而不应当由业主承担并支付相关成本。但关于对公共秩序的维护，物业服务人负有协助义务。这属于本条第2款的规范对象。

维护基本秩序的行为有：小区24小时值勤；对重点区域、重点部位的巡查；车辆的停放有序等。物业服务人对于按照规划建设的公共建筑和共用设施，不得改变用途；确需改变公共建筑和共用设施用途的，应当提请业主大会讨论决定同意后，由业主依法办理有关手续。未经业主大会同意，物业服务人不得改变物业管理用房的用途。物业服务人不得擅自占用、挖掘物业服务区域内的道路、场地，损害业主的共同利益；物业服务人应当将临时占用、挖掘的道路、场地，在约定期限内恢复原状。物业服务人应当将房屋装饰装修中的禁止行为和注意事项告知业主。物业服务人应当及时向业主、其他物业使用人告知安全、合理使用物业的注意事项。^[56]

（五）采取合理措施保护业主的人身、财产安全

《物业管理条例》第35条第2款规定：物业服务企业未能履行物业服务合同的约定，导致业主人身、财产安全受到损害的，应当依法承担相应的法律责任。据此，物业服务人并非负有一种结果的保障义务，并非只要业主的人身、财产安全受到损害，物业服务人就承担责任。如果物业服务人完全遵守了法律法规的规定，遵守了物业服务合同的约定，尽到了安全保障义务，那么，即使业主的人身、财产安全在物业服务区域内受到损害，物业服务人也不因此承担责任。因此，本条规定了物业服务人负有采取合理措施保护业主的人身、财产安全的义务，该义务属于物业服务人依据物业服务合同所应当承担的附随义务。该义务与本条中的其他义务可能存在一定的重合，但规范重心仍然有所不同：该义务更多涉及业主的个人利益，而其他义务更多涉及业主的共同利益。这会导致起诉主体是业主委员会还是单个业主的不同。

判断是否采取了合理措施时，应当考虑多种因素，包括物业服务合同的约定、法律法规的规定、物业收费标准等，在个案中予以具体判断。^[57]具体而言：（1）有约定，从约定。若物业服务合同及相关管理规约等对物业服务人的安全保障义务有明确约定，可以根据相关

条款认定物业服务人是否有按约定履行相关义务，如物业服务人是否具备了合同约定的或者与其等级和收费标准相适应的保安措施，否则物业服务人应当承担违约责任。（2）在物业服务合同尚未明确约定具体的安全保障义务的情况下，可以从物业服务人的保安人员和监控措施是否符合法律法规、规章或相关文件的强制性规定；安保制度是否完备、合理，是否符合法律法规、规章或相关文件的要求；物业服务人是否督促所雇用的保安人员勤勉尽职，是否保障监控系统正常、有效运作^[58]；物业服务人在发现有安全风险隐患时是否及时设置安全警示标志，采取措施排除隐患^[59]；当发现犯罪或违法行为时，物业服务人是否及时采取相应的合理措施（报告、协助、通知等）；当业主对安全提出合理怀疑或指出不足时，物业服务人是否引起重视并积极改进等方面予以审查。

实践中，常见的情形如下。^[60]

（1）物业服务合同没有约定财物保管服务，但物业服务人在其职责范围内未尽到安全防范义务或未配置应有的安全防范设备，对财物丢失或毁损有过错的，业主可以要求物业服务人承担与其过错相适应的赔偿责任；第三人侵权造成业主人身或财产损害，受害人起诉要求物业服务人赔偿损失的，可根据物业服务人是否履行安保职责或履行安保职责是否存在过错来确定物业服务人应否承担相应的赔偿责任。^[61]实践中比较典型的情形是，业主在家中被盗或人身受到损害后，业主请求物业服务人承担赔偿责任。物业管理人并非国家机关，不具有相应的权力和强制力，物业服务人如果已经妥当履行了安保职责，在保安人员和设施的配备、安保制度的建立、安保制度的落实方面不存在过错，则无须承担损害赔偿责任。^[62]但是，物业服务人如果未按照物业服务合同的约定妥当履行安保职责，应当承担相应的赔偿责任。^[63]

（2）物业服务人在其物业服务区域内设有车辆泊位，并对停放的车辆收取泊位维护费用的，在发生车辆丢失或毁损时，按照双方签订的停车管理服务协议确定赔偿责任；没有签订停车管理服务协议，物业服务人有过错的，可以根据其过错程度、收费标准等因素合理确定物业服务人应当承担的赔偿责任。如果物业服务合同中双方没有对此作具体约定，则双方仅形成单纯的物业服务关系，物业服务人仅需承担一般管理责任，如提供场所、分配车位和对配套设施的维修、养护等，一般车辆停放在有专人看管的收费停车库中或停放在物业服务人指定停放的区域内时，有损坏或者被窃，且物业服务人未尽安全保障义务的，物业服务人应承担相应的赔偿责任。但是，如果业主与物业服务人约定物业服务人负有对车辆的保管义务，则此时双方形成保

管合同，一旦车辆被损坏或者被盗，在物业服务人保管不善的情形，物业服务人应当依据《民法典》第897条关于保管合同的规定承担赔偿责任。

（3）物业服务人或其聘请的施工人员在维修施工时，违反施工规章制度，不设置明示标志或不采取其他安全措施，造成业主人身或财产损害的，业主可以要求物业服务人承担相应的赔偿责任。

（4）物业服务人疏于管理，致使物业服务区域内的娱乐、运动器材等公共设施存在不安全因素，造成业主在使用或靠近这些设施时受到伤害的，受害人可以要求物业服务人承担相应的赔偿责任。

（5）物业服务区域内发生电梯事故，造成业主人身或财产损害的，业主可以要求物业服务人承担相应的赔偿责任。

（6）物业服务人怠于管理，致使物业服务区域内发生火灾、水灾、物业坍塌等事故，造成业主人身或财产损害的，受害人可以要求物业服务人承担相应的赔偿责任。

（7）发生安全事故时，物业服务人应采取应急措施，防止事故扩大化。

最主要的就是报告责任：出现安全隐患或问题时，物业公司报告相关行政管理部门，并协助做好救助工作。^[64]

（六）对违法行为采取合理措施制止，并且报告和协助处理

本条第2款规定，对物业服务区域内违反有关治安、环保等法律法规的行为，物业服务人应当及时采取合理措施制止、向有关行政主管部门报告并协助处理。作为物业服务区域的管理者，物业服务人常常最先知悉其中发生的违法行为。《物业管理条例》第45条规定：“对物业管理区域内违反有关治安、环保、物业装饰装修和使用等方面法律、法规规定的行为，物业服务企业应当制止，并及时向有关行政主管部门报告。”“有关行政主管部门在接到物业服务企业的报告后，应当依法对违法行为予以制止或者依法处理。”本条吸收了上述规定，使物业服务人对禁止性行为负有采取合理措施制止并且报告和协助处理的义务。这有助于及时遏制禁止性行为蔓延，使有关行政主管部门尽早了解相关情况，采取有力措施，保持物业服务区域的安宁与秩序，最终促进社会整体利益的实现。

本条第2款要求：（1）有违反有关治安、环保等法律法规的行为，例如，违法建设、违规出租房屋、私拉电线、占用消防通道、任

意弃置垃圾、排放污染物或者噪声、违反规定饲养动物等违法行为。违法行为是业主还是第三人实施的，无关紧要。（2）违法行为必须发生在物业服务区域内。

物业服务人所负有的义务包括：（1）采取合理措施制止的义务。物业服务人并非国家机关，不享有相应的权力，无权采取行政处罚与行政强制措施，因此，其仅仅在合理限度内承担违法制止义务，例如劝阻等。（2）向有关行政主管部门报告并协助处理的义务。物业服务人如果怠于履行上述义务，造成业主人身、财产等受损害的，就可能涉及物业服务人的上述安全保障义务。

（七）其他义务

除了本条规定的物业服务人的义务，《民法典》第943条还规定了服务信息公开的义务。《物业管理条例》和其他相关规范也规定了其他的一些义务，例如：

1. 承接物业时的验收

物业承接是物业服务合同履行的开始，标志着物业服务人正式接手特定管理区域，是物业管理的基础工作和前提条件。^[65]物业承接便于工作开展、服务提供，有助于物业服务人了解共有部分实际情况，简化举证流程，明确责任归属。《物业管理条例》第28条规定：“物业服务企业承接物业时，应当对物业共用部位、共用设施设备进行查验。”第36条规定第1款规定：“物业服务企业承接物业时，应当与业主委员会办理物业验收手续。”据此，物业服务人在承接物业时，应当对物业共用部位、共用设施设备进行查验，并办理验收手续。《物业承接查验办法》对此予以细致规定，一般而言，具体包括以下程序：确定物业承接查验方案；移交有关图纸资料；查验共用部位、共用设施设备；解决查验中发现的问题；确认现场查验结果；签订物业承接查验协议；办理物业交接手续。

2. 物业服务档案资料和账务的管理

《物业管理条例》第29条第1款规定：“在办理物业承接验收手续时，建设单位应当向物业服务企业移交下列资料：（一）竣工总平面图，单体建筑、结构、设备竣工图，配套设施、地下管网工程竣工图等竣工验收资料；（二）设施设备的安装、使用和维护保养等技术资料；（三）物业质量保修文件和物业使用说明文件；（四）物业管理所必需的其他资料。”第36条第2款规定：“业主委员会应当向物业服务企业移交本条例第二十九条第一款规定的资料。”据此，物业服务

人对上述这些物业服务的档案资料负有保管和管理的义务。结合上述规定和其他一些规定，这些档案资料包括：业主共有部分经营管理档案；监控系统、电梯、水泵、有限空间等物业共有、共用部位和设施设备档案以及其管理、运行、维修、养护记录；水箱清洗记录及水箱检测报告；住宅装饰装修管理资料；业主名册；签订的供水、供电、垃圾清运等书面协议；物业服务活动中形成的与业主利益相关的其他资料。

物业服务人在对物业进行维护、更新、改造过程中必定会产生相应的花费，同时，物业管理人利用物业共用部分从事经营活动的，也会产生业主共有的收益。在实践中，物业服务人为谋取一己之私利，利用直接掌管相关资料的便利条件，故意篡改、毁损证据，“糊涂账”的情况屡屡发生，业主维权无门、胜诉无望，如果处理不当，极易酿成群体性事件。为了充分保障业主的合法权益，最大限度减少欺诈行为，物业服务人应当妥善管理相关财务事宜，健全会计制度，合理保存相应财务凭证，并按照《民法典》第943条的规定予以公开。

3.配合做好社区管理相关工作。

《民法典》第285条第2款规定：“物业服务企业或者其他管理人应当执行政府依法实施的应急处置措施和其他管理措施，积极配合开展相关工作。”物业服务和社区管理在实施主体、性质、内容和资金来源等方面都是不同的，但两者存在密切关系，可以概括为“地域重合、硬件共享，宗旨相同、目标相近”。实践中，在普遍推行委托管理的情形下，物业服务被赋予某些社区管理功能，街道办事处、居（村）民委员会仅保留或强化其社区管理的公共行政职能（如计生、民调、民政等福利性服务），原来的社区服务（如安全、卫生、绿化、公共设施等）职能被完全或部分转到物业服务范围。物业服务虽然是业主基于对共有物的管理需要而进行的物之管理，但事实上超越了物之管理的功能，导致现实中物业服务承担许多社区管理的职责。这不仅增加了业主的负担，而且导致政府行为与社会行为相互交织，难以明晰；并且，导致物业服务超负荷运转，以至于物业服务难以满足业主的需要，业主与物业服务人之间的矛盾和纠纷不断。因此，政府推行社会自治，并不等于免除政府的社会管理义务，居住小区推行物业服务也并不等于居住小区的所有土地、场所、设备均应为业主共有而由其负担建造和维护的义务。所以，必须正确区分政府与物业服务人在社区建设、管理服务方面的职责和义务。在社会转型过程中，强调社会自治，而物业服务恰恰是建立在特定小区业主自治的基础之上，应避免二次收费，同时强调在一定范围内物业服务人配合居（村）民委员会做好社区管理相关工作的义务。

三、物业服务人履行提供服务义务的标准和举证责任

（一）物业服务人履行提供服务义务的标准

根据本条规定，物业服务人应当按照约定和物业的使用性质妥善提供物业服务。这意味着，确定物业服务人履行提供物业服务的义务标准要根据物业服务合同的约定和物业的使用性质予以确定。

1. 物业服务合同的约定

基于意思自治的原则，物业服务合同中当然可以明确约定具体的提供物业服务的标准。如果物业服务合同中对此没有约定或者约定不明确的，可以协议补充。同时，按照《民法典》第938条第2款，物业服务人公开作出的有利于业主的服务承诺，为物业服务合同的组成部分。

按照《民法典》第510条的规定，不能达成补充协议的，按照合同有关条款和交易习惯确定。《物业管理条例》对物业服务人的义务标准也有一些规定，而且很多地方性法规作了进一步的细化规定。在确定物业服务人的义务标准时，也应当按照这些规定确定。同时，也要考虑交易习惯，其中比较重要的是相关行业规范确定的服务标准，例如，2004年中国物业管理协会颁布的《普通住宅小区物业管理服务等级标准（试行）》。《物业服务纠纷解释》第3条第1款中规定了，确定物业服务人的义务标准要根据物业服务合同的约定或者法律、法规规定以及相关行业规范。因此，对此处的“物业服务合同的约定”应当采取广义理解，同时应当考虑物业服务收费的标准和相应服务等级。

2. 物业的使用性质

物业包括住宅物业和非住宅物业，后者又包括商贸、办公、医院、学校、工厂和仓储等。物业的不同使用性质，会导致所提供的物业服务范围不同。例如，产业园区的物业服务和住宅的物业服务就存在很大不同，在产业园区中，既存在相对封闭的建筑物，也存在很多公共设施。^[66]同一物业服务区域中，也要考虑同一物业服务区域内相对独立的区域与其他区域的不同。^[67]

（二）物业服务质量的举证责任

在审判实践中，一般由负有履行义务的当事人（也即物业服务人）承担举证责任。物业服务人起诉业主追索物业费，而业主以物业服务人未履行或未完全履行服务义务进行抗辩时，物业服务人就承担

其依据物业服务合同履行了服务义务的举证责任，要证明的确提供了物业服务。但是，物业服务人是否妥善提供了物业服务，存在诸多难点：物业服务涉及的内容广泛、具体，导致众口难调；无法固化服务成果，就质量标准无法精细约定和量化，欠缺权威的评判标准；物业服务合同订立时业主的利益表达不充分，业主对物业服务合同的公平性容易产生质疑；同时，业主共有部分的自然磨损和管理不善的损坏很难分清，日常维修和维修资金的使用也可能会出现界限不清的问题。^[68]服务最后的效果如何取决于业主的主观感受，所以物业服务人实际上很难单独承担此种举证责任。

据此，可以考虑根据情况区别对待。如果业主提出物业服务人的某一项或某几项服务义务未履行，则根据证据规则的一般规定，物业服务人应承担其已依约履行的举证责任。如果业主承认物业服务人履行了服务义务，但提出物业服务人在履行义务时存在瑕疵，则可考虑由业主承担物业服务人履行义务存在瑕疵的举证责任。当然，法院在审理此类案件时应综合个案具体情况依法确定举证责任的分配，以平等保护双方当事人的合法权益。例如，若大多数业主提出了某项服务义务履行不达标，则一般可以认定；如果仅仅是个别业主主张，则应当更为慎重地认定。如果业主出具了小区业主对物业服务的满意度测评等相对客观的证据，则可以据此评判大多数业主对小区服务质量的意见，法院也可据此认定物业服务人的服务义务履行的瑕疵程度。^[69]同时，必要时可以引入第三方质量评估监理。目前，部分地区已经制定了物业服务第三方评估监理的相关规范。例如，北京市制定了《北京市物业服务第三方评估监理管理办法》，规定：业主、业主大会或其他相关部门可以委托物业服务评估监理机构，根据相关法律、法规、规章、服务规范、行业标准及物业服务合同约定等，对物业服务质量进行评估。

四、物业服务人违反义务的责任

物业服务人违反合同义务的，应当按照《民法典》第577条及以下条文承担违约责任，违约责任的形式包括继续履行、采取补救措施和赔偿损失等。《物业服务纠纷解释》第3条第1款也对此作出了规定。由于这仅仅是违约责任一般规则的具体适用，在此不予详述。

此外，物业服务人也可能依法承担侵权责任：物业服务人对系非业主和其他使用人的第三人可能仅依法承担侵权责任，但在业主和其他使用人遭受损害的情形中也可能会出现物业服务人的侵权责任和违约责任的竞合。在违约责任和侵权责任竞合时，依据《民法典》第186条，受损害方有权选择请求对方承担违约责任或者侵权责任。但是，也要注意违约责任和侵权责任可能相互影响，这尤其体现在物

业服务人违反安全保障义务导致第三人侵权的情形。

《民法典》第1198条规定了公共场所的管理者的安全保障义务，这也包括了物业服务人的安全保障义务，因其对物业服务区域内的危险源较之业主具有更强控制力^[70]；第1254条第2款也规定了物业服务人等建筑物管理人应当采取必要的安全保障措施防止高空抛物情形的发生，此时可能会出现物业服务人的侵权责任和违约责任的竞合。在第三人侵权的情形中尤其要注意到责任形态。《民法典》第1198条第2款规定：“因第三人的行为造成他人损害的，由第三人承担侵权责任；经营者、管理者或者组织者未尽到安全保障义务的，承担相应的补充责任。经营者、管理者或者组织者承担补充责任后，可以向第三人追偿。”依据该条，物业服务人违反安全保障义务导致第三人侵权时，物业服务人应当承担相应的补充责任，并在承担责任后有权向第三人追偿。即使受损害方选择以违约责任起诉物业服务人，物业服务人所承担的责任形态也应当与侵权时的责任形态一致。^[71]这体现出违约责任和侵权责任的相互影响。这种相互影响同样体现于《民法典》第996条的规定：“因当事人一方的违约行为，损害对方人格权并造成严重精神损害，受损害方选择请求其承担违约责任的，不影响受损害方请求精神损害赔偿。”该条在物业服务人的责任中同样适用。

另外一个问题就是物业服务人的用人单位责任。《民法典》第1191条规定：“用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任。用人单位承担侵权责任后，可以向有故意或者重大过失的工作人员追偿。”《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第9条也作了类似规定。司法实践中对于物业服务人的工作人员解释得比较宽泛：只要接受物业服务人之指示，围绕物业服务人的利益工作，即应当认定为其工作人员。^[72]同时，执行工作任务，按照上述司法解释第9条第2款，是指从事用人单位授权或者指示范围内的生产经营活动或者其他劳务活动；工作人员的行为超出授权范围，但其表现形式是履行职务或者与履行职务有内在联系的，也应当认定为执行工作任务。如果物业服务人的工作人员因执行工作任务造成业主或者其他使用人损害的，由物业服务人承担侵权责任，而工作人员也会被认为是物业服务人履行物业服务合同的履行辅助人。这时也会出现物业服务人之侵权责任和违约责任的竞合。

第九百四十三条

物业服务人应当定期将服务的事项、负责人员、质量要求、收费项

目、收费标准、履行情况，以及维修资金使用情况、业主共有部分的经营与收益情况等以合理方式向业主公开并向业主大会、业主委员会报告。

本条主旨

本条是关于物业服务人之公开和报告义务的规定。

相关条文

《民法典》第285条 物业服务企业或者其他管理人根据业主的委托，依照本法第三编有关物业服务合同的规定管理建筑区划内的建筑物及其附属设施，接受业主的监督，并及时答复业主对物业服务情况提出的询问。

物业服务企业或者其他管理人应当执行政府依法实施的应当处置措施和其他管理措施，积极配合开展相关工作。

《物业管理条例》第6条第2款 业主在物业管理活动中，享有下列权利：……（七）监督物业服务企业履行物业服务合同；（八）对物业共用部位、共用设施设备和相关场地使用情况享有知情权和监督权；（九）监督物业共用部位、共用设施设备专项维修资金（以下简称专项维修资金）的管理和使用……

《建筑物区分所有权纠纷解释》第13条 业主请求公布、查阅下列应当向业主公开的情况和资料的，人民法院应予支持：（一）建筑物及其附属设施的维修资金的筹集、使用情况；（二）管理规约、业主大会议事规则，以及业主大会或者业主委员会的决定及会议记录；（三）物业服务合同、共有部分的使用和收益情况；（四）建筑区划内规划用于停放汽车的车位、车库的处分情况；（五）其他应当向业主公开的情况和资料。

理解与适用

一、物业服务人的公开和报告义务

（一）制度目的

在物业服务合同履行过程中，业主和物业服务人对服务信息掌握

的程度不同，存在明显的信息不对称。因此，结合《民法典》第924条关于受托人报告委托事务义务的规定，本条规定了物业服务人的公开和报告义务。这有助于防止物业服务人利用信息优势损害业主的合法权益，有助于保障业主的知情权，便利业主行使监督权，维护自身权益，对物业服务作出正确评判，推进物业服务领域的市场竞争。

关于物业服务人公开和报告的内容、方式，可以在物业服务合同中明确约定，有约定的，按照约定；没有明确约定的，按照有关规定予以确定。

（二）公开和报告的内容

物业服务人公开和报告的内容仅是涉及业主合法权益的有关信息，无须公开和报告与业主的合法权益无关的信息，否则会导致物业服务人的成本过高；同时，物业服务人所公开和报告的是物业服务的情况，而非业主的知情权所需要的所有信息，有些信息并非由物业服务人掌握，而是由业主大会、业主委员会等掌握，这些信息就并非物业服务人公开和报告的内容。为了明确物业服务人公开和报告的内容，维护业主的合法权益，降低物业服务人的成本，本条规定了物业服务人的公开和报告义务的内容，具体如下。

1. 有关物业服务合同的事项

这包括了服务的事项、负责人员、质量要求、收费项目、收费标准、履行情况等。这些都与物业服务合同相关，而且与业主的利益息息相关。例如，负责人员包括项目负责人员的基本情况和联系方式等，履行情况包括上一年度物业服务合同履行及物业服务项目收支情况、本年度物业服务项目收支预算等。

其中比较重要的是物业服务费。关于物业服务费的收费项目和收费标准，《物业管理条例》第40条规定，物业服务收费应当遵循的原则之一就是公开原则。《物业服务收费管理办法》第8条规定：“物业管理企业应当按照政府价格主管部门的规定实行明码标价，在物业管理区域内的显著位置，将服务内容、服务标准以及收费项目、收费标准等有关情况进行公示。”至于物业费的具体使用和支出是否应当公开，应当区分酬金制和包干制而有不同。物业费采取酬金制方式的，《物业服务收费管理办法》第12条第2、3款规定：“物业管理企业应当向业主大会或者全体业主公布物业服务资金年度预决算并每年不少于一次公布物业服务资金的收支情况。”“业主或者业主大会对公布的物业服务资金年度预决算和物业服务资金的收支情况提出质询时，物业管理企业应当及时答复。”第13条规定：“物业服务收费采取酬金制

方式，物业管理企业或者业主大会可以按照物业服务合同约定聘请专业机构对物业服务资金年度预决算和物业服务资金的收支情况进行审计。”但是，采取包干制方式的，由于并不区分费用与报酬，故而物业服务人只需报告物业服务情况，而无须报告物业服务费用的使用情况，故《物业服务收费管理办法》并未要求公开物业服务费用的支出。

2. 维修资金使用情况

按照《住宅专项维修资金管理办法》的规定，业主大会成立前，商品住宅业主、非住宅业主交存的住宅专项维修资金，由物业所在地直辖市、市、县人民政府建设（房地产）主管部门代管；业主大会成立前，已售公有住房住宅专项维修资金，由物业所在地直辖市、市、县人民政府财政部门或者建设（房地产）主管部门负责管理；业主大会成立后，业主大会应当委托所在地一家商业银行作为本物业管理区域内住宅专项维修资金的专户管理银行，专户管理银行将该物业管理区域内业主交存的住宅专项维修资金账面余额划转至业主大会开立的住宅专项维修资金账户，并将有关账目等移交业主委员会；住宅专项维修资金划转后的账目管理单位，由业主大会决定，业主大会应当建立住宅专项维修资金管理制度；业主大会开立的住宅专项维修资金账户，应当接受所在地直辖市、市、县人民政府建设（房地产）主管部门的监督。

据此，物业服务人并不负责维修资金的管理情况，仅能提出使用建议，组织实施使用方案，持有关资料申请列支，由有关行政主管部门或者业主委员会审核同意。但是，在物业服务人组织实施的情况下，物业服务人应当将维修资金的使用情况的账目向有关行政主管部门或者业主大会、业主委员会报告、提交。之后，按照《住宅专项维修资金管理办法》第30、31条的规定，“直辖市、市、县人民政府建设（房地产）主管部门，负责管理公有住房住宅专项维修资金的部门及业主委员会，应当每年至少一次与专户管理银行核对住宅专项维修资金账目，并向业主、公有住房售房单位公布下列情况：（一）住宅专项维修资金交存、使用、增值收益和结存的总额；（二）发生列支的项目、费用和分摊情况；（三）业主、公有住房售房单位分户账中住宅专项维修资金交存、使用、增值收益和结存的金额；（四）其他有关住宅专项维修资金使用和管理的情况。”；“业主、公有住房售房单位对公布的情况有异议的，可以要求复核”；“专户管理银行应当每年至少一次向直辖市、市、县人民政府建设（房地产）主管部门，负责管理公有住房住宅专项维修资金的部门及业主委员会发送住宅专项维修资金对账单”；“直辖市、市、县建设（房地产）主管部门，负责

管理公有住房住宅专项维修资金的部门及业主委员会对资金账户变化情况有异议的，可以要求专户管理银行进行复核”；“专户管理银行应当建立住宅专项维修资金查询制度，接受业主、公有住房售房单位对其分户账中住宅专项维修资金使用、增值收益和账面余额的查询”。

3. 业主共有部分的经营与收益情况

物业服务人对业主共有部分进行经营管理的，经营收益在扣除合理成本后属于业主共有，因此物业服务人应当公布和报告提交经营和收益的情况。

4. 其他与业主共同利益相关的重要事项

这里可能包括：物业服务企业的营业执照、物业服务投诉电话；收费方式；收费调价方案的表决结果；电梯、消防、监控、人防等专项设施、设备的日常维修、保养单位名称、资质、联系方式、维保方案和应急处置方案等；上一年度公共水电费用分摊情况等；其他公共收益收支情况；业主装饰装修的时间、地点等情况；物业服务合同约定的其他应当公示的信息。

（三）公开和报告的方式

公开必须采取合理方式，是否为合理方式的判断标准是是否能够使业主有机会便利地知情，是否在物业服务区域内显著位置公开。这需要在个案中区分不同的事项、所涉及的业主范围、相关法律法规的规定等作细致判断。^[73]例如，业主装饰装修的时间和地点等情况应当至少在业主所在楼内公开；对收费的调价方案的表决结果的公开时间应当有最低公开时间的限制^[74]；相关账目不能过于笼统。^[75]同时，就一些事项，物业服务人在公开之余，应当同时向业主大会、业主委员会采取合理方式报告。强调“并”不会过分增加物业服务人的成本。

公开和报告又可以区分为对常规事项的定期公开和报告，以及对重大事项的及时公开和报告。^[76]对于物业服务中的一些常规事项，物业服务人应当按照约定和法律法规的规定，定期向业主公开，向业主大会或者业主委员会进行报告。例如，物业费采取酬金制的，《物业服务收费管理办法》第12条第2款规定：“物业管理企业应当向业主大会或者全体业主公布物业服务资金年度预决算并每年不少于一次公布物业服务资金的收支情况。”很多地方的物业管理办法规定，物业服务人应当于每年第一季度公示上一年度物业服务合同履行情况、物业服务项目收支情况、本年度物业服务项目收支预算等。对重大事

项，物业服务人应当及时地公开和报告。

就举证责任而言，如果业主就这些事项与物业服务人发生争议，物业服务人应当就已对这些事项进行公开和报告承担举证责任。

二、业主的知情权

本条的规定已经涉及业主的知情权。业主的知情权，是指业主了解建筑区划内涉及业主共有权以及共同管理权的相关事项的权利。业主知情权有助于业主共同管理权的行使，有助于监督相关主体的行为，进而维护业主的利益。因此，业主知情权是业主所享有的固有权利，业主大会、业主委员会、物业服务人不能予以限制或者取消。

对业主的知情权应当区分不同的事项而确定不同的义务主体。例如，针对管理规约、业主大会议事规则，以及业主大会或者业主委员会的决定及会议记录，业主知情权的义务主体是业主大会或者业主委员会；针对建筑区划内规划用于停放汽车的车位、车库的处分情况，针对义务主体是建设单位或者包销人。^[77]

业主行使知情权的方式主要表现为业主的查阅，以及利用摄影、录像或者其他技术手段进行复制，相关义务主体负有协助义务。在查阅过程中，业主也可以聘请专业人士予以协助。如果相关义务主体不予协助，则业主可以申请强制查阅。同时，如果个别查询费时费力，业主也可以请求相关义务主体公开。业主行使知情权的方式也可以表现为质询，相关义务主体应当及时答复。例如，《民法典》第285条第1款中规定，物业服务企业或者其他管理人应当及时答复业主对物业服务情况提出的质询。《物业服务收费管理办法》第12条第3款据此规定：业主或者业主大会对公布的物业服务资金年度预决算和物业服务资金的收支情况提出质询时，物业管理企业应当及时答复。

但是，业主知情权的行使，也应当受到合理的限制，以避免损害相关义务主体的合法权益、增加相关义务主体的成本。基于比例原则，这里可以考虑以下限制的可能性。

（1）相关信息的范围。业主知情权的范围应当限于与业主的合法权益有关的信息，而不涉及与业主的合法权益无关的信息。^[78]

《建筑物区分所有权纠纷解释》第13条规定：“业主请求公布、查阅下列应当向业主公开的情况和资料的，人民法院应予支持：（一）建筑物及其附属设施的维修资金的筹集、使用情况；（二）管理规约、业主大会议事规则，以及业主大会或者业主委员会的决定及会议记录；（三）物业服务合同、共有部分的使用和收益情况；（四）建筑

区划内规划用于停放汽车的车位、车库的处分情况；（五）其他应当向业主公开的情况和资料。”

（2）业主行使查阅权的主观目的。这里需要区分业主申请查阅的文件或者情况的性质。对于某些文件或者情况，例如管理规则或者业主大会议事规则，以及业主大会的会议记录等，业主无须证明具有正当目的即可申请查阅。对于另外一些性质的文件或者情况，需业主具有正当目的才能查阅或者了解，即业主只有具有正当的查阅目的时才能查阅。关于正当目的的判断标准是，只要业主行使查阅权获取信息与保护业主的合法权益具有直接的关系，业主的查阅目的就具有正当性。如果业主查阅是为了获取物业服务人的商业秘密而意图提供给相关竞争主体，则该目的不具有正当性。同样，如果业主是以扩展营业为目的而向业主散发广告等宣传品，也不具有正当目的。^[79]

（3）保障业主知情的合理方式。相关义务主体只要能够通过合理方式使业主知情即可，业主无权请求相关义务主体采取超过保障业主知情范围的方式。^[80]

■ 第九百四十四条

业主应当按照约定向物业服务人支付物业费。物业服务人已经按照约定和有关规定提供服务的，业主不得以未接受或者无需接受相关物业服务为由拒绝支付物业费。

业主违反约定逾期不支付物业费的，物业服务人可以催告其在合理期限内支付；合理期限届满仍不支付的，物业服务人可以提起诉讼或者申请仲裁。

物业服务人不得采取停止供电、供水、供热、供燃气等方式催交物业费。

本条主旨

本条是关于业主支付物业费义务的规定。

相关条文

《民法典》第273条第1款 业主对建筑物专有部分以外的共有部分，享有权利，承担义务；不得以放弃权利为由不履行义务。

《物业管理条例》第41条 业主应当根据物业服务合同的约定交纳物业服务费用。业主与物业使用人约定由物业使用人交纳物业服务费用的，从其约定，业主负连带交纳责任。

已竣工但尚未出售或者尚未交给物业买受人的物业，物业服务费用由建设单位交纳。

第64条 违反物业服务合同约定，业主逾期不交纳物业服务费用的，业主委员会应当督促其限期交纳；逾期仍不交纳的，物业服务企业可以向人民法院起诉。

《物业服务纠纷解释》第5条 物业服务企业违反物业服务合同约定或者法律、法规、部门规章规定，擅自扩大收费范围、提高收费标准或者重复收费，业主以违规收费为由提出抗辩的，人民法院应予支持。

业主请求物业服务企业退还其已收取的违规费用的，人民法院应予支持。

第6条 经书面催交，业主无正当理由拒绝交纳或者在催告的合理期限内仍未交纳物业费，物业服务企业请求业主支付物业费的，人民法院应予支持。物业服务企业已经按照合同约定以及相关规提供服，业主仅以未享受或者无需接受相关物业服务为抗辩理由的，人民法院不予支持。

第7条 业主与物业的承租人、借用人或者其他物业使用人约定由物业使用人交纳物业费，物业服务企业请求业主承担连带责任的，人民法院应予支持。

理解与适用

一、业主支付物业费的义务

依据《民法典》第939条，物业服务合同对业主具有法律约束力。在物业服务合同中，物业服务人提供物业服务，而业主所负有的主给付义务就是向物业服务人支付物业费，因此，业主支付物业费就是基于物业服务合同，业主就负有按照物业服务合同的约定向物业服务人支付物业费的合同义务。关于物业费的标准和收取办法，在对《民法典》第938条的释评中已经说明，本处不赘述。以下仅对其他一些特殊问题予以阐述。

（一）支付义务主体

既然物业服务合同对业主具有法律约束力，那么负有支付物业费义务的主体就是业主。^[81]在对《民法典》第939条的释评中已经说明，业主包括了以下几类：（1）依法登记取得建筑物专有部分所有权者；（2）即使未登记，但依据《民法典》第229～231条规定取得建筑物专有部分所有权者；（3）基于与建设单位之间的商品房买卖民事法律行为，已经合法占有建筑物专有部分，但尚未依法办理所有权登记的人。除此之外，还有以下特殊的支付义务主体。

1. 建设单位

当然，如上文所述，建设单位属于上述第二类业主。这里涉及建设单位和业主支付物业费义务的时间节点，故专门论述。《物业管理条例》第41条第2款规定：“已竣工但尚未出售或者尚未交给物业买受人的物业，物业服务费用由建设单位交纳。”《物业服务收费办法》第16条进一步规定：“纳入物业管理范围的已竣工但尚未出售，或者因开发建设单位原因未按时交给物业买受人的物业，物业服务费用或者物业服务资金由开发建设单位全额交纳。”据此，建设单位因为自己原因而未将专有部分交付给买受人的，例如，不符合交付条件而通知交付，导致买受人不受领，建设单位就负有支付物业费的义务。^[82]当然，建设单位可与业主在不违反法律强制性规定的前提下，约定物业费于其他合理时点转由业主负担，但该约定因涉及义务之转移，应当经物业服务人确认并同意，才对物业服务人产生约束力。^[83]

2. 物业承租人、借用人或者其他物业使用人

《物业管理条例》第41条第1款规定：“业主应当根据物业服务合同的约定交纳物业服务费用。业主与物业使用人约定由物业使用人交纳物业服务费用的，从其约定，业主负连带交纳责任。”《物业服务纠纷解释》第7条据此规定：业主与物业的承租人、借用人或者其他物业使用人约定由物业使用人交纳物业费，物业服务企业请求业主承担连带责任的，人民法院应予支持。这里所谓的物业使用人，应当是指经过业主同意而有权使用物业的人，不当包括未经业主同意而使用物业的人；包括承租人、借用人等他主占有人，也包括与业主订立了房屋买卖合同、已经交付房屋但未取得房屋所有权人的买受人。

物业服务合同对业主具有约束力，但是，物业使用人并非物业服务合同的当事人，因此，物业使用人并不当然负有支付物业费的义务。如果物业使用人与业主关于支付物业费的义务没有约定，或者明

确约定由业主支付物业费，那么业主当然是支付物业费的义务主体，物业使用人并非物业费的义务主体。如果业主与物业使用人明确约定由物业使用人支付物业费，则业主不再支付物业费。若这经过了物业服务人的明确同意，则可以认为《民法典》是第551条所规定的债务转移。此时，物业服务人仅能请求物业使用人支付物业费，而无权请求业主支付物业费。

最为困难也最为常见的情形是，业主与物业使用人明确约定由物业使用人支付物业费，且未经物业服务人同意的情形；或者虽然明确约定由物业使用人支付物业费，但并未约定业主不再支付物业费。此时，不能对物业服务人增加不利，业主不能轻易摆脱支付物业费的义务。此可以被理解为《民法典》第552条所规定的债务加入。其正当性在于，物业使用人支付物业费的义务在于其意思表示，且其实际享受了物业服务，而业主仍然负有支付物业费的连带责任是因为物业服务合同的约定。^[84]因此，将之理解为债务加入，对物业使用人和业主的利益并无损失，因为他们本来就负有支付的义务，仅仅是支付的对象不同而已，同时对物业服务人更为有利。

如果将之理解为债务加入，那么业主和物业使用人就支付物业费负有连带债务，但连带债务的范围和金额应当受到物业服务合同和业主与物业使用人之约定的双重限制。^[85]即使业主和物业使用人之间约定仅物业使用人支付物业费，这种约定也并不能对抗物业服务人，他们对物业服务人仍然应当承担连带债务，仅仅是业主在承担了连带债务后有权按照约定向物业使用人追偿。此时应当适用《民法典》第552条及以下条文关于债务加入的规则，同时也要适用《民法典》第518条及以下条文关于连带债务的一般规则。例如，物业使用人可以依据《民法典》第553条的规定，主张业主对物业服务人的合法抗辩。但是，物业使用人因为业主违反其与自己订立的合同而对业主享有抗辩权的，是否可以向物业服务人主张该抗辩？考虑到物业服务合同的特殊情形，物业服务人仍可以请求业主支付物业费，其利益仍然能够得到保障，故应当允许物业使用人提出此等抗辩，除非物业服务人和物业使用人另有约定。^[86]

3. 物业继受人

物业继受人对其成为业主后的物业费自然负有支付义务。《物业服务收费管理办法》第15条第3款规定：“物业发生产权转移时，业主或者物业使用人应当结清物业服务费用或者物业服务资金。”但是，原业主拖欠物业服务人物业费时，物业继受人是否负有支付义务？一种观点认为，新业主所继受的是法律或者规约所规定的义务，例如规约所订缴纳物业费的义务，而非积欠的义务，后者属于原业主的个人

债务。^[87]另一种观点认为：继受人于继受区分所有权之前有义务向物业服务人查询其前手物业费之交纳情况，如若物业服务人不能够向继受人主张，而物业又已经转入继承人名下，则追缴物业费将更难实现，最终会损害其他业主的利益。因而应当突破物权和债权的区分，从公平的角度出发，承认继受人需要继受其前手所拖欠的物业费缴纳义务。^[88]此时，可以区分新业主是否知道或者应当知道原业主拖欠物业费，如果新业主知道或者应当知道，则其对原业主拖欠的物业费负有支付义务。这可以督促新业主在签订和履行合同时了解相关情况并作出相应安排。此时类似于“物上债务”。当然，新业主可以依据其与原业主之间的合同请求原业主承担违约责任。

业主死亡时，应区分不同情况。第一，诉争的欠费发生在业主死亡之前的，欠付的物业费属于业主生前债务，由业主之遗产的继承人或者受遗赠人负责清偿，清偿债务以遗产的实际价值为限。超过遗产实际价值的部分，继承人自愿偿还的，不在此限。第二，诉争的欠费发生在业主死亡之后的，欠付的物业费属于继承房产的继承人或者接受遗赠的受遗赠人的债务，由继承房产的继承人或者接受遗赠的受遗赠人负责清偿。第三，诉争的欠费部分发生在业主死亡之前、部分发生在业主死亡之后的，以业主死亡的时间为分界点确定欠费的清偿义务人。第四，业主的继承人或者受遗赠人在2人以上，且均不放弃继承权或者均表示接受遗赠，但继承人或者受遗赠人之间尚未就遗产如何处理达成一致意见的，鉴于继承人或者受遗赠人各自的继承份额或者受遗赠份额尚未确定，所欠物业费可由所有继承人或者受遗赠人共同负担。在继承人或受遗赠人各自的继承份额或者受遗赠份额确定后，如果其中某个人对物业服务人承担的责任超出其应承担的份额的，可以向其他连带责任人追偿。

（二）未上市“房改房”物业费的支付主体

此时，应当审查物业服务人与“房改房”购房人、按“房改”政策出售公有住宅的单位之间对物业费的负担是否有约定：有约定的，按照约定处理。没有约定的，对于未上市“房改房”在相关政策实施之前的物业费，仍按照之前政策的规定，物业费支付主体不因换房、继承等原因而变更。但对于购房人因辞职等原因已不在原单位工作，国有企业因改制等原因已无法继续负担或报销职工的物业费等情况，基于权利、义务相一致的原则及公平原则，物业费应当由个人负担。但是，目前，很多省（市、自治区）规定了“房改房”物业费改革的政策，基本遵循了物业服务社会化、商品化、货币化的改革方向，规定单位不再支付而由个人支付物业费。

以北京市为例：根据2006年《北京市建设委员会关于按房改政策

出售公有住房和安居（康居）住房物业服务费缴纳问题的通知》，在《北京市物业服务收费管理办法（试行）》实施前，按“房改”政策出售公有住宅的单位、购买安居（康居）住宅的职工所在单位和“房改房”、安居（康居）购房人，仍应按照该办法实施前的物业服务费用水平各自承担相应的物业服务费用缴纳义务，即物业服务收费水平和物业服务费用缴纳责任主体维持不变。根据《关于在京中央和国家机关职工住宅区物业管理和供热采暖改革的意见》（以下简称〔2014〕504号文）的规定，建立住房物业服务、采暖补贴制度，在京中央和国家机关、中央和国家机关各部门所属其他在京事业单位、在京中央企业所属事业单位，不再交纳或者报销职工的物业服务、采暖费。2015年《关于北京市机关事业单位物业服务改革有关问题的通知》指出，建立职工住房物业服务补贴制度，自2015年1月1日起，本市机关、事业单位不再承担按“房改”政策出售公有住房的物业服务费，由职工与物业服务企业签订物业服务合同，自行交纳，机关、事业单位同时按月向职工发放物业服务补贴。对于国有企业等单位“房改房”物业费的负担问题，2015年4月发布的《关于在京中央和国家机关职工住宅区物业管理和供热采暖改革有关问题的通知》就〔2014〕504号文的适用范围指出：在京中央企业所属事业单位人员适用〔2014〕504号文；在京中央事业单位转企改制后，在编在职职工执行企业相关政策；转企改制前人员经费由财政负担的离退休人员适用〔2014〕504号文。因此，对于国有企业等单位“房改房”的物业费，应坚持物业服务社会化、商品化、货币化的改革方向，由个人负担。

二、业主支付物业费的抗辩事由

（一）未接受或者无须接受相关物业服务不能作为抗辩事由

首先，业主不得以未接受相关物业服务为由抗辩。在实践中，空置房的业主经常以其未入住小区、未享受物业服务为由拒交物业费；有的业主以其长期出差、出国为由，主张未享受物业服务而拒交物业费；也有业主以其未享受物业服务人提供的某项服务，如小区临时停车服务、信件或报纸递送服务等为由拒交物业费。^[89]本条第1款规定，业主不得以未接受相关物业服务为由抗辩。

其次，业主不得以无须接受或者放弃相关物业服务为由抗辩。业主不得以不乘电梯、无须保洁或安保为由而拒绝缴纳电梯使用费、保洁费等物业费，也不得以无须享受小区提供的公共健身与娱乐设施服务为由，拒交物业服务人因管理这些公共设施所支出的费用；同样，也不得以放弃一些权利为由拒绝支付物业费。《民法典》第273条第1款就明确规定，业主不得以放弃权利为由不履行义务。

之所如此规定，原因在于：第一，物业服务人并未违约；第二，对共有部分的管理和利用由全体建筑物区分所有权人以团体意思决议，而不能以单个区分所有权人的个体意思为准，各个区分所有权人之间不再是简单的财产共有关系，而是相互依存、相互协助的共同生活关系。^[90]

（二）物业服务人未按照约定和有关规定提供服务为抗辩事由

首先，抗辩所涉事由属于物业服务人所提供物业服务的内容。有的业主提出的抗辩事由，如房屋质量存在问题或者供暖温度不达标，属于房屋买卖合同或者供用热力合同法律关系范畴，并非物业服务人所提供物业服务的内容，故这些抗辩事由不构成拒绝交纳或者要求减少交纳物业费的合法抗辩。例如，《物业管理条例》第31条规定：“建设单位应当按照国家规定的保修期限和保修范围，承担物业的保修责任。”第51条第1款规定：“供水、供电、供气、供热、通信、有线电视等单位，应当依法承担物业管理区域内相关管线和设施设备维修、养护的责任。”这些都不属于物业服务人提供物业服务的范围。但是，《物业管理条例》第44条规定，物业管理区域内，供水、供电、供气、供热、通信、有线电视等单位应当向最终用户收取有关费用；同时，物业服务人可以接受委托代收。如果物业服务人与电、水、气、热等的供应部门因代收代缴发生争议，致使供应部门停止电、水、气、热等的供应，给业主造成损失的，业主有权请求供应部门履行义务并赔偿损失，也有权选择要求物业服务人履行合同义务、赔偿损失，并拒绝支付相应的物业费；物业服务人承担赔偿责任后，认为自己没有过错的，有权向有关责任人追偿。^[91]同时，《物业管理条例》第43条规定：“物业服务企业可以根据业主的委托提供物业服务合同约定以外的服务项目，服务报酬由双方约定。”这意味着，物业服务合同约定内容以外的服务项目，需要业主和物业服务人在物业服务合同之外约定，业主不能以该服务项目未按照约定提供为由拒交物业费。

其次，业主拒交物业费的此种抗辩必须有正当理由。小区业主常以物业服务人未全面履行提供物业服务的义务或者提供的物业服务不达标，如小区车辆乱停乱放而无人管理，绿化带被其他业主用来种菜而无人制止，小区垃圾未及时清理，保安擅离岗位或值班时睡觉，共有部分未予及时维修等为由拒交物业费。在物业服务合同中，如同在《民法典》第942条中所作论述，认定物业服务人是否按照约定和有关规定提供了物业服务，存在诸多难点。业主人数众多，其对物业服务人是否履行了义务常有“以偏概全”的问题^[92]，如果业主任意地以此为由拒交物业费，将会使物业服务人失去收入来源，经营困难，最终导致服务质量降低，妨害物业服务人的正常经营，由此损害小区环

境，妨害业主的正常生活。^[93]此时应当对业主的此种抗辩予以细致认定。

基于《民法典》第525条及以下条文所产生的履行抗辩权以义务之间具有对价关系为前提，而对价关系的判定需要在个案中结合诚信原则进行。业主以物业服务人未按照约定和有关规定提供服务作为抗辩事由、行使履行抗辩权，应当以双方的义务之间具有符合诚信原则的对价关系为前提。据此，《物业服务纠纷解释》第6条规定，业主行使抗辩权必须以具有“正当理由”为前提，这限定在物业服务人不履行物业服务合同，或者履行合同有重大瑕疵，或者业主不交物业费具有其他正当的、合理的理由。^[94]至于具体的举证责任在对《民法典》第942条的释评中已经阐述。

如果物业服务人对于基本的物业服务都难以提供，或者物业服务人提供服务的项目和质量与合同约定的标准差距明显，一般可以认定为物业服务人履行义务未达标并且构成根本违约，此时业主可以拒付或者要求减少交纳物业费。^[95]如果物业服务人已经提供物业服务，仅仅是在服务的某些环节、个别区域做得不够好，存在一般瑕疵，例如少量照明设备损坏、电梯偶尔无法正常运行，那么，并不构成根本性违约，因而不足以成为业主拒交全部物业费的合法理由，但可以成为判定物业服务人减收相应物业费的依据，也即业主以物业服务人违约为由依据《民法典》第582条请求“减少价款或者报酬”^[96]。

但是，是否酌减物业费，应当针对当事人诉争的物业服务事项，根据双方举证质证情况，将物业服务人提供服务的实际情况与物业服务合同所约定的服务标准进行对照。对于物业服务存在瑕疵但情节明显轻微的，不宜直接扣减物业费；对于物业服务质量与合同约定差距明显且属长期持续状态的，应当适当酌减物业费。

如果物业费是分不同项目收取的，则业主仅能就物业服务人未尽职责部分的费用行使抗辩权，而不能以拒交全部物业费的方式行使抗辩权。在物业服务人拒收部分物业费的除外实践中，常见的应予酌减物业费的情形主要有：（1）物业服务人对于小区共用部位、共用设施设备没有尽到日常维护的义务；（2）小区绿化情况明显达不到合同约定的绿地养护标准；（3）对于公共区域的秩序未予维护，对公共财产未能尽到必要的注意义务；（4）对于电梯的养护、运行、维护没有尽到义务等。但是，如果物业服务人没有按照规定公开物业费收支情况，侵害了业主的知情权，业主可以要求物业服务人予以公开，但业主以此为由要求减少物业费，一般不会得到支持。

同时，在酌减物业费时，应当尽量明确酌减比例的参考标准。目

前已经有相关的地方性法规或标准对于物业服务质量的评价体系作出了规定，审判实践中可以予以参照。如《南京市普通住宅物业服务等级和收费标准》将南京市普通住宅物业服务项目根据服务内容、服务要求和设施设备配置等情况分为五项，分别是综合管理服务，公共区域秩序维护服务，公共区域清洁卫生服务，公共区域绿化日常养护服务，共用部位、共用设施设备的日常运行、保养、维修服务。该标准前四项分别被划分为五个服务等级（从一级至五级，服务标准从低到高），每个等级对应一个收费标准；第五项分为9个子项，各子项根据具体情况分为三类（从一类至三类，服务标准从低到高）或不分类，每一个类别对应一个收费标准。若物业服务人的收费系某级某类标准，则当物业服务人提供某项服务出现重大瑕疵时，可以相应地扣减该类别服务所占比例的费用。^[97]

（三）物业服务人违规收费为抗辩事由

关于物业费的标准，在《民法典》第938条的释评中已经论述，《物业管理条例》和《物业服务收费管理办法》已经作出了明确的规定。物业服务人的收费依据，包括法律、行政法规、地方性法规以及部门规章，但是，地方政府规章无权对物业费的收取标准作出规定。如果物业服务人违反物业服务合同的约定或者法律、法规、部门规章的规定，擅自扩大收费范围、提高收费标准或者重复收费的，按照《物业服务纠纷解释》第5条的明确规定，业主有权以违规收费为由提出抗辩，同时，也有权请求物业服务人退还其已收取的违规费用。例如，《物业管理条例》第44条第2款规定，“物业服务企业接受委托代收前款费用的，不得向业主收取手续费等额外费用”。同时，《物业服务收费管理办法》第17条中规定，物业服务企业可以向委托单位收取手续费。再如，如果公共费用分摊不合理致使部分业主拒绝交费，应按相关规定在合理确定各业主应摊费用的基础上，确定其费用；如业主多支付了应摊费用，物业服务人应予返还。^[98]

审判实践中，关于个案中能否启动物业费标准的评估并将评估报告作为法院审查认定物业费标准的依据，存在不同的认识。有的观点认为：第一，审判实践中往往是物业服务人与个别业主之间存在物业费纠纷，在个案中当事人提出评估申请，法院委托进行评估的，该评估结论只对个案的业主和物业服务人具有约束力。其他业主未进入诉讼，无法就物业费标准问题陈述意见，故该评估结论对其他业主没有约束力，否则，会剥夺其他业主的程序权利。第二，其他业主可能事实上按照其他物业费标准向物业服务人交纳了物业费，与个案评估报告确定的物业费标准不同，可能引发同小区出现新的诉讼，社会效果不好。但也有观点认为：第一，评估报告可以作为认定市场价格的重要依据，审判实践中可以适用。第二，物业服务具有公共性，面向的

是不特定的多数业主，虽然是在个案中评估物业费标准，但评估的是物业服务人对全体业主而非诉讼中的个别业主所提供物业服务的情况，故除非其他业主有特殊情况，否则个案评估的物业费标准应当对其他业主也具有约束力。第三，如果部分业主已经按照不同的物业费标准向物业服务人支付了物业费，那这是部分业主与物业服务人就二者之间私权利的处分，具有相对性，对其他业主没有法律约束力，也不能否定评估报告中关于物业费标准的评估结论。考虑到纠纷的解决，可以认为，在个案中可以依法启动物业费标准的评估程序，至于评估结论能否作为该案或者同小区其他案件中认定物业费标准的依据，应注意审查案件中的证据情况。如果当事人提出反驳证据或者理由的，法院应当按照证据规则予以审查。^[99]

物业服务人要调整物业费收费标准的，此时应当属于《民法典》第278条规定的“有关共有和共同管理权利的其他重大事项”，应当由业主依据第278条的表决程序共同决定。物业费调整经过业主表决的法定程序形成决议后，该决议可以作为法院确定新的物业费标准的依据，法院可据此依法予以确认并支持物业服务人按照调整后的价格收取物业费的诉讼请求。但是，不能根据物业服务人通过与符合法定人数的业主分别签订合同确认调价或者符合法定人数的业主按照调价后的标准实际交纳物业费的行为，直接推定调价成立，并据此认定调价对全体业主具有法律约束力。

三、业主违反支付物业费义务的违约责任

（一）催告为前置程序

在物业服务合同中，业主的主给付义务就是支付物业费。当业主无正当理由而不履行该义务或者履行该义务不符合约定时，依据《民法典》第577条的规定，业主应当承担继续履行、赔偿损失等违约责任。

根据本条第2款的规定，业主违反约定逾期不支付物业费的，物业服务人可以催告其在合理期限内支付；合理期限届满仍不支付的，物业服务人才可以提起诉讼或者申请仲裁。这是将物业服务人的催告作为提起诉讼或者申请仲裁的前置程序。这是基于现实情况所作出的规定。业主之所以不支付物业费，原因多种多样，并不能就此断定业主具有逃避债务的恶意。现实中一个常见的原因是，业主并未在物业服务区域居住，或者忘记支付。因此，将物业服务人的催告作为前置程序，可以为业主和物业服务人提供沟通机会，给业主一定的宽限期，有助于减少诉讼或者仲裁。^[100]据此，《物业服务纠纷解释》第6条采取了同样的态度。《物业管理条例》第64条也规定：“违反物业

服务合同约定，业主逾期不交纳物业服务费用的，业主委员会应当督促其限期交纳；逾期仍不交纳的，物业服务企业可以向人民法院起诉。”该条将催告主体规定为业主委员会，认为支付物业费是业主对业主团体的义务。这符合法理。但是，实践中业主自治并不充分，且物业服务合同约定物业服务人和业主，物业服务人与物业费的收取具有更为直接密切的关系，因此，同时赋予物业服务人催告权符合实际情况。

关于催告的形式，《物业服务纠纷解释》第6条限制于书面催告，但本条不限于书面催告。采书面形式当然更有利于举证，传真、书面公告、电子邮件等都是书面形式，但是，上门催交、电话催交也未尝不可。催交也应当具有合理性，例如，书面公告应当在不能联系到业主时方可使用，并且应当在物业服务区域内显著位置公示。^[101]催交也应当给予业主合理的期限。

这同时意味着，物业服务人只能采取催告的方式催交，而不得采取停止供应电、水、气、热力、通讯、有线电视等方式催交。本条第3款规定：物业服务人不得采取停止供电、供水、供热、供燃气等方式催交物业费。以供电为例：供电合同的双方当事人是供电人和用电人，物业服务人并非供电合同的当事人。依据《民法典》第654条第1款，用电人经催告在合理期限内仍不支付电费和违约金的，供电人可以按照国家规定的程序中止供电。这意味着，中止供电的权利人是供电人而非物业服务人。即使供电人委托物业服务人代收电费，也并未改变这一点。即使物业服务合同中约定，在业主不支付物业费的情况下，物业服务人有中止供电的权利，这一约定也是无效的。因此，物业服务人采取停止供应电、水、气、热等方式催交物业费，给业主造成损失的，业主可以要求物业服务人承担赔偿责任。^[102]

实践中，也存在物业服务人以停止向业主提供公共服务的方式催交，例如拒绝为业主办理门禁卡、限制业主使用电梯等。^[103]业主对共有部分享有权利，持有门禁卡、使用电梯是业主的共有权利的一部分，物业服务人无权予以剥夺，否则就是侵犯了业主的共有权，业主有权依据《民法典》第287条的规定，请求物业服务人承担停止侵害、排除妨碍、赔偿损失等民事责任。物业服务人采取暴力威胁的方式催交的，更是侵犯了业主的人身权。^[104]

（二）业主的违约责任

违约责任的承担主体是业主，而非业主大会或者业主委员会。经过催告，业主在催告确定的合理期限或者其他合理期限内仍不履行支付义务，或者在合理期限届满前明确表示或者以自己的行为表明不履

行支付义务的，物业服务人可以提起诉讼或者申请仲裁，请求业主继续履行支付义务、赔偿损失。在此适用违约责任的一般规定。

首先，依据《民法典》第579条，业主应当继续履行支付物业费的义务。金钱债务并无不能继续履行的情形。

其次，业主应当赔偿损失。如果物业服务合同中约定了迟延违约金，实践中通常称之为“滞纳金”，则物业服务人有权请求业主支付违约金，业主支付违约金后，仍然应当支付欠缴的物业费。同时，适用《民法典》第585条第2款规定的违约金调整规则。^[105]在未约定迟延违约金的情况下，业主也应当就支付逾期付款承担赔偿责任，即承担迟延履行期间的债务利息。按照新的司法政策，关于赔偿的标准可以考虑全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率（LPR）。同时，应当从合理期限届满时而非从不支付时开始计算。

根据本条规定，物业服务人请求的方式是提起诉讼或者申请仲裁。提起诉讼，也包括依据《民事诉讼法》第214条及以下条文所规定的督促程序申请支付令。如果业主对债权债务关系没有异议，仅对清偿能力、清偿期限、清偿方式等提出异议的，不影响支付令的效力。

（三）诉讼时效

物业服务人请求业主支付物业费的权利属于普通的请求权，且不属于《民法典》第196条规定的不适用诉讼时效的请求权，故适用3年的诉讼时效期间。关于其诉讼时效的起算点，存在不同观点。一种观点认为，应当适用《民法典》第189条的规定，即“当事人约定同一债务分期履行的，诉讼时效期间自最后一期履行期限届满之日起计算”^[106]。另一种观点认为，支付物业费并非同一债务的分期履行，诉讼时效应当分别计算，从该笔物业费的支付期限届满之日起计算。^[107]第189条的规定仅适用于分期给付合同，即给付的范围已事先确定，故是同一债务，仅仅是履行方式是分期分批而已，故而不能当然适用于继续性合同中的持续性给付和重复给付。基于物业服务合同中的支付物业费属于继续性合同产生的给付义务，给付的范围由时间决定，故不适用《民法典》第189条。故应以后一种观点为妥，不应一概从最后一期的履行期限届满之日起计算，而应当分别审查各期物业费的诉讼时效期间的起算点。同时，《民法典》第195条规定的诉讼时效中断的规则有助于保护物业服务人的利益。例如，物业服务人能够提供一定的证据证明其在诉讼时效期间，以电话、张贴公告、邮寄信件等方式向业主催交物业费，即构成“权利人向义务人提出履行请求”，就可以导致诉讼时效的中断。^[108]

第九百四十五条

业主装饰装修房屋的，应当事先告知物业服务人，遵守物业服务人提示的合理注意事项，并配合其进行必要的现场检查。

业主转让、出租物业专有部分、设立居住权或者依法改变共有部分用途的，应当及时将相关情况告知物业服务人。

本条主旨

本条是关于业主有告知和协助义务的规定。

相关条文

《物业管理条例》第49条 物业管理区域内按照规划建设的公共建筑和共用设施，不得改变用途。

业主依法确需改变公共建筑和共用设施用途的，应当在依法办理有关手续后告知物业服务企业；物业服务企业确需改变公共建筑和共用设施用途的，应当提请业主大会讨论决定同意后，由业主依法办理有关手续。

第52条 业主需要装饰装修房屋的，应当事先告知物业服务企业。

物业服务企业应当将房屋装饰装修中的禁止行为和注意事项告知业主。

理解与适用

一、业主装饰装修房屋的告知和协助义务

对物业的装饰装修是业主行使专有部分所有权的一种方式，但是，装饰装修对其他业主的利益会产生直接影响：不适当的装饰装修会危及建筑物的安全，妨碍物业服务人妥善提供物业服务，危害其他业主的利益，例如，物业装饰装修损害承重结构，产生噪音，导致天花板漏水致其他业主遭受损失等。物业服务人对业主的装饰装修活动应当进行适度的管理、指导、监督，防止损害业主团体和其他业主的合法权益。这是物业服务人履行物业服务合同，实现对“物”有效管

理、维护的必然要求。因此，本条第1款对业主的装饰装修行为予以特别规定，吸收《物业管理条例》第52条的规定，使业主负有告知和协助义务。

首先，业主应当事先告知物业服务人。业主进行装饰装修活动的，应当及时将相关情况告知物业服务人，以便物业服务人采取适当措施。《物业管理条例》第52条第1款对此作了明确规定。业主违反了该告知义务的，物业服务人有权制止业主的装饰装修行为。《住宅室内装饰装修管理办法》第15条第2款还进一步规定：“装修人对住宅进行装饰装修前，应当告知邻里。”

其次，遵守物业服务人提示的合理注意事项的义务。《物业管理条例》第52条第2款规定：“物业服务企业应当将房屋装饰装修中的禁止行为和注意事项告知业主。”例如，物业服务人应告知业主建筑物的承重墙、管道及电线线路等，防止业主因不知情而实施了损害业主共同利益的行为。《住宅室内装饰装修管理办法》第16条第1款进一步规定，装修人，或者装修人和装饰装修企业，应当与物业服务人签订住宅室内装饰装修管理服务协议。但是，业主的遵守义务以物业服务人提供的注意事项是合理的作为前提。在实践中，部分物业服务人对业主装修收取过高的管理费、押金，或者设置其他不合理的限制条件。这不合理地侵害了业主对专有部分的权益，业主对此并无遵守义务。例如，《住宅室内装饰装修管理办法》第19条规定：“禁止物业管理单位向装修人指派装饰装修企业或者强行推销装饰装修材料。”例如，物业服务人以业主必须与物业服务人指派的装饰装修企业订立合同作为前提条件，就是不合理的，业主可以依据《民法典》第287条请求物业服务人承担民事责任。

业主对物业服务人提示的合理注意事项应当遵守，避免实施损害业主共同利益和妨碍物业服务人妥善提供物业服务的行为。例如，《住宅室内装饰装修管理办法》第5条第1款规定：“住宅室内装饰装修活动，禁止下列行为：（一）未经原设计单位或者具有相应资质等级的设计单位提出设计方案，变动建筑主体和承重结构；（二）将没有防水要求的房间或者阳台改为卫生间、厨房间；（三）扩大承重墙上原有的门窗尺寸，拆除连接阳台的砖、混凝土墙体；（四）损坏房屋原有节能设施，降低节能效果；（五）其他影响建筑结构和使用安全的行为。”第6条第1款规定：“装修人从事住宅室内装饰装修活动，未经批准，不得有下列行为：（一）搭建建筑物、构筑物；（二）改变住宅外立面，在非承重外墙上开门、窗；（三）拆改供暖管道和设施；（四）拆改燃气管道和设施。”同时，物业服务人往往会对装修期间频繁的人员进出进行管理，对装修材料的质量进行检查，并且对

装修行为的合法性进行核实登记，等等。此不仅是物业服务人的义务，亦是其权利，业主应当遵守和配合。

最后，配合物业服务人进行必要的现场检查的义务。为了确保建筑物的安全，物业服务人有权对装饰装修活动进行必要的现场监督、检查，以便及时发现和制止不当行为。在此过程中，业主应当积极协助、配合物业服务人履行职责，不得横加阻挠。这同样以物业服务人的现场检查是必要的为前提。

二、业主对其他重要事项的告知义务

首先是业主转让、出租物业专有部分以及设立居住权的告知义务。业主转让、出租物业专有部分以及设立居住权，均属于业主依据专有权所享有的权利。但是，这些行为都涉及物业服务相对人的变化，故业主负有告知物业服务人的义务，以最大限度促使物业服务人了解情况，知悉相关物业的真实使用情况，确定物业服务享有之主体、物业服务人救济权利主张的对象，为物业服务的及时提供与物业服务区域秩序的有效维护创造前提。这在很多关于物业管理的地方性法规中都已经得到规定，同时可能会受一定的期限限制，例如15日或者30日。此外，业主不仅应告知物业服务人，也要告知业主委员会，明确相关情况的范围包括具体行为、相对人的姓名与联系方式等。同时，业主对其相对人也负有其他义务，例如将管理规约、物业服务合同、有关费用交纳情况等事项告知相对人，并且在转让时向买受人出具缴纳物业费的证明等。

其次是依法改变共有部分用途的告知义务。《物业管理条例》第49条规定：“物业管理区域内按照规划建设的公共建筑和共用设施，不得改变用途。”“业主依法确需改变公共建筑和共用设施用途的，应当在依法办理有关手续后告知物业服务企业；物业服务企业确需改变公共建筑和共用设施用途的，应当提请业主大会讨论决定同意后，由业主依法办理有关手续。”除告知物业服务人外，业主改变共有部分用途的，还需要业主大会共同决定，并依法办理有关手续等。

除本条规定的义务之外，业主也依据物业服务合同和法律、法规的规定负有其他义务。例如，《物业管理条例》第50条第2款中规定，因维修物业或者公共利益，业主确需临时占用、挖掘道路、场地的，应当征得业主委员会和物业服务企业的同意。

三、物业服务人为提供物业服务所享有的权利

物业服务人负有妥善提供物业服务的各项义务。为妥善履行上述

义务，物业服务人也应当相应地享有对物的管理权和对人的管理权，物业服务人据此享有相应的权利。《民法典》第285条第1款据此规定：“物业服务企业或者其他管理人根据业主的委托，依照本法第三编有关物业服务合同的规定管理建筑区划内的建筑物及其附属设施，接受业主的监督，并及时答复业主对物业服务情况提出的询问。”

因此，对于业主违反物业服务合同或者法律、法规、管理规约的行为，物业服务人有权制止并向相关行政主管部门和业主委员会报告，其制止不构成侵权行为。^[109]但是，物业服务人是否有权请求业主承担恢复原状、停止侵害、排除妨害等责任，并不明确。《民法典》第286条规定：“业主应当遵守法律、法规以及管理规约……”“业主大会或者业主委员会，对任意弃置垃圾、排放污染物或者噪声、违反规定饲养动物、违章搭建、侵占通道、拒付物业费等损害他人合法权益的行为，有权依照法律、法规以及管理规约，请求行为人停止侵害、排除妨碍、消除危险、恢复原状、赔偿损失。”“……行为人拒不履行相关义务的，有关当事人可以向有关行政主管部门投诉，有关行政主管部门应当依法处理。”第287条规定：“业主对建设单位、物业服务企业或者其他管理人以及其他业主侵害自己合法权益的行为，有权请求其承担民事责任。”这些规定赋予了业主大会、业主委员会（侵害业主共同利益时）和单个业主（侵害单个业主利益时）请求的权利，而未明确赋予物业服务人上述请求权。

当然，物业服务合同中可以明确赋予物业服务人行使上述请求权的权利，但是，如果物业服务合同中没有该等明确授权，物业服务人是否有权行使上述请求权就存在疑问。实践中，业主自治尚不完善，在业主大会、业主委员会不存在的情况下，指望其及时主张相关请求权、制止个别业主损害他人合法权益的行为显然是不现实的；单个业主可能因为其个人利益未受到侵害而不愿行使上述请求权。此时，就有必要赋予物业服务人行使上述请求权的权利，如此才能够使物业服务人履行妥善提供物业服务的义务，也有助于有效地制止违法和侵害业主共同利益的行为。^[110]《物业服务纠纷解释》第4条也规定：“业主违反物业服务合同或者法律、法规、管理规约，实施妨害物业服务与管理的行为，物业服务企业请求业主承担恢复原状、停止侵害、排除妨害等相应民事责任的，人民法院应予支持。”^[111]由此可以认为，物业服务人有权行使上述请求权，是来源于业主、业主大会或者业主委员会通过物业服务合同的授权。据此，在业主、业主大会或者业主委员会已经针对上述行为起诉，行使请求权的情形，物业服务人不得再起诉。

物业服务人提出上述请求权的前提是，业主违反物业服务合同或

者法律、法规、管理规约，实施妨害物业服务与管理的行为。《民法典》第286条第2款、《建筑物区分所有权纠纷解释》第15条、《物业管理条例》和地方性的物业管理规范对此进行了一些列举。物业服务人所能提出的请求权主要是停止侵害、排除妨碍、消除危险、恢复原状。物业服务人也能够请求赔偿损失，除物业服务人本身所遭受的损失所获得的赔偿之外的其他赔偿应当属于业主。

■ 第九百四十六条

业主依照法定程序共同决定解聘物业服务人的，可以解除物业服务合同。决定解聘的，应当提前六十日书面通知物业服务人，但是合同对通知期限另有约定的除外。

依照前款规定解除合同造成物业服务人损失的，除不可归责于业主的事由外，业主应当赔偿损失。

本条主旨

本条是关于业主共同决定解除物业服务合同的规定。

相关条文

《民法典》第278条 下列事项由业主共同决定：……（四）选聘和解聘物业服务企业或者其他管理人……

业主共同决定事项，应当由专有部分面积占比三分之二以上的业主且人数占比三分之二以上的业主参与表决。……决定前款其他事项，应当经参与表决专有部分面积过半数的业主且参与表决人数过半数的业主同意。

《物业服务纠纷解释》第8条 业主大会按照物权法第七十六条规定的程序作出解聘物业服务企业的决定后，业主委员会请求解除物业服务合同的，人民法院应予支持。

物业服务企业向业主委员会提出物业费主张的，人民法院应当告知其向拖欠物业费的业主另行主张权利。

第9条 物业服务合同的权利义务终止后，业主请求物业服务企业退还已经预收，但尚未提供物业服务期间的物业费的，人民法院应

予支持。

物业服务企业请求业主支付拖欠的物业费的，按照本解释第六条规定处理。

理解与适用

一、业主解除权的共同行使

如对《民法典》第937条中的释评所述，物业服务合同是一种集体合同，业主的共同管理权应当由业主大会依照法定程序共同行使。业主作为业主团体的一员，享有接受物业服务人提供的物业服务的权利，但是单个业主的权利也要因此受到一定的限制，其中包括单个业主对物业服务合同的解除权。如果允许单个业主解除物业服务合同，而其他业主未解除物业服务合同，那么，物业服务人无法抛开单个业主而提供物业服务。《民法典》第278条第1款第4项规定，解聘物业服务企业或者其他管理人，应当由业主共同决定。解聘是业主共同管理的内部关系，但在对外关系上就体现为解除物业服务合同，内部关系和外部关系是紧密联系在一起。物业服务人基于业主共同管理权的行使而提供物业服务，业主也只能行使共同管理权而解除物业服务合同。^[112]因此，单个业主无权解除物业服务合同，而必须首先由业主大会依据《民法典》第278条的规定决定解聘物业服务人，之后由业主委员会，或者未设立业主委员会的情况下由全体业主，解除物业服务合同。

二、业主的任意解除权

（一）制度目的

《民法典》第562条第1款和第2款、第563条第1款规定了合同的协商解除、约定解除权和法定解除权，物业服务合同作为合同的一种，自然应当适用。业主可以依据这三款的规定共同行使解除权，这并无疑问。如果物业服务合同是不定期的，此时可以适用《民法典》第948条第2款：“当事人可以随时解除不定期物业服务合同，但是应当提前六十日书面通知对方。”据此，业主可以共同决定解除，物业服务人也可以解除，只是需要提前60日书面通知对方。但是，有争议的问题是，物业服务合同中约定了期限，又不存在基于《民法典》第562条第2款和第563条第1款产生的法定解除权时，业主是否享有任意解除权。一种观点认为：即使业主共同决定，也不能任意解除合同。业主大会有权共同决定解聘也仅仅是基于业主共同管理权，并不

意味着业主享有任意解除权，否则不利于物业服务人对物业的有效服务，也不利于对共有部分的长期维护与保养，从而不利于物业服务合同基本目的实现。^[113]另一种观点认为：业主共同决定解聘已经隐含了业主享有任意解除权，并且委托合同任意解除权规定的精神在物业服务合同中同样存在。^[114]

物业服务合同属于服务合同的一种，《民法典》在第787条（承揽合同中的定作人）、第816条（旅客运输合同中的旅客）、第829条（货物运输合同中的托运人）、第899条第1款（保管合同中的寄存人）、第933条（委托合同中的委托人和受托人）针对这些服务合同规定了任意解除权。究其原因，不外乎是这些服务合同的履行需要双方当事人的特别信任和配合，也会出现服务受领人方面的信息不充分或者情况变化，因此，服务受领人对解除合同具有合法利益。这些理由在物业服务合同中同样适用。同时，《民法典》第278条第1款第4项规定了业主大会共同决定解聘物业服务人的权利，如果不能依据业主大会的解聘决定而解除物业服务合同，则业主大会的解聘决定实际上就无法实现。从物业服务人的角度考虑，其利益当然应当受到保护，但其利益基本上就是取得物业费的利益，这种利益并非能够完全用来反对业主的任意解除权，因为这种利益保护可以通过业主享有任意解除权但对其予以赔偿，以及合理期限之前通知的方式予以解决。而且，业主大会表决程序本身的困难性使解聘决定的作出本来就很难，因此，业主大会无理地损害物业服务人利益的可能性就较小。据此，本条采纳了《物业服务纠纷解释》第8条的规定，明确规定了业主的任意解除权。当然，依据对《民法典》第933条的释评中对委托合同任意解除权的论述，物业服务合同中可以明确约定排除业主的任意解除权。此种约定体现了意思自治，且不存在否定意思自治结果的充分且正当的理由时，也需要承认基于重大事由而解除包括物业服务合同在内的继续性合同的例外。

在物业服务合同中，物业服务人作为服务的有偿提供者，如对《民法典》第933条的释评中的论述，其享有任意解除权的正当性本来就较弱。基于物业服务的特殊性和对业主的重要性这种社会性考量，排除物业服务人的任意解除权就更有理由了，同时，这在实践中也极少发生。因此，本条并未规定物业服务人的任意解除权。^[115]

（二）行使条件

第一，物业服务合同约定了期限，且期限未届满。如果是不定期合同，则适用《民法典》第563条第2款的规定。如果物业服务合同约定的期限届满，则不适用本条规定，而是适用《民法典》第948条。

第二，是普通的物业服务合同。如果是前期物业服务合同，依据《民法典》第940条的规定，建设单位依法与物业服务人订立的前期物业服务合同约定的服务期限届满前，业主委员会或者业主与新物业服务人订立的物业服务合同生效的，前期物业服务合同终止。此时也不适用本条。

第三，业主依照法定程序共同决定解聘物业服务人。所谓的“法定程序”就是《民法典》第278条第2款所规定的程序，即由专有部分面积占比2/3以上的业主且人数占比2/3以上的业主参与表决，并且经参与表决专有部分面积过半数的业主且参与表决人数过半数的业主同意。如果业主委员会未经业主大会同意，擅自解除物业服务合同，业主大会不予追认的，则业主委员会解除合同的行为对全体业主不具有法律约束力，由此产生的后果由业主委员会中负有责任的个人承担。
[116]

第四，如上文所述，由业主委员会，或者未设立业主委员会的情况下由全体业主，行使解除权。

第五，应当提前书面通知。如果物业服务合同对通知期限有明确约定，则按照其约定。如果没有约定或者约定不明确，则应当提前60日通知，并且应当采取书面形式。未提前通知的，只有在期限届满之后，解除才发生效力，而非解除无效。这也是基于特殊的政策考量：给物业服务人一定的准备期，以此减少业主的赔偿责任，避免业主承担过重的赔偿责任而产生的社会问题和执行难题。

（三）行使后果

首先是赔偿。本条第2款规定，依照前款规定解除合同造成物业服务人损失的，除不可归责于业主的事由外，业主应当赔偿损失。在合同是因不可归责于业主的事由而被解除的情况下，业主不承担赔偿责任。例如，物业服务人的商业信誉严重受损，导致业主无法相信物业服务人时，即使物业服务人不存在违约行为，此时业主也可以解除合同而无需赔偿；或者物业服务人存在非根本的违约行为，例如物业服务人制作虚假财务报表，致使业主无法相信物业服务人时，也可以被认为属于不可归责于业主的事由。在物业服务人根本违约时，业主可共同决定依据《民法典》第563条第1款行使一般的法定解除权，此时无须适用本条，也就不存在本条第2款中的“不可归责于业主的事由”。

在不存在不可归责于业主的事由时，业主应当赔偿因解除物业服务合同给物业服务人造成的损失。参照《民法典》第933条的规定，

业主赔偿的范围包括物业服务人的直接损失和可以获得的利益，最为重要的就是物业服务人本可以获得的解除后的物业费。但是，基于损益相抵、减损不真正义务、过错相抵的基本原理和规则，应当扣除物业服务人因合同解除而转将其劳动力用于他处而取得或原本能够取得但故意不取得的利益。由于已经提前通知了物业服务人，已经给了物业服务人必要的准备时间，所以物业服务人此时负有减损义务。加上损益相抵和过错相抵，物业服务人的损失不会太大。^[117]实践中，可以以更为简单的方式确定物业服务人的损失，例如一定期限的物业费。

其次，由于物业服务合同是继续性合同，依据《民法典》第566条第1款，其解除仅对将来发生效力。这意味着，就解除前已经提供的物业服务，物业服务人有权请求业主支付物业费。但是，负有支付物业费义务的主体是单个业主，故《物业服务纠纷解释》第8条第2款规定：“物业服务企业向业主委员会提出物业费主张的，人民法院应当告知其向拖欠物业费的业主另行主张权利。”物业服务人请求业主支付物业费，适用《民法典》第944条的规定。《物业服务纠纷解释》第9条第1款规定：“物业服务合同的权利义务终止后，业主请求物业服务企业退还已经预收，但尚未提供物业服务期间的物业费的，人民法院应予支持。”同时，物业服务人依据《民法典》第949、950条负有物业服务合同终止后的物业交接义务和接管之前的继续处理物业服务事项的义务，就后一义务的履行，物业服务人仍然可以请求业主支付该期间的物业费。

第九百四十七条

物业服务期限届满前，业主依法共同决定续聘的，应当与原物业服务人在合同期限届满前续订物业服务合同。

物业服务期限届满前，物业服务人不同意续聘的，应当在合同期限届满前九十日书面通知业主或者业主委员会，但是合同对通知期限另有约定的除外。

本条主旨

本条是关于物业服务合同续聘的规定。

相关条文

《民法典》第278条 下列事项由业主共同决定：……（四）选聘和解聘物业服务企业或者其他管理人……

业主共同决定事项，应当由专有部分面积占比三分之二以上的业主且人数占比三分之二以上的业主参与表决。……决定前款其他事项，应当经参与表决专有部分面积过半数的业主且参与表决人数过半数的业主同意。

理解与适用

一、业主共同决定续聘

无论是前期物业服务合同还是普通物业服务合同，在物业服务合同期限届满前，依据《民法典》第278条的规定，业主有权共同决定续聘或者解聘物业服务人。这要求由专有部分面积占比2/3以上的业主且人数占比2/3以上的业主参与表决，并且经参与表决专有部分面积过半数的业主且参与表决人数过半数的业主同意。在业主共同决定后，由业主委员会，或者未设立业主委员会的情况下由全体业主，依据业主的共同决定而与物业服务人续聘或者解聘。同样，如果业主委员会未经业主大会同意，擅自续聘或者解聘，业主大会不予追认的，则业主委员会的行为对全体业主不具有法律约束力，由此产生的后果由业主委员会中负有责任的个人承担。

如果业主依法共同决定解聘物业服务人的，此时同样应当参照适用《民法典》第946条第1款中的规定，应当提前60日书面通知物业服务人，但是合同对通知期限另有约定的除外。但是，这并非业主作出共同决定的时间要求，而仅仅是对通知的时间要求。由于物业服务合同因期限届满而终止，故业主无须对物业服务人进行任何赔偿。

如果业主依法共同决定续聘物业服务人，据此发出要约，并且物业服务人承诺的，根据本条第1款的规定，业主应当与物业服务人在合同期限届满前续订物业服务合同。同时，依据《民法典》第938条第3款的规定，新的物业服务合同也应当采用书面形式。

二、物业服务人不同意续聘

无论是前期物业服务合同还是普通物业服务合同，物业服务合同期限届满后，物业服务人不负有订立新物业服务合同的义务。无论业主是否共同决定续聘，物业服务人都可以不同意续聘。为及早确定后续物业服务事宜，方便业主决定另聘他人，本条第2款规定，物业服

务人不同意续聘的，除非合同对通知期限另有约定，物业服务人应当在合同期限届满前90日书面通知业主委员会，未成立业主委员会的情形中，应当书面通知业主。应当注意的是，法定的物业服务人提前通知的时间（90日）要更早于业主提前通知的时间（60日）。这是为了体现对业主利益的更强保护，以为业主重新选聘物业服务人留出更为充分的时间。物业服务人的书面通知到达之日至合同期限届满之日不足90日的，物业服务人应当自通知到达之日起90日后方可撤出物业服务区域，不得擅自停止物业服务。^[118]

■ 第九百四十八条

物业服务期限届满后，业主没有依法作出续聘或者另聘物业服务人的决定，物业服务人继续提供物业服务的，原物业服务合同继续有效，但是服务期限为不定期。

当事人可以随时解除不定期物业服务合同，但是应当提前六十日书面通知对方。

本条主旨

本条是关于不定期物业服务合同的规定。

相关条文

《民法典》第563条第2款 以持续履行的债务为内容的不定期合同，当事人可以解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方。

第734条第1款 租赁期限届满，承租人继续使用租赁物，出租人没有提出异议的，原租赁合同继续有效，但是租赁期限为不定期。

第976条第2、3款 合伙期限届满，合伙人继续执行合伙事务，其他合伙人没有提出异议的，原合伙合同继续有效，但是合伙期限为不定期。

合伙人可以随时解除不定期合伙合同，但是应当在合理期限之前通知其他合伙人。

理解与适用

一、物业服务合同期限届满后的不定期物业服务合同

无论是前期物业服务合同还是普通物业服务合同，在物业服务合同期限届满后，业主没有依法作出续聘或者另聘物业服务人的决定，而物业服务人继续提供物业服务的，业主与物业服务人之间形成事实上的物业服务合同关系^[119]，但是服务期限为不定期。这与《民法典》第734条第1款（租赁）、第976条第2款（合伙）的规范目的是是一致的。但是，由于业主委员会必须遵从业主的共同决定，在业主没有共同决定时，业主委员会的异议不发生效力，因此，本条并未如同上述条文那样作出“业主或者业主委员会未提出异议”的要求。

不定期物业服务合同的内容应当与原物业服务合同的内容相同，据此，本条第1款规定“原物业服务合同继续有效”。因此，物业服务人应当依据原物业服务合同的约定提供物业服务，业主也应当按照原物业服务合同的约定支付物业费。

二、不定期物业服务合同的任意解除权

不定期的物业服务合同主要包括以下三种：第一，物业服务合同未明确约定服务期限，又无法依据《民法典》第510条确定。第二，物业服务合同未采用书面形式，此时参照适用《民法典》第707条关于租赁合同的规定：应当采用书面形式而未采用书面形式，无法确定合同期限的，视为不定期。第三，本条第1款规定的情形，即物业服务期限届满后，业主没有依法作出续聘或者另聘物业服务人的决定，物业服务人继续提供物业服务。

本条第2款规定，当事人可以随时解除不定期物业服务合同，但是应当提前60日书面通知对方。不定期物业服务合同是以持续履行的债务为内容的不定期合同，这与《民法典》第563条第2款的规定是一致的，仅是明确了提前通知的时间是60日，并且通知的形式是书面。据此：（1）当事人双方都有任意解除权，但如上文所述，业主应当依法作出共同决定。（2）提前60日书面通知。当然，物业服务合同对通知期限和形式另有约定的除外。（3）不存在赔偿的问题。

第九百四十九条

物业服务合同终止的，原物业服务人应当在约定期限或者合理期限内退出物业服务区域，将物业服务用房、相关设施、物业服务所必需的相关资料等交还给业主委员会、决定自行管理的业主或者其指定的人，配合新物业服务人做好交接工作，并如实告知物业的使用和管理状况。

原物业服务人违反前款规定的，不得请求业主支付物业服务合同终止后的物业费；造成业主损失的，应当赔偿损失。

本条主旨

本条是关于物业服务人之交接义务的规定。

相关条文

《物业管理条例》第38条 物业服务合同终止时，物业服务企业应当将物业管理用房和本条例第二十九条第一款规定的资料交还给业主委员会。

物业服务合同终止时，业主大会选聘了新的物业服务企业的，物业服务企业之间应当做好交接工作。

《物业服务纠纷解释》第9条 物业服务合同的权利义务终止后，业主请求物业服务企业退还已经预收，但尚未提供物业服务期间的物业费的，人民法院应予支持。

物业服务企业请求业主支付拖欠的物业费的，按照本解释第六条规定处理。

第10条 物业服务合同的权利义务终止后，业主委员会请求物业服务企业退出物业服务区域、移交物业服务用房和相关设施，以及物业服务所必需的相关资料和由其代管的专项维修资金的，人民法院应予支持。

物业服务企业拒绝退出、移交，并以存在事实上的物业服务关系为由，请求业主支付物业服务合同权利义务终止后的物业费的，人民法院不予支持。

理解与适用

一、规范目的和构成

《民法典》第558条规定了债权债务终止后的后合同义务，物业服务人在合同终止的交接义务就是物业服务人最为重要的后合同义务之一。实践中，物业服务合同终止，但物业服务人拒绝退出物业服务

区域或者拒绝移交物业管理相关资料，阻挠新物业服务人承接物业服务，致使物业服务处于瘫痪状态的现象较为普遍，严重损害了业主的合法权益，甚至造成群体性事件，给社会秩序的稳定带来极大的威胁。《物业管理条例》中对物业服务人的交接义务规定得较为原则。

《物业服务纠纷解释》第9条作了进一步明确的规定，很多省（直辖市、自治区）也规定了物业项目的交接管理办法。在这些规定的基础上，本条规定了物业服务人的交接义务，明确了交接义务的具体内容，以妥善处理交接事宜。

据此，在物业服务合同终止后，无论物业服务合同是基于解除、期限届满还是其他原因而终止，也无论是前期物业服务合同还是普通物业服务合同，都会产生物业服务人的交接义务。物业服务人交接义务的履行期限是物业服务合同约定的期限，在物业服务合同无明确约定时，即为合理期限。一些地方性法规明确规定合理期限为物业服务合同终止后60日或者其他明确的期限。

二、交接义务的具体内容

（一）退出物业服务区域

物业服务合同终止后，物业服务人理应退出物业服务区域。这无须相对人，属于物业服务人的单方行为。

（二）交还物业服务用房、相关设施、物业服务所必需的相关资料等

无论是物业服务用房、相关设施，还是物业服务所必需的相关资料，都由业主共有。物业服务合同终止后，物业服务人就这些物的占有属于无权占有，应当予以交还。如果成立了业主委员会，应当交还给业主委员会；未成立业主委员会的，应当交还给全体业主。业主委员会或者全体业主此时可以指定具体人进行交接，例如业主代表或者选聘的新物业服务人，也可以委托物业服务评估监理机构进行交接。^[120]同时，可以在物业服务交接前签订交接协议，内容可以包括：物业项目名称、交接主体、交接时间、权利和责任分界点、交接内容、交接查验方法和标准、相关债权债务的处理、争议解决方式等。^[121]

物业服务所必需的材料，按照《物业管理条例》第29条第1款、第38条第1款以及其他相关规定，主要包括：竣工总平面图，单体建筑、结构、设备竣工图，配套设施、地下管网工程竣工图等竣工验收资料；设施设备的安装、使用和维护保养等技术资料；物业质量保修文件和物业使用说明文件；物业服务区域划分相关文件；物业管理必需的其他资料。

另外，本条并未规定移交维修资金，因为依目前的规定，如上文所述，维修资金并非由物业服务人管理。

（三）配合新物业服务人完成交接工作，并如实告知物业的使用和管理状况

新的物业服务人在承接物业时，应当对物业共用部位、共用设施设备进行查验，并办理验收手续；在需要原物业服务人配合时，原物业服务人应当配合，并且如实告知全体业主、业主委员会或者新物业服务人等物业的使用和管理情况。

三、物业服务人违反交接义务的责任

在物业服务合同终止后，物业服务人具有交接义务，不得以业主欠交物业费、对业主共同决定有异议等为由拒绝办理交接，不得以任何理由阻挠、干扰、妨碍新的物业管理人进场服务。物业服务人违反交接义务，拒绝退出物业服务区域，不办理交接，即使其继续提供物业服务，也这严重违背了业主的共同决定，侵犯了业主的权利，不能认为存在事实上的物业服务合同。据此，本条第2款首先规定，物业服务人在违反交接义务的情况下，不得请求业主支付物业服务合同终止后的物业费。《物业服务纠纷解释》第10条第2款同样如此规定。

同时，物业服务人违反交接义务，构成了对后合同义务的违反，应当依据《民法典》第577条的规定，承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。如上文对《民法典》第939条的释评中的论述，请求的主体原则上是业主委员会^[122]，只有在例外情况下，才是业主。虽然本条第2款后半句仅规定了赔偿损失，但并不能据此排除继续履行、采取补救措施等责任承担方式，例如物业服务人不履行或者不完全履行交还物业服务用房、相关设施、物业服务所必需的相关资料等的义务，应当继续履行交还义务等。同时，物业服务人不履行或者不完全履行交接义务，也可能构成对业主共有权的侵权行为，其也应当承担侵权责任。此时，违约责任和侵权责任发生竞合，业主委员会或者业主有权依据《民法典》第186条选择物业服务人承担违约责任或者侵权责任。

另外，在个案中，应当具体判断物业服务人是否违反了交接义务。这在物业服务用房、相关设施、物业服务所必需的相关资料等的交还时最为重要。此种交还义务的履行需要相对人协助，相对人对此负有受领的义务。当物业服务人按照约定和法律规定履行了交还义务，但相对人无正当理由拒绝受领的，依据《民法典》第589条的规定，物业服务人不承担迟延履行责任，并有权请求赔偿因此增加的

费用。同时，物业服务人对这些的物和资料仅负有无偿保管人的义务，当它们出现毁损、灭失时，依据《民法典》第897条，物业服务人能证明自己没有故意或者重大过失的，不承担赔偿责任。

同时，在物业服务合同终止后，物业服务人应当结清预收、代收的有关费用。据此《物业服务纠纷解释》第9条第1款规定：“物业服务合同的权利义务终止后，业主请求物业服务企业退还已经预收，但尚未提供物业服务期间的物业费的，人民法院应予支持。”除了上述物业费，物业服务人预收的其他费用，如装修保证金、垃圾清运费等，也应当依法返还给业主。就终止前已经提供的物业服务，物业服务人有权请求未履行支付物业费义务的业主支付物业费并赔偿损失，于此适用《民法典》第944条的规定。

四、物业服务人在履行交接义务过程中提供物业服务

依据《民法典》第950条的规定，在业主或者业主大会选聘的新物业服务人或者决定自行管理的业主接管之前，物业服务人仍然应当继续处理物业服务事项，并可以请求业主支付该期间的物业费。同时，依据本条第2款前半句的规定，原物业服务人只有在违反交接义务的情况下，才不得请求业主支付物业费。据此，如果原物业服务人未违反交接义务，而是按照约定或者法律规定正常履行交接义务，而且在约定期限或者合理期限内，除了履行交接义务，物业服务人依据《民法典》第950条的规定继续处理物业服务事项的，物业服务人自然有权依据第950条请求业主支付该期间的物业费。这也是对本条第2款前半句作反对解释得出的结论。从价值上而言，这也是正当的：虽然物业服务人负有交接义务，但是，物业服务人继续处理物业服务事项，已经超出了交接义务的范围，因此，物业服务人有权依据第950条请求业主支付继续处理物业服务事项期间的物业费。^[123]

第九百五十条

物业服务合同终止后，在业主或者业主大会选聘的新物业服务人或者决定自行管理的业主接管之前，原物业服务人应当继续处理物业服务事项，并可以请求业主支付该期间的物业费。

本条主旨

本条是关于原物业服务人继续处理物业服务事项的规定。

相关条文

无

理解与适用

物业服务合同有其特殊性。在物业服务合同终止后，新的物业服务人或决定自行管理的业主接管之前，尤其在原物业服务人与业主或者新物业服务人之间存在矛盾时，如果原物业服务人立即停止提供所有物业服务，物业服务就会陷于停滞，对业主之生活和工作产生极为不利的影响。为了实现物业服务的平稳衔接，原物业服务人有必要站好最后一班岗。因此，本条规定原物业服务人于合同终止后有继续处理物业服务事项的义务，有利于实现物业服务的目的，合理维护业主的利益。

原物业服务人继续处理物业服务事项的义务开始于物业服务合同终止且业主或者业主大会选聘的新物业服务人或者决定自行管理的业主未予接管时。无论物业服务合同是基于解除、期限届满还是其他原因而终止，无论是哪一方当事人行使解除权导致物业服务合同终止，无论是因为何种原因而产生解除权，也无论是前期物业服务合同还是普通物业服务合同，都应当适用本条，使原物业服务人负有继续处理物业服务事项的义务。如果物业服务合同终止时，新物业服务人或者决定自行管理的业主已经接管，则原物业服务人自然无须继续处理物业服务事项。只有在物业服务合同终止，并且没有确定新的物业服务人，或者新的物业服务人或决定自行管理的业主接管前，原物业服务人才负有继续处理物业服务事项的义务。

该义务消灭的时点，按照本条规定，似乎是业主或者业主大会选聘的新物业服务人或者决定自行管理的业主接管时。考虑到业主自治尚未完善，为维护业主利益，使原物业服务人负有一定期间内继续处理物业服务事项的义务，是妥当的。但是，也应当平衡考虑物业服务人的利益。为了实现物业服务的平稳过渡，上述规范已经设置了合理的期限，为业主订立新物业服务合同预留了回旋的余地。如果业主因自身原因未能及时订约，所造成的后果不应完全转嫁于物业服务人，否则就会助长业主消极对待物业服务事务的风气。同时，新物业服务人或者决定自行管理的业主究竟何时接管物业服务，并非原物业服务人所能控制的，如果新物业服务人迟迟不进场接管，业主就此可以依据其与新物业服务人之间的合同请求其承担违约责任，但原物业服务人因此无限期地继续处理物业服务事项，就会由原物业服务人承担新物业服务人违约造成的不利后果。即使原物业服务人可以请求业主支

付该期间的物业费，但其仍然无法彻底清结物业服务关系，且原物业服务人事实上在此期间不可能如同之前那样尽职尽责，而这会导致业主利益的受损。因此，原物业服务人继续处理物业服务事项的义务，应当被限制在物业服务合同终止后的合理期限内，而不应一概认为，在新物业服务人或者决定自行管理的业主接管前，原物业服务人都必须继续处理。至于合理期限的具体时间，可以在个案中结合物业服务合同终止的原因、新物业服务人或决定自行管理的业主未接管的原因、物业服务的具体事项和情况、有无应急物业服务等因素具体考量。

此时，就会出现物业服务合同终止后的合理期限届满，而新物业服务人或决定自行管理的业主却未予接管的情形。当然，这时有必要保护业主的利益，但不应当通过由原物业服务人负有继续处理物业服务事项的义务来实现，否则就会过分损害物业服务人的利益，即使物业服务人可以请求该期间的物业费。事实上，这应当由相关行政主管部门组织提供应急物业服务来实现。应急物业服务也是有期限限制的，一些地方性法规规定一般不超过3个月；服务内容一般仅限于垃圾清运、秩序维护、二次供水、电梯运行等维持业主基本生活的服务事项；提供应急物业服务的费用由全体业主承担，业主委员会协助收取；应急物业服务提供人对共有部分的毁损性法规责任也会受到一定限制。事实上，应急物业服务的适用领域不仅包括本条所规范的情形，也包括其他情形，例如，物业服务合同期限内，建设单位或物业服务人因破产、资质被注销等原因致使其在法律上或者事实上不能提供履行提供物业服务义务。^[124]

原物业服务人该项义务的内容是继续处理物业服务事项。继续处理物业服务事项，并不等同于“继续提供物业服务”，也即该义务内容并不完全等同于原物业服务合同约定的提供物业服务的内容。在物业服务合同终止后，要求原物业服务人如合同终止前那样提供完全相同的物业服务，事实上也是不太可能的。但是，即使如此，原物业服务人至少应当提供垃圾清运、秩序维护、二次供水、电梯运行等维持业主基本生活的服务事项，至于其他服务事项，需要在个案中结合各种因素综合判断。

为了进一步平衡业主与原物业服务人之间的利益，本条规定，原物业服务人可以请求业主支付继续处理物业服务事项期间的物业费。至于该物业费的具体标准，可以参照原物业服务合同约定的物业费标准，结合原物业服务人实际提供的物业服务水平、有关行政主管部门提供的物业服务成本等因素合理确定；当事人双方也可以委托第三方评估监理企业评估。

注释：

[1]关于物业管理和物业服务概念区分，参见于飞：《物业管理与物业服务地区分与交叉》，载《浙江社会科学》2012年第6期，第57页以下。

[2]关于两者规范的重心和协调，参见王利明：《物业服务合同立法若干问题探讨》，载《财经法学》2018年第3期，第9-11页。

[3]参见高富平、黄武双：《物业权属与物业管理》，北京，中国法制出版社2002年版，第174页；夏善德：《物业管理法》，北京，法律出版社2003年版，第158页；周珂：《物业管理法教程》，北京，法律出版社2004年版，第178页；纽丽娜：《物业管理合同的法律特征及相关案件的审理》，载《人民司法》2002年第8期；谭玲、胡丹缨：《物业管理相关问题再探析》，载《现代法学》2006年第6期。

[4]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第251页；王利明：《合同法研究》（第四卷），北京，中国人民大学出版社2017年版，第134-136页；崔令之、周睿：《我国物业服务合同的性质辨析》，载《时代法学》2015年第4期，第74-75页。

[5]参见张新宝、宋志红：《物业服务合同主要问题研究》，载王利明、奚晓明主编：《合同法评论》第3辑，北京，人民法院出版社2004年版，第15页以下；陈文：《物业服务合同若干法律问题研究》，载《现代法学》2004年第2期，第158-159页；许步国：《对我国物业服务合同的性质与法律效力问题探讨》，载《前沿》2006年第6期；崔令之、周睿：《我国物业服务合同的性质辨析》，载《时代法学》2015年第4期，第76-77页；赵惠：《析物业服务合同的性质及其解除》，载《法律适用》2010年第11期，第34页。

[6]类似观点，参见关淑芳：《物业管理合同的性质及其法律适用》，载《当代法学》2007年第4期，第64-65页。

[7]参见王利明：《合同法研究》（第四卷），北京，中国人民大学出版社2017年版，第131-132页；许步国：《物业管理法研究》，北京，中国民主法制出版社2006年版，第157页；夏善胜主编：《物业管理法》，北京，法律出版社2003年版，第141-142页。具体也请参见对第942条的释评。

[8]具体讨论，可参见屈茂辉、张红：《继续性合同：基于合同法理与立法技术的多重考量》，载《中国法学》2010年第4期，第25页以下；王文军：《继续性合同及其类型论》，载《北方法学》2013年第5期，第77页以下；盛钰：《继续性债之关系》，台湾大学法律学研究所1988年硕士论文，第7页以下。继续性合同又包括固有的继续性合同和连续供应合同，前者是持续性给付，后者是重复给付。

[9]PICC（2016）在一些条文的正文和注释中增加了对长期合同的适用，具体参见

朱强、陶丽：《论〈国际商事合同通则〉对长期合同的调整》，载《国际商务研究》2019年第2期，第69-73页。

[10]参见许步国：《物业管理法研究》，北京，中国民主法制出版社2006年版，第156页。

[11]例如，《北京市高级人民法院关于审理物业管理纠纷案件的意见（试行）》第13条。持同样观点的有，最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第259页。

[12]参见浙江省高级人民法院民一庭《关于审理物业服务纠纷案件适用法律若干问题的意见》第11、13条。

[13]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第258页；张柳青、张朝阳：《物业管理纠纷审理中的若干法律问题》，载《法律适用》2006年第11期，第6页。

[14]参见《北京市物业服务收费管理办法（试行）》第5、6条。

[15]参见《物业服务收费管理办法》第9、11、12条。

[16]参见《北京市高级人民法院关于审理物业管理纠纷案件的意见（试行）》第24条、浙江省高级人民法院民一庭《关于审理物业服务纠纷案件适用法律若干问题的意见》第14条。“重庆悦来物业管理有限公司诉何红物业服务合同纠纷案”（载《人民法院案例选》2015年第4期）的判决书中认为：因不可归咎于物业服务企业的原因致使物业服务企业在无合同依据的情况下为业主提供了物业服务，业主享受了该服务，物业服务企业以存在事实物业服务关系为由，请求业主支付物业服务费的，应予支持，并参照政府规定的收费标准或同类物业服务项目收费标准来确定业主应当缴纳的物业服务费。

[17]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第274页。

[18]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第260页。

[19]在部分地区（例如北京市）的实践中，还存在一种“前期物业服务合同”，该合同由建设单位与业主在移交共用部位和共用设施设备时订立，主要解决前期物业阶段物业费负担问题。但这种“前期物业服务合同”由建设单位和业主签订，与物业服务人没有任何关系，合同内容在于交付共用部位和共用设施设备，结算相关费用，并无提供物业服务的内容，故并非真正的物业服务合同。

[20]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第253页。

[21]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第255-256页；刘兴桂、刘文清：《物业服务合同主体研究》，载《法商研究》2004年第3期，第102页；姚辉、段睿：《物业服务合同履行的相关法律问题研究》，载《法律适用》2010年第1期，第34页。

[22]参见王利明：《合同法研究》（第四卷），北京，中国人民大学出版社2017年版，第155页。

[23]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第256页；王利明：《合同法研究》（第四卷），北京，中国人民大学出版社2017年版，第144页；姚辉、段睿：《物业服务合同履行的相关法律问题研究》，载《法律适用》2010年第1期，第34页。也因此，业主委员会订立的物业服务合同并非为第三人利益的合同，业主委员会并不因此成为物业服务合同当事人而对物业服务人承担义务；同时，业主委员会也并非全体业主的受托人，其适当的法律定位是业主团体的执行机构。

[24]参见重庆市江北区人民法院（2012）江法民初字第1534号民事判决书。

[25]参见《建筑物区分所有权纠纷解释》第1条第1款。参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第31页。采取此种观点的案例参见“中国石油宁夏化工厂诉江苏夫子庙大世界商贸有限公司物业服务合同纠纷案”（载《人民司法·案例》2016年第35期）的判决书：已通过诉讼成为物业所有权人并享有物业使用收益的买受人，因其已实际享有了业主的权利及收益，故不得以物业未交付为由，拒绝交付物业服务费用。

[26]《物业服务收费办法》第16条进一步规定：“纳入物业管理范围的已竣工但尚未出售，或者因开发建设单位原因未按时交给物业买受人的物业，物业服务费用或者物业服务资金由开发建设单位全额交纳。”将尚未交付的情形限定于建设单位的原因，排除物业买受人的原因。

[27]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第32-36页。

[28]采取此种观点的案例，参见重庆市高级人民法院（2013）渝高法民申字第01260号民事判决书：“业主通过法院裁定取得物业所有权，但房屋并未向其移交，且业主未享有物业使用收益，物业服务费用应由建设单位交纳。”“中国石油宁夏化工厂诉江苏夫子庙大世界商贸有限公司物业服务合同纠纷案”（载《人民司法·案例》2016年第35期）的判决书：已通过诉讼成为物业所有权人并享有物业使用收益的买受人，因其

已实际享有了业主的权利及收益，故不得以物业未交付为由，拒绝交付物业服务费用。业主与使用人之间的法律关系不能改变业主属于物业服务法律关系中相对人的地位，业主不能以其非基于自愿被他人使用为由，向物业服务企业行使拒绝交纳物业服务费用抗辩权。

[29]参见《北京市高级人民法院关于审理物业管理纠纷案件的意见（试行）》第1条。

[30]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第363-366页。

[31]参见《北京市高级人民法院关于审理物业管理纠纷案件的意见（试行）》第11条、浙江省高级人民法院民一庭《关于审理物业服务纠纷案件适用法律若干问题的意见》第10条。

[32]“北京市昌平区回龙观金达园小区业主委员会诉北京华特物业管理发展有限公司物业服务合同纠纷案”（载《人民法院案例选》2015年第4期）的判决书中认为：涉及业主公共利益的信息资料，业主委员会主张要求公开、查阅的，人民法院应当依法准许。

[33]参见《北京市高级人民法院关于审理物业管理纠纷案件的意见（试行）》第8条、浙江省高级人民法院民一庭《关于审理物业服务纠纷案件适用法律若干问题的意见》第6条。

[34]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第270页。

[35]参见浙江省高级人民法院民一庭《关于审理物业服务纠纷案件适用法律若干问题的意见》第4条。

[36]参见上海市高级人民法院民一庭《关于审理物业管理纠纷案件有关问题的解答》第7条。采取上述观点的参见江苏省高级人民法院《关于审理物业服务合同纠纷案件若干问题的意见》第14条：“为维护全体业主的利益，业主委员会具有诉讼主体资格。业主委员会承担的民事责任以及为诉讼所支出的费用，由全体业主承担。”“业主委员会怠于起诉、应诉或者作为第三人参加诉讼的，经专有部分建筑面积占建筑区划内总建筑面积过半数且人数占全体业主过半数的业主同意的业主可以自己的名义起诉、应诉或者作为第三人参加诉讼，业主大会议事规则或管理规约另有约定的除外。”“没有成立业主委员会的，由全体业主起诉、应诉或者作为第三人参加诉讼。”“因业主的专属权益而发生的物业服务合同纠纷，应当由该业主起诉、应诉或者作为第三人参加诉讼。”

[37]参见浙江省高级人民法院民一庭《关于审理物业服务纠纷案件适用法律若干

问题的意见》第5条。

[38]参见上海市高级人民法院民一庭《关于审理物业管理纠纷案件有关问题的解答》第2条。

[39]参见浙江省高级人民法院民一庭《关于审理物业服务纠纷案件适用法律若干问题的意见》第9条。

[40]此时，可以类推适用《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第1条第3项。

[41]“海南自力投资有限公司诉海南华鑫物业管理有限公司物业管理承包合同纠纷案”（载《最高人民法院公报》1999年第1期）的判决书中认为，物业管理权应当由物的所有权人（即业主）决定，住宅小区的开发建设单位，擅自与物业公司签订合同，借机收取承包金，侵犯了业主的合法权益，该合同应为无效。

[42]参见“万震宇诉新天地华庭业主委员会、谢斌全、谭文义、王群勇业主撤销权纠纷案”。（载《人民司法·案例》2011年第2期）

[43]“宁波市镇海鼎天物业管理有限公司诉宁波市北仑加贝购物俱乐部物业管理纠纷案”（载《人民法院案例选》2010年第1期）的判决书中认为：业主委员会的法定性和代表性决定了业主委员会拥有对外代表权，业主大会或者业主委员会的决定，对业主具有约束力，业主委员会是否正确执行业主大会的决定并不影响其对外代表权。这里已经隐含了适用越权代表规则的可能性。同时，在诉讼程序上，如果业主以此为由拒绝支付物业费，可以考虑释明由其另案诉讼物业服务合同的约束力问题，同时中止前一个案件的审理。

[44]参见“成都永诚物业有限责任公司诉江华社区业主委员会、第三人成都龙泉江华物业有限责任公司物业服务合同纠纷案”。（载《人民法院案例选》2011年第1期）

[45]参见浙江省高级人民法院民一庭《关于审理物业服务纠纷案件适用法律若干问题的意见》第13条，江苏省高级人民法院《关于审理物业服务合同纠纷案件若干问题的意见》第13条。

[46]实践中，有时前期物业服务合同约定的期限很长。有观点认为应对前期物业服务合同约定的期限作出限制，例如最长不得超过两年。

[47]参见胡武艳主编：《物业管理法律实务》，武汉，武汉大学出版社2015年版，第23页。

[48]参见国务院法制办农业资源环保法制司、建设部政策法规司、建设部住宅与房地产业司编：《物业管理条例释义》，北京，知识产权出版社2006年版，第106-107页。

[49]具体参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第262-263页。

[50]参见国务院法制办农业资源环保法制司、建设部政策法规司、建设部住宅与房地产业司编：《物业管理条例释义》，北京，知识产权出版社2006年版，第107页；最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第266-267页。

[51]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第262页。

[52]最高人民法院认为物业服务合同因此无效。参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第267页。《北京市高级人民法院关于审理物业管理纠纷案件的意见（试行）》第14条规定：“物业管理企业与业主委员会签订物业服务合同后，违规将物业服务全部转托给其他物业管理企业的，如果该转托行为已经公告且业主接受了物业服务的，应依公平原则确定业主向实际提供物业服务的物业管理企业支付适当的物业服务费用。”该规定似乎混淆了转委托和合同权利义务的概括转移，如果是转委托，即使业主同意，也仅仅是放弃了解除物业服务合同的权利，但并不意味着业主应当向次受托人支付物业费。

[53]实践中，规划红线以外由专业运营单位建设。规划红线以内由建设单位建设。如果规定不清晰，可能会造成专业运营单位和物业服务人推诿责任而产生纠纷。一些地方已经作了改革，规定建筑区划内的设施也由专业运营单位投资建设，此时建设单位可以接受专业运营单位委托，按照国家技术标准和专业技术规范建设物业服务区域内业主有部分以外的水、电、气、热以及通信等专业设施设备，经验收合格，将专业设施设备及工程图纸等资料交由专业运营单位承担维修、养护和更新改造责任。

[54]参见《物业服务收费管理办法》第11、12条。

[55]《建筑物区分所有权纠纷解释》第14条第2款规定：“属于前款所称擅自进行经营性活动的情形，权利人请求行为人将扣除合理成本之后的收益用于补充专项维修资金或者业主共同决定的其他用途的，人民法院应予支持。行为人对成本的支出及其合理性承担举证责任。”参见“无锡市春江花园业主委员会诉上海陆家嘴物业管理有限公司等物业管理纠纷案”，（载《最高人民法院公报》2010年第5期）；“百年世家业委会诉伊仕诺物业公司业主共有权纠纷案”，重庆市第一中级人民法院（2015）渝一中法民初字第05661号民事判决书。

[56]参见《物业管理条例》第37、49、50、52条。

[57]参见王利明：《合同法研究》（第四卷），北京，中国人民大学出版社2017

年版，第161页；杨立新、陶盈：《物业服务企业安全保障义务的限制》，载《人大法律评论》2013年卷第2辑，第186页以下。

[58]参见姚辉、段睿：《物业服务合同履行的相关法律问题研究》，载《法律适用》2010年第1期，第38页；莫爱萍：《物业服务企业的安全保障义务》，载《人民司法应用》2011年第5期，第59页。

[59]“厦门佰仕达物业管理有限公司诉杜小铭物业服务合同纠纷案”（载《人民法院案例选》2015年第4期）的判决书中认为：物业公司对小区物业管理区域的安全负有一定的防范义务及风险提醒义务，对于可能造成业主财产损害的安全隐患及风险，应当及时消除或提醒，否则，在业主因不可抗力而遭受财产损害时，物业公司应当承担相应的赔偿责任。但是应当结合物业管理瑕疵的程度及权利义务相对等的原则，物业赔偿标准不易过高。

[60]参见《北京市高级人民法院关于审理物业管理纠纷案件的意见（试行）》第31-39条。

[61]“陈书豪诉南京武宁房地产开发有限公司、南京青和物业管理有限公司物业服务合同纠纷案”（载《最高人民法院公报》2013年第5期）的判决书中认为：物业服务企业对小区共有部分负有保养、维护义务，对于可能对业主财产造成损害的小区共用部分的安全隐患，应当及时消除，否则致业主财产损害后，物业服务企业应承担违约责任，对业主的损失进行赔偿。即便该安全隐患是第三人造成，也不能免除物业服务企业的违约责任，因第三人侵权致小区共用部分对业主财产造成损害的，物业服务企业可以免责的情形是物业服务企业已履行了保养维护义务，而第三人侵权是不可避免、不可避免的。江苏省南通市中级人民法院（2016）06民终493号民事判决书中认为：业主将车辆停放于小区东南角，因停车位置存有燃烧的斗香引起汽车起火，发生毁损，被告物业公司应按物业服务合同约定对小区公共区域的环境卫生、公共安全负有管理责任和义务，但其却疏于管理，且未在案发现场设置禁止停车等警示标识，也未对堆放于案发地的烟花爆竹及斗香残留物及时清理，导致存在安全隐患的斗香堆积于小区公共区域，应承担30%的责任。

[62]参见上海市高级人民法院民一庭《关于审理物业管理纠纷案件有关问题的解答》第11条。湖北省宜昌市中级人民法院（2002）宜民终字第103号民事判决书中认为：物业公司在物业管理区域安排保安人员24小时值班，并进行不定期巡视检查；管理公约规定保安人员对大件物品运出时应加以查证及核实，但被盗电脑主机配件体积小，容易隐蔽，易于携带，并非大件物品，不能苛求保安人员对每一个人员逐一检查。故物业公司已经按约定尽到了合理安全管理义务，不应承担业主财产被盜损失的民事赔偿责任。持类似观点的判决还有山东省济南市中级人民法院（2007）济民一终字第708号民事判决书（载《人民司法·案例》2010年第20期）、天津市第一中级人民法院（2001）一中民终字第1478号民事判决书、广东省深圳市罗湖区人民法院（2007）深罗法民三初字第90号民事判决书。

[63]四川省成都市中级人民法院（2004）成民终字第2203号民事判决书中认为：双方当事人签订物业管理协议，物业公司有对小区实行24小时安全监控和巡视，保证监控系统、防盗报警系统24小时运行良好的约定义务。业主有证据证明物业公司的保安人员未对进出小区的陌生人进行盘问、登记，监控系统和防盗报警系统并非24小时运行的，说明物业公司未尽到安全防范义务，对业主被盗造成的财产损失应承担部分赔偿责任。

[64]参见《物业管理条例》第46条第1款。

[65]参见国务院法制办农业资源环保法制司、建设部政策法规司、建设部住宅与房地产业司编：《物业管理条例释义》，北京，知识产权出版社2006年版，第115页。

[66]“厦门火炬集团物业管理有限公司诉厦门市兴致电子工业有限公司物业服务合同纠纷案”（载《人民法院案例选》2015年第1期）的民事判决书中认为：相对封闭且独立的建筑物集群，如产业园区，虽然各个企业可自行建设或是委托建设一定规模的建筑物，并取得独立的产权，但其在该建筑物集群中，其与该区域内的配套公共设施和公共服务密不可分，故该企业与该建筑物集群的物业服务公司之间的法律关系应受产业园区物业管理条例约束。

[67]“重庆百货大楼股份有限公司诉重庆佳桂物业管理有限公司物业服务合同纠纷案”（载《人民司法案例》2014年第24期）的民事判决书中认为：同一物业管理区域之内，业主利用自有的物业配套设施设备对专有部分和部分共有部分自行提供物业服务，独立维修、养护、管理配套的设施设备并自行承担费用的，业主自行提供物业服务的区域可认定为物管相对独立的区域。依申请，人民法院可参考物业的性质、相对独立区域形成的原因、物业服务企业提供服务的实际水平等因素，适当调整物管相对独立区域的业主支付物业费的标准。

[68]具体参见羊震：《物业服务合同履行中业主抗辩权的行使规则》，载《人民司法·应用》2017年第22期，第41-42页。

[69]参见羊震：《物业服务合同履行中业主抗辩权的行使规则》，载《人民司法·应用》2017年第22期，第43页。

[70]参见姚辉、段睿：《物业服务合同履行中的相关法律问题研究》，载《法律适用》2010年第1期，第36-37页。案例参见北京市第一中级人民法院（2006）一中终字第10996号民事判决书。

[71]“陈书豪诉南京武宁房地产开发有限公司、南京青和物业管理有限公司物业服务合同纠纷案”（载《最高人民法院公报》2013年第5期）的民事判决书中认为：如该损失系第三人侵权所致，物业服务企业在承担违约责任后可向第三人追偿。也请参见浙江省高级人民法院民一庭《关于审理物业服务纠纷案件适用法律若干问题的意见》第19条第2款，辽宁省沈阳市中级人民法院2004）沈中民三权终字第36号民事判决书。

[72]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第282页。

[73]“夏某等人诉上海市闸北区精文城市家园小区业主委员会业主知情权纠纷案”（载《最高人民法院公报》2011年第10期）的民事判决中认为：原告……有权要求公布维修基金、公共收益账目。至于上述账目在何处公布的问题，法院认为在该小区的公告栏内张贴既能够起到公示的作用又较为便利，原告要求精文业委会将所有账目张贴于各个门牌号码前的要求，不具备合理性和必要性，亦有违经济原则，法院难以支持。

[74]例如，很多地方的住宅物业管理条例规定不得少于7日。

[75]例如，上海市嘉定区人民法院（2011）嘉民三（民）初字第333号民事判决书中认为：现被告公布的2009年度小区支出日常维修费过于笼统，不够明确，原告要求被告公布日常维修费的项目明细属原告等业主知情的范围，故对原告的该项诉请，应予支持。

[76]参见王利明：《合同法研究》（第四卷），北京，中国人民大学出版社2017年版，第165页。

[77]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第191-192页。

[78]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第185-187页。

[79]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第192-193页。

[80]“夏浩鹏等人诉上海市闸北区精文城市家园小区业主委员会业主知情权纠纷案”（载《最高人民法院公报》2011年第10期）的判决书中认为：原告对于被告已公布账目中的停车费、广告费及清洗玻璃、景观灯改造、业委会值班津贴的收支情况有异议，被告精文业委会有义务提供相应的发票、清单等以便原告进行查阅、核对及复印。如需精文物业协助的，被告应督促其予以配合。鉴于原告上述权利的行使已足以保障原告对维修基金管理和使用的知情权，原告再行要求被告提供维修资金的会计账目缺乏法律依据，亦超出了业主知情权的合理范围，法院难以支持。

[81]无锡市春江花园业主委员会诉上海陆家嘴物业管理有限公司等物业管理纠纷案（载《最高人民法院公报》2010年第5期）的判决书中认为：业主委员会代表全体业主向物业公司主张的物业收益分配，债权债务双方当事人系业主委员会和物业公司，

而物业公司主张用于抵消的部分业主所欠物业管理费债权人虽然是物业公司，但债务人系部分业主，而非业主委员会，也非全体业主。因此，两个债权债务关系的主体不同，因此，物业公司不得就此主张抵销。

[82]另外，《建筑物区分所有权纠纷解释》第17条规定：本解释所称建设单位，包括包销期满，按照包销合同约定的包销价格购买尚未销售的物业后，以自己名义对外销售的包销人。

[83]参见福建省厦门市海沧区人民法院（2012）海民初字第438号民事判决书。

[84]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第317-318页；施建红：《未实际占有物业业主无拒付物业费但享有收益权的抗辩权》，载《人民司法·案例》2016年第35期。

[85]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第319-320页。

[86]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第322-323页。

[87]参见陈佳：《物业服务合同中的物业费请求权研究》，载《河北法学》2010年第5期，第58-59页。

[88]参见王利明：《合同法研究》（第四卷），北京，中国人民大学出版社2017年版，第168页；谢哲胜：《公寓管理费缴纳义务的继受》，载《月旦法学教室》第37期，第13页。

[89]参见熊进光：《物业服务合同抗辩权的行使与限制》，载《现代法学》2010年第3期，第172页。

[90]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第310-311页；王利明：《合同法研究》（第四卷），北京，中国人民大学出版社2017年版，第177页。

[91]参见《北京市高级人民法院关于审理物业管理纠纷案件的意见（试行）》第29条。

[92]“杭州钱塘物业管理有限公司诉王林凤物业服务合同纠纷案”（载《人民法院案例选》2015年第4期）的判决书中认为：物业服务的对象系小区全体业主，个别业主对物业服务合同履行所持异议不能代表全体业主的意见，不足以作为个别业主不缴纳物

业费的合理理由。

[93]参见熊进光：《物业服务合同抗辩权的行使与限制》，载《现代法学》2010年第3期，第171页。

[94]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第310页；姚辉、段睿：《物业服务合同履行的相关法律问题研究》，载《法律适用》2010年第1期，第39页。相关案例，“厦门市创优物业管理有限公司诉庄建平物业服务合同纠纷案”，载《人民法院案例选》2013年第1期。

[95]参见张永：《物业服务瑕疵程度的认定》，载《人民司法·应用》2016年第23期，第52页。

[96]最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第314页。

[97]参见羊震：《物业服务合同履行中业主抗辩权的行使规则》，载《人民司法·应用》2017年第22期，第43页。上海市高级人民法院民一庭《关于审理物业管理纠纷案件有关问题的解答》第15条中规定：如果物业管理费用是分不同项目收取的，则业主仅能就物业管理企业未尽职责部分的费用行使抗辩权，而不能以拒交全部物业管理费用的方式行使抗辩权。但物业管理企业拒收部分物业管理费的除外。

[98]“海安天宝物业有限公司诉徐培术、袁丽丽物业服务合同纠纷案”（载《人民司法案例》2018年第29期）的判决书中认为：物业服务企业基于物业服务合同对小区停车位进行管理是应尽的合同义务，不因管理行为当然获得收取停车费的权利。如其收费既无物业服务合同依据，又无停车位权利人的授权，业主以其擅自扩大收费范围、违规收费为由抗辩的，人民法院应予支持。

[99]具体参见《北京市第二中级人民法院关于物业服务合同纠纷案件审判实务问题的调研报告》，微信公众号“北京审判”2017年6月26日发布。

[100]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第312页。附带说明，该书第307页似乎认为催告并非前置程序，与后文的论述有所矛盾。

[101]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第313页。浙江省高级人民法院民一庭《关于审理物业服务纠纷案件适用法律若干问题的意见》第16条第2款规定：物业服务人向欠费业主送达催交通知书，应当采取直接送达、邮寄送达、留置送达的方式；仍不能送达的，可以采取在欠费业主物业门口和小区内张贴公告的方式送达。

[102]最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第297-298页；《北京市高级人民法院关于审理物业管理纠纷案件的意见（试行）》第28条、江苏省高级人民法院《关于审理物业服务合同纠纷案件若干问题的意见》第8条。

[103]江苏省高级人民法院《关于审理物业服务合同纠纷案件若干问题的意见》第7条规定：物业服务人以业主未给付物业服务费用为由，拒绝履行物业服务合同的，人民法院不予支持。但业主拖欠物业服务费用造成物业服务人不能正常运营的除外。

[104]这也反映出我国法律对支付物业费的特殊保障制度的欠缺，例如不动产优先权、强制出让等。参见王利明：《合同法研究》（第四卷），北京，中国人民大学出版社2017年版，第178-179页；熊进光：《物业服务合同抗辩权的行使与限制》，载《现代法学》2010年第3期，第173-174页。

[105]参见《北京市高级人民法院关于审理物业管理纠纷案件的意见（试行）》第25条、浙江省高级人民法院民一庭《关于审理物业服务纠纷案件适用法律若干问题的意见》第18条、江苏省高级人民法院《关于审理物业服务合同纠纷案件若干问题的意见》第9条。

[106]江苏省高级人民法院《关于审理物业服务合同纠纷案件若干问题的意见》第15条，江苏省南京市浦口区人民法院（2017）苏0111民初6398号民事判决书。

[107]参见浙江省高级人民法院（2017）浙民申1005号民事裁定书、广东省高级人民法院（2018）粤民申12390号民事裁定书、辽宁省大连市中级人民法院（2017）辽02民终9092号民事判决书、重庆市渝中区人民法院（2018）渝0103民初28402号民事判决书。

[108]《北京市高级人民法院关于审理物业管理纠纷案件的意见（试行）》第26条规定：审理追索物业服务费案件，应依照现行法律关于诉讼时效的规定。但在适用诉讼时效时不宜过苛，除物业管理企业明显怠于行使权利的，可认定其在持续主张权利。

[109]“顾然地诉巨星物业排除妨碍、赔偿损失纠纷案”（载《最高人民法院公报》2003年第6期）的判决书中认为：巨星物业作为物业管理企业，接受业主委员会的委托，对三和花园进行物业管理。巨星物业对原告顾然地吊装浴缸的行为加以制止，是其管理职责所在，并无不妥。巨星物业的行为不具有违法性。

[110]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第287页。

[111]“青岛中南物业管理有限公司南京分公司诉徐献太、陆素侠物业管理合同纠纷案”（载《最高人民法院公报》2007年第9期）的判决书中认为：中南物业南京公司作为提供物业管理服务的合同一方当事人，有义务依约进行物业管理，要求业主遵守

业主公约及小区物业管理规定，有权对于违反业主公约及物业管理规定的行为加以纠正，以维护小区正常的物业管理秩序，维护小区全体业主的共同利益。当业主不按照整改要求纠正违反业主公约和物业管理规定的行为时，中南物业南京公司作为合同一方当事人，有权依法提起诉讼。

[112]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第329页；《北京市高级人民法院关于审理物业管理纠纷案件的意见（试行）》第16条。

[113]参见王利明：《物业服务合同立法若干问题探讨》，载《财经法学》2018年第3期，第13-14页；赵惠：《析物业服务合同的性质及其解除》，载《法律适用》2010年第11期，第35页；睢素丽：《物业服务合同的法律分析与相关问题的法律适用》，载《法律适用》2007年第5期，第49页；陈文：《物业服务合同若干法律问题研究》，载《现代法学》2004年第2期，第160页。

[114]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第331-335页。

[115]关于不同观点，参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第338页。

[116]江苏省高级人民法院《关于审理物业服务合同纠纷案件若干问题的意见》第12条对此作了明确规定。

[117]参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》，北京，人民法院出版社2009年版，第339页。

[118]参见《北京市物业项目交接管理办法》第10条第2款。

[119]参见《北京市高级人民法院关于审理物业管理纠纷案件的意见（试行）》第15条。

[120]前期物业服务合同终止而业主委员会未备案成立的，有案例认为，物业服务人在前期物业服务合同终止后仍然应当履行交接义务，应当移交给开发商。参见“厦门海沧大永固大厦业主委员会与厦门海投物业公司物业服务案”，载《人民法院案例选》2010年第3期。

[121]参见《北京市物业项目交接办法》第6、7条。

[122]《物业服务纠纷解释》第10条第1款规定请求主体是业主委员会。

[123]《北京市物业项目交接管理办法》第12条第2款规定，“建设单位、物业服务

企业在办理交接至撤出物业管理区域前的期间内，应当维持正常的物业管理秩序，并不得向业主收取物业服务费用”。但是，这似乎在价值上并不妥当，毕竟，物业服务人履行交接义务应当由物业服务人自行承担因此产生的费用，除非当事人另有约定，但是，维持正常的物业管理秩序已经超出了交接义务的范围，如果不得向业主收取物业费，似乎对物业服务人过分不利。

[124]具体可以参见《北京市物业项目交接管理办法》第18～24条。

第二十五章 行纪合同

本章主要是依据《合同法》第二十二章相关条文修改而成的，围绕行纪合同的主要内容规定了行纪合同的定义、处理委托事务的费用承担、行纪人对委托物的保管义务、委托物的处理、未按指示进行行纪活动的后果、行纪人的介入权、委托物的处置、行纪人与第三人的关系、行纪人的报酬请求权及留置权、对委托合同的参照适用。

与《合同法》相比，本章主要修改了以下内容：第一，统一了用语。如，《民法典》第952条基本上沿袭了《合同法》第415条的表述，但将后者后半句的但书规定由“但当事人另有约定的除外”修改为“但是当事人另有约定的除外”；《民法典》第958条基本上沿袭了《合同法》第421条的表述，但将后者后半句的但书规定由“但行纪人与委托人另有约定的除外”修改为“但是行纪人与委托人另有约定的除外”；《民法典》第959条基本上沿袭了《合同法》第422条的表述，但将后者后半句的但书规定由“但当事人另有约定的除外”修改为“但是当事人另有约定的除外”；《民法典》第955条基本上沿袭了《合同法》第418条的表述，但将后者第二款中的“依照”修改为“依据”。第二，简化了表述。《民法典》第956条基本上沿袭了《合同法》第419条的表述，但是将后者第1款中的“除委托人有相反的意思表示的以外”修改为“除委托人有相反的意思表示外”；《民法典》第957条基本上沿袭了《合同法》第420条的表述，但是将后者中的“行纪人依照本法第一百零一条的规定可以提存委托物”修改为“行纪人依法可以提存委托物”。第三，斟酌了用词。《民法典》第960条基本上沿袭了《合同法》第423条的表述，但是将后者中的“适用委托合同的有关规定”修改为“参照适用委托合同的有关规定”。委托合同与行纪合同尽管有类似之处，但毕竟存在较大差别，故而使用“适用”一词过于武断，改为“参照适用”更为准确。第四，消除了语病。《民法典》第954条基本上沿袭了《合同法》第417条的表述，但将后者后半句中的“和委托人不能及时取得联系的”修改为“不能与委托人及时取得联系的”。第五，改动了标点。《民法典》第955条基本上沿袭了《合同法》第418条的表述，但将后者前两款句中的“。”都修改为“；”。

本章所规定的行纪合同是典型合同之一，其与委托合同既有联系又有区别。其中，最主要的区别在于，在行纪合同关系中，行纪人以自己的名义为委托人从事贸易活动；而在委托合同关系中，受托人既可以用委托人的名义，也可以用自己的名义从事民事活动。

第九百五十一条

行纪合同是行纪人以自己的名义为委托人从事贸易活动，委托人支付报酬的合同。

本条主旨

本条是关于行纪合同定义的规定。

相关条文

《合同法》第414条 行纪合同是行纪人以自己的名义为委托人从事贸易活动，委托人支付报酬的合同。

理解与适用

一、行纪合同关系与类似合同关系

（一）行纪合同关系与代理合同关系

实践中存在以“委托代理合同”为名的行纪合同。典型案例如杨凌金澳畜牧业有限公司与陕西国际信托投资股份有限公司、陕西国信资产管理有限公司、杨凌金坤生物工程股份有限公司外贸代理合同纠纷一案，其基本案情为：陕国投、陕国信、金坤公司（以下简称合作三方）与金澳公司签订委托代理合同，约定：合作三方委托金澳公司作为进口奶牛代理商，受托方金澳公司以自己的名义对外询价、签约、购汇、对外付款，并及时通知合作三方对外业务的进展情况（签约购牛数量、购牛价格须征得委托方同意），委托方按进口奶牛在国内销售后的全部价款的3%向金澳公司支付代理费。原审法院经审理认为，本案从形式上看是以委托代理合同为基础进行的外贸代理，但事实上在当事人之间形成了行纪合同关系。^[1]

但行纪关系和代理合同关系之间仍存在显著区别，因为在行纪关系中，行纪人必须是以自己的名义从事相关活动。在赤峰瑞禾晟种业有限公司与于振刚、陈亚峰等买卖合同纠纷一案中，法院认为，与于振刚形成合同关系的不是瑞禾晟有限公司，而是陈亚峰、宫宪宝、王凤红、宋春明，赤峰瑞禾晟种业有限公司与陈亚峰、宫宪宝为行纪合同关系，陈亚峰、宫宪宝与于振刚之间为买卖合同关系。首先，于振刚与赤峰瑞禾晟种业有限公司并未签订合同，赤峰瑞禾晟种业有限公

司也没有为于振刚出具任何书面凭据，认定于振刚与赤峰瑞禾晟种业有限公司存在直接合同关系没有证据支持，但于振刚却持有陈亚峰、宫宪宝、王凤红、宋春明为其出具的欠据，因而认定陈亚峰、宫宪宝与于振刚之间存在合同关系具有证据支持。其次，于振刚据以主张权利的欠据，是陈亚峰、宫宪宝、王凤红、宋春明以其自身名义出具的，并未以赤峰瑞禾晟种业有限公司名义出具，这符合行纪合同的特征。如果陈亚峰、宫宪宝是赤峰瑞禾晟种业有限公司的委托代理人，双方存在的是委托合同关系，那么陈亚峰、宫宪宝应该以赤峰瑞禾晟种业有限公司的名义出具欠据。个人要作为经手人或代理人签字，而不是作为欠款人签字，欠据内容与陈亚峰、宫宪宝主张的委托代理关系不符。最后，本案中宫宪宝为赤峰瑞禾晟种业有限公司出具过170万元前期投入款的欠据，只有在宫宪宝、陈亚峰与赤峰瑞禾晟种业有限公司之间存在行纪合同关系的情况下，才有可能出现宫宪宝为赤峰瑞禾晟种业有限公司出具欠据的情况，如果宫宪宝、陈亚峰与赤峰瑞禾晟种业有限公司存在的是委托代理关系，那么宫宪宝、陈亚峰无须为赤峰瑞禾晟种业有限公司出具欠据。承担给付于振刚种子款给付义务的应是陈亚峰、宫宪宝、王凤红、宋春明，陈亚峰、宫宪宝与赤峰瑞禾晟种业有限公司之间的合同关系应另案解决。[2]

（二）行纪合同关系与中介合同关系

中介合同的中介人仅是向委托人如实报告订约机会或提供订立合同的媒介，其本人不参与合同的订立。在黎友华、徐卫峡合同纠纷一案中，法院认为，黎友华将他人介绍给徐卫峡后，徐卫峡并没有与他人商谈合同的具体内容，玉器的价款是由黎友华做的报价，并由其交付玉器，双方之间并非中介合同关系。行纪合同具有以下特征：

（1）行纪人与委托人之间是委托关系，行纪人与第三人之间形成的是买卖关系；（2）委托人与第三人之间不存在合同关系，即委托人只能从行纪人那里接受行纪行为的法律后果；（3）行纪合同是双务、有偿合同，即行纪人是基于营利性从事行纪，有权从委托人处收取约定和法定的报酬。本案中，徐卫峡应黎友华的要求将玉器带到宿迁，其目的亦系将玉器出售。徐卫峡并不认识将要购买玉器的买受人，而是由黎友华将玉器取走后交由他人。黎友华在将玉器交由他人时，其自己陈述报价为138万元，而不是徐卫峡给其的报价120万元，徐卫峡和黎有华均认可扣除5万元为黎友华的佣金。徐卫峡没有与他人商谈玉器买卖合同，也没有将玉器直接交付他人，而是由黎友华与他人商谈并交付玉器。2017年10月22日，吴树轩向黎友华出具了欠条，亦可以证明并非徐卫峡向他人直接出售玉器。综上，本案当事人的行为符合上述行纪合同的法律特征。因此，从双方的行为上看，应当是行纪行为，故本案应为行纪合同纠纷。[3]

（三）行纪合同关系与买卖合同关系

行纪合同关系与买卖合同关系在一般情况下区别非常明显，但在某些情况下界限并不清晰。典型案例如兰州晟铭商贸有限公司诉利标品牌管理（上海）有限公司买卖合同纠纷一案，其基本案情为：利标公司与晟铭公司签订经销合同，约定利标公司授权晟铭公司为某品牌中大童服装服饰类甘肃省区域范围经销商（不含此区域内的机场专卖销售）。晟铭公司每年两次参加利标公司举办的商品订货会，并保证每季达到最低采购金额指标，达到目标并不违反利标公司已有规定的前提下合同继续生效至下一个年度，下一个年度的进货指标另行商定；晟铭公司享受服装类订货会商品订货金额的10%退货，非服装类不享受退货，如实际出货未达到订货金额，以实际出货金额的10%计算退货；退换货的折扣与订货折扣相同，退换货的运费由晟铭公司承担；利标公司供应之当季商品，服装按零售价4折（含税）计价，配饰品按4折（含税）买断计价，其他过季服装另行优惠计价。晟铭公司参加了利标公司举办的2015年度、2016年度订货会，并订购了货物。后由于利标公司擅自低价销售导致双方发生争议，晟铭公司没有收取所订货物。2017年度利标公司还直接向晟铭公司的客户发货，晟铭公司知道并同意由其与利标公司进行结算。法院认为，根据该合同中商品系由晟铭公司买断计价等的相关约定，该合同不符合行纪合同系由行纪人以自己名义为委托人从事贸易活动并由委托人支付报酬的基本特征，而应属于买卖合同范畴。^[4]这一观点总体上较为可取。

（四）行纪合同关系与非典型合同关系

实践中，还存在以“采购合同”/“购销合同”为名的行纪合同。在南宁市益高商贸有限责任公司诉港之源商贸有限公司南宁家家旺超市等行纪合同纠纷一案中，被告（甲方）与原告（乙方）签订采购合同，约定甲方以自己的名义为对方寄售商品并收取报酬。法院认为，行纪合同是指一方根据他方的委托，以自己的名义为他方办理购销、寄售和证券等业务，并收取报酬的合同。其中以自己名义为他方办理业务者，为行纪人；由行纪人为之办理业务，并支付报酬者，为委托人。本案当事人接受对方委托，以自己的名义为对方寄售商品并收取报酬，双方之间的意思表示真实一致，由此双方的行纪合同关系即告成立。在该合同内容不违反法律、行政法规的强制性规定的情形下，应为合法有效，当事人应当按照约定全面履行自己的义务。^[5]

二、行纪合同关系的成立与指示

从相关案例来看，如果受托人无须按照委托人的指示处理委托事务的，则不构成行纪合同关系。典型案例如北京正合世纪文化传播有

限公司与熊威等知识产权合同纠纷一案，其基本案情为：2006年3月23日，正合世纪公司（甲方）与熊威、杨洋（乙方）签订《合同书》，约定甲方聘请乙方为签约歌手，甲方全权代理乙方唱片、演艺、广告等事宜；乙方对甲方代理乙方各项工作提出合理建议和要求，服从甲方安排的营利性或非营利性演艺、广告活动，不得从事影响甲方安排的营利性或非营利性演艺活动，不得从事损害甲方合法利益的其他行为。合同第3项约定了经济收益和分配关系。法院认为，由于行纪人是为委托人的利益而为行纪行为的，故行纪人负有按照委托人的指示处理委托事务的义务。虽然正合世纪公司是以自己的名义而不是以熊威、杨洋的名义与演出主办方或演出组织者订立演出合同，但是，双方签订的合同书明确约定：熊威、杨洋享有对正合世纪公司代理其各项工作提出合理建议和要求权利，负有服从正合世纪公司安排的营利性或非营利性演艺、广告活动的义务。因此，正合世纪公司并非按照熊威、杨洋的意志处理熊威、杨洋委托的事务，而是按照其意志安排熊威、杨洋的演艺活动。所以涉案合同中关于演出经纪的合同条款明显不符合行纪合同的特征。^[6]

三、行纪合同关系的成立与报酬

（一）仅约定底价

从相关案例来看，当事人仅约定了底价、未明确约定销售分成等报酬的，不影响行纪合同关系的认定。在张永祺与李文庆行纪合同纠纷一案中，李文庆将自有的四批艺术作品交与张永祺，并当场制作记录清单，清单上注明了所出借艺术作品的名称、规格、底价/要价及其所有权人，由张永祺签名收讫，案外人道巅作为证明人在该清单上签名确认。法院认为，虽然李文庆、张永祺对销售的分成没有明确约定，但在案涉清单上李文庆也明确表明了案涉作品销售的底价，而该底价应该理解为在字画售出的情况下，李文庆从张永祺处收取的最低价款，即所谓的“一口价”，而非字画对外售出的最低价格，而张永祺超出该最低价款对外出售案涉作品获得的额外价款才是张永祺获得报酬的基数，否则就难以理解为何案涉清单仅约定对外的最低销售价格，但却未约定销售成本的负担和张永祺的报酬问题。由此可见，双方约定了张永祺在为李文庆从事字画的销售活动中是可获得报酬的。本案符合行纪合同法律关系，其中李文庆为委托人，张永祺为行纪人。^[7]

（二）不收取报酬

在不收取报酬的情况下，构成委托代理关系还是行纪合同关系，司法实务上存在不同观点。在陈某某与李某某行纪合同纠纷一案中，

原、再审认为，曹某与陈某某之间系委托代理关系，陈某某与丁某之间存在房屋买卖关系，陈某某系买方，曹某、陈某某以及丁某之间的委托关系、买卖关系较符合行纪关系的法律特征及其主要构成要件。本案中虽无曹某与陈某某约定支付报酬的事实，但不能因此否认上述三方间的行纪法律关系。该关系应属于行纪法律关系的特殊形式，曹某为委托人，陈某某为行纪人。江苏省泰州市中级人民法院再认为：根据本案已确认的事实来看，陈某某并无与丁某签订案涉房屋买卖合同的意思表示，其之所以作为该合同的一方当事人，是因为曹某与陈某某之间的约定，由陈某某作为名义上的合同一方，但合同的相关权利义务均由曹某承受。故在案涉买卖合同之中，曹某与陈某某两者之间的法律关系应认定为委托代理关系，而不应认定为行纪合同。^[8]但亦有法院认为，虽然当事人没有签订书面合同，且因原、被告在一起共事多年的特殊原因，被告并未向原告收取报酬，但因双方的实际履行，不影响原、被告之间的行纪合同关系的成立。^[9]

四、行纪合同为不要式合同

行纪合同具有诺成性，属于不要式合同，虽合同内容系口头约定，但体现双方真实的意思表示，那么合同有效，对合同双方均具有法律约束力。在司法实践的相关案例中原告将自行车委托两被告在门市部销售，双方口头约定了自行车的出售价格及被告代销费。法院认为，在口头行纪合同中，行纪人以处理委托事务支出的费用为由拒绝返还委托人代销款的行为并不合法。根据诚实信用原则，行纪人应返还委托人代销款。依据《合同法》第415条的规定，行纪人处理委托事务支出的费用，由行纪人负担，但当事人另有约定的除外。如果口头合同中未作约定，那么行纪人不能以处理委托事务支出的费用为由拒绝返还委托人代销款。^[10]

第九百五十二条

行纪人处理委托事务支出的费用，由行纪人负担，但是当事人另有约定的除外。

本条主旨

本条是关于处理委托事务的费用承担的规定。

相关条文

《合同法》第415条 行纪人处理委托事务支出的费用，由行纪人负担，但当事人另有约定的除外。

理解与适用

本条源于《合同法》第415条，修改主要体现在：将后半句的但书规定由“但当事人另有约定的除外”修改为“但是当事人另有约定的除外”。这一修改统一了《民法典》但书规定的表述，与其他地方的表述相一致。其原因在于，《民法典》在强调体系上的完备性的同时，也追求形式上的统一性。

一、约定优先

民法为私法，奉行的是私法自治理念，当事人完全可以在合同中约定行纪人处理委托事务支出的费用承担问题。这一规则在司法实践中得到了执行。典型案例如白铁锁与河南新电金属材料有限公司行纪合同纠纷一案，其基本案情为：2015年7月11日，被告（甲方、委托代购方）与原告（乙方、代购方）签订委托代购协议书，约定：甲方委托乙方代购重熔电解铝锭，乙方可适当收取代购费用；代购铝锭乙方负责送货到甲方工厂，运费由甲方承担，结算方式为进第二车铝锭到甲方工厂后，甲方付乙方第二车铝锭货款，不得超过10日。第一车铝锭到甲方工厂后应向乙方写下欠条，保障乙方合法权益，乙方运送铝锭到厂后，运费应及时结算。2015年7月13日，原告按被告要求购进铝锭并运送至被告处，原告分两次支付了货款合计671 500元。被告按双方约定的每吨350元当即向原告支付了报酬。对原告购进铝锭的货款，被告于2016年11月7日向原告出具欠条。之后，经原告多次催要，被告至今尚欠原告货款671 500元及利息未付。法院认为，根据协议内容，原、被告之间形成行纪合同关系。本案原告按照约定完成委托事务，被告作为委托人虽向原告支付了相应的报酬，但根据双方合同约定，被告并未支付原告处理委托事务支出的费用，即原告购买货物支出的货款，且被告向原告出具欠条，对双方的债权债务进行了确认，故被告未支付原告货款，应承担相应的民事责任。^[11]

二、法律推定

现实生活中，难免会发生当事人没有约定相关费用由谁负担的问题。考虑到行纪人是以自己的名义处理相关事务，故而在无特别约定的情况下，行纪人处理委托事务支出的费用宜由行纪人负担。这一规则在司法实践中得到了执行。典型案例如张永祺与李文庆行纪合同纠纷一案，其基本案情为：李文庆将自有的四批艺术作品交与张永祺，

并当场制作记录清单，清单上注明了所出借艺术作品的名称、规格、底价/要价及其所有权人，由张永祺签名收讫，案外人道颠作为证明人在该清单上签名确认。张永祺主张其为案涉作品进行了装裱、装框、宣传等工作，其中花费了装裱、装框费用共计163 300元，现案涉作品没有售出，无法实现合同的目的，李文庆应赔偿张永祺的损失。法院认为，双方争议的装裱、装框费用是为案涉作品展销而支出的费用，并无证据证明李文庆委托张永祺对案涉作品进行装裱、装框，亦无证据证明双方明确约定案涉作品在未能卖出情况下的装裱、装框费用由李文庆承担，张永祺未能举证证明双方对该费用有明确约定，应由行纪人张永祺自行承担。^[12]

第九百五十三条

行纪人占有委托物的，应当妥善保管委托物。

本条主旨

本条是关于行纪人对委托物的保管义务的规定。

相关条文

《合同法》第416条 行纪人占有委托物的，应当妥善保管委托物。

理解与适用

一、返还义务

由于行纪人是为他人处理事务，因而需为他人利益服务。如，在委托人委托行纪人销售委托物时，行纪人应将未予售出的委托物返还给委托人，或支付相应货款。从司法实践来看，这一规则是得到认可的。典型案例如李瑞与姚发青行纪合同纠纷一案，其基本案情为：原告将其所有的货物交付给被告用于出售，货物底价由原告决定，被告超出该底价售出货物获得的额外价款是被告获得的报酬。被告在结算单中明确载明尚有30件货物未退还原告，也未向原告支付相应的货款。一审法院认为本案符合行纪合同法律关系，原告为委托人，被告为行纪人，被告作为行纪人未尽到妥善保管委托物的义务，应承担相

应的赔偿责任。^[13]

二、赔偿责任

违反义务就会引发责任。如行纪人未妥善保管委托物导致委托物损毁的，理应承担相应的赔偿责任。现实案例也证明了这一点。典型案例如嘉峪关市西部天地商贸有限责任公司与王永亭行纪合同纠纷，其基本案情为：2010年11月5日，王永亭（供方）与西部公司（需方）签订一份购（代）销合同，需方以自己的名义为供方代销商品，需方销售供方所供商品金额的2.5%返还需方。后嘉峪关市工商行政管理局经济检查分局以货物变质为由要求西部公司对王永亭供应的7593.77千克瓜子予以销毁。西部公司未等王永亭领取退货即将该批货物露天堆放且现已灭失。法院认为，虽然王永亭生产瓜子未办理相关证照，但该瓜子并非国家禁止生产的产品，仅被工商行政机关确认为变质，其在发生霉变之前仍然具有一定的使用价值，具有财产属性，西部公司应当予以妥善保管。西部公司不能证明其已尽到了妥善保管货物的义务，故应对王永亭的瓜子变质承担主要责任。^[14]

第九百五十四条

委托物交付给行纪人时有瑕疵或者容易腐烂、变质的，经委托人同意，行纪人可以处分该物；不能与委托人及时取得联系的，行纪人可以合理处分。

本条主旨

本条是关于委托物的处理的规定。

相关条文

《合同法》第417条 委托物交付给行纪人时有瑕疵或者容易腐烂、变质的，经委托人同意，行纪人可以处分该物；和委托人不能及时取得联系的，行纪人可以合理处分。

理解与适用

《民法典》第954条基本上沿袭了《合同法》第417条的表述，

但将后者后半句的但书规定由“和委托人不能及时取得联系的”修改为“不能与委托人及时取得联系的”，一方面消除了语病，另一方面使用了更准确的连词“与”。

一、一般原则：不得擅自处理

在行纪合同关系中，行纪人是为了委托人的利益而从事相关活动的。由于委托人自己才是其利益的最权威判断者，故而行纪人必须接受委托人的指示。这是其义务所在。这种义务在一般情况下存在，在特殊情况下也存在。委托物交付给行纪人时有瑕疵或者容易腐烂、变质的即为典型一例。即便出现这样的情况，行纪人也不能自作主张不去请示，否则，就应承担不利后果。

汪应明与张水根合同纠纷一案是关于本条的典型案列。其基本案情为：2013年张水根、汪应明协商，由汪应明为张水根代办收购葡萄，未签订书面合同，口头约定由汪应明以自己的名义向农户收购葡萄并负责装箱和运至汪应明经营的“应民冷库”冷藏。2014年度，汪应明为张水根共收购了七条冷柜的葡萄，其中五条冷柜的葡萄已经交付张水根运走，尚有两条冷柜共计5 250件葡萄冷藏于“应民冷库”。2014年8月，张水根将已经运走五条冷柜的葡萄的欠款230 000元通过银行转账至汪应明账户。张水根要求汪应明先将葡萄发了再打款，而汪应明则要求张水根先打款后发葡萄。为此，汪应明对尚余的两条冷柜的葡萄未向张水根发货，张水根亦未向汪应明支付款项。后汪应明之子电话告知张水根如不付款将处置葡萄。2014年9月4日，汪应明将葡萄5 250件以273 000元价款出售与他人。法院认为，本案“代办”标的物易腐烂、变质的物品，原告汪应明在经被告张水根的同意后，可以对标的物进行处分，但本案无证据证实该处分经委托人张水根的同意，原告汪应明将标的物葡萄出售，销售价格与双方结算价格的价差为59 610元，卖出葡萄的价格低于指定价格，且经庭审，被告方对原告汪应明将葡萄卖出不予认可，故原告汪应明要求被告张水根对其卖出标的物所致价差承担赔偿责任的请求和被告张水根的预期利益损失由各自进行承担。^[15]

二、特殊情形：可以合理处分

尽管委托人才是自己利益的最佳判断者，行纪人原则上应该按照委托人的指示从事活动，但行纪人获得指示的前提是两者之间可以及时且畅通地进行交流。倘若出现特殊情况，这一前提难以成立，则继续坚持这一做法无疑会导致委托人的利益受损。为避免这一情况，《民法典》专门规定行纪人在不能与委托人及时取得联系时，可以合理处分。

但合理处分的认定在司法实践中却是一大难题。李玉猛与武汉市黄陂区四季美农贸城刘永红蔬菜商行买卖合同纠纷一案便是关于该问题的典型案例。其基本案情为：经案外人肖传田介绍，原告李玉猛于2018年7月3日将西瓜运至被告刘永红蔬菜商行出售。2018年7月3日至2018年7月8日期间，被告为原告售出西瓜二千余公斤，共计得款1438元。在扣除搬运费300元并提取行费418元后，被告将卖瓜所得货款720元交还给了原告。原告认为，被告未按双方约定及市场交易习惯进行销售，且在无法完全销售时，又未及时履行通知义务，导致原告的合法权益受到损害。后双方经多次协商亦未达成一致意见，由此引发诉争。法院认为，原告交给被告销售的西瓜属于时令水果，极易受天气、温度的影响发生腐烂、变质。原告于2018年7月3日将西瓜运至被告商行时，在双方未对货物的重量、品质及价款等诸多问题交接一致的情况下随即离开，其行为本身存在疏忽大意的重大过失。另，被告在代销期间曾打电话向原告报告了西瓜销售的实际状况，但原告未能及时作出明确指示，而是交由被告进行处理。因此，被告按当时情势作出应急销售并不违反行纪人应尽的审慎义务，属于合理处分。被告收取行费的金额在市场行情、交易习惯准许的范围内，故原告要求被告支付货款13 680元及利息的诉讼请求没有事实基础和法律依据。^[16]

■ 第九百五十五条

行纪人低于委托人指定的价格卖出或者高于委托人指定的价格买入的，应当经委托人同意；未经委托人同意，行纪人补偿其差额的，该买卖对委托人发生效力。

行纪人高于委托人指定的价格卖出或者低于委托人指定的价格买入的，可以按照约定增加报酬；没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，该利益属于委托人。

委托人对价格有特别指示的，行纪人不得违背该指示卖出或者买入。

本条主旨

本条是关于未按指示进行行纪活动的后果的规定。

相关条文

《合同法》第418条 行纪人低于委托人指定的价格卖出或者高于委托人指定的价格买入的，应当经委托人同意。未经委托人同意，行纪人补偿其差额的，该买卖对委托人发生效力。行纪人高于委托人指定的价格卖出或者低于委托人指定的价格买入的，可以按照约定增加报酬。没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，该利益属于委托人。委托人对价格有特别指示的，行纪人不得违背该指示卖出或者买入。

理解与适用

《民法典》第955条基本上沿袭了《合同法》第418条的表述，但将后者前两款句中的“。”修改为“；”；另外，将后者中的“依照”改为“依据”。

尽管立法一再强调行纪人要按照委托人的指示行事，但实践中难免会出现行纪人违背委托人的指示自作主张的情况。显而易见，这可能导致两种后果，即对委托人不利的结果和对委托人有利的结果。

在何才达与马强行纪合同纠纷一案中，法院认为：“行纪合同是指行纪人以自己的名义为委托人从事贸易活动，委托人支付报酬的合同。本案中，原被告双方达成玉石代销协议，明确玉石价值3万元，若玉石售出被告支付原告3万元，若玉石未售出，被告归还玉石。可以理解为，如玉石以3万元或者高于3万元的价格售出，被告只需支付原告3万元，高出的价格可以作为被告出售玉石的报酬。因此，本案原被告双方的关系为行纪合同关系，本案案由为行纪合同纠纷。因玉石已由被告朋友出售，返还原物不可能实现，所以只能返还价款3万元，原告请求返还玉石价款的诉讼请求本院予以支持。对于原告请求被告支付2016年5月18日至2018年5月18日期间的利息14 400元，因双方并未约定利息，无事实依据，本院不予支持。”^[17]

一、自行处分对委托人不利

在行纪人自行处分对委托人不利情况下，尽管行纪人需要对该不利后果承担责任，但考虑到其仍是为了委托人的利益活动，故而法律并未断然否定相关行为对委托人的效力。无论是从公平原则来看，还是从诚实信用原则来看，抑或是从利益平衡原则来看，在行纪人已弥补其给委托人带来的不利时，认为该行为对委托人发生效力都更可取。从促进交易的角度来看，也能得出类似的结论。

这一规则在司法实践中得到了执行。典型案例如江苏大山面粉实

业有限公司与淮安市粮食购销公司行纪合同纠纷、仓储合同纠纷一案，其基本案情为：2011年3月16日和2011年3月18日，大山面粉公司分别委托粮食购销公司出售小麦21 816.278吨和30 000吨，指定价格分别为2 120元 / 吨和2 080元 / 吨。粮食购销公司认为大山面粉公司指定价格过高无法销售，主张应按照其实际销售的2 022元 / 吨计算51 816.278吨小麦销售价款，但未能提供证据证明其以低于大山面粉公司指定价格出售该51 816.278吨小麦经过大山面粉公司同意，且大山面粉公司对此亦不予认可。法院认为，粮食购销公司在未经大山面粉公司同意的情况下对大山面粉公司的代购代储小麦降价出售侵害了大山面粉公司的利益，该低卖部分的差额应由粮食购销公司承担，粮食购销公司应当按照大山面粉公司的指定价格结算该51 816.278吨小麦。 [18]

在常州市卿卿针织厂诉被告上海绿盒子网络科技有限公司行纪合同纠纷一案中，法院认为：“行纪合同是指行纪人接受委托人的委托，以自己的名义为委托人从事贸易活动的合同。委托他人从事贸易活动的人为委托人，接受委托从事贸易活动的人为行纪人。本案中，卿卿针织厂与绿盒子公司签订寄售协议，约定由绿盒子公司为卿卿针织厂寄售产品，并约定寄售产品的名称、数量、型号、价格、寄售期限等主要具体内容，具备行纪法律关系成立的要件。绿盒子公司接受卿卿针织厂的委托，应当按照指定的价格处理事务，其虽然是以自己的名义销售产品，但交易所产生的权利义务最终归属于委托人即卿卿针织厂承受，其卖出的商品的所有权属于委托人，故代销价款应归属于卿卿针织厂。寄售协议终止时，绿盒子公司应当报告委托事务的结果。如出现委托物不能卖出的情形，绿盒子公司应及时催告卿卿针织厂取回。绿盒子公司未进行催告，视为其已将委托事务处理完毕。根据法律规定，行纪人低于委托人指定的价格卖出或者高于委托人指定的价格买入的，应当经委托人同意。未经委托人同意，行纪人补偿其差额的，该买卖对委托人发生效力。综上所述，卿卿针织厂现要求绿盒子公司按照寄售协议中约定的价格支付价款及相应利息的诉求，符合法律规定，本院予以支持。” [19]

二、自行处分对委托人有利的

在行纪人自行处分对委托人有利的情况下，委托人否定其效力会严重违背公平原则，故而此时并不存在该行为是否对委托人发生效力的问题，而只存在委托人是否应当给行纪人增加报酬的问题。考虑到私法奉行的是私法自治理念，在有约定的情况下当然应按照约定处理。但一个值得思考的问题是，在存在特别约定的情况下，行纪人的行为究竟算不算违背委托人的指示？在没有约定或者约定不明确时，可以依据《民法典》第510条的规定确定。依据该条仍不能确定的，

考虑到行纪本身就是为委托人的利益服务，而行纪人负有忠实义务，故而额外利益原则上应归委托人。

这一规则在司法实践中得到了执行。典型案例如上海锐韶国际贸易有限公司与上海承源企业发展（集团）有限公司进出口代理合同纠纷一案，其基本案情为：2004年4月14日，原告上海锐韶国际贸易有限公司（乙方）和被告上海承源企业发展（集团）有限公司（甲方）订立了两份委托代理进口合同，约定甲方委托乙方以乙方的名义对外签订合同，协议号为F-407、F-409，其中F407结算条款为人民币单价 $USD410 \times 8.3 = 3\,403$ 元/吨；F409结算条款为人民币单价 $USD400 \times 8.3 = 3\,320$ 元/吨。原告又与徽商公司签订了代理进口钢坯的协议。徽商公司和外商签订了两份合同，约定徽商公司向该外商购买初轧板坯共10 000吨，单价均为USD403/MT。法院认为，本案中行纪人以低于委托人指定的价格买入钢坯，但双方合同对于增加报酬没有约定，原告也未举证证明双方有交易习惯等存在，故该价格差的利益应归于被告。^[20]

三、委托人对价格有特别指示的

在委托人对价格有特别指示的情况下，行纪人不得违背该指示卖出或者买入。之所以如此规定，原因不外乎以下几点：第一，在行纪关系中，行纪人是为委托人的利益服务的，而委托人才是其利益的最佳和最终判断者。第二，在特别的场合，委托人可能有更为长远的利益规划。行纪人违背委托人的指示，即便会给委托人带来短期收益，也可能导致其丧失长远利益。对于委托人而言，这显然是得不偿失的。第三，行纪关系的存续以行纪人与委托人之间相互信任为基础，倘若行纪人违背委托人的特别指示，将会严重损害委托人的信任，进而危及行纪关系的存续。

第九百五十六条

行纪人卖出或者买入具有市场定价的商品，除委托人有相反的意思表示外，行纪人自己可以作为买受人或者出卖人。

行纪人有前款规定情形的，仍然可以请求委托人支付报酬。

本条主旨

本条是关于行纪人的介入权的规定。

相关条文

《合同法》第419条 行纪人卖出或者买入具有市场定价的商品，除委托人有相反的意思表示的以外，行纪人自己可以作为买受人或者出卖人。行纪人有前款规定情形的，仍然可以要求委托人支付报酬。

理解与适用

《民法典》第956条基本上沿袭了《合同法》第419条的表述，但是将后者第1款中的“除委托人有相反的意思表示的以外”修改为“除委托人有相反的意思表示外”，表述更简洁。此外，《合同法》第419条第2款中的表述为“要求”，而《民法典》第956条中的表述为“请求”。

一、法理分析

一般而言，考虑到在行纪人自己作为买受人或者出卖人时，难免会顾此失彼，从而损及委托人的利益，故而不应承认其效力。但在商品具有市场价格的情况下，委托人的利益是能够获得保障的。此时，仍然绝对否认其效力不仅毫无积极意义而且会抑制交易，故而此时宜承认其效力。但考虑到私法所奉行的是私法自治原则，而行纪关系更关注委托人的利益，故而在委托人有相反意思表示的情况下，不宜认可其效力。

在允许行纪人自己作为买受人或者出卖人的情况下，考虑到委托人的利益并未受损，而行纪人已圆满完成了委托人的指示，并且，其在这一过程中难免会耗费时间、精力乃至支出一定的费用，故而认可其报酬请求权更合适。

二、典型案例

典型案例如郝建林与李考怀行纪合同纠纷一案，其基本案情为：2014年7月，上诉人郝建林与证人韩某一起同被上诉人李考怀协商兰炭代购事宜，口头约定由上诉人为被上诉人代购兰炭，并约定了质量考核标准和劳务费标准，不合格产品给被上诉人造成的损失由上诉人承担。上诉人2014年8月开始给被上诉人供货，被上诉人应付上诉人代购兰炭费用共计1 293 460.33元，被上诉人收货后共支付上诉人货款1 194 298元，剩余99 162.33元未付。法院认为，证人韩某陈述自己与上诉人郝建林系合作关系，其受郝建林委托与被上诉人李考怀口

头约定了并实际履行了兰炭代购事宜，系双方真实意思表示，行纪合同关系成立并生效，双方应按约定内容履行各自的合同义务。作为出卖人及行纪合同出卖方委托人的上诉人郝建林有权向作为买受人的被上诉人李考怀主张支付货款及相应劳务费，被上诉人应在收到兰炭后给付上诉人货款及相应劳务费。^[21]

■ 第九百五十七条

行纪人按照约定买入委托物，委托人应当及时受领。经行纪人催告，委托人无正当理由拒绝受领的，行纪人依法可以提存委托物。

委托物不能卖出或者委托人撤回出卖，经行纪人催告，委托人不取回或者不处分该物的，行纪人依法可以提存委托物。

本条主旨

本条是关于委托物的处置的规定。

相关条文

《合同法》第420条 行纪人按照约定买入委托物，委托人应当及时受领。经行纪人催告，委托人无正当理由拒绝受领的，行纪人依照本法第一百零一条的规定可以提存委托物。委托物不能卖出或者委托人撤回出卖，经行纪人催告，委托人不取回或者不处分该物的，行纪人依照本法第一百零一条的规定可以提存委托物。

理解与适用

《民法典》第957条基本上沿袭了《合同法》第420条的表述，但是将后者两款中的“行纪人依照本法第一百零一条的规定可以提存委托物”都修改为“行纪人依法可以提存委托物”。

催告是行纪人处分委托物的程序前提。委托人拒领委托物的，未经催告，行纪人无权处分委托物；反之，经行纪人催告，委托人无正当理由拒绝受领的，行纪人依法可以提存委托物。这一规则在司法实践中得到了执行。典型案例如徐德全与四川万禾中药饮片股份有限公司一般行纪合同纠纷一案，其基本案情为：2011年6月11日，万禾公

司和徐德全签订中药材代购协议，约定万禾公司委托徐德全代购药材。徐德全与万禾公司之间的货物交付流程为：徐德全在购买货物后，便将货物存放在新繁大鹏冻库，随后再通知万禾公司有代购货物已经存放在该冻库，同时要求万禾公司对存放的货物进行检验提货。万禾公司在接到徐德全通知后，再到存放货物的库房对代购货物进行检验提货。该冻库既是万禾公司自新都大鹏药材加工厂承租而来存放代购货物的仓库，也是新都大鹏药材加工厂的自用仓库。徐德全具有行纪人和新都大鹏药材加工厂法定代表人的双重身份。2011年11月1日，徐德全向万禾公司发出律师函，表明中药材已按万禾公司要求存放于新都大鹏药材加工厂新繁大鹏冻库，请万禾公司收到本函后5日内验收代购货物，并给予徐德全关于此批货物如何处置的明确答复。万禾公司收函后，于2011年11月20日向徐德全复函并同时提出和解建议。2011年11月24日，徐德全再次向万禾公司发出律师函，要求万禾公司严格按照合同约定提走代购的货物并支付相应的报酬，否则将解除合同并处置货物。法院认为，在本案行纪合同中，徐德全在组织收购中药材过程中，究竟是履行本案的行纪事务行为，还是履行其法定代表人的职务行为，难以分清。徐德全在处置案涉货物时，不能分清其是在处置行纪事务代购物还是履行其法定代表人职责处理新都大鹏药材加工厂的货物，也未能举证证明其是在处置行纪事务代购物，即便是处置的行纪事务代购物，在徐德全未能提供证据证明其曾在合同期限内通知万禾公司验收、提取货物，亦未提供证据证明万禾公司经通知催告拒绝受领代购货物的情形下，徐德全无权处分委托物。^[22]

第九百五十八条

行纪人与第三人订立合同的，行纪人对该合同直接享有权利、承担义务。

第三人不履行义务致使委托人受到损害的，行纪人应当承担赔偿责任，但是行纪人与委托人另有约定的除外。

本条主旨

本条是关于行纪人与第三人的关系的规定。

相关条文

《合同法》第421条 行纪人与第三人订立合同的，行纪人对该合同直接享有权利、承担义务。第三人不履行义务致使委托人受到损害的，行纪人应当承担损害赔偿责任，但行纪人与委托人另有约定的除外。

理解与适用

《民法典》第958条基本上沿袭了《合同法》第421条的表述，但将后者后半句的但书规定由“但行纪人与委托人另有约定的除外”修改为“但是行纪人与委托人另有约定的除外”，另外，将《合同法》第421条中的“损害赔偿责任”改为“赔偿责任”。

由于行纪人对其与第三人签订的合同直接享有权利、承担义务，因而在第三人不履行义务致使委托人受到损害的情况下，行纪人应当承担赔偿责任。当然，由于私法奉行的是私法自治理念，因而行纪人与委托人另有约定的情况除外。尽管《民法典》只规定了这一种例外，但考虑到公平原则，在委托人也存在过错的情况下，行纪人的责任可以适当减轻。

一、行纪人的主体地位

由于合同原则上具有相对性，再加上行纪人是以自己的名义与第三人签订合同，故而，行纪人与第三人订立合同的，行纪人为该合同的当事人。换言之，行纪人与第三人订立合同的，行纪人对该合同直接享有权利、承担义务。这一规则在司法实践中得到了执行。典型案例如吴某与赵某买卖合同纠纷一案，其基本案情为：张某委托吴某给他代买牛，但张某只给吴某交代自己的底价，具体买的牛多少钱，是由吴某决定的；付款方式是张某把钱打给吴某，吴某付给卖方；张某只给曹某（卖方）付过一次款，且张某给卖方付款，要经过吴某同意，因为价款是吴某与卖方谈的。法院认为，应认定吴某是以自己的名义为张某从事买牛活动，即吴某与张某之间属行纪合同关系，而买牛合同的双方当事人是吴某与卖方，吴某对该合同直接享有权利、承担义务，故吴某应向卖方赵某付款。^[23]

二、行纪人的责任

（一）第三人未及时给付货款

由于委托人与第三人之间并无合同关系，而只与行纪人之间存在合同关系，故而，因第三人未及时给付货款义务导致行纪人不能及时将货款交给委托人的，应当由行纪人向委托人支付货款。这一规则在

司法实践中得到了执行。典型案例如潘夏凉与严一兴行纪合同纠纷一案，其基本案情为：严一兴与潘夏凉签订合作协议书，约定：“甲方（严一兴）提供货源给乙方（潘夏凉）介绍的单位江苏亿鸿纸业，由乙方负责签订供销合同、交接货源、过磅结算、催款等工作。甲方付给乙方工作酬金按厂方结算货款数为准，每吨30元。”合同签订后，潘夏凉按约履行行纪人义务，为严一兴销售煤炭，并以个人名义交接货物、过磅签单、从买方单位收取货款交付给严一兴。由于案涉煤炭货款未能全部给付严一兴，双方产生矛盾。潘夏凉称本案货款是亿鸿公司所拖欠，严一兴应向亿鸿公司主张，潘夏凉不承担给付责任。法院认为，双方之间成立行纪合同法律关系。潘夏凉为严一兴销售煤炭系以自己名义进行，现并无证据证明严一兴与案外人亿鸿公司之间直接发生煤炭买卖关系。就严一兴未能及时回笼的货款损失，潘夏凉作为行纪人依法负有赔偿责任，现潘夏凉以借条的形式明确欠付严一兴货款、借款74 900元，故潘夏凉应按约给付。^[24]

（二）第三人不归还委托物

由于委托人与第三人之间并无合同关系，而只与行纪人之间存在合同关系，故而，因第三人不履行归还委托物义务导致委托人利益受损的，行纪人应当承担赔偿责任。这一规则在司法实践中得到了执行。典型案例如海南海岛恋汽车租赁有限公司与莫连平、尹爱琳合同纠纷一案，其基本案情为：2015年7月16日，莫连平购买丰田牌凯美瑞轿车一辆。2016年12月5日，莫连平与海岛恋公司、尹爱琳口头约定，以海岛恋公司名义将该车对外出租，莫连平收取部分费用。同日，海岛恋公司法定代表人尹爱琳与案外人崔某在海口市琼山区某酒店楼下签订汽车租赁合同纠纷，约定崔某承租海岛恋公司汽车。崔某将租金与押金支付给尹爱琳后将车开走。2016年12月6日，崔某与他人共同将所租赁汽车出卖。2016年12月9日，因崔某承租期届满而未归还汽车，尹爱琳向海口市公安局琼山分局刑警大队报案。2017年9月28日，海口市琼山区人民检察院因崔某等人涉嫌诈骗罪，对崔某提起公诉。因涉案车辆未能追回，莫连平遭受损失，故莫连平诉至一审法院。法院认为，崔某未按时履行其归还租赁汽车的义务，致使汽车所有权人莫连平遭受损失，海岛恋公司应当承担损害赔偿责任，不得以自己无过错为由拒绝承担责任。^[25]

三、责任的减免事由

（一）委托人有过错

在委托人有过错的情况下，行纪人可以适当减责。详言之，在行纪人因第三人原因致使委托人利益受损情况下，如委托人对此也有过

错，应当酌情减轻行纪人责任。这一规则在司法实践中得到了执行。典型案例如贺美玉与瞿利琴、张进跃行纪合同纠纷案，其基本案情为：贺美玉与瞿利琴系朋友，知晓瞿利琴系义乌市汇五汽车租赁服务部（以下简称汇五租赁部）的业主。按照双方平时的租借惯例，贺美玉向瞿利琴提出将涉案车辆租掉的要求后，由瞿利琴确定承租人，车辆以汇五租赁部的名义出租给他人，瞿利琴根据出租情况收取差价。法院认为，根据这一交易习惯，可以认定涉案车辆系由贺美玉委托汇五租赁部以该租赁部的名义出租给他人，符合行纪合同中行纪人接受他人委托，以自己名义为委托人从事贸易活动并收取报酬的规定，贺美玉与汇五租赁部之间构成行纪合同法律关系。对于双方当事人对涉案损失的责任分担，行纪人瞿利琴应对涉案车辆损失承担赔偿责任。贺美玉作为涉案车辆的车主，应该知晓将私家车对外进行租赁存有风险，却仍多次出租赚取租金，亦具有一定的过错，结合双方过错程度以及租金、行纪报酬的收取情况，对车损责任酌情进行分担。[26]

（二）当事人有特别约定

在当事人存在特别约定的情况下，行纪人也可以免责。这一规则在司法实践中得到了执行。典型案例如赵平林、田家庵区佳顺汽车租赁服务部合同纠纷一案，其基本案情为：2012年5月4日，赵平林与佳顺租赁部签订了一份车辆寄存协议，将自己名下的车辆寄存于佳顺租赁部，由佳顺租赁部对外出租，约定“寄存车辆租赁期间所发生一切事故，碰擦，由车主与甲方共同追究承租人责任，甲方不承担任何费用及责任”。2015年3月31日，佳顺租赁部与余桥霞签订协议书，将赵平林寄存的车辆租赁给余桥霞并收取了借车押金。在租赁期间，余桥霞伙同他人将该车辆以抵押的形式出售给他人，后因诈骗罪被判处有期徒刑十年。现赵平林认为被告将涉案车辆出租给他人，致使该车辆目前无法追回，损失10万元，佳顺租赁部应承担赔偿责任。二审法院认为，双方当事人之间签订的车辆寄存协议包含有行纪合同内容，赵平林与佳顺租赁部签订的车辆寄存协议第3条规定了在寄存车辆租赁期间发生的一切事故，碰擦，由车主即赵平林与佳顺租赁部共同追究承租人责任，佳顺租赁部不承担任何费用。可见，赵平林与佳顺租赁部对于寄存车辆出租后所发生的损失的承担问题做了特别约定，该约定不违反法律规定，亦是当事人双方的真实意思表示，合法有效，对双方当事人具有约束力。故二审法院未支持赵平林的上诉请求。再审法院认为，根据寄存车辆用于出租的目的及大众的通常理解，双方约定的对于车辆出租期间所发生“一切事故”应理解为仅指道路交通事故，不包括车辆被骗丢失的情形，佳顺租赁部不能以“但行纪人与委托人另有约定的除外”要求免责。但佳顺租赁部在出租车辆过程中，已尽到充分的审查义务，且依据车辆寄存协议中“五、所有

在甲方（佳顺租赁部）寄存车辆所产生的租赁业务，均按20%收取服务费”的约定，佳顺租赁部及第三人共同承担20%的赔偿责任较为适当，即佳顺租赁部及第三人共同向赵平林赔偿20 000元（100 000元×20%）。^[27]

第九百五十九条

行纪人完成或者部分完成委托事务的，委托人应当向其支付相应的报酬。委托人逾期不支付报酬的，行纪人对委托物享有留置权，但是当事人另有约定的除外。

本条主旨

本条是关于行纪人的报酬请求权及留置权的规定。

相关条文

《合同法》第422条 行纪人完成或者部分完成委托事务的，委托人应当向其支付相应的报酬。委托人逾期不支付报酬的，行纪人对委托物享有留置权，但当事人另有约定的除外。

理解与适用

《民法典》第959条基本上沿袭了《合同法》第422条的表述，但将后者后半句的但书规定由“但当事人另有约定的除外”修改为“但是当事人另有约定的除外。”

一、报酬的计算

（一）部分完成时

由公平原则可知，行纪人部分完成委托事务的，委托人应当支付相应的报酬。司法实践对此也予以认可。典型案例如周平与董标行纪合同纠纷一案，其基本案情为：原告周平（甲方）与被告董标（乙方）签订聘用合同一份，合同约定被告周平为启东市万杯情商行产品销售经理，销售区域为启东市汇龙镇城区范围内的酒店、名烟名酒（其他须经授权），被告每月需完成按不低于甲方规定的价格销售贵州贡、御、福、喜酒36瓶的月基本定量任务，其他任务根据人员及市

场实际情况确定。原告发给底薪（按照员工试用期3 000元人民币 / 月）。“销售对象”约定为按原告商行规定的产品及产品型号。“业绩计提”约定为所有产品原则上不低于原告规定的价格销售，特殊情况需经原告同意后方可实施，并且原则上不能提成，计入业绩，余后平衡处理。合同还就其他事项作了约定。法院认为，由合同约定可见，行纪人每销售一瓶酒则可拿到83.33元提成。行纪人分别在2011年6月13日、2011年8月9日、2011年8月28日完成销售合计66瓶的任务，应得行纪报酬为5 500元（66瓶×83.33元）。行纪人低于销售价格要求、超出销售对象范围等销售行为的行纪报酬不予认定。 [28]

（二）约定不明时

从司法实践来看，在双方未明确约定报酬的情况下，审理法院应依据公平原则酌情确定报酬比例。典型案例如温州市欧王鞋业有限公司与方纪者买卖合同纠纷、行纪合同纠纷一案，其基本案情为：2012年，方纪者同意为欧王公司代销680双鞋子，并向欧王公司出具收条一份，写明“今收欧王鞋业女凉鞋680双（单价以销售单为准）货款销售完结算（10月）代销”。现方纪者已经将上述鞋子销售完毕。后双方对货款发生争议。法院认为，行纪合同是双务有偿合同，行纪人完成或者部分完成委托事务的，委托人应当向其支付相应的报酬。虽然双方当事人未就报酬进行明确约定，但上诉人已完成委托事务，基于公平原则，可酌情确定报酬为销售款的15%。 [29]

二、报酬的实现

为维护行纪人的合法利益，在委托人逾期不支付报酬的情况下，行纪人享有对委托物的留置权。这一规则在司法实践中得到了执行。典型案例如梁婉琼与韶关市科宇贸易有限公司、韶关市啟丰进出口贸易有限公司行纪合同纠纷案，其基本案情为：梁婉琼委托科宇公司、啟丰公司办理冻猪耳、冻猪心的货柜从中国香港地区进口至内地的有关贸易手续。诉讼期间，涉案货物保质期将过，为避免造成损失，经法院协调，兴晨旺公司与科宇公司、啟丰公司、伟发公司达成协议将本案所涉两个货柜的货物作价110万元进行了处理，由科宇公司、啟丰公司先垫付给了伟发公司货物仓储费用，提出货物进行了变卖。法院认为，本案双方构成行纪合同关系。啟丰公司和科宇公司以自己的名义将7个货柜从中国香港地区进口至内地的贸易活动，委托人梁婉琼应为自己的委托事项支付报酬。本案当事人没有提供证据证实双方“另有约定”的除外情形，在委托人梁婉琼没有支付报酬的情况下，行纪人科宇公司对委托物享有留置权，这是法律赋予行纪人的权利。科宇公司留置的2个货柜，虽然在法院的主持下进行了变现，但梁婉琼在没有支付任何费用的情况下，要求啟丰公司和科宇公司交付货物

变现款110万元，没有合法依据。梁婉琼应依约向啟丰公司和科宇公司交纳其应付费后，再行主张权利。 [30]

第九百六十条

本章没有规定的，参照适用委托合同的有关规定。

本条主旨

本条是关于对委托合同参照适用的规定。

相关条文

《合同法》第423条 本章没有规定的，适用委托合同的有关规定。

理解与适用

《民法典》第960条基本上沿袭了《合同法》第423条的表述，但是将后者“适用委托合同的有关规定”修改为“参照适用委托合同的有关规定”。委托合同与行纪合同尽管有类似之处，但毕竟存在较大差别，故而使用“适用”一词过于武断，改为“参照适用”更为准确。

一、参照适用委托合同财产转交义务的规定

由于行纪合同与委托合同非常类似，行纪合同可以参照适用委托合同中的部分规定。典型的如受托人处理委托事务取得的财产应转交委托人的规定。司法实践对此也是予以认可的。典型案例如河南枫桦医疗器械有限公司与南阳市骨科医院、黄润堂行纪合同纠纷一案，其基本案情为：医改政策实行后，原告河南枫桦医疗器械有限公司向被告南阳骨科医院所供的医疗器械，按医用耗材招标采购新秩序，由被告国药控股南阳有限公司统一与被告南阳骨科医院签订购销合同，再由国药控股南阳有限公司向南阳市浩鑫医疗器械有限责任公司采购，南阳市浩鑫医疗器械有限责任公司再向其他公司采购。货款结算时，河南枫桦医疗器械有限公司向南阳市浩鑫医疗器械有限责任公司出具发票，南阳市浩鑫医疗器械有限责任公司再向国药控股南阳有限公司出具发票，最后由国药控股南阳有限公司与南阳骨科医院进行结算。

南阳骨科医院与国药控股南阳有限公司结算后，将货款支付给国药控股南阳有限公司，国药控股南阳有限公司扣除管理费用后，再将货款支付给南阳市浩鑫医疗器械有限责任公司，河南枫桦医疗器械有限公司扣除15%的管理费用后，将发票给南阳市浩鑫医疗器械有限责任公司，南阳市浩鑫医疗器械有限责任公司将货款支付给河南枫桦医疗器械有限公司。法院认为，依据上述供货及结算过程，河南枫桦医疗器械有限公司向南阳市浩鑫医疗器械有限责任公司支付货款的15%作为报酬，由南阳市浩鑫医疗器械公司与国药控股南阳有限公司进行结算后将货款支付给河南枫桦医疗器械有限公司，河南枫桦医疗器械有限公司与南阳市浩鑫医疗器械公司之间系行纪合同关系。河南枫桦医疗器械有限公司与南阳市浩鑫医疗器械公司之间虽没有签订行纪合同，但双方实际进行了履行，该行纪合同系有效合同，双方应当遵守。

《合同法》第404条规定，受托人处理委托事务取得的财产，应当转交给委托人。本案中，南阳骨科医院已与国药控股南阳有限公司就涉案的医疗器械进行了结算并支付，国药控股南阳有限公司也已向南阳市浩鑫医疗器械公司支付了货款，故，南阳市浩鑫医疗器械公司应当向河南枫桦医疗器械有限公司支付货款。^[31]

二、参照适用委托合同任意解除权的规定

尽管合同解除与否对合同当事人之利益影响很大，但考虑到行纪合同与委托合同非常类似，故而行纪合同可以参照适用委托合同任意解除权的规定。司法实践来对此也是予以认可的。典型案例如韩宇恒与河南开元行汽车销售有限公司返还原物纠纷一案，其基本案情为：2018年11月3日，原告在被告处购买商务车一辆，价格55万元。后原告以车辆存在气味无法使用为由将上述车辆放在被告处，并由被告以其自己的名义对外出售。2019年6月14日，被告与案外人郭方、郭保林签订汽车销售合同一份，被告将上述车辆以48万元的价格出售给郭方、郭保林。后被告与郭保林签订解除协议一份，该协议主要约定，因双方在协商交车过程中调取保险记录时发现该车为事故车，双方自愿解除协议，由被告双倍返还案外人郭保林4万元并赔偿郭保林损失2万元。法院认为，原被告之间构成实际上的行纪合同法律关系。在该法律关系中，原告是委托人，被告是行纪人。在双方行纪合同的履行过程中，原告作为委托人享有任意解除权，即原告可以随时解除合同。原告起诉返还车辆及其附属的出厂合格证、购车发票、车辆一致性证书、说明书、保养手册，是其行使解除权的具体体现，符合法律规定。被告并不享有相应的留置权，原因在于：第一，原、被告之间的行纪合同关系系无偿的，不存在原告向被告支付报酬问题；第二，被告作为行纪人向案外人出售涉案车辆时，应当对涉案车辆的质量状况进行全面检查了解并如实向第三人披露。因被告在与案外人履行合

同的过程中未及时披露相关情况导致合同解除，被告向案外人支付的相关赔偿应由被告自行承担。因此，被告是否向案外人支付赔偿、支付了多少赔偿均与原告无关，被告据此主张留置权、拒不向原告返还车辆没有事实及法律依据。^[32]

注释：

[1]参见“杨凌金澳畜牧业有限公司与陕西国际信托投资股份有限公司、陕西国信资产管理有限公司、杨凌金坤生物工程股份有限公司外贸代理合同纠纷案”，最高人民法院（2009）民二终字第47号民事判决书。

[2]参见“赤峰瑞禾晟种业有限公司与于振刚、陈亚峰等买卖合同纠纷案”，内蒙古自治区赤峰市中级人民法院（2018）内04民终2132号民事判决书。

[3]参见“黎友华、徐卫峡合同纠纷案”，安徽省滁州市中级人民法院（2018）皖11民终1388号民事判决书。

[4]参见“兰州晟铭商贸有限公司诉利标品牌管理（上海）有限公司买卖合同纠纷案”，上海市第一中级人民法院（2019）沪01民终5172号民事判决书；另参见“黄素兰与王栓柱买卖合同纠纷案”，河南省济源市中级人民法院（2016）豫96民再7号民事判决书。

[5]参见“南宁市益高商贸有限责任公司诉港之源商贸有限公司南宁家家旺超市等行纪合同案”，广西壮族自治区南宁市兴宁区人民法院（2010）兴民二初字第420号民事判决书；另参见“上诉人罗祥文与被上诉人张掖市发年农产品有限责任公司种植回收合同纠纷案”，甘肃省张掖市中级人民法院（2015）张中民终字第390号民事判决书。

[6]参见“北京正合世纪文化传播有限公司与熊威等知识产权合同纠纷上诉案”，北京市高级人民法院（2009）高民终字第737号民事判决书。

[7]参见“张永祺与李文庆行纪合同纠纷案”，广东省东莞市中级人民法院（2014）东中法民一终字第1151号民事判决书。

[8]参见“陈某某与李某某行纪合同纠纷上诉案”，江苏省泰州市中级人民法院（2013）泰中民再终字第0009号民事判决书。

[9]参见“袁某群与马某银行纪合同纠纷案”，湖北省襄阳市中级人民法院辖区（原湖北省襄樊市中级人民法院）（2016）鄂06民终733号民事判决书。

[10]参见“王某蛟与叶某花、叶某华代销合同案”，福建省安溪县人民法院（2005）安民初字第867号民事判决书；另参见“申诉人赵某武与被申诉人三门峡市平安福汽车租赁有限公司返还财产纠纷案”，河南省三门峡市中级人民法院（2010）湖民一初字第124号民事判决书；（2013）三民再字第34号民事判决书。

[11]参见“白铁锁与河南新电金属材料有限公司行纪合同纠纷案”，河南省新乡市凤泉区人民法院（2017）豫0704民初28号民事判决书；另参见“张掖市昌祺中药材有限责任公司与刘爱清行纪合同纠纷案”，甘肃省酒泉市（地区）中级人民法院（2015）酒民二终字第126号民事判决书。

[12]参见“张永祺与李文庆行纪合同纠纷案”，广东省东莞市中级人民法院（2014）东中法民一终字第1151号民事判决书；另参见“广寿集团有限公司与浙江香溢进出口贸易有限公司、陈小敏等进出口代理合同纠纷案”，浙江省温州市中级人民法院（2011）浙温商终字第978号民事判决书；另参见“宁波江北三江源文化传播有限公司与林绍灵、吴国祥、沈忠、杜拙行纪合同纠纷案”，浙江省宁波市江北区人民法院（2009）甬北商初字第805号民事判决书。

[13]参见“李瑞与姚发青行纪合同纠纷案”，宁夏回族自治区银川市中级人民法院（2018）宁01民终4343号民事判决书；另参见“陈桂贤与买买提尼亚孜艾买提尼亚孜、卢亚军等行纪合同纠纷案”，新疆维吾尔自治区高级人民法院（2016）新民终354号民事判决书；另参见“彭丽与成香凝买卖合同纠纷案”，广东省佛山市南海区人民法院（广东省原南海市人民法院）（2019）粤0605民初7109号民事判决书。

[14]参见“嘉峪关市西部天地商贸有限责任公司与王永亭行纪合同纠纷上诉案”，甘肃省高级人民法院（2013）甘民二终字第184号民事判决书；另参见“武汉金中经济发展有限公司与武汉阳光购物中心、林峰买卖合同纠纷案”，湖北省武汉市新洲区人民法院（2016）鄂0117民初1710号民事判决书。

[15]参见“汪应明与张水根合同纠纷案”，云南省宾川县人民法院（2015）宾民初字第568号民事判决书。

[16]参见“李玉猛与武汉市黄陂区四季美农贸城刘永红蔬菜商行买卖合同纠纷案”，湖北省武汉市黄陂区人民法院（2018）鄂0116民初4895号民事判决书。

[17]“何才达与被告马强行纪合同纠纷案”，新疆生产建设兵团和田垦区人民法院（2018）兵1301民初81号民事判决书。

[18]参见“江苏大山面粉实业有限公司与淮安市粮食购销公司行纪合同纠纷、仓储合同纠纷案”，江苏省高级人民法院（2014）苏商终字第0071号民事判决书；另参见“南昌市四方农业机械制造有限公司与泰和县祥发农机有限公司行纪合同纠纷案”，江西省吉安市中级人民法院（2014）吉中民二终字第67号民事判决书。

[19]“常州市卿卿针织厂诉上海绿盒子网络科技有限公司行纪合同纠纷案”，江苏省常州市金坛区人民法院（2017）苏0482民初4245号民事判决书。

[20]参见“上海锐韶国际贸易有限公司与上海承源企业发展（集团）有限公司进出口代理合同纠纷案”，上海市第二中级人民法院（2005）沪二中民四（商）初字第24号民事判决书；另参见“山东石大科技石化有限公司与上海中泽国际贸易有限公司行纪合

同纠纷案”，山东省日照市岚山区人民法院（2015）岚商初字第271号民事判决书。

[21]参见“郝建林与李考怀行纪合同纠纷案”，山西省忻州地区（市）中级人民法院（2018）晋09民终828号民事判决书。

[22]参见“徐德全与四川万禾中药饮片股份有限公司一般行纪合同纠纷案”，最高人民法院（2014）民申字第262号民事裁定书。

[23]参见“吴某与赵某买卖合同纠纷案”，甘肃省平凉市（地区）中级人民法院辖区（2019）甘08民终1221号民事判决书；另参见“魏某某与于某某买卖合同纠纷案”，辽宁省盘锦市中级人民法院（2013）盘中民三终字00095号民事判决书。

[24]参见“潘夏凉与严一兴行纪合同纠纷案”，江苏省泰州市中级人民法院（2019）苏12民终1018号民事判决书。

[25]参见“海南海岛恋汽车租赁有限公司与莫连平、尹爱琳合同纠纷案”，海南省海口市中级人民法院（2018）琼01民终2652号民事判决书；另参见“申诉人赵宏武与被申诉人三门峡市平安福汽车租赁有限公司返还财产纠纷案”，河南省三门峡市中级人民法院（2010）湖民一初字第124号民事判决书；（2013）三民再字第34号民事判决书。

[26]参见“贺美玉与瞿利琴、张进跃行纪合同纠纷案”，浙江省高级人民法院（2016）浙民申1950号民事裁定书。

[27]参见“赵平林、田家庵区佳顺汽车租赁服务部合同纠纷案”，安徽省淮南市中级人民法院（2019）皖04民再6号民事判决书。

[28]参见“周平与董标行纪合同纠纷案”，江苏省启东市人民法院（2014）启开民初字第01460号民事判决书。

[29]参见“温州市欧王鞋业有限公司与方纪者买卖合同纠纷、行纪合同纠纷案”，浙江省温州市中级人民法院（2014）浙温商终字第1247号民事判决书。

[30]参见“梁婉琼与韶关市科宇贸易有限公司、韶关市啟丰进出口贸易有限公司行纪合同纠纷案”，广东省韶关市中级人民法院（2014）韶中法民二终字第115号民事判决书。

[31]参见“河南枫桦医疗器械有限公司与南阳市骨科医院、黄润堂行纪合同纠纷案”，河南省南阳市卧龙区人民法院（2017）豫1303民初3946号民事判决书；另参见“甘肃昊世新懿机电科技有限公司等与捷马（济宁）矿山支护设备制造有限公司行纪合同纠纷上诉案”，甘肃省高级人民法院（2016）甘民终450号民事判决书。

[32]参见“韩宇恒与河南开元行汽车销售有限公司返还原物纠纷案”，河南省郑州市金水区人民法院（2019）豫0105民初21998号民事判决书。

第二十六章 中介合同

本章主要是依据《合同法》第二十三章相关条文修改而成的，围绕中介合同的主要内容规定了中介合同的定义、中介人的如实报告义务、中介人的报酬请求权、未促成合同成立的处理、委托人私下与第三人订立合同时的报酬、对委托合同的参照适用。

与《合同法》相比，本章主要修改了以下内容：第一，选用了新术语。《合同法》中所使用的术语为“居间”，而《民法典》改用“中介”表达同样的意思。尽管这是一个相对微小的变化，但也反映出《民法典》在语言问题上更加倾向于适用通俗化的表述。这一思路显然与德国模式区别较大，更加接近法国模式。第二，增加了新条文。《民法典》第965条规定：“委托人在接受中介人的服务后，利用中介人提供的交易机会或者媒介服务，绕开中介人直接订立合同的，应当向中介人支付报酬。”第966条规定：“本章没有规定的，参照适用委托合同的有关规定。”这两条均为新增条文。第三，统一了表述。《民法典》第964条源于《合同法》第427条，后者规定：“居间人未促成合同成立的，不得要求支付报酬，但可以要求委托人支付从事居间活动支出的必要费用。”《民法典》基本上沿用了这一规定，但将后者中的“居间人”改为了“中介人”、“要求”改为了“请求”、“但”改为了“但是”，更为统一。此外，《民法典》第962条第2款也将《合同法》第425条第2款中的“要求”改为了“请求”。第四，简化了表述。《合同法》第425条第2款规定：“居间人故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况，损害委托人利益的，不得要求支付报酬并应当承担损害赔偿责任。”《民法典》第962条第2款基本沿用了这一表述，但将其中的“损害赔偿责任”改为了“赔偿责任”，更为简洁。中介人故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况，损害委托人利益的，不得请求支付报酬并应当承担赔偿责任。

本章所规定的中介合同是典型合同之一，其与委托合同、行纪合同既有联系又有区别。其中，最主要的联系在于，三者都是为他人提供服务的。最主要的区别在于，中介人是为委托人提供机会，其中介行为与受服务对象之间的法律关系相对独立。与之对比，在行纪关系中，行纪人与第三人建立了法律关系；而在委托关系中，也是如此。

中介合同是中介人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务，委托人支付报酬的合同。

本条主旨

本条是关于中介合同定义的规定。

相关条文

《民法典》第424条 居间合同是居间人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务，委托人支付报酬的合同。

理解与适用

本条源于《合同法》第424条，《民法典》沿袭了这一规定，只把“居间”改为了“中介”。

一、中介合同的主体

中介合同成立并生效要求中介人具有主体资格。对于无经纪资格企业不得从事居间活动的规定，除规章制度外，并无国家强制性法律规定作出限制^[1]，但地产、娱乐等行业一般要求取得经纪人资格证^[2]，中介人不得超越经营范围^[3]，特定行业如境外就业中介需要经过行政许可^[4]，但也有例外，如在“梧州市贵恒五金建材经营部诉中国建筑第八工程局居间合同纠纷一案”中，贵恒五金建材经营部作为居间人，在签订合同时未取得营业执照，但其经营性质为个体工商户，广西壮族自治区苍梧县人民法院认为：由于原告贵恒经营部是黄某杏个人成立经营的个体工商户，其个人行为可以代表经营部的行为。虽然签订协议书时经营部尚未注册登记，但签订协议是黄某杏的真实意思表示，且后来补办了注册登记，这些并不影响协议的内容和效力。法院判决中国建筑第八工程局支付中介费用。^[5]

在房地产中介市场中还有一种情况，即中介公司为控制房源，派员工假扮买房者，出具虚假的定金收据，待房价变化后寻找合适的买受人转手以赚取差价。在“翁某与深圳世某公司居间合同纠纷一案”中，深圳世某公司员工匡某假借其女友李某身份证与翁某签订买卖合同，虽未支付定金，但世某公司出具了收据及托管确认书，后匡某拒绝履行合同，翁某遂诉至法院。^[6]法院对该种情形有三种意见：第一种意见认为，该居间合同有效，买卖合同存在欺诈行为，当事人

可撤销，中介人出具的收据和托管确认书可视为对定金的担保；第二种观点认为，该居间合同因恶意串通无效；第三种观点认为中介人违反诚实信用原则，依法应承担损害赔偿责任。法院最终以缔约过失责任判决中介公司对翁某赔偿相应损失。

二、中介合同的相对独立性

在“内黄县面粉公司诉任艳臣等居间合同纠纷一案”中，被告任艳臣、睢慧英作为居间人，因第三人濮阳苏玲货运配送站过失导致委托人利益受损，河南省南乐县人民法院强调：“虽然被告任艳臣、睢慧英在居间合同中的违约是由于濮阳苏玲货运配送站提供的信息而导致，但根据合同关系的相对性原则，被告任艳臣、睢慧英和苏喜玲之间的纠纷与原告和被告任艳臣、睢慧英之间的纠纷不属同一法律关系，本院不予合并审理，可另案处理。”^[7]

中介合同的独立性还体现为，即使标的合同事后被确认为无效，若居间人已履行相应义务，也可以确认居间合同单独有效，在“浙江台州中院裁定陈伟强诉丰源船舶公司等居间合同纠纷一案”中，标的合同因审批手续问题被确认部分无效，但法院经审理认定居间合同有效。^[8]

在“建湖县盛春制衣有限公司诉郑中在居间合同中承诺代偿债务欠款纠纷一案”中，中介人郑中在票单上表示“出货后，货款由郑中负责收回，如发生意外，一切由郑中承担”，一审、二审、再审法院均认定此系实际定做人与委托人之间的定做合同之担保，而非居间合同的内容。法院认为：“原审被告郑中在两次与原审原告盛春公司结账时，均在结算清单中承诺货款由郑中负责收回，并向原审原告立下欠据，从而自愿承诺替涛宇公司代为履行偿还加工费的义务，使自己成为该服装加工业务中拖欠加工费的债务人。郑中作为独立民事行为能力人，有独立处分自己权利并对自己行为承担责任的能力，法律不禁止第三人自愿为债务人承担偿还债务责任。”经调解并最终达成调解协议，郑中给付被上诉人建湖县盛春制衣有限公司人民币43 000元。^[9]

第九百六十二条

中介人应当就有关订立合同的事项向委托人如实报告。

中介人故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况，损害委托人利益的，不得请求支付报酬并应当承担赔偿责任。

本条主旨

本条是关于中介人如实报告义务的规定。

相关条文

《合同法》第425条 居间人应当就有关订立合同的事项向委托人如实报告。居间人故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况，损害委托人利益的，不得要求支付报酬并应当承担损害赔偿责任。

理解与适用

本条源于《合同法》第425条，《民法典》基本上沿用了这一规定，但将后者中的“居间人”改为了“中介人”、“要求”改为“请求”，并将“损害赔偿责任”改为“赔偿责任”。

一、一般情形的

本条是关于居间人如实报告义务的规定，这里的如实报告不仅包括报告，还包括对所报告信息的审核义务。在“王宝树与厦门高鹏房地产营销策划有限公司居间合同纠纷一案”中，法院认为：“居间人负有如实报告义务，如其故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况，损害委托人利益的，不得要求支付居间报酬并应当承担损害赔偿责任。故居间人在进行居间活动时对讼争房产应当进行审查，对于影响交易的重要事实对委托人应当如实报告。”^[10]在“北京链家房地产经纪有限公司诉李荣居间合同纠纷一案”中，法院认为：“链家地产公司作为提供房屋买卖居间服务的专业机构，应当知晓违章搭建可能导致房屋买卖合同目的无法实现，并应当将该事实如实全面地告知委托人李荣。虽然李荣在签订‘房屋买卖合同’前已对房屋进行查看，应当知道自建房的相关情况，但是链家地产公司仍然应当对房屋无法过户的风险进行明确提示。”法院判决中介公司退还中介费用。^[11]

二、第三人介入的

若中介人尽到了审核、报告等义务，但由于第三人的原因导致合同不能订立或履行的，中间人仍享有报酬请求权，在“昆明五华新园房屋信息服务部诉徐红丽居间合同纠纷一案”中，委托人徐红丽经中介人昆明五华新园房屋信息服务部介绍，与葛林华达成房屋买卖口头

协议，后因葛林华违约导致合同不能继续履行，委托人遂起诉要求中介人承担未尽到中介义务导致其损失的责任，法院经审理查明认为：“……从签订房屋买卖合同的过程来看，并无证据表明上诉人有故意隐瞒或者提供虚假情况的行为……现造成合同不能履行的原因是由于卖房人葛林华的违约行为，与上诉人提供的居间服务并无因果关系，故上诉人不应对此承担责任。”法院据此驳回了徐红丽的诉讼请求。^[12]

三、信息公开的

对于已经公开的信息，作为买受人的一方也负有相应的审核义务。在“李彦东诉上海汉宇房地产顾问有限公司居间合同纠纷一案”中，李彦东作为房东买受人，于支付定金后发现出卖人对标的房屋不具有合法产权，上海汉宇房地产顾问有限公司作为房地产中介，对出卖人出具的文件没有尽到审核义务，损害了委托人利益，应承担相应的赔偿责任，同时，买受人对交易信息也负有一定的审核义务，故损失应由双方分担，上海市嘉定区人民法院一审认为：“被告汉宇地产作为专业的房屋中介机构，在进行居间服务时应尽到必要的、审慎的审查、核实义务，如核实房源信息、核实卖房人的身份信息、判断交易过程中的合理性等。买房人对于房屋交易也负有注意义务。本案中，汉宇地产虽进行了一定的调查、核实等行为，但未就系争房屋是否存在一房二卖、公证书是否系伪造等事宜进行调查核实，导致原告李彦东定金损失。而李彦东也未依约将定金交予汉宇地产保管，而是将定金直接支付于周敏，也未对公证书的真实性尽到注意义务，导致定金无法追回。双方在此过程中均有过错，应各自承担相应的责任。”^[13]在“上海龙迪房地产经纪事务所诉夏海华居间合同纠纷一案”中，房屋买受人夏海华主张居间人提供的房屋建造年份有误，法院认为，“对于上诉人夏海华所称被上诉人存在欺骗、隐瞒房龄信息，误导其与案外人当日签约，并以此主张被上诉人在居间服务过程中存在过错，本院认为，系争房屋的产权信息对外公开，上诉人自身也有审查的义务，因上诉人未提供证据加以佐证，故其抗辩意见，法院难以采信。”^[14]

四、主体特殊的

对于特殊主体的义务分配也有不同，例如缺乏专业信息鉴别能力的老人。在“上海我爱我家房屋租赁置换有限公司诉王龙根居间合同纠纷一案”中，委托人王龙根为年近七十的老人，法院认为：“被告系年逾七旬的退休老人，靠有限的退休金生活，原告作为专业的房屋中介机构，在了解了被告的用意后理应向被告告知清楚房屋市场的基本行情，让被告根据自身的经济能力作出选择，包括选择是否置换、置换

多大面积的房屋，并且在被告作出置换选择后，原告还应同时为被告居间介绍购买被告房屋的下家以及出让给被告房屋的上家，因被告主要是用其售出房屋的房款来支付需购买的大房子的房款的，故关于购房款的支付还需由购买被告房屋的下家与出让房屋给被告的上家共同参与协商。……该份合同是原告利用其自身的经营优势以及被告年长、草率、缺乏经验、信息不通的弱势而签订的，严重损害了被告的利益，属显失公平，且被告以原告欺诈为由要求确认合同无效实际就是对显失公平的主张，该主张未超法定的1年的行使撤销权的期限，故上述居间合同应予撤销，被告基于与原告签订的居间合同而与案外人签订的买卖合同也应随之撤销。”^[15]

■ 第九百六十三条

中介人促成合同成立的，委托人应当按照约定支付报酬。对中介人的报酬没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，根据中介人的劳务合理确定。因中介人提供订立合同的媒介服务而促成合同成立的，由该合同的当事人平均负担中介人的报酬。

中介人促成合同成立的，中介活动的费用，由中介人负担。

本条主旨

本条是关于中介人的报酬请求权的规定。

相关条文

《合同法》第426条 居间人促成合同成立后，委托人应当按照约定支付报酬。对居间人的报酬没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，根据居间人的劳务合理确定。因居间人提供订立合同的媒介服务而促成合同成立的，由该合同的当事人平均负担居间人的报酬。居间人促成合同成立的，居间活动的费用，由居间人负担。

理解与适用

《民法典》基本上沿用了《合同法》第426条的规定，但将后者中的“居间人”改为“中介人”，并做了相应的条文序号改动。

一、支付主体

对于中介费用的支付主体，当事人可在中介合同约定。在“上海安创测量设备科技有限公司诉西安爱德华测量设备股份有限公司等居间合同纠纷一案”中，原告上海安创测量设备科技有限公司与两位委托人签订合同时约定中介费用由MORA公司支付，后起诉要求西安爱德华测量设备股份有限公司与MORA公司共同支付，法院不予支持。[\[16\]](#)

二、主张报酬的条件

（一）双重要件

中介人在主张中介报酬请求权时，不仅需证明合同成立，还应证明合同成立与中介活动具有关联性。在“上海徐汇法院判决汇安事务所诉鑫泰公司等居间合同纠纷一案”中，中介人主张六位购房客户对应的居间费用，但无法证明其中三位客户经其推荐并成功签订合同，法院经审理后认为：“……但依据其现有证据，尚不足以证明系其成功推荐客户朱某。因此，就客户朱某，因汇安事务所不能证明已履行了居间合同约定的居间服务，不能获取居间报酬。”对于无法证明其中介行为与签订合同具有合理关联性的客户，法院判决不支持中介人的报酬请求权。[\[17\]](#)

（二）要件之一：成立

本条所指合同成立，应为中介人参与促成了特定的合同，若当事人与多方磋商，最终成立的合同没有中介人的参与，中介人不享有本条所指的报酬请求权。在“王亮与车向平居间合同纠纷一案”中，车向平作为中介人向王亮引荐了买受人，但由于报价不符合双方预期，交易并未成立，后王亮自行寻找到交易相对人，并签订了合同，车向平向法院主张要求王亮支付居间费用。一审法院认为：“应当认定车向平履行了部分居间义务并促成合同成立；故车向平要求王亮支付报酬的诉讼请求应予酌情支持。”王亮不服提出上诉，二审法院认为：“一审判决认定车向平联系受中石化甘肃分公司委托办理加油站收购事宜的一安公司与王亮进行协商的事实无证据证实，且在二审审理中中石化甘肃分公司出具证明，证实本案所涉两座加油站的资产收购事宜系其公司与王亮洽谈并签订合同，与其他任何公司无关。故从现有证据无法证实车向平完成了其与王亮居间协议中约定的义务，亦无证据证明由其促成了加油站收购事宜。”二审法院判决撤销原判，并驳回车向平的诉讼请求。[\[18\]](#)

（三）要件之二：促成

本条所指“促成”，是指向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务以及类似的服务，并不要求直接参与合同订立的谈判。在“昆明润恒房地产信息咨询有限公司诉昆明诚信房地产开发经营有限公司居间合同纠纷一案”中，委托人昆明诚信房地产开发经营有限公司委托昆明润恒房地产信息咨询有限公司出售标的房屋，在标的房屋签订买卖合同后，委托人以中介人未直接参与合同谈判为由拒绝支付中介费用，称该协议是在买受人的购房申请未获其上级主管部门批准的情况下订立的，而非中介人促成，二审法院经审理后认为：“居间人的义务在于寻觅、提供与委托人订立合同的相对人，以及斡旋于双方第三人之间，促进双方交易的达成；但最终交易的达成以及何时达成取决于交易双方；而且在交易中，居间人仅是中介人，不直接参与交易双方的谈判，在决定交易双方的权利义务内容上不体现居间人的意志。就本案而言，在居间合同订立后，被上诉人已按合同约定向上诉人提供了订立合同的相对人以及媒介服务；虽然在居间合同订立后一年多的时间里，未能促成售房合同的成立，但因双方没有约定居间合同的履行期限，所以其行为不构成违约。”二审法院支持一审法院作出的向中介人支付中介费用的判决。^[19]

三、报酬数额的确定

中介报酬的数额应当与中介行为的价值大小相当，在“余阿根诉江苏濂江集团有限公司居间合同纠纷一案”中，委托人江苏濂江集团有限公司先委托余阿根就其所有的冶金部钢铁研究院溧阳联合钢管厂（以下简称钢管厂）联营、租赁、拍卖事宜外觅洽谈，后钢管厂所在地的江苏省溧阳市南渡镇人民政府根据溧阳市人民政府的要求，与溧阳市国强镀锌有限公司联系钢管厂的租赁、参股、收购事宜。此时，余阿根与江苏省溧阳市南渡镇人民政府同时参与对该合同的促进事宜，最终合同成功签订，但江苏濂江集团有限公司拒绝向余阿根支付中介报酬，理由为余阿根没有起到促进合同成立的作用。法院经审理后认为：“钢管厂资产买卖合同最终成立主要是南渡镇政府行为的结果，余阿根的居间行为为促成钢管厂资产买卖合同成立只起到辅助和次要的作用……当然，余阿根可以要求濂江集团支付与其居间行为价值大小相应的报酬。一审判决濂江集团向余阿根支付18万元报酬，与余阿根的居间行为价值大小比较相适应。”^[20]

四、合同解除与报酬

（一）因协商一致解除

若主合同虽成立，又经意思表示一致解除了原合同，若解除合同的原因不可归责于中介人，仍应支付中介费用。在“上海来福房产咨

询服务有限公司与盛明军、张红萍居间合同纠纷一案”中，当事人盛明军、张红萍于签订房屋买卖合同一个月后，又签订了一份“撤销房屋买卖合同协议”，并拒绝支付中介费用，中介人上海来福房产咨询服务有限公司起诉要求当事人支付中介费用，上海市松江区人民法院作出一审民事判决认为：“盛明军、张红萍之间达成的撤销协议，仅对盛明军、张红萍具有法律上的约束力，未经协议之外的当事人认可，对协议之外的当事人不产生法律上的效力。现导致盛明军、张红萍解除买卖合同的原因并非可归责于第一分公司，故不能免除盛明军、张红萍各自应按约向第一分公司支付中介费的民事责任。”法院判决应支付中介费用。^[21]

（二）因客观情形解除

若因客观情形需要解除，中介费用可按照公平原则进行合理分担。在“李金容等诉林沛森等房屋买卖合同、居间合同纠纷一案”中，买受人李金荣等委托中介人中山市乐安居房地产咨询服务中心购买林沛森等人的房屋，在签订《房地产买卖合同》，并向中介人支付6 000元中介费及2 000元办证费后，由于贷款政策的变动，买方无法办理贷款手续，经商议也无法就付款方式达成一致意见，后诉至法院请求撤销合同并退还居间费用，法院经审理后认为该情形符合情势变更的适用条件，支持撤销合同的诉讼请求，对于买方已支付的居间费用，法院认为：“本案适用情势变更原则，《房地产买卖合同》包括房屋买卖合同关系和居间合同关系，合同被依法解除后，原告与被告乐安居中心之间的居间合同关系亦终止。原告和被告乐安居中心对合同无法继续履行均无过错。因此，本案适用公平责任原则，由本院酌情确定原告和被告乐安居中心之间损失分担比例。由被告乐安居中心返还2 500元佣金给原告，办证费2 000元依原告与被告乐安居中心按单据实报实销之约定，扣除被告乐安居中心实际支出的1 038元，余额962元返还给原告。”^[22]

第九百六十四条

中介人未促成合同成立的，不得请求支付报酬；但是，可以按照约定请求委托人支付从事中介活动支出的必要费用。

本条主旨

本条是关于中介人必要费用请求权的规定。

相关条文

《合同法》第427条 居间人未促成合同成立的，不得要求支付报酬，但可以要求委托人支付从事居间活动支出的必要费用。

理解与适用

本条源于《合同法》第427条，《民法典》基本上沿用了这一规定，但将后者中的“居间人”改为了“中介人”、“要求”改为了“请求”、“但”改为了“但是”，并增加了一个“，”。

本条是关于未促成合同的中介活动的处理。对于此条规定的违反，多见于中介公司与买方签订协议，要求即使中介活动不成，也收取中介费。在“某房产公司诉陈某居间合同违约纠纷一案”中，某房产公司作为中介人，与陈某约定：在任何情况下，若买卖双方未能履行合同，则违约的一方须赔偿相当于该房地产交易总价1.6%的金额即17 600元予中介公司作为补偿；在签署居间合同后，买卖双方未征得中介公司书面同意自行协议解除合同的，需要各自赔付相当于该房地产交易总价1.6%的金额予中介公司作为补偿。后并未达成任何买卖合同。上海市杨浦区法院经审理后认为：“尽管合同中载有买卖双方合同未能成立或解除合同的情况下，中介公司均可获得补偿的条款，但该条款是中介公司提供的格式条款。……这一格式条款明显加重了买卖双方在合同未成立或合同解除情形下的责任，故应认定为无效。假使按照该条款履行，则中介公司无论是否促成合同成立，均可从中获益；而且，合同不成立时的补偿金额还大于合同成立时的居间费，这一约定显然有悖于公平原则和当事人权利义务相一致原则。”由此，法院判定中介公司败诉。^[23]

第九百六十五条

委托人在接受中介人的服务后，利用中介人提供的交易机会或者媒介服务，绕开中介人直接订立合同的，应当向中介人支付报酬。

本条主旨

本条是关于委托人私下与第三人订立合同后果的规定。

相关条文

无

理解与适用

本条为新增条文，主要指委托人在接受中介服务后，为逃避支付中介费用，恶意越过中介人与第三人交易的行为，争议焦点一般在于委托人是否形成“跳单”行为。

一、“跳单”认定与公开信息

在“上海中原物业顾问有限公司诉陶德华居间合同纠纷一案”中，涉案房屋产权人李某委托多家中介公司出售房屋，买房人陶德华在通过两家不同的中介公司进行看房活动后，又通过原告中原公司看了该房屋，双方同日签订了《房地产求购确认书》，该确认书约定：在验看过该房地产后6个月内，陶德华或其委托人、代理人、代表人、承办人等与陶德华有关联的人，利用中原公司提供的信息、机会等条件但未通过中原公司而与第三方达成买卖交易的，陶德华应按照与出卖方就该房地产买卖达成的实际成交价的1%，向中原公司支付违约金。后因另一家中介公司报价较低，陶德华遂通过该中介公司与李某签订了房屋买卖合同并办理了过户手续。中原公司遂起诉要求陶德华支付中介费用。一审法院判决支持原告诉讼请求。后经二审法院审理认为：“中原公司与陶德华签订的《房地产求购确认书》属于居间合同性质，其中第2.4条的约定，属于房屋买卖居间合同中常有的禁止‘跳单’格式条款，……衡量买方是否‘跳单’违约的关键，是看买方是否利用了该中介公司提供的房源信息、机会等条件。如果买方并未利用该中介公司提供的信息、机会等条件，而是通过其他公众可以获知的正当途径获得同一房源信息，则买方有权选择报价低、服务好的中介公司促成房屋买卖合同成立，而不构成‘跳单’违约。本案中，原产权人通过多家中介公司挂牌出售同一房屋，陶德华及其家人分别通过不同的中介公司了解到同一房源信息，并通过其他中介公司促成了房屋买卖合同成立。因此，陶德华并没有利用中原公司的信息、机会，故不构成违约，对中原公司的诉讼请求不予支持。”法院宣布撤销原判，对原告诉讼请求不予支持。^[24]

二、“跳单”认定与因果关系

与之类似的情形很多，在“张掖市佳业房地产经纪有限公司与贾兰生居间合同纠纷一案”中，被告贾兰生在网络上查询到由原告中介公

司发布的售房信息，遂于2015年7月30日电话联系该中介公司员工看房，但看房后与出售人就价格未达成一致意见，原被告于同日签订《看房协议》，约定自看房日起，无论通过何种方式与该房业主达成交易，均视为通过中介活动成功交易，并应支付相应中介费用。被告贾兰生于2016年1月与涉诉房屋出售人签订售房协议，原告中介公司遂起诉要求被告支付中介费用。后经查明，出售人王小秋并未委托原告代售涉诉房屋，第一次看房时双方并未就价格达成一致意见，但之后由于急需用钱，其主动联系买房人贾兰生，双方以另一价格达成了购房协议。在房屋出售期间，王小秋从未委托原告作为委托人进行中介服务，也未与原告签订过任何书面委托协议。法院经审理认定为，即使签订了《看房协议》，“原、被告与房屋出售人只一次在一起商议过房屋出售事项，但事后三方再未在一起协议过涉诉房屋出售”。法院认为售房合同的签订与居间合同不具有因果关系，判决驳回了原告的诉讼请求。^[25]

三、“跳单”认定与利用中介

若委托人确实是为了逃避中介费用，在利用中介人提供的服务后，故意绕开中介人签订合同，应承担中介费用的付款责任。在“北京中和信恒房地产经纪有限公司诉宋耀明居间合同纠纷一案”中，宋耀明系标的房屋的所有权人。2010年5月，宋耀明委托田润会出租该房屋，并发布相关的出租信息。在此期间，宋耀明的妻子曾到中和信恒公司处刊登过上述房屋出租的信息。其后，中和信恒公司曾带克莱德公司相关人员到标的房屋看房，并商谈相关租赁事宜，但当时并未与宋耀明达成租赁合同。2009年5月底，宋耀明与克莱德公司就标的房屋达成租赁合同，克莱德公司实际承租了该房屋，双方均未支付中介费用，原告（中介人）任遂诉至法院，一审未支持原告诉讼请求，二审法院经审理后认为：“……第四，虽然中和信恒公司最终并未促成宋耀明与克莱德公司订立租赁合同，但没有促成合同订立的原因是宋耀明、克莱德公司回避中和信恒公司而自行协商的结果，不可归责于中和信恒公司。如果因可归责于当事人自己的原因致使合同订立条件不成就的，应当视为条件成就。”二审法院撤销一审判决，支持原告诉讼请求。^[26]也有法院认为，此种情形下中介人未实际操作标的合同，中介费可酌情少收。^[27]

第九百六十六条

本章没有规定的，参照适用委托合同的有关规定。

本条主旨

本条是关于参照适用委托合同的规定。

相关条文

无

理解与适用

本条为新增条文。

中介合同虽然在合同法体系中是独立于委托合同的有名合同，然而在性质上却是特殊的委托合同，两者具有相似性。故而若中介合同没有规定的，完全可参照适用委托合同的相关规定。在涉及中介合同的案例中，常见原为当事人委托他人处理事务，后涉及第三方当事人，进而转为中介合同的案情。

注释：

[1]参见“上海慕利投资咨询有限公司诉上海欧伯尔塑胶有限公司居间合同案”，上海市奉贤区人民法院（2010）奉民三（民）初字第1568号民事判决书，“上海慕利投资咨询有限公司诉上海欧伯尔塑胶有限公司居间合同案”，上海市第一中级人民法院（2011）沪一中民二（民）终字第334号民事判决书。

[2]参见“张爱华诉青岛市西海岸房地产开发公司等居间合同案”，青岛市中级人民法院认为：“原告张爱华作为工人取得经纪人资格证书，并持有经纪人服务许可证，在借调工作期间，应被告青岛市西海岸房地产开发公司邀约为该公司销售房产，居间合同成立。”山东省青岛市中级人民法院（1995）青经三初字第43号民事判决书。

[3]参见“哈尔滨汇发海员技术服务有限公司诉李明波居间合同案”，黑龙江省哈尔滨市中级人民法院认为：“汇发公司超越经营范围，违反国家特许经营而与李明波签订的《渔工合同》无效。”黑龙江省哈尔滨市中级人民法院（2007）哈民四终字第792号民事判决书。

[4]在“孙小港诉韩辉居间合同纠纷一案”中，山东省滨州市滨城区人民法院认为：“《境外就业中介管理规定》第三条规定，境外就业中介实行行政许可制度。未经批准及登记注册，任何单位和个人不得从事境外就业中介活动。”山东省滨州市滨城区人民法院（2007）滨民二初字第333号民事判决书。在“高连英诉河北省烟草公司大城县公司居间合同案”中，昆明市中级人民法院认为：“我国公民、法人及其他组织的合法

民事权益，才受法律保护。……但被上诉人高连英作为个人，并未经国家有关部门批准认可，……因此，高连英向法庭请求判令大城公司付居间费用的主张，因无充分依据证实，法院不予保护。”云南省昆明市中级人民法院（1995）昆法经终字第84号民事判决书。

[5]参见“梧州市贵恒五金建材经营部诉中国建筑第八工程局居间合同纠纷案”，广西壮族自治区苍梧县人民法院（2002）苍民初字第10号民事判决书。

[6]参见“翁某与深圳世某公司居间合同纠纷案”，广东省深圳市龙岗区人民法院（2008）深龙法民初字第1236号民事判决书，广东省深圳市中级人民法院（2009）深中法民二终字第876号民事判决书。

[7]“内黄县面粉公司诉任艳臣等居间合同案”，河南省濮阳市南乐县人民法院（2007）南民初字第580号民事判决书。

[8]参见“陈伟强诉丰源船舶公司等居间合同纠纷案”，浙江省台州市三门县人民法院（2014）台三小民初字第270号民事判决书，浙江省台州市中级人民法院（2014）浙台商终字第846号民事裁定书。

[9]参见“建湖县盛春制衣有限公司诉郑中在居间合同中承诺代偿债务欠款纠纷案”，一审：江苏省盐城市建湖县人民法院（2010）建商初字第0198号民事判决书，再审一审：江苏省盐城市建湖县人民法院（2011）建商再初字第0002号民事判决书，再审二审：江苏省盐城市中级人民法院（2012）盐商再终字第0006号民事判决书。

[10]“王宝树与厦门高鹏房地产营销策划有限公司居间合同纠纷案”，福建省厦门市集美区人民法院（2014）集美初字第214号民事判决书，福建省厦门市中级人民法院（2014）厦民终字第2034号民事判决书。

[11]参见“北京链家房地产经纪有限公司诉李荣居间合同纠纷案”，北京市海淀区人民法院（2013）海民初字第19502号民事判决书，北京市第一中级人民法院（2014）一中民终字第130号民事判决书。

[12]参见“昆明五华新园房屋信息服务部诉徐红丽居间合同纠纷案”，云南省昆明市官渡区人民法院（2003）官法民一初字第4513号民事判决书，云南省昆明市中级人民法院（2004）昆民二终字第225号民事判决书。

[13]“李彦东诉上海汉宇房地产顾问有限公司居间合同纠纷案”，上海市嘉定区人民法院（2012）嘉民三（民）初字第809号民事判决书。

[14]“上海龙迪房地产经纪事务所诉夏海华居间合同纠纷案”，上海市浦东新区人民法院（2012）浦民一（民）初字第40707号民事判决书，上海市第一中级人民法院（2013）沪一中民二（民）终字第885号民事判决书。

[15]“上海我爱我家房屋租赁置换有限公司诉王龙根居间合同案”，上海市闵行区人

民法院（2009）闵民三（民）初字第2012号民事判决书。

[16]参见“上海安创测量设备科技有限公司诉西安爱德华测量设备股份有限公司等居间合同纠纷案”，上海市杨浦区人民法院（2012）杨民二（商）初字第S651号民事判决书。

[17]参见“汇安事务所诉鑫泰公司等居间合同纠纷案”，上海市徐汇区人民法院（2018）沪0104民初405号民事判决书。

[18]参见“王亮与车向平居间合同纠纷案”，甘肃省庆阳市环县人民法院（2013）环民初字第636号民事判决书，甘肃省庆阳市中级人民法院（2014）庆中民终字第240号民事判决书。

[19]参见“昆明润恒房地产信息咨询有限公司诉昆明诚信房地产开发经营有限公司居间合同案”，云南省昆明市中级人民法院（2003）昆民四初字第034号民事判决书，云南省高级人民法院（2003）云高民三终字第37号民事判决书。

[20]吴庆宝：《权威点评最高人民法院合同法指导案例》，北京，中国法制出版社2010年版，第195页。

[21]参见最高人民法院民事行政检察厅：《人民检察院民事行政抗诉案例选》，北京，中国检察出版社2009年版，第56页。

[22]“李金容等诉林沛森等房屋买卖合同、居间合同案”，广东省中山市第一人民法院（2011）中一法民一初字第180号民事判决书。

[23]参见《上海一中中介无理条款 交易不成照收中介费》，<https://bj.leju.com/news/summarize/2005-09-05/112494016.html> 最后访问时间：2020年6月5日。

[24]参见“上海中原物业顾问公司诉陶德华居间合同纠纷案”，<https://www.chinacourt.org/article/detail/2011/12/id/470306.shtml>，最后访问时间：2020年6月5日。

[25]参见“张掖市佳业房产经纪有限公司与贾兰生居间合同纠纷案”，甘肃省张掖市甘州区人民法院（2016）甘0702民初2756号民事判决书。

[26]参见“北京中和信恒房地产经纪有限公司诉宋耀明居间合同案”，北京市朝阳区人民法院（2010）朝民初字第23420号民事判决书；北京市第二中级人民法院（2010）二民终字第21522号民事判决书。

[27]参见“无锡恒茂时代不动产经纪有限公司诉张民欣、顾正荣居间合同纠纷案”，江苏省无锡市南长区人民法院（2011）南民初字第11号民事判决书。

第二十七章 合伙合同

第九百六十七条

合伙合同是二个以上合伙人为了共同的事业目的，订立的共享利益、共担风险的协议。

本条主旨

本条是关于合伙合同之概念的规定。

相关条文

《民法通则》第30条 个人合伙是指两个以上公民按照协议，各自提供资金、实物、技术等，合伙经营、共同劳动。

第31条 合伙人应当对出资数额、盈余分配、债务承担、入伙、退伙、合伙终止等事项，订立书面协议。

第33条 个人合伙可以起字号，依法经核准登记，在核准登记的经营范围內从事经营。

第52条 企业之间或者企业、事业单位之间联营，共同经营、不具备法人条件的，由联营各方按照出资比例或者协议的约定，以各自所有的或者经营管理的财产承担民事责任。依照法律的规定或者协议的约定负连带责任的，承担连带责任。

《合伙企业法》第4条 合伙协议依法由全体合伙人协商一致、以书面形式订立。

《民法通则意见》第46条 公民按照协议提供资金或者实物，并约定参与合伙盈余分配，但不参与合伙经营、劳动的，或者提供技术性劳务而不提供资金、实物，但约定参与盈余分配的，视为合伙人。

第50条 当事人之间没有书面合伙协议，又未经工商行政管理部门核准登记，但具备合伙的其他条件，又有两个以上无利害关系人证

明有口头合伙协议的，人民法院可以认定为合伙关系。

理解与适用

一、合伙合同的规范重心

依照不同的标准，合伙可以被划分为不同的类型。例如，以是否存在稳定营业为标准，合伙可以被分为民事合伙与商事合伙；以是否频繁对外交往为标准，合伙可以被分为内部合伙与外部合伙；以合伙是否形成组织为标准，合伙可以被分为未形成组织的合伙和形成组织的合伙等。确定合伙合同预设的规范对象，是适用合伙合同规则的前提问题。

在《民法典》之前，《合伙企业法》已经作为一类合伙规范而存在，其预设的规范对象是合伙企业，是典型的形成组织的合伙。为避免规则重复，充分发挥规范价值，《民法典》中的合伙合同以未形成组织的合伙为规范重心，从而形成了合伙规范的双轨格局。由此，在进行规范适用时，须先行确定合伙的组织性强弱：对于组织性强的合伙，可以参照适用《合伙企业法》的规范；对于组织性弱的合伙，可以参照适用《民法典》中关于合伙合同的规范。

二、合伙合同的构成

（一）二个以上合伙人

合伙合同的当事人为二人以上，至于人数上限，不作规定，由当事人自行选择。如果合伙人人数因死亡等原因少于二人，则合伙合同当然终止。

对于合伙人的资格，《民法通则》第30条及以下条文规定的个人合伙的合伙人被限制为自然人，但是其第52条规定了合伙型联营，其合伙人可以是企业、事业单位。本条未对合伙人资格作限制性规定，无论是自然人、法人还是非法人组织，原则上都可以作为合伙人。《民法典》第977条中的“合伙人死亡、丧失民事行为能力或者终止的”这一表述已经表明法人和非法人组织作为合伙人的可能性。

但是，应当考虑现行法中的特殊限制。《合伙企业法》第3条规定：“国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为普通合伙人。”这是基于保护国有资产、上市公司股东和实现公益性目的的考虑，避免这些主体作为普通合伙人承担连带责任而导致资产减少。^[1]但是，这是对合伙企业的限制。本章中规

定的合伙合同以不形成组织的合伙作为原型，该类合伙没有长期持续的组织化营业，在未形成合伙企业时，即使导致合伙人承担连带责任，也与其他通过合同约定合伙人承担连带责任的情形并无区别，故不宜作出一般性限制。同时，基于合伙合同所涉及的事业的广泛性，合伙合同的共同事业并不必然是营利性的活动，所以，对为公益目的成立的法人或者非法人组织而言，即使这些法人或者非法人组织不得从事营利性经营活动，也不妨碍其成为以非营利性经营活动作为共同事业目的的合伙人。

对于自然人而言，如果是完全民事行为能力人订立合伙合同，自然没有疑问。如果是无民事行为能力人订立合伙合同，依据《民法典》第144条，合伙合同当然无效。至于限制民事行为能力人订立的合伙合同，如果合伙合同的内容较为简单，与限制民事行为能力人的年龄、智力、精神健康状况相适应，则可以认为合伙合同有效。^[2]

《合伙企业法》第14条第1项规定的“合伙人为自然人的，应当具有完全民事行为能力”，是基于合伙企业的概括性、持续性经营所作出的特殊规定，不可当然适用于本章规定的合伙合同情形。法定代理人为不具有完全民事行为能力者订立合伙合同的，是否能够使合伙合同对不具有完全民事行为能力者发生效力，关键问题是法定代理人的代理行为是否超越了法定的代理权限。《民法典》第35条第1款规定：“监护人应当按照最有利于被监护人的原则履行监护职责。监护人除为维护被监护人利益外，不得处分被监护人的财产。”如果根据法定代理人是否是父母、具体合伙事务的性质等因素判断，作为监护人的法定代理人的此种行为在客观上违反了最有利于被监护人的原则，可以认为代理行为超越了法定的代理权限，且其他合伙人本就知道被代理人不具有完全民事行为能力，故可以参照《民法典》第171条第1款，认定合伙合同对被监护人不发生效力；但是如果没有违反最有利于被监护人的原则，则并未超越法定代理权限，合伙合同就能够对被监护人发生效力。^[3]同样，对于法定代理人对限制民事行为能力人订立的合伙合同的同意或者追认，也应依据上述原则予以具体判断。如果涉及类似于成立合伙企业这种概括性、持续性经营的合伙合同，由于涉及民事行为能力不足者的全部财产，后果要严重于《民法典》第35条第1款所规定的“处分被监护人的财产”，则基于最有利于被监护人的原则，应认为法定代理人超越代理权限，或者不能予以有效的同意或者追认。^[4]

（二）共同的事业目的

合伙合同与《民法典》规定的其他典型合同最大的区别即在于，“共同的事业目的”。事业目的可以是任何合法的目的，不限于经营目的。无论是经济、科学还是艺术等目的，无论是公益、共同利益

还是私益目的，无论是持续性目的还是暂时性目的，无论是为合伙人的利益还是为他人的利益，均无不可。^[5]当然，如果仅仅是情谊性的目的，则行为人不具有效果意思，不能形成合伙合同。

而所谓“共同”，是指合伙人共同追求该事业目的，但允许合伙人的动机不同。共同事业目的产生了合伙人对事业目的的促进义务，各合伙人均需以一定的形式参与合伙事务的执行。合伙人的参与可以仅仅是最小的业务执行监督权，否则就不构成合伙。^[6]《民法通则》第30条中要求“合伙经营、共同劳动”；《民法通则意见》第46条中也规定：“公民按照协议提供资金或者实物，并约定参与合伙盈余分配，但不参与合伙经营、劳动的……视为合伙人。”这里的不参与“合伙经营”或“共同劳动”，仅仅是不执行合伙事务，但不能连业务执行的监督权都不享有。^[7]同时，当事人间存在单纯的同向利益是不足够的，由此合伙合同区别于约定参与分配盈利的其他合同关系，例如，借款或者租赁合同中约定回报不是固定的利息或者租金而是一定的利润份额，此时，当事人对于获得高盈利具有利益，但不用为这一目的而共同协作，故并非合伙合同。^[8]

（三）共享利益

基于共同的事业目的，合伙人应当共享利益，但此处的“利益”不必是“利润”。当共同的事业目的是经济利益时，于只有部分合伙人有利润分配的情形，虽然合同不会因此出现效力瑕疵，但已经不能被纳入合伙合同的范畴并直接适用合伙合同的规则，而应按照其他有名合同乃至无名合同处理。^[9]虽然《民法典》并未如《合伙企业法》第33条第2款那样规定“合伙协议不得约定将全部利润分配给部分合伙人……”，但是基于“共享利益”的要求，应得出同样的结论。

但是，利益的形式多种多样，不见得是直接的物质利益。如果合伙目的是经营一个企业，那么拥有让这个企业成为合伙人或者他人的客户或者供货商的利益就足够了。如果共同的事业目的并非经济性的，或者不是服务于合伙人的物质利益而是涉及第三人的利益（例如，资助学生出国进修），则这里仅涉及非物质的利益，虽然是共享利益，但并不存在利润分配。^[10]

（四）共担风险

基于共同的事业目的，合伙人之间必须共担风险。虽然《民法典》并未如《合伙企业法》第33条第2款那样规定“合伙协议不得约定……由部分合伙人承担全部亏损”，但是应当作出同样的解释。合伙人之间内部约定部分合伙人仅以出资为限承担责任的，这仍然意味

着该部分合伙人承担了出资亏损或者无法收回的风险，因此也符合了“共担风险”的要求。合伙人之间如果约定由部分合伙人承担全部亏损的，也可能会导致该合同并非合伙合同。

实践中，比较难以区分的是借款合同和合伙合同。提供借款人和合伙人之间的最大区别在于，后者要共担合伙事务亏损的风险，而前者无须承担该风险。如果提供资金一方不享有对业务的执行监督权，不承担合伙事务亏损的风险，甚至收取固定的回报，则一般可以认定相关的合同并非合伙合同而是借款合同。^[11]双方当事人的意思表示不明确并且无法确定时，应当推定为构成借款合同，毕竟合伙合同对当事人的风险更大，因此需要当事人更为明确的意思表示。^[12]如果一方退伙、合伙解散或者投资失败，双方之间经协商清算，一方出具借条或者欠条给对方的，此时合伙关系转为借贷关系。^[13]

类似的还有合伙关系和租赁关系的区分。具体要判断，一方提供特定财物后，是否参加合伙的利润分配，是否参与合伙经营或劳动，是否承担合伙经营风险的责任，是否仅依靠提供特定财物获得固定收入。若该方提供财物后，并不参加合伙的利润分配，也不参加合伙的经营，更不承担合伙的经营风险，仅依靠提供财物获得固定收入，则实务中一般认定为租赁关系；若一方提供财物后，既参与利润分配，也参加合伙经营，同时承担经营风险，则此时一般认定为合伙关系。^[14]

合伙合同与劳动合同的区分也是如此：一方参加合伙事务执行，同时参与盈余分配，并承担合伙经营的风险或责任，且不是仅领固定工资的，此时可以认定为合伙关系^[15]；一方虽参加合伙经营并进行劳动，但不参与盈余分配，且不承担合伙经营的风险，而且有证据显示其长期领取工资的，实践中一般认定为劳动关系。

（五）不要式

本条并未规定合伙合同应当采用书面形式。《合伙企业法》第14条第2项要求合伙协议采用书面形式，但这是考虑到合伙企业的主体登记要求，不能当然适用于无须设立组织而登记的合伙合同。《民法通则》第31条规定：“合伙人应当对出资数额、盈余分配、债务承担、入伙、退伙、合伙终止等事项，订立书面协议。”《民法通则意见》第50条规定：“当事人之间没有书面合伙协议，又未经工商行政管理部门核准登记，但具备合伙的其他条件，又有两个以上无利害关系人证明有口头合伙协议的，人民法院可以认定为合伙关系。”这实际上软化了书面要求，只要有上述证据证明合伙合同的存在即可。但是，《民法通则意见》的上述规定，并非认为“两个以上无利害关系

人证明有口头合伙协议”是在没有书面合伙合同时认定合伙关系的必备条件。该规定没有排除在既无书面合伙合同又无两个以上无利害关系人证明有口头合伙合同的情形下，根据其他证据并结合有关事实，认定存在合伙关系的可能。因此，应允许当事人举出间接证据形成证据链条，使法官根据当事人的意思表示、投资行为、经营行为、利润分配和债务承担进行综合判断，形成心证。^[16]

同时，合伙合同成立的必备要素是合伙人、出资数额和合伙的意思表示。^[17]至于合伙协议约定的合伙项目能否取得批准等，是合伙合同的履行问题，无涉合同的成立和效力。^[18]

三、合伙合同为组织性合同

（一）合伙合同的合同性和组织性

作为《民法典》中的一类典型合同，合伙合同当然具有合同性。合伙合同的合同性体现在下述三个方面：第一，合伙合同中约定的权利义务关系对全体合伙人都具有法律约束力，任何一个合伙人违反合伙合同的，对其他合伙人都构成违约。^[19]第二，合同性强调合伙人的意思自治。合伙合同尚未形成民法主体，合伙组成及合伙事务执行仍然由全体合伙人的意思来决定、补充甚至变更。^[20]第三，合伙合同仅约束合伙人，而无法像公司章程一样产生对外效力。

然而，作为形成合伙这种共同体的协议的合伙合同与典型的双务合同存在明显区别。尽管在二者中当事人的给付义务之间都存在对价关系，但是典型的双务合同中当事人之间的给付义务具有交换性，是为了各自的利益而交换给付，而合伙合同中合伙人是“为了共同的事业目的”，着眼于全体合伙人的利益而统合给付，有别于一次性的或者具体化的交换。^[21]概而言之，不同于典型双务合同，合伙合同具有鲜明的非交换性或者组织性。

与《民法通则》第30条相比^[22]，本条更强调合伙合同的组织性，体现在例如“为了共同的事业目的”“共享利益、共担风险”的表述。尤其是，本条将合伙合同界定为“协议”，不同于其他条文在界定其他典型合同时所使用的是“合同”，这凸显了合伙合同的组织性。^[23]

（二）对规则适用的影响

合伙合同的合同性意味着其应当适用关于民事法律行为和合同的一般规定，不限于关于民事法律行为和合同成立的规则。在多方主体参与的合同中，一般都会有类似“本合同自各方签字后成立”这样的约

定，此时，如果其他当事人之后没有在该合同上签字的，则对已经签字的两个以上的当事人而言，合同也并未成立。如果不存在这样的约定，确实有一些特殊情况中，只要其中两个当事人已签字，即便其他当事人尚未签字，也认为这两个当事人之间形成了合同关系。这体现在仅需两个当事人参与就可以运行的开放性合同，例如，部分股东基于意思自治所订立的保密协议，意图其他股东之后自愿加入，对此可以认为只要部分股东签字就在他们之间成立合同关系。但是，一般而言，所有当事人的签字都不可或缺，因此，只有在全体当事人均签字后，合同才应当成立。这构成了妥当的默认规则。《合同法》第32条规定：“当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。”《民法典》第490条第1款中将之修改为：“当事人采用合同书形式订立合同的，自当事人均签字、盖章或者按指印时合同成立。”其中的变化之一就是“双方”两个字删除，以涵盖多方当事人的情形。相应地，该款中的“在签字、盖章或者按指印之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立”中的“对方”就应当是其他所有当事人，其他当事人之一予以接受，也并不能认为在这两方当事人之间成立合同关系。在合伙合同中更是如此。如《合伙企业法》第19条第1款中就规定：“合伙协议经全体合伙人签名、盖章后生效。”^[24]虽然这适用于形成组织的合伙合同，但在未形成组织的合伙合同中，适用《民法典》第490条第1款的规定能得到同样的结论。据此，虽然未开始合伙事务，但合伙人在合同成立后为合伙事务准备的费用也应当由全体合伙人依据合伙合同的约定分担，同时产生出资请求权。^[25]

但是，一般规则更多的是以典型的双务合同作为原型而构建的，故无法完全适用于合伙合同。《民法典》并未对合伙合同的规则适用提供清晰的指引，但本条对合伙合同的组织性的强调，事实上隐含了一个规则适用的结论，即原则上不适用一般规则，只有在基于合伙合同中不同给付义务的关系，产生了与典型双务合同类似的利益基础时，才可以适用一般规则。事实上，合伙合同的非交换型会对效力瑕疵、出资义务的履行抗辩权等规则的适用例外产生重要的影响，同时也会影响解除、抵销等一般规则的适用。

1. 效力瑕疵

作为民事法律行为的一种，合伙合同也应当适用民事行为能力、意思表示瑕疵等民事法律行为的效力瑕疵规则，然而，合伙合同具有组织性，故应当对上述规则的适用后果进行一定的调整。首先，应当以部分无效为原则，无效部分不影响其他部分的效力。^[26]其次，应限制自始无约束力的后果。^[27]如果已经开展合伙事务，便有必要保

护第三人的利益。此时应认为，在内部关系中合同自始无约束力，在外部关系中无效后果原则上仅向将来发生效力，当事人对此前的第三人仍然要承担合伙人的责任，且无须考虑第三人的善、恶意问题。

[28]最后，当三人以上订立合伙合同时，其中一人的意思表示具有效力瑕疵而无效、被撤销或者确定不发生效力的，基于合伙合同的特殊信任关系，应认为合伙合同对全体合伙人丧失效力，除非可以认为其他合伙人有成立合伙的意思。[29]即使合同效力仍然在其他合伙人之间发生，其他合伙人也可以此为重大事由而解除合伙合同。[30]

2. 出资义务的履行抗辩权

两人合伙的组织性较弱，有类似于典型双务合同的特征，应允许被请求的合伙人在请求人未履行出资义务的范围内行使履行抗辩权，以在敦促对方履行出资义务的同时避免授信风险。

在三人以上的合伙中，须区分两种情况。其一，尚无合伙人履行出资义务。此情形与两人合伙类似，为避免被请求的合伙人对其他所有合伙人授信的风险，应允许其行使履行抗辩权。其二，在已有合伙人履行出资义务的情况下，如果是未出资合伙人提出出资请求，基于合伙人平等原则，应允许被请求合伙人行使履行抗辩权；如果是已出资合伙人对其他所有未出资合伙人提出同一比例出资请求，出于对其特殊保护的考虑，其他合伙人不能行使履行抗辩权；但是，如果已出资合伙人对一部分未出资合伙人主张全部出资，对另一部分合伙人不提出出资请求或只提出一部分出资请求，为贯彻合伙人平等原则并规避道德风险，应允许前者在后者未被请求出资的范围内行使履行抗辩权。

3. 对其他规则适用的影响

由于合伙合同不具有交换关系，依照《民法典》第568条第1款的规定，合伙人之间的出资义务不能抵销；依照《民法典》第566条第1款中的规定，合伙合同的解除不能产生溯及力。由于合伙合同的组织性，合伙的共同事业目的构成了判断是否存在法定解除事由的重要标准；当履行出资义务不符合约定时，共同事业目的会影响《民法典》第582条中的“合理选择”的判断，例如，“减少价款或者报酬”的方式并非减少其他合伙人的出资，而是应重新厘定瑕疵出资的占比或权重。[31]在此不一一论述。

合伙人应当按照约定的出资方式、数额和缴付期限，履行出资义务。

本条主旨

本条是关于合伙人出资的规定。

相关条文

《民法通则》第30条 个人合伙是指两个以上公民按照协议，各自提供资金、实物、技术等，合伙经营、共同劳动。

《合伙企业法》第16条 合伙人可以用货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利出资，也可以用劳务出资。

合伙人以实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利出资，需要评估作价的，可以由全体合伙人协商确定，也可以由全体合伙人委托法定评估机构评估。

合伙人以劳务出资的，其评估办法由全体合伙人协商确定，并在合伙协议中载明。

第17条 合伙人应当按照合伙协议约定的出资方式、数额和缴付期限，履行出资义务。

以非货币财产出资的，依照法律、行政法规的规定，需要办理财产权转移手续的，应当依法办理。

《民法通则意见》第46条 公民按照协议提供资金或者实物，并约定参与合伙盈余分配，但不参与合伙经营、劳动的，或者提供技术性劳务而不提供资金、实物，但约定参与盈余分配的，视为合伙人。

理解与适用

一、合伙人的出资

所有合伙人都负有按照合同中规定的方式促进共同事业目的实现的义务，而出资是合伙人实现共同事业目的的经济手段，故合伙人都具有出资义务。如果存在不负出资义务的人，已经不能说其从事的是

共同事业，从而当事人之间的合同不属于合伙合同。^[32]即使是以形成组织的合伙为规范重心的《合伙企业法》，其第17条也允许当事人自行约定出资方式、数额和缴付期限。举重以明轻，《民法典》中的合伙合同以未形成组织的合伙作为原型，并非先以合伙财产清偿合伙债务，而是由全体合伙人承担连带责任，合伙财产的充实更不重要，因此，本条规定，出资方式、数额和缴付期限都由合伙人自行约定。

（一）出资方式

由于合伙人对合伙债务承担连带责任，因此，法律对合伙人出资方式的限制较小，出资方式由合伙人自行约定。实践中常用的出资方式包括以下几种。

1. 以货币出资

在各种出资方式之中，货币出资是最简便也最常见的出资方式。

2. 以货币以外的财产权利出资

各合伙人还可以约定以财产权利包括实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利出资。实物出资可以分为动产出资与不动产出资，也可以分为所有权移转的出资，以及不移转所有权、只以物的使用权或受益权出资。^[33]当是以物的所有权出资还是以使用权出资约定不明确、有疑义时，以可替代物或者消费物作为出资的，推定为以所有权出资；以非替代物或者非消费物按估价作为出资，而估价非单纯为分配利润和剩余财产而确定的，同样推定为以所有权出资。^[34]

以知识产权出资包括以著作权、商标权或者专利权等出资，解释上亦可包括以技术秘密出资。^[35]

以土地使用权出资亦为常见的出资方式。

其他财产权利还包括债权、股权、信托受益权、矿产资源开发权、林地使用权等^[36]，实践中还常使用商铺使用权出资。^[37]

3. 以劳务出资

合伙人亦可以劳务出资。某一特定人的劳务既可能是普通的劳务，也可能是具有相当经济价值的技术性劳务，如某人具有出色的管理技能或者优秀的烹饪能力等，故各国普遍将劳务出资作为合伙的出资方式之一。^[38]《民法通则》第30条和《民法通则意见》第46条均规定可以以“技术”或者“技术性劳务”出资，但似乎过于狭窄，《合伙

企业法》第16条第1款已用“劳务”一词予以修正。

4. 以其他财产利益出资

《合伙企业法》第16条第1款将出资方式限于财产权利与劳务两种，然而实践中出现了以其他财产利益出资的需求，其典型例子即为以信用出资。^[39]信用出资在比较法上多被认可为出资方式之一^[40]，例如在字号或者交易中使用出资人的姓名，或者对合伙债务承担保证责任。另外，以单纯的不作为例如竞业禁止，进行出资的，如果并非仅仅泛言不为竞业，而是有具体内容的营业禁止，譬如停止此前的营业活动等特殊的不作为，且当事人认可其存在财产价值，则此种不作为可以成为合伙的出资。^[41]《民法典》并未将出资方式限于以财产权利出资与以劳务出资两种，在此遵循意思自治原则，将其他财产利益纳入适格的出资范畴。即使无货币或者其他财产权利出资，也似乎并无不可。^[42]

（二）出资数额

出资的数额由各合伙人自由约定，不必均等分配。当然，由于出资的方式不止货币出资一种，此处“数额”一词实指出资量的多少，譬如用于出资的实物的数量、知识产权的期限等等。对出资数额约定不明确，又无法依据《民法典》第510条确定的，视为数额相等的出资。这与《民法典》第972条中的“无法确定出资比例，由合伙人平均分配、分担”的规范目的保持一致。^[43]

（三）出资缴付期限

出资的缴付期限由各合伙人自由约定，不必一致。如果对缴付期限约定不明确，又无法依据《民法典》第510条确定，则按照《民法典》第511条第4项的规定，合伙人可以随时出资，其他合伙人或者执行合伙人也可以随时请求出资，但应当给出资人以必要的准备时间。^[44]

在请求合伙人出资的给付之诉中，如果出资的缴付期限未届满，则出资请求权人的请求权尚未发生，出资义务人可以此作出诉讼上的抗辩，法院或者仲裁机构亦可主动审查。有争议的是：当合伙财产不足以清偿合伙债务时，出资缴付期限未届满的合伙人的出资义务是否加速到期？我国台湾地区学者认为，此时纵使合伙人的出资义务未届履行期，其亦丧失期限利益，请求权人得请求未届期之合伙人履行出资义务。^[45]但是，《民法典》以尚未形成组织的合伙为原型，并不要求优先以合伙财产清偿合伙债务，而是由各合伙人对合伙债务承担

连带责任，故此等出资义务加速到期规则并无必要。

（四）出资的评估

除了货币出资，对其他方式的出资可以进行评估，《合伙企业法》第16条第2、3款对此作了规定。但是，同样因为《民法典》以尚未形成组织的合伙为规范对象，并不要求先以合伙财产清偿合伙债务，故合伙财产的价值确定对于合伙债务的债权人并不重要，而仅是在合伙人内部具有补充性地确定利润分配、亏损负担等权利义务的作用。因此，评估可以更为自由化一些：只要全体合伙人一致同意，无论是否评估、采取何种评估标准和方法、谁来评估，均无关紧要。^[46]但是，如果出资未经评估，且难以确定出资数额的，则以其他合伙人的平均出资数额为其出资数额。^[47]这也与《民法通则意见》第48条中的规定相一致，即劳务出资的合伙人，对于合伙的亏损额，“对内则应当按照协议约定的债务承担比例或者技术性劳务折抵的出资比例承担；协议未规定债务承担比例或者出资比例的，可以按照约定的或者合伙人实际的盈余分配比例承担；没有盈余分配比例的，按照其余合伙人平均投资比例承担”。

二、合伙人的出资义务

（一）出资义务的完成

合伙人是否完成出资，对于合伙债务的债权人没有意义，毕竟合伙人承担的是连带责任而非《合伙企业法》中的补充连带责任。但是，这对共同事业目的的实现相当关键，因此对合伙人而言具有意义。依据《民法典》第969条第1款，合伙人的出资属于合伙财产，因此，即使对于未形成组织的合伙而言，出资人以非货币财产出资的，也应当将用于出资的财产权利转让给全体合伙人。这意味着，首先，用于出资的权利必须是允许转让的权利，不能转让的权利无法用于出资；其次，以该权利出资须适用与该权利对应的转让规则。

具体而言，《合伙企业法》第17条第2款规定：以非货币财产出资的，依照法律、行政法规的规定，需要办理财产权转移手续的，应当依法办理。《民法典》中的规定与之相同，唯一的区别是，出资人并非将权利转让于合伙企业，而是将其转让于全体合伙人。若财产权采登记生效主义，则出资人应当将该财产权转移登记于全体合伙人名下；若财产权采登记对抗主义，则出资人如未将该财产权转移登记于全体合伙人名下，不得对抗善意第三人。^[48]对于以交付为物权变动生效要件的动产物权，出资人需要以交付的方式完成出资。对于没有法定公示方式的财产权，在合伙合同生效时就发生了权利移转，出资

人即完成了出资。^[49]例如，依据《民法典》第546条第1款，合伙人以债权出资的，债权移转的时点是债权转让合同生效之时，通知债务人并非其生效要件。倘若出资人未将权利移转于全体合伙人名下，譬如以货币出资的合伙人将钱款转入某个合伙人的个人账户，但只要合伙人均认可该笔款项为合伙人的出资，就应认为，在内部关系上，该合伙人的出资义务已经履行。^[50]

需要予以区分的是，合伙人的出资不同于一个合伙人将特定的物有偿提供给全体合伙人使用或者转让，后者虽然与合伙合同相关，但并非出资，而是一个独立的约定和交易，根据其内容适用相关的买卖、租赁等规则，不适用合伙合同出资的规则。

合伙合同约定的出资数额是合伙人出资的最高限额，超过这个限额的，出资人就不负有义务，因此，在出资义务完成后，除非合伙合同另有约定或者经全体合伙人同意，出资人没有义务增加或者补充合伙出资。^[51]如果出资人按约定以债权出资，有观点认为，当债务人无履行能力时，出资人应当负有补缴或者赔偿的义务。^[52]但是，按照债权转让的一般规则，除另有约定外，出资人对债务人的履行能力不负有担保义务；同时，合伙合同以未形成组织的合伙为原型，无须先以合伙财产清偿合伙债务，即使出资人不予补缴，也不会对合伙债务的债权人造成损害。因此，除合伙人另有约定外，即使出现债务人无履行能力的情形，作为其债权人的出资人也不负有补足的义务。

（二）违反出资义务的违约责任

关于出资义务的具体履行和违约责任，如果最相类似的合同中有特殊规定，依据《民法典》第467条，可以参照适用。例如，以所有权出资的，参照适用买卖合同的规定；以物的使用权出资的，参照适用租赁合同的规定。^[53]以物的所有权出资瑕疵为例，可以参照适用买卖合同中有关瑕疵担保的规则，例如《民法典》第621条及以下条文中规定的物的瑕疵的检验期间。当最相类似的合同中没有特殊规定时，应当适用《民法典》合同编之通则的规定。

出资义务为合同义务，合伙人违反出资义务时，自应依据《民法典》第577条承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。例如，违反了货币出资义务的合伙人应当承担继续履行、支付利息和赔偿其他损失的责任。同样，违反劳务出资义务，属于《民法典》第580条规定的例外情形，无法请求继续履行，如果属于可以替代的劳务，可以依据《民法典》第581条请第三人完成劳务并由该合伙人承担费用，还可以采用《民事诉讼法》第252条的替代执行，由人民法院委托第三人完成劳务并由该合伙人承担费用。合伙人迟延履行

行出资义务，经催告后在合理期限内仍未履行，或迟延履行出资义务，致使不能实现合同目的，其他合伙人自可依据《民法典》第563条第1款解除合伙合同。[54]

出资人因不可归责于全体合伙人的原因永久地履行不能时，能否参照适用在买卖合同中规定的风险负担规则？有观点认为，如果适用，则其他全体合伙人都免为出资，这不利于共同事业目的的实现，故更为妥当的做法是，于此不适用风险负担的一般规则，而是认为其他合伙人仍然负有出资义务，合伙关系依然存在。[55]但是，《民法典》在其他很多合同中并未像在买卖合同中那样规定风险负担规则，反而通过第563条第1款第1项赋予当事人以法定解除权，只有在行使法定解除权后对待给付才消灭，故不会出现对待给付消灭而免为出资的情形。因此，无须特别规定，通过《民法典》第563条第1款第1项中的法定解除权统一解决即可。[56]

（三）出资请求权和违约请求权的主体

合伙人的出资义务对应着出资请求权和由违反出资义务产生的违约请求权，其他合伙人均有权依据合伙合同请求该合伙人向全体合伙人履行。同时，出资请求权和相应的违约请求权也是合伙财产的组成部分，故执行合伙人也有权基于合伙事务的执行权请求该合伙人向全体合伙人履行。这两种请求权虽然在教义分类上不同，但目的相同。当执行合伙人就是出资请求权的相对人时，其可以代理全体合伙人受领自己的履行，因为，这属于专为义务履行的行为，仅代理受领内容已经事先确定的义务的履行，无涉利益冲突，不受《民法典》第168条所规定的自我代理的限制。

第九百六十九条

合伙人的出资、因合伙事务依法取得的收益和其他财产，属于合伙财产。

合伙合同终止前，合伙人不得请求分割合伙财产。

本条主旨

本条是关于合伙财产的规定。

相关条文

《民法通则》第32条 合伙人投入的财产，由合伙人统一管理和使用。合伙经营积累的财产，归合伙人共有。

《合伙企业法》第20条 合伙人的出资、以合伙企业名义取得的收益和依法取得的其他财产，均为合伙企业的财产。

第21条 合伙人在合伙企业清算前，不得请求分割合伙企业的财产；但是，本法另有规定的除外。

合伙人在合伙企业清算前私自转移或者处分合伙企业财产的，合伙企业不得以此对抗善意第三人。

理解与适用

一、合伙财产的组成

本条规定的“合伙财产”与《民法典》第973条规定的“合伙债务”相对应，仅包括积极财产，而不包括消极财产。依照本条第1款的规定，合伙财产包括合伙人的出资、因合伙事务依法取得的收益和其他财产。

（一）合伙人的出资

合伙人的出资是合伙财产的初始来源，既包括货币，也包括其他财产权利、劳务乃至其他财产利益等。尚未缴付的出资并不属于合伙财产，尤其在以移转需要公示的财产权利作为出资的情形中。如果将尚未缴付即尚未完成移转公示的财产权利也作为合伙财产，将会导致未经公示的财产权利移转。但是，在出资尚未缴付的情况下，出资请求权和相应的违约请求权也是合伙财产的组成部分。^[57]

（二）因合伙事务依法取得的收益和其他财产

合伙财产还包括因合伙事务依法取得了收益和其他财产。除获得的收益之外，因合伙事务而取得的其他财产包括：用合伙财产所购入的新财产，合伙财产所生的天然孳息或者法定孳息，以及因合伙财产毁损、灭失等而获得的保险金、赔偿金或者补偿金等。^[58]就该问题而言，本条与《合伙企业法》第20条的规定别无二致。

可能的难点是，如何判断财产是否“因合伙事务”而取得。《合伙企业法》第20条要求“以合伙企业名义”，这是因为合伙企业是独立的民事主体；《民法典》中合伙合同预设的规范对象是未形成组织的合

伙，所以“因合伙事务”的判断标准是“以全体合伙人名义”。当合伙人以个人名义取得财产时，该财产并非合伙财产，而是该合伙人的个人财产；但是，其他合伙人如果可以证明上述财产是该合伙人因执行合伙事务而取得，则可以请求该合伙人将上述财产转移给全体合伙人，该请求权也属于合伙财产。^[59]

如果在合伙事务中与第三人的交易发生善意取得，则这也属于依法取得的其他财产。此时，所谓的善意应当取决参与物权变动的合伙人的善意，即使一名合伙人的恶意也排除善意取得；即使实施行为的合伙人是善意，但如果该合伙人是按照恶意合伙人的指示行为，则仍然不能构成善意取得。^[60]

二、合伙财产的归属

关于合伙财产的归属，《合伙企业法》第20条规定合伙财产为合伙企业所有，这是因为合伙企业是独立的民事主体。^[61]对于未形成组织的合伙，《民法通则》第32条区分了出资财产和合伙经营积累的财产，对后者明确规定为合伙人共有，而对前者，仅规定为“由合伙人统一管理和使用”。本条对此未作明确规定，在解释上应认为合伙财产由所有合伙人共同共有。

由于合伙财产由合伙人共同共有，合伙人对合伙财产整体和单个合伙财产都不享有份额，不存在处分份额的问题，第三人也无法取得份额。《合伙企业法》第22条和《民法典》第974条都规定了“合伙财产份额的转让”，但这两处事实上都是合伙人地位的转让，因此《合伙企业法》第24条才会规定：“合伙人以外的人依法受让合伙人在合伙企业中的财产份额的，经修改合伙协议即成为合伙企业的合伙人，依照本法和修改后的合伙协议享有权利，履行义务。”

当然，此处的“共同共有”不仅包括所有权的共同共有，还包括《民法典》第310条规定的用益物权和担保物权的共同共有，以及其他财产的准共同共有；参照适用所有权共同共有规则。

三、合伙财产的分割

依据《民法典》第303条关于共同共有的一般规则，在合伙人没有约定或者约定不明确的情况下，如果不存在共有的基础丧失或者有其他重大理由需要分割的情形，则共同共有人不得请求分割共有财产。如果合伙财产属于全体合伙人共同共有，则适用同样的规则，而共有的基础就是合伙合同，故本条第2款明确规定：“合伙合同终止前，合伙人不得请求分割合伙财产。”^[62]《合伙企业法》第21条第1

款同样规定合伙人在合伙企业清算前，不得请求分割合伙企业的财产。这同样考虑到合伙财产是合伙事业顺利开展的经济基础，如果允许合伙人任意请求分割，则会妨碍合伙合同所追求的共同事业目的的实现。因此，如有合伙人在合伙合同终止前提出分割请求，其他合伙人有权拒绝。合伙合同终止后，合同约束力和共同事业目的不复存在，自可请求分割，于此适用《民法典》第978条规定的分配规则。

本条第2款虽然直接关乎合伙的稳定性，但毕竟无涉第三人利益，故应允许当事人在合伙合同中以特约的方式加以排除，以便在某些特别松散的合伙关系中当事人可以通过自由分割合伙财产而实现快速脱离合伙关系的目的。同时，《合伙企业法》第21条第1款规定“本法另有规定的除外”，这主要指因退伙而分割的情形。《民法典》并未规定退伙分割，故其第969条第2款未如同《合伙企业法》那样规定上述但书。然而，此处对于分割合伙财产的限制，实际上是针对个别合伙人提出分割请求而言的。如若全体合伙人均有分割之意思，自可将合伙财产进行分割，只不过在解释上此种情况不同于本条所谓的“请求分割”，而应理解为对合伙财产的处分。^[63]另外，如果全体合伙人对分割全部合伙财产达成合意，或者对分割影响合伙事业经营的财产达成合意，这实际上是终止了合伙合同关系，应适用合伙合同的解除规则予以处理。^[64]

■ 第九百七十条

合伙人就合伙事务作出决定的，除合伙合同另有约定外，应当经全体合伙人一致同意。

合伙事务由全体合伙人共同执行。按照合伙合同的约定或者全体合伙人的决定，可以委托一个或者数个合伙人执行合伙事务；其他合伙人不再执行合伙事务，但是有权监督执行情况。

合伙人分别执行合伙事务的，执行事务合伙人可以对其他合伙人执行的事务提出异议；提出异议后，其他合伙人应当暂停该项事务的执行。

本条主旨

本条是关于合伙事务的决定和执行的規定。

相关条文

《民法通则》第34条 个人合伙的经营活动，由合伙人共同决定，合伙人有执行和监督的权利。

合伙人可以推举负责人。

合伙负责人和其他人员的经营活动，由全体合伙人承担民事责任。

《合伙企业法》第26条 合伙人对执行合伙事务享有同等的权利。

按照合伙协议的约定或者经全体合伙人决定，可以委托一个或者数个合伙人对外代表合伙企业，执行合伙事务。

作为合伙人的法人、其他组织执行合伙事务的，由其委派的代表执行。

第27条 依照本法第二十六条第二款规定委托一个或者数个合伙人执行合伙事务的，其他合伙人不再执行合伙事务。

不执行合伙事务的合伙人有权监督执行事务合伙人执行合伙事务的情况。

第28条 由一个或者数个合伙人执行合伙事务的，执行事务合伙人应当定期向其他合伙人报告事务执行情况以及合伙企业的经营和财务状况，其执行合伙事务所产生的收益归合伙企业，所产生的费用和亏损由合伙企业承担。

合伙人了解合伙企业的经营状况和财务状况，有权查阅合伙企业会计账簿等财务资料。

第29条 合伙人分别执行合伙事务的，执行事务合伙人可以对其其他合伙人执行的事务提出异议。提出异议时，应当暂停该项事务的执行。如果发生争议，依照本法第三十条规定作出决定。

受委托执行合伙事务的合伙人 not 按照合伙协议或者全体合伙人的决定执行事务的，其他合伙人可以决定撤销该委托。

第30条 合伙人对合伙企业有关事项作出决议，按照合伙协议约定的表决办法办理。合伙协议未约定或者约定不明确的，实行合伙人一人一票并经全体合伙人过半数通过的表决办法。

本法对合伙企业的表决办法另有规定的，从其规定。

理解与适用

一、合伙事务的决定

合伙事务的决定，含义宽泛，不仅是指具体的合伙事务，也包括涉及合伙自身基础或者合伙人相互关系的行为，例如订立、修改、补充、终止合伙合同，接受他人入伙或者同意退伙等。《合伙企业法》第19条第2款规定了修改和补充合伙协议，第43条及以下条文规定了入伙和退伙。《民法典》中对这些事项未作出特别规定，但这些事项都属于合伙事务，故原则上同样应当由全体合伙人一致同意。

本条第1款中规定了合伙事务的决定原则上应当经全体合伙人一致同意。与此不同的是，《合伙企业法》第30、31条区分了一般事项和特别事项，关于特别事项原则上应当经全体合伙人一致同意，关于一般事项原则上实行合伙人一人一票并经全体合伙人过半数同意。^[65]此种不一致的原因在于，合伙企业对交易的便捷性与灵活性有更高要求，而《民法典》规定的合伙合同中，全体合伙人的安全利益与高度人合性的需要比交易的便捷性更为重要。^[66]如果合伙人之一对某合伙事务有自身利害关系，基于避免利益冲突的考量，该合伙人在决定该事务时应当回避，而由其他合伙人一致同意。但是，特殊情况下如果涉及紧急事务，应当允许合伙人未经全体合伙人同意而采取必要措施。^[67]

当然，为了更灵活地满足当事人的需求，合伙合同可以对此另有约定，从而偏离全体合伙人一致同意这种默认规则。合伙人可以约定采用表决权多数决；可以约定并非一人一票的表决方式；也可以约定区分不同的合伙事务采取不同的决定方案。如果约定采用表决权多数决的方式，有疑义时，多数的计算应当按照合伙人一人一票，也即以合伙人的多数决定。^[68]但就合伙事务的决定没有约定或者约定不明确时，全体合伙人一致同意仍然是默认规则。

二、合伙事务的执行和内外关系

为实现合伙合同追求的共同事业目的，需要作出包括民事法律行为和^①非民事法律行为在内的各项行为，统称为合伙事务执行。这既是合伙人的权利，也是合伙人的义务。合伙事务的执行不同于合伙事务的决定。在全体合伙人一致同意就合伙事务作出决定后，可以将决定后的合伙事务的具体执行委托给部分合伙人。同样，经全体合伙人一

致决定，也可以直接将合伙事务委托给部分合伙人执行，执行事务合伙人可以就委托的合伙事项作出决定而无须取得全体合伙人的一致同意。合伙事务决定与合伙事务执行的区分，类似于有限责任公司中股东会职权和董事会职权的区分，于此可以参照适用《公司法》第37条、第46条来区分合伙事务的决定和执行。例如，修改和补充、终止合伙合同，入伙和退伙等事项，除合伙人另有约定外，不属于合伙事务的执行，而属于合伙事务的决定，故并非执行事务合伙人的职权。在有疑义时，应当认为属于合伙事务的决定。

合伙事务的执行区分为内部关系和外部关系。在合伙人的内部关系中，合伙事务执行涉及合伙人共同意思的形成、职权、责任等问题。在与第三人之间的外部关系中，涉及行为效果是否归属于全体合伙人。^[69]如果是纯粹的内部合伙，则仅存在内部关系，而不存在外部关系。《合伙企业法》第37条分别称之为执行合伙事务和对外代表合伙企业。《民法典》以未形成组织的合伙作为规范对象，因此在对外关系上并无“对外代表合伙企业”的可能，为解决合伙人之一作出的行为的效果归属于全体合伙人的问题，唯有通过代理制度方能实现，故应适用代理的一般规则。因此，本条仅规定了合伙事务执行的内部关系。

三、合伙事务执行的不同方法

本条规定了三种合伙事务执行方法：第一种是全体合伙人共同执行，第二种委托一个或者数个合伙人执行，第三种是合伙人分别执行。

（一）全体合伙人共同执行

本条第2款首先规定了此种类型。该类型是默认规则。《民法典》规定的合伙中，由于合伙人之间存在特别的信任关系，采用自管原则，即由合伙人享有事务执行权，并且，除合伙人另有明确约定外，由全体合伙人共同执行。

全体合伙人共同执行，意味着要求全体合伙人的一致，并非单独执行。作为默认规则，这一方面导致了效率的降低，但另一方面提升了合伙人的安全性。^[70]这同样是因为《民法典》所规定的合伙中，合伙人的安全利益与高度人合性的需要比交易的便捷性更为重要。

当然，为了更灵活地满足当事人的需求，合伙合同可以对此另有约定，从而偏离默认规则的立法设计。对于合伙事务的执行，合伙人可以约定或者决定采用本条第2款和第3款的类型；并可以根据合伙事

务的类型将三种类型结合起来。但是，在没有约定或者约定不明确时，本条第1款所规定的类型是默认类型。

（二）委托一个或者数个合伙人执行

本条第2款之后规定了此种类型。为使合伙事务的执行更为灵活，可以委托一名或数名合伙人执行合伙事务，前提是合伙合同有约定或者全体合伙人有决定。这仅意味着依据合意确定执行事务合伙人，而不意味着需要另外的委托合同。就委托的对象而言，如果委托作为合伙人的法人、非法人组织执行合伙事务，则由其委派的代表执行，于此参照适用《合伙企业法》第26条第3款。实践中，也有依照合伙合同的约定或者全体合伙人的决定将全部合伙事务或者部分合伙事务委托给合伙人之外的第三人的情形。这虽然不采用自营原则，但无涉第三人的利益，故无禁止的必要。^[71]但此等情况不在本条第2款所规范的范围之内，而是合伙人与第三人签订的单纯的委托合同，应适用《民法典》关于委托合同的规定，例如，委托两个以上的第三人的，应当适用《民法典》第932条。即使该委托合同与合伙合同同时订立，甚至被写入合伙合同，亦是两个合同关系，委托第三人的合同不应适用合伙合同规则，此二者有区分的必要。^[72]

如果委托数名合伙人执行合伙事务，且无特别约定，则应认为是数名合伙人共同执行事务。此为上文所述共同执行原则的延伸。除合伙合同另有约定或者全体合伙人另有决定外，就执行事项，需要执行事务合伙人一致同意。

按照合伙合同的约定或者全体合伙人的决定，将合伙事务委托给一个或者数个合伙人执行的，执行事务合伙人可以就委托的合伙事项作出决定而无须取得全体合伙人的一致同意。其他非执行事务合伙人在相应范围内即不再享有合伙事务执行权，但其仍然有权监督执行情况。对该监督权，可以约定行使的方式，也可以约定予以一定的限制，但限制不能达到实质性剥夺的程度。^[73]本条第2款未规定监督权的具体内容。《合伙企业法》第28条第1款规定了执行事务合伙人的报告事务执行情况以及合伙企业经营与财务状况的义务，第2款规定了合伙人查阅合伙会计账簿等财务资料的权利。此均为监督权的具体表现^[74]，于民事合伙亦当适用。在民事合伙的场合，执行事务合伙人虽不需报告合伙企业的经营与财务状况，但需要报告合伙事务的进展，适用《民法典》第924条关于委托合同中受托人的报告义务，亦得出执行事务合伙人同样的报告义务；非执行事务合伙人也有权更为积极地随时检查合伙事务、合伙财产的状况以及查阅财务资料。《合伙企业法》第28条第2款未规定合伙人复制会计账簿等财务资料的权利，实践中对此存在不同判决。^[75]《公司法》第33条规定了有限责

任公司股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告，可以要求查阅公司会计账簿，但同样未规定复制会计账簿的权利。考虑到《民法典》规定的合伙更要求合伙人之间的信任关系，且一般欠缺公司中那样完善的治理机制，可以考虑赋予非执行事务合伙人复制会计账簿的权利，以进行更精细的监督。

如果执行事务合伙人拒绝或者妨碍正当的监督，其对造成的损害应负损害赔偿责任，且构成撤销对执行事务合伙人之委托的正当理由；非执行事务合伙人的监督权应以诚信的方式行使，不得以监督为名妨碍合伙事务的执行，否则，该合伙人应赔偿因其不当监督而造成的损失。^[76]为避免非执行事务合伙人查阅、复制会计账簿权利的不正当行使，《公司法》第33条第2款中规定：“公司有合理根据认为股东查阅会计账簿有不正当目的，可能损害公司合法利益的，可以拒绝提供查阅，并应当自股东提出书面请求之日起十五日内书面答复股东并说明理由。公司拒绝提供查阅的，股东可以请求人民法院要求公司提供查阅。”《公司法解释四》第8条进一步规定：“有限责任公司有证据证明股东存在下列情形之一的，人民法院应当认定股东有公司法第三十三条第二款规定的‘不正当目的’：（一）股东自营或者为他人经营与公司主营业务有实质性竞争关系业务的，但公司章程另有规定或者全体股东另有约定的除外；（二）股东为了向他人通报有关信息查阅公司会计账簿，可能损害公司合法利益的；（三）股东在向公司提出查阅请求之日前的三年内，曾通过查阅公司会计账簿，向他人通报有关信息损害公司合法利益的；（四）股东有不正当目的的其他情形。”这些规定在《民法典》规定的合伙中也可以参照适用。

（三）合伙人分别执行

本条第3款规定了此种类型。依据本条第1款，合伙事务原则上由全体合伙人共同执行。为使合伙事务的执行更为灵活、效率，按照合伙合同的约定或者全体合伙人的决定，以及法律的特别规定，合伙人可以分别执行合伙事务。此时，各合伙人均享有单独执行合伙事务的权利，无须取得全体合伙人的一致同意。同样，依据本条第2款委托数名合伙人执行合伙事务时，基于合同的特别约定或者全体合伙人的决定，以及法律的特别规定，执行事务合伙人可享有单独执行权。所谓的“合伙人分别执行合伙事务”，即指合伙人享有单独执行权的情形。

在合伙人享有单独执行权时，执行事务合伙人可以提出异议，以督促执行事务合伙人之间的相互监督。本条第3款所谓的“执行事务合伙人”应当被广义理解为有合伙事务执行权的任一合伙人，而不限于

本条第2款中的执行事务合伙人。所谓的提出异议，是指在个别的具体事务执行完成之前，对该事务执行表示反对。提出异议应就各个具体执行事务的行为分别为之，不得仅以抽象指摘而对该合伙人单独执行权的行使为一般的异议。^[77]

一旦执行事务合伙人就其他合伙人的执行行为提出异议，其他合伙人应立即暂停执行，以避免损失的扩大。^[78]然而，实践中可能因为异议的提出而产生纠纷，例如，各合伙人对异议事项是否应继续进行意见不一。《合伙企业法》第29条第1款援引第30条规定的合伙人决议规则来解决纠纷。在《民法典》中，本条第1款规定了合伙人应一致作出决定，故除非另有约定，原则上被异议的有执行权的合伙人应当暂停此项事务的执行，如果有必要继续进行，则需要符合本条第1款确定的一致同意原则。这是民事合伙高度人合性的必然要求。在执行事务合伙人已经提出异议的情况下，其他合伙人仍然继续执行该合伙事务的，则应就造成的损失负赔偿责任，且此行为构成撤销执行权的正当事由。

四、有执行权合伙人的法律地位

本条第2款有意选择使用了“委托”这一语词，意味着除法律另有规定外，只要没有根据合伙合同的特性得出其他结论，有执行权合伙人（执行事务合伙人）的法律地位可以适用委托合同的受托人地位的相关规则。^[79]例如，执行事务合伙人有权请求预付费用和请求费用偿还（《民法典》第921条），约定有报酬时有权请求报酬（《民法典》第928条），有权请求赔偿损失（《民法典》第930条）。^[80]但是，执行事务合伙人也是合伙人之一，因此应扣除其自己分担的部分之后再向其他合伙人请求。此外，执行事务合伙人还有义务按照合伙合同或者全体合伙人的决定执行事务（《民法典》第922条，《合伙企业法》第29条第2款）、亲自执行合伙事务（《民法典》第923条）、报告执行合伙事务的情况（《民法典》第924条，但本条中的委托合同终止时应当理解为事务处理完毕时）、执行合伙事务所取得的财产应当转交合伙（《民法典》第927条）、共同处理时承担连带责任（《民法典》第932条）等。

执行事务合伙人未尽注意义务或者超越权限造成合伙损失的，亦可适用《民法典》第929条进行损害赔偿。关于注意义务的内容，同样包括忠实义务和勤勉义务，例如《合伙企业法》第32条具体规定了合伙人不得自营或者同他人合作经营与本合伙企业相竞争的业务；除合伙协议另有约定或者经全体合伙人一致同意外，合伙人不得同本合伙企业进行交易；合伙人不得从事损害本合伙企业利益的活动。《民法典》中的合伙合同也可以参照这些规定来确定注意义务的具体内

容。关于注意义务的程度，如果约定有偿，则适用善良管理人的注意义务；如果无偿，则执行事务合伙人仅就故意和重大过失承担责任。^[81]

执行权的终止也可以适用委托合同终止的规则，因此，执行事务合伙人死亡、发生终止原因或者丧失民事行为能力时，适用《民法典》第934~936条的规定。但有疑问的是，此时是否应当适用《民法典》第933条，使其他合伙人经依法决定而单方任意剥夺执行权，或者执行事务合伙人任意终止执行权。此时可以认为，对于其他合伙人而言，执行事务合伙人有报酬利益之外的其他较强利益，即对合伙事务的处理存在利益，该利益甚至构成执行事务合伙人参加合伙的基础，故其他合伙人不享有任意解除权，不得单方任意剥夺^[82]；对于执行事务合伙人而言，尤其是在有偿情形下，其任意解除权的正当性本来就较弱，甚至其他合伙人对执行事务合伙人执行事务的信赖可能构成其他合伙人参加合伙的基础。因此，可能具有共识的观点是，此时不适用《民法典》第933条规定的任意解除权，但在具有正当事由时，其他合伙人可以解任而终止执行权；执行事务合伙人可以辞任而终止执行权，但也应提前通知。^[83]至于其他合伙人依法共同决定撤销执行权的正当事由，最为重要的就是执行事务合伙人严重违反义务或者丧失妥当执行事务的能力。就执行事务合伙人严重违反义务而言，这实际上构成了一般法定解除事由，《合作企业法》第29条第2款规定：“受委托执行合伙事务的合伙人不按照合伙协议或者全体合伙人的决定执行事务的，其他合伙人可以决定撤销该委托。”依据《民法典》第563条第1款，执行事务合伙人的义务违反必须达到根本违约即不能实现合同目的的程度，才可以终止执行权，否则容易让执行事务合伙人动辄得咎，影响合伙事务执行的稳定。^[84]执行事务合伙人由于重大疾病等正当原因不宜再执行合伙事务的，有权辞任以终止其执行权，但其对该正当原因负举证责任。

此外，其他合伙人对是否撤销执行权意见不一时，能否撤销执行事务合伙人的执行权？^[85]《民法典》中的合伙以信赖关系为基础，如果其他合伙人中有一部分已经开始对不当执行的执行事务合伙人产生怀疑，说明执行权的信赖根基发生了动摇；主张终止者负有证明正当事由的举证责任，这已经在一定程度上避免了滥用；同时，如果必须其他合伙人一致同意，则只要有合伙人与执行事务合伙人串通，就无法终止执行权，其他合伙人只能终止合伙合同或者依据约定退伙^[86]，后果可能过分严重，相较而言，终止执行事务合伙人执行权，重归共同执行的状态，并不是特别严重的后果。综合以上因素，可以认为，在其他合伙人证明了存在正当事由的情形中，任何一合伙人都可以终止执行事务合伙人的执行权。

五、合伙事务执行的外部关系

（一）代理机制

如上文所述，除非是纯粹的内部合伙，否则合伙事务执行也会发生外部关系。《合伙企业法》第37条称之为对外代表。但是，《民法典》以未形成组织的合伙作为规范对象，在对外关系上并无“对外代表”的可能，唯有通过代理解决合伙人之一作出的行为的效果归属于全体合伙人的问题。这也与委托和代理的区分形成对应。^[87]

依据《民法典》第162条，执行事务合伙人在应当代理权限内以作为被代理人的全体合伙人的名义实施；如果执行事务合伙人以自己的名义实施，除非满足《民法典》第925条的要求，否则行为效果只能归属于该执行事务合伙人，而无法归属于全体合伙人。^[88]当然，对此时合伙人的内部关系可以依据合伙合同处理。^[89]而所谓“以全体合伙人名义”并不要求执行事务合伙人列明全体合伙人的姓名或者名称，其可以用“某某合伙的管理人”等头衔表明；在合伙起字号时，也可以用合伙的字号表明。

对外代理权限的范围由合伙合同或者合伙人的决定确定，可以与对内执行权限有别，但应推定二者相同。^[90]例如，合伙合同中的合伙事务执行以共同执行为原则，因此，对外代理也应以共同行使代理权为原则。这与《民法典》第166条的规定一致^[91]，某一合伙人未经全部合伙人同意而代理作出民事法律行为的，构成无权代理。与此相关，《民法典》第172条规定的表见代理规则可以为相对人提供保护。

在合伙合同中，内部关系不存在代理问题；而外部关系涉及的除了民事法律行为，还可能有准民事法律行为、公法上的行为等，这些行为应当参照适用代理的规则。至于违约责任和因合同无效、被撤销或者解除所产生的责任，应由全体合伙人承担。至于侵权责任，如果全体合伙人共同作出意思表示实施侵权行为，依照《民法典》第1168条的规定，应由全体合伙人承担连带责任。至于执行事务合伙人实施侵权行为时的责任承担，依据《民法典》第167条，只有在被代理人知道或者应当知道代理人的代理行为违法而未作反对表示时，被代理人 and 代理人才应当承担连带责任。所以在一般情况下，执行事务合伙人应当自己承担侵权责任，但在内部关系中可以依据合伙合同请求其他合伙人分担。^[92]

（二）合伙人的诉讼

《民法通则意见》第45条规定：“起字号的个人合伙，在民事诉讼中，应当以依法核准登记的字号为诉讼当事人，并由合伙负责人为诉讼代表人。合伙负责人的诉讼行为，对全体合伙人发生法律效力。”“未起字号的个人合伙，合伙人在民事诉讼中为共同诉讼人。合伙人人数众多的，可以推举诉讼代表人参加诉讼，诉讼代表人的诉讼行为，对全体合伙人发生法律效力。推举诉讼代表人，应当办理书面手续。”该条区分了起字号的合伙和未起字号的合伙，并且规定在起字号的合伙的诉讼中，合伙负责人（执行事务合伙人）自动成为诉讼代表人。但这既无法解决多名执行事务合伙人之间的分歧问题，也无法保障其他合伙人的诉讼权利。为此，《民事诉讼法解释》第60条规定：“在诉讼中，未依法登记领取营业执照的个人合伙的全体合伙人为共同诉讼人。个人合伙有依法核准登记的字号的，应在法律文书中注明登记的字号。全体合伙人可以推选代表人；被推选的代表人，应由全体合伙人出具推选书。”据此，除有字号的合伙应在法律文书中注明字号外，在诉讼中不再区分合伙有无字号；诉讼代表人不再当然是执行事务合伙人，而应由全体合伙人推举。[93]

实践中另外一个困难的问题是合伙债权及其诉讼实现的问题。从理论上而言，合伙债权并非连带债权，而是共同债权。两者的区别在于，连带债权的债务人可以向任何一个连带债权人履行，但共同债权的债务人只能向所有的共同债权人履行。有观点认为，各共同债权人都可以单独提出请求，但只能请求向全体共同债权人履行，而不能请求仅向自己履行，因此，共同债权的特殊性并非体现在给付的请求上，而是体现在受领上。[94]同时，为保证其他合伙人的诉讼权利，法院应当通知其他共同债权人参加诉讼，如果其他共同债权人无正当理由拒绝参加诉讼的，则法院的判决对其他债权人仍旧有效。[95]但是，如果法院负有通知职责，产生的问题会很多，例如，何谓拒绝参加诉讼的正当理由、应当通知而未通知是否构成申请再审的事由、无法通知时如何处理等，这会导致诉讼的肥大、进程的漫长且不可控因素较多。为解决此种公平和效率之间的矛盾，可以考虑允许单个合伙人诉讼请求债务人向全体合伙人履行，法院无须通知其他合伙人参加诉讼，但是判决的单方面既判力延及其他合伙人，即判决的胜诉部分的效力延伸，败诉部分的效力不延伸；如果合伙人获得胜诉，但债权数额减少的，仍然是仅胜诉部分的效力延伸，其他合伙人可就败诉部分再次起诉。[96]

第九百七十一条

合伙人不得因执行合伙事务而请求支付报酬，但是合伙合同另有约

定的除外。

本条主旨

本条是关于执行事务合伙人之报酬的规定。

相关条文

《民法典》第928条 受托人完成委托事务的，委托人应当按照约定向其支付报酬。

因不可归责于受托人的事由，委托合同解除或者委托事务不能完成的，委托人应当向受托人支付相应的报酬。当事人另有约定的，按照其约定。

理解与适用

本条在原则上排除了执行事务合伙人请求支付报酬的权利。其要旨在于，执行合伙事务虽然是为了全体合伙人的利益，但也是合伙人按照合同应尽的义务^[97]，况且实践中不乏以劳务的方式出资的合伙人，故以无偿为原则最符合合伙的本旨。^[98]

但是，本条中的但书表明当事人可以另行约定执行事务合伙人的报酬，以排除无报酬请求权的适用，故本条属于任意性规范。除合伙合同另有约定外，也可以按照《民法典》970条第1款经全体合伙人一致同意而决定给付报酬。当事人约定了报酬请求权时，报酬量通常与劳务提供量、业绩及工作难易程度相关^[99]，但仍属于当事人意思自治的范畴。如果虽然决定给付报酬，但对报酬给付的种类、数额、方法或者时间未作具体约定或者约定不明的，依照《民法典》第510条，也应由合伙人一致同意而决定补充；不能补充的，按照《民法典》第510、511条的规定确定。实践中，如合伙人主张报酬请求权，则其应负举证责任。如果约定了报酬请求权，此时可以适用《民法典》第928条关于受托人之报酬请求权的规定。

第九百七十二条

合伙的利润分配和亏损分担，按照合伙合同的约定办理；合伙合同

没有约定或者约定不明确的，由合伙人协商决定；协商不成的，由合伙人按照实缴出资比例分配、分担；无法确定出资比例的，由合伙人平均分配、分担。

本条主旨

本条是关于合伙人之间利润分配和亏损分担的规定。

相关条文

《民法通则》第35条第1款 合伙的债务，由合伙人按照出资比例或者协议的约定，以各自的财产承担清偿责任。

《合伙企业法》第33条 合伙企业的利润分配、亏损分担，按照合伙协议的约定办理；合伙协议未约定或者约定不明确的，由合伙人协商决定；协商不成的，由合伙人按照实缴出资比例分配、分担；无法确定出资比例的，由合伙人平均分配、分担。

合伙协议不得约定将全部利润分配给部分合伙人或者由部分合伙人承担全部亏损。

《民法通则意见》第47条 全体合伙人对合伙经营的亏损额，对外应当负连带责任，对内则应按照协议约定的债务承担比例或者出资比例分担；协议未规定债务承担比例或者出资比例的，可以按照约定的或者实际的盈余分配比例承担。但是对造成合伙经营亏损有过错的合伙人，应当根据其过错程度相应的多承担责任。

第48条 只提供技术性劳务，不提供资金、实物的合伙人，对于合伙经营的亏损额，对外也应当承担连带责任，对内则应当按照协议约定的债务承担比例或者技术性劳务折抵的出资比例承担；协议未规定债务承担比例或者出资比例的，可以按照约定的或者合伙人实际的盈余分配比例承担；没有盈余分配比例的，按照其余合伙人平均投资比例承担。

理解与适用

一、利润分配和亏损分担

本条规定了对合伙的利润和亏损在合伙人之间如何分配和分担的

问题。由于《民法典》中的合伙以未形成组织的合伙为预设对象，合伙人之间并非如同合伙企业中的合伙人那样承担补充的连带责任，而是直接承担连带责任，因此，合伙的利润分配和亏损分担就仅对合伙人具有意义，而不会影响到合伙债务的债权人的利益，故对合伙的利润分配和亏损分配的限制就较小，例如，无须要求先以利润弥补亏损等。

利润分配，是指合伙在必要扣除后所获利润在各合伙人之间分配。关于分配的时间和方式由合伙人在合伙合同中约定，未约定的，由全体合伙人依据《民法典》第970条第1款予以决定；仍无法决定，可以依照《民法典》第510条，考虑交易习惯和该合伙的具体情况予以确定。^[100]合伙人也享有请求计算并分配合伙利润的请求权。委托执行事务合伙人的，其他合伙人基于监督执行的权利同样享有此种请求权。^[101]不分配利润而将利润作为合伙财产的，需要全体合伙人依据《民法典》第970条第1款予以决定。

应当注意的是，合伙人请求分配合伙利润并不以合伙合同终止并清算为前提，部分或全体合伙人在未进行合伙清算的情况下请求对合伙利润进行分配的，人民法院应当进行释明：如果其请求的利润分配是基于解除合伙关系的合伙利润分配，则应增加解除合伙关系并进行清算的诉讼请求；如果其不要求解除合伙关系，仅要求分配合伙期间利润，当事人提交了充分证据证明有可供分配的收益的，人民法院应根据本条规定的比例予以处理。^[102]

亏损分担，是指合伙在一定时期内的各种收入减去各项费用之后出现负差额，亦即发生了亏损时，就此等亏损在各合伙人之间分担。但是，除非合伙人另有约定或者决定，往往是在合伙合同终止且部分合伙人承担亏损后，才产生请求亏损分担的请求权和其他合伙人填补亏损的义务。^[103]不在该时点填补亏损的，应当由全体合伙人依据《民法典》第970条第1款予以决定。部分合伙人违约造成其他合伙人无法执行合伙事务的，在合伙人之间的内部关系中，其他合伙人不承担亏损。^[104]

二、利润分配和亏损分担的内部比例

（一）意定比例

本条确定了合伙的利润分配与亏损分担的具体比例，明确了意定优先、法定补充的规则适用顺序。其目的是在保障当事人意思自治的前提下，确保合伙的损益分配有所依据。这与《合伙企业法》第33条第1款的规定相同。合伙人可以在合伙合同中约定利润分配与亏损分

担，如果未约定或者约定不明，则可以由合伙人协商决定。此为意思自治原则的体现。协商确定比例时，应当由全体合伙人依据《民法典》第970条第1款予以决定，即除合伙合同另有约定外，应当经全体合伙人一致同意。

基于意思自治，合伙人完全可以就利润分配与亏损分担确定不同的比例。但是，如果合伙人仅确定了利润分配比例或者亏损分担比例的，有疑义时，推定该比例同时适用于利润分配和亏损分担。^[105]例如，全体合伙人仅就利润分配约定了比例的，某个合伙人不得以未约定亏损分担的比例而主张按照出资比例分担。这也与利益与风险相一致的原则契合。与之不同，《民法通则意见》第47条规定：全体合伙人对合伙经营的亏损额，对外应当负连带责任；对内则应按照协议约定的债务承担比例或者出资比例分担；协议未规定债务承担比例或者出资比例的，可以按照约定的或者实际的盈余分配比例承担。但是对造成合伙经营亏损有过错的合伙人，应当根据其过错程度相应地多承担责任。据此，对于亏损分担，如果没有约定，《民法通则意见》第47条首先考虑出资比例，无法确定时才考虑利润分配比例。但是，基于利润分配和亏损分担相一致的原理，更佳方案是有疑义时利润分配的比例被推定为亏损分担的比例，只有利润分配比例也无法确定时，才考虑出资比例。

《合伙企业法》第33条第2款规定：合伙协议不得约定将全部利润分配给部分合伙人或者由部分合伙人承担全部亏损。虽然《民法典》对此未作明确规定，但依据其第967条中的“共享利益、共担风险”，应当得出同样的结论。当事人作出此等约定的，并非当然使该约定的效力出现瑕疵^[106]，但可能导致当事人之间的合同并非合伙合同，而是其他类型的合同，不能适用合伙合同的规则。

如当事人主张意定的利润分配和亏损分担比例，应由主张者就此项约定承担证明责任。^[107]但在具体证明方式上，并不以书面合同为限，完全可以通过间接证据使法官形成心证。^[108]

（二）法定比例

如果当事人无法就利润分配与亏损分担达成意定方案，则须诉诸法定方式。在法定方式中，优先按照各合伙人的实缴出资比例分配与分担，如无法确定出资比例的，则由各合伙人平均分配与分担。

首先是按照合伙人的实缴出资比例分配、分担。之所以优先按照合伙人的实缴出资比例确定分配、分担方案，是因为合伙实践中大多都以合伙人的出资比例作为分配与分担的原则，故此为模拟当事人意

思表示的结果。^[109]需要注意的是，这里并非按照出资比例确定，而是按照实缴出资比例确定。如果合伙合同约定了认缴期限，合伙人按照约定实缴部分出资而非全部出资，则也是按照实缴出资比例而非认缴出资比例确定利润分配和亏损分担的比例。如果合伙人未按照约定实缴出资，存在应缴而未缴的违约行为，则在利润分配上，基于利益与负担相一致的原理，仍然是以实缴出资比例确定利润分配的比例。这并无疑问。但是，采这种确定比例的方式，可能在亏损分担上引发疑问：合伙人存在应缴而未缴的违约行为时，按照实缴出资比例确定亏损分担比例，反而使违约的合伙人承担较少比例的亏损，因而获益。基于利润分配和亏损分担的权责一致原理，这是合理的。至于合伙人存在应缴而未缴的违约行为，而使其他合伙人负有较高的亏损分担比例，导致了其他合伙人损失的，这可以通过其他合伙人请求违约合伙人承担违约赔偿责任予以解决。此时，违约合伙人所负有的义务就不限于应缴而未缴的出资的缴纳，还包括其违约行为导致其他合伙人较高的亏损分担比例所产生的损失。即使合伙人之间内部约定部分合伙人仅以出资为限承担责任，这仍然意味着该部分合伙人承担了出资亏损或者无法收回的风险，也符合了“共担风险”的要求，故该约定在合伙人之间仍然是有效的。

合伙合同中的出资方式相当多元，除货币出资之外，其他方式的出资可以进行评估。如上文所述，在《民法典》规定的合伙中，并不要求先以合伙财产清偿合伙债务，故合伙财产的价值确定对于合伙债务的债权人并不重要，故评估可以更为自由化一些，只要全体合伙人一致同意，无论是否评估、采取何种评估标准和方法、谁来评估，均无关紧要。通过评估，可以确定各合伙人的出资比例。如果出资未经评估，且难以确定出资数额的，应由合伙人平均分配利润和分担亏损。

如果合伙人主张按照实缴出资比例进行利润分配与亏损分担，尽管这属于法定分配与分担方式，仍需要由主张者承担证明责任。无法证明的，最后只能由合伙人平均分配和分担。^[110]

有必要说明的是以劳务出资的合伙人的利润分配和亏损分担。对此，比较法上存在不同的方式。第一种方式是，除另有约定外，以劳务出资的合伙人原则上不受损失之分配^[111]；第二种方式是，劳务出资人参与利润分配和亏损分担，但合伙合同可以有效约定劳务出资人仅分配利润分配而不分担亏损^[112]；第三种方式是，不对劳务出资人作特别规定，故劳务出资人与其他合伙人一并参与利润分配和亏损分担。^[113]《民法典》并未对劳务出资人作特别规定，应当认为采取了第三种方式，不将劳务出资人特别对待。《民法通则意见》第48条甚

至明确规定了劳务出资人应当分担亏损，在实践中也多有案例支持劳务出资的合伙人应当分担亏损。^[114]

■ 第九百七十三条

合伙人对合伙债务承担连带责任。清偿合伙债务超过自己应当承担份额的合伙人，有权向其他合伙人追偿。

本条主旨

本条是关于合伙人就合伙债务对外承担连带责任的规定。

相关条文

《民法通则》第35条第2款 合伙人对合伙的债务承担连带责任，法律另有规定的除外。偿还合伙债务超过自己应当承担数额的合伙人，有权向其他合伙人追偿。

《合伙企业法》第38条 合伙企业对其债务，应先以其全部财产进行清偿。

第39条 合伙企业不能清偿到期债务的，合伙人承担无限连带责任。

第40条 合伙人由于承担无限连带责任，清偿数额超过本法第三十三条第一款规定的其亏损分担比例的，有权向其他合伙人追偿。

理解与适用

一、合伙债务

如上文所述，基于民事法律行为产生合伙债务的前提是，能够通过代理规则使行为效果归属于全体合伙人。如果执行事务合伙人以自己的名义实施法律行为，由此所产生的债务，对相对人而言就仅仅是执行事务合伙人的个人债务，相对人所信赖的也恰恰是执行事务合伙人自身而非全体合伙人。此时，并无理由将该债务作为合伙债务而使全体合伙人承担连带责任。如果是执行事务合伙人侵权所产生的债务，对相对人而言原则上也是执行事务合伙人的个人债务，除非其他

合伙人知道或者应当知道执行事务合伙人实施侵权行为并未作反对表示。在后一情况下，可以认为全体合伙人存在主观上的意思联络，应当依据《民法典》第167条对被侵权人承担连带责任。当然，合伙人内部仍然按照合伙合同判断责任承担，故可能出现对外不属于合伙人承担连带责任的合伙债务，但在合伙人内部属于合伙债务的情形。应当注意的是，合伙债务仅指合伙对外所负的债务，不包括合伙人退伙所产生的退还财产份额等债务。

二、合伙人对外的连带责任

本条第一句明确了合伙人对合伙债务承担连带责任。对外的连带责任使合伙债务更容易获得清偿，有助于保护债权人的利益。^[115]然而，该句仅着眼于全体合伙人的外部关系，即合伙的债权人有权请求一个或多个合伙人清偿部分或者全部合伙债务；不处理合伙人之间的份额、追偿权等内部关系；亦不关心其是否为学理上所谓的“不真正连带责任”^[116]。因为合伙人的连带责任涉及合伙的债权人的利益，所以即使合伙人之间存在债务份额约定的，也仅仅是合伙人内部承担比例的约定，不产生对抗第三人的效力^[117]，各合伙人对外仍然承担连带责任。但是，合伙人可以与债权人个别约定承担按份责任，或者将责任限定在合伙财产上。^[118]

《民法通则》第35条第2款中规定：合伙人对合伙的债务承担连带责任，法律另有规定的除外。《合伙企业法》第39条规定：合伙企业不能清偿到期债务的，合伙人承担无限连带责任。前者规定合伙人承担连带责任，后者规定合伙人承担补充连带责任，即应优先以合伙企业的财产清偿，不足的部分再由各合伙人承担无限连带责任。^[119]本条的规定与前者相同。这是因为，《合伙企业法》以形成组织的合伙为预设对象，而《民法典》中的合伙合同以未形成组织的合伙为预设对象。在合伙合同中，一方面，产生合伙债务的主体本来就是全体合伙人，而非合伙组织；另一方面，合伙财产属于全体合伙人共有，与合伙人个人财产的区分较弱，并且依全体合伙人的合意即可分割合伙财产，如果采取补充连带责任的形式，会增加债权人实现债权的成本。^[120]据此，在《民法典》规定的合伙合同中，合伙人并不承担补充连带责任，而是直接承担连带责任。

比较特殊的是表见合伙人。如果第三人的行为足以使善意相对人认为该第三人为合伙人，且善意相对人基于此种信赖而取得了合伙债权，此时应否认为该第三人与其他合伙人就合伙债务承担连带责任？例如，某人明知朋友与他人共同经营合伙事业，为帮助朋友招揽生意，而向相对人谎称自己是合伙人。基于与表见代理类似的原理^[121]，当第三人对于合伙人外观的形成有可归责性且相对人为善意、

无过失时^[122]，为保护相对人的信赖，可以使该第三人对合伙债务承担连带责任。

合伙人承担连带责任的，于对外的关系要适用《民法典》第520条的规定，合伙人之一的事项原则上具有相对效力，而《民法典》第520条明确列举的事项具有绝对效力或者限制的绝对效力。

在诉讼和执行中，《民法典》规定的合伙和合伙企业根据合伙人承担连带责任抑或补充连带责任而有明显不同。对于合伙企业而言，诉讼时仅须将合伙企业列为被告，如合伙企业的财产不足以清偿的，《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第14条第1款规定：“作为被执行人的合伙企业，不能清偿生效法律文书确定的债务，申请执行人申请变更、追加普通合伙人为被执行人的，人民法院应予支持。”^[123]在《民法典》规定的合伙中，由于并非必然以合伙财产给付，故请求合伙人承担连带责任的诉讼并非必要的共同诉讼，而是普通的共同诉讼。^[124]如果债权人以全体合伙人为对方当事人就全部债权提起给付之诉，获得生效胜诉判决，则债权人有权依法执行合伙财产，也可以同样的名义执行合伙人的个人财产。债权人也有权选择一个或数个合伙人起诉，对于其余未成为被告的合伙人，被告可申请法院将其列为无独立请求权的第三人。如果前述被告的财产尚不足以清偿合伙债务，为了保障其他合伙人的程序权利，债权人须另行提起诉讼，而不得直接将其追加为被执行人。^[125]

三、合伙人内部的追偿权

本条第二句规定了合伙人的追偿权。由于合伙人对合伙债务承担连带责任，所以合伙人完全可能在自己应承担的份额之外清偿了合伙债务，此时即有追偿的必要。关于其具体的构成要件和法律效果，应当适用《民法典》第519条予以确定，此不赘述。关于合伙人内部对合伙债务承担份额的确定，适用《民法典》第972条关于利润分配和亏损分担份额的规定。

第九百七十四条

除合伙合同另有约定外，合伙人向合伙人以外的人转让其全部或者部分财产份额的，须经其他合伙人一致同意。

本条主旨

本条是关于合伙财产份额对外转让的规定。

相关条文

《合伙企业法》第22条 除合伙协议另有约定外，合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的全部或者部分财产份额时，须经其他合伙人一致同意。

合伙人之间转让在合伙企业中的全部或者部分财产份额时，应当通知其他合伙人。

第23条 合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的财产份额的，在同等条件下，其他合伙人有优先购买权；但是，合伙协议另有约定的除外。

第24条 合伙人以外的人依法受让合伙人在合伙企业中的财产份额的，经修改合伙协议即成为合伙企业的合伙人，依照本法和修改后的合伙协议享有权利，履行义务。

第25条 合伙人以其在合伙企业中的财产份额出质的，须经其他合伙人一致同意；未经其他合伙人一致同意，其行为无效，由此给善意第三人造成损失的，由行为人依法承担赔偿责任。

理解与适用

一、规范目的

本条规定了合伙财产份额外部转让的默认规则。依据本条规定，合伙财产份额外部转让以其他合伙人一致同意为原则。这实际上是维护民事合伙高度人合性的必然要求。《合伙企业法》第22条第1款有类似规定：“除合伙协议另有约定外，合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的全部或者部分财产份额时，须经其他合伙人一致同意。”在合伙关系中，各合伙人彼此之间了解、信任，此等信赖关系构成了合伙合同的存续基础。^[126]而合伙人以外的人受让合伙财产份额而成为合伙人以后，民事合伙原有的熟悉、信任的内部关系便极有可能遭到破坏，合伙的合作根基可能因此发生动摇，并由此增加了合伙人之间的协商成本。因此，有必要谨慎对待合伙财产份额的外部转让。本条确定了转让人以外的其他合伙人一致同意的原则，正是对民事合伙高度人合性的尊重，并且在不对合伙财产分割的情况中部分容许了合伙财产份额的转让，在不影响共同事业目的的前提下允许了可

能的退出机制。^[127]当然，本条明确指出，允许合伙合同对合伙财产份额外部转让的规则作出另外的约定，故本条属于任意性规范。

本条并未规定合伙财产份额外部转让时其他合伙人的优先购买权。《合伙企业法》第23条规定：“合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的财产份额的，在同等条件下，其他合伙人有优先购买权；但是，合伙协议另有约定的除外。”与《合伙企业法》的规定相比，本条未规定此种优先购买权，因此可能会被认为严重违背合伙的高度人合性。^[128]毫无疑问，优先购买权的目的在于保护组织的人合性，尽可能地减少组织外第三人进入。然而，本条已经明确，合伙财产份额的外部转让需要经过其他合伙人的一致同意方可发生效力。如果其他合伙人因为不希望第三人加入合伙而欲行使优先购买权，其完全可以通过拒绝同意来实现目的，无须依赖优先购买权制度。进一步说，此处可以与《公司法》第71条第3款规定的优先购买权进行对比。《公司法》之所以对有限责任公司股权外部转让配置优先购买权，是因为《公司法》规定股权外部转让仅需要过半数同意即可，且设置了“如不购买，视为同意”的反向拟制规则，以保障股东的公司退出机制畅通无阻。在此等情况下，不希望第三人进入公司的其他股东如不足半数，只能靠行使优先购买权来维持公司的人合性。《民法典》第305条规定按份共有人的优先购买权也是如此。^[129]而在合伙合同中，其他合伙人仅需要表示不同意，便可以将第三人阻挡在外。如若其他合伙人希望通过受让财产份额而获得更多的份额，则仅需与有转让意图的合伙人商议并进行内部转让即可，无须引入优先购买权制度。

当然，在合伙人约定对外转让合伙财产份额无须全体合伙人一致同意的情形下，在符合约定的决定比例时，不同意的合伙人可能被迫接受合伙财产份额对外转让。此时优先购买权是一种缓冲方式，不同意的合伙人可以行使优先购买权。但即使如此，法定的优先购买权规则仅影响当事人之间的利益分配，不涉及重大的公共利益，并且会增加不同主体之间的谈判成本、降低交易效率，此外，在实践中“同等条件”和对外转让的前提也很容易被规避，其正当性本身就存在疑问，故应多考虑弱化法定优先购买权的效力，并且容许通过约定予以排除。^[130]《合伙企业法》第23条即明确规定“合伙协议另有约定的除外”，即采取了opt out的规范方式。较之合伙企业，《民法典》中的合伙合同未规定此种法定优先购买权，除了因为对法定优先购买权存在上述正当性疑问，还因为，在价值判断上似乎无须对合伙人通过法定的优先购买权予以特别的保护。这是因为既然当事人已经约定“份额转让无须一致同意”，那么其本身就应该能够预见到陌生人进入合伙关系的风险，并且具备控制该风险的能力，例如，约定某些入

伙的限制条件。因此,《民法典》不以法定的优先购买权作为默认规则,而以不享有优先购买权作为默认规则,但容许合伙合同中另有约定,即采取了opt in的规范方式。需要注意的是:即使合伙人之间约定了优先购买权,但该约定仅仅具有债权效力,而不能当然对第三人发生效力。合伙人违反该约定也仅产生其对其他合伙人的违约责任,但不影响转让行为的效力。

二、构成要件

(一) 标的:全部或者部分的合伙财产份额

合伙人对外转让合伙财产份额,既可以部分转让,也可以全部转让。后者使转让人实际上脱离了合伙,构成了退伙。转让合伙财产份额的多少属于当事人意思自治的范畴,由当事人约定。

本条使用了“财产份额”这一语词,与《合伙企业法》第22条第1款的用语是一致的。但是,“财产份额”是合伙人地位或者资格的一部分,是一种复合性的权利,包括自益和共益的权利,类似于公司中的股权或者股份。因此,我国台湾地区“民法”第683条将之称为合伙人“股份”,以表明合伙人对合伙财产和合伙债务所分享或者分担的一定比例或者权数,实际上也就是合伙人的地位或者“合伙份额”^[131]。《合伙企业法》第22条和本条规定的财产份额的转让,事实上也就是合伙人地位或者合伙份额的转让,故《合伙企业法》第24条才会规定:合伙人以外的人依法受让合伙人在合伙企业中的财产份额的,经修改合伙协议即成为合伙企业的合伙人,依照本法和修改后的合伙协议享有权利、履行义务。

(二) 相对人:合伙人以外的人

本条的适用范围是财产份额的外部转让,故本条涉及的转让对象是合伙人以外的人。然而,《民法典》对于合伙财产份额的内部转让未作出明确规定,解释上便存在疑问:对于内部转让,究竟应参照适用《合伙企业法》第22条第2款的“内部自由转让”规则,还是应参照适用本条的“外部转让一致同意”规则?问题的症结在于,如果准许合伙人内部自由转让,则很有可能出现某个合伙人转让全部财产份额,从而间接地实现退伙目的。如果说此等结果在《合伙企业法》的语境下尚可接受,那么对于人合性极强的合伙合同而言这可能会引发疑虑。

实践中,合伙合同常常是因为某一合伙人的存在而得到维系,如果该合伙人通过内部转让的方式脱离合伙,而其他合伙人毫无异议的

机会，或与民事合伙的相互牵连之理念相违背。然而，如果参照适用本条关于合伙财产份额外部转让的规定，又有过分干涉当事人自治之嫌。司法实践中多参照适用《合伙企业法》第22条第2款采取自由转让规则^[132]，主要考虑在于，全部财产份额的内部转让毕竟不等同于退伙，在前者情形下受让人须继受转让人的合伙地位，转让人对合伙的出资也得到保留，故对合伙的冲击或不是太大。而且，如若某一合伙人对于合伙关系的存续有重大意义，当事人完全可以在合同中作出特别约定，在无约定的情况下可以考虑基于重大事由而解除合伙合同。当然，内部转让也会导致各合伙人所享有份额的变化，涉及控制权的影响，但这仍然可以通过各合伙人之间的内部竞争予以解决，无须引入其他合伙人一致同意作为默认规则。^[133]

（三）转让

本条所规范的行为是外部转让合伙财产份额的行为，但是对于合伙财产份额，也可能出现其他处分的问题，最为典型的就是合伙财产份额的出质。《合伙企业法》第25条即规定了合伙财产份额的出质：“合伙人以其在合伙企业中的财产份额出质的，须经其他合伙人一致同意；未经其他合伙人一致同意，其行为无效，由此给善意第三人造成损失的，由行为人依法承担赔偿责任。”以合伙财产份额出质，如果出质人到期不履行债务，则面临着与合伙财产份额对外转让同样的问题。^[134]因此，在以合伙财产份额出质的情形中，可以考虑参照适用本条的规定：除合伙合同另有约定外，也需要其他合伙人一致同意。对合伙财产份额的让与担保等处分情形同样处理如此。

（四）其他合伙人的一致同意

本条规定，合伙人外部转让合伙财产份额的，须经其他合伙人一致同意。解释上可以认为，其他合伙人的一致同意决定了合伙财产份额外部转让效果是否发生，但是不影响其转让合同的效力。换言之，如果其他合伙人对合伙财产份额转让未能达成一致同意，其效果仅仅在于转让人不能如约转让其财产份额，但是转让人与受让人之间的转让合同仍然有效，转让人可能因此承担违约责任。^[135]在构造上，如果承认处分行为与负担行为的区分，则处分行为处于效力待定状态；如果不承认处分行为与负担行为的区分，则由于该规范的目的是保护转让合同之外的其他合伙人的私利益，故可以考虑该转让合同相对无效的方案。在其他合伙人一致同意之前，处分行为的效力或者转让效果处于待定状态，此时可以适用或者参照适用《民法典》关于民事法律行为之效力待定的规定。^[136]例如，相对人可以行使催告权，如其他合伙人拒绝同意或者未作表示，则该转让效果确定不发生。在转让效果确定不发生时，通过意思表示解释，受让人可以选择将该行为转

换为利润分配请求权和合伙财产剩余分配请求权的转让。

合伙人的同意既然属于意思表示，故自然可以适用《民法典》关于意思表示的一般规定。同意之表示以明示方式或者默示方式为之均可。如果某个合伙人将其合伙财产份额作为担保转让于债权人，其他合伙人对此表示一致同意且无任何保留意见，那么解释上应认为其他合伙人亦一致同意债权人因债权消灭而将合伙财产份额移转回该合伙人处。^[137]其他合伙人同意的意思表示既可以在转让合伙财产份额的行为前作出（事前同意），也可以在转让行为发生后作出（事后追认）。同时，如果同意的意思表示出现瑕疵，如缺乏民事行为能力、意思表示不真实或者不自由等，亦应参照《民法典》关于民事法律行为的一般规则予以处理。

如上文所述，合伙人可以通过在合伙合同中作出特别约定而不适用于合伙财产份额转让一致同意的默认规则。实践中，可能出现的调整包括但不限于：合伙财产份额外部转让仅需取得其他合伙人多数同意即可；仅经执行事务合伙人同意即可；合伙合同对财产份额外部转让作概括同意，故外部转让不再受到其他合伙人意思的制约，仅转让人与受让人达成合意即可。还可能出现的方式是，合伙合同约定仅允许某人或者某类特定第三人受让合伙财产份额。此等约定通常被解释为全体合伙人对于该第三人受让财产份额的概括同意。当然，在此等情况下，对于不满足上述要求的受让人，其他合伙人仍可以作出一致同意的意思表示，使财产份额的转让效果实际发生。^[138]

三、财产份额外部转让的法律效果

合伙财产份额经外部转让以后由受让人继受，受让人因取得了相应的合伙财产份额而进入了合伙关系中。是否发生转让人的退伙取决于财产份额是全部转让还是部分转让。如果转让人在转让财产份额之前尚未缴纳完出资的，可以参照适用《公司法司法解释（三）》第18条第1款中的规定：“有限责任公司的股东未履行或者未全面履行出资义务即转让股权，受让人对此知道或者应当知道，公司请求该股东履行出资义务、受让人对此承担连带责任的，人民法院应予支持……”有疑问的是：受让人是否可以因为受让财产份额而直接获得合伙事务执行权或者多重表决权等专属于转让人的权利？考虑到合伙中的事务执行权、多重表决权等权利并不仅仅意味着经济利益，还意味着其他合伙人对转让人之能力与品格的信赖，此等信赖不应随着合伙财产份额的转让而当然地移转于受让人。还需说明的是，对于转让人因合伙事务取得的但是脱离于合伙关系的请求权，诸如报酬请求权、费用请求权以及因执行合伙事务而发生的损害赔偿请求权，如无特殊约定，不随着合伙财产份额的转让而移转。

四、合伙人的变更：入伙和退伙

（一）概述

本条规定的合伙财产份额对外转让，如果经过全体合伙人的一致同意，必然会发生受让人的入伙，也可能会发生转让人的退伙。同时，符合《民法典》第977条但书规定的情形时，也会发生合伙人的退伙。但是，《民法典》并未对入伙和退伙作出一般性规定。这是因为，《民法典》中的合伙合同以未形成组织的合伙作为预设对象，突出了合伙人之间的特别信任关系，而新的合伙人加入或者原合伙人退出合伙关系，都可能会破坏此种特别信任关系。因此，作为合伙合同的默认规则，新的合伙人加入或者原合伙人退出合伙关系，都会终止原合伙合同，并产生与原合伙合同不具有同一性的新合伙合同。当然，当合伙合同另有约定或者合伙人另有决定时，可以在维持合伙合同同一性的情况下发生入伙和退伙。

（二）入伙

新合伙人的入伙要通过他与现有合伙人订立入伙合同作为前提。依据《民法典》第970条第1款中的规定，此时除合伙合同另有约定外，应当经全体合伙人一致同意。《合伙企业法》第43条对此有明确规定。由于入伙涉及合伙人之间基本关系的改变，故除非对执行事务合伙人有特别授权，否则这通常不是合伙事务执行的范围。^[139]合伙合同也可以约定多数合伙人同意即可入伙，但为了保护合伙合同的特别信任关系，不同意的合伙人有权以此为由退伙。^[140]因此，在内部关系中，入伙就是通过入伙合同实现，入伙合同的成立、效力，入伙人的权利和义务等，适用《民法典》关于合同和合伙合同的一般规定^[141]，无须特别规定。如果入伙合同有瑕疵，同样适用上述有瑕疵的合伙合同的规则。在内部关系上，新合伙人的合伙财产份额因其入伙而自动产生。但是，对于合伙财产的物权变动，仍应完成相应的公示。在单个合伙财产存在登记的情形中，需要进行转移登记，新入伙人才能成为合伙财产的共同共有人。^[142]同样，原有的合伙债权也会因为入伙而发生债权转让，并且由于债务人应当向全体合伙人履行，因此不会对债务人产生不利，故不适用，也无须适用债权转让的通知等保护债务人的规则。^[143]

入伙人对入伙后的合伙债务要依据《民法典》第973条承担连带责任，这并无疑义，问题是入伙人对入伙前的合伙债务是否也要依据该条承担连带责任。《合伙企业法》第44条第2款规定：“新合伙人对入伙前合伙企业的债务承担无限连带责任。”在合伙企业的情形，入伙人对于其入伙前的合伙债务无任何贡献，但基于“合伙人相互牵连

原则”与“合伙人平等原则”^[144]，相对人信赖的也是合伙企业这一组织本身，故在合伙企业的场合令入伙人对其入伙前的合伙企业债务承担无限连带责任不无道理。但是，对于《民法典》中的合伙合同而言，应对此予以慎重思考。合伙合同不同于合伙企业，其并非以一个民事主体的身份，而是以全体合伙人的名义实施民事法律行为。与之对应，合伙债务的债权人的预期是，由债务发生时的全体合伙人就该合伙债务承担连带责任，故债权人值得保护的信赖范围不包括入伙人的责任财产。入伙人与其他合伙人承担连带责任，既减损了入伙人的利益，又可能拓宽了债权人值得保护的责任财产范围，对债权人而言是意外之喜，故该结论的妥当性值得进一步论证。^[145]

对此，可能的理由在于：合伙债务的债权人本来可以申请查封、扣押或者冻结合伙财产，并将其强制执行以实现债权^[146]，但在入伙以后，合伙财产的共有人增加了，此时对合伙财产的执行就会产生问题，并且无法区分合伙财产在入伙后的变化中哪些是入伙所导致的。因此，基于对债权人利益的保护，应让入伙人对入伙前的债务也承担连带责任。^[147]同时，对入伙人而言，其可以在入伙前对合伙债务予以充分调查，并在此基础上采取保障自己利益的措施，即其对该风险的控制能力较强，不会因为此等连带责任而陷入过分不利的境地。因此，入伙人对入伙前的债务承担连带责任，在价值上同样是可以接受的。在规范上可以认为，除非入伙人与合伙债务的债权人另有约定，否则入伙人入伙即构成了对入伙前债务的加入，其应当依照《民法典》第552条承担连带责任。即使入伙合同中约定入伙人对入伙前的合伙债务不承担责任，该约定也不能对抗合伙债务的债权人。^[148]

（三）退伙

《合伙企业法》第45～54条对退伙的事由和效果予以了详细规定。而在《民法典》规定的合伙合同中，上述退伙事由事实上构成了合伙合同当然终止或者解除的事由，只有在合伙合同存在退伙的特别约定或者其他合伙人另有决定时，可能仅发生退伙而不终止合伙合同。在发生退伙时，其在合伙人之间的效果也可参照适用《合伙企业法》而予以确定。《合伙企业法》第51、52条规定了退伙的结算问题，除了退还财产份额，还包括未了结事务的结算。在部分合伙人退伙之后，合伙合同的同一性不受影响，退伙人对合伙财产不再享有物权性质的共有权利，其在合伙财产上的份额增加给其他合伙人。当然，就合伙财产的物权变动而言，还需根据法律的规定完成相应的公示方可发生。在单个合伙财产存在登记的情形中，需要办理转移登记。退伙人除了有权请求返还仅交给合伙使用的标的物，还享有针对其他合伙人的债权性质的请求权。^[149]因此，退伙人基于这些债权性质的请求权所提起的仅仅是给付之诉而非形成之诉，所取得的法律文

书也并非导致物权变动的法律文书，不适用《民法典》第229条的规定。

在对合伙债务的承担问题上，既然基于退伙前原因发生的合伙债务的效果归属于当时的全体合伙人^[150]，则债权人不应因退伙而遭受不利，故退伙人对此等债务自然承担连带责任。而对于基于退伙后原因发生的合伙债务，由于退伙人已经退伙，以全体合伙人的名义作出民事法律行为时就不包括退伙人，故除非构成表见代理，否则行为的效果自然也不能依据代理而归属给退伙人，因此退伙人对退伙后的合伙债务不承担连带责任。这与《合伙企业法》第53条的规定也是一致的。

■ 第九百七十五条

合伙人的债权人不得代位行使合伙人依照本章规定和合伙合同享有的权利，但是合伙人享有的利益分配请求权除外。

本条主旨

本条是关于合伙人个人的债权人不得代位行使合伙人权利的规定。

相关条文

《合伙企业法》第41条 合伙人发生与合伙企业无关的债务，相关债权人不得以其债权抵销其对合伙企业的债务；也不得代位行使合伙人在合伙企业中的权利。

第42条 合伙人的自有财产不足清偿其与合伙企业无关的债务的，该合伙人可以以其从合伙企业中分取的收益用于清偿；债权人也可以依法请求人民法院强制执行该合伙人在合伙企业中的财产份额用于清偿。

人民法院强制执行合伙人的财产份额时，应当通知全体合伙人，其他合伙人有优先购买权；其他合伙人未购买，又不同意将该财产份额转让给他人的，依照本法第五十一条的规定为该合伙人办理退伙结算，或者办理削减该合伙人相应财产份额的结算。

一、规范目的

合伙人的债权人，是指合伙人个人债务的债权人。合伙人的个人债务是合伙人以自己的名义发生的债务，该债务可能与合伙事务有关，也可能与合伙事务无关。但是，即使是与合伙有关的债务，只要是以合伙人个人名义发生的，对外也仍然是个人债务，但在合伙人内部可以依照约定共同分担。《民法典》第535条规定了债权人的代位权，但是，合伙人对合伙所享有的权利，大多基于合伙人之间的特别信赖而产生，自不应允许合伙人的债权人代位行使，否则即发生第三人介入合伙关系的结果。^[151]本条限制了合伙人的债权人对合伙人根据合伙合同所享有的权利行使代位权。在体系上，本条可以被解释为《民法典》第535条第1款中规定的专属于债务人自身的权利。《合伙企业法》第41条同样如此规定。^[152]

据此，本条属于强制性规范。一方面，该规范不得被合伙人与其债权人排除适用，因其排除的后果可能是其他合伙人的信赖受损。另一方面，合伙合同中亦不得约定允许债权人代位行使合伙人对合伙的权利。其考虑在于，虽然该约定仅涉及全体合伙人的利益，但其毕竟与合伙合同的特别信赖关系相悖，且其违反了代位权的法定限制（债务人专属性权利例外），故不宜承认当事人排除该规范之约定的效力。

二、不得代位行使的权利

本条规定，合伙人的债权人不得代位行使合伙人依照本章规定和合伙合同享有的权利，但是合伙人享有的利益分配请求权除外。据此，不得代位行使的权利首先是作为债务人的合伙人依照本章规定和合伙合同享有的权利。此等权利须基于《民法典》“合伙合同”章的规定或者当事人在合伙合同中的约定而产生，与合伙关系、合伙人的特别信赖密不可分，而不得是脱离合伙关系的、与合伙人的信赖无涉的权利，常见的有合伙事务执行权、非执行事务合伙人的监督权以及对合伙事务的表决权等。^[153]有观点认为，合伙在经营过程中向某合伙人借款并迟延归还，此等权利属于不得代位的权利。^[154]但是，合伙人借款供合伙事业经营的，该债权的发生并非基于合伙合同关系，而是基于借款合同关系；该借款合同虽可能涉及合伙人之间的信赖，但毕竟属于较为纯粹的财产关系，令债权人代位行使不会影响合伙的信赖基础；此外，从保护第三人的视角来看，合伙人的债权人无法预见且无法防范此种使债务人的责任财产减少的事由，如不允许债权人行使代位权，或许会导致转移财产逃避债务的道德风险。因此，在一般

情况下应认为合伙人基于借款合同对合伙享有的债权请求权可以由该合伙人的债权人代位行使。至于执行事务合伙人参照适用委托合同所产生的费用偿还请求权、有约定情形下的报酬请求权等，自然也可以被代位行使。

合伙人个人债务的债权人不得代位行使合伙人“依照本章规定和合伙合同”所享有的权利，但是如此等权利独立于合伙关系而存在，且与合伙人之间的信赖无涉，那么应允许债权人代位行使。^[155]故本条明确规定利益分配请求权可被代位行使。《合伙企业法》第42条第1款也有类似规定。所谓的利益分配请求权，包括了《民法典》第972条规定的利润分配请求权和第978条规定的合伙财产剩余分配请求权。尤其是后种请求权，产生于合伙合同终止后，此时合伙关系业已不存在，亦无需要保护的信赖，自当允许债权人代位行使。^[156]此外，在合伙合同约定允许退伙时，此种请求权还包括作为债务人的合伙人在退伙后的合伙财产份额退还请求权。

三、合伙人的债权人对合伙财产份额的强制执行

虽然合伙人的债权人能够代位行使上述利益分配请求权，但仍会出现债权无法实现的情形。此时，合伙人的债权人不能强制执行合伙财产，也不得对合伙财产予以查封、扣押或者冻结，否则将会影响到共同事业目的的实现。但是，该合伙人所享有的合伙财产份额包含财产价值，应允许债权人请求法院强制执行该合伙人的合伙财产份额，以实现其他合伙人与债权人之间的利益平衡，尽可能降低对共同事业目的的冲击。^[157]《合伙企业法》第42条对此有明确规定。^[158]

同时，为维护合伙人之间的特别信任关系，避免与《民法典》第974条关于合伙人对外转让合伙份额须经其他合伙人一致同意的规定相冲突，强制执行合伙财产份额需要满足一定的程序和方式要求，于此可以参照适用《合伙企业法》第42条第2款的规定：第一，法院强制执行合伙财产份额，应当通知全体合伙人。第二，无论合伙人是否约定了优先购买权其他合伙人应当都享有优先购买权；如果合伙人都不同意购买，则由全体合伙人共同决定是否对外转让财产份额。第三，在通知后一定期间，作为债务人的合伙人可以对债权人予以清偿或者提供相当的担保；同时，其他合伙人对该债务的履行具有合法利益，故依照《民法典》第524条的规定，其他合伙人有权向债权人代位履行，债权人不得拒绝，之后的法律效果也依照《民法典》第524条处理。第四，其他合伙人可以购买该合伙财产份额，或者依法决定允许对外转让该合伙财产份额。最后的方式就是，不受合伙合同中约定的限制而终止合伙合同，之后可以行使利润分配请求权和合伙财产剩余分配请求权。如果合伙人另有约定或者决定不终止合伙，则应当考虑

使被执行合伙人不受合伙合同中约定的限制而发生退伙，并办理退伙结算；在债务额小于被执行合伙人之合伙财产份额的财产价值时，应办理削减该被执行合伙人之相应合伙财产份额的结算。^[159]

四、合伙人的债权人的抵销限制

作为合伙财产的表现形式之一，合伙债权并不是全体合伙人的连带债权，而是由全体合伙人共同共有的债权，学说上称之为“准共同共有债权”、“共同债权”或者“协同债权”^[160]。为了保护全体合伙人的利益，共同债权的债务人必须向全体合伙人履行，而不允许向个别合伙人履行。同理，自然也不允许共同债权的债务人以其对单个合伙人的债权抵销共同债权。据此，《合伙企业法》第41条中规定：“合伙人发生与合伙企业无关的债务，相关债权人不得以其债权抵销其对合伙企业的债务。”在合伙合同中也是如此。

第九百七十六条

合伙人对合伙期限没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，视为不定期合伙。

合伙期限届满，合伙人继续执行合伙事务，其他合伙人没有提出异议的，原合伙合同继续有效，但是合伙期限为不定期。

合伙人可以随时解除不定期合伙合同，但是应当在合理期限之前通知其他合伙人。

本条主旨

本条是关于不定期合伙的规定。

相关条文

《合伙企业法》第46条 合伙协议未约定合伙期限的，合伙人在不给合伙企业事务执行造成不利影响的情况下，可以退伙，但应当提前三十日通知其他合伙人。

第47条 合伙人违反本法第四十五条、第四十六条的规定退伙的，应当赔偿由此给合伙企业造成的损失。

理解与适用

一、不定期合伙

作为继续性合同，合伙合同可分为定期的和不定期的。定期合伙是指有合伙期限的合伙，既包括当事人在合伙合同中约定了合伙期限的合伙，又包括合伙人未作约定或约定不明时通过《民法典》第510条的规定确定了合伙期限的合伙。期限本身可能是固定的，也可能是不固定的，例如以完成特定事务或者某一不确定事实发生的时间为期限。定期合伙的规范效果是，当合伙期限届满时，合伙合同即终止；当约定以完成特定事务或者某一不确定事实发生的时间为期限时，合伙合同可能因为该特定事务无法完成或者事实无法发生而终止。

不定期合伙是指没有合伙期限的合伙，包含三种情形：其一是合伙人在合伙合同中明确约定合伙是不定期合伙；其二是合伙人未作约定或约定不明，且依据《民法典》第510条的规定仍不能确定；其三是依据本条第2款而成立的不定期合伙。不定期合伙不存在合伙期限，故原则上可以一直存续下去，不会因为期限的届满而终止。然而，考虑到合伙人退出合伙关系的实际需要，法律赋予合伙人以任意解除权；同时又为了兼顾其他合伙人的信赖利益，法律为行使此等法定解除权增设了提前通知的义务。

二、定期合伙期限届满后的继续有效

在定期合伙中，当合伙期限届满后，也可能出现让合伙继续存续的需求。因此本条第2款规定，在合伙期限届满后，如果合伙人继续执行合伙事务，且其他合伙人没有提出异议的，原合伙合同继续有效，但是合伙期限为不定期。这与《民法典》第734条第1款关于租赁合同的规定类似，目的均为尽可能地维护现有关系的稳定。

根据本条第2款规定，其构成要件如下：第一，合伙本身定有合伙期限；第二，合伙期限已经届满；第三，合伙人继续执行合伙事务，且其他合伙人没有提出异议。最为关键的是第三个构成要件。一方面，“继续执行合伙事务”指的是继续执行符合合伙共同事业目的的事务。如果仅执行通常事务或者尚未了结的后续事务，尚不满足该要件的要求^[161]；另一方面，“其他合伙人没有提出异议”，反过来理解即如有异议须积极主张，如不主张则推定合伙合同继续有效。^[162]关于是否需要全体合伙人均无异议方可使合伙合同继续有效，存在争议。有观点认为，只有全体合伙人均无异议，合伙合同才能继续有效^[163]；另有观点认为，在合同自由、鼓励事业永续发展与增进社会福利等原则的指引下，应将此处解释为对有异议的合伙人发生退伙效

力，合伙合同对其他合伙人继续发生效力。^[164]由于《民法典》中的合伙合同存在特别信赖关系，如有一人不愿意继续从事合伙事业，则合伙的人员构成已经发生了重大变动，强令原合伙合同继续有效已无意义。因此，只要有合伙人提出异议，合伙合同就不能继续有效。当然，这并不妨碍其他无异议的合伙人另行订立新的合伙合同，继续合伙事业。

符合上述构成后，会产生如下法律效果。其一，原合伙合同继续有效。这意味着此时的合伙合同的内容除合伙期限之外均与之前的别无二致，合伙人应继续按约执行合伙事务，且不得再以期限届满为由主张分割合伙财产；原合伙合同的约定保持不变，包括但不限于利润分配和亏损分担比例等。其二，定期合伙变为不定期合伙。

三、不定期合同中的任意解除权

本条第3款规定了合伙人可以随时解除不定期合伙合同，但是应当在合理期限之前通知其他合伙人。该款是《民法典》第563条第2款在合伙合同中的具体化。不定期合伙不会因合伙期限届满而终止，因此，本条第3款赋予身处其中的合伙人以任意解除权。其目的是避免合伙人无限期地受到合伙合同约定约束，使之顺利地从紧密的合伙关系中脱身。这种制度目的也决定了本条第3款为强制性规范，当事人完全放弃此种任意解除权的约定是无效的。^[165]但是，当事人可以约定行使此种任意解除权的方法，例如约定提前3个月通知。解释上，对于终身合伙或者约定合伙期限明显超过人的生命周期的情形，存在相同的价值考量，可以视为未约定期限，故在上述情况下应同样允许合伙人随时解除合同。^[166]

关于任意解除权的行使，解除方式、时间等，适用《民法典》第565条关于解除权的一般规定。解除应是面向将来而发生效力，其具体效力依据《民法典》第566条第1款予以确定。同时，解除的效果是终止整个合伙关系，而非仅仅发生单个合伙人退伙的后果。而《合伙企业法》第46条规定：合伙协议未约定合伙期限的，合伙人在不给合伙企业事务执行造成不利影响的情况下，可以退伙，但应当提前三十日通知其他合伙人。相比之下，《民法典》中的合伙合同更关注各合伙人之间的特别信任，《合伙企业法》侧重于合伙企业的稳定存续与持续经营，故前者准许不定期合伙中的合伙人解除整个合伙合同，而后者仅允许该合伙人退伙，并不导致合伙企业解散的后果。^[167]

不定期合伙中的合伙人有权随时解除合伙合同，这将危及其他合伙人的合理信赖，因此，有必要平衡解除权人和其他合伙人的利益。本条的平衡方式并非要求解除权人赔偿其他合伙人的损失，因为此时

合伙合同本身未定期限，对方的信赖不像在定期合伙合同中那样强，而是要在合理期限之前通知其他合伙人，给予其他合伙人必要的准备时间，以使其有时间适应新的法律状态。与《合伙企业法》第46条明确规定提前30日通知不同，本条第3款仅规定了在合理期限之前通知；同时，前者也规定了“在不给合伙企业事务执行造成不利影响的情况下”的限制^[168]，而本条第3款并未明定此限制。但是，本条第3款所规定的“合理期限”本来就并非固定的期限，而应考虑到合伙的性质、合伙事业的特点与其他合伙人的信赖等因素进行个案判断，其中也内含了应当考量是否对合伙事务执行造成了不利影响。合伙人在不利于合伙事务执行的时间解除合伙合同的，一方面，其应在合理期限之前就发出通知，否则不发生解除的效力；另一方面，根据不适当时期的特殊程度不同，“合理期限”的长短亦会发生变化。未在合理期限之前通知其他合伙人的，解除的意思表示在上述期间经过之后方才生效。^[169]

■ 第九百七十七条

合伙人死亡、丧失民事行为能力或者终止的，合伙合同终止；但是，合伙合同另有约定或者根据合伙事务的性质不宜终止的除外。

本条主旨

本条是关于合伙合同之终止事由的规定。

相关条文

《合伙企业法》第48条 合伙人有下列情形之一的，当然退伙：
（一）作为合伙人的自然人死亡或者被依法宣告死亡；（二）个人丧失偿债能力；（三）作为合伙人的法人或者其他组织依法被吊销营业执照、责令关闭、撤销，或者被宣告破产；（四）法律规定或者合伙协议约定合伙人必须具有相关资格而丧失该资格；（五）合伙人在合伙企业中的全部财产份额被人民法院强制执行。

合伙人被依法认定为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，经其他合伙人一致同意，可以依法转为有限合伙人，普通合伙企业依法转为有限合伙企业。其他合伙人未能一致同意的，该无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的合伙人退伙。

退伙事由实际发生之日为退伙生效日。

第49条 合伙人有下列情形之一的，经其他合伙人一致同意，可以决议将其除名：（一）未履行出资义务；（二）因故意或者重大过失给合伙企业造成损失；（三）执行合伙事务时有不正当行为；（四）发生合伙协议约定的事由。

对合伙人的除名决议应当书面通知被除名人。被除名人接到除名通知之日，除名生效，被除名人退伙。

被除名人对除名决议有异议的，可以自接到除名通知之日起三十日内，向人民法院起诉。

第50条 合伙人死亡或者被依法宣告死亡的，对该合伙人在合伙企业中的财产份额享有合法继承权的继承人，按照合伙协议的约定或者经全体合伙人一致同意，从继承开始之日起，取得该合伙企业的合伙人资格。

有下列情形之一的，合伙企业应当向合伙人的继承人退还被继承合伙人的财产份额：（一）继承人不愿意成为合伙人；（二）法律规定或者合伙协议约定合伙人必须具有相关资格，而该继承人未取得该资格；（三）合伙协议约定不能成为合伙人的其他情形。

合伙人的继承人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，经全体合伙人一致同意，可以依法成为有限合伙人，普通合伙企业依法转为有限合伙企业。全体合伙人未能一致同意的，合伙企业应当将被继承合伙人的财产份额退还该继承人。

理解与适用

一、规范目的

本条规定了合伙合同的法定终止事由，并在但书中规定了其例外。本条立足于合伙合同中的“合伙人相互牵连原则”^[170]，规定当合伙人死亡、丧失民事行为能力或者终止时，合伙合同即告终止。其规范意旨正在于充分考虑《民法典》所规定的合伙合同中的特别信赖关系，当某一合伙人无法继续参与合伙合同时全盘终止整个合伙合同。然而，如果合伙合同另有约定或者根据合伙事务的性质不宜终止的，则不应发生合同终止的后果。本条的但书部分一方面为当事人留出了自治空间，另一方面考虑到根据合伙事务的性质不宜终止的特殊情况，避免过于僵化的处理结果。其中的考量与《民法典》第934条关

于委托合同法定终止的规定中的考量类似。当然，该效果为默认规则，本条的但书部分即明确了合伙合同另有约定的除外。

《合伙企业法》第48条第1款第1项、第3项以及第2款后半句的构成要件与本条的大致对应，但其法律后果是合伙人当然退伙，并非本条所言的合伙合同终止。究其原因，《合伙企业法》以合伙企业为规范对象，其关注合伙企业的稳定存在与持续经营，因此，某一合伙人的退出原则上不应影响整个合伙的继续存续；而《民法典》以未形成组织的合伙为预设对象，侧重于合伙合同内部的特别信赖关系，一旦某一合伙人无法继续从事合伙事业，合伙合同赖以存在的信赖关系可能就会破裂，因此，本条规定上述事由原则上将导致合伙合同的终止。通过对比，本条的规范意旨体现得更加鲜明。^[171]

二、合伙合同的法定终止事由

（一）合伙人死亡

根据合伙人相互牵连的原则，合伙人死亡将导致合伙合同的终止。合伙人的死亡，不限于自然死亡，也包括被宣告死亡。自然死亡时间依据《民法典》第15条确定，宣告死亡时间依据《民法典》第48条确定。《合伙企业法》第48条第1款第1项即明确了自然死亡和被依法宣告死亡。合伙人被宣告失踪无法成为合伙合同的法定终止事由，但如果导致合同目的不能实现，也不妨碍其成为其他合伙人解除合伙合同的正当事由。^[172]

在合伙人死亡且合伙合同例外地不终止时，合伙人的继承人也不能当然地继承合伙财产份额而成为合伙人，于此可以参照适用《合伙企业法》第50条的规定。据此，按照合伙合同的约定或者经全体合伙人一致同意，从继承开始之日起，继承人可以取得合伙人资格；但是，有下列情形之一的，合伙应当向合伙人的继承人退还被继承合伙人的财产份额：（1）继承人不愿意成为合伙人；（2）法律规定或者合伙合同约定合伙人必须具有相关资格，而该继承人未取得该资格；（3）合伙合同约定不能成为合伙人的其他情形。同时，在继承人不具有相应的民事行为能力时，即使合伙合同另有约定或者经全体合伙人一致同意，但基于对不具有完全民事行为能力人的保护目的，继承人也不能取得合伙人资格。此时同样应当向合伙人的继承人退还被继承合伙人的财产份额。^[173]

（二）合伙人丧失民事行为能力

参与合伙事业需要满足民事行为能力的门槛，如果合伙人丧失了

民事行为能力，则其不再具备参与合伙事业的资格，因此，本条将丧失民事行为能力规定为合伙合同的法定终止事由。须注意的是，根据合伙事务的性质与内容的不同，参与合伙事业对合伙人的民事行为能力的要求也不一样。换言之，如上文所述，在《民法典》中，并非所有的合伙合同都要求合伙人具备完全民事行为能力，如果合伙事业与限制民事行为能力的合伙人的年龄、智力状况相适应，则具备限制民事行为能力即为已足。因此，本条规定的合伙人丧失民事行为能力，应当理解为丧失“相应的民事行为能力”。这与《合伙企业法》第48条第2款的规定不同。

如果合伙合同例外地不终止，基于对不具有完全民事行为能力人的保护目的，即使合伙合同另有约定或者其他合伙人一致同意，合伙人也不能继续维持其合伙人资格，而应发生该合伙人的退伙，除非该合伙人的法定代理人同意其继续参与合伙事务。

（三）合伙人发生终止原因

当合伙人是法人或者非法人组织时，依据《民法典》第68条第1款的规定，其终止原因包括解散、被宣告破产或者法律规定的其他原因；依据《民法典》第69条解散的情形包括存续期间届满、约定的解散事由出现、决议解散，合并或分立需要解散或者依法被吊销营业执照、登记证书，被责令关闭或被撤销以及其他法定情形。如果合伙人发生了终止，即使尚未依法清算、注销登记，也会导致合伙合同终止，否则，由于合伙财产份额是合伙人财产的组成部分，在法人或者非法人组织进行清算时，就会涉及对合伙财产的分割，但这与《民法典》第969条第2款的规定相矛盾；同时，如果一方面认为在上述清算期间可以分割合伙财产，另一方面又认为其他合伙人在此期间仍要受合伙合同约定，尤其是要继续执行合伙事务，这无疑与本条的立法初衷相违背。^[174]故应当将本条中的“终止”理解为“发生终止原因”。至于合伙人的破产申请被法院受理，并非当然导致合伙合同终止，但是合伙人的破产管理人对未履行完毕的合伙合同有权依法享有破产解除权，从而在行使解除权后使合伙合同终止。

三、法定终止事由的例外

合伙人死亡、丧失民事行为能力或者发生终止事由原则上会导致合伙合同的终止，但是合伙合同另有约定是其法定例外之一。譬如，当事人可能在合伙合同中约定在上述情况发生后，合伙合同继续有效，其他合伙人仍受该合伙合同的约束。即使合伙合同没有约定，其余合伙人也可以依法决定合伙合同不终止，而继续在其他合伙人之间有效。

除此之外，如果根据合伙事务的性质不宜终止合伙合同的，合伙合同依旧继续有效。此处的规定赋予了司法人员较大的自由裁量权，有待在实践中进一步类型化。例如，合伙事业需要较为长久的经营，一旦终止合伙合同将可能出现较大损失的，应认定合伙合同继续有效。

在合伙合同例外不终止的情形中，对该合伙人发生退伙效果。

四、合伙合同的其他解除事由和法定终止事由

本条并未规定合伙合同的所有终止事由。《合伙企业法》对声明退伙事由、当然退伙事由和除名退伙事由作出了规定。由于《民法典》规定的合伙合同预设了更强的信任关系，前述声明退伙事由和除名退伙事由可以被默认为合伙合同法定解除权的产生事由^[175]，当然退伙事由默认为合伙合同的法定终止事由。但是，如上文所述，在合伙合同另有约定或者合伙人另有决定时，可以认为该解除仅针对行使解除权的部分合伙人发生，即仅使该部分合伙人退伙，合伙合同并不丧失同一性，而是继续在其他合伙人中存续。

据此，参照适用《合伙企业法》第45条，部分合伙人有权在以下情形中解除合伙合同：（1）合伙合同约定的解除事由出现时；（2）经其他合伙人一致同意；（3）发生合伙人难以继续参加合伙的事由；（4）其他合伙人严重违反合伙合同约定的义务，包括出于故意或者重大过失违反其依据合伙合同所负有的重要义务或者该义务不能履行等。^[176]如果合伙合同约定，合伙人中一人解除合同，合伙合同仍应当在其他合伙人之间继续存续的，则在合伙人中一人发生严重违反其依据合伙合同所负有的重要义务时，其他合伙人经一致同意，可以决定将其除名。于此参照适用《合伙企业法》第49条。^[177]同时，参照适用《合伙企业法》第48条，除《民法典》第977条所规定的合伙合同法定终止事由外，在个人丧失偿债能力、法律规定或者合伙合同约定合伙人必须具有相关资格而丧失该资格、合伙人在合伙中的全部财产份额被人民法院强制执行时，合伙合同也当然终止。但是，这里同样存在合伙合同另有约定的例外情形，此时也会发生该合伙人的退伙结果。

更进一步，参照适用《合伙企业法》第85条关于合伙企业解散事由的规定，在合伙期限届满合伙人决定不再继续或者全体合伙人决定终止时，合伙合同终止；合伙人仅存留一人时，合伙合同终止；合伙合同约定的终止事由出现时，合伙合同终止；合伙合同约定的合伙目的已经实现或者无法实现时，任何一个合伙人都有解除合伙合同的权利。

第九百七十八条

合伙合同终止后，合伙财产在支付因终止而产生的费用以及清偿合伙债务后有剩余的，依照本法第九百七十二条的规定进行分配。

本条主旨

本条是关于合伙剩余财产分配的规定。

相关条文

《合伙企业法》第89条 合伙企业财产在支付清算费用和职工工资、社会保险费用、法定补偿金以及缴纳所欠税款、清偿债务后的剩余财产，依照本法第三十三条第一款的规定进行分配。

《民法通则意见》第55条 合伙终止时，对合伙财产的处理，有书面协议的，按协议处理；没有书面协议，又协商不成的，如果合伙人出资额相等，应当考虑多数人意见酌情处理；合伙人出资额不等的，可以按出资额占全部合伙额多的合伙人意见处理，但要保护其他合伙人的利益。

理解与适用

一、合伙合同的清算

在合伙合同终止后，对合伙的财产关系应予以结算清理。清算追求的目的是让合伙财产从共同共有的联结中脱离出来，以便各合伙人的财产能够供其自由支配。^[178]参照《合伙企业法》第87条的规定，清算包括清理合伙财产、处理与清算有关的合伙未了结事务、清缴所欠税款、清理债权债务、处理合伙企业清偿债务后的剩余财产等。因此，在清算结束前，合伙作为共同共有的共同体仍然继续存在，而合伙所追求的共同事业目的转变为清算目的，合伙的同一性不受影响。但是，合伙事务执行人的事务执行权在清算时消灭，而由全体合伙人共同为之，除非合伙人另有约定或者决定。^[179]

因为合伙合同中的合伙人对合伙债务承担连带责任，而非合伙企业中的补充连带责任，此时清算的目的并非保护合伙债权人的利益，而是保障合伙人之间的公平，所以仅仅是内部清算。^[180]基于这一考

虑，即使一些国家的民法典规定了合伙的清算程序，这些程序规范也都是任意性规范，可以通过全体合伙人的合意排除适用，例如为发挥合伙财产的组合效益，约定合伙财产由一个合伙人接收而由其向其他合伙人补偿。^[181]因此，较之《合伙企业法》第四章规定的合伙企业的清算程序，《民法典》中合伙合同终止后的清算规定更为简略，更尊重合伙人之间的意思自治，仅在本条规定了合伙财产的剩余分配比例。

二、支付因终止而产生的费用以及清偿合伙债务

本条规定了合伙合同终止后，合伙财产先用于支付因终止而产生的费用以及清偿合伙债务，之后有剩余的才可以分配。《合伙企业法》基于合伙人承担补充连带责任的前提，在第89条中确立了“先偿债后分配”的原则，以避免债权人的利益受损，故第89条是强制性规范。^[182]但是，本条仅仅是默认的任意性规范，如果合伙人在支付清算费用和清偿合伙债务前进行了合伙财产的分配，分配仍然有效，但未支付的费用和未清偿的合伙债务仍然要在合伙人内部分担。

因终止所产生的费用，包括对合伙财产进行评估、保管、变卖和分配等所需要的费用，清算人的报酬，委托专业人士的费用以及诉讼、仲裁费用等。^[183]合伙债务，包括税收债务在内。当合伙合同终止时，合伙债务尚未到清偿期或者正处于诉讼中的，合伙人可以选择放弃期限利益提前清偿债务，也可以选择保留清偿债务所必要的数额。^[184]至于保留的方法，也由合伙人根据情况自由选择，既可以由合伙人自行保管，也可以交由金融机构保管。^[185]当然，本条未规定保留义务并非法律漏洞，因为严格来说，保留义务应是合伙人的不真正义务，合伙人违反该义务而直接分配合伙财产并不会直接产生任何不利后果，但其应承担债权人日后实现债权时所额外支出的费用以及迟延履行利息等。

需要注意的是，与《合伙企业法》第89条相同，本条也并未规定返还出资的义务。其考虑有两方面：一方面，如合伙财产充足，则返还出资之后再按比例分配剩余财产；如合伙财产不足以返还全部出资，则按比例返还。可见，除比例可能有所不同外，这两个环节没有太多区别。^[186]另一方面，以劳务或者实物的使用权等方式出资的合伙人，其取回出资将会遇到困难。这将与公平原则背道而驰。^[187]事实上，既然各合伙人对合伙财产是共同共有关系，那么分配剩余合伙财产时只需要确定份额并分割共有财产，返还出资这一步骤徒增烦琐，稍显多余。

三、合伙剩余财产的分配

合伙财产在支付因终止而产生的费用以及清偿合伙债务后仍有剩余的，应当依据本条规定分配给各合伙人。这实质上就是剩余合伙财产的分割。本条主要侧重分配比例，但并未涉及分割方式等。关于合伙财产分割的具体方式以及分割时瑕疵的分担，本章未作规定，原则上交由当事人自行约定；如果当事人未约定或者约定不明的，应当适用《民法典》第304条关于共有财产分割的规则进行处理。

关于剩余财产分配的比例，本条规定依据《民法典》第972条的规定予以确定，具体而言就是利润分配的比例。如果合伙合同中就剩余财产的分配规则有特别约定，则以特别约定为准。如无特别约定或者约定不明^[188]，依照《民法典》第972条的规定，如果合伙合同就合伙的利润分配有约定，则按照此约定处理；如果没有对利润分配的约定，则由合伙人协商处理；如果协商不成的，则按照合伙人的实缴出资比例分配；如果无法确定实缴出资比例的，则由合伙人平均分配。

实践中经常出现的问题是，在进行清算或者确定剩余财产价值前，部分合伙人请求解除合伙合同并要求分配剩余财产。此时，该如何处理？对此存在不同观点。一种观点认为，合伙账目未经结算，原告无权起诉，已经起诉的，应裁定驳回起诉，待双方算清账目之后再予受理。其依据主要为《合伙企业法》第21条中的规定——“合伙人在合伙企业清算前，不得请求分割合伙企业的财产”。另一种观点认为，合伙未进行清算会导致账目无法查清的结果，进而分配盈余或分担亏损也就缺乏相应依据，此时当事人未尽到举证责任，故判决驳回原告的诉讼请求。^[189]还有一种观点认为：账目算清与否，不影响原告的诉权，法院有义务对合伙账目进行初步的审查清算。合伙合同纠纷案件的原告原本就是希望通过向法院起诉要求对合伙财产和账目进行审查，然后再进行清算和剩余财产分配。既然当事人可以直接起诉要求法院主持合伙清算，那么以合伙未清算为由直接在审查立案阶段决定不予受理，或者受理以后，在审理过程中因为双方当事人对合伙账目的意见不能达成一致，而以合伙未进行清算、证据不足为由判决驳回原告的诉讼请求，不利于保障合伙一方当事人的合法财产权益。倘若原告仅因为疏于参加管理，或者在最初原本比较信任其他合伙人的情况下未严格执行财务管理的制度，而其他合伙人早有预谋地恶意侵占该合伙人的合伙财产，故意销毁或者遗失合伙账目材料或者干脆把账目搞乱、拒不交出合伙账目，那么将导致原告完全处于任人宰割的地位，所付出的代价也未免太大。因此，一些法院要求提供合伙账目审计报告才予立案的做法，实际上剥夺了当事人最后寻求司法救济的权利。因此，从保护合伙合同当事人合法诉权的角度出发，不应对待未经合伙清算的案件在审查立案阶段就决定不予受理。^[190]

在受理后，可以先由合伙人自行清算或共同委托第三方进行清算。合伙人无法就自行清算或委托清算达成一致意见的，均可以申请法院通过司法审计等方式进行清算。被告应当提交清算资料而拒绝提交，导致无法清算的，应当由拒绝提交清算资料的被告承担相应的不利法律后果。双方当事人均不申请法院通过司法审计等方式进行清算的，法院应向原告释明其负有申请的义务。经释明原告仍不申请的，人民法院可以依法驳回原告分配剩余财产的诉讼请求。^[191]合伙账目确实不清，合伙人之间无法对对账形成一致意见，且因无法提供合伙期间的财务账目、凭证等原因无法进行司法鉴定或者审计的，法院可以结合案件的具体情况采取酌定的方式确定剩余财产分配^[192]；最终无法酌定的，只能判决驳回原告的诉讼请求。^[193]

另一个可能的实践问题是，请求分配剩余财产的合伙人应以何者为请求对象。合伙企业本身是民事主体，因此可以以自己的名义成为被告；在清算过程中，由合伙企业的清算人代表合伙企业参与诉讼活动。^[194]然而，合伙合同并没有形成民事主体，合伙合同终止时也无相应的清算人代表合伙参加诉讼。由于分配合伙剩余财产之诉不仅关乎是否分配，还关涉分配比例与分配方式，而这与全体合伙人均有实体上的利害关系，因此，主张分配剩余财产的合伙人应以其他所有合伙人为被告，换言之，其他合伙人以固有必要共同诉讼人的身份参与诉讼，以使既判力及于全体合伙人。

注释：

[1]参见李飞主编：《中华人民共和国合伙企业法释义》，北京，法律出版社2006年版，第6-7页。需要说明的是，《公司法》第15条规定：“公司可以向其他企业投资；但是，除法律另有规定外，不得成为对所投资企业的债务承担连带责任的出资人。”但是，《合伙企业法》第3条并未明确规定非上市的公司可以作为普通合伙人，这导致该条是否构成《公司法》第15条中的“法律另有规定的除外”是存在疑问的。参见叶林：《论公司的合伙人资格》，载《中国工商管理研究》2012年第9期，第12页以下。但一般认为，一般的非上市公司可以作为合伙企业的普通合伙人，公司能够利用合伙企业的灵活经营机制和税收优惠等作出合理的资本流动选择，并且对于董事会失灵、股东和债权人利益风险都具有派驻管理人员、章程另作规定等防范机制。实践中，以公司作为普通合伙人而设立的合伙企业，多发生于以资产管理为主要业务，很少发生投资损益之外的其他债务风险，从而很少出现相对人要求合伙企业或者普通合伙人偿还债务的情况。具体参见朱慈蕴：《公司作为普通合伙人投资合伙企业引发的法律思考》，载《现代法学》2008年第5期，第77页以下；包哲钰、侯顺忠：《论公司作为普通合伙人的理论基础和现实依据》，载《甘肃政法学院学报》2010年第6期，第83页以下。

[2]参见邱聪智：《新订债法各论》（下），北京，中国人民大学出版社2006年

版，第7页。江苏省南京市中级人民法院（2015）宁民终字第3663号判决书中认为，年已16岁不满18周岁的未成年人参与购买桩机合伙经营的合伙合同有效。云南省昆明市五华区人民法院（2016）云0102民初7505号民事判决书中认为，未成年人参与合伙经营汽配城的合伙合同无效。

[3]在被代理人是无民事行为能力人的情形，反对观点认为，基于保护民事行为能力人利益的宗旨，应一概认为对无民事行为能力人不发生效力。参见邱聪智：《新订债法各论》（下），北京，中国人民大学出版社2006年版，第7-8页。

[4]参见戴孟勇：《未成年人及限制民事行为能力人的合伙行为能力问题》，载《人民司法》2004年第8期，第56-57页。

[5]参见[德]梅迪库斯：《德国债法分论》，杜景林、卢谔译，北京，法律出版社2007年版，第386页；[德]怀克、温德比西勒：《德国公司法》，殷盛译，北京，法律出版社2010年版，第69页；黄立：《民法债编各论》（下），北京，中国政法大学出版社2003年版，第728页。

[6]参见[日]我妻荣：《债权各论》（中卷·二），周江洪译，北京，中国法制出版社2008年版，第240页；刘春堂：《民法债编各论》（下），台北，三民书局2013年版，第42页。因此，《德国民法典》第716条第2款中规定，排除和限制监督权的约定，“于有足认执行合伙事务不符诚信之事由时，不得对抗该权利之行使”；《瑞士债法》第541条第2款中规定，与监督权相反的约定无效。

[7]最高人民法院（2018）民申1843号民事裁定书中认为，“合伙人未实际参与合伙事务管理并非合伙关系解除的法定条件，当事人主张合伙人未实际参与合伙事务的时间为清算时间的，人民法院不予支持”。但是，有无共同经营，可以作为判断是否是以合伙合同规避行政监管的考量因素之一。“黄国均诉遵义市大林湾采矿厂合伙纠纷案”[遵义市中级人民法院（2014）遵市法环民终字第20号民事判决书]被最高人民法院作为2016年7月12日发布的人民法院关于依法审理矿业权民事纠纷案件的典型案例之一，其典型意义在于：为保护和合理开发矿产资源，取得采矿许可证的企业必须严格执行矿产资源开发利用的法律法规。矿业权人与他人签订合伙协议，但并无实际合伙经营的事实，实施采矿行为一方缴纳挂靠费用，以矿业权人名义自行投资、自负盈亏、自担责任，独立从事矿产资源开采，以达到逃避行政监管的非法目的的，合伙协议应认定无效。

[8]参见[德]怀克、温德比西勒：《德国公司法》，殷盛译，北京，法律出版社2010年版，第71页。

[9]此即所谓的“狮子合伙”。参见[日]我妻荣：《债权各论》（中卷·二），周江洪译，北京，中国法制出版社2008年版，第240页；[德]怀克、温德比西勒：《德国公司法》，殷盛译，北京，法律出版社2010年版，第70页。《意大利民法典》第2265条则明确规定此种约定无效。

[10]参见[德]怀克、温德比西勒：《德国公司法》，殷盛译，北京，法律出版社2010年版，第70页。

[11]参见王利明：《合同法研究》（第四卷），北京，中国人民大学出版社2017年版，第441页。《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第26条规定：合作开发房地产合同约定提供资金的当事人不承担经营风险，只收取固定数额货币的，应当认定为借款合同。重庆市高级人民法院民二庭《关于个人合伙纠纷法律适用问题的解答（试行）》第1条中认为：共同承担风险是合伙法律关系成立的必要条件，是合伙法律关系区别于借款等法律关系的关键要素。自然人之间约定共同承担风险的，应认定为合伙法律关系。自然人之间约定一方提供资金并收取固定回报的，一般应认定为借款法律关系，但双方通过实际履行行为达成共同承担风险的合意，变更了合同约定的，仍应认定为合伙法律关系。关于具体案例，参见最高人民法院（2018）民申2450号民事裁定书、最高人民法院（2019）民终1374号民事判决书、贵州省高级人民法院（2017）黔民终525号民事判决书、江西省高级人民法院（2017）赣民终110号民事判决书、新疆维吾尔自治区高级人民法院（2016）新民申1041号民事裁定书、四川省高级人民法院（2016）川民再133号民事判决书。

[12]重庆市高级人民法院民二庭《关于个人合伙纠纷法律适用问题的解答（试行）》第2条中认为：当事人共负盈亏的约定与一方自愿退出时其他当事人退还其出资及相应利息的约定相互矛盾，应视为约定不明。如果当事人在履行过程中实际共负盈亏的，则应认定为合伙法律关系。否则人民法院应向当事人释明，由当事人协商明确其法律关系性质。当事人无法协商达成一致意见的，人民法院按借款法律关系处理。最高人民法院（2018）民再216号民事判决书中认为：合伙各方是否存在共同出资和共同经营行为，是认定合伙关系是否形成的重要考量因素，在不能排除当事人的出资行为属于垫资时，人民法院不宜认定当事人之间构成合伙关系。关于同样观点，参见江西省高级人民法院（2015）赣民一终字第310号民事判决书。

[13]《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第15条规定：“原告以借据、收据、欠条等债权凭证为依据提起民间借贷诉讼，被告依据基础法律关系提出抗辩或者反诉，并提供证据证明债权纠纷非民间借贷行为引起的，人民法院应当依据查明的案件事实，按照基础法律关系审理。”“当事人通过调解、和解或者清算达成的债权债务协议，不适用前款规定。”关于具体案例，参见江苏省淮安市清江浦区人民法院（2019）苏0812民初7966号民事判决书、上海市虹口区人民法院（2018）沪0109民初4328号民事判决书。

[14]《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第27条规定：合作开发房地产合同约定提供资金的当事人不承担经营风险，只以租赁或者其他形式使用房屋的，应当认定为房屋租赁合同。相关案例，参见湖南省岳阳市中级人民法院（2016）湘06民终742号民事判决书、山东省青岛市中级人民法院（2015）青民二商终字第247号民事判决书。

[15]参见最高人民法院（2015）民申字第1223号民事裁定书、山东省德州市中级

人民法院（2014）德中民再字第72号民事判决书、广东省江门市中级人民法院（2014）江中法民一终字第694号民事判决书。

[16]参见最高人民法院（2016）民申1279号民事裁定书。不形成此种证据链条，因此不认为存在合伙关系的判例，参见最高人民法院（2015）民申字第2990号民事裁定书、最高人民法院（2015）民申字第1119号民事裁定书、最高人民法院（2015）民抗字第27号民事判决书、最高人民法院（2011）民提字第53号民事判决书。实践中，也有案例认为《民法通则意见》的上述规定仅仅适用于个人合伙，不能适用于其他合伙，故并非必需其他利害关系人的证明。参见最高人民法院（2016）民申775号民事裁定书。

[17]参见最高人民法院（2012）民抗字第1号民事判决书。

[18]参见最高人民法院（2012）民申字第1399号民事裁定书。

[19]具体论述，参见王利明：《论合伙协议与合伙组织体的相互关系》，载《当代法学》2013第4期，第59页以下。

[20]参见[日]我妻荣：《债权各论》（中卷·二），周江洪译，北京，中国法制出版社2008年版，第224、226页。

[21]具体参见[日]我妻荣：《债权各论》（中卷·二），周江洪译，北京，中国法制出版社2008年版，第224-227页；[德]怀克、温德比西勒：《德国公司法》，殷盛译，北京，法律出版社2010年版，第79-82页。

[22]《德国民法典》第705条、《瑞士债法》第530条第1款、《意大利民法典》第2247条、《日本民法典》第667条第1款、我国台湾地区“民法”第667条第1项关于合伙合同的界定中也都将牵连性和组织性结合起来。

[23]同样更为强调对合伙合同之组织性的界定，参见《俄罗斯联邦民法典》第1041条、《美国修正统一合伙法》第101条。

[24]严格而言，全体合伙人的签字、盖章应当是合伙合同成立的条件，在合伙合同约定了附生效条件或者生效期限时尤为重要。因此，《民法典》第136条第1款规定：民事法律行为自成立时生效，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

[25]参见李飞主编：《中华人民共和国合伙企业法释义》，北京，法律出版社2006年版，第30页。

[26]参见[德]布洛克斯、瓦尔克：《德国民法总论》，张艳译，北京，中国人民大学出版社2019年版，第168页；[德]怀克、温德比西勒：《德国公司法》，殷盛译，北京，法律出版社2010年版，第84页。主张在所有民事法律行为中都应当以部分无效为原则的观点，参见陈甦主编：《民法总则评注》（下册），北京，法律出版社2017年版，第1104页（本部分由叶金强撰写）。实践中，重庆市高级人民法院民二庭

《关于个人合伙纠纷法律适用问题的解答（试行）》第3条规定：实践中，合伙合同约定合伙各方以共同借用第三人的营业执照、资质证书、增值税发票等方式实施合伙事务的，人民法院应根据约定的借用方式分别确定其法律效力。如约定的借用方式违反法律、行政法规效力性禁止规定，该条款无效。该条款无效不影响合伙合同其他部分内容的效力。

[27]公司设立瑕疵中该问题尤为重要，学者多主张公司被撤销的判决不具有溯及力，仅发生解散公司、使公司进入清算状态的后果，公司解散前实施的行为不因此受到影响。具体参见施天涛：《公司法论》，北京，法律出版社2018年版，第93页以下。

[28] [日]我妻荣：《债权各论》（中卷·二），周江洪译，北京，中国法制出版社2008年版，第231-233页；[德]怀克、温德比西勒：《德国公司法》，殷盛译，北京，法律出版社2010年版，第84页、第156页以下；[德]梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，北京，法律出版社2000年版，第196页以下。

[29]参见[日]我妻荣：《债权各论》（中卷·二），周江洪译，北京，中国法制出版社2008年版，第230页。但《日本民法典》第667条之三作出了不同规定。

[30]关于合伙合同的重大事由解除权，《民法典》未作明确规定，但基于相似的价值考量，可以参照适用《合伙企业法》中关于声明退伙与除名退伙的规则，并整体类推其他典型合同中的重大事由解除规则，从而归纳出合伙人在面临影响合伙继续存续的重大事由时可以解除合伙合同的结论。

[31]参见[德]怀克、温德比西勒：《德国公司法》，殷盛译，北京，法律出版社2010年版，第88页。

[32]参见[日]我妻荣：《债权各论》（中卷·二），周江洪译，北京，中国法制出版社2008年版，第239页。

[33]参见刘春堂：《民法债编各论》（下），台北，三民书局2013年版，第49页。

[34]《德国民法典》第706条第2款有明确规定。

[35]参见李飞主编：《中华人民共和国合伙企业法释义》，北京，法律出版社2006年版，第23页。

[36]参见李飞主编：《中华人民共和国合伙企业法释义》，北京，法律出版社2006年版，第24页。

[37]广东省韶关市中级人民法院（2018）粤02民终72号民事判决书中，法院通过对合伙协议的解释指出：若无其他约定，用于出资的商铺使用权应是“装修完成、设施齐备，可即投入合伙组织使用的商铺的使用权”。但基于合伙人的意思自治，事实上没

有必要如此限制。

[38]例如，《德国民法典》第706条第3款、《瑞士债法》第531条第1款、《法国民法典》第1832条、《俄罗斯联邦民法典》第1042条第1款、《日本民法典》第667条第2款、第我国台湾地区“民法”第667条第1项。

[39]参见杨玲：《试论信誉、商誉与合伙财产的关系》，载《当代法学》2003年第2期，第37页以下。

[40]我国台湾地区“民法”第667条第2款规定：“前项出资，得为金钱或其它财产权，或以劳务、信用或其它利益代之。”在修“法”前，我国台湾地区亦无信用出资的规定，学界以准许信用出资为通说。

[41]参见邱聪智：《新订债法各论》（下），北京，中国人民大学出版社2006年版，第10页；[日]我妻荣：《债权各论》（中卷·二），周江洪译，北京，中国法制出版社2008年版，第239页。

[42]反对观点，参见邱聪智：《新订债法各论》（下），北京，中国人民大学出版社2006年版，第11页。

[43]《德国民法典》第706条第1款、《瑞士债法》第531条第2款、《意大利民法典》第2253条第2款、《俄罗斯联邦民法典》第1042条第2款对此作了明确规定。

[44]也有观点认为，视为合伙合同生效后出资。参见邱聪智：《新订债法各论》（下），北京，中国人民大学出版社2006年版，第19页。

[45]参见刘春堂：《民法债编各论》（下），台北，三民书局2013年版，第52页。

[46]反对观点认为应依出资标的之客观价额评估以符合资本充实原则。参见邱聪智：《新订债法各论》（下），北京，中国人民大学出版社2006年版，第11页。

[47]我国台湾地区“民法”第667条第3项对此作了明确规定。对于合伙合同而言，由于出资不涉及对外关系，所以出资数额并不重要，重要的是“出资数额的比例”。依照《民法典》第972条的规定，各合伙人出资数额无法确定的，平均接受损益分担分配。这里在“比例”上的“平均”已经足以解决问题，无须再迂回借道“出资数额”上的“平均”。

[48]参见上海市第二中级人民法院（2017）沪02民终4783号民事判决书。

[49]参见邱聪智：《新订债法各论》（下），北京，中国人民大学出版社2006年版，第18页。

[50]参见广西壮族自治区桂林市中级人民法院（2018）桂03民终25号民事判决书。

[51]《合伙企业法》第34条对此有规定。《德国民法典》第707条、我国台湾地区“民法”第669条也对此有明确规定。

[52]参见邱聪智：《新订债法各论》（下），北京，中国人民大学出版社2006年版，第9页。《意大利民法典》第2255条对此有明确规定。

[53]《瑞士民法典》第531条第3款、《意大利民法典》第2254条对此有明确规定。

[54]在广东省韶关市中级人民法院（2018）粤02民终72号民事判决书中，法院认为，商铺使用权出资人在其他合伙人不知情的情况下，将涉案店铺转让给他人，致使合伙合同的合同目的无法实现，合同无法再继续履行，遂判决其他合伙人有法定解除权。

[55]参见邱聪智：《新订债法各论》（下），北京，中国人民大学出版社2006年版，第21-22页；[日]我妻荣：《债权各论》（中卷·二），周江洪译，北京，中国法制出版社2008年版，第228-229页。

[56]关于解除和风险负担的关系，参见周江洪：《风险负担规则与合同解除》，载《法学研究》2010年第6期。

[57]参见[日]我妻荣：《债权各论》（中卷·二），周江洪译，北京，中国法制出版社2008年版，第265页；[德]怀克、温德比西勒：《德国公司法》，殷盛译，北京，法律出版社2010年版，第105页；王千维：《由合伙组织之四大原则看合伙人之更易》，台北，新学林出版股份有限公司2014年版，第2页。

[58]参见黄立：《民法债编各论》（下），台北，元照出版有限公司2004年版，第397页。《德国民法典》第718条第2款明确规定：“基于合伙财产之权利而有所取得，或者就合伙财产标的灭失、毁损或剥夺而取得之赔偿，亦属于合伙财产。”

[59]参见[德]怀克、温德比西勒：《德国公司法》，殷盛译，北京，法律出版社2010年版，第105页。

[60]参见[德]怀克、温德比西勒：《德国公司法》，殷盛译，北京，法律出版社2010年版，第106页。

[61]参见李飞主编：《中华人民共和国合伙企业法释义》，北京，法律出版社2006年版，第32-33页；戴孟勇：《论共同共有的类型及其纯化》，载《中德私法研究》第14卷，北京，北京大学出版社2016年版，第49-51页。

[62]《德国民法典》第719条第1款、《日本民法典》第676条第3款、我国台湾地区“民法”第682条第1款作类似规定。

[63]参见[日]我妻荣：《债权各论》（中卷·二），周江洪译，北京，中国法制

出版社2008年版，第268页。

[64]参见刘春堂：《民法债编各论》（下），台北，三民书局2013年版，第55页。

[65]《德国民法典》第709条第1款、《瑞士债法》第534条第1款、我国台湾地区“民法”第670条第1款规定的是全体同意，《日本民法典》第670条第1款规定的是合伙人过半数同意，

[66]参见严城：《民法典合同编（草案）合伙合同的成功与不足》，载《法治研究》2019年第1期，第90页。

[67]《瑞士民法典》第535条第3款对此作了明确规定。

[68]《德国民法典》第709条第2款、《瑞士债法》第534条第2款对此作了明确规定。

[69]这种区分，参见《德国民法典》第709、714条，《瑞士债法》第535、543条，《日本民法典》第670条、第670条之二，我国台湾地区“民法”第671、679条。

[70]《德国民法典》第709条第1款即如此规定，更为强调合伙人的安全性。《瑞士民法典》第535条第2款、《法国民法典》第1848条第2款、《意大利民法典》第2257条第1款则以单独执行权为原则，更为强调效率。《日本民法典》第670条第5款、我国台湾地区“民法”第671条第1款则采取了折中方案：对通常事务享有单独执行权，其他事务则由执行权的合伙人过半数（日本）或者全体合伙人（我国台湾地区）同意。

[71]参见邱聪智：《新订债法各论》（下），北京，中国人民大学出版社2006年版，第40页；[日]我妻荣：《债权各论》（中卷·二），周江洪译，北京，中国法制出版社2008年版，第250页。《瑞士债法》第535条第1款明确允许将合伙事务完全委托给合伙人之外的第三人。不同观点认为自营原则是强制性的，故虽然可以个别委托，但不能将事务执行整体转移给第三人。参见[德]怀克、温德比西勒：《德国公司法》，殷盛译，北京，法律出版社2010年版，第98页。

[72]参见邱聪智：《新订债法各论》（下），北京，中国人民大学出版社2006年版，第40页；刘春堂：《民法债编各论》（下），台北，三民书局2013年版，第62页。

[73]参照适用《公司法解释（四）》第9条：“公司章程、股东之间的协议等实质性剥夺股东依据公司法第三十三条、第九十七条规定查阅或者复制公司文件材料的权利，公司以此为由拒绝股东查阅或者复制的，人民法院不予支持”。有观点认为一概无效，参见邱聪智：《新订债法各论》（下），北京，中国人民大学出版社2006年版，第58页。但是，这不符合现实，合伙合同中完全可以对不同合伙人设置不同的级别。

[74]参见李飞主编：《中华人民共和国合伙企业法释义》，北京，法律出版社2006年版，第40-43页。

[75]关于否定观点，参见上海市第二中级人民法院（2016）沪02民终7051号民事判决书；关于肯定观点，参见上海市崇明县人民法院（2016）沪0230民初4331号民事判决书。

[76]参见[日]我妻荣：《债权各论》（中卷·二），周江洪译，北京，中国法制出版社2008年版，第250页。

[77]参见邱聪智：《新订债法各论》（下），北京，中国人民大学出版社2006年版，第45页。

[78]参见李飞主编：《中华人民共和国合伙企业法释义》，北京，法律出版社2006年版，第43-44页。

[79]《德国民法典》第713条、《瑞士债法》第540条第1款、《意大利民法典》第2260条第1款、《日本民法典》第671条、我国台湾地区“民法”第680条对此作了明确规定。

[80]《最高人民法院关于个人合伙成员在从事经营活动中不慎死亡其他成员应承担民事责任问题的批复》（〔1987〕民他字第57号）指出：……对这次事故的发生，贾国仁没有过错，不应负赔偿责任。但贾国满为合伙人的共同利益，在经营运输活动中，不慎被车挤死，其兄作为合伙经营的受益人之一，给予死者家属适当的经济补偿，既合情理，也符合有关法律规定的精神。至于具体补偿多少，请根据实际情况酌定。但是，此等补偿方式既不稳定，又不能较好地填补执行事务合伙人的损失，应当参照适用《民法典》第930条，合伙人在执行合伙事务时由于不可归责于自身的原因遭受损失的，有权向各合伙人请求损害赔偿，只不过要扣除其作为合伙人本应承担的部分。

[81]就注意义务的程度，《德国民法典》第708条一概规定为与处理自己事务同一的注意；《瑞士债法》第538条、我国台湾地区“民法”第672条规定有偿时负善良管理人的注意义务，无偿时负与处理自己事务同一的注意义务；《日本民法典》第671条结合第644条规定一概负善良管理人的注意义务。规定与处理自己事务同一的注意义务来源于罗马法传统，其原因是每个合伙人只能期待其他合伙人像处理自己的事务那样处理合伙事务，基于自愿建立合伙就不能抱怨其他合伙人在合伙事务中较少的谨慎，合伙人毕竟也同时是处理自己的事务，无法要求其像公司的董事、监事、高管一样；但是，毕竟全体合伙人对合伙债务承担连带责任，这意味着合伙人执行合伙事务应当更为谨慎。因此，即使在德国法中，实践中也在诸多限制。参见[德]怀克、温德比西勒：《德国公司法》，殷盛译，北京，法律出版社2010年版，第90-91页。

[82]关于此种情况下委托人不享有任意解除权，参见崔建远、龙俊：《委托合同的任意解除权及其限制》，载《法学研究》2008年第6期，第77页以下。法国法采取这

一思路，参见罗结珍译：《法国民法典》（下册），北京，法律出版社2005年版，第1455页；《意大利民法典》第1723条第2款、DCFR第4.4-1：105条第1款对此作了明确规定。

[83]参见《德国民法典》第712条、《瑞士债法》第539条、《意大利民法典》第2259条、《日本民法典》第672条我国台湾地区“民法”第674条。但是，《法国民法典》第1851条第1款规定，即使无正当理由，其他合伙人也可以共同决定终止执行权，只是应当赔偿。

[84]参见严城：《民法典合同编（草案）合伙合同的成功与不足》，载《法治研究》2019年第1期，第91页。

[85]德国、日本、我国台湾地区都需要其他合伙人依法决议，而瑞士、意大利则规定其他任何一个合伙人都可以终止，同时意大利规定可通过请求司法解除避免滥用。

[86]参见[日]我妻荣：《债权各论》（中卷·二），周江洪译，北京，中国法制出版社2008年版，第249-250页。

[87]《民法通则》第34条第2款中仅规定“合伙负责人和其他人员的经营行为，由全体合伙人承担民事责任”，但并未解决效果归属的法律机制问题。

[88]重庆市高级人民法院民二庭《关于个人合伙纠纷法律适用问题的解答（试行）》第6条规定：当事人以其个人名义签订承包合同，但以合伙方式履行承包合同权利义务，人民法院在审理承包合同纠纷中应认定承包合同载明的主体为承包人。但当事人有证据证明在签订承包合同时双方均明知承包人为合伙各方，或在履行过程中双方同意变更为以合伙方式承包的除外。

[89]《瑞士债法》第543条第1、2款对此有明确规定。也请参见[日]我妻荣：《债权各论》（中卷·二），周江洪译，北京，中国法制出版社2008年版，第254-259页；[德]怀克、温德比西勒：《德国公司法》，殷盛译，北京，法律出版社2010年版，第102-103页；[德]梅迪库斯：《德国债法分论》，杜景林、卢谔译，北京，法律出版社2007年版，第392-393页。

[90]参见《德国民法典》第714条、《瑞士债法》第543条第3款、我国台湾地区“民法”第679条。

[91]有观点认为，在合伙企业中，除非另有约定，任一合伙人均有权单独对外代表合伙企业，参见魏振瀛：《民法》，北京，北京大学出版社、高等教育出版社2013年版，第105页。但是，即使此种单独代表权对于合伙企业是恰当的，但在《民法典》规定的合伙中，价值上安全要重于效率，与合伙企业仍存在不同。

[92]参见[德]梅迪库斯：《德国债法分论》，杜景林、卢谔译，北京，法律出

版社2007年版，第394页；[德]怀克、温德比西勒：《德国公司法》，殷盛译，北京，法律出版社2010年版，第108、110页。

[93]在管辖层面，《民事诉讼法解释》第5条规定：对没有办事机构的个人合伙、合伙型联营体提起的诉讼，由被告注册登记地人民法院管辖。没有注册登记，几个被告又不在同一辖区的，被告住所地的人民法院都有管辖权。

[94]当然，也存在保障其他共同债权人利益的不同做法，例如，任一债权人得请求全部给付，但须提供担保。具体的梳理，参见李中原：《共有之债的理论解析》，载《江苏社会科学》2019年第6期，第162-164页。

[95]参见李中原：《多数人之债的类型构建》，载《法学研究》2019年第2期，第57页。

[96]关于判决的单方面既判力延伸，具体参见[德]罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德：《德国民事诉讼法》（上），李大雪译，北京，中国法制出版社2007年版，第309页以下。

[97]参见李飞主编：《中华人民共和国合伙企业法释义》，北京，法律出版社2006年版，第40页。

[98]参见邱聪智：《新订债法各论》（下），北京，中国人民大学出版社2006年版，第49页。我国台湾地区“民法”第678条之“立法”理由为：合伙人执行合伙事业，虽为总合伙人之利益，然亦为执行事务合伙人之义务，况又有以劳力为出资者，故非契约另有订定，不得请求报酬。

[99]参见李飞主编：《中华人民共和国合伙企业法释义》，北京，法律出版社2006年版，第39页。

[100]《德国民法典》第721条第2款规定：合伙有较长存续期间者，有疑义时，其决算和利益分配，应于每届事务年度终了之时。《意大利民法典》第2262条类似规定。

[101]参见[日]我妻荣：《债权各论》（中卷·二），周江洪译，北京，中国法制出版社2008年版，第288页。

[102]参见重庆市高级人民法院民二庭《关于个人合伙纠纷法律适用问题的解答（试行）》第7条。

[103]《德国民法典》第721条第1款对此作了明确规定。最高人民法院（2015）民申字第158号民事裁定书中认为，合伙财产因为经营管理不善而灭失，合伙人未请求解除合伙关系、未对合伙财产进行清算的情况下要求其他合伙人承担赔偿责任的，人民法院不予支持。

[104]参见最高人民法院（2017）民申1573号民事裁定书。

[105]《德国民法典》第722条第2款、《瑞士债法》第533条第2款、《意大利民法典》第2263条第3款、《日本民法典》第674条第2款、我国台湾地区“民法”第677条第2项对此皆有明确规定。

[106]《意大利民法典》第2265条明确规定此种约定无效。

[107]参见刘春堂：《民法债编各论》（下），台北，三民书局2013年版，第60页。关于具体案例，参见安徽省高级人民法院（2015）皖民四终字第00520号民事判决书。

[108]最高人民法院（2000）民终字第8号民事判决书认为：合伙人之间对利润分配没有约定或者约定不明的，但合伙人已经在事实上按照一定的比例分配，例如合伙双方将利润按比例分割转为资本金并制作了年度财务报表，合伙人未提出异议的，可以认为该比例符合合伙人的意志。山西省高级人民法院（2017）晋民申781号民事裁定书中认为：结合本案中现金日记账记载的内容、三合伙人合伙期间每年按上述固定比例领取利润、申请人三年来未提出过异议等综合因素，可认定三合伙人在合伙期间对利润分配比例已达成一致。

[109]参见李飞主编：《中华人民共和国合伙企业法释义》，北京，法律出版社2006年版，第50页。同样观点，参见最高人民法院（2013）民提字第69号民事判决书。

[110]参见最高人民法院（2015）民抗字第27号民事裁定书。

[111]例如，我国台湾地区“民法”第677条第3项。

[112]例如，《瑞士债法》第533条第3款。

[113]具体参见李飞主编：《中华人民共和国合伙企业法释义》，北京，法律出版社2006年版，第51页。

[114]参见广东省高级人民法院（2017）粤民申7836号民事裁定书。

[115]参见李飞主编：《中华人民共和国合伙企业法释义》，北京，法律出版社2006年版，第60页。

[116]区分连带与不真正连带类型的观点，参见邱聪智：《新订债编各论》（下），北京，中国人民大学出版社2006年版，第71-75页。

[117]《德国商法典》第128条第2款对此明确规定。

[118]德国法也存在一些合伙人连带责任的限制，这在以前除了合伙之外没有其他法律形式可供选择的前提下具有意义，但目前意义不大。参见〔德〕怀克、温德比西

勒：《德国公司法》，殷盛译，北京，法律出版社2010年版，第111-113页。

[119]因此，在合伙企业中，合伙人的连带责任是全体合伙人相互之间的连带责任，而非合伙人与合伙企业之间的连带责任。参见“南通双盈贸易有限公司诉镇江市丹徒区联达机械厂、魏恒聂等六人买卖合同纠纷案”，载《最高人民法院公报》2011年第7期。

[120]同样观点，参见[日]我妻荣：《债权各论》（中卷二），周江洪译，北京，中国法制出版社2008年版，第275、277页；李永军：《民事合伙的组织性质疑》，载《法商研究》2019年第2期，第133页。

[121]参见邱聪智：《新订债编各论》（下），北京，中国人民大学出版社2006年版，第68、70页。

[122]例如，《美国修正统一合伙法》第308条（a）项的规定：“若某人经由言辞或行为，伪称自己是或同意他人声称自己是某一合伙的合伙人或与某一个或数个并非合伙人的人具有合伙关系，则该伪称合伙人应对向其作出声明并因信赖该声明而与真正的或伪称的合伙为交易的人承担责任。”类似的规定还有《魁北克民法典》第2222条、《日本商法典》第83条等。对此的研究，参见侯雪梅：《英美法中的表见合伙》，载《中外法学》1996年第6期；房绍坤、王洪平：《论表见合伙制度》，载《国家检察官学院学报》2006年第6期。

[123]但是，这在诉讼理论中可能存在争议，毕竟执行事务合伙人作为代表人参加诉讼，在其他合伙人不参加诉讼的情形下，无法充分保障其他合伙人的诉讼权利。此时将既判力和执行力不及于合伙企业的合伙财产，而可以延伸到其他合伙人的个人财产，就会存在诸多疑问。在合伙企业和合伙人的关系中，似乎可以参考《全国法院民商事审判工作会议纪要》第13条关于公司人格否认纠纷案件中当事人诉讼地位的处理，区分不同的情形，即：（1）债权人对债务人公司享有的债权已经由生效裁判确认，其另行提起公司人格否认诉讼，请求股东对公司债务承担连带责任的，列股东为被告，公司为第三人；（2）债权人对债务人公司享有的债权提起诉讼的同时，一并提起公司人格否认诉讼，请求股东对公司债务承担连带责任的，列公司和股东为共同被告；（3）债权人对债务人公司享有的债权尚未经生效裁判确认，直接提起公司人格否认诉讼，请求公司股东对公司债务承担连带责任的，人民法院应当向债权人释明，告知其追加公司为共同被告。债权人拒绝追加的，人民法院应当裁定驳回起诉。

[124]参见[德]罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德：《德国民事诉讼法》（上），李大雪译，北京，中国法制出版社2007年版，第311页。

[125]关于连带责任的诉讼实现机制，新的观点认为诉讼标的并不同一，不存在既判力扩张，故连带责任并非必要的而是普通的共同诉讼，如此才能保障当事人诉权，落实辩论原则和处分原则。具体参见任重：《反思民事连带责任의共同诉讼类型》，载《法制与社会发展》2018年第6期，第137页以下。

[126]参见李飞主编：《中华人民共和国合伙企业法释义》，北京，法律出版社2006年版，第35页。

[127]参见李永军：《民事合伙的组织性质疑》，载《法商研究》2019年第2期，第133页。《德国民法典》第719条第1款规定不得处分财产份额，但通说依据第727条允许合伙人地位的转让，参见[德]怀克、温德比西勒：《德国公司法》，殷盛译，北京，法律出版社2010年版，第123页；《瑞士债法》第542第1款则明确规定合伙人在其他合伙人同意时可以转让。

[128]参见严城：《民法典合同编（草案）合伙合同的成功与不足》，载《法治研究》2019年第1期，第92页。

[129]有观点认为，《民法典》第305条规定了按份共有人对外转让共有份额时的优先购买权，这也可以同样适用于合伙人的情形中。参见戴孟勇：《论〈民法典合同编（草案）〉中法定优先购买权的取舍》，载《东方法学》2018年第4期，第11-12页。但是，首先，合伙人的合伙财产财产份额与按份共有人的共有份额根本不同；其次，按份共有人转让共有份额同样以无须其他共有人一致同意为原则。

[130]参见唐勇：《论共有》，北京，北京大学出版社2019年版，第69-72页。

[131]邱聪智：《新订债法各论》（下），北京，中国人民大学出版社2006年版，第28页；严城：《民法典合同编（草案）合伙合同的成功与不足》，载《法治研究》2019年第1期，第91页。

[132]参见甘肃兰州市中级人民法院（2017）甘01民终3754号民事判决书。

[133]参见李飞主编：《中华人民共和国合伙企业法释义》，北京，法律出版社2006年版，第36页。

[134]参见李飞主编：《中华人民共和国合伙企业法释义》，北京，法律出版社2006年版，第38页。

[135]《瑞士债法》第542第2款明确规定：合伙人一人单独同意第三人加入其股份或将其全部股份让与第三人者，该第三人不因此成为其他合伙人的合伙人，特别是，该第三人不得取得对合伙事务的检查权。《合伙企业法》第25条则规定出质这种处分的行为无效，有学者认为后果是不得就此行为向全体合伙人主张权利，参见李飞主编：《中华人民共和国合伙企业法释义》，北京，法律出版社2006年版，第38页。

[136]参见[德]怀克、温德比西勒：《德国公司法》，殷盛译，北京，法律出版社2010年版，第124页。

[137]参见王千维：《由合伙组织之四大原则看合伙人之更易》，台北，新学林出版股份有限公司2014年版，第159-160页。

[138]参见王千维：《由合伙组织之四大原则看合伙人之更易》，台北，新学林出版股份有限公司2014年版，第158-159页。

[139]参见[德]怀克、温德比西勒：《德国公司法》，殷盛译，北京，法律出版社2010年版，第124页；[日]我妻荣：《债权各论》（中卷·二），周江洪译，北京，中国法制出版社2008年版，第303页。

[140]参见[日]我妻荣：《债权各论》（中卷·二），周江洪译，北京，中国法制出版社2008年版，第303页。

[141]因合伙份额的全部转让导致的入伙，更类似于《民法典》第555条所规定的合同权利义务的概括转让。

[142]反对观点认为，合伙财产的物权变动自动发生，因此，新入伙人办理的不是转移登记，而是更正已经不正确的登记。参见[德]怀克、温德比西勒：《德国公司法》，殷盛译，北京，法律出版社2010年版，第117页。

[143]参见[日]我妻荣：《债权各论》（中卷·二），周江洪译，北京，中国法制出版社2008年版，第304页。

[144]王千维：《由合伙组织之四大原则看合伙人之更易》，台北，新学林出版股份有限公司2014年版，第149页。

[145]《日本民法典》第667条之二第2款就规定，入伙人“就其加入前所生的合伙债务，不负清偿责任”。《美国修正统一合伙法》第306条（b）项作同样规定。

[146]通常来说，债权人并不能具体选择执行债务人的哪一部分财产。但是，依据《民事诉讼法》第100条、《民事诉讼法解释》第163条、《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第3条，债权人在满足法定条件的情况下可以申请诉讼财产保全或者执行前财产保全，查封、扣押或者冻结债务人的具体财产。又依据《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定》第88条第1款，在不适用参与分配且多个债权人均无担保物权的情况下，应当依照执行法院采取执行措施的先后顺序受偿。《民事诉讼法解释》第508、516条对此作出了新的规定。据此，债权人实际上实现了对具体执行财产的选择。

[147]但是，对这一理由可能有两个层面的思考。第一个层面的思考是，合伙财产对于合伙债权人实现债权的意义究竟有多大呢？就这一问题，需要体系性地回答，尤其是需要结合合伙财产的分割规则思考。在合伙合同中，合伙人对合伙债务承担连带责任，故可以依照有效的决定分割合伙财产，由此似乎可以认为合伙财产的多寡对于合伙债权人的利益并不重要。既然合伙人可以依照其意思自由分割合伙财产（此举可能导致债权人可以执行的合伙财产为零），举重以明轻，仅仅是增加了合伙财产的共有人，似乎不足为虑。由此，便出现了价值判断上的矛盾。第二个层面的思考是，即使认为应该保护债权人对合伙财产的执行选择，为了尽可能平衡入伙人与债权人的利

益，也应该采取对入伙人损害最小的方式（比例原则）。由此，似乎可以让入伙人仅就合伙财产承担连带责任，而不是以其全部财产为限承担连带责任。这样一来，既能够确保债权人对合伙财产的执行畅通无阻，又不会危及入伙人除合伙份额以外的其他财产。据此，仅仅依据上述理由承认入伙人的连带责任，似乎还不充分。

[148]参见李飞主编：《中华人民共和国合伙企业法释义》，北京，法律出版社2006年版，第70页。

[149]参见[德]怀克、温德比西勒：《德国公司法》，殷盛译，北京，法律出版社2010年版，第121-122页；[日]我妻荣：《债权各论》（中卷二），周江洪译，北京，中国法制出版社2008年版，第300页。

[150]此处强调“退伙前原因发生的合伙债务”，既包括退伙人退伙前发生的合伙债务，也包括退伙后发生的但由退伙人在退伙前的原因引起的，否则可能会出现借退伙而逃避债务的道德风险。

[151]参见史尚宽：《债法各论》，北京，中国政法大学出版社2000年版，第700页。

[152]《德国民法典》第725条第2款、《日本民法典》第677条、我国台湾地区“民法”第684条也对此作了明确规定。

[153]参见李飞主编：《中华人民共和国合伙企业法释义》，北京，法律出版社2006年版，第63页。

[154]参见邱聪智：《新订债法各论》（下），北京，中国人民大学出版社2006年版，第31页。

[155]参见邱聪智：《新订债法各论》（下），北京，中国人民大学出版社2006年版，第30-31页。

[156]参见梅仲协：《民法要义》，北京，中国政法大学出版社2004年版，第470页。

[157]参见邱聪智：《新订债法各论》（下），北京，中国人民大学出版社2006年版，第32页。

[158]《德国民法典》第725条第1款、《意大利民法典》第2270条、《美国修正统一合伙法》第504条（a）、我国台湾地区“民法”第685条也如此规定。

[159]参见李飞主编：《中华人民共和国合伙企业法释义》，北京，法律出版社2006年版，第65页。

[160]具体参见李中原：《多数人之债的类型建构》，载《法学研究》2019年第2

期。《国际商事合同通则》第11.2.1条、《欧洲合同法原则》第10：201条和《欧洲示范民法典草案》第3-4：202条都对此种债权予以承认，区别于按份债权和连带债权。

[161]参见邱聪智：《新订债法各论》（下），北京，中国人民大学出版社2006年版，第80页。

[162]最高人民法院（2016）民再138号民事判决书中认为：合伙协议约定的期限届满后，当事人的合伙关系并不必然终止；合伙人仍从事合伙经营事务，并分配合伙盈余，应视为合伙关系继续存在，仅是合伙的期限为不定期期限。

[163]参见刘春堂：《民法债编各论》（下），台北，三民书局2013年版，第92页。

[164]参见邱聪智：《新订债法各论》（下），北京，中国人民大学出版社2006年版，第80页。

[165]《德国民法典》第723条第3款对此作了明确规定。

[166]参见王千维：《由合伙组织之四大原则看合伙人之更易》，台北，新学林出版股份有限公司2014年版，第27-28页。《德国民法典》第724条、《瑞士债法》第546条、我国台湾地区“民法”第686条同样如此规定。

[167]基于相同的原因，我国台湾地区“民法”第686条第1项规定在不定期合伙中也只有“任意退伙”，而没有“任意解除”；相反，《德国民法典》则与《民法典》相同，着眼于人合性较强的合伙合同，故其第723条第1款规定：合伙非就确定的期间而结成的，每一个合伙人可以随时通知终止它。《瑞士债法》同样区分合伙合同和合伙组织，故其第546条也是终止合伙合同。

[168]比较法中也有存在此种限制者，例如《德国民法典》第723条第2款、我国台湾地区“民法”第686条第2项。

[169]同样观点，参见邱聪智：《新订债法各论》（下），北京，中国人民大学出版社2006年版，第83页。不同观点认为解除权的行使无效，参见刘春堂：《民法债编各论》（下），台北，三民书局2013年版，第81页。

[170]王千维：《由合伙组织之四大原则看合伙人之更易》，台北，新学林出版股份有限公司2014年版，第60页。

[171]《德国民法典》与本条规范意旨类似，其第727条规定：“以合伙合同不另有规定为限，合伙因合伙人之一死亡而被解散。”我国台湾地区“民法”则与《合伙企业法》持相同的价值考量，其第687条第1项规定：“合伙人除依前二条规定退伙外，因左列事项之一而退伙：一、合伙人死亡者。但契约订明其继承人得继承者，不在此限。”

[172]参见王千维：《由合伙组织之四大原则看合伙人之更易》，台北，新学林出

版股份有限公司2014年版，第61页。

[173]参见戴孟勇：《未成年人及限制民事行为能力人的合伙行为能力问题》，载《人民司法》2004年第8期，第58页。

[174]具体参见王千维：《由合伙组织之四大原则看合伙人之更易》，台北，新学林出版股份有限公司2014年版，第61-62页。

[175]最高人民法院（2017）民再228号民事判决书中，当事人主张“合伙协议不存在解除之说，即便无法继续经营，亦应退伙，而非解除”，最高人民法院认为，要求解除合伙协议的实质是以解除协议的方式实现退伙目的，从而以合同解除的形式处理个人合伙中的退伙。

[176]《德国民法典》第723条第1款明文规定。于此可以参照《合伙企业法》第49条第1款确定重大事由。

[177]《德国民法典》第737条明文规定。

[178]参见[德]怀克、温德比西勒：《德国公司法》，殷盛译，北京，法律出版社2010年版，第133页。

[179]《德国民法典》第730条第2款、《瑞士债法》第550条第1款、《日本民法典》第685条第1款对此作了明确规定。

[180]参见李永军：《民事合伙的组织性质疑》，载《法商研究》2019年第2期，第133-134页。

[181]参见[日]我妻荣：《债权各论》（中卷·二），周江洪译，北京，中国法制出版社2008年版，第309页；[德]怀克、温德比西勒：《德国公司法》，殷盛译，北京，法律出版社2010年版，第133页。

[182]参见李飞主编：《中华人民共和国合伙企业法释义》，北京，法律出版社2006年版，第142页。

[183]参见李飞主编：《中华人民共和国合伙企业法释义》，北京，法律出版社2006年版，第141页。

[184]《德国民法典》第733条第1款、我国台湾地区“民法”第697条第1款对此明确规定。

[185]参见刘春堂：《民法债编各论》（下），台北，三民书局2013年版，第97页。

[186]严格来说，两个环节确实存在性质上的差别，返还出资是“成本”的返还，剩余财产分配是“利润”的分配，强令前者适用后者的比例的确可能不符合当事人的真意。

但是，利润分配的比例大多体现着合伙人对合伙事业的全盘贡献，又考虑到当事人可以用约定排除该规范的适用，且利润分配的比例多以出资比例为基础，故让二者适用同一比例在价值上也无明显不妥。

[187]《德国民法典》第733条第2款、我国台湾地区“民法”第697条第2款直接否定以劳务或者物之使用权出资的合伙人的出资返还请求权。如果是仅以实物使用权出资，自然可以请求返还该物。《德国民法典》第732条对此有明确规定。

[188]在广东省韶关中级人民法院（2018）粤02民终197号民事判决书中，当事人就分配剩余财产有约定，但是该约定颇为模糊，当事人存在不同的理解，法院认为，此种情况可视为双方对于合伙财产清偿债务后剩余部分的分配没有明确约定。

[189]最高人民法院（2015）民申字第158号民事裁定书中认为：在未查清合伙账目、盈亏尚未确定的情况下，合伙财产不宜做分割。关于同样观点，参见广东省深圳市中级人民法院（2017）粤03民终9857号民事判决书。

[190]参见胡静：《个人合伙纠纷案件审判实务中的若干问题探析》，载《法律适用》2012年第9期，第77-78页。

[191]参见重庆市高级人民法院民二庭《关于个人合伙纠纷法律适用问题的解答（试行）》第8条。

[192]参见最高人民法院（2015）民申字第1480号民事裁定书，最高人民法院（2015）民申字第416号民事裁定书。

[193]参见四川省德阳市中级人民法院（2019）川06民终930号民事判决书：“现合伙三方就〔合伙剩余财产〕的具体价值不能达成一致意见，资产评估机构因所需资料不全也无法予以评估，上诉人无法提供其他证据证明合伙剩余财产的具体价值，应承担举证不能的法律后果，故对其要求分配〔合伙〕现有实物及房屋装修残值的诉请本院不予支持。”

[194]《合伙企业法》第87条第6项规定：“清算人在清算期间执行下列事务：……（六）代表合伙企业参加诉讼或者仲裁活动。”

第三分编 准合同^[1]

第二十八章 无因管理

■ 第九百七十九条

管理人没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失而管理他人事务的，可以请求受益人偿还因管理事务而支出的必要费用；管理人因管理事务受到损失的，可以请求受益人给予适当补偿。

管理事务不符合受益人真实意思的，管理人不享有前款规定的权利；但是，受益人的真实意思违反法律或者违背公序良俗的除外。

本条主旨

本条是关于无因管理概念和法律效果的规定。

相关条文

《民法通则》第93条 没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失进行管理或者服务的，有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用。

《民法通则意见》第132条 民法通则第九十三条规定的管理人或者服务人可以要求受益人偿付的必要费用，包括在管理或者服务活动中直接支出的费用，以及在该活动中受到的实际损失。

《民法典》第121条 没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失而进行管理的人，有权请求受益人偿还由此支出的必要费用。

理解与适用

一、无因管理的概念

所谓无因管理，是指没有法定或约定的义务，而管理他人事务的行为。无因管理中的“无因”是指管理人没有法律上的义务或合同上的义务。如果管理人有法定或者约定的义务而管理他人事务，则属于履行其法定或者约定义务的行为，而不构成无因管理。无因管理的行为人称为管理人，被管理人称为本人或者受益人。无因管理是法定之债的发生原因，基于无因管理，管理人和本人之间互负一定的义务。无因管理制度的主要功能在于肯定并鼓励人们的友好互助行为，以实现本人和管理人之间利益关系的平衡。

我国《民法典》借鉴了比较法上的做法，将无因管理视为准合同的一种类型，规定在《民法典》合同编。无因管理被视为“准合同”最早可追溯到罗马法，深受罗马法的影响，《法国民法典》也将无因管理作为“准合同”的类型之一。而《德国民法典》将无因管理与不当得利、侵权、合同等债的发生原因相并列，将其规定为独立的债的发生原因，这也对各国立法产生重要影响。^[2]我国《民法典》并未设置独立的债法总则编，而《民法总则》关于无因管理的规定又过于简略，难以满足社会生活和司法实践的需要。因此，在借鉴比较法经验的基础上，我国《民法典》在合同编中引入准合同的概念，将无因管理作为准合同的具体类型之一规定在合同编，这也是一种较为合理的安排。^[3]此种立法体例也符合我国《民法典》以合同为中心设计债法体系的理念。当然，虽然《民法典》将无因管理制度规定在准合同部分，但无因管理并不属于合同关系，其在性质上属于法定之债的类型。

二、无因管理的成立条件

（一）管理人没有法定或者约定的义务而管理他人事务

管理人没有法定或者约定的义务而管理他人事务，是无因管理成立的基本前提，具体而言包括以下两种情形：一是管理人无法律上的义务。所谓法律上的义务，是指依据法律规定而产生的义务。例如，依据法律规定负有扶养、赡养等义务的人履行扶养、赡养等义务的，不构成无因管理。二是管理人没有约定的义务。管理人没有约定的义务主要是指没有合同上的义务。例如，当事人之间存在委托合同，合同对当事人的义务进行了约定，当事人履行合同义务的行为就属于“有因”的管理，而不构成无因管理。

有观点认为，在判断管理人从事管理活动是否为“无因”管理时，应当以管理活动开始之时作为判断的时间点。^[4]笔者认为，判断当事人所从事的管理行为是否构成无因管理，并不当然以管理活动开始时是否无因作为判断时间点，因为当事人在从事相关管理活动时可能具

有法律上的原因，但事后该法律上的原因消灭，则自该法律上的原因消灭时，当事人所从事的管理活动即应当构成无因管理。例如，保姆按照合同约定为他人照顾孩子，在合同关系存续期间内，保姆的行为并不构成无因管理，而在合同效力终止后，保姆继续为他人照顾孩子时，即属于没有法律上的原因而为他人照管孩子，可能构成无因管理。

管理人所从事的管理行为既可能是从事民事法律行为，如商贩为隔壁摊位的商贩出卖海鲜，也可能是事实行为，如前述保姆为他人照顾孩子。

（二）管理人有为他人管理事务的意思

管理人具有为他人管理的意思是无因管理成立的主观要件。^[5]所谓管理人有为他人管理事务的意思，是指管理人具有通过管理活动避免他人利益遭受损失的意思。一般而言，管理人有为他人管理事务的意思包括如下两层含义。

一是管理人意识到是在为他人的利益进行管理。也就是说，管理人在从事管理活动时，主观上应当意识到是在为他人的利益而从事管理活动。如果管理人明知是他人的事务而为自己的利益从事管理活动，应当构成不法无因管理，而不构成本条所规定的无因管理。当然，即便管理人在从事管理活动时也有为自己谋利的意思，但如果管理人主观上仍有为他人管理的意愿，则仍可能构成无因管理。例如，邻居家中失火，行为人担心火势蔓延到自己家中而为邻居灭火，由于行为人从事灭火行为仍有为他人管理的意愿，仍应当构成无因管理。同时，如果管理人误将他人的事务视为自己的事务而进行管理，则应当构成误信管理，而不构成本条所规定的无因管理。

无因管理在性质上属于事实行为，因此无因管理行为的成立并不要求管理人必须具有完全民事行为能力，无民事行为能力人和限制民事行为能力人同样可以成为管理人。而且从本条规定来看，无因管理的成立并不要求管理人必须知道被管理人的身份，只要管理人有为他人利益从事管理活动的意愿，即可能成立无因管理。有观点认为，即便管理人为维护公共利益而实施管理行为，只要管理人具有为他人利益而进行管理的意愿，也可以成立无因管理。^[6]此种观点值得赞同，当然，如果管理人没有为他人管理的意愿，而纯粹为了维护公共利益而实施管理行为，即便客观上使他人获得了一定的利益，也无法成立无因管理。

二是管理人为避免他人利益遭受损失而管理他人事务。无因管理

通常要求他人的利益有现实的即将遭受损失的风险，管理人的目的是防止他人的利益消极减少。从本条规定来看，其对无因管理的范围进行了一定的限定，即管理人必须有避免他人利益受损的意愿，这实际上是延续了《民法通则》《民法总则》的立法经验，《民法通则》第93条规定：“没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失进行管理或者服务的，有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用。”《民法总则》第121条规定：“没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失而进行管理的人，有权请求受益人偿还由此支出的必要费用。”可见，《民法通则》与《民法总则》均将无因管理的范围限定为“为避免他人利益受损失”。《民法典》第979条延续了这一做法，将无因管理的范围限定为“为避免他人利益受损失”而管理他人事务。从域外法的经验来看，除此种避免他人利益受损失的无因管理类型外，一些国家和地区还承认了出于保存或者改善他人利益状况的无因管理类型。^[7]对此种类型的无因管理而言，被管理人的利益并没有遭受损失的风险，而管理人从事管理行为的目的在于为他人获得更多的利益。从司法实践来看，有的法院也承认了此种类型的无因管理，即主要以管理人的行为是否“符合受益人的真实意思”作为判断是否成立无因管理的条件，在本人追认的情形下，其也可以产生无因管理的法律效果。^[8]有学者主张，管理人为积极增加他人财产而实施管理行为也应当构成无因管理。^[9]但从我国《民法典》第979条规定来看，无因管理的范围仅限于管理人“为避免他人利益受损失而管理他人事务”的情形。

（三）管理人的管理行为符合受益人的真实意思

所谓管理人的管理行为符合受益人的真实意思，是指管理人的管理行为符合受益人明示或可推知的真实意思。从本条第1款规定来看，其并没有要求管理人的管理行为必须符合受益人的真实意思，而从本条第2款规定来看，在管理人事务不符合受益人真实意思时，管理人并不享有本条第1款所规定的权利，所以，按照体系解释，无因管理的成立要求管理人的管理行为应当符合受益人的真实意思。本条之所以要求无因管理的成立必须以管理人的管理行为必须符合受益人的真实意思为条件，主要是因为，无因管理制度需要妥当平衡管理人的利益与被管理人的利益，即其一方面需要鼓励助人为乐、保护管理人的利益，另一方面也应当避免被管理人的利益受到他人的不当干涉，尤其是违背被管理人的意愿而干涉其私人事务。^[10]如果管理人的行为违背了被管理人的真实意愿，则不构成本条所规定的无因管理，也无法产生无因管理所具有的违法阻却的法律效果。有学者认为，此种情形下，只要管理人的行为造成被管理人损害，不论管理人是否存在过错，其都应当对被管理人的损害承担赔偿责任。^[11]当

然，在管理人的管理行为不符合被管理人的真实意思的情形下，如果被管理人请求管理人承担侵权责任，其也应当举证证明管理人的行为符合侵权责任的成立要件。

管理人的管理行为符合被管理人的真实意思主要包括如下两种情形。

一是管理人的管理行为符合被管理人明示的意思。所谓被管理人明示的意思，是指被管理人明确表示出来的意思。被管理人明示的意思既包括是否允许他人管理其事务的意思，也包括有关其事务管理的时间、方式以及范围等方面的意思。如果被管理人事先已经就其相关事务的管理作出了明确指示，则管理人在管理其事务时，不得违反该明确指示，否则即可认定管理人的行为违反了被管理人明示的意思。例如，甲、乙是非常熟悉的邻居，甲的房屋年久未修且其多次向乙表示不想维修房屋，那么在甲外出时，乙对甲的房屋进行修缮的行为就是违背了甲明示的意愿。在无因管理中，管理人不得违反被管理人明示的意思，这也意味着，如果管理人能够及时联系到被管理人，则其应当及时联系被管理人，以确定其对于相关事务管理的意愿。当然，在管理人联系到被管理人后，如果被管理人拒绝管理人管理其事务，则管理人应当及时停止管理行为；如果被管理人委托管理人管理其事务，则可能在当事人之间成立委托合同关系，此时将不再构成无因管理，而应当根据委托合同的规则调整当事人之间的权利义务关系。

二是管理人的管理行为符合被管理人可得推知的意思。所谓被管理人可以推知的意思，是指根据客观情况推测被管理人是否允许他人管理其事务，以及允许他人以何种方式管理其事务的意思。在被管理人已经就其事务管理作出明确表示的情形下，管理人应当按照被管理人明示的意思管理其事务，但在某些情形下，被管理人事先可能并没有就其事务管理作出表示，或者被管理人虽然事先明确就其事务的管理作出了表示，但管理人可能并不知晓被管理人的意思，此时，管理人可以按照通常情况下可以推知的被管理人的意思来管理其事务。允许管理人按照被管理人可以推知的意思管理其事务，也意味着在管理人对被管理人明示的意思不知情的情形下，即便该推知的意思与被管理人明示的意思不符，也可以成立无因管理。当然，管理人在推知被管理人的意思时，应当根据客观情况，按照善良管理人的标准推测被管理人的真实意愿。^[12]

依据本条第2款的规定，如果管理事务不符合被管理人的真实意思，则管理人无权基于无因管理的规则向被管理人提出请求。具体而言：一是无权请求被管理人偿还因管理事务而支出的必要费用。也就是说，即便相关费用是管理人在管理活动中所支出的必要费用，管理

人也无权请求被管理人偿还。二是无权请求被管理人对其因管理事务所受到的损失予以适当补偿。当然，从本条第2款的但书规定来看，在受益人的真实意思违反法律或者违背公序良俗的情形下，即便管理人的管理行为不符合被管理人的真实意思，其也有权基于无因管理的规则请求被管理人偿还因管理事务所支出的必要费用，并请求被管理人适当补偿其在管理事务时所遭受的损失。例如，被管理人准备跳桥自杀，其真实意愿显然违背公序良俗，此时，管理人违背其意愿将其救起，该行为虽然违背被管理人的真实意思，但仍然构成无因管理。当然，在管理人的行为违背管理人的真实意思时，应当审慎认定其构成无因管理，以防止对他人私人事务的不当干预，因此，依据本条第2款规定，只有被管理人的真实意思违反法律规定或者违背公序良俗时，管理人才能违背其意愿实施管理行为。

三、无因管理的法律效果

（一）管理人的行为不构成侵权，无须承担侵权责任

一般而言，行为人未经许可擅自管理他人事务的，应当构成对他人私人事务的不当妨害，受害人有权请求行为人承担侵权责任，而在构成无因管理的情形下，管理人未经许可管理他人事务并不构成侵权，从这一意义上说，无因管理可以产生违法阻却的效果。无因管理之所以可以产生违法阻却的效果，主要是基于如下两个原因：一是无因管理制度的宗旨是鼓励人们之间友好互助的善行，从而弘扬人们互帮互助的社会风尚，因此，无因管理中管理人的行为本质上是社会鼓励的行为，这显然不同于受到法律消极评价的侵权行为。二是在无因管理中，管理人实施管理行为虽然未得到被管理人的授权，但其通常符合被管理人的真实意思，管理活动本身也是为了实现被管理人的利益，其不同于侵害被管理人权益的侵权行为。

从本条规定来看，其虽然没有明确规定无因管理具有阻却违法的效力，但从本条规定来看，在构成无因管理的情形下，管理人有权请求被管理人偿还其管理行为的必要费用支出，并有权请求被管理人对其所遭受的损失进行适当补偿，这实际上也间接肯定了无因管理具有阻却违法的效力。

（二）管理人可以请求受益人偿还因管理事务而支出的必要费用

依据本条规定，在成立无因管理的情形下，管理人有权请求被管理人偿还其因管理事务而支出的必要费用。所谓必要费用，是指管理人在从事管理活动时所必须支出的相关费用。也就是说，管理人在从事管理活动时，为了避免被管理人损害的发生或者扩大而必须支出的

有关费用。对该部分费用，管理人有权请求被管理人偿还，此处的偿还应当是全额偿还，即管理人有权请求被管理人偿还其所支出的全部必要费用。在判断某种费用支出是否合理时，应当以社会一般人实施管理行为时所支出的费用作为判断标准。^[13]与必要费用相对应的是有益费用，例如，甲收留迷路的儿童，为其提供的食宿费用以及医疗费用，即属于必要费用支出，而甲为该儿童报钢琴培训班所支付的培训费用则属于有益费用。有益费用虽然也有利于增加被管理人的利益，但我国《民法典》第979条仅将管理人的请求范围限定为必要费用支出，因此，此处的有益费用支出并不在被管理人偿还范围之内。有观点认为，如果管理人所实施的管理活动是职业性管理，则其也应当有权请求被管理人支付合理的报酬。^[14]此种观点具有一定的合理性，但从本条规定来看，管理人仅能请求被管理人偿还管理活动必要费用，即便管理人所实施的是职业性管理活动，其也仅能请求被管理人偿还管理活动的必要费用。

（三）管理人因管理事务受到损失的，可以请求受益人给予适当补偿

依据本条第1款规定，如果管理人因管理事务受到损失的，则其有权请求受益人给予适当补偿。管理人在管理受益人事务过程中，也可能遭受一定的损失。例如，甲在其院中摆放了几盆名贵兰花，在甲外出期间，突降大雨，其邻居乙为避免甲的兰花被大雨打坏，便将兰花搬至家中保管，乙在搬运过程中不慎滑倒摔伤，并因此花去部分医药费，该医药费损失即为管理人因管理事务所受到的损失。

对于管理人在管理事务时所遭受的损失，依据本条规定，管理人可以请求受益人给予适当补偿。所谓适当补偿，是指综合考虑管理人的损失情况、受益人的受益情况，以及双方当事人的经济状况等因素，确定受益人的补偿数额。适当补偿不同于完全赔偿，其只是在管理人损失的范围内予以适当的补偿。从本条规定来看，管理人在管理活动中受到一定损失的，其有权请求受益人予以适当补偿。但严格地说，此处的适当补偿并不是侵权责任，而只是一种损失分担方式。在管理人因管理活动受到损失的情形下，本条之所以规定管理人有权请求受益人适当补偿其损失，而没有规定受益人负有赔偿责任，主要原因在于，在管理人因管理活动遭受损失的情形下，受益人对损失的发生也不存在过错，受益人虽然因管理人的管理活动受有利益，但受益人并未实施侵权行为，因此，受益人只需对管理人的损害进行适当补偿，而不需要完全赔偿其损失。在我国责任保险制度尚不发达、社会保障制度并不健全的背景下，将适当补偿作为一种损失分担机制，有利于平衡各方当事人的利益关系，对于弘扬助人为乐的社会风尚具有重要意义。^[15]

第九百八十条

管理人管理事务不属于前条规定的情形，但是受益人享有管理利益的，受益人应当在其获得的利益范围内向管理人承担前条第一款规定的义务。

本条主旨

本条是关于不构成正当无因管理时法律效果的规定。

相关条文

《民法通则》第93条 没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失进行管理或者服务的，有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用。

《民法通则意见》第132条 民法通则第九十三条规定的管理人或者服务人可以要求受益人偿付的必要费用，包括在管理或者服务活动中直接支出的费用，以及在该活动中受到的实际损失。

《民法典》第121条 没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失而进行管理的人，有权请求受益人偿还由此支出的必要费用。

理解与适用

一、管理人的行为不构成正当无因管理的，受益人对管理人原则上不承担责任

（一）管理人的行为不构成正当无因管理的情形

从《民法典》第979条规定来看，正当无因管理的成立需要管理人有为他人管理事务的意思，且管理行为符合受益人的真实意思，因此，《民法典》第980条所规定的“管理人管理事务不属于前条规定的情形”主要包括如下情形。

1. 管理人没有为他人管理事务的意思而管理他人事务

成立无因管理的基本前提是管理人有为他人管理事务的意思，如

果管理人没有为他人管理事务的意思而管理他人事务，则不构成无因管理，其在学理上称为不真正无因管理。一般而言，不真正无因管理主要有如下几种类型：一是不法管理，即管理人明知是他人的事务而为自己的利益管理该事务。如前所述，管理人如果有为他人管理事务的意愿，则即便管理人也有实现自己利益的意思，仍可成立无因管理；但如果管理人并无为他人管理事务的意愿，而纯粹为自己的利益从事管理行为，则成立不法管理。例如，甲于宠物狗丢失后，发布悬赏广告寻找，乙在发现该宠物狗后，并没有联系甲将该宠物狗返还甲，而是将其带回家饲养，意图据为己有。在此种情形下，乙并没有为甲管理事务的意愿，其行为即构成不法管理。二是误信管理，即管理人误以为他人的事务是自己的事务，并进而实施管理行为。在误信管理的情形下，管理人并无为受益人管理事务的意愿，不成立无因管理。三是幻想管理，即管理人误以为自己的事务是他人的事务，而实施管理行为。在幻想管理中，管理人虽然有为他人管理事务的意愿，但由于其管理的是自己的事务，而非他人的事务，因此不成立无因管理。在上述情形下，由于管理人并没有基于为他人管理事务的意思而管理他人的事务，并不成立无因管理。

2. 管理人虽然有为他人管理事务的意思，但不符合受益人的真实意思

依据《民法典》第979条的规定，正当无因管理的成立要求管理人的管理行为应当符合受益人的真实意思，因此，即便管理人有为他人管理事务的意思，但如果管理人的管理行为不符合受益人的意思，也不成立正当无因管理，而成立不当无因管理。管理行为不符合受益人的真实意思主要包括两种情形：一是管理人违反受益人明示的意思，如受益人事先明确表示不需要他人管理其相关事务，而管理人违背受益人的意愿管理其事务的，则属于违反受益人明示的意思。二是管理人违反受益人可以推知的意思^[16]，即受益人事先并没有就其事务管理作出明确表示，但根据客观情况可以推知受益人的意思。例如，出售海鲜的商户甲因为家中有急事而离开商铺，其隔壁商铺的商户乙为避免甲的海鲜变质而帮助甲出售海鲜。在该案中，按照客观情况判断，乙帮助甲出售海鲜的行为应当是符合甲可以推知的意思，但如果乙以极低的价格出售甲的海鲜，则应当认定乙的行为违反了甲可以推知的意思。需要指出的是，受益人的真实意思既包括是否允许他人管理其事务的意思，也包括有关其事务管理具体时间、方式等方面的意思。

在管理人的管理行为不符合受益人真实意思的情形下，除了符合《民法典》第979条第2款的规定之外，管理人的行为通常不会转化为

正当无因管理，不产生无因管理的法律效果。但是如果管理行为客观上利于受益人，而受益人又主张享有管理利益的，则可以在一定程度上矫正不正当无因管理的效果，管理人可以在受益人获得利益的范围内依据无因管理的规定，向本人主张权利。^[17]

（二）管理人的行为不构成正当无因管理时，受益人对管理人原则上不承担偿还义务和适当补偿义务

从本条规定来看，在管理人的行为不构成正当无因管理时，如果受益人不主张享有管理利益，则其无须对管理人负担《民法典》第979条所规定的责任。也就是说，在管理人的行为不构成正当无因管理时，受益人对管理人原则上不承担偿还义务和适当补偿义务，因为在管理人的行为不构成正当无因管理的情形下，管理人管理他人事务要么是为了自己的利益而管理他人事务，要么管理人虽然有为他人管理事务的意愿，但管理行为不符合受益人的意愿，这两种情形均构成对他人私人事务的不当干涉，违背了无因管理制度的立法宗旨，此时，管理人的行为并不具有违法阻却的效力，应当构成侵权，管理人作为侵权人，无权请求被管理人偿还因管理行为所支出的必要费用，也无权请求被管理人适当补偿其损失。而被管理人作为遭受损害的一方，则有权依法请求管理人承担侵权责任。

需要指出的是，在管理人的行为不构成正当无因管理的情形下，管理人的行为在客观上可能使受益人获得一定的利益，此时，能否认定管理人的行为构成正当无因管理？从本条规定来看，只要管理人的行为不符合《民法典》第979条的规定，均不成立正当无因管理，在受益人不主张享有管理利益时，其无须对管理人负担必要费用偿还义务和适当补偿义务。

二、不构成正当无因管理而受益人主张享有管理利益的法律效果

在管理人的行为不构成正当无因管理的情形下，管理人的行为构成侵权，但如前所述，即便管理人的行为不构成正当无因管理，但该管理行为在客观上可能产生一定的利益^[18]，如果受益人主张管理人的行为构成侵权，并请求管理人承担侵权责任，则其将无权主张保有相关的管理利益，这就不利于剥夺管理人的不法获利。在管理人的行为不构成正当无因管理的情形下，本条规定允许受益人主张享有管理利益，实际上是赋予受益人选择权，即在管理人获利较少而给受益人造成的损害较大时，受益人可以选择请求管理人承担侵权责任；而在管理人获利较多而给受益人造成的损害较小时，受益人可以选择主张享有管理利益，从而请求管理人返还因管理活动而获得的利益。在不构成正当无因管理的情形下，赋予受益人选择权，有利于剥夺管理人

的不法获利，也可以在一定程度上具有损害预防的功能。例如，甲将其电脑（价值2 000元）交由乙保管，乙未经甲的同意擅自将该电脑以3 000元的价格卖给丙。在本案中，如果甲请求乙承担侵权责任，则只能请求乙赔偿2 000元，而如果甲主张享有管理利益的，则可以请求乙返还3 000元，这显然更有利于剥夺行为人的不法获利。

所谓受益人享有管理利益，是指管理人的管理行为在客观上有利于受益人，避免受益人的利益消极减少，或者在客观上增加其利益，而受益人主张享有该利益。受益人在主张享有管理利益时，既应当包括其财产免遭损失所获得的利益，也包括其财产增值所获得的利益。^[19]依据本条规定，在不构成正当无因管理的情形下，如果受益人主张享有管理利益，将产生如下法律效果。

第一，管理人的行为具有阻却违法的效力。从本条规定来看，在受益人主张享有管理利益时，管理人将有权依据《民法典》第979条向受益人提出请求，这实际上是适用无因管理的规则确定当事人之间的权利义务关系，据此可以认为，从法律效果上看，在受益人主张享有管理利益时，类似于对非正当无因管理行为的一种追认，在法律效果上对正当无因管理的规则进行部分准用。因此，在受益人主张享有管理利益时，管理人的行为也因此具有阻却违法的效力，受益人不得再请求管理人承担侵权责任。

第二，管理人有权依据《民法典》第979条请求受益人承担偿还和适当补偿义务。依据本条规定，在受益人主张享有管理利益时，“受益人应当在其获得的利益范围内向管理人承担前条第一款规定的义务”，这也意味着管理人有权向受益人提出如下请求：一是请求受益人偿还因管理事务而支出的必要费用。例如，在前述出卖电脑的案例中，如果乙为出卖电脑也支出了一些必要费用，则其有权请求甲偿还该必要费用。二是请求受益人对其因管理活动而遭受的损失进行适当补偿。如果受益人在管理事务的过程中遭受损失的，其有权请求受益人予以适当补偿。

第三，受益人仅在获得的利益范围内向管理人承担责任。依据本条规定，在受益人主张享有管理利益时，其法律效果虽然与正当无因管理类似，但也不完全相同，受益人仅在其获得利益的范围内向管理人承担偿还义务和适当补偿其损失的义务。也就是说，在不构成正当无因管理的情形下，即便受益人主张享有管理利益，其也仅在获得利益的范围内向管理人承担责任。法律作出此种规定也是为了更好地实现当事人之间权利义务关系的平衡。

第九百八十一条

管理人管理他人事务，应当采取有利于受益人的方法。中断管理对受益人不利的，无正当理由不得中断。

本条主旨

本条是关于管理人管理他人事务方法的规定。

相关条文

《民法通则》第93条 没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失进行管理或者服务的，有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用。

《民法典》第121条 没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失而进行管理的人，有权请求受益人偿还由此支出的必要费用。

理解与适用

一、管理人应当采取有利于受益人的方法管理其事务

无因管理制度旨在鼓励人们之间的友好互助行为，管理人在管理事务时，应当尽可能地采取有利于受益人的方法管理他人事务，这样才能最大限度地符合无因管理制度设立的本旨。从本条规定来看，管理人管理他人事务应当采取有利于受益人的方法，其包含两方面的含义：一是管理人开始管理活动时，应当采取有利于受益人的方法；二是管理人在管理他人事务的过程中，应当采取有利于受益人的方法。

《民法典》第979条要求管理人管理事务应当符合本人的真实意思，也体现了这一要求，因为通常情况下，受益人的意思都是对自己有利的。如果受益人事前对管理事务作出明确指示的，或者管理人能够及时与受益人取得联系的，则其应当及时探求受益人的真实意思，并以符合受益人真实意思的方式管理其事务。如果受益人事先没有对其事务管理作出明确表示，或者管理人并不知道受益人的真实意思，且无法及时与受益人取得联系的，则管理人应当综合考虑客观情况，探求受益人的真实意思，并按照善良管理人的标准确定管理受益人事

务的方法，尤其应当考虑管理事务的成本与受益人从管理中能够获得的利益之间的关系。例如，甲、乙为邻居，甲的房子年久失修，随时可能坍塌，在甲外出后，如果乙打算帮助甲修缮房屋，首先应当探求甲是否有修缮房屋的意愿，如果无法探求甲的真实意愿，则应当按照善良管理人的标准实施管理行为，并需要考虑修缮该房屋的费用是否合理，如果修缮房屋的成本较高，甚至高于重新建造房屋的成本，而修缮的效果一般，则乙不得擅自为甲修缮房屋，否则很难认定其采取了有利于受益人的方法管理其事务。

当然，在具体个案中，法官在判断管理人是否采取了有利于受益人的方法管理受益人的事务时，不能仅考虑管理人为实施管理活动而支出的成本与受益人获得利益的情况，而应当考虑管理事务的具体情形，综合考虑管理人、受益人以及管理事务的性质、管理事务的方法等多种因素，具体判断管理人是否采取了有利于受益人的方法管理事务。

此外，本条规定只是要求管理人采取有利于受益人的方法管理其事务，即便管理人没有采取最有利于受益人的方法管理其事务，也不应当据此认定管理人未尽到其管理职责。因为同一事务的管理可能有多种方法，管理人在管理事务时很难对哪一种方法最有利于受益人作出准确判断，尤其是在紧急情况下，更不宜对管理人的选择进行严格要求，因此，只要管理人采取了有利于受益人的方法管理其事务，即可认定其尽到了管理职责。

二、管理活动开始后，管理人负有继续管理的义务

一般而言，管理活动一旦开始，在受益人未明确通知管理人停止管理活动时，管理人不得擅自中断管理活动，管理人此种继续管理活动的义务也称为“继续管理义务”^[20]，该义务也得到了许多国家立法的认可。^[21]在管理活动开始后，管理人之所以负有继续管理义务，主要是因为，在管理活动开始后，受益人的事务已经处于被管理过程之中，此时，管理人擅自中断管理活动的，可能导致受益人损失的发生或者扩大。法律对管理人的继续管理义务作出规定，有利于保护受益人的利益，同时也可以为管理人的管理行为起到一定的指引作用。也就是说，管理人在决定是否管理他人事务时，应当慎重考虑自己的时间和能力，以免因为任意中断管理行为给受益人造成损失。

在无因管理中，虽然管理人负有继续管理的义务，但从本条规定来看，中断管理活动对受益人更为不利时，管理人无正当理由不得中断管理活动。这也意味着，如果管理活动不利于受益人，则管理人应当及时中断管理活动，这也符合无因管理制度的本旨。无因管理制度

提倡人们之间的互帮互助，管理人在没有法律上原因管理他人事务时，应当以有利于受益人的方式管理他人事务，但管理人在管理事务的过程中，如果客观情况发生变化，继续管理事务不利于保护受益人的利益，甚至可能造成受益人损失的发生或者扩大，此时，管理人应当及时中断管理活动。^[22]此种情形下，在管理人中断管理活动后，即便因此造成受益人的损失，管理人也无须承担责任。

三、中断管理对受益人不利的，管理人无正当理由不得中断管理

通常情况下，管理活动一旦开始，管理人即负有继续管理义务，直至管理事务完成；如果管理事务不利于受益人，则管理人应当及时中断管理活动。但在特殊情况下，虽然继续管理活动不利于保护受益人的利益，但中断管理活动会使受益人遭受更大的损失，则两害相权取其轻，管理人仍应当继续管理活动。因此，本条第2句规定：“中断管理对受益人不利的，无正当理由不得中断。”所谓中断管理对受益人不利，是指将管理人中断管理活动的后果与管理人继续管理活动的后果相比较，而中断管理活动的后果对受益人更为不利。此种情形下，管理人无正当理由不得中断管理活动。如果中断管理活动对受益人不利，而管理人无正当理由擅自中断管理活动的，其应当对受益人损失扩大的部分承担责任。

当然，从本条规定来看，在管理人有正当理由的情形下，即便中断管理活动对受益人不利，管理人也可以中断管理活动。关于“正当理由”的内涵，本条并没有作出明确规定，这一不确定概念需要在个案中进行具体认定。有观点主张，如果因客观情况发生变化，导致管理人没有时间和精力继续管理活动，如管理人因自己财产状况发生变化，或者自身能力发生变化，无法继续管理事务，即应当认定管理人有正当理由中断管理活动。^[23]此种观点值得赞同。在管理人有正当理由时，即便中断管理活动对受益人不利，管理人也有权中断管理活动，而且此种情形下，管理人是依法中断管理活动，即便因此造成受益人损害的，管理人也无须承担责任。

第九百八十二条

管理人管理他人事务，能够通知受益人的，应当及时通知受益人。管理的事务不需要紧急处理的，应当等待受益人的指示。

本条主旨

本条是关于管理人通知义务的规定。

相关条文

《民法通则》第93条 没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失进行管理或者服务的，有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用。

《民法总则》第121条 没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失而进行管理的人，有权请求受益人偿还由此支出的必要费用。

理解与适用

一、管理人负有及时通知受益人的义务

依据本条规定，在无因管理中，管理人负有及时通知受益人的义务，法律之所以规定管理人及时通知的义务，是因为在无因管理中，管理人管理他人事务本身没有法律上的原因，从某种意义上而言，是对他人私人事务的一种介入，在管理人能够通知受益人时，其应当及时通知受益人，以确定受益人对其事务管理的真实意思。也就是说，在受益人对管理事务作出明示时，管理人应当按照受益人明示的意思管理其事务，只有在无法取得受益人明示的意思，或受益人的意思违背公序良俗时，才能按照其推定的意思进行管理。^[24]在管理人及时通知受益人后，如果受益人不同意管理人管理其事务，则管理人应当及时终止管理活动，并将管理事务的相关情况及时告知受益人；如果受益人同意管理人管理其事务，则管理人及时通知受益人，也有利于明确受益人在其事务具体管理方面的真实意思。

从本条规定来看，管理人及时通知受益人的义务主要包括如下几方面内容。

一是通知的方式。从本条规定来看，其只是规定管理人负有及时通知受益人的义务，而没有对其通知的具体方式作出限定。这也意味着管理人既可以书面通知受益人，也可以口头通知受益人，甚至还可以采用公告通知的方式，只要能够及时通知受益人，管理人可以通过各种方式作出通知。

二是通知的对象为受益人。也就是说，管理人原则上应当将管理活动的情况及时通知受益人本人，当然，如果受益人事先指定了管理

人通知的对象，则管理人也可以将管理活动的情况及时通知受益人指定的人。

三是通知的内容为管理活动的相关情况，即管理人应当将管理活动开始的情况以及管理活动的过程、方式等内容及时通知受益人。

四是通知的时间。从本条规定来看，管理人应当“及时”通知受益人，何为“及时”，本条并没有作出规定，而应当在个案中进行具体判断。但既然管理人负有“及时”通知受益人的义务，也意味着管理人应当尽可能早地通知受益人，而不能一概在管理活动结束后再履行通知义务。一般而言，在管理人开始管理活动时，其就应当及时通知受益人；如果管理人在开始管理活动时无法联系受益人，则其在管理活动过程中也应当负有及时通知受益人的义务。

当然，从本条规定来看，管理人负有通知义务的前提是管理人“能够通知受益人”，如果管理人客观上无法通知受益人，则其并不负有通知受益人的义务。例如，管理人与受益人素不相识，管理人客观上无法通知受益人，此时，管理人即不再负有通知受益人的义务。在客观上无法及时通知受益人时，管理人就可以根据客观情况推断受益人的真实意思，并据此开展管理活动，即便管理人根据客观情况所推断的受益人的意思与其真实意思不符，管理人的行为也应当构成正当的无因管理，管理人的行为具有阻却违法的效力，其也有权基于《民法典》第979条的规定向受益人提出请求。

关于管理人违反通知义务的后果，本条并没有作出明确规定。在此需要结合《民法典》第979条的规定予以确定，依据《民法典》第979条第1款的规定，正当无因管理的成立需要管理人的管理活动符合受益人的真实意思，《民法典》第982条规定管理人负有及时通知受益人的义务，该规则的目的之一也在于确定受益人的真实意思。因此，在管理人能够及时通知受益人而未及时通知的情形下，管理人只能根据客观情况推断受益人的真实意思，如果该推断的意思与受益人的真实意思相符合，则管理人的管理行为将成立正当的无因管理，其行为具有阻却违法的效力，管理人也有权依据《民法典》第979条的规定向受益人提出请求。在管理人所推断的意思与受益人的真实意思不符合的情形下，由于受益人本可通过通知受益人的方式探求其真实意思，而管理人违反通知义务，导致其管理活动不符合受益人的真实意思，此时，管理人的行为将不构成正当的无因管理。当然，在管理人能够及时通知受益人之前，管理人按照可以推断的受益人的意思而从事的管理活动仍然构成正当无因管理，在管理人能够通知而未通知受益人之后，管理人违反受益人意思而从事的管理行为才不构成正当的无因管理。当然，依据本条第2句的规定，可以认为，在紧急情况

下，如果相关事务需要紧急处理的，管理人虽然应当通知受益人，但并不需要等待受益人的指示，此种情形下，即便管理人没有及时通知受益人，也不能当然认定其构成不当无因管理。

二、管理的事务不需要紧急处理的，管理人应当等待受益人的指示

（一）管理的事务需要紧急处理的，管理人不需要等待受益人的指示

所谓管理的事务需要紧急处理，是指受益人的人身或者财产状况处于危急状态，迫切需要管理人及时进行管理，否则可能导致受益人或者其他主体利益的重大损害。例如，在发生交通事故后，受害人急需送医救治，此时，管理人在实施管理行为时，就不需要等待受益人的指示。由于管理人在紧急情况下难以作出准确判断，因此，从域外法的经验来看，管理人在紧急情况下管理他人事务的，一般都在一定程度上降低了管理人的注意义务要求。例如，《德国民法典》第680条规定：“事务管理以避开可能对本人发生的急迫危险为目的的，管理人只需对故意和重大过失负责。”法律作出此种规定的目的在于鼓励人们在紧急情况下实施互助行为，这也是为了更为及时地对受益人进行救助。

在我国司法实践中，对于管理人在紧急情况下所实施的管理活动而言，法院通常直接认定管理人的行为符合受益人的意思。^[25]我国《民法典》并没有对紧急情况下的无因管理规则作出细化规定，但在规定管理人的通知义务时，也对紧急情况下管理人的管理行为作出了规定。依据本条规定，管理的事务不需要紧急处理的，则管理人应当等待受益人的指示，按照反面解释规则，在管理的事务需要紧急处理时，管理人就不需要等待受益人的指示。因为在紧急情况下，如果管理人在通知受益人后仍需要等待受益人的指示，则可能错过最佳的救助时机，导致受益人及其他主体损害的发生和扩大。此时，管理人并不需要等到受益人的指示，而可以直接管理受益人的事务。当然，如果管理人在管理活动中故意损害受益人的利益，或者因重大过失造成受益人的损失，则其也应当对此承担损害赔偿责任。

需要指出的是，从本条规定来看，在紧急情况下，管理人管理受益人的事务只是不需要等待受益人的指示，但在管理人能够及时通知受益人的情形下，管理人仍应当按照本条第1句的规定履行通知义务。

（二）管理的事务不需要紧急处理的，管理人应当等待受益人的指示

依据本条第2句的规定，如果管理人的事务不需要紧急处理，则

管理人应当等待受益人的指示。法律作出此种规定也是为了更好地平衡当事人之间的利益关系，即无因管理制度意在鼓励人们之间互帮互助，但也要避免对他人私人事务的过度干预，因此，如果管理事务不需要紧急处理，则管理人在通知受益人之后，应当等待受益人的指示，以避免对其私人事务的过度干预。

本条中所规定的受益人的指示包括受益人指示管理人是否继续管理其事务，如受益人在收到管理人的通知后，拒绝管理人管理其事务，并指示管理人停止管理行为；受益人的指示也包括受益人指示管理人管理其事务的具体方式，如受益人指示管理人按照何种方式管理其事务。与此相对应，管理人在通知受益人后，也需要等待受益人的指示，以确定是否继续管理其事务。

受益人在收到管理人的通知后，有权选择是否允许管理人管理其事务，如果受益人同意管理人管理其事务，并且对事务的管理作出指示的，可以认为受益人对管理人管理其事务的行为作出了追认，依据《民法典》第984条的规定，从管理事务开始时起，适用委托合同的规则确定当事人之间的权利义务关系。如果受益人在收到管理人的通知后，拒绝管理人管理其事务，并指示管理人终止管理行为的，管理人继续管理其事务，即构成对受益人明示意思的违反，将不成立正当的无因管理，而应当构成侵权，受益人有权依法请求管理人承担侵权责任。

一般而言，管理人在通知本人之后，应当等待本人的指示，并按照本人的指示进行管理。在此需要探讨的是，如果受益人在收到管理人的通知后，既没有明确同意管理人管理其事务，也没有明确指示管理人终止管理其事务，而是保持沉默，此时，能否认定受益人默示承认了管理人的管理行为？对此，有观点主张，如果本人在接到通知后没有明确表示反对，可以视为管理人得到了本人的默示同意。^[26]笔者认为，此种观点值得商榷。如果受益人在收到管理人的通知后未作出同意或者拒绝管理人管理行为的表示的，除管理事务需要紧急处理的情形外，管理人不得继续管理受益人的事务，主要理由在于：一方面，从《民法典》第982条第2句规定来看，在管理的事务不需要紧急处理时，管理人应当等待受益人的指示，这也意味着，管理人应当停止其管理行为，等待受益人的指示，而不得继续其管理活动。另一方面，受益人在收到管理人的通知后，如果保持沉默，在法律上应当构成缄默，依据《民法典》第140条第2款的规定，“沉默只有在有法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯时，才可以视为意思表示”，因此，在受益人保持沉默的情形下，不应当认定其默示承认了管理人的管理行为，管理人应当停止其管理行为，以等待受益人

的指示。

第九百八十三条

管理结束后，管理人应当向受益人报告管理事务的情况。管理人管理事务取得的财产，应当及时转交给受益人。

本条主旨

本条是关于管理活动结束后管理人报告义务和转交财产义务的规定。

相关条文

《民法通则》第93条 没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失进行管理或者服务的，有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用。

《民法典》第121条 没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失而进行管理的人，有权请求受益人偿还由此支出的必要费用。

理解与适用

一、管理结束后，管理人对受益人负有报告义务

管理结束后，管理人对受益人负有报告义务，此处的报告义务是指在管理事务结束后，管理人应当向受益人提供关于管理事务的相关资料，并向受益人报告管理事务的情况，其目的在于使受益人了解其事务管理的状况和过程。在无因管理中，管理人之所以负担报告义务，主要是因为受益人通常对管理人管理活动的细节、管理方式等并不知情，课以管理人报告义务，能够使受益人了解其事务管理的详细情况，有利于受益人准确判断管理人的管理行为是否符合其真实意思，也有利于判断管理人是否尽到了管理职责，避免和减少将来可能发生的纠纷。

关于管理人报告义务的内容，本条并没有作出细化规定。管理人报告的内容通常包括管理人活动的整体情况、管理活动的收支情况等

内容，从而使受益人准确了解管理活动的全貌。如果受益人认为管理人报告的内容不够详细，并请求管理人继续报告与管理事务相关的其他情况时，只要提供该报告内容不会不当增加管理人的负担，管理人应当如实提供。

关于管理人履行报告义务的方式，本条并没有作出要求，这也意味着，管理人既可以以口头形式报告，也可以以书面形式报告。如果管理事务复杂，所涉当事人权利义务关系较为烦琐，则管理人以书面形式向受益人报告，更有利于减少纠纷的发生。

二、管理人管理事务取得的财产，应当及时转交给受益人

依据本条规定，管理人在管理事务过程中所取得的财产，应当及时转交给受益人。在管理活动结束后，管理人所负有的计算并返还基于管理事务所取得财产的义务也被称为结算义务或计算义务。^[27]依据本条规定，管理人在管理活动中所取得的各种财产，不论是金钱，还是其他财产形式，管理人均负有转交受益人的义务。管理人应当及时将有关财产转交给受益人。所谓及时，是指在条件允许的情况下，管理人应当立即将有关财产转交给受益人，而不得无故拖延交付。如果管理人迟延交付有关财产，则应当自迟延交付之日起支付相应的利息。法律规定管理人负有转交财产于受益人的义务，一方面是为了保护受益人的利益，因为该利益产生于受益人事务管理过程中，应当归属于受益人；另一方面，课以管理人转交财产于受益人的义务，在客观上也具有剥夺管理人获利的功能，这也在一定程度上有利于遏制行为人出于获利的目的而不当管理他人事务，甚至过度恶意管理他人事务的行为。此外，从本条规定来看，只要成立无因管理，管理人即负有转交财产给受益人的义务，而不以受益人遭受一定损害为条件。

需要指出的是，本条所规定的管理人转交财产于受益人的义务不仅适用于正当无因管理，也可能适用于《民法典》第980条所规定的不构成正当无因管理的情形。一般而言，在不构成正当无因管理的情形下，管理人的管理行为要么不符合受益人的真实意思，要么管理人没有为受益人管理的意思，其本质上属于侵权行为，但在此种情形下，管理人可能在管理活动中获得大量的收益，而通过侵权损害赔偿和不当得利制度可能难以有效剥夺管理人的不法获利，因此，我国《民法典》第980条赋予了受益人主张享有管理利益的权利，以更好地保护受益人的利益，并剥夺管理人的不法获利。在不构成正当无因管理的情形下，如果受益人主张享有管理利益，则管理人也应当依据《民法典》第983条的规定，对受益人负担及时转交财产的义务。也就是说，在不构成正当无因管理的情形下，如果管理人选择主张享有管理利益，则管理人应当履行计算义务并及时将相关财产转交给受益

人。^[28]比较法上也存在类似的做法。^[29]

第九百八十四条

管理人管理事务经受益人事后追认的，从管理事务开始时起，适用委托合同的有关规定，但是管理人另有意思表示的除外。

本条主旨

本条是关于受益人事后追认管理人管理事务法律效果的规定。

相关条文

《民法通则》第93条 没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失进行管理或者服务的，有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用。

《民法典》第121条 没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失而进行管理的人，有权请求受益人偿还由此支出的必要费用。

理解与适用

本条是关于受益人事后追认管理人管理事务法律效果的规定。从该条规定来看，如果受益人事后对管理人管理事务的行为进行追认，则适用委托合同的有关规定确定当事人之间的权利义务关系，但如果管理人对此另有意思表示，则不适用委托合同的有关规定。具体而言，可以从如下几方面理解本条规定。

（一）管理人管理事务经受益人事后追认的，适用委托合同的规定确定当事人之间的权利义务关系

无因管理与委托合同具有相似性，二者都涉及一方为他方处理事务，不论是处理事务的范围，还是处理事务的具体方式等，二者均具有相似性。例如，在管理事务结束后，不论是管理人还是受托人，均负有转交财产的义务。二者的主要区别在于，在无因管理中，管理人为受益人处理事务并没有法律上的原因，而在委托合同中，受托人是基于与委托人之间的合同关系、受委托人的委托而为其处理事务。无

因管理之所以被视为“准契约”，在于管理人虽然没有管理的义务，但法律想要使其发生与订立合同相同的效果。^[30]比较法上关于无因管理人的报告义务也多准用委托合同中的受托人条款。^[31]正是因为无因管理与委托合同存在密切关联，所以，《德国民法典》将无因管理的规则规定在委托合同之后。我国《民法典》第984条规定在受益人事后追认管理人管理事务的行为后，适用委托合同的有关规定，也彰显了无因管理与委托合同之间的关联性。

依据本条规定，在受益人事后追认管理行为的情形下，从管理事务开始时起，适用委托合同的有关规定。所谓受益人事后追认，是指受益人事后认可管理人管理其事务的行为，并明确同意管理人处理其事务。从本条规定来看，其只是规定受益人事后追认管理人的管理行为，而没有对追认的方式作出规定，这也意味着，受益人可以以口头或者书面形式对管理人的管理行为进行追认，也可以通过行为的方式进行追认。但无论如何，必须确定受益人有追认管理人管理行为的意思，如果根据客观情况难以确定受益人有追认的意思，则应当认定受益人并未作出追认。例如，管理人在对受益人作出通知后，如果受益人对此保持沉默，或者受益人只是表示知道管理人的管理行为，而没有明确作出追认的意思，则不宜认定受益人已经追认管理人的管理行为。当然，受益人的追认并不以管理人对其作出通知为条件，受益人既可以在管理人对其作出通知之后追认管理人的管理行为，也可以是受益人在知道管理人的管理行为之后主动追认。在无因管理中，受益人的追认应当是一种事后追认，因为无因管理是管理人没有法律上的原因而管理他人事务，如果受益人事先对管理人作出了授权，则管理人管理受益人的事务属于有法律上原因的管理，无法成立无因管理。

依据本条规定，受益人的追认行为将产生溯及既往的效力，即在受益人追认后，将“从管理事务开始时起”，适用委托合同的有关规定。所谓“适用委托合同的有关规定”，是指根据委托合同的有关规则确定当事人之间的权利义务关系，其主要包括如下几方面的内容。

一是受益人应当支付处理事务的费用。《民法典》第921条规定：“委托人应当预付处理委托事务的费用。受托人为处理委托事务垫付的必要费用，委托人应当偿还该费用并支付利息。”据此，受益人应当向管理人支付处理事务的费用，如果管理人垫付了管理事务的必要费用，受益人应当偿还该费用并支付利息。

二是管理人应当按照受益人的指示管理其事务。《民法典》第922条规定：“受托人应当按照委托人的指示处理委托事务。需要变更委托人指示的，应当经委托人同意；因情况紧急，难以和委托人取得联系的，受托人应当妥善处理委托事务，但是事后应当将该情况及时

报告委托人。”该条对受托人按照委托人指示处理事务的规则作出了规定，在管理人的管理行为经受益人追认后，该规则也适用于管理人。

三是管理人原则上应当亲自管理受益人的事务。《民法典》第923条规定：“受托人应当亲自处理委托事务。经委托人同意，受托人可以转委托。转委托经同意或者追认的，委托人可以就委托事务直接指示转委托的第三人，受托人仅就第三人的选任及其对第三人的指示承担责任。转委托未经同意或者追认的，受托人应当对转委托的第三人的行为承担责任；但是，在紧急情况下受托人为了维护委托人的利益需要转委托第三人的除外。”在受益人追认后，该条规定也适用于管理人。

四是管理人应当负担报告义务。《民法典》第924条规定：“受托人应当按照委托人的要求，报告委托事务的处理情况。委托合同终止时，受托人应当报告委托事务的结果。”也就是说，在经受益人追认后，不论是管理事务过程中，还是管理活动终止后，管理人均应当依法负担报告义务。

五是管理人负有转交财产的义务。《民法典》第927条规定：“受托人处理委托事务取得的财产，应当转交给委托人。”依据《民法典》第983条的规定，管理人负有转交财产于受益人的义务，《民法典》第927条同样规定了受托人转交财产的义务，其也适用于管理人。

六是管理人因故意或者重大过失造成受益人损失的责任。依据《民法典》第929条的规定，“无偿的委托合同，因受托人的故意或者重大过失造成委托人损失的，委托人可以请求赔偿损失”。由于无因管理中管理人并无报酬请求权，因此，在适用委托合同的规则时，应当适用无偿委托的规则，即在管理人因故意或者重大过失造成受益人损失时，管理人才承担赔偿责任。

七是管理人的损害赔偿请求权。《民法典》第930条规定：“受托人处理委托事务时，因不可归责于自己的事由受到损失的，可以向委托人请求赔偿损失。”依据《民法典》第979条的规定，“管理人因管理事务受到损失的，可以请求受益人给予适当补偿”，而在受益人追认管理人的管理行为后，依据《民法典》第930条的规定，管理人在管理活动中因不可归责于自己的事由受到损失的，有权请求受益人赔偿，这就改变了《民法典》第979条的规定，更有利于保护管理人的利益。

（二）管理人另有意思表示的，受益人追认管理行为的，无法适用委托合同的有关规定

依据本条规定，如果管理人另有意思表示，则即便受益人追认管理人的管理行为，也无法适用委托合同的有关规定确定当事人之间的权利义务关系。法律作出此种规定的原因在于，委托合同的成立需要当事人双方就委托事务的处理达成合意，在无因管理中，管理人管理事务的行为并不是向受益人发出的订立合同的要约，受益人追认的行为也不是承诺，在受益人追认后，适用委托合同的规则确定当事人之间的权利义务关系，一方面是因为委托合同与无因管理之间的关联密切；另一方面是因为，在受益人追认的情形下，类似于在当事人之间拟制成立委托合同关系，但其前提是管理人同意此种拟制。因此，如果管理人对此另有意思表示的，则无法适用委托合同的有关规定。当然，依据本条规定，只有在管理人另有意思表示时，才不适用委托合同的有关规定，管理人另有意思表示既可以明确作出意思表示，也可以通过行为作出，在受益人追认后，如果管理人保持沉默，则不能认定管理人另有意思表示，此时仍可适用委托合同的有关规定。

注释：

[1]第三分编“准合同”并非“典型合同”，但因其内容较少，故将其置于本书。

[2]参见王利明：《债法总则研究》，北京，中国人民大学出版社2015年版，第517-523页。

[3]参见王利明：《准合同与债法总则的设立》，载《法学家》2018年第1期。

[4] Hans Brox, Besonders Schuldrecht, Muenchen, 2007, S. 418.

[5]参见王利明：《债法总则研究》，北京，中国人民大学出版社2015年版，第536-537页。

[6]参见[德]冯·巴尔等：《欧洲私法的原则、定义与示范规则：欧洲示范民法典草案：第五卷至第七卷》，王文胜等译，北京，法律出版社2014年版，第36-37页。

[7]参见眭强龙：《无因管理中的本人意思》，载《西南政法大学学报》2019年第3期。

[8]参见眭强龙：《无因管理中的本人意思》，载《西南政法大学学报》2019年第3期。

[9]参见王利明：《债法总则研究》，北京，中国人民大学出版社2015年版，第535-537页。

- [10]参见黄立：《民法债编总论》，北京，中国政法大学出版社2002年版，第171页。
- [11]参见黄立：《民法债编总论》，北京，中国政法大学出版社2002年版，第174页。
- [12] BGHZ 138, 281.
- [13]参见王利明：《债法总则研究》，北京，中国人民大学出版社2015年版，第550页。
- [14]参见李中原：《论无因管理的偿还请求权》，载《法学》，2017年第12期。
- [15]参见王轶：《作为债之独立类型的法定补偿义务》，载《法学研究》，2014年第2期。
- [16]参见王泽鉴：《债法原理》，北京，北京大学出版社2013年版，第328页。
- [17]参见郑玉波：《民法债编总论》，北京，中国政法大学出版社2004年版，第85页。
- [18]参见[德]冯·巴尔等：《欧洲私法的原则、定义与示范规则：欧洲示范民法典草案：第五卷至第七卷》，王文胜等译，北京，法律出版社2014年版，第36-37页。
- [19]参见杜景林、卢谌：《德国民法典评注：总则·债法·物权》，北京，法律出版社2011年版，第405页；另参见《德国民法典》第684条。
- [20]王利明：《债法总则研究》，北京，中国人民大学出版社2015年版，第547页。
- [21]参见《法国民法典》第1373条，《意大利民法典》第2028条，《日本民法典》第700条。
- [22]参见王泽鉴：《债法原理》，北京，北京大学出版社2013年版，第324页。
- [23]参见[德]冯·巴尔等：《欧洲私法的原则、定义与示范规则：欧洲示范民法典草案：第五卷至第七卷》，王文胜等译，北京，法律出版社2014年版，第101页。
- [24] Hans Brox, Besonders Schuldrecht, Muenchen, 2007, S. 418.
- [25]参见眭强龙：《无因管理中的本人意思》，载《西南政法大学学报》2019年第3期。
- [26]参见李先波：《债法专论》，北京，法律出版社2009年版，第253-254页。
- [27]参见张俊浩：《民法学原理》，北京，中国政法大学出版社2001年版，第857

页；王泽鉴：《债法原理》，北京，北京大学出版社2013年版，第324页。

[28]参见郑玉波：《民法债编总论》，北京，中国政法大学出版社2004年版，第82页。

[29]《德国民法典》第687条对不法无因管理作了规定，该条第2款规定：“某人虽知道自己无权将他人事务当做自己的来对待却这样做，本人可以主张因第677条、第678条、第681条而发生的请求权。本人主张这些请求权的，依第684条第1句对管理人负有义务。”依据这一规定，在构成不法无因管理的情形下，行为人的行为构成侵权行为，但本人可以选择依据无因管理的规定向行为人提出请求。

[30]参见[德]维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》（下册），迟颖译，北京，法律出版社2012年版，第126-127页。

[31]参见张青政：《无因管理中管理人的义务与权利》，载《山西高等学校社会科学学报》2003年第5期。

第二十九章 不当得利

第九百八十五条

得利人没有法律根据取得不当利益的，受损失的人可以请求得利人返还取得的利益，但是有下列情形之一的除外：

- （一）为履行道德义务进行的给付；
- （二）债务到期之前的清偿；
- （三）明知无给付义务而进行的债务清偿。

本条主旨

本条是关于不当得利法律效果的规定。

相关条文

《民法通则》第92条 没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人。

《民法通则意见》第131条 返还的不当利益，应当包括原物和原物所生的孳息。利用不当得利所取得的其他利益，扣除劳务管理费用后，应当予以收缴。

《民法典》第122条 因他人没有法律根据，取得不当利益，受损失的人有权请求其返还不当利益。

理解与适用

一、不当得利的概念与功能

所谓不当得利，是指行为人在没有法律依据的情况下所获得的利益。一般而言，不当得利制度的宗旨在于矫正欠缺法律原因的财产变动，并借此保护财产的归属。也就是说，与侵权责任制度的功能不

同，不当得利制度并不是为了赔偿遭受损害一方所遭受的损失，而是为了矫正欠缺法律原因的财产变动，即在成立不当得利的情形下，法律通过课以获得利益的一方返还不当得利的义务，去除其无法律上原因所获得的利益。总的来说，不当得利的制度目的在于去除无法律上之原因的利益，而非赔偿受损人的损失。^[1]

关于不当得利的类型，现代民法理论一般认为，不当得利的成立并无统一的基础，而需要根据不同的类型分别予以判断，通常将不当得利区分为给付型不当得利和非给付型不当得利。^[2]所谓给付型不当得利，是指给付人在欠缺法律原因的情形下实施给付行为，从而使受领给付的一方没有法律上的原因而受有利益。^[3]例如，甲与乙订立合同，将其电脑出卖给乙，后甲误认丙为乙，并将电脑交付给丙，丙无法律上原因而取得该电脑的占有即欠缺法律上的原因，构成不当得利。此种情形下，不当得利的发生原因为甲的错误给付行为，属于给付型不当得利。所谓非给付型不当得利，是指基于给付行为之外的其他原因而产生的不当得利。^[4]非给付型不当得利产生的原因较多，只要是因给付行为之外的原因而产生的不当得利，均可纳入非给付型不当得利的范畴。一般而言，非给付型不当得利的发生原因主要包括如下几种：一是基于得利人的行为而发生的不当得利。例如，甲在出国期间将其房屋交由乙保管，乙未经甲的同意而擅自将甲的房屋出租，此种情形即属于因得利人的行为而产生的不当得利。二是基于受损失的人的给付行为之外的行为而成立的不当得利。例如，甲误将乙的房屋当作自己的房屋而加以修缮，甲因此遭受一定的损失，乙因此获得一定的利益，此种情形即属于因受损失的人的给付行为之外的行为而成立的不当得利。三是基于第三人的行为而成立的不当得利。例如，甲委托乙为其修缮房屋，乙误将丙的房屋当作甲的房屋，将相关的装修材料用在了丙的房屋之上，此种情形即属于因第三人原因而成立的不当得利。四是因自然事件而成立的不当得利。例如，因大雨导致上游鱼塘的鱼游入下游的鱼塘。五是因法律规定而成立的不当得利。例如，因附合、混合、加工等原因，导致一方的财产所有权消灭，因此在当事人之间所成立的不当得利。

二、不当得利的构成要件

从本条规定来看，不当得利的成立需要具备如下条件。

一是一方受有利益。所谓一方受有利益，是指得利人因受损人的行为或者其他原因而获得利益。得利人一方受有利益的原因很多，如前所述，除受损人的给付行为外，因受损人的其他行为、第三人的行为等，均可能使得利人获得利益。一般而言，在不当得利中，得利人一方所获得的利益是财产利益，但得利人一方所获得的利益是否限于

财产利益，对此存在不同观点。一种观点认为，不当得利中得利人一方所获得的利益必须为财产利益。^[5]由于精神利益的获得在客观上难以判断，且难以返还，因此，得利人所获得的利益应当限于财产利益。^[6]另一种观点认为，得利人所获得的利益不限于财产利益。^[7]从我国《民法典》第985条规定来看，其只是规定得利人没有法律根据取得不当利益，但并没有对利益的范围作出限定，因此，从本条的文义来看，不当得利中得利人一方的利益应当同时包括财产利益与非财产利益。但由于不当得利是法定的债的发生原因，是一种债的关系，以财产给付关系为内容，因此，原则上应当将得利人的得利限于财产利益。不当得利中得利人一方所获得的财产利益既包括积极得利，即财产利益的积极增加，也包括消极利益，即得利人一方的财产利益本应减少而未减少。就财产利益的范围而言，其既包括物权、债权、知识产权等权利，也包括其他财产利益，如对财产的占有、债务被免除等。例如，甲受乙欺诈而将其电脑出卖给乙，交易完成后，甲主张撤销合同，在合同被撤销后，电脑所有权仍归属于甲，但乙对电脑的占有仍构成不当得利，甲有权基于不当得利返还请求权向乙提出请求。同时，得利人所获得的利益应当是一种实际利益，而不是预期可以获得的利益或者将来获得相关利益的机会，否则不能构成不当得利中的得利。

在具体的个案中，在认定不当得利的构成时，关于如何判断一方受有利益，存在不同观点。一种观点认为，在判断得利人一方是否受有利益时，应当以得利人一方的总体财产状况是否增加作为判断标准，也就是说，在不当得利的事实发生后，如果得利人一方的财产总额较之前有所增加的，即属于受有利益。^[8]另一种观点认为，不应当从得利人一方总体财产状况变化的角度确定其是否受有利益，而应当对得利人的财产状况变化进行具体判断。^[9]从本条规定来看，其并没有对此作出细化规定，但由于得利人一方的整体财产状况变化往往难以判断，而且不当得利制度的功能在于调整欠缺法律原因的财产变动关系，因此，应当对得利人的财产状况变化进行具体判断，而不是从整体上进行判断。因此，上述后一种主张更为合理。

二是另一方遭受损失。从本条规定来看，不当得利中一方为得利人，而另一方为“受损失的人”，这也意味着不当得利的成立需要另一方遭受损失。在不当得利中，受损失的人所遭受的损失是指因不当得利事实的发生而遭受的财产上的不利益，其包括积极损失与消极损失两种类型。所谓积极损失，是指受损失的一方财产利益的积极减少，如财产所有权的消灭、财产价值的降低等。所谓消极损失，是指受损失的一方财产利益应当增加而没有增加，如本应取得财产所有权而未取得，本应获得相关的收益而未获得等。

三是一方受益与另一方遭受损失具有因果关系。所谓一方受益与另一方遭受损失之间的因果关系，是指一方获得的利益与另一方遭受的损失之间存在引起与被引起的关联关系。只有得利人的得利与受损失一方的损失之间具有因果关系，才需要对此种欠缺法律原因的财产变动关系进行调整，不当得利的返还也才具有正当性。关于不当得利中的因果关系认定，学界有“直接因果关系说”和“非直接因果关系说”两种主张。前者是指强调在不当得利的构成中受损失与受利益间必须有直接的因果关系，即一方得利与另一方损失必须是由同一事实或行为导致的^[10]；而按照后者，一方得利与另一方损失之间的因果关系不以直接的因果关系为要件^[11]，即便一方的损失与另一方的得利分别由不同原因导致，只要这两个原因之间存在牵连关系，也可认定损失与受益之间存在因果关系。^[12]从《民法典》第985条规定来看，其并没有强调得利人一方的得利与受损失一方的损失之间存在直接引起与被引起的关系，因此，将其解释为非直接因果关系说更为妥当；同时，非直接因果关系说也有利于解决因第三人原因引起的不当得利返还问题。

四是得利人一方的得利没有法律上的原因。所谓得利人一方的得利没有法律上的原因，是指得利人的得利欠缺当事人约定或者法律规定的原因，缺乏法律上正当性的基础。如果得利人一方的得利具有法律上的原因，则其有权利保有相关的利益，此时，即便因此导致相关主体的损失，也不成立不当得利。例如，甲向乙购买电脑，在乙将电脑交付给甲后，甲取得该电脑的所有权，获得了一定的利益，并因此造成乙丧失对该电脑的所有权，使其遭受一定的损失。但由于甲取得该利益具有法律上的原因，即甲与乙之间存在有效的合同，甲享有合同债权，因此，甲并不构成不当得利。只有在得利人的得利缺乏法律上的原因时，受损失的一方请求其返还不当得利才具有正当性。

三、不得请求返还的情形

从本条规定来看，其不仅于正面规定了不当得利的构成要件，而且从反面规定了受损失的人可以请求返还不当得利的例外情形，即在为履行道德义务而进行的给付等情形下，受损失的一方不得请求返还，具体而言：

一是为履行道德义务进行的给付。所谓为履行道德义务而进行的给付，是指行为人并无法定义务而出于道德上的原因而作出给付。例如，在养父母与养子女之间的关系解除后，当事人之间并不负有法定的抚养或者扶养义务，此时，养父母仍对养子女进行抚养或者养子女仍然扶养养父母的，其因此作出的给付，即属于为履行道德义务而进行的给付。行为人为履行道德义务而作出给付的前提是当事人之间存

在相应的道德上的义务。如果当事人之间不存在道德上的义务，除能够认定当事人之间存在赠与合同等情形外，作出给付的一方应当有权请求对方返还不当得利，或者基于无因管理的规则向对方提出请求。当事人之间是否存在道德义务应当依照一般的社会观念加以判断。

二是债务到期之前的清偿。所谓债务到期之前的清偿，是指在债务履行期限届满之前，债务人主动清偿债务。在债务到期之前，债务人享有期限利益，债权人无权请求债务人清偿债务，但如果债务人放弃期限利益，主动提前清偿债务，法律也无须禁止。在债务人提前清偿债务的情形下，属于债务人主动放弃时效利益，债权人基于其债权而受领、保有债务人的给付，属于有法律上的原因而受有利益，不构成不当得利，债务人不得请求返还。

三是明知无给付义务而进行的清偿。明知无给付义务而进行的清偿即明知的非债清偿。在非债清偿的情形下，受领给付的一方保有相关的给付利益并无法律上的原因，且受领给付一方的得利造成作出给付的一方损失，且二者之间具有因果关系，符合不当得利的构成要件，因此，作出给付的一方有权请求受领给付的一方返还不当得利。在明知的非债清偿的情形下，作出给付的一方明知当事人之间不存在债的关系而仍然作出给付，此时虽然也符合不当得利的构成要件，但如果允许作出给付一方主张不当得利返还，显然有违诚信原则，因此，为了体现对明知的非债清偿中作出给付一方行为的苛责，本条排除了返还请求权。在明知的非债清偿的情形下，当事人之间可能从未存在债的关系，也可能之前存在债的关系，但因合同被撤销、被解除或者债务已经清偿等原因而消灭，不论何种情形，依据本条规定，只要作出给付的一方明知无给付义务而进行清偿，均不得请求返还。当然，受领给付的一方在主张作出给付的一方系明知的非债清偿时，其应当对作出给付的一方明知其没有给付义务而仍然作出清偿的情形负担证明义务。

四、不当得利的返还

依据本条规定，在构成不当得利的情形下，受损失的人可以请求得利人返还获得的利益，关于不当得利返还的范围，《民法通则意见》第131条规定：“返还的不当利益，应当包括原物和原物所生的孳息。利用不当得利所取得的其他利益，扣除劳务管理费用后，应当予以收缴。”从本条规定来看，得利人既需要返还原物，也需要返还原物所生的孳息。《民法典》第985条规定未对不当得利返还的具体范围作出规定，而只是规定了得利人应当返还取得的不当利益，此处的不当利益在解释上应当包含原物及孳息。关于得利人一方利用不当得利所取得的其他利益，依据《民法通则意见》第131条的规定，在扣

除劳务管理费用后，应当予以收缴，《民法典》并未作出此种规定，因为不当得利属于当事人之间的私人事务，仅在当事人之间存在财产变动关系，不宜由国家予以收缴，对此种利益，也应当将其解释为得利人所获得的不当利益，受损失的一方应当有权请求返还。

■ 第九百八十六条

得利人不知道且不当知道取得的利益没有法律根据，取得的利益已经不存在的，不承担返还该利益的义务。

本条主旨

本条是关于善意得利人返还义务的规定。

相关条文

《民法通则》第92条 没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人。

《民法通则意见》第131条 返还的不当利益，应当包括原物和原物所生的孳息。利用不当得利所取得的其他利益，扣除劳务管理费用后，应当予以收缴。

《民法典》第122条 因他人没有法律根据，取得不当利益，受损失的人有权请求其返还不当利益。

理解与适用

本条是关于善意得利人返还义务的规定。所谓善意得利人，是指得利人不知道且不当知道取得的利益没有法律上的原因。从本条规定来看，善意得利人的主观状态为善意，即得利人客观上不知道自己取得的利益没有法律依据，同时，根据自己的认知能力，也不应当知道自己取得的利益没有法律上的原因。关于得利人不知道且不当知道取得的利益没有法律依据的判断时间点，本条并没有作出细化规定，一般而言，其是指得利人在取得利益时为善意，但从实践来看，得利人在取得利益时为善意，但在其取得的利益尚未消灭时，其可能对自己取得该利益没有法律依据是知情的，此时，其就不再是善意得

利人，也就是说，从得利人知道或者应当知道其取得利益没有法律依据时起，不再适用本条规定，得利人也不得主张免除返还义务。当然，对于得利人知道或者应当知道其所取得的利益没有法律根据之前已经不存在的利益，得利人仍应有权主张不承担返还义务。也就是说，自得利人知道或者应当知道其取得利益没有法律依据时起，其就不得再主张依据本条规定免除返还义务。例如，甲的奶牛混入乙的牛棚，乙对此并不知情，后甲将这一情况告知乙，并请求乙返还该牛，自乙知道其取得利益没有法律依据时起，其就不再是善意得利人，应当负担返还义务。

从比较法上看，在认定得利人的返还义务时，各国大多区分了得利人的善意与恶意，并据此确定其返还范围。^[13]我国《民法典》第986条之所以规定善意得利人免负返还得利的义务，主要是因为，在得利人为善意的情形下，其对自己所获得的“意外之财”并无恶意，在法律上不宜对其进行苛责，法律上免除其返还义务，有利于避免善意得人的财产状态因利益的返还而受到不利影响。^[14]

从本条规定来看，关于善意得利人的返还义务，可以从如下两方面来理解。

1. 善意得利人所取得的利益仍然存在的，应当负担返还该利益的义务

从本条规定来看，在善意得利人所取得的利益不存在的情形下，其不再负担返还义务，这也意味着，在善意得利人所取得的利益仍然存在的情形下，其仍然应当负担返还义务。当然，在善意得利人所取得的利益仍然存在的情形下，其也仅需要返还现存利益，而不需要返还其所取得的所有利益。关于确定善意得利人现存利益的时间点，存在不同主张。一种观点认为，应当以遭受损失一方向得利人提起返还请求之诉的时间作为确定现存利益的时间点。^[15]另一种观点认为，应当以遭受损失一方请求得利人返还所获利益的时间作为确定现存利益的时间点。^[16]笔者认为，本条规定的立法目的主要是保护善意得利人，这也意味着，在遭受损失一方向得利人提出返还所获利益的请求时，得利人即知道或者应当知道其所取得的利益没有法律依据，因此，应当以遭受损失一方向得利人一方请求返还所获利益之时作为确定得利人一方现存利益的时间点。

一般而言，在得利人一方所取得利益为实物形态时，如果该实物仍然存在，则应当认定得利人所取得的利益仍然存在，但即便该实物不存在，也不能当然认定得利人一方所取得的利益已经不存在。也就是说，为了平衡双方当事人的利益，在界定得利人一方的现存利益

时，不应当仅局限于得利人一方所取得的原物及其孳息，而应当对得利人一方取得利益的情况进行整体判断。例如，在得利人一方所取得的财产被他人毁损的情形下，该财产虽然不存在，但得利人一方从行为人处取得了一定的赔偿金，则应当认定得利人所取得的利益仍然存在。再如，如果得利人所取得的利益为其他财产权利，在得利人行使该权利后取得其他利益，此时，该权利虽然因行使而消灭，但其已经转化为其他利益，此时，仍应当认定得利人所取得的利益仍然存在。

因此，在得利人所取得的利益已经转化为其他利益形态时，只要该利益仍然为得利人所保有，即应当认定其取得的利益仍然存在。

当然，在确定善意得利人返还现存利益的范围时，应当扣除得利人为保有或取得现存利益而支出的必要费用。例如，在前例中，甲的奶牛混入乙的牛棚，乙对此并不知情，但该奶牛被他人撞死，乙请求行为人支付赔偿金，此时，甲在请求乙返还现存利益时，即应当将乙为取得该赔偿金所支出的必要费用予以扣除。

2. 善意得利人所取得的利益已经不存在，则不再承担返还该利益的义务

从本条规定来看，如果善意得利人所取得利益已经不存在，则其不再承担返还该利益的义务。一般而言，得利人所取得的利益不存在，是指得利人所取得的利益因特定事实的发生而消灭，或者脱离得利人的控制与支配，且得利人并未因此取得相应的替代利益。例如，甲误将乙的老宅当作自己的老宅而加以修缮，为此使用了一些建筑材料，后因发生地震，导致该老宅毁损、灭失的，对乙而言，即属于所取得的利益已经不存在。如前所述，如果得利人所取得的利益不存在，但取得替代利益的，则应当认定其所取得的利益仍然存在。同时，如果得利人一方所取得的利益因为得利人的使用而自然损耗、灭失的，如果得利人因此节省了相关的费用，则应当认定得利人一方已经取得了一定的替代利益，但如果得利人一方并无消耗该特定物品的计划，则即便得利人因物品的使用而增加了一定收益，也应当认定其所取得的利益不存在。如果得利人所取得的利益部分毁损、灭失，但仍有一定的现存利益的，也不属于此处所说的所取得的利益不存在的情形，对于现存利益，得利人一方仍负有返还的义务。

此外，还需要探讨的是，如果因善意得利人的过错导致其所取得的利益不存在的，其是否负有返还该利益的义务？对此，有观点认为，在确定得利人的返还义务时，如果不考虑其对所获利益不存在是否存在过错，可能会造成对得利人一方“颇为优遇”^[17]。但从本条规定文义来看，其只是规定，对善意得利人而言，只要其取得的利益已

经不存在，其就不承担返还该利益的义务，本条并没有对得利人所获利益不存在的原因进行限定，这也意味着，即便得利人对所取得利益的毁损、灭失存在过错，其也不承担返还该利益的义务。当然，如果得利人知道或者应当知道其所取得的利益没有法律根据，则其应当依据《民法典》第987条的规定负担返还义务，此时，如果因为得利人的过错造成财产毁损、灭失的，得利人还是应当承担赔偿责任。

■ 第九百八十七条

得利人知道或者应当知道取得的利益没有法律根据的，受损失的人可以请求得利人返还其取得的利益并依法赔偿损失。

本条主旨

本条是关于恶意得利人义务与责任的规定。

相关条文

《民法通则》第92条 没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人。

《民法通则意见》第131条 返还的不当利益，应当包括原物和原物所生的孳息。利用不当得利所取得的其他利益，扣除劳务管理费用后，应当予以收缴。

《民法典》第122条 因他人没有法律根据，取得不当利益，受损失的人有权请求其返还不当利益。

理解与适用

一、不当得利中的恶意得利人

本条是关于恶意得利人返还义务与赔偿责任的规定。所谓恶意得利人，是指知道或者应当自己取得的利益没有法律依据的得利人。与善意得利人不同，在得利人一方为恶意的情形下，其主观上具有侵占他人利益的“恶意”，即其知道或者应当知道其取得利益没有法律依据，但仍然保有该利益，该行为显然有违诚实信用原则，因此，本条专门规定了恶意得利人的返还义务与赔偿责任。而且从本条规定来

看，恶意得利人的返还义务与赔偿责任要重于善意得利人的，这也体现了对恶意得利人主观恶意的一种苛责。关于得利人一方为恶意时是否成立不当得利，有学者主张，成立不当得利要求得利人一方必须是善意的，即得利人一方不论是取得利益时，还是在保有该利益的过程中，其主观状况都必须是善意的，否则就构成违法行为，而不成立不当得利。^[18]但从本条规定来看，在得利人为恶意的情形下，仍然可以成立不当得利，当然，将本条规定与《民法典》第986条规定进行比较可以看出，得利人的善意与恶意虽然不会影响不当得利的成立，但却会对得利人的返还范围和责任承担产生一定的影响。

从本条规定来看，其并没有对得利人知道或者应当知道其得利没有法律依据的时间作出限定，这也意味着，不论是得利人在取得利益时，还是在保有利益阶段，只要其知道或者应当知道其得利没有法律依据，即属于恶意得利人。据此，可以将得利人的恶意区分为自始恶意和嗣后恶意。前者是指得利人在取得利益时即知道或者应当知道其得利没有法律依据；后者是指得利人在取得利益时是善意的，但在保有利益的过程中知道或者应当知道其得利没有法律依据。^[19]由于善意得利人与恶意得利人的返还义务、赔偿责任等存在差别，因此，区分自始恶意与嗣后恶意对于确定当事人之间的权利义务关系具有重要意义。

恶意得利人既可能发生在给付型不当得利中，也可能发生在非给付型不当得利中。例如，甲受乙欺诈订立合同，将其电脑出卖给乙，在交易完成后，甲主张撤销合同，在合同撤销之后，乙继续占有该电脑即构成不当得利，且乙明知其占有电脑没有法律依据，即构成恶意得利人，此种情形即属于给付型不当得利中的恶意得利人。再如，天降暴雨，乙目睹甲鱼塘中的鱼游入自己鱼塘，此种情形下，乙就属于非给付不当得利中的恶意得利人。

二、恶意得利人的返还义务与赔偿责任

从本条规定来看，如果得利人知道或者应当知道自己所取得的利益没有法律依据，即受损失的一方不仅有权请求得利人返还其所取得的利益，而且有权依法请求其赔偿损失。据此，可以从如下两方面理解恶意得利人的义务与责任。

一是恶意得利人的返还义务。依据本条规定，在得利人为恶意的情形下，“受损失的人可以请求得利人返还其取得的利益”。关于恶意得利人返还财产的范围，与《民法典》第986条规定相比，本条并没有对其作出限定，这也意味着，受损失的一方有权请求恶意得利人返还全部得利。当然，在此需要区分自始恶意与嗣后恶意，并分别认定

其返还义务。在得利人自始恶意的情况下，受损失的一方有权请求其返还全部得利，即便得利人所取得的利益已经不存在，其也应当承担返还义务，如果无法返还的，则其应当承担赔偿责任。在得利人为嗣后恶意的情况下，在得利人知道或者应当知道其得利没有法律依据之前，其应当有权主张适用《民法典》第986条的规定，也就是说，在得利人嗣后恶意的情况下，得利人均对其知道或者应当知道其得利没有法律依据时的现存利益负担返还义务，在此之前，得利人所取得的利益已经不存在，如果得利人有替代利益的，其仍应当返还，但如果没有替代利益的，则得利人对该部分利益并不承担返还义务。如果恶意得利人所取得的利益为金钱利益，则受损失的一方除请求其返还等额金钱外，还应当有权请求得利人返还相应的利息。

二是恶意得利人的赔偿责任。从本条规定来看，在得利人为恶意的情况下，受损失的一方不仅有权请求其返还其取得的利益，而且有权请求其赔偿损失。在得利人为恶意的情况下，还可能造成受损失一方的损失，如因得利人的原因导致标的财产的毁损、灭失，在受损失的一方请求得利人返还不当得利时，其返还现存利益并不足以恢复受损失一方的财产状况。在得利人为善意的情形下，依据《民法典》第986条的规定，得利人仅负有返还现存利益的义务，即便受损失一方的损失无法填补，得利人一方也无须承担赔偿责任，这也体现了对善意得利人的保护。而在得利人为恶意的情况下，如果其返还的现存利益不足以填补受损失一方的损失，其仍然负有赔偿义务。当然，此种赔偿义务在性质上并非惩罚性赔偿，其贯彻的仍然是损害填补原则，也就是说，得利人在返还所获利益后，仅需要对受损失一方剩余部分的损失承担赔偿责任。

此外，从本条规定来看，其在规定恶意得利人的赔偿责任时使用了“依法赔偿”这一表述，其属于不完全规范，这也意味着，受损失一方在请求得利人一方赔偿损失时，还需要依据其他请求权基础向得利人一方请求赔偿，如果受损失一方请求恶意得利人承担侵权责任，则需要依据《民法典》侵权责任编的规则向得利人一方提出请求。再如，在恶意得利人擅自转让其所取得利益的情形下，如果其取得的对价较高，受损失的一方也有权主张该行为构成不法无因管理，依据《民法典》第980条的规定，其可以主张享有该管理利益，从而基于无因管理的规则请求恶意得利人返还全部不法获利。

第九百八十八条

得利人已经将取得的利益无偿转让给第三人的，受损失的人可以请

求第三人在相应范围内承担返还义务。

本条主旨

本条是关于得利人无偿转让所取得利益时受损失一方请求权的规定。

相关条文

《民法通则》第92条 没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人。

《民法典》第122条 因他人没有法律根据，取得不当利益，受损失的人有权请求其返还不当利益。

理解与适用

本条是对得利人无偿转让所取得利益时受损失一方请求权的规定。在不当得利关系中，得利人一方在取得利益后，可能会对其所取得的利益进行一定的处分，在得利人一方对其所取得的利益进行有偿处分时，得利人所取得原财产虽然已经不存在，但其取得了一定的替代利益，此时，应当认定得利人一方所取得的利益仍然存在，受损失的一方仍有权请求其返还。而在得利人无偿转让其所取得的利益时，得利人将不再享有相关的利益，此时，依据本条规定，受损失的一方可以请求第三人在相应范围内承担返还义务。所谓得利人无偿转让其所取得的利益，是指得利人转让其所取得的利益，而没有取得任何对价。例如，甲将其电脑转让给乙后，乙将该电脑赠与丙，后甲与乙之间的买卖合同被撤销，此种情形下，乙将该电脑赠与丙的行为即构成本条所规定的得利人无偿转让其所取得利益的行为。在得利人所取得的利益为有形财产的情形下，其无偿转让该财产的行为主要是指将该财产赠与他人，当然，由于不当得利的客体并不限于特定的有形财产，也可能是其他财产权益，因此，本条使用了“无偿转让”这一表述，而没有将其限于赠与的情形，这也意味着，只要得利人在没有取得对价的情形下转让其所取得的利益，均构成本条所规定的“无偿转让”行为。

依据本条规定，在得利人无偿转让其所取得利益的情形下，受损失的一方可以请求第三人在相应范围内承担返还义务，本条虽然没有

就受损失一方对得利人的请求权作出规定，但并不能据此认为，得利人在无偿转让其所取得利益后，其对受损失的一方就不再承担返还义务或者其他责任。具体而言，在得利人无偿转让其所取得利益的情形下，可以从如下几方面理解其法律效力。

1. 受损失一方对得利人的请求权

在得利人无偿转让其所取得利益的情形下，关于受损失一方对得利人的请求权，需要将得利人区分为善意得利人与恶意得利人，分别认定其效力。在善意得利人无偿转让其取得利益的情形下，由于得利人并未取得替代利益，此时，应当认定得利人所取得利益已经不存在，依据《民法典》第986条的规定，在善意得利人所取得利益已经不存在的情形下，得利人并不承担返还该利益的义务，而且得利人无须对受损失的一方承担赔偿责任。此种情形下，受损失的一方仅能向第三人提出返还请求。当然，如果善意得利人并未完全转让其所取得的利益，而只是部分转让，则其对已经转让的部分不负返还义务，但对未转让的部分利益，受损失的一方仍有权请求得利人返还。

在恶意得利人无偿转让其所取得利益的情形下，其虽然没有取得相应的替代利益，但依据《民法典》第987条的规定，受损失的一方仍有权依法请求其赔偿损失。例如，在恶意得利人无偿转让其所取得的利益时，受损失的一方有权主张该行为构成侵权，受损失的一方有权依法请求恶意得利人承担侵权责任。当然，恶意得利人无偿转让所取得利益也可能只是部分转让其所取得的利益，此时，对于未转让的部分利益，受损失的一方仍有权请求其返还。

2. 受损失一方对第三人的请求权

依据本条规定，在得利人无偿转让其所取得利益的情形下，受损失的一方可以请求第三人在相应范围内承担返还义务。法律之所以规定受损失的一方有权请求第三人承担返还义务，主要是因为，在得利人无偿转让其所取得利益的情形下，第三人在取得该利益时并未支付对价，课以其返还义务并不会不当加重其负担。

从本条规定来看，只要得利人无偿转让其所取得的利益，受损失的一方即有权请求第三人在相应范围内承担返还义务，这也意味着，如果第三人将其所取得的利益再次无偿转让的，则受损失的一方也应当有权向受让人主张返还相应的利益。例如，甲从乙处购买某物，交易完成后，甲将该物赠与丙，丙又将部分标的物转赠给丁，其后甲与乙之间的买卖合同被宣告无效，此种情形下，负担返还义务的第三人并不限于直接从得利人甲处获得标的物的丙，也应当包括最终无偿获

得该标的物的丁。也就是说，此处的第三人并不以直接从得利人处取得利益的人为限，符合法律规定的“次转得人”也属于有返还义务的第三人。^[20]当然，在第三人有偿转让其所取得利益的情形下，其取得了一定的替代利益，受损失的一方有权请求其返还该替代利益；如果第三人通过转让所取得的利益获得了较高的对价，受损失的一方也有权主张第三人的行为构成不法无因管理，其有权主张享有管理利益，并基于无因管理的规则请求第三人返还全部获利。

从本条规定来看，在得利人无偿转让其所取得利益的情形下，受损失的一方可以请求第三人在相应范围内承担返还义务，此处所谓“相应范围”，主要是指在得利人部分无偿转让其所取得利益的情形，此时，第三人仅在其取得利益的范围内承担返还义务，而无须对得利人的所有获利承担返还义务。

此外，从本条规定来看，在得利人无偿转让所取得利益的情形下，受损失一方“可以”向第三人提出请求，这实际上是赋予受损失一方选择权，也就是说，受损失一方既可以向第三人提出请求，也可以向得利人提出请求，当然，在得利人为善意的情形下，对于已经转让的部分获利，受损失一方难以从得利人处获得救济，此时，其向第三人提出请求对其更为有利。

注释：

[1]参见王泽鉴：《不当得利》（第二版），北京，北京大学出版社2015年版，第3页。

[2]参见王泽鉴：《不当得利》（第二版），北京，北京大学出版社2015年版，第199页。

[3]参见王利明：《债法总则研究》，北京，中国人民大学出版社2015年版，第434页。

[4]参见王泽鉴：《不当得利》（第二版），北京，北京大学出版社2015年版，第38页。

[5]参见史尚宽：《债法总论》，北京，中国政法大学出版社2000年版，第72页。

[6]参见洪学军：《不当得利制度研究》，西南政法大学2003年博士学位论文，第50页。

[7]参见王家福：《中国民法学·民法债权》，北京，法律出版社1991年版，第570页。

[8]参见史尚宽：《债法总论》，北京，中国政法大学出版社2000年版，第72页。

[9]参见洪学军：《不当得利制度研究》，西南政法大学2003年博士学位论文，第50页。

[10]参见王利明：《债法总则研究》，北京，中国人民大学出版社2015年版，第429页。

[11]参见刘言浩：《不当得利中的因果关系》，载《东方法学》2013年第1期，第52-63页。

[12]参见郑玉波：《民法债编总论》，北京，中国政法大学出版社2004年版，第94页。

[13]参见王利明：《债法总则研究》，北京，中国人民大学出版社2015年版，第483页。

[14]参见王泽鉴：《不当得利》，北京，北京大学出版社2015年版，第257页。

[15]参见郑玉波：《民法债编总论》，北京，中国政法大学出版社2004年版，第109页。

[16]参见王利明：《债法总则研究》，北京，中国人民大学出版社2015年版，第484页。

[17]王泽鉴：《不当得利》（第二版），北京，北京大学出版社2015年版，第261页。

[18]参见陈小君、高飞：《试论不当得利之相关要件》，载《法商研究》1995年第1期，第61页。

[19]参见王泽鉴：《不当得利》（第二版），北京，北京大学出版社2015年版，第269页。

[20]参见洪学军：《不当得利制度研究》，西南政法大学2003年博士学位论文，第86-87页。

中国民法典释评

ZHONGGUO MINFADIAN SHIPING

人格权编

王利明 程啸 著



 中国人民大学出版社

版权信息

书名：中国民法典释评·人格权编

作者：王利明 程啸

出版社：中国人民大学出版社

出版日期：2020-08-01

ISBN：978-7-300-28237-4

价格：180.00元

目录

CONTENTS

代总序 民法典的时代意义

前言 人格权独立成编的意义

第四编 人格权

第一章 一般规定

第九百八十九条

第九百九十条

第九百九十一条

第九百九十二条

第九百九十三条

第九百九十四条

第九百九十五条

第九百九十六条

第九百九十七条

第九百九十八条

第九百九十九条

第一千条

第一千零一条

第二章 生命权、身体权和健康权

第一千零二条

第一千零三条

第一千零四条

第一千零五条

第一千零六条

第一千零七条

第一千零八条

第一千零九条

第一千零一十条

第一千零一十一条

第三章 姓名权和名称权

第一千零一十二条

第一千零一十三条

第一千零一十四条

第一千零一十五条

[第一千零一十六条](#)

[第一千零一十七条](#)

[第四章 肖像权](#)

[第一千零一十八条](#)

[第一千零一十九条](#)

[第一千零二十条](#)

[第一千零二十一条](#)

[第一千零二十二条](#)

[第一千零二十三条](#)

[第五章 名誉权和荣誉权](#)

[第一千零二十四条](#)

[第一千零二十五条](#)

[第一千零二十六条](#)

[第一千零二十七条](#)

[第一千零二十八条](#)

[第一千零二十九条](#)

[第一千零三十条](#)

[第一千零三十一条](#)

[第六章 隐私权和个人信息保护](#)

[第一千零三十二条](#)

[第一千零三十三条](#)

[第一千零三十四条](#)

[第一千零三十五条](#)

[第一千零三十六条](#)

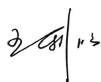
[第一千零三十七条](#)

[第一千零三十八条](#)

[第一千零三十九条](#)

[返回总目录](#)

代总序 民法典的时代意义



民法典是新中国成立以来第一部以“法典”命名的法律，也是第一部直接以“民”命名的法典。以“法典”命名，表明凡是纳入民法典的规则，都具有基础性、典范性的特点；以“民”命名，说明民法典把人民愿望置于首位，充分反映人民的利益诉求。民法典的立法宗旨和目的就是充分反映人民群众的意愿，保障私权，维护广大人民群众的利益。

习近平总书记指出，“民法典在中国特色社会主义法律体系中具有重要地位，是一部固根本、稳预期、利长远的基础性法律”。如何理解习近平总书记所说的“基础性法律”？我认为可以从两个方面理解：一是在整个社会主义法律体系中，民法典是一部基础性法律。所谓“典”，就是典范、典籍的意思，在整个社会主义法律体系中，民法典是宪法之下的基础性法律。法律分为公法与私法两部分，它们分别确认公权与私权。现代法治的核心是规范公权、保障私权。一般认为，保障私权是由民法典等民事法律实现的，而规范公权是由公法承担的，但实际上，民法典通过确认和保护私权，也起到了规范公权的作用，其他法律、行政法规以及单行法等，都应当与民法典保持一致。同时，行政执法、司法也都要以民法典为基本遵循。二是在民事领域，民法典是基础性法律，换言之，民法典是私法的基本法。民事关系纷繁复杂，它不仅依靠民法典调整，还需要大量的民事单行法，而在所有调整民事主体财产和人身关系的法律中，民法典居于基础性地位，民法典也被称为私法基本法。

（一）推进民事立法的体系化

我国民法典的颁布有力地促进了民事立法的体系化。一方面，迄今为止，我国已经颁布了多部民商事法律，在民法典之外，还存在大

量的单行法，如公司法、保险法、破产法等。民法典的颁布，使各个民事单行法在民法典的统帅下，构成一个完整的、系统化的整体。民法典和民事单行法之间的关系，就像树根、主干与枝叶之间的关系，民法典是树根和主干，而民事单行法是枝叶，民事单行法必须以民法典为基础和根据。民法典的颁布有效沟通了民法典和单行法，这有利于消除民法典与单行法之间的冲突和矛盾。另一方面，就内部体系而言，民法典按照“总—分”结构，形成由总则、物权、合同等构成的完整体系，各分编也在一定的价值和原则指引下形成了由概念、规则、制度构成的、具有内在一致性的整体，实现了形式的一致性、内容的完备性以及逻辑自足性。民法典共分七编，即总则编、物权编、合同编、人格权编、婚姻家庭编、继承编、侵权责任编，它们都以对民事权利的确认和保护而形成一个体系化的整体。总则是对民事权利的一般规则作出的规定，各分编则是分别对物权、合同债权、人格权、婚姻家庭中的权利、继承权以及对各项权利的侵权责任制度所组成的规则体系。

民法典有助于制度的科学化，为良法善治奠定基础。在我国，由于长期没有民法典，许多调整民事关系的重要规则不能通过民事法律的方式表现出来，从而留下了法律调整的空白。这些法律空白一般是通过国务院各部委的规章及地方政府颁布的地方性规章予以填补的，而一些规章难免出现不当限制公民私权，或者变相扩张行政权的问题。民法典颁布后，其作为上位法，可以有效指导行政法规等制度，避免民法规范与行政法规、地方法规等的矛盾冲突，防止政出多门，保障交易主体的稳定预期，维持市场经济的正常运行。

（二）有效提升国家治理体系和治理能力的现代化

国家治理体系和治理能力现代化的主要特征是实现法治，即全面依法治国。如前述，现代法治的核心在于规范公权、保障私权。一方面，民法典构建了完备的民事权利体系，确立了完善的民事权利保护规则，鼓励个人积极维护自身权利，这不仅保障了私权，也有利于规范公权。民法典的各项规则也明确了各级政府依法行政的边界，就是说，国家机关要把民法典作为行政决策、行政管理、行政监督的重要标尺，不得违背法律法规随意作出减损自然人、法人和非法人组织合法权益或增加其义务的决定，这必将有力推动政府治理能力。另一方面，作为市民社会的一般私法以及百科全书，民法典通过合理的架构为民事活动提供各种基本准则，为交易活动确立基本的规则依据，为各种民事纠纷的预防和解决提供基本的遵循。民法典进一步强化私法自治，充分鼓励交易，维护交易安全。合同编从合同的订立到履行都强调了增进合同自由和私法自治这一宗旨，将有力调动市场主体从事

交易的积极性。此外，民法典还有效地处理了个人与个人、个人与社会、个人与国家的关系，在对个人的保护中，同时强调对公共利益的维护，以实现个人和社会之间关系的平衡，这必将推动社会共建共治共享，促进社会和谐有序。

（三）完善社会主义市场经济法律体系

社会主义市场经济本质上是法治经济。各项民法制度根植于市场经济的土壤，其也反作用于市场经济，是市场经济有序发展的重要制度保障。我国《民法典》总则编所规定的诚实信用、公平原则等，确立了市场主体活动的基本原则，为诚信经济的建立提供了法律保障；总则编中的民事主体就涵盖了市场主体，民事法律行为制度、代理制度为市场主体从事交易活动提供了极大的便利；民法典的物权制度、合同制度是市场经济最基本的规则，是支撑市场经济最重要的两根法律支柱，民法典的担保制度也为融通资金、繁荣经济、保障债权提供了有力的制度保障。编纂民法典不仅完善了市场经济基本的法律制度，而且有利于营造良好的营商环境，并充分调动民事主体的积极性和创造性，维护市场交易秩序和交易安全。^[1]

（四）为实现人民群众美好幸福生活提供保障

民法典的要义是为民立法，以民为本。“人民的福祉是最高法律”。编纂民法典，就是顺应保障人民群众合法权益的需求，形成更加完备、更加切实的民事权利体系，完善权利保护和救济规则，形成较为有效的权利保护机制，使人民群众有更多、更直接、更实在的获得感、幸福感和安全感。我国民法典充分保障人民群众美好幸福生活，主要表现在以下几方面。

一是通过人格权编充分保障个人人格尊严。进入新时代，我国已经成为世界第二大经济体，人民物质生活条件得到了极大改善，不久即将全面建成小康社会。在基本温饱得到解决之后，人民群众就会有更高水平的精神生活追求，并希望过上更有尊严、更体面的生活。正因如此，“保护人格权、维护人格尊严，是我国法治建设的重要任务”^[2]，例如，针对发送垃圾短信、垃圾邮件侵扰个人私人生活安宁的行为，《民法典》人格权编专门在隐私权部分规定了此种侵害隐私权的行为类型，并第一次规定了私人生活安宁权，明确将个人私人生活安宁规定在隐私权之中，禁止非法进入、拍摄、窥视他人的住宅、宾馆房间等私密空间，禁止非法拍摄、窥视、窃听、公开他人的私密活动，禁止非法拍摄、窥视他人身体的私密部位（第1033条）。这有利于保障社会生活的安定有序。

二是民法典通过各项制度安排充分保障人民群众的物质生活需求。例如，《民法典》物权编新增的居住权制度，对于解决“住有所居”问题、保障个人的居住利益具有重要意义。再如，《民法典》合同编典型合同完善了租赁合同的规则，完善了优先购买权规则，新增优先承租权规则（第734条）。这对于稳定租赁关系、规范租赁市场秩序、保障承租人的居住利益具有重要意义。又如，合同编典型合同部分还完善了运输合同的规则，这对于保障个人出行安全、维护运输秩序具有重要意义。

三是民法典通过各项民事责任制度充分保障人民的合法权益。民法典通过各项规则，守护老百姓“舌尖上的安全”“车轮上的安全”“头顶上的安全”等财产和人身安全。例如，《民法典》侵权责任编在产品责任部分规定了惩罚性赔偿规则（第1207条），这必将有力遏制生产、销售不合格食品的行为，有利于保证人们“舌尖上的安全”；侵权责任编还重点完善高楼抛物致人损害的责任（第1254条），这有利于充分保障人们“头顶上的安全”。

（五）有利于实现依法行政、公正司法

民法典具有基础性和典范性的特点，是公民权利保护的宣言书，是民事主体的行为准则、依法行政的基本依循，也是法院裁判民事案件的基本遵循。民法典对于依法行政、公正司法的作用还表现在：一是资讯集中，方便找法。实践中之所以出现“同案不同判、同法不同解”现象，重要的原因就在于，法官选择法条和裁判依据存在差别。而法典化的一个重要优势在于“资讯集中”，正所谓“法典在手，找法不愁”，执法者、法官只要有一部民法典在手，并通过领悟其规则和精神，就可以找到民事裁判的主要依据。二是统一裁判依据。民法典是基础性法律，是行政执法者、法官适用法律的基本遵循，因此，处理民事纠纷，首先要从民法典中找法。在我国，长期以来，有些新法颁布以后，因为没有废止旧法，且没有指明新法修改了哪些旧有的规定，这就产生了新法与旧法同时适用的现象，造成了规则的不统一。民法典的颁布将从根本上改变这一现象。民法典的颁行可以保障法官裁判依据的统一性，正是因为法律适用具有一致性，法官的自由裁量权将在规范的约束下进行，这就可以保障法官平等地、统一地对不同案件作出判决，保障“类似情况类似处理”，从而实现判决结果的可预测性，实现法的安定性。三是提升执法和司法人员的能力。民法典是法律工作者今后研究、处理涉及民事纠纷的基本依据，也是执法、司法的基本平台，民事纠纷的解决都应当在该平台中研讨。在民事领域考验我们的执法能力，很大程度上就是衡量我们准确把握、理解和运用民法典的能力。民法典颁布后，如果执法和司法人员都能够真正学

懂、弄通民法典的规则，就可以基本把握处理和裁判民事纠纷的基本规则，并能够按照体系化的思维方式处理民事纠纷。

[1]全国人民代表大会常务委员会副委员长王晨.关于《中华人民共和国民法典（草案）》的说明——2020年5月22日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上.

[2]沈春耀作关于民法典各分编（草案）修改情况和民法典（草案）编纂情况的汇报.人民日报，2018-08-28.

前言 人格权独立成编的意义

为中国人民谋幸福，为中华民族谋复兴，是中国共产党人的初心，也是新时代的奋斗目标。党的十九大报告在民生部分提出了要保障公民的合法权益，并且特别强调了对人格权的保护。由于人格权是民事主体对其人格利益享有的排斥他人干涉的权利，关乎每个人的人格尊严，是民事主体最基本、最重要的权利，因而人格权编的立法目的就是“贯彻党的十九大和十九届二中全会关于‘保护人民人身权、财产权、人格权’的精神，落实宪法关于‘公民的人格尊严不受侵犯’的要求”^[1]，坚持以人民为中心，回应社会关切，顺应人民群众对人格权保护的迫切需求，总结现有人格权立法以及实践经验。人格权编对人格权制度作出详细的、科学合理的规定，全面确认和保护人格权；同时，也对现行民事法律规范进行了系统整合，为司法实践中处理人格权纠纷提供了较为明确的裁判依据，从而实现民法典编纂的时代性和体系化目标。

人格权在民法典中独立成编，落实了民法调整平等主体之间的人身关系和财产关系的任务，改变了传统民法存在的“重物轻人”的体系缺陷，这既是民法典回应时代需求的集中体现，也从根本上满足了新时代人民群众日益增长的美好幸福生活的需要，强化了对人格尊严的维护。人格权独立成编是我国民法典最重要的创新之一和最大亮点，也为世界各国有效应对人格权保护问题提供了中国经验和中国方案。人格权独立成编的意义主要体现在如下几个方面。

一、人格权独立成编是实现人民群众对美好生活向往的需要

按照马克思主义理论，人的地位是最高的。马克思主义倡导人的解放，实现人的全面发展，归根结底都是为了人。当前，中国特色社会主义已经进入了新时代，中国共产党的十九大报告在深刻分析我国经济社会现实的基础上明确指出：“我国社会主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾。”经

过改革开放四十余年来的发展，我国持续稳定地解决了十几亿人的温饱问题。我国已经成为世界第二大经济体，人民物质生活条件得到了极大改善，总体上实现了小康，不久将全面建成小康社会。在这样的背景下，人民美好生活的需要日益广泛，广大人民群众不仅对物质文化生活提出了更高的要求，对精神生活的要求也必然日益增长，希望过上更有尊严、更体面的生活，尤其是在民主、法治、公平、正义、安全、环境等方面的要求更加强烈。^[2]美国社会心理学家马斯洛（Maslow）曾经提出著名的“需求层次理论”，即当人们只满足于基本物质需要时，人们对隐私等精神性人格权的诉求会相对很少，而当人的生存需要基本满足之后，对文化和精神的需要将越来越强烈。^[3]马斯洛把这种心理需要归纳为自尊需要。^[4]中国改革开放的历史也印证了这一观点，在中国特色社会主义进入新时代以后，随着我国社会主要矛盾的变化，“保护人格权、维护人格尊严，是我国法治建设的重要任务”^[5]。

人格权法律制度的根本目的在于保护个人的人格尊严，各项人格权都体现了人格尊严的保护要求。因此，在民法典中加强人格权立法，使其在民法典分则中独立成编，实质上就是为了全面保护人格权，使人民生活得更有尊严，其根本目的是实现新时代人民群众对美好幸福生活的向往。《民法典》强化了对生命、健康、身体的保护，并将其列为各项权利之首予以确认。《民法典》将生命尊严作为生命权的重要内容加以保护，这是人格尊严在生命权中的具体体现。《民法典》第一次规定了性骚扰的概念和认定条件，并对防范性骚扰的义务作出明确规定。《民法典》人格权编中第一次确认了私人生活安宁的权利，并明确将私人生活安宁规定在隐私权之中；第一次确认了隐私的概念，并禁止非法进入、拍摄、窥视他人的住宅、宾馆房间等私密空间，非法拍摄、窥视、窃听、公开他人的私密活动，非法拍摄、窥视他人身体的私密部位（第1033条），从而维护个人尊严，保障社会生活的安定有序。针对他人发送垃圾短信、垃圾邮件侵扰私人生活安宁的行为，《民法典》确认和完善了有关个人信息保护的规则。总之，人格权独立成编为维护个人的人格尊严、实现人民群众美好幸福生活提供了重要的法律保障。

二、人格权独立成编是充分回应互联网、高科技进步发展的需要

首先，人格权独立成编是适应互联网时代的需要。互联网技术的发展给人格权，特别是隐私权、个人信息的保护带来了巨大挑战。在互联网和大数据时代，隐私等人格权益面临严重的威胁，网络侵害人格权的事件频发，对受害人造成的损害严重。随着互联网的发展，各

种人肉搜索泛滥，网络谣言、网络暴力、非法侵入邮箱盗取信息、通过App非法窃听他人通话等时有发生，通过网络非法披露他人短信、微信记录等行为更是屡见不鲜，此类行为不仅污染了网络空间，更是构成对他人人格权的侵害。例如，在著名的“艾滋女网络谣言案”等案件中，行为人就是通过散布网络谣言的方式，侵害他人的人格权益。互联网登录和使用的自由性，使通过网络侵害人格权的行为具有易发性。同时，互联网受众的无限性和超地域性也使通过网络侵害人格权具有一种无限放大效应，也就是说，相关的侵权信息一旦发布，即可能在瞬间实现世界范围的传播，相关的损害后果也将被无限放大，损害一旦发生如覆水难收。因此，在互联网时代，如何预防和遏制网络侵权行为，是现代法律制度所面临的严峻挑战。我国《民法典》不仅确认和保障各项人格权，而且设置禁令、删除、更正等规则，强化了对损害的预防，并有效制止和遏制网络侵权行为，这些方式也成了依法治网的重要形式。

其次，人格权独立成编是适应高科技和信息社会发展的需要。21世纪是高科技和信息爆炸的时代，现代科技是价值中立的。^[6]科学技术的迅速发展是一把双刃剑，一方面，其给人类带来了巨大的福祉，极大地改变了人类的生产和生活方式，甚至改变了人类社会的组织方式；另一方面，科学技术一旦被滥用，也可能损害个人的隐私、个人信息、生命健康等，从而损害人类的福祉。例如，随着生物科技的发展，人类基因编辑、器官移植、代孕、DNA鉴定中出现的问题越来越多。针对现代科学技术发展对个人隐私等人格权带来的现实威胁，美国学者Froomkin提出了“零隐私权”（zero privacy，意思是隐私权已经不存在）的概念，认为各种高科技、互联网的发明在给人类带来巨大福祉的同时，也都有一个共同的副作用，即对隐私权、个人信息权保护带来了巨大威胁。^[7]例如，互联网技术、卫星技术、生物辨识技术、监控技术等越来越多地成为个人信息收集的工具。科幻小说中设想的通过苍蝇携带相机到他人家中偷拍，已随着无人机技术的发展逐渐变成了现实。各种高科技的发明已经使人类无处藏身，如何强化对隐私权等人格权益的保护，成为现代法律制度所面临的最严峻的挑战。^[8]为应对这些挑战，人格权编的许多条款都作出了相应规定，例如，《民法典》第1009条设定了关于人体基因、人体胚胎相关科研的底线规则，第1019条禁止利用信息技术手段深度伪造他人肖像，第1023条第2款承认了声音作为一种新型的人格利益，以及第1034条扩大了个人信息的范围，在原有法律规定的基础上增加了生物识别信息、健康信息、行踪信息等，这些都是对互联网、高科技时代的回应。

三、人格权独立成编是适应市场经济发展的需要

市场经济的发展、商业模式的改变以及网络营销等的发展，在深刻改变我们消费方式的同时，也对我们的个人信息安全、隐私权保护等构成了一定的威胁。个人信息的收集与利用极大地促进了社会经济的发展。由于电子商务的迅猛发展，网络购物早已进入每一个家庭，成为人们日常生活消费的重要方式。电子商务也带来了诸多的新型广告模式，例如，针对特定消费者个人消费癖好的分析，商家投放具有明确针对性和个性化的广告。这实际上就是在电子商务过程中商家对消费者大量信息进行收集和利用所致，会给隐私权、个人信息保护带来巨大的挑战。一些商家违规收集个人信息，或者违反约定利用个人信息，实际上都构成对个人信息权利的侵害。此外，征信制度、黑名单制度的建立也都给个人信息的保护带来了挑战。各种名目繁多的评级、企业自己建立的黑名单制度、信息失真导致的评价不准确，不仅会给他人名誉、信用等造成损害，也会影响他人正常的经营活动乃至日常的生活。

为适应市场经济的发展和保护人格尊严的需要，《民法典》第993条确立了人格利益的许可使用规则。人格权具有专属性，但是这并不意味着人格利益不可由他人进行利用。人格利益的许可使用也称为人格利益的经济利用，是指人格权的某些权能可以依法转让或者授权他人使用，以及在其遭受侵害以后可以通过财产损害赔偿的方式获得救济。人格利益许可使用规则的重要意义在于：一方面，有利于回应社会发展需求。传统社会中，社会形态比较简单，普遍更侧重人格权的静态保护；随着社会的发展，肖像、声音、个人信息等的利用层面凸显出来，各种利用现象层出，尤其是个人信息的利用十分普遍。我国民法典关于人格权许可利用的规定适应了人格权行使的发展趋势，有效地协调了个人信息保护与利用关系，有利于促进我国数据产业的发展和国家整体战略的推进。另一方面，有利于保护个人人格尊严。利用和保护并非对立的两个层面，人格尊严也包括通过自己的意志对人格利益进行自主利用，并排除他人未经许可的利用，这也是对人格尊严的动态保护。民法典也基于人格尊严保护的要求，规定了不得许可使用的情形，这为人格权的许可使用设置了界限，更有利于推进对人格尊严的保护，避免因利用而损害人格尊严。对于人格利益和财产利益可能导致的冲突，人格权编在许可使用合同的解释以及许可使用合同的解除等问题上，均作出了特殊规定。这些规定更加注重对人格利益的保护，同时注重与对财产利益保护的平衡，能够更好地实现保护人格尊严的宪法要求。

四、人格权独立成编是全面保护人格权的需要

人格权独立成编就是要构建完整的人格权体系，这既顺应了域外的立法趋势，也可以满足我国社会现实的需要，从而为全面保护人格权奠定了制度基础。具体而言，主要表现在如下方面。

第一，为依法行政提供根本的遵循。民法典全面确认各项人格权，将为规范行政执法提供依据，行政执法过程中不得以侵害人格权为代价，不得违背法律法规的规定随意减损公民依据民法典所享有的各项人格权，国家机关工作人员在行使职权过程中还应当保护公民的各项人格权不受侵害，如《民法典》第1005条规定国家机关法定救助义务的履行，也有利于维护公民的人格权。

第二，为公正司法提供基本依据。司法机关在行使职权过程中，也要遵循民法典规定的人格权保护规则，规范、公正、文明执法，提高司法公信力。从我国司法实践来看，人格权的案件在审判实践中的数量呈逐渐增长趋势。自《民法通则》确立了人身权制度以来，人民法院审理的人格权的案件每年都在快速增长，大量涉及名誉、肖像、隐私、姓名、名称、个人信用、人身自由等人格权。实践中，侵害人格权的事件大量发生，尤其是随着互联网、高科技的发展，网络暴力、网络谣言、人肉搜索、网络诽谤、信息泄露等时有发生，这就尤其需要立法作出应对并强化对人格权的保护。而相对于世界发展趋势和现实社会需要，我国《民法总则》的几个条文过于原则、简单，远不能达到全面保护人格权益的立法目的。同时，《民法总则》第110条虽然对各项具体人格权进行了列举，在一定程度上完成了人格权类型的确认，但并没有规定各项人格权的具体内容，尤其是义务人应当承担的各项行为义务、尊重人格权应当遵循的各项具体规则、权利行使中私人利益与公共利益的协调关系，以及在侵害人格权的情形下的保护规则等。因此，需要通过人格权构建科学合理的且系统全面的人格权体系。

第三，人格权独立成编将为未来人格权的确认和保护提供空间。人格权是一个不断发展的体系，将随着科学的发展、科技的进步，会出现许多新的人格利益需要保护，这些权利出现之后，只有人格权独立成编，才有足够的空间容纳这些新型的人格权益。人格权独立成编也凸显了人格权在民事权利体系中的地位和作用，使其可以和物权、债权一样，成为重要的民事权利，这也有利于强化公民的权利意识。同时，人格权的体系具有开放性，其类型和内容也是在不断发展的^[9]，通过独立成编的人格权可以为将来人格权制度的发展预留足够的空间。尤其是考虑到现代社会生活的复杂性，科学技术的发展将持续

给人与社会的关系带来影响，而人对自身发展的诉求也将随之发展，人的主体性意识和诉求也将增强。在这样的背景下，人格权的类型和内容都会不断发展，法律在未来还有必要确认新型的人格权益^[10]，民法典中关于人格权的类型在未来还可能会增加。人格权这种与时俱进的开放性特点，在民法典人格权独立成编的立法模式下更具有可能性。因为在独立的人格权编中，法官可以通过对既有人格权范式的参照和类推适用，发现和确认新型的人格权法益，从而更好地确认和保护新型的人格权益。

五、人格权独立成编是完善民法典体系的需要

人格权的独立成编不仅具有足够的理论支持和重大的实践意义，而且从民法典的体系结构来看，完全符合民法典体系的发展规律，并对民法典体系的丰富和完善具有十分重要的作用，一方面，人格权独立成编符合民法典体系结构的内在逻辑。人格权独立成编凸显了民法作为“人法”的本质，有助于弥补传统民法“重物轻人”的体系缺陷。人格权独立成编形成对各种人格权益的周延保护，并弥补了传统民法典体系的不足。另一方面，人格权独立成编也与我国《民法典》总则编所明确的调整对象相吻合。我国《民法典》第2条在规定民法的调整对象时，将人身关系规定在财产关系之前，凸显了对人身关系的重视。这实际上表明，我国民法典要求进一步强化对人身权益的保护，这一精神应当在民法典分则中得到体现。《民法典》第109条、第110条采用高度概括的方式列举了一般人格权和具体人格权，并没有规定这些权利的具体内容，这就需要在民法典分则中对其作出规定。同时，总则编所规定的民事权利实际上都需要通过各个分编以及特别法作出细化规定。例如，物权、合同等都有分编保护，身份权有婚姻家庭编保护，其他投资性权利通过公司法等特别法予以保护，人格权编对人格权的各项规则作出细化规定，也更有利于实现民法典的立法目的。

总之，“现代民法的发展显然是以人格权法的发展而展开的”^[11]。加强和完善人格权法律制度，代表了现代民法的发展趋势。民法典是新时代保护人民民事权利的“权利法典”，而人格权编尊重人民的意愿，反映人民的需求，谋求人民的福祉，符合人民的利益，且充满了新时代的气息，彰显了时代的精神，因此堪称良法。但“徒法不足以自行”，只有学习好、实践好这部法典，才能不断推进全面依法治国，推进国家治理体系和治理能力现代化，实现人民群众对良法善治的美好期待。

[1]沈春耀作关于民法典各分编（草案）修改情况和民法典（草案）编纂情况的汇报.人民日报，2018-08-28.

[2]张文显.法治与国家治理现代化.中国法学，2014（4）.

[3]马斯洛.马斯洛人本哲学.成明，编译.北京：九州出版社，2003：52-61.

[4]马斯洛.动机与人格.北京：华夏出版社，1987：51-52.

[5]沈春耀作关于民法典各分编（草案）修改情况和民法典（草案）编纂情况的汇报.人民日报，2018-08-28.

[6]张志成.论科技法学的法理学基础及其二元结构.科技与法律，2005（3）.

[7]A.Michael Froomkin，Cyberspace and Privacy：A New legal Paradigm？The Death of Privacy？52 Stan.L.Rev.1461，2000.

[8]徐明.大数据时代的隐私危机及其侵权法应对.中国法学，2017（1）.

[9]Jean-Christophe Saint-Pau（dir.），Droits de la personnalité，LexisNexis，2013，p.37.

[10]高圣平.比较法视野下人格权的发展——以美国隐私权为例.法商研究，2012（1）.

[11]北川善太郎.民法典体系的民法模式与比较法.2008年民法体系与侵权法国际研讨会材料.北京：中国人民大学法学院，2008.

第四编 人格权

第一章 一般规定

第九百八十九条

本编调整因人格权的享有和保护产生的民事关系。

本条主旨

本条是关于人格权编调整范围的规定。

相关条文

《民法总则》第2条规定：“民法调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系。”

《民法总则》第109条规定：“自然人的人身自由、人格尊严受法律保护。”

《民法总则》第110条规定：“自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利。法人、非法人组织享有名称权、名誉权、荣誉权等权利。”

《民法总则》第111条规定：“自然人的个人信息受法律保护。任何组织和个人需要获取他人个人信息的，应当依法取得并确保信息安全，不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息，不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息。”

一、人格权的概念和特征

(一) 人格权概念的发展

本条对人格权编的调整对象作出了规定。人格权 (personality right、droits de lapersonalite、Persönlichkeitsrecht) 的概念始于近代。据美国学者雷特尔 (Eric H.Reiter) 考证, 荷兰学者胡果·多诺鲁斯 (Hugo Donellus, 1527—1591) 最早提出了生命、健康等权利 [1], 并将一些人格利益上升为一种权利, 开创了人格权理论的先河。 [2] 不过, 虽然多诺鲁斯提出了生命、健康等具体人格权, 但其并没有对人格权下一个一般性的定义。在18世纪, 德国学者沃尔夫也提出了生命权、身体权等概念。19世纪, 也有学者对人格权的概念进行过研究。例如, 1867年, 法国学者本陶德 (Bentauld) 在其撰写的《拿破仑法典的原则和实践》一书中就曾提出过人格权的概念。1870年, 另一个法国学者莫勒特 (Morillot) 在其撰写的一本关于版权和工业产权的著作中, 也曾论及人格权理论。19世纪中期, 历史法学派的代表人物萨维尼则对人格权概念持批评态度, 他认为, 一个人无法拥有对自己的身体及其组成部分的权利, 否则将导致个人享有自杀的权利, 因此, 个人对其自身的权利在实证法上也难以得到承认。 [3]

直到19世纪末期, 人格权的概念才开始形成。一般认为, 这一概念最早由德国学者噶莱斯 (Karl Heinrich Franz von Gareis) 于1877年提出, 噶莱斯认为, 应当区分人格利益和主体资格, 人格权以人格利益为客体, 而并非以“人格”为客体。人格权不包含任何涉及他人的权利, 而仅仅与权利人自己有关。 [4] 这就回应了萨维尼等人对人格权概念的批评。在此基础上, 他指出人格权的特性应不包括法律主体的物质性利益, 人格权包括两个方面: 一是源自身体的物质性存在, 二是精神上的存在。他还区分了三种类型的人格权: 身体完整权和人格自由权 (如姓名权)、人格尊严, 以及智力成果中的权利 (如版权)。由于噶莱斯区分了人格权与主体资格, 并区分了人格权与其他私法上的权利, 深刻地影响了现代人格权法的发展, 因此噶莱斯也被称为“现代人格权法之父” [5]。

受噶莱斯观点的影响, 日耳曼法学派的代表人物科勒 (Kohler) 提出, 人格权的权利客体是人的全部精神与肉体, 一般性人格权是专属于人的权利, 其利益包括身体完整、自由和尊严等。科勒还首次提出了现代法意义上的隐私权概念, 并将其作为人格权的组成部分。他认为, 人格利益具有不可侵害性, 人的人格权只有通过其身体、尊

严、隐私等才能受到侵害。^[6]科勒论证了个人对其生命、健康、荣誉、姓名、肖像以及隐私等享有人格权。^[7]其观点对人格权理论的形成起到了一定的推动作用。另一位日耳曼法学派的代表人物基尔克（Gierker）提出，人格权是一项重要的私权。他认为，一般人格权是一种基础性权利，来源于法律对人这一概念的认定。从一般人格权中，又将发展出各类具体人格权，而此种演变过程往往取决于历史发展的进程。^[8]人格权益包括关于个人身体完整的权利、关于自由的权利、关于尊严的权利等。^[9]基尔克列举了人格权不同于其他权利的一些特征：人格权属于私权，具有不可继承性、很强的人身专属性，在权利人死亡后，人格权也消灭。^[10]基尔克还区分了几类最为重要的人格权：身体完整、自由、尊严、身份、姓名、独特性标志（如商标或商号）、肖像以及在经济领域中的版权和专利权。^[11]在《德国民法典》制定过程中，虽然一些学者已提出了系统的人格权理论，但由于《德国民法典》的起草者温特沙伊德深受萨维尼否定人格权的观点的影响，因而在法典中并没有明确认可人格权。^[12]

在其他大陆法系国家，人格权的概念和理论也经历了一个产生、发展的过程。例如，1909年，法国学者皮劳尔（Perreau）就认为，人格权在性质上属于新型的权利类型，其客体并非外在于权利人，人格权在性质上属于非财产权利，人格权具有绝对性，具有人身专属性，不可转让、不可继承。^[13]其认为，人格权的独特之处在于没有主体本身之外的客体，它所针对的是主体人身的某些方面：姓名、身体、荣誉和名誉、私生活、肖像等。^[14]再如，在瑞士，直至19世纪末，伯斯苔尔（Boistel）才在其1899年撰写的《法哲学》一书中提出了人格权理论，以基斯克（Giesker）、斯派克（Specker）等人为代表的学者也提出了人格权的概念和理论，并对瑞士法产生了重大影响。^[15]1970年，在来自洛桑地区的联邦法官A.Lüchinger的主持下成立了专家委员会（被称为Lüchinger委员会）。该委员会于1974年12月提交了一份报告，名称为“修订民法典和债法典关于保护人格的联邦法律草案”。该草案主要涉及媒体侵权时行为的不法性的定义、管辖法院、临时措施、回应权、数据库企业的义务、精神损害赔偿、返还不当得利、媒体和数据库企业的无过错责任等。草案于1983年12月16日被联邦议会表决通过，于1985年7月1日生效。当前，大陆法系国家普遍认为，应当承认人格权的主观权利属性，人格权与其他私权是可以进行区分的。^[16]人格权应成为一项独立的私权。^[17]

总之，人格权的概念经历了一个产生与发展的过程。起初，人格权被认为是关于人自身的权利，常常与个人的主体资格相混淆，因而人们否定人格权的独立性。随着人格利益的特定化、人格权客体的确定，人们才逐渐认识到，人格权和主体资格是不同的。人格权的客体

并非人自身，而是人格利益，必须在法律上被类型化为权利，才能获得法律的有效保护。正是在此基础上，人格权概念得到认可，系统化的人格权理论也得以产生。自20世纪以来，尤其是自第二次世界大战以来，各国的民法学者大多认同人格权这一概念。尤其是随着人格利益范围的扩张，人格权的类型不断丰富，人格权的类型和体系也在不断丰富和深化，正是在这一过程中，人格权内容和体系也得到了发展。当前，从大陆法系各国的立法和司法实践来看，各国普遍区分了人格权和主体资格（即民事权利能力），并接受了人格权作为主观权利的地位。^[18]

在我国，“人格权”一词究竟何时首次出现，已经无从考证。据章炳麟《诸子略说》记载：“孔子平居教人，多修己治人之言，不求超出人格。”这里的“人格”，是指“以人事为范围也”^[19]。但中国传统语境中并没有现代法学意义上的人格概念，人格作为personality的意译，是我国近代法学家在宣扬大陆法系的法学理论过程中，从日文中引入的。^[20]但该概念在法律上的出现始于1925年的《中华民国民律草案》。该草案在第一章第一节“人”之下设置人格权之规定，其中第18条人格权的一般性规定，沿用《大清民律草案》第51条的规定。^[21]南京国民政府于1929年5月30日发布民法典总则，有关人格权的规定继受了瑞士的制度，在“自然人”的标题下规定了自由权和姓名权两种人格权。^[22]

新中国建立以后，曾几次制定民法典，但在这些草案中，并没有规定人格权。1986年4月12日第六届全国人民代表大会第四次会议正式通过的《民法通则》，在第五章第四节规定了人身权，其中主要规定了人格权，具体列举和规定了公民所享有的各项人格权，这是我国人权保障道路上具有里程碑意义的大事。《民法通则》将人格权与物权、债权等权利并列规定，正是因为《民法通则》对人格权的系统规定，使其获得了“民事权利宣言书”的美誉。2009年《侵权责任法》明确列举了受保护的各类人格权，该法第2条第2款规定：“本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”该法同时规定了侵害人格权的责任承担方式以及精神损害赔偿，这些都是对人格权法律制度的进一步完善。2017年3月15日颁行的《民法总则》在中国民事立法史上具有里程碑式的意义，虽然该法仅用4个条款（第109、110、111、185条）规定了人格权保护，但其内容已经成为《民法总则》的最大亮点，并受到广泛好评。《民法典》单设人格权编，对民事主体所享有的各项人格权益作出规定，对于强化人格权保护具有重要意义。

（二）人格权的概念

要讨论人格权的概念，必须从“人格”一词着手。“人格”在法律上是一个极为抽象的概念，其内涵较为丰富。正如马克思曾经指出的，“人格脱离了人，当然只是一个抽象”^[23]。它不仅可以用来解释除个人以外的其他主体，而且在法律上具有多重含义。具体来说，人格一词包含两重含义。

人格的第一种含义是指一种抽象与平等的法律地位，它是权利取得的资格。或者说，人格就是作为民事主体必备条件的民事权利能力。例如，黑格尔指出：“人格一般包含着权利能力，并且构成抽象的从而是形成的法的概念。”^[24]只要具备民事权利能力，就可以成为民法上的人，因而民事权利能力、人格、民法上的人、主体等概念基本上可以表达相近的意思。^[25]我国《民法总则》关于权利能力的规定，实际上是对人格的规定。

人格的第二种含义是从人格权的客体角度来理解的。在此意义上，它是一种应受法律保护的利益。比较法上，各国民法均承认健康、自由、尊严等人格利益。人格利益具体包括自然人的人身自由、主体专有人格标志的保有（姓名、肖像等）、主体获得的良好社会评价、自然人的人格尊严和婚姻家庭关系中的人身利益、自然人的私人生活秘密，以及其他各种人格利益等。自然人享有的各种人格利益乃安全、活动自由的利益，而不是人的人身利益，所以人格权以人格利益为客体，并不是以人的人身利益为客体。^[26]一些欧洲学者将人格界定为“对人作为万物的灵长所应享有的精神、道德价值的承认”^[27]。因此，人格作为法律的客体，其可能受到多种形式的侵害，对人格利益的保护旨在维护主体作为人的存在，并且为主体从事财产活动提供前提条件。

但是，在人格权理论的发展过程中，这两种意义上的“人格”始终被混淆，并没有被明确区分。在19世纪，以萨维尼为代表的历史法学派之所以对人格权概念持批评态度，是因为认为人格和人格权是无法区分的，否则将导致个人享有自杀的权利。人格要素也不能成为意思力的作用对象，无法满足主观权利以法律所赋予之意思力为核心的条件，这也导致人格要素不能通过权利被保护。^[28]受这种观点的影响，《德国民法典》的主要起草人温特沙伊德认为，权利是人支配物的关系，而不是人支配人的关系，所以民法典无法规定人格权。生命、身体、自由等乃个人与生俱来、自然享有的。虽然生命、自由等利益可由法律加以限制，但并非由法律确认后个人才可以享有这些权利。如果认为生命等为一种权利，则否定了生命等具有的自然属性，反而不能解释这些利益的产生及本质。^[29]如果承认人格为权利，则

必然要将生命、身体、自由等人格利益作为权利客体，这样必然造成人是权利主体又是权利客体的混乱现象。^[30]然而，19世纪末期，德国学者噶莱斯提出应当区分两种意义上的“人格”，人格权以人格利益为客体，而并非以“人格”为客体。自此，此种观点的影响越来越大，目前被大陆法系学者普遍接受和认可，而否认人格权的观点则日渐式微。近几十年来制定的民法典也大多规定了人格权，这表明人格权的概念已经被各国立法所普遍接受。

从比较法上看，各国也都区分了人格权与人格，并未产生混淆，人格是指主体资格，一般与民事权利能力相对应，而人格权则是民事主体所享有的民事权利。我国自《民法通则》颁行以来，就严格区分了人格与人格权的概念，依据《民法通则》，与人格相对应的概念是民事权利能力，规定在主体制度中，而人格权则规定在“民事权利”一章中。《民法总则》继续沿袭了这一立法传统，在主体制度部分规定了民事权利能力，解决主体资格问题，而在“民事权利”一章中规定了人格权，将其作为一项基本的民事权利加以规定，这实际上也是严格区分了人格与人格权。

我国《民法典》人格权编单独规定人格权，而没有将其作为主体资格规定在民事主体部分，实际上也是严格区分了人格权与人格两个概念，这一做法符合我国自《民法通则》以来的民事立法传统，与《民法通则》《民法总则》的立法精神也是一脉相承的。《民法典》第989条规定：“本编调整因人格权的享有和保护产生的民事关系。”由此可知，民法典人格权编严格区分了人格权与人格的概念。

结合《民法典》第990条、《民法典》第110条的规定，可以对人格权作出如下定义：人格权是指民事主体依法享有的，实现人格尊严和人格自由，并排斥他人侵害的权利。该定义强调了人格权的如下几个特点：一是人格权客体并非主体资格，而是人格利益。主体资格和人格利益应当区分开。二是人格利益与财产利益、身份利益是可以区分开的。人格利益主要是一种精神利益。如果说对财产利益的保护旨在为主体维持其自身生存与发展以及从事各种活动提供物质基础，那么，对人格利益的保护则旨在维护主体作为人的存在，并且为主体从事财产活动提供前提条件。人格利益也是个人作为社会成员的存在所必不可少的。正是在这个意义上，哲学家理解的人格概念与法学中的人格概念具有较大的相似性。^[31]尽管各国立法和判例所保护的人格权范围不完全相同，但其共同指向的都是人格利益，而且随着社会的发展和司法保护的加强，人格利益的保护范围也在不断扩展。^[32]三是民事主体依法享有其人格利益并排除他人侵害。因为人格权本质上是一种绝对权，权利人可以享有其人格利益，并排除第三人的侵

害。四是人格权是以维护和实现人格尊严和人身自由为目的的权利。这就是说，从价值上看，人格权以维护和实现人格尊严和人身自由为其价值目标，从而促进个人的人格自由发展。

（三）人格权的特征

人格权是一种私权，也是一种法律关系。人格权主要具有如下特征。

1. 人格权在性质上属于私权

人格权在性质上属于私法上的权利。^[33]人格权可以大致分为两大类，即宪法上的人格权和私法上的人格权。宪法上的人格权制度是为了规范国家和人民之间的关系。而私法上的人格权制度是为了规范民事主体之间的关系。我国《民法典》第989条规定：“本编调整因人格权的享有和保护产生的民事关系。”这就清晰地表明了民法典仅调整因人格权产生的民事关系，不包括公法上的关系。根据立法机关的解释，我国民法典分编草案人格权编所保护的人格权属于私权范畴，并不涉及公民政治、经济等方面的权利。^[34]因为其是私权，所以，它是民事主体所享有的权利，其效力主要及于地位平等的民事主体之间，并非直接为公权力机关设定义务，这与我国民法主流观点是相一致的。

2. 人格权具有非财产性

《民法典》第2条规定：“民法调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系。”民事权利表现为人身权和财产权两种不同的权利。在民法上，权利可以大致区分为两大类：一类是财产权，另一类是人身权。所谓人身权，是指以人身所体现的利益为内容的，与权利人的人身不可分的民事权利，包括人格权和身份权。人身权的主要特点在于：其内容体现为人格和身份等精神利益。人格权作为人身权的主要类型之一，不以财产的归属和利用为内容，具有非财产性，因而与财产权相区别，其并不直接以财产利益为内容，且原则上不得转让、放弃或继承。^[35]

3. 人格权的主体包括自然人、法人和非法人组织

一是自然人。自然人不仅平等地享有各项人格权，而且所享有的人格权的范围是十分宽泛的。依据《民法典》第110条的规定，自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等各项权利。依据我国《民法典》第16条的

规定，胎儿也享有人格权益，当然，胎儿人格权益受法律保护的前提是其娩出时为活体。《民法典》第990条第1款规定，人格权是民事主体享有的生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权等权利。该条第2款规定：“除前款规定的人格权外，自然人享有基于人身自由、人格尊严产生的其他人格权益。”从该规定来看，只有自然人才能享有一般人格权，法人和非法人组织不享有一般人格权。此外，根据《民法典》人格权编第六章的规定，自然人的个人信息受到法律保护。

二是法人。依据《民法典》第110条的规定，法人、非法人组织享有名称权、名誉权、荣誉权。该条也确认了法人、非法人组织的各项具体人格权。《民法典》第110条确认了法人享有名称权、名誉权、荣誉权，在法律上承认法人享有人格权，主要是为了强化对法人权益的保护。事实上，在法人、非法人组织人格权遭受侵害的情况下，仅采取财产权保护的方法是不够的，承认法人、非法人组织享有人格权有利于强化对法人合法权益的保护：一方面，尽管法人的人格权有财产性，但是以人格权的形式来保护，会更加周密。因为人格权会产生人格权请求权，即权利人可以通过停止侵害请求权、排除妨碍请求权、消除危险请求权等来保护自己的人格权，对名誉权还可以适用恢复名誉、消除影响等方法予以救济，从而在源头上消除侵权行为所带来的损害。另一方面，如果不承认法人人格权，仅仅用财产权的方法保护法人的名称、名誉等也是不充分的。例如，对机关法人、捐助法人、学校等社会团体法人而言，其名称并不具有财产性质，也无法进行交易，难以受到财产法的保护，只能通过人格权法予以保护。尤其应当看到，承认法人人格权，有助于对法人提供充分的救济。

当然，我国《民法典》承认的法人享有的人格权的类型仅限于上述三项，法人无法享有以生理或者心理为基础的人格权。^[36]法人享有的人格权不具有开放性，法律上采取的是封闭列举的方式。且一般人格权只为自然人所享有，不能由法人享有。另外，虽然法人享有人格权，但其主要以财产利益为内容，法人人格权在遭受侵害后，法人也不会产生精神痛苦，因此，法人应当无法主张精神损害赔偿。《民法典》第1183条第1款规定：“侵害自然人人身权益造成严重精神损害的，被侵权人有权请求精神损害赔偿。”这就明确否定了法人的人格权遭受侵害后的精神损害赔偿。责任。

三是非法人组织。《民法典》第110条确认了合伙企业、个人独资企业等非法人组织的人格权。所谓非法人组织，是指不具有法人资格，但是能够依法以自己的名义从事民事活动的组织。我国《民法典》第990条规定民事主体所享有的人格权中就包括了非法人组织所

享有的人格权，仅限于名称权、名誉权与荣誉权。

虽然人格权编确认了法人、非法人组织也享有部分人格权，但人格权主要是由自然人享有的。总之，《民法典》第990条第1款所列举的各项人格权，自然人均享有，而法人和非法人组织则仅享有三项人格权，且一般人格权只为自然人所享有。

4.人格权的客体是人格利益

人格权的客体是指人格权所指向的具体人格利益。人格权主体支配的对象并非主体资格，而是人格利益。在法律中，人格既可以是主体意义上的人格，也可以是人格权客体意义上的人格。在主体意义上，人格是指成为民事主体、享有民事权利及承担民事义务的资格，人格作为民事主体的资格，不能被作为客体对待。而人格利益则不同于人格，可以成为人格权的客体。而在人格权客体意义上的人格就是指主体受法律保护的具体利益。人格的两重法律意义密切相关，但绝不能等同。萨维尼反对人格权的关键理由在于，人不能既是权利的主体，又是权利的客体。这一见解显然混淆了作为人格权主体的人和作为人格权客体的人格利益。因为人格权的客体并非人自身，而是人格利益，这体现了人格权和主体资格的根本不同。

人格利益分为一般人格利益和具体人格利益，前者主要指自然人的人身自由和人格尊严；后者包括生命、健康、姓名、名誉、隐私、肖像等个别人格利益。具体人格利益又可以分为物质性人格利益（如生命、健康、身体）和精神性人格利益（如姓名、肖像、名誉、隐私等）。尽管各国立法和判例所保护的人格权范围不完全相同，但共同指向的都是人格利益，人格利益本身具有确定性，而且随着社会的发展和司法保护的加强，人格利益的保护范围也在不断扩展。^[37]

5.人格权的内容包括积极权能和消极权能

人格权的内容也称为人格权的效力，主要是指民事法律所规定的有关人格权的权利和义务。从义务人的角度讲，人格权属于绝对权，人格权的义务人是不特定的，任何不特定的第三人都负有不得加以侵害的义务。从权利人的角度看，人格权的内容可以从两方面来理解，即人格权的积极权能和消极权能。

一是人格权的积极权能。它主要是指法律赋予民事主体所具体享有的对其人格利益进行自主决定和利用的权能。就积极权能而言，民事主体享有自主决定或积极利用的权利，如对标表型人格权如姓名权、名称权、肖像权的积极利用等。在物质性人格权中，权利人依法

进行人体组织、器官的捐献或对药品试验的受试进行自主决定等。当然，人格权的积极权能的行使都必须在法律规定和公序良俗的范围内进行。正是通过这些积极权能的行使，从而实现权利主体所享有的人格利益。

二是人格权的消极权能。它是指人格权主体所享有的禁止他人对自己的权利进行非法干预或侵害的权利。人格权作为一种对世权，可以对抗任何不特定人的非法干预。当人格权受到非法干预或侵害时，人格权主体有权依法主张加害人承担停止侵害、排除妨碍、消除危险、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉、赔偿损失等侵权责任。在侵害个人信息的情形下，权利人还有权采取积极的措施要求相关主体更正、删除个人信息等。从义务人的角度来说，人格权的消极权能对应权利人之外的不特定的第三人所负担的不得侵害权利人人格权的义务。权利人之外的任何组织或个人，都负有不得妨害权利人行使权利的义务。义务人因违反义务而妨害权利人行使权利的，权利人有权请求法院排除妨碍，并要求义务人承担责任。

6.人格权具有绝对性

人格权的绝对性意味着权利人以外的其他任何人均负有不得侵害他人人格权的义务。在这一点上，人格权与相对权存有显著的区别。正是因为人格权具有绝对性，所以该权利可以受到《民法典》侵权责任编的保护，这就是说，在人格权遭受侵害的情形下，受害人不仅可以依据人格权编主张人格权请求权，同时也可以依据侵权责任编的规定请求行为人承担侵权责任。

7.人格权具有人身专属性

所谓人身专属性，是指它是与个人的人格始终伴随而不可分离的权利。此种权利一般不能转让、抛弃，也不能继承。^[38]专属性是人格权与其他权利的重要区别。自然人一旦出生就应当享有人格权，这也是对个人进入社会的资格的确认。不论个人是否意识到有这些权利存在，人格权都是客观存在的。^[39]《民法典》第992条规定：“人格权不得放弃、转让或者继承。”该条实际上是对人格权专属性的确认。依据这一规定，人格权具有不可抛弃性、不可转让性、不可继承性，自然人自出生时起即享有人格权，自然人死亡后，人格权即终止。^[40]正因如此，人格权与物权、债权等其他民事权利不同，这些权利在性质上一般不具有较强的人身专属性。^[41]

8.人格权的价值基础是人格尊严，人格权也是人格尊严价值的具体彰显，且是以维护和实现人格尊严为目的的权利

一方面，各项人格权都彰显了人格尊严的价值。如前所述，人格尊严是各种人格利益获得法律保护的依据。人格权以人格法益为客体，法律上赋予权利人能够支配、享有这些人格法益的权利，立法目的和追求的价值是实现人格尊严。每一项人格利益之所以成其为人格利益，是因为需要彰显人格尊严。例如，性骚扰最直接的是侵害了人的身体，同时也侵害了人的尊严，但作为主体资格的人格不会遭受损害。又如，民法典第1002条在规定生命权时，明确规定生命权的内涵不仅包括生命安全，也包括了生命尊严。生命尊严是人格尊严的重要组成部分，而“生命尊严”不仅适用于活着的人，还可以扩展适用至胚胎、胎儿、遗体等。^[42]也就是说，对于这些特殊存在的“物”，仍然要以有利于维护人格尊严的方式对待和处理。^[43]还可以从维护生命尊严的角度解释人格权编承认对患者的临终关怀。另一方面，人格尊严是认定新型人格利益的根本标准。人格利益是不断发展、变化的，随着社会的发展、科技的进步，必然会出现一些新的人格利益，这些利益能否得到人格权法的保护，缺乏必要的法律标准。而有了人格尊严这一价值指引，新的人格利益就能得到保护，并上升为人格权，也就是说，只有充分体现人格尊严的权益，才是人格权。可以说，人格尊严是认定人格利益和人格权利的法律标准，正是通过它的补充作用，人格权的定义具有了功能弹性，能包容新型的人格利益和人格权。在笔者看来，新型人格利益能否受人格权法保护的认定标准，应该看其是否涉及人格尊严。例如，实践中，商家对消费者搜身，基于性别、健康等原因在就业等方面的歧视，性骚扰，妨碍他人对其私人生活的自主决定等，都在一定程度上侵害了他人的尊严，可以纳入人格权的调整范围。

此外，人格尊严决定了人格权所具有的一些基本特征。例如，尊严本身具有专属性，人的尊严不得被放弃、转让和非法限制，这一特点也决定了人格权本身具有人身专属性、不可放弃性等特征。人格尊严要求个人在一定程度上对其人格利益具有自决权^[44]，因此，人格权的内容客观上也具有自决权的特点，人格权的支配不同于物权的支配，它实质上是指对人格利益和私人生活的自主决定，依法自决并排除他人的干涉。当然，这种自决必须是在法律范围内的自决，而不是不受任何限制的支配。

二、人格权编的调整范围

（一）人格权编与人格权法

人格权编是调整有关因人格权的享有和保护所产生的民事关系，人格权编是调整有关因人格权的确认和保障而产生的民事关系的规

范，该编共计51条，其内容分为六章，即一般规定，生命权、身体权和健康权，姓名权和名称权，肖像权，名誉权和荣誉权，隐私权和个人信息保护。严格地说，调整人格权关系的法律规范不限于人格权编，还包括民法典其他各编以及其他单行法的规定。例如，民法典总则编有四个条款确认了人格权，同时，总则编关于民事责任的规定，也适用于对人格权的保护。这就是说，民法典人格权编只是调整部分人格权关系，但人格权关系不仅受人格权编调整，还要受到民法典其他编以及有关特别法的调整。因此，在此，有必要区分人格权编与人格权法的概念。

所谓人格权法，是指确认和保护各项人格权的法律规范的总称。人格权法有广义和狭义两种理解，广义的人格权法不仅包括民法典人格权编的规范，还包括民法典其他各编关于人格权的规定。例如，民法典总则编、合同编、继承编等，均有关于人格权的规定，这些规定也属于广义的人格权法的范畴。除民法典的规定外，其他特别法关于人格权的规定，也属于广义的人格权法的范畴。狭义的人格权法则主要是指《民法典》人格权编的规定。

具体而言，人格权编与人格权法之间的关系表现在三个方面。

第一，人格权编是人格权法的重要组成部分。人格权法是确认和保护人格权的基本法。人格权编并不调整所有的人格权关系，只是从民事基本法的层面调整一些具体人格权的确认和保护问题。但因为人格权涉及的范围较为宽泛，民法典其他编和单行法也要对其进行调整，所以，人格权编只是人格权法的组成部分。

第二，人格权编是人格权法最基本的组成部分。民法典人格权编是最为基础性的人格权法规范，在发生人格权纠纷后，法官应当首先且主要依据人格权编的规定处理。但依据《民法典》第11条的规定，“其他法律对民事关系有特别规定的，依照其规定”，因此，如果对人格权纠纷涉及法律特别规定，可以依据单行法的规定予以处理。

第三，人格权编是解释人格权法的依据。这就是说，由于法典是基础性规范，因而，在解释民法典以外的有关人格权的单行法律规定时，应当以人格权编的规范为依据，有关人格权的单行法律规定不得与民法典人格权编相冲突。

（二）人格权编的调整对象

人格权编调整因人格权的享有和保护产生的民事关系，具体而言体现在如下方面。

1.人格权编调整平等民事主体之间的人格关系

我国《民法典》调整平等主体之间的人身关系和财产关系，财产关系受到物权编、合同编等调整，而人格权编主要调整人身关系，但人身关系并非均受人格权编调整，因为人格权编并不调整身份关系，而只是调整其中的人格关系。这就使人格权编与民法典其他分编在调整范围上区分开来。虽然人格关系与身份关系不同，但是二者密切联系，故此，根据《民法典》第1001条，在《民法典》总则编、婚姻家庭编和其他法律没有规定时，对身份权利的保护可以适用人格权编中人格权保护的有关规定。

人格权编调整的人格关系是平等主体之间的社会关系。民法在调整平等主体之间财产关系和人身关系的过程中，形成了民事法律关系，并使原来的社会关系的内容表现为法律上的权利义务关系。民法调整平等主体之间的人身关系和财产关系，人格关系也属于平等主体之间的法律关系，而不是具有隶属关系的主体间的公法关系，因此，《民法典》人格权编并不规范政治权利。立法机关在草案的说明中也指出，“人格权编这一部分，主要是从民事法律规范的角度规定自然人和其他民事主体人格权的内容、边界和保护方式，不涉及公民政治、社会等方面权利”^[45]。尽管人格关系可能涉及国家机关和公权力的行使问题，如行政机关滥用权力侵犯公民的人格权，但国家机关在承担民事责任时，它是民事责任的主体而非公权力主体，从这个意义上说，国家机关也是以平等主体的身份出现的，也属于平等主体。

2.人格权编调整的是以人格利益为内容的社会关系

人格权编所调整的人格关系是以人格利益为内容的社会关系，而不是以财产为主要内容的关系，人格利益具体包括自然人的的人身自由、主体专有人格标志的保有（姓名、肖像等）、主体获得的良好社会评价、自然人的隐私、个人信息以及其他各种人格利益等。人格利益不同于财产利益。财产利益是具有经济价值的物质利益，而人格利益虽然也涉及财产利益，但主要是一种精神利益，体现的是人格尊严；财产利益具有市场价格，一般可以转让，而人格利益具有人身专属性，不能转让或抛弃。因为这一区别，所以，财产利益可以通过损害赔偿的方式予以救济，而人格利益主要是精神性权利，不能用金钱来计算其价值。^[46]

3.人格权编调整的是以人格权的享有、保护和行使为内容而形成的社会关系

从该条规定来看，因人格权而产生的民事关系主要包括因人格权

的享有而产生的民事关系与因人格权的保护而产生的民事关系。例如，因名称权的归属发生的争议，就应当属于因人格权的享有而形成的民事关系；而因姓名权、名称权遭受侵害而产生的民事关系，即因人格权的保护而产生的民事关系。

（1）因人格权的享有而产生的民事关系

所谓人格权的享有，是指民事主体因为法律的确权而享有各项人格权。人格权法主要是权利法。这就是说，人格权编侧重于对人格权进行正面确权，人格权法以确认人格权的类型、人格利益的保护范围、各种人格权的内容和权能、人格权的行使与效力，以及解决人格权与其他权利之间的冲突等为其主要内容。它与物权法、知识产权法等法律一样，都应当纳入权利法的范畴。确认人格权是人格权法特有的功能。在古代法中，人格权就已受到刑法的保护，但刑法并不确认人格权，因此，并不能形成人格权制度。只有在生命、健康、自由、名誉等人格利益受到民法的确权和保护以后，才开始产生民法中的人格权制度。

人格权编对人格权的确权使其不同于侵权责任编。人格权编具有确认人格权的功能，而侵权责任编对人格权和人格利益的保护虽然也能够一定程度上起到人格权确权的作用，但其规范的重点在于规定侵害人格权益的救济规则，即对人格权进行消极保护。人格权法的确权功能主要体现在以下两个方面：一是从正面确认人格权的具体类型。即人格权法可以从正面对各项具体人格权和一般人格权作出规定，各项具体的人格权益包括生命权、健康权、身体权、姓名权、名称权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、个人信息权以及胎儿、死者人格利益等。二是规定各项人格权的基本权能。与侵权法对人格权的消极保护不同，人格权法可以从正面规定各项人格权的具体权能，从而为权利人行使人格权提供具体的指引。我国《侵权责任法》第2条曾将各项具体人格权纳入侵权法的保护范围，但其并没有从正面规定各项具体人格权的内涵和权能，各项人格权的内涵和权能应当由人格权法专门作出规定。《民法典》人格权编从正面确认自然人、法人和非法人组织享有的各项人格权及其内容，与侵权责任编相结合，共同保护民事主体的人格权。通过人格权法全面保障个人的人格权，有利于维护个人的尊严和价值，有助于使主体明确认识到自身所享有的人格权，使其能够主动地行使并捍卫自身的人格权，同时也能够充分尊重他人的人格权，为建立社会主义民主政治、形成和谐稳定的社会秩序奠定基础。

（2）因人格权的保护而产生的民事关系

虽然人格权受到各个法律部门的保护，但人格权的确认和民法保护需要通过民法典人格权编来完成。从世界范围来看，人格权属于民法中的新型权利，并且是一项具有广阔前景的民事法律制度。“现代民法的发展显然是以人格权法的发展而展开的。”^[47]加强和完善人格权法律制度，代表了现代民法的发展趋势。我国1986年《民法通则》就非常重视对人格权的保护，不仅将“人身权”独立作为一节，而且明确规定了公民、法人的姓名权、名称权、名誉权、肖像权等具体人格权。《民法总则》第110条也曾对自然人、法人、非法人组织所享有的各项具体人格权作出了规定，这也为人格权在民法典中独立成编提供了法律依据。

因人格权保护所产生的民事关系主要是指人格权遭受侵害而产生的权利义务关系。民法典人格权编为人格权提供了丰富的保护手段。我国《民法典》第179条规定的停止侵害、排除妨碍、消除危险、恢复名誉、赔礼道歉等责任方式，有助于及时制止侵害，预防损害的发生，消除侵害人格权的各种损害源。由于人格权侵害又经常可能给权利人造成精神痛苦，因而还有必要采取精神损害赔偿。此外，侵害人格权也可能会发生财产损害，有必要采用财产损害赔偿的责任方式对受害人予以救济。除侵权保护方式外，民法典人格权编在人格权保护方面还规定了人格权请求权，即在权利人对其人格利益的圆满支配状态受到不当影响时，权利人有权主张人格权请求权，以维持其对其人格利益的圆满支配状态。

除了因人格权的享有和保护而产生的民事关系，人格权编还调整因人格权行使、人格利益的利用等而产生的关系。严格地说，从广义上理解的保护，也包括了对人格权的利用和行使。人格权的行使涉及诸多法律问题，需要人格权编予以调整。一方面，人格权的行使应当符合法律和公序良俗，权利人不得滥用权利。在行使规则中，尤其需要规定人格权商业化利用的相关规则。随着社会的发展，人格权制度不再仅受到侵权法保护，而且逐渐具有积极利用的权能，集中体现就是人格利益的利用制度，需要人格权编予以规定（如《民法典》第993条）。另一方面，人格权的行使经常与言论自由、舆论监督等发生冲突，在此情形下，为了平衡社会公共利益和人格权保护之间的关系，人格权编有必要规定人格权的限制规则（如《民法典》第1020条、第1025条、第1036条）。

4.人格权编调整的是人与人之间的关系，而不是人对自身的关系

人格关系的主体包括自然人、法人和非法人组织。法律关系是“人与人之间的法律纽带”^[48]。尽管人格权是人对自身的权利，但

人格关系作为一种法律关系，体现为人与人之间的关系，而不是人与物的关系或人与其自身的关系。虽然人格权表现为主体对自身人格利益的关系，但是，正是法律通过调整人与人之间的社会关系才使人格利益转化为人格关系。人格关系作为一种对世性的法律关系，与物权关系一样，第三人主要负有不侵害的消极义务。当然，在特殊情形下，第三人也可能承担积极义务，如救助义务、行政机关的作为义务等（如《民法典》第1005条）。人格权法作为民法中独立的组成部分，对于完善民事权利体系和民事法律体系，充分保障民事权利，具有重要的理论意义和实践意义。

三、人格权与主体制度、侵权责任编的关系

（一）人格权与主体制度

人格权与民事主体制度的联系十分密切。一方面，人格权是维护主体的独立人格所必需的权利。人格权不同于权利能力，但又与权利能力关联密切。尤其是自然人的生命、身体、自由、健康等人格权是自然人与生俱有的，也是维持自然人主体资格所必备的权利，一旦这些人格权被剥夺，个人的主体资格也将不复存在。另一方面，人格权制度的根本目的是维护个人的人格尊严，实现个人的全面发展，这本身也是为了促进个人自主性人格的释放。承认人格权与作为主体资格的人格之间存在密切联系，并不能否认二者之间存在区别，这些区别主要表现在如下方面。

第一，二者的内涵不同。所谓主体资格，是指在民事法律关系中享有民事权利、承担民事义务的资格。人格权则是为了保证民事主体的独立人格所必须享有的权利。人格权是以人格利益作为其内容的，人格利益包括自然人依法享有的生命、健康、名誉、姓名、人身自由、隐私、婚姻自主等人格利益，法人和非法人组织依法享有名称、名誉、信用、荣誉等人格利益。虽然主体资格与主体所享有的具体权利之间关联密切，但人格权作为民事权利，与主体资格存在本质区别，不能相互混淆。无论是自然人还是法人、非法人组织，作为一个平等的主体进入市民社会，就会与他人形成财产和人格上的联系。这种人格关系显然不是主体制度所能够调整的，主体资格是产生人格关系的前提和基础，但产生具体的人格关系还要依据具体的法律事实，包括人的出生、法律行为等。人格（法律人格）作为一种主体性资格，是主体享有一切人身权利和财产权利的前提，从这个意义上说，作为主体资格的人格既不属于财产权，也不属于人身权，而是凌驾于二者之上的统摄性范畴，是对人的资格和能力的确认，它理应被纳入民法典总则。人格权属于具体的民事权利，不应规定在主体制度中，

而应规定在民法典分则中。

第二，是否受侵权法保护不同。将人格权制度与主体制度等同，则无法实现对人格权的充分保护。例如，某人实施了侵权行为，对他人的利益造成侵害，进而产生了侵害人格权的责任，这些显然不是主体制度所能解决的问题。事实上，主体资格只是强调民事主体人格的平等和民事主体应当享有的能力，其本身并不涉及人格权被侵害后的救济问题。由于现代民法贯彻主体平等的基本原则，不存在人格减等等人格受限制的情况，故而行为人只能侵害他人的人格权，而不能侵害他人的主体资格。因此，要充分保护人格权，就必须将其与主体资格分离，如果人格利益不能成为独立的权利，而属于主体资格的一部分，则侵权法就难以对人格权进行充分的救济。^[49]因此，人格权受到保护的前提是其与人格相分离，这就需要在民法典分则中确认自然人、法人和非法人组织所享有的各项人格权，并通过人格权请求权等制度对权利人予以救济。

第三，是否包括利用制度不同。应当看到，传统民法主要通过侵权法对人格权进行消极保护，但随着现代大众传媒业的发展，人格权商业化利用的现象日益普遍。例如，名人的姓名、肖像等常常被运用于各种商业广告，从而促进其商品的销售。使用名人肖像可以达到一种使公众对其商品质量的认可的目的，也有助于吸引公众的注意力，提高产品的知名度。再如，在大数据时代，个人信息具有很大的利用价值，应当坚持利用与保护并举。这种发展趋势表明，随着市场经济的发展，人格权已逐渐与主体制度发生分离，仅以生命权、健康权、自由权等传统的人格权来理解整个人格权制度，显然是不妥当的。主体资格是不可转让的，但某些人格权的部分权能可以转让。如果将人格权制度规定在主体制度中，将导致某些人格权的部分权能不能转让，也就无法实现人格权的商业化利用，这显然不符合人格权发展的现实状况，也不能针对人格权这种商业化发展趋势制定有效的人格权利用规则。

第四，能否受限制和克减不同。众所周知，权利能力具有总括性、不可限制性和不可克减性，在现代法中不存在罗马法中的人格减等。然而，人格权作为一种具体的权利，法律可以基于公共利益的维护等目的而对人格权进行一定程度的限制。以隐私权为例，法律需要从维护社会公共利益等方面考虑对个人隐私作出必要的限制^[50]，隐私权的范围应当受到公共利益和公序良俗的限制。例如，一旦实行政府官员申报财产制度，则政府官员的财产信息隐私就受到了限制。所谓“公众人物无隐私”，意味着人格权具有可克减性。有关人权的国际或区域性条约或公约一般也承认隐私权的可克减性。例如，《公民权

利及政治权利国际公约》第4条就规定：“在社会紧急状态威胁到国家的生命并经正式宣布时，本公约缔约国得采取措施克减其在本公约下所承担的义务，但克减的程度以紧急情势所严格需要者为限，此等措施并不得与它根据国际法所负有的其他义务相矛盾，且不得包含纯粹基于种族、肤色、性别、语言、宗教或社会出身的理由的歧视。”还要看到，人格权受到某种限制或克减并不会影响权利人的主体资格，而只是影响其作为民事主体的具体人身利益。^[51]

第五，能否规范死者人格权益的保护问题不同。从比较法上看，对死者人格权益的保护愈发受到重视，死者的人格尊严应受法律保护。在对死者的人格权益进行保护方面，我国司法实践也积累了不少经验^[52]，需要通过总结这些经验，形成制度化的规则，但如果通过主体制度规定死者人格利益的保护，显然是不妥当的，因为在自然人已经死亡的情况下，其主体资格已经不复存在，主体制度难以为其人格利益保护提供必要的支持。因此，也不宜在总则的主体制度中规定死者人格利益的保护问题。

（二）人格权编与侵权责任编的关系

从许多国家人格权制度发展的历史来看，人格权法与侵权法具有密切的联系，“无论是作为大陆法系代表的德国，还是美国的普通法，对人格权法律学说和制度的发展，都是在侵权法的框架下来展开的”^[53]。两者的联系主要表现在：一方面，在独立的人格权制度产生之前，对人格权的保护和救济主要是通过侵权法来实现的。例如，《德国民法典》在其总则部分仅对姓名权作出了一条规定，而在侵权行为法中对生命、身体、健康、自由以及信用、贞操等人格权益进行了保护（《德国民法典》第823～825条）。英美法系国家也没有独立的人格权制度，对这类权利，也是通过侵权法来保护的。另一方面，对人格权的侵害在性质上都是一种侵权行为，受害人应主要通过侵权法获得补救。而人格权的确立又对侵权法产生了重大影响，它不仅扩大了侵权法保障的范围，并且因为精神损害赔偿的产生而丰富了侵权法中损害赔偿制度的内容。当然，人格权编与侵权责任编之间虽然关系密切，但二者仍然存在明显的区别，具体而言如下。

第一，规范内容不同。侵权法主要是调整侵权行为及其责任，而对民事主体的人身或财产利益进行保护；而人格权法主要调整人格关系，其主要内容是确认主体所享有的各项人格权益，并明确其基本内容。正是因为这一点，二者所保护的权益范围不同。侵权责任法主要解决合法权益受到侵害时的法律救济问题，除人格权之外，侵权责任法还保护物权、知识产权等绝对权，这些权利也同样可以借助于侵权法对受害人予以救济，而人格权法则主要调整人格权法律关系。

第二，是否具有确权功能不同。侵权法主要是救济法，它要对受害人已经遭受的侵害进行救济，通过这种救济保护民事主体的合法权益，因而其主要功能是保护权利，而非从正面确认权利。而人格权法是权利法，其与物权法等法律一样，具有确权功能。只有通过人格权法规定各类人格权及其内容、效力等，才能为侵权法的救济提供基础。例如，侵权责任法虽然可以通过侵权责任保护隐私权，但无法从正面确认隐私权，也无法规定隐私权的具体内容。隐私权的内容可以进一步类型化为独处的权利、个人生活秘密的权利、通信自由、私人生活安宁、住宅隐私等。就私人生活秘密而言，又可以进一步分类为身体隐私、家庭隐私、个人信息隐私、健康隐私、基因隐私等。不同的隐私因为类型上的差异，在权利的内容以及侵权的构成要件上，都可能有所差异。对于如此纷繁复杂的权利类型，侵权责任法作为救济法的特点，决定其不能对人格权的保护规则作出详细规定。正是因为人格权法具有确权的功能，所以，只有在人格权法具体规定人格权的内容和效力的基础上，侵权责任法才能为受害人所遭受侵害的人格权提供损害赔偿的保护方式。^[54]

第三，是否可以具体确认每一项具体人格权的权能不同。侵权法虽然可以列举各项具体人格权，但其本身无法对各种人格权的具体权能作出规定。每一种人格权都具有其自身的作用或功能，这些权能不是单一的，不同权能的结合构成了不同的人格权。自然人和法人的人格权不管是一般人格权还是各项具体人格权，都具有较为丰富和复杂的权利内容且各不相同。例如，名誉权的内容不同于肖像权的内容，而自然人的姓名权与法人的名称权的内容也不完全相同（因为法人的名称权可以转让，而自然人的姓名权不能转让）。由此可见，自然人、法人、非法人组织所享有的各项人格权的内容是不能通过侵权责任法加以确认的，必须在人格权法中具体规定。法律不仅要列举与彰显各种权能，也要具体规定各种权能的行使与表现效果。正是在这个意义上，只有制定人格权法，才能更充分地体现私权行使和保护的需求，侵权责任法显然不具备上述功能。

第四，能否规定人格权的利用、行使等规则不同。法律不仅要列举与彰显各种权能，也要具体规定各种权能的行使与表现效果。尽管人格权原则上不能转让，但权利人可以许可他人对其人格权进行利用。例如，肖像权的使用权能可以转让，法人的名称权可以转让。法律也应当规定人格权的具体行使、利用规则，这些规则显然非侵权责任法所能包括。

第五，保护方法不同。侵权责任编主要是以损害赔偿为中心，侧重于通过损害赔偿的方法对遭受损害的受害人提供救济，而人格权编

既可以采用损害赔偿的方式，也可以采用人格权请求权的方法对受害人提供救济。同时，人格权编更加强化对损害的预防，兼顾损害的预防与救济。

此外，侵权责任法也无法规定人格权与其他权利的冲突及其解决规则。人格权在行使过程中，常常会与其他权利发生冲突。“如实践中常见的人格权与财产权、隐私权与新闻自由、名誉权与舆论监督等权利的冲突。人格权在行使过程中，也可能与公权力的行使发生冲突。 [55] 还应看到，各项具体人格权之间也可能发生交叉和冲突，从而需要在人格权法中确立解决冲突的规则。例如，当生命权与财产权发生冲突时，应当优先保护生命权。”而侵权责任法不能解决权利行使和权利冲突的问题。此外，为了维护公共利益、社会秩序等，在法律上有必要对人格权作出一定的限制，这些限制规则不能在侵权责任法中规定，而只能由人格权法加以规定，例如，对公众人物人格权的限制、人格权不得滥用、人格权与言论自由的关系等。从这个意义上说，人格权的独立成编，也可以起到和侵权责任法相互配合的作用。

（撰稿人：王利明）

[1] Eric H.Reiter , Personality and Patrimony : Comparative Perspectives on the Right to One's Image , 76 Tul.L.Rev.673.

[2] Vgl.Helmut Coing , Zur Geschichte des Begriffs subjektives Recht , in : ders./ Frederick H.Law son/Kurt Grönnfors (Hrsg.) , Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit , Alfred Metzner , Frankfurt am Main/Berlin , 1959 , S.11f.

[3] Savigny , System des heutigen römischen Rechts , 1840 , BdI , S.334.

[4] Neethling , JM Potgieter&PJ Visser , Neethling's law of personality , LexisNexis South Africa , 2005 , p.7.

[5] Leuze , Die Entwicklung des Persönlichkeitsrechts im 19.Jahrhundert , 1962 , S.93.Neethling , JM Potgieter&PJ Visser , Neethling's law of personality , LexisNexis South Africa , 2005 , pp.6-7.

[6] Kohler , Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht , 1907 , S.441ff.

[7] Kohler , Bürgerliches Recht , in Enzyklopädie der Rechtswissenschaft , Hrsg von Joslf Kohler , Zweiter Band , 7.Aufl ; 1914 , S.1 (33) f.

[8] Gierker , Deutsches Privatrecht , 1895 , S.704f.

[9]S Strtimholm , Right of privacy and rights of the personality : a comparative survey (1967) at 29.

[10]D Leuze , Die Entwicklung des Persiinlickeitsrechts im 19.Jahrhundert : zugleich ein Beitrag zum Verbaltnis allgemeine Persiinlickeitsrecht : Rechtsfdbigkeit (1962) at 114-115.

[11]Vgl.Otto von Gierke , Deutsches Privatrecht , Band I , Leipzig , 1895 , S.702 ff.

[12]Savigny , System des heutigen römischen Rechts Berlin , 1840 , Band I , S.355.

[13]R.Nerson , Les droits extrapatrimoniaux , thèse de droit , Lyon , Edition Bosc et Riou , 1939 , pp.356-363.

[14]Philippe Malaurie , Droit civil , Les Personnes-Les Incapacit s , Edition Cujas , 1992 , pp.99-100.

[15]Giesker , Hans , Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre , Ein Beitrag zu der Lehre von den Individualrechten , Zürich , 1904 ; Karl Specker , Die Persönlichkeitsrechte mit besonderer Berücksichtigung des Rechts auf die Ehre im schweizerischen Privatrecht , Aarau : Druck von H.R.Sauerla nder , 1910.

[16]P.Kayser , Les droits de la personnalité.Aspects théoriques et pratiques , in Revue trimestrielle de droit civil , 1971 , pp.471-473.

[17]Neethling , JM Potgieter&PJ Visser , Neethling's law of personality , LexisNexis South Africa , 2005 , p.12.

[18]Neethling , JM Potgieter&PJ Visser , Neethling's law of personality , LexisNexis South Africa , 2005 , p.12.

[19]辞海.上海：中华书局，1936：174.

[20]曲伟.人格之谜.北京：中国人民大学出版社，1991：8.

[21]该条规定：“人格关系受侵害者，得请求摒除其侵害。前项情形以法律特别规定者为限，请求损害赔偿或慰抚金。”

[22]张红.人格权总论.北京：北京大学出版社，2012：116-188.

[23]马克思恩格斯全集：第3卷.北京：人民出版社，2002：36.

[24]黑格尔.法哲学原理.范扬，等译.北京：商务印书馆，1982：46.

[25]我国《民法通则》第10条规定：“公民的民事权利能力一律平等。”

[26]杨立新.人身权法论.北京：人民法院出版社，2002：103-104.

[27]Neethling, JM Potgieter&PJ Visser, Neethling's law of personality, LexisNexis South Africa, 2005, p.27.

[28]Savigny, System des r[ö]mischen Rechts, zweiter Band, Berlin, 1840, S.334.

[29]龙显铭.私法上人格权之保护.北京：中华书局，1948：2.

[30]陈民.论人格权.法律评论，28（8）.

[31]例如康德指出：“人格把我们本性的崇高性清楚地显示在我们的肉眼前。”陈仲庚，等.人格心理学.沈阳：辽宁人民出版社，1986：35.

[32]Gert Brügemeier, Aurelia Colombi Ciacchi, Patrick O Callaghan, Personality Rights in European Tort Law, Cambridge University Press, 2010, p.567.

[33]W.A.Joubert Grondslae van die persoonlikheidsreg (1953) at 121.

[34]沈春耀.关于提请审议民法典各分编草案议案的说明. [2018-09-03] .http://www.npc.gov.cn/npc/cwhhy/13jchw/2018-08/27/content_2059319.htm.

[35]马特，袁雪石.人格权法教程.北京：中国人民大学出版社，2007：11.

[36]吴汉东.试论人格利益和无形财产利益的权利构造——以法人人格权为研究对象.法商研究，2012（1）.

[37]Gert Brügemeier, Aurelia Colombi Ciacchi, Patrick O'Callaghan, Personality Rights in European Tort Law, Cambridge University Press, 2010, p.567.

[38]陈民.论人格权.法律评论，28（8）.

[39]杨立新.人身权法论.北京：人民法院出版社，2002：66.

[40]W.A.Joubert Grondslae van die persoonlikheidsreg, 1953, at 146-147.

[41]Neethling, JM Potgieter&PJ Visser Neethling's, law of personality, 2005, at 13.

[42]例如，经1994年7月29日的法律修订，法国民法典第16条规定：“法律确保人的优先性（primauté），禁止对尊严的一切侵害，自其生命伊始（dès le

commencement de sa vie) 即确保对人的尊重。”该条源自1975年1月17日的法律, 后者规定: “自生命伊始确保对所有人的尊重。”

[43]石佳友.人格权立法的历史演进及其趋势.中国政法大学学报, 2018 (4).

[44]石佳友.民法典与社会转型.北京: 中国人民大学出版社, 2018 : 166.

[45]沈春耀.关于提请审议民法典各分编草案议案的说明.载

[2018-09-03].[http : //www.npc.gov.cn/npc/cwhhy/13jcw/2018-08/27/content_2059319.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/cwhhy/13jcw/2018-08/27/content_2059319.htm).

[46]杨立新.人身权法论.北京: 人民法院出版社, 2020 : 88-90.

[47]北川善太郎.民法典体系的民法模式与比较法//2008年民法体系与侵权法国际研讨会材料.北京: 中国人民大学法学院, 2008.

[48]迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论, 邵建东, 译.北京: 法律出版社, 2000 : 122.

[49]李中原.潘得克顿体系的解释、完善与中国民法典体系的构建//陈小君.私法研究: 第2辑.北京: 中国政法大学出版社, 2002.

[50]张新宝.隐私权的法律保护: 2版.北京: 群众出版社, 2004 : 16.

[51]曹险峰, 等.人格权法与中国民法典的制定.法制与社会发展, 2002 (3).

[52]如著名的荷花女案、海灯法师案。

[53]Giorgio Resta , The New Frontiers of Personality Rights and the Problem of Commodification , 26 Tulane Eur.Civ.L.Forum33 , 36 (2011).

[54]马俊驹, 张翔.人格权的理论基础及其立法体制.法学研究, 2004 (6).

[55]Richard C.Turkington&Anita L.Allen , Privacy Law , Cases and Materials , West Group , 1999 , p.2.

第九百九十条

人格权是民事主体享有的生命权、身体权、健康权、姓名权、名称权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权等权利。

除前款规定的人格权外，自然人享有基于人身自由、人格尊严产生的其他人格权益。

本条主旨

本条是关于具体人格权和一般人格权的规定。

相关条文

《民法通则》第98条规定：“公民享有生命健康权。”

《民法通则》第99条规定：“公民享有姓名权、有权决定、使用和依照规定改变自己的姓名，禁止他人干涉、盗用、假冒。法人、个体工商户、个人合伙享有名称权。企业法人、个体工商户、个人合伙有权使用、依法转让自己的名称。”

《民法通则》第100条规定：“公民享有肖像权，未经本人同意，不得以营利为目的使用公民的肖像。”

《民法通则》第101条规定：“公民、法人享有名誉权，公民的人格尊严受法律保护，禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。”

《民法通则》第102条规定：“公民、法人享有荣誉权，禁止非法剥夺公民、法人的荣誉称号。”

《民法通则》第103条规定：“公民享有婚姻自主权，禁止买卖、包办婚姻和其他干涉婚姻自由的行为。”

《宪法》第38条规定：“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。”

《民法总则》第109条规定：“自然人的人身自由、人格尊严受法

律保护。”

《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第1条规定：“自然人因下列人格权利遭受非法侵害，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理：……

（三）人格尊严权、人身自由权。违反社会公共利益、社会公德侵害他人隐私或者其他人格利益，受害人以侵权为由向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。”

《消费者权益保护法》第14条规定：“消费者在购买、使用商品和接受服务时，享有人格尊严、民族风俗习惯得到尊重的权利。”

理解与适用

一、具体人格权

（一）我国民法典中具体人格权的类型

所谓具体人格权，又称个别人格权，是指由法律具体列举的由公民或法人享有的各项人格权，如生命健康权、姓名权、肖像权、名誉权等。《民法典》第990条第1款确认了民事主体所享有的各项具体人格权，从而在此基础上构建了具体人格权体系。从《民法典》第990条规定来看，具体人格权包括生命权、身体权、健康权、姓名权、名称权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权等类型。具体人格权的体系由如下权利构成。

1. 生命权、身体权、健康权

人格权编第二章规定了生命权、身体权、健康权。这三项权利都是物质性人格权，在人格权体系中居于优先的地位。人格权编首先列举了生命权、身体权、健康权这些物质性人格权，这就表明，生命权、身体权、健康权在各类具体人格权中不仅具有优先地位，而且具有基础性的地位，具体而言如下。

一是生命权。它是以自然人的生命安全利益和生命尊严为内容的人格权。《民法典》第1002条规定：“自然人享有生命权。自然人的生命安全和生命尊严受法律保护。任何组织或者个人不得侵害他人的生命权。”生命是最高法益，是自然人的人格载体以及其享有其他所有权利和利益的基础和前提。生命既是一种人格利益，也是自然人的主体资格或人格本身。^[1]

二是身体权。它是自然人维护其身体组织器官的完整性并支配其肢体、器官和其他组织以及维护其行动自由的权利。^[2]《民法典》第1003条规定：“自然人享有身体权。自然人的身体完整和行动自由受法律保护。任何组织或者个人不得侵害他人的身体权。”

三是健康权。它是公民以其身体的生理机能的完整性和保持持续、稳定、良好的心理状态为内容的权利。^[3]《民法典》第1004条规定：“自然人享有健康权。自然人的身心健康受法律保护。任何组织或者个人不得侵害他人的健康权。”依据这一规定，健康权是自然人对自己的生理和心理享有健康利益，维持、保有并排斥他人侵害的权利。

上述物质性人格权是民法所保护的最高法益，是其他人格权乃至整个民事权利产生的基础和前提，是个人从事正常的生产、生活的基本条件。故此，应当将其作为第一种类型优先予以规定。

2. 姓名权、名称权

人格权编第三章规定了姓名权和名称权。自然人的姓名权和法人、非法人组织的名称权属于社会交往中对民事主体进行区分的外在标志，属于标表型人格权。

一是姓名权。它是自然人决定其姓名、使用其姓名、变更其姓名，并要求他人尊重自己姓名的一种权利。《民法典》第1012条规定，“自然人享有姓名权，有权依法决定、使用、变更或者许可他人使用自己的姓名”。姓名是指自然人的姓氏和名字，是自然人在社会中区别于他人的标志和代号。姓名的基本功能是为了防止个人身份的混淆，彰显个人的人格特征。

二是名称权。它是法人以及其他非法人组织对其用以确定和代表自身并区别于他人的符号和标记所享有的权利。《民法典》第1013条规定：“法人、非法人组织享有名称权，有权依法决定、使用、变更、转让或者许可他人使用自己的名称。”这就在法律上确认了法人和非法人组织的名称权，并将其界定为具体人格权的类型。除《民法典》之外，我国《公司法》《合伙企业法》《个人独资企业法》《商标法》《反不正当竞争法》等都对名称权的保护作出了规定，而《民法典》则是从民事基本权利的角度对名称权进行确认和保护。

3. 肖像权

人格权编第四章规定了肖像权。肖像权是以肖像所体现的人格利

益为内容的民事权利，它直接关系到自然人的人格尊严及其形象的社会评价，是自然人所享有的一项重要的具体人格权。肖像权也是个人所享有的一项标表型人格权。《民法典》第1018条规定：“自然人享有肖像权，有权依法制作、使用、公开或者许可他人使用自己的肖像。”该条规定将肖像权保护的核心从面部特征扩大到了可被识别的形象，进一步强化了对该权利的保护。在人格权编中，还规定了肖像权的合理使用、肖像权许可使用合同等规则，并允许将肖像权合理使用的规则类推适用于其他人格权之中。《民法典》第1023条第2款规定：“对自然人声音的保护，参照适用肖像权保护的有关规定。”这实际上是将肖像权的保护规则准用于对自然人声音利益的保护，这也进一步扩大了肖像权规则的适用范围。

4. 名誉权、荣誉权

人格权编第五章规定了名誉权和荣誉权。这两种权利属于对民事主体的社会评价，都属于精神性的人格权。一是名誉权。所谓名誉权，是指公民和法人、非法人组织对其名誉所享有的不受他人侵害的权利。所谓名誉，是对民事主体的品德、声望、才能、信用等的社会评价。《民法典》第1024条规定：“民事主体享有名誉权。任何组织或者个人不得以侮辱、诽谤等方式侵害他人的名誉权。”《民法典》第五章规定了名誉权和荣誉权，并规定了名誉的概念、名誉权与新闻报道舆论监督等的冲突解决规则、行为人的审查义务、侵害名誉权必须指向特定对象等规则。

二是荣誉权。所谓荣誉权，是指公民和法人、非法人组织对自己的荣誉称号所享有的不受他人非法侵害的权利。《民法典》第1031条规定：“民事主体享有荣誉权。任何组织或者个人不得非法剥夺他人的荣誉称号，不得诋毁、贬损他人的荣誉。”人格权编沿袭了《民法通则》规定荣誉权为身权利的做法，并将其确定为法定人格权。尤其需要指出的是，该章在标题上虽然没有确认信用权为一项独立的人格权，但是该章第1029条和第1030条这两个条文对信用的保护作出了规定。由此可见，我国《民法典》人格权编将信用利益纳入了名誉权的保护范围。

5. 隐私权、个人信息保护

人格权编第六章规定了隐私权和个人信息保护。隐私权是自然人享有的私生活安宁、私密空间、私密活动、私密信息依法受到保护，不被他人非法侵扰、知悉、搜集、利用和公开等的一种人格权。^[4]《民法典》第1032条第1款规定：“自然人享有隐私权。任何组织或者个人不得以刺探、侵扰、泄露、公开等方式侵害他人的隐私权。”依

据《民法典》第1032条第2款，“隐私是自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息”。可见隐私包括四大类，即私生活安宁、私密空间、私密活动、私密信息。随着现代社会的发展，以及互联网、高科技的进步，隐私的类型还会进一步增加。

个人信息是以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息，包括自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息、住址、电话号码、电子邮箱、健康信息、行踪信息等（《民法典》第1034条第2款）。我国《民法典》人格权编规定了处理自然人的个人信息所应当遵循的原则和条件，规定了个人信息的权利人享有查询、异议、更正和删除等权利，也规定了处理个人信息的免责事由，并明确了信息处理者对个人信息的安全保障义务。

（二）具体人格权的分类

1. 物质性人格权和精神性人格权

物质性人格权是指自然人对其生命、身体、健康等物质性人格要素享有的权利，主要包括生命权、身体权、健康权。所谓精神性人格权，是指不以具体的物质性实体为标的，而是以抽象的精神价值为标的的不可转让的人格权，如名誉权、隐私权、肖像权等。这种分类方法也被大陆法系一些国家的学者所承认，如在法国，学者通常将人格权划分为物质层面的权利（droits relatifs à l'aspect physique）和精神层面的权利（droits relatifs à l'aspect moral）两大类别。^[5]此种分类实际上就是将人格权划分为物质性人格权和精神性人格权。两者的区别主要表现在以下方面。

（1）权利主体不同。物质性人格权的主体只能是自然人，因为其负载于自然人的人身之上，与人身的物质载体相依存。脱离自然人的人身，就无所谓物质性人格权。精神性人格权的主体则包括自然人和法人、非法人组织。

（2）二者在人格权体系中的地位不同，物质性人格权相对于精神性人格权处于优越地位，在二者发生冲突时，要优先保护物质性人格权。在人格权体系中，生命、身体、健康是最重要的人格利益，具有至高无上性，在整个人格权甚至在整个民事权利体系中具有最高地位。生命的享有是具有法律人格的基础，是取得人格权的前提。身体、健康权也是个人所享有的重要的物质性人格权。物质性人格权相对于精神性人格权处于优越地位，这就意味着在二者发生冲突时，要优先保护物质性人格权。

(3) 是否可以许可利用不同。就物质性人格权而言,不得由权利人进行商业化利用。而精神性人格权虽然具有一定的固有性,但不像物质性人格权的固有性那样强烈,一些精神性人格权如肖像等人格利益可以由权利人许可他人进行利用。

(4) 物质性人格权是不得克减的基本人权。所谓克减(derogation),是指在特殊情况下对权利的限制和减少。一般而言,物质性人格权,特别是生命权,是不得克减的。根据许多学者的看法,精神性人格权例如隐私权,在出现危及国家安全的社会紧急状态时,有权机关可以对其作出适当的克减。

(5) 侵害方式和损害后果不同。对物质性人格权的侵害大多采用物理性的人身伤害等方式,其损害后果主要是财产损失和生理上的疼痛等。侵害物质性人格权大多表现为这些权利的物质载体受到了损害,受到损害的人身利益最终都表现为财产上的损失和精神上的痛苦。而侵害精神性人格权的方式多种多样,其损害后果往往不涉及生理上的痛苦。^[6]

(6) 救济方式不同。根据《民法典》第998条,在认定侵害人格权的民事责任时,需要进行利益衡量,但对物质性人格权而言,不需要进行衡量,应当予以优先保护。因为在物质性人格权遭受侵害的情形下,有明确的法定损害赔偿,即法律明确规定了侵害物质性人格权所应当承担的损害赔偿的范围、标准等。对物质性人格权的救济主要采取财产损害赔偿,如治疗费、丧葬费、误工费的赔偿。而在精神性人格权遭受侵害的情形下,通常并没有法定损害赔偿规则。对精神性人格权的救济主要是精神损害赔偿以及恢复名誉、消除影响等特殊的救济手段。侵犯权利主体的精神利益造成精神损害的,在法律上很难规定一个统一的赔偿标准。尤其是对恢复名誉、消除影响等特殊的救济手段而言,只能适用于对精神性人格权的侵害情形,而财产损害赔偿只是在侵害肖像权等具有财产利益的人格权情形中才适用。

2. 自由型精神人格权、尊严型精神人格权与标表型精神人格权

此种分类方式是对精神性人格权所作的进一步细分。所谓自由型精神人格权,是人身自由、私生活自由等以个人的人身自由与精神自由为内容的人格权。自由型精神人格权又分为人身自由权和精神自由权。尊严型人格权又称评价性人格权,是指以名誉、荣誉等对权利人的特定评价为内容的人格权,包括名誉权、隐私权、荣誉权、贞操权等。^[7]所谓标表型精神人格权,是指以姓名、肖像、名称等主体的外在标志和表征为内容的人格权,包括姓名权、肖像权、名称权等。

自由型精神人格权与尊严型精神人格权的区别表现在：第一，权利客体不同。自由型精神人格权以人身自由和精神自由为标的，尊严型精神人格权以特定评价为保护客体。第二，侵害方式不同。对自由型精神人格权的侵害方式主要是非法拘禁、限制自由等，对尊严型精神人格权的侵害方式主要有侮辱、诽谤、虚假报道等。第三，责任方式不同。侵害尊严型精神人格权的责任方式主要有恢复名誉、消除影响，但这些责任不能适用于自由型精神人格权。^[8]

标表型精神人格权与其他精神人格权的区别主要表现在：第一，标表型精神人格权是以标表人格特征的外在标志和表征为内容的权利。标表型人格权虽然也要反映人格尊严和人身自由的要求，但其主要还是为了表明自然人的人格特征和标志，使某一主体与其他主体相区别。第二，标表型精神人格权的重要内容之一就是对该类人格权的利用，标表型精神人格权具有商业利用价值，某些权能可许可他人使用。自由型和尊严型的精神人格权具有强烈的固有性，对主体的生存条件的保护也是必不可少的，一般不能进行商业化利用。第三，对标表型精神人格权的侵犯常常导致财产方面的损失，从而涉及对这些损失的损害赔偿问题。

3. 自然人的人格权与法人及非法人组织的人格权

根据权利主体的不同，人格权可以分为自然人的人格权与法人及非法人组织的人格权。自然人的人格利益包括自然人享有的人身自由、人格尊严以及姓名、肖像、名誉、隐私、贞操、婚姻自主等；法人及非法人组织的人格权包括法人及非法人组织对其名称、名誉、信用等享有的权利。两者的区别在于：第一，内容和范围不同。法人和非法人组织作为一种社会组织，不可能享有与自然人的人身具有密切联系的物质性人格权。第二，性质不同。自然人的人格权具有更强的人身性质，法人和非法人组织的人格权则与财产的联系更为密切。法人及非法人组织的人格权直接与其财产利益相联系，是其财产利益的基本前提和保障。例如，法人的名称权既是人格权，又是财产权，侵害法人人格权直接影响其生产经营活动和财产利益，因此侵害法人人格权通常须负财产损害的赔偿责任。^[9]第三，是否具有可转让性不同。法人和非法人组织的某些人格权如名称权是可以转让的，《民法典》第1013条规定：“法人、非法人组织享有名称权，有权依法决定、使用、变更、转让或者许可他人使用自己的名称。”这就确认了法人名称权可以转让的属性。但是，自然人的人格权是不能转让的。第四，二者是否具有开放性不同。自然人人格权类型具有开放性，《民法典》第990条所规定的一般人格权的主体限于自然人，一般人格权的保护范围具有开放性，新型人格利益都可以通过一般人格权予

以保护。而从《民法典》第110条第2款规定来看，其在规定法人人格权的类型时采取了封闭列举的方式，法人、非法人组织人格权仅包括名称权、名誉权、荣誉权三种，其类型不具有开放性。第五，侵害方式不同。例如，对自然人的名誉的侵害主要采取侮辱、诽谤的方式，对法人名誉的侵害主要采用不正当竞争的方式。第六，侵害后果不同。对自然人人格权的侵害会造成自然人精神上的损害和痛苦，所以应采取精神损害赔偿的方式。而法人和非法人组织不会像自然人那样产生精神痛苦，侵害法人和非法人组织的人格权一般不适用精神损害赔偿。由此可见，对自然人人格权的规定和对法人、非法人组织人格权的规定是有区别的。

4.可商业化利用的人格权和不可商业化利用的人格权

所谓可商业化利用的人格权，是指其客体具有较强的商业利用价值，且在法律上被允许商业化利用的人格权。与此相对应，不可商业化利用的人格权则是指依法不能进行商业开发和利用的人格权。按照传统观点，人格权在性质上属于消极防御性的权利，只有在受到侵害时才能得到侵权法的保护，并不能进行商业化利用。但随着市场经济，尤其是大众传媒业的发展，部分人格权逐渐具有积极利用的权能，如姓名权、肖像权等，可以成为商业利用的对象。

从比较法上看，各国一般禁止物质性人格权的商业化利用。例如，《法国民法典》第16-5条规定：“任何赋予人体、人体之各部分以及人体所生之物以财产价值的协议，均无效。”为保护个人的人格尊严和人格自由，应当将生命权、身体权、健康权等物质性人格权排除在商业化利用的范围之外。而对精神性人格权，特别是标识性人格权如姓名权、肖像权等，一般是可以进行商业化利用的。可商业化利用的人格权不具有严格的专属性，且与财产权具有密切的联系；而不可商业化利用的人格权则具有很强的专属性特点。此外，从侵权后果来看，侵害物质性人格权与侵害精神性人格权的财产损害赔偿 responsibility 不同，因此，《民法典》第1179条和第1182条对侵害物质性人格权和精神性人格权的财产损害赔偿 responsibility 分别作出了规定。

二、一般人格权

《民法典》第990条第2款确认了一般人格权，对此可以从如下方面理解。

（一）一般人格权的概念和特征

一般人格权（Das allgemeine Persönlichkeitsrecht），是相对于具体人格权而言的。所谓一般人格权，则是法律采用高度概括的方式而赋予自然人享有的具有权利集合性特点的人格权，是为了适应新型人格利益保护而产生的兜底保护条款。^[10]《民法典》第990条第2款规定：“除前款规定的人格权外，自然人享有基于人身自由、人格尊严产生的其他人格权益。”一般人格权不仅可以发挥价值宣示作用，而且起到了对新型人格利益的兜底保护作用。

一般人格权概念产生于德国。在德国，哲学家康德在其哲学体系中提出了人格的理论，将人格视为自由展开的能力，已经类似于后世的一般人格权理论。^[11]1866年民法学家诺依内尔（Neuner）提出了人格权的概念，他将一般人格权界定为人自身目的存在和人自我目的的宣示和发展的权利。^[12]一般认为，诺依内尔是一般人格权概念的首倡者。^[13]1895年，德国学者基尔克曾在其《德国私法》一书中，强烈呼吁应当在法律上采纳一般人格权的概念，但1900年的《德国民法典》并没有采纳这一观点，也没有接受一般性的、广泛的人格权，而只是规定了生命、健康、姓名等个别的人格权。按照拉伦茨的看法，《德国民法典》之所以没有采纳一般人格权的概念，是因为难以给这种权利划界，而划界则明显地取决于在具体财产或利益的相互冲突中，究竟哪一方有更大的利益。^[14]梅迪库斯认为，“民法典有意识地既未将一般人格权，也未将名誉纳入第823条第1款保护的权益范围”^[15]。直到第二次世界大战以后，德国民法开始强化对人格权的保护。战后基本法对人类尊严的重视，促使了民法上人格权理论的发展。依据基本法的规定，德国法院采纳了德国学者Nipperdey、Nawiasky等人的主张，认为宪法所确认的权利可以适用于私法关系，从而根据德国战后基本法第2条关于“人类尊严不得侵犯。尊重并保护人类尊严，系所有国家权力（机关）的义务”，“在不侵害他人权利及违反宪法秩序或公序良俗规定范围内，任何人均有自由发展其人格的权利”的规定，确定了“一般人格权”的概念。在1954年的Schacht-Leserbrieft案例（“读者来信”案）中，法院判决认为，被告的行为将原告置于一种错误的事实状态中，让读者误以为其同情纳粹，这侵害了原告的人格。法院根据德国基本法第1条关于人格尊严的规定，认为一般人格权应当被视为由宪法所保障的基本权利，并推导出一般人格权的概念。^[16]此后，在1957年的一个案例中，法院明确地将一般人格权解释为《德国民法典》第823条第1款中的“其他权利”（即绝对性权利）。^[17]德国法院采用一般人格权的概念，解释出一系列具体的人格权。例如，德国法院在司法实践中根据“一般人格权”而具体确定出对肖像的权利、对谈话的权利、秘密权、尊重私人领域的权利等，完备了对人格利益的司法保护。^[18]

在其他某些大陆法系国家的民法典中也明确承认了一般人格权。例如,《匈牙利民法典》第85条、《葡萄牙民法典》第70条第1款等,均规定了一般人格权。在荷兰,受《欧洲人权公约》的影响,荷兰最高法院已经确认要尊重每一个公民私生活的一般权利,与该权利相同的称谓为隐私权、保护隐私的权利、人格权、一般人格权等。^[19]尽管一般人格权的法律属性并不确定,但其被认为是其他一些权利(如隐私权)的基础。^[20]由此可见,从比较法上看,各国都在不断强化对人格权益的保护,即在具体人格权之外,也逐步强化对人格利益的保护,许多国家都通过一般人格权实现对新型人格利益的保护,这也使人格权益的保护体系更为完整,在保护范围上也更为周延。

我国《民法通则》没有规定一般人格权。司法实践中,《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》(以下简称《精神损害赔偿司法解释》)第1条采用了“人格尊严权”的表述,按照起草人的解释,“人格尊严”在理论上被称为“一般人格权”,是人格权利一般价值的集中体现,具有补充法律规定的具体人格权类型不足的作用,在处理具体案件时,可以通过一般人格权保护个人的人格尊严,以补充具体人格权的不足。^[21]此外,最高人民法院的《民事案件案由规定》还将一般人格权纠纷作为独立的案由。2017年颁行的《民法总则》第109条规定:“自然人的人身自由、人格尊严受法律保护。”这是我国法律首次确认一般人格权。在此基础上,《民法典》第990条第2款进一步确认了一般人格权制度,为充分而全面地保护自然人所享有的各项人格利益提供了依据。

依据我国《民法典》第990条第2款的规定,一般人格权具有如下特点。

1.主体是自然人。一般人格权的主体仅限于自然人,法人、非法人组织不能成为一般人格权的主体。这主要是因为人身自由与人格尊严都是针对自然人而言的,其所保护的也是自然人的人格利益,法人因不享有人身自由与人格尊严,而不能成为一般人格权的主体。

2.一般人格权包括人身自由与人格尊严两方面的内容。

(1) 人身自由

人身自由有广义和狭义之分。从广义上理解,人身自由不仅包括人身自由权,还包括精神的自由、个人依法享有的自主决定的权利,从这一意义上说,人身自由在性质上又属于一般人格权的范畴。《民法典》第990条第2款显然是从一般人格权的角度理解人身自由概念

的。至于狭义的人身自由，仅指行动自由，我国《民法典》第1011条规定：“以非法拘禁等方式剥夺、限制他人的行动自由，或者非法搜查他人身体的，受害人有权依法请求行为人承担民事责任。”由此可见，狭义的行动自由在我国《民法典》中被纳入身体权中加以保护。

作为一般人格权的人身自由包括如下几个方面的内容。

一是身体活动的自由。《民法典》第1011条规定所说的“行动自由”是指身体活动自由，主要是肢体行为等物理活动上的自由。这就是说，个人可以自由支配其身体组成部分，并且进行自由活动。身体活动自由是个人参与社会活动，享有各种权利的基本前提，也是个人应当享有的基本权利。

二是自主决定。所谓自主决定，是指权利人对自己的人格利益依法利用或者在法律规定的范围内处置。从比较法上看，一些国家通过判例确立了自主决定权，例如美国罗伊诉韦德堕胎案（Roe v. Wade）中确认堕胎自由属于个人自主决定的范围。^[22]我国也有不少学者主张将自主决定权作为一项独立的具体人格权。笔者认为，自主决定不应作为一项独立的人格权，而应当成为一般人格权的内容。主要理由在于：一方面，自主决定是私法自治的延伸，如果将自主决定权作为一项独立的人格权，其范围将很难决定，而且有很多具体的人格权都会涉及自主决定，也就容易造成不必要的竞合。自主决定的范围比较模糊，如果将其认可为独立的人格权，则很难确定权利的边界，也容易导致此种权利与其他权利不易区分。另一方面，人格权法上的自主决定是与人格利益联系在一起的，这些自主决定都是人格自由的内容，而不宜作为一项具体人格权。人格权法上的自主决定不是一般意义上的自主决定，而是指可以包含在一般人格权的人格自由之中的人格利益。自主决定可以作为人身自由的内容，从而弥补具体人格权规定的不足。

三是精神活动的自由。它是指自然人按照自己的意志和利益，在法律规定的范围内自主思维的权利，是自然人自由支配自己内在思维活动的权利^[23]，是自然人进行意思表示或其他民事活动的意志决定自由。^[24]也有学者主张采用精神自由权的概念。^[25]在我国台湾，有学者认为，在欺诈、胁迫等情形，受害人有权请求侵害精神活动自由的赔偿。笔者认为，不宜将精神自由权规定为具体人格权，作为一种人格利益，其应当受到一般人格权的保护。

（2）人格尊严

“尊严”一词来源于拉丁文（dignitas），意指尊贵、威严。^[26]人

格尊严是指人作为法律主体应当得到承认和尊重。人格尊严是指每个人作为“人”所应有的社会地位，以及应受到的他人和社会的最基本尊重，是人作为社会关系主体的基本前提。人在社会中生存，不仅要维持生命，而且要有尊严地生活。人格尊严是人基于自己所处的社会环境、工作环境、地位、声望、家庭关系等各种客观要素，而对自己人格价值和社会价值的认识和尊重，是人的社会地位的组成部分。人格尊严是受到哲学、法学、社会学等学科关注的概念。^[27]在民法中，人格尊严是人格权的基石。现代人格权法的构建应当以人格尊严的保护为中心而展开。

人格尊严是人作为社会关系主体的一项基本前提，意味着人应有最基本的社会地位，并且应当受到社会和他人的最基本的尊重，是每一个人基于自己所处的社会环境、地位、声望、工作环境、家庭关系等各种客观条件，对自己和他人的价值和社会价值的认识和尊重。^[28]经过改革开放四十余年来的发展，我国持续稳定地解决了十几亿人的温饱问题。中国已经成为世界第二大经济体，人民物质生活条件得到了极大的改善，总体上实现了小康，不久即将全面建成小康社会。人民在物质生活水平提高以后，必然要求进一步尊重其人格尊严。正因如此，党的十九大报告在民生部分提出了要保障公民的合法权益，并且特别强调了对人格权的保护。这实际上就是将人格权的保护作为保障人民美好生活的重要内容，突出了人格权保护的重要价值。

保护人格尊严是我国民法典人格权编立法的根本目的，也是贯穿于人格权编的基本理念和精神，构成了整个人格权法的价值基础。康德认为，“人格”就意味着必须遵从这样的法则，即“不论是谁在任何时候都不应把自己和他人仅仅当作工具，而应该永远视为自身就是目的”^[29]。1982年的《宪法》确认了对人格尊严的严格保护。该法第38条规定，“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害”。人格尊严作为一项宪法基本权利，必须通过人格权制度具体化，并且只有转化为一项民事权利，才能获得民法的保护。任何人侵害他人的人格尊严，受害人将依据民法获得救济。如果说人格权独立成编是从形式体系上完成了人格权的体系化，那么人格权编的价值体系则是以维护人的尊严展开的。依据《民法典》第990条第2款，人格尊严既是一般人格权的内容，也是评价某种新型人格利益是否应当受到法律保护的重要标准。这也充分彰显了我国《民法典》的人文关怀精神。

（二）一般人格权的功能

一般人格权的功能就是指一般人格权所具有的作用。明确一般人

格权的功能对建立一般人格权以及在司法实践中正确适用一般人格权，不无意义。

1. 权利创设基础功能

所谓权利创设基础功能，是指一般人格权制度为生成新的具体人格权，提供了价值基础或依据。《民法典》第990条第2款规定：“除前款规定的人格权外，自然人享有基于人身自由、人格尊严产生的其他人格权益”。因此，在未来产生某种新型民事利益以后，只要其内容包含了人身自由、人格尊严的价值，其就应当受到人格权益的保护。人格权本身具有开放性，在法律上不可能穷尽列举，所以，除了法律明文规定的人格权外，有必要在法律上确认一般人格权，使法官可以从保护基本人权和维护公共利益的角度考虑，保护一般人格利益。一般人格权的重要功能在于采用一个抽象的、概括的规定，弥补列举具体人格权所遗留下的缺陷。^[30]应当看到，具体列举人格权的方式确有其局限性，如果单纯采用这种方式，可能使对具体人格权的列举非常烦琐，而且许多列举的权利难以和其他权利划清边界，更何况这种列举也是难以穷尽的。而一般人格权产生之后，就解决了不适宜列举为具体人格权的人格利益的保护问题。所以，对个别的侵害人格利益的行为，可以通过一般人格权来保护受害人的利益。一般人格权就体现为一种将一般人格利益上升为一种权利的方法，它实际上扩张了人格权的范围，正是由于这一原因，对一般人格权在确认权利方面的功能应当加以限制。只要符合人身自由、人格尊严的价值，就能够作为人格利益受到保护。

2. 价值指引功能

《民法典》第990条第2款采用概括性条款保护人身自由和人格尊严，具有宣示保护人格尊严和提供价值指引的功能。保护人身自由和人格尊严是人格权立法的根本目的，法律之所以保障各种人格权，在很大程度上就是为了维护个人的人格尊严。自然人的各项人格权体现了人格尊严不同的保护要求。保护人格尊严是我国民法典人格权编立法的根本目的，也是贯穿于全部规定的基本理念和精神，构成了整个人格权法的价值基础。如果说物质性人格权是为了维护自然人生理上的存在，那么精神性人格权就彰显自然人的精神生活需要。美国学者惠特曼（Whitman）认为，整个欧洲的隐私概念都是奠基于人格尊严之上的，隐私既是人格尊严的具体展开，也是以维护人格尊严为目的的。^[31]保护隐私就是保护个人的人格尊严，隐私体现了对“个人自决”、“个性”和“个人人格”的尊重和保护。^[32]就个人信息而言，其之所以日益获得强化和保护，也与其体现了人格尊严和人格自由存在密切关系。有关个人信息的权利常常被称为“信息自决权”。

(informational self-determination right)”，同样体现了对个人自决等人格利益的保护。^[33]例如，在网上披露他人的裸照，不仅侵害了个人隐私，而且侵害了个人信息，该行为本质上也损害了他人的人格尊严。

3.兜底保护功能

所谓兜底保护，是指在具体人格权和人格利益保护规范不足的情形下，可以借助一般人格权为相关人格权益提供兜底保护。在德国法上，一般人格权产生的最初原因就在于弥补德国民法典列举的有限性。为了适应人格权的开放性和发展性的特点，有必要设立一般人格权，来补充民法典列举的局限。日本法学家星野英一先生指出，一般人格权的产生，使得对那些需得到保护而实体法条文未具体规定的人格利益，或伴随社会发展而出现的新型人格利益给予保护成为可能。^[34]一般人格权旨在保护具体人格权之外的一般人格法益，尤其是因为一般人格权具有高度的概括性和抽象性，所以，存在具体人格权时，必须首先适用具体人格权，不能直接适用一般人格权，这就需要排除一般人格权的滥用，限制法官的自由裁量，保证法律的确定性和安全性。

人格尊严在我国民法典中具有很强的扩展性，通过这种扩展性更好地适应了现代社会人格权益保护的需要，有利于维护广大人民群众的基本权益。例如，我国《民法典》第1002条在规定生命权时，明确规定生命权的内涵不仅包括生命安全，还包括生命尊严。生命尊严是人格尊严的重要组成部分，而“生命尊严”不仅适用于活着的人，还可以扩展适用至胚胎、胎儿、遗体等。也就是说，对这些具有人格意义的“物”，仍然要以有利于维护人格尊严的方式去对待和处理。^[35]再如，人格尊严的保护也扩展到对行动自由的保护，《民法典》第1011条关于保护行动自由的规定同样反映了对人格尊严的保护。例如，在“超市搜身案”中，某超市的保安怀疑消费者偷拿财物，对其进行搜身，虽然没有侵犯原告的名誉权，但实际上侵犯了原告的人格尊严。^[36]故此，禁止非法搜身的立法目的主要是保护人格尊严。此外，《民法典》第1009条对人体基因、人体胚胎医学科学研究的禁止，也是出于维护人格尊严的目的。

《民法典》第990条第2款对一般人格权作出规定，有利于形成对人格权益的兜底保护。人格权具有法定性，也具有开放性。随着社会的发展，一些新型人格利益会不断出现，很难通过已有的人格权类型加以保护^[37]，当某种新型人格利益产生之后，可以借助一般人格权予以弥补。例如，在某个案件中，被告于原告举行结婚仪式前，故意将垃圾撒在其家门口，法院判决被告应当就原告精神损害给予赔偿。

[38]此案也涉及侵害原告的人格尊严。实践中，许多损害自然人人格尊严的行为（如就业歧视、代孕等），都很难通过现有类型化人格权给予保护，当出现这些新类型的案件时，首先要用是否侵害人格尊严作为评价标准，如果构成对个人人格尊严的侵害，则权利人即应当受到人格权法的救济，行为人应当承担精神损害赔偿责任。人格尊严的内涵具有开放性，可以为新型人格利益的保护提供法律依据，从而实现对人格权益的兜底保护。

4. 贯彻实施宪法的功能

《民法典》第990条第2款对一般人格权作出规定，也具有承接宪法基本价值取向的功能。宪法在我国法律体系中居于根本法和最高法的地位，《宪法》第38条确认的保护公民人格尊严的原则，应成为各个法律部门必须予以保护的價值。也就是说，各部门法应当通过制度的建构，具体落实宪法保护人格尊严的精神。《民法典》第990条规定人格尊严条款，实际上是对宪法“人格尊严”保护规则的一种具体化，具有承接宪法规则的意义。换句话说，宪法确认保护人格尊严的原则必须通过民法具体予以落实。虽然宪法规定了对人格尊严进行保护，但宪法作为根本大法，其规则往往是粗线条的，具有高度抽象性，许多规定尤其是关于公民基本权利的规定，还有待于各个部门法的具体落实。[39]宪法中的人格尊严实际上仍然是一种价值表述和价值指引，无法保证裁判的相对确定性，难以实现“同等情况同等对待”的基本正义要求。因此，迫切需要对人格尊严的保护予以细化，确定各项具体人格权的内容和保护范围，将之具体化为能被裁判所适用的有效性规则。民法典对人格尊严保护作出规定，就可以满足这一需要。尤其应当看到，在我国，宪法不能直接作为裁判依据，最高人民法院的相关司法解释已经明确规定，法官在裁判时并不能直接援引宪法作出裁判[40]，这就排除了法官在个案中直接通过宪法保护人格尊严的可能。民法典规定的人格尊严保护条款，既具有价值宣示功能，也可作为裁判依据，这有利于更好地实现宪法保护人格尊严的立法目的。

此外，人格尊严的保护是处理人格权与财产权冲突的重要依据。按照民法人文关怀的理念，以人为本是一种基本的价值取向，它强调尊重个性价值，尊重人的独立人格、人的平等、创造个性和权利，尊重人性发展的需要。以人为本意味着任何个人都应享有作为人的权利，对任何个人的权利都应给予合理的尊重，给予人性化的思考和关怀。我国民法典人格权编的规则充分体现了以人为本的理念。例如，依据《民法典》第1021条的规定，对肖像许可使用合同而言，当双方当事人约定不明时，应当作有利于肖像权人的解释；同理，《民法

典》第1022条第2款规定了肖像权人在有正当理由的情况下可以单方面解除肖像许可使用合同。这些规定都体现了人格尊严至上的理念，表明在人格权与他人财产权利发生冲突的情况下，法律原则上优先保护人格尊严的立场。

三、人格权的法定性与开放性

《民法典》第990条第1款表明了人格权的法定性，第2款则保持了人格权体系的开放性。

（一）人格权的法定性

无论是大陆法系还是普通法系，对人格权主要采用侵权法的方法进行保护。在大陆法系国家或地区的民法典中，人格权也未被单独作为一编加以规定。随着实践的发展，仅仅通过侵权法对人格权提供救济的做法显然难以全面保护人格权。其最显著的弊端就是，此种消极保护的方式无法通过列举的方式有效地确定各项人格权的权利内容，规范权利行使，解决权利的冲突，从而不能做到对人格权益进行充分、全面的保护。我国《民法典》之所以将人格权独立成编，很重要的一个原因就是，可以留出足够的空间来对各项具体的人格权 and 人格利益予以确认，明确其内容，规范其行使并给予科学合理的保护，进而与侵权责任编协力，实现对人格权的确权与保护的双重功能。

从我国民法典人格权编的规定来看，通过人格权的法定化来确认人格权的内容主要体现在以下几方面。

一是人格权类型的法定化。《民法典》第110条和第990条第1款详细列举了自然人、法人以及非法人组织享有的人格权的类型。同时，人格权编还通过五章分别对各类人格权作出了详细规定。

二是人格权客体与内容的法定。人格权编第二章至第六章在对各种人格权进行确认的同时，也对其权利的客体与内容进行了细化的规定。例如，《民法典》第1002条将自然人享有的生命权的客体确定为生命安全和生命尊严，同时明确规定任何组织或者个人不得侵害他人的生命权。再如，《民法典》第1013条规定：“法人、非法人组织享有名称权，有权依法决定、使用、变更、转让或者许可他人使用自己的名称。”该条将法人、非法人组织的名称权与自然人的姓名权在内容上进行了区分，法人、非法人组织的名称权不像自然人的姓名权那样，包括决定权；同时，该条明确承认了法人、非法人组织有权转让自己的名称。^[41]

三是人格权限制的法定。人格权是民事主体的最重要、最基本的民事权利，因此，对人格权的限制只能通过（狭义的）法律进行，而不能由行政法规、规章或者规范性文件加以限制。同时，人格权具有固有性与专属性，不得转让、放弃或者继承（《民法典》第992条）。再如，《民法典》第998条明确了生命权、健康权、身体权这三类人格权不具有克减性，只有认定侵害这三类人格权之外的人格权的侵权责任时才应当考虑行为人和受害人的职业、影响范围、过错程度以及行为的目的、方式、后果等因素。

四是权利外的利益保护的法定。尚不构成权利的人格利益与人格权一样，其内容、行使也有法律加以规定。依据《民法典》第990条第2款的规定，除具体人格权外，自然人享有基于人身自由与人格尊严产生的其他人格权益，该条为人格利益的保护提供了法律依据。

五是人格权保护方式的法定。人格权请求权的内容以及人格权侵权的责任承担同样由法律加以规定。《民法典》第995条对人格权请求权的类型进行了列举，并明确规定了人格权请求权不适用诉讼时效。

通过上述五个方面人格权的法定化，有利于全面确认并保护人格权。人格权的法定化就是要使个人明确其能够享有哪些人格权、权利的内容如何、义务人应承担何种相应的义务，并使权利人在其权利受侵害时有权请求侵权人承担法律责任以保护其权利。不仅如此，人格权法定化还有助于公民和法人培养其权利意识和法治精神。正是通过公开透明的对人格权实定法的确认和保护，才有利于明确各项人格权的边界，防止权利冲突。

人格权的类型复杂，各项人格权之间往往存在一定的交叉。例如，隐私权、个人信息权、名誉权之间就存在交叉重叠。这就有必要通过法定化明确权利的内涵和外延，防止人格权之间的冲突，保障人的行为自由。^[42]此外，人格权的法定化还可以有效地防止人格权的泛化，有利于保障人格权的正当行使，防止权利滥用，从而有助于人们形成稳定的行为预期，并在发生争议之后，有助于裁判者作出公开、透明的判决，提高裁判的权威性和可接受性。

（二）人格权的开放性

人格权法定化的目的在于明确权利的内容，并为权利提供有效全面的救济。故此，人格权的法定化并不会对人格权的发展构成限制。即便是法律没有明确规定为人格权的人格利益，也会受到法律保护。自然人的人格权是随着社会经济的发展和人们权利意识的提高而不断

发展的，新的人格利益也会不断涌现，绝对的法定化将会限制人格权的发展，这也决定了人格权的保护需要兜底条款。同时，人格权不像物权那样具有可交易性，即便不严格依法限定人格权的类型，也不会损害交易安全。故此，无须像对物权那样，对自然人的人格权实行严格的法定主义。由此可见，人格权具有一定的开放性。我国民法典通过以下规定，在坚持人格权法定性的基础上，也充分体现了人格权开放性的特点。

一是在总则编第五章关于民事权利的确认方面，对人格权之外的其他民事权利的表述，都采用了“民事主体依法享有”的表述，例如，《民法典》第114条规定：“民事主体依法享有物权。”第118条规定：“民事主体依法享有债权。”但对于人格权的表述仅仅是，自然人享有生命权的权利，没有采用“依法”二字，这不是法律上的疏漏，而主要是考虑到了人格权的开放性。出现新型人格利益，即便法律没有明确承认，也应当受到法律保护。

二是规定一般人格权。民法典对人身自由和人格尊严这两项一般人格权的规定是人格权开放性的集中体现。依据《民法典》第990条第2款，除了同条第1款所列举的具体人格权之外，自然人享有的基于人身自由、人格尊严产生的其他人格利益也受到保护。在德国法上，一般人格权是与人格尊严和人格自由发展密切相关的概念，其在性质上属于框架性权利，可以为各项新型人格利益提供法律保护的依据，这就保持了人格权益类型体系的开放性。^[43]我国民法典确认一般人格权的目的也就是要保持人格权保护的开放性，从而不断适应和满足社会发展对人格权保护提出的新要求和新需要。

三是对姓名权、名称权的扩张保护。《民法典》第1017条规定：“具有一定社会知名度被他人使用足以造成公众混淆的笔名、艺名、网名、译名、字号、姓名和名称的简称等，参照适用姓名权和名称权保护的有关规定。”依据这一规定，如果笔名、艺名、网名等能够识别个人的身份，具有一定社会知名度被他人使用足以造成公众混淆的，则其也应当受到人格权法保护。这样就在很大程度上扩张了姓名权和名称权的保护范围，满足了实践的需要。

四是隐私权内容的开放性。一方面，民法典在规定隐私权的客体时采用了兜底性的规定。关于隐私权的客体，《民法典》第1032条第2款规定：“隐私是自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息。”该条在列举私密空间、私密活动和私密信息这三项隐私权客体时，保持了隐私权内涵的高度概括性。另一方面，民法典还从正反两个方面对隐私权的内涵进行界定，即《民法典》除第1032条第2款对隐私权的客体作出正面规定外，还在第1033

条规定：“除法律另有规定或者权利人明确同意外，任何组织或者个人不得实施下列行为：（一）以电话、短信、即时通讯工具、电子邮件、传单等方式侵扰他人的私人生活安宁；（二）进入、拍摄、窥视他人的住宅、宾馆房间等私密空间；（三）拍摄、窥视、窃听、公开他人的私密活动；（四）拍摄、窥视他人身体的私密部位；（五）处理他人的私密信息；（六）以其他方式侵害他人的隐私权。”该条对侵害隐私权的行为作出了规定，该条从反面对侵害私人生活安宁、私密空间、私密活动、私密信息的行为作出了规定并通过兜底规定保持了开放性。

五是个人信息的开放性。《民法典》第1034条第2款规定：“个人信息是以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息，包括自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息、住址、电话号码、电子邮箱、健康信息、行踪信息等。”该条并未简单沿袭《网络安全法》第76条关于个人信息的定义，其所保护的个人信息范围更加广泛，即不再限于网络环境下的个人信息保护。尤其是在列举个人信息的类型时采用了“等”字的兜底性表述，充分表明个人信息的类型不限于该条所列的类型，适应了网络信息社会个人信息类型发展变化的客观要求。

六是其他人格利益的保护。随着现代社会语音识别技术等的发展，声音等新型的人格利益将不断产生，人的声音是由人的声带震动发出的，每个人的声音都具有独特性，因而可以成为标识个人身份的重要依据。尽管在现实生活中，人们往往难以识别个人的声音，但借助计算机、人工智能算法等技术，可以很好地识别个人的声音，因此，声音与个人身份的关联性将越来越紧密。从比较法上看，许多国家都对个人的声音利益予以保护。^[44]我国司法实践中也出现了一些有关个人声音的纠纷，随着声音利用方式和利用范围的扩展，法律有必要确认声音权的具体人格权地位。因此，《民法典》第1023条第2款规定：“对自然人声音的保护，参照适用肖像权保护的有关规定。”这就承认了声音作为一种新型的人格利益，适应未来人格利益发展的需要。

需要指出的是，在我国《民法典》中，对自然人的人格权采取了开放式列举的方式，但对法人、非法人组织的人格权采取了封闭式列举的方式，这是符合两种人格权的性质的。

（三）人格权法定性与开放性之间的关系

关于人格权的法定性与开放性之间的关系，可以从如下几方面理解。

第一，人格权的法定性与人格权的开放性是相辅相成的，二者有机结合成为完整的人格权保护法律体系。人格权法定性是以人格权开放性为前提的，人格权开放性是以人格权法定性为基础的，两者的结合恰恰是实证主义理论和自然法理论的结合。人格权的法定性有助于明确具体人格权的保护范围，而人格权的开放性则有助于扩大人格利益保护的范围，但这种扩大实际上还是要以人格权法定性为基础和前提的。也就是说，通过人格权法定性构建了完整的人格权体系后，为了实现人格权的开放性，而保持人格权及其权益的开放性。一方面，人格权体系本身要具有开放性，要不断适应社会的发展，承认新的人格权类型。另一方面，要使人格权益保持开放性，为人格权益在法律上提供足够的空间予以保护。并非所有的人格权益都可以通过立法对权利的逐一固定化来实现，因为立法者在立法之时必须保持谦抑性，只能将理论上毫无争议的权利规定在民法典之中，对相对新型的人格利益，仍有待于民法学理论与司法实践来进一步检验与发展，所以不宜直接固定下来，需要通过开放性的人格权体系来加以接纳。

第二，人格权的法定性和开放性都是实现全面保护人格权的机制和途径，二者的目的都是更全面地保障主体的人格权益，更充分地维护人格利益和人格尊严。一方面，人格权开放性体现为法定人格权的类型是不断丰富和发展的，例如，随着社会的发展，应当受到法律保护的人格利益类型会不断扩展，其中有些需要法律更强程度保护的人格利益可能会被立法确认为法定人格权（如我国法上的隐私权）；另一方面，人格权开放性是指应当受到法律保护的人格利益也处于不断扩张过程中，人格权益需要通过法律的保护逐步上升为具有固定类型的权利。尤其是在这些人格利益已经具有明确的边界，且与其他权利能够加以区分的情况下，应该通过法定的权利予以保护。就两者保护的侧重点而言，人格权的开放性侧重于表达受到法律保护的人格权和人格利益的类型和范围是开放的，而人格权的法定性则侧重于表达人格权的类型应该由法律确认，与非法定化的人格利益相比，这些受到法律确认的人格权就会受到法律更强程度的保护。

第三，人格权的开放性必然会赋予司法裁判者相应的自由裁量权，这是司法实践中保护各种新型人格利益的重要条件。人格权的法定性则可以在各项法定化人格权的保护上确定一套完善的规则，从而为司法裁判者提供清晰具体的裁判依据。人格权的保护规则也可以为法官裁判人格利益纠纷提供依据和参考，法官可以通过类推解释等法解释的方法比照现有制度以及民法学基础理论，来对新型的人格利益予以保护，并在条件成熟的时候将其类型化为法定权利。从这一意义上说，人格权的法定性有利于非法定化人格利益的保护，而人格权的开放性反过来也可以丰富法定人格权的类型，完善人格权的体系。

[1] 翟滨.生命权内容和地位之检讨.法学, 2003 (3).

[2] 杨立新.人身权法论.北京：人民法院出版社, 2002, 398.

[3] 王利明.人格权法新论.长春：吉林人民出版社, 1994 : 288.

[4] 张新宝.隐私权的法律保护.北京：群众出版社, 1997 : 21.

[5] 物质层面的权利是指一切人拥有的要求其身体受到尊重的权利, 人体及其组成不得成为任何财产权利的标的。精神层面的权利, 主要包括私生活受到尊重的权利、肖像权、获得无罪推定的权利、住宅不受侵犯的权利、其秘密得到保守的权利、名誉权、著作权中的精神权利等。Philippe Malinvaud, Introduction à l'étude du droit, 9^e édition, Litec, 2002, p.258.

[6] 陈忠五.法国侵权法上损害之概念.台大法学论丛, (34-4).

[7] 张俊浩.民法学原理.上海：上海交通大学出版社, 2004 : 140.

[8] 杨立新, 等.《中国民法典·人格权编》草案建议稿的说明//王利明.中国民法典草案建议稿及说明.北京：中国法制出版社, 2004 : 325.

[9] 冯翔, 姜孟亚.法人人格权之保护与精神损害赔偿.南京邮电学院学报 (社会科学版), 2004 (6).

[10] 王泽鉴.民法总则.北京：中国政法大学出版社, 2001 : 126.

[11] Kant, Kritik der praktischen Vernunft, 1788, Erster Teil, I, Buch, 3.

[12] Neuner, Wessen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, 1866, S.15.

[13] Stefan Gottwald, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht : ein zeitgeschichtliches Erklärungsmodell, Berlin : Berlin-Verl.Spitz [u.a.], 1996, p.12.

[14] 卡尔·拉伦茨.德国民法通论.王晓晔, 邵建东, 等译.北京：法律出版社, 2003 : 171.

[15] 迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论.邵建东, 译.北京：法律出版社, 2000 : 805.

[16] Schacht-Brief Decision, 13BGHZ 334 (1954).有关本案的介绍, 可参见迪特尔·梅迪库斯.邵建东, 译.德国民法总论.北京：法律出版社, 2000 : 805-806.

[17] BGH, 02.04.1957, BGHZ 24, 72.

[18]施启扬.从个别人格权到一般人格权.台湾大学法学论丛, 4 (1) .

[19]Supreme Court, 12 June 1992, NJ 1992, 589.Supreme Court, 6 January 1995, NJ 1995, 422, para 5.10 : right to be let alone derives from the general personality right.

[20]M Smits, Constitutionnalisering van het vermogensrecht'in JM Smits et al (eds) Preadvtezen uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, 2003, p.124.

[21]陈现杰.人格权司法保护的重大进步和发展——《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的理解与适用.人民法院报, 2001-03-28 (3) .杨立新.人格权法专论.北京: 高等教育出版社, 2005 : 125.

[22]Roe v.Wade, 410 U.S.113 (1973) .

[23]杨立新.人格权法专论.北京: 高等教育出版社, 2005 : 324.

[24]冉克平.论人格权法中的人身自由权.法学, 2012 (3) .

[25]杨立新.民商法理论争议问题——精神损害赔偿.北京: 中国人民大学出版社, 2004 : 8.

[26]也有学者认为该词与人的尊严无关。Robin Gotesky and Ervin Laszlo, ed., Human Dignity—This Century and the Next : An Interdisciplinary Inquiry into Human Rights, Technology, War, and the Ideal, New York : Gorden and Breach, 1970, p.42.

[27]David A.Hyman, Does Technology Spell Trouble with a Capital“T” ? : Human Dignity and Public Policy, 27 Harv.J.L.&Pub.Pol'y 3, 3 (2003)

[28]王利明, 杨立新, 姚辉.人格权法.北京: 法律出版社, 1997 : 35.

[29]康德.道德形而上学原理.苗力田, 译.上海: 上海人民出版社, 2002 : 52.

[30]杨立新.民商法理论争议问题——精神损害赔偿.北京: 中国人民大学出版社, 2004 : 187.

[31]James Q.Whitman, The Two Western Cultures of Privacy : Dignity Versus Liberty, Yale Law Journal, April, 2004.

[32]阿丽塔·L·艾伦, 等.美国隐私法: 学说、判例与立法.北京: 中国民主法制出版社, 2004 : 17.

[33]Margaret C.Jasper, Privacy and the Internet : Your Expectations and Rights

under the Law , New York : Oxford University Press , 2009 , p.52.

[34]星野英一.私法中的人.王闯,译//梁慧星.为权利而斗争.北京:中国法制出版社,2000:359.

[35]石佳友.人格权立法的历史演进及其趋势.中国政法大学学报,2018(4).

[36]参见“钱某诉上海屈臣氏日用品有限公司搜身侵犯名誉权案”,上海市第二中级人民法院(1998)虹民初字第2681号,(1998)沪二中民终字第2300号。

[37]唐德华.最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的理解与适用.北京:人民法院出版社,2001:30.

[38]参见河南省济源市人民法院(2011)济民一初字第238号民事判决书。

[39]Ernst-Wolfgang Bockenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW, 35, 1529 (1962).

[40]《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》第4条规定:“民事裁判文书应当引用法律、法律解释或者司法解释。对于应当适用的行政法规、地方性法规或者自治条例和单行条例,可以直接引用。”

[41]需要指出的是,该规定与《民法典》第992条关于“人格权不得放弃、转让或者继承”的规定是矛盾的,在解释上可以基于“特别法优先于普通法”的规则认为,该规定应当优先于《民法典》第992条规定而适用。

[42]马特,袁雪石.人格权法教程.北京:中国人民大学出版社,2007:16.

[43]杨芳.德国一般人格权中的隐私保护——信息自由原则下对“自决”观念的限制.东方法学,2016(6).

[44]例如,《秘鲁共和国新民法典》第15条第1款规定:“未取得本人明确授权的,不得利用其肖像和声音,或在本人已死亡时,只能按顺位经其配偶、卑血亲、尊血亲或兄弟姐妹同意,方可利用之。”

第九百九十一条

民事主体的人格权受法律保护，任何组织或者个人不得侵害。

本条主旨

本条对民事主体人格权应受法律保护的规则作出了规定。

相关条文

《民法总则》第3条规定：“民事主体的人身权利、财产权利以及其他合法权益受法律保护，任何组织或者个人不得侵犯。”

理解与适用

本条是关于人格权保护的宣示性规则，也确立了人格权保护的基本原则。

一、宣示人格权受法律保护的原则

《民法典》第991条规定了人格权受法律保护的原则。此处所说的“法律”包括了宪法、民法等法律。我国《宪法》规定，公民的人格尊严不受侵犯，禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害；公民的人身自由不受侵犯，禁止非法搜查公民的身体；公民的住宅不受侵犯，禁止非法搜查他人住宅或者非法侵入他人住宅；公民的通信自由和通信秘密受法律保护。从立法渊源层面来看，宪法的规定应该作为民法人格权制度的渊源。一方面，因为宪法的上述规定是我国民法人格权制度立法的根据和遵循的原则，我国民法关于人格权的确认和保护的规定也是宪法上述规定的具体化，所以它和宪法的规定应被视为不可分割的整体。另一方面，宪法关于保护公民人身自由和人格尊严的规定，是民法的人格权制度的立法基础。宪法作为一国的根本法，其规范的作用应当包含两个层面：一是为公民的基本权利构建一个完整的体系，为公民基本权利的确定提供价值基础。例如，宪法确认了公民的人格尊严、人格平等、人身自由受法律保护，这就为公民人格权的保护提供了基本的价值依据。二是宪法中的权利所确定的主

要是国家或政府的义务，如果在宪法中规定公民享有人格尊严和人身自由，就在一定层面上确立了国家或政府采取措施保障公民人格权的积极义务。

依据宪法的规定，民法典全面保障人格权。也可以说，对人格权保护的律首先是指《民法典》人格权编，该编就是集中地、全面地确认和保护人格权的律。在民法典中，不仅是人格权编，民法典的其他部分也涉及对于人格权的保护。具体而言：一是民法典总则编。民法典总则编有四个条款确认了人格权，同时，总则编关于民事责任的规定，也适用于对人格权的保护。二是合同编。除人格权编的特别规定外，人格利益许可使用合同也适用合同编的规定。三是物权编。物权编中也有一些条款可用于对人格权的保护，例如，《民法典》第294条规定：“不动产权利人不得违反国家规定弃置固体废物，排放大气污染物、水污染物、土壤污染物、噪声、光辐射、电磁辐射等有害物质。”该条规定即是为了保护相邻不动产权利人的生命权、健康权。四是侵权责任编。人格权作为绝对权，当然受到侵权责任编的保护。对此，《民法典》第1167条规定：“侵权行为危及他人人身、财产安全的，被侵权人有权请求侵权人承担停止侵害、排除妨碍、消除危险等侵权责任。”该条所规定的侵权责任承担方式，也都可以适用于人格权的保护。

人格权不仅受民法典保护，还受到民事特别法的保护，具体包括以下方面。

一是对未成年人、妇女、老年人、残疾人、消费者等社会弱势群体人格权的规定。在《未成年人保护法》^[1]、《妇女权益保障法》^[2]、《老年人权益保障法》^[3]和《残疾人保障法》^[4]等律中，都对特殊群体的人格权保护作出了特别规定。

二是特殊行业或者特殊职业活动中的人格权制度。例如，《居民身份证法》第6条第3款规定：“公安机关及其人民警察对因制作、发放、查验、扣押居民身份证而知悉的公民的个人信息，应当予以保密。”《义务教育法》第29条第2款规定：“教师应当尊重学生的人格，不得歧视学生，不得对学生实施体罚、变相体罚或者其他侮辱人格尊严的行为，不得侵犯学生合法权益。”尤其是有关的律中也涉及对个人隐私的规定。例如，《执业医师法》第22条第3项规定，医师在执业活动中履行的义务包括“关心、爱护、尊重患者，保护患者的隐私”，从而丰富了我国立法中关于人格权的规定。

三是涉及公权力行使中的人格权保护。例如，《治安管理处罚法》第5条第2款规定：“实施治安管理处罚，应当公开、公正，尊重

和保障人权，保护公民的人格尊严。”再如，《政府信息公开条例》（2007年）第14条第4款规定：“行政机关不得公开涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的政府信息。但是，经权利人同意公开或者行政机关认为不公开可能对公共利益造成重大影响的涉及商业秘密、个人隐私的政府信息，可以予以公开。”

四是对个人信息权和隐私权的保护。《全国人大常委会关于加强网络信息保护的决定》《网络安全法》等全面规定了对个人信息的保护，规定了收集、使用公民个人电子信息应当遵循的基本原则，同时对信息收集者的保密义务以及泄露、毁损、丢失公民电子信息的责任作出了规定。

此外，除了宪法、民法典和民事特别法对人格权的确认和保护之外，我国《刑法》《刑事诉讼法》等法律部门也都有关于人格权保护的规定。例如，《刑法》第253条之一关于禁止非法出售、提供个人信息等规定，《刑法》有关杀人、伤害、强奸、非法拘禁、侮辱诽谤等犯罪及其刑罚的规定，《刑事诉讼法》关于逮捕公民必须依法进行等方面的规定。可见，公法和私法的诸多部门共同协作形成对人格权的全面保护。全面保护人格权，是多个法律部门共同调整才能达成的目标。

二、人格权编保护人格权的特点

（一）保护人格权益的全面性

所谓人格权益保护的全面性，是指人格权编对人格权益的保护是十分全面、周延的，人格权独立成编的目的很大程度上就是要确认各项人格权的类型、内容及其行使方式，并在人格权受到侵害时为权利人提供保护。一方面，人格权编不仅保护《民法典》第990条第1款所列举的各项具体人格权，而且保护第990条第2款所规定的一般人格权。人格权编不仅保护法律所规定的各项人格权益，而且保护那些没有上升为法定化权利的新型人格利益。例如，声音作为一种新型人格利益，并没有被法律确认为一项具体人格权，但我国《民法典》第1023条也对其提供保护。民法典不仅对受害人因人格权受到侵害而遭受的精神损害提供救济，还要对侵害人格权益所产生的财产损害进行救济，这样才符合对受害人全面救济的目的。

（二）保护方式的独特性

人格权独立成编的重要目的是通过规定对人格权的独特保护方式

而对人格权提供保护。传统大陆法系民法对人格权的保护主要采取恢复原状或损害赔偿的救济方式，现代欧洲统一侵权法规则也只有损害赔偿和恢复原状两种。^[5]我国《民法典》人格权编也规定了人格权的特殊保护方法，这些方法是侵权责任编并不能完全包括的，这具体体现在以下几方面。

第一，确认了人格权请求权制度。《民法典》第995条规定：“受害人的停止侵害、排除妨碍、消除危险、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉请求权，不适用诉讼时效的规定。”该条就是对人格权请求权的规定。所谓人格权请求权，是指民事主体在其人格权受到侵害、妨害或者有害之虞时，有权向加害人或者人民法院请求加害人停止侵害、排除妨害、消除危险、恢复名誉、赔礼道歉，以恢复人格权的圆满状态。德国法学家拉伦茨指出，人格权请求权的内容具有特殊性，即在人格权有受到侵害之虞时，司法实践准许权利人请求消除危险；在继续受到侵害时，准许请求停止侵害。^[6]人格权请求权与侵权损害赔偿请求权在是否要求证明构成侵权、行为人是否有过错、行为人是否造成损害后果、是否适用诉讼时效等方面，都存在明显的区别，因此，人格权请求权不能为侵权损害赔偿请求权所替代。^[7]从《民法典》第995条规定来看，在人格权遭受侵害的情形下，权利人既可以主张人格权请求权，也可以主张侵权请求权，这就明确了人格权请求权与侵权请求权的适用关系；此外，该条第2款还特别明确了人格权请求权不适用诉讼时效，这就更加有利于权利人主张人格权请求权，更有利于人格权的保护。

第二，规定了侵害人格权的禁令制度。所谓侵害人格权的禁令，是指当侵害他人权益的行为已经发生或即将发生，如果不及时制止，将导致损害后果迅速扩大或难以弥补，在此情形下，受害人有权依法请求法院颁发禁止令，责令行为人停止相关侵权行为。《民法典》第997条规定：“民事主体有证据证明行为人正在实施或者即将实施侵害其人格权的违法行为，不及时制止将使其合法权益受到难以弥补的损害的，有权依法向人民法院申请采取责令行为人停止有关行为的措施。”禁令的功能在于临时制止行为人的侵害行为，即在人格权遭受侵害或者有受侵害之虞时，通过颁发禁令的方式临时制止行为人的侵害行为^[8]，其虽然并不能终局性地确定当事人之间的权利义务关系，但也能够有效保护受害人的合法权益。

第三，我国民法典人格权编多个条款规定了删除、更正等措施，并在特定情形下赋予受害人享有更正权、删除权等权利，这些方式也都是保护人格权的独特方式。因为受害人在行使该项权利时，并不需要证明行为人具有过错，甚至不需要证明行为构成侵权，从而可以及

时制止不法行为的发生，维护其人格权益。

第四，细化了赔礼道歉的适用规则。虽然我国《侵权责任法》对赔礼道歉这一责任承担方式作出了规定，但如何适用这一责任形式，无论是《侵权责任法》还是《民法典》侵权责任编都没有细化规定。对此，《民法典》第1000条规定：“行为人因侵害人格权承担消除影响、恢复名誉、赔礼道歉等民事责任的，应当与行为的具体方式和造成的影响范围相当。行为人拒不承担前款规定的民事责任的，人民法院可以采取在报刊、网络等媒体上发布公告或者公布生效裁判文书等方式执行，产生的费用由行为人负担。”该条对赔礼道歉这一责任形式的具体适用规则作出了规定。由于赔礼道歉规则主要适用于侵害名誉权等人格权遭受侵害的情形，因而，在《民法典》人格权编对此种责任承担方式的具体适用作出细化规定是科学合理的。

（三）保护方式的多样性

我国《民法典》采用多种方式对人格权提供了保护，首先表现在有效地协调了人格权编与侵权责任编的关系，从而实现对人格权的全面保护。保护方式的多样性主要表现在我国《民法典》人格权编不仅运用自身独特的方式保护人格权，而且运用侵权责任的方式对人格权提供保护。《民法典》第995条规定：“人格权受到侵害的，受害人有权依照本法和其他法律的规定请求行为人承担民事责任。”此处所说的“本法”，实际上就是指《民法典》的人格权编。依据该条规定，在人格权遭受侵害的情形下，受害人有权选择依据《民法典》人格权编的规定或者其他法律的规定主张权利。此处所说的“其他法律”，就包括了《民法典》侵权责任编。由于侵权责任的主要形式是损害赔偿，在人格权遭受侵害之后，如果受害人遭受了精神损害或者财产损失，受害人可依据《民法典》侵权责任编的规定主张损害赔偿。所以，该条实际上也是一个引致条款。人格权遭受侵害的情形下，受害人之所以可以依据《民法典》侵权责任编的规定主张权利，原因在于：一方面，人格权具有对世性，权利人之外的任何人都需要尊重权利人的权利，不得侵害。所谓对世性，是指人格权作为对世权，除权利人之外的其他人都负有不得侵害权利人的权利的义务。权利人所享有的人格权依法可以向任何人主张。由于人格权可以禁止任何人实施侵害其权利的行为，所以人格权也被称为绝对权^[9]，在人格权遭受侵害后，权利人有权请求加害人承担停止侵害、排除妨害、恢复名誉等民事责任。人格权的绝对性决定了人格权的排他性，这一点与物权、知识产权等绝对权的无异，并受到侵权法的保护。另一方面，在人格权遭受侵害后，受害人遭受的是精神损害或财产损失，受害人在主张赔偿损失时，只能依据《民法典》侵权责任编的规定提出请求。

（四）有效协调各种价值的冲突

人格权的保护与其他权益的保护不同，常常需要平衡各种价值之间的冲突。财产权虽然也可能与其他利益发生冲突，如财产权的行使可能与公共利益、生态环境保护的利益相冲突，但是相较于人格权而言，其与其他利益发生冲突的可能性较小。即使其与其他利益发生冲突，也不如人格权的复杂。我国《民法典》人格权编中有大量规定涉及对价值冲突的协调。例如，《民法典》第999条有效协调了人格权保护与新闻报道、舆论监督的关系，《民法典》第1027条第2款协调保护名誉权与鼓励创作自由的关系。《民法典》第1020条确定了肖像权保护和合理利用的平衡关系。这就决定了法官在考虑责任时，很难采纳构成要件确立责任，而必须就要对各个因素进行综合考量。

（五）注重事前预防与事后救济的结合

21世纪是科技和信息爆炸的时代，科学技术的迅速发展是一把双刃剑，一方面，其给人类带来了巨大的福祉，极大地改变了人类的生产和生活方式，甚至改变了人类社会的组织方式。另一方面，科学技术一旦被滥用，反过来也可能损害个人的隐私、个人信息、生命健康等，从而损害人类的福祉。各种高科技的发明已经使人类无处藏身，如何强化对隐私权等人格权益的保护，成为现代法律制度所面临的最严峻的挑战。^[10]在互联网时代，网络侵权的对象主要是人格权，在网络时代，应当更加重视对人格权侵权行为的预防，因为与传统社会的信息传播方式不同，网络信息的传播具有即时性，而且网络的无边界性以及受众的无限性，也使网络环境对信息的传播具有一种无限放大效应，网络信息一经发布，可以瞬间实现全球范围的传播，损害后果将被无限放大。尤其是在网络环境下，侵害人格权的损害后果往往具有不可逆性，损害一旦发生，如覆水难收、不可逆转，甚至造成难以估计的损害，因此，这就需要更加重视对侵害人格权侵权行为的预防。有鉴于此，我国《民法典》人格权编在人格权的保护方面，高度注重预防和救济的有机结合。

人格权法注重事前防范、事前预防，而侵权责任法则注重事后救济。发挥人格权法的预防功能，正是人格权独立成编价值的体现。人格权编注重兼顾侵害人格权的预防和救济，主要表现在以下方面。

第一，《民法典》第997条规定了侵害人格权的禁令制度。从比较法上来看，禁令的主要功能在于及时制止不法行为，防止损害的发生或者持续扩大，对权利人提供及时的救济。^[11]《民法典》第997条对侵害人格权的禁令制度作出了规定，强化了对侵害人格权行为的事先预防功能，为人格权请求权的行使提供了切实的程序法上的保障。

例如，“杨季康（笔名杨绛）诉中贸圣佳国际拍卖有限公司（简称中贸圣佳公司）、李国强侵害著作权及隐私权纠纷案”中^[12]，行为人的拍卖行为虽然尚未实施，但一旦实施，将侵害权利人的隐私权益，在此情形下，权利人可以申请法院颁发禁令，责令行为人停止相关行为，以防止侵害隐私权行为的发生。

第二，规定了有关主体的法定救助义务。我国有关的特别法都规定有关机关的法定救助义务。^[13]《民法典》第1005条规定：“自然人的生命权、身体权、健康权受到侵害或者处于其他危难情形的，负有法定救助义务的组织或者个人应当及时施救。”这就将法定救助义务概括为一般条款，依据该条规定，在自然人的生命权、身体权、健康权遭受现实的危险时，负有法定救助义务的主体应当及时施救，该条规定的目的在于强化对个人生命权、身体权、健康权的保护，该条既是为了预防损害的发生，也是为了防止损害的进一步扩大。

第三，明确了有关主体防止性骚扰的义务。《民法典》第1010条规定：“违背他人意愿，以言语、文字、图像、肢体行为等方式对他人实施性骚扰的，受害人有权依法请求行为人承担民事责任。机关、企业、学校等单位应当采取合理的预防、受理投诉、调查处置等措施，防止和制止利用职权、从属关系等实施性骚扰。”依据该条规定，机关、企业、学校等单位应当采取合理的措施，预防性骚扰行为的发生。人格权编对有关主体防止性骚扰的义务作出规定，有利于从根本上预防和减少性骚扰行为的发生，其根本上也是为了实现对侵害人格权行为的事先预防。

第四，规定了更正权与删除权。《民法典》第1028条规定：“民事主体有证据证明报刊、网络等媒体报道的内容失实，侵害其名誉权的，有权请求该媒体及时采取更正或者删除等必要措施。”依据该条规定，在报刊、网络等媒体报道的内容失实、侵害他人名誉权时，权利人有权请求及时更正，或者及时删除，而且从该条规定来看，在媒体不及时更正、删除时，权利人可以请求法院责令其及时履行。在人格权编的多个条款中，都规定了更正、删除权。^[14]权利人在请求更正和删除时，并不需要通过诉讼的方式行使，也不需要证明行为人具有过错、其行为是否造成损害后果，是指不需要证明行为人的行为是否构成侵权，这就有利于强化对受害人的保护，预防损害后果的进一步扩大。

（撰稿人：王利明）

[1] 《未成年人保护法》第5条第1项规定：“尊重未成年人的人格尊严。”第21条规

定：“学校、幼儿园、托儿所的教职员工应当尊重未成年人的人格尊严，不得对未成年人实施体罚、变相体罚或者其他侮辱人格尊严的行为。”第55条规定：“公安机关、人民检察院、人民法院办理未成年人犯罪案件和涉及未成年人权益保护案件，应当照顾未成年人身心发展特点，尊重他们的人格尊严，保障他们的合法权益，并根据需要设立专门机构或者指定专人办理。”

[2]《妇女权益保障法》第37条规定：“妇女的人身自由不受侵犯。”第38条规定：“妇女的生命健康权不受侵犯。”第40条规定：“禁止对妇女实施性骚扰。”第42条规定：“妇女的名誉权、荣誉权、隐私权、肖像权等人格权受法律保护。禁止用侮辱、诽谤等方式损害妇女的人格尊严。禁止通过大众传播媒介或者其他方式贬低损害妇女人格。未经本人同意，不得以营利为目的，通过广告、商标、展览橱窗、报纸、期刊、图书、音像制品、电子出版物、网络等形式使用妇女肖像。”

[3]《老年人权益保障法》第3条第3款规定：“禁止歧视、侮辱、虐待或者遗弃老年人。”

[4]《残疾人保障法》第3条第2款规定：“残疾人的公民权利和人格尊严受法律保护。”

[5]参见欧洲侵权法基本原则第六编救济方式，其中主要规定了损害赔偿和恢复原状两种救济方式。

[6]卡尔·拉伦茨.德国民法通论：上册.谢怀栻，等译.北京：法律出版社，2004：169-170.

[7]拙文.论人格权请求权与侵权损害赔偿请求权的分离.中国法学，2019（1）.

[8]江伟，肖建国.民事诉讼法.北京：中国人民大学出版社，2008：244.

[9]Otto von Gierke，Deutsches Privatrecht，Band I，Leipzig，1895.

[10]徐明.大数据时代的隐私危机及其侵权法应对.中国法学，2017（1）.

[11]David Price and Korieh Duodu，Defamation，Law，Procedure and Practice，London：Sweet&Maxwell，2004，p.231.

[12]北京市高级人民法院（2014）高民终字第1152号民事判决书。

[13]参见《人民警察法》第21条、《执业医师法》第24条。

[14]参见《民法典》第1028条、第1029条、第1031条、第1037条。

第九百九十二条

人格权不得放弃、转让或者继承。

本条主旨

本条规定了人格权具有人身专属性的特征。

相关条文

《民法通则》第99条规定：“法人、个体工商户、个人合伙享有名称权。企业法人、个体工商户、个人合伙有权使用、依法转让自己的名称。”

理解与适用

本条规定了人格权具有人身专属性的特征。

（一）人格权的专属性及其表现

所谓人身专属性，是指人格权只能为特定的权利人所享有，与权利主体不可分离。人格权是专属权，这是人格权与财产权的重要区别。早在人格权概念形成过程中，一些学者就认识到人格权具有强烈的专属性。例如，1909年，法国学者皮劳尔就认为，人格权在性质上属于新型的权利类型，其客体并非外在于权利人，人格权在性质上属于非财产权利，人格权具有绝对性，具有人身专属性，不可转让、不可继承。^[1]一般认为，人格权在性质上具有较强的人身专属性，不能独立于个人而存在。^[2]由于人格权具有高度的个人性、固有性，因而人格权具有不可转让性、不可继承性、不可抛弃性，这是人格权与物权、债权的民事权利相区别的重要特征。^[3]

之所以人格权具有专属性，是因为：一方面，此种权利与主体始终相伴随，即人格权与自然人的主体资格须臾不可分离，只要个人的主体资格存在，就享有相应的人格权。法律虽然可以对自然人人格权的行使方式等作出限制，但不得限制人格权的存续期限。同时，权利人一旦死亡，其人格权也将消灭，其继承人也不得继承其人格权。正

因如此，人格权也被称为原始权利。另一方面，此种权利不可剥夺，不得抛弃。一旦人格权被剥夺或抛弃，个人的主体资格也将受到影响。所以，任何人的^[4]人格权都不受他人的非法剥夺，也不允许当事人主动放弃，否则必然损害个人的主体资格，也违反了公序良俗原则。因此，禁止人格权抛弃是私权自由处分原则的例外。

从《民法典》第992条规定来看，人格权的专属性具体表现为以下方面。

一是人格权不得放弃。作为专属于权利人享有的权利，人格权始终由主体享有，禁止主体随意加以放弃。许多国家的法律明确规定自由不得随意放弃，或者规定允许他人侵害生命权、健康权的约定无效等。任何人格权都不得被主体所放弃，如果人格权被放弃，人格尊严被放弃，则人格必然受到缺损，且放弃人格利益也是违反公序良俗的。禁止人格权放弃也是对私权自由处分权的限制。^[5]

二是人格权具有不可转让性。与财产权可以与权利主体发生分离不同，人格权与权利主体是不可分离的。这就是说，人格权只有权利人本人才能享有，除非法律有明确规定，否则不能转让。通常情形下，人格权具有人身专属性，不可转让，但在法律有特别规定的情形下，人格权也可以依法转让。例如，《民法典》第1016条规定：“自然人决定、变更姓名，或者法人、非法人组织决定、变更、转让自己名称的，应当依法向有关机关办理登记手续，但是法律另有规定的除外。”依据该条规定，法人可以对其名称进行转让。我国法律历来承认名称权的可转让性，本条肯定的仅仅是法人名称权的转让。因此，从规范的性质上来看，该条是关于名称权的特别规定，《民法典》第992条关于人格权不得转让的规定则是针对人格权的一般规定。这两个条文是特别法与一般法的关系。根据特别法优先于一般法的原理，在名称权的问题上，应当遵循《民法典》第1016条这一特别规定，从而排除《民法典》第992条的一般规则适用，法人或非法人组织可以转让自己的名称。

三是人格权不得继承，即人格权作为专属于特定主体的权利，其通常与主体相伴随，自然人出生以后就享有生命、身体、健康、姓名等人格权，一旦死亡则其生前所享有的人格权也不复存在。也就是说，一旦个人死亡，其主体资格消灭，其人格权也随之消灭，无法成为继承的对象。^[6]

人格权专属性规则不仅适用于人格权，而且适用于人格利益。例如，虽然个人信息可以许可他人利用，但并不是要将个人信息作为一项权利进行转让，即使个人许可他人对其个人信息进行利用，个人仍

然对其个人信息享有权利。再如，声音也是个人所享有的一项重要人格利益，个人可以许可他人对其声音进行利用，但这也不意味着个人可以将其声音利益转让。需要指出的是，人格权所具有的专属性也是其与财产权的重要区别，财产权通常具有非专属性，可以与权利主体发生分离，而人格权与权利主体是不可分离的。当然，人格权本身不能转让并不意味着人格权在遭受侵害后请求他人损害赔偿的请求权也不能转让。在人格权受到侵害后，如果其已经转化为损害赔偿之债且赔偿数额已经确定，则该侵权损害赔偿请求权可以通过债权转让的方式予以转让。

（二）人格权的专属性与人格利益许可利用的关系

人格权具有专属性并不意味着人格利益不得许可他人进行利用，二者并不矛盾。所谓许可使用，是指权利人通过合同的方式，许可他人在约定的期限和范围内使用其人格权。被许可人应当按照约定的期限和方式使用他人人格权，否则可能构成侵权。例如，在“任达华与海南正大汇龙房地产开发有限公司肖像权纠纷上诉案”^[7]中，法院认为，被告仅与原告签订《演出协议书》，而没有签订肖像权许可使用合同，其利用原告肖像的行为构成侵权，应当承担侵权责任。该案就提出了人格权许可使用合同的必要性。人格权的许可使用需要规定对可许可利用的人格权的授权许可使用机制。人格权的许可使用的实现方式往往需要通过合同来进行，比如，权利人授权许可他人商业化使用自己的特定人格利益，在人格权授权许可使用合同中就需要以不侵害权利人的人格尊严和人身自由等基本价值为前提。因此，对此种授权许可使用合同的内容需要进行法律上的规制。

在现代社会，随着经济社会的发展，尤其是现代大众传媒业的发展，个人姓名、肖像等精神性人格权益的利用方式越来越多样化。例如，光学技术的发展促进了摄像技术的发展，也提高了摄像图片的分辨率，使夜拍图片具有与日拍图片同等的效果，这也使对肖像的获取与利用更为简便。同时，随着现代科学技术的发展，许多新型人格利益不断涌现。这些新型人格利益的利用也日益普遍，如个人特有的声音也可以成为经济利用的对象。尤其是我们已经进入了一个大数据时代和信息社会，大数据技术能够有效整合碎片化的个人信息，实现对海量信息的分析和处理，从而发挥其经济效用，这也使个人信息所包含的经济价值日益凸显。^[8]从比较法上看，许多国家都在立法或者司法实践中积极回应了人格权的积极利用问题，例如，德国联邦宪法法院在“人口普查案”中对“个人信息自主权”即主体对自己信息的控制、知悉、查阅、修改和删除权的创设。^[9]美国1974年《隐私法案》（Privacy Act）也对个人信息的利用作出了规定，如该法第552a条就

规定了个人信息的利用问题。美国加利福尼亚州通过了《2018加州消费者隐私法案》，强化了消费者对其个人信息数据的处置权，堪称是全美各州最严网络隐私保护法规。欧盟《一般数据保护法》

（GDPR）也对个人信息的积极利用作出了规定，例如，该法第6条即对个人信息处理的合法性作出了规定，其中也包括了个人信息的积极利用。

人格权的许可利用以及人格权包含一定的财产价值，也是未来人格权发展的趋势，人格权的积极利用在立法层面主要体现为人格利益的许可使用，我国民法典人格权编顺应人格权积极利用的发展趋势，对人格利益许可使用规则作出了规定。一方面，这些规定有利于回应社会发展需求。另一方面，有利于保护个人人格尊严。利用和保护并非截然对立的两个层面，人格尊严也包括对人格利益通过自己的意志自主利用，他人不得未经许可而利用，这本身就是保护人格尊严的重要方式。虽然人格权的许可利用属于商品化利用，但其并不会有损个人尊严。相反，允许人格权的许可利用恰恰尊重了个人自由，贯彻了私法自治的精神。只要这种许可利用本身不违反社会的善良风俗与公共道德，就是值得肯定的，是对尊严的最大尊重。

通常，当事人订立人格权许可使用合同后，被许可人应当在合同约定的期间和范围内对他人的的人格权进行利用，否则可能构成对他人的侵害。当然，为保障个人的人格尊严，应当对人格权许可利用的方式进行一定的限定。就法人、非法人组织的人格权而言，其可以通过许可使用或者转让的方式加以利用，但对自然人的的人格权益而言，为了保护个人的人格尊严，同时考虑人格权的人身专属性，应当禁止权利人转让其人格权，因而，应当将其利用方式限定为许可使用。

（撰稿人：王利明）

[1]R.Nerson, Les droits extrapatrimoniaux, thèse de droit, Lyon, Edition Bosc et Riou, 1939, pp.356-363.

[2]W.A.Joubert Grondslae van die persoonlikheidsreg (1953) at 121.

[3]同②146-147.

[4]施启扬.民法总则.北京：中国法制出版社，2010：94.杨立新.人身权法论.北京：人民法院出版社，2002：85.

[5]施启扬.民法总则.台北：自版，1996.杨立新.人身权法论.北京：人民法院出版

社，2002：85.

[6]王泽鉴.人格权保护的课题与展望.人大法律评论，2009（1）.

[7]海南省高级人民法院（2013）琼民三终字第59号民事判决书。

[8]程啸.论大数据时代的个人数据权利.中国社会科学，2018（3）.

[9]德国联邦宪法法院裁判选辑：一，萧文生，译.司法周刊，1995：288-384.

第九百九十三条

民事主体可以将自己的姓名、名称、肖像等许可他人使用，但是依照法律规定或者根据其性质不得许可的除外。

本条主旨

本条是关于人格利益许可使用的规定。

相关条文

《民法通则》第99条第2款规定：“法人、个体工商户、个人合伙享有名称权。企业法人、个体工商户、个人合伙有权使用、依法转让自己的名称。”

《民法通则》第100条规定：“公民享有肖像权，未经本人同意，不得以营利为目的使用公民的肖像。”

理解与适用

一、民事主体可以许可他人使用其人格利益

人格利益的许可使用也称为人格利益的经济利用，是指人格权的某些权能可以依法转让或者授权他人使用，以及在其遭受侵害以后可以通过财产损害赔偿的方式获得救济。如前所述，人格权具有专属性，但是这并不意味着人格利益不可由他人进行利用。

从比较法上来看，人格利益的许可使用模式主要有两种，一种是大陆法系的保护模式，此种模式并不承认人格权许可使用产生独立的人格权，认为其仍然是人格权中财产利益的实现。另一种是以美国法为代表的公开权（the right of publicity）保护模式，此种模式认为，个人人格标志中的经济价值在性质上属于独立的公开权，公开权在性质上属于财产权，可以转让。我国长期以来继受的是大陆法系的人格权理论，在立法上实际也主要采用了大陆法系中的统一保护模式。例如，《民法通则》肯定肖像权、名称权可以进行利用，而没有在肖像

权、名称权之外创设类似于公开权的独立的权利类型。公开权概念是美国法律体系中的一个特有的产物，完全照搬到中国是比较困难的。公开权将人格利益许可使用现象视为产生一种新的权利，在内容上很难界定，而且很难与隐私权等其他人格权相区别。事实上，人格利益的许可使用并非产生一种特殊的权利，仍包括在人格权之中，只能理解为某些人格权的权能，特别是利用的权能发生扩张，而不是生成了其他的独立的权利，更不能说在人格权之外还存在另一项并立的许可利用权。当然，应当看到，在许可利用中有一些现象，如虚拟人物的权利是人格权和知识产权所无法保护的，对这一类的财产利益可通过其他法律保护。例如，未经他人许可擅自使用他人所创作的虚拟角色，则可通过反不正当竞争法予以保护。

人格利益的许可使用是市场经济社会的必要产物，也是民法发展的重要趋势，应该引起民法学理论界的充分重视。在市场经济条件下，人格利益之所以可以进行许可使用，这首先是因为，某些人格利益本身具有一定的可利用价值。例如，名人的姓名、肖像、声音以及法人的名称等，具有一定的社会知名度，可以成为商业利用的对象，其价值也可以用金钱来加以衡量。在实践中，个人的肖像可以作为商标来使用（例如，肯德基就使用了创始人本人的肖像作为其企业的标志，同时也作为其产品的商标使用）。在大数据时代，个人信息的利用价值日益凸显。此外，一些特定的人格利益，如声音、特定的人体动作等，也都具有利用的可能性。

我国《民法典》规定人格利益许可使用规则主要具有如下意义。

第一，有利于回应社会发展需求。传统社会中，社会形态比较简单，人格权更为注重保护；随着社会的发展，肖像、声音、个人信息等的利用层面凸显出来，各种利用现象层出，尤其是对个人信息的利用十分普遍，我国民法典关于人格权许可利用的规定适用了人格权行使的发展趋势，有效地协调了个人信息保护与利用关系，有利于促进我国数据产业的发展和整体战略的推进。

第二，有利于保护个人人格尊严。利用和保护并非截然对立的两个层面，人格尊严也包括对人格利益通过自己的意志自主利用，他人不得未经许可而利用，这本身就是保护人格尊严的重要方式。同时该条也基于人格尊严保护的要求，规定了不得许可使用的情形，这为人格权的许可使用设置了界限，更有利于推进对人格尊严的保护，避免因利用而损害人格尊严。在利用中，对于涉及人格利益和财产利益的冲突，尤其在解释、解除等问题上，人格权编均作出了特殊规定，更有利于在人格利益和财产利益的冲突中，注重对人格利益的保护，同时注意人格利益与财产利益的平衡。因此，该规定能够更好地实现保

护人格尊严的宪法要求。

第三，进一步增强民法典的体系性。合同编的规定主要是财产权的流转与使用规则，不宜完全适用于人格权的许可使用，因此，有必要在人格权编中对人格权的许可使用规则作出规定，以体现该问题与人格尊严的价值关联性，这也有利于实现增强民法典的体系性。人格权许可利用问题并不是纯粹的合同问题，其本身也是人格权的行使问题，需要人格权编对此加以确认和调整，而不能仅仅通过合同法加以调整。尤其应当看到，在人格权擅自许可利用的情形下，能够考虑规定拟制许可使用费标准确定受害人的财产损失数额，或者考虑规定获利返还请求权等^[1]，都已经超出了合同法的范畴。有学者认为，人格权法之所以需要与侵权法分离，一个重要的原因在于人格利益的利用日益重要，而侵权法对此无法规范。^[2]

第四，总结司法实践经验。从我国司法实践来看，人格权许可使用的纠纷频发，尤其是对姓名权、肖像权等标表型人格权而言，相关的许可使用合同纠纷在实践中时有发生。民法典在总结我国司法实践经验的基础上，对人格权许可使用规则作出规定，是对中国司法智慧的总结，也为法院处理有关人格权许可使用合同纠纷提供了法律依据。

此外，该规定也是对比较法上立法经验的借鉴。从人格权法发展来看，人格利益已经呈现出了许可使用发展的趋向。在欧洲出现了所谓的“形象代言人权利”，甚至一个人的声音、笔迹、舞台的形象等都可以受到人格权的保护。^[3]随着高科技以及互联网的发展，各种新的人格利益的许可使用会越来越宽泛，价值会越来越凸显，这必将成为人格权发展的重要趋势。从比较法上看，尽管对人格权许可使用的法律规范方式存在一定差别，但各国也大多承认了人格权许可利用制度。德国法在司法实践中通过扩张人格权内涵与效力的方式，承认人格权中包含经济价值，并具有积极利用的权能，从而实现对人格权许可使用制度的调整。美国法则在隐私权之外创设独立的公开权制度，调整个人姓名、肖像等人格标志的经济利用问题，相当于我国法上的人格权许可使用制度。从《民法典》第993条规定来看，其不仅承认了个人有权许可他人对其人格利益进行利用，而且该条还划定了可以许可使用的人格利益的范围，这就可以在允许个人积极利用其人格权的同时，防止过度利用，从而保护个人的人格尊严。

《民法典》第993条规定了人格利益许可使用的一般规则。在我国民法典编纂过程中，有观点认为，能够进行商业化利用的人格权要素基本上仅限于姓名、名称、肖像等有限的人格利益，不宜将该规定置于人格权编的一般规定之中。^[4]因为一方面，可以利用的人格利益

范围有限，并非所有人格利益都可被商业化利用；另一方面，这种规定方式可能导致鼓励人格利益的商业化利用现象，将不利于对人格权的保护。因而，更理想的方法是将该条置于肖像权等规则中进行规定，并设置准用条款适用于其他人格利益。笔者认为该条还是应当置于一般规定中，理由在于：一方面，人格利益的许可使用的范围还是比较宽泛的。诸如肖像、姓名、信用、名称、隐私、个人信息等多种人格利益，均有被许可使用的可能。将该条置于某项具体的人格权中进行规定，则不得不面临其他人格利益许可使用法律规则适用问题。尤其是诸如个人信息的许可使用，由于个人信息并非一项权利，因而参照适用人格权的规定比较勉强，可能也未必准确。另一方面，人格权法处于不断的变革之中。可以预见的是，伴随着社会生活的发展，新类型的人格利益会不断涌现。对这些新类型的人格利益而言，适用一般规定并不存在障碍。而如果在某项具体人格利益中规定许可使用，则会给新类型人格利益的法律适用带来困难。因此，有必要在民法典中设置人格利益许可使用的一般规则。

二、可以进行许可使用的人格利益的范围

在现代社会，不仅应当关注人格权的保护，还应当更多地关注人格权的有效利用，人格权制度是由确认、利用和保护三类规范共同组成的。随着近几十年来人格权许可利用的发展，人格利益如姓名、肖像、声音、隐私等，在传统上被认为是财产之外的没有价格的利益，随着市场经济的发展，这些权利越来越具有财产属性，权利人有权许可他人使用。现代各国法律确定个人对其信息所享有的支配权，目的之一就是促进个人对信息的利用，对信息的保护和利用构成个人对信息所享有的权利的两个支柱。由此表明，现代社会中，对人格权的主动利用趋势日益突出和普遍，人格权的内涵在逐渐扩张，利用方式和适用范围也不断丰富。但由于人格权自身的特殊属性，对人格权的利用，应与物权、知识产权等财产权有所区分，因而，有必要构建一套以保护人格尊严为基础的人格权利用制度。从人格权法发展来看，已经呈现出了许可利用发展的趋向，而且随着经济社会的发展，新型人格利益不断产生，可进行许可利用的人格权益的类型也在不断增多。从《民法典》第993条规定来看，可进行许可利用的人格权益主要有以下几种。

1. 姓名权

按照传统观点，姓名权在性质上属于精神性人格权，并不具有财产价值，其主要功能是防止个人身份的混淆。姓名权之所以是标表型人格权的重要类型，是因为姓名对个人的身份具有一定的识别作用，

将一些名人的姓名用于产品的宣传广告，可以对产品销售具有一定的推动作用。姓名也可以用于商标、企业名称。随着市场经济的发展，姓名权许可利用的实践也在不断发展。姓名权的许可利用是姓名权积极利用权能发展的重要体现。从我国的司法实践来看，法院都承认权利人有权许可他人对其姓名进行许可利用并从中获利。例如，在“姚明与武汉云鹤大鲨鱼体育用品有限公司侵犯人格权及不正当竞争纠纷上诉案”^[5]中，法院认为：“未经权利人授权或许可，任何企业或个人不得擅自将他人姓名、肖像、签名及其相关标识进行商业性使用。武汉云鹤公司未经权利人许可，多次使用姚明的姓名及肖像，将其生产和销售的运动型产品与姚明相联系，并进行引人误解的宣传，其行为违背了诚实信用原则，既侵害了姚明的姓名权及肖像权，也构成不正当竞争。”由此可以看出，法院在判决中也肯定了权利人有权许可他人对其姓名进行许可利用。

2. 名称权

法人和非法人组织享有名称权，名称权不仅具有标识法人及非法人组织身份的功能，而且具有一定的商业利用价值，权利人既可以许可他人对其名称进行利用，而且依据《民法典》第1013条的规定，权利人还可以通过转让的方式利用其名称。由此可以看出，名称权的利用方式比姓名权的更为广泛，即权利人不仅可以许可他人使用其名称，而且可以依法转让其名称权。民法典在名称权中承认了名称的可转让性。名称的转让是指名称权人将其名称全部让与某一个受让人，受让人成为该名称权的主体，《民法典》第1013条允许名称的转让，这也是名称权不同于其他人格权的重要特点。名称的转让应由转让方与受让方签订书面转让协议，并办理相关的批准、登记手续。转让名称的协议生效后，受让人必须按照约定和登记的规定使用受让的名称。

3. 肖像权

随着肖像权许可利用实践的开展，肖像权中的经济价值逐渐得到法律的肯定与保护，权利人既可以自己利用，也可以许可他人利用其肖像权。我国《民法通则》第100条规定承认了肖像权可以经权利人同意许可他人利用，这实际上是肯定了肖像权可以成为许可利用的对象。但是根据《民法通则》第100条的规定，未经本人同意，以营利为目的使用他人肖像的行为，构成侵权行为，行为人应承担侵害肖像权的责任。《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》以下简称（《民法通则意见》）第139条规定：“以营利为目的，未经公民同意利用其肖像做广告、商标、装饰橱窗等，应当认定为侵犯公民肖像权的行为。”《民法典》人格权编删除了以营

利为目的的构成要件，从而强化了对肖像权的保护。《民法典》第1021条对肖像许可使用合同的解释规则作出了规定，第1022条对肖像许可使用合同的解除规则作出了规定。人格权编一般规定一章关于人格利益许可使用规则的规定可以看作是对人格利益许可使用的一般规定，而在肖像权一章中关于肖像许可使用规则的规定则是关于人格利益许可使用合同的特殊规定，二者共同构成了完整的人格利益许可使用合同规则体系。

4. 隐私权和个人信息

隐私权可以成为许可利用的对象，如近几年兴起的对某个人的生活起居、工作等进行网络直播，这实际上就是对隐私权的积极利用。个人信息也可以成为许可利用的对象，从本质上讲，个人信息本身就兼具人身属性和财产属性，绝大多数个人信息都可以进行经济利用，如将个人信息汇聚成大数据由他人共享，或者用于商业分析和用于商业规划等。随着信息社会的发展，个人信息的利用价值越来越大，被称为21世纪的“数据金矿”。故此，《民法典》第1035条规定，处理自然人的个人信息应当征得自然人或者其监护人同意，即自然人可以许可他人处理其个人信息。

5. 其他人格利益

如前所述，人格权编一般规定一章对人格利益许可使用规则作出了规定，从《民法典》第993条规定来看，其在划定可许可使用的人格利益的范围时使用了“等”这一兜底表述，这表明可许可使用的人格利益的范围并不限于姓名、名称、肖像等人格利益，其还可能包括其他的人格利益，而且可以许可使用的人格利益的范围也不限于作为人格权客体的人格利益，还包括声音、死者的人格利益等。例如，自然人死亡后，其人格要素如姓名、肖像等，仍具有商业利用的价值，也可以成为商业利用的对象。^[6]例如，在“周某诉黄某、贵州人民出版社肖像权纠纷案”中，被告将鲁迅的肖像编入《鲁迅像传》一书中，一共使用了114张鲁迅的肖像照片并配以文字解说。法院虽然认为被告的行为是对鲁迅肖像的合理使用，不构成侵权，但同时也肯定了死者的人格要素可以成为许可利用的对象。除死者人格利益外，其他人格利益，如个人特有的声音、肢体动作等，均可成为许可利用的对象。从该条规定来看，只要不是依照法律规定或者根据其性质不得许可的人格权益，均应当可以成为许可使用的对象。

三、依照法律规定或者根据其性质不得许可使用的人格权益

从该条规定来看，如果某种人格权益依照法律规定或者根据其性质不得成为许可使用的对象，则应当将其排除在可许可使用的人格权益的范围之外，不得进行许可利用。也就是说，为保护个人的人格尊严，维护公序良俗，应当对可进行许可利用的人格权益的范围进行一定的限制，以防止人格权的过度许可利用。

从比较法上来看，随着现代社会的发展，尤其是高科技的发展，器官移植、人体捐赠、生物实验、遗传检查和鉴别、代孕、机构监禁、精神评估等行为日益普遍，这也需要不断强化对身体权的保护，规范物质性人格权的行使。各国一般禁止对物质性人格权进行许可利用，而主要将人格权许可利用的权利范围限于精神性人格权。^[7]例如，《法国民法典》第16—5条规定：“任何赋予人体、人体之各部分以及人体所生之物以财产价值的协议，均无效。”从我国《民法典》第993条规定来看，其在保持可许可利用的人格权益范围的开放性的同时，也对可许可利用的人格权益的范围进行了一定的限定，即如果法律规定某种人格权益不宜成为许可使用的对象，或者按照其性质不宜成为许可使用的对象，则应当将其排除在可许可使用的人格权益的范围之外，这实际上也为特别法限定可许可使用的人格权益的范围预留了空间。我国《民法典》人格权编并未对哪些人格利益不得许可利用作出规定，但是，借鉴比较法上的一般做法，笔者认为，在具体划定不宜成为许可利用对象的人格权益的范围时，可以明确将物质性人格权如生命权、身体权、健康权等排除在外。禁止物质性人格权的许可利用理由主要在于以下方面。

一是维护人格尊严。从比较法上看，各国法律大多认为，当事人签订的代孕合同无效^[8]，这表明不能对人的身体进行买卖，人的身体不能成为转让的客体。《人类辅助生殖技术管理办法》和《人类精子库管理办法》都明确禁止代孕和买卖精子等行为。所以，这一方式实际上已经被法律明文禁止。据此，法院在实践中都认定“借腹生子协议”无效。^[9]

二是维护公序良俗。权利人行使身体权不得违反公序良俗原则。例如，依据《民法典》第506条，造成对方人身伤害的免责条款无效。这就是说，任何人与他人达成的以伤害人身体为内容的协议，都因违反公序良俗而应认定为无效。一旦允许个人对其物质性人格权进行许可利用，可能导致人沦为权利客体，因为个人可能会基于经济方面的原因而放弃其物质性人格权。

三是保护权利人自身的利益。生命、身体、健康等物质性人格利益与个人的主体资格之间存在密切关联，也是个人最为重要的人格利益，如果允许此类人格利益的许可使用，则个人可能基于经济方面的

需要而放弃生命、健康等最为重要的人格利益。例如，为了赚钱买房或买车而出卖自己的某个器官，会导致个人健康严重受损。

当然，除了物质性人格权外，并非所有的精神性人格权都可以被许可利用。其中最为典型的是名誉权与荣誉权，这些权利具有明显的人身依附性，其背后的人格利益无法脱离于权利人而存在，因此，依据其性质，无法许可他人利用。也正是由于这一原因，可以被许可利用的主要包括姓名权、名称权、肖像权等标表型人格权。^[10]

四、人格利益许可使用的两种方式

《民法典》第993条中的“许可”包括以下两种形态。

一是以单方意思表示所进行的许可，以单方意思表示所进行的许可是指权利人可以通过单方意思表示的方式，向不特定人作出意思表示，同意其在特定范围内利用自身的姓名、肖像、名称等人格利益。权利人的此种意思表示，只要不违反公序良俗，不是进行不正当利用，均应认为可以构成许可。

二是以合同方式进行的许可。人格利益的许可使用往往需要通过合同来进行，比如，权利人授权许可他人利用其特定人格利益，人格利益许可使用合同的内容应当以不侵害权利人的尊严和人身自由等基本价值为前提。因此，对此种授权许可合同的内容需要进行法律上的规制。以合同的方式许可他人使用，是针对特定人的许可使用方式。在这种方式中，双方当事人需要就合同内容（如许可使用的期限、范围等）进行约定。

五、未经许可使用他人人格利益的损害赔偿责任

未经许可擅自使用他人的人格利益的，将构成对他人人格利益的侵害，如果造成权利人精神损害或者财产损失，则权利人有权依法主张精神损害赔偿责任和财产损失赔偿责任。

（一）未经许可使用他人人格利益的精神损害赔偿

行为人未经许可对他人人格利益进行许可利用时，权利人可能遭受一定的精神损害，在此情形下，权利人应当有权依据《民法典》第1183条请求行为人承担精神损害赔偿责任。从我国的司法实践来看，在一些案件中，法院没有考虑受害人的财产损害，而主要通过精神损

害赔偿对受害人进行救济。例如，在“崔永元与北京华麟企业（集团）有限公司侵害肖像权、名誉权案”^[11]中，法院认为，由于原告未举出其他证据证明其遭受了经济损失，因而并未支持原告赔偿经济损失的请求，但法院肯定了原告的精神损害赔偿请求权，并根据侵害肖像权、名誉权的范围，侵权方式，过错程度等情况酌定精神损害赔偿数额。再如，在“昆明市园林索道管理处因肖像权纠纷上诉案”^[12]中，法院认为，肖像权主要是一种公民精神上的人格权利，原判关于由上诉人赔偿经济损失（律师费）的内容不当；又鉴于上诉人所印制和销售印有被上诉人肖像的索道票及简介数量较大，具有营利性，且使用门票、简介者的处理方式不同，加之乘坐索道缆车的游客来自四面八方，致使该肖像侵权的扩散面较广，客观上给两被上诉人的身心造成一定程度的损害，故上诉人应负担因此给被上诉人造成的精神损害赔偿。

笔者认为，在人格权许可利用的情形下，在适用精神损害赔偿责任时，应当考虑权利人的财产损害，从而实现财产损害赔偿与精神损害赔偿的平衡。尤其是在受害人无法证明自身财产损失及其具体数额的情形下，受害人的财产损害赔偿请求往往难以获得支持，此时，可以考虑通过提高精神损害赔偿数额的方式，为受害人提供救济，因为精神损害赔偿本身具有调节功能，在财产损害不足的情况下，可以通过精神损害赔偿的方式予以调节。同时通过此种方式可实现对行为人侵权获利的剥夺。当然，完全以精神损害赔偿来替代财产损害赔偿也是不妥当的，因为精神损害赔偿的目的主要是抚慰受害人，并不能达到剥夺侵权人收益的目的；而且精神损害赔偿的数额是有限的，无法达到制裁侵权人的目的，甚至在一定程度上鼓励了侵权行为，无法发挥侵权法的损害预防功能。

应当看到，在行为人未经许可对他人人格权进行许可利用的情形下，单纯的精神损害赔偿无法对人格权中的财产利益进行有效的保护，还必须借助财产损害赔偿方法。因为从实践来看，在人格权许可利用的情形下，权利人所遭受的损害主要是财产损害，只有在极少数案件中，受害人才会遭受精神损害。在许可利用趋势下，保护人格权中的财产利益是人格权保护的重要内容，在现实生活中，如果仅仅提供精神痛苦的抚慰，而不对财产损失进行补偿，尤其是在不法行为人侵害他人人格权取得非法的巨大经济利益的情况下，将可能导致对受害人严重不公平的后果。因此，对人格权的侵害应当区分精神损害和财产损害，并进一步分别计算赔偿额。法官在衡量精神损害赔偿数额时，可以考虑行为人的获利情况，从而有效剥夺行为人的获利，充分发挥侵权法的损害预防功能。但如果行为人已经赔偿了受害人的财产损害，则法院在衡量精神损害赔偿数额时，不宜再过多考虑行为人的

获利情况。

（二）未经许可使用他人人格权的财产损害赔偿

如前所述，在行为人未经许可对他人人格权进行许可利用的情形下，权利人也可能遭受一定的财产损害，为全面救济受害人，应当注重发挥财产损害赔偿的功能。《民法典》第1182条对侵害人身权益的财产损害赔偿作出了规定，其主要适用于人格权许可利用的情形，该条规定：“侵害他人人身权益造成财产损失的，按照被侵权人因此受到的损失或者侵权人因此获得的利益赔偿；被侵权人因此受到的损失以及侵权人因此获得的利益难以确定，被侵权人和侵权人就赔偿数额协商不一致，向人民法院提起诉讼的，由人民法院根据实际情况确定赔偿数额。”依据该条规定，在行为人未经许可对他人人格权进行许可利用的情形下，权利人有权请求行为人承担财产损害赔偿，关于财产损害赔偿数额的确定，被侵权人可以以其遭受的实际损失要求赔偿，也可以主张按照行为人的侵权获利赔偿，受害人可以在这两种方式中作出选择。具体而言，受害人可以选择如下两种方式确定其财产损失数额。

1. 按照实际损失赔偿

在行为人未经许可对他人人格权进行许可利用的情形下，依据《民法典》第1182条的规定，如果权利人能够证明其实际财产损失数额，则其有权请求行为人按照该数额承担损害赔偿责任。尽管侵害的对象是人身权益，但是，造成了受害人财产损害，所以，也适用财产损害赔偿的原则。另外，从侵权责任法的一般原理来说，损害赔偿就是按照受害人的现实损害进行赔偿，所以，该条规定也符合一般原理。因此，在造成财产损失的情况下，受害人应当举证证明损害的存在和范围，据此确定赔偿的数额。

在权利人选择请求行为人按照实际损失赔偿时，按照损害确定性的要求，权利人应当证明其客观上遭受了确定的财产损害，也需要证明其财产损失的具体数额，否则将难以获得救济。

2. 按照获利数额赔偿

依据《民法典》第1182条的规定，权利人也有权请求行为人按照其获利承担财产损害赔偿，该条所确立的获利赔偿规则有利于剥夺行为人的非法获利，从而发挥侵权法的损害预防功能。早在罗马法中，就确立了“禁止非法获利”的原则，这是罗马法的法谚“任何人不得因他人不法行为获利”（*neminem cum alterius detrimento et iniuria*

fieri locopletiorem) 的基本要求。禁止非法获利也是矫正正义的具体体现,我国《民法典》第1182条规定:“侵害他人人身权益造成财产损失的,按照被侵权人因此受到的损失或者侵权人因此获得的利益赔偿;被侵权人因此受到的损失以及侵权人因此获得的利益难以确定,被侵权人和侵权人就赔偿数额协商不一致,向人民法院提起诉讼的,由人民法院根据实际情况确定赔偿数额。”据此,该条规定了获利返还请求权,依据该条规定,因侵害人格权益造成财产损失的情形下,受害人可以请求行为人按照实际损失赔偿,也可以请求按照行为人的获利赔偿。获利标准也称侵权获利标准,这就是说,在受害人的损失难以确定时,可以按照侵权人的获利进行赔偿,其也被称为将获利视为损害的规则。这一规则符合侵权责任法上的完全赔偿原则,即只要是与侵权行为有因果关系的损害,都应当予以赔偿,以使受害人恢复到如同损害没有发生的状态。这一规定,一方面有利于缓解受害人证明其客观上遭受财产损害的困难;另一方面,将行为人的获利视为受害人的损害,也可以有效剥夺行为人的非法获利。

依据《民法典》第1182条规定,法院酌定方式是在受害人无法证明其实际损失数额或者行为人的侵权获利数额的情形下,由法院依据职权确定行为人损害赔偿数额的一种方式。酌定的情形适用于受害人实际损失与行为人获利难以确定的情况,在此情况下,只能通过法院酌定的办法来确定赔偿额。法院在酌定赔偿数额时,虽然没有最高或最低限额的限制,但是也应当谨慎确定,避免赔偿数额过高或过低。就侵害肖像权的案件来说,法院在酌定赔偿数额时,应考虑侵权人的过错程度、具体侵权行为和方式、造成的损害后果和影响等因素综合考量确定。^[13]在司法实践中,有的法院认为,“如果有一般许可使用费可以参照,法院可以结合侵权人过错、侵权的情节、该许可使用的范围、时间、受害人知名度等因素,参照许可使用费确定赔偿数额”^[14]。此种看法不无道理。事实上,在《侵权责任法》颁行前,有的法院在决定人格权许可利用财产损害赔偿数额时,已经开始参考拟制的许可使用费。例如,在“艾瑞比·鲍威尔·泰勒诉人像摄影杂志社侵犯著作权、肖像权纠纷案”^[15]中,法院认为,对赔偿的具体数额,本院将参照模特行业肖像使用费的一般付费标准及被告侵权的情节等因素酌情予以确定。

针对利用网络侵害他人人身权益造成他人财产损失情形下财产损失赔偿数额的确定,最高人民法院《关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第18条第2款规定:“被侵权人因人身权益受侵害造成的财产损失或者侵权人因此获得的利益无法确定的,人民法院可以根据具体案情在50万元以下的范围内确定赔偿数额。”其也适用于未经许可在网络环境下对他人人格权益进行

许可利用的行为。如果将该数额与精神损害赔偿数额相比较，从我国司法实践来看，法院所确定的精神损害赔偿数额一般在10万元以下^[16]，由此可以看出，该司法解释所确定的财产损失赔偿数额明显高于精神损害赔偿数额，这也有利于剥夺行为人的获利，从而更好地发挥侵权法的损害预防功能。

在行为人未经许可对他人人格权进行许可利用的情形下，法院在酌定行为人的财产损害赔偿数额时，还应当考虑行为人的侵权方式。例如，在行为人未经许可对他肖像权进行许可利用的情形下，法院在确定行为人的财产损害赔偿数额时，应当考虑肖像制作的背景、肖像是否具有私人或公共属性、行为人如何制作、行为人是否公开制作、行为人使用何种设备（如是否使用长聚焦镜头）、肖像的类型与特征是什么、制作了多长时间、肖像的尺寸大小如何、肖像以前是否可以获得、肖像有无涉及隐私部位、肖像是否曾被复制、被告是否从中获利、肖像所要传递的信息是否具有娱乐价值、肖像权人的地位和特征如是否属于公众人物、本人是否愿意出版肖像、出版肖像对本人是否有实际的不利等情况。如果侵害肖像权造成了对其他人格利益的侵害，如散布他人裸体照片，导致他人的名誉、隐私等权利受侵害，表明受害人的损害后果是综合性的，较为严重，在确定财产损害赔偿数额时，也应当考虑此种情况。

（撰稿人：王利明）

[1]朱岩.“利润剥夺”的请求权基础——兼评《中华人民共和国侵权责任法》第20条.法商研究，2011（3）.

[2]Giorgio Resta , The New Frontiers of Personality Rights and the Problem of Commodification , 26 Tulane Eur.Civ.L.Forum33 , 35 (2011) .

[3]Gert Brüggemeier , Aurelia Colombi Ciacchi , Patrick O Callaghan ed. , Personality Rights in European Tort Law , Cambridge University Press , 2010 , p.572.

[4]石佳友.人格权立法完善的最后契机.中国民商法律网.

[5]湖北省高级人民法院（2012）鄂民三终字第137号民事判决书。

[6]Jean-Christophe Saint-Pau , L'article 9 , matrice des droits de la personnalité , in Recueil Dalloz , 1999 , n°37 , p.541.

[7]古奥乔-瑞斯塔.人格利益商品化——比较法的考察//2010年国际民法论坛论文集：人格权保护——历史基础、现代发展和挑战：135.

[8]TGI Paris 3 juin 1969 , D.1970 , p.136 , note J.P.

[9]例如，广东省佛山市顺德区人民法院对一起抚养权纠纷案件作出一审判决，判决双方签订的“借腹生子协议”无效，驳回原告刘某的诉讼请求，判决小涛由被告携带抚养至小涛年满18周岁时止，之后随父、随母由其自行选择。参见广东法院网，2010-08-12。

[10]温世扬.论“标表型人格权”.政治与法律，2014（4）.

[11]北京市朝阳区人民法院（1999）朝民初字第4247号民事判决书。

[12]云南省昆明市中级人民法院（2000）昆民终字第684号民事判决书。

[13]全国人大常委会法制工作委员会民法室编.侵权责任法条文说明、立法理由及相关规定.北京：北京大学出版社，2010：76.

[14]“张柏芝诉梧州远东美容保健品有限公司肖像权案”.江苏省无锡市中级人民法院（2005）锡民初字第101号民事判决书.江苏省高级人民法院（2006）苏民终字第109号民事判决书//人民法院案例选：2006年第4辑.北京：人民法院出版社，2006.

[15]北京市第一中级人民法院（2003）一中民初字第10253号民事判决书。

[16]例如，在“范冰冰与毕某、贵州易赛德文化传媒有限公司侵犯名誉权纠纷案”中，法院判决毕某和易赛德公司应分别承担赔偿精神抚慰金3万元和2万元；再如，在“徐某与北京新浪互联信息服务有限公司侵犯名誉权纠纷案”中，法院判定新浪公司赔偿原告精神损害抚慰金人民币2万元。

第九百九十四条

死者的姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私、遗体等受到侵害的，其配偶、子女、父母有权依法请求行为人承担民事责任；死者没有配偶、子女且父母已经死亡的，其他近亲属有权依法请求行为人承担民事责任。

本条主旨

本条是关于死者人格利益保护的规定。

相关条文

《民法总则》第185条规定：“侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉，损害社会公共利益的，应当承担民事责任。”

《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第7条规定：“自然人因侵权行为致死，或者自然人死亡后其人格或者遗体遭受侵害，死者的配偶、父母和子女向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，列其配偶、父母和子女为原告；没有配偶、父母和子女的，可以由其他近亲属提起诉讼，列其他近亲属为原告。”

理解与适用

一、保护死者人格利益的必要性

死者人格利益是指自然人死亡以后，其姓名、肖像、名誉、隐私等利益，这些人格利益应受法律保护。死者人格利益是人格权延伸保护的结果，在主体死亡之后，人格权因死亡而消灭，但法律为了强化和全面保护人格利益，充分体现维护人格尊严的宪法理念，对自然人死亡后的人格利益仍予以保护，形成了对自然人人格利益的全面保护。

从法律上看，死者人格利益本身是人格权益的组成部分。保护人格权益，就是要保护个人的人格尊严，这种人格尊严不仅要在自然人

生前获得保护，在其死后也应当获得保护。古人说得好，“神龟虽寿，犹有竟时”，“人固有一死”，但个人生前的荣耀不应随个人的死亡而丧失。亚里士多德认为，“死者也有善与恶（一个人活着的时候会碰到善与恶，但是对这些毫无意识），例如子孙后代们是享受荣誉或是屈辱，或是遭受好运和厄运”^[1]。康德曾经说过：“一个人死了，在法律的角度看，他不再存在的时候，认为他还能够占有任何东西是荒谬的，如果这里所讲的东西是指有形物的话。但是，好名声却是天生的和外在的占有（虽然这仅仅是精神方面的占有），它不可分离地依附在这个人身上。”^[2]这就是说，人格尊严不仅在自然人活着的时候存在，而且延续到其死亡之后。法律保护其生前的人格尊严与保护其死后的人格尊严，乃一个不可分割的整体。

从各国有关人格权保护的判例和学说来看，几乎都无一例外地都赞成对死者人格利益进行保护，这也是人格权法律制度发展的一个趋势。早在2001年，最高人民法院就颁行了《精神损害赔偿司法解释》，该司法解释第7条就确认了对死者人格利益的保护。目前，对于死者人格利益应当受到法律保护，已经形成了基本共识。^[3]《民法典》人格权编在总结司法实践经验的基础上，规定了对死者人格利益的保护规则。从社会效果来看，保护死者人格利益的必要性在于以下方面。

第一，有助于促进社会的进步。社会的进步与个人追求良好的名声具有密切的关系。俗话说，“雁过留声，人过留名”，许多人生前为社会作出贡献，甚至为了民族、社会的利益而献身，也是为了青史留名，至少不希望受后人指责甚至唾弃。文天祥说，“人生自古谁无死，留取丹心照汗青”，这就典型地反映了人们希望通过自己生前的努力以获得一个死后的好名声。多少仁人志士修身养性、廉洁自律，追求事业功名，都是为了博取好的名声。正是因为人们对好名声的不懈追求，才推动了社会道德的进步和人类文明的提高。所以，任何社会都要鼓励人们获得符合社会要求的良好名誉。因此，保护死者人格利益尤其是死者的名誉，对于鼓励生者积极向上、奋发有为，从而促进社会的进步，具有重大的意义。^[4]

第二，有助于维护良好的社会风尚。尊重死者既是对死者人格的尊重，也是对人们追求良好的道德、风尚、声誉等的尊重。而漠视死者人格，实际上就是蔑视生者对良好的道德的追求，所以对生者人格利益的保护，涉及社会的公共道德。尊重先人也是中华民族传统文化的组成部分。绝大多数的社会成员，都希望其死后不会受到他人的贬损和侮辱，这是一个社会可以延续下去的重要保障。曾子曰：“慎终追远，民德归厚矣。”（《论语·学而》）可见，尊重死者也是社会人

伦的体现。如果对死者的人格利益不予保护，实际上就是不鼓励人们在前从事正当的行为，这就会引发严重的道德风险^[5]，也会导致人们的价值观、荣辱观、道德观遭到扭曲，社会利益将受到极大损害，同时也不利于社会秩序的稳定。

第三，有利于维护社会公共利益。许多名人的名誉、肖像等已经成为社会利益、甚至是国家利益的组成部分。尤其是领袖、伟人的肖像等涉及整个国家利益和公共利益。对其的贬损，不仅是对历史的不尊重，甚至是对民族感情的伤害。所以，侵害此类死者人格利益，即使死者近亲属不提起诉讼，有关机关也应当有权提起诉讼，请求停止侵害。^[6]

第四，有助于安慰死者的近亲属。死者的人格利益与生者的感情、尊严、名誉等是不可分的，辱骂他人的长辈、祖先，在某种程度上，也是对生者的辱骂。侮辱先人实际上也是对后人的蔑视。所以，死者的名誉、隐私等常常和生者的名誉等联系在一起。侵害生者的人格利益往往也侵害了生者的人格利益。正如康德所说：“他的后代和后继者——不管是他的亲属或不相识的人——都有资格去维护他的好名声，好像维护自己的权利一样。理由是，这些没有证实地谴责威胁到所有人，他们死后也会遭到同样地对待的危险。”^[7]另外，即使不涉及近亲属的名誉等，侵害死者人格，也会侵害近亲属的追思之情。

虽然对死者人格利益的侵害往往会伴随着对生者人格利益的侵害，但将死者人格利益等同于其遗属的利益或者家庭的利益，显然是不妥当的。一方面，如果将死者的人格利益等同于生者的利益，在法律上也很难明确地确定行为人究竟侵害了生者的何种权利，行为人的行为和生者的权益受到侵害之间是否具有因果联系。因为生者要主张精神损害赔偿，应当证明其权利受到侵害。^[8]另一方面，死者可能根本没有近亲属，但这并非意味着死者人格利益就不应当受到保护，因为即使其没有近亲属，毁谤已故名人，也可能侵害了公共利益，故也应当保护死者人格利益。^[9]还要看到，将死者人格利益等同于其遗属的利益或者家庭的利益，实际上是否定了死者人格利益的存在。^[10]当然，当自然人死亡后，死者的名誉好坏，有可能影响对其近亲属的评价，因此，侵害死者名誉、披露其隐私可能同时侵害其亲属的名誉。如果其近亲属可以证明其人格利益因此而受到侵害，他可以单独地以其自己的人格利益受到侵害为由提起诉讼，而并不一定要以死者人格利益受到侵害为由来主张权利。^[11]

二、死者人格利益的性质

关于死者人格利益的性质，历来存在两种观点：一是权利说。此种观点认为，死者也享有人格权，应当受到法律保护。二是利益说。此种观点认为，自然人死亡后，其主体资格消灭，不可能享有民事权利，死者人格利益只是一种受法律保护的特定利益。死者人格利益在法律上仍然是一种法益，法律出于维护社会道德和近亲属的感情以及维护社会公共利益的需要，有必要对死者的人格利益予以保护。但是对死者人格利益的保护必须与对其近亲属的人格保护区分开来，仅仅侵害了生者对逝者的感情，并不足以成立对人格权的侵害。^[12]自然人在死亡以后，就不再享有任何权利，我们无法想象死者具有部分的权利能力，也无法想象没有主体的权利。^[13]尽管其不再享有任何权利，其名誉、肖像等人格权也不复存在，但其人格利益并不因死亡而消灭，死者的人格尊严仍然不受侵犯。^[14]权利内容本身是个人利益和社会利益的产物。在利益中，不仅包括民事主体的个人利益，可能还包括社会公共利益。例如，对死者的名誉、肖像而言，在死者死亡后其个人享有的利益已经不复存在，但由于这种利益在一定程度上体现了社会公共利益和公共道德，从公序良俗的要求出发，故有必要对该利益加以保护。^[15]实际上，保护死者人格利益是社会公共道德和公序良俗原则的体现，本质上也是社会公共利益的一种具体表现形态。我国《民法典》第120条规定：“民事权益受到侵害的，被侵权人有权请求侵权人承担侵权责任。”此处所说的民事权益，既包括了权利，也包括利益，而死者人格利益就属于此处利益的范畴。

还需要指出的是，对死者的人格利益不能用一般人格权加以概括性的保护，只能明确规定应当受到保护的几种具体人格利益。其原因在于，一方面，一般人格权本身是一种权利，尤其是其中包含的人格自由和平等，只是生者所能享有的权利，死者无所谓自由、平等的问题。另一方面，一般人格权是一个兜底条款，对死者人格利益而言，本身就是法律特别列举的保护，故不能适用人格权的兜底条款，扩张保护死者人格利益的范围。

三、死者人格利益的范围

该条对死者人格利益保护的範圍作出了规定，所谓死者人格利益保护的範圍，是指死者的哪些人格利益应受法律保护。依据该条规定，死者人格利益的範圍包括死者的姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私、遗体等。显然，一个人生前所享有的人格权和其死后享有的人格利益是不可能同一的，不能认为生者的所有人格利益在死后都要受到保护。^[16]有学者认为，死者人格利益包括名誉、肖像、身体、隐私、姓名和名称、荣誉、亲属。^[17]生前所享有的物质性人格权不可

能继续存在，而与身体相联系的人格权，如身体权等，死者也不可能享有，与人身有密切联系的人格权，如人身自由权等也不可能继续存在。即使就精神性人格权而言，像贞操等人格利益在死后也是不能受到保护的。

关于死者人格利益的保护范围，在我国司法实践中存在一个不断发展的过程。它最初仅限于名誉利益，以后逐步扩及隐私等利益。

《精神损害赔偿司法解释》第3条规定：“自然人死亡后，其近亲属因下列侵权行为遭受精神痛苦，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理：（一）以侮辱、诽谤、贬损、丑化或者违反社会公共利益、社会公德的其他方式，侵害死者姓名、肖像、名誉、荣誉；（二）非法披露、利用死者隐私，或者以违反社会公共利益、社会公德的其他方式侵害死者隐私；（三）非法利用、损害遗体、遗骨，或者以违反社会公共利益、社会公德的其他方式侵害遗体、遗骨。”这一解释显然扩张了死者人格利益保护的範圍，它不限于对死者名誉利益进行保护，还包括对死者的姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私以及遗体和遗骨等人格利益方面的保护。

依据《民法典》第994条的规定，死者人格利益的范围包括如下几种。

1.死者的姓名。侵害死者的姓名应当承担法律责任。侵害死者姓名的主要表现形式是非法利用死者的姓名、招摇撞骗，利用死者的姓名从事其他非法活动，导致对死者人格的贬损。

2.死者的肖像。侵害死者肖像的行为时有发生。例如，擅自在网上披露死者的裸体照片，或者将死者的肖像丑化等。行为人侵害死者肖像的，死者近亲属也有权请求行为人承担民事责任。

3.死者的名誉、荣誉。在审判实践中，对死者人格利益的侵害主要是指故意诋毁死者的名声、辱骂或者丑化死者等，从而侵害了死者的名誉。例如，著名的荷花女案、海灯法师案、徐大雯状告宋祖德和刘信达侵犯谢晋名誉权案等就属于此类情形。^[18]

4.死者的隐私。死者的隐私也受法律保护。从实践来看，侵害死者隐私的方式主要有如下两种：一是非法披露。例如，在“甘某寿案”中，行为人将原告已经死亡的女儿的姓名、年龄、两性关系等隐私信息泄露，法院认为，该行为人侵害了死者的隐私，应当承担精神损害赔偿赔偿责任。^[19]二是非法利用。如未经死者近亲属同意，擅自将死者隐私改编成剧本，拍成电影、电视节目等。在行为人侵害死者隐私的情形下，死者近亲属也有权请求行为人承担民事责任。

5.遗体等利益。严格地说，自然人死亡后，其物质性人格权已经不复存在，但其遗体、遗骨、骨灰等仍与其人格尊严存在密切关联，仍有保护的必要。从比较法上看，许多国家都有禁止侵害遗体完整性的规定，因为遗体不仅关系到死者的人格尊严，而且关系到生者对死者追思敬慕的感情。^[20]中华民族的优良传统要求尊重自己祖先或者长辈，其中就包括了对死者遗体和遗骨的尊重，中国传统文化也历来认为，掘墓毁尸是严重违反社会伦理的极端行为。可见，遗体寄托着生者对死者的感情和思念，在一定程度上也体现了对死者的尊重和对生者人格利益的保护，保护遗体并不是为了保护身体权，而是为了保护死者人格尊严和死者近亲属的人格利益。同时，对遗体的保护还涉及对公共利益和公共道德的保护，因为如果允许人们可以随意侮辱死者的遗体，显然也是对公共道德的蔑视和侵犯。^[21]从实践来看，侵害遗体、遗骨的行为主要表现为：擅自盗取死者的器官^[22]、抛撒死者的遗骨或骨灰^[23]、丢失死者遗骨^[24]等。

死者遗体、遗骨等是死者人格利益的重要载体，侵害死者遗体、遗骨等侵害死者遗体、遗骨的行为直接伤害了生者对死者的感情和尊严，也会给生者造成一定的精神痛苦。例如，在“周某与俞甲一般人格权纠纷上诉案”中，周某故意驾车冲撞俞甲父亲的出殡现场，撞倒骨灰盒、灵牌、花篮，法院认为构成以违反社会公共利益、社会公德的其他方式侵害遗体、遗骨。^[25]除民事立法外，我国相关立法也对遗体、遗骨的保护作出了规定。例如，《刑法》第302条还专门规定了“盗窃、侮辱、故意毁坏尸体、尸骨、骨灰罪”，依据该条规定，“盗窃、侮辱、故意毁坏尸体、尸骨、骨灰的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制”。

四、侵害死者人格利益的请求权主体

依据《民法典》第994条，死者人格利益遭受侵害的，其配偶、子女、父母有权请求行为人承担民事责任。这就明确了侵害死者人格利益的请求权主体。关于请求权的主体，是指在人格利益遭受侵害以后，究竟由谁来主张对死者人格利益的保护。

从比较法上来看，在侵害死者人格利益的情形下，关于提起请求权的主体，存在不同观点。一种观点认为，在缺乏实体法依据的情形下，仍应当肯定死者近亲属对行为人的损害赔偿请求权；另一种观点则认为，自然人死亡后，其主体资格消灭，在法律上并未对死者人格利益保护作出特别规定的情形下，此时应当否定死者近亲属的请求权。^[26]

我国司法实践历来明确限定了死者人格利益的请求权主体范围。1993年6月15日《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》中，明确了死者名誉受到侵害，其近亲属可以作为原告提起民事诉讼，从而解决了死者名誉是否应当受法律保护的问题。但该解释仅仅涉及死者名誉侵害的问题，而没有对死者的其他人格利益侵害作出规定。最高人民法院《精神损害赔偿司法解释》第7条规定：“自然人因侵权行为致死，或者自然人死亡后其人格或者遗体遭受侵害，死者的配偶、父母和子女向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，列其配偶、父母和子女为原告；没有配偶、父母和子女的，可以由其他近亲属提起诉讼，列其他近亲属为原告。”作出这种解释是因为，“当前的中国社会，当代同堂、四代同堂的大家庭很多，除了父母、配偶、子女之外，祖父母与孙子女、外祖父母与外孙子女以及兄弟姐妹之间长期共同生活，建立了深厚的感情，他们之间也存在着法定的赡养、抚养和扶养关系”^[27]。从该规定来看，将请求死者人格利益保护的主体限定为死者的“近亲属”，由近亲属作为请求权主体是有道理的。因为在一般情况下，人格利益不直接表现为公共利益，不能由国家机关来进行管理，仍然应由死者的近亲属来进行管理。死者的人格利益遭受侵害，当然也只能由他们来主张权利。《民法典》第994条明确了有权提出请求的主体范围与顺序，与继承法的顺位保持了一致。

依据《民法典》第994条的规定，死者人格利益遭受侵害的，其配偶、子女、父母有权请求行为人承担民事责任，死者没有配偶、子女且父母已经死亡的，其他近亲属有权依法请求行为人承担民事责任。从该条规定来看，在死者人格利益遭受侵害的情形下，死者近亲属在提出请求时应有一定的主体顺序限制，即首先应当由死者的配偶、子女、父母提出请求，只有在死者没有配偶、子女并且父母已经死亡的情况下，死者其他近亲属才有权向行为人提出请求。

死者人格利益保护中有可能涉及公益诉讼问题。许多学者认为，如果死者人格利益关系到公共利益，尤其是像历史名人、领袖等，其形象与名誉往往与历史传统、民族感情、国家形象紧密联系，损害其死后的人格，也必将会损害公共利益，也会危害公共道德。所以，在没有近亲属提起诉讼之时，法律上也可规定公益诉讼。笔者认为，从《民法典》第994条规定来看，在死者人格利益遭受侵害时，仅死者近亲属有权请求行为人承担民事责任，因此，该请求权仅能救济死者近亲属的私益损害，无法救济公共利益的损害。在侵害死者人格利益又损害社会公共利益时，有关机关有权依据《民法典》第185条的规定提起公益诉讼。

五、关于侵害死者人格利益的民事责任

侵害死者人格利益的情形下，行为人究竟应当承担怎样的责任？该条采用“民事责任”的表述，“民事责任”的概念十分宽泛，其既包括赔偿损失，也包括停止侵害等预防性的责任形式，具体而言包括以下几种。

第一，停止侵害、排除妨碍。在侵害死者人格利益的情形下，死者的近亲属首先应当可以主张停止侵害、排除妨碍等人格权请求权。通过此种请求权的行使，可以及时制止对死者人格利益侵害行为，保护受害人。

第二，请求赔偿财产损失。死者人格利益中也可能包括财产因素，侵害死者人格利益，也可能导致财产损失。例如，在“黄人达等诉养天和集团姓名权纠纷案”中，湖南养天和大药房企业集团有限公司（以下简称养天和集团），未经黄氏后人允许，在企业宣传中长期使用黄菊翹及黄亮轩、黄耀轩、黄泽轩的姓名及创业历史为其进行广告宣传。湖南省长沙市中级人民法院审理认为，养天和集团明知使用黄菊翹父子的姓名可以带来经济效益，在企业宣传及经营中，仍在未征得黄氏后人的同意的情况下进行利用，给对方造成了经济损失，根据案情，认定损失为10万元。^[28]

第三，请求赔偿精神损害。关于侵害死者人格利益能否适用精神损害赔偿，对此，学理上存在不同看法。德国判例一般不支持在侵害死者人格权情况下关于精神损害赔偿的请求。但是，如果能够认定侵害死者人格权同时也侵害了其亲属的人格权，二者之间存在法律因果关系，则其亲属可以要求精神损害赔偿。^[29]美国判例中对死者姓名、肖像等人格利益的保护，只承认财产损害赔偿，而不承认精神损害赔偿。^[30]在我国，一般认为，只有在侵害了死者人格利益而导致近亲属的人格利益受到侵害的情况下，其近亲属才可以主张精神损害赔偿。在侵害死者人格利益造成其近亲属精神损害的情形下，涉及死者人格利益保护的直接保护模式与间接保护模式问题。直接保护模式认为，死者享有人格权益，在侵害死者人格利益的情形下，法律规定行为人应当承担侵权责任，其直接保护死者本人；而间接保护模式则认为，在侵害死者人格利益的情形下，法律主要保护的是死者的近亲属，即通过保护死者近亲属利益的方式间接地达到保护死者人格利益的目的。两种保护模式各有利弊，正如王泽鉴先生所指出的，“此种间接保护方式的优点在于维持传统人格权专属性的理论，即人死亡时，其权利能力、人格权消灭。其主要缺点在将死者保护转为对遗族的保护，此种主体的变更，理论上难作圆满说明。请求权人的范围、保护期间难以界定”^[31]。

我国司法实践实际上经历了从直接保护模式向间接保护模式转变

的过程。在1989年的“荷花女案”中，最高人民法院发布了《关于死亡人的名誉权应受法律保护的函》（〔1988〕民他字第52号），其中指出，“吉文贞（艺名荷花女）死亡后，其名誉权应依法保护，其母陈秀琴亦有权向人民法院提起诉讼”。从该批复的规定来看，最高人民法院肯定了吉文贞（艺名荷花女）死亡后仍然享有名誉权，显然是采纳了直接保护模式。^[32]可见，我国早期的司法实践对死者人格利益采取了直接保护模式。但在随后的司法实践中，最高人民法院在死者人格利益保护方面的态度发生了一定的转变，最高人民法院在1993年发布了《名誉权问题解答》（法发〔1993〕15号），其中规定：“死者名誉受到损害的，其近亲属有权向人民法院起诉。近亲属包括：配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。”《精神损害赔偿司法解释》第3条规定：“自然人死亡后，其近亲属因下列侵权行为遭受精神痛苦，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理……”从上述规定来看，最高人民法院实际上已否定了死者仍然享有人格权，在侵害死者名誉等人格利益的情形下，死者的近亲属有权提出请求，而且死者近亲属提出请求的主要目的是救济自身所遭受的精神损害，这实际上是采纳了间接保护模式。

笔者认为，采用间接保护模式更为合理。直接保护模式通过肯定死者具有部分权利能力，实现对死者的直接保护，虽然具有一定的合理性，但如果采用此种保护模式，可能需要对我国既有的法律制度进行较大的调整，尤其会对我国的民事主体制度、民事权利能力制度等产生较大冲击。而间接保护模式通过保护死者近亲属的利益间接保护死者本人，则能够更好地契合我国既有的法律制度。在间接保护模式下，如果侵害导致死者近亲属遭受了精神痛苦，应当给予抚慰。例如，行为人辱骂他人已去世的近亲属，并因此造成他人精神痛苦，此时，受害人有权以自己遭受精神痛苦为由，主张精神损害赔偿。法律之所以设立精神损害赔偿，主要是为了对近亲属的精神损害予以安慰，如果近亲属并没有遭受任何精神损害，近亲属以死者人格利益受到侵害为由，主张精神损害赔偿，这和法律设定精神损害赔偿的目的是不符合的。所以，在侵害死者人格利益的情形下，只能以近亲属遭受精神痛苦给予补偿，也只能以近亲属人格利益遭受侵害提出请求。

需要指出的是，关于死者人格利益保护期限，有观点认为，应当设定死者人格利益的保护期限，例如可以参照《著作权法》关于著作权保护至作者死亡后50年的规则。笔者认为，这一观点并不妥当。首先，著作权保护与死者人格利益保护内容并不完全相同。著作权所保护的内容既包括著作人身权也包括著作财产权，因而并不完全是人格利益。根据《著作权法》的规定，著作人身权中的署名权、修改权、

保护作品完整权等本来就不受到50年的限制。而在死者人格利益的保护中，针对的仅仅是人格利益部分。因而，即便是作出类比，也应当比照著作权中的著作人身权部分，不应设置保护期的限制。其次，采取诸如50年的保护期限规则可能导致与《民法典》第994条规定的请求权人范围产生矛盾。死者人格利益侵害中的请求权人为死者的父母、子女、配偶或者特殊情况下的其他近亲属，如果采取50年的保护期限，则可能导致死者的孙子女、外孙子女等在死者死亡50年后并未死亡，但却不能主张死者人格利益保护，这将会导致作为该条重要立法目的之一的保护近亲属人格尊严和精神利益的目的无法实现。最后，《著作权法》限定50年的保护期的重要原因在于，这一规则有利于促进保护期后的作品传播，从而促进文化、科学事业的发展与繁荣。^[33]而在死者人格利益的保护中，并不存在类似的立法目的，因而并无必要增设具体的保护期限条款。关于死者人格利益的保护期限，从我国的司法实践来看，也采纳了以近亲属为标准的期限限制。所谓近亲属，依据《民法典》第1045条第2款，是指“配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女”，即三代以内的亲属。只有这些近亲属可提起诉讼，其他亲属不得起诉。这本身就构成对死者人格利益保护期间的限制。《民法典》第994条虽然没有作出明确规定，但从该条规定来看，在死者人格利益遭受侵害的情形下，仅死者近亲属有权提出请求，这实际上是将死者人格利益的保护期限限定为死者近亲属的生存期限。

（撰稿人：王利明）

[1]亚里士多德.尼各马可伦理学.王旭凤，陈晓旭，译.北京：中国社会科学出版社，2007：33.

[2]康德.法的形而上学原理——权利的科学.沈叔平，译.北京：商务印书馆，1991：118.

[3]参见《匈牙利民法典》第85条、《捷克民法典》第15条。

[4]亓培冰.死者肖像权的保护及其法律适用.人民司法，2005（1）。

[5]魏振瀛.民法.北京：北京大学出版社，高等教育出版社，2000：54.

[6]亓培冰.死者肖像权的保护及其法律适用.人民司法，2005（1）。

[7]康德.法的形而上学原理——权利的科学.沈叔平，译.北京：商务印书馆，1991：120.

[8]魏振瀛.侵害名誉权的认定.中外法学，1990（1）。

[9]王全弟,李挺.论死者人格精神利益的民法保护.法治研究,2011(11).

[10]在德国,宪法法院不赞成德国联邦法院的观点,否定死者享有人格利益,其主要理由在于个人死亡以后,其遗属为保护死者的名誉、秘密,只能根据自己的权利,以自己人格利益受侵害为由主张权利.黄立.民法总则.北京:中国政法大学出版社,2002:112.

[11]魏振瀛.侵害名誉权的认定.中外法学,1990(1).

[12]MünchKomm/Rixecker, Anhang zu§12, Rn.34.

[13]同④35.

[14]同④38.

[15]王全弟,李挺.论死者人格精神利益的民法保护.法治研究,2011(11).

[16]马丽,朱显国.死者人格利益保护理论的反思与重构——基于法的规范功能的分析.南京理工大学学报(社会科学版),2009(4).

[17]杨立新.人身权法论.北京:人民法院出版社,2002:307-308.

[18]在徐大雯状告宋祖德、刘信达侵犯谢晋名誉权案中,法院认定,被告宋祖德在博客里称谢晋因嫖妓致死及与他人有私生子均非事实,法院由此作出一审判决,要求被告宋祖德、刘信达立即停止对谢晋名誉的侵害;在判决生效之日起10日内连续10天在多家网站和报纸醒目位置刊登向原告徐大雯公开赔礼道歉的声明,致歉声明内容须经法院审核同意,消除影响,为谢晋恢复名誉;赔偿损失29万元。谢晋遗孀告“大嘴”宋祖德名誉侵权案昨一审宣判宋祖德被判赔29万登报道歉.扬子晚报,2009-12-26.

[19]新疆维吾尔自治区奇台县人民法院民事判决书(2006)奇民一初字第524号。

[20]税兵.超越民法的民法解释学.北京:北京大学出版社,2018:86.

[21]徐国栋.绿色民法典草案.北京:社会科学文献出版社,2003:84.

[22]杨某某等诉兰州军区乌鲁木齐总医院擅自解剖死者尸体留取脏器侵权纠纷案.人民法院案例选,1994(3).

[23]何美英等诉普觉寺墓园工作人员帮助安放骨灰盒时不慎跌落致使骨灰泼洒精神损害赔偿案.人民法院案例选,2001(2).

[24]叶繁荣、叶凡庆等与梁仲有侵权责任纠纷一案民事判决书,广东省信宜市人民法院(2015)茂信法民一初字第291号民事判决书。

[25]浙江省舟山市中级人民法院(2011)浙舟民终字第86号民事判决书。

[26]刘春堂.民商法论集：三.台北：元照出版公司，2016：17-19.

[27]唐德华.最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的理解与适用.北京：人民法院出版社，2001：56-57.

[28]湖南省长沙市中级人民法院（2013）长中民一终字第02518号民事判决书。

[29]Schricker/Gerstenberg, Urheberrecht, 1987, ss 22 and 60 of the Kunsturhebergesetz, para 24 with examples.

[30]David Collins, Age of the Living Dead: Personality Rights of Deceased Celebrities, 39 Alberta L.Rev.924.

[31]王泽鉴.人格权法.台北：三民书局，2012：64.

[32]再如，在“海灯法师案”中，最高人民法院也于1993年作出了《关于范应莲诉敬永祥侵害海灯名誉一案如何处理的复函》（〔1992〕民他字第23号），其中规定，敬永祥的行为已侵害了海灯及范应莲的名誉权，应承担相应的民事责任。该批复也肯定了死者享有名誉权，实际上是对死者人格利益采纳了直接保护模式。

[33]胡康生.中华人民共和国著作权法释义.北京：法律出版社，2002：91.

第九百九十五条

人格权受到侵害的，受害人有权依照本法和其他法律的规定请求行为人承担民事责任。受害人的停止侵害、排除妨碍、消除危险、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉请求权，不适用诉讼时效的规定。

本条主旨

本条是关于人格权遭受侵害应受到法律保护的一般原则性规定以及有关人格权请求权的规定。

相关条文

《民法总则》第179条规定：“承担民事责任的方式主要有：

（一）停止侵害；（二）排除妨碍；（三）消除危险；（四）返还财产；（五）恢复原状；（六）修理、重作、更换；（七）继续履行；（八）赔偿损失；（九）支付违约金；（十）消除影响、恢复名誉；（十一）赔礼道歉。”

《民法总则》第196条规定：“下列请求权不适用诉讼时效的规定：（一）请求停止侵害、排除妨碍、消除危险；……”

《侵权责任法》第2条规定：“侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”

《民法通则》第120条规定：“公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权受到侵害的，有权要求停止侵害，恢复名誉，消除影响，赔礼道歉，并可以要求赔偿损失。”

《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》第10条规定：“人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百二十条和第一百三十四条的规定，可以责令侵权人停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失。”

一、人格权受到侵害的，受害人有权依照本法和其他法律的规定请求行为人承担民事责任

《民法典》第995条第1句是关于人格权遭受侵害应受到法律保护的一般原则性规定。在人格权受到侵害的情况下，我国宪法、刑法、行政法、民法等部门法都从不同的角度、采取不同的方式对自然人、法人和非法人组织的人格权予以保护。由此可见，我国法律对人格权实行全方位的保护。

需要注意的是，《民法典》第995条第1句的规定为不完全法条，不完全法条需要结合其他规范适用，才能确定法律效果，成为请求权基础。需要结合适用的法条既包括本编中的其他规定，也包括其他编的规定，甚至是其他法律的规则，因为在人格权遭受侵害的情形下，受害人可以获得多层次的救济。第995条第1句也从侧面体现了人格权编的主要功能是划定权利的边界和义务人的义务，但是并不能仅仅依靠人格权编便完成对人格权的保护，而应与其他法律结合适用。但这并不等同于双重适用，双重适用是重复的适用，而结合适用则是根据不同的规范目的进行具体化的过程。

（一）受害人有权依照本法的规定请求行为人承担民事责任

所谓本法，就是指民法典的相关规定，具体而言如下。

第一，民法典的人格权编。民法典单设人格权编的目的在于强化对人格权的保护，因为对民事主体的各项人格权进行确认的最终目的是通过各种保护方式对人格权进行强化保护。确认人格权是前提，而保护人格权是目的。虽然侵权责任编也能够对人格权提供保护，但仅仅依靠侵权责任编并不能完全解决人格权保护的问题，因为侵权责任编无法确认人格权请求权，也无法对保护人格权的各种方式进行细化规定。因此，必须通过人格权独立成编，从而对人格权进行全面保护。

第二，民法典其他各编的相关规定。事实上，民法典各编都涉及对人格权的保护。一是总则编，总则编在民事权利一章中具体规定了一般人格权和具体人格权、个人信息（《民法典》第109条、第110条、第111条）；在民事责任一章中规定了各种承担民事责任的方式（第179条），这些方式也适用于人格权的保护；同时，还规定了侵害英雄烈士人格利益的规则（第185条）。二是物权编，物权编中也

涉及有关人格权的保护问题。例如，《民法典》第286条侵害业主合法权益包括业主的人身权益，业主有权请求停止侵害等。在相邻关系中，对妨碍通风、采光和日照损害他人人格利益的，权利人有权基于相邻关系的规定请求排除妨害。三是合同编。例如，《民法典》第506条规定，免除“造成对方人身损害的”免责条款无效。再如，《民法典》第731条规定：“租赁物危及承租人的安全或者健康的，即使承租人订立合同时明知该租赁物质量不合格，承租人仍然可以随时解除合同。”这就体现了对生命健康权优先保护的立法理念。四是婚姻家庭编。我国《民法典》婚姻家庭编确认婚姻自主权和对妇女、未成年人的特别保护，就婚姻自由的性质而言，婚姻自主权属于一种自由权。它实际上是尊重当事人在婚姻领域的意志自由，它不是基于婚姻关系产生的，而是基于人的主体性所固有的。五是侵权责任编。由于侵权责任编可直接适用于人格权侵害，《民法典》第995条设置了引致条款，连接了人格权编与侵权责任编的关系。由于人格权是一项绝对权，应当受到侵权法的保护，在人格权遭受侵害的情形下，受害人有权请求行为人承担侵权责任。尤其是在行为人侵害他人人格权造成受害人财产损失或者精神损害的情形下，受害人有权依据侵权责任编的规定请求行为人承担侵权责任。

（二）受害人有权依照其他法律的规定请求行为人承担民事责任

从《民法典》第995条第1句的规定来看，在人格权遭受侵害的情形下，受害人还有权依据其他法律的规定请求行为人承担责任，其他法律的范围十分宽泛。事实上，我国宪法确认了人格权及其保护的一般原则，并为各部门法的立法提供了依据。刑法、行政法是通过追究人格权侵害人的刑事责任和行政责任的方式来保护受害人的人格权的。

我国《宪法》也规定了对公民人格权的保护，例如，《宪法》第37条第3款规定：“禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由，禁止非法搜查公民的身体。”第38条规定：“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。”但是，这并不意味着宪法上有关人格权的规定可以直接适用到民事案件的裁判中。2009年，《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》第4条规定：“民事裁判文书应当引用法律、法律解释或者司法解释。对于应当适用的行政法规、地方性法规或者自治条例和单行条例，可以直接引用。”从该条规定来看，并没有将宪法列入民事裁判文书可以引用的范围之列，因为宪法并不是一般性的法律，而是根本法。在著名的“齐玉苓诉陈晓琪冒名顶替到录取其的中专学校就读侵犯姓名权、受教育的权利损害

赔偿案”^[1]中，终审法院认为被告侵害了原告的受教育权，最高人民法院于2001年6月28日专门作出了法释〔2001〕25号批复。该批复明确规定，以侵犯姓名权的手段，侵犯他人依据宪法规定享有的受教育的基本权利，并造成了具体的损害后果的，应当承担相应的民事责任。但该批复后被废止，这也表明，最高人民法院认为宪法基本权利不能直接作为解决民事纠纷的裁判依据。当然，宪法规范可以作为裁判说理的依据。可见，宪法上规定的公民基本权利必须通过民事立法具体化为民事权利，方能作为解决民事纠纷的裁判规范。

此外，其他特别法如《未成年人保护法》《妇女权益保障法》《老年人权益保障法》《残疾人保障法》等，也对特殊主体的人格权保护作出了规定。

二、该条确认了人格权请求权

（一）人格权请求权的概念和特征

所谓人格权请求权，是指民事主体在其人格权受到侵害、妨害或者有妨害之虞时，有权向加害人要求或者向人民法院请求判令加害人停止侵害、排除妨害、消除危险、恢复名誉、赔礼道歉，以恢复人格权的圆满状态。在民法中，基础性的民事权利都有相应的请求权，并因基础权利的功能差异而各自独立，物权请求权与债权请求权的区隔就是适例。人格权不同于其他民事权利，人格权请求权因此也具有独立性。人格权作为一项保护人格利益的绝对权，也需要成为一项独立的请求权。^[2]在人格权关系中，却一直未能形成独立的人格权请求权，这也反映了立法的不完备性，需要确立人格权请求权制度。《民法典》第995条第2句规定：“受害人的停止侵害、排除妨碍、消除危险、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉请求权，不适用诉讼时效的规定。”该句实际上对人格权请求权已经作出了规定。

人格权请求权主要具有如下特征。

第一，人格权请求权附随于人格权，是人格权效力的直接体现。人格权具有积极效力和消极效力两个方面。一是积极效力，它是指人格权所具有的支配、控制、依法利用等权能。人格权与其他的绝对权一样，有积极行使的功能。例如，肖像权人有权利用其肖像，并许可他人利用其肖像，如用于广告宣传等。二是消极效力。所谓消极效力，是指人格权受到侵害或可能受到侵害时，权利人享有的保护其权利的权能。例如，在名誉权遭受侵害的情况下，权利人有权要求恢复名誉。人格权请求权是基于人格权的效力而产生的，是基于人格权所

具有的绝对性和排他性而产生的，其旨在在人格权遭受侵害的情况下，使其恢复到圆满状态。人格权请求权伴随着人格权的产生而产生，人格权被确认之后就当然产生此种效力，从而达到恢复权利人对人格利益的圆满支配状态、防患于未然的目的。

第二，人格权请求权旨在保护人格权，针对侵害人格权的行为采取预防与保护措施。一方面，对财产权的侵害，大多可以通过金钱赔偿而恢复原状。而对人格权的侵害，其往往具有不可逆转性（如隐私一旦公开就无法恢复原状），所以，应当更多地采用损害预防和停止侵害的方式。损害赔偿并不能够对受害人所遭受的损害提供完全地救济，还需要通过停止侵害、恢复名誉、消除影响等方式为人格权提供救济。另一方面，人格权请求权是专门针对人格权的保护而设立的。例如，消除影响、恢复名誉就是专门针对人格权的侵害而设立的制度。再如，赔礼道歉也仅适用于对人格权的侵害。正如拉伦茨所指出的，人格权请求权使人格权主体能够排除行为人的不法侵害行为，以恢复人格权的圆满状态。^[3]正是因为人格权具有特殊性，在其遭受侵害以后，要恢复其圆满状态，就必然要采取与救济财产权的方式不同的方式。

第三，人格权请求权是基于人格权的支配性和排他性而产生的。人格权是绝对权，具有支配性和排他性，这一点与物权、知识产权等绝对权的无异。所谓人格权的支配，是指权利人对人格利益的自主决定，而不能将其简单地视为对其人身的支配。基于人格权，权利人对人格利益具有支配的权能，并能产生对抗第三人的效力，只要权利人对人格利益的圆满支配状态受到了不法侵害，权利人都有权提出相关请求，以恢复此种圆满支配状态，而且权利人在提出此种请求时，不以行为人的行为构成侵权为前提。相反，债权属于相对权，而非支配权，因此，也就不能产生类似于“人格权请求权”的效力。所谓排他性，是指人格权作为对世权，任何人都负有不得非法侵害权利人的义务。人格权的绝对性决定了人格权的排他性，这一点与物权、知识产权等绝对权的无异。权利人所享有的人格权依法可以向任何人主张。由于人格权可以禁止任何人实施侵害其权利的行为，所以人格权也被称为绝对权。^[4]

第四，人格权请求权具有人身专属性。我们说人格权请求权具有独立性，是指它不同于其他请求权，就它与人格权之间的关系而言，它要附随于人格权，不能与人格权相分离而独立存在，只能由人格权主体享有，权利人不能将它单独转让，或者允许他人继承，权利人死亡时，人格权请求权也一并消灭^[5]，具有强烈的人身专属性。从某种意义上说，人格权的专属性也可以理解为是人格权请求权的“附随

性”的体现。因此，只要人格权确定存在，人格权请求权即随之产生，一旦其行使受到或者可能受到妨碍，无论是否构成侵权，权利人都可以主张人格权请求权。而且权利人在主张人格权请求权时，并不以其提起侵权诉讼为前提。例如，在个人信息记载有误的情形下，信息权利人有权要求信息控制者采取更正等措施，这些也是人格权请求权行使的体现。

（二）人格权请求权与侵权损害赔偿请求权的关系

侵权损害赔偿请求权是侵权责任法的主要保护方法。人格权因侵权行为而受损害，受害人可以请求侵权损害赔偿，包括财产损害赔偿和精神损害赔偿。^[6]从性质上看，侵权损害赔偿请求权适用于所有的侵权案件，侵权责任归责原则主要是损害赔偿的归责原则，而不是各种侵权责任形式的归责原则，侵权法所规定的过错责任，只是针对侵权损害赔偿请求权而言的。^[7]对损害赔偿之外的责任形式，如停止侵害、排除妨碍、消除危险等请求权而言，其并不当然适用过错归责原则，这也为区分侵权损害赔偿请求权与人格权请求权等其他请求权提供了依据。

1. 两者的联系

在人格权遭受侵害的情况下，如果受害人遭受损害，无论是财产损失，还是精神损害，受害人都可以依据侵权责任法要求侵权行为人承担赔偿责任。侵权损害赔偿请求权是对所有民事权益的救济方法，也就是说，任何民事权益因侵权而遭受损害，受害人都可能主张侵权损害赔偿请求权。

在人格权既受到妨害又受到侵害并导致损害的情形，仅仅适用人格权请求权，并不能对损害提供救济，还必须要适用侵权损害赔偿请求权，因为侵权损害赔偿请求权旨在对受害人提供事后的救济，而人格权请求权则旨在对受害人提供事前的预防。此时，将发生人格权请求权和侵权损害赔偿请求权的聚合。这就是说，权利人既可以主张侵权损害赔偿请求权，又可以主张人格权请求权。例如，某人在网络上非法披露他人隐私，受害人既遭受了损害，又因为信息仍然存在于网络上而遭受妨害。虽然从表面上看，权利人既要主张人格权请求权，又要主张侵权请求权，似乎比较烦琐，不如所谓“吸收模式”简便，但这是法律科学性和法律准确适用的必然要求。在既有损害又有妨害的情形下，适用“吸收模式”可能产生一定的问题：如果对损害和妨害都不要求行为人具有过错，则可能不当妨害个人的行为自由；反之，如果都要求行为人具有过错，则可能不利于对人格权益的保护。因此，在妨害和损害并存时，应当综合考虑责任形式的适用。例如，在“马

某林诉沈某波模仿其字体制作铭牌并署其名侵犯姓名权纠纷案”中，被告模仿原告的字体为学校做铜字铭牌，并署了原告的姓名，法院认为，该行为构成对原告姓名权的侵害，被告应当承担赔礼道歉、消除影响的责任，并赔偿原告的财产损失。^[8]笔者认为，对此种情形，对妨害应当适用人格权请求权，而对受害人所遭受的损害，则应当适用侵权损害赔偿请求权。

在人格权遭受侵害，受害人仅有损害而无妨害时，通过侵权损害赔偿请求权已经足以对权利人提供救济，此时，也就没有必要再行使人格权请求权。例如，被告驾驶机动车而导致受害人受伤，就属于仅有损害而无妨害的情形，此时，侵权损害赔偿请求权已经足以对权利人提供救济，权利人无权再主张人格权请求权。例如，在“吴某、张某某生命权、健康权、身体权纠纷案”中，吴某侵害张某某的身体，致张某某的健康及精神遭受损害，法院判决被告应当赔偿原告的损失。^[9]在该案中，权利人仅遭受损害而并未遭受妨害，此种情形下，侵权损害赔偿请求权已经足以对权利人提供充分救济，权利人无权再主张人格权请求权。

2.两者的区别

人格权请求权则是专门针对人格权的救济方法。在人格权遭受侵害后，人格权请求权的作用在于恢复人格权的圆满状态，而不是为了填补权利人的实际损害。正是因为人格权具有特殊性，所以要恢复其圆满状态，就必然要采取与救济财产权的方式不同的方式。

具体而言，人格权请求权与侵权损害赔偿请求权的区别主要体现在以下几方面。

第一，是否考虑过错不同。侵权损害赔偿责任的成立需要行为人主观上存在一定的过错。侵权损害赔偿也是救济人格权的重要方法，但此种责任形式在构成要件上原则上要求行为人满足过错要件^[10]，以保障一般行为自由，实现行为的可预期性。而人格权请求权在性质上属于绝对权请求权，绝对权请求权的目的在于恢复个人对其绝对权利的圆满支配状态，人格权请求权也不例外，因此该请求权的行使并不要求行为人具有过错。^[11]正如《瑞士民法典》起草人胡贝尔教授在解释该法所设立的人格权请求权制度时指出的，妨害排除诉讼的目的就在于排除妨害行为，而不考虑行为人是否存有^[12]过错。比较法上的经验可证明这一点。例如，根据法国最高法院的判例，对隐私权的侵害并不要求过错的存在。^[13]我国《侵权责任法》第6条第1款规定了过错责任的归责原则，但事实上，这一归责原则很难适用于停止侵害、排除妨害等责任形式，其适用对象主要是侵权损害赔偿。

由此可见，在人格权遭受侵害或者有遭受侵害的危险时，赋予权利人人格权请求权，并且不考虑行为人是否具有过错，有利于防止损害的发生或者扩大，更有利于人格权的保护。也就是说，只要行为人的行为影响到权利人对其人格利益的圆满支配状态，权利人即有权主张人格权请求权，以消除相关的危险或者不法侵害行为，而不需要证明行为人主观上具有过错，这显然更有利于减轻权利人的举证负担。

第二，是否具有对人格权侵害的预防功能不同。在瑞士法中，人格权请求权之所以被纳入防御性诉讼中（actions défensives），就是因为人格权请求权具有损害预防功能。侵权损害赔偿主要是一种事后的救济，是在各种绝对权遭受侵害的情况下对受害人的事后补救，而人格权请求权并不完全侧重于对损害的事后救济，而侧重于对损害的事先预防：一方面，在行为人妨害他人人格权但不构成侵权时，权利人虽无法主张侵权损害赔偿请求权，但其仍然可以主张人格权请求权。正是因为这一原因，其就可以发挥损害预防的功能。另一方面，人格权请求权所包含的各种责任形式，如就停止侵害、消除危险等预防性的侵权责任形式而言，其本身可以起到预防的作用。因为许多人格权一旦遭受侵害，损害后果往往具有不可逆转性，该人格权很难恢复到如同损害没有发生的状态（例如，某个名人的隐私照片被公布，就不能再恢复到受侵害以前的状态），所以，许多学者认为，对人格权的保护要注重“防患于未然”^[14]。此外，还应该看到，按照传统观点，人格权在性质上属于消极防御性的权利，只有在遭受侵害时，权利人才能主张权利^[15]，而人格权请求权则具有积极主动的特点，尤其是随着个人信息和隐私保护等的发展，人格权请求权主动的特点更有利于有效地维护人格权的完整性。例如，在侵害隐私和个人信息权时，受害人有权要求采取更正、删除、封锁、补充等措施，以保护其权利。可见，侵权损害赔偿制度侧重于提供事后的救济，其一般以发生实际损害为前提，而人格权请求权制度则更注重事前的预防，因此，其不以损害的实际发生为前提，而仅需要人格权受到妨害或者有受到妨害的可能即可。

第三，是否要求证明实际损害不同。在法律上之所以确认人格权请求权，是因为：一方面在人格权遭受侵害的情形下，受害人往往面临损害举证的困难，或者难以确定损害的具体数额，必须寻求侵权损害赔偿之外的救济方式；另一方面，在妨害人格权行使的情形下，虽然没有发生实际损害，但通过允许权利人行使人格权请求权，有利于制止损害的发生，从而达到“防患于未然”的目的。正是因为上述原因，人格权请求权的行使并不要求损害已经实际发生，在人格权益有遭受损害之虞时，权利人即可以要求行为人消除危险；而在侵害行为正在进行时，虽然侵害结果还没有发生，权利人也可以要求行为

人排除妨害。由于侵权损害赔偿之债以填补受害人实际损害为主要目的，因而，其适用需要受害人证明其遭受了实际损害。可见，人格权请求权与损害赔偿请求权在是否要求证明实际损害方面存在区别。

第四，是否以构成侵权为适用条件。对侵权损害赔偿请求权而言，其适用前提是行为人的行为已经构成侵权。而人格权请求权的功能在于维持权利人对他人人格利益的圆满支配状态，其适用并不需要行为人的行为已经构成侵权。^[16]之所以我国民法典规定人格权请求权，是因为人格权请求权的适用不以行为人构成侵权为前提，在保护人格权方面具有独特的功能。例如，有关新闻媒体、网站所刊载的报道内容失实或者有明显错误，侵害他人人格权的，受害人有权要求新闻媒体、网站及时更正。上述情形中并不一定要求行为人的行为构成侵权，也不要求权利人必须证明行为人的行为符合侵权责任的构成要件。

正是因为人格权请求权和损害赔偿请求权存有如前所述的不同，因此，《民法典》人格权编设立专门条文对人格权请求权作出了明确规定。

（三）人格权请求权的具体内容

人格权请求权是指在侵害人格权和妨害人格权行使的具体行为出现以后，权利人有权行使停止侵害、消除危险、恢复名誉赔礼道歉等请求权。^[17]人格权请求权的目的在于预防和停止侵害以及填补损害，人格权请求权是一种特殊的请求权，不能将侵权法中的请求权纳入其中。因此，在人格权遭受侵害之后，权利人虽然也有权请求财产损害赔偿，以使自己的损害得到补救，但损害赔偿在性质上应当属于侵权法上的请求权，而不能为人格权请求权所包含。

停止侵害、消除危险、恢复名誉、赔礼道歉等请求权既是侵害人格权的责任承担方式，也是人格权请求权的内容。同时，与其他权利的保护一样，对人格权的保护也应当体现民法的平等保护及充分救济的原则，在受到侵害之后，权利人也有权请求财产损害赔偿，以使自己的损害得到补救。虽然损害赔偿请求权是人格权的重要保护方法，但其应当属于侵权法请求权，而不属于人格权请求权。人格权请求权是一种特殊的请求权，不能将侵权请求权纳入其中。

1. 停止侵害

所谓停止侵害，是指受害人在面临即将发生的损害或正在发生损害的情况下，有权请求加害人停止其实施侵害行为。据此可见，停止

侵害主要针对两种情形：一是正在发生的侵害行为，二是即将发生的侵害行为。我国《民法典》第179条将停止侵害作为承担民事责任的首要方式加以规定，因此，此种方式可适用于各类侵权案件，在侵害人格权的情况下，此种方式常常是对人格权最有效的补救方式。其原因在于：一方面，如果损害正在进行，采取停止侵害的方式能够及时制止侵害行为，防止损害后果的产生或蔓延。例如，某人在网上非法发布他人的个人信息，一旦扩散，就会给权利人带来重大的损害，对此，权利人有权要求停止侵害，以避免损害的扩大。另一方面，在侵害人格权行为发生之后，若受害人直接向行为人提出停止侵害的要求，而行为人停止了侵害，且造成的损害又较为轻微，则不一定通过诉讼的方式进行救济。此外，对即将发生的损害也可以采取这一方式，制止损害的发生。例如，甲在网上散布乙的裸体照片等涉及隐私的信息，这些信息一旦传播开来，其后果极为严重，在此情况下，就应当允许乙申请禁令，禁止甲上传发布此类信息。再如，某刊物所刊载的文章具有诽谤的言辞，权利人可以请求法院停止该刊物的发行。

[18]

现代侵权法不仅注重对损害的填补，也注重对损害后果的预防，尤其是在网络侵害人格权的情形下，损害后果一旦发生，后果往往具有不可逆转性，因此，更应当强调对损害后果的预防。停止侵害作为一种请求权，权利人既可以以此向法院提出诉讼，也可以直接向行为人提出请求。作为一种责任方式，停止侵害的请求权的适用应当符合如下条件。

第一，侵害行为正在进行过程中或即将发生。这意味着受害人正在面临人格权侵害持续以及现实损害将要发生的可能，在此情形下，采取其他的责任方式如损害赔偿都难以使受害人获得有效的保护。如果损害已经終了，就没必要采取停止侵害的责任方式，而可以采取损害赔偿的方式进行事后的救济。

第二，侵权行为必须是可以确定的。这就是说，对人格权的侵害必须是明显的、显而易见的。尽管判决尚未确认该侵权行为成立，但从一般的社会观念可以确认该侵权行为，则可以通过停止侵害的责任形式防止损害的进一步扩大。例如，行为人在互联网等媒体发表诽谤他人的言辞或者披露他人的隐私，受害人可以要求及时停止侵害。

第三，损害的发生具有可能性。在侵害行为发生的情况下，如果不及时制止，就有可能进一步造成实际的损害，并会给受害人带来难以完全挽回的损失。为了防止损害的进一步扩大，有必要及时制止损害。尤其是在通过大众传媒、网络散布诽谤言辞或披露他人的隐私的情况下，一旦不及时制止，传播后果将非常严重，因此，需要通过停

止侵害的方式予以及时制止。例如，一旦侵害隐私权的行为将他人秘密公开，则事实上不可能再恢复到原来的私密状态。

第四，停止侵害的适用，不以侵害人具有故意或者过失为要件。只要侵害行为正在继续，并持续对权利人构成了侵害，受害人就有权请求停止侵害。而不论行为人主观上是否具有过错，这就有利于降低权利人的举证负担，更有利于人格权的救济与保护。在审判实践中，一些法院要求查明被告是否愿意停止侵害，以表明其愿意减轻损害。^[19]笔者认为，停止侵害的运用不必考虑被告是否愿意，法院都可以作出此种裁判。

2. 排除妨碍、消除危险

所谓排除妨碍，是指受害人面临行为人正在实施的、妨害其人格利益的行为，其有权请求行为人排除此种妨碍。排除妨碍请求权针对的是正在进行的妨害人格利益的行为。例如，某征信机构关于某人的信用记录有误，给受害人造成了损害，则受害人有权请求该征信机构及时修改、补充相关的信用信息，以排除妨碍。针对行为人的妨碍行为，权利人可以请求行为人撤回、改正、补充相关的错误陈述，以及停止相关的侵害人格利益的行为。^[20]

所谓消除危险，是指行为人实施的侵害行为或者其物件危及他人人身或财产安全，受害人有权要求侵害人采取有效措施消除已经形成的危险。就人格权的保护而言，消除危险主要适用于危害他人生命、身体、健康权等的情形。例如，某人在从事地面施工时，因未设置安全措施，可能对邻人的生命安全构成威胁，在此情形下，受害人有权请求行为人消除危险。在特殊情形下，精神性人格权也可能面临现实的危险，如某人已经刊印了包含诽谤言辞的宣传品，但尚未散发，一旦散发，就可能侵害他人的人格权。此时，权利人可以请求法院销毁该宣传品。消除危险实际上消除了损害的发生来源，从而防患于未然。如果侵害行为已经实际发生，则权利人只能请求行为人停止侵害，或者请求行为人承担损害赔偿责任。

3. 消除影响、恢复名誉

（1）消除影响

消除影响，是指行为人因其侵害了他人人格权而应承担的、在影响所及的范围内消除不良后果的一种责任方式。例如，某人在网上发布了诋毁他人名誉的言论，并且该言论已经被不少网站转载，造成了不良影响，受害人要求网络发布者删除该言论，并刊载有关更正信

息，以消除影响。从比较法的发展来看，近几十年来，消除影响的方式也在不断适应于人格权保护。例如，德国司法实践在《德国民法典》第1004条所规定的物权请求权的基础上发展出了撤回请求权（Widerrufsanspruch），以保护权利人的名誉。^[21]此种请求权也具有消除影响的功能。而法国等国家所承认的回应权也具有消除不法行为不良影响的作用。消除影响主要适用于侵害名誉权等精神性人格权的情形。

消除影响的主要功能在于消除已经给他人的社会声誉造成的不良影响，从而使受害人的名誉得到恢复。消除影响本身并没有固定的形式，行为人消除影响的方式可以根据侵权行为的具体情况予以确定，对受害人的请求，只要有助于消除影响，都可以考虑予以采用。例如，对于通过网络侵犯他人的名誉权，可以通过通知网络运营商删除侵权言论的方式来消除影响；而对于通过口头方式侵害他人的名誉权，则可以通过向他人进行解释的方式来消除影响。

消除影响的适用要件包括：一是行为人的行为必须造成了人格权益的侵害。消除影响并不适用于财产权益的侵害，这里所说的影响是指对他人人格权益的不利影响。具体而言，消除影响主要针对精神性人格权尤其是名誉权遭受侵害的情形。二是必须造成了不良影响。不良影响本身就是一种损害后果。消除影响是以实际损害的发生为前提的，即必须给受害人造成了不良影响，包括受害人的社会评价降低、给受害人的工作就业造成不利后果、给受害人的正常生活造成妨碍等。三是此种责任的承担不以行为人具有过错为适用条件。也就是说，只要行为人的不法行为造成了相应的不良影响，权利人即有权请求行为人消除影响，而不论行为人是否具有过错。

一般来说，在什么范围内造成损害，就应当在什么范围内消除影响。在适用消除影响、恢复名誉的责任方式时，应明确消除影响、恢复名誉的范围（如在某地区、某学校等）、方式（采取口头或书面以及其他形式）。

（2）恢复名誉

所谓恢复名誉，是指行为人因其行为侵害了自然人、法人或非法人组织的名誉，而应在影响所及的范围内将受害人的名誉恢复至未受侵害时的状态的一种责任形式。严格地说，名誉是一种精神利益，其一旦遭受侵害，已经遭受损害的名誉不可能像遭受损害的财产一样，可以完全恢复原状。但是，仍然可以通过一些积极的行为如在一定范围内澄清事实，纠正诽谤的言论，并在特定的范围内，消除公众对受害人的不良印象，尽可能使受害人的名誉得到恢复，也就是说，这一

责任承担方式至少可以部分地使受害人的名誉得到恢复。在实践中，它主要表现为更正、澄清等方式。例如，某网站发布不实信息，侵害他人名誉，受害人应有权要求网站无偿刊载其回应的文章，澄清有关事实，恢复其名誉。恢复名誉的适用要件包括如下内容。

第一，必须侵害了权利人的名誉权。恢复名誉的责任是侵害名誉权所特有的形式，其针对的就是名誉权侵害。也就是说，此种责任形式只有在侵害名誉权的情况下才能被采用，对于侵害其他人格权的行为一般不采用这种方式。例如，侵害他人健康权，就与名誉损害无关。侵害名誉权的直接后果乃造成受害人的名誉毁损。而只有使加害人承担恢复名誉的责任，才能彻底消除侵害名誉权的直接后果，消除造成受害人精神痛苦和财产损失的根源。而仅仅采用精神损害赔偿的方式难以弥补受害人的损失，也难以消除不良后果。^[22]

第二，必须导致了权利人名誉的损害。受害人请求恢复名誉，必须证明其名誉受到毁损。而其要证明名誉受到毁损，则要证明加害人对受害人实施的侮辱诽谤行为已为第三人所知悉，从而影响到受害人所受到的社会评价。受害人如果不能证明其社会评价降低，而只是表明其名誉感或尊严受到损害，或者仅表明其遭受到精神上的痛苦，则不能适用此种请求权。

第三，不考虑行为人是否具有过错。恢复名誉和停止侵害一样，不考虑行为人的过错。只要行为人造成了受害人名誉的贬损，其无论是否具有故意或过失的主观心态，都应当对受害人的损失进行弥补，恢复其名誉。

行为人必须采取合理的措施恢复受害人的名誉。恢复名誉的具体措施是否合理，通常要根据侵害行为及造成的名誉毁损的后果来决定。一般来说，恢复名誉的措施应该与毁损名誉行为所影响的范围一致。例如，在报纸杂志上发表的新闻报道或评论，有损他人的名誉权，则行为人应当在曾刊载该有侵权内容文章之报纸杂志上刊登书面声明，对错误内容进行更正，并向被侵害人赔礼道歉。行为人如果是在某个场所对一群人散布了诽谤的言辞，则应在适当的场合消除影响。总之，因侵害名誉权而造成的不良影响越大，加害人应采取越多的措施，以消除不良影响。但如果受害人要求的恢复名誉的方式不当，法院可以驳回其请求。例如，仅仅是发生在某一个地区的毁损名誉的案件却要求在全国性的报纸上更正和道歉，这显然是不适当的。

恢复名誉责任的适用应当及时，因为加害人侵害受害人的名誉权以后造成的不良影响持续时间越长，则损害后果可能越严重，对受害人更为不利，同时也增加了消除影响的困难，所以，这种责任形式应

当及时采用。

4.赔礼道歉

《民法典》第995条增加了赔礼道歉请求权。所谓赔礼道歉，是指责令违法行为人通过一定方式在一定范围内向受害人认错并表示歉意。本条之所以增加赔礼道歉请求权，是因为：一方面，不论经过多长时间，只要受害人所遭受的损害没有消失，就有必要对其提供救济，允许受害人主张赔礼道歉，对受害人而言也是一种安抚。另一方面，对行为人适用赔礼道歉的责任也不会过分增加其负担，因为赔礼道歉责任并不会使行为人遭受财产损失或者其他损害。此外，将赔礼道歉纳入人格权请求权的范畴，也有利于构建和谐社会。因此，赔礼道歉请求权不应受到诉讼时效的限制。

（四）人格权请求权的适用

1.人格权请求权与预防性侵权责任承担方式之间的关系

人格权请求权并不排斥预防性侵权责任承担方式的适用。预防性侵权责任承担方式主要包括停止侵害、排除妨碍、消除危险等责任方式。《民法典》第1167条规定：“侵权行为危及他人人身、财产安全的，被侵权人有权请求侵权人承担停止侵害、排除妨碍、消除危险等侵权责任。”从该条规定来看，民法典仍然保留了停止侵害等预防性的责任形式，这在一定程度上也延续了《侵权责任法》所确立的“大侵权模式”。之所以需要保留这一模式，是因为侵权法保护的范围极为宽泛，其不仅保护绝对权，而且保护各项民事利益，此外，随着社会的发展，将来还有可能出现新型的绝对权益，这些绝对权益在遭受侵害的情形下，都需要借助多元化的责任方式予以救济。从这个意义上讲，即便人格权请求权与侵权损害赔偿请求权发生了分离，但侵权责任编中关于侵权责任的预防性承担方式的规定仍然具有兜底的功能。

2.区分损害和妨害的不同情形，分别适用人格权请求权和侵权损害赔偿请求权

损害是已经现实发生的、客观存在的，受害人请求行为人承担侵权损害赔偿责任时，其应当证明损害的具体程度和数额，否则可能难以获得救济。而妨害则是正在持续的侵害状态，其最终损害的具体程度和数额尚不确定，还没有形成最终的结果状态。妨害不一定造成实际的损害后果，它是一种持续性的不利影响，是正在进行、尚未结束的一种侵害状态，损害是已经结束的侵害状态。妨害行为常常无法用

金钱价值予以衡量，其表现为对受害人绝对权的圆满支配状态构成持续性的干涉。通常，在造成损害的情形下，可以适用侵权损害赔偿请求权予以救济，而在单纯构成妨害的情形下，由于并未造成实际的损害，只可以适用人格权请求权。在人格权受到侵害或者妨害的情形，究竟应当适用人格权请求权还是侵权损害赔偿请求权，需要明确两个制度的各自的适用范围。原则上来说，人格权受到妨害（或持续的侵害）或者可能受到妨害时，应当适用人格权请求权；而人格权受到侵害并且造成了损害时，就应当适用侵权损害赔偿请求权。

在一般情况下，如果仅有损害而不存在妨害，或者妨害和损害并存，应当适用侵权损害赔偿请求权，或者同时适用侵权损害赔偿请求权与人格权请求权。但是，如果仅有妨害而无损害，在此种情况下，权利人的权利只是受到一定的妨害，而没有遭受现实的损害，此时，通过人格权请求权已经足以对权利人提供救济。例如，行为入将他人的隐私非法制作成视频，即将在网上发布，受害人知道后要求立即制止。在此情形下，权利人的权利只是受到一定的妨害，由于权利人并没有遭受现实的损害，因而，其无权主张侵权损害赔偿请求权。例如，在“文某诉张某隐私权纠纷案”中，被告作为小区业委会副主任，擅自在小区业主微信群中公告原告起诉小区业委会的信息，并在微信群内发布了原告起诉小区业委会的起诉书，其中包括了原告的姓名、住址、身份证号、电话等隐私内容，法院认为，被告侵害了原告的隐私权，应当承担排除妨害、删除帖子、赔礼道歉等责任，但原告无法证明自身遭受了严重的精神损害后果，因此无权主张精神损害赔偿。^[23]笔者认为，本案中原告仅遭受了妨害，并未遭受现实的损害，在我国民法典规定人格权请求权之后，权利人主张人格权请求权已经足以救济其权利，而不能行使侵权损害赔偿请求权。

人格权请求权所对应的责任承担方式具有显著的多样性^[24]，重点救济对人格权益的妨害，但在行为入侵害他人人格权造成权利人损害的情形下，人格权请求权难以为权利人的损害提供有效救济，而应当交由侵权损害赔偿请求权提供救济；侵权责任则主要聚焦于损害，侧重于救济现实的损害。即便侵权责任编对停止侵害等预防性的责任承担方式作出了规定，而且某些人格权请求权在形式上似乎是一些预防性的责任承担方式的具体化，也不宜将人格权请求权与此类预防性的责任承担方式的关系认定为特别法与一般法的关系。因为一方面，人格权请求权是绝对权的保护方式，在性质上不同于侵权责任承担方式；另一方面，某些人格权请求权是一些人格权所特有的保护方式，无法被预防性的侵权责任承担方式所涵盖。此外，人格权请求权的适用并不需要行为人的行为构成侵权，而对预防性的侵权责任承担方式而言，其适用以行为入构成侵权为前提。

在人格权请求权与侵权损害赔偿请求权分离之后，我国民法中就会形成完整的绝对权请求权体系，这就是由物权请求权、人格权请求权和知识产权请求权组成的体系。绝对权请求权与侵权损害赔偿请求权相分离，将使我国民法权利保障制度更加完善。

3. 人格权请求权的适用不以行为人的行为构成侵权为前提

人格权请求权的适用并不要求行为人的行为必须构成侵权。例如，受害人基于人格权请求权要求行为人停止侵害，其并不需要证明行为人具有过错或者造成了实际损害。从这一意义上说，人格权请求权的适用并不当然以行为人构成侵权为前提。人格权请求权之所以可适用于未构成侵权的情形，主要原因如下。

第一，人格权请求权的效力作用决定了其可适用于未构成侵权的情形。如前所述，人格权具有积极效力和消极效力两个方面，积极效力是指人格权所具有的支配、控制、依法利用等权能。人格权与其他的绝对权一样，有积极行使的功能。消极效力是指人格权受到侵害或可能受到侵害时，权利人享有的保护其权利的权能，即所谓的排他效力。基于人格权请求权的效力，当人格权受到侵害或者有受侵害之虞时，权利人即有权主张人格权请求权。例如，权利人的姓名变更请求权被无理拒绝、征信机构记载的信用记录有误、行为人对他人实施轻微性骚扰等，在此情形下，虽然无法确定行为人是否构成侵权，但只要权利人的权利行使有障碍，权利人就可以主动行使人格权请求权，以消除障碍。

第二，人格权请求权具有的维持人格权圆满支配状态的功能，决定了其可适用于未构成侵权的情形。侵害财产权的大多可以通过金钱赔偿而恢复原状，侵权损害赔偿请求权的目的则是填补损害。侵害人格权的损害后果往往具有不可逆性（如隐私一旦公开，就无法恢复原状），所以，需要更多地强调对损害的预防，即通过停止侵害、恢复名誉、消除影响等方式为人格权提供救济。人格权请求权的功能在于维持权利人对人格权的圆满支配状态，只要行为人不当妨害了权利人对人格利益的圆满支配状态，即便不构成侵权，权利人也可以主张人格权请求权。例如，信息处理者所收集、公开的个人信息不准确，权利人请求其及时更正时，此时并不需要去证明信息处理者的行为构成侵权。

第三，人格权请求权预防功能的发挥也决定了其可适用于未构成侵权的情形。人格权请求权是直接针对侵害人格权的行为所采取的预防和保护措施，权利人在主张人格权请求权时，并不需要证明行为人具有过错，也不需要证明自己遭受了现实的损害，只要人格权的行使

或权利人对其人格利益的圆满支配状态受到了不当影响，权利人就可以主张人格权请求权，以积极主动地保护人格权、预防侵害人格权的行为。由于人格权请求权可以适用于不构成侵权的情形，因而，并不需要通过法院确定行为人是否构成侵权，而权利人可以直接向行为人提出请求，这就更有利于对人格权的救济。人格权请求权由于可适用于未构成侵权的情形，可以将损害预防的时间提前，因而更有利于及时制止侵害人格权的行为。

如前所述，人格权请求权的发展已呈现出多种形式，而我国有关现行立法也适应了人格权请求权的这一发展趋势，对相关的人格权请求权作出了规定。尤其应当看到，人格权请求权形式的多样化决定了其可以针对各种妨害人格权的行为行使，而不仅仅针对已构成侵权行为的侵害人格权的情形。即便行为人的行为不符合侵权责任的构成要件，但如果其不当妨害了权利人对其人格利益的圆满支配状态，则权利人即可主张人格权请求权，以恢复权利人对其人格利益的圆满支配状态。

4. 区分侵害行为是否持续且是否产生损害后果

如果侵害人格权的行为已经终结，并产生了实际的损害后果，应当适用侵权损害赔偿请求权为受害人提供救济。但如果侵害行为处于持续状态，尚未产生实际损害后果，或者损害后果难以判断，则应当通过人格权请求权对权利人提供救济。需要指出的是，由于人格权请求权是一种概括性的权利，在适用时必须注重具体情形，根据不同情形来准确适用人格权请求权，只有这样，才能实现其充分有效保护人格权的功能。例如，针对可能发生的妨害，就要考虑不同情形而分别适用人格权请求权。正如王泽鉴教授所指出的，“第一次侵害后，其后有侵害之虞，得为推定。对生命、身体、健康、自由（如绑架）的侵害之虞应从宽认定。对名誉、隐私（包括姓名、肖像）等的侵害，多涉及言论自由，事先干预应更审慎”^[25]。

5. 区分是否针对侵权诉讼而适用

区分损害和妨害的不同情形，有利于界分两种请求权的适用条件。侵权损害赔偿请求权以造成损害为前提，以行为人具有过错为要件。而人格权请求权则并不要求受害人证明自身损害，也不需要受害人证明行为人具有过错，正是因为这一原因，该项请求权的行使并不需要行为人的行为构成侵权，也不需要权利人必须通过诉讼的方式行使权利。

虽然人格权请求权可以在诉讼外行使，但与侵权损害赔偿请求权

类似，权利人在行使人格权请求权时，也应当负有容忍轻微妨害的义务。因为任何人都必须容忍来自他人的轻微妨害，以维护社会安定及人与人之间的和睦、团结。正如冯·巴尔教授所指出的，对人格权保护必须基于侵害的非轻微性，否则不得行使人格权之排除妨害请求权，排斥他人的轻微妨害。此外，权利人在提出请求权以后，如果相对人具有正当的抗辩事由，例如相对人是在正当地行使新闻自由等权利，那么这些行为都可以阻止权利人人格权请求权的行使。因此，人格权请求权的行使也应当遵循诚实信用原则和公平原则，对轻微的妨害，权利人应当予以容忍。

6. 充分尊重当事人对请求权的选择

区分损害和妨害的不同情形而适用不同的请求权，但具体如何适用，则应当根据私法自治原则，尊重当事人对请求权的选择。在人格权请求权与停止侵害、排除妨碍等预防性的侵权责任承担方式并存的情形下，行为人侵害他人人格权时，权利人能否同时主张人格权请求权与侵权损害赔偿请求权？此时究竟发生请求权的竞合还是聚合？笔者认为，此种情形应当构成请求权的竞合而非聚合，权利人有权选择主张人格权请求权或者侵权损害赔偿请求权，按照私法自治原则，依据何种请求权提出请求，应当由权利人自由选择，法官也应当尊重当事人的选择。当然，在权利人选择依据侵权损害赔偿请求权提出请求时，其应当举证证明行为构成侵权，而且应当通过诉讼的方式主张权利，从这一意义上说，主张人格权请求权对救济权利人人格权更为有利。

三、人格权请求权不受诉讼时效的限制

侵权损害赔偿之债作为一种债的关系，应当适用诉讼时效制度。也就是说，如果权利人没有在时效期间内主张权利，债务人将享有时效利益，可以基于此对权利人履行债务的请求提出抗辩。当然，除损害赔偿责任，许多责任形式也难以适用诉讼时效。例如，就停止侵害、排除妨害等责任形式而言，由于相关的侵害行为处于持续状态，因而难以适用诉讼时效制度。

从《民法典》第995条第2句规定来看，人格权请求权并不适用诉讼时效，主要理由如下。

第一，我国《民法典》第196条第1款也规定，“请求停止侵害、排除妨碍、消除危险”的请求权不适用诉讼时效，此处所说的“请求停止侵害、排除妨碍、消除危险”的请求权也包括了人格权请求权。

第二，人格权请求权作为一种具有绝对权请求权属性的权利，本身不应受到诉讼时效的限制。在人格权受到妨害或者可能受到妨害的情形下，权利人应当有权随时提出请求，以恢复权利人对其人格利益的圆满支配状态，因此该请求权不应当受到诉讼时效的限制。^[26]人格权请求权的功能在于保护民事主体对其人格利益的圆满支配，只要该圆满支配的状态受到不当影响，权利人即有权主张人格权请求权。因此，人格权请求权原则上不应当适用诉讼时效。如果人格权的侵害和妨碍仍处于持续状态，则权利人即应当享有人格权请求权，以消除相应的不利影响。而且从保护权利人的角度出发，只要其能举证证明其人格权处于受到妨害或者可能受到妨害的状态，则其就应当享有人格权请求权，该权利不应当受诉讼时效的限制。

第三，在人格权受到侵害或者妨害的情形下，由于行为人的行为一直处于持续状态，诉讼时效无法确定起算点，因而，不应当适用诉讼时效。以生命权、健康权为例，只要侵害或者妨碍生命权、健康权的行为一直持续，则权利人即应当有权主张人格权请求权。

第四，人格权请求权不受诉讼时效限制，一般不会给行为人造成重大损害，行为人所承担的是停止侵害、排除妨碍、消除危险、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉等责任，这些责任的适用不会过分增加行为的负担，而对受害人的救济是十分重要的，因为不论经过多长时间，只要相关的损害后果或者不利影响仍然存在，都有必要对受害人予以救济。

（撰稿人：王利明）

[1]最高人民法院中国应用法学研究所编.人民法院案例选：总第33辑.北京：人民法院出版社，2002：97.

[2]Vgl.MüKoBGB/Rixecker BGB§12 Anh.Rn.58 ff.

[3]卡尔·拉伦茨.德国民法通论：上册.谢怀栻，等译.北京：法律出版社，2004：326-328.

[4]Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht, Band I, Leipzig, 1895.

[5]Vgl.Jauernig/Teichmann BGB§823 Rn.64 ff.

[6]王泽鉴.人格权法.北京：北京大学出版社，2013：396.

[7]程啸.侵权责任法.北京：法律出版社，2015：85.

[8]最高人民法院中国应用法学研究所编.人民法院案例选：民事卷6.北京：人民法院出版社，2017：3152.

[9]河南省郑州市中级人民法院（2018）豫01民终6899号民事判决书。

[10]王泽鉴.人格权法.北京：北京大学出版社，2013：394.

[11]同②387.

[12]石佳友.人格权立法的历史演进及其趋势.中国政法大学学报，2018（4）.

[13]Cass . Civ . 1ère , le 5 novembre 1996.

[14]L.Enneccerus/H.Lehmann , Recht der Schuldverhältnisse , Tübingen , 15.Auflage 1958 , S.1008f.

[15]王泽鉴.人格权法.北京：北京大学出版社，2013：252-253.

[16]杨立新，袁雪石.论人格权请求权.法学研究，2003（6）.

[17]崔建远.债法总则与中国民法典的制订.清华大学学报，2003（4）.

[18]杨立新.民商法理论争议问题——精神损害赔偿.北京：中国人民大学出版社，2004：159.

[19]龙云彬，等.关于人身权纠纷、医疗纠纷、劳动争议、物业管理纠纷、涉车纠纷案件审理情况及问题研究.审判丛刊，2004（2）.

[20]Verena Fricke , Der Unterlassungsanspruch gegen Presseunternehmen zum Schutze des Persönlichkeitsrechts im IPR , Tübingen , 2003 , S.128.

[21]BeckOGK/Spohnheimer , 2017 , BGB§1004 Rn.14.司法实践在适用该请求权时有时直接适用第1004条，有时类推适用第1004条，有时直接适用1004条和第823条，有时又类推适用第823条和第1004条，虽然路径不一，但结果基本一致，即不要求行为人具有过错。BeckOGK/Spohnheimer , 2017 , BGB§1004 Rn.326.

[22]奚晓明.《中华人民共和国侵权责任法》条文理解与适用.北京：人民法院出版社，2010：121.

[23]参见北京市昌平区人民法院（2017）京0114民初15482号民事判决书。

[24]Vgl.Jauernig/Teichmann BGB§823 Rn.64 ff.

[25]王泽鉴.人格权法.北京：北京大学出版社，2013：390.

[26]王泽鉴.人格权法.北京：北京大学出版社，2013：387.

第九百九十六条

因当事人一方的违约行为，损害对方人格权并造成严重精神损害，受损害方选择请求其承担违约责任的，不影响受损害方请求精神损害赔偿。

本条主旨

本条规定了责任竞合情形下的违约精神损害赔偿责任规则。

相关条文

《合同法》第113条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第1条规定：“因生命、健康、身体遭受侵害，赔偿权利人起诉请求赔偿义务人赔偿财产损失和精神损害的，人民法院应予受理。本条所称‘赔偿权利人’，是指因侵权行为或者其他致害原因直接遭受人身损害的受害人、依法由受害人承担扶养义务的被扶养人以及死亡受害人的近亲属。本条所称‘赔偿义务人’，是指因自己或者他人的侵权行为以及其他致害原因依法应当承担民事责任的自然人、法人或者其他组织。”

理解与适用

一、违约责任原则上不适用精神损害赔偿

所谓精神损害，是指自然人因遭受外界刺激而产生的精神痛苦和不良情绪^[1]，精神损害赔偿则是针对自然人因人格权益遭受侵害而产生的精神损害所提供的补救，因而其主要适用于侵权的情形。从比较法上来看，对于精神损害赔偿是否可以基于违约而请求，历来存在不

同的做法。绝大多数国家将精神损害赔偿限于侵权领域，但有些国家也允许在例外情况下基于违约请求精神损害赔偿。^[2]我国《民法典》颁行之前，精神损害赔偿属于侵权救济的范畴，被规定在《侵权责任法》第22条，其只能适用于侵权责任，而不适用于违约责任。

从比较法分析可见，各国关于违约赔偿的范围的规定虽然不同，但基本上都认为违约原则上不对精神损害提供救济，而仅在特殊情形下承认违约中的精神损害赔偿。例如，1996年的《欧洲合同法原则（Principles of European Contract Law）》第9:501条规定，由于对方不履行，非违约方可获得的损害赔偿包括：（1）非金钱损害和（2）合理的将会发生的未来损害。由此可见，该示范法实际上承认了违约中的精神损害赔偿。《欧洲示范民法典草案》第III-3:701条规定了违约的损害赔偿，其明确规定“损失”包括经济损失与非经济损失。“非经济损失”包括痛苦与创伤以及对生活品质的损害。从这些规定来看，精神损害赔偿原则上不适用于违约领域，但如果因违约造成他人人格权损害，并因此造成受害人精神痛苦，则受害人应当有权主张精神损害赔偿责任。但是，由库奇奥教授等起草的《欧洲侵权法原则》第4条规定：“合同不履行所引发的损害赔偿，仅得依据合同法有关的规则。”这就是说，原则上禁止责任竞合和当事人选择请求权。如果发生人身伤害和精神损害，原则上必须适用侵权法。^[3]当然，应当看到，示范法彼此之间仍然存在不协调的问题。2009年的《欧盟法原则》（Acquis Principle）第8:402条规定，“仅当债务承担的目的中包含了对于非财产性利益的满足和保护”时，才有违约精神损害赔偿适用的余地。可见该原则实际上将违约精神损害赔偿限于责任竞合的情形。可以说，该条比较准确地概括了欧洲对这一问题的态度，即原则上仍将精神损害赔偿适用于侵权，但在出现请求权竞合或在以精神利益满足为内容的合同中，可以请求违约精神损害赔偿。

这一经验反映了违约和侵权界分的结果，但从现代合同法发展的趋势来看，违约责任中的精神损害赔偿确实有不断扩张的趋势，从中可以看出，各国普遍承认的是两种情形下的违约精神损害赔偿，一是在违约与侵权责任竞合时的精神损害赔偿，二是在以精神利益满足为内容的合同中的违约精神损害赔偿。

在我国，早在1986年的《民法通则》第120条第1款中就明确规定：“公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权受到侵害的，有权要求停止侵害，恢复名誉，消除影响，赔礼道歉，并可以要求赔偿损失。”该条所规定的“赔偿损失”实际上就是指精神损害赔偿。但从该规定来看，精神损害赔偿适用于侵权。自《民法通则》颁行后，最高人民法院于2001年发布了《精神损害赔偿司法解释》，对精神损害赔偿

责任作出了细化规定，该解释第1条第1款规定：“自然人因下列人格权利遭受非法侵害，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理：（一）生命权、健康权、身体权；（二）姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权；（三）人格尊严权、人身自由权。”从该条规定来看，精神损害赔偿仅适用于侵权责任，这实际上是排斥了精神损害赔偿在违约情况下的适用。我国《侵权责任法》第22条对精神损害赔偿责任作出规定：“侵害他人人身权益，造成他人严重精神损害的，被侵权人可以请求精神损害赔偿”。该条采用“侵害他人人身权益”的表述，表明只有侵权法才能提供对精神损害的补救，而合同法对因违约行为而造成的精神损害，一般是不提供补救的。因此，从该规定来看，精神损害赔偿责任仅适用于侵权责任。可见，我国立法和司法实践历来认为，精神损害赔偿仅适用于侵权，而不适用于违约。我国立法和司法实践之所以作出此种规定，主要原因在于以下方面。

第一，从救济对象来看，违约责任主要救济合同债权，而侵权责任的救济对象主要是物权、人身权等绝对权。违约责任具有替代原合同履行的作用，即通过违约损害赔偿可以填补非违约方因信赖合同有效履行而遭受的损害。在一般情况下，违约损害赔偿原则上应当限于财产损失，而不包括非财产损失，特别是精神损害。至于瑕疵履行造成相对人人身伤害的，违约方也仅赔偿相对人因人身伤害所致的各种财产损失。^[4]而对侵权损害赔偿来说，不仅应赔偿财产损失，而且在侵害人格权的情形下，也应当赔偿非财产损失。受害人因侵权遭受的精神损害，可通过侵权之诉获得救济。所以侵权损害赔偿所称的损害，作为对权利和利益的侵害后果，包括了财产损失和精神损害等非财产损失，而违约损害赔偿所称的损害限于财产损失，仅指财产的减少或丧失。精神损害赔偿是对人格利益进行直接保护的救济方式。对财产权和合同权利的侵害，通常不会直接侵害个人的人格利益，由此引发的精神损害通常也不会得到赔偿。^[5]

第二，在违约责任中，对精神损害提供补救有可能会破坏交易的基本法则。损害赔偿在本质上是交易的一种特殊形态，仍然反映交易的需要，而精神损害赔偿使非违约方获得了交易之外的利益，这就违背了交易的基本原则，与等价交换的精神相违背。例如，甲、乙之间订立了借款500万元的民间借贷合同，约定一年后偿还，但债务人到期后并未清偿债务，致使甲因急需钱用而寝食难安，十分焦虑，后来甲诉至法院，除请求支付本息外，还额外请求50万元的精神损害赔偿。对该精神损害赔偿能否予以支持？笔者认为不能，因为允许该笔费用的赔偿，实际上是在交易之外，额外增加了对当事人的负担，并使非违约方获得了交易之外的利益。

第三，在违约责任中适用精神损害赔偿不符合可预见性规则。所谓可预见性规则，是指违约损害赔偿不得超过违约方在订立合同时已经预见或应当预见到的违约造成的损失。在违约责任中，损害赔偿不得超过违反合同一方订立合同时应当预见到的违反合同可能造成的损失。因此，可预见性规则是对违约方所承担的损害赔偿范围的限制，任何损害只要可以由合同法予以补救，就应当适用可预见性规则。如果将精神损害也作为违约方赔偿的范围，当然应当适用可预见性规则。但通常情形下，非违约方因违约而遭受精神损害，是违约方在缔约时无法预见的，其不应当对此承担责任。例如，一方在借款到期之后多次恶意拖欠还款，导致债权人遭受精神痛苦，因为借款不还是实践中经常发生的，所以，债务人可能无法预见债权人会因此遭受多大的精神痛苦，并应当承担多大的精神损害赔偿。如果对违约方订约时无法预见的精神损害，都要求其承担赔偿责任，则可能造成交易成本显著提升，甚至等价交易的规则遭到破坏，严重妨害交易和市场经济的发展。

第四，如果允许合同责任中赔偿精神损害，则当事人应当可以就精神损害赔偿约定违约金，且数额较大。由于精神损害缺乏客观的认定标准，难以准确确定，因而允许当事人就精神损害赔偿约定此类违约金，则可能使违约金具有一定的赌博性质，也将会违反等价交换的法则。同时，允许当事人在违约责任中主张精神损害赔偿，也赋予法官过大的自由裁量权，难以保障法官准确、公正地确定赔偿数额。此外，允许当事人在违约责任中主张精神损害赔偿，可能使违约责任与侵权责任在救济范围上存在重叠和交叉，这也会人为造成违约责任与侵权责任的竞合。

我国司法一般也否定了违约责任中的精神损害赔偿。例如，在“郑某峰、陈某青诉江苏省人民医院医疗服务合同纠纷案”中，原告夫妻二人在医院进行人工辅助生殖。人工辅助生殖有IVF和ICSI两种技术手段，原告按照技术ICSI进行缴费，但是医院却在后来的治疗中使用了IVF技术，且最后治疗未获成功。原告二人以医院违反医疗服务合同为由，请求医院赔偿精神损害。法院在审理中明确拒绝了原告的精神损害赔偿的请求，法院认为，本案为违约之诉，依据《合同法》第107条、第113条第1款的规定，合同当事人未适当履行合同义务的，应当承担赔偿损失等违约责任。赔偿的数额应当相当于因违约所造成的损失，但不包括精神损害，因而对原告的精神损害赔偿请求未予支持。^[6]

二、在特殊情形下受害人在违约责任中请求精神损害赔偿

我国司法实践一直认为，在违约与侵权发生竞合的情形下，因当事人一方的违约行为损害对方的人格权并造成严重精神损害，或者合同的履行与人格利益的实现具有密切的联系，尤其是在订约即是为了实现某种人格利益时，因一方违约而导致另一方精神损害的，也是可以适用精神损害赔偿责任的。《民法典》第996条在总结司法实践经验的基础上，规定：“因当事人一方的违约行为，损害对方人格权并造成严重精神损害，受损害方选择请求其承担违约责任的，不影响受损害方请求精神损害赔偿。”从该条规定来看，在一方违约的情形下，只有在符合本条所规定的条件的情形下，非违约方才能主张精神损害赔偿，从该条规定来看，非违约方主张精神损害赔偿的条件十分严格。可以说，该规则在一定程度上弥补了我国民法对人格权保护的缺陷，主要原因在于：一方面，《民法典》人格权编所确立的规则实际上确定了责任竞合情形下的违约精神损害赔偿的请求权基础。针对责任竞合下的违约精神损害赔偿，无论是侵权法还是合同法都未明确提供请求权基础。在立法上，当然可以通过选择修改合同法规则或侵权法规则的方式来完善相关规则，但是这种方案也存有一定困难。如果修改侵权法规则，则会将精神损害赔偿限定于侵权之内；而如果在合同法中进行修订，也面临究竟于何种合同中可以适用精神损害赔偿的难题。因而在人格权编对该问题进行规定应当是更合理的方式。另一方面，确立了责任竞合情况下，受害人选择违约请求权，可以就精神损害获得救济。有观点认为，既然允许违约责任与侵权责任的竞合，则意味着，当事人如果选择违约责任，就不得主张精神损害赔偿，而只有选择侵权责任才可以主张精神损害赔偿。应当看到，民事责任的根本目的主要在于充分救济受害人，在责任竞合的情形下，如果受害人选择主张违约责任就无法主张精神损害赔偿，则难以对受害人提供充分的救济。因此，《民法典》第996条在例外情况下允许受害人在违约责任中主张精神损害赔偿，更有利于救济受害人。此外，为法院提供了以违约之诉请求精神损害赔偿的裁判依据，有利于规则的统一适用，从而保障裁判结果的公平合理。如前所述，由于在责任竞合的情形下，是否需要赔偿精神损害，在司法实践中存在不同做法，导致裁判的不统一，因而，《民法典》第996条有利于强化对受害人的救济并统一裁判规则。

需要探讨的是，《民法典》996条关于违约精神损害赔偿的规定与《民法典》第1183条之间的关系。依据《民法典》第1183条第1款，“侵害自然人人身权益造成严重精神损害的，被侵权人有权请求精神损害赔偿”，该条将精神损害赔偿责任限定于侵权纠纷，而且《民法典》是在侵权责任编中规定精神损害赔偿责任的，而没有在合同编中规定精神损害赔偿责任，显然，《民法典》一般情形下将精神损害的适用范围限定于侵权的情形。但《民法典》第1183条是关于精

神损害赔偿的一般规定，而《民法典》第996条相对于《民法典》第1183条属于特殊规定，也可以将其看作是《民法典》第1183条适用的例外情形。按照特别法优先于一般法的法律适用规则，如果符合《民法典》第996条规定的，则应当优先适用该条规定。

三、违约精神损害赔偿的适用条件

（一）主要适用于侵害人格权的情形

从比较法上来看，各国法律大多认为，在人格权遭受侵害时可以适用精神损害赔偿责任，例如，根据《日本民法典》第709条、第710条的规定，抚慰金的覆盖范围包括：人格利益、身份利益以及财产权因受到不法侵害而产生的精神损害。但德国法则对精神损害赔偿责任的适用进行了严格限制。根据《德国民法典》第253条第2款的规定，仅身体、健康、自由以及性自主受到侵害的，可请求非物质损害赔偿。^[7]精神损害赔偿之所以主要适用于侵害人格权的情形，主要是因为，侵害人格权虽然可能导致个人的损害，造成个人非金钱损失，但此种损害很难通过市场价值进行精确地衡量，财产损害赔偿难以对受害人提供充分的救济。^[8]所以一般认为，精神损害赔偿是对人格利益进行直接保护的救济方式。对财产权和合同权利的侵害，通常不会导致对个人人格利益的直接侵害，由此引发的精神损害通常也不会得到赔偿，除非此种损害严重侵害了人的尊严或人的身体完整性。^[9]

（二）适用于违约责任与侵权责任竞合的情形

从《民法典》第996条规定来看，违约精神损害赔偿仅适用于违约责任与侵权责任竞合的情形。该条所规定的违约责任与侵权责任的竞合是指一种行为侵害了受害人的**人格权**和**财产权**，既符合违约责任的构成要件，也符合侵权责任的构成要件，受害人有权从中选择。从产生的基础来看，侵权损害赔偿的发生根据是侵权行为人因过错使受害人的**人身、财产**遭受损害。在侵权行为发生时，当事人之间常常没有合同关系存在，即使存在合同关系也不是损害赔偿发生的基础。但违约损害赔偿则是以当事人不履行合同为前提的。在违约发生时，当事人之间存在合同关系，正是因为一方违反了合同义务且造成了另一方的损害，其才应当承担违约损害赔偿赔偿责任。当然，在特殊情况下，侵权行为直接导致违约后果，从而产生责任竞合。从该条规定来看，仅在违约责任与侵权责任竞合的情形下，非违约方才能在违约责任中主张精神损害赔偿责任，在其他情形下，即便非违约方遭受了严重的精神损害，其也无权在违约责任中主张精神损害赔偿责任。

（三）非违约方因对方的违约行为遭受严重精神损害

从该条规定来看，只有非违约方遭受严重精神损害的情形下，才能在违约责任中主张精神损害赔偿。在比较法上，精神损害难以被准确评估和确定，这也导致法官在衡量精神损害赔偿数额时享有较大的自由裁量权，为了限制法官的自由裁量权，一些国家对精神损害赔偿责任的适用作出了严格限制。例如，在法国，在作出精神损害赔偿的判决时，通常要有医学证据。当受害人的健康状况趋于稳定时，法院会传唤医学专家，不仅要求他们对受害人的损害进行描述，而且要求他们通过百分比的方式，对损害的程度进行量化。^[10]对痛苦

（pain and suffering）的衡量必须与在相似情况下的一般反应相比，这种身体或者精神上的痛苦必须具有相当的严重性和持续很长时间，并且这种严重性和持续性必须获得医学上的认可。^[11]法律上作出此种限制，一方面是为了限制法官的自由裁量权，另一方面是为了防止滥诉，将实践中一些轻微的精神损害排除在外，以有效防止诉讼的泛滥。

问题在于，如何判断某种精神损害是否构成严重精神损害？学界对此看法不一。所谓后果的严重性，可从如下几个方面进行判断：一是精神痛苦的严重性。也就是说，侵害人格权所造成的痛苦已经超出社会一般人的容忍限度。^[12]精神损害是否严重往往具有主观性，常常是因人而异的，但并非没有客观判断标准，如果这种痛苦按照一般人的标准已经超出了常人可以忍受的程度，则可以认定其是严重的。二是造成后果的严重性。也就是说，造成精神痛苦伴随着一定的后果，导致受害人无法正常工作，甚至精神抑郁等。如果社会一般人在权利遭受侵害的情况下，都难以忍受和承受这种精神痛苦和肉体痛苦，并会对受害人的正常生产、生活造成负面影响，则可以认为已经构成了严重后果。所以，判断严重后果，不仅要考虑受害人生理与心理上的反应，也要考虑是否影响其正常的生活、工作以及影响其正常交往的程度等。三是具有持续性。也就是说，损害所造成的痛苦不是立即消失的，而是持续了一段时间的，如果受害人只是遭受了偶尔的精神痛苦或者心理情绪上的不愉悦，则不属于应予赔偿的精神损害。^[13]

在此需要讨论的是，如果当事人已经在合同中约定了违约金，则在一方违约的情形下，非违约方在主张违约金的同时，能否同时主张精神损害赔偿？有观点认为，应当允许当事人同时主张精神损害的赔偿。^[14]笔者认为，在当事人已经约定违约金条款的情形下，原则上不宜承认非违约方关于同时支付违约金与精神损害赔偿责任的请求，因为双方约定的违约金已经是对合同中违约行为所造成的所有可能的损害的预估，通过支付违约金已经使非违约方遭受的损失得到了补

救，在此情形下，非违约方不能再要求违约方就其精神损害进行赔偿，否则可能使非违约方通过违约金和精神损害赔偿获得双倍赔偿，这与损害赔偿中的完全赔偿和禁止重复赔偿的价值相矛盾。除非在双方当事人约定的违约金明定为只是对财产损害的赔偿，且其精神损害的赔偿符合法律关于违约精神损害赔偿的要件时，才能例外地认可当事人同时请求精神损害赔偿与违约金。

四、违约精神损害赔偿仅适用于责任竞合情形

（一）在责任竞合的情形下，非违约方有权主张精神损害赔偿责任

在涉及违约和侵权竞合的情形中，我国司法实践大多否认了受害人可以依据违约请求精神损害赔偿。例如，在“郑某峰、陈某青诉江苏省人民医院医疗服务合同纠纷案”中，在违约责任与侵权责任竞合的情形下，法院就否定了违约责任中的精神损害赔偿责任。但是在《民法通则》发布之后，针对责任竞合的问题，由于法律并没有禁止法院在责任竞合的情形下适用精神损害赔偿责任，因而，法院也在一些竞合案件中承认了精神损害赔偿责任。最早承认竞合情形下精神损害赔偿责任的案件是1995年的“贾国宇案”，在该案中，受害人贾国宇在就餐时，餐馆煤气爆炸导致其容貌被毁，手指变形，留下残疾，后受害人向法院提起诉讼，请求饭店赔偿其精神损失。在审判中，法院依据《消费者权益保护法》，通过残疾人生活补助费的方式实际上赔偿了受害人的精神损害。^[15]这实际上是在责任竞合情形下允许受害人主张精神损害赔偿。

即使在《合同法》发布之后，针对一些责任竞合的情形，有的法院判决也支持了原告的违约精神损害赔偿的请求。例如，在“吴某景、张某逸、吴某娟诉厦门市康健旅行社有限公司、福建省永春牛姆林旅游发展服务有限公司人身损害赔偿纠纷案”中，原告与被告旅行社订立了两日的自驾游旅行合同，前往牛姆林进行旅行。在进入景区后，天气突变，导游仍坚持带领原告进入森林，导致受害人被狂风暴雨中倾倒的大树砸中，医治无效身亡。原告以侵权起诉至法院。法院认为导游在天气预报有雨的情况下，坚持带游客冒险进入林区，其行为具有明显过错，原告请求在死亡赔偿金以外给付精神损害抚慰金合法，并判决被告支付精神损害抚慰金。^[16]再如，在“朱某梅诉驻马店市汽车运输总公司等公路旅客运输合同纠纷案”中，原告乘坐被告公司的长途汽车途中，因客车过于颠簸，原告胸12椎体压缩性骨折，并入院手术治疗。原告诉至法院请求被告赔偿损失并支付精神损害抚慰金。法院认为：“世间最宝贵的莫过于人的生命与健康，原告朱某梅

因乘坐车辆身体受到伤害，且构成伤残，对其精神上的打击是长久和深远的，虽然健康不能用金钱来衡量，但至少能体现出和谐社会法律的温暖和人性化的仁爱，给原告以后的生活带来一丝安慰。但鉴于被告杨方生车辆造成原告伤害无重大过失，据此，本院酌定精神损害赔偿金为3 000元。”^[17]由此可见，法院对此处于一种矛盾的状态，这也在一定程度上表明对于《合同法》第122条关于责任竞合的情况下能否适用精神损害赔偿责任，仍存在不同的理解和解释。但笔者认为，在责任竞合的情形下，违约方承担精神损害赔偿，也是其应承担的责任。

从《民法典》第996条规定来看，其与《民法典》第186条关于违约责任与侵权责任竞合的规则相似。《民法典》第186条规定：“因当事人一方的违约行为，损害对方人身权益、财产权益的，受损害方有权选择请求其承担违约责任或者侵权责任。”由此也可以看出，《民法典》第996条实际上是将违约精神损害赔偿请求权限定于违约责任与侵权责任竞合的情形。

（二）导致责任竞合的主要原因：违反以精神利益实现为内容的合同

我国司法实践也承认以实现某种精神利益为订约目的的合同，但对于此类合同中一方违约是否可以赔偿精神损害确实存在两种不同的观点。一种观点认为，依据我国《侵权责任法》第22条规定，精神损害赔偿只限于侵权而不适用于违约。违约精神损害赔偿于法无据。例如，在“吴某与章贡区伊轩女子专业美容美体会所服务合同纠纷上诉案”中，原告以储值的方式到被告美容美体会所进行消费，并与该美容美体会所订立了服务合同，原告在没有消费完余额时，诉至法院请求被告退还其已经支付的费用，并赔偿精神损害。法院认为，本案系服务合同纠纷，而精神损害赔偿是指权利主体在人身权或者法律规定的特定财产权利受到不法侵害而遭受精神痛苦或精神损害时要求侵害人给予赔偿的一种民事责任，故上诉人吴某主张被上诉人赔偿其精神损失缺乏依据。^[18]再如，在“吕某果与上海途牛国际旅行社有限公司旅游合同纠纷上诉案”中，原告使用手机App与被告公司签订了旅游合同，但是在姓名栏中将姓名写作“吕小姐”而并未使用其真实姓名。后被告公司在未与原告确认的情形下，使用“吕小姐”作为姓名向航空公司订票，导致订票失败，原告无法按照合同约定前往三亚旅游。原告诉至法院要求被告退还其所支付的费用并赔偿其精神损害。法院审理认为：“鉴于本案为合同之诉，故只能主张因合同违约产生的损失，精神损害抚慰金不属于合同违约产生的损失，双方签订的合同中亦无相关约定，故不予支持。”^[19]另一种观点认为，虽然法律上并未承认

违约精神损害赔偿，但是对旅游、医疗服务等以实现精神利益为目的的合同，在一方违约的情况下，可以对原告进行精神损害的赔偿。

在司法实践中，有的法院确实突破了现行法律关于精神损害赔偿仅适用于侵权的规则，在特殊情形下对违反以精神利益的实现为目的的合同也适用精神损害赔偿责任，具体而言，主要包括如下几种情形。

1.违反旅游服务合同

旅游服务合同是指旅行社等旅游经营者提供一定的旅游服务、旅游者支付相应费用的合同，以及为实现旅游服务的目的而由旅行社与其他服务业经营者签订的有关运送、住宿等服务合同。^[20]在旅游服务合同中，旅游者订立合同的目的并不是获得物质上的回报，而是获取审美和愉悦等精神利益，使自身休闲娱乐、游览名胜、观赏风景，获得精神上的愉悦和享受。因此，在旅游服务提供者违反旅游服务合同的情形下，旅游者也会遭受一定的精神损害，应当获得救济。例如，在“焦某军与江苏省中山国际旅行社有限公司、第三人中国康辉南京国际旅行社有限责任公司旅游侵权纠纷案”中，原告与被告旅行社签订了旅游服务合同，约定由被告提供赴东南亚多国进行旅游的服务。但原告乘坐的旅游车在返回泰国曼谷途中发生交通事故并侧翻，致使原告等多人受伤，法院判决被告旅行社应当支付原告医药费和精神损害赔偿金。^[21]

2.违反婚礼服务合同

所谓婚礼服务合同，是指一方按照约定提供婚礼策划、婚礼现场布置、婚礼主持、提供婚礼过程摄影摄像并提供摄像资料等服务，另一方支付报酬的合同。提供婚礼服务的一方违反婚礼服务合同的，可能使对方遭受严重的精神损害，非违约方应当有权主张精神损害赔偿责任。例如，在“李某峰等诉遵义市天赐良缘文化传媒有限公司服务合同纠纷案”中，原告与被告订立了婚庆服务合同，但被告对婚礼现场安排混乱，且后来提供的摄影和摄像资料中完全没有出现新娘和婚礼现场的画面。原告遂请求被告退还其支付的合同费用，并对其进行精神损害的赔偿。法院审理认为，婚礼录像记录的是人生重大活动，具有永久纪念意义，当时的场景、人物和神态具有时间性、珍贵性和不可再现性，是无法补救、不可替代的特定纪念物品，其承载的人格和精神利益要远大于其本身的价值。被告的违约行为导致二原告的婚礼视频缺少重要内容，丧失了原本应有的价值和意义，造成了无法弥补和挽回的损失，给原告造成了极大的精神损害，因此被告应适当赔偿原告精神抚慰金。^[22]

3.违反医疗服务合同

所谓医疗服务合同，是指医疗机构与患者之间订立的，一方提供诊疗服务，另一方支付医疗费用的合同。医疗机构违反医疗服务合同，不仅无法实现约定的诊疗目的，而且可能导致另一方额外的人身和精神损害。例如，在“邵某与华美医学整形美容门诊部损害赔偿纠纷上诉案”中，原告听信被告的广告内容，在被告处进行了鼻局部整形和脸部光子美白祛斑等美容整形服务，但是由于被告在整形美容中操作不当，造成了原告脸部浅表层灼伤和色素沉积，造成原告心理上精神负担的加重。在判决中，法院认为被告没有履行告知义务，因而依据《民法通则》第106条第2款判决精神损害赔偿，支持了原告的诉讼请求。^[23]

4.违反骨灰等人格物的保管合同

人格物是指有形的实体但附着一定的精神利益的物，或者该物寄托了个人的特殊感情。^[24]例如，在“张某兰、魏某与某县殡葬管理所保管合同纠纷案”中，死者系原告的丈夫，原告与被告签订了火化服务和骨灰保管合同，约定由被告保管骨灰一年。但是在死者尸体火化过程中，原告前往他处冲洗死者照片，死者的父母前来被告处领取了死者的骨灰，原告冲洗照片后返回至被告处，发现骨灰已被取走。原告遂起诉至法院请求赔偿其精神损害。法院审理认为，被告的违约行为致使原告无法获得死者的骨灰进行寄托哀思和悼念，法院判决被告向原告支付精神抚慰金15 000元。^[25]

5.违反其他合同所致的精神损害赔偿

在“朱某诉长阔出租汽车公司、付某赔偿纠纷案”中，被告付某在履行运输职责时，对突发癫痫病的原告朱某不仅不尽救助的法定义务，反而中途停车，将昏睡中的朱某弃于路旁，使朱某处于危险状态下。付某的行为虽未危及朱某的生命、健康，但对朱某的精神造成了一定刺激，侵犯了朱某作为旅客应当享有的合法权利。法院认为，原告应享有精神损害赔偿请求权。^[26]

综上所述，在实践中，有的法院确实已经突破了《侵权责任法》第22条的界限，在一些案件中认可了违约中的精神损害赔偿。作出此种突破不无道理，从客观效果来看，确实有利于对受害人进行救济。因为在某些特殊情形下，如果受害人确实因违约遭受严重精神痛苦，基于侵权又难以提供充分的救济，则完全不考虑受害人的精神损害，并不合理，尤其是在旅游服务合同、医疗服务合同等合同纠纷中，一方违约会使对方遭受严重精神痛苦，是违约方在订约时可以合理预见

的，此时，适用精神损害赔偿责任并不会不当加重其负担。但是，司法判例的承认也带来了法律上的问题，即司法裁判的不统一问题。从上述分析可见，对违约中的精神损害赔偿，即使有的法院在例外情形下予以承认，也有法院以缺乏明确法律依据为由拒绝，存在两种不同的观点。由此形成的不统一的司法实践状态，使当事人缺乏合理的预期，而完全将此问题委诸法官，也会赋予法官过大的自由裁量权力，造成了司法极不统一。因此，《民法典》第996条对违约精神损害赔偿规则作出规定，既有利于对受害人的救济，也有利于保障司法裁判的统一。

（撰稿人：王利明）

[1]杨立新.民商法理论争议问题——精神损害赔偿.北京：中国人民大学出版社，2004：18.

[2]U.马格努斯.侵权法的统一：损害与损害赔偿.北京：法律出版社，2009：281.

[3]石佳友.民法典与社会转型.北京：中国人民大学出版社，2018：326.

[4]梁慧星.民法.成都：四川人民出版社，1989：420.

[5]Neethling, Potgieter&Visser n 1 above at 63-5 ; Karner&Koziol n 27 above at 110.

[6]最高人民法院公报，2004（8）.

[7]但这种做法一直受到批评，经过债法现代化改革，精神损害赔偿的适用范围进一步扩大。

[8]E Karner&H Koziol Der Ersatz ideellen Schadens im osterreichischen Recht und seine Reform : Verhandlungen des Filnjzehnten Osterreicmschen Juristentages Innsbruck 2003 vollilil (2003) at 242.

[9]Neethling, Potgieter&Visser n 1 above at 63-5 ; Karner&Koziol n 27 above at 110.

[10]W.V.Horton Rogers (ed) : Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective , Springer Wien NewYork , 2001 , p.90.

[11]同①251-252.

[12]张礼洪.意大利法中非财产性人身损害赔偿制度及其启示//2009年中日侵权责任法研讨会会议资料.全国人大常委会法工委民法室和中国人民大学法学院，2009：43.

[13]扈纪华,石宏.侵权责任法立法情况介绍.人民司法(应用),2010(3).

[14]崔建远.论违约的精神损害赔偿.河南省政法管理干部学院学报,2008(1).

[15]马军.“贾国宇案”,12年里的压力与欣喜.法律生活,2009(17).

[16]福建省厦门市中级人民法院(2005)厦民终字第2405号民事判决书。

[17]河南省汝南县人民法院(2009)汝民初字第834号民事判决书。

[18]江西省赣州市中级人民法院(2017)赣07民终3318号民事判决书。

[19]上海市第二中级人民法院(2018)沪02民终3343号民事判决书。

[20]曾隆兴.现代非典型契约论.台北:三民书局,1988:253.

[21]最高人民法院公报,2012(11).

[22]贵州省遵义市汇川区人民法院(2018)黔0303民初262号民事判决书。

[23]广东省广州市中级人民法院(2004)穗中法民一终字第1743号民事判决书。

[24]冷传莉.民法上人格物的确立及其保护.法学,2007(7).

[25]河北省保定市中级人民法院(2010)保民四终字第00299号民事判决书.<http://www.doc88.com/p-490333619760.html>.

[26]朱某诉长阔出租汽车公司、付某赔偿纠纷案.最高人民法院公报,2002(3).

第九百九十七条

民事主体有证据证明行为人正在实施或者即将实施侵害其人格权的违法行为，不及时制止将使其合法权益受到难以弥补的损害的，有权依法向人民法院申请采取责令行为人停止有关行为的措施。

本条主旨

本条规定了侵害人格权的禁令制度。

相关条文

《民事诉讼法》第100条规定：“人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件，根据对方当事人的申请，可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取保全措施。人民法院采取保全措施，可以责令申请人提供担保，申请人不提供担保的，裁定驳回申请。人民法院接受申请后，对情况紧急的，必须在四十八小时内作出裁定；裁定采取保全措施的，应当立即开始执行。”

《民事诉讼法》第101条规定：“利害关系人因情况紧急，不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在提起诉讼或者申请仲裁前向被保全财产所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请采取保全措施。申请人应当提供担保，不提供担保的，裁定驳回申请。人民法院接受申请后，必须在四十八小时内作出裁定；裁定采取保全措施的，应当立即开始执行。申请人在人民法院采取保全措施后三十日内不依法提起诉讼或者申请仲裁的，人民法院应当解除保全。”

《反家庭暴力法》第23条规定：“当事人因遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险，向人民法院申请人身安全保护令的，人民法院应当受理。当事人是无民事行为能力人、限制民事行为能力人，或者因受到强制、威吓等原因无法申请人身安全保护令的，其近亲属、公安机关、妇女联合会、居民委员会、村民委员会、救助管理机构可以代为申请。”

《反家庭暴力法》第24条规定：“申请人身安全保护令应当以书面方式提出；书面申请确有困难的，可以口头申请，由人民法院记入笔录。”

《反家庭暴力法》第25条规定：“人身安全保护令案件由申请人或者被申请人居住地、家庭暴力发生地的基层人民法院管辖。”

《反家庭暴力法》第26条规定：“人身安全保护令由人民法院以裁定形式作出。”

理解与适用

一、侵害人格权禁令的概念和特征

禁令（Injunction）是指申请人为及时制止正在实施或即将实施的侵权行为，或有侵害之虞的行为，在起诉前或诉讼中请求法院作出的禁止或限制被申请人从事某种行为的强制命令。^[1]禁令制度是各国法律普遍认可的一项制度，我国《民法典》在借鉴国外的经验、总结司法实践经验的基础上，对侵害人格权的禁令制度作出了规定。本条对侵害人格权的禁令制度作出规定，对于及时制止侵害人格权的行为、有效预防侵害人格权损害后果的发生，强化对人格权的保护具有重要意义。

禁令可以分为诉前禁令与诉中禁令。一是诉前禁令，它是指在提起诉讼前，当侵害他人权益的行为已经发生或即将发生，如果不及时制止，将导致损害后果迅速扩大或难以弥补，在此情形下，受害人有权依法请求法院颁发禁止令，责令行为人停止相关侵权行为。诉前禁令是近几十年来在民法尤其是知识产权法领域日益受到重视的一项制度。^[2]二是诉中禁令，所谓诉中禁令，是指在诉讼进行中，由于被申请人的行为，已经或有可能使申请人遭受损害，或者可能导致损害进一步扩大，申请人有权请求法院依法责令他人为或不为一定行为。例如，行为人在网上发布了毁损他人名誉或披露他人隐私的博客，原告提起诉讼后，该行为人将该博客在各大论坛进行转载，导致信息开始扩散，不及时制止将导致损害难以弥补，受害人有权请求法院颁发禁令，防止损害扩大。

诉前禁令与诉中禁令的区别在于：第一，申请禁令的时间不同。诉前禁令是在起诉前申请，而诉中禁令则是在案件受理后进行。二者的区别在于诉讼是否已经开始。诉前禁令发生于诉讼尚未开始时，而

诉中禁令则发生于诉讼已经开始后。第二，申请诉前禁令，多是发生于损害没有实际发生的场合；但是诉中禁令则往往针对损害可能已经发生的场合。第三，申请的条件不同。依据《民事诉讼法》第101条的规定，由于诉前禁令在案件受理前提出，法院并不了解事实和法律关系，因而法院要求申请人必须提供担保。而就诉中禁令而言，法院在案件受理后可能掌握了一定的事实，因此可以并不要求申请人提供担保而颁发禁令。除此之外，在比较法上，诉前禁令的有效时间一般较诉中禁令的更为短暂。诉前禁令的紧急性和临时性特征，决定了其只能是为避免损失扩大而采取的临时性措施，因而相较于诉中禁令的有效时间，其有效时间普遍更短。

我国《民法典》第997条在规规定侵害人格权的禁令制度时，并没有对其适用时间作出规定，这就意味着，其同时包括诉前禁令与诉中禁令。具体而言，我国《民法典》规定的侵害人格权的禁令制度具有如下特点。

第一，通常仅适用于情况紧急的侵害行为。一般认为，禁令适用于现实、紧迫的不法侵害行为，在此情形下，如果不及时采取禁令措施，侵权行为继续进行，就会造成损害的进一步扩大，甚至导致权利人遭受经济损失以外的其他损害（如其他人格利益的损害、商誉的减损等）。在人格权遭受现实紧迫侵害的情形下，仅通过停止侵害制度无法为权利人提供有效的救济。因为停止侵害作为一种侵权责任承担方式，必须是在责任确认之后才可以适用，此时损害后果已经产生，并可能被无限扩大，从这个意义上说，停止侵害是一种事后救济措施，这就有必要在实体结果作出判决之前，通过禁令制度在程序法上给予当事人一种临时的救济措施，以防止损害后果的发生和扩大。

第二，适用于正在实施或具有侵害之虞的情形。禁令的适用要求必须存在侵害或者可能侵害人格权的情形，从而使申请人在实体纠纷的审判中具有较高的胜诉概率。因此，《民法典》第997条强调禁令必须针对“行为人正在实施或者即将实施侵害他人人格权的违法行为”，具体而言包括如下两种情形：一是行为人正在实施侵害他人人格权的非法行为。例如，行为人已经在网上发布他人的裸照，如果不及时制止，就可能使受害人的名誉、隐私遭受重大损害。二是行为人可能实施侵害他人人格权的非法行为。所谓有侵害人格权之虞，是指未来有可能发生侵害人格权的危险，且发生的盖然性较高。这就是说，对此种侵害之虞通常需要用社会一般人的观点来判断，但针对不同的侵害行为，也应该有不同的判断标准。按照王泽鉴教授的观点，对第一次侵害人格权的情形，权利人申请诉前禁令时需要提供充分的证据，而在第一次侵害之后，即可以推定行为人有侵害之虞。同时，在具体判

断时也需要区分不同的人格权类型，对生命权、健康权而言，判断存在侵害之虞的标准应当从宽，而对侵害名誉、隐私等权利而言，需要与对言论自由等法益的保护相平衡，因此，认定时应当更加审慎。^[3]此种看法值得赞同。

第三，禁令的适用不要求行为人具有过错。^[4]例如，行为人在网上散播严重毁损他人名誉的言论，受害人一经发现，即可以申请法院颁行禁令，要求网站予以删除、屏蔽，以防止该行为损害后果的扩大。虽然禁令与停止侵害的作用类似，但是不能将禁令等同于停止侵害的人格权请求权。禁令的适用不需要证明损害已经发生，只需要证明行为满足禁令的要件即可请求，如行为有侵害之虞。此外，请求法院颁发禁令也不需要证明被申请人具有主观过错，因而，在这一点上禁令也与侵权请求权不同。在互联网和大数据时代，这一救济方式对人格权的保护具有重要意义。此外，禁令的适用可以发生在诉讼开始之前，也就是说，民事主体有证据证明他人正在实施或者即将实施侵害其人格权益的行为，如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以依法向人民法院申请采取责令停止有关行为的措施。因此，禁令制度能够通过将法院强制性命令发出时间点的提前而将对损害的预防更早实现。

第四，禁令的效力具有暂时性，在法院终局判决产生后，禁令就自动失效，而由终局判决决定当事人权利义务关系。禁令是一种临时性的措施，即针对侵权人实施的侵权行为，申请法院责令被申请人停止一定行为的紧急措施，其通常被认为是一种临时性的措施。所谓临时性措施，主要表现在以下几个方面：一是禁令是基于紧迫情况而发布的，其不同于法院的终局判决。禁令的程序保障程度较低，法院往往只是根据申请人的陈述即可颁行禁令，而且由于情况紧急，法院往往只是对当事人的申请进行书面审查，这就使禁令缺乏审判中的质证等程序。二是禁令的功能在于临时制止行为人的侵害行为，即在人格权遭受侵害或者有受侵害之虞时，通过颁发禁令的方式临时制止行为人的侵害行为，其并不能终局性地确定当事人之间的权利义务关系。三是禁令的效力期间较短。与法院的终局判决不同，禁令的有效期限一般较短，判决中停止侵权行为的效力可以面向未来一直发生效力，而禁令的有效期间则往往较短。当然，在禁令的有效期间经过后，当事人可以重新申请禁令，使其效力期间更长。

人格权禁令是人格权编特有的制度，只能在人格权编中作出规定，而不能在侵权责任法中加以规定。一方面，侵权法是救济法，是在权利遭受侵害的情形下对受害人所遭受的损害进行救济，在通过侵权法对受害人提供救济的情形下，通常需要存在侵权行为，而且该行

为造成了实际的损害后果，即便对预防性的责任形式而言，其适用也需要行为人构成侵权。但是，在适用禁令的情况下，权利人并不需要证明行为人构成侵权。另一方面，虽然侵权法也有预防功能，但就对人格权的保护而言，与人格权法的损害预防功能相比，侵权法的损害预防功能相对较弱，其只能规定事后的救济，无法事先规定相对人的义务，以发挥其预防功能。这恰好是人格权编应当发挥的功能。由此可见，将侵害人格权的禁令制度规定在人格权编是十分恰当的。

二、侵害人格权禁令性质上属于实体法上的禁令

侵害人格权禁令，是人格权请求权发生作用的方式之一，性质上属于实体法上的禁令。也就是说，与程序法所规定的禁令制度不同，诉讼法所规定的诉前禁令制度在性质上是一种诉前保全制度，而侵害人格权的禁令制度则是人格权请求权的重要内容。故此，禁令的适用并不必然伴随着诉讼程序。也就是说，在一方申请禁令后，其只是请求通过颁发禁令，采取责令行为人停止有关行为的措施，以制止侵害行为，法院在颁发禁令后，该禁令即可生效，权利人在申请禁令后，并不负有在法院提起诉讼的义务。而权利人不提起诉讼，禁令就直接发生效力了。可见，禁令的适用与诉讼程序的适用之间并不存在直接关联。

（一）禁令不同于诉前保全制度

2017年修改的《民事诉讼法》第100条第1款规定：“人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件，根据对方当事人的申请，可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取保全措施。”这就从程序法的角度确立了诉前禁令（诉前行为保全）制度。依据这一制度，法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件，根据对方当事人的申请，可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为。我国《民事诉讼法》虽然也规定了诉前禁令制度，但其在性质上是一种诉前保全制度，其显然无法代替《民法典》禁令制度的功能。因为，一方面，在当事人人格权遭受侵害或有可能遭受侵害的紧急情况下，受害人在请求法院颁发诉前禁令时，只能以实体法为依据，而不能以程序法为依据。法院在判断是否具备颁发诉前禁令的条件时，尤其是申请人是否存在胜诉的可能性时，也应当以实体法为依据。另一方面，民事诉讼法所规定的诉前禁令制度在性质上是一项程序性规范，而人格权法所规定的诉前禁令制度是人格权效力的体现，这也进

一步明确了程序法上诉前禁令的请求权基础。另外，在法院审理的有关人格权侵权案件中，如果当事人针对行为人正在实施或者即将实施侵害其人格权的行为，向人民法院申请颁发禁令，要求行为人停止有关行为，法院很难通过适用程序法规定颁发禁令，因此，必须由民法典作出规定。

（二）禁令不同于先予执行

禁令与先予执行有类似之处。^[5]所谓先予执行，是指在法院就诉讼作出判决之前，申请人可以请求法院裁定债务人给付一定数额的金钱或其他财物，或者实施或停止某种行为。^[6]《民事诉讼法》第106条规定：“人民法院对下列案件，根据当事人的申请，可以裁定先予执行：（一）追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金、医疗费用的；（二）追索劳动报酬的；（三）因情况紧急需要先予执行的。”该条对先予执行作出了规定，从该条规定来看，与禁令类似，先予执行也适用于情况紧急的情形，但禁令不同于先予执行。二者的区别主要体现在：一是适用范围不同。禁令适用于所有民商事案件，包括侵权案件，而先予执行仅适用于双方具有持续性关系或者有在先合同关系的案件中，在侵权纠纷案件中无法适用先予执行制度。二是适用条件不同。先予执行的适用要求双方当事人之间的权利义务关系明确、债务人有履行能力、不先予执行将会给债权人的生产生活造成严重损失的情形，而禁令制度则是为了制止紧迫的“不法”侵害行为。三是制度功能不同。先予执行是为了使权利人的权利在判决之前全部或部分地得到实现和满足，而禁令则是为了制止行为人的不法侵害行为。四是制度价值不同。禁令制度作为行为保全制度的一种，其侧重于保全，对案件的实质不产生影响，而先予执行虽然不是对案件实质的最终解决，但其往往预示庭审的可能结局。^[7]

三、侵害人格权禁令制度的主要功能

从比较法上来看，许多国家认可了禁令制度，其主要应用于知识产权等领域，但现在有逐渐扩大的趋势，在人格权的保护领域中得到了越来越多的重视。^[8]在我国《民事诉讼法》修改之前，我国知识产权法中就已经规定了停止侵权行为制度^[9]，即知识产权权利人在有证据证明他人正在或者即将实施侵权行为，如果不制止将使其合法权益遭受难以弥补的损害时，可以在起诉前向法院申请责令停止有关行为。《反家庭暴力法》首次确立了禁令对人身权的适用，该法第23条规定：“当事人因遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险，向人民法院申请人身安全保护令的，人民法院应当受理。”“当事人是无民事行为能力人、限制民事行为能力人，或者因受到强制、威吓等原因

无法申请人身安全保护令的，其近亲属、公安机关、妇女联合会、居民委员会、村民委员会、救助管理机构可以代为申请。”人身安全保护令对于保护妇女、儿童的生命健康权，具有十分重要的意义。

如前所述，在民法典中规定独立成编的人格权，将诉前禁令等制度纳入其中，有利于及时制止侵害人格权的行为、有效预防侵害人格权损害后果的发生，因此，禁令是保护所有人格权的重要措施，并不仅仅适用于对人身安全的保护。我国过去立法缺乏关于统一适用人格权保护的禁令制度，是一大缺漏。从实践来看，大量的网络侵权行为迫切需要禁令制度予以遏制，尤其是针对侵犯名誉、隐私等侵权行为，如不及时加以制止，损害后果可能会被无限扩大，因此禁令制度的适用是必要且可行的。在我国司法实践中，有的法院已经在侵害人格权的纠纷中采用了禁令的方式。例如，“杨季康（笔名杨绛）诉中贸圣佳国际拍卖有限公司（简称中贸圣佳公司）、李国强侵害著作权及隐私权纠纷案”就涉及隐私权的保护，该案中，中贸圣佳公司于2013年5月间发布公告称，其将于2013年6月21日公开拍卖一批私人信件，并在拍卖前举行研讨会和预展活动。此后，杨季康提出诉前申请，请求法院发布禁令，北京市第二中级人民法院审查后，依法于同年6月3日作出了禁止中贸圣佳公司实施侵害著作权行为的裁定，中贸圣佳公司随后宣布停拍。由于当时我国立法尚未规定侵害人格权的诉前禁令制度，因而，该案是通过侵害著作权的行为保全裁定对权利人提供救济的。但由于我国立法当时尚未规定侵害人格权的诉前禁令制度，因此，该案是通过侵害著作权的行为保全裁定对权利人提供救济。严格地说，通过著作权法的规则保护人格权是不周延的，也可能无法有效制止许多侵害人格权的行为。因此，《民法典》人格权编在总结司法实践经验的基础上，对侵害人格权的禁令制度作出了规定。

禁令制度的主要功能在于以下方面。

第一，及时制止网络侵害行为。在互联网时代，网络侵权行为层出不穷，网络暴力不断产生，这些不仅对自然人造成重大损害，甚至会给企业带来灭顶之灾。例如，一些竞争对手恶意污蔑其他企业的声誉和其产品的质量，一条谣言可能使其产品滞销，甚至蒙受巨大损害。如果按照诉讼程序，权利救济的时间将旷日持久，甚至是马拉松式的诉讼，等到最后官司终结，企业可能已经宣告破产了。

在网络侵权发生之后，如果任由损害后果蔓延，将使受害人的权益遭受不可估量的损失，因此，对受害人而言，最有效的救济方式是及时制止、停止侵权信息的传播，这也是禁令制度救济功能的重要体现。在互联网、高科技时代，法律遇到的最严峻挑战就是隐私、个人信息的保护问题，个人信息泄露已经成为一种“公害”。保护个人信

息，强化信息处理者以及大数据开发者的信息安全保护义务等，预防信息泄露等损害的发生，是人格权编应当发挥的重要功能。在实践中，行为人在网上发布一条毁损某公司名誉的不实信息，如果不及时加以制止，可能导致整个公司破产。如果没有禁令制度，许多当事人被迫寻求有关行政管理机关删帖，但这种删帖的做法其实很不规范，有时难以对受害人提供及时救济；而且对于此种涉及平等主体之间的侵权纠纷，将是否删除相关链接，完全交由行政机关进行判断，而不能进行司法审查，显然并不妥当。如何及时制止、遏制这种行为？禁令制度就是最好的办法，这就是说，原告可以依据禁令制度规则向法院申请颁发禁令，对该信息采取紧急措施，如采取删除、屏蔽、断开链接等措施，然后再进行正常的诉讼。因此，禁令制度也是实现依法治网的重要举措和有力手段。

第二，有效预防侵害人格权后果的发生。在《民法典》人格权编中对禁令作出规定，是发挥人格权法立法功能的重要体现。人格权法注重事前防范、事前预防，而侵权法则注重事后救济。发挥人格权法的预防功能，正是人格权独立成编价值的体现。在美国法中，诉前禁令旨在判决前制止侵权行为，主要目的在于避免损害的发生或者继续扩大，而不是为了保障将来判决的顺利执行。^[10]我国人格权采纳该规定，正是为了发挥预防的功能。该规定对于及时制止侵害人格权的行为、有效预防侵害人格权损害后果的发生极为必要。在现代社会，互联网对损害后果具有一种无限放大效应，相关的侵权信息一旦在网上发布，即可在瞬间实现全球范围内传播，损害将覆水难收，受害人的权利很难恢复原状。因而，在人格权侵权中，预防比救济更为重要。但我国现行立法关于损害预防的规定本来就不多，如果删除该条规定，将会极大地影响损害预防功能的发挥。所以，《民法典》第997条规定禁令制度，由法院对相关的行为进行司法审查，并及时决定是否发布禁令，可以有效预防侵害人格权后果的发生。

第三，对受害人提供及时救济。禁令不仅具有预防损害的功能，还有救济的功能。一方面，在损害有发生之虞的情形下，禁令制度可以预防损害的实际发生，使受害人免于遭受重大损害。例如，《反家庭暴力法》第四章专门规定了人身安全保护令，规定了在离婚诉讼之前，如果一方有实施家暴的可能，申请人可以请求人身安全保护令，这一人身安全保护令也属于诉前禁令，其功能就在于有效预防可能发生的家庭暴力或骚扰行为。另一方面，即使是在损害已经发生的情况下，颁发禁令也具有防止损害进一步扩大的作用，从而保护受害人免于遭受更大的损害。当权利受到侵害或者威胁时，为了制止损害的发生或者扩大，避免权利人遭受难以弥补的损害，这就有必要及时制止行为人的不法侵害行为。^[11]也就是说，在人格权遭受侵害或者受侵

害之虞时，也有必要对权利人提供救济。

第四，规范禁令申请权的行使。《民法典》规定禁令制度，由法院对相关的行为进行司法审查，并及时决定是否发布禁令，有利于规范禁令申请、发布行为，防止滥用禁令。法律规定详细的禁令适用条件，可以起到平衡当事人利益的作用，便于法院作出是否颁发禁令的决定。因此，申请禁令同样要求申请人进行举证证明损害的发生或有发生之虞。但是申请禁令的证明标准与诉讼的证明标准并不相同，诉前禁令通常都是针对时间紧急、情况危急的情形，通常需要法院迅速作出判断，而无法像诉讼一样进行详细审查。因此，申请禁令只需要提出初步的证据证明即可。当然禁令的适用问题比较复杂，《民法典》第997条的规定还比较原则，有关禁令制度的适用程序、期限、提供担保、申请错误的责任等，都需要通过今后修订《民事诉讼法》或制订相应司法解释予以细化，从而防止当事人恶意申请，滥用禁令制度。

四、禁令不同于停止侵害

我国《民法典》总则编和侵权责任编都将停止侵害作为民事责任形式。应当看到，在人格权遭受现实紧迫侵害的情形下，仅通过停止侵害制度无法为权利人提供有效的救济，因为一方面，停止侵害在性质上属于侵权责任承担方式，只有在行为人的行为构成侵权、法院确认为行为人应当承担侵权责任时，才能予以适用。而在法院通过诉讼程序确认为行为人构成侵权后，受害人的损害后果可能已经被无限扩大。可见，停止侵害虽然也具有制止不法行为的功能，但更多的是一种事后救济措施，难以真正实现对损害的事先预防。而禁令制度则可以在实体结果作出判决之前，在程序法上给予当事人一种临时的救济措施，以防止损害后果的发生和扩大。与停止侵害制度相比，禁令制度可以使损害预防的时间更加提前。另一方面，适用停止侵害必须提前诉讼，通过诉讼裁判决定，而禁令的适用不一定伴随诉讼，这种预防功能是停止侵害制度无法代替的。

五、侵害人格权禁令的适用条件

禁令作为一项独立的制度，具有其独特的构成要件，不能为其他制度所替代。由于禁令主要适用于时间紧迫、需要及时制止不法行为的情形，法院在颁发禁令时往往无法查明案件事实，这也有可能导致禁令制度的滥用。因此，为了防止禁令制度被不当使用，需要明确禁令的适用条件，并由法院对禁令的适用条件进行必要的审查。

依据《民法典》第997条的规定，人格权禁令的适用应当具备如下要件。

第一，行为人正在实施或者即将实施侵害人格权的行为。问题在于，正在实施或者即将实施侵害人格权的行为是否必须构成侵权？申请人是否必须对此进行举证？笔者认为，对正在实施的侵害人格权的行为，申请人尚有可能证明行为人构成侵权；而对于行为人有侵害之虞的情形，申请人则很难证明行为人构成侵权，因为在此情形下，损害后果并未发生，所以行为人是否造成损害以及造成多大的损害难以判断，此时不宜要求申请人证明行为人构成侵权。例如，在美国，法院在审查是否有必要针对侵害专利的行为颁发禁令时，要考虑如果没有禁令提供的保护，权利人将很可能在未来的市场竞争中损失产品销量以及利润，并很难如没有侵权产品存在时那样获得市场中的交易机会，同时，侵权产品的持续存在，还有可能损害专利人的声誉，而此种损害是很难用金钱量化的。^[12]因此，在适用禁令时，权利人并不需要证明行为人的行为将确定造成其损害。当然，对将要实施的侵害行为，法院在审查时应当确认是否有证据证明行为人将要实施侵害行为，并有可能造成受害人不可弥补的损害。

第二，如不及时制止将会使损害后果迅速扩大或难以弥补。禁令针对的是正在发生和将要发生的侵害行为，损害常常具有急迫性。也就是说，如果通过正常的诉讼程序维权，因为诉讼耗时等原因，可能导致损害后果的迅速扩大或难以弥补。笔者认为，在解释该条所规定的“不及时制止将使其合法权益受到难以弥补的损害的”这一条件时，应当将其与《民事诉讼法》第101条所规定的“情况紧急，不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害”作同种解释，也就是说，如果不立即采取禁令措施，将会对申请人造成难以用金钱来弥补的损害，非金钱损害的判断因素包括了“侵犯人格权、身份权等人身权利，难以恢复圆满的情形”^[13]。侵犯人格权、身份权等人身权利通常具有不可恢复性或者难以弥补性，单纯的事后金钱赔偿救济方式难以起到保护权利和救济的作用。与金钱损害案件相比，人身权利一旦遭受侵害，损害通常难以弥补，无法使用金钱对损害进行完全的补偿。^[14]该条所规定的损害“难以弥补”，也是指这种对人格权益的侵害无法通过金钱弥补，或者说这种损失具有不可逆性，无法通过金钱赔偿予以恢复原状。事实上，对人格权而言，一旦发生侵害行为，损害往往都难以恢复原状，特别是在互联网时代，侵害隐私、名誉等人格权益的损害后果一旦发生，即很难通过金钱赔偿的方式对受害人进行完全弥补。因此，应当适当放宽对该要件的认定。如果损害的发生不具有急迫性，或者即便发生，也可以通过其他方式弥补，则应当对此种情形进行严格审查。一般来说，如果损失能够通过金钱方式在事

后进行充分赔偿，则不应认为该损失是不可弥补的。^[15]例如，行为人未经权利人许可擅自利用其肖像，其主要损害了权利人的财产利益，可以通过赔偿财产损失的方式对权利人提供救济，此时，一般不宜通过禁令制度解决纠纷。但如果是将某人的裸照用于网上广告用途，一旦传播，则可能造成受害人严重精神损害，而且该损害难以通过金钱赔偿恢复原状，此时，就有必要通过禁令制度对权利人提供救济。

第三，申请人具有较大的胜诉可能性。这就是说，当权利人提出颁发禁令的请求之后，法院虽然不进行实质审查，但应当对胜诉的可能性进行初步判断，只有当权利人所申请禁止实施的行为有可能构成侵权，而且行为人将依法承担法律责任时，法院才有必要颁布禁令。如果被申请人的行为是否构成侵权存在较大不确定性，就匆忙颁布禁令，将可能损害正当的言论自由或行为自由，也可能使被申请人遭受难以弥补的损失。^[16]特别是当禁令与最终的判决不一致时，更可能损害司法的权威性。因此，在判断是否要颁发禁令时，法院要考虑正在发生或者将要发生的行为的性质、所可能导致的后果，以及该行为与他人合法权益、公共利益的关系，以最终确定胜诉的可能性。当然，此种胜诉的可能只是一种盖然性的判断，即只有当申请人的胜诉可能性达到一定程度时，法院才能够颁发禁令。

第四，申请人有证据证明行为人正在实施或者即将实施相关侵害行为。从《民法典》第997条规定来看，禁令的适用要求“民事主体有证据证明行为人正在实施或者即将实施侵害其人格权的违法行为”，这就是说，禁令应当由权利人提出，但权利人提出发布禁令的请求时，必须提出相关的证据证明已经具备适用禁令的条件。通常来说，权利人必须证明侵害人格权的行为已经发生并将持续发生，而此种情形具有急迫性。在此有必要区分侵害人格权的行为是否已经发生，对已经发生的侵害行为，权利人的举证较为简单，而对侵害尚未发生的情形，则应当适当提高申请人的举证负担，以防止禁令制度的滥用。在这里需要讨论的是证明标准的问题，即申请人提供的证据应当达到何种程度才能颁发禁令？笔者认为，应当采纳盖然性的证明标准，即只要当事人证明他人的行为可能造成损害或有损害之虞，则应当认定满足了相应的证明标准，而并不要求必须达到本案诉讼的证明标准，即《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第108条所规定的“高度可能性”标准。

需要注意的是，比较法上对禁令的适用条件还存在司法审查制度。在英美法中，禁令被视为一种“不寻常的法律救济”^[17]，因此在决定是否适用禁令时，应该从多个维度对禁令可能带来的正负面影响

进行综合考量，在适用上应保持谨慎态度。^[18]在我国，也要防止禁令制度中的自由裁量过大而导致禁令被滥用。所以，为了规范禁令，限制滥用自由裁量权，应对禁令适用中的考量因素进行必要的规范。例如，美国法上适用禁令时，法官在审查时主要考虑如下因素：一是根据事实判断原告胜诉的可能性；二是在颁发禁令之外是否有其他的法律救济手段；三是不颁发禁令是否会导致无法弥补的损害；四是不颁发禁令给原告造成的损失是否会超过被告因禁令可能遭受的损失；五是颁发禁令是否会危及公共安全。^[19]这一经验值得我们借鉴。在司法实践中，法官应综合考量上述因素，平等对待各方主体利益，最终得出最为公平合理的裁决结果。司法审查的关键是进行利益平衡。从申请人的角度看，临时禁令的发出将有利于保护申请人的权利，但从被申请人的角度看，临时禁令是对其行为自由的直接限制，对其造成的影响甚至并不小于其对申请人的。^[20]因此，法官在决定是否发出临时禁令时，应对双方的利益进行综合考量，即法官需要权衡不颁发禁令可能给申请人造成的损害与颁发禁令可能给被申请人造成的损害之间哪一个损害更大。例如，如果申请人能够证明不颁发禁令可能给其造成难以弥补的损害，而颁发禁令给被申请人造成的损害较小，则法院应当颁发禁令；反之，如果被申请人能够证明颁发禁令可能给其造成的损害远大于不颁发禁令给申请人造成的损害，则可以阻止申请人获得禁令。^[21]

此外，在某些情况下，对被申请人发出临时禁令还可能对社会公共利益造成影响。特别是在侵害人格权纠纷中，一旦对侵权人发出禁令，不仅会对其个人的行为自由造成限制，还可能在相当程度上对社会公众的行为取向产生影响。例如，行为人在发布某则新闻报道时，因时效性的要求而来不及对信息内容进行严格审查，就可能因消息不实而造成他人损害，此时，是否需要发出禁令制止该报道行为，就需要对申请人的个人利益以及对新闻报道自由可能产生的影响进行利益平衡。

法院在作出禁令裁定时需要权利人的申请进行必要的审查，问题在于，此种审查究竟是形式审查还是实质审查？笔者认为，法院仅对权利人的申请进行形式审查，并不足以有效平衡各方主体利益，因为临时禁令一旦被滥用，不仅会使争讼双方的利益发生失衡，还可能造成法律规则适用的不确定性。因此，只有对原告胜诉的可能性、禁令签发的必要性以及各方主体利益的平衡关系进行综合考量，才能确保禁令真正发挥其制度效用，而这显然已经超出了形式审查的范围。同时，鉴于禁令裁定作出后，当事人常常能够达成和解而不再提起诉讼，这也使得禁令成为权利实现的途径和解决纠纷的手段。然而，禁令制度适用不当，将会严重损害当事人的合法权益。因此，法院在作

出禁令时应慎之又慎，德国、日本学者认为，禁令的颁发程序很大程度上类似于本案审理程序，贯彻对席辩论原则，而不宜仅依当事人申请即予以颁发，其道理就在于此。^[22]

六、侵害人格权禁令的效力

（一）人格权禁令的直接效力

禁令一旦颁发，在到达行为人时即发生效力，行为人应当按照禁令的要求立即停止相关侵权行为。例如，在前述“钱钟书书信案”中，原告杨季康提出诉前申请，请求法院发布禁令，北京市第二中级人民法院审查后，依法于2013年6月3日作出了禁止中贸圣佳公司实施侵害著作权行为的裁定，中贸圣佳公司随后宣布停拍。禁令虽然不是法院的终审判决，但其也具有法律效力，在行为人违反禁令要求时，法院可以强制执行。需要指出的是，在该案中，法院禁止中贸圣佳公司实施侵害著作权行为的裁定只是暂时性的，一旦申请人未在法定期间内提起诉讼，或者被申请人对禁令不服，提起复议，而法院在审查过程中发现本案不具备颁发禁令的条件，则可以撤销禁令，禁令将因此失去效力，行为人仍可继续实施其行为。当然，如果被申请人不提起诉讼，禁令就直接发生效力了。

（二）人格权禁令的失效

关于禁令效力的存续期间，存在不同的观点，一种观点认为，在诉讼活动开始或者作出新的禁令时，禁令的效力即归于消灭。^[23]另一种观点认为，在法院的终局判决生效时，禁令的效力归于消灭。笔者认为，在如下情况下，禁令将失去效力。

第一，法院撤销禁令。依据2015年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第171条，在禁令颁发后，被申请人对禁令裁定不服的，可以自收到裁决书之日起5日内向作出裁定的人民法院申请复议，人民法院应当在收到复议申请后的10日内审查，裁定正确的，驳回当事人的申请，裁定不当的，应当变更或撤销原裁定。也就是说，在被申请人提出复议后，法院在审查过程中发现本案不具备颁发禁令的条件，则可以撤销禁令。人格权禁令的功能在于制止不法侵害行为，其并不具有证明侵权行为成立的效力。因为法院在审查禁令申请时对证据的审查不同于诉讼中对相关证据的审查，所以禁令有可能发生错误。这就需要有一个复议程序，以防止禁令的错误。笔者认为，侵害人格权的禁令也可以适用民事诉讼法的相关规定。

第二，终局裁判生效后自动失效。如果在颁发禁令以后，当事人提起诉讼，则禁令应当一直有效，但在法院所作出的终局裁判生效后，人格权禁令应当失去效力。禁令本身并不具有终局裁判的效力，其效力延续到本案判决作出时。禁令与终局裁判的关系表现在如下两个方面：一方面，在终局判决生效之前，禁令所禁止的行为在法律上是否构成侵权，是否被允许实施，是悬而未决的问题，只有通过终局判决，才能最终确定行为人所实施的行为是否构成侵权。^[24]终局裁判可以改变临时禁令的措施，权利人主张停止侵害，但判决驳回其请求的，则临时禁令应当失效。如果禁令的内容与终局判决的内容不一致，则应当以终局判决为准，错误申请造成被申请人损失的，申请人应当承担赔偿责任。也就是说，终局裁判生效后，应当以该终局裁判作为确定当事人权利义务关系的依据，禁令的效力也随即终止。如果行为人不履行该终局裁判，则应当依据该终局裁判追究其法律责任，而不再依据禁令追究其责任。另一方面，禁令的制度价值在于阻止侵权行为造成更大的损害后果，在终局判决生效之前，如果认定禁令失去效力，则被禁止的行为可能继续实施，这可能导致禁令颁发的目的落空。

（三）错误申请人格权禁令的法律后果

在临时禁令的有效期内，行为人违反禁令造成申请人损害的，则申请人有权请求行为人赔偿。此种损害赔偿纠纷通常与案件一并审理。错误申请人格权禁令的，申请人也应当承担相应的法律责任。毕竟申请禁令将使行为人停止实施某种行为，这可能给其造成一定的损失。例如，在前述“钱钟书书信案”中，被告已经为拍卖作出了大量的准备，并支付了一定的费用，如果法院作出了撤销禁令的裁判，或者在审查中认为颁发禁令的条件不具备，则申请人应当对因此给行为人造成的损害承担责任。在终局裁判生效后，对禁令所造成的损害，申请人应当承担相应的法律责任，受害人可以另诉请求申请人赔偿。依据我国《民事诉讼法》第100条的规定，申请人在提出禁令申请时，应当提出相应的担保，以防止因错误申请而给被申请人造成损失，该规定也应当可以适用于人格权禁令制度。

（撰稿人：王利明）

[1]刘晴辉.正当程序视野下的诉前禁令制度.清华法学, 2008(4).

[2]Tilman Vossius, Current Trends in Interlocutory Injunction Proceedings Relating to Patent Cases in Europe, 2 Int'l Intell.Prop.L.&Pol'y (1998), pp.20-21.

[3]王泽鉴.人格权法.北京：北京大学出版社，2013：390.

[4]U Kerpen, Das internationale Privatrecht der
Persoonlichkeitsrechtsverletzungen-Ein Untersuchung aufrechtsvergleichender
Grundage, 2003, S.26.

[5]有观点认为，我国的行为保全制度与英国的禁制令在效力上、法院是否有必要采取强制执行措施等方面存在明显区别。周翠.行为保全问题研究——对《民事诉讼法》第100-105条的解释.法律科学，2015（4）.

[6]江伟，肖建国.民事诉讼法.北京：中国人民大学出版社，2008：244.

[7]江伟，肖建国.民事诉讼中的行为保全初探.政法论坛，1994（3）.

[8]E Guldix&A Wylleman, De positie en de handhaving van
persoonlijkheidsrechten in het Belgisch privaatrecht, (1999) 36 TPR 1589 at 1645
ff.

[9]参见《著作权法》第50条和《专利法》第66条、《商标法》第65条。

[10]郭小冬.民事诉讼侵害阻断制度释义及其必要性分析.法律科学（西北政法大学学报），2009（3）.

[11]郭小冬.民事诉讼侵害阻断制度释义及其必要性分析.法律科学（西北政法大学学报），2009（3）.

[12]Rozek, Richard P.Economic Analysis of the Risks Associated with Seeking a
Preliminary Injunction.European Journal of Risk Regulation Vol.7, Iussue
1 (2016)：207.

[13]江伟，肖建国.民事诉讼法：第8版.北京：中国人民大学出版社，2018：258.

[14]江伟，肖建国.民事诉讼法：第8版.北京：中国人民大学出版社，2018：258.

[15]Abbott Labs.v.Andrx Pharms., Inc., 452 F.3d 1331, (Fed.Cir.2006) .

[16]Peter S.Menell, Patent Case Management Judicial Guide, Third Edition：
Volume I：Pretrial Case Management, Clause 8 Publishing, pp.3-8.

[17]毕潇潇，房绍坤.美国法上临时禁令的适用及借鉴.苏州大学学报（哲学社会科学版），2017（2）.

[18]eBay Inc.and Half.com, v.Merc Exchange, L.L.C.547 U.S.388. (2006) .

[19]王迁.知识产权法教程.北京：中国人民大学出版社，2016：13.

[20]Peter S.Menell , Patent Case Management Judicial Guide , Third Edition : Volume I : Pretrial Case Management , Clause 8 Publishing , pp.3-13.

[21]江伟 , 肖建国.民事诉讼法 : 第8版.北京 : 中国人民大学出版社 , 2018 : 259.

[22]江伟 , 肖建国.民事诉讼法 : 第8版.北京 : 中国人民大学出版社 , 2018 : 260.

[23]毕潇潇 , 房绍坤.美国法上临时禁令的适用及借鉴.苏州大学学报 (哲学社会科学版) , 2017 (2) .

[24]毕潇潇 , 房绍坤.美国法上临时禁令的适用及借鉴.苏州大学学报 (哲学社会科学版) , 2017 (2) .

第九百九十八条

认定行为人承担侵害除生命权、身体权和健康权外的人格权的民事责任，应当考虑行为人和受害人的职业、影响范围、过错程度，以及行为的目的、方式、后果等因素。

本条主旨

本条规定了认定侵害人格权民事责任的参考因素。

相关条文

《侵权责任法》第6条规定：“行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。根据法律规定推定行为人有过错，行为人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。”

《侵权责任法》第7条规定：“行为人损害他人民事权益，不论行为人有无过错，法律规定应当承担侵权责任的，依照其规定。”

《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》规定：“七、问：侵害名誉权责任应如何认定？答：是否构成侵害名誉权的责任，应当根据受害人确有名誉被损害的事实、行为人行为违法、违法行为与损害后果之间有因果关系、行为人主观上有过错来认定。以书面或口头形式侮辱或者诽谤他人，损害他人名誉的，应认定为侵害他人名誉权。”

理解与适用

本条规定将动态系统论运用到侵害人格权的民事责任中，但在适用中，要区分对物质性人格权与精神性人格权的保护。对物质性人格权的保护不适用动态系统论，而适用最严格的保护标准。

一、对物质性人格权实行最严格的保护

物质性人格权是生命权、健康权、身体权等以生命、健康利益为

客体的具有最强人身专属性的人格权。物质性人格权是人格权乃至所有民事权利中居于最重要位阶的权利，我国民法典关于人格权的规定首先列举生命、健康、身体等权利也表明其是具有基础性地位的权利。物质性人格权也可以说是所有民事权利的享有的基础和前提，因为任何权利都无法离开生命与身体这一物质载体。生命不存在，各种权利的享有也将不复存在。同时，物质性人格权也是最基本的人权，所以，法律对物质性人格权的保护应当被置于首要位置。

《民法典》第998条规定在认定对生命权、健康权等物质性人格权侵害的情形下，不需要考虑行为人和受害人的职业、影响范围、过错程度，以及行为的目的、方式、后果等因素。这主要是基于如下原因。

第一，由于生命健康权具有重要的特殊地位，因而，生命权、健康权等物质性人格权在与其他权利冲突时，基于其至高无上性，应当优先受到保护。即当物质性人格权与其他权利冲突时，法律优先保护物质性人格权。从权利位阶规则角度看，生命权、身体权、健康权、人身自由权等具体人格权与其他人格权相比较，其权利位阶较高，在实现上具有优先性，其根本的原因也正在于这些具体人格权是社会公共利益的体现^[1]，理应优先予以实现。

第二，物质性人格权一般具有不可克减性，对其作出限制应当必须由法律作出规定，即遵循法律保留原则。一般认为，关系到人格核心领域的生命权、身体权、人身自由权等权利在价值排序中处于第一位阶；与此同时，如果认为肖像、隐私等精神性人格权在价值排序上优先于其他利益受到保护则是存在问题的，因为相对于生命健康权等权益而言，这些权利需要受到保护的力度理应相对较小，所以必然需要作出利益平衡。^[2]

第三，对于侵害物质性人格权的侵害，法律往往规定了特殊的救济方式，如侵害生命权的，依据《民法典》第1179条的规定，造成死亡的应当赔偿丧葬费与死亡赔偿金。这些损害赔偿被称为法定的损害赔偿。对于生命权、健康权的侵害之所以要采取法定的损害赔偿，是为了强化对物质性人格权侵害中受害人的充分救济。明确法定赔偿有利于限制法官的自由裁量，也为受害人主张权利提供了明确的指引。正是因为这一原因，所以在侵害物质性人格权情形下，一般不再考虑其他因素。

二、侵害物质性人格权以外的人格权益的民事责任的利益衡量

（一）《民法典》第998条采纳动态系统论的原因

该条将动态系统论运用到侵害物质性人格权以外的人格权的民事责任中，有助于协调和平衡人格权与其他利益之间的冲突。动态系统论最早由奥地利学者威尔伯格（Walter Wilburg）于20世纪40年代提出^[3]，经日本学者山本敬三等人的介绍与传播^[4]，已经为我国法学界所熟知，并在全世界的范围内产生了重要的影响。《欧洲侵权法原则》（PETL）和《欧洲示范民法典草案》（DCFR）均对这一学说进行采纳，使该学说的影响力进一步提升。在我国民法典的编纂中，《民法典》第998条在总结这些经验的基础上，对动态系统论进行了大胆的吸收与借鉴。

威尔伯格动态系统论的基本观点是：调整特定领域法律关系的法律规范包含诸多构成因素，但在具体的法律关系中，相应规范所需因素的数量和因素的强度有所不同，也就是说，调整各个具体关系的规范因素是一个动态的系统。^[5]因此，应当在具体法律关系中通过对动态因素的考量认定责任。^[6]“动态系统提供了一个替代方案：通过明确规定法官裁判时应当考量的各种重要因素，立法者可以达到非常具体化的规定目的，能够决定性地限制法官的自由裁量空间，并且也使得法官自由裁量具有可预见性，而同时又有所控制地兼顾了生活事实的多样性。”^[7]

动态系统论与传统的构成要件论的最大区别在于，构成要件论秉持着“全有全无”的原则，认为构成要件是法律后果的必要且充分条件，当要件全部满足时，结论一定发生，当条件有一个不能满足时，结论就不会发生。就侵权责任构成要件而言，如果将其构成要件确定为过错、损害、行为的违法性、因果关系，则只有在这些构成要件全部满足时，责任才能成立。而动态系统论则与此不同，表现在：一是动态系统论强调各因素的作用。动态系统论认为，在判断责任时，应当对所有的构成要件发挥的不同作用进行评价，针对影响因素的不同程度，来综合考量认定责任。这实际上是一种在量上分层的认定方法。二是动态系统论强调各因素排列上的位阶，引导法官考量这些因素是否满足，但在个案中，并不要求每一个因素满足到特定程度，甚至不要求一定具备全部因素；而是要求考量不同的因素，确定这些因素满足到什么程度，根据案件的具体情况对各个因素进行综合考量。^[8]因素与效果之间的关系不再是“全有全无”，而是“或多或少”。三是强调各因素之间的“互补”。动态体系论的“动态”特征，是指法律规范或者法律效果由“与因素的数量和强度相对应的协同作用”来确定。这里的所说的“协同”是指因素之间具有互补性。^[9]在威尔伯格看来，因素不再像要件一样处于固定的状态，而是作为变量处于动态的考量之

中。如A因素获得了较高度度的满足，那么即使B因素的满足程度较低，在法官的综合考量下，也可能发生因素间的互补。这些因素具有“相互比较”的个性。^[10]正如威尔伯格所指出，“如果一个因素以一种特殊强烈的方式出现，就可充分满足认定存在责任的要求”^[11]。由此可见，动态系统论试图通过抽取一些因素或因子，引导法官考虑该因素或因子的权重，在个案中通过判断不同变量的强弱效果，并结合因素之间的互补性，最终得出案件裁判的结论。相较于构成要件论而言，动态系统论考虑的因素更为宽泛，更具有灵活性与开放性，从而可以适应复杂情况下的公正需要。

虽然理论界对动态系统论的评价不一而足，有学者也指出了动态系统论的作用不应被高估。^[12]且从比较法上来看，民法典中采纳该理论的并不多见，但一些示范法则明确采纳了这一理论。例如，德国学者冯·巴尔（von Bar）教授主持起草的《欧洲私法共同参考框架》（DCFR）第2：101条第3款规定：“在判断赋予损害赔偿或预防损害的权利是否公平且合理时，应参考归责基础、损害或有发生之虞的损害的性质和近因、已遭受或即将遭受损害之人的合理期待以及公共政策考虑。”在库奇奥（Koziol）教授主持起草的《欧洲侵权法原则》第2：102条中确立了利益保护所应考虑的多重因素，主要包括：利益的性质、利益的价值、利益的定义是否精确与明显、行为人与受害人的接近程度、责任性质、行为人的利益（尤其是该行为人行动与行使权利的自由）以及公共利益。^[13]受保护利益的范围取决于该利益的性质：利益价值越高，定义越精确，越显而易见，保护范围就越广泛。该条显然是受到了动态系统论的影响而确定的制度。在责任范围（第3：201条）的规范设计上，库奇奥教授同样采取了动态体系化的模式。由此可见，这两个侵权法的草案都没有提出明确的区分标准，而实际上采纳动态系统论，赋予法官一定的自由裁量权，综合考虑各种因素以确定是否保护利益。由此可见，动态系统论在立法中的采纳，是法律发展的重要趋势。其背后的原因在于，由于社会生活不断变迁，立法者不能预见到所有情形，因而，不得已需要给予法官自由裁量权。但是为了防止自由裁量权的滥用，有必要对其进行限制。而动态系统论恰恰可以完成对于法官行使自由裁量权的限制。动态系统论承认了司法者的自由裁量权，从而能够顾及不同案件的不同情况，并适应社会发展；但又通过立法者对考量因素的划定实现对司法者自由裁量权的限制，司法者要在立法者所划定的考量因素范围内进行思考、论证和说明判决理由。这样，法秩序安定性由立法和司法携手，通过司法者在立法者所划定的考量因素基础上进行论证所取得的共识而予以实现。^[14]

动态系统论介绍到我国的时间并不太久，但在司法实践中已经得

到运用，最典型的是，《精神损害赔偿的司法解释》第10条并没有采纳构成要件论，而是列举了诸多精神损害赔偿数额判断的因素^[15]，引导法官通过考量这些因素，决定是否作出或者作出多少精神损害赔偿。在民法典人格权编编纂中，通过总结司法实践经验，在多个条款采纳了动态系统论。

在民法典人格权编编纂中，多个条款采纳了动态系统论，这主要是因为以下几个原因。

第一，人格权中各项权利的位阶存在差异。在持动态系统论观点者看来，不同的权利或利益的性质，在法律的保护上存有不同。人格权与物权和债权不同，在物权和债权中，并没有此种位阶的区分，很难说用益物权与担保物权何者应当更优先受到保护，但人格权中各项权利的位阶存在差异。生命、身体或精神上的完整性、人格尊严、人身自由处于最优先的地位，财产权次之，纯粹经济损失和合同债权又处于财产权之后。^[16]在各项具体人格权中，各种权利或利益的价值不同，其利益价值越高，受到的保护就越广泛和有力。^[17]具体到人格权中，生命、身体、健康等人格利益是处于最优越地位的，尤其是生命权应该被置于首位，而精神性人格利益，如肖像、隐私等相较于物质性人格权而言，位阶则相对较低。例如，在疫情的防控中，基于对生命安全保护的考量，在生命权与隐私权发生冲突时，应当优先保护生命权，生命、身体或精神上的完整性享受最广泛的保护。生命健康等物质性人格利益要优于精神性人格利益，因此，位阶低的利益在保护上要受到更大的限制。^[18]这一点已经普遍达成共识。因此，人格权所具有的特征，就决定了对处于不同位阶的人格权，在判断其侵权是否成立、是否提供必要救济、提供何种救济等问题上，就要依据其所处的位阶进行综合考量。区分不同位阶进行保护，就是通过动态系统论中的因子或因素的考量实现的。

第二，人格权保护与其他利益保护冲突频发。人格权不同于财产权，人格权与其他利益常常发生冲突。财产权虽然也可能与其他利益发生冲突，如财产权的行使可能与公共利益、生态环境保护的利益相冲突，但是相较于人格权而言，其与其他利益发生冲突的可能性较小，即使发生冲突，该冲突也不如人格权的复杂。例如，在判断隐私权是否应当受到保护时，常常要将其与言论自由、公共利益等权利或利益进行平衡，而在名誉权的保护中，也往往要考虑新闻自由与舆论监督的关系。因此，法律需要协调各种可能产生的利益冲突，确保每一种权利都受到相应的保护，而不能因为保护其中一种，就牺牲其他的权利或利益。正如库奇奥所指出的，从比较法上来看，各国都比较重视侵害人格权尤其是精神性人格权情形下的利益平衡。在言论表达

自由、媒体自由与人格权发生冲突时，在某些情况下，需要优先保护言论表达自由，但不能当然认为应当优先保护言论表达自由和媒体自由，因为媒体自身也应当对社会和他人负有一定的义务和责任。当两种利益冲突时，法院在个案中应当进行全面的利益衡量，以确定应当优先保护哪一种权利。^[19]在协调二者之间的关系时，既要尊重个人的人格权，又要维护言论自由。^[20]每个人的权利都应当受到保护，但不能因为保护某人的利益，而过分牺牲或损害他人的利益。^[21]

《欧洲侵权法原则》第2条第6款规定：“决定利益保护范围时，应考虑行为人的利益，尤其是该行为人行动与行使权利的自由，以及公共利益。”^[22]我国《民法典》人格权编中，大量涉及对价值冲突的协调。例如，《民法典》第999条有效协调了人格权保护与新闻报道、舆论监督的关系，《民法典》第1027条第2款协调保护名誉权与鼓励创作自由的关系。《民法典》第1020条确定了肖像权保护和合理利用的平衡关系，协调在隐私保护中，个人隐私保护与维护公共利益之间的冲突。《民法典》第1036条在个人信息保护中，妥当平衡了个人信息的保护与合理利用的关系。此决定了法官在考虑责任时，很难采纳构成要件论确立责任，而必须要对各个因素进行综合考量。

第三，人格权益的受保护程度不同。人格权编中不仅对人格权利进行了规定，同时也对个人信息等人格利益进行了规定。一方面，权利与利益，其受到保护的程度并不相同。例如，对隐私信息的保护，在隐私权与个人信息保护部分均有规定，但是对隐私信息的保护优先适用对隐私权的保护，而非对个人信息的保护。这就是考虑到通过隐私权进行保护，相较于通过个人信息保护而言更为有力。同样，对肖像权与声音利益的保护也并不完全相同，人格权编虽然承认了声音利益，但对其的保护也与对肖像权的有所不同。由于人格权的开放性较为明显，不断涌现的新型人格利益可能并不一定会被上升为权利予以保护，这也就决定了其与财产权不同，需要考量这些权利与利益的受保护的程度；对于法律并未明确规定的利益通过一般人格权予以保护时，更是需要考虑多种价值之间的权衡关系。换言之，确定一般人格权的具体保护范围时，动态系统的运用空间更大。另一方面，就精神性人格权而言，因权利人的职业等原因（如是否是公众人物），对其人格权的限制也不同，这也成为动态系统论在人格权编被采纳的重要原因。

第四，人格权侵害的不同情形导致救济方式的差异。在财产权遭受侵害的情形下，一般都要采取损害赔偿的救济方式，而此种方式以及完全赔偿原则的采用，就是对财产权进行保护的最好方法。但人格权遭受侵害的情形并不相同。一方面，在人格权遭受侵害的情形下，常常并没有发生财产损害，而只是发生了精神损害。但是精神损害赔偿

偿很难像财产损害一样，运用清晰明确的标准进行判定或计算。在财产损害赔偿计算中可适用“差额说”，通过比较损害发生前后的财产差额，即可确定损害赔偿的数额，但是在精神损害赔偿中，却无法根据这一差额进行判断，而只能由法官综合考量各种因素进行判定。在瑞士法中，在侵害人格利益的情形下，如果没有抗辩理由，则将认定行为具有过错，在判断抗辩事由能否成立时，需要考虑将受害人的利益与相对应的私法和公法的利益相比较，如果相关人格利益的保护是不重要的，则行为人的过错就可能会被排除。^[23]《精神损害赔偿的司法解释》第10条就明确规定了精神损害赔偿计算中需要考量的各种因素。^[24]依据这一规定，精神损害赔偿计算要考虑到各种特殊的情形，给法官一定的自由裁量权，从而使法律系统更加富有弹性。而过错程度的考虑是一个重要的因素。^[25]另一方面，人格权遭受侵害或有侵害之虞时，在确定是否应当适用消除影响、恢复名誉、赔礼道歉等责任形式时，应当考虑行为人的行为具体方式和造成的影响范围。需要综合考量受害人所受损害的情形，这也有必要采用动态系统论。

社会生活是复杂的，侵权案件也是不断变化和发展的。“个案中通过被侵害利益保护力度、行为正当化程度、因果关系贡献度、过错程度等因素的综合平衡，来确定损害赔偿的范围。”^[26]《民法典》人格权编采纳了动态系统论，既是对我国司法实践经验的总结，也是回应人格权救济方式的特殊性和内在要求，所作出的立法选择，对于正确认定侵害人格权的责任具有重要意义。

（二）认定行为人承担侵害物质性人格权以外的人格权的民事责任需考量的因素

首先，要区分物质性人格权与其他人格权（标表型人格权和精神型人格权）。物质型人格权是生命权、健康权、身体权等以生命、健康利益为客体的具有最强烈人身专属性的人格权。物质型人格权是人格权乃至所有民事权利中居于最重要位阶的权利，我国民法典关于人格权的规定首先列举生命、健康、身体等权利，也表明其是具有基础性地位的权利。物质型人格权也可以说是所有民事权利享有的基础和前提，因为任何权利都无法离开生命与身体这一物质载体。生命不存在，各种权利的享有也将不复存在。同时，物质型人格权也是最基本的人格权，所以，法律对物质型人格权的保护应当被置于首要位置，以加强对物质型人格权的保护。对于侵害物质型人格权的情形，法律往往规定了特殊的救济方式，如侵害生命权的，依据《民法典》第1179条的规定，造成死亡的应当赔偿丧葬费与死亡赔偿金。这些损害赔偿被称为法定的损害赔偿。法官对侵害物质型人格权的情形，应当直接适用法定赔偿金，而一般不再考虑行为人和受害人的职业、影响

范围、过错程度等因素。

其次，采纳动态系统论，关键是要确定法官要考量的因素。依据《民法典》第998条规定：认定行为人承担侵害除生命权、身体权和健康权外的人格权的民事责任，应当考虑如下因素。

1.行为人和受害人的职业

就行为人而言，其自身职业与责任的认定、影响的范围等都有总结联系。例如，如果行为人从事的是新闻媒体的工作，因新闻媒体职业而作出新闻报道行为，在认定责任时，就应当协调人格权的保护与新闻报道和舆论监督的价值之间的关系，予以平衡。

就受害人而言，考虑职业因素的立法目的并不在于对某些不同职业的人提供有区别的特殊保护，而是旨在平衡职业背后的社会利益与个人利益。例如，出于对公众人物、公职人员的监督等，适度披露其收入、财产状况等，或对其行为进行适度的评论或批评，其目的在于实现更为广泛的社会利益，因而不构成侵权。从司法实践来看，考虑受害人的职业主要是要解决公众人物（public figure）人格权保护问题。公众人物是指在社会生活中具有一定知名度的人，其因特殊才能、成就、经历或其他特殊原因而为公众熟知。公众人物大致包括政府公职人员，公益组织领导人，文艺界、娱乐界、体育界的明星，文学家，科学家，知名学者以及劳动模范等知名人士。公众人物的概念最早起源于美国，最初在1964年《纽约时报》诉沙利文一案中首先确立了“公共官员”的概念。我国现行立法并没有对公众人物的概念作出规定，但司法实践却发展了公众人物的规则。例如，在“范志毅诉文汇报新民联合报业集团名誉权纠纷案”^[27]中，上海市静安区人民法院判决范志毅败诉，在判决中首次使用了“公众人物”一语：“即使原告认为争议的报道点名道姓称其涉嫌赌球有损其名誉，但作为公众人物的原告，对媒体在行使正当舆论监督的过程中，可能造成的轻微损害应当予以容忍与理解。”^[28]对公众人物的人格权，如隐私权、名誉权等，应当进行必要的限制，其意义主要在于：一方面，这对反腐倡廉也是有意义的。阳光是最佳的防腐剂，由于公众人物的言行举止，以及他们从事的活动常常关系公共利益，因而他们理应受到社会舆论的监督。^[29]所谓“高官无隐私”就意味着，政府公职人员的某些隐私权、名誉权等可能要受限制，公众对公众人物的公开活动及其公开表示的内容所涉及的全部事实都具有合法的知情权。^[30]另一方面，对于保障公民知情权、协调新闻报道、舆论监督与人格权保护的关系也十分必要。因为公众人物作为高官、商贾名流、文体明星等，其有关财产、婚姻、交友、嗜好等言行举止以及某些私生活领域关系到公共利益和公众兴趣，民众有权利知道其生活的部分内容。尤其是在舆论监

督行使过程中，应当侧重保护舆论监督的权利，因为该权利毕竟关系到对公共利益的维护。^[31]舆论监督中难免有误会、误伤、夸大其词的情况发生，只要不具有恶意，且情节轻微，一般不宜认定为侵权。

此外，在职业的认定上，是否应当包括兼职在内？有观点认为，该条中的职业应当仅包括所从事的专门的全职性工作，而不应当包括兼职。笔者认为，这种观点有待商榷。如前所述，该条的立法旨并不在于对行为人与受害人职业本身提供特别保护，而是对职业背后的社会公共利益进行保护。因此，某一具有一定社会影响的当事人无论是因为全职还是兼职获得了该社会影响，均应适用该条的规定。而不应当在形式上对全职或兼职进行限制。例如，许多公众人物如“网红”等，都是有其他全职工作的，不能据此认定由于其全职工作不涉及公共事务领域，就否定其社会影响力。

2. 影响范围

就为人而言，判断其承担人格权侵权责任重点在于确立影响范围，因为不同的侵权后果意味着侵权严重程度的不同，这就必然导致侵权责任也存在程度的差异。影响范围通常与行为人的行为方式联系在一起。例如，当着数人的面诽谤他人与在网上公开诽谤他人相比，显然，后者的影响范围更大，在确定行为人的民事责任时，要考虑行为人所造成的是全国乃至更大范围的影响，还是仅仅局限在某地区、某学校、某单位等，这对于确定行为人应当承担或者如何承担消除影响、恢复名誉、赔礼道歉的责任至关重要。

3. 过错程度

在侵害人格权的场合，需要考量行为人主观过错。故意是指行为人预见自己行为的结果，仍然希望或放任结果的发生。故意为典型的一类过错，也是过错中最重的一种。过失是和故意相对应的一种过错形式。按照一般的理解，民事过失是指行为人对自己行为的结果应当预见或者能够预见而没有预见，或虽然预见了却轻信这种结果可以避免。罗马法实际上将过失仅区分为重过失和轻过失两种。^[32]现代大陆法国家基本上仿照罗马法将过错形式原则上区分为故意和过失两种。比较法上普遍注意考量过错程度。例如，在瑞士法中，在侵害人格权的情形下，如果没有抗辩理由，则将认定行为人具有过错，在判断抗辩事由能否成立时，需要考虑将受害人的利益与相对应的私法和公法的利益相比较，如果相关人格利益的保护是不重要的，则行为人的过错就可能会被排除。^[33]再如，住宅和公共场所中虽然都存在隐私，比较法对其保护程度是不同的，即使是在公共场所，公众人物的隐私保护和一般人的隐私保护也是有差异的，这都涉及对权利本身的

确认和具体保护问题，而不是仅简单套用侵权责任的构成要件。也就是说，人格权在遭受侵害时，判断侵权责任是否成立所要进行的利益考量更为复杂，需要平衡各种冲突的利益。^[34]

4.行为的目的

行为人行行为的目的也会对侵害人格权民事责任的认定产生一定的影响。例如，行为人利用他人的人格权是为了正当的舆论监督、新闻报道等符合公共利益的目的，还是为了个人的娱乐、消遣，是为了反腐需要而正当地进行检举控告，还是为了泄私愤、图报复，是为了商业目的还是非商业目的，都是应当考虑的因素。

5.行为的方式

行为人在实施某种行为时，采取口头或书面以及其他形式，所造成的损害后果是不同。例如，在网上发表新闻报道或评论，损害他人的名誉权，在某个微信群诽谤他人和在影响较大的网站上诽谤他人，影响范围是不同的。一般而言，书面方式与口头方式所造成的影响后果是不同的。在侵害名誉权纠纷中，是进行新闻报道，还是从事文学创作，是自己创作还是转载，是主动爆料还是被动采访，各种方式是不同的，这些都会对侵害人格权民事责任的认定产生影响。

6.行为的后果

侵害他人人格权的行为，所造成的损害后果是不一样的。有的造成受害人的名誉受损，有的造成隐私披露，有的仅仅只是造成财产损失，有的还造成严重精神损害。有的只是造成小范围的影响，有的可能造成全国范围乃至更大范围的影响。这些都是确定侵害人格权民事责任需要考虑的因素。

总之，《民法典》第998条只是针对精神性人格权予以适用。由于物质性人格利益处于较高的权利位阶，因而其受到较为绝对的保护，而相较于物质性人格权而言，精神性人格权保护则具有更多的例外，或受到更多的限制，这也正是仅在精神性人格权中使用动态系统论的思路判定侵权的重要原因。

（三）动态系统论要求综合考量各项因素、强化法官的裁判说理

《民法典》第998条引入动态系统论，要求法官在确定责任时对于诸多因素存在的范围、程度以及它们在整体权重中的相互关系进行一种综合的、动态的评估，相对于决定的责任构成要件论而言，更为

科学合理。^[35]所谓综合考量，就是要考虑各种因素所实际产生的作用。在动态系统论下，各因素相互之间不再是孤立、割裂的关系，诸因素之间的互动、相互补充，呈现出动态的状态。以通过《民法典》第998条判断行为人的行为是否侵害名誉权为例，如果行为人的行为出于舆论监督的目的，就可能降低其构成侵害的可能；而如果其方式和手段较为恶劣，则会显著增加其构成侵害的可能。法官只有结合受害人的职业、影响范围、过错程度，以及行为的目的、方式、后果等因素进行综合的判断，才可以得出行为人是否应当承担侵害名誉权的责任的结论。在这些因素之中，多重因素之间还可能具有一定的关联关系，如受害人的职业关系到行为的影响范围，行为人的行为方式也与行为人的过错程度存在明显的联系。这些因素虽然可能存在正相关或负相关的关系，但并不意味着分别对其判断就没有价值。

首先，要考虑各个因素都有独立存在的价值。例如，虽然行为手段与过错程度紧密联系，但是行为手段本身也具有单独判断的价值，因为行为手段的背后还关系到公序良俗、公共利益等问题，是过错程度无法涵盖的。虽然这些因素之间通常可能存在关联关系，但是也可能出现其他可能。例如，虽然受害人为公众人物，但由于行为人并非在大众媒体上散播消息，因而影响较小。

其次，实现因素之间的互补。动态系统论中强调了各种因素与因子的互补。但是，这些互补的关系在立法上无法被直接规定，而只能交由司法实践进行操作。动态体系论之所以被称为“动态”，就在于因素之间的互补性。在威尔伯格看来，各种因素对责任影响的强度是不一样的，但法官在考量这些因素时，不是简单地考量是否满足某一因素，而是兼顾各种因素，虽然有的因素强度低，但如果其他因素强度高，则仍然可以导致责任的成立。这也就是要综合考量。威尔伯格试图从诸因素的协同作用这种观点来构建评价的框架，由此为回应实际生活的必要打开了可能性大门；同时又确保了一定的原则性。^[36]

最后，要注重比例原则的运用。此种方式也称“个案衡量（ad hoc balancing）”，也就是说，在个案中要运用比例性原则调和相冲突的权利和价值。^[37]例如，法律允许出于公共利益等目的对一些精神性人格权合理使用，但此种使用应当限制在合理的范围内。也就是说，凡是能够最小化使用的，应当进行最小化使用。凡是能够在一定范围内使用的，就不必要扩大其使用范围。凡是能够使用后及时向权利人通知的，就应当及时通知权利人。如果在使用后能够及时删除或者有必要删除，则应当在合理期限内及时删除。在使用他人的人格利益时，要尽量避免对他人过大的损害。行为人如果恶意过度使用他人人格权，即便是为了实施新闻报道、舆论监督等行为，也可能构成侵

权。一个侵权行为在不同时间段实施，其后果也有可能是不一样的，责任自然也会存在差别。概言之，侵权责任的确定必须与侵权行为的程度相适应。

裁判说理义务是法官独立行使审判权的应有之义。在我国司法改革中，要突出法官的办案主体地位，让审理者裁判、由裁判者负责。但是，在依法保障法官独立行使审判权之后，就应当强化裁判文书的说理，法官应当将裁判文书说理作为其应尽的义务。也就是说，法官要依法独立行使审判权，其就应当充分尽到说理的义务，二者应当是不可分离的。因为只有强化裁判文书说理，才能有效规范法官独立审判权的行使。如果不课以法官进行裁判说理的义务，法官的独立审判权可能异化为法官的恣意，司法公正也难以实现。在人格权编采纳动态系统论以后，法官的论证说理义务被进一步强化。这就是说，整个动态系统论的运用，本身是一个法官的自由心证过程，更应当是一个说理论证过程，法官应当阐明其是如何考虑法定的因素的，这些因素是否成立，对这些因素如何综合考量，是否采纳比例原则，对特定责任形式的采取，是否考虑了受害人的职业、影响范围、过错程度以及行为的目的、方式、后果等多种因素，等等。这些说理论证越充分，则责任及其责任范围的确定就越合理。动态系统论要求法官合理论证其判断产生的过程和影响其判断的因素，从而促进裁判的公正。法官通过考虑立法中划定的考量因素，结合具体个案案情予以论证说理，有助于避免法官过分的恣意，因为其要考虑立法中划定的因素，且法官可以结合具体个案予以更为灵活的判断。同时，法官的论证说理有助于在考虑因素的规范基础上，通过论证说理形成“重叠共识”，此种共识能够保障法律的确定性。换言之，动态系统并非仅考虑个案灵活性而不考虑法律的确定性，只不过其是通过共识的形成保障确定性，其中的关键就是法官要予以论证说理。

通过法官的论证说理，在形成共识时，要对这些共识进行整理，从而在动态系统的基础上形成不同的案例类型，这些类型化的整理有助于减轻法官的论证负担。因此，法官在立法动态系统确定的因素基础上进行论证，进而形成类型化整理，类型化整理又部分减轻了法官的论证负担。由此，动态系统以法官的论证义务作为中介，实现了确定性和灵活性之间的有机而非固化的平衡。

（撰稿人：王利明）

[1]王轶.民法原理与民法学方法.北京：法律出版社，2009：31-59.

[2]考茨奥，等.针对大众媒体侵害人格权的保护：各种制度与实践.北京：中国法

制出版社，2012：5.

[3]Walter Wilburg, Entwicklung Eines Beweglichen Systems Im Bürgerlichen Recht, Verlag Jos.A.Kienrech/Graz, 1950.

[4]山本敬三.民法中的动态系统论——有关法评价及方法的绪论性考察.解亘,译//梁慧星.民商法论丛:第23卷.香港:金桥文化出版(香港)有限公司,2002:213.

[5]同②177.

[6]海尔穆特·库奇奥.损害赔偿法的重新构建:欧洲经验与欧洲趋势.法学家,2009(3).

[7]海尔穆特·库奇奥.损害赔偿法的重新构建:欧洲经验与欧洲趋势.法学家,2009(3).

[8]山本敬三.民法中的动态系统论——有关法评价及方法的绪论性考察.解亘,译//梁慧星.民商法论丛:第23卷.香港:金桥文化出版(香港)有限公司,2002:207-208.

[9]解亘,班天可.被误解和被高估的动态体系论.法学研究,2017(2).

[10]解亘,班天可.被误解和被高估的动态体系论.法学研究,2017(2).

[11]B.A.Koch, "Wilburg's Flexible System in a Nutshell", in: Koziol/B.C.Steining, European Tort Law: Liber amicorum for GelmutKoziol, 2000, pp.293 ff.

[12]解亘,班天可.被误解和被高估的动态体系论.法学研究,2017(2).

[13]European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law: Text and Commentary, Springer, 2005, p.191.

[14]朱虎.侵权法中的法益区分保护:思想与技术.比较法研究,2015(5):52-55.

[15]该条规定:“精神损害的赔偿数额根据以下因素确定:(一)侵权人的过错程度,法律另有规定的除外;(二)侵害的手段、场合、行为方式等具体情节;(三)侵权行为所造成的后果;(四)侵权人的获利情况;(五)侵权人承担责任的经济能力;(六)受诉法院所在地平均生活水平。”

[16]张玉东.动态系统论及其对PETL和《奥地利损害赔偿法草案》的影响.国外社会科学前沿:第20辑.上海:上海人民出版社,2017:450.

[17]海尔穆特·库奇奥.侵权责任法的基本问题.朱岩,译.北京:北京大学出版社,2017:179.

[18]欧洲侵权法小组.欧洲侵权法原则：文本与评注.于敏，等译.北京：法律出版社，2009：63.

[19]库奇奥，等.针对大众媒体侵害人格权的保护：各种制度与实践.北京：中国法制出版社，2012：29.

[20]App.E of the Report of the Committee on Privacy (the Younger Report) , Cmnd.5012 (1972) .

[21]库奇奥.侵权责任法的基本问题（第一卷）：德语国家的视角.朱岩，译.北京：北京大学出版社，2017：16.

[22]European Group on Tort Law , Principles of European Tort Law : Text and commentary , Springer , 2005 , p.193.

[23]A Bucher , Natuerliche Persoenen und Persoenlichkeitsschutz , Helbing&Lichtenhahn , 1995 , S.162ff.

[24]该条规定：“精神损害的赔偿数额根据以下因素确定：（一）侵权人的过错程度，法律另有规定的除外；（二）侵害的手段、场合、行为方式等具体情节；（三）侵权行为所造成的后果；（四）侵权人的获利情况；（五）侵权人承担责任的经济能力；（六）受诉法院所在地平均生活水平。”

[25]海尔穆特·库奇奥.损害赔偿法的重新构建：欧洲经验与欧洲趋势.法学家：2009（3）.

[26]叶金强.论侵权损害赔偿范围的确定.中外法学，2012（1）：155.

[27]上海市静安区人民法院（2012）静民一（民）初字第1776号民事判决书。

[28]“范志毅诉文汇新民联合报业集团侵犯名誉权案”的一审判决。

[29]丁晓燕.论对新闻名誉侵权案件中对公众人物的反向倾斜保护.人民司法，2004（4）.

[30]H De Page , Traite elementaire de droit civil beige , TomeII , Les Personnes , volumeI , par J-P Masson , Brussels , Bruylant , 1990 , p.57.

[31]王军.舆论监督与公众人物名誉权保护.法学杂志，2005（1）.

[32]陈朝壁.罗马法原理：上.上海：商务印书馆，1937：148，149.

[33]A Bucher , Natuerliche Persoenen und Persoenlichkeitsschutz , Helbing&Lichtenhahn , 1995 , S.162ff.

[34]Larenz&Canaris, Lebrbuch des Schuldrechts, vol.II/2, 1994, S.491.

[35]李中原.论侵权法上因果关系与过错的竞合及其解决路径.法律科学, 2013 (6) : 103.

[36]山本敬三.民法中的动态系统论——有关法评价及方法的绪论性考察.解亘, 译//梁慧星.民商法论丛:第23卷.北京:法律出版社, 2002: 210.

[37]王泽鉴.人格权法.北京:北京大学出版社, 2013: 316.

第九百九十九条

为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为的，可以合理使用民事主体的姓名、名称、肖像、个人信息等；使用不合理侵害民事主体人格权的，应当依法承担民事责任。

本条主旨

本条是关于人格利益合理使用规则的规定。

相关条文

《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》规定：“六、问：因新闻报道或其他作品引起的名誉权纠纷，如何确定被告？答：因新闻报道或其他作品发生的名誉权纠纷，应根据原告的起诉确定被告。只诉作者的，列作者为被告；只诉新闻出版单位的，列新闻出版单位为被告；对作者和新闻出版单位都提起诉讼的，将作者和新闻出版单位均列为被告，但作者与新闻出版单位为隶属关系，作品系作者履行职务所形成的，只列单位为被告。”

《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》规定：“八、问：因撰写、发表批评文章引起的名誉权纠纷，应如何认定是否构成侵权？答：因撰写、发表批评文章引起的名誉权纠纷，人民法院应根据不同情况处理：文章反映的问题基本真实，没有侮辱他人人格的内容的，不应认定为侵害他人名誉权。文章的基本内容失实，使他人名誉受到损害的，应认定为侵害他人名誉权。”

《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解释》规定：“六、问：新闻单位报道国家机关的公开的文书和职权行为引起的名誉权纠纷，是否认定为构成侵权？答：新闻单位根据国家机关依职权制作的公开的文书和实施的公开的职权行为所作的报道，其报道客观准确的，不应当认定为侵害他人名誉权；其报道失实，或者前述文书和职权行为已公开纠正而拒绝更正报道，致使他人名誉受到损害的，应当认定为侵害他人名誉权。”

《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解释》规定：“七、问：因提供新闻材料引起的名誉权纠纷，如何认定是否构

成侵权？答：因提供新闻材料引起的名誉权纠纷，认定是否构成侵权，应区分以下两种情况：（一）主动提供新闻材料，致使他人名誉受到损害的，应当认定为侵害他人名誉权。（二）因被动采访而提供新闻材料，且未经提供者同意公开，新闻单位擅自发表，致使他人名誉受到损害的，对提供者一般不应当认定为侵害名誉权；虽系被动提供新闻材料，但发表时得到提供者同意或者默许，致使他人名誉受到损害的，应当认定为侵害名誉权。”

理解与适用

一、为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为的，可以合理使用民事主体的有关人格利益

（一）为公共利益实施新闻报道、舆论监督等需要可以合理使用他人的人格利益

所谓合理使用，是指出于公共利益等目的的需要而在未得到权利人同意的情形下，对他人的使用。^[1]在基于新闻报道和舆论监督等需要而合理使用他人人格利益的情形下，即便没有取得权利人同意，行为人的行为也不构成侵权。

《民法典》第999条规定：“为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为的，可以合理使用民事主体的姓名、名称、肖像、个人信息等；使用不合理侵害民事主体人格权的，应当依法承担民事责任。”该条对人格利益的合理使用规则作出了规定。依据该规定，对人格利益的合理使用，应当符合如下几个条件。

第一，必须出于公共利益的目的。公共利益是不特定多数人的利益，它也是公序良俗的重要组成部分。出于公共利益的需要而对人格权进行限制，是各国法律普遍认可的基本原则。通常，新闻报道和舆论监督主要涉及公共利益的保护，基于这种公共利益，诸如姓名权、名称权、肖像权和个人信息权益等可以被合理使用。但即使是实施新闻报道、舆论监督等行为，也必须是出于公共利益的限制，才构成对人格权的合理限制。例如，在自媒体时代，一些自媒体所作出的有关明星的花边新闻的报道可能出于娱乐等非公共利益的目的，实施此种行为，不应当对人格权构成合理的限制。

第二，必须实施了新闻报道、舆论监督等行为。所谓新闻报道，是指媒体组织稿件，对新闻文本进行加工、编辑，并以一定技术手段制作介质或安排播出的过程。^[2]所谓舆论监督，是指新闻工作者以及

其他人依法通过新闻媒体发表意见或言论，对社会的政治生活、经济生活、文化生活等进行批评，实行监督的权利。^[3]新闻报道、舆论监督等与人格权保护之间存在一定的冲突，这尤其体现在新闻侵权中，法律若过分强调对个人人格权的保护，则必须适当限制新闻工作者在从事新闻活动中的工作；反之，如果法律对舆论监督活动实行优先保护，则必然要求受害人对新闻侵害人格权的行为特别是轻微的侵害人格权的行为予以容忍。因此需要协调好两者的关系。

第三，必须符合人格权的性质。也就是说，生命、身体、健康等物质性人格权依其性质不能进行使用，不得成为本条限制的对象，同时，即使对一些精神性人格权，如名誉权，通常也很难进行合理限制。

合理限制规则实际上有效协调了人格权的保护与新闻报道、舆论监督等价值的冲突问题。从比较法上来看，对人格权的确认和保护常常涉及与新闻报道、舆论监督等的相互关系，在这些情况下，应对对立双方的利益进行谨慎和恰当的平衡。^[4]在欧洲的一些国家，人格权经常在与表达自由权的权衡中处于次位。^[5]在美国同样如此，在《纽约时报》诉沙利文案中，美国联邦最高法院的布伦南大法官首次提出了“公共官员”的概念，以及对公众人物隐私权的必要限制。^[6]在此案之后，表达自由处于更高的价值位阶，此种宪法上的特权经常用来作为对诽谤的抗辩。我国司法实践中也出现了大量的人格权与舆论监督权利之间冲突的案件。例如，在“范志毅诉文汇新民联合报业集团侵犯名誉权案”中，法院认为，范志毅系中国著名球星，自然是社会公众人物，关于国足和范志毅的任何消息，都将引起社会公众和传媒的广泛兴趣和普遍关注。《东方体育日报》依据这一客观情况撰写报道，“其消息来源并非主观臆造，从文章的结构和内容上看，旨在连续调查赌球传闻的真实性。从表面上看，报道涉及的是范志毅个人的私事，但这一私事与社会公众关注世界杯、关心中国足球相联系时，这一私事就不是一般意义的私事，而属于社会公众利益的一部分，当然可以成为新闻报道的内容。新闻媒体对社会关注的焦点进行调查，行使报道与舆论监督的权利，以期给社会公众一个明确的说法，并无不当”^[7]。

应当看到，一方面，法律需要对民事主体的人格权予以充分保护。人格权既是民法所确认的民事权利，也是宪法所确认的公民的基本权利，应受到法律的充分保护。自由止于权利，同样，新闻工作者行使舆论监督的权利时，也应当尊重自然人、法人以及非法人组织所享有的人格权，不得妨碍其正当行使权利。在现代社会，利用大众传播媒介侵害个人隐私等人格权的行为变得更为容易，所造成的影响也

更为严重，因此，法律必须加强对人格权的保护，以限制滥用新闻自由权利的现象。我国《宪法》第38条、第51条规定，新闻工作者行使言论自由权、舆论监督权必须严格遵守国家的法律和法规，应当尊重他人人格尊严、不得侵害他人名誉和隐私等权利。另一方面，法律也应当妥当平衡人格权保护与新闻报道、舆论监督之间的关系。在现实生活中，舆论监督机制尚不够健全，舆论监督的作用没有得到充分的发挥。广大新闻工作者对各种丑陋、违法现象进行揭露和批评总会遇到各种阻力和困难，在此情况下，更应该鼓励新闻工作者大胆行使舆论监督的权利，并应对正当的监督实行特殊保护，因为“如果诽谤判得太多，记者和传媒动辄受罚，在我们这样一个舆论监督本来就不发达的国家，其后果就可想而知了”^[8]。可见，新闻报道、舆论监督和人格权保护之间的关系并没有得到有效平衡。

我国民法典人格权编通过允许基于新闻报道和舆论监督等合理使用他人的人格权，以解决新闻报道、舆论监督之间的冲突，该冲突主要体现为言论自由与名誉权、肖像权、隐私权等权利保护之间的冲突。对大量的精神性权利的侵害，行为人是否有过错，判断是非常复杂的，它涉及精神性权利和言论自由等其他价值的协调。

（二）合理使用是对人格权的一种法定限制

人格权并非天赋人权，而是一种法定的权利，因为此种权利可以受到法定的必要限制，而《民法典》第999条关于合理使用本质上就是法律对人格权进行的限制。之所以对人格权的限制要采取法定的方式，是因为：一方面，人格权是一种基本的民事权利。依据《立法法》第8条的规定，“民事基本制度”应当由法律作出规定。人格权属于民事主体所享有的基本民事权利，对人格权的限制在性质上也是人格权制度的重要内容，属于民事基本制度的范畴，应当由法律作出规定。如果允许法律之外的规范性文件如行政法规、部门规章等对人格权进行限制，可能会对人格权的保护设置过多的限制，不利于充分保护民事主体的人格权。另一方面，对人格权的限制由法律作出规定，也有利于协调人格权与其他权利之间的关系，防止权利冲突。人格权的类型复杂，各项人格权之间可能存在一定的交叉。例如，隐私权、个人信息权、名誉权之间就可能存在交叉。这就有必要通过法定化明确权利的内涵和外延，防止各项人格权之间发生冲突。人格权法定有利于权利人行使其权利，捍卫其权利，通过人格权的法定，可以区分某一人格权与其他人格权，尤其是对人格权进行法定限制的规则，如隐私权，有利于保障人的行为自由。^[9]还应当看到，人格权的性质不同，对人格权的限制也存在一些区别。就合理使用而言，其针对的是精神性人格权，而非物质性人格权，生命权、身体权、健康权等物质

性人格权与个人的主体资格和人格尊严存在直接关联，不受合理使用规则的限制。通过合理使用规则对人格权作出限制，也是为了协调人格权与其他价值之间的冲突，兼顾人格权的保护与新闻报道、舆论监督等价值之间的关系。

在我国，权利都是法律赋予的，并都受到法律的限制。对人格权的保护同样需要平衡权利人的利益与公共利益之间的关系，因为人格权作为私权，可能与社会公共利益发生冲突，在特殊情况下，出于维护公共利益的需要，法律可以对人格权的内容作出限制。因此，对人格权的合理使用必须是出于维护公共秩序和善良风俗的需要，必须出于维护公共利益的需要，否则难以构成合理使用。

二、人格利益的合理使用

尽管行为人为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为的，可以合理使用民事主体的有关人格权，但依据《民法典》第999条的规定，行为人必须在必要范围内合理使用他人的人格利益。人格利益的合理使用在性质上属于对人格权的限制。该限制应当在合理范围内进行，避免对人格权构成不当妨碍，否则，人格权合理使用的正当性也将不复存在。例如，如果行为人恶意过度使用他人人格权，即便是为了实施新闻报道、舆论监督等行为，也难以成立合理使用。

从本条列举的范围来看，人格权合理使用的对象为姓名、名称、肖像、隐私、个人信息等精神性的人格权。物质性人格权如生命权、身体权、健康权，是个人最为重要的人格权，事关个人的主体资格，与个人的人格尊严具有最为密切的关联，因此，需要强化对物质性人格权的保护；同时，物质性人格权一般不会与新闻报道、舆论监督等公共利益发生冲突，客观上也难以成为合理使用的对象。因此，虽然该条在规定合理使用的人格权益的范围时使用了兜底性的规定，但按照同类解释规则，应当将其限定为精神性人格权。

由于人格权的合理使用在性质上属于对人格权的限制，因而该限制应当在合理范围内进行。合理的判断标准应当通过比例原则来确定。这就是说，尽管基于新闻报道和舆论监督的需要，有必要对他人的姓名、肖像等进行使用，而无须征得其本人同意，但在使用过程中，必须按照比例原则，将使用限制在合理的范围内。也就是说，凡是能够最小化使用的，应当进行最小化使用。

三、行为人使用不合理侵害民事主体人格权的，应当依法承担民事责

《民法典》第999条规定,“使用不合理侵害民事主体人格权的,应当依法承担民事责任”,也就是说,如果行为人只是使用不合理,但没有侵害民事主体的人格权,则权利人无权请求行为人承担民事责任。因为在没有侵害民事主体人格权的情形下,权利人并没有遭受不利益,没有对其进行救济的必要性。当然,本条只是规定行为人侵害民事主体的人格权的责任,而没有要求行为人的行为必须符合侵权责任的构成要件。

《民法典》第999条第2句规定,使用不合理而侵害他人人格权的,需要依法承担民事责任。此处所说的民事责任,既包括人格权人行使人格权请求权(如更正、删除等)所产生的责任,也包括侵害人应当承担侵害人格权的侵权责任,如侵权损害赔偿责任等。例如,在“莫少聪诉广东省中山市美多化妆品有限公司肖像权纠纷案”中,法院认为,“基于肖像权所具有的专属性、独占性,肖像权仅在法律规定的范围内可进行合理使用……包括为社会公共利益而使用肖像的行为、为公民本人利益而使用肖像的行为、为社会新闻报道而使用肖像的行为、为记载特定公众活动,使用参与者肖像如善意使用政治家及社会明星肖像的行为等。本案中,上诉人美多公司……行为属于从事与其经营相关的宣传活动,显然具有营利目的,不属于法律许可的合理使用肖像行为。上诉人美多公司在使用被上诉人莫少聪肖像时主观上存在着故意,侵犯了被上诉人莫少聪的肖像权,应承担相应的民事责任”^[10]。行为人不合理利用他人人格利益,将构成对他人人格权益的侵害,权利人有权请求行为人承担民事责任。

(撰稿人:王利明)

[1]张红.肖像权保护中的利益平衡.中国法学,2014(1).

[2]刘建明.新闻学概论.北京:中国传媒大学出版社,2017:87.

[3]江必新,等.最高人民法院指导性案例裁判规则理解与适用:侵权赔偿卷二.北京:中国法制出版社,2014:125.

[4]von Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht (1996), at 588-589. Neethling, JM Potgieter & PJ Visser, Neethling's law of personality (2005) at 129ff.

[5]von Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht (1996), at 589-590.

- [6]New York Times Co.v . Sullivan , 376 U.S.254 (1964) .
- [7]上海市静安区人民法院 (2002) 静民一 (民) 初字第1776号民事判决书。
- [8]孙旭培.新闻工作者与新闻纠纷.新闻通讯 , 1991 (6) .
- [9]马特 , 袁雪石.人格权法教程.北京 : 中国人民大学出版社 , 2007 : 16.
- [10]福建省泉州市中级人民法院 (2005) 泉民终字第1178号民事判决书。

第一千条

行为人因侵害人格权承担消除影响、恢复名誉、赔礼道歉等民事责任的，应当与行为的具体方式和造成的影响范围相当。

行为人拒不承担前款规定的民事责任的，人民法院可以采取在报刊、网络等媒体上发布公告或者公布生效裁判文书等方式执行，产生的费用由行为人负担。

本条主旨

本条是关于人格权请求权的特殊实现方式以及赔礼道歉方式适用的规则。

相关条文

《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第16条规定：“人民法院判决侵权人承担赔礼道歉、消除影响或者恢复名誉等责任形式的，应当与侵权的具体方式和所造成的影响范围相当。侵权人拒不履行的，人民法院可以采取在网络上发布公告或者公布裁判文书等合理的方式执行，由此产生的费用由侵权人承担。”

理解与适用

一、行为人侵害他人人格权，应承担消除影响、恢复名誉、赔礼道歉等民事责任

在侵害人格权的情况下，除了损害赔偿的责任方式之外，还应当适用其他的责任方式。尤其是在侵害人格权导致受害人名誉受损等情形时，受害人有权请求行为人承担消除影响、恢复名誉或赔礼道歉的责任。

（一）消除影响

所谓消除影响，是指行为人因其侵害了自然人、法人和非法人组

织的人格权而应承担的在影响所及的范围内消除不良后果的一种责任方式。例如，某人在网上发布了诋毁他人名誉的言论，且该言论已经被不少网站转载，造成了不良影响，受害人有权要求网络发布者删除该言论，并刊载有关更正信息，以消除影响。消除影响的主要功能在于消除已经给他人的社会声誉造成的不良影响，从而使受害人的名誉得到恢复。消除影响本身并没有固定的形式，行为人消除影响的方式可以根据侵权行为的具体情况予以确定，对受害人的请求，只要有助于消除影响，都可以考虑予以采用。例如，对于通过网络侵犯他人的名誉权的，可以通过通知网络运营商删除侵权言论的方式来消除影响；而对于通过口头方式侵害他人的名誉权的，则可以通过向他人进行解释的方式来消除影响。

（二）恢复名誉

所谓恢复名誉，是指行为人因其行为侵害了自然人、法人或非法人组织的名誉，而应在影响所及的范围内将受害人的名誉恢复至未受侵害时的状态的一种责任方式。严格地说，在名誉权遭受侵害的情况下，已经遭受损害的名誉不可能像遭受损害的财产一样，完全恢复原状。但是仍然可以通过一些积极的行为澄清事实，纠正毁谤的言论，在特定的范围内，消除公众对受害人的不良印象，尽可能使受害人的名誉得到恢复。恢复名誉至少可以部分地使受害人的名誉得到恢复。在实践中，它主要通过更正、澄清等方式来实现。

消除影响常常与恢复名誉的责任方式一起适用。《民法通则》《侵权责任法》《民法典》都将“消除影响、恢复名誉”一并规定，也就是将二者确定为同一种侵权责任承担方式。事实上，虽然消除影响和恢复名誉都是为了去除侵权行为已经给他人的社会声誉造成的不良影响，但二者是从两个不同角度来描述此种责任承担方式的。消除影响是对不良的损害后果尽量予以消除，或减少影响的范围，从而维护受害人的名誉。而恢复名誉是从受害人所享有的社会声誉角度来描述的，其强调的是受害人享有的社会声誉恢复到了被侵害之前的状态。从这个意义上讲，消除影响与恢复名誉相互依存、关系密切。因此，有必要将两者在一种侵权责任方式中并列作出规定。

（三）赔礼道歉

赔礼道歉是指责令违法行为人通过一定方式，在一定范围内向受害人认错并表示歉意。赔礼道歉原则上应当限于侵权责任适用，而不应适用于合同责任，且此种方式主要适用于侵害人格权，尤其是精神性人格权，对其他民事权利的侵害，一般不采用此种责任方式。这主要是因为，一方面，侵害人格权常常会损害人格尊严、人身自由。赔

礼道歉可以促使侵权行为人意识到其错误，促使其悔过，也有助于维护受害人的人格尊严。另一方面，赔礼道歉本身可以发挥一种抚慰的功能，使受害人在其人格利益遭受侵害之后获得一定的心理抚慰，也表达了对受害人人格尊严的尊重。还要看到，通过赔礼道歉可以及时纠正侵害行为，这也有利于化解纠纷，避免损害的进一步扩大。

关于赔礼道歉是否应当作为一种责任方式，对此一直存在争议。在《侵权责任法》的制定过程中，就有一些学者提出异议。有观点认为，赔礼道歉不仅违反了宪法上的良心自由原则，而且违反了道德相对主义。^[1]笔者认为，此种观点是值得商榷的。一方面，作为一种承担民事责任方式的赔礼道歉，与一般道义上的赔礼道歉有所不同，作为民事责任的赔礼道歉是依靠国家的强制力保障实施的。在各种责任方式之中，赔礼道歉有自身特有的功能，是其他责任方式所不可替代的。由于很多受害人都期望行为人赔礼道歉，因而，它也是一种救济方式。另一方面，就赔礼道歉的执行来看，在实践中，赔礼道歉的方式多种多样，既可以采取口头方式也可以采取书面方式，既可以采公开方式也可以采非公开方式。即便在被告拒绝赔礼道歉的情形下，法院也可以将被告的败诉判决在一定范围内公开，尤其是在被告所在的社区公开，从而实现赔礼道歉的功能。^[2]总之，在司法实践中，通过多种方式已经使赔礼道歉具有可强制执行性。在赔礼道歉的适用中应当注意如下几个问题。

第一，赔礼道歉必须要由原告提出，并为被告所接受。赔礼道歉作为一种责任方式，并非在任何侵权行为中都必须采用，是否采用应该由原告决定。在原告提出以后，双方可以协商道歉的内容和方式。如果双方能够通过协商确定道歉的内容，法院可以通过判决对其加以认可。如果协商不能达成一致意见，则由法院对原告的诉讼请求进行审查，确立合理的道歉形式和内容。如果有多个侵害人，则这些侵害人都应该道歉。^[3]

第二，承担赔礼道歉责任应当符合如下几个要件：一是被告已确实构成对人格权的侵害并应当承担侵权责任。赔礼道歉主要适用于人格权遭受侵害的情形。在财产权遭受侵害的情形下，通过损害赔偿等方式已经足以填补受害人的损害，而没有必要适用赔礼道歉的方式。二是加害人对给受害人造成的损害表示悔过，对自己的违法行为表示后悔，并保证将来不再作出类似行为。^[4]三是赔礼道歉必须是无条件的，在涉及多个侵权行为时，不能仅对某个侵权行为道歉，而对另一行为不予道歉。

第三，赔礼道歉方式具有多样性。赔礼道歉既可由加害人向受害人口头表示承认错误，也可以由加害人以写道歉书的书面形式进行，

既可以在一定的范围内，也可以直接在网络、媒体等公开道歉。采取何种方式赔礼道歉，可以由当事人进行协商，如不能协商确定，应当由法院确定。但是，对各种方式的运用，应当考虑到侵害行为发生的地点、损害后果波及的范围、侵害行为的具体情节等因素来确定。例如，如果损害后果仅仅是在小范围内，可以采取口头道歉的方式；但若在网上诋毁他人，损害后果波及面更广，这就需要通过网上赔礼道歉的方式进行补救。^[5]

第四，赔礼道歉具有可强制执行性。如果行为人在判决前已经表示同意赔礼道歉，此时就可以由其写出道歉书，法院可以判决赔礼道歉。一旦法院作出判决，即使其反悔，也可以通过刊载道歉书的方式实现赔礼道歉。司法实践中，如果加害人以赔礼道歉的方式承担了侵权责任，且为受害人接受，并为法院所认可，法官应当在判决书中叙明。^[6]

第五，赔礼道歉可以单独采用，也可以与其他责任形式结合适用。原告通常只要求赔礼道歉而不要求被告采取其他任何责任方式，则可以单独适用赔礼道歉方式。但是，实践中赔礼道歉的责任方式通常是作为一种辅助的形式而与损害赔偿、恢复名誉等责任方式并用的。^[7]在我国实践中，一些法院采用了“道歉减责”的做法。例如，在“陈某诉新加坡航空公司等侵犯人格权益纠纷案”中，法院也将赔礼道歉作为减少精神损害赔偿数额的因素。^[8]这种方式的优点在于，通过精神损害赔偿与赔礼道歉的结合适用，有助于督促被告积极履行其赔礼道歉的义务，也有利于化解矛盾，救济受害人。

二、消除影响等责任形式应当与行为的具体方式和造成的影响范围相当

自2014年起施行的《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第16条第1句明确规定：“人民法院判决侵权人承担赔礼道歉、消除影响或者恢复名誉等责任形式的，应当与侵权的具体方式和所造成的影响范围相当。”本条规定要求消除影响等方式的适用应当与侵害后果相适应，是对我国司法实践经验的总结。之所以要求消除影响等责任形式的适用应当与行为方式和影响范围相适应，是因为一方面有利于强化对人格权的保护，另一方面可以避免给行为人强加过重的负担。具体而言如下。

第一，消除影响等责任形式应当与行为的具体方式相适应。在适用消除影响、恢复名誉的责任方式时，首先应明确消除影响、恢复名誉的范围（如在某地区、某学校等）、方式（采取口头或书面以及其

他形式)。例如，在报纸杂志上发表的新闻报道或评论，有损他人的名誉权，则应当在曾刊载该侵权内容文章之报纸杂志上刊登书面声明，对错误内容进行更正，并向被侵害人赔礼道歉。如果是在某个场所对一群人散布了诽谤的言辞，则应在适当的场合为受害人恢复名誉。

第二，消除影响等责任形式应当与所造成的影响范围相当。消除影响等方式的主要功能在于已经给他人的社会声誉造成了不良影响，要减弱、清除直至消除这种不良影响，只有消除了这种不良影响，才能够使受害人的名誉得到恢复。因为正是这些不良影响的存在，才造成了受害人名誉评价的降低，所以只有消除这些不良影响，才能够恢复当事人的名誉。首先，一般来说，在什么范围内造成损害的，就应当在什么范围内采取消除影响等责任形式。例如，行为人在某朋友圈内辱骂他人的，就需要在该微信圈内赔礼道歉以消除影响，在某个群体之中散播谣言的则应当在该群体中进行辟谣。再如，行为人在一个小城的范围内散布谣言诋毁人格权人名誉的，不必在省级媒体或者国家级媒体上进行公开赔礼道歉。其次，消除影响等方式也应当根据侵权行为的具体情况予以确定。

第三，消除影响等责任方式的适用应当及时。因为加害人侵害受害人的名誉权以后，造成不良影响的时间越长，则再公开的机会越多，对受害人越为不利，同时消除影响的困难也越大，所以，这种责任方式应当及时采用。

三、消除影响、恢复名誉和赔礼道歉的强制执行

消除影响、恢复名誉和赔礼道歉等方式的执行在实践中常常遇到困难。例如，受害人要求行为人赔礼道歉时，行为人可能拒绝赔礼道歉，此时强制要求行为人赔礼道歉，就有可能损害行为人的人格尊严，也可能违背行为人的良心自由。由于存在执行上的困难，所以许多学者对赔礼道歉方式的正当性提出了质疑。^[9]

依据《民法典》1000条第2款，“行为人拒不承担前款规定的民事责任的，人民法院可以采取在报刊、网络等媒体上发布公告或者公布生效裁判文书等方式执行，产生的费用由行为人负担”。因此，如果侵害人负有消除影响、恢复名誉和赔礼道歉等责任，法院也可以通过强制登报或者公布生效裁判文书等方式执行，登报等费用则由侵害人承担。这实际上是借鉴了行政法上的代履行的责任方式，即在行为人拒绝履行消除影响、恢复名誉、赔礼道歉等义务时，可以由人民法院代其在报刊等相关媒体上发布相关的公告或者公布生效裁判文书，由

此产生的费用则由行为人负担。这实际上是将赔礼道歉、消除影响等义务转化为了金钱负担，更有利于此类义务的履行。这一做法也是我国司法实践经验的总结，《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第16条规定：“人民法院判决侵权人承担赔礼道歉、消除影响或者恢复名誉等责任形式的，应当与侵权的具体方式和所造成的影响范围相当。侵权人拒不履行的，人民法院可以采取在网络上发布公告或者公布裁判文书等合理的方式执行，由此产生的费用由侵权人承担。”这就认可了此种强制执行的形式。采用此种方式既有利于消除影响、恢复名誉和赔礼道歉等责任的执行，也有利于保护受害人的合法权益。

公告赔礼道歉首先由法院审核道歉内容，再指定特定媒体发布赔礼道歉公告；公告赔礼道歉次数可以一次或多次，由法院确定；公告费用由被执行人承担，被执行人不支付的，法院可以将其作为金钱债权强制执行。

（撰稿人：王利明）

[1]杨彪.论恢复原状独立性之否定——兼及我国民事责任体系之重构.法学论坛，2009（5）.

[2]最高人民法院中国应用法学研究所.人民法院案例选：第4辑.北京：人民法院出版社，2011：93.

[3]David Price and Korieh Duodu，Defamation，Law，Procedure and Practice，London：Sweet&Maxwell，2004，p.241.

[4]王立峰.民事赔礼道歉的哲学分析.www.civillaw.com.cn.

[5]最高人民法院中国应用法学研究所.人民法院案例选：第4辑.北京：人民法院出版社，2011：93.

[6]龙云彬，等.关于人身权纠纷、医疗纠纷、劳动争议、物业管理纠纷、涉车纠纷案件审理情况及问题研究.审判丛刊，2004（2）.

[7]有人认为，如果是公开的道歉，实际上和恢复名誉等没有区别。笔者认为，即使是公开道歉，其与恢复名誉也存在本质的区别。

[8]广东省高级人民法院（2005）粤高法民四中字第318号民事判决书。

[9]吴小兵.赔礼道歉的合理性研究.清华法学，2010（6）.

第一千零一条

对自然人因婚姻家庭关系等产生的身份权利的保护，适用本法第一编、第五编和其他法律的相关规定；没有规定的，可以根据其性质参照适用本编人格权保护的有关规定。

本条主旨

本条规定了人格权保护的规则可以参照适用于人身权的规则。

相关条文

《反家庭暴力法》第23条规定：“当事人因遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险，向人民法院申请人身安全保护令的，人民法院应当受理。当事人是无民事行为能力人、限制民事行为能力人，或者因受到强制、威吓等原因无法申请人身安全保护令的，其近亲属、公安机关、妇女联合会、居民委员会、村民委员会、救助管理机构可以代为申请。”

理解与适用

一、自然人因婚姻家庭关系等产生的身份权利受法律保护

所谓身份权，是指基于权利人的特定身份产生的权利，包括监护权、配偶权、父母照顾权等。^[1]身份权是基于一定的身份关系而产生的权利，所以，只有具有某种身份的人才能取得某种相应的权利。例如，基于一定的血亲的身份而取得亲权。正如史尚宽先生所言：“民法上身份云者，谓基于亲属法上之相对关系之身份，有一定身份后得享有之权利也。”^[2]由于个人的身份通常都是基于一定的血亲或姻亲所取得的，所以，身份权主要是婚姻家庭法中的权利。

从古代至今，身份权的内涵经历了一个从权利、义务主体法律地位的不平等到平等的演变过程。传统民法上的身份权主要包括夫权、父权、亲权、家长权等，这些权利都在内容上体现了对他人的支配。不过，这些对他人支配权利的存在与人类社会文明的发展相悖，所

以，20世纪以来，尤其是第二次世界大战之后，许多国家的法律为适应社会政治经济发展的需要，对身份权制度进行了重大改革。例如，逐渐废除了具有浓厚封建色彩的家长权制度^[3]，废除了以男女不平等为基础的夫权的规定，并对亲权制度作出修改。^[4]这些都导致了身份法的变化。特别是在传统民法上的亲权在内容上表现为父母对子女的支配权，这一制度在现代已经被修改。例如，最初的《法国民法典》第375、376条规定，父母对子女的行为有重大不满的原因时，可以拘留其子女。但法国于1970年6月4日发布的法律对《法国民法典》有关亲权的规定作了重大修改，规定父母对子女享有或负有照管、监督及教育的权利、义务，亲权由父母共同行使；并废除了父母得拘留子女的规定。

传统民法中身份权制度的改变是否意味着身份权已经逐渐地受到限制，甚至走向消亡呢？笔者认为，传统民法的身份权确实受到了严格的限制并逐渐萎缩。随着现代社会的发展，个人不再作为权利的客体而成为法律关系的主体，并逐渐摆脱了封建身份关系的束缚和家族权的支配，从而具有了独立平等的人格。在人格独立和人格平等的基础上，产生了具有新的内涵的身份权，这一点在我国现行法中表现得尤为突出。我国现行法中的身份权和传统民法中以支配他人人身为内容的身份权的区别在于：我国现行法中的身份权并不是对他人支配的权利，而是以法律上人格独立和平等为前提和基础的。例如，我国《婚姻法》明确规定了男女平等的原则，《民法总则》也明确宣告公民的民事权利能力一律平等，因而在我国法律规定的身份关系中，其权利主体和义务主体都是平等的，权利人在享受权利的同时也要承担相应的义务。

笔者认为，可以将身份界定为民事主体在特定的社会关系中所具有的地位，而身份权则是基于该种地位所享有的权利。具体包括：一是基于在亲属关系中的地位而享有的身份权，如基于父母子女关系产生的亲权^[5]、基于夫妻关系产生的配偶权、基于监护关系产生的监护权等。在审判实践中，曾经发生因抚养非亲生子而主张损害赔偿的案件，实际上构成对亲权的侵害。^[6]例如，因医院的过错导致抱错子女，并抚养了他人的子女，而要求损害赔偿的案件^[7]，就属于侵害亲权的案件。二是在其他社会关系中产生的身份权，如基于特定荣誉的享有而产生的荣誉权。^[8]

人格权与身份权合称人身权，人身关系作为与人身相联系并以人身为内容的关系主要包括人格关系和身份关系，分别对应民法上的人格权和身份权。人格权与身份权的不同在于，“人格权是权利人对其本身主体性要素及其整体性结构的专属性支配权，而身份权则是基于

身份而产生的伦理性并且与财产有关的权利”^[9]。身份权上的请求权主要包括抚养请求权、赡养请求权等。人格权和身份权虽然都属于人身权的范畴，但它们毕竟是两类不同的权利，二者的主要区别如下。

第一，在权利的固有性方面不同。从性质上看，人格权是民事主体所固有的、为维护主体的独立人格所必备的生命健康、人格尊严、人身自由以及姓名、肖像、名誉、隐私等各种权利。这种权利为民事主体所固有，并为法律所承认。任何个人都享有平等的人格权，没有这些权利便使个人丧失了作为人的权利。而对身份权来说，它是因人而异的，尽管个人不能脱离亲属关系而存在，但个人可以在是否取得某种身份的问题上作出选择。就身份权的享有而言，每个人的并不一定完全相同，不具备某种身份权并不一定会丧失其作为民事主体的资格，也不会使其丧失作为人的权利。^[10]

第二，权利的主体不同。从主体上来看，人格权不仅可以由自然人享有，亦可以由法人和非法人组织所享有。例如，根据我国法律的规定，法人可以享有名称权和名誉权。而身份权主要基于亲属法上的身份关系产生，因而只能由自然人享有。

第三，权利的客体不同。从客体上来看，人格权以人格利益为客体，人格利益包括维护自然人生理活动能力的利益、主体人身专有标志的利益、主体所获得的社会评价和自尊的利益等。而身份权的客体则是基于一定的身份所取得的利益，简称身份利益。严格地说，现代身份权所支配的不是特定的人及其身份，而是因身份关系而体现的利益。^[11]

第四，权利的取得方式不同。人格权因主体的出生或成立而取得，并不需要主体实施一定的行为就可以自然取得。身份权取得的原因则各不相同，行为人取得某些身份权不仅要有一定的行为能力，而且要实施一定的法律行为，如因结婚取得配偶权、因收养而形成养父母子女关系等。

第五，权利的存续期限不同。人格权的存续期限与主体作为独立人格的地位的存续期限是联系在一起的，它因权利人的出生或成立而取得，因权利人的死亡或终止而丧失，权利本身并没有特别的期限限制。而身份权则以一定的身份的存在为前提，并以身份的存续为权利存续的前提，如夫妻关系解体、配偶关系丧失，则配偶权便消灭，养父母子女因收养解除而丧失父母子女的身份，亲权便消灭。^[12]

需要指出的是，虽然人格权与身份权存在差异，但作为人身权，它们具有共同的属性。这些共性表现在：第一，它们都是专属权。这

就是说，人格权和身份权都是与权利主体的人身密切联系在一起的，它们的客体都表现为与权利人的人身不可分离的利益。例如，生命、健康、姓名、名誉和身份等只有和特定人联系在一起，才有意义，一旦和人身相分离，也就失去了其存在的价值。由此决定了这种权利都只能由权利人自己享有和行使，而不得转让或由他人继承。^[13]第二，它们都是对世权。这就是说，权利人无须他人的协助就可以实现其权利。这两种权利的义务主体都是不特定的人，权利主体以外的一切人均作为义务主体，负有不作为（即不为侵害行为）的义务，因而这两种权利都属于能对抗一切人的绝对权，而非仅能对抗特定人的相对权。第三，它们都是非财产权。这就是说，人格权和身份权都是以非财产利益为客体的民事权利。^[14]人身不是财产，不能用金钱来衡量，尽管人身权的行使与财产权有一定的联系，并且会为权利人带来一定的财产利益，但是人身权的行使主要是为了实现权利人的内在价值，满足其内在需要，而主要不是为了谋取经济利益。第四，从救济方式来看，对于两者的侵害都可采取精神损害赔偿的救济方式，我国有关司法解释已经对此明确予以承认。例如，《精神损害赔偿司法解释》第2条规定：“非法使被监护人脱离监护，导致亲子关系或者近亲属间的亲属关系遭受严重损害，监护人向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。”正是因为两种权利存在这些共性，所以，人格权的规定可以准用于身份权。

二、人格权保护规则参照适用于人身权的意义

《民法典》第1001条采用了参照适用的规定这一立法技术。这一规定的目的体现在以下几个方面。

第一，弥补身份权立法规定的不足。民法典由总则编和婚姻家庭编等有关身份权制度的规定主要集中在身份权人所享有的权利义务方面，而往往并没有就他人侵害身份权人权利的救济作出明确规定。例如，总则编规定了监护权人的权利义务等，但没有规定第三人侵害监护权的责任。此时，允许参照适用人格权编的规则是十分必要的。

第二，简化法律规定以避免重复。有关保护身份权的相关规则同样可以通过禁令、精神损害赔偿、赔礼道歉等方式实现。这些规则因此也常常可以适用到身份权的规定中。但是如果在婚姻家庭编等再次规定，就会导致法律规则的重复。因此，可以通过参照适用的方式，有效简化法律规定。

第三，保持法律的稳定性和连续性，避免过于频繁地修改法律。^[15]如果对特定的需要不明确规定准用其他法律规范，就很容易导致

法律适用中的困难，可能需要及时修改法律。而规定身份权的保护可以参照适用人格权保护的规则，则可以实现对身份权的有效保护，避免基于身份权保护的需要而频繁修改民法典。

三、身份权保护参照适用人格权保护规则的范围

《民法典》第1001条规定，“对自然人因婚姻家庭关系等产生的身份权利的保护，适用本法第一编、第五编和其他法律的相关规定”，只有在法律“没有规定”的情形下，身份权的保护才能适用人格权编的有关规定。具体来说，参照适用的情形如下。

一是民法典第一编（总则编）中规定的监护人和被监护人的权利。《民法典》第34条第2款规定：“监护人依法履行监护职责产生的权利，受法律保护。”但是民法典总则编并未对监护人依法履行监护职责产生的权利规定具体的保护方法。这些权利在性质上而言，也属于绝对权，而又与物权的财产权性质具有显著的不同。因此，对监护人与被监护人因监护关系产生的权利，应当准用人格权保护的规则。在监护关系中的权利遭受侵害或有遭受侵害之虞时，应当准用《民法典》第995条的规定，允许权利人请求行为人停止侵害、排除妨碍、消除危险等。

二是民法典第五编（婚姻家庭编）中的身份权利。婚姻家庭编中包括了多种身份权利。基于婚姻关系可以产生配偶同居的权利、忠实权利与义务、婚姻住所商定权等。而在家庭关系中，《民法典》第1068条规定：“父母有教育、保护未成年子女的权利和义务。”这是婚姻家庭编对亲权的规定。亲权是指父母对未成年子女在人身和财产方面的管教和保护的权利，包含居所指定权、惩戒权、职业许可权等。^[16]上述这些权利均基于婚姻家庭关系而产生，在性质上均属于身份权。但是婚姻家庭编中，并未专门设置上述权利的保护规则。此时，同样应当参照适用人格权编的规定，尤其是关于人格权请求权和精神损害赔偿的规则。

（撰稿人：王利明）

[1]唐德华.民事审判若干理论与实践问题.长春：吉林人民出版社，1991：163.

[2]史尚宽.民法总论.北京：正大印书馆，1980：16.

[3]例如，日本在1947年修改民法典，废除了家的制度和家长权。

[4]梁慧星.民法.成都：四川人民出版社，1989：343-345.

[5]宋慧英等诉徐州市第三人民医院因工作失误致其亲子被他人抱走要求找回亲
子案//人民法院案例选：1999（4）.北京：时事出版社，2000.

[6]周德勇诉王俊等返还受欺骗抚养非亲生子费用和侵犯配偶权索赔案//人民法
院案例选：2001（2）.北京：人民法院出版社，2001.

[7]孙华东夫妇诉通化市人民医院错给所生孩子致使其抚养他人孩子达20余年要求
找回亲生子女和赔偿案//最高人民法院中国应用法学研究所.人民法院案例选.北京：人
民法院出版社，2004：93-106.

[8]鞠瑛等诉郭晋荣以集体名义获得的荣誉应归全体成员享有荣誉权纠纷案//人
民法院案例选：1996（1）.北京：人民法院出版社，1996.

[9]张俊浩.民法学原理.北京：中国政法大学出版社，1997：138.

[10]杨立新.人身权法论.北京：人民法院出版社，2002：105.

[11]杨立新.人身权法论.北京：人民法院出版社，2002：107.

[12]王利明.人格权法新论.长春：吉林人民出版社，1994：209.

[13]同②207.

[14]同①103-104.

[15]刘德福.法律准用问题分析.江西公安专科学校学报，2007（6）.

[16]马俊驹，余延满.民法原论.北京：法律出版社，2010：867-869.

第二章 生命权、身体权和健康权

第一千零二条

自然人享有生命权。自然人的生命安全和生命尊严受法律保护。任何组织或者个人不得侵害他人的生命权。

本条主旨

本条是关于生命权的规定。

相关条文

《民法总则》第110条规定：“自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利……”

《侵权责任法》第2条规定：“侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”

《民法通则》第98条规定：“公民享有生命健康权。”

《消费者权益保护法》第7条规定：“消费者在购买、使用商品和接受服务时享有人身、财产安全不受损害的权利。消费者有权要求经营者提供的商品和服务，符合保障人身、财产安全的要求。”

《刑法》第232条规定：“故意杀人的，处死刑、无期徒刑或者十

年以上有期徒刑；情节较轻的，处三年以上十年以下有期徒刑。”

《刑法》第233条规定：“过失致人死亡的，处三年以上七年以下有期徒刑；情节较轻的，处三年以下有期徒刑。本法另有规定的，依照规定。”

《妇女权益保障法》第38条规定：“妇女的生命健康权不受侵犯。禁止溺、弃、残害女婴；禁止歧视、虐待生育女婴的妇女和不育的妇女；禁止用迷信、暴力等手段残害妇女；禁止虐待、遗弃病、残妇女和老年妇女。”

理解与适用

一、自然人享有生命权

本条确认了自然人所享有的生命权。生命权是以自然人的生命安全利益为内容的人格权，是体现了的人的尊严和基本价值的权利。^[1]生命是自然人主体资格的载体，是一项重要的人格利益，与自然人的身体具有密切的关联，生命权可以被描述为保持个人身体存活的权利。^[2]生命自身也可以成为支配权的客体，个人有权支配自己的生命利益，此种人格利益也被称为基本的生活利益或安全活动的自由。^[3]因为生命是最重要的人格利益，所以生命的享有是具有法律人格的基础。

生命权是一种具有普世价值的基本人权，也被认为是第一人权。整个法律都要以保护自然人的生命权为首要任务。生命权超越了一般民事权利的范畴，在整个民事权利体系中处于最基础性的地位。个人如果不享有生命权，则不可能享有其他任何的权益。生命权在民法中具有独特的地位，在人格权体系当中，生命权也是享有其他一切人格权的前提和基础，无论是物质性的人格权，还是精神性的人格权，都以生命权的存在为前提。故此，生命权应当受到法律的优先保护，生命权也是所有人格权中位阶最高的权利。正因如此，我国《民法典》人格权编在规定具体人格权时，将生命权列为第一项人格权加以规定。

生命权是以自然人的生命安全利益为内容的人格权，是体现了人的尊严和基本价值的权利^[4]，其具有如下几个基本特征。

第一，生命权具有至高无上性。生命重于泰山，属于最高的人格

利益，在民事主体享有的各种人格利益中，没有任何一种人格利益可以和生命相提并论。《黄帝内经》中有“天覆地载，万物悉备，莫贵于人”的论述；佛教教义中有“救人一命，胜造七级浮屠”的说法；法国的阿尔贝特·史怀泽指出，“保存生命，这是唯一的幸福”^[5]。这些论述都从不同方面揭示了生命的神圣性。生命权具有的至高无上性表现在：当生命权与其他权利发生冲突时，法律应当优先保护生命权。^[6]任何权利在生命权面前都应当退居其次。在新冠病毒防治过程中，习近平总书记讲，在抗疫中，“人民至上、生命至上，保护人民生命安全和身体健康，我们可以不惜一切代价”，这就生动体现了生命权优先的价值理念，同时也展现了中国共产党以人民为中心的理念。我们采取扫健康码、人脸识别等措施，虽然在一定程度上限制了个人的隐私权，但这是维护生命权、健康权所必须采取的合理措施，也符合隐私权限制的比例原则。对生命安全利益的保护不仅意味着对自然人生命权的保护，而且意味着对最基本的社会秩序的维护。整个民法乃至整个法律都要以保护生命权为首要任务，国家和法律的产生也可以归结到对生命安全利益的保护。

第二，生命权具有固有性、专属性和绝对性。所谓生命权的固有性是指，生命权作为一种物质性人格权，与权利人的主体资格存在密切联系，伴随着自然人的出生而产生，具有自然生成性。^[7]在各种具体人格权中，生命权的固有性是最强的，是自然人与生俱来的。生命权的专属性意味着，生命权只能由特定的权利人享有，不可转让或者继承，生命权不能也不应由权利人以外的其他任何人享有，不能成为许可利用的对象。实践中所谓“以命换命”“抵死”协议是为法律所禁止的。生命权的绝对性即生命权作为一项绝对权，其他任何社会主体都负有不得侵犯和妨害的义务。不仅如此，为强化对生命权的保护，《民法典》第1005条还规定，自然人的生命权、身体权、健康权受到侵害或者处于其他危难情形的，负有法定救助义务的组织或者个人应当及时施救。

第三，生命权具有不可克减性。所谓可克减性，是指权利可以在一定情况下受到一定的限制，甚至在特定情况下可以暂时停止权利人行使权利，或者在其与其他权利发生冲突时，优先保护其他权利。作为自然人所固有的基本人权，生命权既不受任意剥夺，也不受非法限制，所以具有不可克减性。^[8]这是生命权与精神性人格权相比较而具有的重要特点。因为生命是法律上的最高利益，是自然人的其他权利存在的基础，所以生命权是自然人最重要的一种权利，对其所施加的任何克减，都将直接威胁到自然人生命的存续和其他民事权利的享有。因此，保留死刑的国家的立法一般都明确规定，除非主体触犯刑律，构成严重的犯罪，依据刑律应当被处以死刑，否则不得对生命权

加以任何克减。还要看到，在现代社会，限制和废除死刑已经成为人权保障的一种趋势，这也反映了对生命权的尊重。^[9]

第四，生命权具有平等性。一方面，任何自然人，包括公民、无国籍人和外国人，都平等地享有生命权，且应受到法律的平等保护。^[10]另一方面，不能牺牲某人的生命，而去维护另一个人的生命，即使是残障新生儿，其生命权也应当受到法律的同等保护。残障新生儿，是指那些由遗传、先天、感染或外伤等因素引起的，一出生就先天发育不全、发育变态或有生理缺陷、智力缺陷的婴儿。^[11]在法律上，没有任何理由可以对残障人进行歧视和伤害。不仅如此，从人道主义出发，全社会应当对残障人给予更多的关心和爱护，帮助他们治疗疾病、减轻其痛苦、增进其智力、提高其技能。

需要指出的是，在生命权受到侵害的情况下，不同地域的受害人的近亲属因此获得的死亡赔偿金的数额上会存在一定的差异，但是这并不意味着人的生命权不平等，更不是如某些人所说的“同命不同价”的问题。因为生命权的平等性，是主要就生命权的享有而言的，至于受害人因生命权遭受侵害之后产生的死亡赔偿金，属于财产损害赔偿，并非生命本身的价值。财产损害赔偿遵循完全赔偿原则，由于各个受害人自身的情况不同，自然会存在差别，法律必须根据损害的实际情况进行填补。但是，这并没有改变生命权的平等性。

第五，生命权主要具有消极防御性。所谓消极防御性，是指此种权利受到侵害之后，权利人有权通过请求消除损害后果。生命权是典型的消极防御权，生命权与主体资格具有密切关联性，因此，与其他人格权不同，生命权主要是消极防御性的权利。也就是说，只有在遭受侵害后，相关主体才能以受害人的生命权受害侵害为由主张救济，在生命权遭受侵害前，权利人通常无法积极行使生命权。但是，需要指出的是，近几十年来，许多国家承认患者享有拒绝无意义治疗的权利。例如，《魁北克民法典》第13条，允许临终状态的患者拒绝无意义或者带来巨大痛楚的治疗，从而尊重患者本人的意愿。再如，法国法虽然禁止积极安乐死，但是，自2016年修订著名的Léonetti法案后，临终状态的患者可要求“深度且持续的镇静”，在不感到痛楚的情况下自然死亡。^[12]这就表明，在特殊情形下，生命权也具有积极行使的权能。

第六，生命权的救济方式具有特殊性。侵害生命权是指因故意或过失剥夺他人生命的侵权行为，这是最严重一类的侵权行为，在刑法上可构成杀人罪等各类刑事犯罪。然而，刑法上的杀人罪等犯罪的刑事责任与民法上侵害生命权的侵权责任是不同的。刑法上有杀人未遂，民法上却不发生未遂的侵害生命权的行为。如果侵害人意图侵害

他人的生命但未致他人死亡，则不构成侵害生命权的侵权行为，而只是可能构成侵害身体权或健康权的侵权行为。从民法上看，生命权遭受侵害以后，具有不可恢复性，一旦生命受到侵害，对权利人自身而言，已经不可能对其提供任何补救了，但对行为人而言，其仍然应当对间接受害人承担损害赔偿赔偿责任。故此，在民法上，当生命权已经遭受了侵害（即受害人已经死亡）时，权利人已经不是民事主体，无法通过行使停止侵害、消除危险或者排除妨碍等人格权请求权来对生命权提供救济，而由其近亲属（即间接受害人）针对侵权人行使损害赔偿请求权。

二、生命权的内容包括权利人的生命安全和生命尊严受法律保护

《民法典》本条确认了权利人的生命安全和生命尊严受法律保护，任何组织和个人不得侵害，其具体内容如下。

（一）生命安全受法律保护

生命安全受法律保护，是指生命权人对生命利益享有受到法律的保护，而不受侵害的权利。当生命权人的生命安全面临危险时，权利人可以依法请求停止侵害、消除危险。与生命享有权不同，生命安全受到法律保护是一种防御性的权利，它存在的目的主要是保护生命的安全，而非赋予权利人积极使用的权能。

生命安全受到法律保护的权能包含了两个方面的含义：一是安全的消极维护权。生命权主要体现为对生命安全的维护。生命是基本的生活利益或安全活动的自由。^[13]例如，个人在社会生活中，应当享有基本的人身安全，其生命受到法律的充分保障，享有生命的安全利益。有学者将生命维护权称为“生命拒害权”，即个人维护自己的生命不受他人侵害的权利。^[14]生命维护权可以用于防御来自个人或组织的不法侵害。^[15]例如，在有关机关对受害人进行刑讯逼供、造成受害人损害的情形下，受害人有权依据《国家赔偿法》主张赔偿。通常，只有在生命受到侵害、妨碍或威胁时，权利人才能够行使此项权利，否则没有主张权利的必要。从这个意义上说，生命的维护权是生命权最重要的权能。二是安全的积极防卫权。它是指当个人的生命面对正在进行的危害或即将发生的危险时，权利人有权依法采取相应的保护措施，以排除侵害，维护自己的生命安全。在侵害已经发生或危险已经出现时，生命权人可依法行使生命维护权，采取必要的自卫措施如正当防卫、紧急避险等。对于因合法采取这些措施造成的他人的损害，行为人不承担侵权责任。

《民法典》第1002条规定自然人的生命安全受法律保护，就包括了公民在生命遭受安全威胁时，有进行正当防卫的权利。正当防卫是指当公共利益、他人或本人的人身或其他利益受到不法侵害时，行为人所采取的一种防卫措施。我国《民法典》第181条规定：“因正当防卫造成损害的，不承担民事责任。正当防卫超过必要的限度，造成不应有的损害的，正当防卫人应当承担适当的民事责任。”依据该条规定，因正当防卫造成他人损害的，可导致正当防卫人被免除或减轻责任，这是因为，正当防卫是一种合法的、受法律鼓励的行为，它在性质上虽然不是履行某种公务，但属于行使法律赋予的自卫权利，以维护其合法权益不受侵害。正当防卫不得超过必要限度。依据《民法典》第181条的规定，“正当防卫超过必要的限度，造成不应有的损害的，正当防卫人应当承担适当的民事责任”。所谓必要的限度，也称必需限度，是指为了制止不法侵害，正当防卫必须具有足以有效制止侵害行为的应有强度。只要是为了制止侵害所必需的，就不能认为是超过了正当防卫的必要限度。^[16]如果正当防卫超过了必要限度，本身已构成侵权行为，则防卫人应当承担适当的责任。

（二）生命尊严受法律保护

“尊严”（dignity）一词源于拉丁文中的dignitas，意为有价值或有名誉的，“尊严”一词意味着人作为人应有的地位，也就是康德所说的是人能自治之结果。^[17]所谓生命尊严，包括了两层含义，一是维护生命存续的质量。二是维护生命结束的质量。也就是说，个人既要活得有尊严，同时，也可以依法选择有尊严的死亡。所以，国外将其称为“优生”和“优死”^[18]。生命利益的至高无上性并不意味着人有“生存的义务（obligation de vivre）”；正如英国学者弗格森所指出，“生命的神圣性价值并不意味着一切生命都必须以一切代价去保存”^[19]。生命尊严不仅仅体现在活得有尊严，而且要求死得有尊严，生命对每个人都是宝贵的，是无价的。生命是一个过程，从出生到年幼、成年、衰老、离世，每一个阶段都体现了人生的价值和意义，并且始终是法律所要关注和保护的重点所在。生命即使处于刚开始的胚胎阶段，也具有了尊严的价值。生命的享有并不意味着个人必须负有痛苦生存的义务，不应不惜一切代价地生存，而应当享受生命的质量。正如德沃金所指出的，任何人类的有机体，包括胎儿，无论是否具有工具和个人价值，都具有生命的尊严。

《民法典》第1002条没有承认自然人对生命的自主决定权，据此，可以认为我国《民法典》没有承认安乐死。因为，无法从《民法典》第1002条的规定中解释出个人对其生命享有自主决定的权利，更不能将其解释为个人有权积极地选择安乐死，或者选择消极安乐死。

但是，生命尊严受法律保护与患者的临终关怀并不矛盾，甚至，可以从保护生命尊严的角度解释出个人有权依法主张维生治疗拒绝权。也就是说，在患者生命垂危、抢救无望的情形下，此时是否继续治疗涉及患者的利益。法律上从维护生命尊严出发，需要鼓励病人与病魔作斗争，战胜病魔，乐观、自强。但是，当一个人走到生命尽头，应当尽量减轻患者的痛苦，对患者给予更多的关爱，这也是维护生命尊严的体现。比较法上存在所谓患者维生治疗拒绝权，它是指在疾病无法治愈时，患者享有拒绝接受医疗机构为延长其生命而实施的介入性治疗措施的权利。维生治疗拒绝权的本质是患者根据自身情况自主决定是否采用或者继续采用相关的治疗行为。例如，针对身体核心器官严重衰竭的患者，医院为其采取气管切割手术并安装呼吸机，以维持其生命。但是，如果患者已经感到极度痛苦，且明知时日无多，希望尽快结束极度痛苦的治疗，那么患者是否有权要求医院停止实施维生治疗呢？这就涉及患者是否享有维生治疗拒绝权的问题。从比较法上来看，许多国家法律出于减缓患者痛苦、加强人道关怀、维护个人的生命尊严等因素的考量，大多承认了患者的维生治疗拒绝权。但是，我国法律对此并未进行明确规定。不少学者论证了承认此种权利的合理性，例如，减少过度治疗，尊重患者意思自治，节省医疗资源，减轻患者痛苦，降低社会负担，加强人文关怀等。这些都是从不同的角度论述了这一权利的合理性。^[20]笔者认为，从根本上讲，该权利实际上是尊重患者生命尊严的重要体现。法律上承认患者维生治疗拒绝权，充分彰显了对患者生命尊严的尊重。从表面上看，患者行使维生治疗拒绝权类似于消极安乐死，体现为不采取积极的医疗措施延续个人的生命，但严格地说，患者维生治疗拒绝权不同于消极安乐死，承认患者维生治疗拒绝权并不当然意味着承认消极安乐死，二者的区别主要体现为以下几点。

第一，二者的适用对象不同。消极安乐死针对的是所有在医疗机构就诊的患者，但并不一定针对生命垂危、抢救无望的病人，在某些情况下，患者可能出于对疼痛无法忍受等原因，不愿意继续治疗，而要求停药或停止医疗手段。而维生治疗拒绝权仅针对生命垂危、治疗无望的患者。换言之，患者维生治疗拒绝权针对的主要是生命垂危、不可治愈的患者，甚至在某些情形下，对于尚未在医疗机构就诊的患者，如果法律承认该权利，则其也应当有权拒绝无意义的治疗。

第二，二者的本质不同，消极安乐死本质上是患者行使生命自决权，它是一种放弃生命权的行为，实施消极安乐死将导致患者死亡。从这一意义上说，可以将消极安乐死视为一种特殊的死亡方式，即在不违背临终病人的意愿或其受委托的前提下，出于对病人的同情或帮助，及对患者死亡权利和个人尊严的尊重，采取断水、断食、移除治

疗设备等措施，使病人无痛苦地结束生命。^[21]而维生治疗拒绝权本质上不是生命自决权的行使，而是患者为了维护生命尊严而拒绝维生治疗，使患者不必接受介入性的手术等方式，让生命自然延续或终止。在患者行使此种权利时，医疗机构并不需要采取相关的医疗措施，而是使患者自然死亡，它体现的是对患者临终的关怀和对患者尊严的尊重。也正是因为这一原因，维生治疗拒绝权属于广义上的临终关怀。

法律之所以承认患者维生治疗拒绝权，在某种程度上体现了对患者的临终关怀，这是尊重患者生命尊严的具体体现。所谓临终关怀，是指在通过医学手段无法治愈病人时，为减轻患者的极度痛苦，维系其人格尊严，并调整其对死亡的生理、心理状态，提升适应能力的社会卫生服务。^[22]临终关怀以缓和医疗为手段，根据世界卫生组织（WHO）的定义，缓和医疗（Palliative Care）是指早期识别并及时阻止患者及其家属的身体、心理和精神上的问题，以提升患者及其亲属面对威胁生命疾病的生活质量的一种方法。^[23]如果从广义上讲，将减缓病人临终前的痛苦和维护病人生命尊严作为临终关怀的内容，那么维生治疗拒绝权也应当属于广义的临终关怀。而消极安乐死不同于临终关怀，因为：一方面，临终关怀解决的是个人生命末端的生命质量问题，而消极安乐死解决的则是生命终结的问题，前者属于优生问题，而后者属于优死的范畴。^[24]另一方面，临终关怀是护理手段，而非治疗手段。临终关怀并不是以治疗疾病为目的的，而只是全面照顾、帮助患者并使患者解除痛苦，从而使患者活得有意义、有尊严，提高生命质量。^[25]而消极安乐死则属于拒绝治疗的范畴，针对的是医疗机构的诊疗行为。^[26]

第三，是否需要医疗机构协助不同。在消极安乐死的情况下，虽然不像积极安乐死那样需要医疗机构采取积极措施终止其生命，但仍然需要医疗机构采取一定的医疗措施（如断水、断食），以终止其生命；而对患者维生治疗拒绝权而言，一般不需要医疗机构的协助。消极安乐死需要借助医生的配合行为，采取消极的治疗措施，如停止开具处方、停药等行为。但维生治疗拒绝权并不需要医生的协助行为，而只是停止正在进行的维生治疗。患者拒绝医疗机构采取维生治疗措施，只是拒绝采取使患者感到极为痛苦的、超常规的治疗措施以维持生命，选择自然死亡方式。

第四，是否需要通过患者生前预嘱的方式实现不同。消极安乐死的申请既可以由患者本人提出，也可以在患者无意识能力时，由患者近亲属提出，因而，此种方式并不需要患者明确表示同意。而患者维生治疗拒绝权则只能由患者本人明确表示同意。此种同意就是通过生

前预嘱的方式来实现的。所谓生前预嘱，是指患者事先作出的在满足一定条件时放弃治疗的指示。消极安乐死不一定通过患者的生前预嘱实现，而患者维生拒绝治疗权主要通过患者生前预嘱的方式实现，也就是说，只有患者可以决定是否拒绝维生治疗，其他主体无权代替其决定。

除此之外，二者的考虑因素不同。消极安乐死主要是为了减轻患者的痛苦，而维生治疗拒绝权的认定则要考虑多种因素，除减轻患者的治疗痛苦外，其还需要考虑减轻或摆脱家庭经济困境、患者护理等问题。^[27]一般而言，患者维生治疗拒绝权仍然处于患者知情同意权的框架内，而消极安乐死则超出了患者知情同意权的框架。

三、任何组织或者个人不得侵害他人的生命权

（一）任何组织或者个人负有不得侵害他人生命权的义务

依据《民法典》第1002条，任何组织或者个人不得侵害他人的生命权。这就意味着在法律上确立了任何人负有不得侵害他人生命权的义务。“勿害生命”是人类文明社会的一项基本共识和法则，也是恒久不变的基本的规则。我国《民法典》人格权编规定这一义务，并不是为了简单地宣示生命权，更是为了确定相关主体的义务以及违反该义务所应当承担的法律责任。所谓任何组织或者个人，不仅是指任何民事主体负有不得侵害他人生命权的义务，也指任何公权力机关应当负有不得侵害他人生命权的义务。《民法典》第1005条规定：“自然人的生命权、身体权、健康权受到侵害或者处于其他危难情形的，负有法定救助义务的组织或者个人应当及时施救。”这对于及时制止他人侵害生命权，保护受害人的生命安全十分必要。

（二）侵害生命权的构成要件

生命权作为最高的法益，受到各个法律部门的调整，侵害他人生命权的行为可能同时构成刑事犯罪，承担刑事责任。在民法上侵害他人生命权，则可能成立侵权责任。构成侵害生命权的行为往往都是行为人基于自己的过错行为而产生的。根据行为人的主观状态，侵害生命权的行为包括基于故意和过失致他人死亡的行为。侵害生命权的行为往往同时既构成侵权，又构成犯罪。但是，民法上确认侵害生命权的责任，并不一定与刑事上侵害生命犯罪的责任一一对应。例如，在因大风刮倒树木或台风刮掉广告牌而致人死亡等情况下，物的所有人虽然要承担民事赔偿责任，却不一定承担刑事责任。

侵害生命权的构成要件主要包括以下几项。

第一，行为人实施了侵害行为。侵害生命权的行为通常体现为积极作为的方式，其有多种表现形式，但不论采用何种方式，行为人的行为均危及他人的生命。当然，侵害生命权不一定以导致受害人死亡为要件，如果行为人的行为足以威胁生命健康，如传播疾病、高楼随时倒塌等，受害人可以直接请求行为人承担排除妨碍、消除危险等责任。侵害生命权应当包括两种情形，一是造成了死亡的后果，二是正在实施的侵害有造成受害人死亡之虞。需要讨论的是，侵害生命权的行为是否可以由不作为的行为构成？例如，负有作为义务的人拒不履行救治义务，如果因此而导致他人死亡，是否构成对生命权的侵害？与刑法上侵害生命权的行为包括作为和不作为两种情形一样，民法上不作为也可以构成侵害生命权的行为。^[28]当然，这种侵权责任的前提是行为人负有作为的义务。作为的义务源于法律的规定和行为人的在先行为。例如，张三驾车发生交通事故撞伤了李四，此时其负有救助李四的义务，同样，当李四被送到医疗机构后，依据法律的规定，医疗机构对李四应当及时抢救，不得因为没有及时支付抢救费用而拖延治疗甚至不予治疗。如果张三不救助李四，或者医疗机构不对李四及时进行抢救而导致了李四的死亡，都构成侵害他人生命权的行为。

第二，有损害后果。从民法的角度来看，侵害生命权必须有死亡后果的发生，如果仅有对生命丧失的威胁甚至只有健康受损、伤残的事实，都不能认为构成对生命权的侵害，而只能认为是对身体权或健康权的损害。生命权遭受侵害以后，将引发一定的财产损失和精神损失。例如，因死亡而支付的丧葬费、医疗费、误工费、交通费、护理费等，都属于财产损失。

第三，有因果关系。侵害行为与被害人生命的终止之间有因果关系是构成侵害生命权的必要条件。与一般侵权责任所要求的因果关系一样，此处所说的因果关系仅要求行为和结果之间存在相当因果关系，在积极作为导致受害人死亡的情况下，因果关系比较容易认定，但在不作为的情况下，因果关系的认定存在一定的难度。在侵害生命权的情况下，因果关系的认定有如下情况值得考虑：一方面，应当考虑行为人如果依法履行其作为义务，该死亡结果是否即可避免。如果即使行为人实际作为以后，仍然无法避免受害人死亡，则不能认定该不作为行为与死亡后果具有因果关系。另一方面，如果受害人遭受损害至死亡之间有一定的时间间隔，在此期间，可能会有其他因素的介入引起受害人死亡，这样就产生加害行为与死亡之间是否有因果关系的问题。例如，甲将乙打伤，丙因交通肇事撞伤乙，使其病情加重，致使其到医院不治而亡。对此情况，应当以相当因果关系考察造成损

害结果的原因，只要从社会一般经验而言，两种行为都与结果的发生具有相当性，行为人就需要承担民事责任。

（三）侵害生命权的请求权主体

对于侵害生命权致人死亡的请求权主体问题，一直存有争议。如前所述，侵害生命权并不当然导致他人生命权的丧失，这也会对侵害生命权的请求权主体产生一定的影响。侵害他人生命权并未导致他人死亡的，请求权主体为权利人本人，其有权请求行为人停止侵害、排除妨碍，并赔偿损失。对于侵害生命权致人死亡的，由于受害人已经死亡，不再是民事主体，故此，死亡赔偿金等的赔偿请求权主体为其近亲属。对于侵害他人生命权致人死亡的赔偿，应当由两个方面构成，一是受害人死亡直接带来的受害人预期收入的损失，二是近亲属的“逸失利益”，如丧葬费用、抚养费等，但是受害人的死亡同时就意味着一系列损害后果的发生，包括受死者生前扶养的人的财产损失、死者近亲属遭受的精神损害等。在生命权遭受侵害的情况下，存有双重受害人，且各受害人遭到的损害分别为“生命权人生命丧失的损害”和“生命权人的近亲属的财产损失的损害”^[29]。具体而言，在侵害生命权的情况下，存在双重受害人。

一是死者。毫无疑问，死者是受害人，如果没有直接受害人的死亡，就没有损害。受害人生命的终结，其本应享有的各种可得利益、预期收入以及对未来生活的享受等各种利益都因之而不复存在了。对这些损失，尽管死者已经不可能作为请求权的主体而提出请求，但不可否认其生命权确实受到了侵害，不能以其死亡无法行使其请求权为由而否认此种损害事实的存在。如果否认死者是受害人，就无法解释生者如何取得求偿的权利。死者生命被非法剥夺，是侵害生命权情况下产生损害赔偿的前提和基础，从这个意义上说，死者为直接的受害人。

二是死者的近亲属。法律之所以允许死者近亲属主张损害赔偿，主要理由在于：一方面，近亲属所遭受的精神痛苦是客观存在的。因为近亲属和死者之间存在血缘或感情上的密切联系，其在死者身上寄托着感情、希望，在受害人死亡的情况下，按照一般的社会观念，也必然对其近亲属造成精神上的损害。近亲属的精神痛苦甚至比一般的精神痛苦还要大，没有任何痛苦比自己的亲人遭受死亡或重大伤害更使人刻骨铭心。所以，在直接受害人遭受损害之后，对于间接受害人遭受的相当的精神上的痛苦也应当予以赔偿。另一方面，受害人的生命遭受侵害，也会导致其近亲属的财产损害，如受害人的死亡造成扶养费用的丧失等。如果对近亲属的此种损害不予赔偿，就不能很好地保护其合法权益。

（四）侵害他人生命权的民事责任

《民法典》第1002条规定相关主体负有不得侵害他人生命权的义务，实际上是明确了相关主体违反这一义务时，应当承担相应的民事责任。生命权遭受侵害的，权利人有权基于《民法典》第995条的规定行使人格权请求权。在他人的行为正在侵害受害人的生命健康，或者使受害人的生命健康有遭受损害之虞时，受害人有权要求停止侵害。同时，在满足侵害人格权禁令适用条件的情形下，权利人也有权请求法院颁发禁令，以防止其生命权遭受侵害。例如，如果夫妻离婚后，男方对女方提出暴力威胁，在此情形下，女方可以依据《民法典》第997条或《反家庭暴力法》第23条申请人身保护令，以保护其人身安全。同时，依据《民法典》第995条第1款，受害人有权依据《民法典》侵权责任编关于损害赔偿的规则请求行为人承担侵权责任。如果权利人因生命权受侵害而遭受损害，其也有权请求行为人承担财产损害赔偿责任和精神损害赔偿责任。

1. 财产损害赔偿

在人身伤害导致死亡的情况下，依据《民法典》第1179条的规定，“造成死亡的，还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金”。首先，在造成死亡的情况下，也要赔偿医疗费、护理费、交通费等合理费用，以及因误工减少的收入。其次，在造成死亡的情况下，还要赔偿丧葬费和死亡赔偿金。因为从文义解释来看，《民法典》第1179条中规定的“还应当”的含义，就是指财产损害赔偿除了包括前项之外，还包括“赔偿丧葬费和死亡赔偿金”。《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《人身损害赔偿司法解释》）第29条规定了死亡赔偿金，该条规定：“死亡赔偿金按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入标准，按二十年计算。但六十周岁以上的，年龄每增加一岁减少一年；七十五周岁以上的，按五年计算。”该条规定确定了死亡赔偿金的标准，但因为死亡赔偿金的确定是区分城乡居民而分别确定的，所以该条规定引发了“同命不同价”的争论。^[30]《民法典》修改了这一规定，该法第1180条规定：“因同一侵权行为造成多人死亡的，可以以相同数额确定死亡赔偿金。”该条确立了同一案件适用同一赔偿标准的原则。

死亡赔偿金在性质上如何界定，即究竟是属于财产损害赔偿，还是属于精神损害赔偿？按照最高人民法院《精神损害赔偿司法解释》第9条的规定，致人死亡的时候，还要赔偿作为精神损害抚慰金的死亡赔偿金。在我国，《消费者权益保护法》《国家赔偿法》等法律中也提出了死亡赔偿金的概念。因此，一些学者认为死亡赔偿金在性质

上是侵害生命权的慰抚金赔偿。但通说认为，死亡赔偿金并非对死者的赔偿，而只能是对受害人的近亲属的精神或财产损害的赔偿。^[31]

《精神损害赔偿司法解释》第9条规定：“精神损害抚慰金包括以下方式：（一）致人残疾的，为残疾赔偿金；（二）致人死亡的，为死亡赔偿金；（三）其他损害情形的精神抚慰金。”可见，该解释将死亡赔偿金视为精神损害赔偿。本书认为，行为人侵害他人生命权导致死亡后，不仅要承担财产损害赔偿赔偿责任，还要承担精神损害赔偿赔偿责任。

《民法典》第1179条第3句规定：“造成死亡的，还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。”这个“死亡赔偿金”当然仅仅是指财产损害赔偿，至于精神损害赔偿，则由《民法典》第1183条规定。当然，从功能上说，由于死亡赔偿金真正要救济的是与死者有着最亲切的感情联系、与其构成家庭经济利益的紧密共同体的近亲属，故此，其虽然属于财产损害赔偿，但是，也在一定程度上也具有精神抚慰金的性质。

2. 精神损害赔偿

各国立法大多认为，侵害他人生命权会给死者的近亲属带来极大的精神痛苦，因此在法律上应当赋予死者的近亲属以精神损害赔偿请求权。我国法律也明确规定了死者近亲属的精神损害赔偿请求权。

《民法典》第1183条第1款规定：“侵害自然人人身权益造成严重精神损害的，被侵权人有权请求精神损害赔偿。”此外，最高人民法院

《精神损害赔偿司法解释》第7条规定，自然人因侵权行为致死，死者的配偶、父母和子女向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，列其配偶、父母和子女为原告；没有配偶、父母和子女的，可以由其他近亲属提起诉讼，列其他近亲属为原告。死者近亲属的精神损害主要是指因受害人死亡而给死者的配偶、子女以及父母等造成的精神痛苦。

^[32]事实上，受害人因不法侵害而死亡，死者的近亲属如死者的父母、子女和配偶等一般也会蒙受精神痛苦，死者的近亲属作为间接受害人，亦有权就其遭受的精神损害主张赔偿。不过，死者近亲属提出精神损害赔偿必须以自己的名义提出，且必须证明自己因死者的死亡而遭受精神损害。虽然受害人的死亡会为其所有的亲友都造成不同程度上的痛苦，但这些痛苦无法都予以赔偿，否则赔偿范围太广，责任过重。因此，我国法上将赔偿范围定为死者的近亲属。依据《民法典》第1045条第2款，配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女为近亲属。

（撰稿人：王利明）

^[1]韩大元.生命权的宪法逻辑.南京：译林出版社，2012：11.

[2]Neethling, JM Potgieter&PJ Visser, Neethling's law of personality, LexisNexis South Africa, 2005, p.26.

[3]陈民.论人格权：续.法律评论，1962，28（8）.

[4]韩大元.生命权的宪法逻辑.南京：译林出版社，2012：11.

[5]孙慕义，等.新生命伦理学.南京：东南大学出版社，2003：72.

[6]孙大雄.论生命权的宪法保障.云南大学学报：法学版，2003（1）.

[7]孙大雄.论生命权的宪法保障.云南大学学报：法学版，2003（1）.

[8]杨成铭.人权法学.北京：中国方正出版社，2004：121.

[9]杨成铭.人权法学.北京：中国方正出版社，2004：125.

[10]韩大元.生命权的宪法逻辑.南京：译林出版社，2012：16.

[11]关于残障新生儿的生命权是否应当受到保障，存在两种不同的观点。刘学礼.生命伦理学.上海：上海人民出版社，1987：160-161.

[12]Anne laude, Bertand Mathieu, Didier Tabuteau, <i>Droit de la santé</i> / i>, Paris, PUF, 2009, p.581.

[13]陈民.论人格权：续.法律评论（28-8，9）.

[14]张俊浩.民法学原理.北京：中国政法大学出版社，1997：143.

[15]韩大元.生命权的宪法逻辑.南京：译林出版社，2012：15.

[16]刘云峰.正当防卫的理解和运用.中国法制报，1983-11-04.

[17]李震山.人性尊严与人权保障.台北：元照出版公司，2001：4.

[18]吴泽伟，周镇宏.生与死的困惑.广州：新世纪出版社，1990：185.

[19]弗格森.道德哲学原理.孙飞宇，等译.上海：上海人民出版社，2003：82.

[20]孙也龙.违反生前预嘱的法律责任——美国法的考察与启示.金陵法律评论，2016（1）.黄文煌.植物人维生治疗决定中的法律与宗教问题——“特里·夏沃案”评析.医学与法学，2012（6）.

[21]呼满红，张晖.“安乐死”离我们有多远.民主与法制，2001（11）.

[22]石大璞.临终关怀在我国的实施境遇及其与安乐死之异同说.中国医学伦理学，1991（3）.

[23]WHO, WHO Definition of Palliative Care, available at <https://www.who.int/cancer/palliative/definition/en/>, last visit on 2019-03-05.

[24]石大璞.临终关怀在我国的实施境遇及其与安乐死之异同说.中国医学伦理学, 1991(3).严格地说,从狭义上理解,临终关怀与拒绝维生治疗权并不完全相同,临终关怀主要是对患者采用护理手段,而不是对患者的疾病进行治疗,而维生治疗拒绝权针对的则是具有明显身体侵入性的治疗措施。

[25]李惠.生命、心理、情境:中国安乐死研究.北京:法律出版社,2011:83.

[26]孙也龙.临终患者自主权研究.西南政法大学学报,2017(5).

[27]同②66.

[28]王泽鉴.民法学说与判例研究:第4册.北京:北京大学出版社,2009:312-316.

[29]曹诗权,李政辉.论侵害生命权在民法上的责任.法学评论,1998(5).

[30]佟强.论人身损害赔偿标准之确定——对“同命不同价”的解读.清华法学,2008(1).

[31]程啸.侵权责任法:第2版.北京:法律出版社,2015.冯恺.生命损害赔偿请求权理论再思考.政法论丛,2004(2).

[32]汪志刚.论受害人近亲属的精神损害赔偿请求权.侵权法评论:第2辑.北京:人民法院出版社,2003:58.

第一千零三条

自然人享有身体权。自然人的身体完整和行动自由受法律保护。任何组织或者个人不得侵害他人的身体权。

本条主旨

本条是对身体权的规定。

相关条文

《民法总则》第110条规定：“自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利……”

《侵权责任法》第2条规定：“侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”

《反家庭暴力法》第23条规定：“当事人因遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险，向人民法院申请人身安全保护令的，人民法院应当受理。”

《反家庭暴力法》第29条规定：“人身安全保护令可以包括下列措施：（一）禁止被申请人实施家庭暴力；（二）禁止被申请人骚扰、跟踪、接触申请人及其相关近亲属；（三）责令被申请人迁出申请人住所；（四）保护申请人人身安全的其他措施。”

《未成年人保护法》第10条规定：“禁止对未成年人实施家庭暴力，禁止虐待、遗弃未成年人，禁止溺婴和其他残害婴儿的行为，不得歧视女性未成年人或者有残疾的未成年人。”

理解与适用

一、身体权的概念和特征

身体权是自然人维护其身体组织器官的完整性并支配其肢体、器官和其他组织的权利。^[1]身体权作为一种物质性的人格权，与其他的物质性人格权一样，都以身体完整的利益为对象，都具有固有性和专属性的特点，权利人不得将其权利转让、抛弃。身体权以身体利益作为客体，而身体又是所有物质性人格权的载体，这就决定了身体权在人格权体系中占有重要地位。身体权和生命权、健康权一样，是自然人最重要的法益，也是个人作为民事主体存在并享有各项其他民事的基础和条件。^[2]

从比较法的角度来看，法律对身体权的保护出现几种发展趋势：一是将身体权与健康权合并规定。例如，《奥地利民法典》第1325条规定，身体伤害是指一切对身体，或精神健康，或身体完好性的不利影响。^[3]二是有关国家的法律将身体作为一种特殊的法益给予保护。例如，1942年的《意大利民法典》第5条是第一个关注人体组织“处分”的法律条款，1994年《法国民法典》修订时，确认了“人体的不得处置原则（Indisponibilité du corp humain）”。《法国民法典》第16—1条更清楚地规定：“人的身体、人的身体的组成部分和人的后代不得成为财产权的标的。”同时，确定了身体的完整性以及身体不受侵害的原则。其他一些国家（地区）的法律，如《魁北克民法典》（第19到25条），以及《巴西新民法典》（第13到14条）等采纳此种规定。三是改变过去法律主体是一个“抽象的人”的传统观念，将人体视作人重要的组成部分。^[4]如《法国民法典》第1128条规定：“仅仅是物始能在交易中成为契约的标的。”人体的各个部分（如器官、组织、血液、基因、DNA样本、生殖细胞）都具有人格属性，作为重要的人格利益加以保护。此种规定虽然没有直接确定身体是一种法益，但间接地确认了身体是一种不同于物的特殊人格利益。

我国《民法通则》确认了公民享有生命健康权，但并没有明确规定身体权。《侵权责任法》第2条第2款在列举民事权利时，也没有提及身体权。据此，许多学者认为，我国民法仅规定了生命权和健康权，而并没有规定身体权。也有人认为，健康权中已经包含了身体权。这一看法虽然不无道理，但是值得商榷。从法律上来看，身体权不能为健康权所涵盖，它应当作为一项独立的权利在民法上予以确认。也只有这样，才能充分保护个人的人身安全和人身自由。事实上，我国法律并未完全否认个人享有身体权。例如，我国《宪法》第37条第3款末段规定：“禁止非法搜查公民的身体。”《民法通则》第119条规定：“侵害公民身体造成伤害的，应当赔偿医疗费、因误工减少的收入、残废者生活补助费等费用；造成死亡的，并应当支付丧葬

费、死者生前扶养的人必要的生活费等费用”，此处的身体即为身体权^[5]；《精神损害赔偿司法解释》第1条明确规定了“身体权”遭受侵害，受害人有权请求精神损害赔偿。从我国司法实践来看，历来也承认身体权为一项独立的人格权。正是在总结我国既有立法和司法实践经验的基础上，我国《民法典》人格权编对身体权作出了规定。

《民法典》在法律上确认独立于健康权的身体权，有利于加强对个人人身权利的保护。因为生命权、健康权和身体权一起构成了完整的物质性人格权的体系结构^[6]，只有确认和保护身体权，才有利于保护身体组织的完整和人身的安。只有赋予权利人以身体权，才能使权利人获得充分救济。^[7]另外，规定独立的身体权，也是与现代科技和医学发展的需要相一致的。在现代社会，尽管随着科技的发展和医学的进步，对人的身体的完整性有了更为可靠的保障，但随着科技的进步，身体权也受到了基因技术、克隆技术、器官移植技术等发展所带来的挑战和威胁。例如，器官移植技术的发展，使人的身体的某些部分可以和人体相分离而无损人的健康；克隆技术的发展，使人体的很多部分都可以以克隆的方式被“复制”。这些都可能致人的相关身体部位的变化，人的器官可以在不同的人之间交换，这就对身体的完整性原则提出了挑战。^[8]这些内容显然与人的身体权是密切相关的，所以，确认和完善身体权概念对于合理解决这些问题也是十分必要的。

和其他人格权相比，身体权具有如下几个方面的特点。

1.主体的特定性。从权利主体上说，身体权只能由自然人所享有。作为组织体的法人、非法人组织不享有身体权。尤其需要指出的是，身体权是个人人格权的基础，生命、健康都是依赖于身体的，一旦身体完整和行动自由受到侵害，个人的生命、健康也必然受到威胁。可见，身体权在民事权利中具有基础性的地位。

2.固有性。这就是说，身体权是权利人所固有的、与主体资格联系十分密切的一种权利。一方面，身体权是与生俱来的权利，且在自然人生存期间始终伴随权利人。身体权丧失，生命也就不复存在。因为身体是生命和健康的载体，如果身体遭受侵害导致生命不复存在，自然人的主体资格就自然丧失。另一方面，身体权的固有性也决定了身体权是不可转让、不可抛弃、不可继承的。

3.客体的二重性。身体权的客体包括两个方面：一是身体的完整利益。所谓完整，是指身体权人有权保护自己的主要部分和附属部分完整地结合在一起。任何破坏身体的完整性的行为都构成对身体权的侵害。身体包括主要部分和附属部分。主要部分包括人的头颅、躯

干、器官和其他组织，一般不得与身体相分离，是身体的基本组成部分。附属部分包括毛发、血液、体液、指（趾）甲等附着于身体的其他人体组织。^[9]身体某一部分只要不影响到身体的完整，不违反法律或公序良俗，则可以与身体相分离。随着现代科技发展，人的细胞和基因都可以作为身体的重要组成部分而存在，并且受到法律的保护。二是身体活动自由的利益。这就是说，个人不仅享有身体完整利益，也享有身体活动自由，个人作为人存在，不仅要保持身体完整，而且要广泛参与社会活动和社会交往，并能够按照自己的意志从事各种活动，这也是个人正常生存的基本条件，这种利益也是身体权的重要客体。《民法典》第1003条将行动自由作为身体权的组成部分，表明其也是身体权的重要客体。

上述两个方面的客体是有机地结合在一起，不可分割的，单纯地强调哪一个方面都是不妥当的。身体权必须以身体的完整为对象。身体的完整不仅表现为维护自己身体主体部分的完整，还包括维护肢体、器官等身体各个组成部分的完整。^[10]因为身体权人不仅有权维护自己身体的完整，例如，行为人实施某种侵权行为，限制了他人的的人身自由等，这些行为虽然构成了对其他人格利益的损害，但因并未侵害身体完整性，因而并不构成对身体权的侵害，同时，个人还有权维护个人的行动自由，如果个人的行动自由得不到保障，则维护个人身体完整的目的也难以实现。《民法典》将行动自由作为身体权的客体，也意味着，即便行为人没有侵害他人身体的完整性，但只要不当妨害了他人的行动自由，也将构成对他人身体活动自由的侵害。

4.内容的有限自主决定性。身体权是一种有限的自主决定权，这就是说，权利人有权在法律和社会公共道德允许的范围内自主决定捐献其人体细胞、人体组织、人体器官，也有权在生前决定在死后捐献遗体。自然人有权依法决定参与医学临床试验。身体是生命以及健康的载体，是自然人赖以生存的躯体，身体是生命的载体，也是人格的载体，所以身体权体现了一定的社会利益，它已超出了个人意思自治的领域。例如，权利人通过合同出售自己的身体器官，这将损害现代社会的基本价值，违反了公序良俗，应当予以禁止。

5.具有绝对性。身体权的主体是权利人，义务人是除权利人以外的一切人，权利人的权利可以排除一切义务人的侵害，因此，身体权具有绝对性，此种权利受到侵害时，可以受到侵权责任法的救济。

身体权是物质性人格权的一种类型，受到法律的优先保护。在整个人格权体系中，物质性人格权处于优越地位，我国法律出于对人的生命、健康、身体等法益优先保护的考虑，对健康权实行了系统周延的保护，一方面，《民法典》第1005条规定了法定的救助义务，就是

为了维护个人的健康权等物质性人格权。另一方面，人格权编第二章专门针对器官捐献作出规定，禁止买卖人体细胞、人体组织、人体器官，禁止性骚扰，并对人体医学试验以及对从事人体基因、人体胚胎等有关底线规则作出规定，都是为了强化对健康权等物质性人格权的保护。

二、权利人的身体完整和行动自由受法律保护

依据《民法典》第1003条，身体权的内容包括权利的身体完整和行动自由受到法律保护的权利。

（一）身体完整权

所谓身体完整权，是指权利人在其身体的安全和完整受到他人的侵害的情况下，有权采取一定的措施排除他人的侵害或妨害。此种措施既包括采取正当防卫、紧急避险等积极措施，也包括行使消极的人格权请求权。身体完整，是指自然人身体不受侵害，自然人依法维护自己身体组织的完整性，这一点在比较法上也得到了确认。例如，《法国民法典》第16条规定：“人之身体不得侵害。”按照这一原则，任何人不得采取任何方式侵害他人的身体。我国《民法典》第506条规定，免除造成人身伤害责任的免责条款无效，实际上也体现了身体不得侵害的原则。《民法典》侵权责任编也充分体现了对自然人身体的特别保护，该法有多个条款都规定了侵害他人人身的责任，其中所说的人身就包括了身体。

具体来说，一方面，当权利人的身体正在面临不法妨害时，权利人有权采取正当的防御措施。当然，这种防卫措施必须适当，不能超过一定的界限而实施防卫。权利人在面临紧急的危险时，为了保护自己的身体的安全，也可以采取紧急避险的措施。但是，采取紧急避险所带来的利益要大于对第三人所造成的损害。此外，权利人为了维护身体完整的权利，有权采取各种措施预防各种损害的发生。与前述的保有权不同，身体完整和安全的维护权通常是针对即将发生的侵害而采取的积极的措施，而保有权并不需要权利人作出某种积极的行为来维护自身身体的完整。另一方面，身体完整权也包括消极的权利保护请求权，如果某种行为实际威胁、侵害到个人的身体，权利人也有权主张停止侵害、排除妨害、消除危险。现代社会是一个高风险的社会，尽管科技的发展、医疗的进步使人们的身体安全和完整得到极大的改善，但是，也要看到，在当前社会，各种灾害、事故以及其他前所未有的天灾人祸都在一定程度上威胁着人们的身体完整和安全，如果他人的行为危及权利人身体的完整，权利人也可以请求停止侵害、

消除危险。

（二）行动自由受法律保护的权利

所谓行动自由权，是指个人依法享有身体活动自由，不受他人的非法拘禁和限制。行动自由是权利人在法律规定的范围内自主支配自己行动的自由，也是人身自由的组成部分。只要权利人是在法律规定的范围内自主支配自己的行动，他人就不得干涉和妨碍。我国《民法典》第1003条从正面规定了行动自由是身体权的重要内容，同时，第1011条又从反面对侵害行动自由权的典型行为作出了规定。行动自由不同于身体完整，但二者也存在密切的联系。毫无疑问的是，行动自由对个人的价值是无法衡量的^[11]，因此，我国《民法典》将其纳入身体权的范畴。对个人身体活动自由的侵害并不仅仅限于剥夺个人的活动自由，还包括对个人行为或者活动自由的任何非法的、不当的侵害。^[12]在实践中，讨债公司非法拘禁债务人、将债务人关进狗笼等，这些既是对身体活动自由的侵害，也是对身体权的侵害。因此，确立独立的身体权，对于保护身体活动自由也具有积极意义。

我国《民法典》第1003条将身体权的内容规定为身体完整和行动自由，二者之间存在密切联系，但二者之间也存在一定的区别：第一，二者的性质和内容不同。行动自由和身体完整所体现的利益不同，身体完整体现的是个人的物质性人格利益，而行动自由是权利人自主支配自己的活动，而不是支配身体本身，不是保持身体机能完整的权利。第二，对二者的侵害方式不同。对身体完整的侵害主要体现为殴打、非法切除他人的器官等人身伤害行为，而对行动自由的侵害主要体现为非法拘禁他人的人身、非法限制他人的行动。从这一意义上说，伤害他人身体的行为虽然可能侵害他人的身体完整，但并不当然侵害他人的行为自由。第三，二者损害后果不同。侵害身体完整的损害后果主要是造成他人肉体痛苦，而侵害他人行动自由的损害后果是影响他人身体活动自由。

三、任何组织和个人不得侵害他人的身体权

（一）任何组织或者个人负有不得侵害他人身体权的义务

依据《民法典》第1003条，任何组织或者个人不得侵害他人的身体权，这就意味着在法律上确立了任何人负有不得侵害他人身体权的义务。身体权作为绝对权，具有强烈的排他性，除权利人之外的任何人都负有不得侵害的义务。身体权体现为维护权利人的身体利益不受他人的侵害和妨碍，维护人体整体构造的完整性或身体的安全性，而

维护人身的安全和完整是法律设定身体权的主要目的。正如Lambert-Faivre所指出的：“人的身体的完整性是人类所普遍认可的价值。对人的身体的尊重是人的所有精神生活、职业生活和物质生活的介质、灵魂和必要媒介，它已深深地扎根于所有的文明之中。”^[13]

身体权是个人所享有的一项重要的物质性人格权，个人享有身体权也是其参与社会交往的基本前提。《民法典》第1003条规定任何组织和个人负有不得侵害他人身体权的义务，并不是为了简单地宣示身体权，更是为了确定相关主体的义务，以及违反该义务所应当承担的法律责任。同时，不仅仅是民事主体负有不得侵害他人身体权的义务，对公权力机关而言，其也应当负有不得侵害他人身体权的义务。正是通过维护身体的安全性和完整性，生命得以延续、健康得以维护，自然人本人才能从事正常的生产生活。

（二）侵害他人的身体权的行为

侵害个人的身体权的行为的表现形式是多种多样的，但可以区分为两种类型。

1.侵害身体完整

此类行为都有一个共同特点，即损害了身体的完整性和安全性，它既包括侵害个人身体的外部完整性，也包括侵害个人身体内部生理机能的完整性。法律上所说的对身体权的侵害，必须是造成对身体的完整性和安全性的破坏的行为。例如，致某人的肺脏破裂，砸伤他人的头部。在侵害身体的过程中，不管是否直接接触了他人的身体，只要造成了身体的安全性或完整性的侵害，就构成对身体权的侵害。至于被破坏完整性的身体是否可以经治疗而恢复，可能会影响到赔偿的数额，但这并不妨碍侵权行为的构成。具体来说，侵害身体权的行为包括如下几种类型。

（1）殴打。殴打他人所造成的损害不限于表面的生理机能的损害，它还包括内在的难以检测的生理机能的损害。在殴打他人尤其在身体受到暴力侵害的情况下，受害人一般会遭受肉体痛苦和精神痛苦。因此，不管这种痛苦持续多久，不管受害人是否能够举证证明其遭受了外在的生理机能的损害，或者是否具有医疗费用的支出^[14]，不管殴打的轻重如何，只要受害人有证据证明行为人实施了殴打行为，行为人就构成侵权，受害人有权请求其承担侵权责任。

（2）非法切除他人的身体器官或附属部分。为了强化对身体权的保护，一些国家有关医疗方面的法律对医生的治疗活动规定了严格

的事前说明和告知义务，尤其在手术过程中，医生切除病人的某一个部位或附属部分也应当事先告知患者，并征得其同意；否则，将构成对身体权的侵害，患者也可以基于医疗合同主张违约责任。^[15]

（3）不当手术致他人身体部位受损。在医疗、整容等活动中，因为不当手术致他人身体部位受损，构成对他人身体权的侵害。例如，美容整形手术不当致受害人外在形象受损，构成了对身体权的侵害^[16]，如果未影响其整体的生理功能，此时不构成对健康权的侵害，而仅构成对身体权的侵害。^[17]

2.侵害行动自由

此类行为主要体现为《民法典》第1011条所规定的侵害行为类型。

（1）非法拘禁。非法拘禁，是指没有法律上的根据，而非法限制他人的行动自由。例如，将某人拘禁于狗笼使其无法行动、将顾客锁在商场内强迫购物、将某人锁在房间禁止其出逃。身体行动自由的剥夺的成立，以无合理的方法可以离去为要件，如房门被锁，但可由窗户逃出时，尚不构成侵害自由。^[18]任何人的行为自由不应受非法的限制，任何单位和个人都无权非法关押、拘禁他人，非法限制和剥夺个人的身体自由构成侵权，甚至构成犯罪。^[19]非依法律，不得对个人进行逮捕、拘禁、搜查、审问或处罚，或采取各种方式限制他人的人身自由，否则，构成对他人的行动自由的侵害。

（2）非法搜查他人身体。例如，在某“超市搜身案”中，原告在离开超市时，被告店门口警报器鸣响，该店一女保安员上前阻拦原告离店，后原告被保安人员强行带入该店办公室内搜身，但并没有发现原告身上携带有带磁信号的商品，后允许原告离店。法院认为，被告将原告滞留店中作检查，不仅时间长达近两小时，其间还出现非法搜身原告的事实。被告已构成对原告人格权的侵害，应向原告赔礼道歉，并赔偿精神损失。非法搜查通常会对个人的名誉、隐私构成侵害。在非法搜查中，若采用暴力手段，则无论是否导致个人身体受损，均构成对他人身体权的侵害。

（3）其他侵害他人行为自由的行为。例如，夺去入浴妇女的衣服，使其无法行动，也应当构成对他人行动自由的侵害。

（三）侵害他人身体权的民事责任

行为人侵害他人身体权，受害人有权依法请求行为人承担民事责

任。在身体权遭受侵害的情形下，受害人有权行使人格权请求权，请求他人停止侵害、排除妨碍、消除危险。在他人正在侵害或者即将实施侵害受害人的身体完整和行动自由行为的，受害人有权要求停止侵害。受害人也可以基于人格权编关于禁令的规定，请求法院颁发禁令，以保护其人身不受侵害。为了保护公民的身体权，相关法律和司法解释已经规定了人身保护令，以有效制止侵害公民身体权的行为。例如，最高人民法院、最高人民检察院等于2014年12月18日颁行了《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》，其第22条规定：“未成年人救助保护机构或者其他临时照料人可以根据需要，在诉讼前向未成年人住所地、监护人住所地或者侵害行为地人民法院申请人身安全保护裁定。”人身安全保护裁定可以包括如下内容，如禁止被申请人暴力伤害、威胁未成年人及其临时照料人；禁止被申请人跟踪、骚扰、接触未成年人及其临时照料人；责令被申请人迁出未成年人住所；保护未成年人及其临时照料人人身安全的其他措施。这些措施的采用，对于有效预防和制止侵害个人身体权的行为，防止损害后果的扩大具有重要意义。例如，某人因遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险，而向人民法院申请人身安全保护令。这些措施的采用，对于有效预防和制止侵害公民人身权的行为，防止损害后果的扩大具有重要意义。

侵害他人身体权，造成损害的，受害人有权基于侵权责任编请求行为人为承担侵权损害赔偿责任。

第一，财产损害赔偿。行为人在侵害他人身体权造成损害的情况下，应当赔偿的费用包括医疗费、护理费、交通费、为治疗和康复支出的其他合理费用、误工损失以及其他费用。侵害身体造成残疾的，侵权人还要赔偿残疾生活辅助器具费和残疾赔偿金，具体而言：一是残疾辅助器具费。它是指受害人因残疾造成身体机能的全部或部分丧失，而需要配备有关残疾辅助器具所支付的费用。这一费用是因侵害行为而增加的，所以，也应当赔偿。^[20]《人身损害赔偿司法解释》第26条规定：“残疾辅助器具费按照普通适用器具的合理费用标准计算。”人身伤害是否导致残疾，必须通过相关部门的鉴定。对此，我国相关部门制定了各自的标准，以确定是否残疾和残疾的等级。^[21]二是残疾赔偿金。它是指受害人身体或健康遭受侵害后，因全部或部分丧失劳动能力所应当获得的赔偿。依据《人身损害赔偿司法解释》第25条第1款规定，应当根据受害人丧失劳动能力程度或者伤残等级确定残疾赔偿金。因此，残疾赔偿金在性质上是对劳动能力丧失的赔偿，而不是对收入丧失的赔偿。关于残疾赔偿金的具体数额，《人身损害赔偿司法解释》第25条第1款规定：“残疾赔偿金根据受害人丧失劳动能力程度或者伤残等级，按照受诉法院所在地一上年度城镇居民

人均可支配收入或者农村居民人均纯收入标准，自定残之日起按二十年计算。但六十周岁以上的，年龄每增加一岁减少一年；七十五周岁以上的，按五年计算。”依据《人身损害赔偿司法解释》第25条第2款的规定，残疾赔偿金的赔偿也可以根据实际情况进行适当调整，这包括两种情况：一是受害人因伤致残但实际收入没有减少；二是伤残等级较轻但造成职业妨害严重影响其劳动就业的。在前一种情况下，应当适当减少残疾赔偿金。而在后一种情况下，应当适当增加残疾赔偿金。

第二，精神损害赔偿。在侵害身体权的情况下，受害人如果遭受了精神损害，也可以主张精神损害赔偿。侵害身体权的精神损害赔偿主要救济受害人的两类损失：一是受害人遭受的肉体痛苦。受害人遭受侵害以后，无疑要忍受肉体的痛苦，对此种肉体的痛苦，受害人应当有权要求赔偿。二是受害人遭受的精神痛苦，例如，受害人因残疾不能从事正常的工作、谈恋爱等，因此而引发的精神痛苦，应当允许受害人请求赔偿。

（撰稿人：王利明）

[1]杨立新.人身权法论.北京：人民法院出版社，2002：398.

[2]梁慧星.民法总论.北京：法律出版社，1995：106.

[3]冯巴尔.欧洲比较侵权行为法：下卷.焦美华，译.北京：法律出版社，2001：80.

[4]P.ZATTI, Di là dal velo della persona fisica.Realtà del corpo e diritti dell'uomo, in ID., Maschere del diritto, volti della vita, Milano, 2009, 53 ff.

[5]杨立新.人身权法论.北京：人民法院出版社，2002：393.

[6]杨立新.人身权法论.北京：人民法院出版社，2002：395.

[7]同①396.

[8]黄丁全.医疗、法律与生命伦理.北京：法律出版社，2007：218.

[9]尹飞.人身损害赔偿概述//王利明.人身损害赔偿疑难问题.北京：中国社会科学出版社，2004：16.

[10]杨立新.论公民的身体权及其民法保护.法律科学，1994（6）.

[11]Thandani v.Minister of Law and Order 1991 1 SA 702（E）707.

[12]Botha v.Lues 1981 1 SA 687 (o) 690.

[13]Yvonne Lambert-Faivre , Droit du dommage corporel , 3eédition , 1996 , Dalloz , p.1.

[14]杨立新.论公民的身体权及其民法保护.法律科学 , 1994 (6) .

[15]颜厥安.财产、人格 , 还是资讯 ? .台大法学论丛 , (31-1) .

[16]马某涛诉鞍山铁东区服务公司梦真美容院损害赔偿纠纷案//最高人民法院中国应用法学研究所.人民法院案例选 : 1994 (1) .北京 : 人民法院出版社 , 1994 : 89.

[17]例如 , 《山东省高级人民法院关于审理人身损害赔偿案件若干问题的意见》第18条规定 : “美容整形手术失败给受害人造成不良后果 , 致人生理功能受损的 , 视为侵害他人身体权 ; 受害人请求精神损害赔偿起诉到法院的 , 人民法院应当受理。”

[18]王泽鉴.侵权行为法 : 第1册.北京 : 中国政法大学出版社 , 2001 : 118.

[19]杨立新.人身权法论.北京 : 人民法院出版社 , 2002 : 645.

[20]程啸.人身伤亡有关费用的赔偿标准//王利明.人身损害赔偿疑难问题.北京 : 中国社会科学出版社 , 2004 : 608.

[21]参见国家质量监督检验检疫总局《道路交通事故受伤人员伤残评定》、国家技术监督局《职工工伤与职业病致残程度鉴定》、中国残疾人联合会《中国残疾人实用评定标准》等。

第一千零四条

自然人享有健康权。自然人的身心健康受法律保护。任何组织或者个人不得侵害他人的健康权。

本条主旨

本条是关于健康权受法律保护的一般规定。

相关条文

《民法通则》第98条规定：“公民享有生命健康权。”

《刑法》第234条规定：“故意伤害他人身体的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。犯前款罪，致人重伤的，处三年以上十年以下有期徒刑；致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。本法另有规定的，依照规定。”

《刑法》第235条规定：“过失伤害他人致人重伤的，处三年以下有期徒刑或者拘役。本法另有规定的，依照规定。”

《治安管理处罚条例》第22条规定：“有下列侵犯他人人身权利行为之一，尚不够刑事处罚的，处十五日以下拘留、二百元以下罚款或者警告：（一）殴打他人，造成轻微伤害的……”

《妇女权益保障法》第38条规定：“妇女的生命健康权不受侵犯。禁止溺、弃、残害女婴；禁止歧视、虐待生育女婴的妇女和不育的妇女；禁止用迷信、暴力等手段残害妇女；禁止虐待、遗弃病、残妇女和老年妇女。”

理解与适用

一、健康权的概念和特征

健康权是自然人以其身体的生理机能的完整性和保持持续、稳

定、良好的心理状态为内容的权利。^[1]在比较法上，“健康权（right to health）”一词并非典型的民事权利，而主要是指国家有义务保障公民享有能达到一定水平的身体和心理健康的权利。有关的国际公约也规定了健康权的内容。^[2]因此，许多学者认为，健康权主要是一种公法上的权利，其主要是设定国家的义务，也就是说，国家有义务为公民提供必要的医疗服务、健康设施以及健康的工作条件、清洁的环境等。^[3]但是现代民法中越来越强调对健康权的保护，这是因为，健康权与生命权、身体权一样，其也是个人享有其他民事权利的基础，如果健康权得不到保障，则其他民事权利的享有和保障也会受到影响，可以说，健康权在整个民事权利体系中居于基础性地位。健康权和生命权、身体权一样都是个人享有的基本人权，是个人从事正常的生产、生活的基本条件。健康是民事主体在正常生活中与他人交往的前提，只有享有健康权，人们才可能从事其他的民事活动，健康权一旦受到侵害，不仅会影响个人的正常生活，而且会进一步危及其生命。可以说，自然人的健康权，也是自然人有效行使其他权利的基础。

我国《民法典》第1004条确认健康权，对保护自然人的人格权意义重大，主要表现在：首先，确认健康权为实现人民群众美好幸福生活提供了重要的法律保障。当前，在人民群众基本的物质生活得到基本保障之后，健康成为人民群众幸福生活的重要内容，民法典从正面健康权作出规定，并明确了健康权的内容，细化了健康权的保护规则，为个人在健康权受到侵害的情形下依法维护身心健康提供了法律依据。其次，可以为侵权法保护健康权提供依据，并确立有关单位和个人保护他人健康权的义务。虽然《侵权责任法》第2条已经明确将健康权规定为一种受法律保护的绝对权，但侵权法主要是救济法，民法典对健康权作出规定，也可以为健康权的侵权法保护提供依据。最后，为特别法保护健康权提供了上位法依据。也就是说，民法典关于健康权的规定既确立了一切不特定的主体均负有不得非法侵害他人健康权的义务，也规定了相关主体在特殊情况下的积极作为义务。例如，确立劳动者的健康权，企业就需要通过改善工作环境等方式相应保护劳动者的健康权。

在民法上，健康权主要具有如下特点。

第一，主体限于自然人。健康权作为物质性人格权，只能归属于自然人，法人和非法人组织不可能享有健康权。自然人因出生而当然享有健康权。依据《民法典》第16条的规定，“涉及遗产继承、接受赠与等胎儿利益保护的，胎儿视为具有民事权利能力”，因此，胎儿的健康利益也应当受到法律保护，其健康在其出生前遭受侵害的，其

在出生后也应当有权请求行为人承担责任。自然人死亡后，不再属于民事主体，也不再享有健康权。

第二，健康权的客体是健康利益，其包括生理健康利益和心理健康利益。应当看到，健康首先是一个医学上的概念，但医学上健康的概念包括了生理健康和心理健康。《世界卫生组织宪章》导言指出，健康不仅是免病和残弱，而且是保持身体上、精神上与社会适应方面的完好状态。由此可见，作为健康权客体的健康利益包括两类，即生理健康利益和心理健康利益。健康权是一种身体和心理处于完好状态的权利。

第三，健康权具有平等性和固有性。一方面，健康权和生命权、身体权一样，是权利人与生俱来的权利，和主体资格联系十分密切，如果健康权无法得到保护，则个人的主体资格也会受到影响。另一方面，健康权是每个自然人都平等享有的权利，不因种族、政治取向、宗教信仰、经济及社会条件而有区别，每个自然人都平等地享有健康权，政府、社会有义务为保障公民的健康提供必要的条件和设施。^[4]

第四，具有绝对性。健康权的主体是权利人，义务人是除权利人以外的一切人，权利人的权利可以排除一切义务人的侵害，因此，健康权具有绝对性，此种权利受到侵害时，可以受到侵权责任法的救济。

健康权是一种物质性的人格权。健康权与生命权、身体权具有密切的联系。健康受到侵害，生命必将受到威胁；而身体受到侵害，也往往伴随着健康权的侵害。但健康权具有其独特的权利客体和权利内容，是一种独立的人格权类型。我国《民法通则》第98条规定：“公民享有生命健康权。”这一表述使学界对于健康权是独立的人格权，抑或是生命权的组成部分产生了争议。而《民法总则》第110条第1款则明确地采“健康权”的概念，并与“生命权”相区分。在总结上述立法经验的基础上，《民法典》人格权编单独对健康权作出了规定。

健康权和生命权、身体权一样，在整个人格权体系中处于优越地位，我国法律出于对人的生命、健康、身体等法益优先保护的考虑，对健康权实行了系统周延的保护。一方面，《民法典》第1005条规定了法定的救助义务，就是为了维护个人的健康权等物质性人格权。另一方面，人格权编第二章专门针对器官捐献作出规定，禁止买卖人体细胞、人体组织、人体器官，并对人体医学试验以及对从事人体基因、人体胚胎等有关底线规则作出规定，都是为了强化对健康权等物质性人格权的保护。除民法规定外，刑法、行政法以及大量的民事、行政特别法都涉及对健康权的保护。例如，《职业病防治法》第4条

就确认了劳动者依法享有职业卫生保护的权利，并在此基础上对劳动者的健康权实行充分保护。此外，民法典其他分编也注重强化对个人健康权的保护。例如，《民法典》第506条就明确规定造成对方人身伤害的免责条款无效，其目的就在于保护自然人的健康权。又如，出于对承租人生命健康权保护的目的，《合同法》第233条也规定：“租赁物危及承租人的安全或者健康的，即使承租人订立合同时明知该租赁物质量不合格，承租人仍然可以随时解除合同。”

二、健康权的客体

按照传统观点，作为人格权的健康，其客体限于生理健康，而不包括心理健康。这主要是因为，生理健康具有外在保护方式，在受到侵害时比较容易判断，而心理健康属于精神层面的客体，其是否受到侵害，往往难以判断。我国《民法典》第110条在具体列举自然人所享有的各项人格权时，只是使用了“健康权”这一表述，并没有明确其内涵。但从我国司法实践来看，有关心理健康的纠纷越来越多，对心理健康的保护越来越重要^[5]，我国民法典人格权编为强化对个人健康利益的保护，规定健康的内涵同时包括生理健康和心理健康，因此，健康权的客体也应当同时包括生理健康利益和心理健康利益。

笔者认为，《民法典》第1004条将健康权的客体规定为包含身体健康利益和心理健康利益两方面内容，主要理由如下。

第一，符合现代医学标准和比较法的发展趋势。现代医学普遍认为，健康应当包括心理健康。生理健康是指身体的生理机能的正常运转，而心理健康是指心理状态的良好状态。^[6]在许多情形下，生理健康和心理健康往往难以区分，二者常常发生转化，关联密切，如果不保护个人的心理健康，则个人的生理健康也难以实现。行为入侵害他人心理健康，造成他人心理健康损害，往往也会转化为生理健康损害。从实践来看，大量的生理健康问题都源于心理健康问题。法律仅保护生理健康而忽视心理健康，也难以实现对健康权的全面保护。因此，从比较法上来看，各国也越来越重视对个人心理健康的保护。例如，《欧洲民法典》也将精神上的损害视为健康损害。^[7]

第二，从侵权保护的对象来看，如果不承认健康权的客体包括心理健康利益，则将使精神损害赔偿制度部分失去其保护对象，权利人将无法以健康权受到损害为由提出精神损害赔偿。例如，在因被恐吓造成忧郁、焦虑等精神痛苦的情况下，受害人确实发生了精神损害，其理应有权主张精神损害赔偿。^[8]当然，在心理健康遭受侵害的情形下，受害人主张精神损害赔偿时也应当符合精神损害赔偿责任的构成

要件，并非所有的精神损害都能获得法律救济。生理健康受到侵害往往伴随着生理机能的破坏，还发生身体疼痛、精神痛苦等心理健康状态的破坏，甚至可能导致心理疾病。^[9]史尚宽先生认为，出卖腐肉或使用毒药以害人健康，因名誉毁损或恐吓而引起的精神衰弱，也属于侵害他人健康权。^[10]

第三，如果将心理健康利益排除在健康权的客体之外，将难以对心理健康的损害进行有效补救。心理健康也受到保护，对其的保护同样重要。例如，在强奸案中，受害人会遭受重大的心理创伤。心理健康成为与身体健康同等重要的健康权内容。又如，严重的噪音侵害导致精神失常，虽然没有损害身体和生命健康，但可能影响心理健康。再如，恶劣的工作条件持续达到一定的程度，将可能严重影响个人的生产和生活，损害人们的心理健康，此种损害丝毫不亚于生理健康的损害。若对这些损害不予补救，则不能有效地保护个人基本的生存条件。^[11]

此外，在现代社会，随着社会的发展和医疗科技的进步，人们的健康获得了更好的保障，但与此同时，环境污染和生态恶化带来的副作用也直接威胁着人们的健康，人们在享受现代化所带来的文明成果的同时，也要看到其对健康的威胁日益加剧，人类的心理健康越来越成为一个重要的社会问题，这就需要对健康的标准提出新的要求。当然，心理健康损害应当具有一定的严重性，否则将难以获得救济，单纯的心理失望、沮丧等并不构成对健康权的侵害。总之，健康权的核心在于身心健康，其不仅包括身体健康，也包括心理健康。

三、健康权与生命权、身体权的区别

健康权与生命权、身体权均属于物质性人格权，在人格权体系中均处于优越地位，且在侵害物质性人格权的情形下，依据《民法典》第998条的规定，并不需要通过动态系统论的规则进行利益衡量，而应当优先予以保护，但健康权与生命权、身体权存在明显区别。

（一）健康权与生命权

健康权与生命权具有密切的联系，健康受到侵害，生命必将受到威胁，但健康权不同于生命权：一方面，生命权不仅是自然人的人格权，而且是自然人作为主体存在的基础，自然人因有生命的存在而有权能力，生命丧失，则自然人的主体资格也将不复存在；而虽然健康权对维护个人的主体资格具有重要意义，但其并非自然人主体资格存续的前提，在健康权遭受侵害的情形下，通过一定的医疗手段可以

使个人恢复健康，因此，与生命权的不可恢复性不同，健康权具有一定的可恢复性。^[12]另一方面，在侵害生命权的情形下，直接受害人无法主张权利，而只能由因受害人死亡而遭受损害的间接受害人主张权利；而在健康权遭受侵害的情形下，受害人的主体资格并不受影响，其有权直接请求行为人承担侵权责任。此外，生命权遭受侵害的，对直接受害人而言，不存在精神损害的问题，而通常要转化为财产损害。而在健康权遭受侵害的情形下，受害人可能同时遭受财产损害和精神损害，尤其是在侵害权利人心理健康的情形下，受害人的财产损害常常伴随着精神损害，受害人可以同时请求赔偿。

（二）健康权与身体权

健康权与身体权都属于物质性人格权，侵害身体权往往也会发生侵害健康权的后果。在比较法上，也有学者将健康权归入身体权的范畴。例如，德国学者优博特（Joubert）将身体区分为四个部分，即身体本身、健康（包括身体健康和心理健康）、身体活动自由以及主观感觉。^[13]个人心理上的损伤也会给个人生理上的健康带来一定的影响。^[14]但健康权与身体权毕竟是两种不同的人格权，二者的区别主要表现在：一方面，二者的权利客体不同。健康权的客体是生理健康和心理健康利益，目的在于保护个人生理、心理等机能的正常运转；而身体权的客体是身体完整利益以及行动自由利益。另一方面，损害后果不同。“身体伤害指的是人的外在表现形态的破坏，典型的就是伤口。而健康损害则是指导致了身体内部机能的障碍或精神上的损害。”^[15]因此，侵害身体权并不当然侵害健康权，如打他人耳光，如果没有实质性地损害他人健康，则只是侵害身体权，而不构成对健康权的侵害。此外，对身体权的保护在实践中可能涉及器官移植、器官捐献、代孕等问题，与现代生物学技术与伦理等关联密切。而健康权虽然也与现代医学发展关联密切，但其通常并不涉及上述复杂的伦理问题。

有观点认为，通过精神损害赔偿制度已经足以保护心理健康，没有必要将其纳入健康权的范畴。但笔者认为，健康权与精神损害赔偿制度的功能是有区别的，健康权遭受侵害与精神损害也是不同的，在逻辑上应当区分作为侵害对象的“心理健康”和作为损害结果的“精神损害”。对心理健康的损害是一种持续性的损害，精神疾病的损失具有长期性和不确定性，在未来可能有恶化和损害扩大的可能。因此，对心理健康损害的赔偿主要应当采取支付治疗费用的方式，如果治疗期间持续较长，可以采取分期支付的方式强化对受害人的保护。而精神损害赔偿只是针对受害人的肉体疼痛、精神痛苦以及沮丧、愤怒、羞耻等消极的心理情绪所作出的补救，且大多是一次性的补偿。还要看

到，精神痛苦只是一种消极性的情绪，而不构成持续性的病态，如人格权受到侵害可能在心理上产生短暂的痛苦、愤怒等情绪，但未必会成为一种心理疾病。所以，笔者认为，不能以精神损害赔偿制度代替对心理健康的规定。

健康权与生命权、身体权一样，都是个人享有的基本民事权利，是个人正常从事生产、生活的基本条件。自然人的健康权一旦受到侵害，不仅会影响其正常生活，而且会进一步危及生命。可以说，自然人的健康权也是自然人有效行使其他权利的基础。

四、任何组织和个人不得侵害他人健康权

（一）任何组织或者个人负有不得侵害他人健康权的义务

依据《民法典》第1004条，任何组织或者个人不得侵害他人的健康权，这就意味着在法律上确立了任何人负有不得侵害他人健康权的义务。健康权是个人所享有的一项重要的人格权，具有强烈的排他性，任何组织和个人都负有不得侵害他人健康权的义务。享有健康权也是个人正常参与社会交往的基本前提，《民法典》第1004条规定任何组织和个人负有不得侵害他人健康权的义务，也进一步明确了相关主体违反该义务所应当承担的法律责任。同时，除民事主体外，公权力机关也负有不得侵害他人健康权的义务。

（二）侵害他人健康权的行为

健康权所具有的支配性在很大程度上体现为权利人有权采取各种合法的手段维护自身的健康并排除他人的侵害。具体而言，一方面，在发生损害健康权的危险的情况下，权利人可以主张消除危险，采取各种合法手段预防各种损害的发生。^[16]例如，在恶劣的工作环境严重危害劳动者的健康的情况下，工人有权要求消除危险。另一方面，如果权利人已经面临实际的健康危险，权利人可以采取正当防卫或紧急避险维护自己的健康。如果其健康已经遭受实际的损害，权利人可以主张排除妨害、停止侵害；构成侵权行为的，权利人还可以主张财产损害赔偿和精神损害赔偿等侵权责任。例如，在“于某诉侯某等健康权纠纷案”中，被告因与原告发生邻里纠纷，而到原告处与原告争吵并进行了厮打，导致原告受伤。法院认为，被告的行为侵害了原告的健康权，而且被告主观方面存在过错，应当对原告承担损害赔偿责任。^[17]

侵害健康权的行为既包括直接针对受害人的身体实施的侵害行

为，也包括间接地针对身体健康实施的侵害行为。从实践来看，侵害健康权的典型形态有：一是实施殴打等人身伤害行为，此时行为人不仅侵害了他人的健康权，而且还有可能构成故意伤害罪。二是实施其他非直接或间接暴力的行为侵害他人的健康权。例如，通过环境污染、医疗事故、工伤事故、道路交通事故、产品质量缺陷等损害他人的健康权。三是劳动者因工作环境恶劣而患职业病也会对其健康权造成侵害。在实践中曾经发生“开胸验肺”等案例，即属于此类侵害健康的形态。所谓职业病，是指企业、事业单位和个体经济组织的劳动者在职业活动中，由接触粉尘、放射性物质和其他有毒、有害物质等因素而引起的疾病。^[18]企业虽未直接实施侵害劳动者权益的行为，但因为其工作环境造成职业病的发生，也需要对此负担相应的法律责任。四是采用威胁、恐吓、虐待等方式，使他人产生精神损害。例如，继母对某未成年子女的长期虐待，使未成年子女产生严重的心理疾病，即属于对他人心理健康的侵害。许多侵害健康权的行为都可能构成犯罪。例如，“地沟油”“毒奶粉”“瘦肉精”等事件中，相关企业或责任人可能构成生产伪劣产品罪。但在民法上，侵害健康权的民事责任的成立并非都以构成犯罪为前提。

（三）侵害他人健康权的民事责任

侵害健康权的责任方式主要包括如下两个方面。

1. 财产损害赔偿

关于侵害健康权的损害赔偿，各国立法大多确认受害人所遭受的身体伤害以及因此而蒙受的精神损害都需要赔偿。^[19]而且损害范围的确定也越来越采取类型化、标准化（standardization）的方法。在大多数情况下，侵害身体权与侵害健康权的后果是一致的，所不同的是，在身体权受侵害时更容易导致受害人残疾，而对健康权的侵害并不一定如此。正因如此，在多数情况下，区分健康权与身体权的意义不是很大。从我国《人身损害赔偿司法解释》来看，其区分了身体权与健康权，但是在赔偿的项目与类型上没有再分别作出规定，这种做法就是基于上述考虑。

关于侵害健康权的财产损害赔偿赔偿责任，《民法典》第1179条规定：“侵害他人造成人身损害的，应当赔偿医疗费、护理费、交通费、营养费、住院伙食补助费等为治疗和康复支出的合理费用，以及因误工减少的收入。造成残疾的，还应当赔偿辅助器具费和残疾赔偿金；造成死亡的，还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。”该条所规定的“造成人身损害”不仅包括侵害身体权造成的损害，而且包括侵害健康权造成的损害。例如，在“李某等与黎某健康权纠纷案”^[20]中，

原、被告双方因琐事发生纠纷，后双方互殴。事发后，原告前往通州区潞河医院救治，其伤情经诊断为：头外伤后神经反应。医嘱建议休息17天。法院认为，侵害他人造成人身损害的，应当赔偿医疗费、护理费、交通费等为治疗和康复支出的合理费用，以及因误工减少的收入；造成残疾的，还应当赔偿残疾生活辅助器具费和残疾赔偿金。本案中，原、被告因琐事发生纠纷后互殴，致使原告受伤，被告的行为侵害了原告的健康权，被告应当承担侵权责任。

具体而言，行为人在侵害他人健康权造成损害的情况下，主要应当赔偿如下几个方面的损失。

（1）为治疗和康复支出的合理费用，包括医疗费、护理费、交通费等费用。可以赔偿的这些损失，必须符合如下要件：第一，必须是实际发生的损失。如果尚未发生，不能赔偿。第二，必须与治疗活动有关。例如，交通费应当是因治疗而支出的，而不是因个人其他事务而支出的。第三，必须是合理费用。例如，住宿费应当是合理水平的住宿费用，而不应当是过分的高消费。第四，必须由原告举证证明费用的支出。

（2）误工损失。它是指受害人从遭受损害到完全康复期间，无法从事正常的工作和劳动导致的收入损失。误工损失仅限于受害人自己的误工损失。一般认为，受害人因丧失了劳动能力而无法获得预期的收入，这些损失也属于可得利益的损失。

（3）被扶养人的生活费。关于被扶养人的生活费问题，受害人的健康权遭受侵害，使其丧失劳动能力不能获得预期的收入，原本由其扶养的人因此而无法得到扶养，此种损失究竟是属于所受损失还是所失利益，值得探讨。考虑到这些费用属于受害人未来将得到的收益，而非已经现实获得了的利益，本书认为，将其作为所失利益更为合理。

（4）赔偿残疾生活辅助器具费和残疾赔偿金。具体来说包括两个方面：第一，赔偿残疾生活辅助器具费。在许多情况下，侵害健康权不一定导致残疾，因而不需要赔偿此种费用。但如果受害人因健康受损而残疾，行为人也应当赔偿。例如，在劳工事故中，受害人神经麻痹导致其身体瘫痪。再如，长期污染导致的职业病，使受害人行走困难。在此情况下就需要赔偿残疾生活辅助器具费和残疾赔偿金。第二，赔偿残疾赔偿金。在健康权遭受侵害的情况下，是否应当赔偿残疾赔偿金，需要依据受害人是否残疾而定，凡是因健康受损而残疾的都需要获得赔偿。

在确定赔偿数额时，还应当考虑劳动能力遭受侵害的情况。在侵害劳动能力时，应当具体区分劳动能力的受损情况，以确定侵害人应赔偿的范围，如在确定行为人的财产损害赔偿数额时，在确定受害人的误工损失时，应当考虑受害人劳动能力受损的情况（如误工天数）。但是劳动能力只是评价损害程度的主要参考依据，而非唯一的依据，对损害的确定需要综合参考各种因素。例如，播音员的嗓音因医疗事故而被弄沙哑了，虽然其劳动能力没有减少或丧失，但是其无法再从事播音员的职业，此时如果仅以一般劳动能力为依据认定损害赔偿数额则对受害人极为不利。所以，在考虑劳动能力的同时，还要考虑受害人的特定职业等多种因素。正因如此，《人身损害赔偿司法解释》第25条第2款才明确规定，虽然受害人的伤残等级较轻，但是造成职业妨害严重影响其劳动就业的，可以对残疾赔偿金作相应的调整。

2. 精神损害赔偿

行为人侵害他人健康权的，在符合精神损害赔偿责任的适用条件时，受害人也有权请求精神损害赔偿。在有些国家的判例中，对精神损害赔偿区分了生理的痛苦与一般的精神痛苦，前者是指肉体的疼痛，后者是指心灵上的不适。在许多案例中，精神损害赔偿弥补的是生理的痛苦而非精神的痛苦。^[21]本书认为，这种区分并无多大的意义，因为受害人无论是身体权还是健康权遭受损害，都应当有权就“精神痛苦”获得赔偿。单纯的“生理疼痛”本身因个人的感受差异而有所不同，因此将精神损害赔偿认为主要是为了弥补生理疼痛，实践中很难准确地认定与判断，任意性比较大。相反，不区分肉体的疼痛与精神痛苦，更有利于法院综合考虑多种情形，给予受害人以救济。

问题在于，在侵害受害人健康权时，受害人的近亲属能否因受害人的健康受损而请求精神损害赔偿？比较法上对此存在争议。这主要是因为直接受害人的健康权遭受侵害的情形，其近亲属可能会遭受痛苦，是否应当赔偿间接受害人的精神痛苦值得探讨。我国《精神损害赔偿司法解释》《人身损害赔偿司法解释》《侵权责任法》并没有对此作出规定，《民法典》也未作出规定。从我国司法实践来看，法院通常不认可此种精神损害赔偿。本书认为，原则上不应赔偿近亲属的精神损害，但在特殊的情况下，从公平正义考虑，应当承认某个未成年人的健康权受到侵害时，其近亲属也有权要求精神损害赔偿。例如，某个6岁儿童被他人的带有狂犬病毒的狗咬伤，从而导致该病毒在体内潜伏，20年之内均有发作的可能，而且致该儿童的体质严重下降，该儿童因年幼尚不知道这些危害，但是其父母看到自己的孩子遭受如此损害而感到非常痛苦。此时，如果不赔偿父母遭受的这种精神

损害，确实有违公平正义。

（撰稿人：王利明）

[1]王利明.人格权法新论.长春：吉林人民出版社，1994：288.

[2]例如，《经济、社会及文化权利公约》第12条规定：“一、本公约缔约各国承认人人有权享有能达到的最高的体质和心理健康的标准。二、本公约缔约各国为充分实现这一权利而采取的步骤应包括为达到下列目标所需的步骤：（甲）减低死胎率和婴儿死亡率，和使儿童得到健康的发育；（乙）改善环境卫生和工业卫生的各个方面；（丙）预防、治疗和控制传染病、风土病、职业病以及其他的疾病；（丁）创造保证人人在患病时能得到医疗照顾的条件。”

[3]石佳友.人权与人格权的关系——从人格权的独立成编出发.法学评论，2017（6）.

[4]《世界卫生组织组织法》于1948年4月7日生效，经1959年世界卫生组织大会修订。

[5]程啸.侵权责任法：第2版.北京：法律出版社，2015：131.

[6]王利明.人格权法新论.长春：吉林人民出版社，1994：303.

[7]克雷蒂安·冯·巴尔.欧洲比较侵权行为法：下卷.焦美华，译.北京：法律出版社，2001：80.

[8]尹飞.人身损害赔偿概述//王利明.人身损害赔偿疑难问题：最高人民法院人身损害赔偿司法解释之评论与展望.北京：中国社会科学出版社，2004：10.

[9]尹飞.人身损害赔偿概述//王利明.人身损害赔偿疑难问题：最高人民法院人身损害赔偿司法解释之评论与展望.北京：中国社会科学出版社，2004：10.

[10]史尚宽.债法总论.北京：中国政法大学出版社，1998：143.

[11]尹飞.人身损害赔偿概述//王利明.人身损害赔偿疑难问题：最高人民法院人身损害赔偿司法解释之评论与展望.北京：中国社会科学出版社，2004：10.

[12]刘士国.中华人民共和国人格权法律条文建议附理由.北京：中国法制出版社，2017：43.

[13]W.A.Joubert Grondslae van die persoonlikheidsreg (1953) at 131.

[14]Boswell v.Miniser of Police 1978 3 SA 268.

[15]克雷斯蒂安·冯·巴尔.欧洲比较侵权行为法：下卷.焦美华，译.北京：法律出版社，2001：80.

[16]徐国栋.绿色民法典草案.北京：社会科学文献出版社，2004：84.

[17]河南省鄢陵县人民法院（2015）鄢民初字第808号民事判决书。

[18]卫生部曾公布2009年全国职业病情况，2009年新发各类职业病18128例。职业病病例数位列前三位的行业依次为煤炭、有色金属和冶金，分别占总病例数的41.38%、9.33%和6.99%。目前尘肺病仍是我国最严重的职业病。2009年全国职业病情况公布尘肺病占据其中八成.人民日报，2010-04-29.

[19]W.V.Horton Rogersed , Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective , Springer Wien New York , 2001 , p.12.

[20]北京市第三中级人民法院（2015）三中民终字第05405号民事判决书。

[21]W.V.Horton Rogers ed. , Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective , Springer Wien NewYork , 2001.

第一千零五条

自然人的生命权、身体权、健康权受到侵害或者处于其他危难情形的，负有法定救助义务的组织或者个人应当及时施救。

本条主旨

本条规定的是相关主体的紧急施救义务。

相关条文

《人民警察法》第21条规定：“人民警察遇到公民人身、财产安全受到侵犯或者处于其他危难情形，应当立即救助……”

《人民武装警察法》第18条规定：“人民武装警察遇到公民人身、财产安全受到侵犯或者处于其他危难情形，应当及时救助。”

《医疗机构管理条例》第3条规定：“医疗机构以救死扶伤，防病治病，为公民的健康服务为宗旨。”

《医疗机构管理条例》第31条规定：“医疗机构对危重病人应当立即抢救。对限于设备或者技术条件不能诊治的病人，应当及时转诊。”

《执业医师法》第3条规定：“医师应当具备良好的职业道德和医疗执业水平，发扬人道主义精神，履行防病治病、救死扶伤、保护人民健康的神圣职责。”

《执业医师法》第24条规定：“对急危患者，医师应当采取紧急措施进行诊治；不得拒绝急救处置。”

《执业医师法》第37条规定：“医师在执业活动中，违反本法规定，有下列行为之一的，由县级以上人民政府卫生行政部门给予警告或者责令暂停六个月以上一年以下执业活动；情节严重的，吊销其执业证书；构成犯罪的，依法追究刑事责任：……（二）由于不负责任延误急危患者的抢救和诊治，造成严重后果的；……（十一）发生自然灾害、传染病流行、突发重大伤亡事故以及其他严重威胁人民生命

健康的紧急情况时，不服从卫生行政部门调遣的。”

《海商法》第174条规定：“船长在不严重危及本船和船上人员安全的情况下，有义务尽力救助海上人命。”

《刑法》第445条规定：“战时在救护治疗职位上，有条件救治而拒不救治危重伤病军人的，处五年以下有期徒刑或者拘役；造成伤病军人重残、死亡或者有其他严重情节的，处五年以上十年以下有期徒刑。”

《传染病防治法》第69条规定：“医疗机构违反本法规定，有下列情形之一的，由县级以上人民政府卫生行政部门责令改正，通报批评，给予警告；造成传染病传播、流行或者其他严重后果的，对负有责任的主管人员和其他直接责任人员，依法给予降级、撤职、开除的处分，并可以依法吊销有关责任人员的执业证书；构成犯罪的，依法追究刑事责任：……（三）发现传染病疫情时，未按照规定对传染病病人、疑似传染病病人提供医疗救护、现场救援、接诊、转诊的，或者拒绝接受转诊的……”

《海商法》第38条第1款规定：“船舶发生海上事故，危及在船人员和财产的安全时，船长应当组织船员和其他在船人员尽力施救。在船舶的沉没、毁灭不可避免的情况下，船长可以作出弃船决定；但是，除紧急情况外，应当报经船舶所有人同意。”

理解与适用

一、紧急施救义务的概念

所谓紧急施救，是指在自然人的生命权、身体权、健康权遭受现实侵害或者处于其他危难情形下，相关主体应当及时采取施救措施，避免损害的发生或者进一步扩大。例如，在“杨某芳与湘阴县中医院、湘阴县人民医院医疗损害责任纠纷案”中，法院认为，“原告提供的证据显示中医院在治疗原告尿路感染的过程中，未根据药品使用说明用药，给原告开具妊娠禁用药物，且在发现孕妇羊水偏少的情况下，未依法采取合理的产前诊断措施，故中医院在治疗行为上存在过错。同时，中医院未按照规定书写和管理病历，开具药品未载入病历，其在病历管理和制作上亦存在过错。在原告因出血到院急诊时，中医院未对原告依法采取必要的抢救措施，而是告知患者自行转诊，延误了患者的抢救时机，亦违反了紧急救助义务”^[1]。我国《民法

典》人格权编之所以要规定紧急救助义务，根本目的在于维护自然人的物质性人格权免于遭受侵害。依据本条规定，负有紧急施救义务的主体限于法律规定的组织和个人。

需要指出的是，负有法定救助义务的组织和个人所应当负有的义务通常是在特别法中规定的，如《人民警察法》《执业医师法》等。《民法典》第1005条本身并没有为特定的组织和个人设定特别的紧急施救义务，而只是出于强化对物质性人格权的保护，重申相关主体的法定救助义务，并且将其与民法中因违反法定义务而产生的责任规则相衔接。对于特定主体所负有的法定救助义务，应依据特别法的规定予以判断。

人格权编规定的紧急施救义务主要具有如下特点。

第一，紧急施救义务不同于合同义务。人格权编所规定的紧急施救义务是一项法定义务，无论当事人是否约定了该项义务，相关主体均依法负有此项义务。同时，该项义务的目的在于保护个人的生命权、身体权、健康权，当事人不得通过约定排除该项义务。例如，《海商法》第175条规定：“救助方与被救助方就海难救助达成协议，救助合同成立。遇险船舶的船长有权代表船舶所有人订立救助合同。遇险船舶的船长或者船舶所有人有权代表船上财产所有人订立救助合同。”此处所规定的救助义务属于合同义务，不属于法定的紧急施救义务。需要指出的是，不应将此处的法律限定为全国人大制定的法律，可以将其解释为法律和行政法规，不能排除行政法规所规定的施救义务。但无论如何，救济施救义务应当是一项法定义务。例如，在“罗某、纪某等与台河市120急救中心医疗服务合同纠纷案”中，法院认为，“被告七台河市120急救中心是紧急救助疾病等急患的医疗服务机构，医务人员负有病情信息采集、指导自救和紧急医疗救助义务。2016年11月24日13时接到纪某紧急求救电话，被告受理后立即派医务人员前往事发现场，即医疗服务合同关系成立，被告应当立即履行紧急救助义务”^[2]。在该案中，法院将医疗服务机构的紧急救助义务解释为合同义务，显然并不妥当。

第二，义务主体是负有法定紧急施救义务的组织和个人。也就是说，紧急施救义务的义务人限于法律规定的主体，其他主体并不负有法定的紧急施救义务。我国《人民警察法》第21条、《执业医师法》第24条以及《医疗机构管理条例》第31条等均规定了相关机构或个人的施救义务《海商法》也规定了海上救助，该法第174条规定：“船长在不严重危及本船和船上人员安全的情况下，有义务尽力救助海上人命。”因此，在判断相关主体是否负有法定救助义务时，应当依据特别法律规定来判断。

第三，义务人需要有施救的能力。这就要求具有施救能力的组织或个人采取合理措施进行救助，但不具有施救能力不意味着不承担任何责任。例如，依据《医疗机构管理条例》第31条的规定，对危重病人，如果相关机构无能力进行救治应当及时转诊，而不能耽搁，拖延。

第四，违反紧急施救义务时应当依法承担民事责任。紧急施救义务是一项法定义务，法定义务的违反将会导致责任的产生，如民法上的侵权责任、行政责任，甚至刑事责任。^[3]法定施救义务是特定主体在特定情形下依法负有的救助义务，此种义务在性质上属于特定主体的法定义务，相关主体违反该义务的，应当依法承担相应的责任。法律设定此种救助义务的主要目的即在于保护个人的生命权、健康权。

此外，紧急施救义务与安全保障义务在性质上均属于法定义务，其违反均可能导致侵权责任的产生。但是紧急施救义务与安全保障义务产生的原因并不相同，紧急施救义务的产生是由于特定的主体承担了救死扶伤或保护公民人身财产安全的特定义务，基于这些特定主体的职能，法律对其科以施救义务。而安全保障义务的主体的职能本身的产生并非因为要保障公民人身财产安全，而是因为其行为开启了某种风险而被要求采取一定的措施避免损害的发生。因此，两种义务的基础并不相同。

二、履行紧急施救义务与自愿实施紧急救助行为不同

从我国现实出发，法律在鼓励人们择善而从方面仍应发挥一定的作用。《民法典》也对见义勇为作出了规定，该法第184条规定：“因自愿实施紧急救助行为造成受助人损害的，救助人不承担民事责任。”依据该条规定，在自愿实施紧急救助行为的情形下，即便造成了受助人损害，救助人也无须承担民事责任，其也被称为紧急救助行为入享有豁免权的规则。法律作出此种规定的目的在于鼓励自愿的救助行为，对于鼓励人们见义勇为、弘扬社会主义核心价值观具有重要意义。当然，虽个人应当见义勇为，但这一义务仍然属于道德上的义务，而不应当被作为法律上的义务，强制人们实施此种行为。从道德上讲，虽应鼓励个人积极维护社会利益，救助他人，但不宜将此种道德义务上升为一项法律义务，不应强迫个人为维护他人利益献身。当然，对一些特殊的主体，法律可以规定其负有救助他人的义务，如警察、消防人员等。《民法典》第1005条中的紧急施救义务与见义勇为不同，二者的区别主要如下。

第一，是否存在法定的救助义务不同。施救义务人均是依据法律

规定负有施救义务的主体，而见义勇为者则是没有法定的施救义务，而自愿救助他人的主体。但紧急施救和见义勇为不同，紧急施救义务以法定义务的存在为前提，而见义勇为并不以法定义务的存在为前提。除了法律明确规定以外，一般情形下，没有救助义务不应当承担相应的责任。

第二，是否适用免责不同。见义勇为适用《民法典》第184条的规定，满足条件的情形下，对损害的产生不承担责任，其也称为紧急救助行为人享有豁免权的规则。法律作出此种规定的目的在于鼓励自愿的救助行为，对于鼓励人们见义勇为、弘扬社会主义核心价值观具有重要意义。而紧急施救义务人则不适用这一规则，因为对紧急救助义务人而言，由于存在法定义务，没有及时合理进行救助则需要承担相应的责任。

三、紧急施救义务的履行

自然人的生命权、身体权、健康权受到侵害或者处于其他危难情形的，负有法定救助义务的组织或者个人应当及时施救，具体而言，紧急施救义务的履行应当具备如下条件。

第一，自然人的生命权、身体权、健康权受到侵害或者处于其他危难情形。可见，仅在自然人的物质性人格权遭受侵害的情形，相关主体才负有紧急施救义务，而对自然人的精神性人格权，则不适用该条的规定。

问题在于，如何理解该条所规定的“危难情形”？这种“危难情形”并不限于具有现实紧迫性的情形，对于一些持续存在的可能并不具有现实紧迫性的侵害，施救义务人同样应当依据本条进行施救。例如，警察对于已经被拐卖的妇女，在知晓被拐卖的情形时，应当负有及时解救的义务。

第二，相关主体依法负有法定的紧急施救义务。从该条规定来看，仅负有法定施救义务的主体才有义务进行紧急施救。《执业医师法》《医疗机构管理条例》《消防法》《人民警察法》《人民武装警察法》等对相关主体的救济施救义务作出了规定。当然，从上述法律规定来看，负有紧急施救义务的主体并不限于公权力机关，其他组织与个人也依法负有紧急施救的义务。例如，医院等组织有能力救助病人，其也依法负有法定的紧急施救义务。

第三，施救行为应当及时。因为在许多情形下，该义务发生于情

况紧急的情形，如果不及时施救，将导致损害的产生或扩大，所以，负有施救义务的组织或个人，应当及时进行施救，以避免产生损害或扩大损害。

四、违反紧急施救义务的责任

既然紧急施救义务是一项法定义务，那么违反该义务应当承担一定的责任。由于民法典人格权编对此项义务作出了规定，因而行为人违反此项义务的，应当依法承担民事责任。如果因为行为人违反了紧急施救义务而造成受害人财产和精神损害的，受害人有权依法请求行为人承担损害赔偿责任。

人格权编对紧急施救义务作出规定，也为特别法进一步细化违反该项义务的责任提供了民事基本法层面的依据。如果相关特别法依据民法典的规则规定了违反紧急施救义务的行政责任，则相关主体在违反该特别法的规定时，也需要依法承担其他法律责任。

（撰稿人：王利明）

[1]湖南省湘阴县人民法院（2016）湘0624民初30号民事判决书。

[2]黑龙江省七台河市桃山区人民法院（2018）黑0903民初5号民事判决书。

[3]例如，《人民警察法》第21条第1款规定：“人民警察遇到公民人身、财产安全受到侵犯或者处于其他危难情形，应当立即救助；对公民提出解决纠纷的要求，应当给予帮助；对公民的报警案件，应当及时查处。”再如，《道路交通安全法》第70条第1款规定：“在道路上发生交通事故，车辆驾驶人应当立即停车，保护现场；造成人身伤亡的，车辆驾驶人应当立即抢救受伤人员，并迅速报告执勤的交通警察或者公安机关交通管理部门。因抢救受伤人员变动现场的，应当标明位置。乘车人、过往车辆驾驶人、过往行人应当予以协助。”

第一千零六条

完全民事行为能力人有权依法自主决定无偿捐献其人体细胞、人体组织、人体器官、遗体。任何组织或者个人不得强迫、欺骗、利诱其捐献。

完全民事行为能力人依据前款规定同意捐献的，应当采用书面形式，也可以订立遗嘱。

自然人生前未表示不同意捐献的，该自然人死亡后，其配偶、成年子女、父母可以共同决定捐献，决定捐献应当采用书面形式。

本条主旨

本条是对人体细胞、人体组织、人体器官、遗体捐献的规定。

相关条文

《人体器官移植条例》第7条规定：“人体器官捐献应当遵循自愿、无偿的原则。公民享有捐献或者不捐献其人体器官的权利；任何组织或者个人不得强迫、欺骗或者利诱他人捐献人体器官。”

《人体器官移植条例》第8条规定：“捐献人体器官的公民应当具有完全民事行为能力。公民捐献其人体器官应当有书面形式的捐献意愿，对已经表示捐献其人体器官的意愿，有权予以撤销。公民生前表示不同意捐献其人体器官的，任何组织或者个人不得捐献、摘取该公民的人体器官；公民生前未表示不同意捐献其人体器官的，该公民死亡后，其配偶、成年子女、父母可以以书面形式共同表示同意捐献该公民人体器官的意愿。”

理解与适用

一、人体捐献的概念和对象

人体捐献是指自然人将其人体细胞、人体组织、人体器官、遗体

等自愿捐献供医疗、科研等使用的行为。所谓捐献行为，是指自然人自愿、无偿地捐献自己的器官、血液、骨髓、角膜等身体的组成部分甚至捐献遗体的行为。随着医学技术的发展，器官移植等在技术上业已相当成熟，法律鼓励完全民事行为能力人有权依法自主决定无偿捐献其人体细胞、人体组织、人体器官、遗体。器官捐献行为有助于救死扶伤，弘扬社会主义的互助精神，并有助于医学的发展。因此，具有完全民事行为能力的自然人有权依法自主决定无偿捐献其人体细胞、人体组织、人体器官、遗体。

人体捐献的对象主要包括如下几种类型：一是人体细胞。按照生物学上的定义，细胞是生命的基本单位（如卵细胞）。二是人体组织。人体组织是在人体细胞的基础上形成的。组织是细胞经过分化形成的许多形态、结构和功能不同的细胞群，这些细胞群通过细胞间质连接在一起，共同组成组织（如上皮组织、结缔组织等）。人体由有机质和无机质构成细胞，由细胞与细胞间质组成组织，根据人体组织的形态和功能的不同，人体组织可分为上皮组织、结缔组织、肌肉组织和神经组织四大类。^[1]三是人体器官。人体组织构成人体器官，人体器官则就是由不同组织构成，按一定的次序联合起来，形成具有一定功能的结构的单位（如心脏、肝脏等）。^[2]功能相似的器官组成系统，由八大系统组成一个人体。《人体器官移植条例》第2条第2款规定：“本条例所称人体器官移植，是指摘取人体器官捐献人具有特定功能的心脏、肺脏、肝脏、肾脏或者胰腺等器官的全部或者部分，将其植入接受人身体以代替其病损器官的过程。”因此，具有特定功能的肝脏、肺脏、肾脏或者胰腺等构成人体器官。四是遗体。遗体是指人死亡后的尸体。尽管人死后，遗体对死者本人已经没有意义，但是遗体对他人可能具有意义，其对医学的进步也可能是有价值的。因此，法律鼓励遗体捐献这种有利于公益的行为，人体解剖、人体器官移植等都需要大量的遗体来源，遗体捐献对社会医疗卫生事业有极大的贡献。

人体捐献是自然人对其身体利益所依法作出的决定。法律之所以鼓励个人作出此种决定，是因为此种无偿捐献行为有利于及时救助他人，同时可以促进医疗进步和医学发展，并最终有利于社会公共利益的实现。该条虽然对人体捐献规则作出了规定，但并不意味着承认了个人对自己的身体享有处分权。有观点认为，由于身体权具有专属性，因而身体权人不得对身体权作出任何处分。事实上，本条关于人体细胞、组织、器官的捐献，应当在法律允许的范围内进行，其并不涉及对身体权的处分。

人体细胞、人体组织、人体器官、遗体的捐献需要在法律上作出

区分。一般而言，细胞的捐献往往对人身体的影响较小，如捐献精子和干细胞等，并不会给身体造成巨大损害。而对人体器官而言，其捐献则可能给人体造成更大的损害，因此对器官的捐献就应当进行更为严格的限制。可以活体捐献的器官主要是肾脏，而对心脏等，则不能活体捐献，因为这将直接导致捐献者死亡，并违反公序良俗。遗体捐献与活体捐献也并不相同，虽然遗体的捐献因主体资格的丧失而不再给捐献人造成损害，但是未经同意而摘取遗体的器官、组织等行为本身可能构成对公序良俗的违反。所以即使是遗体捐献也应当在法律规定的范围内，依法进行。应区分人体细胞、人体组织、人体器官遗体，不同的客体对捐献者的影响不同，影响越大的就应当越严格限制。例如，捐献分为活体捐献与死体捐献，一般而言，活体捐献的限制较大，某些捐献行为（如心脏捐献），只能进行死体捐献。

在《民法典》颁行前，我国立法主要通过行政法规或规章规制人体捐献行为，然而由于人体捐献涉及个人的基本民事权利，立法法上对于基本民事制度的规定进行了法律保留，即只能制定法律，不能交行政法规对其作出规定。故此，我国《民法典》人格权编对人体捐献行为作出了规定。

二、完全民事行为能力人享有依法自主决定捐献其人体细胞、人体组织、人体器官、遗体的权利

《民法典》第1006条确认了完全民事行为能力人所享有的依法自主决定捐献其人体细胞、人体组织、人体器官、遗体的权利，这种依法决定的权利来自物质性人格权，但不能将其等同于物质性人格权，其只是物质性人格权的一项重要内容。该权利的特点主要体现在以下几个方面。

一是该权利的主体只限于完全民事行为能力人。按照民法的一般原理，捐献作为一种法律行为，可以由无民事行为能力人或限制民事行为能力人的法定代理人作出，但是由于细胞、组织、器官和遗体的捐献关系到无民事行为能力人和限制民事行为能力人的身体利益，与其生命健康息息相关，完全民事行为能力人能够独立形成自己的意思，并将该意思进行表达，而无民事行为能力人和限制民事行为能力人并不享有这一权利，因而不能由其法定代理人代理其作出捐献的意思表示。《人体器官移植条例》第8条规定：“捐献人体器官的公民应当具有完全民事行为能力。”第9条规定：“任何组织或者个人不得摘取未满18周岁公民的活体器官用于移植。”这实际上也采取了同样的立场。

二是该权利必须依法行使。虽然完全民事行为能力人享有这一决

定权，但是该权利的行使在法律上仍然受到限制。例如，《人体器官移植条例》第10条规定：“活体器官的接受人限于活体器官捐献人的配偶、直系血亲或者三代以内旁系血亲，或者有证据证明与活体器官捐献人存在因帮扶等形成亲情关系的人员。”依据这一规定，捐献人的捐献意愿的对象不能超出这一范围。

三是必须依法自主决定。依法自主决定是民法的自愿原则的体现，也是个人享有的基本权利，彰显了个人的人格尊严。这就要求当事人在决定时，意思表示应当是真实、自由的，任何人不得欺诈或者胁迫他人作出细胞、组织、器官和遗体捐献的意思表示。

三、合法人体捐献的条件

（一）捐献主体限于完全民事行为能力人

依据《民法典》第1006条的规定，对死亡后的捐献，主体包括全部自然人，但对生前进行的细胞、组织、器官捐献，而且从该条规定来看，仅完全民事行为能力人有权作出此种捐献。《民法典》要求生前的捐献人必须为完全民事行为能力人，这是为了保护无民事行为能力人和限制民事行为能力人。因为无民事行为能力人和限制民事行为能力人无法完全辨认细胞、组织、器官的捐献的后果，对于未成年人而言，由于其处于生长发育期，摘取其细胞、组织、器官对其身心健康产生的影响难以估量。^[3]未成年人因其不具有完全行为能力，而谈不上自愿问题，且未成年人的身体正处于发育状态，所以法律禁止未成年人捐献器官。精神病人因为不能独立自主地表达自己的意志，所以不能作为人体捐献的主体。正是基于上述原因，《民法典》禁止了无民事行为能力人和限制民事行为能力人的生前捐献行为。同时，为了充分尊重捐献者的意愿，在其实际作出捐献行为以前，法律上应当允许捐献人对捐献行为反悔，即可以随时撤销捐献的意思表示。

关于受捐献人的范围，相关法规有特别规定。《人体器官移植条例》区分活体捐献与死体捐献，对活体捐献而言，必须严格限制受捐献人的范围，以避免发生道德风险。对此，《人体器官移植条例》第10条的规定：“活体器官的接受人限于活体器官捐献人的配偶、直系血亲或者三代以内旁系血亲，或者有证据证明与活体器官捐献人存在因帮扶等形成亲情关系的人员。”作出此种限制主要是为了防止器官捐献行为违反公序良俗。

（二）必须无偿捐献

从《民法典》第1006条第1款规定来看，人体细胞、人体组织、人体器官和遗体的捐献必须是无偿的捐献，这实际是要严禁细胞、组织和器官成为交易的对象。这主要是出于两点考虑：一是要避免经济地位的不平等导致贫困群体出卖细胞、组织和器官，从而严重危及生命健康；二是一旦细胞、组织和器官允许交易，将势必导致通过人口贩卖摘取细胞、组织和器官成为可能，为严厉打击人口贩卖行为，必须严格禁止细胞、组织和器官的交易行为。《世界卫生组织人体细胞、组织和器官移植指导原则》的第5项原则同样要求：“禁止出售或购买细胞、组织和器官不排除补偿捐献人产生的合理和可证实的费用，包括收入损失，或支付获取、处理、保存和提供用于移植的人体细胞、组织或器官的费用。”

在法律的适用中，需要准确把握无偿捐献中“无偿”的内涵。首先，“无偿”意味着不得通过支付货币作为对价要求“捐献人”进行“捐献”，无论该货币以价金、感谢费、抚慰金、慰问费、高额营养费等形式中何种形式出现，均不符合“无偿”的要求。其次，“无偿”还意味着不得以非货币的方式变相为他人捐献提供对价。非货币的对价既包括实物，如为“捐献人”提供食物、电子产品等，也包括一定的行为，如允诺为“捐献人”升职提供便利等。

当然，无偿捐献并不意味着捐献人的合理支出和丧失的收入不应获得补偿。对于捐献人因捐献行为而支出的合理费用（如交通费用、必要的营养费等）和由此丧失的收入（如工资收入的损失等）应当进行补偿。

（三）意思表示真实、自由

意思表示真实、自由是所有法律行为发生法律效力的一般要件，细胞、组织、器官、遗体捐献作为一项意思表示自然也要满足这一要件。从《民法典》第1006条规定来看，个人有权自主决定捐献其人体细胞、人体组织、人体器官、遗体，任何组织或者个人不得强迫、欺骗、利诱其捐献。也就是说，个人捐献的意思应当真实、自由，法律禁止以强迫、欺骗、利诱等方式获得捐献人同意。所谓强迫，即采用威胁、恐吓等方式要求捐献人作出不真实的意思表示。所谓欺骗，是指以虚构事实、隐瞒真相的方式获得捐献人同意的意思表示。所谓利诱，是指以支付高额报酬或提供其他好处等方式，诱使他人捐献。基于上述原因而签订的捐献合同都应当是无效的。对于自然人死亡后捐献的，法律要求其配偶、成年子女、父母必须共同决定，即多数主体的意思表示一致。即使多数近亲属同意，只要有持有反对意见的，就不能捐献。

如果权利人的意思表示不真实，则会影响人体细胞、人体组织、人体器官等捐献行为的效力。意思表示不真实是表意人的原因造成的效果意思与外部表示不一致^[4]，典型的形态包括真意保留、虚伪表示、错误等。例如，出于公益宣传的示范目的，在“器官登记捐赠表”上填写个人信息，就欠缺真实的效果意思。对于以捐献为名，行买卖之实的行为，其捐献行为应当无效，买卖人体细胞、组织、器官等行为也因违反《民法典》第1007条而无效。在发生意思表示错误时，如错误勾选捐献的器官等，应当允许当事人撤销其行为。《人体器官移植条例》第8条规定：“公民捐献其人体器官应当有书面形式的捐献意愿，对已经表示捐献其人体器官的意愿，有权予以撤销。”这就赋予了捐献人撤销捐献的权利，因此，捐献人可以在捐献后作出撤销的意思表示。同时，从实践来看，捐献人撤销捐献意思也无须向法院或仲裁机构表明，而可以直接向器官捐献管理中心表明。

意思表示不自由是指意思的形成与意思决定受到来自他人的不当干涉^[5]，典型的形态包括欺诈、胁迫。按照《民法典》第148~150条的规定，对于受到欺诈、第三人欺诈和胁迫的法律行为，表意人可以向人民法院或仲裁机构请求撤销。依据该规定，撤销权的行使需要通过法院或仲裁机构进行。笔者认为，在捐献意思表示受到欺诈或胁迫的场合，一方面捐献人可以依据《人体器官移植条例》第8条的规定直接向器官捐献管理中心行使撤销的权利。另一方面，《人体器官移植条例》第7条第2款规定：“公民享有捐献或者不捐献其人体器官的权利；任何组织或者个人不得强迫、欺骗或者利诱他人捐献人体器官。”因此，捐献人可以直接依据《民法典》第153条的规定，主张法律行为因违反上述行政法规的强制性规定而无效。因此，捐献人可以不向人民法院或仲裁机构请求，而可以直接终止捐献行为的效力。

（四）形式要件合格

《民法典》第1006条第2款规定：“完全民事行为能力人依据前款规定同意捐献的，应当采用书面形式，也可以订立遗嘱。”该条第3款规定：“自然人生前未表示不同意捐献的，该自然人死亡后，其配偶、成年子女、父母可以共同决定捐献，决定捐献应当采用书面形式。”书面的形式可以是多样的。目前，中国人体器官捐献管理中心已经制作出了《中国人体器官捐献志愿登记表》作为供完全民事行为能力人表达捐献意愿的文本，捐献人可以到当地红十字会器官捐献管理机构，填写并递交《中国人体器官捐献志愿登记表》。在特殊情况下，法律会要求法律行为必须以特定的方式作出，一般认为，要式行为的功能主要体现为“警示”和“存证”^[6]。将捐献行为规定为要式行为的原因在于：一方面，细胞、组织、器官、遗体的捐献对捐献人的身

心健康影响重大，应当在充分考虑之后作出，采取要式行为的方式有利于避免捐献人作出不符合其意愿的捐献的意思表示。人体细胞、人体组织、人体器官、遗体的捐献对捐献人而言事关重大，书面形式可以使捐献人在充分和慎重的考虑的基础之上作出捐献。另一方面，以书面形式可以为证明意思表示的存在提供证据，确保即使在真正具有捐献意思的捐献人丧失行为能力或死亡后，仍可证明捐献意思的存在。书面形式可以为完全民事行为能力人具有捐献的表示提供有效的证据。此外，书面形式也是对知情同意原则的贯彻，采用书面形式，可以更有效地保障捐献人知情同意的权利。

此外，捐献行为不能以造成捐献者身体的重大损害为代价。捐献器官的行为实质上是对身体的处分行为，也是对身体完整权的自愿限制。但这种限制不得以严重损害个人健康为前提，如果因捐献而危及权利人自身的健康，这就有悖于捐献制度的本质，因为捐献制度的前提是在不损害捐献人的前提下有益于受捐献人。可能造成捐献者身体的重大损害的捐献行为在法律上是无效的。

四、遗体捐献

在自然人死亡以后，其器官可能仍可以满足罹患疾病的人的需求，因此，一些死者可能生前即表达了遗体捐献的意愿，对尸体的器官捐献和遗体捐献而言，如果自然人生前已经明确表示死后进行捐献，则只要该表示不违背公序良俗，一般应该按照死者的生前意愿执行，从而实现对他人的救助。对这种死体的器官或遗体捐献，为挽救更多的生命，法律应当积极鼓励。

《民法典》第1006条第3款规定：“自然人生前未表示不同意捐献的，该自然人死亡后，其配偶、成年子女、父母可以共同决定捐献，决定捐献应当采用书面形式。”依据该条规定，在个人未明确表达遗体捐献意愿的情形下，遗体捐献应当符合以下条件。

（一）本人生前未明确表示反对

一旦本人生前明确表示反对，应当尊重死者的意愿，不得进行捐献。《人体器官移植条例》第8条规定：“公民生前表示不同意捐献其人体器官的，任何组织或者个人不得捐献、摘取该公民的人体器官……”本人生前反对遗体捐献不一定需要采用书面形式，只要有合理的证据证明死者生前并未反对，就应当允许近亲属进行捐献。比较法上对死体捐献具有两种不同的立法模式，即推定拒绝（opt in）和推定同意（opt out）模式。前一种模式是指在没有明确表示的情形

下，推定自然人不愿意捐献；后一种模式是指在没有明确表示的情形下，推定自然人愿意捐献。^[7]2018年8月5日，英国卫生部发表声明，英格兰从2020年开始实施新的器官捐献制度，把现行的“告知同意”制改为“默认为同意”制。^[8]从我国《民法典》第1006条规定来看，其延续了《人体器官移植条例》的规定，采取的是折中的模式，即除非该自然人坚决反对，应当允许其近亲属的捐献决定。^[9]之所以采取此种模式，主要是出于以下几点考虑。

第一，遗体捐献不涉及生命健康的问题。自然人死亡后，丧失了民事主体资格，其身体不再成为生命健康的载体，因此，遗体的捐献不涉及对生命健康的侵害，不宜对此类捐献进行过多的限制。同时，遗体本身对科学研究和医学发展具有重要意义，因此，法律不应当对遗体捐献设置过多限制。

第二，有利于缓解人体器官紧张的现实困境。在我国现阶段，人们对遗体捐献还尚未形成完整的认识，加之我国传统观念中对遗体完整的重视，导致我国遗体捐献者数量并不充足，难以满足临床需求。采用这种方式，可以有效鼓励自然人捐献其遗体，以缓解实践中器官紧张的情形。

第三，从宪法价值角度而言，在自然人生前未明确表示反对的情形下，允许近亲属捐献遗体并不构成对自然人人格尊严的侵害。我国承认对死者人格利益的保护，自然人在死亡以后，尽管其不再享有任何权利，包括一般人格权，但其人格利益并不因死亡而消灭，法律出于维护社会道德和近亲属的感情以及维护社会公共利益的需要，有必要对死者的人格利益予以保护。而允许近亲属在自然人生前未明确表示反对的情形下捐献遗体，并不会导致近亲属情感公共利益的损害。

第四，这一做法与严格的推定同意规则不同，并不意味着强制捐献，而是由亲属进行决定，在近亲属不进行捐献时，不能够强制捐献。这种方式可以减少强制捐献的执行成本，也更加尊重当事人的意志。

（二）必须要由死者的配偶、成年子女、父母共同作出决定

《民法典》第1006条第3款之所以要求死者遗体捐献必须由死者的配偶、成年子女、父母共同作出决定，主要是因为这些人同死者的关系十分密切，死者遗体上可能存有其精神利益，因此，只要有任何一人反对，都表明这种捐献将损害其精神利益，都不构成本条中的“共同决定”。自然人生前未表示不同意捐献的，该自然人死亡后，其配偶、成年子女、父母可以共同决定捐献，由此表明，此种捐献性

质上属于一种共同行为。

（三）必须采取书面形式

从该条规定来看，死者近亲属在共同决定捐献死者的遗体时，应当采用书面形式，毕竟自然人没有明确同意表示捐赠，这种关系到近亲属利益重要事项的捐赠行为必须取得意思表示一致。法律之所以要求采取书面形式，主要是为了确保死者近亲属的意思表示真实。《民法典》颁行前，我国相关立法也作出了同样的要求，《人体器官移植条例》第8条规定：“公民生前未表示不同意捐献其人体器官的，该公民死亡后，其配偶、成年子女、父母可以以书面形式共同表示同意捐献该公民人体器官的意愿。”

（撰稿人：王利明）

[1]刘长秋.人体移植器官产品化法律调整论批判——兼论人体移植器官来源困境之立法应对.政治与法律,2014(4).

[2]黄跃华,温盛伟.自然科学基础.上海:上海交通大学出版社,2016:129.

[3]佟子林.卫生法学.北京:中国中医药出版社,2011:480.

[4]史尚宽.民法总论.北京:中国政法大学出版社,2000:394-395.

[5]王泽鉴.民法总则.北京:北京大学出版社,2009:307.

[6]黄茂荣.债法通则之一:债之概念与债务契约.厦门:厦门大学出版社,2014:284.

[7]李恩昌,等.中国医学伦理学与生命伦理学发展研究.西安:世界图书出版西安有限公司,2014:104.

[8]英国拟推行器官捐献“默认同意”制.https://www.fx678.com/C/20180806/20180806040833_1855.html.

[9]蔡昱.论器官移植的法律与伦理问题//段瑞春.科技与法律:现代文明的双翼.北京:中国科学技术出版社,2010:215.

第一千零七条

禁止以任何形式买卖人体细胞、人体组织、人体器官、遗体。

违反前款规定的买卖行为无效。

本条主旨

本条是对禁止买卖人体细胞、人体组织、人体器官、遗体的规定。

相关条文

《人体器官移植条例》第3条规定：“任何组织或者个人不得以任何形式买卖人体器官，不得从事与买卖人体器官有关的活动。”

《献血法》第2条规定：“国家实行无偿献血制度。国家提倡十八周岁至五十五周岁的健康公民自愿献血。”

《献血法》第11条规定：“无偿献血的血液必须用于临床，不得买卖。血站、医疗机构不得将无偿献血的血液出售给单采血浆站或者血液制品生产单位。”

理解与适用

一、禁止以任何形式买卖人体细胞、人体组织、人体器官、遗体

我国法律法规历来禁止以任何形式买卖人体细胞、人体组织、人体器官、遗体，此处所说的买卖，主要是一种有偿交易，即以人体细胞等为客体的有偿交易。所谓以任何方式，是指以各种类型的买卖方式（例如，以抵押，租赁）等方式，或者以各种名为无偿、实为有偿的方式（如给予超过成本的回报、互易、通过中介支付价款、向医疗机构支付并由其转给出售者等），买卖人体细胞、人体组织、人体器官和遗体。

人体细胞、人体组织、人体器官与人体未分离时，是人体的组成

部分，任何人侵害他人的人体细胞等，构成对他人人身的侵犯，造成对他人体权、健康权甚至生命权的侵害。毫无疑问，在人体的器官或组织没有与人体分离时，其自然属于身体权的客体。但人体细胞等也可以基于身体权人的意愿而与其身体发生分离，权利人也可以基于自己的意愿，依法无偿捐赠给他人，或作出其他处分，但不得以任何方式从事买卖人体细胞、人体组织、人体器官、遗体的行为。如果人体的组织或器官已经与人体发生了分离，该已经分离出来的物，并不能等同于一般的物品，不能直接作为交易的对象，因为这些与人体相分离的人体细胞等与精神利益具有密切联系，也体现了自然人的精神利益。例如，存放在冷库中的精液，与一般的物之间存在区别。在国外的判决中，盗窃精液也被认为是侵害他人身体权。^[1]随着基因技术的发展，从身体中分离出的DNA也可以成为身体权的客体。例如，储存在医院等地的DNA样本，涉及对人体基因甚至身体的保护，因此，禁止管理人擅自处分或利用。^[2]行为人如果侵害他人人体细胞、人体组织、人体器官，应承担相应的民事责任。由于这些物曾经是身体的组成部分，不同于一般的物，因而，对其的处分应当更多地受到公序良俗和法律的限制，不得以任何方式进行买卖。

在法律上禁止以任何形式买卖人体细胞等的原因在于：一方面，为了强化对自然人的身体、健康权的保护。身体权是指自然人有权保有自己的身体的各个组成部分如肢体、器官和其他组织并维持其完整和安全的权利。许多学者认为，身体权应当表现为对身体组织器官的支配。^[3]所谓身体完整，是指自然人身体不受侵害，自然人依法维护其对自己身体组织的完整性，这在比较法上也得到了确认。例如，《法国民法典》第16条规定：“人之身体不得侵害。”按照这一原则，任何人不得采取任何方式侵害他人的身体，我国法律法规采纳了身体完整不受侵害，权利人也不得违法处分自己的人体细胞、人体组织、人体器官的原则。例如，《献血法》第11条规定：“无偿献血的血液必须用于临床，不得买卖。血站、医疗机构不得将无偿献血的血液出售给单采血浆站或者血液制品生产单位。”另一方面，维护公序良俗。如前所述，即使人体细胞等与个人的身体发生分离，它们也体现了一定的精神利益，在法律上属于具有人格价值的物，买卖这些人格物将严重损害人格尊严。因为器官本身不同于财产，其作为人格的载体，体现了个人的人格利益和人格尊严，所以，有学者认为，分离出来的特殊的物也具有主体性。^[4]如果允许个人随意地转让器官，实际上是将个人的人格当成商品，这有可能诱发道德风险，导致自杀甚至谋杀。此外，在法律上禁止以任何形式买卖人体细胞等，也有利于防范道德风险，维护社会秩序。有偿买卖人体细胞等，特别是人体器官，不仅会造成权利人自身的损害，而且会引发巨大的道德风险。人们可能因为生活所迫而出卖自己的器官，也可能会无视自己的身体健

康而为谋取一时的利益而进行身体器官移植，以致给自己身体造成严重损害^[5]，甚至会诱发盗割人体器官的行为，严重危害社会安全。所以，许多国家立法禁止器官买卖。对人体器官的买卖、担保、抵债，应视为违反公序良俗的行为，应宣告其无效。^[6]

近几十年来，随着器官移植技术的发展，器官短缺的现象日益严重。因此，国外有不少学者主张应当建立器官市场，允许器官转让，其主要理由在于：一是可以解决器官短缺问题，有利于救死扶伤，促进医疗进步；二是可以通过市场机制使转让人的损失得到公平补偿，以防止非法的交易；三是通过达成转让协议，可以确保器官的正常用途。^[7]虽然这一看法不无道理，但允许人体器官买卖显然是弊大于利的且违反公序良俗。因此，我国《民法典》第1007条禁止以任何形式买卖人体细胞、人体组织、人体器官，是十分必要的。

当然，人体组织有主要部分和附属部分的区分，对于某些从人体分离开的部分，如乳汁、血液、头发等附属部分，按照一般的社会观念，都已经将其作为一般的物对待，且这些物大多与精神利益之间没有直接联系。因此，一般可以将这些物作为物权的客体而非人格权客体。这些分离出来的物可以通过合法的转让归属于他人，或因抛弃而成为无主物，由他人因先占而取得。^[8]例如，头发、指甲等，在对身体不会造成损害，也不会违反公序良俗的情况下，可以由权利人进行转让。

二、买卖人体细胞、人体组织、人体器官、遗体的行为无效

首先，采取任何形式所订立的有关人体买卖的行为都是无效的，此类行为不但违反了法律法规的强制性规定，而且违反了公序良俗。此种行为是绝对无效的，以后也不能有效。但问题在于，此类行为无效后，如何确定当事人的权利义务关系？笔者认为，凡是能返回原物、恢复原状的，应及时返还原物、恢复原状。但如果确实无法恢复原状（如捐献的人体组织已植入他人的身体）则不宜判决恢复原状，在此情形下，应该追究有过错的当事人的责任。此外，合同如果没有履行，则不得继续履行。

其次，买卖人体细胞、人体组织、人体器官、遗体的行为被宣告无效后，行为人还可能承担其他责任，甚至刑事责任。2011年2月，我国《刑法修正案（八）》中明确增设了“组织出卖人体器官罪”，并为之规定了严格的刑事责任，即组织他人出卖人体器官根据情节轻重，最高可处15年有期徒刑并处罚金或者没收财产。我国《刑法》第234条之一也对非法摘取器官的行为作出了规定，依据该条规定，未

经本人同意摘取其器官，或者摘取不满18周岁的人的器官，或者强迫、欺骗他人捐献器官的，可能构成故意伤害罪、故意杀人罪。当然，在上述情形下，行为人也构成侵权，受害人有权请求行为人承担侵权责任。

（撰稿人：王利明）

[1]在该案中，原告为了避免手术后失去生育能力，将精子取出予以保存，以便将来能够生育，然后因为被告过失导致精子毁损，导致原告无法生育，法院判定被告应承担侵害身体权的责任，并判处了抚慰金。BGH NJW 1994, 127.

[2]E.MAND, Biobanken für die Forschung und informationelle Selbstbestimmung, in Medizinrecht, 2005, 565; B.M.KNOPPERS et alii, “Control of DNA Samples and Information”, in 50 Genomics 385 (1988).

[3]杨立新.人身权法论.北京：人民法院出版社，2002：399.

[4]王泽鉴.侵权行为法：第1册.北京：中国政法大学出版社，2001：108.

[5]孙慕义，等.新生命伦理学.南京：东南大学出版社，2003：147-149.

[6]迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论.邵建东，译.北京：法律出版社，2000：876.

[7]Lloyd R.Cohen, Increasing the Supply of Transplant Organs: The Virtus of a Futures Market, 58Qeo.Wash.L.Rev.1 1989—1990; Marvin Brams, Transplantable Human Organs: Should Their Sale Be Authoriyed by State Statutes?, 3 Am.J.L.and Med.183 (1977—1978).

[8]王泽鉴.侵权行为法：第1册.北京：中国政法大学出版社，2001：108.

第一千零八条

为研制新药、医疗器械或者发展新的预防和治疗方法，需要进行临床试验的，应当依法经相关主管部门批准并经伦理委员会审查同意，向受试者或者受试者的监护人告知试验目的、用途和可能产生的风险等详细情况，并经其书面同意。

进行临床试验的，不得向受试者收取试验费用。

本条主旨

本条是关于临床试验规制的规则。

相关条文

《涉及人的生物医学研究伦理审查办法》第3条规定：“本办法所称涉及人的生物医学研究包括以下活动：（一）采用现代物理学、化学、生物学、中医药学和心理学等方法对人的生理、心理行为、病理现象、疾病病因和发病机制，以及疾病的预防、诊断、治疗和康复进行研究的活动；（二）医学新技术或者医疗新产品在人体上进行试验研究的活动；（三）采用流行病学、社会学、心理学等方法收集、记录、使用、报告或者储存有关人的样本、医疗记录、行为等科学研究资料的活动。”

《涉及人的生物医学研究伦理审查办法》第4条规定：“伦理审查应当遵守国家法律法规规定，在研究中尊重受试者的自主意愿，同时遵守有益、不伤害以及公正的原则。”

《涉及人的生物医学研究伦理审查办法》第33条规定：“项目研究者开展研究，应当获得受试者自愿签署的知情同意书；受试者不能以书面方式表示同意时，项目研究者应当获得其口头知情同意，并提交过程记录和证明材料。”

《世界生物伦理与人权宣言》第6条指出：“只有事先征得当事人自愿、明确和知情同意后才能进行相关的科学研究。向当事人提供的信息应当是充分的、易懂的，并应说明如何收回其则和规定……”

一、本条的适用范围

《民法典》第1008条是关于临床试验的规定。所谓临床试验，是指为开发新药物、促进医疗技术的发展，以人体为对象进行的试验。这种试验对医学的进步是非常必要的，然而，由于其极可能对自然人的身体健康造成严重损害，甚至在没有严格规范的时候会将作为主体的人物化为客体，贬损人的尊严。因此，必须在法律上作出明确具体的规范。我国现行立法对人体试验主要通过行政法规或规章予以规定，而人体试验涉及自然人的生命权、身体权和健康权这些重要的人格权，故此应当由法律加以规定，而不能仅由行政法规进行规定。

《民法典》本条中所说的临床试验包括如下三种不同的形式：一是新药的临床试验。例如，关于病毒疫苗的临床试验，即属于此类情形。此类试验主要受国家药品监督管理局和国家卫生健康委员会制定的《药物临床试验机构管理规定》的调整，该规定的第二章对于药物临床试验开展的基本条件和备案进行了详细的规定。二是新型医疗器械的临床试验。例如，关于新型呼吸器的临床试验等，就属于此类试验。国务院发布的《医疗器械监督管理条例》将医疗器械分为一、二、三类，对第二、三类的医疗器械，应当需要进行试验。对于不同级别的医疗器械的临床试验，采取不同的管理方法。^[1]三是发展新的预防和治疗方法的临床试验。例如，为预防艾滋病等传染病而开展的相关预防性医疗措施的试验活动，即属于此类临床试验活动。对此种临床试验，《基本医疗卫生与健康促进法》第32条第3款规定：“开展药物、医疗器械临床试验和其他医学研究应当遵守医学伦理规范，依法通过伦理审查，取得知情同意。”疫苗作为一种预防方法，其临床试验受《疫苗管理法》的调整^[2]，上述规定对受试者的知情同意规则作出了细化规定。无论是何种临床试验，都应当有利于疾病的预防和治疗，有助于医学的发展。因此，本条对参与医学临床试验的规则作出了规定，有利于规范此类行为。

二、临床试验的条件

（一）经相关主管部门批准

虽然国家药品监督管理局发布的《关于调整药物临床试验审评审批程序的公告》将审评审批由明示许可改为默示许可，但由于药物临床试验可能对受试者的生命、身体、健康产生重要影响，此类行为的

开展同样以获得相关主管部门批准为必要。

（二）必须经过伦理委员会审查同意

伦理审查的目的是确保临床试验方案具有合法性，符合基本伦理道德，且具有科学性，同时也要能够切实保护受试者利益。目前我国已经初步建立了临床试验的伦理委员会审查制度。国家卫生和计划生育委员会2016年通过了《涉及人的生物医学研究伦理审查办法》，该办法对涉及临床试验中的伦理审查进行了较为详细的规定。伦理审查也是对国外有益经验的借鉴，根据卫计委《涉及人的生物医学研究伦理审查办法》第20条的规定，伦理委员会重要审查的内容包括：研究者的资格、经验、技术能力等是否符合试验要求；研究方案是否科学，并符合伦理原则的要求；受试者可能遭受的风险程度与研究预期的受益相比是否在合理范围之内；知情同意书提供的有关信息是否完整易懂，获得知情同意的过程是否合规恰当；等等。此外，《涉及人的生物医学研究伦理审查办法》第18条也对此作出了规定。^[3]之所以要进行伦理审查，主要是因为临床试验不仅涉及受试者的健康，而且涉及公序良俗，所以，需要通过伦理审查的方式对潜在的风险、利益冲突以及受试者权利的充分保障等进行综合考量。

（三）受试者的知情同意

受试者知情同意是临床试验展开的基础性的前提条件。人体试验需要征得被试验者的同意，并且要详细告知可能发生的危险，这就是所谓的“告知后同意法则”。受试者接受试验乃基于自主决定进行，这就要充分尊重受试者的知情权。依据《纽伦堡法典》第1条的规定，进行医学试验，应当经受试者的同意，这也是此类活动合法性的基础。^[4]我国《基本医疗卫生与健康促进法》第32条第3款规定：“开展药物、医疗器械临床试验和其他医学研究应当遵守医学伦理规范，依法通过伦理审查，取得知情同意。”知情权是同意权的基础，只有当受试者对于试验目的、用途和可能产生的风险等情况都充分知悉之后，在此基础上才能够作出符合其最佳利益的选择。如果同意权是在没有充分享有知情权的基础上作出的，则不能认为是受试者的真实意思表示，因为其对于将要采取的诊疗措施及其风险尚未充分知悉，在此基础上作出的选择可能是片面的，未必符合其最佳利益。

（四）获得受试者或者其监护人的书面同意

依据《民法典》第1008条的规定，人体医学试验应当经受试者或受试者监护人的书面同意，我国相关的法律法规也对此作出了规定。^[5]作出此种规定，一方面是为了督促受试者或者其监护人谨慎作出参

与人体医学试验的决定；另一方面，要求人体医学试验获得受试者或者其监护人的书面同意，也有利于保存证据，防止发生纠纷。

（五）不得向受试者收取试验费用

新药、医疗器械、新的预防和治疗方法的试验的开展必须以免费为原则，只有这样才能避免受试者因为急迫、焦虑等原因，病急乱投医，付费进行试验，从而使试验演变为变相销售未经许可的药品和医疗器械，进而使药品和医疗器械的许可制度目的落空。此外，参与试验的受试者本身接受试验已经承担了大量风险，如果需要再支付费用，会承受过多的风险。此外，如果试验成功，则试验单位也可以将相关的药品、医疗器械、新的预防和治疗方法投入市场，从而获得收益，因此，此种试验应坚持无偿原则。

三、无民事行为能力人和限制民事行为能力人作为受试人的临床试验

在试验中，应当要区分受试者是否为完全民事行为能力人而分别适用不同的规则。从《民法典》第1008条规定来看，进行人体医学试验应当“向受试者或者受试者的监护人告知试验目的、用途和可能产生的风险等详细情况，并经其书面同意”，虽然其使用了选择性的表述，但笔者认为，其并没有将受试者的范围限于无民事行为能力人和限制民事行为能力人。这也意味着，完全民事行为能力人也可以参与此类试验，此时，仅需要其本人同意即可，而在无民事行为能力人和限制民事行为能力人参与此类试验时，则存在取得其监护人同意的问題，此种情形下，为了保护无民事行为能力人和限制民事行为能力人的利益，人体医学试验应当同时取得其本人及其监护人的同意。因此，应当将本条规定解释为采纳了“双重同意说”的立场。

“双重同意说”是国际上共同的做法，该种模式区分两种不同的试验，即未超出最低风险的试验和超出最低风险的试验。对于未超出最低风险的试验，需要经过机构批准，以及未成年人的同意和监护人的同意。对于超过最低风险的试验，则要求未成年人对试验具有直接受益，且要对风险与受益进行评估，风险少于受益时才能进行。^[6]有关国际公约也采纳此种做法。例如，《世界医学协会赫尔辛基宣言》第28条规定：“对于一个无给予知情同意行为能力的潜在受试者，医生必须从合法授权的代表那里征得知情同意。不可将这些人纳入他们不可能受益的研究中，除非这项研究：意在促进这些潜在受试者所代表人群的健康，不能由有给予知情同意行为能力的人替代进行，而且仅有最低程度的风险和最低程度的负担。”如果受试者为无行为能力人，不仅需要监护人同意，而且要求试验必须对本人有利，从而对无

民事行为能力人给予严格的保护。联合国教科文组织在《世界生物伦理与人权宣言》中明确指出：“对于没有能力表示同意的人应当根据国内法给予特殊的保护。”对无行为能力受试者的告知，则应当向其法定代理人进行。

正是在借鉴上述立法经验的基础上，我国《药品临床试验管理规范》第15条第3项规定，“对无行为能力的受试者，如果伦理委员会原则上同意、研究者认为受试者参加试验符合其本身利益时，则这些病人也可以进入试验，同时应由其法定监护人签名并注明日期。”我国《民法典》第1008条在总结相关的立法和司法实践经验基础上，要求在受试者为无民事行为能力人和限制民事行为能力人时，相关试验活动应当取得其监护人同意，其主要目的还是在于更好地保护无民事行为能力人和限制民事行为能力人的利益。在取得受试者监护人同意前，应当对其进行充分说明，使其充分了解相关的试验风险。对此，《药品临床试验管理规范》第14条第4项规定：“试验期间，受试者可随时了解与其有关的信息资料。必须给受试者充分的时间以便考虑是否愿意参加。对无能力表达同意的受试者，应向其法定代理人提供上述介绍与说明。知情同意的说明过程应采用受试者或其合法代表能理解的语言和文字。”

（撰稿人：王利明）

[1]依据该法第18条的规定，“开展医疗器械临床试验，应当按照医疗器械临床试验质量管理规范的要求，在具备相应条件的临床试验机构进行，并向临床试验提出者所在地省、自治区、直辖市人民政府食品药品监督管理部门备案。接受临床试验备案的食品药品监督管理部门应当将备案情况通报临床试验机构所在地的同级食品药品监督管理部门和卫生计生主管部门”。

[2]该法第16条规定：“开展疫苗临床试验，应当经国务院药品监督管理部门依法批准。疫苗临床试验应当由符合国务院药品监督管理部门和国务院卫生健康主管部门规定条件的三级医疗机构或者省级以上疾病预防控制机构实施或者组织实施。国家鼓励符合条件的医疗机构、疾病预防控制机构等依法开展疫苗临床试验。”该法也对受试者的知情同意进行了规定，该法第18条规定：“开展疫苗临床试验，应当取得受试者的书面知情同意；受试者为无民事行为能力人的，应当取得其监护人的书面知情同意；受试者为限制民事行为能力人的，应当取得本人及其监护人的书面知情同意。”

[3]《涉及人的生物医学研究伦理审查办法》第18条规定：“涉及人的生物医学研究应当符合以下伦理原则：（一）知情同意原则。尊重和保障受试者是否参加研究的自主决定权，严格履行知情同意程序，防止使用欺骗、利诱、胁迫等手段使受试者同意参加研究，允许受试者在任何阶段无条件退出研究；（二）控制风险原则。首先将

受试者人身安全、健康权益放在优先地位，其次才是科学和社会利益，研究风险与受益比例应当合理，力求使受试者尽可能避免伤害；（三）免费和补偿原则。应当公平、合理地选择受试者，对受试者参加研究不得收取任何费用，对于受试者在受试过程中支出的合理费用还应当给予适当补偿；（四）保护隐私原则。切实保护受试者的隐私，如实质将受试者个人信息的储存、使用及保密措施情况告知受试者，未经授权不得将受试者个人信息向第三方透露；（五）依法赔偿原则。受试者参加研究受到损害时，应当得到及时、免费治疗，并依据法律法规及双方约定得到赔偿；（六）特殊保护原则。对儿童、孕妇、智力低下者、精神障碍患者等特殊人群的受试者，应当予以特别保护。”

[4]该条规定：“受试者的自愿同意绝对必要，这意味着接受试验的人有同意的合法权利；应处于有选择自由的地位，不受任何势力的干涉、欺瞒、蒙蔽、挟持、哄骗或者其他某种隐蔽形式的压制或强迫；对于实验的项目有充分的知识和理解，足以作出肯定决定之前，必须让他知道实验的性质、期限和目的，实验方法及采取的手段，可以预料得到的不便和危险，对其健康或可能参与实验的人的影响。确保同意的质量的义务和责任，落在每个发起、指导和从事这个实验的个人身上。这只是一种个人的义务和责任，并不是代表别人，自己却可以逍遥法外。”

[5]《药品临床试验管理规范》第15条规定：“经充分和详细解释试验的情况后获得知情同意书。（一）由受试者或其法定代理人在知情同意书上签字并注明日期，执行知情同意过程的研究者或其代表也需在知情同意书上签名并注明日期。（二）在受试者或其合法代表均无阅读能力时，则在整个知情过程中应有一名见证人在场，经过详细解释知情同意书后，受试者或其合法代表作口头同意，并由见证人签名和注明日期。（三）对无行为能力的受试者，如果伦理委员会原则上同意、研究者认为受试者参加试验符合其本身利益时，则这些病人也可以进入试验，同时应由其法定监护人签名并注明日期。（四）如果受试者、见证人或监护人签字的知情同意书均未取得，则必须由研究者将上述情况和不能取得的详细理由记录在案并签字。（五）如发现涉及试验用药品的重要新资料则必须将知情同意书作书面修改送伦理委员会批准后，再次取得受试者同意。”

[6]满洪杰:人体试验法律问题研究.北京:中国法制出版社,2013:184.

第一千零九条

从事与人体基因、人体胚胎等有关的医学和科研活动，应当遵守法律、行政法规和国家有关规定，不得危害人体健康，不得违背伦理道德，不得损害公共利益。

本条主旨

本条是关于人体基因、人体胚胎等有关的医学和科研活动的底线规则。

相关条文

《民法总则》第8条规定：“民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。”

《人类遗传资源管理条例》第9条规定：“采集、保藏、利用、对外提供我国人类遗传资源，应当符合伦理原则，并按照国家有关规定进行伦理审查。采集、保藏、利用、对外提供我国人类遗传资源，应当尊重人类遗传资源提供者的隐私权，取得其事先知情同意，并保护其合法权益。采集、保藏、利用、对外提供我国人类遗传资源，应当遵守国务院科学技术行政部门制定的技术规范。”

理解与适用

一、设立人体基因、人体胚胎等有关的医学和科研活动底线规则的必要性

（一）从事人体有关医学和科研活动的类型

本条是针对从事人体有关医学和科研活动的底线规则，这些医学和科研活动主要包括以下几种。

1. 与人体基因有关的医学和科研活动

基因是具有遗传效应的DNA分子片段，是人类基础的遗传信息单

位，它决定着一个人由生到死的整个生命过程，决定着一个人所有的生理特性和行为特征。^[1]基因关系到自然人的多项人格权益。人体基因在人格权法中的意义表现在：首先，基因可能成为身体权的客体。随着基因技术的发展，从身体中分离出的DNA也可以成为身体权的客体。比如，储存在医院等地的DNA样本也可能会成为身体的一部分，禁止管理人擅自处分或利用。^[2]由于这些物曾经是身体的组成部分，不同于一般的物，所以在处分这些曾经是身体组成部分的物时应当受到公序良俗和法律的限制。其次，基因可以成为隐私权的客体。基因隐私是指个人对其私人基因信息所享有控制支配的权利。^[3]基因是个人重要的生理隐私，从个人基因中不仅可以了解个人的生理、健康状况，而且因为基因中记载了个人的遗传密码等生命信息，也可以从基因中了解个人的疾病史，甚至可以从了解其家庭的重要生理隐私。最后，基因信息是个人重要的生物识别信息，也是个人的敏感个人信息，对该信息的披露将会对个人的人身安全和私人生活产生重大影响。在各种生理信息中，个人的基因信息是最为核心的生理信息。^[4]基因一旦被编辑等技术不当处理，将严重威胁该自然人的人格权益。

还应当看到，基因信息不仅涉及个人的人格利益，还关系到国家安全和公共利益，因为在大数据时代，众多的人体基因信息汇集在一起，可以在整体上反映一国国民的身体状况以及基因状况，对个人信息的非法收集、处理，也可能危害国家和社会公共利益。例如，对自然人的基因进行提取，并进行编辑等处理，再对变异基因进行提取、改造等，可能导致人类基因库的污染，并可能造成难以估量的损害后果。

2.与人体胚胎的相关的医学和科研活动

人体胚胎是指人的精子和未受精卵受精后所产生的胚胎。人体胚胎一般是指从受精卵至第八周末的发育时期。人体胚胎是生命的前端，在人体胚胎已经形成的情况下，其有潜力发展成为独立的生命个体。人体胚胎是女性受孕或受精之后，经过多次细胞分裂和细胞分化所形成的生命雏形，其对应的是从女性受孕或受精之日起8周（或女性无月经之日起10周）这段时间的状态。^[5]人体胚胎本身也是生命的一部分，属于生命的范畴，与生命权关联密切。自试管婴儿技术发明以后，美国威斯康星大学的詹姆斯·汤姆森教授（James Thomson）从人类早期胚胎的内层细胞团中分离培养出第一例人胚胎干细胞系，给人类带来了福音。1978年，第一个试管婴儿在英国诞生，人工生殖技术迅速发展，生命科学的发展也日新月异。如今，人体胚胎技术已经日渐成熟。人体胚胎是一个医学上的词汇，它主要是指受精后的生殖细胞，属于胎儿的前阶段。胚胎不同于胎儿，在医学上，只有在胚胎

发育到具有初步的人形后，才能称为胎儿，在此之前的阶段即属于胚胎。胚胎又分为体内胚胎和体外胚胎。前者是在母体内发育的胚胎，其可由自然方式受孕，也可能通过人工授精实现；而后者则是在母体外发育的胚胎，其一般不是通过自然方式受孕。

从比较法上看，有的国家立法专门规定了人体胚胎的保护规则。例如，在法国，经1994年7月29日的法律修订后，《法国民法典》第16条规定：“法律确保人的优先性（*primauté*），禁止对尊严的一切侵害，自其生命伊始（*dès le commencement de sa vie*）即确保对人的尊重。”该条源自1975年1月17日的法律，后者规定：“自生命伊始确保对所有人的尊重。”根据法国宪法委员会1975年1月15日的裁决，胚胎是人的组成部分，自其生命伊始应确保其受到尊重。有的国家法律对胎儿的保护可以扩大到对胚胎的保护，还有的规定可以将对胎儿的保护时间提前到受孕时。

从我国司法实践来看，有关胚胎的纠纷也开始出现，如在著名的“无锡冷冻胚胎案”中，法院已经对人体胚胎提供保护，即认为体外受精胚胎具有发展为生命的潜能，是含有未来生命特征的特殊之物，不能像一般物一样任意转让或继承，故其不能成为继承的标的。^[6]我国《民法总则》对胎儿的利益保护作出的规定，也可以为胚胎的保护提供法律依据。《民法典》第1009条将其规定在人格权编中，实际上承认其属于一种特殊的人格利益，对其予以不同于一般物的特殊保护，人体胚胎不仅仅是权利客体，而且也涉及对生命权、身体权的保护。侵害人体胚胎不仅仅是财产损害赔偿的问题，还可能产生精神损害赔偿责任。换言之，对胚胎应当以有尊严的方式对待，不能随意毁灭，对人体胚胎不能做商业化利用。

3.与人体基因、人体胚胎具有相当性的其他医学和科研活动

除人体基因、人体胚胎相关的医学和科研活动外，其他一些活动也可能产生同等的效果，也需要法律的规制，例如，非医疗性器官克隆行为。《人体器官移植条例》没有对器官克隆问题作出规定。克隆技术涉及生命伦理的问题，许多国家对于克隆人采取禁止的立场，但是对于为了治疗疾病而克隆器官，大多采取相对缓和的态度，在一定范围内允许实施。笔者认为，从人道主义、救死扶伤的角度出发，应当允许科学家复制身体的部位和其他器官，但由于克隆技术涉及伦理道德等一系列问题，因而非医疗性器官克隆应当被禁止。

（二）设立人体基因、人体胚胎等有关的医学和科研活动底线规则的意义

本条设立人体基因、人体胚胎等有关的医学和科研活动底线规则，具有重要意义，具体而言如下。

第一，规范涉及人体基因、人体胚胎等医学和科研活动，保障其规范运行。21世纪是生物技术时代，法律应当鼓励人体基因、人体胚胎等有关的医学和科研活动，生物技术运用得好，将会造福人类，而一旦被滥用，就会严重损害人类福祉。近年来，一些医疗机构和科研机构从事有关人体基因和人体胚胎的研究活动，因缺乏必要的规范，所以，出现了“基因编辑婴儿”等行为。如果对此类行为不加以规范，不仅对受试者及其家庭造成重大损害，危害人的尊严，也可能对整个社会的公序良俗造成重大危害，甚至可能损害代际利益，所以，非常有必要在立法上予以规范，使此类科研活动健康、有序地发展。因此，《民法典》第1009条的重要意义在于将上述研究活动合法化，划定法律的红线和底线。

第二，维护人格尊严和生命尊严。联合国自1997年起陆续通过了世界人类基因组与人权宣言（1997年），国际人类基因数据宣言（2003年），世界生物伦理和人权宣言（2005年），联合国关于人的克隆的宣言（2005年）等一系列国际公约，强调从事与人体基因、人体胚胎等有关的医学和科研活动，必须建立在尊重人格尊严的基础上，具体包括：一是禁止基于个人遗传特征的歧视；二是禁止对自然状态下的人类基因组进行商业化利用；三是要求人类基因数据等在使用时，不得用于侵犯或造成侵犯某一个人的人权、基本自由或人类尊严的歧视的目的或导致对某一个人、家庭、群体或社区造成任何侮辱的目的；四是强调个人的利益和福祉应高于单纯的科学利益或社会利益等^[7]。因此，出于这一目的，本条要求这些医学和科研活动必须合法。此处的合法既包括内容的合法，即规定哪些医学和科研活动可以从事，哪些研究活动不得从事，如对人体克隆的研究就应禁止；也包括程序的合法，即通过底线规则，确立相关医学科研工作需要依据法定程序进行，如伦理委员会的审查等。

第三，维护代际利益。本条关于人体基因、人体胚胎的医学科研活动的规范，以坚持代际正义为原则，实现代际利益。代际是指生物学意义上的代与代之间的关系，所谓代际利益是在不同代际中的人类均应当享有各自的利益。换言之，是指对不同世代之间利益必须平衡保护，规则设计应考虑未来世代的合理利益。^[8]代际利益是代际正义的内容。代际正义被罗尔斯概括为“即不计时间地同意一种在一个社会的全部历史过程中公正地对待所有世代的方式”^[9]。在代际正义的观点看来，每一代人都是受后代人委托的受托人，代为后代人所能获得的各项权利。^[10]代际正义与代内正义相对，其不仅要求在一代人

之内考虑公平与正义，而且要拉长时间的维度考虑代际的公平与正义。《民法典》第1009条关于人体基因、人体胚胎的医学科研活动的规范就是在充分考虑代际正义的基础之上作出的规定，也以实现代际利益为重要目标。因为对人体基因和人体胚胎的医学科学研究，如果不加限制，将可能显著威胁代际正义的实现。例如，人体基因编辑技术所可能带来的先天畸形婴儿的产生，甚至是对整个人类基因库的污染等问题，所造成的损害都是深远、长久而不可逆的，后一代人也很可能会因此受到不当的损害。

第四，为特别法立法提供上位法依据。本条虽然看似为宣示条款，但可以为将来相关领域的立法提供民事基本法层面的依据。从我国现行立法层面来看，其并没有对这些问题作出明确规定。例如，《科学技术进步法》第29条规定：“国家禁止危害国家安全、损害社会公共利益、危害人体健康、违反伦理道德的科学技术研究开发活动。”但这一规则主要针对的是科学研究活动。2019年实施的《人类遗传资源管理条例》对遗传资源的研究，进行了较为细致的规范，但其性质上仍属于行政法规。对人胚胎干细胞研究，原卫生部和科技部在2003年公布了《人胚胎干细胞研究指导原则》，该原则第1条规定：“为了使我国生物医学领域人胚胎干细胞研究符合生命伦理规范，保证国际公认的生命伦理准则和我国的相关规定得到尊重和遵守，促进人胚胎干细胞研究的健康发展，制定本指导原则。”虽然该条肯定了国家鼓励人胚胎干细胞研究，但是其规范层级较低，且仅适用于人胚胎干细胞的研究。因此，民法典通过引入此条规定，不仅为相关的科研活动作出了指导，同时也为特别法立法细化相关的法律规则提供了基础，后续的立法活动都应当以此为基本原则展开。

二、人体基因、人体胚胎等有关的医学和科研活动底线规则的内容

本条所确立的底线规则主要包括两个方面的内容，即符合法律规定和符合公序良俗。底线规则的合法性是指医学科研活动的开展应当依据法律的规定进行。需要注意的是，此处的“法律”不仅包括法律，也包括行政法规，甚至包括部门规章或地方政府规章。目前规范人体基因、人体胚胎医学、科研的规范性文件层级往往较低。因此，应当对作为此类活动合法性依据的规范性文件进行扩张解释，其不仅包括《民法典》，也包括行政法规、地方性法规、部门规章和地方政府规章等。具体而言，此类活动的合法性包括内容合法与程序合法两方面的内容。

一是内容合法。内容合法是指以人体基因、人体胚胎等为展开的医学科研活动，仅在不违反法律规定时才能开展。以人胚胎干细胞的

研究为例，《人胚胎干细胞研究伦理指导原则》第4条明确规定：“禁止进行生殖性克隆人的任何研究。”这一规则就是规范性文件中对科学研究内容的绝对限制。

二是程序合法。程序合法是指上述医学科研活动的展开必须按照法律或其他规范性文件所要求的程序进行。以人胚胎干细胞研究为例，《人胚胎干细胞研究伦理指导原则》第8条和第9条均为程序性的规范，对研究人员进行实验的程序作出了规定。^[11]关于涉及胚胎的医学活动，原卫生部制定的《人类辅助生殖技术管理办法》第14条规定：“实施人类辅助生殖技术应当遵循知情同意原则，并签署知情同意书。涉及伦理问题的，应当提交医学伦理委员会讨论。”该条对个人的知情同意原则以及伦理审查规则作出了规定。此外，2019年国务院通过了《人类遗传资源管理条例》，对采集、保藏、利用、对外提供我国人类遗传资源进行了较为详细的规定。^[12]

同时，从该条规定来看，底线规则也要求涉及人体基因、人体胚胎等医学和科研活动应当符合公序良俗。人应当是法律关系的主体，而不应被工具化，从而沦为客体，关于人体基因、人体胚胎等的医学科研活动一旦出现了人的客体化倾向，就应当认定其违反了公序良俗。以克隆技术为例，其区别于治疗性克隆，生殖性克隆的目的并非在于克隆人体器官用于医学治疗，而是在于让克隆胚胎发育直至出生，成为克隆人。这种生殖性克隆技术，除了可能会导致人类基因的趋同，从而产生极大的风险外，还可能造成出生的克隆人遭受不公平对待的歧视问题。更重要的是，克隆人的出生是人为干预的结果，这将极大地危害人的主体性，使人成为工具，降低了人的内在价值。^[13]因此，在与人体有关医学科研活动中，既需要满足法律的规定，也要符合公序良俗。

三、违反本条规定的责任

《民法典》第1009条是一个不完全规范，并未直接规定违反本条义务所产生的相应责任，但这并不意味着违反该条将不产生任何法律效果。违反该条的责任应当结合本法的其他规则，或其他法律规则加以确定。例如，对于当事人订立的从事依法禁止的人体基因科研合作合同，应当依法宣告无效。如果违反这一规定，造成他人的人身损害，也应当承担相应的侵权责任。除此之外，对该条的违反还可能产生责任的聚合，在行为人的行为违反本条规定时，其可能需要同时承担行政责任；在构成犯罪时，行为人还需要依法承担刑事责任。

（撰稿人：王利明）

[1]李文,王坤.基因隐私及基因隐私权的民事法律保护.武汉理工大学学报(社会科学版),2002(2).

[2]E.MAND, Biobanken für die Forschung und informationelle Selbstbestimmung, in Medizinrecht, 2005, 565; B.M.KNOPPERS et alii, Control of DNA Samples and Information, in 50 Genomics 385 (1988).

[3]张宏.基因隐私权的法学思考.河北法学,2006(9).

[4]李秀芬.论隐私权的法律保护范围.当代法学,2004(4).

[5]叶名怡.法国法上的人工胚胎.华东政法大学学报,2015(5).

[6]无锡人体冷冻胚胎权属纠纷案.人民法院报,2019-09-06.

[7]古津贤,李耀文.生命科技法律与伦理.天津:天津人民出版社,2014:261-266.

[8]廖小平.论代际伦理及其关涉视域和基本原则.复旦学报(社会科学版),2004(2).

[9]约翰·罗尔斯.正义论.何包钢,译.北京:中国社会科学出版社,1999:308.

[10]爱蒂丝·布朗·魏伊丝.公平地对待未来人类:国际法、共同遗产与世代间衡平.汪劲,等译.北京:法律出版社,2000:2-3.

[11]该原则第8条规定:“进行人胚胎干细胞研究,必须认真贯彻知情同意与知情选择原则,签署知情同意书,保护受试者的隐私。前款所指的知情同意和知情选择是指研究人员应当在实验前,用准确、清晰、通俗的语言向受试者如实告知有关实验的预期目的和可能产生的后果和风险,获得他们的同意并签署知情同意书。”该原则第9条规定:“从事人胚胎干细胞的研究单位应成立包括生物学、医学、法律或社会学等有关方面的研究和管理人员组成的伦理委员会,其职责是对人胚胎干细胞研究的伦理学及科学性进行综合审查、咨询与监督。”

[12]该条例第9条规定:“采集、保藏、利用、对外提供我国人类遗传资源,应当符合伦理原则,并按照国家有关规定进行伦理审查。采集、保藏、利用、对外提供我国人类遗传资源,应当尊重人类遗传资源提供者的隐私权,取得其事先知情同意,并保护其合法权益。采集、保藏、利用、对外提供我国人类遗传资源,应当遵守国务院科学技术行政部门制定的技术规范。”

[13]陈颢.医学伦理学.南京:江苏科学技术出版社,2018:135.

第一千零一十条

违背他人意愿，以言语、文字、图像、肢体行为等方式对他人实施性骚扰的，受害人有权依法请求行为人承担民事责任。

机关、企业、学校等单位应当采取合理的预防、受理投诉、调查处置等措施，防止和制止利用职权、从属关系等实施性骚扰。

本条主旨

本条对禁止性骚扰的规则作出了规定。

相关条文

《妇女权益保障法》第40条规定：“禁止对妇女实施性骚扰。受害妇女有权向单位和有关机关投诉。”

《妇女权益保障法》第58条规定：“违反本法规定，对妇女实施性骚扰或者家庭暴力，构成违反治安管理行为的，受害人可以提请公安机关对违法行为人依法给予行政处罚，也可以依法向人民法院提起民事诉讼。”

理解与适用

一、性骚扰的概念和特征

所谓性骚扰（sexual harassment），是指针对他人实施的以身体、语言、动作、文字或图像等方式实施的、以性为取向的、违背他人意愿的骚扰行为。“性骚扰”一词最初是由美国著名女权主义法学家凯瑟琳·麦金农于1974年提出来的。^[1]此后，许多国家都陆续在相关法律中确立了禁止性骚扰的法律规则。我国实践中也出现了不少性骚扰的现象，但是由于缺乏法律的规定，因而法官在裁判时往往找不到具体的法律依据。2005年8月28日，第十届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议修订了《妇女权益保障法》，专门在该法中新增了一条对性骚扰作出规定，该法第40条规定：“禁止对妇女实施性骚

扰。受害妇女有权向单位和有关机关投诉。”这是我国法律第一次对性骚扰作出禁止性规定，具有重要的意义。然而，该条规定得很简略，其针对性和实用性都不强。例如，如何界定性骚扰？性骚扰侵害了受害人的何种民事权益？除向单位和有关机关投诉外，受害人能否针对实施骚扰的行为人提起侵权之诉？有关单位是否负有防止性骚扰的法律义务并在违反该义务时承担何种法律责任？因此，在审判实践中，处理性骚扰案件仍然缺乏明确的、具有可操作性的法律规则。

关于性骚扰的概念，从比较法上来看，各国法律的界定并不一致，这也与各国规范性骚扰行为的中心有所不同是密切联系的。以美国为代表的一些国家主要是以职场性骚扰为中心来规范性骚扰行为的，性骚扰的定义也主要围绕职场性骚扰而展开。例如，在美国法上，性骚扰经常被称为“工作场所的性骚扰（workplace bullying）”。在美国平等就业机会委员于1980年发布的相关指导规则中，就明确地将工作场所性骚扰分为交换性骚扰和敌意性工作环境性骚扰两类。应当说，将性骚扰限定为职场性骚扰具有一定的合理性。因为一方面，法律最初之所以规范性骚扰行为，主要就是针对职业中的性别歧视，是为了保护在工作中受害的弱者。另一方面，性骚扰行为也大多发生在工作场所中，通常和具体的工作环境联系在一起，因为在工作环境中容易形成上下级之间命令与服从的支配关系，而借助此种关系就很容易发生性骚扰行为。但是，性骚扰并不限于工作场所的性骚扰，特别是考虑到现代社会中人们的交往日益密切，更不应当将性骚扰行为局限于工作场所。只要是违背他人意愿、通过各种方式与对方进行与两性内容相关的交流或接触，严重影响他人内心安宁或者造成其他严重后果的行为，均应当认定为性骚扰行为。^[2]

正是考虑到将性骚扰限于职场性骚扰过于狭窄，因此，有些国家的立法扩张了性骚扰的内涵。例如，在欧洲法上，性骚扰就被称为“性方面的骚扰行为（mobbing, victimization）”^[3]。1990年，欧洲议会《关于保护男女工作人员尊严的议会决议》将性骚扰定义为：“不受欢迎的性行为或其他以性为目的的行为，它损害工作女性和工作男性的尊严。性骚扰包括不受欢迎的身体、语言或非语言行为（CEC.1993）。”有关国际公约也对性骚扰的概念作出了更宽泛的界定。例如，根据《反对对妇女一切形式的歧视公约》第19号建议书以及欧盟委员会公报等文件的定义，性骚扰具有以下三项特征：（1）不合乎需要、不适当或者冒犯性、损害其尊严的行为；（2）受害人拒绝其性暗示，将影响其职业或升迁；（3）骚扰行为制造出令人害怕、敌意或者侮辱性的工作环境。基于欧盟的指令要求，英国于2006年制定了《平等法》，该法将性骚扰被定义为“基于性别的、法律禁止的事由而为下列行为：（1）对某人实施不受欢迎的行为，故意地

或从结果来看侵犯他人的尊严；（2）或者制造恐吓性、充满敌意、自卑或不快的工作环境”^[4]。应当说，上述规定揭示了性骚扰的一些基本特征，但其并没有在法律层面明确性骚扰究竟侵害了他人的何种权益，也没有揭示性骚扰行为的违法性特征。

从《民法典》第1010条规定来看，性骚扰是一种违背受害人意愿、以性取向为内容、侵害他人人格尊严并造成他人损害的行为^[5]，按照这一定义，性骚扰必须是和性有关的行为，该行为违背他人意愿，行为人以言语、行为等方式对他人实施与性有关的骚扰行为。

性骚扰具有如下几个方面的特征。

第一，性骚扰是行为人针对特定受害人的以性为内容的骚扰行为。性骚扰必须和性有关，它不当干涉了受害人的性自主决定自由。此种行为可以以言语、文字、图像、肢体行为等各种方式表现出来。行为人在实施性骚扰时可能采取口头的方式（如讲下流话、性挑逗语言等），也可能采用书面形式（如发黄色视频、短信等），还可能采用其他行为举动（如触摸生殖器或者以其他姿态骚扰他人）等，但通常和性取向有关。

第二，性骚扰是违背受害人意愿的骚扰行为。如果受害人是完全民事行为能力人的，是否构成违背其意愿需要根据具体情况判断。在行为人实施性骚扰时，受害人明确表示反对的，该行为显然违背了受害人意愿。但是，即使受害人当时没有明确表示反对或处于沉默状态，也不能意味着其同意或接受性骚扰，只要其事后表示厌恶、反感、不满等情绪，就意味着该行为是违反受害人意愿的。如果受害人是限制民事行为能力人或者无民事行为能力人的，因为他们的辨识能力有限，即便是在性骚扰行为发生时，受害人没有明确作出反对或者拒绝的意思，也应当认定其有拒绝性骚扰的意愿，即针对这些民事行为能力受限之人的性骚扰，都被法律视为违反了他们的意愿。

第三，性骚扰是侵害人格权益的骚扰行为。《民法典》第1010条虽然规定在人格权编的第二章“生命权、身体权和健康权”，但这并不意味着性骚扰侵害的仅仅是生命、身体和健康权，而是需要根据具体情形予以认定，因为在现代社会，性骚扰的类型越来越复杂，其所侵害的利益很难被某种具体人格权所涵盖。例如，行为人故意碰撞他人身体敏感部位，在成立性骚扰的同时，也构成对身体权的侵害；如果在大庭广众之下实施该行为，还可能侵害隐私权；如果在实施此种行为之后，行为人故意拍照发到网上，还可能侵害名誉权、肖像权等权利；如果前述行为造成他人的身体损害或者使他人产生心理疾病，还可能侵害健康权。此外，性骚扰还可能侵害他人的人格尊严和人身自

由。^[6]正因此，仅仅认定性骚扰侵害了某一种具体人格权，是很难全面对性骚扰的受害人提供救济的。比较法的经验也表明，性骚扰更多地与受害人的人格尊严，而非仅仅与某种具体人格权存在紧密关联。比如，1990年欧洲议会《关于保护男女工作人员尊严的议会决议》将性骚扰定义为损害他人人格尊严的不受欢迎的性行为或其他以性为目的的行为。又如，《反对对妇女一切形式的歧视公约》第19号建议书认为，性骚扰的首要特征是不合乎需要、不适当或者冒犯性、损害其尊严。再如，基于欧盟的指令要求，英国2006年制定的《平等法》定义的性骚扰具有故意地或从结果来看侵犯他人尊严的要素。故而，针对性骚扰，在某种具体人格权规则不足以对受害人提供全面救济时，应当认定行为人侵害了受害人人格尊严，即侵害了受害人的一般人格权。

第四，性骚扰是性犯罪以外的骚扰行为。以暴力手段违背他人意志实施的与性有关的行为，情节严重的，构成强奸罪、猥亵罪等性犯罪，尽管它们看上去具有性骚扰的内涵，但由于它们一方面适用刑法的相关规定，另一方面适用民法的相关规定，有一套相对完整的权利保护和法律责任体系，因此，没有必要再通过专门的性骚扰制度来解决。也就是说，性犯罪通常都是性攻击，即以暴力手段或以暴力相威胁、违背他人意志而侵害他人性自主权的行为，而性骚扰通常是指性攻击以外的、有损他人人格尊严的性侵犯行为。^[7]故而，性骚扰是造成损害程度较轻的、不构成犯罪的骚扰行为。

明晰性骚扰的内涵和特征，有助于正确认识《民法典》人格权编规制性骚扰的重要意义和价值。《民法典》第989条规定，人格权编调整因人格权的享有和保护产生的法律关系，而性骚扰损害了人格尊严，与人格利益直接相关，当然应由人格权编予以调整。更为重要的是，通过人格权编来规制性骚扰，能使受害人明了自己的人格利益及其保护途径，进而有效保护受害人的合法权益。从实践情况来看，在性骚扰发生的场合，尤其是职场中，有些受害人意识不到性骚扰已经侵害其人格利益，有些受害人面对性骚扰而不知如何抵御和救济。通过明晰性骚扰的内涵和特征，能看出《民法典》人格权编对其加以规制的合理性，也能鼓励受害人在遭受性骚扰之后积极主张权利，抵制性骚扰行为。由于《民法典》尚未实施，我们还无法通过实践情况来验证前述认识，但有学者在观察美国性骚扰司法保护进程后发现，法律的发展的确能唤醒人们对自己合法权益的保障意识^[8]，这从一定程度上能说明前述认识是可靠的。

明晰性骚扰的内涵和特征，有助于准确认定性骚扰行为，避免不当妨碍人们合理的行为自由。权益保护是一种平衡的技术，必须在权

利人的权利保护与他人的行为自由之间保持合理的平衡^[9]，对性骚扰的法律规制也不例外，同样要合理平衡受害人的人格尊严和他人的行为自由。虽然《民法典》第1010条明确规制了性骚扰，但未明确界定其内涵和特征，一旦把握不准，该条规定在实践中有可能被误用或滥用，进而会导致利益失衡。而且，性骚扰往往与道德的观念认识掺杂在一起，如果在法律上不能科学界定其内涵和特征，就容易把道德因素引入其中，从而扩大性骚扰的范围，将一些不应纳入性骚扰范畴的行为认定为性骚扰，这就难以保障人们合理的行为自由。

明晰性骚扰的内涵和特征，有助于法院正确适用法律，全面妥当保护受害人的正当权益。性骚扰通常给受害人造成的损害是精神层面的损害，不能为侵害身体权、健康权等侵权行为所包括，但过去因为缺乏规范，更因为认识不清，法院在司法实践中往往通过身体权、健康权等其他人格权的保护规则来处理和解决性骚扰纠纷，这不仅适用法律不当，也不利于救济受害人。

二、性骚扰的构成要件

依据《民法典》第1010条，构成性骚扰应当具备如下要件。

（一）必须是和性有关的骚扰行为

性骚扰行为表现的方式多种多样，但都是和性有关的。在德国法上，肢体上的接触作为最典型的性骚扰方式，被规定在刑法中，而口头上的性骚扰则并未被纳入刑法。^[10]这并不意味着性骚扰仅以肢体上的接触为表现形式，行为人在实施性骚扰时可能采取口头的方式（如讲下流话、性挑逗语言等），也可能采用书面形式（如发黄色视频、短信等），还可能采用其他行为举动（如触摸生殖器官或者以其他姿态骚扰他人）等多样的方式。总的来说，性骚扰行为可以分为以下五大类别。

一是职场性骚扰行为。职场性骚扰就是指发生在工作场所的性骚扰，即在工作场所中一方对他方实施的、不受欢迎的、具有性本质的侵犯他人人格权及其他权益达到一定严重程度的行为。^[11]如前所述，工作场所性骚扰是以美国为代表的一些西方国家法律规范的重点。我国现行立法也对职场性骚扰行为进行了规范，例如，《女职工劳动保护特别规定》第11条规定：“在劳动场所，用人单位应当预防和制止对女职工的性骚扰。”该条实际上也主要是为了保护职场性骚扰中的受害人。当然，该条规定过于简略，难以为受害人主张权利提供明确的指引，同时，上述规定也没有对用人单位预防和制止性骚扰

所应当采取的具体措施和应当承担的具体义务，以及违反相关义务所应当承担的法律责任作出规定，这实际难以有效地起到防止性骚扰行为发生的作用。

二是向他人发送具有性内容或性暗示的文字、语音或视频资料。行为人对他人使用具有性内容或者与性有关的肢体行为、语言、文字、图片、声像、电子信息等，也会构成性骚扰。目前我国司法实践中也有不少法院采纳了此种立场。例如，在“林某某与广东邦达实业有限公司劳动和社会保障行政管理案”中，法院认为：“林某某利用电脑软件在照片上添加对白文字和主题，该文字和主题以公司女同事为对象，使用带有明显的与性有关的文字，故意对照片中的女同事实施上述行为，且从女同事向公司领导投诉和哭诉的事实能够确认林某某的行为造成行为对象的羞辱和不适，明显违背了女同事的意志，造成女同事精神上的压力，林某某的上述行为已构成性骚扰。”^[12]

三是利用从属关系进行性骚扰。所谓从属关系，是指基于工作、学习、生活等社会关系而使一方在一定程度上隶属于另一方。许多性骚扰行为的实施与一方当事人利用从属关系有关，包括上下级关系、医生和患者的关系、师生之间的关系。从属关系既包括一时从属关系，如医生和患者，也包括长期的从属关系，特别是上下级关系和师生关系。行为人在利用从属关系实施性骚扰行为时，通常会以录用、晋升、奖励等利益作为交换，从而诱使受害人提供性方面的回报。在具有从属关系的情况下，一方利用从属关系给另一方造成压力，即便受害人没有明确拒绝，但迫于从属关系，也可能被迫接受。利用从属关系进行性骚扰可能有多种表现形式，如以明示或暗示方式对他人施加压力，使他人提供性方面的回报，或者利用谈话、谈心等方式故意进行身体上的接触，等等。在利用从属关系进行性骚扰的情形下，受害人迫于因从属关系而产生的压力，此时仍应当认定行为人的行为构成性骚扰。

从属关系并不限于人事组织上的从属关系，其强调的是骚扰方比被骚扰方有特定的优势地位，且可能利用这种优势地位去实施骚扰行为。在公司内部，主管经理骚扰普通职员，构成骚扰，自不待言，但如果公司的销售经理骚扰客户，是否构成骚扰呢？这需要结合具体的情况来判断。如果销售经理垄断供货渠道，交易相对人迫于交易需求忍受被骚扰的行为，实际上是一种利用优势地位的骚扰行为。在这个意义上说，可以将“从属关系”理解为一种“优势地位关系”，这种优势地位可能是法律上的，也可能是经济上的。

四是在公共场所实施的性骚扰行为。从实践来看，除职场性骚扰行为外，在公共场所发生的性骚扰行为也是性骚扰行为的重要形态。

例如，在人群拥挤的公共汽车、地铁上对异性进行“揩油”“非礼”等，均属于此类情形。当然，与职场性骚扰不同，公共场所性骚扰行为一般发生在陌生人之间，当事人之间并不存在从属关系，行为人一般通过实施与性相关的肢体动作对受害人进行骚扰。

五是其他形式的性骚扰行为。除上述形态外，只要行为人是以身体的、语言、动作等方式，违背他人意愿而对他人实施了以性为取向的行为，符合性骚扰的构成要件，不论是发生在何种场所，也不论是否造成了严重后果，均应当认定构成性骚扰。

但是，如果难以判断相关的行为是否与性相关，则可能难以认定其构成性骚扰。例如，在“杭某与马某、江某其他人格权纠纷案”中，原告杭某请托被告马某为其子女办理入学事宜，并应被告的要求支付了4万元好处费。在联络中，被告向原告发送了内容暧昧的信息，称原告“站在那里是亭亭玉立、坐在那里很工整的，走起路来飘飘然的。就是不知道睡觉是怎样的情况”。原告向法院提起诉讼，法院认为，原告与被告马某的网上聊天的内容表明，被告言语的确有失分寸，但尚未构成性骚扰，且杭某不能举证证明被告对其实施了侮辱、恐吓、诽谤等行为，驳回了原告的诉讼请求。^[13]从本案来看，法院要求原告证明被告必须实施了侮辱、恐吓、诽谤等行为，显然要求过高，关键是被告是否实施了违背原告意愿的、与性取向相关的行为。而从双方的短信对话内容来看，对此难以确定，因此，法院最终认定被告不构成性骚扰是妥当的。

（二）违背了受害人的意愿

所谓“违背了受害人的意愿”是指性骚扰行为不符合受害人的利益，受害人主观上并不接受，甚至明确拒绝。关于性骚扰行为是否必须以违背受害人意愿为要件，存在不同的观点。一种观点认为，构成性骚扰的行为必须是实施了不受欢迎的行为，尽管有些可能符合受害人的意愿。换言之，某些性骚扰行为可能是“自愿”的，但却是“不受欢迎”的。例如，受害人迫于压力而屈从于行为人，此时仍应将之界定为性骚扰。^[14]美国法采取的就是这种观点，即要求行为是“不受欢迎”（unwelcome）的且在客观上不被受害人所接受。^[15]在我国的司法实践中，也有法院认为，在被告向原告发送提出性要求的暧昧短信后，原告没有明确拒绝，而是变相纵容，因此不能构成性骚扰。^[16]另一种观点认为，性骚扰行为应当是违背受害人意愿的行为，因为“不受欢迎”只是从行为的角度对性骚扰行为所进行的认定，应当从受害人的角度对性骚扰的概念进行认定，即强调性骚扰是违背受害人意愿的行为，同时，受害人迫于压力而“自愿”的行为应当被认定为是违背其意愿的行为。^[17]笔者赞同上述第二种观点，即性骚扰行为应

当是违背受害人意愿的行为，也正是因为性骚扰行为违背了受害人的意愿，因此，其侵害了受害人的人格尊严，可能导致受害人产生愤怒、焦虑等不良情绪。

问题在于，如何认定相关行为是否违背受害人的意愿？对此，笔者认为可以从如下几个方面进行把握。

第一，在受害人没有明确表示接受或同意该类行为的情形下，不宜一概认定该行为符合受害人的意愿。有的国家立法要求受害人必须明确表示反对行为人的性骚扰行为，否则将难以构成性骚扰。例如，依据以色列《性骚扰防治法》的规定，被骚扰者有义务向行为人表明反对的态度。但是，在美国法上，这种反对不仅可以明示，也可以被默示地表达；且无论是明示还是默示的，意味着违背了当事人的意愿。^[18]笔者认为，构成性骚扰虽然要求行为人的行为必须违背受害人的意愿，但不以被骚扰者向行为人明确表示反对为构成要件。因为就基于工作关系、从属关系而出现的性骚扰而言，受害人往往碍于各种压力难以明确提出反对，而且受害人对于是否明确反对也很难举证，故此，将受害人明确提出反对作为性骚扰的构成要件，可能不利于保护受害人。在具体判断上，只要从受害人当时的行为表现可以看出，受害人对行为人以口头、书面形式等方式实施的性骚扰行为是不赞成的、不接受的，就可以认定该行为违背了其意愿。此外，在认定构成性骚扰时，并不需要受害人证明自己产生了愤怒、焦虑等不良情绪，而只需要其证明行为人的行为违背了其意愿即可。如果行为人主张其不构成性骚扰，则其应当证明受害人作出了明确的同意或者自愿接受。受害人同意相关行为原则上应当以明示的方式作出，当然，在例外情形下，也可以从相关客观情况判定受害人是否自愿接受相关行为。例如，行为人对受害人讲述黄色玩笑时，受害人作出了积极的回应，则应当认定其接受了行为人的行为。

第二，对未成年人的意愿认定，应当区别于对成年人的。我国《刑法》规定，与未满14周岁的幼女发生性关系，无论是否违背其意愿，法律上均视为违背其意愿。这一法理对民法也是可以适用的。笔者认为，鉴于未成年人对与性取向相关的事务缺乏判断能力，而且为了强化对未成年人的保护，即便未成年人表面上作出了同意，也不应当认可其效力。因此，对未成年人而言，行为人的性骚扰行为不论是否违背其意愿，在法律上均应当视为违背其意愿。

第三，在判断行为是否具有性骚扰的故意时，不考虑其主观动机如何，也就是说，只要行为人故意实施了性骚扰行为，其行为满足了性骚扰的构成要件，不论其实施该行为的主观动机如何，均应当认定其成立性骚扰行为。事实上，行为人实施性骚扰行为的动机是多元

的，其既可能是与性相关的，也可能是与性无关的，如行为人单纯为了表现欲或者展示自己所谓的幽默感，或者仅仅是为了从他人的难堪中满足某种低级趣味，均不影响性骚扰行为的认定。还应看到，行为人的主观动机难以证明，西方谚语有云：“魔鬼都不知道一个人在想什么。”如果考虑行为人的主观动机，可能不利于对受害人进行救济，也不利于对行为进行归责。

（三）必须针对特定的对象

性骚扰行为应当是向特定的对象作出的^[19]，依据《民法典》第1010条，“违背他人意愿，以言语、文字、图像、肢体行为等方式对他人实施性骚扰的”，构成性骚扰。此处所说的“对他人实施”，就是针对特定人。如果缺乏特定的对象，受害人就难以明确。如果相关行为没有明确的指向对象，即使该行为会使某个或者某些人感到不悦，也不应当将其认定为性骚扰。例如，在微博上发表涉性方面的黄色言论，可能会使女性看到后自感受辱，但该行为由于没有明确的指向对象，因而，不构成性骚扰。再如，某人当众讲黄色段子，内容虽然不雅且不道德，应当受到道德谴责但因为并没有针对特定的对象，也不宜认定其实施了性骚扰行为。

在认定相关行为是否有明确的指向对象时，应当结合具体情形加以判断，即便行为人没有明确使用受害人的姓名等个人信息，但如果可以合理推断出相关主体就是该行为的指向对象，依然可以认定其构成性骚扰。性骚扰必须要有特定的对象。当然，受害对象特定并不意味着一个性骚扰行为不能产生多个受害人。即使存在多个受害人，也并不影响性骚扰对象的特定性。

至于性骚扰的特定对象的性别问题，虽然实践中常见的是男性对女性进行性骚扰，但不应将性骚扰严格限定为此种类型，异性甚至同性之间都可能构成性骚扰。从比较法上来看，现在各国立法大多采取性别中立主义，不再限定性骚扰主体的性别。^[20]美国最高法院在Oncale案的判决中甚至否定了第五巡回法院关于同性间不构成性骚扰的判决，认为同性之间同样可能构成法律意义上的性骚扰。^[21]我国也有学者认为，虽性骚扰的受害人大多为女性，但男性也可能成为性骚扰的受害人，也就是说，性骚扰既可能发生在异性之间，也可能发生在同性之间。^[22]在我国司法实践中，法院也认可了同性之间会构成性骚扰。^[23]

需要探讨的是，是否性骚扰行为必须达到一定的严重程度，受害人才能获得法律的救济？在美国的判例中，有观点认为，只有性骚扰足够严重或者明显变更并形成有害的职场环境，才构成性骚扰。^[24]

美国联邦最高法院认为，受害人无须证明骚扰行为严重损害其心理健康或引发其他心理创伤，只要受害人证明一个“理性人”认为已经足够严重，则可以认为构成了敌意的或者滥用的工作环境。^[25]我国有学者认为，性骚扰应当造成严重的损害后果，受害人才能获得法律救济^[26]，否则可能导致诉讼的泛滥。在具体判断某一性骚扰行为是否严重时，学者大都主张应当从受害人的感受出发，同时结合性骚扰的方式、持续时间、影响范围等综合予以判断。笔者认为，构成性骚扰并不需要必须造成严重的损害后果，因为从实践来看，判断性骚扰行为的损害后果是否严重较为困难，对于长期、持续性的，并导致受害人严重痛苦的性骚扰行为，认定损害后果较为严重十分容易。但是，对大量的性骚扰行为而言，如在公共场所偷摸他人身体敏感部位或者发送黄色短信等，受害人通常只是心理不愉悦，尚未达到严重痛苦的程度，但仍应当构成性骚扰。同时，在性骚扰没有造成严重损害后果时，受害人虽然无法主张精神损害赔偿，但仍然有权主张行为人为人承担停止侵害、赔礼道歉等责任。因此，认为构成性骚扰必须造成严重的损害后果，将会不当加重受害人的举证负担，也不利于保护性骚扰行为的受害人。

三、机关、企业、学校等单位负有预防性骚扰的义务

从该条规定来看，机关、企业、学校等单位负有预防性骚扰的义务，之所以规定用人单位承担预防义务，是因为法律规范性骚扰行为最初主要针对职业中的性别歧视，是为了保护在工作中受害的弱者^[27]，许多实施性骚扰的行为人与受害人之间往往具有上下级的管理或从属关系。在国外，性骚扰的责任特别强调雇主责任，对于工作场所之外发生的性骚扰行为，如在公共汽车上猥亵妇女、在舞厅里猥亵他人、在街头针对异性突然裸露性部位等，可以通过侵害他人名誉权、身体权等方式提起民事诉讼，而不必作为性骚扰处理。对职场性骚扰而言，用人单位完全有条件也有能力通过事前预防、事中监管和事后处置等手段来预防和控制性骚扰行为。从这个意义上说，要求有关单位承担预防性骚扰的义务，有助于从源头上预防和减少性骚扰行为的发生。

从《民法典》第1010条第2款规定来看，其明确规定了机关、企业、学校等单位负有预防性骚扰义务，本款中之所以列举了上述几种类型的单位，主要是因为：一方面，这些单位属于较为特殊的场所，受关注程度比较高，一旦发生性骚扰行为，将会给受害人造成严重的损害，并产生恶劣的社会影响。另一方面，在机关、企业、学校等特殊场所，需要强化对特定人员的保护。例如，学校是学生聚集的场

所，是未成年人和年轻人十分集中的地方，甚至中小学学生以未成年人为主，一旦发生教师对学生的性骚扰，将给未成年人带来严重的损害。对于发生在学校的性骚扰问题，教育部印发的《教育部关于建立健全高校师德建设长效机制的意见》中就明令禁止，“对学生实施性骚扰或与学生发生不正当关系”。这一列举方式，将具有预防义务的单位不仅明确为有劳动关系的企业，也扩展到非劳动关系的机关和学校。明确要求机关、企业、学校等单位应当采取合理的预防等措施，有利于保护被用工者以及学生的合法权益，也有助于预防性骚扰的发生，实现对性骚扰的社会多层次综合治理。

应当看到，在发生性骚扰后，并不意味着用人单位必须要对此承担严格责任。在美国法上，性骚扰案件中的雇主责任属于严格责任，虽然判例对此种责任进行了限制，但严格责任仍是性骚扰案件中雇主责任的主流。^[28]有学者依据工作环境权理论认为，在发生职场性骚扰时，用人单位因其与员工之间的权利义务关系而应当直接承担责任。^[29]笔者认为，在员工实施性骚扰行为的情形下，用人单位所承担的责任并不是雇主责任。因为一方面，在雇主责任的情形下，雇员是按照雇主的意志和利益行为，而在用人单位工作人员实施性骚扰的情形下，虽然性骚扰行为也发生在工作场所，但行为人是按照自己的意志行为，其与雇主责任存在区别。另一方面，在雇主责任的情形下，雇员实施侵权行为发生在执行职务过程中，这也是对雇主进行归责的基础，而在性骚扰的情形下，行为人实施性骚扰行为并不涉及执行职务的问题，其主要是基于个人意志而实施违法行为，二者存在显著区别。

在性骚扰的情形下，用人单位对员工实施性骚扰行为所承担的责任应当是过错责任。这就是说，在发生性骚扰的情形下，用人单位只有在存在过错的情形下，才承担责任。在我国，性骚扰行为主要是由行为人自己承担责任，按照自己责任原则，性骚扰是行为人自己故意实施的侵害他人人格权益的行为，行为人理应对自己行为所导致的后果承担责任。但在行为人实施性骚扰的过程中，用人单位在防范性骚扰方面也可能存在一定的过错，所以，其应当就其过错承担责任。在这一点中，此种责任类似于违反安全保障义务的责任。

应当看到，用人单位预防性骚扰的义务不完全等同于安全保障义务。我国《民法典》第1198条第1款规定：“宾馆、商场、银行、车站、机场、体育场馆、娱乐场所等经营场所、公共场所的经营者、管理者或者群众性活动的组织者，未尽到安全保障义务，造成他人损害的，应当承担侵权责任。”该条规定了违反安全保障义务的侵权责任，虽然安全保障义务与用人单位预防性骚扰的义务一样，旨在要求

行为人积极作为以保障他人，因而违反该义务的表现均为消极地不作为，但是，对此，笔者认为，预防性骚扰义务和安全保障义务存有以下区别：第一，二者保护的客体不同。安全保障义务主要是对人身安全和财产安全的保护^[30]，预防性骚扰的义务则主要针对人格尊严，而不完全针对人身安全和财产安全。第二，二者所保护的主体不同。源于大陆法系“交往安全义务”的安全保障义务所保护的主体，除了意图与其订立合同的顾客外，还应当包括虽未意图与其订立合同，但借助其场所交通往来的其他人。例如，借地铁站通行的行人，或根本不想购物的超市往来行人。^[31]而预防性骚扰的义务则主要保护受雇于该用人单位的劳动者，不宜扩大至所有进入该用人单位的人。因为交往安全义务的基础在于义务人开启了一定的危险，而性骚扰的风险广泛发生于各种场合，用人单位只是因其对职场的环境具有掌控的能力而负有预防义务。

当然，用人单位预防性骚扰的义务与安全保障义务也存在一定的相似性，法律规定用人单位的预防义务也有利于保护受害人，对该义务的违反也应当承担相应的补充责任。《民法典》第1010条第2款规定：“机关、企业、学校等单位应当采取合理的预防、受理投诉、调查处置等措施，防止和制止利用职权、从属关系等实施性骚扰。”从该条规定来看，用人单位应当采取如下几方面的措施。

一是预防措施。为实现防止性骚扰发生的目的，预防是最为重要的环节。用人单位对性骚扰的预防主要通过完善的制度建设实现。用人单位应当制定或完善管理制度，提倡健康向上的企业文化，明确禁止性骚扰行为。用人单位应当发布禁止性骚扰的书面声明，以明确禁止工作场所内任何形态的性骚扰，并应将相应的规章制度印发给员工。^[32]此外，目前许多用人单位逐步采取开间式办公的方式，既可以提升办公空间的利用效率，又可以有效预防可能发生的性骚扰等行为。

二是投诉、调查机制。用人单位应针对性骚扰行为建立投诉、调查机制。用人单位接到投诉之后，应当积极展开调查等工作，尽快查清事实真相，以防止性骚扰行为危害结果的扩大。首先应当确保投诉渠道的畅通，在接受投诉后不得推诿、拖延或压制。与此同时，应当做好投诉的保密工作。用人单位也应当建立措施防止投诉所可能遭受的报复行为。调查中，应当保持中立的立场，尽可能避免信息的泄露，妥善保护当事人的隐私。

三是处置机制。如果发生性骚扰，用人单位应当及时处置，这对于今后再次发生类似的性骚扰行为具有一定的威慑作用。如果有员工投诉性骚扰行为，用人单位置之不理，那么其事实上起到了纵容姑息

的作用。经过调查发现确有性骚扰行为的，用人单位应当在内部进行处理，包括警告、降低、调离、停止停薪或者开除等。^[33]但对诬告行为，也应当考虑给予申诉人一定的处罚。^[34]

严格来说，上述措施都属于企业内部制度建设的范畴，但在法律规定用人单位负有采取必要措施防范性骚扰的义务之后，如果用人单位并未采取相关措施，在发生性骚扰之后，用人单位应当承担何种责任？有观点认为，既然人格权编规定了用人单位负有预防性骚扰的义务，那么就应当规定相应的责任，否则预防义务依然是难以落实的，用人单位违反此种义务，不应承担全部责任，而应当承担补充责任。应当看到，性骚扰的范围较为宽泛，如果规定用人单位承担较为严苛的责任，可能导致用人单位的责任过于泛化；而且法律规定用人单位负有预防性骚扰的义务具有一定的倡导功能，旨在避免性骚扰行为的发生，因而不宜由用人单位承担替代责任。如果用人单位违反上述义务，应当依据侵权法的基本归责原则即过错责任原则确定其责任。如果雇员在执行工作任务过程中对非本单位人员实施性骚扰，该行为已经超出了其工作任务的范畴，不应当由用人单位对该行为承担责任，而应当由实施性骚扰的雇员承担责任。

（撰稿人：王利明）

[1]张新宝，高燕竹.性骚扰法律规制的主要问题.法学家，2006（4）.

[2]王成.性骚扰行为的司法及私法规制论纲.政治与法律，2007（4）.

[3]Marte-France Hirigoyen, *Stalking The Soul, Emotional Abuse and The Eroston of Identity*, Helen Marx trans., Helen Marx Books 2000, 1998.

[4]就性骚扰的构成要件，英国司法实践中总结了六项基本要素，即（1）原告系被保护群体的一员（男性或女性）；（2）原告须受制于以性为基础且不受欢迎的行为；（3）该性骚扰行为必须影响原告的工作条件；（4）上述影响原告工作条件的行为与原告的性别有因果关系；（5）雇主知悉或应知悉该性骚扰行为而未采取立即和适当的救济措施；（6）骚扰次数不限。饶志静.英国反就业性别歧视法律制度研究.环球法律评论，2008（4）.

[5]冯巴尔，等.欧洲私法的原则、定义与示范规则：欧洲示范民法典草案.王文胜，等译.北京：法律出版社，2014：320.

[6]王成.性骚扰行为的司法及私法规制论纲.政治与法律，2007（4）.

[7]南莲·哈斯贝尔，等.拒绝骚扰.唐灿，等译.长沙：湖南大学出版社，2003：20.

[8]Holly B.Fechner , Toward an Expanded Conception of Law Reform : Sexual Harassment Law and the Reconstruction of Facts , 23 U.Mich.J.L.Reform 475 (1990) .

[9]马克西米利安·福克斯.侵权行为法.齐晓琨,译.北京:法律出版社,2006:4.

[10]Tatjana Hornle , The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment , 18 German L.J.1309 (2017) .

[11]张新宝,高燕竹.性骚扰法律规制的主要问题.法学家,2006(4).

[12]广东省高级人民法院(2015)粤高法民申字第2839号民事裁定书。

[13]上海市虹口区人民法院(2015)虹民一(民)初字第3187号民事判决书。

[14]张新宝,高燕竹.性骚扰法律规制的主要问题.法学家,2006(4).

[15]Holly B.Fechner , Toward an Expanded Conception of Law Reform : Sexual Harassment Law and the Reconstruction of Facts , 23 U.Mich.J.L.Reform 475 (1990) .

[16]北京市通州区人民法院(2014)通民初字第07785号民事判决书。

[17]王成.性骚扰行为的司法及私法规制论纲.政治与法律,2007(4).

[18]Vicki Schultz , Reconceptualizing Sexual Harassment , 107 Yale L.J.1683 (1998) .

[19]《妇女权益保障法释义》编写组.中华人民共和国妇女权益保障法释义.北京:中国法制出版社,2005:113.

[20]张新宝,高燕竹.性骚扰法律规制的主要问题.法学家,2006(4).

[21]Oncale v.Sundowner Offshore Servs. , Inc. , No.96-568 , 1998 WL 88039 (U.S.Mar.4 , 1998) .

[22]王成.性骚扰行为的司法及私法规制论纲.政治与法律,2007(4).

[23]全国首起同性性骚扰案判决骚扰者被判道歉赔偿.法制日报,2004-09-15.

[24]Barbara Henson v.City of Dundee , 682 F.2d 897 , 904 (11th Cir.1982) .

[25]Vicki Schultz , Reconceptualizing Sexual Harassment , 107 Yale L.J.1683 (1998) .

[26]张新宝,高燕竹.性骚扰法律规制的主要问题.法学家,2006(4).

[27] Vicki Schultz , Reconceptualizing Sexual Harassment , 107 Yale L.J.1683 (1998) .

[28] 王成.性骚扰行为的司法及私法规制论纲.政治与法律, 2007 (4) .

[29] 郑尚元, 等.劳动和社会保障法学.北京: 中国政法大学出版社, 2008 : 262.

[30] 王胜明.中华人民共和国侵权责任法释义.北京: 法律出版社, 2010 : 202.

[31] 王泽鉴.侵权行为.北京: 北京大学出版社, 2010 : 264.

[32] 陈英敏.性骚扰法律问题研究//柳经纬.厦门大学法律评论: 第6辑.厦门: 厦门大学出版社, 2004 : 446.

[33] 《女职工劳动保护特别规定》编写组.女职工劳动保护特别规定.北京: 中国工人出版社, 2013 : 18.

[34] 陈英敏.性骚扰法律问题研究.柳经纬.厦门大学法律评论: 第6辑.厦门: 厦门大学出版社, 2004 : 446.

第一千零一十一条

以非法拘禁等方式剥夺、限制他人的行动自由，或者非法搜查他人身体的，受害人有权依法请求行为人承担民事责任。

本条主旨

本条对行动自由权作出了规定。

相关条文

《民法总则》第109条规定：“自然人的人身自由、人格尊严受法律保护。”

《宪法》第37条规定：“中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。任何公民，非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定，并由公安机关执行，不受逮捕。禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由，禁止非法搜查公民的身体。”

《妇女权益保障法》第37条规定：“妇女的人身自由不受侵犯。禁止非法拘禁和以其他非法手段剥夺或者限制妇女的人身自由；禁止非法搜查妇女的身体。”

理解与适用

一、自然人的行动自由受法律保护

所谓行动自由，是指自然人享有的人身不受他人非法限制、强制、拘禁、拘束、干涉或妨碍等限制的权利，它是人身自由的一种类型，也是身体权的组成部分。最广义的人身自由包括思想自由、创作自由、行动自由、居住自由、职业自由、遗嘱自由、经营自由等。^[1]但《民法典》人格权编所规定的人身自由包括广义和狭义两种含义，广义上理解的人身自由是指一般人格权中的人身自由，包括了行动自由、自主决定和精神自由。自主决定主要体现在如参与药品试验、捐献器官等场合。精神自由包括禁止采取欺诈、胁迫等方式妨碍他人的

精神活动自由。而从狭义上理解的人身自由主要是指物理上的行动自由，即不受他人非法限制、强制、拘禁、拘束、干涉或妨碍等限制的自由，这就是《民法典》第1011条所规定的行动自由。

《民法典》第1011条规定的行动自由，实际上是将《民法典》第109条的规定具体化了，该条并没有将行动自由规定为一项具体人格权，但鉴于《民法典》第1003条将行动自由包括在身体权的内容之中，因此，可以认为，行动自由是身体权的组成部分。人格权编保护个人行动自由，具有如下重要意义。

一方面，有利于维护人身自由。人身自由是一项受宪法保护的公民基本权利。我国《宪法》第37条规定：“中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。任何公民，非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定，并由公安机关执行，不受逮捕。禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由，禁止非法搜查公民的身体。”这就确立了保护人身自由的宪法原则，形成了公民所享有的宪法基本权利。宪法规范虽然为公民的人身自由能够对抗国家机关的侵害提供了规范依据，但必然要通过相关立法予以具体化。例如，依据《立法法》第8条第5项的规定，“对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚”，只能制定法律。第9条规定，全国人大及其常委会“授权国务院可以根据实际需要，对其中的部分事项先制定行政法规，但是有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项除外”。这就从立法程序上防止了对公民人身自由的限制和妨碍。再如，2012年的《刑事诉讼法》修改进一步规定了不得自证其罪的规则以及逮捕的具体规则。这些都是以宪法规范作为基础而作出的规定。然而，人身自由也应当是一项私法权利。鉴于宪法调整公民和国家之间的关系，宪法规范不能适用于私主体的法律关系之中，因此，宪法关于人身自由保护的规定也应当通过民法予以具体实现，也就是说，民法应当确认人身自由的私权地位，并通过私法规范对人身自由权予以保护。^[2]从我国民事立法来看，《婚姻法》《侵权责任法》等法律也都对人身自由予以保护，《民法总则》第109条同样规定了人身自由的保护规则，但该法并没有将人身自由权规定为一项具体人格权。鉴于人身自由权内容的特殊性，《民法典》人格权编在总结我国既有立法和司法实践经验的基础上，对行动自由的保护作出了规定。

另一方面，有利于强化对身体权的保护。尽管行动自由和身体完整存在明显区别，但二者不可截然分开，所以，《民法典》保护行动自由，可以宣示行动自由作为一种基本人权的价值，使自然人能够有效地排除一切非法拘禁、非法逮捕、非法搜身等行为，维护个人的行

为自由。人身自由是个人安全地参与社会各项活动，参与社会各种关系，行使其具体权利的基本前提。一个人丧失了人身自由，其他权利的存在也就失去了意义。维护行动自由就是保障人身安全，只有有效保护个人的人身安全，人们才会有投资的信心、置产的愿望和创业的动力。维护个人的自由，使每个人生活在安全的环境中，享受安宁的生活，免于一切非法的强制和恐惧，这也是人民群众美好幸福生活的重要内容。所以，将行动自由权确认为一种权利，进一步确认个人在法定范围内享有的人格利益，有助于保障个人行为自由、维护社会秩序的稳定。

还应当看到，民法典保护个人的行动自由，还有利于维护个人的人格尊严，《民法典》第1011条所规定的侵害行动自由的典型行为之一就是非法搜身行为，此种行为侵害的主要是他人的人格尊严。

二、行动自由的特点

行动自由具有如下几个方面的特点。

第一，主体具有限定性，即仅限于自然人。行动自由是在法定范围内不受外来因素控制和拘束的状态，和自然人的身体密切联系在一起，其主要是身体活动的自由，以及不受非法限制的权利，法人和非法人组织并不存在身体活动的问题，因此，行动自由权是自然人所享有的一项权利。

第二，内容具有确定性。行动自由具有特定的内涵，即仅限于人身不受非法逮捕、拘禁，从内容上看，它包括自然人享有行动自由的利益，有权在法定的范围内行为、维护自身的行动不受他人干涉，有权在法定的范围内自由地从事与其职业、生活相适应的行为。除法律有例外的限制性规定，任何人的行为自由不应受非法的限制，任何单位和个人都无权非法关押、拘禁他人，非法限制和剥夺个人的身体自由的构成侵权，甚至构成犯罪。^[3]非依法律，不得对个人进行逮捕、拘禁、搜查、审问或处罚，或采取各种方式限制他人的人身自由，否则，构成对他人的行动自由的侵害，例如，将某人拘禁于狗笼使其无法行动、将顾客锁在商场内强迫购物、将某人锁在房间禁止其出逃。对身体行动自由的剥夺，以无合理的方法可以离去为要件，如房门被锁，但可由窗户逃出时，尚不构成侵害自由。^[4]当个人的行动自由受到侵害时，权利人有权排除妨碍、请求司法机关提供救济，当其行动自由受到的侵害造成损害时，权利人有权要求损害赔偿。

第三，具有人身专属性。行动自由的固有性表现在：一方面，它

与人格不可分离。尽管人身自由权不是物质性人格权，而是一种精神性人格权，是人格自由的体现，但它又和主体的人格天然地联系在一起，是维护主体人格必备的前提。如果行动自由可以随意侵害，则个人与奴隶一样，根本不可能作为独立的民事主体自由地从事民事活动。人身自由权确立了自然人的基本法律地位。正如有学者所指出的，自由权“代表了一个人最基本的人格、身份和社会地位，保证他免受奴役和压迫，这是一个人即使处在最坏的环境中也要首先争取的利益”^[5]。另一方面，行动自由具有与生俱来的特点，它是自然人基于出生而当然取得的权利。其具有强烈的专属性，权利人无法转让、抛弃其行动自由权。当然，对此种权利的内容，法律是可以作出一定的限制的。因此，除非受到法律的限制，个人可以根据自己的意愿决定其身体行动自由。

第四，权利限制具有法定性。人身自由是现代社会中受法律保护的重要价值，是人在社会生存的第一要件，缺少人身自由将使人无法在社会中生存。所以，自由利益不得抛弃。任何抛弃自由的行为（如卖身为奴）都是无效的。任何人非法限制他人的人身自由，例如，债权人对债务人擅自拘禁，强迫其从事劳动以还债等，都构成对人身自由的侵害。但任何自由都是相对的，而不是绝对的、不受限制的，因此，法律可以对个人的行动自由进行合理的限制。为了维护公共秩序和安全，国家可以依法对个人采取限制人身自由的措施。但是，人身自由权是一项基本的人权，对人身自由的限制必须有法律上的依据，当事人之间不能通过约定限制他人的自由。许多法律都严格限制了可以设置限制人身自由的法律规范的类型，其目的即在于保障个人的人身自由。例如，《行政处罚法》第9条规定：“法律可以设定各种行政处罚。限制人身自由的行政处罚，只能由法律设定。”该条严格限制了可以设定限制人身自由的法律规范的范围；同时，依据该法第10条、第11条的规定，行政法规、地方性法规等规范均不得设定限制人身自由的行政处罚。该法作出此种限定主要是为了保障个人的人身自由，防止相关的法律规范任意设置限制人身自由的措施，使个人动辄得咎。

第五，行动自由是身体权的组成部分。如前所述，行动自由与身体完整联系紧密，是身体权的重要组成部分。在某些情形，侵害他人身体完整也可能造成对行动自由的限制，如殴打他人致使他人截肢，受害人不得不长期住院治疗。在此种情况下，虽然患者的物理位置客观上无法依据自身意愿改变，但是这是身体完整遭受侵害的原因造成的。行动自由与身体完整也存在显著的区别。一方面，二者的表现形态不同。侵害他人身体完整主要体现为殴打、侵扰他人身体、进行不当的外科手术等；而侵害他人行动自由则表现为非法逮捕、拘禁，非

法剥夺、限制自由及非法搜查身体等。另一方面，二者的保护内容不同，行动自由旨在保护自然人依据其意志进行物理移动，而身体完整则以保护自然人身体完整为中心。

三、行动自由的内容

（一）行动自由不受非法限制和剥夺的权利

在我国现行法上，民事主体所享有人身自由权的宪法基础是《宪法》第37条确立的人身自由权，该条规定：“禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由，禁止非法搜查公民的身体。”在宪法层面上，公民的人身自由权作为一项基本权利，核心要义在于防止公权机关未经正当程序剥夺或限制公民的人身自由。我国《民法典》第1011条依据宪法的规定，首先确认自然人依法享有不受他人以非法拘禁等方式限制和剥夺行动自由的权利，具体如下。

第一，不得采取非法拘禁方式限制和剥夺他人行动自由。例如，为讨债而将债务人拘禁于狗笼使其无法行动或者将其非法关押。如果国家机关依据法定的权限和程序限制或剥夺自然人的行动自由，则应当属于合法限制或剥夺自然人的行动自由，不构成侵权。

第二，不得采取其他方式限制和剥夺他人行动自由。例如，医务人员在诊疗活动中应当向患者说明病情和医疗措施，不得擅自对患者采取限制人身自由的措施。^[6]需要实施手术、特殊检查、特殊治疗的，医务人员应当及时向患者说明医疗风险、替代医疗方案等情况，并取得其书面同意；不宜向患者说明的，应当向患者的近亲属说明，并取得其书面同意。当然，患者生命确有危险而无法及时取得上述书面同意的，主治医师应当提出医疗处置方案，在取得医疗机构负责人或者被授权负责人员的批准后实施。对严重精神障碍患者依法实施住院治疗的，应当经其监护人同意，但该精神障碍患者已经实施危害他人安全的行为或者有危害他人安全的危险的除外。

（二）身体不受非法搜查的权利

非法搜查涉及对人身权利的侵害，非法搜身侵害了受害人两方面的权利。

一是人格尊严。人格尊严是指自然人基于自己所处的社会环境、地位、声望、工作环境、家庭关系等各种客观条件而对自己和他人的人格价值和社会价值的认识和尊重。^[7]人格尊严是一般人格权的重要

内容，也是人格权民法保护的核心要素（the core elements）。[8]例如，在“超市搜身案”中，某超市的保安怀疑消费者偷拿财物，对其进行搜身，虽然没有侵犯原告的名誉权，但实际上侵犯了原告的人格尊严。[9]

二是身体隐私。身体隐私部位是指不愿对他人公开的身体的各个部位，尤其是性器官、有残疾的部位等。保护个人的身体隐私并不意味着身体的每一个部位都是不能公开的，但个人的身体敏感区域可能关系到个人的名誉、贞操，尤其是对女性而言，身体的隐私更为重要，应当受到隐私权的保护。在实践中，有的不法行为人在非法搜身时故意猥亵他人，这不仅侵害了他人的身体权，而且侵害了他人的隐私权。

《民法典》人格权编规定禁止他人以非法搜查身体的方式侵害行动自由，并规定在物质性人格权一章中，是因为此项与物质性人格权具有密切联系，即非法搜查身体通常要将个人带到某个地方，限制个人的行动自由。同时，非法搜查身体也可能采取暴力行为，侵害他人身体。在人格权编中规定禁止非法搜查他人身体，可以对实践中频繁发生的非法搜身现象予以禁止，使自然人身体、隐私等免受侵害。

四、侵害他人行动自由的民事责任

对人身自由进行保护是我国各个法律部门的任务，因为法律的重要任务就是要维护个人的自由，我国《宪法》第37条明确规定：“中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。”我国《刑法》分则第四章“侵犯公民人身权利、民主权利罪”中，也明确将非法拘禁他人或者以其他方法非法剥夺他人人身自由的行为规定为侵犯公民人身权利的犯罪行为。为强化对公民人身自由的保护，《国家赔偿法》也规定，国家机关如果因为非法扣押公民的人身而侵害人身自由权，应当依法承担损害赔偿责任。同时，依据该法第15条的规定，在赔偿义务机关采取行政拘留或者限制人身自由的强制措施期间，被限制人身自由的人死亡或者丧失行为能力的，赔偿义务机关的行为与被限制人身自由的人的死亡或者丧失行为能力是否存在因果关系，赔偿义务机关应当提供证据。这就采取了一种因果关系举证责任倒置的方式，以实现对赔偿请求人更为有利的保护。

《民法典》将人身自由权规定为一种人格权，旨在当这种权利受到侵害时，采取民事赔偿的办法对受害人的损害提供救济。保护公民的人身自由是我国法律的重要任务。在民法上，侵害他人行动自由的，也将构成侵权，受害人有权请求行为人承担侵权损害赔偿责任，

即便没有造成实际的财产或精神损害后果，受害人也可以针对行为人的侵权行为，基于人格权请求权，要求行为人承担停止侵害、排除妨碍、消除危险、消除影响的责任。

（撰稿人：王利明）

[1]徐国栋.绿色民法典草案.北京：社会科学文献出版社，2004：87.

[2]刘凯湘.人格权的宪法意义与民法表述.社会科学战线，2012（2）.

[3]杨立新.人身权法论.北京：人民法院出版社，2002：645.

[4]王泽鉴.侵权行为法：第1册.北京：中国政法大学出版社，2001：118.

[5]江立成，赵敦华.当代美国的社会正义理论刍议.天津社会科学，1995（6）.

[6]例如，《巴西新民法典》第13条规定：“除非为了医疗需要，处置自己身体的行为造成身体完整性永久受损或与善良风俗相违背的，禁止之。”第15条规定：“不能强迫任何人接受有生命危险的医学治疗或外科手术。”

[7]王利明，杨立新，姚辉.人格权法.北京：法律出版社，1997：35.

[8]Gert Brüggemeier，Aurelia Colombi Ciacchi，Patrick O Callaghan，Personality Rights in European Tort Law，Cambridge University Press，2010，p.568.

[9]钱某诉上海屈臣氏日用品有限公司搜身侵犯名誉权案.上海市虹口区（1998）虹民初字第2681号民事判决书，上海市第二中级人民法院（1998）沪二中民终字第2300号民事判决书.

第三章 姓名权和名称权

第一千零一十二条

自然人享有姓名权，有权依法决定、使用、变更或者许可他人使用自己的姓名，但是不得违背公序良俗。

本条主旨

本条确认了姓名权的概念与内容。

相关条文

《民法通则》第99条规定：“公民享有姓名权，有权决定、使用和依照规定改变自己的姓名，禁止他人干涉、盗用、假冒。法人、个体工商户、个人合伙享有名称权。企业法人、个体工商户、个人合伙有权使用、依法转让自己的名称。”

《民法总则》第110条规定：“自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利……”

《侵权责任法》第2条规定：“侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”

《反不正当竞争法》第6条规定：“经营者不得实施下列混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系：……（二）擅自使用他人有一定影响的企业名称（包括简称、字号等）、社会组织名称（包括简称等）、姓名（包括笔名、艺名、译名等）；……”

本条确认了姓名权的概念与权能，具体可以从如下几个方面来理解。

一、姓名权的概念和特征

所谓姓名权是自然人依法决定、使用、变更或者许可他人使用自己的姓名的权利。简言之，姓名权是自然人对其姓名利益在法律上所享有的权利。姓名是指自然人的姓氏和名字，是自然人在社会中区别于他人的标志和代号。正如歌德所言：“姓名就如人之皮肤般密切。”^[1]姓名的基本功能是为了防止个人身份的混淆，表彰个人的人格特征。

严格地说，姓和名是有区别的。姓最初代表了血缘和家族的归属，通常由一群人共用。姓字由“女”与“生”组合而成，许慎《说文解字》解释道：“姓，人所生也。古之神圣母，感天而生子，故称天子，从女，从生，生亦声。”在现代社会，姓仍然是特定群体在社会中的标志。名，则是个人的代表符号，或者说是一种个人的标志。^[2]《说文解字》称：“名，自命也，从口夕，夕者冥也，冥不相见，故以口自名。”其意为因天黑而看不清楚对方，需要用口报名，使对方知道。^[3]姓和名的组合，表现了个人对社会团体或血缘家族或某一类人的归属，也表现了从个体到群体的关系。社会成员因为有了姓氏，而在群体符号和类符号的系统中，具有特定位置，产生符号意义上的归属与认同，而姓的拥有者毕竟要落实到个人，人们彼此之间也要通过符号来区分地位、身份和义务。^[4]所以，每个自然人都有姓名，姓是一个血缘遗传关系的记号，名是“为使有个性之个体易于记忆之符号也”^[5]。姓名是人的生理属性、社会属性的代号和标志，是每一个人用以表现自己的人格特征并区别于他人的符号，也是权利义务主体的标识，是标志权利义务主体的符号，因而，姓名也成为个人人格的独特标志。人作为社会中的人，需要与他人发生各种联系，并使自己与其他人区别开来，就有必要使用姓名。^[6]因此，姓名不仅与个人人格有特殊的联系，而且姓名本身也体现了人格利益。

姓名权具有如下法律特征。

1. 主体是自然人

姓名权的主体仅限于自然人，法人及非法人组织虽然也有名称，但其并非姓名权的主体。如果自然人将其姓名作为法人的名称使用，

姓名已经转化为名称，受到名称权的保护。例如，在法国1985年著名的Bordas案判决中，其最高法院就曾认定，一个人的姓名，如果成为一个实体组织的名称，该姓名“就脱离了其原来指称的那个自然人，而适用于那个被冠名的法人，并因此而变成了一项无形财产”^[7]。在我国，合伙、独资等类型的企业也常常使用个人的姓名作为其名称，在此情况下，个人的姓名也可以受到名称权的保护。

自然人生前应对其姓名享有权利自不待言，自然人死亡后，是否还享有姓名权，值得探讨。在审判实践中，对于假冒已故画家之名作画、擅自以已故名人的姓名做广告等纠纷，是否应作为侵害死者的姓名权处理，存在不同做法。笔者认为，虽然姓名权具有极强的专属性，但自然人死亡之后，其姓名及与姓名联系在一起的利益并不会马上消失，虽死者不可以由自己行使姓名权，但其死后，姓名可能被他人所非法使用，尤其对名人而言，利用其姓名可以获取一定的经济利益。^[8]这时就有必要对死者的姓名利益进行保护。

2. 客体是姓名利益

姓名作为自然人表彰自己、区别他人的符号，必须以文字形式表现出来，不能仅仅是一个符号。在我国，除某些少数民族的人名比较特殊以外，汉族和多数少数民族的姓名主要有四种形式，即单姓单名（如李白、杜甫）、单姓双名（如曹雪芹、白居易）、复姓单名（如司马迁、诸葛亮）、复姓双名（如司马相如、上官云珠）。^[9]

姓名权的客体主要是指本名，本名需要登记，在个人身份证上记载的和正式的法律文件中签署的都应当是本名，更改本名需要遵守严格的法律程序。除本名之外的其他名称是否受到保护，需要作具体分析。姓名作为表现自己、区别他人的符号，总是与某个特定的个人联系在一起的，可以说，它是个人人格的基本特征，在法律上只有本名才是个人在法律上受到承认的符号。那些个人使用的笔名、艺名等，虽然具有一定的社会知名度，能够代表某人、表现某人的特征，能参照姓名权的相关规定予以保护，但其本身不是姓名权的客体。

3. 属于标表型的人格权

姓名权既可以单独标明个人人格特征，也可以与肖像权等权利相结合以实现标表的功能。正因为姓名权是一种标表型的人格权，所以权利人既可以自己使用，也可以许可他人使用。例如，“杂交水稻之父”袁隆平有权允许“袁隆平农业高科技股份有限公司”有偿使用其姓名权，并从中获取一定的经济利益。^[10]同时，姓名权的标表型权利性质也决定了姓名权的内容应包括决定、使用和改变姓名的权利。

4.包含了精神利益和财产利益

姓名权具有强烈的人身专属性，但姓名权并不仅仅包含精神利益，随着姓名权许可利用实践的开展，姓名权中的经济价值日益凸显。姓名作为个人人格个性的表达，体现了权利人的精神利益，但同时，姓名尤其是名人的姓名，往往和一定的声誉、名望等联系在一起，对商品和服务的宣传或者销售具有一定的促进作用，因而具有一定的经济价值。非法利用他人姓名，可能获得一定的不当利益。因此，依据《民法典》第1012条的规定，姓名权是自然人依法自己使用，并可以许可他人使用自己的姓名的权利，可见，姓名权中同时包含精神利益和经济价值。

二、姓名权的内容

依据《民法典》第1012条，姓名权是自然人依法决定、使用、变更或者许可他人使用自己的姓名，可见，姓名权的内容包括姓名的决定权、使用权、变更权、许可使用权四个方面。

（一）姓名决定权

姓名决定权亦称命名权，它是指自然人决定自己的姓名的权利。为自己命名是自然人享有的基本权利。自然人不仅有权决定自己的姓名，而且有权决定自己的艺名、笔名、化名、别名。自然人取得正式姓名，应依法办理有关手续。虽然自然人自出生时起就应有代表自己的专有符号，但自然人在出生后、没有意思能力之前，是不可能实际行使其命名权的。所以，对无行为能力的自然人，应由其监护人为其命名，限制民事行为能力的自然人决定自己的姓名也应征得其监护人同意。自然人成年并取得完全的行为能力之后，有权依据自己的意志决定自己的姓名，其监护人应尊重其命名权，不应妨碍本人行使命名权。当然，自然人在命名时应当依法办理登记手续。从司法实践来看，虽然姓名权是私权，但有的法院也肯定公安户籍部门的管理与批准权能。例如，在“高某妹诉上海市公安局浦东分局其他（公安）案”中，上海市高级人民法院就认为，“根据《户口登记条例》《上海市常住户口管理规定》的规定，自然人的姓名属户口登记项目，被上诉人公安浦东分局作为负责本辖区内户口管理工作的户口管理机关，具有批准居民姓名变更登记的行政职权”^[11]。

姓名决定权还包括要求他人尊重自己姓名的权利。姓名是对一个人的标识，因此在一定范围之内，姓名往往与特定的个人联系在一起，对姓名的尊重就是对姓名权人人格的尊重，以侮辱性方式恶意利

用他人的姓名（如因与某人素有冤仇，而将自己的狗取名为某人的名字），这也侵害了他人的尊严，构成对他人姓名权的侵害。

（二）姓名使用权

姓名使用权是指自然人使用自己的姓名以明确自己身份，以从事各种社会活动，满足自己物质和精神方面需要的权利。自然人设立姓名的目的是表现其个人特征，并与社会其他成员相区别，同时，只有以自己的姓名从事各种社会活动，才能为自己取得权利和设定义务，因此，自然人使用自己的姓名，是其姓名权的基本内容。依据法律的规定，在某些情况下，自然人必须使用正式的姓名，比如在有关书面文件和证件上签字。在此情况下，使用自己的姓名既是自然人的权利，也是自然人的义务。但是，在某些情况下，自然人可以使用自己的姓名，也可以不使用自己的姓名。自然人有权保有自己的姓名，免受他人非法使用。

（三）许可使用权

许可使用权即姓名权人有权依法许可他人使用自己的姓名，如利用其姓名作商标、广告等。姓名权具有强烈的专属性，即使在重名的情况下，姓名也代表了不同的人格特征。所以姓名始终与个人人格联系在一起，不可在整体上作为财产加以转让。但是，姓名具有利用的价值，尤其是就一些公众人物的姓名而言，其对有关产品或者服务的宣传能够起到一定的促进作用。因此，我国《民法典》第993条明确承认，民事主体可以许可他人使用自己的姓名。这就是说，自然人可以依法允许他人使用自己的姓名从事民事活动，如允许他人以自己的名字为某个企业命名，或以某人的名义从事项目研究、做广告宣传等。这就是说，姓名权也可以进行许可使用，权利人通过许可他人使用自己的姓名可以获得一定的物质利益，此种权利亦受法律保护。在市场经济社会，自然人的姓名，特别是名人的姓名，体现了一定的财产利益，可能对产品和服务产生一定的广告或促销作用，或者姓名本身就体现了一定的商业价值，所以姓名权在内容上也包括姓名的利用权。

（四）姓名变更权

姓名变更权亦称姓名改动权，它是指自然人依照规定改变自己姓名的权利。这是自然人姓名决定权的自然延伸。自然人在确定姓名以后，可能会出于各种原因而要求改变自己的姓名，如当初取名时考虑不够周密，或姓名带有极强的时代特点等。随着年龄的增长和时代的变化，自然人可能会不满意自己的姓名，而要求更改。无论自然人出

于何种原因改名，只要符合法律规定，都应当允许。例如，某中学生征得其父亲的同意，要求变更自己的姓名，民警要求其必须提供与他人重名的事实才能更改。^[12]笔者认为，对姓名权的更改进行一定的限制是必要的，由于自然人已参与各种法律关系，其姓名的改变必然会涉及他人和社会的利益，因而自然人改名必须按有关规定办理，并且需要在户籍登记机关办理更名手续。

需要指出的是，对姓名权的更改也必须符合法律法规的相关规定，具体如下。

一是权利人自己主张变更姓名的，其应当具备完全民事行为能力。因为姓名权是个人基本的人格权，不仅体现了婚姻、血缘关系，而且体现了一定的身份关系，尤其是姓名权的变更还涉及他人利益和社会公共利益，所以，为了防止姓名的变更对权利人本人和他人产生不利影响，权利人自己主张变更姓名时，其应当具有完全民事行为能力。未成年人姓名的变更应当取得其父母的同意。

二是姓名的变更应当符合命名的一般规则。依据《居民身份证法》第4条的规定，自然人的姓名应当使用规范汉字和符合国家标准的数字符号，变更后的姓名应当符合该条规定的要求。如在“赵C姓名权案”中，某人使用“赵C”命名，公安机关拒绝进行变更登记，因此发生争议。二审法院认定，根据《居民身份证法》及《国家通用语言文字法》规定精神，居民身份证姓名登记项目应当使用规范汉字填写，据此，赵C须更改名字。^[13]

三是不得损害他人的在先权利。姓名的变更也不得损害他人的在先权利，不得恶意与他人姓名混淆。例如，在“湖南王跃文诉河北王跃文等侵犯著作权、不正当竞争纠纷案”中，原告湖南王跃文曾因创作过系列官场题材小说而知名，《国画》是其创作的又一畅销书籍，这些作品均以“王跃文”署名，该署名对读者（消费者）具有一定的吸引力，被告将其姓名改为王跃文，后出版《国风》一书，并在其作者简介中作出对消费者具有误导性的描述，以达到推销自己作品的目的。法院认为该行为构成不正当竞争，责令被告停止侵害行为，并承担损害赔偿责任。^[14]在该案中，行为人的变更行为就损害了他人的在先权利。

四是必须符合法律规定和公序良俗。姓名的变更应当符合法律规定的条件和法定程序。《收养法》第24条规定：“养子女可以随养父或者养母的姓，经当事人协商一致，也可以保留原姓。”被收养人可以称收养者的姓氏，亦可维持原有姓氏，亦可称收养人直系长辈血亲的姓氏。自然人艺名、笔名、化名，并不需要办理法定的改名手续，

但自然人如果变更自己正式姓名，则应当办理相关的变更登记手续。依据《户口登记条例》第18条的规定，未满18周岁的自然人变更姓名时，由其本人或者其父母、收养人向户口登记机关申请变更登记；18周岁以上的自然人变更姓名时，则由其本人向户口登记机关申请变更登记。自然人申请变更姓名时，应当符合该条规定。此外，自然人变更姓名时，也不得违反公序良俗。例如，某人因超标被罚款3万元，将其子女改名为“三万一郎”，该姓名虽然使用的是规范的汉字，但该姓名的变更就不符合社会公德。

三、姓名权的行使

姓名权是一项重要的人格权，但权利人行使姓名权必须遵循法律规定的必要条件，《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国民法通则〉第九十九条第一款、〈中华人民共和国婚姻法〉第二十二條的解释》（以下简称《姓名权立法解释》）规定：“公民依法享有姓名权。公民行使姓名权……应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益。”该规定对自然人的姓名权的行使作出了必要的限制。作出此种限制的主要目的是保护自然人更好地行使其姓名权，并维护社会利益和社会公德。对姓名权的法律限制主要体现在如下几点。

第一，自然人从事重要的法律行为时，负有使用其在户口簿和身份证上记载的正式姓名的义务。如前所述，自然人除了可以使用正式姓名以外，还可以使用别号、笔名、艺名、堂名等。但是由于自然人的正式姓名是经过登记并记载于户口簿上的符号，且每个自然人只能有一个正式姓名，所以它最能直接表明自然人的人格。与本名相比，其他姓名并不一定具有社会公开性，他人也不一定能够准确识别，在发生纠纷后，也不利于纠纷的有效解决。因此，当个人实施重要的法律行为时，应当使用其本名，尤其是应当与身份证上记载的本名相一致。如果允许自然人在这些场合可使用笔名、化名、别号等，必然会导致法律关系的混乱，使权利义务主体不明确，从而影响社会经济秩序和自然人的个人利益。例如，在取得、设立、移转或变更财产权，或者在具有法律意义的证书、合同及其他文件上签字等情形下，个人应当使用自己的正式姓名。此外，自然人向司法机关作证、接受司法机关的合法调查等，亦必须使用正式姓名。对自然人出于某种非法目的（如企图偷税漏税等）而不使用其正式姓名的行为，应追究其法律责任。

第二，不得滥用姓名权。自然人的姓名权依法受法律保护，但权利人也必须正当地、合法地行使其姓名权，不得滥用姓名权损害他人利益和社会利益。滥用姓名权的范围非常广泛，诸如随意更改姓名造成

权利义务关系混乱，以违背公共道德和善良风俗的方式而允许他人使用自己的姓名，甚至非法转让自己的姓名等，都可构成滥用姓名权。严格地说，基于不正当目的而改名换姓也是一种滥用更名权的行为。一般来说，滥用姓名权的行为人主观上具有过错，在许多情况下表现为恶意（如为了重婚、偷税而更改姓名），在客观上均造成了危害他人和社会利益的后果，所以，对滥用姓名权的行为人应依法追究法律责任。个人虽然有权决定和变更自己的姓名，但不得滥用该权利。例如，张三因与李四发生纠纷，将自己的姓名变更为李四父亲的姓名，该行为即构成滥用姓名变更权的行为。

第三，个人使用自己姓名不得损害他人的在先权利，也不得恶意与他人的姓名或者名称混淆。此种行为主要发生在姓名权商业化利用的情形，例如，个人在商业广告宣传中使用自己的姓名，故意与他人的姓名或者名称混淆，此种行为也属于不当使用自己姓名权的行为。例如，在“宝钢集团、宝钢股份与舞钢市宝钢金属材料有限公司侵犯商标专用权及不正当竞争纠纷案”中，宝钢商标是在同行业和普通消费者中具有较高知名度及良好商业信誉的大型国有企业，其品牌价值已为公众所认同，舞钢市宝钢金属材料有限公司称因其法定代表人名字中包含“宝钢”字样，所以，其在企业宣传中使用“宝钢”名称，后宝钢集团在法院提起诉讼，二审法院认为，舞钢市宝钢金属材料有限公司不得在其企业名称中使用“宝钢”字号。^[15]该案虽然属于名称权纠纷，但也构成个人滥用其姓名权、损害他人的在先权利。

第四，姓名权的行使不得违反法律法规，不得违反公序良俗。姓名权作为一种民事权利，其行使应当遵循民事权利行使的一般规则，不得违反法律法规，不得违反公序良俗。例如，在欧洲，一些国家如比利时等对父母为子女命名设有严格的限制，认为对孩子的命名不仅涉及其人格利益，也涉及公共利益，如果政府有关机构认为父母对孩子所取的名字不适当，可以拒绝登记。^[16]因此，在对姓名权的相关内涵进行解释，尤其是在赋予个人对其姓名的命名权时，应当考虑我国特定的文化传统和道德伦理背景。因此，《姓名权立法解释》规定：“公民行使姓名权……应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益。”

需要指出的是，上述情形只是对姓名权行使的几种限制，按照“法不禁止即自由”的私法基本原则，除上述情形外，个人应当有权自由行使其姓名权，他人不得非法干涉。

（撰稿人：王利明）

[1]歌德.歌德自传——诗与真实.赵震,译.台北:志文出版社,1997:203-204.

[2]何晓明.姓名与中国文化.北京:人民出版社,2001:9.

[3]陈伟雄.姓名工具书.南昌:江西教育出版社,2010:20.

[4]纳日碧力戈.姓名论.北京:社会科学文献出版社,2002:24-25.

[5]龙显铭.私法上人格权之保护.上海:中华书局,1948:87.

[6]董炳和.死者姓名的民法保护.法学,1997(12).

[7]Cass.com.,12 mars 1985,Bull.civ.IV,n°95.

[8]董炳和.死者姓名的民法保护.法学,1997(12).

[9]何晓明.姓名与中国文化.北京:人民出版社,2001.

[10]韩命军,等.“杂交水稻之父”缘何“卖名”.北京晚报,2000-09-03(3).

[11]上海市高级人民法院(2010)沪一中行终字第8号行政判决书。

[12]少女逢考必败威胁父亲三天内给其改名不然就退学.重庆晨报,2012-03-30.

[13]“赵C姓名权”案尘埃落定.江淮晨报,2009-02-27.

[14]最高人民法院公报,2005(10).

[15]河南省高级人民法院(2013)豫法知民终字第39号民事判决书。

[16]James Q. Whitman, The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty, Yale Law Journal, April, 2004.

第一千零一十三条

法人、非法人组织享有名称权，有权依法决定、使用、变更、转让或者许可他人使用自己的名称。

本条主旨

本条确认了名称权的概念与内容。

相关条文

《民法通则》第99条规定：“法人、个体工商户、个人合伙享有名称权。企业法人、个体工商户、个人合伙有权使用、依法转让自己的名称。”

《民法总则》第110条规定：“自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利……”

《侵权责任法》第2条规定：“侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”

《反不正当竞争法》第6条规定：“经营者不得实施下列混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系：……（二）擅自使用他人有一定影响的企业名称（包括简称、字号等）、社会组织名称（包括简称等）、姓名（包括笔名、艺名、译名等）；……”

《企业名称登记管理规定》第23条规定：“企业名称可以随企业或者企业的一部分一并转让。企业名称只能转让给一户企业。企业名称的转让方与受让方应当签订书面合同或者协议，报原登记主管机关核准。企业名称转让后，转让方不得继续使用已转让的企业名称。”

理解与适用

一、名称权的概念和特征

本条确认了名称权的概念与内容。名称权是法人、非法人组织对其名称依法享有的使用、变更、转让或者许可他人使用自己的名称的权利。换言之，是法人、非法人组织对其用以确定和代表自身并区别于他人的符号和标记所享有的权利。除民法典人格权编之外，我国《公司法》《合伙企业法》《个人独资企业法》《商标法》《反不正当竞争法》等都对名称权的保护作出了规定，而民法主要从名称权作为权利人人格权的角度对其进行确认和保护。

名称权具有如下法律特征。

第一，名称权的主体是法人、非法人组织。名称是法人、非法人组织所享有的称呼。名称权与姓名权不同，姓名权的主体是自然人，因为姓名是自然人的人格标志，是专属于自然人的人格利益，法人和非法人组织无法享有姓名权；而名称权的主体则是法人和非法人组织，自然人无法享有名称权。《民法典》第110条第2款对法人和非法人组织的名称权作出了规定，法人名称权为法人所依法享有，无论是企业法人，还是机关、事业单位法人，都应当具有自己的名称，对其名称享有名称权。具有自己的名称是社会组织成为法人的一个重要条件，也是某一法人区别于其他法人的重要标志。所谓非法人组织名称权，是指法人之外的合伙企业、社会团体等组织对其名称所享有的权利。法人名称权和非法人组织名称权的区别主要表现在主体的区别上，即名称权的主体是否是法人。另外，两者适用的法律规则不同，对法人名称权的保护除适用《民法典》外，还要适用《公司法》等法律，而对非法人组织名称权的保护则主要适用《民法典》等法律。

第二，名称权的客体是名称利益。名称是社会组织表征自己主体资格的字号，是某个组织区别于其他组织的外在标志。而且名称并不受团体成员变动的影响，从这一意义上说，名称权也具有一定的“专属性”^[1]。有观点认为，法律之所以要保护法人的人格权，主要是为了保护“自然人以团体的形式而存在的人格利益”^[2]。笔者认为，此种观点并不妥当，因为法人和非法人组织作为法律上的实体，本身有自己独立的人格，应当有自身的标识，使其与其他主体能够相区分，所以，非经权利人同意，其他主体不得使用该名称，对名称的非法利用，也会造成他人人格利益的损害。因此，保护法人和非法人组织的名称权，主要是为了保护其与其他法人、非法人组织相区分而产生的人格利益。

虽然法人、非法人组织的简称也是法人、非法人组织的称谓，但简称不同于名称，关于简称能否受到名称权的保护，值得探讨。许多

法人、非法人组织的简称具有一定的社会知名度，能够为相关公众所知悉，应当受到法律保护。例如，“腾讯”“阿里”“清华”等，都是相关主体的简称，并为社会公众广泛了解，应当受到法律保护。例如，在“山东起重机有限公司与山东山起重工有限公司侵犯企业名称权纠纷案”^[3]中，最高人民法院认为，对于具有一定市场知名度、为相关公众所熟知并已实际具有商号作用的企业或者企业名称的简称，可以视为企业名称。如果经过使用和公众认同，企业的特定简称已经为特定地域内的相关公众所认可，具有相应的市场知名度，与该企业建立起了稳定联系，已产生识别经营主体的商业标识意义，他人在后擅自使用该知名企业简称，足以使特定地域内的相关公众对在后使用者和在先企业发生市场主体上的混淆，进而将在后使用者提供的商品或服务误认为是在先企业提供的商品或服务，造成市场混淆，在后使用者就会不恰当地利用在先企业的商誉，侵害在先企业的名称权，这也属于不正当竞争行为。在他人盗用、冒用法人、非法人组织的简称时，权利人应当有权请求行为人承担侵权责任。因此，《民法典》第1017条规定：“具有一定社会知名度，被他人使用足以造成公众混淆的笔名、艺名、网名、译名字号、姓名和名称的简称等，参照适用姓名权和名称权保护的有关规定。”当然，从该条规定来看，并不是所有的简称都应当受到法律的保护，只有那些具有一定的社会知名度、为相关公众所知悉的简称，才能受到法律保护。除简称外，法人、非法人组织名称中的字号、徽标等，如果具有一定的知名度，他人使用足以导致公众混淆的，也应受到法律保护。

第三，名称权的取得、变更、转让必须符合法定的程序。自然人的格权大多是随主体的产生而自然产生的，不需要通过一定的程序而取得。但是，名称权作为法人或非法人组织的人格标志，其取得具有特殊性。也就是说，在设立法人或非法人组织的过程中，有关机关应当依法对其名称进行审批或核准，法人或非法人组织不得擅自命名。而且，法律对名称的选定、使用等也进行了明确的规定。尤其是企业对其依法选取的名称必须进行登记才能成为法律所保护的名称。名称的取得一般要求经过登记，名称权原则上需要经过有关机关核准登记才能产生，我国《企业法人登记管理条例》第10条规定：“企业法人只准使用一个名称。企业法人申请登记注册的名称由登记主管机关核定，经核准登记注册后在规定的范围内享有专用权。”依据该规定，企业名称只有经过登记才能取得名称权，法律上对企业名称也有特殊的要求，个人独资企业对其名称享有名称权。《个人独资企业法》第8条规定：“设立个人独资企业应当……有合法的企业名称……”该法第11条规定：“个人独资企业的名称应当与其责任形式及从事的营业相符合。”

当然，按照《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第6条的规定，“企业登记主管机关依法登记注册的企业名称，以及在中国境内进行商业使用的外国（地区）企业名称，应当认定为反不正当竞争法第五条第（三）项规定的‘企业名称’。具有一定的市场知名度、为相关公众所知悉的企业名称中的字号，可以认定为反不正当竞争法第五条第（三）项规定的‘企业名称’”。因此，在特殊情形下，即便企业名称没有登记注册，但如果其已经具有一定的社会知名度，为社会公众所知悉，也可视为企业名称，受名称权法律制度的保护。

第四，名称权具有专有性。名称权属于法人等社会组织专有，非经转让等合法移转方式，其他经营单位不得使用。对自然人的姓名权来说，在同一地区内，法律不禁止自然人取与他人相同的姓名，但在同一地区，法律却不允许社会组织取相同的名称。如《企业名称登记管理规定》第6条规定，企业只准许用一个名称，在登记主管机关辖区内不得与已登记注册的同行业企业名称相同或者近似。确有特殊需要的，经省级以上登记主管机关核准，企业可以在规定的范围内使用一个从属名称。由此可见，社会组织，尤其是企业的名称具有独占性和排他性，任何人都不得以各种方式盗用、冒用法人等社会组织的名称，损害其财产利益和对外信誉。《反不正当竞争法》第6条规定，在市场交易中，经营者擅自使用他人的企业名称或者姓名，“引人误认为是他人商品”，就会构成不正当竞争行为。

第五，名称权具有标表性。名称是一个法人或者非法人组织表彰自己的主体身份的重要外在标志，也是其区别于其他法人或者非法人组织的重要特征。从人格权的分类角度讲，名称权和自然人的姓名权都可以归为标表型人格权。对某些特殊形态的企业来说，法律上要求其在名称中表明其所采取的组织形态。例如，《公司法》要求有限责任公司和股份有限公司在其名称中都必须表明其所采取的公司形态。《合伙企业法》第62条规定，有限合伙企业名称中应当标明“有限合伙”字样。有限合伙的名称中应当标明“有限合伙”的字样，这主要是因为有限合伙中，有限合伙人要承担有限责任，为了使第三人能够知悉某企业为有限合伙，法律特别要求注明该字样，以便与其他合伙区区别开来。

第六，名称权具有财产属性和人格属性。名称权不同于姓名权，虽然姓名权中也同时包含精神利益和经济价值，但其主要是一种精神性的人格权，在侵害姓名权的情形下，权利人有权请求行为人承担精神损害赔偿责任和财产损害赔偿责任。而名称权则具有较为突出的财产属性，其经济价值可以用货币进行评估，并且可以依法转让。名称

权又称商事人格权，与人格尊严保护并不相关，也正是因为这一原因，在名称权遭受侵害的情形下，行为人侵害的主要是法人、非法人组织的人格标识利益，权利主体遭受的通常是财产损失，而不包括精神损害。^[4]同时，姓名权具有很强的人身专属性，权利人虽然可以许可他人使用其姓名权，但不得转让其姓名权，而名称权的人身专属性较弱，权利主体既可以许可他人使用其名称，也可以将其名称权转让。

需要指出的是，营利性法人以及合伙企业的名称权在遭受侵害后，还可以受到《反不正当竞争法》的保护。除此之外，还有大量的非营利法人，其本身并不从事经营活动，对此类名称权的侵害，则无法通过《反不正当竞争法》予以保护，而只能借助名称权的保护规则对其进行保护。在非营利法人的名称权遭受侵害后，虽然权利主体也可能遭受一定的财产损失，但多数情形下，权利主体并不遭受财产损失，此时可以通过其他侵权责任承担方式对权利主体进行救济。例如，在“浙江大学与浙江大学科慧软件有限公司侵犯名称权纠纷案”中，被告在其名称中使用了原告的名称，法院认为，“被告的行为客观上给原告的名称权造成了侵害，主观上存在过错，应依法承担相应的侵权责任。原告有权排除被告使用‘浙江大学’名称，其要求被告立即停止名称侵权并办理工商变更登记手续的诉讼请求应予支持”^[5]。在该案中，原告浙江大学并不是营利法人，在其名称权遭受侵害的情形下，法院就采取了赔偿损失之外的责任方式对其进行救济。

二、商号与名称

商号又称字号，它是商业主体依法申请登记、用以表示自己营业的名称，亦即商业主体在营业上所使用的名称。^[6]《企业名称登记管理规定》第7条将字号等同于商号。例如，一些企业以“兴旺”“鸿发”为名，这些都属于企业名称中的商号部分，尤其是一些老字号企业（如瑞蚨祥、全聚德等）甚至直接以其商号对外进行日常经营活动。商号具有如下几个特征：第一，商号只能由以营利为目的的商业组织享有，非商业组织不具有商号。第二，商号是经营者的外部标记。商号就是个体工商户为其商店、工厂等所起的名称，它是经营者的一个外部标记。如“×××酒店”“×××理发店”等，但户主的姓名代表的是酒店、理发店，而不是自然人个人，所以，个体工商户的商号与自然人的姓名是不同的。无论个体工商户的经营规模、经营范围如何，都可以起商号，也可以根据具体情况不起商号。拥有商号的个体工商户以商号的名义与他人形成民事法律关系，由此形成的一切权

利义务通常由个体工商户承担。第三，商号通常是企业名称的核心组成部分。根据《企业名称登记管理规定》第7条规定：“企业名称应当由以下部分依次组成：字号（或者商号，下同）、行业或者经营特点、组织形式。”

应当看到，企业名称与商号有密切联系。依据《企业名称登记管理规定》第7条第1款和《企业名称登记管理实施办法》第9条的规定，企业名称一般应当由行政区划、字号、行业、组织形式依次组成。从该规定来看，商号本身是企业名称的重要组成部分，同时，对同一行政区划内的企业而言，其行业、组织形式等可能具有很大的相似性，难以成为区分不同企业的标志。因此，商号是某一企业区别于其他企业的核心标志，可以说是企业名称的核心组成部分。但并不能将商号与企业名称等同，主要原因如下。

第一，二者的主体不同。商号通常用于指营利性的法人或者非法人组织的名称，即以营利为目的的法人和非法人组织，当然，依据《民法典》的规定，个体工商户也可以取商号。^[7]而名称权的主体除此之外还包括公法人、财团法人、非营利社团法人等非商事主体。换言之，公法人、非营利法人都享有名称权，但并没有商号权。^[8]可见，并非所有有名称的主体都有商号，而有商号的企业都必然有名称。

第二，二者的表现形式也不同。根据《企业名称登记管理规定》第7条规定：“企业名称应当由以下部分依次组成：字号（或者商号，下同）、行业或者经营特点、组织形式。”可见，就营利性法人而言，商号是指其企业名称中的核心字段，而依据上述规定，名称除了包括商号外，还应当包括行业或者经营特点、组织形式等内容。例如，从事商业经营的企业通常要用“商贸集团”的名称，而从事房地产开发的企业名称中通常要体现“地产”这一行业特点。但对商号而言，通常并无此种要求。依据《企业名称登记管理规定》第10条的规定，私营企业甚至可以使用投资人姓名作为商号，例如，“王麻子剪刀”这一名称中就使用了“王麻子”为字号。

第三，是否需要登记不同。企业名称应当登记，非经登记不能取得，且法律上对名称的使用有明确的要求和规范，而商号则并不要求必须登记^[9]，而且法律也未对个体工商户的商号使用规则作出细化规定。

第四，是否构成不正当竞争不同。依据《反不正当竞争法》第6条第2项的规定，“擅自使用他人有一定影响的企业名称（包括简称、字号等）、社会组织名称（包括简称等）、姓名（包括笔名、艺名、

译名等)”，“引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系”的，构成不正当竞争。依据该条规定，擅自使用他人的名称，引起混淆的，构成不正当竞争，但对于擅自使用他人名称中的商号是否构成不正当竞争，存在一定的争议，因为从本条规定来看，其只是规定了对名称的擅自利用行为构成不正当竞争，而没有规定对商号的擅自利用构成不正当竞争。^[10]从司法实践来看，对于擅自使用他人商号是否构成不正当竞争，有的法院持否定立场。例如，在“蜜雪儿服饰（北京）有限公司诉上海蜜雪儿服饰有限公司不正当竞争纠纷案”中，法院认为，“字号显然是企业名称中最具区别特征的组成部分，但按照《企业名称登记管理规定》，字号也仅仅是企业名称的一个组成部分，并不等同于企业名称本身”^[11]。在该案中，法院认为，字号并不同于名称，对企业字号的使用也不能产生与使用企业名称相同的法律后果。

三、名称权的内容

依据《民法典》第1013条规定，“法人、非法人组织享有名称权，有权依法决定、使用、变更、转让或者许可他人使用自己的名称”。因此，名称权包括如下几项内容。

（一）名称决定权

名称决定权是指法人、非法人组织决定自己名称的权利。自然人申请设立法人、非法人组织成立之时必须确定名称，所以事实上在法人、非法人组织一开始成立之时，其名称权由投资人具体予以行使；法人、非法人组织的名称应当与其性质相适应。例如，有限责任公司与股份公司、合伙企业与独资企业等在名称的决定上有不同的要求，应当标明其性质，以免使公众发生混淆。再如，《合伙企业法》第56条规定：“特殊的普通合伙企业名称中应当标明‘特殊普通合伙’字样。”该法第62条规定：“有限合伙企业名称中应当标明‘有限合伙’字样。”在法律上，名称的选择应当符合法律的规定，例如，《企业名称登记管理规定》第9条规定：“企业名称不得含有下列内容和文字：（一）有损于国家、社会公共利益的；（二）可能对公众造成欺骗或者误解的；（三）外国国家（地区）名称、国际组织名称；（四）政党名称、党政军机关名称、群众组织名称、社会团体名称及部队番号；（五）汉语拼音字母（外文名称中使用的除外）、数字；（六）其他法律、行政法规规定禁止的。”企业违反上述规定使用名称的，有关有权予以撤销，并追究其相应的法律责任。企业名称是否合规、是否存在同名等情况，均需要由工商行政管理部门加以审核，企业未经批准擅自使用相关名称的，则不应受名称权规则的保护，行为人也可能需要承担相应的法律责任。

（二）名称使用权

所谓名称使用权，是指名称权人有权对其名称在一定范围内享有独占使用的权利。名称权人有权自己使用也有权许可他人使用自己的名称。例如，企业法人和合伙组织对其字号享有专有使用权，可以以字号的名义注册登记、拥有动产和不动产、开立银行账户、申请商标注册、与第三人产生债权债务关系等；同时，也可以依法许可他人使用自己的名称，例如，通过设立分支机构或者连锁店等方式许可他人使用。企业取得名称权以后，其专用权的范围在法律上并没有明确的规定。在比较法上，许多国家将企业名称权的专用权限定在一定的行政区划和行业领域，超出了该区划和行业领域，企业就不享有专用权，其他企业可以使用相同或类似的企业名称。在我国，也有学者认为，企业名称具有地域性的特点。^[12]一般认为，企业名称经依法登记公示后，即产生名称权主体的独占排他效力。在登记的地区内，他人不得再登记营业性质相同的名称；未经登记而使用的，构成侵害名称权。^[13]笔者认为，过去我国市场经济尚不发达、企业经营活动的地域性较强，加上受信息公开的技术条件的限制，名称权确实具有一定的区域性。但是，随着社会主义市场经济体制的逐渐完善、企业经营空间的扩张，尤其是互联网技术的发展促使信息便于公开，因而不应将名称权限于在登记的区域范围内享有，而应尽可能使企业的名称在超出特定登记的范围时也受到保护。

（三）名称变更权

所谓名称变更权，是指法人和非法人组织有权要求将其名称予以变更。与名称的决定类似，名称的变更也应当符合法定的程序，对名称决定的限制同样应当适用于对名称的变更。例如，前述《企业名称登记管理规定》第9条的规定也当然适用于名称变更的情形。《民法典》第1016条规定：“民事主体决定、变更姓名，或者法人、非法人组织决定、变更、转让名称的，应当依法向有关机关办理登记手续，但是法律另有规定的除外。”据此，民事主体变更自己的名称的，应当办理登记手续。法律之所以作出名称变更登记的规定，是因为企业名称变更频繁，会导致企业主体混乱，影响消费者的合理信赖，并且会危害交易安全。企业虽然可能会因为合并、分立等发生相应的变动，此时，原有的名称已经不足以表达这些真实的信息，基于企业名称真实的原则，也需要对其名称作相应的变更，但应当将名称变更的信息对外公布，因此，民事主体变更名称也必须依法办理变更登记，否则，擅自改变企业名称的，将会承担限期办理变更登记等其他行政处罚措施。^[14]

为了维护交易安全和秩序，保护民事主体的合法权益，企业名称

的变更应当受到一定的限制。例如，《企业名称登记管理规定》第22条规定：“企业名称经核准登记注册后，无特殊原因在1年内不得申请变更。”对于擅自变更企业名称的，《企业名称登记管理规定》第26条第2项规定：“擅自改变企业名称的，予以警告或者处以1 000元以上、1万元以下罚款，并限期办理变更登记。”这都对企业名称的变更作出了限制。

（四）名称转让权

名称权人有权转让其名称。名称权的转让是指名称权人将其名称全部让与给某一个受让人，受让人成为该名称权的主体，这也是企业名称权不同其他人格权的重要特点。《民法典》第1016条规定：“民事主体决定、变更姓名，或者法人、非法人组织决定、变更、转让名称的，应当依法向有关机关办理登记手续，但是法律另有规定的除外。”该条规定民事主体可以转让自己的名称，在转让名称时，应由转让方与受让方签订书面转让协议，并应当依法办理批准和登记手续。转让名称的协议生效后，受让人必须按照约定和登记的规定使用受让的名称，超出约定而使用的，仍可构成对名称权的侵害。根据《企业名称登记管理规定》第23条的规定，企业名称可以随企业或者企业的一部分一并转让。名称转让权主要具有如下特征。

第一，名称权转让的整体性。这就是说，名称权只能作为一个整体的权利让与给某一个受让人。但是公司名称的转让通常只能转让商号或字号，至于行政区划名称，等是不能转让的。^[15]关于名称权的转让，有两种不同的立法例。一是绝对转让主义。此种观点认为，名称权转让应当随同营业一并转让，或者在营业终止时转让。德国商法第23条规定：“商号用于营业者，非随同营业，不得转让。”日本商法第24条第1项也规定，“商号只能与营业同时或营业废止时，方能让与”。该法第20条规定，“让与商号，除经登记、公告或直接通知该第三人外，受让人应负担让与人因营业所生债务”。二是相对转让主义，又称自由转让主义，是指名称权无须和营业一并进行转让，可以单独转让企业名称。从我国实际情况来看，企业名称可随业务一起转让，也可以单独转让。^[16]笔者认为，允许企业名称单独转让，使原企业在转让名称后继续营业，必然会造成与该企业发生经济联系的第三人产生误解，同时也会使转让方通过单独转让方式逃避债务，获取非法所得。

第二，与营业转让的同时性。这就是说，名称应当与营业同时转让。所谓同时，是指基于对企业单独转让名称作严格限制，名称权应当与营业或营业的一部分一并转让，从转让生效之日起，原权利人丧失名称权，受让人取得名称权。

第三，受让主体的唯一性。由于企业名称的唯一性和真实性，因而，《企业名称登记管理规定》第23条规定，企业名称只能转让给一户企业。这一规定实际上也是对名称转让权的限制，也就是说名称权人不能将自己的名称转让给多个主体，以免造成新的混淆。

名称权转让之后，原权利人丧失权利。原权利人如果继续使用该名称，则构成侵权。权利人也不得在该名称登记的地区再次登记该名称。问题在于，如果某企业转让名称后，权利人继续使用名称，而第三人对此形成了信赖，由此产生的责任由谁负责？笔者认为，在此情况下，转让人和受让人都应当承担责任，从而维护第三人的信赖利益，保护交易安全。

需要指出的是，《民法典》第1016条规定了名称权的转让，但是《民法典》第992条规定：“人格权不得放弃、转让或者继承。”且这一规则并未设置但书，这是否意味着二者之间存有矛盾呢？笔者认为，《民法典》第11条规定：“其他法律对民事关系有特别规定的，依照其规定。”可以将此处的“其他法律”进行扩大解释，将其解释为不只限于特别法，而且包括特别规范的方式，第1016条作为名称权的特别规范，应当优先于人格权的一般规定适用。

（五）名称许可使用权

法人或非法人组织还享有许可他人使用其名称的权利。所谓名称权的许可使用，是指名称权人与受让人达成协议，允许他人使用该名称。一旦达成协议，即对当事人发生法律效力拘束力。名称许可使用的典型形态就是特许经营。所谓特许经营，是指拥有注册商标、企业标志、专利、专有技术等经营资源的企业，以合同形式将其拥有的经营资源许可其他经营者使用，被特许人按照合同约定在统一的经营模式下开展经营活动，并向特许人支付特许经营费用的经营活动。^[17]例如，麦当劳等连锁店通过特许经营合同允许多家受让人使用其名称标志。许可使用是指权利人允许他人在一定期限、一定范围内使用其名称。这在外国商法上也称为商号的出借或借贷，即名称权本身也可以成为借贷的标的，权利人可以准许他人使用自己的名称。在许可使用的情况下，权利人本身不丧失名称权，只是允许他人在合同约定的时间、地域范围内予以使用，在性质上类似于商标、专利等工业产权的许可使用。权利人通过许可他人利用自己的名称，可以更好地发挥名称的价值，使许可人和被许可人都从中获得利益。

（撰稿人：王利明）

[1]房绍坤,曹相见.法人人格权的立法论分析.山东社会科学,2016(12).

[2]薛军.法人人格权理论的展开.上海财经大学学报,2011(6).

[3]最高人民法院(2008)民申字第758号民事裁定书,最高人民法院公报,2010(2).

[4]樊涛.我国民法典的制定与商事规范的构建.法学杂志,2016(11).

[5]浙江省杭州市西湖区人民法院(2010)杭西知初字第174号民事判决书。

[6]刘清波.商事法.台北:台湾商务印书馆,1986:31.

[7]《民法总则》第54条规定:“自然人从事工商业经营,经依法登记,为个体工商户。个体工商户可以起字号。”

[8]杨立新,等.《中国民法典·人格权编》草案建议稿的说明//王利明.中国民法典草案建议稿及说明.北京:中国法制出版社,2004:334.

[9]杨立新.人身权法论.北京:中国检察出版社,1996:442-443.

[10]李友根.论企业名称的竞争法保护——最高人民法院第29号指导案例研究.中国法学,2015(4).

[11]北京市第一中级人民法院(1997)一中知初字第71号民事判决书。

[12]杨煜.商标权与企业名称权冲突的分析.上海市中级人民法院第二中院审判研究:第6期.

[13]杨立新,等.《中国民法典·人格权编》草案建议稿的说明//王利明.中国民法典草案建议稿及说明.北京:中国法制出版社,2004:334.

[14]杨立新.人格权法.北京:法律出版社,2011:429.

[15]陈书高,等.公司名称权法律问题研究.当代法学,2001(5).

[16]杨明仑.论企业名称权:续.北京律师,1992(2).

[17]参见《商业特许经营管理条例》第3条。

第一千零一十四条

任何组织或者个人不得以干涉、盗用、假冒等方式侵害他人的姓名权或者名称权。

本条主旨

本条旨在说明对姓名权和名称权的侵害。

相关条文

《民法通则》第99条规定：“公民享有姓名权，有权决定、使用和依照规定改变自己的姓名，禁止他人干涉、盗用、假冒。”

法人、个体工商户、个人合伙享有名称权。企业法人、个体工商户、个人合伙有权使用、依法转让自己的名称。

《民法总则》第110条规定：“自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利……”

《侵权责任法》第2条规定：“侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。”

本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”

理解与适用

一、侵害姓名权的行为及其责任

（一）侵害姓名权的行为

侵害姓名权的行为属于侵权行为。和其他侵权行为一样，行为人

是否应负民事责任，应以其行为是否符合侵害姓名权的责任构成要件为前提。由于侵害姓名权本身就是对他人人格的侵害，无论此种侵害是否为他人知悉，或者是否造成受害人的精神痛苦等，均不影响行为人应承担的责任。

《民法通则》第99条规定，自然人享有姓名权，禁止他人干涉、盗用、假冒。《民法典》第1014条规定：“任何组织或者个人不得以干涉、盗用、假冒等方式侵害他人的姓名权或者名称权。”由此可见，与《民法通则》的规定相比，《民法典》的规定在侵害姓名权的行为方式中增加了“等”字，作出此种规定是对我国司法实践经验的总结。因为实践中确实出现了不少上述三种行为之外的侵害姓名权的行为，必须将其纳入法律规定的范围内。具体而言，侵害姓名权的行为主要表现为如下几种。

1. 干涉他人决定、使用和变更姓名

干涉他人行使姓名权是指行为人干涉他人行使姓名权，如干涉他人使用自己的姓名，或者干涉他人改变自己的姓名。干涉行为既包括干涉他人使用真名，也包括干涉他人使用笔名、艺名等。此类侵害行为，实际上是侵害了自然人对其姓名所享有的自主决定权。从审判实践来看，干涉行为主要有如下几种。

第一，干涉养子女决定、使用和变更姓名。自然人被他人收养以后，从收养方的姓氏是符合法律规定的，但养子女一旦成人，即为完全行为能力人，应有权决定自己的姓名。如果养子女在成年以后要求改变自己的姓名，只要符合户籍管理的规定，应予准许，任何人包括养父母均不得干涉。对于未成年的养子女应从养父母还是生父母的姓氏，在实践中经常发生纠纷。根据我国《收养法》第24条规定，“养子女可以随养父或者养母的姓，经当事人协商一致，也可以保留原姓”。如果当事人之间无协议，是否可保留原姓？笔者认为，从《收养法》第24条规定来看，当事人之间的协商应为特殊规定，若当事人之间无特别协议，则应从养父母姓氏，而不应从原姓。这一立法精神也是符合我国民间习惯的。所以，对已被他人收养的未成年子女，生父母不得以任何借口强行要求其子女从其姓氏。

第二，干涉被监护人决定和使用其姓名。如前所述，无行为能力的自然人的姓名应由其监护人决定，限制民事行为能力的自然人决定自己的姓名应征得其监护人同意。如果未成年人的监护人与未成年人在命名上发生争执，应该尊重监护人的意见，因为在此情况下，未成年人的自我命名权是受限制的。在未成年人成年以后，其自然取得自我命名权，如果原监护人对该成年自然人行使姓名权加以干涉，可构

成侵害姓名权。

应当指出，夫妻离婚以后，未成年子女由父母一方监护，该未成年子女的姓名权应由监护一方代为行使或征得监护一方同意，没有实际监护权的一方无权干涉。但监护一方是否有权在不征得对方及子女本人同意的情况下，擅自更改未成年子女的姓名，值得研究。一种观点认为，姓名只是一种符号，抚养子女的一方更改未成年子女的姓名（如把未成年子女的姓氏改为再婚后的丈夫或妻子的姓氏）是合法的，不构成侵权。另一种观点认为，抚养子女的一方擅自更改未成年子女的姓名是不合法的。笔者认为，离婚之后，虽然未成年子女由父母一方抚养，但在父母双方均健在的情况下，抚养一方不能单方面决定未成年子女的姓名，应当与未成年子女的生父或其生母协商决定姓名的更改，擅自将未成年子女的姓氏改为生父母以外的他人的姓氏的，也可能侵害亲生父母的命名权。

第三，干涉他人使用与自己相同的姓名。在我国，只要自然人不是出于某种不正当目的而取与他人相同的姓名，故意造成姓名权冲突，则任何人无权干涉自然人如何选择姓名。例如，被告人王某强迫同村的两个与其姓名相同的人更改姓名，表面上是为了避免姓名权冲突，实际上已构成对他人姓名权的侵害。有学者认为，故意重名的，应认定为侵害名誉权。^[1]笔者认为，重名虽然可能会侵害他人的名誉权，但主要还是侵害了他人姓名权。

需要特别指出的是，自然人享有选择自己姓氏的权利。在自然人为未成年人时，自然人的法定监护人享有为其选择姓氏的权利。例如，在某个案件中，林某用的是母姓，他希望自己的儿子能够沿袭祖姓，随其祖父姓郭。但是，在他办理自己儿子的户口登记时被警方告知，孩子只能随父姓或母姓，不能姓其他姓氏。公安机关的理由是，按照婚姻法的规定，自然人可以随父姓或者随母姓，所以，必须随父姓或者随母姓。^[2]虽然依据《民法典》第1015条规定，“自然人应当随父姓或者母姓”，但是符合法定情形的（如选取其他直系长辈血亲的姓氏），可以在父姓和母姓之外选取姓氏。因此，婚姻法的规定只是原则性的规定，而非必须随父姓或者母姓，如果选取其他直系长辈血亲的姓氏，法律并不禁止，自然人就享有选择该姓氏的权利。

2.盗用他人姓名

盗用他人姓名是指未经他人同意或授权，擅自以他人名义实施有害于他人和社会的行为。例如，盗用他人的姓名领取不合法的收入，在罚款通知单上签上他人的姓名，以某电影演员的名义向某运动员写求爱信以欺骗和愚弄对方，盗用他人姓名作为企业负责人等。^[3]但盗

用他人姓名，也可能并没有对原告造成重大损害。例如，在“李某与被上诉人建昌县农村信用合作联社姓名权纠纷案”中，法院认为，本案中上诉人的姓名被他人非法使用，因贷款没有及时偿还，被银行系统记有不良贷款记录，所以，已构成对姓名权的侵害。^[4]盗用他人姓名也可能被不法行为人作为诈骗的手段，如私刻他人印章从事诈骗活动，以某人的名义向其家属发电报要求汇款以诈骗他人钱财等，此种盗用他人姓名的行为已构成犯罪。盗用他人姓名的，行为人通常出于某种不正当目的（如欺诈、报复、获取非法所得），行为的结果直接损害了他人的利益或社会公共利益。由于在盗用他人姓名的情况下，行为人以他人的名义从事不法行为，因而也常常构成对他人名誉权的侵害。

3.假冒他人姓名

假冒是指冒名顶替，换言之，是指冒充他人进行活动。假冒行为破坏了姓名与主体的同一性，其目的通常是获取非法利益。例如，未经他人同意，在自己作品的“序”中署上他人的姓名，擅自在招生广告中使用某个名教授的姓名，擅自在自己的美术作品上标上他人的姓名等。在著名的“齐玉苓案”中，就涉及假冒他人姓名入学。^[5]在冒充他人姓名的情况下，侵权人常常利用他人对知名人士的崇敬、羡慕、信任，使用某知名人士的姓名从事各种活动。在实践中，利用与他人同姓名的条件冒充他人实施行为，利用与他人姓名容易相混的条件冒充他人，以及利用他人的身份和名义从事某种行为，也应被认为属于假冒行为。但是，如果行为人不是利用某个特定人的身份或名义，而是以一群人、不特定的多数人的名义从事某种行为，则不能视为假冒姓名权的行为。

假冒他人姓名与盗用他人姓名一样，都是非法利用他人姓名并侵害权利人的姓名权，但两者之间存在一定的区别。盗用的结果常常直接损害了被盗用者的利益，而假冒则是使用他人的姓名从事某种民事、经济及其他活动，假冒者的目的常常并不是直接损害被假冒者的利益，而只是为了牟取个人的非法所得。例如，在“韩某诉韩某姓名权纠纷案”中，法院认为，被告因赌博在被公安机关查获处理过程中冒用原告的姓名，侵犯了原告的姓名权，应承担相应的民事责任。^[6]此案被告的行为应被认定为盗用行为而非假冒行为。当然，假冒的结果也可能损害被假冒者的利益。但是假冒他人姓名如果旨在侵害他人著作权，则应当被认定为侵害他人著作权的行为，而不宜被作为侵害姓名权处理。^[7]

假冒他人姓名也可能是为了愚弄他人或者恶意侵害他人，但行为人可能并未从中获取利益，此种行为也构成对他人姓名权的侵害。例

如，在“薛某诉张某国际互联网侵犯姓名权案”中，薛某收到美国密歇根大学教育学院通过国际互联网发来的为其提供1.8万美元奖学金的电子邮件。张某假冒薛某姓名，利用国际互联网向密歇根大学发出一封电子邮件，谎称薛某已接受其他学校邀请，拒绝了密歇根大学，导致薛某失去了赴美国深造的机会；造成其经济、精神损失，构成侵害姓名权。^[8]

假冒他人笔名、艺名、别号、乳名等是否构成侵权，则应视这些名称是否可以代表他人而定。由于这些名称毕竟不同于自然人在户口簿、身份证上所记载的真实姓名，所以，只有在这些名称为周围的人所熟知，并被人们认为是特指某个特定的人的情况下，才可认为是假冒该人的姓名。至于剽窃、抄袭他人的作品，擅自在他人作品上署名，未经合作者许可而将与他人合作创作的作品当作自己单独创作的作品发表等行为，应认为构成对他人著作权（包括署名权、发表权等）的侵害，而不应视为侵害姓名权。

4.侵害姓名权的其他行为

《民法典》第1014条采用“等方式”的表述，实际上规定了兜底条款，保持了开放性。在实践中，除上述侵害姓名权之外，还存在其他一些侵害他人姓名权的类型。比较典型的行为是未经他人同意，超出权利人许可的范围，将某人的姓名用于各种商业活动。此类行为与假冒、盗用他人姓名不完全相同。行为人也获得了权利人的同意，但在使用他人姓名时，超出了授权许可的范围。例如，在“姚明诉武汉云鹤大鲨鱼体育用品有限公司侵害姓名权案”中^[9]，法院认为，被告利用姚明的姓名作为体育用品的名称，由于姚明是著名运动员，其姓名具有极强的人身标识性，虽然不具有排他性，别人也可以重名，但是任何与体育有关，尤其是与体育运动有关的公司使用姚明的姓名，则明显具有侵权的过错，足以造成对一般人的混淆和误导，一般的消费者看到该公司特定商品之后，会误以为该公司获得了姚明的授权而使用其姓名，从而对该公司的产品产生一定的预期，这显然是利用姚明在为公司的体育产品做广告。

司法实践中，经常出现许多因为侵犯他人姓名权而有损他人名誉的行为，对此种行为，在实践中，有法院认为认定由侵犯姓名权引发的对他人名誉权侵犯的行为，应当同时认定对姓名权和名誉权的侵犯，比如新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院在“中国工商银行股份有限公司新疆维吾尔自治区分行营业部与黄某等姓名权纠纷上诉案”中就持该立场。^[10]笔者认为，在擅自利用他人姓名导致他人社会评价降低的情形下，应当同时构成对他人姓名权和名誉权的侵害，权利人可以选择依据姓名权或者名誉权提出请求。

（二）侵害姓名权的责任

在侵害姓名权的情况下，德国学者大都认为，因为姓名权属于《德国民法典》第823条规定的“其他权利”，所以侵害姓名权而获得利益的，可以根据《德国民法典》第812条的规定请求不当得利返还。^[11]但笔者认为，姓名权是一种人格权，绝大多数侵害姓名权的行为并不一定造成经济损失，而主要是一种精神上的损害，对此不能完全用不当得利制度来解决。当然，行为人侵害他人姓名权造成受害人财产损失的，受害人亦可要求赔偿财产损失。例如，在“赵某一诉赵某二（刘某某）、赵某三姓名权纠纷案”中，被告冒用原告的姓名及身份信息，领取集体经济组织分配的各种收益，这就是侵害姓名权涉及财产损失的情形，法院认为应当予以支持。^[12]

确实侵害姓名权的损害赔偿 responsibility，要兼顾姓名权商业利益的实现。姓名权也具有一定的财产价值，也能够被商业化利用，因此，侵害姓名权应当考虑受害人的财产损失。例如，在“姚明诉武汉云鹤大鲨鱼体育用品有限公司侵害姓名权案”中，一审法院认为被告在未经姚明授权的情况下，在其生产的服装、鞋等商品上使用包含姚明姓名的“姚明一代”作为商业标识，并在全中国范围内以专卖店的方式销售这些商品。已经构成对原告姚明姓名权的侵害，法院判决被告赔偿人民币30万元。^[13]该赔偿数额的确定，实际上就考虑到姚明姓名权的商业价值。在侵害姓名权的赔偿责任中，不仅应该考虑权利人所遭受的精神损害，还应当在财产损害赔偿数额上考虑姓名权的商业利用价值。

二、侵害名称权的行为及其责任

（一）侵害名称权的行为

侵害名称权构成侵权行为，此种行为的主要表现是干涉、盗用、假冒他人名称，但又限于干涉、盗用、假冒，具体来说，主要有如下几种行为。

1.干涉，也就是非法干涉他人对名称的使用。干涉内容包括对名称的设定、专有使用、依法变更和依法转让的干预等，干涉行为大多出于故意。例如，行为人非法宣布撤销他人的名称^[14]，行为人在转让其名称权后，不正当地限制新权利人对名称的使用等，均构成非法干涉他人对名称的使用。干涉行为通常侵害了权利人对于其名称权的自主决定权。

2.盗用。盗用是指擅自使用他人名称从事违法行为。例如，在“泉州市服装总校诉陈某等侵害名称权案”^[15]中，法院认为，被告在没有取得“泉州服装总校”名称的情况下，以“泉州服装总校”之名刊登招生广告，被告的行为构成侵权。盗用他人名称的动机和目的是多样的，行为人盗用他人名称主要是从事违法行为。在盗用的情况下，通常不仅可能侵害企业的名称权，而且可能侵害其名誉权，还可能构成诈骗等犯罪。再如，在“上海奇能服饰发展有限公司与上海新世界股份有限公司、昆山圣罗兰制衣实业有限公司擅自使用他人企业名称纠纷案”中，法院认为，根据当事人之间的约定，原告授权圣罗兰公司的产品范围仅限于男装，从未包括女装，圣罗兰公司未经许可在女装上使用奇能公司的企业名称，引人误认为是女装吊牌所标示的中国总代理及产地的奇能公司所为，且将作为男装品牌定位的SATCHI品牌使用于女装，有损整个品牌的形象，造成市场混淆，影响正常的市场秩序，构成不正当竞争行为。^[16]

3.假冒。假冒是指未经他人许可擅自使用他人名称进行民事行为。如在自己生产的商品、服务、信函等上面标上其他企业的名称以欺骗公众，使公众误认为是被假冒企业的商品、服务或经营；或将他人的企业名称作为商标或服务标记注册，严重违背诚实信用和公平竞争原则，并致他人损害。例如，在“北京市正义律师事务所诉朱某晖侵犯企业名称权纠纷案”中，法院认定，被告未经原告许可，擅自使用原告的名称发布网络信息、招揽法律服务业务，侵犯了原告依法享有的名称权，应依法承担相应的法律责任。^[17]盗用和假冒都是未经名称权人许可而使用他人名称，但是盗用人的目的通常在于利用他人名称进行招摇撞骗，其情节严重的可能构成诈骗等犯罪，而假冒人利用他人名称通常是进行一般的民事活动，其情节较之于盗用的更为轻微。

4.其他行为。除上述行为外，侵害名称权的行为还包括其他类型的行为，这实际上设定了兜底条款。在实践中，一些侵害名称权的行为很难概括在前三类行为中。例如，在“中国人民解放军警卫第一师仪仗大队与深圳市信禾工艺品有限公司名称权、肖像权、名誉权侵权纠纷上诉案”^[18]中，一审法院认为，民事主体有权禁止他人干涉、盗用、假冒其名称权，但信禾公司的行为既不构成对专有名称的干涉、盗用、假冒，也未使用“三军仪仗队”的名称直接为其产品进行文字宣传，故不构成侵犯三军仪仗队的名称权。在该案中，法院依据《民法通则》第99条的规定，将侵害他人名称权的行为理解为仅包括干涉、盗用、假冒三种，即忽略了该法律规则的目的。实际上，侵害名称权的行为不应当局限于干涉、盗用、假冒三种。鉴于《民法通则》的表述确有缺陷，《民法典》第1014条规定：“任何组织或者个人不得以

干涉、盗用、假冒等方式侵害他人的姓名权或者名称权”。此处采用了“等方式”的表述，表明侵害名称权的行为，不限于干涉、盗用、假冒行为，还包括其他侵害行为。

其他侵害名称权的行为类型也较多，具体而言：一是仿冒。它是指以与他人名称相类似或易混淆的文字作为自己的名称或注册商标以及用作其他非法用途。例如，在“上海罗芙仙妮化妆品有限公司诉上海市工商行政管理局金山分局工商行政处罚决定案”^[19]中，法院认为：“罗芙仙妮公司生产、销售的‘罗芙仙妮’系列化妆品上标有‘法国’‘欧莱雅’字样，而‘欧莱雅’是原审第三人欧莱雅公司企业名称中的字号，同时作为国际品牌的商标也已成为我国重点保护的商标和驰名商标；上诉人生产、销售的‘碧优泉’系列化妆品上有容易与欧莱雅公司代理的‘碧欧泉’化妆品发生混淆和误认的品牌、商标标识。”因此，判定罗芙仙妮化妆品有限公司败诉。此种行为侵害了他人的在先权利。二是超出许可范围的利用行为，即行为人虽然取得他人许可，但超出许可范围利用他人的名称，也构成侵害名称权。三是转让后继续使用。企业名称在转让后，转让方不得继续使用已转让的企业名称，否则也构成对受让企业方的名称权的侵害。

在司法实践中，判断某一行为是否侵害名称权的主要标准是公众是否认为行为人所使用的名称与权利人的名称有直接的关联，如果公众认为行为人所使用的名称与权利人的名称具有直接的关联，则该行为就构成对权利人名称权的侵害，否则就不构成侵害名称权的行为。例如，在“南昌扬子集团赣州橡胶有限公司诉台州奋飞橡塑制品有限公司赣州分公司名称权纠纷案”中，法院认为，认定某一行为是否构成对企业法人名称权的侵犯，其基本要件之一就是该行为与企业法人名称要素的切合度是否能够使公众明确意识到行为的指向。如果公众不认为被告所使用的名称与原告有直接的关联，那么被告不构成对原告名称权的侵犯。^[20]

（二）侵害名称权的责任

在名称权遭受侵害的情况下，受害人可以以其名称权受到侵害为由提起诉讼。在名称权遭受侵害的情况下，权利人可以请求行为人承担以下侵权责任。

一是请求停止侵害。在司法实践中，对人民法院认定构成侵犯注册商标权或者不正当竞争行为的企业名称中的字号的使用，权利人有权请求行为人变更或停止使用其企业名称。

二是赔偿损失。根据《民法典》第1182条的规定，在名称权受到

侵害时，受害人有权请求行为人赔偿损失。由于名称权主体为法人和非法人团体，故侵害名称权不产生精神损害问题，受害人只能向行为人要求赔偿财产损失而不能要求赔偿精神损害。在确定损害赔偿的数额时，如果权利人无法证明其实际损失数额，而可以证明行为人的获利数额，则权利人有权依据《民法典》第1182条请求行为人承担获利返还责任，依据该条规定，侵害人身权益的获利返还是指在人身权益遭受侵害的情形下，权利人有权请求行为人返还因侵权所获得的利益。

（撰稿人：王利明）

[1]张新宝.中国侵权行为法.2版.北京：中国社会科学出版社，1998：290.

[2]新生儿为姓名权状告公安局.北京晚报，2004-08-25.

[3]参见“陈某彝诉湛江经济技术开发区耀华建筑装饰工程公司侵害姓名权纠纷案”，广东省湛江经济技术开发区人民法院民事判决书（2001）湛开法民初字第13号。

[4]参见辽宁省葫芦岛市中级人民法院（2011）葫民一终字第00021号民事判决书。

[5]最高人民法院中国应用法学研究所.人民法院案例选：总第33辑.北京：人民法院出版社，2002：97.

[6]参见杭州市萧山区人民法院（2014）杭萧民初字第227号民事判决书。

[7]参见《最高人民法院关于范曾诉盛林虎姓名权纠纷案的复函》[1990年11月5日（1989）民他字第55号]。

[8]北大法宝[法宝引证码]CLI.C.26853.

[9]姚明状告“姚明一代”侵权成功索赔千万只赔了30万.大连日报，2011-12-28.

[10]参见新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院（2010）乌中民一终字第453号民事判决书。

[11]卡尔·拉伦茨.德国民法通论：上册.王晓晔，等译.北京：法律出版社，2003：169.

[12]赵某一诉赵某二（刘某某）、赵某三姓名权纠纷案//最高人民法院中国应用法学研究所.人民法院案例选：第4辑.北京：人民法院出版社，2011：93.

[13]姚明状告“姚明一代”侵权成功索赔千万只赔了30万.大连日报，2011-12-28.

[14]杨立新等.论名称权及其民法保护.江苏社会科学,1995(1).

[15]福建省泉州市鲤城区人民(1994)鲤民初字第80号民事裁定书。

[16]上海市第二中级人民法院(2012)沪二中民五(知)终字第77号民事判决书。

[17]北京市东城区人民法院(2011)东民初字第3537号民事判决书。

[18]北京市第一中级人民法院(2006)一中民终字第3240号民事判决书。该案的案情为：2005年上半年，三军仪仗大队官兵在北京市场上发现了一个出售“红色八一步枪”和“将军佩剑”的商家宣传册，宣传册当中随意使用了三军仪仗大队的名称和形象。2005年4月，仪仗大队在法院提起诉讼，认为信禾公司蓄意侵犯仪仗队的名称权、肖像权、名誉权，请求法院判令信禾公司赔偿248万元。

[19]最高人民法院公报，2009(11)。

[20]江西省赣州市章贡区人民法院(2003)章民一(3)初字第1125号民事判决书。

第一千零一十五条

自然人应当随父姓或者母姓，但是有下列情形之一的，可以在父姓和母姓之外选取姓氏：

- （一）选取其他直系长辈血亲的姓氏；
- （二）因由法定扶养人以外的人扶养而选取扶养人姓氏；
- （三）有不违背公序良俗的其他正当理由。

少数民族自然人的姓氏可以遵从本民族的文化传统和风俗习惯。

本条主旨

本条旨在说明姓氏的确定。

相关条文

2014年11月1日《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国民法通则〉第九十九条第一款、〈中华人民共和国婚姻法〉第二十二条的解释》规定：“公民原则上应当随父姓或者母姓。有下列情形之一的，可以在父姓和母姓之外选取姓氏：（一）选取其他直系长辈血亲的姓氏；（二）因由法定扶养人以外的人扶养而选取扶养人姓氏；（三）有不违反公序良俗的其他正当理由。少数民族公民的姓氏可以从本民族的文化传统和风俗习惯。”

《婚姻法》第22条规定：“子女可以随父姓，可以随母姓。”

《收养法》第24条规定：“养子女可以随养父或者养母的姓，经当事人协商一致，也可以保留原姓。”

理解与适用

一、自然人的姓氏应当随父姓或者母姓

本条明确了姓氏选择的基本规则，即自然人的姓氏应当随父姓或者母姓，这一规定来自2014年11月1日《姓名权立法解释》。该解释指出，“在中华优秀传统文化中，‘姓名’中的‘姓’，即姓氏，体现着血缘传承、伦理秩序和文化传统，公民选取姓氏涉及公序良俗。公民原则上随父姓或者母姓符合中华优秀传统文化和伦理观念，符合绝大多数公民的意愿和实际做法。同时，考虑到社会实际情况，公民有正当理由的也可以选取其他姓氏”。自然人在选取姓名时，原则上应当随父姓或者母姓。法律之所以作出此种规定，理由在于：一方面，这是由血缘关系决定的。因为姓名本身具有一种身份定位功能，其不仅是个人的人格标志，而且具有一定的伦理因素。“姓”和“名”不同，“姓”具有很强的伦理性，具有浓厚的身份属性，是其家族血脉传承的标识，也是区分自然人与其他群体自然人的一种身份标志，按照我国传统文化和伦理秩序，子女随父姓或者母姓被认为是天经地义的事，这也反映了个人“姓”的身份属性。另一方面，符合中华民族的传统。自然人出生取得姓氏，随父母姓符合我国社会对姓氏取得的传统认识，符合中华优秀传统文化和伦理观念，符合绝大多数公民的意愿和实际做法，体现着血缘传承、伦理秩序和文化传统。

由此可见，姓与名并不完全相同，由于姓受到来自血缘、文化传统、生活习惯等多种因素的制约，因而，法律上对姓氏的选择相对于名而言，更加严格。但是，子女随父姓或者随母姓，并不意味着只能随父姓或者母姓，权利人可以选择自己的姓氏，当然，从《民法典》第1015条的规定来看，权利人决定其姓氏的自由也受到一定的限制，即权利人决定自己的姓氏时，原则上应当随父姓或者母姓，但可以在随父姓或者母姓之间选择。

二、在出现法定情形时可以在父姓和母姓之外选取姓氏

《民法典》第1015条第1款虽然明确了姓氏选择的基本规则，但仍然无法有效解决实践中出现的子女姓氏选择问题，如因父母婚姻关系变化、亲子关系变化所引发的姓氏选择问题^[1]，尤其是无民事行为能力人与限制民事行为能力人的姓氏选择问题。笔者认为，无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的姓名应当由其监护人决定。监护人在变更被监护人的姓名时，应当根据被监护人的年龄和智力、精神健康状况，尊重被监护人的真实意愿，但鉴于被监护人的年龄较小、精神健康状况不佳等情形，不宜一概要求监护人变更被监护人的姓名时需要被监护人同意。在各监护人就被监护人姓名变更意见不一致时，应当由人民法院根据一方监护人的申请，按照最有利于被监护人的原则确定。

从原则上说，自然人的姓氏应当随父姓或者母姓，但是鉴于实践中情况较为复杂，若简单采用一个原则，无法解决大量的姓氏选取问题，因而，依据本条规定，自然人的姓氏应当随父姓或者母姓，但是有下列情形之一的，可以在父姓和母姓之外选取姓氏。

第一，选取其他直系长辈血亲的姓氏。父母之外的直系长辈血亲包括祖父母、外祖父母、曾祖父母、外曾祖父母等直系长辈。例如，我国一些地方存在“三代还宗”的习俗，即因入赘等原因，子女改姓女方的姓，到第三代时，孩子又要改为其祖父的姓，这是我国许多地方长期存在的民间习俗，在法律上应当予以尊重。因此，本条允许自然人决定自己的姓名时选择其他直系长辈血亲的姓氏。

第二，因由法定扶养人以外的人扶养而选取扶养人姓氏。依据我国法律的规定，法定扶养义务主要是指子女对父母的赡养义务，父母对子女的抚养义务。此种扶养义务是法律明确规定的义务。但在法定扶养义务之外，其他近亲属也可能负担相应的扶养义务，如对父母死亡或无力抚养的未成年人，有负担能力的祖父母、外祖父母即有扶养义务。依据本条的规定，如果被法定扶养人以外的人扶养，则自然人可以选择扶养人的姓氏作为自己的姓氏，这在客观上也有利于鼓励法定扶养义务人之外的近亲属对自然人履行扶养义务。

第三，有不违背公序良俗的其他正当理由。按照这一规定，如果有不违背公序良俗的其他正当理由，则自然人也可以选择父姓和母姓以外的姓氏，该条对自然人在父姓和母姓之外选择姓氏作出了兜底性的规定。因为社会生活纷繁复杂，除前述两种情形外，还存在其他允许自然人选择姓氏的正当理由。例如，依据《收养法》第24条的规定，子女在被他人收养之后，可以随养父或者养母的姓。该条规定也应当是自然人选择父姓和母姓以外其他姓氏的正当理由，因此，本条对自然人选择姓氏的自由作出了兜底性的规定。当然，该条使用了“有不违背公序良俗的其他正当理由”的表述，自然人在父姓和母姓外选择姓氏的行为是否存在正当理由，还应当由法官根据个案进行认定。

值得探讨的是，如何判断父母自行创设的姓氏是否违背公序良俗？例如，在“北雁云依”诉济南市公安局历下区分局燕山派出所公安行政登记案中，法院认为：“自然人选取姓氏涉及公序良俗……自然人对姓氏传承的重视和尊崇，不仅仅体现了血缘关系、亲属关系，更承载着丰富的文化传统、伦理观念、人文情怀，符合主流价值观念，是中华民族向心力、凝聚力的载体和镜像。自然人原则上随父姓或者母姓，符合中华传统文化和伦理观念，符合绝大多数自然人的意愿和实际做法。反之，如果任由自然人仅凭个人意愿喜好，随意选取姓氏

甚至自创姓氏，则会造成对文化传统和伦理观念的冲击，违背社会善良风俗和一般道德要求。”^[2]因此，最终认定公安机关不准许随意取名的行为是合法的。笔者认为，从立法解释来看，只要姓氏的选取有不违反公序良俗的其他正当理由，即应当允许，但如果对该正当理由的认定过于宽松，则可能导致法律关于姓氏选取原则上随父姓或者母姓规则的目的落空，因此，应当进一步对此处的“正当理由”进行明确限定。

三、少数民族自然人的姓氏可以遵从本民族的文化传统和风俗习惯

本条规定，“少数民族自然人的姓氏可以遵从本民族的文化传统和风俗习惯”，依据这一规定，少数民族公民在选择姓氏时，可以不受原则上随父姓或者母姓的限制，可以按照本民族的文化传统和风俗习惯来选择姓氏。该规定也是尊重少数民族文化传统和风俗习惯的体现，一些少数民族的姓氏具有特殊的血缘传承的功能，对于维护本民族的文化传统和伦理秩序具有重要意义，对其姓氏的选择也应当尊重其文化传统和风俗习惯。例如，布朗族人一般无姓，其名字是按婴儿的性别和出生先后排列的。男性一般排行为“艾、尼、桑、垒、苛、拉”，“艾、尼、桑、赛、老乌”等。女性一般排行为“月、仔、也、垒、姨、拉”，“叶、依、阿、姆、爱、蛾”等。^[3]对于少数民族在姓氏选取方面的习惯应当予以尊重。

（撰稿人：王利明）

[1]王歌雅.子女姓名权：内涵检审与制度建构.求是学刊，2016（4）.

[2]山东省济南市历下区人民法院（2010）历行初字第4号行政判决书。

[3]“少数民族姓名”，<https://m.iask.sina.com.cn/b/4257582.html>.

第一千零一十六条

自然人决定、变更姓名，或者法人、非法人组织决定、变更、转让名称的，应当依法向有关机关办理登记手续，但是法律另有规定的除外。

民事主体变更姓名、名称的，变更前实施的民事法律行为对其具有法律约束力。

本条主旨

本条旨在规定姓名和名称的登记。

相关条文

《居民身份证法》第3条规定：“居民身份证登记的项目包括：姓名、性别、民族、出生日期、常住户口所在地住址、公民身份号码、本人相片、指纹信息、证件的有效期和签发机关。”

《户口登记条例》第18条规定：“公民变更姓名，依照下列规定办理：（一）未满十八周岁的人需要变更姓名的时候，由本人或者父母、收养人向户口登记机关申请变更登记；（二）十八周岁以上的人需要变更姓名的时候，由本人向户口登记机关申请变更登记。”

《民法总则》第66条规定：“登记机关应当依法及时公示法人登记的有关信息。”

《企业名称登记管理规定》第2条规定：“本规定适用于中国境内具备法人条件的企业及其他依法需要办理登记注册的企业。”

《企业名称登记管理规定》第3条规定：“企业名称在企业申请登记时，由企业名称的登记主管机关核定。企业名称经核准登记注册后方可使用，在规定的范围内享有专用权。”

理解与适用

一、自然人决定、变更姓名应当依法向有关机关办理登记手续

（一）姓名命名的登记

根据我国《户口登记条例》第7条，婴儿出生后一个月内，由户主、亲属、抚养人或者邻居向婴儿常住地户口登记机关申报出生登记，并将其姓名记入户籍登记簿。弃婴应由收养人或者育婴机关向户口登记机关申报出生登记。自然人的姓名一经登记，就成为自然人的正式姓名，受到法律的保护。姓名登记只能登记一个正式的称谓，登记时应当使用规范的汉字和少数民族文字。姓名不得含有损害国家或者民族尊严的、违背公序良俗的内容。

（二）姓名变更的登记

自然人在选择其姓名以后，因各种原因会变更其姓名，例如，因收养关系成立，变更为养父姓氏或者养母姓氏的；或者因收养关系终止，恢复收养前姓氏的；或者婚姻关系成立，变更为冠以夫姓或者妻姓的；或者因婚姻关系终止，恢复婚前姓氏的；或者因夫妻一方死亡或者被宣告死亡，生存配偶恢复婚前姓氏的；或者因父母再婚，未成年子女变更为继父姓氏或者继母姓氏或者再婚父母双方姓氏的；等等。但是，由于自然人已参与各种法律关系，其姓名的改变必然会涉及他人和社会的利益，因而自然人变更姓名必须按有关规定办理，应具有一定的正当理由，并且需要在户籍登记机关办理更名手续。例如，正在接受刑事案件或者治安案件调查的，或者民事案件尚未审结或尚未执行完结的，为逃避债务而要求变更姓名，在这些情况下，就不得变更。

姓名的变更应当符合法律规定。例如，《收养法》第24条规定：“养子女可以随养父或者养母的姓，经当事人协商一致，也可以保留原姓。”依据该条规定，在不违反公序良俗的情形下，被收养人可以姓收养者的姓氏，亦可维持原有姓氏。自然人艺名、笔名、化名，并不需要办理法定的改名手续，但如果自然人变更自己的姓名，则应当办理相关的变更登记手续。

二、法人、非法人组织决定、变更、转让名称，应当依法向有关机关办理登记手续

法人、非法人组织的设立人在设立法人和非法人组织时，应当办理有关的批准和登记手续。依据《企业名称登记管理规定》第3条，企业名称在企业申请登记时，由企业名称的登记主管机关核定。企业

名称经核准登记注册后方可使用，在规定的范围内享有专用权。依据该规定第4条，企业名称的登记主管机关是国家工商行政管理局和地方各级工商行政管理局。登记主管机关核准或者驳回企业名称登记申请，监督管理企业名称的使用，保护企业名称专用权。该规定第11条规定，企业应当根据其主营业务，依照国家行业分类标准划分的类别，在企业名称中标明所属行业或者经营特点。该规定第12条规定，企业应当根据其组织结构或者责任形式，在企业名称中标明组织形式。我国《公司法》《合伙企业法》也要求公司、合伙企业的名称要反映其组织形式。从这些规定来看，我国现行法律要求企业的名称反映企业的相关真实信息。

（一）名称决定的登记

目前，我国现行法律并没有要求所有的名称都必须登记，但依据《企业名称登记管理规定》，企业名称必须登记，这对于维护市场交易的安全，保障市场经济的秩序是十分必要的。根据该规定第5条，对已登记注册的不适宜的企业名称，任何单位和个人可以要求登记主管机关予以纠正。该规定第6条规定，企业只准使用一个名称，在登记主管机关辖区内不得与已登记注册的同行业企业名称相同或者近似。该规定第16条确认企业可以采取名称的预先登记方法，即在开业登记前预先单独申请企业名称登记注册。企业名称一经登记，即具有合法性，其享有的名称权受法律保护。

（二）名称变更的登记

所谓名称变更权，是指权利人依法改变自己的名称、选取新的名称的权利。既然企业享有名称的设定权，其也应该相应享有企业名称的变更权。需要指出的是，企业名称的变更权会依法受到相应的限制。《企业名称登记管理规定》第22条规定：“企业名称经核准登记注册后，无特殊原因在1年内不得申请变更。”法律之所以作出此种规定，是因为企业名称变更频繁会导致企业主体混乱，影响消费者的合理信赖，并且会危害交易安全。但是法律也不可能严格禁止企业变更名称，企业也可能会因为合并、分立等发生相应的变动，此时，原有的名称已经不足以表达这些真实的信息，基于企业名称真实的原则，也需要对其名称做相应的变动。在企业变更名称时，法律对企业名称所作的相应的限制仍然适用。另外，企业变更名称也必须依法办理变更登记，否则，擅自改变企业名称的，将会承担限期办理变更登记等其他行政处罚。^[1]严格限制企业名称变更，除了行政管理需要外，也是为了维护交易秩序和交易安全，保护善意第三人。

（三）名称转让的登记

按照工商企业申请登记程序，报工商行政管理机关批准。转让名称的协议生效后，受让人必须按照约定和登记的规定使用受让的名称，超出约定而使用的，仍可构成对名称权的侵害。根据《企业名称登记管理规定》第23条的规定，企业名称可以随企业或者企业的一部分一并转让。企业名称只能转让给一户企业。企业名称的转让方与受让方应当签订书面合同或者协议，报原登记主管机关核准。企业名称转让后，转让方不得继续使用已转让的企业名称。

三、民事主体变更前实施的民事法律行为对其具有法律约束力

依据本条第2款规定，“民事主体变更姓名、名称的，变更前实施的民事法律行为对其具有法律约束力”。所谓姓名、名称变更，也就是通常所说的“改名”或者“更名”。法人、其他组织更名，应当按照有关法律规定经有关部门批准、登记，才能发生名称变更的法律后果。严格地说，“改名”或者“更名”并不是对合同主体的变更，虽然民事主体对其姓名或名称进行了变更，但是其主体资格并未发生变化，姓名和名称变更前后的主体仍然具有统一性。基于这一原因，民事主体在姓名或名称变更前实施的民事法律行为应当仍然继续对其产生法律约束力。

法律之所以作出此种规定，首先是为了维护合同的效力，保障交易的安全和秩序。《民法典》第532条规定：“合同生效后，当事人不得因姓名、名称的变更或者法定代表人、负责人、承办人的变动而不履行合同义务。”依据该条规定，当事人在姓名、名称变更以前所签订的合同，以及其他法律文件，不得因为自然人姓名、法人名称的变更而失效。当然，法律行为的相对人也不能因民事主体变更其姓名或名称而主张法律行为不再对变更人发生效力。除合同以外的其他法律行为，如决议行为等同样也受到该条的规定。另外，这也是诚实信用原则的基本要求。诚信是社会主义核心价值观的重要内容。要求民事主体变更前实施的民事法律行为对其具有法律约束力，就是要强化诚实守信。

（撰稿人：王利明）

[1]杨立新.人格权法.北京：法律出版社，2011：429.

第一千零一十七条

具有一定社会知名度，被他人使用足以造成公众混淆的笔名、艺名、网名、译名、字号、姓名和名称的简称等，参照适用姓名权和名称权保护的有关规定。

本条主旨

本条旨在说明具有一定社会知名度的笔名、艺名、网名、译名、字号、姓名和名称的简称的保护。

相关条文

《反不正当竞争法》第6条规定：“经营者不得实施下列混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系：……（二）擅自使用他人有一定影响的企业名称（包括简称、字号等）、社会组织名称（包括简称等）、姓名（包括笔名、艺名、译名等）。”

《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第6条规定：“企业登记主管机关依法登记注册的企业名称，以及在中国境内进行商业使用的外国（地区）企业名称，应当认定为反不正当竞争法第五条第（三）项规定的‘企业名称’。具有一定的市场知名度、为相关公众所知悉的企业名称中的字号，可以认定为反不正当竞争法第五条第（三）项规定的‘企业名称’。在商品经营中使用的自然人的姓名，应当认定为反不正当竞争法第五条第（三）项规定的‘姓名’。具有一定的市场知名度、为相关公众所知悉的自然人的笔名、艺名等，可以认定为反不正当竞争法第五条第（三）项规定的‘姓名’。”

理解与适用

一、具有一定社会知名度的笔名、艺名、网名等应当受到法律保护

（一）笔名、艺名、网名等称呼的法律性质

在现实生活中，除本名之外，自然人的笔名、艺名、网名等，可能比本名更为人们所熟知，因此，也应当受人格权法的保护，具体如下。

一是笔名。笔名是作者发表作品时所署的别名。例如，“鲁迅”是周树人的笔名，“老舍”是舒庆春的笔名。个人的笔名等个人称号的使用要达到使社会公众产生混淆的标准，并不要求该个人称号必须像公众人物的个人称号那样具有广泛的社会知名度，也不要求使大多数社会公众产生混淆，而只要求使该个人称号知名度范围内的公众产生混淆，即可以认定该个人称号应当受到法律保护。

二是艺名。艺名是指演员、模特等从事艺术活动时所使用的代替自己真实姓名的名称。例如，梅兰芳是演员梅澜的艺名，再如，Angelababy是演员杨颖的艺名。艺名也可能是团体的名称，如“小虎队”“Beyond”“TFBOYS”等，都是由多人组成的演出团队。

三是网名。网名是个人在网上所使用的名称或代号。随着互联网的发展，网名的使用也越来越普遍。网名在特定的虚拟空间为其他人所了解，且网名的使用也不需要登记，因而网名受姓名权规则的保护确有一定的困难，但那些具有一定的社会知名度、并为相关公众所知悉的网名，同样是与特定的个人联系在一起的，从而能够成为个人的独特标志，并形成一定的人格利益。据此，该网名也可以受到姓名权规则的保护。例如，在“张某诉俞某网络环境中侵犯名誉权纠纷案”中，法院认为，本案原告张某、被告俞某虽然各自以虚拟的网名登录网站并参与网站的活动，但在现实生活中通过聚会，已经相互认识并且相互知道网名所对应的人，且张某的“红颜静”网名及其真实身份还被其他网友所知悉，“红颜静”不再仅仅是网络上的虚拟身份。被告仍然在网上多次使用侮辱性语言贬低“红颜静”即张某的人格，已经构成侵权，应当承担侵权的民事责任。^[1]尤其是随着网络技术的发展，如果网名能够具体表征特定的民事主体，公众能够通过该网名而具体地联系到特定的个人，那么该网名也应当受到姓名权规则的保护。

四是译名。译名是翻译过来的名称，例如，“Jordan”翻译成中文为乔丹，《反不正当竞争法》第6条规定：“经营者不得实施下列混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系：……（二）擅自使用他人有一定影响的企业名称（包括简称、字号等）、社会组织名称（包括简称等）、姓名（包括笔名、艺名、译名等）”；在实践中，已经产生了由译名而引发的纠纷，因此，人格权编有必要对译名进行保护。

五是字号。字号也称为别名，我国传统上还有人在姓名之外另起“字”“号”，例如，诸葛亮字孔明，李白字太白，杜甫字子美。此种习惯在现在仍被一部分人保留。

六是姓名的简称。例如，美国职业篮球联赛（NBA）巨星迈克尔·杰弗里·乔丹曾分别主张“乔丹”与“QIAODAN”均属于其姓名权保护的范畴，请求认定他人将上述“乔丹”与“QIAODAN”注册成商标的行为侵犯了其姓名权这一在先权利。根据最高人民法院的裁判立场，自然人所主张的特定名称与该自然人已经建立稳定的对应关系时，即使该对应关系达不到“唯一”的程度，该自然人也可以依法获得姓名权的保护。^[2]自然人童年时所用乳名等是否应作为姓名权的客体加以保护，亦不可一概而论，而应看这些姓名是否可能代表该自然人，从而决定是否应保护这些姓名。若自然人使用假名，因其不能真实地表现某人的格，故不应受到保护。

七是名称的简称。所谓名称的简称，是指法人和非法人名称的简要称呼，也可以说是法人和非法人组织名称的缩减。例如，中央电视台简称“央视”，阿里巴巴简称“阿里”。许多法人、非法人组织的简称具有一定的社会知名度，能够为相关公众所知悉，应当受到法律保护。例如，“腾讯”“阿里”“清华”等，都是相关主体的简称，为社会公众广泛了解，应当受到法律保护。我国也发生了一些法人简称纠纷。例如，泸州医学院改名为四川医科大学后，即与四川大学就“川医”的简称发生了争议，因为四川大学认为，“四川医科大学”的简称易与华西医科大学（2000年9月已并入四川大学）历史曾用名“四川医学院”的简称“川医”混淆。^[3]名称简称的主体是法人和非法人组织。自然人姓名的简单称呼，例如，某人的姓名为“李徐舟夫”，其简称为“李徐”，在此情形下，“李徐”应当被界定为别名，而不是简称。简称的主体只能限于法人和非法人组织。因此，本条关于简称保护的规定并不适用于自然人，而仅适用于法人和非法人组织。

简称可能由多个主体享有。如“南大”是南京大学的简称，但同时也是南开大学、南昌大学的简称；“海大”可以是海南大学、广东海洋大学、中国海洋大学、大连海事大学等学校的简称。虽然同一简称可以为多个主体享有，但各个主体不得恶意使用简称，使用简称时也不得故意与其他主体的名称或者简称发生混淆、进行不正当竞争。因此，依据《民法典》第1017条的规定，具有一定社会知名度，被他人使用足以造成公众混淆的简称，参照适用姓名权和名称权保护的有关规定。

依据本条规定，具有一定社会知名度的笔名、艺名、网名等能够识别个人的身份，则其也应当受到人格权法保护，主要原因在于：一

方面，这些符号与特定个人的身份、人格尊严具有内在的联系。在使用笔名、艺名、网名、译名、字号或简称的情况下，这些虽然并非主体的姓名或名称，但仍然可以与主体产生对应关系，因此，也应当受到法律的保护。对笔名、艺名、网名等的冒用，会对特定个人的公众形象与声誉等带来损害，在公众中引起不必要的误会、混淆。例如，鲁迅、梅兰芳、成龙等，具有一定的社会知名度，往往与个人的身份联系在一起，个人对其享有一定的人格利益。如果他人冒用某一用户的网名，以其名义发布信息，足以使他人产生混淆，此类行为也应当受到法律制裁。正如王泽鉴先生所指出的，“凡在社会交易及生活上具有识别性功能的标志，均应纳入受‘姓名权’保护的范畴”^[4]。另一方面，笔名、艺名、网名等有时候还具有一定的商业价值，对这些特定符号的保护，有利于防止不诚实的商业行为和不正当竞争行为，有利于维护社会经济秩序。

二、具有一定社会知名度的笔名、艺名、网名等受到法律保护的条件

依据《民法典》第1017条的规定，笔名、艺名、网名等要受到法律保护，应当具备如下条件。

一是具有一定的社会知名度，为相关公众所知悉。笔名、艺名等之所以受到法律保护，就是因为其与姓名一样，能够标识个人的身份，户籍姓名与特定自然人之间存在确定的对应关系，笔名、艺名、译名等与特定自然人之间也可以存在确定的对应关系。^[5]而确立这样一种对应关系，需要笔名等能够为人们所知道，有一定的社会影响。这正是因为笔名等称号与个人身份之间的对应关系，个人才能对此类称号享有人格利益，其也才能受到法律保护。具备这种社会知名度并不当然需要个人长期、连续使用，只要其具有一定的社会知名度，不论其使用时间长短、是否连续使用，均应当受到法律保护。

有一种观点认为，对于笔名等受法律保护的条件，应当采纳“广为人知”的标准。此种观点认为，个人的笔名等称号只有在“广为人知”的情形下，才能与真名一样获得法律的保护。^[6]对笔名、艺名等非登记姓名而言，只有“大家都知道这一笔名或者艺名是指什么人”时，其才能受到法律保护。^[7]笔者认为，以“广为人知”作为笔名、艺名等称号受到法律保护的条件并不妥当，因为一方面，“广为人知”的内涵并不确定，难以为别名等称号的保护提供明确、客观的判断标准。例如，某个别名在某一特定的行业、地域等范围享有一定知名度，但在社会公众中则并不为一般人所知晓，这是否构成所谓“广为人知”，显然难以判断。另一方面，“广为人知”的标准可能不利于对别名等的保护，对许多个人而言，其笔名、艺名等称号可能并

不具有很强的社会知名度，但其在一定范围内仍然能够与其身份产生直接的关联，能够在一定范围内识别个人的身份，此时，其仍然应当受到法律保护。但这些别名等可能并不能达到“广为人知”的程度，按照“广为人知”的标准，该别名可能难以受到法律保护。当然，由于一般人与知名人士在知名度方面存在差异，二者的艺名、笔名所具有的影响力不同，因而，其保护程度和范围等也必然存在一定的差异。

二是与民事主体的身份具有稳定的对应性。换言之，笔名、艺名、网名、简称、字号等应当能够识别个人的身份，只有那些具有一定的社会知名度，能够代表某人、表现某个主体的笔名、艺名等，才能受到姓名权和名称权制度的保护。例如，在“罗林诉广东飞乐影视制品有限公司案”中，法院认为：“罗林以‘刀郎’为演唱者艺名，在专辑中收录多首民族风格歌曲，突出表现了西北民族的曲风特点，一经推出，其歌曲在民间广为传唱，‘刀郎’作为罗林的署名已经具有相当的认知度。尽管‘刀郎’一词具有新疆少数民族文化等含义，但因罗林以艺名方式推出其歌曲作品为公众所认知，‘刀郎’一词不仅带有原有含义而且兼具‘演唱者罗林’的特定署名含义。”^[8]最高人民法院也持此种立场，例如，在“迈克尔·乔丹与国家工商行政管理总局商标评审委员会争议案”中，最高人民法院认为，姓名权保护的对象虽然不要求与特定个人具有唯一的对应性，但是这种身份的识别与对应必须是稳定的^[9]，也就是说，人们必须能够通过称呼识别出特定个人，甚至可以说这种称呼与特定人之间存在一种“可替代性”。

三是被他人的使用行为足以使社会公众产生混淆。如果个人笔名、艺名等的使用不会使社会公众产生混淆，就表明该个人称号不足以标识个人的身份，其也难以受到法律保护。笔名、艺名受法律保护的原因在于，其功能与姓名的功能相同，能够起到标识个人身份、防止个人身份混淆的作用，当然，也不是所有的笔名、艺名等都受法律保护，从《民法典》第1017条的规定来看，只有足以造成个人身份混淆的，才能受到法律保护。此处所说的“社会公众”并不当然泛指称一般的社会公众，而应当是相关领域的社会公众。例如，判断“刻刀张”这一称呼是否为社会公众所知悉时，此处的社会公众就应当限于从事雕刻艺术领域的特定人群。正是由于这些称呼能够为社会公众所知悉，所以，行为人在使用这些称呼时容易产生混淆，从而构成侵权。

三、姓名权、名称权规则对笔名、艺名等的扩张保护

依据《民法典》第1017条的规定，具有一定社会知名度，被他人使用足以造成公众混淆的笔名、艺名、网名、译名、字号、姓名和名

称的简称等，参照适用姓名权和名称权保护的有关规定。如何理解此处所说的“参照适用姓名权和名称权保护的有关规定”？笔者认为，参照适用实际上是扩张适用姓名权规则，以保护笔名、艺名等权益，具体而言，包含如下含义。

第一，笔名、艺名、简称等不能等同于本名和名称。扩张保护并不意味着具有一定社会知名度的笔名、艺名、网名、字号、姓名等，被他人使用足以造成公众混淆的，与本名或名称完全等同。一方面，本名和名称只能有一个，与个人身份具有唯一对应性，而笔名、简称等可以有多个。例如，在正式的法律文书中只能使用本名和名称，而不能使用笔名、艺名、简称等。即便是具有一定社会知名度的笔名、艺名、网名、字号、姓名和名称的简称等，要受到姓名权规则的保护，也必须符合一定的条件。另一方面，笔名、艺名、简称等与姓名、名称受到法律保护的条件不同。姓名和名称受到法律保护，而不需要其具有相应的社会知名度，而从《民法典》第1017条的规定来看，笔名、艺名、简称等受到法律保护的前提是具有一定的社会知名度。二者之所以存在此种差别，就是因为姓名和名称与特定主体的身份具有唯一对应性，而笔名、艺名、简称等并不当然能够识别特定主体的身份，只有其具有一定的社会知名度，才能具有身份识别功能，才有受到法律保护的必要。

第二，在笔名、艺名、简称等受到侵害时，权利人可以依据姓名权和名称权的规则向行为人提出请求，要求其承担法律责任。

第三，姓名权、名称权的部分规则可以参照适用于对笔名、艺名、简称等的保护。例如，《民法典》第1014条规定：“任何组织或者个人不得以干涉、盗用、假冒等方式侵害他人的姓名权或者名称权。”该规则也可以参照适用于笔名、艺名、简称等的保护，即任何人不得以干涉、盗用、假冒等方式侵害他人的笔名、艺名、简称等。

从《民法典》第1017条的规定来看，笔名、艺名、网名等虽然可以受到法律保护，但与本名是有区别的，其并不是姓名权的客体，不能等同于本名，其区别主要表现在：一方面，从构成上看，姓名是指自然人的姓氏和名字，是自然人在社会中区别人于他人的标志和代号，因此，姓名在内容上应当是包含姓氏和名字，而个人的笔名、艺名、网名等虽然也能起到与姓名类似的标识个人身份的作用，但其并不包含个人的姓氏和名字，因此不应当属于姓名。通常，个人的姓名的命名需要遵循一定的规则，姓氏本身代表往往从家族传承下来，而父母给子女所赋予的名字往往也遵循一定的规则。这些规则限制对笔名、艺名、网名等并不存在。另一方面，姓名需要登记，而别名等称呼并不需要登记。与笔名、艺名、网名等的命名和变更相比，姓名的命名

和变更也受到更为严格的限制。关于姓名的命名，依据《居民身份证法》及《国家通用语言文字法》规定的精神，居民身份证姓名登记项目应当使用规范汉字填写；同时，《姓名权立法解释》也对姓名的命名进行了严格限制，其目的在于维持相关的伦理关系。而笔名、艺名、网名等的设定和变更则没有严格的限制，个人可以根据自己的意愿设定和变更此类称号。另外，两者受到法律保护的条件不同。姓名一旦登记，就应当受到法律的保护，而别名等称呼并不当然受到法律的保护，只有具有一定的知名度、能够为相关公众所知悉的别名，才具有识别个人身份的功能，也才可能受到法律保护。从实践来看，一个业余作家也会有笔名，一个爱好戏剧的票友也可能有艺名；互联网空间中，普通用户大量使用网名。但上述称号如果不具备上述条件，便难以受到法律保护。

（撰稿人：王利明）

[1]最高人民法院公报，2001（5）。

[2]最高人民法院（2016）最高法行再31号行政判决书。

[3]川大致函反对泸州医学院更名教育部：正处理更名争议.中国青年报，2015-06-18.

[4]王泽鉴.人格权法.自版，2012：139.

[5]崔建远.姓名与商标：路径及方法论之检讨.中外法学，2017（2）。

[6]五十岚清.人格权法.铃木贤，葛敏译.北京：北京大学出版社，2009：118.

[7]李永军.论姓名权的性质与法律保护.比较法研究，2012（1）。

[8]北京市第一中级人民法院（2006）一中民终字第6252号民事判决书。

[9]关于“乔丹”是否属于迈克尔·杰弗里·乔丹姓名权的保护范围，参见最高人民法院（2016）最高法行再27号行政判决书；关于“QIAODAN”是否属于迈克尔·杰弗里·乔丹姓名权的保护范围，参见最高人民法院（2016）最高法行再31号行政判决书。

第四章 肖像权

第一千零一十八条

自然人享有肖像权，有权依法制作、使用、公开或者许可他人使用自己的肖像。

肖像是通过影像、雕塑、绘画等方式在一定载体上所反映的特定自然人可以被识别的外部形象。

本条主旨

本条是关于肖像权概念和内容的规定。

相关条文

《民法总则》第110条规定：“自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利……”

《侵权责任法》第2条规定：“侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”

《妇女权益保障法》第42条规定：“妇女的名誉权、荣誉权、隐私权、肖像权等人格权受法律保护。禁止用侮辱、诽谤等方式损害妇女的人格尊严。禁止通过大众传播媒介或者其他方式贬低损害妇女人格。未经本人同意，不得以营利为目的，通过广告、商标、展览橱窗、报纸、期刊、图书、音像制品、电子出版物、网络等形式使用妇女肖像。”

一、肖像的概念和特征

关于肖像的内涵，学理传统上将其限于以面部特征为中心的外部形象，即肖像应当限于个人的面部特征，也即肖像应当再现自然人的面部特征，自然人的其他身体特征即便能够反映个人的外在形象，也不应当属于肖像。^[1]但是，随着造型艺术的发展，雕塑、素描、剪影等展现人物肖像的方式大量产生。尤其是随着电脑合成技术的发展，将他人面部以外的身体部位与其他人的其他身体部位予以组合，合成全新的形象，在技术上已变得极为简单。某个名人的姿态、动作、声音都有可能通过电脑处理而和他人的头像、身体嫁接，用于木偶剧或广告中。因而，对面部特征以外的身体部位的人格利益的保护变得越来越重要。肖像并不限于个人的面部特征，个人的其他身体部分特征（如个人的肢体动作等）如果能够反映个人的外在形象，即便其识别度低，也应当将其认定为肖像。^[2]因此，肖像的保护范围也应当扩大。正是基于这一原因，本条第2款在规定肖像的概念时，放弃了“以面部为中心”说，而转向“可被识别性”说。

依据这一规定，肖像是指通过摄影、雕塑、录像、电影等方式在一定载体上所反映的特定自然人可被识别的外部形象。通过可被识别性的标准界定肖像内涵的意义主要在于：一方面，从“以面部为中心”到“可被识别性”的转化，旨在扩大肖像的保护范围。这一转化实际上扩大了肖像权的保护范围，将面部以外的具有可识别性的其他身体特征纳入肖像权的保护范畴，符合肖像权制度设立的初衷。例如，某人特有的肢体动作、背影等，如果为相关公众所知悉，能够对外展现个人的形象，则应当受到法律保护，而如果将肖像的内涵限于面部特征，则面部以外的具有可识别性的身体特征将难以受到法律保护。另一方面，符合现代社会造型艺术、电脑合成技术等的发展需要，符合了互联网、大数据时代的要求。此外，此种规定也与我国司法实践的经验相契合。在我国司法实践中，已有一些法院在裁判中扩张了肖像的内涵，而没有将其限于面部特征，例如，在“深圳市松吉电动自行车有限公司与赵某肖像权纠纷上诉案”中，法院认为，“对肖像权的保护范围应当进行适当的扩张解释，将与肖像有密切联系的形象解释为涵盖在肖像之中。当某一角色形象能够反映出饰演者的体貌特征并与饰演者具有可识别性的条件下，应当将该形象作为自然人的肖像予以保护”^[3]。

根据《民法典》第1018条，肖像具有如下特征。

第一，个体性，即肖像必须是单个个体的肖像，并为个人所特有。肖像反映自然人身体的外部形象，是某个人与其他人相区别的重要标志。换言之，肖像以形象标记着自然人的特征。肖像是自然人享有的重要人格利益，并且只能由自然人享有。在例外情况下，数个自然人的肖像组合在一起也可以形成集体肖像，此种肖像既具有个体性，又具有集体性。此外，对法人来说，因其只是一个社会组织而并没有具体的形象，因而不可能具有肖像。即使是反映某个企业形象的摄影、照片等，也不是肖像。当然，个人应当是真实的个人的形象的再现，至于虚构的人物形象，如孙悟空、米老鼠、唐老鸭等，均不属于法律意义上的肖像。^[4]

第二，载体性。就是说，肖像必须是在一定影像、雕塑等载体上反映出来的个体形象，法律上的肖像是指个人的外部形象所形成的区别于他人的要素，并可以通过绘画、照相、雕刻、录像、电影等艺术形式使个人外貌在物质载体上再现的视觉现象。也就是说，肖像作为个人的外部形象，应当可以通过再现和再创造等方式予以一定程度的再现，这也要求肖像必须要脱离肖像权人且固定在一定的物质载体上，才能够为外力所支配，可以由肖像权人独立地使用或许可他人使用，并体现出一定的财产价值。肖像必须是对一个特定的、可辨认的人的视觉表现，仅对个人面部特征的文字描述不是肖像。^[5]某人的外貌形象如果不能固定下来，则既不能使用，也不存在肖像权的问题。^[6]肖像的载体既包括物理载体，如雕塑、照片等，也可以是电子载体，如在电脑等电子产品中再现个人的形象。随着科技的发展和艺术创作手段的日益丰富，肖像的表现形式也越来越多样化，现在通过电脑制作、扫描甚至舞台表演等各种方式都可以再现个人的肖像。电脑所采用的“六维空间”技术，甚至可以将画像、人体雕塑通过复制再现出活生生的形象。个人的肖像如果没有在载体上反映出来，而仅仅是个人面部的形象，则很难受到肖像权的保护。例如，在某人脸上打叉，应当构成对他人人格尊严的侵害，而不构成对他人肖像权的侵害。也就是说，只有个人的形象通过一定的载体表现时，相关行为才有可能构成对肖像权的侵害，如偷录、偷拍他人形象等。肖像能够而且必须固定在一定的物质载体上，这也是肖像与名誉、隐私等人格利益的重要区别。

但肖像本身不能等同于物质载体。有学者认为，载体性是肖像概念的本质属性。^[7]笔者认为，此种看法是值得商榷的，尽管肖像可以以物质载体表现出来，但肖像本身并不等同于物质载体，二者不能混淆。如果照相馆丢失其为顾客拍摄的照片，或者某人将他人照片撕毁，不能认定为侵害肖像权，而只能将其视为违约或侵害一般的财产权。

第三，再现性。一方面，再现性是指以艺术手段创造出来的肖像必须是现实生活中实际存在的人的肖像的反映，即肖像的主体需为实在的个人而非虚拟的人，因而客观性与前述的个人性是密切联系的。肖像是一种外在形象，必须能够为人们所认识，艺术作品中虚拟的人物形象，如根据鲁迅《阿Q正传》而绘制出来的阿Q形象，虽具有一定的形象性，但因为不具客观性，所以不应作为肖像权客体的肖像，此种形象应当通过著作权法等法律规则加以保护。另一方面，客观再现性是指肖像必须客观上展现了人物的外部形象。个人的肖像应当具有再现性，此种再现既可以是客观再现，也可以是通过艺术加工的方式，如通过漫画、雕塑等艺术手法再现，再现的形象只要具有可识别性，都可以受肖像权规则的保护。

第四，外部形象性。肖像权所保护的个人外部形象不限于个人的面部形象，其保护个人全部的外部形象，如乔丹上篮的动作、杨丽萍跳舞的舞姿等，而不仅仅限于个人的面部特征。也就是说，相关的外部形象，只要具有可识别性，都可以为肖像权所保护。需要指出的是，肖像权保护的是个人的外部形象，个人的身体隐私部位等，不受肖像权的保护，而应当是隐私权保护的对象。

第五，可识别性。所谓可识别性，是指通过某种技术手段再现的个人肖像必须能被人们辨认为具体的某个人，可识别性是肖像的核心特点，因为肖像的本质在于指向特定人的可识别性。个人可再现的外部形象要受到法律的保护，相关主体可以通过一定的载体识别出个人的身份。反之，如果相关主体不能从肖像载体中识别出个人的身份，则该个人的外部形象就不具有可识别性，其也就不属于肖像权意义上的“肖像”。从我国司法实践来看，多数法院采用了社会一般人的识别标准，也就是说，如果社会一般人能够从相关的肖像载体中识别出特定的个人，则应当认定该肖像具有可识别性。例如，在“徐熙媛与广州雅升化妆品有限公司肖像权纠纷案”中，被告认为自己只是采用了一个女性的形象而非本案原告的肖像。一审法院认为，“自然人的肖像权是指自然人对于自己的照片、画像、录像、塑像等具有物质载体的视感影像依法享有的不受侵犯的权利。即肖像权对身体的部位并无具体指定，只要能够让人从视觉形象上感知此为具体的某个人即为肖像权含义”。二审法院则直接以“一般人的认知标准”作为可识别性的具体判断标准。^[8]笔者赞同此种观点，即在判断肖像是否具有可识别性时，应当以社会一般人能否识别作为判断标准。实践中，判断某座雕塑、某幅漫画等是否反映了某个自然人的肖像，关键要看这些作品的内容是否具有可识别性。这就意味着，肖像不仅应当反映人的外在形象，而且所反映的个人外在形象应当清晰、真实，使一般人能够明确地辨认出该肖像为何人的形象。

第六，人格性。一般认为，肖像可从美术上的意义和法律上的意义两个层面来理解。美术意义上的肖像是通过绘画、照相或者其他技术手段模仿人物外形而塑造形象、以描绘人物形象为内容进行的艺术创造，它是以再现和复制人物外形为中心和基点的再创造。法律意义上的肖像是自然人的人格利益，它是个人因为其外部特征而享有的利益。^[9]但肖像作为一种人格标识，不仅可以使肖像权人与其他人相区别，而且也体现了肖像权人的尊严和人身利益。肖像常常与个人的隐私、名誉发生紧密联系。所以肖像不仅仅具有美术上的意义，而且具有法律上的意义，它是法律所保护的重要法益。

二、肖像权的特征

《民法典》第1018条第1款规定，“自然人享有肖像权”，肖像是自然人以自己的肖像所体现的利益为内容，依法制作、使用、公开或者许可他人使用自己的肖像的权利。肖像权是以肖像所体现的人格利益及财产利益为内容的民事权利，它直接关系到自然人的人格尊严及其形象的社会评价，是自然人所享有的一项重要的标表型人格权。从比较法上看，对肖像权的保护主要有如下几种模式：一是通过侵权责任的一般条款来保护个人的肖像权（如法国），或通过侵权法保护肖像利益；二是通过特别立法的方式保护肖像权（如德国发布了《艺术与著作权法》）。^[10]我国《民法总则》第110条则从正面确权的角度对肖像权作出了规定。人格权编专章规定了肖像权。肖像权主要具有如下特点。

1. 是专属于自然人的权利

肖像权的专属性是由肖像的专属性决定的。肖像作为人的形象的再现，是个人与生俱来的人格利益，是个人特定化的标志，由此决定了某人的肖像只能是该自然人所享有的肖像权的客体。肖像权作为一种标识性的权利，只能为自然人享有，它既不能被抛弃，也不能被转让，更不能被继承。有一种观点认为，自然人许可他人使用自己的肖像（如允许他人以自己的肖像做广告、制作挂历等）是转让自然人的肖像权。笔者认为，肖像权相对于其他人格权而言，专属性较弱，因为肖像权人既可以自己对肖像进行商业利用，也可以许可他人进行商业使用，但肖像权并不具有可转让性，从这个意义上说，肖像权也具有专属性。

2. 以肖像利益为客体

肖像权人所享有的各项权利，如依法制作、使用、公开或者许可

他人使用自己的肖像，都是以自己的肖像利益为客体，是在肖像利益上展开的。随着造型艺术等的发展，肖像的利用方式越来越多，肖像权的客体也出现了扩张趋势，由于肖像不再以面部特征为中心，肖像权的保护范围也将进一步扩大。另外，在肖像权人死亡后，其肖像所具有的财产价值能够成为继承的客体。例如，在“王某荣等诉松堂关怀医院等擅自使用其已故母亲的肖像作广告侵犯肖像使用权案”^[11]中，法院认为，被告擅自使用原告母亲的肖像，构成侵权，因而应当承担损害赔偿责任。在本案中，原告所继承的是死者肖像所具有的财产利益，而不是人格利益。

3.是标表型的精神性人格权

一方面，肖像权不同于名誉权等人格权之处在于，它是一种标表型人格权。所谓标表型人格权，是指以主体的外在标志为特征的人格权。由于肖像是人的外部特征，而人的外部特征通常具有唯一性，能够将主体与其他人相区分，直接体现个人的基本特征，因而肖像权是一种标表型的人格权。另一方面，肖像权主要是一种精神型的人格权。肖像权体现的是自然人的人格利益，法律对自然人肖像权的保护主要是为了维护自然人的人格尊严和精神利益的完整。

4.是具有商业利用价值的排他性权利

肖像中包含一定的财产价值，可以成为许可利用的对象，肖像权人可以通过对其肖像进行商业利用，获得一定的经济利益。^[12]例如，将名人的肖像用于挂历、商业广告、产品包装、宣传画、海报、书籍封面及其插图等。实践中，侵害肖像权的行为大多表现为未经许可人许可利用名人的肖像从事商业活动，有学者将未经许可对他人人格权进行许可利用的行为称为“人格权的强制商业化”^[13]。我国司法实践中也出现了一些未经许可对他人肖像权进行许可利用的纠纷，如“崔永元与北京华麟企业有限公司侵害肖像权、名誉权案”^[14]“王军霞诉云南昆明卷烟厂侵害肖像权案”^[15]“刘翔诉《精品购物指南》侵害肖像权案”^[16]等。鉴于肖像权可以成为许可利用的对象，有学者认为，肖像权本身具有财产属性，甚至认为，肖像权本身就是财产权。笔者认为，尽管随着人格权许可利用实践的发展，肖像权尤其是名人的肖像权具有一定的财产权属性，肖像权也因此具有积极利用的权能，但肖像权仍然是典型的人格权，它与自然人的人格相伴始终，是个人人格的外在标志。所以，肖像权中的财产利益是从属于人格利益的，肖像权可以成为许可利用的对象，并不影响其人格权的权利属性。^[17]与其他人格权的许可利用现象相比，肖像权的许可利用现象虽然更为普遍，但其本质上仍应当属于人格权而非财产权。

5.救济方式的特殊性

肖像权具有一定的财产属性，侵害肖像权不仅可能导致权利人的精神损害，而且可能导致其财产损害。尤其是公众人物的肖像，其具有较大的经济价值。因此，在未经许可对他人肖像权进行许可利用的情形下，权利人既有权主张精神损害赔偿，又有权主张财产损害赔偿，我国《民法典》第1182条专门就侵害人格权的财产损害赔偿责任作出了规定。

三、肖像权的内容

所谓肖像权的内容，是指肖像权所包含的各项权能。《民法典》第1018条第1款规定，肖像权人“有权依法制作、使用、公开或者许可他人使用自己的肖像”。据此可见，肖像权作为一种标表型的人格权，具有不同于其他人格权的内容，肖像权在内容上应包括以下四项权能。

第一，肖像制作权。肖像制作权又称形象再现权。此种权利是指自然人根据自己的合法需要，有权由自己或许可他人通过造型艺术及其他形式再现自己的形象。自然人的形象只有通过制作转化为肖像，才能脱离人体而为人们传播和利用。^[18]但是，是否再现自己的形象以及如何再现自己的形象，是肖像权人所享有的权利。未经本人同意不得为他人摄影、作画、写生以及从事其他肖像制作活动。他人在制作本人肖像时应征得肖像权人的同意。如未经同意擅自制作他人肖像，即使未予公布，亦构成对肖像制作权的侵害。^[19]肖像制作权专属于肖像权人，当然，肖像权人也可以将该权利授予他人行使。^[20]

第二，肖像使用权。虽然肖像权是一项重要的人格权，但其中包括的肖像使用权却体现了一定的财产利益，从而可以在一定程度上与权利人相分离。因肖像可固定在一定的物质载体上，为肖像权人所支配和利用，所以肖像权包含了使用权能。肖像使用权包括如下几个方面：一是肖像权人自己使用。因为肖像权也体现了一定的财产利益，所以，权利人可以通过使用自己的肖像获取一定的利益。二是权利人通过许可他人使用自己的肖像而获得一定的利益。肖像权人有权同意他人使用自己的肖像以获取适当的经济利益。但肖像权人使用其肖像，也应当符合法律、法规和公序良俗。例如，不得将其肖像用于制作淫秽图片并加以传播。^[21]非法利用他人肖像属典型的侵害肖像权行为。美国学者布劳斯登曾经认为，以营利为目的使用他人的姓名和肖像是侵害他人人格尊严的，因为将某人的肖像应用在某种产品上，就表明，该人对该产品的质量作出保证，尤其在该产品质量低劣的情

况下，更是违背肖像人意愿的。 [22] 此种观点较为准确地解释了肖像利用权存在的合理性。

第三，肖像公开权。肖像公开权是指权利人有权决定是否公开，以及采何种方式公开的权利。 [23] 行为人擅自公开他人肖像的，既构成对他人肖像权的侵害，也可能侵害他人名誉权、隐私权等权利。

《民法典》第1019条第2款规定：“未经肖像权人同意，肖像作品权利人不得以发表、复制、发行、出租、展览等方式使用或者公开肖像权人的肖像。”该规定实际上是对肖像公开权的进一步展开，从反面规定了对肖像公开权的保护。

第四，肖像许可使用权。这就是说，权利人对其肖像的归属享有专有权，也同时享有许可他人利用自己肖像的权利。虽然肖像权是一项重要的人格权，但其中包括的肖像使用权却体现了一定的财产利益，从而使之可以与权利人相分离。从比较法上看，各国普遍承认了肖像权保护的基本原则，即制作和传播个人的肖像必须经过个人的同意。这实际上是肖像许可使用权的具体体现。 [24]

在现代社会，肖像权的利用权能不断扩张，利用方式越来越广泛。这就是说，权利人对肖像权的享有不仅在于消极地防御他人的不法侵害，而且在于积极地利用肖像权获取一定的经济利益。肖像权的使用的方式和程度日益地多样化和复杂化。由于肖像权的许可利用，利用权能在肖像权内容体系中的地位日益突显。肖像权之所以可以许可利用，其主要原因在于：一方面，肖像具有可复制性，肖像在一定程度上能够与主体相分离，并且能够用于一些商业活动，权利人自己能够加以利用，也能够授权他人加以使用。众所周知，人格权通常不能够与主体相分离，无法转让，如名誉权、生命健康权等，但是也有相当数量的人格权可以在一定程度上与权利人本身相分离，权利人可以通过合同授权他人加以利用，如肖像权，甚至在权利人本身死亡以后，授权人还可以在合同所约定的范围内继续对这些权益加以使用。另一方面，肖像权具有一定的财产性。由于肖像权本身具有一定的利用价值和商业价值，能够体现一定的商业价值，不论是名人还是普通人，其肖像都具有一定的财产价值，只是在程度上存在一定的区别。例如，在“崔永元与北京华麟企业有限公司侵害肖像权、名誉权案”中，法院认为：“《实话实说》是全国知名的栏目，原告是著名的节目主持人。原告主持的《该不该减肥》节目，虽然未提及相关企业名称和产品，但使用由原告主持的该节目做广告，势必会提高广告收视率。因此，被告使用名牌栏目和知名主持人的名人效应，提高产品知名度，创造销售利润的主观目的是明确的。且该行为未经原告同意，已经构成了对原告肖像权的侵害。” [25] 可见，肖像权中包含一定

的财产利益。这些原因导致了肖像权可以被许可利用。我国民法典人格权编专门规定了肖像许可使用合同，并对合同约定不明确的解释规则、肖像许可使用合同的解除规则等作出了明确规定。《民法典》第1023条第1款规定：“对姓名等的许可使用，参照适用肖像许可使用的有关规定。”这表明肖像许可使用合同不仅适用于肖像权，而且还适用于姓名、名称等的许可使用。

此外，肖像权是一种绝对权，具有排他效力，除权利人以外，任何其他人都负有不得侵害权利人肖像权的义务。肖像权人有权禁止他人非法毁损、玷污、丑化自己的肖像，未经本人的同意，任何人不得非法使用他人的肖像。在他人侵害肖像权时，权利人有权请求他人停止侵害、排除妨害、赔偿损失。

四、肖像权与其他权利

（一）肖像权与名誉权

肖像权与名誉权密切联系，侵害他人肖像权可能同时侵害他人名誉权，实践中，此类情况主要有以下几种。

一是未经他人同意，以违背公序良俗的方法恶意使用他人肖像。以违背公序良俗的方式恶意使用他人肖像，可能导致他人社会评价的降低，从而同时侵害他人的肖像权和名誉权。例如，原告李某与被告赵某在谈恋爱期间曾合影留念，后来两人关系破裂。被告赵某为发泄怨恨，将该合影照片的底片送至某照相馆放大，并请该照相馆职工将放大的照片摆在橱窗内。照片放在橱窗展览后，原告受到他人非议，感到其名誉严重受损，遂到法院起诉，请求被告赵某和照相馆撤下照片，赔偿其精神损害。在该案中，行为人不当利用他人肖像，导致他人社会评价的降低，同时侵害了他人的肖像权和名誉权。

二是恶意丑化、玷污、毁损他人的肖像。例如，在他人肖像上打叉或添画胡须、痣、疤、疖、眼镜等，或者焚烧、撕扯、倒挂他人的肖像，从而损害了肖像人在公众中的良好形象，影响了公众对其良好的社会评价，该行为即同时侵害了他人的肖像权和名誉权。

三是未经他人同意公开他人的裸照或将他人的肖像用于有损其形象的广告，或者将他人的形象拼接于色情图片中等。该行为也可能导致他人社会评价的降低，并同时侵害他人的肖像权和名誉权。例如，某杂志刊登某影星的照片，但该照片所配文字竟是一则皮肤病药品广告，这也可能使社会公众认为该影星为该药品做广告代言，导致其社

会评价降低，该行为也同时侵害了他人的肖像权和名誉权。

在上述情况中，行为人的行为既侵害了肖像人的肖像权，又侵害了其名誉权^[26]，可能构成请求权聚合，但也可能构成请求权竞合。受害人可以在侵害肖像权请求权和侵害名誉权请求权中选择一种对其较为有利的请求权。例如，侵害肖像权请求权与侵害名誉权请求权相比较，在举证责任上更为简单，肖像权人只需证明侵害人未经其同意使用其肖像，即可成立对肖像权的侵害，而不必证明其社会评价是否降低、侵害人主观上是否具有故意和过失。因此，原告主张被告侵害其肖像权，在举证上更为简便。当然，原告如果希望恢复名誉，则只能通过主张名誉权受侵害获得救济。

尽管名誉权和肖像权存在密切关联，但二者也存在明显区别，主要表现为如下。

1.主体不同

名誉权的主体既包括自然人，也包括法人，可以说，任何民事主体都享有名誉权。但由于肖像权的客体是自然人所具有的客观的外在形态，是自然人的人格标志，法人等社会组织并不具有外貌形象，因而无法享有肖像权。实践中经常提到的某个单位的形象、某个厂家的形象，不是法律上所说的肖像。反映法人某一方面面貌的艺术作品，如关于厂容、厂貌的相片以及法人成员的集体照片等，并不是法人的肖像。

2.客体不同

名誉权的客体是名誉，是社会对权利人的一种评价，其内容相对主观，而肖像权的客体则是反映个人外部形象的肖像，较为客观。尽管肖像与名誉会有一定的联系，如良好的肖像会使人获得良好的社会评价，而丑化他人的肖像也会毁损他人名誉，但二者的客体并不相同，不可混淆。

3.内容不同

肖像权与名誉权的内容不同，由于肖像可以固定在物质载体上并为人力所支配^[27]，因而肖像可以被使用，肖像使用权是肖像权的重要内容。权利人可以通过自己行使肖像权或授权他人使用肖像而获取一定的经济利益。但名誉本身只是一种社会评价，不能像肖像那样可固定在物质载体上，因此，不能像肖像那样可以被实际使用。所以，名誉权的内容不包括对名誉的使用权。

（二）肖像权与身体权

肖像本来具有两种含义，一是附着于身体的肖像，二是再现后的形象。人的面部是人的身体的组成部分，也是人的肖像的集中体现，从这个意义上说，肖像利益和身体利益是密切联系的。肖像权保护的是再现的肖像，人的身体本身应当受身体权的保护。例如，殴打致人脸部受伤或整容不当致受害人形象受损，受害人只能以身体权受侵害为由提起诉讼，而不能认为肖像权受到了侵害。当然，如果受侵害的是再现后的形象，即使不是对脸部的再现，而是对身体其他部位的再现，也可能受到肖像权的保护，当然，此时仅涉及肖像权保护问题，而不涉及身体权问题。

（撰稿人：王利明）

[1]郭明瑞，张玉东.肖像权三题.浙江工商大学学报，2014（1）.

[2]隋彭生.论肖像权的客体.中国法学，2005（1）.

[3]广东省深圳市中级人民法院（2016）粤03民终17303号民事判决书。

[4]马卉等.对民法意义上的“肖像”之认识.建财高教理论与实践，2001（2）.

[5]Michael Henry，International Privacy，Publicity and Personality Laws，London：Butterworth，2001，p.61.

[6]杨立新.人身权法论.北京：人民法院出版社，2002：462.

[7]马卉等.对民法意义上的“肖像”之认识.建财高教理论与实践，2001（2）.

[8]广东省广州市中级人民法院（2016）粤01民终12021号民事判决书。

[9]杨立新.人身权法论.北京：人民法院出版社，2002：459-460.

[10]Gert Brüggemeier，Aurelia Colombi Giacchi，Patrick O Callaghan，Personality Rights in European Tort Law，Cambridge University Press，2010，pp.570-571.

[11]北京市崇文区人民法院（1999）崇民初字第1189号民事判决书。

[12]王泽鉴.人格权法.台北：三民书局，2012：331.

[13]王泽鉴.人格权法.台北：三民书局，2012：331.

[14]参见“崔永元与北京华麟企业有限公司侵害肖像权、名誉权案”的判决，北京市

朝阳区人民法院（1999）朝民初字第4247号民事判决书。

[15]1996年8月6日，香港大公报广告版登载一整版红山茶香烟广告，该版面右侧是王军霞在1996年亚特兰大奥运会上夺得5 000米长跑金牌后，站在领奖台上手举鲜花的照片，左侧是红山茶香烟，上方写有“热烈祝贺中国奥运代表团高奏凯歌”字样，右上侧写有“国际名烟，时尚味道”字样，下侧写明中国昆明卷烟厂出品。王军霞以该广告侵害其名誉权、肖像权为由起诉至法院，法院终审判决一审败诉的王军霞胜诉，昆明卷烟厂登报向王军霞公开道歉，并给付王军霞赔偿金80万元。辽宁高法负责人讲述王军霞告昆烟案判决几大依据.辽沈晚报，2001-05-28.

[16]北京市第一中级人民法院（2005）一中民初字第8144号民事判决书。

[17]Eric H.Reiter , Personality and Patrimony : Comparative Perspectives on the Right to One's Image , 76 Tul.L.Rev.673.

[18]杨立新等《中国民法典·人格权编》草案建议稿的说明//载王利明.中国民法典草案建议稿及说明.北京：中国法制出版社，2004：336.

[19]王泽鉴.侵权行为法.北京：北京大学出版社，2001：137-138.

[20]张红.人格权各论.北京：高等教育出版社，2016：174.

[21]张新宝.中国侵权行为法.2版.北京：中国社会科学出版社，1998：302.

[22]Bloustein , Privacy as an Aspect of Human Dignity : An Answer to Dean Prosser , 39 N.Y.U.L.Rev.962 , 988-989 (1964) .

[23]张红.人格权各论.北京：高等教育出版社，2016：175.

[24]Gert Bruggemeier , Aurelia Colombi Ciacchi , Patrick O Callaghan , Personality Rights in European Tort Law , Cambridge University Press , 2010 , p.571.

[25]“崔永元与北京华麟企业有限公司侵害肖像权、名誉权案”，北京市朝阳区人民法院（1999）朝民初字第4247号民事判决书。

[26]张新宝.中国侵权行为法.2版.北京：中国社会科学出版社，1998：300.

[27]杨立新.人身权法论.北京：人民法院出版社，2002：462.

第一千零一十九条

任何组织或者个人不得以丑化、污损，或者利用信息技术手段伪造等方式侵害他人的肖像权。未经肖像权人同意，不得制作、使用、公开肖像权人的肖像，但是法律另有规定的除外。

未经肖像权人同意，肖像作品权利人不得以发表、复制、发行、出租、展览等方式使用或者公开肖像权人的肖像。

本条主旨

本条对侵害肖像权的规则作出了规定。

相关条文

《民法通则》第100条规定：“公民享有肖像权，未经本人同意，不得以营利为目的使用公民的肖像。”

《民法通则意见》第139条规定：“以营利为目的，未经公民同意利用其肖像做广告、商标、装饰橱窗等，应当认定为侵犯公民肖像权的行为。”

《民法总则》第110条规定：“自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利……”

《侵权责任法》第2条规定：“侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。

本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”

《妇女权益保障法》第42条规定：“妇女的名誉权、荣誉权、隐私权、肖像权等人格权受法律保护。禁止用侮辱、诽谤等方式损害妇女的人格尊严。禁止通过大众传播媒介或者其他方式贬低损害妇女人

格。未经本人同意，不得以营利为目的，通过广告、商标、展览橱窗、报纸、期刊、图书、音像制品、电子出版物、网络等形式使用妇女肖像。”

理解与适用

一、本条不再将行为人具有营利目的作为肖像权侵权的构成要件

本条规定具体列举了侵害肖像权的各种行为。在《民法典》颁行前，认定侵害肖像权要以行为人具有营利目的为构成要件。根据《民法通则》第100条的规定，未经本人同意，以营利为目的使用他人肖像的行为，构成侵权行为，行为人应承担侵害肖像权的责任。《民法通则意见》第139条规定：“以营利为目的，未经公民同意利用其肖像做广告、商标、装饰橱窗等，应当认定为侵犯公民肖像权的行为。”上述规定以行为人具有营利目的作为肖像权侵权的构成要件，但何为“以营利为目的”，实践中常常发生争议。例如，在“深圳市松吉电动自行车有限公司与赵某肖像权纠纷上诉案”中，法院认为，“所谓‘以营利为目的的使用肖像’，是指对他人肖像进行具有商业性质的使用，以谋取经济利益，进而给其人格带来商业化的负面影响。因此，就本案而言，上诉人在其企业微信公众号的两篇配图文章中，使被上诉人肖像与上诉人经营产品产生一定的广告性质的关联性，从而使社会公众产生有合理根据的误解，进而使被上诉人人格受到上诉人广告的商业化侵害”。在该案中，法院要求必须“给其人格带来商业化的负面影响”，但在其他案件中，法院并没有作出此种要求，只要是未经权利人的同意的利用，即可能构成侵权。例如，在“董某诉南阳市虹光摄影图片社未经同意向他人提供其照片侵犯肖像权纠纷案”中，法院认为，《南阳邮电》所载文章在未征得肖像权人同意的情况下，使用原告肖像，在文章中，介绍了虹光摄影图片社引进彩扩设备的先进性能、摄影技术，具有明显的广告内容和作用，因此可认定被告具有营利目的。^[1]

实践证明，将行为人具有营利目的作为其侵权责任构成要件显然是不妥当的，因为：一方面，将营利作为侵害肖像权的构成要件，旨在禁止通过非法利用行为获取不当利益，主要目的在于维护肖像权人的财产利益，但事实上，肖像权作为一种人格权，主要体现的是肖像权人的人格利益和人格尊严。尽管肖像权中包含了财产因素，但财产内容只是附属的、派生的，不是肖像权的主要内容。法律保护肖像权的主要目的在于维护肖像权人的人格利益和人格尊严，而不是维护肖像权人的财产利益。如果坚持以营利作为判断侵害肖像权的责任构成

要件，则会偏离法律保护肖像权的目的，也不利于保护肖像权的人格尊严。^[2]另一方面，其将不当限缩肖像权的保护范围，使得许多非法使用他人肖像但并不是追求营利的行为不能被作为侵害肖像权处理，从而不利于保护肖像权人的利益。^[3]从实践来看，某些侵害肖像权的行为是以营利为目的^[4]，但毕竟侵害肖像权的行为类型十分复杂，除以营利为目的使用他人肖像的情形之外，还有一些其他的侵害肖像权的类型，如以歪曲、污辱等方式侵害他人的肖像权，行为人并非以营利为目的，因此，以此为标准不利于对肖像权人的保护。因为上述原因，我国《民法典》第1019条在规定肖像权侵权规则时，放弃了行为人具有营利目的这一构成要件。

二、侵害肖像权的形态

（一）丑化、污损他人肖像

丑化、污损他人肖像是指通过各种方式恶意丑化、污损他人的肖像。例如，以女电影演员的画像作为酒店女洗手间的标志。^[5]不管行为主观上是否具有营利的动机和目的，这些行为都造成了对肖像权人的利益和人格尊严的侵害，构成对肖像权的侵害。例如，在“赵某与林肯电梯（中国）有限公司、李某平等隐私权纠纷、肖像权纠纷案”中，法院认为，“林肯公司将包含有赵某肖像的证据提交劳动仲裁部门时，并未有污损、丑化、歪曲其肖像权的行为。因此，林肯公司的行为并未侵犯赵某的肖像权”。按照法院的观点，如果行为人污损、丑化他人的肖像，则构成对他人肖像权的侵害。^[6]

（二）利用信息技术手段伪造等方式侵害他人的肖像权

利用信息技术手段伪造方式侵害他人的肖像权，主要是指利用信息技术手段深度伪造他人肖像的行为，它是指通过一定利用信息技术手段，将某人的肖像换成他人的肖像，并在此基础上形成高度逼真且难以甄别的图像、声音、视频。深度伪造以换脸技术为典型。^[7]深度伪造技术出现后，出现了大量利用这一技术、伪造他人形象用于色情影片、广告宣传等的案例，给受害人造成严重损害。“AI换脸”可以随意替换视频角色面部，形成“只需一张照片，出演天下好戏”的状况。2019年6月12日，美国国会提出《深度伪造责任法案》（Deep Fakes Accountability Act），依据该法案，深度伪造内容的提供者应当在伪造作品中进行提示，得公众知晓该内容系属伪造，否则构成侵权。此外，该法案还规定了受害主体享有私人诉权，即受害的自然人可以直接向法院申请禁令或提起损害赔偿之诉，如果内容涉及隐私，也可要求不公开审理。^[8]在我国实践中，已经出现了将某人的肖像与某黄色

影片中的角色肖像互换的现象，严重侵害了他人的肖像权。例如，在“葛优与无锡施尔美医疗美容医院有限公司肖像权纠纷案”中，行为人对权利人的多张照片经过加工修改，通过深度伪造肖像并附上文字用于广告宣传。法院认为，“施尔美公司未经葛优许可，在其官方微信公众号中使用葛优饰演电视剧的剧照并进行修改，借‘葛优躺’的网络热度吸引相关公众关注、阅读，推介被告微信公众号及美容服务，具有商业性使用性质，其该使用行为侵害了葛优的肖像权，应当承担停止侵害、赔礼道歉、赔偿损失的侵权责任”^[9]。如果行为人采用深度伪造技术侵害他人的肖像权，平台明知，但仍然提供帮助，或者未采取措施予以删除，平台也应当承担连带责任。

从《民法典》第1019条的规定来看，其在规定侵害肖像权的方式时，除规定丑化、污损，以及利用信息技术手段伪造他人肖像外，还使用了“等”这一兜底性表述，表明侵害肖像权的方式并不限于上述形态。因为随着科学技术的发展，对肖像的利用方式会不断多样化，从而对肖像的侵害也会多样化，所以，该条采用了一个兜底条款，有利于适应未来发展的需要。

（三）擅自使用和公开他人肖像

依据《民法典》第1019条第1款，“未经肖像权人同意，不得制作、使用、公开肖像权人的肖像，但是法律另有规定的除外”。此类行为主要包括如下几种形态。

第一，擅自制作他人的肖像。也就是说，未经本人同意制作他人肖像。一般来说，擅自偷拍他人后，制作他人的肖像，行为人除非是以善意收藏、鉴赏他人的相片，否则，即使未将所制作的肖像传播流通，也可能构成侵权。

第二，擅自使用他人肖像。所谓擅自使用，是指未取得他人同意而非法再现他人肖像的行为，包括商业性的利用和非商业性的利用。例如，非法制作他人的肖像作品、非法复制和传播他人肖像作品等。具体来说，非法利用他人肖像的行为包括非法使用他人肖像。非法使用既包括以营利为目的而将他人肖像制成画像、照片、图片、塑像、雕像等出售给他人，或用做广告、商标、产品说明书等。例如，在“卓某诉孙某、重庆市乳品公司侵犯肖像权纠纷案”^[10]中，法院认为，孙某与重庆市乳品公司未经卓某本人同意，以营利为目的，擅自出售、印刷他人肖像作商标，是侵犯他人肖像权的行为，应当承担侵权的民事责任。非法使用也包括非以营利为目的而将制作的肖像予以公布、陈列、复制等使用行为。例如，在网络上未经肖像权人同意而粘贴、修改、下载传播他人肖像。当然，一般的善意鉴赏和收藏肖像

作品的行为不构成侵权。此外，恶意毁损、丑化他人肖像也构成侵害肖像权。例如，在网络上通过修改他人的肖像，将他人丑化，也构成非法利用。值得注意的是，未经许可利用他人肖像的行为并不限于直接利用，转发等利用也能构成肖像权侵权。在“深圳众生元网络技术有限公司与杨颖肖像权纠纷上诉案”之中，该案两级法院均认为，“虽然涉案文章转载自其他网站，被告没有对文章内容进行实质性修改，但涉案文章不仅直接提及原告的英文名称，而且还配有多幅原告的相片，被告以营利为目的转载涉案文章同样侵犯了原告的肖像权，不能因为涉案并非被告原创而免于承担侵权责任”^[11]。

第三，擅自公开他人的肖像。在互联网上，未经他人同意，擅自公布他人照片，甚至广泛传播的，即便侵权人没有营利目的，但客观上也造成了对他人肖像权，特别是肖像权中精神利益的侵害。通过互联网或其他媒体，擅自传播他人的裸照的。例如，将某演员的裸照在网络上广泛传播，这种行为可能同时构成对他人隐私权和肖像权的侵害。

行为人未经他人的同意而制作、使用或公开他人的肖像的，其所使用的肖像应当具有可识别性，即可以通过该肖像识别出特定的主体，构成侵害肖像权。可识别性在肖像权保护中的意义表现在：一是通过各种技术手段（如影像、雕塑、绘画、素描、剪影等）非法再现他人的肖像的，只有在具有可辨认性的条件下才构成侵害肖像权。肖像是通过各种艺术表现形式反映出来的某人的外部形象，个人的形象并不一定要原封不动地再现才属于肖像，绘画、雕塑等作品在再现某人的形象时，只要达到了清晰可以识别为某人的程度，便可以认为其反映了某人的肖像。二是随着肖像权的发展，需要扩展肖像权的保护范围，如侧影、形体动作、身体某个部位等也可以受到肖像的保护，但此种保护的前提是须具有可识别性。我国《民法典》第1018条采用可识别性标准，扩大了对肖像权的保护范围，但何谓可识别性？所谓可识别性，就是指社会一般人可以将通过一定的艺术手段再现的个人的外部形象，识别为某人。在判断是否可识别时，应当按照一般人的标准进行判断。这就是说，在识别过程中，应当采用合理的一般人标准，而不能仅以某个熟人是否能够辨认为标准。因为熟人熟悉某人的面部特征，从某一个特征就足以辨认出某人，但其他不熟悉的人则未必能根据某一个特征识别出某人。也就是说，被告必须利用了原告的面部形象，且该形象能够为一般人所识别。此种观点在其他案例中也被采纳。例如，在“谢某诉北京概念久芭模特责任有限公司侵犯肖像权案”中，被告在宁波举行的某模特大赛中国选拔赛的宣传材料中使用了一张胡兵等名模的一男四女模特合影。原告发现，其中一个人的身体是自己的，而头部却通过电脑手段被换成了别人的，因此到法院

起诉。一审法院判决，认为目前我国《民法通则》所保护的肖像权是指以自然人面部为中心的形态和神态的客观表现，因此，仅包括了谢某的四肢和躯干、没有其面部形象的照片不具有谢某的肖像特征。

[12]笔者认为，此种观点不无道理，本案中，行为人利用的并非原告的面部形象，不能为社会公众所识别，因此，不当受肖像权的保护。当然，即使没有面部形象，但如果能够使社会公众从该形象中识别特定的主体（例如，杨丽萍的孔雀舞，其手势极具个性），也应受到肖像权的保护。

在通常情况下，应当以社会公众能否识别作为判断可识别性的标准，但由于每个人的社会知名度不同，完全按照社会公众的标准判断可识别性，确有一定的困难。因而在特殊情形下，可以考虑按照与权利人熟悉的人的标准判断可识别性。

需要指出的是，从本条规定来看，“任何组织或者个人不得以丑化、污损，或者利用信息技术手段伪造等方式侵害他人的肖像权。未经肖像权人同意，不得制作、使用、公开肖像权人的肖像，但是法律另有规定的除外”，如何理解本条所规定的“但是法律另有规定的除外”？笔者认为，“法律另有规定的除外”就是指《民法典》第1020条所规定的肖像合理使用的各类情况，在符合法律规定的获利使用的情况下，行为人使用他人的肖像不构成侵权，但合理使用也必须在合理范围内，或者在不可避免范围内使用，超出这一范围的，也构成侵权。

三、肖像作品的著作权与肖像权的关系

《民法典》第1019条第2款规定：“未经肖像权人同意，肖像作品权利人不得以发表、复制、发行、出租、展览等方式使用或者公开肖像权人的肖像。”这涉及肖像权与著作权之间的关系协调问题。肖像权和著作权关联密切，肖像权在立法上的确立，最初就是以限制作品传播的方式出现的。尽管肖像权和著作权在历史渊源上存在密切关联，但笔者认为，肖像权和著作权存在明显区别，主要表现在：第一，两种权利的性质不同。肖像权属于人格权的范畴，而著作权属于知识产权的范畴。第二，二者保护的基点不同。著作权所保护的是经过创作活动而形成的智力成果，即作品。任何著作权都必须附着于一定的作品之上。肖像权保护的是肖像利益。著作权与个人的人身肖像并不一定有必然的关联。人的肖像如果不经再现，就不可能产生著作权，因为个人不能对自己的肖像享有著作权。第三，人身专属性程度不同。著作权的人身专属性较弱，当事人可以通过约定确定著作权人，如委托作品可以通过约定而由委托人享有著作权。而肖像权具有

很强的人身专属性，虽然权利人可以许可他人对其肖像权进行利用，但肖像权本身不得转让。第四，二者的保护方式不同。肖像权作为人格权遭受侵害时，肖像权人往往可以请求精神损害赔偿，而对著作权的侵害，通常不产生精神损害赔偿问题。

著作权和肖像权也可能会发生冲突。从实践来看，经常发生这样的情况：一方为另一方拍摄了剧照、写真集、裸照后，或者一方为某人绘制了画像后，肖像权人要求取得作品的所有权，而拍摄人、绘制人等要求取得肖像作品著作权，并通过发表、复制、发行、出租、展览等方式使用其著作权。这就产生了著作权和肖像权的冲突。从法律上说，既然拍摄人、绘制人等是著作权人，其有权保留作品，并在不损害肖像权人利益的情况下予以发表，拍摄人应当享有署名权。但是，著作权人不能未经肖像权人的许可而将裸体相片等照片予以公开，更不能擅自复制予以销售，否则将造成对他人肖像、隐私等权利的侵害。例如，某画家请模特拍照创作油画，该画家未经模特同意，将该油画参加人体油画展览，后模特委托律师对该画家起诉，其依据是被告的行为已侵害了其肖像权。^[13]

关于肖像权与著作权的冲突问题，从比较法来看，在德国法中，肖像权是在摄影作品著作权法中规定的。^[14]德国1907年《艺术与著作权法》规定：“人之肖像，限于肖像人同意得公布或公然展览。”我国《民法典》第1019条第2款规定借鉴了国外的经验，规定了肖像权优先于著作权的规则。这就是说，如果拍摄人、绘制人等在拍摄剧照、写真集、绘画时，已经与肖像权人之间作出明确的约定，只要该约定不违反法律法规的强制性规定和公序良俗，则该约定就是合法有效的，当事人应当依据约定确定当事人之间的权利义务关系。如果当事人之间没有约定，则依据《民法典》第1019条第2款规定，未经肖像权人同意，肖像作品权利人不得以发表、复制、发行、出租、展览等方式使用或者公开肖像权人的肖像。例如，画家在创作人体作品时，可以与模特协商订约，确定画家是否有权将其作品陈列、展览、复制。如果未经模特的同意或双方未达成协议，则画家虽有权制作、收藏其作品，但无权将其作品展览、陈列、复制，否则将构成对模特权利的侵害。法律作出此种规定的主要原因在于：一方面，肖像权的内容体现为个人对其肖像所享有的利益，其虽然包含经济价值，但主要是精神性利益。而著作权虽然也包括部分著作人身权，但主要是一种财产权。按照人格权一般应当优先于财产权的规则，著作人行使著作权应当取得肖像权人同意。如此规定也有利于维护人格尊严。另一方面，这也可能涉及对隐私权人的保护。例如，裸体油画涉及模特的隐私问题。人体部位属于隐私的范畴，模特自愿受聘让画家作画，表明其同意向画家公开其身体的隐私，但并不意味着模特同意将模特

油画公开展出，使其身体的各个部位暴露于公众面前。未经同意即公开展出无疑是非法披露了模特的身体隐私，构成对其隐私权的侵害。

（撰稿人：王利明）

[1]最高人民法院中国应用法学研究所.人民法院案例选：1992—1999年合订本.北京：中国法制出版社，2000：728.

[2]杨立新.肖像权//载王利明等.人格权与新闻侵权.北京：中国方正出版社，1995：284-285.

[3]在美国，新闻传播和娱乐可能不被认为是商业活动。P.L.Kunath，Lights，Camera，Animate！The Right of Publicity's Effect on Computer Animated Celebrities（1996）29 Loy.L.A.L.Rev.p.863，p.896，p.882，p.887.

[4]张红.人格权各论.北京：高等教育出版社，2016：184.

[5]朱国光.肖像权及其法律保护制度探析.法学论坛，1997（4）.

[6]浙江省嘉兴市中级人民法院（2016）浙04民终155号民事判决书。

[7]曹建峰.深度伪造技术的法律挑战及应对.信息安全与通信保密，2019（10）.

[8]曹建峰.深度伪造技术的法律挑战及应对.信息安全与通信保密，2019（10）.

[9]北京市海淀区人民法院（2018）京0108民初5972号民事判决书。

[10]最高人民法院公报，1987（1）.

[11]广东省深圳市中级人民法院（2016）粤03民终9542号民事判决书。

[12]北京市高级人民法院编.审判前沿——新类型案件审判实务.北京：法律出版社，2003：139.

[13]画家请模特拍照创作油画展出遭裸模起诉赔30万.新京报，2012-03-25.

[14]程啸，杨明宇.肖像权与肖像作品著作权冲突的研究.四川大学学报（哲学社会科学版），2000（3）.

第一千零二十条

合理实施下列行为的，可以不经肖像权人同意：

（一）为个人学习、艺术欣赏、课堂教学或者科学研究，在必要范围内使用肖像权人已经公开的肖像；

（二）为实施新闻报道，不可避免地制作、使用、公开肖像权人的肖像；

（三）为依法履行职责，国家机关在必要范围内制作、使用、公开肖像权人的肖像；

（四）为展示特定公共环境，不可避免地制作、使用、公开肖像权人的肖像；

（五）为维护公共利益或者肖像权人合法权益，制作、使用、公开肖像权人的肖像的其他行为。

本条主旨

本条是关于肖像权的合理使用的规定。

相关条文

《民法通则》第100条规定：“公民享有肖像权，未经本人同意，不得以营利为目的使用公民的肖像。”

《著作权法》第22条规定：“在下列情况下使用作品，可以不经著作权人许可，不向其支付报酬，但应当指明作者姓名、作品名称，并且不得侵犯著作权人依照本法享有的其他权利：（一）为个人学习、研究或者欣赏，使用他人已经发表的作品；（二）为介绍、评论某一作品或者说明某一问题，在作品中适当引用他人已经发表的作品；（三）为报道时事新闻，在报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体中不可避免地再现或者引用已经发表的作品；（四）报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放其他报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体已经发表的关于政治、经济、宗教问题的时事性文章，

但作者声明不许刊登、播放的除外；（五）报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放在公众集会上发表的讲话，但作者声明不许刊登、播放的除外；（六）为学校课堂教学或者科学研究，翻译或者少量复制已经发表的作品，供教学或者科研人员使用，但不得出版发行；（七）国家机关为执行公务在合理范围内使用已经发表的作品；（八）图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等为陈列或者保存版本的需要，复制本馆收藏的作品；（九）免费表演已经发表的作品，该表演未向公众收取费用，也未向表演者支付报酬；（十）对设置或者陈列在室外公共场所的艺术作品进行临摹、绘画、摄影、录像；（十一）将中国公民、法人或者其他组织已经发表的以汉语言文字创作的作品翻译成少数民族语言文字作品在国内出版发行；（十二）将已经发表的作品改成盲文出版。前款规定适用于对出版者、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台的权利的限制。”

理解与适用

一、肖像合理使用的概念

所谓肖像合理使用，是指行为人利用他人肖像虽然未经权利人同意，但基于公共利益等目的的需要，可以无偿对他人肖像加以利用的行为。^[1]在某些情形下，法律出于特定目的的考量，允许行为人不经肖像权人的同意，在一定范围之内使用肖像权人的肖像。即使使用他人的肖像，也可以免除使用人的侵权责任。此种情形，从行为人的角度来看，是一种对他人肖像权的合理使用，从肖像权人的角度来看，是对肖像权的合理限制。因为肖像权作为一种绝对权，表现为肖像权人对其肖像享有支配并排除他人非法使用的权利。但法律为了维护公共利益和社会秩序以及其他原因，可以对肖像权的内容及其行使作出限制，对肖像权的限制主要体现在肖像权的合理使用上。

人格权编之所以设置肖像权的合理使用制度，主要是基于以下原因：一方面，肖像权作为一项民事权利，可能与其他合法存在的权利产生冲突。肖像权的行使常常与其他的利益或价值发生冲突，如公共利益、新闻报道、国家职权的行使等，法律需要平衡肖像与其他价值之间的关系，不能为了保护肖像权人的利益而完全牺牲其他价值。因此，在必要的情形下，为了平衡其他利益、价值之间的关系，有必要规定肖像合理使用规则。从某种意义上说，肖像合理使用规则可以看作是对肖像权的一种限制，也就是说，在符合法律规定的条件下，即便行为人未经权利人许可而利用其肖像，也不构成对其肖像权的侵害。因此，法律有必要设置相应的规则，设定权利冲突时的解决方

案。肖像权合理使用规则就是法律有效衡平肖像权与其他权利冲突的规则。^[2]我国法律也规定了著作权、专利权的合理使用规则，其与肖像合理使用规则在功能上具有相似性。

另一方面，肖像权合理使用制度是出于维护公共利益等目的。例如，为依法履行职责，国家机关在必要范围内制作、使用、公开肖像权人的肖像。在我国司法实践中，有的法院也承认了在一定条件下，相关主体可以合理使用他人肖像。例如，在“刘翔与《精品购物指南》报社、北京精品卓越科技发展有限公司、北京中友百货有限责任公司肖像权纠纷案”中，一审法院认为，“刘翔代表国家参加奥运会比赛，进入公共领域的奥运会赛场，其肖像属于与特定意义公共事件相结合的肖像，此时刘翔作为公众人物，肖像权应当受到限制，正当的拍照摄影以及相关的媒体报道使用其肖像均属于合理使用，不构成侵权”^[3]。在该案中，一审法院认为，被告的行为构成对原告肖像的合理使用。此外，肖像权合理使用制度也是社会运行效率的必然要求。为了个人学习、艺术欣赏、课堂教学或者科学研究，在必要范围内使用肖像权人已经公开的肖像，如果对此类行为一概禁止，则正常的科研活动将难以进行。在所有的社会环境中，自然人的外部形象都是普遍存在的，因此，在从事特定活动时往往很难避免对肖像权的适用，如果全部要求获得肖像权人的许可，必将大幅降低社会效率。

需要指出的是，合理使用的范围较广，无论是从比较法上来看，还是考虑我国司法实践的传统，对于合理使用范围的规定事实上都是比例原则的反映，即便行为人有权获利使用他人的肖像，也必须在合理范围内使用，不得过度使用。从比较法上来看，对肖像权等人格权的限制的方式和程度要符合“合理必要（reasonably necessary）”原则^[4]，否则，也可能构成侵权。

二、肖像合理使用的具体情形

（一）为个人学习、艺术欣赏、课堂教学或者科学研究，在必要范围内使用肖像权人已经公开的肖像

为个人学习、艺术欣赏、课堂教学或者科学研究而使用的他人肖像构成合理使用的必须满足以下几个要件。

一是使用的目的限于学习、艺术欣赏、课堂教学或者科学研究，一般而言，从事学习、艺术欣赏、课堂教学或者科学研究活动使用他人的肖像，必须是自用，且不能以营利为目的。而一旦该使用中不含商业目的，就不应当适用合理使用的规则。例如，在课堂教学中，为

了讲述某个历史事件，必须要使用某个名人的肖像，或者在发表的论文中引用含有肖像的图片，或者为了医学教学展示含有病人肖像的图片等。为了科学研究和文化教育的目的，可以在一定范围内使用他人肖像。科学文化教育活动有时需要利用个人肖像，所以，许多国家法律规定，基于教育科学文化发展的需要可以合理使用他人肖像。^[5]例如，2001年制定的《加利福尼亚民法典》第3344条规定：“任何人采用任何方式或者在任何产品上或商品上使用已故者的姓名、声音、签名、肖像或照片，或者从事商业广告、销售、推销，将对因此而造成的损害承担责任。但在下列情况下的使用除外：在剧本、书籍、杂志等非从事商业广告或促销广告中使用已故的人的姓名、声音、签名、肖像或照片等；在具有政治和新闻价值的信息中使用。”我国《民法典》颁行前，我国司法实践中也承认了肖像合理使用规则。最高人民法院在“1990年最高人民法院（1990）民他字第28号复函”中指出，经研究认为：上海科技报社、陈贯一未经朱虹同意，在上海科技报载文介绍陈贯一对‘重症肌无力症’的治疗经验时，使用了朱虹患病时和治愈后的两幅照片，其目的是为了宣传医疗经验，对社会是有益的，且该行为并未造成严重不良后果，尚不构成侵害肖像权。因此，同意你院审判委员会的意见，即该案由二审人民法院撤销一审人民法院原审判决，驳回朱虹的诉讼请求。可见，按照最高人民法院的观点，如果某人未经他人同意而使用他人肖像，“其目的是为了宣传医疗经验，对社会是有益的”，则不构成对肖像权的侵害，这就意味着为了科学研究和文化教育的目的而在一定范围内使用他人肖像可成为阻却违法的事由。

二是必须在特定的范围内使用他人肖像。此处的必要范围应当结合特定的使用目的进行判断。对于个人学习而言，适用范围就应当仅仅局限于该个人；课堂教学的适用范围应当局限于课堂教学的参与者，即教师与学生；科学研究的范围应当局限于参与科学研究的必要人员。超出这些范围的使用，则不再属于肖像的合理使用。

三是此处的肖像必须限定于肖像权人已经公开的肖像，对于未经肖像权人公开的肖像，则不适用本款的规定。因此，采用偷拍、偷摄等方式获取他人肖像进行个人学习、艺术欣赏、课堂教学或者科学研究的，并不满足该款的要件，因而不构成合理使用。此处之所以要求是肖像权人已经公开的肖像，主要目的仍是在于保证肖像权人自决的权利。由于肖像权人已经将其肖像进行公开，这就意味着肖像权人已经行使了公开权，并愿意接受肖像公开的后果。而对偷拍、偷摄的肖像而言，权利人并未行使公开权，因此，出于特定目的的使用因为该肖像没有公开而丧失正当性。在这种情况下，偷拍、偷摄等行为即便是为了个人学习、艺术欣赏、课堂教学或者科学研究，但仍然可能构

成对他人肖像权的侵害。

四是合理使用的方​​式仅仅局限于“使用”，而不包括“制作”和“公开”。肖像权有多种利用方式，根据《民法典》1018条的规定，肖像权具有制作、使用、公开、许可他人使用等不同的行使方式。本项中构成合理使用的方​​式仅包括使用，制作和公开他人肖像的，即使满足其他要件，也不构成合理使用。

（二）为实施新闻报道，不可避免地制作、使用、公开肖像权人的肖像

新闻报道关系到社会公共利益和人民的福祉，即使是文化娱乐类的新闻报道，也能够满足人们的精神文化生活需要。新闻报道自由关系到公众知情权的实现。一方面，新闻报道经常需要使用与报道相关的当事人的肖像，许多事件本身是通过现场拍摄来报道的，如果不能利用肖像，则新闻报道将无法进行。尤其是在个人的肖像已经融入公共事件之中的情形下，对该公共事件进行报道等行为，即便涉及个人的肖像，也不应当构成对个人肖像权的侵害。例如，对大型比赛进行实况报道，即便未经运动员的许可而使其出境，也不应当构成侵权。从某种程度上说，为实施新闻报道而使用他人肖像也是出于公益的目的而使用他人的肖像。另一方面，合理使用肖像也是为了舆论监督的需要。也就是说，在媒体上刊载了某人的相片，只要使用人是出于舆论监督的正当目的而使用他人肖像，作品反映的人和事具有较强的新闻性，这种新闻价值是与公共利益、社会利益相关的^[6]，且报道的事实属实，评论正当，就不应当认定使用人对他人肖像权构成侵害。例如，某个记者拍摄街头打架、斗殴、翻越栏杆、横穿马路等各种不良现象，并予以披露，不能认为该记者构成对他人肖像权的侵害，否则就会纵容各种不法行为，损害社会公共利益。法律为鼓励舆论监督行为，维护公共利益，应当允许个人在特定情况下出于正当舆论监督需要而使用他人肖像。比较法上普遍承认了新闻媒体在新闻报道中对肖像权的合理使用。^[7]所以，在此情况下，对所涉人物的肖像权应当予以合理限制，即便新闻报道未经许可使用了他人的肖像，一般也不构成对他人肖像权的侵害。^[8]本款在借鉴比较法的经验，并总结我国司法实践经验的基础上，规定了为实施新闻报道，不可避免地制作、使用、公开肖像权人的肖像的，不构成侵权。

需要指出的是，此处所说的新闻报道，应该是指为了公共利益所作的新闻报道。本款规定事实上是对新闻报道自由这一公共利益和自然人肖像权冲突的规定，也划定了肖像权与新闻报道公共利益的保护边界。本款要求新闻报道所制作、使用、公开的肖像必须是“不可避免”的，才能够构成合理使用。此处所说的“不可避免”，应当以保持新

新闻报道的真实性和完整性所必需为标准进行判断。^[9]所谓不可避免，是指不使用他人肖像就无法完成新闻报道的目的。例如，报道庆典活动现场，为表现和反映观众的情绪，就不可避免地拍摄现场参与者的肖像。将新闻报道中利用他人肖像局限于“不可避免”的情形，就要求在某些情况下，即使不出现报道对象的肖像也可以完成报道的目的。例如，在消费者维权的报道中，完全可以使用将消费者的面部情况采取模糊处理，或对声音采取变声处理等方式，这些方式均不影响报道的完整性。因此，对于在新闻报道中使用他人肖像的，应当以“不可避免”为限。

在实施新闻报道过程中，如果不使用他人肖像虽同样可以完成新闻报道，但将影响新闻的真实性和完整性，那么就应当认为该肖像的使用是不可避免的。例如，在关于体育赛事的新闻报道中，为展现球迷的兴奋或悲伤情绪，如果不对球迷的面目表情进行拍摄，就难以传达完整的新闻信息，此时就应当认为构成了肖像权的合理使用。但即便行为人的肖像已经融入公共事件之中，如果在该公共事件范围之外未经他人许可而利用其肖像，则应当构成对他人肖像权的侵害。例如，截取运动员在比赛中的肖像，并将其运用于商业广告中，即应当构成对他人肖像权的侵害。所以，判断某一行为是否构成对肖像权的侵害时，重点应当对合理使用进行准确界定。

（三）为依法履行职责，国家机关在必要范围内制作、使用、公开肖像权人的肖像

国家机关在执行公务的过程中也有可能要制作、使用、公开自然人的肖像。公权力机关为履行职责而利用他人肖像的方式包括制作、使用、公开。所谓制作是指拍摄、录像、绘画他人的肖像，如在通缉令上印上犯罪嫌疑人的照片。使用是指不需要征得肖像权人同意而利用其肖像。例如，公安机关拍摄正在超速行驶的驾车人、司法机关在诉讼活动中使用当事人的肖像作为证据等。公开是指将他人肖像在全社会或者在一定范围内进行公开，无论是通过网络形式还是其他形式，均构成公开，如将逃犯肖像在网络上公开。本款规定，公权力机关为履行职责而制作、使用、公开使用他人肖像的，构成合理使用，不构成对肖像权的侵犯。例如，通缉犯罪嫌疑人是公权力机关行使职权的行为，也是及时依法打击犯罪的必要方式，对于维护社会公共利益具有重要作用。此时，就应当允许公安机关制作、使用、公开犯罪嫌疑人的肖像。依据本款，构成合理使用应当符合两个要求。

一是必须是依法履行职责的行为。国家机关从事这些活动时必须是为了执行职务的需要。如果是非国家机关从事维护自身利益的行为，则不能构成免责事由。例如，某企业将小偷的形象拍摄下来挂在

橱窗上并制作成录像，以作禁止他人再行盗窃的宣传。笔者认为，企业本身无权从事此种行为，应认定这构成侵害肖像权。

二是必须是在必要范围内制作、使用、公开他人肖像。所谓必要范围，是指在能够实现依法履行职责目的的情况下，要在最小范围和最轻程度上制作、使用、公开他人肖像。例如，能够只是内部使用的就不应向社会公开，能在小范围内公开的不应向全社会公开，能在系统内部公开的不应在网络上公布。本款必须要在必要范围内进行，这实际上反映了比例原则的要求。国家机关行使公权力关系到公共利益的实现，有可能要制作、使用、公开自然人的肖像，但这并不意味着要对个人权利进行完全的限制。应当仅仅在符合比例原则要求的范围内，限制自然人肖像权的行使。超出比例原则要求的行为，因为不满足“必要范围”这一要件，应当承担肖像权的侵权责任。

（四）为展示特定公共环境，不可避免地制作、使用、公开肖像权人的肖像

此种情形是指拍摄特定公共环境不可避免地制作、使用、公开他人肖像。例如，为了拍摄某一庆典活动现场，就难免对参与庆典活动的观众进行拍摄，这就构成对肖像权的合理使用。此处所说的公共环境包括私人场所之外的场景、地点、建筑物外观等。某人出现在公共场所，参加集会游行、庆典、观看体育比赛等，他人未经本人同意而拍摄公共场所的场景，如果涉及某人的肖像，但该人物的肖像在场景中并不突出，也构成合理使用。正如有学者指出的：“基于人群共处相互容忍的必要，及社会之利益，肖像权的保护应受限制。阻却违法，如拍摄公众人物、参与游行集会、仪式或意外灾变重大事故之人的照片，或拍摄风景、建筑、街道，而以人物为其点缀。”^[10]为展示特定公共环境而对肖像权进行限制应当具备几个条件。

一是肖像权人必须要出现在公共场所，参加集会游行等活动。如果没有出现在公共场所，而是在私人空间内，他人拍摄则构成对肖像权的侵害。本条仅限于展示特定“公共”环境，即必须发生在公共场合。因为在公共场合，肖像权人已经可以预期到其形象可以为他人所看见，对于自己并不希望被公共所看见的一面，权利人往往也不会在公共场合中展现，所以，在公共场合中，权利人的肖像权需要受到一定的限制。^[11]因此，适用本款需要注意，本款所规定的公共环境的展示应当以公共环境为中心，而不是以个人为中心。如果利用他人的肖像只是为了展示该自然人的特征或状态，则并不属于本款的范畴。

二是拍摄他人肖像，不是为了单纯拍摄他人肖像，而是为了拍摄事件，人物仅仅是点缀。在照片中的人物必须是不特定的人，人物只

是背景或者点缀。拍摄者并不是为了表明某人，而是为了报道某个事件。例如，在“叶某江诉云南长基房地产开发有限公司等肖像权案”中，法院认定单纯为了新闻报道而对原告进行拍摄，并不构成对肖像权的侵害。^[12]

三是符合比例原则。这就是说，在使用和公开他人肖像时，应当尽可能避免对他人肖像权的侵害。只有是“不可避免”地要使用或公开他人肖像，才具有正当性。不可避免是指不利用他人肖像就不可能达成展示特定公共环境的目的。例如，为展现某公园或广场的全民健身环境，就必须拍摄在该公园或广场运动的人群。

（五）为维护公共利益或者肖像权人合法权益，制作、使用、公开肖像权人的肖像的其他行为

本款属于兜底条款。肖像权在行使中，因各种原因都会发生与公共利益等的冲突，而合理使用的情形也不胜枚举。因此，有必要设置兜底条款，使合理使用的情形保持开放性，以适应未来发展的需要。对于此类开放的情况主要有两种情形。

一是为维护公共利益而制作、使用、公开肖像权人的肖像的其他行为。如前所述，肖像权与公共利益保护时常发生冲突，此时，对公共利益的保护应当优先于对肖像权的保护。公共利益是一个范围非常宽泛的概念，如果制作、使用、公开他人肖像是为了公共利益，则可以合理使用。公众人物肖像权的限制应当以其肖像与社会公共利益相联系为前提，如果其肖像仅仅涉及权利人的私人生活，则不得限制其肖像权。例如，偷拍名人的家庭生活的照片，即便该照片与社会公共利益没有联系，也可能构成侵害肖像权。但即使为了公共利益而制作、使用、公开肖像，如果不是“不可避免”或“必要”的，事实上并未产生两种权利的冲突，此时并不构成肖像的合理使用。虽然该款并未加入“不可避免”或“必要范围”的要件，但该条关系到公共利益保护与个人人格权保护的冲突问题，过分扩大公共利益的概念将导致个人人格权遭受不当侵害，因此，在解释上，应当遵循同类解释的规则，将维护公共利益的行为限定为与前述四点具有相当性的行为。

二是为维护肖像权人合法权益而制作、使用、公开肖像权人的肖像的其他行为。肖像权与肖像权人的其他合法权益冲突时有发生，例如，个人离家不归、杳无音信，家属和有关组织在报纸和公共场所刊登载有其肖像的寻人启事等。再如，在诉讼过程中，当事人为主张自己的权利、证明案件的事实，而在举证中涉及有关个人的肖像。因此，肖像权人失踪可能威胁生命、健康权时，张贴寻人启事以找寻肖像权人不构成肖像权侵权。由于为维护肖像权人合法权益而制作、

使用、公开肖像权人的肖像的其他行为，难以全部列举，因而需要规定兜底条款。

（撰稿人：王利明）

[1]张红.肖像权保护中的利益平衡.中国法学，2014（1）.

[2]Neethling，JM Potgieter&PJ Visser，Neethling's law of personality，LexisNexis South Africa，2005，pp.243-244.

[3]北京市海淀区人民法院（2005）海民初字第2938号民事判决书。

[4]Neethling，JM Potgieter&PJ Visser，Neethling's law of personality，LexisNexis South Africa，2005，pp.243-244.

[5]赵徽.浅谈我国肖像权保护中的“合理使用”问题.天津市政法干部管理学院学报，1999（4）.

[6]赵徽.浅谈我国肖像权保护中的“合理使用”问题.天津市政法干部管理学院学报，1999（4）.

[7]陈静.大众传播中的肖像权利研究.北京：中国传媒大学出版社，2012：53-54.

[8]张红.人格权各论.北京：高等教育出版社，2016：206.

[9]刘士国.中华人民共和国人格权法律条文建议附理由.北京：中国法制出版社，2017：160.

[10]王泽鉴.侵权行为法：第1册.北京：北京大学出版社，2001：137-138.

[11]吉尔摩等.美国大众传播法：判例评析.梁宁等译.北京：清华大学出版社，2002：237.

[12]云南省昆明市中级人民法院（2008）昆民三终字第941号民事判决书。

第一千零二十一条

当事人对肖像许可使用合同中关于肖像使用条款的理解有争议的，应当作出有利于肖像权人的解释。

本条主旨

本条规定的是肖像许可使用合同的解释规则。

相关条文

《合同法》第41条规定：“对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。”

理解与适用

一、肖像许可使用合同的概念和特征

本条是对肖像许可合同的解释规则的规定。所谓肖像许可使用，是指权利人通过合同的方式，许可他人在约定的期限和范围内使用其肖像。肖像的许可利用的实现方式往往需要通过合同来进行，比如，权利人授权许可他人商业化使用自己的肖像，在肖像许可利用授权许可合同中就需要以不侵害权利人的肖像权为前提。就肖像许可使用合同而言，被许可人应当按照约定的期限和方式使用他人肖像，否则不仅构成违约，也构成对他人肖像权的侵害。例如，在“任达华与海南正大汇龙房地产开发有限公司肖像权纠纷上诉案”^[1]中，法院认为，被告仅与原告签订《演出协议书》，而没有签订肖像权许可使用合同，其利用原告肖像的行为已经超出许可使用的范围，故构成侵权，其应当承担侵权责任。

就本质上而言，肖像许可使用合同也是一种典型的合同类型，但是这并不意味着，人格权法不能对其作出规定，因为肖像许可使用是肖像权的具体行使方式，正如建设用地使用权是物权法的调整对象一

样，肖像许可使用合同也理应受到人格权法的调整。相反，正是因为肖像许可使用合同本质上属于合同，所以有关肖像许可使用合同的成立、生效等的规则理应适用合同法总则的有关规定，但是肖像许可使用合同不同于财产权交易合同，故无法简单适用合同法的规则，应当由人格权法对肖像权等人格权许可使用合同的特殊规则作出规定。换言之，肖像许可使用合同事关人格利益的利用，这就需要在涉及合同解释、合同解除以及限制可许可利用的人格权益范围等方面构建诸多特殊的规则，因而不能完全适用合同法的规则。从法律适用角度来看，在人格权编对肖像许可使用合同作出特别规定的情形下，肖像许可使用合同的规则可视为是合同法的特别规则，按照“特别规范优于一般规范”的法理，理应优先适用人格权编的相关规定。

一般认为，肖像许可使用合同主要具有如下特征。

第一，当事人是许可人与被许可人，许可人是肖像权人。有观点认为，只有所谓“名人”才能对其肖像进行许可利用，一般人难以对其肖像进行许可利用。笔者认为，此种观点并不妥当。因为一方面，随着自媒体的发展，所谓“名人”与普通人往往难以区分，将肖像许可利用的主体范围限于“名人”并不妥当。另一方面，与所谓“名人”肖像相比，普通人肖像所包含的经济价值虽然相对较低，但其仍然可以成为商业利用的对象。从实践来看，不仅是“名人”的肖像，普通人的肖像也可以成为许可利用的对象。例如，将他人的私人活动直播到网上，可以成为商业利用的对象；再如，未经许可抓拍某人在公共场所的形象，用于制作相关的作品、广告等，显然也是对其肖像的一种利用。

第二，许可利用的客体具有特殊性。肖像许可使用合同的客体是肖像利益，这就是说，一方面，权利人是针对其人格利益而并不是财产的利用作出许可，所以其不同于一般的财产转让合同。同时，肖像许可合同的客体是肖像利益，而不是整个肖像权，因为虽然肖像权具有很强的人身专属性，不能整体转让，但肖像利益是可以许可他人进行利用的。

第三，对许可期限应当进行一定限制。人格权许可使用一般都有一定的期限限制，当事人应当在合同中对人格权许可使用的期限作出约定。被许可人仅可在许可使用的期限内利用权利人的肖像权。如果当事人未在合同中明确约定肖像权的许可使用期限，则双方当事人应当有权随时解除合同，当然，当事人解除合同时应当在合理的期限之内通知对方。诚如上文述，肖像权只能许可使用而不能转让，这就决定了肖像许可使用合同必须有一定的期限限制，否则将可能导致肖像许可使用合同异化为肖像权的转让合同，并最终有损于肖像权人的合法权益。

第四，许可使用的方式。人格权许可使用合同的当事人对于人格权的许可使用通常都要明确约定肖像使用的具体方式，例如，许可肖像在他人的特定商品包装上使用、在特定商品或服务的广告中使用等。当事人还可以在合同中对人格权许可使用的具体方式作出约定，即被许可人究竟是独占性许可使用还是非独占性许可使用。例如，被许可人是饮料的生产商，当事人可以约定，人格权人不得许可其他饮料的生产商使用其人格权。如果当事人明确约定被许可人对人格权人的人格权享有独占性使用权，则人格权人即不得再次许可他人利用其人格权，否则将构成违约。从保护人格权人的利益出发，如果合同条款就许可使用的范围约定不明确，则应当对该条款作有利于人格权人一方的解释。

第五，许可合同不具有可转让性。肖像许可合同的被许可人应当在许可使用的范围内利用他人肖像，而不能将该使用权予以转让；在肖像权人同意转让的情况下，宜将此解释为肖像权人与他人达成了新的肖像许可使用合同。有观点认为，人格权许可使用仅能使被许可人享有债权，并不符合现代社会对人格要素使用的要求，也与人格权的积极使用、收益权能不相符合，因此，我国立法应当承认具有物权性质的人格权使用权。^[2]对此，笔者认为，此种主张虽然有利于保护被许可人的利益，但其也可能使相关人格标志的利用脱离权利人的控制，从而不利于保护个人的人格尊严。因此，被许可人应当在合同约定的期限内、按照合同约定的方式对肖像加以利用，否则将构成对他人肖像权的侵害。

第六，许可合同是不要式的。这就是说，肖像许可使用合同可以采取口头形式、书面形式以及其他形式。

民法典人格权编一般规定一章中关于人格利益许可使用规则的规定可以看作是对人格利益许可使用的一般规定，而在肖像权一章中关于肖像许可使用规则的规定则是关于人格利益许可使用合同的特殊规定，二者共同构成了完整的人格利益许可使用合同规则体系。

二、肖像许可使用合同的解释

《民法典》第1021条规定，“当事人对肖像许可使用合同中关于肖像使用条款的理解有争议的，应当作出有利于肖像权人的解释”，这就确认了肖像许可合同的解释规则。所谓合同解释，是指对合同及其相关资料的含义所作出的分析和说明。^[3]即法官和仲裁员依据一定的事实，遵循有关的规则，对合同的内容和含义作出准确的说明。合同是当事人通过合意对其未来事务的安排，然而，由于当事人在订立

合同时，即使具有丰富的交易经验和雄厚的法律知识，也不可能对未来发生的各种情况事先都作出充分的预见，并在合同中将其未来的各种事务安排得十分周全，所以在合同中出现条款不明确、不具体，甚至出现漏洞，都是在所难免的。肖像许可使用合同也可能出现用语不明、含糊不清，合同的内容有遗漏，理解产生分歧等问题，因此有必要进行解释。

《民法典》第1021条首先借鉴了《著作权法》第27条的规则。

《著作权法》第27条规定：“许可使用合同和转让合同中著作权人未明确许可、转让的权利，未经著作权人同意，另一方当事人不得行使。”制定本条的基本价值理念是对人格权进行特殊保护。在《著作权法》中，在双方签订了著作权许可使用或转让合同后，受许可人或受让人仅能行使合同中明确约定的著作权利。这事实上就是规定了著作权许可使用或转让合同在有关许可或转让内容条款的解释上，有利于著作权人的规则。本条款扩大了《著作权法》仅限于转让权利内容的规定，规定“关于肖像使用条款的理解有争议的”，均应当作出有利于肖像权人的解释，从而确立了争议的解释规则。本条作出此规定的原因如下。

第一，进一步强化对权利人人格利益的保护，体现了人格权优于财产权受保护的立场。在肖像权许可使用合同发生争议的情形下，对被许可人而言，其取得的是合同债权，属于一项财产权。而肖像权人受到限制的，则是作为人格权的肖像权的行使，与人格尊严密切相关。由于人格权相较于财产权处于较高位阶，因而在人格权与财产权发生争议时，应当优先保护人格权。因此，在当事人就肖像使用条款的理解产生争议时，应当作出有利于肖像权人的解释。需要指出的是，人格权的优位并不损害当事人地位的平等，当事人的法律地位仍然是平等的，只不过因为权利效力的不同，即基于利益衡量的考虑而对人格权和财产权进行区别对待。

第二，维护个人人格尊严。人格尊严是指人作为法律主体应当得到承认和尊重。人在社会中共存，不仅要维持生命，而且要有尊严地生活。故此，人格尊严是人之为人的基本条件，是人作为社会关系主体的基本前提。由于肖像权直接关涉个人的人格尊严，因而，如果当事人对肖像许可使用合同中关于肖像使用条款的理解有争议，则作出有利于肖像权人的解释更有利于维护个人的人格尊严。

第三，肖像权许可使用合同中当事人双方可能存在谈判能力的不同。在肖像权许可使用合同中，肖像权人作为自然人，其合同的对方当事人大多为法人。双方虽然是平等的民事主体，但是在谈判过程中具有明显不平等的经验、能力等。因此，为平衡当事人双方的利益，

在当事人就肖像使用条款的理解有争议时，应当作出对肖像权人有利的解释。

当然，在作出有利于肖像权人的解释时，也要遵循合同解释的一般规则。对于合同没有约定或约定不完备的事项，不得采用类推或扩张适用某些条文的适用范围的方法作出对肖像权人不利解释。例如，在肖像权许可使用合同中约定了使用人的免责条款，对免责范围的解释，应当尽可能严格。如果该免责条款并未指明是免除合同责任还是侵权责任，因侵权责任具有一定的强制性，常常涉及公共秩序，故应尽可能地不使当事人通过协议而免责。此外，在格式条款中，有时将具体事项一一加以列举，最后用“其他”或“等等”等字样加以概括规定，对于“其他”或“等等”所包含的事项，应解释为与先前所列举的具体事项属于同一种类。如果合同条款的内涵是明确的，即按照社会一般人的理解只能做某种解释时，肖像权人不能在该解释方案之外故意曲解合同条款并主张有利于自己的解释。

（撰稿人：王利明）

[1]海南省高级人民法院（2013）琼民三终字第59号民事判决书。

[2]黄芬.商品化人格权的定限转让.河北法学，2017（1）.

[3]崔建远.合同法：修订本.北京：法律出版社，2000：324.

第一千零二十二条

当事人对肖像许可使用期限没有约定或者约定不明确的，任何一方当事人可以随时解除肖像许可使用合同，但是应当在合理期限之前通知对方。

当事人对肖像许可使用期限有明确约定，肖像权人有正当理由的，可以解除肖像许可使用合同，但是应当在合理期限之前通知对方。因解除合同造成对方损失的，除不可归责于肖像权人的事由外，应当赔偿损失。

本条主旨

本条是关于肖像许可使用合同解除的规定。

相关条文

《民法通则》第100条规定：“公民享有肖像权，未经本人同意，不得以营利为目的使用公民的肖像。”

理解与适用

一、肖像许可使用合同未规定许可使用期限的可随时解除

依据本条规定，对肖像许可使用合同而言，如果当事人在肖像许可使用合同中明确约定了期限，在合同规定的期限内，合同对当事人具有拘束力，在合同有效期限内，任何一方当事人均不得擅自解除合同。例如，在“广州艺讯演出经纪有限公司诉周某委托合同纠纷案”中，被告许可原告在报纸杂志之上使用其照片进行广告宣传，许可期限为一年。在未到一年时，被告认为原告存在违约使用肖像的行为，但是不能举证证明。被告主张解除合同，原告诉至法院。法院审理认为，虽然被告不能证明原告存有违约行为，但是被告仍然可以主张解除合同，且应当对给原告造成的损失进行损害赔偿。^[1]只有在当事人没有就许可使用期限作出约定，或者约定不明的情况下，当事人才享有随时解除合同的权利。

关于人格利益许可使用合同的解除，从比较法上看，有的立法规定了权利人一方享有任意解除权。例如，欧盟《一般数据保护条例》第7条第3款规定：“数据主体有权随时撤回其同意。同意的撤回不应影响在撤回前基于同意作出的合法数据处理。在作出同意前，数据主体应被告知上述权利。撤回同意应与作出同意拥有同样的难易度。”依据该条规定，在个人允许他人利用其个人信息的情形下，个人有权随时撤回其同意，由于个人在同意他人利用其个人信息时，其意思表示并不存在瑕疵，因而，该条所规定的“撤回”并非合同的撤销，而应当将其解释为合同的解除。这也意味着，在个人信息利用的情形下，不论当事人是否约定了许可使用期限，权利人一方均有权任意解除合同。此种规定有利于保护个人的人格尊严，即在人格权益许可使用合同履行过程中，个人的价值观等可能发生变化，其可能不愿意继续履行许可使用合同，此时，有必要允许其解除合同，当然，权利人在解除合同后，应当赔偿对方的损失。但从我国《民法典》第1022条的规定来看，其仅规定了在当事人没有约定许可使用期限或者约定不明确的情形下，当事人有权解除合同，这也意味着，在当事人明确约定了肖像许可使用期限时，当事人仍应当按照合同严守原则的要求，严格履行合同，不得擅自解除合同，这就对当事人单方解除合同的权力作出了限制。

《民法典》第1022条之所以规定当事人合同未规定许可使用期限的可随时解除，主要是基于如下理由。

一方面，在当事人没有约定肖像许可使用期限或者期限约定不明确时，此类合同在性质上属于不定期合同，就不定期合同而言，当事人对合同的存续期限并没有长远的预期，因此，即便允许当事人解除合同，也不会对其合理信赖造成损害。而且从本条规定来看，当事人在行使合同解除权时，应当在合理期限之前通知对方，其目的也在于减少当事人因合同解除而遭受的损失。

另一方面，肖像许可使用合同在性质上属于继续性合同，在未约定期限或约定不明的情形下，如果不赋予当事人解除合同的权利，可能使继续性的给付不断延续，对肖像权人而言，合同的长期延续可能损害其个人自由，允许此类合同无限延续，也会增加当事人的履约风险。^[2]因此，如果合同未规定许可使用期限，应当允许当事人可随时解除合同。

还应当看到，此种规定有利于强化对个人人格尊严的保护。在当事人没有在合同中明确约定肖像许可使用合同的期限，或者期限约定不明时，从保护个人人格尊严出发，不宜使个人长期受合同关系的拘束。有观点认为，对人格权许可使用合同而言，虽然也需要坚持鼓励

交易的价值目标，但人格权的许可使用更应当注重保障个人的人格尊严，而且在鼓励交易的价值与保障个人人格尊严的价值发生冲突时，要优先保障个人的人格尊严。^[3]此种观点值得赞同。人格权不同于财产权，对财产权交易合同而言，出于鼓励交易的目的，应当对合同的法定解除事由进行严格限制，但是对人格权而言，与鼓励交易相比，更应当注重对个人人格权的保护，解除权是当事人以单方的意思使合同效力终止的权利，人格权与个人的人格尊严具有密切关联，如果继续利用有损于个人人格尊严，为了维护尊严，就应当允许解除合同。因此，不应当仅以鼓励交易为由而严格限制人格权许可使用合同的法定解除条件。相反，从强化对人格权的保护出发，应当尽量放宽人格权许可使用合同中人格权人依法享有解除权的法定解除条件。

依据该条规定，当事人行使解除权应当符合如下条件。

第一，当事人未在合同中约定肖像许可使用期限，或者约定的期限不明确。例如，当事人虽然在合同中约定了肖像许可使用的具体事项，但并没有约定肖像许可使用的具体期限。从实践来看，当事人在订立肖像许可使用合同时，通常会明确约定肖像许可使用的起止日期，该起止日期之间的期限即为肖像许可使用的期限。在此需要讨论的是，如果当事人没有在合同中明确约定肖像许可使用的期限，但当事人约定需要完成某特定事项，完成特定事项的时间也应当属于当事人约定的肖像许可使用期限。例如，在“王某某与德清县新闻传媒发展中心，浙江德清农村合作银行肖像权纠纷案”中，德清县新闻传媒发展中心与浙江德清农村合作银行联合举办“2010德清年画宝宝”大赛，并通过网络、报纸等宣传形式发布了活动介绍，明确告知本次大赛共选拔“封面宝宝”一名，“月份宝宝”十二名，并将使用该十三名入选宝宝的照片制作“2010德清年画宝宝”挂历，入选宝宝将免费拍摄照片，并获得挂历十本及若干奖金。王某某报名参加本次大赛，并被评选为第二名，后王某某要求退出比赛。^[4]在该案中，按照当事人的约定，王某某应当接受拍摄，并允许他人在挂历中使用其照片，虽然当事人没有明确约定肖像许可使用的期限，但按照约定，其应当完成接受拍摄等事项，这实际上也确定了肖像许可使用的期限，该期限即为相关事项完成之时，此种情形并不构成肖像许可使用期限没有约定或者约定不明的情形。

第二，一方当事人行使了任意解除权。在当事人没有约定肖像许可使用期限或者约定不明的情形，要产生合同解除的效果，还要求当事人必须行使了合同解除权。任意解除权是一种形成权。所谓形成权，是指基于行为人单方的意思表示就可以发生某种法律效果的权利。也就是说，在该条所规定的情形下，只要当事人单方面作出了解

除合同的意思表示，在当事人所发出的解除合同的通知到达对方当事人时，即可产生合同解除的法律效果。当然，如果接收通知的一方对对方当事人解除合同有异议的，其有权在合理期限内提出解除异议，由法院最终确定合同能否解除。从《民法典》第1022条的规定来看，在肖像许可使用合同中，该条并没有将合同任意解除权仅赋予人格权人，任何一方当事人均可解除合同。

第三，必须在合理期限之前通知对方。从《民法典》第1022条的规定来看，在肖像许可使用合同中，当事人在行使任意解除权解除合同时，应当在合理期限之前通知对方。法律作出此种规定主要是为了给接收解除通知的一方一定的准备期限，如寻找新的订约对象，或者预留作出合同解除安排的时间等，以尽量减少其因合同解除而遭受的损失。

关于行使解除权的一方当事人应当在何种期限内通知对方当事人，该条并没有作出明确规定，这就需要根据合同履行的具体情况予以判断。一般而言，当事人的通知期限应当使对方当事人有充足的时间作出合同解除后的各种安排，以尽可能减少其因合同解除而遭受的损失。

至于当事人行使任意解除权的法律后果，该条并没有作出具体规定，但从该条规定来看，在当事人没有约定肖像许可使用期限，或者期限约定不明的情形下，如果当事人在解除合同之前的合理期限内通知了对方当事人，则即便造成对方损害，行使解除权的一方也不应负有赔偿责任。同时，鉴于肖像许可使用合同属于继续性合同，所以，合同解除原则上不具有溯及既往的效力，其仅向将来发生效力。因此，合同解除后，当事人双方并不负有恢复原状的义务。

二、合同虽然明确规定了许可使用期限，但有正当理由的，也可解除

依据本条第2款的规定，“当事人对肖像许可使用期限有明确约定，肖像权人有正当理由的，可以解除肖像许可使用合同，但是应当在合理期限之前通知对方。因解除合同造成对方损失的，除不可归责于肖像权人的事由外，应当赔偿损失”。这就对有正当理由解除肖像许可使用合同的规则作出了规定，即合同虽然明确规定了许可使用期限，但肖像权人在有正当理由的情形下，可以单方面解除肖像许可使用合同。

（一）肖像权人基于正当理由解除许可合同的理由

从比较法来看，不少国家的判例和学说确认了肖像权人基于正当理由解除许可合同。按照德国司法实践的立场，许可使用合同（Lizenzvertrag）是继续性合同。^[5]因此，学界有观点认为，就姓名权的许可使用合同而言，即使合同当事人双方没有约定解除权、终止权，该许可使用合同仍然可以依据《德国民法典》第314条基于重大事由而终止。^[6]如何认定存在一项可以终止许可使用合同的重大事由，需要在个案中结合各种情况进行利益衡量，从而判断维持合同关系不再具有期待可能性。^[7]不过，由于《德国民法典》第314条本身没有对什么是重大事由作进一步的界定，因而，重大事由的具体化通常需要结合具体的合同类型来判断。一般来说，重大事由的判断，不以一方当事人具有过错为要件，一方当事人具有过错也不足以构成重大事由。^[8]如果不可期待一方当事人继续受领或享有对方提出的给付，造成这一后果的事由也不属于该一方当事人的责任范围，即一方当事人并不能影响或阻止这一后果的发生，那么，这就构成终止合同的重大事由。^[9]

依据该条规定，如果合同明确规定了许可使用期限，仅肖像权人享有合同解除权，这与第1款所规定的任意解除权不同。当事人对肖像许可使用期限没有约定或者约定不明确的，双方当事人均享有解除合同的权利，而第2款所规定的合同解除权仅肖像权人享有，被许可人一方无权解除合同，这表明在人格权与他人财产权利发生冲突的情况下，法律原则上将优先保护人格权的立场。单方解除权本质上是为了强化对人格权的保护，体现了人格权较之于财产权处于更优越的地位。有学者认为，如果被许可人的行为影响权利人人格发展的需要，则为了满足人格权人人格利益自治的需要，应当允许其解除合同。^[10]在具备重大正当事由的情形下，人格权人应有权解除合同，此种重大事由主要是指人格权人价值观的变化，或者是被许可人的行为侵害了权利人的一般人格权。^[11]也就是说，即便当事人在合同中明确约定了肖像许可使用的期限，但如果行为人对权利人肖像的利用“影响权利人人格发展的需要”，或者侵害了其人格尊严，或者人格权人的宗教信仰或政治观念发生了变化，使继续履行合同将有损其人格尊严，则应当允许其依法解除合同。^[12]例如，肖像权人为了改变自身的形象，重新树立自己健康、阳光的形象，而不再希望自己的肖像被用于药品广告的宣传，则应当认为构成符合本条的规定，可以行使解除权。本条第2款是出于对人格权特殊保护的目。

本条赋予权利人单方解除权，是为了保障个人的人格尊严，维护其对人格利益的控制，体现了权利人对其人格利益的支配。与此同时，以“正当理由”对人格权人的这一权利进行限制，则更好地平衡了合同各方当事人的权益。

（二）肖像权人基于正当理由解除许可合同的条件

肖像权人基于正当理由解除许可合同应当符合如下条件。

1. 当事人对肖像许可使用期限有明确约定

从该款规定来看，肖像权人有正当理由解除合同适用于当事人对肖像许可使用期限有明确约定的情形，如果当事人没有在合同中约定肖像许可使用期限，或者所约定的许可使用期限不明确，则依据该条第1款的规定，双方当事人均有权随时解除合同，肖像权人解除合同时并不需要正当理由。因此，该条第2款对有正当理由解除合同的条件进行了进一步限定，即仅在当事人明确约定肖像许可使用期限的情形下，才适用肖像权人有正当理由解除合同的规则。

2. 肖像权人有正当理由

依据该款规定，在当事人明确约定了肖像许可使用期限的情形下，肖像权人仅在有正当理由的情形下才能解除合同，从立法目的判断，此处的正当理由即对人格权单方解除权的限制，是为了防止权利的滥用，是诚信原则的延伸。问题在于，如何理解该条所规定的“正当理由”？该条并没有明确规定，笔者认为，肖像权人的正当理由包括以下几个方面：一是被许可人对肖像权的使用达到不合理的程度，已经构成了对肖像的丑化、侮辱。例如，按照约定，肖像应当用于药品广告，但受许可人将其用于性病治疗广告，严重影响了肖像权人的良好形象。二是受许可人对肖像权的使用，可能给肖像权人带来严重的损失，如商家与明星订立肖像权许可使用合同，但是商家的广告违反反不正当竞争法，明星继续代言会给自己带来严重经济损失。三是肖像权人个人的价值观念转变。个人价值观念的转变也属于该条所规定的“正当理由”，也就是说，在肖像许可使用合同履行过程中，如果权利人的价值观念发生变化，例如，权利人在订立肖像许可使用合同时，其愿意将其肖像用于商业广告，但随后其价值观念发生变化，不愿意其肖像出现在商业广告中，此时，应当允许其解除合同，以维护其人格自由。

在考虑肖像权人的正当理由时，还需要考虑受许可人的违约行为，受许可人的违约可以有两种情形，即轻微违约与根本违约，在受许可人未按时支付许可使用费达到根本违约的程度时，权利人可以基于合同法定解除的一般规则解除合同，而没有必要援引该条规定解除合同。如果仅仅是轻微违约，就不应当解除合同。

从该条文整体上来分析可知，赋予肖像权人单方解除权，有利于

充分保护肖像权，解除权是当事人以单方的意思使合同效力终止的权利，人格权与个人的人格尊严具有密切关联，如果继续利用有损害个人人格尊严，为了维护尊严，就应当允许解除合同。笔者认为，该条所规定的“正当理由”既包含前述学者所言的“影响权利人人格发展的需要”，也应当包含其他一切导致人格尊严受损的情形。肖像权人有正当理由解除合同的规定，明确了肖像权优位于财产权的价值取向，强化了优先保护人格权的精神。

3.在合理期限之前通知对方

依据民法的一般规则，对于未定期限的继续性合同，通常赋予当事人通知解除权。^[13]因此《民法典》第563条第2款专门规定：“以持续履行的债务为内容的不定期合同，当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方。”本条即是对于这一规则在人格权许可使用合同中适用的确认。从该款规定来看，即便肖像权人有正当理由解除合同，其也应当在合理期限之前通知对方，这主要是为了给对方必要的准备时间，尽量减少对方因合同被解除而遭受的损失。

问题在于，如果肖像权人没有在合理期限之前通知对方其将要解除合同，则在其发出解除合同的通知后，能否产生合同解除的效力？对此有两种不同观点，一种观点认为，即便肖像权人没有在合理期限之前通知对方，其也有权解除合同，但因此造成对方当事人损失的，肖像权人应当赔偿该损失。另一种观点认为，如果肖像权人没有在合理期限之前通知对方当事人，则其解除合同的条件并不具备，其发出的解除合同的通知也不应当产生合同解除的效力。笔者赞同后一种观点，即肖像权人在合理期限之前通知对方当事人是其行使解除权的条件，因为从该款规定的文义来看，应当将该款第一句解释为关于合同解除条件的规定，第二句是关于肖像权人解除合同不当造成对方损失赔偿责任的规定，按照此种理解，肖像权人“在合理期限之前通知对方”是其行使合同解除权的基本条件之一。据此，如果肖像权人没有在合理期限之前通知对方其将要解除合同，则其所发出的解除通知将无法产生合同解除的效力。

在合同解除后，对当事人将失去拘束力，但鉴于肖像许可使用合同属于继续性合同，因此，合同解除在原则上向将来发生效力。同时，依据该条规定，因解除合同造成对方损失的，除不可归责于肖像权人的事由外，应当赔偿损失。法律之所以作出此种规定，是因为虽然肖像权人是依法行使解除权，且有正当理由解除合同，但其毕竟是在合同履行期届满前解除合同，提前解除将给对方造成一定的损失，这些损失主要包括：一是为继续履行合同已经投入的费用；二是为准备合同履行而支出的费用。

但依据上述规定，如果是可归责于对方的原因导致肖像权人解除合同，则肖像权人解除合同时，即便造成对方当事人损失，其也不负担损害赔偿责任。例如，在被许可人一方对肖像权人的肖像进行不当利用时，肖像权人有权解除合同，即便因合同解除造成对方当事人损失，其也无须赔偿。当然，如果被许可人因合同解除而遭受的损失是可归责于肖像权人的原因造成的，则肖像权人应当予以赔偿。

（撰稿人：王利明）

[1]广东省广州市天河区人民法院（2008）天法民二初字第199号判决书。

[2]王文军.论继续性合同的解除.法商研究，2019（2）.

[3]廖焕国.论人格权许可使用合同的法定解除——兼评民法典各分编草案第八百零二、八百零三条.暨南学报（哲学社会科学版），2019（8）.

[4]浙江省湖州市中级人民法院（2010）浙湖民终字第458号民事判决书。

[5]BeckOK BGB/Lorenz，52.Ed.1.11.2019，BGB§314 Rn.5；MüKoBGB/Gaier，8.Aufl.2019，BGB§314 Rn.8.

[6]MüKoBGB/Schäcker，8.Aufl.2018，BGB§12 Rn.89.

[7]BT-Drs.14/6040，178.

[8]BeckOK BGB/Lorenz，52.Ed.1.11.2019，BGB§314 Rn.8.

[9]MüKoBGB/Gaier，8.Aufl.2019，BGB§314 Rn.17.

[10]姚辉.人格权法论.北京：中国人民大学出版社，2011：395.

[11]刘召成.人格许可利用权的教义学构造.清华法学，2014（3）.

[12]Huw Beverley-Smith，Ansgar Ohly&Agnes Lucas-Schloetter，Privacy，Property and Personality：Civil Law Perspectives on Commercial Appropriation，Cambridge University Press，2005，p.137.

[13]王文军.论继续性合同的解除.法商研究，2019（2）.

第一千零二十三条

对姓名等的许可使用，参照适用肖像许可使用的有关规定。

对自然人声音的保护，参照适用肖像权保护的有关规定。

本条主旨

本条对肖像许可使用规则准用于其他人格利益的规则作出了规定。

相关条文

《民法通则》第100条规定，公民享有肖像权，未经本人同意，不得以营利为目的使用公民的肖像。

《民法通则意见》第139条规定，以营利为目的，未经公民同意利用其肖像做广告、商标、装饰橱窗等，应当认定为侵犯公民肖像权的行为。

理解与适用

一、对姓名等的许可使用参照适用肖像许可使用的规定

（一）对姓名等的许可使用参照适用肖像许可使用的规定的原因

从本条第1款规定来看，肖像许可使用规则可以准用于姓名等人格利益的许可使用，将肖像许可使用规则扩张适用于其他人格利益，这就意味着关于肖像权许可使用的规则不仅适用于肖像，实际上还为人格权的许可使用确定了一般性的规则，从而弥补了我国现行立法在这方面规定的不足。该条使许可使用制度可以适用于肖像以外的其他人格利益，具有重要意义。该条之所以规定对姓名等的许可使用参照适用肖像许可使用的规定，主要原因如下。

第一，有利于回应时代发展需求。传统社会中，社会形态比较简单，对人格权更为注重保护而非利用；随着社会的发展，对肖像、姓

名、声音、个人信息等的利用凸显出来，各种利用现象层出不穷，尤其是对个人信息的利用十分普遍，人格权编中关于人格利益许可利用的规定协调了个人信息保护与利用关系，有利于我国数据产业的发展和我国整体战略的推进。十九届四中全会决议中提到，建立健全运用互联网、大数据、人工智能等技术手段进行行政管理的制度规则。推进数字政府建设，加强数据有序共享，依法保护个人信息。该条对姓名等的许可使用参照适用肖像许可使用的规定，为个人信息等人格利益的利用提供了法律依据。

第二，有利于保护个人人格尊严。人格利益的利用和人格尊严保护并非截然对立的两个层面，人格尊严也包括对人格利益通过自己的意志自主利用，他人不得未经许可而利用，这本身就是保护人格尊严的重要方式。同时人格权编也基于人格尊严保护的要求，规定了对肖像权人等人格权人的特殊保护规则，更有利于强化对人格尊严的保护，避免因利用而损害人格尊严。在利用中，对于涉及人格利益和财产利益的冲突，尤其在解释、解除等问题上，人格权编作出特殊规定，更有利于在人格利益和财产利益的冲突中，注重对人格利益的保护。因此，该规定能够更好地实现保护人格尊严的宪法要求。换言之，人格的许可利用虽然属于商品化利用，但其并不会损害个人尊严，相反，这恰恰是对个人自由的尊重，是对私法自治的尊重，只要这种许可利用本身不违反社会的善良风俗与公共道德，就是值得肯定的，是对个人人格尊严的最大尊重。

第三，有利于协调对个人信息的保护与利用的关系。由于个人信息等人格利益具有极高的利用价值，所以法律有必要鼓励对个人信息的利用。但在大数据时代，数据开发和利用也会给个人信息保护带来巨大威胁，尤其是在数据开发、数据流通、数据共享过程中，个人信息泄露的现象频频发生。因此，各国都普遍地寻求数据流通和人格权保护之间的平衡。美国传统上更注重个人信息利用，以促进数据产业的发展，而欧盟更注重个人信息保护。但现在出现了共同的趋势，即在数据的开发、共享中，普遍重视对个人信息的保护。因此，人格权编既要重视对个人信息等人格利益的保护，同时也要注重对个人信息的利用，两者应当实现有效的平衡，无论只强调哪一个方面，都是不妥当的。因此，在规定个人信息等人格权益的保护同时，应当通过许可利用制度，鼓励对个人信息等人格利益的利用，从而有效实现保护与利用之间的平衡。

第四，构建人格利益许可利用的制度体系。依据该条规定，对姓名等的许可使用，参照适用肖像许可使用的有关规定。人格权编关于肖像许可使用合同的相关规定，不仅可适用于肖像，还可以适用于姓

名，《民法典》第993条规定：“民事主体可以将自己的姓名、名称、肖像等许可他人使用，但是依照法律规定或者根据其性质不得许可的除外。”该条是规定了许可使用的一般条款，其中就规定了姓名，两条可结合起来理解，第1023条可以说是第993条的具体化，两者共同构建了许可使用制度的体系。

（二）参照适用肖像许可使用的有关规定的范围

《民法典》第1023条第1款规定：“对姓名等的许可使用，参照适用肖像许可使用的有关规定。”依据该规定，人格权编对肖像许可使用合同相关规则不仅适用于肖像，还适用于其他的人格权益，具体包括以下内容。

一是姓名的许可使用。姓名是个人的标志，代表了某个特定人，姓名权具有强烈的专属性，姓名始终与个人人格联系在一起，不可在整体上作为财产加以转让，但在市场经济社会，自然人的姓名，特别是名人的姓名，体现了一定的财产利益，具有一定的商业价值，姓名的使用可以对产品和服务产生一定的广告或促销作用。例如，将某人的姓名作为商标、为某个企业命名，或以某人的名义从事项目研究、做广告宣传等。因此，姓名权人有权许可他人对其姓名进行利用。

二是隐私。隐私权虽然主要是一种消极防御性的权利，但在特殊情形下，也具有积极利用的权能，如权利人允许他人公开其隐私，或者允许他人将其隐私编写成个人传记等进行销售，此种情形既属于隐私的公开，也应当属于隐私的积极利用。

三是个人信息。在互联网、大数据时代，个人信息的许可使用是个人信息利用的主要方式，也是大数据产业发展的基础，个人允许他人收集、利用其个人信息，本质上就是许可他人对其个人信息进行利用。个人信息的共享实际上也是个人信息的再次许可使用。

四是个人的声音、形体动作等。随着市场经济的发展，个人的声音、形体动作等，如果具有可识别性，具有利用的价值，也可以成为许可使用的对象。例如，个人可以许可他人在其商品的包装或者服务的广告宣传中使用其特有的形体动作。

五是死者姓名、肖像等人格利益。自然人死亡后，虽然其民事主体资格消灭，但其姓名、肖像等人格特征仍然具有经济利用的价值，仍然可以成为许可使用的对象。从《民法典》第994条的规定来看，在死者的姓名、肖像等遭受侵害的情形下，其近亲属有权请求行为人承担民事责任，其中就包括了赔偿损失的责任形式，这也意味着，行

为人利用死者姓名、肖像等，通常应当取得死者近亲属的同意，这实际上也承认了死者人格利益可以成为许可使用的对象。从我国实践中发生的死者人格利益纠纷来看，一些纠纷也涉及死者人格利益的许可使用。例如，在李小龙公司诉真功夫公司一案中，李小龙公司认为真功夫公司未经李小龙继承人同意而使用李小龙形象构成侵权，其向法院提起诉讼，请求真功夫公司立即停止使用李小龙形象、在媒体版面上连续90日澄清其与李小龙无关，并请求法院判令真功夫公司赔偿其经济损失2.1亿元，以及维权合理开支8.8万元。^[1]

需要指出的是，肖像许可使用规则中对肖像权人进行倾斜保护的规则，原则上无法准用于名称的许可使用。所谓名称的许可使用，是指名称权人与受让人达成协议，允许他人使用该名称。一旦达成协议，即对当事人发生法律效力拘束力。名称许可使用的典型形态就是特许经营，即被特许人按照合同约定在统一的经营模式下开展经营活动，并向特许人支付特许经营费用的经营活动。^[2]名称许可使用通常发生在商事主体之间，通常并不需要对某一方当事人进行倾斜保护，而且与肖像权的保护不同，名称权的保护也不涉及个人人格尊严的保护，因此，肖像许可使用规则中对肖像权人进行倾斜保护的规则，无法准用于名称的许可使用。

（三）参照适用肖像许可使用的具体规定

其他人格利益许可使用具体可以参照适用肖像权的如下规则。

一是《民法典》第1021条关于合同内容有争议时应当作有利于肖像权人的解释的规则。也就是说，如果当事人对肖像许可使用合同中关于肖像使用条款的理解有争议，应当作出有利于肖像权人的解释。该条可以适用于姓名等人格利益的许可利用。

二是合同虽然明确规定了许可使用期限，但有正当理由的，也可解除。《民法典》第1022条第2款规定：“当事人对肖像许可使用期限有明确约定，肖像权人有正当理由的，可以解除肖像许可使用合同，但是应当在合理期限之前通知对方。因解除合同造成对方损失的，除不可归责于肖像权人的事由外，应当赔偿损失。”该条可以适用于姓名等人格利益的许可利用。

二、对自然人声音的保护

（一）声音是一种人格利益

声音是通过物体震动产生的声波，人的声音是由人的声带震动发出，每个人的声音都具有独特性，因而可以成为标识个人身份的重要依据。尽管在现实生活中，人们往往难以识别个人的声音，但借助计算机、人工智能算法等技术，可以很好地识别个人的声音。声音反映了一个人的性格特征，并且可以被复制、传播，因此，随着现代科学技术的发展，声音与个人身份的关联性将越来越紧密。随着人工智能和语音合成技术的新发展，声音保护的重要性日益凸显。这也决定了对声音这一人格利益的保护日益重要。从比较法上看，许多国家都对个人的声音利益予以保护，具体而言，有如下几种保护模式。

一是将声音作为一种人格利益保护。例如，《秘鲁共和国新民法典》第15条第1款规定：“未取得本人明确授权的，不得利用其肖像和声音，或在本人已死亡时，只能按顺位经其配偶、卑血亲、尊血亲或兄弟姐妹同意，方可利用之。”该法典第15条第3款规定：“在利用其肖像和声音时侵犯其本人荣誉、尊严或声誉的，上述例外不予适用。”从上述规定来看，该法实际上是将声音作为一种人格利益加以保护的。再如，法国巴黎上诉法院在1970年5月15日作出的判决中，认定下述问题“必须得到特别保护，以免受到侵害：对个人姓名、肖像、声音、隐私、名誉以及荣誉所享有的权利，被忘却的权利以及对个人自身经历所享有的权利”^[3]。

二是通过公开权对声音予以保护。公开权（publicity rights）又称形象权，是指个人对其姓名、肖像、角色、声音、姿态以及图像、卡通人物形象等人格标识所享有的进行商业利用和保护的权利。^[4]公开权本身属于财产权，而不属于人身权。作为财产权，它与物权和知识产权一样，可以转让继承。随着市场经济的发展，个人人格标志的利用方式也日益多样化，个人的声音也受到公开权的保护。如果行为人未经个人许可而出于商业目的模仿他人的声音，则将构成对他人公开权的侵害。例如，在著名的Midler v. Ford Motor Co.一案中，被告福特汽车公司在其电视商业广告中使用了与原告米德勒（Midler）声音相似的歌曲。法院指出，肖像一词应当指本人的形象，而不包括模仿。被告福特汽车公司使用的是另外一个人的声音，而不是原告米德勒的声音，因此，不构成对权利人公开权的侵害，但美国联邦第九巡回上诉法院推翻了地区法院的判决，法官认定声音如同面孔一样，具有可区别性与个性，人类的声音是表明身份的最易感受的方式，判定模仿著名歌手的声音构成侵权。^[5]美国各个州对也明确规定了对声音的保护。例如，纽约州规定保护姓名、照片、肖像和声音；肯塔基州保护声音和肖像；加利福尼亚州规定保护姓名、声音、签名、照片和肖像；而印第安纳州则保护姓名、声音、签名、图画、形象、照片以及姿态动作等人身的财产利益。^[6]

三是将声音作为其他具体人格权的内容加以保护。一些大陆法系国家的判例将声音作为一般人格权加以保护，有的将其作为隐私权或者肖像权加以保护。例如，《加拿大魁北克省民法典》第36条从隐私权的角度对声音利益进行了保护。^[7]

四是通过一般人格权对声音加以保护。由于德国规定的人格权类型较少，大量的人格利益均通过一般人格权进行保护，因此，在实践中，声音被认为是私人生活领域和私人生活秘密，受到一般人格权的保护，他人不得窃听和记录个人的声音。^[8]同时，个人声音中所包含的经济价值也受到一般人格权的保护。^[9]例如，在海因茨·艾哈特（Heinz Erhardt）案中，原告的父亲海因茨·艾哈特是著名的影星，但已经去世，被告未经原告同意而在其声音模仿秀节目中模仿了海因茨·艾哈特的声音，法院认为，声音中所包含的经济价值应受一般人格权的保护。^[10]

从今后的发展趋势来看，声音利益的重要性将日益凸显。这种重要性表现在：一方面，现代科技对声音的收集利用能力有了显著提升。现代科学技术的发展，尤其是声控技术和声纹识别技术的发展，给声音的保护带来了现实挑战。随着影视技术、声控技术、网络技术等高科技的发展，声音的利用方式越来越多样化。例如，声音可以直接发出指令，打开房门，开启电子设备，开启电脑、手机等，启动汽车，声音的独特性使其具有替代指纹等其他个人特有标志的功能，声音一旦被仿冒，就可能侵害个人的人格利益，也可能造成其他财产损失。另一方面，随着人工智能的发展，机器人通过输入、存储大量的个人语音，借助于大数据建立了机器人的神经网络，形成语音识别能力。据统计，2016年，机器在语音识别上的表现已经超过了人类的平均水平。^[11]人工智能领域对声音的开发和利用使得对声音的保护显得更加重要。与此同时，复制、传播、模仿、伪造、非法合成个人声音的方式方法越来越多，声音利益受到侵害的问题也越来越突出。近年来，声音克隆技术也迅速发展，克隆后的声音将会和真人的嫁接，与真人声音、形象完全相同的虚拟人物将会出现在银幕上。这种深度的开发利用可能导致对他人声音利益的侵害。此外，随着市场经济的发展，声音利益的经济价值也随之凸显。出于商业利益而模仿他人声音，除可能造成他人财产损失外，还可能构成不正当竞争，这就有必要强化对声音利益的保护。^[12]

在我国《民法典》颁行前，相关法律也有涉及声音的法律问题的规定。例如，2019年修正的《商标法》第8条规定：“任何能够将自然人、法人或者其他组织的商品与他人的商品区别开的标志，包括文字、图形、字母、数字、三维标志、颜色组合和声音等，以及上述要

素的组合，均可以作为商标申请注册。”依据该条规定，个人将其声音申请为商标，这实际上也是对其声音的积极利用。《民法典》第1023条对声音的保护作出了规定，该条虽然没有明确承认声音是一种具体人格权，但认可声音是一种人格利益，应当受到法律保护，有关声音保护的规则参照适用肖像权保护的有关规定，这就适应了声音利益发展的需要，强化了对个人人格利益的保护。

从我国司法实践来看，有的法院对声音利益提供了保护，并明确使用了“声音权”这一表述。例如，在“上海大承网络技术有限公司与北京天浩盛世娱乐文化有限公司合同纠纷案”中，法院认为：“×××授权天浩盛世公司代表其本人就其肖像和声音用于游戏《超××》的相关事宜对外授权，且在大承网络公司使用×××肖像权与声音权用于《超××》手机游戏营销传播期间，并没有证据证明×××本人提出异议。××公司与×××之间的合同争议抑或侵权争议，涉及独家经纪权的法律认定问题，不足以证明天浩盛世公司没有获得×××的相关授权，故对于大承网络公司主张的天浩盛世公司无权代表×××签署《合作协议》且《合作协议》效力待定的意见，该院不予采信。”^[13]从上述裁判中可以看出，个人特有的声音能够识别个人的身份，并对外展示个人的形象，在性质上属于人格利益，应当受到法律保护。权利人有权对其声音进行积极利用，同时，在行为人恶意模仿他人声音，造成他人损害时，权利人有权请求行为人承担侵权责任。

（二）声音利益的特征

声音作为一项人格权益，应当也可以受到人格权法的保护，任何人未经他人许可，侵害他人具有人格特征的声音利益可以构成侵权。据此，可以通过人格利益的保护方式对声音进行保护。声音利益主要具有如下特点。

1. 声音利益主体是自然人

《商标法》所规定的声音商标不限于自然人的声音，各种独特的声音，即使是自然界的聲音，只要具有显著性，都能注册成商标。但人格权法所保护的声音利益则仅限于自然人的声音。

2. 声音利益的客体是声音

在现代社会，自然人的声音之所以能够成为一种人格权的客体，这主要是基于如下几方面原因。

第一，具有身份识别性。每个人的声音都具有一定的特殊性，声

音也因此具有一定的身份识别功能，对有特质的声音而言，其更有利于相关信息的传播。^[14]每个人声音虽然可识别性可能存在一定的差异，但都具有一定的可识别性，通过声纹识别技术可以从声音中识别出具体的个人。自然人的声音具有独特性，据此可识别彼此，这也使个人的声音可以对外展示其个人行为 and 身份，声音也因此具有一定的人格属性。^[15]所以，恶意模仿他人声音，可能会向社会公众不当展示个人的形象，从而构成对个人人格权的侵害。例如，行为人模仿他人声音给假冒伪劣产品做广告代言，可能会降低社会公众对受害人的评价，这也构成对受害人名誉权的侵害。再如，将某人演讲声音改编，并改变相应的演讲内容，则不仅侵害个人的声音权，还可能侵害著作权。保护个人的声音利益，并不是为了保护特定的某种声音，而是为了保护能够识别出个人身份的声音。即使随着时间的推移，个人的声带可能发生变化，个人的声音也会随之发生变化，但声音仍然可以识别个人的身份，仍然应当受到声音利益的保护。

第二，具有可模仿性。每个人的声音虽然是独特的，但又是可以被他人模仿的，而一般人对这种模仿的声音难以区分，这就可能造成对他人人格利益的侵害。实践中，许多娱乐节目中都出现了声音模仿秀，甚至可以达到以假乱真的地步。对模仿的声音而言，其本质上是模仿者声带所发出的声音，并不当然构成对被模仿者声音利益的侵害。当然，如果行为人恶意模仿他人声音，故意造成身份的混淆，则应当构成对被模仿者声音利益的侵害。例如，行为人恶意模仿他人声音，恶意造成身份混淆，并将模仿的声音用于商业广告，该行为应当构成对他人声音利益的侵害。

第三，可记载性和传播性。声音虽然通过声带的震动而产生，但也可以通过一定的载体加以记载，并且可以重复播放，广泛传播，这也给声音的利用创造了条件。当然，法律保护声音利益，并不是为了保护特定的声音载体，而是为了保护该载体中的个人声音。因此，毁坏相关的声音载体通常并不会构成对他人声音利益的侵害，但擅自利用或者恶意模仿相关载体中的声音，则可能构成对他人声音利益的侵害。

3. 声音利益是具有财产价值的人格权益

声音不仅承载精神利益，而且包含一定的经济价值，能够成为商业化利用的对象。例如，授权他人将自己的声音应用于网络游戏、电视广告或智能产品之中，以此获取许可使用的费用。在视听科技不断发展的过程中，这种商业价值也相应地不断增加。

4. 声音的侵害往往伴随其他具体人格权的侵害

当然，声音利益无法被其他人格权益所涵盖，应当受到法律的保护。尽管在实践中，声音常常与姓名、肖像等人格标志一起利用，而且由于肖像、姓名等人格标志比声音的身份识别性更强，因而，声音识别个人身份的作用往往被忽视和弱化了。^[16]但事实上，声音本身应当属于独立的人格标志，具有独立的客体。声音利益的客体是个人独特的声音，个人的声音具有独特性，能够单独识别个人的身份，而并不当然需要依赖于肖像、姓名等人格标志，也正是因为这一原因，声音也具有独立的利用价值。还应当看到，对此种人格利益的支配与其他人格利益（如隐私、肖像等）的支配可以区分开，其无法被其他人格利益所涵盖。

三、对声音利益的保护可参照肖像权的规定

声音利益作为一项人格权益，应当也可以受到人格权法的保护，任何人未经他人许可，侵害他人具有人格特征的声音利益可以构成侵权。据此，可以通过人格利益的保护方式对声音进行保护。

声音与肖像关联密切，都具有识别个人身份的特征，人们听到一种声音之后想到的就是特定的人，每个人都有声纹，声纹和人的指纹、掌纹等身体特征一样，都具有唯一性、稳定性的特点^[17]，这些特点能够标明个人的身份。因此，在比较法上，如《秘鲁新民法典》，将声音利益和肖像权并列作出规定。确实应当看到，这一比较法的立法经验具有一定合理性。而且，从实践来看，二者也存在一定的交叉。例如，行为人在商业广告中利用他人模糊的肖像或者漫画、素描形象，同时配上个人所特有的声音，将更会使人们据此联想到特定的个人。正是因为声音与肖像具有相似性，可以考虑类推适用肖像权的规则对声音利益提供保护。据此，有学者认为，为了便于对声音提供法律保护，我国立法可将肖像权与声音利益进行合并，从而创设了肖像声音利益这一概念。^[18]也有观点认为，可将声音纳入肖像权的保护范围。^[19]就此，笔者认为，虽然声音利益和肖像权存在密切关联，但二者仍存在明显区别，故不宜直接混同为同一个权利，具体如下。

第一，二者的客体不同。虽然声音与肖像都具有唯一性和稳定性的特点，都能标明个人的身份，但二者标明个人身份的方式不同。肖像是可识别个人身份的外部形象，主要是指个人的面部形象，而且一般是个人有形的外部形象。而声音虽然也能识别出主体的身份，但其与肖像的有形性不同，声音是个人无形的身体特征。例如，行为人在商业广告中可以仅利用他人特有的声音，而不需要出现个人的肖像，声音的利用方式具有独立性。

第二，二者的侵害方式不同。肖像需要存在于一定的载体之上，对肖像权的侵害既可以表现为未经许可的制作、使用，也可以表现为污损、恶意毁坏他人肖像。而对声音的侵害则很难通过污损、毁坏的方式进行，如果对已经录制的光盘、影碟中的声音进行加工、改变，导致声音变形，这只是对著作权的侵害，而不应当构成对声音利益的侵害。当然，如果通过模仿他人声音恶意侮辱、诽谤他人，并导致声音利益的主体社会评价降低，则应当构成对受害人名誉权的侵害。所以，侵害声音利益只能通过模仿、盗用等方式予以实现。

第三，二者是否有实定法上的规定不同。肖像权在性质上是一项具体人格权，而声音利益在实定法中并没有被作为独立的人格权类型明确加以承认，在法律适用上，往往也只能通过准用肖像权的保护规则实现对声音利益的保护。

具体而言，肖像权的如下规则可以参照适用于声音的保护：一是《民法典》第1020条所规定的肖像合理使用规则，可以参照适用于声音的合理使用。所谓声音利益的合理使用，是指在特定情形下，法律允许行为人为公共利益的需要使用他人的声音，该行为不必征得权利人的许可，也不构成侵权。声音的合理使用行为是一种合法行为。例如，在新闻报道中需要现场采访他人，录制和播放他人的声音。在录制广播电视节目时需要播放、储存他人的声音。由于这些行为是为了实现社会公共利益，因而构成声音的合理使用，而不构成侵权。^[20]二是《民法典》第1021条、第1022条关于肖像许可使用合同的规定，可以参照适用于声音的许可使用。三是《民法典》第1019条关于禁止他人擅自制作、使用、公开肖像权人的肖像的规定，也可参照适用于声音利益的保护。

（撰稿人：王利明）

[1]李小龙女儿起诉真功夫餐饮形象侵权索赔2亿余元，法院已立案。

[2020-01-15] .https://baijiahao.baidu.com/s?id=1653954027916245783&wfr=spider&for=pc.

[2]参见《商业特许经营管理条例》第3条。

[3]Recueil Dalloz, Sirey, 1970, JPN, p.466.

[4]Michael Henry ed., International Privacy, Publicity and Personality Laws, Reed Elsevier (UK), 2001, p.88.

[5]Midler v.Ford Motor Co.549 F.2d 460 (9th Cir.1988).

[6]Thomas McCarthy, The Right of Publicity and Privacy at §5.5 (B) (4), 1995.

[7]该条规定：“特别是有下列行为之一的，为侵犯他人隐私：（1）进入或者占领他人的住宅。（2）故意截取或者使用他人的私人通讯工具。（3）盗用或者使用他人的肖像或者声音，尽管在私人寓所内。（4）尽一切可能持续将他人的私生活公开。（5）使用他人的姓名、肖像、形象或者声音，但向大众合理公开信息的除外。（6）使用他人的信件、手稿或者其他私人文件。”该条实际上是通过隐私权对声音加以保护的。

[8]Münchener Kommentar zum BGB, Rixecker, §12, Rn.90-93.

[9]Michael Hartl, Persönlichkeitsrechte als verkehrsfähige Vermögensgüter, Aufl., 2005, S.50.

[10]OLG Hamburg GRUR 1989, 666.

[11]杨澜.人工智能真的来了.南京：江苏凤凰文艺出版社，2017：17.

[12]李林启.论发展着的人格权.湖南科技大学学报（社会科学版），2012（3）；马俊驹等.论法律人格内涵的变迁和人格权的发展.法学评论，2002（1）.

[13]北京市第一中级人民法院（2017）京01民终5532号民事判决书。

[14]王国忠，赵淑华.论声音的人格标识特性和声音人格利益保护.黑龙江省政法管理干部学院学报，2015（1）.

[15]韩强.人格权确认与构造的法律依据.中国法学，2015（3）.

[16]王国忠，赵淑华.论声音的人格标识特性和声音人格利益保护.黑龙江省政法管理干部学院学报，2015（1）.

[17]杨立新，袁雪石.论声音权的独立及其民法保护.法商研究，2005（4）.

[18]徐国栋.绿色民法典草案.北京：社会科学文献出版社，2004：151.

[19]杨立新等.中国民法典·人格权编.草案建议稿的说明//王利明.中国民法典草案建议稿及说明.北京：中国法制出版社，2004：337.

[20]李丽峰，李岩著.人格权——从传统走向现代：理论与实务双重视角.北京：中国法制出版社，2007：271.

第五章 名誉权和荣誉权

第一千零二十四条

民事主体享有名誉权。任何组织或者个人不得以侮辱、诽谤等方式侵害他人的名誉权。

名誉是对民事主体的品德、声望、才能、信用等的社会评价。

本条主旨

本条对名誉权的保护规则作出了规定。

相关条文

《民法通则》第101条规定：“公民、法人享有名誉权，公民的人格尊严受法律保护，禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。”

《民法总则》第110条规定：“自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利……”

《侵权责任法》第2条规定：“侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”

《妇女权益保障法》第42条规定：“妇女的名誉权、荣誉权、隐私权、肖像权等人格权受法律保护。禁止用侮辱、诽谤等方式损害妇女的人格尊严。禁止通过大众传播媒介或者其他方式贬低损害妇女人

格。未经本人同意，不得以营利为目的，通过广告、商标、展览橱窗、报纸、期刊、图书、音像制品、电子出版物、网络等形式使用妇女肖像。”

理解与适用

一、名誉的概念和特征

一般认为，名誉是对个人客观的、良好的、综合的社会评价。

《辞海》解释说：“名为命名，誉为美誉，有令名始获美誉，谓令名曰名誉。”《民法典》第1024条第2款规定：“名誉是对民事主体的品德、声望、才能、信用等的社会评价。”该条将信用包括在名誉内，这实际上采取了较为宽泛的名誉概念。名誉具有如下特点。

第一，社会性。名誉是一种客观的社会评价，它是名誉权人通过实际的社会活动来获取公众对其声望与地位的评价。名誉是社会对个人的评价，如果只是个人的自我感觉，则不属于名誉。《布莱克法律辞典》认为，名誉是“关于一个人格或其他特点的共同的或一般的评价（Common or general estimate of a person with respect to character or other qualities）”^[1]。正是由于名誉是一种客观的社会评价，因而要求侵害名誉权的事实必须为第三人所知悉并且形成公示方能构成。

第二，美誉性。名誉是一种良好的社会评价。“名誉”，顾名思义，其包含“誉”，是一种良好的名声和美誉。如果是民事主体的负面社会评价，很难将其解释为一种权利。名誉是一种积极的、良好的社会评价，而不是指对坏名声的评价。所以说，侵害名誉权必须导致个人社会评价的降低。例如，如果行为人宣扬他人私密信息，不仅没有导致他人社会评价降低，反而提高了其社会评价，则不应当构成对其名誉权的侵害，而可能构成对其隐私权的侵害。也正是因为名誉是个人良好的社会评价，所以，其有利于人们的对外交往，并使个人获取一定的利益。有观点认为，名誉是个人最大的品牌，此种观点不无道理。

第三，客观评价性。名誉的客观评价性是由名誉的社会性所决定的。虽然对特定人的评价总是存在于社会公众的观念之中，但并不意味着名誉是一种主观概念，相反，名誉是一种客观的社会评价。一方面，名誉是客观存在的，是主体通过自身的努力和表现而应当获得的，它在客观上直接关系到主体在社会上的地位、社会成员对其信赖

的程度，关系到主体的权利与义务的取得问题。另一方面，这种客观性表现为名誉不是主体个人的主观的自我评价，所以名誉不是内部名誉（名誉感），而是外部的客观名誉。如果某人相信自己有某种能力，而实际上并无此能力，此时，就不能以个人的评价来决定其名誉的内容，也不能以个人的情感受到伤害为理由代替社会评价降低而认定他人的行为构成对其名誉权的侵害。

第四，综合性。名誉是对民事主体的一种综合评价。依据本条第2款的规定，名誉是对民事主体的品德、声望、才能、信用等的社会评价。可见，名誉既可能是对主体某一方面的评价，也可能是对民事主体的综合评价。从该规定来看，其将信用包括其中，把信用作为名誉的重要内容加以规定。当然，虽然名誉具有综合性，但是对自然人、法人名誉的某一方面进行毁损，都可能造成对整体评价的毁损，因此都可能构成对其名誉权的侵害。所以，名誉应是一种综合的评价。^[2]

第五，特定性。名誉是对特定人的社会评价，也就是说，它是对某个具体的自然人、法人或非法人组织的评价，而不是对社会一般人的评价。正是因为名誉是对特定人的评价，所以，对名誉权的侵害只有在指向特定人的情况下才能确定构成对某人名誉的毁损并应当承担侵权责任。

第六，时代性。名誉具有时代性，在不同的时期、不同社会制度中，人们的名誉观念和意识是不同的。例如，在罗马法中，名誉是完全的权利能力的外观形象，但在日耳曼法中，名誉乃指特定人不受非难，能够受到来自他人的尊敬。应该看到，名誉作为名誉权的客体，体现为一种主体的人格价值，无论何人，也无论其属于社会的何种阶层，以及其在经济上、政治上的地位如何，都应享有自身的名誉。每个人的名誉都理应受到法律的保护，对名誉的保护是人格权制度的重要内容。

名誉本身不限于对自然人的社会评价，还包括对法人、非法人组织的评价，所以，名誉权的主体具有宽泛性。应当指出，名誉作为一种社会评价，因主体性质的不同而略有区别。由于自然人与法人的性质各不相同，所以，探讨名誉的概念，应当能概括出自然人名誉与法人名誉的共性。总之，名誉是指对特定人的人格价值的一种社会评价。此处所说的“特定人”，既包括自然人，也包括法人和非法人组织。

二、名誉权的概念和特征

所谓名誉权，是指自然人、法人和非法人组织对其名誉所享有的不受他人侵害的权利。名誉权是个人的基本人权，也是个人人格尊严最直接的体现。人生于天地之间，名誉是个人与他人正常交往的基础。名誉一旦受到损害，个人就无法在社会中立足，所以在很多情况下，名誉甚至与生命同等重要。因此，名誉权作为一种重要的人格权，应当受到法律的保护。我国法律历来重视保护民事主体的名誉权。我国《民法通则》第101条规定，公民和法人享有名誉权，公民的人格尊严受法律保护，禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。《侵权责任法》第2条第2款也明确列举了受侵权法保护的权益范围中包含“名誉权”。依据法律的规定，最高人民法院的一系列司法解释都确认了关于名誉权的问题。例如，最高人民法院《民法通则意见》《关于审理名誉权案件若干问题的解答》《精神损害赔偿司法解释》等都专门对名誉权作出了规定。此外，最高人民法院的许多批复也涉及名誉权的保护问题。《民法总则》第110条也对自然人、法人、非法人组织的名誉权作出了规定。《民法典》人格权编也专门规定了名誉权。

名誉权主要具有如下特征。

1.取得的法定性和社会性

名誉权是法律赋予民事主体所享有的一项权利，受国家法律的保护，所以，名誉权作为一种人格权，不是与生俱来的自然权利，而是法定的权利。名誉权的法定性还表现在名誉权的客体范围、权利限制等问题通常亦由法律作出规定，此种规定对于正确认定名誉权的侵害问题具有重要意义。名誉权作为一种人格权，并非自然人一出生即可获得，名誉权必须在自然人从事一定的社会活动过程中经公众的相关评价才会实际取得，这也就体现了名誉权的社会性。

2.主体是自然人和法人、非法人组织

应该看到，尽管名誉权可以为自然人和法人、非法人组织所享有，但自然人的名誉权与法人、非法人组织的名誉权之间仍存在一定的区别，这表现在：一方面，名誉的内容不同。自然人的名誉主要是对个人的能力、品行、作风、思想、才干等方面的社会评价，自然人名誉本质上是其人格尊严和人格自由的体现，而法人的名誉则是对法人的商业信用、资产经营活动、经营业绩等方面的评价。对法人的评价并不会影响其人格尊严与人格自由。另一方面，侵害名誉权的方式不同。对自然人名誉权的侵害主要采用侮辱、诽谤等方式，其中侮辱既包括以暴力的方式贬低他人人格，也包括以语言文字的方式贬低他人。而对法人名誉权的侵害一般不会出现暴力侮辱等通常作用于自然

人的侵害方式。对法人名誉权的侵害通常采用的方式是捏造、散布虚假事实，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉，或者在大众公开媒介上发表的作品因内容不实或评论失当而损害法人的名誉等。侵害法人名誉权的行为有可能因违反《反不正当竞争法》的规定而构成不正当竞争行为。还要看到，两者与财产权的联系程度不同。法人的名誉权与自然人的名誉权相比，与财产权的联系更为密切，权利本身的财产性也更为明显。对法人来说，好的名誉能够为其产品带来销路，为其带来更多的交易伙伴，从而使其具有很强的竞争力。所以，侵害法人名誉权往往会使其遭受财产损失。因此，在欧洲，一些学者认为，名誉应当被视为财产的组成部分。此种观点存在一定的问题，虽然名誉权包含一定的财产价值，但其作为法人、非法人组织所享有的一项人格权，与财产权存在本质区别。

3.客体是名誉利益

名誉权的客体是指名誉权本身所保护的對象。具体来说，其是通过名誉所体现出的人格利益。名誉权的客体并非名誉本身，而是名誉所体现出的人格利益。名誉作为一种社会评价，因主体性质的不同而略有区别。就公民来说，其名誉是指社会对某公民的品行、思想、道德、生活、作用、才干等方面的社会评价。而对法人来说，因其作为一个组织体不像自然人那样享有对品行、才干、思想作风等专属于自然人的名誉，所以，法人的名誉是指对其经济活动、生产经营成果等方面的社会评价。它是在法人的整个活动中逐渐形成的，是社会对法人的信用、生产经营能力、生产水平、资产状况、活动成果、贡献等因素的综合评价。可见名誉是指对特定人的人格价值的一种社会评价。

4.内容具有综合性

与其他具体人格权相比较，名誉权的内容较为复杂，这尤其体现在其具有综合性的特点。一方面，名誉是一种综合性的社会评价，评价涉及的内容较为宽泛。另一方面，名誉权不仅包括了自然人的名誉权，而且包括了法人、非法人组织的名誉权，二者的内涵大致相同，但也存在一定的差异，如自然人名誉权更注重精神利益的维护，而法人、非法人组织的名誉权则更注重对财产利益的维护。此外，还应当看到，名誉权在内容上也具有综合性，它包括了名誉的享有和维护、排斥侵害等权利，还包括利用的权能，虽然我国现行立法没有明确规定名誉的利用，但在实践中，名誉的利用是十分常见的，如利用良好的名誉为他人提供担保。

需要指出的是，法人名誉权是否属于财产权？有学者认为，法人

的名誉权可以评估、继承与转让，其权利行使与流转遵循财产权的规则，因此，其应当属于财产权。^[3]如前所述，法人名誉权与自然人名誉权不同，其与财产权的关联更为密切，但并不能据此认为，法人名誉权在性质上属于财产权。法人名誉权在性质上属于法人作为独立的民事主体所应当享有的权利，其是对法人总体社会活动进行综合评价而产生的一项人格权，而不只是对法人经营活动社会评价所享有的权利。尤其是对非营利法人而言，其往往并不追求经济利益，对其名誉权的侵害也主要不是导致其财产损失，将法人名誉权界定为财产权，显然难以对法人提供全面的保护。

5. 主要具有非财产性

名誉是一种重要的人格利益，名誉本身不是财产，其主要体现了主体的精神利益，因此，其主要具有非财产性。当然，名誉也与个人的财产利益存在关联，名誉权常常是主体从事正常经济活动，并与其他人广泛发生经济联系的前提。一个有良好信誉的人就能取信于其他人，一个没有信誉的或信誉受到损害的人，是很难从事广泛的民事活动的。例如，侵害他人名誉权造成受害人社会评价的降低，会极大地妨害受害人与他人的交往，从而使其遭受财产损失。

6. 具有专属性

这就是说，名誉权是主体所固有的、与其人身不可分离的权利。它既不能转让，也不受他人的剥夺，名誉权也不能由主体随意抛弃。名誉权的专属性还表现在它随着自然人的出生或法人、非法人组织的成立而产生，并随着自然人的死亡或法人、非法人组织的终止而消灭。权利主体在生存或存在的期限内始终享有名誉权。尤其是法人的名誉权不像法人的名称权那样可以转让。因为法人的名誉权始终与法人组织不可分离。法人可以不享有某种荣誉，但不能没有自己的名誉。

三、侵害名誉权的主要方式

从《民法典》第1024条第1款的规定来看，侵害名誉权的方式主要包括侮辱、诽谤以及其他方式。

（一）侮辱行为

侮辱是指故意以暴力或其他方式贬低他人人格，毁损他人名誉。在侮辱他人的情况下，行为人主观上都具有毁损他人名誉的目的和故

意。实践中，侮辱行为主要有如下几种方式。

1.暴力侮辱

此处的暴力行为是指对受害人施以暴力或以暴力相威胁，使他人人格、名誉受到侵害。例如，往他人脸上吐唾沫、往他人身上泼粪便等，暴力侮辱通常可能伴随对他人身体权、健康权的侵害。

2.语言侮辱

此处的语言侮辱是指用语言对他人进行嘲笑、辱骂，如以猥亵的语言辱骂妇女，用下流、肮脏的语言谩骂他人等。语言侮辱与暴力侮辱的区别在于，行为人并没有实施暴力直接作用于受害人的人身，而只是通过一定的话语和动作来侮辱他人。语言侮辱构成侵权通常需要情节严重并明显造成了受害人的精神痛苦。^[4]例如，在“贾某诉王某名誉权案”中，法院认为，就作品发表不同观点属于正常的学术争鸣与舆论监督，但行为人应当善意地表达自己的观点，而不能故意贬损他人人格，被告多次使用“欺世盗名”“编史造假”“信口雌黄”“随意编造”“无耻之徒”等刻薄词句，已超出正当的学术争鸣与批评的范畴，构成了对原告人格的贬损，应当承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失的民事责任。^[5]

3.文字侮辱

文字侮辱是指通过书写文字、图形对他人进行侮辱，侵害他人名誉，如书写和张贴丑化他人、侮辱他人人格的标语、漫画等。例如，在“余某诉傅某等侵犯名誉权案”中，被告在原告店旁竖立黑板并写上暗示其售假的内容，法院认定，被告的行为构成一种传播（暗示）虚假事实的行为，同时又是一种发表不利于他人名誉的不当评论，已构成了对原告名誉权的侵害。^[6]

4.其他方式的侮辱

除上述方式外，行为人以其他方式侮辱他人的，也构成对他人名誉权的侵害。例如，学理上还存在一种以作出某种姿态侮辱他人的行为，称为态度侮辱。^[7]实践中，态度侮辱主要表现为行为人作出一定的姿态、表演有辱他人，如扮鬼脸、恶行、恶状以及当众焚毁他人相片、标志等。

《民法通则意见》第140条第2款规定：“以书面、口头等形式诋毁、诽谤法人名誉，给法人造成损害的，应当认定为侵害法人名誉权

的行为。”因此，侮辱行为也会针对法人实施，如公开指责某法人生产伪劣产品，书写和张贴丑化法人形象、败坏法人名声的大字报、小字报、漫画等。但由于法人毕竟不同于自然人，行为人不可能对法人实施暴力侮辱。

按照最高人民法院的解释，侮辱行为只有在造成了一定影响的情况下，才能被认定为侵害公民名誉权的行为。^[8]此处所说的造成一定的影响，主要是指影响了受害人的社会评价。一般来说，如果侮辱行为是公然进行的，不管受害人是否在场，自然可以认定已造成了一定的影响。但如果行为人实施侮辱行为时没有第三人在场，能否认定已造成一定影响并构成对他人名誉权的侵害，则要依具体情况而定。如果行为人针对受害人实施一定的行为时并无第三人在场，而行为人亦未将该行为向第三人公开，第三人并不知行为人实施了侮辱行为，则仅仅是侵害了受害人的名誉感，而并未构成对名誉权的侵害。如果这种行为已经侵害了公民的人格尊严，则可以按侵害公民人格尊严的行为处理。如果行为人针对受害人施加一定的行为时，虽没有第三人在场，但行为人事后将此行为向第三人公开，可以认为该行为已使受害人的社会评价降低，并可认定构成对他人名誉权的侵害。

（二）诽谤行为

诽谤是指因过错而捏造并散布某些虚假的事实，损害他人名誉的行为。^[9]诽谤不同于侮辱：一方面，侮辱既可以以语言的方式进行，也可以以行为的方式进行。但是诽谤行为只能通过语言的方式进行，其表现为捏造事实、无中生有。例如，在“郭某诉刘某等名誉权纠纷案”^[10]中，被告刘某带人手持白布黑字条幅到原告郭某工作的单位门口展示。条幅上书写有原告郭某勾结黑社会等内容。法院认为，被告捏造原告勾结黑社会的事实，在原告郭某单位门口打横幅，已构成诽谤，应承担侵权赔偿责任。另一方面，侮辱主要针对受害人，第三人可能并不知晓；而诽谤虽然也针对受害人，但是，它不可能直接针对受害人实施，而是将有损受害人名誉的言论向第三人传播，所以诽谤通常涉及第三人。此外，侮辱行为一般是故意的，但诽谤有可能出于过失。例如，某出版社对某部具有诽谤内容的作品审查不严，具有过失。

诽谤行为主要具有如下特点：第一，行为人陈述的事实是虚假的。任何行为构成诽谤都必须作出了虚假的陈述。问题在于，如果散布的事实是真实的，是否能够构成对名誉权的侵害？依据《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》第8问，即使行为人言论所指出的主要事实是真实的，行为人也不得在其言论中使用侮辱、诽谤性的词语，否则仍可构成对他人名誉权的侵害。第二，诽谤通常

以语言、文字、漫画或其他方式进行。诽谤行为的表现形式是多样的，一般可以分为两类，即口头诽谤和书面诽谤。前者即通过语言将捏造的虚假事实加以散布，使他人名誉受到侵害；后者则是指通过书写文字把捏造的虚假事实进行散布，败坏他人名声。这种分类的意义在于，二者在构成要件及责任范围上是不同的。口头诽谤属于一般的侵害名誉权的行为，实施此种行为的行为人主观上一般具有故意，行为的方式也较为简单。而书面诽谤，特别是通过大众传播媒介刊登新闻、报告文学等作品来诽谤他人，属于新闻侵权行为。通常，对新闻侵权，法律要作出专门的规定。第三，诽谤行为必须导致受害人社会评价的降低。行为人的诽谤行为如果并未导致受害人社会评价的降低，则并不构成对其名誉权的侵害。

诽谤行为作为一种民事侵权行为，与刑法中的诽谤罪不同。其一，诽谤罪的主观方面仅限于故意，即主观上具有使他人人格及名誉受到贬损的目的；而诽谤的民事侵权行为主观上并不一定出于故意，过失也可能构成对他人名誉权的侵害，而且行为人的故意或过失对于认定是否侵害他人名誉权并不十分重要。其二，情节不同。构成诽谤罪需要行为人的行为情节严重，也就是说加害行为的性质、手段、方式、结果等均达到了十分严重的程度；而侵害名誉权的行为并不要求加害行为情节严重，只要求造成他人名誉的毁损即可构成侵害名誉权。

在许多情况下，行为人的言辞是否具有诽谤性，往往因言辞本身较为含糊或有歧义等而难以确定。本书认为，言辞是否具有诽谤性应由原告举证，按照一个合理的、普通的、一般人的理解来确定相关的言辞是否具有诽谤性，而不宜采用特定人的标准来认定。名誉本身是社会公众对某个人的价值的评价，而言辞具有诽谤性意味着这些言辞在公众看来是不恰当、与事实不符的，并有损他人人格。因此，应当以一般人的观点来确定言辞是否具有诽谤性。为了使一般人的标准顾及具体的情况，在实践中，也要兼顾受害人的职业、年龄等方面的特点，考虑“同职业、同社会交易团体份子一般所应具有之智能力”^[11]。而如果采用特定人的标准，就意味着要根据受害人自我评价而不是社会评价来决定行为人的行为是否具有诽谤性，其结果是使侵害名誉权的认定完全以受害人的主观思考而非公众的判定为标准，这显然不利于正确认定侵害名誉权的行为。

当然，根据一般人的观点来确定诽谤言辞时，也应当看到，一般人的观点也不是一成不变的，不应以过去的公众的观点作为判断依据。^[12]在确定言辞的内容是否具有诽谤性时，还必须对该言辞作全面、整体的分析和理解。例如，对某篇文章中的某句话是否具有诽谤

性存有争议，则应分析整个文章的内容，然后确定该句话是否具有诽谤性^[13]，绝不能断章取义，肢解言辞的全部内容。一般来说，言辞是否具有诽谤性，应由原告举证证明，此外，要考虑到行为人实施一定行为时的具体环境。如行为人指称他人“不忠实”“不诚实”“不讲信用”“有生理缺陷”“对人刻薄和残忍”“行为不轨”“品行不端”等，在不同的场合公开，对接受公开者会产生不同的影响。在某些场合，听者认为该言辞属于善意的玩笑或无伤大雅；而在另一些场合，则认为该言辞有损他人人格，具有诽谤性。

诽谤行为既可以是积极作为，又可以是消极的不作为。在某些情况下，法律对某些具有特殊身份的主体赋予了积极的作为义务，以防止诽谤行为的产生，如果主体未尽到此种作为的义务，也可能构成消极的诽谤。例如，报刊社发表稿件，其负有审查稿件的真实性，防止侵害他人名誉权的义务。法律上要求其“应负责审查核实”就是指报刊社所负有的积极作为义务，如果报刊社未经审查或审查不严而使具有诽谤内容的稿件发表，未尽到审查义务，就属于不作为行为。所以，不作为也可以成为诽谤行为的方式。

（三）其他毁损名誉的行为

侵害名誉权行为的种类较多，除侮辱、诽谤行为外，还应当包括其他毁损名誉的行为。例如，《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》第9问指出：“编辑出版单位在作品已被认定为侵害他人名誉权或被告知明显属于侵害他人名誉权后，应刊登声明消除影响或采取其他补救措施；拒不刊登声明，不采取其他补救措施，或者继续刊登、出版侵权作品的，应认定为侵权。”该条对通过新闻媒体侵害他人名誉权的行为作出了规定。

四、毁损名誉的行为必须指向特定人并为他人所知悉

（一）毁损名誉的行为必须指向特定人

无论是侮辱、诽谤，还是其他行为，要构成对名誉权的侵害，必须具有特定的侵害对象，也就是说，毁损名誉的行为必须指向特定的人。从名誉权的特点来看，任何名誉权都具有特定性，即只能为特定的人所享有，因而，侵害名誉权只有针对特定的人实施，才能造成对该人的社会评价的降低，从而构成对名誉权的侵害。如果行为人的行为未指向特定的对象，仅泛指包括原告在内的一般人，不能具体认定指向谁，则不能认定侵害名誉权，如妄称今日的商人多为奸商，今日的律师皆为讼棍等。在此情况下，此类行为并未指向特定人^[14]，特

定人的社会评价也未因此降低，所以，不能认为构成诽谤。

行为人通过一定的动作和方式，使社会一般人能认定为指向某人或者某些人，描述某人的相貌特征、语言特征、行为特征及生活和工作环境等能够使社会一般人认定指向某人或某几个人，也可认为已指向特定人。在文学作品中，作者所描绘的人物的相貌特征、生活经历、工作环境等，足以使他人认定为某人，则作者的行为应视为指向特定的人。例如，在“胡某超、周某昭、石某成诉刘某忠、《遵义晚报》社侵害名誉权纠纷案”^[15]中，被告与三位原告不和，被告为图报复，遂在其撰写的长篇历史纪实小说《周西成演义》中，描写了贩毒者胡冀昭、妓院老板周孔超、地痞石述庭三个人物，这三个人物不但与三个原告同姓，而且与他们名字中的两个字或为相似字，或为谐音字。三个人物形象的许多特征描写分别与三个原告相同或相似。被告将这三个人物描写得十分丑恶。该小说发表以后，熟悉三原告的读者一看便知道作者是在侮辱、丑化三原告，导致原告社会评价降低。被告的行为使社会一般人可认为指向某个特定人，尽管被告并未指名道姓诽谤该人，亦可认为指向该人。

（二）行为人的行为为第三人所知悉

行为人实施的侵害名誉权的行为所造成的直接后果通常是使受害人的名誉遭受损害。在某些情况下，受害人的名誉受到毁损，具有一定的外在表现形态，如受到他人指责、嘲笑、轻视、怨恨、议论，亲朋好友对受害人产生不信任感，甚至与受害人断绝关系等。^[16]有时，毁损名誉虽不具有外在表现形式，却可以通过民意测试、舆论调查等方式显现。但是，在许多情况下，名誉受到毁损的事实表现得并不明显，对受害人来说，要证明其名誉受到毁损往往是很困难的。

认定名誉遭受毁损应当从名誉和名誉权概念本身出发来确定。既然名誉是社会公众对主体的一种客观的、良好的社会评价，名誉权是为主体所享有的，应受社会公众公正评价的权利，那么，行为人所实施的侮辱、诽谤等行为只有在影响到社会公众对受害人的评价时，才能构成对名誉权的侵害。所以，在认定名誉权是否受到侵害时，既不能以受害人的感觉为标准，也不能以行为人的观念为依据。应当看到，社会评价是存在于公众内心之中的，在行为人实施了侮辱、诽谤等行为以后，如何确定公众对原告的社会评价已经降低，这是十分困难的。笔者认为，只要行为人所实施的诽谤行为为第三人所知悉，就可以认定该诽谤行为已经对第三人产生了影响，从而造成了受害人社会评价的降低。

第三人知悉是指第三人知道行为人的行为，已产生了社会影响，

因此可以认定侵害行为已经造成了名誉毁损的后果。在我国司法实践中，常常要求名誉权侵害必须造成一定的社会影响。例如，依据《民法通则意见》第140条的规定，“以书面、口头等形式宣扬他人的隐私，或者捏造事实公然丑化他人人格，以及用侮辱、诽谤等方式损害他人名誉，造成一定影响的，应当认定为侵害公民名誉权的行为”，而“造成一定影响”显然是以第三人知悉为前提，如果第三人对此并不知悉，显然不可能产生相关的社会影响。然而，造成一定影响并不一定必须在大庭广众之下实施侵权行为，或使不特定的许多人知道并使他们对受害人的评价降低，只要有一个外人知悉，就可以认定受害人的名誉在其心目中已受影响。

行为人所实施的侮辱、诽谤等行为因被告的原因而为第三人所知悉。如果某人在其日记或笔记中写下诽谤他人的言辞，但被他人偷看，自己并未公开，则不构成公开。因此，公开行为必须是由被告或因被告的原因作出的，而原告对此无过错。^[17]如果侮辱、诽谤行为是仅针对受害人实施的，由受害人自己加以公开并为他人所知，则不能认定行为人的行为构成对他人名誉权的侵害。例如，甲寄一封信给乙，信中诽谤乙具有生活作风问题，乙将该信件交给他人阅读，造成诽谤言辞被公开给他人，此公开行为应由乙自己负责。问题在于，若行为人所实施的侮辱、诽谤等为受害人的近亲属和其他与之有特殊关系的人所知悉，是否构成为第三人所知悉？有学者认为，行为人的言论使受害人的配偶或其他家庭成员知悉的，考虑到他们之间特殊的、亲密的关系，故不应认为是第三人知悉。笔者认为，受害人的近亲属知悉，亦会影响他们对受害人的评价，故亦应认为已毁损受害人的名誉，但受害人的近亲属知悉后未向他人公开的，可以认为情节轻微，应依具体情况处理。另外，如果行为人将其诽谤的言辞以书面形式作出，原告应证明这些书面言辞已经流传。原告不必证明第三人是否已收到或阅读该出版物，就可认定已构成公开。在英美法中，若将言辞公开出版，则出版物本身就成为一种公开的表面证据（*prima facie evidence*）。如果诽谤的言辞是以通知、标语、告示等形式出现的，原告如能够证明这些书面言辞张贴在公共场所或者引人注目的地方，则不必证明是否为第三人所知就可以构成公开。

在以文学、新闻作品侵权的情况下，转载、销售、传阅等再公开的行为人是否也应当承担侵害名誉权的责任，关键在于确定其是否具有审查义务。如果其负有审查的义务和职责而未尽到此种职责，则原则上应当承担责任。例如，杂志社转载其他杂志上发表之作品，应负有审查的义务，其若未尽此种义务或在审查后明知其内容具有诽谤性却予以发表，应对其再公开行为负责。

总之，在名誉权纠纷中，应以“因被告的过错而使第三人知悉”作为确定原告社会评价是否降低的重要标准。因此，受害人要主张行为构成对其名誉权的侵害，必须证明行为人所实施的侮辱、诽谤等行为因行为人的过错而为第三人所知悉。

五、侵害名誉权的责任

在名誉权遭受侵害的情况下，受害人可以依据民法典人格权编的规定，请求行为人承担停止侵害、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉等责任；如果造成损害，受害人还可以同时依据侵权损害赔偿请求权，要求行为人承担损害赔偿的责任。这就表明，我国法律对受害人提供的补救措施相当完全和完备。具体而言，侵害名誉权的侵权责任承担方式主要有以下几种。

（一）停止侵害

在行为人侵害他人名誉权的行为正在进行时，受害人有权要求法院采取强制手段，制止侵权人侵权行为的进行。例如，具有诽谤他人内容的书刊正在发行，受害人有权要求停止发行或予以销毁。停止侵害是及时防止损害后果进一步扩大的措施。对于通过互联网等即时通信工具侵害他人名誉权的行为，权利人有权请求网络服务提供者对相关信息采取删除、屏蔽、断开链接等措施。

（二）消除影响

消除影响，是指行为人因其侵害了公民或法人的人格权而应承担的在影响所及的范围内消除不良后果的一种承担责任的方式。消除影响主要适用于侵害名誉权的情形。例如，某人在网上发布了诋毁他人名誉的言论，并且该言论已经被不少网站转载，造成了不良影响，受害人要求网络发布者删除该言论，并刊载有关更正信息，以消除影响。消除影响的主要功能在于消除已经给他人的社会声誉造成的不良影响，从而使受害人的名誉得到恢复。此种方式与停止侵害不同，停止侵害要求行为人本身不再从事侵权行为，而消除影响主要是为了使已经产生的影响得以消除。

依据《民法典》第1000条，在适用消除影响这一责任方式时，应当与行为的具体方式和造成的影响范围相当。一般来说，在什么范围内造成损害的，就应当在什么范围内消除影响。就消除影响的方式而言，行为人消除影响的方式，可以根据侵权行为的具体情况而加以决定。这主要是因为，消除影响本身并没有限定具体的行为方式，而是

侧重于从后果去考虑。例如，通过网络侵犯他人的名誉权，则可以通过通知网络运营商采用删除侵权言论的方式来消除影响。而通过口头表述的方式在一定范围内侵害他人的名誉权，则可以通过向他人进行解释的方式来消除影响。

（三）恢复名誉

恢复名誉是指在行为人造成他人名誉毁损的情况下，受害人有权要求行为人采取各种合理的措施消除影响，使已经遭受损害的名誉尽可能得到恢复。恢复名誉的责任是侵害名誉权所特有的形式，也就是说，此种责任形式只有在侵害名誉权的情况下才能采用，侵害其他人格权一般不采用此种侵权责任承担方式。由于侵害名誉权的直接后果是权利人的名誉毁损，因而，恢复名誉应当是在侵害名誉权的情况下，加害人首先应当承担的责任。恢复名誉也有利于彻底消除侵害名誉权的直接后果，消除造成受害人精神痛苦和财产损失的根源。

《民法典》第1000条第2款规定：“行为人拒不承担前款规定的民事责任的，人民法院可以采取在报刊、网络等媒体上发布公告或者公布生效裁判文书等方式执行，产生的费用由行为人负担。”例如，行为人在报纸上发表诽谤他人的文章，法院判决其撤回该诽谤言论，行为人拒绝撤回的，则法院可以在该报纸上发布公告。发布公告的费用应当由行为人承担。

（四）赔礼道歉

赔礼道歉是指责令违法行为人在侵害他人名誉权以后，采取一定方式向受害人认错并表示歉意。此种方式有利于安慰受害人，消除因名誉侵害而造成的不良后果，因此也经常适用于名誉侵害。

（五）财产损害赔偿和精神损害赔偿

1. 财产损害赔偿

在侵害名誉权的情况下，也会使受害人遭受财产的损害。例如，受害人因遭受名誉的毁损而丧失某种工作的机会，法人因名誉毁损而遭受财产的重大损失。尤其是就法人名誉权侵害而言，由于法人并不存在精神损害的问题，侵害法人名誉权主要是造成法人的财产损失。例如，在“康达医疗保健用品公司诉西北工商报社、陕西省医疗器械公司侵害法人名誉权纠纷案”中，法院认为，被告工商报对于记者赵平方撰写的批评稿件，未经核实便在报纸上点名批评被上诉人康达公司，致使报道内容失实，给康达公司名誉造成损害，其行为侵犯了康

达公司的名誉权，应当赔偿原告的经济损失。^[18]在侵害他人名誉权造成财产损失的情形下，权利人有权依据《民法典》第1182条请求行为人承担财产损害赔偿赔偿责任，即权利人在能够证明自身实际财产损失的情形下，有权请求行为人赔偿该财产损失或者按照侵权人的侵权获利进行赔偿；同时，权利人也可以同行为人协商，或者请求人民法院酌定具体的财产损失赔偿数额。

2.精神损害赔偿

精神损害主要是指受害人因名誉权遭受损害而遭受精神上的痛苦或其他不良情绪。对精神损害予以赔偿，一方面可以对受害人起到有效的抚慰作用，另一方面也可以制裁不法行为人。精神损害赔偿主要限于对受害人本身所遭受的精神损害的赔偿，受害人近亲属因受害人的名誉受侵害而遭受的精神痛苦，无权请求行为人赔偿。

在考虑精神损害赔偿范围时，应当考虑到行为人的过错程度、诽谤的形式、影响的后果、社会影响、行为人是否已经道歉等因素加以确定，依据《民法典》第1183条第1款，只有在造成受害人严重精神损害的情形下，才能适用精神损害赔偿赔偿责任。当然，精神损害赔偿主要适用于侵害自然人名誉权的情形，侵害法人名誉权，并不适用精神损害赔偿。

损害赔偿和恢复名誉两种责任形式既可以分别采用，也可以并用。当然，如果行为人的行为仅造成受害人名誉受损而并未造成其精神痛苦和财产损失，则权利人仅能请求行为人承担恢复名誉的侵权责任，而无权请求行为人赔偿损失。

（六）其他救济方式

除上述承担责任的方式外，受害人还可以通过其他方式救济其名誉权。例如，如果民事主体有证据证明行为人正在实施或者即将实施侵害其人格权的行为，不及时制止将使其合法权益受到难以弥补的损害的，受害人有权依法向人民法院申请采取禁令，责令行为人停止有关行为的措施，也可以请求更正、删除相关信息，以保护其名誉权。

（撰稿人：王利明）

[1]Blacks law Dictionary , West publishing Co.1979 , pp.1171-1172.

[2]唐德华.谈谈审理损害赔偿案件中的几个问题.人民司法，1989（2）.

[3]钟瑞栋.“法人人格权”之否认//厦门大学法律评论：第7辑.厦门：厦门大学出版社，2004：218.

[4]杨立新.民商法理论争议问题——精神损害赔偿.北京：中国人民大学出版社，2004：286.

[5]北京市第一中级人民法院（2007）一中民终字第4112号民事判决书。

[6]最高人民法院公报，2003（1）.

[7]龙显铭.私法上人格权之保护.上海：中华书局，1948：71.

[8]《民法通则意见》第150条。

[9]《牛津法律大辞典》对诽谤一词的解释是，它是指向第三人公开虚伪事实而致他人（申诉者）声名狼藉。牛津法律大辞典.北京：光明日报出版社，1988：249.

[10]河南省郑州市中级人民法院（2014）郑民二终字第1779号民事判决书。

[11]王泽鉴.民法学说与判例研究：第5册.北京：北京大学出版社，2009：286.

[12]加拿大法官Herrier在Hebert v. Acks一案中指出：“诽谤言辞须以一个合理人的观点来衡量，但此种观点在不同的时期会发生一定的变化。”

[13]唐德华主编.民事审判若干理论与实践问题.167.

[14]Eastwood v. Homes（1858），1 F.RF.347.

[15]最高人民法院公报，1992（2）.

[16]英国学者弗罗斯特（Fraser）曾指出，妨害名誉是指“陷某人于憎恨、嘲笑、蔑视或使他人对之逃避或对其事务、职业、商业有危害之境地”。Frank Thayer, Legal Control of the Press, the Foundation Press, 3th ed, 1956, p.202.

[17]在美国一案例中，原告为一盲人，在收到寄来的侮辱信后，被迫将信给他人看，此时不能认定原告有过失。Allen v. Wortham 89Ky, 485 133W.73（1890）.

[18]最高人民法院公报，1990（2）.

第一千零二十五条

行为人为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为，影响他人名誉的，不承担民事责任，但是有下列情形之一的除外：

- （一）捏造、歪曲事实；
- （二）对他人提供的严重失实内容未尽到合理核实义务；
- （三）使用侮辱性言辞等贬损他人名誉。

本条主旨

本条规定了新闻报道、舆论监督侵害名誉权的三种形态。

相关条文

《民法通则》第101条规定：“公民、法人享有名誉权，公民的人格尊严受法律保护，禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。”

《妇女权益保障法》第42条规定：“妇女的名誉权、荣誉权、隐私权、肖像权等人格权受法律保护。禁止用侮辱、诽谤等方式损害妇女的人格尊严。禁止通过大众传播媒介或者其他方式贬低损害妇女人格。未经本人同意，不得以营利为目的，通过广告、商标、展览橱窗、报纸、期刊、图书、音像制品、电子出版物、网络等形式使用妇女肖像。”

《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解释》规定：“九、问：对产品质量、服务质量进行批评、评论引起的名誉权纠纷，如何认定是否构成侵权？答：消费者对生产者、经营者、销售者的产品质量或者服务质量进行批评、评论，不应当认定为侵害他人名誉权。但借机诽谤、诋毁，损害其名誉的，应当认定为侵害名誉权。”

新闻单位对生产者、经营者、销售者的产品质量或者服务质量进行批评、评论，内容基本属实，没有侮辱内容的，不应当认定为侵害

其名誉权；主要内容失实，损害其名誉的，应当认定为侵害名誉权。”

《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第13条规定：“网络用户或者网络服务提供者，根据国家机关依职权制作的文书和公开实施的职权行为等信息来源所发布的信息，有下列情形之一的，侵害他人人身权益，被侵权人请求侵权人承担侵权责任的，人民法院应予支持：（一）网络用户或者网络服务提供者发布的信息与前述信息来源内容不符；（二）网络用户或者网络服务提供者以添加侮辱性内容、诽谤性信息、不当标题或者通过增删信息、调整结构、改变顺序等方式致人误解；（三）前述信息来源已被公开更正，但网络用户拒绝更正或者网络服务提供者不予更正；（四）前述信息来源已被公开更正，网络用户或者网络服务提供者仍然发布更正之前的信息。”

理解与适用

一、为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为不承担民事责任

依据本条规定，为公共利益而实施的新闻报道、舆论监督等行为，即使影响他人名誉，也应被免责。所谓新闻报道，是指对新近发生的事实的报道。在各种传播方式中，新闻传播工具在反映舆论和形成、引导舆论过程中具有决定性作用。新闻报道具有一定的准确性、真实性、简明性与及时性的特点。舆论监督是舆论界（主要是指新闻界）利用各种传播媒介发表各种意见或言论，对社会的政治、经济和文化生活等各方面问题进行批评、实行监督的权利。舆论是新闻报道的重要内容，新闻报道是舆论传播的主要方式^[1]，为公共利益实施新闻报道、舆论监督等是党和人民群众通过新闻媒介对社会进行监督的一种方式，是国家治理体系中的主要环节，也是维护社会正常运转、纠正社会治理中的偏差、满足广大人民群众的知情权的重要手段。因此，与其他侵害名誉权的方式相比，此种方式具有一定的特殊性。当然，即使实施新闻报道、舆论监督等行为，也必须是基于公共利益的目的，而非商业等目的，才构成对名誉权的合理限制。例如，在自媒体时代，一些自媒体所作出的有关明星的绯闻新闻报道可能出于娱乐等非公共利益的目的，如果实施此种行为，侵害他人名誉，仍然应当承担责任。

保护正当的新闻报道和舆论监督是我国宪法规定的公民的言论、出版自由在新闻活动中的体现。^[2]《宪法》第35条明确规定：“中华

人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。”依据《民法典》第1025条的规定，除非符合法律特别规定的情形，行为人为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为，影响他人名誉的，不承担民事责任。法律之所以作出此种规定，原因如下。

第一，保护为公共利益实施的新闻报道和舆论监督，是发挥舆论监督作用的重要手段。人民群众通过大众媒体等舆论工具对掌握公权力的国家机关及其工作人员进行监督，这对于提高领导机关决策科学性和办事效率、有效遏制腐败、纠正社会治理中的偏差具有重要的意义。同时，使人民群众广泛了解各种新闻和信息，也可以有效监督政府及其工作人员的工作。在“罗某诉央视侵害名誉权案”中，法院认为，在新闻活动中，新闻工作者行使舆论监督的权利，大胆揭露和批评一些违法和不良现象，总会涉及对被批评者的指责，而由于新闻活动过程环节多、时间短促、专业性强，不可能绝对准确地把握事实和意见，也不可能完全避免过失^[3]，因此，如果将任何失实的、哪怕是轻微失实的新闻都作为新闻侵权处理，将影响新闻媒体舆论监督功能的发挥。^[4]

第二，有利于保障新闻媒体舆论监督和正面宣传功能的发挥，有助于良好社会风气的形成。面对社会生活中出现的各种丑陋和违法现象，人们如果不能借助大众传播工具予以大胆披露和批评，就会纵容一些侵害公民权利包括侵害公民人格权的行为，而且会使个人的人格权沦为一种与社会利益不协调的绝对化的极端的个人权利。新闻工作者为维护社会公共利益，需要披露社会阴暗面，揭露、批评一些违背人民利益的错误言行和不良现象，如果这些批评属于正当的舆论监督，批评的事实是真实的，则被批评者不能以其名誉受到损害、个人秘密受到披露为由而要求他人承担侵害人格权的责任。

第三，这是保障信息公开透明、满足广大人民群众的知情权的重要方式。新闻媒体的关注和报道，真实、客观、及时反映和记录社会现实，让更多的人民群众了解事件始末和发展，引发社会关注和重视，在确保群众及时了解与切身利益密切相关的信息的同时，促进社会和谐有序发展。

新闻工作者以及其他依法通过新闻媒介发表评论，对社会的政治生活、经济生活、文化生活等方面进行批评，实行监督，应受到法律保护。因此，在新闻媒体上发表报道和评论，只要主要内容属实，即使是在个别细节上有失真实或遣词造句不当，也不能认为构成侵权。例如，在“广州侨房公司诉改革杂志社侵犯名誉权纠纷案”^[5]中，法院认为，对正当的舆论监督而言，即使细节存在瑕疵也不构成侵权。毕竟舆论监督在本质上符合社会公共利益，且因为新闻报道的时

效性、实时性等原因，难免发生报道存在瑕疵的情况，在此情形下，应当侧重于保障新闻媒体发挥其舆论监督功能。

二、新闻报道、舆论监督等行为侵害名誉权的三种形态

在任何社会中，权利、自由都是相对的，都要受到反映统治阶级意志的法律的限制，这就是像孟德斯鸠所说的“自由是做法律所许可的一切事情的权利，如果一个公民能够做法律所禁止的事情，他就不再有自由了，因为其他的人也同样会有这个权利”^[6]。因此，新闻报道、舆论监督也要在法律规定的限度内行使，即使是在那些把新闻自由视为“天赋人权”的西方社会，新闻自由也受到严格限制，这些限制的一个重要表现是，行使新闻自由权不得侵害公民的人格权。随着互联网、高科技的发展，各种新的传播方式大量产生，高科技在大众传播中的广泛运用，大众传播手段日益先进，对社会影响更为深刻，在此情况下，利用大众传播媒介对个人隐私等人格权进行侵害也变得更为容易，侵害人格权以后造成的影响也更为严重。所以，法律必须加强对人格权的保护。

我国民法典人格权编为协调新闻报道、舆论监督等行为与人格权保护的关系，一方面明确规定了正当的新闻报道、舆论监督等行为不承担民事责任；另一方面，也规定在符合法律规定的情形下，将构成侵害名誉权等人格权。本条规定了新闻报道、舆论监督侵害名誉权的三种形态，前两种形态都是涉及内容失实，是客观的判断，第三种形态中的侮辱性言辞是意见的表达，涉及主观的判断。

（一）捏造、歪曲事实

新闻报道和舆论监督是以反映社会现实为前提的，符合这种前提的标志就是真实，新闻内容失实是与新闻的本质要求相违背的。在新闻报道中，有关时间、地点、人物、事件、原因、情节报道等都必须真实，对新闻的背景材料的介绍也必须真实，不得虚构、夸张。因此，即使行为人主观上具有舆论监督的目的，但其客观上实施了捏造、歪曲事实的行为，也不应当属于正当的舆论监督。例如，在“方是民等名誉权纠纷案”中，法院认为，“方是民恶意歪曲事实、断章取义，使用‘一笔德艺双馨的好交易’忽然对崔永元的正常收入很感兴趣’的表述，实际是在误导公众得出崔永元存在利益交换、谋取私利的判断，其言论本身已经偏离了质疑批评性言论的轨道，构成侵权”^[7]。但是，相关表述如果未歪曲事实，则不应构成侵权。例如，在“胡觉照与立德共识（北京）网络传媒科技有限公司名誉权纠纷案”中，法院认为，“立德共识公司刊载的《胡觉照：岂能翻‘剽窃’的

案》一文，其内容主要是对诸葛亮历史评价问题的学术成果是否存在抄袭争议进行分析评论，属于学术批判类以及社会现象批判性文章；从文字用语看，该文章个别地方稍有偏激或不当，但并没有明显以侮辱、诽谤等方式故意贬损胡觉照的个人名誉及人格，亦未达到故意捏造歪曲事实，或者刻意侮辱诽谤的程度”，因此，不构成侵害名誉权。^[8]

当然，由于新闻活动过程环节多、时间短促、专业性强，新闻内容失实并不一定必然构成新闻侵权，轻微的失实并不一定产生较为严重的后果，因而，只要基本事实是真实的，不应当认定其构成侵权。

（二）对他人提供的严重失实内容未尽到合理核实义务

《民法典》第1025条规定了行为人“对他人提供的严重失实内容未尽到合理核实义务”的，应当承担民事责任。该项包括两个要件。

第一，他人提供的内容严重失实。在实施新闻报道、舆论监督等情形下，不能要求其内容不出现任何错误，如果只是报道的细节失实，如将某人的年龄由19岁错误写成了20岁，但报道的基本内容没有错误，此时，不应当要求行为人承担责任。在司法实践中，判断报道的内容严重失实一般以报道的基本事实是否符合客观事实作为判断标准，而不在于报道的细枝末节。

第二，行为人未尽到合理核实义务。比即要考虑消息来源等因素，具体认定行为人是否尽到了合理的核实义务，除消息具有足够的权威来源外，行为人对其他渠道所了解的消息应当具有核实义务，对道听途说的事实，不能未尽核实义务而加以传播，否则可能构成侵权。例如，在“南方报业传媒集团与世奢会（北京）国际商业管理有限公司名誉权纠纷案”中，法院认为，“新闻媒体只有违背了真实性审核义务，故意歪曲事实进行不实报道，或者因过失未尽合理审查义务导致不实报道的，才构成侵权。反之，新闻媒体没有歪曲事实、不实报道的主观故意或过失，且有合理可信赖的消息来源为依据，则不应承担侵权责任”^[9]。

如果对他人提供的严重失实内容未尽到合理核实义务，则应当承担民事责任。例如，在“北京秀水街市场有限公司与北京法制晚报社名誉权纠纷案”中，法院认为：“新闻媒体作为面向大众的传媒机构，在对某一对象进行批评揭露式报道时，应当有更强的审慎意识，不得使用未经核实的消息来源，要进行符合常理的善意推理。新闻媒体违背了真实性审核义务，故意歪曲事实进行不实报道，或者因未尽到合理审查义务导致不实报道的，构成名誉权侵权。”因此，被告北京法制晚

报社构成侵权。^[10]关于行为人是否尽到了本条第2项所规定的合理核实义务，应当结合《民法典》第1026条关于行为人核实义务的规则予以判断。

从实践来看，“合理核实义务”主要发生在如下几种场合：一是新闻工作者在从事新闻报道创作时，应当对消息来源尽到合理的核实义务。二是出版社、杂志社、报社、网站等在发表相关的新闻报道、文章、评论等内容时，应当对其中披露的具有明显可能引发争议甚至构成侵权的内容尽到合理的核实义务。三是在转载的场合中，转载人也应当对转载内容尽到合理核实义务，未尽到该义务的转载行为同样可能构成侵权。因此，合理核实义务并不仅仅局限于新闻创作的新闻工作者，也包括对新闻进行发表、转载的个人或机构。

（三）使用侮辱性言辞等贬损他人名誉

在比较法上，有的国家针对新闻报道等采用了“真相例外”的规则。即如果基本事实是准确的，即使使用侮辱性言辞贬损名誉的也不应当承担责任。^[11]但我国司法实践历来将侮辱与诽谤作为两种不同的侵害名誉类型加以对待。依据《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》第8问，认定是否构成侵害他人名誉权，除了认定该言辞的内容是否基本属实外，还要考虑该言辞是否具有诽谤性。例如，在“周某某与杨某某名誉权纠纷上诉案”中，法院认为，即使原告的言辞内容属实，但在“帖中使用了‘道德败坏’‘贪官’‘作恶多端必自毙’等带有侮辱性的字眼并辱及杨某某家人。上述网帖发布后，部分网友点击阅读并进行了跟帖回复，以上言论足以使人相信杨某某品德低下、为人不端，造成社会公众对杨某某的评价降低”，因此，构成侵害名誉权。^[12]

就侮辱而言，使用辱骂、贬损、恶毒的侮辱性言辞本身，导致他人名誉受到损害的，就已经满足侵权成立的要件，并不需要满足该言辞本身为编造或不真实的要件。也就是说，即使行为人表达的内容是真实的，但如果采用辱骂、贬损的语言等也会造成个人社会评价的降低，应该单独成立侵权。基本事实是否准确，可以作为是否构成侵权的考量因素，但不能完全因为基本事实准确就排除侵权责任。据此，要成为名誉权侵权的抗辩事由，要求相关言论一方面主要内容必须真实，即该言论的主要内容必须符合客观情况，同时，该言论必须不存在侮辱、诽谤的内容。即便相关言论的内容真实，但如果其包含侮辱、诽谤的内容，则仍可能侵害他人的名誉权。例如，某人发表的文章中尽管陈述的事实是真实的，但辱骂他人是泼妇、娼妓等，也构成对他人名誉权的侵害。

关于《民法典》第1025条第3项中的“使用侮辱性言辞”并非涉及事实陈述，而主要是指意见表达，笔者认为，这一内容包括了两个要件。

1. 行为人使用了具有侮辱性的言辞

所谓言辞，既包括口头也包括书面，同时该言辞必须具有侮辱性。对于言辞是否具有侮辱性，应当结合社会一般观念进行判断，即通过社会一般人的标准判断言辞是否具有侮辱性，是否会导致他人人格遭受贬损。如果仅仅是过激的言辞，不当然构成侮辱。例如，指责他人为狗，是否构成侮辱性言辞，也要根据社会的一般观念和当时的具体场景进行判断。如果行为人只是一种善意的戏谑行为，则不能将其认定为侮辱性言辞，但如果行为人明显具有恶意辱骂他人的意思，则可以将其认定为侮辱行为。不过，在确定言辞的内容是否具有诽谤性时，必须对该言辞作全面、整体地分析和理解。例如，对于某篇文章中某句话是否具有诽谤性存有争议，则应分析整个文章的内容，然后确定该句话是否具有诽谤性^[13]，绝不能断章取义，寻章摘句，肢解言辞的全部内容。一般来说，言辞是否具有诽谤性，应由原告举证证明。

2. 必须造成他人名誉的贬损

本条作为侵害名誉权的特殊规则，同样应当适用《民法典》第1024条所确立的侵害名誉权的一般规则，即侮辱只是一种行为方式，其应当具有造成名誉受损的结果，只有客观上造成了某人的社会评价降低，才构成侵害名誉权，且此种名誉贬损不以严重为必要。如果评论内容基本属实，仅是个别评论的词句表达不当且无侮辱他人人格的内容和用语，不能认为侵权。例如，某厂的生产车间确有少量苍蝇，违反食品卫生法的规定，记者在报道这一事件时，使用了“飞蝇聚车间”一语，虽然“聚”字表达不确切，但因为内容基本属实，不能认为其构成对该厂名誉权的侵害。

（撰稿人：王利明）

[1] 中国大百科全书·新闻出版.北京：中国大百科全书出版社，1990：457.

[2] 同①421.

[3] 王晋闽.试论新闻侵权.国际新闻界，1991（5）-（6）.

[4] “霸座”的新闻上了央视，男子起诉侵犯名誉权，法院：驳回.法制日报，

2020-01-09.

- [5]广东省广州市天河区人民法院（2003）天法民一初字第1832号民事判决书。
- [6]孟德斯鸠.论法的精神：上册.北京：商务印书馆，1978：154.
- [7]北京市第一中级人民法院（2015）一中民终字第07485号民事判决书。
- [8]陕西省高级人民法院（2017）陕民申1914号民事裁定书。
- [9]北京市第三中级人民法院（2014）三中民终字第07694号民事判决书。
- [10]北京市朝阳区人民法院（2015）朝民初字第57355号民事判决书。
- [11]石佳友.人格权立法的历史演进及其趋势.中国政法大学学报，2018（4）.
- [12]浙江省杭州市中级人民法院（2017）浙01民终191号民事判决书。
- [13]唐德华.民事审判若干理论与实践问题.长春：吉林人民出版社，1991：167.

第一千零二十六条

认定行为人是否尽到前条第二项规定的合理核实义务，应当考虑下列因素：

- （一）内容来源的可信度；
- （二）对明显可能引发争议的内容是否进行了必要的调查；
- （三）内容的时限性；
- （四）内容与公序良俗的关联性；
- （五）受害人名誉受贬损的可能性；
- （六）核实能力和核实成本。

本条主旨

本条对行为人核实义务的参考因素作出了规定。

相关条文

《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第13条规定：“网络用户或者网络服务提供者，根据国家机关依职权制作的文书和公开实施的职权行为等信息来源所发布的信息，有下列情形之一的，侵害他人人身权益，被侵权人请求侵权人承担侵权责任的，人民法院应予支持：（一）网络用户或者网络服务提供者发布的信息与前述信息来源内容不符；（二）网络用户或者网络服务提供者以添加侮辱性内容、诽谤性信息、不当标题或者通过增删信息、调整结构、改变顺序等方式致人误解；（三）前述信息来源已被公开更正，但网络用户拒绝更正或者网络服务提供者不予更正；（四）前述信息来源已被公开更正，网络用户或者网络服务提供者仍然发布更正之前的信息。”

理解与适用

一、合理核实义务的概念

所谓合理核实义务，是指在从事新闻报道和舆论监督时，行为人依法应当负有必要的合理核实义务，违反此种义务，行为人应当承担法律责任。立法上之所以要确立合理核实义务，其目的在于有效协调新闻自由、舆论监督与人格权保护之间的关系。一方面，法律对人格权的保护要求相关的新闻媒体和其他行为人在从事新闻报道和舆论监督等过程中，应当尽到合理的核实义务，防止新闻报道和舆论监督的内容对他人人格权造成侵害。另一方面，实施新闻报道和舆论监督的主体所负有的核实义务必须在合理的范围内，而不能强加给新闻媒体过重的核实义务，从而导致严重妨碍新闻自由和舆论监督。这一原则在比较法上也得到了普遍的承认。例如，在美国1964年的《纽约时报》有限公司诉沙利文案（New York Times Co.v.Sullivan）中，法院就确立了媒体侵权的真实恶意（Actual malice）原则。依据这一原则，只要并非恶意，就应保证媒体报道的自由喘息空间（breathing space），以防止法律对媒体报道过度介入而形成“寒蝉效应”（chilling effect），使媒体报道丧失舆论监督的功能。^[1]本项中规定的核实义务是“合理”的义务，之所以要求“合理”，就是因为既要防止该义务过重，导致妨碍舆论监督和公民知情权的实现；也要防止核实义务过轻，导致人格权保护力度不足。

《民法典》第1026条所规定的合理核实义务，具有如下特点。

第一，是针对行为人为了公共利益而实施新闻报道的事实进行审核。法院在判断行为人是否尽到合理核实义务时，需要进行双重审查：一是考虑行为人是否是从事舆论监督和新闻报道；二是行为人是否是为了公共利益。从实践来看，有些自媒体每天抓取一些明星的花边新闻、绯闻等，该行为人很难说是为了公共利益。

第二，审核的对象是报道的内容，而不是针对价值判断和观点、意见的表达。也就是说，法律上确定行为人的合理核实义务，主要针对的是事实认定问题，而不是要去甄别行为人发表的观点或者价值判断是否妥当。

第三，行为人合理核实义务针对的是他人提供内容的真实性，而不是行为人自己去调查、了解相关行为，对行为人自己发表的内容，其当然应当尽到审核义务，只有对他人提供的内容，如他人的爆料，或者从网上看到的传闻、信息等，行为人才有合理审核的义务。

当然，确定行为人是否尽到了合理核实义务不仅仅是针对事实问题，也涉及对行为人过错的判断。也就是说，如果行为人在转载、转

发相关信息时，已经尽到了合理的审查义务，则应当认定行为人没有过错；如果行为人没有尽到合理核实义务，则行为人便具有过错，应当认为其构成侵权。

二、合理核实义务的确定

合理核实义务的标准并不是一成不变的，实施新闻报道、舆论监督的行为人，在不同情况下，负有的核实义务不尽相同，需要因时制宜、因地制宜，结合所处的不同环境进行判断。因此，法律上不宜泛泛地对该义务进行一般规定，正因如此，《民法典》第1026条确立了判定是否尽到合理核实义务的标准，这一立法方式也是对我国司法实践经验的系统总结。例如，依据《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第13条的规定，网络用户或者网络服务提供者，根据国家机关依职权制作的文书和公开实施的职权行为等信息来源所发布的信息，在一般情形下不承担侵权责任，仅在特定四种情形下，才承担侵权责任。该条作出此种规定的主要原因在于，国家机关依职权制作的文书和公开实施的职权行为等信息来源所发布的信息一般情况下具有更高的公信力，因此可以降低发布人的审查义务。所以，核实义务的标准应当是结合具体案情中的多种因素进行综合判断的，而不宜采用一刀切的标准。《民法典》第1026条实际上是根据动态系统论的观点，确定当事人在各种不同情形下的审核义务，这对于引导法官正确裁判侵害名誉权的案件，有效协调人格权保护与言论自由、舆论监督的关系是非常必要的。

（一）内容来源的可信度

内容来源主要是指消息源，新闻工作人员在从事新闻报道的时候是依据不同的消息源来获得事实资料并进行报道的，如果其依据的是官方权威机构发布的信息、资料、档案或者新闻发布会上的材料所描述的事实，即便此后证明是失实的，那么也不应因此认定其构成侵权。具体如下。

第一，考虑信息、资料发布的机构。一般而言，机构主体的可信度要高于个人主体的，公权力机构、权威学术机构的可信度可能高于商业机构发布的内容的。越是权威性机构，其发布的消息越具有权威性。例如，在“罗某诉央视侵害名誉权案”中，法院认为，“央视报道‘罗某列车被拘’一事，是源于罗某在列车上扰乱社会公共秩序并被行政处罚的真实事件，具体依据有武汉铁路公安处作出的处罚决定书，内容真实。综合运输合同、执法记录仪呈现画面及罗某个人陈述，法院认定央视报道内容客观、属实”^[2]。当然，机构主体发布的

信息不一定都具有可信度，这种可信度的判断只是盖然性的，但是这并不意味着机构发布的消息就一定是尽到合理核实义务的消息，还需要结合其他因素进行判断。

第二，消息内容来源的途径。相比较而言，官方报道的可信度要高于道听途说的信息可信度，因此，如果行为人所获得的消息是来源于权威的官方报道，则其在传播该消息时的审核义务就相对较轻，此时，即便因行为人过失而没有发现官方报道的内容有误，通常也不宜认定其构成侵权。反之，如果行为人获得的消息来源于权威报道之外的其他领域，甚至是行为人道听途说的结果，此时，其在再次传播该消息时对该信息的真实性即应当尽到更高的审查义务，否则，行为人就可能需要承担侵权责任。^[3]例如，在“南方报业传媒集团与世奢会（北京）国际商业管理有限公司名誉权纠纷案”中，法院认为，“新闻媒体只有违背了真实性审核义务，故意歪曲事实进行不实报道，或者因过失未尽合理审查义务导致不实报道的，才构成侵权。反之，新闻媒体没有歪曲事实、不实报道的主观故意或过失，且有合理可信赖的消息来源为依据，则不应承担侵权责任”^[4]。再如，在“北京秀水街市场有限公司与北京法制晚报社名誉权纠纷案”中，法院认为，“新闻媒体作为面向大众的传媒机构，在对某一对象进行批评揭露式报道时，应当有更强的审慎意识，不得使用未经核实的消息来源，要进行符合常理的善意推理。新闻媒体违背了真实性审核义务，故意歪曲事实进行不实报道，或者因未尽到合理审查义务导致不实报道的，构成名誉权侵权”，因此，被告北京法制晚报社构成侵权。^[5]

依据《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第13条的规定，网络用户或者网络服务提供者，根据国家机关依职权制作的文书和公开实施的职权行为等信息来源所发布的信息，在一般情形下不承担侵权责任，仅在特定四种情形下，才承担侵权责任。这四种情况具体包括：一是网络用户或者网络服务提供者发布的信息与前述信息来源内容不符；二是网络用户或者网络服务提供者以添加侮辱性内容、诽谤性信息、不当标题或者通过增删信息、调整结构、改变顺序等方式致人误解；三是信息来源已被公开更正，但网络用户拒绝更正或者网络服务提供者不予更正；四是信息来源已被公开更正，网络用户或者网络服务提供者仍然发布更正之前的信息。由此可见，即便是根据国家机关依职权制作的文书和公开实施的职权行为等信息来源所发布的信息，也应当正确使用，不得采取随意加工、改变等方式侵害他人名誉权。

第三，根据发布的依据进行判断，即发布的消息中是否含有一定的数据、事实的引用，是否进行了合理的逻辑推理等。

第四，考虑发布的方式，其中既包括发布的渠道，如是传统纸质媒体还是数字媒体，也包括发布的范围，如是以公告的方式发布，还是以内部传阅的方式发布等，这些都会对行为人的审核义务产生一定影响。

（二）对明显可能引发争议的内容是否进行了必要的调查

如果按照社会一般人的看法，对新闻报道的内容极有可能引发争议，则报道人应当对其进行必要的调查，以确定报道内容的真伪状况。按照这一规则，如果相关信息的内容符合社会公众的普遍认知，符合公众的心理预期，则行为人在传播该消息时所负担的调查义务就相对较轻。反之，如果相关的消息可能引发广泛争议，则表明该消息的真实性与可信度存疑，此时，行为人在传播该消息时即应当尽到更高的调查义务。例如，某人在网上披露某明星涉嫌偷税漏税等违法犯罪行为，该消息一旦披露，就可能引发极大的争议，此时，行为人在披露该事实时，不能仅凭某人私下爆料，在无足够的证据证明的情形下就予以公开报道，而应当尽到更高的调查与核实义务。

（三）内容的时限性

由于新闻报道具有及时性的特点，很难要求新闻工作者进行详尽的全面的调查、了解，特别是如果新闻报道的内容与社会公共利益关联密切，需要及时报道，则应当适当降低新闻报道者对信息真实性的审查义务，不宜要求新闻媒体对消息的真实性进行过于烦冗的调查。例如，在“北京三维天然数码科技有限公司与中国工商报社名誉权纠纷上诉案”中^[6]，法院认为：“工商报社所发表的文章实际是一篇新闻报道，故而本案争议焦点是工商报社是否在发表新闻报道前对刊登的内容尽了审核义务……从工商报社的该篇新闻报道的总体内容看，并未达到法律界定的‘严重失实’的状态，虽然文中有一些用语有欠妥当，但新闻报道具有时效性，要求在一定期限内快速向社会通报真实情况，故不应过于要求新闻报道单位在报道过程中对事件的每个细节均要做到审查核实。故工商报社的整篇报道内容基本客观地反映了事件的原本状况，对三维公司不构成名誉侵权。”但是，如果新闻报道所涉及的事实不是新闻而是旧闻，则通常不再有时效性的要求，新闻媒体对消息的真实性应当进行更加深入的了解。

（四）内容与公序良俗的关联性

公序良俗是由“公共秩序”和“善良风俗”两个概念构成的。公共秩序体现的是公共利益，善良风俗是社会所普遍承认的伦理道德，体现了社会主义核心价值观。因此，新闻报道和舆论监督都应当符合公序

良俗。为了维护公序良俗，如果言论的目的在于保护社会公共利益、维护社会公德，则应当倾斜保护言论表达自由，从而降低行为人的核实义务。需要考虑相关言辞与公共利益的关联程度，如果新闻报道的内容与社会公共利益关联密切，需要及时报道，则也不应当课以报道人过重的审核义务。^[7]例如，为了保护食品安全，新闻媒体对某企业产品的质量报道不实，导致该企业的名誉权受损的，在认定新闻媒体是否构成侵权时，即应当考虑其保障食品安全的目的。

（五）受害人名誉受贬损的可能性

如果新闻报道将严重损害受害人的名誉，则报道人应当对其内容进行更为严格的审核，也就是说，如果相关言辞所涉及主体名誉权的损害程度越高，则其核实义务也越重，反之，则行为人的核实义务也应当随之降低。在判断受害人名誉受贬损的可能性时，不应当要求按照专家的标准来认定，只要按照社会一般人的认识，在行为人实施该行为时，受害人名誉受贬损的可能性较大，行为人就应当负有一定的核实义务。

（六）核实能力和核实成本

确定核实义务标准时，还应当考虑能力与成本问题。如果核实的能力大，则义务高，反之就小。如果付出极小的成本即可对报道内容的真实性进行核实，则其应当尽到相应的核实义务；反之，若成本较高，则核实义务相应降低。例如，对于某个在网络上公布的有关某名人的负面信息，平台很容易核实，则其应当负有核实义务。

（撰稿人：王利明）

[1]New York Times Co.v.Sullivan , 376 U.S.254 (1964) .

[2]“霸座”的新闻上了央视，男子起诉侵犯名誉权，法院：驳回.法制日报，2020-01-09.

[3]周敏.新闻侵权民事责任的抗辩事由.法学，1999（1）.

[4]北京市第三中级人民法院（2014）三中民终字第07694号民事判决书。

[5]北京市朝阳区人民法院（2015）朝民初字第57355号民事判决书。

[6]北京市第一中级人民法院（2006）一中民终字第328号民事判决书。

[7]刘文杰.论新闻侵权的归责原则.环球法律评论，2010（4）.

第一千零二十七条

行为发表的文学、艺术作品以真人真事或者特定人为描述对象，含有侮辱、诽谤内容，侵害他人名誉权的，受害人有权依法请求该行为人承担民事责任。

行为发表的文学、艺术作品不以特定人为描述对象，仅其中的情节与该特定人的情况相似的，不承担民事责任。

本条主旨

本条规定了文学、艺术作品侵害他人名誉权的规则。

相关条文

《民法通则》第101条规定：“公民、法人享有名誉权，公民的人格尊严受法律保护，禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。”

《妇女权益保障法》第42条规定：“妇女的名誉权、荣誉权、隐私权、肖像权等人格权受法律保护。禁止用侮辱、诽谤等方式损害妇女的人格尊严。禁止通过大众传播媒介或者其他方式贬低损害妇女人格。未经本人同意，不得以营利为目的，通过广告、商标、展览橱窗、报纸、期刊、图书、音像制品、电子出版物、网络等形式使用妇女肖像。”

《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》“九、问：因文学作品引起的名誉权纠纷，应如何认定是否构成侵权？答：撰写、发表文学作品，不是以生活中特定的人为描写对象，仅是作品的情节与生活中某人的情况相似，不应认定为侵害他人名誉权。描写真人真事的文学作品，对特定人进行侮辱、诽谤或者披露隐私损害其名誉的；或者虽未写明真实姓名和住址，但事实是以特定人或者特定人的特定事实为描写对象，文中有侮辱、诽谤或者披露隐私的内容，致其名誉受到损害的，应认定为侵害他人名誉权。编辑出版单位在作品已被认定为侵害他人名誉权或者被告知明显属于侵害他人名誉权后，应刊登声明消除影响或者采取其他补救措施；拒不刊登声明，不采取其他补救措施，或者继续刊登、出版侵权作品的，应认定为侵

权。”

理解与适用

本条两款区分了“以真人真事或者特定人为描述对象”和“不以特定人为描述对象”的文学作品，前者一般为纪实作品，后者可以称为虚构作品。对于两种不同的作品而言，在认定名誉权的侵权中应当适用不同的规则。

一、以真人真事或者特定人为描述对象的文学、艺术作品侵害他人名誉权，应承担民事责任

依据本条第1款规定，“行为人发表的文学、艺术作品以真人真事或者特定人为描述对象，含有侮辱、诽谤内容，侵害他人名誉权的，受害人有权依法请求该行为人承担民事责任”。该条规定来自《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》。该条区分两种情况。

一是描写真人真事的文学作品，对特定人进行侮辱、诽谤或者披露隐私损害其名誉的；纪实文学、报告文学的特点就在于其是描写真人真事的文学作品，不是纯粹的艺术虚构和艺术创造，而要真实地记录特定的人物和事件。例如，著名作家徐迟的报告文学《哥德巴赫猜想》，描写陈景润探索数学奥秘的历程，影响了一代人，这就是以真人真事为描写对象。纪实文学属于文学的作品范畴，需要将真人真事等素材进行加工和艺术创作，加以删减，并利用文学的手法表述出来，因此，纪实文学兼具真实性和艺术性。但是这种写作方式也不是随心所欲的，不能虚构事实，或者随意侮辱、诽谤攻击他人，或者披露他人的隐私。依据本条第1款的规定，纪实文学、艺术作品，即使以真人真事或者特定人为描述对象，但是如果其中含有侮辱、诽谤的内容，也可能构成名誉权的侵权。我国司法实践中也出现了不少文学艺术作品创作侵害他人名誉的案例。例如，在“尕某某某、化某二人诉金某中《战火绕开这里》和《雪山作证》侵害名誉权案”中，法院就认定被告创作的小说以真人真事改编，且作者对素材处理不当，导致被告遭受名誉权的侵害，因而判决作者承担了名誉权的侵权责任。

[1]

二是虽未写明真实姓名，但是以特定人或者特定人的特定事实为描写对象，文中具有侮辱、诽谤或者披露隐私的内容，致其名誉受到损害的，也构成侵权。此类文学作品不同于纪实文学，其并未写明真

实姓名，但确以特定人为描述对象，以该人的事迹为原型进行描写，在描写过程中，具有侮辱、诽谤情节。在文学作品中，虚构作品中的情节与特定人或特定人群相似的，创作者不承担名誉权侵害的责任，但如果作者以特定人或者特定人的特定事实为描写对象，采取影射的方式侮辱、诽谤他人，所描绘的人物的相貌特征、生活经历、工作环境等，足以使他人认定为某人的，也构成侵权。例如，在“胡某超、周某昭、石某成诉刘某忠、《遵义晚报》社侵害名誉权纠纷案”中^[2]，法院认为，“被告在创作《周西成演义》中，采用姓相同名相近、体型外貌等突出特征相似的方法把作品中的三个人物与三原告联系起来加以丑化，使熟悉三原告的读者一看便知这三个反面人物是影射三原告的，在当地给三原告的人格尊严造成不良影响，使三原告的名誉受到损害。《周西成演义》公开发表后，被告还公开对人说过把三原告写进演义中是有原因的。因此，被告侵害三原告名誉权的故意是明显的，依法应当承担侵权的民事责任”。因此，尽管被告并未指名道姓诽谤原告，但被告的行为使社会一般人可认为指向某个特定人，亦可认为指向原告。

《民法典》第1027条第1款以“发表”作为侵害他人名誉权的构成要件，这就意味着能够构成侵害他人名誉权的作品必须是已经“发表”的作品。但应当对“发表”进行广义的理解，其不仅包括出版等发表形式，还应当认为，凡是已经具有公开性的作品，均符合“发表”这一要件。^[3]作品侵权的行为方式主要体现为文学艺术作品的发表。发表可以以多种方式进行，既包括口头地公开宣读、演唱、表演，也包括将图书、音像制品等公开出版。这些发表方式的共同特征在于将作品向公众进行传播，因而可能导致受害人社会评价的降低。无论是上述何种发表方式，均可能构成对受害人名誉的侵害。但如果仅仅是创作文学、艺术作品，而不将作品进行发表，社会公众并不会知晓该作品的存在，因而也不会导致受害人社会评价的降低，则不构成名誉权的侵害。无论如何，上述形态不一的侵权方式均需要以作品为载体进行，《民法典》第1027条的适用范围也局限于对文学、艺术作品的侵权。而一般的名誉权的侵权方式较为多样，也不一定需要以作品作为载体。其行为方式可能是辱骂，发表侮辱性的言论，对他人进行不实评价等，这些行为导致主体的社会评价不当降低的，均可能构成对名誉权的侵害。

在认定上述两类文学作品侵权中，都涉及名誉权与创作自由的协调问题。允许作者选取题材创作文学艺术作品是创作自由的具体体现，基于保护创作自由的需要，原则上不应当对作者的创作内容进行干涉，除非该创作损害了他人的合法权益或有损公共利益。^[4]对于上述两类文学艺术作品侵害他人名誉权的认定，事实上是划定了创作自

由与人格权保护的边界。

一方面，要保护他人人格权，不能因为追求作品的文学性，而歪曲事实，肆意侮辱、诽谤他人。例如，在“李某诉《新生界》杂志社、何某侵害名誉权纠纷案”中，何某在其主编的《新生界》杂志上发表了自己撰写的长篇报告文学《科学大师的名利场》，该文描述了李四光在中国地质计划指导委员会会议上大骂地质界前辈丁文江的情节后，推测这是他为了保住地质部部长的位置所为，并暗示李四光运用政治斗争手段来了结个人恩怨。法院审理认为，报告文学中叙述我国当代科学史上的重大事件时，理应尊重事实；在对著名历史人物的经历和人品作出评价时，应当持客观、慎重的态度。但是，该文却从政治、学术、人品等方面对李四光进行了不恰当的描写，许多情节缺乏客观事实根据，客观上影响了公众对李四光的公正评价，损害了李四光的名誉，同时也给李四光之女、被上诉人李某造成了一定的精神痛苦，何某应当依法承担侵权的民事责任。^[5]

另一方面，要创作自由，重视文学创作的客观规律，不能为过度保障人格权而牺牲创作自由，使作品丧失文学性。例如，在“李某与作家出版社名誉权纠纷上诉案”中，在作家出版社出版的报告文学作品《上访》一书的第八章，描写了上诉人李某的上访经历。李某认为该书将其多年的控告行为扭曲为上访，侵犯了其名誉权。审理法院认为，《上访》属于报告文学类作品，是在真人真事的基础上经过文学加工所形成的作品。书中所涉及的内容均是有据可查的。涉案作品中也没有对李某进行侮辱、诽谤，致使李某名誉受到损害的内容。作家出版社出版该作品已经尽到了相应的审查义务，且无侵犯李某名誉权的故意，不构成侵权。^[6]

在判断上述两类文学艺术作品是否侵害他人名誉权时，应当依据不同的作品内容作出判断。对纪实文学而言，作品虽然以真人真事为描写对象，但虚构事实和情节，对他人进行侮辱、诽谤，或者揭露他人隐私等，均构成侵权。对纪实作品而言，其往往以真实生活为原型进行艺术创作，因此具有明显的指向性。对于以特定人为描述对象而没有写明真实姓名的文学作品，如果行为人的作品对特定人或特定人群的描写会导致大众与被描写对象发生直接的认识联系，从而导致被描写对象社会评价的降低，则应当由行为人承担侵权责任。

二、不以特定人为描述对象，通常不构成对他人名誉权的侵害

《民法典》第1027条第2款规定：“行为人发表的文学、艺术作品不以特定人为描述对象，仅其中的情节与该特定人的情况相似的，不

承担民事责任。”该款实际上针对的就是文学艺术作品中时常出现的“如有雷同，纯属巧合”的情形。该规则来自《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》。作出此种规定的原因在于，人格权编既要保护权利人的^[1]人格权，也要保护作者的创作自由，鼓励作者大胆创作文学作品。文学作品源于生活又高于生活。文学的艺术性就表现在作品中的人物往往并非现实生活中某个特定人的简单再现，而常常是作者经过加工、处理的虚构人物。作者必须对生活中的素材进行加工、整理、提炼，通过艺术虚构等方式，展现真善美。法律要鼓励作者大胆进行文学艺术创造，就要有效协调人格权的保护与鼓励文学创作之间的关系。所以，在处理撰写、发表文学作品引起的名誉权纠纷案件时，要禁止自行“对号入座”。

《民法典》第1027条第2款规定与第1款规定的区别在于：第1款实际以特定人为描述对象，而第2款则关于行为人发表的文学、艺术作品，其不以特定人为描述对象。对于不以特定人为描述对象的一部文学作品，在判断是否属于以特定人为描写对象时，必须确定原告与被告之间的相互关系。如果作者与某人完全不了解、不熟悉，没有共同生活的经历等，那么其没有以该人为描述对象的可能性。此时，即便作品的基本事实与该人之间存在一定的相同或相似之处，也不宜认定侵害名誉权。任何人提出“对号入座”，行为人对于其发表的文学、艺术作品不承担责任。

在判定文学、艺术作品侵犯名誉权的过程中，要区分不同的行为人适用不同的规则。如果受害人请求作品的作者承担责任，作者符合《民法典》第1027条中的“行为人”的构成要件，此时只能适用《民法典》第1027条的规定承担责任；但如果受害人请求出版社承担责任，则也可以适用《民法典》第1028条的相关规定，通过对“等媒体”的解释，将出版社作为《民法典》第1028条中的责任人，从而请求出版社采用更正、删除等必要措施，而不只限于请求承担赔偿责任。

（撰稿人：王利明）

[1] 云南省高级人民法院（2000）云高民终字第115号民事判决书。

[2] 最高人民法院公报，1992（2）。

[3] 张红.文学作品中的名誉权侵权责任.中南民族大学学报（人文社会科学版），2012（6）。

[4] 杨立新.人身权法论.北京：人民法院出版社，2002：340.

[5]最高人民法院公报，1998（1）。

[6]北京市第三中级人民法院（2017）京03民终98号民事判决书。

第一千零二十八条

民事主体有证据证明报刊、网络等媒体报道的内容失实，侵害其名誉权的，有权请求该媒体及时采取更正或者删除等必要措施。

本条主旨

本条对更正、删除措施作出了规定。

相关条文

《民法通则》第101条规定：“公民、法人享有名誉权，公民的人格尊严受法律保护，禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。”

《侵权责任法》第36条规定：“网络用户、网络服务提供者利用网络侵害他人民事权益的，应当承担侵权责任。网络用户利用网络服务实施侵权行为的，被侵权人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，未采取必要措施的，与该网络用户承担连带责任。”

《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第5条规定：“依据侵权责任法第三十六条第二款的规定，被侵权人以书面形式或者网络服务提供者公示的方式向网络服务提供者发出的通知，包含下列内容的，人民法院应当认定有效：（一）通知人的姓名（名称）和联系方式；（二）要求采取必要措施的网络地址或者足以准确定位侵权内容的相关信息；（三）通知人要求删除相关信息的理由。被侵权人发送的通知未满足上述条件，网络服务提供者主张免除责任的，人民法院应予支持。”

《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第6条规定：“人民法院适用侵权责任法第三十六条第二款的规定，认定网络服务提供者采取的删除、屏蔽、断开链接等必要措施是否及时，应当根据网络服务的性质、有效通知的形式和准确程度，网络信息侵害权益的类型和程度等因素综合判

断。”

《新闻出版署关于发布〈报刊刊载虚假、失实报道处理办法〉的通知》规定：“三、报纸、期刊刊载虚假、失实报道和纪实作品，致使公民、法人或者其他组织的合法权益受到侵害的，当事人有权要求更正或者答辩，有关出版单位应当在其出版的报纸、期刊上予以发表；拒绝发表的，当事人可以向人民法院提起诉讼。四、报纸、期刊因刊载虚假、失实报道和纪实作品而发表的更正或答辩，必须符合以下要求：（一）凡公开更正的，应自虚假、失实报道和纪实作品发现之日起，在其最近出版的一期报纸、期刊的同等版位发表；（二）凡按当事人要求进行更正或发表答辩的，应自当事人提出要求之日起，在其最近出版的一期报纸、期刊的同等版位上，予以发表。五、报纸、期刊转载虚假、失实报道和纪实作品，其更正和答辩，按照本办法第四条的规定办理。”

《期刊出版管理规定》第26条规定：“期刊刊载的内容不真实、不公正，致使公民、法人或者其他组织的合法权益受到侵害的，期刊出版单位应当公开更正，消除影响，并依法承担其他民事责任。期刊刊载的内容不真实、不公正，致使公民、法人或者其他组织的合法权益受到侵害的，当事人有权要求期刊出版单位更正或者答辩，期刊出版单位应当在其最近出版的一期期刊上予以发表；拒绝发表的，当事人可以向人民法院提起诉讼。期刊刊载的内容不真实、不公正，损害公共利益的，新闻出版总署或者省、自治区、直辖市新闻出版行政部门可以责令该期刊出版单位更正。”

理解与适用

一、因报道的内容失实侵害他人名誉权，应承担民事责任

该条规定仅在内容失实时，媒体才承担相应的责任。之所以将失实作为请求采取必要措施的要件，主要目的是鼓励新闻报道和舆论监督。报刊、网络等媒体报道满足该条构成侵权的，应当具备两个要件，即报道内容失实和报道内容构成对名誉权的侵害。本条中受害人可以请求采取的 necessary 措施，包括更正、删除和其他必要措施。

二、受害人有权请求该媒体及时采取更正或者删除等必要措施

在互联网和大数据时代，权利人享有的名誉、隐私、肖像、姓名

等精神性人格权，很容易遭到他人的侵犯，且损害后果具有易扩散性和不可逆性，如果将人格权界定为纯粹消极防御性的权利，则只有在遭受侵害后，权利人才能主张救济，这显然不利于保护人格权，因为在许多情形下，即便相关行为尚不构成侵权，个人的人格权的实现也可能受到不当影响，此时，应当允许权利人积极行使人格权，以消除影响其人格权圆满实现状态的原因，防止损害的发生和扩大。从比较法上看，许多国家都在保护人格权中承认了回应权、更正权等权利。随着个人信息的收集、“黑名单”设置、信用记录的收集等现象的出现，信息失真、记载错误等情况，也给相关当事人的社会生活和经济交往活动带来了不良影响。出现此种情形后，应当允许权利人请求就相关失真和错误的信息进行删除、修改和补充。^[1]在行使该权利的情形下，即便行为人没有构成侵权，也应当强化对个人信息权利的保护，赋予其请求相关主体对信息进行删除、修改和补充等积极权能，而不能仅在构成侵权时才对其进行救济。上述这些对人格权予以保护的措施本身就是人格权积极权能的体现，人格权的所有这些多元化的保护方式已经大大突破了对人格权的简单消极防御方式，而施加给特殊行为主体以更为积极的行为义务，使人格权主体对其人格权的保护更为主动、有效和全面。

在网络时代，应当更加重视对人格权侵权行为的预防，因为与传统社会的信息传播方式不同，网络信息的传播具有即时性，而且网络的无边界性以及受众的无限性，也使网络环境对信息的传播具有一种无限放大效应，网络信息一经发布，即可瞬间实现全球范围的传播，损害后果将被无限放大。尤其是在网络环境下，侵害人格权的损害后果往往具有不可逆性，损害一旦发生，即难以恢复原状，犹如覆水难收。这就需要更加重视对侵害人格权侵权行为的预防。为此，许多国家都采用了禁令、删除、屏蔽、断开链接等各种方式来保护网络侵权的受害人，以防止损害的进一步扩大。

（一）更正权

所谓更正权，是指报刊、网络等媒体刊载的报道内容失实或有明显错误，侵害他人人格权益的，则受害人有权请求该媒体及时更正。从比较法上看，许多国家的新闻法，如法国、丹麦、芬兰、泰国以及塞内加尔等的，都对更正与答辩权作出了规定。^[2]在德国法中，在人格权保护（尤其是名誉权的保护）的司法实践中，即大量采用了更正请求权（Berichtigungsanspruch）和撤回请求权（Widerrufsanspruch）。更正请求权和撤回请求权的请求权基础既可以是侵权损害赔偿意义上的回复原状，也可以是类推适用《德国民法典》第1004条。^[3]与不作为请求权相同，更正请求权系非财产性

请求权；与不作为请求权指向未来的不法行为不同，更正请求权指向的是在过去已经出现且还在持续的妨害。^[4]

在我国，国务院《出版管理条例》第27条规定：“出版物的内容不真实或者不公正，致使公民、法人或者其他组织的合法权益受到侵害的，其出版单位应当公开更正，消除影响，并依法承担其他民事责任。报纸、期刊发表的作品内容不真实或者不公正，致使公民、法人或者其他组织的合法权益受到侵害的，当事人有权要求有关出版单位更正或者答辩，有关出版单位应当在其近期出版的报纸、期刊上予以发表；拒绝发表的，当事人可以向人民法院提起诉讼。”该条对更正权与答辩权作出了规定。我国民法典人格权编对更正权作出规定，一方面可以为媒体报道提供行为指引，另一方面也可以为权利人主张权利提供更为具体的法律依据，更有利于权利人主张权利。此外，在規定更正权的情形下，权利人只需要证明相关报道不实即可，并不当然需要其已经遭受现实的损害。因此，与消除影响相比，更正权的确立能够将损害预防的时间提前，这也更有利于对损害的事先预防。

更正权的行使应当符合如下几个要件。

第一，有关报刊、网络等媒体刊载的报道内容必须失实或有明显错误。更正请求权不仅适用于部分不实的事实陈述，也适用于误导他人引起他人对权利人错误印象的陈述。^[5]如果有关报刊、网络等媒体刊载的报道内容并未失实，没有发生明显错误，则即便对权利人不利，权利人也无权请求更正。例如，媒体报道某人的违法事实，则即便该报道对被报道人不利，被报道人也无权请求更正。再如，在媒体擅自披露他人隐私时，如果披露的内容是事实，则权利人即无权主张媒体进行更正^[6]，而只能请求媒体承担侵害隐私权的侵权责任。因此，只有媒体报道内容失实或者明显错误时，权利人才享有更正权。当然，更正权的行使并不要求权利人必须遭受了现实的损害，只要权利人能够证明报道内容失实或者存在明显错误，其就应当享有更正权。

更正请求权主要适用于事实陈述（Tatsachenbehauptungen），而不适用于价值判断或意见表达，也就是说，其适用于加害人作出了不实事实陈述的情形；权利人在行使更正权时，其应当举证证明行为人报道的内容失实或者存在明显错误。^[7]同时，在报道内容不全面的情形下，权利人也有权主张媒体及时补充相关内容，从而发挥与更正相同的作用；如果媒体只是传播第三人的言论且并未亲自对言论进行审查，权利人可以要求媒体注明（Anspruch auf Distanzierung）。^[8]

第二，因报道内容失实或有明显错误，侵害他人人格权益的。也就是说，权利人在主张更正时，其不仅要证明相关报道的内容失实，还要证明其因此遭受了名誉受损、隐私泄露等损害，或者有可能遭受损害。权利人行使更正请求权和撤回请求权必须符合比例原则，也就是说，行使更正请求权适合（geeignet）排除妨害，对于消除报道不实的不利影响而言，行使更正请求权应当是必要的（erforderlich）且是最适度的措施，而且，在权衡加害人和受害人的利益关系后，行使更正请求权和撤回请求权是可以期待的（zumutbar）。^[9]

第三，更正必须是针对事实进行的，而不是针对有关的评论进行的。评论本身是一种主观的评价，并不存在更正的问题，因此，更正权行使的对象应当是事实陈述，而非评价。当然，如果评论不当造成权利人社会评价降低，则权利人有权以其名誉权遭受侵害为由向行为人提出请求。

第四，必须是请求刊载相关言论的报刊、网络等媒体予以更正。^[10]对于未刊载相关不实报道的媒体，权利人无权请求其更正。当然，刊载相关不实信息的媒体既包括直接发布不实信息的媒体，也应当包括转载不实信息的媒体。

当然，在更正权的情形下，原则上不要求权利人证明其遭受了实际损害，或者即便要求其证明遭受了实际损害，也应当尽量减轻其损害的证明负担。权利人只需要证明相关不实报道可能造成其损害即可，此种损害可能只是一种推定的损害。此外，权利人在行使更正权时，并不需要证明行为人具有过错。

在权利人提出更正请求后，相关媒体应当及时予以更正，如果相关媒体不予更正，则必须向权利人说明不予更正的理由，如果相关媒体没有正当理由拒绝更正，则权利人有权请求人民法院予以强制更正。同时，与回应权不同，更正权的行使不应当有时间限制，因为在不实报道的情形下，行为人侵害权利人人格权的侵害状态一直持续^[11]，权利人的更正权不应受到时效限制。也就是说，只要被报道人发现相关媒体刊载的信息不实，其就应当有权请求该媒体予以更正，以消除相关不利影响。该权利不应当受时效的限制。

（二）删除权

所谓删除权，是指行为人发布相关的侵权文字或信息具有侮辱、诽谤的内容的，受害人有权请求行为人删除相关的文字或信息。如果是在网络上发表的，受害人有权请求删除，使侵权信息的文字、图片、音频、视频等内容不再在网页上出现。在比较法中，一些国家也

确认了受害人所享有的删除权。例如，德国法中出现了补充和更正请求权（Der Anspruch auf Ergänzung und Richtigstellung）^[12]，补充、更正和删除旨在消除原有文义给大众带来的不良印象，或者请求加害人自己更正其信息。在有些情况下，即使言论并非直接针对受害人本人，而采用影射等方式，也可以请求加害人进行补充性的更正，使言论更加客观真实。在言论传播到第三人的情况下，如果表意人本身没有足够明确地表达且未加以核实即进行传播，则权利人可以主张隔离相关言论（Anspruch auf Distanzierung），以停止该言论的传播。^[13]《侵权责任法》第36条中规定，“网络用户利用网络服务实施侵权行为的，被侵权人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。”《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第6条规定：“人民法院适用侵权责任法第三十六条第二款的规定，认定网络服务提供者采取的删除、屏蔽、断开链接等必要措施是否及时，应当根据网络服务的性质、有效通知的形式和准确程度，网络信息侵害权益的类型和程度等因素综合判断。”权利人更正权、删除权的行使并不需要证明行为人的行为构成侵权，也不要求权利人必须通过诉讼的方式向网络运营者提出更正、删除的请求。

《民法典》人格权编赋予受害人删除权，对于预防损害的发生，及时保护受害人的人格权不受侵害，十分必要。因为互联网上的侵权行为一旦发生，就是向全世界发布，其可以无数次被下载，损害后果具有无限放大性，且若任其蔓延，后果难以估量，因此，允许受害人请求删除，能够防止损害的进一步扩大。例如，在网上发布他人的裸照，如果不及时屏蔽或者删除，则可能瞬间实现全球范围的传播。如果涉及侮辱、诽谤言论，受害人有权要求网络发布者立即删除该言论，并可以请求行为人刊载有关更正信息，以消除影响。消除影响的主要功能在于消除已经给他人的社会声誉造成的不良影响，从而使受害人的名誉得到恢复。例如，通过网络侵犯他人的名誉权，可以通过通知网络运营商删除侵权言论的方式来消除影响；而通过口头方式侵害他人的名誉权，则可以通过向他人进行解释的方式来消除影响。

删除权的行使与更正权的行使一样，并不要求受害人已经遭受现实的损害，也不要求证明行为人是否具有过错，甚至受害人不需要证明行为人的行为是否已经构成侵权。例如，在“覃某豪诉桂平市郊区农村信用合作社名誉权侵权案”中，原告经查询，发现在中国人民银行征信中心系统中，被告提供给征信服务中心的个人信用数据库中信息不准确，导致其借款受阻。原告为此要求被告将上述信息予以删除未果，遂向法院提起诉讼。法院认为，被告的行为已经侵害原告名誉权，并责令被告予以更正。^[14]由此可见，此种请求权在性质上应当

属于人格权请求权的范畴，与侵权损害赔偿请求权相比较，对受害人而言，举证负担更轻。

（三）其他必要措施

《民法典》第1028条使用了“等必要措施”的表述，这就意味着除了更正、删除措施外，还可以包括其他措施，具体包括哪些措施，将来可以通过司法解释予以进一步澄清。笔者认为，有必要将回应权包括其中。所谓回应权（right to reply）是指有关报刊、网络等媒体披露报道直接涉及他人名誉和其他人格权益，权利人认为其中的事实存在错误，可以请求该媒体及时免费刊载其澄清相关事实的回应。例如，某人在网上披露某明星通过签订“阴阳合同”的方式偷税漏税，该明星如果认为披露的事实有误，则其有权请求该网站刊载其回应的文章，以澄清事实。回应权最早源自法国，由法国1881年7月29日发布的法律所规定，它一开始就被认为是一项人格权。瑞士民法典1983年修改，在28g到28l条用6条专门规定了回应权。我国新闻出版署1999年发布的《报刊刊载虚、假失实报道处理办法》规定：“报纸、期刊刊载虚假、失实报道和纪实作品，致使公民、法人或其他组织的合法权益受到侵害的，当事人有权要求更正或者答辩，有关出版单位应当在其出版的报纸、期刊上予以发表；拒绝发表的，当事人可以向人民法院提起诉讼。”此处所说的“答辩”，就是指回应权。法律承认该权利的必要性在于，赋予受害人回应的权利就能够使其在发现相关事实失实后，能够迅速针对不实事实作出澄清，消除相关报道可能产生的不良后果。^[1]因此，回应权也可被视为是消除影响的一种具体方式。在更正和回应的情况下，根本不需要确定有侵权的发生。也就是说，即使在没有确定发生侵权的情况下，如果出现了需要更正或者回应的情形，权利人也有权行使这些权利。这是为了维护名誉的完整性，具有防止不法侵害的发生和扩大等多重功能。《民法典》第1028条虽然没有明确规定回应权，但从该条规定来看，受害人有权请求该媒体及时采取更正或者删除等必要措施。笔者认为，回应权可以包括在“等”之中。

（撰稿人：王利明）

[1]张钱.个人征信侵权责任认定中存在的问题分析.法律适用,2014(3).

[2]参见法国新闻自由法第二章第二节，丹麦新闻法第9、10条，芬兰新闻自由法第25条，泰国新闻法第40~43条、塞内加尔新闻刊物和记者职业法第一篇第三章第三节。

[3]MüKoBGB/Rixecker , 7.Aufl.2015 , BGB§12 Anh.Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht , Rn.255 ; Staudinger/Hager (2017) , BGB§823 , Rn.C 271 ; Götting/Schertz/Seitz , Handbuch Persönlichkeitsrecht , C.H.Beck , 2008 , §49 , Rn.2.

[4]Götting/Schertz/Seitz , Handbuch Persönlichkeitsrecht , C.H.Beck , 2008 , §49 , Rn.4 f.

[5]同②55.

[6]Staudinger/Hager (2017) , BGB§823 , Rn.C 273.

[7]Götting/Schertz/Seitz , Handbuch Persönlichkeitsrecht , C.H.Beck , 2008 , §49 , Rn.10-12 ; Rn.81.

[8]MüKoBGB/Rixecker , 7.Aufl.2015 , BGB§12 Anh.Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht , Rn.264 ; Götting/Schertz/Seitz , Handbuch Persönlichkeitsrecht , C.H.Beck , 2008 , §49 , Rn.62 , Rn.65 f.

[9]MüKoBGB/Rixecker , 7.Aufl.2015 , BGB§12 Anh.Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht , Rn.259 ; Staudinger/Hager (2017) , BGB§823 , Rn.C 277 ; Götting/Schertz/Seitz , Handbuch Persönlichkeitsrecht , C.H.Beck , 2008 , §49 , Rn.33 ff.

[10]陈力丹.更正与答辩——一个被忽视的国际公认的新闻职业规范.国际新闻界 , 2003 (5) .

[11]Götting/Schertz/Seitz , Handbuch Persönlichkeitsrecht , C.H.Beck , 2008 , §49 , Rn.17.

[12]MuekoBGB/Rixecker , 7.Aufl.2015 , BGB§12 Anh.Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht Rn.264.

[13]同②265.

[14]广西壮族自治区贵港市中级人民法院 (2008) 贵民一终字第37号民事判决书。

[15]Kerpen , Das internationale Privatrecht der Persoenlichkeitsrechtsverletzungen , 2003 , S.134.

第一千零二十九条

民事主体可以依法查询自己的信用评价；发现信用评价不当的，有权提出异议并请求采取更正、删除等必要措施。信用评价人应当及时核查，经核查属实的，应当及时采取必要措施。

本条主旨

本条是关于侵害信用的规定。

相关条文

《征信业管理条例》第17条规定：“信息主体可以向征信机构查询自身信息。个人信息主体有权每年两次免费获取本人的信用报告。”

《征信业管理条例》第18条规定：“向征信机构查询个人信息的，应当取得信息主体本人的书面同意并约定用途。但是，法律规定可以不经同意查询的除外。”

《征信业管理条例》第23条规定：“征信机构应当采取合理措施，保障其提供信息的准确性。征信机构提供的信息供信息使用者参考。”

《征信业管理条例》第25条规定：“信息主体认为征信机构采集、保存、提供的信息存在错误、遗漏的，有权向征信机构或者信息提供者提出异议，要求更正。征信机构或者信息提供者收到异议，应当按照国务院征信业监督管理部门的规定对相关信息作出存在异议的标注，自收到异议之日起20日内进行核查和处理，并将结果书面答复异议人。经核查，确认相关信息确有错误、遗漏的，信息提供者、征信机构应当予以更正；确认不存在错误、遗漏的，应当取消异议标注；经核查仍不能确认的，对核查情况和异议内容应当予以记载。”

理解与适用

一、侵害涉及信用的名誉权的特殊性

所谓涉及信用的名誉权，是指民事主体享受并支配其信用及其利益的人格权，或者说是自然人、法人或非法人组织对其所具有的经济活动及其能力的良好评价所享有的权利。《民法典》第1024条第2款规定：“名誉是对民事主体的品德、声望、才能、信用等的社会评价。”我国民法典人格权编将信用置于名誉之中，是将信用利益作为名誉权予以保护的，因此，并没有承认独立的涉及信用的名誉权。但民法典采用了两条（第1029条、第1030条）专门规定了信用利益的保护，也反映出信用利益具有一定的独立性。

应当看到，涉及信用的名誉权确实和名誉权有相似之处。一方面，信用本身可以表现为一种良好的名誉，它和名誉一样都是一种社会评价。损害他人信用也会损害对主体的社会评价，反过来说，损害名誉也必然会降低信用。布劳指出，“社区中的好名声是一种很高的信用，可以帮助一个人得到其他人得不到的利益”。好名声可帮助一个经济人减少交易成本，克服信息不足。^[1]另一方面，从保护的方式来看，侵害信用确实也可以适用恢复信用的方式，而恢复信用和恢复名誉是十分类似的。尤其应当看到，虽然从司法实践来看，有的法院在判决中明确使用了“信用权”这一概念，但由于我国立法并未规定独立的信用权，因而，法院大多通过名誉权对信用利益进行保护。例如，在“覃某豪诉桂平市郊区农村信用合作社名誉权侵权案”中，原告经查询，发现在中国人民银行征信中心系统中，被告提供给征信服务中心的个人信用数据库的信息不准确，导致其借款受阻。原告为此要求被告将上述信息予以删除未果，遂向法院提起诉讼。法院认为，被告的行为已经侵害原告名誉权，并责令被告予以更正。^[2]再如，在“徐某祥与江苏淮安农村商业银行股份有限公司等名誉权纠纷上诉案”之中，江苏省高级人民法院就曾明确指出，“信用权属于名誉权范围，是民事主体就其所具有的经济能力在社会上获得相应依赖与评价所享有其保有和维护的人格权”^[3]。正是因为上述原因，我国人格权编并没有规定独立的信用权，而将其包括在名誉权中，也不无道理。

但是，应当看到，涉及信用的名誉权与名誉权确实存在一定的区别，主要表现如下。

第一，两种权利的客体不完全相同。名誉权主要是社会公众对其人格的道德评价，涉及信用的名誉权则主要是对权利人经济能力的评价。王泽鉴教授指出，信用权和名誉权的区别在于前者系经济上的评价，后者为社会上的评价。^[4]名誉是对民事主体的品格、才干、能力等的综合素质的社会评价，名誉过于宽泛，包括权利人在道德、经济

等各方面的社会评价，信用则是对民事主体的经济能力的社会评价，信用仅仅是指社会对于权利人履行交易的经济能力的评价。侵害信用，有时并不表现为对名誉利益的侵害，而只表现为公众对于权利人经济能力信赖的降低^[5]，例如，指责某人支付能力较差，或经济上遇到严重困难，甚至散布某人贫穷的谣言，尽管与事实不符，此时可能并不损害其名誉，但侵害了其涉及信用的名誉权。

第二，侵害涉及信用的名誉权的主体与侵害名誉权的主体不同。由于信用是信用评价主体基于一定的规则给予权利人的信用评价，因而并非所有的主体都能够造成对于他人的信用评价失实。可见，侵害涉及信用的名誉权最为常见的主体是信用评价机构。由于信用评价机构对于权利人的履约记录等信用信息不全面、不真实或者已经过时，在此基础上，对于信息主体的信用记录进行了错误的评价，这些均构成对权利人涉及信用的名誉权的侵害。另外，向他人提供错误信用信息的主体也可能承担侵害信用的侵权责任。例如，某商业银行基于过失错误地向人民银行上报了贷款客户的逾期还款记录，导致该客户的信用评价降低，此时，该商业银行虽然并未对该客户的信用进行评价，但是由于人民银行征信系统是依据其上报的还款记录进行信用评价的，对于因此导致的该客户涉及信用的名誉权遭受侵害，该商业银行同样应当承担侵权责任。可见，对于涉及信用的名誉权的侵害，主要体现于信用评价人和提供信用信息的主体，而其他不能进入信用评价系统的主体，通常并无侵害他人涉及信用的名誉权的可能。但在侵害名誉权的情形下，任何主体都可能构成对于他人的名誉权的侵害。

第三，两者的侵害方式不同。侵害名誉权主要采取诽谤和侮辱方式，且要为第三人知道，并造成对受害人的社会评价的降低。而侵害涉及信用的名誉权的方式则主要体现为虚假陈述或者错误记载。此种错误，很可能给被记录者产生各种资格上的限制，如不能获得银行的贷款，无法预订高铁票、列车软卧和飞机票，无法报名参加旅游团等。在对名誉权的保护中，内容真实是不构成对名誉权的损害的，但在涉及信用的名誉权的保护中，有时非法披露他人的信用信息，导致他人信用评价降低，也可能构成侵权。恶意散布真实的消息可能侵犯涉及信用的名誉权，但未必侵犯名誉权。另外，侵害涉及信用的名誉权可能并没有为第三人所知道。例如，在“周某诉中国银行股份有限公司上海市分行名誉权纠纷案”^[6]中，被告某银行征信系统中的不良信用记录有误，该银行在多次向原告发出催款通知后，向人民法院提起诉讼，要求原告偿还信用卡欠款，为此发生争议。法院认定，被告在审核信用卡申请信息中确实存在一定的过错导致原告的信用报告存在不真实的记载。但是，被告所报送的欠款信息是源于原告名下信用卡的真实欠款记录，并非捏造，故不构成侵害原告名誉权的行为。同

时，名誉权受损害的损害后果应当是造成原告的社会评价降低，但是，中国人民银行的征信系统是一个相对封闭的系统，原告的信用记录并未在不特定的人群中进行传播，不会造成其社会评价的降低。故法院未支持原告的主张。其实在该案中，原告的名誉可能并没有受到影响，但其涉及信用的名誉权确实受到了侵害。

第四，两者的救济方式不同。侵害自然人的名誉权往往导致精神损害，而侵害自然人的涉及信用的名誉权，虽然也可能导致精神损害，但通常主要导致财产损失。涉及信用的名誉权本身不能用金钱衡量，信用评价机构对涉及信用的名誉权主体的信用评价虽然有优劣之分，但是却不能通过一定的方法直接换算成一定的金钱价值。^[7]然而，一旦侵害涉及信用的名誉权，受害人遭受的损害往往体现为失去了从事交易或者获得贷款的机会等，这些均属于财产损失，在这一点上，侵害涉及信用的名誉权产生的损害结果与侵害名誉权等其他人格权产生的损害结果具有明显的不同。另外，侵害涉及信用的名誉权与名誉权虽然都可以采用修复信用或者恢复名誉的方式予以救济，但二者的救济方式存在一定的区别，对名誉权的恢复主要采用消除影响、恢复名誉的方式予以修复，而对涉及信用的名誉权的修复则主要通过更正相关的信用信息记录的方式予以修复。除损害赔偿的责任方式外，涉及信用的名誉权人对于信用信息记载错误导致信用评价不当的，也可以行使更正、删除等人格权请求权。但在侵害名誉权的情形下，极少采用更正等救济方式。

此外，信用评价处于不断的变化之中，对涉及信用的名誉权侵权的判定必须依据特定的时间点进行。信用评价是评价人对于特定权利主体在特定时间内的信用信息进行的评价。据以进行信用评价的信用信息处于不断的变化之中，因此基于这些信息的信用评价也势必依据这些变化而作出相应的变更。伴随着权利人不断从事交易、履约或违约，其信用评价不断发生变化。既往的履约或违约记录等，根据信用评价机构的评价规则，也可能在达到一定的期限后，不再被纳入评价体系。例如，《征信业管理条例》第16条规定：“征信机构对个人不良信息的保存期限，自不良行为或者事件终止之日起为5年；超过5年的，应当予以删除。”因此，为了应对信用信息和信用评价的不断变化，对于侵害涉及信用的名誉权的判定首先必须明确判定的时间点，即判断造成损害的发生时间是否存在信用评价不当。没有造成损害的，应当通过更正、删除等手段进行救济。

二、民事主体可以依法查询自己的信用评价

《民法典》第1029条首先确认了民事主体享有对自己信用评价的

查询权。所谓查询，是指信息主体有权查看其个人信用信息被收集后的状态以及被处理的情况，以了解信息控制者对信用信息的控制状态，确定其信用信息是否真实、准确、全面。民事主体可以依法查询自己的信用评价，这是涉及信用的名誉权的重要内容，只有保障该项权利的行使，才能全面保障涉及信用的名誉权的实现。目前相关征信服务机构已经建立了个人征信信息库，当事人有权查阅自己的信用信息，有关机构应当给予配合。《征信业管理条例》第17条规定：“信息主体可以向征信机构查询自身信息。个人信息主体有权每年两次免费获取本人的信用报告。”这也是保护涉及信用的名誉权所必需的。

此处所说的民事主体既包括了自然人，又包括了法人。自然人的信用评价主要是指基于自然人的信用信息收集而对其信用作出的评价，如人民银行征信系统中的个人征信记录。法人的信用评价则主要是一些机构通过对法人履约纪录、资产状况等对法人的信用作出的信用评价，如一些单位对法人进行的评级等。上述信用评价均适用本条的规定。依据本条规定，只要信用评价发生不当，既可以请求采取更正、删除等手段，也可以直接向法院起诉要求承担民事责任。

《民法典》第1029条中的“依法查询”是指依据法律规定的程序进行的查询。不同的信用评价体系受到不同的规范约束。例如，对中国人民银行的征信系统的相关查询程序应该按照《征信业管理条例》的查询规则。《征信业管理条例》第18条规定：“向征信机构查询个人信息的，应当取得信息主体本人的书面同意并约定用途。但是，法律规定可以不经同意查询的除外。”该条规则就是对查询规则的规定。

本条中使用了“信用评价不当”的表述。信用评价本身只是一种意见的表达，因而与事实不同，其往往不涉及正确与错误，而主要是存在不当的情形。信用评价不当主要包括以下几种类型：一是收集的信息没有及时更新，导致评价不准确；二是遗漏重要信息，导致评价不当；三是缺乏事实根据的评价不当；四是算法歧视。算法往往是建立于大量来自社会现实的数据材料分析基础之上的，这就导致算法并非一种完全价值中立的活动，算法总是隐含了价值判断，此时算法中的价值判断如果显著失去公平就造成了算法歧视。^[8]由于算法歧视的存在，根据这一算法进行的信用评价结果就是不当的。

三、发现信用评价不当的，有权提出异议并请求采取更正、删除等必要措施

信用评价是征信机构对信用状况的客观描述，所以很难说信用评价有正确与错误之分，但其有可能存在妥当与不当之分。如果评价的

相关信用信息有误，有可能导致评价不当。在市场经济社会，征信制度、黑名单制度的建立也都给个人信息的保护带来了挑战。在各种名目繁多的评级、企业自己建立的黑名单制度之下，若因信息失真导致评价不准确，不仅会造成对他人名誉、信用等的损害，也会影响他人正常的经营活动。因此，发现信用评价不当的，在法律上可以对其提供一定的救济。依据《民法典》第1029条，权利人有提出异议并请求采取更正、删除等必要措施的权利，以维护其信用利益。具体如下。

（一）提出异议权

如果权利人发现相关主体对其信用评价不实，或者虽然信用评价正确，但可能侵害其合法权益的，权利人即有权提出异议。《征信业管理条例》第25条规定：“信息主体认为征信机构采集、保存、提供的信息存在错误、遗漏的，有权向征信机构或者信息提供者提出异议，要求更正。征信机构或者信息提供者收到异议，应当按照国务院征信业监督管理部门的规定对相关信息作出存在异议的标注，自收到异议之日起20日内进行核查和处理，并将结果书面答复异议人。”

（二）请求更正权

民事主体发现信用评价不当或者侵害自己合法权益的，有权请求更正，《征信业管理条例》第25条第3款规定：“经核查，确认相关信息确有错误、遗漏的，信息提供者、征信机构应当予以更正；确认不存在错误、遗漏的，应当取消异议标注；经核查仍不能确认的，对核查情况和异议内容应当予以记载。”信用记录实际上是大数据时代的产物，其通过互联网所支持的强大信息搜集、传播和查阅功能，让那些背负不良信用记录的人随时随地都面临资格上的限制。即使是征信机构，在征信过程中发生征信错误，导致信息失真，权利人也有权要求其更正、补充或修改，使自己的信用信息处于良好的状态。对于不正确、不完整的信用信息，当事人有权要求有关机构予以删除和更正。例如，如果某人被列入“黑名单”后，其已经改过自新，纠正了其失信的行为，则其可请求相关机构将其从“黑名单”中移除，以维护其良好的信用状态。^[9]例如，在一则案例中，原告在深圳鹏元个人征信系统和中国人民银行个人征信系统中，被记录有8次逾期还款的记录。该记录有误，导致原告向银行借款遭到拒绝，因此原告向法院起诉，请求消除该不良信用记录。^[10]由此可见，对信用信息的不真实记载或歪曲，不论该信息是否已经公开，都将构成对他人涉及信用的名誉权的侵害。

（三）请求删除权

行为人对不当信用信息拒绝更正，以致对受害人造成不良影响。在个人信用信息记载不当的情形下，权利人有权请求行为人删除或者更正该信用信息，请求删除的原因主要在于：一是信息不当，如收集的信用信息不全面、不准确或者已经过时。二是信用评价不当，信用评价机构根据不当的信息，会作出不当的评价，对此应当予以删除。三是依据法律、法官所规定的原因删除。《征信业管理条例》第16条规定，征信机构对个人的不良信息的保存期限，自不良行为或者事件终止之日起为5年，超过5年的，应当予以删除。例如，在“马某诉中国农业银行股份有限公司郑州中原支行名誉权纠纷案”^[11]中，原告马某于2000年向农业银行贷款16万元，2002年其与农业银行间的债权债务纠纷经人民法院裁判，后在该案的执行过程中双方和解，马某已经清偿了全部债务，但农业银行在时隔9年之后，仍拒不协助马某删除因该债务所产生、形成的银行不良信息记录，导致原告难以借款。法院认为，依据《征信业管理条例》第16条的规定，对该记录应当予以删除。被告的行为已经构成对原告名誉权的侵害，应当及时删除该信息。

如果行为人拒绝更正，也构成对他人涉及信用的名誉权的侵害。例如，在“朱某与尉氏县农村信用合作联社名誉权纠纷案”中，原告因被告的过错在银行信用系统中出现不良信用记录，在原告多次要求下，被告不予更正，给原告的生活和精神造成了严重影响，法院认为被告应承担相应的责任，被告应删除原告在银行系统中的不良信用记录。^[12]

（四）其他措施

除上述救济方式外，权利人还可以采取其他如屏蔽、封锁等救济措施，只要相关措施有利于保护其信用利益，权利人即应当有权提出请求。在对信用信息进行错误记载或记载不全面、不客观的情形下，权利人有权要求征信机构予以删除、更正、补充。在收到权利人的通知以后，义务人应当在合理期限内采取措施，如果义务人不愿意进行相应的更正、删除、补充，法院就可以采取一定的措施予以强制执行，因此造成权利人损害的，权利人也有权请求行为人赔偿损失。

四、信用评价人应当及时核查和及时采取必要措施

信用评价人在收到权利人的请求权后，应及时核查，对于经核查属实的，应当及时采取必要措施。这就是说，针对特定的信用评价人所传播的不实的信用信息，权利人有权要求对这些不实信息进行删除、更正。在一定程度上，各种资格限制同样是向当事人施加的一

种“不利后果”，这些不良信息的记载和公示，很可能给被记录者带来各种资格上的限制，如不能获得银行的贷款，无法预订高铁票、列车软卧和飞机票，无法报名参加旅游团等。由于征信信息是个人信用状况的集中体现，对信用记录进行错误记载或者擅自篡改、歪曲、隐瞒社会主体的信用信息，必将对社会主体的信用产生不良的影响。而且此类错误信息一旦公开，也将直接影响对当事人经济能力即信用状况的正确评价。^[13]

信用评价人在征信过程中，如果发生征信错误，导致信息失真，权利人有权要求更正、补充或修改，使其信用信息处于良好的状态。对于不正确、不完整的信用信息，当事人有权要求有关机构予以删除和更正。中国人民银行《个人信用信息基础数据库管理暂行办法》第8条规定：“征信服务中心应当建立完善的规章制度和采取先进的技术手段确保个人信用信息安全。”征信服务机构应该根据商业银行报送的信用数据进行整理、保存乃至更改，不得擅自改动原始数据和其他个人信用信息，应对商业银行报送的个人信用信息进行客观整理、保存。商业银行发现其所报送的个人信用信息不准确时，应当及时报告征信服务中心，征信服务中心收到纠错报告应当立即进行更正。个人如果发现其信用信息记录有误，一旦提请更正，征信服务机构应当及时予以核实、更正。如果某人被列入“黑名单”后，其已经改过自新，纠正了其失信的行为，则可请求相关机构将其从“黑名单”中移除，以维护其良好的信用状态。^[14]

由于信用是对个人参与经济活动能力的评价，直接具有经济利益因素，因而侵害信用利益，一般会带来财产利益的损失，尤其对经营者而言，常常在其涉及信用的名誉权遭受侵害之后，会直接遭受财产损失。^[15]所以，在侵害涉及信用的名誉权的情况下，要注重运用财产损害赔偿的方式对受害人进行救济。例如，因为权利人的信用受损，导致银行拒绝贷款，使其蒙受财产损失，或者使其产品滞销。对此种财产损失应当予以赔偿。此外，受害人为调查其信用受损害的行为所支付的合理费用也应当被纳入受害人财产损失的赔偿范围。当然，侵害自然人涉及信用的名誉权，也会对受害人造成精神痛苦，此时也就需要通过精神损害赔偿的方法加以救济。精神损害赔偿也应该作为侵害自然人涉及信用的名誉权的侵权责任的方式。

（撰稿人：王利明）

[1]彼德·布劳.社会生活中的交换与权力.孙非，张黎勤译.北京：华夏出版社，1988：299.

[2]广西壮族自治区贵港市中级人民法院（2008）贵民一终字第37号民事判决书。

[3]江苏省高级人民法院（2015）淮中民终字第01990号民事判决书。

[4]王泽鉴.侵权行为法：第1册.北京：中国政法大学出版社，2001：125.

[5]杨立新.民商法理论争议问题——精神损害赔偿.北京：中国人民大学出版社，2004：384.

[6]最高人民法院公报，2012（9）.

[7]李新天，朱琼娟.论“个人信用权”——兼谈我国个人信用法制的构建.中国法学，2003（5）.

[8]丁晓东.算法与歧视从美国教育平权案看算法伦理与法律解释.中外法学，2017（6）.

[9]张国栋.信用修复让黑名单管理更有效.北京晨报，2017-11-20：A23.

[10]深圳首宗个人信用权案开庭.南方都市报，2007-04-10.

[11]河南省郑州市中级人民法院（2014）郑民二终字第595号民事判决书。

[12]河南省尉氏县人民法院（2013）尉民初字第2649号民事判决书。

[13]王锐等.完善我国个人信用征信体系的法学思考.中国法学，2002（4）.

[14]张国栋.信用修复让黑名单管理更有效.北京晨报，2017-11-20：A23.

[15]杨立新.民商法理论争议问题——精神损害赔偿.北京：中国人民大学出版社，2004：385.

第一千零三十条

民事主体与征信机构等信用信息处理者之间的关系，适用本编有关个人信息保护的规定和其他法律、行政法规的有关规定。

本条主旨

本条是关于信用信息保护的规定。

相关条文

《征信业管理条例》第2条规定：“在中国境内从事征信业务及相关活动，适用本条例。本条例所称征信业务，是指对企业、事业单位等组织（以下统称企业）的信用信息和个人的信用信息进行采集、整理、保存、加工，并向信息使用者提供的活动。”

《征信业管理条例》第13条规定：“采集个人信息应当经信息主体本人同意，未经本人同意不得采集。但是，依照法律、行政法规规定公开的信息除外。”

《征信业管理条例》第14条规定：“禁止征信机构采集个人的宗教信仰、基因、指纹、血型、疾病和病史信息以及法律、行政法规规定禁止采集的其他个人信息。征信机构不得采集个人的收入、存款、有价证券、商业保险、不动产的信息和纳税数额信息。但是，征信机构明确告知信息主体提供该信息可能产生的不利后果，并取得其书面同意的除外。”

《征信业管理条例》第15条规定：“信息提供者向征信机构提供个人不良信息，应当事先告知信息主体本人。但是，依照法律、行政法规规定公开的不良信息除外。”

《征信业管理条例》第16条规定：“征信机构对个人不良信息的保存期限，自不良行为或者事件终止之日起为5年；超过5年的，应当予以删除。在不良信息保存期限内，信息主体可以对不良信息作出说明，征信机构应当予以记载。”

《征信业管理条例》第18条规定：“向征信机构查询个人信息

的，应当取得信息主体本人的书面同意并约定用途。但是，法律规定可以不经同意查询的除外。征信机构不得违反前款规定提供个人信息。”

《征信业管理条例》第24条规定：“征信机构在中国境内采集的信息的整理、保存和加工，应当在中国境内进行。征信机构向境外组织或者个人提供信息，应当遵守法律、行政法规和国务院征信业监督管理部门的有关规定。”

理解与适用

一、区分信用信息处理关系与信用评价关系

信用虽然具有财产因素，体现了一定的经济利益，但整体上仍属于一种人格利益。它与名誉一样，与主体的人格有着不可分割的关系。因为，一方面，信用作为一种评价，反映了社会对某个主体的价值认同，并成为主体享有的一定的精神利益，对许多自然人而言，其以追求社会对其很高的社会评价为行为目标，自然人取得良好信用的目的有时不是纯粹出于经济利益的考虑，很多情况下是出于一种精神上的需要。另一方面，信用本身就是对主体人格的某一方面的评价，信用与人格不可分离。“人而无信，不知其可也。”信用与主体的人格的社会认同具有很大的关联性，信用有助于个人人格的发展和培育。所以，其本质上仍然属于精神利益的范畴。

征信行为本身实际涉及两种法律关系。

第一，信用信息处理关系。本条旨在将民事主体与处理个人信息的征信机构之间的关系与评价关系区别开来。在本条的适用中，首先要区分收集的信息是个人信息还是单位信息，对于单位信息的处理不适用本条的规定，其原因在于，单位信息不适用个人信息保护规则。其次，要区分信用信息的处理，本条中的处理并不包括对信息的评价，而只是加工、保管等，如果针对基于收集的信息作出评价行为，则应当适用涉及信用的名誉权的规则，而不适用个人信息保护的规则。

第二，信用评价关系。在此需要区分基础信用信息与基于基础信息进行的评价。基础信息的错误应当适用个人信息保护的规则，但是基于基础信息进行的评价，应当属于信用权的范畴，适用信用评价规则。对于基础信息错误导致的评价错误，受害人既可以请求基础信息

的更正，也可以以其信用利益遭受侵害为由向行为人提出请求。信用信息是信用评价的基础，通过算法将收集到的信息形成信用评价。信用信息主要是通过征信机构的处理，形成信用评价。但是信用信息不同于信用评价。信用信息仍属于个人信息，而信用评价则不再是个人信息，其属于涉及信用的名誉权的范畴。信用评价不仅限于征信评价，还包括了诸如淘宝网店的卖家信用评价等。收集信用信息本身有错误的，可以适用个人信息的更正删除进行保护。而如果是信用评价的错误，则应适用涉及信用的名誉权进行保护。

信用是一种客观的社会评价，即信用不是主体自身的、内在的评价和感觉，而是外部的社会评价。它是民事主体所具有的经济能力在社会上获得的相应信誉评价，也就是对特定主体的经济信赖的客观评价。^[1]正是因为对信用的评价是客观的，所以在确认是否侵害信用权时，必须考虑到社会对其信用能力的客观评价，不能仅仅依据权利人自身的估计来确定。信用的内容由多方面内容组成，信用一般不涉及对自然人政治态度、道德、技能、职业水平等方面的评价，而主要涉及对经济活动及其能力的评价，不仅仅是指对清偿能力的评价，还包括了偿债能力、履约态度、诚实守信等方面。但在信用中，其核心内容是偿债能力、意愿以及所获得的信赖程度的社会评价，也就是说，不仅涉及行为人偿债能力的客观评价，还涉及对行为人是否愿意偿债的主观意愿的评价。

《民法典》第1029条和第1030条区分了信用信息收集与信用信息评价，区分的主要原因在于：第一，二者是不同层面的问题。信用信息的收集是事实问题，主要关系信用信息的真实性与全面性的问题；而信用评价是意见表达问题，其并不涉及真实与否，而只涉及妥当与否的问题。第二，信息收集的主体与信用评价的主体也并不相同。信用评价主要是由信用评价机构作出的，而信用信息的收集主体则较为广泛，商业银行等金融机构均可能成为信用信息的收集者。目前，我国的征信机构主要包括四类：一是政府部门所属的征信机构，如中国人民银行征信中心；二是中资征信公司，主要从事信用调查和风险管理等业务；三是外资征信公司；四是正在试点的个人征信机构。随着征信事业的发展，还可能出现其他征信机构，这些征信机构都应当受到本条规定的约束。第三，所适用的法律规定不同。信用信息的收集、处理与一般个人信息的收集、处理并无本质的区别，应当适用一般个人信息的保护的规定。如果征信机构作为信用收集者，在收集中违反法律规定，未经同意或违法收集了如宗教信仰、基因信息等敏感信息和生物识别信息等，权利人应当适用《民法典》第1036条等的规定，请求收集者或控制者及时删除。但有关信用的评价实际上涉及对民事主体的信用权的保护问题，应当置于信用权中规定。在评

价结果不当是因为信息收集有误而造成的时，就可能会产生竞合，此时既可以适用《民法典》第1029条，请求评价人采取更正、删除等必要措施，又可以适用《民法典》第1036条提出异议并要求更正。正是基于以上原因，立法者将信用信息的收集与评价进行了区分。

《民法典》第1029条实际上确认和保护民事主体的信用利益，其规定的是民事主体的信用维护权，即权利人有权维护自身的信用信息客观、完整、真实。与其他具体人格权不同的是，此种维护不是指受到侵害时的救济，而是涉及权利人对自己信用信息的积极维护。权利人有权依法查询自己的信用记录，如果发现相关主体关于自己信用记录的记载有误，则权利人有权提出异议，并有权请求相关主体采取更正、删除等措施。在权利人提出上述请求后，相关主体应当及时予以核查，发现信用记录记载不实的，则应当及时予以更正。严格地说，恢复信用和恢复名誉具有很多相似性，但恢复信用主要是指恢复对其经济方面积极评价的状态，而恢复名誉则是恢复社会公众对权利人的 general 评价。从性质上说，信用维护权还是由个人对其信用信息的自主决定性所决定的。

二、民事主体与征信机构等信用信息处理者之间的关系，适用有关个人信息保护的规定

如前所述，征信机构依据其收集的信用信息进行评价，由于信用信息的收集、处理与一般个人信息的收集、处理并无本质的区别，因而应当适用一般个人信息的保护的规定。具体如下。

一是个人信息的处理应当遵守“知情同意”规则。《网络安全法》第41条规定：“网络运营者收集、使用个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，公开收集、使用规则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经被收集者同意。网络运营者不得收集与其提供的服务无关的个人信息，不得违反法律、行政法规的规定和双方的约定收集、使用个人信息，并应当依照法律、行政法规的规定和与用户的约定，处理其保存的个人信息。”《民法典》第1035条规定：“处理个人信息的，应当遵循合法、正当、必要原则，不得过度处理，并符合下列条件：（一）征得该自然人或者其监护人同意，但是法律、行政法规另有规定的除外；（二）公开处理信息的规则；（三）明示处理信息的目的、方式和范围；（四）不违反法律、行政法规的规定和双方的约定。”

二是将个人信息与他人共享必须取得信息权利人的同意。《民法典》第1038条规定：“信息处理者不得泄露或者篡改其收集、存储的

个人信息；未经自然人同意，不得向他人非法提供其个人信息，但是经过加工无法识别特定个人且不能复原的除外。”

三是法律禁止收集的个人信息，不得收集。《民法总则》第111条规定：“自然人的个人信息受法律保护。任何组织和个人需要获取他人个人信息的，应当依法取得并确保信息安全，不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息，不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息。”《征信业管理条例》第14条规定：“禁止征信机构采集个人的宗教信仰、基因、指纹、血型、疾病和病史信息以及法律、行政法规规定禁止采集的其他个人信息。”

四是不良消息的保管应当符合相关规定。《征信业管理条例》第16条规定：“征信机构对个人不良信息的保存期限，自不良行为或者事件终止之日起为5年；超过5年的，应当予以删除。在不良信息保存期限内，信息主体可以对不良信息作出说明，征信机构应当予以记载。”

（撰稿人：王利明）

[1] 吴汉东.论信用权.法学，2001（3）.

第一千零三十一条

民事主体享有荣誉权。任何组织或者个人不得非法剥夺他人的荣誉称号，不得诋毁、贬损他人的荣誉。

获得的荣誉称号应当记载而没有记载的，民事主体可以请求记载；获得的荣誉称号记载错误的，民事主体可以请求更正。

本条主旨

本条对荣誉权的保护规则作出了规定。

相关条文

《民法通则》第102条规定：“公民、法人享有荣誉权，禁止非法剥夺公民、法人的荣誉称号。”

《民法总则》第110条规定：“自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利……”

《侵权责任法》第2条规定：“侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”

理解与适用

一、荣誉权的概念和特征

所谓荣誉权，是指自然人、法人和非法人组织对自己所获得的以及可能获得的荣誉称号依法享有的不受他人非法侵害的权利。例如，在“刘某光与张某福等荣誉权纠纷上诉案”中，原告认为，被告在相应荣誉事实的记录文本中，并没有将原告的贡献及时反映在排名中，构

成对其荣誉权的侵害，法院认为，原告的排名顺位并不涉及损害原告荣誉。^[1]在实践中，非法剥夺他人的荣誉称号，非法阻止他人获得某项荣誉称号，或通过诽谤、虚假举报的方式使他人所能获得的荣誉最终被取消，都应当构成对他人荣誉权的侵害。

荣誉权主要具有如下特征。

第一，主体包括自然人、法人和非法人组织。从本条规定来看，其在规定荣誉权的主体时使用了“民事主体”这一表述，这表明，荣誉权的主体并不限于自然人，法人和非法人组织也可以享有荣誉权。例如，法人和非法人组织因对社会有特殊贡献，也可能被有关机关授予特定的荣誉，其也可以对该荣誉享有荣誉权。

第二，客体是荣誉。所谓荣誉，是指民事主体根据一定的程序或标准而由有关机关作出的一种积极、肯定的评价。荣誉通常具有如下几个特征：一是荣誉是一种积极的、肯定的评价。也就是说，荣誉本身带有一种褒奖的特点^[2]，在这一点上，荣誉不同于隐私。隐私可能是积极的个人私密信息，也可能是消极的个人私密信息，而荣誉都是对个人积极的、肯定的评价。二是荣誉的获得需要民事主体实施一定的行为，而不是与生俱来的。三是它是依据一定的程序、标准所作出的评价。荣誉本质上是一种评价，即荣誉和名誉一样，都是社会对特定主体的一种评价，但荣誉与名誉不同。荣誉一般是有关组织和机构依据一定的程序给予特定人的评价。^[3]例如，每年一度评选的“感动中国年度人物”，就具有严格评选程序。再如，“国家科学技术进步奖”也都是按照一定的标准评选出来的。

第三，荣誉权是民事主体以自己的行为获得相关荣誉，荣誉是国家和社会组织等给予自然人或法人的一种特殊的美名或称号，荣誉的获得以主体实施了相关的行为为前提。例如，国家为了表彰自然人对保卫祖国和社会主义建设作出的突出贡献，授予其“战斗英雄”“劳动模范”称号，社会组织根据自然人某一方面的卓越成就，授予其“百花奖”等。荣誉的获得需要主体实施相关的行为，也正是因为这一原因，荣誉权并不是主体与生俱来的一项权利，其并不具有固有性，而且荣誉不是社会给予所有民事主体的评价，而是社会授予在各项社会活动中成绩卓越和有特殊贡献的民事主体的称号。

第四，荣誉权本质上是民事主体对其良好评价所享有的权利。荣誉权是个人对其荣誉称号所享有的权利，需要个人积极地实施一定的行为才能获得。此外，荣誉同时包含“评价”与“奖励”的内涵，即通过奖励的方式对个人的一种评价。^[4]当然，荣誉虽然也表现为有关机关对相关主体的奖励，但奖励只是一种形式和手段，其本质是有关机关

对相关主体行为的一种积极、良好的评价。

二、荣誉权的性质

关于荣誉权的性质，有名誉权说、身份权说、特殊人格权说、非独立权利说等不同的观点。从比较法上看，有的国家立法也承认荣誉权为一项独立的民事权利。例如，《蒙古国民法典》第7条、《意大利刑法典》第585条至595条、《加拿大魁北克省人权与自由宪章》第四节等，都将荣誉权规定为一项独立的民事权利。^[5]根据法国相关的判例，侵害他人的荣誉构成侵权，受害人有权请求损害赔偿，甚至可能提起刑事诉讼。^[6]意大利区分了荣誉（onore）、礼节（decoro）和名誉（reputazione）。荣誉与一个人的总体的道德素质有关，礼节与其他素质有关，名誉与其在社会中的评价有关，三者都受侵权法的保护。^[7]西班牙曾发布了《西班牙对荣誉权、私生活权及个人肖像权的民事保护法》，其中专门对荣誉权作出了规定。由此可见，在比较法中，荣誉权已经成为一项独立的人格权。

笔者认为，由于荣誉权不是与生俱来的，而是以一定的社会关系为前提存在的，因而，荣誉权具有一定的身份权的特点。但是，从我国立法来看，1986年《民法通则》就已经规定了独立的荣誉权，该法第102条规定：“公民、法人享有荣誉权，禁止非法剥夺公民、法人的荣誉称号。”该法对自然人、法人的荣誉权作出了规定，实际上是肯定了荣誉权属于独立的人格权。《民法总则》也继受了《民法通则》的立法经验，该法第110条再次确认了自然人、法人、非法人组织享有荣誉权。2017年，我国又颁行了《国家功勋荣誉表彰条例》等规范性文件，强化了对荣誉权的保护。因此，从立法层面看，荣誉权应当属于独立的人格权类型。正是在总结我国立法和司法实践经验的基础上，我国《民法典》人格权编专门规定了荣誉权。荣誉权在性质上应当属于独立的人格权，主要理由如下。

第一，荣誉权形式上是个人对其荣誉称号所享有的权利，但实质上是个人对其积极的、肯定的社会评价所享有的权利。在这一点上，荣誉权和名誉权比较类似，都是主体对其积极社会评价所享有的权利，即使认为荣誉属于一种特殊的名誉，也并不影响荣誉权作为一项独立的人格权。

第二，侵害荣誉权，可能造成权利人人格利益的损害，权利人有权主张精神损害赔偿。荣誉权是民事主体所享有的、任何人都不得非法侵害的一项人格利益。与名誉权类似，荣誉权也是个人对其积极、良好的社会评价所享有的人格权。在自然人荣誉权遭受侵害之

后，权利人也应当有权请求行为人承担精神损害赔偿责任。

第三，与身份权不同，荣誉权具有对世性的特点。身份权是民事主体基于一定的伦理关系而享有的权利，具有相对性的特点，而荣誉权则是特定民事主体所享有的、任何人都不得非法侵害的权利，具有对世性的特点。这显然不同于身份权。^[8]

第四，荣誉权也具有一定程度的专属性，也就是说，自然人所享有的荣誉是不可转让给他人的。荣誉只能授予特定的主体，所以它是不能转让的。在这一点上，荣誉权也具有人格权的特点。

三、荣誉权不同于名誉权

荣誉权与名誉权具有密切联系，这主要表现在对荣誉权的侵害将会直接导致主体的名誉毁损。例如，无正当理由非法剥夺自然人的“劳动模范”和“先进工作者”等称号，或非法剥夺法人的“先进企业”等称号，将会影响社会公众对该自然人和法人的社会评价。此种情况表明，行为人的行为直接侵害的仍然是荣誉权，只是因为对荣誉权的侵害附带产生了对名誉权侵害的后果，对此一般仍然应当按侵害荣誉权处理。在实践中，侵害名誉权也会导致对荣誉权的侵害，例如，对某种荣誉称号的授予正处于酝酿、评审和审批阶段，某人极有可能获得该项荣誉，但他人的诋毁、中伤影响了评审人员的正确判断，致使其未获得该项荣誉。此种情况是否构成对荣誉权的侵害呢？笔者认为，从现行法律来看，侵害荣誉权仅限于非法剥夺自然人已经取得的荣誉称号，而不包括从事一定的行为影响荣誉称号的取得。故意诋毁、中伤他人以影响他人获取一定的荣誉称号，属于典型的侵害名誉权的行为，行为人应当承担侵害名誉权的责任。但荣誉权不同于名誉权，荣誉的获得、荣誉的保有、侵害荣誉权的方式以及荣誉权的救济方式等，均具有一定的特殊性，无法被名誉权所涵盖。二者的区别主要表现在以下方面。

第一，权利主体不同。名誉权是典型的人格权，民事主体均对其良好的社会评价享有名誉权。同时，名誉权是与生俱来的，具有强烈的固有性。而荣誉不是社会给予每个自然人或法人的评价，而是授予个人和组织在各项社会活动中成绩卓越和有特殊贡献的荣誉称号。荣誉权只能由那些在某一方面取得突出成绩和作出贡献并获得荣誉称号的主体所享有。因此，荣誉权不是为主体所固有的、所始终享有的，其需要主体实施一定的行为而获得。

第二，客体不同。荣誉权是对国家或社会组织授予某个主体的荣

誉称号所享有的权利，是对主体在特定事件中的特定行为所作出的评价；而名誉权则是主体对其品行、能力等方面的良好社会评价所享有的权利。名誉是对人格价值的全面评价，是社会公众的评价，而不是某个行政机关和社会组织作出的评价；而荣誉则是因国家机关或社会组织对某一主体在某方面的成绩或贡献作出评价，并授予该主体一定的荣誉称号之后而产生的。主体在某一方面取得一定的成绩或作出贡献，即使未取得一定的荣誉称号，也仍然可以获得良好的社会评价并享有良好的名誉。可见，荣誉不同于名誉，难以为名誉所涵盖。^[9]当然，名誉与荣誉称号也存在一定的联系，如获得某种荣誉称号，意味着主体在某一方面获得了良好的社会评价，而丧失某种荣誉称号，也会在一定程度上使其社会评价降低。从这个意义上讲，荣誉是一种特殊的名誉。^[10]

第三，取得的方式不同。荣誉权是主体依据法律的规定，根据自己的劳动和贡献，并经国家机关或社会组织授予以后才能取得。例如，《人民调解法》第6条规定：“国家鼓励和支持人民调解工作。县级以上地方人民政府对人民调解工作所需经费应当给予必要的支持和保障，对有突出贡献的人民调解委员会和人民调解员按照国家规定给予表彰奖励。”当调解委员会或调解员在工作中取得一定的成绩，各级人民政府可以根据一定的程序授予其荣誉称号。荣誉权必须是主体作出一定的行为和贡献以后，依规定的程序被授予荣誉称号方可取得。而名誉权则是法律规定每个主体所享有的权利，它是主体自产生或成立起就享有的、不需要主体作出一定的行为即可取得的权利。

第四，就评价主体来说，荣誉权的评价主体是特定的机构，不包括个人。荣誉权是因国家机关或社会组织对某一主体在某方面的成绩或贡献作出评价，并授予该主体一定的荣誉称号之后而产生的。名誉权的评价主体是社会一般人，而不是某个行政机关和社会组织作出的评价。

第五，消灭方式不同。名誉权是维护主体人格所必备的权利，一旦丧失，主体的独立人格也难以继续存在。但荣誉权则不同，主体不享有荣誉权并不影响其主体资格的存在与否。法律规定禁止非法剥夺自然人和法人的荣誉称号，但如果主体的行为表明，其不应当继续享有某种荣誉称号，或在违背了有关授予其荣誉称号的规定时，有关行政机关和社会组织可以依法剥夺其荣誉称号。此种剥夺尽管导致主体对该项荣誉权的丧失，但并不否定该主体独立人格的存在。

正是因为荣誉权与名誉权之间存在区别，所以，立法上应当将荣誉权规定为独立的人格权，并设置相应的保护规则，而不宜简单适用名誉权的一般规则。

四、侵害荣誉权的法律责任

从本条规定来看，侵害荣誉权的行为主要包括如下两种。

1.非法剥夺他人荣誉称号

非法剥夺主要是指荣誉已经被授予后，没有正当理由或未经正当程序就剥夺某人的荣誉。例如，公示某人获得某称号，没有正当理由，就进行剥夺，或在荣誉称号公示后，没有合理原因，拒绝授予荣誉称号。但是，应该获评而未获评荣誉称号的，则并不属于这一范围，因为这往往涉及某人是否应当获得某一荣誉称号的问题，很难适用荣誉权的规则。

2.诋毁、贬损他人荣誉

这主要是指对他人所享有的荣誉进行诋毁贬损。侵害名誉权和荣誉权，造成的后果实际上是名誉的毁损。因此，正是由于这一原因，二者很难被截然分开，所以都被规定于《民法典》人格权编第五章之中。在出现诋毁贬损他人荣誉的情况时，可能构成二者的竞合，受害人既可以选择使用名誉权保护的规则进行救济，也可以选择使用荣誉权保护的规则进行救济。

本条第2款是关于人格权请求权的规定，荣誉权的请求权主要包括两方面内容：一是补充权，即对于应予记载而未予记载的，权利人有权请求补充记载。二是更正权，即对于记载错误的，例如荣誉内容的错误、荣誉等级的错误、获得时间的错误等，权利人有权请求更正。在这两种情形下，并不要求行为构成侵权，也不考虑行为是否具有过错或造成了损害，因此应注意请求权与侵权请求权的不同。

（撰稿人：王利明）

[1]新疆生产建设兵团第一师中级人民法院（2015）兵一民终字第00041号民事判决书。

[2]杨立新.人格权法.北京：法律出版社，2011：566.

[3]佟柔.中国民法.北京：法律出版社，1990：489.

[4]段先义.关于集体荣誉权的法律思考//徐继敏.法学探索：第1卷.重庆：西南师范大学出版社，2005：324.

[5]马特，袁雪石.人格权法教程.北京：中国人民大学出版社，2007：272.

[6]CA Paris 8 October 1985 , D.1986 I.R.190 , note Lindon.

[7]冯·巴尔，克莱夫.欧洲私法的原则、定义与示范规则：欧洲示范民法典草案：第5-7卷.北京：法律出版社，2014：334.

[8]李丽峰，李岩.人格权从传统走向现代：理论与实务双重视角.北京：中国法制出版社，2007：188.

[9]张新宝.名誉权的法律保护.北京：中国政法大学出版社，1997：43.

[10]柯昌信.审理荣誉权初探.法学，1991（2）.

第六章 隐私权和个人信息保护

第一千零三十二条

自然人享有隐私权。任何组织或者个人不得以刺探、侵扰、泄露、公开等方式侵害他人的隐私权。

隐私是自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息。

本条主旨

本条旨在说明隐私的概念和隐私权的效力。

相关条文

《民法总则》第110条规定：“自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利……”

《侵权责任法》第2条规定：“侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。”

本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”

《妇女权益保障法》第42条规定，妇女的名誉权、荣誉权、隐私权、肖像权等人格权受法律保护。禁止用侮辱、诽谤等方式损害妇女

的人格尊严。禁止通过大众传播媒介或者其他方式贬低损害妇女人格。未经本人同意，不得以营利为目的，通过广告、商标、展览橱窗、报纸、期刊、图书、音像制品、电子出版物、网络等形式使用妇女肖像。

理解与适用

一、隐私的概念和内涵

本条首先确认了自然人享有隐私权，那么，什么是隐私呢？现代意义上的隐私概念最早由美国学者沃伦（Wallen）和布兰代斯（Brandeis）于1890年在其《论隐私权》一文中提出。^[1]在该文中，他们将隐私界定为一种“免受外界干扰的、独处的”权利。此后，隐私权日益引起学界、司法实务界的广泛关注，并为两大法系普遍接受。经过数十年的发展，隐私权已经成为一项重要的民事权利，美国法甚至将其作为一种宪法性权利予以保护。

就隐私概念而言，顾名思义，所谓“隐”，本意是指隐避、隐藏，也就是指私人生活或私人信息不愿为他人所知道，不愿向社会公开。所谓“私”，本意指个人的私密、私生活。隐私就是指与社会公共利益或他人利益无关的不愿他人打扰的私人生活、私密空间和他人不便知道的私人信息、私人活动，以及当事人不愿他人侵入或他人不便侵入的个人领域。当然，并非任何私人事务都属于隐私范畴。依据《民法典》第1032条第2款的规定，隐私是自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息，内容极为纷繁复杂。这一概念不仅揭示了隐私的概念，而且明确了其具体内涵。

隐私具有如下特点：第一，从主体来看，隐私为自然人享有。法人性质上属于组织体，不可能享有隐私。^[2]第二，从内容来看，隐私包括生活安宁和私人生活秘密。私人生活秘密又可以分为私密空间、私密活动、私密信息。第三，隐私具有私人性，是与公共利益和公共事务无关的纯粹属于私人生活领域的信息和事务。人们在社会生活中生活，必须和他人产生一定的社会关系，但是每个人都有其不愿意公开的信息，只要无损于社会和公共利益，此种信息就应当受到隐私权的保护。^[3]但对隐私的保护不能与公共利益和公序良俗发生冲突。第四，隐私具有非公开性，是与他人利益无关的纯粹属于自身的个人信息和事务。例如，披露自己与某人的恋爱史有可能涉及他人的隐私，因此有可能侵害他人的隐私权。隐私的非公开性，也称隐秘性。这就是说，隐私是个人没有公开的信息、资料等，是公民不愿公开或不愿

让他人知道的个人秘密。^[4]第五，隐私是一种人格利益，体现了人格尊严，应当受到人格权法保护。现代社会，私人事务形形色色，私人利益种类繁多，许多私人事务并不一定由法律调整、受隐私法的保护。例如，私人之间的会客、交往等活动，多由伦理、习惯调整，即便当事人不愿公开，也不一定需要法律保护。也有一些私人利益分别涉及财产、人身、知识产权等，应当分别受到财产权、身份权等多种权利保护，而不能将之一并归入隐私权的范畴。

具体而言，隐私包括如下几个方面的内容。

（一）私人生活安宁

私人生活安宁是指自然人享有的、排除他人对自己生活安定和宁静的不当打扰和妨碍的权利，包括日常生活安宁、住宅安宁、通讯安宁等。侵害私人生活安宁可能同时涉及私密空间、私密活动和私密信息。在美国，隐私权常常被认为是独处的权利，沃伦和布兰代斯最初即将隐私权界定为“生活的权利”（right to life）和“独处的权利”（right to be let alone）^[5]，也即“一种个人信息免受刺探的权利（the right free from prying）”^[6]。艾伦等教授认为，隐私的本质是不受打扰，它包括四种情形，即孤立状态、亲密关系、姓名保留和隐私保留。^[7]这实际上就是认为，隐私的本质就是为了维护私人生活的安宁。在大陆法系，判例学说也时常将隐私权称为忘却权（right to oblivion），或者说是被遗忘的权利。此种权利允许个人享有与公共利益无关的发展个性所必要的安宁和清静。^[8]德国联邦最高法院承认保持私人领域免受公共领域事物侵入的权利构成一般人格权的组成部分。^[9]私人生活安宁的概念较为笼统、高度抽象，是为个人隐私权提供概括性保护的一项兜底性内容。

将私人生活安宁权作为隐私权的一项重要内容，为维护个人的独立人格、保障个人的生活幸福，提供了重要的法律保障。私人生活安宁是个人重要的“福利性利益”，是“美好人生的基本条件”^[10]，是个人美好幸福生活的重要内容，也是重要的民生事项。维护私人生活安宁，就是维护个人自由和精神生活的自治，为人的个性的充分发展提供空间，使个人能支配私生活领域的各项事务。孟德斯鸠认为这是个人自由的重要内容。为了获得这种自由，政府有义务确保个人享有此种安宁。^[11]康德也认为，人是目的而非手段，但人具有“非社会性”的“动物本能”，这种本能必定驱使人们滥用自由，不断地干扰别人的安宁与幸福，因此，需要通过法律构建秩序，保护社会的和平与安宁。^[12]鉴于实践中存在大量的偷拍、偷录、垃圾短信、垃圾邮件、人肉搜索、非法泄露和倒卖个人信息等侵扰个人生活安宁的不法行为，为了保护个人的合法权益，维护个人的生活安宁，《民法典》第

1032条承认生活安宁属于隐私的重要组成部分，并于《民法典》第1033条明文禁止非法进入、窥视、拍摄他人的住宅、宾馆房间等私密空间，非法拍摄、录制、公开、窥视、窃听他人的私密活动，非法拍摄、窥视他人身体的私密部位，《民法典》第1010条明文规定预防和禁止性骚扰，等等，这些都有力地维护了人们的精神利益，维护个人的生活安宁，有力地保障社会生活的安定有序，

私人生活安宁主要包括如下内容：一是日常生活安宁。这就是说，个人对自己的正常生活具有不受他人打扰的权利。如果非法跟踪他人、骚扰他人，将使他人处于一种时时被监控的状态，侵害他人的正常生活安宁，因此应当予以禁止。例如，某人雇用私家侦探对他人进行跟踪盯梢，即影响了他人的日常生活安宁。二是住宅安宁，即个人的住宅不受他人打扰，任何人不得经常无故敲门或者半夜在室外喧哗等。我国司法实践也对个人的住宅安宁加以保护，例如，在“泄露业主住址案”中，法院指出“自然人的住址属于自然人的个人信息，自然人的个人信息在本人不愿意公开的情况下属于个人隐私的范畴”^[13]。三是通讯安宁。通讯安宁是指个人通讯不受他人打扰的状态。随着信息技术的突飞猛进以及销售观念和模式的转变，商家开始利用新型的信息技术进行大规模营销。例如，通过群发电子邮件、手机短信等方式，不加选择地向人们大量传播“垃圾信息”，使人们私人生活的安宁受到严重威胁。^[14]电话骚扰、短信骚扰是实践中典型的侵害私人生活安宁的行为。短信骚扰主要包括黄色短信的骚扰、商业性质短信的骚扰和中奖类诈骗短信的骚扰等。^[15]例如，在“罗某诉某保险公司隐私权纠纷案”中，法院认为，被告某保险公司非法收集、利用原告个人信息，多次致电原告推销车辆保险，侵扰了原告的正常生活，又拒不说明如何获取了原告的个人信息，造成原告精神损害，构成对原告隐私权的侵害。^[16]

（二）不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息

1. 私密空间

私密空间是指私人支配的空间场所。空间隐私权是指当事人就特定私密空间不受他人窥视、侵入、干扰的隐私权。隐私权所涉及的私密空间并不限于物理意义上的空间，只要是个人所生活的隐秘范围，如个人居所、旅客行李、学生的书包、口袋、日记、通信等，均为私密空间。作为隐私权客体的私密空间具有多重含义。

一是住宅等物理空间，这是私密空间最典型和最早的形态。在法律上，住宅空间属于物权的范畴，未经房屋所有人或合法占有人的同意，任何人不得非法闯入他人的住宅或进行非法搜索、搜查，否则，

权利人可以请求行为人停止侵害、排除妨害，将闯入者驱逐出房屋。住宅是人们生活起居的住所，不仅属于物权的范畴，还是个人重要的私密空间。对私人所有或者占有的住宅空间，任何人都不得非法打扰。按照古老的谚语，“风可进，雨可进，国王不可进”，即便个人的住宅如草屋一般脆弱，也是不可侵害的。传统观点认为，“隐私止于屋门之前”，“住宅是个人的城堡”（a man's house is his castle），这是英国法学家提出的法谚。住宅是个人所享有的隐私的重要组成部分。^[17]在古老的法律中，住宅是人们遮风避雨的场所。在习惯法中，即使是债权人也不得闯入债务人的房屋讨债，而只能等在屋外要债。《汉穆拉比法典》第21条也有禁止他人非法闯入住宅的规定。^[18]近几十年来，随着隐私概念的发展，住宅空间不仅仅受物权的保护，而且也受隐私权的保护。例如，在“美国诉卡罗（United States v. Karo）案”中，美国联邦最高法院认为，个人对其合法所有的房屋空间都享有合理的隐私期待，政府不能在无任何怀疑以及无任何令状的情形下在他人房屋之内使用电子设备探寻某物。^[19]住宅负载着权利人的精神利益，仅通过财产权的救济方式难以有效保护权利人。例如，行为人在闯入他人房屋后很快离开，该行为并没有造成权利人财产上的损害，但却造成了他人的精神损害（如震惊等）。空间隐私权概念的发展突破了传统上把空间作为有形财产予以保护的 mode，可以通过精神损害赔偿的方式对权利人提供救济，这本身也体现了对个人人身自由和人格尊严的尊重。

二是住宅空间之外的其他私密空间，如宾馆的房间、汽车的后备厢、旅客行李、学生的书包、口袋、日记、网络空间等，均为私密空间。在美国的一个案件中，法院认为，采用任何高科技手段进行透视、扫描等窥探方式，或者只是挤压行李袋外表以探测袋内的物品，也应当构成对隐私权的侵害。^[20]

三是私人的虚拟空间。私密空间传统上大都被认为是物理上的特定空间，属于物权法中不动产的保护对象，而现代社会随着互联网络的发展，出现了虚拟的空间，从而产生了虚拟空间中隐私权的法律保护问题。其实，凡是私人支配的空间场所，无论是有形的还是虚拟的，都属于个人隐私的范围。因此，空间隐私除了物理空间之外，还应当扩及电子空间等虚拟空间，保护网络环境中的通信秘密和通信自由，禁止影响他人在网络空间中的生活安宁是非常必要的。例如，电子邮件如今成为网络世界中最常见的通讯手段，侵入他人电脑系统非法窥探他人的邮箱^[21]，或者非法查看他人的银行账户等行为^[22]，即使不盗取信息，也构成对自然人隐私权的侵犯。

四是公共场所中的私密空间。传统观点认为，“隐私止于屋门之

前”。而现代人格权的发展不仅使隐私的范围扩张到了空间隐私，而且从私人住宅扩及至公共空间。公共场所内的个人隐私不同于个人的私人住宅内的个人隐私，因为个人暴露于公共场所，其隐私已经受到了一定的限制，但此种限制不意味着在公共领域个人的隐私权完全丧失。例如，即使在公共场所意外露出内衣，也不得进行拍摄。

[23]1999年，德国联邦最高法院关于摩洛哥卡罗琳（Caroline）公主案的判决也表明[24]，隐私也存在于公共场合。在通常情况下，工作场所、公共场所不是绝对的私密空间，不排除这些场所也具有相对私密空间的性质。[25]因为一方面，虽然工作场所和公共场所并非由个人完全支配，但仍可能存在由个人支配的空间，如更衣室等。即使是在工作场所，与工作无关的私人隐私，雇主也不应予以干涉。如果雇主在工作场所利用闭路电视监视雇员，行为人在公共场所非法设置秘密的摄像头等，都可能构成对隐私的侵害。[26]另一方面，即便是公共场所，在个人使用的时候，也有可能形成隐私。如个人使用公共厕所，禁止他人窥探。

但是，为了便于安全检查、保障安全生产、防止员工错误操作等目的，在必要范围内可以采取监控手段。例如，在生产的流水线上采取必要的操作监控。再如，法院在“杨某上诉崔某颖等隐私权纠纷案”的审理中指出：“学校进行安全检查时，原告衣橱个人物品则成为检查对象，已不属于杨某的个人隐私性质。检查行为系为学校公共安全的考虑，个人隐私权让位于公共安全。基于法益衡平的考量，本院认为此次检查行为不构成对杨某隐私权利的侵犯”[27]。但通过此种手段取得的信息资料不得用作其他目的，更不得非法公开。

2. 私密活动

作为隐私权客体的私密活动主要包括如下几种。

（1）通讯秘密。自然人的通讯秘密不受侵害。通讯秘密不同于通信秘密，“通信”在狭义上仅指信件的往来，而“通讯”包括信件、电子邮件、电话、电报等各种通讯方式。通讯秘密与通讯自由也不同，通讯自由保护的是自由通讯的权利，而通讯秘密主要保护的是通讯过程和通讯内容不受他人监听、截获的权利，是对这种通讯过程的秘密状态的保护，实际上也就是隐私权。因此在这一点上，它与自由权又有所区别。

法律保护个人的通讯秘密。一方面，禁止以窥视、窃听等物理或信息方式，以及群发电子邮件、垃圾短信、拨打垃圾电话等其他信息技术方式，骚扰他人私人生活安宁。发送人应当为被发送人提供选择接收信息与否的机会，被发送人有权要求对方将自己的名字从群发名

单中删除，经拒绝后继续发送的，行为人应当承担法律责任。另一方面，通讯中包含的秘密已属于通讯秘密的组成部分，应作为通讯隐私受到保护。例如，在“钱钟书书信著作权及隐私权侵权案”^[28]中，中贸圣佳公司发布已故著名学者钱钟书书信手稿拍卖公告，法院认为，由于书信内容涉及杨季康的个人隐私，因而他人对该书信的使用不得构成对其隐私权的侵害。被告的行为构成了对杨季康隐私权的侵害，因此判决被告停止侵权、赔偿原告经济损失及精神损害抚慰金，并赔礼道歉。再如，在“刘某某与家宝产品设计（深圳）有限公司隐私权纠纷案”中，法院认为，“隐私权是指自然人享有的对自己的个人秘密和个人私生活进行支配并排除他人干涉的一种人格权。隐私权包括个人的安宁权、个人的信息保密权、个人通讯秘密权……被告未经原告同意，擅自拆封原告邮件，客观上侵犯了原告的通信自由，损害了原告的隐私”^[29]。

（2）私人谈话、住宿、旅行等私人活动。个人在社会生活中的私人活动也是个人的重要隐私。私人谈话信息隐私是指个人在交流过程中所产生的不愿为公众所知的隐私，即个人在进行私人交流时，其中可能涉及一些私人不愿为他人知晓的信息，个人对此种谈话内容应当享有不受不法干涉和偷听的权利。就私人谈话而言，如果行为人偷听他人谈话活动，即便没有听到他人的谈话内容，也应当构成对他人私密活动隐私的侵害。如果行为人偷听他人谈话活动并了解了谈话内容，则可构成对他人私人信息隐私的侵害。谈话隐私保护的并不是谈话行为本身，也并非保护谈话的自由，而是保护谈话中交流的个人不愿公开的信息。谈话隐私必须具有隐匿性，如在新闻发布会上主持人与记者之间的一问一答就不是谈话隐私。^[30]但对谈话隐私的保护要考虑按照社会一般人的标准加以判断。^[31]未经本人许可，不得擅自将他人的谈话上网、擅自录制并透露他人的私人谈话，也不得对外公布他人的谈话录音。除了私人谈话，行为人未经许可擅自收集他人的私密活动信息的，如收集他人的旅行记录、住宿记录等，也应当构成对他人私密活动隐私的侵害。例如，“狗仔队”^[32]非法跟踪明星的行踪，记录明星的私人活动，并雇专人搜索明星的机票信息、出行记录等，此种行为实际上可能已经构成对私人活动的侵害。^[33]

3. 私密信息

私人生活秘密的范围非常广泛，任何私人不愿意公开的信息都可构成私人的秘密信息。根据私密信息是否涉及他人，可以将其分为个人私密信息和共同私密信息。行为人未经许可擅自泄露、公开他人的私人信息的，将构成对他人隐私权的侵害。例如，在“孙某某诉中国联合网络通信有限公司上海市分公司侵犯隐私权纠纷案”中，法院认

为,“原告孙某某签署了中国联通有限公司上海分公司CDMA移动电话初入网登记表,提供了个人的姓名、地址、电话号码、身份证号等私人信息……被告将上述信息提供给具有独立法人资格的联通新国信通信有限公司之分支机构上海分公司……法院认定被告未经原告许可将其所知悉的原告的私人信息提供给他人的事实成立,被告的行为构成对原告隐私权的侵犯”^[34]。

个人有权隐匿其私人秘密,只要这种隐匿不违反法律和社会公共道德,都应当受法律保护。因此,判断私人生活秘密是否属于隐私的范畴,应当从两个方面考虑:一是凡是涉及个人不愿为他人知道的信息,无论该信息的公开将会对权利人造成积极影响或是消极影响,也无论该信息是否具有商业价值,只要该信息是个人不愿意公开的,则都可能应当受到隐私权的保护。^[35]按照此种观点,个人有权决定某些私人信息或者事务完全与他人隔绝,抑或仅允许部分人知悉该信息或者事实。^[36]而知悉该信息或者事实的人可能是确定的,如特定亲密关系中的个人,也可能是不确定的,如在公共场所中知道个人身份的人。^[37]二是如果个人不愿公开的信息并非法律所要求必须公开的,则个人隐匿这些信息并不违反法律和公序良俗。这就是说,虽然某些信息是个人信息,但如果此类信息属于应当依法予以披露和公开的范围,则不属于隐私权的保护范畴。例如,如果相关主体依法负有公开个人财产的义务,此时,其有关的财产信息即不再是隐私权的客体。一般而言,私密信息主要包括如下几种。

第一,个人的生理信息。生理信息包括个体先天得来的一切遗传信息和后天成长发育过程中形成的有关信息,如个人的身高、体重、血型、肤色、长相、性别等。在各种生理信息中,个人的基因信息是最为核心的生理信息。^[38]肖像本身不是隐私,但也可能涉及生理隐私。个人的生理信息还包括个人的生命信息和遗传基因等信息,禁止任何人以非法手段获取、利用他人的生命信息和遗传基因。依据《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第12条的规定,网络用户或者网络服务提供者利用网络公开自然人基因信息等信息的,构成对他人隐私权的侵害。该条对基因隐私的保护作出了规定。我国司法实践也通过隐私权对个人的生理信息提供保护。例如,在“刘某某等上诉隐私权纠纷案”中,法院认为,“乐视公司将属于刘某某的个人信息秘密,以视频形式对外发布,其内容不仅涉及刘某某姓名、籍贯,还涉及其个人私密身体健康及社会敏感事件……未经授权、核实转载他人私密信息的,属于散布、公开、披露了他人隐私秘密,构成侵犯刘某某的隐私权,依法应当承担民事责任”^[39]。

第二，身体隐私。身体隐私是指不愿对他人公开的身体的各个部位，尤其是性器官、有残疾的部位等。保护个人的身体隐私并不意味着身体的每一个部位都是不能公开的，但个人的身体敏感区域可能关系到个人的名誉、贞操，尤其是对女性而言，身体的隐私更为重要，应当受到隐私权的保护。《民法典》第1033条在列举侵害隐私权的典型形态时，特别规定，“拍摄、窥视他人身体的私密部位”构成对他人隐私权的侵害。

当然，对身体隐私的侵害不仅包括公开个人不愿意公开的身体部位，也包括公开个人的裸体照片。裸体照片也涉及个人的身体隐私，因此即使人体模特允许他人临摹其身体，也并不意味着其允许他人向公众暴露其身体隐私。行为人未经许可擅自公开他人身体隐私的，将构成对他人隐私权的侵害。例如，在“唐某某诉黄某玲侵犯隐私权案”中，法院认为，“被告黄某玲强行闯入原告唐某某住所并拍摄原告唐某某与唐某夜宿裸照的行为，属非法侵入他人私人生活空间、私拍他人私人生活镜头的行为，给原告唐某某享有的隐私权益造成了侵害，依法应当承担相应的侵权民事责任”^[40]。

第三，健康隐私。个人的身心健康状况是个人隐私的组成部分，尤其是在个人身患疾病的情形下，其本人一般不愿意公开其健康隐私，否则可能影响其社会交往，甚至使其遭受他人歧视。健康隐私历来受到法律保护。早在公元前4世纪，希波克拉底誓言中就包括了应对病人健康隐私进行保密的誓言。1810年，法国刑法典规定了违反医疗保密将被处以罚金和监禁。对患者的健康隐私保密已经成为国际上普遍承认的医师伦理。例如，《日内瓦宣言》提出：“病人吐露的一切秘密，我一定严加信守，决不泄露。”在现代社会，个人健康隐私的重要性日益凸显，已经成为个人的核心隐私。健康隐私的对象并不限于病历记载的内容，其还可能产生于医患交流和医疗行为过程中。健康隐私的范围要大于患者隐私的范围，即便个人未罹患疾病，其健康信息也应当属于隐私权的保护对象。尤其是对身患传染性疾病或者隐秘性较强的疾病，如肺炎、肝炎、宫外孕、肿瘤疾病及性病等，患者更是不愿意暴露自己的相关健康隐私信息，以免造成他人的恐惧和误解。^[41]对一些经营者而言，其健康状况还可能影响其经济来往和企业信誉。个人的健康隐私一旦泄露，不仅会侵害个人的隐私权，而且可能对其亲属、家族的隐私产生不利影响。正因如此，我国有关法律和司法解释对个人的健康隐私保护作出了规定。例如，《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第12条规定：“网络用户或者网络服务提供者利用网络公开自然人基因信息、病历资料、健康检查资料、犯罪记录、家庭住址、私人活动等个人隐私和其他个人信息，造成他人损害，被侵权人

请求其承担侵权责任的，人民法院应予支持。”

第四，财产隐私。个人对其财产所享有的权利属于财产法的调整对象，而不应当属于隐私权的范围。但个人的财产状况，应当属于隐私权的保护对象。例如，个人在银行有多少存款，个人有多少动产和不动产，以及在哪些地方拥有财产等，除法律要求个人必须予以披露的外，都应当属于个人隐私。即便是法律规定个人必须如实申报自己的个人财产状况，也并不意味着该财产信息不再受隐私权的保护，相关主体仍应当对个人的财产状况尽到保密义务，擅自泄露或者公开的，仍应当构成对他人隐私权的侵害。例如，个人在申请办理房屋登记时需要提交相关的财产证明文件，但登记机关不得擅自披露申请人的财产状况。《民法典》第219条规定：“利害关系人不得公开、非法使用权利人的不动产登记资料。”当然，在个人依法负有公开其财产状况的义务时，其相关的财产状况信息就不再受隐私权的保护。

第五，家庭隐私。家庭隐私是以家族关系、血缘关系、婚姻关系为基础形成的隐私，具体包括家庭成员的情况、婚姻状况（如离婚史等）、是否为过继、父母子女关系及夫妻关系是否和睦、个人情感生活、订婚的消息等。个人的婚姻状况是个人重要的隐私，他人未经许可不得擅自公开。但如果个人自愿将其婚姻状况公开，则相关信息即不再受隐私权的保护。例如，在“杨某某与沈阳日报社肖像权、名誉权、隐私权纠纷案”中，法院认为，“上诉人明知报社记者欲拍摄单亲家庭的照片而同意拍摄并同意在报纸上刊登，无论是为解决生活困难还是为文章作配片，都证明上诉人已默认将其婚姻状况公开”，因此，被告不构成对原告隐私权的侵害。^[42]

有学者认为，家庭隐私实际上是共同隐私。^[43]笔者认为，虽然家庭隐私涉及多个家庭成员，具有一定的特殊性，但其仍然涉及个人的私人生活，本质上仍然属于个人隐私。当然，家庭隐私与单个个人的隐私相比，仍有一定的差别。单个个人的隐私更多地侧重本人具有私密性的生活或历史信息，而家庭生活则更侧重其与家庭成员之间的生活或历史。由此可以看出，家庭生活一词在相当程度上关涉其他的家庭成员。从这个角度来看，如果擅自披露某公众人物家庭的其他成员的私人信息或者私人生活，仍然侵犯了该公众人物的隐私。

第六，基因隐私。基因是具有遗传效应的DNA分子片段，是人类基础的遗传信息单位，它决定着一个人由生到死的整个生命过程，决定着一个人所有的生理特性和行为特征。^[44]基因隐私是指个人对其私人基因信息所享有的控制支配的权利。^[45]基因中存在个人甚至其家庭的重要生理隐私，因为基因中记载了个人的遗传密码等生命信息，而且也可以从基因中了解个人的疾病史。对基因信息的披露将对

个人的生活产生重大影响，如保险公司不愿意为他们在医疗、意外、伤害、人寿方面作保，用人单位也不愿意接收他们等等^[46]，所以保护基因隐私非常重要。正是因为这一原因，有的国家专门制定了基因隐私保护的立法，如瑞士的《人类基因检验法》、美国的《反基因歧视法》、德国的《人类基因检测法》、葡萄牙的《个人基因信息和医疗信息法》以及奥地利的《基因技术法》等。在我国，个人的基因信息既是个人的敏感信息，又是个人的核心隐私，个人的生命信息和遗传基因受法律保护，禁止任何人以非法手段获取自然人的生命信息和遗传基因。

我国司法实践中也出现了基因隐私的相关纠纷。例如，在“中国基因歧视第一案”中，原告因在某市公务员考试体检中被查出“携带地中海贫血基因”而遭拒录，后其将该市人力资源和社会保障局告上法庭。在一审败诉后，原告又提出了上诉，后该市中级人民法院作出终审判决，驳回上诉，维持原判。^[47]该案也提出了个人基因隐私保护的问题。基因隐私具有如下特征：一是具有身份识别性。基因中包含了个人的生命遗传信息，基因组图将记录一个生命的全部奥秘和隐私，对个人身份具有一定的识别性，随着基因技术的发展，基因隐私将越来越重要。^[48]“每个人只要抽一滴血，胎儿抽取少许羊水，就会让人的遗传密码曝光。”^[49]基因信息的泄露将导致个人的未来生活部分或全部地暴露在公众面前。如果死者携带了某种带有社会烙印的变异基因，该信息一旦被泄露，则被怀疑携带有同种变异基因的死者近亲属可能会遭受社会的“基因歧视”，承受社会的不公正对待。^[50]二是具有私密性。由于具有血缘关系的亲属之间的基因信息具有一定的相似性，因而通过一个人的基因信息可以推测出与其具有血缘关系的亲属的基因信息。因此，有观点认为，与其他私密信息相比，基因隐私更为私密。基因信息具有私密性。^[51]个人享有其基因信息不为他人知悉的权利，行为人未经许可，不得擅自公开他人的基因信息。三是基因隐私应当受到隐私权和个人信息权的双重保护。一方面基因隐私属于个人的私密信息，应当受到隐私权的保护，另一方面基因隐私也是具有重要价值的社会资源^[52]，个人的基因信息也应当受到个人信息权的保护^[53]，如对于掌握个人基因信息的相关主体而言，权利人有权依据《民法典》第111条请求其采取必要的措施，保障个人基因信息的安全。

第七，个人经历隐私。个人经历隐私是指个人对其以往的生活经历所享有的隐私权，包括个人的婚姻史、过去的恋爱经历、交友的经历、工作履历等。关于个人历史上的犯罪记录是否可作为隐私受到保护，在学界还存在争论。个人经历隐私具有一定的可利用性，例如，个人可以将其个人经历写成小说，或者改编成其他文学、艺术作品

等。个人的经历在性质上也属于个人的生活秘密，不论该个人经历是否会贬损个人的名誉，其都应当受到法律的保护，未经本人同意，禁止非法窥视、窃听、刺探、窃取、偷录、偷拍、公开他人的私人信息。

第八，其他有关个人生活的私人信息。这主要包括自然人的姓名、职业、工作地点、交友范围、消费偏好、住址、住宅、电话、民族、宗教信仰、日记和其他私人文件等，这些信息未经许可，不得被加以刺探、公开或传播。未经本人同意，不得擅自公开他人的书信内容。例如，在“庞某某与北京趣拿信息技术有限公司等隐私权纠纷案”中，法院认为，自然人的基因信息、病历资料、私人活动等是属于隐私信息的，本案原告被泄露的上述诸信息中，“其行程安排无疑属于私人活动信息，从而应该属于隐私信息，可以通过本案的隐私权纠纷主张救济”^[54]。

二、隐私权的概念和特征

《民法典》第1032条第1款规定：“自然人享有隐私权。”在确定隐私的内涵之后，隐私权的概念也就自然确定了。结合《民法典》第1032条第2款的规定，隐私权是自然人对其私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息所享有的权利。隐私权的特征主要体现在以下方面。

1. 权利主体是自然人。依据《民法典》第1032条第1款的规定，隐私权只能由自然人享有，而不能由法人享有。隐私本身源于自然人的精神活动，体现了对个人的尊重和对人格尊严的维护，因此，隐私权的主体限于自然人，通常认为，法人不是隐私权的主体。法人在性质上属于组织体，不可能享有隐私权。^[55]诚然，法人也享有商业秘密等不能对外公开的信息，但这些秘密本质上不属于隐私的范畴，而主要具有财产的属性，可以通过商业秘密法、反不正当竞争法等法律来保护，而无须通过隐私权给予保护。^[56]商业秘密不是一项人格权，而是财产权。而隐私权是一种精神性的人格权，隐私是和个人的精神利益联系在一起的一个概念^[57]，它涉及的是个人的私人生活的安宁、独处等权利。

2. 客体是隐私利益。欧洲人权法院认为，“私人生活是一个十分宽泛的概念，无法给出一个详尽无遗的定义”^[58]。这也说明了隐私权的内涵十分丰富。依据《民法典》第1032条第2款的规定，隐私在内容上包括私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息。从该条规定来看，实际上是将私人生活安宁与不愿为他人知

晓的私密空间、私密活动、私密信息作为隐私的两种类型。虽然二者都属于隐私的范畴，且侵害私密空间就可能构成对生活安宁的侵害，但严格地说，私人生活安宁与不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息存在明显区别，具体如下。

一是客体不同。私密空间、私密活动、私密信息都强调相关利益的非公开性和隐秘性，只要是与公共利益无关的、个人不愿意为他人所知道的事务，均应当属于隐私权的范畴，其属于受法律保护的不受非法刺探和披露的“隐私”利益。但对私人生活安宁而言，其主要是指个人的住宅安宁、其他私人空间安宁、通讯安宁、日常生活安宁等，其客体是安定宁静、不受骚扰的生活状态。私密空间、私密活动、私密信息侧重于强调其私人性、隐蔽性和非公开性，而私人生活安宁则侧重于强调私人性和安宁性。例如，侵害或妨害私人生活安宁包括行为人非法采用各种方式刺探、窥探他人隐私，打扰他人正常的生活安宁，搜查、进入、窥视他人住宅等私人空间，特别是在现代社会，行为人利用高科技手段，如针孔摄像机、窃听器、网络摄像头等方式偷窥他人，是构成隐私权侵害的典型形态。采用上述手段收集他人私密信息，只要收集的行为构成对他人的生活安宁的侵害，则应当认定构成对个人生活安宁权的侵权。

二是内容不同。由于私密空间、私密活动、私密信息的核心在于“隐”，是权利人不愿为他人所知的私人信息、场所等，因而，其内容就是禁止他人非法收集、公开自己的信息，主要体现为禁止公开或披露。但对私人生活安宁而言，其内容并不表现为公开的问题，而体现为对他人私人生活安宁的尊重。私人生活安宁权在内容上主要包括排斥他人非法窥探私人事务，非法闯入他人私密空间，非法侵扰他人生活安宁，而非将他人私人生活秘密和私密信息非法公开。当然，二者之间也可能有一定的交叉。例如，在泄露个人信息的情形下，行为人非法收集他人的信息之后，不断通过电话、垃圾短信骚扰他人，既非法公开了他人的隐私，也影响了他人的私人生活安宁。

三是侵害的方式不同。就一般隐私的侵害而言，原则上主要是以公开的方式披露他人基因信息、病历资料、健康检查资料、犯罪记录、家庭住址、私人活动等个人隐私和其他个人信息。就侵害一般隐私权的方式而言，主要是非法收集和披露他人不愿对外公开的隐秘信息。^[59]但是对于侵害生活安宁而言，并不一定以公开的方式进行，也不一定涉及“秘密”的问题，其主要反映的是权利人不希望自己的生活遭受他人的打扰和侵扰。这些侵害主要是采取偷窥、尾随、跟踪、窃听、刺探、电话和短信骚扰以及不可量物侵扰等方式展开的。^[60]严格来讲，只要实施了窥视、窃听、刺探等行为，无论是否获得了他

人的私人生活秘密，都构成对他人私人生活安宁的侵害，即使并未将其获得的信息予以公开，也构成对隐私的侵害。行为人无论出于何种动机从事窥视等行为，即便是出于好奇窥探他人隐私，只要打扰了他人的正常生活，就可能构成侵害生活安宁。此外，依据《民法典》第1033条第1项的规定，“以电话、短信、即时通讯工具、电子邮件、传单等方式侵扰他人的私人生活安宁”，构成对他人生活安宁权的侵害，此种电话和短信等骚扰，要借助通讯工具实现。

四是免责事由不同。在一般的隐私权中，如果没有向第三人公开相关的私人信息，则可能被免责；而就个人生活安宁权的侵害而言，只要行为人侵扰了他人的私人生活安宁，不论其是否公开了相关的私人信息，均构成对他人私人生活安宁的侵害。此外，基于正当的舆论监督等需要，可能需要收集和公开个人的私人信息等，因此，一般隐私权的保护可能需要妥善处理隐私保护与舆论监督等之间的关系。而对生活安宁而言，从实践来看，侵害私人生活安宁通常体现为行为人借助通讯工具恶意侵扰他人，其与舆论监督等并不存在直接关联。

当然，随着社会的发展，隐私的内涵也在不断地扩张^[61]，包括了私人决定等权利，但就其最为核心和普遍的内容来看，仍侧重于对私人秘密和私人安宁的保护。同时，隐私的内涵也受到个人生活的特定区域、生活习惯、文化传统等因素的影响，并因这些因素的不同而存在差异。例如，生活在农业社会和生活在工业社会的人，对隐私的理解是不同的。这就决定了对隐私的内涵以及保护的程度都需要采用一种合理期待的标准进行衡量。^[62]也就是说，对隐私的侵害常常很难有客观的评价标准，哪种情况构成侵害隐私，哪种情况不构成侵害隐私，常常要根据社会习惯、合理人的标准等因素来判断。在这一点上，侵害隐私的构成要件与侵害其他人格利益的构成要件有所不同。

3.内容主要包括隐私维护权、隐私利用权和隐私公开权。这就是说，隐私权的内容具有消极权能和积极权能两个方面。

从消极权能来看，权利人享有隐私维护权。所谓隐私维护权，主要是指权利人对自已的隐私所享有的维护其不受侵犯的权利。隐私维护权通常只有在隐私权受到外来侵害时才发挥作用。在隐私权受侵害之后，权利人可以基于隐私维护权而提出相应的请求，具体体现在两个方面：一是在权利受到侵害的情况下，权利人有权直接向侵权人请求停止侵害、排除妨碍等，要求其不得非法收集、散布个人隐私。二是在权利受到侵害时，权利人有权请求司法机关予以保护。^[63]

从积极权能来看，权利人享有隐私利用权和隐私公开权。一方面，所谓隐私利用权，是指隐私权人有权利用自己的隐私（如自己撰

写传记、发表回忆录，或者利用自身的形象、形体进行绘画或摄影等）^[64]，以满足自己精神上和物质上的需要，也包括允许他人利用其隐私。例如，向他人披露自己的经历，允许他人将其整理出版，或者允许征信机构、银行、保险公司等机构收集个人的信息，权利人也有权向这些机构申报自己的相关个人资料，并且对其个人资料享有知情、更正和删除的权利。在隐私的利用过程中，可能会带来财产性的利益。随着人格权商业化利用实践的开展，隐私权的商业利用价值日益凸显，权利人可以通过许可他人使用自己的隐私，从而获取合理的报酬。所以，隐私的利用权能也会日益突出。由于隐私的利用权在法律上具有一定的限制，但不能认为，凡属于个人的隐私，个人就可以随意利用。例如，利用自己的身体隐秘部位制作淫秽物品或者披露自己不道德的性生活隐私以提升自己的知名度等，如果这些行为违反了法律和公共道德，应予以禁止。另一方面，权利人享有隐私公开权。所谓隐私公开权，是指隐私权人在法律和道德的范围内有权公开自己的隐私，此种公开既可以是向特定人公开（例如，模特允许画家以其身体为对象进行绘画），也可以是向社会公开（例如，将自己过去的经历写成文章发表）。公开的方式可以由自己亲自公开，也可以是允许他人公开。^[65]从性质上说，隐私公开是隐私利用的一种方式，基于其重要性，也可以单独作为隐私权的一种权能。

4.具有对世性和自主决定性。隐私权属于绝对权，其义务主体为除权利人以外的一切人，任何人都不得侵害权利人的隐私权，依据《民法典》第1032条第1款，任何组织或者个人不得以刺探、侵扰、泄露、公开等方式侵害他人的隐私权。这实际上就是从反面规定了隐私权的不可侵害性，通过列举侵害隐私权的行为，从而为他人设定了不得侵害隐私的义务，违反此种义务，将承担法律责任。这些义务具体包括以下内容。

一是禁止刺探。所谓刺探，是指行为人未经许可擅自获取他人的私人活动、私人信息等。布兰代斯（Brandeis）等人将隐私权界定为“一种个人信息免受刺探的权利（the right free from prying）”^[66]，表明了享有隐私权的重要性。在行为人以刺探方式侵害他人隐私的情形下，无论公开隐私资料与否都会构成对隐私权的侵害。如果将刺探获得的信息披露给他人，给受害人造成损害的，也构成侵害隐私权。

二是禁止侵扰。所谓侵扰，是指行为人擅自侵入他人私人生活，影响他人私人生活安宁。侵扰行为主要侵害的是他人的私人生活安宁。1960年，美国的普洛塞（Prosser）教授将隐私权的内容归纳总结为四类情形，首先就是所谓的侵扰个人生活安宁（intrusion upon

seclusion) [67]，包括窃听私人电话、跟踪尾随他人、偷窥他人行动等一切足以干扰他人私人生活安宁的行为。

三是禁止泄露。所谓泄露，是指行为人未采取相关的安全措施导致他人的私人信息被不当公开。行为人未经许可泄露他人的个人信息，也构成对他人个人信息权的侵害。个人有权控制其个人信息，也有权控制其个人信息的利用方式和传播范围，行为人未经许可非法传播他人个人信息的，将构成对他人个人信息权的侵害。

四是禁止公开。所谓公开，是指行为人未经他人许可擅自将其私人信息告知第三人。在行为人公开他人私人信息的情形下，行为人所持有的他人私密信息既可能是通过刺探等方式获得的，也可能是权利人自愿向其披露的，但只要行为人违背权利人意愿将其公开，即构成对他人隐私权的侵害。[68]隐私权具有对世性和绝对性，禁止任何人跟踪、侵入、披露、非法利用个人隐私。

五是禁止采用其他方式侵害权利人的隐私权。例如，采用窥视、拍摄、非法收集、非法传播等方式侵害他人隐私。

隐私权本质上也是对自己的隐私利益的自主决定权。私生活自主是指与隐私有关的、不涉及公共利益的个人私生活应由自己自主决定，它要求个人能够选择自己的生活方式、决定自己的私人事务等。隐私权不仅包括消极地保护自己的权利不受侵害的内容，还包括权利人自主决定自己的隐私，以及对隐私进行积极利用的内容。权利人有权控制、决定自己的隐私是否公开，未经权利人允许，任何人不得非法披露他人隐私。但是，权利主体对自己的隐私有权加以利用或许可他人利用，并决定利用的方式，以满足自己物质与精神方面的需要。[69]权利人也有权决定在不违反法律和公序良俗的情况下，以正当的方式披露自己的隐私，从而对自己的隐私利益予以放弃。[70]

5.具有可克减性。所谓可克减性，是指可出于维护公共利益等需要而对隐私权进行一定的限制。即使是最初提出隐私权概念的沃伦（Wallen）也认为隐私权是应该受到限制的。[71]在现代社会，隐私权的内容逐渐扩张，隐私的范围也越来越宽泛，但这并不是说隐私权是一种绝对不受限制的权利。因为隐私权就其实质而言，就是要界定个人事务和社会公共利益之间的关系，法律出于维护个人尊严和个人自由等方面的考虑，需要保护个人隐私。但是，法律需要从维护社会公共利益等方面考虑对个人隐私作出必要的限制。[72]在这一点上，它与生命健康权不同。生命健康权即使在紧急的情况下，也不得克减。隐私权的范围应当受到公共利益和公序良俗的限制，例如政府官员申报财产，其财产信息隐私应受到限制。在有关人权的国际或区域

性条约或公约中，一般将隐私权规定为可克减的权利。例如，《公民权利和政治权利国际公约》第4条就规定：“在社会紧急状态威胁到国家的生命并经正式宣布时，本公约缔约国得采取措施克减其在本公约下所承担的义务，但克减的程度以紧急情势所严格需要者为限，此等措施并不得与它根据国际法所负有的其他义务相矛盾，且不得包含纯粹基于种族、肤色、性别、语言、宗教或社会出身的理由的歧视。”这也说明隐私权具有可克减性。

三、我国隐私权制度的发展

我国传统文化中缺乏隐私权的观念，使隐私很难获得权利化保障，这与中国数千年农业社会中的生活方式与社会习惯息息相关。费孝通先生曾在《乡土中国》中指出，重人情是传统社会的固有特点。一个人对邻居家的老母鸡一天下几只蛋都很熟悉，小孩子都是邻居看着长大的，无所谓隐私的问题。应当看到，儒家学说也尊重家族小共同体，认为“夫妻之事不可言”，所谓“夫妇之情，人伦之本，此谓之正色”^[73]，甚至发展出“亲亲得相容隐”的一套伦理规则，但其侧重点在于强调维护亲情伦理关系，而不在于强调保护个人的隐私，法律上也没有形成一套保护个人隐私的规则。以至于在20世纪80年代，学者在提及隐私权概念时，一般都将其理解为“阴私”，可见当时学界主要是从贬义上理解这一概念的。^[74]例如，1989年版的《辞海》对隐私案件这样解释：亦称为阴私案件，涉及男女私生活、奸情或其他淫秽内容的案件。在这种时代背景下，人们很难形成现代意义上的隐私观念，隐私权很难成为一项法定的权利。^[75]

随着改革开放的发展，我国社会逐渐从农业社会向工业社会转变，从熟人社会向陌生人社会转变。人口越来越集中，现代生活方式给个人生活带来越来越大的压力，人们对隐私日益敏感，现代社会中个人隐私的保护诉求越来越强，需要法律因应社会的需求。我国立法对隐私权的保护经历了一个曲折而漫长的发展过程，这实际上也是我国隐私权观念发展、转变的过程。

第一个阶段，类推保护模式，即主要通过类推适用名誉权的规则保护隐私。我国1986年《民法通则》虽然相对全面地列举了自然人所享有的各项具体人格权，但基于当时的观念，并没有对隐私权作出明确规定。我国司法实践虽然也保护个人的隐私利益，但主要是通过名誉权对其进行保护的。^[76]1988年最高人民法院发布的《民法通则意见》第140条第1款规定：“以书面、口头等形式宣扬他人的隐私，或者捏造事实公然丑化他人人格，以及用侮辱、诽谤等方式损害他人名誉，造成一定影响的，应当认定为侵害公民名誉权的行为。”该司法

解释开启了我国司法实践中通过名誉权保护个人隐私利益的先河。但此种模式并没有承认隐私权是一种独立的民事权利，实际上是采用类推适用的办法，将名誉权的规定类推适用到隐私保护之中，从而间接地保护个人隐私。例如，“陈某卿与缪某华名誉权纠纷案”就采取了此种做法。^[77]此种做法虽然可以为隐私保护提供依据，但也存在一定的问题，因为侵害个人的隐私利益并不当然损害他人的名誉，未必造成社会评价降低的后果，这也导致许多侵害个人隐私的行为难以得到有效规制。

第二个阶段，人格利益保护模式，即承认隐私是一项独立的人格利益，可受法律保护，但不是一项独立的人格权。在很长一段时间里，立法文件只是提到了隐私而未提到隐私权，这主要是因为立法者考虑到隐私权和其他权利的界限难以界定。当然，虽然《民法通则》没有承认隐私权，但我国有关的单行法律法规早已将隐私权作为一种重要的人格利益加以保护。例如，1991年《民事诉讼法》第66条规定：“证据应当在法庭上出示，并由当事人互相质证。对涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的证据应当保密，需要在法庭出示的，不得在公开开庭时出示。”从该条规定可以看出，立法虽然没有承认隐私权概念，但实际上是将其作为一种人格利益予以保护的。以后的立法中都采取了这一做法，如《刑事诉讼法》第152条、《未成年人保护法》第39条、《居民身份证法》第6条与第20条、《电影产业促进法》第16条、《资产评估法》第13条、《慈善法》第62条、《执业医师法》第22条与第37条、《行政诉讼法》第54条等，都对特殊领域内个人隐私的保护作出了规定。最有代表性的是最高人民法院2001年发布的《精神损害赔偿司法解释》，该司法解释第1条第2款规定：“违反社会公共利益、社会公德侵害他人隐私或者其他人格利益，受害人以侵权为由向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。”这实际上是对隐私利益的直接保护，改变了以名誉权对个人隐私进行保护的间接模式。该司法解释将违反社会公共利益、社会公德作为侵害隐私侵权责任的构成要件，实际上不适当地提高了隐私保护的门槛。^[78]其不足之处在于，对利益与权利的保护力度是不同的。对法定权利的侵害，只要符合侵权法过错责任的一般要件即可；而对一般利益的侵害，需要违反社会公共利益、社会公德，在民法学理上还认为需要行为人主观上存在加害的恶意，而不是过错。^[79]

第三个阶段，《侵权责任法》保护模式，即通过《侵权责任法》对隐私权进行消极保护。隐私权作为一项具体人格权在民事基本法中获得承认体现在2009年颁行的《侵权责任法》中，该法第2条在列举所保护的权益范围时，明确使用了“隐私权”这一表述。这是我国民事

立法第一次确认隐私权的概念，具有突破意义，不仅弥补了《民法通则》规定的不足，也进一步完善了我国人格权体系，引发了司法实践中隐私权诉讼和保护的高潮。伴随着《侵权责任法》的颁发，我国对隐私权的保护进入新的阶段，但这种模式在法理上也有不足，因为“侵权责任法”是权利保护法，逻辑上不具有正面确权的功能，其主要是从侵权法保护对象的角度间接承认了隐私权，表明在受到外来侵害时可以获得侵权责任的救济，而没有从正面对其进行确权，也没有规定隐私权的内涵、范围和效力。隐私权除了受侵权法保护之外，基于其自身的绝对性和排他性，还会发生类似物上请求权的排除妨碍、消除危险请求权的效力，此种人格权的请求权不问妨害人过错有无，甚至不以实际损害发生为要件，旨在恢复人格权的圆满状态。此外，在现代社会中，隐私权等人格权还衍生出公开权等许可利用的、兼具财产色彩的新型权利内容，仅通过侵权法调整不免挂一漏万。^[80]

第四个阶段，独立人格权模式，即从正面规定隐私权为一项独立的具體人格权。应当说，最早在立法上承认隐私权概念的是2005年颁行的《妇女权益保障法》，该法第一次将隐私权与名誉权、肖像权等并列为一项独立的妇女人格权利。但该法的保护范围仅限于妇女，而没有及于所有自然人，因此对隐私权的保护在主体范围上是不全面的。2017年颁行的《民法总则》第110条第1款在列举自然人所享有的各项具体人格权时，明确规定了隐私权，这就从正面对隐私权作出了规定，在法律上正面确认了隐私权的概念，对于强化个人隐私权的保护具有重要意义。当然，从民法总则的隐私权规定来看，还失之简略，只是确认了隐私权的概念，并没有对隐私权的内涵、范围、效力、保护方式以及在不同场合下的类型化作出详细规定，这就给法律解释留下了极大的空间。作为后续工作，《民法典》人格权编对隐私权作出了更加体系化、类型化的规则设计。

综上所述，从隐私权的制度沿革看，虽然立法在隐私权的保护上相对保守，相关规则较不健全，但隐私权保护的社会需求是客观存在的，更为灵活的司法实践在隐私权保护方面取得了长足进步，可以说，一些具有标志性的隐私权保护规则是由相关司法实践推动的。早在1988年颁发的《民法通则意见》以及2001年的《精神损害赔偿司法解释》中，进一步提出了隐私保护的概念。2014年颁发的《关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第1条规定：“本规定所称的利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件，是指利用信息网络侵害他人姓名权、名称权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权等人身权益引起的纠纷案件。”该规定拓展了人格权保护范围，列举了网络环境下新的人格权内容，在人格权保护上具有开拓性意义。该解释第12条规定：“网络用户或者网络服务提供

者利用网络公开自然人基因信息、病历资料、健康检查资料、犯罪记录、家庭住址、私人活动等个人隐私和其他个人信息，造成他人损害，被侵权人请求其承担侵权责任的，人民法院应予支持。”根据该解释，对个人信息保护，应当区分信息类型，实行区分保护。对于他人的一般信息，网络服务提供者与网络用户公开即构成侵权；但对于自然人自行在网络上公开的信息或者其他已合法公开的个人信息、以合法渠道获取的个人信息悖俗公开的，方承担侵权责任。

《民法典》在分则中对隐私权的概念、内涵、效力、范围等作出了详细规定，虽然只是用了两个条文（即第1032条、第1033条）对隐私权的概念、客体作出规定，但是也具有自身的特点，主要表现如下。

第一，明确了隐私的概念和隐私权的效力。《民法典》第1032条第2款规定：“隐私是自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息。”第1033条在列举侵害隐私权的行为类型时，该条第6项采用“以其他方式侵害他人的隐私权”这一表述，实际上对侵害隐私权的行为方式也采取了开放式的列举方式。

第二，正反规定的结合性。《民法典》第1033条对于典型侵害隐私权形态的列举与第1032条第2款关于隐私内涵的规则是密切联系的，第1033条列举的各种形态分别对应第1032条第2款中隐私的相应范围，形成了对隐私的周密保护。

第三，注重区分个人信息和隐私信息。一方面，《民法典》第1032条在规定隐私权的客体时突出了“私密性”这一限定性条件，体现了隐私权的特点。在第1033条中，侵害隐私权的免责事由被表述为“权利人明确同意”。而在第1036条第1项中，收集处理个人信息的免责事由则被表述为“该自然人或者其监护人同意”。两者虽然均体现为同意，但是却相差了“明确”二字。另一方面，《民法典》草案第1034条第3款曾经表述为“个人信息中的私密信息，同时适用隐私权保护的有关规定”。但是，立法者对这一条款进行了修改，即私密信息首先适用隐私权进行保护；没有规定的，适用有关个人信息保护的规定。这就区分了隐私信息和个人信息。

（撰稿人：王利明）

[1]Samuel D.Warren&Louis D.Brandeis , The Right to Privacy , 4 Harv.L.Rev. , 1890.

[2]王众等.隐私权若干法律问题初探.云南大学学报法学版, 2004 (4).

[3]杨立新.人身权法论.北京: 人民法院出版社, 2002: 669.

[4]彭万林.民法学.北京: 中国政法大学出版社, 1997: 161.

[5]美国学者和法官Thomas M.Cooley在其1880年出版的《侵权行为法论》(A Treatise on the Law of Torts)一书中,为说明契约行为领域不受政府之管制,提到了一项个人权利:“人身豁免”(Personal Immunity)。这项权利的内容为“不受打扰”(to be let alone),是为隐私权的前身。Thomas M.Cooley, A Treatise on the Law of Torts, Chicago: Callaghan&Company, 1888, p.29.

[6]在美国某个案例中,大法官Fortas解释独处的权利就是“依照一个人的选择生活,除非有正当法律规定时,否则不受攻击、打扰、侵害。”Time, Inc.v.Hill, 385U.S.374, 413 (1967) (Fortas, J., dissenting)。

[7]阿丽塔·L·艾伦等.美国隐私法: 学说、判例与立法.冯建妹等.编译.北京: 中国民主法制出版社, 2004: 49.

[8]Michael Henry, International Privacy, Publicity and Personality Laws, London: Butterworth, 2001, p.56.

[9]MünchKomm/Rixecker, Anhang zu§12 Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Rn.89 ff.

[10]James Spigelman, The forgotten freedom: freedom from fear, International&Comparative Law Quarterly, 2010, 59 (3), pp.543-570.方乐坤.安宁利益的类型和权利化.法学评论, 2018 (6)。

[11]James Spigelman, The forgotten freedom: freedom from fear, International&Comparative Law Quarterly, 2010, 59 (3), 543-570.方乐坤.安宁利益的类型和权利化.法学评论, 2018 (6)。

[12]陈乐民.敬畏思想家.北京: 生活·读书·新知三联书店, 2014: 96.

[13]广东省深圳市宝安区人民法院 (2010) 深宝法民一初字第1034号民事判决书。

[14]国外已经存在针对垃圾邮件, 个人用户以垃圾邮件的发件人破坏他人生活安宁和秩序、侵犯个人隐私权为由提起诉讼, 要求其停止侵害并赔偿损失的案例。而法院支持了原告的诉讼请求, 对有“垃圾邮件大王”之称的华莱士及其公司进行制裁。郭卫华, 金朝武, 王静.网络中的法律问题及其对策.北京: 法律出版社, 2001: 180.

[15]马军.报社广告有误电话扰民该赔公民“安宁权”索赔有价.检察日报,

2001-06-30：第3版。

[16]湖南省郴州市北湖区人民法院（2014）郴北民二初字第947号民事判决书。

[17]Michael Henry, *International Privacy, Publicity and Personality Laws*, London: Butterworth, 2001, p.14.

[18]Richard G.Turkington Anita, L.Allen, *Privacy*.Second Edition, West Group, 2002, p.9.

[19]United States v.Karo, 468 U.S.705 (1984) .

[20]Bond v.United States, 529 U.S.334 (2000) .

[21]Brinbaum v.United States, 436 F.Supp.967 (S.D.N.Y.1977) .

[22]Brex v.Smith, 104 N.J.Eq.386, 146 A.34 (1929) ; Zimmerman v.Wilson, 81 F.2d 847 (3 Cir.1936) ; Frey v.Dixon, 141 N.J.Eq.481, 58 A.2d 86 (1948) ; etc.

[23]Daily Times Democrat v.Graham, 276 Ala.380, 162 So.2d 474 (1964) .本案中原告在游乐过程中裙子被吹起，露出她的内衣，被告在此时拍摄了原告的照片。

[24]BGHZ 128, 1.

[25]Katz v.United States, 389 U.S.347 (1967) .

[26]President District Court Roermond, 12 September1985, KG 1985, 299.

[27]北京市第三中级人民法院（2016）京03民终9992号民事判决书。

[28]北京市高级人民法院（2014）高民终字第1152号民事判决书。

[29]广东省深圳市福田区人民法院（2012）深福法民一初字第727号民事判决书。

[30]阿丽塔·L·艾伦等.美国隐私法：学说、判例与立法.冯建姝等译.北京：中国民主法制出版社，2004：132.

[31]霍尔斯特·埃曼.德国民法中的一般人格权制度.邵建东等译//梁慧星.民商法论丛：第23卷.香港：金桥文化出版（香港）有限公司，2002：453.

[32]“狗仔队（Paparazzi）”一词源自意大利籍摄影师Signor Paparazzo。20世纪50年代末，报纸杂志的编辑对于明星名人在影楼所拍摄的“样板”照感到厌倦。Signor Paparazzo遂与同事偷拍名人隐私，拍摄地点主要是达官贵人喜欢光顾的罗马著名茶座Via Veneto，并成功拍得被逐埃及国王法鲁克在罗马韦内托大道推翻桌子，还有与年轻女明星鬼混的已婚男演员挥拳猛击摄影师等照片，大受欢迎。现在则通常指那些骚扰

社会名流并且拍摄涉及私人生活的照片，高价出售给媒体的行为。

[33]Galella v.Onassis 487 F.2d 986 (2rd Cir.1973).在本案中，原告加列娜Galella是一名自由摄影师，其多次接近并且干扰被告及其孩子的正常生活，并且拍摄照片。而被告是美国前总统肯尼迪的遗孀，依照美国法律，其生活由特工提供保护。Galella的行为导致他被特工人员的阻止，并且被逮捕。Galella便向被告提起诉讼，称其对原告实施了错误的逮捕并恶意对原告提起诉讼。

[34]上海市浦东新区人民法院（2009）浦民一民初字第9737号民事判决书。

[35]张新宝.隐私权的法律保护.北京：群众出版社，2004：8-9.

[36]Roos , The Law of Data (Privacy) Protection : A Comparative and Theoretical Study , 2003 , p.556.

[37]Neethling , JM Potgieter&PJ Visser , Neethling's law of personality , LexisNexis South Africa , 2005 p.31.

[38]李秀芬.论隐私权的法律保护范围.当代法学，2004（4）.

[39]北京市第一中级人民法院（2016）京01民终3257号民事判决书。

[40]广东省深圳市宝安区人民法院（2010）深宝法民一初字第244号民事判决书。

[41]曲直.留给隐私多大空间.北京：中华工商联合出版社，2004：95.

[42]辽宁省沈阳市中级人民法院（2005）沈民（1）权终字2026号民事判决书。

[43]张新宝.隐私权的法律保护.2版.北京：群众出版社，2004：218.

[44]李文，王坤.基因隐私及基因隐私权的民事法律保护.武汉理工大学学报（社会科学版），2002（2）.

[45]张宏.基因隐私权的法学思考.河北法学，2006（9）.

[46]李春秋.当代生命科技的伦理审视.南京：江苏人民出版社，2002：88.

[47]唐梦.中国基因歧视第一案考生终审败诉再检结果一致.南方日报，2010-09-06.

[48]李春秋.当代生命科技的伦理审视.南京：江苏人民出版社，2002：72.

[49]李震山.胚胎基因工程之法律涵义.台北：台湾大学法学院“基因科技之法律规则体系与社会冲击研究研讨会”论文。

[50]罗胜华.基因隐私权研究//易继明.私法研究：第2辑.北京：北京大学出版社，

2003 : 112.

[51]George J.Annas&Leonard H.Glanz&Patricia A.Roche.Drafting the Genetic Privacy Act : Science , Policy and Practical Considerations.Journal of Law , Medical&Ethics , 1995 , 23.

[52]张宏.基因隐私权的法学思考.河北法学, 2006 (9) .

[53]秦天宝, 虞楚箫.基因隐私的法律保护限度.江西社会科学, 2015 (9) .

[54]北京市第一中级人民法院 (2017) 京01民终509号民事判决书。

[55]王众等.隐私权若干法律问题初探.云南大学学报法学版, 2004 (4) .

[56]程合红.商事人格权刍议.中国法学, 2000 (5) .

[57]张新宝.隐私权的法律保护.北京:群众出版社, 2004 : 13.

[58]ECHR , Pretty v.The United Kingdom , Application no.2346/02 , 29 April 2002.

[59]张民安.侵扰他人安宁的隐私侵权.中山:中山大学出版社, 2012 : 9.

[60]刘保玉, 周玉辉.论安宁生活权.当代法学, 2013 (2) .

[61]周悦丽.我国隐私权保护立法模式的选择与体系的构建.南都学坛, 2004 (9) .

[62]Kyllo v.United States , 121 S Ct 2038 (2001) .

[63]武艳芬等.浅谈隐私权被侵犯的法律救济.山西省政法管理干部学院学报, 2004 (3) .

[64]邓岩.从精神损害赔偿的司法解释中谈对隐私权的保护.辽宁公安司法管理干部学院学报, 2004 (1) .

[65]张革新.隐私权的法律保护及其价值基础.甘肃理论学刊, 2004 (2) .

[66]Warren and Brandeis , The Right to Privacy , 15 Dec.1890 , vol.IV , NO.5 , Harvard Law Review , pp.193-220.

[67]Willam L.Prosser , Privacy , 48 Calif.L.Rev. , 1960 , 389.

[68]Restatement of the Law , Second , Torts , §652D , Comment : a.

[69]武艳芬等.浅谈隐私权被侵犯的法律救济.山西省政法管理干部学院学报, 2004 (3) .

[70]张新宝.隐私权的法律保护:2版.北京:群众出版社,2004:17.

[71]Hary Kalven, Jr., Privacy in Tort Law-Were Warren and Brandeis Wrong?, 31 Law&Contemp.Probs.326, 331 (1966).

[72]同②16.

[73]西周生:《醒世姻缘传》卷十五。

[74]《法学词典》编辑委员会.法学词典.上海:上海辞书出版社,1985:872.

[75]马特.隐私权研究.北京:中国人民大学出版社,2014:167.

[76]例如,“李某强案”,最高人民法院中国应用法学研究所.人民法院案例选·2002年第4辑.人民法院出版社,2003:178-187;“马某诉马村居民小组案”,参见海南省澄迈县人民法院(2007)澄民初字第109号民事裁定书,都是以名誉权为由对隐私权进行保护。

[77]该案大致案情为:2002年9月左右,因怀疑原告与其他男性有不正当的关系及为达到与原告离婚的目的,被告分别在位于佛山市南海区的原告的住所和位于佛山市南海区的原告的工作场所秘密安装了3个电话录音器,偷录原告与他人的电话通话内容,偷录时间持续10日左右。后被告对被偷录的电话录音进行了剪接后制作成约10盒录音带,对原告、被告的朋友进行播放,并将录音带交予他人。受害人向法院起诉,请求行为人承担责任。二审法院认为,本案中被上诉人擅自偷录上诉人的私人电话并制成录音带向双方的父母、朋友和佛山市南海区某村民委员会的工作人员及某幼儿园的工作人员播放或者散发。被上诉人为达到其私人目的,以录音带的形式宣扬上诉人的隐私,侵害了上诉人的名誉,其行为具有违法性,造成上诉人的社会评价相应降低的损害后果,依法应承担侵害名誉权的法律责任。

[78]张红.人格权各论.北京:高等教育出版社,2016:489.

[79]关于违背公序良俗侵害一般法益的责任,源于《德国民法典》第823条第2款,当然,“恶意违背善良风俗加害他人”仅限于行为人恶意的情形。

[80]马特.隐私权研究.北京:中国人民大学出版社,2014:317.

第一千零三十三条

除法律另有规定或者权利人明确同意外，任何组织或者个人不得实施下列行为：

（一）以电话、短信、即时通讯工具、电子邮件、传单等方式侵扰他人的私人生活安宁；

（二）进入、拍摄、窥视他人的住宅、宾馆房间等私密空间；

（三）拍摄、窥视、窃听、公开他人的私密活动；

（四）拍摄、窥视他人身体的私密部位；

（五）处理他人的私密信息；

（六）以其他方式侵害他人的隐私权。

本条主旨

本条旨在说明侵害隐私权的典型形态。

相关条文

《民法总则》第110条规定：“自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利……”

《侵权责任法》第2条规定：“侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”

《广告法》第44条规定：“利用互联网从事广告活动，适用本法的各项规定。利用互联网发布、发送广告，不得影响用户正常使用网络。在互联网页面以弹出等形式发布的广告，应当显著标明关闭标志，确保一键关闭。”

《消费者权益保护法》第29条第3款规定：“经营者未经消费者同意或者请求，或者消费者明确表示拒绝的，不得向其发送商业性信息。”

理解与适用

一、侵害隐私权的行为

本条是关于侵害隐私权的典型形态的规定。侵害隐私权的行为形形色色，很难一一列举。《民法典》第1033条对侵害隐私权行为的典型形态进行了列举。这些典型的侵害隐私权形态列举是建立在总结我国既有立法和司法实践经验基础之上的。同时，由于侵害隐私权的形态多样，且伴随着社会的不断发展，新的侵害隐私权方式将不断出现，因而本条在有限列举的基础上，在第6项中设置了兜底条款，肯定了以其他方式侵害隐私权的可能，适应了未来司法实践的发展需要，为法律适用留下了一定的空间。

《民法典》第1033条对于典型侵害隐私权形态的列举与《民法典》第1032条关于隐私内涵的规则是密切联系的，本条列举的各种形态分别对应《民法典》第1032条中隐私的相应范围。例如，电话、短信、即时通讯工具、电子邮件、传单等方式对应《民法典》第1032条中的私人生活安宁；进入、窥视、拍摄他人的住宅、宾馆房间等对应《民法典》第1032条中的私密空间。因此，《民法典》第1032条和《民法典》第1033条分别通过正面列举隐私的内涵和反面列举侵害隐私的行为的方式，前后呼应，形成了对隐私权的周密保护。

（一）以电话、短信、即时通讯工具、电子邮件、传单等方式侵扰他人的私人生活安宁

此类行为是以垃圾短信等方式侵扰他人私人生活安宁，其主要特点如下。

一是借助于现代通讯手段侵害隐私权。从该项所列举的各种侵害隐私权的行为可以看出，其主要是借助现代通讯工具侵扰他人的私人生活安宁。随着信息技术的发展，许多商家利用新型的信息技术进行大规模营销，例如，通过群发电子邮件、手机短信等方式，不加选择地向人们大量传播“垃圾信息”，使其私人生活安宁受到严重威胁。电话骚扰在实践中也是一种侵害隐私权的行为。例如，某人恋爱不成，遂以电话的方式纠缠对方，妨害其私人生活安宁。随着移动电话的普

遍使用，短信息骚扰问题逐渐为社会所关注。短信息骚扰主要包括黄色短信的骚扰、商业性质短信骚扰和中奖类诈骗短信的骚扰等。^[1]而且从该项规定来看，条文在列举了短信、电话、即时通讯工具、电子邮件、传单这些具体方式之外，还采用了“等方式”这一兜底规定，这表明行为人侵害他人隐私的方式不限于该项所具体列举的上述方式，利用与短信、电话等相类似的其他方式侵害他人的私人生活安宁的，均构成该条所规定的侵扰他人私人生活安宁的行为。

二是此类行为侵害他人隐私的方式是非法侵扰他人。所谓侵扰，是指打搅他人的正常生活。例如，骚扰者打给特定或不特定的电话机主的不受欢迎、妨碍他人正常生活的电话。^[2]再如，采取寄发信函、发送邮件、敲门、跟踪盯梢等方式，打扰当事人的正常生活。这意味着，一方面，如果行为人的行为没有达到对正常理性人高度冒犯（highly offensive to an ordinary reasonable person）的程度^[3]，不构成侵扰他人的私人生活，则不应当构成该条所规定的侵害隐私权的行为。例如，正常投放商业广告^[4]，行为人偶尔拨错号码或者发错短信，通常并不会构成对他人私人生活的侵扰，不宜认定为侵害隐私权的行为。但雇员骚扰，则可能构成侵权。例如，在“陈某某诉南京首屏科技有限公司等隐私权纠纷案”中^[5]，法院认为，被告“故意骚扰行为已经侵犯了原告的生活安宁，故本院认定王某的后续行为侵犯了原告的隐私权，王某应承担侵权责任”。另一方面，只要行为人所实施的行为侵扰了他人的私人生活安宁，不论行为人是否造成了权利人现实的损害，均构成对权利人隐私权的侵害。

三是此类行为的侵害对象主要是他人的私人生活安宁。从该项所规定的侵害方式来看，行为人通过现代通讯方式侵扰他人的，通常构成对他人私人生活安宁的侵害，而不构成对他人私密信息、私密活动等的侵害。当然，如果行为人利用现代通讯工具窥探他人的邮箱等私密空间，应当构成对他人私密信息、私密活动等隐私的侵害。

需要指出的是，《民法典》第1033条第1项主要针对以电话、短信、即时通讯工具、电子邮件、传单等方式侵扰他人私人生活安宁。但是该项对于通过网络推送广告等行为并未进行明确列举。关于此类行为，《广告法》第44条规定：“利用互联网从事广告活动，适用本法的各项规定。利用互联网发布、发送广告，不得影响用户正常使用网络。在互联网页面以弹出等形式发布的广告，应当显著标明关闭标志，确保一键关闭。”同时，《消费者权益保护法》第29条第3款规定：“经营者未经消费者同意或者请求，或者消费者明确表示拒绝的，不得向其发送商业性信息。”上述立法已经对于未经同意推送网络广告的行为予以禁止。因此，虽然本条第1项并未明确列举这种侵

权形态，但是网络环境下的私人生活安宁是私人生活安宁的重要组成部分，因此，这种行为同样构成对私人生活安宁的侵扰。

（二）进入、拍摄、窥视他人的住宅、宾馆房间等私密空间

此类行为主要是非法侵入他人私密空间的行为，具体而言，主要包括如下几种形态。

1.非法进入私人住宅等私密空间

非法进入他人的私人住宅最为典型的形式是私闯民宅。在现代社会，无论是个人自有的房屋，还是通过租用、借用等方式占有的房屋，都属于个人的住宅空间，对该财产中的空间的支配，形成个人的隐私。侵入他人的住宅，就侵害了他人支配的空间，从而侵害了他人的隐私权。住宅是个人所享有的隐私的重要组成部分，即便是公众人物，对其纯粹的私密空间也享有隐私权，任何人未经其许可，不得擅自闯入公众人物私人所有的、合法占有的房屋以及其他空间，不得非法对个人空间进行搜索、搜查、窃听，否则构成对个人空间隐私权的侵害。除住宅外，个人的办公室、宾馆房间等，也属于个人的私密空间。行为人未经许可擅自进入他人的私密空间的，不论是否造成了他人现实的损害，均构成对他人隐私权的侵害。从实践来看，最为典型的侵入他人住宅等私密空间的行为是非法搜查行为。非法搜查是指没有法律依据而擅自搜查他人的私密空间。例如，某地发生的民警闯入他人房间干涉夫妻观看黄碟一案^[6]，就涉及对个人空间隐私权的侵害。搜查他人私密空间应当严格依据法律规定进行，而且应当严格遵守法定的程序，否则将构成对他人隐私权的侵害。

从该项规定来看，其在列举了住宅、宾馆房间这两种私密空间类型之外，还使用了“等私密空间”这一兜底性表述，表明个人私密空间并不限于住宅和宾馆房间两种类型，从实践来看，私密空间还包括私人的工作场所、办公室、私家车后备厢、更衣室等。私密空间不应当被限制于与住宅、宾馆房间具有相当性的供人居住的场所，例如私家车后备厢、公共场所中的私密空间等，均应属于私密空间的范围。传统隐私权法中有观点认为，进入公共空间的个人已默许放弃了禁止本人的肖像被获取并用于某些目的的权利^[7]，公共场所中的隐私权视为自愿抛弃。但现代判例表明，即使是在公共场所中，也有隐私权保护的必要。笔者认为，个人进入公众场所可以视为某些隐私已不构成隐私，如本人在公众集会中被拍照不能认定为侵害其隐私权。但个人并没有完全抛弃其隐私权，即便在公共场所，私密活动也不能受到他人骚扰或跟踪，禁止他人非法窥视、拍摄、暴露他人的身体隐私。

2.非法拍摄他人私密空间

非法拍摄他人私密空间的行为既包括侵入他人住宅等私密空间进行拍摄的行为，也包括未侵入他人住宅等私密空间进行拍摄的行为。例如，非法采用红外线技术对室内进行扫描，利用高倍望远镜探测、长焦距拍照等方法非法拍摄他人空间，利用微型摄像机拍摄个人的室内活动等，这些行为都构成了非法拍摄他人私密空间。在实践中，时常发生受害人在入住宾馆时，被行为人所安装的微型摄像头全程拍摄的情况^[8]，此类新闻报道频频见诸报端。对此，宾馆也要承担相应的责任。例如，在“胡某某诉中山市金柏酒店有限公司隐私权纠纷案”中^[9]，法院认为，虽然金柏酒店306房处发现的摄像头并未对胡某某进行实际拍摄，但基于酒店客房属于私密领域，金柏酒店作为从事住宿等经营活动的法人单位，负有保护入住客人的个人信息、隐私及在其场所拍摄的影像资料不予流失与外传的注意事项，其未发现房间装有摄像头，未尽相应的管理职责，存在一定的过错，已经侵犯了胡某某的隐私权并造成一定的精神损害，依法应承担民事侵权责任。

3.非法窥视他人的私密空间

所谓非法窥视他人的私密空间，是指没有法律依据而窥视他人的私密空间。非法窥视的方式很多，例如利用望远镜等设备远距离窥视他人的私密空间。^[10]对非法窥视他人的私密空间的行为而言，只要行为人实施了非法窥视他人私密空间的行为，不论是否造成他人现实损害，也不论行为人是否通过窥视行为获取了他人的私密活动、私密信息等内容，均应当构成对他人隐私权的侵害。

4.其他侵害他人私密空间的行为

除上述情形以外，侵害他人私密空间的行为形态很多，法律不可能一一列举，在某些情况下，尽管没有非法闯入他人私密空间，但是擅自采取各种技术手段窥视他人空间，如采用红外线对室内进行非法扫描，利用高倍望远镜探测、长焦距拍照等方法窥视个人空间也构成侵权。比如，在一件发生在美国的案例中，警察采用红外线扫描方式在某建筑物外检测某房屋内是否藏有毒品。法院认为，按照传统的定义，搜查只限于进入房屋内搜查，即隐私是权利人房屋内部的事物。但科技的发展要求改变此种观点，所以该案中的探测行为也成立搜查，构成对形成合理期待的隐私的侵害。^[11]此种情况并没有侵害他人财产，而仅仅是侵害他人隐私。

《民法典》第1033条第2项对禁止进入、拍摄、窥视他人私密空间进行了规定，并列举了“住宅、宾馆房间”作为典型的私密空间。笔

者认为，此处的私密空间应当包括虚拟空间。在当今社会，个人的网络空间也应当是私密空间的重要组成部分。随着互联网的发展，现代社会出现了网络虚拟空间，从而产生了网络虚拟空间的法律保护问题。其实，凡是私人支配的空间场所，无论是有形的还是虚拟的，都属于个人隐私的范围。因此，非法侵入他人网络、非法查看他人网络邮箱等行为，同样应当构成对他人私密空间的侵入。对于这一问题，《网络安全法》第27条规定：“任何个人和组织不得从事非法侵入他人网络、干扰他人网络正常功能、窃取网络数据等危害网络安全的活动；不得提供专门用于从事侵入网络、干扰网络正常功能及防护措施、窃取网络数据等危害网络安全活动的程序、工具；明知他人从事危害网络安全的活动的，不得为其提供技术支持、广告推广、支付结算等帮助。”因此，本项中的私密空间不应当被局限在居住场所，而应当适度扩大，将网络空间等重要的私密空间纳入进来。

（三）拍摄、窥视、窃听、公开他人的私密活动

此类行为主要是侵害他人私密活动的行为，具体来说，此类行为主要有如下表现形式。

1. 非法拍摄他人私密活动

所谓非法拍摄，是指未经他人许可而拍摄、录制他人私人活动的行为。据媒体报道，目前一些宾馆、酒店的房间被一些违法犯罪行为人为人安装各种针孔摄像头，偷拍、偷录他人的各种私密活动，甚至形成了一种巨大的灰色产业链。^[12]这对个人的隐私构成极大威胁。隐私权是个人享有的对自己的个人秘密和生活进行支配并排除他人干涉的权利，非法拍摄、录制他人的私人活动，构成对他人隐私权的侵害。在实践中，行为人可能是在自己的私密空间安装摄像头等拍摄装置，但如果因此拍摄了他人的私密活动，也可能构成对他人隐私权的侵害。例如，在“李某、黄某某隐私权纠纷案”中，法院认为，公民的个人隐私和信息安全不得侵害。黄某某在自家住宅大门安装的摄像监控装置虽出于自我防护，但该装置可以完整监控相邻住户李某出入住宅全部情况，记录和存储李某不愿为他人知悉的个人信息，对李某的个人居住安宁造成了侵扰后果，应视为民事侵权。^[13]在该案中，行为人在自家住宅大门安装摄像头可以完整拍摄相邻住户李某出入住宅的全部情况，属于非法拍摄、录制他人的私密活动，应当构成对他人隐私权的侵害。

2. 非法窥视他人的私密活动

非法窥视他人的私密活动是指未经许可而擅自窥探、监视他人的

私密活动。个人的私密活动也是隐私权的客体，行为人非法窥视他人私密活动，也构成对他人隐私权的侵害。例如，在“张某诉潘某等隐私权纠纷案”中，原告与被告的房屋相邻，被告在其房屋房门外上方安装了监控摄像头并连接至家中电脑，摄像头采集画面的区域既包括被告自家区域也包括和原告共用的区域。原告认为被告的行为侵害了自己的隐私权，请求被告拆除摄像头。法院审理认为，自助救济行为应在合理限度内进行，且不得损害他人合法权益和社会公共利益。本案中，上诉人的行为已超出合理限度，并侵害了被上诉人的隐私权，因此，法院判令上诉人拆除安装的摄像头。^[14]在该案中，行为人虽然没有侵入他人住宅进行拍摄，不构成对他人空间隐私的侵害，但行为人所安装的摄像头能够准确记录受害人离开住宅和进入住宅的时间等信息，构成非法窥视他人私密活动的行为。

3.非法窃听他人的私密活动

所谓非法窃听，是指未经他人允许而安装窃听设备，偷听他人的通讯、谈话等活动。在现代社会，通讯方式不断增加，因而，侵害通讯自由、通讯秘密的方式也在不断增加。据报载，行为人通过在宾馆安装针孔摄像头的方式，偷拍、偷录他人的行为时有发生，在有的网购平台上，出卖各种隐蔽式偷拍摄像头的事情随处可见，有的出卖人甚至还提供订制服务，为行为人偷拍、偷录他人的行为提供帮助。^[15]例如，在“张某一与张某隐私权纠纷案”中^[16]，法院审理认为，张某在张某一的房间外，对张某一在其个人空间进行的谈话进行录音，对张某一的隐私权造成了侵害。张某一对其在个人空间内发生的谈话不被偷听、偷录应享有合理的期待，张某一并不具有将自己在个人空间内的谈话内容为谈话对象之外的人所知悉的意愿，未以任何形式放弃自己的隐私利益。因此，即便如张某所述其并非刻意偷听，张某将谈话内容录音并发送给他人亦构成侵犯张某一隐私权的行为。需要特别强调的是，行为人如果安放了窃听装置，即便没有收集到任何声音，也可以构成对隐私权的侵害。^[17]此外，如果行为人通过窥视、监听他人私人居室、私人场所等私密空间的方式获取他人的私人活动，除了构成对他人私密活动的侵害，还应当构成对他人空间隐私的侵害，如利用望远镜、长焦镜头偷窥他人居室的行为。当然，国家司法机关出于调查犯罪、国家安全等目的，依照法律规定和法律程序有权监听或检查个人的通讯，该行为并不构成侵权。

4.非法公开他人的私密活动

所谓非法公开他人的私密活动，是指行为人未经许可而非法泄露或者对外散布他人的私密活动。私密活动是个人私人生活的重要组成部分，行为人擅自泄露、公开他人的私密活动，应当构成对他人隐私

权的侵害。非法泄露和公开他人的私密活动既包括向社会公众公开他人的私密活动，也包括向特定范围内的主体公开他人的私密活动，只要是违背他人意愿而使他人的私密活动被他人所了解，即应当构成非法泄露与公开他人的私密活动。

（四）拍摄、窥视他人身体的私密部位

身体的隐私是私人生活中最私密、最敏感的领域。擅自拍摄、窥视他人身体的私密部位，构成对隐私权的侵害。具体而言，此类行为主要包括如下几种。

1.非法拍摄他人身体的私密部位

行为人未经权利人明确同意拍摄他人身体的私密部位，构成对他人隐私权的侵害。从实践来看，行为人未经他人许可偷拍他人，如非法拍摄他人的裸体照片，不仅侵害他人隐私权，而且会对他人的名誉造成损害。即使是知名人士，其人格中最隐秘的部分也应受到保护。^[18]例如，在“徐某某等诉王某某、陕西省紫阳县某某旅游开发有限公司等隐私权纠纷案”中^[19]，原告徐某某、马某某和家人、朋友于2015年8月27日到被告某某旅游公司某某中心消费，当二原告游完泳后到大众女淋浴室洗浴时，被告王某某正在隔壁检查空调，王某某听见浴室有声音后，爬窗偷看，拿出手机欲进行拍摄，被二原告发现后及时报警。法院判决被告王某某赔礼道歉，并支付1000元精神抚慰金，某某旅游公司承担补充责任。

2.非法窥视他人身体的私密部位

行为人未经权利人同意而偷看他人身体的私密部位，构成侵害隐私权。如果是出于医疗教学等的需要，则应当征得病人的同意，否则也侵害他人的隐私权。当然，权利人在主张其身体隐私受到侵害时，应当举证证明行为人未经其同意而暴露其身体隐私，否则可能难以获得救济。例如，在“陈某与香蔓丽儿美容有限公司隐私权纠纷案”中，原告主张被告工作人员在美容过程中长期拉开窗帘，导致其身体隐私被偷窥，从而主张精神损害赔偿，但“由于事发理疗窗外区域属于沿小区河畔的绿化死角，并无铺设道路通向该区域，且面积狭小，事发时该区域还有两处茂盛竹林遮挡，鲜有人迹，并无证据证明事发时段有人在理疗室窗外偷窥陈某背部”，因此，原告的主张无法成立。^[20]

（五）处理他人的私密信息

在未经权利人明确同意的情形下，处理他人私密信息的行为，也

构成对他人隐私权的侵害。具体如下。

1. 未经权利人明确同意非法收集他人的私密信息

此种行为主要是指未经个人同意非法收集他人的有关个人健康状况、宗教信仰、财务状况、家庭住址等个人信息，并且对原告构成了实质的“侵扰（intrusive）”^[21]。例如，在“泄露业主住址案”中，法院指出，“公民的住址属于公民的个人信息，公民的个人信息在本人不愿意公开的情况下属于个人隐私的范畴”^[22]。再如，在“罗某诉某保险公司隐私权纠纷案”中，法院认为，“被告某保险公司非法收集、利用原告个人信息，多次致电原告推销车辆保险，侵扰了原告的正常生活，又拒不说明如何获取了原告个人信息，造成原告精神损害，构成对原告隐私权的侵害”^[23]。

未经权利人明确同意非法收集他人的私密信息不仅包括非法收集权利人本人的个人信息，也应当包括收集权利人的家庭信息。个人的家庭信息包括家庭财产、婚姻情况、子女状况、家庭生活等各种情况。因为家庭生活在个人生活中占据非常重要的地位，所以，家庭信息也是个人隐私的重要组成部分。即使是公众人物，其家庭信息如果与公共利益或公众兴趣无关，也应当受到保护。行为人非法披露、公开或散布他人的家庭隐私，将构成对他人隐私权的侵害。例如，在“孟某某与来安县金点子广告传媒有限公司、来安县名盛化妆品店隐私权纠纷案”中，法院认为，自然人的姓名、婚姻状况、家庭住址、联系电话、身份证号码属于自然人的个人隐私。自然人对他人在何种程度上可以介入自己的私人生活，对自己是否向他人公开隐私以及公开的范围和程度等具有决定权，涉案行政处罚决定书虽然是生效法律文书，但该文书包含有孟某某的私人信息，包括出生年月日、家庭住址、身份证号码，此内容属于孟某某的个人隐私，孟某某有权决定是否向他人公开……名盛化妆品店将行政处罚决定书大量复制后交由金点子公司，金点子公司未经严格审查即向不特定多数人发送，导致孟某某家庭住址、居民身份证号码、联系电话公布于众，侵犯了孟某某的隐私权。^[24]

依据《民法典》第1226条的规定：“医疗机构及其医务人员应当对患者的隐私和个人信息保密。泄露患者的隐私和个人信息，或者未经患者同意公开其病历资料的，应当承担侵权责任。”因此，在医患关系中，医生应当依法尊重患者的隐私权，患者有权要求医生不公开自己的病情、家族史、接触史、身体隐蔽部位、异常生理特征等个人生理的、心理的及其他隐私秘密。^[25]未经患者同意，医生不得向他人随意泄露患者的隐私，即使是因为过失而泄露了病人的病情，也构成对患者隐私权的侵害。例如，在“张某某、张某一等与遂平县人民

医院、魏某某隐私权纠纷案”中，法院认为，医疗机构制作的病历资料真实详细地记载了患者的个人私密信息，这些病历材料形成了患者新的隐私……遂平县人民医院、魏某某、驻马店市“148”法律服务所及律师赵某以诉讼利益为目的……在不具备调取病历的主体资格的情况下，调取患者姚某某的确诊证明及处方材料等病历并在案件中予以出示，构成对原告隐私权的侵害。[26]

2.非法加工、使用、提供、传输或公开个人私密信息的其他处理行为

处理的概念包含的范围非常宽泛，处理包括收集个人信息以及收集后的储存、加工、使用、传输、提供、公开等各种利用个人信息的行为。行为人未经权利人同意而擅自储存、转让、披露他人的个人身份资料，例如，擅自出版他人日记，公布他人病历或病史等，均属于非法处理他人私密信息的行为。需要指出的是，由于隐私权是一种具体人格权，而个人信息只是一种人格利益，因而当某种信息既是隐私，又是个人信息时，首先应当受到隐私权的保护，对此类信息的收集、处理，应当取得权利人的明示同意。未取得权利人的明示同意，非法处理个人私密信息，构成侵害隐私权。而对一般个人信息而言，其保护程度不如隐私权的保护程度高，对一般个人信息的收集、处理，既可以由权利人明示同意，也可以默示同意。

（六）以其他方式侵害他人的隐私权

侵害他人隐私权的方式很多，除上述方式外，该条并没有规定其他许多侵害隐私权的典型方式，具体而言：一是非法跟踪行为。所谓跟踪，是指尾随他人私人活动，侦查他人行踪。[27]跟踪、盯梢、监听、监视等方式常常是私人侦探获取他人私人活动的重要方法。二是侵害他人的通讯自由、通讯秘密。通讯自由与通讯秘密是个人隐私权的重要范畴，任何个人或组织未经法律的授权，都不得私拆他人的信件、窃听他人的电话、拦截他人手机的信号、擅自窃取他人的电子邮件内容。三是非法披露他人的谈话隐私。非法披露他人的谈话隐私，也构成对他人隐私权的侵害。在我国司法实践中，有的法院认为，个人的谈话内容必须涉及个人隐私，才能受到隐私权的保护。

二、免责要件：法律另有规定或者权利人明确同意

依据《民法典》第1033条的规定，法律另有规定或者权利人明确同意构成行为人的免责事由。这就是说，凡是实施《民法典》第1033条规定的各种行为的，只有在法律另有规定或者取得权利人明确同意

的情况下，才能被免除责任。

法律另有规定是指依照法律的规定，无须取得权利人的同意即可实施的客观上侵害隐私权但无须承担民事责任的行为，如依据《国家安全法》的规定，国家安全机关为了维护国家安全而有权依法采取技术侦查手段，如进行监听、窃听等活动。这是法律规定的例外情形。

所谓权利人的“明确同意”是相对默示同意而言的，即权利人必须作出同意的意思表示，该同意的意思表示不能模糊不清。权利人是否作出了明确同意，应当由行为人举证证明。之所以要求明确同意，是因为：一方面，隐私权是一种具体人格权，而个人信息只是一种人格利益，对一般个人信息的收集、处理，既可以由权利人明示同意，也可以默示同意，但隐私权的保护对象是私人生活，其本质上是一种私益，隐私是与公共利益和公共事务无关的纯粹属于私人生活领域的信息和事务。每个人都有其自身不愿意公开的信息，只要此种保留无损于社会 and 公共利益，就应当受到隐私法的保护。^[28]但如果个人明确同意将自己的私人生活向社会公开，且此种公开并不损害社会公共利益，按照私法自治原则，法律上不应予以禁止。^[29]另一方面，我国司法实践也采取此种做法。例如，《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第12条规定，网络用户或者网络服务提供者利用网络公开自然人个人隐私和其他个人信息，造成他人损害，经自然人书面同意且在约定范围内公开，行为人不承担责任。隐私权人有公布自身隐私的权利，当事人同意他人采访、报道其个人隐私的，则采访者、报道者均不构成侵权。如果当事人同意他人介入其私人生活，公开其生活秘密，只要他人是在其同意的范围内公开的，就不构成侵害隐私权。^[30]采取此种规定，也方便举证，有利于减少纠纷。

笔者认为，权利人的同意应当具备如下要件。

一是权利人必须明确同意。也就是说，权利人同意他人公开其隐私的意思应当是明确、具体的。^[31]如果通过行为人的行为无法确定权利人是否具有同意他人公开其隐私的意思，则不应当认定权利人已经明确同意行为人公开其隐私。

二是行为人公开权利人隐私的范围应当与行为人明确同意的范围相一致。此种同意的范围既可以是向特定人公开（例如模特允许画家以其身体为对象进行绘画），也可以是向社会公开（例如将自己过去的经历写成文章发表）。公开的方式可以由自己亲自公开，也可以是允许他人公开。^[32]从实践来看，权利人虽然自愿公开其隐私，甚至同意他人公开其隐私，但并不意味着行为人可以随意扩大他人隐私

的公开范围，行为人超出权利人同意的范围公开其隐私的，也构成对他人隐私权的侵害。

行为人仅能在权利人同意的范围内公开他人的隐私，这也意味着隐私公开的范围具有一定的相对性。所谓相对性，是指当事人就其私人生活秘密向特定人进行披露，或者在一定范围内公开，但并不等于完全抛弃其隐私。例如，患者对医疗机构披露自己的个人健康状况等资料，并不意味着其放弃了个人隐私，允许医疗机构将这些资料向全社会公开。^[33]除了依据传染病防治法等有关法律的规定，为了预防传染病的蔓延必须向社会公开的以外，有关机构和个人不得将患者的健康信息隐私任意予以公开。因为个人信息不可能总是处于绝对保密或完全公开这两种极端状态，在许多情况下，某些信息对特定群体是公开的，但对其他人则处于保密状态。例如，组织人事部门所掌握的人事档案资料，特定部门知晓并不意味着该信息已成为人尽可知的公共信息。并且，即便权利人自愿向特定人披露其隐私，也不能由此推定其也愿意向全社会公布其秘密。再如，在登记机关申请办理房产登记手续，向登记机关披露了自己的家庭地址、电话号码、身份证号码等个人信息，并不意味着这些信息都是公开的信息，也不意味着登记申请人已经授权登记机关将这些信息全部向社会公开。登记机关可以披露产权状况，但是没有必要将登记申请人的电话号码、家庭住址等信息公开。在法律上，如果某人在要求保密的情况下向他人提供私人信息，而掌握该信息的人未经许可向第三者披露，则该侵害隐私的行为毫无疑问将构成对保密义务的违反，并侵害了他人的隐私权。但是，即便在没有明确告知必须保密的情况下，也并非没有保密义务。如果一方向另一方告知的是家庭的重要隐私，即使在告知时没有明确要求不得披露，但鉴于私密的重要性，另一方也应负有相当的注意义务，不得对外公开披露。再如，向特定人交换名片，仅意味着以交往为目的向特定人披露，原则上信息获取者若未经权利人的同意，不得向社会公开。如住址、电话号码这些社交性的外部标志性信息，只要权利人具有合理的隐私期待，不愿使其进入公众领域，那么就应当受到隐私权的保护。

三是同意的形式可以采用口头或者书面形式。从本条规定来看，其虽然要求权利人必须明确同意，但并没有对权利人同意的方式作限定，也就是说，不论权利人是口头方式同意，还是以书面方式同意，只要能够确定权利人有明确同意的意思，即可成为行为人的免责事由。

四是权利人的同意不得违反法律、行政法规的强制性规定，也不得违反公序良俗。例如，有的从事违法放贷的网络公司，专门针对在

校大学生发放小额贷款，在放款时要求借款人，尤其是女大学生向小贷公司提供自己裸体并持身份证的照片作为担保，一旦借款人不能按时偿还借款，则小贷公司立即将裸照在网络上公布。^[34]此种做法也应当构成侵害他人隐私权，即使受害人同意披露自己的身体隐私，也应当认定该同意行为因违反公序良俗而无效。

（撰稿人：王利明）

[1]张新宝.隐私权的法律保护.北京：群众出版社，2004：299.

[2]参见“李某娟与沈某琴侵扰生活安宁纠纷案”，江苏省无锡市郊区人民法院（2001）郊民初字第251号民事判决书。

[3]Restatement of the Law, Second, Torts, §652B, Comment : d.

[4]Stilson v.Reader's Digest Ass'n, 28 Cal.App.3d 270, 104 Cal.Rptr.581 (1972) ; Bradshaw v.Michigan Nat.Bank, 39 Mich.App.354, 197 N.W.2d 531 (1971) .

[5]江苏省南京市秦淮区人民法院（2013）秦民初字第3994号民事判决书。

[6]2002年8月18日晚，陕西省延安市公安局某派出所接到举报，称其辖区内一居民张某在家庭诊所中播放黄色录像。派出所出动民警来到举报所称播放黄碟的房屋，发现张某两夫妻在观看黄碟。当民警欲扣押收缴黄碟和电视机时，双方发生肢体冲突，民警将其制服。事后张某起诉请求国家赔偿。

[7]F Rigaux, La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, Brussels, Bruylant, 1990, p.760.

[8]情侣宾馆开房，入住过程被针孔摄像头全程拍下，随后报警. [2020-01-13] http://k.sina.com.cn/article_6539153836_185c391ac00100co96.html.

[9]广东省中山市第一人民法院（2017）粤2071民初16278号民事判决书。

[10]Souder v.Pendleton Detectives, 88 So.2d 716 (La.App.1956) .本案中作为私人侦探的被告为了收集证据，在原告住所附近租住一房间，通过望远镜等设备长期监视原告生活。

[11]Kyllo v.United States, 121 S Ct 2038 (2001) .

[12]酒店偷拍已成“黑色产业链”.文摘报，2019-02-14（18）.

[13]广东省高级人民法院（2016）粤民再464号民事判决书。

[14]上海市中级人民法院（2011）沪一中民一（民）终字第288号判决书。

[15]针孔摄像头泛滥严重威胁公民个人隐私安全齐抓共管依法严惩偷拍者.法制日报，2019-07-05.

[16]北京市第三中级人民法院（2019）京03民终7526号民事判决书。

[17]Hamburger v.Eastman 206 A.2d 239（N.H.1964）.

[18]Michael Henry，International Privacy，Publicity and Personality Laws，London：Butterworths，2001，p.44.

[19]陕西省紫阳县人民法院（2015）紫民初字第00809号民事判决书。

[20]江苏省无锡市滨湖区人民法院（2014）锡滨民初字第02113号民事判决书。

[21]Nader v.General Motors Corp.255 N.E.2d 765（N.Y.Ct.App.1970）.

[22]广东省深圳市宝安区人民法院（2010）深宝法民一初字第1034号民事判决书。

[23]湖南省郴州市北湖区人民法院（2014）郴北民二初字第947号民事判决书。

[24]安徽省来安县人民法院（2018）皖1122民初77号民事判决书。

[25]徐宗良等.生命伦理学.上海：上海人民出版社，2002：68.

[26]河南省驻马店市中级人民法院（2015）驻民三终字第00588号民事判决书。

[27]杨立新.人身权法论.北京：人民法院出版社，2002：690-691.

[28]同①669.

[29]Samuel D Warren&Louis D.Brandeis，The right to Privacy，Harvard Law Review，Vol.4，no.5.，1890，218.

[30]张新宝.中国侵权行为法.北京：中国社会科学出版社，1998：381.

[31]Gola/Schomerus，BDSG Kommentar，§4a，Rn.19.

[32]张革新.隐私权的法律保护及其价值基础.甘肃理论学刊，2004（2）.

[33]Multimedia WMAZ，Inc.，v.Kubach，443 S.E.2d 491（Ga.1994）.

[34]盖琪.“微时代”与“裸贷”：移动互联网语境下的媒介文化症候审思.探索与争鸣，2017（2）.

第一千零三十四条

自然人的个人信息受法律保护。

个人信息是以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息，包括自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息、住址、电话号码、电子邮箱、健康信息、行踪信息等。

个人信息中的私密信息，适用有关隐私权的规定；没有规定的，适用有关个人信息保护的规定。

本条主旨

本条是对个人信息受法律保护、个人信息含义以及个人信息保护与隐私权关系的规定。

相关条文

《民法典》第111条规定：“自然人的个人信息受法律保护。任何组织或者个人需要获取他人个人信息的，应当依法取得并确保信息安全，不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息，不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息。”

《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的决定》第1条规定：“国家保护能够识别公民个人身份和涉及公民个人隐私的电子信息。任何组织和个人不得窃取或者以其他非法方式获取公民个人电子信息，不得出售或者非法向他人提供公民个人电子信息。”

《网络安全法》第40条规定：“网络运营者应当对其收集的用户信息严格保密，并建立健全用户信息保护制度。”

《网络安全法》第76条第5项规定：“个人信息，是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别自然人个人身份的各种信息，包括但不限于自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、个人生物识别信息、住址、电话号码等。”

《消费者权益保护法》第14条规定：“消费者在购买、使用商品和接受服务时，享有人格尊严、民族风俗习惯得到尊重的权利，享有个人信息依法得到保护的权利。”

《消费者权益保护法》第50条规定：“经营者侵害消费者的人格尊严、侵犯消费者人身自由或者侵害消费者个人信息依法得到保护的权利的，应当停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉，并赔偿损失。”

《电子商务法》第5条规定：“电子商务经营者从事经营活动，应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则，遵守法律和商业道德，公平参与市场竞争，履行消费者权益保护、环境保护、知识产权保护、网络安全与个人信息保护等方面的义务，承担产品和服务质量责任，接受政府和社会的监督。”

《电子商务法》第23条规定：“电子商务经营者收集、使用其用户的个人信息，应当遵守法律、行政法规有关个人信息保护的规定。”

《电子商务法》第32条规定：“电子商务平台经营者应当遵循公开、公平、公正的原则，制定平台服务协议和交易规则，明确进入和退出平台、商品和服务质量保障、消费者权益保护、个人信息保护等方面的权利和义务。”

《旅游法》第52条规定：“旅游经营者对其在经营活动中知悉的旅游者个人信息，应当予以保密。”

《公共图书馆法》第43条规定：“公共图书馆应当妥善保管读者的个人信息、借阅信息以及其他可能涉及读者隐私的信息，不得出售或者以其他方式非法向他人提供。”

《刑法》第253条之一规定：“违反国家有关规定，向他人出售或者提供公民个人信息，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。违反国家有关规定，将在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息，出售或者提供给他人的，依照前款的规定从重处罚。窃取或者以其他方法非法获取公民个人信息的，依照第一款的规定处罚。单位犯前三款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照各该款的规定处罚。”

一、个人信息受法律保护

（一）保护个人信息的必要性

《民法典》第1034条第1款规定：“自然人的个人信息受法律保护。”在进入现代网络信息社会前，个人信息如自然人的姓名、身份证号码、电话号码、家庭住址、肖像、财产信息、病历资料等就已经存在，并被政府、企业等主体收集、保管、分析和使用。然而，前网络信息社会中的个人信息不仅类型相对简单、产生的渠道有限，而且收集处理的手段和方法也较为单一。此时，通过传统的人格权如姓名权、名誉权、隐私权、肖像权等完全可以满足对之加以保护的需。例如，未经同意公开或披露自然人的隐私信息（如病历资料、银行存款信息等）的，构成对隐私权或名誉权的侵害；擅自使用他人姓名的行为是侵害姓名权的行为。但是，随着信息网络科技，尤其是大数据与人工智能的发展，个人信息的产生、收集、存储和利用等方面发生了巨大的变化。

1. 个人信息的范围越来越广，种类也越来越多

一方面，除了传统的那些能够直接识别特定自然人的信息，如姓名、身份证号码、家庭地址、电话号码等，还有一些虽然本身不足以识别特定自然人，但与其他信息结合后就能识别出特定自然人的信息，如爱好、习惯、兴趣、性别、年龄、职业等，这些如果被汇聚组合后能够识别特定人的身份，也可能成为个人信息；另一方面，现代科技的发展也促使各种新型个人信息的产生，如通信记录和内容、个人生物基因信息、网络交易信息、上网浏览痕迹、网络社交媒体留言、行踪轨迹等。在进入网络信息社会前，这些信息要么根本不存在，要么即使存在也无法被收集和处理。但现在，这些信息可以很容易地被网站通过数据收集技术或智能设备加以收集和保存。这也导致需要保护的个人信息范围越来越广，甚至在许多情况下，连界定哪些信息属于个人信息都存在困难。

2. 个人信息的处理方式越来越多，由此可能对自然人的人身财产安全，甚至社会公共利益、国家利益产生相关风险

进入信息社会之前，个人信息的收集方式多是由自然人主动填报并提交，政府、企业等主体收集后手工记载在纸质文档或录入电子档案中加以存储，不仅信息收集的效率、数量和范围有限，而且因缺乏

算法技术和足够的算力，也难以对其进行分析利用。然而，现代网络信息技术已将现代社会生活高度数字化（或数据化），数据收集技术和各种传感器可以自动收集与存储个人信息。这种个人信息被大规模、自动化地收集和存储、使用的情形变得越来越普遍，几乎无处不在、无时不在。由此，产生了个人信息保护上的各种新情况和新问题，如海量的个人信息因保管不善而被泄露，甚至被非法出售或利用，进而出现犯罪分子利用非法取得的个人信息对受害人进行精准诈骗或者实施其他违法犯罪行为的问题。大数据与人工智能技术的发展使得对海量数据的分析与使用变得非常简单，个人信息被滥用的可能性被极大地增加。例如，在2019年披露出来的脸书（Facebook）丑闻事件中，第三方应用通过各种网络平台，分析和利用脸书平台上海量的个人信息，对目标群体做人格画像，实施精准的政治广告营销甚至行为操纵，严重危害自然人的人格尊严，妨害人格的自由发展。^[1]此外，个人信息，尤其是个人生物识别信息、基因信息等还涉及国家安全，因此，对于这些信息的跨境转移也需要进行严格的规范。

正因如此，各国都高度重视对个人信息的保护。而以往单纯地通过隐私权保护个人信息的做法已经不适应现代网络信息社会发展的需要。因为，一方面，隐私权保护的是私密信息，而个人信息并非都是私密信息，所以无法全部通过隐私权加以保护；另一方面，个人信息的收集和处理是现代科技发展的必然要求，如果没有包括个人信息在内的信息的自由流动和共享，网络信息科技和数字经济的发展也会受到很大的妨碍。因此，自然人不仅可以自己使用个人信息，还可以许可他人使用自己的信息。此外，为了实施新闻报道和舆论监督，也应当允许对个人信息的合理使用。由此可见，个人信息的保护并非一个单纯地禁止他人使用或排除他人侵害的问题，而是需要在自然人的权益保护与信息自由之间进行协调。显然，这与隐私权主要是禁止他人侵害隐私，不存在对隐私进行使用的规范路径有所不同。故此，就个人信息的保护而言，采取的是公法与私法相结合的方法，而并非单纯的私法赋权或民事责任保护的路径。有鉴于此，各国除了保护隐私权，扩张隐私权的内涵以保护私密信息外，还针对个人信息保护单独立法。

（二）我国个人信息保护立法

我国最早对个人信息收集、利用和保护加以规范的法律是《刑法》。2005年第十届全国人大常委会第十四次会议通过的《刑法修正案（五）》增设了“窃取、收买、非法提供信用卡信息罪”（第177条之一第2款），这是我国法律上第一个关于侵害公民个人信息犯罪的法律规定。^[2]2009年第十一届全国人大常委会第七次会议审议通过

的《刑法修正案（七）》在《刑法》中新增第253条之一，首次将窃取或以其他方式非法获取公民个人信息、出售或非法提供公民个人信息的行为情节严重的规定为犯罪行为，从而将其纳入刑事打击的范围。^[3]

2012年颁发的《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的決定》首次对网络服务提供者和其他企业事业单位、国家机关及其工作人员在收集、使用、保管公民个人电子信息中应当遵循的原则、承担的义务及法律责任作出较为具体的规定。该決定明确规定，任何组织和个人不得窃取或者以其他非法方式获取公民个人电子信息，不得出售或者非法向他人提供公民个人电子信息。网络服务提供者和其他企业事业单位在业务活动中收集、使用公民个人电子信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经被收集者同意，不得违反法律、法规的规定和双方的约定收集、使用信息。此外，该決定还要求，“网络服务提供者和其他企业事业单位及其工作人员对在业务活动中收集的公民个人电子信息必须严格保密，不得泄露、篡改、毁损，不得出售或者非法向他人提供”，“网络服务提供者和其他企业事业单位应当采取技术措施和其他必要措施，确保信息安全，防止在业务活动中收集的公民个人电子信息泄露、毁损、丢失。在发生或者可能发生信息泄露、毁损、丢失的情况时，应当立即采取补救措施”。在《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的決定》的基础上，自2017年6月1日起施行的《网络安全法》于第四章“网络信息安全”中对个人信息的收集、存储、保管和使用进行了更全面细致的规范。当然，从法律责任上来看，该法主要还是规定了网络运营者违反各种保护个人信息的法定义务的行政法律责任（如罚款、暂停相关业务、停业整顿、关闭网站、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照等），但其也从私法的角度对个人信息保护作了一些规定，如该法第74条第1款规定：“违反本法规定，给他人造成损害的，依法承担民事责任。”

2013年第十二届全国人大常委会第五次会议修正《消费者权益保护法》时，在原第14条中新增了消费者“享有个人信息依法得到保护的权利”，并在第50条就侵害该权利的民事责任作出了规定，这是我国法律首次从民事权利的角度对个人信息作出的规定。^[4]自2017年10月1日起施行的《民法总则》第111条规定：“自然人的个人信息受法律保护。任何组织和个人需要获取他人个人信息的，应当依法取得并确保信息安全，不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息，不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息。”^[5]此外，该法第127条还规定：“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的，依照其规定。”尽管就《民法总则》第111条是否规定了自然人个人信息权仍存

在争议，但该条毕竟“从民事基本法的高度赋予了自然人个人信息保护的权利（权益），为个人信息保护在民法分则进一步细化规定提供了基础”^[6]，因此，具有十分重要的意义。

我国民法典编纂时，《民法总则》第111条被作为《民法典》第111条保留下来，同时，在《民法典》人格权编中，还对个人信息保护作出了更为详细的规定。一方面，在《民法典》人格权编的第六章“隐私权和个人信息保护”中，立法者使用6个条文（第1034条至1039条）对个人信息的概念和类型，个人信息保护与隐私权的关系，处理个人信息应当遵循的原则和符合的条件，自然人对其个人信息享有的查阅、抄录和复制的权利以及更正和删除的权利，侵害个人信息的免责事由，信息处理者的义务等，作出了较为详细的规定；另一方面，《民法典》人格权编的第一章“一般规定”和第五章“名誉权和荣誉权”中也就个人信息的合理使用（第999条）、信用信息处理的准用规则作出了规定（第1030条）。^[7]

（三）民法典保护个人信息的重要意义

个人信息的保护需要公法与私法并重，公法对个人信息收集者、控制者确定的各种强制性义务以及行政责任、刑事责任，对于预防和制止个人信息遭受侵害具有非常重要的意义，同时，也有利于实现权益保护与信息自由的协调。但是，明确自然人对其个人信息享有的权益，并提供私法上的救济方法，也具有不可或缺的重要意义。我国《民法典》对个人信息保护作出专门规定，是个人信息私法保护的重要体现，具有以下几个方面的重要意义。

1. 个人信息保护的最终目的不是维护公共利益和公共秩序，而是维护自然人的合法权益。通过赋予自然人对个人信息享有相应的民事权益，不仅能够为保护自然人既有的人身、财产等民事权益建立起有效的防御屏障，还可以避免其他可能出现的新型侵害行为。尽管刑事制裁与行政处罚具有重要的预防和威慑作用，但无论是公安机关、网络安全主管部门还是市场监管部门，都不可能发现并查处每一个侵害个人信息的违法行为。况且，即便是对被发现的违法行为人进行了惩处，也不等于就填补了受害人的损害，并不能真正完全实现对受害人的个体保护。通过对个人信息的民法保护，赋予自然人对个人信息相应的民事权益，能够使广大自然人更加重视该权益，让他们真正认识到“线上平台的免费午餐券需要用我们的个人信息来换取”，而这种免费的成本已经变得越来越高了。^[8]这样就能促使人们在日常生活中“认真对待个人信息”，积极保护个人信息。^[9]在个人信息被非法收集、利用等侵害行为发生时，也可以更充分地调动自然人保护个人信息的积极性，使之“为权利而斗争”。这不仅可促使其在发现侵害个人

信息的违法行为后及时向执法机关举报，也可以让其通过对侵权人提起民事诉讼获得补偿，进而对现实的和潜在的侵权人产生巨大的威慑作用。

2.民法上对自然人个人信息的保护作出规定，不仅意味着民法认可了自然人对个人信息享有受保护的民事权益，彰显了法律对人格尊严和人格自由的尊重，也充分表明了在任何个人信息保护与数据权属的立法中都应始终关注自然人的民事权益保护与信息自由（信息的流动、共享与利用）这两个法律价值的权衡与协调。如果完全排除民法对个人信息的保护，一味基于所谓公共秩序或公共利益而仅由公法保护个人信息，必然导致价值权衡上的重大缺失，使个人信息的法律保护缺乏充分的正当性基础，由此也会使个人信息保护问题被简单化为数据收集者、数据控制者的利益与公共秩序、公共利益的矛盾冲突。在忽视甚至否定自然人对个人信息的民事权益的前提下，空谈公共利益或公共秩序，很可能造成个人信息保护和数据权属立法最终沦为利益相关方（各类不同的数据企业之间）围绕着个人信息（数据）这一稀缺资源展开的争夺战，甚至使法律规定成为一方打击另一方，进而限制竞争、维护信息垄断地位的手段，最终损害整体的社会福利。反之，通过对个人信息进行民法保护，科学合理地承认自然人对个人信息应有的民事权益，不仅不会损害公共利益和公共秩序，反而可以在更坚实的正当性基础上建立相应的规则和制度，更好地实现维护公共利益和公共秩序的目标。现代法律中几乎没有完全不受公共利益和公共秩序限制的民事权益，我国民法也不例外。我国民法典已明确将公序良俗作为民法的基本原则之一。不仅如此，《民法典》第999条还明确规定，实施新闻报道、舆论监督等行为的，可以合理使用民事主体的个人信息。此外，民法对自然人就其个人信息的赋权性规范，可以为法律上细化有权机关针对大规模侵害个人信息的行为提起公益诉讼奠定基础，从而更好地维护公共秩序和公共利益。我国《民事诉讼法》第55条第1款明确规定，对侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为，法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼。现代社会发生的非法收集、处理个人信息的行为往往构成对众多消费者合法权益的侵害，对此完全可以提起公益诉讼。^[10]

3.从比较法上来看，尽管各国（地区）对是否承认个人信息权有不同的看法，但没有哪个国家（地区）完全将个人信息的保护作为单纯的公法任务。各国（地区）都是综合利用公法与私法来实现对个人信息的有效保护的。例如，欧盟《一般数据保护条例》除了对数据控制人侵害个人信息的违法行为规定了巨额罚款等行政责任外，还专门在第82条就损害赔偿请求权和民事责任作出了规定。^[11]德国《联邦数据保护法》第83条规定：如果数据控制人处理他人数据的行为违反

本法或其他法律，并导致他人损害的，控制人或者其法人负有损害赔偿义务。但是在非自动化数据处理的情形下，如果损害并非控制人的过错所致，则其不负有赔偿义务。^[12]我国台湾“个人资料保护法”更是专章规定了侵害个人资料（即个人信息）的“损害赔偿与团体诉讼”。它区分了公务机关与非公务机关的侵权行为，分别在第28条和第29条确立了侵害个人资料的侵权责任适用无过错责任与过错推定责任的规则，同时还对损害赔偿的数额作出了具体的规定。依据第28条第2—5项的规定，被害人不仅可以要求非财产上之损害赔偿，而且在被害人不易或不能证明其实际损害额时，还有权请求法院依侵害情节，以每人每一事件新台币500元以上2万元以下计算，判令侵权人赔偿损害。^[13]

我国的一些学者之所以反对个人信息的私法保护，主要是因为他们认为，承认个人信息的民法保护就等于在民法上将自然人对个人信息的权利界定为绝对权和支配权，而这会产生很大的弊端，会造成信息无法自由地流动，将每个人变成一座孤岛而无法进行正常的社会交往^[14]，因而无法实现个人信息上承载的不同价值和利益的平衡。^[15]本书认为，这种观点是对个人信息民法保护的一种误读、误解。因为，承认个人信息的民法保护，并不当然意味着民法上就要承认自然人对个人信息的权利，更不等于必须将自然人对个人信息的权利界定为如同所有权那样的绝对权与支配权。

综上所述，虽然传统民法在个人信息保护中受到了挑战，存在需要完善改进之处，但不能因此就否定个人信息私法保护的重要意义与功能。现代法律对个人信息的保护应当采取公法与私法并重的综合性保护方法，二者不可偏废：既要从事公法的角度明确各类主体从事收集、存储、分析、使用个人信息等行为应当遵守法定义务，也要从事民法的角度认可自然人就个人信息享有相应的权利，如是否同意个人信息被收集的权利、在个人信息发生错误时要求删除和更正的权利等；既应当对违反公法上个人信息保护义务的违法犯罪行为给予行政处罚甚至施加刑罚，也应当允许自然人基于其个人信息上的民事权益，请求侵害个人信息的侵权人承担赔偿责任、赔礼道歉等相应的民事责任。

二、个人信息的概念与特征

《民法典》第1034条第2款对个人信息作出了界定。依据该款规定，所谓个人信息（Personal information），就是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息，包括自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息、

住址、电话号码、电子邮箱、健康信息、行踪信息等。在《民法典》颁发之前，我国也有一些法律、司法解释和技术标准对个人信息进行了界定。例如，《网络安全法》第76条第5项规定：“个人信息，是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别自然人个人身份的各种信息，包括但不限于自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、个人生物识别信息、住址、电话号码等。”《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》第1条规定：“刑法第二百五十三条之一规定的‘公民个人信息’，是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人身份或者反映特定自然人活动情况的各种信息，包括姓名、身份证件号码、通信通讯联系方式、住址、账号密码、财产状况、行踪轨迹等。”《最高人民法院关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定》第10条第1项规定，人民法院在互联网公布裁判文书时，应当删除“自然人的家庭住址、通讯方式、身份证号码、银行账号、健康状况、车牌号码、动产或不动产权属证书编号等个人信息”。此外，国家标准《信息安全技术 个人信息安全规范》（GB/T 35273-2020）第3.1条将个人信息界定为：“以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人身份或者反映特定自然人活动情况的各种信息。”该界定的注释1中列举了以下个人信息的具体种类——“包括姓名、出生日期、身份证件号码、个人生物识别信息、住址、通信通讯联系方式、通信记录和内容、账号密码、财产信息、征信信息、行踪轨迹、住宿信息、健康生理信息、交易信息等。”

从《民法典》第1034条第2款的规定来看，个人信息具有以下两项重要特征。

（一）个人信息是指自然人的个人信息

个人信息中的“个人”本身指的就是自然人，显然不包括法人、非法人组织。至于法人和非法人组织，当然也存在相关的各种信息，如政府信息、企业信息、财务信息、经营信息、人员信息、技术信息等。这些信息中，有些信息本身依法就应当公开，例如，《政府信息公开条例》明确要求行政机关公开政府信息，应当坚持以公开为常态、以不公开为例外，遵循公正、公平、合法、便民的原则。《证券法》第五章“信息披露”中明确要求，发行人及法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定的其他信息披露义务人，应当及时依法履行信息披露义务，包括：按照国务院证券监督管理机构和证券交易场所规定的内容和格式编制定期报告并按照规定报送和公告；发生可能对上市公司、股票在国务院批准的其他全国性证券交易场所交易的公司

的股票交易价格产生较大影响的重大事件，投资者尚未得知时，公司应当立即将有关该重大事件的情况向国务院证券监督管理机构和证券交易场所报送临时报告，并予公告，说明事件的起因、目前的状态和可能产生的法律后果。再如，依据《慈善法》第71条的规定，慈善组织、慈善信托的受托人应当依法履行信息公开义务。信息公开应当真实、完整、及时，其第72条规定，慈善组织应当向社会公开组织章程和决策、执行、监督机构成员信息以及国务院民政部门要求公开的其他信息。上述信息有重大变更的，慈善组织应当及时向社会公开。慈善组织应当每年向社会公开其年度工作报告和财务会计报告。具有公开募捐资格的慈善组织的财务会计报告须经审计。依据《企业信息公示暂行条例》的规定，工商行政管理部门登记的企业从事生产经营活动过程中形成的信息，以及政府部门在履行职责过程中产生的能够反映企业状况的信息依法应当公示。至于不是依法必须公开的法人或非法人组织的信息，如果属于国家秘密或商业秘密，则分别受到《保守国家秘密法》《反不正当竞争法》等法律的保护，也不存在通过个人信息保护的问题。

个人信息作为自然人的信息，仅仅是指活着即生存着的自然人的个人信息，而不包括已故人士（a deceased person）的信息。^[16]例如，欧盟《一般数据保护条例》“鉴于条款”的第27条就明确规定：“本条例不适用于已故人士的个人数据。成员国可以对已故人士个人数据的处理进行规定。”再如，我国台湾“个人资料保护法施行细则”第2条也明确规定，本“法”所称个人，指现生存之自然人。死者已经去世，不属于民事主体，关于死者的各种信息也成为历史资料，无须通过个人信息保护制度加以保护。如果侵害死者的信息的行为构成对死者的姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私等的侵害，依据《民法典》第994条，其配偶、子女、父母有权依法请求行为人承担民事责任；死者没有配偶、子女并且父母已经死亡的，其他近亲属有权依法请求行为人承担民事责任。

（二）个人信息是可以识别特定自然人的信息

无论对个人信息如何界定或怎样列举，个人信息的核心特征就在于“可识别性”，即能够单独或者与其他信息相结合识别特定的自然人。因为，如果某些信息根本无法识别特定的自然人，那么对于这些信息的收集、存储、使用、共享等并不会对特定自然人权益造成侵害或产生侵害的危险，也没有必要基于维护自然人的权益的考虑而通过个人信息保护制度对这些信息的处理加以规范。例如，完全是与自然人无关的纯粹的自然界的信息，如天气变化、潮汐情况、地质演变等物理信息；再如，通过采取匿名化技术处理后无法识别特定的自然人

且不能复原的信息，如抽样调查统计数据中仅仅显示被调查的人数、地域分布、年龄、男女比例等信息，这些信息无法识别出具体的被调查的人是谁，也不属于个人信息。

“可识别性”这一认定标准也是为世界上许多国家（地区）个人信息保护立法所采取的标准。例如，欧盟《一般数据保护条例》第4条将个人数据界定为“一个被识别或可识别的自然人的任何信息。一个可识别的自然人是指，通过姓名、身份证号码、位置数据、在线身份识别码这类标识，或通过针对该自然人的一个或多个身体、生理、遗传、心理、经济、文化或社会身份等要素，能够直接或间接地被识别”。德国《联邦数据保护法》第3条规定：“个人数据，指与一个已识别的或者可识别的自然人（数据主体）的私人或者实际情况有关的任何信息。”日本《个人信息保护法》第2条第1款规定：“本法所称的‘个人信息’系指，与生存着的个人有关的信息中因包含有姓名、出生年月以及其他内容而可以识别出特定个人的部分（包含可以较容易地与其比照并可以借此识别出特定个人的信息）。”我国台湾“个人资料保护法”第2条将个人资料界定为自然人之姓名、出生年月日、身份证统一编号、护照号码、特征、指纹、婚姻、家庭、教育、职业、病历、医疗、基因、性生活、健康检查、犯罪前科、联络方式、财务情况、社会活动及其他得以直接或间接方式识别该个人之数据。同时，我国台湾“个人资料保护法施行细则”第3条规定：本“法”第2条第1款所称得以间接方式识别，指保有该数据之公务或非公务机关仅以该数据不能直接识别，须与其他数据对照、组合、链接等，始能识别该特定之个人。

我国《民法典》第1034条第2款将个人信息的可识别性区分为两类，即单独识别与间接识别。

1.单独识别，也称直接识别，是指仅凭该信息本身就完全可以识别出特定的自然人，在我国，最典型的此类个人信息是居民身份证件号码。《居民身份证法》第3条第2款规定：“公民身份号码是每个公民唯一的、终身不变的身份代码，由公安机关按照公民身份号码国家标准编制。”我国以往因为户籍管理中存在的问题，导致居民身份证号码的重号情况较为普遍，2009年全国曾有171万人的身份证号码重合，但是自公安机关开展户口清理整顿工作以来，到2017年，全国居民身份证重号人数已经减少为8人。^[17]故此，仅凭居民身份证号码这一信息即可识别出特定的自然人。此外，个人生物识别信息作为自然人独一无二的个人信息，也是属于可以单独或直接识别出特定自然人的信息。

2.间接识别，是指与其他信息结合后能够识别，即仅凭该信息本

身尚无法识别出特定的自然人，但是只要将该信息与其他信息结合就可以识别出特定的自然人。例如，仅仅凭借Cookie收集的网页浏览痕迹信息是无法识别出究竟是谁浏览了相应的网页，但是只要将这些浏览痕迹与IP地址信息加以结合，就很容易识别出特定的自然人。例如，在“朱某与北京百度网讯科技有限公司隐私权纠纷案”中就涉及这一问题。^[18]原告通过被告的搜索引擎进行了一些关键词检索，而被告依据这些关键词检索向原告进行了定向广告推送，原告认为被告侵害了其隐私权。这种情形就涉及被告收集和处理的原告的关键词记录是否属于原告的个人信息。应当说，单纯的关键词检索记录是无法识别出特定自然人的，但是，如果和IP地址结合起来，尤其是考虑到现在的IP地址多为静态IP地址，且原告是在自己家中的个人电脑上进行检索的，因此这些信息结合起来就很容易识别出特定自然人。再如，电话号码在有些国家或地区因为没有强制要求实名登记，故此，仅仅凭借手机号码无法识别出特定自然人，但是将其与姓名结合起来，就可以识别出特定自然人。在我国，由于法律法规规定电话号码必须实名登记，故此，仅凭电话号码这一信息本身就足以识别出特定的自然人。^[19]

由此可见，信息是否可以识别特定自然人本身并不是固定不变的，不仅在不同的国家或地区是不同的，而且还会随着技术的发展及由此产生的识别成本、识别时间等因素的变化而发生改变，即以往无法识别特定自然人的信息可能在未来就具有可识别性。

三、个人信息与个人数据

关于个人信息与个人数据之间究竟是什么关系，一直存在争论。从国外立法来看，有些国家使用个人信息保护法、个人资料保护法的名称，有些国家则使用个人数据保护法、数据保护法的名称。我国《民法典》《网络安全法》《电子商务法》《刑法》等都使用“个人信息”的称谓，尚无法律使用“个人数据”这一表述。

就个人信息与个人数据的关系，本书认为，信息是数据的内容，数据是信息的形式。姓名、性别等个人信息，自古就有，但是，只有随着网络信息科技的发展，信息才被数据化，以数据的形式体现，尤其是在大数据时代，无法将数据与信息加以分离。就个人数据而言，其之所以具有经济利益或者涉及人格利益，就是因为包含着个人信息。没有承载个人信息或者其他信息的数据只是以二进制代码表现出来的比特形式，对于收集与使用这些数据的人没有意义，法律上自然无须也无法加以规范调整。这就如同作为所有权客体的动产和不动产当然是由各种化学元素组成的，但法律上绝不会讨论元素能否成为民

事权利客体的问题，更不会认为某个特定的民事主体可以享有某一元素的所有权。需要讨论的只是该民事主体对由元素组成的特定动产或不动产所享有的民事权利。任何民事主体如果仅仅获取或复制二进制代码的数据而未能在“信息”的意义上加以呈现和利用，则该行为既不会为获取者带来任何经济利益，也不会损害被复制者的经济利益或人格利益。只有数据被信息化呈现，关于数据归属的争议才会产生或者说资源的稀缺性才会出现，进而才有必要讨论数据应否被私人控制以及公共执法机构对该数据上的民事权利如何保护的问题。因此，当我们使用个人信息的表述时，更侧重的是内容，而并不在乎其是否通过数据加以呈现，而使用个人数据的表述时，则当然包括个人信息的意思，但更侧重的是数据化。^[20]例如，数据库中所记载的个人信息和便于检索而整理成文件的个人信息，可以成为个人数据。但是，为了向数据库输入数据而进行的书面申请，在申请书上填写的个人信息或者备忘笔记中记载的个人信息，都不属于个人数据。^[21]

四、个人信息的类型

个人信息的种类很多，《民法典》第1034条第2款只是对个人信息作出了列举，即自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息、住址、电话号码、电子邮箱、健康信息、行踪信息等，却没有将个人信息进行分类。个人信息有不同的分类，例如根据是否数据化，可以分为数据化的个人信息和非数据化的个人信息，前者就是所谓的个人数据，而后者是指那些记录在纸张等数据载体上的个人信息。在个人信息分类中，最为重要的分类有三种：其一，依据个人信息是否属于隐私权所保护的范畴，可将之分为私密的个人信息和非私密的个人信息；其二，依据个人信息对自然人人身财产安全的敏感程度，可将之分为敏感的个人信息与不敏感的个人敏感信息；其三，依据个人信息是否已经合法公开，可以分为公开的个人敏感信息与不公开的个人敏感信息。

（一）私密的个人信息与非私密的个人信息

现代社会是信息社会，要维护自然人的私生活安宁和私生活秘密不受侵害，就必须保护自然人的私密信息不被随意收集、公开或者被滥用。现代隐私权的一项重要功能就是保护自然人的私密信息。^[22]我国《民法典》第1032条第2款规定：“隐私是自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息。”自然人的私密信息的范围十分广泛，凡是自然人不愿意为他人知晓的信息，如婚姻信息、财产信息、健康信息、家庭住址、病历资料、犯罪记录、个人人生经历、嗜好、性取向、日记、私人信件以及其他个人不愿公开

的信息等，都可以被纳入私密信息。例如，《民法典》第1226条规定：“医疗机构及其医务人员应当对患者的隐私和个人信息保密。泄露患者的隐私和个人信息，或者未经患者同意公开其病历资料的，应当承担侵权责任。”《传染病防治法》第12条第1款第2句规定：“疾病预防控制机构、医疗机构不得泄露涉及个人隐私的有关信息、资料。”《精神卫生法》第4条第3款规定：“有关单位和个人应当对精神障碍患者的姓名、肖像、住址、工作单位、病历资料以及其他可能推断出其身份的信息予以保密；但是，依法履行职责需要公开的除外。”《艾滋病防治条例》第39条第2款规定：“未经本人或者其监护人同意，任何单位或者个人不得公开艾滋病病毒感染者、艾滋病病人及其家属的姓名、住址、工作单位、肖像、病史资料以及其他可能推断出其具体身份的信息。”

从我国的法律规定来看，一般都是将个人信息分为两大类：其一，隐私信息，即涉及个人隐私的信息（或电子信息）；其二，其他个人信息，即不涉及隐私的个人信息。例如，《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的決定》第1条第1款规定：“国家保护能够识别公民个人身份和涉及公民个人隐私的电子信息。”《公共图书馆法》第43条规定：“公共图书馆应当妥善保管读者的个人信息、借阅信息以及其他可能涉及读者隐私的信息，不得出售或者以其他方式非法向他人提供。”《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第12条第1句规定：“网络用户或者网络服务提供者利用网络公开自然人基因信息、病历资料、健康检查资料、犯罪记录、家庭住址、私人活动等个人隐私和其他个人信息，造成他人损害，被侵权人请求其承担侵权责任的，人民法院应予支持。”

私密的个人信息即私密信息，其与非私密信息的根本区别在于，前者是自然人不愿意为他人知晓的信息，且该信息也与公共利益等无关。之所以自然人不愿意为他人知晓这些信息，就是因为如果这些信息被他人知晓了，会使其私生活安宁受到侵害或者私生活受到干扰，而此种利益就是隐私权保护的自然人的人格利益。至于私密信息的具体内容如何，在所不问。其并非一定都是高尚的、为道德所允许的，而是也包括那些道德谴责的、为人所不齿的内容。毕竟，法律上没有规定人们负有“不得自甘堕落”的义务。因此，只要不涉及公序良俗，不违反法律的强制性规定，即便是不道德的、为人不齿的信息，也属于私密信息，例如，丈夫违背夫妻忠诚义务而搞婚外情的信息，也属于私密信息，受到隐私权的保护。他人不得对此随意侵扰或公开，否则，构成侵害隐私权。^[23]但是，非私密的个人信息虽然也属于个人信息，可并非自然人不愿意为他人知晓的信息，甚至这些个人信息必

须为他人所知，才能使自然人更好地参与社会交往活动。例如，姓名属于个人信息，但姓名是自然人的标识，是区别自然人的一种语言标识。通过姓名，自然人得以在与其周围的人的关系中维护其人格，并将自己与他在社会交往中加以区分，从而作为一个独特的个体存在，获得自我认同，实现人格尊严。^[24]如果姓名不为他人所知，如何能够进行社会交往？另外，在很多时候，自然人主动公开其个人信息，如将自己的联系电话、电子邮箱放在个人主页上，或作为微信的名称等，在这种情形下，原本属于私密信息的个人信息也就成了公开的个人信息。

我国《民法典》在隐私权部分对于侵害私密信息的行为作出了规定，即《民法典》第1033条第5项规定，除法律另有规定或者经权利人明确同意，任何单位和个人不得处理自然人的私密信息，否则就构成对隐私权的侵害。所谓处理私密信息，包括收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等（《民法典》第1035条第2款）。例如，2013年广东省发生的“人肉搜索第一案”就是最典型的泄露他人隐私信息案件。该案被告蔡某因怀疑受害人徐某在其服装店试衣服时偷了一件衣服，便将徐某在该店的视频截图配上“穿花花绿绿衣服的是小偷，求人肉，经常带只博美小狗逛街，麻烦帮忙转发”的字幕，上传到其新浪微博上。该条微博发出仅一个多小时，有人迅即展开人肉搜索并将徐某的姓名、所在学校、家庭住址和个人照片等私密信息全部曝光，同时这些信息也被蔡某用微博发出。一时间，对徐某的各种批评甚至辱骂在网络上开始蔓延，也引起了徐某学校很多同学和社会上很多人对她的非议。两日后，徐某跳河自杀。同日12时许，徐某的父向公安机关报案。2014年9月7日，广东省汕尾市中级人民法院维持一审判决，以侮辱罪判处被告人蔡某有期徒刑1年。^[25]再如，在学校组织的体检中，大学生王某被查出患有肝炎，辅导员得知后告诉了全班同学，因受孤立和歧视，王某愤而自杀。^[26]又如，原告因患“易性癖”而做了变性手术，被告经原告同意后采访了原告，被告未经同意将采访写成文章，并使用原告真实姓名且配发了为原告所拍摄的照片在被告某杂志上发表。^[27]

即便某人得知私密信息是经过权利人同意的（如权利人主动将该信息告知他），但是隐私权人并未让该人公开，如果该人将此信息予以公开，也构成侵害隐私权。例如，原告认为自己在某日晚值班时受到被告谢某的“调戏”、被人“敲门窗”，后将该信息向单位领导被告时某汇报，时某未经原告同意，在召开全单位职工大会时提及此事，显然侵害了原告的隐私权。^[28]

（二）敏感的个人信息与非敏感的个人信息

个人信息的另外一个重要分类就是分为敏感的个人敏感信息（personal sensitive information）与非敏感的个人敏感信息。敏感的个人敏感信息，也被称为特殊的个人敏感信息。对于何为敏感的个人敏感信息，各国（地区）法上有不同的界定。欧盟的《一般数据保护条例》第9条第1款将之界定为“揭示种族或者民族出身，政治观点、宗教或者哲学信仰，工会成员的个人数据，以及以唯一识别自然人为目的的基因数据、生物特征数据，健康数据，自然人的性生活或者性取向的数据”。德国《联邦数据保护法》则将之界定为“有关个人种族血统、政治观点、宗教或哲学信仰、工会成员资格、健康状况或者性生活的信息”。巴西《通用数据保护法》第5条规定，“关于种族或族裔、宗教信仰、政治观点、工会或宗教、哲学或政治组织成员身份的个人数据，与自然人有关的健康或性生活数据、基因或生物数据”，属于个人敏感数据。我国台湾“个人资料保护法”将“有关病历、医疗、基因、性生活、健康检查及犯罪前科”的个人资料规定为特殊的个人资料。

我国目前尚无个人信息保护法，也没有法律法规和司法解释对敏感的个人敏感信息作出界定，只有一些国家标准中有相应的规定。例如，《信息安全技术 个人信息安全规范》将个人敏感信息界定为“一旦泄露、非法提供或滥用可能危害人身和财产安全，极易导致个人名誉、身心健康受到损害或歧视性待遇等的个人敏感信息”。该规范认为，个人敏感信息包括身份证件号码、个人生物识别信息、银行账户、通信记录和内容、财产信息、征信信息、行踪轨迹、住宿信息、健康生理信息、交易信息、14岁以下（含）儿童的个人信息等。

本书认为，所谓敏感的个人敏感信息，主要是指那些涉及自然人人格尊严、人格自由或者其他重大权益的个人敏感信息，这些个人敏感信息倘若被非法处理，将会对所涉自然人的人格尊严、人格自由或者其他重大的人身权益、财产权益造成严重的威胁或损害。例如，自然人的生物识别信息具有唯一性和不可更改性，且由于人工智能技术的发展，这些生物识别信息往往与自然人的财产、隐私等密切关联，一旦被他人非法获取，就有可能给自然人造成重大的财产损失或者隐私权等被侵害的严重后果。再如，个人的政治观点或者宗教信仰信息，涉及宪法上的言论自由、宗教信仰自由等基本权利，这些个人敏感信息若被非法收集、处理，很有可能会侵害到自然人的上述基本权利以及其他相关的基本权利，如政府针对特定宗教信仰的人进行迫害，或者在选举时通过各种方式对其进行人格操控等。依据这一界定，以下个人信息应当归入敏感的个人敏感信息：（1）种族或民族信息；（2）宗教信仰信息；（3）政治主张信息；（4）生物识别信息；（5）基因信息；（6）医疗健康信息；（7）性生活与性取向信息；（8）储蓄、证券等金融账户信息。

正是由于敏感的个人信息对自然人是非常重要的个人信息，故此，对于敏感的个人信息收集、处理，有一套不同于非敏感的个人信息收集、处理的规则。主要表现在：首先，为了更好地保护敏感的个人信息，对于这些个人信息采取的是原则上禁止处理，除非存在法定的例外情形，例如经过自然人的单独同意、为了维护公共利益等。至于非敏感的个人信息，只要履行告知并取得同意，即可进行收集和处理。例如，《欧盟一般数据保护条例》第9条就明确规定，对于特殊类型的个人数据原则上禁止处理，除非符合该条第2款规定的特殊情形，如为了维护数据主体的切身利益、维护重大公共利益等。再如，我国台湾“个人资料保护法”第6条规定，对于有关病历、医疗、基因、性生活、健康检查及犯罪前科之个人资料，不得搜集、处理或利用。但有下列情形之一者，不在此限：（1）法律明文规定。（2）公务机关执行法定职务或非公务机关履行法定义务必要范围内，且事前或事后有适当安全维护措施。（3）当事人自行公开或其他已合法公开之个人资料。（4）公务机关或学术研究机构基于医疗、卫生或犯罪预防之目的，为统计或学术研究而有必要，且资料经过提供者处理后或经搜集者依其揭露方式无从识别特定之当事人。（5）为协助公务机关执行法定职务或非公务机关履行法定义务必要范围内，且事前或事后有适当安全维护措施。（6）经当事人书面同意。但逾越特定目的之必要范围或其他法律另有限制不得仅依当事人书面同意搜集、处理或利用，或其同意违反其意愿者，不在此限。

其次，即便个人信息的处理者在符合法律规定的前提下，可以处理敏感的个人信息，其在处理中负有的注意义务和法律上的要求也更高，否则如果因为处理者的安全防护措施不足而造成敏感的个人信息泄露的，则对自然人会造成很大的损害或风险。例如，对于依法收集的敏感的个人信息，在保管上，处理者负有更高度的注意义务，而法律法规对其有更严格的要求，如必须进行风险评估等。

敏感的个人信息与作为私密信息的个人信息之间存在交叉的关系，有些个人信息既是私密的个人信息，也是敏感的个人信息，如医疗健康信息、性生活与性取向信息；有些个人信息虽然是私密的个人信息，却不是敏感的个人信息，如个人的嗜好、被他人性骚扰的个人信息；有些信息是敏感的个人信息却未必是私密的个人信息，如种族或民族信息、宗教信仰信息或政治主张信息等。

（三）公开的个人信息与非公开的个人信息

公开的个人信息是指已经合法公开的个人信息，至于那些因他人泄露或非法公开的个人信息，虽然客观上确实处于公开的状态，但不属于法律上所谓的公开的个人信息。^[29]依据《民法典》第1036条第

2项，合法公开的个人信息包括“该自然人自行公开的或者其他已经合法公开的信息”两大类型。其一，自然人自行公开的个人信息，如某教授将自己的办公室电话、手机号、电子邮箱、通信地址等在自己的个人网页上加以公开，从而使这些个人信息进入了公共领域，任何人都可以获得。其二，其他已经合法公开的个人信息，这主要包括两种情形：一是依据行政行为而公开的个人信息，即因政府机关履行职责而依法加以公开的个人信息，例如，依据《政府信息公开条例》第15条的规定，“涉及商业秘密、个人隐私等公开会对第三方合法权益造成损害的政府信息，行政机关不得公开。但是，第三方同意公开或者行政机关认为不公开会对公共利益造成重大影响的，予以公开。”再如，依据国务院颁发的《企业信息公示条例》的规定，企业通过企业信用信息公示系统向工商行政管理部门报送上一年度年度报告，并向社会公示。企业的年度报告中涉及个人信息的内容，如企业为有限责任公司或者股份有限公司的，其股东或者发起人认缴和实缴的出资额、出资时间、出资方式等信息，有限责任公司股东股权转让等股权变更信息。二是依据司法行为而公开的个人信息，即因为法院的司法行为而公开法律文书，其中涉及的应当公开的个人信息。例如，依据《最高人民法院关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定》，人民法院作出的裁判文书除涉及国家秘密、未成年人犯罪等不应公开的情形外，都应当在互联网上公开。人民法院在互联网公布裁判文书时，虽然应当删除“自然人的家庭住址、通讯方式、身份证号码、银行账号、健康状况、车牌号码、动产或不动产权属证书编号等个人信息”“家事、人格权益等纠纷中涉及个人隐私的信息”等信息，但是有些个人信息仍然应当在裁判文书中保留。依据该司法解释第11条第1项，人民法院在互联网公布裁判文书，“除根据本规定第八条进行隐名处理的以外，当事人及其法定代理人是自然人的，保留姓名、出生日期、性别、住所地所属县、区”。

区分公开的个人信息和非公开的个人信息的最主要的意义在于：有助于判断处理这些个人信息是否需要得到自然人的同意。除非法律、行政法规另有规定，对于非公开的个人信息，必须告知且得到自然人或者其监护人的同意。但是，依据《民法典》第1036条，处理已经合法公开的个人信息，原则上是无须告知并得到自然人同意的，除非“该自然人明确拒绝或者处理该信息侵害其重大利益”，否则该处理行为不构成侵害个人信息的侵权行为。由此可见，即便是已经公开的个人信息也是受到法律保护的，只是在保护的强度和密度上要明显弱于非公开的个人信息。

五、个人信息民事权益

《民法典》第1034条第1款和第111条第1句皆明文规定，“自然人的个人信息受法律保护”。那么，自然人对其个人信息究竟享有何种民事权益呢？对此，存在很大的争议。^[30]持民事权利说的学者认为，《民法典》确立了自然人对个人信息享有的是民事权利即个人信息权。^[31]关于个人信息权的性质，多数人认为是一种新型的人格权，即个人信息权或个人信息自决权，它是指自然人对其个人信息享有支配和自主决定的权利，其内容包括个人对信息被收集、利用等的知情权，以及自己使用或授权他人使用等。^[32]该权利是不同于隐私权、名誉权等的一种新型人格权。

持民事利益说的学者则认为，自然人对个人信息享有的只是受法律保护的利益，并非民事权利。理由在于：一则在《民法典》中并没有使用“个人信息权”的表述，这意味着立法机关没有将个人信息作为一项具体的人格权利^[33]，这也“为未来个人信息如何在利益上兼顾财产化以及与数据经济的发展的关系配合预留了一定的解释空间”^[34]。二则《民法典》第111条采取了行为规制模式而非权利化模式来保护个人信息，即从对他人行为加以控制的角度来构建利益空间，维护利益享有者的利益。^[35]

本书认为，从法解释的角度来看，确实难以直接得出《民法典》确立了自然人对个人信息享有民事权利即个人信息权的结论。首先，第111条虽规定在总则编第五章“民事权利”中，可是立法者并未将个人信息明确规定为“个人信息权”。我国人格权法的主流观点认为，人格权应当如同物权法承认物权法定主义那样，采取人格权法定主义的立场。^[36]从《民法通则》到《侵权责任法》的立法实践表明，凡是被立法者认可为某类具体人格权的，必定会使用“某某权”的表述。^[37]《民法典》总则编的第五章“民事权利”在列举了自然人的生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等具体人格权和身份权后，在第111条对个人信息保护作出规定，且未使用“个人信息权”的表述。这足以表明，立法者只是认为自然人的个人信息应受到法律的保护，但没有将其确立为可称为“个人信息权”的一种具体人格权。

其次，无论是民法典编纂之前的《侵权责任法》第2条、《民法总则》第120条，还是《民法典》第1164条，皆将侵权法保护的范围界定为“民事权益”，即人身财产权益。而《民法典》总则编的第五章正是对我国民法上受保护的民事权益所做的最详尽的列举。该章首先规定的是最重要的民事权益即人格权益（第109～111条），其次是身份权（第112条），最后是财产权益，包括物权（第114～117条）、债权（第118～122条）、知识产权（第123条）、继承权（第

124条)、股权和其他投资性权利(第125条)、法律规定的其他民事权利和利益(第126条)以及数据与虚拟财产(第127条)。因此,恐怕不能仅从《民法典》第五章的章名为“民事权利”就得出凡是规定在这一章的都是民事权利的结论。

最后,由于《民法典》是紧接在具体人格权的规定(第110条)之后,身份权、财产权(第112条以下)之前,对个人信息保护作出规定的(第111条),故此,从体系解释的角度上可以认为,立法者更倾向于将个人信息作为一种需要保护的人格利益。这也可以从《民法典》第111条第2句的规定得到验证,因为该句是从其他民事主体对自然人的个人信息负有保护的义务的角度作出的规定。^[38]换言之,任何组织或者个人只有在违反个人信息保护义务的情况下,才构成对个人信息的侵害并应当依法承担民事责任。至于这些个人信息保护义务的具体类型和内容,应交由《网络安全法》及正在制订的“个人信息保护法”“数据安全法”等法律加以明确。这就从另一个侧面说明了立法者没有在《民法典》中确立个人信息权。

然而,尽管《民法典》没有直接使用个人信息权的表述,但是其保护自然人的个人信息的态度是非常明确的,而且也承认了自然人针对其个人信息享有相应的权利,如查阅和复制其个人信息的权利,请求更正错误的个人信息的权利以及删除个人信息的权利。故此,可以肯定的是,自然人对其个人信息享有民事权益,这种民事权益是受到法律保护的。

六、隐私权与个人信息权益

隐私权(the right to privacy),是指自然人享有的隐私不受侵害的权利。所谓隐私(Privacy),其内涵从这个词语本身就可以看出,“隐”就是指不愿为他人所知悉或打扰的状态,而“私”就是指私人的事情,与他人权益、公共利益等无关。故此,简单地说,隐私就是自然人不愿意为他人知悉或侵扰的,仅与其私人相关而不涉及他人权益或公共利益的事情。从我国《民法典》第1032条第2款对隐私的界定——“自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息”,即可看出其中的“安宁”和“不愿为他人知晓”体现了隐私中“隐”的特点,而“私人生活”“私密”的表述说明了与他人权益和公共利益无关。

隐私权与个人信息权益具有密切的联系,否则《民法典》人格权编也不会将二者合并规定在同一章当中。具体而言,隐私权与个人信息权益的共同点在于:首先,二者都属于人格权益,被规定在《民法

典》的人格权编当中。尽管理论界有人认为，个人信息权益属于财产权益，但是，在我国民法上，保护自然人的个人信息并不是因为要保护自然人对个人信息的经济利益，而是通过保护个人信息，维护自然人的人身财产安全，最终维护自然人作为人的尊严。故此，个人信息权益本身也和隐私权一样，是私权利，属于民事权益的范畴。其次，二者都只是自然人享有的人格权益。无论是个人信息权益还是隐私权，其权利主体都只能是自然人，而不包括法人、非法人组织。这是因为隐私权和个人信息权益，“都体现了个人对其私人生活的自主决定。无论是个人隐私还是个人信息，都是专属自然人享有的权利，而且都彰显了一种个人的人格尊严和个人自由。”^[39]最后，保护范围存在交叉。隐私权保护的隐私中包括私密信息，而私密信息是自然人所不愿他人知晓的个人信息，故此，私密信息也属于个人信息。一方面，私密信息作为隐私，受到隐私权的保护；另一方面，对私密信息的处理，包括收集、使用、加工、传输、提供、公开等，也要受到个人信息保护制度的规范。然而，隐私权与个人信息权益也存在明显的区别，二者不能混淆。

1. 权利性质不同。隐私权作为一项人格权，性质上属于绝对权和支配权，具有对世效力，因此任何组织或个人都必须尊重隐私权，不得对之加以侵害或妨碍。但是，我国《民法典》并未将个人信息权益确认为绝对权和支配权，因为对个人信息的保护必须协调自然人权益的保护与信息自由和合理使用之间的关系。故此，对隐私权，并没有如同个人信息那样规定合理使用的规则。《民法典》第999条规定，“为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为”可以合理使用个人信息，同时，第1036条也专门规定了侵害个人信息的免责事由。这些规定在隐私权部分都不存在。当然，这并不是说隐私权就不能因为维护公共利益而依据法律的规定受到限制，但可以肯定的是，不存在对隐私的合理使用的问题。

2. 侵害隐私权行为的类型很多，《民法典》第1033条以列举加概括的方式规定了六种类型，未经权利人明确同意而处理私密信息的行为只是侵害隐私权的行为中的一类。而且，未经同意而处理他人的私密信息这一侵害隐私权行为的主体可以是自然人，也可以是法人或非法人组织，无论侵害隐私权的行为是自动化处理还是非自动化处理，无论是发生在企业的商业活动或政府机关履行职责的公务活动中，还是在家庭社交活动中，该条文都可以适用。但是，个人信息权益的保护主要适用于个人信息处理活动，规范的是处理者从事个人信息的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等活动。

3. 许可他人使用上的不同。隐私权人可以自行处分权利，如自行

在网络上或向媒体公开其私密信息。但是，隐私本身原则上是不能许可他人使用或商业化利用的。《民法典》第993条规定，民事主体可以将自己的姓名、名称、肖像等许可他人使用，但是依照法律规定或者根据其性质不得许可的除外。该条之所以没有列出隐私，是因为：隐私权侧重于消极防御的功能，即防止他人对包括私生活安宁、私密信息在内的隐私的侵害^[40]，其保护的是自然人对隐私不受他人侵害的利益。因此，隐私权的主要权能就是排除他人侵害的权能，即消极权能。对隐私，原则上是不允许许可他人使用的。^[41]而且，允许隐私的商业化利用也可能违反公序良俗原则这一民法的基本原则。然而，对个人信息尤其是非私密的个人信息，自然人完全可以许可他人使用，从而促进网络信息产业和数字经济的发展。故此，《民法典》第1035条规定，只要遵循合法、正当、必要原则，不过度收集、处理且符合相应的条件，可以对个人信息加以使用或许可他人使用。

4. 私密信息和非私密信息的处理规则不同。在处理私密信息时，首先要适用的是《民法典》关于隐私权的规定，然后才能适用《民法典》关于个人信息保护的规定。依据《民法典》第1033条第5项，处理他人的私密信息，要么是取得隐私权人的“明确同意”，要么是依据法律的规定，否则，任何组织或者个人实施的处理他人私密信息的行为都构成侵害隐私权的行为。但是，对于处理非私密信息的个人信息，依据《民法典》第1035条，要么是依据法律、行政法规的规定，要么是得到该自然人或者其监护人的“同意”。由此可见，《民法典》对私密信息和非私密的个人信息处理规则上有三点区别：其一，在未经权利人同意的情形下，处理私密信息只能依据法律的规定，而处理非私密的个人信息可以依据法律和行政法规的规定。显然，对隐私权的保护更为严密。其二，处理私密信息必须取得权利人的同意，而处理非私密的个人信息可以取得自然人或者其监护人的同意。也就是说，监护人也不能擅自同意他人处理被监护人的私密信息。其三，处理私密信息必须取得的是权利人的“明确同意”，而处理非私密的个人信息是取得自然人或者其监护人的“同意”。“明确同意”与“同意”的含义是不同的。所谓明确同意，一方面意味着自然人在被告知私密信息将被处理的前提下而作出清晰、明确的允许处理的意思表示。另一方面，明确的同意应当是针对该私密信息被处理而单独作出的同意的意思表示。但是，所谓同意，既不要求必须是单独的同意，也不要求仅针对被处理的特定个人信息作出的同意，而可以是概括性的同意（如通过App的隐私政策取得的自然人对某些非私密的个人信息处理的同意）。

七、私密信息保护的法律适用

《民法典》第1034条第3款规定：“个人信息中的私密信息，适用有关隐私权的规定；没有规定的，适用有关个人信息保护的规定。”之所以作此规定，是因为立法机关充分认识到了隐私权和个人信息保护之间的差异及联系（对此上文已有论述）。简单地说，依据该款，作为隐私的私密信息，首先，应当适用有关隐私权的规定。所谓“有关隐私权的规定”是一个范围很广的概念，不仅包括《民法典》第1032条和第1033条这两个直接针对隐私权的法律条文，还包括《民法典》中其他可以适用于隐私权的规定，如第991条、第992条、第995条、第996条、第997条、第998条、第1000条等，也包括其他法律中有关隐私权的规定。例如，《妇女权益保障法》第42条、《涉外民事关系法律适用法》第46条和有关行政法规的规定如《人类遗传资源管理条例》，以及有关司法解释如《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》中的规定。因为隐私权对于私密信息的保护的强度和密度更高，力度更大。其次，如果现行法律法规和司法解释中关于隐私权的规定没有对私密信息保护作出规定的話，由于私密信息也是个人信息，故此应当适用有关个人信息保护的规定。所谓个人信息保护的规定，范围也非常广泛，如《民法典》第1034条到第1039条的规定，以及《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的決定》《网络安全法》《电子商务法》《消费者权益保护法》《刑法》等法律以及相关行政法规、部门规章和司法解释中的关于个人信息保护的规定。

（撰稿人：程啸）

[1]该事件大致内容为：2018年Facebook公司泄露8 700万用户的个人信息给提供政治咨询服务的剑桥分析公司使用，进而影响美国2016年大选。2019年7月14日，美国联邦贸易委员会（FTC）决定对Facebook处以50亿美元的罚款，以达成和解，该决定交由美国司法部审批。Facebook被罚50亿美元还不够，国会听证会继续拷问。

[2019-07-19].<https://new.qq.com/omn/20190714/20190714A0CNSH00.html>.

[2]喻海松.网络犯罪二十讲.北京：法律出版社，2018：203.

[3]2015年第十二届全国人大常委会第十六次会议通过的《刑法修正案（九）》第253条之一做了进一步完善，对向他人出售或者提供公民个人信息，情节严重的予以刑事制裁，并取消了原来对获取或非法出售个人信息的主体范围的限制。

[4]《消费者权益保护法》中增加个人信息保护的规定，就是为了更好地保护消费者的个人信息。李适时（第十二届全国人大常委会法制工作委员会主任）.关于《中华人民共和国消费者权益保护法修正案（草案）》的说明——2013年4月23日在第十二届全国人民代表大会常务委员会第二次会议上。

[5]我国个人信息泄露以及非法数据交易现象极为严重，尤其是“徐玉玉因信息泄露而被骗学费引发急病发作死亡”以及“清华大学教师被电信诈骗1 700多万元”这两则因个人信息被泄露而给受害人造成重大损失的案件，在社会上产生了很大的影响，进而推动了《民法总则》第111条关于个人信息保护规定的出台。杨立新.个人信息：法益抑或民事权利——对《民法总则》第111条规定的“个人信息”之解读.法学论坛，2018（1）。

[6]张新宝.《民法总则》个人信息保护条文研究.中外法学，2019（1）。

[7]此外，在《民法典》物权编和侵权责任编中也有涉及个人信息保护的规定，如《民法典》第219条规定：“利害关系人不得公开、非法使用权利人的不动产登记资料。”第1226条规定：“医疗机构及其医务人员应当对患者的隐私和个人信息保密。泄露患者的隐私和个人信息，或者未经患者同意公开其病历资料的，应当承担侵权责任。”

[8]阿里尔·扎拉奇，莫里斯·E.斯图克.算法的陷阱：超级平台、算法垄断与场景欺骗.余潇译.北京：中信出版集团，2018：41。

[9]正是因为我国广大民众还没有认识到个人信息保护的重要性，个别互联网企业才会有“中国的消费者在隐私保护的前提下，很多时候是愿意以一定的个人数据授权使用，去换取更加便捷的服务”的认识。李彦宏.中国用户很多时候愿意用隐私来换便捷服务。[2019-04-30] <http://tech.sina.com.cn/i/2018-03-26/doc-ifysqfnf7938663.shtml>。

[10]2020年3月27日下午，上海市宝山区人民法院公开开庭宣判宝山区首例侵犯公民个人信息刑事附带民事公益诉讼案件。在该案中韩某某等10名被告人非法收集和买卖公民的个人信息，对此宝山区人民检察院提起刑事诉讼，法院判处10名被告人9个月至4年不等的有期徒刑，并处5 000元至4万元不等的罚金。在提起刑事诉讼的同时，检察院还提起了附带民事公益诉讼，要求被告单位深圳某科技公司及韩某某等相关被告人赔偿损失、关闭网站、注销号码、删除公民个人信息以及赔礼道歉。法院对于这一附带民事公益诉讼中起诉人的请求也给予了支持。刘浩，贾路.上海宝山宣判首例侵犯个人信息刑事附带民事公益诉讼案.中国消费者报，2020-03-27。

[11]欧盟《一般数据保护条例》第82条的规定意味着，未来所有数据处理程序中涉及的主体都可能会因此而被起诉，从而承担民事责任。Paul Voigt&Axel von dem Bussche, The EU General Data Protection Regulation (GDPR) : A Practical Guide, Spring, 2017, p.205.

[12]Vgl.Paal&Pauly, DS-GVO BDSG, 2.Auflage 2018, Rn.4-9.

[13]在我国台湾，针对公务机关违反“个人资料保护法”而不法收集、处理、利用个人信息或其他侵害当事人权利的行为，受害人请求公务机关承担赔偿责任时，程序上应当先适用“国家赔偿法”的规定。林洲富.个人资料保护法之理论与实务.台北：元照出

版公司，2019：99.

[14]丁晓东.个人信息私法保护的困境与出路.法学研究，2018（6）.

[15]刘金瑞.个人信息与权利配置——个人信息自决权的反思和出路.北京：法律出版社，2017.

[16]但是，已故人士的信息可能会成为其亲属或者继承人的个人信息。Paul Voigt&Axel von dem Bussche，The EU General Data Protection Regulation（GDPR）：A Practical Guide，Spring，2017，p.11.

[17]公安部：全国公民身份证号码重号人数由171万人减至8人.https://www.guancha.cn/minsheng/2017_04_27_405647.shtml.

[18]南京市中级人民法院（2014）宁民终字第5028号民事判决书。对该案中的间接识别问题的论述可参见以下文献。李谦.人格、隐私与数据：商业实践及其限度——兼评中国Cookie隐私权纠纷第一案.中国法律评论，2017（2）.

[19]《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的決定》第6条规定：“网络服务提供者为用户办理网站接入服务，办理固定电话、移动电话等入网手续，或者为用户提供信息发布服务，应当在与用户签订协议或者确认提供服务时，要求用户提供真实身份信息。”《网络安全法》第24条第1款规定：“网络运营者为用户办理网络接入、域名注册服务，办理固定电话、移动电话等入网手续，或者为用户提供信息发布、即时通讯等服务，在与用户签订协议或者确认提供服务时，应当要求用户提供真实身份信息。用户不提供真实身份信息的，网络运营者不得为其提供相关服务。”此外，工信部颁发的《电话用户真实身份信息登记规定》第6条规定：“电信业务经营者为用户办理入网手续时，应当要求用户出示有效证件、提供真实身份信息，用户应当予以配合。用户委托他人办理入网手续的，电信业务经营者应当要求受托人出示用户和受托人的有效证件，并提供用户和受托人的真实身份信息。”据工信部2017年发布的消息，2016年工信部共组织1.2亿电话用户进行实名补登记，至此，全部电话用户均实现实名登记。

[20]有学者认为，立法使用个人数据的概念更为准确。郭瑜.个人数据保护法研究.北京：北京大学出版社，2012：127-128.谢永志.个人数据保护法立法研究.北京：人民法院出版社，2013：6.

[21]日本学者对个人信息和个人数据的关系做了较为清晰的阐述。松本恒雄，斋藤雅弘，町村泰贵.电子商务法.朴成姬译.北京：北京大学出版社，2019：170-172.

[22]王泽鉴.人格权法：法释义学、比较法、案例研究.台北：作者印行，2012：245以下.

[23]“王某诉张某案名誉权、隐私权纠纷案”，北京市朝阳区人民法院（2008）朝

民初字第10930号民事判决书。

[24]因此,不使用他人姓名而是用数字、编号来代替,是对人格尊严的侵害,如纳粹的集中营中使用编号来称呼被关押的犹太人。

[25]广东人肉搜索第一案终审宣判.<http://www.chinacourt.org/article/detail/2014/09/id/1433588.shtml>.

[26]大学女生因乙肝歧视烧炭自杀,家属指责校方.<http://news.sina.com.cn/s/2015-04-30/025931778181.shtml>.

[27]李某诉郝某白等以其真实姓名发表采访其隐私内容的文章侵犯名誉权案//最高人民法院中国应用法学研究所.人民法院案例选:总第31辑.北京:人民法院出版社,2000:116以下。

[28]“姜某兰诉时某等侵犯隐私权纠纷案”,江苏省南通市中级人民法院(2002)通中民一终字第1470号民事判决书。

[29]有学者从数据的角度将此种分类称为公开的个人数据和隐私的个人数据。不过,笔者认为,隐私的个人数据还不甚准确,因为非公开的个人数据并非一定都是隐私的个人数据。王融.大数据时代:数据保护与流动规则.北京:人民邮电出版社,2017:26。

[30]张新宝.《民法总则》个人信息保护条文研究.中外法学,2019(1)。

[31]杨立新.个人信息:法益抑或民事权利——对《民法总则》第111条规定的“个人信息”之解读.法学论坛,2018(1)。

[32]王利明.论个人信息权的法律保护——以个人信息权与隐私权的界分为中心.现代法学,2013(4).也有个别学者认为,个人信息权属于财产权,即是自然人对其个人信息的商业价值进行支配的一种新型财产权。刘德良.个人信息的财产权保护.法学研究,2007(3).还有人认为,个人信息完全可以通过扩张隐私权的方式予以保护,没有必要确立个人信息权这一新型的人格权。徐明.大数据时代的隐私危机及其侵权法应对.中国法学,2017(1)。

[33]王利明.中华人民共和国民法总则详解:上.北京:中国法制出版社,2017:465。

[34]龙卫球,刘保玉.中华人民共和国民法总则释义与适用指导.北京:中国法制出版社,2017:404。

[35]叶金强.《民法总则》“民事权利章”的得与失.中外法学,2017(3)。

[36]曹险峰.论人格权的法定化——人格权法独立成编之前提性论证.吉林大学社会

科学学报, 2006 (2). 易军. 论人格权法定、一般人格权与侵权责任构成. 法学, 2011 (8). 姚辉. 关于人格权性质的再思考. 暨南学报 (哲学社会科学版), 2012 (3). 张平华. 人格权的利益结构与人格权法定. 中国法学, 2013 (2).

[37] 这一点可以从我国法律对隐私的保护历史得到验证。程啸. 侵权责任法. 2版. 北京: 法律出版社, 2015: 165-166.

[38] 石宏. 《中华人民共和国民法总则》条文说明、立法理由及相关规定. 北京: 北京大学出版社, 2017: 264-265.

[39] 王利明. 论个人信息权的法律保护——以个人信息权与隐私权的界分为中心. 现代法学, 2013 (4).

[40] 王利明. 论个人信息权的法律保护——以个人信息权与隐私权的界分为中心. 现代法学, 2013 (4).

[41] 有观点认为, 隐私权也具有积极的权能, 如隐私隐瞒权、隐私处分权和信息自主权。其中隐私处分权包括隐私公开权和隐私许可权。隐私许可权意味着隐私权人可以授权他人使用自己的隐私。张红. 人格权各论. 北京: 高等教育出版社, 2015: 522.

第一千零三十五条

处理个人信息的，应当遵循合法、正当、必要原则，不得过度处理，并符合下列条件：

（一）征得该自然人或者其监护人同意，但是法律、行政法规另有规定的除外；

（二）公开处理信息的规则；

（三）明示处理信息的目的、方式和范围；

（四）不违反法律、行政法规的规定和双方的约定。

个人信息的处理包括个人信息的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等。

本条主旨

本条是关于处理个人信息应当遵循的原则和告知并取得同意规则的规定。

相关条文

《民法典》第111条规定：“自然人的个人信息受法律保护。任何组织或者个人需要获取他人个人信息的，应当依法取得并确保信息安全，不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息，不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息。”

《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的决定》第2条规定：“网络服务提供者和其他企业事业单位在业务活动中收集、使用公民个人电子信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经被收集者同意，不得违反法律、法规的规定和双方的约定收集、使用信息。网络服务提供者和其他企业事业单位收集、使用公民个人电子信息，应当公开其收集、使用规则。”

《网络安全法》第41条规定：“网络运营者收集、使用个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，公开收集、使用规则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经被收集者同意。网络运营者不得收集与其提供的服务无关的个人信息，不得违反法律、行政法规的规定和双方的约定收集、使用个人信息，并应当依照法律、行政法规的规定和与用户的约定，处理其保存的个人信息。”

《电子商务法》第23条规定：“电子商务经营者收集、使用其用户的个人信息，应当遵守法律、行政法规有关个人信息保护的规定。”

理解与适用

一、个人信息处理的含义

（一）从个人信息的“收集、处理”到“处理”的演变

《民法典》第1035条第2款对何谓“个人信息处理”作出了界定，依据该款，个人信息处理包括个人信息的收集、使用、加工、传输、提供、公开等。与个人信息相关的行为种类很多，在《民法典》颁发之前的法律中采取的主要是“收集、使用个人信息”的表述。例如，2012年的《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的決定》中使用的就是“收集、使用公民个人电子信息”。此后，2016年的《网络安全法》和2018年的《电子商务法》也都延续了“收集、使用”个人信息这样的表述。

在民法典的编纂过程中，就如何对于与个人信息相关的各种行为采取最合理的表述经历了一个发展变化的过程。民法典草案第三次审议稿采取的是“收集、处理”个人信息的表述，即将个人信息的收集与处理并列，同时将“处理”规定为包括“个人信息的使用、加工、传输、提供、公开等”。该审议稿采取的“处理（Process）”一词源于欧盟《一般数据保护条例》，但是，在欧盟的《一般数据保护条例》中，“处理”的含义是非常广泛的。依据该条例第2条，所谓处理，是指“对个人数据或个人数据集合的任何一个或一系列操作，如收集、记录、组织、建构、存储、修改、检索、咨询、使用、披露、传播或以其他方式利用、排列、组合、限制、删除或销毁，无论该等操作是否采用自动化方式”。也就是说，在欧盟的《一般数据保护条例》中，处理包含了对个人信息或个人数据的所有自动化或非自动化的操作，收集行为本身也被包含在内。有鉴于此，正式颁发的《民法典》不再

将“收集”与“处理”相区分，而是借鉴欧盟的做法，以“处理”一词来统称对个人信息的收集、存储、加工、使用、提供、公开等活动。

依据《民法典》第1035条第2款，个人信息的处理包括个人信息的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等。该款列举了与个人信息相关的最典型的七种行为类型。当然，实践中的行为不限于此，还可能包括其他的类型，如个人信息的删除、销毁等。而且，本条并没有将个人信息的处理限定于具体的方式，故此，无论是通过人工还是机器，无论是自动化还是非自动化的处理，都被包括在内。至于纯粹的私人或家庭活动中对个人信息的处理活动，如家人朋友之间进行的通信联络、保存联系方式或者社交活动中的个人信息的提供等，是否包括在内，值得研究。欧盟《一般数据保护条例》明确排除了这种情形中个人信息的处理，依据该条例“鉴于条款”的第18条，“本条例不适用于自然人在不涉及任何职业或商业的纯个人或家庭活动中对个人数据的处理活动。个人或家庭活动可以包括通信、保存地址，或者社交活动以及在类似活动背景下进行的线上活动。但本条例适用于为上述个人日常活动提供个人数据处理方法的控制者或处理者。”从立法目的上来说，个人信息或个人数据保护立法就是针对现代网络信息科技发展而给个人信息或个人数据保护带来的挑战，因为在现代信息社会背景下，收集、使用、分享等处理个人信息或个人数据的能力与规模显著提高和增加，从而给自然人的人格自由与人格尊严乃至各种人身财产安全带来了巨大的风险，故此才需要专门的立法加以规制。至于那些纯粹私人活动或家庭社交活动中个人信息的收集、使用、分享等行为，并不需要通过个人信息或个人数据保护立法加以调整，完全可以交由民法的人格权法和侵权法规范即可。故此，在个人信息保护法或个人数据保护法中排除对私人或家庭社交活动中个人信息的处理，当然是正确的。由于《民法典》是民事领域的基本法，所以其对个人信息保护的规定侧重于基本规则与制度层面，不可能规定得非常细致。我国正在起草的“个人信息保护法”“数据安全法”等单行法律对此问题作出规定即可。

目前，我国规范个人信息收集和处理的法律规范主要由法律、行政法规、部门规章和国家标准构成。其中，法律主要包括：《民法典》《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的決定》《网络安全法》《电子商务法》《消费者权益保护法》等。行政法规包括：《互联网信息服务管理办法》《地图管理条例》《征信业管理条例》等。部门规章包括：《电信和互联网用户个人信息保护规定》《儿童个人信息网络保护规定》《网络音视频信息服务管理规定》《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》等。国家标准或行业标准包括：《信息安全技术个人信息安全规范》（GB/T 35273-2020）

《个人金融信息保护技术规范》（JR/T0171-2020）等。

（二）个人信息处理的行为类型

1. 收集

收集个人信息的方式有很多种，包括要求自然人填写姓名、身份证号码、地址、电子邮箱、联系电话、家庭住址等，也包括通过计算机信息系统而自动记录自然人的个人信息，如通过Cookie技术记录网络用户的身份识别号码、密码、浏览过的网页、停留的时间、用户在网络站点购物的方式或用户访问该站点的次数等，再如要求用户授权访问并读取用户手机的存储、通信录，通过设置在汽车、家用电器上的传感器记录用户使用的次数、频率和地址位置信息等。

2. 存储

被收集的个人信息需要进行存储，才能进行加工和使用。存储的时间可能是长期的，也可能是短期的；可能是以纸面的形式进行存储，更可能的是存储在电脑硬盘中或者进行所谓的云存储。被存储的个人信息既包括被收集的原始的个人信息，也包括进行分析加工后的个人信息。

3. 使用

收集个人信息的主要目的就是使用个人信息。企业多是出于商业目的而使用这些个人信息，例如，通过对收集的用户的交易信息（如订购的商品、下单的时间、支付的方式等）进行分析，了解该用户的购物偏好、支付能力等，从而进行相应的广告推送。再如，收集个人信息后对用户进行个人信用的评价等。政府机关则往往是为了进行相应的行政管理和提供公共服务的需要而对个人信息进行收集。

4. 加工

加工是指对收集的个人信息进行分析、整理、计算、编辑等活动。根据现在网络信息科技的发展，个人信息通过数据的方式表现出来即成为个人数据，而对个人数据的处理的规模和能力是以往所无法比拟的，这一点尤其体现在对大量的非结构化个人数据进行标注、清洗、建模和计算等方面。

5. 传输

传输是指处理者内部进行的个人信息的传输活动，如将本地硬盘

上存储的个人信息数据上传到云存储当中，或者在处理者内部不同单位之间进行的个人信息的传送。它与处理者将个人信息提供给其他民事主体不同。

6.提供

提供个人信息是指数据处理者将其收集的个人信息或者进行加工后的个人信息提供给他人使用，这既包括政府之间进行信息的共享，还包括企业集团内部各个公司之间互相交换信息或共享信息，还包括在获得被收集者同意后向他人提供个人信息，以及无须经过被收集者同意而提供经过处理无法识别特定个人且不能复原的信息。

7.公开

所谓公开个人信息，是指依法将个人信息向特定的或不特定的主体予以公开的情形。例如，政府机关依据《政府信息公开条例》的规定，为了维护公共利益而公开包含个人信息的政府信息。

二、处理个人信息的基本原则

（一）规定处理个人信息的基本原则的意义

我国《民法典》第3条至第9条确立了民事活动的基本原则，包括民事权益受法律保护的原则、平等原则、自愿原则、公平原则、诚信原则、公序良俗原则以及绿色原则。这些基本原则是所有的民事主体，无论是自然人、法人还是非法人组织，在从事民事活动时都必须遵守的原则。任何组织或个人从事个人信息处理活动，自然也应当遵守这些基本原则。但是，个人信息处理活动又有其特殊性，因为个人信息处理活动涉及自然人的基本权利、人身财产权益的保护与信息的自由流动、合理利用的关系的协调，不仅涉及一国国内法的问题，还涉及国际法的问题（如信息和数据的跨境传输），因此，其非常专业且极为复杂，尤其是随着科技的发展，实践中各种各样的新型的个人信息处理活动层出不穷，即便是条文数量极为众多的个人信息保护的专门立法也难以一一预见并加以调整。故此，有必要依据宪法保障人权的精神和民法的基本原则确立个人信息处理的基本原则，从而避免立法上的挂一漏万，及时填补法律的空白，解释法律条款的精神实质，以适应保障人权和网络信息社会、数字经济发展的需要。例如，欧盟《一般数据保护条例》第5条第1款规定：个人数据应：（a）以合法、公正、透明的方式处理（“合法性、公平性和透明性”）；（b）为特定的、明确的、合法的目的收集，不符合以上目的不得以

一定的方式进一步处理；为公共利益、科学、历史研究或统计目的而进一步处理，应符合本条例第89条第（1）款规定，不应被视为不符合初始目的（“目的限制”）；（c）充分、相关，及以个人数据处理目的之必要为限度进行处理（“数据最小化”）；（d）准确，必要，及时；以个人数据处理目的为限，应采取一切合理步骤确保不准确的个人数据被及时地处理、删除或修正（“准确性”）；（e）允许以数据主体可识别的形式保存数据的时间不得超过数据处理目的之必要；为了保护数据主体的权利和自由，依据本条例第89条第（1）款予以实施本条例所要求的适当技术性和组织性措施，仅以实现公共利益、科学或历史研究、数据统计目的而处理的，个人数据能被以较长时间存储（“存储限制”）。（f）以确保个人数据适度安全的方式处理，包括使用适当的技术性或组织性措施来对抗未经授权、非法的处理、意外遗失、灭失或损毁的保护措施（“完整性和保密性”）。由此可见，欧盟《一般数据保护条例》明确了合法原则、公平原则、透明原则、正当原则以及限制原则。再如，德国《联邦数据保护法》第47条规定，处理个人数据应当：（1）合法、公平；（2）为了特定、明确且合法的目的而收集的并以不违反这些目的的方式进行处理；（3）就处理目的而言适当、相关且不过度；（4）准确且于必要时更新；考虑到处理目的，应采取一切合理步骤来确保不准确的个人数据被删除或更正；（5）以允许识别数据主体的形式所保存的时间不超过处理该数据之目的所必需的时间；（6）以确保个人数据适当安全的方式进行处理，包括使用适当的技术或组织措施来防止未经授权或非法处理以及防止意外丢失，破坏或损坏。

（二）我国法上处理个人信息的基本原则

对个人信息处理，《民法典》第1035条第1款确立了合法、正当与必要等三项原则。这三项原则在《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的决定》第2条和《网络安全法》第41条第1款中也有明确的规定。

1. 合法原则

所谓合法原则，就是指在对个人信息进行收集、存储、加工、使用、提供、公开等活动时，行为人应当严格按照法律法规的规定，不得违法处理个人信息。具体而言，合法原则体现在：首先，除法律、行政法规另有规定，否则处理个人信息必须得到自然人或其监护人的同意或者符合当事人之间的约定；其次，处理个人信息的方法（如目的、方式、范围等）符合法律法规规定，并且不违反双方的约定。

2.正当原则

所谓正当原则，也称公正原则，是指处理个人信息的行为必须是符合正当的目的，此种目的的“正当性”或在于信息主体所同意的收集处理个人信息的特定目的，或在于是有关国家机关依据法律法规规定履行职责所必要的，或在于是维护公共利益或国家安全所必需的。任何组织或者个人不能超出特定的目的或者出于不正当的目的去收集个人信息。正当原则也是世界各国个人信息保护立法中所确立的基本原则。例如，欧盟《一般数据保护条例》第5条规定：“为特定的、明确的、合法的目的收集，不符合以上目的不得以一定的方式进一步处理；为公共利益、科学或历史研究或者统计目的而进一步处理，应符合本条例第89条第（1）款规定，不应被视为不符合初始目的。”2017年日本《个人信息保护法》第3条规定：“在尊重个人人格的理念下，个人信息应被慎重对待，鉴于此，应当实现个人信息之正当处理。”再如，2012年新加坡《个人信息保护法》第20条规定：“根据本法，机构可以收集、使用或披露个人信息，只用于以下目的——（a）一个理性的人认为在某种情况下是合适的；以及（b）若适用，该机构依据第22条通知到个人。”

3.必要原则

该原则也称数据最小化或信息最小化原则，是指无论是收集还是处理个人信息，都必须只是收集和那些为了满足个人信息处理目的之必要为限度的个人信息，不能超出这个限度去收集与满足个人信息处理目的无关的个人信息。从基础理论上说，个人信息处理中应当遵循的必要原则是比例原则（*der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*）的具体体现。狭义的比例原则主要适用于负担行政行为以及所有的行政领域，而广义的比例原则产生于法治国家原则，不仅约束行政，也约束立法，同时被适用于确定一般性基本权利的界线，“即作为个人自由请求权和限制自由的公共利益之间的权衡要求适用”^[1]。在民法中，比例原则意味着“只有在以下情形当中，个人自由及其私法自治才能受到干预，即对于维护更高的利益而言这是必要的，且此种干预既适于实现预期的目标也是实现该目的的最缓和的方式”^[2]。个人信息或个人数据处理的必要原则也是世界各国（地区）个人信息或个人数据保护立法所坚持的一项基本原则。例如，欧盟《一般数据保护条例》在“鉴于条款”的第39条指出：“个人数据应当充分、相关并且仅限于其处理目的所需的必要数据。这尤其要求确保对个人数据的存储期限的必要限制。只有在处理目的不能通过其他方式合理实现的情况下，才能进行个人数据处理。为确保个人数据的保存时间不超过必要时间，应由控制者制定时间限制以进行删

除或定期审查。”该条例第5条将必要原则概括为“充分、相关，及以个人数据处理目的之必要为限度进行处理”“准确、必要、及时：以个人数据处理目的为限，应采取一切合理步骤确保不准确的个人数据被及时地处理、删除或修正。”再如，我国台湾“个人资料保护法”第5条规定：“个人资料之搜集、处理或利用，应尊重当事人之权益，依诚实及信用方法为之，不得逾越特定目的之必要范围，并应与搜集之目的具有正当合理之关联。”关于必要原则的具体要求，我国现行法律没有规定。国家标准《信息安全技术个人信息安全规范》第5.2条则认为，基于收集个人信息的最小必要这一原则，对个人信息控制者应提出如下要求：（1）收集的个人信息类型应与实现产品或服务的业务功能有直接关联；直接关联是指没有上述个人信息的参与，产品或服务功能无法实现。（2）自动采集个人信息的频率应是实现产品或服务的业务功能所必需的最低频率。（3）间接获取个人信息的数量应是实现产品或服务的业务功能所必需的最少数量。

三、告知同意规则

（一）告知同意规则的含义

所谓告知同意规则，也被称为“知情同意规则”，是指任何组织或个人在处理个人信息时都应当对信息主体即其个人信息被处理的自然人进行告知并取得其同意，除非法律另有规定。由此可见，告知同意规则包含了两项规则：一是告知规则，二是同意规则。二者紧密联系，不可分割。没有告知，自然人无法就其个人信息被处理作出同意与否的表示；告知了，但没有充分的、清晰的告知，自然人即便作出了同意的表示，该同意也并非真实有效的同意。反之，虽然告知了且充分、清晰地告知了，可并未取得自然人的同意，对个人信息的处理也是非法的，构成对自然人个人信息权益的侵害。

告知同意的规则是世界各国个人信息保护立法中所普遍确立的一项基本规则，该规则被认为奠定了个人信息处理的正当性与合法性的基础。告知同意规则最早为1970年的德国黑森州的信息法所确认。1973年，美国政府成立的“关于个人数据自动系统的建议小组”发布的“公平信息实践准则”报告中提出了处理个人数据的五项原则，其中就包括了“必须确保个人了解其被收集的档案信息是什么，以及信息如何被使用”和“必须确保个人能够阻止未经同意而将其信息用于个人授权使用之外的目的，或者将其信息提供给他人，用作个人授权之外的目的”^[3]。1974年美国颁发了适用于联邦政府部级以上机构收集和处理个人信息活动的《隐私法》，该法明确了自然人享有决定是否同意公开自己资料的权利，禁止行政机关在没有取得本人同意的情况下

公开其个人信息。^[4]到目前为止，绝大多数国家（地区）的个人信息保护立法都明确规定了告知同意规则。例如，欧盟《一般数据保护条例》明确规定：“处理个人数据之前应征得数据主体的同意，通过清楚明确的行为自愿表明同意对其个人数据进行处理，例如，通过书面陈述（包括电子形式）或者口头声明。同意方式可以包括在浏览网页时在方框里打上钩，对信息社会服务进行技术设置或者其他陈述或行为以清楚表示接受对其个人数据的处理。因此，默示、预选方框或者不作为不构成同意。同意范围应当包括所有基于同一目的或者同一类目的而进行的数据处理活动。当数据处理活动存在多种目的时，每项目的都应当征得同意。如果数据主体是基于电子形式的请求而作出的同意，请求应清晰、简洁且不影响所提供服务的使用。”该条例第6条明确地将数据主体同意其个人数据为一个或多个特定目的处理视为合法的情形之一，且在第7条以下，对同意的要件、关于信息社会服务适用于儿童时的同意条件以及特殊类型的个人数据处理时的同意要件作出了详细的规定。再如，日本《个人信息保护法》第16条第1、2款规定：“个人信息处理业者不得未事先取得本人的同意，而超出达到依照前一条的规定所特定的利用目的所必要的范围，处理个人信息。个人信息处理业者在因合并或其他事由而从其他个人信息处理业者处承受业务并取得个人信息后，不得未事先取得本人的同意，而超出达到业务承受前该个人信息的利用目的所必要的范围，处理个人信息。”我国台湾“个人资料保护法”第7条规定：第15条第2款及第19条第1项第5款所称同意，指当事人经搜集者告知本“法”所定应告知事项后，所为允许之意思表示。第16条第7款、第20条第1项第6款所称同意，指当事人经搜集者明确告知特定目的外之其他利用目的、范围及同意与否对其权益之影响后，单独所为之意思表示。公务机关或非公务机关明确告知当事人第8条第1项各款应告知事项时，当事人如未表示拒绝，并已提供其个人资料者，推定当事人已依第15条第2款、第19条第1项第5款之规定表示同意。搜集者就本“法”所称经当事人同意之事实，应负举证责任。

之所以在个人信息保护制度中要以告知同意规则作为基本的规则，原因就在于自然人对其个人信息享有受到法律保护的民事权益，没有得到自然人的同意而处理其个人信息就是对个人信息权益的侵害行为，具有非法性。自然人针对个人信息享有的民事权益决定了自然人可以处分其个人信息，包括许可他人收集、存储、使用、加工、提供或公开其个人信息。在现代网络信息社会，告知同意规则面临很多的挑战^[5]，甚至在实践中，自然人客观上往往很难拒绝个人信息被处理。在很多时候，信息处理者给自然人的选择项只有留下或离开两个选项，即要么同意被收集个人信息，这样就能留下来，使用相应的产品或接受服务，生活变得更方便快捷；要么拒绝被收集个人信息，则

无法使用产品或服务，只能离开。此外，由于信息处理者将告知的内容置于冗长的隐私政策当中，用户实际上几乎不会真正去阅读或真正了解这些隐私政策，故此有不少观点认为，建立在告知同意规则基础上的个人信息或大数据保护和治理的框架是不科学的，也是无效的，而且还会阻碍数据的流转和信息的流动。^[6]

本书认为，上述观点是片面的、不妥当的，因为它们只是看到了问题的一个方面，就轻率地认为告知同意规则失去其意义，甚至认为自然人的对个人信息处理的同意不再是个人信息处理的正当性基础。^[7]首先，告知同意规则的具体适用中的困难并不能改变该规则所蕴含的精神实质，即自然人有权决定对自己的个人信息的处理，信息的流动或者利用必须在尊重个人信息权益的前提下进行，二者应当实现协调。取消告知同意规则，势必使自然人对其个人信息完全失去控制力，自然人针对其个人信息的民事权益也不复存在。其次，告知同意规则的重心不在于用户是否真正了解个人信息处理的目的、方式或范围等，而在于建立了处理个人信息的行为的合法性基础。无论信息处理者在告知同意规则中使用如何复杂冗长甚至含混的表述，也无论个人信息被处理的自然人是否实际阅读或理解了告知的内容，只要因此发生法律纠纷，那么在法院裁判案件时，首先就要审查个人信息处理者是否按照法律的规定履行了告知同意规则的义务，这对于保护自然人是非常有利的。如果个人信息处理者履行了义务，不存在非法处理个人信息的行为，那么自然人也不得对处理者合法的个人信息处理行为进行阻碍，而这对处理者又是非常有利的。最后，告知同意规则也为个人信息保护机构对告知同意规则的适用进行监管提供了正当性基础，因为这种监管的目的在于保护广大自然人的个人信息权益，具有充足的正当性。实际上，通过各种方法来确保告知同意规则真正得到落实，正是个人信息保护机构的重要职责，由此产生的各种问题应当依靠个人信息处理者的自律行为、监管者的严厉监管措施以及自然人针对信息处理者的民事诉讼三者共同加以解决。

（二）告知规则

任何组织或个人在进行收集、存储、使用、加工、提供、公开等处理个人信息的行为时，都应当遵守告知规则，向信息主体即自然人履行告知义务。如果不经充分合法的告知，则自然人无法作出真实的同意。《民法典》第1035条第1款要求收集、处理自然人的个人信息时必须公开收集、处理信息的规则并明示收集处理信息的目的、方式和范围。《网络安全法》第41条第1款和《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的决定》第2条也规定，网络服务提供者和其他企业事业单位收集、使用个人信息，应当公开收集、使用规

则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围。

1.告知义务的履行方式，可以分为两类：一类是，个人信息的处理者一对一地向个人信息被处理的自然人进行告知，从而取得自然人的同意。此种方式，在人工收集个人信息时使用得较多，例如，信息处理者就其与自然人签订合同时收集到的个人信息，应当事先进行告知。例如，日本的《个人信息保护法》第18条第2款就规定：“无论前款规定如何，个人信息处理业者在因与本人签订合同而取得合同书及其他书面材料（包括电磁记录，以下于本款中相同）上所记载的该本人之个人信息的情形以及其他直接从本人处取得书面材料上所记载的该本人之个人信息的情形，应当事先向本人明示其利用目的。但是，为保护人的生命、身体或财产而有紧急必要的情形，不在此限。”再如，不动产登记中，登记申请人向登记机构提交登记申请书，申请相应的不动产登记，不动产登记机构应当在登记申请书中向申请人告知处理该申请人的个人信息的目的、方式和范围等内容，进而取得申请人的同意。

另一类是，个人信息的处理者通过制定个人信息处理规则的方式来统一告知个人信息被处理的自然人。这种方式往往是在通过信息网络进行个人信息的自动化处理时使用，如网络用户在下载安装网络公司提供的各种应用软件时，网络公司通过在所谓的“隐私政策”中对个人信息处理的目的、方式和范围等内容进行告知。如果个人信息处理者以制定个人信息处理规则的方式来告知自然人，那么该规则必须是公开的，并且便于查阅和保存的。否则，应当认为个人信息处理者没有履行告知的义务。尤其是实践中，个人信息处理规则是以电子信息的方式存在的情况下，如果自然人无法查阅或者保存这些规则，那么就容易出现个人信息处理者私自变更规则的情况，从而导致双方就个人信息的处理发生纠纷时，自然人无法提供相应的证据。从证明责任的角度上说，是否履行了告知义务，应当由负有该义务的个人信息处理者承担证明责任。这也是符合证明责任分配的基本要求的。当然，最好的处理方式是在未来我国的“个人信息保护法”中对此作出明确的规定。

2.告知的具体内容。《民法典》第1035条以及《网络安全法》第41条第1款只是规定了处理“信息的目的、方式和范围”等内容，没有作出更具体的规定。从比较法上来看，对告知的具体内容都有明确的规定。例如，欧盟《一般数据保护条例》第13条和第14条区分了从数据主体处收集个人数据和并非从数据主体处获取个人数据这两种情形，就信息控制应当向数据主体提供的信息作出了详细的规定。再如，我国台湾“个人资料保护法”第8条第1款规定：“公务机关或非公

务机关依第十五条或第十九条规定向当事人搜集个人资料时，应明确告知当事人下列事项：一、公务机关或非公务机关名称。二、搜集之目的。三、个人资料之类别。四、个人资料利用之期间、地区、对象及方式。五、当事人依第三条规定得行使之权利及方式。六、当事人得自由选择提供个人资料时，不提供将对其权益之影响。”目前，在我国，只有国家互联网信息办公室颁发的《儿童个人信息网络保护规定》中对网络运营者收集儿童个人信息时应当告知的事项作出了较为详细的列举，依据该规定第10条第1款，网络运营者征得同意时，应当同时提供拒绝选项，并明确告知以下事项：（1）收集、存储、使用、转移、披露儿童个人信息的目的、方式和范围；（2）儿童个人信息存储的地点、期限和到期后的处理方式；（3）儿童个人信息的安全保障措施；（4）拒绝的后果；（5）投诉、举报的渠道和方式；（6）更正、删除儿童个人信息的途径和方法；（7）其他应当告知的事项。未来我国颁发的“个人信息保护法”中应当对告知的具体内容作出更详细的规定。

本书认为，信息处理者无论是一对一告知还是以制定个人信息处理规则的方式告知，告知的内容至少要包括以下几项：（1）信息处理者的姓名、名称以及联系方式。这是为了使自然人清楚其个人信息究竟是被谁收集、存储或使用的，一旦将来发生个人信息泄露或非法买卖个人信息的事件时，便于自然人也能够查找侵权人，要求其承担相应的侵权责任。（2）个人信息处理的目的、方式以及被处理的个人信息的类型。所谓个人信息处理的目的就是指，信息处理者究竟是基于何种目的而对个人信息进行处理。该目的首先应当是合法的、正当的，当然，至于是为了营利目的还是非营利目的，在所不问。其次，该目的必须是特定的、明确的，而不能是笼统的，如“为本公司经营发展之需要”之类的模糊目的，均不符合目的明确之要求。处理个人信息的方式，主要是指信息处理者对个人信息是收集、存储、加工、使用、提供、公开中的哪些情形，具体内容如何。个人信息的种类就是指处理者要明确清晰地告知自然人，其哪些个人信息被处理了，其中哪些仅仅是被收集、存储而不使用，哪些还会被使用甚至有些会被公开等。（3）个人信息的保管方式和期限。个人信息的保管非常重要，很多个人信息的泄露或非法买卖就是因为信息处理者没有履行法律规定的个人信息的保管义务，故此应当告知自然人个人信息的保管方式，同时要明确保管的期限，因为在期限届满后，除非得到自然人的再次同意，否则就应当删除这些信息。（4）个人信息权益的行使方式。我国《民法典》和《网络安全法》赋予了自然人针对其被处理的个人信息的查询、复制、抄录权，发现错误时的更正权以及要求删除个人信息的权利。为了切实保障自然人这些权利能够落实，信息处理者必须公布个人信息的利用方式。如果没有公布，则自然人

有权以适当的方式行使其权利。

3.免予告知的情形。在有些情形下，为了公共利益和个人信息被处理者自身的利益的需要，应当免除处理者的告知义务，否则将不利于保护公共利益或者维护自然人的合法权益。例如，我国台湾“个人资料保护法”第8条第2款规定：“有下列情形之一者，得免为前项之告知：一、依法律规定得免告知。二、个人资料之搜集系公务机关执行法定职务或非公务机关履行法定义务所必要。三、告知将妨害公务机关执行法定职务。四、告知将妨害公共利益。五、当事人明知应告知之内容。六、个人资料之搜集非基于营利之目的，且对当事人显无不利之影响。”从我国《民法典》第1036条的规定来看，其中第2项和第3项的规定既属于免予告知义务的例外情形，也属于无须取得同意的例外情形。具体如下：首先，当处理者处理的是某一自然人自行公开的或者其他已经合法公开的信息的，则处理者既不需要告知自然人更无须取得该自然人的同意，除非该自然人明确拒绝或者处理该信息侵害其重大利益。其次，为了维护公共利益合理实施的处理个人信息的行为，无须告知。《民法典》第999条列举了一种具体情形，即为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为而合理使用自然人的个人信息的，无须承担民事责任。再次，为了维护个人信息被处理的自然人的合法权益而合理使用自然人个人信息的，在这种情形下，虽未告知，也不承担责任。例如，老年人A因记忆衰退在野外走失，此时，为了尽快找到A，在没有告知的情况下，利用了A身上携带的智能手环中的GPS记载的行踪信息，找到了A。最后，法律、行政法规如果特别规定了无须告知的情形，则依据其规定。

（三）同意规则

1.同意规则适用的情形

首先，个人信息处理者在处理个人信息之前，必须得到个人信息被收集的自然人或者其监护人的同意，除非法律、行政法规另有规定。对此，《民法典》第1035条第1款第1项有明确的规定。此外，《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的決定》第2条和《网络安全法》第41条也有规定。所谓取得监护人的同意是指，在处理不完全民事行为能力人的个人信息时，处理者应当取得其监护人的同意。为了更好地保护未成年人的健康成长，防止因个人信息的处理而对未成年人的身心健康产生危害或存在危害的可能，比较法上各国对儿童的个人信息都采取更严格的保护措施。例如，欧盟《一般数据保护条例》第8条规定：“1.若适用本条例第6条第1款（a）项，关于直接向儿童提供信息社会服务的，对16周岁以上的儿童的个人数据的处理为合法。儿童未满16周岁时，处在征得监护人同意或授权的

范围内合法。成员国可以通过法律对上述年龄进行调整，但不得低于13周岁。2.考虑到现有技术，控制者应当作出合理的努力证明在此种情况下已取得监护人同意或授权。”我国《儿童个人信息网络保护规定》第9条规定：“网络运营者收集、使用、转移、披露儿童个人信息的，应当以显著、清晰的方式告知儿童监护人，并应当征得儿童监护人的同意”。该规定中的“儿童”，是指不满14周岁的未成年人（第2条）。

其次，在自然人的个人信息已经被处理后，如果处理者个人信息的处理的规则或处理个人信息的目的、方式或范围发生了变更，处理者也要取得自然人或者其监护人的同意。因为，自然人或者监护人此前作出的同意只是针对之前的处理规则和处理的目的、方式或范围的同意。既然现在处理规则或处理个人信息的目的、方式或范围发生了变化，就意味着处理者的处理行为超出了当初双方约定的个人信息处理的目的、方式或范围，自然要重新取得同意。

再次，依据《民法典》第1038条第1款以及《网络安全法》第42条第1款，如果个人信息处理者要将其处理的个人信息提供他人，则除非该信息是经过加工无法识别特定个人且不能复原的，否则需要取得自然人或其监护人的同意。

最后，法律规定的其他需要取得同意的情形。例如，对于个人信息的跨境转移等处理活动，需要取得自然人或其监护人的同意。

2.对于同意的要求

我国《民法典》第1035条只是规定要取得“自然人或者其监护人同意”，没有对同意的方式作出规定。欧盟《一般数据保护条例》第4条第11款将自然人对个人信息处理的同意界定为：“是指数据主体通过声明或者明确肯定方式，依照其意愿自愿作出的任何具体的、知情的及明确的意思表示，意味着数据主体同意其个人数据被处理。”此外，在该条例“鉴于条款”的第32条，欧盟立法机关还明确规定：“处理个人数据之前应征数据主体的同意，通过清楚明确的行为自愿表明同意对其个人数据进行处理，例如，通过书面陈述（包括电子形式）或者口头声明。同意方式可以包括在浏览网页时在方框里打上钩，对信息社会服务进行技术设置或者其他陈述或行为以清楚表示接受对其个人数据的处理。因此，默示、预选方框或者不作为不构成同意。同意范围应当包括所有基于同一目的或者同一类目的而进行的数据处理活动。当数据处理活动存在多种目的时，每项目的都应当征得同意。如果数据主体是基于电子形式的请求而作出的同意，请求应清晰、简洁且不影响所提供服务的使用。”德国《联邦数据保护法》第

51条第2款和第4款规定，如果数据主体的同意是在同时涉及其他事项的书面声明中作出的，则对同意的请求应以与其他事项明显区分的方式加以提出，且该请求应当以易于理解的方式作出且所使用的文字应当清晰明了。同意只有在基于数据主体的自由决定时作出的，才是有效的。在确定数据主体是否基于自由决定而同意时，应当考虑到作出同意的具体情事。我国《民法典》第1035条虽然没有对同意的具体要求作出规定，但是由于同意本身是自然人作出的意思表示，而《民法典》总则编关于意思表示的规定完全可以适用于自然人就个人信息处理所作出的同意。故此，自然人因欺诈、胁迫或重大误解而作出的意思表示，是可以撤销的意思表示。一旦撤销，则处理者此前基于同意作出的个人信息处理行为均属于违法行为。

自然人是否对个人信息处理作出同意，应当由处理者举证证明。因为这种同意是个人信息处理行为的合法性基础。例如，欧盟《一般数据保护条例》第7条第1款规定：“如果处理是基于同意，控制者应能证明数据主体已经同意处理其个人数据。”德国《联邦数据法》第51条第1款规定：“如果可以基于同意而依法处理个人数据，则控制人必须能够提供数据主体同意的证据。”再如，我国台湾“个人资料保护法”第7条第3款规定：“搜集者就本法所称经当事人同意之事实，应负举证责任。”自然人可以撤回其对个人信息处理所作出的同意，一旦撤回同意，则处理者不得再处理该自然人的个人信息，并应当删除或销毁所存储的个人信息。当然，此前作出的个人信息处理行为依然是合法的。

3. 免予同意的情形

若存在法律有特别规定或者为了维护社会公共利益等情形，处理者可以不经自然人或者其监护人的同意而处理个人信息，这就是免予同意的例外情形。例如，欧盟《一般数据保护条例》第9条第2款规定了多项例外情形，包括法律的规定，为了实现控制者或数据主体履行法定的义务和行使法定权利的目的而进行必要数据处理，为了保护数据主体的切身利益，处理被数据主体明显公开的个人数据，为了重大公共利益等。我国《民法典》等法律也规定了告知同意规则的例外情形，具体如下。

其一，为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为而合理使用自然人的个人信息，此时无须告知并取得同意（《民法典》第999条）。

其二，处理该自然人自行公开的或者其他已经合法公开的信息，除非该自然人明确拒绝或者处理该信息侵害其重大利益（《民法典》

第1036条第2项)。该规定来自《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第12条第2款。

其三，为维护公共利益或者该自然人合法权益，合理实施的处理个人信息的其他行为（《民法典》第1036条第3项）。所谓维护公共利益的情形，例如，当大规模疫情暴发时，为了能够防控疫情而需要对个人信息进行收集、使用；再如，学校、科研机构等基于公共利益为学术研究或者统计的目的而合理实施的个人信息处理行为。维护该自然人的合法权益，是指为了维护个人信息被处理者的合法权益而在不经过其本人或监护人同意的情形下处理个人信息。例如，A因突发疾病而生命垂危，此时，无法取得其本人或近亲属的同意，而医院需要了解其既往的病史等健康信息，否则无法治疗，那么在这种情形下，可以处理其相关的个人信息。

（撰稿人：程啸）

[1]哈特穆特·毛雷尔：行政法学总论，高家伟译，北京：法律出版社，2000：238-239。

[2]Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 99. Aufl., Beck, 2004, §1, Rn.4.

[3]丁晓东：论个人信息法律保护的思想渊源与基本原理——基于“公平信息实践”的分析，现代法学，2019（3）。

[4]王融：大数据时代：数据保护与流动规则，北京：人民邮电出版社，2017：36。

[5]万方：隐私政策中的告知同意原则及其异化，法律科学，2019（2）。

[6]京东法律研究院：欧盟数据宪章：《一般数据保护条例》GDPR述评及实务指引，北京：法律出版社，2018：51-52。

[7]任龙龙：论同意不是个人信息处理的正当性基础，政治与法律，2016（1）。

第一千零三十六条

处理个人信息，有下列情形之一的，行为人不承担民事责任：

- （一）在该自然人或者其监护人同意的范围内合理实施的行为；
- （二）合理处理该自然人自行公开的或者其他已经合法公开的信息，但是该自然人明确拒绝或者处理该信息侵害其重大利益的除外；
- （三）为维护公共利益或者该自然人合法权益，合理实施的其他行为。

本条主旨

本条是关于侵害个人信息民事责任的免责事由的规定。

相关条文

《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第12条规定：“网络用户或者网络服务提供者利用网络公开自然人基因信息、病历资料、健康检查资料、犯罪记录、家庭住址、私人活动等个人隐私和其他个人信息，造成他人损害，被侵权人请求其承担侵权责任的，人民法院应予支持。但下列情形除外：（一）经自然人书面同意且在约定范围内公开；（二）为促进社会公共利益且在必要范围内；（三）学校、科研机构等基于公共利益为学术研究或者统计的目的，经自然人书面同意，且公开的方式不足以识别特定自然人；（四）自然人自行在网络上公开的信息或者其他已合法公开的个人信息；（五）以合法渠道获取的个人信息；（六）法律或者行政法规另有规定。网络用户或者网络服务提供者以违反社会公共利益、社会公德的方式公开前款第四项、第五项规定的个人信息，或者公开该信息侵害权利人值得保护的重大利益，权利人请求网络用户或者网络服务提供者承担侵权责任的，人民法院应予支持。国家机关行使职权公开个人信息的，不适用本条规定。”

理解与适用

一、侵害个人信息的民事责任的概

所谓侵害个人信息的民事责任，是指个人信息处理者因侵害自然人的个人信息权益而依法应当承担的民事责任。具体包括两种类型：一种是违约责任，即个人信息处理者与自然人之间就个人信息处理存在合同关系，但个人信息处理者违反合同处理个人信息而应当承担的违约责任。例如，个人信息处理者违反合同约定的个人信息处理的目的、方式和范围处理个人信息，其行为构成违约行为，自然人可以要求处理者承担相应的违约责任。另一种是侵权责任，即个人信息处理者不法侵害自然人的个人信息权益而依法承担的侵权责任。侵害个人信息的侵权责任无须个人信息处理者与自然人之间有合同关系，均可适用之。例如，非法买卖、泄露个人信息的行为就应当承担侵害个人信息的侵权责任。《民法典》第1036条规定的“行为人不承担民事责任”既包括了违约责任，也包括了侵权责任。由于侵权责任的适用情形更为广泛，故此本书此处主要讨论侵害个人信息的侵权责任的问题。

二、侵害个人信息的侵权责任的归责原则

（一）现行法上适用的是过错责任原则

在我国侵权法中，过错责任是最基本的损害赔偿责任的归责原则（《民法典》第1165条第1款）。至于过错推定责任或无过错责任，都必须以法律有明确规定为前提（《民法典》第1165条第2款、第1166条）。但是，包括《民法典》在内的我国现行法并未就侵害个人信息的侵权责任规定适用无过错责任或者过错推定责任。因此，从解释论的角度出发，现行法上侵害个人信息的侵权责任适用的是过错责任，换言之，《民法典》第1165条第1款是个人信息遭受侵害的被侵权人的请求权基础。

有观点认为，我国《网络安全法》第74条第1款规定，“违反本法规定，给他人造成损害的，依法承担民事责任”。由此可见，该款规定的是无过错责任，即“基于违法性的无过错责任”^[1]。本书不赞同此种看法，因为《网络安全法》的该款并非独立的请求权基础，更未确立无过错责任，该款只是依据我国立法惯例所做的一个衔接性的规定。在我国，很多行政管制性的法律均会在“法律责任”一章中作出类似的规定。事实上，这一点从该款“依法承担民事责任”中的“依法”一词即可看出。也就是说，即便违反本法规定给他人造成损害，如何承担民事责任还是要依法（即依据《民法典》等法律）来认定。故此，不能认为《网络安全法》第74条第1款确立了侵害个人信息的无过错

责任。

（二）未来我国个人信息保护应确立无过错责任

我国《民法典》人格权编只是对个人信息保护的基本原则和规则作出了规定，对于侵害个人信息的侵权责任的问题，则没有作出具体的规定，而交由未来的“个人信息保护法”作出规定。因此，值得讨论的问题就是，未来我国个人信息保护立法上，究竟应对侵害个人信息的侵权责任继续适用过错责任，还是规定无过错责任或者过错推定责任呢？

从比较法来看，一些国家或地区的法律对侵害个人信息的侵权责任规定了适用过错推定责任或无过错责任。欧盟《一般数据保护条例》第82条第2款规定：“参与处理的任何控制者应当为违反本条例的数据处理所导致的损害负责。任何处理者，仅在其未遵守本条例对于处理者义务的特别规定或采取超出控制者的合法指令或者与控制者的指令相反的处理行为时，应为数据处理导致的损害负责。”该条第3款规定了控制者和处理者的免责事由，即如果能够证明其无论如何都不应对造成损害的事件负责时（it is not in any way responsible for the event giving rise to the damage），才能免除本条第2款的责任。显然，这一免责事由的要求比之前的欧盟《数据保护指令》的要求更高了。^[2]因为数据的控制者和处理者基本上很难证明这一点，即便其证明了自己已经完全按照《一般数据保护条例》的要求履行了全部的义务，也依然无法阻止损害的发生，前述免责事由也不会被适用。^[3]因此，欧盟《一般数据保护条例》第82条对侵害个人信息的民事责任采取的是极为严格的责任，仅仅证明没有过错或者履行了法定的义务等，都不足以免责。在德国，《联邦数据保护法》对于侵害个人数据的侵权责任的规定经历了一个变化过程。在为执行欧盟1995年《欧盟个人数据保护指令》而于2002年制定的德国《联邦数据保护法》中，区分了一般的控制者侵权赔偿责任和公共机关自动处理数据的侵权赔偿责任。对于前者，依据该法第7条，适用的是过错推定责任，即只要控制者采取违法的或不正当的方式收集、处理或使用个人数据而给数据主体造成了损害，控制者或其责任机构就应当赔偿由此造成的损失，除非能够证明尽到了具体情形中应尽的必要注意义务。对于后者，依据该法第8条，只要公共机关采取了违法或不正当的自动方式收集、处理或使用个人数据而给数据主体造成了损害，就应当承担赔偿责任，无论有无过错。然而，在2016年欧盟制定了《一般数据保护条例》之后，德国于2017年6月30日颁发了新的《联邦数据保护法》，该法第83条第1款规定：“控制者违反本法或者其他关于数据处理的规定而处理个人数据，致使数据主体遭受损害的，控制者或者其

权利主体应向数据主体负赔偿义务。在非自动化处理的情况下，倘若损害非因控制者过错所致，则不承担赔偿责任。”由此可见，新的德国《联邦数据保护法》在区分自动化数据处理与非自动化数据处理的基础上，分别规定了无过错责任与过错推定责任。具体来说，对于自动化的数据处理所产生的损害适用无过错责任，即只要数据控制者处理他人数据的行为违反了《联邦数据保护法》或其他法律并导致他人损害的，控制人或者其法人就负有损害赔偿义务。但是，在非自动化的数据处理的情形下，如果损害并非控制人的过错所致，则其不负有赔偿义务。^[4]再如，我国台湾的“个人资料保护法”区分公务机关与非公务机关的信息侵权行为，分别规定了不同的责任。依据该“法”第28条，公务机关违反本法规定致个人资料遭不法收集、处理、利用或者其他侵害当事人权利的情形的，应当依法承担责任，但是损害由天灾、事变或者其他不可抗力所致者除外。其第29条规定，非公务机关违反本“法”规定致个人资料遭不法收集、处理、利用或者其他侵害当事人权利的情形的，负损害赔偿责任，但是可以证明没有故意或者过失的除外。由此可见，我国台湾的公务机关与非公务机关对侵害个人信息的侵权责任分别适用的是无过错责任与过错推定责任。

应当说，侵害个人信息的侵权责任是随着网络信息科技的发展而产生的新型侵权行为，并非一般侵权责任。如果对之适用过错责任，要求受害人证明加害人的过错，显然是很困难的。即便在我国当前的司法实践中，法院审理个人信息侵权纠纷时，对于侵权人过错的认定基本上也都采取了客观化的判断标准，即依据法律关于个人信息保护的义务性规范直接将侵权人违反此等法定义务之行为视作有过错的行为，即将违法视为过失。例如，在“庞某某与北京趣拿信息技术有限公司等隐私权纠纷”中，法院认为，《消费者权益保护法》第29条第2款“在立法层面对消费者个人隐私和信息的保护，也是对经营者保护消费者个人信息的强制性规定。经营者违反了该条规定，即视为其存在过错”。“从本院现有证据看，东航和趣拿公司在被媒体多次报道涉嫌泄露乘客隐私后，即应知晓其在信息安全管理方面存在漏洞，但是，该两家公司却并未举证证明其在媒体报道后迅速采取了专门的、有针对性的有效措施，以加强其信息安全保护。而本案泄露事件的发生，正是其疏于防范导致的结果，因而可以认定趣拿公司和东航具有过错，理应承担侵权责任。”^[5]我国也有学者认为，应当借鉴德国法的规定，对个人信息侵权责任应当采取三元归责体系，即对于公务机关以数据自动处理技术实施的信息侵权适用无过错责任，采取自动化处理系统的非公务机关的信息侵权则适用过错推定责任，对于那些没有采取自动数据处理系统的数据处理者，其信息侵权应当适用一般的过错责任。^[6]

本书认为，对于侵害个人信息的侵权责任应当统一适用无过错责任，即受害人在针对信息控制者提起侵害个人信息的侵权之诉时，无须证明信息控制者存在过错，信息控制者只有在符合法定的免责事由时，才能被免除责任。具体理由如下：首先，现代网络信息科技的发展使信息处理者处理的个人信息数量巨大，涉及的自然人人数众多。如此众多的个人信息汇聚起来，当然对于数字经济的发展是有利的，但同时也产生了高度的危险，即一旦信息泄露或被非法买卖将涉及人数极为众多的自然人的人身财产安全。故此，收集、存储、加工、使用 and 提供个人信息的处理活动可以被认定为高度危险活动，开创了巨大的风险。依据风险开启法理，开启危险活动者自然人要对该危险现实化所造成的损害承担无过错责任。其次，个人信息的处理对处理者带来的巨大的收益，尤其是那些网络企业利用这些海量的个人信息进行精准的营销并设计了各种商业模式，获取了巨大的利润。基于侵权法上的报偿原则，“如果一项法律允许一个人——或者是为了经济上的需要，或者是为了他自己的利益——使用物件、雇用职员或者开办企业等具有潜在危险的情形，他不仅应当享有由此带来的利益，而且也应当承担由此危险对他人造成任何损害的赔偿责任：获得利益者承担损失”^[7]。据此，处理者也应当承担无过错责任。再次，统一适用无过错责任能够更好地保护自然人的合法权益，使自然人无须证明加害人的过错，同时，也避免了区分自动化处理与非自动化处理以及公务机关和非公务机关，从而避免适用不同的归责原则所造成的麻烦。最后，适用无过错责任并不会给信息处理者带来过重的负担。一方面，可以在适用范围和免责事由上针对各种主体从事的活动的差异性而作出不同的规定，以便协调个人信息保护与合理自由（言论自由、信息自由等）的维护之间的关系。具体而言，若被告从事的信息的收集和处理是纯粹的个人的或者在家庭生活中进行的活动，则不属于个人信息保护法的调整范围，不适用无过错责任^[8]，如果产生侵权纠纷，仍然适用过错责任。此外，被告证明存在以下事由之一的，可以免除侵权责任：（1）被告是在原告或者其监护人同意的范围内实施收集、使用或者公开个人信息的行为；（2）被告所使用的信息是原告自行公开的或者其他已合法公开的信息，除非使用该信息侵害该自然人重大利益或者自然人明确拒绝他人使用；（3）被告是为了实施新闻报道、维护公共利益或者为了维护原告的人身财产权益而合理实施收集、使用或者公开个人信息的行为；（4）法律、行政法规规定的其他可以不经原告同意而收集、使用或者公开个人信息的情形。另一方面，危险责任可以通过法律规定最高赔偿限额，除非处理者存在故意或者重大过失，否则在一次个人信息泄露等事件中，其可以获得最高赔偿限额的保护（《民法典》第1244条）。同时，在有最高赔偿限额的情况下，也能通过保险分散损失。例如，我国台湾“个人资料保护法”第28条第4款就规定：“对于同一原因事实造成多

数当事人权利受侵害之事件，经当事人请求损害赔偿者，其合计最高总额以新台币二亿元为限。但因该原因事实所涉利益超过新台币二亿元者，以该所涉利益为限。”此外，如果个人信息中的私密信息受到侵害的，由于私密信息属于隐私，受到隐私权的保护，故此，当受害人选择以侵害隐私权而非侵害个人信息提起诉讼时，仍然适用《民法典》第1165条第1款规定的过错责任原则。

三、侵害个人信息的侵权责任的构成要件

（一）行为人实施了侵害个人信息的行为

1.侵害个人信息的行为类型

由于个人信息是能够单独或者与其他信息结合而识别特定自然人的各种信息，故此，侵害个人信息的加害行为可以分为两大类：其一，虽然侵害了个人信息，但加害人并不以此为目的，而只是利用或借助个人信息来实现对受害人其他民事权益的侵害并造成损害。例如，犯罪分子非法窃取或购买个人信息来实施电信诈骗或杀害受害人^[9]；再如，加害人公开披露某人的家庭住址信息、工作场所信息、银行存款信息等，从而损害受害人的隐私权、名誉权等人格权。由于这一类侵害个人信息行为的目的和后果是侵害受害人除个人信息之外的其他人身权益和财产权益，所以由此引发的侵权责任也主要表现为侵害生命权、隐私权、名誉权等的侵权责任。

其二，单纯的侵害个人信息的加害行为，也就是说，该加害行为的目的和主要后果就是侵害受害人的个人信息。其中，最典型的一类就是《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第12条所规定的网络用户或者网络服务提供者利用网络“公开自然人基因信息、病历资料、健康检查资料、犯罪记录、家庭住址、私人活动等个人隐私和其他个人信息”^[10]。从司法实践来看，这一类案件的数量也占侵害个人信息侵权案件的大多数，且主要是隐私权纠纷。^[11]此外，从实践来看，除了非法披露或公开个人信息的加害行为之外，单纯的侵害个人信息的行为至少还包括以下几类。

（1）非法收集个人信息，如未经被收集者的同意即收集个人信息，或者虽经同意但是未依法明示收集、使用信息的目的、方式和范围或超越目的、方式和范围过度收集个人信息。^[12]

（2）泄露、毁损、丢失个人信息，即收集个人信息者违反法律

规定和当事人的约定，未采取应有的技术措施和其他必要措施确保其收集的个人信息安全，导致个人信息泄露、毁损、丢失。实践中这一类案件主要表现为医疗机构病历保管不当导致信息丢失、单位的人事部门或人力资源部门人事档案保管不当导致信息缺损、电子设备维修不当导致错误删除记录等，其诉由主要是合同纠纷。^[13]

（3）非法利用个人信息，即虽然个人信息的收集是符合法律规定，经过被收集人的同意的，但是收集者没有经过被收集者的同意，违反法律、行政法规的规定或者双方的约定使用个人信息。目前比较常见的有：利用他人的身份信息将他人登记为公司的股东、法定代表人或者董事、监事等；房产中介将客户的身份证信息以及房源信息用以伪造固定住所进而取得北京市居住证等。^[14]

（4）非法泄露或者买卖个人信息，即个人信息收集者泄露个人信息或者未经被收集者同意将个人信息非法出售或以其他方式传输给他人的行为。这类加害行为主要表现为非法买卖公民个人信息的犯罪行为。例如，电信部门、金融机构、房地产中介等利用职务之便，将获取的客户信息非法出售给他人以牟利。

（5）其他侵害个人信息的行为，如收集者致所收集的个人信息错误，最典型的就是征信系统中记载的他人的信用信息是错误的。

（二）加害行为与权益被侵害的因果关系

因果关系是所有法律责任的必备要件。在侵害个人信息的侵权责任中，也必须满足因果关系要件的要求，即加害人实施了侵害自然人个人信息权益的加害行为，受害人的权益被侵害与加害人的行为之间存在相当的因果关系。然而，由于信息具有很强的流动性，而信息的收集、存储、使用、提供等行为类型众多，涉及的相关主体也较为复杂。故此，一旦发生侵害自然人个人信息权益的行为时，受害人往往很难证明究竟是其中的哪个主体实施了侵害自己的个人信息权益的加害行为。在我国，此种困难情形最常见于个人信息被泄露进而为违法犯罪分子用来实施电信诈骗的场合。此类案件中，原告往往难以查明实施电信诈骗的直接加害行为人，而只能以个人信息处理中涉及的某个或某几个信息处理者为被告提起诉讼，而这些被告则以信息并非自己所泄露为由进行抗辩。此时，原告要提出证据证明就是这些被告实施了泄露其个人信息的行为（作为或不作为），往往十分困难。司法实践中，有些法院就以原告未能证明被告实施了加害行为为由驳回其诉讼请求。^[15]而有些法院为了更好地保护个人信息，减轻原告在此类案件中的举证负担，则采取了一些降低原告举证困难的做法。例如，在“庞某某与北京趣拿信息技术有限公司等隐私权纠纷案”中，二

审法院的法官就提出了证明加害人的高度可能性的判断标准，即只要原告提供的证据能够表明被告存在泄露原告个人隐私信息的高度可能，而被告又不能反证推翻这种高度可能，就可以认为被告实施了泄露个人信息的加害行为。^[16]该标准一经提出，即在司法实践中产生了很大的影响，一些法院在处理个人信息侵权案件时采取了该标准。^[17]

本书认为，以高度可能性的判断标准来确认被告是否实施了加害行为，是非常合理的，值得赞同。一方面，该标准并未改变《民事诉讼法》对证明责任分配的规定，原告依然需要提出相应的证据来证明被告存在泄露个人信息的行为的高度可能性；另一方面，考虑到现代信息社会中个人信息可能被很多主体所收集、存储和利用，信息的传递本身也具有极大的隐蔽性，要求原告确切无疑地证明究竟泄露个人信息的主体是谁，显然强人所难。故此，只需要证明被告存在泄露个人信息的高度可能性即可。原告的举证是否达到了证明被告存在泄露个人信息的高度可能，应由法官结合案件的具体事实综合判断。一旦认可了原告的证明达到了这种高度的可能，就应当由被告提供各种证据来推翻这种高度可能。

不过，在适用高度可能性的证明标准时，法院无论是在认定原告对被告加害行为的举证是否达到了高度的可能时，还是在认定被告的举证是否足以推翻这种高度的可能时，均需要综合考虑以下几个因素：（1）被告掌握原告的被泄露的个人信息范围与程度。个人信息的类型众多，被告掌握原告的被泄露的个人信息范围越大，程度越深，则其泄露原告个人信息的可能性越大。（2）其他单位或个人掌握被泄露的个人信息的可能性。尽管现代社会中任何自然人的个人信息可能都被很多单位或个人所掌握，但每个单位或个人所掌握的个人信息是不同的，例如，航班信息往往是被航空公司以及票务公司所掌握，如果此类信息被泄露了，那么航空公司、票务公司泄露的可能性肯定要大于那些掌握自然人财务信息的银行等金融机构泄露的可能性。（3）被告是否曾经存在泄露自然人个人信息的情形。如果被告曾经存在泄露自然人个人信息的情形，如被媒体披露过或者被相关政府主管部门批评过、警告过甚至处罚过，其泄露个人信息的可能性就更大。（4）被告已经采取的个人信息的保护机制和具体措施。被告如果能够举证证明自己已经采取了非常充分的个人信息的保护机制和具体措施，履行法律法规等规定的各种个人信息保护的义务，就可以在很大程度上推翻其泄露原告个人信息的高度可能性，至少将这种可能性降得比较低了。（5）信息收集者、信息存储者、信息使用者对接入其平台的第三方应用是否建立准入等相应的管理机制和履行管理义务的情形。这主要涉及泄露个人信息的究竟是平台的提供者还是接

入平台的第三方应用的问题。

（三）造成损害

损害是所有损害赔偿责任的必备要件，没有损害就没有赔偿。故此，在侵害个人信息权益的纠纷中，原告要求被告承担侵权赔偿责任，就必须证明自己因此遭受的损害。从我国目前个人信息侵权纠纷案件来看，在利用非法取得个人信息实施电信诈骗的案件中，受害人往往遭受了实际的财产损失，对此，受害人比较容易举证证明。例如，在“申某与上海携程商务有限公司，支付宝（中国）网络技术有限公司侵权责任纠纷案”中，原告因个人的手机号和航班信息被他人泄露而被犯罪分子实施电信诈骗，损失了118 900元。^[18]这个损失就是侵害个人信息权益所致。当然，由于该案中，被告并非直接实施电子诈骗的加害行为人，其没有妥善保管个人信息的行为与原告的损害之间只是具有部分原因力，故此，法院认为：“因携程公司违反了网络运营主体的安全保障义务，存在个人信息保护上的安全维护漏洞，导致申某遭遇诈骗形成财产损失。本院综合案情及携程公司的过错责任程度，酌情确定携程公司在5万元赔偿数额的范围内对申某承担补充责任。”但是，在不少情形下，加害人虽然实施了侵害了个人信息的行为，受害人却没有财产损失或者难以证明财产损失。例如，在“赵某与被告北京链家房地产经纪有限公司、宋某华、杨某东，第三人宋某友一般人格权纠纷案”中，被告未经原告的同意用原告的房产信息和身份证信息为另一个被告办理了居住证，导致原告在为其亲戚办理居住证时无法办理，该案原告虽然要求被告承担10万元的经济损失，但其未能提出相关的证据加以证明。^[19]对此种情形，可以适用《民法典》第1182条的规定：“侵害他人人身权益造成财产损失的，按照被侵权人因此受到的损失或者侵权人因此获得的利益赔偿；被侵权人因此受到的损失以及侵权人因此获得的利益难以确定，被侵权人和侵权人就赔偿数额协商不一致，向人民法院提起诉讼的，由人民法院根据实际情况确定赔偿数额。”此外，《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第18条第2款：“被侵权人因人身权益受侵害造成的财产损失或者侵权人因此获得的利益无法确定的，人民法院可以根据具体案情在50万元以下的范围内确定赔偿数额。”

在上述“赵某与被告北京链家房地产经纪有限公司、宋某华、杨某东，第三人宋某友一般人格权纠纷案”中，虽然原告没有能够证明其因个人信息被侵害而遭受的财产损失的数额，但是，法院认为：“针对赵某主张的经济损失，随着社会的进步和信息经济的发展，个人信息作为一种愈益重要的资源，其财产价值日益凸显，个人

信息处理业已形成产业链。个人信息同时体现着人格利益和财产价值，对个人信息的侵害必然带来承担相应经济赔偿责任。对于判定的经济损失数额，本院针对案件情况和侵权情节，确定经济损失赔偿金额为10万元。”^[20]由于法官是在一个最高数额的情形下进行酌定的，存在不确定性，加之侵害个人信息案件中往往涉及人数极为众多的受害人，如果一一酌定显然很困难，且最后给信息处理者施加的赔偿责任可能过重。故此，本书认为，未来我国个人信息保护法应当借鉴《消费者权益保护法》第55条第1款、《食品安全法》第148条第2款的规定，在无法确定损害和获利的情形下，采取定额赔偿，即按照对每个受害人在每一起侵害个人信息事件中赔偿某个固定数额（如1000元或500元人民币）的标准进行赔偿。^[21]

至于侵害个人信息的精神损害问题，依据我国《民法典》第1183条第1款的规定，“侵害自然人人身权益造成严重精神损害的，被侵权人有权请求精神损害赔偿”。个人信息权益属于自然人的人身权益，侵害个人信息造成严重精神损害的，当然应承担精神损害赔偿责任。对此，《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第17条也有规定：“网络用户或者网络服务提供者侵害他人人身权益，造成财产损失或者严重精神损害，被侵权人依据侵权责任法第二十条和第二十二条的规定请求其承担赔偿责任的，人民法院应予支持。”故此，原告如果在侵害个人信息的案件中，无法证明自己遭受了严重的精神损害，则不得请求侵权人承担精神损害赔偿责任。

四、侵害个人信息的民事责任的免责与减责事由

（一）一般的免责事由

《民法典》规定的免责事由包括不可抗力、正当防卫、紧急避险（第180~182条）。这三类免责事由适用于所有的民事责任，故此规定在《民法典》的总则编。同时，《民法典》侵权责任编还对侵权侵权责任的免责事由作出了规定，具体包括：受害人故意（第1174条）、自甘冒险（第1176条）以及自助行为（第1177条）。上述免责事由也可以适用于侵害个人信息的民事责任。不过，因为正当防卫、紧急避险而侵害个人信息的情形较为少见，比较有可能的是不可抗力导致处理者所储存的个人信息丢失的情形，例如地震导致存储个人信息的设备损坏，从而使其中存储的个人信息灭失，此时处理者可以以不可抗力作为免责事由。

（二）特殊的免责事由

《民法典》本条则对侵害个人信息的民事责任的免责事由作出了特别的规定，该规定适用于违约责任，也适用于侵权责任。具体阐述如下。

1.在该自然人或者其监护人同意的范围内合理实施的行为。其个人信息被处理的自然人或者其监护人的同意是个人信息处理的合法性基础，如果依法取得自然人或者其监护人的同意且在该同意的范围内实施的个人信息处理行为，属于合法的个人信息处理行为，处理者自然无须承担民事责任。但是，没有取得同意或者虽然取得同意但是超出了同意的范围的，如改变了处理目的或处理方式等，依然构成侵害个人信息的违法行为，应当承担民事责任。

2.合理处理该自然人自行公开的或者其他已经合法公开的信息，但是该自然人明确拒绝或者处理该信息侵害其重大利益的除外。这一规定来自《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第12条，依据该条第1款第4项，如果网络用户或者网络服务提供者利用网络公开的自然人基因信息、病历资料、健康检查资料、犯罪记录、家庭住址、私人活动等个人隐私和其他个人信息是自然人自行在网络上公开的信息或者其他已合法公开的个人信息，则不构成侵权行为，不承担侵权责任。但是，依据该条第2款，如果网络用户或者网络服务提供者以违反社会公共利益、社会公德的方式公开这些个人信息，或者公开该信息侵害权利人值得保护的巨大利益，权利人请求网络用户或者网络服务提供者承担侵权责任的，人民法院应予支持。对于已经合法公开的个人信息^[22]，无论是自然人自行公开的还是其他已经合法公开的个人信息，原则上是可以无须告知并取得自然人的同意即能够自由地进行处理，因为这有利于促进信息的流动与利用，对于网络信息社会和数字经济的发展是有利的。例如，欧盟《一般数据保护条例》第9条第2款规定，在处理被数据主体明显公开的个人信息时，不适用本条第1款禁止处理的规定。但是，如果该自然人明确拒绝绝对已合法公开的个人信息的信息处理或者处理该信息侵害其重大利益的除外。这就是说，一方面，即便是已经合法公开的个人信息，依然受到个人信息保护法的保护，自然人对这些个人信息并不因其公开而失去控制的权利，其有权拒绝他人对这些信息进行处理。另一方面，由于个人信息的保护对于维护自然人的尊严和人格自由具有很重要的意义，所以即便是对已经合法公开的个人信息，也不得任意进行处理，如果处理该信息将侵害自然人的重大利益，行为人也要承担民事责任。所谓“侵害自然人重大利益”的情形，是指此种处理将有害于自然人的生命、身体、自由、财产或其他重大利益。例如，行为人通过对各种合法公开的信息的处理而对自然人进行人格画像，从而将导致其在接受商品或服务的过程中遭受种

族、性别的歧视等侵害人格尊严的行为，则该处理行为侵害了自然人的重大利益，是非法的。

3.为维护公共利益或者该自然人合法权益，合理实施的其他行为。所谓维护公共利益的情形，例如，当大规模疫情或灾难发生时，为了应对该疫情或灾难而需要对个人信息进行收集、使用等处理行为；再如，为了舆论监督而对自然人的个人信息进行披露的行为。所谓维护该自然人的合法权益，是指为了维护个人信息被处理者的合法权益而在不经过其本人或监护人同意的情形下处理个人信息。例如，甲突发疾病而生命垂危，急需在掌握其既往病史等个人信息的基础上进行治疗，而又无法取得其本人或近亲属的同意。此时，为了挽救甲的生命，可以实施信息处理行为。当然，无论是为了公共利益的行为还是该自然人的合法权益的行为，都必须是合理实施的行为，即不违反个人信息处理的正当原则、必要原则。

（三）减责事由

《民法典》对于违约责任规定的减责事由包括：其一，非违约方违反减损义务而导致损失扩大，即《民法典》第591条第1款规定：“当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失请求赔偿。”其二，过失相抵，即《民法典》第592条第2款规定：“当事人一方违约造成对方损失，对方对损失的发生有过错的，可以减少相应的损失赔偿额。”就侵权责任的减责事由，《民法典》在侵权责任编作出了规定，即第1173条规定：“被侵权人对同一损害的发生或者扩大有过错的，可以减轻侵权人的责任。”

在侵害个人信息的民事责任中，如果存在上述减责事由，则处理者可以相应减轻责任。例如，被第三人非法侵入其计算机信息系统窃取个人信息后，信息处理者已经及时采取补救措施，并依法告知了被收集者并向有关主管部门报告。但是，被收集者没有及时采取措施如更改密码、转移资金等，而导致了同一损失的发生或扩大的，则信息处理者可以减轻赔偿责任。例如，德国《联邦数据保护法》第83条第4款就明确规定：“民法典第254条的规定适用于数据主体存在与有过失的情形。”德国《民法典》第254条规定：“损害至发生被害人与有过失者，赔偿义务及赔偿之范围，应按具体情事而定，即如斟酌损害在何种程度系主要由一方或他方所引起者。被害人之过失纵仅为怠于预促债务人注意其所不知或不可得而知之非通常高度损害之危险，或怠于避免或减轻损害者，亦同。”

五、侵害个人信息中多数人侵权责任

我国《民法典》第1168条至第1172条对多数人侵权责任作出了规定。具体包括：共同加害行为（第1168条），教唆帮助行为（第1169条），共同危险行为（第1170条）以及无意思联络的数人侵权（第1171~1172条）。从实践来看，侵害个人信息的案件中往往涉及多个行为人，属于多数人侵权责任，具体包括以下类型。

1.非法买卖个人信息，即信息处理者以买卖或者其他方式非法向第三人提供个人信息，进而给自然人造成损害。非法买卖个人信息是我国法律严厉禁止的行为，该行为对自然人的人身财产权益的危害极大，也为各种电信诈骗活动提供了极大的便利。我国《刑法》第253条之一规定：“违反国家有关规定，向他人出售或者提供公民个人信息，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。违反国家有关规定，将在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息，出售或者提供给他人的，依照前款的规定从重处罚。窃取或者以其他方法非法获取公民个人信息的，依照第一款的规定处罚。单位犯前三款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照各该款的规定处罚。”在非法买卖个人信息的情形下，无论是出卖人还是买受人都是故意的，二者属于共同故意实施侵权行为，故此依据《民法典》第1168条，构成共同加害行为，应当承担连带责任。

2.雇用、组织及教唆帮助侵害个人信息的侵权责任。《民法典》第1169条第1款规定：“教唆、帮助他人实施侵权行为的，应当与行为人承担连带责任。”《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第15条规定：“雇佣、组织、教唆或者帮助他人发布、转发网络信息侵害他人人身权益，被侵权人请求行为人承担连带责任的，人民法院应予支持。”故此，雇用、组织、教唆或者帮助他人非法收集、处理个人信息，造成自然人损害的，这些人应当承担连带责任。

3.两个以上信息处理者参与了同一处理个人信息的行为，其中一个或者数个信息控制者的行为造成损害，不能确定具体侵权人的。此时，应当适用共同危险行为，由行为人承担连带责任，除非行为人能够证明损害后果不是由其行为造成的。我国《民法典》第1170条规定：“二人以上实施危及他人人身、财产安全的行为，其中一人或者数人的行为造成他人损害，能够确定具体侵权人的，由侵权人承担责任；不能确定具体侵权人的，行为人承担连带责任。”该规则当然也

可适用于个人信息处理当中。从比较法来看，也有相应的立法例，例如，欧盟《一般数据保护条例》第82条第4项规定：“当不止一个控制者或处理者，或控制者与处理者同时涉及同一处理，而且它们对第2段和第3段规定的处理所引起的所有损失承担责任，每个控制者或处理者都应当对损失负有连带责任，以便保证对数据主体的有效赔偿。”再如，德国《联邦数据保护法》第83条第3项规定：“在个人信息的自动化处理场合，如果无法查明数个参与处理的控制者中谁造成了损害，则每一控制者或者权利行使者均负有责任。”

六、侵害个人信息的公益诉讼

我国《民事诉讼法》第55条第1款规定：“对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为，法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼。”《消费者权益保护法》第47条规定：“对侵害众多消费者合法权益的行为，中国消费者协会以及在全省、自治区、直辖市设立的消费者协会，可以向人民法院提起诉讼。”实践中，很多非法收集、处理个人信息的行为，侵害的是众多消费者的合法权益，而且会严重损害社会公共利益，例如，一些网络企业利用App大规模非法收集个人信息，一些所谓的数据公司大肆非法买卖数据等。针对这些情形，除了受害的自然人可以单独提起诉讼或者推举代表人进行诉讼外，还应当鼓励公益诉讼。因此，未来我国的个人信息保护法应当明确规定：非法处理个人信息，侵害众多消费者合法权益，损害社会公共利益的，法律规定的机关和有关组织有权依法提起公益诉讼。

（撰稿人：程啸）

[1]叶名怡.个人信息的侵权法保护.法学研究，2018（4）.

[2]按照欧盟《数据保护指令（Data Protection Directive）》第23条第2款的规定，如果数据的控制者能够证明其无须对造成损害的事件负责，即可全部或部分免除责任。

[3]Paul Voigt&Axel von dem Bussche，The EU General Data Protection Regulation（GDPR），Springer，2017，p.208.

[4]Vgl.Paal&Pauly，DS-GVO BDSG，2.Auflage 2018，Rn.4-9.

[5]北京市第一中级人民法院（2017）京01民终509号民事判决书。类似的判决还可参见“王某春与王某香、李某香等隐私权纠纷案”，北京市门头沟区人民法院

(2017)京0109民初4611号民事判决书。

[6]叶名怡.个人信息的侵权法保护.法学研究,2018(4).

[7]克里斯蒂安·冯·巴尔.欧洲比较侵权行为法.上卷.北京:法律出版社,2001:10.

[8]参见欧盟《一般数据保护条例》第2条第2款第C项的规定。

[9]在美国发生的一起案件中,信息中介将一名妇女的社会保险号和雇佣信息出售给了跟踪者,结果导致该女士被找到并被枪杀。Remsburg v.Docusearch, Inc, 149 N.H.148, 816 A.2d 1001 (2003)。

[10]由于现行的《民事案件案由规定》中并没有“个人信息纠纷”这一案由,因而此类案件即便不构成隐私权纠纷或名誉权纠纷的,也基本上会以这两类案由立案审理。例如,“王某龙与汉庭星空(上海)酒店管理有限公司、浙江慧某驿站网络有限公司隐私权纠纷案”,上海市浦东新区人民法院(2014)浦民一(民)初字第501号民事判决书。

[11]根据北京市朝阳区人民法院的统计资料,此类侵害个人信息的侵权行为占整个案件数量的比例高达56%。北京市朝阳区人民法院.涉个人信息保护类民事案件研讨会参考资料.北京,2018:29.

[12]比较典型的案例就是“朱某与北京百度网讯科技公司隐私权纠纷案”,南京市中级人民法院(2014)宁民终字第5028号民事判决书。

[13]北京市朝阳区人民法院.涉个人信息保护类民事案件研讨会参考资料.北京,2018:29.

[14]相关案例参见“赵某与被告北京链家房地产经纪有限公司、宋某华、杨某东,第三人宋某友一般人格权纠纷案”,北京市朝阳区人民法院(2018)京0105民初9840号民事判决书。

[15]相关案例参见,“孙某东与平安银行股份有限公司、深圳市鑫富源投资咨询有限公司隐私权纠纷案”,广东省深圳市中级人民法院(2017)粤03民终7378号民事判决书;“季某红与被告江苏苏宁易购电子商务有限公司隐私权纠纷案”,江苏省南京市玄武区人民法院(2016)苏0102民初1120号民事判决书。

[16]参见北京市第一中级人民法院(2017)京01民终509号民事判决书。

[17]“申某与上海携程商务有限公司,支付宝(中国)网络技术有限公司侵权责任纠纷案”,北京市朝阳区人民法院(2018)京0105民初36658号民事判决书。

[18]北京市朝阳区人民法院(2018)京0105民初36658号民事判决书。

[19]“赵某与被告北京链家房地产经纪有限公司、宋某华、杨某东,第三人宋某友

一般人格权纠纷案”，北京市朝阳区人民法院（2018）京0105民初9840号民事判决书。

[20]“赵某与被告北京链家房地产经纪有限公司、宋某华、杨某东，第三人宋某友一般人格权纠纷案”，北京市朝阳区人民法院（2018）京0105民初9840号民事判决书。

[21]我国台湾“个人资料保护法”第28条第3项规定：“依前二项情形，如被害人不易或不能证明其实际损害额时，得请求法院依侵害情节，以每人每一事件新台币五百元以上二万元以下计算。”

[22]所谓合法公开的个人信息有两点要求：其一，合法性，包括自然人自行公开（即行使个人信息权益而针对个人信息进行处分），也包括依据法律、行政法规的规定被公开（如法院公开裁判文书中涉及的个人信息）。其二，公开性，即个人信息被公之于众，不特定的人可以通过合法的途径而收集。例如，接受记者采访中公开的自己的个人信息，他人皆可通过网络搜索合法获得。但是，如果只是在很小的亲友圈子内公开的，如在微信朋友圈中公开的，只有特定的人才可以获得的个人信息，不应认为是公开的个人信息。感谢北京清律律师事务所熊定中律师与笔者就此问题进行的讨论并提供有益的建议！

第一千零三十七条

自然人可以依法向信息处理者查阅或者复制其个人信息；发现信息有错误的，有权提出异议并请求及时采取更正等必要措施。

自然人发现信息处理者违反法律、行政法规的规定或者双方的约定处理其个人信息的，有权请求信息处理者及时删除。

本条主旨

本条是对自然人的个人信息权益的内容的规定。

相关条文

《民法典》第1029条规定：“民事主体可以依法查询自己的信用评价；发现信用评价不当的，有权提出异议并请求采取更正、删除等必要措施。信用评价人应当及时核查，经核查属实的，应当及时采取必要措施。”

《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的決定》第8条规定：“公民发现泄露个人身份、散布个人隐私等侵害其合法权益的网络信息，或者受到商业性电子信息侵扰的，有权要求网络服务提供者删除有关信息或者采取其他必要措施予以制止。”

《网络安全法》第43条规定：“个人发现网络运营者违反法律、行政法规的规定或者双方的约定收集、使用其个人信息的，有权要求网络运营者删除其个人信息；发现网络运营者收集、存储的其个人信息有错误的，有权要求网络运营者予以更正。网络运营者应当采取措施予以删除或者更正。”

理解与适用

一、概述

自然人对个人信息享有相应的民事权益，确切地说，这种民事权

益就是自然人享有防范因非法收集、处理其个人信息而使自身人身财产权益和人格尊严、人格自由遭受侵害或损害的受法律保护的民事利益。自然人对其个人信息享有的民事权益究竟是叫“个人信息权”，还是“个人信息权益”，均非关键。重要的是，法律上赋予自然人对个人信息享有哪些具体的权利内容以及在这种权益受到侵害时享有何种救济。

从比较法上看，各国及各地区对自然人的个人信息权益的内容的规定有所不同。欧盟《一般数据保护条例》对数据主体针对个人数据享有的权利内容作了很详尽的规定。在该条例第3章中，赋予了自然人针对其个人数据享有以下七种权利：（1）访问权，即数据主体有权从控制者处确认其个人数据是否正在被处理，以及有权在该种情况下访问个人数据和相关信息（第15条）。（2）更正权，数据主体有权要求控制者及时更正其不准确的个人数据，数据主体基于处理的目的也有权将不完整的个人数据予以补充完整（第16条）。（3）删除权，也称被遗忘权，即数据主体有权要求控制者及时删除其个人数据，并且在符合规定的理由的情形下，控制者有义务及时删除数据主体的个人数据（第17条）。（4）限制处理权，即在符合法律规定情形下，数据主体有权限制控制者对个人数据的处理（第18条）。

（5）数据可携带权，即数据主体有权获得其已经向控制者提供的个人数据，以结构化、普遍使用的机器可读的形式，并有权不受控制者的限制将该数据提供给其他控制者（第20条）。（6）反对权，即数据主体在特定情况下有权反对控制者为了执行公共利益的任务或行使控制者的公共职权或者为了追求合法利益的必要而对数据进行处理，包括进行相应的数据画像；除非控制者能够证明其合法利益高于数据主体的利益、权利和自由或者法律的特别规定（第21条）。（7）反对自动化决策包括数据画像的权利，即如果某种包括数据画像在内的自动化决策会对数据主体产生法律效力或造成类似的重大影响的，数据主体有权不受上述决策的限制（第22条）。欧盟《一般数据保护条例》之所以对于数据主体的权利作出如此详细的规定，是因为欧盟认为，自然人在个人数据处理方面获得保护是一项基本权利。《欧盟基本权利宪章》第8条第1款明确规定：“人人均享有其个人信息受保护之权利（Everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her.）。”此外，《欧盟运行条约》第16条第1款也有相同的规定。当然，欧盟《一般数据保护条例》在“鉴于条款”的第4条也指出：“保护个人数据的权利不是一项绝对权利，必须考虑其在社会中的作用并应当根据比例性原则与其他基本权利保持平衡。”

在我国，《民法典》《网络安全法》《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的決定》赋予了自然人就其个人信息享有

以下权能：其一，查阅、复制权，即自然人可以向信息处理者查阅或者复制其个人信息（《民法典》第1037条第1款第1句）；其二，更正权，即自然人发现其被合法收集的个人信息存在错误的，有权提出异议并请求及时采取更正等必要措施（《民法典》第1037条第1款第2句、《网络安全法》第43条）；其三，删除权，即当信息控制者违反法律规定或者约定处理个人信息的，自然人有权要求信息处理者及时删除该个人信息（《民法典》第1037条第2款、《网络安全法》第43条、《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的决定》第8条）。但是，我国法尚未对被遗忘权、数据可携带权、反对权以及反对自动化决策包括数据画像的权利作出规定。

二、查阅、复制个人信息的权利

（一）查阅、复制个人信息的权利的含义

任何组织或者个人要收集、处理自然人的个人信息，必须遵守法律确定的原则，同时告知个人信息被收集者并取得其同意。然后，履行完毕告知同意的程序后，信息控制者究竟在事实上收集了多大范围内的个人信息，实际上采取了何种方式处理这些个人信息，有无违反约定的目的和范围处理个人信息，对此，自然人一无所知。故此，法律上有必要赋予自然人查阅和复制个人信息的权利，以确保自然人对其个人信息的知情权和保持应有的控制，避免因非法收集、处理而人身财产权益遭受侵害。有鉴于此，欧盟《一般数据保护条例》第15条赋予了数据主体的访问权，该条规定：“1.数据主体有权从控制者那里得知其个人数据是否正在被处理以及有权在该种情况下访问个人数据和以下信息：（a）处理的目的；（b）个人数据的类型；（c）个人数据已经被或者将要向其披露的个人数据的接收者的类型，特别是当接收者属于第三国或国际组织时；（d）在可能的情形下，个人数据被储存的预期期限；若无法提供，则用于确定该期限的标准；（e）向控制者要求修改、删除、限制处理或拒绝处理的权利；（f）向监管机构申诉的权利；（g）在个人数据并非从数据主体处收集的情况下，可得到的关于其来源的任何消息；（h）存在自动化的决策，包括第22（1）和（4）条所规定的数据分析，以及在此类情形下，对于相关逻辑、包括此类处理对于数据主体的预期后果的有效信息。2.当个人数据被转移到第三国或国际组织，数据主体有权获知和转移相关的符合第46条的恰当的保障措施。3.控制者应当对进行处理的个人数据提供一份备份。对于任何数据主体所要求的额外备份，控制者可以根据管理花费而收取合理的费用。当数据主体通过电子方式而请求，且除非数据主体有其他请求，信息应当以通常使用的

电子形式提供。4.获取第3款所规定的备份的权利不应当对他人的权利与自由产生负面影响。”

我国《民法典》第1037条第1款第1句规定了自然人针对信息处理者享有查阅或者复制其个人信息的权利。该权利是自然人个人信息权益的重要组成部分。一方面，自然人如果不能查询或者复制其个人信息，则在其个人信息被合法收集后就完全丧失了对个人信息的控制力，对于处理者究竟收集了多少自己的个人信息，这些被收集的个人信息是否符合法律规定或者符合约定，自然人将完全不清楚，谈何行使《民法典》第1037条第2款规定的删除权？另一方面，如果没有查阅、复制其个人信息的权利，自然人无法知悉其被收集的个人信息是否有误，也就难以在发现错误后，依据《民法典》第1037条第1款的规定，提出异议并请求处理者及时采取更正等必要措施。故此，法律上有必要赋予自然人以查阅和复制个人信息的权利，以确保自然人对其个人信息的知情权和保持应有的控制，避免因非法收集、处理而人身财产权益遭受侵害。

除了本条第1款规定了自然人查阅或者复制其个人信息的权利，《民法典》还特别在第1029条第1句规定了“民事主体可以依法查询自己的信用评价”。这是因为，信用评价对于民事主体的社会交往、生产生活具有重大的影响，即便是有权对他人进行信用评价的主体，其对他人进行信用评价的结果和依据也必须供被评价主体查询，被评价主体对此享有知情权，否则就会损害民事主体的合法权益。虽然自然人的信用信息也属于个人信息，关于自然人与征信机构等信用信息处理者之间的关系也适用《民法典》关于个人信息保护的规定，但是，由于我国《民法典》将信用纳入名誉的范畴（第1024条第2款），通过名誉权加以保护，故此，《民法典》第1029条第1句中的查询权是基于名誉权而产生的。此外，该句中有权查询的是民事主体，既包括自然人，也包括法人、非法人组织。但是，《民法典》第1037条第1款规定的查询权是个人信息权益的内容，而且有权查询的只是自然人，不包括法人、非法人组织。

当然，《民法典》第1037条第1款只是确立了自然人查阅或者复制其个人信息的权利，其具体的行使程序等，还需要由未来的“个人信息保护法”等法律法规作出更加细化的规定。例如，信息处理者应当以何种方式为自然人的查阅、复制提供便利（如能否收取相应的费用或免费），如果处理者拒绝自然人的查询请求，自然人可获得何种救济等，这些问题都需要法律法规的进一步规定。其中有些问题还存在比较大的争议。例如，关于信息处理者拒绝自然人查阅其个人信息时^[1]，自然人可以向法院提起诉讼的问题，一种观点认为，如果仅仅

是为了查阅或者复制个人信息就到法院起诉，可能会造成诉讼爆炸，给法院增加很多工作量。另一种观点认为，查阅或者复制个人信息本来就是法律赋予自然人的权利，该权利如果受到侵害却无法得到司法救济，还不如不规定。况且，很多时候查阅或者复制个人信息对于自然人其他权益的维护也是非常重要的，因此，应当给予支持。对此，笔者认为，自然人依法享有查阅或者复制其个人信息以及在发现信息有错误时要求更正的权利，但原则上必须是先向信息控制者提出请求且被无正当理由加以拒绝后，才能提起诉讼，否则容易导致自然人滥用该权利给信息控制者增加负担。^[2]

（二）个人数据的可携带权

关于自然人查阅、复制其个人信息的权利，有一个值得讨论的问题，即该权利是否包含了个人数据的可携带权或者是否可以从其中解释出该权利？个人数据的可携带权是由欧盟《一般数据保护条例》首次提出的，它是指自然人对于其同意处理者所处理的数据化形式承载的个人信息即个人数据，有权要求该处理者提供结构化的、通用的、机器可读的、能共同操作的以格式形式加以提供的权利，自然人可以将该个人数据转移给其他的信息处理者。在我国民法典编纂之前，就是否应当规定个人数据的可携带权，已经存在很多的争论。^[3]一种观点认为，此种查阅和复制个人信息的权利并不包含个人数据可携带权，我国法律上也不应当赋予自然人以数据可携带权。因为规定数据可携带权不仅会极大地增加企业的经营成本，技术实现上存在很大的难度，而且也会导致企业的竞争优势丧失，毕竟个人信息是网络企业取得竞争优势的很重要的资产。此外，规定数据可携带权还将导致各个企业之间以此为工具，抢夺数据，存在不正当竞争的风险。^[4]另一种观点认为，个人数据的可携带权体现了自然人对其个人信息或个人数据的支配性，是个人信息权益的重要组成部分。如果不规定数据可携带权，则很容易形成在个人信息或个人数据领域的垄断，容易扼杀新型的网络企业的发展，不利于维护市场的公平竞争。^[5]目前，我国司法实践中已经出现了涉及该问题的案件。^[6]

笔者认为，就《民法典》第1037条第1款的规定来看，从自然人复制其个人信息的权利可以解释出自然人享有个人数据的可携带权。这是因为，首先，既然自然人有权复制其个人信息，与之相对应的就是处理者应当提供该自然人的个人信息的副本，此种副本的形式既包括纸质的，也包括电子的，而电子的个人信息就是个人数据，其应当是结构化的、通用的、机器可读的，否则复制的意义就不存在了。其次，《民法典》第992条规定：“人格权不得放弃、转让或者继承。”自然人对其个人信息享有的民事权益虽然没有被明确界定为人

格权，但是其属于人格权益是非常明确的。自然人可以许可他人使用其个人信息，而这种许可并不导致自然人转让了其个人信息权益。故此，自然人虽然同意处理者处理其个人信息，但并不因此丧失对其个人信息的支配。否则，如何维护自然人的人格尊严和自由？自然人查阅、复制其个人信息以及要求更正和删除的权利，不仅是不能转让、继承的，而且也不能预先抛弃。^[7]最后，规定个人数据的可携带权对于维护数字经济时代的竞争是有必要的，那种认为规定了个人数据可携带权就会导致利用该权利来进行不正当竞争的观点是片面的。在竞争中，网络企业等数字经济主体当然可以去吸引用户，将其在某个网络企业中的个人数据转移到自己这里来，这种竞争行为当然是合法的。如果是不正当竞争，自有《反不正当竞争法》加以规制。不能因为存在有人利用可携带权来进行不正当竞争的可能，就反对这种权利本身。显然，这种观点是荒谬的。

三、针对错误信息的提出异议及更正的权利

依据《民法典》第1037条第1款，自然人发现信息有错误的，有权提出异议并请求及时采取更正等必要措施。《网络安全法》第43条也规定，个人发现网络运营者收集、存储的其个人信息有错误的，有权要求网络运营者予以更正，网络运营者应当采取措施予以更正。这就是对自然人的更正权的规定。个人信息在收集后要进行处理，如使用、加工、传输、共享等，因此，一旦个人信息错误而不能及时更正，就会对自然人产生不利的影响，如基于此种错误的个人信息进行的信用评价包括自动化决策，会对自然人的民事权益造成损害。故此，法律上允许自然人在发现个人信息有错误后予以更正。所谓更正，既包括将不符合事实的错误信息进行正确化，也应当包括对不完整的个人信息进行补充。当然，信息控制者在收到自然人的更正请求后，应当对个人信息予以核实，并及时更正（包括补充）。自然人在行使《民法典》第1037条第1款第2句规定的权利时，应当提出相应的证据证明个人信息确实存在错误，否则信息处理者难以进行更正。至于信息处理者何时进行更正才是“及时”，需要根据不同类型的网络服务来区分对待。

《民法典》除了在本条一般性地规定了自然人发现个人信息错误，有权提出异议及要求采取更正等必要措施的权利外，还特别在第1029条规定了民事主体发现信用评价错误时，有权提出异议并请求采取更正、删除等必要措施。如前所述，此种采取更正删除的权利是基于名誉权产生的，权利主体不限于自然人，还包括法人、非法人组织。

四、删除个人信息的权利

（一）删除权的行使条件

删除权也是为了更好地保护自然人对个人信息享有的利益而作出的规定,《民法典》第1037条第2款和《网络安全法》第43条规定了删除权行使的具体情形,即:其一,信息处理者违反法律、行政法规的规定处理其个人信息的;其二,信息处理者违反双方的约定收集、使用其个人信息的。在这两种情形下,自然人有权请求信息处理者删除这些个人信息,否则就等于认可了此等违法或违约行为的存在,承认了信息处理者有权侵害自然人的个人信息。这两种情形可以说涵盖了需要删除个人信息的全部情形。当然,删除权中的很多具体问题,《民法典》不可能逐一规定,也没有必要规定,而应交由“个人信息保护法”等法律法规和国家标准予以明确即可。例如,所谓删除,究竟是指无法在线访问,还是说包括在物理上将个人信息删除?[8]自然人撤销此前对处理者所作出的处理其个人信息的同意,是否需要删除?等等。

（二）删除权与网络侵权中的“通知删除规则”

作为自然人个人信息权益内容的删除权与网络侵权中的“通知删除规则”是不同的。我国《民法典》第1194~1197条对网络侵权行为作出了规定,其中确立的一项最基本的规则就是所谓“通知删除规则”。该规则来自美国法上的“避风港规则”,其有效地协调了民事权益保护与网络活动自由的保障之间的关系。申言之,一方面,在网络用户利用网络服务实施侵权行为时,无论是从最有效地预防制止侵权行为的角度,还是出于报偿原理等公平正义的考虑,网络服务提供者都应当尽到相应的注意义务,而不能无动于衷,任由网络用户利用网络服务实施侵权行为。另一方面,直接实施侵权行为的是网络用户而非网络服务提供者,不能对网络服务提供者提出过高的要求。让网络服务提供者对任何利用其网络服务实施的侵权行为都要负责显然是不公平的,违反了自己责任的精神,不利于保障合理的行为自由,不利于促进网络产业的发展。故此,《民法典》第1195条与第1196条确立了通知删除规则,通过该规则,既可以使网络服务提供者在接到权利人的有效通知后及时制止网络用户的侵权行为,从而无须向权利人承担侵权责任;同时,又可以避免网络服务提供者不合理地采取措施损害网络用户的合法权益,以至于向网络用户承担责任。因此,通知删除规则也被称为“避风港规则”。

在网络用户利用网络侵害自然人的个人信息时,被侵权人当然有权依据《民法典》的上述规定通知网络服务提供者采取删除等必要措

施。那么，这里的删除与《民法典》第1037条第2款规定的删除有何区别呢？笔者认为，二者虽然都有删除的表述，但是属于不同的规则，其具体区别表现在：首先，性质不同。《民法典》第1037条第2款规定的是自然人的个人信息权益的内容，即作为其中一项权能的删除权，该权利适用于所有的个人信息处理者，无论其是否为网络服务提供者。但是，《民法典》第1195条规定的删除则是法律施加给网络服务提供者预防和制止网络侵权行为的一项义务，仅适用于网络服务提供者。其次，适用条件不同。依据《民法典》第1037条第2款，删除权的行使要件为“自然人发现信息处理者违反法律、行政法规的规定或者双方的约定处理其个人信息”，即信息处理者存在违法处理个人信息或违反约定处理个人信息的行为，故此自然人有权行使删除权。而通知删除规则是因为有网络用户利用网络服务实施了侵权行为，而权利人通知网络服务提供者采取删除等必要措施，网络服务提供者本身并未直接从事对权利人的侵权行为。最后，法律后果不同。信息处理者违反《民法典》第1037条第2款的规定拒绝自然人的删除请求的，则自然人有权依法提起诉讼，请求法院判决处理者履行删除义务，如果信息处理者没有及时删除而造成损害，权利人有权要求信息处理者承担赔偿责任。然而，网络服务提供者在接到权利人的通知后没有及时采取删除等必要措施的，依据《民法典》第1195条第2款，网络服务提供者要就损害的扩大部分与实施侵权行为的网络用户承担连带责任。此外，自然人行使作为个人信息权益的权能的删除权，不存在因错误行使该权利而承担赔偿责任的问题。但是，依据《民法典》第1195条第3款，错误通知造成网络用户或者网络服务提供者损害的，发出通知的权利人应当承担侵权责任。

（三）有无必要规定被遗忘权

关于《民法典》第1037条第2款规定的删除权，还有一个值得讨论的问题：是否应当规定被遗忘权？被遗忘权（right to be forgotten）的概念最早是由欧盟法院在2014年西班牙发生的“冈萨雷斯诉Google案”中确立的。该案案情为：1998年，西班牙《先锋报》刊登了将举行财产强制拍卖的公告，被强制拍卖财产的人中有一位叫作冈萨雷斯的人，其姓名出现在了财产拍卖公告中，后该公告被谷歌搜索引擎收录。2009年，冈萨雷斯联系《先锋报》，称该报刊登的有其姓名的拍卖公告被谷歌收录，其要求删除网上与他有关的信息，因为该拍卖活动早已结束，如果这些涉及他的个人信息继续存在于网络上，将对其名誉造成持续的伤害。《先锋报》方面的回复是，刊登该公告是经过西班牙劳动与社会事务部授权的，因此相关个人数据无法删除。于是，2010年冈萨雷斯联系了谷歌西班牙分部，要求删除该公告链接。随后，冈萨雷斯又向西班牙数据保护局进行投诉，2010年7

月30日，西班牙数据保护局驳回了冈萨雷斯针对《先锋报》删除数据的要求，但是要求谷歌公司删除相应的链接并确保通过该搜索引擎无法打开该信息。谷歌公司遂向法院起诉，该案后被提交给欧盟法院。欧盟法院认为，作为数据控制者的谷歌公司对于其处理的第三方发布的带有个人数据的网页信息负有责任，有义务将其删除。有关数据主体“不好的、不相关的、过分的”信息应当从搜索结果中删除。由此确立了欧盟法上的被遗忘权概念。此后，在2018年实施的欧盟《一般数据保护条例》中也明确规定了被遗忘权。依据该条例第17条，数据主体有权要求控制者及时删除其个人数据，同时如果数据主体已经请求这些控制者们删除相关个人数据的任何链接、副本或复制件，但数据控制者已经将个人数据公开，并且依据本条第1款有义务删除这些个人数据，那么控制者在考虑现有技术和实施成本后，应当采取合理步骤包括技术措施，通知正在处理个人数据的控制者们。

在我国也曾发生被遗忘权纠纷的案件，即“任某某与北京百度网讯科技有限公司名誉权纠纷案”，该案原告曾经与无锡陶氏生物科技有限公司有过合作，网上存在不少关于该合作关系的信息。原告认为，其与陶氏公司的合作已经结束，且因该公司在业界口碑不好，故如果有学生及合作伙伴搜索其名字，从百度页面看到搜索结果会误以为其与该公司还有合作，该不良搜索结果会影响其就业、工作交流及日常生活，这样的搜索信息应当被“遗忘”，故此其要求百度公司删除这些信息。法院认为，我国现行法中并无法定称谓为“被遗忘权”的权利类型，同时，由于“涉诉工作经历信息是任某某最近发生的情况，其目前仍在企业管理教育行业工作，该信息正是其行业经历的组成部分，与其目前的个人行业资信具有直接的相关性及时效性；任某某希望通过自己良好的业界声誉在今后吸引客户或招收学生，但是包括任某某工作经历在内的个人简历信息正是客户或学生借以判断的重要信息依据，也是作为教师诚实信用的体现，这些信息的保留对于包括任某某所谓潜在客户或学生在内的公众知悉任某某的相关情况具有客观的必要性。任某某在与陶氏相关企业从事教育业务合作时并非未成年人或限制行为能力人、无行为能力人，其并不存在法律上对特殊人群予以特殊保护的法理基础”^[9]，故此，任某某在本案中主张的应“被遗忘”（删除）信息的利益也不具有正当性和受法律保护的必要性，不应成为侵权保护的正当法益，对其主张该利益受到一般人格权中所谓“被遗忘权”保护的诉讼主张，法院不予支持。^[10]

对于我国法上的删除权是否包括被遗忘权以及有无必要单独规定被遗忘权，理论界存在很大的争议。笔者认为，在我国法上，没有必要单独规定被遗忘权，理由在于：其一，如果网络上发布的信息涉及侵害自然人的名誉权、隐私权等人格权益，自然人基于名誉权、隐私

权当然有权行使停止侵害、排除妨碍等人格权请求权，要求发布相关信息的网络用户删除该等信息，同时也有权依据《民法典》第1195条要求网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。其二，自然人如果发现信息控制者违反法律、行政法规的规定或者双方的约定收集、处理其个人信息，则依据《民法典》第1037条第2款有权请求信息控制者及时删除。这里面就包括《民法典》第1037条第2项规定的，虽然是处理该自然人自行公开的或者其他已经合法公开的信息，但是该自然人明确拒绝或者处理该信息侵害其重大利益的除外情形。应当说，上述两种情形的删除权的适用已经涵盖了全部的自然人有权要求删除个人信息的正当情形，除此之外，自然人已无正当的利益要求网络服务提供者或信息控制者删除相关个人信息。其三，如果允许自然人可以没有任何正当性理由就要求删除相关信息，势必会出现歪曲真相的情况，这损害了公众的知情权，甚至构成对公众的欺骗的不良后果。^[11]例如，在我国发生的“任某某与北京百度网讯科技有限公司名誉权纠纷案”中，网络服务提供者通过搜索引擎所收录的是已经合法公开的、客观真实的个人信息，这些信息被通过搜索引擎再次呈现，既没有侵害原告的隐私权，也没有损害其人格尊严或妨害人格自由，故此，原告毫无正当利益请求加以删除。然而，西班牙的“冈萨雷斯诉Google案”的情形，则有所不同。因为，该案中通过谷歌搜索冈萨雷斯全名可与其财产被强制拍卖的信息相连，在冈萨雷斯生活的区域内对其个人的生活造成了一定的困扰，涉及对其人格尊严和职业发展这一重大利益的侵害，故此，法院认为冈萨雷斯有权要求谷歌断开相关个人信息的链接是妥当的。^[12]

五、侵害个人信息的人格权请求权

《民法典》人格权编为人格权提供了特殊的保护方法，即人格权请求权。所谓人格权请求权，就是基于人格权作为绝对权和支配权的效力而产生的排除对人格权的现实的或者潜在的侵害或妨碍，旨在维护人格权圆满状态的请求权。人格权请求权具有以下特征：一方面，人格权请求权具有从属性。人格权请求权是基于人格权而产生的请求权，从属于人格权，只有人格权的主体才能享有此类请求权。由于人格权具有专属性，不得转让、放弃或者继承，故此，从属于人格权的人格权请求权也不得转让、放弃或者继承，也不得由他人代位行使，即不能成为代位权的客体。另一方面，人格权请求权是人格权排他性的体现。人格权属于绝对权、支配权，具有排他效力，这种排他效力不仅体现在人格权的圆满状态已经受到妨害的情形，更体现在具有妨害危险之时。也就是说，人格权请求权不仅具有恢复人格权圆满状态的功能，还具有预防和制止侵害人格权的行为的功能。在民法中，物

权、知识产权以及人格权等绝对权，基于其排他效力都会产生相应的请求权，就物权而言，是物权请求权，如返还原物、排除妨害、消除危险等（《民法典》第235～236条）；就知识产权中的著作权、专利权和商标专用权等具有排他效力的权利而言，我国法上也规定了知识产权请求权（《商标法》第60条第2款、第65条、《著作权法》第48条、第50条第1款、《专利法》第66条第1款和第60条）。^[13]《民法典》第995条规定：“人格权受到侵害的，受害人有权依照本法和其他法律的规定请求行为人承担民事责任。受害人的停止侵害、排除妨碍、消除危险、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉请求权，不适用诉讼时效的规定。”该条中规定的停止侵害、排除妨碍、消除危险、消除影响、恢复名誉以及赔礼道歉请求权就属于人格权请求权。不仅如此，为了有效地保护人格权，《民法典》还借鉴英美国家的禁令制度为人格权请求权的行使提供了程序保障，即第997条规定：“民事主体有证据证明行为人正在实施或者即将实施侵害其人格权的违法行为，不及时制止将使其合法权益受到难以弥补的损害的，有权依法向人民法院申请采取责令行为人停止有关行为的措施。”

虽然我国《民法典》将个人信息作为一种人格权益规定在人格权编，但是由于《民法典》没有明确规定个人信息权这一具体人格权，而其第995条又限于“人格权受到侵害的”情形，因而自然人是否享有上述人格权请求权，是值得怀疑的。但是，由于《民法典》第1167条规定，“侵权行为危及他人人身、财产安全的，被侵权人有权请求侵权人承担停止侵害、排除妨碍、消除危险等侵权责任”，这些侵权责任并不限于保护人格权、财产权，还是可以保护人身、财产安全的，故此，在认定侵害个人信息的侵权责任时，个人信息被侵害的自然人可以依据该条，要求侵权人承担停止侵害、排除妨碍、消除危险等侵权责任，其实际效果也与行使人格权请求权没有差别。

（撰稿人：程啸）

[1]《信息安全技术个人信息安全规范》（GB/T 35273—2020）第8.1条的注认为，如果自然人提出查询的个人信息并非其主动提供的个人信息时，个人信息控制者可在综合考虑不响应请求可能对个人信息主体合法权益带来的风险和损害，以及技术可行性、实现请求的成本等因素后，作出是否响应的决定，并给出解释说明。

[2]例如，我国台湾“个人资料保护法”第14条就规定：“查询或请求阅览个人资料或制给复制本者，公务机关或非公务机关得酌收必要成本费用。”这样的规定可以防止滥用查询权而给处理者增加不必要的负担。

[3]不仅对于自然人个人数据是否享有可携带权的问题存在争论，对于个人账户、

邮箱、微信中的个人数据是否可以继承的问题，也存在很大的争论。

[4] 京东法律研究院. 欧盟数据宪章：《一般数据保护条例》GDPR述评及实务指引. 北京：法律出版社，2018：64.

[5] 赞同规定可携带权的观点可参见以下文献。刘云. 欧盟个人信息保护法的发展历程及其改革创新. 暨南学报（哲学社会科学版），2017（2）. 叶名怡. 论个人信息权的基本范畴. 清华法学，2018（5）.

[6] 在腾讯和抖音就用户头像和昵称的归属所发生的争议中就涉及用户个人是否享有个人数据的可携带权的问题。相关评论参见以下文献。包晓丽，熊丙万. 通讯录数据中的社会关系资本——数据要素产权配置的研究范式. 中国法律评论，2020（2）. 谌嘉妮. 我的数据谁做主？——基于“头腾之争”对个人数据可携带权与企业数据权边界的研究. 互联网天地，2019（6）.

[7] 对此，我国台湾“个人资料保护法”第3条有明确的规定：“当事人就其个人资料依本法规定行使之下列权利，不得预先抛弃或以特约限制之：一、查询或请求阅览。二、请求制给复制本。三、请求补充或更正。四、请求停止搜集、处理或利用。五、请求删除。”

[8] 《信息安全技术个人信息安全规范》（GB/T 35273—2020）第3.10条规定：“在实现日常业务功能所涉及的系统中去除个人信息的行为，使其保持不可被检索、访问的状态。”

[9] 北京市第一中级人民法院（2015）一中民终字第09558号民事判决书。

[10] 本案二审主审法官、北京市第一中级人民法院丁宇翔庭长曾详细论述其在该案中的裁判思路，诚值参考！丁宇翔. 被遗忘权的中国情境及司法展开——从国内首例“被遗忘权案”切入. 法治研究，2018（4）.

[11] 丁宇翔. 被遗忘权法定化不利于舆论监督. 光明日报，2020-01-11.

[12] 已有学者对此两案的不同之处作出了详细的分析。万方. 终将被遗忘的权利——我国引入被遗忘权的思考. 法学评论，2016（6）.

[13] 知识产权请求权相关著作可参见以下文献。杨明. 知识产权请求权研究——兼以反不正当竞争为考察对象. 北京：北京大学出版社，2005. 刘知函. 知识产权诉前禁令制度研究. 北京：中国政法大学出版社，2018.

第一千零三十八条

信息处理者不得泄露或者篡改其收集、存储的个人信息；未经自然人同意，不得向他人非法提供其个人信息，但是经过加工无法识别特定个人且不能复原的除外。

信息处理者应当采取技术措施和其他必要措施，确保其收集、存储的个人信息安全，防止信息泄露、篡改、丢失；发生或者可能发生个人信息泄露、篡改、丢失的，应当及时采取补救措施，依照规定告知自然人并向有关主管部门报告。

本条主旨

本条是信息处理者的法定义务的规定。

相关条文

《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的決定》第4条规定：“网络服务提供者和其他企业事业单位应当采取技术措施和其他必要措施，确保信息安全，防止在业务活动中收集的公民个人电子信息泄露、毁损、丢失。在发生或者可能发生信息泄露、毁损、丢失的情况时，应当立即采取补救措施。”

《网络安全法》第42条规定：“网络运营者不得泄露、篡改、毁损其收集的个人信息；未经被收集者同意，不得向他人提供个人信息。但是，经过处理无法识别特定个人且不能复原的除外。网络运营者应当采取技术措施和其他必要措施，确保其收集的个人信息安全，防止信息泄露、毁损、丢失。在发生或者可能发生个人信息泄露、毁损、丢失的情况时，应当立即采取补救措施，按照规定及时告知用户并向有关主管部门报告。”

《消费者权益保护法》第29条规定：“经营者收集、使用消费者个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经消费者同意。经营者收集、使用消费者个人信息，应当公开其收集、使用规则，不得违反法律、法规的规定和双方的约定收集、使用信息。经营者及其工作人员对收集的消费者个人信息必须严格保密，不得泄露、出售或者非法向他人提供。经营者

应当采取技术措施和其他必要措施，确保信息安全，防止消费者个人信息泄露、丢失。在发生或者可能发生信息泄露、丢失的情况时，应当立即采取补救措施。经营者未经消费者同意或者请求，或者消费者明确表示拒绝的，不得向其发送商业性信息。”

《公共图书馆法》第43条规定：“公共图书馆应当妥善保管读者的个人信息、借阅信息以及其他可能涉及读者隐私的信息，不得出售或者以其他方式非法向他人提供。”

《旅游法》第52条规定：“旅游经营者对其在经营活动中知悉的旅游者个人信息，应当予以保密。”

《刑法》第253条之一规定：“违反国家有关规定，向他人出售或者提供公民个人信息，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。违反国家有关规定，将在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息，出售或者提供给他人的，依照前款的规定从重处罚。窃取或者以其他方法非法获取公民个人信息的，依照第一款的规定处罚。单位犯前三款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照各该款的规定处罚。”

理解与适用

一、不得泄露、篡改收集、存储的个人信息

信息处理者在告知并取得自然人同意后或者依据法律的规定而合法地处理个人信息，这种处理行为的合法性是一个全过程的体现，即不仅收集个人信息的行为应当是合法的，保管、加工、使用等行为也必须是合法的。《民法典》第1038条第1款第1句规定了信息处理者不得泄露或者篡改其收集、存储的个人信息义务。该义务的确立也为相应的法律责任（民事责任、行政责任和刑事责任）确立了前提，这种义务属于法定义务，不得因当事人的约定而改变，即便是作为个人信息主体的自然人也无权就自己的个人信息单方面免除信息处理者的此种义务。当然，《民法典》第1038条第1款第1句的目的是将处理者不得泄露或者篡改其收集、存储的个人信息义务确立下来。至于该义务的具体内容，如采取何种措施防止个人信息被泄露、篡改甚至丢失，在发生个人信息泄露等情形下应当采取何种措施，则由本条第2款以及《网络安全法》等法律法规作出具体规定。具体而言，信息处理者不得泄露、篡改所收集、存储的个人信息义务分为以下

两类。

1.禁止泄露的义务，即信息处理者不得泄露其所收集、存储的个人信息。这就是说，一方面，信息处理者对于其合法收集、存储的个人信息应当依法妥善保管，以免该信息因为信息处理者自身的原因或者其他原因而被泄露。个人信息的处理会给自然人的人格自由、人格尊严以及人身财产权益造成不同可能性和不同程度的风险，如果信息处理者没有妥善保管，导致个人信息被泄露，就会对自然人造成难以预测的损害或危险，故此，法律上首先要给信息处理者施加不得泄露其所收集、存储的个人信息义务。另一方面，不得泄露所收集、存储的个人信息义务也意味着对个人信息的处理应当符合必要的原则，不是个人信息收集得越多越好。因为收集、存储的个人信息越多，意味着法律上的义务和责任越大，一旦泄露个人信息，所带来的危险和损害后果也就越大，故此，《民法典》第1038条第1款第1句实际上也在提高个人信息处理的门槛，没有有效地履行防止泄露个人信息义务的能力的组织或个人，不应当去收集、储存个人信息。

2.禁止篡改的义务，即处理者有不得篡改个人信息的义务。个人信息处理者收集和存储个人信息本身不是目的，目的是要加工、使用之，从而在各种场景中予以运用，进而在客观上影响个人信息被收集的自然人的社会生活的方方面面。如果处理者可以随意篡改个人信息，则这些被篡改的个人信息就是虚假的、错误的。对这种个人信息进行处理的直接后果就是损害自然人的权利和自由。例如，基于虚假的个人信息而对某人作出的信用评价就是错误的，受此评价的自然人将会因此遭受无法取得贷款、无法获得相应的商品或服务的困难，进而遭受人身财产权益上的损害。长此以往，对于网络信息社会和数字经济的健康发展也是不利的。故此，《民法典》一方面要赋予自然人在发现其个人信息是错误的情况下，提出异议并要求处理者及时采取更正等必要措施的权利；另一方面，又要给处理者施加不得篡改个人信息的义务。二者相互配合，才能保证真实的个人信息被合法地进行处理。

二、禁止非法提供个人信息的义务

（一）非法提供个人信息的含义

个人信息的处理包括个人信息的收集、使用、加工、传输、提供、公开等。其中，个人信息的提供，是指个人信息处理者将所收集、存储的个人信息通过信息网络及其他方式传输给他人，使他人能够据此对这些个人信息进行处理。个人信息尤其是以数据形式出现的

个人信息即个人数据，具有“非独占性”或“共享性”的特点。一方面，与作为物权客体的有体物在占有、使用上的独占性所不同的是，数据无论在占有还是使用上都不具有独占性。数据并不会因为被某一特定主体收集、存储而无法被其他人收集、存储。数据完全可以同时在不同的地点由不同的人以不同的方式加以收集和存储，并进行使用、加工、传输、公开。另一方面，数据也不会因为被某人使用而减少其他人的使用，相反，数据可以由无穷多的人进行使用并创造出不同的价值。也就是说，即便是完全相同的个人数据，也可以出于不同的目的进行开发和使用，产生不同的增值服务或衍生应用，而这种多目的或多用途的适用之间又会相互影响和作用，从而产生更复杂和更高级的应用。^[1]正因如此，有观点认为，“数据不应该以它的存储而定义，应该由它的流转来定义”^[2]，大数据时代也正是由于数据可以在网络空间自由流动与分享才到来的。

因此，个人信息尤其是个人数据的处理者除了自己使用个人信息外，也可能将个人信息提供给他人使用，接受该个人信息的组织或个人还可能再次将这些信息提供给他人，如此循环下去，在使个人信息的处理者越来越多且纷繁复杂的同时，这将极大地增加个人信息被处理的自然人所面临的人格自由、人格尊严和人身财产权益上的风险。因为自然人并不知道这些处理者保护其个人信息的能力如何，不知道它们以何种方式出于何种目的而处理其个人信息，在其个人信息被泄露的情况下，甚至完全不知道究竟哪个环节出现了问题。因此，无论是域外的个人信息保护法，还是我国《民法典》等法律，都必须针对个人信息的提供作出特别的规范。

依据《民法典》第1038条第1款第2句，在个人信息处理者要将其收集、存储的个人信息提供给他人时，必须告知自然人并取得同意，否则这种个人信息的提供就是非法提供。具体阐述如下。

1.《民法典》第1038条第1款第2句中的个人信息处理者所提供的个人信息必须是合法处理的个人信息，即其所收集、存储的个人信息是依法告知并取得自然人的同意的，或者是依据法律、行政法规规定的可以不经告知并取得同意而处理的个人信息。倘若处理者本身就是通过违法的方式而收集、存储的个人信息，那么其实际上也不可能在去取得自然人的同意后再向他人提供该人个人信息，因为其本身就是违法者，其非法处理个人信息的行为本身就是侵权行为甚至犯罪行为。我国实践中常见的各种非法买卖个人信息的行为就属于此类。

2.个人信息处理者向他人提供个人信息。所谓他人就是指个人信息处理者之外的自然人、法人或者非法人组织。即便是同一集团中的A有限责任公司向B有限责任公司提供个人信息，也属于向他人提供个

人信息，因为A和B都是具有独立法律人格的主体，在法律上是两个不同的民事主体。提供的方式可以通过信息网络的方式，如开放接口从而共享个人信息，现在很多政府机关正在建立的信息共享机制，也可以是通过其他方式，如将个人信息存储在硬盘中交给他人等。此提供可能是无偿的，如基于合作关系，也可能是有偿的。由于数据特别是个人数据属于重要的生产要素，对很多网络企业而言，数据可能是最重要的资产和竞争优势的根本所在，因而，不同的网络企业之间基本上不可能互相提供个人信息。故此，才产生了是否需要法律上确立自然人的个人数据可携带权的争论。

3. 未经作为个人信息被收集者的自然人的同意，向他人提供个人信息属于非法提供个人信息。换言之，处理者虽然自身履行了告知同意义务而使其处理自然人个人信息的行为具有合法性和正当性基础，但其并不因此而当然具有任意将所合法收集、存储的个人信息向他人提供的权利，其不能以自身对个人信息或个人数据享有的权益来对抗自然人的个人信息权益。这是因为，自然人针对其个人信息享有的是人格权益，而处理者对个人信息或个人数据充其量享有的只是财产权益，后者的法律位阶明显低于前者的。故此，处理者要向他人提供其所合法收集、存储的个人信息，必须告知个人信息被收集的自然人并取得其本人或者其监护人的同意。如果没有告知并取得同意，那么这种个人信息的提供就是非法提供。例如，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》第3条第2款就明确规定：“未经被收集者同意，将合法收集的公民个人信息向他人提供的，属于刑法第二百五十三条之一规定的‘提供公民个人信息’，但是经过处理无法识别特定个人且不能复原的除外。”此种非法提供个人信息的行为不仅是侵害自然人个人信息权益的侵权行为或违约行为，也是违法甚至是犯罪行为，需要遭受行政处罚乃至刑罚的处罚。《网络安全法》第64条规定：“网络运营者、网络产品或者服务的提供者违反本法第二十二条第三款、第四十一条至第四十三条规定，侵害个人信息依法得到保护的权利的，由有关主管部门责令改正，可以根据情节单处或者并处警告、没收违法所得、处违法所得一倍以上十倍以下罚款，没有违法所得的，处一百万元以下罚款，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款；情节严重的，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照。违反本法第四十四条规定，窃取或者以其他非法方式获取、非法出售或者非法向他人提供个人信息，尚不构成犯罪的，由公安机关没收违法所得，并处违法所得一倍以上十倍以下罚款，没有违法所得的，处一百万元以下罚款。”我国《刑法》第253条之一规定：“违反国家有关规定，向他人出售或者提供公民个人信息，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者

拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。违反国家有关规定，将在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息，出售或者提供给他人的，依照前款的规定从重处罚。窃取或者以其他方法非法获取公民个人信息的，依照第一款的规定处罚。单位犯前三款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照各该款的规定处罚。”

近年来，我国实践中经常发生的个人信息泄露、侵害他人隐私权等事件，很多就是处理者非法向他人提供个人信息所致。尤其是一些国家机关、企事业单位，因为内部管理松弛，员工可以很容易地获得个人信息并将之非法提供给他人的。此种情形下，这些员工利用职务便利而获取个人信息进而非法提供的行为，不仅这些员工要承担法律责任，单位也要承担法律责任。在民法上，应当由员工和单位承担连带责任，在刑法上应当实行双罚制，即在对犯罪的员工处以刑罚的同时，该单位也构成犯罪，要遭受刑罚的处罚。

（二）无须同意而可以提供的例外

1. 匿名化的信息

《民法典》第1038条第1款第2句规定了一种例外情形，即可以不经被收集者同意向他人提供个人信息，而不构成非法提供个人信息，这就是那些经过加工无法识别特定个人且不能复原的信息。《网络安全法》第42条第1款也规定，“未经被收集者同意，不得向他人提供个人信息。但是，经过处理无法识别特定个人且不能复原的除外”。所谓经过处理无法识别特定个人且不能复原的信息，就是指信息的匿名化。^[3]由于信息或数据匿名化处理后，无法识别特定的自然人，因而不属于个人信息，为了促进大数据的发展和应用，《网络安全法》借鉴了一些国家的做法，对个人信息匿名化作出了规定，作为向他人提供个人信息须经本人同意的例外。^[4]例如，欧盟《一般数据保护条例》第4条第5款将“匿名化”界定为：“是一种使个人数据在不使用额外信息的情况下不指向特定数据主体的个人数据处理方式，若该处理方式将个人数据与其他额外信息分别存储，凭技术性和组织性措施无法指向一个可识别或被识别的自然人。”再如，日本《个人信息保护法》第2条，将“匿名加工信息”界定为：“是指，针对下列各项规定的个人信息相应地采取同项规定的措施，从而为了无法识别特定个人而对个人信息进行加工后所得到的有关个人的信息中，通过处理使该个人信息无法恢复的部分：（一）第一款第一项规定的个人信息删除该个人信息中所含有的部分记述等（包括以使该部分的记述等丧失有可能恢复的规律性的方式，将该部分记述等转换为其他记述等）；（二）第一款第二项规定的个人信息删除该个人信息中所含有

的全部个人识别符号（包括以使该个人识别符号丧失有可能恢复的规律性的方式，将该个人识别符号转换为其他记述等）。”该法第37条规定：“匿名加工信息处理业者在将匿名加工信息（自己加工个人信息并制作而成的匿名加工信息除外。以下于本节相同）提供给第三人时，应当依照《个人信息保护委员会规则》的规定，事先公布被提供给第三人的匿名加工信息所含有的个人相关信息中的项目及提供的方法，并同时向该第三人明示该提供所涉及的信息为匿名加工信息。”

当然，个人信息或个人数据的匿名化只是相对的，在可获得的数据来源越来越丰富以及算法越来越强大的大数据时代，无法识别出个人的数据也存在重新具有可识别特定个人的可能。例如，将大量的匿名化数据重新整合在一起进行相关性分析，就完全有可能导致特定个人的身份信息被识别从而泄露隐私。美国学者Paul Ohm教授认为，随着大数据、云计算等新技术的兴起，传统的仅仅删除姓名和社保号码的匿名化技术已经失败了，技术专家可以通过再识别（Re-identify）或者去匿名化（De-anonymize）的方法来实现个人身份的再识别。^[5]例如，2006年8月，美国在线公布了大量旧的搜索查询数据供研究者分析，尽管整个数据库进行过精心的匿名化处理，但《纽约时报》的两名记者Michael Barbaro与Tom Zeller依然在几天内就通过综合分析搜索记录，识别出了该数据库中代号4417749的用户是来自佐治亚州利尔本的一位名叫赛尔亚·阿诺德的62岁寡妇。^[6]故此，法律上对数据的匿名化也有相应的要求，只有经过无法再识别的匿名化处理的个人数据才能被认定为非个人数据。

《民法典》第1038条第1款和《网络安全法》第42条第1款对个人信息匿名化提出的要求是“无法识别特定个人”且“不能复原”。所谓无法识别特定个人，是指既不能凭借该信息本身识别特定的自然人，将该信息与其他信息结合后也无法识别特定的自然人。欧盟《一般数据保护条例》“鉴于条款”第26条指出：“为判断自然人身份是否可识别，需要考虑所有可能使用的手段，比如利用控制者或其他人来直接或间接的确认自然人身份。为判断所使用的手段是否可能用于识别自然人，需要考虑所有客观因素，包括对身份进行确认需要花费的金钱和时间，考虑现有处理技术以及科技发展。因此，数据保护原则不适用于匿名信息，即不适用于已识别的或可识别的自然人或者个人数据是匿名的并且不再能对所属自然人的身份进行确认的信息。”

所谓不能复原，是指从技术上不能复原或者除非花费巨大成本否则难以复原。毕竟能否复原是相对的，如果说穷尽一切措施都无法复原才能认定不能复原，显然要求过高。例如，欧盟的《一般数据保护条例》“鉴于条款”第29条指出：“为鼓励处理个人数据时使用匿名化

保护措施，匿名方法在允许一般性分析的前提下在同一控制者下是可行的，当该控制者对相关处理程序采取了必要的技术性和组织性措施以确保本条例被遵守和适用，以及确保能够用于识别特定数据主体的额外信息分开独立保存。”

2.其他情形

除了经过加工无法识别特定个人且不能复原的信息可以不经被收集者同意而提供给他外，还存在一些可以在没有得到被收集者同意的情况下而将信息提供给他人的情况。例如，日本《个人信息保护法》第23条第1款规定：“除下列情形外，个人信息处理业者不得未事先取得本人的同意，而将其个人数据提供给第三人：（一）以法令为依据的情形；（二）为保护人的生命、身体或财产而有必要，却又难以取得本人同意的情形；（三）为提高公众卫生或者推进儿童的健康成长而有特殊必要，却又难以取得本人同意的情形；（四）有为国家机关或地方公共团体或者受其委托的主体执行法令规定的事务而提供协助的必要，却又有可能因取得本人的同意而对该事务的执行造成障碍的情形。”

在我国，依据《民法典》第1035条第1款第1项和第1036条第2、3项之规定，符合以下情形之一的，也可以不经被收集人同意而将个人信息提供给他：其一，法律、行政法规有明确规定的情形；其二，提供的信息是自然人自行公开的或者其他已经合法公开的信息，但是该自然人明确拒绝或者处理该信息将侵害其重大利益的除外；其三，为维护公共利益或者该自然人合法权益而合理实施的将个人信息提供给他人的行为。

三、保证个人信息安全的义务

（一）保证个人信息安全的义务的内容

个人信息被收集后要加以储存、保管，除了禁止信息处理者泄露、篡改或非法提供个人信息外，最重要的是对处理者提出具体的要求，强制其采取相应的措施，保护个人信息的安全。我国实践中之所以出现大量的电信诈骗案件，很重要的原因就是处理者没有采取相应的措施来确保个人信息的安全，从而导致了个人信息被泄露、篡改或丢失。故此，《民法典》第1038条第2款规定：“信息处理者应当采取技术措施和其他必要措施，确保其收集、存储的个人信息安全，防止信息泄露、篡改、丢失；发生或者可能发生个人信息泄露、篡改、丢失的，应当及时采取补救措施，依照规定告知自然人并向有关主管部

门报告。”《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的決定》第4条规定：“网络服务提供者和其他企业事业单位应当采取技术措施和其他必要措施，确保信息安全，防止在业务活动中收集的公民个人电子信息泄露、毁损、丢失。在发生或者可能发生信息泄露、毁损、丢失的情况时，应当立即采取补救措施。”《网络安全法》第42条第2款也规定：“网络运营者应当采取技术措施和其他必要措施，确保其收集的个人信息安全，防止信息泄露、毁损、丢失。在发生或者可能发生个人信息泄露、毁损、丢失的情况时，应当立即采取补救措施，按照规定及时告知用户并向有关主管部门报告。”由此可见，信息处理者负有的保证个人信息安全的义务内容包括以下两项。

1.采取技术措施确保个人信息安全

所谓技术措施，是指通过对个人信息进行加密、匿名，采取更安全可靠的数据系统、存储措施，采取防止黑客等第三方非法入侵信息系统等技术上的手段措施，从而实现保证个人信息安全，防止个人信息泄露、窃取、篡改、毁损、灭失。例如，欧盟《一般数据保护条例》第32条第1、2款规定：“1.考虑行业现状、实施成本、处理性质、范围、目的，以及处理活动可能的风险和处理可能给自然人权利自由造成影响的程度，控制者、处理者应当实施适当的技术性和组织性措施，以确保与风险相适应的安全等级，视情况而定包括：（a）个人数据的匿名和加密；（b）确保处理系统和服务的保密性、完整性、可用性以及系统可恢复性的能力；（c）在发生物理或者技术故障的情况下，个人信息的恢复可用性及其可访问性；（d）对技术性及其组织性措施的有效性定期进行测试、访问、评估，以确保处理过程的安全性。2.安全账户等级评估应当特别考虑处理过程中的风险，特别是在个人数据的传输、存储以及其他方式的处理过程中意外或非法销毁、灭失、变更、未经授权披露或者访问。”

对于非数据化形式存在的个人信息（如存在于纸面上的个人信息）以及虽然被数据化但存储于未连接互联网的计算机中的个人信息而言，安全措施无非就是防火、防盗、防潮等，容易实施。复杂的是以数据形式存储于网络信息系统中的个人信息，为此我国《网络安全法》《计算机信息系统安全保护条例》《电信条例》等法律法规作出了详细的规定。

首先，针对网络运营者采取技术措施保障数据信息安全的义务，《网络安全法》第21条规定：“国家实行网络安全等级保护制度。网络运营者应当按照网络安全等级保护制度的要求，履行下列安全保护义务，保障网络免受干扰、破坏或者未经授权的访问，防止网络数据泄露或者被窃取、篡改：（一）制定内部安全管理制度和操作规程，

确定网络安全负责人，落实网络安全保护责任；（二）采取防范计算机病毒和网络攻击、网络侵入等危害网络安全行为的技术措施；（三）采取监测、记录网络运行状态、网络安全事件的技术措施，并按照规定留存相关的网络日志不少于六个月；（四）采取数据分类、重要数据备份和加密等措施；（五）法律、行政法规规定的其他义务。”所谓网络安全等级保护，是指根据网络在国家安全、经济建设、社会生活中的重要程度，以及其一旦遭受破坏、丧失功能或者数据被篡改、泄露、丢失、毁损后，对国家安全、社会秩序、公共利益以及相关公民、法人和其他组织的合法权益的危害程度等，对网络安全保护实行分级保护的制度。具体而言，分为五个网络安全保护等级：第一级，一旦受到破坏会对相关公民、法人和非法人组织的合法权益造成损害，但不危害国家安全、社会秩序和公共利益的一般网络；第二级，一旦受到破坏会对相关公民、法人和非法人组织的合法权益造成严重损害，或者对社会秩序或公共利益造成危害，但不危害国家安全的一般网络；第三级，一旦受到破坏会对相关公民、法人和非法人组织的合法权益造成特别严重损害，或者会对社会秩序和社会公共利益造成严重危害，或者对国家安全造成危害的重要网络；第四级，一旦受到破坏会对社会秩序和公共利益造成特别严重危害，或者对国家安全造成严重危害的特别重要网络；第五级，一旦受到破坏会对国家安全造成特别严重危害的极其重要网络。因此，网络服务提供者应当根据自己所提供的网络的评级与定级结果，采取不同的网络安全保护措施。

其次，对于关键信息基础设施的运行安全的特别规定。所谓关键信息基础设施，是指公共通信和信息服务、能源、交通、水利、金融、公共服务、电子政务等重要行业和领域，以及其他一旦遭到破坏、丧失功能或者数据泄露，可能严重危害国家安全、国计民生、公共利益的关键信息基础设施（《网络安全法》第31条）。根据《网络安全法》第34条，除了负有一般的网络服务提供者的安全保护义务之外，关键信息基础设施的运营者还负有如下义务：（1）设置专门安全管理机构和安全管理负责人，并对该负责人和关键岗位的人员进行安全背景审查；（2）定期对从业人员进行网络安全教育、技术培训和技能考核；（3）对重要系统和数据库进行容灾备份；（4）制定网络安全事件应急预案，并定期进行演练；（5）法律、行政法规规定的其他义务。

2.其他必要措施

所谓其他必要措施，是指为了维护个人信息的安全而依据当时的情形等应当采取的措施。毕竟法律法规规章不可能将所有的保护个人

信息安全的措施列举完毕，因此，虽然法律法规没有规定，但是根据具体的情形（如个人信息存储的容量、遭受非法侵入的风险和已经发生的时间、处理者的技术水平和财务能力等），处理者应当采取的保护个人信息安全的措施就是必要措施。

处理者没有采取技术措施和其他必要措施确保其收集、存储的个人信息安全，以致信息泄露、篡改、丢失的，应当依法承担法律责任。例如，在“赵某与北京链家房地产有限公司等一般人格权纠纷案”中，法院明确指出：“链家公司要求经纪人必须将客户的身份证、房产证及合同信息拍照后上传至公司内网。链家公司可以预见，在这样的处理方式下会极大地增加侵犯客户个人信息行为发生的可能性和危险性，而链家公司对此没有采取任何实际有效的操作规程等防范措施予以风险的防控，公司员工可以轻易将业主个人信息泄露用于非法目的。因此，本案侵权事实的发生与链家公司内部对客户个人信息的保护存在监管漏洞直接相关。因链家公司的管理存在过错，其亦应对赵某的个人信息被侵害的损害后果承担侵权责任。”^[7]

（二）采取补救措施的义务

《民法典》第1038条第2款第2句和《网络安全法》第42条第2款规定，发生或者可能发生个人信息泄露、毁损、丢失的，应当及时采取补救措施，依照规定告知自然人并向有关主管部门报告。这就是所谓的采取补救措施的义务。关于该义务，需要注意以下几点。

首先，只要发生或者可能发生个人信息泄露、篡改、丢失，处理者就应当及时采取补救措施，至于导致个人信息泄露、篡改或丢失的原因是否可归责于处理者，在所不问。也就是说，即便处理者完全没有任何过错可言，即完全是第三人的行为如黑客攻击造成的，只要发生或者可能发生个人信息的泄露、篡改、丢失，处理者就应当采取补救措施，同时按照规定告知被收集者和向有关主管部门报告。所谓及时，我国法律没有确定具体的时间，欧盟《一般数据保护条例》第32条规定的是72小时。

其次，及时采取补救措施并不免除处理者的侵权责任。申言之，只要个人信息泄露、篡改、丢失，给自然人造成了损害，处理者即便及时采取了补救措施，那么也只是对于采取补救措施之后基于自然人自身的原因而导致的扩大的损失不承担责任，而对于采取补救措施之前已经造成的损害，依然要承担赔偿责任。处理者如果没有及时采取补救措施或者根本就不采取补救措施，则对扩大的损害也要承担赔偿责任。

再次，处理者应当依照规定及时告知被收集者，从而促使被收集者提前采取措施避免因为个人信息泄露、篡改、丢失而遭受损害。告知的方式可以是逐一通知，也可以是采取显著的可获知的公告的方式。例如，欧盟《一般数据保护条例》第34条第1、2款规定：“若个人数据泄露可能给自然人权利和自由造成高风险，控制者应当及时向数据主体告知个人数据泄露。本条第1款所述的告知数据主体，应当至少包括本条例第33条第（3）款（b）（c）（d）项所述的信息和措施，并且用清晰易懂的语言描述个人数据泄露的性质。”至于通知的内容，通常应当包括：（1）对个人信息泄露、篡改或丢失的描述，如泄露的原因，被泄露的个人信息种类等；（2）已经采取的补救措施；（3）可能对自然人造成的危险或损害以及可以采取的预防或减少损害的措施；（4）处理者负责此次事件的人员及联系方式等。

最后，出现个人信息泄露等事件后，处理者应当向有关主管机关报告。我国没有设立专门的个人信息保护机构，而是依据不同类型的个人信息由不同的部门主管。《网络安全法》第8条第1款规定：国家网信部门负责统筹协调网络安全工作和相关监督管理工作。国务院电信主管部门、公安部门和其他有关机关依照本法和有关法律、行政法规的规定，在各自职责范围内负责网络安全保护和监督管理工作。”之所以在出现个人信息泄露等事件后，处理者要向有关主管机关报告，是因为：一方面，个人信息的泄露等事件往往是大范围的，涉及广大人民群众的人身财产安全^[8]，主管机关作为个人信息的保护监管机构，应当了解相应的情况，从而采取相应的措施。例如，对出现泄露的处理者要求整改，作出处罚，涉嫌犯罪的，移送犯罪线索给公安机关进行侦查。另一方面，通过掌握每一起个人信息泄露事件，有关个人信息保护机关也可以进一步完善相应的监管措施，包括在将来修订完善的相应的法律法规。

（撰稿人：程啸）

[1] 吴伟光.大数据技术下个人数据信息私权保护论批判.政治与法律，2016（7）.

[2] 该观点是被称为硅谷精神教父、科技商业预言家的凯文·凯利在斯坦福大学的一次讲演中提出的。凯文·凯利斯坦福演讲：现在只是分享时代的早期（2016-01-03）[2017-09-17].<http://news.cnfol.com/it/20160103/22046845.shtml>.

[3] 个人信息或个人数据的匿名化不同于“假名化”，后者是指对个人数据处理后，在没有特定信息参考（该特定信息被安全地单独保存）的情况下，不能指向特定个人。假名化数据与匿名化数据最大的不同是，前者仍然属于个人数据，仍要适用个人数据保护法。王融.数据匿名化的法律规制.中国征信，2017（3）.

[4]杨合庆.中华人民共和国网络安全法解读.北京：中国法制出版社，2017：95-96.

[5]Paul Ohm , Broken Promises of Privacy , 57 UCLA Law Review , 1701 (2010) .

[6]同①1718.

[7]北京市朝阳区人民法院（2018）京0105民初9840号民事判决书。

[8]例如，仅仅在2019年我国就发生多起涉及人数极为众多的个人信息泄露事件，如2019年7月，智能家居公司欧瑞博（Orvibo）的数据库泄露涉及超过20亿条IoT日志；2019年4月，国内多家企业的MongoDB和ElasticSearch服务器因暴露泄露5.9亿份简历；2019年2月，深网视界（AI安防）泄露250万人的脸数据。2019年国内外数据泄露事件盘点——个人信息保护刻不容缓.<http://blog.nsfocus.net/inventory-of-data-breaches-at-home-and-abroad-in-2019/>.

第一千零三十九条

国家机关、承担行政职能的法定机构及其工作人员对于履行职责过程中知悉的自然人的隐私和个人信息，应当予以保密，不得泄露或者向他人非法提供。

本条主旨

本条是对国家机关、承担行政职能的法定机构及其工作人员保护自然人的隐私和个人信息的义务的规定。

相关条文

《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的決定》第10条第2款规定：“国家机关及其工作人员对在履行职责中知悉的公民个人电子信息应当予以保密，不得泄露、篡改、毁损，不得出售或者非法向他人提供。”

《网络安全法》第44条规定：“任何个人和组织不得窃取或者以其他非法方式获取个人信息，不得非法出售或者非法向他人提供个人信息。”

《网络安全法》第45条规定：“依法负有网络安全监督管理职责的部门及其工作人员，必须对在履行职责中知悉的个人信息、隐私和商业秘密严格保密，不得泄露、出售或者非法向他人提供。”

《电子商务法》第25条规定：“有关主管部门依照法律、行政法规的规定要求电子商务经营者提供有关电子商务数据信息的，电子商务经营者应当提供。有关主管部门应当采取必要措施保护电子商务经营者提供的数据信息的安全，并对其中的个人信息、隐私和商业秘密严格保密，不得泄露、出售或者非法向他人提供。”

《社会保险法》第92条规定：“社会保险行政部门和其他有关行政部门、社会保险经办机构、社会保险费征收机构及其工作人员泄露用人单位和个人信息的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分；给用人单位或者个人造成损失的，应当承担赔偿责任。”

《国际刑事司法协助法》第17条第2款规定：“办案机关在执行请求过程中，应当维护当事人和其他相关人员的合法权益，保护个人信息。”

《国家情报法》第19条规定：“国家情报工作机构及其工作人员应当严格依法办事，不得超越职权、滥用职权，不得侵犯公民和组织的合法权益，不得利用职务便利为自己或者他人谋取私利，不得泄露国家秘密、商业秘密和个人信息。”

《居民身份证法》第6条第3款规定：“公安机关及其人民警察对因制作、发放、查验、扣押居民身份证而知悉的公民的个人信息，应当予以保密。”

《统计法》第9条规定：“统计机构和统计人员对在统计工作中知悉的国家秘密、商业秘密和个人信息，应当予以保密。”

《护照法》第12条第3款规定：“护照签发机关及其工作人员对因制作、签发护照而知悉的公民个人信息，应当予以保密。”

理解与适用

一、规范目的

所谓国家机关，包括立法机关、司法机关和行政机关。承担行政职能的法定机构是指，虽然不属于国家机关，但是实际上承担行政职能的机构，即法律法规授权具有行政职能的事业单位和社会组织。例如，依据《中共中央、国务院关于分类推进事业单位改革的指导意见》的要求，对完全承担行政职能的事业单位，可调整为相关行政机关的内设机构，确需单独设置行政机构的，要按照精简效能的原则设置。已认定为承担行政职能、但尚未调整到位的事业单位，在过渡期内继续按照现行法律法规和政策规定履行职责，使用事业编制且只减不增，人事、财务、社会保险等依照国家现行政策规定实施管理。实践中，存在不少这样的依法履行行政职能的事业单位，如有些地方以事业单位名义设立，但依法承担行政管理职能的广播电视局、新闻出版局、旅游局、房地产管理局、知识产权局等。此外，实践中还有一些并不属于国家机关，但是依法承担公共服务职能的单位，如社会保险经办机构（其提供社会保险服务，负责社会保险登记、个人权益记录、社会保险待遇支付等工作）、不动产登记中心（其具体承担不动产登记业务）等。

国家机关、承担行政职能的法定机构及其工作人员在依法履行职责的过程中，不仅要大量收集自然人的个人信息，也产生出新的个人信息，同时还会知悉很多自然人的隐私。此外，由国家机关、承担行政职能的法定机构所处理的个人信息，其准确度也非常高。如果国家机关、承担行政职能的法定机构及其工作人员不能有效保守所知悉的自然人的隐私和个人信息，将会对自然人的人格尊严、人格自由和人身财产权益的安全造成很大的危险及损害。故此，在个人信息保护立法中，有些国家或地区专门对公务机关即国家机关处理个人信息加以规范，以区别非公务机关的个人信息处理行为。例如，德国《联邦数据保护法》专门对公共机关（*Öffentliche Stellen*）的信息保护义务作出了规定，而我国台湾地区的“个人资料保护法”更是将个人资料的收集、处理及利用区分为两种类型，分两章加以规定，其中第2章规定的是“公务机关对个人资料之收集、处理及利用”，第3章规定的是“非公务机关对个人资料之收集、处理及利用”。依据该“法”第2条第7款和第8款，所谓公务机关，指依法行使公权力之中央或地方机关或行政法人。非公务机关是指上述以外之自然人、法人或其他团体。

欧盟《一般数据保护条例》并未依据公务机关与非公务机关对个人数据处理行为作出不同的规定，但是条例排除了两类情形下公共机关处理个人数据活动对该条例的适用：一是依据该条例第2条第2款之规定，主管当局以预防、调查、侦查或起诉刑事犯罪，或执行刑事处罚为目的，包括保障并预防公共安全受到威胁而进行的个人数据处理，不适用该条例，但是，依据该条例“鉴于条款”第19条，公权力机构在出于上述目的对个人数据进行处理时，应适用更加具体的欧盟法律，即欧洲议会和欧盟理事会发布的指令（EU）2016/680。成员国可以将任务委托给指令（EU）2016/680中定义的主管机构，任务如果不是为了预防、调查、侦查或起诉刑事罪行或执行刑事处罚，包括保障和防止出现对公共安全及其相关数据自由流动的威胁有必要进行个人数据处理活动，而是为了其他目的，则只要属于欧盟法所调整的范围，就应适用《一般数据保护条例》。当主管机构出于《一般数据保护条例》规定的目的而进行个人数据处理时，成员国应当能够维持或采取更加具体的规定来适用该条例的规则。二是，依据该条例“鉴于条款”第20条，当该条例适用于法院和其他司法机关的活动时，欧盟或成员国法律可以对有关法院和其他司法机关处理个人数据的操作和程序进行具体规定。为保障司法机关在履行包括作出裁判在内的司法职能时能保持司法独立，法院因履行司法职能而进行的个人数据处理活动不受监管机构监督管理，可允许各国将该种数据处理行为的合法监督授权于成员国司法系统内部的特定机构，从而确保《一般数据保护条例》得以遵守、增强司法系统内成员有关本条例承担责任的意识，并且处理有关数据处理活动的投诉。

我国目前尚无专门的个人信息保护法，无论是《民法典》还是《网络安全法》等法律，都没有按照公务机关和非公务机关对个人信息处理行为作出不同的规定，不过法律上也注意到国家机关、承担行政职能的法定机构及其工作人员应当严格履行保护自然人隐私和个人信息不被非法泄露的义务。《民法典》第1039条的规定也正是为了强化个人信息的保护而专门作出的。除了前文所列法律规定外，我国还有大量的行政法规就国家机关、承担行政职能的法定机构及其工作人员对依法履行职责中知晓自然人的隐私和个人信息予以保密的规定，如《个人所得税法实施条例》《全国经济普查条例》《征信业管理条例》《戒毒条例》《居住证暂行条例》《缺陷汽车产品召回管理条例》等。

二、政府信息公开与隐私和个人信息的保护

所谓政府信息，是指行政机关在履行行政管理职能过程中制作或者获取的，以一定形式记录、保存的信息。依据《政府信息公开条例》，行政机关公开政府信息，应当坚持以公开为常态、以不公开为例外，遵循公正、公平、合法、便民的原则。除了该条例第14~16条规定的政府信息外，政府信息应当公开。该条例第15条规定：“涉及商业秘密、个人隐私等公开会对第三方合法权益造成损害的政府信息，行政机关不得公开。但是，第三方同意公开或者行政机关认为不公开会对公共利益造成重大影响的，予以公开。”由此可见，原则上涉及个人隐私的政府信息，若公开会损害他人的合法权益，则不得公开，但是第三方同意公开或行政机关认为不公开会对公共利益造成重大影响的，即便该政府信息涉及个人隐私或个人信息，也应当公开。

这实际上就是基于公共利益的考虑而对自然人的隐私权和个人信息权益所作出的限制。此外，依据《最高人民法院关于审理政府信息公开行政案件若干问题的规定》第5条第2款的规定，因公共利益决定公开涉及商业秘密、个人隐私政府信息的，被告应当对认定公共利益以及不公开可能对公共利益造成重大影响的理由进行举证和说明。例如，在一起案件中，原告依据《政府信息公开条例》要求被告房管局公开经适房、廉租房的分配信息并公开所有享受该住房住户的审查资料信息（包括户籍、家庭人均收入和家庭人均居住面积等），被告以这些信息涉及他人隐私为由拒绝公开。一审法院支持被告的观点，认为原告要求公开的政府信息包含享受保障性住房人的户籍、家庭人均收入、家庭人均住房面积等内容，此类信息涉及公民的个人隐私，不应予以公开，判决驳回原告的诉讼请求。二审法院则认为，虽然申请人申报的户籍、家庭人均收入、家庭人均住房面积等情况属于个人隐

私，但这些信息属于申请人能否享受保障性住房的基本条件。只要申请经适房，就必须要向主管部门提供符合相应条件的个人信息，以接受审核。“当涉及公众利益的知情权和监督权与保障性住房申请人一定范围内的个人隐私相冲突时，应首先考量保障性住房的公共属性，使获得这一公共资源的公民让渡部分个人信息，既符合比例原则，又利于社会的监督和住房保障制度的良性发展。”因此，被告房管局以涉及个人隐私为由拒绝公开是违法的，二审判决被告自判决生效之日起15个工作日内对申请人的信息公开申请重新作出书面答复。^[1]

三、政府信息共享与个人信息保护

为了更好地提供公共服务，遵循便民利民原则，实现“信息多跑路，群众少跑腿”，打破信息孤岛，党中央和国务院大力推进“互联网+政务”，希望能够通过电子政务的建设，将各部门的数据连通，实现共享。《政务信息资源共享管理暂行办法》第2条规定，政务信息资源，是指政务部门（即政府部门及法律法规授权具有行政职能的事业单位和社会组织）在履行职责过程中制作或获取的，以一定形式记录、保存的文件、资料、图表和数据等各类信息资源，包括政务部门直接或者通过第三方依法采集的、依法授权管理的和因履行职责需要依托政务信息系统形成的信息资源等。依据该办法第5条，政务信息资源“以共享为原则，不共享为例外。各政务部门形成的政务信息资源原则上应予共享，涉及国家秘密和安全的，按相关法律法规执行”。“需求导向，无偿使用。因履行职责需要使用共享信息的部门（以下简称使用部门）提出明确的共享需求和信息使用用途，共享信息的产生和提供部门（以下简称提供部门）应及时响应并无偿提供共享服务。”

显然，政府信息共享时如果涉及对个人信息的共享，实际上就属于个人信息的处理者将收集的个人信息提供给他人的情形。合法的数据共享应当以合法的个人信息处理为前提。^[2]那么，政府机关共享各自收集的个人信息，是否要符合这一规定，取得被收集者的同意呢？王利明教授指出，数据共享必须取得个人信息权利人即自然人的授权，而且必须是特别授权，不允许概括授权。^[3]本书赞同这一观点，即除非法律、行政法规另有规定，否则政府机关之间共享个人信息，就是属于我国《民法典》第1038条第1款第2句规定的情形，因此，“未经自然人同意，不得向他人非法提供其个人信息，但是经过加工无法识别特定个人且不能复原的除外”。

四、国家机关、承担行政职能的法定机构及其工作人员违反个人信息

保护义务的法律责任

国家机关、承担行政职能的法定机构及其工作人员不履行法律规定的对履行职责过程中知悉的自然人的隐私和个人信息予以保密的义务，而泄露或者向他人非法提供个人信息或隐私的，应当承担法律责任。例如，《网络安全法》第72条规定：“国家机关政务网络的运营者不履行本法规定的网络安全保护义务的，由其上级机关或者有关机关责令改正；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。”第73条规定：“网信部门和有关部门违反本法第三十条规定，将在履行网络安全保护职责中获取的信息用于其他用途的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。网信部门和有关部门的工作人员玩忽职守、滥用职权、徇私舞弊，尚不构成犯罪的，依法给予处分。”再如，《社会保险法》第92条规定：“社会保险行政部门和其他有关行政部门、社会保险经办机构、社会保险费征收机构及其工作人员泄露用人单位和个人信息的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分；给用人单位或者个人造成损失的，应当承担赔偿责任。”

因此，国家机关、承担行政职能的法定机构及其工作人员泄露隐私或个人信息，给自然人造成损害的，受害人有权依法请求侵权人承担侵权责任。当然，国家机关在承担了用人者责任后，可以依据《民法典》第1191条第1款，向有故意或者重大过失的工作人员追偿。

（撰稿人：程啸）

[1]详见“杨某权诉山东省肥城市房产管理局案”，2014年9月13日最高人民法院公布全国法院政府信息公开十大案例之一。

[2]王利明.数据共享与个人信息保护.现代法学，2019（1）.

[3]王利明.数据共享与个人信息保护.现代法学，2019（1）.

中国民法典释评

ZHONGGUO MINFADIAN SHIPING

婚姻家庭编

夏吟兰 龙翼飞 曹思婕 姚 邢 郝 欣 著



 中国人民大学出版社

版权信息

书名：中国民法典释评·婚姻家庭编

作者：夏吟兰 龙翼飞 曹思婕 姚邢 赫欣

出版社：中国人民大学出版社

出版日期：2020-08-01

ISBN：9787300282381

价格：120.00元

目录

CONTENTS

代总序 民法典的时代意义

前言

第五编 婚姻家庭

第一章 一般规定

第一千零四十条

第一千零四十一条

第一千零四十二条

第一千零四十三条

第一千零四十四条

第一千零四十五条

第二章 结婚

第一千零四十六条

第一千零四十七条

第一千零四十八条

第一千零四十九条

第一千零五十条

第一千零五十一条

第一千零五十二条

第一千零五十三条

第一千零五十四条

第三章 家庭关系

第一节 夫妻关系

第一千零五十五条

第一千零五十六条

第一千零五十七条

第一千零五十八条

第一千零五十九条

第一千零六十条

第一千零六十一条

第一千零六十二条

第一千零六十三条

第一千零六十四条

第一千零六十五条

第一千零六十六条

第二节 父母子女关系和其他近亲属关系

第一千零六十七条

第一千零六十八条

第一千零六十九条

第一千零七十条

第一千零七十一条

第一千零七十二条

第一千零七十三条

第一千零七十四条

第一千零七十五条

第四章 离婚

第一千零七十六条

第一千零七十七条

第一千零七十八条

第一千零七十九条

第一千零八十条

第一千零八十一条

第一千零八十二条

第一千零八十三条

第一千零八十四条

第一千零八十五条

第一千零八十六条

第一千零八十七条

第一千零八十八条

第一千零八十九条

第一千零九十条

第一千零九十一条

第一千零九十二条

第五章 收养

第一节 收养关系的成立

第一千零九十三条

第一千零九十四条

第一千零九十五条

第一千零九十六条

第一千零九十七条

第一千零九十八条

第一千零九十九条

第一千一百条

第一千一百零一条

第一千一百零二条
第一千一百零三条
第一千一百零四条
第一千一百零五条
第一千一百零六条
第一千一百零七条
第一千一百零八条
第一千一百零九条
第一千一百一十条

第二节 收养的效力

第一千一百一十一条
第一千一百一十二条
第一千一百一十三条

第三节 收养关系的解除

第一千一百一十四条
第一千一百一十五条
第一千一百一十六条
第一千一百一十七条
第一千一百一十八条

[参考文献](#)
[返回总目录](#)

代总序 民法典的时代意义



民法典是新中国成立以来第一部以“法典”命名的法律，也是第一部直接以“民”命名的法典。以“法典”命名，表明凡是纳入民法典的规则，都具有基础性、典范性的特点；以“民”命名，说明民法典把人民愿望置于首位，充分反映人民的利益诉求。民法典的立法宗旨和目的就是充分反映人民群众的意愿，保障私权，维护广大人民群众的利益。

习近平总书记指出，“民法典在中国特色社会主义法律体系中具有重要地位，是一部固根本、稳预期、利长远的基础性法律”。如何理解习近平总书记所说的“基础性法律”？我认为可以从两个方面理解：一是在整个社会主义法律体系中，民法典是一部基础性法律。所谓“典”，就是典范、典籍的意思，在整个社会主义法律体系中，民法典是宪法之下的基础性法律。法律分为公法与私法两部分，它们分别确认公权与私权。现代法治的核心是规范公权、保障私权。一般认为，保障私权是由民法典等民事法律实现的，而规范公权是由公法承担的，但实际上，民法典通过确认和保护私权，也起到了规范公权的作用，其他法律、行政法规以及单行法等，都应当与民法典保持一致。同时，行政执法、司法也都要以民法典为基本遵循。二是在民事领域，民法典是基础性法律，换言之，民法典是私法的基本法。民事关系纷繁复杂，它不仅依靠民法典调整，还需要大量的民事单行法，而在所有调整民事主体财产和人身关系的法律中，民法典居于基础性地位，民法典也被称为私法基本法。

（一）推进民事立法的体系化

我国民法典的颁布有力地促进了民事立法的体系化。一方面，迄今为止，我国已经颁布了多部民商事法律，在民法典之外，还存在大量的单行法，如公司法、保险法、破产法等。民法典的颁布，使各个民商事单行法在民法典的统帅下，构成一个完整的、系统化的整体。民法典和民事单行法之间的关系，就像树根、主干与枝叶之间的关系，民法典是树根和主干，而民事单行法是枝叶，民事单行法必须以民法典为基础和根据。民法典的颁布有效沟通了民法典和单行法，这有利于消除民法典与单行法之间的冲突和矛盾。另一方面，就内部体系而言，民法典按照“总—分”结构，形成由总则、物权、合同等构成的完整体系，各分编也在一定的价值和原则指引下形成了由概念、规则、制度构成的具有内在一致性的整体，实现了形式的一致性、内容的完备性以及逻辑自足性。民法典共分七编，即总则编、物权编、合同编、人格权编、婚姻家庭编、继承编、侵权责任编，它们都以对民事权利的确认和保护而形成一個体系化的整体。总则是对民事权利的一般规则作出的规定，各分编则是分别对物权、合同债权、人格权、婚姻家庭中的权利、继承权以及对各项权利的侵权责任制度所组成的规则体系。

民法典有助于制度的科学化，为良法善治奠定基础。在我国，由于长期没有民法典，许多调整民事关系的重要规则不能通过民事法律的方式表现出来，从而留下了法律调整的空白。这些法律空白一般是通过国务院各部委的规章及地方政府颁布的地方性规章予以填补的，而一些规章难免出现不当限制公民私权，或者变相扩张行政权的问题。民法典颁布后，其作为上位法，可以有效指导行政法规等制度，避免民法规范与行政法规、地方法规等的矛盾冲突，防止政出多门，保障交易主体的稳定预期，维持市场经济的正常运行。

（二）有效提升国家治理体系和治理能力的现代化

国家治理体系和治理能力现代化的主要特征是实现法治，即全面依法治国。如前述，现代法治的核心在于规范公权、保障私权。一方面，民法典构建了完备的民事权利体系，确立了完善的民事权利保护规则，鼓励个人积极维护自身权利，这不仅保障了私权，也有利于规范公权。民法典的各项规则也明确了各级政府依法行政的边界，就是说，国家机关要把民法典作为行政决策、行政管理、行政监督的重要标尺，不得违背法律法规随意作出减损自然人、法人和非法人组织合法权益或增加其义务的决定，这必将有力推动政府治理能力。另一方面，作为市民社会的一般私

法以及百科全书，民法典通过合理的架构为民事活动提供各种基本准则，为交易活动确立基本的规则依据，为各种民事纠纷的预防和解决提供基本的遵循。民法典进一步强化私法自治，充分鼓励交易，维护交易安全。合同编从合同的订立到履行都强调了增进合同自由和私法自治这一宗旨，将有力调动市场主体从事交易的积极性。此外，民法典还有效地处理了个人与个人、个人与社会、个人与国家的关系，在对个人的保护中，同时强调对公共利益的维护，以实现个人和社会之间关系的平衡，这必将推动社会共建共治共享，促进社会和谐有序。

（三）完善社会主义市场经济法律体系

社会主义市场经济本质上是法治经济。各项民法制度根植于市场经济的土壤，其也反作用于市场经济，是市场经济有序发展的重要制度保障。我国《民法典》总则编所规定的诚实信用、公平原则等，确立了市场主体活动的基本原则，为诚信经济的建立提供了法律保障；总则编中的民事主体就涵盖了市场主体，民事法律行为制度、代理制度为市场主体从事交易活动提供了极大的便利；民法典的物权制度、合同制度是市场经济最基本的规则，是支撑市场经济最重要的两根法律支柱；民法典的担保制度也为融通资金、繁荣经济、保障债权提供了有力的制度保障。编纂民法典不仅完善了市场经济基本的法律制度，而且有利于营造良好的营商环境，并充分调动民事主体的积极性和创造性，维护市场秩序和交易安全。^[1]

（四）为实现人民群众美好幸福生活提供保障

民法典的要义是为民立法，以民为本。“人民的福祉是最高法律”。编纂民法典，就是顺应保障人民群众合法权益的需求，形成更加完备、更加切实的民事权利体系，完善权利保护和救济规则，形成较为有效的权利保护机制，使人民群众有更多、更直接、更实在的获得感、幸福感和安全感。我国《民法典》充分保障人民群众美好幸福生活，主要表现在以下几方面。

一是通过人格权编充分保障个人人格尊严。进入新时代，我国已经成为世界第二大经济体，人民物质生活条件得到了极大改善，不久即将全面建成小康社会。在基本温饱得到解决之后，人民群众就会有更高水平的精神生活追求，并希望过上更有尊严、更体面的生活。正因如此，“保护人格权、维护人格尊严，是我国法治建设的重要任务”^[2]，例如，针对发送垃圾短信、垃圾邮件侵扰个人私人生活安宁的行为，《民法典》人格权编专门在隐

私权部分规定了此种侵害隐私权的行为类型，并第一次规定了私人生活安宁权，明确将个人私人生活安宁规定在隐私权之中，禁止非法进入、拍摄、窥视他人的住宅、宾馆房间等私密空间，禁止非法拍摄、窥视、窃听、公开他人的私密活动，禁止非法拍摄、窥视他人身体的私密部位（第1033条）。这有利于保障社会生活的安定有序。

二是民法典通过各项制度安排充分保障人民群众的物质生活需求。例如，《民法典》之物权编新增的居住权制度，对于解决“住有所居”问题、保障个人的居住利益具有重要意义。再如，《民法典》合同编之典型合同完善了租赁合同的规则，完善了优先购买权规则，新增优先承租权规则（第734条）。这对于稳定租赁关系、规范租赁市场秩序、保障承租人的居住利益具有重要意义。又如，合同编之典型合同部分还完善了运输合同的规则，这对于保障个人出行安全、维护运输秩序具有重要意义。

三是民法典通过各项民事责任制度充分保障人民的合法权益。民法典通过各项规则，守护老百姓“舌尖上的安全”“车轮上的安全”“头顶上的安全”等财产和人身安全。例如，《民法典》侵权责任编在产品责任部分规定了惩罚性赔偿规则（第1207条），这必将有力遏制生产、销售不合格食品的行为，有利于保证人们“舌尖上的安全”；侵权责任编还重点完善了高楼抛物致人损害的责任（第1254条），这有利于充分保障人们“头顶上的安全”。

（五）有利于实现依法行政、公正司法

民法典具有基础性和典范性的特点，是公民权利保护的宣言书，是民事主体的行为准则、依法行政的基本依循，也是法院裁判民事案件的基本遵循。民法典对于依法行政、公正司法的作用还表现在：一是资讯集中，方便找法。实践中之所以出现“同案不同判、同法不同解”现象，重要的原因就在于，法官选择法条和裁判依据存在差别。而法典化的一个重要优势在于“资讯集中”。正所谓“法典在手，找法不愁”，执法者、法官只要有一部民法典在手，并通过领悟其规则和精神，就可以找到民事裁判的主要依据。二是统一裁判依据。民法典是基础性法律，是行政执法者、法官适用法律的基本遵循，因此，处理民事纠纷，首先要从民法典中找法。在我国，长期以来，有些新法颁布以后，因为没有废止旧法，且没有指明新法修改了哪些旧有的规定，所以就产生了新法与旧法同时适用的现象，造成了规则的不统一。《民法典》的颁布将从根本上改变这一现象。《民法典》的颁行可以保证法官裁判依据的统一性，而正是因为法律适用具有一致性，法

官的自由裁量权将在规范的约束下进行，这就可以保障法官平等地、统一地对不同案件作出判决，保障“类似情况类似处理”，从而实现判决结果的可预测性，实现法的安定性。三是提升执法和司法人员的能力。民法典是法律工作者今后研究、处理涉及民事纠纷的基本依据，也是执法、司法的基本平台，民事纠纷的解决都应当在该平台中研讨。在民事领域考验我们的执法能力，很大程度上就是衡量我们准确把握、理解和运用民法典的能力。《民法典》颁布后，如果执法和司法人员都能够真正学懂、弄通民法典的规则，就可以基本把握处理和裁判民事纠纷的基本规则，并能够按照体系化的思维方式处理民事纠纷。

注释：

[1]王晨. 关于《中华人民共和国民法典（草案）》的说明：二〇二〇年五月二十二日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上.人民日报，2020-05-23（6）.

[2]民法典分编草案首次提请审议：分编草案共六编总计千余条.人民日报，2018-08-28（6）.

前言

2020年5月28日，《中华人民共和国民法典》在中华人民共和国第十三届全国人民代表大会第三次会议上获得通过并正式颁布。该法典的问世标志着中国特色社会主义法治建设进入了崭新的法典化时代。《中国民法典释评·婚姻家庭编》一书是对《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编做出的细致而深入的条文解读。本书对《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编的立法理念、立法宗旨、立法精神和相关法律制度的历史发展、具体内容以及司法适用问题进行全面而深入的阐释。本书是一部集学术研究和司法适用于一体的婚姻家庭法学专著。

本书由夏吟兰、龙翼飞、曹思婕、姚邢、赫欣五位作者共同撰写、协力完成。夏吟兰是中国政法大学教授、博士研究生导师，兼任中国法学会婚姻家庭法学研究会会长、中国婚姻家庭研究会副会长、中国法学会常务理事、中国妇女研究会常务理事。龙翼飞是中国人民大学教授、博士研究生导师，兼任中国法学会婚姻家庭法学研究会常务副会长、中国人民大学法学院学术委员会副主席、中国人民大学律师学院理事长，曾为中共中央政治局和全国人大常委会做法制讲座。曹思婕博士是中国人民大学博士后研究人员、讲师，兼任中国法学会婚姻家庭法学研究会理事。姚邢和赫欣是中国人民大学法学院博士研究生。本书作者均在民商法学特别是婚姻家庭法学领域兼具较深的学术造诣和较丰富的司法实务经验。本书的作者长期参与了《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编的立法研究活动，并为该编的立法完善提出了相应的立法建议。

本书严格遵循《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编的体例和顺序对相关条文逐一进行解读。每一法条的阐释内容均包含条文主旨、相关条文和理解与适用。本书不仅揭示了《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编蕴含的核心法理思想，也较全面地展现了条文的具体法理精神；不仅追溯了新中国婚姻家庭法律制度的历史发展进程，也凸显了现行婚姻家庭法律制度的立法发展意义；不仅对我国婚姻家庭法律制度进行了深入剖析，也结合国外相关法律制度进行了对比分析。本

书综合运用历史分析方法、比较分析方法、法社会学方法、法哲学方法、实证分析方法、价值分析方法、交叉学科研究方法等多种研究方法，对《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编的条文含义做出专业、精准的释评。本书的特点在于：在大民法理论框架下彰显婚姻家庭编的独特视角，吸收家事司法审判实践的宝贵经验，做出了较全面的法律解释。其中，在法条解读部分，本书立足于条文本身，揭示出条文的立法目的、现实意义、争论焦点、制定过程等，补苴罅漏，意义重大。在比较法分析部分，作者系统介绍了大陆法系和英美法系典型国家的相关法律制度，使读者在法律条文的异同中感受不同法律文化的差异与融合，并通过借鉴域外相关法律制度推动当代中国婚姻家庭法律制度的发展与完善。

本书成稿于《中华人民共和国民法典》颁布之际。如果本书的内容能够对广大读者准确理解和正确适用《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编的相关法律制度有所帮助，那么这正是作者编写此书的初衷。希望广大读者对本书内容提出宝贵意见！本书的作者期待有更多的研究《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编的学术著述问世，推动婚姻家庭法学研究事业的不断发展。

第五编 婚姻家庭

第一章 一般规定

本章主要是根据《中华人民共和国婚姻法》（以下简称《婚姻法》）第一章相关条文以及《中华人民共和国收养法》（以下简称《收养法》）部分条文修改而成。主要包括以下内容：《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）婚姻家庭编的调整对象、婚姻家庭编的基本原则、与婚姻家庭编基本原则有关的禁止性规定、总体反映婚姻家庭编法律原则的倡导性规定、收养的基本原则以及亲属、近亲属和家庭成员的界定。

与《婚姻法》及其司法解释以及《收养法》相比，本章主要修改了以下内容：第一，明确本编的调整对象为因婚姻家庭产生的民事关系。第二，增加“婚姻家庭受国家保护”作为本编的基本原则内容，并将“保护妇女、儿童和老人的合法权益”修改为“保护妇女、未成年人、老年人、残疾人的合法权益”。与此同时，为了适应我国人口形势新变化，不再保留“计划生育”相关内容。第三，为了更好地弘扬家庭美德，体现社会主义核心价值观，增加“树立优良家风，弘扬家庭美德，重视家庭文明建设”的规定。在“夫妻应当互相忠实，互相尊重”的基础上增加“互相关爱”。第四，收养的基本原则部分，将收养“有利于被收养的未成年人的抚养、成长”改为“遵循最有利于被收养人的原则”。为了与《民法典》婚姻家庭编关于保护未成年人的规定协调一致，将禁止“借收养名义买卖儿童”改为“禁止借收养名义买卖未成年人”。第五，增加亲属、近亲属和家庭成员的定義性条款，明确《民法典》婚姻家庭编规定的主体范围。

第一千零四十条

本编调整因婚姻家庭产生的民事关系。

本条主旨

本条是关于《民法典》婚姻家庭编调整对象的规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第一条的基础上修改而成，该条规定为：“本法是婚姻家庭关系的基本准则。”本条的修改主要体现了《民法典》婚姻家庭编立法体系的协调，即《民法典》婚姻家庭编与《民法典》其他各编之间在规范层面的高度衔接与有机统一，确保“编纂一部适应中国特色社会主义发展要求，符合我国国情和实际，体例科学、结构严谨、规范合理、内容协调一致的法典”^[1]。因此，《民法典》除总则编外的各编在第一章“一般规定”的第一条，均规定了本编的调整对象。如物权编第二百零五条规定：“本编调整因物的归属和利用产生的民事关系。”合同编第四百六十三条规定：“本编调整因合同产生的民事关系。”人格权编第九百八十九条规定：“本编调整因人格权的享有和保护产生的民事关系。”继承编第一千一百一十九条规定：“本编调整因继承产生的民事关系。”侵权责任编第一千一百六十四条规定：“本编调整因侵害民事权益产生的民事关系。”与之相对应，婚姻家庭编第一千零四十条规定：“本编调整因婚姻家庭产生的民事关系。”

何谓婚姻？何谓家庭？《民法典》婚姻家庭编并未做出相应的规定。“婚姻是人与人之间情感与生理的结合。家庭是私人相处的共同生活单位，它构成了人类社会的基本组成单位。由此产生的婚姻家庭关系不是一般的财产法律关系，也不是一般意义上的身份关系，而是一种集情感、道德、伦理、精神及法律效力于一体的社会关系。”^[2]有学者主张，应当参考《民法典》物权编的立法模式，在《民法典》婚姻家庭编中规定关于婚姻与家庭的准确性、本质性的法律表达。学者建议，应当在本条增设第二款和第三款，分别规定“婚姻”和“家庭”的概念，如：“本法所称的婚姻，是指男女双方依法缔结的配偶关系。”此项立法建议的理由在于，按照当代中国社会主流的婚姻观，婚姻关系应当在男女两性之间依法缔结，增设“婚姻”的概念能够将婚姻关系限定在男女两性之间。又如：“本法所称的家庭，是指配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属成立的亲属关系。”此项立法建议的理由在于，本章第一千零四十五条已经指出：“配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属为家庭成员。”既然家庭成员的范围包括上述的近亲属，那么，就能够合乎逻辑地推论出家庭关系的范围。增设“家庭”的概念能够统筹《民法典》中的家庭关系^[3]。值得注意的

是，自然人因婚姻家庭关系而产生的民事权利不仅受《民法典》婚姻家庭编的保护，也体现在其他民事法律规范之中。纵观《民法典》，在总则编“民事权利”一章中，第一百一十二条规定：“自然人因婚姻家庭关系等产生的人身权利受法律保护。”在人格权编“一般规定”一章中，第一千零一条规定了自然人因婚姻家庭关系产生的身份权利的法律适用问题，“对自然人因婚姻家庭关系等产生的身份权利的保护，适用本法第一编、第五编和其他法律的相关规定；没有规定的，可以根据其性质参照适用本编人格权保护的有关规定”。

理解与适用

一、历史沿革

在婚姻家庭编的编纂过程中，完善我国婚姻法的基本架构及逻辑体例，首先是修改了婚姻法的名称，为婚姻家庭法正名。从法律名称及篇章结构来看，家庭关系在我国2001年修订的《婚姻法》中未受到应有的重视。由于历史的原因，长期以来，我国婚姻家庭立法重视婚姻关系的调整，而轻视家庭关系的调整。这是因为，在以革命根据地婚姻立法为蓝本而制定的1950年《婚姻法》中，其立法目的是要“把男男女女尤其是妇女从旧婚姻制度这条锁链下也解放出来，并建立一个崭新的合乎新社会发展的婚姻制度”。在1950年《婚姻法》的27个法条中，仅有4条涉及亲子关系，且对其他家庭成员及其他亲属关系未做任何规定。1980年《婚姻法》、2001年修订的《婚姻法》涉及亲属制度、家庭关系的部分也失之简单。2001年修订的《婚姻法》共51条，完全涉及亲子关系或其他家庭成员关系的只有13条。实际上，在1980年制定《婚姻法》、2001年修订《婚姻法》之时，均有专家提出，法律的名称应当与法律调整的范围相一致，应将婚姻法改为婚姻家庭法或亲属法。但是，当时的立法机关认为，法律的修订应当保持与被修订法律的延续性，婚姻法的名称已被广大群众所认可、熟知，修订法律改变名称会引起不必要的疑虑，故此我国一直沿用的是婚姻法。

当今世界各国，涉及婚姻家庭法的名称主要有四种：婚姻法、家庭法、婚姻家庭法和亲属法。一般而言，调整婚姻关系的法律称为婚姻法，调整家庭关系的法律称为家庭法，既调整婚姻关系又调整家庭关系的法律称为婚姻家庭法或亲属法。

由于历史传统及立法技术的原因，我国一直沿用婚姻法的法律名称，而我国婚姻法中既有调整婚姻关系的规范，又有调整家庭关系的规范，以婚姻法命名是不足以概括其全部内容的。法律的名称是由其调整对象的范围所确定的，法律的名称应当与其调整对象的范围相一

致[4]。《民法典》婚姻家庭编的名称，使法律名称与调整对象相符，使概念的内涵与外延一致，从而实现了定名上的科学性和准确性。与此同时，《民法总则》关于我国民法调整范围的表述提升了《民法典》婚姻家庭编的立法地位[5]。我国民法的调整功能和定位清晰地反映在《民法总则》关于我国民法调整范围的规定之中。我国《民法总则》第二条规定的民法调整范围与我国《民法通则》第二条规定相比较，其创新之处在于将人身关系置于财产关系之前，鲜明地表达了我国《宪法》关于保障公民人权的理念。自然人因婚姻家庭而产生的人身关系是民法所调整的人身关系中最具基础性的部分之一，同时又是婚姻家庭成员财产关系发生的前提和基础。重新审视《民法典》婚姻家庭编应规定的人身关系和财产关系，应当成为我国研究《民法典》婚姻家庭编具体制度规则顶层设计的首要任务。因此，《民法典》婚姻家庭编第一千零四十条规定“本编调整因婚姻家庭产生的民事关系”，在立法价值上体现了保护婚姻家庭关系、维护婚姻家庭的和谐与稳定。

二、婚姻家庭编调整对象的范围

《民法典》婚姻家庭编第一千零四十条规定了本编的调整对象为因婚姻家庭产生的民事关系即婚姻家庭关系。“婚姻家庭关系，是以两性结合和血缘联系为其自然条件的社会关系。它依存于一定的社会结构，具有一定的社会内容。”[6]

从调整对象的范围来看，《民法典》婚姻家庭编既调整婚姻关系，又调整家庭关系。婚姻关系因结婚而成立，又因一方死亡或离婚而终止。这也意味着其包含了婚姻关系的发生、变更和终止的动态运行的全过程。因此，关于结婚的条件和程序，夫妻间的权利和义务，离婚的处理规则、条件、程序，离婚后有关子女抚养、财产分割和生活困难的经济帮助等问题，都属于《民法典》婚姻家庭编的调整范围。家庭关系因结婚、子女的出生、法律拟制等原因而发生，又基于离婚、家庭成员死亡、拟制血亲关系的解除等原因而消灭。因此，关于确认家庭成员之间的亲属身份，规定家庭成员之间的权利义务及其产生、变更和终止等方面的事项，也都属于《民法典》婚姻家庭编的调整范围。婚姻关系和家庭关系既有联系又有区别，它们一经法律调整，便在具有主体身份的自然人之间产生相应的权利义务关系，《民法典》婚姻家庭编正是通过对婚姻家庭关系的规定来实现其调整作用的。

三、婚姻家庭编调整对象的性质

从调整对象的性质来看，《民法典》婚姻家庭编所调整的既有婚

姻家庭方面的人身关系，又有婚姻家庭方面的财产关系，其中，人身关系占主导地位。原因在于，婚姻家庭中的财产关系是基于一定的人身关系而产生的，居于从属依附地位。因此，《民法典》婚姻家庭编在性质上应被认定为身份法而非财产法，它所调整的对象是基于婚姻家庭而产生的人身关系以及与此相关联的财产关系。

婚姻家庭中的人身关系，是存在于具有特定身份的主体之间的社会关系。无论是婚姻关系还是家庭关系，都不是基于经济上的目的而确立的。婚姻家庭关系的主体依法所享有的权利和依法履行的义务都是由他们特定的身份所决定的。针对特定的身份，《民法典》婚姻家庭编不仅对其形成、变更、消灭做出相应的确认性规范，而且对这种被确认的身份设定相应的权利和义务，从而对这种基于自然的、伦理的身份关系加以调整和约束，使其具有严格的法律属性。

婚姻家庭中的财产关系，是以人身关系为前提，直接体现一定的经济内容或者以一定的财产为媒介所形成的社会关系^[7]。它随人身关系的产生而产生，随人身关系的变更而变更，随人身关系的消灭而消灭。例如，夫妻共同财产关系、亲属间的扶养关系、家庭成员间的共同财产关系，都反映了不同亲属间的经济利益，却又与主体的特定亲属身份不可分割^[8]。

基于上述分析，从调整对象的性质出发，《民法典》婚姻家庭编的调整对象可表述为“夫妻之间、家庭成员之间及其他近亲属之间的人身关系和财产关系”^[9]。第一，并非所有的亲属关系都是《民法典》婚姻家庭编的调整对象。《民法典》婚姻家庭编只调整一定范围内的亲属关系。第二，《民法典》婚姻家庭编调整的亲属关系是特定亲属间的人身关系和在此基础上形成的财产关系。

四、关于非婚同居关系的法律调整

自1980年《婚姻法》颁行以来，我国婚姻家庭法的调整对象^[10]被明确界定为婚姻家庭关系，从未将非婚同居关系纳入婚姻家庭法的调整对象范围中。对于“没有配偶的男女，未进行结婚登记，以夫妻关系同居生活，群众也认为是夫妻关系”的事实婚姻，最高人民法院的司法解释经过了从有条件地承认到不承认再到补正承认的过程^[11]。以1994年2月1日为界限，在此之前，我国有关《婚姻法》的司法解释多次做出“从实际出发，实事求是，区别对待”的规定，有条件地承认事实婚姻。譬如，1953年《中央法制委员会、内务部有关婚姻问题对广州市人民政府的若干解答》^[12]、1979年《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律的意见》^[13]、1989年《最高人民法院关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》

[14]等司法解释是在肯定事实婚姻违法性的前提下，承认符合结婚实质要件的同居关系是事实婚姻，受法律保护。然而，1994年2月1日之后则采取形式要件的严格主义[15]，未办理结婚登记手续，一律不承认其法律效力。1994年4月4日《最高人民法院关于适用新的〈婚姻登记管理条例〉的通知》[16]中规定：“自1994年2月1日起，没有配偶的男女，未经结婚登记即以夫妻名义同居生活的，其婚姻关系无效，不受法律保护。”这就意味着，只要未办理结婚登记手续而以夫妻名义同居生活的，不论其是否符合结婚的实质要件，均不受法律保护。2001年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》对于未按规定办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的男女，起诉到人民法院要求离婚的，规定：“1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以后，男女双方符合结婚实质要件的，人民法院应当告知其在案件受理前补办结婚登记；未补办结婚登记的，按解除同居关系处理。”对于未进行结婚登记，以夫妻名义同居生活者采取效力待定之态度，“男女双方根据婚姻法第八条规定补办结婚登记的，婚姻关系的效力从双方均符合婚姻法所规定的结婚的实质要件时起算”。2003年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》对此做了进一步规定：“当事人起诉请求解除同居关系的，人民法院不予受理。但当事人请求解除的同居关系，属于婚姻法第三条、第三十二条、第四十六条规定的‘有配偶者与他人同居’的，人民法院应当受理并依法予以解除。当事人因同居期间财产分割或者子女抚养纠纷提起诉讼的，人民法院应当受理。”由此可知，此阶段对于非婚同居关系的定性从非法同居关系过渡到了中立的同居关系，且允许补办结婚登记。没有补办结婚登记的，则属于非婚同居关系。

关于《民法典》婚姻家庭编是否应当将无配偶者的非婚同居关系纳入法律调整的范围，一直存在争议。一种观点认为，法律应当回应社会现实对立法的需求。改革开放以来，特别是近十年来，无配偶者的非婚同居数量增加，涉及面广，而且有不断扩大的态势，不仅年轻人的婚前同居行为被社会所认可，无配偶的中老年人的非婚同居生活也逐渐成为部分社会成员的一种生活模式。积极回应社会现实，满足婚姻家庭生活日益多样化、复杂化的客观需求，扩大对当事人婚姻家庭权利保护的範圍，增强对婚姻家庭保护的力度，这些都是婚姻家庭法律规范现代化的标志。因此，有学者提出，《民法典》婚姻家庭编应当回应社会需求，对民间普遍存在的不违背一夫一妻制度的非婚同居关系进行规范。此项立法建议的理由在于：第一，在人口老龄化时代，丧偶或离异的老年人非婚同居，有益于他们身心健康、安度晚年，法律对此不应予以禁止，只需在承认此种法律关系的基础上，对其予以适度规范；第二，民法典应更多地体现社会成员之间的友善价

价值观和人文关怀^[17]。另一种观点则认为，应当坚持法律的严肃性，公民应当对法律有信仰并自觉遵守法律。如果不遵守法律就应当自行承担法律后果。既然法律明确规定了结婚的实质要件与形式要件，且已实施了60多年，《民法典》婚姻家庭编就不应当再承认事实婚姻，不应将无配偶者的非婚同居关系纳入法律的调整范围予以保护。不过，大多数学者还是认为非婚同居是一种新型的家庭形态，多元性、开放性、宽容性的家庭法应尊重人们选择生活方式的自由，应当将无配偶者的非婚同居关系纳入婚姻家庭法调整的范围^[18]。将无配偶者的非婚同居关系纳入法律规制范围，并不意味着鼓励同居关系，而是意图通过法律的指引，保护同居期间双方的子女以及无过错一方的合法权益^[19]。

对于非婚同居的界定，学界主要有以下几种观点：第一种，非婚同居作为与婚内同居相对的概念，泛指一切非合法婚姻关系的双方共同居住、共同生活的事实状态^[20]。第二种，非婚同居是双方当事人不具备结婚形式要件的较稳定的长期的共同生活方式^[21]。以上两种观点持的是开放的态度，对当事人不做任何限制，从而使非婚同居的外延宽泛，既包括同性同居关系，又包括异性同居关系。第三种，非婚同居是指均无配偶的当事人双方持续共同生活达到一定期间^[22]。该观点要求当事人均无配偶，相当于将非法同居排除在非婚同居之外。第四种，非婚同居是无婚姻法律障碍的双方基于合意而建立的以共同生活为目的的生活模式^[23]。第四种观点是在第三种观点的基础上排斥了同性同居，进一步缩小了非婚同居的外延。

目前，世界各国对于非婚同居法律规制的立法例主要有三种：一是在亲属法或婚姻家庭法中另列条款做出规定；二是颁布单行法规，以专项立法规制；三是通过司法判例承认当事人之间形成的书面或默示的非婚同居协议。对于非婚同居的立法模式，我国学者有不同的观点。有学者提出应当将无配偶者的非婚同居区分为有婚意的非婚同居和无婚意的非婚同居，并规定不同的法定条件及规制模式。有婚意的非婚同居的双方当事人具有结婚的合意，并在长期共同生活的基础上形成配偶的身份事实和生活秩序，在内容和外观上与有合法婚姻关系的双方当事人相似。应当基于尊重当事人的合意，尽量推动有婚意的非婚同居向合法婚姻关系转化，使当事人获得与婚姻中配偶相同的规范保护。无婚意的非婚同居是双方当事人为了规避婚姻后果或基于其他原因所做的主动选择，国家应将其作为事实同居关系，并通过立法设定事实同居关系的构成要件予以规制并对弱者进行保护^[24]。考虑到立法的现实性与可行性，立足于我国社会现实和法律状况，《民法典》婚姻家庭编在立法时并没有对非婚同居关系做原则性规定。有学者建议对非婚同居关系采取契约保护模式，为将来制定相关的单行法

律法规保留空间^[25]。

典型案例

同居期间债务在同居关系解除后应如何分担——王某诉张某同居析产纠纷案^[26]

【基本案情】

原告王某与被告张某于2001年起以夫妻名义同居生活，无子女。2002年1月24日，被告张某以个人名义用3万元的价格购得一套本市某区某街某小区的住宅。原、被告为购置该房屋在耿某处借款13 000.00元，上述借款已由原、被告偿还完毕。另查，原、被告在耿某处借款2 000.00元、在赵某处借款8 000.00元用于同居生活。

【裁判结果】

辽宁省辽阳市弓长岭区人民法院经审理认为，同居关系是指男女双方未经结婚登记而具有的较稳定的长期共同生活关系。原、被告未办理结婚登记而以夫妻名义同居生活，同居期间双方共同所得的收入和购置的财产，按一般共有财产处理；解除同居关系时，同居期间为共同生产、生活而形成的债权、债务，可按共同债权、债务处理。

依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第一条第二款，《最高人民法院关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》第十条、第十一条之规定，判决如下：

（1）坐落于本市某区某街某小区的住宅归被告张某所有，被告张某于本判决生效后十五日内给付原告王某所占房屋份额折价款51 069.20元；

（2）原、被告同居期间的债务10 000.00元（赵某8 000.00元、耿某2 000.00元），原、被告各负担5 000.00元，双方互负连带清偿责任；

（3）驳回原告其他诉讼请求。

案件受理费300.00元、评估费6 000.00元，由原告、被告各负担3 150.00元。

【典型意义】

近年来，涉及解除同居关系以及分割财产的案件日趋复杂，在日常生活情况下，同居关系与婚姻关系的生活内容已经接近。然而，在起诉同居析产的情况下，同居关系当事人的财产纠纷处理却与婚姻关系当事人的财产纠纷处理有着较大的区别。经过结婚登记的夫妻在婚姻关系存续期间，一方或双方所得的财产，除《婚姻法》第十八条列举的财产以外，均为夫妻共有财产，夫或妻对共有财产享有平等的处分权。而同居关系当事人之间的析产则是以财产取得方式确定产权的，共同财产未经共有人同意不得处分。人民法院审理解除同居关系涉及的财产纠纷案件，对维护社会关系的稳定具有一定的积极作用。

第一千零四十一条

婚姻家庭受国家保护。

实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度。

保护妇女、未成年人、老年人、残疾人的合法权益。

本条主旨

本条是关于《民法典》婚姻家庭编基本原则的规定。

相关条文

本条规定了《民法典》婚姻家庭编的五项基本原则，即：婚姻家庭受国家保护原则、婚姻自由原则、一夫一妻原则、男女平等原则及保护妇女、未成年人、老年人、残疾人的合法权益原则。本条是在《民法通则》第一百零四条和《婚姻法》第二条的基础上修改而成，《民法通则》第一百零四条规定：“婚姻、家庭、老人、母亲和儿童受法律保护。残疾人的合法权益受法律保护。”《婚姻法》第二条规定：“实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度。保护妇女、儿童和老人的合法权益。实行计划生育。”本条的修改主要有以下三点：

第一点是《民法典》婚姻家庭编在《民法通则》第一百零四条关于“婚姻、家庭……受法律保护”的基础上，将“婚姻家庭受国家保护”纳入本编的基本原则。《民法典》婚姻家庭编既保护婚姻关系，也保护家庭关系。

第二点是将“保护妇女、儿童和老人的合法权益”修改为“保护妇女、未成年人、老年人、残疾人的合法权益”。根据《民法典》总则编第十七条，未成年人为“不满十八周岁的自然人”。《民法典》总则编对自然人的年龄界分，沿袭的是《民法通则》的规定，采用二分法，以十八周岁作为标准，确定成年人和未成年人的界限。与此同时，《民法典》总则编第一百二十八条对妇女、未成年人和老年人等弱势群体民事权利保护做出特别衔接性规定：法律对未成年人、老年人、残疾人、妇女等的民事权利保护有特别规定的，依照其规定。这就把这些民事权利保护的特别法纳入民法领域，成为民法的特别法。由于国家立法机关已制定了《未成年人保护法》、《妇女权益保障法》、《老年人权益保障法》和《残疾人保障法》，这些法律的核心问题都是针对某一类弱势群体的权利保护，《民法典》总则编通过规定民法特别法条款，整合民事普通法和民事特别法的关系，实现民法体系的一体化，而不是将民法特别法游离于《民法典》之外，割裂民法的体系^[27]。《未成年人保护法》也将未成年人界定为“未满十八周岁的公民”，《老年人权益保障法》将老年人界定为“六十周岁以上的公民”。基于上述法律规定，《民法典》婚姻家庭编在本条将《婚姻法》中的“儿童”修改为“未成年人”，将“老人”修改为“老年人”，与《民法典》总则编和其他各编在规范层面做到有机协同，确保《民法典》编纂的体系化、科学化、统一化与严谨化^[28]。

第三点是不再保留计划生育的有关内容。我国第一部《婚姻法》制定于1950年，当时的国家还处于百废待兴阶段，人口政策不在议事日程之中。鉴于当时的国情，婚姻立法中自然不涉及计划生育政策。至20世纪70年代，随着我国计划生育政策的推行，1980年《婚姻法》在总则部分增设了“实行计划生育”这一规定，将“实行计划生育”确立为《婚姻法》的基本原则之一。为落实这一基本原则，1980年《婚姻法》修改了关于法定婚龄的规定，将原来的“男二十岁，女十八岁”，修改为“男不得早于二十二周岁，女不得早于二十周岁。晚婚晚育应予鼓励”。此外，1980年《婚姻法》还在第三章“家庭关系”部分增设了“夫妻双方都有实行计划生育的义务”的规定。相关释义及其立法精神的解释是：“婚姻法将计划生育规定为夫妻双方的法定义务，是为了有计划地有效地控制人口增长。”2001年修订的《婚姻法》对1980年《婚姻法》中涉及计划生育的3个条款并未做出修改。2018年，全国人大常委会法工委《关于〈民法典各分编（草案）〉的说明》对取消计划生育的理由解释为：“为适应我国人口形势新变化”。这也是基于2015年中共十八届五中全会决定所提出的“全面实施一对夫妇可生育两个孩子政策”而产生的立法变化。只要是合法的夫妻就享有生育两个孩子的权利，不再受“单独二胎”政策或“双独二胎”政策的限制。2018年3月，根据十三届全国人大一次会议批准的

《国务院机构改革方案》组建国家卫生健康委员会，不再保留国家卫生和计划生育委员会。但是，值得注意的是，2018年《中华人民共和国宪法修正案》并未对计划生育内容进行修改。《宪法》第二十五条仍是：“国家推行计划生育，使人口的增长同经济和社会发展计划相适应。”实际上，计划生育是分为两个方面的：一方面是节制生育以有计划地降低人口发展速度，另一方面是鼓励生育以有计划地加快人口增长速度。虽然我国《宪法》仍然保留了“计划生育”的内容，国家卫生健康委员会的职责也包括“负责计划生育管理和服务工作”，但是此“计划生育”已非彼“计划生育”，中国将从“人口控制”转向“人口发展”的道路。因此，《民法典》婚姻家庭编应当充分保障自然人的生育权。有学者提出，在本条规定中应增设“保护自然人依法行使生育权”的基本原则。此项立法建议的理由在于以下几点：第一，生育是实现社会成员家庭生活幸福和谐与民族昌盛富强的客观需要。虽然《民法典》婚姻家庭编取消了“实行计划生育”的原则，但是，依然需要保障公民的生育权。第二，公民的生育权是宪法性的基本人权[29]。保障自然人的生育权是中国民法典遵循宪法理念的必然要求。第三，我国《民法总则》第一百一十二条已经明确规定：“自然人因婚姻、家庭关系等产生的人身权利受法律保护。”生育权是自然人享有的一项重要的人身权利，属于人格权的范畴[30]，是产生父母子女及其他亲属身份关系的法律前提，故应受到法律保护。第四，《民法典》人格权编第一千零二条规定了“自然人享有生命权”。按照自然人的生命规律，自然人的生命乃是源于自然人的生育行为，因此，保护自然人的生育权是保障“自然人享有生命权”的逻辑前提和客观需求。同时生育权“对维护主体的独立性和独立人格意识具有重要作用”[31]。第五，《妇女权益保障法》早在1992年就体现了保护妇女享有与男子平等的生育权的精神，相应的司法实践也为保障妇女的生育权提供了丰富的审判经验。增设保护自然人生育权这一基本原则是对既有法律成果的确认[32]。

理解与适用

一、历史沿革

本条规定的五项基本原则，是我国《民法典》婚姻家庭编的基本精神所在，贯穿了我国《民法典》婚姻家庭编的基本法理[33]，反映了我国婚姻家庭立法的指导思想，是司法实践中正确适用《民法典》婚姻家庭编时必须遵守的法律底线。新中国婚姻立法有明确规定婚姻法基本原则的立法传统，早在1950年《婚姻法》第一条[34]就明确规定了婚姻法的四项基本原则：婚姻自由原则、一夫一妻原则、男女平等原则、保护妇女和子女的合法权益原则。破除旧的封建主义的婚姻

家庭制度、建立新的新民主主义的婚姻家庭制度是1950年《婚姻法》的立法目的和宗旨，故而，规定在1950年《婚姻法》第一条。1980年《婚姻法》第二条规定^[35]在坚持上述四项基本原则的基础上，结合当时的国情和社会发展的需要，进一步丰富了婚姻法的基本原则，不仅将保护妇女和子女的合法权益增加为保护妇女、儿童和老人的合法权益，还将计划生育基本国策明确规定为婚姻法的基本原则，以巩固和发展社会主义婚姻家庭制度，促进社会经济发展与人口增长相适应。2001年修订的《婚姻法》坚持和丰富了婚姻法的基本原则，更加注重婚姻法的伦理属性，明确规定禁止家庭暴力，禁止有配偶者与他人同居，并增加了“夫妻应当互相忠实，互相尊重；家庭成员间应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系”的倡导性规定，以进一步完善社会主义婚姻家庭制度。相较于2001年修订的《婚姻法》，《民法典》婚姻家庭编增加“婚姻家庭受国家保护”作为本编的基本原则内容，并将“保护妇女、儿童和老人的合法权益”修改为“保护妇女、未成年人、老年人、残疾人的合法权益”。与此同时，不再保留计划生育的有关内容。自1950年至今，这些基本原则和导向性规定已经成为我国基本的主流的婚姻家庭价值观念，成为公民在婚姻家庭生活中共同肯认与遵循的基本准则与基本精神。《民法典》婚姻家庭编应当继续坚持和遵循这些共同的主流价值理念和基本准则，以实现法律的传承性和连续性^[36]。

二、婚姻家庭受国家保护

《民法典》婚姻家庭编规定“婚姻家庭受国家保护”，即《民法典》婚姻家庭编既保护婚姻关系，也保护家庭关系。这一规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人身自由、人格尊严、人亲和谐、人际诚信、人性友善、人财共济、人伦正义、人本秩序、人文关怀的十个核心法理思想。在《民法典》婚姻家庭编的实施过程中，“婚姻家庭受国家保护”还要遵循十个具体法理规则：权利法定、契约维护、行为公示、效力公信、人身利益优先、财产权利公平、公序良俗、禁止权利滥用、文明和谐、法律救济^[37]。

三、婚姻自由原则

（一）婚姻自由的含义

婚姻自由又称婚姻自主，是指婚姻当事人享有自主自愿地决定自己的婚姻的权利。婚姻当事人按照法律的规定，有权基于本人的意志，自主自愿地决定自己的婚姻问题，不受任何人的强制或干涉。婚姻自由原则，深刻反映了当代中国民法中贯穿的人权平等和人身自由

的核心法理思想^[38]。婚姻自由具有以下含义：

首先，婚姻自由是一项宪法性权利，我国《宪法》第四十九条规定“禁止破坏婚姻自由”，使婚姻自由得以确立为我国公民的一项基本权利，不受任何人的强制或干涉。《民法通则》第一百零三条明确规定“公民享有婚姻自主权”，将公民的婚姻自主权明确规定为公民的一项基本人格权。人格权是人权的重要组成部分，因此，保障婚姻自由也是人权的基本内容之一，是对人权的尊重，也是对独立人格的尊重，是建立以爱情为基础的婚姻关系的重要保障^[39]。《民法典》婚姻家庭编第一千零四十一条规定了“实行婚姻自由”的原则，第一千零四十二条规定：“禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为。”第一千零四十六条规定：“结婚应当男女双方完全自愿，禁止任何一方对另一方加以强迫，禁止任何组织或者个人加以干涉。”根据《民法典》婚姻家庭编上述规定，婚姻自由是法律确认和保护的权利，一切干涉婚姻自由的行为，均属于侵害公民婚姻自主权的行为。

其次，婚姻自由是相对的，不是绝对的，婚姻自由的行使必须符合法律规定。婚姻自由的边界不只存在于私人与私人的自由权利之间，也存在于国家的公权力与公民个人的私权利之间^[40]。我国《民法典》婚姻家庭编对婚姻自由原则的有关规定，主要排除的是第三人对婚姻合意、婚姻自主权的侵害和婚姻关系中一方对另一方的强迫，侧重点在于对其他私力干预的排除，而对符合公共利益的公力干预，是予以认可和支持的^[41]。与此同时，《民法典》婚姻家庭编又规定了结婚和离婚的条件和法定程序，也指明了婚姻当事人行使婚姻自由权利的边界。婚姻当事人在行使婚姻自由权利时，必须在法律规定的范围内进行，既不允许任何组织、个人侵犯当事人的婚姻自由权利，也不允许当事人滥用权利。

婚姻自由既与包办、买卖婚姻相对立，又与轻率地对待婚事毫无共同之处。实行婚姻自由，并不是一个人在自己的婚姻问题上可以随心所欲，放任自流，想结就结，想离就离，而是必须依照法律的规定处理婚姻大事。每一个自然人都应当在法律规定的范围内正确行使婚姻自由的权利。

（二）婚姻自由的内容

婚姻自由包括结婚自由和离婚自由两个方面，二者互相结合、缺一不可，共同构成婚姻自由原则的完整含义。结婚自由是建立婚姻关系的自由，离婚自由是解除婚姻关系的自由。结婚自由是实现婚姻自由的先决条件，离婚自由是结婚自由的必要补充^[42]。

1. 结婚自由

结婚自由，指婚姻当事人有依法缔结婚姻关系的自由。一方面，《民法典》婚姻家庭编第一千零四十六条规定：“结婚应当男女双方完全自愿，禁止任何一方对另一方加以强迫，禁止任何组织或者个人加以干涉。”据此规定，当事人有权决定是否结婚、与谁结婚，这是其本人的权利，不允许任何一方对另一方加以强迫或者任何组织、个人对婚姻当事人加以干涉。结婚自愿是实现结婚自由的前提，要求男女双方对于缔结婚姻关系的意思表示一致且真实。保障结婚自由，是为使男女双方能够依照《民法典》婚姻家庭编的规定，基于自己的意愿结成共同生活的伴侣，建立幸福美满的家庭。另一方面，结婚必须符合法律规定的条件和程序。缔结婚姻不仅仅是当事人双方之间的私事，也涉及他人和社会的利益^[43]。因此，即使双方当事人对结婚表示了完全自愿和真实的态度，也必须符合《民法典》婚姻家庭编规定的结婚条件和结婚程序。

2. 离婚自由

所谓离婚自由，是指婚姻当事人有权自主地处理离婚问题。一方面，夫妻双方有共同做出离婚决定、达成离婚协议的权利；或者在夫妻感情确实已经破裂、婚姻关系无法继续维持下去的情况下，夫妻任何一方都有提出离婚的权利。即自愿离婚的，可以协商离婚；一方要求离婚的，可以诉至法院解决。保障离婚自由，是为使无法维持的婚姻关系得以解除，使当事人免除婚姻名存实亡的痛苦。另一方面，离婚同结婚一样，必须符合法定条件，履行法定程序，承担相应的法律后果。提出离婚，是当事人的一项自由权利，但是否允许离婚则须有国家的干预，不能由当事人任意决定。《民法典》婚姻家庭编对离婚的原则和程序、离婚时的财产分割、离婚后子女的抚养教育等问题，都做了明确规定，这些规定既是对离婚自由的保障，也是对当事人行使离婚自由权利的约束^[44]。

对离婚自由是否应当进一步限制，这个争论早在2001年《婚姻法》修订之始就展开了。有学者赞成对离婚自由加以进一步的限制，原因在于离婚自由导致草率离婚，离婚率急剧上升，对社会稳定不利。也有学者持否定态度，其理由是限制离婚自由是限制婚姻自由，是婚姻制度的倒退，限制离婚自由只会使婚姻当事人的矛盾继续困在旧有体制之下，更加不利于社会的稳定与发展^[45]。

在保障离婚自由的同时，《民法典》婚姻家庭编也反对轻率离婚。《民法典》婚姻家庭编第一千零七十七条规定了三十日的离婚冷

静期，“自婚姻登记机关收到离婚登记申请之日起三十日内，任何一方不愿意离婚的，可以向婚姻登记机关撤回离婚登记申请。前款规定期限届满后三十日内，双方应当亲自到婚姻登记机关申请发给离婚证；未申请的，视为撤回离婚登记申请”。全国人大常委会法工委《关于〈民法典各分编（草案）〉的说明》中对其解释为：“实践中，由于离婚登记手续过于简便，轻率离婚的现象增多，不利于家庭稳定。为此，草案规定了一个月的离婚冷静期，在此期间，任何一方可以向登记机关撤回离婚申请。”婚姻关系与一般的社会关系不同。一方面，它是一种相当重要的身份关系，其深度与广度是其他社会关系无法比拟的。它的建立和解除对个人、家庭和社会都会产生很大的影响，当事人会相当慎重，反复考虑。另一方面，婚姻关系的密切性和情感因素又使得当事人极易感情用事，甚至会因为一语不合，一拍即散。实际上，婚姻当事人在离婚之前有两种可能，一种是经过反复思考、反复协商，确已下定离婚决心者。另一种是未经认真考虑，在气愤之时，甚至是匆忙之间做出了离婚的决定。对于前者，当然可以当场办理离婚登记，使当事人可以尽快解除不幸的婚姻。然而，对于后者，则应当给当事人一段考虑的时间，避免因一时意气用事轻率离婚而造成其后的痛苦。

四、一夫一妻原则

（一）一夫一妻制的含义

在现代社会中，一夫一妻制是一男一女结为夫妻的婚姻制度。其基本含义包括：（1）任何人不得同时与两个或两个以上的人结婚；（2）已婚者即有夫之妇、有妇之夫，在其配偶死亡或离婚前不得再行结婚；（3）一切公开的、隐蔽的一夫多妻、一妻多夫都是非法的，受到法律的禁止。

（二）实行一夫一妻制的必然性

实行一夫一妻制，体现了我国《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人格尊严等核心法理思想^[46]。实行一夫一妻制，主要是基于以下几个原因：第一，一夫一妻符合婚姻的本质。实行一夫一妻制，能给夫妻感情专一、持久创造条件，有利于婚姻关系的和谐以及家庭的和睦团结。第二，一夫一妻制反映了男女性别比例的自然要求^[47]。根据自然规律，正常情况下，每出生100个女婴，会相应出生103~107个男婴。由于男孩的天折率比女孩高，到婚育年龄，男女数量大致趋于均等。在一夫一妻制下，绝大部分的男人和女人都能找到

适合自己的伴侣，生儿育女，实现自身生命的延续^[48]。第三，一夫一妻制既是男女平等的要求，又是实现男女平等的保障，对提高妇女社会地位、家庭地位，保护妇女合法权益具有重要的现实意义^[49]。只有真正意义上实现男女平等，一夫一妻制才有坚实的基础。

（三）一夫一妻制的内容

一夫一妻制的内容主要分为以下两方面：一方面，《民法典》婚姻家庭编第一千零四十一条规定了实行一夫一妻婚姻制度，这标志着《民法典》婚姻家庭编从正面确立了一夫一妻作为婚姻家庭法的基本原则的地位。另一方面，为了有效保障一夫一妻原则的贯彻和落实，《民法典》婚姻家庭编针对现实生活中违反一夫一妻原则的行为做出明确的禁止性规定。《民法典》婚姻家庭编第一千零四十二条第二款规定：“禁止重婚。禁止有配偶者与他人同居。”对于“重婚”和“有配偶者与他人同居”的界定和法律后果分析，详见本编第一千零四十二条的理解与适用部分。

五、男女平等原则

（一）男女平等原则的含义

男女平等原则，指男女双方在政治、经济、文化、社会和婚姻家庭生活等各方面，都处于平等的地位。男女平等原则是婚姻家庭编的一项基本原则，根据这个原则，男女双方在婚姻关系和家庭生活的各个方面，均享有平等的权利，承担平等的义务。

（二）男女平等原则的意义

男女平等原则是中国共产党一贯的政治法律主张，也是我国宪法的明确要求。平等既是一项基本权利，也是一项宪法原则^[50]。现行《宪法》第三十三条规定了公民“在法律面前一律平等”；第四十八条规定了“妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利”；为了保护妇女的权利和利益，第四十八条还规定了“实行男女同工同酬，培养和选拔妇女干部”。1995年第四次世界妇女大会在北京召开之际，中国明确提出了将男女平等确立为促进社会发展的基本国策。2012年中国共产党第十八次全国代表大会首次将男女平等基本国策写入党代会报告。2017年中国共产党第十九次全国代表大会报告中再次强调“坚持男女平等基本国策，保障妇

女儿童合法权益”，体现了党和国家在新的时代背景下促进和保障男女平等的理念和决心。但不可否认的是，在现阶段，男女平等并未完全实现，男尊女卑的传统观念仍存在于一部分社会成员的思想之中，认真贯彻落实男女平等原则，对于促进家风建设、维护平等和睦的婚姻家庭关系具有十分重要的意义^[51]。

（三）男女平等原则的内容

男女平等原则不仅体现了贯穿于《民法典》婚姻家庭编的人权平等的法理思想^[52]，而且还融入《民法典》婚姻家庭编相关具体法律规范之中。男女平等原则主要包括以下内容：

第一，在婚姻关系方面，《民法典》婚姻家庭编所规定的结婚和离婚条件、程序及其相应的权利、义务和责任对男女双方同样适用，男女双方在婚姻家庭中地位平等。

第二，在父母与子女关系方面，《民法典》婚姻家庭编关于父母子女权利义务的规定对不同性别的家庭成员平等适用。子女可以随父姓，也可以随母姓；父母双方对未成年子女享有平等的监护权；父母离婚后，子女可以由父方抚养，也可以由母方抚养；父母均有要求子女赡养的权利；父母和子女有相互继承遗产的权利；等等。

第三，在其他家庭成员方面，兄弟姐妹之间、祖父母与孙子女之间、外祖父母与外孙子女之间处于平等的家庭地位。兄弟姐妹都享有要求父母抚养的权利，都有赡养父母的义务，都是父母的第一顺位的法定继承人。兄、姐对未成年的弟、妹及已成年的弟、妹对兄、姐承担扶养义务的条件和内容都是平等的，兄弟姐妹互为第二顺序的法定继承人。祖父母、外祖父母抚养孙子女、外孙子女的义务平等，接受孙子女、外孙子女赡养的权利平等。祖父母、外祖父母是孙子女、外孙子女的第二顺位法定继承人，孙子女、外孙子女享有平等的代位继承权。

六、保护妇女、未成年人、老年人、残疾人合法权益的原则

保护妇女、未成年人、老年人、残疾人合法权益的原则是《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等的核心法理思想的必然要求^[53]。分为以下四个方面：

（一）保护妇女的合法权益

保护妇女的合法权益，是对男女平等原则的必要补充^[54]。对妇女的合法权益的特别保护，是由妇女的地位、作用和生理特点决定的。《民法典》婚姻家庭编对保护妇女合法权益的原则要求，主要包括两个方面的内容。一方面是妇女在婚姻家庭关系中与男性平等的地位，由男女平等原则来反映。另一方面，妇女在离婚方面享有特殊保护权益，由保护妇女合法权益原则来体现。具体如下：（1）在离婚程序方面，女方在怀孕期间、分娩后一年内或者终止妊娠后六个月内，男方不得提出离婚。（2）在离婚分割共同财产方面，人民法院根据财产的具体情况，按照照顾子女和女方权益的原则进行判决。（3）在离婚的经济帮助方面，一方生活困难，有负担能力的另一方应当给予适当帮助。以上规定有利于保障妇女离婚后的生活和子女归女方直接抚养时的抚养、教育问题。

（二）保护未成年人的合法权益

《民法典》婚姻家庭编将《婚姻法》中的保护儿童合法权益修改为保护未成年人合法权益，正式确立了保护未成年人的合法权益原则。在《民法典》总则编“监护”一节，婚姻家庭编“家庭关系”一章、“收养”一章中规定了一系列旨在保护未成年人合法权益的内容。与此同时，几经修订的《未成年人保护法》也对未成年人的合法权益做了较为全面的系统规定。主要内容包括：（1）禁止溺婴、弃婴和其他残害婴儿的行为。（2）未成年人享有接受父母抚养教育的权利，未成年人享有附条件地接受祖父母、外祖父母抚养的权利，未成年人享有接受兄、姐附条件的扶养的权利。（3）婚生子女、非婚生子女、养子女、继子女的权利同样受到法律的保护。（4）保护未成年人的继承权及其他财产权利。（5）父母对未成年子女的义务不因父母的离婚而解除。

（三）保护老年人的合法权益

“基于确认和维护家庭、亲属养老职能的需要”^[55]，《宪法》第四十九条明确规定了“成年子女有赡养扶助父母的义务”，“禁止虐待老人”。保护老年人的合法权益是1980年《婚姻法》对1950年《婚姻法》在基本原则方面的一个重要补充。1996年起实施的《老年人权益保障法》对老年人的合法权益做了较为全面的规定，特别在家庭赡养方面做了补充规定。《民法典》婚姻家庭编在“一般规定”一章中把保护老年人的合法权益作为基本原则加以规定，又在“家庭关系”一章中对老年人的婚姻自主权、受赡养权、继承权加以明确规定：（1）成年子女对父母负有赡养、扶助和保护的义务。（2）孙子女、外孙子

女对祖父母、外祖父母有附条件的赡养义务。（3）保护老年人的婚姻自由，子女应当尊重父母的婚姻权利，不得干涉父母离婚、再婚以及婚后的生活。

（四）保护残疾人的合法权益

在婚姻关系中对残疾人的合法权益的保护。在我国，成年残疾人一经结婚即确立了婚姻关系。残疾人的婚姻效力同健全人一样始于男女双方结婚，终于配偶一方死亡或离婚。男女双方或一方为残疾人，一经结婚而确立婚姻关系，夫妻双方就要遵守法律规定，依法行使权利和承担义务。（1）无论双方均是残疾人，还是只有一方为残疾人的婚姻关系中的夫妻双方均享有姓名权。尤其在只有一方为残疾人的夫妻关系中，不能剥夺残疾方的姓名权。（2）无论双方均是残疾人，还是只有一方为残疾人的婚姻关系中的夫妻双方均具有参加工作和社会活动的自由权。（3）无论双方均是残疾人，还是只有一方为残疾人的婚姻关系中的夫妻双方均有教育抚养子女的权利与义务。（4）无论双方均是残疾人，还是只有一方为残疾人的婚姻关系中的夫妻双方，在婚姻关系存续期间所得的财产，归夫妻双方共同所有，双方另有约定的除外。（5）无论双方均是残疾人，还是只有一方为残疾人的婚姻关系中的夫妻双方均具有互相扶养的义务。夫妻双方均有扶养对方的义务，同时也都有要求对方扶养的权利。（6）无论双方均是残疾人，还是只有一方为残疾人的婚姻关系中的夫妻双方均具有互相继承遗产的权利。

在家庭关系中对残疾人的合法权益的保护。家庭是社会的基本组成形态和社会的细胞，是以婚姻和血缘联系为基础的一定范围内的亲属所组成的共同生活的社会单位。它在人们的社会生活中居于十分重要的地位。残疾人在家庭关系中，更离不开对其他亲属在物质、生活、抚养、赡养等方面的依赖和仰仗。养老育幼作为家庭的职能之一，在残疾人家庭中被赋予了更深的含义。《残疾人保障法》第九条规定：“残疾人的扶养人必须对残疾人履行扶养义务。残疾人的监护人必须履行监护职责，尊重被监护人的意愿，维护被监护人的合法权益。残疾人的亲属、监护人应当鼓励和帮助残疾人增强自立能力。禁止对残疾人实施家庭暴力，禁止虐待、遗弃残疾人。”残疾人在家庭关系中受法律保护还表现在：（1）无论父母残疾与否均对未成年子女具有抚养教育的义务。（2）无论子女残疾与否（智力残疾和其他四种重度残疾人除外）均应承担对父母的赡养、扶助义务。（3）无论父母具有残疾还是子女具有残疾均有相互继承遗产的权利。

应当特别指出，在适用《民法典》婚姻家庭编的过程中，人民法

院可以针对家事纠纷案件的具体情况直接援引《妇女权益保障法》、《未成年人保护法》、《老年人权益保障法》和《残疾人保障法》的具体规定作为处理家事纠纷案件的裁判依据，从而有效地保护妇女、未成年人、老年人和残疾人的合法权益。近年来，我国各级人民法院在审理家事纠纷案件的司法实践中，已经积累了许多正确适用《妇女权益保障法》、《未成年人保护法》、《老年人权益保障法》和《残疾人保障法》的相关规范、妥善处理家事纠纷的经验，社会效果好。

第一千零四十二条

禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为。禁止借婚姻索取财物。

禁止重婚。禁止有配偶者与他人同居。

禁止家庭暴力。禁止家庭成员间的虐待和遗弃。

本条主旨

本条是关于《民法典》婚姻家庭编的禁止性规定。

相关条文

相较于《婚姻法》第三条，本条未做修改。本条主要是针对《民法典》婚姻家庭编第一千零四十一条所规定的五项基本原则所设立的强制性的禁止性规定。针对婚姻自由原则，做了两个禁止性规定：

（1）禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为；（2）禁止借婚姻索取财物。为了贯彻落实一夫一妻原则，做了两个禁止性规定：

（1）禁止重婚；（2）禁止有配偶者与他人同居。基于保护妇女、未成年人、老年人和残疾人的合法权益，也做了两个禁止性规定：

（1）禁止家庭暴力；（2）禁止家庭成员间的虐待和遗弃。禁止性规定是本编法律规则强制性的体现，是本编的基本原则得到贯彻实施的必要保障，违反禁止性规定就是超越了法律规定的边界，必将承受不利的法律后果。

理解与适用

本条规定，直接体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人身自由、人格尊严和人伦正义等核心法理思想的要求^[56]。同时，也为保护自然人在婚姻家庭关系中的合法权益提供了法律依据。

一、历史沿革

“父母之命，媒妁之言”是封建社会婚姻制度的典型表现。新中国成立后，1950年《婚姻法》第一条明确规定：“废除包办强迫、男尊女卑、漠视子女利益的封建主义婚姻制度。实行男女婚姻自由、一夫一妻、男女权利平等、保护妇女和子女合法利益的新民主主义婚姻制度。”第二条规定：“禁止重婚、纳妾。禁止童养媳。禁止干涉寡妇婚姻自由。禁止任何人借婚姻关系问题索取财物。”新中国《婚姻法》的实施，彻底废除了封建婚姻制度，特别是使广大妇女从旧婚姻制度的束缚中解放出来，自由恋爱、自主结婚成为社会风尚。

1980年修改《婚姻法》时，我国婚姻状况已发生重大变化，纳妾、童养媳、干涉寡妇再婚等现象已不是突出问题，自由恋爱、自主结婚已占主导地位。但是，包办、买卖婚姻以及其他干涉婚姻自主的现象还存在，借婚姻索取财物的风气仍存在。基于上述问题，1980年《婚姻法》第三条规定：“禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为。禁止借婚姻索取财物。禁止重婚。禁止家庭成员间的虐待和遗弃。”

与1980年《婚姻法》相比，“禁止有配偶者与他人同居”的规定是2001年修订《婚姻法》时增加的新的法律规范，其实质是对禁止重婚规则的补充。其目的在于对社会上出现的“包二奶”及其他形式的违反一夫一妻原则的婚外性行为予以遏止和处罚^[57]。因此，2001年修订的《婚姻法》第三条规定：“禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为。禁止借婚姻索取财物。禁止重婚。禁止有配偶者与他人同居。禁止家庭暴力。禁止家庭成员间的虐待和遗弃。”

《民法典》婚姻家庭编沿用了2001年修订的《婚姻法》第三条的规定。

二、禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为

（一）包办、买卖婚姻

包办婚姻，指婚姻关系以外的第三人（包括父母在内）违反婚姻自由原则，在完全违背婚姻当事人意愿的情况下，强迫其缔结的婚姻。买卖婚姻，指婚姻关系以外的第三人（包括父母在内）以索取财物为目的，包办、强迫他人缔结的婚姻。

包办婚姻与买卖婚姻既有联系，也有区别。包办婚姻不一定是买

卖婚姻，而买卖婚姻都是包办婚姻。二者的共同之处在于都表现为婚姻以外的第三人违背婚姻当事人的意愿强迫其缔结婚姻。二者的区别在于是否以索取一定的财物为目的。包办婚姻不索取财物，而买卖婚姻主要是为了索取财物而包办、强迫他人缔结婚姻。

在中国古代，包办、买卖婚姻所带来的惨剧不胜枚举，非男女自愿、非以感情为基础的婚姻关系很难维持婚姻的稳定^[58]。新中国成立后，父母包办子女婚姻、强迫子女婚姻的现象明显减少，其主要原因在于：（1）随着婚姻自由原则的贯彻和落实，婚姻自由早已深入人心，并逐渐内化为人们的行为习惯，逐渐发展成一种婚姻家庭文化。在绝大部分家庭中，父母大多能自觉遵守婚姻自由原则，尊重子女的结婚意愿。（2）父母子女关系实现了从亲本位到子女本位的变迁。包办、买卖婚姻是与封建专制主义婚姻家庭制度相适应的，家族对子女拥有绝对的支配权，子女依附于家长。为了家族或家庭利益，包办、买卖婚姻成为子女结婚的一种常态。而今，随着维护平等、和睦、文明的婚姻家庭观的确立，子女的婚姻自主权被法律确立。（3）包办、买卖婚姻更多是出于经济上的无奈，为了家族或家庭的维持或延续而在子女婚姻上做出牺牲。随着社会经济发展和人民生活水平的提高，人们无须以牺牲子女的幸福来换取经济利益^[59]。

包办婚姻和买卖婚姻都属于可撤销的胁迫婚姻。《民法典》婚姻家庭编第一千零五十二条第一款规定：“因胁迫结婚的，受胁迫的一方可以向人民法院请求撤销婚姻。”包办婚姻和买卖婚姻中受胁迫的一方有权向人民法院请求撤销婚姻。

（二）其他干涉婚姻自由的行为

其他干涉婚姻自由的行为，指除包办、买卖婚姻以外的违反婚姻自由原则，阻挠、干涉他人行使婚姻自主权的行为。例如，父母干涉子女婚姻，子女干涉丧偶或离异父母再婚，子女干涉父母复婚等。其中，子女干涉父母再婚问题较为突出。为了保护老年人的婚姻自由，2001年修订的《婚姻法》对此做了专条规定。《婚姻法》第三十条规定：“子女应当尊重父母的婚姻权利，不得干涉父母再婚以及婚后的生活。”《民法典》婚姻家庭编第一千零六十九条相较此条增加了子女不得干涉父母离婚的内容。子女干涉父母再婚的原因主要包括：（1）世俗偏见的禁锢，如认为老年人再婚有伤风化；（2）子女认为父母再婚有辱门风，父母的财产也会流失；（3）来自老年人自身的障碍，受旧传统的影响，认为再婚是对原配偶的不忠^[60]。

如果以暴力干涉他人婚姻自由，还构成暴力干涉婚姻自由罪。

《刑法》第二百五十七条第一款规定了暴力干涉婚姻自由罪。其第二款还规定：“犯前款罪，致使被害人死亡的，处二年以上七年以下有期徒刑。”据此可知，干涉婚姻自由的行为只有使用了暴力，侵害婚姻当事人的婚姻自主权或人身权，才构成犯罪。但是，实践中，大量干涉婚姻自由的行为并没有使用暴力，不构成犯罪，对于其他干涉婚姻自由的行为该如何制裁？2001年修订的《婚姻法》在“救助措施与法律责任”一章中对此没有相应的责任条款的规定。而《民法典》婚姻家庭编则直接删除了“救助措施与法律责任”一章。对于缺乏法律责任规定的禁止性条款，除了宣言式的表征价值外，如何起到制约婚姻家庭中违法行为的司法作用，是一个值得探讨的问题。

三、禁止借婚姻索取财物

借婚姻索取财物，指婚姻当事人一方（或其父母等第三人）向另一方索要一定的财物，以此作为结婚的条件的违法行为。此种结婚行为，男女双方基本上是自愿的，但以索要财物作为结婚的条件，是对婚姻自主权的滥用^[61]。在实践中，通常是女方或其父母向男方索要一定的财物作为结婚的前提条件。

借婚姻索取财物与买卖婚姻既有联系，又有区别。借婚姻索取财物与买卖婚姻的共同之处在于，均以索取一定的财物为结婚的条件。借婚姻索取财物与买卖婚姻的区别在于：（1）在婚姻决定权上，借婚姻索取财物的，男女双方结婚基本上是自主自愿的；买卖婚姻是完全违背婚姻当事人结婚意愿的。（2）在索取财物主体的认定上，借婚姻索取财物的主体一般是婚姻当事人一方，也可能是婚姻当事人一方的父母；买卖婚姻的主体是婚姻当事人以外的第三人。

对于借婚姻索取财物的行为，婚后一方要求离婚，法院依法进行调解，调解无效的，应当判决是否准予离婚。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第十条的规定，当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的，如果查明属于以下情形，法院应当予以支持：（1）双方未办理结婚登记手续的；（2）双方办理结婚登记手续但确未共同生活的；（3）婚前给付并导致给付人生活困难的。适用第2、3项的规定，应当以双方离婚为条件。不属于司法解释规定的上述几种情形的，彩礼应当作为夫妻共同财产进行分配，即法院不支持返还彩礼的请求。在司法实践中，彩礼返还的额度一般根据当事人的请求，综合考虑双方共同生活时间长短、给付方经济状况以及过错责任等因素，根据公平原则全部或部分返还^[62]。

典型案例

婚前给付彩礼并导致给付人生活困难的，离婚时应酌情予以返还——王某与徐某彩礼返还案^[63]

【基本案情】

原告王某和被告徐某经人介绍于2010年12月24日订婚，订婚时被告向原告索要彩礼款10万元。订婚当天被告收到彩礼款1万元、小相钱2 000.00元、装烟钱2 000.00元。2011年3月16日，原、被告办理了结婚登记手续；原、被告举行婚礼后在原告父亲住房的西屋居住生活。结婚前10天左右被告又收到彩礼款9万元。在原、被告结婚前原告父亲又购买豪爵银豹牌二轮摩托车一台（在被告父母家保管，价值为2 000.00元），其他家电、家具等由原告父母购买（在原告家保管）。原、被告结婚后先期夫妻感情尚可，后因琐事口角打架。2012年10月，原、被告用被告收到的彩礼款购买了五菱荣光牌微型面包车一台（由原告保管）。2013年10月，双方发生口角后，被告回娘家与原告一直分居。原告为结婚向他人借款11万元也一直未偿还。

【裁判结果】

辽宁省西丰县人民法院经审理认为：原告王某和被告徐某经人介绍相处时间不长便登记结婚。由于婚前双方相互了解不够，婚后在日常生活中又未建立起真挚的夫妻感情，在共同生活期间曾因琐事口角打架，于2013年10月起双方一直分居。分居后虽经原、被告亲属和法庭做调解和好工作，但已无和好可能，其夫妻感情确已破裂。原告的离婚请求应予支持。在原、被告订婚时被告向原告索要彩礼的行为，已违反了我国《婚姻法》关于禁止借婚姻索取财物的规定，且造成了原告家庭生活困难。因此对被告索要的彩礼款10万元应酌情予以返还。但考虑原、被告已用彩礼款购买了面包车并由原告使用和管理的实际情况，可判决该车归原告所有。对原告父亲在原、被告结婚前购买的摩托车应认定为原告婚前财产，被告应返还给原告。故判决如下：准予原告王某和被告徐某离婚；原、被告用彩礼款所购买的五菱荣光牌微型面包车一台归原告所有；被告自判决生效后10日内返给原告豪爵银豹牌二轮摩托车一台（现值2 000.00元）。

【典型意义】

近年来，离婚时索要婚前给付彩礼的案件频见报端，甚至有索要不成而故意杀人的悲剧发生。处理好此类案件，对于创造良好的人际关系，维护和谐稳定的社会秩序有着重要的意义。对此

最高人民法院的司法解释有明确规定。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第十条规定：“当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的，如果查明属于以下情形，人民法院应当予以支持：

（一）双方未办理结婚登记手续的；（二）双方办理结婚登记手续但确未共同生活的；（三）婚前给付并导致给付人生活困难的。适用前款第（二）、（三）项的规定，应当以双方离婚为条件。”那么如何理解“生活困难”呢？《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第二十七条对“生活困难”的含义做出了这样的解释：“婚姻法第四十二条所称‘一方生活困难’，是指依靠个人财产和离婚时分得的财产无法维持当地基本生活水平。”

四、禁止重婚

依照《民法典》婚姻家庭编的规定，重婚是结婚的禁止条件和婚姻无效的原因。禁止重婚行为是落实一夫一妻原则的必然要求^[64]。重婚，指有配偶者又与他人结婚的违法行为，即一个人在同一时间内存在两个或两个以上的婚姻关系。按照一夫一妻原则的要求，有配偶者只有在婚姻终止，即配偶死亡或依法离婚后始得再行结婚，否则构成重婚^[65]。构成重婚须具备两个要件：（1）当事人一方或者双方存在有效的婚姻关系。（2）有配偶者与他人结婚。一是法律上的重婚，有配偶者又与他人登记结婚；二是事实上的重婚，虽未经结婚登记，但又与他人以夫妻关系同居生活。

为维持一夫一妻婚姻制度的社会秩序^[66]，《刑法》第二百五十八条规定了重婚罪。值得注意的是，刑法上的重婚侧重于对当事人主观恶性的惩罚^[67]，在犯罪的主观要件上属于故意，过失不构成本罪；符合重婚罪的客观构成要件^[68]的，必须是有配偶而又与他人结婚，或者明知他人有配偶而与之结婚。如果是“包二奶”或者通奸行为，这类行为与重婚行为并不相同，不能依照重婚罪定罪处罚。对于因一方“包二奶”、通奸给另一方配偶造成的损害，无过错方可以在提出离婚时要求对方根据过错进行赔偿^[69]。出于对现役军人婚姻的特殊保护，我国《刑法》第二百五十九条规定了破坏军婚罪，即明知是现役军人的配偶而与之同居或者结婚的行为。重婚行为符合破坏军婚的，应以破坏军婚罪论处^[70]。

五、禁止有配偶者与他人同居

“禁止有配偶者与他人同居”的规定是2001年修订《婚姻法》时增

加的新的法律规范，其实质是对禁止重婚规则的补充。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第二条的规定，有配偶者与他人同居是指有配偶者与婚外的异性不以夫妻名义，持续、稳定地共同居住的行为。增加“禁止有配偶者与他人同居”的条款及其相应的解释的目的在于对社会上出现的“包二奶”及其他形式的违反一夫一妻原则的婚外性行为予以遏止和处罚^[71]。

在认定和处理具体问题时，首先，应当将有配偶者与他人同居和重婚，特别是事实重婚加以区别。有配偶者与他人同居中的双方是不以夫妻名义相称的，事实重婚中的双方以夫妻关系相对待。有配偶者与他人同居不构成犯罪，但须承担民事责任，在离婚时，无过错方有权请求损害赔偿。其次，应当将有配偶者与他人同居和通奸等婚外性行为加以区别。有配偶者与他人同居是持续、稳定的，一般有共同的居所，这可以作为认定时的客观标志之一^[72]。通奸等婚外性行为，有的是偶发性的，有的即使是长期的，但比同居更为隐蔽，一般没有共同的居所，无同居生活。

典型案例

有配偶者与他人同居导致离婚，无过错方有权请求损害赔偿——
陆某诉陈某离婚案^[73]

【基本案情】

陆某、陈某系自行相识登记结婚，育有一子陈某甲。2011年陆某、陈某开始分居并持续至离婚时。陈某甲自双方分居后跟随陆某生活。陆某称陈某在此期间认识了其他女性，并已与其一起生活，陈某认可曾有一事。陆某诉至法院要求与陈某离婚；要求婚生子陈某甲由其抚养，陈某每月支付抚养费3 500元，至孩子满十八周岁；要求陈某每月给付其帮助费2 000元；要求陈某支付精神损害赔偿15 000元。

【裁判结果】

法院认为：婚姻关系的存续应以夫妻感情为基础。陆某认为夫妻感情已完全破裂诉至本院要求与陈某离婚，陈某亦同意离婚，且双方持续分居已近三年，应当认为双方夫妻感情无和好可能，对陆某之离婚诉请，本院予以准许。父母对子女的抚育系法定义务。关于陈某甲之抚育问题，从孩子生活习惯、利于孩子成长等角度考虑，以陆某继续抚育为宜。关于子女抚育费的数额，本案中，结合双方陈述，参照双方收入情况、本市实际生活水平

等因素，本院酌定陈某每月应支付2 000元。关于帮助费问题，双方均无证据证明对方收入状况，本院参考双方所述的收入水平、财产及居住情况，该项不予支持。关于精神损害抚慰金，鉴于陈某在双方婚姻关系存续期间确与婚外异性存在不正当关系，应认定在导致双方感情破裂问题上，陈某有过错，对陆某要求陈某承担精神损害赔偿，本院予以支持，数额由本院酌定。依据《中华人民共和国婚姻法》第三十二条、第三十七条、第四十六条之规定，判决如下：（1）准予陆某与陈某离婚。（2）双方婚生之子陈某甲由陆某自行抚育，陈某于2014年2月起每月10日前支付孩子抚育费2 000元，直至陈某甲年满十八周岁止。（3）陈某于本判决生效之日起七日内给付陆某精神损害抚慰金5 000元。（4）驳回陆某的其他诉讼请求。

【典型意义】

我国《婚姻法》第四条规定了夫妻应当互相忠实。婚姻应当以感情为基础，夫妻之间应当互相忠实，互相尊重，以维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。维护夫妻之间的互相忠实，不仅仅是道德义务，更是法律规范。本案中，陈某与他人存在不正当男女关系，伤害了陆某的个人感情，损害了双方之间的婚姻关系，陈某的行为是不道德的，亦违反了我国《婚姻法》规定的夫妻应当互相忠实的规定。陆某作为无过错方，有权提起离婚诉讼并同时请求损害赔偿，人民法院依法予以支持。

六、禁止家庭暴力

2001年修订的《婚姻法》明确规定“禁止家庭暴力”，是对婚姻家庭法保护妇女、未成年人和老年人合法权益所做的禁止性规定。在2001年修订《婚姻法》的过程中，修正案草案曾采用“禁止家庭暴力和其他虐待家庭成员的行为”之表述，经过反复讨论，多数意见认为家庭暴力和虐待行为既有联系又有区别，两者不是部分和整体的关系。因此，2001年《婚姻法》第三条第二款中单独增设了禁止家庭暴力的规定。

何谓家庭暴力？《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第一条指出：家庭暴力是指行为人以殴打、捆绑、残害、强行限制人身自由或者其他手段，给其家庭成员的身体、精神等方面造成一定伤害后果的行为。持续性、经常性的家庭暴力，构成虐待。2015年通过的《反家庭暴力法》第二条在“以殴打、捆绑、残害、限制人身自由”的基础上，补充了以“经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为”。对于家庭暴力的界定，

既不应失之过狭，也不应失之过宽^[74]。

认定家庭暴力，可以从以下五个方面进行分析和判断：第一，从主体来看，施暴者和受害者之间具有特定的亲属关系^[75]，施暴者一般是在家庭中处于强势地位的成员，受害者一般是在家庭中处于弱势地位的成员，大多数为妇女、未成年人和老年人。第二，从实施暴力的场所来看，具有一定的隐蔽性，一般发生在家庭共同生活关系中，以家庭内为行为场所^[76]。第三，从客体来看，家庭暴力侵害的客体主要是受害者的人身权利，即家庭成员的生命权、健康权、人身自由权、婚姻自主权、性自主权以及人格尊严等权利。第四，家庭暴力的表现形式复杂多样，主要包括身体暴力、性暴力、精神暴力和经济控制四种类型。（1）身体暴力是加害人通过殴打或捆绑受害人，或限制受害人人身自由等方式使受害人产生恐惧的行为；（2）性暴力是加害人强迫受害人以其感到屈辱、恐惧、抵触的方式接受性行为，或残害受害人性器官等性侵犯行为；（3）精神暴力是加害人以侮辱、谩骂或者不予理睬、不给治病、不肯离婚等手段对受害人进行精神折磨，使受害人产生屈辱、恐惧、无价值感等作为或不作为行为；（4）经济控制是加害人通过对夫妻共同财产和家庭收支状况的严格控制，摧毁受害人的自尊心、自信心和自我价值感，以达到控制受害人的目的^[77]。第五，施暴者主观上具有故意。即施暴者实施家庭暴力行为是出于故意，并且家暴行为在时间上具有一定的连续性。

典型案例

夫妻一方因家庭暴力起诉离婚并要求对方支付精神损害赔偿金，应予支持——王某诉江某离婚案^[78]

【基本案情】

王某与江某系经人介绍相识并登记结婚，婚后无子女。由于双方相识时间短，相互了解较少，结婚较为仓促，感情基础薄弱。婚后江某酗酒，对原告王某有家庭暴力，经常因为生活琐事对原告拳脚相加。2009年，江某无缘无故将原告毒打一顿并致其离家出走。后王某提起离婚诉讼，要求判决：（1）解除双方的婚姻关系；（2）江某给付精神损失费5万元；（3）依法分割共同财产。该案诉讼费由江某承担。王某提供江某书写的协议书及相关证人证言，证明在婚姻关系存续期间江某对王某施加家庭暴力。

【裁判结果】

北京市通州区人民法院认为：男女一方要求离婚的，可向法院提起诉讼，如感情确已破裂，应当准予离婚。本案中，双方均同意离婚，表明双方感情已彻底破裂，故对王某要求离婚的诉讼请求，法院予以准许。王某要求江某支付精神损害赔偿金的诉讼请求，因江某在婚姻关系存续期间，确实存在家庭暴力情形，法院予以支持，具体数额由法院依法予以酌定。为此，法院判决王某与江某离婚（财产分割略），江某支付王某精神损害赔偿金。

【典型意义】

夫妻应当互敬互爱、和睦相处，但遗憾的是，夫妻之间实施暴力给其中一方造成人身伤害和精神痛苦的现象仍然存在，家庭暴力问题作为离婚案件的重要诱因，仍然在很大程度上影响着家庭的稳定与和谐。家庭暴力是指行为人以殴打、捆绑、残害、强行限制人身自由或者其他手段，给其家庭成员的身体、精神等方面造成一定伤害后果的行为。持续性、经常性的家庭暴力，构成虐待。北京市高级人民法院对2013年度东城法院、丰台法院、通州法院结案的620件离婚案件抽样统计显示，涉家庭暴力类的离婚案件占选取离婚案件总数的9%，数量比例虽不高，但涉家暴案件大多矛盾激烈、调解率低、最终离异率高。我国婚姻法明确禁止家庭暴力，规定配偶一方对另一方实施家庭暴力，经调解无效的应准予离婚，实施家庭暴力导致离婚的，无过错方在离婚时有权请求损害赔偿。2015年正在全国人大审议中的《反家庭暴力法》也规定了一系列制度安排，以期保护家庭中的弱势群体，对家庭暴力行为进行遏制。本案就是典型的因家庭暴力导致离婚的案件，人民法院依法支持无过错方的离婚请求和赔偿请求，对于家庭暴力这样违反法律和社会主义道德的行为，旗帜鲜明地给予否定性评价。

七、禁止家庭成员间的虐待和遗弃

虐待，指以作为或不作为的形式，对家庭成员歧视、折磨、摧残，使其在精神上、肉体上遭受损害的违法行为，如打骂、恐吓、冻饿、患病不予治疗、限制人身自由等。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第一条指出：持续性、经常性的家庭暴力，构成虐待。这是虐待与家庭暴力的联系之处，即虐待是严重的家庭暴力^[79]。家庭暴力与虐待的区别在于：家庭暴力一般表现为积极的行为；虐待既包括积极的行为，如打骂、禁闭、捆绑等，又包括消极的不作为行为，如冻饿、患病不予治疗等。

遗弃，指家庭成员中负有赡养、扶养、抚养义务的一方，对需要

赡养、扶养、抚养的另一方，不履行其应尽义务的违法行为。如父母不抚养未成年子女，成年子女不赡养缺乏劳动能力或生活困难的父母，配偶不履行扶养对方的义务，等等。遗弃以不作为的形式出现，应为而不为，致使被遗弃人的权益受到侵害。

第一千零四十三条

家庭应当树立优良家风，弘扬家庭美德，重视家庭文明建设。

夫妻应当互相忠实，互相尊重，互相关爱；家庭成员应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。

本条主旨

本条是关于婚姻家庭关系应当遵循的伦理道德要求的规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第四条的基础上修改而成，该条规定为：“夫妻应当互相忠实，互相尊重；家庭成员间应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。”本条的修改主要体现在：第一，增加“树立优良家风，弘扬家庭美德，重视家庭文明建设”的规定，是高度重视社会主义核心价值观融会贯通于《民法典》的又一重要体现^[80]。第二，在“夫妻应当互相忠实，互相尊重”的基础上增加了“互相关爱”。这一规定明确地指明了夫妻和家庭共同责任^[81]，充分地体现了《民法典》婚姻家庭编的立法宗旨。本条就其性质而言，亦属于倡导性规定，它不是和婚姻家庭受国家保护、婚姻自由、一夫一妻、男女平等及保护妇女、未成年人、老年人、残疾人合法权益等原则并列的另一项原则，而是从总体上反映了上述《民法典》婚姻家庭编基本原则的内在要求。

理解与适用

本条规定，直接体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人格尊严、人亲和谐、人际诚信、人伦正义和人性友善等核心法理思想的要求^[82]。这条规定不仅反映了我国婚姻家庭法律制度所具有的伦理性，而且也揭示了《民法典》婚姻家庭编的伦理价值与立法目标。

一、历史沿革

1950年《婚姻法》第八条规定：“夫妻有互爱互敬、互相帮助、互相扶养、和睦团结、劳动生产、抚育子女，为家庭幸福和新社会建设而共同奋斗的义务。”该条规定蕴含着忠实与尊重之意，夫妻承担上述义务的目的就是为家庭幸福和新社会建设而共同奋斗。作为导向性规范，该规定对于调整新中国成立后的夫妻关系，促进新型婚姻家庭制度的形成与发展，发挥着不容否定的积极作用^[83]。相较于1950年《婚姻法》，1980年《婚姻法》对此项内容未做保留，也未对夫妻忠实责任加以明确规定。2001年修订的《婚姻法》将夫妻忠实以及和谐家庭建设方面的内容以倡导性的方式规定在第四条中，该条规定：“夫妻应当互相忠实，互相尊重；家庭成员间应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。”《民法典》婚姻家庭编在2001年修订的《婚姻法》的基础上增加“树立优良家风，弘扬家庭美德，重视家庭文明建设”的规定，是高度重视社会主义核心价值观融会贯通于《民法典》的又一重要体现^[84]。同时，在“夫妻应当互相忠实，互相尊重”的基础上增加了“互相关爱”。这一规定明确地指明了夫妻和家庭共同体的共同责任^[85]，充分地体现了《民法典》婚姻家庭编的立法宗旨。

二、家庭应当树立优良家风，弘扬家庭美德，重视家庭文明建设

（一）树立优良家风

优良家风作为中华民族传统美德的重要组成部分，发挥着为家庭成员树立行为准则、为家庭与社会和谐提供内在价值与秩序支持的重要功能^[86]。在现代社会，随着法律与道德界限的澄清，优良家风转化为关于构建平等、和睦、文明的婚姻家庭关系的道德要求。习近平总书记指出：“家风是社会风气的重要组成部分。家庭不只是人们身体的住处，更是人们心灵的归宿。家风好，就能家道兴盛、和顺美满；家风差，难免殃及子孙、贻害社会”，“广大家庭都要弘扬优良家风，以千千万万家庭的好家风支撑起全社会的好风气”^[87]。《民法典》婚姻家庭编赋予树立优良家风法律地位，贯彻落实习近平总书记关于加强家庭文明建设的讲话精神，也是对《民法典》总则编第一条中关于“弘扬社会主义核心价值观”的立法宗旨的贯彻与实施。

（二）弘扬家庭美德

家庭美德是公民个体道德化的摇篮^[88]。“尊老爱幼、妻贤夫安，母慈子孝、兄友弟恭，耕读传家、勤俭持家，知书达礼、遵纪守法，家和万事兴等中华民族传统家庭美德……是支撑中华民族生生不息、

薪火相传的重要精神力量，是家庭文明建设的宝贵精神财富。”^[89]全社会弘扬家庭美德，就是要大力倡导以尊老爱幼、男女平等、夫妻和睦、勤俭持家、邻里互助为主要内容的思想道德，这充分地体现了《民法典》婚姻家庭编的立法宗旨，也从总体上反映了《民法典》婚姻家庭编原则性规定的基本要求。

（三）重视家庭文明建设

家庭文明建设是指家庭成员在家庭生产生活中开展的物质文明建设和精神文明建设的活动，以及进而形成的家庭文明氛围^[90]。家庭文明建设的重点是紧密结合社会主义核心价值观，这也是社会主义核心价值观融入《民法典》的又一重要体现。

三、夫妻应当互相忠实，互相尊重，互相关爱

夫妻应当互相忠实，互相尊重，互相关爱，是维系夫妻关系和谐、幸福的基本准则，对培育良好的夫妻关系具有导向性。这对维护一夫一妻原则、保护婚姻家庭和婚姻当事人双方的合法权益，都具有重要的意义。夫妻互相忠实，指夫妻之间应当忠于感情，应该诚实、坦诚相待以及互敬互爱，以维护婚姻家庭关系的专一性和排他性。夫妻互相尊重，指夫妻在共同生活中，应当互相尊重和理解对方的意愿和选择，不得将自己的意愿强加于对方^[91]，也不得侮辱对方，应尊重对方的独立人格及其权利。在《民法典》的编纂过程中，有的全国人大常委会委员提出，夫妻之间除应互相忠实、互相尊重外，还应当互相关爱。宪法和法律委员会经研究，建议采纳该意见，在该条第二款中增加夫妻之间应当互相关爱的规定。夫妻互相关爱，体现在夫妻婚姻家庭生活中的各个层面，既包括感情上的互相慰藉、体贴、关怀，也包括生活上的互相关心、照顾、扶助。

由于《民法典》婚姻家庭编将夫妻忠实的规定置于第一章“一般规定”之中，而非第三章“家庭关系”之中，其规范属性既不是具体的权利义务规定，也非禁止性规范，而是倡导性、宣示性规范。该项规定就其规范地位而言，与《民法典》婚姻家庭编第一千零四十一条、第一千零四十二条有别，不是《民法典》婚姻家庭编确立的基本原则与禁止性规定，而是表明了《民法典》婚姻家庭编的价值取向。因此，难以将夫妻间的互相忠实解释为一项法定义务^[92]。由于夫妻应当互相忠实，互相尊重，互相关爱不是一项法定的权利义务，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释

（一）》第三条，婚姻当事人仅以另一方违反忠实义务为依据向法院提起诉讼的，法院一般不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉。也就

是说，需要有具体的事实理由才能向法院提出离婚或其他诉讼请求。比如，如果夫妻一方违反其他法定条款，对另一方实施家庭暴力，另一方可以依据其他法定条款提起诉讼^[93]。

典型案例

一方在婚姻关系存续期间违背夫妻互相忠实义务与他人通奸生育子女，离婚时另一方可要求其承担精神损害赔偿责任——余某诉钟某一般人格权纠纷案^[94]

【裁判要旨】

婚姻关系存续期间，一方违背夫妻互相忠实义务，与他人存在不正当关系并生育子女，侵害另一方的人格尊严，应承担过错责任。其行为足以造成对方精神上的痛苦，应支付精神损害抚慰金。

【基本案情】

原告余某与被告钟某一般人格权纠纷一案，法院审理查明：原、被告于2010年10月登记结婚。婚后，被告钟某于2012年4月5日生育一子余甲。2013年6月13日，原、被告在民政部门办理离婚登记，双方签订离婚协议书，约定余甲随被告抚养。此外，双方还就夫妻共同财产分割等事项进行了约定。2013年11月8日，经四川华西法医学鉴定中心鉴定，原告余某非余甲的生物学父亲。原告余某要求被告钟某予以赔偿，遂起诉至法院。

原告余某诉称，被告在与原告婚姻关系存续期间与他人发生性关系并生下一子，被告的行为违反夫妻间的忠诚义务，侵害了原告的合法权益，构成对原告人格权的侵害，被告对此应承担相应法律责任。被告在婚姻关系存续期间的不忠行为，给原告造成极大精神困扰，原告一直视余甲为亲生子，多加疼爱，并由自己的母亲亲自照顾，一家人视如珍宝的孩子竟是自己妻子与其他男人所生，这样的打击无法用金钱衡量，但被告必须为此承担精神赔偿责任。诉讼请求：（1）判定被告侵害了原告的人格权；（2）判令被告赔偿原告经济损失510 000元；（3）判令被告赔偿原告精神损失50 000元。（4）本案诉讼费由被告承担。

【结论】

一审法院依据《婚姻法》第四条，《侵权责任法》第六条第

一款、第二十二条之规定，判决如下：

（1）被告钟某于本判决生效之日起10日内向原告余某支付精神损害抚慰金18 000元。

（2）驳回原告余某其他诉讼请求。

【法官认为】

一般人格权是公民享有的，以人格独立、人格自由和人格尊严为主要内容的一般人格利益。一般人格权的侵权构成要件除要求权利人的—般人格权受到侵害外，还要求侵权人主观上存在过错、侵权行为的违法性以及侵权行为与损害后果之间具有因果关系。本案中，被告钟某虽对司法鉴定意见提出异议，但无足以反驳的证据，且不要求进行重新鉴定，因此本院对原告余某出示的司法鉴定意见书予以采信，并据此认定余某不是余甲的亲生父亲。被告钟某与原告余某登记结婚后，其作为原告妻子对原告负有忠实义务。被告钟某与另外男人生子，违背夫妻互相忠实义务，且侵害原告余某人格尊严，应承担过错责任。被告钟某的行为足以造成原告余某精神上的痛苦，应向原告余某支付精神损害抚慰金，支付数额，由本院综合被告钟某过错程度等情况酌情予以确定。

四、家庭成员应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系

婚姻家庭关系在本质上是一个伦理实体^[95]，而家庭成员之间的敬老爱幼、互相帮助是维护平等、和睦、文明家庭的基础和保障。

（一）家庭成员应当敬老爱幼，互相帮助

敬老，指家庭中的晚辈成员对长辈成员应当予以尊敬，使其愉快地安度晚年。爱幼，指家庭中的长辈成员对晚辈成员应当予以爱护，使其健康成长。敬老爱幼和保护未成年人、老年人合法权益原则是完全一致的，但两者是从不同角度加以规定。保护未成年人、老年人合法权益，侧重于对各种具体的人身权益和财产权益的保护。敬老爱幼，则是从更高的层次要求，对如何处理家庭中的代际关系提出了更高的要求^[96]。

（二）维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系

家庭是组建社会的基本单元，婚姻家庭关系是最基本的社会关系[97]。维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系，既是对婚姻家庭关系进行法律调整的出发点，也是这种法律调整所追求的价值目标。家庭成员应当平等相待、和睦相处、文明互让。家庭成员具有平等的法律地位，不得恃强凌弱。家庭成员应当团结互助，避免和妥善处理家事纠纷。

第一千零四十四条

收养应当遵循最有利于被收养人的原则，保障被收养人和收养人的合法权益。

禁止借收养名义买卖未成年人。

本条主旨

本条是关于收养制度基本原则的规定。

相关条文

《民法典》婚姻家庭编的编纂，是在《婚姻法》基本框架的基础上，将《收养法》的相关规定吸纳进来。《民法典》婚姻家庭编共计五章，其中以专章的形式规定收养制度，实现收养法向《民法典》婚姻家庭编的回归[98]。建立收养制度的目的之一是有效贯彻与落实保护未成年人合法权益原则，保护未成年人的健康成长。因此，关于收养原则与收养的价值取向，规定在《民法典》婚姻家庭编“一般规定”一章中。本条是在《收养法》第二条和第二十条的基础上修改而成，《收养法》第二条规定：“收养应当有利于被收养的未成年人的抚养、成长，保障被收养人和收养人的合法权益，遵循平等自愿的原则，并不得违背社会公德。”《收养法》第二十条规定：“严禁买卖儿童或者借收养名义买卖儿童。”本条的修改主要体现在：第一，为了与《民法典》总则编规定的“最有利于被监护人的原则”在规范层面上协调一致，将收养“有利于被收养的未成年人的抚养、成长”改为“遵循最有利于被收养人的原则”。第二，为了与《民法典》婚姻家庭编关于保护未成年人的规定协调一致，将禁止“借收养名义买卖儿童”改为“禁止借收养名义买卖未成年人”。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人伦

正义、人性友善等核心法理思想^[99]。

一、历史沿革

1991年颁布的《收养法》第二条规定：“收养应当有利于被收养的未成年人的抚养、成长，遵循平等自愿的原则，并不得违背社会公德。”1998年修订的《收养法》增加了“保障被收养人和收养人的合法权益”的内容。1998年修订的《收养法》第二条规定：“收养应当有利于被收养的未成年人的抚养、成长，保障被收养人和收养人的合法权益，遵循平等自愿的原则，并不得违背社会公德。”1991年《收养法》第十九条规定：“严禁买卖儿童或者借收养名义买卖儿童。”1998年修订的《收养法》沿用了1991年《收养法》的该条规定。

《民法典》婚姻家庭编将《收养法》的相关规定纳入其中，以专章的形式规定了收养制度。相较于1998年修订的《收养法》，《民法典》婚姻家庭编将1998年修订的《收养法》的第二条和第二十条规定融为一条，确立了收养行为应当积极坚守的“遵循最有利于被收养人的原则”和“禁止借收养名义买卖未成年人”的禁止性规定。

二、收养应当遵循最有利于被收养人的原则

建立收养制度的目的之一是有效贯彻与落实保护未成年人合法权益原则，保护未成年人的健康成长。保护未成年人的健康成长是实行收养制度的首要目的。由于未成年人身心发育尚不成熟，缺乏独立的生活能力和辨认自己行为的能力，属于无民事行为能力人或限制民事行为能力人，他们需要家庭和社会的悉心抚养、关怀爱护、培养教育和监督保护^[100]。尤其那些丧失父母的、查找不到生父母的以及生父母有特殊困难无力抚养的未成年人，《民法典》婚姻家庭编将其列为被收养人，通过收养关系的设立，可以使他们在家庭中生活，获得养父母的抚养教育，健康成长。《民法典》婚姻家庭编规定“收养应当遵循最有利于被收养人的原则”，是“建立人权保障的现代收养基本理念，实现从对被收养人的基本照顾到保护被收养人利益最大化的转变，实现从注重财产保护转变为兼顾身心健康与财产管理”^[101]，并将其贯穿于有关收养的成立、效力、解除等方面的具体规定之中。

三、保障被收养人和收养人的合法权益原则

保障被收养人和收养人的合法权益原则是在1998年11月4日颁布的《收养法》修正案中新增加的一项原则。本项原则的重点在于收养关系成立后，应当注意对收养关系各方权益的有效保护。如果只强调单方保护未成年的被收养人的利益，很容易导致收养关系中收养人的

利益被轻视，甚至被否定^[102]。因此，《民法典》婚姻家庭编关于收养制度的内容必须同时保障收养人和被收养人的合法权益得以平等实现。

为了保障被收养人与收养人的合法权益，保障收养关系的健康发展，《民法典》婚姻家庭编规定被收养人和收养人应具备的条件；生父母送养子女，应当双方共同送养；有配偶者收养子女，应当夫妻共同收养；收养人、送养人要求保守收养秘密的，其他人应当尊重其意愿，不得泄露。以上规定是为了最大限度地维护收养人和被收养人的合法权益。

四、禁止借收养名义买卖未成年人

《民法典》婚姻家庭编规定禁止借收养名义买卖未成年人，这意味着收养关系一经成立，即受到法律的保护，不可以借收养名义买卖未成年人。借收养名义买卖未成年人，实际上是收养人以收养的合法形式来掩盖其真实的非法目的，以此规避法律、行政法规的强制性规定^[103]，此种行为属于无效的收养行为。根据《民法典》总则编关于民事法律行为无效情形的规定以及《民法典》婚姻家庭编规定的无效收养行为，借收养名义买卖未成年人的，自始没有法律约束力。

第一千零四十五条

亲属包括配偶、血亲和姻亲。

配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女为近亲属。

配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属为家庭成员。

本条主旨

本条是关于界定亲属、近亲属和家庭成員的规定。

相关条文

本条是《民法典》婚姻家庭编的新增条文。增加亲属、近亲属和家庭成員的定义性条款，有利于明确婚姻家庭权利义务的主体范围。《民法典》总则编在“自然人”一章中专设“监护”一节，依照《民法典》总则编第二十八条的规定^[104]，有监护能力担任监护人的人员范围与近亲属的范围有所重合，包括：配偶、父母、子女和其他近亲

属。根据《民法典》总则编第二十七条的规定^[105]，第二十八条中的“其他近亲属”即祖父母、外祖父母和兄、姐。

理解与适用

一、历史沿革

我国《婚姻法》及其他民事法律规范中曾多次使用“亲属”“近亲属”的表述。

1985年《继承法》第十条规定是根据一定范围内的亲属关系来确定法定继承人的范围和顺序的，“遗产按照下列顺序继承：第一顺序：配偶、子女、父母。第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。继承开始后，由第一顺序继承人继承，第二顺序继承人不继承。没有第一顺序继承人继承的，由第二顺序继承人继承”。

1986年《民法通则》第十六条在规定未成年人的监护人时使用了“亲属”一词，除祖父母、外祖父母和兄、姐以外，“关系密切的其他亲属……经未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会同意的”可以担任监护人。第十七条规定的无民事行为能力或限制民事行为能力的精神病人的监护人中包括“其他近亲属”。2009年修订的《民法通则》未对上述两条规定做出修改。

2001年修订的《婚姻法》第十条将“有禁止结婚的亲属关系的”规定为婚姻无效的法定情形。尽管“亲属”“近亲属”以较高频率出现在我国各民事法律规范之中，但何谓亲属？何谓近亲属？一直以来没有任何一部法律对亲属、近亲属的一般性概念予以明确界定。《民法典》婚姻家庭编增加亲属、近亲属和家庭成员的定義性条款：“亲属包括配偶、血亲和姻亲。配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女为近亲属。配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属为家庭成员。”

二、亲属

（一）亲属的含义

广义的亲属是指一切具有婚姻、血缘或法律拟制血亲关系的自然人的总体，包括受法律调整和不受法律调整的所有具有婚姻、血缘或者法律拟制血亲关系的自然人。正如费孝通所言：“亲属关系是根据生育和婚姻事实所发生的社会关系。从生育和婚姻所结成的网络，可

以一直推出去包括无穷的人，过去的、现在的和未来的人物。”^[106]狭义的亲属是指具有婚姻、血缘或者法律拟制血亲关系，受法律调整的彼此具有一定法律效果的自然人。《民法典》婚姻家庭编上的亲属指法律意义上的亲属，即狭义的亲属。

（二）界定亲属的意义

界定亲属范围，是引导、塑造亲属关系和谐与关爱的保障^[107]。在人类社会的发展进程中，无论是群婚、对偶婚制，还是一夫一妻制，均具有对亲情的渴望及对亲属关系的依赖。这种渴望与依赖，既源于人的自然属性和社会属性，也源于人的自然需要与社会需要。中外亲属立法之所以明确规范亲属关系，目的在于满足人的需要、婚姻家庭的需要以及社会的需要。人作为历史产物、社会产物，其对亲属关系的需要与规制也是历史形成、社会造就的。人需要身份识别、关系确认、地位认知、伦理规范，倘若这些基本需要得不到满足，无论是个人、婚姻、家庭，还是家族、团体、社会，均会遭受关系混乱的影响，进而危害婚姻家庭的稳定与和谐，甚至影响社会的长治久安。故针对亲属权利义务关系的界定与规范，既是亲属关系的身份要求、伦理要求，也是亲属关系的经济要求、情感要求。为此，《民法典》婚姻家庭编的编纂，立足于我国民众对亲属关系的现实需要，明确界定亲属的范围，从而填补历次颁行的《婚姻法》均未规定亲属制度的欠缺。

（三）亲属的种类

大陆法系对于亲属种类的界定主要有二分法和三分法两种模式。二分法将亲属分为血亲和姻亲。三分法将亲属分为配偶、血亲和姻亲。也有少数国家和地区（如葡萄牙和我国澳门地区）采用了四分法的模式，将亲属的法律渊源归纳为结婚、血亲关系、姻亲关系和收养。我国历次颁行的《婚姻法》从未对亲属的种类进行界定，考虑到亲属种类界定对于整个婚姻家庭编乃至所有部门法的重要性，此次《民法典》编纂应当进行增订。亲属的种类决定了整个《民法典》婚姻家庭编的逻辑和制度安排，具有宏观统御作用。鉴于我国一直存在将配偶纳入亲属范围的传统，采用三分法较为适当。因此，根据亲属关系产生的原因，将亲属分为配偶、血亲和姻亲三种。

1. 配偶

配偶，即夫妻，是指男女双方因结婚而互为配偶的亲属。配偶在亲属关系中居于核心地位，也是血亲和姻亲产生的源泉和基础，在亲属关系中起到承上启下的作用。

2. 血亲

血亲，是指有血缘关系的亲属。根据血缘的来源不同，血亲分为自然血亲和法律拟制血亲。

（1）自然血亲。指出自同一祖先，因出生而形成的具有真实血缘联系的亲属，如父母与子女、兄弟姐妹、祖父母与孙子女、外祖父母与外孙子女、伯叔与侄子女、舅姨与外甥子女等。不分父系或母系，无论是婚生还是非婚生，也无论是全血缘（同父同母的兄弟姐妹）还是半血缘（同父异母或同母异父的兄弟姐妹），都属于自然血亲的范围。

（2）法律拟制血亲。指本来没有血缘关系，但由法律确认其具有与自然血亲同等的权利义务的亲属。由于此种血亲不是因出生而形成，而是由法律设定的，因此又称为“法定血亲”。我国《民法典》婚姻家庭编确认的法律拟制血亲有两类：一是养父母与养子女之间，二是继父母与受其抚养教育的继子女之间。

3. 姻亲

姻亲，是指配偶一方与另一方的血亲之间因婚姻关系而发生的亲属关系，如儿媳与公婆、女婿与岳父母、丈夫与妻子的兄弟姐妹、妻子与丈夫的兄弟姐妹。根据姻亲间联系的环节，姻亲分为血亲的配偶、配偶的血亲、配偶的血亲的配偶以及血亲的配偶的血亲。

（1）血亲的配偶。血亲的配偶，指自己直系血亲、旁系血亲的配偶。如，儿子的妻子（儿媳）、女儿的丈夫（女婿）是自己直系血亲的配偶，兄弟的妻子（嫂子或弟妹）、姐妹的丈夫（姐夫或妹夫）是自己旁系血亲的配偶。

（2）配偶的血亲。配偶的血亲，指自己配偶的血亲。如，丈夫的父母（公婆）、妻子的父母（岳父母）是自己配偶的直系血亲，妻子的兄弟姐妹、丈夫的兄弟姐妹是自己配偶的旁系血亲。

（3）配偶的血亲的配偶。配偶的血亲的配偶，指自己配偶的直系血亲或旁系血亲的丈夫或妻子。如，民间所称的兄弟的妻子之间

为“妯娌”，姐妹的丈夫之间为“连襟”。

（4）血亲的配偶的血亲。血亲的配偶的血亲，指自己的直系血亲或旁系血亲的配偶的直系血亲或旁系血亲。如，民间所称的自己和子女的配偶的父母互为“亲家”。

三、近亲属

近亲属的范围，是法律对于亲属关系的调整范围所规定的特定的范围。关于近亲属范围的限定，一般有以下两种立法例：一种是总体概括性限定法，即法律对亲属范围从总体上做概括性规定，然后根据亲属的种类和亲等的远近，再规定其法律效力。另一种是个别适用性限定法，即法律根据不同法律关系的需要，对亲属的法律效力做出具体的规定。我国采用的是个别适用性限定法，即配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女为近亲属。

近亲属之间的权利和义务，是基于《民法典》婚姻家庭编上的效力而产生的。近亲属的效力主要表现在以下领域：在婚姻家庭法上，禁止一定范围内的亲属结婚，规定一定范围内的亲属具有扶养义务等。在《民法典》总则编中，近亲属可以担任无民事行为能力或者限制民事行为能力的成年人的监护人，近亲属可依法对失踪的亲属向法院提出宣告失踪和宣告死亡的申请。在刑法上，告诉才处理的犯罪，如果被害人因受强制、威吓无法告诉的，被害人的近亲属也可以告诉；利用影响力受贿罪的主体包括国家工作人员的近亲属。在诉讼法领域，无论是在民事诉讼还是刑事诉讼中，审判人员是涉案当事人的近亲属时，应当回避。

四、家庭成员

家庭成员，是指同居一家共同生活、相互具有法定权利义务关系的近亲属。本条规定将配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属确定为家庭成员。并非所有的亲属都是家庭成员，如伯父、叔父、姑母、舅父、姨母与侄子女、外甥子女之间虽然是旁系血亲，但因其非同居一家共同生活，彼此不具有法定的权利义务关系，因而他们不是彼此的家庭成员。家庭成员仅是亲属中的极少部分，亲属的范围要广泛得多。因此，家庭成员一般具有亲属关系，而有亲属关系的并不一定都属于家庭成员。

注释：

[1]李建国.关于《中华人民共和国民法总则（草案）》的说明.人民日报，

2017-03-09 (5) .

[2]曹思婕.我国家事审判改革路径之探析.法学论坛, 2016 (5) .

[3]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展, 2020 (2) .

[4]夏吟兰.中华人民共和国婚姻法评注:总则.厦门:厦门大学出版社, 2016: 29.

[5]龙翼飞.《民法总则》的制度创新对婚姻家庭编的影响//夏吟兰, 龙翼飞.家事法研究: 2019年卷.北京: 社会科学文献出版社, 2019: 3-10.

[6]王歌雅.婚姻家庭继承法学.2版.北京: 中国人民大学出版社, 2013: 1.

[7]王洪.婚姻家庭法.北京: 法律出版社, 2003: 4.

[8]巫昌祯, 夏吟兰.婚姻家庭法学.2版.北京: 中国政法大学出版社, 2016: 21.

[9]巫昌祯, 夏吟兰.婚姻家庭法学.2版.北京: 中国政法大学出版社, 2016: 22.

[10]1950年《婚姻法》未规定婚姻法的调整对象。1980年《婚姻法》在第一条规定了婚姻法的立法目的和调整对象, 即“本法是婚姻家庭关系的基本准则”。2001年《婚姻法》修正案对此条未做修改。

[11]夏吟兰.民法分则婚姻家庭编立法研究.中国法学, 2017 (3) .

[12]《中央法制委员会、内务部有关婚姻问题对广州市人民政府的若干解答》(法内会字第329号)的发文机关为中央法制委员会(已变更)、内务部(已变更)。“对于事实上已结婚而仅欠缺结婚登记手续者已被认为是夫妻关系, 他们不愿补办登记, 但要求发给证明文件, 以便更正户口及居民证内的婚姻关系(以前的关系是作为亲戚朋友关系名义同居的), 这样婚姻登记机关是否可以发给结婚证以外的证明文件证明是夫妻关系? 否则又怎样去处理他们的更正户口和更正居民证婚姻关系的问题? 又这些仍认为是夫妻关系的婚姻, 应是限于符合婚姻法规定而事实上已结婚的人(参照西南司法部‘有关婚姻问题的一些解答’), 但问题在如不经过办理登记手续则虽有不符合规定的婚姻法禁止结婚的问题存在, 也很难甚至无从发现(特别是患有禁止结婚的疾病的), 因此, 应怎样去划分符合规定与不符合规定的标准? 亦即怎样去划分承认的与不承认的标准? 关于这点, 我们的意见是: 证明合法夫妻关系的唯一证件只有结婚证, 如果取得证件只有进行登记, 此外我们不应发给其他证明, 仍认为是夫妻关系的, 应以适合婚姻法规定的为标准。迁移合并户口及改变居民证婚姻关系, 均凭结婚证办理。”

[13]《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律的意见》已失效, 该司法解释被《最高人民法院关于废止1979年至1989年间发布的部分司法解释的通知(第二批)》所废止, 被1986年4月12日第六届全国人民代表大会第四次会议通过的《民法通则》等

法律所代替。“事实婚姻问题。事实婚姻是指没有配偶的男女，未进行结婚登记，以夫妻关系同居生活，群众也认为是夫妻关系的。人民法院审理这类案件，要坚持结婚必须进行登记的规定，不登记是不合法的，要进行批评教育。处理具体案件要根据党的政策和婚姻法的有关规定，从实际情况出发，实事求是地解决。双方或一方不满婚姻法结婚年龄的婚姻纠纷，如未生育子女，在做好工作的基础上，应解除其非法的婚姻关系；如已生育子女等特殊情况，应根据婚姻法的有关规定，对于女方及子女利益给予照顾。对双方已满婚姻法结婚年龄的事实婚姻纠纷，应按一般的婚姻案件处理。”

[14]《最高人民法院关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》（法（民）发〔1989〕38号）规定：“人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活的案件，应首先向双方当事人严肃指出其行为的违法性和危害性，并视其违法情节给予批评教育或民事制裁。但基于这类‘婚姻’关系形成的原因和案件的具体情况复杂，为保护妇女和儿童的合法权益，有利于婚姻家庭关系的稳定，维护安定团结，在一定时期内，有条件的承认其事实婚姻关系，是符合实际的。为此，我们根据法律规定和审判实践经验，对此类案件的审理提出以下意见：1.1986年3月15日《婚姻登记办法》施行之前，未办结婚登记手续即以夫妻名义同居生活，群众也认为是夫妻关系的，一方向人民法院起诉‘离婚’，如起诉时双方均符合结婚的法定条件，可认定为事实婚姻关系；如起诉时一方或双方不符合结婚的法定条件，应认定非法同居关系。2.1986年3月15日《婚姻登记办法》施行之后，未办结婚登记手续即以夫妻名义同居生活，群众也认为是夫妻关系的，一方向人民法院起诉‘离婚’，如同居时双方均符合结婚的法定条件，可认定为事实婚姻关系；如同居时一方或双方不符合结婚的法定条件，应认定为非法同居关系。3.自民政部新的婚姻登记管理条例施行之日起，未办结婚登记即以夫妻名义同居生活，按非法同居关系对待。4.离婚后双方未再婚，未履行复婚登记手续，又以夫妻名义共同生活，一方起诉‘离婚’的，一般应解除其非法同居关系。5.已登记结婚的一方又与第三人形成事实婚姻关系，或事实婚姻关系的一方又与第三人登记结婚，或事实婚姻关系的一方又与第三人形成新的事实婚姻关系，凡前一个婚姻关系的一方要求追究重婚罪的，无论其行为是否构成重婚罪，均应解除后一个婚姻关系。前一个婚姻关系的一方如要求处理离婚问题，应根据其婚姻关系的具体情况进行调解或者作出判决。6.审理事实婚姻关系的离婚案件，应当先进行调解，经调解和好或撤诉的，确认婚姻关系有效，发给调解书或裁定书，经调解不能和好的，应调解或判决准予离婚。7.未办结婚登记而以夫妻名义同居生活的男女，一方要求‘离婚’或解除同居关系，经查确属非法同居关系的，应一律判决予以解除。8.人民法院审理非法同居关系的案件，如涉及非婚生子女抚养和财产分割问题，应一并予以解决。具体分割财产时，应照顾妇女、儿童的利益，考虑财产的实际情况和双方的过错程度，妥善分割。9.解除非法同居关系时，双方所生的非婚生子女，由哪一方抚养，双方协商，协商不成时，应根据子女的利益和双方的具体情况判决，哺乳期内的子女，原则上应由母方抚养，如父方条件好，母方同意，也可由父方抚养，子女为限制民事行为能力人的，应征求子女本人的意见，一方将未成年的子女送他人收养，须征得另一方的同意。10.解除非法同居关系时，同居生活期间双方共同所得的收入和购置的财产，按一般共有财产处理，同居生活前，一方自愿赠送给对方的财物可比照赠与关系处理；一方向另一

方索取的财物，可参照最高人民法院〔84〕法办字第112号《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》第（18）条规定的精神处理。11.解除非法同居关系时，同居期间为共同生产、生活而形成的债权、债务，可按共同债权、债务处理。12.解除非法同居关系时，一方在共同生活期间患有严重疾病未治愈的，分割财产时，应予适当照顾，或者由另一方给予一次性的经济帮助。13.同居生活期间一方死亡，另一方要求继承死者遗产，如认定事实婚姻关系的，可以配偶身份按继承法的有关规定处理；如认定非法同居关系，而又符合继承法第十四条规定的，可根据相互扶助的具体情况处理。14.人民法院在审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活的案件时，对违法情节严重，应按照婚姻法、民法通则、《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》和其他法律、法规的有关规定，给予适当的民事制裁。”

[15]夏吟兰.中华人民共和国婚姻法评注·总则.厦门：厦门大学出版社，2016：157.

[16]《最高人民法院关于适用新的〈婚姻登记管理条例〉的通知》（法发〔1994〕6号）被《最高人民法院关于废止1980年1月1日至1997年6月30日期间发布的部分司法解释和司法解释性质文件（第九批）的决定》废止。

[17]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[18]何丽新.我国非婚同居立法规制研究.北京：法律出版社，2010：373.

[19]夏吟兰.民法分则婚姻家庭编立法研究.中国法学，2017（3）.

[20]李凤章.非婚同居中女性合法权益的保护.甘肃政法学院学报，2003（4）.

[21]陈苇.婚姻家庭继承法学.北京：群众出版社，2005：96.

[22]王薇.非婚同居法律制度比较研究.北京：人民出版社，2009：20.

[23]秦志远.“反射性”立法中的非婚同居域外法律规制.河北法学，2006（5）.

[24]但淑华.我国非婚同居的二元法律规制研究.北京：法律出版社，2012：213.

[25]夏吟兰.民法分则婚姻家庭编立法研究.中国法学，2017（3）.

[26]“用公开促公正建设核心价值”主题教育活动婚姻家庭纠纷典型案例.
（2015-12-04）〔2020-02-16〕.http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-16211.html.

[27]杨立新.中华人民共和国民法总则要义与案例解读.北京：中国法制出版社，2017：475.

[28]王歌雅.《民法典·婚姻家庭编》的编纂策略与制度走向.法律科学，2019（6）.

- [29]梁洪霞.我国多省市“限制妇女堕胎”规定的合宪性探究：兼议生育权的宪法保护.北方法学，2018（1）.
- [30]马强.论生育权：以侵害生育权的民法保护为中心.政治与法律，2013（6）.
- [31]樊丽君.生育权性质的法理分析及夫妻生育权冲突解决原则.北京化工大学学报（社会科学版），2005（4）.
- [32]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.
- [33]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.
- [34]1950年《婚姻法》第一条规定：“废除包办强迫、男尊女卑、漠视子女利益的封建主义婚姻制度。实行男女婚姻自由、一夫一妻、男女权利平等、保护妇女和子女合法权益的新民主主义婚姻制度。”
- [35]1980年《婚姻法》第二条规定：“实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度。保护妇女、儿童和老人的合法权益。实行计划生育。”
- [36]夏吟兰.民法分则婚姻家庭编立法研究.中国法学，2017（3）.
- [37]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.
- [38]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.
- [39]夏吟兰.中华人民共和国婚姻法评注·总则.厦门：厦门大学出版社，2016：175.
- [40]夏吟兰.中华人民共和国婚姻法评注·总则.厦门：厦门大学出版社，2016：186.
- [41]杨凯.从婚姻自由的角度谈同居现象的存在.当代法学，2003（1）.
- [42]王洪.婚姻家庭法.北京：法律出版社，2003：25.
- [43]王洪.婚姻家庭法.北京：法律出版社，2003：24.
- [44]杨大文，龙翼飞.婚姻家庭法.7版.北京：中国人民大学出版社，2018：49.
- [45]陆静.关于婚姻自由原则的反思.中国律师，2001（11）；李银河，马忆南.婚姻法修改论争.北京：光明日报出版社，1999：177-191.
- [46]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[47]杨大文,龙翼飞.婚姻家庭法.7版.北京:中国人民大学出版社,2018:51.

[48]夏吟兰.中华人民共和国婚姻法评注·总则.厦门:厦门大学出版社,2016:211.

[49]王洪.婚姻家庭法.北京:法律出版社,2003:27.

[50]韩大元,林来梵,郑贤君.宪法学专题研究.北京:中国人民大学出版社,2004:302.

[51]夏吟兰.婚姻家庭继承法.2版.北京:中国政法大学出版社,2017:54.

[52]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展,2020(2).

[53]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展,2020(2).

[54]巫昌祯,夏吟兰.婚姻家庭法学.2版.北京:中国政法大学出版社,2016:71.

[55]杨大文,龙翼飞.婚姻家庭法.7版.北京:中国人民大学出版社,2018:55.

[56]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展,2020(2).

[57]人民法院出版社.最高人民法院婚姻家庭、继承司法解释理解与适用简明版及配套规定.北京:人民法院出版社,2018:4.

[58]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展,2020(2).

[59]夏吟兰.中华人民共和国婚姻法评注·总则.厦门:厦门大学出版社,2016:189.

[60]巫昌祯,夏吟兰.婚姻家庭法学.2版.北京:中国政法大学出版社,2016:65.

[61]王歌雅.婚姻家庭继承法学.2版.北京:中国人民大学出版社,2013:39.

[62]马亿南.婚姻家庭继承法学.3版.北京:北京大学出版社,2014:38.

[63]“用公开促公正建设核心价值”主题教育活动婚姻家庭纠纷典型案例.
(2015-12-04)[2020-02-20].<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-16211.html>.

[64]吴高盛.《中华人民共和国婚姻法》释义及实用指南.北京:中国民主法制出版社,2014:20.

[65]杨大文,龙翼飞.婚姻家庭法.7版.北京:中国人民大学出版社,2018:52;夏

吟兰.中华人民共和国婚姻法评注·总则.厦门：厦门大学出版社，2016：221.

[66]王洪.婚姻家庭法.北京：法律出版社，2003：27.

[67]夏吟兰.中华人民共和国婚姻法评注·总则.厦门：厦门大学出版社，2016：224.

[68]张明楷.刑法学.3版.北京：法律出版社，2007：695.

[69]吴高盛.《中华人民共和国婚姻法》释义及实用指南.北京：中国民主法制出版社，2014：20.

[70]张明楷.刑法学.3版.北京：法律出版社，2007：697.

[71]人民法院出版社.最高人民法院婚姻家庭、继承司法解释理解与适用简明版及配套规定.北京：人民法院出版社，2018：4.

[72]马忆南.婚姻家庭继承法学.3版.北京：北京大学出版社，2014：39.

[73]婚姻家庭纠纷典型案例（北京）.（2015-11-20）[2020-02-21].<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-16035.html>.

[74]杨大文，龙翼飞.婚姻家庭法.7版.北京：中国人民大学出版社，2018：56.

[75]巫昌祯，夏吟兰.婚姻家庭法学.2版.北京：中国政法大学出版社，2016：74.

[76]王洪.婚姻家庭法.北京：法律出版社，2003：32.

[77]国务院法制办公室.中华人民共和国婚姻法（含最新司法解释）注解与配套.4版.北京：中国法制出版社，2017：7.

[78]婚姻家庭纠纷典型案例（北京）.（2015-11-20）[2020-02-21].<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-16035.html>.

[79]夏吟兰.中华人民共和国婚姻法评注·总则.厦门：厦门大学出版社，2016：272.

[80]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[81]杨大文，龙翼飞.婚姻家庭法.7版.北京：中国人民大学出版社，2018：58.

[82]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[83]杨大文.亲属法.4版.北京：法律出版社，2004：120.

[84]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，

2020 (2) .

[85]杨大文,龙翼飞.婚姻家庭法.7版.北京:中国人民大学出版社,2018:58.

[86]张力.“优良家风”写进民法典的法治意义.检察日报,2020-01-08 (7) .

[87]习近平.在会见第一届全国文明家庭代表时的讲话.人民日报,2016-12-16 (2) .

[88]马奇柯.社会公德、职业道德、家庭美德、个人品德关系论析.学术交流,2008 (2) .

[89]习近平.在会见第一届全国文明家庭代表时的讲话.人民日报,2016-12-16 (2) .

[90]安丽梅.新时代家庭文明建设的意义与路径.思想政治工作研究,2019 (4) .

[91]吴高盛.《中华人民共和国婚姻法》释义及实用指南.北京:中国民主法制出版社,2014:23.

[92]国务院法制办公室.中华人民共和国婚姻法(含最新司法解释)注解与配套.4版.北京:中国法制出版社,2017:9.

[93]人民法院出版社.最高人民法院婚姻家庭、继承司法解释理解与适用简明版及配套规定.北京:人民法院出版社,2018:5.

[94]审理法院为四川省成都市成华区人民法院,案号:(2014)成华民初字第1266号。

[95]王歌雅.婚姻家庭继承法学.2版.北京:中国人民大学出版社,2013:47.

[96]杨大文,龙翼飞.婚姻家庭法.7版.北京:中国人民大学出版社,2018:58-59.

[97]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展,2020 (2) .

[98]王歌雅.《民法典·婚姻家庭编》的编纂策略与制度走向.法律科学,2019 (6) .

[99]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展,2020 (2) .

[100]马忆南.婚姻家庭继承法学.3版.北京:北京大学出版社,2014:166.

[101]曹思婕.完善未成年人监护立法的思考.理论探索,2016 (4) .

[102]雷明光.中华人民共和国收养法评注.厦门:厦门大学出版社,2016:10.

[103]巫昌祯,夏吟兰.婚姻家庭法学.2版.北京:中国政法大学出版社,2016:182.

[104]《民法典》第二十八条规定:“无民事行为能力或者限制民事行为能力的成年人,由下列有监护能力的人按顺序担任监护人:(一)配偶;(二)父母、子女;(三)其他近亲属;(四)其他愿意担任监护人的个人或者组织,但是须经被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。”

[105]《民法典》第二十七条规定:“父母是未成年子女的监护人。未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的,由下列有监护能力的人按顺序担任监护人:(一)祖父母、外祖父母;(二)兄、姐;(三)其他愿意担任监护人的个人或者组织,但是须经未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。”

[106]费孝通.乡土中国生育制度.北京:北京大学出版社,1998:26.

[107]王歌雅.《民法典·婚姻家庭编》的编纂策略与制度走向.法律科学,2019(6).

第二章 结婚

本章主要是根据《婚姻法》第二章相关条文修改而成。主要包括以下内容：结婚自愿、法定结婚年龄、禁止结婚的条件、结婚登记、登记结婚后家庭组成问题、无效婚姻情形、受胁迫的可撤销婚姻、患有重大疾病未如实告知的可撤销婚姻、婚姻无效或被撤销的法律后果。

与《婚姻法》相比，本章主要修改了以下内容：第一，在结婚自愿上，将不允许“任何第三者”干涉男女双方缔结婚姻，改为“禁止任何组织或者个人”加以干涉。第二，在结婚年龄上，不再规定晚婚晚育。第三，修改禁止结婚的条件，不再规定患有医学上认为不应当结婚的疾病者禁止结婚。第四，在结婚登记程序上，明确确立婚姻关系的标志是完成结婚登记。第五，在无效婚姻的情形中，不再将“婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的”作为法定婚姻无效情形。第六，因受胁迫结婚的当事人可以请求撤销婚姻，将“受胁迫的一方可以向婚姻登记机关或人民法院请求撤销该婚姻”修改为“受胁迫的一方可以向人民法院请求撤销婚姻”。同时，受胁迫方请求撤销婚姻的期限由“自结婚登记之日起一年内提出”改为“自胁迫行为终止之日起一年内提出”。第七，新增患有重大疾病未如实告知的可撤销婚姻的规定：“一方患有重大疾病的，应当在结婚登记前如实告知另一方；不如实告知的，另一方可以向人民法院请求撤销婚姻。请求撤销婚姻的，应当自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内提出。”第八，在婚姻无效或被撤销的法律后果上，确立婚姻无效或者被撤销的无过错方有权请求损害赔偿。

第一千零四十六条

结婚应当男女双方完全自愿，禁止任何一方对另一方加以强迫，禁止任何组织或者个人加以干涉。

本条主旨

本条是关于结婚自愿的规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第五条的基础上修改而成，该条规定为：“结婚必须男女双方完全自愿，不许任何一方对他方加以强迫或任何第三者加以干涉。”值得注意的是，《民法典》婚姻家庭编的本条规定仍坚持“男女双方”为结婚行为的主体。目前，我国在法律上仅认可异性之间的婚姻关系，因此，缔结婚姻的主体仍须为“男女双方”。本条将《婚姻法》第五条规定的“不许任何一方对他方加以强迫或任何第三者加以干涉”改为“禁止任何一方对另一方加以强迫，禁止任何组织或者个人加以干涉”。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人身自由的核心法理思想^[1]。

一、历史沿革

1950年《婚姻法》明确规定结婚自愿。1950年《婚姻法》第三条规定：“结婚须男女双方本人完全自愿，不许任何一方对他方加以强迫或任何第三者加以干涉。”1980年《婚姻法》、2001年修订的《婚姻法》延续了关于结婚自愿的内容。《民法典》婚姻家庭编的本条规定将2001年修订的《婚姻法》第五条规定中的“不许任何一方对他方加以强迫或任何第三者加以干涉”改为“禁止任何一方对另一方加以强迫，禁止任何组织或者个人加以干涉”。

二、结婚应当男女双方完全自愿

根据本条规定，结婚应当男女双方完全自愿，这是婚姻自由原则在结婚制度上的具体体现。结婚自愿是结婚的积极要件，要求男女双方对于缔结婚姻关系的意思表示一致且真实。

该规定的核心意旨是，男女双方是否结婚、与谁结婚，应当完全由双方当事人本人决定。男女双方完全自愿，具体包括以下含义：第一，应当是男女双方均为自愿，非出于本人自愿，任何一方都不得强迫另一方与自己结婚。第二，应当是基于男女双方本人自愿，而非基于他人意愿，不是双方父母或其他第三者采用包办、买卖等方式干涉男女双方缔结婚姻，即任何组织或个人不得干涉男女双方缔结婚姻。第三，应当是男女双方完全自愿且双方对于缔结婚姻关系的意思表示

真实且一致，而非由于存在某种外在的情况而勉强同意。根据《民法典》婚姻家庭编的规定，由于受到胁迫而同意结婚的，属于可撤销婚姻，“受胁迫的一方可以向人民法院请求撤销婚姻”。

结婚是男女双方以建立家庭、互为配偶为目的之两性结合。这种结合从本质上讲，是以爱情为基础的，而爱情只能产生于当事人自身，其他人决定男女情感的命运是违背婚姻本质的。当然，法律要求本人自愿，并不排斥男女双方就个人的婚事征求父母、亲友的意见，也不排斥父母、亲友等人出于对当事人的关心和爱护对他们的婚姻提出看法和建议。我国以当事人办理结婚登记手续作为婚姻合法成立的程序要件。如果缔结婚姻并非当事人双方完全自愿，婚姻登记机关将不予办理结婚登记。

三、关于婚约问题

依照我国民间习俗，有时在结婚前，男女双方还会约定订立婚约，即订婚。新中国成立以来，移风易俗一直是婚姻家庭领域的道德追求与法律追求。为倡导婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻家庭制度，我国历次颁行的《婚姻法》均未对婚约予以明确规定，但婚约习惯依然存在，因婚约引发的人身关系、财产关系纠纷依然存在。为妥善解决婚约纠纷，我国的相关法律和司法解释曾表明了对待婚约的态度：（1）订婚不是结婚的必要程序和条件。婚约不具有法律约束力，解除婚约无须任何法定程序。（2）军人的婚约要有条件地保护。（3）解除婚约或恋爱终止时，应妥善处理财物纠纷^[2]。

在我国，婚约不属于法律意义上的合同，不具有强制执行性。婚约对于当事人来说，只能是自愿履行。如果一方当事人反悔，只要通知另一方当事人即可解除，不需要征得另一方当事人的同意，也无须承担任何法律责任^[3]。有学者提出，在婚姻家庭立法中，应当增加有关否定婚约法律效力和解除婚约导致的财产返还规则的规定。并建议增设如下内容：“男女双方订立的婚约对双方没有法律约束力。男女双方解除婚约后，一方因订立婚约而给付的财物依法应当返还，不能返还的应承担赔偿责任。”此项立法建议的理由在于：第一，在中国民间，订立婚约已成普遍习俗，且该习俗历史悠久、影响面广，本编的法律规定若不认可婚约的法律效力，那么，就应当将该法律理念宣示全社会，以正世俗。第二，因婚约而给付的财物已经产生财产转移的法律后果，在男女双方解除婚约后，对财物进行返还已成为习惯，在不违背公序良俗的情况下，返还该财产具有合理性^[4]。

典型案例

对结婚登记的审查应以结婚意愿为重——宋家四子女要求撤销二审被上诉人梅河口市民政局结婚登记证案^[5]

【裁判要旨】

有权起诉的公民死亡后，其近亲属不服结婚登记行为，可以死者权利受到侵犯为由提起行政诉讼，但不得仅以自身继承权受损为由。法院审理此类案件，应更多地尊重婚姻双方的结婚意愿，采取实质合法审查标准。

【基本案情】

申诉人（一审原告，二审上诉人，再审申请人）：宋家四子女。

被申诉人（一审被告，二审被上诉人，再审被申请人）：梅河口市民政局（以下简称“市民政局”）。

被申诉人（原审第三人）：李某。

2000年11月14日，李某和宋某（4位申诉人已故父亲）两人办理结婚登记，吉林省梅河口市民政局按照规定审查了两人提供的有效证件后认为符合结婚登记申请条件，为李某和宋某填写了结婚登记申请表，拍了结婚证合影照片，填写了结婚证，并履行了必要的结婚登记手续，根据《婚姻登记管理条例》第九条的规定，为两人办理了结婚证。当时李某所持证件齐全，宋某因子女不同意其再婚，户口簿和身份证被子女扣留未能提交。市民政局在宋某未提交户籍身份证明的情况下办理了结婚证，同时依据《婚姻登记管理条例》第十三条的规定，要求宋某到户籍地派出所开具身份证明。2000年11月27日，李某和宋某向市民政局补交了户籍地派出所出具的身份证明。同日，市民政局为两人发放了结婚证。宋家四子女认为，一是市民政局出具的婚姻登记申请书等材料是编造的，与其父亲的真实意愿不符，二是该婚姻登记证在遗产继承案件中对四人不利，故向法院起诉要求确认市民政局的婚姻登记违法，婚姻关系无效。主要理由：一是市民政局在证件不全的情况下进行了登记，构成违法；二是派出所出具的身份证明系伪造（2000年时，通行的身份证号是15位，该证明中为18位）。

一审庭审中，经宋家四子女申请，梅河口市人民法院同意对李某和宋某在结婚登记申请中的签名、指纹进行委托鉴定。2010

年5月31日，吉林某鉴定所做出司法鉴定，认为李某和宋某在结婚登记申请表中的签字与提供的样本不是同一人书写；李某在结婚登记申请书中按压的指纹与样本对比，倾向认定是同一人指纹。2010年6月13日，该鉴定所又做出相同文号的司法鉴定书，但内容有变动，即将“倾向认定是同一人指纹”变更为“倾向否定是李某的指纹所按印”。

【审判要览】

吉林省梅河口市人民法院一审认为：根据《婚姻登记管理条例》第四条的规定，梅河口市婚姻登记管理处是被告授权的主管梅河口市婚姻登记管理工作的部门，具有婚姻登记管理职能。在办理第三人和宋某结婚登记时，履行了国家行政机关应尽的登记审查义务。被告要求宋某必须到户籍地派出所开具身份证明后方可领取结婚证，符合《婚姻登记管理条例》第十三条“申请结婚登记的当事人受单位或者他人干涉，不能获得所需证明时，经婚姻登记管理机关查明确实符合结婚条件的，应当予以登记”的规定。虽然被告在宋某户口簿和身份证未提交的情况下就填写了结婚证，但从结婚登记过程及宋某在遗嘱笔录中的叙述来看，可以认定李某和宋某是自愿、合法办理了结婚登记手续。原告所提供的证据不能充分反证被告所有登记材料都是编造、伪造的，对原告要求撤销该结婚登记证的主张不予支持。

梅河口市人民法院根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第五十六条第（二）项的规定，经本院2010年第11次审判委员会讨论决定，判决：驳回原告宋家四子女的诉讼请求。

吉林省通化市中级人民法院二审认为：本案的争议焦点是被上诉人市民政局发放的被诉结婚证是否合法。二审法院根据庭审举证、质证而认定的有效证据查明的事实与一审基本一致，并认为被上诉人市民政局为李某与宋某发放结婚证，符合《婚姻登记管理条例》第十三条的规定，是根据《婚姻登记管理条例》第四条规定办理的。上诉人所提供的证据不能充分证明自己的主张。对于四位上诉人要求撤销一审判决、依据司法鉴定确认被上诉人市民政局违法发放结婚证的请求不予支持。

吉林省通化市中级人民法院判决驳回上诉，维持原判。

后经通化市中院再审维持原判以及吉林省高院驳回再审申请后，宋家四子女向最高人民法院提起申诉，要求撤销原审判决，

依法确认婚姻登记违法无效。主要理由：（1）申领签字伪造，结婚照属合成照，婚姻登记应属无效；（2）原审判决中“被诉行为存在程序瑕疵并不影响登记结果”的论理存在不当。

最高人民法院最终决定不予再审立案处理，主要指导精神是：婚姻登记行为是婚姻登记机关对双方民事关系的确认，对该行为进行合法性审查应更注重双方是否自愿结婚这一实体问题。只要双方自愿且无法律禁止或者无效的情形，就应认定婚姻登记行为有效。因此，结婚登记的程序瑕疵不足以否定婚姻登记行为的效力。

【法官观点】

关于对婚姻登记是进行实质合法审查还是形式合法审查，确实需要设立相应的标准。

本案中，宋家四子女起诉认为，2000年11月14日填写的婚姻登记申请表等材料是市民政局编造的，公安机关出具的身份证明是伪造的，并就李某、宋某在结婚登记申请中的签名、指纹提出鉴定申请。可以说，宋家四子女对申请材料的真实性质疑，由此引出人民法院对婚姻登记是进行实质合法审查还是形式合法审查的标准问题。

持形式合法审查标准的人主要基于两点理由：一是法律对婚姻登记机关的审查义务限于形式审查；二是司法审查针对登记行为的合法性，只要登记机关依法尽到形式审查义务，就应该被认定为合法。倘若法院事后提高法律规范设定的审查标准，以此衡量先前的登记行为，实属不公。

持实质合法审查标准的人认为，结婚登记是以结婚民事合意为基础的行政确认。国务院法制办《行政许可法疑难问题解答》中指出：“行政许可是行政机关对经济和社会事务的管理行为，不包括对民事权利、民事关系的确认。因此，……产权登记、机动车登记、婚姻登记、户籍登记、抵押登记等，不是行政许可”。可以说，行政许可的效力是向后的，一经许可登记即创设新的权利义务关系；而行政确认是对既有民事关系的记载，其权利义务从根本上取决于基础民事法律关系或者法律事实，如结婚登记取决于当事人缔结婚姻关系的意愿。确认登记的作用只是在相对人的民事权利上叠加一层官方认可的色彩，其行为效力完全基于法律的直接规定而非行政机关的意思产生。因此，结婚自愿才是衡量婚姻是否有效的实质要件。确认行为在法律性质上只是

一种公示行为，通过确认方式使当事人的民事意愿表示出来，故人民法院司法审查时应着重把握实质要件，采取实质合法审查标准。首先，不轻易因为登记程序问题否定婚姻效力。有关法律在设定行政确认法律关系时，更重视其所确认行为的实质要件，及该确认行为所确认的民事法律关系是否有效，甚至为达到实质目的而迁就形式目的。婚姻登记是结婚的必经程序，但未办理结婚登记而具备结婚实质要件的，应当允许补办，且补办登记具有溯及力。一旦婚姻登记程序办理完毕，即使婚姻登记违反法定程序，若结婚符合实质要件，也不应撤销该婚姻登记。此时以程序违法为由撤销婚姻登记行为，受损害的恰恰是婚姻当事人自己，而且与设定婚姻登记程序的本意不符。其次，实质合法审查标准才能实质化解纠纷。考虑到绝大部分婚姻登记案件源于基础民事纠纷，如果人民法院采取保守的形式合法审查标准，甚至审慎合理标准，都不足以解决纠纷，徒增讼累。以最高人民法院答复为据，法〔2005〕行他字第13号答复第二条指出：“婚姻关系双方或一方当事人未亲自到婚姻登记机关进行婚姻登记，且不能证明婚姻登记系男女双方的真实意思表示，当事人对该婚姻登记不服提起诉讼的，人民法院应当依法予以撤销。”当形式要件未满足时，法院有义务进一步核实婚姻关系双方是否自愿结婚这一实质要件。该答复的精神应当适用于本案形式要件真实性受到质疑的情况。

第一千零四十七条

结婚年龄，男不得早于二十二周岁，女不得早于二十周岁。

本条主旨

本条是关于法定结婚年龄的规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第六条的基础上修改而成，该条规定为：“结婚年龄，男不得早于二十二周岁，女不得早于二十周岁。晚婚晚育应予鼓励。”本条的修改之处在于取消了“晚婚晚育应予鼓励”的规定。“晚婚晚育应予鼓励”曾经作为1980年《婚姻法》的一项倡导性规定。值得注意的是，2015年修订的《人口与计划生育法》已将第十八条中的“国家稳定现行生育政策，鼓励公民晚婚晚育”径行删除。

理解与适用

本条规定，直接体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人本秩序等核心法理思想和权利法定、行为公示等具体法理精神[6]。

一、法定结婚年龄的含义

法定结婚年龄，指法律规定允许结婚的最低年龄界限，在此年龄以上始得结婚。我国《民法典》婚姻家庭编第一千零四十七条规定：“结婚年龄，男不得早于二十二周岁，女不得早于二十周岁。”凡双方或一方未达到法定结婚年龄，婚姻登记机关一律不予登记。

二、法定结婚年龄的确定

由于婚姻兼具自然属性和社会属性，因而，法定结婚年龄的确定也取决于自然因素和社会因素。结婚的男女双方只有达到一定的年龄，才能具备适合的生理条件和心理条件并履行夫妻义务，承担对家庭和社会的责任。尽管我国法律赋予每个公民结婚的权利能力，但并非所有公民都可以成为婚姻法律关系的主体，只有达到法律规定的结婚年龄的人，才享有结婚的权利[7]。

我国1950年《婚姻法》规定的法定婚龄为男二十岁、女十八岁。这与当时的政治、经济、文化发展水平，与人民群众的觉悟程度和接受能力相适应。为了适应改革开放的新形势，1980年《婚姻法》将保护妇女和儿童合法权益的原则扩大为保护妇女、儿童和老人合法权益的原则，增加了实行计划生育的原则[8]，为了配合国家“晚婚晚育”的人口政策，相应地，法定结婚年龄也调整为男二十二周岁、女二十周岁。由此可知，结婚年龄并不基于客观的生理标准确定，其并不与民事主体的民事行为能力标准挂钩，很大程度上是作为国家进行人口治理的政策工具而存在[9]。考虑到1980年《婚姻法》确定的法定结婚年龄执行情况基本是可行的，因此，2001年修订的《婚姻法》对法定结婚年龄没有再做修改。

然而，有关是否应当降低法定结婚年龄的争论由来已久。一种观点认为，应当降低法定婚龄并取消男女婚龄差，即修改为：“结婚年龄，男女双方均不得早于二十周岁。”理由是：第一，法定婚龄过高违背了自然人的生长发育规律。第二，由我国广大农村地区和少数民族地区的结婚习俗可知，很多男女青年有早结婚的意愿，降低法定婚龄有利于满足其正当需求，减少因不能结婚而形成的同居现象。第三，我国控制人口数量的生育政策已经发生改变，1980年《婚姻法》提高法定婚龄的现实基础已经不存在。第四，法定婚龄男女差异没有现实的依据和合法性基础，不符合性别平等观。为了进一步贯彻男女

平等原则，应当删除男女法定婚龄的差异规定^[10]。

另一种观点认为，应维持现行法定婚龄。理由是：第一，民政部2015—2017年婚姻登记数据显示，男女青年结婚的最高峰是25~29周岁，占到结婚人数的35%~39%；有多少男青年在20~22周岁即有结婚要求，缺乏数据支撑。第二，人们结婚以后要承担供养家庭的义务与责任，20~22周岁的男青年有无供养能力，值得怀疑。因此，降低法定婚龄没有实际意义，维持现状也不会产生太大影响。

“男不得早于二十二周岁，女不得早于二十周岁”体现了男女两性的自然生理差异。基于实施效果及尊重民众习惯的考虑^[11]，该规定应予以保留。因此，《民法典》婚姻家庭编第一千零四十七条沿袭了《婚姻法》第六条的规定，“结婚年龄，男不得早于二十二周岁，女不得早于二十周岁”。

典型案例

未达法定结婚年龄，婚姻无效——雷某甲与张某甲婚姻无效纠纷案^[12]

【基本案情】

原告雷某甲诉称，原、被告双方于2011年5月17日登记结婚，婚后不久，原告发现被告同时有两个身份证，被告注销了与原告结婚时所用身份证，现在所持身份证未达法定婚龄，原告为此承担巨大精神痛苦，且双方因性格不合，经常争吵，导致夫妻感情彻底破裂。现诉至法院，请求依法判决宣告双方婚姻无效。

被告张某甲辩称，由于当时未到法定结婚年龄，结婚心切，冒用别人的身份证与原告结婚，给原告造成了非常大的精神损害，我愿意承担由此产生的一切责任。

法院经审理查明，原告雷某甲于1989年1月10日出生，被告张某甲于1991年12月23日出生，双方于2010年3月经人介绍相识并建立恋爱关系，于2011年5月17日登记结婚。双方共同生活期间无生育子女，无共同财产、共同债权债务。被告张某甲至原告起诉时尚未达到法定婚龄。

【争议焦点】

本案的争议焦点为，原、被告婚姻是否有效。

【裁判】

审理法院认为，原告雷某甲以被告张某甲未达法定婚龄为由，起诉要求宣告原、被告婚姻无效，本案为婚姻无效纠纷。

《中华人民共和国婚姻法》第六条规定：“结婚年龄，男不得早于二十二周岁，女不得早于二十周岁。”第十条规定：“有下列情形之一的，婚姻无效：（一）重婚的；（二）有禁止结婚的亲属关系的；（三）婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的；（四）未到法定婚龄的。”双方在办理结婚登记手续时，被告张某甲未达到法定婚龄，且至原告起诉时仍未达到法定婚龄，故原、被告法定婚姻无效的情形仍未消失，原告雷某甲请求宣告原、被告之间的婚姻无效，符合法律规定，本院予以支持。

综上，河南省信阳市平桥区人民法院依照《中华人民共和国婚姻法》第六条、第十条、第十二条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第八条、第九条之规定，于2014年4月8日作出民事判决如下：

宣告原告雷某甲与被告张某甲的婚姻无效。

本判决一经作出即具有法律效力。

【评析】

本案涉及未达法定婚龄的婚姻效力问题。对于这一问题，理论和司法实践中的态度高度一致，即一方或双方未达法定婚龄的婚姻为无效婚姻。在司法实践中应当注意的是，因未达法定婚龄请求确认婚姻无效的，结婚时未达法定婚龄的一方必须在起诉时仍未达到法定婚龄，人民法院才可能确认婚姻无效。人民法院审理宣告婚姻无效案件，对婚姻效力的审理不适用调解，应当依法作出判决；该判决一经作出，即发生法律效力。

本案中，被告结婚时未达法定婚龄，且在原告起诉时被告仍然未达到法定结婚年龄，婚姻无效的情形是始终存在的，因此法院支持了原告的诉讼请求。如果原告起诉时被告已经达到法定结婚年龄，则因导致婚姻无效的情形已经消失，原告的诉讼请求不应得到支持。

直系血亲或者三代以内的旁系血亲禁止结婚。

本条主旨

本条是关于禁止结婚的亲属关系的规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第七条的基础上修改而成，该条规定为：“有下列情形之一的，禁止结婚：（一）直系血亲和三代以内的旁系血亲；（二）患有医学上认为不应当结婚的疾病。”本条主要是针对《婚姻法》第七条第二项做了修改。患有医学上认为不应当结婚的疾病者禁止结婚，这一规定在实践中很难操作，且在对方知情的情况下，是否患有疾病并不必然会影响当事人的结婚意愿。为尊重当事人的婚姻自主权，《民法典》婚姻家庭编单列条文规定：一方患有重大疾病的，应当在结婚登记前如实告知另一方；不如实告知的，另一方可以向人民法院请求撤销婚姻。我国《民法典》婚姻家庭编关于直系血亲或者三代以内的旁系血亲禁止结婚的规定属于强制性规范，不允许随意变通适用^[13]。当事人的结婚行为因违背禁止结婚的法定条件而当然归于无效。

理解与适用

本条规定，直接体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人伦正义的核心法理思想和公序良俗的具体法理精神^[14]。

一、亲系——亲属的血缘联系

亲系，指的是亲属间的联络系统，这种联络的载体是客观存在的血缘联系^[15]。血亲之间当然具有血缘联系，姻亲虽以婚姻为中介，但它是配偶一方与另一方的血亲之间的关系，配偶双方与各自的血亲之间同样也具有血缘联系。狭义的亲系，仅指血亲的联络系统，而广义的亲系兼指姻亲的联络系统。除配偶本身外，一切亲属关系中总是有一定的亲系可循。各种亲系互相交织，形成了一个复杂的亲属网络。

根据亲属间血缘关系亲疏远近的不同，可分为直系血亲和旁系血亲。

（一）直系血亲

直系血亲，指彼此之间具有直接的血缘联系的血亲，即己身所从出和从己身所出的血亲。直系血亲是被一系列的直线式的出生事实联结在一起的^[16]。生育自己的和自己生育的上下各代血亲，都属于直系血亲的范围，如父母与子女、祖父母与孙子女、外祖父母与外孙子女等。

（二）旁系血亲

旁系血亲，指彼此之间具有间接的血缘联系的血亲。在血缘上具有同源关系的，除直系血亲外均为旁系血亲。旁系血亲的范围很广，呈网络状向外延伸^[17]。例如，兄弟姐妹因同源于父母而具有间接的血缘联系，己身与伯、叔、姑及其子女因同源于祖父母而具有间接的血缘联系，己身与舅、姨及其子女因同源于外祖父母而具有间接的血缘联系。

二、亲等——亲属关系远近计算法

衡量亲属关系远近主要是采用亲等来计算。亲等是计算亲属关系远近的单位，即每经一代为一亲等。亲等数越少，亲属关系越近。世界上主要有两种亲等计算法：一种是世界多数国家所采用的罗马法亲等计算法；另一种是部分国家所采用的寺院法亲等计算法。我国《民法典》婚姻家庭编未采用亲等计算法，而是沿用了世代计算法。具体内容分述如下：

（一）罗马法亲等计算法

（1）直系血亲计算法。从己身往上数，每经一代为一亲等；从己身往下数，每经一代也是一亲等。比如，往上数，自己与父母为一亲等直系血亲，与祖父母、外祖父母为二亲等直系血亲；往下数，自己与子女为一亲等直系血亲，与孙子女、外孙子女为二亲等直系血亲。

（2）旁系血亲计算法。从己身上数至共同的直系血亲，再由共同的直系血亲下数至所要计算的亲属，其世代相加之数，就是己身与所指亲属的亲等数。比如，自己与同胞兄弟姐妹的共同直系血亲是父母，为一亲等，再由父母数至兄弟姐妹也为一亲等，一加一等于二，自己与兄弟姐妹便为二亲等旁系血亲。自己与伯、叔、姑、舅、姨的共同直系血亲均上数至祖父母或者外祖父母，因此自己与伯、叔、姑、舅、姨均为三亲等旁系血亲。堂兄弟姐妹间为四亲等旁系血亲。

（二）寺院法亲等计算法

（1）直系血亲计算法。与罗马法直系血亲计算法相同，即以己身为基点，向上或向下数，以间隔一世为一亲等。

（2）旁系血亲计算法。从己身上数至共同的直系血亲，再从所指亲属上也数至共同的直系血亲。如果双方与共同的直系血亲间的代数相同，可按一方的代数定其亲等，代数不同，则按代数多的一方定其亲等。比如，同胞兄弟姐妹上数至父母，代数相同，为一亲等旁系血亲。己身与伯、叔、姑共同的直系血亲为祖父母，己身与祖父母是二亲等，伯、叔、姑与祖父母是一亲等，以己身的代数确定，伯、叔、姑与侄为二亲等旁系血亲。堂兄弟姐妹上数至祖父母，代数相同，也为二亲等旁系血亲。这种计算法往往不能准确地表示旁系血亲间的亲疏远近关系，不如罗马法计算法科学。

（三）我国《民法典》婚姻家庭编中的亲属计算法

我国《民法典》婚姻家庭编没有采用亲等计算法，而是采用简便的代数来表示血亲关系，一辈为一代，代数小的比代数大的亲属关系要亲近。

（1）直系血亲代数的计算。直系血亲是从自己算起为一代，向上数至父母为二代，至祖父母、外祖父母为三代，至曾祖父母、曾外祖父母为四代，至高祖父母为五代。往下也是如此，自己至子女为二代，至孙子女、外孙子女为三代……依次类推。

（2）旁系血亲代数的计算。首先找出自己与所要计算的旁系血亲的共同血缘处，以代数最高者为旁系血亲的代数。如己身与姑表亲的共同血缘处在己身的祖父母，己身与祖父母为三代，姑表亲与己身的祖父母也是三代，则己身与姑表亲为三代旁系血亲。再如，己身与姑表亲之女（即表侄女），共同血缘处在己身的祖父母，而己身的表侄女与己身的祖父母为四代直系血亲，则己身与表侄女为四代旁系血亲，不在禁止结婚的血亲范围之内。

三、禁止一定范围血亲结婚的必要性

禁止一定范围的血亲结婚是优生的要求。人类两性关系的发展证明，血缘过近的亲属间通婚，容易把双方生理上的缺陷遗传给后代，影响家庭幸福，危害民族健康。有学者认为，禁止一定范围的血亲结婚也是人伦正义这一核心法理思想在《民法典》婚姻家庭编的重要体

现^[18]。

新中国成立后，1950年《婚姻法》除禁止直系血亲、同胞兄弟姐妹、同父异母或同母异父兄弟姐妹结婚外，对其他五代以内的旁系血亲间禁止结婚的问题，做了从习惯的规定。1980年《婚姻法》除保留禁止直系血亲结婚的规定外，又明确规定禁止三代以内的旁系血亲结婚。2001年修订的《婚姻法》和《民法典》婚姻家庭编对于禁止血亲结婚的范围没有改动。也就是说，《民法典》婚姻家庭编所规定的禁止结婚的血亲有两类：

（1）直系血亲。包括父母子女，祖父母、外祖父母与孙子女、外孙子女，即父母不能与儿女结为配偶，祖父母、外祖父母不能与孙子女、外孙子女婚配。

（2）三代以内旁系血亲。包括：1）同源于父母的兄弟姐妹（含同父异母、同母异父的兄弟姐妹），即同一父母的子女之间不能结婚。2）不同辈的叔、伯、姑、舅、姨与侄子女、外甥子女不能结婚。3）同源于祖父母、外祖父母的堂兄弟姐妹、表兄弟姐妹不能结婚。

典型案例

三代以内旁系血亲结婚无效——张某诉罗某申请确认婚姻无效纠纷案^[19]

【案情】

法院审理查明：申请人的母亲与被申请人的父亲系同胞兄妹。2005年4月，申请人、被申请人在双方父母的撮合下共同生活，其间生育一子，取名张某甲。2006年4月26日，双方在本县南腰界乡人民政府补办了结婚登记。不久两人各自外出务工，一直无联系。申请人以双方系三代以内的旁系血亲为由，起诉要求法院判决其与被申请人的婚姻无效。

【争议焦点】

本案的争议焦点为，申请人与被申请人的婚姻是否有效。

【裁判】

法院认为：申请人与被申请人系嫡亲的表兄妹，属三代以内旁系血亲。两人的结婚登记行为，已违反了婚姻法禁止结婚的规

定，其婚姻自始无效，当事人不具有夫妻的权利和义务。故对申请人要求宣告与被申请人婚姻无效的请求，法院予以支持。

综上，重庆市酉阳土家族苗族自治县人民法院依照《中华人民共和国婚姻法》第七条第（一）项、第十条第（二）项、第十二条及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第九条第一款之规定，于2008年6月16日作出民事判决如下：

张某与罗某的婚姻无效。

本判决为终审判决。

【评析】

本案涉及血亲结婚的效力问题。按照我国法律规定，直系血亲以及三代以内的旁系血亲禁止结婚，已经缔结的婚姻为无效婚姻，不产生婚姻的法律效力，其婚姻自始无效，当事人不具有夫妻的权利和义务。

本案中，申请人与被申请人属于嫡亲的表兄妹，属于三代以内旁系血亲，应禁止结婚；已经结婚的，为无效婚姻。

第一千零四十九条

要求结婚的男女双方应当亲自到婚姻登记机关申请结婚登记。符合本法规定的，予以登记，发给结婚证。完成结婚登记，即确立婚姻关系。未办理结婚登记的，应当补办登记。

本条主旨

本条是关于结婚登记的规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第八条的基础上修改而成，该条规定为：“要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记。符合本法规定的，予以登记，发给结婚证。取得结婚证，即确立夫妻关系。未办理结婚登记的，应当补办登记。”本条略有改动之处是将确立婚姻关系的标志由“取得结婚证”改为“完成结婚登记”。

理解与适用

本条规定，直接体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人身自由、人格尊严、人本秩序等核心法理思想和权利法定、行为公示等具体法理精神^[20]。

一、结婚登记的目的和意义

我国《婚姻登记条例》第一条规定：“为了规范婚姻登记工作，保障婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度的实施，保护婚姻当事人的合法权益，根据《中华人民共和国婚姻法》，制定本条例。”据此规定，结婚登记的目的是规范管理婚姻登记工作，保障我国婚姻制度的实施，保护婚姻当事人的合法权益。

具体而言，结婚登记的意义主要包括以下三个方面：

第一，保障社会主义婚姻制度的实行。国家通过结婚登记，可以对公民婚姻的建立进行监督，有利于维护法律的严肃性，防止包办、买卖婚姻，制止早婚和重婚的发生，以国家的强制力确保社会主义婚姻家庭制度的巩固。

第二，保护婚姻当事人的合法权益。国家实行结婚登记制度，可给予争取婚姻自主的男女及时的法律支持，保护基于爱情而要求结合的男女的正当权利，还可以帮助、指导婚姻双方当事人避免因无知或者受欺骗而陷于不幸的婚姻之中。

第三，及时防止和惩治违反婚姻法的行为。通过结婚登记，国家工作人员可以直接对婚姻当事人开展法制教育，及时发现违反婚姻法的行为，并采取相应的有效措施^[21]。

二、结婚登记的机关

《婚姻登记条例》第四条规定：“内地居民结婚，男女双方应当共同到一方当事人常住户口所在地的婚姻登记机关办理结婚登记。中国公民同外国人在中国内地结婚的，内地居民同香港居民、澳门居民、台湾居民、华侨在中国内地结婚的，男女双方应当共同到内地居民常住户口所在地的婚姻登记机关办理结婚登记。”具体办理结婚登记的机关是：

第一，内地居民办理婚姻登记的机关是县级人民政府民政部门或者乡（镇）人民政府，省、自治区、直辖市人民政府可以按照便民原则确定农村居民办理婚姻登记的具体机关。

第二，中国公民同外国人，内地居民同香港特别行政区居民、澳门特别行政区居民、台湾地区居民、华侨办理婚姻登记的机关是省、自治区、直辖市人民政府民政部门或者省、自治区、直辖市人民政府民政部门确定的机关。

第三，男女双方均居住于驻在国的中国公民的婚姻登记，可由中华人民共和国驻外使（领）馆办理。

三、结婚登记的程序

结婚登记的程序分为申请、审查和登记三个环节。

（一）申请

要求结婚的当事人，应当向婚姻登记机关提出结婚申请。中国内地居民结婚，男女双方应当共同到一方当事人常住户口所在地的婚姻登记机关办理结婚登记。中国公民同外国人在中国内地结婚的，内地居民同香港居民、澳门居民、台湾居民、华侨在中国内地结婚的，男女双方应当共同到内地居民常住户口所在地的婚姻登记机关办理结婚登记。申请时，应当出具规定的证件和证明材料。具体而言：

第一，办理结婚登记的内地居民应当出具下列证件和证明材料：

（1）本人的户口簿、身份证；（2）本人无配偶以及与对方当事人没有直系血亲和三代以内旁系血亲关系的签字声明。

第二，办理结婚登记的香港特别行政区居民、澳门特别行政区居民、台湾地区居民应当出具下列证件和证明材料：（1）本人的有效通行证、身份证；（2）经居住地公证机构公证的本人无配偶以及与对方当事人没有直系血亲和三代以内旁系血亲关系的声明。

第三，办理结婚登记的华侨应当出具下列证件和证明材料：

（1）本人的有效护照；（2）居住国公证机构或者有权机关出具的、经中华人民共和国驻该国使（领）馆认证的本人无配偶以及与对方当事人没有直系血亲和三代以内旁系血亲关系的证明，或者中华人民共和国驻该国使（领）馆出具的本人无配偶以及与对方当事人没有直系血亲和三代以内旁系血亲关系的证明。

第四，办理结婚登记的外国人应当出具下列证件和证明材料：

（1）本人的有效护照或者其他有效的国际旅行证件；（2）所在国公证机构或者有权机关出具的、经中华人民共和国驻该国使（领）馆认

证或者该国驻华使（领）馆认证的本人无配偶的证明，或者所在国驻华使（领）馆出具的本人无配偶的证明。

（二）审查

婚姻登记机关对当事人的结婚申请进行审查，即婚姻登记机关应当对结婚登记当事人出具的证件、证明材料进行审查并询问相关情况。办理结婚登记的当事人有下列情形之一的，婚姻登记机关不予登记：（1）未到法定结婚年龄的；（2）非双方自愿的；（3）一方或者双方已有配偶的；（4）属于直系血亲或者三代以内旁系血亲的。对结婚登记当事人不符合结婚条件不予登记的，应当向当事人说明理由。

（三）登记

婚姻登记机关对结婚登记当事人符合结婚条件的，应当当场予以登记，发给结婚证。

四、补办结婚登记

2001年《婚姻法》修正案将1980年《婚姻法》第七条修改为第八条，并在原有规定的基础上增加了“未办理结婚登记的，应当补办登记”的规定。该规定包含了如下含义：我国婚姻法从积极的角度重申办理结婚登记的必要性，但对于不登记的仍可以通过“补办”加以弥补，试图以补办结婚登记的办法解决事实婚姻问题。从现有的立法资料来看，2001年《婚姻法》修正案（法学专家建议稿）强调结婚登记的严肃性，该建议稿第24条还规定：“未经办理结婚登记而以夫妻名义同居生活的，不发生婚姻的法律效力。”^[22]2001年《婚姻法》修正案（草案）第8条也未确立补办登记制度^[23]。由此分析判断，2001年《婚姻法》修正案（草案）之前并未就未登记的情况做出妥协，而是重申和严肃结婚登记制度。但是，在九届全国人大常委会第十九次会议上，全国人大法律委员会向全国人民代表大会常务委员会汇报关于2001年《婚姻法》修正案（草案）时指出：考虑到农村中未办理登记举行结婚仪式的不少，原因很复杂，因此，对没有登记的应区别情况分别处理。对符合结婚实质要件只是没有办理登记手续的，一律简单宣布为无效婚姻，对保护妇女的权益不利，应当通过加强法制宣传和完善登记等工作，采取补办登记等办法去解决^[24]。由此可见，补办结婚登记更多是对客观存在的事实婚姻的倾向性的妥协。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第四条、第五条进一步解释了补办结婚登记，以1994年2月1日《婚姻登记管理条例》公布实施为分界点，做出事实婚姻和同居的区分：对于1994年2月1日《婚姻登记管理条例》公布实施以前，男女双方符合结婚实质要件的，可认定其具有事实婚姻的效力，不必以补办结婚登记为条件；对于1994年2月1日《婚姻登记管理条例》公布实施后，男女双方符合结婚实质要件的，应当告知其在案件受理前补办结婚登记，补办之后方可按离婚案件处理，对拒不补办结婚登记坚持“离婚”的，按解除同居关系处理。

对于1994年2月1日《婚姻登记管理条例》公布实施以后的同居关系，补办结婚登记是转化为婚姻关系的必要条件，其效力可追溯至双方均符合结婚的实质要件时。通过补办登记，有利于维护妇女的合法权益。只有补办后才可以适用判决不准离婚、适用离婚损害赔偿制度和经济帮助制度等给妇女等弱势方带来利益。因此，补办结婚登记手续具有溯及力，溯及至当事人双方符合结婚的实质要件时。由此可见，补办结婚登记制度不仅是对补办结婚登记后的婚姻关系的认可，而且也是对补办结婚登记前符合结婚实质要件的以夫妻名义同居关系的认可，这种关系从当事人双方符合结婚的实质要件时起因补办结婚登记手续而产生婚姻的效力，该效力期间的界定更被认为是我国2001年《婚姻法》修正案对未登记的情况做出的立法上的妥协^[25]。

典型案例

双方在登记时未做补办登记的声明应当认定为婚姻登记，而不应进行婚姻效力的追溯——徐甲与郑某继承纠纷案^[26]

【裁判要旨】

补办结婚登记的相关规定并非对于事实婚姻的认可，补办结婚登记是将事实婚姻有条件地纳入婚姻登记制度中的变通性规定。补办结婚登记的，婚姻效力从双方具备法定结婚实质要件时起算，但双方在登记时未声明为补办登记的，应当认定为婚姻登记，不应进行婚姻效力的追溯。

【案情】

徐甲与郑某继承纠纷一案，经审理查明：徐某与被上诉人（一审被告）郑某系再婚夫妻关系，二人于2005年3月18日登记结婚，婚后未生育子女。徐某于2009年12月26日因重症肺部感染死亡。徐某曾有过三次婚姻，第一任配偶为潘某，二人育有一

女即上诉人（一审原告）徐甲；第二任配偶为谭某，徐某与谭某未生育子女，二人于1995年4月21日登记离婚；第三任配偶系郑某。徐某之父于1991年3月1日死亡，徐某之母于1964年5月20日死亡。就徐某的遗产分割问题，徐某之女徐甲与郑某发生争议，焦点在于徐某名下的房屋是否属于夫妻共同财产。

徐甲起诉称：徐某与郑某于2005年3月登记结婚，北京市某区某小区某号房产系徐某于婚前购买并获得产权证书，应当认定为徐某的婚前个人财产，由徐甲、郑某进行法定继承。

对此，郑某答辩称：郑某与徐某的婚姻关系应当从1999年2月底发生法律效力，此后夫妻关系存续期间取得财产均为夫妻共同财产。郑某于1998年11月3日离异，徐某于1995年4月21日离异。二人于1999年2月底起以夫妻名义共同生活和居住，未及时办理结婚登记。2005年3月，郑某与徐某补办结婚登记手续。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第四条规定：“男女双方根据婚姻法第八条规定补办结婚登记的，婚姻关系的效力从双方均符合婚姻法所规定的结婚的实质要件时起算。”1999年2月底，郑某与徐某已经符合婚姻法规定的结婚实质要件，郑某与徐某的婚姻关系应当自1999年2月底发生法律效力。

在庭审中，依据徐甲申请，一审法院依法委托某房地产评估有限公司对上述房产市场价值进行评估，结果为：市场价值2077 127元。

在庭审中，郑某申请证人徐某甲、母某、孙某、宋某、毕某到庭，证实徐某与郑某于1999年春节后以夫妻名义共同居住生活及出席公众场合。证人亦均表示二人未举行结婚仪式。

另查明，徐某生前曾于2000年9月30日在某医院住院治疗肾结石病，在该医院的病案首页中联系人一栏填有“郑某/妻子”；2000年11月27日，徐某购买中国太平洋保险公司个人长期人身保险保险单一份，保险合同内受益人资料一栏填有“姓名：郑某。与被保险人关系：夫妻”。

一审法院判决：（1）位于北京市某区某小区某号的房产自本判决生效之日起由郑某取得，房屋所有权人为郑某；（2）郑某于本判决生效后30日内给付徐甲房屋折价款519 281.75元。

徐甲不服一审法院判决，提起上诉。

二审中，法院调取郑某与徐某结婚登记档案，查明双方在结婚时所签署的声明书为申请结婚登记声明书。

【结论】

二审法院判决：（1）维持一审判决第一项；（2）变更一审判决第二项为郑某于本判决生效后30日内给付徐甲房屋折价款1038 563.5元。

【审判要览】

一审法院认定双方当事人争议焦点为被继承人徐某与被告郑某的婚姻效力起算时间。一审法院认为，依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第四条的规定，男女双方根据《婚姻法》第八条规定补办结婚登记的，婚姻关系的效力从双方均符合婚姻法所规定的结婚的实质要件时起算。据此规定可知，未办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的男女，只要符合结婚的实质要件，即达到法定结婚年龄，双方自愿且无配偶，无禁止结婚的疾病，可以补办结婚登记，虽然是后来补办的结婚登记，婚姻关系的效力却是从双方具备法定结婚实质要件时起算。在本案中，郑某所提交的徐某的住院病历（2000年9月30日）与保险合同（2000年11月27日）中关于二人关系的记载均显示二人为夫妻，证人徐某甲、母某、孙某、宋某、毕某出庭证实了徐某与郑某已于1999年3月起以夫妻名义共同生活的事实；在1999年徐某与郑某同居时，二人已成年、无配偶、无禁止结婚的疾病，符合结婚的实质要件。综上，一审法院认为郑某与徐某于1999年以夫妻名义同居的事实已成立，二人在2005年3月18日补办结婚登记后，二人的婚姻关系效力应当从1999年3月起算。据此，本案的涉诉房产系夫妻关系存续期间所购买，系郑某与徐某的夫妻共同财产，在分割徐某的遗产时，应当先分出属于郑某的一半。

二审法院经审理认为：本案争议焦点在于徐某遗产范围的确定。徐某生前取得的合法财产均为可继承的遗产，现其名下有房产、存款、基金、住房公积金、年终奖金等财产，其中，属于其与郑某夫妻关系存续期间取得的财产在进行遗产分割时，应先留出郑某的一半，剩余部分为徐某的遗产。因此，在确认徐某的遗产范围时，应当首先明确徐某与郑某的婚姻关系存续时间。《婚姻法》第八条规定：“要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记。……未办理结婚登记的，应当补办登记。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干

问题的解释（一）》第四条规定：“男女双方根据婚姻法第八条规定补办结婚登记的，婚姻关系的效力从双方均符合婚姻法所规定的结婚的实质要件时起算。”然而，本案中徐某与郑某于2005年3月18日登记结婚，经本院调取双方结婚登记档案，双方签署的声明书为申请结婚登记声明书，其中明确表示双方申请进行结婚登记，故双方之婚姻效力应当从双方登记结婚之日即2005年3月18日起算，而不应进行婚姻效力的追溯。据此，本案的涉诉房产系徐某婚前所购买，系徐某的个人财产。

【法官观点】

结婚是典型的要式行为，须具有形式性，这就要求结婚的双方以法定的形式做出缔结婚姻的意思表示，即结婚之声明。缔结婚姻的意思表示既要根植于当事人的内心确认，又须以特定的形式做出。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》中所规定的补办登记是对于1994年2月1日之后的事实婚姻的救济性规定，补办结婚登记时必须在婚姻登记机关做出补办结婚的声明，该声明应当严格按照规定的方式进行。正是基于补办登记的这种严格的形式性特点，若双方在登记时并未做出补办登记的声明，则应当认定为婚姻登记，婚姻关系的效力“向后”发生，而不能进行婚姻效力的追溯。

第一千零五十条

登记结婚后，按照男女双方约定，女方可以成为男方家庭的成员，男方可以成为女方家庭的成员。

本条主旨

本条是关于男女双方在登记结婚后以家庭成员身份共同生活的规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第九条的基础上修改而成，该条规定为：“登记结婚后，根据男女双方约定，女方可以成为男方家庭的成员，男方可以成为女方家庭的成员。”相较于2001年修订的《婚姻法》，《民法典》婚姻家庭编对该条规定未做修改。

理解与适用

本条规定，直接体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人格尊严、人性友善、人亲和谐等核心法理思想的要求^[27]。

通常，结婚登记后，举办了婚礼，男女双方就开始了共同生活。男女双方在登记结婚后，到底是女方到男方家庭去生活，还是男方到女方家庭去生活，要根据男女双方的意愿来决定，即男女双方在协商一致的基础上，自己决定双方到哪一方的家庭去生活。结婚后，根据男女双方的约定，双方可以到自己的住所，建立小家庭；也可以一方到另一方家庭中去，成为其家庭成员，即女方可以到男方家去落户，男方也可以到女方家去落户。因一方成为对方家庭成员而引起的户籍变更问题，应按照国家有关户籍管理的专门规定办理^[28]。同时，根据本条规定，并不是要求男女双方中的一方必须成为对方家庭的成员。男女双方在登记结婚后，根据男女双方的约定，也可以不加入任何一方的原有家庭，而是另行组成新的小家庭。随着经济的发展、人口流动规模的加大，以及观念的更新，越来越多的人在结婚时选择男女双方另行组成新的小家庭的模式，而不是选择成为一方家庭的成员。

在旧中国的婚姻制度下，一般是男娶女嫁，女方到男方家共同居住生活。虽然也有男方到女方家的（称为“入赘”），然而，此种情形往往受到歧视。新中国实行男女平等，男方到女方家不应受到歧视。因此，1980年《婚姻法》规定：“登记结婚后，根据男女双方约定，女方可以成为男方家庭的成员，男方也可以成为女方家庭的成员。”这一规定体现了男女平等原则，是对旧的婚姻习俗的改革，其立法精神是提倡男方到女方家落户。2001年修订的《婚姻法》在此基础上，将“男方也可以成为女方家庭的成员”中的“也”字删除，进一步体现男女平等的婚姻家庭原则。因此，一定要将男方成为女方家庭成员的婚姻与“入赘婚”加以区别，切实保护男方在女方家庭中依法享有的权益。

值得注意的是，无论是女方成为男方家庭的成员，还是男方成为女方家庭的成员，其夫妻之间的基本权利义务是不变的。本条规定的基础是夫妻在婚姻家庭中地位平等，男女双方在家庭中都保留自己的独立人格^[29]，不丧失任何人身权利和财产权利，特别是要注意对女方在男方家生活的权益加以保护。

典型案例

因结婚男方到女方住所落户——晋宁县昆阳镇某村民委员会某组与贾某承包土地征收补偿费用分配纠纷上诉案^[30]

【案情】

一审法院经审理确认：贾某系晋宁县昆阳镇某村民委员会某组村民，1993年贾某与四川籍男子温某一起生活，1994年3月贾某与温某生育一男孩温某甲，2002年12月12日贾某与温某在晋宁县民政局补办了结婚登记手续。贾某结婚后一直在本村生活，户口登记在晋宁县昆阳镇某村民委员会某组处，土地包产到户时，贾某与晋宁县昆阳镇某村民委员会某组建立了土地承包关系。2002年以来，晋宁县昆阳镇某村民委员会某组分给本组村民承包地补偿款2 900元。但晋宁县昆阳镇某村民委员会某组以贾某虽然婚后户口在本村，但贾某没有缴纳村建基金不能享受村民待遇参与分配为由，拒绝分配给贾某承包地补偿款。

二审经审理确认的事实与一审确认的事实一致。

【争议焦点】

本案的争议焦点是，贾某是否具有晋宁县昆阳镇某村民委员会某组的集体经济组织成员资格，是否应当参加分配晋宁县昆阳镇某村民委员会某组的土地补偿款。

【裁判】

一审法院经审理认为：本案中，贾某、晋宁县昆阳镇某村民委员会某组双方争议的焦点是贾某是否应享有承包地补偿款合计2 900元。对贾某村民资格的界定（除义务兵、在校生及服刑人员等外），原则上主要以是否为具有本村户口的集体经济组织成员为判断标准，在以户籍登记为前提的基础上，考虑该村民与集体经济组织是否建立了土地承包关系，生活基础是否在该村，是否承担了该村相应的村民义务等。本案中，贾某的户口登记在晋宁县昆阳镇某村民委员会某组名下，贾某落户后与晋宁县昆阳镇某村民委员会某组建立了土地承包关系。庭审中，晋宁县昆阳镇某村民委员会某组提交了本村委会制定的《村规民约》并申请六位证人出庭作证，证明贾某的情况属于《村规民约》中规定的，家中有儿子、女儿的，女儿与本组以外的人员结婚，女儿不再享受本村村民待遇。《中华人民共和国婚姻法》第九条规定：“登记结婚后，根据男女双方约定，女方可以成为男方家庭的成员，男方可以成为女方家庭的成员。”《中华人民共和国妇女权益保障法》第二条规定：“妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利。实行男女平等是國家的基本國策。國家採取必要措施，逐步完善保障婦女權益的

各项制度，消除对妇女一切形式的歧视。国家保护妇女依法享有的特殊权益。禁止歧视、虐待、遗弃、残害妇女。”第四十三条规定：“国家保障妇女享有与男子平等的婚姻家庭权利。”本案中，贾某的户口登记在晋宁县昆阳镇某村民委员会某组名下，贾某与晋宁县昆阳镇某村民委员会某组建立了土地承包关系，贾某的生活基础自出生起一直在晋宁县昆阳镇某村民委员会某组处，晋宁县昆阳镇某村民委员会某组未提交确实充分的证据，证明本村村民所应尽义务。由于晋宁县昆阳镇某村民委员会某组以多数人的意志，剥夺了少数人的合法权利，故原审法院认为，贾某是晋宁县昆阳镇某村民委员会某组的村民，村民资格与其他村民相同。故对贾某提出要求晋宁县昆阳镇某村民委员会某组支付土地补偿款2 900元的诉讼请求，原审法院予以支持。

综上，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二条、第五条，《中华人民共和国土地管理法实施条例》第二十六条第一款，《中华人民共和国婚姻法》第九条，《中华人民共和国妇女权益保障法》第二条、第四十三条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、第一百三十八条、第一百零七条第一款之规定，判决：由晋宁县昆阳镇某村民委员会某组于判决生效后10日内，支付贾某承包地补偿款2 900元。案件受理费50元，由晋宁县昆阳镇某村民委员会某组承担。

一审判决宣判后，晋宁县昆阳镇某村民委员会某组不服，向云南省昆明市中级人民法院提起上诉，上诉人晋宁县昆阳镇某村民委员会某组上诉称：（1）原审判决错误认定上诉人与被上诉人有土地承包关系，早在2001年，上诉人的所有土地都进行过调整，所有土地由组上收回，重新确定承包关系，被上诉人没有与上诉人续签承包合同，只有其子温某甲按全组平均数承包了0.8亩。因此，上诉人与被上诉人没有土地承包关系。（2）上诉人与被上诉人在落户时对于村民待遇有明确约定，被上诉人只落户口，不享受村民待遇，现被上诉人反悔，要求享有村民待遇，没有事实及法律依据。（3）被上诉人没有履行相关村民义务，没有缴纳村建基金，没有履行掏沟打坝等义务，根据权利义务的一致性，被上诉人不应享有村民待遇。综上所述，原审判决认定事实不清，致判决错误，请求二审法院查清案情，依法改判。

针对上诉人晋宁县昆阳镇某村民委员会某组的上诉，被上诉人贾某答辩称：上诉人称我没有土地不当，事实是我的户口一直都在本村；上诉人认为我在村上没有待遇，土地被村上收回，如果不发补偿款，我的生活就没有保障，其他人有补偿款我也应该

有。经二审征询双方当事人对原审确认事实的意见，上诉人晋宁县昆阳镇某村民委员会某组对原审确认的事实“原告贾某与被告签订土地承包关系”有异议，认为其并没有与贾某建立土地承包关系，针对该异议，其向二审法院提交以下证据证明其观点：

（1）2004年晋宁县农村税费改革农业税落实到户清册，证明：被上诉人与上诉人没有土地承包关系。（2）打坝掏沟人员花名册，证明：被上诉人没有履行相关的村民义务。根据上诉人晋宁县昆阳镇某村民委员会某组的申请，证人李某、耿某、张某出庭作证，上诉人所要证明的观点是：在落户时上诉人与被上诉人有过约定，缴纳村建基金，才能享有村民待遇，不缴纳村建基金，则只留户口，不享受村民待遇。证人李某出庭证明：村上开会，说的是每人缴纳村建基金5 000元就有待遇。证人耿某出庭证明：证人嫁给工人，户口未迁出，证人与其女儿各交村建基金5 000元，已经享受了6年的待遇。证人张某出庭证明：村上规定有儿子的，就不能招女婿，如果要户口又要待遇，则每人交5 000元就有待遇，未交钱就没有待遇。针对上诉人晋宁县昆阳镇某村民委员会某组所提交的证据，被上诉人贾某质证后认为：（1）对上诉人提交的以上证据的真实性以及证明目的不予认可。

（2）对三个证人的证明内容不予确认，被上诉人贾某认为其本人是农民，不应当缴纳这笔基金，该基金缴纳不符合国家政策、法律。

二审法院认为，《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》第二十四条规定：“农村集体经济组织或者村民委员会、村民小组，可以依照法律规定的民主议定程序，决定在本集体经济组织内部分配已经收到的土地补偿费。征地补偿安置方案确定时已经具有本集体经济组织成员资格的人，请求支付相应份额的，应予支持。”贾某是否具备集体经济组织成员资格，是能否参加土地补偿款分配的依据。集体经济组织成员资格界定，应以是否为具有本村户口的集体经济组织成员为判断标准，在以户籍登记为前提的基础上，考虑该村民与集体经济组织是否建立了土地承包关系，生活基础是否在该村，是否承担了该村相应的村民义务等。本案中，贾某的户口登记在晋宁县昆阳镇某村民委员会某组名下，贾某落户后与晋宁县昆阳镇某村民委员会某组建立了土地承包关系。虽然晋宁县昆阳镇某村民委员会某组所提交的本村委会制定的《村规民约》证明贾某的情况属于《村规民约》中规定的，家中有儿子、女儿的，女儿与本组以外的人员结婚，女儿不再享受本村村民待遇，但是《中华人民共和国婚姻法》第九条规定：“登记结婚后，根据男女双方约定，女方可以成为男方家庭的成员，男方可以成为女方家庭的

成员。”以及《中华人民共和国妇女权益保障法》第二条规定：“妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利。实行男女平等是国家的基本国策。国家采取必要措施，逐步完善保障妇女权益的各项制度，消除对妇女一切形式的歧视。国家保护妇女依法享有的特殊权益。禁止歧视、虐待、遗弃、残害妇女。”贾某的户口登记在晋宁县昆阳镇某村民委员会某组名下，贾某与晋宁县昆阳镇某村民委员会某组建立了土地承包关系，贾某的生活基础在晋宁县昆阳镇某村民委员会某组。晋宁县昆阳镇某村民委员会某组未提交确实充分的证据，证明本村村民所应尽义务以及贾某未尽本村村民义务，故贾某具备晋宁县昆阳镇某村民委员会某组的集体经济组织成员资格。故原审法院判决由上诉人晋宁县昆阳镇某村民委员会某组支付贾某承包地补偿款并无不当。

综上所述，二审法院认为：原审判决认定事实清楚，处理正确，本院依法予以维持。上诉人晋宁县昆阳镇某村民委员会某组的上诉请求不能成立，本院依法予以驳回。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二条、第五条，《中华人民共和国婚姻法》第九条，《中华人民共和国妇女权益保障法》第二条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，判决如下：驳回上诉，维持原判。二审案件受理费50元，由上诉人晋宁县昆阳镇某村民委员会某组负担。本判决为终审判决。

【评析】

本案涉及因结婚男方到女方住所落户，女方权益被女方所在集体经济组织侵害的保护问题。根据《婚姻法》第九条的规定，男女结婚后，女方可以成为男方家庭的成员，男方可以成为女方家庭的成员，任何人不得干涉。无论是女方到男方家落户，还是男方到女方家落户，双方在农村集体经济组织中的合法权益均应受到保护。在现实生活中，由于多是女方到男方家落户，因此对于女方权益的保护尤为重要。

本案所涉及的纠纷主要是因结婚男方到女方住所落户，女方所在集体经济组织不承认当事人具有集体经济组织成员资格，侵害男方和女方享有的与所在地农村集体经济组织成员平等的权益。针对此种情况，中共中央办公厅、国务院办公厅联合发出《关于切实维护农村妇女土地承包权益的通知》（中办厅字〔2001〕9号），明确指出农村土地承包中，必须坚持男女平等原则，不允许对妇女有任何歧视。农村妇女无论是否婚嫁，都应与相同条件的男性村民享有同等权利，任何组织和个人不得以任何形式剥夺其合法的土地承包权、宅基地使用

权、集体经济组织收益分配权和其他有关经济权益。有女无儿、儿子没有赡养能力或者女儿尽主要赡养义务的家庭，男到女家生产和生活的，应享受同等村民待遇。

第一千零五十一条

有下列情形之一的，婚姻无效：

- （一）重婚；
- （二）有禁止结婚的亲属关系；
- （三）未到法定婚龄。

本条主旨

本条是关于无效婚姻情形的规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第十条的基础上修改而成，该条规定为：“有下列情形之一的，婚姻无效：（一）重婚的；（二）有禁止结婚的亲属关系的；（三）婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的；（四）未到法定婚龄的。”本条的修改之处在于：不再将“婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的”作为婚姻无效情形。

理解与适用

本条规定，直接体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人格尊严、人伦正义和人本秩序等核心法理思想和权利法定、行为公示、公序良俗等具体法理精神^[31]。

一、无效婚姻

无效婚姻，即不具有法律效力的婚姻，是指男女双方因违反了法律规定的结婚要件而不具有法律效力的违法结合。婚姻无效制度，是婚姻家庭法规范体系中基础而重要的一环，其直接决定了一切婚姻关系的内容是否能够展开^[32]。无效婚姻的本质特征就是违反法定结婚条件的法律后果。我国1950年《婚姻法》和1980年《婚姻法》虽然对婚姻成立的必备条件和禁止条件以及结婚登记要求做了明确规定，

从正面积极引导人们的结婚行为，但是并没有明确的关于违法婚姻的法律规定。司法实践中，对无效婚姻按照离婚案件处理，只是对重婚宣告重婚关系无效^[33]。1986年3月15日民政部发布的《婚姻登记办法》（已失效）规定了行政程序的宣告婚姻无效制度。1986年《婚姻登记办法》第九条第二款规定：“婚姻登记机关发现婚姻当事人有违反婚姻法的行为，或在登记时弄虚作假、骗取《结婚证》的，应宣布该项婚姻无效，收回已骗取的《结婚证》，并对责任者给予批评教育。触犯刑律的，由司法机关依法追究刑事责任。”2001年修订的《婚姻法》正式确立婚姻无效制度，填补了相关立法空白，具有相当的进步意义^[34]。

二、婚姻无效的法定事由

根据《民法典》婚姻家庭编的规定，无效婚姻的情形包括：

（1）重婚；（2）有禁止结婚的亲属关系；（3）未到法定婚龄。以上情形是为法律所严格禁止的。最高人民法院在有关司法解释中指出，当事人以此规定以外的情形申请宣告婚姻无效的，人民法院应当驳回当事人的申请。

（一）重婚

依照《民法典》婚姻家庭编的规定，重婚是结婚的禁止条件和婚姻无效的原因。禁止重婚行为是落实一夫一妻原则的必然要求^[35]。重婚，指有配偶者又与他人结婚的违法行为，即一个人在同一时间内存在两个或两个以上的婚姻关系。按照一夫一妻原则的要求，有配偶者只有在婚姻终止，即配偶死亡或依法离婚后始得再行结婚，否则构成重婚^[36]。构成重婚须具备两个要件：（1）当事人一方或者双方存在有效的婚姻关系。（2）有配偶者与他人结婚。一是法律上的重婚，有配偶者又与他人登记结婚；二是事实上的重婚，虽未经结婚登记，但又与他人以夫妻关系同居生活。

为维持一夫一妻婚姻制度的社会秩序^[37]，《刑法》第二百五十八条规定了重婚罪。值得注意的是，刑法上的重婚侧重于对当事人主观恶性的惩罚^[38]，在犯罪的主观要件上属于故意，过失不构成本罪；符合重婚罪的客观构成要件^[39]的，必须是有配偶而又与他人结婚，或者明知他人有配偶而与之结婚。如果是“包二奶”或者通奸行为，这类行为与重婚行为并不相同，不能依照重婚罪定罪处罚。依照《民法典》婚姻家庭编第一千零八十七条^[40]和第一千零九十一条^[41]的规定，对于因一方“包二奶”、通奸给另一方配偶造成的损害，无过错方可以在离婚时请求损害赔偿，可以要求分割夫妻共同财产时按照

照顾无过错方权益的原则适当多分。出于对现役军人婚姻的特殊保护，我国《刑法》第二百五十九条规定了破坏军婚罪，即明知是现役军人的配偶而与之同居或者结婚的行为。重婚行为符合破坏军婚的，应以破坏军婚罪论处^[42]。

典型案例

重婚情形已消失能否判定现存婚姻有效——田某甲诉田某、郭某婚姻无效纠纷案^[43]

【裁判要旨】

重婚行为违反一夫一妻制，申请确认婚姻无效时，重婚者无论是否存在两个婚姻关系，人民法院都应判决宣告构成重婚的婚姻无效。

【基本案情】

田某与黄某于1984年1月1日结婚，婚后生育两子田某甲、田某乙。田某与郭某于1991年9月19日在河南省郑州市金水区民政局登记结婚，婚后生育两女田某丙、田某丁。1996年1月3日，田某与黄某经湖北省天门市人民法院调解离婚。

2011年4月12日，田某甲诉至河南省郑州市金水区人民法院，要求宣告郭某与田某的婚姻无效。该院于2011年10月19日作出（2011）金民一初字第1973号民事判决，宣告田某与郭某之间的婚姻关系无效。该判决生效后，郭某不服，向金水区人民法院申诉，该院审判委员会经讨论决定，于2012年10月8日作出（2012）金民监字第12号民事裁定，该案进入再审。

【裁判结果】

法院再审认为，田某在与郭某登记结婚时并未与黄某离婚，即田某一人同时存在两个婚姻关系，其行为违反《中华人民共和国婚姻法》规定的一夫一妻原则，已构成重婚。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》对于婚姻无效的阻却事由是存在于所有四种婚姻无效情形中还是仅适用于部分情形，并没有做出明确表态，对此应根据《中华人民共和国婚姻法》基本原则进行分析。重婚行为严重违反一夫一妻原则，从性质上不应当存在阻却事由。故原审原告申请原审两被告之间的婚姻关系无效，符合《中华人民共和国婚姻法》规定的

无效婚姻情形，本院予以支持。本案经本院审判委员会讨论决定，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零七条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第201条，《中华人民共和国婚姻法》第二条第一款、第十条第一项之规定，判决如下：维持本院（2011）金民一初字第1973号民事判决。本判决书送达后，即发生法律效力。

【案例评析】

考虑到婚姻行为的私权性、稳定性和对当事人利益的保护，国家在监督干预的同时，也从实际情况出发，特别是针对现实生活中有些无效婚姻在经过一定时间后无效事由已经消除的情况，又规定了申请宣告婚姻无效的阻却事由。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第八条规定：“当事人依据婚姻法第十条规定向人民法院申请宣告婚姻无效的，申请时，法定的无效婚姻情形已经消失的，人民法院不予支持。”但该司法解释没有区分无效婚姻情形消失的具体情况，这就意味着重婚存在转化的可能性。

重婚情形已消失能否判定重婚有效？本案中，田某甲以田某与郭某结婚时构成重婚为由申请宣告田某与郭某婚姻无效，案件审理过程中形成两种观点：第一种观点认为，既然最高人民法院规定当事人申请宣告婚姻无效时法定无效婚姻的情况已经消失就不再支持宣告婚姻无效，那么本案中田某甲提出申请时，因田某与黄某已经法院调解离婚，田某的重婚情形已不存在，就应当驳回田某甲的诉讼请求，不再宣告田某与郭某婚姻无效。第二种观点认为，重婚是婚姻法明令禁止的，所以无论申请宣告婚姻无效时重婚是否仍然存在，都应宣告构成重婚的婚姻无效，因此应支持田某甲的诉讼请求，宣告田某与郭某的婚姻无效。

最高人民法院虽以司法解释的形式规定了宣告婚姻无效的阻却事由，但对于阻却事由是存在于所有婚姻无效情形中还是仅适用于部分情形，并没有做出明确规定。就重婚而言，其是否因前一婚姻关系的终止而合法，应当从婚姻法的基本原则进行分析：重婚行为违反一夫一妻原则，有悖于社会的公序良俗，是我国法律明令禁止的严重的婚姻违法行为，从性质上不当存在阻却事由，从而产生从违法到合法转化的问题。因此，申请确认构成重婚的婚姻无效时，无论重婚者是存在两个婚姻关系，还是只存余一个婚姻关系，都应确认构成重婚的婚姻无效。即使前婚已合法终止，后一婚姻关系仍为无效。最终，金水区人民法院再审后采纳了第二种观点，宣告田某与郭某的婚姻无效。

（二）有禁止结婚的亲属关系

禁止一定范围的血亲结婚是人类优生的客观要求。人类两性关系的发展证明，血缘过近的亲属间通婚，容易把双方生理上的缺陷遗传给后代，影响家庭幸福，危害民族健康。

新中国成立后，1950年《婚姻法》除禁止直系血亲、同胞兄弟姐妹、同父异母或同母异父兄弟姐妹结婚外，对其他五代以内的旁系血亲间禁止结婚的问题，做了从习惯的规定。1980年《婚姻法》除保留禁止直系血亲结婚的规定外，又明确规定禁止三代以内的旁系血亲结婚。2001年修订的《婚姻法》和《民法典》婚姻家庭编对于禁止血亲结婚的范围没有改动。也就是说，《民法典》婚姻家庭编所规定的禁止结婚的血亲有两类：

（1）直系血亲。包括父母子女间，祖父母、外祖父母与孙子女、外孙子女间禁止结婚。

（2）三代以内旁系血亲。包括：1）同源于父母的兄弟姐妹（含同父异母、同母异父的兄弟姐妹），即同一父母的子女之间不能结婚。2）不同辈的叔、伯、姑、舅、姨与侄子女、外甥子女不能结婚。3）同源于祖父母、外祖父母的堂兄弟姐妹、表兄弟姐妹不能结婚。

（三）未到法定婚龄

法定结婚年龄，指法律规定允许结婚的最低年龄界限，在此年龄以上始得结婚。我国《民法典》婚姻家庭编第一千零四十七条规定：“结婚年龄，男不得早于二十二周岁，女不得早于二十周岁。”凡双方或一方未达到法定结婚年龄，婚姻登记机关一律不予登记。

我国1950年《婚姻法》规定的法定婚龄为男二十岁、女十八岁。这与当时的政治、经济、文化发展水平，与人民群众的觉悟程度和接受能力相适应。为了适应改革开放的新形势，1980年《婚姻法》将保护妇女和儿童合法权益的原则扩大为保护妇女、儿童和老人合法权益的原则，增加了实行计划生育的原则^[44]，为了配合国家“晚婚晚育”的人口政策，相应地，法定结婚年龄也调整为男二十二周岁、女二十周岁。由此可知，结婚年龄并不基于客观的生理标准确定，其并不与民事主体的民事行为能力标准挂钩，很大程度上是作为国家进行人口治理的政策工具而存在

[45]。考虑到1980年《婚姻法》确定的法定结婚年龄执行情况基本是可行的，因此，2001年修订的《婚姻法》对法定结婚年龄没有再做修改。

“男不得早于二十二周岁，女不得早于二十周岁”体现了男女两性的自然生理差异。基于实施效果及尊重民众习惯的考虑[46]，该规定应予以保留。因此，《民法典》婚姻家庭编第一千零四十七条沿袭了《婚姻法》第六条的规定，“结婚年龄，男不得早于二十二周岁，女不得早于二十周岁”。

第一千零五十二条

因胁迫结婚的，受胁迫的一方可以向人民法院请求撤销婚姻。

请求撤销婚姻的，应当自胁迫行为终止之日起一年内提出。

被非法限制人身自由的当事人请求撤销婚姻的，应当自恢复人身自由之日起一年内提出。

本条主旨

本条是关于因受胁迫结婚的当事人可以请求撤销婚姻的规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第十一条的基础上修改而成，该条规定为：“因胁迫结婚的，受胁迫的一方可以向婚姻登记机关或人民法院请求撤销该婚姻。受胁迫的一方撤销婚姻的请求，应当自结婚登记之日起一年内提出。被非法限制人身自由的当事人请求撤销婚姻的，应当自恢复人身自由之日起一年内提出。”本条的修改之处在于：第一，将“受胁迫的一方可以向婚姻登记机关或人民法院请求撤销该婚姻”修改为“受胁迫的一方可以向人民法院请求撤销婚姻”。第二，受胁迫方请求撤销婚姻的期限由“自结婚登记之日起一年内提出”改为“自胁迫行为终止之日起一年内提出”。

理解与适用

本条规定，直接体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人身自由等核心法理思想的要求和权利法定、禁止权利滥用等具体法理精神[47]。

一、历史沿革

1950年《婚姻法》、1980年《婚姻法》均未对因受胁迫而缔结的婚姻的效力做出规定。在2001年修订《婚姻法》时，对于将因受胁迫而缔结的婚姻规定为可撤销婚姻或无效婚姻也有过争议。2001年修订的《婚姻法》将因受胁迫而缔结的婚姻关系规定为可撤销婚姻。2001年修订的《婚姻法》第十一条规定：“因胁迫结婚的，受胁迫的一方可以向婚姻登记机关或人民法院请求撤销该婚姻。受胁迫的一方撤销婚姻的请求，应当自结婚登记之日起一年内提出。被非法限制人身自由的当事人请求撤销婚姻的，应当自恢复人身自由之日起一年内提出。”《民法典》婚姻家庭编在该规定的基础上，将“受胁迫的一方可以向婚姻登记机关或人民法院请求撤销该婚姻”修改为“受胁迫的一方可以向人民法院请求撤销婚姻”。同时，受胁迫方请求撤销婚姻的期限由“自结婚登记之日起一年内提出”改为“自胁迫行为终止之日起一年内提出”。

二、可撤销婚姻的原因

我国《民法典》婚姻家庭编规定的可撤销婚姻，指已成立婚姻关系，因欠缺婚姻合意，受胁迫的一方当事人可向人民法院申请撤销的违法结合。依照《民法典》婚姻家庭编第一千零五十二条的规定，婚姻撤销的事由是因受胁迫而结婚。由于婚姻自由是我国宪法赋予公民的基本权利，也是《民法典》婚姻家庭编的重要原则，结婚自由是婚姻自由原则的重要组成部分，当事人有权决定是否结婚、与谁结婚，这是其本人的权利，不许任何一方对另一方加以强迫或者任何组织、个人对婚姻当事人加以干涉。结婚自愿是实现结婚自由的前提，要求男女双方对于缔结婚姻关系的意思表示一致且真实。如果一方或双方当事人因受胁迫，不得不违心地做出同意结婚的意思表示，鉴于婚姻当事人并不具有结婚的真实意愿，那么法律应当赋予其撤销该婚姻的权利。

构成胁迫须具有下列要件：（1）须有胁迫的故意。即行为人有通过胁迫行为迫使被胁迫人产生恐惧心理，并基于恐惧心理而被迫同意结婚的故意。（2）须有胁迫的行为。（3）胁迫须具有违法性。（4）须受胁迫人同意结婚与胁迫行为之间具有因果关系。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》中指出：“‘胁迫’，是指行为人以给另一方当事人或者其近亲属的生命、身体健康、名誉、财产等方面造成损害为要挟，迫使另一方当事人违背真实意愿结婚的情况。”值得注意的是，在现实生活中，胁迫婚姻并不限于一方对另一方的胁迫，也有双方均受胁迫的

情形。例如，在包办婚姻中，有的双方当事人均受第三人的胁迫而结婚。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》中又指出：“因受胁迫而请求撤销婚姻的，只能是受胁迫一方的婚姻关系当事人本人。”因此，在这种情形下，受胁迫的双方当事人均有权请求撤销该婚姻。

三、可撤销婚姻的请求权人

可撤销婚姻的原因属于妨碍婚姻当事人结婚自由权的情形，为了尊重婚姻当事人的意愿，可撤销婚姻请求权人仅限于受胁迫一方的婚姻关系当事人。由于胁迫婚姻的未受胁迫一方当事人在缔结婚姻关系时，并没有违背自己真实的婚姻意思，换言之，他（她）在结婚时已经明确知道自己将与受胁迫的一方结婚，且愿意与其结婚，因此，胁迫婚姻中的这方当事人在婚姻关系成立后，没有提出撤销婚姻的请求权^[48]。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第十条明确指出：“因受胁迫而请求撤销婚姻的，只能是受胁迫一方的婚姻关系当事人本人。”

四、撤销婚姻的程序

撤销婚姻的程序，即可撤销婚姻的请求权人可以依照诉讼程序向人民法院提起诉讼请求撤销该婚姻。

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第十一条的规定，人民法院审理婚姻当事人因受胁迫而请求撤销婚姻的案件，应当适用简易程序或者普通程序。人民法院审理后，可根据情况作出婚姻撤销的宣判。还要指出的是，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》规定，当事人以结婚登记程序存在瑕疵为由提起民事诉讼，主张撤销结婚登记的，告知其可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

五、行使请求权的期限

因胁迫而结婚的，受胁迫的一方虽然具有撤销该婚姻效力的请求权，但是为了促使请求权人尽快地行使请求权，避免婚姻关系长期处于不稳定的状态，《民法典》婚姻家庭编对受胁迫一方行使这一请求权规定了除斥期间，即行使撤销权的法定期间^[49]。撤销请求权人应当自胁迫行为终止之日起一年内行使撤销权，该项撤销请求权因法定期间的经过而归于消灭，逾期不行使，视为默示放弃。本条还特别规定，如受胁迫一方结婚后的人身自由受到非法限制，被非法限制人身

自由的当事人请求撤销婚姻的，应当自恢复人身自由之日起一年内提出。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》指出，此处的“一年”，不适用诉讼时效中止、中断或者延长的规定。

典型案例

受胁迫一方能否撤销婚姻——卓某与宋某撤销婚姻纠纷案^[50]

【案情】

经审理查明，2012年底，原告卓某、被告宋某经人介绍相识，2013年8月12日，原、被告在临沭县民政局进行了婚姻登记。原、被告结婚登记后，未举行结婚仪式，未共同生活，未生育子女，双方亦无个人财产、共有财产及债权债务等财产纠纷。

后原告主张系因被告胁迫而结婚，庭审中被告予以认可。经临沭县公安局城北派出所调查询问，被告对于以若原告不同意结婚就杀了原告家人的言语胁迫原告与其结婚的事实予以承认。

上述事实，有原、被告的陈述，结婚证，城北派出所询问笔录等证据证实。

【争议焦点】

本案的争议焦点：（1）被告是否胁迫原告与其结婚；（2）如确属胁迫结婚，该婚姻能否撤销。

【裁判】

山东省临沭县人民法院认为，婚姻法规定婚姻自由。因胁迫结婚的，受胁迫的一方可以请求撤销该婚姻。本案原告系受被告的胁迫而结婚。原告现要求撤销该婚姻，符合法律规定，本院予以支持。

综上，山东省临沭县人民法院依照《中华人民共和国婚姻法》第十一条、第十二条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第十一条、第十二条的规定，判决如下：

撤销原告卓某与被告宋某于2013年8月12日在临沭县民政局的婚姻登记。

案件受理费100元，由被告宋某负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于山东省临沂市中级人民法院。

【评析】

根据《婚姻法》的规定，因胁迫结婚的，受胁迫的一方可以向婚姻登记机关或人民法院请求撤销该婚姻。依据《婚姻登记条例》第九条第二款的规定，婚姻登记机关经审查认为受胁迫结婚的情况属实且不涉及子女抚养、财产及债务问题的，应当撤销该婚姻，宣告结婚证作废。本案情形符合婚姻登记机关撤销婚姻的两个前提条件：当事人受胁迫结婚，提供能够证明受胁迫结婚的证明材料和本人的身份证、结婚证；该婚姻不涉及子女抚养、财产及债务问题。因此，原告可以向婚姻登记机关请求撤销婚姻，婚姻登记机关应当对该婚姻予以撤销。

第一千零五十三条

一方患有重大疾病的，应当在结婚登记前如实告知另一方；不如实告知的，另一方可以向人民法院请求撤销婚姻。

请求撤销婚姻的，应当自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内提出。

本条主旨

本条是关于一方患有重大疾病未如实告知的可撤销婚姻的规定。

相关条文

本条为《民法典》婚姻家庭编的新增规定。

理解与适用

本条规定，直接体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人身自由、人际诚信和人本秩序的核心法理思想的要求^[51]。

本条规定原为《婚姻法》规定的禁止结婚的情形之一：患有医学上认为不应当结婚的疾病的，禁止结婚。在司法实践中，由于法律对

哪些疾病是医学上认为不应当结婚的疾病没有明确规定，所以，在实行强制婚检时，婚检作为相应的配套措施，由行政法规辅助其实施。凡患有医学上认为不应当结婚的疾病，都由婚检机构直接下结论，所引发的纠纷一般都化解在了医疗机构或婚姻登记机关；对于提起诉讼的案件，人民法院可以以医疗机构的婚检证明为判案依据，这不仅使此类案件的处理相对简单，而且对当事人而言也较为清晰明确。但取消强制婚检后，问题都集中到了法院，如何判断当事人是否患有医学上认为不应当结婚的疾病，哪一级的医疗机构可以鉴定等问题，都成了困扰司法机关的难题。在没有可以参照的医学标准也没有明确的法律依据的情况下，审判实践中，人民法院大多采取回避的方式，对于患有医学上认为不应当结婚的疾病的情形的处理开始依据民法上的诚信原则，将问题移转到对患病的一方有无隐瞒病情以及欺骗的认定上。换言之，婚前是否隐瞒病情成了判案的落脚点。常见的做法是，如果患病的一方隐瞒病情、存在欺诈的，宣告该婚姻无效；如果告知过对方的，按离婚处理。这种因主观状况不同，适用的规则 and 标准也不同的处理方式，最终演绎成将欺诈作为了影响婚姻效力的关键性因素，而当事人是否患有医学上认为不应当结婚的疾病，已变得不那么重要了^[52]。

《民法典》婚姻家庭编第一千零五十三条规定实际上可以被涵盖在《民法典》总则编的欺诈制度中。关于欺诈，《民法典》第一百四十八条的文字表述为“一方以欺诈手段”，但《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第六十八条将欺诈界定为“一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的，可以认定为欺诈行为”，欺诈行为不仅指一方故意告知错误事实，还包括一方在承担告知义务的前提下故意隐瞒真实情况。缔结婚姻的患有重大疾病的一方对患有重大疾病的情况负有主动告知义务，在其不如实告知的情况下，另一方享有请求撤销该婚姻的权利。因此，在缔结婚姻时，如果患病的一方并不知晓患病的事实，婚后另一方便不能以认识错误为由主张撤销婚姻，而仅在一方知情且故意隐瞒的前提条件下，另一方才能以欺诈为由主张撤销该婚姻。从可撤销婚姻制度的目的出发，本条规定并不是为了体现国家对于一方患有重大疾病的婚姻的管制，而是为了保护受欺诈的另一方的缔结婚姻的自由^[53]。请求撤销婚姻的当事人，应当自知道或者应当知道该撤销事由之日起一年内提出。法律应当追求公平合理、人伦正义和人际诚信，一方因实施了隐瞒重大疾病的行为而造成另一方身体健康遭受损害的，应当依照《民法典》侵权责任编的规定，由侵权行为人承担损害赔偿责任^[54]。

第一千零五十四条

无效的或者被撤销的婚姻自始没有法律约束力，当事人不具有夫妻的权利和义务。同居期间所得的财产，由当事人协议处理；协议不成的，由人民法院根据照顾无过错方的原则判决。对重婚导致的无效婚姻的财产处理，不得侵害合法婚姻当事人的财产权益。当事人所生的子女，适用本法关于父母子女的规定。

婚姻无效或者被撤销的，无过错方有权请求损害赔偿。

本条主旨

本条是关于婚姻无效或者被撤销的法律后果的规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第十二条的基础上修改而成，该条规定为：“无效或被撤销的婚姻，自始无效。当事人不具有夫妻的权利和义务。同居期间所得的财产，由当事人协议处理；协议不成时，由人民法院根据照顾无过错方的原则判决。对重婚导致的婚姻无效的财产处理，不得侵害合法婚姻当事人的财产权益。当事人所生的子女，适用本法有关父母子女的规定。”本条的修改之处在于：第一，《民法典》第一百五十五条对无效或被撤销的民事法律行为的法律后果规定为：“无效的或者被撤销的民事法律行为自始没有法律约束力。”为了与此内容保持一致，本条在2001年修订的《婚姻法》第十二条的基础上，将“无效或被撤销的婚姻，自始无效”修改为“无效的或者被撤销的婚姻自始没有法律约束力”。第二，确立了婚姻无效或者被撤销的无过错方有权请求损害赔偿的内容。

理解与适用

本条规定，直接体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人伦正义、人本秩序和人文关怀等核心法理思想的要求^[55]。

一、历史沿革

1950年《婚姻法》和1980年《婚姻法》均未规定婚姻无效或被撤销的法律后果。2001年修订的《婚姻法》对婚姻无效或被撤销的法律后果做出了规定，即“无效或被撤销的婚姻，自始无效”。2001年修订的《婚姻法》第十二条规定：“无效或被撤销的婚姻，自始无效。当事人不具有夫妻的权利和义务。同居期间所得的财产，由当事人协

议处理；协议不成时，由人民法院根据照顾无过错方的原则判决。对重婚导致的婚姻无效的财产处理，不得侵害合法婚姻当事人的财产权益。当事人所生的子女，适用本法有关父母子女的规定。”《民法典》婚姻家庭编在2001年修订的《婚姻法》第十二条的基础上，将“无效或被撤销的婚姻，自始无效”修改为“无效的或者被撤销的婚姻自始没有法律约束力”。同时，确立了婚姻无效或者被撤销的无过错方有权请求损害赔偿的内容。

二、婚姻无效或被撤销的法律后果

从法律效力上看，无效的或者被撤销的婚姻均自始没有法律约束力，即婚姻关系自始不发生法律效力。因此，对当事人而言，婚姻无效或者被撤销将会产生以下法律后果：

第一，婚姻无效或者被撤销的，当事人之间不具有夫妻的权利和义务。《民法典》婚姻家庭编适用有关夫妻权利义务规定的前提是婚姻合法有效。由于无效婚姻、被撤销婚姻欠缺婚姻成立的法定条件，是违法婚姻^[56]，因此，《民法典》婚姻家庭编有关夫妻权利和义务的规定对无效婚姻、被撤销婚姻的当事人均不能适用。

第二，婚姻无效或者被撤销的，当事人所生子女的权利义务关系适用《民法典》婚姻家庭编关于父母子女间的权利义务的规定。无效婚姻、被撤销婚姻不具有法律效力，但由于男女当事人的同居关系，可能产生生育子女的事实，随之而来的是对无效婚姻、被撤销婚姻所生子女法律地位的确定。由于无效婚姻、被撤销婚姻的男女双方没有合法的夫妻关系，因此，他们在共同生活期间所生的子女应为非婚生子女，但从保护未成年子女的合法权益原则出发，对无效婚姻、被撤销婚姻当事人共同生活期间所生的子女应采取保护的原则，承认其子女的合法地位。《民法典》婚姻家庭编在规定无效婚姻、被撤销婚姻当事人所生子女的法律地位时，坚持并贯彻了《民法典》婚姻家庭编的基本原则，规定无效或者被撤销婚姻的当事人所生子女的权利义务，与合法婚姻当事人所生子女的权利义务相同。

第三，婚姻无效或者被撤销的，当事人同居期间所得的财产，在婚姻被确认无效或婚姻关系被依法撤销时，由当事人协议处理。无效婚姻或被撤销婚姻当事人在同居期间对财产的归属有约定的，要依据当事人的约定，分割当事人同居期间的财产。如果双方对同居期间所得的财产没有约定又没有达成协议，人民法院对当事人同居期间所得的财产，根据照顾无过错方的原则予以分割，即无效婚姻或者被撤销婚姻的无过错的一方当事人可以多分财产。这里的无过错方是指本人不具有婚姻无效或被撤销的情形，且善意相信登记成立的婚姻有效的

一方^[57]。但是，对重婚导致婚姻无效的财产的处理，不得侵害合法婚姻当事人的财产权益，即对于重婚导致的无效婚姻当事人在同居期间所得财产，可适当多分给无过错方，同时不得侵害重婚一方的合法婚姻的配偶的财产权益。在具体适用中，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第十五条规定：“被宣告无效或被撤销的婚姻，当事人同居期间所得的财产，按共同共有处理。但有证据证明为当事人一方所有的除外。”即一方当事人主张是个人财产的，应当负举证责任，对于双方共同共有的财产，应当按照有关共有财产的规定进行分割，并照顾无过错方。为了保护无过错方的合法权益，《民法典》婚姻家庭编在2001年修订的《婚姻法》的基础上增加一款，赋予无过错方请求损害赔偿的权利。

注释：

[1]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[2]王歌雅.《民法典·婚姻家庭编》的编纂策略与制度走向.法律科学，2019（6）.

[3]国务院法制办公室.中华人民共和国婚姻法（含最新司法解释）注解与配套.4版.北京：中国法制出版社，2017：10.

[4]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[5]一审法院为吉林省梅河口市人民法院，案号：（2010）梅行初字第9号；二审法院为吉林省通化市中级人民法院，案号：（2010）通中行终字第15号；再审法院为吉林省通化市中级人民法院，案号：（2011）通中行再字第4号；申诉审查法院为吉林省高级人民法院，案号：（2013）吉行监字第47号；申诉审查法院为最高人民法院，案号：（2013）行监字第679号。

[6]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[7]吴高盛.《中华人民共和国婚姻法》释义及实用指南.北京：中国民主法制出版社，2014：26.

[8]冉克平.论《民法典婚姻家庭编（草案）》的体系、内容及其完善.武汉大学学报（哲学社会科学版），2019（6）.

[9]申晨.论婚姻无效的制度构建.中外法学，2019（2）.

[10]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，

2020 (2) .

[11]王歌雅.《民法典·婚姻家庭编》的编纂策略与制度走向.法律科学,2019 (6) .

[12]审理法院为河南省信阳市平桥区人民法院,案号:(2014)平民初字第590号。

[13]陈坤.所指确定与法律解释:一种适用于一般法律词项的指称理论.法学研究,2016 (5) .

[14]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展,2020 (2) .

[15]杨大文.亲属法与继承法.北京:法律出版社,2013:50.

[16]杨大文.亲属法与继承法.北京:法律出版社,2013:50.

[17]巫昌祯,夏吟兰.婚姻家庭法学.2版.北京:中国政法大学出版社,2016:51.

[18]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展,2020 (2) .

[19]审理法院为重庆市酉阳土家族苗族自治县人民法院,案号:(2008)酉法民初字第228号。

[20]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展,2020 (2) .

[21]巫昌祯,夏吟兰.婚姻家庭法学.2版.北京:中国政法大学出版社,2016:52.

[22]夏吟兰,蒋月,薛宁兰.21世纪婚姻家庭关系新规制.北京:中国检察出版社,2001:334.

[23]王胜明,孙礼海.《中华人民共和国婚姻法》修改立法资料选.北京:法律出版社,2001:82.

[24]姚红,等.中华人民共和国婚姻法释解.北京:群众出版社,2001:48-49.

[25]何丽新.论事实婚姻与非婚同居的二元化规制.比较法研究,2009 (2) .

[26]一审法院为北京市石景山区人民法院,案号:(2010)石民初字第04558号;二审法院为北京市第一中级人民法院,案号:(2012)一中民终字第03095号。

[27]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展,2020 (2) .

[28]中国法制出版社.婚姻法新解读.4版.北京：中国法制出版社，2017：21.

[29]全国人大常委会法工委研究室.《中华人民共和国婚姻法》条文释义及实用指南.北京：中国物价出版社，2001：40.

[30]一审法院为云南省晋宁县人民法院，案号：（2008）晋民初字第74号；二审法院为云南省昆明市中级人民法院，案号：（2008）昆民一终字第483号。

[31]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[32]申晨.论婚姻无效的制度构建.中外法学，2019（2）.

[33]巫昌祯，夏吟兰.婚姻家庭法学.2版.北京：中国政法大学出版社，2016：93.

[34]薛宁兰.婚姻无效制度论：从英美法到中国法.环球法律评论，2001（2）.

[35]吴高盛.《中华人民共和国婚姻法》释义及实用指南.北京：中国民主法制出版社，2014：20.

[36]杨大文，龙翼飞.婚姻家庭法.7版.北京：中国人民大学出版社，2018：52；夏吟兰.中华人民共和国婚姻法评注·总则.厦门：厦门大学出版社，2016：221.

[37]王洪.婚姻家庭法.北京：法律出版社，2003：27.

[38]夏吟兰.中华人民共和国婚姻法评注·总则.厦门：厦门大学出版社，2016：224.

[39]张明楷.刑法学.3版.北京：法律出版社，2007：695.

[40]《民法典》第一千零八十七条规定：“离婚时，夫妻共同财产由双方协议处理；协议不成的，由人民法院根据财产的具体情况，按照照顾子女、女方和无过错方权益的原则判决。对夫或者妻在家庭土地承包经营中享有的权益等，应当依法予以保护。”

[41]《民法典》第一千零九十一条规定：“有下列情形之一的，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：（一）重婚；（二）与他人同居；（三）实施家庭暴力；（四）虐待、遗弃家庭成员；（五）有其他重大过错。”

[42]张明楷.刑法学.3版.北京：法律出版社，2007：697.

[43]审理法院为河南省郑州市金水区人民法院，案号：（2011）金民一初字第1973号、（2012）金民再初字第13号。

[44]冉克平.论《民法典婚姻家庭编（草案）》的体系、内容及其完善.武汉大学学报（哲学社会科学版），2019（6）.

[45]申晨.论婚姻无效的制度构建.中外法学,2019(2).

[46]王歌雅.《民法典·婚姻家庭编》的编纂策略与制度走向.法律科学,2019(6).

[47]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展,2020(2).

[48]吴高盛.《中华人民共和国婚姻法》释义及实用指南.北京:中国民主法制出版社,2014:50.

[49]杨大文,龙翼飞.婚姻家庭法.7版.北京:中国人民大学出版社,2018:98.

[50]审理法院为山东省临沭县人民法院,案号:(2014)沭民一初字第4号.

[51]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展,2020(2).

[52]孙若军.疾病不应是缔结婚姻的法定障碍:废除《婚姻法》第7条第2款的建议.法律适用,2009(2).

[53]李昊,王文娜.婚姻缔结行为的效力瑕疵:兼评民法典婚姻家庭编草案的相关规定.法学研究,2019(4).

[54]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展,2020(2).

[55]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展,2020(2).

[56]王歌雅.婚姻家庭继承法学.2版.北京:中国人民大学出版社,2013:78.

[57]吴高盛.《中华人民共和国婚姻法》释义及实用指南.北京:中国民主法制出版社,2014:55.

第三章 家庭关系

本章由第一节“夫妻关系”和第二节“父母子女关系和其他近亲属关系”构成。

本章第一节主要是根据《婚姻法》第三章相关条文修改而成，主要包括以下内容：夫妻在婚姻家庭中的地位，夫妻姓名权，夫妻人身自由权，夫妻抚养、教育、保护未成年子女的权利和义务，夫妻之间互负扶养义务，夫妻日常家事代理权，夫妻间的相互继承权，夫妻共同财产制，夫妻个人财产制，夫妻共同债务，夫妻约定财产制，婚姻关系存续期间请求分割夫妻共同财产的必要条件。

与《婚姻法》及其司法解释相比，本章第一节主要修改了以下内容：第一，在夫妻关系平等上，将夫妻在“家庭”中地位平等，改为夫妻在“婚姻家庭”中地位平等。第二，基于权利和义务的一致，规定夫妻抚养、教育、保护未成年子女，既是权利，也是义务。第三，增加夫妻日常家事代理权内容，夫妻一方因家庭日常生活需要而实施的民事法律行为，对夫妻双方发生效力，但是夫妻一方与相对人另有约定的除外。夫妻之间对一方可以实施的民事法律行为范围的限制，不得对抗善意相对人。第四，在夫妻共同财产上，在“工资、奖金”的基础上，增加“劳务报酬”；参考《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》对“其他应当归共同所有的财产”的界定，吸纳了“一方以个人财产投资所得的收益”，列为与生产、经营收益并存的投资的收益。第五，在夫妻个人财产上，将“一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用”修改为“一方因受到人身损害获得的赔偿或者补偿”。

本章第二节主要也是根据《婚姻法》第三章相关条文修改而成，主要包括以下内容：父母与子女之间的抚养和赡养权利义务，父母教育、保护未成年子女的权利、义务和责任，子女不得干涉父母离婚和再婚权利的实现，父母与子女之间的相互继承权，非婚生子女和父母之间的权利义务，继父母与继子女之间的权利义务，亲子关系确认、否认，祖父母、外祖父母与孙子女、外孙子女之间的权利义务，兄、姐与弟、妹之间的扶养义务。

与《婚姻法》及其司法解释相比，本章第二节主要修改了以下内容：第一，删除“父母对子女有抚养教育的义务；子女对父母有赡养扶助的义务”，直接规定父母不履行抚养义务和成年子女不履行赡养义务的后果。与此同时，将履行赡养义务的主体由“子女”改为“成年子女”，明确赡养的义务主体是成年子女，未成年子女不是父母的赡养义务人。第二，在父母教育、保护未成年子女的权利、义务和责任上，将未成年子女“对国家、集体或他人造成损害”改为“造成他人损害”。目的在于确保“编纂一部适应中国特色社会主义发展要求，符合我国国情和实际，体例科学、结构严谨、规范合理、内容协调一致的法典”^[1]。第三，在子女尊重父母婚姻自主权上，在“不得干涉父母再婚以及婚后的生活”的基础上增加不得干涉父母离婚的内容，即“不得干涉父母离婚、再婚以及婚后的生活”。第四，在对于非婚生子女抚养权的保护上，将不直接抚养非婚生子女的生父母给付生活费和教育费，扩大为“抚养费”。此处的抚养费不局限于生活费、教育费，还包括了医疗费等费用。第五，增加了亲子关系确认、否认制度，填补其在制定法上的缺位。对亲子关系有异议且有正当理由的，父或者母可以向人民法院提起诉讼，请求确认或者否认亲子关系。对亲子关系有异议且有正当理由的，成年子女可以向人民法院提起诉讼，请求确认亲子关系。

第一节 夫妻关系

第一千零五十五条

夫妻在婚姻家庭中地位平等。

本条主旨

本条是关于夫妻在婚姻家庭中地位的规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第十三条的基础上修改而成，该条规定为：“夫妻在家庭中地位平等。”本条的修改之处在于将夫妻在“家庭”中地位平等，改为夫妻在“婚姻家庭”中地位平等，夫妻不仅在家庭关系中地位平等，在婚姻关系中也地位平等。

理解与适用

本条规定，直接体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人格尊严、人伦正义和人亲和谐等核心法理思想的要求^[2]。

一、历史沿革

1950年《婚姻法》首次对夫妻在家庭中的地位做出明确规定。1950年《婚姻法》第七条规定：“夫妻为共同生活的伴侣，在家庭中地位平等。”1980年《婚姻法》保留了夫妻在家庭中地位平等的內容。1980年《婚姻法》第九条规定：“夫妻在家庭中地位平等。”相较于1980年《婚姻法》，2001年修订的《婚姻法》对此内容未做修改。《民法典》婚姻家庭编在2001年修订的《婚姻法》的基础上，将夫妻在“家庭”中地位平等，改为夫妻在“婚姻家庭”中地位平等。《民法典》婚姻家庭编第一千零五十五条规定：“夫妻在婚姻家庭中地位平等。”

二、夫妻在婚姻家庭中地位平等

夫妻在婚姻家庭中地位平等，是男女平等原则在夫妻关系中的具体体现，是对夫妻法律地位的原则性规定^[3]，在《民法典》婚姻家庭编中主要包括以下几个方面：

第一，夫妻在婚姻家庭中地位平等，是夫妻关系的指导原则，是确定夫妻各项权利义务的基础。夫妻在婚姻家庭中地位平等意味着夫妻在共同生活中平等地行使法律规定的权利，平等地履行法律规定的义务，共同承担对家庭和社会的责任。在“家庭关系”一章规定夫妻在婚姻家庭中地位平等，也是婚姻家庭编“一般规定”一章规定的男女平等原则在家庭关系中的具体体现。夫妻在婚姻家庭中地位平等作为《民法典》婚姻家庭编“家庭关系”一章中的第一条，也是“家庭关系”一章其他各条的指导原则。《民法典》婚姻家庭编对夫妻关系的其他具体规定，都体现了这一原则的精神，“家庭关系”一章中其他各条都要贯彻这一原则。“家庭关系”一章只有十余条，而现实生活是复杂的，涉及家庭关系会出现各种各样的情况，在司法实践中，要化解矛盾、解决纠纷，要依法做出裁判。在法律没有具体规定的情况下，对夫妻关系的处理，就要依据夫妻在婚姻家庭中地位平等这一原则做出判断。因此，这一条规定也为司法实践中处理家庭纠纷提供了依据。

第二，夫妻在婚姻家庭中地位平等，主要意义在于强调夫妻在人格上的平等以及权利义务的平等。强调夫妻的人格独立，夫妻都是婚姻家庭关系中的主体。夫妻双方应当互相尊重对方的人格独立，不得剥夺对方享有的权利。特别是要强调保护妇女，保护妻子在婚姻家庭

中有独立的人格和尊严，有权利能力和行为能力，反对歧视妇女，反对以打骂等方式虐待妇女。重点是保护妇女在婚姻家庭中的各项合法权益。

第三，夫妻在婚姻家庭中地位平等，包括夫妻双方在人身关系和财产关系两个方面的权利和义务是完全平等的。双方平等地享有权利，同时平等地承担义务。法律不允许夫妻任何一方只享受权利而不履行义务，或者只尽义务而不享受权利。主要包括：（1）夫妻间人身权利义务平等；（2）对夫妻共同财产有平等的处理权；（3）对子女有平等的亲权和监护权；（4）相互间有平等的扶养义务与继承权。

第四，夫妻在婚姻家庭中地位平等，不是指夫妻在家庭中权利义务一一对等，也不是指夫妻要平均承担家庭劳务。平等不是平均，家庭劳务要合理分担。对于家庭事务，夫妻双方均有权发表意见，应当协商做出决定，一方不应独断专行。

典型案例

夫妻平等——张某与李某监护权纠纷案^[4]

【基本案情】

原审法院查明：被告李某与原告张某的儿子张某东于2006年结婚，婚后生育两个子女：长女张某涵生于2007年10月，次女张某墨生于2009年8月。2010年农历四月二十五日张某东因故死亡，两个女儿一直随原告共同生活。后原、被告在孩子抚养问题上发生纠纷，原告诉讼来院，被告提起反诉。

二审法院经审理查明的事实与原审法院查明的事实相同。

【争议焦点】

本案的争议焦点是：（1）原审判决程序是否合法；（2）张某涵、张某墨应由谁行使监护权。

【裁判】

一审法院认为：未成年人的父母是未成年人的监护人，未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，祖父母、外祖父母及其他近亲属可以担任监护人。父母对未成年人的监护是基于父母子女关系而产生的，任何人不得非法剥夺和限制。本案中，张某

涵、张某墨的父亲虽然死亡，但其母亲健在，具有监护能力，是第一顺序监护人；原告张某是第二顺序监护人，且经济特别困难。双方发生抚养争议，张某涵、张某墨应由被告抚养。原告要求抚养两个孙女，理由不足，不予支持。

综上，河南省柘城县人民法院根据《中华人民共和国民事诉讼法》第十六条第一、二款之规定，判决：（1）驳回原告张某的诉讼请求。（2）反诉原告李某自本判决生效之日起对其女儿张某涵、张某墨行使监护权，张某不得阻止。案件受理费100元，反诉费50元，合计150元由原告承担。

张某不服一审判决上诉称：（1）原审审判程序违法（不适用普通程序，对反诉不应合并审理）。（2）被上诉人未尽到监护职责，张某涵、张某墨应由上诉人抚养。请求二审法院依法改判。

李某答辩称：反诉是依据张某要求行使监护权而提出，原审判决正确。请求二审法院维持原判。

根据双方当事人的诉辩意见，二审法院归纳本案争议的焦点是：原审判决程序是否合法，张某涵、张某墨应由谁行使监护权。双方当事人对上述争议焦点无异议，二审法院予以确认。

二审中，当事人均没有提供新的证据材料。

二审法院认为，依照特别程序审理的案件，不是解决民事权利义务争议，而是确认某种法律事实是否存在，确认某种权利的实际状况，而本案涉及的是由谁行使监护权的问题。《中华人民共和国民事诉讼法》第一百六十条规定的特别程序审理的案件，并不包含监护权案件。故原审适用普通程序审理本案其审判程序并不违法。在张某提起诉讼后，李某提出反诉，并按规定提交了反诉状，交纳了反诉费。原审法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百二十六条之规定，合并进行审理，符合法律规定。

《中华人民共和国民事诉讼法》第十六条规定，未成年人的父母是未成年人的监护人。未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由祖父母、外祖父母等有监护能力的人担任监护人。张某涵、张某墨之父张某东虽于2010年农历四月二十五日去世，但其母李某健在，依法应为其法定监护人。张某虽称李某未尽到监护责任，但未有充分有效的证据予以证明。张某的上诉理由不能成立。二审审理过程中李某表示，愿意两个婚生子女中的一个由其祖父张某抚养。李某的意思表示真实，且符合《最高人民法院关

于贯彻执行《中华人民共和国民法通则》若干问题的意见（试行）》第22条之规定，本院予以准许。考虑两个婚生子女中张某墨年龄较小，应以其母李某抚养为宜。

综上，河南省商丘市中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，判决如下：

（1）维持柘城县人民法院（2011）柘慈民初字第681号民事判决第一项，即：驳回原告张某的诉讼请求。

（2）变更第二项为：李某于本判决生效之日起对其婚生次女张某墨行使监护权，张某不得阻止。

一审案件受理费、反诉费按原判决执行，二审案件受理费100元由张某负担。

本判决为终审判决。

【评析】

本案涉及夫妻家庭地位平等问题。夫妻平等，在婚姻法上主要包括两个方面的内容：一方面，强调夫妻在人格上的平等，夫妻双方应当互相尊重对方的人格独立，不得剥夺对方享有的权利。另一方面，夫妻双方在人身关系和财产关系两个方面的权利和义务是完全平等的，其内容主要包括：夫妻间人身权利义务平等，对夫妻共同财产有平等的处理权，对子女有平等的抚养权，相互间有平等的扶养义务与继承权等。

父母是未成年子女的法定监护人。父母双方对未成年子女享有平等的监护权。在父亲死亡的情况下，母亲的监护权任何人不得剥夺和干涉。只有在母亲不履行监护职责或者没有能力履行监护职责的情况下，才能由其他有监护能力的人担任监护人。《妇女权益保障法》第四十九条规定，父母双方对未成年子女享有平等的监护权。父亲死亡、丧失行为能力或者有其他情形不能担任未成年子女的监护人的，母亲的监护权任何人不得干涉。由此，法院可以直接援引该法条作为裁判依据。

第一千零五十六条

夫妻双方都有各自使用自己姓名的权利。

本条主旨

本条是关于夫妻姓名权的规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第十四条的基础上修改而成，该条规定为：“夫妻双方都有各用自己姓名的权利。”本条内容的修改之处在于：在《婚姻法》第十四条的基础上，更加精确表述为“各自使用”自己姓名，与《民法典》人格权编“姓名权和名称权”一章中的表述一致。使用姓名权是指自然人依法使用自己姓名的权利，包括自己使用、不使用、变更或许可他人使用自己的姓名，但是不得违背公序良俗。

理解与适用

本条规定，直接体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人格尊严等核心法理思想的要求，也反映了《民法典》中自然人尊重自己和被他人尊重的有机统一性和伦理品格性等时代特征^[5]。

一、姓名权

（一）姓名权的保护范围

姓名权，是自然人决定其姓名、使用其姓名、变更其姓名，并要求他人尊重自己姓名的一种权利。简言之，姓名权是自然人对其姓名在法律上所享有的权利。姓名是指自然人的姓氏和名字。人的名字在法律上的正式称谓为“姓名”。姓名是公民的特定化标志，是公民的“符号”。有了姓名，就便于与其他人区别开来。人不同于物，其名字一般由“姓”加“名”组成。“姓”是其家族的标志，最初代表了血缘和家族的归属，通常由一群人共用^[6]。在现代社会，“姓”仍然是特定群体在社会中的标志。“名”是个人的代表符号，也是一种个人的标志^[7]。名字由“姓”加“名”组成是传统习惯，表现了个人对社会团体或血缘家族或某一类的归属，也表现了从个体到群体的关系^[8]。姓名是人的生理属性、社会属性的代号和标志，是每一个人用以表现自己并区别于他人的符号。在法律上，姓名是区别于他人的主体标识，是标志权利义务主体的符号，因而，姓名也成为个人人格的独特标志^[9]。审判实践对于姓名的认识，多集中于姓名之指称功能与表现形式，即文字形式的、用以区别于其他公民的社会标志。以规范对姓名构成进行明确规定，对姓名权分条析理，尤其是把握姓名权利的内涵、完善姓名之决

定与使用的内容，具有重要意义^[10]。姓名权作为具体人格权，其保护的是姓名权人的人格利益及其中的商业化利益^[11]。根据《民法典》人格权编第一千零一十二条的规定，“自然人享有姓名权，有权依法决定、使用、变更或者许可他人使用自己的姓名”。

（二）姓名权的法律特征

第一，姓名权的主体限于自然人。如果自然人将其姓名作为法人的名称使用，姓名则转化为名称，受名称权的保护。第二，姓名权的客体是姓名。姓名作为自然人表彰自己、区别他人的符号，必须以文字形式表现出来，不能仅仅是一个符号^[12]。姓名权的客体不仅包括本名，还包括别名、笔名、艺名、乳名等。第三，姓名权是一种标表性的人格权。姓名权既可以单独标表个人人格特征，也可以与肖像权等权利结合以实现标表的功能^[13]。基于此，权利人既可以自己使用，也可以许可他人使用。与此同时，姓名权的标表权利性质也决定了姓名权的内容^[14]，包括决定、使用和改变姓名的权利。第四，姓名权兼具精神利益和财产利益。由于姓名权商业化利用的不断发展，姓名权的经济价值日益凸显。姓名作为人格个性的表达，不仅体现了权利人的精神利益，还会与与其相伴的声誉、名誉等相关联，因而带来一定的经济价值。

（三）姓名权的内容

从积极的权能角度来划分，姓名权的内容主要包括以下几个方面：（1）姓名决定权。姓名决定权指自然人决定其姓名的权利。为自己命名是自然人的基本权利之一。自然人可以自己决定随父姓或者随母姓，也可以采取其他姓或者不要姓，也有权决定自己的姓名。

（2）姓名变更权。姓名变更权是指自然人变更其姓名的权利，这一权利来自姓名决定权，也是姓名决定权的应有之义^[15]。当事人在变更姓名之前，以原姓名参与社会活动，行使权利，承担义务，变更姓名有可能影响到他人的权益。因此，必须依法行使姓名变更权，不得滥用此权利。（3）姓名使用权。姓名使用权是指自然人依法使用自己姓名的权利，包括自己使用、不使用和禁止他人使用的权利。

二、夫妻关系下的姓名权

姓名权是基于人身关系而产生的一项重要民事权利，它是人格权的重要组成部分。夫妻关系下的姓名权，是夫或妻都可以保持姓名的独立，不因结婚而改变自己的姓名的权利。

在奴隶社会和封建社会，夫妻关系下姓名权行使的立法原则为“妻从夫姓”。婚姻多实行男娶女嫁，妻子婚后即加入夫宗，冠以夫姓而丧失姓名权^[16]。这一习俗显然有违现代社会公民享有独立人格的理念。在旧中国，未婚女性在家称小名，有的甚至没有自己的名；出嫁从夫姓，如“张王氏”，谓姓王的嫁给姓张的做妻子。这是夫权婚姻中妻子对丈夫人身依附关系的表现。比如，北洋政府《国民律草案》亲属编第一千一百一十八条规定：“妻于本姓之上冠称夫家之姓，并取得与夫同一身份之待遇。”1930年国民政府公布的《中华民国民法》亲属编第1000条规定：“妻以其本姓冠以夫姓，赘夫以其本姓冠以妻姓。但当事人另有约定者，不在此限。”以上规定均具有封建观念。新中国成立后，1950年《婚姻法》第十一条规定：“夫妻有各用自己姓名的权利。”废除在姓名问题上歧视妇女的旧法，代之以夫妻在姓名权上完全平等的规定。1980年《婚姻法》重申了这一规定。2001年修订的《婚姻法》对这一条未做修改，仍然保持了原来的规定。

《民法典》婚姻家庭编在《婚姻法》规定的基础上做出了相应的修改，更加精确表述为“各自使用自己姓名”。这个规定的实际含义是，妇女结婚后有权使用自己的姓名，主要是保护已婚妇女的姓名权。同样，结婚后男方到女方家落户的，男方也不必改变自己的姓名。当然也并不意味着当事人结婚后自愿选择姓氏，因为自然人都有姓名权。自1950年《婚姻法》实施以来，妇女结婚后仍然使用自己姓名已成为习惯。《民法典》婚姻家庭编这一规定，是为践行男女平等，夫妻关系规范应内涵平等追求^[17]。这对于改变或抵制旧婚俗的影响，对夫妻在家庭中平等地位的巩固有着积极意义。

第一千零五十七条

夫妻双方都有参加生产、工作、学习和社会活动的自由，一方不得对另一方加以限制或者干涉。

本条主旨

本条是关于夫妻在婚姻家庭关系中享有人身自由权的规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第十五条的基础上修改而成，该条规定为：“夫妻双方都有参加生产、工作、学习和社会活动的自由，一方不得对他方加以限制或干涉。”本条略有改动之处在于将“他方”改

为“另一方”。

理解与适用

本条规定，直接体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人身自由等核心法理思想的要求。夫妻双方都有参加生产、工作、学习和社会活动的自由。“只要妇女仍然被排除于社会的生产劳动之外而只限于从事家庭的私人劳动，那么妇女的解放，妇女同男子的平等，现在和将来都是不可能的。”^[18]只有妻子可以像丈夫一样，自由地参加生产、工作、学习和社会活动，才能真正地实现男女平等、夫妻平等^[19]。

一、夫妻人身自由权

我国《宪法》对公民的人身自由权做出了明确规定。可以说，保障公民的人身自由权应当是现代国家最基本的属性之一^[20]。本条是夫妻双方的人身自由权在婚姻家庭关系中的规定，并不是公民的人身自由权的全部内容^[21]，换言之，是人身关系中与婚姻家庭关系有关的部分，包括参加生产、工作、学习和社会活动的自由。有人认为本条规定仅是对妇女权益的保护，对妇女参加社会活动、进行社会交往、从事社会职业的权利的保护。事实上，《民法典》婚姻家庭编的该条规定应当适用于夫妻双方，不仅妇女有参加生产、工作、学习和社会活动的自由，男性也同样享有上述权利。

结合中国国情，本条规定对妇女的人身自由权的实现有着更加重要的意义。在旧中国，妇女在家庭中处于从属的地位，妇女是“从人者”，凡事“皆从男子”，婚前从父兄，婚后从夫，夫死从子。“女不言外”，将妇女排除在社会活动之外，囚禁于家庭的牢笼之中，从事家务劳动，无权参与社会公共管理事务。因此，妇女在旧社会是没有独立社会地位的，在家庭生活中也依赖丈夫，没有与男性真正的平等的地位。新中国成立后，1950年《婚姻法》第九条规定：“夫妻双方均有选择职业、参加工作和参加社会活动的自由。”这一规定对妇女积极参加生产和社会工作起到了积极作用。妇女只有积极参加学习，不断提高自身的文化素质，参加公共劳动和社会活动，才能使其在家庭和社会中的地位得到真正提高，从而实现男女平等。1980年《婚姻法》增加了夫妻双方均有参加学习的自由。这是宪法保障妇女在政治、经济、文化、社会和家庭生活等方面同男性权利平等的具体体现，也是妇女的生存权和发展权实现的基础^[22]。2001年修订的《婚姻法》和《民法典》婚姻家庭编对此条内容未做实质性修改。夫妻平等享有人身自由权，既是夫妻在婚姻家庭中地位平等的标志，也是为夫妻平等地行使权利和承担义务提供法律保障。

夫妻人身自由权的行使，必须符合法律和道德的要求，也须做到与其他权利义务的协调一致。同时，夫妻应当互相尊重，任何一方不得对另一方加以限制或者干涉。夫妻人身自由权的行使也要考虑夫妻双方的实际情况，不得因滥用权利而损害另一方和家庭的利益。如果夫妻一方不当行使该项权利，另一方有权提出意见，进行必要的劝阻。但是，应当把善意的帮助、建议与非法的限制、干涉加以区分[23]。

二、夫妻人身自由权的内容

夫妻在婚姻家庭关系中的人身自由权虽不属于配偶身份权范畴，却是夫妻人身关系的必要方面，属于婚姻的人身效力[24]，主要包括以下内容：

（一）参加生产、工作的权利

夫妻双方都有参加生产、工作的权利，即选择职业的自由。此处的生产、工作是指取得劳动报酬或者经营收入的一切社会劳动。夫妻双方均有权选择其认为适合自己的工作，任何一方都不得干涉另一方。

（二）参加学习的权利

夫妻双方都有参加学习的自由。此处的学习，不仅包括在校学习，也包括扫盲学习、职业培训以及其他各种形式的专业知识与专业技能的学习。其中，保证妇女学习的自由权，对于提高妇女的文化素质、提升妇女的就业率，以及对于妇女在家庭中与丈夫的平等地位都是必不可少的。保证妇女学习的自由权，对于子女的培养，对于全民族文化素质的提高，都是必要的。

（三）参加社会活动的权利

夫妻双方享有参加社会活动的自由权，从根本上说，来自宪法赋予公民依法享有的民主权利。所谓参加社会活动，是指参政、议政活动，参加科学、技术、文学、艺术和其他文化活动，参加各种群众组织、社会团体的活动，以及参加各种形式的公益活动等[25]。

夫妻双方平等享有对未成年子女抚养、教育和保护的權利，共同承担对未成年子女抚养、教育和保护的义务。

本条主旨

本条是关于夫妻抚养、教育、保护未成年子女的权利和义务的规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第二十三条的基础上修改而成，该条规定为：“父母有保护和教育未成年子女的权利和义务。在未成年子女对国家、集体或他人造成损害时，父母有承担民事责任的义务。”本条的主要修改在于：第一，在教育和保护的基础上增加了抚养。第二，基于权利和义务的一致，夫妻抚养、教育、保护未成年子女，既是权利，也是义务，与《民法典》总则编在“监护”一节中规定的“父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务”内容协调一致。父母应当创造良好、和睦的家庭环境，依法履行对未成年人的监护职责和承担对未成年人抚养、教育和保护的义务。

理解与适用

本条规定，直接体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人亲和谐、人伦正义、人性友善等核心法理思想的要求^[26]。

一、立法目的

（一）保障未成年子女健康成长

只有从法律上明确规定夫妻（父母）对未成年子女的抚养、教育和保护，才能更好地贯彻《民法典》婚姻家庭编关于保护未成年人合法权益原则，实现未成年人利益最大化。我国《宪法》第四十九条第一款规定：“婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护。”人权是一个人作为人所应当具有的权利，为全体人类普遍地拥有^[27]。《儿童权利公约》将儿童界定为“18岁以下的任何人”，适用于全世界的儿童。根据《民法典》总则编第十七条的规定，“不满十八周岁的自然人为未成年人”，因此，这里的儿童对应到我国就是未成年人。未成年人是有独立人格的个体，法律规定要突出未成年人的主体地位。处于强势地位的成年人应当正视作为弱者的未成年人的要求与利益，以保障未成年人的健康发展^[28]。与此同时，未成年人由于在年龄、智力、判

断能力、控制能力等方面不及成年人，需要父母的教育和保护。《儿童权利公约》第十八条规定：“缔约国应当尽其最大努力，确保父母双方对儿童的养育和发展负有共同责任的原则得到确认。父母或视其情况而定的法定监护人对儿童的养育和发展负有首要责任。儿童的最大利益将是他们主要关心的事。”因此，父母是未成年子女最佳的监护人，负有对未成年子女监护的职责。法律赋予父母抚养、教育和保护未成年子女的权利，意在使父母更好地履行抚养、教育和保护未成年子女的义务。

（二）预防和矫治未成年子女的不良行为

《民法典》婚姻家庭编规定夫妻对未成年子女的抚养、教育和保护义务，不仅是为了保障未成年人的健康成长，也是为了预防未成年人损害他人和社会利益，预防未成年人犯罪。父母是子女的第一任老师，应在子女的思想品德、行为规范、生活技能、文化知识等多方面予以正确引导和教诲。法律是人们行为的基本规范和准则，法治教育作为教育的重要内容，应当贯穿于父母教育子女的始终^[29]。预防和矫治未成年子女的不良行为，家庭教育是不可或缺的重要环节，通过父母的教育，及时纠正未成年人不良行为，进而预防未成年人犯罪，对保障未成年人的健康成长有重大意义。

二、夫妻对未成年子女有抚养、教育和保护的權利和义务

夫妻对未成年子女的抚养、教育和保护，既是权利也是义务。根据《民法典》婚姻家庭编第一千零五十八条的规定，对未成年子女的抚养、教育和保护的權利义务由夫妻双方行使，这也是男女平等原则和夫妻在婚姻家庭中地位平等的体现。1980年《婚姻法》明确规定了父母都有管教和保护其未成年子女的權利和义务。1992年《妇女权益保障法》也明确规定了父母双方对未成年子女享有平等的监护权。2001年修订的《婚姻法》延续了上述规定。《民法典》婚姻家庭编在保护和教育的基础上，增加了抚养，兼有亲权和监护的含义。因此，依照《民法典》婚姻家庭编的该条规定，不仅丈夫有抚养、教育和保护未成年子女的權利和义务，妻子也同样有抚养、教育和保护未成年子女的權利和义务。

（一）抚养

抚养，指父母从物质上供养子女和日常生活中照料子女，保障子女的生活，使子女得以健康成长。抚养义务是父母对未成年子女所负

的最主要的义务，目的是保障未成年子女的生存^[30]。根据《宪法》第四十九条的规定，父母有抚养教育未成年子女的义务。《未成年人保护法》第十条规定，父母应当创造良好、和睦的家庭环境，依法履行对未成年人的监护职责和抚养义务。由此可见，抚养未成年子女是父母的法定义务。根据《民法典》婚姻家庭编第一千零六十七条的规定，父母不履行抚养义务的，未成年子女有要求父母给付抚养费的权利。由此可知，父母对未成年子女的抚养是无条件的^[31]，除非法律另有规定，任何情况下父母都必须履行抚养义务。值得注意的是，父母对子女的抚养义务，是父母双方的共同义务和共同责任，而非一方的单方义务和责任。父母即使已经离婚，对未成年子女也应依法履行抚养义务。

典型案例

未成年子女在父母一方每月支付的固定数额抚养费之外，另行主张大额抚养费，是否应予支持——麻某诉麻晓某抚养费纠纷案^[32]

【基本案情】

麻某的法定代理人李某与麻晓某原系夫妻关系，麻某系双方婚生子。后双方于2011年12月1日离婚，离婚协议书中约定：双方婚生之子麻某由女方抚养，男方每月10日前支付共计1 500元人民币，抚养费每年根据情况酌情增加，麻某在学习、医疗等各方面的开支双方共同承担。2013年2月15日至2月22日，麻某因间歇性外斜视、双眼屈光不正到北京某医院住院治疗，共支出医疗费13 422.02元。2010年、2012年麻某参加北京某少儿围棋培训，共支出教育费11 105元，2010年、2011年、2013年麻某参加某学校学习辅导班，共支出教育费11 105元。2013年，李某起诉至法院，请求增加每月应当支付的抚养费，请求判令麻晓某支付麻某的医疗费和教育培训费用。

【裁判结果】

对于子女生活费和教育费的协议或判决，不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或判决原定数额的合理要求。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第二十一条的规定，抚养费包括子女生活费、教育费、医疗费等费用。但不应就此一概认为每月支付固定数额抚养费后，无须再支付医疗费，而应考虑抚养费、教育费、医疗费支出的原因与具体数额，同时兼顾夫妻双方的利益公平。因此，对于我国法律规定的抚养费包含教育费、医疗费，应理解为

抚养费包含基本的教育费与医疗费，而不应包含为孩子利益客观上必须支出的较大数额的医疗与教育费用。

同时，为保护未成年人利益，促进未成年人身心的全面发展，法律适当鼓励未成年人根据个人天赋与爱好参与一定的课外辅导课程。本案中麻某长期参加围棋辅导班，从父母婚姻关系存续期间持续到离婚之后，麻晓某在婚姻关系存续期间对此同意，离婚后亦知情且未明确表示反对。同时也缺乏证据证明围棋班与麻某兴趣不符，围棋班并不属于过分的课余学习的情形，因而依法应予支持。

北京市昌平区人民法院作出（2013）昌民初字第8252号民事判决：（1）麻晓某自2013年8月起每月10日前支付麻某抚养费人民币2 500元，至麻某年满十八周岁止；（2）麻晓某支付麻某医疗费6 711.01元，教育费5 552.50元，于本判决生效后十日内支付；（3）驳回麻某的其他诉讼请求。宣判后麻晓某提出上诉。北京市第一中级人民法院于2013年作出（2013）一中少民终字第13395号判决：驳回上诉，维持一审判决。

【典型意义】

本案例案情简单、诉讼标的的不大，但却涉及未成年人最基本的利益需求，体现了近年来物价上涨与未成年人抚养费理念、立法相对滞后之间的冲突。在审判实践中，应着眼于未成年人的合理需求，既排斥奢侈性的抚养费请求，也避免过低的抚养费给付，遵循未成年人最大利益原则。因此，在每月支付的固定数额抚养费之外另行主张的大额子女抚养费请求是否应予准许，应考虑以下因素：首先，该请求是否符合未成年人的利益以及是否有相应的法律依据；其次，该请求是否属于因未成年人合理需求产生的支出，法律不鼓励超前的或者奢侈的抚养费需求；最后，应考虑夫妻双方的经济能力与实际负担义务，相应费用若由一方负担是否会导致夫妻双方义务负担的不平衡。

（二）教育

教育子女是家庭的一项重要职能，家庭教育对子女的健康成长有着至关重要的影响。父母子女间的亲密关系，为教育子女提供了有利的条件^[33]。因此，教育子女既是父母双方在法律上应尽的义务，也是社会道德的必然要求。此处的教育侧重于管教的意思，指父母要按照法律和社会公德的要求，采用正确、适当的方法，对未成年子女进

行教导，并对其行为进行必要的约束，其目的是保障未成年子女的身心健康。未成年子女是未满十八周岁的自然人，不论是在生理上还是心理上，都处于未完全成熟时期，他们的人生观、世界观也尚未完全形成，辨别是非的能力和 control 自己行为的能力相对较弱。根据《未成年人保护法》第一条的规定，父母有义务促进未成年人在品德、智力、体质等方面全面发展，培养其成为有理想、有道德、有文化、有纪律的社会主义建设者和接班人。因此，父母应当以健康的思想品德和适当的方法教育未成年子女，引导他们参加有益身心健康的活动，预防其吸烟、酗酒、流浪以及聚赌、吸毒等恶习，使其树立防范意识。

根据《预防未成年人犯罪法》第十四条的规定，未成年人的父母应当教育未成年人不得有下列不良行为：（1）旷课、夜不归宿；（2）携带管制刀具；（3）打架斗殴、辱骂他人；（4）强行向他人索要财物；（5）偷窃、故意毁坏财物；（6）参与赌博或者变相赌博；（7）观看、收听色情、淫秽的音像制品、读物等；（8）进入法律、法规规定未成年人不适宜进入的营业性歌舞厅等场所；（9）其他严重违背社会公德的不良行为。根据该法第十五条的规定，未成年人的父母应当教育未成年人不得吸烟、酗酒。对于已有不良行为的未成年子女，则应当加强教育约束，制止和纠正其不良行为。对未成年子女的教育应当尊重其人格尊严，适应其身心发展的特点，通过多种形式进行教育和约束。虽然在管教过程中，父母可以对未成年子女使用适当的惩戒手段，但不得对其使用暴力或者以其他形式进行虐待。与此同时，根据《义务教育法》第五条第二款的规定，“适龄儿童、少年的父母或者其他法定监护人应当依法保证其按时入学接受并完成义务教育”，父母有义务保证未成年子女上学接受义务教育，不得让子女中途辍学。

（三）保护

保护，是指父母应当保护其未成年子女的人身安全和合法权益，预防和排除来自外界的危害，使其未成年子女的身心处于安全状态。《民法典》总则编第三十四条规定，监护人的基本职责是：“代理被监护人实施民事法律行为，保护被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益等。”根据该条规定，父母对其未成年子女的保护主要包括人身保护和财产保护。对未成年子女的人身保护，主要包括照顾未成年子女的生活，保护其身体健康，保护未成年子女的人身不受侵害，为未成年子女提供住所等。对未成年子女的财产保护，主要是为未成年子女的利益管理和保护其财产权益，除为未成年子女的利益

外，不得处理属于该未成年子女的财产。父母未履行监护职责或者侵害未成年子女的合法权益，造成未成年子女财产损失，应当赔偿其损失。父母对未成年子女的保护，还体现在父母代理其未成年子女进行民事活动上。根据《民法典》总则编的规定，未成年人是不具有完全行为能力的人，未成年子女仅独立实施与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为，其他民事活动由其法定代理人（父母）代理或者经其法定代理人同意、追认。当未成年子女的权益受到侵害时，其父母作为法定代理人有权提起诉讼，请求侵权人停止侵害、赔偿损失，以维护未成年子女的合法权益。当未成年子女被人拐骗，脱离家庭或者监护人时，父母有权要求归还子女，并要求司法机关追究拐骗者的刑事责任^[34]。

第一千零五十九条

夫妻有相互扶养的义务。

需要扶养的一方，在另一方不履行扶养义务时，有要求其给付扶养费的权利。

本条主旨

本条是关于夫妻之间互负扶养义务的规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第二十条的基础上修改而成，该条规定为：“夫妻有互相扶养的义务。一方不履行扶养义务时，需要扶养的一方，有要求对方付给扶养费的权利。”相较于2001年修订的《婚姻法》，《民法典》婚姻家庭编对夫妻扶养义务的规定，没有实际变化。

理解与适用

本条规定，直接体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人亲和谐、人性友善、人本秩序等核心法理思想的要求^[35]。

一、历史沿革

新中国成立以前，我国传统社会特别强调夫权的统治，奉行“夫为妻纲”，妻子在生活上完全受其丈夫的支配。在经济上，由于封闭的封建经济模式，男主外，女主内，妻子在经济上也从属于其丈夫。

因此，丈夫理所应当地负起扶养妻子的义务。夫权制度一直持续到20世纪40年代。新中国成立后，1950年制定的《婚姻法》确立男女平等原则为婚姻法的基本原则，1950年《婚姻法》第八条规定：“夫妻有互爱互敬、互相帮助、互相扶养、和睦团结、劳动生产、抚育子女，为家庭幸福和新社会建设而共同奋斗的义务。”由此可知，自1950年《婚姻法》实施以来，确立了夫妻有互相扶养的义务。1980年《婚姻法》进一步规定了夫妻有互相扶养的义务，1980年《婚姻法》第十四条规定：“夫妻有互相扶养的义务。一方不履行扶养义务时，需要扶养的一方，有要求对方付给扶养费的权利。”2001年修订的《婚姻法》沿用了1980年《婚姻法》关于夫妻之间互负扶养义务的规定。相较于2001年修订的《婚姻法》，《民法典》婚姻家庭编对夫妻扶养义务的规定，未做实质内容的修改。

二、扶养的含义

广义的扶养，指一定范围的亲属间的相互供养和扶助的法定权利和义务。它没有身份、辈分的区别，是赡养、扶养、抚养的统称[36]。接受扶养的人为受扶养人，是权利人；履行扶养义务的人为扶养人，是义务人。《民法典》婚姻家庭编根据不同亲属之间的扶养情况，相应地将扶养分别规定，比如夫妻之间适用扶养。夫妻是共同生活的伴侣，夫妻之间具有相互扶养的义务，对保障夫妻正常生活、加强夫妻之间物质上的帮助和生活上的相互照料具有重要意义。尤其是在一方无固定收入和缺乏生活来源或者由于年老、患病等原因需要扶养时，另一方应依法履行扶养义务。

三、夫妻之间的扶养

第一，夫妻间的扶养关系基于夫妻人身关系而产生。男女因结婚而形成夫妻关系，夫妻身份关系的存在决定了其相互之间扶养关系的存在。当事人之间不存在合法的婚姻关系，就不产生相互扶养关系。夫妻的身份关系是夫妻扶养关系的前提。夫妻扶养关系从婚姻合法成立之时产生，至婚姻合法终止时消灭，在婚姻关系有效存续的整个过程中一直具有法律拘束力，是一种常态性、持续性的法律关系[37]。

第二，夫妻间的扶养义务主要以经济上相互供养、生活上相互扶助为内容，是婚姻内在属性和法律效力对主体的必然要求。就其性质来看，夫妻间的扶养属于生活保持义务范畴，既是双方当事人从缔结婚姻开始就产生的义务，也是婚姻或家庭共同体得以维系和存在的基本保障，这是人类个体婚制形成以来婚姻一直负载的基本功能[38]。

第三，夫妻间的扶养义务是对等的。任何一方既是权利人，也是

义务人。夫妻之间有相互扶养的义务，这种扶养义务对夫妻双方而言是对等的，即夫妻双方互为扶养义务人。从夫妻一方来看，扶养既是一方的权利，也是一方的义务。任何一方都有接受和要求对方扶养的权利，也有扶养对方的义务。

第四，夫妻间的扶养义务具有强制性。如果夫妻一方生活困难或无独立生活来源，另一方有义务扶养。《民法典》婚姻家庭编规定了对不履行扶养义务的一方的强制性条款，赋予权利人依法追索扶养费的请求权，即需要扶养的一方，在另一方不履行扶养义务时，有权直接要求其给付扶养费，也可向人民法院起诉，要求对方给付扶养费。但在实际运作上，基于夫妻关系的特殊性，应以当事人自我调节为主导，以自觉履行为普遍，并以公力干预为辅助，以司法救济为保障[39]。

典型案例

夫妻扶养义务——王某与胡某扶养纠纷案^[40]

【基本案情】

上诉人王某、胡某因扶养纠纷一案，均不服渑池县人民法院（2010）渑民一初字第655号民事判决，向河南省三门峡市中级人民法院提起上诉。二审法院依法组成合议庭，公开开庭审理了本案。

一审法院查明：王某、胡某结婚已有五十余年，婚后生育五子一女，由于双方婚后感情不和，经常发生矛盾，长期分居生活。经有关部门调解，胡某每月支付王某50元生活费，后经调解增加至每月150元。2008年王某患病住院期间，胡某未支付过王某医疗费。后王某诉至法院，请求判令胡某向王某每月支付胡某退休金的一半700元及每月扶养费200元。另查明，胡某系杨村煤矿退休职工，现月收入1 519.90元。

二审法院经审理查明事实与一审查明事实一致。

【争议焦点】

本案的争议焦点为，一审判决的扶养费数额是否合理。

【裁判】

一审法院认为，根据法律规定，夫妻双方在婚姻关系存续期

间有相互扶养义务。本案中，王某系农民，无固定工作及固定收入，胡某作为退休职工，有固定收入，每月1519.90元，因此王某要求胡某履行扶养义务，理由正当，予以支持，同时考虑到王某每月需服用药品，扶养费数额可略高于2009年河南省农村居民人均生活消费支出。王某请求胡某每月付其退休金的一半700元及每月扶养费200元，数额过高，对其过高部分法院不予支持。经调解无效，依据《中华人民共和国婚姻法》第二十条之规定，判决：胡某自2009年12月开始，每月向王某支付扶养费422元。2010年6月之前的费用，于本判决生效后十日内支付，以后每月支付一次。案件受理费50元，由胡某负担。

宣判后，双方均不服。王某上诉称：（1）一审判决改变了王某的诉讼请求。王某起诉要求胡某支付退休金的一半，意在分割共同财产，根据《婚姻法》第十七条及《物权法》第九十九条之规定，结合王某目前的实际生活困难程度，王某要求分割共同财产的请求应当得到支持，一审法院却以判决扶养费了之。

（2）一审法院在衡量王某扶养费标准时严重丧失公平。王某与胡某系夫妻，理应在一起生活，生活消费应是同一标准，不能因为王某是农民就按农民的消费标准来确定扶养费，胡某能有退休金，与王某一生在家操持家务是分不开的。胡某与王某是夫妻，不能仅以王某需要多少扶养费作为扶养费的支付标准，而应根据双方的经济条件来衡量王某应当享有的消费标准。综上，王某提起上诉，请求二审法院查明事实，依法判决。

胡某答辩称：胡某的退休金每月1500元，且身患糖尿病、颈椎病等疾病，医疗费只能报销很少一部分。胡某夫妇有五个儿子，现在四个儿子赡养王某，四个儿子都有收入，应同胡某一起承担照顾王某的义务，王某的要求过高。

胡某上诉称：（1）一审判决胡某每月支付扶养费422元过高，调整为300元比较合适。胡某自成家以来，含辛茹苦抚养五子一女，虽和王某婚姻关系存续，但已分居多年，婚姻名存实亡。其中辛酸，村人皆知。胡某现已体弱多病，加上生活开支，确实难以支付。五个儿子都有固定收入，为什么不能尽一点赡养义务，在减轻胡某压力的同时，又可改善王某的生活状况呢？

（2）胡某本无积蓄，一审判决一次性支付2010年6月份之前的扶养费，胡某没有能力支付，2010年6月份之前的费用，胡某同意按以前的标准即每月150元一次性支付。另外，无劳动能力的父母有要求子女给付赡养费的权利，请求判决五个儿子每人每月支付胡某100元的赡养费。请求法院依法审判。

王某答辩称：胡某系杨村煤矿退休干部，参加了医疗保险，其医疗费用全部由社保机构支付，不需从其退休金中扣除。胡某自2009年12月份以来未支付过抚养费，一审判决从该时间继续支付抚养费是正确的。另外，子女对父母的赡养义务与本案不是一个法律关系。胡某的上诉理由不能成立。

二审法院认为，夫妻有互相扶养的义务。一方不履行扶养义务时，需要扶养的一方有要求对方付给扶养费的权利。夫妻作为共同生活的伴侣，在生活上应该相互照料、相互供养，尤其在一方年老、患病、丧失劳动能力或没有固定经济收入的情况下，有扶养能力的配偶，更应主动扶助对方。夫妻之间相互扶养，既是权利也是义务，它基于婚姻关系而产生，不受感情等因素的影响。本案中，王某系农民，没有固定生活来源，现因身体原因和生活需要，请求胡某支付抚养费，符合法律规定，应予支持。关于扶养费的确定标准，一审法院结合胡某的收入及当地的生活消费支出情况，并结合王某需支付医药费等事实，确定每月由胡某支付422元抚养费并无不当。尽管按照《物权法》第九十九条之规定，共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求对共同财产进行分割，需要明确的是，要求分割的共同财产必须在主张权利时切实存在。胡某每个月1500余元的退休金是其唯一的收入来源，胡某目前也患病在身，需要用退休金来维持日常生活和看病支出，王某在起诉时并未考虑该退休金的实际支出情况，故王某要求按月分割胡某退休金一半的主张，本院不予支持。另外，胡某要求判决子女每月支付一定的赡养费，与本案不是同一法律关系，胡某可另案起诉主张自己的权利。原审判决认定事实清楚，处理正确，胡某和王某的上诉理由均不能成立。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费100元，王某负担50元，胡某负担50元。本判决为终审判决。

【评析】

本案涉及夫妻之间相互扶养的权利义务问题。夫妻有互相扶养的义务，一方不履行扶养义务时，需要扶养的一方有要求对方付给扶养费的权利。扶养义务是相互的，既有经济上的供养，也包括精神上的慰藉以及生活上的照顾等内容，且扶养义务上的经济给付也不等同于夫妻共同财产的分割。具体金额以及给付时

间、方式等，应根据原、被告双方的实际情况，结合原告的实际需要以及被告的给付能力来确定。司法实践中，妇女在家庭经济生活中往往处于弱势地位，因此应侧重于保护妇女的合法权益。

男女双方既然缔结了婚姻关系，夫妻就应当互相扶持、互相帮助，这种权利义务是法定的，不得附加任何条件。在权利人需要的时候，义务人必须尽可能给权利人提供生活上的扶助，即使义务人因此而使得自己的生活水平降低，也不能免除其扶养义务。本案中，当事人之间为夫妻关系，在原告年老体弱、没有固定生活来源的情况下，被告作为配偶应当承担夫妻之间的扶养义务，向原告支付必要的生活费用。鉴于被告每月收入仅1 500多元，且自身年老多病，而且还有其他具有赡养能力的人可以赡养原告，因此，原审法院判决被告向原告每月支付扶养费422元是适当的，二审法院维持原判亦是公平的。

第一千零六十条

夫妻一方因家庭日常生活需要而实施的民事法律行为，对夫妻双方发生法律效力，但是夫妻一方与相对人另有约定的除外。

夫妻之间对一方可以实施的民事法律行为范围的限制，不得对抗善意相对人。

本条主旨

本条是关于夫妻日常家事代理权的规定。

相关条文

本条为《民法典》婚姻家庭编的新增条文。

理解与适用

本条规定，直接体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人际诚信、人财共济和人本秩序等核心法理思想^[41]。

一、日常家事代理权的含义

日常家事代理权，有广义与狭义之分。广义的家事代理权，指共同生活的家庭成员可以代理其他家庭成员处理日常生活事务，与相对人实施一定的法律行为^[42]。狭义的家事代理权，指在日常家事范围

内，配偶一方与第三人进行一定的法律行为时，享有代理配偶另一方的权利^[43]。日常家事代理根源于合法的夫妻身份，处于非法婚姻关系、非婚同居关系的自然人不应享有此等权利^[44]。日常家事代理权是夫妻基于婚姻所获得的配偶权应有之内容。鉴于配偶权具有支配属性，夫妻一方为共同生活需要而进行日常对外交易，无须获得夫妻另一方的特别同意或授权^[45]。

二、日常家事代理权的特点

日常家事代理权作为一项民事权利，有其本身所具有的特点。具体特点如下：

（一）主体的特殊性

在普通的民事代理关系中，代理人需要有完全民事行为能力，被代理人需要具有相应的民事行为能力，代理人与被代理人之间无须存在特殊的关系。然而，在日常家事代理中，代理双方不仅需要有完全民事行为能力，与此同时，代理双方还必须具有合法婚姻关系，夫妻双方互负家事代理关系为应有之义，即配偶之间互为代理人。

（二）内容的特殊性

在普通的民事代理关系中，代理的范围既有法律的规定，也有代理人与被代理人之间的约定，范围比较广泛。然而，在夫妻日常家事代理中，依法将代理的范围局限于家庭日常生活事务领域。相对而言，夫妻日常家事代理的范围较窄。由于夫妻之间关系的亲密性，第三人很难知道夫妻之间的具体约定，出于保护第三人与交易安全的考虑，日常家事代理的范围以家庭日常生活需要为限，但是夫妻一方与相对人另有约定的除外。

（三）责任承担的特殊性

在普通的民事代理关系中，代理人以被代理人之名实施民事法律行为，代理行为导致的权利义务均由被代理人承担。在日常家事代理中，配偶在日常家事的范围内以自己或双方的名义实施民事法律行为，行为产生的代理效果同时及于夫妻双方。

（四）权利来源的特殊性

在普通的民事代理关系中，代理权的产生既有法律的规定，也有被代理人的特别授权。在日常家事代理中，基于婚姻的当然效力，夫妻之间自然享有日常家事代理权，无须一方对另一方的特别授权。

三、日常家事范围

因世界各国、各地区的发展水平千差万别，其民法上所规定的日常家事范围也不尽相同。以下仅以德国、法国、日本的民法规定为例：

（一）德国法

根据《德国民法典》第1357条的规定，日常家事范围主要包括以下几个方面：（1）为家庭成员购买粮食和衣物；（2）购买、雇用他人修理家具和日用器具；（3）采购燃料；（4）签订供应电力、煤气的合同；（5）家务辅助人员的雇用和解聘；（6）与第三人签署保险合同，比如家具保险合同；（7）交易额较小的信用交易^[46]；（8）针对子女的身体状况与医院签署的合同^[47]。

（二）法国法

依据《法国民法典》第220条的规定，在未征得配偶另一方许可的情形下，配偶一方采用分期付款的方式购买和借贷，配偶之间不承担连带债务；但是该小额借款属于家庭日常生活所必要的支出，配偶之间共同承担责任。法国将适用日常家事的范围限定在日常生活的必要开支、旨在维持日常家庭生活与教育子女的事项上。例如：（1）子女治疗和住院所需要的费用；（2）为共同生活订立的租约；（3）用于家庭住宅的夫妻一方自有建筑的公摊费用；（4）维持家庭开支或者以子女教育为目的而产生的债务；（5）家庭信贷；（6）为改善家庭主要住所条件而进行的借贷；（7）数额较小、用于家庭生活所必需开支的借贷等。不属于日常家事的行为包括：（1）投资活动；（2）不必要的休闲、娱乐方面的费用开支；（3）视家庭状况明显过分的开支；（4）用分期付款方式进行的购买，少量借贷除外；（5）为企业运转等非家庭性质的借贷；（6）购买汽车^[48]。

（三）日本法

日本民法将日常家事的事项一般限定于低价的经济交易，例如：

(1) 小额分期付款；(2) 为购买微波炉等生活必需品的贷款；(3) 为未成年子女教育支出的费用；(4) 在只有丈夫工作的家庭，妻子以丈夫名义从账户内提取以日常生活为限的钱款。不属于日常家事的行为主要包括：(1) 为生产经营而出售不动产；(2) 大额的日常家庭负债；(3) 依家庭生活状况明显过分的开支，例如为家庭生活而购买太阳能热水器、被子，或为子女教育，对家庭经济造成沉重负担，夫妻不承担连带责任；(4) 使用特殊信用卡进行的分期付款；(5) 用途不明的借款。

上述三国对于日常家事范围的划定标准，归纳起来可分为日常家务主义和生活需要主义。日常家务主义以日本为典型代表，以维持夫妻及家庭成员正常生活运转且一般以用于家庭生活的必需品为限。生活需要主义则适用于“与家庭相当的生活需要”范围内的全部法律行为，为德国所采用。除了通常必要的事项以外，还包括与家庭经济收入相符合的改善家庭生活和提高生活质量的支出，以及为家庭生活需要的其他特殊法律行为。法国以日常家务主义为一般原则，但不排斥为家庭生活需要的小额贷款、租赁房屋等事项。

由于我国幅员辽阔且各地经济状况、生活条件差异较大，即使在同一地区，每个家庭成员的职业、身份、资产等不尽相同，很难对某一具体事项是否属于日常家事的范围做出直接的规定。在判断一项交易是否属于日常家事范围时，首先应判断此项交易行为是否满足家庭日常生活需要，其次考察该项交易行为是否会对夫妻共同生活产生决定性影响，是否改变家庭生活的状态，只有符合家庭生活水平的行为才具有适用家事代理的前提。因此，这也要求该项交易行为在一定的限度内。

四、日常家事代理权的效力

日常家事代理权的效力，指夫妻一方行使日常家事代理权的法律后果。日常家事代理权的效力，可分为内部效力和外部效力。

(一) 日常家事代理权的内部效力

对于普通的民事代理而言，其法律后果由被代理人承担。对于日常家事代理而言，其目的是满足夫妻家庭日常生活，夫妻双方应对该行为所产生的债权、债务共同享有权利、承担义务。只要夫或妻一方在日常家事的范围内行使代理权，即对配偶产生法律效力，但是夫妻一方与相对人另有约定的除外。这是日常家事代理权内部效力的一般规则。

（二）日常家事代理权的外部效力

由于日常家事的范围因各个家庭生活水平和生活状态的不同而有所差异，又因为夫妻内部事务和约定具有一定的隐秘性，交易相对人很难从外部情况来判断该行为，这就会损害交易相对人的合法权益。因此，为了维护善意相对人的信赖利益，保护交易的动态安全，只要夫或妻一方所为的家事代理行为在外观上属于日常家事代理的范围，善意相对人有理由相信其代理行为合法有效，法律就应当对这种信赖予以保护，从而类推适用关于表见代理的规定。

第一千零六十一条

夫妻有相互继承遗产的权利。

本条主旨

本条是关于夫妻相互享有继承权的规定。

相关条文

本条沿用了《婚姻法》第二十四条第一款的规定，该条款规定为：“夫妻有相互继承遗产的权利。”

理解与适用

本条规定，直接体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人财共济、人亲和谐和人本秩序等核心法理思想的要求^[49]。

一、历史沿革

在奴隶社会和封建社会，在“父死子继”的宗祧继承制度下，否认女子的继承权，丈夫死后，其遗产首先由其儿子继承，妻子只有在不改嫁的前提下，才能管理丈夫的遗产。只有在丈夫死后，其财产没有别的男子继承而成为“绝户产”时，妻子才能继承丈夫的遗产。但是，由于封建社会中一夫多妻制和收养制的存在，真正成为“绝户产”的可能性极小。同时，由于当时还盛行“立嗣”制度，又进一步从根本上排除了妻子继承的可能性。

新中国成立后，1950年《婚姻法》确立男女平等原则，彻底废除了以男子为中心的宗祧继承制度，确立了夫妻之间有相互继承权的规定。1950年《婚姻法》第十二条规定：“夫妻有互相继承遗产的权

利。”1980年《婚姻法》沿用了1950年《婚姻法》的规定。1985年通过的《继承法》确立继承权男女平等原则，该法第十条规定配偶与子女、父母同为第一顺位的法定继承人。2001年修订的《婚姻法》和《民法典》婚姻家庭编沿用了1980年《婚姻法》规定的“夫妻有相互继承遗产的权利”。与此同时，《民法典》继承编也沿用了1985年《继承法》关于配偶为第一顺位的法定继承人的规定。

二、夫妻有相互继承遗产的权利

在现代世界各国的民法中，大多以夫妻身份关系或婚姻关系存续状态为前提，确认配偶之间互为法定继承人，相互享有遗产继承权。我国《民法典》婚姻家庭编明确规定，“夫妻有相互继承遗产的权利”。《民法典》继承编作为调整因继承产生的民事关系的法律规范，对配偶继承权做了全面具体的规定。《妇女权益保障法》针对妇女继承权容易受到侵犯的现实，特别强调“妇女享有的与男子平等的财产继承权受法律保护。在同一顺序法定继承人中，不得歧视妇女”。综合以上法律规范的内容，对夫妻相互享有继承权的规定，应注意把握以下三点：

第一，婚姻关系的合法存在，是配偶互享继承权的先决条件，也是法律确认配偶互享继承权的依据^[50]。配偶继承权随夫妻关系的成立而产生，在夫妻离婚或婚姻关系被宣告无效时依法消灭。换言之，只有在婚姻关系依法有效存续期间，配偶一方死亡，另一方才享有继承权。因此，配偶继承权是一种身份财产权，带有身份和财产双重属性，既是民事继承制度的组成部分，又是夫妻权利义务中不可或缺的内容。基于此，夫妻一方死亡后，生存配偶不论再婚与否，均有权处分继承的遗产^[51]。配偶继承权不受婚姻关系存续时间长短的影响，也不受生存配偶是否再婚的影响。

第二，《民法典》继承编规定配偶互为第一顺位继承人，享有平等的继承权。除了丧失继承权的情形以外，任何人均不得以任何借口剥夺、干涉或妨碍生存配偶对继承权的享有和行使^[52]。

第三，配偶继承权与夫妻共同财产的分割不能混淆。我国以夫妻共同财产制为法定财产制，除夫妻之间存在合法有效的约定及法定个人财产以外，凡是婚姻关系存续期间所得财产均为夫妻共同共有。因此，当配偶一方死亡，其现有财产多为夫妻共有，并非全部是个人遗产。为此，必须进行夫妻共有财产的认定和分割，保障生存配偶的共有财产权，防止将夫妻或家庭成员共有的财产作为遗产分割，侵犯生存配偶和其他家庭成员的合法财产利益^[53]。与此同时，确定死者个人遗产的价值和范围，认定和保护生存配偶及其他同一顺位继承人的

继承权。

典型案例

夫妻之间有相互继承权——吴某甲与何某等继承纠纷上诉案^[54]

【案情】

一审法院查明，原告生父即被继承人吴某树2006年7月与前妻闫某明因感情不和经终审判决离婚，婚生子吴某甲即原告由吴某树抚养，位于本市A处的房屋（2008年2月14日登记为吴某树的名字）判决归吴某树所有，另位于本市B处的房屋归原告生母闫某明所有，吴某树支付给原告吴某甲法定代理人即闫某明房屋差价66 700元（该房屋差价已于2006年8月29日偿还完毕）。2006年10月20日，吴某树以其离婚后的上述房产为抵押办理个人住房公积金委托贷款合同，在银行贷款40 000元。2006年10月26日，吴某树与被告何某登记结婚。婚后，原告随生父吴某树和被告何某共同生活。2006年11月25日，吴某树和被告何某生育一女即被告吴某乙。2007年3月底，吴某树被诊断为肺癌，遂入住河南省人民医院治疗。次月3日、14日，吴某树分别向被告何某父亲借款5 000元、向所在单位借款20 000元用以治疗。2008年2月4日，吴某树书写赠与合同一份，内容为：我愿将本市A处房屋所有权赠与何某。吴某树另在该赠与合同上注明了被告何某的身份证号码。2008年2月14日，吴某树再次借被告何某父亲现金26 000元用于偿还贷款。当日，被告何某提前偿还了被继承人吴某树银行贷款剩余本息共计24 017.25元。当月17日，被告何某出具变更证明一份，内容为：吴某树与何某是夫妻关系，愿将本市A处房子变更至何某名下。吴某树和被告何某均在该证明上签字确认。2008年2月19日，吴某树因医治无效死亡，被告何某办理了后事。原告在其父病重后一直随其生母生活。

一审诉讼中，原告申请对本市A处的房屋（2008年2月14日登记为被继承人吴某树的名字，产权证由被告何某持有）及车棚进行评估。经评估，该房总价287 800元（含附属车棚价值，估价时点为2008年12月12日）。原告为此支付鉴定费4 500元。原告另对被告提交的2008年2月17日的变更证明中“吴某树”的笔迹、2008年2月14日吴某树向何某父亲借款26 000元的借条中“吴某树”的笔迹是否为吴某树本人笔迹申请鉴定。2009年4月20日，经一审法院组织双方对有关检材（含2008年2月4日的赠与合同）质证后委托鉴定部门鉴定，结论为：日期为“2008、2、17”的变更证明第二行“吴某树”三字、“我”字、“变更人：”处

的“吴某树”三字和日期为“2008、2、14”的借条“借款人：”处的“吴某树”三字均是吴某树本人所写。

原审另查明，截至2008年2月，被继承人吴某树的社会医疗保险个人缴费部分余额为642.13元、银行存款余额为1 779.68元、社会保险个人缴费累计余额为4 846.24元。被继承人吴某树死亡后所在单位发放丧葬费1 000元、丧葬补助金7 090元、抚恤金20 860元。诉讼中，被告何某表示被继承人吴某树所欠单位的借款已以社会医疗保险中心返还的住院补贴偿还完毕，剩余638元由其持有。另外截至2009年6月30日被继承人吴某树的住房公积金本息余额11 734.95元（2006年10月被继承人吴某树的住房公积金为1 552.38元）。

原审庭审后，经原审法院勘验，双方确认被继承人吴某树个人财产有：春兰牌柜式空调、壁挂式空调各一台，木制双人床一张（含床头柜、床垫），玻璃餐桌一张（含三把椅子），六开门柜子一套（已固定），写字台、书桌各一张（均已固定），四开门衣柜一套，铁制桌子一张，电动车一辆（现由被告何某使用）。吴某树与被告何某婚后共同财产有：抽油烟机一台、西门子牌冰箱一台、松下牌全自动洗衣机一台、万利达牌DVD影碟机一台、四组合革制沙发一套、三组合电视柜一套、橱柜一套、木制双人床一张（含床头柜、床垫）、玻璃茶几一张。另被继承人吴某树无其他继承人。

二审法院经审理查明的事实与原审查明一致。

【争议焦点】

本案的争议焦点在于被继承人的遗产范围。

【裁判】

原审认为，原、被告均为被继承人吴某树的法定继承人，均有权继承被继承人吴某树遗留的个人合法财产。被继承人吴某树死亡后，被告何某占有被继承人吴某树遗留的个人财产部分而未进行遗产分割，故原告主张按三分之一的份额继承遗产的诉求，本院予以支持。根据《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第130条“赠与人为了逃避应履行的法定义务，将自己的财产赠与他人，如果利害关系人主张权利的，应当认定赠与无效”的规定，本案原告系未成年人，被继承人吴某树对原告应履行法定的抚养义务，但被继承人

吴某树生前将其与原告共同居住的房屋赠与原告的继母即被告何某，未考虑自幼随其生活的原告的利益，故被继承人吴某树赠与房屋的行为无效，位于本市A处的房屋应属被继承人吴某树的遗产，原告对该房屋有继承权。考虑原告现随其生母生活的情况，该房屋可确定由二被告所有，被告何某应将房屋价格三分之一的份额支付给原告。二被告主张该房屋非被继承人遗产的意见，本院不予采信。被继承人吴某树死亡后所在单位发放丧葬费1 000元、丧葬补助金7 090元不属于遗产范围，对上述款项，本案不予处理。另抚恤金20 860元系被继承人吴某树死亡后发放，可作为遗产予以继承，但抚恤金的发放对象为依靠死者生活的未成年人或丧失劳动能力的亲属，考虑被告何某未丧失劳动能力、原告和被告吴某乙为未成年人的实际，故对该笔20 860元的抚恤金，可由原告和被告吴某乙继承。另考虑被告吴某乙年幼的实际，其继承抚恤金的份额应酌情增加，可确定为12 000元。被继承人吴某树死亡时的社会医疗保险个人缴费部分余额642.13元、社会保险个人缴费累计余额4 846.24元、被继承人吴某树2009年6月30日住房公积金余额11 734.95元与2006年10月即被继承人吴某树与被告何某结婚当月的住房公积金余额1 552.38元的差额即10 182.57元、银行存款余额1 779.68元为被告何某与吴某树婚姻关系存续期间的共同财产，对其中应属被继承人吴某树的部分以及被继承人吴某树与被告何某结婚当月的住房公积金余额1 552.38元，按三分之一的份额由原告予以继承。被继承人吴某树生前分别向被告何某父亲借款5 000元、26 000元属被告何某与吴某树婚姻关系存续期间的共同债务，原告也应对被继承人吴某树的分担部分在继承遗产范围内按三分之一的份额予以承担，其他财产根据当事人的实际需要并兼顾双方的利益酌情处理。原告诉请独立享受生父吴某树应享受的困难补助及遗属补贴，无证据证明，且不属继承纠纷处理的范围，故该项诉请，应予驳回。

综上，河南省郑州市上街区人民法院依照《中华人民共和国婚姻法》第十七条、第二十四条，《中华人民共和国继承法》第十条、第十三条、第二十九条、第三十三条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零八条的规定，判决如下：

（1）被继承人吴某树个人财产春兰牌柜式空调、壁挂式空调各一台，木制双人床一张（含床头柜、床垫），玻璃餐桌一张（含三把椅子），六开门柜子一套（已固定），写字台、书桌各一张（均已固定），四开门衣柜一套，铁制桌子一张，电动车一辆中的春兰牌柜式空调一台、木制双人床一张（含床头柜、床垫）、四开门衣柜一套和吴某树与被告何某婚后共同财产抽油烟

机一台、西门子牌冰箱一台、松下牌全自动洗衣机一台、万利达牌DVD影碟机一台、四组合革制沙发一套、三组合电视柜一套、橱柜一套、木制双人床一张（含床头柜、床垫）、玻璃茶几一张中的西门子牌冰箱一台、玻璃茶几一张归原告吴某甲所有。

（2）被继承人吴某树的社会医疗保险个人缴费部分余额642.13元、社会保险个人缴费累计余额4 846.24元、银行存款余额1 779.68元、住房公积金余额10 182.57元合计17 450.62元中一半的三分之一即2 908.44元，被继承人吴某树与被告何某婚前个人的住房公积金余额1 552.38元的三分之一即517.46元，以及抚恤金8 860元共计12 285.90元归原告吴某甲所有。被告何某于判决生效后十日内将12 285.90元支付给原告吴某甲。（3）被继承人吴某树生前分别向被告何某父亲借款共计31 000元中一半的三分之一即5 166.67元由原告吴某甲在继承遗产范围内予以清偿。

（4）本市A处的房屋归被告何某所有，被告何某于判决生效后十日内支付原告吴某甲该房总价287 800元的三分之一价款即95 933.33元。（5）驳回原告吴某甲的其他诉请。诉讼费3 011元、房屋鉴定费4 500元合计7 511元，原告吴某甲负担5 006元，被告何某、吴某乙负担2 505元。

宣判后，吴某甲、何某、吴某乙均不服。吴某甲上诉称，原审认定吴某树向何某父亲借款证据不足，吴某树的丧葬费应分割，原审对于房屋鉴定费及诉讼费分担不当，请求二审依法改判。何某、吴某乙上诉称，2008年2月4日的赠与合同是被继承人的真实意思表示，合法有效，上诉人何某享有本市A处房屋的全部产权，请求二审依法改判。

二审庭审中，上诉人何某提交吴某树于2008年1月30日所立遗嘱一份，在该份遗嘱中吴某树将本市A处房屋赠与上诉人何某所有。

二审法院认为，被继承人吴某树向何某父亲借款有吴某树亲笔所写的借条及何某父亲的证言为证，应当予以认定。被继承人吴某树死亡后所在单位发放丧葬费不属于遗产范围，且该款项已被用于吴某树丧葬，对该款项不应再做分割。原审判决对鉴定费及诉讼费所做分担符合法律规定，并无不当，因此上诉人吴某甲的上诉理由不能成立，其上诉请求本院不予支持。被继承人吴某树2008年1月30日所立遗嘱及2008年2月4日的赠与合同均将本市A处房屋赠与上诉人何某所有，但无论其遗嘱还是赠与行为都未考虑自幼随其生活的上诉人吴某甲的利益，没有给缺乏生活能力也无收入来源的吴某甲保留必要的份额，这与法律规定不符，因

此吴某树的遗嘱与赠与行为均无法律效力。上诉人何某、吴某乙的上诉理由不能成立，其上诉请求本院不予支持。

综上所述，原审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。河南省郑州市中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费3 311元，上诉人吴某甲负担300元，上诉人何某、吴某乙负担3 011元。

本判决为终审判决。

【评析】

本案涉及夫妻之间以及父母子女之间的继承权问题。根据婚姻法的规定，夫妻之间有相互继承遗产的权利。夫妻互相享有继承权，是婚姻法男女平等原则的体现，是夫妻双方在婚姻家庭中地位平等的重要标志。父母子女之间有相互继承遗产的权利。子女不分性别平等享有对父母遗产的继承权。

本案中，原告吴某甲与被告何某、吴某乙均为被继承人第一顺位的法定继承人，原则上应当按人数平均分配被继承人遗产。虽然被继承人在生前将诉争房屋赠与何某，但被继承人对该房产的处分没有考虑到自己对其负有法定抚养义务的原告的合法利益，故该赠与行为无效。被继承人的遗产，既包括积极财产，也包括消极财产即债务。在原告没有放弃继承权的情况下，有义务在其继承的遗产范围内承担相应的债务清偿责任。

第一千零六十二条

夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，为夫妻共同财产，归夫妻共同所有：

- （一）工资、奖金、劳务报酬；
- （二）生产、经营、投资的收益；
- （三）知识产权的收益；

（四）继承或者受赠的财产，但是本法第一千零六十三条第三项规定的除外；

（五）其他应当归共同所有的财产。

夫妻对共同财产，有平等的处理权。

本条主旨

本条是关于夫妻共同财产制的规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第十七条的基础上修改而成，该条规定为：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：（一）工资、奖金；（二）生产、经营的收益；（三）知识产权的收益；（四）继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外；（五）其他应当归共同所有的财产。夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。”相较于2001年修订的《婚姻法》，本条规定的主要修改之处在于：第一，在“工资、奖金”的基础上，增加“劳务报酬”。第二，本条规定参考《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》对“其他应当归共同所有的财产”的界定，吸纳了“一方以个人财产投资所得的收益”，列为与生产、经营收益并存的投资的收益。

理解与适用

本条规定，直接体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人财共济、人本秩序等核心法理思想的要求^[55]。

一、历史沿革

新中国成立后，彻底废除了封建夫权制度，确立男女权利平等的新民主主义婚姻制度，妻子在财产上享有与丈夫相同的权利。1950年《婚姻法》第十条规定：“夫妻双方对于家庭财产有平等的所有权与处理权。”1980年《婚姻法》对夫妻共同财产制做出了明确规定，1980年《婚姻法》第十三条规定：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产，归夫妻共同所有，双方另有约定的除外。夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。”

2001年修订的《婚姻法》在1980年《婚姻法》的基础上，增加了夫妻共同财产的范围。2001年修订的《婚姻法》第十七条规

定：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：（一）工资、奖金；（二）生产、经营的收益；（三）知识产权的收益；（四）继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外；（五）其他应当归共同所有的财产。夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。”

相较于2001年修订的《婚姻法》，《民法典》婚姻家庭编在《婚姻法》规定的“工资、奖金”的基础上，增加“劳务报酬”。同时，参考《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》对“其他应当归共同所有的财产”的界定，吸纳了“一方以个人财产投资所得的收益”，列为与生产、经营收益并存的投资的收益。

二、夫妻共同财产的含义

在夫妻财产关系领域，我国目前实行的是夫妻共同财产制、夫妻约定财产制和夫妻个人财产制三种方式，其中，又以法定婚后所得共同制为主。夫妻共同财产，指夫妻双方在婚姻关系存续期间所得的财产，即从男女双方结婚登记之日起，到夫妻离婚或夫妻一方死亡时为止，这一特定时间夫妻取得的财产。夫妻共同财产制虽然给予家庭主妇相当的保护，但往往会使妻子一方贪图金钱上的满足，而默认自己是被扶养、被保护的弱者^[56]。就我国现实的国情考虑，我国实行法定婚后所得共同制，更多强调婚姻是由夫妻构成的共同体，有助于承认家务劳动与社会劳动具有同等的价值^[57]，保障那些因从事家务劳动而无收入或收入较低的妇女的权利，有利于婚姻的和睦，保护因社会造成的两性经济地位不平等中的弱势群体的权益，避免形成事实上的夫妻不平等，有利于实现夫妻在婚姻家庭中真正的地位平等。

三、夫妻共同财产的范围

关于夫妻共同财产的范围，根据《民法典》婚姻家庭编的规定，下列财产为夫妻的共同财产，归夫妻共有：

（一）工资、奖金、劳务报酬

2001年修订的《婚姻法》第十七条第一款第一项规定的“工资、奖金”范围过窄，不能完全包括因工作而获取的劳动报酬。《民法典》婚姻家庭编在此增加了“劳务报酬”。对于“工资、奖金、劳务报酬”，在此处应做广义的理解，泛指工资性收入。目前，我国职工的基本工资只是个人收入的一部分，在基本工资之外，还有各种形式的补贴、奖金、福利以及其他劳动报酬等，甚至还存在着一定范围的实

物分配，这些共同构成了职工的个人收入。

（二）生产、经营、投资的收益

生产、经营、投资的收益，既包括劳动所得，也包括大量的资本性收入。生产、经营收益，指夫妻一方或双方从事生产、经营活动的收益，既包括农民的生产劳动收入，也包括工业、服务业、信息业等行业的生产、经营收益。本项规定参考《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》对“其他应当归共同所有的财产”的界定，吸纳了“一方以个人财产投资所得的收益”，列为与生产、经营收益并存的投资的收益。在法定婚后所得共同制下，夫妻一方的婚前个人财产的所有权原则上不因婚姻的成立而改变，如果将夫妻一方的个人财产用于投资，不管是在婚前还是婚后，其本金仍归个人所有，但婚姻关系存续期间的这些财产通过投资所产生的增值，应属于夫妻共同财产。比如，夫妻一方婚前用自己的财产投资做公司的股东，该投资持续至婚后，每年都有分红，股东分红属于投资经营性的收益，既然是在婚姻关系存续期间所得，应认定为夫妻共同财产。

（三）知识产权的收益

知识产权的收益，是指作品在出版、上演、播映后而取得的报酬，或允许他人使用作品而获得的报酬、专利权人转让专利权或许可他人使用其专利所取得的报酬、个体工商户和个人合伙的商标所有人转让商标权或许可他人使用其注册商标所取得的报酬^[58]。知识产权是一种智力成果权，它既是一种财产权，也是一种人身权，具有很强的人身性，与人身不可分离。婚姻关系存续期间一方取得的知识产权权利本身归一方专有，作者的配偶无权在作者自己的著作中署名，也无权决定作品是否发表。但是，由知识产权取得的经济利益，则属于夫妻共同财产。原因在于，这些知识产权的获得是在婚姻关系存续期间，离不开配偶的支持和帮助。如因发表作品取得的稿费、因转让专利获得的转让费，归夫妻共同所有。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》，“知识产权的收益”是指婚姻关系存续期间，实际取得或者已经明确可以取得的财产性收益。换言之，其把婚姻关系存续期间所得的知识产权收益分为两部分，即实际取得和已经明确可以取得，并视这两部分为夫妻共同财产。

（四）继承或者受赠的财产但排除遗嘱或赠与合同指定仅归夫妻一方的财产

婚姻关系存续期间因继承或赠与所得的财产归夫妻共同所有，但遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产除外。夫妻共同财产制关注更多的是家庭，是夫妻共同组成的生活共同体，而不是个人。在这一制度下，夫妻一方经法定继承或遗嘱继承的财产，同个人的工资收入、知识产权收益一样，都是满足婚姻共同体存在的必要财产，应当归夫妻共同所有^[59]。而且，法定继承的财产归夫妻共同所有，并没有扩大法定继承人的范围。因为女婿、儿媳只是分享了其配偶应得的遗产份额，并不影响其他法定继承人的利益。遗嘱继承中，如果遗嘱人的本意只是给夫妻一方，不允许其配偶分享，则可以在遗嘱中指明，确定该遗产只归夫妻一方所有，根据《民法典》婚姻家庭编第一千零六十二条第一款第四项的但书和第一千零六十三条第三项的规定，该遗产就不是夫妻共同财产而是夫妻一方的个人财产。

关于赠与的财产，可以将赠与夫妻一方的财产视为赠与整个家庭的财产，归夫妻共同所有。如果赠与人只想赠与夫妻的一方，可以在赠与合同中指明该财产只归其中一方所有，这体现了对赠与人意愿的尊重。

（五）其他应当归共同所有的财产

随着社会经济的发展和人们生活水平的提高，夫妻共同财产的范围在不断地扩大，夫妻共同财产的种类也不断地增加。上述四项只是列举了现已较为明确的夫妻共同财产的范围，但难以列举齐全，因此，做了这项概括性规定：其他应当归夫妻共同所有的财产。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》，男女双方实际取得或者应当取得的住房补贴、住房公积金、养老保险金、破产安置补偿费属于“其他应当归共同所有的财产”。

四、夫妻对共同财产有平等的处理权

平等的处理权，是指夫妻在对共同财产行使处分权时，应平等协商，取得一致意见。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》对“夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权”的解释，应当理解为：（1）夫或妻在处理夫妻共同财产上的权利是平等的。因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有权决定。（2）夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重

要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。

从该解释的内容来看，有三层含义：（1）因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有权决定，且一经做出即代表夫妻双方的共同意思表示。（2）非因日常生活需要对夫妻共同财产做出重要处理决定时，夫妻双方应当平等协商，达成共识，共同对外做出决定。（3）从保护善意第三人及交易安全的角度考虑，夫妻一方与第三人进行的民事行为，对夫妻一方所为之行为后果，一般适用表见代理之规定。即夫或妻一方所为，他人有理由相信其为夫妻共同意思表示的，夫妻中的另一方不得以不同意或不知道为由进行抗辩^[60]。

典型案例

夫妻单方将巨额款项赠与第三者的行为全部无效——李某、王某诉李某某不当得利纠纷案^[61]

【裁判要旨】

夫妻共同财产制属于共同共有，在夫妻关系存续期间，财产没有份额的区分，夫妻对全部共同财产不分份额地享所有权。夫妻一方未经另一方同意，将巨额款项赠与第三者，属于无权处分，该赠与行为应属全部无效，第三者应当予以返还。

【案情】

2011年7月18日，李某、王某在民政部门办理登记结婚。2014年初，王某与李某某相识，后两人发展为不正当的男女关系。自2014年4月6日至2015年1月26日期间，王某多次通过其个人银行账户向李某某的银行账户汇款合计达12 070 100元。其间，李某某返还王某278 000元。后李某、王某与李某某沟通无果，遂起诉要求李某某返还财产12 070 100元。案件审理中，李某某辩称汇款中含有王某的婚前个人财产，部分汇款为王某个人举债所得，李某、王某无权就该部分款项要求返还；且夫妻双方对共同财产享有平等的处理权，王某有权处分属于自己的财产份额即诉争款项的一半，该部分款项李某、王某亦无权要求返还。对此，王某称其向李某某的汇款即便为婚前个人财产，亦在婚后赠与了李某；李某、王某均认可举债所得的汇款为夫妻共同债务，由夫妻共同偿还，并确认所汇款项为两人的夫妻共同财产。

【裁判】

江苏省南京市玄武区人民法院经审理认为，王某的汇款行为发生在两原告夫妻关系存续期间，王某在案件审理中亦确认所汇款项为两原告的夫妻共同财产，李某某并未举证证明王某的汇款系与李某无关的个人财产，故王某支付给被告的款项应视为两原告的夫妻共同财产。王某单方将巨额夫妻共同财产赠与被告，超出日常生活需要对夫妻共同财产进行处分，是一种无权处分行为，王某对被告的赠与行为应属无效。在婚姻关系存续期间，夫妻共同财产应作为一个不可分割的整体，夫妻对全部共同财产不分份额地共同享有所有权，故王某单方将共同财产赠与他人的行为应属全部无效。扣除李某某返还给王某的278 000元后，遂判决余款11 792 100元由被告李某某返还原告。一审判决作出后，被告李某某不服，上诉至江苏省南京市中级人民法院。

南京中院经审理认为，李某、王某对诉争12 070 100元为夫妻共同财产的主张并不违反婚姻法的相关规定，应予确认。夫妻共同财产制属于共同共有，在夫妻关系存续期间，财产没有份额的区分，夫妻对全部共同财产不分份额地共同享有所有权。王某向李某某的汇款属于非因日常生活需要对夫妻共同财产所做的重要处理，事前既未征得李某的同意，事后亦未得到其追认，故王某对该部分夫妻共同财产的赠与处分行为无效。李某某的上诉请求不能成立，依法应予驳回。一审法院认定事实清楚，适用法律正确，判决结果予以维持。

【评析】

1. 诉争款项是否为两原告的夫妻共同财产

被告辩称王某的汇款部分系婚前个人财产或个人举债所得，故诉争款项不应认定为两原告的夫妻共同财产，而应为王某个人的债权债务。夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产，一般归夫妻共同所有；夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。在被告并未提供相反证据证明的情况下，因王某向被告的汇款行为发生在夫妻关系存续期间，即便王某的部分汇款系婚前个人财产，王某将该部分财产婚后赠与李某亦属合法有效；李某与王某均明确表示举债所得的汇款为夫妻共同债务，由夫妻共同偿还，并一致确认所汇款项为两人的夫妻共同财产。两原告对诉争款项为夫妻共同财产的主张并不违反婚姻法的相关规定。因此，诉争款项应当认定为两原告的夫妻共同财产，被告的抗辩意见不应予

以采信。

2. 诉争款项应部分返还抑或全部返还

夫妻共同财产制属于共同共有，夫妻对共同财产享有平等的处理权，因日常生活需要而处理夫妻共同财产的，任何一方均有权决定，非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。但是，夫妻对共同财产享有平等的处理权，并不意味着夫妻各自对共同财产享有一半的处分权。夫妻共同财产是基于法律的规定，因夫妻关系的存在而产生。在夫妻双方未选择其他财产制的情形下，夫妻对共同财产形成共同共有，而非按份共有。在婚姻关系存续期间，夫妻共同财产应作为一个不可分割的整体，夫妻对全部共同财产不分份额地共同享有所有权，夫妻双方无法对共同财产划分个人份额，在没有重大理由时也无权于共有期间请求分割共同财产。本案中，王某在9个月左右的时间内向李某转账汇款12 070 100元，属于非因日常生活需要对夫妻共同财产所做的重要处理，事前既未征得李某的同意，事后亦未经过其追认，故王某单方将夫妻共同财产赠与他人的行为应属全部无效。被告取得诉争款项没有合法根据，应当将款项全部返还两原告。

第一千零六十三条

下列财产为夫妻一方的个人财产：

- (一) 一方的婚前财产；
- (二) 一方因受到人身损害获得的赔偿或者补偿；
- (三) 遗嘱或者赠与合同中确定只归一方的财产；
- (四) 一方专用的生活用品；
- (五) 其他应当归一方的财产。

本条主旨

本条是关于夫妻个人特有财产的规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第十八条的基础上修改而成，该条规定为：“有下列情形之一的，为夫妻一方的财产：（一）一方的婚前财产；（二）一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用；（三）遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产；（四）一方专用的生活用品；（五）其他应当归一方的财产。”相较于2001年修订的《婚姻法》，《民法典》婚姻家庭编本条规定的主要修改之处为将“一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用”修改为“一方因受到人身损害获得的赔偿或者补偿”。

理解与适用

本条规定，直接体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人财共济、人本秩序等核心法理思想的要求^[62]。

一、历史沿革

1993年《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》第6条规定：“一方婚前个人所有的财产，婚后由双方共同使用、经营、管理的，房屋和其他价值较大的生产资料经过8年，贵重的生活资料经过4年，可视为夫妻共同财产。”2001年修订的《婚姻法》对夫妻个人特有财产的范围做出了列举式规定，2001年修订的《婚姻法》第十八条规定：“有下列情形之一的，为夫妻一方的财产：（一）一方的婚前财产；（二）一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用；（三）遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产；（四）一方专用的生活用品；（五）其他应当归一方的财产。”相较于2001年修订的《婚姻法》，《民法典》婚姻家庭编将《婚姻法》第十八条第三项中的“一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用”修改为“一方因受到人身损害获得的赔偿或者补偿”。

二、夫妻个人特有财产的含义

夫妻个人财产，指夫妻在实行夫妻共同财产制的前提下，依照法律的规定或夫妻之间的约定，各自保留的一定范围的属于个人所有的财产。婚后所得共同制并不排斥夫妻一方对特定财产的个人所有权，确定夫妻个人财产与划定夫妻共有财产范围，是我国法定夫妻财产制两个相辅相成的方面^[63]。相较于夫妻共同财产制，夫妻个人特有财产制可在实现婚姻本质要求的同时，充分尊重和保护夫妻个人的财产利益，实现个体利益和婚姻共同体利益的均衡。

三、夫妻一方的个人财产的范围

（一）一方的婚前财产

一方的婚前财产，指夫妻各自在结婚前就已经取得所有权的财产，包括婚前个人劳动所得财产、继承或受赠的财产以及其他合法财产。婚前财产归各自所有，不属于夫妻共同财产，不能转化为夫妻共同财产，即使在离婚时，也不能作为夫妻共同财产进行分割，除非当事人另有约定。

对于一方婚前财产在婚后的孳息和自然增值部分，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第五条规定：“夫妻一方个人财产在婚后产生的收益，除孳息和自然增值外，应认定为夫妻共同财产。”根据这一规定，孳息和自然增值应当属于夫妻个人财产。孳息的产生依附于原物，原物属于一方个人财产，其产生的孳息也应属于夫妻个人财产。值得注意的是，此处的孳息，应从狭义孳息概念来理解，由于本条对孳息类型并未按天然孳息和法定孳息加以区分，一概认定为夫妻个人财产^[64]。夫妻一方个人财产在婚后产生的自然增值通常是通货膨胀或市场行情的变化所致，与夫妻双方的为人协力劳动、努力或管理等并无直接联系，该部分增值认定为夫妻个人财产^[65]。

但是，为了保护妇女的权益，《民法典》婚姻家庭编第一千零八十八条规定：“夫妻一方因抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等负担较多义务的，离婚时有权向另一方请求补偿，另一方应当给予补偿。具体办法由双方协议；协议不成的，由人民法院判决。”同时，第一千零九十条规定：“离婚时，如果一方生活困难，有负担能力的另一方应当给予适当帮助。具体办法由双方协议；协议不成的，由人民法院判决。”第一千零九十一条还规定了离婚损害赔偿制度，重婚，有配偶者与他人同居，实施家庭暴力以及虐待、遗弃家庭成员导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿。以上规定都是为了确保在夫妻离婚时，在经济上明显处于弱势的一方，可以维系正常的生活需要，不至于因离婚而导致生计无法维持。

（二）一方因受到人身损害获得的赔偿或者补偿

一方因受到人身损害获得的赔偿或者补偿，是夫妻一方人身受到他人的侵害所获得的赔偿或者补偿。在某些情况下，夫妻一方受到人身损害之后，只能依靠这部分赔偿费用和补偿费用维持生活。如果将这一部分也列入夫妻共同财产，有可能使得受害人在夫妻离婚后，所获得的财产无以维持其生计^[66]。2001年修订的《婚姻法》将一方因受到人身损害获得的费用限定为医疗费、残疾人生活补助费等费用，

该规定的范围相对过窄。比如，2010年修订的《工伤保险条例》第三十四条第一款规定：“工伤职工已经评定伤残等级并经劳动能力鉴定委员会确认需要生活护理的，从工伤保险基金按月支付生活护理费。”此外，还可以获得伤残补助金和伤残津贴。对于以上费用，在实践中，不可能因为法律没有明确列出而将这类费用排除在外。因此，凡是因人身受到损害获得的费用，是出于赔偿或者补偿目的的，都应当属于“一方因受到人身损害获得的赔偿或者补偿”的范围。

（三）遗嘱或者赠与合同中确定只归一方的财产

因继承或赠与所得的财产，属于夫妻共同财产，但遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产除外。夫妻共同财产制关注更多的是家庭，是夫妻共同组成的生活共同体，而不是个人。在这一制度下，夫妻一方经法定继承或遗嘱继承的财产，同个人的工资收入、知识产权收益一样，都是满足婚姻共同体存在的必要财产，应当归夫妻共同所有^[67]。而且，法定继承的财产归夫妻共同所有，并没有扩大法定继承人的范围。因为女婿、儿媳只是分享了其配偶应得的遗产份额，并不影响其他法定继承人的利益。遗嘱继承中，如果遗嘱人的本意只是给夫妻一方，不允许其配偶分享，则可以在遗嘱中指明，确定该遗产只归夫妻一方所有，根据《民法典》婚姻家庭编第一千零六十二条第一款第四项的但书和第一千零六十三条第三项的规定，该遗产就不是夫妻共同财产而是夫妻一方的个人财产。

同理，关于赠与的财产，可以将赠与夫妻一方的财产视为赠与整个家庭的财产，归夫妻共同所有。如果赠与人只想赠与夫妻的一方，可以在赠与合同中指明该财产只归其中一方所有，这体现了对赠与人意愿的尊重。在对于婚姻当事人接受的父母所赠房屋的认定上，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释

（二）》第二十二条规定：“当事人结婚前，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对自己子女的个人赠与，但父母明确表示赠与双方的除外。当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对夫妻双方的赠与，但父母明确表示赠与一方的除外。”

（四）一方专用的生活用品

一方专用的生活用品，指一方日常生活起居所需要的物品，如个人的衣服、鞋帽等，这类物品具有专属于个人使用的特点，应当属于夫妻个人财产。在实践中，用夫妻共同财产购买的价值较大的生活用品，如其具有个人专用性，仍应当归个人所有，这也符合夫妻双方购

买该生活用品时的意愿。

（五）其他应当归一方的财产

其他应当归一方的财产，指依照其他法律规定，属于夫妻一方特有的财产，此项属于概括性规定，例如军人的伤亡保险金、伤残补助金、医药生活补助费。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第十三条的规定，军人的伤亡保险金、伤残补助金、医药生活补助费属于个人财产。随着社会经济的不断发展、新的财产类型的出现以及个人独立意识的增强，夫妻个人财产的类型也将有所增加，故而设置该项兜底条款。

第一千零六十四条

夫妻双方共同签名或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，以及夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，属于夫妻共同债务。

夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，不属于夫妻共同债务；但是，债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。

本条主旨

本条是关于夫妻共同债务的规定。

相关条文

本条是在《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》第一条、第二条、第三条的基础上修改而成。第一条规定为：“夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，应当认定为夫妻共同债务。”第二条规定为：“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院应予支持。”第三条规定为：“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院不予支持，但债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。”相较

于《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》的内容，本条规定未做实质修改。

理解与适用

本条规定，直接体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人财共济、人际诚信和人本秩序等核心法理思想的要求^[68]。

一、历史沿革

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十四条第一款规定：“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。”这一规定确立了夫妻共同债务推定规则。按照最高人民法院的解释，夫妻共同债务推定规则符合夫妻日常家事代理权的法理，而且，由于夫妻一方因实施违法犯罪行为、侵权行为负担的债务属于个人债务^[69]，夫妻共同债务推定规则主要适用于夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义负担的合同之债。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十四条规定的产生具有特殊的时代背景，它旨在保护债权人，防止夫妻双方恶意串通逃避债务。然而，由于第二十四条第一款仅仅规定了两种推翻夫妻共同债务推定的除外情形，且司法实践习惯一刀切地适用夫妻共同债务推定规则，实践中又出现了债务人与债权人恶意串通损害债务人配偶的权益的情形。因此，如何限制夫妻共同债务推定规则的适用范围，避免债务人的配偶因债务人擅自举债蒙受不利，成了法学界讨论的热点^[70]。

针对法学界和社会对夫妻共同债务推定规则的批评和质疑，最高人民法院先后发布了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）的补充规定》《最高人民法院关于依法妥善审理涉及夫妻债务案件有关问题的通知》《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》等文件，试图遏制司法实践对夫妻共同债务推定规则的滥用。

2017年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）的补充规定》在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十四条的基础上增加两款，分别作为该条第二款和第三款：“夫妻一方与第三人串通，虚

构债务，第三人主张权利的，人民法院不予支持。夫妻一方在从事赌博、吸毒等违法犯罪活动中所负债务，第三人主张权利的，人民法院不予支持。”

2018年《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》的制定目的是正确审理涉及夫妻债务纠纷案件，平等保护各方当事人合法权益。该解释第一条规定：“夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，应当认定为夫妻共同债务。”第二条规定：“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院应予支持。”第三条规定：“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院不予支持，但债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。”《民法典》婚姻家庭编的本条规定将《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》关于夫妻债务纠纷内容的规定升格为法律规定。

二、“共债共签”规则

夫妻共同债务形成时的“共债共签”规则，明确了夫妻双方共同签名或者夫妻一方事后追认以及以其他共同意思表示形式所负的债务为夫妻共同债务，强调基于共同意思表示所负债务属于夫妻共同债务。这一规定意在引导债权人在形成债务尤其是大额债务时，为避免事后引发不必要的纷争，加强事前风险防范，尽可能要求夫妻共同签字。这种制度安排，一方面，有利于保障夫妻另一方的知情权和同意权，可以从债务形成源头上尽可能杜绝夫妻一方“被负债”现象发生；另一方面，也可以有效避免债权人因事后无法举证证明债务属于夫妻共同债务而遭受不必要的损失，对于保障交易安全和夫妻一方合法权益，具有积极意义。实践中，很多商业银行在办理贷款业务时，对已婚者一般都要求夫妻双方共同到场签字。一方确有特殊原因无法亲自到场，也必须提交经过公证的授权委托书，否则不予贷款。这种操作方式最大限度地降低了债务不能清偿的风险，保障了债权人的合法权益，也不会造成对夫妻一方权益的损害。“共债共签”规则实现了婚姻法夫妻财产共有制和合同法合同相对性原则的有机衔接。

虽然《民法典》婚姻家庭编的本条规定要求夫妻“共债共签”，可能会使社会的财产交易效率受到一定影响，但在债权债务关系形成时增加一定交易成本与夫妻一方的知情权、同意权产生冲突时，夫妻一方的知情权、同意权和决定权因关系到地位平等、意思自治等基本法律原则和公民基本财产权利与人格权利，应当优先保护^[71]。事实

上，适当增加交易成本不仅有利于保障交易安全，还可以减少事后纷争，从根本上提高交易效率。因此，“共债共签”规则与交易效率本质上并不矛盾。

三、超出家庭日常生活需要的夫妻共同债务

（一）夫妻共同生活的范围

随着我国经济社会的发展，城乡居民家庭财产结构、类型、数量、形态以及理财模式等发生了很大变化，人们的生活水平不断提高，生活消费日趋多元，很多夫妻的共同生活支出不再局限于以前传统的家庭日常生活消费开支，还包括大量超出家庭日常生活范围的支出，这些支出系夫妻双方共同消费支配，或者用于形成夫妻共同财产，或者是基于夫妻共同利益管理共同财产而产生的支出，性质上属于夫妻共同生活的范围。夫妻共同生活包括但不限于家庭日常生活，《民法典》婚姻家庭编第一千零六十四条第二款所规定的需要债权人能够证明的夫妻共同生活的范围，指的就是超出家庭日常生活需要的部分。

（二）夫妻共同生产经营的范围

夫妻共同生产经营，指由夫妻双方共同决定生产经营事项，或者虽由一方决定但另一方进行了授权的情形。判断生产经营活动是否属于夫妻共同生产经营，要根据经营活动的性质以及夫妻双方在其中的地位、作用等进行综合认定。夫妻共同生产经营所负的债务，一般包括双方共同从事工商业、共同投资以及购买生产资料等所负的债务[72]。

（三）举证责任的分配

从举证责任分配的角度看，可以分为两类：一是家庭日常生活所负的共同债务；二是超出家庭日常生活所负的共同债务。对于家庭日常生活所负的共同债务，原则上推定为夫妻共同债务，债权人无须举证证明；如果举债人的配偶一方反驳认为不属于夫妻共同债务，则由其举证证明所负债务并非用于家庭日常生活。对于超出家庭日常生活所负的共同债务，虽然债务形成于婚姻关系存续期间和夫妻共同财产制下，但一般情况下并不当然认定为夫妻共同债务；债权人主张属于夫妻共同债务的，应当根据民事诉讼法的“谁主张，谁举证”原则，

即“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据”等规定，对于夫妻一方以个人名义超出家庭日常生活所负的债务，举证证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示。如果债权人不能证明，则不能认定为夫妻共同债务。该规定通过合理分配举证责任，有效平衡了债权人和债务人配偶的利益保护。

第一千零六十五条

男女双方可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或者部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或者约定不明确的，适用本法第一千零六十二条、第一千零六十三条的规定。

夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有法律约束力。

夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有，夫或者妻一方对外所负的债务，相对人知道该约定的，以夫或者妻一方的个人财产清偿。

本条主旨

本条是关于夫妻约定财产制的规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第十九条的基础上修改而成，该条规定为：“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第十七条、第十八条的规定。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。”相较于2001年修订的《婚姻法》，本条规定未做实质修改。

理解与适用

本条规定，直接体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人际诚信、人财共济等核心法理思想的要求^[73]。

一、历史沿革

我国1950年《婚姻法》对夫妻财产约定制没有做出规定。为适应新时期社会经济的发展和家庭财产关系的变化，1980年《婚姻法》在规定以夫妻共同财产制为法定财产制的同时，允许夫妻双方对财产关系做出约定，以排除对夫妻共同财产制的适用。1980年《婚姻法》第十三条第一款规定：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产，归夫妻共同所有，双方另有约定的除外。”

2001年修订的《婚姻法》在1980年《婚姻法》该规定的基础上补充了夫妻财产约定的方式、范围和效力。2001年修订的《婚姻法》第十九条规定：“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第十七条、第十八条的规定。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。”同年，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第十八条强调，与相对人有交易行为的夫妻一方对此负有举证责任。该条规定：“婚姻法第十九条所称‘第三人知道该约定的’，夫妻一方对此负有举证责任。”夫妻一方在与相对人进行交易时，应当告知相对人其夫妻财产约定的情况，而相对人并无当然的注意义务。因此，基于维护交易安全和善意相对人的利益，夫妻对婚姻关系存续期间财产约定归个人所有的，夫或者妻一方对外所负的债务，只有在相对人知道该约定时，才对相对人具有约束力。相较于2001年修订的《婚姻法》，《民法典》婚姻家庭编对夫妻约定财产制的内容未做实质修改。

二、夫妻约定财产制

夫妻约定财产制，是指夫妻双方^[74]在结婚之后或结婚之前以订立协议的形式约定婚前财产、婚后各自的收入的归属、管理、使用、处分、收益及债务清偿、婚姻解除时财产清算等事项的制度。基于民法原理，夫妻双方关于财产制的约定，可称为“夫妻财产制契约”，夫妻财产制契约主体仅限于夫妻双方或即将成为夫妻的男女双方，并以婚后财产的归属为内容。约定的主体必须是具备完全民事行为能力的人，如果夫妻一方丧失或者部分丧失民事行为能力，则该对夫妻只能适用法定夫妻财产制，而不能另行约定夫妻财产制。夫妻财产制的约定不适用代理的规定。但是，一方当事人是在依法达成夫妻财产制协议以后，丧失或者部分丧失民事行为能力的，不影响原来协议的效力

三、夫妻财产约定的内容

关于夫妻约定财产制的类型，《民法典》婚姻家庭编第一千零六十五条对夫妻财产约定的内容较为明确的规定，提供了三种夫妻约定财产制类型供婚姻当事人进行选择：分别财产制、一般共同制和限定共同制。婚姻当事人订立财产约定时，只能在法律允许约定的这三种财产制中进行选择，超出该范围的财产约定将不为法律承认，在当事人之间也无约束力，双方的财产关系当然适用法定财产制的规定[75]。

四、夫妻财产约定的形式

《民法典》婚姻家庭编第一千零六十五条明确规定，夫妻财产约定应当采用书面形式。这是对夫妻财产约定的形式要件的规定，其目的在于更好地维护夫妻双方的合法权益以及第三人的利益，维护交易安全，避免发生纠纷[76]。夫妻以书面形式对其财产做出约定后，可以进行公证。由于《民法典》婚姻家庭编未规定通过登记或交付的方式确定夫妻财产约定的公示方式，未经公示的夫妻财产约定，不具有对抗第三人的效力。

五、夫妻财产约定的效力

夫妻财产约定的效力分为对内效力和对外效力。

（一）对内效力

夫妻财产约定的对内效力，是指夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定一经生效，便对夫妻双方产生拘束力。具体而言，婚前订立的夫妻财产约定，自婚姻关系成立时起对双方具有约束力；婚后订立的夫妻财产约定，自约定依法成立时起对双方具有约束力。

（二）对外效力

夫妻财产约定的对外效力，指夫妻财产约定对于与夫妻一方发生债权债务关系的相对人的对抗效力。由于《民法典》婚姻家庭编未规定夫妻财产约定的公示方式，仅以“相对人知道该约定的”作为夫妻约定分别财产制时的对抗要件，如果相对人知道该约定，该约定即对相对人发生效力，否则该约定不对相对人发生效力。《最高人民法院关

于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释（一）》第十八条强调，与相对人有交易行为的夫妻一方对此负有举证责任。夫妻一方在与相对人进行交易时，应当告知相对人其夫妻财产约定的情况，而相对人并无当然的注意义务。因此，基于维护交易安全和善意相对人的利益，夫妻对婚姻关系存续期间财产约定归个人所有的，夫或者妻一方对外所负的债务，只有在相对人知道该约定时，才对相对人具有约束力。

典型案例

丁某诉王某夫妻财产约定纠纷案^[77]

【案情】

原告丁某诉称：原、被告于2013年12月30日自愿达成协议，协议约定被告将账本给原告和支付给原告现金24 400元，并承担孩子的学费。双方签字按印，协议生效并已约定履行期间，经原告多次催促被告迟迟不履行协议义务，学校多次催缴学费，原告无奈诉至法院，请求：被告履行协议（将债权账本给原告和支付给原告现金24 400元，并承担次子王某甲的学费3 800元）。

被告王某辩称：2013年12月30日，我与原告签订的协议书是我在喝多的情况下签订的，不是我的真实意思表示，原告所诉的账本以前是原告保管着，账本已经被原告撕完了，请求驳回原告的诉讼请求。

根据双方的诉辩意见，归纳以下争议焦点：2013年12月30日原告丁某与被告王某签订的协议书内容是否有效，原告的诉讼请求是否应予支持。

针对上述争议焦点，原告丁某向法院提交的证据有：（1）户口本复印件4页，证明原、被告有两个孩子；（2）结婚证一份，证明原、被告系夫妻关系；（3）2013年12月30日原、被告达成的协议书一份，证明原告的主张成立；（4）封丘县实心学校专用票据一份，证明次子王某甲该学期的学费为3 800元。

被告王某未向法院提交证据。

经庭审质证，被告对原告提交的证据1、证据2无异议；对原告提交的证据3的真实性无异议，但被告辩称协议书是在自己喝

醉酒、意识模糊的情况下签订的，不是自己的真实意思表示；对证据4的真实性无异议，但被告辩称该学费是原告出的钱还是原告借别人的钱自己不得而知。法院认为，原告提交的4份证据，客观真实，符合证据的三性特征，法院采信为认定本案事实的依据。

【争点】

本案的争议焦点为：2013年12月30日原告丁某与被告王某签订的协议书内容是否有效，原告的诉讼请求是否应予支持。

【裁判】

法院经审理查明：原、被告于2000年12月31日登记结婚；2000年5月29日，生育一男孩叫王某乙，现在冯村乡希哲中学上学，王某乙上学免交学费；2002年7月3日，生育一男孩叫王某甲，现在封丘县实心学校上学，2014年2月17日，原告丁某为王某甲交纳学费3 800元。2013年12月30日，原、被告双方签订了协议书一份，协议内容如下：“男方：王某；女方：丁某。经协商，双方自愿达成协议：一、为了孩子，双方不离婚。二、男女双方暂时分居生活，以后互不干涉。三、债权的账本给丁某。四、王某给丁某贰万肆仟肆佰元。时间腊月二十日前。五、两个孩子丁某负责吃穿，王某负责学费。六、王某把以前缺点改正。七、本协议一式三份。男女方各执一份，法庭一份。”

河南省封丘县人民法院认为：原告请求被告归还双方的债权账本，被告辩称该账本不是自己保管的，而是原告丁某保管，且该账本已经被原告销毁。关于该账本现在是否存在或是否由被告保管，原告对此未向本院提交相关证据予以证明，故原告请求被告归还债权账本的诉讼请求，本院不予支持。夫妻双方在婚姻关系存续期间可以约定财产的归属，本案所涉协议第四项即为原、被告对共同财产归属的一种约定，被告辩称该协议是被告在喝醉酒、意思表示不真实的情况下签订的理由不成立，故原告主张被告向其支付24 400元的诉讼请求，本院予以支持。父母有抚养教育孩子的义务，在对孩子抚养教育方面，夫妻双方可以分工合作。本案中，原、被告约定原告负责孩子的吃穿，被告负责孩子的学费，该协议书现已生效，被告应当履行该协议中的义务，被告应当承担次子王某甲的3 800元学费。现该3 800元学费原告已经向次子所在学校交纳完毕，故对原告主张被告支付次子王某甲的学费3 800元的请求，本院予以支持。根据《中华人民共和国婚姻法》第十九条、第二十一条，《中华人民共和国合同法》第

四十四条、第六十条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条的规定，判决如下：

（1）被告王某于本判决生效之日起20日内支付原告丁某人民币24 400元。

（2）被告王某于本判决生效之日起20日内向原告丁某支付次子王某甲的学费3 800元。

（3）驳回原告丁某的其他诉讼请求。

案件受理费400元，由被告王某承担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于新乡市中级人民法院。

【评析】

夫妻双方可以约定婚姻关系存续期间所得的财产的归属。本案中，原、被告双方的约定并未违反法律的强制性规定，故而有效。虽然被告主张该约定是其在喝醉酒、意思表示不真实的情况下签订的，但其未能举证加以证明，故法院不予采信。夫妻双方对于财产的约定相当于订立了合同，一经约定，该约定对夫妻双方均具有法律约束力，双方应当全面履行约定。

第一千零六十六条

婚姻关系存续期间，有下列情形之一的，夫妻一方可以向人民法院请求分割共同财产：

（一）一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益的行为；

（二）一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用。

本条主旨

本条是关于婚姻关系存续期间请求分割夫妻共同财产的条件的规定。

相关条文

本条是在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第四条的基础上修改而成，该条规定为：“婚姻关系存续期间，夫妻一方请求分割共同财产的，人民法院不予支持，但有下列重大理由且不损害债权人利益的除外：（一）一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益行为的；（二）一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用的。”相较于《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》的规定，本条未做实质性修改。

理解与适用

本条规定，直接体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人格尊严、人财共济、人伦正义和人本秩序等核心法理思想的要求^[78]。

一、历史沿革

随着我国经济的快速发展，夫妻共同财产的认定日趋复杂。现实生活中，有的夫妻一方占有夫妻共同财产，排除另一方对夫妻共同财产的支配，甚至出现侵害配偶一方的夫妻共同财产权的现象。但是，由于各种原因，财产受损的配偶一方不愿意离婚，仅以请求分割夫妻共同财产为由提起诉讼。针对此类案件，2011年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第四条规定：“婚姻关系存续期间，夫妻一方请求分割共同财产的，人民法院不予支持，但有下列重大理由且不损害债权人利益的除外：（一）一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益行为的；（二）一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用的。”《民法典》婚姻家庭编将司法解释的规定升格为法律规定，完善了《民法典》婚姻家庭编中夫妻财产制的法律体系。

二、婚姻关系存续期间分割夫妻共同财产的物权法依据

由于《民法典》婚姻家庭编没有设定夫妻非常财产制，判断婚姻关系存续期间是否可以分割夫妻共同财产，必须研究《民法典》物权编中的共同共有制度。《民法典》物权编第三百零三条规定的“共同有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割”中的“重大理由”为司法实践中出现特殊情形需要请求分割夫妻

共同财产提供了空间。《民法典》婚姻家庭编第一千零六十六条正是以此为依据，做出规定：“（一）一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益的行为；（二）一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用。”在夫妻婚姻关系存续期间，以不允许分割夫妻共同财产为原则，允许分割夫妻共同财产为例外。本条规定，既不能类推适用，也不能做扩大解释，以避免夫妻双方或一方在婚姻关系存续期间随意主张分割夫妻共同财产请求权，损害家庭稳定及影响夫妻共有财产保障功能的实现^[79]。

三、婚姻关系存续期间请求分割夫妻共同财产的必要条件

（一）隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务

如果夫妻共同财产一直处于稳定或增值的状态，只有在离婚后才可以分割夫妻共同财产。但是，如果出现夫妻一方故意减少夫妻共同财产的情况，不及时进行夫妻共同财产的分割，另一方会遭受严重财产损失。减少夫妻共同财产的行为表现为隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产。隐藏，指采用欺骗的手段将一些本应属于夫妻共同所有的财产予以瞒报。转移，指将属于夫妻共同所有的财产转移到他处。变卖，指将夫妻共同财产予以出卖，所得归个人所有。毁损，指故意毁灭或损坏夫妻共同财产，以降低或消灭财产的价值。挥霍，指毫无限度地随意消耗夫妻共同财产，比如采用吸毒、赌博、超出经济承受能力的随意的巨额奢侈消费等方式浪费夫妻共同财产。伪造夫妻共同债务，指采用虚假的方法伪造夫妻的共同债务，增加夫妻一方的债务负担，造成夫妻共同财产的减少，也对夫妻另一方造成严重的财产损失。从主观上看，一方隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益的行为，应为夫妻一方的故意行为，通过上述行为，实现侵占夫妻共同财产的目的。因过失行为导致的夫妻共同财产毁损，不适用本条规定^[80]。

（二）一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治

由于夫妻共同财产属于夫妻双方共同共有，对于夫妻共同财产的使用需要夫妻双方共同同意，这就必然会出现一方需要使用夫妻共同财产用于夫妻共同事务以外的事项，而另一方不同意的情况。如果夫妻一方负有法定扶养义务的人，比如其父母，患重大疾病，急需进行救治，而配偶不同意，那么就会对其履行扶养义务造成严重损害，也

不利于夫妻感情的维护。最高人民法院认为，父母是婚姻法规定的夫妻一方的法定赡养人，但法定赡养人并不限于父母，且夫妻一方或双方除法定赡养义务外，亦承担法定扶养义务^[81]。因此，在此种情况下，应当允许其向法院提出分割夫妻共同财产。法律对何种疾病属于重大疾病并无明确规定，参照医学上的认定，借鉴保险行业对重大疾病的划定范围，一般认为，某些需要长期治疗、花费较高的疾病，如糖尿病、肿瘤、脊髓灰质炎、麻风病、结核病等，或者直接关涉生命安全的疾病等属于重大疾病。相关医疗费用，主要指治疗重大疾病需要的必要、合理费用。

典型案例

婚姻关系存续期间，一方严重侵犯配偶享有的共同财产权益的，受侵犯的一方可以申请分割财产——薛某诉陈某分割夫妻共同财产纠纷案^[82]

【裁判要旨】

婚姻关系存续期间，一方对属于夫妻共同财产的巨额款项进行控制，并一次性大量取现使用，又不能说明合理用途的，属于严重侵犯配偶享有的共同财产权益的行为，构成隐藏、转移、挥霍夫妻共同财产，符合《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》的规定；夫妻双方感情不和处于分居状态，不可能继续共同生活，一方要求对夫妻共同财产进行分割的，人民法院应予支持。具体分割时既要考虑一方的过错，也要考虑双方各自的生活需求。

【案情】

经法院审理查明：薛某、陈某于1963年9月20日登记结婚，双方均系再婚，婚后未生育子女。婚姻关系存续期间，薛某通过继承、归并取得本市某路某号房屋，并于1991年5月领取房屋产权证（面积79.5平方米）。2009年9月2日，薛某与本市某拆迁公司就本市某路某号房屋签订了拆迁补偿、安置协议书，薛某委托陈某的儿子陈某某办理一切拆迁手续。陈某某领取71万元拆迁补偿款后，于同年10月23日、25日分三次将71万元存入陈某某账户。同年10月25日，陈某又将71万元存款存至陈某某账户。

2009年11月3日，薛某诉至法院，请求陈某某返还71万元。同年11月9日，法院依法冻结陈某某账户存款44.6万元。同年12月10日，陈某某向陈某某账户中存入26.4万元。同年12月14日，陈

某将26.4万元存款一次性取出。2010年3月10日，崇安区人民法院（2009）崇民一初字第1848号民事调解书确定：（1）陈某某于2010年3月10日将446 000元返还薛某、陈某；（2）确认陈某某于2009年12月10日返还给陈某某的264 000元系薛某与陈某某的夫妻共同财产。崇安法院于2010年3月31日从陈某某账户上划扣446 700.22元，后因薛某、陈某就该款如何保管无法达成一致意见，该款仍保存于崇安法院账户。

2010年4月6日，在（2010）崇民初字第477号案件中，薛某诉至崇安法院要求离婚并分割71万元拆迁补偿款。该案中，陈某某对其保管的26.4万元去向多次陈述不一，又未在法庭指定期限内提供证据证明该款的合理用途，后该案判决不准离婚。

另查明，1987年陈某某因患前列腺癌摘除前列腺及睾丸，无法实现正常排尿，需依靠导尿管导尿。陈某某现居住在本市某颐养苑，月平均开销为3 300余元。陈某某自2011年1月起月退休金为1 946.2元。2009年5月，陈某某、薛某曾出售本市另处房屋一套，二人各分得售房款16.5万元。陈某某称该16.5万元及陈某某存入其账户的26.4万元已全部用完，具体用途记不清了。

2009年9月起，陈某某、薛某分居，二人对外均无债务。

2011年8月19日，薛某以陈某某转移、隐匿夫妻共同财产为由诉至法院，请求分得71万元拆迁补偿款中的44.6万元，并要求陈某某承担案件诉讼费。

被告陈某某辩称：双方未离婚，自己并未隐藏或转移26.4万元夫妻共同财产。婚姻关系存续期间，夫妻一方请求分割夫妻共同财产的，法院应不予支持。请求驳回薛某的诉讼请求。

【审判】

江苏省无锡市崇安区人民法院经审理认为，婚姻关系存续期间，夫妻一方请求分割共同财产的，人民法院不予支持，但有重大理由且不损害债权人利益的除外。本市某路某号房屋（面积79.5平方米）系薛某在婚姻关系存续期间通过继承、归并取得，该房屋及该房屋因拆迁取得的71万元补偿款均属于夫妻共同财产。但双方对71万元拆迁补偿款的保管、支配无法达成一致。对陈某某保管的26.4万元，陈某某称其一次性取出该款后短时间内已全部用完。因该款数额巨大，陈某某对该款去向多次陈述不一，又未提供证据证明该款的合理用途，故对陈某某的辩称本院不予采信。

陈某的行为已构成转移夫妻共同财产，侵害了薛某对该26.4万元所享有的平等支配权，考虑到双方目前处于分居状态，故对薛某要求分割71万元拆迁补偿款的诉讼请求，本院予以支持。因71万元拆迁补偿款中的44.6万元暂存在本院账户，薛某在本案判决后能够实现其对该71万元享有的权利，加之陈某目前健康状况不佳，本院认为对该71万元处理应以均分为宜。

综上，依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第四条第（一）项之规定，判决：薛某、陈某共同共有71万元拆迁补偿款，其中35.5万元归薛某个人所有，35.5万元归陈某个人所有。

宣判后，双方均未上诉，一审判决发生法律效力。

【评析】

值得注意的是，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第四条为封闭条款，也就是说除了该条规定的两种情形，对于其他情形，如夫妻分居，不得援引《物权法》第九十九条的规定进行类推适用或扩大解释。第四条亦表明，在婚姻关系存续期间，不允许分割夫妻共同财产是原则，允许分割是例外，以避免夫妻一方在婚姻关系存续期间随意主张分割夫妻共同财产，危及家庭和谐稳定。本案之所以支持原告在婚姻关系存续期内分割夫妻共同财产的请求，基于以下考虑：

第一，陈某的行为已构成转移夫妻共同财产，符合《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》规定的重大理由。薛某、陈某就71万元拆迁补偿款的保管问题始终无法达成一致，双方均主张该款应由自己保管、支配，导致法院冻结的44.6万元因无法确定返还主体而暂存法院账户。对于陈某保管的26.4万元，陈某称其一次性取出该款后短时间内全部用完，因该款数额巨大，陈某对该款去向多次陈述不一，又未提供证据证明该款的合理用途，故对陈某的辩称法院不予采信。陈某的行为已构成转移夫妻共同财产，侵害了薛某对该26.4万元所享有的平等支配权，严重损害了薛某的利益。

第二，本案中允许在婚姻关系存续期内分割71万元拆迁补偿款有利于实现该款的最大效用。原、被告双方婚后未育子女，双方父母均已过世，前婚所育子女均已成年，71万元夫妻共同财产不再担负赡养父母、抚养子女的家庭职能。陈某的月退休金不足

以支付其在颐养苑的开销，可见原、被告双方均需要该71万元养老。法院处理本案的第一要旨是如何让71万元物尽其用，成为两位高龄老人晚年生活的物质保障。原、被告双方已于2009年9月起分居，经法院多次调解，薛某均拒绝与陈某共同生活。原、被告双方分居后，共同生活的基础丧失，无法对71万元实行共同保管。如果不支持原告分割夫妻共同财产的诉讼请求，在原、被告双方无法协商一致的情形下，44.6万元将继续暂存法院账户，势必影响两位高龄老人的晚年生活质量。

本案虽认定陈某的行为构成转移夫妻共同财产，但考虑到其健康状况不佳且每月入不敷出，加上71万元拆迁补偿款中的44.6万元暂存在法院账户，薛某在本案判决后能够实现其对该71万元享有的权利，因此最终判决原、被告双方均分71万元拆迁补偿款。

第二节 父母子女关系和其他近亲属关系

第一千零六十七条

父母不履行抚养义务的，未成年子女或者不能独立生活的成年子女，有要求父母给付抚养费的权利。

成年子女不履行赡养义务的，缺乏劳动能力或者生活困难的父母，有要求成年子女给付赡养费的权利。

本条主旨

本条是关于父母与子女之间的抚养和赡养权利义务的规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第二十一条的基础上修改而成，该条规定为：“父母对子女有抚养教育的义务；子女对父母有赡养扶助的义务。父母不履行抚养义务时，未成年的或不能独立生活的子女，有要求父母给付抚养费的权利。子女不履行赡养义务时，无劳动能力的或生活困难的父母，有要求子女给付赡养费的权利。禁止溺婴、弃婴和其他残害婴儿的行为。”本条的主要修改在于：第一，删除“父母对子女有抚养教育的义务；子女对父母有赡养扶助的义务”，直接规定父母不履行抚养义务和成年子女不履行赡养义务的后果。第二，将履行

赡养义务的主体由“子女”修改为“成年子女”，明确赡养的义务主体是成年子女，未成年子女不是父母的赡养义务人。第三，删除“禁止溺婴、弃婴和其他残害婴儿的行为”。

理解与适用

本条规定，直接体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人性友善等核心法理思想的要求^[83]。

一、历史沿革

新中国成立后，1950年《婚姻法》提出废除漠视子女利益的封建主义婚姻家庭制度，实行保护子女合法权益的新民主主义婚姻家庭制度，专门设一章规定父母子女关系。1950年《婚姻法》第十三条规定：“父母对于子女有抚养教育的义务；子女对于父母有赡养扶助的义务；双方均不得虐待或遗弃。养父母与养子女相互间的关系，适用前项规定。溺婴或其他类似的犯罪行为，严加禁止。”1950年《婚姻法》还设专章规定离婚后子女的抚养和教育。其中第二十条规定：“父母与子女间的血亲关系，不因父母离婚而消灭。离婚后，子女无论由父方或母方抚养，仍是父母双方的子女。离婚后父母对于所生的子女，仍有抚养和教育的责任。离婚后，哺乳期内的子女，以随哺乳的母亲为原则。哺乳期后的子女，如双方均愿抚养发生争执不能达成协议时，由人民法院根据子女的利益判决。”第二十一条规定：“离婚后，女方抚养的子女，男方应负担必需的生活费和教育费全部或一部，负担费用的多寡及期限的长短，由双方协议；协议不成时，由人民法院判决。费用支付的办法，为付现金或实物或代小孩耕种分得的田地等。离婚时，关于子女生活费和教育费的协议或判决，不妨碍子女向父母任何一方提出超过协议或判决原定数额的请求。”第二十二条规定：“女方再行结婚后，新夫如愿负担女方原生子女的生活费和教育费全部或一部，则子女的生父的负担可酌情减少或免除。”

1980年《婚姻法》细化了父母子女之间的抚养和赡养义务，第十五条规定：“父母对子女有抚养教育的义务；子女对父母有赡养扶助的义务。父母不履行抚养义务时，未成年的或不能独立生活的子女，有要求父母付给抚养费的权利。子女不履行赡养义务时，无劳动能力的或生活困难的父母，有要求子女付给赡养费的权利。禁止溺婴和其他残害婴儿的行为。”2001年修订的《婚姻法》沿用了1980年《婚姻法》关于父母子女之间的抚养和赡养义务的规定。

《民法典》婚姻家庭编在2001年修订的《婚姻法》第二十一条规

定的基础上做出如下修改：第一，删除“父母对子女有抚养教育的义务；子女对父母有赡养扶助的义务”，直接规定父母不履行抚养义务和成年子女不履行赡养义务的后果。第二，将履行赡养义务的主体由“子女”修改为“成年子女”，明确赡养的义务主体是成年子女，未成年子女不是父母的赡养义务人。第三，删除“禁止溺婴、弃婴和其他残害婴儿的行为”。

二、父母对子女的抚养

抚养，指父母从物质上供养子女和日常生活中照料子女，保障子女的生活，使子女得以健康成长。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》的规定，抚养费包括子女的生活费、教育费、医疗费等费用。抚养义务是父母对未成年子女所负的最主要的义务，目的是保障未成年子女的生存^[84]。《宪法》第四十九条规定，父母有抚养教育未成年子女的义务。《未成年人保护法》第十条规定，父母应当创造良好、和睦的家庭环境，依法履行对未成年人的监护职责和抚养义务。由此可见，抚养未成年子女是父母的法定义务。

根据《民法典》婚姻家庭编第一千零六十七条的规定，父母不履行抚养义务的，未成年子女有要求父母给付抚养费的权利。由此可知，父母对未成年子女的抚养是无条件的^[85]，除法律另有规定外，任何情况下父母都必须履行抚养义务，父母的抚养义务直至子女成年为止。因此，父母对成年子女的抚养是有条件的，父母仅对不能独立生活的成年子女，根据需求和负担能力承担必要的抚养义务。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》的规定，不能独立生活的子女，是指尚在校接受高中及其以下学历教育，或者丧失或未完全丧失劳动能力等非因主观原因而无法维持正常生活的成年子女。值得注意的是，父母对子女的抚养义务，是父母双方的共同义务和共同责任，而非一方的单方义务和责任。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》的规定，婚姻关系存续期间，父母双方或者一方拒不履行抚养子女义务，未成年子女或者不能独立生活的成年子女请求支付抚养费的，人民法院应予支持。父母即使已经离婚，对未成年子女也应依法履行抚养义务，这也是男女平等原则的体现。

三、成年子女对父母的赡养

赡养，是指子女对父母的供养，在物质上和经济上为父母提供必要的生活条件。《老年人权益保障法》第十四条明确规定，赡养人是指老年人的子女以及其他依法负有赡养义务的人。根据《宪法》第四

十九条第三款的规定，成年子女有赡养扶助父母的义务。上述规定表明赡养的义务主体是成年子女，未成年子女不是父母的赡养义务人。

《民法典》婚姻家庭编第一千零六十七条第二款规定：“成年子女不履行赡养义务的，缺乏劳动能力或者生活困难的父母，有要求成年子女给付赡养费的权利。”由此可知，赡养的具体内容是成年子女对缺乏劳动能力或者生活困难的父母提供必要的生活保障。依据《老年人权益保障法》的规定，（1）赡养人应当履行对老年人经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义务，照顾老年人的特殊需要。（2）赡养人应当使患病的老年人及时得到治疗和护理；对经济困难的老年人，应当提供医疗费用。对生活不能自理的老年人，应当承担照料责任；不能亲自照料的，可以按照老年人的意愿委托他人或者养老机构等照料。（3）赡养人应当妥善安排老年人的住房，不得强迫老年人居住或者迁居条件低劣的房屋。老年人自有的或者承租的住房，子女或者其他亲属不得侵占，不得擅自改变产权关系或者租赁关系。老年人自有的住房，赡养人有维修的义务。（4）赡养人有义务耕种或者委托他人耕种老年人承包的田地，照管或者委托他人照管老年人的林木和牲畜等，收益归老年人所有。

成年子女对父母的赡养是法定的义务，不得附加任何条件^[86]。赡养人不得以放弃继承权或者其他理由拒绝履行赡养义务。无论成年子女是否与父母居住在一起，都应根据父母的实际需要履行赡养义务。赡养的方式既可以是与父母共同居住直接履行赡养义务，也可以采用提供生活费用的方式承担经济责任。如有多个子女，则每个子女应当根据各自的经济状况，共同承担对父母的经济责任。赡养费的数额，既要根据赡养人的经济负担能力，也要满足父母的实际生活需要，一般不得低于当地的平均生活水平。

典型案例

年老的父母丧失劳动能力，子女应尽赡养义务——陈某真诉陈某领、陈某霞赡养纠纷案^[87]

【基本案情】

2015年5月14日，原告陈某真将儿子陈某领、女儿陈某霞告上法庭，诉称女儿陈某霞对其尽了赡养义务，但儿子陈某领不尽赡养义务，而且还将其拆迁补偿款和2.9亩承包地据为己有，更经常无故殴打原告。为此，原告陈某真将儿子陈某领、女儿陈某霞诉至法院，请求判令被告陈某领每月支付赡养费1 000元，并归还原告的2.9亩承包地和1.8万元现金。

【裁判结果】

商丘市睢阳区人民法院认为，被告作为原告儿子，对原告有法定的赡养义务，对该纠纷的产生应负全部责任。原告要求被告返还其房屋的拆迁补偿款1.8万元和要求被告陈某领给付赡养费的诉讼请求应予以部分支持；综合考虑被告陈某真家庭生活状况和2015年河南省城镇居民人均消费支出标准，被告陈某领给付原告赡养费每月360元为宜。因原告已丧失劳动能力，原告名下的2.9亩承包地，被告陈某领有义务耕种，但收益应有原告的份额。因原告现在女儿陈某霞处居住，被告陈某霞已尽赡养义务，且原告已明确表示对女儿陈某霞撤回起诉。据此，依据《中华人民共和国老年人权益保障法》第十三条、第十四条、第十五条、第十七条、第十八条、第二十二条第一款，《中华人民共和国婚姻法》第二十一条第三款，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条的规定，判决被告陈某领于判决生效后十日内支付原告陈某真自2015年5月份（含5月份）开始的每月的赡养费360元，该款于每月的1日支付；被告陈某领于判决生效后十日内返还原告陈某真的房屋拆迁补偿款1.8万元。该案经在陈某领所在村巡回审判，陈某领当庭向父亲陈某真忏悔道歉，并跪求父亲原谅。该判决现已生效履行。

【典型意义】

乌鸦有反哺之义，羊羔有跪乳之恩。百善孝为先，子女赡养父母是中华民族的传统美德，也是法律的明确规定。家庭是社会的细胞，家庭不和谐，社会和谐便成了无本之木。本案被告陈某领不但不赡养年迈的父亲，而且还抢钱霸地，施以暴力，其不孝行为与中华民族良好的道德传统背道而驰、格格不入。

第一千零六十八条

父母有教育、保护未成年子女的权利和义务。未成年子女造成他人损害的，父母应当依法承担民事责任。

本条主旨

本条是关于父母教育、保护未成年子女的权利、义务和责任之规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第二十三条的基础上修改而成，该条规定为：“父母有保护和教育未成年子女的权利和义务。在未成年子女对国家、集体或他人造成损害时，父母有承担民事责任的义务。”本条的主要修改之处在于将未成年子女“对国家、集体或他人造成损害”改为“造成他人损害”。目的在于保证《民法典》婚姻家庭编与《民法典》其他各编之间在规范层面的高度衔接与有机协同，确保《民法典》编纂的体系化、科学化、统一化与严谨化^[88]，比如《民法典》总则编第六十二条关于法定代表人因执行职务“造成他人损害的”规定以及《民法典》侵权责任编中多条涉及的“造成他人损害的”规定。

理解与适用

本条规定，直接体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人性友善、人亲和谐、人本秩序等核心法理思想的要求^[89]。

一、父母对未成年子女有教育和保护的权利和义务

父母对未成年子女的教育和保护，既是权利也是义务。根据《民法典》婚姻家庭编第一千零五十八条的规定，对未成年子女的教育和保护的权利义务由夫妻双方行使，这也是男女平等和夫妻在婚姻家庭中地位平等的体现。1980年《婚姻法》明确规定了父母都有管教和保护其未成年子女的权利和义务。1992年《妇女权益保障法》也明确规定了父母双方对未成年子女享有平等的监护权。2001年修订的《婚姻法》延续了上述规定。《民法典》婚姻家庭编在保护和教育的基础上，增加了抚养，兼有亲权和监护的含义。因此，依照《民法典》婚姻家庭编，不仅丈夫有教育和保护未成年子女的权利和义务，妻子也同样有教育和保护未成年子女的权利和义务。

二、未成年子女造成他人损害的，父母承担民事责任

未成年子女造成他人损害的，父母应当依法承担民事责任。《民法通则》第一百三十三条第一款规定：“无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，由监护人承担民事责任。监护人尽了监护责任的，可以适当减轻他的民事责任。”该条规定置于《民法通则》“民事责任”一章中。《民法典》侵权责任编将该条规定置于“责任主体的特殊规定”一章中，第一千一百八十八条规定：“无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，由监护人承担侵权责任。监护人尽到监护职责的，可以减轻其侵权责任。有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，从本人财产中支付赔偿费用；不足部分，由监护人赔偿。”这属于特殊侵权责任，意味着未成年子女造成他人损害的，由父母承担民事责任。未成年子女

自己有财产的，应当从本人财产中支付赔偿费用，不足部分，由父母赔偿。父母尽到监护责任的，可以适当减轻其民事责任。如果父母离婚，首先由与该子女共同生活的一方承担民事责任；如果该方独立承担民事责任确有困难，未与该子女共同生活的一方共同承担民事责任。

我国1980年《婚姻法》第十七条首次规定，在未成年子女对国家、集体或他人造成损害时，父母有赔偿经济损失的义务。由此可知，父母只承担经济赔偿的责任。2001年修订《婚姻法》时，立法机关考虑到经济赔偿责任过窄，便将之修改为“父母有承担民事责任的义务”。如此修改，不仅能充分保护受害一方的合法权益，而且可以增强父母对未成年子女教育、保护的责任心^[90]。关于父母承担民事责任的条件、方式，应当适用《民法典》侵权责任编等有关规定，父母尽到监护职责的，可以减轻其侵权责任。父母应当承担民事责任的主要方式是赔偿损失，除此之外，根据《民法典》第一百七十九条的规定，还有以下几种承担民事责任的方式：（1）责令未成年子女停止侵害；（2）排除妨碍；（3）消除危险；（4）返还财产；（5）恢复原状；（6）修理、重作、更换；（7）继续履行；（8）支付违约金；（9）消除影响、恢复名誉；（10）赔礼道歉；等等。以上承担民事责任的方式，可以单独适用，也可以合并适用。

第一千零六十九条

子女应当尊重父母的婚姻权利，不得干涉父母离婚、再婚以及婚后的生活。子女对父母的赡养义务，不因父母的婚姻关系变化而终止。

本条主旨

本条是关于子女不得干涉父母离婚和再婚权利实现的规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第三十条的基础上修改而成，该条规定为：“子女应当尊重父母的婚姻权利，不得干涉父母再婚以及婚后的生活。子女对父母的赡养义务，不因父母的婚姻关系变化而终止。”本条的修改在于，在“不得干涉父母再婚以及婚后的生活”的基础上增加不得干涉父母离婚的内容，即“不得干涉父母离婚、再婚以及婚后的生活”。

本条规定，直接体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人身自由、人伦正义、人性友善等核心法理思想的要求^[91]。

一、子女应当尊重父母的婚姻权利

本条是关于子女不得干涉父母离婚和再婚权利实现的规定，其立法意图在于强调子女应当尊重父母的婚姻自主权，促进为法律保障的离婚自由和再婚自由的实现^[92]。1950年《婚姻法》和1980年《婚姻法》均未规定保障老年人的婚姻自主权，1996年《老年人权益保障法》第十八条的规定^[93]：“老年人的婚姻自由受法律保护。子女或者其他亲属不得干涉老年人离婚、再婚及婚后的生活。赡养人的赡养义务不因老年人的婚姻关系变化而消除。”此项规定是对婚姻法的重要补充，子女等赡养义务人负有尊重和维护老年人婚姻自主权的法定义务。2001年修订的《婚姻法》再次强调保障老年人的婚姻自主权。随着平均预期寿命的延长、物质和文化生活水平的提高、人们婚姻观念的改变，老年人在丧偶、离婚后再婚的现象越来越多^[94]。2001年修订的《婚姻法》对此予以强调。立法机关在修正案草案说明中指出：“我国老龄问题越来越成为一个重要的社会问题。老年人得不到较好的赡养，甚至受虐待、遗弃，以及干涉老年人婚姻的现象，在一些地方时有发生，对此必须引起高度重视。”^[95]《民法典》婚姻家庭编第一千零六十九条的规定在“不得干涉父母再婚以及婚后的生活”的基础上增加不得干涉父母离婚的内容，即“不得干涉父母离婚、再婚以及婚后的生活”，与《老年人权益保障法》关于老年人婚姻自主权的规定保持一致。父母应当尊重子女的婚姻权利，子女也应当尊重父母的婚姻权利，不得干涉父母的离婚、再婚自由，这是对《宪法》第四十九条规定的“禁止破坏婚姻自由”原则和《民法典》婚姻家庭编婚姻自由原则的贯彻，也是对我国当今社会现实呼声的回应。

二、子女应当继续履行赡养义务

2001年修订的《婚姻法》将婚姻自由原则与保护老年人合法权益原则有机结合在一起，把握子女赡养是影响父母再婚意思表示的关键点，在规定子女尊重父母婚姻权利之后，又把子女赡养义务进行明确强调，使整个法条对于保障父母婚姻自主权起到了“双保险”的作用，具有时代的必要性^[96]。子女不得干涉父母离婚、再婚以及婚后的生活，但现实生活中子女干涉父母婚姻时有发生，其手段有的是不尽赡养义务，即在经济上、精神上，甚至在人身上，对父母或者与其父母结婚的继父母采取作为或者不作为的干涉行为^[97]。基于此，2001年修订的《婚姻法》和《民法典》婚姻家庭编均强调了子女对父母的赡

养义务不因父母的婚姻关系的改变而终止。子女对离婚或者再婚父母继续履行赡养义务，也是对父母与子女之间的抚养和赡养的权利义务的一般性规定的强调。

赡养，是指子女对父母的供养，在物质上和经济上为父母提供必要的生活条件。《老年人权益保障法》第十四条明确规定，赡养人是指老年人的子女以及其他依法负有赡养义务的人。根据《宪法》第四十九条第三款的规定，成年子女有赡养扶助父母的义务。上述规定表明赡养的义务主体是成年子女，未成年子女不是父母的赡养义务人。

《民法典》婚姻家庭编第一千零六十七条第二款规定：“成年子女不履行赡养义务的，缺乏劳动能力或者生活困难的父母，有要求成年子女给付赡养费的权利。”由此可知，赡养的具体内容是成年子女对缺乏劳动能力或者生活困难的父母提供必要的生活保障。依据《老年人权益保障法》的规定，（1）赡养人应当履行对老年人经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义务，照顾老年人的特殊需要。（2）赡养人应当使患病的老年人及时得到治疗和护理；对经济困难的老年人，应当提供医疗费用。对生活不能自理的老年人，应当承担照料责任；不能亲自照料的，可以按照老年人的意愿委托他人或者养老机构等照料。（3）赡养人应当妥善安排老年人的住房，不得强迫老年人居住或者迁居条件低劣的房屋。老年人自有的或者承租的住房，子女或者其他亲属不得侵占，不得擅自改变产权关系或者租赁关系。老年人自有的住房，赡养人有维修的义务。（4）赡养人有义务耕种或者委托他人耕种老年人承包的田地，照管或者委托他人照管老年人的林木和牲畜等，收益归老年人所有。

成年子女对父母的赡养是法定的义务，不得附加任何条件^[98]。赡养人不得以放弃继承权或者其他理由拒绝履行赡养义务。无论成年子女是否与父母居住在一起，都应根据父母的实际需要履行赡养义务。赡养的方式既可以是与父母共同居住直接履行赡养义务，也可以采用提供生活费用的方式承担经济责任。如有多个子女，则每个子女应当根据各自的经济状况，共同承担对父母的经济责任。赡养费的数额，既要根据赡养人的经济负担能力，也要满足父母的实际生活需要，一般不得低于当地的平均生活水平。

典型案例

成年子女对再婚父母的赡养——上诉人胡某与被上诉人胡某兴赡养费纠纷案^[99]

【案情】

一审法院审理查明，原告胡某与前妻容某先后生育女孩胡某、男孩胡某兴（即本案被告），“文革”期间胡某与容某因受原告父母的株连等原因而于1968年在道县清塘人民公社办理离婚登记，双方协议男孩胡某兴、女孩胡某某分别由容某、原告胡某直接抚养。之后，被告胡某兴随其外祖母共同生活直至1982年（14岁）才随原告胡某生活，其间，原告胡某较少探望，而容某另行结婚。其女孩胡某某于1969年因病死亡。1979年12月24日，原告胡某与陈某在道县清塘人民公社办理结婚登记，先后生育男孩胡军某、长女胡水某、次女胡秋某，三子女现均已成年且能独立生活。原告胡某自1999年因患喉癌先后在中南大学湘雅医院、中国人民解放军第一八一医院等医院住院治疗，已实际支付医疗费27 587.64元，至起诉时尚未痊愈，且无经济来源，难以维持当地基本生活水平。被告胡某兴已先后两次支付医疗费共计3 000元，而对其他赡养费用推诿未付。原告胡某遂诉至法院。另查明，被告胡某兴已结婚，现生育一子三女，目前身体健康，现有神龙富康牌轿车一辆（于2008年购买）、位于道县道江镇某街某号的砖混五层楼房一座（现门面年租金2 000元）。

二审法院在二审中查明的事实与一审查明的一致，对原判认定的事实予以确认。

【争议焦点】

本案的争议焦点是：一审法院只对起诉后的赡养费进行了判决是否公平，判决被上诉人胡某兴给付上诉人胡某1999年至2010年期间的医疗费1 000元是否公平。

【裁判】

一审法院认为，子女对父母有赡养扶助的法定义务，且不因父母的婚姻关系变化而终止。子女不履行赡养义务时，无劳动能力或生活困难的父母，有要求子女付给赡养费的权利。本案原告胡某自1999年因患喉癌而多次治疗尚未痊愈，已付巨额医疗费用，现年事已高，且无经济来源，确属生活困难，而被告胡某兴作为原告之子，目前具备一定赡养能力和赡养条件，依法应当履行赡养义务，即经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义务。原告胡某诉请由被告支付赡养费、医疗费，证据确实、充分，于法有据，法院依法支持，其金额结合原告实际需要、被告现有赡养能力、当地基本生活水平以及历史特殊原因等因素酌定。被告胡某兴辩称“原告胡某未尽抚养教育义务”与事实相符，法院依法酌情考虑。原告委托代理人提出“被告应履行赡养义务”的代理意

见，事实成立，理由充足，法院依法采纳。据此，依照《中华人民共和国婚姻法》第二十一条第一款、第三款，第三十条的规定，判决如下：（1）由被告胡某兴付给原告胡某赡养费每年2400元（自2011年起至原告胡某死亡时止），此款限于每年12月31日以前一次性付清；（2）由被告胡某兴付给原告胡某1999年至2010年期间的医疗费4000元（含已付的医疗费3000元），此款限于本判决生效之日起30日内一次性付清；并自2011年起原告胡某的实际自负医疗费中的四分之一部分，由被告胡某兴负担。本案受理费200元，由被告胡某兴负担。

宣判后，胡某不服一审判决提起上诉。请求撤销一审判决，予以改判。其主要上诉理由为：（1）一审法院只对今后的赡养费进行了判决，没有判决以前未付的赡养费和医药费，不合情理。（2）原判只判决了被上诉人胡某兴给付上诉人胡某1999年至2010年期间的医疗费1000元不公平。

被上诉人胡某兴答辩认为一审认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。

上诉人与被上诉人在二审中皆未提出新的证据。

二审法院认为，上诉人胡某作为被上诉人胡某兴的父亲，本应尽其作为父亲的抚养责任，但其在自身并非完全无负担能力的情况下，基于自身原因，对未成年时的胡某兴未尽到抚养义务且较少探望。由于赡养义务是法定义务，不能据此免除胡某兴的赡养责任，但胡某兴的赡养责任的份额或金额相对胡某尽了抚养义务的子女可以有所减少，原审法院已根据本案实际情况予以判决，并无不当。本案中，胡某兴因胡某未尽抚养责任等家庭原因，受教育程度低，经济条件现状并不富裕，且胡某除其未尽抚养义务的胡某兴一子外，尚有尽了抚养义务且均已成年的其他三子女，据此原审法院酌情判决由胡某兴付给胡某赡养费每年2400元并支付以前住院期间的医疗费1000元（除去已付部分）符合情理，应予维持。由于胡某有其他三子女赡养，且没有充分的证据证实胡某兴在以前的12年未承担赡养责任，上诉人胡某上诉要求胡某兴给付以前12年的赡养费不应予以支持。

综上，原判认定事实基本清楚，适用法律正确，处理恰当，应予维持。湖南省永州市中级人民法院根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费200元，由胡某负担。

本判决为终审判决。

【评析】

本案涉及成年子女对再婚父母的赡养问题。子女不得干涉父母再婚以及婚后的生活。凡是子女因反对父母再婚而在经济上、精神上，甚至在人身上对父母或者对准备与父母结婚的人采取的一切作为或不作为的行为，均属于对父母婚姻权利的干涉。子女因父母再婚，拒绝对无劳动能力或生活困难的父母履行赡养义务的，父母可要求子女给付赡养费。

本案中，被上诉人作为上诉人的成年子女，对上诉人具有法定的赡养义务，不因上诉人再婚而免除其赡养义务。考虑到本案的实际情况，上诉人在被上诉人未成年时并未尽到应尽的抚养义务，被上诉人承担的赡养义务应当比上诉人的其他赡养义务人的赡养义务更轻一些。因此，一审法院判决被上诉人承担4 000元的医疗费是合理的。一审判决没有支持上诉人对于以前赡养费的主张，值得商榷。除非被上诉人以时效经过为由予以抗辩，否则被上诉人应当向上上诉人支付起诉以前的赡养费。二审判决以“没有充分的证据证明胡某兴在以前的12年未承担赡养责任”为由维持了一审法院对于该部分的判决，理由比较牵强。实际上，应当由被上诉人举证证明其在以前的12年承担了赡养责任更为合理。

第一千零七十条

父母和子女有相互继承遗产的权利。

本条主旨

本条是关于父母与子女相互享有继承权的规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第二十四条第二款的基础上修改而成，该条款规定为：“父母和子女有相互继承遗产的权利。”相较于2001年修订的《婚姻法》的规定，本条未做修改。

本条规定，直接体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人财共济、人伦正义、人本秩序、人亲和谐等核心法理思想的要求^[100]。

一、历史沿革

1950年《婚姻法》专章规定了父母子女间的关系，其中，第十四条规定了“父母子女有互相继承遗产的权利”。这表明，父母有权继承子女的遗产，子女也有权继承父母的遗产。该条规定成为当时处理亲子之间继承问题的法律依据。1951年4月《中央人民政府法制委员会办公厅关于女子继承权问题的函复》指出，已嫁女子对于父母遗产的继承，不论父母死亡是在1950年《婚姻法》公布之前或之后，均享有继承权。1979年2月最高人民法院发布《关于贯彻执行民事政策法律的意见》，其中规定：“被继承人的遗产，首先应由其配偶、子女和父母继承。”1985年《继承法》明确了父母和子女之间的继承关系，规定父母、子女在法定继承中属于第一顺位的继承人。1980年《婚姻法》第十八条^[101]、2001年修订的《婚姻法》第二十四条^[102]和《民法典》婚姻家庭编第一千零七十条均保留了父母和子女有相互继承遗产的权利的规定。由此可见，自新中国成立以来，关于父母与子女相互享有平等的财产继承权的规定是一以贯之的^[103]。

二、父母对子女遗产的继承权

根据《民法典》婚姻家庭编第一千零七十条的规定，父母对子女的遗产有继承权。根据《民法典》继承编第一千一百二十七条的规定，父母包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。因此，享有继承权的父母包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。

（一）生父母的继承权

生父母与子女之间的关系是自然血亲关系，系基于子女出生的事实而发生的关系，其中包括生父母与婚生子女的关系、生父母与非婚生子女的关系。父母婚姻关系的变化，不影响生父母与子女之间的关系。父母即使离婚，也可以继承其亲生子女的财产。基于权利义务相一致原则的要求^[104]，如果生父母有抚养能力和抚养条件，但未尽到抚养子女的义务，在分配子女的遗产时，应当不分或者少分。

（二）养父母的继承权

养父母，是指收养他人子女为自己子女的人。养父母与养子女之间的关系，是由法律认可而人为设定的，是基于收养关系的确立养父母对养子女尽了抚养义务而形成的拟制血亲关系。养父母和养子女之间负有法定的抚养和赡养义务。值得注意的是，收养关系合法成立并有效，是养父母享有对养子女遗产继承权的关键。基于此，只要养父母与养子女之间的收养关系没有解除，相互之间的继承权就依然存在。

（三）继父母的继承权

子女对母亲或者父亲再婚的配偶，称为继父或继母。继父母和继子女的关系是在生父母一方死亡，或者父母离婚后，另一方带子女再婚形成的。继父母与继子女之间只有形成了实际的抚养关系，即继父母对继子女尽了抚养义务，才能在继承继子女遗产时与亲生父母处于相同的法律地位。继父与生母离婚，继子女随生母生活，继父不再履行抚养继子女义务的，继父不享有对继子女遗产的继承权。同理，继母与生父离婚，继子女随生父生活，继母不再履行抚养继子女义务的，继母不再享有对继子女遗产的继承权。

三、子女对父母遗产的继承权

根据《民法典》婚姻家庭编第一千零七十条的规定，子女对父母的遗产有继承权。根据《民法典》继承编第一千一百二十七条的规定，子女包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。因此，享有继承权的子女包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。

（一）婚生子女的继承权

婚生子女，是指具有合法婚姻关系的父母所生的子女。婚生子女须具备以下几个条件：（1）父母有合法的婚姻关系；（2）子女由生父之妻分娩；（3）子女在父母婚姻关系存续期间受孕；（4）子女与生母之夫有血缘关系。婚生子女享有对父母遗产的继承权。

（二）非婚生子女的继承权

非婚生子女，指没有合法婚姻关系的男女所生的子女。《民法典》婚姻家庭编第一千零七十一条规定，非婚生子女享有与婚生子女

同等的权利，其中包括非婚生子女与婚生子女在继承父母遗产时享有相同的权利和义务。这就使非婚生子女不会因为其出生问题而受到不公平的待遇，在继承生父母遗产时出现不分或者少分的情况。同样，在非婚生子女的父母继承非婚生子女的遗产时，他们之间的权利和义务也完全等同于婚生子女的父母与子女之间的权利和义务。

（三）养子女的继承权

养子女，指被收养的子女。收养关系一经确立，养子女取得与亲生子女同等的法律地位，同时养子女与生父母之间的权利义务关系消除。养子女可以继承养父母的遗产，但不能继承其生父母的遗产。根据《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》的规定，被收养人对养父母尽了赡养义务，同时又对生父母扶养较多的，除可继承养父母的遗产外，还可分得生父母的适当的遗产。

（四）有抚养关系的继子女的继承权

继子女，通常指夫或妻一方与前配偶所生的子女。继父母与继子女形成了抚养和赡养关系，继子女对继父母的遗产有继承权。由于亲生父母子女之间的自然血亲关系不因离婚而消灭，形成抚养关系的继子女在继承继父母遗产的同时，仍然有权继承生父母的遗产。但是，有赡养能力和赡养条件的子女对其生父母未尽到赡养义务的，分配遗产时，可以少分或者不分。继父与生母或继母与生父离婚，继父或继母不再抚养继子女，继子女也不再赡养继父母的，继子女不再享有对继父母遗产的继承权。

典型案例

夫妻关系存续期间，双方一致同意利用他人的精子进行人工授精并使女方怀孕，分割遗产时应为胎儿保留继承份额——李某、郭某阳诉郭某和、童某某继承纠纷案^[105]

【裁判要点】

（1）夫妻关系存续期间，双方一致同意利用他人的精子进行人工授精并使女方受孕后，男方反悔，而女方坚持生出该子女的，不论该子女是否在夫妻关系存续期间出生，都应视为夫妻双方的婚生子女。

(2) 如果夫妻一方所订立的遗嘱中没有为胎儿保留遗产份额，因违反《中华人民共和国继承法》第十九条的规定，该部分遗嘱内容无效。分割遗产时，应当依照《中华人民共和国继承法》第二十八条的规定，为胎儿保留继承份额。

【基本案情】

原告李某诉称：位于江苏省南京市某住宅小区的306室房屋，是其与被继承人郭某顺的夫妻共同财产。郭某顺因病死亡后，其儿子郭某阳出生。郭某顺的遗产，应当由妻子李某、儿子郭某阳与郭某顺的父母即被告郭某和、童某某等法定继承人共同继承。请求法院在析产继承时，考虑郭某和、童某某有自己的房产和退休金，而李某无固定收入还要抚养幼子的情况，对李某和郭某阳给予照顾。

被告郭某和、童某某辩称：儿子郭某顺生前留下遗嘱，明确将306室赠与二被告，故对该房产不适用法定继承。李某所生的孩子与郭某顺不存在血缘关系，郭某顺在遗嘱中声明他不要这个人工授精生下的孩子，他在得知自己患癌症后，已向李某表示过不要这个孩子，是李某自己坚持要生下孩子。因此，应该由李某对孩子负责，不能将孩子列为郭某顺的继承人。

法院经审理查明：1998年3月3日，原告李某与郭某顺登记结婚。2002年，郭某顺以自己的名义购买了涉案建筑面积为45.08平方米的306室房屋，并办理了房屋产权登记。2004年1月30日，李某和郭某顺共同与南京军区南京总医院生殖遗传中心签订了人工授精协议书，对李某实施了人工授精，后李某怀孕。2004年4月，郭某顺因病住院，其在得知自己患了癌症后，向李某表示不要这个孩子，但李某不同意人工流产，坚持要生下孩子。5月20日，郭某顺在医院立下自书遗嘱，在遗嘱中声明他不要这个人工授精生下的孩子，并将306室房屋赠与其父母郭某和、童某某。郭某顺于5月23日病故。李某于当年10月22日产下一子，取名郭某阳。原告李某无业，每月领取最低生活保障金，另有不固定的打工收入，并持有夫妻关系存续期间的共同存款18705.4元。被告郭某和、童某某系郭某顺的父母，均有退休金。2001年3月，郭某顺为开店，曾向童某某借款8500元。

南京大陆房地产估价师事务所有限责任公司受法院委托，于2006年3月对涉案306室房屋进行了评估，经评估房产价值为19.3万元。

【裁判结果】

江苏省南京市秦淮区人民法院于2006年4月20日作出一审判决：涉案的306室房屋归原告李某所有；李某于本判决生效之日起30日内，给付原告郭某阳33 442.4元，该款由郭某阳的法定代理人李某保管；李某于本判决生效之日起30日内，给付被告郭某和33 442.4元，给付被告童某某41 942.4元。一审宣判后，双方当事人均未提出上诉，判决已发生法律效力。

【裁判理由】

法院生效裁判认为，本案争议焦点主要有两个：一是郭某阳是否为郭某顺和李某的婚生子女；二是在郭某顺留有遗嘱的情况下，对306室房屋应如何析产继承。

关于争议焦点一。《最高人民法院关于夫妻离婚后人工授精所生子女的法律地位如何确定的复函》中指出：“在夫妻关系存续期间，双方一致同意进行人工授精，所生子女应视为夫妻双方的婚生子女，父母子女之间权利义务关系适用《婚姻法》的有关规定。”郭某顺因无生育能力，签字同意医院为其妻子即原告李某施行人工授精手术，该行为表明郭某顺具有通过人工授精方法获得其与李某共同子女的意思表示。只要在夫妻关系存续期间，夫妻双方同意通过人工授精生育子女，所生子女均应视为夫妻双方的婚生子女。《中华人民共和国民法通则》第五十七条规定：“民事法律行为从成立时起具有法律约束力。行为人非依法律规定或者取得对方同意，不得擅自变更或者解除。”因此，郭某顺在遗嘱中否认其与李某所怀胎儿的亲子关系，是无效民事行为，应当认定郭某阳是郭某顺和李某的婚生子女。

关于争议焦点二。《中华人民共和国继承法》第五条规定：“继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。”被继承人郭某顺死亡后，继承开始。鉴于郭某顺留有遗嘱，本案应当按照遗嘱继承办理。《中华人民共和国继承法》第二十六条第一款规定：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的共同所有的财产，除有约定的以外，如果分割遗产，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产。”《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第38条规定：“遗嘱人以遗嘱处分了属于国家、集体或他人所有的财产，遗嘱的这部分，应认定无效。”登记在被继承人郭某顺名下的306室房屋，已查明是郭某顺与原告李某夫妻关系存续期间取

得的夫妻共同财产。郭某顺死亡后，该房屋的一半应归李某所有，另一半才能作为郭某顺的遗产。郭某顺在遗嘱中，将306室全部房产处分归其父母，侵害了李某的房产权，遗嘱的这部分应属无效。此外，《中华人民共和国继承法》第十九条规定：“遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。”郭某顺在立遗嘱时，明知其妻子腹中的胎儿而没有在遗嘱中为胎儿保留必要的遗产份额，该部分遗嘱内容无效。《中华人民共和国继承法》第二十八条规定：“遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。”因此，在分割遗产时，应当为该胎儿保留继承份额。综上，在扣除应当归李某所有的财产和应当为胎儿保留的继承份额之后，郭某顺遗产的剩余部分才可以按遗嘱确定的分配原则处理。

第一千零七十一条

非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，任何组织或者个人不得加以危害和歧视。

不直接抚养非婚生子女的生父或者生母，应当负担未成年子女或者不能独立生活的成年子女的抚养费。

本条主旨

本条是关于非婚生子女和父母之间的权利和义务的规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第二十五条的基础上修改而成，该条规定为：“非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，任何人不得加以危害和歧视。不直接抚养非婚生子女的生父或生母，应当负担子女的生活费和教育费，直至子女能独立生活为止。”本条的主要修改在于：第一，明确规定“任何组织或者个人”不得对非婚生子女加以危害和歧视。从法律上消除对非婚生子女的歧视，宣示其具有与婚生子女平等的地位。第二，将不直接抚养非婚生子女的生父母给付生活费和教育费，扩大为“抚养费”。此处的抚养费不局限于生活费、教育费，还包括了医疗费等费用。

理解与适用

本条规定，直接体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平

等、人格尊严、人伦正义和人本秩序等核心法理思想的要求^[106]。

非婚生子女是与婚生子女相对应的概念，指没有婚姻关系的男女所生的子女。非婚生子女主要包括以下几种情况：男女未婚同居期间所生的子女、已婚男女与第三人发生婚外性行为所生的子女以及妇女被强奸后所生的子女等。对于无效婚姻或者可撤销婚姻的当事人所生的子女，大多数国家认定其为婚生子女^[107]。

一、历史沿革

1950年《婚姻法》是废除漠视子女利益的封建主义婚姻制度、建立保护子女合法权益的新民主主义婚姻家庭制度的基本法^[108]。1950年《婚姻法》继承中国共产党领导下的革命根据地时期的婚姻立法传统，对非婚生子女地位做了专条规定。1950年《婚姻法》第十五条第一款规定：“非婚生子女享受与婚生子女同等的权利，任何人不得加以危害或歧视。”在用语和文字表达上，不再使用“私生子”，改用“非婚生子女”这一较为中性的词语。对非婚生子女法律地位的表述也较为概括，用“危害或歧视”囊括了各种侵害非婚生子女合法权益的行为。1950年《婚姻法》第十五条第二款明确了非婚生子女的生父的抚养义务，规定：“非婚生子女经生母或其他人证物证证明其生父者，其生父应负担子女必需的生活费和教育费全部或一部；直至子女十八岁为止。如经生母同意，生父可将子女领回抚养。”该条款将生父的身份确认和生母同意作为生父对非婚生子女行使抚养权的前提条件。尽管该条不足以构成完整的非婚生子女认领制度，却点明了该项制度的主要内容，可以认为是我国非婚生子女认领制度的雏形^[109]。

1980年《婚姻法》继承了1950年《婚姻法》的立法精神与主要内容，在非婚生子女法律地位和权利保护方面，相较于1950年《婚姻法》，1980年《婚姻法》第十九条第二款明确了生父对非婚生子女抚养和教育的义务：“非婚生子女的生父，应负担子女必要的生活费和教育费的一部或全部，直至子女能独立生活为止。”然而，在该条款的表述中，已找不到关于子女认领制度的内容。2001年修订的《婚姻法》第二十五条第二款进一步明确了不直接抚养非婚生子女的生父或生母对非婚生子女都有抚养教育的义务，从而确立了生父母共同承担对非婚生子女的抚养、教育义务。相较于2001年修订的《婚姻法》，《民法典》婚姻家庭编第一千零七十一条第二款的规定，将不直接抚养非婚生子女的生父母给付生活费和教育费，扩大为“抚养费”。此处的抚养费不局限于生活费、教育费，还包括了医疗费等费用。

二、非婚生子女享有与婚生子女同等的权利

本章第二节规定了父母子女之间的权利、义务体现在抚养、教育、保护、赡养、继承等方面的内容。本条第一款规定的非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，突出强调非婚生子女与婚生子女具有同等的法律地位，表明不论生父母是否有合法的婚姻关系，非婚生子女与婚生子女一律平等享有父母子女之间的权利。由于权利和义务的一致性，非婚生子女也依法承担对父母的义务，不能只享有权利而不承担相应义务。非婚生子女作为公民，与婚生子女一样，其人格尊严、人身权利及财产权利均受宪法保护。非婚生子女与生父母的权利和义务，应适用《民法典》婚姻家庭编关于父母子女关系的规定。有学者提出，本条规定应做如下修改：“亲生子女均视为婚生子女，享有同等的权利，任何组织、个人不得加以危害和歧视。亲生子女包括婚生子女、非婚生子女。夫妻双方同意采用人工辅助生殖技术生育的子女，是婚生子女。”此项立法建议的直接根据是《未成年人保护法》的相关规定和《民法典》第一百二十八条的规定^[110]。

三、对非婚生子女不得歧视和危害

本条所称的歧视，是指没有给予非婚生子女与婚生子女平等对待。本条所称的危害，是指对于非婚生子女的人身或财产加以侵害的行为，如伤害、虐待等作为的侵害行为，以及负有法定抚养、监护、看护责任的父母、其他监护人等，不履行抚养教育等作为义务的遗弃行为^[111]。对于非婚生子女的歧视和危害主要有两方面：一方面是来自家庭内部的歧视和危害。当非婚生子女的生母或生父与第三方结婚，非婚生子女一般也会随生母或生父来到新的家庭。由于非婚生子女的加入涉及家庭财产的分割等若干利益冲突，非婚生子女往往受到新家庭成员的歧视和虐待。另一方面是来自社会各方面的歧视和危害。虽然近些年来人们对非婚生子女的认识有了很大的改变，但仍然有一些人将对非婚生子女生父母行为的异议和鄙视，转移到非婚生子女身上，致使一些非婚生子女的身心受到了极大的伤害。对于非婚生子女而言，其所在的幼儿园、学校、工作单位及住所地对其成长都会产生很大的影响，各方面不仅不得对非婚生子女加以歧视和危害，还应当认识到非婚生子女是无辜的，他们的身份不是自己所选择的，社会各界应当对于当事人的隐私给予应有的尊重和保护，给非婚生子女更多的关爱，以弥补他们在家庭生活中的缺憾。总之，给非婚生子女一个健康的生存环境，应当成为当代中国显示社会文明程度的明显标志。

四、不直接抚养非婚生子女的生父或者生母负担子女的抚养费

近些年来，由于出现了一些非婚生子女随生父生活的情况，客观上要求《民法典》婚姻家庭编对此做出相应规定，明确其生母应当承

担相应的责任。否则，会造成非婚生子女父母双方履行抚养义务的不公平，也无法充分保障非婚生子女的健康成长。因此，未与非婚生子女共同生活且不直接抚养非婚生子女的父母一方，不论是生父还是生母，都应当负担非婚生子女的抚养费。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》的规定，抚养费包括子女生活费、教育费、医疗费等费用。相较于2001年修订的《婚姻法》，《民法典》婚姻家庭编将不直接抚养非婚生子女的生父母给付生活费和教育费，扩大为“抚养费”，其内容不局限于生活费、教育费，还包括医疗费等费用。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》的规定，“不能独立生活的子女”，是指尚在校接受高中及其以下学历教育，或者丧失或未完全丧失劳动能力等非因主观原因而无法维持正常生活的成年子女。不直接抚养非婚生子女的生父或者生母，除了应当负担未成年子女的抚养费，还应当负担不能独立生活的成年子女的抚养费。根据《民法典》婚姻家庭编第一千零六十七条的规定，父母不履行抚养义务的，未成年子女或者不能独立生活的成年子女，有要求父母给付抚养费的权利。

典型案例

非婚生子女的亲生父母不适宜共同抚养子女的，可支付抚养费——弟媳向“大伯父”索要儿子抚养费纠纷案^[112]

【基本案情】

曾某系刘某弟媳，双方所居住的房屋因政府征收需搬迁，曾某急需另租房居住，便托刘某帮忙找房。2012年4月，刘某谎称找到房子，曾某便随其看房，刘某将曾某带到其正帮人装修的房屋内，双方发生了性关系。一个月后，曾某发现自己怀孕后告知刘某，刘某让曾某将孩子生下来。2013年2月曾某生下一健康男婴，曾某借款缴纳了社会抚养费（该男婴系超生二胎生育）。当曾某要求刘某支付生育孩子期间的医疗费、孩子的社会抚养费等相关费用时，刘某拒绝支付，并拒绝承认该孩子系其亲生。曾某无奈自行带刘某的头发到鉴定中心鉴定，确认孩子系刘某亲生，曾某的丈夫刘某某不是孩子的生物学父亲。但刘某仍拒绝支付相关费用，曾某诉至法院，要求刘某支付医疗费、社会抚养费、生活费等相关费用。

四川省自贡市沿滩区人民法院受理后为查明事实，经刘某申请，委托了相关鉴定机构，对曾某所生之子是否系刘某亲生进行了鉴定，经鉴定该孩子确为刘某与曾某的生物学之子。

【裁判结果】

承办人查明此事实后，向双方当事人宣传了法律，使双方认识到自身的责任和义务。双方自愿达成协议，孩子随曾某共同生活，刘某自2014年8月起每月支付孩子生活费650元至孩子独立生活时止，孩子的教育费、医疗费由双方各承担50%，刘某支付曾某垫付的医疗费、社会抚养费等各项费用34 000元。“大伯子亲儿子”风波就此平息。

【典型意义】

从生物学上讲刘某系孩子的父亲，按照《婚姻法》的规定，亲生父亲有抚养教育子女的义务。鉴于双方都有各自的家庭，共同抚养孩子是双方家庭的不稳定因素，以支付抚养费的方式为宜。

第一千零七十二条

继父母与继子女间，不得虐待或者歧视。

继父或者继母和受其抚养教育的继子女间的权利义务关系，适用本法关于父母子女关系的规定。

本条主旨

本条是关于继父母与继子女之间权利义务的规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第二十七条的基础上修改而成，该条规定为：“继父母与继子女间，不得虐待或歧视。继父或继母和受其抚养教育的继子女间的权利和义务，适用本法对父母子女关系的有关规定。”相较于2001年修订的《婚姻法》，本条未做实质修改。

理解与适用

本条规定，直接体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人格尊严、人伦正义、人亲和谐和人本秩序等核心法理思想的要求^[113]。

一、历史沿革

一直以来，我国法律对继子女权利给予足够的重视。1950年《婚姻法》第十六条规定：“夫对于其妻所抚养与前夫所生的子女或妻对于其夫所抚养与前妻所生的子女，不得虐待或歧视。”该条规定在《婚姻法》中第一次确定了继子女的法律地位。自1980年《婚姻法》开始，明确规定了继父母与继子女之间的权利义务，1980年《婚姻法》第二十一条规定：“继父母与继子女间，不得虐待或歧视。继父或继母和受其抚养教育的继子女间的权利和义务，适用本法对父母子女关系的有关规定。”相较于1980年《婚姻法》，2001年修订的《婚姻法》和《民法典》婚姻家庭编对继父母与继子女之间的权利义务的内容未做修改。

二、继父母、继子女的含义

继子女，通常指夫或妻一方与前配偶所生的子女。继父母是指子女的母亲或者父亲再婚时的配偶。继父母和继子女的关系是在生父母一方死亡，或者父母离婚后，另一方带子女再婚形成的。在通常情况下，继父母与继子女之间的关系属于姻亲，如果继父母与继子女形成抚养关系，或者继父母将继子女收养为养子女，他们才形成法律拟制的直系血亲关系。

三、继父母子女关系的类型

在现实生活中，继父母与继子女的关系主要有以下三种类型：

第一种是名分型，即双方纯粹为直系姻亲关系，指生父或生母与继母或继父再婚时，继子女已成年并独立生活，或者继子女虽未成年但是由其生父母抚养，继父母没有尽抚养的义务，继子女也没有对继父母尽赡养的义务。

第二种是收养型，即双方已形成收养关系，指继母或继父经继子女的生父或生母同意，正式办理了收养手续，将继子女收养为养子女。随着收养关系的确立，该子女与其共同生活的生父或生母之间的关系仍为直系血亲，而与不在一起共同生活的生父或生母一方的父母子女关系随之消灭。有的专家提出，只有继父母将继子女收为养子女，建立正式的收养关系，消除与亲生父母之间的权利和义务，继父母才能按照婚生子女对待继子女^[114]。此种做法使之前的亲子关系单一化，有助于家庭关系的稳定。

根据《民法典》婚姻家庭编第一千一百零三条的规定，继父或者继母经继子女的生父母同意，可以收养继子女，并可以不受《民法典》婚姻家庭编第一千零九十三条第三项、第一千零九十四条第三

项、第一千零九十八条和第一千一百条第一款规定的限制：（1）即使继子女的生父母无特殊困难、有抚养能力，继父母也可以收养继子女。（2）继父母可以不满三十周岁。（3）继父母可以有子女。（4）继父母患有医学上认为不应当收养子女的疾病，不影响其收养继子女^[115]。（5）继父母可以收养两个以上的继子女。

第三种是共同生活型，即双方形成双重的父母子女间的权利和义务关系，是指生父与继母或生母与继父再婚时，继子女尚未成年，他们随生父母一方与继父或者继母共同生活时，继父或继母对其承担了部分或者全部抚养义务；或者成年继子女事实上对继父母长期承担了赡养义务，形成了赡养关系。这些继子女和继父母实际上形成了收养和继养双重的权利和义务关系。

四、继父母和继子女之间不得虐待或者歧视

由于继父母和继子女都是家庭的组成部分，从维护家庭关系的角度出发，需要规定继父母和继子女之间的平等关系^[116]。因此，继父母与继子女之间不能虐待或者歧视。

五、继父母和受其抚养教育的继子女之间的权利和义务

继父母和受其抚养教育的继子女之间的权利和义务，主要包括以下几个方面：

第一，继父母对继子女有抚养和教育的义务。继父母不仅要保证继子女的生活所需，而且要保证继子女能接受正常的教育。对于不履行抚养义务的继父母，未成年的继子女或不能独立生活的成年继子女，有要求给付抚养费的权利。

第二，继子女对继父母有赡养和扶助的义务。通常情况下，受继父母抚养成年并独立生活的继子女，应当承担赡养继父母的义务。继子女不履行赡养义务时，缺乏劳动能力或生活困难的继父母，有要求继子女给付赡养费的权利。

第三，继父母有教育保护未成年继子女的权利和义务。在未成年继子女造成他人损害时，继父母应当承担相应的民事责任。

第四，继父母和继子女之间有相互继承遗产的权利。《民法典》婚姻家庭编和继承编中所指的父母和子女，是包括有扶养关系的继父母和继子女的。继父母与继子女之间存在相互继承遗产的关系的前提，是彼此形成了扶养关系。根据《最高人民法院关于贯彻执行〈中

《中华人民共和国继承法》若干问题的解释》第21条的规定，“继子女继承了继父母遗产的，不影响其继承生父母的遗产”。同时，《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的解释》第26条在对代位继承人的解释中明示了“被继承人的养子女、已形成扶养关系的继子女的生子女可代位继承；被继承人亲生子女的养子女可代位继承；被继承人养子女的养子女可代位继承；与被继承人已形成扶养关系的继子女的养子女也可以代位继承”。但是，在继父与生母或继母与生父离婚后，继父母与继子女之间的关系与亲生父母子女之间的关系就有所不同了。根据《民法典》婚姻家庭编第一千零八十四条的规定，“父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或者母直接抚养，仍是父母双方的子女”。原因在于，父母与子女之间的关系，是基于子女出生的事实而发生的自然血亲关系，这种关系不因父母的离婚而解除。然而，继父母与继子女之间，则是一种在继父与生母或继母与生父婚姻关系存续期间形成的继父母与继子女关系。如果继父与生母或继母与生父离婚时解除了继父母子女之间的扶养关系，这种拟制血亲的合法基础不复存在，继承关系亦不复存在。

第五，继子女可以选择随继父姓或继母姓。

六、已形成扶养关系的继父母与继子女关系的解除

（1）对于父母一方死亡，另一方再婚而产生的继父母子女关系，在生父与继母或生母与继父婚姻关系存续期间，如果继子女尚未成年，为了未成年子女利益，已形成抚养、教育关系的继父母与继子女关系一般不予解除。

（2）在生父与继母或生母与继父婚姻关系存续期间，受继父母抚养、教育的继子女已经成年，应当尽赡养继父或继母的义务，原则上不能解除。但继父母子女关系恶化，再继续维持可能危及生父与继母或生母与继父的婚姻关系，继父母要求解除与继子女的关系的，为保障老年人的合法权益，可以解除继父母子女关系。

（3）由继父母抚养、教育成人并能独立生活的继子女，即使解除其与继父母之间的关系，仍应承担缺乏劳动能力或者生活困难的继父母的生活费用。

典型案例

继父与生母离婚后能否解除约定扶养义务——杨燕诉杨某抚养纠纷案^[117]

【裁判要旨】

对未成年继子女来说，继父母与生父母既可约定继父母承担抚养义务，也可约定继父母解除抚养义务。但不能约定免除生父母的法定抚养义务。

【基本案情】

原告：杨燕（化名）。

法定代理人：蒲某（原告杨燕之母）。

被告：杨某。

原告诉称，原告生母与被告于2001年11月26日结婚，后因性格不合于2010年7月7日协议离婚。离婚协议书明确约定，原告由被告抚养，原告生母不承担抚养费。但离婚后不久，被告将原告赶出家门，不再支付抚养费，原告一直与生母生活至今。现原告请求判令被告自2010年12月25日起每月支付原告抚养费800元。

被告辩称，原告系蒲某与其前夫所生之女，且被告现已与原告生母离婚，被告与原告之间的继父女关系也已结束，故被告对原告不具有抚养义务。再者，被告与原告生母的离婚约定违反了法律强制性规定，应为无效，且已经法院判决变更，被告现经济困难，故不同意原告的诉讼请求。

【审判要览】

经审理查明：原告系蒲某与前夫所生女儿。2001年11月26日，原告生母与被告结婚，原告与被告形成继父女抚养关系。2010年7月7日，原告生母与被告离婚，离婚协议约定：原告由被告抚养，蒲某不承担抚养费等。2010年12月25日，原告离开被告随生母共同生活，此后被告亦未负担原告日常生活费等费用。2011年3月1日，原告生母以被告将原告赶出家门等为由将被告诉至法院，要求变更抚养关系，经被告同意，法院遂于同年4月26日调解变更原告由其生母抚养。

重庆市沙坪坝区人民法院经审理认为，继母与生父或继父与生母离婚时，对曾受其抚养教育的继子女，继父或继母不同意继续抚养的，仍应由生父母抚养。继父母的这种抚养以其自愿为基础，继父母可以继续抚养，也可以解除此抚养关系。本案被告虽

然在离婚协议中表示愿意继续抚养曾受其抚养教育的继女原告，但被告现在明确表示不同意继续抚养。因此，原告要求被告给付抚养费的诉讼请求，不予支持。据此，依照《婚姻法》第二十七条、《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第13条之规定，判决：驳回原告的诉讼请求。

宣判后，双方当事人均未提起上诉，一审判决已发生法律效力。

【裁判理由】

《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第13条规定：“生父与继母或生母与继父离婚时，对曾受其抚养教育的继子女，继父或继母不同意继续抚养的，仍应由生父母抚养。”从以上规定可以看出，继父母的这种抚养以其自愿为基础，继父母可以继续抚养，也可以解除此抚养关系。本案中，杨某系杨燕的继父，杨某与杨燕的母亲已经离婚，并明确表示不同意继续抚养杨燕，故杨燕与杨某之间的抚养关系可以解除，杨燕无权要求杨某给付抚养费。

【评析】

继父与生母或继母与生父离婚后，能否解除基于离婚协议产生的约定抚养义务必须从以下几个方面考虑：

（一）继父母对继子女不承担法定抚养义务

继父母子女关系是因生父或生母的再婚而形成，其体现为姻亲关系。抚养权的产生一般基于两种原因：一是双方存在法定的身份关系，如亲生父母子女之间，亲生父母应承担对子女的抚养义务；二是因事实上形成了抚养关系，双方已经产生抚养义务。继父母子女关系仅因生父母的再婚产生，实际上为姻亲关系，继父母不存在抚养继子女的法定抚养义务。实践中，在婚姻关系存续期间，继父母可能基于对继子女生父母的感情，自愿承担对继子女的抚养教育义务。所以，继父母对继子女的抚养义务只能以继父母的自愿为基础，不宜让继父母直接承担法定抚养义务。

另外，从相关法律规定来看，对继父母抚养义务的确认都是以已经形成事实抚养关系为前提，继父母并非因婚姻关系而直接承担抚养

义务，如《婚姻法》第二十七条、《收养法》第十四条的规定。

从婚姻法来看，确认继父母子女形成事实抚养关系可从以下几方面考察：（1）继子女属未成年人；（2）继父母负担了继子女的全部或部分抚养费用，或与继子女共同生活，对继子女给予生活上的照料、教育和保护；（3）继父母对继子女的抚养达到一定的期限；（4）继父母有抚养继子女的意思表示；（5）继子女有愿意受抚养的意思表示。就本案而言，被告虽然不负有对原告的法定抚养义务，但被告与原告生母婚姻关系存续长达9年时间，在原告6岁到15岁期间存在被告对原告的抚养事实，故在原告生母与被告婚姻关系存续期间，原告与被告之间形成了具有事实抚养关系的继父母子女关系。

（二）继父母可解除已形成事实抚养关系或解除已约定的抚养义务

如继父母已抚养继子女成年，双方的抚养关系已经形成，此时确认继父母与继子女之间存在抚养关系是对继父母已履行义务的确认，目的在于使继子女承担对继父母相应的赡养义务，重点在于考虑对继父母合法利益的保护。对于已形成抚养关系的继子女而言，不能由其自由解除抚养关系，否则会侵害已履行抚养义务的继父母的合法权益。同时，已形成的抚养关系也不会因为继父与生母或继母与生父离婚而当然解除，继子女应当承担对继父母的赡养义务。但就已形成抚养关系的继父母而言，其在继子女成年后解除抚养关系并不存在侵害继子女合法权益的问题。《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干意见》第13条规定：“生父与继母或生母与继父离婚时，对曾受其抚养教育的继子女，继父或继母不同意继续抚养的，仍应由生父母抚养。”由此可见，继父与生母或继母与生父离婚时，继父母明确表示愿意继续抚养继子女，且继子女本人也同意的，继父母子女关系仍然存续。继父母不同意继续抚养的，继父母子女关系自然解除。

在实际生活中，继父母可能基于对继子女的感情等因素，在继父与生母或继母与生父离婚后，仍自愿承担对继子女的抚养义务。当然这种自愿也可以通过合同约定的方式表现，如离婚协议约定，进而形成事实上的抚养关系。

但成立抚养权应以父母子女之间的身份关系为基础，若不具有血亲关系，如继父母，又不愿意负担抚养义务，此时强制要求其承担已不合理。同时，从抚养权性质来看，因为其既含有权利内容又含有义务内容，义务方面主要体现为父母为子女付出抚养教育费用、对子女

给予照料和保护等内容，而权利则体现为父母有代理子女对外进行相关法律行为的权利，所以即使生父母与继父母约定继父母有对继子女的抚养权，如对该约定不加限制，也可能存在侵害未成年子女合法权益的情况。同时，抚养义务体现为父母为子女利益的单方付出。如继父与生母或继母与生父已经离婚，仍因约定而强制要求继父母一方承担抚养义务，有违常理。并且，抚养法律关系往往基于身份关系而产生，并非受一般的合同法规定调整，简单地以调整财产关系的合同法来考虑，强制接受约定义务方履行义务，不符合身份关系案件的特点。即使从合同法角度考虑，继父母一方单方承担抚养义务，类似于无偿的赠与合同，如不认可其享有单方解除的权利，也不公平。所以，《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第13条规定也考虑到基于离婚协议产生的约定抚养义务是当事人自愿的行为，是一种实践性的民事法律行为，并非法定义务。

此外，就解除约定抚养关系的方式而言，有观点认为必须通过诉讼程序才能解除，以确保未成年子女抚养状态的稳定。实际上，单方解除并非一定要通过诉讼程序进行，就继父母子女的关系而言，本身是一种拟制血亲关系，继父母既然可以通过与继子女生父母之间的约定负担抚养义务，也可以通过协议方式或告知的方式解除抚养义务。当然，从对未成年子女监管责任的角度看，尤其是未成年继子女跟随继父母生活的，继父母单方解除约定应当明示，即向负有法定抚养义务的人表示，否则可能产生继父母随意将未成年继子女赶出家门的情况。同时，明示方式并不限于诉讼，因为在同意抚养未经诉讼的情况下，可能增加当事人诉累，造成不必要的司法资源浪费。明示应包括书面文件、诉讼、庭审表态等能够予以证明的方式。

（三）不能以约定方式免除生父母的法定抚养义务

本案中，原告的生母与继父约定双方离婚后，由继父负抚养义务，而生母不承担抚养费。该约定没有法律依据。基于生父母与子女间的亲子血缘关系，生父母对未成年子女的法定抚养义务不能转移。因为继父母与继子女之间仅为姻亲关系，生父母才具有对子女的当然抚养义务。协议约定继父母抚养继子女，仅属于继父母与生父母之间的履行承担协议，约定承担抚养义务的继父母处于类似于履行辅助人的地位，一旦履行辅助人不履行合同义务，后果只能由当然的义务主体，即生父母来承担，这也有利于对未成年子女合法权益的保护。

对亲子关系有异议且有正当理由的，父或者母可以向人民法院提起诉讼，请求确认或者否认亲子关系。

对亲子关系有异议且有正当理由的，成年子女可以向人民法院提起诉讼，请求确认亲子关系。

本条主旨

本条是关于亲子关系确认或者否认的规定。

相关条文

本条为《民法典》婚姻家庭编的新增条文。

理解与适用

本条规定，直接体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人伦正义、人亲和谐与人本秩序等核心法理思想的要求^[118]。

一、历史沿革

确认亲子关系这项重要的身份制度在我国制定法上长期缺位，司法运作诉诸《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第二条的规定，即当事人拒绝亲子鉴定时的推定规则。该解释第二条规定：“夫妻一方向人民法院起诉请求确认亲子关系不存在，并已提供必要证据予以证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以推定请求确认亲子关系不存在一方的主张成立。当事人一方起诉请求确认亲子关系，并提供必要证据予以证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以推定请求确认亲子关系一方的主张成立。”在中国人大网公布的《关于〈民法典各分编（草案）〉的说明》中提出，基于《民法典》各分编的总体考虑，为进一步完善增进家庭和睦的婚姻家庭和继承制度，《民法典》婚姻家庭编增加了亲子关系确认、否认制度，填补其在制定法上的缺位。

二、亲子关系的确认

亲子关系，即父母子女关系。自然血亲的亲子关系是基于子女出生的法律事实而对亲子关系所做的一种分类，包括父母与婚生子女的关系、生父母与非婚生子女的关系。亲子关系确认制度的称谓，有不同的选择。有称“亲子关系推定与否认制度和子女认领制度”^[119]的，也有称“亲子身份关系确定制度”^[120]的，更有学者在民法典草案立法

建议稿中称“亲子关系的推定、否认与认领制度”^[121]。还有两个版本的民法典学者建议稿将子女做婚生子女与非婚生子女的区分，并设婚生子女推定与否认制度、非婚生子女认领与准正制度^[122]。有学者倾向于采用“亲子关系确认制度”这一称谓，其主要理由在于：第一，婚生推定、非婚生认领与准正，均是法律推定人们之间具有亲子关系的制度设计。传统法之所以有如此烦琐的名称安排与制度设计，除去法律制度本身所具有的逻辑构造外，还是其时代局限性的体现。它是父权制下由男性自身所生的、确凿无疑的子女，主要是儿子继承父亲身份和财产的需要。第二，婚生推定、非婚生认领与准正制度都是关于自然血亲的亲子关系确立的制度，其区别主要是适用对象不同。然而，婚生否认制度是法律为保障婚生推定的客观真实性、实现亲子之间利益平衡所做的制度安排，它本质上还是婚生推定的组成部分^[123]。

亲子关系确认制度的价值取向是尊重婚姻，维护婚姻家庭关系，保护未成年子女的合法权益；维系血缘纽带，维护家庭稳定，保护子女与生父母双方的最大利益。

三、亲子关系的否认

（一）亲子关系否认的含义

亲子关系的否认是指否认权人依法对已存在有效推定的父母子女关系提出否认，从而否定相应的权利义务。这意味着，婚生子女的父亲的身份只是一种法律上的推定，有可能被相反的事实所推翻^[124]。在现代社会的婚姻关系中，由于婚外性行为不可能因法律或道德的否定而完全杜绝，婚生子女的推定有可能不是合法婚姻关系下的丈夫一方的子女。妻子在丈夫不知情的情况下，使丈夫误将与自己没有血缘关系的子女当作自己的亲生子女，并付出时间、金钱进行抚养、教育，是对丈夫生育权的一种侵害。为了维护婚生父母子女关系的血缘真实性，使法律推定与事实尽可能相一致，以保护当事人的权益，不致让应尽义务的真正生父逃避法律责任，实现法律的公正，允许提出对婚生子女的否认。

（二）亲子关系否认之诉的性质

关于亲子关系否认之诉的性质，有学者认为其是确认之诉，有学者认为是形成权^[125]，也有学者认为其兼有确认之诉和形成权两种性质^[126]。首先，从诉的分类来看，亲子关系否认之诉既非给付之诉，

也非变更之诉，而是请求法院确认其主张的亲子关系不存在的确认之诉，并且是消极的确认之诉。其次，从民事权利的分类来看，亲子关系否认权是依照法律的规定，当事人得以单方意思为之的形成权。值得注意的是，亲子关系否认权必须通过司法途径方能行使，否认也只有在判决具有既判力后才能发生效力。因此，亲子关系否认之诉既是确认之诉，也具有形成权的性质。

（三）否认权人的范围

确定否认权人的范围，事关当事人的权益、亲子关系和家庭稳定，因此，有的立法例以法律上的亲子关系应尽量符合自然血缘的真实性为主要目的，对否认权人及其行使权限没有限制。但是，大多数立法例确认，法律上的亲子关系原则上应以真实的血缘关系为基础，同时应兼顾身份关系的安定性。如果当事人之间已发生亲子般的亲情，仍没有限制地允许第三人否认这一亲子关系，一概认定原来血缘真实的亲子关系，恐怕既伤害当事人之间的感情，也无益于婚姻家庭和社会秩序的稳定，更重要的是不利于未成年子女的健康成长。因此，国家立法应当在追求亲子关系的真实性与安定性之间予以平衡，《民法典》婚姻家庭编规定对亲子关系有异议且有正当理由的，父或者母可以向人民法院提起诉讼，请求否认亲子关系。《民法典》继承编第一千一百二十七条规定，“本编所称父母，包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母”。由此可知，在婚姻关系存续期间的丈夫和妻子享有否认权；在婚姻关系终止后，受推定的父亲、母亲、真正的生父和生母可以提起否认之诉。与此同时，对否认权人的范围加以必要的限制：对亲子关系有异议且有正当理由的，成年子女可以向人民法院提起诉讼，请求确认亲子关系，但不可以请求否认亲子关系。原因在于，如果允许成年子女提起亲子关系否认之诉，可能成为某些逃避赡养义务的借口，加以区别限制是有必要的。

（四）正当理由的界定

对于“正当理由”的标准，需要根据家庭伦理、常情常理、社会价值取向等进一步予以明确。

（五）除斥期间规则的适用

虽然《民法典》婚姻家庭编缺乏确定亲子关系的基本规则，但现代法律关于亲子关系的理念是未成年子女利益优先、有利于未成年子

女健康成长。有学者建议，应当对本条规定做如下修改：“父、母或者成年子女对亲子关系的确认和否认提出请求的，可以向人民法院依法提起诉讼。对亲子关系有异议的，父、母或者成年子女可以自亲子关系发生之日起二十年内向人民法院提起诉讼。”此项立法建议关于二十年除斥期间的规定与《民法典》总则编第一百八十八条的规定相符^[127]。

第一千零七十四条

有负担能力的祖父母、外祖父母，对于父母已经死亡或者父母无力抚养的未成年孙子女、外孙子女，有抚养的义务。

有负担能力的孙子女、外孙子女，对于子女已经死亡或者子女无力赡养的祖父母、外祖父母，有赡养的义务。

本条主旨

本条是关于祖孙之间权利和义务的规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第二十八条的基础上修改而成，该条规定为：“有负担能力的祖父母、外祖父母，对于父母已经死亡或父母无力抚养的未成年的孙子女、外孙子女，有抚养的义务。有负担能力的孙子女、外孙子女，对于子女已经死亡或子女无力赡养的祖父母、外祖父母，有赡养的义务。”相较于2001年修订的《婚姻法》，本条规定未做修改。

理解与适用

本条规定，直接体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人亲和谐、人性友善、人伦正义和人本秩序等核心法理思想的要求^[128]。

一、历史沿革

我国1950年《婚姻法》未对祖父母、外祖父母与孙子女、外孙子女间的扶养关系做出规定。原因在于，受传统观念的影响，扶养属于家庭内部事务，应当由道德规范约束。1950年《婚姻法》只对夫妻之间和父母子女之间的扶养关系做出规定，并未涉及祖孙之间和兄弟姐妹之间的扶养问题。

1980年《婚姻法》扩大了亲属扶养的范围，除夫妻之间、父母子女之间的扶养外，还增加了祖父母、外祖父母与孙子女、外孙子女之间以及兄弟姐妹之间的扶养的权利义务规定。1980年《婚姻法》第二十二条规定：“有负担能力的祖父母、外祖父母，对于父母已经死亡的未成年的孙子女、外孙子女，有抚养的义务。有负担能力的孙子女、外孙子女，对于子女已经死亡的祖父母、外祖父母，有赡养的义务。”由此可见，1980年《婚姻法》对于祖孙之间的扶养，仅限于父母或子女已经死亡的情形。1984年《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》做出补充规定。第24条规定：“……有负担能力的祖父母、外祖父母，对于父母一方死亡、另一方确无能力抚养或父母均丧失抚养能力的未成年的孙子女、外孙子女有抚养的义务。”第25条规定：“有负担能力的孙子女、外孙子女，对子女已经死亡或子女确无力赡养的祖父母、外祖父母，有赡养的义务。”

2001年修订的《婚姻法》对祖父母、外祖父母与孙子女、外孙子女之间的扶养条件、内容做出进一步的完善。与1980年《婚姻法》相比，2001年修订的《婚姻法》将1984年《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》中的“父母一方死亡、另一方确无能力抚养或父母均丧失抚养能力”修改为“父母已经死亡或父母无力抚养”，表述更为简洁、准确。相较于2001年修订的《婚姻法》，《民法典》婚姻家庭编对该条规定未做修改。

二、祖孙之间抚养和赡养关系的意义

祖父母、外祖父母与孙子女、外孙子女是隔代的直系血亲关系，他们之间在具备法律条件的情况下，可以形成抚养和赡养关系。就我国目前情况来看，虽然三代同居家庭的数量在逐步减少，但由于我国人口基数较大，三代同居的家庭仍占着不小的比例。随着经济的不断发展，人的寿命在普遍延长，人口的老龄化已成为一个不容忽视的社会性问题。尽管我国的社会保障体系不断完善，但是，社会的力量还远远不能承担对所有老年人的赡养。同样，对于父母已经死亡或者父母无力抚养的未成年的孙子女、外孙子女，社会福利院等机构也没有能力完全承担起抚养的义务。因此，隔代抚养可以说是我国在相当长的时间内面临的一个问题，养老育幼不仅是中华民族需要发扬光大的优良传统，而且也需要法律对此问题做出明确规定。

三、祖孙之间抚养和赡养关系的形成应当具备的条件

根据本条的规定，祖孙之间抚养和赡养关系的形成应当具备以下条件：

（一）被抚养或赡养人的父母或子女死亡或者无抚养或赡养能力

主要包括两种情况：第一，子女在未成年时父母双亡，或者父母丧失抚养能力。第二，子女在成年后死亡或者丧失赡养能力，无法赡养其父母。在第一种情况下，需要被抚养人的祖父母和外祖父母来承担抚养的义务，第二种情况则需要孙子女和外孙子女来承担赡养的义务。1980年《婚姻法》第二十二条的规定仅限于“父母已经死亡”或者“子女已经死亡”的情况，2001年修订的《婚姻法》对此问题进行了调整，增加了“父母无力抚养”和“子女无力赡养”的规定，进而更加全面地涵盖和规范了现实中存在的隔代抚养和赡养的情况。

（二）被抚养或赡养人确实有困难需要被抚养或赡养

祖孙之间扶养关系的形成必须建立在一方确实有生活困难的基础上，如果被扶养人有一定的经济收入或经济来源且完全能负担自身的生活所需，则不能要求祖父母、外祖父母或者孙子女、外孙子女来承担抚养或赡养义务。我国是有着尊老爱幼优良传统的国家，如果祖孙之间完全基于亲情，在对方没有生活困难的情况下仍愿承担一定的抚养或赡养义务，这是值得发扬和提倡的美德。

（三）承担抚养或赡养义务的人有一定的抚养或者赡养能力

如果具有法律意义上的抚养或赡养义务的人没有一定的抚养或赡养能力，那么就不能再要求其承担相应的法律责任。此外，如果抚养人或赡养人有多个人时，如赡养人既有孙子又有外孙女，需要当事人协商决定其应当承担的义务。同样，如果抚养或赡养权利人有多个人时，在抚养或赡养义务人的经济能力不足以承担全部抚养或赡养义务时，经济状况和身体状况最差者应当优先被抚养或赡养。

关于抚养或赡养的方式，《民法典》婚姻家庭编对此没有做出专门规定，只规定对不履行抚养或赡养义务的人，权利人可以要求其履行义务。实践中抚养或赡养的方式主要有以下两种，当事人可以根据自身的情况来选择：一是共同生活方式的抚养或赡养，即被抚养或赡养人与抚养或赡养义务人共同居住，进行直接的抚养或赡养；二是通过给付抚养或赡养费、探视、扶助等方式履行抚养或赡养义务。

抚养或赡养义务人在履行抚养或赡养义务时，往往需要和被抚养或赡养人就抚养或赡养义务的程序、抚养或赡养的具体方式等内容进行协商，达成对当事人均具有约束力的抚养或赡养协议。如果当事人

之间达不成协议，可以请求人民法院通过判决来确定权利和义务。

抚养或赡养协议达成后或者人民法院的判决生效后，当事人的经济和生活状况往往会出现一些新的变化。变化发生后，如果仍然要求当事人按照原有的抚养或赡养协议或者判决来执行，可能会使一方当事人利益受到损害。因此，当事人需要通过一定的途径来变更抚养或赡养权。变更抚养或赡养权，是指抚养或赡养义务人、抚养或赡养权利人以及抚养或赡养程序和方法的变更。在抚养或赡养当事人一方或双方的经济和生活状况发生变化时，抚养或赡养权利人和抚养或赡养义务人都有权要求变更原抚养或赡养协议或者有关抚养或赡养的判决。当事人可以在自愿、平等的基础上进行协商；协商不成时，可以向人民法院起诉，来重新确定双方的权利和义务。

典型案例

上诉人张某、刘某琴、刘某欣、刘某超、刘某香与被上诉人位某及原审第三人姬某清、原审第三人姬某红、原审第三人姬某平、原审被告刘某坡赡养纠纷案^[129]

【案情】

一审法院经审理查明，原告位某共生育三个子女，有一子幼年夭折，其余两女为长女被告张某、次女张某某（已故）。原告之夫于1978年去世，原告次女张某某于2006年去世。被告刘某琴、刘某欣、刘某超、刘某香、刘某坡系被告张某某子女，第三人姬某清、姬某红、姬某平系张某某子女。2006年以前，原告身体状况尚可，生活基本上能自理，原告在此期间一直与次女张某某一家共同生活。2006年以后，原告身体状况每况愈下，生活不能自理，又因次女张某某于2006年5月份去世，原告的生活基本上由次女婿姬某负责照料，被告也曾接原告到自己家中居住几月。2010年10月，第三人姬某清将原告从被告家中接走后，原告至今一直在次女婿姬某家中或第三人姬某清家中由姬某或姬某清照顾。2011年初，原告要求去被告张某家，但被告张某因年纪已高，腿部有恙需去洛阳医治，遂没有答应原告的要求，因此原告与被告之间产生矛盾，原告遂诉至本院。另查明，因原告一子幼年夭折，应原告要求，依照农村风俗，第三人姬某清到原告在赵庄街村的家中“顶门”，第三人姬某清幼年随其母亲张某某一直在赵庄街村生活。现原告老宅由第三人姬某清重新翻盖后居住。被告刘某坡从小患小儿麻痹症，生活不能自理。

二审法院经审理查明的事实与原审法院查明的事实相同。

【争议焦点】

本案的争议焦点为，一审法院判决四被告与三名第三人承担同等的赡养义务是否适当。

【裁判】

一审法院认为，尊老爱幼是中华民族的优良传统，赡养老人是子女应尽的义务。现原告年老体弱，已丧失劳动能力，要求赡养义务人尽赡养义务于法有据，应予支持。原告共生育三个子女，一子幼年夭折，次女张某某于2006年去世，现仅有长女张某在世。被告张某已经70多岁，且身患疾病，生活尚需其子女进行照顾，没有能力再对原告尽赡养义务。被告刘某琴、刘某欣、刘某超、刘某香作为被告张某的子女，在其母亲丧失劳动能力的情况下，对原告负有赡养的义务。被告刘某坡因从小患有小儿麻痹症，自身没有负担能力，不应承担赡养原告的义务。第三人姬某清、姬某红、姬某平作为张某某的子女，在其母亲去世的情况下，对原告也负有赡养的义务。被告刘某琴、刘某欣、刘某超、刘某香与第三人姬某清、姬某红、姬某平应负有同等赡养义务。被告刘某琴、刘某欣、刘某超、刘某香称原告对第三人付出较多，且老宅也留给第三人姬某清所有，故赡养义务应分主次，被告与第三人承担同等赡养义务不符合法律有关规定。对其答辩理由本院不予采信。原告要求被告将其接走赡养，但考虑到原告今年已93岁高龄，如往返于被告、第三人各家，其身体势必不能适应，且根据本地农村风俗习惯，原告在自己住处由各赡养义务人尽赡养义务较为合适。姬某清现在的住处是在原告的老宅基础上重新建造的，其应安排一间房屋供原告居住以及各赡养义务人尽赡养义务。在被告与第三人赡养期间，原告由谁赡养谁应负责原告的衣食住行；如原告生病住院，医疗费由被告刘某琴、刘某欣、刘某超、刘某香与第三人姬某清、姬某红、姬某平凭票均摊，护理由其轮流负责。

综上，河南省偃师市人民法院依据《中华人民共和国婚姻法》第二十八条，《中华人民共和国老年人权益保障法》第十一条、第十五条第一款，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十条之规定，判决如下：（1）第三人姬某清在居住地安排一间房屋供原告位某居住，在其余赡养义务人赡养原告期间，应提供相应便利条件。（2）第三人姬某清、姬某红、姬某平于每年的1月1日至6月30日负责原告位某的衣食住行。（3）被告刘某琴、刘某欣、刘某超、刘某香于每年的7月1日至12月31日负责原告位某的衣食住行。（4）如原告位某生病住院，由被告刘某琴、

刘某欣、刘某超、刘某香与第三人姬某清、姬某红、姬某平轮流护理，医疗费凭票分摊。（5）驳回原告位某的其他诉讼请求。本案受理费200元，由被告刘某琴、刘某欣、刘某超、刘某香承担100元，第三人姬某清、姬某红、姬某平承担100元。

上诉人张某、刘某琴、刘某欣、刘某超、刘某香不服原审判决，向法院提起上诉称：（1）原审法院偏袒第三人，有失公平。1）赡养老人是子女应尽的义务，我们一直对外祖母履行赡养义务。我们始终坚守“百善孝为先”祖训。多年来，母亲及我们兄妹除了经常到外祖母家探望外，还时常接外祖母到我家居住赡养，而且在物质上、资金上也给予了他们一定的帮助（至今姨夫还欠我家7 000元未还）。外祖母每次生病住院，母亲和我们都是积极、主动，跑前忙后，直至康复出院。我母亲已78岁高龄，身体多病，除了腰、腿疼痛，行动不便外，还有严重的心脏病。2011年4月以来，母亲的身体每况愈下，需到洛阳住院治疗一段时间。这个情况事先也给外祖母讲过，并承诺到下半年接外祖母到我家居住，而且也得到了外祖母的应许。时隔一月，我们便接到了法院的传票，究其原因，就是第三人姬某清挑拨、唆使造成的，并非外祖母本意，我们除了吃惊便是愤怒。我们认为：法律也是建立在情理之上的，具有双重性，也很人性化，赡养纠纷属于民事案件，判决并非目的，解决矛盾才是根本。在构建和谐社会的今天，我们呼吁：适用法律要充分尊重情理、公理、农村的风俗习惯及案件的事实特征，要遵循“权利和义务对等”的原则，使其公平公正，不能简单地一概而论。外祖母位某共养育三个子女，其子幼年夭折，我母亲张某是长女，16岁结婚，净身出户，姨张某某为次女。为了使得张家后继有人，外祖父、外祖母商定：次女张某某结婚时招姬某为上门女婿，而后又确立了第三人姬某清为张家传人，并承担养老送终之重任。姨夫姬某、姨张某某退休前均为国家工作人员，在家时间有限，他家主要由外祖母操持，外祖母还养育了姨夫的三个子女（第三人），而且第三人姬某清的两个子女也是由外祖母抚养长大。外祖母勤劳能干，且有诸多手艺（如接生、看病、看宅基等），为他家呕心沥血，付出多多，直到80多岁为第三人操持家务时腿部摔伤。就是这样的一位老人却不能在自己的家里安享晚年，常年居住在姨夫姬某房子里。时至今日，属于外祖父、外祖母的宅基地及房产由第三人姬某清占据着。外祖父、外祖母的家产由第三人姬某清享用着，外祖母的“三金”（双女户补贴金、养老保险金、低保金）一直由第三人姬某清领取着。外祖父病故时，后事主要由我母亲操办，而我们却没有得到属于外祖父的丝毫遗产。我们认为：我母亲同样尽到了赡养外祖父、外祖母的义务，却被剥夺了应该得到

的权利。如果让我们和第三人均等赡养外祖母，有失公平，我们心理上也难以平衡。另外，刘某琴今年62岁，常年有病，不具备赡养外祖母的能力；刘某坡患有小儿麻痹症，生活不能自理，尚需我们照顾；母亲张某年事已高，身体多病，生活起居也要我们照料。综上所述，我们仍然主张第三人姬某清应尽赡养义务。

2) 属于外祖母的“三金”(双女户补贴金、养老保险金、低保金)一直均由第三人姬某清领取，但原审判决却没有提交。我们认为：谁赡养谁领取。3) 外祖母的责任田一直由第三人姬某清耕种，种粮补贴也由第三人姬某清领取，因此，在我们赡养外祖母期间，第三人姬某清提供外祖母的口粮。4) 原审判决第四条为：“如原告位某生病住院，由被告刘某琴、刘某欣、刘某超、刘某香与第三人姬某清、姬某红、姬某平轮流护理，医疗费凭票分摊。”我们认为：外祖母生病住院新产生的医疗费，应先用外祖母的积蓄，包括以前第三人姬某清领取的外祖母的“三金”结余支付，剩下部分新农合报销后两家再分摊。(2) 原审判决前后矛盾。原审判决第一条讲，第三人姬某清在居住地安排一间房屋供原告位某居住，但第三条又判决我们负责原告位某的衣食住行。另外，我们赡养期间，第三人姬某清提供住房一间，我们认为，一间房内既要外祖母居住也要赡养人居住，又要做饭生活，显然不够。在我们赡养外祖母期间，第三人姬某清应提供房屋两间，并提供水电、灶具等相应的生活必需品。综上，请求二审撤销(2011)偃镇民初字第424号民事判决，依法予以发回重审或改判。庭审中，上诉人明确上诉请求为：(1) 要求第三人的父亲姬某返还我7 000元；(2) 要求姬某返还我人力三轮车一辆；(3) 姬某清应该承担主要的赡养义务。

位某辩称，一审判决事实清楚，证据充分，请求驳回上诉，维持原判。

二审法院认为，老人的合法权益受法律保护。赡养老人是中华民族的传统美德，也是每个赡养义务人的法定义务。现位某年老体弱，已丧失劳动能力，其要求赡养义务人尽赡养义务于法有据，应予支持。从上诉人的上诉内容及庭审中的陈述来看，上诉人均表示愿意赡养老人，只是上诉人与第三人的父亲之间存在一些纠纷，使上诉人感到不满，但此属另一法律关系，可另行解决。原审根据本案的实际情况，对老人赡养问题所做出的处理妥当，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(一)项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审受理费200元，由张某、刘某琴、刘某欣、刘某超、刘某香承担。

本判决为终审判决。

【评析】

本案涉及祖父母、外祖父母与孙子女、外孙子女之间的权利义务问题。祖父母、外祖父母与孙子女、外孙子女是隔代的直系血亲关系。隔代直系血亲之间只有在满足法定条件的情况下，才具有抚养或赡养的义务。根据《婚姻法》第二十八条的规定，有负担能力的祖父母、外祖父母，对于父母已经死亡或父母无力抚养的未成年的孙子女、外孙子女，有抚养的义务。有负担能力的孙子女、外孙子女，对于子女已经死亡或子女无力赡养的祖父母、外祖父母，有赡养的义务。

本案中，四名上诉人与三名第三人都是被上诉人的外孙子女，他们处于同等的法律地位。原告已经年逾九旬，确需赡养。而上诉人与第三人的母亲，或者因年老而丧失劳动能力，或者业已死亡，对于原告均无法履行赡养义务。四名上诉人与三名第三人均具有负担能力，判决他们对原告平等地承担赡养义务是合理的。

第一千零七十五条

有负担能力的兄、姐，对于父母已经死亡或者父母无力抚养的未成年弟、妹，有扶养的义务。

由兄、姐扶养长大的有负担能力的弟、妹，对于缺乏劳动能力又缺乏生活来源的兄、姐，有扶养的义务。

本条主旨

本条是关于兄、姐与弟、妹之间的扶养义务的规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第二十九条的基础上修改而成，该条规定为：“有负担能力的兄、姐，对于父母已经死亡或父母无力抚养的未成年的弟、妹，有扶养的义务。由兄、姐扶养长大的有负担能力的弟、妹，对于缺乏劳动能力又缺乏生活来源的兄、姐，有扶养的义

务。”相较于2001年修订的《婚姻法》，本条规定未做修改。

理解与适用

本条规定，直接体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人亲和谐、人性友善、人本秩序等核心法理思想的要求^[130]。

一、历史沿革

狭义的扶养，指平辈亲属之间依法发生的经济供养和生活扶助权利义务关系，主要体现为夫妻之间和兄弟姐妹之间的扶养关系。提供扶养的一方为义务人（扶养人），接受扶养的一方为权利人（受扶养人）。

我国1950年《婚姻法》没有对兄弟姐妹间的扶养关系做出规定。原因在于，在一般情况下，兄弟姐妹应由他们的父母抚养，因而他们相互之间不发生扶养与被扶养的权利义务关系。然而，在实际生活中，兄、姐扶养、教育弟、妹确是常见的现象。考虑到我国家庭成员间的关系较为密切的实际情况，1980年《婚姻法》扩大了亲属扶养的范围，除夫妻之间的扶养、父母子女之间的抚养和赡养外，增加规定祖父母、外祖父母与孙子女、外孙子女之间，以及兄弟姐妹之间的扶养的权利义务。1980年《婚姻法》第二十三条规定：“有负担能力的兄、姊，对于父母已经死亡或父母无力抚养的未成年的弟、妹，有抚养的义务。”故而，有负担能力的兄、姐，对于父母已经死亡或父母无力抚养的未成年的弟、妹的扶养成为一项法定义务。此后，1984年《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》第26条对此做出解释：“由兄、姐扶养长大的有负担能力的弟、妹，对丧失劳动能力、孤独无依的兄、姐，有抚养的义务。”根据该司法解释的规定，由兄、姐扶养长大的有负担能力的弟、妹，与丧失劳动能力、孤独无依的兄、姐间也产生了有条件的扶养义务。

2001年修订的《婚姻法》将弟、妹在特定条件和特定情况下负有扶养兄、姐的义务上升为法律内容，已取得了各方面广泛的共识。有全国人大常委会委员在《婚姻法》审议中提出，在现实生活中，许多兄、姐在扶养弟、妹时，节衣缩食、倾囊而助、全力以赴，有的甚至牺牲个人婚姻。而不少弟、妹长大后对其兄、姐却没有回报的意识。按照权利义务对等原则，弟、妹理应回报尽了扶养义务的兄、姐。扶养不仅是物质方面的，也包括精神上的安慰和生活上的照顾。不要形成“兄姐照管弟妹小，弟妹不管兄姐老”的后果。因此，2001年修订的《婚姻法》补充规定：“由兄、姐扶养长大的有负担能力的弟、妹，对于缺乏劳动能力又缺乏生活来源的兄、姐，有抚养的义务。”这一

规定肯定了尊老爱幼的社会主义家庭关系，符合我国历来近亲属关系密切、相互扶助的传统道德，体现了权利义务相一致的法律精神，使得未成年人能够健康成长，老年人生活有所保障。相较于2001年修订的《婚姻法》，《民法典》婚姻家庭编对该条规定未做修改。

二、形成兄弟姐妹间扶养义务的条件

（一）负有扶养义务的兄弟姐妹的范围

兄弟姐妹包括同胞兄弟姐妹、同父异母或同母异父兄弟姐妹、养兄弟姐妹和继兄弟姐妹。在一般情况下，兄弟姐妹应由他们的父母抚养，因而他们之间不发生扶养与被扶养的权利义务关系。但是在特定条件和特定情况下，兄、姐与弟、妹之间会产生有条件的扶养义务。当然，法律对兄弟姐妹间扶养义务的规定，主要针对的是同胞兄弟姐妹之间的关系，因为他们是血缘关系最密切的同辈旁系血亲。半血缘的同父异母或者同母异父兄弟姐妹，以及没有血缘关系的养兄弟姐妹和继兄弟姐妹之间，如果符合法律规定的条件和情形，也将产生扶养与被扶养的权利义务关系。

（二）兄弟姐妹形成扶养义务的条件

兄、姐扶养弟、妹或弟、妹扶养兄、姐不是必然发生的法定义务，而是有条件的。简而言之，就是应尽抚养或赡养义务的父母、子女或者配偶不能尽其抚养或赡养义务时，由有能力的兄弟姐妹来承担扶养义务。兄弟姐妹间的扶养义务是第二顺序的，具有递补性质。但兄弟姐妹间一旦形成扶养义务，则该义务又是不可推卸的法定义务，义务人应当自觉履行。

1. 兄、姐扶养弟、妹需具备的条件

产生兄、姐对弟、妹的扶养义务，应当具备以下三个条件：

第一，弟、妹须为未成年人，即不满18周岁。如果弟、妹已经成年，虽无独立生活能力，兄、姐亦无法定扶养义务。

第二，父母已经死亡或者父母无力抚养。这里包含了两种情况：一是父母均已经死亡，没有了父母这一第一顺序的抚养义务人。如果父母一方尚在且有抚养能力，仍应由尚在的父或母承担抚养义务。二是父母均尚在或一方尚在但没有抚养能力，比如父母在意外事故中致

残没有了劳动能力和生活来源，便产生了由有负担能力的兄、姐扶养弟、妹的义务。

第三，兄、姐有负担能力。在前述两项条件具备时，兄、姐对弟、妹的扶养义务并不必然发生，只有这项条件也具备时，即兄、姐有负担能力时，才产生扶养弟、妹的义务。

2. 弟、妹扶养兄、姐需具备的条件

产生弟、妹对兄、姐的扶养义务，应当具备以下三个条件：

第一，兄、姐缺乏劳动能力又缺乏生活来源。如果兄、姐虽缺乏劳动能力但并不缺少经济来源，比如受到他人经济上的捐助或自己有可供生活的积蓄的，则不产生弟、妹的扶养义务。同时，如果兄、姐虽缺少生活来源，但有劳动能力，兄、姐可通过自己的劳动换取生活来源，在此情况下，弟、妹亦无扶养兄、姐的义务。需要说明的是，《民法典》婚姻家庭编规定的“缺乏劳动能力又缺乏生活来源”与1984年《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》第26条确定的条件有所不同，该司法解释规定的是兄、姐“丧失劳动能力、孤独无依”。首先，“缺乏劳动能力”比“丧失劳动能力”的范围要宽，这使兄、姐更容易获得被扶养的机会。其次，“缺乏生活来源”比“孤独无依”涵盖面更大。比如兄、姐的配偶尚在，很难说是“孤独无依”，而“缺乏生活来源”使得兄、姐在配偶尚在但缺少生活来源时，也能得到弟、妹的扶养。

第二，兄、姐没有第一顺序的扶养义务人，或第一顺序的扶养义务人没有扶养能力。比如兄、姐没有配偶、子女，或者兄、姐的配偶、子女已经死亡或配偶、子女没有扶养能力。如果兄、姐的配偶尚在或有子女且有扶养能力，应由这些第一顺序的扶养义务人承担扶养义务。

第三，弟、妹由兄、姐扶养长大且有负担能力。主要包含以下两方面的因素：一是弟、妹是由兄、姐扶养长大的。这表明在弟、妹未成年时，父母已经死亡或父母无抚养能力，兄、姐对弟、妹尽了扶养义务。按照权利义务对等原则，弟、妹应承担对兄、姐的扶养责任。二是弟、妹有负担能力。其若无负担能力，则不负扶养义务。

注释：

[1]李建国.关于《中华人民共和国民法总则（草案）》的说明.人民日报，2017-03-09（5）.

[2]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展, 2020(2).

[3]杨大文,龙翼飞.婚姻家庭法.7版.北京:中国人民大学出版社,2018:104.

[4]一审法院为河南省柘城县人民法院,案号:(2011)柘慈民初字第681号;二审法院为河南省商丘市中级人民法院,案号:(2011)商民终字第1709号。

[5]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展, 2020(2).

[6]王利明.人格权法研究.2版.北京:中国人民大学出版社,2012:362.

[7]何晓明.姓名与中国文化.北京:人民出版社,2001:9.

[8]陈伟雄.姓名工具书.南昌:江西教育出版社,2010:20.

[9]王利明.人格权法研究.2版.北京:中国人民大学出版社,2012:363.

[10]张红.民法典之姓名权立法论.河北法学,2019(10).

[11]王利明.人格权法研究.3版.北京:中国人民大学出版社,2018:362.

[12]王利明.人格权法.2版.北京:中国人民大学出版社,2016:210.

[13]王利明.人格权法研究.3版.北京:中国人民大学出版社,2018:365.

[14]王利明.人格权法.2版.北京:中国人民大学出版社,2016:211.

[15]国务院法制办公室.中华人民共和国婚姻法(含最新司法解释)注解与配套.4版.北京:中国法制出版社,2017:27.

[16]王歌雅.婚姻家庭继承法学.2版.北京:中国人民大学出版社,2013:86.

[17]王歌雅.《民法典·婚姻家庭编》的编纂策略与制度走向.法律科学,2019(6).

[18]恩格斯.家庭、私有制和国家的起源.北京:人民出版社,2018:180.

[19]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展, 2020(2).

[20]吴高盛.《中华人民共和国婚姻法》释义及实用指南.北京:中国民主法制出版社,2014:63.

[21]全国人大常委会法工委研究室.《中华人民共和国婚姻法》条文释义及实用指南.北京:中国物价出版社,2001:55.

[22]夏吟兰.婚姻家庭继承法.2版.北京：中国政法大学出版社，2017：95.

[23]王洪.婚姻家庭法.北京：法律出版社，2003：109.

[24]杨大文，龙翼飞.婚姻家庭法.7版.北京：中国人民大学出版社，2018：111.

[25]吴高盛.《中华人民共和国婚姻法》释义及实用指南.北京：中国民主法制出版社，2014：64.

[26]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[27]杰克·唐纳利.普遍人权的理论与实践.王浦劬，张文成，燕继荣，等译.北京：中国社会科学出版社，2001：1.

[28]薛宁兰.中华人民共和国婚姻法评注·家庭关系.厦门：厦门大学出版社，2017：85.

[29]薛宁兰.中华人民共和国婚姻法评注·家庭关系.厦门：厦门大学出版社，2017：87.

[30]巫昌祯，夏吟兰.婚姻家庭法学.2版.北京：中国政法大学出版社，2016：143.

[31]巫昌祯，夏吟兰.婚姻家庭法学.2版.北京：中国政法大学出版社，2016：143.

[32]婚姻家庭纠纷典型案例（北京）.（2015-11-20）[2020-03-03].<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-16035.html>.

[33]吴高盛.《中华人民共和国婚姻法》释义及实用指南.北京：中国民主法制出版社，2014：82.

[34]王洪.婚姻家庭法.北京：法律出版社，2003：223.

[35]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[36]王歌雅.婚姻家庭继承法学.2版.北京：中国人民大学出版社，2013：92.

[37]杨大文，龙翼飞.婚姻家庭法.7版.北京：中国人民大学出版社，2018：213.

[38]杨大文，龙翼飞.婚姻家庭法.7版.北京：中国人民大学出版社，2018：213.

[39]杨大文，龙翼飞.婚姻家庭法.7版.北京：中国人民大学出版社，2018：213.

[40]一审法院为河南省浚池县人民法院，案号：（2010）浚民一初字第655号；二审法院为河南省三门峡市中级人民法院，案号：（2010）三民终字第505号。

[41]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展, 2020 (2) .

[42]杨振宏.《民法典》总则增加家事代理制度的立法建议.苏州大学学报(哲学社会科学版), 2016 (6) .

[43]史浩明.论夫妻日常家事代理权.政治与法律, 2005 (3) .

[44]杨晋玲.夫妻财产制比较研究.北京:民族出版社, 2004: 163.

[45]杨立新.人身权法论.3版.北京:人民法院出版社, 2006: 755, 756, 768.

[46]信用交易,指商业上的赊购行为或通过向第三人借贷之方式获得资金加以购买。根据德国的判例,只有交易额较小的信用交易行为,法院才将其认定为日常家事的范围。

[47]张学军.锁匙权研究.金陵法律评论, 2004 (1) .

[48]法国民法典:上册.罗结珍,译.北京:法律出版社, 2005: 207-210.

[49]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展, 2020 (2) .

[50]杨大文,龙翼飞.婚姻家庭法.7版.北京:中国人民大学出版社, 2018: 109.

[51]王歌雅.婚姻家庭继承法学.2版.北京:中国人民大学出版社, 2013: 93.

[52]王洪.婚姻家庭法.北京:法律出版社, 2003: 113.

[53]巫昌祯,夏吟兰.婚姻家庭法学.2版.北京:中国政法大学出版社, 2016: 123.

[54]一审法院为河南省郑州市上街区人民法院,案号:(2009)上民一初字第475号;二审法院为河南省郑州市中级人民法院,案号:(2010)郑民一终字第129号。

[55]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展, 2020 (2) .

[56]林秀雄.夫妻财产制之研究.北京:中国政法大学出版社, 2001: 40.

[57]最高人民法院民事审判第一庭.最高人民法院婚姻法司法解释(二)的理解与适用.2版.北京:人民法院出版社, 2015: 150.

[58]最高人民法院民事审判第一庭.最高人民法院婚姻法司法解释(二)的理解与适用.2版.北京:人民法院出版社, 2015: 165.

[59]吴高盛.《中华人民共和国婚姻法》释义及实用指南.北京:中国民主法制出版

社, 2014: 81.

[60] 人民法院出版社. 最高人民法院婚姻家庭、继承司法解释理解与适用简明版及配套规定. 北京: 人民法院出版社, 2018: 11.

[61] 一审法院为江苏省南京市玄武区人民法院, 案号: (2016) 苏0102民初1486号; 二审法院为江苏省南京市中级人民法院, 案号: (2017) 苏01民终2667号。

[62] 龙翼飞. 编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议. 法制与社会发展, 2020 (2).

[63] 巫昌桢, 夏吟兰. 婚姻家庭法学. 2版. 北京: 中国政法大学出版社, 2016: 135.

[64] 最高人民法院民事审判第一庭. 最高人民法院婚姻法司法解释(三)理解与适用. 2版. 北京: 人民法院出版社, 2015: 98.

[65] 最高人民法院民事审判第一庭. 最高人民法院婚姻法司法解释(三)理解与适用. 2版. 北京: 人民法院出版社, 2015: 98.

[66] 吴高盛. 《中华人民共和国婚姻法》释义及实用指南. 北京: 中国民主法制出版社, 2014: 89.

[67] 吴高盛. 《中华人民共和国婚姻法》释义及实用指南. 北京: 中国民主法制出版社, 2014: 81.

[68] 龙翼飞. 编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议. 法制与社会发展, 2020 (2).

[69] 最高人民法院民事审判第一庭. 最高人民法院婚姻法司法解释(二)的理解与适用. 北京: 人民法院出版社, 2004: 217, 221.

[70] 缪宇. 走出夫妻共同债务的误区: 以《婚姻法司法解释(二)》第24条为分析对象. 中外法学, 2018 (1).

[71] 程新文, 刘敏, 方芳, 等. 《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》的理解与适用. 人民司法(应用), 2018 (4).

[72] 程新文, 刘敏, 方芳, 等. 《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》的理解与适用. 人民司法(应用), 2018 (4).

[73] 龙翼飞. 编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议. 法制与社会发展, 2020 (2).

[74] 中国法制出版社. 婚姻法新解读. 4版. 北京: 中国法制出版社, 2017: 39.

[75]巫昌祯,夏吟兰.婚姻家庭法学.2版.北京:中国政法大学出版社,2016:138.

[76]吴高盛.《中华人民共和国婚姻法》释义及实用指南.北京:中国民主法制出版社,2014:97.

[77]审理法院为河南省封丘县人民法院,案号:(2014)封民初字第00315号。

[78]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展,2020(2).

[79]人民法院出版社.最高人民法院婚姻家庭、继承司法解释理解与适用简明版及配套规定.北京:人民法院出版社,2018:80.

[80]最高人民法院民事审判第一庭.最高人民法院婚姻法司法解释(三)理解与适用.2版.北京:人民法院出版社,2015:84.

[81]最高人民法院民事审判第一庭.最高人民法院婚姻法司法解释(三)理解与适用.2版.北京:人民法院出版社,2015:85.

[82]审理法院为江苏省无锡市崇安区人民法院,案号:(2011)崇民初字第926号。

[83]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展,2020(2).

[84]巫昌祯,夏吟兰.婚姻家庭法学.2版.北京:中国政法大学出版社,2016:143.

[85]巫昌祯,夏吟兰.婚姻家庭法学.2版.北京:中国政法大学出版社,2016:143.

[86]杨大文,龙翼飞.婚姻家庭法.7版.北京:中国人民大学出版社,2018:177.

[87]家庭婚姻纠纷典型案例(河南).(2015-11-20)[2020-03-05].<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-16037.html>.

[88]王歌雅.《民法典·婚姻家庭编》的编纂策略与制度走向.法律科学,2019(6).

[89]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展,2020(2).

[90]吴高盛.《中华人民共和国婚姻法》释义及实用指南.北京:中国民主法制出版社,2014:119.

[91]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展,2020(2).

[92]薛宁兰.中华人民共和国婚姻法评注·家庭关系.厦门:厦门大学出版社,

2017 : 207.

[93]现为2018年修正的《老年人权益保障法》第二十一条的规定。

[94]杨大文,龙翼飞.婚姻家庭法.7版.北京:中国人民大学出版社,2018:178.

[95]王胜明,孙礼海.《中华人民共和国婚姻法》修改立法资料选.北京:法律出版社,2001:9.

[96]薛宁兰.中华人民共和国婚姻法评注·家庭关系.厦门:厦门大学出版社,2017:210.

[97]薛宁兰.中华人民共和国婚姻法评注·家庭关系.厦门:厦门大学出版社,2017:212.

[98]杨大文,龙翼飞.婚姻家庭法.7版.北京:中国人民大学出版社,2018:177.

[99]一审法院为湖南省道县人民法院,案号:(2011)道民初字第449号;二审法院为湖南省永州市中级人民法院,案号:(2011)永中法民二终字第218号。

[100]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展,2020(2).

[101]1980年《婚姻法》第十八条第二款规定:“父母和子女有相互继承遗产的权利。”

[102]2001年《婚姻法》第二十四条第二款规定:“父母和子女有相互继承遗产的权利。”

[103]薛宁兰.中华人民共和国婚姻法评注·家庭关系.厦门:厦门大学出版社,2017:113.

[104]薛宁兰.中华人民共和国婚姻法评注·家庭关系.厦门:厦门大学出版社,2017:114.

[105]李某、郭某阳诉郭某和、童某某继承纠纷案(最高人民法院审判委员会讨论通过2015年4月15日发布).(2015-04-23)[2020-03-06].<https://www.chinacourt.org/article/detail/2015/04/id/1602392.shtml>.

[106]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展,2020(2).

[107]徐国栋.无效与可撤销婚姻中诚信当事人的保护.中国法学,2013(5);薛宁兰.婚姻无效制度论:从英美法到中国法.环球法律评论,2001(2);王洪.婚姻家庭法.北京:法律出版社,2003:232.

[108]巫昌祯.我与婚姻法.北京：法律出版社，2001：7.

[109]薛宁兰.我国亲子关系立法的体例与构造.法学杂志，2014（11）.

[110]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[111]薛宁兰.中华人民共和国婚姻法评注：家庭关系.厦门：厦门大学出版社，2017：140.

[112]“用公开促公正 建设核心价值”主题教育活动婚姻家庭纠纷典型案例.（2015-12-04）[2020-03-16].<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-16211.html>.

[113]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[114]胡康生.中华人民共和国婚姻法释义.北京：法律出版社，2001：115.

[115]国务院法制办公室.中华人民共和国婚姻法（含最新司法解释）注解与配套.4版.北京：中国法制出版社，2017：54.

[116]吴高盛.《中华人民共和国婚姻法》释义及实用指南.北京：中国民主法制出版社，2014：145.

[117]审理法院为重庆市沙坪坝区人民法院，案号：（2011）沙法少民初字第86号。

[118]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[119]陈苇，靳玉馨.建立我国亲子关系推定与否认制度研究//梁慧星.民商法论丛：第27卷.香港：金桥文化出版（香港）有限公司，2003：245-279.

[120]孟令志.论亲子关系的确定//夏吟兰，等.婚姻家庭法前沿：聚焦司法解释.北京：社会科学文献出版社，2010：220-228.

[121]梁慧星.中国民法典草案建议稿.北京：法律出版社，2003：347.

[122]徐国栋.绿色民法典草案.北京：社会科学文献出版社，2004：205-208；王利明.中国民法典草案建议稿及说明.北京：中国法制出版社，2004：67.

[123]薛宁兰.我国亲子关系立法的体例与构造.法学杂志，2014（11）.

[124]王洪.婚姻家庭法.北京：法律出版社，2003：229.

[125]江平.民法学.北京：中国政法大学出版社，2011：717.

[126]杨立新.论婚生子女否认和非婚生子女认领及法律疏漏之补充.人民司法（应用），2009（17）.

[127]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[128]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[129]一审法院为河南省偃师市人民法院，案号：（2011）偃镇民初字第424号；二审法院为河南省洛阳市中级人民法院，案号：（2012）洛民终字第2011号。

[130]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

第四章 离婚

离婚，又称离异，是夫妻一方或双方依照法律规定解除婚姻关系的法律行为。离婚不但导致婚姻关系的解除和终止，引起夫妻人身关系的消灭，还将由此产生夫妻共同财产的分割、婚姻期间所负债务的清偿、家务劳动补偿、经济帮助、离婚损害赔偿以及未成年子女的抚养、探望等一系列的法律后果。

本章根据《婚姻法》第四章、第五章的相关条文修改而成，围绕离婚法律关系的主要内容，规定了离婚的程序、复婚、离婚后的父母子女关系处理、离婚时夫妻共同财产及共同债务处理、离婚补偿、无过错方离婚时请求损害赔偿、离婚时隐匿变卖财产的处理。本章主要修改了以下内容：第一，调整了协议离婚的法定程序，增加了离婚冷静期制度。第二，增加了一种法定准予离婚的理由。第三，明确规定完成离婚登记，或者离婚判决书、调解书生效，即解除婚姻关系。第四，离婚共同财产分割时，新增了照顾无过错方的裁判原则。第五，将家务劳动补偿的适用范围扩大至任意夫妻财产制。第六，可请求离婚损害赔偿的情形增加“有其他重大过错”一项。

第一千零七十六条

夫妻双方自愿离婚的，应当签订书面离婚协议，并亲自到婚姻登记机关申请离婚登记。

离婚协议应当载明双方自愿离婚的意思表示和对子女抚养、财产以及债务处理等事项协商一致的意见。

本条主旨

本条是关于协议离婚的规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第三十一条，《婚姻登记条例》第十二条、

第十三条的基础上修改、补充而成。本条的修改主要体现在：将“男女”改为“夫妻”，以符合整编的语言体系；在双方自愿离婚的法定程序中，明确将签订书面离婚协议作为协议离婚的形式要件，并规定了离婚协议应载明的主要内容；明确要求双方应亲自到婚姻登记机关申请离婚登记。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人身自由、人本秩序和人文关怀等核心法理思想以及行为公示、契约维护等具体法理精神^[1]。

一、我国协议离婚制度的发展

协议离婚亦称自愿离婚、登记离婚，指婚姻关系当事人达成离婚合意并通过婚姻登记程序解除婚姻关系的法律制度。协议离婚在实践中因充分尊重当事人的意愿且申请程序简便，已成为我国主要的离婚方式。据统计，2018年全国依法办理离婚手续的当事人共有446.1万对，其中通过民政部门办理登记离婚的有381.2万对^[2]。

1950年《婚姻法》首次确立了我国的协议离婚制度。1955年颁行的《婚姻登记办法》通过明确离婚登记的具体程序，使该制度更加完善。1950年《婚姻法》规定协议离婚的条件为：（1）男女双方自愿离婚；（2）向区人民政府登记，领取离婚证。1955年《婚姻登记办法》规定办理离婚登记的机关，在城市为市辖区人民委员会和不设区的市人民委员会，在农村为区公所，没有区公所的是县人民委员会，并要求登记机关查明申请离婚的男女双方确系自愿并对于子女和财产问题确有适当处理时，就应当准予离婚，并发给离婚证。1950年《婚姻法》与1955年《婚姻登记办法》对协议离婚的规定，是新中国协议离婚制度的雏形，也是我国协议离婚制度发展的基石。

1980年《婚姻法》对于协议离婚的规定，吸收了1955年《婚姻登记办法》中规定的登记机关查明义务的内容，要求“婚姻登记机关查明双方确实是自愿并对子女和财产问题已有适当处理时，应即发给离婚证”。1986年《婚姻登记办法》和1994年《婚姻登记管理条例》对婚姻登记相关内容的规定做出了进一步细化和明确。1986年《婚姻登记办法》要求办理离婚登记的当事人，对子女抚养和财产处理达成协议，对子女抚养和财产处理未达成协议的，婚姻登记机关不予受理。1994年《婚姻登记管理条例》加强了登记机关的管理职权，申请协议离婚需要提供介绍信，要求登记机关对离婚申请进行实质审查，审查期为一个月。

2001年《婚姻法》修正案，基本沿用了1980年《婚姻法》的立法体例。2003年《婚姻登记条例》较1994年《婚姻登记管理条例》简化了婚姻登记程序，削弱了登记机关的管理职权，取消了登记机关一个月的审查期，对协议离婚当事人的主体资格、离婚的合意、离婚协议仅做形式审查。

2016年《婚姻登记工作规范》通过对婚姻登记机关工作细则提出要求，进一步对协议离婚程序进行了完善。该规范将登记程序分为初审、受理、审查、登记（发证）四个阶段：（1）初审，夫妻双方自愿向登记机关提出离婚申请，登记机关对符合形式要件的应用进行受理。（2）受理，分开询问当事人的离婚意愿以及对离婚协议内容的意愿，记录并签字。（3）审查，登记机关对当事人提交的证件及材料进行审查。（4）登记（发证），双方当事人均在场时，发给离婚证。

1950年《婚姻法》确定的我国的协议离婚制度，经历了半个多世纪的实践，在保障离婚自由和防止轻率离婚的指导原则下不断发展，积累了丰富的经验，其制度建设也日臻完善，成为我国离婚制度的重要组成部分。

二、协议离婚制度的含义与意义

从当事人的角度说，协议离婚是指夫妻双方在生存期间自愿解除婚姻关系；从法律的角度说，协议离婚是指法律承认并赋予这种离婚合意合法的效力。二者的结合构成了协议离婚制度^[3]。协议离婚制度的主要特征：第一是当事人双方在离婚以及子女和财产、债务问题上意愿一致，达成协议。第二是按照婚姻登记程序办理离婚登记，取得离婚证，即解除婚姻关系^[4]。

确立协议离婚制度有以下重要意义：

第一，确立协议离婚制度是婚姻自由原则的重要体现。婚姻自由不仅包括结婚的自由，亦包括离婚的自由。离婚不自由，必然引发更多、更持久的婚姻家庭纠纷乃至家庭暴力和争斗，甚至出现更多的婚内出轨、婚姻关系名存实亡的现象，这无疑会给社会秩序的稳定带来隐患。基于此，自然人是否享有婚姻自由权，不仅关系到婚姻关系是否稳定，而且关系到社会秩序是否稳定^[5]。法律赋予当事人独立自主地决定是否离婚的权利，并通过协议离婚制度为当事人自由解除婚姻关系提供了程序性的制度保障。

第二，协议离婚有利于婚姻当事人友好地分手，避免了法庭上相

互指责造成更深的敌对情绪，从而使当事人能够在没有外来压力的情况下平心静气地达成合乎双方意愿的协议^[6]。因此，这种离婚方式也被称为“文明的离婚”^[7]。

第三，协议离婚的程序简化并具有非公开性，且为无因离婚，无须陈述离婚的具体原因，有利于保护婚姻当事人的个人隐私，减轻当事人的心理负担，有利于当事人尽快从离婚挫折中走出，开始新的生活。

第四，协议离婚不仅要求双方当事人对解除婚姻关系达成合意，亦要求双方对子女抚养、财产分割以及债务清偿的安排达成协议，兼顾了个人自由与社会责任。

三、协议离婚的条件

为贯彻保障离婚自由、防止轻率离婚的基本原则要求，维护协议离婚的严肃性，《民法典》婚姻家庭编对双方自愿离婚的条件提出了较为严格的要求。其基本内容包括以下五个方面：

（一）协议离婚的当事人双方必须具有合法的配偶身份

解除婚姻关系的前提，是当事人之间存在合法有效的婚姻关系。因此，本条所称“夫妻双方”仅指其婚姻具有法律效力的夫妻双方，不包括非婚同居的男女。婚姻登记机关在办理离婚时，首先要审查双方的夫妻身份，凡是没有确定夫妻身份的有效证明的，婚姻登记机关不予受理^[8]。

（二）协议离婚的当事人双方必须具有完全的民事行为能力

一方或者双方当事人“属于无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的”，不得通过行政登记程序协议离婚^[9]。夫妻一方为无民事行为能力人或限制民事行为能力人的离婚，只能通过诉讼程序，由其法定代理人代理诉讼。这一规定不仅是协议离婚本身的必然要求，也是保护无民事行为能力、限制民事行为能力当事人的人身权利和财产权利的需要。

（三）协议离婚的当事人双方必须具有离婚的合意

本条规定的“夫妻双方自愿”，应包含两种合意的意思表示：一种

是夫妻双方就解除婚姻关系达成的合意，另一种是就婚姻关系存续期间的财产分割及子女的抚养问题达成的合意^[10]。同时，当事人双方各自的离婚意思表示必须是真实的而非虚假的，在解除身份关系的问题上必须是单一性的而不能是附条件的（如不得附加限制再婚的条件），其离婚决定是自主做出的而不能是受他方或第三者欺诈、胁迫或因重大误解而形成的^[11]。

（四）协议离婚的当事人双方应亲自到婚姻登记机关申请离婚登记

离婚行为具有强烈的人身性，只能由具有夫妻身份的当事人本人提出，任何第三人都不得代替一方或双方去登记离婚^[12]。本条规定协议离婚的双方当事人应亲自到婚姻登记机关申请离婚登记，其目的在于保证协议离婚确属当事人双方的真实意思表示，从程序角度防止轻率离婚，并要求婚姻登记机关尽到审查义务，规范协议离婚行为的法定程序。

（五）协议离婚的当事人双方应签订书面离婚协议

本条将“签订书面离婚协议”作为协议离婚的法定条件之一。2001年修订的《婚姻法》第三十一条未明确要求双方“签订书面离婚协议”，仅规定“婚姻登记机关查明双方确实是自愿并对子女和财产问题已有适当处理”。对离婚协议的相关规定出现在2003年的《婚姻登记条例》中。该条例第十一条规定，办理离婚登记时，应提交双方当事人共同签署的离婚协议书。本条吸收了《婚姻登记条例》将离婚协议书作为离婚登记法定要件的规定。本条规定当事人自愿离婚时“应当签订书面离婚协议”，其目的在于切实要求协议离婚当事人将自愿离婚的意思表示与对子女抚养、财产分割以及债务处理等事项协商一致的意见落实于书面。这条规定不仅有利于双方对于离婚更加谨慎，将防止轻率离婚的原则要求落到实处，同时也便于婚姻登记机关审查当事人双方离婚的自愿性以及协议内容的合理性与完整性。

典型案例

离婚协议的效力——莫某诉李某离婚纠纷案^[13]

【案情】

广东省怀集县人民法院一审查明，原告莫某与被告李某于2002年上半年经人介绍相识，2003年3月双方登记结婚，同年10

月21日生育一子李某序。婚后，原、被告的夫妻感情较好。2007年暑假，李某阻止莫某外出做家教，双方发生言语争执。之后，夫妻关系时好时坏。2010年5月，莫某草拟离婚协议一份交给李某。李某答应如果儿子由其抚养和夫妻关系存续期间购买的宅基地（使用权登记为原告，价值20万元）归其所有，愿意去办离婚手续。同年7月，原、被告双方到土地管理部门将原登记在莫某名下的（2006）第0036号土地使用证范围内的土地使用权全部变更在李某名下。但是，李某反悔，不同意离婚。同年8月初，莫某搬离家中在外租屋居住，并向法院提起诉讼，请求判决准许离婚，并分割共同财产。

【争议焦点】

本案一审的争议焦点是：原告莫某与被告李某草拟的离婚协议是否生效，变更后的财产是否仍是夫妻共同财产。

【裁判】

广东省怀集县人民法院一审认为，原告莫某与被告李某经人介绍相识并恋爱，双方经一段时间相互了解自愿登记结婚，双方具有较好的感情基础。婚后，原、被告在生活和工作上能相互扶持，双方建立了一定的夫妻感情；原、被告生育的儿子尚年幼，从双方诉讼中反映的情况看，现儿子非常需要父母的爱护，双方离婚，对儿子会造成伤害，因此，莫某主张离婚的诉讼请求，不予支持。

对于双方当事人是否达成离婚协议的问题。离婚协议是解除夫妻双方人身关系的协议，该协议是一种要式协议，必须经双方当事人签名确认才能生效，即双方在协议上签名是其成立的前提条件。否则，即使有证人在场见证，证明双方达成离婚合意，但由于一方没有在离婚协议上签名确认，在法律上该离婚协议也是没有成立的。原告莫某于2010年5月草拟离婚协议一份交给被告李某，虽然李某口头答应离婚，且双方履行了共同财产分割的部分，可以认定双方对离婚达成了合意，但是李某并没有在协议上签名，导致离婚协议欠缺合法成立的要件，且事后李某反悔不愿离婚，因此不能根据仅有一方签名的离婚协议判决双方离婚。

对于双方当事人在离婚前做出的财产处理的问题。本案离婚协议属于婚内离婚协议，所谓婚内离婚协议，是指夫妻双方在婚姻关系存续期间，以解除婚姻关系为基本目的，并就财产分割及子女抚养问题达成的协议。婚内离婚协议是以双方协议离婚为前

提，一方或者双方为了达到离婚的目的，可能在子女抚养、财产分割等方面做出有条件的让步。在双方未能在婚姻登记机关登记离婚的情况下，该协议没有生效，对双方当事人均不产生法律约束力，其中关于子女抚养、财产分割的约定，不能当然作为人民法院处理离婚案件的直接依据。原告莫某与被告李某在协议离婚过程中经双方协商对财产分割进行处理，是双方真实意思表示，并且已经进行了变更登记，但由于李某并未在离婚协议上签名，未满足离婚协议的成立要件，因此，该婚内离婚协议无效，即按该协议所进行的履行行为也可视为无效。虽然（2006）第0036号土地使用证范围内的土地使用权变更在李某名下，但该土地使用权还是莫某和李某婚姻关系存续期间的共同财产，与原来登记在莫某名下的性质是一样的。

综上，只要双方珍惜已建立的夫妻感情，慎重对待婚姻家庭问题，做到互相尊重、互相关心，夫妻是有和好可能的。据此，广东省怀集县人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百二十八条、《中华人民共和国婚姻法》第三十二条第二款的规定，于2010年12月2日判决：驳回原告莫某的离婚诉讼请求。案件受理费人民币150元，由原告莫某负担。一审判决后，原告莫某与被告李某均没有提起上诉，判决已经生效。

【典型意义】

离婚协议是双方当事人自愿离婚的意思表示以及对子女抚养、财产及债务处理等事项协商一致而达成的协议或者意见。离婚协议中有关财产处理的约定，是必须以当事人双方合意离婚为要式行为的协议，须经当事人双方在离婚协议上签字并正式办理离婚才能生效。因此，即便当事人双方基于离婚协议约定房产归当事人一方所有，且办理了产权变更登记，但如果双方最终没有离婚，财产协议不发生效力，已变更登记的房产仍然属于当事人双方的共同财产。

第一千零七十七条

自婚姻登记机关收到离婚登记申请之日起三十日内，任何一方不愿意离婚的，可以向婚姻登记机关撤回离婚登记申请。

前款规定期限届满后三十日内，双方应当亲自到婚姻登记机关申请发给离婚证；未申请的，视为撤回离婚登记申请。

本条主旨

本条是关于自愿离婚冷静期的规定。

相关条文

本条是对《婚姻法》第三十一条的补充，在自愿离婚的法定程序中增加了离婚冷静期的规定，明确自婚姻登记机关收到离婚登记申请之日起三十日内，任何一方不愿意离婚的，可以向婚姻登记机关撤回离婚登记申请。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人身自由、人本秩序和人文关怀的核心法理思想以及禁止权利滥用的具体法理精神[14]。

离婚冷静期制度的规定作为《民法典》婚姻家庭编的立法亮点，得到了社会各界的广泛关注。近年来，我国离婚率不断攀升，由此引发了一系列社会问题。民政部统计数据显示，从2003年起，我国离婚率已连续15年上涨。2019年前三季度全国登记离婚达310.4万对，比上一年同期多出20.5万对[15]。为减少轻率离婚、冲动离婚的现象，维护婚姻家庭稳定，《民法典》婚姻家庭编设置了离婚冷静期制度，明确自婚姻登记机关收到离婚登记申请之日起三十日内，任何一方不愿意离婚的，可以向婚姻登记机关撤回离婚登记申请。冷静期限届满后，双方应当亲自到婚姻登记机关申请发给离婚证，未申请的，视为撤回离婚登记申请。

《民法典》婚姻家庭编第一千零七十七条所确立的离婚冷静期制度，是指在坚持离婚自由原则的前提下，婚姻双方当事人申请自愿离婚时，在向婚姻登记机关提出离婚登记申请后的一定期限内，任何一方均可撤回离婚申请，期限届满后方可由双方亲自到婚姻登记机关申请发给离婚证。在理解离婚冷静期制度时应明确以下几点：

第一，设置离婚冷静期制度的前提是遵守婚姻自由原则。作为婚姻自由原则应有之义的离婚自由不是绝对自由，而是相对自由，是法定范围内的自由。婚姻关系与一般的社会关系不同，一方面，它是一种相当重要的身份关系，其深度与广度是其他社会关系无法比拟的，它的建立和解除对个人、家庭和社会都会产生很大的影响[16]。另一方面，婚姻关系也是人伦关系，该关系以维护家庭成员内部的生活秩序、保持家庭关系的和谐稳定为首要目标。人伦正义是民法的人文精

神和公平正义的体现，是社会主义核心价值观的重要内容^[17]。《婚姻法》规定的协议离婚手续过于简单，易造成轻率任意的离婚。事实上，有许多婚姻，客观上未完全破裂，只因当事人的意气用事，即行离异^[18]。法律保障离婚自由，但同时防止轻率离婚，《民法典》婚姻家庭编规定的离婚冷静期，不是限制婚姻当事人的离婚自由，而是充分尊重当事人的意思，在离婚两愿的前提下，给出适当的时间让其冷静思考，避免当事人因一时冲动而草率离婚^[19]。在自愿离婚的前提下，离婚冷静期制度有利于减少冲动离婚与草率离婚的情形，该制度并未对协议离婚的实质要件增设限制，最终离婚与否的选择权依旧在婚姻当事人的手中，因此该制度并非干涉或限制当事人的离婚自由。

第二，离婚冷静期不是离婚审查期。我国1994年颁布的《婚姻登记管理条例》规定了离婚审查期^[20]。离婚审查期与离婚冷静期不同：（1）审查形式不同。离婚审查期是婚姻登记机关对当事人的离婚申请进行实质审查的期限，而离婚冷静期制度中婚姻登记机关对离婚申请依法实施形式审查。（2）期间性质不同。离婚审查期是婚姻登记机关审查工作的期间限制，“自受理申请之日起一个月内”是一个最长时限，而离婚冷静期的三十日是一个不变期间。（3）立法目的不同。规定于行政法规中的离婚审查期制度，其目的主要是规范作为行政机关的婚姻登记机关实施具体行政行为的效率，通过规定审查的法定时限，避免行政机关审查拖沓。离婚冷静期制度作为协议离婚制度的重要组成部分，其设立目的就是让婚姻当事人双方冷静思考，妥善抉择。

第三，离婚冷静期制度仅适用于通过行政登记办理的协议离婚，不适用于诉讼离婚。离婚冷静期制度的目的在于给双方当事人一个“情绪冷却期”，减少因一时冲动而草率离婚的情形，可尝试挽救婚姻基础关系先天不足的“闪婚”。现实中的冲动离婚不乏缘于男女双方因冲动结婚而欠缺相互理解与包容^[21]。然而，当双方就是否离婚或者离婚后的子女抚养和财产分配以及债务清偿等问题无法达成合意时，离婚须通过诉讼的方式解决。

第四，离婚冷静期制度关注离婚时弱势群体的利益保护。草率离婚不仅意味着轻率做出解除婚姻关系的决定，也包括对子女抚养和财产分配以及债务清偿等问题的草率处理。在草率离婚的情形中，离婚弱势一方以及子女的利益无法被充分考虑，离婚妇女及其抚养的子女生活贫困化是一个具有世界意义的普遍问题^[22]，离异家庭子女的心理问题也越来越得到社会各界的关注。在家庭面临破裂危机时，给予婚姻双方当事人一个“情绪缓冲期”，将个人情绪的宣泄淡化并转移到

对子女抚养及弱势一方未来生活安排的关切中，是具有重大社会意义的。

第五，离婚冷静期制度确立家庭价值崇高性^[23]。离婚冷静期制度作为婚姻解除前的最后一道防线，是宪法保护婚姻、家庭的民法表达。家庭是社会的细胞，是以孝求忠的德治主义思想的现实框架，是家国同构的家国关系原始前提。因此，在婚姻家庭法律制度领域，过分强调个人的自由散漫与随心所欲，是个人利益对于家庭利益的价值冲击，是与传统文化不相符合的。《民法典》婚姻家庭编对2001年修订的《婚姻法》和《婚姻登记条例》制定的协议离婚制度进行全面升级，通过新增协议离婚冷静期制度，确立了家庭价值的崇高性。

离婚冷静期制度的设立，并非我国独有，许多国家的相关立法已有长期的立法经验。《法国民法典》中规定：双方坚持离婚意愿时，应在3个月的考虑期限之后重新提出离婚申请，考虑期限届满后6个月内未提出离婚申请，原申请无效^[24]。《俄罗斯联邦家庭法典》中要求：婚姻当事人从提交离婚申请之日起满1个月，户籍登记机关办理离婚并发给离婚证明^[25]。《韩国民法典》也规定了协议离婚期间的“熟虑期”制度：有子女的夫妻离婚，熟虑时间为3个月；无子女则为1个月^[26]。《英国家庭法》规定了反省与考虑期的配套措施^[27]：做出婚姻关系破裂的声明后，当事人双方必须通过9个月的反省与考虑期来挽救婚姻或考虑对未来的安排^[28]。

第一千零七十八条

婚姻登记机关查明双方确实是自愿离婚，并已经对子女抚养、财产以及债务处理等事项协商一致的，予以登记，发给离婚证。

本条主旨

本条是关于协议离婚法定程序的规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第三十一条的基础上修改而成，该条规定：“……婚姻登记机关查明双方确实是自愿并对子女和财产问题已有适当处理时，发给离婚证。”本条的修改主要体现在：将审查机关需要查明的事项从简单的自愿性、子女和财产问题，拓展为主体的自愿性、子女抚养、财产及债务处理等事项，使之与第一千零七十六条规定的离婚协议应载明的内容相对应。本条内容的修改顺应法典内的

逻辑统一性，从当事人角度，使协议离婚的程序更为明确，从审查机关角度，使审查程序更具可操作性。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人身自由、人本秩序、人文关怀等核心法理思想和权利法定、行为公示、契约维护等具体法理精神^[29]。本条在《婚姻法》第三十一条的基础上，对协议离婚的程序进行补充，明确婚姻登记机关应查明义务的内容，即应查明离婚双方自愿离婚且对子女抚养、财产、债务等事项已协商一致。婚姻登记机关对于符合法定条件的离婚申请予以登记，为当事人发放离婚证。

一、协议离婚的登记机关

2003年《婚姻登记条例》第二条规定：内地居民办理婚姻登记的机关是县级人民政府民政部门或者乡（镇）人民政府，省、自治区、直辖市人民政府可以按照便民原则确定农村居民办理婚姻登记的具体机关。中国公民同外国人，内地居民同香港特别行政区居民、澳门特别行政区居民、台湾地区居民、华侨办理婚姻登记的机关是省、自治区、直辖市人民政府民政部门或者省、自治区、直辖市人民政府民政部门确定的机关。离婚登记按地域进行管辖。当事人协议离婚的，须到一方户口所在地的婚姻登记机关申请离婚登记。婚姻登记机关的婚姻登记员应当接受婚姻登记业务培训，经考核合格，方可从事婚姻登记工作。婚姻登记机关办理婚姻登记，除按收费标准向当事人收取工本费外，不得收取其他费用或者附加其他义务。

二、协议离婚的具体程序

本编第一千零七十六条、第一千零七十七条以及第一千零七十八条的规定，构成协议离婚的完整程序。

（一）申请受理

根据第一千零七十六条的规定，当事人双方必须亲自到婚姻登记机关申请离婚登记。离婚是重大的身份行为，不得委托他人代理。

《婚姻登记条例》进一步细化了申请程序：申请时，婚姻当事人双方应持本人的户口簿、身份证，本人的结婚证和离婚协议书。离婚协议书须由双方当事人签字或盖章，应当写明双方当事人自愿离婚的意思表示和对子女抚养、财产及债务处理等协商一致的意见^[30]。当事人

未持有离婚协议的、一方或双方明显不具备完全民事行为能力的以及其结婚登记不是在中国内地办理的，婚姻登记机关对其离婚登记申请不予受理。

（二）离婚冷静期

婚姻登记机关收到当事人的离婚登记申请后，并不当场审查和发证，而是进入第一千零七十七条规定的离婚冷静期程序。自婚姻登记机关收到离婚登记申请之日起三十日内，任何一方不愿意离婚的，可以向婚姻登记机关撤回离婚登记申请。离婚冷静期不是离婚审查期，其间婚姻登记机关不对当事人的申请做任何实质或形式的审查，婚姻登记机关需要做的只是记录申请离婚登记的时间，确认冷静期的时长。同时，在冷静期内若任何一方当事人来撤回离婚登记申请，婚姻登记机关应办理申请撤回手续。

（三）审查登记

在法定的冷静期届满后三十日内，若双方仍坚持解除婚姻关系的合意，应亲自到婚姻登记机关申请发给离婚证，根据本条的规定，协议离婚进入婚姻登记机关的审查程序。婚姻登记机关应对双方当事人的离婚登记申请依法进行审查，审查内容包括当事人身份与证件的真实性，离婚是否自愿，离婚协议是否对子女抚养、财产以及债务处理等事项做出协商一致的安排。《婚姻登记工作规范》还要求婚姻登记员分开询问当事人的离婚意愿以及对离婚协议内容的意愿^[31]。婚姻登记机关查明双方确实是自愿离婚，并已对子女抚养、财产及债务处理等事项协商一致的，予以登记，发给离婚证。

此后，如离婚证遗失或者损毁，当事人可以持户口簿、身份证向原办理婚姻登记的机关或者一方当事人常住户口所在地的婚姻登记机关申请补领。婚姻登记机关对当事人的婚姻登记档案进行查证，确认属实的，应当为当事人补发离婚证。

三、协议离婚后的相关问题处理

（一）一方对解除婚姻关系反悔

夫妻双方自愿离婚，经合法程序在婚姻登记机关办理了离婚登记并领取了离婚证的，其婚姻关系正式解除。离婚后，一方对解除婚姻

关系反悔，在原婚姻登记机关未撤销离婚登记的情况下，向人民法院提起诉讼的，人民法院不应受理。因婚姻登记机关和人民法院既无隶属关系，性质和职责范围又不同，人民法院对于婚姻登记机关做出的发生法律效力离婚登记应当予以尊重^[32]。

（二）不履行离婚协议的情形

离婚协议在登记离婚生效后即发生法律效力，当事人一方不按照离婚协议履行应尽义务的，另一方可以就离婚协议中财产分割的条款，向人民法院提起诉讼。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第八条规定：“离婚协议中关于财产分割的条款或者当事人因离婚就财产分割达成的协议，对男女双方具有法律约束力。当事人因履行上述财产分割协议发生纠纷提起诉讼的，人民法院应当受理。”

（三）对子女抚养、财产或债务的安排反悔

双方经婚姻登记机关办理协议离婚后，对子女抚养、财产或者债务问题反悔而发生纠纷，应在有效期限内提请人民法院处理。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第九条规定：“男女双方协议离婚后一年内就财产分割问题反悔，请求变更或者撤销财产分割协议的，人民法院应当受理。人民法院受理后，未发现订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形的，应当依法驳回当事人的诉讼请求。”

典型案例

离婚协议的效力——张某诉南京市玄武区民政局离婚登记案^[33]

【案情】

被告南京市玄武区民政局于2003年12月9日，以离婚登记申请人封某、张某提交的证件齐全为由，同意为其办理了离婚登记，发出苏宁玄字第865号离婚证，并在封某、张某的结婚证上加盖了“双方已离婚，证件已作废”的印章。

原告张某诉称：2005年5月8日，原告与封某的离婚诉讼一案在玄武区人民法院开庭，在庭审中原告得知，封某在原告未到场且不知情的情况下，私自到玄武区民政局办理了离婚手续，并

领取了离婚证，离婚证号为苏宁玄字第865号，时间为2003年12月9日。而原告当时在国外未曾回国，故请求撤销苏宁玄字第865号离婚证。

被告辩称：原告张某与封某于1997年7月登记结婚。2003年12月9日双方持结婚证、身份证及户口簿等证件的原件，按照《婚姻登记条例》的有关规定，向登记机关申请离婚。登记机关在审查了张某、封某的申请离婚登记申明书、离婚协议书和有关证件的真实性后，依法批准了当事人的离婚申请，并于当日向他们发放了离婚证。现张某以离婚时的“女方”不是自己为由，向法院起诉登记机关，要求撤销离婚登记。由于没有其他证据予以佐证，现在不能确认申请离婚时的当事女方不是张某本人这一事实。如果登记有误，相关的法律责任完全应当由婚姻当事人自己承担。

第三人封某诉称：2003年12月9日张某在国外没有回来，我到民政局办理了离婚手续，当时张某没有到场，民政局也批下来了，现认为离婚登记应当予以撤销。

【争议焦点】

办理离婚登记时，在一方未在场的情况下另一方持伪造的离婚协议申请离婚登记，民政局做出批准离婚申请发给离婚证的决定，未到场的一方以此申请确认离婚登记无效的，人民法院是否应支持？

【裁判】

南京市玄武区人民法院根据上述事实 and 证据认为：根据《中华人民共和国婚姻法》第三十一条的规定，男女双方自愿离婚的，准予离婚。双方必须到婚姻登记机关申请离婚。婚姻登记机关查明双方确实是自愿并对子女和财产问题已有适当处理时，发给离婚证。被告区民政局为辖区内的婚姻登记机关，原告与第三人为离婚登记的男女双方当事人。《婚姻登记条例》第十二条规定，办理离婚登记的当事人有下列情形之一的，婚姻登记机关不予受理，其中第（一）项规定：未达成离婚协议的。

根据庭审查明的事实，法院确认被告区民政局存档的“离婚协议书”上女方签名不是原告张某本人所签，因此，该“离婚协议书”不能作为确认原告与第三人达成离婚协议的证据。另依据司法鉴定得出的结论和原告、第三人的陈述，可以认定，2003年

12月9日原告张某未能与第三人封某共同到被告区民政局申请办理离婚登记。在此情况下，被告予以受理，并办理了原告张某与第三人封某的离婚登记，发出离婚证，不符合《中华人民共和国婚姻法》第三十一条的规定，也不符合《婚姻登记条例》第十二条第（一）项、第十三条的规定。被告办理的离婚登记和发出的苏宁玄字第865号离婚证无效。

南京市玄武区人民法院依据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十七条第二款第（三）项的规定，判决如下：确认被告南京市玄武区民政局于2003年12月9日办理的离婚登记和发出的苏宁玄字第865号离婚证无效。本案案件受理费100元，鉴定费用1100元，合计1200元，由被告负担100元，第三人负担1100元。

【典型意义】

夫妻双方自愿离婚并已对子女抚养和财产、债务问题达成协议的，双方必须到婚姻登记机关申请离婚登记。婚姻登记机关查明上述事实后，准予离婚并发给离婚证。《婚姻登记条例》第十二条规定，办理离婚登记的当事人未达成离婚协议的，婚姻登记机关不予受理。因此，当事人在申请离婚登记时，应符合两个条件：第一，当事人双方均应到场。第二，双方当事人对子女抚养和财产、债务问题已达成一致协议。在此条件下婚姻登记机关应准予离婚。如果一方未到场，另一方持伪造的离婚协议申请离婚的，婚姻登记机关不应做出离婚登记；违法登记的，未到场的当事人有权申请确认离婚登记行为无效，人民法院应当支持其诉讼请求。

第一千零七十九条

夫妻一方要求离婚的，可以由有关组织进行调解或者直接向人民法院提起离婚诉讼。

人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如果感情确已破裂，调解无效的，应当准予离婚。

有下列情形之一的，调解无效的，应当准予离婚：

（一）重婚或者与他人同居；

- (二) 实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员；
- (三) 有赌博、吸毒等恶习屡教不改；
- (四) 因感情不和分居满二年；
- (五) 其他导致夫妻感情破裂的情形。

一方被宣告失踪，另一方提起离婚诉讼的，应当准予离婚。

经人民法院判决不准离婚后，双方又分居满一年，一方再次提起离婚诉讼的，应当准予离婚。

本条主旨

本条是关于离婚的诉讼外调解和诉讼离婚的规定。

相关条文

本条整合了《婚姻法》第三十二条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第一条、第二条、第九条、第二十二条，《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》，《最高人民法院关于一般公民夫妇间一方没有音讯另一方申请离婚的处理问题的批复》，《最高人民法院关于人民群众夫妇间因一方下落不明，另一方坚持要求离婚问题的批复》的相关内容。本条的修改主要体现在：将“男女”改为“夫妻”，以符合整编的语言体系；将诉讼前调解的主体由“有关部门”改为“有关组织”；吸收了《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》第7条的规定，将“经人民法院判决不准离婚后，双方又分居满一年，一方再次提起离婚诉讼的”列为准予离婚的法定情形。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人身自由、人格尊严、人本秩序、人文关怀等核心法理思想，以及权利法定、契约维护、行为公示、禁止权利滥用和公序良俗等具体法理精神[34]。

一、诉讼离婚的本质与特征

诉讼离婚是指夫妻不能就离婚问题达成合意，或虽就离婚问题达

成合意但对子女抚养、财产分割及债务处理等法定必要事项不能达成合意时，夫或妻基于一定原因向法院请求离婚，而法院通过诉讼程序，调解离婚，或认为有理由时以判决解除其婚姻关系^[35]。各国因立法传统、婚姻观念、社会背景的不同，在诉讼离婚制度的设立方面多有差别。在管辖方面，有的由普通法院管辖，有的由民事法院管辖，有的则由专门的家庭法院管辖。从适用的范围看，在实行单一诉讼离婚制度的国家，不论是合意的还是片意的离婚一律要经过裁判程序，而在兼采协议离婚制度的国家，诉讼离婚只适用于当事人双方有争议的离婚纠纷。从法院裁判离婚的法律原则看，则有过错原则、破裂原则、目的原则等^[36]。

诉讼离婚制度具有以下特征：

第一，诉讼离婚是夫妻双方对解除婚姻关系有争议的离婚。对于没有争议的两愿离婚可以通过协议离婚的方式完成，有争议时才需要求助诉讼程序解决。双方的争议既包括对是否解除婚姻关系的争议，亦包括对子女抚养、财产分割或债务清偿安排的协商无法达成一致。

第二，诉讼离婚中，人民法院对争议处理起主导作用。当事人诉请离婚的，人民法院须进行能动的查证与裁决，而不是被动的认可和批准，人民法院应当对当事人提出的离婚请求和理由进行审查，是否准予离婚取决于人民法院的依法裁量。人民法院既可以判决准予离婚，也可以依法驳回当事人的请求。人民法院依法做出的调解和判决，在发生法律效力后，即具有强制执行力。如果一方当事人不履行调解书和判决书中所确定的义务，人民法院可依另一方当事人的申请予以强制执行^[37]。

第三，诉讼离婚应遵循法定的裁判原则。人民法院裁判时必须严格执行法律规定的离婚条件。人民法院审理诉讼离婚案件时，必须按照法律要求查明当事人诉请离婚的理由、双方的感情现状、是否有和好的可能，并且对离婚的后果，如子女抚养、财产分割、债务清偿等问题做出全面的审查、必要的诉讼调解与最终的裁判。

二、诉讼离婚的程序

《民法典》婚姻家庭编第一千零七十九条第一款和第二款规定：“夫妻一方要求离婚的，可以由有关组织进行调解或者直接向人民法院提起离婚诉讼。人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如果感情确已破裂，调解无效的，应当准予离婚。”依照上述规定，一方要求离婚的程序分为两部分：第一，诉讼外调解程序；第二，诉讼离婚的具体程序。

（一）关于诉讼外调解

本条规定的诉讼外调解，是诉讼外的民间调解，指夫妻一方要求离婚的，可以先经过有关组织进行调解的程序。关于“有关组织进行调解”，应当明确以下三点：

第一，本条所规定的调解是诉讼外的民间调解。“有关组织”在实践中通常指当事人所在单位、群众团体、居民委员会或村民委员会、基层调解组织、法律服务机构等。由这些组织主持的调解，有别于司法调解。诉讼外调解不属于诉讼离婚程序，为了法条表述的逻辑性以及简洁性，在此处一并加以说明。

第二，对离婚纠纷进行诉讼外调解，比较符合我国民间关于家事纠纷通过调停解决的优良传统习惯。以这种方式介入婚姻纠纷，可以使当事人少伤和气，符合当事人的心理，易为当事人所接受^[38]。相关组织对各类家事纠纷的处理往往有较丰富的经验，容易抓住矛盾重点进行说服教育和疏导工作，从而更易于化解纠纷，防止矛盾激化，在良好的气氛中有效、妥善、及时地解决家事争端，增强团结，减少涉讼离婚案件。

第三，我国法律规定的离婚诉讼外调解，并不是法定的离婚诉讼前置性调解程序。有关组织应当坚持自愿、合法的原则，不得强制或变相强制当事人达成某项协议，也不得阻止或妨碍当事人就离婚问题向人民法院提起诉讼。我国法律规定的离婚诉讼外调解，无论在实体法上还是在程序法上都是任意性规范，不是离婚的必经法定程序。当事人可以寻求和接受这种调解，也可以直接向人民法院起诉；当事人即使接受了调解仍有权随时要求终止。该种调解的结果并无行政法上的或民事法律上的约束力，任何人或组织均不得强制执行。

（二）诉讼离婚的具体程序

1. 管辖

根据我国《民事诉讼法》和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》的规定，离婚诉讼原则上应由被告住所地人民法院管辖；被告离开住所地超过一年的，由原告住所地人民法院管辖；双方离开住所地超过一年的，由被告经常居住地人民法院管辖，没有经常居住地的，由原告起诉时居住地的人民法院管辖；被告不在中华人民共和国领域内居住、下落不明或者宣告失踪、

被监禁的，由原告住所地或者经常居住地人民法院管辖；非军人对非文职军人提起离婚诉讼的，由原告住所地人民法院管辖；双方当事人都是军人的，由被告住所地或者被告所在的团级以上单位驻地的人民法院管辖；中国公民双方在国外但未定居，一方向人民法院起诉离婚的，由原告或者被告原住所地的人民法院管辖^[39]。

2. 调解

本条第二款前段规定：“人民法院审理离婚案件，应当进行调解”。这表明调解活动是人民法院审理离婚案件的必经程序。但人民法院进行调解应当以当事人可以调解为前提，当事人确因特殊情况无法出庭参加调解的，除本人不能表达意志的以外，应当出具书面意见。

人民法院对离婚案件进行调解时，应贯彻自愿原则与合法原则。首先，对于离婚案件的调解，虽然人民法院起主导作用，且是在审判人员的主持下进行，但应坚持自愿原则。当事人是否可以达成离婚或者不离婚的协议以及当事人达成协议的具体内容，都应是建立在双方平等自愿协商的基础之上，人民法院应充分尊重当事人双方的自愿性与平等性，不能强迫当事人达成协议或者久调不决影响诉讼程序。其次，调解应坚持合法原则。人民法院必须严格遵守法定程序要求，接受审限的约束。对当事人经过调解所达成的离婚协议，只有在符合法律规定的情况下，人民法院才能认可与批准。

将调解作为人民法院审理离婚纠纷案件的必经程序，是基于离婚纠纷案件所具有的身份关系诉讼的特点。通过调解结案，有利于妥善解决当事人双方的矛盾，减轻与弥合精神创伤，妥善、合理地处理各种纷争。人民法院在诉讼内的调解，可能会出现三种结果：第一是双方和好。在这种情况下，人民法院应将和好协议的内容记入笔录，按撤诉处理。第二是双方达成全面的离婚协议。在这种情况下，人民法院应当制作调解书。离婚调解书经双方当事人签收后即具有法律效力。无民事行为能力人的法定代理人对方达成协议并要求发给判决书的，人民法院可根据协议内容制作判决书。第三是调解无效。在既不能达成和好的协议，又不能达成离婚的协议时，离婚诉讼继续进行。

3. 审理与判决

对于调解无效的离婚案件，人民法院应遵照以事实为根据、以法律为准绳的审判工作原则，依法作出判决。依照民事诉讼法的规定，

人民法院在审理离婚案件时，当事人申请不公开审理的，可以不公开审理，但应当一律公开宣告判决。人民法院可以依法判决离婚，也可以依法判决不准离婚。一审判决离婚的，人民法院在宣告判决时必须告知当事人在判决发生法律效力前不得另行结婚。当事人不服一审判决的，有权依法提起上诉。第二审人民法院审理上诉案件可以进行调解。经调解双方达成协议的，自调解书送达时起原审判决即视为撤销；第二审人民法院作出的判决是终审判决。凡判决不准离婚和调解和好的离婚案件，没有新情况、新理由，原告在6个月内又起诉的，人民法院不予受理。

三、诉讼离婚的条件

诉讼离婚的条件，也称法院判决离婚的原因，是当事人提请诉讼解除婚姻关系的依据和理由，也是法院判决是否准予离婚的标准和依据。

（一）历史发展

诉讼离婚的条件，是当事人是否可以通过诉讼程序解除婚姻关系的关键。这个条件的界限，关乎无数家庭的维系与破裂，是一个复杂又重大的问题。自新中国成立以来，人民法院在司法实践中一直对诉讼离婚的条件进行研究和总结，积累了许多宝贵的经验，为立法所确定的破裂主义原则打下了理论与实践的基础。

1950年6月《中央人民政府法制委员会有关婚姻法施行的若干问题与解答》中提出“有正当理由不能继续夫妻关系的，应作准予离婚的判决；否则也可作不准予离婚的判决”。显然，此时的立法解释是以“有正当理由不能继续夫妻关系的”作为人民法院判决准予离婚的法定条件。

1953年3月《中央人民政府法制委员会有关婚姻问题的解答》强调：“经调解无效而又确实不能继续维持夫妻关系的，应准予离婚。如经调解虽然无效，但事实证明他们双方并非到确实不能继续同居的程度，也可以不批准离婚。”此时的立法解释取消了“有正当理由”的规定，但仍以“不能继续维持夫妻关系的”或“确实不能继续同居的”作为判决准予当事人离婚的法定条件。

1979年2月2日《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律的意见》在重申原有的立法解释之后，又提出“如果经过一定时期的工作，事实证明夫妻关系确已破裂，不能恢复和好的，法院应做好坚持

不离一方和有关方面的工作，调解或者判决准予离婚。如果一方由于受虐待等重要原因，坚决要求离婚，夫妻关系确已破裂，无法恢复和好的，亦应调解或判决准予离婚”。最高人民法院在这一司法解释中，特别强调“夫妻关系确已破裂，无法恢复和好的”，应调解或判决准予离婚。

1980年《婚姻法》将“感情确已破裂”作为诉讼离婚的唯一实质性要件，实行单一的破裂主义原则，但并没有就具体的离婚理由做出规定。这种立法规定的内容非常概括，在司法实践中存在着弹性过大、难于操作的问题。为了统一司法尺度，给各级人民法院提供必要的依据，1989年《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》列举了可以视为感情破裂的13种情形，这虽然在一定程度上弥补了法条的不足，有利于避免法官任意，但是也存在明显的缺陷：第一，司法解释毕竟不是正式法律，只适用于审判活动，缺乏国家法律所应具有权威性。第二，它在理论上存在若干漏洞，所列举的13种情形并非都能归于“感情确已破裂”的范畴，如“一方有生理缺陷，或其他原因不能发生性行为，且难以治愈的”，以及“一方在夫妻共同生活期间患精神病，久治不愈的”等等，应属影响婚姻目的实现的客观事由，而“一方患有法定禁止结婚疾病的”和“一方欺骗对方，或者在结婚登记时弄虚作假，骗取《结婚证》的”，则属于婚姻无效或者可撤销的原因。同时，有学者在进行了充分的比较分析后指出，单一破裂主义的立法原则并不完全符合我国国情和法律传统^[40]。因此，经过2001年《婚姻法》的修正，诉讼离婚的实质性条件较之前的单一性标准，有了大幅度的修改和补充，其特点是在坚持实行破裂主义离婚原则的同时，增加了一方有法定过错的离婚理由，同时也有了目的主义的条款。因此，可以认为，我国现行法律关于判决准予离婚的条件，已经不再采用抽象的破裂主义，而是在一定程度上实行混合主义立法。这样的立法规定是符合客观规律和司法实践需要的，并为因一方过错导致离婚时的精神损害赔偿提供了法律上的根据^[41]。

（二）现行法律规定

《民法典》婚姻家庭编第一千零七十九条对诉讼离婚条件的规定，既有概括性的条款，又有列举性的条款。

1. 概括性条款

本条规定的概括性条款是：如果感情确已破裂，调解无效的，应

当准予离婚。

（1）感情确已破裂和调解无效的关系。

关于夫妻感情确已破裂和调解无效的关系，有学者认为，感情破裂是内在的原因，而调解无效是外在的表现，既然互为表里，就不存在孰轻孰重的问题。这种认识是不够准确的。实际上，这一法律条文是将实质要件和程序要件置于一律之中处理的，在规范的性质上存在着明显的区别。其中，“调解无效”只是程序上的要求，而“感情确已破裂”才是实质性条件。所谓“调解无效”，广义上应该包括调解和好无效和调解离婚无效两种可能。在许多情况下，调解无效并不意味着感情确已破裂，不一定表明婚姻关系无法继续维持，有可能为了未成年子女的利益双方愿意和好；而感情确已破裂也只能是调解和好无效，并不表现为调解离婚无效。可见，调解无效与夫妻感情确已破裂的含意并不相同，调解无效并不等于夫妻感情确已破裂，所以不应把调解无效作为夫妻感情确已破裂的依据或标志。

（2）如何判断夫妻感情是否确已破裂。

判断夫妻感情是否确已破裂，在处理离婚纠纷案件中是一个既非常关键又相当复杂的问题。早在1963年，《最高人民法院关于贯彻执行民事政策几个问题的意见》中就指出：“在处理离婚案件中，最主要最难掌握的问题是如何划清离与不离的基本原则界限问题。在这个问题上，我们认为，首先是从他们的婚姻基础（指自由结合还是包办）、婚后感情和离婚的原因，来查清夫妻关系是否还可以维持；其次要充分考虑子女的利益和社会的影响。”1979年《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律的意见》中又指出：“夫妻关系是否确已破裂和能否恢复和好，要看他们的婚姻基础、婚后感情、发生纠纷的原因和责任，以及夫妻关系的现状……审理具体案件，还要考虑子女的利益和社会影响。”1989年《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》中归纳指出：“判断夫妻感情是否确已破裂，应当从婚姻基础、婚后感情、离婚原因、夫妻关系的现状和有无和好的可能等方面综合分析。”

2.列举性条款

本条规定了可以认定夫妻感情确已破裂的七种情形：

第一，重婚或与他人同居。重婚或与他人同居，违背了夫妻应当互相忠实的法律要求，严重破坏了正常的夫妻关系。如果夫妻一方有

这两种行为之一，他方要求解除婚姻关系，经调解无效的，应准予离婚。

第二，实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员。家庭暴力、虐待和遗弃行为是我国法律所严格禁止的，构成犯罪的应当依法追究刑事责任。一方以他方有上述行为提出离婚调解无效的，人民法院应准予离婚。此处应注意，一方面要把握该类行为的程度，仅是偶尔实施且性质不严重，也未造成严重后果的，应当在批评教育加害人的同时，做好调解和好的工作。另一方面，《民法典》婚姻家庭编的此条规定并没有将家庭暴力、虐待和遗弃行为的受害人限定于配偶一方，应将其扩大解释为对任何家庭成员实施上述行为均可以作为判决准予离婚的理由。

第三，有赌博、吸毒等恶习屡教不改。赌博、吸毒既为法律严格禁止，又会导致严重危害婚姻家庭关系的后果。夫妻一方以他方有这些恶习且屡教不改为理由诉请离婚的，如调解无效，亦应予以支持。适用这条规定时也应注意两方面的问题：一方面，作为判决离婚的理由，一方有赌博、吸毒等行为应当已经形成“恶习”，即表现为是长期的、严重的，且属于“屡教不改”的。如果仅是偶尔的赌博、吸毒行为，或者经教育已经改正的，不能成为判决准予离婚的理由。另一方面，本项规定是一种例示性的规定。婚姻当事人有赌博、吸毒之外的其他屡教不改的恶习，致使夫妻感情确已破裂，调解无效的，也应判决准予离婚。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》曾特别指出，人民法院审理离婚案件，符合上述“应当准予离婚”情形的，不应当因当事人有过错而判决不准离婚。

第四，因感情不和分居满二年。许多大陆法系国家的法律，如法国民法、德国民法等均将夫妻分居达一定期间作为判断婚姻关系破裂的主要理由。我国《民法典》婚姻家庭编的本条规定确定了因感情不和分居满二年的，调解无效，应准予离婚。在适用本条法律规定时，应特别注意以下两点：一是双方当事人分居的原因只能是“感情不和”，而不包括出于其他原因，例如因生病住院或者长期派驻外地出差的分居。二是当事人分居的时间已满二年，即必须是二年以上连续不间断地分居。分居期间不得累加。夫妻因感情不和多次分居，但因暂时和好而恢复共同生活的，不能将前后几次的分居期间相加，而应从起诉离婚前的最后一次分居之日起连续不间断地满二年^[42]。符合上述条件，调解无效的，自可认为当事人的夫妻感情确已破裂，应准予离婚。

第五，有其他导致夫妻感情破裂的情形，且调解无效的，人民法院也可判决离婚。这是一条补充性的、富有弹性的兜底规定，除上述四种情况外，其他原因导致夫妻感情破裂的均可适用本规定。如一方患有严重的精神病，久治不愈的；一方被判处有期徒刑，或其违法犯罪行为严重伤害夫妻感情的；夫妻双方性格不合，难以共同生活的；双方性生活不协调的；等等。做出这样的规定，既有利于从实际出发，正确处理离婚案件，又给了法官一定的自由裁量权，使法官可以根据具体情况做出独立的判断。法官做出的判断极大地影响着当事人的权益和幸福，行使这种自由裁量权时应当慎之又慎。

第六，一方被宣告失踪。本条第四款规定：“一方被宣告失踪，另一方提起离婚诉讼的，应当准予离婚。”宣告死亡原则上能在私法领域产生与自然死亡同样的法律效力，即宣告死亡的法律效力之一就是导致当事人婚姻关系的终止；而宣告失踪的法律效力只是为被宣告者设置财产的代管人，当事人之间的婚姻关系并不因此而终止。但是，一方被宣告失踪的法定条件之一是下落不明二年以上，婚姻生活中止如此之长的时间，夫妻关系已经名存实亡，另一方提出离婚请求的，理应准许。

第七，经人民法院判决不准离婚后，双方又分居满一年。本条第五款的规定是《民法典》婚姻家庭编新增的条款，是法定判决离婚理由的新情形。在人民法院判决不准离婚后，双方又分居满一年，一方再次提起离婚诉讼时，应当准予离婚。对于本款应注意以下几点理解：第一，该情形的适用前提是法院已经有一次不准离婚的判决，这意味着双方当事人就离婚曾向法院提起诉讼，并经历了诉讼前调解、诉讼审理以及判决的过程；第二，原审过程中当事人双方的相关情况使得法院认为双方感情没有完全破裂，并期待双方重归于好；第三，前述不准离婚的判决并没有使双方重归于好，双方又分居满一年，一方再次提起离婚诉讼。在此种情形下，双方对于继续婚姻生活已无期待，属于感情确已破裂的情形，因此应当准予离婚。

典型案例

因吸毒恶习调解无效的离婚——马某与张某离婚纠纷上诉案^[43]

【案情】

原审判决认定：张某（被上诉人）与马某（上诉人）于2005年5月10日在庆阳市西峰区民政局登记结婚。2005年9月9日生一女孩，取名马某甲，现就读于庆阳市西峰区某小学。2007年9月15日生一男孩，取名马乙。在婚后共同生活中，双方常因家庭琐

事发生纠纷，且马某吸食毒品。张某于2013年10月8日提起离婚诉讼后，于2013年11月25日申请撤回起诉。马某因非法持有毒品罪羁押于庆阳市西峰区看守所，张某于2014年6月17日又以夫妻感情彻底破裂为由，提起离婚诉讼。

原审法院审理认为：张某、马某在婚后共同生活中，常因家庭琐事发生纠纷，且马某吸食毒品，更因犯非法持有毒品罪被判有期徒刑致使夫妻感情彻底破裂，故对张某提出的离婚诉讼请求，应予准许。女儿马某甲、儿子马乙年龄均未满18周岁，对于子女的抚养，应从有利于其身心健康、保障其合法权益出发，结合父母双方抚养能力和抚养条件等具体情况进行处理。因马某在看守所服刑，不便抚养照顾子女，为了孩子的健康成长，故婚生女马某甲、婚生子马乙由张某抚养较为适宜，抚养费由张某负担。遂依据《中华人民共和国婚姻法》第三十二条之规定，判决：（1）准予张某与马某离婚。（2）婚生女马某甲、婚生子马乙由张某抚养，抚养费由张某负担。案件受理费300元，由张某、马某各负担150元。

上诉人马某不服上述民事判决，上诉称：（1）一审法院对于二人是否符合离婚条件的问题认定事实不清，适用法律错误，作出准予上诉人与被上诉人离婚的判决不当。首先，一审法院认定上诉人与被上诉人夫妻感情确已破裂无相关证据证实。其次，被上诉人起诉离婚之时，上诉人尚在看守所服刑，开庭时尚有五十天刑满释放，一审法院没有给上诉人一个充分表达自己心愿和和好态度的机会，贸然作出准予离婚的判决错误。依据法律规定，离婚案件应当进行调解，在调解不能的情况下才能作出准予离婚的判决。被上诉人在无正当理由及证据证明的情况下，没有出庭参加诉讼，这对于案件事实的查明存在一定影响。法庭在看守所开庭审理过程中，也并未充分考虑上诉人意见，给予其充分的发言和答辩机会，程序上存在瑕疵。最后，上诉人曾经吸食毒品，后来涉及毒品犯罪，主要是因为交友不慎，误入歧途，才给被上诉人及家庭带来了莫大的伤害。经过十个月的服刑改造之后，上诉人已经深刻认识到了自己行为的过错，并深感愧疚。出狱后，上诉人决心洗心革面，重新把自己融入家庭和社会的角色之中，用实际行动来弥补自己对妻子、孩子、家人带来的伤害。（2）一审法院对孩子抚养权归属问题判决错误。被上诉人现在没有固定职业，经济收入不稳定，难以给孩子提供一定的物质生活保障。被上诉人还患有胆结石，难以全面尽到抚养、教育孩子的义务。而上诉人虽刚刑满释放，但是上诉人家中征地补偿获得了一大笔补偿款，经济能力较好，能够在经济上为抚养孩子提供

有利条件。被上诉人从2013年4月左右开始参与“传销”活动，变卖家庭财产，对家庭经济、上诉人及孩子的生活造成了严重的负面影响。上诉人现决心悔过，决定重归家庭，扮演好一名父亲的角色。一审法院将两个孩子的抚养权全部判归女方，除对上诉人造成伤害之外，还严重伤害了上诉人父母及其他近亲属的心。综合考虑上诉人与被上诉人的各方面情况，上诉人抚养孩子对于孩子成长更为有利，抚养费按规定由被上诉人与上诉人均担。

(3) 2008年，上诉人与被上诉人夫妻二人以价款104 000元在西峰区董志镇冯堡村购买院落一处，现价值约200 000元，请二审法院依据相关法律规定予以处理。上诉请求：(1) 请求二审法院依法改判不准予上诉人与被上诉人离婚；(2) 若被上诉人执意离婚，上诉人同意离婚并要求依法改判两个孩子由上诉人抚养，并要求被上诉人一次性支付抚养费人民币89 769.5元。

(3) 分割夫妻共同财产——西峰区董志镇冯堡村院落一处。

【裁判】

二审法院认为：关于上诉人马某请求改判不准予上诉人与被上诉人离婚的问题。人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如感情确已破裂，调解无效，应准予离婚。《中华人民共和国婚姻法》第三十二条第三款规定：“有下列情形之一的，调解无效的，应准予离婚：……(三)有赌博、吸毒等恶习屡教不改的；……”《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》规定：凡属下列情形之一的，视为夫妻感情确已破裂。一方坚决要求离婚，经调解无效，可依法判决准予离婚。其中第11项规定：“一方被依法判处长期徒刑，或其违法、犯罪行为严重伤害夫妻感情的。”上诉人马某吸毒且因非法持有毒品罪被判处刑罚，一审法院依据以上在案事实，认定上诉人马某与被上诉人张某感情确已破裂正确，且上诉人在一审庭审中明确表示不同意调解，故原审法院未经调解径行判决准予双方解除婚姻关系并无不妥。关于上诉人马某诉称一审时“被上诉人在无正当理由及证据证明的情况下，没有出庭参加诉讼，这对于案件事实的查明存在一定影响”的问题。一审时张某虽未出庭，但其委托代理人出庭参加诉讼，且向法庭提交了兰州大学第二医院疾病诊断证明书，证明其因病不能到庭参加诉讼。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十二条“离婚案件有诉讼代理人的，本人除不能表达意思的以外，仍应出庭；确因特殊情况无法出庭的，必须向人民法院提交书面意见”之规定，一审法院审判程序合法，上诉人马某诉称一审程序存在瑕疵的理由于法无据。关于子女抚养及探视权问题。《中华人民共和国婚姻法》及

《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》等均规定，子女抚养应从有利于子女身心健康、保障子女的合法权益出发，结合父母双方的抚养能力和抚养条件等具体情况妥善解决。上诉人马某因吸毒患有海洛因依赖症，有陕西省利民戒毒脱瘾治疗中心的出院证在卷为证，该出院证载明姓名“马某”、入院时主要诊断“海洛因依赖”、住院天数“4天”（2012年8月4日至2012年8月8日）、治疗效果“好转”。上诉人马某在二审时辩称并非其本人入院治疗，而是陪朋友韩某入院治疗，但未提供证据予以证实，且根据卫生部、公安部、司法部联合印发的《戒毒医疗服务管理暂行办法》第二十九条第二款“开展戒毒医疗服务的医疗机构应当要求戒毒人员提供真实信息”之规定，应认定该出院证上载明的住院人系马某本人。后上诉人马某于2013年11月11日因非法持有毒品被公安机关抓获，并于2014年3月4日以非法持有毒品罪被判处有期徒刑十个月，距戒毒出院约一年三个月，其仍未戒除毒瘾。此次刑满释放距本次上诉仅三个月有余，其是否彻底戒除毒瘾、海洛因依赖症是否痊愈尚无定论。上诉人马某称被上诉人张某涉嫌非法传销，不适宜抚养子女，但未提供证据证实。上诉人马某与被上诉人张某的婚生女马某甲、婚生子马乙均未成年，从有利于子女身心健康、保障子女的合法权益出发，马某甲、马乙均由被上诉人张某抚养更为适宜，一审法院对子女抚养判处适当。关于上诉人马某二审庭审时主张的原一审法院遗漏子女探视权问题。《中华人民共和国婚姻法》第三十八条第一款明确规定：“离婚后，不直接抚养子女的父或母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。”探视子女的权利属于法律明确规定的权利，不抚养子女的一方依法行使即可，原审法院未明示亦并无不妥。关于上诉人马某上诉请求增加分割夫妻共同财产——西峰区董志镇冯堡村院落一处的问题。上诉人马某一一审庭审接受法庭询问时明确回答“没有什么夫妻共同财产”，即使的确存在夫妻共同财产，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第十三条“民事诉讼应当遵循诚实信用原则”之规定，上诉人马某违反诚信原则，不如实回答法庭询问造成的不利后果应由其本人承担。二审期间，上诉人马某亦未能提供新证据证明原审就已查明的事实存在遗漏夫妻共同财产的于法不符之处，原审在已查明事实基础之上，所作的判处未涉及财产分割符合法律规定，与法不悖。同时本院综观全案，一审中当事人均未提及该财产的分割，故上诉人马某二审期间提出分割该财产属于新的诉请，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第184条的规定，“在第二审程序中，原审被告增加独立的诉讼请求或原审被告提出反诉的，第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则就新增加的诉讼请求或反诉进

行调解，调解不成的，告知当事人另行起诉”。现因被上诉人张某某经合法传唤未到庭，调解工作无法进行，由此本院认为可在其证据完备后另行诉讼主张，以保护双方的诉讼权利。综上所述，原审认定事实清楚，审判程序合法，判处并无不当。故依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项、第一百七十五条之规定，判决如下：驳回上诉，维持原判。二审案件受理费300元，由上诉人马某负担。本判决为终审判决。

【典型意义】

在离婚纠纷中，并非一方有吸毒行为，另一方起诉就一定能离婚。吸毒一方屡教不改，一贯不履行家庭义务，因吸毒给家庭造成重大负面影响，另一方对其改过自新已丧失信心，夫妻难以共同生活，确无和好可能的，对方坚持起诉离婚，人民法院经调解无效，应准予离婚。

第一千零八十条

完成离婚登记，或者离婚判决书、调解书生效，即解除婚姻关系。

本条主旨

本条是关于解除婚姻关系的形式要件的规定。

相关条文

本条是《民法典》婚姻家庭编的新增条文，《婚姻法》未对解除婚姻关系的形式要件做统一规定。本条对协议离婚与诉讼离婚两种情形下解除婚姻关系的形式要件做了总结性规定：完成离婚登记，或者离婚判决书、调解书生效，即解除婚姻关系。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人本秩序的核心法理思想和行为公示的具体法理精神^[44]。

离婚是夫妻双方在生存期间依法解除婚姻关系的法律行为，离婚后，夫妻之间的身份关系与财产关系均归于消灭。例如，离婚后双方各自获得再婚的自由，夫妻间共同财产关系终止，夫妻间相互扶养的义务消灭。《民法典》婚姻家庭编第一千零七十六条、第一千零七十

七条、第一千零七十八条规定了协议离婚的法定条件与程序，第一千零七十九条规定了诉讼离婚的法定条件与程序，较为全面地体现了我国离婚制度的法定条件与程序，第一千零八十条作为总结性条文，明确完成离婚登记，或者离婚判决书、调解书生效，即解除婚姻关系，具有体现制度完整性的实质意义与形式意义。

第一千零八十一条

现役军人的配偶要求离婚，应当征得军人同意，但是军人一方有重大过错的除外。

本条主旨

本条是关于现役军人离婚的特别规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第三十三条的基础上修改而成，该条规定：“现役军人的配偶要求离婚，须得军人同意，但军人一方有重大过错的除外。”本条将“须得”改为“应当征得”，有法典用语统一的形式意义。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人本秩序、人伦正义等核心法理思想和禁止权利滥用等具体法理精神[45]。

一、历史发展

对现役军人的婚姻予以特殊保护，是我国婚姻立法的传统。对军婚实行特殊保护的制度，起源于土地革命战争时期的红色革命根据地。当时由于婚姻自由理念的兴起，整个社会的婚姻制度、婚姻观念都受到了极大的冲击。为了不散失战斗中革命军人的军心，维护红军队伍的稳定和战斗力，中国共产党领导下的红色政权先后制定了一系列关于婚姻家庭的法律、条例、草案，均对军婚实行特殊保护。例如，1931年11月公布的《中国工农红军优待条例》第十八条规定：“凡红军在服务期间，其妻离婚，必先得本人同意，如未得同意，政府得禁止之。”1934年4月8日中华苏维埃共和国中央执行委员会颁布的《中华苏维埃共和国婚姻法》也明确保护红军战士的婚姻，规定红军战士之妻要求离婚须得其夫同意。全面抗日战争时期，在

《晋察冀边区婚姻条例草案》《陕甘宁边区抗属离婚处理办法》等法律中都有类似规定。

（一）1950年《婚姻法》的规定

1950年《婚姻法》结合革命根据地的经验与新中国成立后的实际情况，对革命军人家属的离婚问题做了特别规定。该法第十九条规定：“现役革命军人与家庭有通讯关系的，其配偶提出离婚，须得革命军人的同意。自本法公布之日起，如革命军人与家庭两年无通讯关系，其配偶要求离婚，得准予离婚。在本法公布前，如革命军人与家庭已有两年以上无通讯关系，而在本法公布后，又与家庭有一年无通讯关系，其配偶要求离婚，也得准予离婚。”

1950年4月，中央人民政府法制委员会负责人在关于《婚姻法》的起草报告中对这条规定做了如下说明：这是为了使现役革命军人在前方安心杀敌的规定。……过去各解放区实行的婚姻条例中关于这类的规定，都收到了安定前方军心，保证后方动员，以争取解放战争胜利的重大成果。同时也表现了革命军人的配偶，正如现役军人一样，能够牺牲个人的暂时的利益去服从民族、社会和国家的公共的永久的利益。……《中华人民共和国婚姻法》做这种规定，更会得到一切革命军人的配偶和整个社会的同情的。

（二）1980年《婚姻法》的规定

1980年《婚姻法》第二十六条规定：“现役军人的配偶要求离婚，须得军人同意。”由于和平环境下通信条件便利，该条没有再规定多年不通信的离婚问题。关于现役军人提出离婚，按照1980年12月29日发布的《中国人民解放军总政治部关于军人贯彻执行〈中华人民共和国婚姻法〉的暂行规定》，现役军人提出离婚，应持严肃慎重的态度，要不违反法令，不败坏道德。申请离婚者须经所在单位团以上政治机关同意，并出具证明，方可到地方婚姻登记机关登记离婚，或向人民法院提出离婚诉讼。

（三）2001年《婚姻法》修正案的规定

2001年修订的《婚姻法》第三十三条规定：“现役军人的配偶要求离婚，须得军人同意，但军人一方有重大过错的除外。”该条中的但书，即“但军人一方有重大过错的除外”是2001年修订的《婚姻法》

新增加的规定。法律在保护现役军人的婚姻权利的同时，也注意对非军人一方的婚姻权利的保护，这体现了权利义务的一致性。当现役军人有重大过错且导致夫妻感情破裂时，其配偶要求离婚，可以不必征得军人的同意。所谓“重大过错”，应包括：（1）现役军人重婚或与他人同居的；（2）现役军人实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；（3）现役军人有赌博、吸毒等恶习屡教不改的。

二、现行规定

本条规定：“现役军人的配偶要求离婚，应当征得军人同意，但是军人一方有重大过错的除外。”本条的立法主旨与2001年修改的《婚姻法》第三十三条一致。对于本条的理解与适用，应明确以下几点：

第一，本条规定的现役军人，指正在中国人民解放军和中国人民武装警察部队服役、具有军籍的人员，不包括退役军人、复员军人、转业军人和军事单位中不具有军籍的职工。在地方担任某种军事职务的人员，如不属于军队编制的在武装部工作的干部、编入民兵组织或者经过登记的预备役士兵也不属于本条规定的现役军人范畴。

第二，本条规定的现役军人的配偶，指现役军人的非军人配偶；双方都是现役军人的不适用这一规定。

第三，本条规定只是限制现役军人配偶提起离婚的请求权，现役军人本人提出离婚的不在此限。

第四，本条规定只适用于一方要求离婚，不适用于双方自愿的离婚。双方自愿离婚时，按协议离婚的规定，经由婚姻登记机关办理，对现役军人的身份没有限制性规定。

第五，依《最高人民法院关于在离婚诉讼进行中一方参军应如何处理问题的意见》，一方在他方参军前虽已提出离婚诉讼，但如果未经一审法院判决，仍应按婚姻法对军婚的特殊保护规定办理；已经法院判决离婚，未在上诉期限内提起上诉而参军者，不得再适用婚姻法的有关规定而改变一方参军前已经作出的判决；已经一审法院判决离婚，一方不服提起上诉，在二审期间参军的，二审法院就有必要面对这一新的事实，适用婚姻法对军婚特殊保护的规定。

第六，“军人一方有重大过错的除外”。所谓“重大过错”，应当包括：（1）现役军人重婚或与他人同居的；（2）现役军人实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；（3）现役军人有赌博、吸毒等恶习屡

教不改的。该但书的规定，有利于分清是非，明确导致当事人离婚的责任，更好地贯彻公平原则，保护非军人一方的合法权益。

典型案例

曾某与章某甲离婚纠纷案^[46]

【案情】

原告曾某与被告章某甲于2010年10月相识，后登记结婚，生育一女章某乙。婚后原告曾某在武汉生活，被告在部队服役。由于双方长期分居，缺少交流，且学识、生活环境、生活习惯不同，被告家庭重男轻女思想严重，婚后不到两年，因实在无法沟通，难以共同生活，被告于2014年11月11日提起离婚诉讼。法院判决不准予离婚，此后双方一直分居至今。结婚几年来，原告独自承受生活中的苦难，没有体会到夫妻间的关爱与家庭的温暖，女儿至今不认识被告。原告无奈于2015年11月30日提起离婚诉讼。因被告的军人身份法院判决不准予离婚。2016年8月31日晚，被告带着几名社会人员到家里闹事，随后报警处理。原告为了自保将被告打伤，此后，被告以此要挟原告签订不平等的离婚协议，要求原告赔偿50 000元医疗、营养费用进行和解。综上所述，原告认为原、被告夫妻感情完全破裂，毫无和好可能，理当结束婚姻；女儿章某乙一直随原告共同生活，应维持现状，由原告抚养；婚后夫妻共同财产由法院依法判决分割。

被告章某甲辩称：（1）原告诉请离婚，答辩人不同意。原告所诉离婚理由均不是事实。2016年8月31日晚答辩人受伤及协商事件的真实情况有武汉市青山区公安机关的案卷、录音录像等材料为证。（2）如果法院判决离婚，原告所诉女儿抚养权问题由法院依法判决。答辩人认为原告诉请的抚养费标准没有依据。（3）原告诉请分割夫妻共同财产却没有提到有哪些共同财产。

【裁判】

法院经审理认定事实如下：原告曾某与被告章某甲2010年10月通过网络相识恋爱，恋爱期间感情较好。后原、被告办理结婚登记，双方生育一女章某乙，随原告生活，由原告父母帮助照顾。因原告曾某在武汉生活，被告章某甲在部队服役，双方婚后聚少离多。原告认为被告对其和孩子及岳父母都不关心，同时认为被告父母对其和孩子亦缺少关爱，双方逐渐产生矛盾。2014年11月11日，被告章某甲提起离婚诉讼，人民法院判决不准予双方

离婚。2015年11月30日，原告曾某向本院提起离婚诉讼，本院判决不准予双方离婚。2016年8月31日晚7时许，原、被告因家庭矛盾发生冲突，被告章某甲被打伤，经鉴定其损伤程度为轻伤一级。2016年9月26日，原、被告在青山公安分局八大家派出所先后签订了离婚协议书和治安调解协议书。后原告曾某以离婚协议书有失公平而反悔。

法院认为：《中华人民共和国婚姻法》第三十三条规定：“现役军人的配偶要求离婚，须得军人同意，但军人一方有重大过错的除外。”被告章某甲系现役军人，其不同意离婚，亦无重大过错，原告曾某诉请离婚，本院不予支持。据此，依照《中华人民共和国婚姻法》第三十三条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十二条之规定，判决如下：不准予曾某、章某甲离婚。案件受理费300元，由原告曾某负担。

【典型意义】

本案的争议焦点在于：现役军人的配偶要求离婚，现役军人无重大过错，但夫妻感情确已破裂，调解也无效时，若现役军人一方坚持不同意离婚，人民法院是否应判决离婚。通说认为，夫妻感情确已破裂作为法定离婚理由属于普通条款的范畴，这一原则广泛适用于一般的离婚案件，人民法院应准确地区分和认定夫妻感情是否确已破裂，从而在调解无效的情况下，通过判决的形式决定是否准予离婚。而法律规定的只适用于“现役军人的配偶要求离婚”案件的特别条款，是从维护军队稳定的大局出发，做出的对军人婚姻的特殊保护的規定，依据“特别法优于普通法”的原则，在处理非军人要求与军人离婚的诉讼案件中，应首先适用该規定。

第一千零八十二条

女方在怀孕期间、分娩后一年内或者终止妊娠后六个月内，男方不得提出离婚；但是，女方提出离婚或者人民法院认为确有必要受理男方离婚请求的除外。

本条主旨

本条是关于男方行使离婚请求权的限制性规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第三十四条、《妇女权益保障法》第四十五条的基础上修改而成，本条将“中止妊娠”改为“终止妊娠”，符合医学用词规范，并将部分连接词的表达做了改动，具有法典规范化的形式意义。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人伦正义、人本秩序、人文关怀的核心法理思想和权利法定、禁止权利滥用等具体法理精神^[47]。

一、历史发展

依照保护妇女合法权益的原则，为了使孕妇产妇避免因男方提出离婚而受到生理和心理上的过重刺激，对男方提出离婚的时间进行必要的限制，是我国婚姻家庭立法的传统。从革命根据地时期起，我国孕妇产妇在离婚方面就得到了特殊的法律保护。经历1950年《婚姻法》、1980年《婚姻法》、1992年《妇女权益保障法》、2001年《婚姻法》修正案的不断立法探索，此项制度逐渐得以完善。

（一）1950年《婚姻法》关于孕妇产妇离婚的规定

1950年《婚姻法》吸取了革命根据地的立法经验，该法第十八条规定：“女方怀孕期间，男方不得提出离婚；男方要求离婚，须于女方分娩一年后，始得提出。但女方提出离婚的，不在此限。”这一规定有利于保护孕妇产妇的身心健康，并有利于胎儿和婴儿的发育成长。但女方认为离婚对其本人及胎儿或婴儿更为有益时，作为原告诉讼请求离婚，不受此规定的限制。

（二）1980年《婚姻法》关于孕妇产妇离婚的规定

1980年《婚姻法》第二十七条规定：“女方在怀孕期间和分娩后一年内，男方不得提出离婚。女方提出离婚的，或人民法院认为确有必要受理男方离婚请求的，不在此限。”该条规定的后段，明确人民法院拥有对女方诉请离婚或男方诉请离婚可以例外受理的决定权。所谓“确有必要”，是指因特殊事由，例如一方对另一方有危及人身安全的可能时，可以受理男方的离婚请求，以保护当事人本人的合法权益。

1992年4月3日通过的《中华人民共和国妇女权益保障法》第四十二条规定：“女方按照计划生育的要求中止妊娠的，在手术后六个月内，男方不得提出离婚；女方提出离婚，或者人民法院认为确有必要受理男方离婚请求的，不在此限。”这是对1980年《婚姻法》的重要补充，有利于终止妊娠术后妇女的身心健康，对当年推行计划生育工作也有积极意义。

（三）2001年《婚姻法》修正案的补充规定

2001年修订的《婚姻法》第三十四条的规定在保留原第二十七条内容的基础上，又补充一项新规定：“或中止妊娠后六个月内”，男方不得提出离婚。该新增内容是吸收了1992年《妇女权益保障法》第四十二条的有效规定，将其正式纳入2001年《婚姻法》修正案的规范之中。

二、现行法律规定

《民法典》婚姻家庭编第一千零八十二条规定：“女方在怀孕期间、分娩后一年内或者终止妊娠后六个月内，男方不得提出离婚；但是，女方提出离婚或者人民法院认为确有必要受理男方离婚请求的除外。”这一规定的立法宗旨在于保护妇女和胎儿、婴儿的合法权益，因为女方在怀孕期间、分娩后一年内或终止妊娠后六个月内，身体、精神等方面需要特别照顾；胎儿、婴儿正在发育、成长，需要父母双方悉心照料^[48]。如果男方在这个时期提出离婚，会给女方在身体上、精神上增加过重的负担，会对女方本人以及正在孕育的胎儿或者出生后的婴儿造成严重的影响。所以，在这个时期禁止男方提出离婚请求是完全必要的^[49]。

本次立法将“中止妊娠”改为“终止妊娠”，因“中止妊娠”一词的使用不符合医学惯例。“终止妊娠”是准确的医学用语，指母体承受胎儿在其体内发育成长的过程的终止，一般是由于意外怀孕，胎儿有严重生理缺陷，孕妇患有妊娠期疾病如妊娠期高血压等，或因各种原因引起的胎儿发育异常如羊水量异常等而采取的医学方法。2018年修订的《妇女权益保障法》第四十五条已将“中止妊娠”改为“终止妊娠”^[50]。

在理解与适用本条时应注意以下几点：

第一，这一规定只是在一定时期剥夺男方离婚请求权，即仅在女方怀孕期间、分娩后一年内或终止妊娠后六个月内。期间届满后，男

方仍可依法行使离婚请求权。

第二，本条规定的期间属于法定期间，该期间分为三种：第一种是女方怀孕期间。如果起诉时并没有发现女方怀孕，而是在审理中或者审理结束时发现女方怀孕，也适用本条规定，驳回原告的诉讼请求，即使在一审判决作出后，在二审期间发现女方怀孕的，也应当撤销原判，驳回原告的诉讼请求。第二种是女方在分娩后一年内。无论女方分娩后胎儿是活着出生还是死胎，均受该期间的限制。第三种是女方终止妊娠后六个月内。无论女方出于何种原因终止妊娠，在此期间，都不准男方提出离婚诉讼。上述期间是不变期间，不适用关于诉讼时效中止、中断和延长的规定^[51]。

第三，本条规定仅在离婚诉讼中由男方提出离婚时发挥作用，至于夫妻双方自愿离婚、女方提出离婚，则不受这一规定的限制。一般女方在此期间提出离婚，多出某些特别紧迫的原因，如果法院不及时受理女方的离婚请求，更不利于妇女、胎儿及婴儿的身心健康。将孕期离婚的“主动权”交至女性手中，体现了民法保护妇女权益、向弱势群体倾斜的基本原则。

第四，在“确有必要”时，人民法院有权决定受理男方的离婚请求。本条规定的“确有必要”主要有以下两种情况：一是在此期间双方确实存在不能继续共同生活的重大而紧迫的理由，如一方对他方有危及生命、人身安全的可能；二是女方怀孕是与他人通奸所致，女方也不否认或者证据确凿^[52]。但即使如此，法院在处理案件时，也应注意保护妇女、胎儿、婴儿的身心健康^[53]。

典型案例

应某在女方分娩后一年以内以结婚时女方不达法定婚龄为理由诉
刘某解除无效婚姻案^[54]

【案情】

原、被告双方于2000年2月相识并同居。同年4月21日，因刘某未到法定结婚年龄，应某为刘某制作虚假的身份证明后，双方办理了结婚登记，领取了结婚证。此后，双方即以夫妻名义共同生活。同年11月13日，刘某生育一子。2001年5月29日，原告应某以被告不达法定婚龄与其结婚，双方相识时间短、缺乏深入了解，性格、志趣等各方面存在很大差异，无法继续生活下去为理由，起诉至武汉市江汉区人民法院，请求依法解除无效婚姻关系。被告刘某答辩称：原告应某另有新欢，自己尚在哺乳期内，

请求法院驳回原告应某的起诉。

【裁判】

武汉市江汉区人民法院经审理确认上述事实。认为：原、被告双方以虚假的身份证明隐瞒被告的真实年龄登记结婚，且登记结婚时被告未到法定结婚年龄，这种行为是违法的，婚姻应属无效婚姻，但被告于2000年11月13日分娩生育一子，至原告起诉时仅有七个月。《婚姻法》第三十四条规定：“女方在怀孕期间、分娩后一年内或中止妊娠后六个月内，男方不得提出离婚。”鉴于本案被告现正处于上述特定期间内，应予特殊保护。为维护妇女儿童的合法权益，对原告在被告分娩不到一年内起诉，要求解除双方的无效婚姻关系的诉讼请求，不予支持。

依照《中华人民共和国婚姻法》第三十四条、《中华人民共和国妇女权益保障法》第二条第二款、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第139条的规定，该院于2001年8月30日裁定如下：驳回原告应某要求解除与被告刘某无效婚姻关系的起诉。裁定书送达后，双方当事人未提起上诉。

【典型意义】

对男方行使离婚请求权的限制性规定，其根本立法目的是保护妇女在孕期、分娩后以及妊娠终止后的一定期限内的身体健康、心理健康和胎儿、婴儿的正常发育，维护妇女和胎儿、婴儿的基本权益。因此，在这些特殊期间，无论是当事人的离婚请求抑或婚姻无效、撤销的请求，都应当向妇女和胎儿、婴儿的基本健康权让步。

第一千零八十三条

离婚后，男女双方自愿恢复婚姻关系的，应当到婚姻登记机关重新进行结婚登记。

本条主旨

本条是关于复婚的规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第三十五条的基础上修改而成，该条规定：“离婚后，男女双方自愿恢复夫妻关系的，必须到婚姻登记机关进行复婚登记。”本条将“进行复婚登记”改为“重新进行结婚登记”。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人身自由、人际诚信、人本秩序等核心法理思想和行为公示、公序良俗、权利法定等具体法理精神^[55]。

复婚，是指男女双方在离婚后，自愿恢复婚姻关系并到婚姻登记机关重新进行结婚登记的行为。当事人无论由于何种原因离婚，均不可自行恢复婚姻关系。如不到婚姻登记机关进行登记，法律上并不认可其恢复婚姻关系的效力。重新进行结婚登记，意为取消复婚登记的行为。在实践中，复婚登记在登记机关和登记程序上与结婚登记原则上相同。在法典化的过程中，将近似的概念进行统一规定，有利于法典表述的清晰统一。

第一千零八十四条

父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或者母直接抚养，仍是父母双方的子女。

离婚后，父母对于子女仍有抚养、教育、保护的权利和义务。

离婚后，不满两周岁的子女，以由母亲直接抚养为原则。已满两周岁的子女，父母双方对抚养问题协议不成的，由人民法院根据双方的具体情况，按照最有利于未成年子女的原则判决。子女已满八周岁的，应当尊重其真实意愿。

本条主旨

本条是关于离婚对父母子女关系的影响及离婚后子女抚养的规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第三十六条的基础上修改而成。本条规定的创新之处是：第一，增加了离婚后父母对子女“保护”的权利和义务的规定，与本法第一编第二十六条父母对未成年子女所负义务内容的规定相一致，使离婚后父母子女关系的权利义务内容更为全面与合理，

也使得《民法典》的内容更为充分与和谐。第二，将子女“以由母亲直接抚养为原则”的法定条件由子女在“哺乳期内”改为子女“不满两周岁”。哺乳期是医学用语，因各人哺乳情况不同，哺乳期长短不同，依《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》等的规定，两周岁以下的子女，一般随母亲生活。据此，可以理解为哺乳期为两年。哺乳期内的子女，以由母亲直接抚养为原则，这是完全符合子女利益的。审判实践中常用“两周岁”为判断依据，此处修改既是对审判实践经验的归纳吸收，也是法典用语统一化的体现。第三，在发生抚养问题纠纷时，明确规定“按照最有利于未成年子女的原则判决”，这是对国务院颁布的《中国儿童发展纲要（2011—2020年）》提出的保护儿童的五项基本原则^[56]的立法回应，也是与联合国《儿童权利公约》倡导的子女最佳利益原则的正式接轨。第四，在直接抚养人的确定问题上，明确应当尊重已满八周岁子女的真实意愿。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人格尊严、人伦正义、人性友善、人本秩序、人文关怀等核心法理思想和权利法定、公序良俗、禁止权利滥用等具体法理精神^[57]。

一、离婚后的父母子女关系

父母子女关系的发生与夫妻关系的存在有密切的联系，但是父母子女关系与夫妻关系是两种不同性质的关系。夫妻关系基于结婚这一法律行为而成立，因离婚解除。而父母子女关系基于出生这一法律事实发生，不随着夫妻离婚而解除^[58]。在父母离婚以后，子女无论随父或母生活，仍是父母双方的子女，与父母之间的权利义务关系不发生变化，仍适用民法的婚姻家庭法律制度关于父母子女间权利义务的规定。

在适用上述法律规定时，如下两种情况值得特别注意：

（一）养父母离婚后的父母子女关系

养父母离婚，只发生解除养父母间婚姻关系的效力，并不产生终止养父母与养子女之间收养关系的效力。养父母离婚后，养子女仍是双方的养子女。如果养父母离婚时与养子女的生父母协商，并已满十周岁的养子女同意，也可依法解除收养关系。但这属于收养解除问题，而不是因离婚而改变养父母子女关系^[59]。《最高人民法院关于

《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干意见》第14条规定，《中华人民共和国收养法》施行前，夫或妻一方收养的子女，对方未表示反对，并与该子女形成事实收养关系的，离婚后，应由双方负担子女的抚养费；夫或妻一方收养的子女，对方始终反对的，离婚后，应由收养方抚养子女。

（二）继父与生母或继母与生父离婚后的父母子女关系

继父与生母或继母与生父离婚时，依《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干意见》第13条的规定，对曾受继父母抚养教育的继子女，继父或继母不同意继续抚养的，应由生父母抚养，即继父母与继子女间已经形成的权利义务关系因此消除；继父与生母或继母与生父离婚时，继父或继母同意继续抚养继子女，并取得生父母同意的，则继父母与继子女间已形成的权利义务关系不变。对于受继父母长期抚养教育而成年的继子女，其与继父或继母由于已经形成了法律拟制的直系血亲关系，因此，其父母子女关系不能因继父与生母或继母与生父的离婚而自然解除。在继父或继母与继子女一方或双方提出解除父母子女关系的情况下，虽然依法可以解除其人身关系，但抚养继子女成年的继父母在失去劳动能力、生活困难时，继子女仍应该继续承担继父母的晚年生活费用。

二、离婚后的子女抚养问题

夫妻离婚不能消除父母子女间的关系，但会使抚养子女的方式发生变化，即由共同直接抚养转化为由一方单独直接抚养。由于离婚后未成年子女由谁直接抚养的问题，不仅关系到离婚当事人的利益，而且更为重要的是直接涉及子女的切身利益，因此在处理此类问题时必须从有利于子女身心健康、保障子女的合法权益出发，结合父母双方的抚养能力和抚养条件等具体情况妥善解决。

（一）对两周岁以下子女的抚养

依《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干意见》等的规定，两周岁以下的子女，一般随母亲生活。据此，可以理解为哺乳期为两年。哺乳期内的子女，以由母亲直接抚养为原则，这是完全符合子女利益的。审判实践中常用“两周岁”为判断依据，本条此处修改既是对审判实践经验的归纳吸收，也是法典用语统一化的体现。如无特殊原因，母亲不得推卸应当承担的抚养责任，父亲也不得无故争夺直接抚养权。但有下列情形之一的，子女也

可由父亲直接抚养：（1）哺乳的母亲患有久治不愈的传染性疾病或其他严重疾病，子女不宜与其共同生活的。（2）母亲有抚养条件不尽抚养义务，而父亲要求子女随其生活的；如果父亲没有要求，就应当由母亲抚养。（3）因其他原因，子女确实无法随母亲生活的，例如母亲因职业的原因不能哺乳，母亲出走或因其他原因不能哺乳婴儿，必须由父亲抚养的^[60]。（4）双方协商由父亲直接抚养，并对子女健康成长无不利影响的^[61]。

（二）对两周岁以上未成年子女的抚养

对于两周岁以上的未成年子女由谁直接抚养的问题，首先应由父母双方协商，在双方自愿的基础上达成协议。子女既可以随父生活，也可以随母生活，在有利于保护子女利益的前提下，还可以由父母双方轮流抚养子女。协议不成时，可由人民法院以判决的方式，在“最有利于未成年子女的原则”指导下，确定未成年子女由谁直接抚养。一方有下列情形之一的，可予优先考虑：（1）已做绝育手术或因其他原因丧失生育能力的；（2）子女随其生活时间较长，改变生活环境对子女健康成长明显不利的；（3）无其他子女，而另一方有其他子女的；（4）子女随其生活，对子女成长有利，而另一方患有久治不愈的传染性疾病或其他严重疾病，或者有其他不利于子女身心健康的情形，不宜与子女共同生活的。此外，如果父亲与母亲直接抚养子女的条件基本相同，双方均要求子女与其共同生活，但子女单独随祖父母或外祖父母共同生活多年，且祖父母或外祖父母要求并且有能力帮助子女照顾孙子女或外孙子女的，可作为子女随父或随母生活的优先条件予以考虑。不论是协议还是判决，都应当考虑父母双方的思想品质、抚养能力、生活环境、与子女的感情联系等多方面的因素^[62]。

（三）对八周岁以上未成年子女的抚养

根据本法第一编的规定，八周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人，对事物有一定的识别能力，可以进行与其年龄、智力相适应的民事活动。因此，对八周岁以上的未成年子女随父或随母生活的问题，应尊重其真实意愿。对由谁直接抚养自己更为有利，八周岁以上的未成年子女已能做出一定判断，尊重他们的意愿，由其自己做出选择，往往更利于其健康成长。但是，由于八周岁以上的未成年子女的识别能力毕竟有限，对他们的意见应当是尊重，而不是绝对采纳。法官应当在原则上尊重未成年子女的选择，如果未成年子女的选择对他们的成长不利，也可以作出另外的判决^[63]。

三、最有利于未成年子女原则

（一）最有利于未成年子女原则的立法理由

最有利于未成年子女原则，也称子女最佳利益原则，是现代亲民法的一项重要原则。该原则要求国家通过立法及司法手段介入家庭关系，以维护子女的合法权益。最有利于未成年子女原则强调以未成年子女的利益保护为核心要素，并应贯穿于整个婚姻家庭领域的立法和司法活动中。

父母离婚对子女的身心健康会发生重要影响，因此，不应将离婚看成只是父母之间的事情。在婚姻家庭立法时，应充分考虑未成年子女的利益，国家应当为他们制定一些切实可行的保护措施。尽管各国立法在是否需要考虑离婚对子女的影响这一问题上目前仍存在争议，但在离婚后确定子女的法定监护人及其抚养费用时最大限度地保障子女的利益，已经成为世界大多数国家的共识，并已成为各国处理离婚后子女抚养问题的最高指导准则。需要特别指出的是，儿童最佳利益原则是联合国《儿童权利公约》规定的基本原则之一^[64]，《儿童权利公约》第18条第1款规定：“缔约国应尽其最大努力，确保父母双方对儿童的养育和发展负有共同责任的原则得到确认。父母或视具体情况而定的法定监护人对儿童的养育和发展负有首要责任。儿童的最大利益将是他们主要关心的事。”中国作为《儿童权利公约》的缔约国，有义务在制定和实施相关法律时高度重视对未成年子女利益的保护。

（二）最有利于未成年子女原则的域外立法

英国《儿童法》将子女利益最大化作为处理监护权的核心考量要素并规定了以下内容：（1）根据子女的认知能力和年龄，充分尊重子女的意见，并推知其真实意思表示；（2）充分考虑子女将来的身心健康和学习需求；（3）充分考虑现状的改变，将会给子女带来的影响；（4）充分尊重法官的自由裁量权，除考虑子女的年龄、性别等外，法官认为有关联的因素都可以考虑进去；（5）充分考虑子女监护权变化给其现在以及将来可能造成的伤害；（6）把父母作为监护人的监护能力予以充分考虑；（7）保障法官的自由裁量权，让其在保障子女最佳利益的过程中发挥更大作用^[65]。

澳大利亚的《家庭法改革法》将子女最佳利益作为立法宗旨。其主要内容为：一是明确了子女最大利益原则，子女利益永远是父母离

婚时和法院判决时首要考虑的因素，这是法院发放子女养育令的前提；二是确立了专门的律师为子女发表独立观点的制度，保护子女权利，子女可以根据自己的情况向律师表达其意愿，由律师代为转达，该权利独立于父母，而且律师可以直接接受未成年人的委托。

《德国民法典》在处理子女监护权时也将子女最佳利益原则作为首要考虑因素，在保障子女最佳利益的原则下，给予法官充分的自由裁量权。法官可以不同意父母双方的建议，自己根据其判断标准作出裁判。在司法程序方面，不仅有家事法庭作为司法保障，还有青少年福利局作为协助机构。

（三）最有利于未成年子女原则的应用与实践

根据《民法典》婚姻家庭编第一千零八十四条的规定，在父母离婚涉及未成年子女抚养问题协议不成时，应当将“最有利于未成年子女”作为人民法院的审判原则，体现了追求以人为本、弘扬人文关怀的精神。

该原则的贯彻实施，不仅体现了国家对未成年人保护的力度日益增强，而且也表明了我国已在这一领域将未成年人保护原则与国际社会相关法律规则高度融合。

典型案例

不满两周岁子女的抚养权纠纷——王某与党某离婚纠纷上诉案 [66]

【案情】

原告党某和被告王某于2011年2月28日在庆阳市西峰区民政局婚姻登记中心自愿登记结婚。婚后夫妻感情一般。生一男孩取名王某甲，由党某抚养。在婚后生活中，双方常因家庭经济问题发生矛盾，王某不能理性处理，为此多次殴打党某。2011年5月16日，王某殴打党某后，经亲友说和，王某向党某写书面保证书一份，承诺不再殴打党某。2013年12月27日，双方因琐事发生纠纷后，王某再次打伤党某。为此，党某回娘家居住，与王某分居，并向法院起诉离婚。

原审法院审理认为，党某和王某系自主婚姻，但在婚后共同生活中，双方不能正确处理家庭矛盾，常因家庭经济问题发生纠纷，在纠纷中王某不能冷静、理智进行处理，多次动手殴打党

某，致使夫妻感情发生隔阂，夫妻关系疏远。尤其在2011年5月16日，王某殴打党某后，经亲友劝说调解，王某书面保证不再殴打党某，但在2013年12月27日再次打伤党某。王某的行为严重挫伤了其夫妻感情，属于有过错方。审理中，经法院调解，双方已无和好可能，其夫妻感情已经破裂，应准予离婚。关于孩子抚养问题，现孩子不满两周岁，双方分居后，孩子一直随党某生活，故孩子应由党某抚养，王某应负担孩子抚养费。抚养费应按照本地上一年度农村居民人均年生活消费性支出标准确定。

王某不服上述判决，提起上诉，认为双方还有和好的可能，希望二审可以主持调解和好，如果不能和好，要求将孩子判归其抚养。党某答辩称：王某在婚姻关系存续期间经常对其实施家庭暴力，其与王某夫妻感情已经破裂。孩子王某甲出生后一直是其一人抚养，王某没有尽到抚养义务，其坚决要求抚养孩子。一审认定事实清楚，判处正确，应当予以维持。

【争议焦点】

孩子由谁抚养更为合适。

【裁判】

关于孩子王某甲应当由谁抚养更为适宜的问题。根据《中华人民共和国婚姻法》第三十六条第三款“离婚后，哺乳期内的子女，以随哺乳的母亲抚养为原则”，以及《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》第1条“2周岁以下的子女，一般随母方生活。母方有下列情形之一的，可随父方生活：（1）患有久治不愈的传染性疾病或其他严重疾病，子女不宜与其共同生活的；（2）有抚养条件不尽抚养义务，而父方要求子女随其生活的；（3）因其他原因，子女确无法随母方生活的”规定，离婚后，两周岁以下的子女，一般随母亲生活，除非其母亲有不适宜抚养孩子的情形。本案中，孩子王某甲不满两周岁，也没有证据证实其母亲党某有不适宜抚养孩子的情形。故一审判处孩子王某甲由党某抚养并无不当。当然，根据《中华人民共和国婚姻法》第三十八条“离婚后，不直接抚养子女的父或母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务”的规定，王某对其孩子王某甲有进行探望的权利，党某有协助其探望的义务，行使探望权利的方式、时间由当事人协议，但探望必须以正当的、有利于子女身心健康的方式进行。

【典型意义】

在父母离婚以后，子女随父方还是母方生活，直接关系到子女的利益，最容易引发当事人双方的争执。在处理子女的抚养问题上，应该从子女最大利益原则出发，找到最有利于未成年子女的解决方法。在离婚案件中，如果父母双方就子女抚养问题达成协议，一般应当尊重当事人的意思表示，按其协议处理；如双方无法达成协议，则应当严格按照法律规定裁判，切实保护未成年子女的成长利益。

第一千零八十五条

离婚后，子女由一方直接抚养的，另一方应当负担部分或者全部抚养费。负担费用的多少和期限的长短，由双方协议；协议不成的，由人民法院判决。

前款规定的协议或者判决，不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或者判决原定数额的合理要求。

本条主旨

本条是关于离婚后子女抚养费负担的规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第三十七条的基础上修改而成。该条规定：“离婚后，一方抚养的子女，另一方应负担必要的生活费和教育费的一部或全部，负担费用的多少和期限的长短，由双方协议；协议不成时，由人民法院判决。关于子女生活费和教育费的协议或判决，不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或判决原定数额的合理要求。”本条将原条文中的“生活费和教育费”改为“抚养费”，此处修改有以下意义：第一，结合第一千零八十四条规定的离婚后父母对子女有“抚养、教育、保护”的权利和义务判断，父母对子女应承担的费用范围大于“生活费和教育费”，使用“抚养费”更准确并具有法典内逻辑统一和谐的意义。第二，使用涵盖面更广泛的“抚养费”一词，在审判实务中便于法官从保护子女利益角度出发，为子女争取更多合理的权利保护，使“最有利于未成年子女”原则落实于司法实践。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人亲和谐、人伦正义、人本秩序、人文关怀等核心法理思想和权利法定、人身利益优

先等具体法理精神^[67]。

一、子女抚养费的负担

本条规定，离婚后，子女由一方直接抚养的，另一方应当负担部分或者全部抚养费。负担费用的多少和期限的长短，由双方协议；协议不成的，由人民法院判决。子女抚养费关乎离婚后子女的日常生活保障和基本教育开支的负担，关乎未成年人的健康成长。因此，对父母离婚后子女抚养费的规定应当明确、细化，将未成年人的利益保护放在立法和司法的首位。

（一）子女抚养费确定的方法

首先，子女抚养费的承担，包括父母双方负担费用的多少、期限、支付方式、出现纠纷的处理方法等，可由父母双方通过平等协商达成明确、具体的协议，只要不损害子女的合法权益，就应当予以准许。如果一方抚养能力不足，为了争得子女的直接抚养权而承诺承担大部分甚至全部抚养费，必然损害子女的合法权益，不利于子女的健康成长，不应准许^[68]。其次，双方协议不成，或者其协议不予准许时，应由人民法院从保护子女合法权益、有利于未成年子女健康成长出发，根据未成年子女的实际需要、父母双方的负担能力和当地的实际生活水平依法做出判决。

（二）子女抚养费的数额

关于子女抚养费的数额，应当根据子女的实际需要、父母双方的负担能力和当地的实际生活水平来确定。必要的抚养费是子女生存、接受必要教育的基本物质保障，子女抚养费的多少及各方承担的份额，直接关系到子女的切身利益。根据《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干意见》，子女抚养费的数额，可根据子女的实际需要、父母双方的负担能力和当地的实际生活水平确定。具体而言：（1）父母双方有固定收入的，抚养费一般可按其月总收入的20%~30%的比例给付。负担两个以上子女抚养费的，比例可适当提高，但最高一般不得超过月总收入的50%。所谓月总收入，是指其一个月所获得的固定报酬的总数，如基础工资、级别工资、职务工资、工龄工资、津贴、奖金、生活补贴及其他收入的总和。（2）父母双方无固定收入的，抚养费的数额可依据其当年总收入或同行业的平均收入，参照上述比例确定。对于农民，可以按年收入的比例确定，每年支付一次；对于个体工商业者、摊贩等，既可按

年收入确定，也可以按同行业平均收入，按比例计算确定月给付数额[69]。（3）父母双方或一方有特殊情况的，可适当提高或降低上述比例。例如，双方收入悬殊，一方负担较重或生活难以维持，另一方就应适当提高比例，收入少的一方则可降低比例。

（三）子女抚养费的给付期限

根据《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》的规定，抚养费的给付期限，一般至子女十八周岁止。十八周岁以上的自然人，属于完全民事行为能力人，父母对其一般不再负有抚养义务；十六周岁以上不满十八周岁的，以其劳动收入为主要生活来源，并能维持当地一般生活水平的，视为完全民事行为能力人，父母也可停止给付抚养费。对于不能独立生活的成年子女，父母又有给付能力的，仍应负担必要的抚养费。

依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第二十条的规定，所谓“不能独立生活的子女”，是指尚在校接受高中及其以下学历教育，或者丧失或未完全丧失劳动能力等非因主观原因而无法维持正常生活的成年子女。按照我国目前的教育体制，已满十八周岁的子女，一般在高中三年级或大学一年级以上就读。有的学生在大学就读期间，尽管可以打工赚取部分生活费，但不能维持其全部生活，父母也应当继续提供费用，期限至其毕业能够参加工作时止。同样，对非因主观原因不能独立生活的成年子女，父母在有给付能力的情况下，仍应负担必要的抚养费。

（四）子女抚养费的给付方式

子女抚养费的给付方式应视给付者的具体情况而定。实践中具体有以下三种方式：

（1）定期给付和一次性给付。凡有固定工资收入的，应按月或定期给付。在农村地区，无固定收入的可按收益季度或年度给付，有条件的，也可一次性给付。一次性给付，是指将按月或年应当支付的子女抚养费数额，乘以抚养子女到法定年龄的期限，计算出总数，一次性给付完毕。这种方式，虽然有利于减少因为父母经济收入的变化可能带来的无法支付的风险，但需支付方具有相当的经济实力，而且如果没有严格的监管，直接抚养方可能将抚养费挪作他用，甚至挥霍、浪费，因而对国内公民离婚时采用这种给付方式应当慎重。

(2) 以物折抵。以财物折抵子女抚养费，适用于没有经济收入的一方和下落不明的一方。在这种情况下，按照确定子女抚养费所要给付的数额，用归属无经济收入一方或下落不明一方的财物，以相当的数额，折抵抚养费，交付抚养子女的一方。

(3) 协议免除。父母双方可以协议免除不抚养子女一方的抚养费给付义务。协议的内容应当包括子女随一方生活和抚养方自行负担子女全部抚养费两项内容。协议的这两项内容完备，且出于双方的真实意思表示，一般应承认其效力。从有利于保障子女权益的角度出发，如果抚养方的抚养能力明显不能保障子女所需费用，影响子女健康成长，则不予准许^[70]。

(五) 继子女、养子女的抚养费

(1) 关于继子女的抚养费。根据《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》的规定，生父与继母或生母与继父离婚，对于已经形成抚养关系的继子女，继父或继母既可以给付抚养费，也可以不给付抚养费，原则上由继父或继母自愿选择。离婚后，继父或继母不愿意再继续保持继父母子女关系，不同意继续给付继子女抚养费的，应予准许。在这种情况下，该子女的抚养费应由其生父母负担。

(2) 关于养子女的抚养费。养父母与养子女的关系为拟制血亲关系，收养关系一经成立，非经合法解除，不能消灭其父母子女的权利义务关系。对于合法成立的收养关系，养父母离婚后，无论养子女由谁抚养，不抚养养子女的一方必须承担给付抚养费的义务^[71]。

二、子女抚养费的变更

离婚协议或离婚判决中载明的抚养费数额，是根据离婚当时子女的实际需要和父母双方的经济状况确定的，如果后期情况发生重大变化，是允许合理变更的。抚养费的变更表现为抚养费的增加、抚养费的减少和抚养费的免除。

(一) 抚养费的增加

《民法典》婚姻家庭编第一千零八十五条第二款规定：“前款规定的协议或者判决，不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或者判决原定数额的合理要求。”即如果子女的实际需要有所增

加，父母又有相应的能力，子女可以向父母任何一方提出要求，适当增加抚养费。该条规定是符合实际的，因为离婚时，对子女抚养费的确定，是以离婚当时子女实际需要、父母双方的负担能力以及当地的实际生活水平为标准的。随着时间推移和社会生活的发展，确定子女抚养费的前提条件可能发生很大变化，如物价上涨，生活、学习费用提高，子女患病或者遭受意外伤害，以及父母经济能力改变，收入大大增加，可能导致子女所需实际费用增加。因此，子女在必要时要求父母增加抚养费是其一项重要权利。

关于增加抚养费的具体数量，应由当事人协议；协议不成时由人民法院依法判决。按照最高人民法院有关司法解释的规定，子女要求增加抚养费有下列情形之一的，父或母有给付能力的，应予支持：原定抚养费数额不足以维持当地实际生活水平的；因子女患病、上学，实际需要已超过原定数额的；有其他正当理由应当增加的。

（二）抚养费的减免

在具体司法实践中，有以下情形通常会被认定为可以减少或免除抚养费：（1）给付方由于长期患病或丧失劳动能力，又无经济来源，确实无力按原协议或判决确定的数额给付，而直接抚养子女的一方又能够负担，有抚养能力的。（2）给付方因违法犯罪被收监改造，失去了经济能力，无力给付的。但恢复人身自由后，有了经济来源，则应按原协议或判决给付。（3）直接抚养子女方再婚，继父或继母愿意承担子女抚养费的一部或全部。在这种情况下，负有给付义务的一方所承担的抚养费数额可以相应减少。但继父或继母不愿抚养的，生父或生母的给付数额不能减少。

抚养费的减少或免除直接关系到子女的权益，在决定时必须慎重考虑，从严掌握。前述情形只是在一定条件下减少或免除了给付义务，并没有终止父母对子女给付抚养费的义务。因此，在减免抚养费的事实根据消失时，应当恢复给付，以保护子女的合法权益。

典型案例

[抚养费范围之争——原告李某、李某乙诉被告李某甲抚养费纠纷案](#)^[72]

【案情】

原告李某系被告李某甲之子，被告李某甲与原告的母亲李某

乙于2008年9月协议离婚并到民政部门办理了离婚手续。离婚协议书约定：“原告李某由男方抚养，女方暂代养孩子四年，男方不支付抚养费。孩子上大学、结婚费用全部由男方承担。”当时原告李某刚满14岁，此后原告李某一直由其母亲李某乙抚养。自2012年9月份，原告李某进入武汉科技大学学习，除每年需要交纳学费、校内住宿费、职业培训费等，还需要一大笔生活费，原告李某因此多次向被告要钱支付上述费用，但被告一直拒不支付。原告李某、李某乙诉至法院，请求法院依法判令被告支付学费27 840元、生活费用60 000元、培训费4 770元、购买电脑费用6 600元、购买羽绒服费用859元，共计100 069元。

【裁判】

山东省临沭县人民法院一审认为，本案系基于原告李某乙与被告李某甲离婚时所达成的离婚协议中关于子女抚养和教育费用约定的履行问题而产生的纠纷，因此，首先应当就原告李某乙与被告李某甲关于“原告李某由男方抚养，女方暂代养孩子四年，男方不支付抚养费，孩子上大学、结婚费用全部由男方承担”这一约定的合法性进行审查。《中华人民共和国婚姻法》第三十七条规定，离婚后，一方抚养的子女，另一方应负担必要的生活费和教育费的一部或全部，负担费用的多少和期限的长短，由双方协议；协议不成时，由人民法院判决。依照该规定，子女的生活费及教育费由一方承担部分或全部承担均可。本案原告李某乙与被告李某甲就原告李某的抚养及抚养费的承担方式、承担时间的约定不违反该条法律规定，且该约定系原告李某乙与被告李某甲的真实意思表示，内容并不违反其他法律的禁止性规定。被告李某甲应当按照约定承担向原告李某支付大学期间必要的生活费及教育费的民事责任。《中华人民共和国婚姻法》第二十一条第一、二款规定：“父母对子女有抚养教育的义务；子女对父母有赡养扶助的义务。父母不履行抚养义务时，未成年的或不能独立生活的子女，有要求父母给付抚养费的权利。”该条法律所规定的是家庭关系中父母与子女之间的法定权利与法定义务，而《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第二十条关于“婚姻法第二十一条规定的‘不能独立生活的子女’，是指尚在校接受高中及其以下学历教育，或者丧失或未完全丧失劳动能力等非因主观原因而无法维持正常生活的成年子女”的规定，是对“不能独立生活的子女”范围的界定。上述法律及司法解释是就父母对“不能独立生活的子女”承担抚养义务属法定义务做出的规定，并不禁止父母对“不能独立生活的子女”之外的子女自愿或通过约定的方式承担抚养义务。因此，被告李某甲不

能依据上述法律及司法解释拒绝履行离婚时与原告李某乙所约定的对原告李某的抚养义务。原告李某现为在校就读的大学生，被告李某甲无证据证明原告李某有可维持自己在校生活、学习的收入来源，即应当按照离婚时与原告李某乙的约定承担原告李某在上大学期间的生活、学习所必需的费用。原告李某上大学期间的学费可根据其就读学校出具的收款收据予以确定，对于原告李某的生活费，法院综合考虑原告李某就读学校所在地的消费水平以及被告李某甲的收入等情况，酌情确定原告李某上大学期间，被告每年给付生活费6 000元。原告李某未提供证据证明购买电脑和参加校外培训属于上大学期间的必要开支，被告可以不承担这部分费用。原告李某购买衣服的花费应从生活费中列支，对其要求被告承担该费用的诉讼请求法院不予支持。原告李某乙虽系与被告李某甲达成离婚协议的一方当事人，但就子女抚养费的约定而言，权利主体应为原告李某，而原告李某已成年且具有完全的民事行为能力，应由原告李某依法独立行使抚养费的请求权。原告李某乙并不享有所约定的原告李某抚养费的请求权，不是涉案抚养费的权利主体，其原告主体不适格。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第四条、《中华人民共和国婚姻法》第三十七条的规定，依法作出如下判决：（1）被告李某甲给付原告李某上大学期间的学费27 840元；（2）被告李某甲给付原告李某上大学期间的生活费24 000元；（3）上述两项于本判决生效后十日内付清；（4）驳回原告李某的其他诉讼请求；（5）驳回原告李某乙的诉讼请求。

【典型意义】

随着我国高等教育的逐渐普及，上大学（含各类职业技术学校）越来越成为适龄青少年的普遍选择。就我国的传统习惯和绝大多数家庭的选择而言，没有经济能力的子女就读大学（含各类职业技术学校）的费用，由有经济能力的父母支付已然成为一种惯例。本案中，原告李某乙与被告李某甲的离婚协议是双方真实意思表示，双方对于孩子上大学学费、生活费和结婚费用的约定，是其离婚协议的一部分，是双方在离婚时就子女读书、婚嫁事宜做出的合理安排，且原告李某乙为达成离婚协议而自愿承担原告李某成年之前的抚养义务，并免除了被告李某甲支付抚养费的法定义务，这也可视为原告李某乙为争取到孩子的大学学费和婚嫁费用而在其他方面做出的让步。这种约定不违反法律的禁止性规定，合法有效，应当得到法律的支持和认可。如果认定离婚协议的该条款无效，则不但违背了民法的基本原则，对原告李某乙的权益也是一种损害。故本案一审法院本着尊重当事人意思自

治的原则，依法支持了原告李某的合法诉求，为同类案件的审理提供了可资借鉴的依据。

第一千零八十六条

离婚后，不直接抚养子女的父或者母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。

行使探望权利的方式、时间由当事人协议；协议不成的，由人民法院判决。

父或者母探望子女，不利于子女身心健康的，由人民法院依法中止探望；中止的事由消失后，应当恢复探望。

本条主旨

本条是关于离婚后父母探望权的规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第三十八条的基础上修改而成，该条规定：“离婚后，不直接抚养子女的父或母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。行使探望权利的方式、时间由当事人协议；协议不成时，由人民法院判决。父或母探望子女，不利于子女身心健康的，由人民法院依法中止探望的权利；中止的事由消失后，应当恢复探望的权利。”本条将“中止探望的权利”改为“中止探望”，原因在于法律规定的仅是因某种原因暂时停止行使探望权利，而不是对当事人探望权的剥夺，为避免歧义以及为了法典的逻辑性做此修改。同理，条文后半部分也因此改为“应当恢复探望”。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人格尊严、人亲和谐、人伦正义、人本秩序、人文关怀的核心法理思想和权利法定、公序良俗、禁止权利滥用等具体法理精神^[73]。

一、历史发展

我国1950年《婚姻法》、1980年《婚姻法》都没有规定探望权制度。1988年4月2日公布实施的《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法通则〉若干问题的意见（试行）》初步确立了我国

的探望权制度^[74]，但此时还未明确使用“探望权”一词，规定也较为笼统，不便操作。2001年修订的《婚姻法》增加了父母离婚后对子女的探望权^[75]。2001年12月27日起实施的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第二十六条明确了有权请求探望权中止的主体，第二十五条规定了探望权的恢复，第二十四条为离婚判决未涉及探望权的情形提供了法律救济途径，第三十二条确定了对探望权的强制执行。至此，我国探望权制度得以全面建立。

二、探望权的性质

探望权，是指父母离婚后，不直接抚养子女的一方依法享有的与未共同生活的子女通信联系、见面交流的权利。探望权在不同的国家或地区其称谓不一。如在日本，称之为见面交流权；在美国，称之为探视权；在我国台湾地区，称之为见面交往权^[76]。我国对探望权的规定，一方面，可以满足父母双方对子女关心、爱护的情感需要，并使其及时、充分了解子女的学习、生活情况，更好地对子女进行抚养、教育；另一方面，可以增加子女与非直接抚养方的沟通与交流，减轻子女的家庭破碎感，有利于子女的健康成长。

关于探望权的性质，理论上认识不一。否定说认为，非监护方在离婚后继续和子女交流，与之保持心灵上的联系，只不过是广义上的对子女的监护——教养的一部分而已，不应该把它视为由于离婚而突然产生的新权利，离婚后的探望权只是父母双方继续齐心协力抚养子女的一种共同监护的形式。即使探望权是一种权利，它也受到“为了孩子”和与监护方的“亲权的调和”的双重限制，说它“不具有权利的性质”并非不合理。肯定说认为，探望权是一种从亲子关系中当然派生出来的自然权利，应该包括在广义的基本人权之中。折中说认为，见面交流虽然说是权利，但实际上只是一种微弱的权利，仅仅出于“在新的家庭中子女能够幸福成长”这一理由，就可以限制它的行使；见面的请求依然是由法院来确认其正当与否，看不到其作为宪法权利本应具有的对国家的对抗性^[77]。

三、探望权的主体

依照本条规定，享有和行使探望权的主体是离婚后不直接抚养子女的父或者母。但也有学者认为，虽然我国《民法典》婚姻家庭编只规定了父或母的探望权，但不等于说其他近亲属就没有探望权。在身份法中，法律没有规定的权利，只要符合民法的基本原则和民事习惯，都应当是公民的权利，可以寻求法律的保护。因为法律没有明确规定祖父母对孙子女有探望权，就认为祖父母对孙子女没有探望权，

是违背民事习惯的，也是不符合人性和情理的[78]。关于隔代探望权一直争论不休，反对者认为若赋予祖父母、外祖父母探望权，会给直接抚养方和未成年子女带来诸多不便，甚至引发家庭纠纷。而支持者则认为，当前我国正处于社会转型期，隔代探望权是适应现实生活需求之所在。

也有学者提出，关于离婚后的探望权不应仅做单向的规定，而应扩展为双向的规定，不直接抚养子女的父或母有权探望子女，子女也有权探望未对其直接抚养的父或母。子女并非仅为探望的对象，也是探望权的主体（建议规定，以八周岁以上已有部分行为能力的未成年子女为限）。根据探望权的立法旨意，探望子女是基于亲子关系所衍生的法定权利，不仅是父母的权利，更是未成年子女的权利，探望权的行使应出自有利于子女身心健康发展的考虑，而不是以父母的利益为出发点。虽然法条无明确规定，但就法理解释而言，基于未成年子女身心健康发展的考虑，未成年子女也可以向法院请求与父母会面[79]。

四、行使探望权的方式

对子女来说，父母离婚后，他们只能随父或母一方（称为直接抚养方）生活，原本受父母双方共同爱护的他们只能得到父方或母方的单方爱护，这不利于他们的成长。现实生活中，有些当事人出于发泄私愤等原因，不准间接抚养方探望孩子，出现了争夺、转移、隐匿子女的情况，则更是加剧了子女的精神痛苦。这种无视子女感情需要的做法，不仅剥夺了另一方对子女的亲权，而且也给子女造成了严重的伤害。

本条第二款规定：“行使探望权利的方式、时间由当事人协议；协议不成的，由人民法院判决。”人民法院作出的生效的离婚判决中没有涉及探望权的，当事人可以就探望权问题单独起诉，人民法院应当受理[80]。同时，探望权的行使应遵循协作原则，当一方行使探望权时，另一方负有协助的义务。这种协助体现了人性友善的婚姻家庭法理思想，人性友善是指人与人在交往中彼此采取的认同身份、互相理解、尊重忍让、友好合作、理性处事的行为模式，是社会主义核心价值观的重要内容，是人与人之间社会交往活动的内在需要。应当把人性友善培养为自然人的个体自律意识和社会道德意识，使自然人在婚姻家庭关系中，充分感受到互相爱护的温暖[81]。

同时，有学者认为，在我国，许多夫妻离异后，孩子由祖父母或外祖父母代为直接抚养。在这种情况下，如果不要请求代为直接抚养的祖父母、外祖父母有协助探望的义务，将会给探望权的实现带来困

难。同样，如果子女是委托其他亲属或其他人抚养，被委托的其他亲属或其他抚养人也应当是协助行使探望权的义务人。此外，也不应当忽视未成年子女配合父亲或母亲探望的要求^[82]。

具体而言，探望权的行使方式一般有两种：（1）看望性探望，即不与子女共同生活的一方到对方家中或者指定的地点进行探望。这种方式时间短、方法灵活且没有脱离直接抚养一方的监护范围。

（2）逗留性探望，即一种较长时间的探望，探望权人可以在约定或法院判定的探望时间内，领走并送回未成年子女。其他形式也包括：与子女联系、交往的权利，如可以通过电话、书信等形式与子女保持联络；与子女短期共同生活的权利，如可以在节假日将子女接至自己的家中共同生活、联络感情、教育子女。

五、探望的中止与恢复

探望权的行使以有利于子女的最佳利益为原则，因此，如果探望权的行使与子女的最佳利益相悖，则应中止探望或限制探望权的行使。换言之，探望权制度设置主要是为了保护未成年子女的身心健康，因此，如果探望权的行使不利于子女的身心健康，甚至严重损害子女利益时，就应对此探望权的行使依法给予必要的限制。对于当事人的行为是否构成威胁子女的身心健康，应由法院裁定。未经法院判决，一方不得阻止他方行使探望权。威胁子女身心健康的行为经法院认定并作出裁定后，探望即被中止。

一般而言，不直接抚养子女的一方出现下列情况之一的，应视为已危及子女身心健康，应当中止其探望：探望者有精神病，丧失行为能力的；探望者有传染性疾病，影响子女身体健康的；探望者有酗酒、吸毒等恶习的；探望者拒付抚养费的；探望者对子女实施暴力行为的；探望者有骚扰子女的行为的；探望者教唆、引诱子女实施不良行为的；探望者被监禁的；等等。

依照《民法典》第一千零八十六条第三款的规定，中止探望的事由消失后，应当恢复探望。

典型案例

探望权执行中可对被执行人处以迟延履行金——徐某与胡某探望权纠纷执行案^[83]

【案情】

申请复议人徐某与申请执行人胡某原系夫妻，后离婚，双方婚生女儿胡某甲随母亲徐某生活，胡某每月支付抚养费1 200元。后双方因女儿的探望权产生纠纷，上海市浦东新区人民法院经审理，于2013年9月16日判决胡某每月第二周、第四周周六上午9时至下午4时对女儿胡某甲行使探望权，由胡某自行至徐某居住处接送胡某甲，徐某应对胡某行使探望权予以协助。徐某不服该判决，向上海市第一中级人民法院提出上诉。上海市第一中级人民法院于2013年11月20日判决驳回徐某上诉，维持原判。判决生效后，徐某拒不履行协助义务，阻挠胡某探望胡某甲，胡某遂向浦东新区人民法院申请执行。执行中，虽然执行法官以及徐某住所地村委会数十次协调，但徐某均以孩子被胡某接走探视不利于孩子身心健康为由拒绝。后村委会提出由其安排两名工作人员陪同探望，仍被徐某拒绝。

2014年5月16日，依据胡某的申请，浦东新区人民法院作出裁定，被执行人徐某应支付申请执行人胡某自2014年1月1日起至实际履行日止的迟延履行金，支付标准按每迟延履行一次支付300元。徐某不服该裁定，向浦东新区人民法院提出执行异议。

【审判】

浦东新区人民法院认为，被执行人未按生效法律文书指定的期间履行给付金钱义务以外的其他义务的，应当支付迟延履行金。本案中，因徐某拒绝履行其义务，损害了胡某探望女儿的权利，浦东新区人民法院作出前述裁定并无不当。2014年10月13日，浦东新区人民法院依照《民事诉讼法》第二百二十五条、第二百五十三条的规定，作出（2014）浦执异字第61号执行裁定书，驳回徐某的异议。

徐某不服该裁定，向上海市第一中级人民法院提出复议，认为浦东新区人民法院要求其向胡某支付相当于抚养费50%的迟延履行金不当，要求上海市第一中级人民法院撤销相关裁定。

上海市第一中级人民法院经审查认为，依据《婚姻法》第三十八条的规定，离婚后，不直接抚养子女的父或母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。探望子女，不仅是父母的权利，更是为保护未成年子女利益而设置的一项权利。载明探望权的生效民事判决，当事人应当履行。一方行使探望权，另一方有协助的义务，不得设置障碍。被执行人拒不履行生效法律文书确定的行为的，人民法院可以强制其履行。对于不可替代的须由被执行人完成的行为，经教育，被执行人仍拒不履行的，人民法院应当

按照妨害执行行为的有关规定处理。根据本案的事实、性质、情节等具体情况，依照相关规定，徐某应当支付迟延履行金，浦东新区人民法院的相关裁定并无不当，故徐某的申请复议理由依法不能成立。2014年12月26日，上海市第一中级人民法院依照《民事诉讼法》第二百二十五条的规定，作出（2014）沪一中执复议字第43号执行裁定书，驳回徐某的复议申请，维持原裁定。

【典型意义】

探望权执行不到位的后果难以补救。因探望权的行使是一个随时间不断重复的过程，而权利人只能在特定的时间进行探望。如果在该特定时间内，权利人因他人的阻挠未能探望，客观上就难以对已经失去的探望机会进行补救。对被执行人处以迟延履行金可以与保障未成年人的权益兼顾。迟延履行金是对被执行人拒不履行相关义务的一种惩罚，如果因之损及未成年人的合法权益，则超出了合理的边界，需加以调整。实践中，执行机构及执行人员也会根据实际的情况，通过自由裁量，对被执行人施以适当的迟延履行金，一般情况下不会损及未成年人的合法权益。此外，被执行人还有相应的异议、复议等救济手段，由不同的裁判主体来权衡判断是否损及未成年人利益，因此，无须过虑迟延履行金会对未成年人的合法权益造成不当损害。

第一千零八十七条

离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成的，由人民法院根据财产的具体情况，按照照顾子女、女方和无过错方权益的原则判决。

对夫或者妻在家庭土地承包经营中享有的权益等，应当依法予以保护。

本条主旨

本条是有关离婚后夫妻共同财产分割的规定。

相关条文

本条主要内容主旨与《婚姻法》第三十九条基本一致，增加了照顾无过错方权益的原则，以及对部分连接词做了改动。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人财共济、人伦正义、人本秩序、人文关怀的核心法理思想和权利法定、禁止权利滥用、公序良俗等具体法理精神^[84]。

离婚时的夫妻共同财产分割是与夫妻身份关系的解除相伴产生的。离婚解除了夫妻间的人身关系，夫妻的共同财产也必然解体，即终止了夫妻之间原来的财产共有关系。

一、分割的对象

夫妻双方在适用婚后所得共同制时，对于婚后所得财产，根据本条规定，由双方协议处理；协议不成时，由人民法院根据财产的具体情况，按照照顾子女、女方和无过错方权益的原则判决。哪些婚后所得属于夫妻共同所有财产，应当严格按照《民法典》婚姻家庭编对夫妻共同财产的规定；人民法院审理离婚案件涉及财产分割的，还应以有关的司法解释为具体依据。双方约定实行一般共同制的，分割的是双方婚前财产和婚后所得财产，但约定为个人所有的财产除外。双方约定实行分别财产制的，分割的是没有明确约定为个人所有的财产或约定无效的财产。双方约定实行混合财产制的，分割的是约定为共同共有的部分财产。属于个人所有还是属于双方共有财产无法查清的，视为夫妻共同财产加以分割。

二、分割的原则

离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理。协议应当完全自愿，并采用书面形式。对完全出于双方自愿的财产分割协议，法律予以承认并加以保护^[85]。如果夫妻就共有财产的分割协议不成，由人民法院判决。判决应当坚持的原则是：（1）男女平等。基于所应分割的财产是夫妻共同共有财产，在婚姻关系存续期间双方有平等的处理权，在离婚分割时双方也处于平等地位。（2）照顾子女、女方和无过错方权益。这一原则意味着，一方面，分割夫妻共同财产不得侵害女方和子女以及无过错方的合法权益；另一方面，应视女方的经济状况及子女的实际需要给予必需的照顾。（3）尊重当事人意愿。在分割共同财产时尊重当事人意愿，是尊重公民财产权利的一种表现。自愿放弃全部或部分权利时，自不应加以禁止。（4）有利生产，方便生活。自经济体制改革以来，夫妻共同财产的内容有了新的变化。一方面，对夫妻共同财产中的生产资料，分割时不应损害其效用和价值，以保证生产活动和财产流通的正常进行；对夫妻共同经营的当年无收益的养殖、种植业等，离婚时应从有利发展生产、有利于经营管理考虑，予以合理分割或折价处理。另一方面，对于夫妻共同财产中的生活资料，分割时也应视各自的实际需要，从而做到方便生活、物

尽其用。由于在农村，公民一般在实际居住地取得土地承包经营权，一旦双方离异，女方往往返回自己的娘家，有可能导致其承包土地利益的丧失。因此，保护的主体主要是女方和成为女方家庭成员的男方依法享有的权益。因此本条也规定了“对夫或者妻在家庭土地承包经营中享有的权益等，应当依法予以保护”。

三、分割的具体规则

依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》等的规定，分割夫妻共同财产应遵循以下具体规则：

（1）夫妻共同财产，一般应均等分割。但根据前述原则和财产的来源等情况，具体处理时也可以有所差别。

（2）夫妻分居两地分别管理、使用的共同财产，分割时各归管理、使用方所有；双方所分财产相差悬殊的，差额部分，由多得财产的一方以与差额相当的财产抵偿另一方。

（3）已登记结婚，尚未共同生活，一方或双方受赠的礼金、礼物，应考虑财产来源、数量等情况合理分割。

（4）夫妻一方原来是军人的，分割发放到军人名下的复员费、自主择业费等一次性费用的，以夫妻婚姻关系存续年限乘以年平均值，所得数额为夫妻共同财产。所谓“年平均值”，是指将发放到军人名下的上述费用总额按具体年限均分得出的数额。其具体年限为人均寿命70岁与军人入伍时实际年龄的差额^[86]。

（5）夫妻双方分割共同财产中的股票、债券、投资基金份额等有价证券以及未上市股份有限公司股份时，协商不成或者按市价分配有困难的，人民法院可以根据数量按比例分配^[87]。

（6）涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在有限责任公司的出资额，另一方不是该公司股东的，按以下情形分别处理：夫妻双方协商一致将出资额部分或者全部转让给该股东的配偶，过半数股东同意、其他股东明确表示放弃优先购买权的，该股东的配偶可以成为该公司股东；夫妻双方就出资额转让份额和转让价格等事项协商一致后，过半数股东不同意转让，但愿意以同等价格购买该出资额的，人民法院可以对转让出资所得财产进行分割；过半数股东不同意转让，也不愿意以同等价格购买该出资额的，视为其同意转让，该股东的配

偶可以成为该公司股东。用于证明过半数股东同意的证据，可以是股东会决议，也可以是当事人通过其他合法途径取得的股东的书面声明材料^[88]。

（7）涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在合伙企业中的出资，另一方不是该企业合伙人的，当夫妻双方协商一致，将其合伙企业中的财产份额全部或者部分转让给对方时，按以下情形分别处理：其他合伙人一致同意的，该配偶依法取得合伙人地位；其他合伙人不同意转让，在同等条件下行使优先受让权的，可以对转让所得的财产进行分割；其他合伙人不同意转让，也不行使优先受让权，但同意该合伙人退伙或者退还部分财产份额的，可以对退还的财产进行分割；其他合伙人既不同意转让，也不行使优先受让权，又不同意该合伙人退伙或者退还部分财产份额的，视为全体合伙人同意转让，该配偶依法取得合伙人地位^[89]。

（8）夫妻以一方名义投资设立独资企业的，人民法院分割夫妻在该独资企业中的共同财产时，应当按照以下情形分别处理：一方主张经营该企业的，对企业资产进行评估后，由取得企业一方给予另一方相应的补偿；双方均主张经营该企业的，在双方竞价基础上，由取得企业的一方给予另一方相应的补偿；双方均不愿意经营该企业的，按照《中华人民共和国个人独资企业法》等有关规定办理^[90]。

（9）双方对夫妻共同财产中的房屋价值及归属无法达成协议时，人民法院按以下情形分别处理：双方均主张房屋所有权并且同意竞价取得的，应当准许；一方主张房屋所有权的，由评估机构按市场价格对房屋作出评估，取得房屋所有权的一方应当给予另一方相应的补偿；双方均不主张房屋所有权的，根据当事人的申请拍卖房屋，就所得价款进行分割^[91]。

（10）离婚时双方对尚未取得所有权或者尚未取得完全所有权的房屋有争议且协商不成的，人民法院不宜判决房屋所有权的归属，应当根据实际情况判决由当事人使用。当事人就上述房屋取得所有权以后，有争议的，可以另行向人民法院起诉^[92]。当然，如果夫妻对购买商品房、经济适用房已支付了全部房价款，或者根据福利政策购买的公有房屋已按市场价、成本价支付了全部房价款，根据法律规定可以办理房屋所有权权属移转登记手续，而只是在离婚时没有办理的，人民法院可以根据实际情况对该类房屋的所有权归属和分割、补偿问题予以处理。

（11）婚后双方对婚前一方所有的房屋进行修缮、装修、原拆重建，离婚时未变更产权的，房屋仍归产权人所有，增值部分中属于另

一方应得的份额，由房屋所有权人折价补偿另一方；进行过扩建的，扩建部分的房屋应按夫妻共同财产处理。对不宜分割使用的夫妻共有的房屋，应根据双方住房情况和照顾直接抚养子女方或无过错方等原则分给一方所有；分得房屋的一方对另一方应给予相当于该房屋一半价值的补偿，在双方条件等同的情况下，应照顾女方。婚姻关系存续期间居住的房屋属于一方所有，另一方以离婚后无房居住为由，要求暂住的，经查实可据情况予以支持，但一般不超过两年。无房一方租房居住经济上确有困难的，享有房屋产权的一方可给予一次性经济帮助。

典型案例

离婚后夫或者妻在居委会享有的权益纠纷——陈某等诉烟台经济技术开发区岗嵒居委会不给予与本居委会居民同等待遇纠纷案^[93]

【案情】

原告陈某称：本人于1999年10月与烟台经济技术开发区岗嵒居委会居民左某结婚（系再婚，带子王某）。由于感情破裂，2003年9月经烟台经济技术开发区人民法院调解双方离婚。离婚后，被告不给予我及子王某与本居委会居民同等的待遇，在向本居委会居民发放粮油时也将我们母子排除在外。要求判决被告给予二原告自2003年10月起与本居委会居民同等的待遇，案件受理费由被告负担。

【裁判】

法院认为，原告陈某虽与烟台经济技术开发区岗嵒居委会居民左某离婚，但其与子王某的户口仍在岗嵒居委会，被告分给二原告的口粮地也仍由二原告耕种，二原告与岗嵒居委会居民应享有同等的权利并承担同等的义务，其与岗嵒居委会的居民应当享受同等待遇。庭审中，二原告也认为其与岗嵒居委会居民在享有同等权利的同时，应承担同等的义务。被告在法定提交证据的期限内未向本院提供证据，应承担不能举证的法律后果，由此产生的对其不利的法律后果应由其自负；其不给予二原告本居委会居民同等待遇的行政行为违反了有关法律、法规的规定。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第四十八条、第五十四条第一款第（三）项及《中华人民共和国婚姻法》第三十九条第二款和其他相关规定，判决如下：被告烟台经济技术开发区岗嵒居委会给予原告陈某、王某自2003年10月起与本居委会居民同等的待遇。案件受理费100.00元由被告负担。如不服本判决，可于判决书送

达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于山东省烟台市中级人民法院。

【典型意义】

夫妻共同财产的形式非常多样，虽然法条只强调“对夫或者妻在家庭土地承包经营中享有的权益”进行保护，但在司法实践中不乏如同本案中的“居委会中享有的权益”同样需要保护。因此在离婚时对夫妻共同财产的处理，应持较为开放的态度，在财产形式方面做扩大解释，积极保护夫妻双方的财产权利。

第一千零八十八条

夫妻一方因抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等负担较多义务的，离婚时有权向另一方请求补偿，另一方应当给予补偿。具体办法由双方协议；协议不成的，由人民法院判决。

本条主旨

本条是对承担较多家务劳动的夫妻一方在离婚时享有经济补偿请求权的规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第四十条的基础上修改而成，该条规定：“夫妻书面约定婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有，一方因抚育子女、照料老人、协助另一方工作等付出较多义务的，离婚时有权向另一方请求补偿，另一方应当予以补偿。”该条将承担较多劳务一方的补偿请求范围限定于分别财产制下，亦即该条只适用于双方实行分别财产制时，一方如承担较多家务劳动，在离婚时可向另一方要求经济补偿。本条将分别财产制的前提删去，规定“夫妻一方因抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等负担较多义务的，离婚时有权向另一方请求补偿，另一方应当给予补偿”。同时对该补偿权的行使与救济提供了具体可行的方案，即“具体办法由双方协议；协议不成的，由人民法院判决”。本条修改体现了《民法典》对家务劳动的积极重视，是《民法典》人文关怀的法理表达，是实现法律公平正义的重要保障。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人亲和谐、人财

共济、人伦正义、人本秩序、人文关怀等核心法理思想和权利法定、公序良俗等具体法理精神^[94]。

一、家务劳动补偿的含义

本条规定也称家务劳动补偿、经济补偿，指夫妻一方因抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等负担较多家务劳动的，离婚时有权向另一方请求经济补偿的权利。家务劳动补偿请求权是法律赋予离婚主体的一项权利，是维护离婚自由、实现法律公平正义的重要保障。这一规定在主体上没有性别的限制，任何一方，无论男女，只要符合法定要件，均可享有离婚家务劳动补偿请求权，它是法律对家务劳动价值的一种肯定。

在理解家务劳动补偿时应注意以下几点：

第一，家务劳动补偿的发生不以特定夫妻财产制形式为限，无论双方约定分别财产制还是法定婚后所得共同制，劳务付出较多的一方均可在离婚时提起补偿请求。《婚姻法》的规定将家务劳动补偿制度限定在分别财产制的前提之下，造成了共同财产制排斥离婚经济补偿的事实情况，使得离婚经济补偿制度在实践中处于搁置的状态，救济制度未能得到很好发挥，没有达到预期的立法效果^[95]。此次修改，扩大了家务劳动补偿请求权的适用范围，有利于发挥家务劳动补偿的离婚救济效用。

第二，经济补偿是一种劳务补偿，它的产生是因为夫妻共同生活中劳务付出的差异，与因一方有法定过错而发生的损害赔偿具有完全不同的性质。一般说来，无家务拖累而在事业上功成名就者的收入和未来挣钱的能力，要远远高于从事家务劳动较多的一方，长期或者过多从事家务劳动的一方，必然丧失了社会经验，工作经验老化，专业素质下降，重新工作获取收入面临困难或者只能获得较低收入^[96]。而且事业成功者的财产里，有着从事家务劳动一方的辛勤劳动。在这种情况下，离婚时从事家务劳动多的一方不能分到对方的财产，双方实际财产会相差很多，家务劳动的价值也被忽视了，这不符合法律的公平原则和权利义务一致原则。因此，家务劳动补偿体现的是法律对家务劳动的价值肯定，以及对其离婚救济理念的重申。

第三，夫妻关系和其他家庭成员关系具有很强的伦理性，夫妻为婚姻家庭生活的操劳，并非以获取相应报酬为目的的单纯的财产法上的行为。夫妻关系是一种特殊的身份关系，在婚姻关系存续期间，它所引起的许多义务都是应当自觉履行且不可能做到完全平等分担的，夫妻共同生活中的人身及财产行为往往蕴含着亲属伦理因素，并非以

收取相应报酬为目的的单纯财产法上的行为，也很难用具体的财产价值来衡量。人伦正义是民法的人文精神和公平正义的体现，是社会主义核心价值观的重要内容。而婚姻家庭法较之普通民法的特别之处在于，其是典型的身份法，调整的主要是亲属身份关系，即使有部分财产关系，也是基于身份关系而产生、服务于身份关系的财产关系[97]。因此，离婚时的经济补偿，既不同于财产法上的合同关系，也不是劳务付出或感情付出的代价，而仅仅是一种弥补对方损失的辅助性财产手段[98]。

二、家务劳动补偿的条件

根据本条规定，夫妻一方要求另一方给予家务劳动补偿的一般条件是，其在婚姻关系存续期间付出了较多的劳务，承担了较多家庭义务。具体而言包括三个方面：

第一是抚育子女。这本属夫妻双方共同的义务，理应分担。离婚时承担抚育义务较少的一方应给予承担义务较多的一方适当的经济补偿。

第二是照料老年人。这种照料势必付出相当的时间和精力，使得当事人一方将大量精力放置于家庭，丧失了社会经验以及获得职业训练的可能性，从而在离婚后面临就业困难以及低收入风险。离婚时，承担照料老年人义务较少的一方自应给予承担义务较多的一方适当的经济补偿。

第三是协助另一方工作。在婚姻关系存续中，这种协助可能是有偿的，也可能是无偿的。如果是无偿的，离婚时协助的一方有权要求被协助的一方，即受益一方给予一定的补偿，以弥补因劳务付出所造成的损失。有学者认为，应允许在离婚时夫妻一方就其为对方接受教育或者取得某种资格或身份做出的贡献而请求经济补偿。因夫妻一方将自己的时间和精力投入于对对方接受所从事专门职业所必需的高等教育的支持，是对“人力资本”的投资，很可能产生有价值的回报。尽管在婚姻关系存续期间取得的专门的职业教育或营业执照不符合传统的财产概念，但是它代表着夫妻对人力资本的投资，代表着对方的收入能力。专门的职业教育或营业执照既然体现着另一方的投资，在离婚时获得高等教育或营业执照的一方就应该对对方加以补偿[99]。

三、家务劳动补偿的行使

家务劳动补偿请求，是离婚时由多付出义务的一方向另一方提出的经济补偿请求，因此该请求权的行使时间仅限于离婚之时。共同生

活中付出较多义务的一方提出经济补偿要求时，补偿的数额应由双方协议确定。协议不成，由人民法院判决。人民法院判决时，应根据权利义务相一致的原则进行，同时需考虑请求权人在抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等方面付出义务的多少、时间长短、请求权人因此受到损失的情况、另一方从中受益的情况和经济能力等因素。

典型案例

负担较多义务的认定——张某诉萧某离婚案^[100]

【案情】

原告张某诉称：1990年9月，原、被告双方登记结婚，婚后育有一子。因被告萧某对原告和孩子漠不关心，原告于1996年起诉离婚，法院判决不准离婚。后夫妻矛盾进一步激化。被告1998年后外出打工，长期不归，2003年后无音讯。原告独立抚养儿子萧某甲。2006年初原告因与原单位解除劳动合同关系，失业在家，经济上失去了继续抚养孩子的能力，要求与被告解除婚姻关系，判令被告抚养孩子萧某甲，判令被告一次性支付原告经济补偿金2万元，并承担本案全部的诉讼费用。

【裁判】

湖南省长沙市岳麓区人民法院审理后认为：原、被告虽系自由恋爱结婚，但双方性格差异较大，婚后没有建立起良好的夫妻感情，且从2003年至今分居已超过两年，可确认双方夫妻感情已彻底破裂，原、被告均同意离婚，本院予以准许。婚生小孩萧某甲一直随原告共同生活，且被告长期在外打工，故小孩由原告抚养为宜。因原告多年来独自抚养小孩，对家庭所尽义务较多，而被告不但未尽丈夫的责任，而且未尽父亲的责任。父母对子女的责任，不仅仅是金钱上的付出，更多的是时间、精力的付出，而时间、精力的付出不是金钱所能衡量的。被告对家庭，不但金钱上付出较少，而且时间、精力几乎没有付出，所以原告要求被告萧某补偿2万元的诉讼请求，应该予以支持。

【典型意义】

父母对子女的责任，不仅仅是金钱上的付出，更多的是时间、精力的付出，而时间、精力的付出不是金钱所能衡量的。赋予对家庭付出较多义务而在经济上处于劣势的一方独立的诉讼请求权，使其在婚姻关系终结时可要求对方给予经济上的补偿，这

是符合现代法律公平原则的。

第一千零八十九条

离婚时，夫妻共同债务应当共同偿还。共同财产不足清偿或者财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成的，由人民法院判决。

本条主旨

本条是有关离婚时夫妻债务清偿责任的规定。

相关条文

本条主旨与《婚姻法》第四十一条一致，本条仅做部分连接词的修改。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人财共济、人伦正义、人本秩序等核心法理思想和权利法定、公序良俗等具体法理精神^[101]。

1950年《婚姻法》第二十四条是关于离婚时偿还债务的规定。因当时女方经济地位较弱，该条规定：“离婚时，原为夫妻共同生活所负担的债务，以共同生活时所得财产偿还；如无共同生活时所得财产或共同生活时所得财产不足清偿时，由男方清偿。男女一方单独所负的债务，由本人偿还。”

1980年《婚姻法》第三十二条规定：“离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，以共同财产偿还。如该项财产不足清偿时，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决。男女一方单独所负债务，由本人偿还。”该条将1950年《婚姻法》“由男方清偿”的规定改为“由双方协议清偿”。

2001年修订的《婚姻法》增加了夫妻财产制的规定，规定夫妻双方可以将夫妻财产依法分为共同所有或各自所有。因此，关于离婚时夫妻债务清偿也相应改为：“共同财产不足清偿的，或财产归各自所有的，由双方协议清偿”。其中“财产归各自所有的”，即为针对夫妻分别财产制而新增加的内容。同时，删去1980年《婚姻法》规定的“男女一方单独所负债务，由本人偿还”。

《民法典》婚姻家庭编第一千零八十九条沿用了2001年修订的《婚姻法》第四十一条的规定。本条规定：“离婚时，夫妻共同债务应当共同偿还。共同财产不足清偿或者财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成的，由人民法院判决。”这是关于离婚时夫妻共同债务清偿的一般性规定。除夫妻双方或一方对外所负债务的清偿责任外，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》中也就夫妻之间以共同财产为标的设定的借贷关系及其处理做了如下规定：夫妻之间订立借款协议，以夫妻共同财产出借给一方从事个人经营活动或用于其他个人事务的，应视为双方约定处分夫妻共同财产的行为，离婚时可按照借款协议的约定处理。

夫妻共同债务，在性质上属于连带债务，夫妻双方各自对同一债务负全部给付义务，即：应当共同偿还，共同财产不足清偿的，或财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决。具体而言：（1）离婚时双方具有共同财产且足够偿还共同债务的，对于已届清偿期的共同债务应先由共同财产偿还。共同财产清偿债务后剩下的部分，由双方分割。至此，夫妻共同债务因清偿而消灭。（2）双方共同财产不足清偿，或者财产归各自所有的，或离婚时尚未到期的共同债务一方或双方不愿意提前清偿的，则由双方协议确定各自所应承担共同债务的份额。在此情形下，双方的债务清偿协议除非经债权人同意并免除其连带责任，仅具有对内的效力，不过是双方约定各自分担的债务份额，并不因此而产生对外的效力。离婚后，对债权人而言，该项债务仍为连带债务。（3）双方协议不成时，由人民法院判决。法院根据双方的经济状况、经济能力及照顾女方和直接抚养子女一方的原则，判决双方按一定比例承担债务或者让具有较强经济能力的一方单独承担债务。在此情形下，法院判决确定的是双方各自分担的债务的份额，也仅具有对内效力，并不能因此而认为法院的判决具有将连带债务变更为按份债务的确定力。（4）离婚后，一方因清偿超过自己分担部分的给付额，致另一方免除对债权人的清偿责任，有权向另一方请求偿还其应分担的部分。此即连带债务人间的求偿权。

典型案例

夫妻间的债务追偿——陈某与叶某离婚后财产纠纷上诉案^[102]

【案情】

2007年9月4日叶某甲（案外人）起诉叶某要求偿还2006年12月30日经双方结算的“接近开关”外壳货款108 000元，该案在审理时追加陈某为共同被告。2007年11月21日一审法院作出

（2007）洞民二初字第81号民事判决：（1）叶某于判决生效之日起十日内支付叶某甲货款108 000元；（2）陈某对上述款项的支付负连带责任。陈某不服提起上诉，温州中院作出（2008）温民二终字第58号判决：驳回上诉，维持原判。此后一审法院启动执行程序，陈某于2008年4月30日支付一半货款54 000元。

一审法院于2007年5月24日受理陈某与叶某离婚纠纷案，2007年12月20日作出（2007）洞民一初字第159号民事判决，判决双方离婚并对财产和债务进行分割，但对上述债务未做处理，明确该债务承担以温州中院（2008）温民二终字第58号判决为准。

2008年5月6日，陈某以“叶某甲诉叶某买卖合同是发生在夫妻双方分居之后，已生效的判决已认定双方分居之后叶某的外加工付款，陈某不应承担”为由，向洞头县人民法院提起诉讼，要求判令叶某偿还其代付的债务款54 000元。叶某辩称：陈某支付叶某甲一半货款54 000元，是依生效判决应当履行的还款义务，无权要求其返还。请求驳回陈某的诉讼请求。

【裁判】

洞头县人民法院（2007）洞民二初字第81号判决以及温州市中级人民法院（2008）温民二终字第58号判决，认定欠叶某甲的108 000元系夫妻共同债务，夫妻负连带清偿责任。该判决已生效，并有既判力。因此关于该债务对外是否为夫妻共同债务的问题，根据一事不再理的原则，当事人不得再行诉讼。如果当事人不服，可申诉处理。

（2007）洞民一初字第159号离婚判决，并未涉及108 000元债务的处理，即离婚案件未对该债务在夫妻之间内部关系上做出认定和处理。（2008）温民二终字第58号判决执行完毕后，夫妻之间的对外债务已消灭，但内部仍存在如何定性和分担的问题。因此，对该笔债务，夫妻离婚后仍可以提起诉讼。此诉与温州中院（2008）温民二终字第58号判决审理的诉讼标的不同，并非重复诉讼，也未违背一事不再理的原则。

夫妻离婚时，应对婚姻关系存续期间所形成的债务是夫妻共同债务还是一方的个人债务做出认定。本案债务系叶某在分居期间经营所欠的债务，其未举证证明夫妻有共同举债的合意，也未证明夫妻分享了该债务所带来的利益。因此，虽然对外为保护债权人利益、保护交易安全，认定该债务为夫妻共同债务，但在夫

妻内部分担上，仍应认定为叶某个人的债务，由其自行承担。陈某已支付的54 000元，本质上是对叶某个人债务的对外代偿，依法可向叶某追偿。洞头县人民法院未理清该债务在对外与对内法律关系上的不同属性，属适用法律错误，应予以纠正。据此判决：（1）撤销洞头县人民法院（2008）洞民一初字第142号民事判决；（2）叶某于判决生效之日起十日内支付陈某54 000元。

【典型意义】

夫妻双方离婚时或离婚后对婚姻关系存续期间一方所负债务，对外应当依法共同承担连带清偿责任，对内则应依据一定的原则予以分担，两者属不同的法律关系和不同的诉讼标的，在司法实践中应明确内部分配和外部清偿的关系。

第一千零九十条

离婚时，如果一方生活困难，有负担能力的另一方应当给予适当帮助。具体办法由双方协议；协议不成的，由人民法院判决。

本条主旨

本条是有关夫妻离婚后一方对生活困难的另一方给予适当经济帮助的规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第四十二条的基础上修改而成，该条规定：“离婚时，如一方生活困难，另一方应从其住房等个人财产中给予适当帮助。具体办法由双方协议；协议不成时，由人民法院判决。”本条做了以下修改：第一，明确规定帮助一方具备负担能力，使得条文逻辑与适用更加严谨；第二，删去“从其住房等个人财产中”的举例性规定，避免歧义，同时使经济帮助的解释范围扩大，有利于丰富对弱者经济帮助的内容与形式。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人财共济、人亲和谐、人伦正义、人本秩序、人文关怀的核心法理思想和权利法定、公序良俗等具体法理精神^[103]。

一、经济帮助的含义

经济帮助是指夫妻离婚时，因一方生活确有困难，经双方协议或法院判决，由有条件的一方从其个人财产中给予另一方适当帮助的制度。经济帮助既不以一方付出较多的义务为先决条件，也不以一方是否有过错为必要，有过错的一方若存在生活困难的情形，也可要求无过错方给予适当经济帮助。经济帮助也不与夫妻间的扶养义务等同。夫妻间相互扶养的义务，以夫妻人身关系为前提，存在于婚姻关系存续期间，并且随着婚姻关系的终止而终止，而经济帮助则以夫妻解除婚姻关系为前提，以一方生活存在困难为条件。

根据本条规定，“离婚时，如果一方生活困难，有负担能力的另一方应当给予适当帮助。具体办法由双方协议；协议不成的，由人民法院判决”。此处使用了“帮助”一词，而非“抚养费”，是因为经济帮助不同于婚姻关系存续期间的扶养义务，不是这种法定扶养义务的延伸，而只是派生于原夫妻关系的一种责任，是离婚的一种善后措施，是基于道义对生活困难一方的救助。经济帮助可解决生活困难一方离婚后的实际需要，有助于消除其在离婚时的经济顾虑，保证其离婚自由的实行^[104]。也有学者认为，我国的一方对他方的适当经济帮助义务，具有扶养金性质^[105]，它与夫妻关系存续期间的扶养义务不同，只是派生于原存的夫妻关系的一种延伸责任。这种适当经济帮助义务应当是债的性质，是定期金之债^[106]。

二、确定经济帮助的条件

根据本条规定，经济帮助应符合以下条件：

第一，要求帮助的一方生活确有困难。这里的生活困难，指的是依靠个人财产和离婚时分得的财产无法维持当地基本生活水平。

第二，生活困难在离婚时已经存在。要求帮助的一方必须是离婚时生活确有困难，而自己又无力解决。如果困难出现在离婚后，困难方不得要求经济帮助。同时，受助方如果再婚，不适用本条规定，应由其再婚配偶依法承担扶养义务，而非寻求经济帮助。

第三，提供帮助的一方须有经济负担能力。经济帮助存在的前提是，一方具有提供经济帮助的能力，且提供的帮助是在帮助方力所能及的范围内。因此种经济帮助并非过错赔偿，没有惩罚性质，如提供帮助的一方没有必要的经济能力，自己生活也存在困难，不应负担此种给予经济帮助的义务。

三、经济帮助的方式

对于离婚时的经济帮助，法院应从实际出发，着重做好双方的思想工作，力争调解达成协议，促使双方自愿给予和接受帮助。如双方协商不成，由法院根据当事人的实际情况予以判决。经济帮助的方式除了考虑帮助方的经济负担能力外，还要考虑受助方的具体情况和实际需要，具体有以下几种方式：

（一）短期或一次性帮助

离婚时有生活困难的一方，如果年轻且有劳动能力，应考虑其生活困难的暂时性，仅由帮助方提供短期或一次性的帮助。提供短期帮助的，当受助方的经济情况好转，困难情形消除时，应立即终止经济帮助，消除经济帮助义务。

（二）长期性帮助

当生活困难方面临年老病残、失去劳动能力、无生活来源时，帮助方在有经济能力的情况下应提供居住、医疗等多方面的帮助，必要时提供长期的妥善安排。

本条所言帮助可以是金钱性的，也可以是财产性的。本条删去了一方以个人财产中的住房对生活困难方进行帮助的举例形式，并非法律对该做法持有否定态度，只是该举例缺乏严谨性，常引发是否能以“转移房屋所有权”进行经济帮助的讨论，并引起“生活困难”与“住房困难”的判断混乱。同时，本条将该举例删去，也使经济帮助的解释范围扩大，有利于丰富对弱者经济帮助的内容与形式。

典型案例

对适当经济帮助的认定——徐某诉端某扶养纠纷案^[107]

【案情】

原告徐某与被告端某于2007年5月9日登记结婚，并于同年11月22日生育一子。徐某生育孩子后精神不稳定并多次离家出走，2010年徐某从娘家回来后，端某的母亲带徐某在南京市溧水区精神康复医院诊疗，病历记载：“患者能听到不存在声音在耳边讲话，有人想害她、杀她，讲她的坏话，脑子里也控制不住地乱想，紧张恐惧，夜不眠，卫生不料理，不正常饮食……”医生

诊断为精神分裂症，并予以用药治疗。2012年7月13日徐某被确定为精神残疾人，残疾等级为2级。

2014年9月，端某向南京市溧水区人民法院提起离婚诉讼，因徐某下落不明，法院依法公告缺席审理，并于2015年4月10日作出了（2014）溧民初字第2578号民事判决书，判决解除端某与徐某之间的婚姻关系，双方婚生子归端某直接抚养。

2016年4月，徐某向南京市溧水区人民法院提起诉讼，认为在离婚诉讼中端某以欺骗的方式剥夺了其应诉权利，现徐某患有疾病，为维护其合法权益，要求端某自2010年起每年支付原告经济帮助款10 000元至原告死亡之日止。

端某辩称：履行夫妻义务的前提是双方系夫妻关系，2015年4月双方已经离婚，相互之间的扶养义务已经解除。根据法律规定，徐某主张经济帮助应在离婚时一并提出，现双方已经离婚一年多，故徐某无权再主张经济帮助。

【裁判】

南京市溧水区人民法院经审理认为，夫妻之间有相互扶养的义务，一方不履行扶养义务时，需要扶养的一方有要求对方付给扶养费的权利。离婚时，如一方生活困难，另一方有给予适当帮助的义务，该义务实质上是夫妻之间扶养义务的延续。本案中，徐某、端某于2015年经法院公告判决离婚时，徐某未到庭，客观上无法向端某主张经济帮助，但并非意味着徐某该项权利的丧失。徐某在本次诉讼中，仍有资格行使要求端某予以经济帮助的权利。根据《中华人民共和国婚姻法》第四十二条“离婚时，如一方生活困难，另一方应从其住房等个人财产中给予适当帮助”的规定，主张经济帮助的要件之一是：离婚时一方陷入生活困难。因此，“离婚时”是对一方是否陷入生活困难进行判断在时间上的限定，而非对生活困难一方主张权利在时间上的限定。因此，对端某主张经济帮助应在离婚时一并提出的辩解意见不予采信。

关于徐某是否符合法律规定的离婚时生活困难的情形。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第二十七条的规定，“一方生活困难”是指依靠个人财产和离婚时分得的财产无法维持当地基本生活水平。本案中，双方离婚时无共同财产的分割，徐某自2010年起即被诊断为精神分裂症，2012年又被确认为2级精神残疾，现仍未治愈，又无固

定的收入来源，应属于生活困难的情形。故徐某要求端某支付经济帮助款符合法律规定，应予支持。考虑端某主要靠在外打工维持生活，尚有年幼的儿子需要抚养，经济能力较为有限；同时法律明确规定离婚后的帮助以“适当”为限，为此，法院酌情确定端某一次性支付徐某经济帮助款20 000元。综上，南京市溧水区人民法院于2016年7月18日作出（2016）苏0117民初2079号民事判决：（1）被告端某于本判决生效之日起十五日内一次性支付原告徐某经济帮助款20 000元；（2）驳回原告徐某的其他诉讼请求。

【典型意义】

司法实践中，对于法律规定的生活困难一方请求经济帮助的权利的性质和行使容易产生争议。本案中，被告就主张生活困难一方请求经济帮助权利的行使应当限定在离婚时。但离婚案件缺席审理的情况时有发生，尤其是类似本案中在身患残疾的弱势一方未到庭的情形下而判决离婚的，生活困难一方在离婚诉讼中客观上是无法主张经济帮助的。此时若将该权利的行使限定为“离婚时”，则意味着生活困难一方该项权利的丧失，客观上有失公允，不利于对生活困难一方的权利保护。在本案审理过程中，为依法保护残疾人的合法权益，法院从立法本意对《中华人民共和国婚姻法》第四十二条进行解释，认为“离婚时”是一方陷入生活困难的认定时间而非主张权利的时间，从而更好地保护了弱势一方的合法权益，做到了法、理、情的融合。

第一千零九十一条

有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：

- （一）重婚；
- （二）与他人同居；
- （三）实施家庭暴力；
- （四）虐待、遗弃家庭成员；
- （五）有其他重大过错。

本条主旨

本条是有关离婚时无过错方有权请求损害赔偿的规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第四十六条的基础上补充而成，该条规定：“有下列情形之一的，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：（一）重婚的；（二）有配偶者与他人同居的；（三）实施家庭暴力的；（四）虐待、遗弃家庭成员的。”本条修改如下：第一，将“有配偶者与他人同居”改为“与他人同居”，使得法典用语前后一致，和谐统一；第二，增加兜底条款“有其他重大过错”，扩大对无过错方离婚赔偿请求权的请求条件范围，加大对人身遭受配偶严重侵害的无过错婚姻当事人合法权益的保护。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人格尊严、人本秩序、人文关怀等核心法理思想和权利法定、公序良俗、禁止权利滥用等具体法理精神^[108]。

一、历史发展

我国1950年《婚姻法》、1980年《婚姻法》均未规定离婚损害赔偿制度。2001年修正1980年《婚姻法》时新增了离婚损害赔偿制度，该法第四十六条规定：“有下列情形之一的，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：（一）重婚的；（二）有配偶者与他人同居的；（三）实施家庭暴力的；（四）虐待、遗弃家庭成员的。”将离婚损害赔偿制度明确写入婚姻家庭法律制度中，既是对革命根据地婚姻法关于损害赔偿经验的总结，也是我国司法实践发展的结果^[109]。

《民法典》婚姻家庭编第一千零九十一条在2001年修订的《婚姻法》第四十六条的基础上进一步做了修改：第一，将“有配偶者与他人同居”改为“与他人同居”，使得法典用语前后一致，和谐统一；第二，增加兜底条款“有其他重大过错”，扩大对无过错方离婚赔偿请求权的请求条件范围，加大对人身遭受配偶严重侵害的无过错婚姻当事人合法权益的保护。

二、离婚损害赔偿的含义

本条规定的离婚损害赔偿制度，是国家对婚姻当事人予以救济的重要组成部分，是当代民法特别是亲属法中的公平原则、保护弱者原则在离婚问题上的必然要求，体现了《民法典》婚姻家庭编对人格尊

严的保护，具有填补损害、精神抚慰、制裁和预防违法行为的功能[110]。纵观各国立法例，许多国家和地区也规定有离婚损害赔偿制度，如《瑞士民法典》曾在第151条规定：“（1）因离婚，无过错的配偶一方在财产权或期待权方面遭受损害的，有过错的一方应支付合理的赔偿金。（2）因导致离婚的情势，配偶一方的人格遭受重大损害的，法官可判与一定金额的赔偿金作为慰抚。”《法国民法典》第266条规定：“在因一方配偶单方过错宣告离婚的情况下，该一方对另一方配偶因解除婚姻所受到的物质上与精神上的损失，得受判负损害赔偿。但另一方配偶仅在进行离婚诉讼之时，始得请求损害赔偿。”而且第267条还规定：“在因一方配偶单方过错宣告离婚的情况下，该方当然丧失另一方配偶在结婚时或其后原已同意的一切赠与及一切的财产利益。”《日本民法典》虽没有此类规定，但是其最高裁判所1962年3月15日的判决即已承认有责离婚者负侵权行为责任，且其最高裁判所早在1958年4月11日的判决中就承认内缘的不当抛弃者负侵权行为责任。

三、离婚损害赔偿的构成要件

（一）法定的违法行为

法定的违法行为是指本条具体规定的违法行为，即重婚，与他人同居，实施家庭暴力，虐待、遗弃家庭成员。仅有前述法定的违法行为的发生，而没有导致离婚的，也不发生离婚损害赔偿责任。违法行为导致离婚，强调的是违法行为导致了夫妻关系破裂，而且夫妻双方解除婚姻关系为双方所认可或者为法院判决所确认。按照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第二十九条第二款的规定，“人民法院判决不准离婚的案件，对于当事人基于婚姻法第四十六条提出的损害赔偿请求，不予支持”。

（二）损害事实

无过错方因另一方的违法行为遭受损害，也是构成离婚损害赔偿责任的要件之一，根据相关司法解释的规定，损害赔偿包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。涉及精神损害赔偿的，适用《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的有关规定。

（三）违法行为与损害事实之间有因果关系

实施重婚，与他人同居，家庭暴力，虐待、遗弃家庭成员等违法行为而导致离婚，是造成无过错方配偶遭受物质损害和精神损害的原因。如果加害人的行为与损害结果之间没有因果关系，则加害人对损害结果不承担民事责任。

（四）违法行为人有主观过错

过错是行为人的可归责的心理状态，包括故意和过失。一般认为，违法行为人实施前述违法行为应是故意的过错状态，因过失伤害家庭成员而导致离婚的，则不构成离婚损害赔偿责任。

四、离婚损害赔偿请求权的行使

在婚姻关系存续期间，当事人不起诉离婚而单独依据本条规定提起损害赔偿请求的，人民法院不予受理。人民法院受理离婚案件时，本条规定中当事人的有关权利义务，应当书面告知当事人。在适用本条时，应当区分以下不同情况：第一，符合本条规定的无过错方作为原告基于本条规定向人民法院提起损害赔偿请求的，必须在离婚诉讼的同时提出；第二，符合本条规定的无过错方作为被告的离婚诉讼案件，被告不同意离婚也不基于本条规定提起损害赔偿请求的，可以在离婚后一年内就此单独提起诉讼；第三，无过错方作为被告的离婚诉讼案件，一审时被告未基于本条规定提出损害赔偿请求，二审期间提出的，人民法院应当进行调解，调解不成的，告知当事人在离婚后一年内另行起诉；第四，当事人在协议离婚时已经明确表示放弃该项请求，或者在办理离婚登记手续一年后提出的，不予支持；第五，人民法院判决不准离婚的案件，对于当事人基于本条提出的损害赔偿请求，不予支持。

典型案例

互殴中施暴方的认定——段某洁诉尹某离婚纠纷案^[111]

【案情】

原告段某洁诉称，其与被告尹某于2011年6月23日结婚，婚后感情一直不好。2013年1月18日原告生育男孩尹某甲，夫妻感情丝毫没有转变，被告动辄即对原告进行殴打。原告在怀孕期间，因一次上班忘记向婆婆辞行，被告不问青红皂白从五楼追到楼下，当众给原告两记耳光。原告生下小孩十多天，被告就多次提出离婚，并扬言“带刀子回家杀人”。2013年2月25日、4月28

日、5月2日、5月31日，被告多次对原告施暴，造成原告多处受伤。为了躲避被告的殴打，原告有时只能在外住宿。因此原告诉讼请求判决离婚并由被告支付原告人身损害赔偿及精神赔偿1万元。

被告辩称，原告产后情绪抑郁，加上被告母亲在今年年初查出乳腺癌晚期，导致家庭负担较重，引起原告及其父母不满，加重了双方家庭矛盾。半年来，被告一直想缓和矛盾，但因与原告父母生活方式及观念不同，每次沟通都得不到有效的解决。原告在父母的误导下，逐渐与被告形成对抗情绪，双方矛盾升级。2013年8月31日、2013年9月3日，在沟通过程中，被告受到原告及其父母的殴打，受伤住院。双方是互相殴打，并不是被告实施了所谓的家庭暴力。

【裁判】

从原、被告提供的伤情照片以及医院病历记载可知，原告段某洁受钝物重击伤，属攻击伤，而被告尹某是被抓伤、咬伤，符合抵抗伤特征，再对比双方的身体和力量，可以认定被告尹某对原告段某洁实施了暴力殴打行为，构成家庭暴力。根据《婚姻法》第四十六条的规定，实施家庭暴力导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿，原告段某洁请求被告尹某赔偿1万元，金额不高，理由充分，予以支持。

【典型意义】

在互殴型家庭纠纷中，法院通过攻击伤（如钝物重击伤等）和抵抗伤（如抓伤、咬伤等）的细致分析，确定施暴方。在日常生活里，单方面的接受暴力行为是比较少的，通常在争执中会有双方互相伤害的情形，此时不能根据双方都有伤情，而简单排除家庭暴力的可能性。细致分析双方的身体和力量，以及双方的伤势，有利于认定施暴方即过错方。

第一千零九十二条

夫妻一方隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产，或者伪造夫妻共同债务企图侵占另一方财产的，在离婚分割夫妻共同财产时，对该方可以少分或者不分。离婚后，另一方发现有上述行为的，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。

本条主旨

本条是关于夫妻一方侵害他方财产权利在离婚分割夫妻共同财产时应承担法律责任的规定。

相关条文

本条是在《婚姻法》第四十七条的基础上修改、删减而成，该条规定：“离婚时，一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时，对隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的一方，可以少分或不分。离婚后，另一方发现有上述行为的，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。人民法院对前款规定的妨害民事诉讼的行为，依照民事诉讼法的规定予以制裁。”本条除为法典统一进行部分连接词修改外，增加了“挥霍”行为，删去了第二款“人民法院对前款规定的妨害民事诉讼的行为，依照民事诉讼法的规定予以制裁”。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人格尊严、人财共济、人本秩序的核心法理思想和权利法定、公序良俗、禁止权利滥用等具体法理精神^[112]。

一、历史发展

关于离婚时妨碍财产分割的强制性规定，1950年《婚姻法》与1980年《婚姻法》均未体现。2001年修订的《婚姻法》第四十七条规定：“离婚时，一方隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，分割夫妻共同财产时，对隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的一方，可以少分或不分。离婚后，另一方发现有上述行为的，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。人民法院对前款规定的妨害民事诉讼的行为，依照民事诉讼法的规定予以制裁。”

《民法典》婚姻家庭编第一千零九十二条对2001年修订的《婚姻法》第四十七条做了进一步修改，增加了“挥霍”行为，删去了第二款“人民法院对前款规定的妨害民事诉讼的行为，依照民事诉讼法的规定予以制裁”。

二、立法目的与意义

夫妻一方故意隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产本质上是侵害另一方对于夫妻共有财产权利的民事侵权行为，其违法性是

显而易见的。行为人对自己的违法行为理应承担相应的法律责任，以维护无过错一方的合法财产权益。本条的立法目的即为防范和制止侵害配偶合法财产权益的行为，切实保障婚姻当事人对夫妻共同财产所享有的权利，增强民法中婚姻家庭法律制度的权威性和可操作性。

三、构成要件

满足本条规定的情形应符合以下构成要件：

第一，行为主体是夫妻一方。本条适用于夫妻一方侵害另一方婚姻财产权益的行为。如果是第三人对夫妻一方在婚姻关系中的共同财产权益的侵害，则应适用《民法典》总则编和侵权责任编有关一般侵权行为的构成要件、法律责任等的规定而非适用本条。

第二，行为客体是夫妻共同财产。本条所列各项内容均属针对夫妻共同财产所实施的行为。夫妻共同财产既包括实行法定财产制的夫妻在婚姻关系存续期间取得的依法属于双方共同所有的财产，也包括实行约定财产制的夫妻约定为双方共同所有的婚前财产或婚后所得财产。夫妻共同财产从性质上说属于共同共有。在夫妻婚姻关系存续期间，无论属于双方或一方的收入，无论各自收入的数量多少，也无论其中一方有无收入，夫妻作为共同生活的伴侣，对共同财产享有平等的所有权。对共同财产，夫妻双方均有依法占有、使用、收益和处分的权利。夫或妻处理共同财产，主要是非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定时，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。任何一方不得违背他方意志擅自处理，否则就侵犯另一方对夫妻共同财产的权利，另一方有权依法主张保护自己的权利^[113]。

第三，行为客观表现为隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产，或伪造夫妻共同债务。隐藏是将财产藏匿起来，不让他人发现，使另一方无法获知财产的所在从而无法控制。除隐藏各种有形财产外，夫妻一方不告知对方登记在其个人名下，但属于夫妻双方共同所有的银行存款、股票基金债券等，也是近年来司法实践中较为突出的一种隐藏夫妻共同财产的行为。转移是指未经对方同意，私自将财产移往他处，或将资金移往其他账户，脱离另一方的掌握。如将财产私赠他人、虚假过户等。变卖是指将财产折价出售给他人。毁损是指采用打碎、拆卸、涂抹等破坏性手段使物品失去原貌，失去或者部分失去原来具有的使用价值和价值。挥霍是指任意浪费财产。伪造夫妻共同债务是指制造内容虚假的债务凭证，包括合同、欠条等，负担本不对债权人负担的共同债务或夸大对债权人所负担的共同债务金额，让配偶共同承担债务清偿责任，以达到侵占、多分夫妻共同财产的目的。

四、法律责任

在具备以上构成要件的情形下，对于故意隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或伪造夫妻共同债务的一方应按照本条之规定，在离婚分割夫妻共同财产时，可以少分或不分。夫妻一方故意侵害夫妻共同财产，目的是侵占另一方在夫妻共同财产中的份额，这一主观过错已使其丧失均等分割共同财产的基础前提，法律必然要对其做出否定性评价。因此，依据本条规定，在离婚分割夫妻共同财产时，对隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或伪造夫妻共同债务的一方，可以少分或不分。对少分的具体份额或比例以及在何种情况下可以不分，法律并没有明确规定，法院应当根据违法行为的情节和案件的具体情况做出处理。

典型案例

离婚时一方隐瞒夫妻共同财产的，可提起诉讼请求再次分割共同财产——李某诉孙某离婚后财产纠纷案^[114]

【案情】

孙某和李某原为夫妻，两人于2004年因感情不和协议离婚。双方在协议中约定：婚生子孙小某离婚后由女方抚养，孙某定期给付李某抚养费和教育费；现住公房及房屋内所有物品归女方所有；现金、存款上双方不存在共同财产，离婚时互不干涉，不需要再分割；男方经营的公司、所有的汽车等财产，离婚后属男方。2014年，李某在作为孙小某的法定代理人依据离婚协议要求孙某付抚养费时，发现孙某现住房是在其与李某婚姻关系存续期间购买的，孙某在离婚时对该房屋进行了隐瞒。故李某以此为由起诉到法院要求判决涉案房屋全部归自己所有。

被告孙某辩称，李某的起诉期早已超过两年的诉讼时效，而且当时双方因为感情不和，从2001年便已经开始分居。涉案的房屋是其在分居期间完全用个人的财产购买的，应属于个人财产。同时，离婚协议中的公房在离婚时已经取得完全产权，与公房相比，现住房在离婚时价值较小，而且购买此房也告诉过李某，故对于该房屋完全没有隐藏的动机和必要。况且，双方在离婚协议中明确约定“所有的汽车等财产，离婚后属男方”，自己的现住房理应属于个人财产，因此不同意李某的诉讼请求。

【裁判】

北京市昌平区人民法院经过审理认为，涉案房屋系在双方婚姻关系存续期间购买，为夫妻共同财产，应当予以分割，判决房屋归孙某所有，孙某给付李某房屋折价款一百四十万元。判决后，孙某、李某均不服，向北京市第一中级人民法院提起上诉。

北京市第一中级人民法院经过审理认为，虽然双方在离婚协议中有“男方经营的公司、所有的汽车等财产，离婚后属男方”的约定，但在房产价值远大于汽车价值的常识背景下，以“等”字涵盖房屋，违背常理，故该房为双方婚姻关系存续期间购买，应属于双方共同财产。对于孙某所提的李某诉讼已过诉讼时效的上诉理由，因孙某未能提供证据证明李某在诉讼时效结束之前已经知道该套房屋的存在，故李某表示其作为孙小某的法定代理人在2014年起诉孙某给付抚养费的案件中才知道有该套房屋的解释较为合理。对于房屋的分割问题，原审法院参照李某提出的市场价格及周边地区房屋的市场价格酌情确定房屋的市场价格并无不妥，同时原审法院结合孙某隐匿财产存在过错、涉案房屋已登记在孙某名下等因素，判决房屋归孙某所有，孙某给付李某折价款一百四十万元，并无不当。综上，北京市第一中级人民法院最终驳回了两人的上诉，维持了原判。

【典型意义】

在案证据能够证明孙某的现住房是其在与李某婚姻关系存续期间用夫妻共同财产购买的，而且其主张购买该房屋已经告知李某缺乏证据支持，因此法院将涉案房屋认定为夫妻共同财产，并依法进行了分割。同时，对于隐瞒财产的分割比例问题，法院需要依据过错大小、具体案情等综合认定，故本案中李某以孙某隐瞒夫妻共同财产存在错误为由，要求涉案房屋全部归自己所有的诉讼请求亦未得到支持。

注释：

[1]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[2]数据来自《2018年民政事业发展统计公报》。

[3]杨大文.亲属法与继承法.北京：法律出版社，2013：143.

[4]胡康生.中华人民共和国婚姻法释义.北京：法律出版社，2001：125.

[5]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，

2020 (2) .

[6]杨大文,龙翼飞.婚姻家庭法.7版.北京:中国人民大学出版社,2018:138.

[7]王洪.婚姻家庭法.北京:法律出版社,2003:159.

[8]《婚姻登记条例》第十一条第一款规定:“办理离婚登记的内地居民应当出具下列证件和证明材料:(一)本人的户口簿、身份证;(二)本人的结婚证;(三)双方当事人共同签署的离婚协议书。”

[9]《婚姻登记条例》第十二条规定:“办理离婚登记的当事人有下列情形之一的,婚姻登记机关不予受理:(一)未达成离婚协议的;(二)属于无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的;(三)其结婚登记不是在中国内地办理的。”

[10]史尚宽.亲属法论.北京:中国政法大学出版社,2000:364.

[11]杨大文.亲属法与继承法.北京:法律出版社,2013:147.

[12]杨大文,龙翼飞.婚姻家庭法.7版.北京:中国人民大学出版社,2018:139.

[13]最高人民法院办公厅.中华人民共和国最高人民法院公报:2011年卷.北京:人民法院出版社,2012:532-533.

[14]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展,2020 (2) .

[15]王晓琳.婚姻家庭编草案:构建和谐稳定的婚姻家庭制度.中国人大,2020 (3) .

[16]夏吟兰.对中国登记离婚制度的评价与反思.法学杂志,2008 (2) .

[17]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展,2020 (2) .

[18]余延满.亲属法原论.北京:法律出版社,2007:313.

[19]杨立新,蒋晓华.对民法典婚姻家庭编草案规定离婚冷静期的立法评估.河南社会科学,2019 (6) .

[20]1994年《婚姻登记管理条例》第十六条规定:“婚姻登记管理机关对当事人的离婚申请进行审查,自受理申请之日起一个月内,对符合离婚条件的,应当予以登记,发给离婚证,注销结婚证。当事人从取得离婚证起,解除夫妻关系。”

[21]张力.对离婚冷静期的冷思考.检察日报,2020-01-22 (7) .

[22]夏吟兰.对离婚率上升的社会成本分析.甘肃社会科学,2008 (1) .

[23]姚邢.离婚冷静期制度确立家庭价值崇高性.光明日报, 2020-06-03 (2)。

[24]《法国民法典》第六编第231条规定:“法官应先分别与夫妻各方,然后再与夫妻双方一起,对离婚申请进行审查,此后,再传唤当事人的律师或各自的律师。如夫妻双方坚持离婚意愿,法官应当指出,他们应在3个月的考虑期限之后重新提出离婚申请。如在考虑期限届满后6个月内未重新提出离婚申请,原来的共同离婚申请即失去效力。”

[25]《俄罗斯联邦家庭法典》第19条规定:“1.没有共同的未成年子女的夫妻协议离婚时,在户籍登记机关办理离婚。……3.从提交离婚申请之日起满一个月,户籍登记机关办理离婚并发给离婚证明。……”(中国法学会婚姻法研究会.外国婚姻家庭法汇编.北京:群众出版社,2000:470.)

[26]韩国提倡“离婚熟虑制”.决策与信息,2013(3);陶建国.韩国法院离婚案件处理机制中子女利益的保护及其启示.中国青年政治学院学报.2014(4)。

[27]杨立新,蒋晓华.对民法典婚姻家庭编草案规定离婚冷静期的立法评估.河南社会科学,2019(6)。

[28]参见1996年《英国家庭法》第7条“反省与考虑期”。(英国婚姻家庭制定法选集.蒋月,等译.北京:法律出版社,2008:233.)

[29]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展,2020(2)。

[30]《婚姻登记条例》第十一条规定:“办理离婚登记的内地居民应当出具下列证件和证明材料:(一)本人的户口簿、身份证;(二)本人的结婚证;(三)双方当事人共同签署的离婚协议书。办理离婚登记的香港居民、澳门居民、台湾居民、华侨、外国人除应当出具前款第(二)项、第(三)项规定的证件、证明材料外,香港居民、澳门居民、台湾居民还应当出具本人的有效通行证、身份证,华侨、外国人还应当出具本人的有效护照或者其他有效国际旅行证件。离婚协议书应当载明双方当事人自愿离婚的意思表示以及对子女抚养、财产及债务处理等事项协商一致的意见。”

[31]《婚姻登记工作规范》第五十六条规定:“婚姻登记员受理离婚登记申请,应当按照下列程序进行:(一)分开询问当事人的离婚意愿,以及对离婚协议内容的意愿,并进行笔录,笔录当事人阅后签名。(二)查验本规范第五十五条规定的证件和材料。申请办理离婚登记的当事人有一本结婚证丢失的,当事人应当书面声明遗失,婚姻登记机关可以根据另一本结婚证办理离婚登记;申请办理离婚登记的当事人两本结婚证都丢失的,当事人应当书面声明结婚证遗失并提供加盖查档专用章的结婚登记档案复印件,婚姻登记机关可根据当事人提供的上述材料办理离婚登记。(三)双方自愿离婚且对子女抚养、财产及债务处理等事项协商一致的,双方填写《申请离婚登记声明书》;《申请离婚登记声明书》中‘声明人’一栏的签名必须由声明人在监誓人面前完成并按指纹;婚姻登记员作监誓人并在监誓人一栏签名。(四)夫妻双方应当在

离婚协议上现场签名；婚姻登记员可以在离婚协议书上加盖‘此件与存档件一致，涂改无效。××××婚姻登记处××年××月××日’的长方形印章。协议书夫妻双方各一份，婚姻登记处存档一份。当事人因离婚协议书遗失等原因，要求婚姻登记机关复印其离婚协议书的，按照《婚姻登记档案管理办法》的规定查阅婚姻登记档案。离婚登记完成后，当事人要求更换离婚协议书或变更离婚协议内容的，婚姻登记机关不予受理。”

[32]杨大文，龙翼飞.婚姻家庭法.7版.北京：中国人民大学出版社，2018：141.

[33]审理法院为江苏省南京市玄武区人民法院，案号：（2005）玄行初字第32号。

[34]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[35]余延满.亲属法原论.北京：法律出版社，2007：326.

[36]杨大文.亲属法与继承法.北京：法律出版社，2013：149.

[37]胡康生.中华人民共和国婚姻法释义.北京：法律出版社，2001：131.

[38]王洪.婚姻家庭法.北京：法律出版社，2003：176.

[39]参见《中华人民共和国民事诉讼法》第十七条、第十八条、第十九条、第二十条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第11条、第12条、第13条、第14条、第15条、第16条。

[40]陶毅，明欣.离婚：单一破裂主义或混合主义.法学研究，1999（6）.

[41]杨大文.亲属法与继承法.北京：法律出版社，2013：156.

[42]王洪.婚姻家庭法.北京：法律出版社，2003：179.

[43]一审法院为甘肃省庆阳市西峰区人民法院，案号：（2014）庆西民初字第1485号；二审法院为甘肃省庆阳市中级人民法院，案号：（2014）庆中民终字第640号。

[44]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[45]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[46]审理法院为湖北省广水市人民法院，案号：（2016）鄂1381民初2533号。

[47]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展, 2020(2).

[48]余延满.亲属法原论.北京:法律出版社, 2007: 329.

[49]杨立新.家事法.北京:法律出版社, 2013: 138.

[50]《中华人民共和国妇女权益保障法》第四十五条规定:“女方在怀孕期间、分娩后一年内或者终止妊娠后六个月内,男方不得提出离婚。女方提出离婚的,或者人民法院认为确有必要受理男方离婚请求的,不在此限。”

[51]杨立新.家事法.北京:法律出版社, 2013: 138.

[52]1955年最高人民法院《关于女方因通奸怀孕男方能否提出离婚问题的批复》中认为:“在这种情况下,男方提出离婚时,如婚后通奸怀孕的事实为女方所不争执或经查明属实,则法院应该受理”。

[53]夏吟兰.婚姻家庭继承法.北京:中国政法大学出版社, 2012: 124.

[54]本案例来自北大法宝经典案例,法宝引证码CLI.C.23521。

[55]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展, 2020(2).

[56]《中国儿童发展纲要(2011—2020年)》提出的保护儿童的五项基本原则是:依法保护原则、儿童优先原则、儿童最大利益原则、儿童平等发展原则、儿童参与原则。

[57]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展, 2020(2).

[58]夏吟兰.婚姻家庭继承法.北京:中国政法大学出版社, 2012: 135.

[59]余延满.亲属法原论.北京:法律出版社, 2007: 370.

[60]王战平.中国婚姻法教程.北京:人民法院出版社, 1992: 213.

[61]余延满.亲属法原论.北京:法律出版社, 2007: 371.

[62]杨大文.亲属法与继承法.北京:法律出版社, 2013: 168.

[63]杨立新.家事法.北京:法律出版社, 2013: 152.

[64]《儿童权利公约》对儿童保护共提出了四个原则:(1)不歧视,不因任何父母、国籍等情况歧视儿童,让儿童得到平等待遇;(2)最大化地保障儿童利益,儿童利益的保护,以最大化为宗旨;(3)确保儿童生存权、发展权,保障儿童健康成长;

(4) 儿童的意愿应得到尊重, 儿童作为有生命的个体, 其真实想法理应得到尊重, 其权利应该予以保护。

[65] 冉启玉. 英美法“儿童最大利益原则”及其启示: 以离婚后子女监护为视角. 河北法学, 2009 (9) .

[66] 二审法院为甘肃省庆阳市中级人民法院, 案号: (2014) 庆中民终字第255号。

[67] 龙翼飞. 编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议. 法制与社会发展, 2020 (2) .

[68] 余延满. 亲属法原论. 北京: 法律出版社, 2007: 377.

[69] 杨立新. 家事法. 北京: 法律出版社, 2013: 154.

[70] 杨立新. 家事法. 北京: 法律出版社, 2013: 154.

[71] 根据《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干意见》的规定, 对于单方收养的子女, 不能适用上述原则。“《中华人民共和国收养法》施行前, 夫或妻一方收养的子女, 对方未表示反对, 并与该子女形成事实收养关系的, 离婚后, 应由双方负担子女的抚育费; 夫或妻一方收养的子女, 对方始终反对的, 离婚后, 应由收养方抚养该子女。”但因《收养法》于1992年施行, 司法实践中此类情况已不存在。

[72] 本案例为最高人民法院公布四十九起婚姻家庭纠纷典型案例之三十四, 来自北大法宝典型案例, 法宝引证码CLI.C.8076518。

[73] 龙翼飞. 编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议. 法制与社会发展, 2020 (2) .

[74] 《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第21条规定: “夫妻离婚后, 与子女共同生活的一方无权取消对方对该子女的监护权; 但是, 未与该子女共同生活的一方, 对该子女有犯罪行为、虐待行为或者对该子女明显不利的, 人民法院认为可以取消的除外。”

[75] 2001年《婚姻法》第三十八条规定: 离婚后, 不直接抚养子女的父或母, 有探望子女的权利, 另一方有协助的义务。父或母探望子女, 不利于子女身心健康的, 由人民法院依法中止探望的权利。

[76] 王丽萍. 中日探望权制度研究. 山东大学学报(哲学社会科学版), 2004 (6) .

[77] 王丽萍. 婚姻家庭法律制度研究. 济南: 山东人民出版社, 2004: 153-154.

[78] 杨立新. 2002年热点民事案件: 回顾与点评. 检察日报, 2003-01-06.

[79]杨立新.家事法.北京：法律出版社，2013：159.

[80]刘大庆.完善我国探视权制度的法律思考.辽宁教育学院学报，2003（3）.

[81]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[82]王乔，顾承红.我国探望权制度中存在的若干问题及其完善.社会科学辑刊，2005（2）.

[83]执行异议受理法院为上海市浦东新区人民法院，案号：（2014）浦执异字第61号；执行复议受理法院为上海市第一中级人民法院，案号：（2014）沪一中执复议字第43号。

[84]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[85]《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第八条规定：“离婚协议中关于财产分割的条款或者当事人因离婚就财产分割达成的协议，对男女双方具有法律约束力。当事人因履行上述财产分割协议发生纠纷提起诉讼的，人民法院应当受理。”第九条规定：“男女双方协议离婚后一年内就财产分割问题反悔，请求变更或者撤销财产分割协议的，人民法院应当受理。人民法院受理后，未发现订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形的，应当依法驳回当事人的诉讼请求。”

[86]《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第十四条。

[87]《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第十五条。

[88]《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第十六条。

[89]《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第十七条。

[90]《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第十八条。

[91]《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十条。

[92]《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十一条。

[93]审理法院为山东省烟台经济技术开发区人民法院，案号：（2004）开行初字第2号。

[94]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[95]夏吟兰.民法分则婚姻家庭编立法研究.中国法学，2017（3）.

[96]夏吟兰.婚姻家庭继承法.北京：中国政法大学出版社，2012：142.

[97]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[98]杨大文.亲属法.4版.北京：法律出版社，2004：196.

[99]张学军.论离婚后的扶养立法.北京：法律出版社，2004：286-292，351-356.

[100]审理法院为湖南省长沙市岳麓区人民法院，案号：（2006）岳民一初字第403号。

[101]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[102]一审法院为洞头县人民法院，案号：（2008）洞民一初字第142号；二审法院为温州市中级人民法院，案号：（2008）温民一终字第175号。

[103]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[104]夏吟兰.婚姻家庭继承法.北京：中国政法大学出版社，2012：143.

[105]在各国亲属法中，一般都规定离婚后一方对另一方给付扶养金。这种扶养金，是夫妻离婚后，一方应当为生活确有困难或有特殊需要的另一方提供救助的责任。救助义务的履行采取扶养金的方式，如果扶养金债务人一方死亡，扶养金由其继承人负担，但扶养金债权人一方再婚或者公然与他人姘居时，扶养金停止给付。

[106]杨立新.家事法.北京：法律出版社，2013：148.

[107]本案例为江苏法院维护残疾人合法权益十大典型案例之七，来自北大法宝典型案例，法宝引证码CLI.C.60775671。

[108]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[109]张希坡.中国婚姻立法史.北京：人民出版社，2004：478.

[110]夏吟兰.婚姻家庭继承法.北京：中国政法大学出版社，2012：144.

[111]审理法院为广东省珠海市中级人民法院，案号：（2014）珠中法民一终字第187号。

[112]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[113]李明舜，林建军.中华人民共和国婚姻法评注·救助措施与法律责任.厦门：厦门大学出版社，2016：138.

[114]本案例为最高人民法院公布十起婚姻家庭纠纷典型案例（北京）之八，来自北大法宝典型案例，法宝引证码CLI.C.7997496。

第五章 收养

收养是在收养人与被收养人之间产生拟制父母子女关系的法律行为。收养制度是一项古老的社会制度，在原始社会，氏族就可以把战争的俘虏或者其他部落的成员收养入族，以繁荣本氏族。进入文明社会后，古巴比伦《汉穆拉比法典》中，有关于收养遗弃儿和手工业者收养子女的规定。罗马法中的收养有完全收养和不完全收养。日耳曼法也承认养子制度的存在。近代世界各国法律中，收养制度虽不时变迁，但已成为世界各国普遍实行的一项法律制度。收养制度的设立，最初是为了“族”的利益，以延续后代、继承宗祧为目的。而后演进到了收养人的利益，使无子女者在晚年有所依靠，以免除精神上的孤独。现代的收养制度已经发展成为为了子女利益、以保护被收养的未成年人利益为核心的社会制度。

收养制度作为亲属制度的延伸以及生育制度的补充，在人类社会发展中发挥了重要作用。新中国成立以后，我国废除了以继承宗祧为目的的立嗣制度，1950年《婚姻法》第十三条第二款规定：“养父母与养子女相互间的关系，适用前项规定（即父母与子女间的权利义务关系。——引者）。”1980年《婚姻法》第二十条进一步规定：“国家保护合法的收养关系。养父母和养子女间的权利和义务，适用本法对父母子女关系的有关规定。养子女和生父母间的权利和义务，因收养关系的成立而消除。”1991年12月29日第七届全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议通过了《中华人民共和国收养法》。《收养法》自1992年4月1日起正式施行，结合我国的司法实践及国外成功的立法经验，确立了有利于被收养的未成年人的抚养与成长原则、保护收养人与被收养人的合法权益原则、平等自愿原则以及不得违背法律、法规和社会公德原则，并对收养关系的成立、收养的效力、收养关系的解除及法律责任等问题做了全面系统的规定^[1]。1999年5月民政部颁布了《中国公民收养子女登记办法》（2019年3月修正）和《外国人在中华人民共和国收养子女登记办法》，2003年12月民政部、国家档案局联合发布了《收养登记档案管理暂行办法》，2005年4月27日全国人大常委会批准了《跨国收养方面保护儿童及合作公约》，2014年民政部颁布了《民政部关于规范生父母有特殊困难无力

抚养的子女和社会散居孤儿收养工作的意见》，自此我国形成了较为全面的收养法律制度，积累了丰富的立法经验。在吸收前述法律、行政法规等优秀立法技术的基础上，《民法典》婚姻家庭编第五章规定的收养法律制度，通过对收养成立条件及程序、收养效力、收养解除条件和法律后果等有关内容的细化规定，为收养法律关系的当事人提供了更高水平的法律保障，充满法律温暖的人文关怀^[2]，为构建和谐家庭与社会提供了强大的法律支撑。

第一节 收养关系的成立

收养是重要的民事法律行为，也是民事法律行为的特定种类。收养成立的实质要件既要符合民法中有关民事法律行为的一般规定，又要符合收养法中有关收养行为的专门规定。因收养行为而形成的父母子女关系为收养关系，领养他人子女为自己子女的人为收养人，即养父与养母；被他人收养的人为被收养人，即养子或养女；将子女或非其子女的其他未成年人送给他人收养的个人或组织为送养人。收养关系的产生，决定亲属关系的变更，从而直接导致自然人人身和财产关系的变化。因此，收养关系的产生、消灭必须符合法定条件并履行相应的法律手续后才具有法律效力。本节第一千零九十三条至一千一百一十条从收养法律关系的主体、收养关系成立的实质要件、收养关系成立的形式要件等方面较为全面地提供了收养关系成立的具体法律规则。

第一千零九十三条

下列未成年人，可以被收养：

- （一）丧失父母的孤儿；
- （二）查找不到生父母的未成年人；
- （三）生父母有特殊困难无力抚养的子女。

本条主旨

本条是关于被收养人条件的规定。

相关条文

本条是在《收养法》第四条的基础上修改而成，该条规定：“下列不满十四周岁的未成年人可以被收养：（一）丧失父母的孤儿；（二）查找不到生父母的弃婴和儿童；（三）生父母有特殊困难无力抚养的子女。”本条修改内容如下：第一，将“不满十四周岁”的限定条件删去，即满足条件的未成年人均可被收养，本条提高了被收养人的年龄上限，增强了对被收养人的保护力度；第二，将“查找不到生父母的弃婴和儿童”改为“查找不到生父母的未成年人”，此处修改保证了法条逻辑的周延性，避免适用混乱，同时不使用歧视性词语以减少对相关弱势群体的不良影响，体现了收养制度对弱势群体的保护。

理解与适用

本条规定体现了贯穿《民法典》婚姻家庭编的人权平等、人格尊严、人性友善、人伦正义、人本秩序、人文关怀的核心法理思想以及权利法定、公序良俗、禁止权利滥用等具体法理精神^[3]。

收养，是指自然人依法领养他人子女为自己子女的身份法律行为，使本无父母子女关系的人之间产生法律拟制的父母子女关系。收养行为的当事人是收养人、被收养人和送养人。收养人、被收养人以及送养人都具有严格的法定条件，只有满足法定条件的主体才能成为适格的收养关系当事人。

一、历史沿革

1991年颁布的《收养法》第四条规定：“下列不满十四周岁的未成年人可以被收养：（一）丧失父母的孤儿；（二）查找不到生父母的弃婴和儿童；（三）生父母有特殊困难无力抚养的子女。”1998年修订的《收养法》对该条文未做修改。《民法典》婚姻家庭编第一千零九十三条将被收养人的年龄上限改为不满十八周岁，同时将“查找不到生父母的弃婴和儿童”改为“查找不到生父母的未成年人”。

二、适格被收养人的实质条件

本条从年龄和被收养人的被抚养条件两个方面，对被收养人的条件做了规定，这对于保护未成年人的合法权益，维护收养关系的稳定，维护收养关系各方主体家庭关系的稳定，均具有重要的意义。对于本条的理解与适用应把握以下几点：

（一）被收养人应当是未成年人

根据《民法典》总则编第十七条的规定，不满十八周岁的自然人为未成年人。《收养法》第四条规定被收养人的年龄上限为十四周岁，该种限制并不合适，因为从我国的现实情况来看，十四周岁以上的未成年人大多数仍需要家庭的经济供给，而且随着我国高等教育的普及，这一阶段的未成年人大多仍处于受教育阶段，将其排除在被收养人的范围之外是不妥当的^[4]。《收养法》规定的年龄上限忽略了十四周岁到不满十八周岁的未成年人的被收养权^[5]。本条将被收养人的年龄上限提高至不满十八周岁，是符合我国国情的。

（二）被收养人缺乏相应的被抚养条件

依据本条规定，除了年龄限制外，被收养人在经济与精神方面还缺乏相应的被抚养生活条件。具体包括以下三种情形：

第一，被收养人是丧失父母的孤儿。关于本条所规定的“丧失”应做如下理解：“丧失”是指被收养人的父母已经死亡或者被宣告死亡。在特定情况下，可以对此处的“丧失”做扩张解释，即被收养人无法找到其父母，例如，对被拐卖的儿童而言，其父母虽然可能并没有死亡或者被宣告死亡，但是该儿童无法找到其父母，也无法得到有效抚养，因此，从保护未成年人的角度出发，可以将此种情形也解释为“丧失”父母的情形。

此外，关于本条所规定“父母”的范围，其究竟仅限于生父母，还是应当包括养父母，以及继父母？从文义解释来看，本条并没有限定此处“父母”的范围，而且本条第三项使用了“生父母”的概念；从体系解释来看，本条第三项使用“生父母”的表述，而第一项使用了“父母”的表述，表明立法者对二者进行了一定的区分，即第一项中的“父母”并不限于“生父母”；从目的解释来看，为更好地实现收养制度的目的，保护未成年人的健康成长，应当扩大本条所规定的“父母”的范围，促进收养关系的达成。因此，此处的“父母”既包括生父母，也应当包括养父母、继父母。

第二，被收养人是查找不到生父母的未成年人。本条所规定的“查找不到”，既包括相关国家机关，如民政部门无法找到未成年人的生父母，也包括个人通过各种方式无法找到未成年人的生父母。本条没有对查找的期间做出限定，从维护收养关系稳定的角度出发，应当为该查找行为设置一定的期间，即只有在一定合理期间经过后仍无法找到该未成年人的生父母的情况下，该未成年人才能成为被收养人。

《收养法》在此处用了“弃婴和儿童”，因为“弃婴”与“儿童”并非法律概念，在司法实践中会面临对弃婴和儿童的年龄再次定义的适用混乱，本条改用未成年人一词，在理解与适用时不易出现歧义；同时，“弃婴”一词进入法律，容易在广大群众意识中强化这一概念，从而使被父母遗弃的初生儿被贴上歧视性标签，不利于其以后的成长。因此本条将“弃婴和儿童”改为“未成年人”体现了法条逻辑的严谨性、司法实践的可行性以及保护未成年人的基本法律原则。

第三，被收养人是生父母有特殊困难无力抚养的子女。“生父母有特殊困难无力抚养”也是被收养人适格的条件之一。关于这一条件，在理解与适用中应把握以下几点：第一，原则上是“生父母”无力抚养。本条将被收养人欠缺抚养条件的情形限定为“生父母”无力抚养，但在特殊情况下，被收养人也可能因其养父母、继父母存在特殊困难而欠缺抚养条件，在此情形下，出于保护未成年人的考虑，也应当认定其符合被收养的条件。第二，生父母“有特殊困难无力抚养”子女。被收养人的生父母可能因多种原因而导致其丧失抚养被收养人的能力。本项是一个概括条款，因为实践中因“特殊困难无力抚养子女”的情形复杂多样，如未成年人的生父母因经济困难无力抚养，也可能是生父母因工作性质特殊，无法抚养子女。法律对于“有特殊困难无力抚养”的情形，无法逐一列举，相关部门在适用这一规则时，应当根据具体的情况，从未成年人利益最大化的角度出发，对未成年人的生父母是否因特殊困难无力抚养子女进行判断。

三、保护未成年人合法权益的原则

保护未成年人合法权益原则是贯穿收养法律制度的基本法律原则。收养制度以一种特殊标准衡量收养各方当事人的地位及分配利益。这种特殊标准源于被收养人处于相对弱势地位。以特殊身份来决定利益分配，使这种分配结果有利于保护被收养人即弱者的合法权益。在收养领域中，被收养人是未成年人，属于典型的弱势群体。保护未成年人合法权益的原则正是通过对失衡社会关系做出必要矫正，从而缓解现实生活中实质上的不平等。这是另一种意义上的法律平等，即“实质平等”^[6]。

建立收养制度的主要目的之一就是有效贯彻与落实保护未成年人合法权益的民法原则，保护未成年人的健康成长。本条规定被收养人应当是未成年的孤儿、查找不到生父母的未成年人，以及生父母有特殊困难无力抚养的子女，这些规定均体现了优化未成年人被抚养环境、促进未成年人健康成长的精神，体现了民法对未成年人的人文关怀，对未成年人合法权益保护的法律原则，而这一原则正是我国收养制度的基础性原则。

四、外国立法

（一）法国法

《法国民法典》第一卷“人”的第八编“收养子女”对收养法律制度做了具体规定。法国收养法以养子女是否终止与生父母的权利义务关系为判断标准，将收养分为完全收养与单纯收养。完全收养是指被收养人在收养关系成立后，与养父母建立法律上的权利和义务关系，并终止与生父母的权利义务关系。单纯收养是指被收养人在收养关系成立后，除与养父母建立法律上的权利义务关系外，并不终止与生父母的权利义务关系。

在完全收养制度中，法律对被收养人的条件做出规定：首先，被收养人年龄应在15岁以下，如果儿童年龄已超过15岁，但在其15岁之前已由当时尚不具备法定收养条件的人接纳，或者在其年满15岁之前已为单纯收养，在各项条件均具备时该儿童整个未成年期间及其成年后2年内，均可请求完全收养^[7]。其次，被收养人符合以下条件之一：（1）被收养人是父与母或亲属会议已有效赞同由人收养的儿童；（2）由国家收容的弃儿；（3）经宣告属于在第350条^[8]所指条件下被抛弃的儿童^[9]。在单纯收养制度中，法律对被收养人的年龄没有限制性规定，即成年人也可以成为单纯收养制度中的被收养人^[10]。

（二）瑞士法

《瑞士民法典》在第二编“亲属法”中规定了收养制度的相关内容，该法根据被收养人是否成年，将收养分为“收养未成年人”与“收养成年人”。在收养未成年人的规定中，要求被收养人是未成年人且至少小于养父母十六岁^[11]。该法规定无直系血亲卑亲属的成年人可以被收养，并应满足以下要件之一：（1）因身体上或精神上的疾病而需要照顾，且收养人已抚养其至少五年；（2）在被收养人未成年期间，收养人已抚养和教育其至少五年；（3）有其他重大原因，且被收养人与收养人已共同生活至少五年^[12]。

（三）其他国家立法

《德国民法典》在第四编“亲属法”部分对收养关系做了规定，该法区分了对未成年人的收养与对成年人的收养。两种模式的收养均应

考虑是否有利于子女的最佳利益^[13]以及在伦理道德上是否具有正当性^[14]，在收养未成年人时，还规定了未成年人应出生已满8周^[15]。《日本民法典》在与亲生方的血亲终止亲属关系的收养关系中，对被收养人的年龄下限做出规定，即被收养人已满六岁^[16]。《菲律宾共和国家庭法》规定，与菲律宾共和国没有外交关系的国家的公民不得被收养^[17]。《越南婚姻家庭法》规定了被收养人应当在十五岁以下，如果被收养人是伤兵、残疾人或者孤寡老弱者可以不受年龄限制^[18]。

典型案例

刘某诉谭某确认收养关系纠纷案^[19]

【案情】

原告刘某与张某（已去世）系夫妻关系，并共同生育女儿某甲、张某乙、张某丙、张某丁、张某戊，未生育儿子。张某与原告刘某基于农村“老有所依，养儿防老”的习俗，1998年经人介绍认识被告谭某后收养被告谭某作为养子，双方未签订收养协议也未去民政部门办理收养登记等手续，自此张某、原告刘某与被告谭某开始共同生活。自张某于2005年4月去世后，原告刘某与被告谭某在共同生活中常因生活琐事发生争吵，被告谭某在原告刘某需要照顾的时候，亦不予关心和爱护，没有尽到作为养子基本的赡养义务。双方的收养关系虽已形成20多年，但该收养关系违法，且无继续存在的必要。为此，原告刘某诉至法院并提出确认原告刘某与被告谭某之间的收养关系无效的请求。

被告谭某辩称，原告刘某诉称其没有尽到养子的责任，有违事实。其被张某与原告刘某收养后就全力孝敬老人，操持一切家务，特别在张某去世后，其亦全力操办张某的后事并承担丧葬等费用，也对原告刘某履行赡养义务，双方共同生活逾23年，已形成事实上的收养关系。

【裁判】

法院认为，本案是当事人对收养关系是否有效成立存在不同观点而引发的纠纷，案由应为确认收养关系纠纷。合法的收养关系受法律保护，收养不得违反计划生育的法律、法规。张某、原告刘某与被告谭某的收养行为发生在1992年4月1日《中华人民共和国收养法》施行以后，因此，应适用《中华人民共和国收养法》的规定。张某与原告刘某收养被告谭某时已生育五个女儿，

显然张某与原告刘某不符合收养人的条件；被告谭某在被收养时已年满22周岁，显然亦不符合被收养人的条件。同时，双方至今未向县级以上人民政府民政部门登记，即不符合收养的形式要件。综上所述，原告刘某与被告谭某的收养关系无效。被告谭某辩称双方已存在事实上的收养关系，于法无据，本院不予采纳。为此，依照《中华人民共和国收养法》第三条、第四条、第六条、第十五条、第二十五条的规定，判决如下：原告刘某与被告谭某的收养关系无效。案件受理费100元（原告刘某已预交），由被告谭某负担。

【典型意义】

本案的一个重要争议点在于，成年人是否可以作为被收养人。尽管法律规定被收养人应是未成年人，在司法实践中并没有混淆或者争议，但在学理讨论时不乏有人认为成年人也可以作为被收养人，认为对无子女的老人而言，收养成年人较之收养未成年人更具现实意义，因为成年人有经验、有能力为老年人提供良好的扶助与照料。如同本案中，张某与刘某就是本着“老有所依，养儿防老”的心态“收养”了被告谭某，可见此种情形在老龄化严重的社会中业已发生，值得进一步思考与探讨。

面临老龄化的社会可能带来种种社会问题，其核心就是“养老”这一基本问题如何解决。这里所指的“养”不仅仅是经济上的支持，更多的是对老年人生活上的照料和精神上的慰藉。在这方面，收养制度无疑存有一定优势。因为除对未成年人的收养外，不少国家允许收养成年人，在不违反社会风俗的情况下逐步放宽收养成年人的条件，能够在为老年人提供相应照顾的同时减轻社会经济负担。这一“双赢”举措的普遍适用应该是未来收养制度的又一发展方向。“养老”功能在新的条件下的重新复苏是与未来社会的发展相符合的。即使经过一定时间的发展，人类社会走出了老龄化的阶段，收养制度的这一功能的发挥，对于解决老年人的赡养问题也不失为一条较好的途径^[20]。

第一千零九十四条

下列个人、组织可以作送养人：

- （一）孤儿的监护人；
- （二）儿童福利机构；

（三）有特殊困难无力抚养子女的生父母。

本条主旨

本条是关于送养人条件的规定。

相关条文

本条是在《收养法》第五条的基础上修改而成，该条规定：“下列公民、组织可以作送养人：（一）孤儿的监护人；（二）社会福利机构；（三）有特殊困难无力抚养子女的生父母。”本条有以下修改：第一，因“公民”一词属于公法概念而非民法概念，本条将其改为“个人”，增强民事法律条文用词的准确性，使之更符合民法体系内的语言规范；第二，民政部已于2018年10月30日颁布《儿童福利机构管理办法》，该办法第二条第一款规定：“本办法所称儿童福利机构是指民政部门设立的，主要收留抚养由民政部门担任监护人的未满18周岁儿童的机构。”因此，为我国各法律、行政法规等之间法律概念的统一，本条将“社会福利机构”改为“儿童福利机构”更为准确，也提高了司法实践的可操作性。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人格尊严、人性友善、人伦正义、人本秩序、人文关怀的核心法理思想以及权利法定、公序良俗等具体法理精神^[21]。

本条对收养关系中送养人的条件做了细致规定，对于明确收养关系成立的条件、规范收养法律关系具有重要意义。从比较法上看，在收养关系中，关于送养人的范围，主要有两种立法模式^[22]：一是分散型的立法模式，即不在法律中对送养人的条件或者范围进行集中规定，而是将相关规定分散在法律的各个部分。二是统一型的立法模式，即在法律中对送养人的条件和范围进行集中规定。《民法典》婚姻家庭编对送养人条件的立法模式采后者，即本条通过封闭式列举的立法技术，集中规定了适格送养人的法定条件。

一、历史沿革

1991年颁布的《收养法》第五条规定：“下列公民、组织可以作送养人：（一）孤儿的监护人；（二）社会福利机构；（三）有特殊困难无力抚养子女的生父母。”1998年修订的《收养法》对该条未做修改。《民法典》婚姻家庭编第一千零九十四条对1998年修订的《收

养法》第五条做以下修改：（1）将“公民”改为“个人”，以符合民事法律的语言体系；（2）将“社会福利机构”改为“儿童福利机构”，与具体行政法规概念一致，提高司法实践的可操作性。

二、立法目的

送养人适格是收养关系成立的实质要件之一。明确送养人适格的法定条件，具有如下目的及意义：

第一，明确送养人的条件是判断收养关系效力的前提。收养法律关系涉及收养人、送养人以及被收养人多方法律主体，法律主体的适格与否直接决定了法律关系是否能够成立，收养人、送养人以及被收养人的主体条件非常关键。同时，收养关系的成立将对各方当事人的利益产生影响，也关系到各方当事人家庭关系的稳定，因此，准确认定收养关系，对于维护收养法律关系的稳定具有重要的意义。本条对送养人的条件和范围做了规定，明确了送养人的条件，为准确判断收养关系的效力创造了条件。

第二，有利于有效规范收养法律关系。收养法律关系涉及多方当事人的利益，一旦对收养法律关系的认定不准确，便会对各方当事人的利益产生影响，甚至影响各方当事人家庭关系的稳定。本条采用统一型的立法模式，对送养人的条件和范围做了规定，只要送养人符合本条规定，在符合收养法律关系成立的其他条件的情形下，相关的收养关系即受到法律保护，因此，本条明确送养人的条件对于有效规范收养法律关系具有重要的意义。

第三，为规范收养法律关系的其他法律规则的创设提供了前提。收养法律关系包含多方当事人，法律关系较为复杂，即便仅就送养人的条件而言，相关主体作为送养人也可能涉及多种情形，需要法律做出系统的规定。例如，仅就生父母作为送养人的情形而言，在配偶一方死亡或者丧失行为能力，或者双方均丧失行为能力的情形下，如何确定相关的送养条件或者规则，也是收养法应当解决的问题。上述问题得以有效解决的前提是对送养人的范围进行详细的界定，明确送养人的范围。

三、送养人的法定条件

我国民法的立法模式已经采统一型的立法模式，本条正是对送养人条件的统一规定。根据本条规定，下列个人、组织可以作为送养人：

（一）孤儿的监护人

孤儿已丧失父母，处于他人监护之下，以监护人为送养人是出于保护孤儿权益的需要。孤儿的监护人的选定，应适用《民法典》总则编第二十七条第二款的规定：“未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由下列有监护能力的人按顺序担任监护人：（一）祖父母、外祖父母；（二）兄、姐；（三）其他愿意担任监护人的个人或者组织，但是须经未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意。”监护指民法上所规定的对于无民事行为能力人和限制民事行为能力人的人身、财产及其他合法权益进行监督、保护的一项制度。监护制度与收养制度共同为未成年人提供有效的权益保护。

由于孤儿的监护人不是未成年人的父母，为了防止孤儿的监护人通过送养损害孤儿的权利，本编一方面规定了孤儿的监护人可以作为送养人，另一方面又对孤儿的监护人实施送养行为加以限制。本编第一千零九十六条规定：“监护人送养孤儿的，应当征得有抚养义务的人同意。有抚养义务的人不同意送养、监护人不愿意继续履行监护职责的，应当依照本法第一编的规定另行确定监护人。”由于孤儿的祖父母、外祖父母、兄、姐等近亲属是与孤儿有法定权利义务关系的人，因此，由孤儿的近亲属行使同意权，有利于未成年孤儿的健康成长。

（二）儿童福利机构

本条将《收养法》规定的“社会福利机构”改为“儿童福利机构”使该项送养人主体指代更准确。根据中华人民共和国民政部颁布的《社会福利机构管理暂行办法》第二条的规定，“社会福利机构”是指“国家、社会组织和个人举办的，为老年人、残疾人、孤儿和弃婴提供养护、康复、托管等服务的机构”。根据该条的规定，“社会福利机构”的涵盖面较广，包括为老年人、残疾人、孤儿和弃婴提供养护、康复、托管等服务的机构，对于孤儿和弃婴的养护只是其中一部分机构承担的服务内容，而关于这部分内容的规定由民政部颁布的《儿童福利机构管理办法》加以具体细化。《儿童福利机构管理办法》第二条第一款规定：“本办法所称儿童福利机构是指民政部门设立的，主要收留抚养由民政部门担任监护人的未满18周岁儿童的机构。”可见，“社会福利机构”是“儿童福利机构”的上位概念，为了司法实践的可操作性以及法条文义的准确性，第一千零九十四条将“社会福利机构”改为“儿童福利机构”是妥当的。

（三）有特殊困难无力抚养子女的生父母

有特殊困难无力抚养子女的生父母可以作为送养人。依据这一规定，被收养人的生父母可以作为送养人，依据《民法典》总则编第二十六条的规定，抚养子女是生父母的法定义务，生父母原则上不得将其子女送养。但为保障未成年人有较好的被抚养环境，在其生父母有特殊困难无力抚养子女时，也应当允许其作为送养人。父母作为送养人应当符合以下条件：

第一，主体只能是生父母。从本条规定的文义来看，只有未成年人的生父母可以以有特殊困难无力抚养子女为由送养子女，未成年人的养父母、继父母等不在其列。

第二，生父母必须是有特殊困难无力抚养子女。本条并没有明确此处“特殊困难”的内涵与范围，但从督促父母履行其抚养义务的角度出发，应当严格认定本条所规定的“特殊困难”。一般认为，此处的特殊困难主要是指经济方面的困难，即生父母缺乏继续抚养子女的经济能力，但该特殊困难的范围又不限于此，在生父母因身体方面的原因无法继续抚养子女时，如患有重大疾病无法继续抚养子女，也应当属于本条所规定的“特殊困难”。

第三，关于特殊困难的证明。《中国公民收养子女登记办法》规定，有特殊困难无力抚养子女的，还应当提交其所在单位或者村民委员会、居民委员会出具的送养人有特殊困难的证明。因此，对特殊困难的判定标准应由送养人所在单位或者村民委员会、居民委员会进行初步判断。送养人的所在单位或者村民委员会、居民委员会，是与送养人关系密切的组织，能较好地了解送养人的收入和生活状况，由上述组织进行判断把握是妥当的。

四、外国立法

（一）法国法

与我国立法模式不同，《法国民法典》并未在专门条文里列举送养人的类型，而是通过多个条文分散地规定了不同情形下送养人的条件。根据该法典第348条、第348—1条至348—6条、第349条以及第350条的规定，以下个人或者机构可以成为适格送养人：

（1）父母。该法未要求父母在有困难无力抚养子女时才能送养子女。由父母送养子女，需要父母双方一致同意方可送养，除非一方

已去世或者不能表达自己的意思时，可由一方单方送养^[23]。

（2）亲属会议。《法国民法典》规定了亲属会议制度，亲属会议由四至六名成员组成，成员由法官根据实际情形在未成年人的父母的血亲或姻亲中选择指定^[24]。当被收养人的父母均已死亡或者均已丧失亲权时，由亲属会议对该收养表示同意^[25]。由国家收养的弃儿，在其父母并未表达送养意愿时，也由亲属会议作为送养人表示对该收养的同意^[26]。

（3）法院。在父母放弃对儿童的照管，使该儿童面临伤害或者危险时，法院可以宣告对该儿童的收养，其间法院可以对父母拒绝送养的行为进行调查并依据未成年人利益最大化原则进行裁判；法院宣告收养也用于亲属会议滥行拒绝将儿童交予收养的情形^[27]。

（二）德国法

《德国民法典》也采取了分散型的立法模式，将送养人的条件规定在多个条文中，根据该法典第1747条以及第1748条的规定，以下个人或者机构可以成为适格送养人：

（1）父母。该法规定了父母在任何情形下均可送养子女，但应有明确的送养意思表示，父母一方长期不能做出表示或者居所长期不明的，也可以单方表意送养^[28]。

（2）家庭法院。当父母不履行对子女的抚养义务或者以行为表明对子女的漠不关心，影响子女的根本利益时，家庭法院可以根据子女的申请，代替父母做出送养子女的允许^[29]。

（3）青少年福利局。青少年福利局依据《社会法典》有权对子女是否应被送养提供行政介入，该局在对父母进行劝告满一定期限后，可以实行送养的代为允许^[30]。

（三）其他国家立法

《奥地利普通民法典》虽未明确规定除父母以外的适格送养人，但赋予了养子女所在养育院的负责人和青少年福利机构“询问权”^[31]。《瑞士民法典》规定了子女的父母为合法送养人，但当父母为谁不可知、长期失踪、持续性无判断能力或者未认真照顾子女时，可由儿童保护机构代为做出送养决定^[32]。《菲律宾共和国家庭法》

没有专门条文规定送养人的条件，但明确收养关系的有效成立，必须征得亲生父母、法定监护人或者正当的政府收养机构的同意^[33]。

典型案例

杨某诉何贤医院返还孩子案^[34]

【案情】

1992年8月26日，怀孕的原告杨某到被告番禺市何贤纪念医院（下称“何贤医院”）做了剖宫产手术，产下一女婴。杨某进何贤医院时自称姓名为“杨小芳”，籍贯为“贵阳、湖南”。1992年9月8日，杨某在未缴住院费、手术费、医药费等费用3 000多元的情况下，遗弃自己所生育的女婴（未婚所生），离开何贤医院。此后，何贤医院经多方寻找杨某未果，承担起喂养婴儿的责任。同年10月3日，婴儿的奶奶常某曾到何贤医院看望婴儿，并做出了“杨小芳的婴儿如在10月7日不来领取，则送别人领养，同意医院处理”的书面承诺。何贤医院在喂养女婴69日以后，因杨某及其家人既未补缴住院费、手术费、医药费等费用，亦未再来与何贤医院协商有关处理女婴的事宜，何贤医院在获得番禺市民政局关于“该女婴由医院自行处理”的口头授权后，将婴儿作为弃婴送给他人收养。

杨某从1994年开始，多次到何贤医院协商返还婴儿的事宜未果，于1999年向番禺市人民法院提起民事诉讼，要求医院在返还孩子的同时，赔偿因此产生的调查取证费、误工费、精神损失费共1万元，并承担案件的诉讼费。

被告何贤医院答辩称：“杨小芳”当时已遗弃自己的孩子，医院曾按其留下的地址多方寻找“杨小芳”未果，在婴儿的祖母书面承诺由医院处理婴儿的情况下，医院将符合送养条件的婴儿送给他人收养是合法的。由于杨某非“杨小芳”本人，且两者住所地和身份不同，因此医院认为杨某在本案中不是适格的原告，故要求法院驳回原告的诉讼请求。

【裁判】

番禺市人民法院审理认为：原告杨某于1992年8月26日在被告何贤医院处剖宫产产下女婴，住院时报假姓名、假籍贯，住院至同年9月8日，未缴住院费、手术费、医药费等费用就离院而去，遗弃婴儿，属违法行为。何贤医院在原告遗弃婴儿以后，喂

养婴儿69日，经番禺市民政局口头授权“自行处理”后，才将婴儿作弃婴处理，送给他人收养，其送养行为有效。原告弃婴后反要求何贤医院返还婴儿并赔偿调查取证费、误工费、精神赔偿费及承担诉讼费，显属无理，法院不予支持。根据《中华人民共和国收养法》第四条第（二）项、第五条的规定，该院于1999年12月判决如下：驳回原告杨某的诉讼请求。

【典型意义】

本案的主要争议点之一在于此处的何贤医院是否为合法的送养人以及该婴儿是否为合法的被收养人。根据《收养法》对于送养人的规定，只有孤儿的监护人、社会福利机构以及有特殊困难无力抚养子女的生父母有资格作为送养人，何贤医院作为送养人主体不适格。本案中，医院多方寻找后没有找到杨某，但是该婴儿的奶奶探望过孩子，并明确表示不愿意承担抚养义务，让医院“送别人领养”。婴儿奶奶与医院的接触与交流，是婴儿家人的重要线索，在实践中应启动监护制度，由人民法院另行确定监护人，再由监护人作为送养人完成送养程序。

本案中，虽然被告在原告遗弃婴儿以后喂养婴儿多日，而且送养前还得到番禺市民政局口头授权“自行处理”，但在现行法律规定下，此种授权并无法律效力，被告并不属于社会福利机构，无权将该婴儿送养。因此，在无法联系婴儿奶奶或婴儿母亲的情况下，正确做法应当是将该婴儿送交儿童福利机构抚养，然后由儿童福利机构将该婴儿送养。

第一千零九十五条

未成年人的父母均不具备完全民事行为能力且可能严重危害该未成年人的，该未成年人的监护人可以将其送养。

本条主旨

本条是关于未成年人的监护人送养子女的限制性特别规定。

相关条文

本条是在《收养法》第十二条的基础上修改而成，该条规定：“未成年人的父母均不具备完全民事行为能力的，该未成年人的监护人不得将其送养，但父母对该未成年人有严重危害可能的除

外。”本条规定与该条文含义、逻辑相同，但是调整了表达顺序，突出表达监护人在何种情形下可以送养有父母的未成年人，语义表达更加清楚明确。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人格尊严、人性友善、人伦正义、人本秩序、人文关怀的核心法理思想以及权利法定、公序良俗、禁止权利滥用等具体法理精神^[35]。

一、历史沿革

1991年颁布的《收养法》第十二条规定：“未成年人的父母均不具备完全民事行为能力的，该未成年人的监护人不得将其送养，但父母对该未成年人有严重危害可能的除外。”1998年修订的《收养法》对该条未做修改。《民法典》婚姻家庭编第一千零九十五条与该条文主旨一致，仅调整了表达顺序。

二、立法目的

本条对监护人送养所做的限制，是在保护未成年人合法权益的同时兼顾保护父母权益的需要。在一般情形下，在父母丧失民事行为能力时变更亲子关系对父母是不利的，送养有生父母的未成年人可以直接导致该生父母的亲权消灭，因此法律在何种情形下监护人可以送养有生父母的未成年人时，较为谨慎，要求“未成年人的父母均不具备完全民事行为能力且可能严重危害该未成年人”。此种规定考虑了民事行为能力缺失的父母的亲权保护以及未成年人权益保护，体现了民法对弱势群体的人文关怀。

三、法条解读

根据本法第一千零九十四条的规定，监护人作送养人的情况仅发生在未成年人父母均死亡时，而本条是监护人送养未成年人的例外规定，即当未成年人的父母并未死亡，只是双方均不具备完全民事行为能力且可能严重危害该未成年人时，该未成年人的监护人可以将其送养。在适用与理解本条时应注意以下几点：

第一，未成年人的父母须均不具备完全民事行为能力。《民法典》总则编第二十一条第一款规定：“不能辨认自己行为的成年人为无民事行为能力人，由其法定代理人代理实施民事法律行为。”据此，在判断本条有关未成年人父母的行为能力时应严格遵循《民法

典》总则编对于无民事行为能力的规定。另外，如未成年人的父母双方中仅一方不具备完全民事行为能力，不可适用本条规定。

第二，未成年人的父母对未成年人可能有严重危害。剥夺亲权是非常重大的民事行为，对由监护人送养而直接导致生父母亲权消灭的制度设置，应格外谨慎。因此，在理解对未成年人可能具有的严重危害时，应注意“严重危害”的内涵及外延，不得对其做无限扩张解释。此处的“严重危害”应是直接的、即时的实质性伤害，而不包括因抚养质量问题而带来的间接的、长远的不良影响。例如，父母因严重的精神分裂症狂躁不安、打人毁物，对同居一室的未成年子女的生命健康直接造成损害可以认为是本条认定的严重危害；而对于因父母智力低下，常年靠捡拾废品为生，子女经常因父母收入不稳定而饿肚子的情形，就不能认为是“严重危害”，生活窘迫可能造成子女身体健康方面的不良影响，但此种危害并不是直接的、即时的伤害，如因父母对未成年子女的抚养质量不佳就直接剥夺其亲权，既不符合情理也不符合法理。

第三，父母双方的民事行为能力缺失与对未成年人可能有严重危害这两个条件缺一不可。法律要求仅在同时满足这两项条件时，可由监护人送养未成年人，在只满足其一要件时，可通过变更监护人或者社会救助措施，兼顾不具备完全民事行为能力的父母权益保护以及未成年人权益保护。此种规定体现了《民法典》婚姻家庭编追求以人为本、弘扬人文关怀的精神，强调以人为本与婚姻家庭法的身份法属性是完全契合的^[36]。

四、外国立法

（一）日本法

《日本民法典》第四编“亲属”第三章第二节对收养做了规定，该法以是否与亲生方的血亲终止亲属关系为标准，将收养分为一般收养与特别收养。特别收养指根据将成为养父母的人的请求，经家庭法院批准成立的旨在与亲生方的血亲终止亲属关系的收养关系。在特别收养制度中，如生父母不能表示其意思或者父母虐待、恶意遗弃及其他有严重损害将成为养子女之人的利益的事由时，可以免除生父母的送养同意权^[37]。

（二）德国法

《德国民法典》在規定生父母送養同意權免除時，列舉了以下兩種情形：（1）父母一方持續不斷地嚴重違反其對子女的義務，或以其行為表明對子女漠不關心且不收養會招致對子女的極大的不利益；（2）父母一方因特別嚴重的心理疾患或特別嚴重的精神上或心靈上的殘疾，致使長期無能力照料和教育子女，且子女如不被收養就不能在家庭中成長，其發展會因此而受到嚴重危害^[38]。

（三）其他國家立法

《瑞士民法典》規定在生父母從未認真照護子女時，可以免除生父母的送養同意權，由兒童保護機構代為決定送養^[39]。《俄羅斯聯邦家庭法典》規定當父母無正當原因，六個月以上不與子女共同生活，逃避對子女的教育和培養時，可由法院認定對該兒童的送養而無須征得父母同意^[40]。《法國民法典》將“完全放棄照管該子女，從而使兒童面臨身體與精神傷害之危險”作為父母喪失送養同意權的判斷標準^[41]。

第一千零九十六條

監護人送養孤兒的，應當征得有撫養義務的人同意。有撫養義務的人不同意送養、監護人不願意繼續履行監護職責的，应当依照本法第一編的規定另行確定監護人。

本條主旨

本條是關於監護人送養孤兒的規定。

相關條文

本條是在《收養法》第十三條的基礎上修改而成，該條規定：“監護人送養未成年孤兒的，須征得有撫養義務的人同意。有撫養義務的人不同意送養、監護人不願意繼續履行監護職責的，应当依照《中華人民共和國民法總則》的規定變更監護人。”本條將另行確定監護人的依據改為“本法第一編”，另行確定監護人的條件與程序應嚴格遵守本法第一編的規定。

理解與適用

本條規定體現了《民法典》婚姻家庭編中貫穿的人權平等、人性友善、人本秩序、人文關懷的核心法理思想以及權利法定、公序良俗

等具体法理精神^[42]。本法第一千零九十四条第一项规定孤儿的监护人可以作为送养人，但由于孤儿已丧失父母，缺乏必要的照管与保护，为了防止孤儿的监护人轻率送养或者滥用送养权甚至通过送养牟利损害孤儿的权益，本条对监护人送养孤儿进行限制，赋予抚养义务人对送养孤儿的同意权。

一、历史沿革

1991年颁布的《收养法》第十三条规定：“监护人送养未成年孤儿的，须征得有抚养义务的人同意。有抚养义务的人不同意送养、监护人不愿意继续履行监护职责的，应当依照《中华人民共和国民法通则》的规定变更监护人。”1998年修订的《收养法》对该条文未做修改。《民法典》婚姻家庭编第一千零九十六条将另行确定监护人的依据改为“本法第一编”，另行确定监护人的条件与程序应严格遵守本法第一编的规定。

二、立法目的

监护制度与收养制度在目的、效力以及保护的法益方面均不相同。监护制度是为了保护缺乏完全民事行为能力的人的合法民事权益，旨在通过监护人对被监护人的人身、财产及其他民事权利进行监督与保护，被监护人可以是成年人，监护关系的成立并不导致增添新的亲属关系如父母子女关系，监护人的选定及变更也较为灵活机动。我国收养制度只规定未成年人的收养，以未成年人权益保护为核心，收养关系的成立以产生新的父母子女关系且终止原父母子女关系为目标，一旦成立收养关系，应给予较为长久与稳定的抚养环境，当事人非因法定原因不得随意更改或解除收养关系。

本条的规定是在监护制度与收养制度的适用选择上做出法律判断。监护制度是未成年人丧失生父母、缺乏必要的照管与保护时拥有的第一道法律保护，当监护人要为被监护人创设新的亲子关系即进一步适用收养制度时，法律要求其更为谨慎，即要求抚养义务人履行同意权，若抚养义务人不同意送养该孤儿，则继续适用监护制度对该孤儿进行保护。换言之，抚养义务人对该送养行为享有反对权。

因此，当孤儿有抚养义务人时，送养孤儿是在有利于未成年人抚养成长的前提下，由监护人和负有抚养义务的人共同同意，通过建立新的父母子女关系并让孤儿全面融入新家庭，使其在新的生活条件下能够得到更好的生活、教育条件，以利于其身心的健康发展。

三、法条解读

本条规定：“监护人送养孤儿的，应当征得有抚养义务的人同意。有抚养义务的人不同意送养、监护人不愿意继续履行监护职责的，应当依照本法第一编的规定另行确定监护人。”由此可以看出，监护人在送养未成年孤儿时，须征得有抚养义务的人同意并由其出具同意送养的书面意见，才能将未成年孤儿进行送养。否则，应当依照《民法典》总则编的规定另行确定监护人。具体而言，监护人送养应符合以下构成要件：

（一）应征得有抚养义务的人同意

“有抚养义务的人”是指孤儿的有监护能力的祖父母、外祖父母、兄、姐。如果他们不同意送养，而监护人又不愿意继续履行监护职责的，应当依照法定程序变更监护人。例如，父母双亡后，成年的兄、姐是未成年弟、妹的法定监护人，作为监护人的哥哥不能违背姐姐的意愿而将被监护的弟弟送养。再如，有负担能力的祖父母、外祖父母对父母均已死亡的未成年孙子女、外孙子女有抚养义务。当祖父母担任监护人时，其送养孙子女的行为须征得外祖父母的同意，外祖父母不同意送养而祖父母又不愿意继续履行监护职责的，应当变更监护人。

如果未成年人丧失了全部的近亲属，依照《民法典》总则编的规定，其他愿意担任监护人的个人或者组织经未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意可以担任监护人。上述有监护资格的人可能不止一个，因此，监护人送养该孤儿时，应当征得其他有抚养义务的人的同意。有抚养义务的人不同意送养、监护人不愿意继续履行监护职责的，应当另行确定监护人。

（二）抚养义务人不同意送养只能另行确定监护人

当抚养义务人不同意送养，监护人就不能继续送养该孤儿，而是回归监护制度的保护，由其继续履行监护职责，如该监护人不愿意继续履行监护职责，则应根据本法第一编的规定另行确定监护人。任何监护人不得在抚养义务人反对送养的情况下，送养其监护的孤儿。本法并未对抚养义务人的不同意做出更多限制或要求，抚养义务人无须提出不同意送养的具体理由，只要抚养义务人表达不同意的意思表示，该孤儿就不得被送养。抚养义务人的同意权，是父母送养子女的同意权的延伸，抚养义务人是该孤儿的近亲属，基于亲属关系，此种同意权具有父母权延伸的表现意义。

四、外国立法

（一）法国法

《法国民法典》确立的亲属会议制度与我国抚养义务人同意权有相似性。《法国民法典》规定亲属会议由四至六名成员组成，成员由法官根据实际情形在未成年人的父母的血亲或姻亲中选择指定^[43]。当被收养人的父母均已死亡或者均已丧失亲权时，由亲属会议对未成年人的送养表示同意^[44]。由国家收养的弃儿，在其父母并未表达送养意愿时，也由亲属会议表示同意^[45]。我国抚养义务人的范围是法定的，无须通过司法程序指定，在适用方面更具可操作性。

（二）俄罗斯法

对无父母照管的未成年人的送养，《俄罗斯联邦家庭法典》赋予了监护人、教育机构、医疗机构、居民社会保障机构等同意权^[46]。该法没有进一步规定前述个人与机构在送养未成年人时的其他限制，在该制度下，对无父母照管的未成年人的送养成立更为便捷，但也存在滥用送养权或者通过送养侵害被送养人权益的潜在风险。

（三）其他国家立法

《德国民法典》在规定监护人或保佐人的送养同意权时，要求其提出令人信服的理由^[47]。瑞典法律规定：“每个有监护能力的社区成员，都对未成年人有监护的义务。由法院确认有资格的社区人员，可以成为无亲权监护之下的未成年人的法定监护人。”同时，瑞典对未成年人监护人的权利和义务在法律上专门做了相关的规定，以确保未成年人的合法权益得到真正的保障^[48]。

第一千零九十七条

生父母送养子女，应当双方共同送养。生父母一方不明或者查找不到的，可以单方送养。

本条主旨

本条是关于生父母共同送养子女的规定。

相关条文

本条是在《收养法》第十条的基础上修改而成，该条规定：“生父母送养子女，须双方共同送养。生父母一方不明或者查找不到的可以单方送养。有配偶者收养子女，须夫妻共同收养。”本条对《收养法》第十条涉及的生父母送养的相关内容并无修改，但将该条第二款关于有配偶者收养特殊条件的规定另设条款，在整体上法条内容的逻辑性和关联性有所增强。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人性友善、人伦正义、人本秩序的核心法理思想以及权利法定、公序良俗、禁止权利滥用等具体法理精神^[49]。

一、历史沿革

1991年颁布的《收养法》第十条规定：“生父母送养子女，须双方共同送养。生父母一方不明或者查找不到的可以单方送养。有配偶者收养子女，须夫妻共同收养。”1998年修订的《收养法》对该条文未做修改。《民法典》婚姻家庭编第一千零九十七条对1998年修订的《收养法》第十条涉及的生父母送养的相关内容未做修改，但将该条第二款关于有配偶者收养特殊条件的规定另设条款。

二、立法目的

（一）保护父母的亲权

变更亲子法律关系事关重大，因为收养关系一旦成立，虽然并不影响生父母与子女之间的血亲关系，但是生父母将无法继续抚养子女，送养自应取得父母双方同意。因此在生父母送养子女时，应当由双方共同送养，任何不经对方同意的送养行为，都是严重侵犯对方亲权的行为，也无法形成合法有效的收养法律关系。

（二）保护未成年人的合法权益

本条规范了生父母送养子女的行为，要求夫妻双方共同送养子女，这不仅是对生父母亲权的保护，也体现了对未成年人合法权益的保护。未成年人年龄尚小，心智不成熟，随意更换成长环境，对其成长非常不利。生父母双方共同决定，有利于双方送养决定做出的理智

性与成熟性，可以避免单方冲动的送养决定影响未成年人的成长质量。因此，要求生父母共同决定送养行为，并同时完成送养行为，是妥当的。同时，在特定情形下放宽收养法律关系成立的要求，促成收养法律关系的成立，能更好地发挥收养法律制度的功能，即在客观上无法共同送养时，法律应认可单方送养。在现实生活中，前述单方送养主要出于非婚生子女的生父不明或生父母一方已失踪等原因。

三、法条解读

（一）双方送养的主体

首先，本条规范的是生父母的送养行为，即本条规范的主体是被送养人的生父母，其他送养人不在此列，如被送养人的监护人在送养时，并不需要夫妻双方共同送养。其次，要求送养的主体应是生父母双方，即共同生育了被送养人的主体，即使生父母属非婚同居关系也应如此。

（二）单方送养的情形

本条对生父母单方送养子女的规定限制较为严格，生父母送养子女时，原则上要求双方共同送养，只在以下两种情形下可以单方送养：

1. 生父母一方不明

本条规定的生父母一方不明，是指生父母一方自使不明，此种情形主要是非婚生子女的生父不明。在此情况之下，如果生母无力抚养子女，需要将子女送养他人，可以根据“生父母一方不明”的规定放宽限制，单方送养子女。

2. 生父母一方查找不到

本条规定的生父母一方查找不到，是指与另一方无法取得联系，经过查找无法与另一方取得联系时，抚养子女的一方可以根据“生父母一方……查找不到”的规定放宽限制，单方送养子女。本条区分生父母一方不明与生父母一方查找不到的意义在于，后者有生父母一方的线索，但是经过努力无法取得联系，而前者在子女出生时就无法确认另一方。在司法实践中，应重点考量查找不到生父母的情形，是否

穷尽各方力量均无法查找到另一方，避免生父母一方的轻率送养。

（三）一方为限制民事行为能力人能否单方送养

对于单方送养的情形，本条已做出封闭性列举规定，即只有在生父母一方不明或者生父母一方查找不到的情况下，才可以单方送养，一方为限制民事行为能力人不属于前述例外，因此不能单方送养。我国现行司法实践中，法院通常也认为当被送养人生父母一方不具备完全的民事行为能力时，另一方不能把未成年的子女送于他人收养。不过，从保护未成年人的角度出发，在被送养人的生父母一方丧失行为能力而另一方抚养被送养人又存在特殊困难时，严格禁止其生父母一方单方送养，可能不利于保障未成年人的合法权益。

四、外国立法

（一）法国法

关于生父母送养子女，《法国民法典》原则上要求父母双方同意，同时也保有一方同意的例外，即父母中一人已去世或者不能表达自己的意思，或者一方已丧失亲权^[50]。法国家庭法设有亲权制度，父母可能因为对子女实行犯罪、虐待、不予照管等行为，被法院撤销亲权^[51]，被撤销亲权的父或者母也丧失送养同意权，送养可由另一方单独同意^[52]。

（二）德国法

德国民法对于生父母送养子女的共同同意权，有明确规定。《德国民法典》规定了“子女的父母的允许”，即在生父母送养子女时需要双方的共同允许，否则没有送养效力，但是当“父母一方长期不能做出表示或其居所长期不明的，其允许是不必要的”。此外，该法典第1748条还对“父母一方代为允许”做了规定，即在父母一方持续不断地严重违反其对子女的义务、父母一方有特别严重的心理疾患或特别严重的精神上或心灵上的残疾等情况下，父母一方可以代另一方对收养关系的成立做出允许的意思表示^[53]。

（三）其他国家立法

《瑞士民法典》规定在生父母不可知、失踪或为继续性无判断能力者时可以排除同意要件的适用，当生父母从未认真照护其子女时也可适用[54]。《奥地利普通民法典》规定未成年人的父母不能理智表达意见且非仅为暂时性者或者居住地不明至少六个月时，丧失送养同意权[55]。《越南婚姻家庭法》对生父母送养的条件较为严格，封闭性规定父母只能协商一致方可将子女送养，没有单方送养的例外情形[56]。

第一千零九十八条

收养人应当同时具备下列条件：

- （一）无子女或者只有一名子女；
- （二）有抚养、教育和保护被收养人的能力；
- （三）未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病；
- （四）无不利于被收养人健康成长的违法犯罪记录；
- （五）年满三十周岁。

本条主旨

本条是关于收养人条件的规定。

相关条文

本条是在《收养法》第六条的基础上修改而成，该条规定：“收养人应当同时具备下列条件：（一）无子女；（二）有抚养教育被收养人的能力；（三）未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病；（四）年满三十周岁。”本条做如下修改：第一，将无子女扩大至“无子女或者只有一名子女”。我国计划生育政策和相关立法已经发生变化，《人口与计划生育法》将原来的“提倡一对夫妻生育一个子女”，改变成了“国家提倡一对夫妻生育两个子女”。《收养法》对于收养人自身子女的限制本就是为了与当时的计划生育政策保持一致，故本条做出相应的修改，将原来收养人须“无子女”的限制条件改为“无子女或者只有一名子女”。第二，在第二项中增加了“保护”内容。第三，增加一项要求：“无不利于被收养人健康成长的违法犯罪记录”。这项新增规则体现了最有利于被收养人的法律原则，为未成年人的健康成长加强了保障力度。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人格尊严、人性友善、人伦正义、人本秩序、人文关怀的核心法理思想以及权利法定、公序良俗等具体法理精神^[57]。

一、历史沿革

1991年颁布的《收养法》第六条规定：“收养人应当同时具备下列条件：（一）无子女；（二）有抚养教育被收养人的能力；（三）年满三十五周岁。”该条文从收养人的子女数量、抚养能力及收养人年龄三方面对收养人提出了法定要求。

1998年修订的《收养法》对收养人的条件进行增设：在1991年颁布的《收养法》第六条的基础上，增加了“（三）未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病”。同时该条文将收养人的法定年龄下限修改为“三十周岁”。

《民法典》婚姻家庭编第一千零九十八条对收养人的法定条件做进一步修改：将收养人须“无子女”的限制条件改为“无子女或者只有一名子女”，以符合现行的计划生育政策；进一步增设了收养人的条件，对收养人的能力要求增加有“保护被收养人的能力”，同时要求收养人“无不利于被收养人健康成长的违法犯罪记录”，体现了最有利于被收养人的法律原则。

二、立法目的

本条对收养人的条件做了全面系统的规定。收养法律行为是重大的身份法律行为，其产生的法律效果关系到拟制血亲的产生，即父母子女间权利义务的产生。因此，对于该法律行为的主体应做严格的规定。对收养人设置明确的条件，是规范收养行为的主要规定之一，其与收养法倡导的最有利于被收养人的法律原则相符，体现了对未成年人合法权益的保障，同时也有助于防止违背婚姻伦理的行为，确保收养关系的有效性。因此，细化收养人的法定条件对规范收养法律关系具有重要意义。

收养关系的成立和终止与自然血亲在许多方面有差异，收养是一种民事法律行为，不仅关系着当事人的利益，也体现了保护未成年人的社会意义。因此，各国法律都对收养人的行为、收养人应具备的法定条件进行规范和调整。同时，收养人的条件直接影响收养关系的质量。本条规定明确收养人的年龄下限，明晰收养人在个人抚养能力、

身体健康状况以及个人品行等方面的综合条件，对于保护被收养人的合法权益以及稳定收养法律关系具有重要意义。

三、收养人的法定条件

因我国收养制度中，收养的目的是在收养人与被收养人之间确立父母子女关系，继而产生法定的权利义务关系，因此，我国收养制度对收养人提出以下要求：

（一）无子女或者只有一名子女

本项较《收养法》第六条的规定，放宽了对收养人已有子女数量的限制。1991年颁布的《收养法》基于《中华人民共和国宪法》和1980年《婚姻法》对计划生育的要求，要求收养人无子女。随着全国人大常委会2015年12月27日表决通过了《人口与计划生育法》修正案，新的人口与计划生育政策于2016年1月1日起正式实施，本项规定正是根据人口与计划生育政策的新规定进行了改动，将收养人应“无子女”改为“无子女或者只有一名子女”。

（二）有抚养、教育和保护被收养人的能力

本项是关于收养人应具备的条件规定，较《收养法》第六条的规定，增加了“保护”被收养人的能力要求。此处与《民法典》总则编第二十六条关于父母对未成年子女负有的义务相对应，即“父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务”。“有抚养、教育和保护被收养人的能力”是对父母对未成年子女应负义务完成能力的具体要求，此处更改体现了法典内容的统一性。

具体而言，“有抚养、教育和保护被收养人的能力”指收养人应当具有完全民事行为能力，在身体上、智力上、经济上、道德品质和教育子女等方面有能力抚养和教育被收养人，能够履行父母对子女应尽的义务。送养人、收养登记机关应从以下几方面判断收养人抚养、教育和保护被收养人的能力：

第一，收养人应具备一定的经济收入。收养人应拥有一份稳定的工作和收入，该收入的数额应足够负担收养人家庭的开支并能支持被收养人完成基本学业以及获得及时的医疗服务。收养申请人有义务就自己的收入状况诚实地提供书面证明，送养人与收养登记机关也应着重对收养申请人的经济收入做实质审查及判断。

第二，收养人应具备教育被收养人的基本文化及道德水平。此处的基本文化水平应是具备基本的读书识字能力，基本道德水平是指收养人应具备较为积极的人生观、价值观和世界观，如收养人品行恶劣、道德败坏显然不利于未成年人的成长。

第三，收养人应具备保护被收养人的能力。保护是指父母应保护未成年子女的人身安全和合法权益，防止和排除来自外界的伤害以及他人的非法侵害。收养人应有能力提供稳定、安全的生活环境，防止被收养人陷入危险之中。

（三）未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病

收养人的身体健康情况直接关系到收养关系的质量以及未成年人的成长状况，因此各国法律都对收养人的健康状况提出基本的要求。在适用“未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病”的规定处理具体问题时，应当特别注意必须有充分的科学依据，必要时得进行医学上的专门鉴定。这里所称的“在医学上认为不应当收养子女的疾病”，主要是指精神疾病和传染病。精神疾病包括精神分裂症、精神抑郁症等有精神障碍的疾病；传染病包括我国《传染病防治法》规定的霍乱等甲类传染病，病毒性肝炎、细菌性和阿米巴性痢疾、伤寒和副伤寒、艾滋病、淋病、梅毒、脊髓灰质炎、麻疹、白喉、流行性脑脊髓膜炎、猩红热、流行性出血热、肺结核、狂犬病、流行性乙型脑炎、登革热等乙类传染病，流行性和地方性斑疹伤寒、麻风病、黑热病、流行性腮腺炎等丙类传染病。收养人患精神病在发病期内的或者患传染病在传染期内的应当暂缓收养。

（四）无不利于被收养人健康成长的违法犯罪记录

作为新增内容，本项的规定提高了对收养人的要求，在理解与适用本项时应把握以下两点：第一，并不是所有具有违法犯罪记录的人均不可以收养子女，只有当犯罪记录可能不利于收养人健康成长时才行禁止性规定。例如严重刑事犯罪记录，可能使未成年人在成长过程中受到歧视或者不公平待遇，又如曾有过侵害未成年人刑事犯罪记录的人，从保护未成年人的角度出发，不应成为适格收养人。第二，该项规定也增加了送养人以及送养机构对于收养人的审查义务，此处的审查应是实质审查，送养机构有义务向公安部门查询收养申请人是否存在不利于收养人健康成长的违法犯罪记录，或者要求收养申请人提供从其他相关部门调取的关于收养申请人不存在不利于被收养人健康成长的犯罪记录。

（五）年满三十周岁

收养的目的是在收养人与被收养人之间确立父母子女关系，履行法律规定的相应的责任与义务，使被收养人得到良好的抚养教育环境。因此，收养人必须是成年人且达到一定的年龄，其目的是保障被收养的未成年人的健康成长环境及保证收养人具有必要的抚养教育能力，从而更有效地维护收养人与被收养人的合法权益。根据本项规定，年满三十周岁，是对收养人最低年龄的规定。夫妻共同收养，则必须双方都年满三十周岁。

对收养人的年龄，有不同意见，有人认为应从年龄差的角度规定，收养人与被收养人年龄应相差至少二十岁，规定二十岁的年龄差是与我国结婚自然生育子女的年龄差模式接近。但我们既然从鼓励收养的角度放宽了未成年被收养人的年龄，如果再采取年龄差的设计模式，则实际上又会对十四周岁以上未成年人的收养形成新的限制，故仍保持现状。即使如此，由于被收养人是未满十八周岁的未成年人，而收养人要年满三十周岁，这样收养人与被收养人之间的最小年龄差也有十二周岁，是合理的。另外，三十周岁以下的人，生育子女的机会尚多，不必急于收养他人子女作为自己的子女。到达相当年龄后再收养子女，能够更好地承担养父母的职责。综上，基于我国的人口现状和人口政策，规定年满三十周岁始得收养子女是比较适宜的。

四、外国立法

（一）菲律宾法

《菲律宾共和国家庭法》采用概括规定加例外的立法技术对收养人的条件做出限定，该法规定依家庭收入有能力抚养照顾其婚生或非婚生子女、具有完全民事行为能力和法定权利的成年人，可以收养。收养人必须比被收养人年长十六岁以上^[58]。但是，终止监护关系后但监护账目获准前对被监护人负有监护责任的监护人、有道德沦丧犯罪记录的人以及部分外国人不得成为收养人^[59]。《菲律宾共和国家庭法》对收养人条件的规定较为严格，从年龄、经济能力、监护身份、道德品质与犯罪记录以及国籍这几方面，对收养人的综合抚养能力及相关风险的防范，提出较高要求。

（二）日本法

《日本民法典》对特别收养制度中的收养人做特别限制。一般收

养中，成年人即可成为收养人^[60]。但在特别收养中，即成立旨在与亲生方的血亲终止亲属关系的收养关系中，收养人须是有配偶的人，且收养人应满二十五岁^[61]。该规定的目的是保护被收养人的成长环境，为被收养人提供角色完整的家庭生活，防止成员缺失带来的不良成长后果。

（三）其他国家立法

《德国民法典》对收养人的条件规定较为宽松，仅从年龄角度规定收养人须满二十五岁，配偶一方单独收养其配偶的子女时，配偶一方必须已满二十一岁^[62]。《越南婚姻家庭法》要求收养人必须年长于养子女二十岁以上。《西班牙民法典》规定收养人应满二十五岁，但夫妻共同收养时，一方达到该年龄即可，同时收养人应年长被收养人十四岁^[63]。《秘鲁民法典》对收养人年龄规定较高，必须达到五十岁。以色列《收养法》明令禁止不同宗教信仰者之间的收养^[64]。

第一千零九十九条

收养三代以内旁系同辈血亲的子女，可以不受本法第一千零九十三条第三项、第一千零九十四条第三项和第一千一百零二条规定的限制。

华侨收养三代以内旁系同辈血亲的子女，还可以不受本法第一千零九十八条第一项规定的限制。

本条主旨

本条是关于收养人条件的特别规定。

相关条文

本条是在《收养法》第七条的基础上修改而成，为了法典内用语一致，将“三代以内同辈旁系血亲”改为“三代以内旁系同辈血亲”。同时引致的条文顺序也有所变动。因本法第一千零九十三条已将被收养人的年龄上限改为不满十八周岁，故本条删除收养三代以内旁系同辈血亲可以不受“被收养人不满十四周岁的限制”的规定。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人性

友善、人伦正义、人本秩序、人文关怀的核心法理思想以及权利法定、公序良俗等具体法理精神^[65]。

一、历史沿革

1991年颁布的《收养法》第七条规定：“年满三十五周岁的无子女的公民收养三代以内同辈旁系血亲的子女，可以不受本法第四条第三项、第五条第三项、第九条和被收养人不满十四周岁的限制。华侨收养三代以内同辈旁系血亲的子女，还可以不受收养人无子女的限制。”

1998年修订的《收养法》第七条规定：“收养三代以内同辈旁系血亲的子女，可以不受本法第四条第三项、第五条第三项、第九条和被收养人不满十四周岁的限制。华侨收养三代以内同辈旁系血亲的子女，还可以不受收养人无子女的限制。”1998年修订的《收养法》第七条取消了1991年颁布的《收养法》第七条所规定的收养人年满三十五周岁的限制，即所有符合条件的收养人在实施收养行为时，都可以享受该条所规定的放宽的条件。

二、立法目的

本法第一千零九十三条规定了被收养人适格的法定条件，第一千零九十四条规定了送养人适格的法定条件，第一千零九十八条规定了收养人适格的法定条件，第一千一百零二条规定了无配偶者收养子女的年龄限制，前述法条均是对收养法律关系各方当事人所做出的一般性规定，即收养法律关系要有效成立，各方当事人原则上应当具备上述各条所规定的基本条件。收养法律关系涉及多方当事人，法律关系复杂，基于保护未成年人的合法权益以及满足收养法律关系当事人的情感需要，严格按照前述一般规定实施，无法充分发挥收养法律制度的功能。因此，有必要在一般规定之外，就例外情况对收养法律关系的成立要件做出特别的规定。

作为收养条件一般规定的例外，本条规定在若干具体情形下可以适当放宽收养条件。具体规定了：（1）收养三代以内旁系同辈血亲的子女，可以不受本法第一千零九十三条第三项、第一千零九十四条第三项和第一千一百零二条规定的限制；（2）华侨收养三代以内旁系同辈血亲的子女，还可以不受本法第一千零九十八条第一项规定的限制。前述放宽条件的原因主要是出于对近亲收养的历史传统的考虑，也有对侨胞利益的关切和照顾^[66]。其主要目的是在特定情形下放宽收养法律关系成立的要求，促成收养法律关系的成立，更好地发挥收养法律制度的社会保障功能。本条规定对于有效规范和引导收

养、送养行为也具有重要意义。

三、放宽条件的特定情形下收养关系成立的条件

（一）关于收养三代以内旁系同辈血亲的子女的规定

收养三代以内旁系同辈血亲的子女，是指收养兄弟姐妹的子女、堂兄弟姐妹的子女、表兄弟姐妹的子女。本条第一款规定：“收养三代以内旁系同辈血亲的子女，可以不受本法第一千零九十三条第三项、第一千零九十四条第三项和第一千一百零二条规定的限制。”按此规定，在体系解释之下，收养人在收养兄弟姐妹的子女、堂兄弟姐妹的子女、表兄弟姐妹的子女时，条件放宽之处有三种情形：第一，其生父母无特殊困难并有抚养能力的子女，亦可为被收养人。第二，无特殊困难、有抚养能力的生父母，亦可为送养人。第三，无配偶者收养异性子女的，不受收养人与被收养人间须有四十周岁以上年龄差的限制。

（二）关于华侨收养三代以内旁系同辈血亲的子女的规定

本条第二款规定：“华侨收养三代以内旁系同辈血亲的子女，还可以不受本法第一千零九十八条第一项规定的限制。”按此规定，华侨收养三代以内旁系同辈血亲的子女的，不受“无子女或者只有一名子女”的子女人数限制，华侨即使自己已有子女，甚至子女不止一人，也不妨碍其收养三代以内旁系同辈血亲的子女。

第一千一百条

无子女的收养人可以收养两名子女；有子女的收养人只能收养一名子女。

收养孤儿、残疾未成年人或者儿童福利机构抚养的查找不到生父母的未成年人，可以不受前款和本法第一千零九十八条第一项规定的限制。

本条主旨

本条是关于收养人数的规定。

相关条文

本条是在《收养法》第八条的基础上修改而成，该条规定：“收养人只能收养一名子女。收养孤儿、残疾儿童或者社会福利机构抚养的查找不到生父母的弃婴和儿童，可以不受收养人无子女和收养一名的限制。”我国计划生育政策和相关立法已经发生变化，《人口与计划生育法》将原来的“提倡一对夫妻生育一个子女”，改变成了“国家提倡一对夫妻生育两个子女”。因此，本法第一千零九十八条第一项将原来收养人须“无子女”的限制条件改为“无子女或者只有一名子女”，相应地本条也将“收养人只能收养一名子女”改为“无子女的收养人可以收养两名子女；有子女的收养人只能收养一名子女”。前述修改是符合我国有关生育的法律及政策规定的。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人本秩序、人性友善、人文关怀的核心法理思想以及权利法定、公序良俗、禁止权利滥用等具体法理精神^[67]。

1991年颁布的《收养法》第八条规定：“收养人只能收养一名子女。收养孤儿或者残疾儿童可以不受收养人无子女和年满三十五周岁以及收养一名的限制。”1998年修订的《收养法》将“社会福利机构抚养的查找不到生父母的弃婴和儿童”也纳入收养人条件放宽的类型中；对于特殊情形下的收养人条件进行限缩，删去不受年满三十五周岁的限制的条件。

《民法典》婚姻家庭编第一千一百条根据现行计划生育政策的规定，对1998年修订的《收养法》做如下修改：将“收养人只能收养一名子女”改为“无子女的收养人可以收养两名子女；有子女的收养人只能收养一名子女”。

本条第一款对收养人收养子女的数量做了限制，即收养人原则上最多只能收养两名子女。法律做出此种限制的主要目的是保障被收养人的利益，因为收养人收养的子女越多，其所能够提供的抚养条件就越差，因此，限制收养人收养子女的数量，主要目的是保障被收养人的生活条件。

本条第二款对每个收养人收养子女数量的限制做了放宽的规定，即收养孤儿、残疾未成年人或者儿童福利机构抚养的查找不到生父母的未成年人，可以不受以下规定的限制：（1）收养人无子女或者只有一名子女；（2）无子女的收养人可以收养两名子女，有子女的收养人只能收养一名子女。法律做出此种规定，主要是为了保障孤儿、残疾未成年人或者儿童福利机构抚养的查找不到生父母的未成年人的

合法权益，放宽相关限制性条件，旨在尽量促成前述三类未成年人的收养关系的成立，从而使其能够有更大概率进入普通家庭生活，在父母的抚育下健康成长。当然，虽然收养人在收养孤儿、残疾未成年人或者儿童福利机构抚养的查找不到生父母的未成年人时，不受收养子女数量的限制，但是考虑到保障上述被收养人的合法权益，保障其健康成长，收养人也不宜收养过多的子女，应当结合收养人的抚养能力等多种因素，确定其适合收养的子女的数量。

值得注意的是，在完成孤儿、残疾未成年人以及儿童福利机构抚养的查找不到生父母的未成年人的送养时，法律虽对被收养子女数量的限制有所放宽，但并不意味着在其他收养成立的要件方面也应放宽审查。前述三类未成年人较为特殊，实践中更应加强对收养人经济实力、道德品行及犯罪记录等条件的审查力度，避免未成年人遭受侵害。

因生育政策不同以及社会人口结构差异，外国收养立法并未对收养人收养子女的数量或者收养人收养子女后家庭中亲生子女与养子女的数量进行限制，但部分国家法律对收养人亲生子女与养子女的关系做出规定，例如，《德国民法典》规定，若收养人的子女对被收养人有利益冲突时，不得宣告收养^[68]。《瑞士民法典》规定，收养人应保证收养行为不会使其他子女受到不公正待遇^[69]。《菲律宾共和国家庭法》在判断收养人适格性时要求其有能力照顾婚生或非婚生子女^[70]。

第一千一百零一条

有配偶者收养子女，应当夫妻共同收养。

本条主旨

本条是关于有配偶者共同收养的规定。

相关条文

本条沿用了《收养法》第十条第二款的规定。该条规定：“生父母送养子女，须双方共同送养。生父母一方不明或者查找不到的可以单方送养。有配偶者收养子女，须夫妻共同收养。”本条主旨与《收养法》第十条第二款相同，将生父母共同送养与夫妻共同收养分设为两条规定，使法条内容的逻辑性和关联性有所增强。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人格尊严、人亲和谐、人伦正义、人本秩序的核心法理思想以及权利法定、公序良俗等具体法理精神^[71]。

一、历史沿革

1991年颁布的《收养法》第十条第二款规定：“有配偶者收养子女，须夫妻共同收养。”1998年修订的《收养法》对该条款未做修改。《民法典》婚姻家庭编第一千一百零一条与《收养法》第十条第二款主旨一致。

二、立法目的

本条对有配偶者收养子女的条件做了限定，即有配偶者收养子女，应当夫妻共同收养。法律做出此种规定的主要理由是：收养关系一旦成立，被收养人即成为收养人的家庭成员，有配偶的收养人，若置其配偶的意见于不顾而单独收养，可能会对收养人的家庭关系造成不利的影响，同时也不利于被收养人的健康成长，既有悖于贯穿《民法典》婚姻家庭编的人亲和谐的基本法理思想^[72]，也有违最有利于被收养人的立法原则。

三、法条解读

在理解与适用本条时应注意以下四点：

（一）夫妻共同收养的效力

夫妻共同收养的效力是指夫妻均与被收养人成立养父母子女关系。有配偶者收养子女，应当夫妻共同收养，此处的夫妻共同收养包括以下几点：第一，夫妻共同收养应是双方对收养做出一致的意思表示，愿意收养该子女并进一步与其共同生活；第二，除了共同收养的意思表示，共同收养还包括夫妻双方均与该子女成立养父母子女关系，即夫妻双方是被收养人的养父和养母，夫妻双方对该被收养人均负有抚养、教育和保护的义务。

（二）无配偶者单独收养

本条并非限制无配偶者的收养，如收养人没有配偶，只要满足本

编第一千零九十八条的基本法定条件即可。《日本民法典》对特别收养有特殊规定，该法要求收养人必须有配偶，即有配偶者才可以成为特别收养关系中的收养人^[73]。我国法律没有类似规定，本条规定仅适用于有配偶者。

（三）禁止同居关系者共同收养子女

本条规定中的“有配偶者”仅指具有合法夫妻关系的当事人一方，不包括同居关系的当事人。《民政部办公厅关于外国人收养中国儿童有关问题的复函》明确指出：“根据我国有关收养的法律规定，允许夫妻双方共同收养，也允许单身收养，但不允许其他身份关系的两个人共同收养一个孩子。”因此，非婚同居关系的双方当事人不能共同收养一个被收养人。

（四）配偶单方收养的问题

需要特别指出的是，本条未规定配偶单方收养的例外情形。有观点认为应加入例外规定，即在收养人的配偶不具备完全民事行为能力时，应允许配偶单方收养，保护单方配偶的收养权。但是，收养制度的核心价值在于保护被收养人的利益，有向未成年人保护的倾斜性，如被收养人的养父或者养母不具备完全民事行为能力，必定不利于抚养、教育和保护未成年人的成长，这是与最有利于被收养人的法律原则相悖的，因此并不建议增加有配偶者单方收养的例外条款。

四、外国立法

（一）瑞士法

《瑞士民法典》除了限制夫妻应共同收养，还规定夫妻的结婚年限和夫妻年龄，即夫妻须已结婚五年或者夫妻均已满三十五岁，但该法也给夫妻一方单独收养提供了可行性，当配偶一方无判断能力或不知所终两年以上或者夫妻分居三年以上时，可以单独收养^[74]。瑞士法对夫妻结婚年限及年龄的最低限制，是为了保证家庭的稳定性，有利于未成年人的成长环境。

（二）奥地利法

《奥地利普通民法典》对已婚夫妻单方收养的限制较低，该法规定了已婚者原则上应双方共同收养，当一方居住地不明至少一年或者夫妻间停止共同生活关系至少三年时可以单方收养^[75]，同时该条的例外情形并非封闭性规定，而是只要有相类似的和特别重大的理由足以正当化夫妻一方单独收养的情形时，法院可以判定单方收养。

（三）其他国家立法

《俄罗斯联邦家庭法典》允许夫妻一方在取得另一方同意的情况下，单方收养子女，如果夫妻未共同生活一年以上且另一方住所不明时，无须征得另一方的同意即可单方收养子女^[76]。《德国民法典》也允许配偶一方单独收养子女，配偶另一方需要同意，但该同意可由家庭法院代为允许，该配偶长期不能做出表示或者其居所长期不明的，无须允许^[77]。《菲律宾共和国家庭法》规定除收养本人非婚生子女或另一方婚生子女的，夫妻必须共同收养^[78]。

第一千一百零二条

无配偶者收养异性子女的，收养人与被收养人的年龄应当相差四十周岁以上。

本条主旨

本条是关于无配偶者收养异性子女的年龄限制的规定。

相关条文

本条是在《收养法》第九条的基础上修改而成，该条规定：“无配偶的男性收养女性的，收养人与被收养人的年龄应当相差四十周岁以上。”本条将《收养法》第九条强制年龄限制的主体由“无配偶的男性”扩大为“无配偶者”，被收养人由“女性”扩大为“异性子女”，防止收养人利用收养行为达到不法目的。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人伦正义、人本秩序的核心法理思想以及权利法定、公序良俗、禁止权利滥用等具体法理精神^[79]。

一、历史沿革

1991年颁布的《收养法》第九条规定：“无配偶的男性收养女性的，收养人与被收养人的年龄应当相差四十周岁以上。”1998年修订的《收养法》对该条文未做修改。《民法典》婚姻家庭编第一千一百零二条将单身男性收养女性的年龄差的规定进一步细化和改进，规定单身女性收养男性也应达法定年龄差，即“无配偶者收养异性子女的，收养人与被收养人的年龄应当相差四十周岁以上”。

二、构成要件

本法第一千零九十八条规定了适格收养人的年龄下限，但未规定收养人与被收养人的年龄差距。本条是特殊情形下，收养人与被收养人年龄差距的限制，即无配偶者收养异性子女的，收养人与被收养人的年龄应当相差四十周岁以上。本条的规范构成要件包括以下几点：

第一，收养人为无配偶者。本条规定的无配偶，应当是指在收养关系成立时无配偶，对于收养关系成立后配偶死亡的，不适用本条规定，已经成立的收养关系也不应当受到影响。本条规定的配偶应当是与收养人有法定夫妻关系的人，如果只是以夫妻名义同居，不属于本条规定的配偶。

第二，收养人与被收养人分属不同性别。《收养法》第九条规定：“无配偶的男性收养女性的，收养人与被收养人的年龄应当相差四十周岁以上。”该规定的目的在于防止“乱伦”弊端的发生，以及其他非法现象的产生^[80]。但无论男性还是女性，其作为收养人的地位都是平等的，男性收养人对女性被收养人的潜在危害性与女性收养人对于男性被收养人的潜在危害性是一致的。因此本条规定取消了性别限定，规定只要是无配偶者收养异性就应符合法定的年龄差。

第三，收养人与被收养人的年龄应当相差四十周岁以上。根据本编第一千零九十三条、第一千零九十八条的规定，被收养人的年龄上限为不满十八周岁，收养人的年龄下限为三十周岁，收养人与被收养人之间的最小年龄差为十二周岁。十二周岁的年龄差对于无配偶者收养异性子女而言是具有潜在风险的，因此法律明确要求收养人与被收养人的年龄应相差四十周岁以上。

第一千一百零三条

继父或者继母经继子女的生父母同意，可以收养继子女，并可以不受本法第一千零九十三条第三项、第一千零九十四条第三项、第一千零九十八条和第一千一百条第一款规定的限制。

本条主旨

本条是关于收养继子女的特别规定。

相关条文

本条与《收养法》第十四条的主旨一致，仅引致的条文顺序有变动。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人亲和谐、人伦正义、人本秩序、人文关怀的核心法理思想以及权利法定、公序良俗等具体法理精神^[81]。

一、立法目的

本条是对再婚家庭中继父或者继母收养继子女的特殊规定。法律放宽继父母收养继子女的条件，旨在促成继父母对继子女完成收养，为儿童顺利融入重组家庭提供了条件，体现了《民法典》婚姻家庭编所贯穿的人亲和谐、人性友善的核心法理思想^[82]。继子女随其生母或者生父与继父或继母同居一家，关系十分密切。放宽条件鼓励继父母子女间的收养行为，可以变继父母继子女关系为养父母养子女关系，消除继子女与继父或继母间、与生父或生母间的双重权利义务，使亲子法律关系单一化，对稳定家庭关系有促进作用。

继父母对继子女的抚养教育保护义务具有自愿性，养父母对养子女的抚养教育保护义务具有法定性，这种由自愿性到法定性的转变，对未成年子女的成长有重大意义。放宽继父母对继子女的收养条件，促成此类收养的完成，有利于未成年子女的成长，体现了最有利于被收养人的法律原则。此外，通过收养行为，宣告继子女具有与亲生子女相同的法律地位，有利于继子女被整个家庭接受。此处的家庭概念应做扩大解释，既包括原来的继兄弟姐妹变成养兄弟姐妹，也包括与近亲属关系的再建立，为继子女提供更全面的家庭融入感。

二、构成要件

继父母对继子女的收养属于特别收养，其收养条件具有法律适当放宽性的特点。其法定构成要件如下：

第一，继父母对继子女的收养，应得到该继子女的生父母的同意。继子女同与其共同生活的生父或生母之间本来就存在父母子女关

系，不存在收养的问题。因此，此处应取得的是不与被收养人共同生活的生父或生母的同意。

第二，继父或继母收养继子女有放宽性规定，即该收养可以不受一般收养条件中的以下条件限制：

（1）被收养人为生父母有特殊困难无力抚养的子女。

（2）送养人为有特殊困难无力抚养子女的生父母。

（3）收养人应无子女或者只有一名子女，年满三十周岁，有抚养、教育和保护未成年人的能力且未患有在医学上认为不应收养子女的疾病，无不利于被收养人健康成长的违法犯罪记录。

（4）无子女的收养人可以收养两名子女；有子女的收养人只能收养一名子女。

三、法律效果

继父或继母与继子女一旦形成收养关系，就会发生收养的法律后果。继子女就变成继父或继母一方的养子女，其与再婚关系之外的一方生父或生母的权利义务关系终止。即一旦继父或继母对继子女的收养关系成立，那么该子女与其生父或生母的权利义务关系即解除，不会再发生抚养、教育、赡养、继承等一系列以身份权存在为前提的关系，但与再婚的婚姻关系之内的生母或生父一方之间，仍保留直系血亲的母子或父子的权利义务关系。该收养关系一经成立，就适用关于父母子女关系的规定，也适用法律关于子女与父母的近亲属关系的规定。

本法第一千零七十二规定了继父母子女关系，该条规定：“继父母与继子女间，不得虐待或者歧视。继父或者继母和受其抚养教育的继子女间的权利义务关系，适用本法关于父母子女关系的规定。”因此，当继父母与继子女形成抚养教育关系时，与养父母子女关系一样，均适用本法关于父母子女关系的规定。但是，与收养的效力不同的是，继子女与继父母的近亲属间的权利义务关系，并不适用本法关于子女与父母的近亲属关系的规定。可见，收养制度对未成年人的保护更加全面。

四、外国立法

《法国民法典》规定收养配偶的子女时，并不使该子女与生父母的亲子关系终止^[83]。《日本民法典》也有与《法国民法典》相似的

规定，只是将配偶的子女限定为婚生子女^[84]。《俄罗斯联邦家庭法典》规定，如果孩子被继父（母）收养，其年龄差距无限制性要求^[85]。

典型案例

喻某诉袁某解除收养关系纠纷案^[86]

【案情】

1994年，被告袁某的生母兰某（已于1999年9月病故）携袁某与原告喻某再婚，当时被告袁某已年满19岁，随同其生母兰某来原告喻某家共同生活。因养父女关系不好，被告袁某第二年就外出打工，直到2014年才回家建房。被告袁某与原告喻某在生活中关系不好，沟通交流少且经常发生争吵。被告袁某来到原告喻某家后，一直都是分家各居生活。因此，原告诉至法院要求解除养父女关系。

【裁判】

法院经审理认为，袁某之母兰某与喻某再婚时，袁某已年满19岁且已独立生活，原、被告之间没有建立起抚养教育关系的继父女关系。另，原、被告建立继父女关系后，也未按照《中华人民共和国收养法》第十四条、第十五条第一款的规定建立收养关系。因此，双方实质上是继父女关系，而非养父女关系，原告要求解除养父女关系的诉讼请求，无事实和法律依据，本院不予支持。依照《中华人民共和国婚姻法》第二十六条、第二十七条，《中华人民共和国收养法》第十四条、第十五条第一款之规定，判决如下：驳回原告喻某的诉讼请求。案件受理费80元，减半收取40元，由原告喻某负担。

【典型意义】

本案的争议焦点在于继父喻某与继女袁某之间是否成立收养关系。《收养法》第十四条规定：“继父或者继母经继子女的生父母同意，可以收养继子女，并可以不受本法第四条第三项、第五条第三项、第六条和被收养人不满十四周岁以及收养一名的限制。”可见，继父或者继母与继子女要形成收养法律关系需要：第一，继子女生父母的同意；第二，符合收养的实质要件并完成法定的收养程序。本案中，袁某与喻某之间并未成立合法有效的收养关系，因此喻某要求解除收养关系于法无据。继父母子女关

系与养父母子女关系均为法律拟制的父母子女关系，但两种法律关系从构成要件到法律后果，存在着较大差异，因此在司法实践中应将两种法律关系分开分析，避免混淆。

第一千一百零四条

收养人收养与送养人送养，应当双方自愿。收养八周岁以上未成年人的，应当征得被收养人的同意。

本条主旨

本条是关于当事人自愿成立收养关系的规定。

相关条文

本条是在《收养法》第十一条的基础上修改而成，该条规定：“收养人收养与送养人送养，须双方自愿。收养年满十周岁以上未成年人的，应当征得被收养人的同意。”《民法典》总则编第十九条规定：“八周岁以上的未成年人为限制民事行为能力人，实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认；但是，可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力相适应的民事法律行为。”为保证法典内逻辑的一致性，本条将应当征得被收养人同意的年龄条件降低至八周岁。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人身自由、人伦正义、人本秩序的核心法理思想以及权利法定、禁止权利滥用等具体法理精神^[87]。

本条确立了当事人平等自愿、意思自愿的收养基本原则。自愿，是指收养关系当事人对收养行为达成合意，每一方的意思表示都是独立的、自由的，不受任何外来因素的强制、胁迫或影响。由于被收养人是未成年人，因此，这里的各方当事人主要指具有完全民事行为能力的送养人和收养人。在理解与适用本条时应明确以下两点：

第一，收养人与送养人的收养行为与送养行为是自愿的。依据本法第一千零九十四条的规定，送养人有以下几种：一是孤儿的监护人，二是儿童福利机构，三是有特殊困难无力抚养子女的生父母。因此，收养人在实施收养行为时，应当与孤儿的监护人、儿童福利机构或者被收养人的生父母达成收养的合意。此外，依据本法第一千一百

零一条和第一千零九十七条的规定，收养人在实施收养行为时，原则上应当夫妻共同实施，送养人在送养子女时，原则上也应当由生父母双方共同送养。

第二，应征得年满八周岁的被收养人的同意。依据本条后段的规定，如果被收养人年满八周岁，收养应征得其同意。八周岁以上的未成年人属于限制民事行为能力人，已经具有一定的意思能力，收养行为会对其亲子关系进行重大变更，征得八周岁以上被收养人的同意是妥当的。多数国家的收养法对被收养人的收养同意权做出规定，即使被收养人是未成年人，只要其达到一定年龄，收养时就必须征得被收养人本人的同意。各国法律对这一年龄的规定有所不同，俄罗斯^[88]规定为十岁，法国^[89]规定为十三岁，瑞典^[90]、西班牙^[91]法律规定为十二岁，德国^[92]、奥地利^[93]的法律规定为十四岁，比利时^[94]的法律规定的年龄最高，为十五岁。瑞士民法的规定较为笼统，认为子女有判断能力时，须经其同意方可完成收养^[95]。

第一千一百零五条

收养应当向县级以上人民政府民政部门登记。收养关系自登记之日起成立。

收养查找不到生父母的未成年人的，办理登记的民政部门应当在登记前予以公告。

收养关系当事人愿意签订收养协议的，可以签订收养协议。

收养关系当事人各方或者一方要求办理收养公证的，应当办理收养公证。

县级以上人民政府民政部门应当依法进行收养评估。

本条主旨

本条是关于成立收养关系形式要件的规定。

相关条文

本条是在《收养法》第十五条的基础上修改而成，该条规定：“收养应当向县级以上人民政府民政部门登记。收养关系自登记之日起成立。收养查找不到生父母的弃婴和儿童的，办理登记的民政部门应当在登记前予以公告。收养关系当事人愿意订立收养协议的，

可以订立收养协议。收养关系当事人各方或者一方要求办理收养公证的，应当办理收养公证。”本条对该条文做如下修改：第一，将“查找不到生父母的弃婴和儿童”改为“查找不到生父母的未成年人”，与本法第一千零九十三条的用语保持一致。第二，将“订立”改为“签订”，符合法典内部的用语统一性。第三，增加一款：县级以上人民政府民政部门应当依法进行收养评估。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人身自由、人本秩序的核心法理思想以及权利法定、公序良俗、禁止权利滥用、行为公示、契约维护等具体法理精神^[96]。办理收养登记的法定机关为县级以上人民政府的民政部门，收养关系自登记之日起成立。

一、历史沿革

1991年颁布的《收养法》第十五条规定：“收养查找不到生父母的弃婴和儿童以及社会福利机构抚养的孤儿的，应当向民政部门登记。除前款规定外，收养应当由收养人、送养人依照本法规定的收养、送养条件订立书面协议，并可以办理收养公证；收养人或者送养人要求办理收养公证的，应当办理收养公证。”此时，我国法定收养程序属于登记与协议双轨制，仅对收养查找不到生父母的弃婴和儿童以及社会福利机构抚养的孤儿的行为，强制要求登记。生父母的送养只需要订立书面协议即可。

1998年修订的《收养法》第十五条对1991年颁布的《收养法》第十五条改动较大：第一，将收养登记作为收养关系成立的唯一形式要件，即规定“收养应当向县级以上人民政府民政部门登记。收养关系自登记之日起成立。收养查找不到生父母的弃婴和儿童的，办理登记的民政部门应当在登记前予以公告”。第二，将签订收养协议、办理收养公证作为收养行为成立的任意性规范，即“收养关系当事人愿意订立收养协议的，可以订立收养协议。收养关系当事人各方或者一方要求办理收养公证的，应当办理收养公证”。

二、收养登记机关

为规范收养登记工作，依据被收养人的不同情况，收养的登记机关也不相同。根据《中国公民收养子女登记办法》（2019年修订）第三条以及《华侨以及居住在香港、澳门、台湾地区的中国公民办理收养登记的管辖以及所需要出具的证件和证明材料的规定》第二条的规

定，登记机关具体分为：

第一，收养社会福利机构抚养的查找不到生父母的弃婴、儿童和孤儿的，在社会福利机构所在地的收养登记机关办理登记。

第二，收养非社会福利机构抚养的查找不到生父母的弃婴和儿童的，在弃婴和儿童发现地的收养登记机关办理登记。

第三，收养生父母有特殊困难无力抚养的子女或者由监护人监护的孤儿的，在被收养人生父母或者监护人常住户口所在地（组织作监护人的，在该组织所在地）的收养登记机关办理登记。

第四，收养三代以内同辈旁系血亲的子女，以及继父或者继母收养继子女的，在被收养人生父或者生母常住户口所在地的收养登记机关办理登记。

第五，华侨以及居住在香港、澳门、台湾地区的中国公民在内地收养子女的，应当到被收养人常住户口所在地的直辖市、设区的市、自治州人民政府民政部门或者地区（盟）行政公署民政部门申请办理收养登记。

三、收养人应提交的材料

根据《中国公民收养子女登记办法》（2019年修订）第五条以及《华侨以及居住在香港、澳门、台湾地区的中国公民办理收养登记的管辖以及所需要出具的证件和证明材料的规定》第三条、第四条、第五条、第六条、第七条的规定，收养人应当提交以下材料：

（1）收养人是内地居民的，应当向收养登记机关提交收养申请书和下列证件、证明材料：

1）收养人的居民户口簿和居民身份证。

2）由收养人所在单位或者村民委员会、居民委员会出具的本人婚姻状况和抚养教育被收养人的能力等情况的证明，以及收养人出具的子女情况声明。

3）县级以上医疗机构出具的未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病的身体健康检查证明。

4）收养查找不到生父母的弃婴、儿童的，并应当提交收养人经常居住地计划生育部门出具的收养人生育情况证明。其中，收养非社

会福利机构抚养的查找不到生父母的弃婴、儿童的，收养人还应当提交下列证明材料：一是收养人经常居住地计划生育部门出具的收养人无子女的证明；二是公安机关出具的捡拾弃婴、儿童报案的证明。收养继子女的，可以只提交居民户口簿、居民身份证和收养人与被收养人生父或生母结婚的证明。

（2）收养人是华侨的，申请办理收养登记应当提交收养申请书和下列证件、证明材料：

1）护照。

2）收养人居住国有权机构出具的收养人的年龄、婚姻、有无子女、职业、财产、健康、有无受过刑事处罚等状况的证明材料，该证明材料应当经其居住国外交机关或者外交机关授权的机构认证，并经中国驻该国使领馆或者经已与中国建立外交关系的国家驻该国使领馆认证。

（3）收养人是居住在香港、澳门、台湾地区的中国公民的，申请办理收养登记应当提交收养申请书和下列证件、证明材料：

1）香港、澳门居民身份证，台湾居民在台湾地区居住的有效证明。

2）港澳居民来往内地通行证或者同胞回乡证，中华人民共和国主管机关给台湾居民签发或签注的有效旅行证件。

3）有关机构出具的收养人的年龄、婚姻、有无子女、职业、财产、健康、有无受过刑事处罚等状况的证明材料。

四、送养人应提交的材料

根据《中国公民收养子女登记办法》（2019年修订）第六条的规定，送养人应当向收养登记机关提交下列证件及证明材料：

（1）送养人的居民户口簿和居民身份证（送养人是组织机构的提交其负责人的身份证件）。

（2）收养法规定送养时应当征得其他有抚养义务的人同意的，并提交其他有抚养义务的人同意送养的书面意见。

（3）送养人是社会福利机构的，并应当提交弃婴、儿童进入社会福利机构的原始记录，公安机关出具的捡拾弃婴、儿童报案的证

明，或者孤儿的生父母死亡或者宣告死亡的证明。

（4）送养人是监护人的，并应当提交实际承担监护责任的证明，孤儿的父母死亡或者宣告死亡的证明，或者被收养人生父母无完全民事行为能力并对被收养人有严重危害的证明。

（5）送养人是生父母的，并应当提交与当地计划生育部门签订的不违反计划生育规定的协议；有特殊困难无力抚养子女的还应当提交送养人有特殊困难的声明。其中，因丧偶或者一方下落不明由单方送养的，还应当提交配偶死亡或者下落不明的证明。对送养人有特殊困难的声明，登记机关可以进行调查核实。子女由三代以内同辈旁系血亲收养的，还应当提交公安机关出具的或者经过公证的与收养人有亲属关系的证明。

（6）被收养人是残疾儿童的，并应当提交县级以上医疗机构出具的该儿童的残疾证明。

五、收养协议

由于收养是变更身份的法律行为，因此签订收养协议必须由收养人和送养人双方亲自进行，不能由他人代理。签订收养协议应符合下列要求：

（1）收养协议的当事人，包括收养人、被收养人和送养人，必须符合法律规定的条件。

（2）收养协议的主要内容必须符合收养法律制度的规定。其主要内容应当包括：

1）收养人、送养人和被收养人的基本情况。

2）收养的目的是建立亲子关系。

3）送养人、收养人的真实意思表示以及八周岁以上的被收养人的意思表示。

4）收养人不虐待、不遗弃被收养人和抚养被收养人成长的保证。

5）收养开始的时间以及双方都同意写入的其他内容。

收养协议应当为书面形式，送养人、收养人各执一份，该协议自

送养人、收养人在协议上签字、盖章之日起生效。

六、收养公证

收养公证不是收养的必经程序，只有在收养关系当事人要求时才依法予以办理。公证应当在签订收养协议并且办理收养登记之后进行，如果尚未办理收养登记，仅就收养协议进行了公证，只能证明协议是真实合法的，并不能证明收养关系已经成立。

七、收养评估

本条第五款为本次《民法典》编纂的新增条款，规定：“县级以上人民政府民政部门应当依法进行收养评估。”

（一）收养评估制度的缘起及发展

1991年颁布的《收养法》、1998年修订的《收养法》实施以来的实践证明，当前被收养儿童生存权益保障问题已得到基本解决。随着经济社会发展和儿童福利保障水平的提高，收养制度需解决的问题已转变为更好实现被收养儿童成长权益的问题。从国际通行做法以及国内个别地方的实践来看，建立完善收养评估制度，为被收养儿童寻找更为适合的收养家庭是适应当前形势发展需要的现实选择。

2012年第十三次全国民政工作会议首次提出“完善儿童收养政策，建立收养评估制度”的要求。2012年民政部围绕第十三次全国民政工作会议提出的“建立收养评估制度”的要求开展试点工作，在上海、江苏、湖北、广东、重庆等五省（直辖市）开展了收养评估试点工作，并在试点工作中不断探索建立收养评估模式、探索建立收养评估指标体系、探索建立收养评估监督机制、探索建立收养评估保障机制^[97]。2014年6月，民政部开展第二批收养评估试点工作，明确以下工作内容：（1）明确收养评估基本内容，加强对收养评估指标的设计、梳理。（2）探索完善收养评估程序，优化收养评估流程。（3）多渠道解决经费难题，初步建立收养评估保障机制。（4）积极引导社会力量参与，优先开展第三方评估模式^[98]。自2012年开展收养评估试点工作以来，第一批试点省份收养评估试点工作扎实开展，辐射影响力不断增强。上海市已全面实施开展收养评估工作，湖北省新增加武汉市民政局、重庆市新增加江津区民政局为试点单位，江苏省民政厅发文要求2015年1月1日起全省实行收养评估。

2014年11月，民政部确定并公布第二批收养评估试点单位。第

二批共有23个省份进行了申报，最终确定北京市房山区民政局、北京市丰台区民政局、天津市南开区民政局、浙江省海宁市民政局等37个单位为第二批收养评估试点单位^[99]。

（二）收养评估的对象及内容

本法第一千零九十八条规定收养人应有“抚养、教育和保护被收养人的能力”，并且“无不利于被收养人健康成长的违法犯罪记录”。因此，收养评估制度的评估对象即为收养人的“抚养、教育和保护被收养人的能力”以及“无不利于被收养人健康成长的违法犯罪记录”。

《民政部关于开展第二批收养评估试点工作的通知》明确将收养动机、个人经历和家庭背景、受教育情况、婚姻状况及子女情况、职业和经济状况、身体健康状况、道德品行、居住环境、对收养做出的准备等作为收养评估的基本内容。围绕评估的基本内容，重点对申请人或家庭成员有无虐待（忽视）儿童、家庭暴力或者其他针对儿童的违法行为，有无吸毒、酗酒或者暴力犯罪，申请人的收入或经济能力是否足以负担家庭生活，申请人能否提供充足的空间满足家中新增被收养儿童的需求，申请人有无身体或者心理疾病影响其给予被收养儿童适当的照顾，申请人是否提供虚假信息或隐瞒信息等事项，按照科学、具体、可行的原则，综合考虑现有评估手段，加强对具体评估指标的设计、梳理，初步建立收养评估指标体系。

（三）收养评估的程序

收养评估应严格遵循平等自愿的原则，充分尊重送养人和被送养人的意愿，更好地维护、发展被收养人和收养人的合法权益。收养评估流程应结合当前我国收养观念和收养申请人认识、接受程度，指导评估机构注重加强对评估对象的服务，并明确收养评估流程中暂不设收养后跟踪和回访、配对等环节。收养评估完成后必须出具书面的评估报告，评估报告须经机构负责人审批签发，报告中应明确收养评估推荐意见。积极探索由收养人所在地的评估机构开展评估以及评估报告的地域效力和有效期限，避免重复评估。

第一千一百零六条

收养关系成立后，公安机关应当按照国家有关规定为被收养人办理户口登记。

本条主旨

本条是关于为被收养人办理户口登记的规定。

相关条文

本条是在《收养法》第十六条的基础上修改而成，该条规定：“收养关系成立后，公安部门应当依照国家有关规定为被收养人办理户口登记。”本条与该条文主旨一致，仅将“公安部门”改为“公安机关”，符合法律体系内的语言规范。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人格尊严、人本秩序、人文关怀的核心法理思想以及权利法定、行为公示等具体法理精神^[100]。

收养关系成立后，需要为被收养人办理户口登记或者迁移手续的，由收养人持收养登记证到户口登记机关，按照国家有关规定办理。换言之，办理户口必须在收养关系成立后，即收养人已合法办理了收养登记手续，然后持收养登记证才能到公安机关办理户口登记或者户口迁移手续。如此规定不仅从程序上保护了未成年人的利益不受侵害，也保证了监护抚养关系的平稳过渡。

部分国家法律也对收养成立后的户籍登记问题做出相应规定，例如《法国民法典》规定，对于完全收养，应该自收养判决生效之日起15日内，由检察官进行户籍登记^[101]。《俄罗斯联邦家庭法典》规定，做出成立收养判决的法院应通知当地户籍机关，由户籍机关办理户籍登记^[102]。《阿尔巴尼亚家庭法》规定当事人应持收养关系成立的法院判决书至养父母户籍所在地进行登记^[103]。

典型案例

某甲不服上海市公安局虹口分局不予批准报入户口案^[104]

【案情】

原告某甲与张某系养女与养母关系，2008年7月8日上海市虹口区民政局对收养关系准予登记，颁发收养登记证。2008年7月15日被告上海市公安局虹口分局原新港路派出所受理了原告养母张某以原告某甲名义提出的要求：将户口报入上海市东余杭路××弄××号户内，即张某的户籍地。2008年9月3日被告

上海市公安局虹口分局（以下简称“虹口公安分局”）做出审批意见并上报上海市公安局，经补充调查和上海市公安局退回重审，2010年5月14日虹口公安分局做出审批决定，不予批准原告报入户口。原告不服，提起行政复议。2010年9月20日上海市公安局做出（2010）沪公法复决字第290号行政复议决定，维持了被告做出的审批决定，原告遂提起诉讼。

被告虹口公安分局辩称，被告对原告的申请进行审核，认为根据上海市新生儿卡介苗接种证、上海市产院新生儿预防接种凭证、人口信息资料、原上海市南市区妇幼保健院病历等证据，原告的亲生父母是能够查找到的，所以原告并不属于弃婴。按照户口管理的相关规定，原告不符合报入户口的条件，被告遂做出不予批准原告报户的决定。

【裁判】

一、一审裁判

上海市虹口区人民法院经审理认为：根据《收养法》第十六条的规定，收养关系成立后，公安部门应当依照国家有关规定为被收养人办理户口登记。对原告与其养母之间的收养关系，民政部门已进行了收养登记，并颁发收养登记证，从法律上确认了收养关系的存在。现被告认为原告不属于弃婴，不仅否认了虹口公安分局原新港路派出所的弃婴证明，而且实际上也否认了原告与张某之间的收养关系，从而变相否认了民政部门出具的收养登记证的效力。根据《收养法》的规定，收养应当向县级以上人民政府民政部门登记，收养关系自登记之日起成立。由此，收养关系的确认属于民政部门的职权，而非公安部门的职权。被告否认民政部门出具的有效法律证明的做法，属于超越法定职权的行为。再者，即使收养行为不符合法律规定，也应由人民法院确认无效。此外，公安部门在办理户口登记时依法进行审核，首先应在自己的职权范围内进行审核，而不应超越职权进行审核，从而代替其他行政机关的行政管理职权。况且目前被告提供的证据只是提供了寻找原告亲生父母的线索，还不能完全确认原告亲生父母在什么地方和具体状态，还难以证明原告不属于弃婴，故被告关于原告不属于弃婴、不符合收养条件的观点缺乏证据支撑。根据公安部的有关规定，收养关系成立后，收养人持收养证和本人的合法有效身份证件，向其常住户口所在地户口登记机关提出落户申请，报县、市公安机关审批，公安机关应当准予落户。因此，收养人张某依法为原告进行户口申报，被告不予批准缺乏事实和法律依据。最后，原告和其养母已共同生活了近八年时间，原告

也到了入学的年龄，如果原告的户口不能报入，将有可能造成原告无户籍的情况发生，这种状况不仅直接影响原告以后的生活，而且也不符合国家对未成年人的特殊保护规定。

上海市虹口区人民法院依照《中华人民共和国收养法》第十六条、《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（二）项第1目的规定，作出如下判决：撤销被告虹口公安分局于2010年5月14日做出的（虹）0010022号户口类审批意见决定；被告虹口公安分局于本判决生效之日起40日内重新做出审批决定。

二、二审裁判

一审判决后，被告不服提起上诉，被告认为其作为户口审批机关，有权对不具备法定收养条件的收养关系不予认可。公安机关经过调查和寻找，已找到张某甲的生父母，两人均称张某甲系被其亲属送养，并非遗弃；且即便张某甲是由张某捡拾的弃婴，当时也应当通过报警积极处理，由公安机关查找孩子的生父母。据此张某甲并非弃婴，不具备被收养的条件，故其不准予张某甲户口报入张某户内正确。原审判决不当，请求撤销原审判决，维持被诉具体行政行为。

上海市第二中级人民法院经审理认为：被上诉人张某甲在诉讼过程中所提供的证据，能证明张某在申请将张某甲户口报入其户内前，曾取得了虹口公安分局原新港路派出所出具的弃婴证明，经过了民政局登报寻亲公告程序，并经虹口区民政部门审批，办理了收养登记手续的事实。上诉人虹口公安分局对其认为张某甲并非弃婴的主张，在诉讼过程中提供了其查找到的张某甲生父母的询问笔录。从笔录形成时间看，均晚于被诉行政行为做出时间；从笔录内容看，仅能说明张某甲生父母经过回忆，称当时由亲属将初生孩子送养给他人的情况，且两人关于送养孩子亲属的身份、送养过程等内容的陈述亦不一致，并不能证明张某甲的生父母直接或通过他人将张某甲送养给了张某的事实。故对虹口公安分局的上述主张，法院难以采信。上诉人虹口公安分局认为，张某未对其所称捡拾婴儿的情况在第一时间报警，张某甲出生后由医院开具的新生儿卡介苗接种证系随附在其身边，张某可以据此查找到张某甲生父母等，也均不能证明张某甲并非弃婴的事实。上诉人虹口公安分局作为户口审批机关，在收到被上诉人养母提出的申请后，在没有充分、明确的证据证明张某不是弃婴、该收养关系明显不符合法律规定的情况下，不认可民政部门出具的有效收养登记证，缺乏依据。同时，考虑到张某甲与其养母已共同生活多年，亦进入小学学习阶段的客观情况，从有利于

未成年人接受教育、生活、成长等角度出发，上诉人未批准张某甲户口报入张某户内亦有所失当。上诉人的上诉请求，缺乏事实证据和法律依据。

上海市第二中级人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（一）项的规定，作出如下判决：驳回上诉，维持原判。

【典型意义】

本案的争议点在于：收养关系成立后，收养人依法为被收养人办理户口登记，行政机关在没有充分、明确的证据证明被收养人不是弃婴、该收养关系明显不符合法律规定的情况下，不认可民政部门出具的有效收养登记证，不予批准落户，是否合法？在本案中，张某对张某甲的收养符合收养法规定的形式要件，即张某在民政部门已进行了收养登记，民政部门向张某颁发收养登记证，可见收养关系的确认属于民政部门的职权，而非公安部门的职权。公安部门在办理户口登记时依法进行审核，首先应在自己的职权范围内进行审核，而不应超越职权进行审核，从而代替其他行政机关的行政管理职权。如果公安部门在办理户口登记时，越权对收养关系的有效性进行干预，容易使得收养法律关系趋于不稳定，收养法律关系不稳定会直接导致被收养人的成长环境不稳定，从而影响未成年人的健康成长。当然，排除户籍登记机关越权管理的前提应是，民政部门对收养关系的成立做到严格审查，对收养法律关系的成立从实质到形式都做到严格审查，维护被收养人以及收养人的合法权益。

第一千一百零七条

孤儿或者生父母无力抚养的子女，可以由生父母的亲属、朋友抚养；抚养人与被抚养人的关系不适用本章规定。

本条主旨

本条是关于亲朋抚养关系的规定。

相关条文

本条与《收养法》第十七条主旨一致。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人身自由、人性友善、人格尊严、人亲和谐、人本秩序的核心法理思想以及权利法定、公序良俗等具体法理精神^[105]。

一、立法目的

1991年颁布的《收养法》第十六条对此就已做出规定：“孤儿或者生父母无力抚养的子女，可以由生父母的亲属、朋友抚养。抚养人与被抚养人的关系不适用收养关系。”1998年修订的《收养法》以及《民法典》婚姻家庭编对该内容未做实质性修改。本条内容旨在明确收养与抚养的区别，规定未成年人的父母的亲属、朋友对孤儿或者生父母无力抚养的子女的照顾养育，并不能成立收养关系，也不适用法律关于收养的规定，避免在实践中发生混淆适用的情况。

二、法条解读

抚养，是指无民事行为能力或限制民事行为能力的未成年人的亲属或其他人对其承担供养、保护和教育的责任。抚养包括的范围较广，根据本法第一千零七十四条、第一千零七十五条的规定，除了父母对子女有抚养义务外，有负担能力的祖父母、外祖父母，对于父母已经死亡或者父母无力抚养的未成年人的孙子女、外孙子女以及有负担能力的兄、姐对于父母已经死亡或父母无力抚养的未成年弟、妹也有抚养的义务。收养仅包括父母子女关系，被收养人与其生父母及其他近亲属之间的权利义务关系因收养关系的成立而解除。

从义务内容角度看，当收养关系成立，养父母与养子女间适用父母子女关系的规定，即父母对子女有抚养、教育和保护的义务，提供吃穿住行等物质的抚养义务，只是父母子女关系中的一部分。养父母对养子女的义务是全面且复杂的，不仅仅提供物质支持。而生父母的亲属、朋友提供的抚养义务通常是物质支持，亲属、朋友抚养义务的标准应低于收养关系中父母对子女应履行的义务。

从权利内容角度看，成立收养关系后，养子女与养父母之间有相互继承的权利，而在亲属、朋友抚养的情形下，双方没有相互继承的权利。明确区分收养与抚养，也有利于当事人对继承权的准确理解，防止因混淆适用抚养关系和收养关系而发生继承权纠纷。

典型案例

张某等诉张某甲解除收养关系纠纷案^[106]

【案情】

被告张某甲于1992年10月2日出生，其亲生父母已生育孩子，为了逃避计划生育政策，就将出生三个月的被告张某甲抱给其外公和外婆代为抚养。被告张某甲被抱来时，原告张某、赵某结婚不久，其后张某甲便与二原告、外婆及外公同家生活。2005年9月二原告生女孩张某乙，加上张某甲，计生部门便以此让原告赵某做了绝育手术，二原告因此记恨其父母，导致矛盾激化，致张某甲外公、外婆被迫离家，一直租房捡垃圾维持生计，被告张某甲时年十四岁，便辍学在家参与劳动。2015年腊月，二原告给被告张某甲招女婿杨某，杨某送二原告彩礼60 000元。2016年正月，杨某与其朋友在家喝酒，酒后杨某与其朋友发生打架，原告张某看不惯而与杨某争吵打架。因此事被告张某甲就与其丈夫离家到会川镇租房居住靠打零工维持生计，二原告因被告张某甲选择与其丈夫一起离家而对张某甲产生不满。

2016年7月31日，被告张某甲在医院生孩子，为住院费用能在农村合作医疗予以报销，杨某便到家中拿户口簿，却遭到二原告的拒绝，双方发生争吵并打架，其后被告张某甲对二原告不念其在医院生孩子处于危急情况的行为产生不满，二原告因杨某与其打架对被告张某甲及杨某更加不满。二原告遂于2017年7月18日向法院提起解除收养关系之诉并要求被告给付二原告抚养费60 000元。另查明，二原告一直未在民政部门办理收养张某甲的登记手续。

【裁判】

法院经审理认为，本案二原告血缘关系上系被告张某甲之舅舅、舅母，在被告张某甲亲生父母将张某甲抱来时，目的为躲避计划生育，二原告当时结婚不久，被告张某甲外公与外婆为家庭主要劳动力。后被告张某甲与二原告及外公、外婆同家生活至十四岁，张某甲外公、外婆离家后，被告张某甲才与二原告生活，并辍学参与家庭劳务。二原告无论是在张某甲被抱来时还是其后生育孩子后，一直未办理收养张某甲的手续。庭审中，除户口簿上将被告张某甲登记为二原告之二女的证据外，二原告再未举出其他相关证据，而被告张某甲称其亲生父母也对其管护，未断绝关系，故二原告主张的与被告张某甲之间存在收养关系的事实不能够被证实，对其要求解除收养关系的请求不予支持。对二原告主张的抚养费，被告张某甲同意在二原告年老后给付，因二原告尚有劳动能力，且家庭承包地等均由其经营，二原告现无须依靠赡养费生活，故对二原告要求给付抚养费60 000元的请求，不予

支持。

据此，依照《中华人民共和国收养法》第十七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十条、第九十一条的规定，判决如下：驳回原告张某、赵某的诉讼请求。案件受理费200元，减半收取，由原告负担。

【典型意义】

收养行为是一种依法变更亲子关系、转移亲子间的权利和义务的身份法上的行为，养子女与生父母及其他近亲属间的权利义务关系，因收养关系的成立而消除。孤儿或者生父母无力抚养的子女，可以由生父母的亲属、朋友抚养。抚养人与被抚养人的关系不适用收养关系。在充分保护未成年人合法权益的基础上，应严格区分收养关系与抚养关系。

第一千一百零八条

配偶一方死亡，另一方送养未成年子女的，死亡一方的父母有优先抚养的权利。

本条主旨

本条是关于优先抚养权的规定。

相关条文

本条与《收养法》第十八条主旨相同。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人性友善、人亲和谐、人本秩序、人文关怀的核心法理思想以及权利法定、公序良俗等具体法理精神^[107]。

一、立法目的

本条规定了祖父母、外祖父母的优先抚养权。1991年颁布的《收养法》对此就做出规定：“配偶一方死亡，另一方送养未成年子女的，死亡一方的父母有优先抚养的权利。”1998年修订的《收养法》

以及《民法典》婚姻家庭编对此内容均未做修改。本条规定旨在照顾被抚养人的成长利益和死亡配偶父母的感情。在实践中，祖父母、外祖父母多有照管其孙子女、外孙子女的经历，与之相处时间多，相互了解，在自己的子女死亡后，也非常愿意抚养孙子女、外孙子女。法律赋予他们在孙子女、外孙子女被送养时优先抚养的权利，有利于未成年人在较为熟悉的环境中成长，也照顾了祖父母与外祖父母的情感需要。

二、法条解读

（一）配偶一方死亡

本条规定情形的直接原因即夫妻双方中有一方死亡，如夫妻双方均在世，双方共同决定送养子女时，并不适用本条的规定。在夫妻双方均具有完全民事行为能力时，法律尊重其送养子女的意愿，子女的祖父母或者外祖父母在此时并无优先抚养的权利。

（二）优先抚养权人是死亡一方的父母

本条明确规定，优先抚养权人是夫妻双方中死亡一方的父母，送养人的父母并不享有优先抚养权，法律赋予死亡一方父母对孙子女或外孙子女的优先抚养权是一种情感慰藉的价值倾斜，体现了民法的人文关怀。

（三）生存一方有送养子女的行为

只有当生存一方有送养子女的具体行为时，死亡一方的父母才有优先抚养的权利。未成年人的生父母是其监护人，负有抚养、教育和保护子女的义务，即使一方死亡，另一方的监护地位并不因此消失，只有当其依本法第一千零九十四条第三项的规定，成为有特殊困难无力抚养子女的生父母，并有送养子女的具体行为时，死亡一方的父母才享有优先抚养的权利。可见，优先抚养权是一种期待权，死亡一方的父母不是在任何时候都可以享有优先抚养权的，在生存一方送养未成年子女之前，死亡一方的父母仅仅存在实现优先抚养权的可能性。只有当生存一方送养其未成年子女时，死亡一方的父母才能实现优先抚养权。

（四）不适用收养关系

本条明确死亡一方父母享有的是优先抚养权，此种优先抚养并不适用收养法的相关规定，双方并不形成父母子女关系，父母子女关系也不因此而终止。明确区分抚养关系与收养关系，有利于明确双方的权利义务内容，防止实践中的适用混乱。

典型案例

孙某甲等诉孙某丙变更抚养权纠纷案^[108]

【案情】

2002年1月21日二原告之子孙某戊与被告孙某丙在齐河县公安局登记结婚，2002年12月2日孙某戊与孙某丙生一男孩，取名孙某丁。孩子一岁多时，被告孙某丙与孙某戊便外出打工，过年或过节才回家，平常孙某丁由二原告抚养。2012年2月25日孙某戊去世，2015年1月被告孙某丙再婚。原告认为因孙某丁从小与其共同生活，双方已有很深的亲情，孙某丁也同意跟随原告生活，在被告再婚的情形下，为了孩子的健康成长，原告诉至法院，要求抚养孙某丁。同时法院查明，被告孙某丙表示同意孙某丁由二原告抚养；孙某丁亦表示同意由其母亲孙某丙抚养变更为由其祖父、祖母，即本案二原告孙某甲、孙某乙抚养。

【裁判】

法院认为，被告之子孙某丁自幼至今一直随二原告生活，原告主张继续由其抚养，不改变孩子的学习、成长环境，较为适宜，且被告孙某丙及孙某丁均同意由被告抚养变更为由二原告抚养，故原告要求抚养孩子的诉讼请求，本院予以准许。依照《中华人民共和国收养法》第十八条，《中华人民共和国民事诉讼法》第三十九条第二款、第一百五十二条之规定，判决如下：男孩孙某丁由被告孙某丙抚养变更为由原告孙某甲、孙某乙抚养。案件受理费100元，由被告孙某丙负担。

第一千一百零九条

外国人依法可以在中华人民共和国收养子女。

外国人在中华人民共和国收养子女，应当经其所在国主管机关依

照该国法律审查同意。收养人应当提供由其所在国有权机构出具的有关其年龄、婚姻、职业、财产、健康、有无受过刑事处罚等状况的证明材料，并与送养人签订书面协议，亲自向省、自治区、直辖市人民政府民政部门登记。

前款规定的证明材料应当经收养人所在国外交机关或者外交机关授权的机构认证，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，但是国家另有规定的除外。

本条主旨

本条是关于涉外收养的条件与程序的规定。

相关条文

本条是在《收养法》第二十一条的基础上修改而成，该条规定：“外国人依照本法可以在中华人民共和国收养子女。外国人在中华人民共和国收养子女，应当经其所在国主管机关依照该国法律审查同意。收养人应当提供由其所在国有权机构出具的有关收养人的年龄、婚姻、职业、财产、健康、有无受过刑事处罚等状况的证明材料，该证明材料应当经其所在国外交机关或者外交机关授权的机构认证，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证。该收养人应当与送养人订立书面协议，亲自向省级人民政府民政部门登记。收养关系当事人各方或者一方要求办理收养公证的，应当到国务院司法行政部门认定的具有办理涉外公证资格的公证机构办理收养公证。”本条有以下改动：第一，明确登记机关为省、自治区、直辖市人民政府民政部门。第二，删去了有关收养公证的规定。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人身自由、人性友善、人本秩序、人文关怀的核心法理思想以及权利法定、公序良俗、禁止权利滥用等具体法理精神^[109]。

一、立法目的

随着国际交流的增多，涉外收养也成为较为普遍的现象，涉外收养关系，一般有广义和狭义两种含义。狭义的“涉外收养”是指收养人与被收养人属于不同国家或惯常居住于不同国家的收养关系，通常为跨国收养；而广义的“涉外收养”是指凡具有涉外因素的收养关系，即在收养关系的各要素中，有一种或数种要素超出一国或一定地区的范

围，与其他国家或地区有一定联系的收养关系，便属于广义的涉外收养。本条规定的涉外收养是单向收养，即外国人在中华人民共和国收养子女的情形。

明确规定涉外收养的法定程序，为当事人在中华人民共和国收养子女提供严格、有序、稳定的程序指导，有利于保障外国收养人在华收养子女的合法权益，透明公开的收养程序，也能防止因为信息不对称滋生跨国贩卖儿童的犯罪行为，阻止我国儿童遭受不合理的收养，保障我国儿童在涉外收养中的合法权益。涉外收养应坚持将儿童利益放在首位，严格审查收养人的收养资格，杜绝一切损害我国儿童合法权益的收养行为。

二、法条解读

本条规定了涉外收养的法定程序。首先应明确，涉外收养人的实质条件应符合本法第一千零九十八条、第一千一百条、第一千一百零一条、第一千一百零二条、第一千一百零三条的规定，即满足收养关系成立的实质要件。本条第二、第三款主要规定涉外收养关系成立的形式要件：“外国人在中华人民共和国收养子女，应当经其所在国主管机关依照该国法律审查同意。收养人应当提供由其所在国有权机构出具的有关其年龄、婚姻、职业、财产、健康、有无受过刑事处罚等状况的证明材料，并与送养人签订书面协议，亲自向省、自治区、直辖市人民政府民政部门登记。前款规定的证明材料应当经收养人所在国外交机关或者外交机关授权的机构认证，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，但是国家另有规定的除外。”

截至2016年，与中国建立收养合作关系的国家有17个，分别是美国、加拿大、英国、法国、西班牙、意大利、荷兰、比利时、丹麦、挪威、瑞典、芬兰、冰岛、爱尔兰、澳大利亚、新西兰、新加坡^[110]。这些国家的公民在中国收养子女的基本程序如下：

（1）递交申请。依据《外国人在中华人民共和国收养子女登记办法》第四条的规定，外国人在华收养子女，应当通过所在国政府或者政府委托的收养组织向中国政府委托的收养组织转交收养申请并提交收养人的家庭情况报告和证明，具体包括：1）跨国收养申请书；2）出生证明；3）婚姻状况证明；4）职业、经济收入和财产状况证明；5）身体健康检查证明；6）有无受过刑事处罚的证明；7）收养人所在国主管机关同意其跨国收养子女的证明；8）家庭情况报告，包括收养人的身份、收养的合格性和适当性、家庭状况和病史、收养动机以及适合于照顾儿童的特点等。

(2) 受理登记。中国收养中心对申请进行登记，并通知相关外国中央机关或收养组织。《全国人民代表大会常务委员会关于批准〈跨国收养方面保护儿童及合作公约〉的决定》声明：《跨国收养方面保护儿童及合作公约》第十五条至第二十一条规定的中央机关职能由中华人民共和国政府委托的收养组织——中国收养中心履行；只有在收养国政府或政府委托的组织履行有关中央机关职能的情况下，该国公民才能收养惯常居住在中华人民共和国的中国儿童。

(3) 审核选配。根据外国收养人的条件和意愿并结合中国收养中心登记备案的儿童信息，为收养人选择合适的被收养儿童，同时通知外国中央机关或者收养组织以征求收养人的意见。

(4) 签发通知。征得收养国中央机关和收养人同意后，中国收养中心签发来华收养子女通知书，并通知被收养人所在地的省级民政部门。

(5) 亲自来华。外国收养人接到来华收养子女通知书后，须持通知书原件亲自来华，到被收养人常住户口所在地的省级民政部门办理收养登记手续。夫妻共同收养的，应当共同来华办理收养手续；一方因故不能来华的，应当书面委托另一方。委托书应当经所在国公证和认证。

(6) 签订协议。外国人来华收养子女，应当与送养人签订书面收养协议。协议一式三份，收养人、送养人各执一份，办理收养登记手续时收养登记机关收存一份。

(7) 办理登记。省级民政部门对符合法律规定的收养关系当事人办理收养登记，收养关系当事人办理收养登记时，应当填写外国人来华收养子女登记申请书并提交收养协议，同时分别提供有关材料。收养人应当提供下列材料：1) 中国收养组织发出的来华收养子女通知书；2) 收养人的身份证件和照片。送养人应当提供下列材料：1) 省、自治区、直辖市人民政府民政部门发出的被收养人已被同意收养的通知；2) 送养人的居民户口簿和居民身份证（社会福利机构作为送养人的，为其负责人的身份证件）、被收养人的照片。收养登记机关审查材料后，对符合规定的办理收养登记，发给收养登记证书。收养关系自登记之日起成立。

(8) 出境。被收养人出境前，收养人应当凭收养登记证书到收养登记的公安机关为被收养人办理出境手续。

第一千一百一十条

收养人、送养人要求保守收养秘密的，其他人应当尊重其意愿，不得泄露。

本条主旨

本条是关于保守收养秘密的规定。

相关条文

本条与《收养法》第二十二条主旨一致。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人格尊严、人性友善、人本秩序、人际诚信的核心法理思想以及权利法定、公序良俗等具体法理精神^[111]。1991年颁布的《收养法》对此就做出规定：“收养人、送养人要求保守收养秘密的，其他人应当尊重其意愿，不得泄露。”1998年修订的《收养法》与《民法典》婚姻家庭编对此未做修改。本条规定旨在稳定收养关系，保证收养家庭免受干扰。相关知情主体不得泄露收养家庭的秘密，尤其考虑到未成年人，由于他们缺乏辨别能力、承受能力，收养秘密公开，不利于被收养的未成年人的身心健康。保守收养秘密的主体应包括任何对收养行为知情的人，不限于收养法律行为的当事人。保守收养秘密具体有两方面含义：一是未成年人被收养的事实应当保密；二是收养家庭、原生家庭的情况应当保密。法律要求任何对收养知情的人保守收养秘密，有助于稳定收养关系，避免收养对被收养人的心理产生不良影响，有利于心智尚未健全的未成年被收养人的身心健康。同时，保守收养秘密，也是法律保护自然人隐私权不受侵害的表现。本法第一百一十条规定自然人享有隐私权，未成年人被收养以及收养人收养他人均属于个人隐私的范畴，其他人应当尊重、保护收养当事人的隐私权。

保守收养秘密是许多国家收养法确立的基本原则，《德国民法典》规定只有在出现公共利益上的特别理由时，才能公开收养信息^[112]。《俄罗斯联邦家庭法典》规定收养秘密受法律保护，严禁未经许可的信息泄露^[113]。《美洲国家间关于未成年人收养的法律冲突公约》明确规定：“在需要对收养进行保密的地方，应保证收养的秘密不被泄露。如果需要查阅被收养的未成年人及其亲生父母的健康状况的医院证明，也只能告知符合法定条件的适当人员，并不得公开被收

养人及其亲生父母的姓名以及其他能证明其身份的资料。”

关于被收养人是否有权知悉自己的出生信息及生父母，国际社会经历了从收养信息的“绝对保密”到“限制公开”的发展趋势。英国

《2002年收养与儿童法》规定已满十八岁的被收养人有权经申请获得其出生记录、与其收养相关的法定文件或令状，对于未满十八岁的未成年人，收养机构可以在权衡后认为对该被收养人合适的情形下，提供相关信息。新西兰《成年人收养信息法》也规定被收养儿童在成年后可以获得或查阅自己的原出生证，除非其亲生父母已向出生登记部门明确表示禁止被收养儿童获知真实情况。

第二节 收养的效力

收养关系一经成立，便引起一系列的法律后果。收养的效力，是因收养的成立而引起的法律后果的总称，主要分为两个方面：一是在收养家庭产生新亲子关系及其他亲属关系，为收养的拟制效力；二是与原生家庭之间的亲子关系归于消灭，为收养的消除效力。本节第一千一百一十一条具体规定了收养的拟制效力和收养的消除效力，第一千一百一十二条规定了养子女的姓氏变更与保留，第一千一百一十三条规定了收养的无效。这三条内容较为全面地规定了收养关系成立后的法律效果，明确了收养关系中当事人的权利、义务，以及法律地位，并规定相应的后果，能够有效地约束养父母、被收养子女正确履行自己的义务，认真对待自己的行为，使收养行为得到规范，亲子利益得到保障，亲子秩序得以维护。

第一千一百一十一条

自收养关系成立之日起，养父母与养子女间的权利义务关系，适用本法关于父母子女关系的规定；养子女与养父母的近亲属间的权利义务关系，适用本法关于子女与父母的近亲属关系的规定。

养子女与生父母以及其他近亲属间的权利义务关系，因收养关系的成立而消除。

本条主旨

本条是关于收养效力的规定。

相关条文

1991年颁布的《收养法》第二十二条规定：“自收养关系成立之日起，养父母与养子女间的权利义务关系，适用法律关于父母子女关系的规定；养子女与养父母的近亲属间的权利义务关系，适用法律关于子女与父母的近亲属关系的规定。养子女与生父母及其他近亲属间的权利义务关系，因收养关系的成立而消除。”1998年修订的《收养法》第二十三条对此未做修改，本条亦基本沿用了1998年修订的《收养法》第二十三条的规定。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人格尊严、人亲和谐、人本秩序的核心法理思想以及权利法定、公序良俗等具体法理精神^[114]。

一、立法目的

收养关系一经成立，便引起一系列的法律后果，收养的效力，是因收养的成立而引起的法律后果的总称。本条规定了收养关系成立后，收养关系当事人之间的权利和义务，能有效约束收养当事人正确履行义务，规范行为，使收养关系稳定有效地发展，使亲子利益得到保障。

二、法条解读

我国现行收养制度，在性质上属于单一的完全收养，没有兼采不完全收养。根据本条规定，收养成立所产生的法律后果，主要分为两个方面：一是在收养家庭产生新亲子关系及其他亲属关系，为收养的拟制效力；二是与原生家庭之间的亲子关系归于消灭，为收养的消除效力。

（一）拟制效力

拟制效力，是指收养依法创设新的亲属关系及其权利义务的效力，也称收养的积极效力。在本条中具体表现为对养子女与养父母的法律效力以及对养子女与养父母的近亲属的法律效力。

1.对养子女与养父母的法律效力

本条第一款规定：“自收养关系成立之日起，养父母与养子女间的权利义务关系，适用本法关于父母子女关系的规定；养子女与养父

母的近亲属间的权利义务关系，适用本法关于子女与父母的近亲属关系的规定。”按此规定，自收养关系成立之日起，养父母与养子女间的权利义务关系，适用法律关于父母子女关系的规定。养子女取得了与养父母婚生子女相同的身份与地位，享有与婚生子女同等的权利与义务。例如，本编中有关父母对子女的抚养、教育、保护义务及子女对父母的赡养扶助等规定，《民法典》继承编中有关父母与子女互为第一顺序的法定继承人的规定，均适用于养父母与养子女。

2.对养子女与养父母的近亲属的法律效力

同时，养子女与养父母的近亲属间的权利义务关系，是养亲子关系在法律上的延伸。具体说来，养子女与养父母的父母间，有祖孙间的权利和义务；养子女与养父母的子女间，有兄弟姐妹间的权利和义务。上述近亲属间的抚养、赡养和扶养适用本编的规定；法定继承适用《民法典》继承编的相关规定，养兄弟姐妹、养祖父母、养外祖父母为第二顺序法定继承人，养孙子女、养外孙子女可以代位继承其养祖父母、养外祖父母的遗产。

（二）消除效力

消除效力，是指收养依法终止原有的亲属关系及其权利义务的效力，也称收养的消极效力。在本条中具体表现为对养子女与生父母的法律效力以及对养子女与生父母以外的其他近亲属的法律效力。

1.对养子女与生父母的法律效力

根据本条第二款的规定，养子女与生父母间的权利义务关系，因收养关系的成立而消除。按此规定，收养的消除效力所消除的，仅为法律意义上的父母子女关系，而非血缘意义上的父母子女关系。养子女与生父母间基于出生而具有的直接血缘联系，是客观事实，不能通过法律手段加以改变。因此，本编关于禁止直系血亲结婚的规定，对于养子女与生父母仍然适用。

2.对养子女与生父母以外的其他近亲属的法律效力

本条第二款还规定，养子女与生父母以外的其他近亲属间的权利义务关系，亦因收养关系的成立而消除。养子女与生父母的父母不再存在祖孙的身份关系，与生父母的子女不再存在兄弟姐妹的身份关

系，原祖孙、兄弟姐妹间的权利义务关系也不再存在。同样，因收养的消除效力并不影响血缘关系这一客观事实，因此，本编中有关禁止直系血亲和三代以内旁系血亲结婚的规定，对养子女与生父母以外的其他近亲属也是仍然适用的。

三、外国立法

（一）法国法

《法国民法典》根据效力不同，将收养分为完全收养与单纯收养。在完全收养制度中，养父母子女关系替代了原有的亲子关系，与血缘关系家庭的亲子关系彻底消灭^[115]。被收养人完全融入养父母家并成为家庭一员，被收养子女的地位与婚生子女相同，收养效力也同等于养父母的亲属^[116]。在单纯收养制度中，收养赋予被收养人使用收养人姓氏的权利^[117]，被收养人与亲生父母间的权利义务仍保留，尤其是继承权和赡养义务^[118]，被收养人与养父母间的亲子关系与婚生子女相同，但该亲子关系不延及其他亲属^[119]。

（二）德国法

《德国民法典》规定，当被收养人是未成年人时，被收养人取得与婚生子女完全相同的法律地位，被收养人及其晚辈直系血亲与原血亲的血统关系和因该血统关系发生的权利义务完全消灭^[120]。收养人与被收养子女互为二亲等或三亲等的血亲或姻亲的，只有该子女及其晚辈直系血亲与该子女的父母的血统关系和因它而发生的权利义务消灭。当被收养人是成年人时，被收养人与原血亲的权利义务关系不消失，但收养人有优先于被收养人血亲支付抚养费的义务。

（三）其他国家立法

《俄罗斯联邦家庭法典》与我国立法相似，仅规定了未成年人的收养，其法律效果是养子女及其后代取得相同于养父母婚生子女及其后代的身份和地位，养子女与养父母及其亲属形成相互的权利义务关系与血亲相同^[121]。被收养人与生父母间的权利义务关系解除^[122]。但在收养人为一人时，被收养人可以保留与血亲的部分权利义务内容^[123]。《墨西哥民法典》在收养人对被收养人的遗产的继承权问题上，规定收养人与被收养人的生父母一同享有对被收养人遗产的继承权。《菲律宾共和国家庭法》规定，被收养人生父母的亲权因收养成

立而终止，并转由收养人行使，但保留被收养人作为其生父母和其他有血缘关系亲属的无遗嘱继承人的身份。

第一千一百一十二条

养子女可以随养父或者养母的姓氏，经当事人协商一致，也可以保留原姓氏。

本条主旨

本条是关于养子女姓名权的规定。

相关条文

1991年颁布的《收养法》第二十三条规定：“养子女可以随养父或者养母的姓，经当事人协商一致，也可以保留原姓。”1998年修订的《收养法》第二十四条对该条内容未做修改。本条是在1998年修订的《收养法》第二十四条的基础上修改而成，该条规定：“养子女可以随养父或者养母的姓，经当事人协商一致，也可以保留原姓。”本条将“姓”改为“姓氏”，“姓氏”为“姓”的书面语，使用更加规范。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人格尊严、人本秩序、人亲和谐的核心法理思想以及权利法定、公序良俗等具体法理精神^[124]。子女姓氏的更改，是收养效力的表现之一。根据本条规定，养子女可以随养父或者养母的姓氏，经当事人协商一致，也可以保留原姓氏。姓名权是自然人的一项重要的人身权利，同时也是身份关系的一种标志，法律在此赋予当事人很大的自由选择空间。在我国的司法实践中，被收养人八周岁以上的，如需要改动其姓名，还需要征得该被收养人的同意。因此，本条规定既符合收养制度的宗旨和男女平等的原则，又具有一定的灵活性。

多数国家的法律规定，被收养人随收养人之姓，如日本法、奥地利法、丹麦法、荷兰法等；少数国家允许被收养人继续保留原姓氏，如民主德国法如此规定；联邦德国法规定被收养人可以将自己的原姓与收养人的姓结合使用；还有一些国家，如丹麦和瑞典，允许双方自由选择姓氏^[125]。

第一千一百一十三条

有本法第一编关于民事法律行为无效规定情形或者违反本编规定的收养行为无效。

无效的收养行为自始没有法律约束力。

本条主旨

本条是关于收养行为无效的规定。

相关条文

1991年颁布的《收养法》第二十四条规定：“违反《中华人民共和国民法通则》第五十五条和本法规定的收养行为无法律效力。收养行为被人民法院确认无效的，从行为开始时起就没有法律效力。”1998年修订的《收养法》第二十五条对该条文未做修改。本条对1998年修订的《收养法》第二十五条做以下修改：（1）将“违反《中华人民共和国民法通则》第五十五条”改为“有本法第一编关于民事法律行为无效规定情形”，指代内容不变。（2）将第二款简化为：“无效的收养行为自始没有法律约束力。”

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人格尊严、人本秩序的核心法理思想以及权利法定、公序良俗、禁止权利滥用等具体法理精神^[126]。

一、立法目的

身份立法重身份关系的稳定性，一旦在当事人之间形成身份关系，只有存在重大理由，基于特定人申请或者法院依职权才可宣告该身份行为无效。通常认为，收养的无效是自始无效，因此各国法律对宣告收养无效的规定也较为严格，即收养开始时就存在严重的要件缺失，如收养当事人不符合法律规定，收养当事人并非自愿收养，未取得必要的当事人的同意，等等。无论是经由行政程序成立收养关系的国家，还是经由司法程序成立收养关系的国家，在宣告收养无效时一般都要求由法院作出裁判。部分国家还规定了收养的撤销，与收养的无效不同，收养的撤销一般不具有溯及力，收养当事人可经法定程序撤销收养关系，撤销效力自撤销时开始，不溯及既往。我国法律未规定收养撤销制度，仅采单一无效制。

二、法条解读

（一）无效收养的概念

无效收养行为，是欠缺收养成立的法定要件、不能发生收养法律后果的收养行为。这里所说的要件，包括实质要件和形式要件；这种行为不具有收养的法律效力，是一种无效民事行为。本条第一款规定：“有本法第一编关于民事法律行为无效规定情形或者违反本编规定的收养行为无效。”因此，在我国判断收养行为是有效还是无效，只能以《民法典》总则编有关民事法律行为要件的规定和《民法典》婚姻家庭编有关收养关系成立要件的规定为依据。

在我国收养制度中，收养无效的原因和收养成立的要件是互相对应的。这里所说的要件，包括一般的、所有民事法律行为均须具备的要件，也包括特定的、收养法律行为必须具备的要件。具体而言有以下情况：

（1）违反《民法典》总则编第一百四十三条、第一百四十四条的规定。具体分为三种情形：一是收养关系当事人不具备相应的民事行为能力。比如，夫妻双方都不具备完全民事行为能力，或者无配偶者是限制民事行为能力、无民事行为能力者，他们不得作为收养人，否则收养无效。二是收养的意思表示不真实。收养关系建立时，收养关系当事人意思表示应当真实。如果一方故意欺骗、胁迫另一方，使其做出错误的意思表示，受欺诈、胁迫的一方当事人可以主张收养无效。三是收养行为的性质或内容违反法律、行政法规的强制性规定或者违背公序良俗。

（2）违反《民法典》婚姻家庭编有关收养的规定。可以分为两种情形：一是收养欠缺法定的实质要件，实质要件包括收养人、被收养人和送养人的条件，以及法律对于收养人数的限制和无配偶者收养异性的年龄限制等；二是收养欠缺法定形式要件，形式要件包括收养应当向县级以上人民政府民政部门登记、办理登记的民政部门对查找不到生父母的未成年人应当在登记前予以公告等。

（二）确认收养无效的程序

在审判实践中，依诉讼程序确认收养无效有以下两种情形：一是当事人或利害关系人提出请求确认收养无效之诉，由人民法院依法判决收养无效；二是人民法院在审理有关案件的过程中发现无效收养行为，在有关判决中确认收养无效。拟制血亲的亲子关系和自然血亲的亲子关系一样，是赡养、抚养、监护、法定继承等借以发生的基础法律关系，认定收养行为是否有效，是正确处理有关案件的必要前提，

也直接影响判决结果。

我国民政部在有关收养登记的规定中指出，当事人弄虚作假骗取收养登记的，收养关系无效。至于当事人和利害关系人能否依行政程序申请确认收养无效的问题，并无规定。身份立法重身份关系的稳定性，一旦在当事人之间形成了身份关系，除非有重大理由，否则不可宣告该身份行为无效。因此，为了体现保护未成年被收养人合法权益这一各国现代收养立法的最基本原则，对于违反行政规定而面临收养无效的情形，如果从未成年被收养人利益出发否认该收养的效力对其不利，亦应例外地肯定该收养的合法性。

（三）收养无效的法律后果

本条第二款规定：“无效的收养行为自始没有法律约束力。”收养关系被宣告无效后，不能发生法定的收养效力，且自始无效，即具有溯及力。收养行为被宣告无效后，养子女与亲生父母的权利义务关系自动恢复，但第三人已经取得的权利，不因此而受影响，如收养行为被宣告无效时，亲生父亲已死亡的，养子女对于亲生父亲的遗产无继承权。对于收养无效的法律后果，仍应坚持最有利于未成年人的基本原则，对于缺失部分法定构成要件的收养行为，应结合被收养人在收养家庭中的生活情况，以及宣告收养无效后被收养人的后续安置问题，以被收养人的利益为首要考虑因素，做出最有利于被收养人的裁判。

三、外国立法

对于收养的无效问题，各国立法呈现出很大的差异，主要的立法模式有以下几种：

一是如日本法，对收养无效^[127]和收养撤销^[128]的原因分别加以规定，在坚持日本民法视收养为身份上契约行为的同时，亦强调国家权力的介入。《奥地利普通民法典》具体规定了收养撤销^[129]与废止的理由、程序与效力，并对收养撤销与废止的理由做封闭式规定，即不得以法定原因外的理由提起收养的撤销与废止。

二是如法国法，仅就收养的撤销包括收养撤销的原因及收养撤销申请人的条件等进行了规定，而对收养无效则未加以规定。同时，《法国民法典》区分完全收养与单纯收养，该法明确规定完全收养不得撤销^[130]，单纯收养如经证明有重大原因可撤销的，如被收养人是未成年人，申请人应当是检察院^[131]。

三是如英国法，对收养的撤销基本上持否定态度，仅在特殊情况下，即非婚生子女由其生父母单方收养后，如果其生父与生母事后正式结婚，先前的收养关系可以撤销，同时该子女取得与婚生子女相同的法律地位。

典型案例

杨甲等诉某儿童福利院解除收养关系纠纷案——以“代收养”为目的的瑕疵不影响收养效力^[132]

【案情】

杨甲和胡某原系夫妻，婚后生育一子杨丙。2001年，杨甲的父母向杨甲提及想收养一名女童。杨甲遂至某儿童福利院处，代表其父母向某儿童福利院处工作人员表达了欲收养一名女童的意愿，某儿童福利院处工作人员顾某告知杨甲，杨甲父母不符合收养人条件，但杨甲符合收养人条件。之后，双方办理了弃婴女童陈某（后改名杨乙）的试养手续。在实际试养过程中，主要由杨甲父母照顾陈某，杨甲和胡某为是否收养陈某发生争执。嗣后，杨甲考虑再三，将陈某送回某儿童福利院处。在此后的三个月内，某儿童福利院处工作人员顾某反复做杨甲父母的思想工作，杨甲父母向杨甲表达了收养陈某的强烈意愿，甚至有强行住到某儿童福利院处看望、照顾陈某的过激行为，杨甲出于对父母的孝顺之情，同时考虑到当时经济条件较好，可以此方式回报社会，并做通胡某的思想工作，同意收养陈某作为养女。2003年4月，杨甲和胡某与某儿童福利院签订弃婴陈某的收养协议书。2003年6月，上海市民政局向杨甲和胡某颁发收养登记证，陈某姓名更改为杨乙。杨乙虽为杨甲和胡某养女，但实际上杨乙自始至终由杨甲的父母抚养、照顾。2004年，杨甲和胡某就杨乙收养事宜再起争执，导致杨甲和胡某离婚。现杨甲父亲去世，母亲年事已高，已无力再照顾杨乙。综上，杨甲和胡某请求法院确认杨甲和胡某与某儿童福利院关于杨乙的收养关系无效。理由如下：

（1）收养杨乙并非出于杨甲和胡某的真实意思表示。因为杨甲父母不符合收养人条件，所以借用杨甲和胡某名义，依法办理了杨乙的收养手续。事实上杨乙亦由杨甲父母抚养至今；（2）杨甲的父母系杨乙的事实抚养人，现杨甲父亲去世，母亲年满80周岁，无力抚养杨乙；（3）杨甲和胡某因收养杨乙导致感情不和而离婚，现杨甲身体残疾，每月领取下岗生活费补贴700元，无法抚养杨乙。

某儿童福利院辩称：不同意杨甲和胡某之诉请，理由如下：

(1) 杨甲和胡某系完全民事行为能力人，且符合法律规定的收养人条件，杨甲和胡某与某儿童福利院就杨乙收养事宜办理了完备的收养手续，并经民政部门登记，故杨甲和胡某对杨乙的收养行为依法有效；(2) 杨甲和胡某提出收养杨乙非其真实意思表示，但未能提供任何证据证明其系受胁迫收养杨乙；(3) 杨甲和胡某作为杨乙的养父母，应当以崇高的社会责任感，承担起抚养杨乙的义务，现杨甲和胡某以各种理由主张收养无效，欲退养杨乙，使杨乙的生活环境从家庭生活环境变更为集体生活环境，将对孩子身心造成巨大伤害。

【裁判】

从收养人资格来看，首先，杨甲和胡某具备完全民事行为能力；其次，某儿童福利院系弃儿收、领养的社会福利机构，杨甲和胡某虽育有一子，但杨甲和胡某收养的是某儿童福利院作为社会福利机构抚养的查找不到生父母的弃婴陈某，可以不受收养人无子女的限制。综上，杨甲和胡某符合收养人资格。从收养的经过来看，杨甲和胡某在收养陈某的过程中，亲自经历了递交收养登记申请表，签订试养协议及试养，递交收养申请书，提供结婚证、工作及收入证明、健康检查证明、无犯罪记录证明等一系列的手续，时间跨度自2001年12月起至2003年6月4日止，杨甲和胡某有充足的时间考虑是否收养弃婴陈某。现杨甲和胡某称收养行为系受杨甲父母的胁迫，被迫收养陈某，非杨甲和胡某真实意思表示，但未提供充分有效的证据加以佐证，故杨甲和胡某该项诉称意见，难以采信。从收养关系的成立来看，2003年6月4日，上海市民政局向杨甲和胡某颁发收养登记证，杨甲和胡某与陈某的收养关系自该日起成立。综上，杨甲和胡某与某儿童福利院就陈某的收养行为依法成立，应属有效。杨甲和胡某诉称收养陈某非杨甲和胡某真实意思表示，要求确认收养行为无效的诉请，于法无据，不予支持。

杨甲和胡某依法收养弃婴陈某，双方形成了法律上的养父母子女关系，杨甲和胡某理应依法对未成年的养女陈某履行抚养义务。依法收养弃婴的行为，是严肃且重大的身份法律行为，收养人、送养人、被收养人均需符合法律规定，一旦依法形成收养关系，还需各自承担相应的法律后果。现杨甲和胡某诉称其为名义收养人，而杨甲父母为实际收养人，杨甲和胡某以父亲过世、母亲年事已高为由欲确认收养关系无效。收养法律法规并无名义收养人与实际收养人的规定，根据杨甲和胡某所述，杨甲和胡某以自身的条件来帮助不符合收养人条件的父母达到收养目的，是规

避法规的行为。现杨甲父母的行为只能视为帮助杨甲和胡某照顾养女陈某的行为，在杨甲父母无力照顾陈某的情况下，理应由杨甲和胡某继续抚养养女陈某，直至其成年。杨甲和胡某收养陈某时，陈某尚不满两周岁，还是一名不谙世事的襁褓婴儿，现陈某已满十三周岁，已经具备相当的心智，杨甲和胡某欲通过本次诉讼确认收养关系无效，将会导致陈某的第二次被弃养经历，这对于一名处在青春发育期的少女是极其沉重的打击，对于其世界观、人生观、价值观的树立，以及人际交往均会产生不利的影响。此外，杨甲和胡某为陈某的养父母，均应对陈某承担抚养义务，现杨甲在庭审中提出自身的经济条件及身体状况不佳，而胡某作为陈某的养母，经济条件优越，理应承担起抚养陈某的义务。因此，依照《收养法》第八条第二款、第十五条、第二十五条，《民法通则》第五十五条的规定，法院确认驳回杨甲、胡某的诉讼请求。

【典型意义】

在处理收养关系纠纷时，应将保护未成年人权益的法律原则放在首位。本案中杨甲与胡某虽出于对父母的孝顺目的收养了杨乙，但从行为的外观上看，杨甲与胡某亲自经历了递交收养登记申请表，签订试养协议及试养，递交收养申请书，提供结婚证、工作及收入证明、健康检查证明、无犯罪记录证明等一系列的手续，时间跨度自2001年12月起至2003年6月4日，作为完全民事行为能力人的二人理解其行为的法律意义，亦应承担其法律后果。本着保护未成年人权益的法律原则以及按照法律关于收养效力的规定，应认定杨甲、胡某与杨乙之间的收养关系成立，杨甲与胡某的离婚并不影响收养关系的效力，双方均有义务承担对养女杨乙的抚养。

第三节 收养关系的解除

本节是有关解除收养关系的规定。收养关系是基于一定的法律事实而成立的法律拟制的父母子女关系，其既然可以依法设立，就可以在特定条件下终止或者依法解除。当事人依法办理解除手续而终止收养关系的，以该收养关系为中介的各方关系也随之解除和终止，即各方的身份关系与权利义务都同时终止。本节主要对收养关系当事人解除收养关系的条件、程序和法律后果做了明确的规定。

第一千一百一十四条

收养人在被收养人成年以前，不得解除收养关系，但是收养人、送养人双方协议解除的除外。养子女八周岁以上的，应当征得本人同意。

收养人不履行抚养义务，有虐待、遗弃等侵害未成年养子女合法权益行为的，送养人有权要求解除养父母与养子女间的收养关系。送养人、收养人不能达成解除收养关系协议的，可以向人民法院提起诉讼。

本条主旨

本条是关于收养关系解除的规定。

相关条文

1991年颁布的《收养法》第二十五条规定：“收养人在被收养人成年以前，不得解除收养关系，但收养人、送养人双方协议解除的除外，养子女年满十周岁以上的，应当征得本人同意。收养人不履行抚养义务，有虐待、遗弃等侵害未成年养子女合法权益行为的，送养人有权要求解除养父母与养子女间的收养关系。送养人、收养人不能达成解除收养关系协议的，可以向人民法院起诉。”1998年修订的《收养法》第二十六条对该条文未做修改。本条对1998年修订的《收养法》第二十六条做以下修改：根据《民法典》总则编对限制民事行为能力人年龄标准的相关规定，将应当征得养子女同意的年龄由十周岁以上改为八周岁以上。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人格尊严、人性友善、人本秩序的核心法理思想以及权利法定、公序良俗、禁止权利滥用等具体法理精神^[133]。

一、立法目的

收养关系的依法解除是收养关系终止的原因之一，属于通过法律手段的人为终止。依法解除收养关系后，直接存在于当事人之间的法律拟制直系血亲关系归于消灭，以该收养关系为中介而形成的其他亲属关系也随之终止。不得解除与未成年人的收养关系，旨在保护未成年人，使其有稳定的生活环境，避免频繁更换家庭导致其心理或生理

的伤害。在特殊情形下，即当收养人不履行抚养教育被收养人的义务，或者收养人有虐待、遗弃被收养人的行为时，赋予送养人协议解除权，也是从保护被收养人的角度出发，及时将被收养人从不良的生活环境中解救出来，使被收养人免受生理和精神的摧残。

二、法条解读

（一）收养关系依当事人的协议而解除

在养子女成年以前，解除收养须得收养人和送养人同意；双方在解除收养的问题上，应当意思表示完全一致。养子女八周岁以上的，还应征得本人同意。八周岁以上的未成年人已有部分民事行为能力，对解除收养的意义和后果，是有一定的识别能力的。因收养关系决定了父母子女关系以及相关的抚养、教育、保护义务，与被收养人的切身利益相关，征得有一定识别能力的被收养人的同意是必要的。

在养子女成年以后，协议解除收养关系须得收养人和被收养人即该养子女的同意；双方在解除收养的问题上，应当意思表示完全一致。成年养子女已具有完全民事行为能力，能够以自己的行为独立地与收养人达成解除收养的协议，因此，无须以送养人的同意为解除收养关系的必要条件。协议解除收养关系的，当事人应就解除后的财产和生活等问题一并达成协议。

本条是关于在养子女成年以前解除收养关系的规定。

（二）收养关系依当事人一方的要求而解除

本条所说的一方，是指收养人、送养人或已成年的被收养人。由于解除收养的要求仅由一方提出，未获另一方当事人同意，因而在当事人间发生有关解除收养的纠纷。在这种情形下，只有基于法定理由始得解除收养关系，并须经法定的程序办理。

1. 一方要求解除收养关系的法定理由

依本条第二款的规定，收养人不履行抚养义务，有虐待、遗弃等侵害未成年养子女合法权益行为的，送养人有权要求解除养父母与养子女间的收养关系。送养人、收养人不能达成解除收养关系协议的，可以向人民法院起诉。据此，收养人、送养人可在具有法定理由的情形下，向人民法院提出解除收养关系的诉讼请求。

2. 一方要求解除收养关系的程序

当事人一方要求解除收养关系的，应当经由诉讼程序办理。人民法院审理要求解除收养关系的案件，应当查明有关事实，根据《民法典》婚姻家庭编的有关规定，正确处理收养纠纷，保护当事人的合法权益，特别是未成年养子女的权益。

在诉讼程序中以调解方式解除收养关系的，其性质亦为协议解除。但是诉讼程序中达成的解除收养关系的协议不同于诉讼外解除收养关系的协议。人民法院已将解除收养关系的协议载入调解书，当事人无须另行办理解除收养关系的登记。

三、外国立法

关于收养是否可以通过解除而终止，各国立法主要有许可主义、部分禁止主义与禁止主义三种模式。

（一）许可主义

部分国家对收养的解除持许可的态度，强调收养协议的契约性，收养关系当事人可通过协商或者提请法院裁判，解除收养协议。例如日本法根据解除方式的不同，将收养关系的解除分为协议解除与裁判解除。协议解除是指收养关系的当事人可以通过协议解除收养关系，只要达成合意即可自行解除收养关系^[134]。裁判解除是指在法定事由下，即因恶意遗弃、生死不明或者其他难以继续收养关系的重大理由，收养关系的一方当事人可以提起收养关系解除之诉^[135]。对于特别收养关系的解除，日本法规定只能采取裁判解除，即为了养子女的利益，仅在被收养人受到养父母虐待、恶意遗弃及有其他严重损害养子女利益的事由且亲生父母可以进行相当的监护时，经由家庭法院令当事人解除收养关系。所谓解除收养关系的特别有必要的理由是封闭式列举的，除前述情形外，不得解除收养关系^[136]。

（二）部分禁止主义

区分不同收养形式的国家，通常采取部分禁止主义，在承认收养协议的契约性基础上，亦认可国家监督主义介入收养法的必要性。例如法国法明确规定完全收养不得撤销，单纯收养可通过判决撤销；意大利法规定只有在收养人或者被收养人对另一方及其亲属犯有谋杀或者其他严重刑事犯罪行为时，才可解除收养关系^[137]。

（三）禁止主义

坚持收养应列入国家监督主义的立法例，在收养关系解除方面通常采禁止主义，明确禁止收养当事人对收养关系的解除，削弱收养协议的契约性，弱化契约的自由主义色彩。例如《葡萄牙民法典》第1989条规定：“完全收养不可废止，即使收养人与被收养人达成协议亦然。”

第一千一百一十五条

养父母与成年养子女关系恶化、无法共同生活的，可以协议解除收养关系。不能达成协议的，可以向人民法院提起诉讼。

本条主旨

本条是关于养父母与成年养子女协议解除收养的规定。

相关条文

1991年颁布的《收养法》第二十六条规定：“养父母与成年养子女关系恶化、无法共同生活的，可以协议解除收养关系。不能达成协议的，可以向人民法院起诉。”1998年修订的《收养法》第二十七条对该条文未做修改。本条亦沿用了1998年修订的《收养法》第二十七条的规定。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人格尊严、人性友善、人亲和谐、人本秩序、人文关怀的核心法理思想以及权利法定、公序良俗、禁止权利滥用等具体法理精神^[138]。

收养关系成立后，养子女融入收养家庭开始生活，但是家庭生活情形多变，父母子女之间也会因为家庭生活的变化产生矛盾和隔阂，当养父母与养子女间的矛盾升级导致关系恶化无法共同生活时，赋予成年养子女与养父母协议解除收养关系的权利具有现实意义。已经成年的被收养子女，具有完全的民事行为能力，也具有独立生活的经济条件，当其与养父母关系恶化、无法维持收养关系时，可以通过协商或者诉讼的方式解除收养关系。

成年养子女与养父母解除收养关系的原因应且只能是双方关系恶化、无法共同生活，不问双方关系恶化的原因，但应有双方关系恶化

的表象，如双方经常发生激烈争吵甚至有肢体冲突等。关于无法共同生活应做扩大解释，养子女成年后可能已有独立住房，双方已不再在同一住宅内共同生活，因此仅将无法共同生活狭义理解为在同一处房屋内无法共同生活，是不妥的。应将无法共同生活理解为无法维持收养关系，即双方无法继续维系养父母子女关系，继续维持养父母子女关系将对双方的工作和生活都带来极大影响。

典型案例

茅某诉蔡某解除收养关系纠纷案^[139]

【案情】

原告茅某早年与蔡某甲结婚，在婚后生育数个女儿的情况下，于1965年领养了刚3岁的被告蔡某。之后，原告夫妇将被告抚育成人，并为其成家立业。原告称被告在原告丈夫病重和弥留之际，不尽孝道。原告曾想过与被告解除收养关系，但考虑到被告可能念及亲情，遂放弃了想法。在蔡某甲过世后，被告对原告不闻不问，原告认为双方根本无母子情谊，故起诉至法院要求解除双方收养关系。

被告蔡某辩称，被告在上海浦东新区开出租车，故对原告探望关心较少是事实，但被告经常回来看望原告，也邀请原告至被告处生活一段时间，原告不愿意。2012年6月姐弟四人把原告寄养于敬老院，被告也按份负担了相关费用。养父蔡某甲生病及去世，被告陪护且负担了相应的医疗费，蔡某甲丧事也是姐弟四人一起操办的。被告土地上的相关钱款也由原告收取。被告认为母子间的关系一直较好，故不同意解除收养关系。

【裁判】

法院经审理认定事实如下：原告茅某与配偶蔡某甲于1965年领养被告蔡某，双方属事实收养关系。之后，原告夫妇将被告抚养成人，并为被告成家立业。双方在长期共同生活期间关系尚可。原告夫妇寄养建设敬老院后，被告分担了相关费用。另，被告分摊了蔡某甲生病住院的治疗费用，并与姐姐共同操办了蔡某甲的丧事。蔡某甲去世后，被告因工作之故，探望、关心原告较少，双方开始产生隔阂。原告认为自老伴去世后，被告欺负原告，遂提起解除收养关系之诉。

根据收养法的规定，法院审查原、被告之间收养关系是否应

予判决解除，其标准为双方的关系是否已经恶化，双方是否无法共同生活。综合本案查明的事实以及双方各自的陈述分析，被告由于工作性质等客观原因，确实对原告缺少了关心与照顾，但被告并非对原告生活不闻不问，原告被安排至敬老院居住生活后，被告曾分担相应的寄养费，已经尽到了主要的照顾扶养义务。希望双方能互相体谅与理解，且被告目前不同意解除收养关系，其愿意尽赡养原告之义务，鉴于原、被告之间关系并未恶化，相信双方关系可以改善，故原告诉请，难于支持。据此，依照《中华人民共和国收养法》第二十六条第二款、第二十七条之规定，判决如下：原告茅某要求与被告蔡某解除收养关系之诉讼请求，不予支持。案件受理费80元，减半收取计40元，由原告茅某负担。

【典型意义】

成年养子女与养父母解除收养关系的标准为双方的关系已经恶化，无法共同生活。当养父母与成年养子女关系恶化、无法共同生活时，法律赋予收养人与成年的被收养人通过协商或者诉讼方式解除收养关系的权利，主要是为了保护年老体衰、得不到养子女赡养或者尊敬的收养人的合法权益，因此，在司法实践中应考虑保护年老养父母的利益。

第一千一百一十六条

当事人协议解除收养关系的，应当到民政部门办理解除收养关系登记。

本条主旨

本条是关于收养关系解除程序的规定。

相关条文

1991年颁布的《收养法》第二十七条规定：“当事人解除收养关系应当达成书面协议。收养关系是经民政部门登记成立的，应当到民政部门办理解除收养关系的登记。收养关系是经公证证明的，应当到公证处办理解除收养关系的公证证明。”1998年修订的《收养法》第二十八条将该条文简化为：“当事人协议解除收养关系的，应当到民政部门办理解除收养关系的登记。”本条沿用了1998年修订的《收养法》第二十八条的规定。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人格尊严、人本秩序的核心法理思想以及权利法定、禁止权利滥用、行为公示等具体法理精神^[140]。

本条规定了解除收养关系的法定程序。收养是严格的要式法律行为，其合法成立须经县级以上人民政府民政部门登记。同样，各方当事人要想解除收养关系，除了要符合我国法定解除收养关系的条件之外，还必须依法履行一定的法律手续。解除收养关系的程序既包括双方合意通过我国民政部门解除收养关系，也包括通过人民法院诉讼解除收养关系。未经上述法定程序，依法建立的收养关系不可以解除。

办理收养解除登记是协议解除收养关系的必经程序。《中国公民收养子女登记办法》第九条规定：“收养关系当事人协议解除收养关系的，应当持居民户口簿、居民身份证、收养登记证和解除收养关系的书面协议，共同到被收养人常住户口所在地的收养登记机关办理解除收养关系登记。”协议解除收养关系的各方当事人必须亲自到收养登记机关办理，不允许第三人代替。收养登记机关在收到解除收养关系登记申请书及有关材料后，应当自次日起三十日内，根据有关法律法规的规定进行审查。对于符合收养法规定条件的，为当事人办理解除收养关系的登记，回收收养登记证，发给各方当事人解除收养关系证明。我国民政部门对于解除收养关系的协议并不做实质审查，仅做形式审查。

第一千一百一十七条

收养关系解除后，养子女与养父母以及其他近亲属间的权利义务关系即行消除，与生父母以及其他近亲属间的权利义务关系自行恢复。但是，成年养子女与生父母以及其他近亲属间的权利义务关系是否恢复，可以协商确定。

本条主旨

本条是关于收养关系解除效力的规定。

相关条文

1991年颁布的《收养法》第二十八条规定：“收养关系解除后，养子女与养父母及其他近亲属间的权利义务关系即行消除，与生父母

及其他近亲属间的权利义务关系自行恢复，但成年养子女与生父母及其他近亲属间的权利义务关系是否恢复，可以协商确定。”1998年修订的《收养法》第二十九条对该条未做修改。本条亦沿用了1998年修订的《收养法》第二十九条的规定。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人格尊严、人亲和谐、人本秩序、人文关怀的核心法理思想以及权利法定、公序良俗、禁止权利滥用等具体法理精神^[141]。

一、立法目的

解除收养关系会产生一定的法律后果，该法律后果的具体内容涉及收养当事人的权利义务内容，也体现了我国收养法律制度的立法宗旨和立法目的。解除收养关系后，既要考虑对未成年人的抚养、教育和保护不要出现空缺，也要考虑成年养子女已有独立的经济和完全民事行为能力，对亲子关系的恢复应有协商的权利。收养关系解除制度的设立，以保障未成年被收养人的合法利益为最根本目的，使其能拥有健康、稳定、和谐的家庭生活，因此为避免收养解除后未成年人处于无人照管的状态，解除收养关系后，未成年子女与其生父母及其他近亲属间的权利义务关系自行恢复。对于成年养子女，考虑到其可能与送养家庭有隔阂，因其已有完全民事行为能力，法律赋予其自行协商决定是否恢复与生父母及其他近亲属间的权利义务关系的权利。

二、法条解读

收养关系解除后，根据被收养人此时的年龄状态有不同的法律后果：

（一）对未成年养子女与生父母及其他近亲属的后果

收养关系解除后，首先要解决未成年被收养人的抚养教育和利益保护问题，法律应始终考虑未成年人的权益保护，坚持未成年人利益优先原则。在收养人与被收养人的收养关系解除后，收养人没有继续对未成年被收养人抚养、教育和保护的义务，也不会继续承担与此相关的经济支出。未成年被收养人的生父母则始终是被收养人的亲生父母，他们有着血缘关系，此时应回归最原始的血亲关系，由血亲重新承担起未成年人的抚养、教育和保护义务。因此当收养关系解除后，未成年被收养人与其生父母及其他近亲属间的权利义务关系自行恢

复，是合理的，也是符合未成年人利益优先原则的。

（二）对成年养子女与生父母及其他近亲属的后果

收养关系解除后，成年养子女与生父母之间的血亲关系是否恢复的问题上，法律赋予被收养人与生父母选择权，由各方根据实际情况协商确定。因为生父母多年来与被收养人之间并无抚养、赡养关系，在现实生活中往往也接触较少，生父母和送养的子女之间往往有隔阂，如解除收养关系后自行恢复被收养人与生父母及其他近亲属的权利义务关系，对被收养人以及其生父母都是较为突兀的设定；同时，父母子女关系还涉及赡养和继承等问题，也需要成年养子女及其生父母经过慎重考虑后再做出决定。法律强制要求恢复未成年被收养人与生父母及其他近亲属的亲属关系，是因为未成年人尚无谋生能力，恐解除收养关系后被遗弃而无人认养。然而，成年养子女已有劳动能力，可以做到经济独立，因此不必担忧其无法生存的问题，此时应当赋予其选择权，让其自行决定是否与生父母及其他近亲属之间恢复直系血亲与旁系血亲关系。若协商达成一致意见，双方的直系血亲与旁系血亲之权利义务关系恢复；若双方没有达成一致意见，成年养子女不愿意恢复与生父母的亲子关系或者是生父母不愿意恢复与成年养子女的亲子关系，那么，双方就不能恢复相互之间的父母子女关系，亦即成年养子女与生父母之间不存在赡养、遗产继承等权利义务关系。

第一千一百一十八条

收养关系解除后，经养父母抚养的成年养子女，对缺乏劳动能力又缺乏生活来源的养父母，应当给付生活费。因养子女成年后虐待、遗弃养父母而解除收养关系的，养父母可以要求养子女补偿收养期间支出的抚养费。

生父母要求解除收养关系的，养父母可以要求生父母适当补偿收养期间支出的抚养费；但是，因养父母虐待、遗弃养子女而解除收养关系的除外。

本条主旨

本条是关于收养关系解除后给付生活费、抚养费义务的规定。

相关条文

1991年颁布的《收养法》第二十九条规定：“收养关系解除后，经养父母抚养的成年养子女，对缺乏劳动能力又缺乏生活来源的养父母，应当给付生活费。因养子女成年后虐待、遗弃养父母而解除收养关系的，养父母可以要求养子女补偿收养期间支出的生活费和教育费。生父母要求解除收养关系的，养父母可以要求生父母适当补偿收养期间支出的生活费和教育费，但因养父母虐待、遗弃养子女而解除收养关系的除外。”1998年修订的《收养法》第三十条对该条文未做修改。本条对1998年修订的《收养法》第三十条做如下修改：本条将“生活费和教育费”改为“抚养费”，扩大了给付客体的解释范围。

理解与适用

本条规定体现了《民法典》婚姻家庭编中贯穿的人权平等、人格尊严、人性友善、人本秩序的核心法理思想以及权利法定、公序良俗等具体法理精神^[142]。

一、立法目的

收养关系解除之后，收养人与被收养人之间以收养关系为中介而产生的父母子女关系消除，但这并不意味着养父母与被收养人之间联系全无，收养人在抚养被收养人的过程中付出了金钱与精力，为被收养人的成长提供了必要的精神与经济支持，解除收养关系后，如没有财产关系的相关规定是不符合权利义务一致性原则的。因此，本条规定了收养关系解除后，原收养关系各方的财产关系。同样，生父母要求解除收养关系时，补偿养父母在收养期间支出的抚养费也是符合权利义务一致性原则的。

二、法条解读

（一）成年养子女对养父母的生活费给付义务和抚养费补偿

1. 生活费给付义务

解除收养关系后，成年养子女对缺乏劳动能力且缺乏生活来源的养父母，有生活费给付义务。法律的这一规定，从权利和义务相一致原则出发，收养关系的解除，并不能改变养父母对养子女的成长提供经济支出的事实，对缺乏劳动能力又没有生活来源的养父母，给付生活费是合理的，但养子女所应给付养父母生活费的数额，应根据养子女的负担能力和养父母的实际需要确定，并以达到当地一般群众生活水平为准。具体的数额和给付方式，可以由养父母与养子女协商确

定；协商不成的，则由人民法院根据具体情况判决确定。

2. 抚养费补偿

因养子女成年后虐待、遗弃养父母而解除收养关系的，养父母可以要求养子女补偿收养期间支出的抚养费。抚养费是指养父母在收养期间为抚养养子女而支出的金钱，与生活费给付义务的情形不同，不论养父母是否存在缺乏劳动能力又没有生活来源的情况，只要因养子女成年后虐待、遗弃养父母而解除收养关系的，养子女都应当补偿养父母在收养期间对养子女支出的抚养费。

（二）生父母对养父母的抚养费补偿

生父母要求解除收养关系的，养父母可以要求生父母适当补偿收养期间支出的抚养费，但是因养父母虐待、遗弃养子女而解除收养关系的除外。当生父母单方反悔要求解除收养关系时，养父母已经在抚养期间投入金钱与精力以及感情，因此生父母应当适当补偿养父母收养期间支出的抚养费。但是，养父母有虐待、遗弃养子女行为，生父母不得不提出解除收养关系的，由于养父母自身存在过错，养父母就无权要求生父母补偿其在收养期间对养子女支出的抚养费。

典型案例

王某在解除收养关系十余年后丧失劳动能力又无生活来源诉葛某经济帮助案^[143]

【案情】

原告王某与妻子高某婚后未有生育。1961年，王某夫妇收养了未满周岁的葛某，并将其抚育成人。1982年，葛某结婚。1983年，葛某因家庭琐事与王某夫妇产生矛盾，王某夫妇遂提起诉讼，要求与葛某解除收养关系。经法院调解，双方于1983年解除了收养关系，当时未言及经济帮助问题。1996年，高某病故。一年后，王某因多种疾病缠身，丧失了劳动能力和生活来源，遂又起诉至江苏省通州市人民法院，要求葛某给予经济帮助。被告葛某答辩称：与原告的收养关系早已解除，双方之间现在不存在权利义务关系，不同意给原告经济帮助。

【裁判】

通州市人民法院经审理认为：原告王某与被告葛某自1961年至1983年间形成收养关系属实，但1983年经法院调解，双方已解除了收养关系。收养关系解除后，双方的权利义务关系即行解除。王某在与葛某解除收养关系十多年以后仍要求葛某给予经济帮助，缺乏法律依据，对其诉讼请求难于支持。该院驳回原告王某的诉讼请求。

宣判后，原告王某不服，以原判驳回其诉讼请求适用法律错误为由，向南通市中级人民法院提起上诉，请求二审法院适用《收养法》第三十条的规定，撤销原审判决，改判由葛某给付其生活费每年1 200元。被上诉人葛某未做书面答辩。

南通市中级人民法院二审认为：王某在与葛某解除收养关系时尚未缺乏劳动能力，仍能自食其力，依法不符合养子女给予经济帮助的条件。但现在王某年老多病，丧失了劳动能力，且孤身一人无其他经济来源，其要求葛某给付生活费，符合《收养法》第三十条规定的情形，对王某请求的支持，符合法律的规定，符合权利义务一致的民事法律原则，亦有利于保护老年人的合法权益，使老年人能老有所养。原审判决适用法律不当，应予纠正。依照《中华人民共和国收养法》第三十条第一款，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（二）项之规定，该院于1999年6月16日作出判决如下：（1）撤销通州市人民法院民事判决。（2）葛某从1999年1月1日起，每月给付王某生活费80元，至王某终年止。

【典型意义】

收养关系解除后，成年养子女对缺乏劳动能力且缺乏生活来源的养父母，有生活费给付义务。现行法律未对养父母的生活费给付请求权规定除斥期间，因此应理解为只要养父母缺乏劳动能力且缺乏生活来源，即可要求养子女支付适当的生活费。此种规定倾向于保护弱势群体，体现了收养法律制度的积极社会功能。

注释：

[1]余延满.亲属法原论.北京：法律出版社，2007：416.

[2]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[3]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[4]雷春红.欠缺法定要件收养关系的法律规制:以浙江省为样本.西部法学评论, 2014(1).

[5]王歌雅.完善收养制度的立法思考.法律适用, 1997(4).

[6]雷明光.中华人民共和国收养法评注.厦门:厦门大学出版社, 2016:7.

[7]《法国民法典》第一卷第八编第345条规定:“仅有年龄在15岁以下,在收养人或者收养人家庭中接纳至少已有6个月的儿童,始允许收养之。但是,如儿童年龄已超过15岁,但在其未滿15岁之前即已由当时尚不具备法定收养条件的人接纳,或者在其年滿15岁之前已为单纯收养,在各项条件均具备时(1996年7月5日第96—604号法律)该儿童整个未成年期间及其成年后2年内,均可请求完全收养。如被收养人年龄已过13岁(1976年12月22日第76—1179号法律),完全收养应当征得本人的同意。”

[8]《法国民法典》第一卷第八编第350条规定:“(1996年7月5日第96—604号法律)由个人、社会援助儿童机构或部门收容的儿童,在宣告其为弃儿的请求提出之前一年内,其父母显然已表明完全对该儿童漠不关心时,得由大审法院宣告该儿童为弃儿,但儿童的父母对此表现出极大的痛苦以及不妨碍的4款之规定的情况除外。有关宣告儿童为弃儿的请求,必须由上述个人、社会援助儿童机构或部门在儿童的父母一旦显然放弃照管该儿童之后一年期限内转交。(1976年12月22日第76—1179号法律)父母对儿童不维系感情所必要的关系,即视其显然对儿童漠不关心。仅仅是撤回对他人收养儿童表示的同意,仅仅是询问儿童的消息,或者仅仅表示某种愿望但无领回儿童之实际行动,并不表明儿童的父母对儿童已给予足够的关照,仍不足据此驳回宣告儿童为弃儿的请求。(1993年1月8日第93—22号法律)以上所指的各种做法并不中断第1款所规定的期限。如在本条第1款规定的期限内,家庭中有某一成员提出请求,保证负担抚养该儿童,并且经认定此种请求符合儿童的利益时,则不宣告儿童为弃儿。在法院宣告某一儿童为弃儿时,应以同一裁判决定,委托社会援助儿童机构、收容儿童或受委托照管儿童的机构或个人,对该儿童行使亲权。(1993年1月8日第93—22号法律)仅在对儿童的身份有欺诈、舞弊或发生错误的情况下,第三人提出异议始予受理。”

[9]《法国民法典》第一卷第八编第347条规定:“下列儿童得予收养:1.父与母或亲属会议已有效赞同由人收养的儿童;2.由国家收容的弃儿;3.经宣告属于在第350条所指条件下被抛弃的儿童。”

[10]《法国民法典》第一卷第八编第360条规定:“无论被收养人年龄如何,单纯收养均允许之。(1996年7月5日第96—604号法律)如经证明有重大理由,允许对已经完全收养的儿童进行单纯收养。如被收养人年龄已滿13岁,(1993年1月8日第93—22号法律)收养应当征得其本人同意。”

[11]《瑞士民法典》第二编“亲属法”第265条第1款规定:“子女须至少小于养父母十六岁。”

[12]《瑞士民法典》第二编“亲属法”第266条规定：“无直系血亲卑亲属的成年人，属于下列情形之一者，得被收养：1.因身体上或精神上的疾病而需要照顾，且收养人已抚养其至少五年者；2.在被收养人未成年期间，收养人已抚养和教育其至少五年者；3.有其他重大原因，且被收养人与收养人已共同生活至少五年者。已结婚者，非经其配偶同意，不得被收养。其他方面，准用关于收养未成年人的规定。”

[13]《德国民法典》第四编“亲属法”第1741条第1款规定：“收养有利于子女最佳利益，且可期待在收养人和子女之间形成父母子女关系的，收养是可准许的。以收养为目的，违反法律或违背善良风俗地参与子女的媒介或携带，或以此委托第三人，或为此而向第三人支付报酬的人，仅在收养对于子女最佳利益为必要时，子女始应被收养。”

[14]《德国民法典》第四编“亲属法”第1767条规定：“（1）成年人可以被收养，但以该收养在道德上是正当的为限；在收养人和待收养人之间已形成父母子女关系的，尤须认为该收养在道德上是正当的。（2）以以下条款不另有规定为限，关于未成年人收养的规定准用于成年人的收养。被收养人已成立同性生活伴侣关系，且其出生姓氏已被确定为同性生活伴侣关系姓氏的，第1757条第3款必须予以准用。”

[15]《德国民法典》第四编“亲属法”第1747条第2款规定：“（父母对送养子女的允许）该项允许仅在子女出生后满8周才能给予。即使允许人不认识业已确定的收养人，该项允许也有效力。”

[16]《日本民法典》第817条之二规定：“家庭法院，在具备下条至第817条之七规定的要件时，根据将成为养父母的人的请求，可以准予成立旨在与亲生方的血亲终止亲属关系的收养关系（以下本分节称‘特别收养’）。”第817条之五规定：“依第817条之二规定提出请求时，未满六岁的人，不得成为养子女。但是，该人未满八岁，但在六岁之前一直受将成为养父母的人的监护时，不在此限。”

[17]《菲律宾共和国家庭法》第七编第187条规定：“下列人员不得被收养：一、达法定年龄的人。但此人是收养人或收养人的配偶的亲生子女，或者收养人在收养此人前自被收养人未成年时起一向被收养人视为自己子女的，不受此限。二、与菲律宾共和国没有外交关系的国家的公民；三、已经被收养的人，但收养被取消或撤销的，不在此限。”

[18]《越南婚姻家庭法》第六章第35条第1款规定：“被收养人应当在十五岁以下。若为伤兵、残疾人或者孤寡老弱者，则被收养人可以在十五岁以上。”

[19]审理法院为广西壮族自治区贵港市港南区人民法院，案号：（2017）桂0803民初902号。

[20]陈苇.外国婚姻家庭法比较研究.北京：群众出版社，2006：334.

[21]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，

[22]于静.比较家庭法.北京：人民出版社，2006：264.

[23]《法国民法典》第一卷第八编第348条规定：“在子女对父与母双方均已确立亲子（女）关系的情况下，由人收养该子女，应得到父母双方同意。如父母中一人已去世或者不能表示自己的意思，或者如其已丧失亲权，父母之另一方同意收养，即可。”

[24]《法国民法典》第一卷第十编第407条第1款规定：“亲属会议由4名至6名成员组成，其中包括监护监督人，但不包括监护人本人与监护法官。”第408条规定：“监护法官在考虑各种情形的基础上，从未成年人的父母的血亲或姻亲中选择亲属会议的成员。所谓各种情形是指，亲属关系的远近，当事人的居住地点、年龄与能力。监护法官应当尽量避免出现两系中有一系无代表的情形，但是，法官首先应当考虑的是，未成年人的父母与血亲或姻亲之间平常的关系以及这些亲属或姻亲对未成年子女已经或将能给予的关注。”

[25]《法国民法典》第一卷第八编第348—2条规定：“如儿童的父母均已死亡或者处于不能表示自己意思的状态，或者如父母双方均已丧失亲权，由亲属会议听取实际负担照管该儿童的人的意见后，对收养表示同意。在儿童未确立亲子（女）关系时，亦同。”

[26]《法国民法典》第一卷第八编第349条规定：“由国家收养的弃儿，在其父母并未同意交由他人收养时，得由该弃儿家庭的亲属会议同意交他人收养。”

[27]《法国民法典》第一卷第八编第348—6条规定：“在儿童的合法婚姻的生身父母或非婚的生身父母已完全放弃照管该子女，从而使儿童面临身体与精神伤害之危险的情况下，父母双方或者其中一方拒绝将该儿童交他人收养时，如法院认为这种拒绝行为完全是一种过分行为，得宣告对该儿童予以收养。亲属会议滥行拒绝将儿童交予收养时，亦同。”

[28]《德国民法典》第四编“亲属法”第1747条第1款规定：“父母的允许对于收养子女是必要的。只要无其他男子可依第1592条视为父，可信地释明自己具备第1600d条第2款第1句的要件的人即在第1句和第1748条第4款的意义上视为父。”第1747条第4款规定：“父母一方长期不能做出表示或其居所长期不明的，其允许是不必要的。”

[29]《德国民法典》第四编“亲属法”第1748条第1款规定：“父母一方持续不断地严重违反其对子女的义务，或以其行为表明对子女漠不关心，且不收养会招致对子女的极大的不利利益的，家庭法院必须根据子女的申请，代替父母该方给予允许。义务之违反虽不是持续不断的但特别严重，且可预见已不再能将子女长期托付父母该方照护的，该项允许也可以被代替。”

[30]《德国民法典》第四编“亲属法”第1748条第2款规定：“父母该方已被青少年

福利局告知代为允许的可能性并已被依《社会法典》第8编第51条第2款给予劝告，且自告知时起至少已经过3个月的，该项允许不得因不同时是持续不断地严重违反义务的漠不关心而被代替；该期间必须在告知里加以提示。父母该方已变更其居留地而未留其新住址，且该居留地虽经适当查询仍未能由青少年福利局在3个月的时段里予以查明的，该项告知无须进行；在此情形下，期间自针对告知和劝告或针对居留地的查明的青少年福利局的最初行为被实施时起算。该期间最早在子女出生后5个月届满。”

[31]《奥地利普通民法典》第一编“人法”第196条第1款规定：“下列人有询问权：1.年满五周岁的无行为能力的养子女，但其自年满五周岁时起已与收养人共同生活者，不在此限；2.已成年的养子女的父母；3.寄养父母或养子女所在养育院的负责人；4.青少年福利机构。”

[32]《瑞士民法典》第二编“亲属法”第265d条规定：“子女被以嗣后收养之目的而受养育，而收养尚未取得其生父母同意时，子女住所地的儿童保护机构，得依收养居间机构或养父母的申请，做出是否须经其生父母同意的决定……。因生父母从未认真照料子女而无须取得其同意时，儿童保护机构应将其决定，书面通知该生父母。”

[33]《菲律宾共和国家庭法》第七编第188条规定：“收养必须征得下列人员的书面同意：一、年满十岁的被收养人；二、孩子的亲生父母、法定监护人或正当的政府收养机构；三、年满十岁的被收养人的养父母的婚生子女；四、与养父母及其配偶一起生活的、养父母的年满十岁的非婚生子女；五、收养人或被收养人的配偶。”

[34]本案例来自北大法宝经典案例，法宝引证码CLI.C.21409。

[35]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）。

[36]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）。

[37]《日本民法典》第四编第817条之六规定：“特别养子女关系的成立，须得到将成为养子女父母的同意。但是，父母不能表示其意思或者父母虐待、恶意遗弃及其他有严重损害将成为养子女之人的利益的事由时，不在此限。”

[38]《德国民法典》第四编“亲属法”第1748条规定：“（1）父母一方持续不断地严重违反其对子女的义务，或以其行为表明对子女漠不关心，且不收养会招致对子女的极大的不利利益的，家庭法院必须根据子女的申请，代替父母该方给予允许。义务之违反虽不是持续不断的但特别严重，且可预见已不再能将子女长期托付父母该方照料的，该项允许也可以被代替。……（3）另外，父母一方因特别严重的心理疾患或特别严重的精神上或心灵上的残疾，致使长期无能力照料和教育子女，且子女如不被收养就不能在家庭中成长，其发展会因此而受到严重危害的，父母一方的允许也可以被代替。……”

[39]《瑞士民法典》第二编“亲属法”第265c条规定：“有下列情形之一的，无须取得生父母的同意：……2.生父母从未认真照护其子女者。”

[40]《俄罗斯联邦家庭法典》第130条规定：“在下列情况下，对儿童的收养不要求其父母的同意，如果父母：无音讯或者被法院认定为失踪人；被法院认定为无行为能力人；被法院剥夺亲权（遵照本法典第71条第6款的要求）；由法院认定无正当理由，六个月以上不与子女共同生活，逃避对子女的教育和培养。”

[41]《法国民法典》第一卷第八编第348—6条第1款规定：“在儿童的合法婚姻的生身父母或非婚的生身父母已完全放弃照管该子女，从而使儿童面临身体与精神伤害之危险的情况下，父母双方或者其中一方拒绝将该儿童交他人收养时，如法院认为这种拒绝行为完全是一种过分为行为，得宣告对该儿童予以收养。”

[42]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[43]《法国民法典》第一卷第十编第407条第1款规定：“亲属会议由4名至6名成员组成，其中包括监护监督人，但不包括监护人本人与监护法官。”第408条规定：“监护法官在考虑各种情形的基础上，从未成年人的父母的血亲或姻亲中选择亲属会议的成员。所谓各种情形是指，亲属关系的远近，当事人的居住地点、年龄与能力。监护法官应当尽量避免出现两系中有一系无代表的情形，但是，法官首先应当考虑的是，未成年人的父母与血亲或姻亲之间平常的关系以及这些亲属或姻亲对未成年子女已经或将能给予的关注。”

[44]《法国民法典》第一卷第八编第348—2条规定：“如儿童的父母均已死亡或者处于不能表示自己意思的状态，或者如父母双方均已丧失亲权，由亲属会议听取实际负担照管该儿童的人的意见后，对收养表示同意。在儿童未确立亲子（女）关系时，亦同。”

[45]《法国民法典》第一卷第八编第349条规定：“由国家收养的弃儿，在其父母并未同意交由他人收养时，得由该弃儿家庭的亲属会议同意交他人收养。”

[46]《俄罗斯联邦家庭法典》第131条规定：“1.收养受监护（保护）的孩子，必须征得孩子的监护人（保护人）的书面同意。……收养无父母照管的在教育机构、医疗机构、居民社会保障机构和其他类似机构的孩子，必须征得该机构的领导人的书面同意。……”

[47]《德国民法典》第四编“亲属法”第1746条规定：“……（3）监护人或保佐人无令人信服的理由而拒绝允许或同意的，家庭法院可以代为允许或同意；以父母已依第1747条、第1750条不可撤回地允许收养，或家庭法院已依第1748条代为允许为限，无须由父母做出第1款所规定的表示。”

[48]雷明光.中华人民共和国收养法评注.厦门：厦门大学出版社，2016：142.

[49]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展, 2020(2).

[50]《法国民法典》第一卷第八编第348条规定:“在子女对父与母双方均已确立亲子(女)关系的情况下,由人收养该子女,应得到父母双方同意。如父母中一人已去世或者不能表示自己的意思,或者如其已丧失亲权,父母之另一方同意收养,即可。”

[51]《法国民法典》第一卷第九编第378条第1款规定:“父与母,作为对其子、女之人身实行的重罪或轻罪的正犯、共同正犯或共犯而被判刑时,或者作为其子女本人实行的重罪或轻罪的共同正犯或共犯而被判刑时,得因刑事判决之规定而(1996年7月5日第96—604号法律)被全部撤销亲权。”第378—1条第1款规定:“(1996年7月5日第96—604号法律)父与母,因虐待子女,或者因经常酗酒,明显行为不轨或者有犯罪行为表现,或者因对子女不予照管或引导,使子女的安全、健康与道德品行显然受到危害时,可以在任何刑事判决之外,被完全撤销亲权。”

[52]《法国民法典》第一卷第八编第348—1条规定:“在子、女仅对父、母中一方确立亲子(女)关系时,收养该子、女,由该父、母一方同意。”

[53]《德国民法典》第四编“亲属法”第1748条第1款规定:“父母一方持续不断地严重违反其对子女的义务,或以其行为表明对子女漠不关心,且不收养会招致对子女的极大的不利利益的,家庭法院必须根据子女的申请,代替父母该方给予允许。义务之违反虽不是持续不断的但特别严重,且可预见已不再能将子女长期托付父母该方照护的,该项允许也可以被代替。”

[54]《瑞士民法典》第二编“亲属法”第265c条规定:“有下列情形之一者,无须取得生父母的同意:1.生父母为谁不可知,或者生父母长期不知所终或为继续性无判断能力人者;2.生父母从未认真照护其子女者。”

[55]《奥地利普通民法典》第一编第195条规定:“(1)仅在下列人同意时,法院始得批准收养:1.未成年的被收养人的父母……(2)有下列情形之一者,丧失第1款规定的同意权:有同意权的人作为被收养人的法定代理人订立收养契约者;有同意权的人不能理智表达意见且非仅为暂时性者;第1款第1项至第3项所称之人,其居住地不明至少六个月者……”

[56]《越南婚姻家庭法》第36条规定:“子女收养必须经由收养人夫妻协商一致。被收养人为未成年人时,还必须经由被收养人的生父母双方或者保护人同意。若被收养人为九岁以上,还必须经由被收养人本人同意。”

[57]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展, 2020(2).

[58]《菲律宾共和国家庭法》第七编第183条规定:“依家庭收入有能力抚养照顾

其婚生或非婚生子女、具有完全民事行为能力和法定权利的成年人，可以收养。……收养人必须比被收养人年长十六岁以上。但收养人是被收养人的亲生父母或者被收养人合法父母的配偶，不受此限。”

[59]《菲律宾共和国家庭法》第七编第184条规定：“下列人员不得收养：一、终止监护关系后但监护账目获准前对被监护人负有监护责任的监护人；二、有道德沦丧犯罪记录的人；三、外国人；但下列情形的外国人除外：1.原先是菲律宾公民，收养有血缘关系的亲属的；2.收养其菲律宾配偶的婚生子女的；3.与菲律宾公民结婚，并与配偶共同收养与其配偶有血缘关系的亲属的。……”

[60]《日本民法典》第四编“亲属”第792条规定：“达到成年的人，可以收养子女。”

[61]《日本民法典》第四编“亲属”第817条之三规定：“（一）成为养父母的人，须是有配偶的人。（二）夫妻的一方，在另一方不当养父母时，不得成为养父母。但是，夫妻的一方为另一方婚生子女（以特别收养以外的形式收养的子女除外）的养父母时，不在此限。”

[62]《德国民法典》第四编“亲属法”第1743条规定：“收养人必须已满25岁，在第1741条第2款第3句的情形下，必须已满21岁。在第1741条第2款第2句的情形下，配偶一方必须已满25岁，配偶另一方必须已满21岁。”

[63]《西班牙民法典》第一卷第175条第1款规定：“收养人应满二十五岁。如果是配偶共同收养的，则只要一方达到此年龄即可。在任何情形下收养人都至少年长被收养人十四岁。”

[64]蒋新苗.比较收养法.长沙：湖南人民出版社，1999：92.

[65]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[66]杨大文.亲属法与继承法.北京：法律出版社，2013：206.

[67]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[68]《德国民法典》第四编第1745条规定：“收养与收养人的子女或待收养人的子女的压倒性利益相抵触，或待收养人的利益有受到收养人的子女危害之虞的，收养不得予以宣告。财产法上的利益不应是决定性的。”

[69]《瑞士民法典》第二编第264条规定：“收养人，能证明其对被收养人已抚养和教育至少一年，同时，依各方面情事可认为，其与被收养人成立亲子关系，有利于被收养人，且不会使收养人的其他子女因收养受到不公正待遇者，得收养该被收养人。”

[70]《菲律宾共和国家庭法》第七编第183条第1款规定：“依家庭收入有能力抚养照顾其婚生或非婚生子女、具有完全民事行为能力和法定权利的成年人，可以收养。”

[71]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[72]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[73]《日本民法典》第四编第817条之三规定：“（一）成为养父母的人，须是有配偶的人。（二）夫妻的一方，在另一方不当养父母时，不得成为养父母。但是，夫妻的一方为另一方婚生子女（以特别收养以外的形式收养的子女除外）的养父母时，不在此限。”

[74]《瑞士民法典》第二编第264a条第2款规定：“夫妻须已结婚五年，或者夫妻均已满三十五岁者，始得收养。”第264b条第2款规定：“已结婚者，如已满三十五岁，且其配偶为继续性无判断能力人或其配偶不知所终两年以上或依判决夫妻已分居三年以上，因而可证明其共同收养为不可能，得单独收养。”

[75]《奥地利普通民法典》第一编第191条第2款规定：“已婚者，原则上应由夫妻双方共同收养。但有下列情形之一者，得例外地准许单独收养：夫妻一方收养他方的亲生子女者；夫妻一方因在行为能力或年龄方面不具备收养子女的法定条件而不能收养子女者；夫妻一方的居住地不明至少一年者；夫妻间停止共同生活关系至少三年者；有与此相类似和特别重大的理由足以正当化夫妻一方单独收养者。”

[76]《俄罗斯联邦家庭法典》第133条规定：“1.如果子女非由夫妻双方收养，夫妻一方收养子女时须征得另一方对收养的同意。2.如果夫妻已终止家庭关系，未共同生活一年以上并且另一方配偶住所不明，则无须征得配偶一方对收养子女的同意。”

[77]《德国民法典》第四编第1749条规定：“对于配偶一方单独收养子女，配偶另一方的允许是必要的。家庭法院可以根据收养人的申请而代为允许。配偶另一方和家庭的正当利益与收养相抵触的，该项允许不得被代替。……该配偶长期不能做出表示或其居所长期不明的，该配偶的允许是不必要的。”

[78]《菲律宾共和国家庭法》第七编第185条规定：“丈夫和妻子必须共同收养。但下列情形除外：一、配偶一方收养本人非婚生子女的；二、配偶一方收养另一方婚生子女的。”

[79]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[80]余延满.亲属法原论.北京：法律出版社，2007：421.

[81]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，

2020（2）。

[82]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）。

[83]《法国民法典》第八编第356条第2款规定：“收养配偶的子女，对该配偶一方及其家庭仍然存在原亲（子）女关系；除此之外，此种收养产生由夫妻二人进行收养所具有的各种效果。”

[84]《日本民法典》第四编第817条之三第2款规定：“夫妻的一方，在另一方不当养父母时，不得成为养父母。但是，夫妻的一方为另一方婚生子女（以特别收养以外的形式收养的子女除外）的养父母时，不在此限。”第817条之九规定：“养子女与亲生父母及其血亲之间的亲属关系，因特别收养而终止。但是，与第八百一十七条之三第二款但书规定的另一方及其血亲间的亲属关系，不在此限。”

[85]《俄罗斯联邦家庭法典》第128条第2款规定：“如果孩子被继父（母）收养，本条第1款规定的年龄差距不要求。”

[86]审理法院为重庆市江津区（县）人民法院，案号：（2017）渝0116民初4735号。

[87]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）。

[88]《俄罗斯联邦家庭法典》第132条第1款规定：“收养年满十周岁的孩子，必须征得他的同意。”

[89]《法国民法典》第八编第345条第3款规定：“如被收养人年龄已过13岁，完全收养应当征得本人同意。”

[90]《瑞典双亲与监护法典》第5条规定：“已达12岁的人，未经其本人同意，不得被收养；但16岁以下的人，尽管本人没有同意，在下列情况下可以被收养：（1）可以推定，如果问他是否同意，将对他造成损害，或（2）该人因为精神疾病、智力发育迟缓或者有其他某种精神失常，或因其他类似的情况，永久不能表示同意。”

[91]《西班牙民法典》第177条第1款规定：“收养人及年龄大于十二岁的被收养人必须在法官面前表示同意收养。”

[92]《德国民法典》第四编第1746条第1款规定：“子女的允许对于收养是必要的。就无行为能力或未满14岁的子女而言，只能由其法定代理人给予允许。除此以外，只能由子女自行给予允许；……”

[93]《奥地利普通民法典》第一编第195条第1款规定：“仅在下列人同意时，法院始得批准收养：……4.已满十四周岁的被收养人。”

[94]《比利时民法典》第348条第3款规定：“如收养年满十五周岁但尚未成年的子女，同样须取得该子女本人同意。”

[95]《瑞士民法典》第二编第265条第2款规定：“子女有判断能力者，非经其同意，不得收养之。”

[96]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[97]参见2012年《民政部关于开展收养评估试点工作的通知》（民函〔2012〕189号）。

[98]参见2014年《民政部关于开展第二批收养评估试点工作的通知》（民函〔2014〕179号）。

[99]参见2014年《民政部办公厅关于确定第二批收养评估试点单位的通知》（民办函〔2014〕393号）。

[100]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[101]《法国民法典》第八编第354条规定：“宣告完全收养的裁判决定，自发生既判力之日起15日内，应共和国检察官的要求，应登录于被收养人出生地的户籍登记簿。……登录应当写明被收养的儿童出生日期、时间与地点、性别及名字，按收养判决所规定，该儿童的收养人或各收养人的姓名、出生日期与地点、职业与家庭住所。登录不包括任何有关儿童实际亲子（女）关系的说明。”

[102]《俄罗斯联邦家庭法典》第125条规定：“……养父母子女的权利义务自法院宣告收养关系成立之日起开始。作出成立收养关系决定的法院，应在三日内通知当地的户籍机关。收养必须在作出收养决定的当地户籍机关进行登记。”

[103]《阿尔巴尼亚家庭法》第62条规定：“收养关系自作出最后判决之日起确定。该判决书要送交掌握养父母基本情况的户籍机关登记。”

[104]一审法院为上海市虹口区人民法院，案号：（2010）虹行初字第70号；二审法院为上海市第二中级人民法院，案号：（2011）沪二中行终字第32号。

[105]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[106]审理法院为甘肃省渭源县人民法院，案号：（2017）甘1123民初1479号。

[107]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[108]审理法院为山东省齐河县人民法院，案号：（2015）齐赵民初字第1123号。

[109]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[110]雷明光.中华人民共和国收养法评注.厦门：厦门大学出版社，2016：175.

[111]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[112]《德国民法典》第四编第1758条第1款规定：“非经收养人和被收养子女同意，不得披露或探问使收养及其情事被暴露的事实，但公共利益上的特殊原因要求这样做的除外。”

[113]《俄罗斯联邦家庭法典》第139条规定：“收养秘密受法律保护。禁止不经收养人同意，而在收养人死亡后不经监护和保护机关同意，泄露任何关于收养的情况和提供足以说明收养人不是被收养人亲生父母的户籍登记簿内容摘抄。对违背收养人的意愿泄露收养秘密的人，可依法定程序追究责任。”

[114]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[115]《法国民法典》第八编第356条第1款规定：“收养赋予儿童亲子关系，替代原有的亲子（女）关系。被收养人不再属于同其有血缘关系的家庭，但第161条至第164条关于禁止结婚的规定保留执行。”

[116]《法国民法典》第八编第358条规定：“被收养人在收养人的家庭中享有与婚生子女相同的权利，负相同的义务。”

[117]《法国民法典》第八编第363条第1款规定：“单纯收养赋予被收养人使用收养人的姓氏，增加在其本人的姓氏上。”

[118]《法国民法典》第八编第364条第1款规定：“被收养人仍留在其出生之家庭内，并且保留其所有的权利，尤其是保留继承权。”第367条第2款规定：“被收养人与其父、母之间的抚养或赡养义务仍继续存在；但被收养人的父与母仅在被收养人从收养人处不能得到抚养费时，始有义务为被收养人提供抚养费用。”

[119]《法国民法典》第八编第365条第1款规定：“唯有收养人对被收养人享有全部亲权，其中包括同意被收养人婚姻的权利；但如收养人是被收养人之父或母的配偶，不在此限。在此情况下，收养人及其配偶共同享有亲权，但收养人保留行使此种权利。”

[120]《德国民法典》第四编第1755条第1款规定：“被收养子女及其晚辈直系血亲

与原血亲的血统关系和因它而发生的权利义务，在收养时消灭。到收养时为止发生的被收养子女的请求权，特别是对定期金、孤儿补助金及其他相当的定期给付的请求权，不因收养而受影响；前半句的规定不适用于扶养请求权。”

[121]《俄罗斯联邦家庭法典》第137条第1款规定：“被收养的子女及其后代对收养人及其亲属，以及收养人及其亲属对被收养的子女及其后代，在人身非财产和财产权利和义务方面与血亲相同。”

[122]《俄罗斯联邦家庭法典》第137条第2款规定：“被收养的子女对自己的父母（自己的亲属），丧失了人身非财产和财产权利，并解除了义务。”

[123]《俄罗斯联邦家庭法典》第137条第3款规定：“在一个人收养儿童的情况下，如果收养人为男子，则按照母亲的愿望可以保留人身非财产和财产权利和义务，如果收养人为妇女，则按照父亲的愿望可以保留人身非财产和财产权利和义务。”

[124]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[125]蒋新苗.比较收养法.长沙：湖南人民出版社，1999：130.

[126]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[127]《日本民法典》第802条规定：“收养以下列情形为限，无效：1.因认错人及其他事由，当事人之间无收养的意思时；2.当事人未提出收养登记申请时。但是，其申请仅欠缺第七百九十九条、第七百三十九条第二款规定的方式时，收养不因此妨碍其效力。”

[128]《日本民法典》第803～808条规定了收养可撤销的原因：养父母为未成年人时的收养可撤销；养子为尊亲属或者年长者时收养可撤销；监护人与被监护人之间无许可收养可撤销；未经配偶同意的收养可撤销；未经子女监护人同意的收养可撤销；养子女为未成年人时无许可收养可撤销。

[129]《奥地利普通民法典》第200条规定：“有下列情形之一者，法院得撤销批准，且撤销具有溯及效力：1.收养人在订立收养契约时不具有完全行为能力者，法院得依职权或依契约当事人一方的申请撤销批准，但收养人在取得完全行为能力后表示愿意继续其收养关系者，不在此限；2.收养契约系由无完全行为能力的被收养人本人所订立者，法院得依职权或依契约当事人一方的申请撤销批准，但被收养人的法定代理人就被收养人在取得完全行为能力后表示同意，或者法院在法定代理人不同意时代为做出第192条第2款意义上之同意者，不在此限；3.被收养人为一人以上所收养者，法院得依职权或依契约当事人一方的申请撤销批准，但收养人在法院做出批准时已相互结为夫妻者，不在此限；4.订立收养契约，系以被收养人能够使用养父或养母的姓氏为唯一或主要目的，或者利用收养关系之表象以图掩盖不法之性关系者，法院得依职权或

依契约当事人一方的申请撤销批准；5.收养契约未以书面形式订立，且法院批准收养的决定发生法律效力未超过五年者，法院得依契约当事人一方的申请撤销批准。”

[130]《法国民法典》第359条规定：“收养不得撤销。”

[131]《法国民法典》第370条规定：“如经证明有重大原因，应收养人或被收养人的请求，或者如被收养人是未成年人，应检察院的要求，得撤销收养。由收养人提出的撤销收养的请求，仅在被收养人年龄已超过15岁的情况下，始得受理。如被收养人是未成年人，与其有血缘关系的父与母，或者在没有父母时，与其有血缘关系的原家庭，直至包括堂、姑、姨、表兄、表弟亲等在内的某一成员，亦得请求撤销收养。”

[132]李欣，阎敏.以“代收养”为目的的瑕疵不影响收养效力.人民司法（案例），2014（22）。

[133]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）。

[134]《日本民法典》第四编第811条规定：“（一）收养关系的当事人可以通过协议解除收养关系。（二）养子女未满足十五岁时，通过养父母与养子女解除收养关系后将成为其代理人的人之间的协议，解除其收养关系。（三）在前款情形，养子女的父母离婚时，须在其协议上确定其中一方于收养关系解除后应作为其亲权人。（四）未达成或者不能达成协议时，家庭法院可以根据同款父亲、母亲或者养父母的请求进行代替协议的审判。（五）无应成为第二款的法定代理人者时，法院可以根据养子女的亲属及其他利害关系人的请求，于收养关系解除后选任应成为其未成年监护人的人。（六）收养关系中的一方当事人死亡后，生存的当事人欲解除收养关系时，经家庭法院许可，可以解除。”

[135]《日本民法典》第四编第814条第1款规定：“收养关系的一方当事人，以下列情形为限，可以提起收养关系解除之诉：1.被另一方恶意遗弃；2.另一方生死不明三年以上；3.有其他难以继续收养关系的重大事由。”

[136]《日本民法典》第四编第817条之十规定：“（一）在下列情形，为养子女的利益，认为有特别必要时，家庭法院可以根据养子女、亲生父母或者检察官的请求，令特别收养关系的当事人解除收养关系：1.有遭养父母虐待、恶意遗弃及其他严重损害养子女利益的事由；2.亲生父母可以进行相当的监护。（二）收养关系，在前款规定的情形外，不得解除。”

[137]《意大利民法典》第306条规定：“在被收养人谋杀收养人或者谋杀收养人的配偶、卑亲属或者尊亲属的情况下，或者在被收养人对上述人员犯有应处以不低于3年的限制人身自由刑的犯罪的情况下，根据收养人的请求，可以由法院宣告解除收养关系。在收养人被养子女谋杀致死的情况下，可以由在收养人及其卑亲属死亡时有权取得遗产之人提出解除收养关系的请求。”第307条规定：“在收养人对被收养人或者被收养人的配偶、卑亲属或者尊亲属实施了本法第306条规定的犯罪的情况下，根据被收养

人的请求，可以由法院宣告解除收养关系。”

[138]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[139]审理法院为上海市崇明县人民法院，案号：（2016）沪0230民初8515号。

[140]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[141]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[142]龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[143]本案例来自北大法宝经典案例，法宝引证码CLI.C.22751。

参考文献

著作类

[1] 夏吟兰.中华人民共和国婚姻法评注·总则.厦门:厦门大学出版社,2016.

[2] 王歌雅.婚姻家庭继承法学.2版.北京:中国人民大学出版社,2013.

[3] 王洪.婚姻家庭法.北京:法律出版社,2003.

[4] 巫昌桢,夏吟兰.婚姻家庭法学.2版.北京:中国政法大学出版社,2016.

[5] 何丽新.我国非婚同居立法规制研究.北京:法律出版社,2010.

[6] 陈苇.婚姻家庭继承法学.北京:群众出版社,2005.

[7] 王薇.非婚同居法律制度比较研究.北京:人民出版社,2009.

[8] 但淑华.我国非婚同居的二元法律规制研究.北京:法律出版社,2012.

[9] 杨立新.中华人民共和国民法总则要义与案例解读.北京:中国法制出版社,2017.

[10] 杨大文,龙翼飞.婚姻家庭法.7版.北京:中国人民大学出版社,2018.

[11] 韩大元,林来梵,郑贤君.宪法学专题研究.北京:中国人

民大学出版社, 2004.

[12] 李银河, 马忆南.婚姻法修改论争.北京: 光明日报出版社, 1999.

[13] 夏吟兰.婚姻家庭继承法.2版.北京: 中国政法大学出版社, 2017.

[14] 人民法院出版社.最高人民法院婚姻家庭、继承司法解释理解与适用简明版及配套规定.北京: 人民法院出版社, 2018.

[15] 马忆南.婚姻家庭继承法学.3版.北京: 北京大学出版社, 2014.

[16] 吴高盛.《中华人民共和国婚姻法》释义及实用指南.北京: 中国民主法制出版社, 2014.

[17] 张明楷.刑法学.3版.北京: 法律出版社, 2007.

[18] 国务院法制办公室.中华人民共和国婚姻法(含最新司法解释)注解与配套.4版.北京: 中国法制出版社, 2017.

[19] 杨大文.亲属法.4版.北京: 法律出版社, 2004.

[20] 雷明光.中华人民共和国收养法评注.厦门: 厦门大学出版社, 2016.

[21] 费孝通.乡土中国 生育制度.北京: 北京大学出版社, 1998.

[22] 杨大文.亲属法与继承法.北京: 法律出版社, 2013.

[23] 夏吟兰, 蒋月, 薛宁兰.21世纪婚姻家庭关系新规划.北京: 中国检察出版社, 2001.

[24] 王胜明, 孙礼海.《中华人民共和国婚姻法》修改立法资料选.北京: 法律出版社, 2001.

[25] 姚红, 等.中华人民共和国婚姻法释解.北京: 群众出版社, 2001.

[26] 中国法制出版社.婚姻法新解读.4版.北京: 中国法制出版

社, 2017.

[27] 全国人大常委会法工委研究室.《中华人民共和国婚姻法》条文释义及实用指南.北京:中国物价出版社, 2001.

[28] 王利明.人格权法研究.2版.北京:中国人民大学出版社, 2012.

[29] 何晓明.姓名与中国文化.北京:人民出版社, 2001.

[30] 陈伟雄.姓名工具书.南昌:江西教育出版社, 2010.

[31] 王利明.人格权法研究.3版.北京:中国人民大学出版社, 2018.

[32] 王利明.人格权法.2版.北京:中国人民大学出版社, 2016.

[33] 薛宁兰.中华人民共和国婚姻法评注·家庭关系.厦门:厦门大学出版社, 2017.

[34] 杨晋玲.夫妻财产制比较研究.北京:民族出版社, 2004.

[35] 杨立新.人身权法论.3版.北京:人民法院出版社, 2006.

[36] 林秀雄.夫妻财产制之研究.北京:中国政法大学出版社, 2001.

[37] 最高人民法院民事审判第一庭.最高人民法院婚姻法司法解释(二)的理解与适用.2版.北京:人民法院出版社, 2015.

[38] 最高人民法院民事审判第一庭.最高人民法院婚姻法司法解释(三)理解与适用.2版.北京:人民法院出版社, 2015.

[39] 巫昌祯.我与婚姻法.北京:法律出版社, 2001.

[40] 胡康生.中华人民共和国婚姻法释义.北京:法律出版社, 2001.

[41] 梁慧星.中国民法典草案建议稿.北京:法律出版社, 2003.

[42] 徐国栋.绿色民法典草案.北京:社会科学文献出版社, 2004.

[43] 王利明.中国民法典草案建议稿及说明.北京：中国法制出版社，2004.

[44] 夏吟兰，等.婚姻家庭法前沿：聚焦司法解释.北京：社会科学文献出版社，2010.

[45] 江平.民法学.北京：中国政法大学出版社，2011.

[46] 余延满.亲属法原论.北京：法律出版社，2007.

[47] 王丽萍.婚姻家庭法律制度研究.济南：山东人民出版社，2004.

[48] 杨立新.家事法.北京：法律出版社，2013.

[49] 李明舜，林建军.中华人民共和国婚姻法评注·救助措施与法律责任.厦门：厦门大学出版社，2016.

[50] 陈苇.外国婚姻家庭法比较研究.北京：群众出版社，2006.

[51] 于静.比较家庭法.北京：人民出版社，2006.

[52] 蒋新苗.比较收养法.长沙：湖南人民出版社，1999.

[53] 蒋新苗.国际收养法律制度研究.北京：法律出版社，1999.

文章类

[1] 李建国.关于《中华人民共和国民法总则（草案）》的说明.人民日报，2017-03-09（5）.

[2] 曹思婕.我国家事审判改革路径之探析.法学论坛，2016（5）.

[3] 龙翼飞.编纂民法典婚姻家庭编的法理思考与立法建议.法制与社会发展，2020（2）.

[4] 王歌雅.《民法典·婚姻家庭编》的编纂策略与制度走向.法律科学，2019（6）.

[5] 夏吟兰.民法分则婚姻家庭编立法研究.中国法学，2017（3）.

- [6] 何丽新.论事实婚姻与非婚同居的二元化规制.比较法研究, 2009 (2).
- [7] 李凤章.非婚同居中女性合法权益的保护.甘肃政法学院学报, 2003 (4).
- [8] 秦志远.“反射性”立法中的非婚同居域外法律规制.河北法学, 2006 (5).
- [9] 梁洪霞.我国多省市“限制妇女堕胎”规定的合宪性探究：兼议生育权的宪法保护.北方法学, 2018 (1).
- [10] 马强.论生育权：以侵害生育权的民法保护为中心.政治与法律, 2013 (6).
- [11] 樊丽君.生育权性质的法理分析及夫妻生育权冲突解决原则.北京化工大学学报 (社会科学版), 2005 (4).
- [12] 杨凯.从婚姻自由的角度谈同居现象的存在.当代法学, 2003 (1).
- [13] 陆静.关于婚姻自由原则的反思.中国律师, 2001 (11).
- [14] 曹思婕.完善未成年人监护立法的思考.理论探索, 2016 (4).
- [15] 马奇柯.社会公德、职业道德、家庭美德、个人品德关系论析.学术交流, 2008 (2).
- [16] 安丽梅.新时代家庭文明建设的意义与路径.思想政治工作研究, 2019 (4).
- [17] 冉克平.论《民法典婚姻家庭编 (草案) 》的体系、内容及其完善.武汉大学学报 (哲学社会科学版), 2019 (6).
- [18] 申晨.论婚姻无效的制度构建.中外法学, 2019 (2).
- [19] 陈坤.所指确定与法律解释：一种适用于一般法律词项的指称理论.法学研究, 2016 (5).
- [20] 薛宁兰.婚姻无效制度论：从英美法到中国法.环球法律评论, 2001 (2).

[21] 孙若军.疾病不应是缔结婚姻的法定障碍:废除《婚姻法》第7条第2款的建议.法律适用,2009(2).

[22] 李昊,王文娜.婚姻缔结行为的效力瑕疵:兼评民法典婚姻家庭编草案的相关规定.法学研究,2019(4).

[23] 张红.民法典之姓名权立法论.河北法学,2019(10).

[24] 杨振宏.《民法典》总则增加家事代理制度的立法建议.苏州大学学报(哲学社会科学版),2016(6).

[25] 史浩明.论夫妻日常家事代理权.政治与法律,2005(3).

[26] 张学军.锁匙权研究.金陵法律评论,2004(1).

[27] 缪宇.走出夫妻共同债务的误区:以《婚姻法司法解释(二)》第24条为分析对象.中外法学,2018(1).

[28] 程新文,刘敏,方芳,等.《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》的理解与适用.人民司法(应用),2018(4).

[29] 徐国栋.无效与可撤销婚姻中诚信当事人的保护.中国法学,2013(5).

[30] 薛宁兰.我国亲子关系立法的体例与构造.法学杂志,2014(11).

[31] 杨立新.论婚生子女否认和非婚生子女认领及法律疏漏之补充.人民司法(应用),2009(17).

[32] 王晓琳.婚姻家庭编草案:构建和谐稳定的婚姻家庭制度.中国人大,2020(3).

[33] 夏吟兰.对中国登记离婚制度的评价与反思.法学杂志,2008(2).

[34] 姚邢.离婚冷静期制度确立家庭价值崇高性.光明日报,2020-06-03(2).

[35] 杨立新,蒋晓华.对民法典婚姻家庭编草案规定离婚冷静期的立法评估.河南社会科学,2019(6).

[36] 陶毅, 明欣. 离婚: 单一破裂主义或混合主义. 法学研究, 1999 (6).

[37] 王丽萍. 中日探望权制度研究. 山东大学学报 (哲学社会科学版), 2004 (6).

[38] 杨立新. 2002年热点民事案件: 回顾与点评. 检察日报, 2003-01-06.

[39] 刘大庆. 完善我国探视权制度的法律思考. 辽宁教育学院学报, 2003 (3).

[40] 王乔, 顾承红. 我国探望权制度中存在的若干问题及其完善. 社会科学辑刊, 2005 (2).

[41] 罗丽. 论日本的离婚抚慰金制度. 法学评论, 2002 (2).

[42] 雷春红. 欠缺法定要件收养关系的法律规制: 以浙江省为样本. 西部法学评论, 2014 (1).

[43] 王歌雅. 完善收养制度的立法思考. 法律适用, 1997 (4).

[44] 龙翼飞. 《民法总则》的制度创新对婚姻家庭编的影响// 夏吟兰, 龙翼飞. 家事法研究: 2019年卷. 北京: 社会科学文献出版社, 2019.

[45] 陈苇, 靳玉馨. 建立我国亲子关系推定与否认制度研究// 梁慧星. 民商法论丛: 第27卷. 香港: 金桥文化出版 (香港) 有限公司, 2003.

译著类

[1] 杰克·唐纳利. 普遍人权的理论与实践. 王浦劬, 张文成, 燕继荣, 等译. 北京: 中国社会科学出版社, 2001.

[2] 法国民法典. 罗结珍, 译. 北京: 法律出版社, 2005.

[3] 德国民法典. 3版. 陈卫佐, 译注. 北京: 法律出版社, 2010.

[4] 奥地利普通民法典. 戴永盛, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2016.

[5] 瑞士民法典.戴永盛,译.北京:中国政法大学出版社,2016.

[6] 日本民法典.刘士国,牟宪魁,杨瑞贺,译.北京:中国法制出版社,2018.

[7] 英国婚姻家庭制定法选集.蒋月,等译.北京:法律出版社,2008.

[8] 西班牙民法典.潘灯,马琴,译.北京:中国政法大学出版社,2013.

[9] 葡萄牙民法典.唐晓晴,等译.北京:北京大学出版社,2009.

中国民法典释评

ZHONGGUO MINFADIAN SHIPING

继承编

杨立新 著



 中国人民大学出版社

版权信息

书名：中国民法典释评·继承编

作者：杨立新

出版社：中国人民大学出版社

出版日期：2020-08-01

ISBN：9787300282398

价格：120.00元

目录

CONTENTS

作者简介

代总序 民法典的时代意义

前言

第六编 继承

第一章 一般规定

第一千一百一十九条

第一千一百二十条

第一千一百二十一条

第一千一百二十二条

第一千一百二十三条

第一千一百二十四条

第一千一百二十五条

第二章 法定继承

第一千一百二十六条

第一千一百二十七条

第一千一百二十八条

第一千一百二十九条

第一千一百三十条

第一千一百三十一条

第一千一百三十二条

第三章 遗嘱继承和遗赠

第一千一百三十三条

第一千一百三十四条

第一千一百三十五条

第一千一百三十六条

第一千一百三十七条

第一千一百三十八条

第一千一百三十九条

第一千一百四十条

第一千一百四十一条

第一千一百四十二条

第一千一百四十三条

第一千一百四十四条

第四章 遗产的处理

第一千一百四十五条

第一千一百四十六条

第一千一百四十七条

第一千一百四十八条

第一千一百四十九条

第一千一百五十条

第一千一百五十一条

第一千一百五十二条

第一千一百五十三条

第一千一百五十四条

第一千一百五十五条

第一千一百五十六条

第一千一百五十七条

第一千一百五十八条

第一千一百五十九条

第一千一百六十条

第一千一百六十一条

第一千一百六十二条

第一千一百六十三条

附录 中国民法典继承编比较法资料汇编

第一章 一般规定

第二章 法定继承

第三章 遗嘱继承和遗赠

第四章 遗产的处理

[返回总目录](#)

作者简介

杨立新，男，1952年1月出生，中国人民大学法学院教授，中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员；兼任中国民法学研究会副会长、世界侵权法学会主席、东亚侵权法学会理事长，国家法官学院、国家检察官学院、国家行政学院、北京大学法学院等20余所院校兼职教授。

1975年至1989年在吉林省通化市中级人民法院任审判员、副庭长、副院长、常务副院长、党组副书记；1990年至1992年任最高人民法院民事审判庭审判员、婚姻家庭合议庭负责人；1993年至1994年任烟台大学法学院副教授；1995年至2000年任最高人民检察院检察委员会委员、民事行政检察厅厅长；2001年至今，在中国人民大学法学院任现职。

兼任全国人大常委会法工委立法专家委员会立法专家，参与合同法、物权法、侵权责任法、消费者权益保护法等十余部法律的起草和修订工作。2015年以来，全程参与民法典编纂工作，参加了民法典各编的起草工作。

研究领域为民法总则、侵权责任法、人格权法、物权法、债法、婚姻家庭法和继承法，著作有民法专著、民法教材、其他民法读物100余部，在《中国社会科学》《法学研究》《中国法学》等刊物发表民法论文500余篇。

代总序 民法典的时代意义



民法典是新中国成立以来第一部以“法典”命名的法律，也是第一部直接以“民”命名的法典。以“法典”命名，表明凡是纳入民法典的规则，都具有基础性、典范性的特点；以“民”命名，说明民法典把人民愿望置于首位，充分反映人民的利益诉求。民法典的立法宗旨和目的就是充分反映人民群众的意愿，保障私权，维护广大人民群众的利益。

习近平总书记指出，“民法典在中国特色社会主义法律体系中具有重要地位，是一部固根本、稳预期、利长远的基础性法律”。如何理解习近平总书记所说的“基础性法律”？我认为可以从两个方面理解：一是在整个社会主义法律体系中，民法典是一部基础性法律。所谓“典”，就是典范、典籍的意思，在整个社会主义法律体系中，民法典是宪法之下的基础性法律。法律分为公法与私法两部分，它们分别确认公权与私权。现代法治的核心是规范公权、保障私权。一般认为，保障私权是由民法典等民事法律实现的，而规范公权是由公法承担的，但实际上，民法典通过确认和保护私权，也起到了规范公权的作用，其他法律、行政法规以及单行法等，都应当与民法典保持一致。同时，行政执法、司法也都要以民法典为基本遵循。二是在民事领域，民法典是基础性法律，换言之，民法典是私法的基本法。民事关系纷繁复杂，它不仅依靠民法典调整，还需要大量的民事单行法，而在所有调整民事主体财产和人身关系的法律中，民法典居于基础性地位，民法典也被称为私法基本法。

（一）推进民事立法的体系化

我国民法典的颁布有力地促进了民事立法的体系化。一方

面，迄今为止，我国已经颁布了多部民商事法律，在民法典之外，还存在大量的单行法，如公司法、保险法、破产法等。民法典的颁布，使各个民商事单行法在民法典的统帅下，构成一个完整的、系统化的整体。民法典和民事单行法之间的关系，就像树根、主干与枝叶之间的关系，民法典是树根和主干，而民事单行法是枝叶，民事单行法必须以民法典为基础和根据。民法典的颁布有效沟通了民法典和单行法，这有利于消除民法典与单行法之间的冲突和矛盾。另一方面，就内部体系而言，民法典按照“总—分”结构，形成由总则、物权、合同等构成的完整体系，各分编也在一定的价值和原则指引下形成了由概念、规则、制度构成的、具有内在一致性的整体，实现了形式的一致性、内容的完备性以及逻辑自足性。民法典共分七编，即总则编、物权编、合同编、人格权编、婚姻家庭编、继承编、侵权责任编，它们都以对民事权利的确认和保护而形成一个体系化的整体。总则是对民事权利的一般规则作出的规定，各分编则是分别对物权、合同债权、人格权、婚姻家庭中的权利、继承权以及对各项权利的侵权责任制度所组成的规则体系。

民法典有助于制度的科学化，为良法善治奠定基础。在我国，由于长期没有民法典，许多调整民事关系的重要规则不能通过民事法律的方式表现出来，从而留下了法律调整的空白。这些法律空白一般是通过国务院各部委的规章及地方政府颁布的地方性规章予以填补的，而一些规章难免出现不当限制公民私权，或者变相扩张行政权的问题。民法典颁布后，其作为上位法，可以有效指导行政法规等制度，避免民法规范与行政法规、地方法规等的矛盾冲突，防止政出多门，保障交易主体的稳定预期，维持市场经济的正常运行。

（二）有效提升国家治理体系和治理能力的现代化

国家治理体系和治理能力现代化的主要特征是实现法治，即全面依法治国。如前述，现代法治的核心在于规范公权、保障私权。一方面，民法典构建了完备的民事权利体系，确立了完善的民事权利保护规则，鼓励个人积极维护自身权利，这不仅保障了私权，也有利于规范公权。民法典的各项规则也明确了各级政府依法行政的边界，就是说，国家机关要把民法典作为行政决策、行政管理、行政监督的重要标尺，不得违背法律法规随意作出减损自然人、法人和非法人组织合法权益或增加其义务的决定，这必将有力推动政府治理能力。另一方面，作为市民社会的一般私法以及百科全书，民法典通过合理的架构为民事活动提供各种基

本准则，为交易活动确立基本的规则依据，为各种民事纠纷的预防和解决提供基本的遵循。民法典进一步强化私法自治，充分鼓励交易，维护交易安全。合同编从合同的订立到履行都强调了增进合同自由和私法自治这一宗旨，将有力调动市场主体从事交易的积极性。此外，民法典还有效地处理了个人与个人、个人与社会、个人与国家的关系，在对个人的保护中，同时强调对公共利益的维护，以实现个人和社会之间关系的平衡，这必将推动社会共建共治共享，促进社会和谐有序。

（三）完善社会主义市场经济法律体系

社会主义市场经济本质上是法治经济。各项民法制度根植于市场经济的土壤，其也反作用于市场经济，是市场经济有序发展的重要制度保障。我国《民法典》总则编所规定的诚实信用、公平原则等，确立了市场主体活动的基本原则，为诚信经济的建立提供了法律保障；总则编中的民事主体就涵盖了市场主体，民事法律行为制度、代理制度为市场主体从事交易活动提供了极大的便利；民法典的物权制度、合同制度是市场经济最基本的规则，是支撑市场经济最重要的两根法律支柱，民法典的担保制度也为融通资金、繁荣经济、保障债权提供了有力的制度保障。编纂民法典不仅完善了市场经济基本的法律制度，而且有利于营造良好的营商环境，并充分调动民事主体的积极性和创造性，维护市场秩序和交易安全。^[1]

（四）为实现人民群众美好幸福生活提供保障

民法典的要义是为民立法，以民为本。“人民的福祉是最高法律”。编纂民法典，就是顺应保障人民群众合法权益的需求，形成更加完备、更加切实的民事权利体系，完善权利保护和救济规则，形成较为有效的权利保护机制，使人民群众有更多、更直接、更实在的获得感、幸福感和安全感。我国民法典充分保障人民群众美好幸福生活，主要表现在以下几方面。

一是通过人格权编充分保障个人人格尊严。进入新时代，我国已经成为世界第二大经济体，人民物质生活条件得到了极大改善，不久即将全面建成小康社会。在基本温饱得到解决之后，人民群众就会有更高水平的精神生活追求，并希望过上更有尊严、更体面的生活。正因如此，“保护人格权、维护人格尊严，是我国法治建设的重要任务”^[2]，例如，针对发送垃圾短信、垃圾邮件侵扰个人私人生活安宁的行为，《民法典》人格权编专门在隐私权部分规定了此种侵害隐私权的行为类型，并第一次规定了私

人生活安宁权，明确将个人私人生活安宁规定在隐私权之中，禁止非法进入、拍摄、窥视他人的住宅、宾馆房间等私密空间，禁止非法拍摄、窥视、窃听、公开他人的私密活动，禁止非法拍摄、窥视他人身体的私密部位（第1033条）。这有利于保障社会生活的安定有序。

二是民法典通过各项制度安排充分保障人民群众的物质生活需求。例如，《民法典》物权编新增的居住权制度，对于解决“住有所居”问题、保障个人的居住利益具有重要意义。再如，《民法典》合同编典型合同完善了租赁合同的规则，完善了优先购买权规则，新增优先承租权规则（第734条）。这对于稳定租赁关系、规范租赁市场秩序、保障承租人的居住利益具有重要意义。又如，合同编典型合同部分还完善了运输合同的规则，这对于保障个人出行安全、维护运输秩序具有重要意义。

三是民法典通过各项民事责任制度充分保障人民的合法权益。民法典通过各项规则，守护老百姓“舌尖上的安全”“车轮上的安全”“头顶上的安全”等财产和人身安全。例如，《民法典》侵权责任编在产品责任部分规定了惩罚性赔偿规则（第1207条），这必将有力遏制生产、销售不合格食品的行为，有利于保证人们“舌尖上的安全”；侵权责任编还重点完善高楼抛物致人损害的责任（第1254条），这有利于充分保障人们“头顶上的安全”。

（五）有利于实现依法行政、公正司法

民法典具有基础性和典范性的特点，是公民权利保护的宣言书，是民事主体的行为准则、依法行政的基本依据，也是法院裁判民事案件的基本遵循。民法典对于依法行政、公正司法的作用还表现在：一是资讯集中，方便找法。实践中之所以出现“同案不同判、同法不同解”现象，重要的原因就在于，法官选择法条和裁判依据存在差别。而法典化的一个重要优势在于“资讯集中”，正所谓“法典在手，找法不愁”，执法者、法官只要有一部民法典在手，并通过领悟其规则和精神，就可以找到民事裁判的主要依据。二是统一裁判依据。民法典是基础性法律，是行政执法者、法官适用法律的基本遵循，因此，处理民事纠纷，首先要从民法典中找法。在我国，长期以来，有些新法颁布以后，因为没有废止旧法，且没有指明新法修改了哪些旧有的规定，这就产生了新法与旧法同时适用的现象，造成了规则的不统一。民法典的颁布将从根本上改变这一现象。民法典的颁行可以保障法官裁判依据的统一性，正是因为法律适用具有一致性，法官的自由裁量权将在规范的约束下进行，这就可以保障法官平等地、统一地对

不同案件作出判决，保障“类似情况类似处理”，从而实现判决结果的可预测性，实现法的安定性。三是提升执法和司法人员的能力。民法典是法律工作者今后研究、处理涉及民事纠纷的基本依据，也是执法、司法的基本平台，民事纠纷的解决都应当在该平台中研讨。在民事领域考验我们的执法能力，很大程度上就是衡量我们准确把握、理解和运用民法典的能力。民法典颁布后，如果执法和司法人员都能够真正学懂、弄通民法典的规则，就可以基本把握处理和裁判民事纠纷的基本规则，并能够按照体系化的思维方式处理民事纠纷。

注释：

[1]全国人民代表大会常务委员会副委员长王晨.关于《中华人民共和国民法典（草案）》的说明——2020年5月22日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上.

[2]沈春耀作关于民法典各分编（草案）修改情况和民法典（草案）编纂情况的汇报.人民日报，2018-08-28.

前言

2020年5月28日，《中华人民共和国民法典》通过，编纂民法典的任务已经完成。民法典继承编是在原《继承法》的基础上编纂而成的，实现了我国继承法律制度的改进，在保障被继承人支配身后财产的自由权利、保护自然人的继承权和被继承人的债权人的债权等方面，作出了积极的努力。

在民法典编纂中，我作为中国法学会编纂民法典领导小组指派的继承编专家组的负责人，自始至终参加了民法典继承编的编纂工作，我和我的团队经过深入研究和讨论，提出了继承编草案的建议稿，并且参加了所有的继承编立法专家研讨会，对继承编的编纂建言献策，恪尽了自己的职责。

在民法典分则各编中，改动最小的就是继承编。一方面，由于继承编涉及全国人民的财产权益，应当保持基本制度的稳定；另一方面，在继承法领域，保守观念还是具有重要影响力的。因此，可以看到，民法典继承编规定的我国继承制度，没有原则性的改变，只是在具体的规则上有所变化，因而留有一些遗憾。

按照出版社的安排，我根据对民法典继承编的解读写了这本书。这本书主要还是围绕着继承编的条文进行阐释，并选择比较典型的案例，用以说明条文的主旨，最后收录了部分国家民法典继承编以及我国台湾地区“民法”的比较法资料。需要说明的是，本书选择的典型案例，都是原有的、适用原《继承法》的规定判决的案件，因此，案例中引用的法律还是原《继承法》的规定。

本书写作过程中，于晓副教授帮我选择和整理了典型案例，莫若云博士研究生帮我整理了比较法资料。借本书出版之际，谨向他们表示感谢！

由于民法典刚刚通过颁行，我对其继承编的研究和理解还不够深

刻，因而在阐释条文和说明案例中会有不当之处。欢迎热心读者批评指正。

中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员

中国人民大学法学院教授

杨立新

二〇二〇年七月二日

第六编 继承

第一章 一般规定

《民法典》继承编第一章规定的“一般规定”，是继承编通则，这一章共有7个条文，与原《继承法》的规定相比较，有3个重要的修改。

本章规定的主要内容是，继承编调整的范围，国家保护自然人的继承权，继承开始的时间以及相互有继承关系的数人在同一事件中死亡的时间推定，遗产范围，遗赠扶养协议、遗嘱继承和法定继承的优先顺序，继承人放弃继承，继承人丧失继承权和受遗赠人丧失受遗赠权以及被继承人对丧失继承权的继承人的宽宥。

其中重要的修改是：第一，新增规定相互有继承关系的数人在同一事件中死亡的先后顺序推定；第二，将遗产范围的界定方法由“概括+列举”式改为“概括+排除”式；第三，增加规定丧失继承权与受遗赠权的事由和被继承人享有宽宥权。

第一千一百一十九条

本编调整因继承产生的民事关系。

条文对照^[1]

《继承法》没有相应条文。

本条主旨

本条是对民法典继承编调整范围的规定。

条文详解

一、继承概述

（一）继承的概念和特征

民法中的继承概念有广义与狭义之分。广义的继承，是指对死者生前权利义务的承受，不仅有财产继承，还有身份继承；狭义的继承，是指对死者生前的财产权利义务的承受，又称财产继承。古代法上的继承是就其广义而言的，现代法上的继承是指狭义概念。^[2]

民法典继承编使用的继承是狭义概念的继承，即财产继承，是指在自然人死亡时，其遗留的个人合法财产归死者生前在法定范围内指定的或者法定的继承人依法承受的制度。

在继承中，生前所享有的财产因其死亡而移转给他人的死者是被继承人，被继承人死亡时遗留的个人合法财产为遗产，依法承受被继承人遗产的法定范围内的人为继承人。

继承的法律特征如下。

1. 继承因自然人死亡而发生

生存的自然人为独立的民事主体，对自己所享有的财产自主地享

有权利和承担义务。自然人在死亡后，不再具有民事权利能力，不再是民事法律关系的主体，原享有的财产权利和义务需要由人承受，因而产生继承问题，故继承是因自然人死亡而发生的法律制度。

2. 继承人与被继承人存在特定的亲属身份关系

在被继承人死亡后发生继承，只有与被继承人存在一定亲属身份关系的人才可以作为继承人参加继承。继承人（包括法定继承人和遗嘱继承人）都是与被继承人有密切关系的亲属，无亲属身份关系的人只能作为受遗赠人。只有与被继承人是近亲属关系的亲属，才能作为继承人。

3. 继承是处理死者遗产的法律制度

继承的标的物只能是财产，故继承的发生须以死者财产的存在为前提的。实际上，继承是以私有财产的存在为前提的，在没有私有财产的社会，不会有也不可能存在继承制度。

4. 继承是继承人概括承受被继承人财产权利和义务的法律制度

自然人死亡，其财产权的主体必定发生变更。所以，继承是财产所有权转移的一种基本方式。不过，继承的财产转移与一般的财产转移不同，一般的财产转移是个别财产的转移，而继承的财产转移则是被继承人财产权利和义务的整体概括转移。只有依法由继承人概括地承受被继承人在财产关系中法律地位的法律现象，才属于继承。^[3]

（二）继承的本质

1. 关于继承本质的学说

继承的本质也称继承的根据，是指继承人基于何种原因承受被继承人的遗产。主要学说有以下几种。

一是意思说，认为继承的根据在于被继承人的意思，依被继承人的意思，财产由被继承人转移于继承人。

二是家族协同说，认为继承是因家族协同生活而发生的，没有一体的协同生活或协同感者，不应发生继承。家庭至今仍是社会的基本单位，人们普遍希望将自己身后的财产继续留在家庭中，以保障自己的家庭成员尤其是配偶和后代的生活。家族协同说强调家庭生活，忽略被继承人的意思，否定遗嘱自由。

三是死后扶养说，认为继承的根据在于死者的扶养义务。对一定范围内的宗族或亲属负有扶养义务的人，不仅于生存中应当扶养宗族或亲属，而且于其死后也应继续扶养宗族或亲属。继承人正是基于在负有扶养义务的人死亡后受扶养的权利而有权继承遗产的。

四是无主财产归属说，认为人的人格因死亡而消灭，人虽于生存中为财产的主体，但于死亡后，其财产则成为无主的财产，该无主财产应归属何人，则属于继承问题，全由国家的立法政策来定。

五是共分说，认为被继承人的财产上原本有三个所有权，即本人的所有权、亲属的所有权和国家的所有权。因为本人的财产中包含有亲属和国家的部分，所以，在被继承人死亡后应属于亲属的部分归于亲属（法定继承），应属于国家的部分由国家收回（遗产税），应属于本人的部分则由本人自由处分（遗嘱处分）。

六是先占说，认为死者的一切权利义务均随主体的死亡而消灭，故其财产也成为无主物，最先占有者取得其权利。而死者最近的亲属居于最先取得此无主物的地位，故各国法律皆规定死者近亲属取得遗产。

2.现代继承法的继承根据

现代法上的继承根据，主要有两个：一是继承人生活保障。在现代社会下，“家”中财产权利人死亡时，对此财产之储蓄有所协助者，或于过去、现在以及将来须依靠此财产始能维持其生活者，理应有权主张取得该死亡人所遗财产。继承即为避免其他构成人员的生活因家族共同生活体内的一个构成人员的死亡而陷入绝境，使与其共同生活、曾有关系之特定生存人承继其遗产之制度。二是社会交易安全保障。在被继承人死亡后，如果其债务亦归于消灭，则无从保护被继承人的债权人，因而不能保护交易安全。故只有被继承人所遗的债权、债务，均应为继承的标的，由继承人继承，才能够保证社会交易安全。原因是，继承制度虽以继承人生活的保障为目的，但是，维护被继承人债权人的权益不容忽视，故为保护继承债权人利益，可牺牲继承人权利；而可牺牲继承人权利之最大限度，宜限于继承积极财产范围之内，始可谓合情合理。^[4]

（三）继承的分类

1.遗嘱继承与法定继承

以继承人继承财产的方式为标准，继承分为遗嘱继承和法定继

承。

遗嘱继承，也称指定继承，是指于继承开始后，继承人按照被继承人的合法有效的遗嘱，继承被继承人遗产的继承方式。在遗嘱继承中，具体的继承人、继承顺序、应继份、遗产的管理、遗嘱的执行等都由被继承人在遗嘱中指定，也就是直接决定于被继承人生前的意思。

法定继承，是指继承人范围、继承顺序、继承条件、继承份额、遗产分配原则以及继承程序均由法律直接规定的继承方式。法定继承的各个方面是由法律直接规定的，而不是由被继承人的意思直接确定的。

2. 限定继承与无限继承

以继承人继承被继承人财产权利义务的范围为标准，继承分为限定继承和无限继承。

限定继承，又称有限继承，是指继承人得仅于一定的范围内继承被继承人的财产权利和义务的继承。继承人继承被继承人的债务，仅以遗产的实际价值总额为限度，对于被继承人生前所欠债务超过遗产的实际价值的部分，继承人不负清偿责任。

无限继承，又称不限定继承，是指继承人必须承受被继承人的全部财产权利义务的继承。即使被继承人的债务超过其财产权利，继承人也须继承被继承人的遗产，而不得拒绝，并须以自己的财产清偿被继承人生前所欠的全部债务。

3. 本位继承与代位继承

以继承人参与继承时的地位为标准，继承分为本位继承和代位继承。

本位继承，是指继承人基于自己的地位，依自己原来的继承顺序继承被继承人的遗产的继承。本位继承无论在法定继承中还是在遗嘱继承中都存在。

代位继承，是指在应直接继承被继承人遗产的顺序者不能为继承时，由其直系晚辈血亲代其地位的继承。代位继承人只能在被代位人原来的继承顺位上继承被代位人应继承的份额，而不论代位继承人有几。

4.共同继承与单独继承

以可以参与继承的人数为标准，继承分为共同继承和单独继承。

共同继承，是指依法律规定由数个继承人共同继承被继承人的遗产。共同继承人是指共同继承的数个继承人，只能是同一顺序的法定继承人。因为法定继承人的继承顺序具有排他性，若前一顺序的继承人存在，则后一顺序的继承人不得参加继承，也就不可能成为与前一顺序的继承人共同继承的共同继承人。共同继承只发生在法定继承中。遗嘱继承中由于指定继承人的遗产份额已经确定，不存在遗产份额的分配问题，因而不区分共同继承。

单独继承，是指法律规定继承人仅为一人的继承，即仅由亲属中的一人继承被继承人的遗产，如仅由长子继承、幼子继承、旁系继承（如兄亡弟继）等。单独继承因仅由一人继承被继承人的全部遗产，所以又称独占继承。

二、继承法的概念和性质

（一）继承法的概念

继承法，是指调整因自然人的死亡而发生的继承法律关系的法律规范的总称。

继承法有形式意义的继承法与实质意义的继承法之分。形式意义的继承法，是指被冠以“继承法”名称的法律或民法典的“继承编”，如我国1985年的《继承法》以及现行民法典的继承编。实质意义的继承法，是指有关继承关系的法律规范的总和。实质意义的继承法不仅包括形式意义的继承法，也包括其他法律、法规中有关继承的规范，还包括有法律效力的关于继承问题的规章、决定、指示等规范性文件，以及最高人民法院有关继承的司法解释等。

继承法应当规定继承因何原因而开始，继承权应归属于何人，继承人有何权利和责任，遗产应当如何清算和分配，等等。这些内容组成的继承法为固有意义的继承法。^[5]

（二）继承法的性质

继承法的性质，是指继承法的法律属性。

第一，继承法为私法。继承法是调整因自然人死亡而发生的财产

继承法律关系的法律，规定的是私人之间的关系，属于私法，不属于公法。继承法作为民法的组成部分，具有鲜明的私法属性。明确继承法的私法性质，有助于正确理解继承法的立法精神，正确处理继承纠纷，更好地保护自然人在继承上的合法权益。

第二，继承法为普通法。由于财产继承关系是自然人之间普遍存在的社会关系，因而，继承法是适用于所有自然人的法律，而不是仅适用于某一部分人的法律。

第三，继承法为实体法。继承法规定的是继承开始、继承关系主体、继承人的权利义务、继承权的客体等有关主体的权利义务的实质性问题，因而属于实体法，而不属于程序法。继承法也存在一定的程序性规定，比如关于遗嘱订立的程序、遗产分割的程序等，但是，这些不是程序法意义上的程序，而是属于实体法意义的程序，因为这些程序也是针对一些实体权利义务规定的。

第四，继承法为强行法。民法典的绝大多数规范都是具有强行法性质的法律规范，而不是任意性规范，不允许当事人任意变更。继承法虽有任意性规定，但是，从整体上看是强行法。

第五，继承法为固有法。继承法根植于本国、本民族，多方面体现了本国的现实国情，体现了民族的历史传统，还有许多吸纳了习惯因素，因而是固有法。

（三）继承法的立法体例

继承法的立法体例，是指继承法的立法形式，也被称为继承法的地位，即继承法在民法立法上究竟是采特别法主义，还是采法典主义。^[6]特别法主义，是指将继承法作为民事特别法予以单独立法，对继承问题通过单独制定继承法的方式解决。法典主义，是指将继承法作为民法典的一个组成部分，列入民法典，设置继承编。即使是同样采取法典主义的民法典，继承法在民法典中的位置也不同。有的将继承法规定于民法典的财产取得编，有的将继承法规定于民法典的物权编，有的将继承法作为民法典中的单独一编。

我国在民法典制定完成之前，对继承法单独立法，采用特别法主义。《继承法》是特别法，是松散民法典的单行法。^[7]民法典制定完成意味着，我国转而采取法典主义，专门规定继承编，作为民法典分则的组成部分。

三、继承法律关系

按照本条规定，继承编调整的是因继承产生的民事关系，即继承法律关系。

（一）继承法律关系概述

继承法律关系是民事法律关系中的一种，是由继承法规范调整的，因自然人死亡而产生的继承人与其他人在财产继承上的民事权利义务关系。

继承法律关系的特征如下。

1. 继承法律关系是一种民事法律关系

继承法律关系是由继承法规范调整的继承人与其他人之间的财产关系，以民事权利和民事义务为核心，完全符合民事法律关系的构成。所以，继承法律关系为民事法律关系之一种，在继承法对继承法律关系没有特殊规定时，适用民事法律关系的有关规定。

2. 继承法律关系以被继承人死亡为产生根据

任何法律关系的产生都须以一定的法律事实为根据。一般民事法律关系的产生都是因生存行为人的行为，而继承法律关系的产生则是因被继承人的死亡，被继承人不死亡，就不会产生继承法律关系。人的死亡是不依人的意志为转移的客观现象，其性质属于事件（即使是自杀死亡，对于其他人来说，死亡也是事件）而不属于行为。继承法律关系不仅包括法定继承法律关系，还包括遗嘱继承法律关系。遗嘱继承法律关系的产生根据并不是单一的法律事实，而是法律事实构成，即不仅要有被继承人死亡的事实，还须有被继承人生前所立的合法遗嘱。

3. 继承法律关系是绝对性财产法律关系

继承法律关系是财产流转关系，不属于人身法律关系。继承法律关系的权利主体是特定的继承人，而义务主体是不特定的继承人以外的一切人；继承人实现其权利，无须借助于义务人的行为，义务人也不负有实施某种行为以使继承人实现权利的积极义务。所以，继承法律关系是绝对财产法律关系，而不是相对财产法律关系。

4. 继承法律关系与亲属身份关系密切相关

与一般财产法律关系不同，继承法律关系的内容与亲属身份关系密切相关。因此，继承法律关系是一种与亲属身份关系相联系的财产法律关系。

5.继承法律关系的权利主体只能是自然人

在继承法律关系中，作为权利主体的继承人只能是自然人，法人、非法人组织或者国家都不能作为继承人，法人、非法人组织或者国家获得遗产，只能通过受遗赠，或在遗产无人继承时收归国有或者集体所有，但是，这些都不是继承法律关系的内容。因此，继承法律关系只能是以自然人为权利主体一方的财产法律关系。

（二）继承法律关系的要素

继承法律关系的要素，是指构成继承法律关系的主体、客体和内容等必要因素。

1.继承法律关系的主体

继承法律关系的主体，是指参加继承法律关系，并在继承法律关系中享受权利和负担义务的人，包括权利主体和义务主体。

确定继承法律关系的主体应当把握两个要点：第一，必须符合一般民事法律关系主体的条件，即具有独立的法律人格；第二，必须参加继承法律关系，并能够在继承法律关系中享受权利、承担义务。继承法律关系的主体是继承人与继承人之外的其他自然人、法人、非法人组织，这样能够将继承法律关系同其他相关法律关系区别开来，准确认定继承法律关系的主体只能是继承人和继承人以外的所有人（义务主体包括自然人、法人或非法人组织），具体而言，权利主体为继承人，义务主体是继承人以外的其他所有人。

2.继承法律关系的客体

继承法律关系的客体，是指继承法律关系的权利主体的权利和义务主体的义务共同指向的对象，即被继承人遗留的财产。

继承法律关系的客体只能是遗产，没有遗产，也就不存在继承法律关系。缺少遗嘱的见证，缺少继承人、受遗赠人的行为，都不会影响继承法律关系的存在。

3.继承法律关系的内容

继承法律关系的内容，是继承法律关系的权利主体即继承人所享有的权利，以及继承法律关系的义务主体即继承人以外的其他人所负担的义务。继承人所享有的权利是继承被继承人遗产的继承权。

继承权有继承期待权与继承既得权之分。继承人享有选择承认或放弃继承权的权利。在承认继承权后，继承人享有遗产管理、请求分割遗产的权利等。

继承法律关系的义务主体所负担的义务，是不得侵害继承人的继承权，不得妨害、干涉继承人对继承权的行使。如果继承人之外的其他人侵害了继承人的继承权，继承人可以行使继承回复请求权。

（三）继承法律关系流转

1. 继承法律关系的产生

继承法律关系必须因一定的法律事实的出现而产生。继承法律关系的产生，根据法定继承与遗嘱继承的分类不同而有差异。法定继承的继承法律关系，是因被继承人的死亡而产生的；在遗嘱继承中，除了被继承人的死亡这一法律事实之外，还必须存在合法、有效的遗嘱这一法律事实，构成一个法律事实构成，才能产生遗嘱继承法律关系。在继承法律关系产生后，继承人就可以参加继承，行使继承权。

2. 继承法律关系的变更

继承法律关系不是固定不变的，在出现某种法律事实时会发生变更。继承法律关系的变更包括继承法律关系的主体变更、客体变更与内容变更三个方面。

3. 继承法律关系的消灭

在出现一定的法律事实时，继承法律关系中有关的权利义务关系会消灭，这就是继承法律关系的消灭。继承法律关系消灭的法律事实有遗产分割完毕、遗产因不可抗力而全部灭失等。

四、民法对继承法律关系的调整

因继承产生的民事关系，就是继承法律关系。民法典继承编调整的范围，就是继承法律关系。

（一）继承编是民法典调整继承法律关系的专门法

继承编是民法典调整继承法律关系的专门法，是形式意义上的继承法。无论是原来的《继承法》，还是现在的《民法典》继承编，都是如此。

在民法典中，继承编除了与其他分则各编都在总则编的指导下之外，其他内容都不相同。人格权编调整的是民事主体的人格权法律关系，婚姻家庭编调整的是自然人因婚姻家庭产生的身份法律关系，物权编调整的是因财产归属和利用而产生的物权法律关系，合同编调整合同之债以及无因管理之债和不当得利之债的债权法律关系，侵权责任编调整的是因侵权而产生的侵权之债法律关系。在民法典分则中，唯有继承编专门调整继承法律关系。从这个意义上说，民法典继承编就是民法典中专门调整继承法律关系的继承法。

（二）继承编调整继承法律关系的目的

继承编调整继承法律关系的根本目的，是保护和实现自然人私有财产继承权，这是继承法的立法目的和任务。^[8]不过，这只是继承编的目的之一，并不是其最根本的目的。财产继承的最根本目的，是实现财产支配的一般原则，即绝对所有权原则。在被继承人有遗嘱的情况下，遗嘱就是死者处分自己死后遗产的意愿，应当得到尊重。只要遗嘱合法、有效，就应当按照被继承人的遗嘱分配遗产。被继承人没有遗嘱的，才按照法定继承的规定进行继承，但是，法定继承在实际上也是推定这种继承是按照死者处分自己遗产的真实意思进行的。因此，对被继承人处分遗产的意志不能进行非法干涉，该意志是私法调整的范围，尤其不能以公权力进行非法干涉。

（三）继承编调整继承法律关系的方法

继承编调整继承法律关系的基本方法，是例示继承法律关系的流转方式，引导继承法律关系的权利主体和义务主体依照继承法律关系流转的方式继承遗产，保障被继承人依照其自己的意志流转遗产，保护继承人享有的继承权的实现。

例示继承法律关系的流转方式，就是明确规定继承人享有的权利、继承法律关系义务主体的义务，明确规定法定继承、遗嘱继承、遗赠、遗赠扶养协议的基本规则，明确规定遗产的范围以及遗产的分割方法，明确规定继承人的继承权被侵害的救济方法。

引导继承法律关系的权利主体和义务主体按照例示继承法律关系的流转方式继承遗产，实现自己的继承权，就是指用遗嘱继承的依照遗嘱继承的规则进行继承，用法定继承的依照法定继承的规则进行继

承，以及用约定遗赠、遗赠扶养协议的依照法律规定的方法进行遗赠或者履行遗赠扶养协议，避免权利人在行使权利中出现错误，影响自己权利的实现。

继承人依照法律规定的方式和方法进行继承，实现了被继承人支配自己身后遗产的愿望，同时保证了自己继承权的实现。

法律适用中应注意的问题

这一条文在法律适用中，应当注意的问题是，准确地确认继承法律关系，防止对继承法律关系的认定出现错误。曾经有一个案例，就是将遗赠扶养协议认定为附条件的继承，对遗赠扶养协议纠纷按照赠与合同适用法律，造成法律适用上的错误。这就是说，对于继承法律关系发生的纠纷，应当适用本编的规则处理，不能适用民法典其他分编的规则；对非继承法律关系，也不能适用本编规定的继承规则处理，若适用本编规定的规则处理就是法律适用错误。

案例链接

郑某、杨某等继承纠纷案^[9]

基本案情

被继承人夏某秀于2007年10月21日去世，原告杨某系夏某秀妻子，二人育有五名子女，分别是夏某二，夏某梅，夏某安，夏某一，夏某山。其中夏某梅于2012年7月18日去世，夏某安于2011年9月30日去世，夏某山于2009年11月21日去世。夏某梅丈夫为周某二，女儿为周一；夏某安生前已离异，女儿为夏某三；夏某山妻子为郑某，儿子为夏某四。

夏某秀去世后留有一处房屋，坐落于铁东区，建筑面积为45.34平方米，系夏某秀与原告共有。庭审时，原告与被告夏某四、夏某二、周一、周二、郑某均认可房屋价值为25万元，夏某一主张房屋价值低于25万元，并申请司法鉴定。

杨某起诉主张，诉争的遗产房屋归其所有，按照继承法的规定，对各当事人给付相应的价款。

法院判决

一审法院判决支持了原告的诉讼主张。被告上诉，主张争议

房屋的使用权归其享有。二审法院认为,《继承法》第1条规定:“根据《中华人民共和国宪法》规定,为保护公民的私有财产的继承权,制定本法。”本案一审期间,被上诉人杨某依据《继承法》的相关规定,诉至法院,要求法院进行遗产分配。一审法院根据相关法律规定,对诉争遗产进行了分配。二审期间,上诉人对于一审法院判令诉争房屋产权归被上诉人杨某所有并无异议,但主张诉争房屋的使用权应归属于上诉人。二审法院认为,本案是继承纠纷案件,非用益物权确认纠纷案件,上诉人二审主张诉争房屋的使用权属于用益物权纠纷,其一审未提起反诉,且与本案不属于同一法律关系,故二审法院在遗产纠纷案件中对于上诉人所主张的用益物权纠纷不予处理。故二审判决驳回上诉,维持原判。

注释:

[1]本书条文对照所引条文,均为1985年《中华人民共和国继承法》的条文。——编者注

[2]郭明瑞,等.继承法.2版.北京:法律出版社,2004:1.

[3]我国原《继承法》规定了其他一些因自然人死亡而发生的财产的转移的情形,如因遗赠扶养协议而发生的死者财产的转移,由于不属于概括承受,因而不属于继承。这些之所以规定在原《继承法》中,是因为涉及死者遗产的处理问题。

[4]陈棋炎,等.民法继承新论.台北:三民书局,2001:5-7.

[5]史尚宽.继承法论.北京:中国政法大学出版社,2000:12.

[6]胡长清.中国民法继承论.北京:商务印书馆,1936:1.

[7]刘文.继承法比较研究.北京:中国人民公安大学出版社,2004:3.

[8]郭明瑞,等.继承法.2版.北京:法律出版社,2007:31.

[9]辽宁省鞍山市中级人民法院(2019)辽03民终711号民事判决书。

第一千一百二十条

国家保护自然人的继承权。

条文对照

第一条 根据《中华人民共和国宪法》规定，为保护公民的私有财产的继承权，制定本法。

本条主旨

本条是对法律保护自然人的继承权的规定。

条文详解

国家保护自然人的继承权，是《民法典》总则编规定的基本规则。《民法典》第124条规定：“自然人依法享有继承权。”“自然人合法的私有财产，可以依法继承。”民法典继承编通过自己的全部规则，保障自然人享有的继承权及其实现。

一、继承人

（一）继承人的概念和特征

继承人，是继承法的基本概念，是指依照继承编的规定，在法定继承或者遗嘱继承中，有权获得被继承人遗产的自然人。

继承人的特征如下。

1. 继承人须由民法典继承编规定

民法典继承编具有固有法的属性，与各国的政治、经济、社会传统等密切相关，具体规定应与本国的具体情况相符。什么范围内的亲属可以作为继承人，可以作为哪一顺序的继承人，都由法律强制规定，不能由当事人自由决定。虽遗嘱继承人由被继承人指定，但根据继承编的规定，所指定的遗嘱继承人必须是在法定继承人范围之内的

人，这体现了法律对继承人的强制规定性。

2.继承人必须是自然人

继承人必须是自然人。自然人之外的法人、非法人组织以及国家在一定条件下虽然可以取得遗产，但不是基于继承人的身份和地位，而是基于受遗赠或者遗产无人继承。

3.继承人须是在法定继承或遗嘱继承中享有继承权的人

继承人必须享有继承权，才有资格加入继承法律关系并取得遗产。在被继承人死亡后，可以从被继承人处获得遗产的人除了继承人本人外，其他一些符合法定条件的人也可以获得遗产，但是，他们不是依据继承权取得遗产的人，而是依其他根据而取得遗产的人，故不是继承人。

（二）继承人的分类

继承人根据其继承的方式，分为法定继承人和遗嘱继承人。这是对继承人的基本分类。

1.法定继承人

法定继承人，是直接依照继承编有关法定继承人的范围、顺序、继承份额等规定，对被继承人的遗产享有继承权的人。法定继承人的继承权直接来自法律规定，无须被继承人通过遗嘱予以指定。

在法定继承人的界定上，有人认为法定继承人是直接承受被继承人遗产的继承人，这是一种误解。法定继承人只有实际参加继承并通过一系列程序才能实际承受遗产。而法定继承人的范围不限于此，例如，在存在第一顺序法定继承人时，第二顺序法定继承人也是法定继承人，却不能分得遗产。

法定继承人是法定继承的主体。我国民法典继承编规定的法定继承人的范围比较狭窄，包括配偶、子女、父母，兄弟姐妹、祖父母、外祖父母，以及对公婆或者岳父母尽了主要赡养义务的丧偶儿媳或者丧偶女婿。孙子女、外孙子女等直系晚辈血亲以及兄弟姐妹的子女作为代位继承人，也属于法定继承人，是代位继承的法定继承人。

2.遗嘱继承人

遗嘱继承人，是指在遗嘱继承中存在的，按照被继承人生前设立

的合法、有效的遗嘱指定，而有权承受遗产的继承人。有学者认为：“遗嘱继承人的继承权不是来自法律的直接规定，而是来自被继承人依照法律规定所设立的遗嘱。因此，遗嘱继承人是由被继承人的意志决定的。”^[1]这种说法也没有错误，不过，遗嘱继承人虽然表现为通过被继承人的遗嘱取得继承权，但是，还是与法律规定存在重要联系。因为根据民法典继承编的规定，被继承人只能在法定继承人范围之内指定遗嘱继承人，所以，遗嘱继承人的继承权离不开法律规定，必须以法律规定的法定继承人范围为基础。超出这一范围，接受遗产的人就不再是遗嘱继承人，而是受遗赠人。所以，遗嘱继承人的继承权应当是由法律和被继承人共同决定的。

在我国，遗嘱继承人只能是法定继承人范围之内的人，亦即遗嘱人只能指定法定继承人中的一人或数人为遗嘱继承人；法定继承人以外的人（不论是自然人、法人或者非法人组织）只能成为受遗赠人，不能成为遗嘱继承人。遗嘱继承人依据被继承人的遗嘱继承遗产，不受原来的法定继承顺序的限制。

（三）继承能力

1. 继承能力的概念

继承能力，也称继承权利能力，是指能够享有继承权的法律资格，亦即作为继承人的资格。

继承能力与民事权利能力紧密相连，是民事权利能力的一项内容。自然人自出生开始到死亡为止，都具有民事权利能力，因而具有继承能力，即继承人的继承能力只与自然人的生命相联系，与其他因素没有关系。^[2]继承能力与自然人年龄、智力等状况无关，不因当事人的民事行为能力状态不同而不同。

继承能力与继承权既存在紧密的联系，也存在本质区别。继承能力是法律赋予的享有继承权的资格，是当事人享有和取得继承权的前提条件。只有具备继承能力的人，才能成为继承人，享有继承权；不具备继承能力的人，不能成为继承人，不得享有继承权。但是，继承能力仅仅是一种资格，继承权是一种独立的权利，两者不能等同，即使是继承期待权含义上的继承权，与继承能力也是不同的。因为继承期待权含义上的继承权会因法定事由的发生而丧失，但是，继承人丧失继承期待权只是对特定被继承人继承期待权的丧失，并不丧失对其他被继承人的继承期待权，并不丧失继承能力。继承能力不同于继承权，任何人不得非法剥夺，当事人自己也不得放弃。

2.继承能力的确定

继承自被继承人死亡时开始，被继承人的遗产自继承开始时转移于继承人。因此，只有在被继承人死亡时，即继承开始时生存的自然人的，才能享有继承权，继承被继承人的遗产。在继承开始时已经死亡的人，其法律人格消灭，继承能力不复存在，因而不能成为继承人，不享有继承权。

继承人于继承开始时应为生存之人，这一原则被称为同时存在原则。同时存在，是指在继承开始时，继承人已经出生且尚生存。不论是法定继承还是遗嘱继承，在继承开始时的生存者才有继承能力，只有有继承能力的继承人才得实际享有继承权。这一原则为现代各国的立法所接受。

死亡包括自然死亡和宣告死亡。宣告失踪不同于宣告死亡，于继承开始时被宣告失踪的继承人也具有继承能力，不得否认其继承权的享有。

3.胎儿的继承能力

胎儿享有部分民事权利能力，《民法典》第16条已经作出了规定，其中就包括胎儿具有部分继承能力。

胎儿的继承能力是与胎儿的权利能力结合在一起的，只有具备了权利能力，才能具备继承能力。《民法典》第16条规定：“涉及遗产继承、接受赠与等胎儿利益保护的，胎儿视为具有民事权利能力。但是，胎儿娩出时为死体的，其民事权利能力自始不存在。”胎儿具有准人格，即其民事权利能力受到限制。^[3]在其尚未出生时，其因具有准人格，但是尚未具备完整的人格，故还不能继承，而是由他人为其保留应继份；在其出生后，其民事权利能力受到限制的部分已经解除限制，其具备了完全的民事权利能力，就可以行使继承权，继承遗产了。如果胎儿是死体娩出的，则其受到限制的那一部分民事权利能力消灭，视为自始不存在，其不具有继承能力，保留的遗产份额应当按照法定继承处理。

于继承开始后，利用人工生殖技术用被继承人生前保留的精子受孕的胎儿在活着出生后，可否继承被继承人的遗产，这是当代生殖技术带来的新问题。^[4]法律应当因应社会发展，对不违反法律和伦理道德的新型生殖技术孕育、出生的胎儿，按照传统的母体孕育胎儿一样对待。

4.法人、非法人组织及国家的继承能力

在国外立法例上，对法人、非法人组织和国家的继承能力有不同的规定。根据我国民法典继承编的规定，只有自然人才可作为继承人，法人、非法人组织及国家都不具有继承能力。

二、继承权

（一）继承权概念

继承权，是指自然人按照被继承人所立的合法有效遗嘱或法律的直接规定而享有的继承被继承人财产的权利。

对继承权概念，应当从以下几个方面理解：第一，在继承权的主体方面，继承权只能是自然人享有的权利。^[5]第二，在取得根据方面，继承权是自然人依照合法有效的遗嘱或者法律的直接规定而享有的权利。第三，继承权的客体是被继承人的财产权利。继承权具有财产性，其客体只能是财产，而不能是被继承人的身份或者其他人身利益。

（二）继承权与受遗赠权、酌情分得遗产权的关系

1.继承权与受遗赠权的关系

受遗赠权，是指法定继承人之外的自然人、法人、非法人组织或者国家、集体组织享有的接受被继承人生前在遗嘱中所遗赠的财产的权利。

受遗赠权与继承权有共同之处：第一，两者都是从被继承人处取得遗产的，而且受遗赠权人与遗嘱继承权人所取得的遗产份额都依据遗嘱的指定；第二，继承权丧失的事由也大多准用于受遗赠权的丧失；第三，有关遗嘱继承权的一些规定同受遗赠权的相同，比如两者都通过遗嘱获得权利；第四，在对权利的保护上，受遗赠权与继承权的保护期限相同。

但是，受遗赠权与继承权是两种不同的权利：第一，权利主体不同，继承权的主体，无论是法定继承权还是遗嘱继承权，都必须是在法定继承人范围之内的人，而受遗赠权的主体则是在国家、集体或法定继承人范围之外的人；第二，适用范围不同，继承权既适用于法定继承，也适用于遗嘱继承，但受遗赠权存在于遗嘱继承中；第三，对权利的接受和放弃方式不同，我国民法典继承编规定，继承开始后，

遗产分割前，继承人未明确表示放弃继承权的，视为接受继承，而在继承开始60日内，受遗赠权人未对被继承人的遗赠表示接受的，视为放弃受遗赠权。

2. 继承权与酌情分得遗产权的关系

民法典继承编还规定了酌情分得遗产的规则。能够分得适当遗产的权利，称为酌情分得遗产权。酌情分得遗产权既不属于继承权，也不属于受遗赠权，是我国法定继承制度中的一项独特的权利。^[6]

继承权与酌情分得遗产权相比，区别在于：第一，继承权既存在于法定继承中，也存在于遗嘱继承中，而酌情分得遗产权只在法定继承中才会存在。继承权的权利主体是在法定继承人范围之内的人，而酌情分得遗产权的主体具有特定性，仅限于在法定继承人之外的与死者生前形成某种扶养关系的人。第二，酌情分得遗产的份额同继承人中法定继承人的份额也不同，可以少于法定继承人的继承份额，也可以等于甚至高于法定继承人的继承份额。

（三）继承权的性质

对于继承权的性质，学界存在分歧，主要有以下几种学说。

1. 物权说

物权说认为，继承权为一种物权，具有排他性，当继承人继承被继承人遗产的权利受到他人侵害时，享有类似物权请求权性质的继承回复请求权。但是，排他性并非物权所独具，人格权、知识产权等绝对权也具有排他性，所以不能根据排他性就认定继承权为物权的一种。此外，继承回复请求权与物权请求权也不同，继承回复请求权以继承权为基础，目的在于回复到继承开始时财产继承关系的最初状态。因而，物权说为大多数国家所不取。

2. 财产取得方式说

法国法将继承编与生前赠与、契约等编并列，放入财产取得卷。还有的国家将继承和遗嘱作为所有权的取得方式加以规定，列入物权编，如阿尔及利亚。将继承仅仅界定为财产的取得方式之一，并将其列入债权编或物权编，都不妥当。因为继承权是一项独立的民事权利，不仅是财产的转移，还涉及被继承人和继承人的身份关系等问题。

3. 权利说

权利说主张，继承权是一种选择权，即本于继承权，可以选择接受继承、放弃继承、无条件接受继承或限定接受继承的权利。这种意见说明了继承权的一些特点，但继承权的最终目的不在于这些选择，而在于对被继承人财产权利的承受。

4.法律地位说

法律地位说认为，继承权的性质是继承人得接替被继承人财产法上的权利义务的一种资格或法律地位。^[7]这种资格或地位的具体内容是在继承开始后，在法定期间内继承人享有继承选择权，即基于自己的法律地位得选择接受或放弃继承，并且继承人的选择可确定继承人的法律地位。继承权作为一项权利，并不主要体现在资格或地位，关键在于权利。

5.独立权利说

独立权利说将继承权视为一项独立的民事权利，因为从权利和义务的分类上，继承权就是一种民事权利，继承人可以基于自身的权利请求为某项事项，例如，接受或放弃继承，请求遗产分割，享有继承回复请求权等。继承权不同于物权、债权，是一项独立的民事权利，因为继承权具有自身的特性，无法为其他性质的权利所包容。

我国民法典采独立权利说，《民法典》第124条确认继承权就是一种民事权利，是独立的民事权利。

（四）继承权的两种含义

继承权在不同的场合具有两种不同含义，有学者称之为客观意义上的继承权与主观意义上的继承权^[8]，也有学者将其称为继承期待权与继承既得权。^[9]

从权利的分类来看，根据权利的成立要件是否全部实现，权利可以分为既得权与期待权。既得权是指成立要件已经全部实现的权利；而期待权是指成立要件尚未全部实现，将来有可能实现的权利。对继承权进行分析，可以发现，在被继承人死亡之前，继承人所享有的继承权，由于被继承人死亡的法律事实尚未发生，只是一种期待权；而在继承人死亡之后，继承人所享有的继承权为一种既得权，成为一种现实的权利。将继承权蕴含的两种含义称为继承期待权与继承既得权，是比较准确的，且通俗易懂。

1.继承期待权

继承期待权，是指继承开始前继承人的法律地位，指的是自然人依照法律的规定或者遗嘱的指定，继承被继承人遗产的资格。本条规定的“继承权”，主要是继承期待权。继承期待权虽然不是一种现实的权利，但是非常重要，是继承既得权的基础和前提。因为只有享有继承期待权的继承人，在被继承人死亡后，才可能享有继承既得权，不享有继承期待权的人，即使是在被继承人死亡后，也不能享有继承既得权。

继承期待权，是基于法律的规定或者遗嘱的指定发生的，是不以继承人的主观意志为转移的。法定继承人的继承期待权来自法律规定的特定亲属身份关系，如子女自出生时起，就取得对父母的继承期待权；妻子自结婚时起，就取得对丈夫的继承期待权。遗嘱继承人的继承期待权来自有效的遗嘱指定，遗嘱指定的继承人也只能是在法定继承人范围之内的人。因此，继承人都是由法律规定的。法律对法定继承人范围的规定，是以继承人与被继承人之间存在的一定的亲属身份关系为根据的，继承期待权是法律基于自然人的一定身份（如配偶、子女、父母等）而赋予自然人的。可见，继承人之所以具有成为继承人的资格，是以其与被继承人的亲属身份关系为前提的，是基于其与被继承人之间的身份关系而当然发生的。继承期待权的意义也仅是赋予继承人取得被继承人遗产的资格，保障继承人可以取得被继承人的遗产，而不是让继承人取得被继承人的某种人身利益；它也并非只要具备特定的身份（如子女）就必然享有、不会丧失的权利，也有可能因法律规定的事由的发生而被剥夺（丧失）。

继承期待权实际上只是继承人将来可参与遗产继承的客观的、现实的可能性。继承期待权的主体即继承人，对于被继承人的财产并不享有任何权利。继承人的继承期待权因继承人顺序不同，所以效力强弱不同，而且该效力会因先顺序或同一顺序的继承人的出现而全部或一部分消失。比如，当被继承人没有第一顺序继承人时，其兄弟姐妹、祖父母、外祖父母都有继承权，但是，如果被继承人死亡前收养一子，则其兄弟姐妹、祖父母、外祖父母的继承权都落空。这种因为收养、结婚等使继承人的期待地位下降的情况，不能认为是对继承权的侵害。^[10]

2. 继承既得权

继承既得权，是指继承人在继承法律关系中实际享有的继承被继承人遗产的具体权利，是一项现实的权利。只有在被继承人死亡并留有遗产，且继承人具有参与继承的权利时，继承人才能参与继承法律关系而享有继承既得权。所以，继承期待权转化为继承既得权，必须具备三个条件：第一，被继承人死亡；第二，被继承人留有遗产；第

三，继承人未丧失继承权。缺少其中任何一个条件，继承期待权就不能转化为继承既得权。

继承既得权是独立的民事权利。同继承期待权相比，继承既得权的最大不同在于它是一项现实的权利，具有权利的完整性：（1）继承既得权是继承人对遗产的权利，继承人享有请求分割遗产的权利，可以参与遗产的管理等活动，而继承期待权的继承人对被继承人的财产则不享有权利，不能请求分割；（2）继承人在取得继承既得权后，可以选择接受或放弃，行使自己的权利，而继承期待权的继承人不能放弃继承期待权，即使表示放弃也无效；（3）享有继承既得权的继承人，实际参加继承，在继承法律关系中享受权利，承担一定的义务，而享有继承期待权的继承人，享有的仅仅是一种期待的权利，是被推定为将来有继承被继承人财产的希望。

当然，继承既得权与继承期待权虽然存在一些区别，但是都属于继承权的范畴，只不过是继承权的两种含义而已。

关于继承既得权的性质，有学者认为是身份权而非财产权^[11]，有学者认为继承既得权也有社员权的性质。^[12]虽然继承既得权专属于有一定身份的人，但是，这不能代表继承既得权就是身份权，继承既得权以对遗产的取得为核心，其财产权属性至为明显。

三、继承编对继承权的保护

民法典继承编对继承权的保护，有两种方法，一是继承回复请求权，二是侵权请求权。

1. 保护继承权请求权的两个系统

民法对民事权利的保护，是通过请求权的方法实现的。

保护民事权利的请求权包含两个系统，即原权利的保护请求权和侵权请求权。原权利的保护请求权是民事权利固有的保护请求权；侵权请求权是基于权利被侵害、依照侵权法的规定而产生的权利保护请求权。原权利的保护请求权是民事权利本身固有的保护请求权，随着原权利的产生而产生，随着原权利的消灭而消灭。在继承法领域，这种原权利的保护请求权就是继承回复请求权。侵权请求权，则是基于权利被侵害而发生的权利保护请求权。这种权利不是原权利本身的权利内容，而是基于侵权法的规定，在侵权行为发生后产生的新的请求权，是基于原权利的损害而新生的权利，也称次生请求权，例如遗产

被侵害造成继承权的损失而产生的侵权请求权。

继承权的权利保护请求权系统，也是由原权利的保护请求权和侵权请求权构成的严密的民事权利保护系统，担负着民事权利的保护职责。这一系统中的二者缺一不可，必须同时存在，才能担负起保护民事权利的重任。^[13]继承权回复请求权属于原权利的保护请求权的一种，与物权请求权、人格权请求权和身份权请求权相并列，不属于侵权请求权的范畴。

2. 继承回复请求权与侵权请求权

继承回复请求权又称继承恢复请求权，是指在发生继承权侵害情形时，真正继承人享有的请求侵害人或者通过法院诉讼程序，将自己的权利回复到继承开始时状态的权利。

继承权能否成为侵权行为的客体，有不同的主张。肯定说认为，继承权兼具身份权与财产权双重性格，认为继承权的侵害因非继承人的第三人僭称为继承人而发生。^[14]史尚宽认为，德国、瑞士、法国、日本立法或学说上认为得对于非继承人故意或过失占有遗产时，构成侵权行为^[15]，侵害继承权不仅要求非继承人之第三人僭称为继承人而发生，还须继承人实际行使继承人之权利，达到自己为继承人之状态才行，因此，继承权为侵权行为法保护的客体。^[16]否定说认为，由于侵害继承权总是表现为对遗产的侵害，而对遗产侵害的救济采用的是行使继承回复请求权，继承回复请求权之诉为确认之诉与给付之诉的结合，这些非为侵权之诉所能包括；因此，继承权不可能成为侵权行为的客体，不法行为人所侵害的不是继承人的继承权而是财产所有权。^[17]

继承权作为一项独立的民事权利，可以成为侵权行为的客体，《民法典》第1165条第2款明文予以规定。在继承权受侵害时，对于侵害继承权而导致的损害进行侵权责任救济，于法有据。继承回复请求权是继承法特有的救济制度，具有侵权请求权所不具备的功能，可以通过概括性的请求恢复至继承开始时的状态；而侵权请求权仅仅可以进行个别性的救济。因此，继承回复请求权可起到侵权损害赔偿请求权的作用，而侵权损害赔偿请求权的作用却不能代替继承回复请求权的作用。这正是民事权利保护请求权体系设置两个请求权体系的意义之所在。

3. 继承回复请求权与侵权请求权的保护方法

继承回复请求权的保护方法是：第一，继承人可以向任何根据实

际上并不存在的继承权而已从遗产中取得财物的人（遗产占有人），请求其返还已取得的财物；第二，行使请求权的继承人以证明其所请求各个之物于被继承人死亡时属于被继承人之直接或间接占有的事实为已足，无须证明被继承人对于其占有之物有所有权或其他权利；第三，原告为继承人，被告除了是继承财产的占有人之外，还包括承受遗产的第三人。

侵权请求权的保护方法是：继承人以外的任何人侵害继承人的继承权，造成继承权损害，且具备违法行为、继承权损害的后果，以及因果关系要件和过错要件的，应当承担侵权责任。

法律适用中应注意的问题

本条在法律适用中，最主要的问题是确定继承权的两种形态和两种保护方法。

继承权包括继承期待权和继承既得权，两种形态的继承权的界分时间在继承开始之时。在继承开始之前，继承权呈期待权形态，在继承开始之后，继承权呈既得权形态。继承期待权尽管是期待权，但是，可以因法定事由被剥夺或者丧失。

继承权的两种保护方式，实际上是有一定分工的。继承人之间相互侵害继承权的，应当适用继承回复请求权，使被继承人的遗产恢复原状，重新按照继承规则进行继承，使继承回复请求权人的继承权得到回复。他人侵害继承人的继承权的，可以适用侵权请求权，确认此为侵权行为，使侵权人承担侵权责任，救济继承权人的继承权损害。

案例链接

宋某和与宋某健遗嘱继承纠纷案^[18]

基本案情

原、被告系亲兄弟，另还有亲兄弟姐妹四人，原、被告的母亲、父亲分别于2017年3月29日、7月30日去世，去世后，其二人骨灰盒存放在骨灰存放厅。原、被告兄弟姐妹六人对父母的安葬地意见不一致。原告陈述，原告、大姐、三弟同意回老家安葬，被告、三妹同意在外买墓地，二姐没有表态。原告提交录像、宋某常证词，证明2014年10月6日上午，其父母回老家磁窑镇李家院村选墓地，原告、三弟及同姓兄弟宋某常选择的墓地是

宋某常的承包地，其父亲同意在该地方安葬。被告陈述，其母亲去世后，其父亲说等他去世后一起安葬在兖州区吴村公墓，这是在原告家住的时候向原告和原告女朋友说的。其父亲去世后，原告和兄弟姐妹就安葬地点发生争执，被告、二姐、三妹按照父亲遗愿，认为安葬地在兖州区吴村公墓。2018年7月28日，被告和三妹在兖州区吴村公墓安葬了父母，其他兄弟姐妹没有参加葬礼。原告认为，本案起诉要求的权益不包括任何财产，与法院受理的继承案件无关。

原告于2018年8月29日向法院起诉，要求确认父母临终的遗愿管理权归原告所有。法院发出起诉材料补正告知书，询问原告“遗愿管理权”为何种权利，原告回复称，父母临终遗愿管理权归原告所有，属于遗嘱继承纠纷。

法院判决

法院认为，人民法院受理公民之间、法人之间、其他组织之间以及他们相互之间因财产关系和人身关系提起的民事诉讼。继承法立法目的，为保护公民的私有财产的继承权。遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产，包括：公民的收入；公民的房屋、储蓄和生活用品；公民的林木、牲畜和家禽；公民的文物、图书资料；法律允许公民所有的生产资料；公民的著作权、专利权中的财产权利；公民的其他合法财产。原告要求的遗愿管理权既不属于财产关系，也不属于人身关系，不属于人民法院受理的民事诉讼。据此，法院判决驳回原告的诉讼请求。

注释：

[1]郭明瑞，等.继承法.2版.北京：法律出版社，2004：51.

[2]张玉敏.继承法律制度研究.北京：法律出版社，1999：24.

[3]刘召成.准人格研究.北京：法律出版社，2012：187.

[4]郭明瑞，等.继承法.2版.北京：法律出版社，2004：53.

[5]值得注意的是，在国外立法例上，有些国家明文规定法人、国家可以成为继承权的主体，采此立法例的有法国、德国、瑞士等。如《德国民法典》第1936条（国库的法定继承权）规定：“（1）在继承开始时，被继承人没有血亲，也没有同性生活伴侣，也没有配偶的，被继承人死亡时所隶属的邦的国库是法定继承人。被继承人隶属于两个以上的邦的，其中每一个邦的国库有资格按等份继承。（2）被继承人不隶属

于任何邦的德国人的，帝国国库是法定继承人。”

[6]刘文.继承法比较研究.北京：中国人民公安大学出版社，2004：33.

[7]张玉敏.继承法律制度研究.北京：法律出版社，1999：54.

[8]刘素萍.继承法.北京：中国人民大学出版社，1988：135-136；郭明瑞，房绍坤.继承法.2版.北京：法律出版社，2004：56-61.

[9]张玉敏.继承法律制度研究.北京：法律出版社，1999：50-53；刘文.继承法比较研究.北京：中国人民公安大学出版社，2004：26-29.

[10]郭明瑞，等.继承法研究.北京：中国人民大学出版社，2003：16-17.

[11]杨与龄.民法概要.北京：中国政法大学出版社，2002：369.

[12]郭明瑞，等.继承法研究.北京：中国人民大学出版社，2003：20.

[13]杨立新，等.论民事权利保护的请求权体系及其内部关系.河南省政法管理干部学院学报，2005（4）.

[14]王泽鉴.侵权责任法：第4册.北京：中国政法大学出版社，2001：147.

[15]史尚宽.继承法论.北京：中国政法大学出版社，2000：127-128.

[16]史尚宽.债法总论.北京：中国政法大学出版社，2000：159.

[17]马俊驹，等.民法原论：下册.北京：法律出版社，1998：990.

[18]山东省曲阜市人民法院（2018）鲁0881民初3189号民事裁定书。

第一千一百二十一条

继承从被继承人死亡时开始。

相互有继承关系的数人在同一事件中死亡，难以确定死亡时间的，推定没有其他继承人的人先死亡。都有其他继承人，辈份不同的，推定长辈先死亡；辈份相同的，推定同时死亡，相互不发生继承。

条文对照

第二条 继承从被继承人死亡时开始。

本条主旨

本条是对继承开始的时间和对数人在同一事件中死亡时间推定的规定。

条文详解

这一条文是对继承开始时间的规定，第1款与原《继承法》第1条规定的内容相同，第2款是增加的新规则，即相互有继承关系的数人在同一事件中死亡的，推定死亡时间的先后顺序。

一、继承开始时间

继承开始时间，是被继承人死亡的时间。对继承开始时间的确定，实际上是对被继承人死亡时间的确定。

对被继承人死亡时间的确定包括自然死亡时间的确定和宣告死亡时间的确定两种情形。

（一）自然死亡时间的确定

自然死亡又称生理死亡，是指自然人生命的终结。如何认定生理死亡的时间，历来有种种不同学说，如脉搏停止说、心脏搏动停止

说、呼吸停止说等。随着现代医学的发展，移植器官的医学技术不断完善，学界又普遍提出了脑死亡说。当前，在我国司法实践中，还是以呼吸停止和心脏搏动停止为生理死亡的时间。

具体的继承开始时间，应当依照《民法典》第15条规定来确定：一是医院出具的死亡证书中记载自然人死亡时间的，以死亡证书中记载的时间为准。二是没有死亡证明的，以户籍登记或者其他有效身份登记记载的时间为准。三是有其他证据足以推翻记载时间的，以该证据证明的时间为准。

（二）宣告死亡时间的确定

关于宣告死亡的时间应当如何确定，最高人民法院曾经在《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第1条中规定，失踪人被宣告死亡的，以法院判决中确定的失踪人的死亡日期为继承开始的时间，即人民法院宣告死亡判决确定的失踪人死亡的时间，就是失踪人的死亡时间。按照最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第36条规定，被宣告死亡的人，判决宣告之日为其死亡的日期。究竟是以哪一个时间作为宣告死亡的时间，有的学者将两者折中为：人民法院宣告判决中确定的失踪人的死亡日期，视为失踪人的死亡日期。判决中没有确定其死亡日期的，则以判决生效的日期为失踪人的死亡日期。^[1]两个司法解释虽然都是最高人民法院作出的，但是作出的先后时间不同，《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》公布的时间在后，根据该司法解释第200条规定：“最高人民法院以前的有关规定，与民法通则和本意见抵触的，各级人民法院今后在审理一、二审民事、经济纠纷案件中不再适用。”所以，应当按照最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第36条来确定宣告死亡的时间，即以判决宣告之日为失踪人死亡的时间。如果在判决中已经确定了失踪人死亡时间，应当以判决书确定的死亡时间为宣告死亡之人的死亡时间。

对此，《民法典》第48条规定：“被宣告死亡的人，人民法院宣告死亡的判决作出之日视为其死亡的日期；因意外事件下落不明宣告死亡的，意外事件发生之日视为其死亡的日期。”对于宣告死亡的被继承人的继承开始时间，应当按照这一规定确定，即以宣告死亡的判决书作出之日为继承开始之日；如果是因意外事件下落不明宣告死亡的，不适用这一规定，而以意外事件发生之日为继承开始的时间。

二、互有继承权的人在同一事件中死亡的时间确定

两个以上互有继承权的人在同一事件中死亡，如果不能确定死亡先后时间的，各死亡人的死亡时间如何确定，直接影响到继承人的利益。对此，各国立法采取的方法主要有三种立法例。

一是死亡在后和死亡在先相结合的推定制。罗马法规定，数人同时遇难而不能确定死亡先后的，推定成熟子女后于父母而死亡，未成熟子女先于父母而死亡。

二是同时死亡推定制。日本、瑞士、德国民法和我国台湾地区“民法”等采取这种立法例。《日本民法典》第32条之二规定：“数人死亡之情形，不能辨明其中一人于他人死亡后仍生存时，推定此等人同时死亡。”《瑞士民法典》第32条第2项规定：“数人死亡，如不能证明他们死亡的先后顺序，则推定为同时死亡。”

三是死亡在后推定制（生存推定制）。英国、法国民法采取这种立法例。英国1925年《财产法法案》第184条规定：两人同时遇难，不能确定谁先死亡的，年轻者视作较年长者后死亡。法国是采取死亡在后推定制的典范。在同一事件的死亡者之中，有的属于15岁以下，其他的属于15岁以上60岁以下，或者有的属于15岁以上60岁以下，其他的属于60岁以上的，应当如何推定，《法国民法典》没有明文规定。判例认为，应当推定15岁以上60岁以下的人后死亡。^[2]

对此，我国最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》曾经作出过解释，确定了死亡在先和同时死亡相结合的推定制。该司法解释第2条规定：“相互有继承关系的几个人在同一事件中死亡，如不能确定死亡先后时间的，推定没有继承人的人先死亡。死亡人各自都有继承人的，如几个死亡人辈分不同，推定长辈先死亡；几个死亡人辈分相同，推定同时死亡，彼此不发生继承，由他们各自的继承人分别继承。”确定的规则是，对没有继承人的死亡人和身为长辈的死亡人（各死亡人都有继承人）实行的是死亡在先推定制；而对同辈的死亡人（各自都有继承人）实行的则是同时死亡推定制。

死亡在先和同时死亡相结合的推定制体现了两个原则：一是保护继承人利益，二是遵循自然法则。保护继承人利益原则体现了继承法的保护公民继承权的基本宗旨，是可取的；遵循自然法则原则从人的生理角度确定死亡人的死亡先后，亦有道理。但是，如果对自然法则机械地进行适用，将会产生有违自然法则的后果。如老年长辈与壮年晚辈同时遇难，推定长辈先死亡，完全符合自然法则；但是，如果壮年长辈与幼年晚辈同时遇难，同样推定长辈先死亡，就违背了自然法则，其最终结果是损害了某些继承人的继承利益。

本条第2款规定的规则，是十分重要的新规则。因为两个以上相互有继承权的人在同一事故中死亡的，如果不能确定死亡的先后时间，就无法确定继承怎样进行，所以如何确定在同一事件中死亡的各项死亡人的死亡时间，直接影响到各自继承人的利益。最高人民法院的上述司法解释在实践中反复适用，证明这个规则是适当的。因此，本条第2款采纳了这个规则。

推定相互有继承关系的数人在同一事件中死亡的先后顺序规则的要点对如下。

第一，相互有继承关系的数人在同一事件中死亡，难以确定死亡时间的，推定没有其他继承人的人先死亡。这样推定的好处是，虽然同时死亡的死亡者相互有继承关系，但是，如果没有其他继承人的人是先死亡的人，那么，他因为没有继承人，又是先死亡者，即在继承关系发生前死亡，所以不发生继承，这就使继承关系简化，即只有后死亡者发生继承。由于后死亡者也已经死亡，因而他的继承人可以继承他的遗产。

第二，都有其他继承人，辈分不同的，推定长辈先死亡；辈分相同的，推定同时死亡，相互不发生继承。相互有继承关系的数人在同一事件中死亡，都有其他继承人的，首先，如果他们的辈分不同，推定长辈先死亡，晚辈后死亡，因而存在正常的继承关系，即长辈先死亡，同一事件中死亡的晚辈就可以继承其遗产，而晚辈也死亡了，就由他的其他继承人继承他的遗产。其次，如果同一事件中死亡的人辈分相同，则推定他们同时死亡，因而使他们相互之间不发生继承关系，他们的遗产由他们各自的继承人分别继承。

至于在同一事件中数人死亡，相互之间没有继承关系的，则不发生上述问题。如果在同一事件中数人死亡，能够确定死亡的先后顺序，也不适用上述规则，按照各自的死亡顺序确定继承关系。

法律适用中应注意的问题

在宣告死亡中，对于《民法典》第48条关于“人民法院宣告死亡的判决作出之日视为其死亡的日期”规定中的“判决作出之日”，应当如何理解，有不同看法。判决作出之日，有可能是判决书作出之日，有可能是合议庭确定判决之日，也可能是宣判之日，还可能是判决送达之日。立法机关的工作人员认为，最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第36条规定，“被宣告死亡的人，判决宣告之日为其死亡的日期”，这一司法解释施行多年，如无重大理由，立

法应当保持实务操作的延续性。而且人民法院宣告死亡的判决具有很强的宣示性，易被接受。另外，很多情况是利害关系人多年之后才申请宣告死亡，这时，如果将被宣告死亡的时间推定为多年以前，物是人非，可能给相关法律关系带来不必要的扰动。因此，《民法典》第48条规定，被宣告死亡的人，人民法院宣告死亡的判决作出之日视为其死亡的日期。^[3]这样的解释顺理成章，应当以将“判决作出之日”确定为判决宣告之日为妥，即宣告死亡人的死亡时间为宣告死亡判决书的宣告之日，为继承开始的时间。

案例链接

罗某一、罗某二等法定继承纠纷再审案^[4]

基本案情

1979年2月28日，本案被继承人罗某声病故。罗某一、罗某三、罗某二、罗某七、罗某五、罗某四、罗某六、吴某、罗某八、罗某九、曾某均为罗某声遗产的法定继承人。农历某年某月初一，由曾某胞弟曾某汶执笔书写一份《立约字》，载明：今有兄弟罗某五、罗某四、罗某三、罗某椿、罗某二、罗某七分祖业，罗某声父亲遗下固定财产有城厢镇房屋一座、梧塘横街房屋三座，城厢镇古楼前一座房屋，分给罗某七掌管，任何人不得干涉，但罗某七以后结婚的一切费用由已结婚的兄弟平均负担。梧塘横街三座房屋的店面分别分予罗某四等三人，店面的后段分别分予罗某六等三人，罗某五的一份财产由继承香火的罗某二掌管，任何人不得干涉。该《立约字》落款有罗某五、罗某四、罗某椿、罗某三、罗某二、罗某七的签名及按指印。2005年9月12日，罗某一向一审法院起诉罗某三、罗某五、罗某四、罗某椿、罗某二，请求判令罗某一继承罗某声的遗产。在该案审理中，罗某一明确其诉讼请求为要求确认其继承人身份，而不要求继承分割遗产。该案经一、二审历次审理后，一审法院判决确认罗某一为被继承人罗某声的法定继承人之一。

嗣后，罗某一向一审法院提起诉讼，请求：（1）确认被继承人罗某声遗产中的房产属于罗某一与一审被告按份共有，罗某一应得份额为遗产的1/9即全部产权的1/18；（2）判决福建省莆田市荔城区××路××号店房自2013年6月起的租金的一半由罗某声的法定继承人平均分配，罗某一应得1/9；（3）判决罗某三将福建省莆田市荔城区××路××号店房租金中罗某一应得的部分返还给罗某一（约25万元）。

法院判决

二审法院认为，罗某一在一审诉讼请求中，虽有请求确认其对被继承人罗某声的遗产享有共有权的表述，但是其请求分割罗某声遗产以及对遗产经营收入请求分配和返还，这实质上仍是请求继承被继承人罗某声的遗产。一审判决认定本案为继承纠纷，适用法律并无不当。

《继承法》第8条规定：“继承权纠纷提起诉讼的期限为二年，自继承人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。但是，自继承开始之日起超过二十年的，不得再提起诉讼。”本案中，被继承人罗某声于1979年2月28日病故，依据《继承法》第2条的规定，“继承从被继承人死亡时开始”，本案继承开始之日应为1979年2月28日，而罗某一于2005年9月才向一审法院提起继承纠纷诉讼，已经超过了法律规定的20年最长诉讼时效期间。据此，一审判决认定罗某一请求继承分割遗产已超过诉讼时效，其权利不受法律保护，并无不当。故一审法院判决驳回罗某一的诉讼请求适用法律正确，对其再审申请予以驳回。

注释：

[1] 佟柔.中国民法.北京：法律出版社，1990：83.

[2] 史尚宽.民法总论.北京：中国政法大学出版社，2000：91.

[3] 张荣顺.中华人民共和国民法总则解读.北京：中国法制出版社，2017：142.

[4] 最高人民法院（2017）最高法民申2176号民事裁定书。

第一千一百二十二条

遗产是自然人死亡时遗留的个人合法财产。

依照法律规定或者根据其性质不得继承的遗产，不得继承。

条文对照

第三条 遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产，包括：

- （一）公民的收入；
- （二）公民的房屋、储蓄和生活用品；
- （三）公民的林木、牲畜和家禽；
- （四）公民的文物、图书资料；
- （五）法律允许公民所有的生产资料；
- （六）公民的著作权、专利权中的财产权利；
- （七）公民的其他合法财产。

第四条 个人承包应得的个人收益，依照本法规定继承。个人承包，依照法律允许由继承人继续承包的，按照承包合同办理。

本条主旨

本条是对遗产范围的规定。

条文详解

这一条文是对原《继承法》第3条和第4条关于遗产范围规定作出的重大修改，即由过去立法对遗产范围的“概括+列举”式立法模式，改变为“概括+排除”式的立法模式。

原《继承法》第3条的规定，是对遗产范围的列举式立法模式。这种对遗产范围的立法模式存在的最大缺陷，是列举不完全，因而必须加上一个兜底条款，即“公民的其他合法财产”。如果没有这个兜底条款，无论如何也不会将遗产范围列举穷尽。例如，在以往的有关继承法的讨论中，由于对遗产范围规定为列举式，就会出现诸如经济适用房、廉租房等是否为遗产的问题。而适用概括式的立法模式规定遗产范围，就不会存在这样的问题。例如，《德国民法典》第1922条规定：“因人之死亡（继承之开始），其财产（遗产）概括移转于其他一人或数人继承（继承人）。"^[1]其中所说的财产（遗产），就是遗产范围。

一、遗产的概念和特征

遗产，是继承法律关系的要素之一，是继承法律关系的客体，是继承人享有的继承权的标的。没有遗产就不存在继承法律关系。本条规定，遗产是在自然人死亡时遗留的个人合法财产，但是依照法律规定或者根据其性质不得继承的除外，这准确界定了遗产的范围。

这一概念包含四方面的意思：第一，遗产是自然人死亡时遗留下的财产，不是在自然人死亡时遗留下的财产不会成为遗产；第二，遗产是自然人的个人财产，不属于个人的财产不能成为遗产；第三，遗产是自然人的合法财产，不是自然人合法取得和合法享有的财产，不能成为遗产；第四，依照法律或者根据财产的性质不得被继承的财产，也不属于遗产。

对遗产的范围存在两种立法例：一种规定遗产包括两部分，即积极财产和消极财产，积极财产是指被继承人遗留下来的财产和财产权利，而消极财产是指被继承人的债务。德国、瑞士、日本等的立法采此立法例。另一种规定，遗产不包括债务，专指继承人、受遗赠人净得的财产和财产权利。英美法系采此立法例，在继承开始后先由信托人清偿债务，剩余的财产才是遗产。本条规定的遗产限于财产和财产权利，包括积极财产和消极财产。

遗产的法律特征如下。

第一，时间上的限定性。被继承人死亡的时间是划定遗产的特定时间界限。在被继承人死亡之前，该自然人具有民事权利能力，依法享有各种权利和承担各种义务，有权对自己的财产进行占有、使用、收益和处分，其他任何单位和个人均不得非法干涉。自然人死亡，不再有民事权利能力，不能享有权利和负担义务，所以，于该自然人死

亡时，其财产即转变为遗产。

第二，内容上的财产性。遗产只能是在自然人死亡时遗留的个人财产，因而具有财产性。虽然在学说上对遗产范围的认识存在分歧，但是，根据继承法的规定，遗产的范围仅仅包括被继承人遗留的财产和财产权利，而不包括诸如被继承人的姓名权、肖像权、名誉权、生命权、健康权等人身权利。因侵害自然人的人身权利致其死亡应当承担损害赔偿责任的，死者的继承人可以请求侵权人负责赔偿，所得到的损害赔偿金属于遗产（如死亡赔偿金等）。在某些人身权利上，在被继承人死亡后还会存在一定的财产利益，如因肖像权、隐私权等人格利益利用而产生的财产利益，对此，依照《民法典》第994条的规定，其近亲属作为保护人予以保护，但不能继承。

第三，范围上的限定性。遗产必须是在自然人死亡时遗留的个人财产，只有在被继承人生前属于其个人所有的财产，才能作为遗产。虽于被继承人生前为其占有，但是，不为被继承人所有的他人的财产，例如被继承人生前租赁、借用而于死亡时尚未返还的财产，不属于遗产；被继承人占有的、但是是与他人共有的财产，不属于被继承人的那一部分财产，也不属于遗产。自然人与他人共有的财产，如果是按份共有，则于该人死亡时，应将其份额从共有财产中分出，作为遗产；如果是共同共有，则原则上应将其潜在应有份额从共有财产中分出，作为遗产。

第四，性质上的合法性。自然人死亡时遗留下的财产，无论是积极财产还是消极财产，并非都是遗产，只有依法可以由自然人拥有的，并且被继承人有合法取得根据的财产，才为遗产。自然人没有合法根据而取得的财产，例如非法侵占国家的、集体的或者其他人的财产，不能作为遗产；依照法律规定或者根据其性质，不允许自然人个人所有的财产，也不能为遗产。

第五，处理上的流转性。遗产是要转由他人承受的在被继承人死亡时遗留的财产，因而必须具有流转性。反言之，虽为被继承人生前享有的财产权利和负担的财产义务，但是，因其具有专属性而不能转由他人承受的，也不能被列入遗产的范围。例如，以人身关系为基础的财产权利义务，以当事人的相互信任为前提的财产权利义务，一般都不能转让，不能作为遗产。

二、遗产的范围

对于遗产范围的界定，有不同的立法例：一是排除式，即仅规定

何种权利义务不能继承，将不能继承的财产权利义务排除出遗产范围，未被排除的权利义务可为遗产；二是列举式，即规定何种财产权利义务可以继承，列举出遗产包括的财产权利义务的范围，未被列举为遗产的财产权利义务不属于遗产；三是列举式与排除式相结合，既列举可为遗产的财产范围，又规定不能列入遗产的财产权利义务。^[2]

本条改变了原《继承法》对遗产范围采取的立法例，采用“概括+排除”式的立法模式规定遗产范围。这种立法模式具有立法优势，理由是，对遗产的列举是永远也无法列举全面的，即使加上兜底条款，也仍然会存在大量的疑问，在法律适用上也会存在不同看法；立法采取概括式的规定，将具体内容交由法官判断，即只要是被继承人的合法财产就是遗产，容易操作。至于有些财产在继承上受到限制，加上排除的条款即可。原《继承法》采取列举方式规定遗产范围，主要是为了宣示，通过适当列举遗产内容，既能够确定主要的遗产项目，又能够宣示主要的遗产范围，有利于群众掌握。相比之下，还是民法典继承编现在的立法模式更好。

按照本条规定，遗产的范围如下。

（一）自然人死亡时遗留的个人合法财产

自然人死亡时遗留的个人合法财产，都属于遗产。只要是属于个人的合法财产，在其死亡时，就全部转化为遗产。这样规定，就与《民法典》第124条第2款关于“自然人合法的私有财产，可以依法继承”的规定相一致。

按照这一规定，确定死者的遗产范围，不再按照列举的具体财产来确定，而以死者遗留的财产是不是个人合法财产作为标准，只要是符合这个标准要求的财产，就是遗产。判断的要素是：第一，是不是死者生前的财产；第二，是不是死者个人的财产；第三，是不是目前还存在的财产；第四，是不是合法所有的财产。如果这四个问题都得到了肯定回答，那么，被继承人遗留的这样的财产，就是遗产。

（二）依照法律规定或者根据其性质不得继承的财产不是遗产

不过，即使是上述四个问题都得到肯定回答的财产，也仍然要有所排除。要排除的，就是依照法律规定不得继承的财产和根据其性质不得继承的财产。

1.依照法律规定不得继承的财产，自然人可以依法取得和享有，但是，不得作为遗产继承，继承人要从事被继承人原来从事的事业，

应当重新申请并经主管部门核准，不能基于继承权而当然取得，例如国有资源的使用权。自然人可以依法取得和享有某些国有资源的使用权，如采矿权、海域使用权等。这些权利虽然从性质上说，都是用益物权，但因其取得须经特别程序，权利人不仅享有使用、收益的权利，同时也负有管理、保护和合理利用的义务。国有资源使用权是由特定人享有的，不得随意转让，不得作为遗产。享有国有资源使用权的自然人死亡后，继承人要从事被继承人原来从事的事业，须取得国有资源使用权的，应当重新申请，并经主管部门核准，不能基于继承权而当然取得。又如，自留山、自留地的继续经营权和使用权。自留山和自留地是指农村集体经济组织分配给农民个人使用的少量的土地和山坡地或山岭地，农民个人享有使用权，并且具有专属性。在现实农村生活中，农村集体经济组织对自留山、自留地都是按家庭人口、劳动能力，以农户为单位分配的，一般不作过多调整，以保持其稳定性。家庭个别成员死亡，并不妨碍农户其他成员对自留山、自留地的继续经营权和使用权。但是，这并不是继承，自留山、自留地的继续经营权和使用权不是遗产，只是家庭共同生活的人在继续经营和使用而已。

2. 根据其性质不得继承的财产，如与自然人人身不可分离的具有抚恤、救济性质的财产权利，如抚恤金、补助金、残疾补助金、救济金、最低生活保障金等的财产权利，专属于自然人个人，不能作为遗产由其继承人继承。遗产须有财产性，非财产性的权利不能作为遗产，例如，与被继承人人身密不可分的人身权利。这些财产权利专属于自然人个人，随着符合救济条件而享有该财产权利的自然人死亡而终止，不能转移，不能作为遗产由其继承人继承，继续领取。不过，该自然人生前已经根据此种权利而取得或应取得的部分，可以作为遗产继承。自然人因侵权行为而死亡的，虽然损害赔偿金作为遗产可以由其继承人予以继承，但损害赔偿中具有专属于特定人的具有救济性质的部分不得作为遗产，比如被扶养人生活费赔偿部分，应当作为个人财产直接给予需要扶养的未成年人或者丧失劳动能力又无其他生活来源的成年近亲属。

法律适用中应注意的问题

本条主要规范的是遗产范围。原《继承法》采取的是“概括+列举”式，既概括地规定遗产范围，又列举可为遗产的财产范围。本条改变了这种立法例，采取的是“概括+排除”式，在概括规定遗产是自然人死亡时遗留的个人合法财产之后，再规定依照法律规定或者根据其性质不得继承的财产除外。

在司法实践中适用本条，应当改变以前的观念。过去一提到

遗产范围，观念中反映的就是依照法律规定的财产进行“对号入座”，找到了相应财产目录的，就认定其为遗产，找不到的，再分析判断其是不是遗产，即按照法律规定的具体判断标准确定其是否为遗产。

按照本条的规定，首先，要依照遗产范围的概括性的判断标准，确认财产是否符合遗产的要求，凡是符合遗产要求的，就确认为遗产。其次，按照法律规定和根据财产的性质，确认其是否属于不得继承的财产，只要不属于这种财产，就是遗产。

应当看到的是，判断遗产范围适用排除方式，方法比较简单，内容比较精确，比较容易确认。在前文的列举中，将主要的依照法律规定不得继承和根据其性质不得继承的财产，基本上都列举了，范围并不宽。在判断时，一是看法律规定，二是看财产的性质，只要不属于不得继承的财产，就都是遗产，都可以被继承。例如，关于经济适用房是不是可以继承的财产，法律没有确定其为不得继承的财产，根据其性质，其也不属于不得继承的财产；存在的障碍是，经济适用房主要是未缴纳或者少缴纳了国有土地使用权的出让金的房产，那么，在补交了土地出让金之后，就能够排除其作为遗产的障碍，直接进行继承就可以了。

案例链接

李某祥诉李某梅继承权纠纷案^[3]

基本案情

被告李某梅与原告李某祥系姐弟关系。农村土地实行第一轮家庭承包经营时，原、被告及其父李某云、母周某香共同生活。当时，李某云家庭取得了6.68亩土地的承包经营权。此后，李某梅、李某祥相继结婚，并各自组建家庭。至1995年农村土地实行第二轮家庭承包经营时，当地农村集体经济组织对李某云家庭原有6.68亩土地的承包经营权进行了重新划分，李某祥家庭取得了1.8亩土地的承包经营权，李某梅家庭取得了3.34亩土地的承包经营权，李某云家庭取得了1.54亩土地的承包经营权，三个家庭均取得了相应的承包经营权证书。1998年2月，李某云将其承包的1.54亩土地流转给本村村民芮某宁经营，流转协议由李某梅代签。2004年11月3日和2005年4月4日，李某云、周某香夫妇相继去世。此后，李某云家庭原承包的1.54亩土地的流转收益被李某梅占有。李某祥向法院起诉，主张对该土地流转收益享有继承权，要求依法继承。

法院判决

人民法院经审理认为,《中华人民共和国农村土地承包法》(2002年)(以下简称《农村土地承包法》)第3条第2款规定,农村土地承包采取农村集体经济组织内部的家庭承包方式,不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地,可以采取招标、拍卖、公开协商等方式承包。因此,我国的农村土地承包经营权分为家庭承包和以其他方式承包两种类型。

以家庭承包方式实行农村土地承包经营,主要目的在于为农村集体经济组织的每一位成员提供基本的生活保障。依据《农村土地承包法》第15条的规定,家庭承包方式的农村土地承包经营权,其承包方是本集体经济组织的农户,其本质特征是以本集体经济组织内部的农户家庭为单位实行农村土地承包经营。因此,这种形式的农村土地承包经营权只能属于农户家庭,而不可能属于某一个家庭成员。《继承法》第3条规定,遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产。农村土地承包经营权不属于个人财产,故不发生继承问题。

家庭承包中的林地承包和针对“四荒”地的以其他方式的承包,由于土地性质特殊,投资周期长,见效慢,收益期间长,为维护承包合同的长期稳定性,保护承包方的利益,维护社会稳定,《农村土地承包法》第31条第2款、第50条规定,林地承包的承包人死亡,其继承人可以在承包期内继续承包。以其他方式承包的承包人死亡,在承包期内,其继承人也可以继续承包。但是,继承人继续承包并不等同于继承法所规定的继承。而对于除林地外的家庭承包,法律未授予继承人可以继续承包的权利。当承包农地的农户家庭中一人或几人死亡,承包经营仍然是以户为单位的,承包地仍由该农户的其他家庭成员继续承包经营;当承包经营农户家庭的成员全部死亡,由于承包经营权的取得是以集体成员权为基础的,该土地承包经营权归于消灭,农地应收归农村集体经济组织另行分配,不能由该农户家庭成员的继承人继续承包经营。否则,会对集体经济组织其他成员的权益造成损害,对农地的社会保障功能产生消极影响。

在本案中,讼争土地的承包经营权属于李某云家庭,系家庭承包方式的承包,且讼争土地并非林地,因此,李某云夫妇死亡后,讼争土地应收归当地农村集体经济组织另行分配,不能由李某云夫妇的继承人继续承包,更不能将讼争农地的承包权作为李某云夫妇的遗产处理。故判决驳回原告的诉讼请求,土地应由其所有权人即当地的集体经济组织予以收回。

注释：

[1]台湾大学法律学院、台大法学基金会.德国民法典.北京：北京大学出版社，2017：1393.

[2]郭明瑞，等.继承法.2版.北京：法律出版社，2004：86.

[3]江苏省南京市江宁区人民法院（2009）江宁民二初字第198号判决书。

第一千一百二十三条

继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。

条文对照

第五条 继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。

本条主旨

本条是对遗赠扶养协议、遗嘱继承和法定继承优先顺序的规定。

条文详解

《民法典》继承编规定的继承方式有法定继承、遗嘱继承，还包括遗赠和遗赠扶养协议。当在一个继承法律关系中，既存在法定继承，又存在遗嘱继承，以及遗赠和遗赠扶养协议时，应当怎样选择适用的法律，这是一个问题。本条规定就是解决这个问题的。

一、法定继承、遗嘱继承和遗赠、遗赠扶养协议的立法宗旨

（一）法定继承的立法宗旨

说到底，法定继承就是按照法律的规定进行的继承，其在确定继承人、继承人的顺序、继承的份额、继承的方法等方面，都是按照法律规定的规则进行的。

这里的问题是，既然遗产继承是按照被继承人的意志对其死亡后的遗产进行分配，那么，为什么要由法律进行规定呢？适用法定继承的前提，是被继承人没有合法、有效的遗嘱。如果被继承人有合法、有效的遗嘱，当然就会按照被继承人的遗嘱分配遗产，这完全体现了被继承人支配自己的合法财产的意愿。但是，如果被继承人没有遗嘱，或者虽然有遗嘱但遗嘱因不合法而无效，就等于被继承人对其死

亡后如何处置自己的遗产没有明确的意愿。在这时，法律按照其继承人与被继承人的亲属关系远近，确定法定继承的规则，推定这样的规则就体现了被继承人支配自己死亡后遗产的真实意志，按照法律规定的规则进行继承就实现了被继承人支配遗产的意志。这是不得已的推定，也是最符合实际的推定。因而，法定继承虽然是法定的，但仍然是按照推定的被继承人的意志进行的继承。

（二）遗嘱继承和遗赠的立法宗旨

遗嘱继承和遗赠，都是被继承人或者遗赠人在其生前，通过遗嘱表达了自己死亡后分配其遗产的真实意志。遗嘱继承是在自己继承人的范围内分配的遗产，遗赠是在自己的继承人之外的范围分配遗产。不论怎样，两者都是按照遗嘱这种单方意思表示进行的遗产分配。因此，遗嘱继承和遗赠是最能够表达被继承人分配其遗产真实意志的遗产处理方式。

（三）遗赠扶养协议的立法宗旨

遗赠扶养协议，既是遗赠，也是扶养协议，因此，是综合遗赠和扶养的具有身份性质的合同。由于参加遗赠扶养协议的遗赠人是继承人之外的人，且该当事人是要对遗赠人的生养死葬负有义务的人，因而这种遗赠具有重要的价值。遗赠扶养协议不仅可以使死者处理自己死亡后的遗产，更重要的是，在处理遗产之前，当事人要对被扶养人生养死葬负有照顾的义务，具有鲜明的身份性质和社会意义，因而，在遗产分配制度中具有更重要的地位。

二、法定继承、遗嘱继承与遗赠、遗赠扶养协议的效力顺序

正是由于法定继承、遗嘱继承与遗赠以及遗赠扶养协议的立法宗旨，都是体现财产所有人对自己遗产的支配意志，体现的是财产所有人即被继承人对自己所有的合法财产变为遗产后的支配意志，因而，在同一个继承法律关系中同时存在上述三种分配遗产方式时，本条规定了这三种遗产分配方式的效力顺序。

（一）遗嘱继承和遗赠优先于法定继承

遗嘱继承和遗赠优先于法定继承，是继承法律制度的原则。这是因为，任何人对于自己的财产都有绝对的支配权，可以按照自己的意志决定自己所有的财产的命运，进行处分。同样，任何人在自己健在时，对自己死后如何支配遗产，完全有自主支配权，不受任何单位和

个人的干涉。只要支配自己死后遗产处置的遗嘱不违反法律和公序良俗，就应当按照其遗嘱处置其遗产。而法定继承是在被继承人没有遗留遗嘱时，按照法律规定推定被继承人支配其遗产的意愿来处置其遗产的。相比之下，遗嘱继承和遗赠当然优先于法定继承。

遗嘱继承优先原则包括两层含义。

1.遗嘱继承和遗赠优先于法定继承，当被继承人留有有效遗嘱时，遗嘱继承和遗赠排斥法定继承，按照被继承人的遗嘱进行继承。

2.遗赠与遗嘱继承具有同等的效力，所不同的是，遗赠是被继承人将遗产分配给自己的继承人之外的他人。尽管如此，被继承人将遗产是分配给自己的继承人，还是分配给自己的继承人之外的其他人，体现的都是被继承人支配其财产的自我决定权，因而，遗赠与遗嘱继承具有同等效力，不发生相互排斥的问题。

（二）遗赠扶养协议优先于遗嘱继承和遗赠

遗赠扶养协议效力优先于遗嘱继承和遗赠，也是遗产继承的原则。被继承人既留有有效遗嘱（包括遗嘱继承和遗赠的遗嘱），又留有有效的遗赠扶养协议的，遗赠扶养协议优先，先按照遗赠扶养协议的约定处置遗产，这是因为遗赠扶养协议约定的是对被扶养人生养死葬负有义务，并以取得其遗产为代价，所以排斥遗嘱继承的效力。

（三）法定继承、遗嘱继承和遗赠、遗赠扶养协议的效力顺序

在一个继承法律关系中，同时出现法定继承、遗嘱继承与遗赠和遗赠扶养协议的时候，其效力顺序是：遗赠扶养协议优先于遗嘱继承与遗赠，遗嘱继承优先于法定继承。有遗赠扶养协议的，遗赠扶养协议排斥遗嘱继承和遗赠的效力；没有遗赠扶养协议的，遗嘱继承与遗赠排斥法定继承的适用。

法律适用中应注意的问题

在继承法律关系的法律适用中，本条适用中最重要的问题，是把本条规定的效力规则与继承编规定的法定继承、遗嘱继承和遗赠以及遗赠扶养协议的规定的先后顺序相区别。

在立法上，继承编首先规定的是法定继承，其次规定了遗嘱继承和遗赠，最后才在遗产分配的规定中规定了遗赠扶养协议。从文字上的这种安排，很容易被不懂法律的人理解为法定继承最重要，是排在首位的继承制度，应当优先适用，而这种理解恰恰

是错误的。本条正是为了避免出现这样的误解，才对三种不同的遗产分配制度作出了规定。

学习和掌握本法继承编，必须切记本条规定，当同一个继承法律关系中，遗赠扶养协议具有最优先的地位，排斥遗嘱继承和遗赠以及法定继承；在没有遗赠扶养协议时，遗嘱继承和遗赠优先适用，二者之间同时适用，不存在效力上的冲突；在既没有遗赠扶养协议，也没有遗嘱继承和遗赠，或者遗嘱继承和遗赠的遗嘱都无效时，才可以适用法定继承的规则进行继承。

案例链接

刘甲等诉刘丁遗嘱继承纠纷案^[1]

基本案情

原告刘甲、刘乙、刘丙诉称：2000年9月三原告的父母刘某跃、王某琴立遗嘱，将二人的共同财产，即一套70平方米的房屋指定由三原告继承。2001年9月父亲刘某跃去世。2002年9月母亲王某琴去世。被告刘丁已将该房转卖于他人。该房经鉴定价值58 000元。三原告多次要求被告退还房屋或房款，但被告刘丁却置之不理。原告为此诉至法院，要求被告退还房屋或房款58 000元。

被告刘丁辩称：父亲刘某跃及母亲王某琴于2000年9月办理公证遗嘱后，父亲刘某跃于2001年9月去世后，母亲王某琴于2001年12月又办理公证遗嘱，明确表明属于自己的那一半财产不给三原告。2001年1月父亲刘某跃委托我将该房卖给王某明，王某明已将54 000元房款付清。因父亲生前将四楼80平方米的房屋换成一楼90平方米的房屋，为此，补房屋差价支出9 750元、装修房屋支出5 115.9元、租房费支出5 022.5元。此外，被告支付父亲医疗费1 338.53元、丧葬费15 000元和母亲王某琴在世时医疗费2 814.32元、去世后丧葬费2 522元。以上费用总计4万余元，应由四人均摊，三原告总共应承担3万余元。因此，我不同意原告的诉讼请求。

法院经审理查明：2000年9月11日，原、被告的父刘某跃、母王某琴到公证处办理遗嘱公证。该公证处出具了（2000）昌证民字第347号遗嘱公证书，载明：夫妇二人将现有夫妻共同财产作如下分割，立此遗嘱：（1）二楼一套70平方米的房屋归刘丁所有，我夫妇以后由她照料、赡养；（2）四楼一套70平方米的

房屋出售给他人，所得房款由刘甲、刘乙、刘丙三人平分；

(3) 四楼一套80平方米的房屋作为生前住房，在夫妇百年后作为遗产相互继承，二人均去世后由刘丁继承；(4) 儿子刘某俊在单位集资购买房屋，我们已为他出集资款5 300元，因他有不敬老人的行为，他对三套房屋失去继承权。2001年9月22日刘某跃因病去世。2001年12月20日王某琴再次到公证处办理遗嘱公证，作出了变更遗嘱申明书，该申明书载明：我对我和老伴刘某跃于2000年9月所立的遗嘱，在此申明作如下变更：原定将四楼70平方米房屋出售后的房款分给三个女儿，现我决定我的那一半房款不给三个女儿，因为我要生活，三个女儿又不管我。遗嘱其他内容不变，上述房款由女儿刘丁代我保管，供我使用。为此，该公证处又出具了遗嘱公证书。2002年9月12日王某琴去世，去世前王某琴共用去医疗费2 814.32元，死亡后刘丁支出丧葬费2 522元。

另查明：被继承人刘某跃、王某琴共同设立的遗嘱上所指定由三原告继承的房屋位于某小区某号楼5单元。2001年被继承人刘某跃委托刘丁将该房卖给他人，得房款54 000元。本案审理过程中，三原告申请对该房屋价值进行鉴定。经本院委托司法会计鉴定所对此进行鉴定，该房屋价值为58 000元。

法院判决

法院审理认为，根据我国《继承法》的规定，公民可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人中的一人或者数人继承；立遗嘱人也可以撤销、变更自己所立的遗嘱。被继承人刘某跃、王某琴设立遗嘱将共同财产中三套房屋分别由法定继承人原告刘甲、刘乙、刘丙，被告刘丁继承，该遗嘱系被继承人真实意思表示，且内容不违反法律规定，应认为合法、有效。现争议房屋已按被继承人王某琴的意愿出售，各继承人只能分割房款。关于该房屋的价值，应按实际卖房的价款54 000元予以确认。刘某跃死亡后，应将属于刘某跃、王某琴二人共同财产的一半确定为刘某跃的遗产，由继承人按遗嘱进行分配。被继承人王某琴作出遗嘱变更申明书，并经过公证，原定由三原告继承的房屋属于其自己的那一半财产不分给三原告，由被告刘丁代为保管，供其使用。该遗嘱变更原先的遗嘱，改变了属于其自己的那一半财产的归属，是王某琴真实意思的表示，亦应认为合法、有效。据此，卖房所得款54 000元的一半即27 000元归属王某琴本人所有。由于王某琴遗嘱变更申明书对其死亡后该财产由谁继承未指明，该财产应按法定继承处理。王某琴生前医疗费及死后丧葬费共计5 336.32元，

应从其遗产房款中扣除，剩余遗产款尚有21 663.68元，由原告、被告四人按均等份额继承，即各继承5 415.92元。被告辩称称刘某跃租用房屋支出5 022.2元及支出丧葬费15 000元，应从其遗产房款中扣除，因被告不能提供有效证据予以证实，故法院不予确认。被告提出的其他辩解和主张也因无证据证实或不符合情理，法院不予采纳和支持。故判决：1.被继承人刘某跃遗产房款27 000元由三原告按均等份额继承。2.被继承人王某琴遗产房款21 663.68元，由原告、被告四人按均等份额继承。3.以上遗产房款应由三原告继承的共有43 247.76元，由被告刘丁于判决生效后10日内给付三原告。

注释：

[1]新疆维吾尔自治区昌吉市人民法院（2003）昌民一初字第01992号民事判决书。

第一千一百二十四条

继承开始后，继承人放弃继承的，应当在遗产处理前，以书面形式作出放弃继承的表示；没有表示的，视为接受继承。

受遗赠人应当在知道受遗赠后六十日内，作出接受或者放弃受遗赠的表示；到期没有表示的，视为放弃受遗赠。

条文对照

第二十五条 继承开始后，继承人放弃继承的，应当在遗产处理前，作出放弃继承的表示。没有表示的，视为接受继承。

受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月内，作出接受或者放弃受遗赠的表示。到期没有表示的，视为放弃受遗赠。

本条主旨

本条是对放弃继承和接受或者放弃受遗赠的规定。

条文详解

本条规定继承的放弃和接受，采用的方法是正面规定。放弃继承权，须以明示方式确定放弃继承权；接受继承采取默示方式，没有表示的，视为接受继承。无论是接受还是放弃受遗赠，均需以明示方式作出表示。这些规定，与原《继承法》第25条的规定基本一致，没有原则上的改变。

一、继承权的放弃

（一）继承权放弃的含义

继承权放弃，又称继承权拒绝、继承权抛弃，是指继承人于继承开始后、遗产分割前所作出的，放弃其继承被继承人遗产的权的意思表示。

继承权放弃是继承人自由表达其意志、行使继承权的表现，是一种单方民事法律行为，无须征得任何人的同意。

早期罗马法规定家父权下的当然和必然继承人绝对不能拒绝继承，既为继承人，永为继承人。至裁判官法时代，罗马法才开始予以当然和必然继承人“拒绝继承的特权”。家主以遗嘱解放的奴隶，同时指定其为继承人的必然继承人，是不得拒绝继承的。只有外来继承人（即任意继承人）才有接受和拒绝继承的自由，可以放弃继承权。^[1]近代各国继承法基于个人责任的原则，继承人不再为家、家族、家产或祭祀的继承，而纯粹为个人遗产的继承，无论对于任何人，以不强制其承受继承为原则。一般继承人有抛弃继承的自由，一般不受限制。^[2]

中国近代法律尽管允许继承人放弃继承，但实际上奉行“父债子还”的原则，被继承人的子女不能以放弃继承来拒绝承受被继承人的债务。中华人民共和国成立之后，长期的司法实践一直承认继承权放弃，保护继承人接受或放弃继承的自由。《继承法》第25条明确规定了继承人可以放弃继承权。民法典继承编坚持这个规则。

放弃继承权与丧失继承权，都使继承人不能取得遗产，也都使其直系晚辈血亲不能代位继承，在后果上具有相同性，但是，在性质上则完全不同：第一，放弃继承权所放弃的是继承既得权；而丧失继承权所丧失的是继承期待权。只有没有丧失继承权的人才可以放弃继承权，丧失继承权的继承人并无继承权可放弃。第二，放弃继承权是继承人自愿作出的意思表示，并不需要有何事由；而丧失继承权却是因发生了法定事由而当然发生的，当事人不认为其继承权丧失的，法院得以裁决确认其丧失继承权。因此，放弃继承权是继承人对自己权利的一种处分，而丧失继承权则是法律对实施违法行为的继承人的一种民事制裁。第三，放弃继承权只能在继承开始后、遗产分割前实施，在继承开始前不能发生继承权的放弃；而丧失继承权的事由可以发生在继承开始以前，而且有的事由（如遗弃被继承人）只会发生在继承开始以前。^[3]

（二）继承权放弃的要件

继承权虽得以继承人的自由意志予以放弃，但并非无所限制，放弃继承权须符合以下要件。

1. 必须在继承开始后、遗产分割前放弃

这是放弃继承权的时间要件。由于继承人只有于继承开始后才享

有继承既得权，故继承权的放弃只能于继承开始后实施。在继承开始前，继承人并不享有可以处分的继承既得权，仅享有继承期待权，而继承期待权只是一种资格，是不得放弃的，即使放弃也不发生效力。又因为继承权的放弃是继承人对自己继承权的处分，继承权的放弃也只能在遗产分割前实施。在遗产分割后，继承人再作出的不接受遗产的意思表示，属于放弃遗产，即放弃的不是继承权，而是放弃了已经取得的遗产的所有权。

为了促使继承人尽快作出决定，稳定继承关系，对继承人放弃继承权有具体的期限规定。本条只是笼统地规定放弃继承权的期限为继承开始后至遗产分割前。由于遗产处理并无明确的时间限制，因而在遗产处理前，遗产为继承人共有，而一旦某继承人放弃继承，遗产的共有状态就会发生变化。如果许可继承人在较长的时间里可以放弃继承，则不利于财产关系的稳定和对交易安全的保护。不过，本条对受遗赠权放弃的具体期限作了规定，受遗赠人应当在知道受遗赠后60日内，作出接受或放弃受遗赠的表示。因而似乎可以将继承人放弃继承的期限与受遗赠人接受遗赠的期限作为相同的规定，即继承人放弃继承的，应当在知道继承开始后，60日内作出放弃的意思表示，逾期未作表示的视为接受。不过，继承权的放弃不必采取这样的时间限制，理由有两点：一是放弃继承权的时间终点为遗产分割之前，这其实是明确的，没有必要规定具体的时间要求；二是即使继承人放弃继承权的意思表示作出的时间超过了上述时限，其后果是接受继承，也不会出现继承秩序的混乱，因而没有必要再规定具体的时限。

2.原则上由继承人本人放弃

这是放弃继承权的主体要件。继承权的放弃为单方民事法律行为，应当由继承人本人亲自实施，不得代理。不过，对于无民事行为能力人和限制民事行为能力的继承人而言，允许其法定代理人代理其放弃继承，以保护无民事行为能力和限制民事行为能力的继承人的利益。

在继承权的放弃与接受是否能由继承人的债权人行使问题上，有肯定说与否定说两种观点。肯定说认为，继承权于继承开始之前仅为一种期待权，该期待权因与身份不能分离，故其不能为他人代为主张，但一旦继承开始后，被继承人财产上的一切权利义务即概括地移转于继承人所有，放弃继承的单独行为不过为财产法上的无偿处分行为，故如有诈害债权情形时，债权人自得行使撤销权。^[4]否定说认为，虽继承权具财产属性，但是其取得，是以一定身份为前提的，如无该身份，则不得为继承人；且继承权的抛弃与结婚、离婚、收养子女或非婚生子女认领相同，属身份行为，具有人身专属性，纵因该行

为而间接地对债权人的财产产生不利影响，债权人亦不得撤销，继承的承认或放弃不能作为债权人代位权的标的。^[5]笔者认为，放弃继承权必须以不能侵害他人的权益为限，如果继承人故意通过放弃继承权的方式逃避债务或法定义务，则相关的权利人可以对继承人的放弃继承权行为行使撤销权。最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第46条规定：“继承人因放弃继承权，致其不能履行法定义务的，放弃继承权的行为无效。”这一规定是十分明确的。

3. 放弃继承权不得附加条件

许多国家继承法明文规定，继承人放弃继承权不得附加条件。原《继承法》没有规定继承人放弃继承权不得附加条件，《民法典》中的本条也没有规定。在司法实践与民法学界，都倾向于不允许继承人在放弃继承权时附加条件。对于继承人在放弃继承时提出的将其放弃的遗产让与某人的附加条件，继承人所附加的条件和保留的意见，应当视为继承人在接受继承以后对自己的继承份额所作的处分。^[6]

4. 不得部分放弃

对于继承人是否可以部分放弃继承权，本条没有明文规定。继承的放弃具有不可分性，应当及于全部继承的财产。如果继承人部分放弃继承权，应当视为继承人接受继承的财产后，对自己继承的遗产份额所作的处分，这不是继承权放弃，而是继承人对自己财产权的处分。

（三）继承权放弃的方式

继承权放弃的方式是指继承人放弃继承权时表达意思表示的方式，分为明示与默示两种方式。

本条第1款关于“继承开始后，继承人放弃继承的，应当在遗产处理前，以书面形式作出放弃继承的表示；没有表示的，视为接受继承”的规定，表明继承权放弃的方式是明示方式，并且须为书面形式即要式行为。原《继承法》没有明确规定继承权放弃的具体方式，因而可以是以口头方式，也可以是以书面方式，向其他继承人作出。由于继承人用口头方式表示放弃继承的，如果继承人事后不承认，又没有其他充分的证据证明继承人表示过放弃继承权，容易形成纠纷，因而，民法典本条规定放弃继承的方式为书面形式，以口头形式作出的放弃继承的意思表示无效。

二、继承权接受

继承权接受，是指继承人在继承开始后、遗产分割前，以一定的方式作出愿意接受被继承人遗产权利的意思表示。

（一）继承权接受的立法例

各国法关于继承权接受的意思表示的方式与效力的规定，与遗产的移转方式即继承的样态有关，大致有以下四种立法例^[7]：一是当然继承主义，认为继承权利义务的归属，系属当然，不以继承人的承认为其取得遗产的必要条件。该立法例源于日耳曼法，后为德国、法国等国民法从之。二是承认继承主义，认为遗产并不因被继承人的死亡而当然地归属于继承人，须俟继承人为承认继承之意思表示后，始发生归属效力。这种立法例为罗马法所采。三是法院交付主义，认为遗产须于法院决定将其交付于继承人时，始生归属效力。故继承权接受，乃请求继承财产交付之意思表示。奥地利民法采此立法例。四是剩余财产交付主义，认为遗产先归属于遗产管理人或遗嘱执行人，经其清算后尚有财产时，继承人始得请求其交付。故继承权接受为财产交付请求权之行使。该立法例为英国法所采。

本条第1款规定的方法是，继承开始后，继承人放弃继承的，应当在遗产处理前，以书面形式作出放弃继承的表示。没有表示的，视为接受继承。因此可以断定，我国对此采纳的是当然继承主义。

（二）继承权接受的方式

继承权接受的方式，在大陆法系国家，根据继承人对继承权接受是否附加条件（主要是对被继承人生前所欠债务是否表示以其所继承的遗产范围为限），划分为单纯承认和限定承认两种方式。

1. 单纯承认

单纯承认，是指继承人无所保留地、确定地继承被继承人财产的单方意思表示。^[8]换言之，此种承认使继承人无限地承受被继承人财产上的一切权利和义务。不过，现代立法的单纯承认与罗马法时的单纯承认不同，在现代的单纯承认情形下，虽然继承人对于被继承人的遗产予以概括承认，但是，其继承标的仅限于财产而不及于身份权或祭祀权。

单纯承认的情形包括：一是本于继承人的自由选择而为的单纯承认，称为“一般的单纯承认”或“任意的单纯承认”；二是本于法律强制

而为之单纯承认，称为“法定的单纯承认”或“强制的单纯承认”。这两种情形虽有差异，但是，在承继遗产的无限性上并无不同。^[9]一般的单纯承认为不要式行为，且继承人承认的意思表示无须向相对人为之，仅以将其意思表示于外部为已足。究竟为明示抑或默示，在所不问。^[10]至于法定的单纯承认，则多因继承人的不正行为而发生，在此情形下，继承人不仅不许主张限定承认，亦不得为放弃继承。其实质为民法对继承人不正行为的制裁，使其对遗产债务承担无限责任。至于不正行为的种类，一般包括：一是隐匿财产；二是虽为限定承认，但在遗产清册上为虚伪记载；三是意图诈害被继承人债权人权利而为遗产处分等几种情况。^[11]实际上，单纯承认多因继承人未于法定期间内为限定承认或抛弃继承之意思表示而由法律推定成立。^[12]

2. 限定承认

限定承认，也称限定继承，是指继承人附加限制条件地接受被继承人的全部遗产的意思表示。一般的限定条件是以继承所得之遗产偿还被继承人债务。如果继承人采取限定承认，则意味着继承人只对被继承人生前所欠债务负有以其所继承的被继承人的遗产为限的清偿责任，对超出部分不负责清偿。

限定承认与单纯承认的最大区别在于责任承担上的有限性。在限定承认条件下，即便被继承人的债务超过遗产，继承人亦无须以其自己原有财产为清偿。虽然放弃继承也可达成此目的，但是，于继承开始之际，继承人未必能确切明了被继承人的债务是否超过遗产，若盲目作出放弃的表示，后又发现遗产尚有剩余，则将悔之莫及。不如自始作出限定承认，则可于承担有限责任与接受剩余财产之间两全。另外，同单纯承认相比，限定承认必须为要式行为。一些立法例规定，限定承认必须在法定期限内以明示的方式作出，并且还要按照法律规定将限定承认的意思表示出来。

民法典继承编以继承人承担有限责任为原则，不认可单纯承认。而且在继承权接受方面，不论是通过明示方式还是通过默示方式均可。如果在继承开始后、遗产分割前继承人未作出明确的表示，视为接受继承。

三、接受或者放弃受遗赠

当遗嘱人所立遗嘱将其遗产遗赠给受遗赠人时，受遗赠人应当作出接受还是放弃受遗赠的意思表示。

受遗赠与继承不同。继承法律关系中的被继承人和继承人之间具有亲属身份关系，因此，在继承开始之后即使继承人没有明示表示接受继承，也认为其只要没有表示放弃继承就是主张继承。这皆因身份关系使然。而遗赠则不同，受遗赠人并不是被继承人的继承人，因而，即使遗嘱人在遗嘱中确定了遗赠，也存在受遗赠人是否接受的问题。

因此，本条第2款规定，受遗赠人在知道自己可以接受遗赠的有效遗嘱后，有60日的时间可以考虑是否接受遗赠或者放弃遗赠。受遗赠人应当在此时间内，作出接受或者放弃遗赠的意思表示，按照其确定的意思处理。如果超过60日的期间没有作出明确意思表示，应当视为其放弃受遗赠，拒绝接受遗赠。

法律适用中应注意的问题

在实践中，放弃继承和限定继承的效力不同，分别如下。

（一）继承权放弃的效力

继承权放弃的效力，指的是继承权放弃后的法律效果。继承权放弃不仅对继承人自己会产生法律约束力，而且对于放弃继承权的继承人的直系晚辈血亲、被继承人的其他继承人也会产生一定的效果。

1.对放弃继承权的继承人的效力

继承人放弃继承权，也就丧失了参加继承法律关系的资格，应当退出继承法律关系。自继承人放弃继承权时开始，继承人不承受被继承人生前的债务，也不得继承被继承人生前的财产权利。继承人放弃继承权的效力，溯及自继承开始之时，并不是其作出放弃继承之时。

虽然继承人放弃继承权后对被继承人的遗产丧失了权利，但是，该继承人如果已经实际占有被继承人的遗产，则应当担负一定的义务。放弃继承权的继承人应当将自己占有的遗产移交给遗产管理人或其他继承人，在未进行移交前，负有继续管理义务。放弃继承权的继承人不能因为自己放弃了继承权，就对原来由自己保管的遗产置之不理，这会有损于其他继承人、受遗赠人和被继承人的债权人的权益。此外，如果被继承人生前与继承人之间有债权债务关系，该债权债务也不因继承人放弃继承而消灭，仍为遗产权利义务。

2.对放弃继承权人的直系晚辈血亲的效力

继承人放弃继承的，其应继份是否发生代位继承，有两种立法例。一种认为，放弃继承的人“视为自始即非继承人”，未曾拥有继承权，因此，放弃继承不发生代位继承。另一种视放弃继承人于“继承开始前死亡”或遗产自始对其“未发生归属”，因放弃继承的继承人曾有主观继承权，所以，放弃继承的继承人的直系晚辈血亲可代位继承。我国继承法仅仅将被继承人的子女先于被继承人死亡，以及被继承人的兄弟姐妹先于被继承人死亡，作为代位继承的产生原因。在被代位继承人死亡时，尚未发生其可以放弃继承权的时限，不实施放弃继承权的行为。因而，对直系晚辈血亲或者其子女的代位继承不产生影响。

3.对被继承人的其他继承人的效力

继承人放弃继承权的，其放弃的应继份应当按照法定继承处理。第一顺序的法定继承人中有人放弃继承权的，其放弃的应继份归属于同一顺序的其他继承人；没有同一顺序的继承人的，放弃的应继份归属于第二顺序的继承人；两个顺序的继承人均放弃继承权或者均不存在的，按照无人继承的遗产处理。如果遗嘱继承人放弃继承权，则遗嘱对该继承人指定的应继份按照法定继承处理。

4.放弃继承权的表示撤回的效力

继承人放弃继承权的，其后可否撤销其放弃继承的意思表示，应当以继承权放弃的意思表示是否有瑕疵为标准判断。如果继承人放弃继承权的意思表示有瑕疵，是受欺诈或胁迫而放弃的，或者因行为能力欠缺而放弃，则根据民事法律行为规则，该行为应属于无效或可撤销的民事行为，应当允许放弃继承权的继承人予以撤销。

对于不存在意思表示瑕疵的放弃继承权能否撤回，有不同规定。我国原《继承法》对此没有明确规定，最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第50条规定：“遗产处理前或在诉讼进行中，继承人对放弃继承翻悔的，由人民法院根据其提出的具体理由，决定是否承认。遗产处理后，继承人对放弃继承翻悔的，不予承认。”依最高人民法院的这一规定，法院可以决定承认继承人对放弃继承的翻悔。

继承人放弃继承的撤回，应当受严格限制，不能随意为之。

一方面，不允许随意撤回，否则影响遗产的分割和处理，不利于生产和生活。另一方面，即使允许撤回，也应当在一定的期间内为之，该时间界限，就在于遗产是否已经分割：分割之前可以撤回，分割之后不得撤回。

（二）限定承认的效力

《继承法》对继承权接受采取限定承认方式，其效力主要体现在以下三个方面。

1. 继承人参与继承法律关系

继承人作出限定承认的意思表示后，其法律地位可以得到确定其取得继承既得权，可以实际参与继承法律关系，对遗产进行占有、管理，并有权请求分割遗产。由于我国法律采取当然继承主义，继承人还须履行一定的义务，比如在继承遗产的限度内清偿遗产债务。继承权的限定承认须由本人实施，不得代理。不过，如果继承人是无民事行为能力人或限制民事行为能力人，其法定代理人可以代理，但是，不得损害无民事行为能力人或限制民事行为能力人的权益。如果在继承开始时有胎儿继承人，则由其母代为进行继承权接受。

2. 继承人责任的限制

在限定承认时，继承人仅需以继承所得的积极财产为限，对全部遗产债务承担清偿责任。即继承人唯就遗产负物的有限责任。^[13]对于遗产债权人而言，其债权额并未因继承人的有限责任而减少，债权人仍可以就其债权额之全部请求继承人偿还，只不过继承人享有以遗产为限承担责任的抗辩而已。倘若继承人以自己的固有财产清偿遗产债务，则由于债权为有效存在，遗产债权人的受偿并不构成不当得利，继承人事后不得以其不知享有抗辩为由请求返还。在限定承认下，继承人虽可就遗产债务承担有限责任，但是，遗产债务的保证人或连带债务人则不得享受此待遇，保证人与连带债务人仍须对全部遗产债务负偿还责任。^[14]保证人与连带债务人履行清偿责任后，依法享有对继承人的追偿权。

3. 继承人固有财产与遗产分离

由于限定承认使继承人仅负物的有限责任，为公平保护遗产债权人和继承人的权利，充分实现遗产上的物的责任，必须对继

承人的固有财产与遗产进行分离，使其各自享有独立的法律地位。此种分离，一方面体现为遗产与继承人财产的区分，即两者在物质形态上的分别管理与处置。继承人不得侵吞、隐匿或非法处分遗产；遗产债权人亦不得申请法院就继承人的固有财产为强制执行，否则，继承人可以第三人身份提出异议。另一方面还体现为继承人对于被继承人的权利义务，不因继承而消灭。^[15]这些规定都有必要，否则，如果继承人对被继承人享有债权时，该债权将因混同而消灭，不能从遗产中求得清偿，其结果无异于将继承人的固有财产用于清偿遗产债务；反之，如继承人对于被继承人负有债务时，该债务也将因混同而不能归入遗产，亦无异于侵害了遗产债权人的利益。这两种情形皆与限定继承的本意不合，故应特设例外规定，以阻止混同效果的发生。^[16]我国继承法对后一种分离虽无明确规定，但从法理角度而言，后一种分离亦应与前一种分离为同一解释。

此外，还需强调的是，前面所说的不因继承而消灭的权利义务，不仅包括债权，亦应包括用益物权及担保物权。在因继承清算完毕而使遗产丧失独立法律地位之前，继承人与被继承人之间的一切财产上的权利义务，均不因混同而消灭。

案例链接

刘某与王某等继承纠纷案^[17]

基本案情

原告刘某系被继承人张某英之外甥女。被继承人张某英生前未婚，亦未生育子女。被继承人的父母已先于被继承人死亡，共生育子女六人，分别是张某六、张某英、张某七、张某四、张某香、张某五。其中张某七与原告刘某系母女关系。张某香于1995年11月11日死亡。张某香与被告王某系母子关系。被继承人张某英于2011年10月14日去世。继承人张某六于2014年9月11日去世。继承人张某七于2014年9月10日去世。原告刘某与被继承人张某英虽未形成收养关系，但其自幼时起至被继承人死亡时止，一直和被继承人共同生活，对被继承人照顾扶养较多。

另查明，坐落于天津市塘沽区久安里×××号房屋系被继承人张某英的遗产，原告刘某现在该房屋内居住。审理中，原、被告一致认可诉争房屋价值36万元。

再查明，被继承人张某英于2009年8月24日在天津市塘沽公

证处订立公证遗嘱书一份，遗嘱事项为：我叫张某英，至今未婚，无子女。在我名下有位于天津市塘沽区久安里×××楼房一处，建筑面积36平方米，此房属于我的个人财产。经过慎重考虑，我决定：在我去世后，上述房产归我的外甥王某所有，与其他人无关。在2009年8月24日谈话笔录中，塘沽公证处向被继承人张某英告知：“遗嘱内容属于遗赠，根据相关法律规定受遗赠人应当在其知道其有受遗赠权之日起两个月内表示接受遗赠，否则将丧失受遗赠权。”被继承人张某英去世后，被告王某在知道其享有受遗赠权利之日起2个月内未到公证处办理表示接受遗赠的手续，亦未向其他继承人出示该公证书并作出接受遗赠的意思表示。

原告诉请法院判决继承被继承人遗留的遗产房屋中属于原告的份额。被告王某辩称被继承人已经将该遗产房屋通过公证遗嘱赠与自己所有。

法院判决

法院认为，本案中原、被告的争议焦点之一，在于受遗赠人王某是否接受了被继承人张某英的遗赠。被告王某在一审中表示，其在2009年8月28日取得了该公证书，直到涉及诉讼才出示该公证书，认为该份公证遗嘱是赠与合同，被继承人张某英已经将该房产赠与自己，其已经表示接受该赠与，双方均系真实意思表示，如果没有证据证明被告王某放弃了赠与，该房屋应由其继承。对此，原告刘某、被告张某五均不予认可。法院认为，依据《继承法》第25条之规定，继承开始后，继承人放弃继承的，应当在遗产处理前，作出放弃继承的表示。没有表示的，视为接受继承。受遗赠人应当在知道受遗赠后2个月内，作出接受或者放弃受遗赠的表示。到期没有表示的，视为放弃受遗赠。对此，被告王某未提供证据证实其在知悉享有受遗赠权利之日起2个月内，到公证处办理过接受遗赠的手续，或向其他继承人出示该公证书并作出接受遗赠的明确意思表示，应视为其放弃受遗赠。法院对于被告王某已接受遗赠的主张无法支持，本案遗产继承应按照法定继承办理。判决讼争遗产房屋的所有权归刘某所有，刘某给付其他法定代理人相应份额的房屋折价款若干。

注释：

[1]周栢.罗马法原论：下册.北京：商务印书馆，2001：585.

[2]史尚宽.继承法论.北京：中国政法大学出版社，2000：325.

[3]郭明瑞，等.继承法.2版.北京：法律出版社，2004：78.

[4]戴东雄.继承法实例解说.台北：三民书局，1999：199.

[5]史尚宽.继承法论.北京：中国政法大学出版社，2000：341-343.

[6]刘春茂.中国民法学·财产继承.北京：中国人民公安大学出版社，1990：182.

[7]戴炎辉，等.中国继承法.台北：三民书局，1998：161-162.

[8]戴炎辉，等.中国继承法.台北：三民书局，1998：171.

[9]陈棋炎，等.民法继承新论.台北：三民书局，2001：214、215.

[10]陈棋炎，等.民法继承新论.台北：三民书局，2001：214、215.

[11]参见《法国民法典》第792条、《日本民法典》第921条、我国台湾地区“民法”第1163条。

[12]郭明瑞，等.继承法研究.北京：中国人民大学出版社，2003：37-38.

[13]史尚宽.继承法论.北京：中国政法大学出版社，2000：278.

[14]陈棋炎，等.民法继承新论.台北：三民书局，2001：234.

[15]史尚宽.继承法论.北京：中国政法大学出版社，2000：282.

[16]陈棋炎，等.民法继承新论.台北：三民书局，2001：236.

[17]天津市滨海新区人民法院（2015）滨塘民初字第100号民事判决书。

第一千一百二十五条

继承人有下列行为之一的，丧失继承权：

- （一）故意杀害被继承人；
- （二）为争夺遗产而杀害其他继承人；
- （三）遗弃被继承人的，或者虐待被继承人情节严重；
- （四）伪造、篡改、隐匿或者销毁遗嘱，情节严重；
- （五）以欺诈、胁迫手段迫使或者妨碍被继承人设立、变更或者撤回遗嘱，情节严重。

继承人有前款第三项至第五项行为，确有悔改表现，被继承人表示宽恕或者事后在遗嘱中将其列为继承人的，该继承人不丧失继承权。

受遗赠人有本条第一款规定行为的，丧失受遗赠权。

条文对照

第七条 继承人有下列行为之一的，丧失继承权：

- （一）故意杀害被继承人的；
- （二）为争夺遗产而杀害其他继承人的；
- （三）遗弃被继承人的，或者虐待被继承人情节严重的；
- （四）伪造、篡改或者销毁遗嘱，情节严重的。

本条主旨

本条是对丧失继承权和丧失继承权后宽宥的规定。

这一条文是对继承权丧失的事由和继承权丧失后被继承人宽宥的规定，与原《继承法》第7条规定相比较，最主要的修改，一是增加了新的丧失继承权的事由，二是补充了被继承人宽宥的规则。

一、继承权的丧失

（一）继承权丧失的概念和种类

继承权的丧失，是指继承人因发生法律规定的事由，失去继承被继承人遗产的资格。故继承权的丧失又称继承权的剥夺^[1]，即有继承人之人，因一定之行为，被法律剥夺其继承权。^[2]

早在古罗马和日耳曼的法律中，即有“染血之手不得取得遗产”原则的规定，体现了继承权丧失制度的萌芽。在罗马法中，虽死者未另为意思表示，但是，继承人或受遗赠人对于被继承人或遗赠人为不道德的行为的（例如杀害被继承人或遗嘱人，依诈欺胁迫遗赠人遗嘱之作成、变更或提出无理由的不伦遗嘱之诉），在被认为不配为继承人时，法律上虽仍为继承人，然已取得之遗产，可被剥夺，归属国库，并由国库清偿遗产债务，履行遗赠。^[3]不过，这种制裁既有民事制裁性质，也有刑事制裁性质。后世公法与私法严格划分，将丧失继承权的人原本可能分得的遗产给予其他继承人，不再没收归公。

基于继承权丧失的重要性，近代各国民法基本上都对继承权的丧失作出了规定，但是，具体制度的设计各具特色，主要有继承人缺格与继承人废除、特留份剥夺等几种不同立法例。继承人缺格，是指于一定的事由发生时，继承人基于法律的规定丧失作为继承人的资格。继承人废除，是日本民法上特设的制度，即除继承人缺格外，另特设继承人废除制度。设置继承人的缺格与废除的目的，均在于对继承人加以制裁，从而产生丧失继承权的效果。特留份剥夺，与日本民法上的继承人废除的机能大致相同。德国民法的特留份权是遗产债权，特留份权利人纵然因被继承人的死后处分而被排除于继承之外，仍得主张特留份。特留份剥夺，是特别为剥夺此特留份权利而设的制度。

（二）我国的继承权丧失

我国原《继承法》第7条规定了继承权丧失，仅指继承人缺格，不包括继承人废除和特留份剥夺。《民法典》第1125条的规定虽有所扩充，但是仍然如此。我国的继承权丧失有以下特征。

1.继承权的丧失是继承人继承期待权的丧失

继承权丧失的客体是继承期待权，而不是继承既得权。因为继承权丧失仅仅是继承被继承人遗产资格的丧失。而继承既得权在继承未开始前尚不存在，无从丧失。即使在被继承人死亡后发生继承权丧失的法定事由，也因继承权的丧失的效力溯及继承开始时，继承既得权也无从丧失。

2.继承权的丧失是继承人继承期待权的自然丧失

继承权的丧失，是在发生法定事由时，继承人继承期待权的自然丧失，无须采取什么程序。虽然因为继承权的丧失会引致纠纷，有时需要提交法院裁判，但是，法院裁判的不是继承权丧失效力的发生根据，只是从司法机关的角度进行确认。这同继承权剥夺是完全不同的，继承权的剥夺需要被继承人采取一定的行为或立遗嘱，而且还应当履行一定的程序。

3.继承权的丧失是在发生法定事由时丧失

继承权的丧失必须存在法定事由，非有法定事由，任何人不得非法剥夺。至于何为法定事由，各国根据自身的情况作出了不同的规定。考察继承权的丧失，关键的是看继承权丧失的法定事由是否发生。

二、继承权丧失的类型和法定事由

（一）继承权丧失的类型

根据继承权丧失后能否得以恢复，继承权丧失分为继承权绝对丧失和继承权相对丧失，其区分的标准是，继承权丧失后是否可以宽宥。

1.继承权绝对丧失

继承权绝对丧失，是指因发生某种使继承人丧失继承权的法定事由时，该继承人对特定被继承人的继承权便终局地丧失，该继承人再不得也不能享有对特定被继承人已丧失的继承权的继承制度。

继承权绝对丧失是不可改变的，不依被继承人或者其他人的意志而变化。本条没有明确规定哪些事由导致的继承权丧失是绝对丧失，但是，根据本条第2款规定可以推知，因故意杀害被继承人而丧失继

承权，因争夺遗产杀害其他继承人而丧失继承权，这两种继承权丧失都不得予以宽宥，因此，都是继承权绝对丧失。

2.继承权相对丧失

继承权相对丧失，是指虽因发生某种法定事由而使继承人的继承权丧失，但是在具备一定条件时，继承人的继承权也可以最终不丧失的继承制度。所以，继承权相对丧失，又称继承权的非终局丧失。

法律规定继承权相对丧失并不是为了继承人的利益，而是为了使继承人改恶从善，尊重被继承人的意愿，贯彻养老育幼的原则。

遗弃被继承人或者虐待被继承人情节严重而继承人丧失继承权，因伪造、篡改、隐匿或者销毁被继承人的遗嘱情节严重而丧失继承权，以欺诈、胁迫手段迫使或者妨碍被继承人设立、变更或者撤回遗嘱情节严重而丧失继承权，都属于继承权相对丧失的事由。如果继承人其后确有悔改的表现，被继承人生前又表示宽恕的，可确认继承人不丧失继承权。因此，因上述三种情形而丧失继承权的，即属于继承权相对丧失，可以因宽宥而恢复继承权。

（二）继承权丧失的法定事由

继承权丧失的法定事由，也就是可以依法取消继承人继承权的原因或者理由。继承权丧失是对继承人继承权的取消，是一种严厉的制裁。本条规定，以下五种事由为继承权丧失的法定事由。

1.故意杀害被继承人

继承人故意杀害被继承人，是一种严重的犯罪行为，不论其是否受到刑事责任的追究，都丧失继承权。

继承权的丧失事关继承人的重大利益，构成故意杀害被继承人丧失继承权的事由须具备以下三个条件。

一是须为继承人实施。对被继承人的故意杀害行为须由继承人实施，如果是继承人之外的人实施的，不存在继承权丧失的问题。故意杀害被继承人丧失继承权的，既可以是法定继承人，也可以是遗嘱所指定的继承人。继承人教唆杀害被继承人的，应当认定为杀人共犯，丧失继承权。

二是须为杀害被继承人的行为。一种观点认为，继承人故意杀害被继承人，指继承人故意侵犯被继承人人身权利，情节严重的行为，

主要指故意杀人、故意伤害、诬陷、奸淫幼女、抢劫、暴力干涉婚姻自由等犯罪行为。笔者认为，杀害以剥夺生命权为目的，不能扩大解释为包括“杀”和“害”，不能解释为既包括杀人，也包括伤害。因此，继承人实施的行为须是以剥夺被继承人生命权为目的的，才能构成杀害行为。如果继承人对被继承人实施的不法行为虽为危害人身安全的行为，但却不是以剥夺其生命为目的的，则不能构成杀害行为。反之，只要继承人实施的行为有剥夺被继承人生命的图谋，不论出于何种动机，不论采取何种手段杀害，不论是直接杀害还是间接杀害，不论是亲手杀害还是教唆他人杀害，都构成杀害被继承人的行为。有人认为，为了“大义灭亲”而杀害有严重劣迹的被继承人的，不应丧失继承权。这种认识是不对的。从刑法上说，即使被继承人有严重劣迹，他人也无私自将其杀害的权利，对其杀害行为可构成犯罪；继承人不论出于何种动机杀害被继承人，都不会影响其继承权的丧失。^[4]

三是须继承人主观上有杀害的故意。至于继承人的杀害故意是直接故意还是间接故意，均无影响。但是，继承人如果在主观上并无杀害被继承人的故意，则不丧失继承权。例如，继承人因过失而致被继承人死亡的，因其并无杀害的故意，不构成故意杀害被继承人，不能丧失继承权。

在故意杀害被继承人行为丧失继承权方面，有以下两个问题应当注意。

第一，继承人因正当防卫而杀害被继承人的继承权丧失问题。主流观点认为，正当防卫是在行为人受到他人不法侵害时，对侵害人所实施的一种合法的、正当的自救措施，因而，正当防卫是一种合法行为，并不具有违法性。因此，即使继承人因正当防卫而杀害被继承人，也不丧失继承权。但是，如果继承人实施的防卫行为过当而构成故意杀人罪，继承人仍应丧失继承权。^[5]根据我国刑法理论，对于正当防卫造成的伤害，行为人不承担刑事责任，这说明法律对正当防卫合法性的认可，因此，也不应当让因正当防卫杀害被继承人的继承人丧失继承权。对于防卫过当，《刑法》规定行为人应当对过当行为造成的损害承担刑事责任，这说明刑法对防卫过当持否定性评价。因防卫过当的防卫反击而杀害被继承人的继承人，应当丧失继承权。

第二，未成年人故意杀害被继承人的继承权丧失问题。有的学者认为：“凡故意杀害被继承人的，不论其是否成年，也不论是否追究其刑事责任，都应丧失继承权。不满10周岁（现为8周岁）的未成年人杀害被继承人的，因其为无民事行为能力人，无民事行为能力也就无民事责任能力，无民事行为能力人不能认识其行为的性质和后果，主观上也就不存在故意过失问题，其杀害行为也就构不成故意。因不

满10周岁（现为8周岁）的继承人杀害被继承人的，并不为故意杀害，所以其才不因此而丧失继承权，而并非因其他理由不丧失继承权。”^[6]这种主张具有合理性，也比较容易操作。但是，民事行为能力与刑事责任能力不同。如果继承人为14周岁以上的未成年人，实施杀害被继承人的行为，依据《刑法》的规定，该未成年人达到了刑事责任年龄，具有刑事责任能力，应当承担刑事责任；如果是14周岁以下的未成年继承人杀害被继承人的，则该未成年人不承担刑事责任。将继承权的丧失同故意杀害被继承人的继承人是否承担刑事责任相结合，才是正确的。未成年人故意杀害被继承人的，如果被判令承担刑事责任，则继承权相应丧失；如果未被判令承担刑事责任，则应当不丧失继承权。

2.为争夺遗产而杀害其他继承人

继承人故意杀害其他继承人，是指继承人中的一人或数人出于争夺遗产的动机，而杀害居于同一继承顺序的其他继承人，或者杀害先于自己继承顺序的继承人，或者杀害被继承人在遗嘱中指定的遗嘱继承人。若实施杀害行为的继承人无知，认为后一顺序的继承人会妨碍他继承全部遗产而杀害了后一顺序继承人，其也丧失继承权。

构成继承人为争夺遗产杀害其他继承人的行为，须具备以下两个条件。

一是继承人杀害的对象是其他继承人。继承人杀害其他继承人，是继承人实施剥夺其他继承人生命的违法犯罪行为。其主体为继承人，只要是继承人实施该杀害行为，其不论是直接杀害，还是教唆他人实施杀害行为，均可构成。但是，继承人的配偶或其他亲属独立实施杀害行为的，不发生继承人丧失继承权的后果。被杀害的对象只能是其他继承人，而不能是继承人以外的其他人。继承人杀害继承人以外的其他人的，尽管构成杀人罪，应受刑事责任的追究，但是，不能因此而丧失继承权。继承人杀害其他继承人，既包括法定继承人杀害遗嘱继承人的情形，也包括遗嘱继承人杀害法定继承人的情形；既包括后一顺序的继承人杀害前一顺序的继承人，也包括前一顺序的继承人杀害后一顺序的继承人，还包括继承人杀害同一顺序的继承人。

二是继承人杀害的目的是争夺遗产。杀害行为人必有主观上的故意，其目的是争夺遗产。继承人杀害其他继承人不是为了争夺遗产，而是为了其他目的的，虽然也会受刑事责任的追究，但是，不能因此而丧失继承权。即使因继承人杀害了其他继承人而使继承人实际上可以多得到遗产，只要继承人杀害的动机和目的不是争夺遗产，其继承权也不因此而丧失。在国外立法中，一般并不将争夺遗产的动机作为

继承权丧失的限定条件，仅规定故意杀害其他继承人而被判刑的，就丧失继承权。对此，我国的规定有所不同。

3. 遗弃被继承人的，或者虐待被继承人情节严重

继承人遗弃被继承人，是指继承人对没有劳动能力又没有生活来源、没有独立生活能力的被继承人拒不履行扶养义务。构成遗弃行为的条件是：（1）被遗弃的对象是没有独立生活能力的被继承人，例如，年老、年幼、有残疾等的被继承人。被继承人虽有生活来源，但是并没有独立生活能力的，仍然可以成为被遗弃的对象。如果被继承人有独立生活能力，继承人尽管不尽扶养义务是不合法、不道德的，也不构成遗弃。（2）继承人有能力尽扶养义务而拒不尽扶养义务。继承人如果本身也是没有独立生活能力的人，无力尽扶养义务，则不构成遗弃。遗弃行为是一种置被继承人于危险境地而不顾的严重的道德、违法行为，不限于积极的行为，消极的不作为也可构成。对于因家庭矛盾或被继承人的误解所引起的关系冷淡、联系不密切或短时期不来往，不能认定为继承人遗弃被继承人。继承人遗弃被继承人的，均丧失继承权，而不问其是否被追究刑事责任。继承人遗弃被继承人以后确有悔改表现，而且被继承人生前又表示宽恕的，可不确认其丧失继承权。

虐待被继承人情节严重，是指继承人在被继承人生前对其以各种手段进行身体上或者精神上的摧残或折磨，达到相当程度。例如，继承人对被继承人经常进行打骂，迫使其从事不能从事的劳动，限制其人身自由等。虐待行为与遗弃行为的后果不同。继承人虐待被继承人的，并不当然丧失继承权；只有虐待情节严重的，才丧失继承权。最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第10条第1款规定，继承人虐待被继承人情节是否严重，可以从实施虐待行为的时间、手段、后果和社会影响等方面认定。如果继承人对被继承人的虐待具有长期性、经常性，并且手段比较恶劣，社会影响很坏，则可认定为虐待情节严重。如果继承人对被继承人只是一时的不予以关心、照顾，或者因某些家务事发生争吵，甚至打骂，则不应认定为情节严重。继承人只要虐待被继承人情节严重，不论其行为是否构成犯罪，其是否被追究刑事责任，均丧失继承权。^[7]

同继承人遗弃被继承人的情形一样，如果继承人虐待被继承人虽然情节严重，但是以后确有悔改表现，且受虐待的被继承人表示宽恕的，可不确认其丧失继承权。

4. 伪造、篡改、隐匿或者销毁遗嘱，情节严重

被继承人的合法遗嘱受法律保护，任何人不能非法改变被继承人通过遗嘱表现出来的生前意愿。伪造、篡改、隐匿或者销毁被继承人遗嘱，违背了被继承人生前的真实意愿，继承人实施这类行为往往从利己的目的出发，为使自己多得或者独得遗产，因而侵害其他继承人的合法权益。这是违反社会道德和法律的行为，对于这种行为应当进行制裁，通过使其丧失继承权，维护遗嘱人的合法权益。

伪造遗嘱，是指被继承人生前未订立遗嘱或者未订立与其有关的遗嘱，继承人以被继承人的名义制作假遗嘱的行为。有的学者认为，继承人为了夺取或独吞遗产而制造假遗嘱的行为，才为伪造遗嘱的行为。^[8]继承人伪造遗嘱，一般是为了多得或独吞遗产，但是，继承人制造虚假遗嘱的动机或目的，并不是构成伪造遗嘱的要件，本条未对此强加要求。伪造的遗嘱，根本就不是被继承人生前的意思表示，不能体现被继承人生前的意志。伪造遗嘱一般是在被继承人未立遗嘱的情形下实施的，但是，被继承人立有遗嘱，继承人将被继承人所立的遗嘱隐藏起来另制作一份假遗嘱的，也是伪造遗嘱。在现实生活中，伪造遗嘱的人不一定是法定继承人范围之内的人，也有可能是法定继承人范围之外的人。

篡改遗嘱，是指继承人改变被继承人所立遗嘱内容的行为。这种行为改变了被继承人生前的意志，限制被继承人对其生前合法财产的处分。有学者认为，篡改遗嘱是指，法定继承人发现被继承人生前所立的遗嘱对自己不利，为了夺取或独吞遗产而进行篡改。^[9]继承人篡改被继承人的遗嘱，一般是因为被继承人所立的遗嘱对自己不利，对遗嘱予以篡改，以使其内容对自己有利，但是，这不是构成篡改遗嘱的必要条件，本条也未对此强制要求。只要继承人改变了被继承人所立遗嘱的主要内容，就是篡改遗嘱。

隐匿遗嘱，是指继承人将被继承人所立的遗嘱隐藏起来拒不交出。隐匿遗嘱，通常表现为被继承人所立遗嘱对该继承人不利，继承人因而将其藏匿，使被继承人的遗产不能依照被继承人在遗嘱中体现的支配遗产的意愿实现。

销毁遗嘱，是指继承人将被继承人所立的遗嘱完全破坏、毁灭。这是一种完全否定被继承人生前意愿的行为，是对被继承人生前财产处分权的剥夺。继承人之所以销毁被继承人的遗嘱，一般是因为其要达到多得或者独吞遗产的目的，但是，继承人因何目的和动机而销毁遗嘱，并不影响销毁遗嘱行为的构成。

继承人伪造、篡改、隐匿或者销毁被继承人的遗嘱，情节严重的，才丧失继承权。继承人伪造、篡改、隐匿或者销毁遗嘱，侵害了

缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人利益，并造成其生活困难的，应当认定其行为情节严重。继承人如果伪造、篡改、隐匿或者销毁被继承人的遗嘱，并未侵害缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的利益，或者虽侵害其利益但是未造成其生活困难的，不丧失继承权。除此之外，继承人伪造、篡改、隐匿、销毁遗嘱，具有其他严重情节的，也应当认定为构成丧失继承权的情形。

继承人伪造、篡改、隐匿或者销毁被继承人的遗嘱，并不限于继承人亲自实施的行为。继承人授意他人伪造、篡改、隐匿或者销毁被继承人遗嘱的，只要情节严重，同样丧失继承权。但是，这类行为须有继承人的故意才能构成。继承人因过失而使被继承人的遗嘱损毁的，不能认定为销毁遗嘱。例如，某被继承人把遗嘱和其他文件书报放在一起，后来其继承人在清理文件书报时，因粗心大意而将遗嘱和过时的文件书报一起销毁的，不应被认定为继承权丧失。^[10]

5.以欺诈、胁迫手段迫使或妨碍被继承人设立、变更或者撤回遗嘱情节严重

前述四项法定事由，是原《继承法》规定的继承权丧失的法定事由。该规定同国外立法例规定的继承权丧失事由相比之下，显得过于狭窄。国外立法例除了前述的法定事由外，规定妨碍被继承人设立、变更或者撤回遗嘱，诬告被继承人，知道被继承人被谋杀而不告发，都导致继承人丧失继承权。本条增加了以欺诈或者胁迫的手段，迫使或者妨碍被继承人设立、变更或者撤回遗嘱，情节严重的行为，作为继承权丧失的事由之一。

欺诈，是指继承人故意告知被继承人虚假情况，或故意隐瞒真实情况，诱使被继承人作出违背其真实意愿设立、变更或者撤回遗嘱的行为；胁迫，是指继承人以给被继承人或其亲友的生命健康、荣誉、名誉、财产等造成损失为要挟，迫使被继承人作出违背其真实意思设立、变更或者撤回遗嘱的行为。设立遗嘱的权利，是被继承人的基本权利和自由，受法律保护。以欺诈或者胁迫的手段，迫使或者妨碍被继承人设立、变更或者撤回遗嘱，严重侵犯了被继承人的遗嘱自由和权利，使被继承人所立遗嘱违背其内心的真实意思。继承人有上述行为并且情节严重的，应剥夺其继承权。

（三）受遗赠人故意杀害被继承人丧失受遗赠权

本条第3款规定，受遗赠人有本条第1款规定行为的，丧失受遗赠权。故受遗赠人故意杀害被继承人，为争夺遗产而杀害其他继承人，遗弃被继承人或者虐待被继承人情节严重，伪造、篡改、隐匿或者销

毁灭遗嘱情节严重，以欺诈、胁迫手段迫使或者妨碍被继承人设立、变更或者撤回遗嘱情节严重的，丧失受遗赠权，不得主张接受遗赠。

这种受遗赠权的丧失，不适用宽宥的规定。

三、因宽宥而恢复继承权

（一）宽宥的概念和意义

在继承法领域，以法定继承权的丧失为前提，宽宥特指被继承人在情感上对继承人的故意或过失行为的谅解和宽恕，表达被继承人对继承人继承身份或资格的再次认可、肯定与承认，恢复其已丧失的继承权。

在继承人丧失继承权后，只要被继承人对继承人宽宥，就应当恢复继承人已丧失的继承权。宽宥作为被继承人的单方意思表示，不需要相对方即继承人作出任何意思表示便产生法律效力。

（二）建立宽宥制度的理由和概念选择

本条第2款规定了继承权丧失后的宽宥制度。

1. 建立宽宥制度的理由

在继承人因法定事由丧失继承权时，尽管不同国家根据其价值选择及立法倾向，对宽宥制度的态度各异，但是，基本趋势均是以宽宥来防止对被继承人意志自由的过度干预，让其能在私权领域自由决断，以当事人的意思自治来修正或限制继承权丧失制度的刚性。从保障被继承人的个人财产处分权出发，在对继承人的违法犯罪行为依法予以刑事处罚的同时，以宽宥能够恢复全部已丧失的继承权来建构我国的宽宥制度，既能保证充分尊重被继承人的意思自治，又能准确表达法律对继承权的价值选择。

基于继承权的私权属性，公权力对私权领域的民事行为自由侵入应当得到控制，不当侵害被继承人的意思自治。当继承人实施与遗产继承有关的严重违反伦理道德而不得不对其进行惩处的违法行为时，法律采取相应的措施对其进行惩处，继承人的继承权因此被剥夺；对行为严重、构成犯罪的，法律还以刑事责任的形式予以惩处。这直接表达了法律对该类行为的价值判断与选择，继承人也为自己的违法行为付出了应有的代价。如果被继承人知道继承人对其实施了相应的违法行为，却仍然对继承人为遗嘱处分或财产处分，或者明确表

示对继承人曾有的过错行为予以宽宥，就意味着被继承人对继承人的过错行为已经原谅或宽恕，乐意将自己的遗产留归已被法律剥夺了继承权的继承人。此时，以宽宥来恢复已丧失的继承权，既不会与科以继承人刑罚处分的法律规定相抵触，也与私法自治的精神相符合，还为私法领域亲情关系的重续与再造提供积极的方向与途径。对此，法律应开方便之门，承认宽宥行为的效力，以示对被继承人意愿的尊重。继承人也有了具体的改过自新的动力与缘由，被继承人也能重新体会给予亲人财产的快乐及亲情的温馨，更能通过自由处分财产的方式感受到法律给予的自由。

特别是对那些因严重违法触犯刑律而被判处刑罚的继承人，法律对被继承人的宽宥更不应该无视甚至禁止。即使从继承人严重违法应受刑事惩罚的角度来说，对其犯罪行为的依法惩处也已经让其领受牢狱之苦，其付出的代价已经足以与应受的道德非难相适应。在继承人为自己的行为付出必需的代价后回归社会时，其最需要的便是亲人的关怀、接纳及社会的宽容，在其最需要被继承人对之宽恕、接纳且被继承人自愿如此时，法律却以强行法的方式对宽宥行为明令予以禁止。这种对已受到应有处罚后弃恶从良、改恶从善的人弃之不顾的做法，无论是与我国监狱工作方针，还是与法律的宗旨，甚至与人道主义精神，都直接相违背。所以，在对继承人因遗产继承所为的严重违法犯罪行为进行严格惩处并使其丧失法定继承权之后，更应该将处分财产的自由权利交由被继承人自行决断，法律不应该再强行介入。以被继承人的宽宥来恢复其继承权，不仅能保证遗嘱人的意志自由不被过分限制，还对继承人的悔悟及改过具有积极的促进作用。这既能体现对被继承人意愿的尊重，保障自然人的自由权利与维护继承权的私权性质，又有利于促使继承人积极改恶从善，以亲情关系的重建来有效促使其更好地回归社会。

2.对宽宥概念的选择

各国对宽宥概念的具体表述各不相同，说明表达被继承人对继承人已经谅解，继承人因此而恢复已丧失的继承权的方式有多种。无论是用确定的词汇来明确表达，还是用描述性的语言来表述，其本质含义都相同，都表明被继承人对继承人曾有的过错行为已经谅解，不希望继承人继续承担因其过错行为而不得继承遗产的不利后果。

从法律用词须具体、确定、准确的要求出发，针对各国规定不一的现状，使用具体明确的词汇，清楚表达出被继承人对继承人的态度，始为正确。因此，结合宽宥、宽恕、宥恕等词的具体含义，使用宽宥这一概念更为妥当。它所包含的宽容、饶恕、宽恕、原谅之意，能全面概括被继承人对继承人虽有过的过错但仍为谅解的复杂含义。

（三）宽宥的具体规则

适用宽宥须具备的法定条件如下。

1. 继承人的继承权已经丧失

继承人因实施本条第1款第3~5项规定的行为，丧失了继承权。凡是具有上述本条第3~5项规定的事由的，即遗弃被继承人，或者虐待被继承人情节严重；伪造、篡改、隐匿或者销毁遗嘱，情节严重；以及以欺诈、胁迫手段迫使或者妨碍被继承人设立、变更或者撤回遗嘱，情节严重，因而丧失继承权的，都具备宽宥的第一个条件。

2. 丧失继承权的继承人确有悔改表现

我国对宽宥的适用附加了继承人须“确有悔改表现”的前提条件。对此，其他立法例都认为仅具备被继承人单方对继承人表示宽宥的条件即可，无须再有继承人的表现或其他法定前提条件，更无须由第三方来判断继承人是否确有悔改。这是因为，基于宽宥的本质，实为被继承人的单方意思表示行为，不应该再对被继承人的意志自由附加任何束缚或限制。不过，本条明确规定，丧失继承权的继承人须具备“确有悔改表现”这一前提条件，应当依照法律的规定确认这一要件。

3. 被继承人表示宽宥或者事后在遗嘱中将其列为继承人

宽宥是单方法律行为，被继承人须表明宽宥的意思表示，或者事后在遗嘱中将丧失继承权的继承人列为继承人。

至于宽宥是否必须为要式行为，有学者认为，为了慎重，并为了减少纠纷，应当将被继承人宽宥的行为规定为要式法律行为。^[11]将宽宥规定为要式行为，的确可以减少纠纷，但是，这种过于苛刻的要求，会束缚当事人的意志自由，也与宽宥的单方意思行为的本质相抵触。所以，对宽宥的形式也不应作特别要求，无论是被继承人以口头或遗嘱直接表达对继承人的原谅、宽恕，还是被继承人接受继承人的扶养、与之共同生活、赠与财产等，均应视为被继承人已对继承人表示了宽宥。如果被继承人在遗嘱或公证书内未明示恢复继承人已经丧失的继承权，但是，遗嘱人在明知继承人丧失继承权的情况下，仍向其作出遗嘱处分，则丧失继承权的人可以在有关遗嘱处分的限度内继承财产。这其实是一种默示的宽宥意思表示。

法律适用中应注意的问题

本条规定在适用中应当注意的两个问题如下。

一、继承权丧失的效力

继承权丧失的效力，是指继承权丧失所引致的法律后果。继承权丧失的效力包括时间效力和对人效力两个方面。

（一）继承权丧失的时间效力

继承权丧失的时间效力，是指继承权的丧失于何时产生效力。继承权丧失的事由多发生在继承开始前，比如继承人故意杀害被继承人的、遗弃被继承人的、虐待被继承人情节严重的等，但是，也有发生在继承开始后的，如继承人篡改、销毁遗嘱的等。继承权丧失的事由无论发生在继承开始前还是继承开始后，均应自继承开始之时发生效力。如果继承权的丧失是于继承开始后由人民法院确认的，则人民法院对继承人继承权丧失的确认溯及自继承开始之时产生效力。

（二）继承权丧失的对人效力

继承权丧失不仅对继承人本身产生丧失继承权的效力，还对被继承人的其他继承人、丧失继承权的继承人的直系晚辈血亲以及从丧失继承权的继承人处取得遗产的第三人产生约束力。

1. 继承权丧失对被继承人的其他继承人的效力

继承人丧失继承权会对被继承人的其他继承人产生重大影响。如果继承人因法定事由丧失继承权，则其应继份（无论是法定应继份还是遗嘱应继份）都转归同顺序的或后顺序的其他法定继承人享有。这涉及遗嘱指定的继承人是否受其他继承人丧失继承权的影响。由于遗嘱指定了遗嘱继承人的应继份，则该部分不受其他继承人丧失继承权的影响，不过，由于我国民法典继承编规定遗嘱继承人只能在法定继承人范围内指定，如果其他继承人丧失继承权，该遗嘱继承人还可以作为法定继承人获得因其他继承人丧失继承权而增加的应继份。

2. 继承权的丧失对继承人的直系晚辈血亲的效力

继承权的丧失对继承人的直系晚辈血亲的效力，实际上就是丧失继承权的直系晚辈血亲能否代位继承。各国法律对此规定不一：第一种是继承权的丧失对继承人的直系晚辈血亲不产生效力，继承人丧失继承权的，继承人的直系晚辈血亲仍然得代位继

承。第二种是继承权的丧失对继承人的直系晚辈血亲产生效力，即继承人丧失继承权的，其直系晚辈血亲也不得代位继承。

我国民法典继承编未规定继承人丧失继承权时，其直系晚辈血亲可否代位继承问题。最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第28条规定：“继承人丧失继承权的，其晚辈直系血亲不得代位继承”。依此可见，我国继承法是采取第二种立场的，承认继承权的丧失对继承人的直系晚辈血亲发生效力。^[12]民法典继承编继续坚持这一立场。

3. 继承权的丧失对取得遗产的第三人的效力

在某些情形下，丧失继承权的继承人可能已经对被继承人的遗产的全部或部分进行了处分，继承权的丧失对取得遗产的第三人是否产生效力，对此也有两种观点。一种观点认为，继承权的丧失对善意第三人不产生效力，不得以继承人丧失继承权而对抗善意第三人。^[13]另一种观点认为，继承人丧失继承权的，对一切第三人都产生效力，可以继承无效来对抗从丧失继承权的继承人取得遗产的所有第三人。如果善意第三人丧失从继承权的继承人处取得遗产的，虽然其他继承人会因丧失继承权的继承人的处分行为受到损害，但是，为了保护交易安全和善意第三人的利益，不应当使继承权的丧失具有对抗善意第三人的效力，而且善意第三人在取得遗产时根本无从知晓继承人丧失继承权的情形，让其承担不利后果显然不公。再者，其他继承人即使因丧失继承权的继承人的处分行为受到了损害，也可以要求丧失继承权的继承人返还不当得利，赔偿损失。如果第三人是无偿取得财产，或者其在取得财产上有恶意，则继承权丧失对第三人产生效力，其他继承人向第三人请求返还时，第三人应当返还。

二、宽宥制度的适用范围仍然过窄

民法典继承编规定宽宥制度，是正确的立法选择，符合社会需求。但是，将故意杀害被继承人和为争夺遗产而杀害其他继承人两种情形完全排除在宽宥之外，还是值得斟酌的。理由是，故意杀害被继承人和为争夺遗产故意杀害其他继承人的，并非都是严重的犯罪行为，其中犯罪未遂和犯罪预备，同样也是犯罪，但是，并非不可以原谅。在这两项规定中，没有区别具体情节，一律不准宽宥，就限制了被继承人的意思自治，确有欠妥之处。因此，对故意杀害被继承人和为争夺遗产而杀害其他继承人，实施的犯罪行为表现为预备或者未遂，情节不够严重的，应当也可以适用宽宥的规定。

对此可以认为，这两种故意杀害被继承人或者其他继承人的行为，如果是预备或者未遂的，应当认定为不属于杀害的行为。因为对杀害的界定，应当是“杀”并且“害”，即应当是杀害既遂的行为，预备实际上还是未实施杀害行为，未遂则是实施了杀的行为但未达到害的程度。因此，笔者认为，本条规定的因杀害行为而丧失继承权中的杀害行为，应当是既遂的杀害行为。由于预备和未遂的杀人行为，未达到杀害的程度，因而不认为构成丧失继承权的要件。即使将预备和未遂的杀人行为认定为丧失继承权，也应当认为被继承人可以对此进行宽宥。

案例链接

李某一与刘某法定继承纠纷案^[14]

基本案情

被继承人李某二及其配偶罗某三于某年某月某日自愿登记结婚，婚后于1983年10月6日生育了原告李某一。李某二于1953年9月2日出生，于2014年4月11日死亡。罗某三于1955年6月12日出生，于2014年4月10日死亡。李某二的父亲李某三于2009年6月12日死亡，李某二的母亲为被告刘某。2014年5月14日，海珠区卫生局组织人事科出具证明，证明罗某三的父亲罗某一、母亲罗某二、配偶李某二、女儿李某一之间的亲属关系。罗某一于2010年5月24日因死亡注销户口、罗某二于2011年5月28日因死亡注销户口。

2014年4月14日广东省广州市公安局荔湾区分局作出穗公荔字（2014）00417号《破案告知书》，内容为罗某三被杀一案经该局侦查，已破获该案，犯罪嫌疑人为李某二。

原告李某一起诉主张，被继承人的遗产，原告应当继承四分之三的股份，被告继承四分之一的股份。

法院判决

人民法院经审理认为：被继承人李某二名下在光大证券股份有限公司广州花地大道营业部持有的股票中国建筑（证券代码：601668）20 700股、中国银行（证券代码：601988）116 000股，正虹科技（证券代码：000702）42 000股以及资金台账号为21×××00的资金余额78 076.35元是李某二和罗某三在婚姻存续期间所得的财产，属于夫妻共同财产，双方应各占二分之一

份额，即李某二和罗某三各占中国建筑10 350股、中国银行58 000股、正虹科技21 000股以及资金余额39 038.175元。被继承人罗某三于2014年4月10日死亡，其所占的中国建筑10 350股、中国银行58 000股、正虹科技21 000股以及资金余额39 038.175元作为其遗产，在没有遗嘱和遗赠的情形下，由罗某三的法定继承人依法继承。依据《继承法》第10条的规定，遗产按照下列顺序继承：第一顺序：配偶、子女、父母。由于罗某三的父母均先于罗某三死亡，故上述遗产应由罗某三的第一顺序继承人即李某二和原告李某一继承。《继承法》第7条第1项规定，继承人有下列行为之一的，丧失继承权：故意杀害被继承人的。由于被继承人罗某三是被李某二故意杀害死亡的，故李某二丧失对罗某三遗产的继承权。因此判决，罗某三在夫妻共同财产所占的二分之一份额，即中国建筑10 350股、中国银行58 000股、正虹科技21 000股以及资金余额39 038.175元，李某二不得继承，全部由原告李某一继承。刘某因李某二丧失对罗某三的继承权，因而不能继承对罗某三丧失继承权的这一部分遗产。

法院判决支持了原告的诉讼请求。

注释：

[1]郭明瑞，等.继承法.2版.北京：法律出版社，2004：61.

[2]李谟.继承新论.上海：大东书局，1932：26.

[3]史尚宽.继承法论.北京：中国政法大学出版社，2000：94.

[4]郭明瑞，等.继承法.2版.北京：法律出版社，2004：64.

[5]郭明瑞，等.继承法.2版.北京：法律出版社，2004：64，64-65.

[6]郭明瑞，等.继承法.2版.北京：法律出版社，2004：64，64-65.

[7]参见最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第10条第2款。

[8]刘文.继承法比较研究.北京：中国人民公安大学出版社，2004：48.

[9]刘文.继承法比较研究.北京：中国人民公安大学出版社，2004：48.

[10]刘春茂.中国民法学·财产继承.北京：中国人民公安大学出版社，1990：144.

[11]陈苇，宋豫.中国大陆与港、澳、台继承法比较研究.北京：群众出版社，

2007：191.

[12]我们认为这一规定未必合适。对此，在代位继承问题中具体说明理由。

[13]张玉敏.继承法律制度研究.北京：法律出版社，1999：67.

[14]广东省广州市荔湾区人民法院（2017）粤0103民初4494号民事判决书。

第二章 法定继承

民法典继承编的第二章章名是“法定继承”，规定了法定继承的规则。这一章共有7个条文，与原《继承法》规定相比较，有2处重要的修改。

这一章7个条文规定的主要规则是：继承权男女平等原则，法定继承人的范围和法定继承人的继承顺序，代位继承，丧偶儿媳与丧偶女婿作为第一顺序法定继承人，继承份额的确定，继承人以外的人的酌分遗产请求权，处理继承问题的一般方法。

这一章对法定继承的重要修改是：第一，被继承人的兄弟姐妹的子女可以代位继承；第二，扩大酌分遗产请求权的主体范围。

第一千一百二十六条

继承权男女平等。

条文对照

第九条 继承权男女平等。

本条主旨

本条是对继承权男女平等的规定。

条文详解

《民法典》第4条规定，平等原则是民法的基本原则，继承权平等原则是民法平等原则在继承编中的具体化。

一、法定继承的基本内容

本条规定的是继承权男女平等原则。这一条文是“法定继承”一章中的第一个条文，实际上是作为法定继承必须遵循的基本规则规定的。因此，理解本条规定，首先应当研究法定继承的基本内容。

（一）法定继承的概念和含义

法定继承，是指继承人范围、继承顺序、继承条件、继承份额、遗产分配原则及继承程序均由法律直接规定的继承方式。

对法定继承概念的界定，有两种不同意见：一是继承方式说，认为“法定继承，是指由法律直接规定继承人的范围、继承的先后顺序以及遗产分配原则的一种继承方式”^[1]。二是法律制度说，认为“法定继承是继承人的范围、顺序和遗产的分配原则都由法律直接规定的继承制度”^[2]。这两种看法都认可法定继承是法律直接对继承人的范围、顺序等予以规定，只不过在认定法定继承是一种继承方式还是一项法律制度上存在不同看法。

将法定继承认定为继承方式或者继承法律制度，并不矛盾，因为法定继承是继承人进行遗产继承时的一种方式，但是，法定继承也是由若干有关继承人范围、继承顺序、遗产分配等规则组成的法律制度，只不过在界定时所选取的角度不同。由此可见，法定继承是同遗嘱继承相对应的一种继承方式，也是同遗嘱继承相对应的一种继承法律制度。

法定继承的含义如下。

1.法定继承是一种基本继承方式

被继承人死亡后，其遗留的财产必须作为遗产转移给他人，而转移遗产的两种基本方式就包括法定继承与遗嘱继承。法定继承是依照法律直接规定的继承人范围、顺序、份额等将死者遗产转归继承人的一种继承方式。

2.法定继承是由法律直接规定的继承人继承遗产的继承方式

在法定继承中，哪些人为继承人，继承人依何种先后次序参加继承，都由法律直接规定，而不由被继承人或者其他人决定。

3.法定继承是由法律直接规定继承人遗产分配原则的继承方式

在法定继承中，继承人应如何分配遗产，各个继承人应继承多少份额的遗产，也是由法律直接规定的，不是由被继承人决定的，继承人对此也不得改变。

4.法定继承是不直接体现被继承人意志的继承方式

法定继承是依照法律的直接规定来继承遗产的，不是直接依照被继承人的意愿进行的。所以，法定继承制度直接体现了国家的意志，而不直接体现被继承人的意志。当然，法定继承也并非完全不体现被继承人的意思，不过，继承人不是直接按照被继承人的意思继承，而是依推定的被继承人的意思进行继承。^[3]

（二）法定继承的沿革

法定继承的语源来自罗马法，原意为“无遗嘱继承”。法定继承早于遗嘱继承，是原始社会后期最先在习惯法上确立的制度。法定继承在《汉穆拉比法典》中就已初步成形，内容大体有：法定继承人的范围限于家庭成员之内，法定继承人的继承权可在一定条件下被剥夺，

遗嘱继承优先于法定继承。在罗马法时期，法定继承制度渐趋完备，《优士丁尼法典》详尽规定了继承人的范围、继承顺序、应继份、代位继承等。日耳曼法最初完全没有遗嘱的痕迹。在古代社会，法定继承是最主要的基本继承方式。梅因在评价遗嘱继承时指出：“在所有自然生长的社会中，在早期的法律学中是不准许或是根本没有考虑到过‘遗嘱权’的，只有在法律发展的后来阶段，才准许在多少限制之下使财产所有者的意志能胜过他血亲的请求。”^[4]这一看法正确地说明了法定继承在历史上的地位和存在的原因。近现代资本主义各国都存在法定继承制度，只是两大法系的规定略有差异，英美法系以遗嘱继承为主，以法定继承为辅，例如原本实行遗嘱绝对自由的英国，现在也已对遗嘱自由加以一定限制^[5]；而大陆法系各国主要继受罗马法，大多以法定继承为主。当然，这种区别也与不同国家的亲属制度有关。

我国古代的继承主要是法定继承，着重于祭祀和身份，以嫡长子继承为主，女子一般无继承权，根据宗法关系来确定继承人的范围，是宗法制度的继承。尽管也存在遗嘱继承的现象，但是，遗嘱继承仅限于财产继承，继承标的少于法定继承的。直至近代，我国的继承制度才在本质上有了变化，实行现代意义的财产继承，遗嘱继承也成为继承的重要方式，并且优先于法定继承，但是，法定继承仍为继承的主要方式。中华人民共和国成立以来，原《婚姻法》规定了近亲属间的法定继承权，其后法律实务特别重视法定继承。原《继承法》及最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》都对法定继承作了具体规定，形成了我国比较完善的法定继承制度。

（三）法定继承的特征

1.法定继承具有强烈的身份性

法定继承中的继承人是由法律直接加以规定的，而不是由被继承人指定的。各国法律规定法定继承人的范围、顺序和份额，一般依据婚姻关系、血缘关系和扶养关系，法定继承人一般只是与被继承人有亲属身份关系的人。有英国学者认为，无遗嘱继承规则源于十分流行的家庭观念，并且它可以说是家庭法的附录。^[6]由此可见，法定继承人具有强烈的人身性，建立在身份关系的基础之上。

2.法定继承具有法定性

法定继承的法定性，是指法定继承的继承人范围、继承人的继承顺序、继承人的应继份以及遗产的分配原则都是由法律直接规定的，

而不是由被继承人决定的。当然，法律规定法定继承是从推定被继承人的意愿出发的，而不是随意规定的。

3.法定继承具有强行性

法律关于法定继承的规范为强行性规范，不得任意排除其适用，任何人不得改变法律规定的继承人的范围，也不得改变法律规定的继承人参加继承的先后顺序等，继承人在继承遗产时，须按照法律规定的应继份及遗产分配原则来分配遗产。在法定继承中也有任意性规范的适用，例如关于遗产的分配，就可以由继承人按照法律规定的原则协商确定，不过，这也是在遵循法律规定的遗产分配原则基础上的协商。

（四）法定继承的适用范围

法定继承的适用范围，是指在何种情形下适用法定继承。各国继承法在法定继承与遗嘱继承的关系上，无不确认遗嘱继承优于法定继承。在继承开始后，应当首先适用遗嘱继承，不能适用遗嘱继承方式时，才按法定继承方式继承。这就是遗嘱在先原则。^[7]我国原《继承法》第5条和《民法典》第1123条都确立了这一原则，明确规定：“继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。”对此，应当继续坚持这样的规则。

在遵循遗嘱在先原则的基础上，结合有关实践情形，有下列情形的，适用法定继承。

1.被继承人生前未立遗嘱

遗嘱继承虽然优先于法定继承，但是，必须以合法有效遗嘱的存在为前提。如果被继承人生前未立遗嘱，则被继承人的全部遗产应当按照法定继承处理。我国自古以来就没有立遗嘱的习惯，即使在现代，立遗嘱的人也为数不多，而且劳动人民拥有的财产数额较少，法定继承仍然是普遍适用的继承方式。

2.被继承人所立遗嘱未处分的财产

虽然被继承人生前立有遗嘱，但是，该遗嘱只是对其所拥有的部分财产进行遗嘱处分，并未对全部财产予以处分。对于未经遗嘱处分的部分遗产，不能推定按照被继承人遗嘱处理，应当按照法定继承处理，由被继承人的法定继承人取得该部分遗产。

3.被继承人所立遗嘱无效所涉及的遗产

遗嘱的无效，分为全部无效和部分无效。如果是遗嘱全部无效，则被继承人遗嘱处分的所有遗产，都应当按照法定继承处理；如果遗嘱部分无效，遗嘱无效部分所涉及的遗产适用法定继承。

4.遗嘱继承人放弃继承或者受遗赠人放弃受遗赠

继承开始后，遗嘱继承人可以放弃继承，受遗赠人也可以放弃遗赠。如果遗嘱继承人放弃继承和受遗赠人放弃受遗赠，其放弃继承和受遗赠的遗产部分，适用法定继承处理。如果部分遗嘱继承人放弃继承或部分受遗赠人放弃遗赠，而其他遗嘱继承人未放弃继承或其他受遗赠人未放弃受遗赠，则对其他遗嘱继承人或受遗赠人未放弃继承或受遗赠的遗产部分，不适用法定继承，只对放弃接受继承或者受遗赠部分的遗产按照法定继承处理。

5.遗嘱继承人丧失继承权或受遗赠人丧失受遗赠权

遗嘱继承人和受遗赠人在发生法定事由时，其继承权和受遗赠权会丧失。如果遗嘱中指定的继承人在发生民法典继承编规定的丧失继承权的事由时，其继承权丧失，不得为继承人；遗嘱指定的受遗赠人丧失受遗赠权的，也不得为受遗赠人。因此，遗嘱继承人丧失继承权或受遗赠人丧失受遗赠权的，遗嘱指定由其继承或受遗赠的遗产部分，适用法定继承。

6.遗嘱继承人、受遗赠人先于遗嘱人死亡

遗嘱继承人、受遗赠人先于被继承人死亡的，其因不具有继承能力或受遗赠能力而不能继承、受遗赠，遗嘱指定由其继承、受遗赠的财产适用法定继承。

（五）法定继承与遗嘱继承的关系

法定继承与遗嘱继承是两种基本的继承方式，两者之间存在错综复杂的关系。

1.法定继承与遗嘱继承的联系

首先，法定继承与遗嘱继承可以并存。法定继承与遗嘱继承虽然是两种不同的继承方式，但是，两者并非对立，可以并存适用。这也是现代各国继承法普遍采取的原则。比如，在被继承人立有合法有效遗嘱对其部分财产进行处分时，则继承开始后，对于遗嘱所处分部的

分遗产应当按照遗嘱继承办理，而对于遗嘱未涉及的遗产部分则按照法定继承处理。这时，就存在法定继承与遗嘱继承并存适用的情形。

其次，法定继承是遗嘱继承的基础。虽然遗嘱继承优先于法定继承适用，但是，被继承人在订立遗嘱时，应当遵守法定继承的有关规定。在我国，虽然立遗嘱人可以指定继承人，但遗嘱继承人必须限定在法定继承人范围之内，法定继承有关法定继承人范围的规定是遗嘱继承的基础。如果立遗嘱人指定法定继承人范围之外的人承受遗产，则不再是遗嘱继承，而是遗赠。

再次，法定继承是对遗嘱继承的补充。法定继承虽与遗嘱继承并行，而且是一种主要的继承方式，但是，在效力上低于遗嘱继承的。遗嘱继承的效力优先于法定继承的。在继承开始后，如果存在合法有效遗嘱，应优先适用遗嘱继承或遗赠；只有在不存在遗嘱或者遗嘱无效以及未对有关遗产进行处分等情形时，才能适用法定继承。因此，法定继承是对遗嘱继承的补充。

最后，法定继承是对遗嘱继承的限制。在遗嘱继承中，立遗嘱人不能违反法律的限制规定，例如立遗嘱人处分必留份的遗嘱无效。尽管遗嘱继承适用在先，法定继承适用在后，遗嘱继承限制了法定继承的适用范围，但同时，法定继承也是对遗嘱继承的限制。

2.法定继承与遗嘱继承的区别

第一，继承事项的产生基础不同。在遗嘱继承中，被继承人用遗嘱的方式，按照自己的意志指定自己的遗产由哪些人继承、继承多少，关于继承人以及应继份的确定，主要决定于被继承人对继承人的经济情况的关注以及彼此的感情好坏等。在法定继承中，法律根据血缘关系、婚姻关系以及扶养关系，直接确定继承人的范围、继承的顺序、遗产分配原则以及继承份额等。

第二，体现被继承人意愿的程度不同。法定继承与遗嘱继承都体现被继承人的意愿，但是，两者在程度上不同。在遗嘱继承中，遗嘱是被继承人意愿的直接表示与体现，根据遗嘱来确定继承人以及继承份额，则是对被继承人意愿的尊重。法定继承虽然也是对被继承人意愿的一种法律推定——被继承人愿意把自己的财产留给与自己关系最密切的近亲属，但是，在法定继承人、继承份额的确定上，都是由法律直接加以规定的，对被继承人的意愿体现得并不充分。

第三，继承人参加继承的顺序不同。在遗嘱继承中，继承开始后，遗嘱继承人就按照遗嘱的内容参加继承，获得遗产，不受法定继

承顺序的限制。即使被指定的遗嘱继承人是第二顺序法定继承人中的继承人，也依遗嘱参加继承。在法定继承中，继承开始后，先由第一顺序继承人参加继承；当没有第一顺序继承人或者第一顺序继承人全部丧失继承权或放弃继承权时，第二顺序继承人才可参加继承。

二、继承权平等是法定继承必须遵守的原则

继承权男女平等，是继承权平等原则的核心和基本表现。在中国古代和近代均有女子不得继承的规定，直至1929年南京国民政府司法法院法律解释，承认无论是已嫁或未嫁的女子，均得享受继承遗产的权利。^[8]本条明确规定，继承权男女平等。

继承权男女平等，既是对私有制古代以及近代社会中男女不平等的继承制度的根本否定，也是对我国宪法确认的男女平等原则以及国家在遗产继承问题上一贯的法律、政策的贯彻落实。继承权男女平等包含多方面的含义。

第一，男性与女性具有平等的继承权，不因性别差异而有所不同。这一点在法律上的规定是明确的，但是，在实际的民间操作上是不一样的，民间操作通常是剥夺或者削弱女子的继承权。例如，有一家兄妹三人，其中有一个妹妹。遗留的祖产被征收后，补偿其全家共七套房，协商后兄弟二人各三套，妹妹一套，妹妹很高兴地接受了这一套房。这实际上是削弱了女性的继承权，但是，却仍然是实现了部分继承权。在有的家庭里，妹妹因为是别人家的媳妇，就可能一套房子也得不到。

第二，夫妻在继承上有平等的权利，有相互继承遗产的继承权，《民法典》第1157条明确规定：“夫妻一方死亡后另一方再婚的，有权处分所继承的财产，任何组织或者个人不得干涉。”这一点，在城市大概不难实现，但是在农村，就会有较大的实现难度。

第三，在继承人的范围和法定继承的顺序上，男女亲等相同，父系亲与母系亲平等，不得歧视和侵害女系亲和母系亲的继承权。

第四，在代位继承中，男女有平等的代位继承权。适用于父系的代位继承同样适用于母系。

法律适用中应注意的问题

本条只规定了男女继承权平等，没有对继承权平等原则作出

规定。在理解和适用本条规定中，应当全面掌握继承权平等原则的完整内容。

第一，非婚生子女与婚生子女继承权平等。在国外的继承法立法例中，有的对非婚生子女的继承权进行限制。我国民法典反对这样的做法，承认非婚生子女与婚生子女的社会法律地位是平等的，受国家法律的同等保护。同样，非婚生子女与婚生子女同为子女，享有平等的继承权。本法第1127条第3款规定：“本编所称子女，包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。”在立法上明确了对非婚生子女与婚生子女不作区分，享有同样的继承权，并不因子女是婚生还是非婚生而有所区别。

第二，养子女与亲生子女继承权平等。我国法律一贯确认养子女与亲生子女有同等的法律地位，明确养子女与亲生子女在亲属身份关系中的法律地位平等。养子女与亲生子女在继承权上也是平等的，养子女与亲子女享有平等的继承权。

第三，儿媳与女婿在继承上权利平等。本法第1129条规定：“丧偶儿媳对公婆，丧偶女婿对岳父母，尽了主要赡养义务的，作为第一顺序继承人。”儿媳或女婿只要符合丧偶的条件，且对公婆或岳父母尽了主要赡养义务，就享有继承权，并不区分儿媳与儿子、女儿与女婿的不同。所以，儿媳与女婿在继承上的权利平等，也是继承权平等的表现之一。

第四，同一顺序的继承人继承遗产的权利平等。同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等。凡为同一顺序的继承人，不分男女、长幼，也不论职业、政治状况，继承被继承人遗产的权利一律平等。

案例链接

张某一与李某、张某二、张某四、张某三继承纠纷案^[9]

基本案情

张某五与李某系夫妻，二人共生育四个子女，即长女张某一、次女张某三、长子张某四、次子张某二。某街某号房屋原系张某五和李某所有，该处房屋共有北正房五间，另有西厢房、厕所和门道等。2017年1月18日，张某五因病死亡。

张某一向法院起诉，请求继承其父张某五遗留的遗产房屋的

四分之一份额。

本案在审理过程中，李某放弃对于争议房屋享有的份额，只要求保留一间房。经本院释明后，原告及四被告均不要求对西厢房、厕所和门道等进行分割。

法院判决

法院认为，公民合法的继承权受法律保护。本案中，张某五死亡后，原告及四被告作为张某五的第一顺序继承人，均有权继承张某五的遗产，并有权要求分割遗产。因张某五生前未立遗嘱，其遗产应当依照法定继承处理。李某放弃对涉案房屋享有的份额，不违反法律规定，法院予以准许。张某一不同意李某保留房产份额，不符合法律规定，对其该项意见，法院不予采纳。继承权男女平等是继承法的基本原则，张某四认为按照农村习俗，女儿不应当继承房产，该主张不符合法律规定，法院不予支持。故判决本案讼争的五间房屋，原、被告各分得一间，房屋的界墙和界梁归相邻双方共有，院内其他建筑物附属设施和树木，由原告和被告共同使用。

注释：

[1]刘素萍.继承法.北京：中国人民大学出版社，1988：185.

[2]张玉敏.继承法律制度研究.北京：法律出版社，1999：189.

[3]郭明瑞，等.继承法.2版.北京：法律出版社，2004：93.

[4]梅因.古代法.北京：商务印书馆，1959：101.

[5]在英美法系国家，一般使用“无遗嘱继承”（intestate succession）一词，而不用“法定继承”一词。

[6]F.H.劳森，B.拉登.财产法.施天涛，等译.北京：中国大百科全书出版社，1998：207.

[7]刘素萍.继承法.北京：中国人民大学出版社，1988：188.

[8]汪澄之.女子继承权诠释.上海：民治书店，1929：35.

[9]北京市平谷区人民法院（2017）京0117民初7245号民事判决书。

第一千一百二十七条

遗产按照下列顺序继承：

（一）第一顺序：配偶、子女、父母；

（二）第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。

继承开始后，由第一顺序继承人继承，第二顺序继承人不继承；没有第一顺序继承人继承的，由第二顺序继承人继承。

本编所称子女，包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。

本编所称父母，包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。

本编所称兄弟姐妹，包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或者同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹、有扶养关系的继兄弟姐妹。

条文对照

第十条 遗产按照下列顺序继承：第一顺序：配偶、子女、父母。第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。

继承开始后，由第一顺序继承人继承，第二顺序继承人不继承。没有第一顺序继承人继承的，由第二顺序继承人继承。

本法所说的子女，包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。

本法所说的父母，包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。

本法所说的兄弟姐妹，包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或者同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹、有扶养关系的继兄弟姐妹。

本条主旨

本条是对法定继承人和法定继承顺序的规定。

确定法定继承顺序，首先必须确定法定继承人的范围，继承顺序就是在法定继承人的范围内确定的法定继承人的继承顺序。

一、法定继承人的范围

（一）法定继承人范围的概念

法定继承人的范围，是指在适用法定继承方式时，哪些人能够作为被继承人遗产的继承人。民法典继承编关于法定继承人范围的规定具有法定性与强行性，只有法律条文明确列举的人才可以作为法定继承人。其他人也可能取得被继承人的遗产，但是，却不是基于法定继承人的法律地位而取得的，在取得遗产的本质上是不同的。法定继承人范围的确定直接关系被继承人亲属的权益。

法定继承人范围确定依据的主要因素如下。

一是血缘关系。从古至今血缘关系的远近都是法定继承的重要依据，在决定法定继承人的范围方面起着决定性的作用。血缘关系包括亲生父母和亲生子女、同父母的兄弟姐妹之间的全血缘关系，同父异母或同母异父的父母子女关系及基于此而发生的兄弟姐妹之间的半血缘关系，养父母子女及养兄弟姐妹间的拟制血缘关系。

二是婚姻关系。婚姻关系是家庭关系的基础，基于婚姻关系形成的配偶是最重要的法定继承人，现代各国继承法都将配偶作为法定继承人。

三是扶养关系。家庭成员之间基于人身依赖关系形成的相互扶养、赡养、扶助的关系，也是决定法定继承人范围的一个重要方面。《民法典》第1129条规定的对公婆尽了主要赡养义务的丧偶儿媳和对岳父母尽了主要赡养义务的丧偶女婿，都可以作为第一顺序法定继承人。

四是民族传统和继承习惯。各国继承法确定法定继承人的范围，同本国的社会现实、民族传统、继承习惯等各方面因素有关。

现代各国继承立法规定法定继承人的范围有以下两种情况：一种是采取“亲属继承无限制主义”。此种立法例的法定继承人不受亲等的限制，如《德国民法典》规定的法定继承人的范围是：配偶，被继承

人的直系晚辈血亲，父母及其直系晚辈血亲，祖父母（外祖父母）及其直系血亲卑血亲，曾祖父母及其直系晚辈血亲，高祖父母及其直系晚辈血亲。这实际上几乎把与死者有血亲关系的一切生存着的人，都列入法定继承人的范围。另一种是采取“亲属继承限制主义”。采此种立法例的国家有法国（以十二亲等为限）与意大利（以六亲等为限）。

我国虽然也以依血缘关系和婚姻关系所产生的亲属身份关系为基础，确定法定继承人的范围，但是，对法定继承人范围的规定却是最窄的国家之一。我国的上述规定仅限于近亲属，具体包括：配偶、子女（其直系晚辈血亲可以代位继承）、父母、兄弟姐妹（其子女可以代位继承）、祖父母、外祖父母，以及对公婆或岳父母尽了主要赡养义务的丧偶儿媳或女婿。这种立法是不完善的，本次编纂民法典也没有予以纠正，仍然采用原《继承法》第10条规定的基本规则，仅仅增加了第二顺位的兄弟姐妹的子女可以代位继承，作为可以代位继承的法定继承人。

（二）民法典规定的法定继承人的范围

《民法典》的本条和第1128条对法定继承人的范围作了规定。按照这一规定，我国法定继承人的范围如下。

1. 配偶

配偶，是指合法婚姻关系存续期间一方对另一方的称谓，夫以妻为配偶，妻以夫为配偶。在继承法中，配偶特指在被继承人死亡时没有离婚且尚生存的配偶。对于配偶的继承权采取的男女平等主义只是近代法律思想的产物。当今各国继承法对配偶的继承权有两种立法例：一是配偶为当然继承人，配偶并不是一个固定顺序继承人，在继承时根据继承法的规定，与其他继承人按一定比例获得应继份；二是配偶为固定顺序继承人，我国民法典继受原《继承法》的做法，仍然采取此立法例，将配偶规定为第一顺序继承人。配偶是共同生活的伴侣，在共同生活期间协力同心、互相关心、相互照顾，当夫妻一方死亡时，无论从家庭经济关系方面来看，还是从被继承人的意志方面来看，配偶都应当是法定继承人。不过，将配偶直接规定为第一顺序的继承人，存在较多的弊病，采取第一种立法例，其实更为妥当。^[1]

作为继承人的配偶，必须在被继承人死亡时与被继承人之间存在合法婚姻关系，在被继承人死亡时已经解除婚姻关系的，不为被继承人的配偶，不享有继承权。一方已经提起离婚，或法院一审已判决离婚，但判决尚未生效时一方死亡的，另一方是否仍然享有继承权，有

学者认为赋予另一方继承权既违反死者遗愿，也不符合民族的传统伦理道德，建议参考《德国民法典》第1933条关于排除生存配偶的继承权和先取权的规定。^[2]笔者认为，只要夫妻双方尚未解除婚姻关系，即使在离婚诉讼中，或法院已经作出双方离婚的判决但是尚未产生效力前死亡的，另一方仍享有继承对方遗产的权利。

我国民法典婚姻家庭编规定了无效婚姻或可撤销婚姻的制度。对于无效或可撤销的婚姻，已经宣告无效或者予以撤销的，即自始无效，当事人不具有夫妻的权利和义务。在无效或被撤销婚姻中的配偶，不属于继承法所称的配偶，一方死亡的，另一方对其遗产不享有继承权。

2. 子女

子女作为被继承人的最近的直系晚辈血亲，被规定为第一顺序法定继承人。不过，关于子女范围的界定，各国做法却并不一致。有的国家仅规定婚生子女享有继承权；另外一些国家虽然规定非婚生子女有继承权，但却有种种限制，有的规定必须经过准正程序，有的规定继承份额仅为婚生子女的二分之一。本条第3款规定：“本编所称子女，包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。”

（1）婚生子女。婚生子女不论随母姓还是父姓，不论已婚还是未婚，也不论结婚后是到男方家落户还是到女方家入赘，都有继承父母遗产的权利。根据民法典对胎儿继承利益的特殊保护，不仅于父母死亡前出生的子女有继承权，而且对于父亲死亡前已受孕在其父亲死亡后活着出生的子女，也享有继承权。

（2）非婚生子女。虽然非婚生子女的父母之间的两性关系是非法和不道德的，应当受到社会舆论的谴责，但是，非婚生子女的出生只是父母的过错，非婚生子女对此完全是无辜的，其应当与婚生子女受到同等的法律保护。

（3）养子女。收养关系一经成立，养子女便取得同婚生子女同等的法律地位，当然有权继承养父母的遗产。由于其与生父母间的权利义务关系已经解除，在与生父母的权利义务关系未恢复前，养子女无权继承生父母的遗产。针对收养人与被收养人的年龄差距很大，以养祖父母与养孙子女名义生活的，在继承中应当视为养父母与养子女关系进行继承。

（4）有扶养关系的继子女。有扶养关系的继子女有双重继承权，既可以继承继父母的遗产，又可以继承其生父母的遗产。对

于“有扶养关系”的概念，我国民法典没有作出明确规定，也没有具体的标准衡量，造成实务中对此的认定难以统一。如何认定有扶养关系，应当由法官根据各个方面的因素综合考虑自由裁量；规定一个固定的标准可能缺乏灵活性。

（5）非传统方式生育的子女。随着科学技术的发展，试管婴儿、代孕等非传统生育方式打破了生育的传统，且这些现象日渐增多。为保障人工生育子女和实施人工生育当事人的继承权，应赋予以这种非传统生育方式出生的子女以平等的继承权。

3.父母

父母作为被继承人最直接的直系尊血亲，也是子女最亲近的尊亲属。由于父母子女之间具有最密切的人身关系和财产关系，各国继承法均对其继承权作了规定。根据权利义务对等原则，子女有权继承父母的遗产，父母也有权继承子女的遗产。《民法典》第1070条规定，父母和子女有相互继承遗产的权利。不过，大多数国家未对父母的范围加以明确界定，一般仅以生父母为限，其实应当包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。本条第4款明确规定：“本编所称父母，包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。”

（1）生父母。生父母对其亲生子女有继承权，不论该子女为婚生子女还是非婚生子女。但是，亲生子女已由他人收养的，在收养关系解除前，生父母不得继承该子女的遗产。即使在收养关系解除后，若被收养的子女未与生父母恢复法律上的权利义务关系，则生父母对该子女的遗产依然无继承权。

（2）养父母。养父母的继承权以收养关系的存在为前提，在养子女死亡前已经解除收养关系的，不论解除收养关系的原因为何，也不论解除收养关系的被继承人是否与其生父母恢复权利义务关系，收养人均无权继承其遗产。

（3）继父母。继父母对继子女的遗产是否享有继承权，应当依其是否对继子女形成扶养关系而定，只有形成扶养关系的继父母才有继承权。继父母与继子女形成了扶养关系，相互间产生法律上的权利义务关系，继父母有权继承其继子女的遗产。若继父母与继子女之间只存在名义上的关系，并未形成实际上的扶养关系，则继父母无权继承继子女的遗产。

4.兄弟姐妹

兄弟姐妹是被继承人最近的旁系血亲，兄弟姐妹一般都在家庭中共同生活多年，生活上相互照顾，经济上互相帮助，精神上相互慰藉，而且有负担能力的兄姐，对于父母已经死亡或父母无力抚养的弟妹有抚养的义务，因而兄弟姐妹间有相互继承的权利。民法典继承编规定，兄弟姐妹为第二顺序继承人，范围界定为同父母的兄弟姐妹、同父异母或者同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹、有抚养关系的继兄弟姐妹。至于堂兄弟姐妹和表兄弟姐妹，则不属于继承法上的兄弟姐妹的范畴，相互之间不享有继承权。

（1）有血缘关系的兄弟姐妹。有血缘关系的兄弟姐妹包括具有全血缘关系的兄弟姐妹与有半血缘关系的兄弟姐妹。同父母的兄弟姐妹具有完全的血缘关系，互为继承人。同父异母或同母异父的兄弟姐妹具有半血缘关系，对其继承权有不同于同父母的兄弟姐妹的规定。例如，有的国家对同父异母或同母异父的兄弟姐妹规定虽有继承权，但是，继承份额仅是同父母兄弟姐妹的一半。在我国，无论全血缘关系还是半血缘关系的兄弟姐妹，毕竟都存在血缘关系，他们之间相互继承遗产的权利是这种血缘关系的必然结果。根据继承权平等原则的要求，应当赋予兄弟姐妹间平等的继承权，不应当存在继承份额上的差异。

（2）养兄弟姐妹。收养关系产生拟制血缘关系，亲生子女与养子女及养子女相互之间也是兄弟姐妹，互有继承权，法律没有将其排除在外的理由。只要收养关系不解除，养兄弟姐妹的法律地位如同同胞兄弟姐妹的法律地位，相互有继承遗产的权利。如果被收养人与亲兄弟姐妹间的权利义务关系已因收养解除而消灭，则其不能再继承亲兄弟姐妹的遗产。

（3）继兄弟姐妹。在现代各国法中，大多不承认继兄弟姐妹间的继承权，认为继兄弟姐妹间是姻亲关系而非血缘关系。继兄弟姐妹间虽没有血缘关系，但是，因其父母再次结婚而形成姻亲关系，并且形成抚养关系的继兄弟姐妹间产生了权利义务关系，因而形成抚养关系的继兄弟姐妹之间应当相互有继承权。

5. 祖父母、外祖父母

祖父母、外祖父母与孙子女、外孙子女之间，是除父母子女以外的最近的直系血亲，彼此间的血缘联系密切。在现实生活中，祖父母、外祖父母与孙子女、外孙子女共同生活，彼此间形成抚养、赡养关系的十分普遍。在国外立法例中，有的直接将祖父母规定为一个独立顺序的继承人，有的将祖父母规定为与父母相同的尊亲属继承顺序。民法典继承编将祖父母与外祖父母规定为第二顺序法定继承人。

6.对公婆或岳父母尽了主要赡养义务的丧偶儿媳或丧偶女婿

丧偶儿媳对公婆，丧偶女婿对岳父母尽了主要赡养义务的，作为第一顺序继承人。儿媳与公婆、女婿与岳父母之间是姻亲关系，相互之间本无继承权。依据《民法典》继承编的规定，当上述姻亲关系具备法定要件时，确认丧偶儿媳或者丧偶女婿对公婆或者岳父母有继承权。要件是：（1）必须存在丧偶情况，即儿媳或者女婿丧失配偶；（2）对公婆或者岳父母尽了主要赡养义务，如提供主要经济来源，或者给予劳务方面的主要扶助。具备这两个要件，丧偶儿媳或丧偶女婿取得继承权。

7.孙子女、外孙子女等直系晚辈血亲

孙子女和外孙子女是被继承人的二亲等直系血亲，三代以内直系卑血亲；曾孙子女和曾外孙子女是被继承人的三亲等直系血亲，四代以内直系卑血亲；玄孙子女和玄外孙子女是四亲等直系血亲，是五代以内直系卑血亲。按照我国的服制，这些亲属均是未出五服的直系晚辈血亲，都应当是主要的继承人，甚至是第一顺位的法定继承人。不过，我国继承法律制度一直将孙子女和外孙子女等直系晚辈血亲排除在法定第一继承顺序之外，只是列为代位继承人，当然更不用说曾孙子女和曾外孙子女以及玄孙子女和玄外孙子女了。

8.兄弟姐妹的子女

在民法典立法中，多数专家学者建议在民法典中扩大法定继承人的范围，增加法定继承顺序。但是，立法机关没有采纳这些建议，只是将兄弟姐妹的子女规定为代位继承人，对法定继承人的范围作了有限度的扩展。

兄弟姐妹是第二顺序法定继承人，兄弟姐妹的子女就是侄子、侄女和外甥、外甥女。在兄弟姐妹先于被继承人死亡的情况下，侄子、侄女或者外甥、外甥女作为代位继承人，参加第二顺序的法定继承。

二、法定继承人的继承顺序

（一）法定继承人继承顺序的概念和特征

法定继承人的继承顺序，又称法定继承人的顺位，是指法律直接规定的法定继承人参加继承的先后次序。

法定继承人皆有一定的继承顺序，顺序在先者有优先继承权，对

于顺序在后者，得绝对排除之。^[3]法定继承人的继承顺序，关系着各继承人以何地位参加继承，谁有权继承，谁无权继承，谁是合法继承人，谁是不当继承人等问题，可以避免继承中许多不应发生的争议与纠纷，作用非常重要。各国继承立法都在法律条文中对法定继承人的继承顺序加以明确规定，以防滋生纷争。

法定继承开始后，法定继承人按照《民法典》继承编规定的法定继承顺序参加继承，即先由前一顺序的继承人继承，没有前一顺序的继承人继承时，才由后一顺序的继承人继承。法定继承人的继承顺序具有以下特征。

1. 法定性

继承人法定顺序的法定性，是指法定继承人的具体继承顺序是由法律根据继承人与被继承人之间关系的亲疏程度、密切程度直接规定的，而不是由当事人自行决定的。这同遗嘱继承不同。在遗嘱继承中，遗嘱继承人参加继承无先后次序之分，是按照被继承人遗嘱的指定直接参加继承的。

2. 强行性

法律确定法定继承人参加继承的先后次序的目的，是保护不同情况的法定继承人的继承利益。在适用法定继承方式时，对于法律规定的继承顺序，任何人、任何单位都不得以任何理由加以改变，即使是被继承人本人也无权改变，除非其设立遗嘱排除法定继承的适用。即使前一顺序的继承人也不得变更自己的顺序，作为后一顺序的继承人参加继承。换言之，继承人只可以放弃继承权，但是不能放弃自己的继承顺序。此外，“随意改变法定继承人的继承顺序，势必破坏法定继承方式，并给处于优先继承顺序的法定继承人的合法利益带来损害，并导致继承纠纷的发生，给社会秩序造成消极影响”^[4]。

3. 排他性

在法定继承中，继承人只能依法定的继承顺序，依次参加继承，前一顺序的继承人总是排斥后一顺序继承人继承。只要有前一顺序的继承人继承，后一顺序的继承人就不能取得和实现继承既得权，无权主张继承遗产。只有在没有前一顺序的继承人，或者前一顺序的继承人全部放弃继承或全部丧失继承权，或者前一顺序的继承人丧失继承权且其余的继承人全部放弃继承的情况下，后一顺序的继承人才有权参加继承。^[5]

4.限定性

作为遗产继承的两种基本方式，法定继承人的继承顺序只限定在法定继承中适用，各法定继承人须按照法律规定的继承顺序，依次取得被继承人的遗产。而在遗嘱继承中，遗嘱继承人不受法定继承人的继承顺序的限制，遗嘱人可以在遗嘱中指定由后一顺序的继承人继承遗产，而不由前一顺序的继承人继承遗产。

（二）法定继承人继承顺序的确定

法定继承人的继承顺序问题，不纯粹是一个立法技术问题，还涉及具体国情、历史、文化、宗教、民族特点、风俗习惯的差异，这些也决定了法定继承人继承顺序的差异。综观当今世界各国继承立法关于法定继承人继承顺序的规定，虽立法颇有差异，但是，确定法定继承顺序的依据，不外乎血缘关系、婚姻关系、被继承人与继承人相互扶养关系的亲疏和民族传统与习俗。法定继承人的继承顺序是从两个方面规定的：一个是配偶的继承顺序；另一个是血亲的继承顺序。

1.配偶的继承顺序

各国继承立法在对待配偶的继承顺序上，有两种作法：一是将配偶列入一定的继承顺序，如我国民法典继承编将配偶规定为第一顺序继承人；二是将配偶作为继承人单列，没有固定的继承顺序，将血亲继承人依据亲疏划分为若干顺序，配偶得与任何一个顺序的血亲继承人一同继承遗产，只不过其应继份因血亲继承人的顺序不同而不同。

2.血亲的继承顺序

在确定血亲的继承顺序及地位方面，各国的继承立法有不同的规定。有的依照亲系继承制确定，有的依照亲等继承制确定，还有的兼采这两种方法。^[6]

（三）我国法定继承人的继承顺序

民法典继承编沿袭原《继承法》的做法，只规定了两个继承顺序，即第一顺序为配偶、子女、父母，以及对公婆或岳父母尽了主要赡养义务的丧偶儿媳或女婿，第二顺序为兄弟姐妹、祖父母与外祖父母。

1.配偶、子女、父母为第一顺序法定继承人

（1）配偶。配偶是因婚姻关系的成立和存续而形成的夫妻之间

的亲属身份关系，他们之间虽无血缘关系，但是，相互之间感情最为密切，在经济上一般不分彼此，财产共有，在精神上相互慰藉，相互扶持，互为终身的伴侣和依靠。民法典婚姻家庭编明确规定夫妻之间有相互扶助的义务，无论从亲属身份关系的亲疏程度上，还是从扶养关系的密切程度上，将配偶作为第一顺序法定继承人乃理所当然，也体现了配偶在家庭中的地位和他们之间的密切关系。

（2）子女。古今中外，子女都是第一顺序法定继承人。自罗马法以降，许多国家的法律还明确规定，父母没有正当的理由，不能剥夺、取消子女的继承权。实际上，子女和父母是最近的血亲，关系最为密切，在经济关系上，父母子女之间互负抚养和赡养的义务；从所有人处分身后财产的意志来看，父母总是愿意把财产留给自己的子女，以达财产传承的目的；现代各国继承立法都把子女作为第一顺序法定继承人。民法典继承编规定子女为第一顺序继承人，当然妥当，只不过在具体语词表述上与国外继承立法有些差异。各国继承法一般规定“直系晚辈血亲”为第一顺序法定继承人，而不是本法所用的“子女”这一语词。用“直系晚辈血亲”表述虽然具有概括性，包括了不同辈分的直系晚辈血亲，但是，由于本法实行“亲等近者优先”的继承原则，在直系晚辈血亲中的子女不能继承时，孙子女、外孙子女等卑亲属都能够以第一顺序继承人的身份参与继承。通说认为，被继承人的孙子女、外孙子女优先于被继承人的父母继承，与以亲属身份关系的亲疏划分继承顺序的依据有悖。民法典继承编已经以“子女”作为第一顺序继承人，虽然存在一定的问题，但是表述还是比较明确的。对其他直系晚辈血亲的继承权保护，可以通过代位继承制度来解决。这种意见仍然值得斟酌，将第一顺序直接规定为“直系晚辈血亲”其实是更为稳妥的办法，因为遗产向下流转是遗产继承的基本规律。

（3）父母。我国历史上受宗祧继承观念的影响，认为继承是男性后裔对父祖的继承，包括父母在内的直系尊亲属不能作为子女等直系晚辈血亲的继承人，如果子女无后，由父母承受遗产，但是，遗产承受人与遗产继承人是不同的。^[7]父母作为子女的最近的直系血亲尊亲属，他们无论是在经济上还是在情感上都有极为密切的关系，而且父母子女关系是家庭关系中的基本关系，父母子女在亲属身份关系上有相互抚养和赡养的义务，所以将父母列为继承人是合适的。但是，父母是否是第一顺序继承人，在各国法上规定不一，大多数国家将父母列于子女之后，是作为第二顺序法定继承人的。有学者主张，在我国，父母列于子女之后为第二顺序法定继承人更为合适。^[8]有的学者认为，随着社会经济发展和个人财产逐步增加，规定父母为第一顺序法定继承人更有利于对老人的赡养，若将父母规定为子女与配偶之后的第二顺序法定继承人，他们将很难得到子女的遗产。笔者认为，在

通常情况下，父母先于子女死亡，因而子女继承父母的遗产是常态，父母继承子女的遗产为非常态；同时，父母作为第一顺序继承人继承遗产，将面临遗产向横向流转的可能，也不符合遗产流转的规律。当然，立法没有采纳这些意见，这些意见只能作为不同看法，不能改变立法的规定，更不能用于司法实践。

2. 兄弟姐妹、祖父母、外祖父母为第二顺序法定继承人

（1）兄弟姐妹。兄弟姐妹之间为旁系血亲，虽然共同生活于或曾经共同生活于一个家庭，但是，在法律上一般没有相互扶养、扶助的权利义务，因此，不应作为第一顺序法定继承人。不过，毕竟兄弟姐妹在生活上互相帮助，感情上也很密切，而且在父母双亡或父母无力抚养的情况下，有负担能力的兄、姐对未成年的弟、妹负有扶养的义务，由兄、姐扶养长大的有负担能力的弟、妹，对丧失劳动能力、孤苦无依的兄、姐也负有扶养的义务，将兄弟姐妹列为第二顺序法定继承人，是比较合理的。

（2）祖父母、外祖父母。祖父母、外祖父母与孙子女、外孙子女间为二亲等直系血亲，在通常情况下，子女由父母抚养，祖孙之间不发生直接扶养的权利义务关系。不过，他们之间相互关系的密切程度虽次于父母子女关系的，但也是非常高的。有负担能力的祖父母、外祖父母，对于父母双方已经死亡或者父母双方均丧失抚养能力，或父母一方死亡，另一方确实无能力抚养的未成年孙子女、外孙子女，有扶养的义务；有负担能力的孙子女、外孙子女，对于子女已经死亡或子女确无赡养能力的祖父母、外祖父母，有赡养的义务。基于此，将祖父母、外祖父母规定为第二顺序法定继承人，也是比较合理的。

法律适用中应注意的问题

应当看到的是，本法关于法定继承人范围和继承顺序的规定，是不尽完善的，存在较大的缺陷。不过，法律既然已经规定，当然具有法律效力，因此，在实践中应当具体适用。应当注意如下内容。

第一，对于法定继承人范围，应当注意民法典继承编有了有限度的扩展，这是适当扩展法定继承人范围的一个举措，尽管不能解决存在的主要问题，但是，毕竟是有了一定程度的扩展。因而，应当将兄弟姐妹的子女纳入法定继承人的范围，对其按照享有代位继承权的法定继承人的地位对待。

第二，法定继承顺序具有强制性，不可以任意更改。在司法

实践中，任何不按照法定继承顺序进行继承的做法，都是不正确的。

第三，对孙子女、外孙子女等直系晚辈血亲的继承问题，应当通过代位继承来解决。在适用代位继承规则进行继承时，如果被代位继承人因故丧失继承权，或者放弃继承权，孙子女、外孙子女是否仍然可以继承，通常认为是否定的。对此，笔者认为应当适当放宽，使孙子女、外孙子女有更多的继承机会。

案例链接

刘某三、刘某二等与刘某四、陈某法定继承纠纷案^[9]

基本案情

被继承人刘某五与许某系原配夫妻，共生育四个子女：刘某六、刘某二、刘某一、刘某四。刘某五于2004年9月29日去世，许某于2017年1月10日去世。刘某六于2011年6月19日去世，其与原配妻子陈某生育一子刘某三。

登记在刘某五名下位于北京市东城区××园×号楼××号房屋系刘某五与许某的夫妻共同财产。原、被告均认可诉争房屋价值为每平方米9.2万元，房屋建筑面积为73.44平方米。

原告刘某一、刘某二、刘某三向法院起诉主张，原、被告应当按照法定继承方式继承，由三原告继承房屋，并对被告按照市场价值给予经济补偿。

法院判决

法院认为，继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。在本案中，被继承人未留有遗嘱或遗赠扶养协议，故位于北京市东城区××园×号楼××号房屋应当按照法定继承办理。依照《继承法》第13条第1款关于“同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等”的规定，被继承人刘某五去世后，其享有的诉争房屋的产权份额应按法定继承依法分割。《继承法》第10条第1款第1项规定：“遗产按照下列顺序继承：第一顺序：配偶、子女、父母”，故刘某五的上述遗产由法定继承人许某、刘某六、刘某二、刘某一、刘某四均等继承。法院判决，将讼争遗产房屋判归刘某四所有，刘某四对陈某、刘某一、刘某二、刘某三分别

予以经济补偿款若干。

注释：

- [1]杨立新，和丽军.我国配偶法定继承的零顺序改革.中州学刊，2013（1）.
- [2]张玉敏.继承制度研究.成都：成都科技大学出版社，1994：246.
- [3]罗鼎.继承法要论.上海：大东书局，1947：37.
- [4]刘素萍.继承法.北京：中国人民大学出版社，1988：212.
- [5]郭明瑞，等.继承法.2版.北京：法律出版社，2004:107.
- [6]刘文.继承法比较研究.北京：中国人民公安大学出版社，2004：119.
- [7]史尚宽.继承法论.北京：中国政法大学出版社，2000：55.
- [8]张玉敏.继承法律制度研究.北京：法律出版社，1999：208.
- [9]北京市东城区人民法院（2017）京0101民初11386号民事判决书。

第一千一百二十八条

被继承人的子女先于被继承人死亡的，由被继承人的子女的直系晚辈血亲代位继承。

被继承人的兄弟姐妹先于被继承人死亡的，由被继承人的兄弟姐妹的子女代位继承。

代位继承人一般只能继承被代位继承人有权继承的遗产份额。

条文对照

第十一条 被继承人的子女先于被继承人死亡的，由被继承人的子女的晚辈直系血亲代位继承。代位继承人一般只能继承他的父亲或者母亲有权继承的遗产份额。

本条主旨

本条是对代位继承的规定。

条文详解

本条是对被继承人的子女的直系晚辈血亲和被继承人的兄弟姐妹的子女的代位继承的规定。原《继承法》规定代位继承只是被继承人的子女的直系晚辈血亲的代位继承，范围比较窄，本条规定增加第2款，规定了被继承人的兄弟姐妹的子女的代位继承，扩大了代位继承的范围，有利于遗产在旁系血亲中的流转。

一、代位继承的概念和沿革

（一）代位继承的概念

代位继承是指被继承人的子女先于被继承人死亡时，由被继承人子女的直系晚辈血亲代替先亡的被继承人的子女，或者由被继承人的兄弟姐妹的子女代替先亡的被继承人的兄弟姐妹，继承被继承人遗产

的法定继承制度。

在代位继承中，被继承人的子女或者兄弟姐妹为被代位继承人，承继应继份的被继承人子女的直系晚辈血亲，或者被继承人的兄弟姐妹的子女，为代位继承人。应继份，是指各继承人对于遗产上一切权利义务所得继承之成数或分率。^[1]

（二）代位继承的沿革

代位继承是各国继承法的一项重要法定继承制度，其渊源甚早。在罗马法时代，代位继承就已经出现。在生产有所提高，大家庭的所有制被小家庭的私有制取代之后，血亲继承渐占主要地位，被继承人遗留的财产即按照感情疏密、亲等远近而定其继承的顺序，先由第一亲等的亲属继承。如果第一亲等的亲属中有先于被继承人死亡，或丧失继承权的，第二亲等的亲属代替他们来继承，但是，以第一亲等的亲属生前没有放弃继承权为条件。因为应推定被继承人对其直系晚辈血亲有同等的感情，特别是对在子女中先死亡的，其所遗留的年幼尚不能自行谋生的儿童，更有予以照顾的必要。^[2]起初，在罗马法中只是先死亡或受家父权免除者之子，承继父之应继份，后来，代位继承扩展到旁系亲属间。日耳曼法最初没有代位继承制度，受罗马法的影响，在中世纪才确立了代位继承制度。现代世界各国继承法大多规定了代位继承制度。这从一个侧面反映了代位继承制度是一种具有蓬勃生命力的制度。

关于代位继承的发生原因，有三种不同的立法例：（1）以被代位继承人先于被继承人死亡为代位继承发生的唯一原因，《法国民法典》属于这种类型，第744条第1款规定：“对健在的人，不得替代其为代位继承，代位继承仅得对已去世的人设置。”（2）被代位人先于被继承人死亡和丧失继承权，都可以引起代位继承^[3]，日本、韩国、意大利等国民法和我国台湾地区“民法”属于这一类型。（3）被代位继承人先于被继承人死亡、丧失继承权或抛弃继承权，均发生代位继承。德国、瑞士等国民法与我国澳门地区民法属于这种类型。我国原《继承法》采用第一种类型，民法典继承编沿袭了这样的做法。

代位继承仅限于被代位继承人先于被继承人死亡这一种情形，失之过窄，不利于代位继承公平与育幼价值功能的实现。为了更充分发挥代位继承制度的作用，应规定在享有法定继承权的人于继承前死亡或丧失继承权时，都可以发生代位继承，将代位继承的发生原因改采第二种立法例。代位继承界定得更宽一些，可使被继承人的子女在继承前死亡或丧失继承权时，由其直系晚辈血亲代位继承其应继份。这样规定的社会意义显然更为重要。因此，最高人民法院《关于贯彻执

行《中华人民共和国继承法》若干问题的意见》第28条关于“继承人丧失继承权的，其直系晚辈血亲不得代位继承”的规定，就值得研究。这是一个不好的规定。

二、代位继承的性质

代位继承的性质，主要有固有权说和代表权说两种不同学说。

固有权说认为，代位继承人参加继承是自己本身固有的权利，代位继承人是基于自己的权利而继承被继承人的遗产，不以被代位继承人是否有继承权为转移。依这种学说，只要被代位继承人不能继承，代位继承人就得代位继承，即使在被代位继承人丧失继承权或放弃继承权的情况下，代位继承人也得依自己的权利继承被继承人遗产。在日本及我国台湾地区民法学界，此说为通说，而且有的继承立法明确采用了固有权说，如《瑞士民法典》第541条规定，丧失继承权的“丧失继承资格的人，其直系卑亲属可以对被继承人进行继承；其情形与丧失继承资格的人先于被继承人死亡的情形相同”。

代表权说又称代位权说，认为代位继承人继承被继承人的遗产，不是基于自己本身固有的权利，而是代表被代位继承人参加继承，也就是代位继承人是以被代位继承人的地位而取得被代位继承人的应继份的。依这种学说，在被代位继承人丧失继承权或放弃继承权的情况下，不发生代位继承。法国民法采取这一学说，《法国民法典》第751条规定：代位继承是法律上的一种拟制，其效果是召唤取代被代位人权利的代位人继承遗产。

我国原《继承法》在代位继承性质上采取的是代表权说，本条继续坚持这样的立场。

基于我国现行法的规定，学者对代位继承的性质也大多持代表权说，也有学者主张采取固有权说为妥当，并提出了如下理由论证固有权说的合理性。

第一，按照民法基本法理，自然人的民事权利能力始于出生，终于死亡。自然人死亡，其继承法律地位便不复存在。因此，不管被代位继承人是死亡还是丧失继承权，其代位继承人都不可能去代替一个实际上已不存在的法律地位进行继承。代表权说违反民法关于自然人权利能力的基本原理，是不能成立的。

第二，代表权说不能解释法律为什么规定一些继承人先于被继承

人死亡，其直系晚辈血亲可以代位继承，而另一些继承人先于被继承人死亡，其直系晚辈血亲则不能代位继承。只有固有权说才能圆满地解释这一问题。按照固有权说，代位继承人本来就是法定继承人范围以内的人，不过在被代位人生存时，按照“亲等近者优先”的继承原则，他们被排斥于继承之外，当被代位继承人先于被继承人死亡或丧失继承权时，他们基于自己的继承人资格和权利，按照被代位继承人的继承顺序和应继份，直接继承被继承人的财产。法律关于哪些继承人先于被继承人死亡可以发生代位继承的规定，实质上就是关于法定继承人范围的规定。因此，哪些继承人先于被继承人死亡或丧失继承权，其直系晚辈血亲可以代位继承，这取决于立法者所确定的法定继承人的范围。

第三，从制度上考察，代位继承是基于亲系继承和按支继承这两种继承制度的，没有亲系继承和按支继承，就不会有代位继承。亲系继承反映的是某个亲系的血缘亲属继承应当优先于其他血缘亲属继承这样一种观念。按支继承反映的则是在每一亲系中，应当按支而不按人分配遗产的观念。基于按支继承制度，某一支中与被继承人亲等最近者先于被继承人死亡的，其应继份当然应留在该支内由其直系晚辈血亲代位继承，而不是转归他支。这些制度和观念都证明了固有权说的合理性。^[4]

笔者赞同代位继承权的性质采取固有权说。除上述理由外，即使是从民法规定的法定继承人的范围上考虑，也应当采取固有权说。理由如下。

第一，我国民法典继承编仅规定子女为第一顺序法定继承人，而且在第二顺序继承人中也未将孙子女、外孙子女列为继承人。相比之下，国外立法一般规定直系晚辈血亲为法定继承人，并且实行“亲等近者优先”原则，在前一亲等被继承人的直系晚辈血亲不能继承时，后一亲等被继承人的直系晚辈血亲可以直接进行继承。因此，在我国当前法律环境下，被继承人的子女的直系晚辈血亲并不是法定继承人，如果采取固有权说，赋予被继承人子女的直系晚辈血亲固有的代位继承的权利，只要被继承人的子女因死亡或丧失继承权不能继承时，其就有权以固有的权利进行代位继承，可以在一定程度上弥补我国继承法对孙子女、外孙子女等直系晚辈血亲继承权益保护不足的缺陷。

第二，在国外立法例上，虽然大多认为法国采纳的是代表权说，但法国的代位继承形式上是代表权说，实质上也是固有权说。可以说，代位继承采取固有权说为一种趋势。^[5]总之，只要被继承人的子女先于被继承人死亡，被继承人的子女的直系晚辈血亲就应有权代位

继承，这应属于代位继承人自己的权利，而不应依被代位继承人的权利状况而转移。即使先于被继承人死亡的子女有丧失继承权的情形，也不应因此而影响其直系晚辈血亲的代位继承权。因已死亡父母的违法或犯罪行为，而让子女承担不能继承被继承人遗产的不利后果，与我国继承法律的基本精神未必相符。

三、代位继承的要件

代位继承须符合一定的要件才会发生。由于代位继承制度的共通性，代位继承的要件在各国立法上差别不大，但是，由我国原《继承法》立法时的历史条件、法学理论等因素所限，我国在代位继承的要件方面存在一些欠缺。民法典继承编有所改进，但是仍然存在不足。

（一）子女的直系晚辈血亲的代位继承的构成要件

1. 须被继承人的子女在继承开始前已经死亡

被继承人的子女先于被继承人死亡是代位继承发生的必要条件，只有出现这一条件时，才有可能适用代位继承。如果被继承人的子女于被继承人死亡后未表示放弃继承或接受继承而死亡，不适用代位继承，应当适用转继承。这也是代位继承与转继承的根本区别。

被继承人的子女先于被继承人死亡，包括自然死亡和宣告死亡。值得注意的是，在被继承人的子女与被继承人同时死亡时，是否适用代位继承。一般认为，推定同时死亡的，彼此不发生继承，由他们各自的继承人继承，应无适用代位继承的余地^[6]，但是，基于代位继承权是代位继承人的固有权利，应当适用代位继承。另外，如果被继承人除子女外，没有其他第一顺序继承人或其他第一顺序继承人放弃继承权或者丧失继承权，两个以上的被继承人的子女全部先于被继承人死亡，且被继承人的子女都有直系晚辈血亲，那么此时被继承人子女的直系晚辈血亲进行继承，是代位继承还是本位继承？过去大多主张是本位继承，由各继承人平均继承，不按支（股或房）继承。如果按本位继承对待，则会出现不合理之处。例如，被继承人的已死亡或丧失继承权子女的子女较少者，其应继份因此而减少，而子女较多者，其应继份随之增加，这与代位继承权为固有权的性质不符，也有欠公允。因此，在此情形下，仍应适用代位继承，先按支分配遗产，再在支内平均分割。

在其他立法例中，丧失继承权也是代位继承的要件。继承权的丧失一般发生在继承开始前，如为争夺遗产而杀害其他继承人的；伪

造、篡改、隐匿或者销毁遗嘱情节严重的，也有可能发生在继承开始后。被继承人的子女在继承开始前丧失继承权的，应当适用代位继承。但继承开始后被继承人的子女丧失继承权的，是否适用代位继承，有学者认为，仍应解释为溯及于继承开始时发生效力，而有代位继承的适用。^[7]一般认为，“继承开始前已经死亡”与“丧失继承权”为两个不同的代位继承发生原因，“丧失继承权”不受继承开始前的限制，即使丧失继承权发生在继承开始后，也应当适用代位继承，只不过代位继承的效力溯及于继承开始时。

丧失对被代位继承人的继承权者，是否可以作为代位继承人继承被继承人的遗产？罗马法采取肯定说。《法国民法典》第744条仿效罗马法。在理论上，有肯定和否定两种主张。笔者赞同肯定说，理由是：第一，代位继承人系基于自己的固有权利直接代位继承被继承人遗产，而不是基于对被代位继承人的继承权间接继承被继承人遗产；第二，丧失继承权仅具有相对的效力，丧失对被代位继承人的继承权，不影响其对被继承人的继承权；第三，各国民法对此均无禁止性规定。

各国规定代位继承发生原因的范围广狭不一，而我国自《继承法》以来，一直只规定被继承人的子女先于被继承人死亡一种发生原因。这样的规定与我国立法及司法实践中对代位继承的性质以代表权说为基础有关，但是，通过上述对代位继承性质的分析，代位继承权的性质应以采固有权说为妥。在被继承人的子女丧失继承权时，也应适用代位继承。但是不能仿效德国、瑞士立法例，将被继承人的子女放弃继承权也作为代位继承的发生原因。理由是，根据继承权的性质，继承权的放弃只能发生在继承开始后，继承人放弃继承权后其应继份归属于其他同一顺序继承人或后顺序继承人，不存在适用代位继承的可能。不过，民法典继承编没有接受这个意见，仍然坚持原《继承法》的规定。

2. 被代位继承人是被继承人的子女

被代位继承人必须是被继承人的血亲继承人，配偶一方先亡的不发生其子女代位继承的问题，这是各国继承法的一致原则。

至于哪些血亲继承人能够作为被代位继承人，各国的规定不一，有四种类型：一是被代位继承人限于被继承人的直系晚辈血亲；二是被继承人的直系晚辈血亲和兄弟姐妹及其直系晚辈血亲都可以作为被代位继承人；三是被代位继承人的范围包括直系晚辈血亲、父母及其直系晚辈血亲和祖父母及其直系晚辈血亲；四是被代位继承人的范围包括直系晚辈血亲、兄弟姐妹及其直系晚辈血亲、祖父母及其直系晚

辈血亲。

子女的直系晚辈血亲的代位继承是第一种类型。本条第1款规定，被继承人的子女先于被继承人死亡的，由其直系晚辈血亲代位继承，这将被代位继承人限于被继承人的子女。我国台湾地区“民法”将直系晚辈血亲列为被代位继承人，规定第一顺序继承人中有于继承开始前死亡或丧失继承权者，由其直系卑亲属代位继承其应继份。直系晚辈血亲的范围较为宽泛，实际上被代位继承人仅是被继承人的子女，则被继承人的子女以下的直系晚辈血亲在继承时都是代位继承人，代位继承人不受辈分的限制，如果被继承人的孙子女也先于被继承人死亡时，被继承人的曾孙子女有权继承其父母应继承的遗产份额。

子女，包括婚生子女、非婚生子女、养子女及有扶养关系的继子女。无论是婚生子女还是非婚生子女，都与被继承人有着天然的血缘关系，是被继承人的直系晚辈血亲，其作为代位继承中的被代位继承人，自不待言。养子女由于同被继承人产生了拟制血缘关系，且同其生父母间的亲属身份关系消灭，也可以作为被代位继承人。对于继子女是否为代位继承中的被代位继承人，各国有不同的看法。大多数国家不承认继子女对继父母的遗产享有继承权，且认为继子女非继父母的直系卑血亲，而是直系姻亲，故不承认继子女可为被代位继承人。我国《继承法》规定，继子女若与继父母形成扶养关系，继子女对继父母也享有继承权，而且根据代位继承的固有权性质，有扶养关系的继子女亦可为被代位继承人。

有的学者认为，丧偶儿媳对公婆，丧偶女婿对岳父母尽了主要赡养义务的，且又先于公婆、岳父母死亡的，也可以作为被代位继承人。^[8]笔者不赞同这种意见。《民法典》第1129条规定的尽了主要赡养义务的丧偶儿媳与丧偶女婿可作为第一顺序继承人，实际上与继承法以血缘关系为基础相违背，损害了整个继承法的体系性，而且若其作为被代位继承人，也与被代位继承人为“被继承人的子女”的定义不符。

3.代位继承人必须是被代位继承人的直系晚辈血亲

代位继承人必须是被代位继承人的直系晚辈血亲，这是代位继承的基本原则。在这个问题上，各国的规定基本上是一致的，但是，也有个别例外，如《韩国民法典》规定，妻子可代亡夫继承公婆的财产。值得注意的是，代位继承人必须是被代位继承人的直系晚辈血亲，但是，不一定是被继承人的直系晚辈血亲。实际上，在大多数国家，代位继承人的范围大大超出了被继承人直系晚辈血亲的范围。例如，承认父母或兄弟姐妹可以作为被代位继承人的立法，代位继承人

的范围就扩及侄子女、甥子女及其直系晚辈血亲；承认祖父母为被代位继承人的立法，代位继承人的范围就扩及叔、伯、姑、舅、姨及其直系晚辈血亲。我国新增加的被继承人的兄弟姐妹的子女的代位继承，就是这样的规定。

虽我国古代封建社会法律有守志之妇继承夫份的规定，但是原《继承法》和民法典继承编没有采纳这样的传统，规定代位继承人仅是被继承人的直系晚辈血亲，包括被继承人的孙子女、外孙子女等。

对于养子女，多数国家规定可以作为代位继承人继承其养父或养母的直系尊亲属的财产。这种主张有利于稳定收养关系。美国等一些国家则认为，收养是收养人和被收养人之间的事，收养合同的效力不及于收养合同以外的其他人。养子女不能代养父或养母之位继承养父或养母的直系尊亲属或其他血亲的财产。被代位继承人的养子女与被继承人产生了拟制的血缘关系，养子女亦可作为代位继承人。

外国法律不承认继子女法律地位，除非继子女被继父或继母收养后，按养子女对待，否则无权利义务关系。因此，在代位继承中，“继父母子女，非直系血亲关系，而为直系姻亲，继子女自不能代位继承其继父母，尤为明了”^[9]。本法对此没有明确规定，有的学者基于继子女与继父母属姻亲关系、养子女与继子女在继承中的地位不同和最高人民法院的司法解释，认为继子女无代位继承权。^[10]本条明确规定代位继承人为被继承人子女的直系晚辈血亲，且继子女不为血亲，其仅有权对其生父或生母代位继承，不得对继父或继母代位继承。这样解释似乎有道理。但是，《民法典》第1127条第3款明确规定，有扶养关系的继子女也是子女，这是因为形成扶养关系的继父母子女关系视为血亲关系。因此，形成扶养关系的继父母子女，适用代位继承的规定。

代位继承人是否应当限于被代位人死亡时已存在的直系晚辈血亲，如果被继承人的子女先于被继承人死亡而发生代位继承，除其死亡时已有其胎儿的以外，当然不可能在其死亡之后再有其他直系晚辈血亲，这种情形下，不会出现问题。

符合上述三个要件的要求，子女的直系晚辈血亲即可进行代位继承。

（二）被继承人的兄弟姐妹的子女代位继承的构成要件

1. 须被继承人的兄弟姐妹在继承开始前已经死亡

这一要件要求的是，在法定继承中，没有第一顺序法定继承人，因此才有了作为第二顺序法定继承人的兄弟姐妹实现继承权的机会。但是，仅此还不足以成立这一要件，还须被继承人的兄弟姐妹在继承开始之前已经死亡。兄弟姐妹作为继承人发生的继承，不是纵向的继承关系，而是横向的继承关系，当兄弟姐妹有权继承被继承人的遗产，而又在继承开始前死亡的，兄弟姐妹的子女才有代位继承的机会，据此构成兄弟姐妹的子女代位继承的第一个要件。

2. 被代位继承人是被继承人的兄弟姐妹

在兄弟姐妹的子女代位继承中，被代位继承人是被继承人的兄弟姐妹，兄弟姐妹与被继承人是二亲等旁系血亲，是最密切的旁系血亲同辈亲属。只有在被继承人没有第一顺序法定继承人的情况下，兄弟姐妹才能成为有资格继承被继承人遗产的法定继承人。

3. 代位继承人必须是被代位继承人的子女

在这种代位继承中，代位继承人是兄弟姐妹的子女，也就是仅限于被代位继承人的子女，而不是直系晚辈血亲，即侄子、侄女和外甥、外甥女。

从这些要件看，对兄弟姐妹的子女代位继承要件的要求更高，代位继承人的范围更窄。

四、代位继承的法律效力

适用代位继承产生的法律效力，主要为代位继承人的应继份。考察主要国家的继承立法，都确认代位继承人应当继承被代位继承人的应继份。比如，在数个代位继承人代位被代位继承人继承遗产时，数个代位继承人只能继承该被代位继承人的应继份，《法国民法典》把这种情况称为按房继承，瑞士、德国、奥地利等国则称之为按股继承。

代位继承权是代位继承人的固有权利，代位继承是继承顺序的提前，因此，代位继承人的应继份应根据被代位继承人的应继份确定，按房或支来分割遗产。若在同一支内有两个以上的代位继承人，则由他们按人数均分被代位继承人的应继份。例如，被继承人原有甲、乙两子，甲已于继承开始前死亡，甲留有子女丙、丁二人，在被继承人死亡时，乙、丙及丁三人共同继承，但是，各人的应继份不同，乙应得遗产的二分之一，丙与丁各得遗产的四分之一。对此，本条也作了

规定：“被继承人的子女先于被继承人死亡的，由被继承人的子女的直系晚辈血亲代位继承。”“代位继承人一般只能继承被代位继承人有权继承的遗产份额。”

法律适用中应注意的问题

本条第2款规定被继承人的兄弟姐妹的子女代位继承的主要价值，是扩大法定继承人的范围。民法典继承编规定的法定继承人范围过于狭窄，在旁系血亲中只有兄弟姐妹是法定继承人。将被继承人的兄弟姐妹的子女规定为代位继承的法定继承人，就有可能使侄子、侄女、外甥、外甥女成为代位继承的法定继承人，能够代位继承其伯、叔、姑、舅、姨的遗产，减少无人继承的遗产。

应当注意区别的是，被继承人父母的子女的直系晚辈血亲的概念比较宽，包括孙子女、外孙子女、曾孙子女、曾外孙子女甚至玄孙子女、玄外孙子女等；而兄弟姐妹的子女，只包含兄弟姐妹的一代直系晚辈血亲。因此，兄弟姐妹的子女的代位继承范围比父母的子女的直系晚辈血亲的代位继承范围要窄得多。

案例链接

成某一、成某二等与成某六法定继承纠纷案^[11]

基本案情

被继承人周某云、成某寿系原告成某一、成某二、成某三、成某四、被告成某六及成某森的父母，原告成某五系成某森与原告秦某之子。1997年8月，周某云、成某寿夫妇原住房动迁，被安置于讼争房屋（建筑面积51.42平方米）。2000年11月28日，讼争房屋产权登记为周某云、成某寿共同共有。2005年12月1日，周某云去世。2011年9月3日，成某森病故。2016年6月15日，成某寿死亡。周某云、成某寿、成某森生前均未留有遗嘱。周某云的父母均先于周某云死亡。成某寿的父母均先于成某寿死亡。

原告成某一、成某二、成某三、成某四、秦某、成某五向法院起诉，主张依法定继承继承周某云、成某寿名下遗产即讼争房屋。

诉讼中，原告秦某表示在讼争房屋中属其继承所得的产权份

额自愿赠归儿子成某五所有。众原告均表示讼争房屋产权归原告成某三所有，由原告成某三给付讼争房屋的折价款，讼争房屋的价格按当地房价的均价每平方米6万元计算。

法院判决

法院认为，遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产。继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。讼争房屋产权系被继承人周某云、成某寿共同共有，两人在该房屋中各享有二分之一的产权份额。周某云死亡后，其生前未留遗嘱，周某云在讼争房屋中的产权份额属其遗产，由其法定的第一顺序继承人，即成某寿、成某一、成某二、成某三、成某四、成某六、成某森继承。成某森继承所得的产权份额，属其与秦某的夫妻共同财产。成某森死亡后，其生前未留有遗嘱，其继承所得产权份额中的二分之一属其遗产，由其法定的第一顺序继承人即成某寿、秦某、成某五继承。成某寿死亡后，其生前未留有遗嘱，其在讼争房屋中的产权份额由其法定的第一顺序继承人继承。法律又规定被继承人的子女先于被继承人死亡的，由被继承人的子女的直系晚辈血亲代位继承。代位继承人一般只能继承他的父亲或者母亲有权继承的遗产份额。故成某寿在讼争房屋中的产权份额由原告成某一、成某二、成某三、成某四、成某五及被告成某六继承。故判决讼争房屋归成某三所有，成某三给付各位原告若干诉争房屋的折价款。

注释：

- [1]罗鼎.继承法要论.上海：大东书局，1947：38.
- [2]周栉.罗马法原论：下.北京：商务印书馆，2001：476.
- [3]罗鼎.民法继承论.上海：上海法学编译社，1946：62.
- [4]张玉敏.代位继承比较研究.中央政法干部管理学院学报，1997（3）.
- [5]李红玲.继承人范围两题.法学，2002（4）.
- [6]韩家勇.试析代位继承中的几个问题.中南政法学院学报，1988（3）.
- [7]史尚宽.继承法论.北京：中国政法大学出版社，2000：86.
- [8]韩家勇.试析代位继承中的几个问题.中南政法学院学报，1988（3）.

[9]陈棋炎，等.民法继承新论.台北：三民书局，2001：59.

[10]韩来壁，等.被代位继承人的继子女无权代位继承.法学，1989（9）.

[11]上海市浦东新区人民法院（2017）沪0115民初19736号民事判决书。

第一千一百二十九条

丧偶儿媳对公婆，丧偶女婿对岳父母，尽了主要赡养义务的，作为第一顺序继承人。

条文对照

第十二条 丧偶儿媳对公、婆，丧偶女婿对岳父、岳母，尽了主要赡养义务的，作为第一顺序继承人。

本条主旨

本条是对丧偶儿媳和丧偶女婿作为第一顺序继承人的规定。

条文详解

本条规定与原《继承法》第12条的规定基本相同，只是在文字上作了修改。在民法典编纂过程中，很多学者、专家都对本条持有异议，建议改正，但是，立法机关没有接受这样的意见，坚持了原有的规定。

一、丧偶儿媳和丧偶女婿视为第一顺序继承人的规则

本条规定将对公婆或岳父母尽了主要赡养义务的丧偶儿媳或丧偶女婿作为第一顺序继承人，这在立法上是没有先例的，是少见的将姻亲（血亲的配偶和配偶的血亲）规定为法定继承人的做法，为我国继承法所独有，称得上具有中国特色，被有的学者认为是我国继承法在继承人顺序上的一个突出特色，也是对中华人民共和国成立以来司法实践的总结和发展。^[1]

儿媳或女婿继承公婆或岳父母的遗产，应当具备下列条件。

第一，必须存在丧偶的情形。儿媳与公婆、女婿与岳父母之间是姻亲关系，他们之间没有相互扶养、赡养的权利和义务。如果丈夫或妻子在世，儿媳或女婿对公婆或岳父母进行赡养，被认为是代丈夫或

妻子履行义务，符合传统和伦理。如果公婆或岳父母死亡，基于夫妻关系存续期间一方继承的遗产为夫妻共同财产的规定，儿媳或女婿可以通过在世的丈夫或妻子参加继承，获得遗产。因此，只有在发生丧偶时，儿媳或女婿才有可能以自己的名义作为继承人继承公婆或岳父母的遗产。至于丧偶儿媳或女婿是否再婚，在所不问。

第二，必须存在丧偶儿媳或女婿对公婆或岳父母尽了主要的赡养义务的情形。这是儿媳或女婿取得继承权的必备条件。最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第30条规定：“对被继承人生活提供了主要经济来源，或在劳务等方面给予了主要扶助的，应当认定其尽了主要赡养义务或主要扶养义务。”儿媳或女婿只要具备了这样的条件，就可以作为第一顺序继承人参与继承，取得遗产，而且不论有无代位继承人代位继承。

二、我国规定丧偶儿媳和丧偶女婿作为第一顺位继承人的不当之处

民法典继承编继续坚持原《继承法》的规定，赋予对公婆尽了主要赡养义务的丧偶儿媳，对岳父母尽了主要赡养义务的丧偶女婿，作为第一顺序继承人的地位，使其参加继承，获得遗产。笔者认为，该规定仍然不妥。

继承权是基于特定身份而享有的财产权利，继承人享有继承权必须与被继承人存在一定的亲属身份关系。各国关于这一亲属身份关系的范围规定虽然不尽相同，但是，都公认须为与被继承人关系最亲密的亲属，姻亲从来不在其中，这也是古今中外继承法所信守的法则。儿媳与公婆、女婿与岳父母毕竟不存在血缘关系，他们只是姻亲关系，而非血亲关系，应当不发生继承问题。规定其为第一顺序继承人，与法定继承人以血缘关系为基础的基本规则相违背，会破坏整个继承法的体系。

原关于《继承法》作此规定的立法理由，王汉斌在《关于〈中华人民共和国继承法〉（草案）的说明》中认为：“丧偶儿媳赡养公、婆直至其死亡，丧偶女婿赡养岳父、岳母直至其死亡，为第一顺序继承人。这些规定都是为了有利于更好地赡养老人。”这一立法理由缺乏说服力。原《继承法》作此规定，立法意旨在于通过赋予丧偶儿媳与女婿继承权以激励其赡养老人，但是，因儿媳对公婆、女婿对岳父母无论其丧偶与否，在法律上都无赡养义务，如此规定，实际上是将本应由道德规范调整的问题纳入了法律规范调整的范围，是立法上的失误。对于赡养老人、淳化社会风俗的目的，完全可以借助另一路径达致，如丧偶儿媳对公、婆，丧偶女婿对岳父、岳母，尽了主要赡养

义务，形成事实上的扶养关系的，可以分得适当的遗产。为了强调丧偶儿媳与女婿的特殊身份，强调这种赡养行为的特殊意义，还可以规定，分给他们的遗产可以比照第一顺序继承人的应得份额，这样既可坚持继承人资格的确定性和严肃性，又可坚持权利义务的一致性。^[2]笔者赞同这种意见。遗憾的是，立法机关没有接受这样的意见。

法律适用中应注意的问题

尽管对于本条规定专家学者大多数都予以质疑，但是，这毕竟是法律规定的制度，在实践中应当予以适用。

应当注意的是，丧偶儿媳和丧偶女婿作为第一顺序继承人，是否与其他第一顺序继承人有所区别呢？笔者认为，将丧偶儿媳和丧偶女婿作为第一顺序法定继承人，实际上就是将其认定为第一顺序法定继承人，与其他第一顺序法定继承人没有实质区别。当具备法律要求的要件后，丧偶儿媳和丧偶女婿作为第一顺序继承人，就与其他第一顺序继承人一样，按照第一顺序法定继承人应当继承的份额进行继承，不得予以歧视。

案例链接

张某与李某等法定继承纠纷案^[3]

基本案情

杨某庆与汤某英系夫妻关系，双方生育有一女杨某。杨某庆在顺义区×镇×村×大街×号有宅院一处，内建有正房五间。

1965年，孙某瑞与杨某庆经协商签订了《送子协议》，该协议载明：立送子字人孙某瑞与姨兄杨某庆哥俩协好双方亲族人同意，情愿将亲生第三子孙某安（即本案杨某友）给予杨某庆立后，当即抚养教育以至长大成人愿意奉养姨兄杨某庆，不与亲族人相干。双方各无反悔，恐口无凭，立字为证。该单据左侧标注有：立字人孙某瑞，中人张某斌、孙某为、杨某利、杨某德，代笔人杨某茂。后杨某友与李某结婚，婚后双方生育有一子张某。1982年11月25日，杨某庆立下字据，内容为：立修改过继字人杨某庆，于六五年旧历正月初五日，过继前××庄姨弟孙某瑞之三子，现名杨某友，因时局和条件的变化故修改之，继承现所属瓦房五间及一切财产，他人均不得干涉。日后其父杨某庆的生活及费用等，由子杨某友奉养，直至送终。恐后无凭，立字为证。该单据左侧标注有：立字人杨某友、杨某，证明人孙某瑞、杨某

清、杨某利、杨某德、肖某何、张某斌、杨某山，代笔人杨某义。

另查，汤某英于1967年4月去世，杨某庆于2004年12月去世。杨某友于1995年12月去世。杨某友去世后，李某与张某旺于1996年结婚，婚后李某、张某旺、张某与杨某庆一起居住生活在涉诉院落内。

原告张某向法院起诉，主张本案讼争的遗产正北房屋五间，东侧三间归原告所有，西侧两间归被告李某所有。

法院判决

人民法院经审理认为，根据杨某庆与孙某瑞在1965年签订的《送子协议》，杨某友在三岁时即被过继给了杨某庆，并由杨某庆抚养成人，因此，杨某友与杨某庆之间形成了继（养）子女关系，依据《继承法》的第10条的规定，子女不仅包括婚生子女、非婚生子女、养子女，也包括有扶养关系的继子女。因此，杨某庆与杨某友之间应形同父子关系。

在杨某友被过继给杨某庆后，杨某庆于1982年11月25日又立下字据，对自己所有的财产进行了处理，该行为从法律性质上看，应当属于赠予，即杨某庆已将涉诉宅院内的正北房屋五间赠与了继子杨某友，因此在该字据生效后，涉诉的正北房屋五间属于杨某友的个人财产。

遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产。在杨某友去世后，其受赠的正北房屋五间即转化为其遗留的遗产。因杨某友生前并未留有遗嘱，所以在其死亡后，对其遗产的继承应当按照法定继承予以继承。李某作为其妻子、张某作为其儿子、杨某庆作为其父亲，依照法定继承的相关规定，同为杨某友遗产的第一顺位继承人，均有权继承该遗产，故法院确认李某、张某、杨某庆每人对涉诉的正北房屋五间各享有三分之一的份额。

2004年杨某庆去世后，其继承的涉诉正北房屋五间的三分之一份额转化为其遗留的遗产。因杨某庆生前也并未留有遗嘱，故在其死亡后，对其遗产的继承也应当按照法定继承予以处理。依据《继承法》第11条的规定：被继承人的子女先于被继承人死亡的，由被继承人的子女的直系晚辈血亲代位继承。代位继承人一般只能继承他的父亲或者母亲有权继承的遗产份额。该法第12条规定：丧偶儿媳对公、婆，丧偶女婿对岳父、岳母，尽了主要赡

养义务的，作为第一顺序继承人。因杨某友先于杨某庆去世，所以张某作为杨某友的儿子，其可代位继承杨某友有权继承的遗产份额；而李某作为杨某友的妻子，在杨某友去世后，与张某、杨某庆仍一起居住生活，可视为其对杨某庆尽了主要赡养义务，因此其可作为第一顺序继承人继承杨某庆的遗产。

法院判决，原告张某对讼争房屋享有九分之四的份额，被告李某享有九分之四的份额，被告杨某享有九分之一的份额。

注释：

[1]何勤华，等.中华人民共和国民法史.上海：复旦大学出版社，1999：313.

[2]李红玲.继承人范围两题.法学，2002（4）.

[3]北京市顺义区人民法院（2018）京0113民初1424号民事判决书。

第一千一百三十条

同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等。

对生活有特殊困难又缺乏劳动能力的继承人，分配遗产时，应当予以照顾。

对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人，分配遗产时，可以多分。

有扶养能力和有扶养条件的继承人，不尽扶养义务的，分配遗产时，应当不分或者少分。

继承人协商同意的，也可以不均等。

条文对照

第十三条 同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等。

对生活有特殊困难的缺乏劳动能力的继承人，分配遗产时，应当予以照顾。

对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人，分配遗产时，可以多分。

有扶养能力和有扶养条件的继承人，不尽扶养义务的，分配遗产时，应当不分或者少分。

继承人协商同意的，也可以不均等。

本条主旨

本条是对法定应继份的规定。

条文详解



一、法定应继份的概念

应继份，是指各个继承人应该取得的被继承人遗产的份额。应继份分为法定应继份、指定应继份及约定应继份。如果继承人仅为一，其应继份为遗产的全部。如果继承人为数人，则应继份应当按照比例和一定的方法确定。

法定应继份，是指指定应继份的对称，是指在法定继承中，由法律直接规定的各法定继承人应得的遗产份额。多数国家规定，法定应继份在同一顺序的共同继承人之间平均分配。少数国家的规定为不均等分。

指定应继份，是指在遗嘱继承中，由被继承人在遗嘱中确定的遗嘱继承人应当继承的遗产份额。指定应继份不是由法律规定的，而是由被继承人在遗嘱中确定的。

约定应继份，是指在法定继承中，继承人相互之间协商同意，每一个继承人不按照法定应继份分割遗产，而是按照约定的内容，确定特定的继承人应当分得的遗产份额。本条第5款规定的，就是约定应继份。

二、法定应继份的确定规则

（一）一般规则

确定法定应继份的一般规则是，同一顺序法定继承人继承遗产的份额，一般应当均等；在特殊情况下，也可以不均等。

均等份额，应当是在法定继承范围内适用的，且不存在特定继承人多分、少分或者不分的法定情形。

确定每个继承人的应继份，不是以遗产分割的时间为准的，而是按照继承开始时确定的遗产总额计算的。例如，继承人是否属于生活有特殊困难的缺乏劳动能力的人，应当以继承开始时的具体情况加以确定。即使在分配遗产时，根据继承人的具体情况有的可以多分，有的应当不分或少分，也应当以继承开始时的状况为准。

具体的问题是，遗嘱继承人依遗嘱取得遗产后，是否还有权依照民法典本条的规定，享有法定应继份呢？对此，答案是肯定的，遗嘱继承人依照遗嘱取得遗产后，仍然有权依本条的规定，取得在遗嘱未

处分的遗产中自己应当得到的应继份。

例外的情形是，如果继承人经过协商同意，也可以确定应继份不均等。不过，这已经不是法定应继份了，而是约定应继份。

（二）法律规定的不均等分配遗产的情形

依照本条第2~4款的规定，符合以下情形的继承人，在确定法定应继份的基础上，可以适当多分或者少分遗产。

1.对生活有特殊困难又缺乏劳动能力的继承人，分配遗产时，应当予以照顾。这种适当多分，是对生活有特殊困难又缺乏劳动能力的继承人的照顾，使他们多继承一些遗产，能够改善生活境遇。

2.对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人，分配遗产时，可以多分。这是根据权利义务相一致原则，对尽了主要扶养义务的继承人或者与被继承人共同生活的继承人付出的补偿，对被继承人尽的义务多，就可以多分遗产，公平合理。

3.有扶养能力和有扶养条件的继承人，不尽扶养义务的，分配遗产时，应当不分或者少分。这同样是根据权利义务相一致原则作出的规范，继承人既有扶养能力，又有扶养条件，而不尽扶养义务，当然应少分或者不分遗产。

三、约定应继份

约定应继份的处理原则，是继承人经协商同意，按照约定的不均等的份额确定应继份。约定应继份的基础，在于所有的继承人的协商一致，具有确定应继份的合意，因此，约定应继份具有合理性。约定应继份的合意，应当是全体继承人协商一致的。不过，这个全体继承人是具有继承既得权的继承人，不是同一顺序的法定继承人。

约定应继份的基本特点是可以不均等分配遗产。如果均等分配遗产，就不必进行约定，而适用法定应继份的规定。

约定应继份的效力高于法定应继份的效力。当全体继承人约定了应继份后，约定应继份的适用排斥法定应继份的适用。

法律适用中应注意的问题

在适用本条第2~4款规定的规则时，应当注意以下问题。

第一，对生活有特殊困难又缺乏劳动能力的继承人，分配遗产时，应当予以照顾。对于何种继承人属于生活有特殊困难又缺乏劳动能力的继承人，应当根据实际情况掌握，只要符合生活有特殊困难而不是一般困难，且缺乏劳动能力的，就可以认定其为这种继承人。分配遗产时予以照顾，就是在法定应继份的基础上适当多分，具体标准，属于法官自由裁量的范围。

第二，对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人，分配遗产时，可以多分。符合这种要求的继承人为两种，一是对被继承人尽了主要扶养义务的继承人，二是与被继承人共同生活的继承人。认定对被继承人尽了主要扶养义务的标准，是对被继承人生活提供了主要经济来源，或在劳务等方面给予了主要扶助的，应当认定其尽了主要赡养义务或主要扶养义务。对与被继承人共同生活的继承人的判断，采用客观标准，即在一起共同生活。共同生活的继承人当然要对被继承人尽到更多的扶养义务，因此可以多分遗产。

第三，对有扶养能力和有扶养条件的继承人，不尽扶养义务的，分配遗产时，应当不分或者少分。不分或者少分的标准，应当根据继承人不尽扶养义务的程度确定，首先应当考虑的是不分，情节不十分恶劣的，可以少分。继承人有扶养能力和扶养条件，愿意尽扶养义务，但是，被继承人因有固定收入和劳动能力，明确表示不要求扶养的，不属于继承人不尽扶养义务的情形，因而在分配遗产时，不应因此而影响其继承份额。有扶养能力和扶养条件的继承人，与被继承人共同生活，对需要扶养的被继承人不尽扶养义务的，由于有共同生活关系，因而分配遗产时，可以少分或者不分，首先考虑的是少分，情节恶劣的可以不分。

案例链接

戴某民等与戴某珍等法定继承纠纷案^[1]

基本案情

被继承人戴某宽（2002年12月30日报死亡）与妻子卞某华（1996年10月5日死亡）系夫妻关系。共育有子女六人，即原告戴某民、原告戴某芳、原告戴某成、被告戴某珍（患精神分裂症）、被告戴某香、被告戴某英。两被继承人生前留有四处房屋，即上海市××路××××号房屋及上海市×××路××弄××号甲房屋，两被继承人均未留有遗嘱，2011年1月28日、

2009年8月31日两处房屋均被动迁。被继承人戴某宽、卞某华在上海市××路××××号房屋动迁中所应获得的动迁款额为590 000元，在上海市×××路××弄××号甲房屋动迁中所应获得的动迁款额为570 000元。两被继承人在××路××××号房屋动迁中所获得的动迁款已由原、被告六人进行了分割；两被继承人在×××路××弄××号甲房屋动迁中所获得的动迁款已由被告戴某珍将一部分即95 000元支付给了原告戴某成，现因戴某珍尚未将其余钱款进行分割而成讼。戴某民等三原告向法院起诉，主张分割。审理中，三原告诉称，由于动迁时动迁部门已经考虑到戴某珍家庭的困难，予以了多分，故不同意被告戴某珍多分，即使法院判决多分，平均每人也应当分得79 100元，原告也不同意将多出的零头让给戴某珍，三被告则坚持辩称意见。由于双方意见不一，致调解未成。

法院判决

法院认为，继承从被继承人死亡时开始，遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产，包括：公民的收入、公民的房屋、储蓄和生活用品、公民的其他合法财产等。继承开始后，按照法定继承办理，有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理，有遗赠扶养协议的，按照协议办理，同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等，对生活有特殊困难的缺乏劳动能力的继承人，分配遗产时，应当予以照顾。本案原、被告系同胞兄弟姐妹关系，两被继承人死亡时均未留有遗嘱，故本案所涉遗产应按法定继承进行继承。现原、被告双方就上海市××路××××号房屋动迁中属于两被继承人遗产部分已经进行了分割，且已分割完毕，故本案不再处理。至于原告戴某成已就上海市×××路××弄××号甲房屋动迁中关于两被继承人的遗产进行了继承，双方当事人均做了确认，故本案也不再作出分割处理。现就被告戴某珍处的属于两被继承人的尚未分割的遗产475 000元如何分割，原、被告意见不一，原告戴某民、戴某芳认为戴某珍在动迁中，动迁部门已经考虑到戴某珍家庭的特殊情况予以了多分，故不同意戴某珍在本案中再次进行多分，而三被告认为被告戴某珍丧失劳动能力，其儿子闵某患有白血病，家庭状况极其困难，上海市×××路××弄××号甲原属公房，被继承人购置房屋产权时，所用的钱款为被告戴某珍支付，故要求戴某珍予以多分。依照继承法规定的对生活有特殊困难的缺乏劳动能力的继承人，分配遗产时，应当予以照顾原则，三被告的主张符合法律规定，法院予以准许。故法院判决戴某珍处等遗产现金，各继承人获得一份，戴某珍获得两份。

注释：

[1]上海市闸北区人民法院（2011）闸民一（民）初字第3999号民事判决书。

第一千一百三十一条

对继承人以外的依靠被继承人扶养的人，或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分给适当的遗产。

条文对照

第十四条 对继承人以外的依靠被继承人扶养的缺乏劳动能力又没有生活来源的人，或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分配给他们适当的遗产。

本条主旨

本条是对继承人以外的人酌情分得遗产的规定。

条文详解

一、酌情分得遗产权

酌情分得遗产权，是指继承人以外的其他人依靠被继承人扶养，或者继承人以外的人对被继承人扶养较多，在被继承人死亡后，可以适当分得遗产的权利。能够分得适当遗产的权利，被称为酌情分得遗产权。

酌情分得遗产权既不属于继承权，也不属于受遗赠权，而是我国法定继承制度中的一项独特的权利。^[1]

继承权与酌情分得遗产权相比，区别在于：第一，继承权既存在于法定继承中，也存在于遗嘱继承中，而酌情分得遗产权只在法定继承中才会存在。继承权的权利主体是法定继承人范围之内的人，而酌情分得遗产权的主体具有特定性，仅限于法定继承人之外的与死者生前形成某种扶养关系的人。第二，酌情分得遗产的份额同继承人的份额也不同，可以少于法定继承人的继承份额，也可以均等甚至可以高于法定继承人的继承份额。而继承权的法定应继份通常是均等的。

二、酌情分得遗产的权利人

酌情分得遗产的权利人有两种。

一是继承人以外的依靠被继承人扶养的人。对于这种人，本条规定与《继承法》第14条规定相比，减少了认定的条件。原《继承法》第14条规定：“对继承人以外的依靠被继承人扶养的缺乏劳动能力又没有生活来源的人。”其中缺乏劳动能力又没有生活来源的条件，过于严苛，要求过高，不仅要求是继承人以外的依靠被继承人扶养的人，还要求须是缺乏劳动能力又没有生活来源的人。对这种酌情分得遗产的人的界定，实际上要具备三个要件：第一，依靠被继承人扶养；第二，缺乏劳动能力；第三，没有生活来源。本条减掉了后两个条件，即只要是依靠被继承人扶养的人，就可以分给适当的遗产。

二是继承人以外的对被继承人扶养较多的人。继承人以外的人，就是指不是继承人的人，其实际上对被继承人并没有扶养义务。如果这样的人也对被继承人扶养较多，按照权利义务相一致原则，尽管其不是继承人，也应当在遗产中对其酌情分配一部分。

法律适用中应注意的问题

依照本条规定，酌情分得遗产是对继承人以外的依靠被继承人扶养的人，或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以根据实际情况分给适当遗产。在实践中适用这一规定时，在确定了属于这种酌情分得遗产的权利人之后，应怎样确定分得遗产的数额？主要的标准就是本条规定的“适当”二字。

确定酌情分得遗产人的分得遗产的数额，属于法官自由裁量权的范围。具体标准，可以是与继承人的法定应继份相同，也可以低于或者高于法定应继份。可以根据被继承人对其扶养的程度，或者其对被继承人扶养的程度确定。上述程度相当于法定继承人的程度的，可以与法定应继份相似；程度较低的，可以低于法定应继份；程度较高的，可以高于法定应继份。

案例链接

李某一等与孙某法定继承纠纷案^[2]

基本案情

孙某与李某系夫妻。李某于2010年12月7日死亡。2009年4

月7日，李某作为被拆迁人，就41号房屋与北京市门头沟区××镇政府××村村民委员会签订拆迁补偿安置协议，认定房屋建筑面积为133.92平方米，被拆迁房屋内正式户口二人，分别为孙某、李某，二人获得安置房两套，其中，一居室一套，小两居一套。2014年11月8日，孙某与北京市门头沟区××镇政府××村村民委员会就41号房屋签订了拆迁补偿安置协议补充协议，约定补偿款总数为434 976元。701室和1103室安置房现均已具备交付条件。李某死亡后，李某二将230 000元存款移交给孙某；434 976元补偿款因双方有纠纷尚未发放；超期补偿款144 000元，其中72 000元在李某二处，剩余72 000元在孙某处。原告李某一（系李某二之子）、李某二向法院起诉，诉请法院依法分割遗产房屋的使用权及存款，二人共同继承争议房屋的使用权和现金41.7万元。被告否认收养的事实。

庭审中，李某二为证明其与李某和孙某之间存在养父母子女关系，对李某尽了主要赡养义务，陈述为李某办理了全部丧葬事宜，并曾就41号建房的事实向法院申请证人安某、樊某一、张某一、张某一、刘某、杨某、樊某二、张三到庭作证。证人到庭做如下陈述：李某二成年后过继给李某，双方对外以叔侄相称，李某的后事由李某二料理，并披麻戴孝、摔盆、抱骨灰；李某二在41号有过建房行为；李某曾表示要将拆迁所得一套60平方米的房屋给李某一。被告孙某认为上述证人与李某二存在利害关系，李某二到××村的时候已经成年，不符合收养的条件。李某和孙某当时只有四十多岁，生活完全可以自理。故孙某对上述证据的证明目的不予认可，但认可李某二在41号院内北房的西边建了一间房。

另查，李某夫妇无子女，李某二为李某的侄子。李某二夫妇自1986年至1996年和李某、孙某共同生活在41号院。李某二夫妇和李某夫妇于1996年后各自独立生活。李某二和李某、孙某夫妇对外并未以父子、母子相称。李某住院期间，李某二对其进行照顾，去世后李某二按照当地风俗为李某披麻戴孝、摔盆、抱骨灰。

法院判决

关于李某二是否属于继承人以外的对被继承人扶养较多，可分得遗产的人，人民法院经审理认为，《继承法》第14条规定：对继承人以外的依靠被继承人扶养的缺乏劳动能力又没有生活来源的人，或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分配给他们适当的遗产。根据查明的事实，李某二和李某夫妇共同生

活十年时间，且李某夫妇并无其他子女，李某死亡后李某二负责相关丧葬事宜并按照当地风俗披麻戴孝，同时41号院中亦有李某二的建房。综合以上事实，法院认为李某二符合《继承法》第14条关于“继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分配给他们适当的遗产”之规定，故李某死亡后，李某二据此主张适当分得相应遗产的意见，法院予以确认。

法院判决，701室房屋使用权由孙某享有，1103室房屋使用权归李某二享有，拆迁款归孙某所有，李某二向孙某返还若干补偿款。

注释：

[1]刘文.继承法比较研究.北京：中国人民公安大学出版社，2004：33.

[2]北京市门头沟区人民法院（2015）门民初字第1183号民事判决书。

第一千一百三十二条

继承人应当本着互谅互让、和睦团结的精神，协商处理继承问题。遗产分割的时间、办法和份额，由继承人协商确定；协商不成的，可以由人民调解委员会调解或者向人民法院提起诉讼。

条文对照

第十五条 继承人应当本着互谅互让、和睦团结的精神，协商处理继承问题。遗产分割的时间、办法和份额，由继承人协商确定。协商不成的，可以由人民调解委员会调解或者向人民法院提起诉讼。

本条主旨

本条是对遗产分割原则及时间、办法、份额的规定。

条文详解

一、遗产分割的原则

遗产分割应在一定的原则指导下进行。

（一）遗产分割自由原则

遗产分割自由原则，是指共同继承人得随时请求分割遗产的规则。继承开始后，各共同继承人对遗产共同共有。但是，遗产共同共有与普通的共同共有相比，具有特殊性，即普通的共同共有在存续期间，共有人原则上不得请求分割共有财产，而遗产共同共有是一种暂时的共有关系，允许继承人随时可以请求分割，以更好地满足继承人的生活 and 生产需要。

继承人享有的这种遗产分割请求权是遗产分割自由原则的基础。继承人得随时行使遗产分割请求权，任何继承人不得拒绝分割。否则，请求分割遗产的继承人可通过诉讼程序分割遗产。遗产分割请求权的性质是形成权，继承人可以随时行使，不因时效而消灭。

遗产分割自由也是一种相对自由，在特定情形下，继承人不得请求分割遗产。各国关于遗产自由原则的限制主要有：非经遗产债务清偿，不得分割遗产；遗嘱禁止在一定期间内分割的，不得分割遗产；继承人协议在一定期间内不得分割的，不得分割遗产；在有尚未出生的继承人的情况下，暂时禁止分割遗产。

（二）互谅互让、协商分割原则

互谅互让、协商分割原则，是民法典继承编有关遗产分割的特有原则。在遗产分割时，强调继承人之间互谅互让、协商分割遗产，有利于促进家庭的和睦团结，有利于精神文明建设。互谅互让要求继承人在分割遗产时要相互关心、相互照顾，对法律规定需要特殊照顾的继承人，如缺乏劳动能力、生活特殊困难的继承人，应当适当多分给遗产；协商分割要求继承人在遗产分割时，对于遗产的分割时间、分割办法、分割份额等都应当按照继承人之间协商一致的意见处理。

二、遗产分割时间、办法和份额的确定方法

（一）遗产分割时间、办法和份额确定方法的一般规则

遗产分割时间、办法和份额的确定方法，原则上由继承人协商确定。继承开始后，继承人为一人的，继承人可以自作主张，全部继承被继承人的遗产。继承人为多人的，由继承人协商确定具体办法。

如果多个继承人对遗产分割时间、办法和份额协商不成，无法达成协议，则可以由人民调解委员会进行调解，也可以向人民法院提起诉讼，由人民法院作出判决或调解。

（二）遗产分割时间的一般方法

继承从被继承人死亡时开始，在继承开始后，继承人有权随时请求分割遗产，而遗产分割时间就是在继承人提出分割请求后进行实际分割遗产的时间。

1. 遗产分割时间的确定

遗产分割时间须在继承开始之后。对于遗产分割在继承开始后的什么时间内进行，民法典继承编没有作出规定。按照遗产分割自由原则，在继承开始后的任何时间内，继承人都有权要求分割遗产。具体的分割时间由继承人协商确定；继承人协商不成的，可以通过调解确定，也可以通过诉讼程序由人民法院确定。如果继承人经过协商，确

定在一定期限内不分割，或者继承人都不提出分割遗产的要求，这种遗产的共有状况就将持续下去。无论持续多长时间，继承人想分割遗产的，都有权请求分割。即使在继承开始20年以后，继承人仍然有权要求分割遗产。

在遗产分割的时间问题上，应当将遗产分割时间与继承开始时间区别开来，二者的区别主要体现在：第一，继承开始时间是法定的，它只能是被继承人死亡的时间，继承人或其他任何人都不能加以变更；而遗产分割时间是约定的，它可以是继承开始后的任何时间，其具体时间是经过继承人协商或以其他方式确定的。第二，继承开始时间是一个具体的时间，一般具体到日，有的还可能具体到时、分；而遗产分割时间可以是一个具体的期日，也可以是期间，即在一段时间内分割遗产，但一般不会具体到时。第三，继承开始时间产生的是继承人取得继承既得权的效力，继承人可以行使继承权，但是不能处分其应继份；而遗产分割时间产生的是继承人实际取得遗产的单独所有权的效力，继承人可以对其分得的遗产加以处分。

2.对遗产分割时间的限制

继承人虽得自由行使遗产分割请求权，但是，有时也会受到一定限制，这就是对遗产分割时间的限制问题。限制遗产分割时间的具体事由主要有以下几种。

第一，非经遗产债务清偿，不得分割遗产。在遗产债务清偿与遗产分割问题上，各国继承立法有两种不同规定：一是非经清偿遗产债务，不得分割遗产。二是清偿遗产债务不是分割遗产的前提，遗产债务未清偿前，继承人可以分割遗产。民法典继承编对此没有明确规定，司法实践一般采取以下两种方法：（1）先清偿债务后分割遗产。先清偿债务后分割遗产是一种总体清偿方式。按照这种清偿方式，共同继承人首先从遗产中清算出遗产债务，并将清算出的相当于遗产债务数额的遗产交付给债权人；然后，根据各继承人应继承的份额，分配剩余遗产。（2）先分割遗产后清偿债务。先分割遗产后清偿债务是一种分别清偿方式。按照这种清偿方式，共同继承人首先根据他们应当继承的遗产份额，分割遗产，同时分摊遗产债务；然后，各继承人根据自己分摊的债务数额向债权人清偿。遗产已被分割而未清偿债务的，如果有法定继承又有遗嘱继承和遗赠，首先由法定继承人用其所得遗产清偿债务，不足清偿时，剩余的债务由遗嘱继承人和受遗赠人按比例用所得遗产偿还；如果只有遗嘱继承和遗赠，由遗嘱继承人和受遗赠人按比例用所得遗产偿还。

第二，遗嘱禁止在一定期间内分割遗产的，在此期间不得分割遗

产。遗产的分割应尊重被继承人的意愿，被继承人得以遗嘱禁止遗产分割。如果被继承人在遗嘱中禁止分割遗产的时间过长，或无期限地禁止分割，使遗产长期或永远处于共同共有状态，将有碍遗产的利用。因此，许多国家规定被继承人以遗嘱禁止分割遗产的，须有一定期间限制。民法典继承编对遗嘱限制遗产分割的期限没有规定，是否应当对限制分割作出规定，立法或司法解释都没有涉及。建议对于现实中遇到的限制遗产分割的遗嘱，首先应当承认其效力，其次要进行限制，以20年期限为妥。

第三，继承人协议在一定期间内不得分割的，不得分割遗产。经共同继承人一致同意，可以订立不分割遗产的协议，继续维持遗产共同共有关系。只要继承人订立的协议不违反法律，不损害公共利益及善良风俗，就应当承认其效力，继承人中的一人或数人不得随时请求分割遗产。以协议禁止遗产分割，不论是就一部分还是全部遗产，均无不可。这种约定不应有时间限制。

第四，有尚未出生继承人的，暂时禁止分割遗产。这种限制是为了保护胎儿的继承利益。许多国家规定，在胎儿出生前不得分割遗产。民法典继承编没有采纳这种立法方法，而是采取遗产分割时应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生时是死体的，保留的份额依法定继承办理。民法典继承编虽然并不限制在存在胎儿的情况下继承人分割遗产，但是，为防止继承人之间串通，损害母亲及婴儿的合法权益，特别是在胎儿为多胞胎的情况下，采用在胎儿出生后分割遗产的方法较为合适。

第五，遗产分割的暂缓。遗产的分割应有利于财产效用的发挥，而不应损害遗产的价值。如果对遗产即时分割将会严重损害其价值，法院应继承人的请求，可以判决暂缓分割。暂缓分割可适用于全部遗产或仅适用于遗产中的一部分。

（三）遗产分割方法

遗产分割方法，是指继承人取得遗产应继份的具体方法。有学者认为遗产分割方法有三种，即按遗嘱指定分割、继承人协商分割、法院裁判分割。^[1]被继承人可以在遗嘱中指明对有关遗产的分割方法，或者委托他人代为决定遗产的分割方法。按照遗嘱或遗嘱委托人的指定方法分割遗产，属于遗嘱的执行问题。受遗嘱指定的属于遗嘱继承，而遗产分割是在法定继承中进行的，因而遗产分割的方法不包括遗嘱指定分割方法，只有当事人协商分割、人民调解委员会调解分割和法院裁判分割这三种方法。

1.当事人协商分割

当事人协商分割方法，是指全体继承人进行协商，确定具体遗产分割的方法。当事人协商分割，有利于家庭的和睦团结，有利于家庭的稳定，也是我国现实生活中的主要遗产分割方式。

2.人民调解委员会调解分割

各继承人如果对遗产的分割协商不成，可以向人民调解委员会申请调解，通过调解确定遗产如何分割。在具体的分割方式上，应当遵照实物分割、变价分割、补偿分割与保留共有的分割方式进行。

3.法院裁判分割

诉讼作为最终的争议解决方式，在各继承人协商或调解不成时，继承人可以向法院提起诉讼，请求裁判确定如何分割遗产。法院裁判的具体方式，也应当遵照实物分割、变价分割、补偿分割与保留共有的分割方式进行。共同继承人诉请法院解决遗产分割的案件，很少有单纯的就遗产分割方法提起的诉讼，往往与继承权的确认、应继份的确定等问题联系在一起。法院应当对存在争议的继承问题作出裁判，对纠纷进行彻底解决。

（四）遗产分割份额

对于遗产分割的份额，应当依照本法第1130条的规定进行。具体方法是：基本的遗产份额分割原则是，同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等。特殊的情况是：第一，对生活有特殊困难又缺乏劳动能力的继承人，应当予以适当照顾；第二，对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人，可以多分；第三，有扶养能力和扶养条件的继承人，不尽扶养义务的，可以不分或者少分；第四，继承人协商同意的，也可以不均等分割遗产份额。

法律适用中应注意的问题

遗产分割的时间、方法和份额，主要根据继承人的协商确定。上述对其进行的说明都是示范性的，当事人可以选择，也可以自己确定。只有《民法典》第1130条规定的法定继承份额的确定，须依照法律进行，但是也可以由继承人协商确定。

案例链接

黄某葱与潘某琳所有权确认纠纷案^[2]

基本案情

1995年3月31日，黄某岳作为买方、被告潘某琳作为共有人与广东省深圳市住宅局签订《深圳经济特区福利商品房买卖合同》，约定深圳市住宅局将位于深圳市××村×栋×××号房出售给买方，建筑面积为88.57平方米，核定房款为75 729.29元，一次付清按85%计价后的房款为64 369.90元。合同签订当日，黄某岳付清了购房款64 369.90元。

2014年1月11日，黄某岳、被告潘某琳作为乙方与深圳市住房和建设局作为甲方签订《房屋征收补偿协议书》，约定乙方同意甲方按补偿方案将其在××村×栋×××号房进行征收。被征收房产面积为88.57平方米，应补偿的建筑面积104.51平方米，乙方选择的产权调换房屋户型为120平方米。

2015年6月22日，黄某岳在美国死亡。2015年6月25日，原告黄某葱、被告潘某琳及第三人黄某签订《协议书》，对黄某岳和潘某琳夫妻共有财产以及儿女的继承权问题，达成了分配协议，其中第3条约定：潘某琳具有在深圳市××路××村的不动产房里居住的合法权利，同时房产权50%属于潘某琳，另外的50%房产权属于黄某葱。

2017年12月5日，被告潘某琳与深圳市住房和建设局签署《鹿丹××××区综合改造工程产权调换房屋×××苑选房结果确认书》，确认书载明原××村×栋×××号业主黄某岳、潘某琳授权潘某琳选定的鹿丹××××区综合改造工程产权调换房屋为×××苑小区×栋××，建筑面积为121.17平方米。该房屋为争议房屋。

关于黄某岳的继承人情况，法院分别向北京市公安局及深圳市公安局调取相关户籍信息。根据北京市公安局出具的《证明信》及深圳市公安局出具的《深圳市常住人口登记表》可以确认，原告黄某葱为黄某岳的儿子，被告潘某琳为黄某岳的妻子，第三人黄某为黄某岳的女儿。另，广州市公证处出具的出生公证书也载明，黄某葱于1968年12月29日在北京市出生，黄某葱的父亲是黄某岳，母亲为李某芬。

原告黄某葱向法院起诉，主张确认自己对争议房屋享有50%的所有权。

法院判决

法院认为，被继承人黄某岳于2015年6月22日死亡，黄某岳生前并没有立遗嘱或遗赠扶养协议，因此，其遗产应按法定继承处理。根据北京市公安局出具的《证明信》及深圳市公安局出具的《深圳市常住人口登记表》可以确认，黄某岳的第一位顺序继承人包括其儿子黄某葱、妻子潘某琳及女儿黄某。法院确认黄某葱为黄某岳的儿子，对黄某岳的遗产享有继承权。

《继承法》第15条规定，继承人应当本着互谅互让、和睦团结的精神，协商处理继承问题。遗产分割的时间、办法和份额，由继承人协商确定。协商不成的，可以由人民调解委员会调解或者向人民法院提起诉讼。本案中，原告黄某葱与被告潘某琳及第三人黄某就黄某岳遗产的分配签署了《协议书》。《协议书》为各方当事人的真实意思表示，内容也未违反法律和行政法规的强制性规定，也符合《继承法》第15条的规定，合法有效。根据《协议书》的约定，位于深圳市××路××村房产的50%产权归原告黄某葱，50%产权归被告潘某琳。

法院判决，原告黄某葱与被告潘某琳及第三人黄某签订的《协议书》合法有效；争议房屋的50%的产权归原告黄某葱所有。

注释：

[1]王利明.中国民法典学者建议稿及立法理由.人格权编·婚姻家庭编·继承编.北京：法律出版社，2005：619.

[2]广东省深圳市罗湖区人民法院（2018）粤0303民初68号民事判决书。

第三章 遗嘱继承和遗赠

民法典继承编对遗嘱继承和遗赠规则的规定，是继承编中的重头部分，共有12个条文。与原《继承法》规定相比较，《民法典》继承编增加了一项新规则，修改了三个原来的规则，使遗嘱继承的法律规则比先前有了较大进步。

这一章规定的规则是：自然人设立遗嘱和指定遗嘱执行人的权利，自书遗嘱，代书遗嘱，打印遗嘱，录音录像遗嘱，口头遗嘱，公证遗嘱，遗嘱见证人的资格，遗嘱须保留必留份，遗嘱的撤回与变更以及立有数份遗嘱内容相抵触的遗嘱设立在后效力优先原则，遗嘱无效的事由，遗嘱继承或者遗赠负有义务。

这一章的重要修改的内容是：第一，确认打印遗嘱是有效的遗嘱形式；第二，补充规定录像遗嘱是有效的遗嘱形式；第三，其他不具有见证能力的人不能做遗嘱见证人；第四，确立数份遗嘱内容相抵触的遗嘱设立在后效力优先原则，废除公证遗嘱效力优先原则。

第一千一百三十三条

自然人可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产，并可以指定遗嘱执行人。

自然人可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人中的一人或者数人继承。

自然人可以立遗嘱将个人财产赠与国家、集体或者法定继承人以外的组织、个人。

自然人可以依法设立遗嘱信托。

条文对照

第十六条 公民可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产，并可以指定遗嘱执行人。

公民可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人中的一人或者数人继承。

公民可以立遗嘱将个人财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的人。

本条主旨

本条是对遗嘱继承和遗赠的规定。

条文详解

一、遗嘱继承

（一）遗嘱继承的概念和沿革

遗嘱继承，是指于继承开始后，继承人按照被继承人合法有效的遗嘱，继承被继承人遗产的继承方式。在遗嘱继承中，具体的继承

人、继承顺序、应继份、遗产管理、遗嘱执行等，都由被继承人在遗嘱中指定，故遗嘱继承也被称作指定继承，与法定继承相对应。

在遗嘱继承中，生前立有遗嘱的被继承人称为遗嘱人或立遗嘱人，依照遗嘱的指定享有遗产继承权的人为遗嘱继承人。不过在遗嘱继承开始后，享有遗嘱继承权的人为遗嘱继承人，其他任何人（包括遗嘱继承人之外的法定继承人）作为义务主体，对遗嘱继承人的继承权都负有不得侵害的义务。遗嘱继承所指向的客体为被继承人指定的遗产份额。

遗嘱继承肇始于古巴比伦王国。公元前18世纪古巴比伦王国的《汉穆拉比法典》第165条规定：“倘自由民以田园、房屋赠与其所喜爱之继承人（即爱子），且给他以盖章之文书，则父死之后，兄弟分产之时，此子应取其父之赠物，此外诸兄弟仍应均分父之家产。”^[1]不过，通说认为遗嘱继承源于罗马法。古罗马的《十二铜表法》第5表第3条规定：“凡以遗嘱处分自己的财产，或对其家属指定监护人的，具有法律上的效力。”公元前200年，遗嘱在罗马已为普通市民所使用。罗马法确认遗嘱继承的目的，在于保持人格继承、祭祀继续及家产，而不是将财产从家族中分离出去。因此，遗嘱继承是把家族代表权转移给指定继承人的手段，是为了保持“灵魂不死”；遗嘱的主要作用是决定继承人，而不是单纯的财产分配；遗嘱继承完全排除法定继承，任何人不得就一部为遗嘱，以一部为遗嘱的为“无遗嘱而死亡”^[2]。中世纪的欧洲接受了古罗马的遗嘱继承制度。14世纪后的法国与15世纪后的德国，将遗嘱继承适用于一般庶民。^[3]中世纪遗嘱继承的流行同当时的教会有关。在当时，宗教基金几乎完全来自私人遗赠，教会鼓励人们立遗嘱，把遗产赠给教会，据说这样做能够拯救死者的灵魂。^[4]此时的遗嘱继承的目的已从保持人格继承、祭祀继续及家产转化为财产所有人能够任意处分身后财产。

到了近代，遗嘱继承得到充分发展，在个人意思自治、所有权神圣的理念指引下，在财产继承中盛行遗嘱继承，强调遗嘱自由原则，遗嘱继承优先于法定继承。在一些国家，如英国、美国，甚至实行绝对的遗嘱自由原则，使遗嘱继承占据主导地位。

进入20世纪后，随着立法社会本位理念的确立，许多实行遗嘱绝对自由的国家也开始对遗嘱自由加以一定限制，如英国1938年的《家庭供养条例》及1952年的《无遗嘱继承条例》、美国1969年的《统一继承法典》都对遗嘱自由施加了限制。

我国古代也有遗嘱继承制度。例如，《唐律·丧葬令》规定：“诸身丧户绝者，所有部曲、客女、奴婢、店宅、资财，并令近亲（亲依

本服，不以出降）转易货卖，将营丧事及量营功德之外，余财并与女（户虽同，资财先别者亦准此）。无女，均入次近亲，无亲戚者、官为检校。若亡人在日，自有遗嘱处分，证验分明者，不用此令。”^[5]在我国古代，虽遗嘱继承得以存在，但是，由于受宗法制度的严格限制，加之封建社会漠视个人的权利与自由，并未形成完整的遗嘱继承制度。《大清民律草案》对遗嘱继承作了规定，这是我国立法首次明确规定遗嘱继承，但未及实施。其后，中华民国国民政府于1930年颁布的民法继承编，详尽规定了遗嘱继承制度，1985年修订，仍然在我国台湾地区实施。

我国原《继承法》总结长期的司法实践，明确规定了遗嘱继承制度。民法典继承编继续规定遗嘱继承制度。

遗嘱继承的特征如下。

1. 遗嘱继承以事实构成作为发生依据

遗嘱继承除了必须具备被继承人死亡这一法律事实外，还须被继承人设立的合法有效的遗嘱这一法律事实，这两个法律事实缺一不可，两者构成一个完整的事实构成。遗嘱继承中的遗嘱要件是合法有效的遗嘱，如果被继承人所设立的遗嘱无效，则遗产须按法定继承办理，不适用遗嘱继承。

2. 遗嘱继承直接体现被继承人的意志

虽然遗嘱继承与法定继承在一定程度上都是被继承人意志的体现，但是，二者的体现方式与程度是不同的。法定继承通过推定被继承人愿意把遗产留给关系亲密的亲属来体现被继承人的意志，而遗嘱继承则通过对被继承人的遗嘱的执行与实现来直接体现被继承人的意志。在遗嘱继承中，不仅继承人，甚至继承人的顺序、继承人继承的遗产份额或者具体的遗产，都是被继承人在遗嘱中指定的。按照遗嘱进行继承是充分尊重被继承人对自己财产处分的自由的体现。

3. 遗嘱继承具有效力优先性

世界各国继承法都规定，遗嘱继承的效力优于法定继承的。在继承开始后，有合法有效遗嘱的，先要按照遗嘱进行继承。遗嘱继承在效力上的优先性，关系到谁可以实际参与继承，关系到遗嘱继承人可以得到多少遗产份额。

4. 遗嘱继承的主体具有限定性

这是我国遗嘱继承的一个特点。在遗嘱继承人的确立上，各国立法规定有以下做法：一是规定遗嘱继承人可以是法定继承人范围之内的人，也可以是法定继承人范围之外的人，但只能是自然人；二是规定遗嘱继承人不仅可为法定继承人范围之外的自然人，也可以是法人、国家；三是规定遗嘱继承人只能是法定继承人范围之内的人。我国采取第三种做法，体现了遗嘱继承的主体具有限定性，将遗嘱继承限定在一定的范围之内。

（二）遗嘱继承的适用条件

遗嘱继承的适用，必须具备一定的条件，这就是遗嘱继承的适用条件。只有具备以下条件时，才能按照遗嘱继承办理。

1. 须立遗嘱人死亡

在遗嘱继承中，被继承人就是立遗嘱人。按照继承法的原理，遗嘱继承的适用，必须满足立遗嘱人死亡的条件。继承只有在被继承人死亡后才能开始，如果立遗嘱人还没有死亡，则遗嘱继承无法适用。

2. 须被继承人立有合法有效的遗嘱

作为遗嘱继承的事实构成之一的遗嘱，必须是被继承人生前订立的遗嘱，而且该遗嘱须合法有效。在实践中，虽然被继承人生前订立了遗嘱，但是，并非所有订立的遗嘱都会有效，还要考察遗嘱是否符合法律规定的有效条件。如果存在被继承人无遗嘱能力、遗嘱处分了他人都财产等情形，则遗嘱归于无效，不具有可以执行的效力。

3. 须指定继承人未丧失或放弃继承权

在适用遗嘱继承时，遗嘱指定的继承人也会因法定事由丧失继承权，此时，指定继承人就不具有继承资格，不能享有继承权。遗嘱中指定的由该丧失继承权的指定继承人继承的遗产，须依照法定继承处理。指定继承人可以对遗嘱继承放弃，只要符合放弃继承的要求，就会产生放弃继承的效果，也就是指定继承人对遗嘱指定的遗产不再享有继承权。此时，遗嘱中指定的由其继承的遗产也须按照法定继承处理。

4. 须指定继承人继承开始后尚生存

在遗嘱继承中，被继承人一般都是提前立下遗嘱的，在继承开始前，指定的遗嘱继承人可能会先于被继承人死亡，此时，遗嘱涉及该指定继承人的部分不发生代位继承，也不发生转继承，只能适用法定

继承。在法定继承中可能发生代位继承或者转继承的问题，因此，遗嘱指定继承人的生存是适用遗嘱继承必不可少的要件。

5.须没有遗赠扶养协议

遗赠扶养协议具有最优先适用的效力，遗嘱继承与法定继承都不能对抗遗赠扶养协议，应当先执行遗赠扶养协议，在执行完遗赠扶养协议后，再适用遗嘱继承或法定继承。被继承人在签订遗赠扶养协议对某项财产予以约定后，如果还通过遗嘱对该项财产进行遗嘱处分，应当先执行遗赠扶养协议，不能先按遗嘱继承办理。

当具备这些要件时，遗嘱继承得以适用。基于继承的非强制性，在遗嘱继承开始后，遗嘱指定的继承人也可以放弃继承。放弃继承应当按照《民法典》第1124条的规定进行，须以明示的方式作出意思表示，并且在特定的时间内作出，否则即视为接受继承。遗嘱指定继承人明确表示放弃继承时，其放弃继承的遗产部分，不再适用遗嘱继承，而应按法定继承办理。

（三）遗嘱继承的意义

遗嘱继承自确立以来，在人类历史上发挥了重大作用。我国《继承法》对遗嘱继承予以规定，而且经过长时间的运作，也体现出了其重要意义。民法典继承编继续规定遗嘱继承，并对其规则进行了一定程度的完善。

遗嘱继承的意义如下。

第一，有利于保护自然人的私有财产权和继承权。我国《宪法》第13条明确规定：“公民的合法的私有财产不受侵犯。”“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。”国家不仅应当保护自然人生前在不违反国家法律的前提下，按照自己的意志对自己的私有财产行使占有、使用、收益、处分的权利，而且对于自然人生前对自己私有财产的身后处分也应当保护，后者就是对自然人继承权的保护。遗嘱继承正是自然人生前对自己私有财产进行的处分，使自己的财产按照自己的意愿传承到继承人手中，体现了自然人的私有财产权和继承权的支配性。

第二，有利于体现被继承人的意志。私有财产权作为私权，国家法律没有对其进行过度干预的必要，只要权利人不违法，就应当予以尊重。在遗嘱继承中，被继承人对自己的私有财产通过遗嘱进行处分，并且对遗嘱继承人、继承的顺序、继承的份额、遗嘱的执行、遗

产的管理等事项，都根据自己的意志进行安排，充分地体现了被继承人的意志。尊重遗嘱，就是尊重被继承人的意志。

第三，有利于减少继承争议、稳定家庭关系。由于遗产的价值属性，在发生继承时，法定范围内的继承人出于逐利的目的，都希望谋求自己利益的最大化，因而在遗产分割时纷争不断。遗嘱继承同法定继承相比，是由被继承人在遗嘱中对遗嘱继承人、遗产份额等予以明确的继承方式，只要遗嘱合法有效，有关的当事人就应当执行，这能够避免继承纠纷。尊重自然人生前对自己财产的遗嘱处分，也有利于稳定家庭关系，促进家庭成员间的和睦团结。

二、遗赠

（一）遗赠的概念和特征

遗赠，是指自然人在生前订立遗嘱，将其个人财产赠与法定继承人以外的自然人或者国家、集体，而于其死亡后才发生法律效力的一方民事法律行为。或言之，遗赠者，遗赠人以遗嘱对于他人无偿给与财产上利益之谓也。^[6]立遗嘱的自然人为遗赠人，被指定赠与财产的人为受遗赠人，遗嘱指定赠与的财产为遗赠财产或遗赠物。

遗赠在古罗马时代就已出现。罗马法认为，遗赠是以继承人的指定为使命的，遗赠不过是遗嘱的从属部分。中世纪欧洲的遗嘱，开始以死因赠与作为中心内容，这是遗赠的前身。奥地利、瑞士等在继承人的指定之外，容许为遗赠的遗嘱。^[7]后来，遗赠被各国教会广泛利用。教会从教徒那里接受遗赠，为教会增加财产，遗赠成为遗嘱继承的方式。

近代各国继承法对遗赠基本上都作了规定。各国民法典确立了遗赠制度，主要是为了充分实现财产所有人处分自己财产的自由意志，使其把财产遗赠给自己希望的受遗赠人。在受遗赠人的范围上，不区分继承人与受遗赠人，不仅在法定继承人范围之外的人可以受遗赠，而且在法定继承人范围之内的人也可以受遗赠。

遗赠的法律特征如下。

1. 遗赠是一种单方法律行为

在遗赠中，遗赠人必须以遗嘱的形式进行遗赠，否则不为遗赠。遗赠的成立并不以受遗赠人的意思表示为必要，只需有遗赠人一方的

意思表示就可以成立。因此，遗赠是一种单方法律行为。

2. 遗赠是一种无偿法律行为

遗赠的标的是遗赠物，该遗赠物为财产利益，既可以为现有的积极财产，也可以为债权等消极财产，但均须是遗赠人给予他人的财产利益，不能通过遗赠为他人设定债务。国外继承法存在概括遗赠，遗赠中所指定的受遗赠人既承受遗赠人的权利，也承受遗赠人的义务。我国原《继承法》和《民法典》继承编没有规定概括遗赠，遗赠必须是给他人财产利益。因此，遗赠是一种无偿法律行为。在遗赠中，遗赠人可以对遗赠附加某种负担，但是，即使附加了负担，所附加的负担也不是遗赠的对价，无损于遗赠的无偿性。

3. 遗赠是死因行为

虽然遗赠得以遗赠人通过遗嘱作出遗赠的意思表示而成立，但是，遗赠的成立不等于遗赠的生效，遗赠只有在遗赠人死亡后才能产生效力，这是因为遗赠是通过遗嘱设立决定的。即使存在遗赠，且遗嘱中指定的受遗赠人也已知道自己被遗赠，受遗赠人在遗赠人生前也无权请求执行遗赠。遗赠是一种死因行为，遗赠人在其生前可以随时变更或撤销自己的遗赠，任何人不得干涉。

4. 遗赠是须由受遗赠人亲自接受的行为

遗赠是遗赠人给予特定的受遗赠人财产利益的行为，受遗赠的主体具有不可替代性。受遗赠人的受遗赠权也只能由自己亲自享有，不得转让。如果遗赠人将财产遗赠给国家或者社会组织，由国家或者社会组织的代表机构或者负责人予以接受。受遗赠人为自然人的，该自然人必须亲自接受遗赠；如果受遗赠的自然人先于遗嘱人死亡，遗赠不能产生效力。即使受遗赠人在遗赠人死亡后、作出接受遗赠的意思表示前死亡，遗赠也不能发生。受遗赠权存在承认和抛弃的问题，如果受遗赠人在遗赠人死亡后，抛弃其受遗赠权，其效力溯及遗赠人死亡之时。^[8]有学者认为，受遗赠权属于财产权，应当可以继承，并主张应当规定受遗赠人在规定的期限内未及时作出是否接受遗赠的意思表示而死亡的，其继承人可以代其作出接受或放弃受遗赠的表示。^[9]这种意见值得商榷，因为遗赠是遗赠人对特定的受遗赠人进行的赠与，如果该受遗赠人在接受遗赠前死亡，令其继承人继承，则该受遗赠人的继承人未必是遗赠人愿意给予财产的人。而且遗赠是一种无偿行为，不令受遗赠人的继承人继承也不会造成损害。因此，这种意见欠妥。

5. 遗赠是对特定范围内的组织、个人赠与财产的行为

国外继承立法都不区分受遗赠人与法定继承人，受遗赠人的确立根据遗赠人的指定。民法典继承编明确规定，只能将财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的组织、个人。这说明在法定继承人范围之内的人只能成为指定的遗嘱继承人，不能成为受遗赠人。因此，遗赠是对特定范围内的组织、个人赠与财产，在受遗赠人的范围上具有特定性。

（二）遗赠的分类

民法典继承编对遗赠的规定比较原则，具体内容简洁，没有划分遗赠的种类。遗赠的标的范围广泛，权利义务关系也各有不同，有必要对遗赠进行分类。

1. 概括遗赠与特定遗赠

这是根据遗赠标的的不同进行的分类。概括遗赠又称包括遗赠，是指遗赠人把自己的全部财产权利和义务一并遗赠给受遗赠人。概括遗赠的受遗赠人具有继承人的地位。特定遗赠是指遗赠人将其某一特定财产（并非只限于特定物）遗赠给受遗赠人，而不是将财产义务一并遗赠。

我国在实践中也有以国家、集体为受遗赠人予以概括遗赠的，有的学者也认为，“从我国继承法的立法精神看，是承认概括遗赠的”^[10]。不过，我国原《继承法》和《民法典》继承编规定的遗赠，不包括概括遗赠，只包括特定遗赠。因为如果认可概括遗赠，就与遗赠的无偿性相违背，受遗赠人的地位实际上等同于继承人的地位，这也与我国继承法关于继承人的规定不符。

2. 单纯遗赠与附负担遗赠

这是根据遗赠是否附有义务而进行的分类。单纯遗赠是不附任何条件或义务的遗赠，遗赠人就遗赠附加某种义务或某种条件的遗赠为附负担遗赠。

在我国，遗赠既可以是单纯遗赠，也可以是附负担遗赠。在实践中，无论是单纯遗赠还是附负担遗赠都存在。

（三）遗赠与遗嘱继承和赠与的区别

因遗赠是在遗产继承中发生的赠与他人财产的法律现象，所以，

遗赠与遗嘱继承、赠与有相似之处，但它们是不同的法律行为。

1. 遗赠与遗嘱继承

遗赠与遗嘱继承，都是被继承人以遗嘱处分个人财产的方式。各国立法基本上都同时规定遗赠与遗嘱继承，但是，在如何区分遗赠与遗嘱继承的问题上，各国和地区立法大体有以下三种立法例。

一是以承受遗产的人所承受的遗产内容来区分遗赠与遗嘱继承。遗嘱人既可以指定法定继承人范围以内的人为继承人，也可以指定法定继承人以外的人为继承人；既可以指定法定继承人范围以外的组织、个人为受遗赠人，也可以指定法定继承人范围以内的人为受遗赠人。但是，继承人须对遗产权利义务同时承受，即既须继承遗产权利，也须同时继承遗产债务；而受遗赠人继受的只能包括遗产权利，不能包括遗产债务。德国民法、瑞士民法等均采此立法例。这种立法例，以遗嘱中指定的人被指定继受的遗产的内容来区分遗嘱继承与遗赠，凡是遗嘱指定某人概括继受遗产的，为遗嘱继承；凡是遗嘱指定某人仅单纯继受权利的，为遗赠，至于被指定的人是否为法定继承人，则在所不问。同时，这种立法例是以继承责任的非有限性为前提的，遗嘱继承人对遗产债务的清偿承担无限责任，而受遗赠人对遗产债务不负清偿责任。若遗嘱继承人对遗产的债务清偿仅以其实际继承的遗产数额为限，则遗嘱继承与遗赠之间并无多大的实质性差别。

二是以继受遗产的人与遗嘱人的关系来区分遗赠与遗嘱继承。依此种立法例，遗嘱中指定在法定继承人范围以内的人继受遗产的，为遗嘱继承，且继承人须概括地继受遗产的全部或部分；遗嘱中指定法定继承人范围以外的人继受遗产的，为遗赠，且受遗赠人只能承受积极财产，而不承受消极财产。遗嘱继承人只能是法定继承人范围以内的人，而受遗赠人只能是法定继承人范围以外的组织、个人。

三是不区分遗赠与遗嘱继承。凡遗嘱人将遗产通过遗嘱的方式指定给他人继受的，则继受人一概被称为受遗赠人，而不被称为继承人。依此种立法例，遗赠分为概括遗赠和特定遗赠。

我国原《继承法》以及民法典继承编采第二种立法例，遗赠与遗嘱继承的区别主要有以下几点。

第一，受遗赠人和遗嘱继承人的范围不同。受遗赠人可以是法定继承人以外的任何自然人，也可以是国家和集体，而不可以是法定继承人范围之内的人。遗嘱继承人则只能是法定继承人范围之内的人，而不能是法定继承人以外的自然人或单位。

第二，受遗赠权与遗嘱继承权客体的范围不同。受遗赠权的客体只包括遗产中的财产权利，不包括财产义务，受遗赠人接受遗赠时只能承受遗产中的权利而不能承受遗产中的债务。如果遗赠人将其全部遗产遗赠给国家、集体或某自然人，而其生前又有债务时，则受遗赠人只能接受清偿债务后剩余的财产，但是，这种清偿只能是对被继承人债务的处理，受遗赠人本身并不承受被继承人的债务。而遗嘱继承权的客体是遗产，而且遗嘱继承人对遗产的继承是概括的承受，在承受遗产的同时，还担负着清偿被继承人债务的义务。

第三，受遗赠权与遗嘱继承权的行使方式不同。受遗赠权是一种形成权，而且60日的期间为受遗赠权的除斥期间，从知道受遗赠后60日内未作出接受的表示的，即视为放弃受遗赠。受遗赠人表示接受遗赠的，得要求遗嘱执行人向其移转遗赠的标的，受遗赠权优先于继承人的继承权，继承人只能继承执行遗赠后剩余的遗产。而遗嘱继承中在继承开始后，继承人放弃继承的，应当在遗产处理前，作出放弃继承的表示。遗嘱继承人自继承开始至遗产分割前未明确表示放弃继承的，视为接受继承，放弃遗嘱继承权的，须于此期间内作出明确的意思表示。

2. 遗赠与赠与的区别

遗赠与赠与都是将自己的财产无偿给予他人的行为，但两者是不同的民事法律行为，存在以下区别。

一是性质不同。遗赠是单方法律行为，只需要有遗赠人一方赠与的意思表示即可，无须征得对方的同意。而赠与是一种双方法律行为，是一种合同关系，不仅要有赠与人赠与的意思表示，而且要有受赠人接受赠与的意思表示，只有双方的意思表示一致才能成立赠与。

二是方式不同。遗赠必须以遗赠人订立的遗嘱方式进行，而且是一种要式法律行为，具体事项由继承法予以调整。而赠与采取合同方式，属于非要式法律行为，书面或口头形式都可以，具体事项由合同法予以调整。

三是发生法律效力的时间不同。虽然遗赠与赠与都属于诺成法律行为，自行为人作出意思表示即成立，但是两者产生法律效力的时间不同。遗赠必须在遗赠人死亡后才能产生法律效力，是一种死因行为。而赠与是生前行为，赠与合同自成立时就生效，受赠人可以要求赠与人进行赠与。

应当注意遗赠与死因赠与的区别。死因赠与是指赠与人生前与受

赠人订立的，于赠与人死亡后才发生赠与财产利益效力的双方法律行为。死因赠与虽然未被民法典的继承编与合同法编明确规定，但是，在人们现实生活中较为常见。由于遗赠与死因赠与都在赠与人死亡后才发生法律效力，具有相似性，因而，有的国家规定，关于遗赠的规定准用于死因赠与。但是，二者的性质还是不同的。遗赠是单方法律行为，而死因赠与为双方法律行为。两者的调整规范也不同，遗赠由继承法律调整，而死因赠与由合同法律调整。

（四）遗赠的效力

1. 遗赠发生效力的要件

由于遗赠是遗赠人单方的意思表示，而且是通过遗嘱形式进行的行为，因而遗赠也须具备一定的要件才能产生效力。

一是遗赠人须有遗嘱能力。遗赠以遗嘱的形式进行，遗赠人应具有遗嘱能力。只有具有遗嘱能力的完全民事行为能力的人，才可以进行遗赠，无遗嘱能力的无民事行为能力人、限制民事行为能力人，不能为遗赠。在遗赠人有无遗嘱能力的判断上，应当以立遗嘱时遗赠人的情况为准。

二是遗赠人须为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必留份。同遗嘱继承一样，遗赠也不能损害缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的合法权益。如果继承人中有缺乏劳动能力又没有生活来源的人，而遗赠人又没有为其保留必留份，涉及这一必留份的遗赠是无效的。继承人中有无缺乏劳动能力又没有生活来源的人，以遗赠人死亡时继承人的状况为准。我国也应规定特留份制度以限制遗嘱自由，遗赠须不违反有关特留份的规定。如果遗赠侵害了继承人的必留份权、特留份权，受侵害的继承人于保全必留份、特留份必要的限度内，得主张遗赠无效。^[11]

三是遗赠人所立的遗嘱符合法律规定的形式。由于遗赠以遗嘱的形式进行，因而，遗赠人设立的遗嘱必须符合法律规定的形式，不符合法定形式的遗嘱无效，遗赠当然也无效。遗赠人的遗嘱是否符合法定形式，应当以遗嘱设立当时的法律要求为准。

四是受遗赠人须为法定继承人范围以外，且在遗赠人的遗嘱生效时生存之人。依民法典继承编的规定，受遗赠人须为法定继承人范围之外的人。受遗赠人须于遗赠人死亡时具有民事行为能力。先于遗赠人死亡或者与遗赠人同时死亡的自然人，不能成为受遗赠人，因为其已不具有民事行为能力。遗赠人死亡时已受孕的胎儿可以作为受遗赠

人，但是，也应以其活着出生的为限。如果胎儿出生时为死体，则遗赠溯及既往地自始无效。未成立的法人也不能为受遗赠人，但是，正在设立中的法人可以作为受遗赠人。

五是须受遗赠人未丧失受遗赠权。受遗赠权会因法定事由的发生而丧失。《民法典》第1125条第3款规定：“受遗赠人有本条第一款规定行为的，丧失受遗赠权”。受遗赠人故意杀害遗赠人的，丧失受遗赠权，不产生遗赠的效力。

六是须遗赠人死亡。遗赠是死因行为，必须在遗赠人死亡后才产生效力。遗赠效力的产生必须具备遗赠人死亡这一要件，否则，即使遗赠人进行了遗赠，也不具有效力，因为遗赠人可以撤销或变更，而且受遗赠人也无权在遗赠人死亡前要求执行遗赠。

2. 遗赠的具体效力

民法典继承编认为，受遗赠权不是物权。因为在遗赠执行前，受遗赠人对遗赠的标的物不享有物权权能，不处于物权人地位，其所享有的，只是请求有关的遗嘱执行人或继承人交付遗赠标的物的权利。从这一点上来看，受遗赠权具有债权的效力。但是，受遗赠权又不完全等同于一般的债权，因为对被继承人的一般债权，应当进行清偿；而对遗赠，如果被继承人的遗产在清偿债权后没有剩余遗产，则不执行遗赠，受遗赠人不能基于债权人的地位请求清偿。因此，受遗赠权具有自身的特殊性，不能简单等同于物权或债权。不过，在遗赠的具体效力上，不论遗赠的标的是否为特定物，受遗赠人都不能直接支配遗赠的标的，只能向遗嘱执行人或继承人请求执行遗赠，即要求其给予遗赠的标的。

三、遗嘱信托

遗嘱信托是指通过遗嘱而设立的信托，也叫死后信托。委托人以立遗嘱的方式，把自己的遗产交付信托，就是遗嘱信托。委托人应当预先以立遗嘱的方式，将财产的规划内容，包括交付信托后遗产的管理、分配、运用及给付等，订立在遗嘱中。待遗嘱生效时，再将信托财产转移给受托人，由受托人依据信托的内容，管理处分信托的遗产。

遗嘱信托的功能，一是遗嘱信托能够很好地解决财产传承问题。通过遗嘱信托，可以使财产顺利地传给后代，也可以通过遗嘱执行人的理财能力，弥补继承人无力理财的缺陷；二是遗嘱信托能够减少因

遗产产生的纷争。因为遗嘱信托具有法律约束力，特别是中立的遗嘱继承人介入，使遗产的清算和分配更公平。

遗嘱信托的特点是其在委托人死亡后才生效。通过遗嘱信托，由受托人确实依照遗嘱人的意愿分配遗产，并为照顾特定人而做财产规划，不但有立遗嘱防止纷争的优点，而且因结合了信托方式而使该遗产对继承人更有保障。

遗嘱信托的遗嘱，应当符合民法典继承编的规定；遗嘱信托的信托，应当符合《信托法》的规定。

遗嘱信托包括下列三方当事人：一是委托人即被继承人。二是受托人即遗嘱执行人。遗嘱信托指定的受托人（遗嘱执行人），应当是具有理财能力的律师、会计师、信托投资机构等专业人员或专业机构。三是受益人即继承人。遗嘱信托的受益人可以是法定继承人中的一人或者数人。遗嘱人可以将遗产受益人指定为法定继承人以外的人。

遗嘱信托分为遗嘱执行信托和遗产管理信托两种不同方式。遗嘱执行信托是为了实现遗嘱人的意志进行的信托业务，其主要内容有清理遗产、收取债权、清偿债务、税款及其他支付、遗赠物的分配、遗产分割等。遗嘱执行信托是短期性的，一般遗嘱执行的成立有死亡者立的遗嘱作为依据，继承人均已存在，因而不易发生制约。遗产管理信托是主要以遗产管理为目的而进行的信托业务。遗产管理信托的内容与遗嘱执行信托的内容虽有交叉，但侧重在管理遗产方面。遗产管理人可由法院指派，也可由遗嘱人或者其亲属会议指派。

法律适用中应注意的问题

遗赠符合构成要件的要求，即产生法律效力。遗赠产生效力并不意味着受遗赠人实际取得遗赠物，还存在遗赠的执行问题。遗赠的执行是指在受遗赠人接受遗赠后，有关的遗嘱执行人按照遗嘱人的指示将遗赠的遗赠物移交给受遗赠人的制度。

第一，遗赠执行的义务人。受遗赠的义务人是遗赠执行的义务人，也就是遗嘱执行人。在遗嘱执行前，继承人尽管为被继承人遗产的承继人，但是，在遗嘱执行前，继承人并不能处分遗产。而遗赠属于遗嘱的内容，有遗嘱就有遗嘱的执行，所以，应以遗嘱执行人为遗赠执行的义务人。

第二，遗赠执行的权利人。遗赠执行的权利人为受遗赠人。

受遗赠人在知道受遗赠后60日内，向遗嘱执行人作出接受遗赠的意思表示的，即享有请求遗嘱执行人依遗赠人的遗嘱将遗赠物交付其所有的请求权。遗赠执行人应依受遗赠人的请求交付遗赠物。

第三，遗赠执行的内容。受遗赠权不是一种债权，遗赠人的债权人的债权优先于受遗赠人的受遗赠权，受遗赠人不能与遗赠人的债权人平等地分配遗产。因此，遗赠执行人不能先以遗产用于执行遗赠，执行遗赠不得妨碍清偿遗赠人依法应当缴纳的税款和债务。遗赠执行人应于清偿完被继承人生前所欠的税款及债务后，才能在遗产剩余的部分中执行遗赠。如果在清偿被继承人生前依法应当缴纳的税款和债务后没有剩余的遗产，则遗赠不能执行，受遗赠人的权利也就消灭，遗赠执行人也就没有执行遗赠的义务。如果遗赠人是以特定物为遗赠物的，而该物又已不存在的，则因遗赠失去效力，遗赠执行人当然无执行的义务。

此外，对于遗嘱的公证人、见证人及其配偶可否作为受遗赠人，有不同观点。一种观点认为，遗嘱的公证人、见证人参与遗嘱的设立过程，若允许他们作为受遗赠人，容易导致不公平现象的发生，因此，不能允许遗嘱的公证人、见证人及其配偶为受遗赠人。有的国家立法明文规定上述人等及其直系血亲不能作为受遗赠人。这种观点是有道理的。如果遗嘱的公证人为受遗赠人，公证人应当回避；如果受遗赠人为见证人，不具有见证效力。故并非遗嘱的公证人、见证人及其配偶、直系血亲不能为受遗赠人，而是这些人作为公证人、见证人的遗嘱应属于形式上有瑕疵的遗嘱。对于这样的遗嘱，利害关系人有权予以撤销。

案例链接

朱某一与蒋某、杨某一遗嘱继承纠纷案^[12]

基本案情

被继承人李某花，女，1981年1月13日出生，与朱某二于某年某月某日非婚生育女儿朱某一。李某花因病于2017年11月9日死亡，死亡时遗留位于佛山市××广场×座×××号的房屋一间（建筑面积98.13平方米），与位于佛山市××广场×××号小车位一个（建筑面积33.07平方米）。之前，李某花于2017年8月31日在广东×××律师事务所律师的见证下，立下一份遗嘱，指定上述房屋和小车位由朱某一继承。

另查明，李某花之前与杨某二于某年某月某日登记结婚，于某年某月某日生育女儿杨某一。2010年6月29日，重庆市合川区人民法院作出（2010）合法民初字第2322号民事判决书，判决准予李某花与杨某二离婚，婚生女儿杨某一由杨某二抚养。该判决于2010年8月1日发生法律效力。此后，李某花没有再登记结婚。李某花的父亲为李某孝，母亲为蒋某，李某孝于2016年6月1日死亡。

为继承案涉房屋和车位，朱某一于2019年2月1日向法院提起诉讼，请求判决争议房屋一间和小车位一个，由朱某一继承，被告协助办理产权过户手续。

法院判决

人民法院经审理认为，依据《继承法》第16条第1款、第2款规定：“公民可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产，并可以指定遗嘱执行人。公民可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人的一人或者数人继承。”经审查，被继承人李某花于2017年8月31日所立的遗嘱，有两名律师在场见证签名，且由其中一名代书，再由遗嘱人李某花签名，符合《继承法》第17条第3款的要求，该遗嘱合法有效，现朱某一据此遗嘱请求继承李某花的本案房屋和车位的遗产，于法有据，人民法院予以支持。法院判决被继承人李某花的房屋一间、小车位一个，由原告朱某一继承。被告蒋某和杨某一协助办理上述房屋和车位的所有权过户手续。

注释：

[1]刘文.继承法比较研究.北京：中国人民公安大学出版社，2004：168.

[2]郭明瑞，等.继承法.2版.北京：法律出版社，2004：133.

[3]史尚宽.继承法论.北京：中国政法大学出版社，2000：395.

[4]刘素萍.继承法.北京：中国人民大学出版社，1988：249.

[5]宋刑统.北京：中华书局，1984：198.

[6]范扬.继承法要义.北京：商务印书馆，1935：183.

[7]史尚宽.继承法论.北京：中国政法大学出版社，2000：498.

[8]黄右昌.民法第五编继承法.北京：北京大学法律丛书版：155.

- [9]郭明瑞，等.继承法研究.北京：中国人民大学出版社，2003：143.
- [10]刘文.继承法比较研究.北京：中国人民公安大学出版社，2004：286.
- [11]郭明瑞，等.继承法.2版.北京：法律出版社，2004：178.
- [12]广东省佛山市顺德区人民法院（2019）粤0606民初3738号民事判决书。

第一千一百三十四条

自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日。

条文对照

第十七条第二款 自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日。

本条主旨

本条是对自书遗嘱的规定。

条文详解

一、自书遗嘱的概念和发展

自书遗嘱，又称亲笔遗嘱，是指以遗嘱人亲笔书写方式设立的遗嘱。自书遗嘱不需要见证人参加，只要遗嘱人亲笔书写出自己的意思表示即可。自书遗嘱对遗嘱人没有特别要求，只要遗嘱人有文字书写能力，就可以独立作出自书遗嘱。

自书遗嘱最早源于罗马法，自书遗嘱仅须由遗嘱人自己书写遗嘱全文，无须证人在场加以证明，即能产生法律效力。^[1]中世纪时，自书遗嘱在法国成为一种较为普遍的遗嘱形式，但是，在法国的习惯法中，订立自书遗嘱要有见证人。自书遗嘱后来为《法国民法典》第969条确立，该条规定遗嘱得自书作成。后来，大多数国家的民法都确立了自书遗嘱，也使自书遗嘱成为应用最广泛的遗嘱形式。我国确认自书遗嘱的形式，在实践中适用广泛。

二、自书遗嘱的形式要件

自书遗嘱应当符合以下形式要件的要求。

（一）须由遗嘱人亲笔书写遗嘱的全部内容

自书遗嘱必须由遗嘱人亲自书写，不能让他人代写，而且还只能由遗嘱人用笔将其意思记录下来。用打字机、打印机打印等方式制作的遗嘱，属于打印遗嘱，遗嘱人应当亲笔签名，以便识别真伪。遗嘱的书写语言，可以采用通用的汉语言，也可以采用少数民族语言，还可以采用外国语言，只要字迹清楚、意思完整、用词准确即可。

（二）须是遗嘱人关于其死亡后财产处分的正式意思表示

自书遗嘱记载的，须是遗嘱人对其死后财产处分的正式意思表示，如果不是正式制作的，仅是在日记或有关的信件中提到准备在其死亡后对某财产作如何处理的，不应认定为自书遗嘱。不过，自书遗嘱只要求是遗嘱人处分遗产的真实意思的书面记载，也不要求须有“遗嘱”标题的字样。如果遗嘱人在有关的文书中对其死亡后的事务作出安排，也包括对其死亡后的财产处理作出安排，又无相反证明，则应当认定该文书为遗嘱人的自书遗嘱。司法经验认为，自然人在遗书中涉及死后个人财产处分的内容，确为死者真实意思表示，有本人签名，并注明了年、月、日，又无相反证据的，可按自书遗嘱对待。

（三）须由遗嘱人签名

遗嘱人签名，是自书遗嘱的基本要求，它既证明遗嘱确为遗嘱人亲自书写，也证明遗嘱是遗嘱人的真实意思表示。如果只有遗嘱的全部内容，而没有遗嘱人的签名，则没有遗嘱的法律效力。在自书遗嘱中，须由遗嘱人亲笔书写上自己的名字，而不能以盖章、按指印、画押等方式代替遗嘱人的签名。至于签名后是否需要加盖遗嘱人的私章，法律没有强制要求，但是也不加禁止，遗嘱人可以自便。

（四）须注明年、月、日

自书遗嘱的年、月、日非常重要，不仅可以确定自书遗嘱的成立时间，在发生纠纷时方便辨明遗嘱的真伪，而且可以判明遗嘱人在立自书遗嘱时是否具有遗嘱能力，以确定遗嘱是否有效。同时，注明自书遗嘱的时间，还有助于辨明多份遗嘱的先后顺序，以确定哪份遗嘱是最后的具有法律效力的自书遗嘱。因此，自书遗嘱中必须注明设立遗嘱的时间，而且必须是年、月、日齐备，遗嘱中未注明日期，或者所注的日期不具体的，例如只注明年、月，而未写日的，遗嘱都不能有效。

（五）增删或涂改处须遗嘱人签名并注明时间

自书遗嘱关系到遗产的处理，要求字迹清楚、意思明确，应当尽

量避免增删、涂改。如果遗嘱人对自书遗嘱进行了涂改、增删，须于涂改、增删处签名，并注明时间，否则，其涂改、增删的内容无效。

法律适用中应注意的问题

自书遗嘱，是最能真实体现被继承人分配遗产意思的书面形式，因此，是遗嘱最重要的表现形式。在司法实践中，由于真实、合法的遗嘱具有分配遗产的最高效力，因此，对遗嘱形式要件的要求非常严格，一旦遗嘱的形式要件存在瑕疵，将会引发继承人之间的利益关系变动。正因为如此，自书遗嘱的形式要件具有特别重要的意义。

由于自书遗嘱是被继承人自己制作的遗嘱，可能会存在不规范的问题，因而，本条规定了自书遗嘱最基本的形式要件的要求，只有符合这些形式要件要求的自书遗嘱，才具有遗嘱的效力。

在遗嘱继承中，由于继承人之间的利益冲突，当被继承人以自书遗嘱的方式处分遗产时，利益相关的继承人往往是从自书遗嘱的形式要件入手，确定自书遗嘱的真实性，进而否定自书遗嘱的效力，否定遗嘱继承效力，实行法定继承，保护自己的权益。因此，自书遗嘱的形式要件具有决定性的价值。法官在审理涉及自书遗嘱的遗嘱继承纠纷案件时，必须严格按照本条的要求，确定自书遗嘱的真实性和效力，正确适用法律。

案例链接

谭某一与谭某六等遗赠纠纷案^[2]

基本案情

谭某忠（2015年4月10日去世）与于某敏（2017年1月9日去世）系夫妻关系，二人共有五子女，分别为长女谭某二、次女谭某六、长子谭某四、次子谭某五、三女谭某三。原告谭某一系谭某五之子。

谭某忠、于某敏于2000年购买位于北京市通州区某房屋一套（以下简称y室），并在此居住直至去世。此房屋为小产权房。谭某忠、于某敏去世后，关于y室之归属，原、被告产生争议。原告谭某一主张y室由其受遗赠取得，并提供《谭氏家务料定》一份在案佐证，其中载明：兹因我们老两口已垂暮之年，想提早

将家务事料理一下，以防万一。针对现时家庭情况，确定以下支配办法。（1）七个儿孙六个都有房住，能安居落叶。只剩一个二十七八岁的孙子谭某一还与父母三口挤在一个一居室。确定将我们老两口现住的两室一厅楼房给谭某一，待我们辞世后入住……落款处为“谭某忠”“于某敏”签字及各自手印，落款日期为2012年3月8日。庭审中，原告谭某一称，《谭氏家务料定》系2017年4月18日由其父谭某五交给自己的，本人当日向谭某五表示接受遗赠。被告谭某五称，此《谭氏家务料定》系其父谭某忠自行书写并签字，因母亲于某敏不识字，签名系父亲谭某忠代签。谭某忠于去世前2个月，将《谭氏家务料定》交给自己。后为保险起见，其要求父母在落款处各自按捺了手印。按手印时，在场人有当时家中保姆及二姐谭某六。现保姆已无法找到。

被告谭某二、谭某三、谭某四认为，被告谭某五几乎没有照管过父母，父母不可能立遗嘱把房产给侄子谭某一，因此《谭氏家务料定》系伪造。

原告谭某一向法院起诉，主张确认被继承人的自书遗嘱合法有效，确认被继承人的争议房屋由原告合法使用。

在本案2019年4月9日庭审过程中，经各方当事人确认，法院通过被告谭某二手机联系谭某六核实情况。关于《谭氏家务料定》一节，谭某六称父母按手印时其在场，看见了，自己也知道其中内容，同意按照父母遗愿办理，当时也有保姆在场。父母告诉其他也将《谭氏家务料定》的内容告诉其他子女了。2019年4月22日，法院前往谭某六家中进一步核实情况，其所述内容与庭审电话陈述的一致。

法院判决

法院认为：公民可以立遗嘱将个人财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的人。自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日。本案争议焦点为《谭氏家务料定》的真实性。在庭审中，被告谭某五、被告谭某六在案陈述内容能够相互印证，可以证实《谭氏家务料定》确为谭某忠书写并由谭某忠、于某敏二人按捺手印，法院对《谭氏家务料定》的真实性予以确认。该《谭氏家务料定》作为自书遗嘱，形式上亦无不妥。故，谭某忠、于某敏通过《谭氏家务料定》将二人财产y室遗赠给原告谭某一，真实有效，法院对此予以确认。原告谭某一要求确认其为y室的合法使用人，理由正当，法院对此予以支持。法院故判决，确认谭某忠、于某敏2012年3月8日出具的《谭氏家务料

定》有效；确认原告谭某一为争议房屋的合法使用人。

注释：

[1]周枬.罗马法原论：下册.北京：商务印书馆，2001：485.

[2]北京市通州区人民法院（2017）京0112民初15491号民事判决书。

第一千一百三十五条

代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，并由遗嘱人、代书人和其他见证人签名，注明年、月、日。

条文对照

第十七条第三款 代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。

本条主旨

本条是对代书遗嘱的规定。

条文详解

一、代书遗嘱的概念

代书遗嘱，亦称代笔遗嘱^[1]，是指由他人以代为书写的方式设立的遗嘱。遗嘱人无文字书写能力，或者由于其他原因不能亲笔书写遗嘱的，为了保护遗嘱人的遗嘱自由，允许遗嘱人在符合法定条件的情形下，请他人代为书写遗嘱。

代书遗嘱简便易行，节省费用，而予遗嘱人以便利，且教育未十分普及，故有必要特设此方法以应需要。^[2]我国原《继承法》第17条第3款对此作出了规定，本条继续沿用这一规定。

二、代书遗嘱的形式要件

代书遗嘱须符合以下形式要件的要求。

（一）须由遗嘱人口授遗嘱内容并由代书人代书

遗嘱是必须由遗嘱人亲自进行的行为，不允许他人代理。设立代

书遗嘱，遗嘱人也必须亲自表述自己处分身后财产的意思，进行口述，由他人代笔书写下来。代书人仅仅是遗嘱人口授遗嘱的文字记录者，不是遗嘱人的代理人，不能就遗嘱内容提出任何意见。代书人须忠实地记载遗嘱人的意思表示，不得对遗嘱人的意思表示作篡改或修正。

（二）须有两人以上在场见证

代书遗嘱的见证人是参加代书遗嘱、能够证明代书遗嘱真实性的人。为了保证代书遗嘱的真实性，本条规定，应当有两个以上见证人在场见证。如果代书遗嘱只有代书人一人在场代书，不具有代书遗嘱的效力。

（三）须代书人、其他见证人和遗嘱人在遗嘱上签名并注明年、月、日

代书人在书写完遗嘱后，应当向遗嘱人宣读遗嘱，在其他见证人和遗嘱人确认无误后，在场的见证人和遗嘱人都须在遗嘱上签名，并注明年、月、日。遗嘱人可以用按指印来代替签名，法律规定代书遗嘱的原因，主要是有的人不具备自书遗嘱的能力，事实上，确有许多人连自己的姓名也不会写，所以，遗嘱人如确实是不会书写自己姓名的，可用捺印或者盖章方式代替签名。但是，遗嘱的见证人、能够书写姓名的遗嘱人，须在遗嘱上签名，而不能以按指印或盖章方式代替签名。代书遗嘱同样要注明立遗嘱的年、月、日，否则代书遗嘱无效。

法律适用中应注意的问题

在实践中，代书遗嘱由于有代书人代书，有见证人见证，并且代书人通常具有相当的法律知识，因而，因代书遗嘱的效力问题而产生继承纠纷的相对少一些。尽管如此，代书遗嘱的形式要件也是十分重要的，只要不符合代书遗嘱形式要件之一，就会导致代书遗嘱无效，无法实现遗嘱人处分遗产的意愿。在以往的案例中，就有律师作为见证人见证代书遗嘱，由于律师事务所只派了一个律师作为见证人，因而代书遗嘱无效，遗嘱继承人的继承权丧失，造成了遗嘱继承人的损失，律师事务所对此承担了赔偿责任。

在代书遗嘱中，应当注意的问题如下。

第一，代书人应当懂得继承法律知识，了解代书遗嘱的形式

要件要求，避免因代书人的法律知识不足而造成代书遗嘱无效。

第二，首先要符合两名见证人见证的要求，其次要在场见证，最后要在代书遗嘱上签名。

第三，至于签名和注明年、月、日的要求，都是一样重要的要求，务必符合代书遗嘱的形式要件要求，特别是签名，遗嘱人、代书人和见证人都须签名或者盖章、按指印。凡是不符合上述形式要件要求的代书遗嘱，不认可其遗嘱的法律效力。

案例链接

上海祁某宇律师事务所诉瞿某凤、瞿某华继承纠纷上诉案^[3]

基本案情

瞿某禾于2017年3月3日死亡，生前未婚，无子女。2017年2月28日，瞿某禾委托上海祁某宇律师事务所订立代书遗嘱，言明：在我百年后，将我拥有的上海市广灵一路×××号×××室房屋产权，给我的弟弟瞿某华和妹妹瞿某凤两个人继承，每人各继承一半。“立遗嘱人”处由祁某宇律师代瞿某禾签字，注明“祁律师（代签）”，并由瞿某禾捺指印。代书人为祁某宇律师，见证人为祁某宇和李某两位律师。同日，上海祁某宇律师事务所为该份遗嘱出具律师见证书。瞿某禾支付律师见证费6 000元。

2017年5月，瞿某凤、瞿某华以遗嘱继承纠纷为由，起诉案外人瞿某一、瞿某二、瞿某三，要求按照遗嘱由瞿某凤、瞿某华各半继承瞿某禾名下上海市广灵一路×××号×××室房屋产权。一审审理中，证人李某出庭作证称：此次见证由祁某宇律师主要承办，据祁某宇律师说，2017年2月28日，瞿某华来事务所与祁某宇联系，称被继承人瞿某禾想订立遗嘱，并将相关人员的身份证件和房产证文本交与祁某宇律师。同日下午4点左右，我和祁某宇还有一个助理三个人到新华医院，为瞿某禾订立遗嘱。瞿某禾见到我们，就表示系争房屋由瞿某凤、瞿某华继承，瞿某凤、瞿某华一人一半产权。谈话过程中，我们询问了瞿某禾的身份情况、系争房屋地址等，从我们与瞿某禾的对话来看，瞿某禾神志清晰，只是中气不足。在谈话中，助理负责拍照，但未制作谈话笔录，也没有录音录像。了解被继承人意愿后，三人返回律所，根据之前瞿某禾的口头表述为瞿某禾制作遗嘱，房产证、瞿某华和瞿某凤的身份证复印件应该是瞿某华在委托的时候已经提交给祁某宇了，所以遗嘱中我们写了瞿某凤、瞿某华的身份证号

码。之后我和祁某宇返回新华医院，分别用上海话和普通话为瞿某禾宣读遗嘱，并要求瞿某禾签字，但瞿某禾的手无力握笔，最后祁某宇在立遗嘱人处签字，让瞿某禾捺指印，每份遗嘱有四个捺印，目的是保证有清晰的手印，印泥是我们随身携带的。被继承人捺印后，我们当场在见证书上盖了律所的公章。遗嘱一式三份，一份律所保留，一份留在瞿某禾的病床上，另一份交给瞿某华、瞿某凤保管。此次见证收取了律师费，也出具了律师费发票，但我没有看到过委托合同，律师费发票复印件也是庭前祁某宇交给我的。

上海市虹口区人民法院于2017年9月27日作出（2017）沪0109民初19198号民事判决书，认为系争遗嘱并非代书人在遗嘱人口述遗嘱内容时的当场记录，而是代书人根据自己的记忆在事后整理的版本，整理过程中也没有遗嘱人口述时的谈话笔录、录音录像等资料可供参考，并不符合时空一致性的要求，无法证明遗嘱系遗嘱人的真实意思表示，且遗嘱应由遗嘱人签名确认，原告（瞿某凤、瞿某华）与证人均未提供遗嘱人立遗嘱时无法握笔的证据，故遗嘱人仅在遗嘱上捺印并不符合代书遗嘱的形式要求，认定2017年2月28日瞿某禾的遗嘱无效。法院判决上海市广灵一路×××号×××室房屋产权由瞿某凤、瞿某华、瞿某二、瞿某一、瞿某三按份共有，各占20%产权份额。

一审判决后，瞿某凤、瞿某华不服，向上海市第二中级人民法院提起上诉。二审中，瞿某凤、瞿某华提供新华医院呼吸内科孙某渊医师于2017年10月16日出具的证明一份，证明瞿某禾入院时双上肢肌力严重下降，无法抬离床面，难以完成书写动作。上海市第二中级人民法院未将该证明作为新的证据予以采信，并于2017年12月25日作出（2017）沪02民终10065号民事判决书，认为瞿某禾所订立的代书遗嘱并非代书人在遗嘱人口述遗嘱内容时的当场记录，而系代书人返回律所后根据记忆整理而成，且无整个过程的录音录像等证据予以佐证，故不符合代书遗嘱时空一致性要求，也无证据证明该遗嘱系遗嘱人的真实意思表示，一审法院认定遗嘱无效且按法定继承处理，并无不当，二审法院判决驳回上诉，维持原判。

上述判决生效后，瞿某凤、瞿某华起诉上海祁某宇律师事务所，赔偿因代书遗嘱无效而造成的损失。一审审理中，依瞿某凤、瞿某华申请，法院委托上海某房地产土地估价有限公司对上海市广灵一路×××号×××室房屋2017年12月25日的市场价值进行评估，估价结果总价值为1 980 000元。上海祁某宇律师

事务所对估价报告有异议，申请重新评估，因未提供证据证明估价报告存在法律规定应予重新评估之情形，故未获准许。二审审理中，2018年4月18日，法院前往新华医院调取瞿某禾2017年2月22日至2017年3月1日住院病程记录，该记录显示上述期间瞿某禾日日神志清晰。

法院判决

一审法院认为，律师是依法取得律师执业证书，接受委托或者指定，为当事人提供法律服务的执业人员。律师事务所是律师的执业机构。律师担任诉讼法律事务代理人或者非诉讼法律事务代理人的，应当在受委托的权限内，维护委托人的合法权益。瞿某凤、瞿某华之兄瞿某禾生前委托上海祁某宇律师事务所代书并见证遗嘱，目的是通过熟悉法律事务的专业人员提供法律服务，使其所立遗嘱具有法律效力。作为专门从事法律服务的机构，上海祁某宇律师事务所应当明知瞿某禾的这一签约目的，在收取对价后，有义务为瞿某禾提供完善的法律服务，以维护委托人的合法权益。但是在代书遗嘱过程中，遗嘱人口述遗嘱内容时，上海祁某宇律师事务所指派的两位律师既没有做谈话笔录，也没有录音录像，而是回到律师事务所后仅凭自己的记忆整理出遗嘱版本，致使代书遗嘱因不符合时空一致性的要求，无法证明系遗嘱人的真实意思表示，而被人民法院生效判决确认为无效，瞿某禾名下的房屋按法定继承处理。《律师法》第54条规定，律师违法执业或者因过错给当事人造成损失的，由其所在的律师事务所承担赔偿责任。律师事务所赔偿后，可以向有故意或者重大过失行为的律师追偿。瞿某禾立遗嘱行为的本意，是要将遗嘱中所指的财产交由瞿某凤、瞿某华继承。现瞿某凤、瞿某华不能按遗嘱继承瞿某禾遗产的根本原因，是上海祁某宇律师事务所没有给瞿某禾提供完善的法律服务，以致瞿某禾立下了无效遗嘱。上海祁某宇律师事务所因在履行自己职责中的过错，侵害了瞿某凤、瞿某华依遗嘱继承瞿某禾遗产的权利，由此给瞿某凤、瞿某华造成损失，应当承担赔偿责任。至于上海祁某宇律师事务所辩称遗嘱被确认为无效是瞿某凤、瞿某华在遗嘱继承纠纷一案中存在重大失误所致，事实证明，即使瞿某凤、瞿某华提供了瞿某禾因病无法正常握笔书写的证明，也无法改变代书遗嘱不符合法定生效要件的客观事实，故该抗辩意见不成立。至于赔偿范围，应以瞿某凤、瞿某华因遗嘱被生效判决确认为无效而减少的继承份额为限。故判决上海祁某宇律师事务所应于判决生效之日起10日内赔偿瞿某凤、瞿某华经济损失1 188 000元。案件受理费15 600元、评估费6 638元，由上海祁某宇律师事务所负担。

上海祁某宇律师事务所不服上述一审判决，提出上诉。二审审理中，当事人没有提交新证据。一审查明事实无误，上诉审予以确认。上诉审法院认为，当事人对自己的主张，有责任提供证据。上诉人的有关律师，因违反代书遗嘱订立的法律程序，导致所订立的代书遗嘱被法院认定为无效遗嘱，上述情形已被生效法律文书认定为法律事实。根据上诉人的律师在被继承人瞿某禾遗嘱继承纠纷案件中的陈述以及法院查明的被继承人瞿某禾订立代书遗嘱时的身体及精神状态，被继承人瞿某禾具有遗嘱能力。依据被继承人瞿某禾所订立的“代书遗嘱”的相关内容，若该代书遗嘱符合《继承法》第17条所规定的代书遗嘱的法律要件，或者上诉人的律师以《继承法》规定的其他遗嘱方式完成被继承人瞿某禾委托的订立遗嘱事务，则被上诉人瞿某凤、瞿某华可以取得被继承人瞿某禾的遗产，但是上诉人的律师所订立的代书遗嘱却因严重违反法律程序而无效，进而使被上诉人实际丧失了获得相应遗产的遗嘱继承权。依据上述法律事实，上诉人的律师在执业行为中显然存有过错，且造成了被上诉人的损失，上诉人应承担的责任在《律师法》第54条有明确规定，一审法院也已论及，本院予以认同并赘述。关于上诉人应承担的损失范围，一审法院的认定有事实和法律依据，本院予以确认。上诉人主张不应承担全部的责任，缺乏相应依据，本院不予采纳。综上所述，上诉人的上诉请求不能成立，应予驳回；一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。依照《民事诉讼法》第170条第1款第1项之规定，判决驳回上诉，维持原判。

注释：

[1]陈棋炎，等.民法继承新论.台北：三民书局，2002：331、333.

[2]陈棋炎，等.民法继承新论.台北：三民书局，2002：331、333.

[3]上海市第二中级人民法院（2018）沪02民终10369号民事判决书。

第一千一百三十六条

打印遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。遗嘱人和见证人应当在遗嘱每一页签名，注明年、月、日。

条文对照

原《继承法》没有相应的条文，这是民法典继承编规定的新规则。

本条主旨

本条是对打印遗嘱的规定。

条文详解

这一规定是对打印遗嘱的规定，是遗嘱继承制度中的一项新规则。

一、确立打印遗嘱的必要性

原《继承法》在遗嘱的形式中，没有规定打印遗嘱，主要是立法当时电脑尚未普及，打印遗嘱还不是普遍存在的遗嘱形式。在电脑普及之后，打印遗嘱越来越多。原因是自然人在书写中，通常以电脑打印方式进行，用笔书写已经越来越不多见了。因而，用电脑写作、用打印机打印的遗嘱已经成了遗嘱的主要形式。

问题在于，不仅我国《继承法》没有规定打印遗嘱的形式，而且司法实践对打印遗嘱合法、有效的形式要件无从把握，无法确定打印遗嘱应当比照何种遗嘱形式适用法律。在实践中，不同的法院有不同的做法，无法统一裁判的尺度，有的适用自书遗嘱的形式要件要求，有的适用代书遗嘱的形式要件要求，都不够妥帖。在编纂民法典继承编的过程中，专家学者都建议增加打印遗嘱的规定。不过，至今其他国家正式承认打印遗嘱效力的还是少数。

在编纂民法典的过程中，专家学者反复研究讨论这个问题，都认为不规定打印遗嘱是不正确的，但是，将其认定为自书遗嘱也是不正确的。首先，在社会中主要的书写方式已经变为电脑写作的情况下，不承认打印遗嘱的效力，不是实事求是的态度，也会对司法实践确定遗嘱效力造成困惑和麻烦，不易统一裁判尺度。其次，笼统地认定打印遗嘱就是自书遗嘱也不正确，尽管打印遗嘱也是自己写出来的，带有自书遗嘱的性质，但是，自书遗嘱靠的是其亲笔书写的字迹的真实性，来判断遗嘱是否为遗嘱人的真实意思表示。虽然打印遗嘱是遗嘱人在电脑上亲自写作的，但是，由于电脑写作不具有亲笔书写文字的身份特征，因而无法依据打印遗嘱打印的文字，来确定是否为当事人的真实意思表示。在这种情况下，确定打印遗嘱是否为遗嘱人的真实意思表示，就必须明确规定确认遗嘱真实性的其他条件，使打印遗嘱能够依据这些条件而被确定是否为遗嘱人的真实意思表示。

立法机关采纳了这种意见，在本条规定了打印遗嘱的形式和要求，这是根据实际情况作出的规定，弥补了我国遗嘱形式的空白，适应了社会生活和司法实践的需要。

二、打印遗嘱的概念与性质

打印遗嘱，是指遗嘱人通过电脑制作，用打印机打印出来的遗嘱。

打印遗嘱的特点是：第一，打印遗嘱是遗嘱人自己亲自写作的，是自己处分自己遗产的真实意思表示。第二，打印遗嘱虽然是遗嘱人亲自写作，但却不是用笔和纸写作的，而是用电脑写作，用打印机打印的。第三，打印遗嘱尽管是遗嘱人自己亲自写作的遗嘱，但是由于在电脑上写作，通过打印机打印，文本储存在电脑之中，有可能出现他人代笔，以及被篡改的情况，因而，与自书遗嘱所具有的可鉴别性相比，有较大的差别。

对于打印遗嘱的性质，多有不同看法。在电脑应用普及后，通过电脑写作和打印已经是书写方式的常态，打印遗嘱越来越多。民法典继承编规定了打印遗嘱的形式和要件，确认其为单独的有效遗嘱形式，统一了对打印遗嘱的认识。相信将来的打印遗嘱会更多。

三、打印遗嘱的形式要件要求

鉴于打印遗嘱应用的普遍性和判断的复杂性，本条采纳专家的意见

见。首先，规定了打印遗嘱是法定的遗嘱形式，符合条件的，应当确认其法律效力。其次，规定了打印遗嘱有效的要件。

打印遗嘱形式要件如下。

第一，遗嘱为电脑制作、打印机打印出来的遗嘱的文本形式，而非遗嘱人的自书遗嘱和代书遗嘱。至于打印遗嘱究竟是不是遗嘱人亲自通过电脑打印，已经无关紧要，可以通过其他要件进一步认定。

第二，打印遗嘱应当有两个以上的见证人在场见证，并在打印遗嘱文本的每一页都签名。应当注意的是，见证人要有两名，且要在场见证，并要在遗嘱的每一页上都签名。

第三，遗嘱人也必须在打印遗嘱文本的每一页都签名，以证明打印遗嘱的每一页都是经过遗嘱人认可的。

第四，在遗嘱的文本上须注明立遗嘱的年、月、日。注明年、月、日的方法，应当是遗嘱人亲笔所为，例如在打印遗嘱的年、月、日处打印为空白，由遗嘱人用笔填写具体日期；或者由遗嘱人在打印遗嘱的最后手写年、月、日。

具备这些要件的，打印遗嘱发生遗嘱效力。

法律适用中应注意的问题

就目前情况看，对打印遗嘱有效条件的要求比较严格，比代书遗嘱的条件的要求还要严格。不过，这些对形式要件的要求，都是为了保证打印遗嘱的真实性，是根据打印遗嘱的特殊性提出来的，只有规定这些要件，才能够确定其是否为遗嘱人的真实意思表示。

在实践中适用关于打印遗嘱的法律规定，要特别注意审查打印遗嘱的形式要件。凡是形式要件不符合要求，其他继承人有争议的，应当否定该打印遗嘱的效力。

案例链接

乔某、何某一与何某二遗嘱继承纠纷案^[1]

基本案情

原告乔某与何某光原是夫妻关系（1998年6月13日结婚，双

方均属再婚），原告何某一与何某光是继父子关系。被告何某二与何某光是父女关系，被告于1989年随生母去美国生活至今。被继承人何某光于2010年11月30日去世。双方均确认何某光在去世之前神志是清晰的，是能正确表达自己意愿的。原告乔某持有被继承人何某光于2010年10月24日立下的遗嘱一份，该遗嘱主要载明何某光立下遗嘱，明确表示把属于其所有财产全部由乔某及何某一共同继承，以前无论对任何人曾经有过的任何形式的承诺均以该遗嘱为准。被告何某二持有被继承人何某光于2010年8月8日立下的遗嘱一份，该遗嘱主要载明何某光去世后，属于他的财产全部由其亲生女儿何某二继承。上述两份遗嘱经中国人民大学物证技术鉴定中心作出的司法鉴定意见书认定，两份遗嘱的签名均是何某光本人的亲笔签名。另查明，原告乔某与何某光在夫妻关系存续期间共同购置有：（1）位于北京市石景山区××××号房产；（2）位于北海市H型住宅楼××号房产；（3）位于北海市G型住宅楼底层××号车库；（4）位于北海市202号房产；（5）位于北海市302号房产；（6）车牌号为京××××××的雪佛兰牌小型越野车；（7）被继承人何某光对聊城××电子有限公司享有的债权（本金926 000元及至2012年8月30日止的利息202 573元）。位于北京市石景山区××××号房产，位于北海市202号、302号房产向银行办理了按揭贷款。

原告乔某、何某一起诉，要求判令何某光的全部遗产由两原告继承；反诉原告何某二主张原告出具的打印遗嘱无效，反诉要求判令何某光的全部遗产由反诉原告继承。

法院判决

关于乔某、何某一所持有的2010年10月24日的遗嘱是否有效，二审法院经审理认为，乔某、何某一所持有的2010年10月24日的遗嘱，内容为打印机打印，立遗嘱人处的何某光签名经鉴定为何某光本人亲笔所签。虽然《继承法》第17条对遗嘱的形式有严格的要求，但随着科学技术的不断发展，通过计算机打印文字、视频录像传输等形式表达行为人内心意愿，已成为现代社会通行的行为方式。本案中，证人刘某伟证实，2010年10月24日的遗嘱为何某光本人亲自打印后签署姓名，该打印行为可视为何某光亲自书写行为的延伸。根据最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第40条的规定：“公民在遗书中涉及死后个人财产处分的内容，确为死者真实意思的表示，有本人签名并注明了年、月、日，又无相反证据的，可按自书遗嘱对待。”所以，2010年10月24日何某光亲自打

印的遗嘱，应视为自书遗嘱，为合法有效之遗嘱。法院故判决支持原告乔某、何某一的诉讼请求，驳回上诉，维持原判。

注释：

[1]广西壮族自治区北海市中级人民法院（2013）北民一终字第54号民事判决书。

第一千一百三十七条

以录音录像形式立的遗嘱，应当有两个以上见证人在场见证。遗嘱人和见证人应当在录音录像中记录其姓名或者肖像，以及年、月、日。

条文对照

第十七条第四款 以录音形式立的遗嘱，应当有两个以上见证人在场见证。

本条主旨

本条是对录音录像遗嘱的规定。

条文详解

一、录音录像遗嘱的概念

原《继承法》第17条只规定了录音遗嘱形式，规定的条件也比较简单，只要有两个见证人在场见证就可以了。本条规定，一是增加录像遗嘱形式；二是增加规定应当有两个以上的见证人在场见证，同时，遗嘱人和见证人应当在录音录像中记录其姓名或者肖像，以及年、月、日。

录音录像遗嘱，是指以录音或者录像方式录制下来的遗嘱人的口述遗嘱。^[1]随着科学技术的发展录音遗嘱的形式应当予以扩展。因为现在不仅录音普及，录像机、电脑等也日益普及，影像技术大为进步，应当将录音录像遗嘱扩展为视听遗嘱，即使是遗嘱人通过摄像机等拍摄的音像资料，只要符合录音录像遗嘱的要求，也应当予以认可的。事实上，录音录像遗嘱就是用录音录像技术记录的视听遗嘱。

有一个关于理解的问题，即录音录像遗嘱究竟是一种遗嘱方式，还是两种遗嘱方式呢？在录像遗嘱中，自然包括录音，但是，在录音遗嘱中就不一定有录像。按照当前的技术发展，制作视频并非存在较

大难度，差不多有手机的人都会制作视频。其实，将录音录像遗嘱改为视听遗嘱更为妥当。不过，就目前来说，仍然有单纯的录音遗嘱存在的可能性，例如用录音笔制作的遗嘱。因此，将录音录像遗嘱分为两种不同方式的遗嘱，还是有道理的。

二、录音录像遗嘱的形式要件要求

录音录像遗嘱应当符合下列形式要件。

（一）须有两个以上的见证人在场见证

见证人在场见证的目的，是保证录制的遗嘱确为遗嘱人的真实意思。在录制遗嘱时，见证人应当把各自的姓名、性别、年龄、籍贯、职业、所在工作单位和家庭住址等基本情况予以说明。

（二）须由遗嘱人亲自叙述遗嘱的内容

遗嘱人必须亲自清楚地口述遗嘱的全部内容，即不能由他人代述或转述遗嘱内容，口述的内容要清楚、明白，不能含糊不清。口述的内容应当具体，对有关财产的处分，应当说明财产的基本情况，说明财产归什么人承受。

（三）须遗嘱人、见证人在录音录像中记录其姓名或者肖像、注明日期

在遗嘱人录制完遗嘱后，见证人也应当将自己的见证证明录制在录制遗嘱的音像磁带上，并在录音录像中记录其姓名或者肖像，注明设立遗嘱的年、月、日。由于录音带、录像带等视听资料容易被他人剪辑、伪造，需要履行严格的封存，只有这样才能确保录音录像遗嘱的真实性。遗嘱人与有关见证人在封存遗嘱时，应在封缝处共同签名，并注明年、月、日。

（四）须当众开启录音录像遗嘱

录音录像遗嘱必须在继承开始后，在参加制作遗嘱的见证人和全体继承人到场的情况下，被当众启封，从而维护录音录像遗嘱的真实性。

符合以上形式要件要求的录音录像遗嘱，是有效的遗嘱。

法律适用中应注意的问题

在实践中比较困难的是，录音录像的遗嘱中怎样才能做到“遗嘱人和见证人应当在录音录像中记录其姓名或者肖像，以及年、月、日”。以目前技术来看，遗嘱人和见证人应当在录音录像遗嘱中说明自己的姓名，且录像遗嘱中应当留有肖像，并且述说年、月、日。如果就录音录像遗嘱的真实性产生争议，在产生争议后核对遗嘱的真实性时，应当通过声纹鉴定和肖像比对，以确认遗嘱人和见证人的身份、日期和遗嘱内容的真实性。

案例链接

文某与王某、邵某遗赠纠纷案^[2]

基本案情

被告王某、邵某系王某一的父母亲，原告文某系王某一的朋友。1999年2月13日，王某一与案外人褚某登记结婚，于2000年9月8日离婚，婚姻存续期间未生育子女。王某一于2012年11月28日因病死亡。另查明，坐落于上海市浦东新区×××室房屋产权人为王某一。某船务技术咨询有限公司于2001年9月27日登记成立，注册资本500 000元，股东为王某一、文某，其中王某一实缴出资300 000元。××科技（上海）有限公司于2012年3月27日登记成立，注册资本2 000 000元，股东为刘某、邵甲、王某一、文某，其中王某一实缴出资440 000元。××科技有限公司于2012年11月5日登记成立，注册资本100 000元，实收资本30 000元，股东为鲁某、王某一、文某、张某，其中王某一认缴出资35 000元，实缴出资10 500元。

审理中，原告提交录像一份，以证明王某一于2012年11月24日在上海市某医院血液科特需病房订立遗嘱。原告陈述，该录像由原告在王某一的要求下用手机拍摄的，录像中的人员为原告、被告及王某一四人；录像中，王某一陈述了遗嘱的内容。被告称，拍摄该录像时，王某一和二被告均不知道原告在拍摄录像。

原告文某向法院起诉，主张依照王某一的录像遗嘱，确认遗房产属、某船务技术咨询有限公司60%股权、××科技有限公司35%股权等归原告所有，被继承人王某一名下的股票、基金等和银行存款归原告所有。

法院判决

法院认为，遗嘱在形式上需符合法律规定，遗嘱形式有公证

遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、以录音形式立的遗嘱及口头遗嘱，以录像形式立的遗嘱可以按照以录音形式立的遗嘱来认定。根据法律规定，以录音形式立的遗嘱，应当有两个以上见证人在场见证。原告提供的录像没有两个以上的见证人予以见证，故即使王某一以录像形式订立遗嘱，但是在缺乏见证人的情况下，该遗嘱因不具备必要的形式要件而无效。且从原告提供的录像内容可知，在录制该录像时，王某一与本案原、被告的谈话内容虽涉及房产、公司股份等财产的处理，但是其并无订立遗嘱的明确意思表示。据此，对于原告的全部诉讼请求，法院难以支持，判决驳回原告的诉讼请求。

注释：

[1]郭明瑞，等.继承法.2版.北京：法律出版社，2004：146.

[2]上海市浦东新区人民法院（2013）浦民一（民）初字第4604号民事判决书。

第一千一百三十八条

遗嘱人在危急情况下，可以立口头遗嘱。口头遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。危急情况消除后，遗嘱人能够以书面或者录音录像形式立遗嘱的，所立的口头遗嘱无效。

条文对照

第十七条第五款 遗嘱人在危急情况下，可以立口头遗嘱。口头遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。危急情况解除后，遗嘱人能够用书面或者录音形式立遗嘱的，所立的口头遗嘱无效。

本条主旨

本条是对口头遗嘱的规定。

条文详解

一、口头遗嘱的概念

口头遗嘱，是指由遗嘱人口头表述，由见证人予以见证的遗嘱，也称为口授遗嘱。^[1]

口头遗嘱早在罗马法就已存在，是要式遗嘱的简化方式，即遗嘱人于证人前口述遗嘱内容而成立的遗嘱。^[2]由于口头遗嘱简便易行，后世各国对口头遗嘱莫不承认。但是，口头遗嘱的内容完全靠见证人表述证明，容易发生纠纷，各国继承法也都对口头遗嘱的适用予以严格限制。

二、口头遗嘱的形式要件要求

口头遗嘱须具备以下形式要件。

（一）须遗嘱人处于危急情况下，不能以其他方式设立遗嘱

危急情况，是指遗嘱人生命垂危、在战争中或者发生意外灾害，随时都有生命危险，来不及或无条件设立其他形式遗嘱的情况。如果遗嘱人不处于危急情况，可以通过自书、代书、录音录像、公证等其他的方式设立遗嘱，则无适用口头遗嘱的余地，即使遗嘱人立了口头遗嘱，该口头遗嘱也无效。

（二）须有两个以上的见证人在场见证

订立口头遗嘱必须有两个以上的与遗产继承无利害关系的见证人在场见证。订立口头遗嘱时，见证人应将遗嘱人口授的遗嘱记录下来，并由记录人、其他见证人签名，注明年、月、日；见证人无法当场记录的，应于事后追记、补记遗嘱人口授的遗嘱内容，并于记录上共同签名，并注明年、月、日，以保证见证内容的真实、可靠。

（三）须不存在危急情况解除后遗嘱人能够利用其他形式立遗嘱的情形

在危急情况解除后，遗嘱人能够用书面或者录音录像形式立遗嘱的，所立的口头遗嘱无效。口头遗嘱的效力受到限制，必须不存在危急情况解除后遗嘱人可以利用其他形式订立遗嘱的情形，危急情况一旦解除，则在一定时间内遗嘱人应当另立遗嘱，否则，即使遗嘱人没有另立遗嘱，该口头遗嘱也失去法律效力。

法律适用中应注意的问题

本条规定口头遗嘱，仍然与原《继承法》第17条规定的内容一样，没有明确在危急情况解除后，遗嘱人应于多长时间内另立遗嘱，即没有规定口头遗嘱的有效期间。由于口头遗嘱原属遗嘱的简易方式，不得已而用之，对于其正确之点不能无疑^[3]，因而设立有效期间十分必要。学者建议，应当规定口头遗嘱在危急情况解除后，经过3个月而失其效力，以保障遗嘱的真实性。在危急情况解除后，遗嘱人应于3个月内用书面或者录音录像等方式设立遗嘱：如果遗嘱人于危急情况解除后不足3个月内未另立遗嘱而死亡，应当承认其所立的口头遗嘱；如果遗嘱人于危急情况解除后3个月后仍未设立其他形式遗嘱的，则对其所立的口头遗嘱不予认可。^[4]这一立法建议没有被立法所采纳。

按照现在的条文要求，应当理解为，口头遗嘱效力期间，应当自危急情况发生，遗嘱人用口头方式立下遗嘱开始，至遗嘱人的危急情况消除，能够用其他方式设立遗嘱为止。遗嘱人的危急情况一经消除，遗嘱人能够用其他方式设立遗嘱，遗嘱人在危急

情况发生时所立的口头遗嘱即失效。在司法实践中，因遗嘱人在危急情况下所立的口头遗嘱的效力只维持到危急情况消除之时，所以确定口头遗嘱效力的终期，就是危急情况消除之时。在通常情况下，遗嘱人的危急情况，是指身体健康状况的病危，当病危通知下达后，就存在立口头遗嘱的条件，当病危通知解除后，危急情况即消除，按照规定，在这时，口头遗嘱即失效。

不过，这样的口头遗嘱效力期间似乎过短。其实，该期间除应当具备遗嘱人的危急情况消除这一条件以外，还应当具备遗嘱人能够用其他方式设立遗嘱的条件。当遗嘱人尽管已经脱离了病危状态，但是，还不能用其他方式立遗嘱时，口头遗嘱还应当具有效力。只有在遗嘱人脱离了病危状态，并且能够用其他方式设立遗嘱时，才能认为口头遗嘱已经失效，因为其能够用其他方式立遗嘱而未立其他形式的遗嘱，说明其已经不必再立遗嘱了，所以确认口头遗嘱无效是有道理的。

案例链接

毛某与潘甲、骆某等继承纠纷案^[5]

基本案情

潘己、罗乙夫妇二人共生育四个子女：潘戊、潘丁、潘庚、罗甲。某年某月某日，潘戊与毛某登记结婚（双方均系再婚），潘甲系潘戊与前妻所生之子。潘庚、骆某夫妇二人共生育二子：潘丙、潘乙。潘己、罗乙与潘戊、潘庚已相继去世，上述四人去世前均未留遗嘱。位于武汉市汉阳区的某套房屋（建筑面积125.25平方米）系潘己与罗乙夫妇生前所有财产，现该房屋产权人登记为罗乙。现原告毛某起诉潘甲、骆某等至法院，请求依法继承上述房屋八分之一的产权份额，本案案件受理费由被告承担。六被告则称罗乙生前留有口头遗嘱，原告无权继承上述房屋。

法院判决

法院认为，位于武汉市汉阳区的某套房屋（建筑面积125.25平方米）系潘己与罗乙夫妻共同财产。二人去世后，因生前均未立遗嘱，故该房屋应由其第一顺序继承人，即潘戊、潘丁、潘庚、罗甲依照法定继承平均继承，每人各继承该房屋四分之一产权份额。依照最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第52条关于“继承开始后，继承人没有

表示放弃继承，并于遗产分割前死亡的，其继承遗产的权利转给他的合法继承人”之规定，现潘戊、潘庚于潘己、罗乙去世后，上述房屋继承分割前去世，其二人依法应当继承的上述房屋产权份额应分别转移给该二人的合法继承人，故潘戊依法应继承的该房屋四分之一产权份额应转移给原告毛某与被告潘甲二人，每人各继承该房屋八分之一产权份额；潘庚依法应继承的四分之一产权份额应转移给被告骆某、潘丙、潘乙三人，现被告骆某自愿将其应继承的上述房屋产权份额平均赠与被告潘丙、潘乙，法院予以照准，故被告潘丙、潘乙每人各继承该房屋八分之一的产权份额。六被告主张罗乙生前以口头遗嘱形式对房屋进行了分配，依照《继承法》第17条第5款及第18条关于“遗嘱人在危急情况下，可以立口头遗嘱。口头遗嘱应当有两个以上见证人在场见证”“下列人员不能作为遗嘱见证人：……（二）继承人、受遗赠人；（三）与继承人、受遗赠人有利害关系的人”之规定，六被告未能提交证据证实罗乙系处于危急情况下作出上述意思表示，且六被告作为继承人及利害关系人不具备遗嘱见证人资格，故对六被告的上述主张，法院不予采信，否定了被告主张的口头遗嘱的效力，判决原告毛某继承被继承人八分之一的遗产份额。

注释：

[1]陈棋炎，等.民法继承新论.台北：三民书局，2002：334.

[2]周栢.罗马法原论：下册.北京：商务印书馆，2001：484.

[3]胡长清.中国民法继承论.北京：商务印书馆，1936：201.

[4]郭明瑞，等.继承法研究.北京：中国人民大学出版社，2003：119.

[5]湖北省武汉市汉阳区人民法院（2015）鄂汉阳民一初字第00032号民事判决书。

第一千一百三十九条

公证遗嘱由遗嘱人经公证机构办理。

条文对照

第十七条第一款 公证遗嘱由遗嘱人经公证机关办理。

本条主旨

本条是对公证遗嘱的规定。

条文详解

一、公证遗嘱的概念

这一条文是对公证遗嘱的规定，与原《继承法》第17条第1款关于“公证遗嘱由遗嘱人经公证机关办理”的规定相同。

公证遗嘱，是指通过法律规定的公证形式订立的，有关的订立程序、形式都由法律规定的遗嘱。公证遗嘱与遗嘱公证不能等同，遗嘱公证是公证处按照法定程序证明遗嘱人设立遗嘱行为真实、合法的活动。公证遗嘱是经过公证机构办理的遗嘱，较之其他的遗嘱方式更能够证明遗嘱的真实性，保障遗嘱人意思表示的真实性；发生继承纠纷时，公证遗嘱是证明遗嘱人处分财产真实意思表示的可靠证据。

二、公证遗嘱的形式要件

公证遗嘱的办理要求如下。

（一）遗嘱人须亲自申办

公证遗嘱须由遗嘱人亲自申办，立遗嘱人应当亲自作出遗嘱，亲自申办公证，提供有关证件和材料，不能由他人代理办理公证遗嘱。他人代理申办的公证遗嘱无效。

（二）须于公证员面前亲自书写或者口授遗嘱

办理公证遗嘱，须遗嘱人于公证员面前亲自书写遗嘱或者口授遗嘱，由公证员对该遗嘱或者遗嘱草稿进行审核，由遗嘱人签名确立公证遗嘱，并应当注明设立遗嘱的地点和年、月、日。

（三）须公证员遵守回避的规定

办理公证遗嘱，公证员须遵守回避的规定。有回避理由的，公证员应当回避。

（四）须公证员依法作出公证

遗嘱人申办公证遗嘱，符合下列条件的，公证处应当出具公证书：一是遗嘱人身份属实，具有完全民事行为能力；二是遗嘱人意思表示真实；三是遗嘱人证明或者保证所处分的财产是其个人财产；四是遗嘱内容不违反法律规定和社会公共利益，内容完备，文字表述准确，签名、制作日期齐全；五是办证程序符合规定。

不符合前述规定条件的，公证员应当拒绝公证。

法律适用中应注意的问题

在民法典继承编的一审稿中，本条第2款规定了办理遗嘱公证的公证员人数的要求，即应当由两个以上的公证员共同公证。其实，对遗嘱公证要求两个以上的公证员共同公证是不现实的，也是对公证员的不信任。同时，一审稿对于由一个公证员进行公证的时候，须有的一名见证人究竟应当是什么身份，也没有明确的要求。遗嘱公证并非极为特殊的公证，应当由一个公证员办理就好，因有秘书或者其他工作人员在场协助，可以实现避免作弊的目的。因此，办理公证遗嘱仍然应当是由一名公证员办理。

案例链接

林某一与林某二、林某三等遗嘱继承纠纷案^[1]

基本案情

林某雷和周某云夫妇共生育五个子女，分别是林某三、林某二、林某五、林某四、林某一。1995年6月28日，浙江省杭州市下城区人民法院作出（1995）下民初字第370号民事调解书，周某云与林某雷离婚。2013年9月9日，周某云立下遗嘱一份，将

登记在其名下的位于太原市×××路×××号、建筑面积74.60平方米的房产，明确由林某一一人继承，该财产不作为林某一与其配偶的夫妻共同财产。同日，该遗嘱经山西省太原市城西公证处作出的（2013）并西证民字第×××号公证书，证明周某云的遗嘱行为符合《民法通则》第55条和《继承法》第17条第1款的规定。

2014年5月8日周某云去世。现该房产的房屋所有权证由被告林某五保管。原告林某一诉至法院，请求确认被继承人周某云生前房产遗嘱公证有效，按遗嘱进行继承。

法院判决

法院认为，根据继承法的规定，被继承人死亡后，有遗嘱的，按照遗嘱继承办理，没有遗嘱的，按照法定继承办理。公民可以依照继承法的规定立遗嘱处分个人财产，公民可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人的一人或者数人继承。遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。遗嘱的形式有：公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱和口头遗嘱。公证遗嘱由遗嘱人经公证机关办理。本案中，遗嘱人周某云所立遗嘱经山西省太原市城西公证处办理，公证遗嘱合法有效，法院依法予以确认，故判决争议房产由原告林某一继承。

注释：

[1]山西省太原市万柏林区人民法院（2015）万民初字第1430号民事判决书。

第一千一百四十条

下列人员不能作为遗嘱见证人：

- （一）无民事行为能力人、限制民事行为能力人以及其他不具有见证能力的人；
- （二）继承人、受遗赠人；
- （三）与继承人、受遗赠人有利害关系的人。

条文对照

第十八条 下列人员不能作为遗嘱见证人：

- （一）无行为能力人、限制行为能力人；
- （二）继承人、受遗赠人；
- （三）与继承人、受遗赠人有利害关系的人。

本条主旨

本条是对遗嘱见证人资格的规定。

条文详解

这一条文是对遗嘱见证人资格的规定，与原《继承法》第18条规定相比较，本条增加了“其他不具有见证能力的人”不能作遗嘱见证人的规定，即其他不具有见证能力的人也不具有遗嘱见证人的资格。

一、遗嘱见证人的概念

遗嘱见证人，是指订立遗嘱时，亲临遗嘱制作现场，并对遗嘱真实性予以证明的第三人。除自书遗嘱和公证遗嘱之外，其他各种遗嘱皆须有见证人参与，不外乎借此确保遗嘱之真实与其他方式之正确，

从而见证人之有无及信用如何与遗嘱效力关系极大。^[1]由于遗嘱见证人证明的真伪直接关系遗嘱的效力，关系对遗产的处置，因而，遗嘱人订立代书遗嘱、打印遗嘱、录音录像遗嘱、口头遗嘱时，都须有两个以上的见证人在场见证。

二、遗嘱见证人的条件

根据遗嘱见证人的目的，遗嘱见证人必须是能够客观、公正地证明遗嘱真实性的人，应当具备以下四个条件。

（一）具有完全民事行为能力

有完全民事行为能力的人，才能对事物有足够的认识能力和判断能力，无民事行为能力人或者限制民事行为能力人对事物缺乏足够的认识能力和判断能力。因此，未成年人、精神病患者等都不得充当遗嘱见证人。

（二）不是继承人、受遗赠人

见证人不能是继承人或者受遗赠人。如果继承人或者受遗赠人作为见证人，由于存在利益关系，可能会出现不公正的情形。

（三）与继承人、遗嘱人没有利害关系

与继承人、遗嘱人有利害关系的人参加见证，有可能受利益的驱动而作出不真实的证明，会损害遗嘱人以及有关继承人的合法权益。因此，凡是与继承人、遗嘱人有利害关系的人都不能作遗嘱见证人。

（四）知晓遗嘱所用语言

遗嘱见证人必须知晓遗嘱所用的语言，才能对遗嘱进行见证。在遗嘱见证人中，有的见证人为代书人，因而，遗嘱见证人还应当具有相应的文化知识，不能为文盲。

三、遗嘱见证人的资格限制

本法对遗嘱见证人作了限制规定，下列人员不能作为遗嘱见证人，其证明不能起到见证的效力。

（一）无民事行为能力人、限制民事行为能力人以及其他不具有

见证能力的人

无民事行为能力人、限制民事行为能力人，包括未成年人和精神病人、阿尔兹海默症患者等，都不能作为遗嘱的见证人。基于见证人是证明遗嘱真实性的证人，见证人是否具有民事行为能力，应当以遗嘱见证时为准，如果于遗嘱人立遗嘱时为有完全民事行为能力的人，而其后丧失行为能力的，则不影响遗嘱见证的效力。相反，如果见证时为无民事行为能力或者限制民事行为能力人，后其虽具有完全民事行为能力，也不能认定其为遗嘱见证人，于不具有完全民事行为能力时对遗嘱人所作的见证仍不具有效力。

成年人为无民事行为能力人、限制民事行为能力人的，应经人民法院宣告。未经人民法院宣告为无民事行为能力人或限制民事行为能力人的成年人，其虽为精神病患者等，但是，于遗嘱人立遗嘱时确属于神志正常的，也应当认定其为见证人。

此外，即使具有完全民事行为能力的人，如果具有一定程度的智障等不能被认定为限制民事行为能力的情形，也属于不具有见证能力的人，不能做遗嘱见证人。

（二）继承人、受遗赠人

继承人、受遗赠人与遗嘱有直接的利害关系，由他们作见证人难以保证其证明的客观性、真实性，易生弊端，所以，继承人、受遗赠人不能作为遗嘱的见证人。

（三）与继承人、受遗赠人有利害关系的人

与继承人、受遗赠人有利害关系的人是指继承人、受遗赠人能否取得遗产、取得多少遗产会直接影响其利益的人，因此应当包括：继承人、受遗赠人的近亲属（如配偶、子女、父母、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母），以及继承人、受遗赠人的债权人和债务人、共同经营的合伙人。^[2]这部分人因与遗嘱实际上有着间接的利害关系，也有可能影响对遗嘱作出客观、公正的见证。所以，与继承人、受遗赠人有利害关系的人也不能作为遗嘱见证人。

不具备遗嘱见证人资格的人不能作为遗嘱的见证人，其所作的见证不具有法律效力。但是，这并不是说，不具备遗嘱见证人资格的人不能出现在设立遗嘱的现场。例如，遗嘱人设立代书遗嘱，当时有3人在场，其中有一个人不具备见证人的资格，如果该人为代书人，则该遗嘱不合法定形式要件；但是，如果该人不为代书人，不过是作为

一般见证人在遗嘱上签名，则不能因此而认定该遗嘱不符合法定形式。因为虽然该人不具备见证人的资格，其见证无效，但该遗嘱仍有两个人在场见证，其他两个具有见证人资格的人的见证应当是有效的。^[3]

法律适用中应注意的问题

本条没有规定遗嘱见证人的见证事项。遗嘱见证人见证事项包括以下几个方面。

第一，证明立遗嘱人的遗嘱能力。遗嘱见证人应当证明遗嘱人在订立遗嘱时的遗嘱能力，也就是遗嘱人是否为完全民事行为能力人，是否存在不具有遗嘱能力的情形。

第二，证明立遗嘱时的情况。这主要是证明遗嘱人立遗嘱时是否出于自愿，有无不当影响。见证口头遗嘱，遗嘱见证人还应当证明遗嘱人当时所处的危急情况是否存在，是否真实。

第三，记录遗嘱内容。在代书遗嘱中，应当由其中一名见证人代书，该见证人应当记录遗嘱内容。在口头遗嘱中，也需要见证人记录遗嘱内容。

第四，在遗嘱上签名，并注明年、月、日。在代书遗嘱、录音录像遗嘱中，有关见证人应当在代书遗嘱与封存的磁带上签名，并注明年、月、日。

案例链接

邵某娟与邵某波遗嘱继承纠纷案^[4]

基本案情

邵某财与武某志系夫妻关系，二人育有一女一子，分别为原告邵某娟、被告邵某波。邵某财于2016年11月19日去世、武某志于2011年9月30日去世，邵某财、武某志的父母均先于其本人去世。邵某财、武某志生前共同居住在位于济南市长清区××小区×××号房屋内，该房屋属拆迁安置房，面积为80平方米，系按邵某财、武某志各享有40平方米安置分配。2016年9月26日，邵某财立遗嘱一份，载明：立遗嘱人：邵某财（手印），男，汉族，生于1952年6月18日；遗嘱受益人：邵某娟，女，汉族，生于1978年11月16日。遗嘱内容：我叫邵某财（手印），男，汉族，生于1952年6月18日，我妻子叫吴某志，我与妻子吴某志结

婚后，生育一女一子，大女儿叫邵某娟，二儿子叫邵某波，2005年因大学城建设，我所在的××村集体搬迁，我分得安置房一处（手印），位于长清区××小区（手印）×××室，面积80平方米，储藏室面积5平方米，我妻子吴某志2010年患肠癌，2011年国庆节前去世，治病期间所花医疗费约30万元由我女儿邵某娟拿的。2011年我因脑出血住院，花去医疗费11万元，由我女儿负担，生病期间全是我女儿邵某娟照顾我，自我生病康复出院后，我的生活起居全部由我女儿照顾，我平时吃的保健药也是我女儿花钱（手印）给我买的。我决定在我百年后将我的位于长清区（手印）××小区×××号房产让我女儿邵某娟（手印）继承，我现在头脑清楚，没有受任何人的威胁胁迫，是我的真实（手印）意思表示。立遗嘱人：邵某财（手印）；代书人：高某；在场人：康某；2016年9月26日。

原告为要求确认邵某财于2016年9月26日所立遗嘱有效并由被告承担诉讼费，诉至法院。

另查，涉案遗嘱中书写的“吴某志”系笔误，应为“武某志”。邵某财的第一顺序继承人为原告邵某娟、被告邵某波，此外无其他第一顺序继承人。遗嘱的见证人高某、康某系完全行为能力人，且非与原、被告有利害关系的人。

法院判决

人民法院经审理认为，依据《继承法》第5条、第17条第3款、第18条之规定，继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承办理。代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。下列人员不能作为遗嘱见证人：（1）无行为能力人、限制行为能力人；（2）继承人、受遗赠人；（3）与继承人、受遗赠人有利害关系的人。本案遗嘱系代书遗嘱，代书人为高某，见证人为高某、康某，为此，原告邵某娟提供遗嘱原件一份、录像光盘一张，被告均予认可。该遗嘱符合上述法律规定的代书遗嘱条件。综上，邵某财于2016年9月26日所立遗嘱系邵某财真实意思表示，内容及形式均符合法律规定，当属有效遗嘱。法院故判决支持原告的诉讼请求，判决邵某财于2016年9月26日所立遗嘱为有效遗嘱。

[1]胡长清.中国民法继承论.北京：商务印书馆，1936：203.

[2]最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第36条规定：“继承人、受遗赠人的债权人、债务人，共同经营的合伙人，也应当视为与继承人、受遗赠人有利害关系，不能作为遗嘱的见证人。”

[3]郭明瑞，等.继承法.2版.北京：法律出版社，2004：149.

[4]山东省济南市长清区人民法院（2017）鲁0113民初1377号民事判决书。

第一千一百四十一条

遗嘱应当为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。

条文对照

第十九条 遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。

本条主旨

本条是对遗嘱继承不能剥夺必留份的规定。

条文详解

本条规定的“遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额”，就是必留份。遗嘱非法处分必留份的，该部分遗嘱内容无效。

一、必留份的概念及价值

必留份，又称“必留财产”、“必继份”或者“保留份”，是指被继承人在遗嘱继承或者遗赠中，必须依法留给缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的，不得通过遗嘱自由处分的遗产份额。必留份是对被继承人行使权利处分自己遗产的一种法律限制。

必留份与特留份相似，但又不同。特留份源于罗马法，多数国家都有规定，尽管内容有所不同。特留份是指法律规定的遗嘱人不得以遗嘱取消的，由特定的法定继承人继承的遗产份额。特留份的实质是通过对特定的法定继承人规定一定的应继份来限制遗嘱人的遗嘱自由^[1]，一面承认遗嘱自由主义，尊重被继承人意思，另一面为维持其亲属之关系，采取特留份制度，俾继承人不至于因被继承人滥用其自由处分权，而于继承开始后，其生活状况或骤受影响。^[2]遗嘱人在设立遗嘱时，如果没有给特留份权利人保留法定的份额，则其相应部分

的处分无效。一般说来，特留份的数额依被继承人的亲等不同而相应增减。除法律特别规定外，被继承人不得剥夺继承人的特留份。我国继承法律制度没有对特留份作明确规定，只有必留份的规定。本条规定的遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额，就是必留份。

必留份与特留份的主要区别是，必留份仅指为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额，只适用于这一种情况；而特留份保留的是法律规定范围内的继承人的应继份，法律规定的享有特留份权的继承人范围较宽，不仅包括缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人，还包括其他特留份权利人。至于其价值和意义都是为了限制遗嘱人自由处分遗产的行为，保障特留份权利人和必留份权利人享有的权利。

法律规定必留份的意义是：第一，对遗嘱自由给予一定的限制，对于通过遗嘱处分必留份的，认定处分的这一部分遗产的意思表示无效，限制遗嘱自由；第二，有利于保护那些缺乏劳动能力又无生活来源的继承人的利益，使这些继承人不因遗嘱继承或者遗赠而使自己应当继承的遗产无法继承；第三，可以减轻社会的负担，以防遗嘱人将应由家庭承担的义务推给社会。^[3]

二、遗嘱剥夺必留份的效果

必留份权是一种权利，为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人所享有。遗嘱人在遗嘱中未为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要份额的，也称为违反保留“必要的遗产份额”的规定，即侵害了必留份权利人的必留份权。

遗嘱未对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必留份的，其法律后果是认定相应部分的遗嘱内容无效。^[4]

第一，享有继承“必要的遗产份额”的继承人，必须同时具备缺乏劳动能力和没有生活来源这两个条件。有劳动能力而没有生活来源，或者缺乏劳动能力而有生活来源的继承人，都不在此列。基本生活需要是指能够维持当地群众一般生活水平的需要。

第二，法定继承人是否为缺乏劳动能力又无生活来源的人，应以继承开始时为准，不能以遗嘱人立遗嘱时的继承人的状况为准。立遗嘱时为缺乏劳动能力又没有生活来源的人，于继承开始时具有了劳动能力或有了生活来源的继承人，不在此限。立遗嘱时有劳动能力或有

生活来源而于被继承人死亡时丧失劳动能力又没有生活来源的继承人，属于应为其保留必要遗产份额的继承人，遗嘱没有为其保留必要的遗产份额的，仍然无效。缺乏劳动能力又没有生活来源的法定继承人，应当是被继承人死亡之时生存之人，此为当然。

第三，遗嘱中未为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额时，遗嘱并非全部无效，而仅仅是涉及处分应保留份额遗产的遗嘱内容无效，其余内容仍可有效。遗产处理时，应当为该继承人留下必要的遗产，所剩余的部分，可以按照遗嘱确定的分配原则处理。

法律适用中应注意的问题

在立法过程中，很多专家学者都提出应当规定特留份制度，因为现有的必留份不能代替特留份。不过，也有人认为特留份与必留份是一样性质的规定，有了必留份就不用规定特留份，因而，立法机关没有采纳规定特留份制度的立法建议。这种意见是不对的。

第一，特留份制度是限制被继承人不当处分遗产的必要措施。反对增加规定特留份制度的主要理由之一，是特留份制度限制了遗嘱自由，使被继承人无法自由处分遗产。诚然，特留份制度确实是对遗嘱自由的限制，但是，这种限制是必要的，是保障法定继承人继承权利的必要措施。法律规定特留份的实质，是通过特定的法定继承人规定一定的应继份，来限制遗嘱人因不当处分遗产而侵害法定继承人的权利。遗嘱人在设立遗嘱时，如果没有给特留份权利人保留法定的特留份额，则其遗嘱处分遗产的相应部分即应无效，以此保护法定继承人的权利。由于我国民法没有规定特留份制度，因而对于被继承人通过遗嘱不当处分遗产，剥夺了法定继承人继承遗产权利的行为无法处置，会造成法定继承人权利的损害。在司法实践中，在出现了被继承人不当处分遗产的情形，法官或者无法应对，眼睁睁地看着法定继承人的权利受到侵害而束手无策；或者不适当地适用公序良俗原则宣告被继承人的遗嘱无效，不仅会使遗嘱继承的优先效力受到破坏，而且会限制遗嘱自由，甚至会剥夺被继承人的遗嘱自由，后果更为严重。同时，自由处分自己的遗产是被继承人的合法权利，并非违法。如果规定了特留份制度，被继承人处分遗产是否合法，就看其是否违反特留份的法律规定，是否侵害了法定继承人的特留份权。没有侵害特留份权，其遗嘱就是合法的；侵害了特留份权，遗嘱的这一部分就无效。

第二，必留份制度不能代替特留份制度。反对增加规定特留份制度的另一个理由，是必留份制度可以替代特留份制度，因而，没有必要规定或者单独规定特留份制度。我国原《继承法》规定必留份，借鉴的是《苏俄民法典》第535条的规定。必留份制度存在的主要问题，一是适用范围过窄，适用条件仅限于缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人，不能保护其他法定继承人的权益；二是适用标准存在歧义，所规定的“没有生活来源”的认定标准不确定；三是“必要的遗产份额”是一个不确定概念，在司法实践中操作存在困难。因而，必留份制度与特留份制度不同，二者不能相互替代。尽管在限制被继承人不当处分遗产，保护法定继承人继承权的目的上，两种制度是一致的，但是，并不能因为有了必留份制度，就否认特留份制度的价值，也不能通过充实必留份制度，以替代特留份制度。这是因为，特留份制度并不要求法定继承人必须具备缺乏劳动能力以及没有生活来源的条件，只要是法律规定的享有特留份权的法定继承人，被继承人在通过遗嘱处分自己遗产的时候，就必须给其留下必要的份额，否则，在以遗嘱处分的遗产中就必须予以扣除。可见，特留份制度有独立存在的必要，既不能不规定，也不能以必留份制度替代特留份制度，或将二者合并成一个制度。

第三，特留份权利人与必留份权利人的范围不同。各国和地区继承法关于特留份权利人范围的规定不完全相同，有的规定为法定继承人的全部，有的则将特留份权的主体限定于法定继承人中的某些人，例如：一是被继承人的直系晚辈血亲被死因处分排除在继承顺序之外的，该直系晚辈血亲可以向继承人请求特留份。特留份份额为法定继承份额的一半。二是被继承人的父母或者配偶被死因处分排除在继承顺序之外的，享有同样的权利。有的规定，特留份继承人是那些由法律规定为他们的利益保留一部分遗产或者其他权利的人，如配偶、婚生子女、非婚生子女以及直系尊亲属。而必留份权利人只有一种，即缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人，范围显然过窄。

例如，“泸州‘二奶’遗赠案”就是一个典型案例。黄某与其妻蒋某感情不和而分居，后与张某同居。数年后，黄某患肝癌，张某精心照料。黄某为感激张某，立遗嘱将自己价值大约六万元的部分遗产遗赠给张某，遗嘱经过公证。黄某去世后，张某向法院起诉，主张实现遗嘱，分得这部分遗产。法院以黄某的遗嘱违反公序良俗为由，判决无效。这既剥夺了黄某的遗嘱自由权利，也剥夺了张某接受遗赠的权利。这样的做法是不正确的。黄某因与其妻感情不和分居而与张某同居，与包“二奶”完全不同；张某对

患病的黄某不离不弃，黄某心存感激，遗赠部分遗产，无论如何也不能认为是违反公序良俗的。如果规定了特留份制度，只要遗赠没有侵害特留份权利人的权利，就应当认定遗嘱有效。

在司法实践中，通过适用必留份的规定而认可特留份，难度较大。最大的问题是，本条对必留份的范围限制得很死，即只有一种适用对象。如果需要扩大适用，应当作出立法解释或者司法解释。

案例链接

代某香与姜甲等继承纠纷案^[5]

基本案情

代某香系被继承人姜某学再婚妻子，姜甲、姜乙、姜丙系被继承人姜某学子女。姜某学生前留有位于济南市历下区×××室的房产一套，该房产系其于1999年5月6日通过职工购房方式取得（购房表中为×区××-×-×××）。2003年10月17日，代某香、姜某学于济南市历下区民政局登记结婚。2007年12月26日，济南市中心医院出具死亡医学证明书显示，姜某学于2007年12月26日死亡。2016年4月19日，姜乙受姜甲、姜丙委托，与济南市历下区住房和城乡建设局、济南市历下区房屋征收服务中心，就上述房屋签订《济南市国有土地上房屋征收补偿协议》，涉案房屋以货币补偿方式征收，货币补偿总额为976 816.60元。涉案房屋补偿款共计976 816.60元，姜甲、姜乙、姜丙对此均予以认可，称打入姜乙账户，由姜甲、姜丙两人分割。

对有争议的证据和事实，法院认定如下。姜甲提交姜某学生前的遗嘱内容为：本人姜某学是济南××集团离休干部，现住历下区××号楼×单元×××室，我去世后住房赠于姜甲、姜乙，由其兄弟二人共同继承，以我一生所获的最高荣誉奖章为证，望妻子、子女遵守此嘱。立遗嘱人为姜某学，代书人刘某航，证人刘某，时间为2007年11月7日。刘某航、刘某均出庭作证，证明遗嘱是姜某学的真实意思表示。对此，代某香称姜某学当时已经病重，遗嘱不是姜某学本人的真实意思表示，并申请对遗嘱的形成时间和立遗嘱人签字进行鉴定。法院就遗嘱书写时间是否是2007年11月7日，以及遗嘱上的签名是否是姜某学本人书写进行司法鉴定。2017年12月4日，法院技术室回函显示，需提供与姜某学书写遗嘱时间相近的签名原件，同时告知鉴定是否是2007年11月7日书写形成，需提交2007年11月左右的对比样本，时间前

后不超过一个月。代某香对此回函不予认可，称无事实和法律依据。姜乙提交代某香提供给厂里老干部科的遗嘱复印件显示，涉案房屋在姜某学去世后由代某香居住，只有居留权无处理权，立遗嘱时间为2007年4月16日，有姜某学、代某香签名与捺印，但系复印件，姜乙称原件在代某香手中。对此，代某香称不予认可。姜甲提交的2017年2月3日济南××集团离退部二区离退科提供的证明显示：代某香系我单位已故离休干部姜某学之妻，每月享受遗属生活困难补助费552元。代某香对此证明真实性有异议，认为是460元，并提交2017年1月4日济南××集团离退部二区离退科提供的证明，显示：代某香系我单位已故离休干部姜某学遗属，每月由济南市社保办发放460元遗属补助费，特此证明。并盖有济南××集团有限公司离退休干部工人管理处西区离退科章。两份证明系同一部门出具，应以最后一份为准，故法院认定代某香遗属生活困难补助费为522元。

代某香向法院提出诉讼请求：判令代某香对济南市历下区房屋补偿款享有四分之一继承权，即244 204.15元（变更为235 000元），由姜甲、姜乙、姜丙向代某香支付；诉讼费由姜甲、姜乙、姜丙承担。

法院判决

法院认为，本案系继承纠纷。遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产。涉案房屋系姜某学婚前的个人财产，对此，代某香、姜甲、姜乙、姜丙均无异议。因此，涉案房屋自姜某学去世时，应当认定为其遗产。涉案房屋现已拆迁，该房屋的拆迁补偿款976 816.60元应为遗产。继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承。遗嘱可以采取代书遗嘱的形式，代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。姜甲提交的姜某学所立的遗嘱符合法定形式，同时代书人、见证人均出庭作证，应当认定为合法的遗嘱形式，本案应当按照遗嘱继承。同时，遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。遗嘱人未保留缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的遗产份额的，遗产处理时，应当为该继承人留下必要的遗产。代某香作为姜某学之妻，是其合法的法定继承人，既缺乏劳动能力，也无生活来源，因此，应当为代某香留有必要的遗产。当事人均未提交被继承人姜某学尚有其他遗产的证据，故对于代某香要求继承的请求，法院酌情支持。结合济南××集团对遗属的生活困难补助（每月522元）、代某香的年龄（已满68周岁）

以及2016年度山东省农村年人均消费性支出，法院酌情以12年计算，应为代某香保留的遗产数额为 $(9\,519-552 \times 12) \times 12 = 34\,740$ 元，遂判决被告姜甲、姜乙于判决生效之日起10日内各自向原告代某香支付17\,370元。

注释：

- [1]林秀雄.继承法讲义.台北：元照出版公司，2006：317.
- [2]刘含章.继承法.北京：商务印书馆，1946：237-238.
- [3]刘春茂，陈跃东.完善我国继承法的几点建议.南开大学学报，1993（4）.
- [4]郭明瑞，等.继承法.2版.北京：法律出版社，2004：159-160.
- [5]山东省济南市历下区人民法院（2017）鲁0102民初489号民事判决书。

第一千一百四十二条

遗嘱人可以撤回、变更自己所立的遗嘱。

立遗嘱后，遗嘱人实施与遗嘱内容相反的民事法律行为的，视为对遗嘱相关内容的撤回。

立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。

条文对照

第二十条 遗嘱人可以撤销、变更自己所立的遗嘱。

立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。

自书、代书、录音、口头遗嘱，不得撤销、变更公证遗嘱。

本条主旨

本条是对遗嘱撤回、变更及内容相抵触遗嘱效力的规定。

条文详解

这一条文是对遗嘱撤回、变更和遗嘱效力冲突的规定。其中特别重要的新规则是，明确规定数份遗嘱内容抵触以最后的遗嘱为准原则，删去了公证遗嘱效力优先的错误规则。

一、遗嘱变更和遗嘱撤回

（一）遗嘱变更和遗嘱撤回的概念

遗嘱变更是指遗嘱人在遗嘱订立后对遗嘱内容的部分修改。遗嘱撤回是指遗嘱人在订立遗嘱后又通过一定的方式收回原来所立的遗嘱。

原《继承法》第20条规定的是遗嘱撤销，而不是遗嘱撤回，本条

将其改为遗嘱撤回。本条所作的这种改变，是由于遗嘱是单方意思表示，在遗嘱人作出遗嘱之后死亡之前，其实遗嘱一直都没有生效。而撤销是指在意思表示已经生效之后又否认意思表示的效力，因而只能是撤回，而不能是撤销。

遗嘱变更与遗嘱撤回的区别，主要在于遗嘱人对原立的遗嘱内容改变的程度不同。变更仅是遗嘱人部分地改变了原设立遗嘱时的意思，是对遗嘱部分内容的撤回；而撤回是遗嘱人改变原设立遗嘱时的全部意思，是对遗嘱内容的全部变更。

遗嘱变更与遗嘱撤回，与一般民事法律行为的变更与撤回有所不同。

第一，是否无因不同。一般民事法律行为的变更、撤回须有法定的变更或撤回民事行为的事由，或者须征得对方当事人同意，否则不得变更或撤销。而遗嘱的变更或撤回是遗嘱人的自由，遗嘱人可以单方面随意、随时、随地撤回或变更原来所立的合法遗嘱，而无须提供其撤回或变更遗嘱的原因。

第二，对象不同。遗嘱变更或撤回的对象为已经成立、尚未发生效力的遗嘱，而一般民事法律行为的变更或撤销的对象，是已经发生法律效力行为。

第三，能否代理不同。遗嘱是必须由遗嘱人亲自实施的行为，同理，遗嘱的变更或撤回也必须由遗嘱人亲自实施，不得由他人代理。而一般民事法律行为的变更或撤回、撤销，除了行为人本人可行使以外，其代理人或继承人也可以代理行使。

第四，行使的时间不同。遗嘱变更或遗嘱撤回没有时间限制，遗嘱人在生存期间，可以随时随地变更或撤回遗嘱。而一般法律行为的变更或撤回、撤销，只有在具备法定事由时才能实施，而且撤销权为形成权，受到除斥期间的限制。

（二）遗嘱变更和遗嘱撤回的要件

遗嘱人虽可在遗嘱设立后的任一时间、以任一理由变更或撤回遗嘱，但是，撤回或变更遗嘱也须具备一定条件，才能产生遗嘱变更或撤回的效力。

1. 遗嘱人须有遗嘱能力

只有具有遗嘱能力的人才能订立遗嘱，而对遗嘱的变更或撤回等

于重新订立遗嘱，因此，遗嘱人只有在具有遗嘱能力的情形下，才可以变更或撤回遗嘱。若遗嘱人于设立遗嘱后丧失遗嘱能力，则其在遗嘱能力恢复前对遗嘱所作出的变更或撤销不生效力，原来的遗嘱仍有效。

2. 须为遗嘱人的真实意思表示

订立遗嘱须为遗嘱人的真实意思表示，遗嘱变更、撤回亦须为遗嘱人的真实意思表示。伪造遗嘱的变更和撤回，不为遗嘱人的意思表示，不能发生遗嘱变更和撤回的效力。遗嘱人因受胁迫、受欺诈而变更、撤回遗嘱的，不发生遗嘱变更、撤回的法律后果，原遗嘱仍有效，利害关系人可以主张撤回遗嘱人的遗嘱变更和撤回的意思表示。

3. 须由遗嘱人亲自依法定的方式和程序为之

遗嘱的订立须遗嘱人亲自进行，对原遗嘱的变更、撤回，也须由遗嘱人亲自依法定的方式和程序为之。遗嘱变更、撤回同样不适用代理，只能由遗嘱人亲自为之。遗嘱是一种要式法律行为，遗嘱变更或撤回必须采用一定的方式。遗嘱变更、撤回的方式有明示方式和推定方式两种。

遗嘱变更、撤回的明示方式，是指遗嘱人以明确的意思表示变更、撤回遗嘱。遗嘱人依明示方式变更、撤回遗嘱的，须依照法律规定的设立遗嘱的方式作出。不具备遗嘱法定形式的变更、撤回遗嘱的意思表示，不能发生遗嘱变更、撤回的效力。变更、撤回遗嘱的形式虽不要求比遗嘱设立时采用的形式要严格，但应依照单方意思表示的实施的要求进行。

遗嘱变更、撤回的推定方式，是指遗嘱人虽未以明确的意思表示变更、撤回所设立的遗嘱，但是，法律根据遗嘱人的行为推定遗嘱人变更、撤回了遗嘱。法律的这种推定，不许当事人以反证推翻。

推定遗嘱人变更、撤回遗嘱的情形主要有以下几种。

第一，遗嘱人立有数份遗嘱，且内容相抵触的，推定变更、撤回遗嘱。遗嘱人立有内容相抵触的数份遗嘱，当然应当推定最后一份遗嘱变更、撤回了前一份遗嘱。

第二，遗嘱人生前的行为与遗嘱的内容相抵触的，推定遗嘱表明撤回。生前的行为，是指遗嘱人生前对自己财产的处分行为。遗嘱人生前的行为与遗嘱的意思表示相反，而使遗嘱处分的财产在继承开始

前灭失、部分灭失或所有权转移、部分转移的，遗嘱视为被撤回或部分被撤回。例如，遗嘱人在遗嘱中指定某财物由某继承人继承或者赠与某人，而其后遗嘱人自己却将该财物出卖或赠送给他人。遗嘱中有关处分该财物的内容视为表明撤回。

第三，遗嘱人故意销毁、涂销遗嘱的，推定遗嘱人撤回原遗嘱。例如，遗嘱人在立遗嘱后并未另立遗嘱撤回原遗嘱，而只是自己将原遗嘱毁坏，这表明遗嘱人废除了自己原立的遗嘱。遗嘱不是由遗嘱人自己销毁的而是由他人毁坏的，不能视为遗嘱人撤回遗嘱；遗嘱因意外的原因损毁、丢失而遗嘱人又不知道的，也不能推定遗嘱人撤回遗嘱。

（三）遗嘱变更、撤回的效力

遗嘱变更或撤回只要符合变更或撤回的条件，自作出之时即可产生效力。遗嘱变更或撤回的效力，就在于使被变更或撤回的遗嘱内容不生效力。

遗嘱变更的，自变更生效时起，以变更后的遗嘱内容为遗嘱人的真实意思表示，应以变更后的遗嘱来确定遗嘱的有效、无效，执行变更后的遗嘱。即使变更后的遗嘱内容无效而原遗嘱内容可有效的，也应按变更后的遗嘱内容确认遗嘱无效。

遗嘱撤回的，自撤回生效时起，被撤回的原遗嘱作废，以新设立的遗嘱为遗嘱人处分自己财产的真实意思表示，以新设立的遗嘱来确定遗嘱的效力和执行。遗嘱撤回后遗嘱人未设立新遗嘱的，视为被继承人未立遗嘱。

二、数份遗嘱内容相抵触的效力规则

遗嘱人设立有数份遗嘱，内容相抵触的，应当视为以后设立的遗嘱取代或者变更了原设立的遗嘱，因此，遗嘱人设立数份遗嘱，内容相抵触的，应当以最后设立的遗嘱为准，即遗嘱设立在后效力优先原则。

原《继承法》第20条第3款规定：“自书、代书、录音、口头遗嘱，不得撤销、变更公证遗嘱。”这一规定，要求在数份遗嘱内容相互抵触时，确定哪一份遗嘱具有效力，是以遗嘱的形式作为标准的，即在所有的遗嘱方式中，只有公证遗嘱具有最高的效力，任何与公证遗嘱的内容相冲突的遗嘱，都不具有真实性的效力，只有公证遗嘱才

具有最高的效力。

这样的规定显然是错误的，一个遗嘱人立有数份遗嘱，内容相抵触的，不看设立遗嘱时间的先后，而是以公证遗嘱具有最高效力，任何形式的遗嘱都不能变更、撤回公证遗嘱，就有可能将不代表遗嘱人真实意思的公证遗嘱的效力绝对化。其后果是，一旦遗嘱人在设立公证遗嘱之后，如果想变更遗嘱或者撤销遗嘱，都必须通过公证遗嘱的方式才能实现。如果临终之前，遗嘱人想要撤回或者变更以前的公证遗嘱，公证机构不能及时作出新的公证遗嘱，遗嘱人的真实意思表示就无法实现，实现的却是不代表其真实意思的公证遗嘱所表达的内容。

当一个遗嘱人设立数份遗嘱，这些遗嘱的内容发生相互抵触时，究竟哪一份遗嘱最能够代表遗嘱人的真实意思呢？当然是离遗嘱人死亡的时间最近的遗嘱是其真实意思表示。因此，各国民法典对此通常的规则就是遗嘱设立在后效力优先原则。在编纂民法典的过程中，立法机关纠正原《继承法》第20条第3款规定的错误，确立了本条第3款的原则，即“立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准”的原则，改变了原《继承法》第20条规定的公证遗嘱优先原则，是正确的立法选择。

法律适用中应注意的问题

在适用本条规定时，应当注意以下两个问题。

第一，遗嘱人撤回的意思表示再次被撤回时，原先被撤回的遗嘱是否恢复其效力。对此，各国规定的立法例有三种：一是原先被撤回的遗嘱恢复其效力；二是原先被撤回的遗嘱不恢复其效力；三是原先的遗嘱限制恢复效力，即只有在撤回遗嘱的行为是由于被欺诈、被胁迫造成的情况下，才恢复其效力。民法典继承编对此没有明文规定。上述第三种立法例比较符合情理、符合实际。因为遗嘱人在被欺诈、胁迫的情形下撤回原先的遗嘱，这种撤回不符合遗嘱人的本意，不是遗嘱人的真实意思，在该撤回原先遗嘱的行为被撤回时，应当恢复原先遗嘱的效力。不过，在不是被欺诈、胁迫而撤回原先遗嘱的情形下，即使后来遗嘱人又撤回了撤回原先遗嘱的行为，该再次撤回也未必与原先的遗嘱意思表示相符，因此不能恢复原先遗嘱的效力。

第二，要特别注意本条对数份遗嘱内容抵触效力规则的变更。在实践中，凡是出现一个遗嘱人订立了数份遗嘱且内容相抵触的，应当适用本条第3款规定的规则，以最后的遗嘱为准，其

具有优先效力。

案例链接

肖某一与肖某二等遗赠纠纷案^[1]

基本案情

张某与肖某六系夫妻关系，二人共生育五子女，即肖某三、肖某四、肖某五、肖某七、肖某八。刘某与肖某八系夫妻关系，二人共生育一女即原告肖某一。被告肖某二系肖某七之女。肖某八于2005年9月21日去世，肖某七于2014年3月8日去世，张某于2014年7月10日去世，肖某六于1989年去世。

位于北京市通州区宋庄镇×号院内有正房四间（以下简称诉争房屋），系1992年建成。诉争房屋建成后，由肖某八一家与张某共同居住。2004年，肖某八与刘某对诉争房屋进行了部分翻修。2011年张某起诉刘某、肖某一等，要求继承诉争房屋。后法院判决诉争房屋归张某所有。刘某及肖某一不服提起上诉，二审维持原判。现诉争房屋由刘某及原告肖某一居住。

2013年6月22日，张某立下遗嘱，明确将诉争房屋归肖某二继承，遗嘱有冯某晨及花某报作为见证人签字。2014年6月26日，张某再次立下遗嘱，将诉争房屋归原告肖某一继承，遗嘱有杨某富、舒某成作为见证人签字。

原告肖某一向法院起诉，主张执行遗嘱，争议的正房四间归原告肖某一所有。被告肖某二辩称，张某已经将该房屋遗赠给肖某二，不同意肖某一继承该房屋。

法院判决

法院认为：继承从被继承人死亡时开始。遗嘱人可以撤销、变更自己所立的遗嘱。立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。本案中，张某去世后，原、被告作为继承人均有权继承其遗产。诉争房屋已经法院判决归张某所有，应当作为遗产进行分割。根据审理查明的事实，张某生前立有两份遗嘱，且遗嘱内容不一致，故应当以后一份遗嘱为准，即以2014年6月26日所立的遗嘱为准，故对原告以该份遗嘱要求继承诉争房屋的诉讼请求，法院予以支持，判决本案讼争的正房四间归原告肖某一所有。

注释：

[1]北京市通州区人民法院（2014）通民初字第14171号民事判决书。

第一千一百四十三条

无民事行为能力人或者限制民事行为能力人所立的遗嘱无效。

遗嘱必须表示遗嘱人的真实意思，受欺诈、胁迫所立的遗嘱无效。

伪造的遗嘱无效。

遗嘱被篡改的，篡改的内容无效。

条文对照

第二十二 条 无行为能力人或者限制行为能力人所立的遗嘱无效。

遗嘱必须表示遗嘱人的真实意思，受胁迫、欺骗所立的遗嘱无效。

伪造的遗嘱无效。

遗嘱被篡改的，篡改的内容无效。

本条主旨

本条是对遗嘱无效的规定。

条文详解

一、遗嘱效力概述

遗嘱的效力，是指遗嘱人设立的遗嘱所产生的法律后果。遗嘱作为一种单方民事法律行为，只要有遗嘱人单独的意思表示就可以成立。但是，已经成立的遗嘱只有具备法律规定的条件才能产生法律效力；不具备法律规定的条件的遗嘱不能产生法律效力。

对遗嘱效力的判断，既应当从遗嘱的形式方面进行，也应当从遗嘱的实质内容方面进行。如果遗嘱人订立的遗嘱不符合法定的形式，则该遗嘱就是无效的。在内容方面，应当从遗嘱人是否具有遗嘱能力、遗嘱是否为遗嘱人的真实意思表示、遗嘱中指定财产是否可为遗嘱人处分、遗嘱中指定的继承人或受遗赠人是否生存等方面加以判断。只有对有关的要素进行准确判明后，才能对遗嘱的效力作出认定。

遗嘱效力判断的基准点，是遗嘱人死亡时。因为遗嘱人订立遗嘱后，虽然遗嘱基于遗嘱人的意思表示真实，而且符合有关的要件而成立，但遗嘱的最终生效还是取决于遗嘱人的死亡，只有在遗嘱人死亡时，遗嘱才能产生效力。自遗嘱设立之时起至遗嘱人死亡止的这段时间，遗嘱并不产生效力，只会发生遗嘱的变更或撤回，不能产生遗嘱执行问题，继承人以及其他继承人既无权要求知道遗嘱的内容，也不得要求执行遗嘱。

根据遗嘱订立后的具体情形，遗嘱的效力可以划分为遗嘱有效、遗嘱无效、遗嘱不生效。

二、遗嘱有效

遗嘱有效是指遗嘱符合法律规定的要素，能够产生遗嘱人预期的法律后果，有关当事人可以请求执行该遗嘱。

遗嘱有效须具备以下条件。

（一）遗嘱人须有遗嘱能力

这是遗嘱有效的前提条件。只有完全民事行为能力人才有遗嘱能力，才可以订立遗嘱。无民事行为能力人、限制民事行为能力人不具有遗嘱能力，不得订立遗嘱，即使订立遗嘱，该遗嘱也属无效遗嘱。

遗嘱能力是指被继承人依据法律享有的，在生前通过订立遗嘱，自由处分自己财产的资格。有些国家将遗嘱能力分为三种：一是立遗嘱的能力；二是遗嘱继承能力；三是遗嘱作证能力。^[1]我国的遗嘱继承能力实际上是遗嘱继承人的继承资格问题，属于继承权范畴内的问题；而遗嘱作证能力则是遗嘱见证人的资格问题。因此，遗嘱能力应当就是遗嘱人立遗嘱的资格。民法典继承编有关遗嘱能力的规定也是从订立遗嘱的角度制定的。虽然遗嘱能力与民事行为能力存在联系，都是一种资格，但两者不同：一是两者的适用范围不同，遗嘱能力仅

指被继承人订立遗嘱的资格，而民事行为能力则是指民事主体（包括自然人、法人和非法人组织）能够以自己的行为独立参加法律关系，行使民事权利和设定民事义务的资格。民事行为能力的范围要广泛得多。二是两者的划分不同，两者虽然都根据行为人的行为辨别能力来进行划分，但是，在具体的划分上不一样。遗嘱能力一般划分为有遗嘱能力与无遗嘱能力两类，而民事行为能力则划分为无民事行为能力、限制民事行为能力与完全民事行为能力三类。

只有具有遗嘱能力的人才有设立遗嘱的资格，具有了完全民事行为能力即具有遗嘱能力，而无民事行为能力与限制民事行为能力则为无遗嘱能力。所以，本条第1款规定，无民事行为能力人或者限制民事行为能力人所立的遗嘱无效。

（二）遗嘱须是遗嘱人的真实意思表示

遗嘱是遗嘱人对自己身后财产的处分，因而遗嘱只有是遗嘱人的真实意思表示的，方为有效，被欺诈、胁迫所订立的遗嘱都属无效遗嘱。

遗嘱是否为遗嘱人的真实意思，原则上以遗嘱人最后于遗嘱中所作出的意思表示为准。

（三）遗嘱的内容须合法

遗嘱是一种法律行为，内容必须合法方为有效。遗嘱的内容如果违法或者违反公序良俗，都将无效，不得执行。例如，遗嘱人在遗嘱中指定继承人继承某物，在立遗嘱时该物并不为遗嘱人所有，因遗嘱人处分了他人的财产，遗嘱的该部分内容不合法，但是，其后遗嘱人于死亡前取得了该物的所有权，于继承开始时，遗嘱人所立的遗嘱就为合法。遗嘱的内容是否合法，应以遗嘱人死亡时为准。

（四）遗嘱的形式须符合法律规定的形式要求

遗嘱是要式法律行为，必须符合法律规定的形式，如有不合，则属无效遗嘱。对此，《民法典》第1134条至第1139条都规定了各种类型的遗嘱的形式要件，应当按照这些规定确定遗嘱的形式要件是否具备。遗嘱如果在形式上有欠缺，则因不符合遗嘱的形式要件要求而无效。

（五）须遗嘱人死亡

遗嘱是死因行为，只有遗嘱人死亡才能产生法律效力。即使遗嘱

具备了法定的形式和内容，遗嘱人尚生存的，遗嘱也不发生法律效力。

符合上述要件时，遗嘱产生法律效力，可以按照遗嘱处置被继承人的遗产，实现遗嘱人支配其遗产的意思表示。

三、遗嘱无效

遗嘱无效，是指遗嘱因不符合法律规定而不能产生法律效力。遗嘱无效，也就是遗嘱人在遗嘱中处分其财产的意思表示无效，也就不能依照遗嘱来处置被继承人的遗产，遗嘱人在遗嘱中的意思不能实现，不能产生遗嘱人所预期的法律后果。

遗嘱无效主要有以下几种情况。

（一）无民事行为能力人或者限制民事行为能力人所立的遗嘱

无民事行为能力人、限制民事行为能力人属于无遗嘱能力的人，不具有以遗嘱处分其财产的资格，因此，无民事行为能力人、限制民事行为能力人所立的遗嘱无效。完全民事行为能力人于设立遗嘱后，被宣告为无民事行为能力人或限制民事行为能力人的，其原设立的遗嘱仍可有效；但是，其于民事行为能力变动以后对原设立遗嘱变更或撤回的，遗嘱的变更或撤回无效。

（二）受胁迫、受欺诈所设立的遗嘱

遗嘱必须是遗嘱人的真实意思表示，遗嘱人因受胁迫、受欺诈所立的遗嘱，不是遗嘱人真实意思表示，因欠缺遗嘱的合法要件而无效。

受胁迫所立的遗嘱，是指遗嘱人受到他人非法威胁、要挟，为避免自己或亲人的财产或生命健康遭受侵害，违心地作出与自己真实意思相悖的遗嘱。受欺诈所立的遗嘱，是指遗嘱人因受他人的故意的、歪曲的、虚假的行为或者言词的错误引导而产生错误认识，作出了与自己的真实意愿不相符合的遗嘱。胁迫、欺诈遗嘱人的人，既可以是继承人，也可以是继承人以外的人；既可以是因遗嘱人受胁迫、受欺诈所立的遗嘱得到利益的人，也可以是不会从遗嘱人的遗嘱中得到任何利益的人。胁迫和欺诈行为都是故意的，行为人不是故意而只是遗嘱人因其向遗嘱人提供了不正确的情况而改变处分财产的意思的，不能构成欺诈行为。

本条规定，受胁迫、受欺诈订立的遗嘱当然无效，任何人都可以

请求确认无效。应当区别的是，《民法典》总则编将欺诈和胁迫都规定为可撤销的民事法律行为，与本条规定不同。本条规定是特别法，《民法典》总则编规定的是一般法，依照特别法优先于一般法的法律适用原则，对遗嘱的欺诈和胁迫，不应当适用民法典总则编受胁迫、受欺诈实施的民事法律行为的效力规则。况且遗嘱是单方法律行为，遗嘱人可以随时撤回或者变更遗嘱，因此，遗嘱的效力问题通常都是在遗嘱人死亡后才产生争议，只能确定该遗嘱是有效还是无效，不存在撤销的问题。对遗嘱主张无效的当事人负证明遗嘱是遗嘱人因受胁迫、受欺诈所设立的举证责任，若证明成立，就可以宣告遗嘱无效，否则该遗嘱就是有效的。

（三）伪造遗嘱

伪造遗嘱就是假遗嘱，是指以被继承人的名义设立，但根本不是被继承人意思表示的遗嘱。制造假遗嘱的人，一般是出于为自己或亲属取得财产，或者出于不因遗嘱人的处分而失去取得财产机会的目的。但是，伪造遗嘱者的动机和目的并不是伪造遗嘱的构成要件。只要不是遗嘱人的意思表示而名义上设立人是遗嘱人的遗嘱，都属于伪造遗嘱。伪造遗嘱因为根本就不是被继承人的意思表示，所以，不论遗嘱的内容如何，也不论遗嘱是否损害了继承人的利益，当然无效。主张遗嘱无效的当事人只需证明遗嘱并不是遗嘱人的意思表示即可。

（四）被篡改的遗嘱内容

被篡改的遗嘱内容，是指遗嘱人以外的其他人擅自对遗嘱的部分内容作了更改，例如，对遗嘱的修改、删节、补充等。篡改只能是遗嘱人以外的人对遗嘱人所立的遗嘱的更改，如果是遗嘱人自己对遗嘱进行修改、删节、补充，则属于遗嘱人对遗嘱的变更。被篡改的遗嘱，经篡改的内容已经不再是遗嘱人的意思表示，而是篡改人的意思表示，不再符合遗嘱的法定要件，不能发生遗嘱的效力，应为无效。遗嘱不能因被篡改而全部无效，遗嘱中未被篡改的内容仍然是遗嘱人的真实意思表示，仍然有效。

篡改遗嘱与伪造遗嘱，虽然在法律效果上都是无效，但表现不同。伪造的遗嘱不是遗嘱人的意思表示，无所谓篡改。篡改只能是对遗嘱的部分内容的更改。如果是对遗嘱的全部内容更改，则为伪造遗嘱。

法律适用中应注意的问题

民法典继承编对遗嘱无效规定的情形不足，尚没有规定其他

遗嘱无效的情形与遗嘱不生效的情形。这两部分的情况如下。

第一，其他遗嘱无效的情形。主要包括以下三种情形。

一是遗嘱中处分不属于遗嘱人自己财产的部分内容。遗嘱人以遗嘱处分了属于国家、集体或他人所有的财产，遗嘱的这部分内容应认定为无效。不过，由于遗嘱在遗嘱人死亡后才生效，如果遗嘱人通过遗嘱处分的他人财产，在遗嘱人死亡时已经由遗嘱人取得的，则应当视为有效。遗嘱中处分不属于遗嘱人自己财产，仅仅是该有关不属于遗嘱人自己财产的部分无效，其他部分应当有效。

二是遗嘱非法处分必留份。遗嘱人在遗嘱中处分必留份的，该部分遗嘱内容无效。遗嘱人在遗嘱中未为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要份额的，也称为违反保留“必要的遗产份额”的规定，即违法处分必留份。对于遗嘱涉及的这一部分遗产的处置，采用的办法就是认定其无效。不属于必留份部分的遗产处分内容，不受这种无效的影响。

三是代理遗嘱无效。由于代理订立的遗嘱违反民法典继承编的强制性规定，因而由他人代理订立的遗嘱无效。虽然代理订立遗嘱与伪造遗嘱在法律效果上都是无效，但是却存在不同。代理订立遗嘱是经被继承人同意的，而伪造遗嘱是假借被继承人的名义订立的。如果代理订立遗嘱符合代书遗嘱的形式要件要求，代书遗嘱有效。

第二，遗嘱不生效的情形。遗嘱不生效是指遗嘱虽然合法成立，但由于某种客观原因的发生，遗嘱人死亡时该遗嘱不发生法律效力。遗嘱不生效也称为遗嘱失效^[2]，无论何种原因，只要遗嘱不生效，就不能执行遗嘱，遗嘱人的意思表示就无法实现。遗嘱不生效与遗嘱无效都不产生效力，两者所涉及的遗产都应当按法定继承处理。但是，二者的根本区别在于：遗嘱不生效并非因遗嘱违法，该遗嘱的有关要件合法，只是某些客观原因致使该遗嘱不产生效力，不得依据该遗嘱进行处分；而遗嘱无效是因遗嘱不符合法律规定的条件而不能发生效力。

遗嘱不生效的情形包括以下几种。

一是遗嘱所指定的遗嘱继承人或受遗赠人已经先于遗嘱人死亡。遗嘱所指定的遗嘱继承人或受遗赠人须在继承或遗赠开始时生存，才能根据遗嘱获得遗产。如果遗嘱所指定的遗嘱继承人或

受遗赠人已经先于遗嘱人死亡的，遗嘱就不能产生效力，涉及遗嘱处分的财产按照法定继承处理。

二是遗嘱继承人或受遗赠人已经丧失继承权或受遗赠权。具有丧失继承权的法定事由的，遗嘱继承人即使由遗嘱指定，也丧失遗嘱继承权，即丧失根据遗嘱继承遗产的资格，因此遗嘱不生效。

三是遗嘱人死亡时遗嘱中处分的财产标的已不复存在。遗嘱是遗嘱人对自己财产的身后处分，如果遗嘱处分的财产标的已不复存在，则该遗嘱将事实上不能实现。对此，应当区分遗嘱处分财产标的的具体情况进行分析。如果是被继承人将遗嘱所处分标的物毁损、转让的，应认为遗嘱人以自己的行为撤回遗嘱，不应将其归于遗嘱不生效的情况。^[3]但是，如果该财产系因其他原因而不复存在，比如不可抗力、意外事件等，则涉及该财产处分的遗嘱内容不发生效力。

四是附解除条件的遗嘱在遗嘱人死亡之前或之时条件成就。遗嘱继承虽然不得附停止条件，但是，可以根据遗嘱人的意思附解除条件。在遗嘱人死亡之前或之时，遗嘱所附的解除条件成就的，则由于遗嘱尚未生效，而解除条件业已发生，因此遗嘱不生效。

五是附停止条件的遗赠，受遗赠人于条件成就前死亡。遗赠可以附停止条件，在遗嘱人死亡后所附的停止条件成就的，受遗赠人可以获得遗赠物。在附停止条件的遗赠中，如果受遗赠人在条件成就前死亡的，则该遗赠不生效。

案例链接

于某二等与于某三等法定继承纠纷案^[4]

基本案情

于某五、王某系夫妻关系，二人育有四个子女，即于某三、于某二、于某四、于某一。

于某五、王某在夫妻关系存续期间，取得了位于北京市×区×里×号楼×号、北京市×区×街×号×楼×门×号、××号三套房屋（其中×号和××号房屋相连），上述房屋产权均登记在于某五名下。

2011年12月12日，于某五因病去世。

2012年2月1日，王某、于某二、于某四以原告的身份将于某一、于某三诉至法院，要求继承于某五2011年12月和2012年1月的养老金及存款；后于2012年10月26日撤诉。

2012年3月1日，于某一向法院申请宣告王某为限制民事行为能力人（案号为：2012东民特字04479号）。2012年7月13日，法院委托中国法医学司法鉴定中心对王某的民事行为能力进行鉴定，2012年7月30日，中国法医学司法鉴定中心出具的鉴定结论为：被鉴定人王某为限制民事行为能力人。2012年8月15日，法院判决宣告王某为限制民事行为能力人。

2012年2月1日至9月13日期间，被继承人王某自书遗嘱五份。一、2012年2月1日自书遗嘱为：我的生活由于某一、于某二负责，我与老伴共有的房产×街×号××号房屋由于某一、于某二继承；二、2012年4月21日自书遗嘱内容为：于某一、于某二对我未尽养老义务，我生前让于某四照顾，去世后×街×号×门××号房屋由于某四继承；三、2012年6月自书遗嘱内容为：我的生活由于某四、刘某茹照顾，我的住房×街×号×门××号由于某四、刘某茹继承，以前所有遗嘱作废；四、2012年7月13日自书遗嘱内容为：于某一用哄骗的手段让我在遗嘱上签字，之后便遗弃虐待我，现在我宣布那份遗嘱作废，我的住房×街×号×门××号由于某四、刘某茹继承；五、2012年9月13日自书遗嘱内容为：我的生活由于某四、刘某茹照顾，我去世后×街×号×门××号房屋由他们继承。

于某一和于某二向法院起诉，要求各自按照于某五和王某于2011年2月遗嘱的内容分得房屋折价款。

庭审时，原告于某二、于某一，被告于某三等均认可上述五份自书遗嘱中王某签名的真实性，但均认为王某系限制民事行为能力人，上述自书遗嘱系无效遗嘱，不能作为判决的依据。

法院判决

关于被继承人王某2012年2月1日至9月13日五份自书遗嘱的效力问题，人民法院经审理认为，2012年2月1日，被继承人王某提起民事诉讼后，法院委托鉴定机关对其民事行为能力进行了鉴定。2012年7月30日，中国法医学司法鉴定中心出具的鉴定结论，认定王某为限制民事行为能力人。依据《继承法》第22条

关于“无行为能力人或者限制行为能力人所立的遗嘱无效”之规定，被继承人王某2012年9月13日的自书遗嘱无效。被继承人王某自2012年2月1日至9月13日期间多次书写遗嘱，且遗嘱内容前后不一致，本院综合考虑王某书写遗嘱的随意性、当事人申请王某为限制民事行为能力人的时间、上述遗嘱的形成与王某被确定为限制民事行为能力人时间间隔较短、限制行为能力形成需要一定的时间等因素后，认定被继承人王某在2012年2月1日至9月13日期间所立遗嘱无效，依照法定继承，原告于某一和于某二应当继承的份额，折成房屋折价款，由被告于某四向于某一和于某二给付。

注释：

[1]刘文.继承法比较研究.北京：中国人民公安大学出版社，2004：190.

[2]张玉敏.继承法律制度研究.北京：法律出版社，1999：266.

[3]张玉敏.继承法律制度研究.北京：法律出版社，1999：266.

[4]北京市东城区人民法院（2015）东民初字第02664号民事判决书。

第一千一百四十四条

遗嘱继承或者遗赠附有义务的，继承人或者受遗赠人应当履行义务。没有正当理由不履行义务的，经利害关系人或者有关组织请求，人民法院可以取消其接受附义务部分遗产的权利。

条文对照

第二十一条 遗嘱继承或者遗赠附有义务的，继承人或者受遗赠人应当履行义务。没有正当理由不履行义务的，经有关单位或者个人请求，人民法院可以取消他接受遗产的权利。

本条主旨

本条是对附条件遗嘱即遗托的规定。

条文详解

一、遗托的概述

（一）遗托的概念

附义务的遗嘱继承或者遗赠，就是遗托，是指遗嘱人在遗嘱中向遗嘱继承人或受遗赠人附加提出的必须履行的某项义务要求的遗嘱继承或者遗赠。^[1]在遗托中，遗嘱继承人或者受遗赠人一面取得遗嘱继承或者遗赠的利益，一面须负担一定的义务，不像不附义务的遗嘱继承或者遗赠那样，遗嘱继承人或者受遗赠人纯得财产上的利益。^[2]

遗托中的“托”，实际就是委托之“托”，即通过遗嘱形式，向遗嘱继承人和受遗赠人委托事项。只不过这种委托之“托”附有继承遗产或者接受受遗赠的权利而已。^[3]

构成遗托，遗嘱继承人或者受遗赠人称为负担义务人，相对人称为负担受益人，双方为遗托关系的当事人。负担义务人与负担受益人有时为同一人，如某人遗赠100万元给某学校，负担为在该校设立以

遗赠人的名字为名称的奖学金基金，该遗托生效，则该学校既是负担义务人，也是负担受益人。

（二）遗托的法律特征

1. 遗托以遗嘱方式作出

遗托须以遗嘱的形式作出，只有遗嘱人以遗嘱的方式要求遗嘱继承人或者受遗赠人履行某项义务的，才能发生遗托的法律效力。

2. 遗托是遗嘱继承和遗嘱的附加义务

遗托不是一项独立的义务，而是一项依附于遗嘱继承或者遗嘱的义务，也叫作遗赠的负担。遗嘱人只有授予遗嘱继承人和受遗赠人以遗嘱继承权和受遗赠权，才能够要求遗嘱继承人和受遗赠人履行遗托的义务。

3. 履行遗托的义务以接受遗产和接受遗赠为前提条件

履行遗托义务不是无条件的，而是有条件的，只有遗嘱指定的遗嘱继承人接受遗产以及受遗赠人接受遗赠，遗嘱继承人和受遗赠人才有义务履行遗托义务，否则，可以拒绝履行遗托义务。遗嘱继承人和受遗赠人已经接受了遗产或者遗赠的，就必须履行遗托的义务。

（三）遗托负担的内容要求

遗托所设负担的内容必须是能够实现的一定给付，不一定必须是金钱的给付。例如托受遗赠人管理事务，照顾坟墓，都可以作为负担的内容。甚至消极的不作为也可以作为遗托的负担，例如，不公布遗嘱人的文学作品等，可以作为负担的内容。至于负担的设置究竟为谁的利益所设，是为遗嘱人的利益还是为第三人的利益，在所不论。但是一般认为，如果设定的是法律上的义务，而不是法律义务之外的约定义务，则不是负担。

设定依托负担的给付内容不能是不确定事项、不法事项，所设负担不得违背公序良俗。凡是以不确定的、违法的或者违背公序良俗的事项为负担的，一律无效。

二、遗托的效力

遗托的效力，主要表现在受遗托人接受或者承认遗托时确定其负

履行负担的义务。具体表现在以下两个方面。

（一）负担义务的归属和开始时间

遗嘱继承的负担义务人是遗嘱继承人，遗赠的负担义务人为受遗赠人，其相对人都是接受遗嘱继承或者遗赠的负担受益人。这种权利具有债权的性质，存在权利归属及其时间问题。

权利的归属，就是负担义务的承认和接受，遗嘱继承人决定接受继承或者受遗赠人承认遗赠，这时，负担受益人开始产生请求负担履行的权利。在此之前，负担受益人对于负担仅享有一种期待权，还不是现实的既得权，只有遗嘱继承人承认遗嘱继承或者受遗赠人接受遗赠，其权利才变为既得权，发生权利的归属问题。

归属的时间，是继承开始的时间，从继承开始之时起，遗托的负担受益人就产生这种权利，而受遗托人作为负担义务人产生负担义务，必须履行负担。例如在遗赠房屋而使受遗赠人负担看护及扶养自己的事例中，受遗赠人就是负担义务人，死者就是负担受益人。

在负担权利义务没有归属之前，依据有效遗嘱，负担受益人只享有接受负担的期待权，待负担权利义务归属后，即享有现实的既得权，可以请求负担义务人履行义务。本条规定的“利害关系人或者有关组织”，应为与遗产的承受有利害关系的个人或者组织，如被继承人生前所在单位或者继承开始地的基层组织、法定继承人等。附义务的遗嘱继承或遗赠，如能够履行义务，而继承人、受遗赠人无正当理由不履行，经受益人或其他继承人请求，人民法院可以取消他接受附义务那部分遗产的权利，由提出请求的继承人或受益人按遗嘱人的意愿履行义务，接受遗产。

（二）受遗托人以其所受利益为限负履行的义务

遗托负担的范围以受遗托人所接受的遗托利益为限。受遗托人的遗托负担的限度，不能超过遗托的利益范围，超过遗托利益范围的部分为无效。如果遗托人所设负担超过了遗托利益的范围，负担受益人无权请求超出遗托利益范围的负担部分。负担受益人主张负担义务人承担超出遗托利益范围的部分负担的，负担义务人有权拒绝。

确定负担义务是否超出遗托利益范围的时间标准，可以选择以遗托发生效力或者受遗托人承认和接受遗托时为准，但是，由于设置负担不得对受遗托人课以不利益，因而通说认为，应当以负担义务人履行义务时为准，即负担义务人在履行义务时，考察其所履行的义务与

其所接受的遗托利益的量的关系，负担的义务应当少于遗托利益。如果出现负担利益超出遗托利益的范围的情况，并非遗托全部无效，而仅仅超出遗托利益范围的部分负担无效。如果遗托利益存在金钱以外的利益，负担义务人不抛弃遗托而准备履行负担义务时，其遗托和负担仍然为有效。如果负担义务人与负担受益人对此发生争议，应当提请人民法院裁决。

法律适用中应注意的问题

在司法实践中适用本条，应当注意两个问题。

第一，遗托与遗赠的区别。遗赠与遗托都为遗嘱人在遗嘱中指定的内容，但两者是不同的，在以下方面存在区别。

一是性质不同。遗赠是遗赠人通过遗嘱对他人赠与财产的单方民事法律行为，而遗托则是遗嘱人在遗嘱中向遗嘱继承人或受遗赠人附加提出的必须履行的某项义务的要求。由此可见，遗赠与遗托在性质上存在根本区别。

二是对象的权利不同。在遗赠中，受遗赠人获得财产利益，一般并不承担义务，即使是附负担的遗赠，其所承担的负担一般也不具有对价。在遗托中，遗托指向的义务人必须履行遗嘱中指定的义务要求，而且有的遗托中仅仅要求义务人履行义务，而不享受权利。^[4]

三是独立性与附随性。遗赠具有独立性，只要遗赠人作出了意思表示，在遗赠人死亡后即发生效力。而遗托是附随于受遗赠权或遗嘱继承权的，受遗赠人、遗嘱继承人履行遗托的义务是以接受遗赠、遗嘱继承为前提条件的。如果受遗赠人不接受遗赠，或者遗嘱继承人放弃继承权，则无履行遗托义务的责任。

四是遗托因必须履行而具有不可免除性。^[5]在遗托的义务违反社会公德，违反社会公共利益，或者违法时，该遗托为无效。只要遗嘱人的遗托不违背法律和社会公德，不违反社会公共利益，又是可以履行的，接受了遗产的受遗赠人或者遗嘱继承人就必须履行遗托的义务，不得免除。

第二，遗托与附条件的遗赠。遗赠可以附条件。对于遗嘱是否可以附条件，有不同观点。一般认可遗赠可以附条件。附生效条件的遗赠，于所附条件成就时生效，而于被继承人死亡时并不生效。对于遗嘱继承，一般认为不可以附条件；有的也承认可以

附停止条件，附停止条件的遗嘱自条件成就时生效。一般认为，如果通过遗嘱进行遗嘱继承，则不允许附条件，因为附停止条件，无论对于遗产的及时分配还是合理利用都是不利的；而且遗嘱继承自被继承人死亡时开始，但是，附停止条件的遗嘱则仅在条件成就时方为有效，这就使两者之间存在时间差，形成继承开始了，但遗嘱尚未生效的问题。因此，遗嘱继承不得附条件，附停止条件的，所附的条件无效，应视为未附条件，遗嘱的其他内容仍应有效。通过遗嘱进行遗赠的，由于遗赠不同于遗嘱继承，对于遗赠可以附停止条件。^[6]例如，遗嘱人立下遗嘱，将一架钢琴遗赠其侄女，但是，以其侄女考上某音乐学院为条件。这就是附停止条件的遗赠，该遗赠在遗嘱人死亡后、其侄女考上某音乐学院产发生效力。

遗托与附条件的遗赠很相似，但是存在以下区别。

一是性质不同。遗托所附的义务是负担，附条件遗赠所负的是条件。遗托的负担是接受遗赠的附款，是接受遗赠应当履行的义务。而附条件遗赠中的生效条件，是遗赠生效的条件，完全不是义务。附解除条件的遗赠，其条件是某种条件的成就而使遗赠失效，而不是负担的义务。

二是发生的时间不同。遗托义务发生的时间，是受遗赠人接受遗赠之时，即接受遗赠就要承担负担的义务。遗赠附生效条件时，只有条件成就，遗赠的遗嘱才能生效，才能够发生遗赠的问题。而附解除条件的遗赠，尽管是在遗嘱生效之后发生，但并非在遗嘱生效之时发生，也与遗托不同。

三是效力不同。遗托生效后，约束遗托的负担义务人应当履行负担义务，使负担受益人产生请求权。即使遗托的负担义务人不履行负担义务，遗托也不是必然无效，而是通过负担义务履行的纠纷解决方式解决，或者继续履行，或者由负担受益人请求撤销遗赠。而附生效条件的遗赠，其所附条件不成就，遗嘱就不发生效力，不存在遗赠的效力问题。在附解除条件的遗赠中，所附条件成就，遗嘱解除，溯及既往地消灭，不再发生遗赠问题。

案例链接

陈某一、陈某二与陈某五继承纠纷案^[7]

基本案情

陈某一与胡某秀系夫妻关系，生育四子女：陈某五、陈某二、陈某三、陈某四。胡某秀于2017年2月11日死亡。位于武汉市汉阳区×××村××栋××号房屋（建筑面积62.72平方米），所有权人为陈某一，于2001年8月13日办理房屋所有权证，于2002年9月13日办理国有土地使用证。2013年3月11日，胡某秀在湖北省武汉市琴台公证处办理（2013）鄂琴台内证字第××××号公证书，内容为：申请人胡某秀，女，1936年12月23日出生。公证事项：遗嘱。兹证明胡某秀于2013年3月11日来到我处，在本公证员和公证人员田某龙的面前，在前面的《遗嘱》上签名。胡某秀的遗嘱行为符合《民法通则》第55条和《继承法》第17条第1款的规定。遗嘱内容为：立遗嘱人：胡某秀，女，1936年12月23日出生，现住武汉市汉阳区×××村××栋××号。我与陈某一系结发夫妻，育有四个子女，即陈某五、陈某二、陈某三、陈某四，我们没有收养、送养子女。我们共同拥有下列财产：位于武汉市汉阳区×××村××栋，房号××，混合结构，6层楼的6楼，建筑面积62.72平方米的住房一套（房屋所有权证编号：武房权证阳字第××号）。为了防止他人在我去世后为上述房产发生纠纷，现我在神志清楚的情况下，特来到武汉市琴台公证处自愿在公证员面前立遗嘱如下：一、我死后，上述房产中属于我的份额由儿子陈某五一人继承，属于陈某五个人财产。二、我的生养死葬由陈某五负责。三、我自愿请湖北省武汉市琴台公证处的余某强同志为我代书遗嘱，他所代写的遗嘱内容我均予以认可。胡某秀去世后，诉争房屋由陈某一居住。

另查明：胡某秀于2012年开始患病，除医保报销部分以外的费用四子女均有出资，胡某秀在住院期间，大部分时间都是陈某四在照顾，另外三子女也偶尔去医院照顾。胡某秀去世后，丧葬费用均由陈某一出资。

原告陈某一、陈某二、陈某三、陈某四向法院起诉，要求依法继承分割胡某秀遗留的讼争房屋一半的产权。被告陈某五辩称原告陈述不实，主张按照遗嘱继承。

法院判决

法院认为，胡某秀于2013年3月11日所立的公证遗嘱为附有义务的遗嘱，但是，根据法院查明的事实，被告陈某五并未履行遗嘱约定的义务。依据《继承法》第21条“遗嘱继承或者遗赠附有义务的，继承人或者受遗赠人应当履行义务。没有正当理由不履行义务的，经有关单位或者个人请求，人民法院可以取消他接受遗产的权利”、最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和

国继承法》若干问题的意见》第43条“附义务的遗嘱继承或遗赠，如义务能够履行，而继承人、受遗赠人无正当理由不履行，经受益人或其他继承人请求，人民法院可以取消他接受附义务那部分遗产的权利，由提出请求的继承人或受益人负责按遗嘱人的意愿履行义务，接受遗产”的规定，胡某秀去世后，其遗产不应按照胡某秀于2013年3月11日所立遗嘱内容由被告陈某一人继承。位于武汉市汉阳区×××村××栋××号（建筑面积62.72平方米）房屋系陈某一与胡某秀的夫妻共同财产，胡某秀去世后，属于胡某秀的份额，即该房屋二分之一的份额发生法定继承，由胡某秀的第一顺序继承人陈某一、陈某五、陈某二、陈某三、陈某四各继承五分之一的份额，即诉争房屋由陈某一享有十分之六的产权份额，陈某五、陈某二、陈某三、陈某四各享有十分之一的产权份额。法院遂作出如上判决。

注释：

[1]刘素萍.继承法.北京：中国人民大学出版社，1988：316.

[2]徐百齐.民法继承.北京：商务印书馆，1935：160.

[3]遗托制度并非只有遗赠才适用，在遗嘱继承中也同样适用。在本章阐释遗托制度，仅仅是为了篇幅的方便，而不是内容和逻辑的需要。

[4]史尚宽.继承法论.北京：中国政法大学出版社，2000：560.

[5]郭明瑞，等.继承法.2版.北京：法律出版社，2004：177.

[6]郭明瑞，房绍坤，关涛.继承法研究.北京：中国人民大学出版社，2003：126-127.

[7]湖北省武汉市汉阳区人民法院（2018）鄂0105民初156号民事判决书。

第四章 遗产的处理

《民法典》继承编第四章规定的是遗产处理规则，共有19个条文，是在继承中遗产处理的操作规范，实用性强。与原《继承法》相比，这一章增加的条文最多，修改的内容最多。

这一章的主要内容是：遗产管理人的产生办法，指定遗产管理人，遗产管理人的职责，遗产管理人的责任，遗产管理的有偿性，知道被继承人死亡的继承人负有通知义务，存有遗产的人负有妥善保管义务，转继承规则，遗产分割前的析产，与遗嘱有关的部分遗产按照法定继承处理，胎儿的应继份，遗产分割原则，夫妻一方死亡后另一方再婚的遗产保持权，遗赠扶养协议，遗产债务清偿，无人继承又无人受遗赠的遗产的处理，有限继承原则，遗产债务优先于遗赠执行，取得遗产后的遗产债务清偿顺序。

这一章的新规则和修改的规则的内容是：第一，增设遗产管理人的产生办法、指定、职责、责任、有偿性五项新规则；第二，增加规定转继承规则；第三，受遗赠人丧失受遗赠权的遗产部分依照法定继承处理；第四，无人继承且无人受遗赠的遗产收归国有，用于公益事业；第五，法定继承人、遗嘱继承人及受遗赠人的遗产清偿顺序。

第一千一百四十五条

继承开始后，遗嘱执行人为遗产管理人；没有遗嘱执行人的，继承人应当及时推选遗产管理人；继承人未推选的，由继承人共同担任遗产管理人；没有继承人或者继承人均放弃继承的，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人。

条文对照

《继承法》没有相应规定。

本条主旨

本条是对遗产管理人产生方式的规定。

条文详解

对遗产管理人的产生方式，原《继承法》没有规定，仅在第24条规定了“存有遗产的人，应当妥善保管遗产，任何人不得侵吞或者争抢”的内容，这虽带有设立遗产管理人的意思，但没有明确规定遗产管理人。鉴于遗产管理人在遗产处理中的重要地位和作用，在编纂民法典继承编的过程中，在第1145～1149条明确规定了遗产管理人制度，弥补了原《继承法》没有规定遗产管理人的不足。本条规定的是遗产管理人的产生方式。

一、遗产管理人的概念

遗产管理人，是指对死者即被继承人的遗产负责保存和管理的人。

遗产管理人的重要性在于，当被继承人死亡时，其已经丧失民事行为能力能力和民事行为能力，遗产管理人代表被继承人的意思，保存和管理被继承人的遗产，防止其遗产被他人侵夺或者争抢，使被继承人遗嘱指定的或者法定的继承人、受遗赠人继承遗产或保障其取得遗产权利的实现。因此，遗产管理人的产生方式、指定、职责、责任、有

偿性，对于保护好遗产，保障被继承人或者受遗赠人的合法权益，具有重要的意义。

遗产管理人在许多情形下都存在，比如在法定继承中，由承认继承的继承人作为管理人；在遗嘱继承中，由遗嘱执行人作为遗产管理人；在无人继承遗产的情况下，遗产管理人由指定产生；等等。对此，各国继承法都有明确规定。

二、遗产管理人的产生方式

原《继承法》只规定存有遗产的人保管遗产，对于在其他情形下的遗产管理人都未能明确规定。民法典继承编规定遗产管理人的产生方式如下。

1. 遗嘱执行人为遗产管理人

继承开始后，遗嘱执行人作为遗产管理人。被继承人在遗嘱中指定了遗嘱执行人，没有指定遗产管理人的，该遗嘱执行人即为遗产管理人，在遗嘱生效时即取得遗产管理人的身份。被继承人在遗嘱中明确指定了遗产管理人的，法律自应尊重，继承人也应服从，在遗嘱生效时遗产管理人开始履行职责。在遗嘱中，既指定遗嘱执行人，又指定遗产管理人的，遗嘱执行人和遗产管理人各负其责。遗产管理人未尽其义务或损害继承人及遗产债权人利益的，利害关系人可以请求法院予以撤换。

2. 继承人推选遗产管理人

被继承人没有指定遗嘱执行人的，继承人应当及时推选遗产管理人，以保存和管理遗产。继承人只有一人的，被继承人的遗产直接转化为该继承人的个人财产，其进行的管理就是所有权人的管理，不存在遗产管理人的问题。继承人为多人的，每一个继承人都可以作为遗产管理人，但是，为了使遗产管理更好地进行，全体继承人应当及时推选出遗产管理人，遗产管理人在确定后，应当及时进行遗产管理活动。

3. 全体继承人为遗产管理人

继承人未推选遗产管理人的，由全体继承人共同担任遗产管理人。全体遗产管理人共同管理遗产，按照共同的意思对遗产进行管理。不能取得一致意见的，应当按照多数人的意见进行管理。

4. 民政部门或者村民委员会担任遗产管理人

被继承人没有继承人或者继承人均放弃继承的，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人，由民政部门或者村民委员会对遗产进行管理。

三、遗产管理人不得辞任

在上述情形下，法定继承人、村民委员会、民政部门担任遗产管理人的，不得辞任，但是，法定继承人放弃继承权的除外。这是因为，法定继承人管理遗产，是其应尽的义务，当然不可以辞任，法定继承人只有放弃继承权的，与遗产不再有利益关系，才可以辞任。至于民政部门和村民委员会担任遗产管理人，则是其职责所在，当然不可以辞任。

法律适用中应注意的问题

本条所规定的遗产管理人的产生方式，是主要的产生方式，在实际生活中，还存在其他产生方式，例如被继承人通过遗嘱指定遗产管理人。

遗嘱指定遗产管理人与遗嘱执行人为遗产管理人是不同的。遗嘱执行人是遗嘱人在遗嘱中指定的执行遗嘱的人，并未指定其为遗产管理人。遗嘱指定遗产管理人则是遗嘱人在遗嘱中明确指定某人就是遗产管理人，由他来管理遗产；而不是遗嘱指定其为遗嘱执行人，在继承开始后，将遗嘱执行人作为遗产管理人。

被继承人在遗嘱中明确指定了遗产管理人的，属于被继承人根据自己的意志对遗产管理事项作出的安排，法律自应尊重，继承人也应当服从。当继承开始后，遗嘱指定的遗产管理人自应担负起遗产管理职责，继承人和其他利害关系人应当服从遗嘱指定的遗产管理人的管理。

遗嘱指定的遗产管理人并非不可改变。如果遗嘱指定的遗产管理人未尽应尽的注意义务或者损害继承人及遗产债权人的利益的，利害关系人可以请求法院撤销遗嘱指定遗产管理人的资格，按照本条规定的规则，由遗嘱执行人担任遗产管理人，或者由继承人推选遗产管理人，或者由继承人共同担任遗产管理人；或者依照本条规定的条件，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人。

案例链接

何某武与谢某露、谢某臣等民间借贷纠纷案^[1]

基本案情

谢某与熊某于2006年7月27日登记结婚，于2016年7月1日协议离婚。被告谢某露系谢某长女；被告谢某臣系谢某与熊某的婚生子；被告曾某明系谢某的母亲。2015年9月30日，谢某向原告何某武借款50万元，并出具借条一份，原告通过重庆农村商业银行转账支付50万元到谢某尾号为4823的账户上，履行了出借义务。2017年10月15日，谢某因病死亡，原告曾于2017年11月14日向法院提起诉讼，要求三被告和熊某偿还借款20万元并支付利息。因三被告均明确表示放弃对谢某遗产的继承，且原告不能举证证明谢某是否留有遗产，故法院于2018年4月7日判决驳回了何某武的诉讼请求。此后，原告查明谢某死亡时留有位于重庆市永川区住房一套和福特探险者小汽车一辆。2018年5月18日，原告再次向法院提起诉讼。诉讼中，被告曾某明向法院递交了放弃继承的承诺书签。庭审中，被告谢某臣明确表示放弃对谢某遗产的继承。

另查明，2017年10月18日，法院根据原告何某武的申请，作出（2017）渝0118执保字638号执行裁定书，对登记在谢某名下的位于重庆市永川区住房一套、小汽车一辆进行查封。

原告何某武向法院提出诉讼请求：要求三被告在谢某遗产（重庆市永川区住房一套、福特探险者轿车一辆）范围内清偿原告借款20万元及利息，并从2018年5月25日起至付清之日止按年利率24%支付利息；由三被告在继承谢某遗产范围内负担本案诉讼费。

法院判决

法院认为，《继承法》第3条规定：“遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产。”谢某的遗产有住房一套、小汽车一辆。被告谢某露、谢某臣、曾某明系谢某第一顺序继承人，应当在继承谢某遗产范围内清偿债务。《继承法》第33条规定：“继承遗产应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务，缴纳税款和清偿债务以他的遗产实际价值为限。超过遗产实际价值部分，继承人自愿偿还的不在此限。继承人放弃继承的，对被继承人依法应当缴纳的税款和债务可以不负偿还责任。”本案中，被告曾某明、谢

某臣明确表示放弃对谢某遗产的继承。根据继承法及其解释的相关规定，继承人可以从实体上放弃接受被继承人的遗产，无须对被继承人的债权人承担责任；但继承人不能放弃对被继承人的遗产清算及管理，负有以遗产实际价值清偿被继承人生前债务的责任。因为被继承人遗产状况往往只有继承人清楚，如果继承人放弃继承而又不承担清算责任，必然会侵犯被继承人的债权人的合法权益，且继承人在遗产处理前的放弃继承意思表示具有流变性，故继承人在“遗产处理前”的放弃继承行为处于一种不稳定状态，不发生确定的法律后果。因此，尽管本案继承人谢某臣、曾某明放弃继承，原告仍可向其主张权利，被告谢某露未到庭参加诉讼，对其是否放弃继承尚不明确。在遗产处理前，三被告均具备继承遗产的资格，同时也存在放任、损坏、转移或隐匿遗产的可能性。在被告谢某臣、曾某明放弃继承和被告谢某露未到庭抗辩的情况下，为了充分保护债权人的合法权益，便于债权人诉讼，应当设定遗产管理人，由于我国目前的法律没有明确规定设定遗产管理人的程序，根据本案的实际情况，可以将三被告设定为被继承人谢某的遗产管理人，在其管理遗产的实际价值范围内承担还款责任，判决谢某露、谢某臣、曾某明在管理谢某遗产的实际价值范围内清偿何某武的借款20万元及利息。

注释：

[1]重庆市永川区人民法院（2018）渝0118民初5081号民事判决书。

第一千一百四十六条

对遗产管理人的确定有争议的，利害关系人可以向人民法院申请指定遗产管理人。

条文对照

《继承法》没有相应规定。

本条主旨

本条是对就确定遗产管理人有争议的情况的规定。

条文详解

这一条文规定的是法院指定遗产管理人的新规则。在继承中，遗产管理人的产生方式，除了第1145条规定的产生方式之外，在特定情况下可以由法院直接指定遗产管理人。

一、可以请求法院指定遗产管理人的情形

按照本条规定和实际情况，指定遗产管理人的特定情况是指对遗产管理人的确定有争议，具体表现如下。

（一）遗嘱未指定遗嘱执行人或者遗产管理人

若遗嘱未指定遗嘱执行人或遗产管理人，继承人或者其他利害关系人对遗产管理人的选任存在争议，利害关系人可以向人民法院起诉，请求人民法院指定遗产管理人。

（二）被继承人没有继承人或者继承人下落不明

遗嘱未指定遗嘱执行人或遗产管理人，被继承人没有继承人或者继承人下落不明的，都等于没有遗产管理人，利害关系人可以向法院请求指定遗产管理人。例如，被继承人的债权人为实现自己的债权，当然可以向法院提出指定遗产管理人的请求。

（三）对指定遗产管理人的遗嘱效力有争议

遗嘱人在遗嘱中指定了遗产管理人，但是，继承人或利害关系人对该遗嘱的效力，或者对该遗嘱指定遗产管理人的效力有争议的，可以向人民法院起诉，请求指定遗产管理人。对此，法院应当首先确定遗嘱效力或者遗嘱指定遗产管理人的效力，认定遗嘱有效或者遗嘱确定遗产管理人部分有效的，驳回其诉讼请求；遗嘱无效或者指定遗产管理人无效的，应当指定遗产管理人。

（四）被继承人的债权人认为继承人的行为损害其债权利益

没有产生遗产管理人，被继承人的债权人有证据证明继承人的行为已经或将要损害其债权利益的，被继承人的债权人可以向法院起诉，请求指定遗产管理人对遗产进行管理、保全遗产，以便实现债权。

二、法院指定遗产管理人的权力

出现上述情形之一的，利害关系人可以向法院起诉，申请指定遗产管理人。

法院应当根据实际情况，指定遗产管理人。例如，可以指定继承人单独或者共同作为遗产管理人，可以指定遗嘱执行人作为遗产管理人，也可以指定民政部门或者村民委员会作为遗产管理人。

法院在指定了遗产管理人之后，遗产管理人应当立即就位，履行遗产管理人的管理职责，保护各方当事人的合法权益。

法律适用中应注意的问题

在司法实践中，适用本条应当注意，为保证遗产的安全，避免遗产损毁、灭失，人民法院在指定遗产管理人之前，经利害关系人的申请，可以对遗产进行必要的处分，即在紧急情况下（如遗产有毁损、灭失危险时），法院可代行遗产管理人的部分职责。

案例链接

魏某、万某贞民间借贷纠纷案^[1]

基本案情

万某贞与邱某原系朋友关系，双方于2014年4月22日签订《最高额借款合同》一份，约定：邱某向万某贞借款，最高金额为人民币伍佰万元，最终借款金额以借款人实际收到的银行转账金额为准。借期内每笔借款利率为月息3%，按月支付。借款期限自2014年3月10日至2016年5月30日。后万某贞于2014年4月24日至2016年5月20日共计向邱某出借款项3 220 000元。邱某陆续偿还原告借款本金968 000元，利息660 000元。2016年6月21日，邱某于某中心某房屋内跳楼自杀，尚欠万某贞借款本金2 252 000元及相应利息。魏某与邱某原系夫妻关系，2015年6月至2016年5月30日期间，邱某利用其尾号3111的农业银行卡向魏某的银行卡共计转款383 740元。

万某贞向一审法院起诉请求：判令魏某作为遗产管理人在邱某遗产范围内偿还万某贞借款本金2 252 000元，及自2017年4月14日至实际给付之日的利息（以2 252 000元为基数，按照年息24%的标准计算）；判令魏某针对上述欠款，在借款本金383 740元，及自2017年4月14日起至实际给付之日止的利息（以借款本金383 740元为基数，按照年利率24%计算）的范围内承担连带还款责任；魏某及其作为遗产管理人在邱某遗产范围内连带承担本案诉讼受理费、保全费。

在一审中，邱某的母亲及女儿均以书面形式，放弃了对邱某的遗产继承权，魏某作为邱某的妻子亦在原审答辩及重审答辩中声明放弃了对邱某的遗产继承权，并已记录在案。当庭万某贞及魏某均认可邱某已不存在遗产继承人，亦无任何证据及线索证明可能存在其他遗产继承人。

法院判决

关于邱某的遗产管理人是否为魏某，一审法院经审理认为，根据最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第47条的规定，继承人放弃继承应当以书面形式向其他继承人表示。用口头方式表示放弃继承，本人承认，或有其他充分证据证明的，也应当认定其有效。第48条规定，在诉讼中，继承人向人民法院以口头方式表示放弃继承的，要制作笔录，由放弃继承的人签名。故邱某的母亲及女儿均以书面的形式放弃了对邱某的遗产继承权，魏某作为邱某的妻子亦在原审答辩及重审答辩中声明放弃了对邱某的遗产继承权，并已记录在案。故现邱某已不存在任何继承人或受遗赠人，邱某的遗产属于无人继承的状态。依据《继承法》第32条的规定，无人继承又无人受遗赠的遗产，归国家所有。因魏某与邱某为夫妻关系，且对涉案

大部分遗产属于占有状态，便于对邱某遗产进行管理及处分，在法律没有其他明确规定的情形下，指定魏某为邱某的遗产管理人，判决被告魏某作为邱某的遗产管理人，在本判决生效之日起10日内，以邱某的遗产为限，偿还原告借款本金225.2万元及利息。

魏某上诉后，二审法院认为，上诉人魏某作为邱某的妻子虽放弃继承，但对于涉案部分遗产属于占有状态，一审法院认定其为邱某的遗产管理人，并无不当，故驳回上诉，维持原判。

注释：

[\[1\]](#)天津市第一中级人民法院（2019）津01民终1172号民事判决书。

第一千一百四十七条

遗产管理人应当履行下列职责：

- （一）清理遗产并制作遗产清单；
- （二）向继承人报告遗产情况；
- （三）采取必要措施防止遗产毁损、灭失；
- （四）处理被继承人的债权债务；
- （五）按照遗嘱或者依照法律规定分割遗产；
- （六）实施与管理遗产有关的其他必要行为。

条文对照

《继承法》没有相应规定。

本条主旨

本条是对遗产管理人职责范围的规定。

条文详解

这一规定是对管理人职责范围的新规则，详细地列举了管理人的职责。

一、确定遗产管理人职责的重要意义

遗产管理人的职责，关乎多方当事人的利益：一是关乎被继承人处置遗产的意愿是否能够实现；二是关乎继承人或者受遗赠人是否能够按照遗嘱指定或者依照法律规定取得应当获得的遗产；三是关乎被继承人的债权人的债权是否能够实现。

由于遗产管理人在管理遗产方面的责任重大，因而，法律必须明确遗产管理人的职责范围。遗产管理人应当按照法律规定的遗产管理人的职责范围，严格履行职责。

二、遗产管理人的具体职责范围

本条规定的遗产管理人的职责范围如下。

（一）清理遗产并制作遗产清单

遗产管理人首先要履行的职责就是清理遗产。清理遗产，是指查清被继承人遗留遗产的名称、数量、地点、价值等状况，使继承人和利害关系人对被继承人的遗产有准确的掌握。

其次，在查清有关遗产的基础上，遗嘱管理人应当编制遗产清单。编制遗产清单的要求是，全面、准确地载明遗产的具体情况，既包括对积极财产的记载，也包括对消极财产的记载。遗产清单在制作完成后，应当经过公证处的公证，从而具有公信力。

（二）向继承人报告遗产情况

遗产管理人在查清遗产、制作了遗产清单后，应当向继承人报告遗产情况，使继承人掌握遗产清单，掌握被继承人遗留财产的具体情况。

（三）采取必要措施防止遗产毁损、灭失

遗产管理人还应当对遗产负有管理职责，遗产管理人应当采取必要措施，防止遗产被毁损、灭失。首先，要保护和维持遗产的现状。其次，应当采取适当的处置措施，例如变卖易腐物品、修缮房屋、进行必要的营业行为、收取到期债权等。最后，实施这些必要的处分措施的目的是保存遗产，处分措施不能超越必要限度，如果超出必要限度，属于遗产管理人的非必要处分行为，其中对继承人、受遗赠人等造成损害的，应当由遗产管理人承担赔偿责任，如遗产管理人将遗产无偿赠与他人、将遗产故意毁坏等。

（四）处理被继承人的债权债务

对于经过清理，能够确定的被继承人的债权债务，遗产管理人在通知或者公告后，一方面，应当就被继承人的债权依法向债务人进行主张，通过非诉或者诉讼的手段，实现被继承人的债权，并将实现债

权所获得的财产列入遗产范围，将不能实现的债权作为被继承人的消极遗产，纳入遗产范围；另一方面，应当对有关遗产债务进行清偿，在清偿中，应当以遗产的实际价值为限承担被继承人的清偿责任。对遗产债务的清偿应当按照一定的顺序，对同一顺序的债务无法全部清偿的，可以按一定的比例清偿。只有在清偿完毕债务后尚有剩余遗产的，才能进行遗产分割。

（五）按照遗嘱或者依照法律规定分割遗产

在继承开始后，遗产管理人应当将遗产进行集中管理，即使是不能集中管理的遗产，也应当落实保护措施，防止遗产减损。完成上述工作后，遗产管理人应当依照法律规定或者约定，开始进行遗产分割。如果只有一个继承人，遗产管理人应当及时将遗产移交给继承人。如果有两个以上继承人，遗产管理人则应当按照遗嘱指定或者法律规定，对遗产进行分割，将分割后的遗产交给继承人或者受遗赠人。

（六）实施与管理遗产有关的其他必要行为

对于被继承人的遗产，遗产管理人应当善尽管理职责，进行管理。凡是与管理遗产有关的必要行为，都在遗产管理人的职责范围之内，其都有权依法实施。

在实践中，若遗嘱执行人就是遗产管理人，则遗产管理人履行上述职责，自有根据。如果既有遗产管理人又有遗嘱执行人，则遗产管理人负责遗产清理和遗产保管的职责，处理被继承人的债权债务，在法定继承中分割遗产；遗嘱执行人应当按照遗嘱的指定，执行遗嘱处分遗产的指定，分割遗产，遗嘱中还有处分债权债务的内容的，遗嘱执行人应当依照遗嘱办理。简言之，凡是遗嘱指定的遗产处置内容，遗嘱执行人都有权执行，并排除遗产管理人的遗产处置权。

法律适用中应注意的问题

在适用本条法律规定时，应当注意遗产管理人与遗嘱执行人的区别。

第一，适用范围不同。遗嘱执行人只适用于遗嘱继承的情况，而遗产管理人还可以在法定继承、遗赠、无人继承遗产等所有继承事件中设定。

第二，产生方式不同。遗嘱执行人的确定有以下三种情况：

一是由被继承人生前在遗嘱中指定；二是遗嘱人未指定遗嘱执行人或指定的遗嘱执行人不能执行遗嘱的，遗嘱人的法定继承人为遗嘱执行人；三是在遗嘱没有指定遗嘱执行人，也没有法定继承人能执行遗嘱时，由遗嘱人生前所在地或者继承开始地的基层组织为遗嘱执行人。遗嘱继承的遗嘱执行人同时也是遗产管理人，在法定继承和无人继承遗产中也可以设立遗产管理人。在法定继承中遗产管理人可以由继承人协商确定；而在特定情形下，经利害关系人申请，人民法院可以指定遗产管理人。

第三，担任条件不同。遗嘱执行人必须是完全民事行为能力人；而遗产管理人在个别情况下，可能是无民事行为能力人或限制民事行为能力人。例如在仅有一个继承人而该继承人是无民事行为能力人或限制民事行为能力人的情况下，该继承人是法定的遗产管理人，只不过其遗产管理行为应当由其法定代理人代理，限制民事行为能力人则应得到其法定代理人的同意。

案例链接

屈某与郭甲、郭乙被继承人债务清偿纠纷案^[1]

基本案情

郭丙与安某原系夫妻关系，婚后生育一女即郭乙，安某与郭丙于1997年10月9日离婚，被告郭乙由安某抚养，郭丙的母亲已经去世，被告郭甲系郭丙的父亲。2012年3月27日，原告屈某以自己位于工人路的住房作抵押，向中国邮政储蓄银行股份有限公司郑州市分行中心支行（以下简称“邮政储蓄银行”）贷款38万元，并直接通过邮政储蓄银行将贷得的款项全部打入郭丙在邮政储蓄银行开户的账户，之后郭丙向原告出具了借款38万元的借条。后因原告家中有事急于用钱，郭丙于2013年3月26日向原告以现金的方式归还了借款8万元，并于当日重新给原告出具了借款30万元的借条，借期为5年。2014年6月8日，郭丙突然去世，但对原告的借款没有归还。被告郭乙、郭甲均为其第一顺序继承人，故原告诉讼至法院要求解决。鉴于郭丙的经济能力，原告屈某在本次诉讼中并没有要求全部债权，仅要求部分实现债权即100 000元。

法院判决

法院认为，郭丙生前向原告屈某借款380 000元（后偿还8万元），郭丙出具借条，原告屈某还能提供其贷款及转账凭证，郭

丙借款未还事实清楚，证据充分，故对原告屈某的诉讼请求予以支持，被告郭乙、郭甲应在郭丙的遗产范围内承担还款责任。虽然被告郭乙向法院出具了放弃继承的声明，但在被继承人郭丙存在债权人而继承人放弃继承的情况下，被继承人的债权人在行使诉权时，将因没有被告而导致权利无法实现，这必然会损害债权人的合法权利。故郭丙的继承人仍应作为遗产管理人，履行清算债权债务的义务，在郭丙的遗产范围内向债权人履行清偿义务。综上所述，依照《民法通则》第108条、《继承法》第33条的规定，判决被告郭甲、郭乙在继承遗产的范围内清偿原告屈某债务100 000元。如果二继承人或者部分继承人放弃继承郭丙的遗产，则直接以郭丙的遗产或放弃部分的遗产及继承部分的遗产为限，清偿所欠原告的上述款项。

注释：

[1]河南省郑州市中原区人民法院（2014）中民一初字第1848号民事判决书。

第一千一百四十八条

遗产管理人应当依法履行职责，因故意或者重大过失造成继承人、受遗赠人、债权人损害的，应当承担民事责任。

条文对照

《继承法》没有相应规定。

本条主旨

本条是对遗产管理人履行职责及责任的规定。

条文详解

本条是对遗产管理人故意或者重大过失造成继承人、受遗赠人、债权人损失的责任的规定。

一、遗产管理人履行职责应尽的注意义务

遗产管理人履行职责，首先要解决的是其于执行职务时应尽何种注意义务。对此，有两种不同观点：一种观点认为，管理人的注意义务应根据其是否受有报酬而有不同标准。受有报酬者，应尽善良管理人的注意义务；无偿任职者，则仅需尽与处理自己事务相同之注意义务。^[1]另一种观点认为，不必区分遗产管理人是否受有报酬，凡遗产管理人一律应以善良管理人的义务执行职务。其注意程度，应与宣告失踪人之财产管理人之注意义务相同。^[2]

处理自己事务的注意义务的统一标准不好确定，不仅认定上存在困难，而且对于继承人、受遗赠人、债权人等利害关系人不利。因此，为使遗产债权人、受遗赠人等遗产权利人的利益得到更多保障，遗产管理人应当负有善良管理人的注意义务。遗产管理人须忠实、谨慎地履行管理职责。遗产管理人因不当履行上述职责或未尽应尽的注意义务而给遗产债权人造成损害的，遗产债权人有权要求遗产管理人承担民事责任。

二、遗产管理人赔偿责任的性质与构成

（一）遗产管理人赔偿责任的性质

遗产管理人承担的赔偿责任的性质，既可能是违约责任，也可能是侵权责任。

当遗产管理人依据委托合同产生时，遗产管理人未尽管理职责造成遗产继承人或者受遗赠人以及被继承人的债权人的利益损害的，承担的民事责任是违约责任，主要表现是未尽约定的合同义务而致损害。

在通常情况下，遗产管理人赔偿责任的性质是侵权责任，即因自己的故意或者重大过失而造成了继承人、受遗赠人以及被继承人的债权人的损害，侵害了他们的继承权、受遗赠权或者债权，造成了财产利益的损失，构成侵权责任。

（二）遗产管理人赔偿责任的构成要件

遗产管理人赔偿责任不论是违约责任还是侵权责任，都是过错责任，按照本条规定，遗产管理人须有故意或者重大过失才构成赔偿责任。

遗产管理人赔偿责任的构成要件如下。

1. 遗产管理人须有违反其遗产管理职责的行为

对此，应当按照《民法典》第1147条的规定或者遗产管理委托合同约定的遗产管理人的职责范围，确定遗产管理人是否履行了管理职责，履行职责是否符合法律或合同的规定，是否超出法定或约定的职责范围。遗产管理人未尽管理职责，或者履行管理职责不符合要求，或者超出了遗产管理人的职责范围构成滥用职权行为的，应当认定其构成履行管理职责违法或者违约行为。

2. 造成继承人、受遗赠人、债权人的财产损失

遗产管理人的履行管理职责违法或者违约行为，须造成继承人、受遗赠人或者债权人的财产损失后果，才能构成遗产管理人赔偿责任。受到损害的受害人须是继承人，或者受遗赠人、被继承人的债权人。受到损害的权利是继承人的继承权、受遗赠人的受遗赠权或者债权人的债权。造成的实际损失是由继承权、受遗赠权或者债权受到侵害而造成的财产利益未实现。例如，继承人应当继承的遗产没有得

到，受遗赠人应当得到的遗赠没有得到，或者被继承人的债权人的债权应当实现而没有实现等。

3.因果关系要件

遗产管理人赔偿责任的因果关系要件，表现为遗产管理人违反其遗产管理职责的行为与继承人、受遗赠人、债权人的财产损失之间具有引起与被引起的因果关系。违反遗产管理职责的行为先侵害的是继承权、受遗赠权或者债权，继而导致受害人的财产利益受到损失，两者之间具有引起与被引起的因果关系。

4.遗产管理人须有故意或者重大过失

遗产管理人对于损害的发生有故意或者重大过失，方可构成遗产管理人赔偿责任。如果遗产管理人只存在一般过失，即使造成遗产的损失，也不承担损害赔偿责任。遗产管理人之所以对自己的一般过失造成的损害不承担赔偿责任，是因为法律综合平衡了遗产管理人的情况，特别是不区分有偿或者无偿遗产管理人都要承担损害赔偿责任，且不主张有所区别，均采用了善良管理人的注意义务。即本应确定有偿的遗产管理人就一般过失承担损害赔偿责任，但是，为了统一标准，法律规定为遗产管理人都对故意或者重大过失造成的损害负责，而对一般过失造成的损害不负责。

法律适用中应注意的问题

遗产管理人未尽善良管理人的注意义务，不当履行职责，因故意或者重大过失造成继承人、受遗赠人、债权人损害的，应当承担民事责任，对造成的损失应当予以赔偿。对此，应当查清损害的实际情况，确定赔偿范围，对造成的全部财产损失承担赔偿责任。

其实，对不论是有偿的还是无偿的遗产管理人，在造成损害时，一律以重大过失或者故意使其应当承担赔偿责任，这在政策考量上是有一定的问题的，即不区分有偿和无偿的差别。显然，如果是无偿的管理行为造成损害，应当适当降低标准；如果是有偿的管理行为造成损害，遗产管理人只要有过失就应当承担赔偿责任。对此，在司法实践中当然应当适用法律的规定，但是，可以考虑对于有偿的遗产管理行为，在判断遗产管理人的重大过失时，适当降低标准，使其承担与其有偿行为相一致的赔偿责任。这更为妥当。

案例链接

吴某与田某、龚某一等被继承人债务清偿纠纷案^[3]

基本案情

2018年1月18日，龚某四向原告吴某借款人民币60 000元，并出具借条一份，约定借款期限6个月，每月利息1 800元。2018年3月1日，龚某四另向原告吴某借款人民币70 000元，并出具借条一份，约定借款期限6个月，每月利息2 100元。借款期限内，龚某四已支付了上述60 000元借款本金截至2018年6月18日的利息，支付了上述70 000元借款本金截至2018年6月1日的利息。2018年7月11日，龚某四因一氧化碳中毒，在一汽车内意外死亡，未留有遗嘱。原告诉请被告田某、龚某一、龚某二、龚某三偿还借款。田某系龚某四的妻子，被告龚某一系龚某四的父亲，被告龚某二系龚某四的儿子，被告龚某三系龚某四的女儿，上述四被告为被继承人龚某四的第一顺序法定继承人。以上四人在本案审理过程中向法院共同出具书面声明，放弃继承龚某四的遗产。

法院判决

法院认为，合法的借贷关系受法律保护。原告吴某与龚某四之间的借贷关系，合法有效。上述借贷事实虽发生于龚某四、田某夫妻关系存续期间，但欠条为龚某四个人所出具，田某表示对此并不知情，且原告吴某也无证据证明该借款是因家庭生活所负的共同债务，故案涉130 000元债务应当按龚某四个人债务处理。关于案涉债务利率，原告主张按年利率24%的标准计算，不违反法律规定，应予准许，但只应计算至龚某四死亡时止。龚某四死亡以后，其作为承担民事责任的主体已经不复存在，被告田某、龚某一、龚某二、龚某三均系龚某四的第一顺序继承人，本应在继承遗产范围内承担债务清偿责任，因上述四被告明确表示放弃继承，故其对龚某四依法应当清偿的债务不负偿还责任，该笔借款只应在龚某四遗产的实际价值范围内清偿，且承担支付利息的时间只应计算到龚某四死亡时止，即2018年7月11日。依据查明事实，案涉60 000元借款截至龚某四死亡之前未付的利息为920元；案涉70 000元借款截至龚某四死亡之前未付的利息为1 866.67元。《民法总则》第42条第1款规定：“失踪人的财产由其配偶、成年子女、父母或者其他愿意担任财产代管人的人代管。”第43条规定：“财产代管人应当妥善保管失踪人的财产，维护其财产权益。失踪人所欠税款、债务和应付的其他费用，由财

产代管人从失踪人的财产中支付。财产代管人因故意或者重大过失造成失踪人财产损失的，应当承担赔偿责任。”参照前述规定，被告田某、龚某一、龚某二、龚某三作为被继承人龚某四的全部第一顺序法定继承人，一般情况下应对遗产的种类、范围及数目等情况较为熟知，四被告虽已明确表示放弃继承龚某四的遗产，但仍应履行对遗产的管理职责，并用龚某四的遗产清偿龚某四生前所负债务，以最大限度保障债权人的合法权益。被告龚某一、龚某二经法院传票传唤，未到庭参加诉讼，依法可以缺席判决。据此，依照《民法总则》第13条，《合同法》第60条、第206条，《继承法》第33条，《民事诉讼法》第64条、第144条，最高人民法院《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》第2条的规定，法院判决被告田某、龚某一、龚某二、龚某三在本判决生效后3日内，在龚某四遗产的实际价值范围内清偿原告吴某的借款130 000元，并支付截至2018年7月11日龚某四生前未付的利息2 786.67元。

注释：

[1]戴炎辉，等.中国继承法.台北：三民书局，1998：224.

[2]史尚宽.继承法论.北京：中国政法大学出版社，2000：374.

[3]湖北省鹤峰县人民法院（2018）鄂2828民初713号民事判决书。

第一千一百四十九条

遗产管理人可以依照法律规定或者按照约定获得报酬。

条文对照

《继承法》没有相应规定。

本条主旨

本条是对遗产管理人有权获得报酬的规定。

条文详解

遗产管理人实施遗产管理行为，相当于破产管理人对破产财产的管理，获得报酬是应该的。本条规定的遗产管理人可以依照法律规定或者按照约定取得报酬。

一、遗产管理人的管理行为通常是有偿行为

遗产管理人提供遗产管理服务，可以是有偿服务，也可以是无偿服务。例如，受委托而作为遗产管理人的，一般应当是提供有偿服务；继承人为自己的利益而为遗产管理人的，可以不收费，进行无偿管理。

在通常情况下，遗产管理人对遗产的管理是有偿提供服务的，原因是，遗产管理人为管理财产的行为，是为了实现遗产的保值，保护遗产继承各方当事人的权益，被支付管理费用理所当然。因此，遗产管理人收费是常态。

对遗产管理人应当给付的报酬，应当列入遗产管理费成本，其在分割遗产时享有优先受偿的效力，应当排在对被继承人的丧葬费之后、应当依法缴纳的税款和债务之前的优先位置。

二、确定遗产管理服务报酬的方法

确定遗产管理服务报酬有以下方法。

1.依照法律规定

对于担任遗产管理人报酬的给付，如果有法律规定，应当依照法律规定确定付费标准。例如，律师担任遗产管理人的，可以参照律师收费标准确定报酬数额，依照管理遗产的数额的比例确定收费数额。目前，律师收费标准没有对此作出规定。日后，在积累一定经验的基础上，法律或者行政法规应当规定遗产管理服务收取报酬的标准，统一收费数额。

2.按照约定

在当事人或者被继承人委托遗产管理人时，双方应当签订合同，约定报酬的标准和数额，遗产管理人按照约定取得报酬。如果没有约定或者约定不明确，应当按照《民法典》第510条的规定进行补充协商，按照协商的意见确定收费标准；如果协商不成，可以参照法定的收费标准确定报酬数额。

法律适用中应注意的问题

法律规定或者合同约定遗产管理人获得报酬的，遗产管理人的获得报酬权受法律保护。不履行给付报酬义务的，遗产管理人可以向法院起诉请求给付。

遗产管理人报酬享有优先权，应当在遗产中优先支付。虽然民法典继承编对此没有规定，但是依据法理，这是必需的。

案例链接

孙某四与孙某三等法定继承纠纷上诉案^[1]

基本案情

被继承人孙某才、周某英夫妇共生育四个子女，即长女孙某一、长子孙某二、次女孙某四、次子孙某三。孙某五系孙某才、周某英夫妇于1991年6月5日收养的养孙女。孙某才于2008年2月17日去世，周某英于2007年1月5日去世。关于被继承人孙某才、周某英的遗产继承问题，一审法院作出的（2009）历民初字第52号民事判决书确认，原告孙某三、被告孙某一、被告孙某二、被告孙某四系两被继承人的第一顺序继承人，孙某五系被继承人孙某才、周某英的养孙女，养祖父母与养孙子女的关系视为

养父母与养子女关系的，可互为第一顺序继承人，故孙某五应当作为第一顺序继承人继承孙某才、周某英的遗产，其与原告孙某三、被告孙某一、被告孙某二、被告孙某四享有平等的继承权。坐落于济南市历下区××大街××号沿街房屋产生的租金收益应作为遗产进行分割，对于2008年下半年至2009年上半年的租金38 000元由原、被告五人进行平均分配。该判决书已经发生法律效力。

现仍然由被告孙某一管理上述房屋和收取租金。被告孙某一与承租人签订了2011年9月1日至2014年8月31日的房屋租赁合同，租期3年，年租金45 000元，每半年交付一次；签订了2014年9月1日至2017年8月31日的房屋租赁合同，租期3年，年租金55 000元，每半年交付一次。被告孙某一已收取2011年9月1日至2015年8月31日的房屋租金共190 000元，并按照五分之一的份额分别向被告孙某二、被告孙某四分配支付。原告孙某三、孙某五各主张分配上述租金中五分之一的份额，诉至一审法院。

一审审理过程中，孙某四向一审法院提出反诉请求：（1）请求人民法院依法判令反诉被告返还反诉原告应继承存款170 000元及利息（以42 000元本金为基数，自2008年2月18日起至实际判决支付日止，以银行同期贷款利率计算）。（2）依法按份额继承其他遗产（包括房屋拆迁安置房、拆迁补偿款及利息）。（3）请求法院依法判反诉被告返还反诉原告变卖孙某才××北街××号院落遗产房屋中所有物品财产及房屋租赁费124 000元及利息。（4）请求法院依法判决反诉被告交出××大街××号门头房政府裁决书一份，并办理共同房产证。（5）请求法院依判决取消反诉被告孙某五法定继承资格身份。（6）请求法院判反诉被告孙某一交出2008年时孙某才遗嘱一份。（7）请求法院依法判反诉被告孙某一支付拖欠反诉原告的2015年9月1日至2016年3月30日半年房租金5 500元，并取消反诉被告与承租人签订房屋租金合同权及所掌握租金分配权。（8）本案诉讼费用由反诉被告承担。

法院判决

一审法院认为，依据已经发生法律效力的民事判决书，可以确认原告孙某三与被告孙某一、被告孙某二、被告孙某四为被继承人孙某才、周某英的第一顺序继承人，原告孙某五系被继承人孙某才、周某英的养孙女，养祖父母与养孙子女的关系视为养父母与养子女关系的，可互为第一顺序继承人，故孙某五应当作为第一顺序继承人继承孙某才、周某英的遗产，其与原告孙某三、

被告孙某一、被告孙某二、被告孙某四享有平等的继承权。两被继承人遗留的房屋产生的租金收益，由原、被告五人均等分配。被告孙某一对外出租房屋，租金收益由其持有，自2011年9月1日至2015年8月31日租金收益共计190 000元，被告孙某一仅向被告孙某二、被告孙某四分配交付，未向两原告分配交付其应得份额。依据生效判决确定的分配原则，该收益应平均分配给所有的继承人。被告孙某一未主动将租金收益分配给两原告，两原告主张分割租金收益，法院应予支持。被告孙某一认为房屋租金中应扣除其探视兄弟的费用及管理房屋的报酬，未提交证据予以证实，对其请求无法确认，法院不予支持。两原告主张自2011年9月1日计付可得租金产生的银行利息，因其所得份额系该日期后分期获得，其主张自2011年9月1日起按照银行贷款利率计算利息，无法律依据，法院不予支持。故判决被继承人遗留的房屋产生的租金收益由原告孙某三、原告孙某五、被告孙某一、被告孙某二、被告孙某四平均继承分配，各自分得38 000元。由被告孙某一向原告孙某三、原告孙某五分别支付38 000元。

孙某四不服一审判决，提起上诉。

二审法院认为，根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第233条的规定，反诉的当事人应当限于本诉的当事人的范围。反诉与本诉的诉讼请求基于相同法律关系、诉讼请求之间具有因果关系，或者反诉与本诉的诉讼请求基于相同事实的，人民法院应当合并审理。上诉人孙某四在一审审理过程中提出的“反诉请求”，不符合法律的规定，且孙某四就其“反诉请求”已另行提起了诉讼，山东省济南市历下区人民法院业已受理，故其主张一审法院遗漏其反诉请求的上诉请求，法院不予采信。山东省济南市历下区人民法院（2009）历民初字第52号生效民事判决书确认了孙某五的继承人资格，上诉人孙某四对生效判决确认的事实有异议的，应当按照再审程序解决。现上诉人孙某四主张孙某五不具备法定继承人资格，请求取消孙某五法定继承人资格，法院不予支持。

注释：

[1]山东省济南市中级人民法院（2017）鲁01民终3836号民事判决书。

第一千一百五十条

继承开始后，知道被继承人死亡的继承人应当及时通知其他继承人和遗嘱执行人。继承人中无人知道被继承人死亡或者知道被继承人死亡而不能通知的，由被继承人生前所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会负责通知。

条文对照

第二十三条 继承开始后，知道被继承人死亡的继承人应当及时通知其他继承人和遗嘱执行人。继承人中无人知道被继承人死亡或者知道被继承人死亡而不能通知的，由被继承人生前所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会负责通知。

本条主旨

本条是对继承开始后继承人应当履行通知义务的规定。

条文详解

一、继承开始的通知义务

被继承人死亡，知道继承人死亡的继承人负有通知义务。

继承开始的通知义务，是指知道继承人死亡的继承人等将被继承人死亡的事实通知继承人或遗嘱执行人，以便继承人及时处理有关继承问题的义务。继承开始后，通知继承人是继承的必要环节，也是继承人行使继承权的前提条件。因此，继承开始后，知道继承人死亡的继承人应当履行继承开始通知的义务。

在现实生活中，当近亲属死亡时，知道该近亲属死亡的近亲属通常要奔丧，即通知其他近亲属，赶赴治丧地祭奠。如周化礼仪规定，子女在外，如父母死，闻丧即应以哭答使者，然后详问父母死因，哭毕即着深衣戴素冠急归故乡，途中素食，凡过一处皆哀哭过境，到家则自门外号哭于堂上。如因残病、临产、生育等原因不能奔丧，则寄

物以吊。可见奔丧，一是通知，二是归乡祭奠。其中的通知，就包含开始继承的通知义务。

二、通知义务的义务人

依照本条规定，在继承开始后，首要的通知义务人是知道被继承人死亡的继承人，其负有及时通知其他继承人和遗嘱执行人的义务。对其他继承人的通知，相当于民间的“奔丧”，奔丧主要是告知被继承人死亡的信息，而通知义务则是通知其他继承人被继承人已经死亡、继承已经开始、所有的继承人的继承期待权成为继承既得权的信息，继承人可以实现继承权。知道有遗嘱执行人的，还应当及时通知遗嘱执行人，以便执行遗嘱。

若继承人中无人知道被继承人死亡，或者知道被继承人死亡而不能通知的，例如通知义务人是无民事行为能力人，则被继承人生前所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会是通知义务人，负责对继承人和遗嘱执行人进行通知。

三、通知义务的履行

对继承开始通知的具体时间和方式，本条没有明确规定。负有通知义务的继承人或单位，应当及时发出通知。通知是否及时，应当根据具体情况确定。通知的方式，应当以将继承开始的事项传达给对方为原则，可以采取口头方式，也可以采取书面方式，还可以采取公告方式。

上述负有通知义务的继承人或单位，有意隐瞒继承开始的事实，造成其他继承人损失的，应当承担责任。

法律适用中应注意的问题

本条没有规定通知义务主体未履行通知义务的后果，因而这一通知义务有可能变成不真正义务，即软义务。通知义务主体如果未履行通知义务，造成了继承人、受遗赠人或者被继承人的债权人利益的损害，难道不应当承担赔偿责任吗？

因此，在司法实践中适用本条规定，应当遵循《民法典》第176条关于“民事主体依照法律规定或者按照当事人约定，履行民事义务，承担民事责任”的规定，确认本条规定的通知义务是法

定义务，不履行该义务，造成通知权利主体财产利益损害的，违反义务的通知义务人应当承担赔偿责任。

案例链接

李某泉与李某元等侵权责任纠纷案^[1]

基本案情

李某与王某原系夫妻关系，二人共生育五个子女，分别为长子李某元、次子李某荣、三子李某海、四子李某泉及长女李某菊。李某于1998年12月31日因病去世，王某于2013年3月31日因病去世。

原告李某泉主张，依据《继承法》第23条关于“继承开始后，知道被继承人死亡的继承人应当及时通知其他继承人和遗嘱执行人”的规定，三被告违反上述通知义务，在其母亲王某去世后，未及时通知他，导致其不能参加吊唁、祭奠等仪式，亦未能参加火化、悼念等仪式，侵犯了其参加吊唁的权利，侵犯了其人格权，并据此要求三被告在省级以上媒体公开赔礼道歉，并赔偿其精神损害抚慰金12万元。

关于王某于2013年3月31日去世后的丧葬事宜，三被告主张，是由被告李某元和李某菊共同主持操办的，于2013年4月1日中午12时左右进行了遗体火化。王某去世后未设灵堂，亦未举行追悼会，只是在遗体火化前进行了告别仪式，参加葬礼的人员包括三被告及其家庭成员，以及被告李某菊的同事和被告李某菊丈夫的朋友，并没有通知亲戚朋友参加葬礼。三被告对在母亲王某去世后未通知原告李某泉的事实无异议，但均主张其并没有通知原告李某泉的义务，法律也没有规定其具有这样的法律义务。原告李某泉在母亲王某生前两年的时间内，不去看望母亲，不尽赡养义务。母亲王某生前也曾多次表达“死后不要通知原告李某泉”的意思，不通知原告李某泉母亲去世的事情，是执行母亲的遗愿。三被告同时主张，原告李某泉主张赔偿精神损害抚慰金12万元没有法律依据，不同意赔偿，且原告李某泉主张的该项赔偿更能够证实原告李某泉起诉的目的并不是主张尽孝道，而是索要赔偿款项。

法院判决

王某去世后，三被告是否对原告李某泉负有通知义务，人民

法院经审理认为,《继承法》第23条规定:继承开始后,知道被继承人死亡的继承人应当及时通知其他继承人和遗嘱执行人。原告李某泉依据此规定主张的上述通知义务能否成立,应当从继承法的立法依据和立法目的,以及该条法律规范的立法目的和立法本意予以分析。我国《继承法》第1条规定:根据《宪法》规定,为保护公民的私有财产的继承权,制定本法。我国《宪法》第13条规定:“公民的合法的私有财产不受侵犯。国家依照法律规定保护公民的私有财产和继承权。”据此,我国《继承法》的立法依据是我国《宪法》对于公民享有私有财产权利的认可,立法目的是对于公民私有财产权利的取得方式即继承权的保护。同时,原告李某泉主张援引的《继承法》第23条规定属于该法第4章“遗产的处理”中的法律规范条文。据上,《继承法》第23条设定的知道被继承人死亡的继承人对其他继承人的通知义务的立法本意和法律释义,应当是保障被继承人的所有继承人均享有参与被继承人遗产继承的均等机会,防止损害不知晓被继承人死亡事实的继承人对于遗产继承的财产权益。因此,原告李某泉基于其所主张的“人格权”权利和保护目的,援引《继承法》第23条之规定,并据此主张三被告负有法定的通知义务,属于援引法律规范错误,其该项主张法院不予采纳,故判决驳回原告李某泉的诉讼请求。^[2]

注释:

[1]山东省济南市市中区人民法院民事判决书(2015)市民初字第1075号。

[2]这个案件的裁判是存在一定问题的。当然,本案涉及的法律关系有所区别,即原告主张被告未履行通知义务,侵害其人格权,与其提出主张依据的继承法的规定似乎并不搭界,但是其实质问题是一致的。被继承人死亡,知道其死亡的继承人不通知其他继承人,就是违反了通知义务,进而也就侵害了其他继承人的继承权。本案原告依照这一法律依据,主张被告违反通知义务,尽管法律关系的性质有所不同,但是问题的实质是一样的。对于本案,尽管原告的诉讼请求被驳回,但是其可以向法院另行起诉,依据继承法律规定,主张继承权,主张被告违反继承开始的告知义务并承担侵害其继承权的赔偿责任。这样原告就能够保护自己的合法权益了。

第一千一百五十一条

存有遗产的人，应当妥善保管遗产，任何组织或者个人不得侵吞或者争抢。

条文对照

第二十四条 存有遗产的人，应当妥善保管遗产，任何人不得侵吞或者争抢。

本条主旨

本条是对存有遗产的人应当妥善保管遗产的规定。

条文详解

存有遗产的人应当妥善保管遗产，这是遗产管理人的义务，也是其他存有遗产的人负有的法定义务。

一、遗产管理的一般要求

遗产管理，是指对死者遗产负责保存和管理的制度。在继承开始后，为了保护遗产不被损毁或散失，须确定遗产管理人，对遗产进行管理，以保护继承人、受遗赠人以及被继承人的债权人的财产利益，使其不受损害。

遗产管理的时间界限，是自继承开始时起，到遗产的最终分割、处理完毕时止。在此期间，由于财产的所有人已经死亡，没有所有人以所有的意思进行管理，因而，必须设置遗产管理人，对被继承人的遗产进行管理。

对遗产的管理，各国继承法主要有两种立法例：一是由法院或主管官员依职权进行管理。德国、瑞士等国继承法采取此立法例。二是由民事法院根据利害关系人或者检察官的请求，指定遗产管理人。法国、日本等国继承法采此立法例。

二、我国对存有遗产的人保管遗产的规定

原《继承法》第24条规定得比较简单，使立法在遗产的管理方面比较薄弱，没有关于遗产管理人的规定，也没有对遗产管理进行详细规定，仅仅规定这一条文，包括了对遗产管理的主要制度。其原因在于，在1985年制定《继承法》时，我国自然人并没有太多的财富，在被继承人死亡后，也就没有较多的遗产，加之没有立法及司法经验，所以，对遗产的管理并没有制定太多的规范。

民法典继承编改变了这一状况，全面规定了遗产管理人制度。尽管本条条文的内容没有变化，但是这一条文的性质却发生了改变，由过去规定为遗产管理的基本规则，变成了存有遗产的人的保管义务和任何组织和个人不得侵吞或者争抢遗产的具体规范。所以，本条的基本要旨如下。

第一，在继承开始后，遗产如果为特定的人所保存，存有遗产的人就负有妥善保管遗产的义务。妥善的含义，是存有遗产的人对遗产的保管负有善良管理人的注意义务，违反该注意义务，即为过失。存有遗产的人应当将存有的遗产的情况，如实报告给遗产管理人，以便其确定遗产的数额，进行遗产分割。

第二，对存有遗产的人保管的遗产，任何组织和个人特别包括遗产继承人、受遗赠人、被继承人的债权人等利害关系人，也包括存有遗产的人，都不得侵吞和争抢，侵害遗产。任何组织和个人如果侵吞或者争抢遗产，造成遗产损失的，都应当承担赔偿责任。

法律适用中应注意的问题

在司法实践中适用本条规则存在的问题仍然是，无论是对存有遗产的人还是对所谓的“任何组织或者个人”规定的义务，都没有规定相应的责任。对此，应当确定。

第一，存有遗产的人，不论是何身份，例如继承人、受遗赠人、被继承人的债权人以及其他，只要存有被继承人的遗产，就负有妥善保管遗产的义务。存有遗产的人违反妥善保管遗产的义务，例如侵吞遗产，或者造成了遗产的损坏，损害了利害关系人，如继承人、受遗赠人、被继承人的债权人等的财产利益的，构成侵权责任，因而应当承担侵权责任，赔偿受害人的损失。

第二，其他任何人对遗产负有不得侵吞或者争抢的义务，违反这一义务，对遗产进行争抢，造成了继承人、受遗赠人以及被

继承人的债权人财产利益的损害的，也构成侵权，应当承担赔偿责任。

第三，占有遗产的人是否就是遗产管理人，并不一定。如果占有遗产的人就是遗嘱执行人，或者就是遗产管理人，其应当负有遗产管理人的职责。如果占有遗产的人并不是遗嘱执行人或者遗产管理人，而存在选定了的遗产管理人或者有遗嘱执行人的，则占有遗产的人还有向遗嘱执行人或者遗产管理人移交遗产的义务，即应当清点遗产数额、种类，编制遗产清单，向遗嘱执行人或者遗产管理人移交遗产。

案例链接

凌某强与黄某红、吴甲等保证合同纠纷案^[1]

基本案情

2016年7月12日，吴某军、黄某红与王村支行签订《个人借款合同》，吴某军、黄某红向王村支行借款20万元，贷款期限60个月，自2016年7月12日至2021年7月12日止，年利率9.5%。同日，原告凌某强及妻子吴某英作为保证人与王村支行签署《保证合同》，约定由原告凌某强和吴某英为吴某军、黄某红上述借款本息提供连带保证责任担保。因吴某军于2018年11月1日死亡，王村支行宣布上述借款提前到期，2018年11月15日，原告凌某强代吴某军和黄某红偿还了王村支行120 798.18元，借款本息已结清。

黄某红系吴某军配偶，吴甲、吴乙系吴某军女儿，汪某金系吴某军母亲，吴某英、吴某平系吴某军兄弟姐妹，吴某军生前是中山社区组织成员。黄某红、吴甲、吴乙、汪某金、吴某英、吴某平均表示放弃继承吴某军全部遗产。

原告凌某强向法院起诉，主张判令黄某红偿还原告代偿款12万余元，其他被告在继承遗产的实际价值范围内承担连带清偿责任。

法院判决

人民法院经审理认为，依据《继承法》第33条规定，继承遗产应当在遗产实际价值内清偿被继承人的债务，继承人放弃继承的，对被继承人的债务可以不负偿还责任。吴某军死亡之后，其

法定第一顺序继承人、第二顺序继承人均明确表示放弃继承吴某军全部遗产，故本案被告吴甲、吴乙、汪某金、吴某英、吴某平对吴某军该笔债务依法不负偿还责任；但是《继承法》第24条规定：“存有遗产的人，应当妥善保管遗产，任何人不得侵吞或者争抢。”吴甲、吴乙、汪某金、吴某英、吴某平作为吴某军的法定继承人，对吴某军遗产的种类、范围及数额最为知晓，对吴某军遗产也有妥善保管的义务。即使吴甲、吴乙、汪某金、吴某英、吴某平放弃继承权并最终不承担清偿责任，但是，他们作为遗产代管人或现实占有人，仍需承担以代管或者占有的遗产为限辅助清偿债务的责任，故判决黄某红承担12万余元本息的清偿义务，其他被告需妥善保管遗产并以遗产为限辅助清偿上述债务。

注释：

[1]安徽省黄山市徽州区人民法院民事判决书（2019）皖1004民初108号。

第一千一百五十二条

继承开始后，继承人于遗产分割前死亡，并没有放弃继承的，该继承人应当继承的遗产转给其继承人，但是遗嘱另有安排的除外。

条文对照

《继承法》没有相应规定。

本条主旨

本条是对转继承的规定。

条文详解

对于转继承，原《继承法》没有规定。本条规定了转继承的规则。

一、转继承的概念与性质

（一）转继承的概念

转继承，是指在继承开始后，继承人未放弃继承，并于遗产分割前死亡的，其所应继承的遗产份额由其继承人承受的继承制度。

转继承是对遗产份额的再继承，而非继承权利的移转。按照《民法典》第1124条第1款“继承开始后，继承人放弃继承的，应当在遗产处理前，以书面形式作出放弃继承的表示。没有表示的，视为接受继承”的规定，继承人虽死亡，但明确表示过接受继承的，继承人的法律地位当然确定；即使是未表示的，也视为接受继承，继承人的法律地位得以确定，无法律地位尚不确定的问题。通说认为，继承开始，继承人只要没有放弃继承的意思表示，就取得了遗产的所有权，遗产分割只是一种认定或宣示。所以，转继承只是对遗产份额的再继承，而非继承权利的移转。

（二）转继承的性质

关于转继承的性质，有以下两种观点。

一种是认为，转继承只是继承遗产权利的转移，处理这类案件时不应将被转继承人应继承的遗产份额，视为其同配偶的共同财产^[1]；转继承的客体是被转继承人的继承权，也就是被转继承人接受和放弃继承的权利，而不是已归属于被转继承人的财产。^[2]

另一种是认为，转继承只是将被转继承人应继承的遗产份额转由其继承人承受，转继承所转移的不是继承权，而是遗产所有权。应将被转继承人应继承的遗产份额视为其同配偶的共同财产（如果没有另外的特别约定）。转继承的客体是被转继承人应取得的遗产份额的那部分财产，而不是被转继承人应取得的遗产份额。^[3]

笔者认为，后一种观点比较妥当，理由如下。

第一，继承开始后，被继承人享有的财产权利和义务即由继承人承受，只要继承人没有放弃或丧失继承权，被继承人的遗产就成为继承人的合法财产。因此，被继承人死亡后，尽管继承人还没有实际接受遗产，但已成为遗产的共有人。

第二，根据民法典婚姻家庭编的规定，在婚姻关系存续期间所取得的财产，除另有约定外，归夫妻双方共同所有。在被继承人死亡时，继承人如有配偶存在，则该继承人所继承的被继承人的遗产，自应属于继承人与其配偶的共同财产。即使继承人在遗产分割前死亡，也不能改变这种性质。

第三，转继承在本质上是由两个先后发生的继承关系构成的，转继承人继承的是被转继承人的遗产，而不是被继承人的遗产。

第四，如前所述，继承法律关系的客体为遗产，转继承作为继承制度之一种，其客体也应当为遗产，而不能为被转继承人的继承权，否则将面临继承继承权的逻辑悖论。

二、转继承的构成要件

转继承无论在法定继承中发生，还是在遗嘱继承中发生，都须具备下列要件。

（一）须

继承人在被继承人死后、遗产分割前死亡

这是转继承发生的时间要件。只有继承人在被继承人死后、遗产分割前死亡的，才会发生转继承。这就限定了一个时间要件，也就是在被继承人死后至遗产分割前这一时间范围内，继承人死亡的，才存在转继承的问题。如果被继承人还没有死亡，继承尚未开始，则无论是法定继承还是遗嘱继承，都不存在转继承的问题。即使继承人先于被继承人死亡，也只会发生代位继承，不存在转继承。如果继承人于遗产分割后死亡，则该死亡继承人的继承人直接继承其遗产，而不必直接参与被继承人遗产的分割，此时也不存在转继承的问题。

（二）须继承人未丧失或放弃继承权

这是转继承发生的客体要件。如果继承人因法定事由丧失了继承权，或者其放弃了继承权，因其不能继承被继承人的遗产，则即使其于被继承人死亡后、遗产分割前死亡，也不产生其应继份由何人承受的问题，且不发生转继承，死亡继承人的继承人不得主张转继承。

（三）须由死亡继承人的继承人继承其应继承的遗产份额

这是转继承的结果要件。在转继承中，虽然继承人死亡，但是，其应继份并不归属于被继承人的其他继承人，而是归属于自己的继承人。至于具体的应继份以及死亡继承人的继承人的应得份额，应根据具体的法定继承与遗嘱继承情形进行判定。

三、转继承的效力

转继承的效力，是指在符合继承要件的情形下，转继承发生后，产生的民法典继承编规定的具体后果。

在适用转继承规则时，作为转继承的客体的被转继承人的应继份，根据死亡的被转继承人的继承方式的不同而有差异。如果死亡的被转继承人根据法定继承方式进行继承，则其应继份为根据法定继承而取得的份额；如果死亡的被转继承人为遗嘱继承人，则依照被继承人的遗嘱确定其应继份。

在转继承中，转继承人应继承的遗产份额也根据继承方式的不同而有差异。转继承人在存在合法有效遗嘱时，适用遗嘱继承取得被转继承人的遗产份额；在无有效遗嘱存在时，适用法定继承取得被转继承人的遗产份额。在现实生活中，绝大部分遗嘱都是对自己拥有的具

体遗产的明确分配，而很少一部分遗嘱是被转继承人对应继份进行遗嘱分配的，因此，转继承人获得的遗产份额，多为通过法定继承方式取得。

转继承是对被转继承人应继承的遗产份额的转移，因此，转继承的适用不能对继承关系的结果产生影响。也就是说，在不适用转继承时，如继承人有配偶，则其应继承的遗产份额为夫妻双方共有；而在适用转继承时，除另有约定外，死亡继承人的遗产份额也应当作为夫妻共同财产。因此，在死亡继承人的继承人进行转继承时，应先分出死亡继承人配偶的部分，再将剩余部分进行遗产分割。例如，甲仅有一子乙，乙与丙结婚并生有一女丁。甲死亡后其遗产归乙继承。于甲死亡后不久乙死亡，此时丁提出继承其父的遗产，与丙发生纠纷。在这一案件中，乙从甲处继承的遗产即应为夫妻共同财产（乙与丙另有约定除外），在确定乙的遗产时应当先分出归丙的一半，而不能由丙与丁平分乙所继承的甲的遗产。如果甲另有一女，其女未与乙分割父亲的遗产，乙死亡后由甲的女儿继承，由丙、丁转继承甲的遗产，乙应取得的遗产份额也应当依上述原则分配。因为这里实际上是两个继承，一个是乙继承的甲的遗产的份额转由其继承人丙、丁承受，由丙、丁与甲的女儿一同分割甲的遗产；另一个是乙的遗产的继承，乙继承的甲的遗产份额构成其遗产的一部分，但不能将甲的遗产全部列为乙的遗产。

法律适用中应注意的问题

在司法实践中，应当特别注意转继承与代位继承的区别，因为这两个继承制度最为相近。

转继承是由被继承人的继承人的继承人直接取得遗产的制度，因而转继承与代位继承在一些方面有相似性，比如从表征上看，两者都存在被继承人的子女死亡的情形，且均由其直系晚辈血亲作为继承人直接取得被继承人的遗产。但转继承与代位继承在本质上是两种完全不同的继承制度，存在根本区别，主要体现在以下方面。

第一，性质不同。转继承是一种连续发生的二次继承，是在继承人直接继承后又转由转继承人继承被继承人的遗产的法律制度，转继承人实际上享有的是分割遗产的权利，而不是对被继承人遗产的继承权；代位继承是在发生法定情形时，代位继承人基于其固有的代位继承权直接参与对被继承人遗产的继承的法律制度。有的学者认为，转继承具有连续继承的性质，代位继承具有替补继承的性质。^[4]

第二，发生的原因不同。转继承是因为被继承人的继承人在被继承人死亡后、遗产分割前死亡而发生的，而且被转继承人对被继承人遗产的应继份的存在是转继承的基础，如果被转继承人放弃或丧失继承权而不能获得应继份，则不可能发生转继承。例如，被继承人甲的长子乙为了争夺遗产而杀害其他继承人，继而丧失继承权，且在甲的遗产分割前死亡，则乙的继承人丙、丁也不能通过转继承继承甲的遗产。而根据代位继承人的固有权性质，被继承人的子女先于被继承人死亡的，可以发生代位继承，并且许多立法例规定被继承人的子女丧失继承权的，也可以发生代位继承。

第三，主体与客体不同。关于转继承与代位继承的主体，在转继承中，被转继承人为享有继承权的全体继承人，无论是法定继承人还是遗嘱继承人都享有继承权，而转继承人为被转继承人死亡时生存的所有继承人；代位继承的主体具有特定性，被代位继承人为被继承人的子女，代位继承人为被继承人子女的直系晚辈血亲，这些都是特定的。因此，在这个意义上，转继承发生的机会要比代位继承发生的机会多。关于转继承的客体，虽有的学者认为其是已亡继承人的继承权，具体包括继承选择权和遗产分配权^[5]，但转继承只是对遗产份额的再继承，而非继承权利的移转，故其客体应为遗产份额；而代位继承的客体是被代位人的继承权，代位继承人的应继份应依此确定。

第四，适用范围不同。转继承既可以适用于法定继承，又可以适用于遗嘱继承；代位继承因其性质，只适用于法定继承。因为在遗嘱继承中，若遗嘱指定的继承人或受遗赠人先于被继承人死亡，遗嘱所指定份额按法定继承办理。遗嘱中指定的继承人发生法律规定的事由而丧失继承权时，遗嘱中指定的由该丧失继承权的继承人继承的遗产，也须按照法定继承被继承。

案例链接

魏某一等与孟某等转继承纠纷案^[6]

基本案情

魏某六和王某是夫妻关系，二人育有三女二子，长女魏某二、次女魏某三、三女魏某四、长子魏某七、次子魏某一。魏某七与孟某原系夫妻，育有一女为魏某五。魏某七于1997年2月10日去世，魏某六于2014年3月9日去世，王某于2014年4月16日去世。

北京市顺义区某号前院内现有北房五间、西厢房三间以及院墙和大门。北京市顺义区人民法院（2014）顺民初字第14106号民事判决书确认，北京市顺义区某号前院（宅基地登记户主为魏某七，宅基地登记卡卡号为×××号）北房西数第一、二间，西厢房北数第二、三间以及院墙、大门为魏某七及孟某的夫妻共同财产，其中一半为魏某七的遗产，另一半归孟某所有。该判决现已生效。

现魏某一、魏某二、魏某三、魏某四向法院起诉，以孟某、魏某五为被告，因继承魏某七的遗产发生纠纷，主张判决支持其对魏某七的遗产进行转继承。经法院查询，本案四原告主张继承的北京市顺义区×室未进行不动产登记。

本案审理过程中，原告魏某二、魏某三、魏某四表示将自己应继承的遗产份额赠与原告魏某一，魏某二的丈夫谢某、魏某三的丈夫李某以及魏某四的丈夫郑某对此均无异议。

法院判决

人民法院经审理认为，遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产，配偶、子女、父母是被继承人第一顺序继承人，继承从被继承人死亡时开始。继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。继承开始后，继承人没有表示放弃继承，并于遗产分割前死亡的，其继承遗产的权利转移给他的合法继承人。

人民法院生效的裁判文书具有既判力。北京市顺义区人民法院（2014）顺民初字第14106号民事判决书现已生效，该判决书确认北京市顺义区某号前院北房西数第一、二间，西厢房北数第二、三间以及院墙、大门为魏某七及孟某的夫妻共同财产，则其中的一半系魏某七遗产。在魏某七生前未留有遗嘱或遗赠扶养协议的情况下，对其遗产的分配应该按照法定继承办理，魏某六、王某作为魏某七之父母，孟某作为魏某七之妻，魏某五作为魏某七之女，他们是魏某七遗产的第一顺序继承人，上述作为魏某七遗产的房屋等应由魏某六、王某、孟某、魏某五平均继承。但魏某六、王某在魏某七遗产分割之前去世，且生前未表示放弃继承，则魏某六、王某应继承魏某七遗产的权利转移给魏某六、王某的继承人，即魏某一、魏某二、魏某三和魏某四。被告所主张魏某七遗产应由魏某五代位继承之意见无法律依据，不予支持。现魏某二夫妇、魏某四夫妇、魏某三夫妇均同意将三人应继承的份额赠与魏某一，法院予以确认。

注释：

[1]周水森.转继承只是继承权利的转移.法学,1987(1).

[2]张玉敏.继承法律制度研究.北京:法律出版社,1999:234-235.

[3]王作堂,等.试论转继承的性质.中外法学,1993(5);韩家勇.转继承论析.政治与法律,1992(6).

[4]郭明瑞,房绍坤.继承法.2版.北京:法律出版社,2004:128.

[5]张玉敏.继承制度研究.成都:成都科技大学出版社,1994:276.

[6]北京市顺义区人民法院(2015)顺民初字第03588号民事判决书。

第一千一百五十三条

夫妻共同所有的财产，除有约定的外，遗产分割时，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产。

遗产在家庭共有财产之中的，遗产分割时，应当先分出他人的财产。

条文对照

第二十六条 夫妻在婚姻关系存续期间所得的共同所有的财产，除有约定的以外，如果分割遗产，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产。遗产在家庭共有财产之中的，遗产分割时，应当先分出他人的财产。

本条主旨

本条是对先析产后继承的规定。

条文详解

一、先析产对于后继承的重要意义

在实际生活和司法实践中处理遗产继承及其纠纷时，析产都是非常重要的一环。因此在分割遗产之前，应当先进行析产，以确定遗产的范围。

如果被继承人只有一人，其生前合法所有的财产就是单独所有。在这种情况下，不存在析产问题，因为被继承人生前遗留下来的所有的合法财产，都是遗产，不用析产就能够确定遗产的范围。

不过，在通常情况下，被继承人死亡时所遗留的遗产，是与夫妻共同财产、家庭共同财产以及其他形式的共同财产交织在一起的。在分割遗产之前，必须先进行析产，在这些共有财产中析出配偶一方、其他家庭成员以及其他共有人的财产，之后才能确定遗产的范围。因

此，在遗产继承中，析产非常重要，是确定遗产范围的基本方法。

所谓析产，就是在共同财产中析出死者个人的遗产。通过析产，使遗产范围清晰，避免将与被继承人形成共同共有关系的其他共有人的财产误认为是遗产，侵害其他共同共有人的财产权利。

二、对不同的共同财产的析产

本条规定的析产类型，是夫妻共同财产的析产和家庭共同财产的析产。对这些共同共有的财产进行析产，才能确定原为共同共有人的被继承人所遗留的遗产范围。

（一）对夫妻共同财产进行析产

夫妻共同财产，除双方另有约定的以外，在分割遗产时，必须先将夫妻共同财产的一半分出来归配偶所有，其余的一半为被继承人的遗产。

这是因为，我国夫妻财产性质一般是共同共有，除非当事人另有约定。只要夫妻没有关于财产所有方式的其他约定，夫妻财产就是法定的共同共有财产。夫妻共同财产由于是不分份额的共同共有，因而，在双方夫妻关系存续期间一般不得进行分割。当配偶一方死亡时，夫妻关系消灭，因而应当将夫妻一方的财产分开，才能确定死亡的一方的财产为遗产。在夫妻关系消灭时，分割夫妻共同财产的方法，是确定每人分得共同财产的一半作为个人财产。

如果夫妻双方约定为分别财产制的，则不存在这种析产问题。

（二）对家庭共同财产进行析产

家庭共同财产的状况比较复杂，既有夫妻共同财产，又有其他家庭成员将其收入等投入家庭作为共有人的共同财产。如果是由不同的家庭成员所有而形成的家庭共同财产，家庭中又没有具有夫妻关系的家庭成员，那么家庭共同财产就都是家庭共同财产，而不进行夫妻共同财产的析产。

遗产在家庭共有财产之中的，遗产分割时，应当先分出他人的财产。这是本条第2款规定的在家庭共有财产中的析产，以确定被继承人的遗产范围。

具体的析产方法如下。

首先，从家庭共同财产中析出夫妻共同财产，对夫妻共同财产的析产，适用夫妻共同财产的析产方法进行。

其次，在家庭共同财产中析出其他家庭成员的财产，例如析出家庭共同财产中属于子女的财产，以确定被继承人个人的遗产范围，使被继承人在家庭共同财产中的遗产析出。

最后，析出家庭共同财产不适用析出夫妻共同财产每人一半的规则，而是按照对家庭共同财产的贡献大小确定的。

法律适用中应注意的问题

本条在法律适用中应当注意的问题是，本条没有规定其他共同共有财产中的被继承人遗产范围的析产方法。对其他共同共有财产的析产，主要是指对被继承人参与的合伙等共同财产的析产。此与夫妻共同财产或者家庭共同财产的析产基本规则相同。所不同的是，合伙共同财产的析产，在一般情况下都有合伙份额的约定，即尽管合伙共同财产是共同共有，但是，由于合伙人入伙和分红都有出资份额和分红份额的约定，因而，当作为合伙人的被继承人死亡后，应当对合伙中的被继承人合伙人的财产进行析产，首先确定被继承人的投资数额，其次应当确定在合伙收益中被继承人的应有部分，将两项财产份额加到一起，就是合伙中被继承人的遗产范围，应纳入被继承人的总体遗产范围。当合伙的剩余合伙人一致同意死亡的合伙人的继承人入伙并继承死亡合伙人的权利时，则不必析产，其继承人继承其合伙份额即可。

案例链接

董甲与董乙等继承纠纷案^[1]

基本案情

董甲与成某系夫妻关系，婚后生育儿子董乙、女儿董丙。董甲与成某在婚姻关系存续期间参加房改，购买了济南市房屋一套，并取得济南市不动产权证。成某于2014年10月19日去世，未留下遗嘱，其父母都先于成某去世。现董甲诉至法院，要求将涉案房屋判归自己所有，给董乙、董丙相应价值的补偿。

庭审期间，因双方就涉案房屋价格问题未能达成一致，董甲申请价值评估。法院依法委托山东嘉和土地房地产资产评估有限公司对涉案房屋进行评估。2019年4月16日，该公司出具房地产

评估报告，认定房屋价值为1 534 400元，评估费1万元由董甲垫付。评估报告送达各方当事人后，各方当事人均未提出异议。

现董甲要求房屋归己所有，分别给付董乙、董丙房屋补偿费255 733元。董乙、董丙均同意董甲的上述意见，但董乙要求董甲在给付补偿费前，不能买卖涉案房屋，经法院调解未能达成一致。

法院判决

法院认为，继承从被继承人死亡时开始。继承开始后，有遗嘱的按照遗嘱继承，无遗嘱或者遗嘱无效的按照法定继承分割。

《继承法》第10条规定：遗产按照下列顺序继承：第一顺序：配偶、子女、父母。第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。继承开始后，由第一顺序继承人继承，第二顺序继承人不继承。第13条规定：同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等。该法第26条规定：夫妻在婚姻关系存续期间所得的共同所有的财产，除有约定的以外，如果分割遗产，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产。本案中，成某在去世时未留下遗嘱，其遗产应当按照法定继承分割处理。董甲、董乙和董丙为成某的法定继承人，对成某的遗产均依法享有继承权。涉案房屋为成某和董甲的夫妻共有财产，应当先将共同所有的财产的一半分出为董甲所有，其余的为成某的遗产。由于各方就房屋价格未能达成一致，董甲申请评估，之后各方当事人均未提出异议，法院认为并无不当，予以采信。现董甲要求分得房屋，并同意按照法定继承给予董乙、董丙应继承份额的补偿，董乙和董丙没有异议，法院予以准许，判决争议的遗产房屋由原告董甲继承所有，董甲向董乙、董丙各支付补偿款25万余元。

注释：

[1]山东省济南市历下区人民法院（2018）鲁0102民初9372号民事判决书。

第一千一百五十四条

有下列情形之一的，遗产中的有关部分按照法定继承办理：

- （一）遗嘱继承人放弃继承或者受遗赠人放弃受遗赠；
- （二）遗嘱继承人丧失继承权或者受遗赠人丧失受遗赠权；
- （三）遗嘱继承人、受遗赠人先于遗嘱人死亡或者终止；
- （四）遗嘱无效部分所涉及的遗产；
- （五）遗嘱未处分的遗产。

条文对照

第二十七条 有下列情形之一的，遗产中的有关部分按照法定继承办理：

- （一）遗嘱继承人放弃继承或者受遗赠人放弃受遗赠的；
- （二）遗嘱继承人丧失继承权的；
- （三）遗嘱继承人、受遗赠人先于遗嘱人死亡的；
- （四）遗嘱无效部分所涉及的遗产；
- （五）遗嘱未处分的遗产。

本条主旨

本条是对遗产有关部分按照法定继承办理的规定。

条文详解

这一条文源于原《继承法》第27条的规定，与原条文相比较，增加了受遗赠人丧失受遗赠权的应当依照法定继承处理的规则。

一、遗嘱继承或者遗赠转化为法定继承

本条的主旨，是使遗嘱继承或者遗赠的遗产适用法定继承，实际上是明确了遗嘱继承或者遗赠因法定事由出现而转化为法定继承的情形。

在遗嘱继承或者遗赠中，如果不存在特别的情形，就应当按照遗嘱继承或者遗赠的规则处理遗产分割。但是，在特定的情形下，有关遗嘱处分的那一部分遗产应当按照法定继承办理。这就是遗嘱继承或者遗赠转化为法定继承。

二、遗嘱继承或者遗赠转化为法定继承的法定事由

在继承领域，遗嘱继承或者遗赠优先于法定继承，因此，遗嘱继承或者遗赠排除法定继承规则的适用。遗嘱继承或者遗赠转化为法定继承须具备法定情形，方可实现这种转化。这些法定情形如下。

（一）遗嘱继承人放弃继承或者受遗赠人放弃受遗赠

被继承人死亡，遗嘱有效，遗嘱继承人或者受遗赠人接受继承或者接受受遗赠的，自然按照遗嘱继承或者遗赠的规则继承遗产或者受遗赠。但是，如果遗嘱继承人放弃继承，或者受遗赠人放弃受遗赠，就不再发生遗嘱继承和遗赠的效力，遗嘱继承或者遗赠所处分的遗产部分，当然应当按照法定继承办理，不再受遗嘱的约束。

（二）遗嘱继承人丧失继承权或者受遗赠人丧失受遗赠权

遗嘱继承人实施了本法第1125条第1款规定的故意杀害被继承人的行为，或者为争夺遗产而杀害其他继承人的行为，或者遗弃被继承人或虐待被继承人情节严重的行为，或者伪造、篡改、隐匿或销毁遗嘱，情节严重的行为，或者以欺诈、胁迫手段迫使或妨碍被继承人设立、变更或撤回遗嘱，情节严重的行为的；受遗赠人实施了本法第1125条第3款规定的故意杀害被继承人等8种行为的，其法律后果是丧失继承权或者丧失受遗赠权，不能继承或者接受遗产。遗嘱确定遗嘱继承或者遗赠部分的遗产，应当按照法定继承办理。

（三）遗嘱继承人、受遗赠人先于遗嘱人死亡或者终止

遗嘱继承人、受遗赠人如果先于遗嘱人死亡或者终止，则使其遗嘱继承权和受遗赠权丧失，其不能继承或者接受遗嘱人的遗产，遗产

应当按照法定继承处理。

（四）遗嘱无效部分所涉及的遗产

遗嘱全部无效或者部分无效，这在实际上就对遗产不具有有效的遗嘱的拘束，遗嘱人处分其遗产的这部分内容不再具有效力，遗嘱确定的遗嘱继承人或者遗赠人就不再对这部分遗产具有遗嘱继承权或者受遗赠权，因而，遗嘱无效部分所处分的遗产部分，不再受遗嘱的约束，应当按照法定继承办理。

（五）遗嘱未处分的遗产

遗嘱未处分的遗产，不属于遗嘱继承或者遗赠的范围，当然不能依照遗嘱继承或者遗赠的方法处理，应当按照法定继承办理。这一项规定的问题在于，其实这并不是转化为法定继承，而本身就是法定继承，应当按照法定继承办理。

法律适用中应注意的问题

本条与原《继承法》第27条的规定相比较，增加的新规则是在第2项规定的事由，即“受遗赠人丧失受遗赠权”“遗产中的有关部分按照法定继承办理”。

遗嘱继承人丧失继承权的，这一部分的有关遗产应当按照法定继承办理。同样，受遗赠人丧失受遗赠权的，遗产的有关部分当然也应当按照法定继承办理。之所以原《继承法》没有作这个规定，是因为该法第7条只规定了继承人丧失继承权，没有规定受遗赠人丧失受遗赠权。《民法典》第1125条第3款增加规定了“受遗赠人有本条第一款规定的情形的，丧失受遗赠权”的内容，因此，民法典相应地增加了本条的这一新规则。

将这一新规则明确表述出来，就是受遗赠人故意杀害被继承人，丧失受遗赠权的，遗嘱人在遗嘱中让受遗赠人接受的这一部分遗产，应当按照法定继承办理。对此，应当将这一部分遗产纳入遗产范围，按照法定继承的规则进行继承。

案例链接

徐某一与徐某二、徐某三继承纠纷案^[1]

基本案情

徐某六与李某一系夫妻关系，生育子女五人。长子徐某一于1954年出生，次子徐某七于1966年出生，三子徐某五（曾用名徐某八）于1968年出生，长女徐某二于1958年出生，次女徐某三于1962年出生。徐某六于2005年死亡，李某一于2018年死亡。徐某七与王某一于某年登记结婚，婚后生育一女徐某四，徐某四于1996年出生，徐某七于2009年死亡。徐某六、李某一婚后于2002年9月20日将于1999年购买的位于青岛市市北区房屋，登记在徐某六名下。李某一于2007年6月在山东省青岛市公证处办理了遗嘱公证书，遗嘱记载：在李某一去世后，涉案房产中属于李某一的一半产权份额由徐某五继承，李某一应继承徐某六的产权份额由徐某七继承。李某一生前，其名下的中国工商银行存单、银行卡由徐某五代为保管，李某一去世前在中国工商银行的存款余额为129 150.95元。

法院判决

法院认为，依据《继承法》第27条第3项之规定，“有下列情形之一的，遗产中的有关部分按照法定继承办理：……（三）遗嘱继承人、受遗赠人先于遗嘱人死亡的”。本案中，被继承人李某一于2007年6月在山东省青岛市公证处办理的遗嘱公证书，因遗嘱继承人徐某七先于遗嘱人李某一死亡，故其中涉及遗嘱继承人徐某七的财产部分应当按照法定继承办理。

注释：

[1]山东省青岛市市北区人民法院（2018）鲁0203民初6492号民事判决书。

第一千一百五十五条

遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。胎儿娩出时是死体的，保留的份额按照法定继承办理。

条文对照

第二十八条 遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生时是死体的，保留的份额按照法定继承办理。

本条主旨

本条是对胎儿应继份的规定。

条文详解

本法对于保留胎儿应继份的规定，与原《继承法》第28条规定的内容没有变化，只是将“胎儿出生时”为死体改为“胎儿娩出时”为死体。

一、胎儿的继承能力

继承能力，也称继承权利能力，是指能够享有继承权的法律资格，亦即作为继承人的资格。继承能力同民事权利能力紧密相连，是民事权利能力的一项内容。现代各国大多承认自然人自出生开始到死亡为止具有民事权利能力，因而具有继承能力，即继承人的继承能力只和自然人的生命相联系，与其他因素没有关系。^[1]继承能力与自然人年龄、智力等状况无关，不因当事人的民事行为能力状态的不同而不同。

关于胎儿是否具有继承能力的问题，有两种不同的观点和立法例。

肯定说认为，胎儿具有继承能力，因此享有继承权。具体的立法例，一是采取罗马法的一般主义，认为胎儿如果是活产者，则于出生

前有权利能力，具有附解除条件的人格，于继承开始时如同已出生，具有继承能力；如果娩出时为死产者，则其权利能力溯及地消灭。二是采取个别主义，并不一般地规定胎儿的权利能力，仅就继承、遗赠、损害赔偿等个别的法律关系视胎儿为已出生；相应地，在继承问题上，承认于继承开始时已受孕但尚未出生的胎儿，视为已出生，具有继承能力。^[2]

否定说认为，于继承开始时，尚未出生的胎儿不具有继承能力，但法律采取一定的措施，保护胎儿出生后的合法利益，承认于继承开始时已受孕的胎儿，在其后活着出生的，有继承能力。

胎儿继承能力是与胎儿的权利能力结合在一起的，只有具备了权利能力，才能具备继承能力。在原《民法通则》和原《继承法》中，都没有规定胎儿的权利能力问题。原《继承法》第28条只规定，遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生时是死体的，保留的份额按照法定继承办理。这种做法相当于否定说，即于继承开始时已受孕的胎儿在其出生时是活体的，有继承能力。

《民法典》第16条规定：“涉及遗产继承、接受赠与等胎儿利益保护的，胎儿视为具有民事权利能力。但是，胎儿娩出时为死体的，其民事权利能力自始不存在。”这个规定就确定了我国对胎儿继承能力的立场从否定说转变为肯定说。这是一个重要的转变。笔者认为，胎儿具有准人格，只是其民事权利能力受到一定的限制。^[3]

从这样的立场观察，可以看出，本条规定与原《继承法》第28条规定相比，虽然只是将“出生”改为“娩出”，使文字更为准确，其根本内容并未改变；但是，在对待胎儿的继承能力的立场上，却是产生了一个极大的转变。这样的转变是好的。

二、胎儿继承应继份的具体规则

胎儿在其出生之前，并非不享有民事权利能力，亦并非不享有继承能力，其受到限制的民事权利能力不包括继承能力，受到限制的是其他部分的民事权利能力。因而，其存在的权利能力就包括继承能力。这是解决胎儿继承规则的基础。

胎儿在尚未出生时，尽管具有受限制的民事权利能力，但因其尚未出生，还不能以自己的行为接受继承，所以要在继承开始后，为其保留应继份；在出生后，其民事权利能力不再受到限制，其已经具备了完全的民事权利能力，具有实际的继承能力，可以以自己的行为接

受继承了。胎儿的应继份，就是其依照法定继承应当分得的遗产份额，或者遗嘱继承的被继承人通过遗嘱指定胎儿继承的部分遗产。

如果胎儿娩出时是死体的，则其受到限制的民事权利能力中的继承能力就消灭了，其不再具有继承能力，不能继承被继承人的遗产。为胎儿保留的继承份额仍属于被继承人的遗产，保留的应继份应当按法定继承处理，由被继承人的继承人再行分割。

法律适用中应注意的问题

本条在法律适用中，应当注意两个问题。

第一，于继承开始后，利用人工生殖技术用被继承人生前保留的精子受孕的胎儿在活着出生后，可否继承被继承人的遗产，法律无明确规定。这是现代生殖技术带来的新问题。^[4]法律应当因应社会发展，对不违反法律和人伦道德的利用新型生殖技术孕育的胎儿，按照传统的母体孕育胎儿对待，适用本条规定办理胎儿继承。

第二，在继承开始时，如果怀孕的胎儿为一个，应继份当然就是一份。如果知道怀孕中的胎儿为多胞胎的，则应当按照胎儿的数量保留相应的应继份。如果不知道究竟怀孕了几个胎儿，而实际上只保留了一份应继份的，则在多胞胎儿出生后，从其他继承人已经继承的遗产中扣回其他胎儿应当继承的份额。

第三，为胎儿保留的继承份额，如果胎儿出生时为活体的，则该份份额在胎儿继承后，由其亲权人即父和母（法定代理人）代为保管。

第四，胎儿娩出时是活体，之后死亡的，则为胎儿保留的继承份额成为他的遗产，在其死亡后，再由他的法定继承人依法定继承的方式继承。

案例链接

李某、郭某阳诉郭某和、童某某继承纠纷案^[5]

基本案情

1998年3月3日，原告李某与郭某顺登记结婚。2002年，郭某顺以自己的名义购买了涉案建筑面积为45.08平方米的306室房屋，并办理了房屋产权登记。2004年1月30日，李某和郭某顺共

同与南京军区南京总医院生殖遗传中心签订了人工授精协议书，对李某实施了人工授精，后李某怀孕。2004年4月，郭某顺因病住院，其在得知自己患了癌症后，向李某表示不要这个孩子，但是李某不同意人工流产，坚持要生下孩子。5月20日，郭某顺在医院立下自书遗嘱，在遗嘱中声明他不要这个人工授精生下的孩子，并将306室房屋赠与其父母郭某和、童某某。郭某顺于5月23日病故。李某于当年10月22日产下一子，取名郭某阳。原告李某无业，每月领取最低生活保障金，另有不固定的打工收入，并持有夫妻关系存续期间的共同存款18 705.40元。被告郭某和、童某某系郭某顺的父母，居住在同一个住宅小区的305室，均有退休工资。2001年3月，郭某顺为开店，曾向童某借款8 500元。

南京某事务所有限责任公司受法院委托，于2006年3月对涉案306室房屋进行了评估，经评估房产价值为19.3万元。

原告李某和郭某阳起诉，主张对郭某顺遗产共同继承，由于李某无固定收入且还要养育幼子郭某阳，请求分割遗产时予以照顾。被告主张郭某阳与郭某顺没有血缘关系，郭某顺立有遗嘱排除郭某阳和李某的继承权，因而不适用法定继承。

法院判决

人民法院经审理认为：本案争议焦点之一是在郭某顺留有遗嘱的情况下，对306室房屋应如何析产继承？《继承法》第5条规定：“继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。”被继承人郭某顺死亡后，继承开始。鉴于郭某顺留有遗嘱，本案应当按照遗嘱继承办理。该法第26条规定：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的共同所有的财产，除有约定的以外，如果分割遗产，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产。”最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第38条规定：“遗嘱人以遗嘱处分了属于国家、集体或他人所有的财产，遗嘱的这部分，应认定无效。”登记在被继承人郭某顺名下的306室房屋，已查明是郭某顺在与原告李某夫妻关系存续期间取得的夫妻共同财产。郭某顺死亡后，该房屋的一半应归李某所有，另一半才能作为郭某顺的遗产。郭某顺在遗嘱中，将306室全部房产处分归其父母，侵害了李某的房产权，遗嘱的这部分应属无效。此外，《继承法》第19条规定：“遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。”郭某顺在立遗嘱时，明知其妻子腹中有胎

儿而没有在遗嘱中为胎儿保留必要的遗产份额，该部分遗嘱内容无效。《继承法》第28条规定：“遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。”因此，在分割遗产时，应当为该胎儿保留继承份额。综上，在扣除应当归李某所有的财产和应当为胎儿保留的继承份额之后，郭某顺遗产的剩余部分才可以按遗嘱确定的分配原则处理。

法院判决在对夫妻共有财产进行析产之后，对郭某顺的遗产部分，在给胎儿保留必要的继承份额之后，按照其遗嘱进行遗嘱继承。

注释：

[1]张玉敏.继承法律制度研究.北京：法律出版社，1999：24.

[2]刘春茂.中国民法学·财产继承.2版.北京：人民法院出版社，2008：83.

[3]刘召成.准人格研究.北京：法律出版社，2012：187.

[4]郭明瑞，等.继承法.2版.北京：法律出版社，2004：53.

[5]最高人民法院指导案例50号。

第一千一百五十六条

遗产分割应当有利于生产和生活需要，不损害遗产的效用。

不宜分割的遗产，可以采取折价、适当补偿或者共有等方法处理。

条文对照

第二十九条 遗产分割应当有利于生产和生活需要，不损害遗产的效用。

不宜分割的遗产，可以采取折价、适当补偿或者共有等方法处理。

本条主旨

本条是对遗产分割原则和分割方法的规定。

条文详解

遗产继承问题，最终必须通过遗产分割解决，分割时，应当按照遗产分割原则和具体方法进行。

一、分割遗产不损害遗产效用原则

不损害遗产效用原则，是指在遗产继承具体分割遗产标的物时，从有利于生产和生活的需要出发进行，坚持发挥遗产的实际效用，不损害遗产的实际效用的准则。在继承法规范中，大都将此规定为遗产分割时应当遵循的原则。本条第1款规定的就是不损害遗产效用原则。例如，人民法院在分割遗产中的房屋、生产资料和特定职业所需要的财产时，应当根据有利于发挥该遗产的实际效用和满足继承人的实际需要，兼顾各继承人的利益进行处理，这就是不损害遗产效用原则的具体体现。

在遗产分割时，应当考虑遗产的种类、性质、效用等各方面的情况，再结合继承人的职业、性别、文化程度、经营管理能力等具体情况，确定具体遗产标的物的归属。按照不损害遗产效用原则分割遗产，有利于发挥遗产的实际效用，有利于满足继承人的生产和生活需要，从而促进整个社会财富的增加。

在实践中，不仅是法院应当按照这一原则进行分割遗产的裁判，考量有关情形，确定遗产的分配，就是继承人在协商分割遗产时或者人民调解委员会在调解继承纠纷分割遗产时，也应当遵循这一原则。

二、遗产分割的具体方法

对遗产分割的具体方法，本条只是作了原则性的规定。遗产分割的方式主要有以下四种。

（一）实物分割

遗产分割在不违反分割原则的情况下，可以采取实物分割的方法。适用实物分割的遗产可以是可分物，也可以是不可分物。对可分物，可以作总体的实物分割。如对粮食，可划分出每个继承人应继承的数量。对不可分物，不能作实物分割，可以采取折价补偿的方法进行分割。

（二）变价分割

对于不宜进行实物分割的遗产，或者继承人都不愿取得的该种遗产，可以将遗产变卖，换取价金，由继承人按照各自的应继份比例，对价金进行分割。使用变价分割方法分割遗产，实际上是对遗产的处分。遗产的变价应当经过全体继承人的同意。

（三）补偿分割

对于不宜进行实物分割的遗产，如果继承人中有愿意取得该遗产的，则由该继承人取得该遗产的所有权，由取得遗产所有权的继承人按照其他继承人的应继份比例，分别补偿给其他继承人相应的价金。如果继承人中有多人愿意取得该遗产的所有权，而又达不成协议，则应当根据继承人的实际需要和遗产的效用，确定给某个继承人，由其对其他继承人予以补偿。

（四）保留共有的分割

遗产不宜进行实物分割，继承人又都愿意取得该遗产，或者继承人出于某种生产或生活目的，愿意继续保持遗产共有状况的，可以采取保留共有的分割方式，由继承人对遗产享有共有权，其共有份额按照应继份的比例确定。共有分割之后，继承人之间就不再是原来的遗产共有关系，而变成了普通的按份共有关系。

法律适用中应注意的问题

遗产分割是继承领域中的具体问题，无论采取哪种具体的分割方法，都应当遵循不损害遗产效用原则，争取做到物尽其用，有利于生产和生活。在具体处理遗产分割纠纷时，应当尽量促使当事人协商解决。当纠纷不能协商解决，需要到法院诉讼解决时，法官也应当注意适用调解；调解不成的，在裁判时，根据实际情况，依照不损害遗产效用原则，分割好遗产，妥善解决纠纷。

案例链接

吴某与刘某二、刘某三等继承纠纷案^[1]

基本案情

刘某一与前妻杨某生育四个子女即被告刘某二、刘某三、刘某四、刘某五。杨某于2004年9月29日死亡。2008年8月14日原告吴某与刘某一在民政部门登记结婚。

刘某一于2014年4月15日在南阳市智圣公证处办理了公证遗嘱（2014南智证民字第××28号）。遗嘱内容如下。立遗嘱人：刘某一，男，1936年5月16日出生。我叫刘某一，今年78岁了，我和妻子杨某共生育四个子女，大儿子刘某二、大女儿刘某四、小儿子刘某三、小女儿刘某五，现均已成家另过，我的前妻杨某于2004年9月29日死亡。我于2008年8月14日与吴某再婚。为了不给后人留下麻烦，我特立遗嘱如下：我与前妻杨某共有房产一处，位于南阳市某家属院某单元103室，产权证号：宛市房字第××号。上述房产中属于我的份额及我应继承杨某的份额在我百年后由吴某壹人继承，其他任何人不得继承，也不得干涉。

刘某一于2014年7月25日在南阳市智圣公证处办理了公证遗嘱（证民字第2360号）。遗嘱内容如下。立遗嘱人：刘某一，男，1936年5月16日出生。我叫刘某一，今年78岁了，我和妻子杨某共生育四个子女，大儿子刘某二、大女儿刘某四、小儿子刘

某三、小女儿刘某五，现均已成家另过，我的前妻杨某于2004年9月29日死亡。我于2008年8月14日与吴某再婚。为了不给后人留下麻烦，我特立遗嘱如下：在我百年后，单位发放的抚恤金全部由我的妻子吴某领取、保管、支配，其他任何人不得干涉。

刘某一于2017年11月28日因病去世。

庭审中原告提出对南阳市某家属院某单元103室，产权证号宛市房字第××号的房产进行价值评估，法院依法委托河南宏基房地产评估公司对该房产进行评估。河南宏基房地产评估公司于2018年11月27日出具了估价报告，估价结果为315 525元（含院内添建房屋价值），其中院内添建房屋未办理房屋所有权证，但有使用价值，其价值为9 269元。扣除该添建房屋价值9 269元，有证房屋实际价值为306 256元。

原告诉请：依法判决讼争103室房屋房产属于原告应继承的遗产份额，进行分割，并判归原告所有；被继承人刘某一的抚恤金归原告继承。被告辩称遗嘱无效。

法院判决

法院认为，根据继承法的规定，继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱或遗赠办理。公证遗嘱由遗嘱人经公证机关办理。遗产分割应当有利于生产和生活需要，不损害遗产的效用。不宜分割的遗产，可以采取折价、适当补偿或者共有等方法处理。夫妻一方死亡后另一方再婚的，有权处分所继承的财产，任何人不得干涉。本案系继承及共有物分割纠纷，刘某一生前于2014年4月15日在南阳市智圣公证处办理了公证遗嘱（2014南智证民字第××28号），该公证遗嘱形式和内容均符合法律规定，该公证遗嘱合法有效。根据继承法的相关规定，夫妻在婚姻关系存续期间所得的共同所有的财产，除有约定的以外，如果分割遗产，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产。南阳市某家属院某单元103室的房产原为刘某一与前妻杨某的夫妻共同财产，因杨某先于刘某一去世，杨某在该房屋中的二分之一份额为杨某的遗产，故杨某在该房屋中的二分之一份额应由杨某的继承人刘某一及其子女即四被告共五人平均分割。该房产经评估价值为306 256元。根据继承法的相关规定，遗产分割应当有利于生产和生活需要，不损害遗产的效用。不宜分割的遗产，可以采取折价、适当补偿或者共有等方法处理。考虑到该房产一直由原告和刘某一生前居住，除此之外原告无其他住房，该房产本身不便分割，宜由原告吴某所有较为合

理，吴某应按照以上份额分别向四被告折价补偿，各支付30 625.6元。故判决，讼争103室房屋产权由吴某继承，原告向被告各支付30 625.60元。

注释：

[1]河南省南阳市卧龙区人民法院（2018）豫1303民初3592号民事判决书。

第一千一百五十七条

夫妻一方死亡后另一方再婚的，有权处分所继承的财产，任何组织或者个人不得干涉。

条文对照

第三十条 夫妻一方死亡后另一方再婚的，有权处分所继承的财产，任何人不得干涉。

本条主旨

本条是对丧偶一方有权处分所继承遗产的规定。

条文详解

夫妻一方死亡后另一方再婚的，其所继承的遗产转化为自己的财产，其有权进行处分。对这一规则，本条与原《继承法》第30条规定的内容相同。

一、本条规范的重要意义

夫妻一方死亡后另一方再婚的，有权处分其所继承的财产。尽管在条文的表述中包括了男方和女方，但是，其主要针对的是对女方的权益保护。因为只有女方作为妻子，在继承夫家财产时，才会受到歧视。当然，这里之所以使用的是夫妻一方的称谓，是因为也包括了对于赘男子合法权益的保护。

歧视女方和赘夫的合法权益的传统，由来已久。在我国古代，妻子不能继承夫家的财产，丈夫死亡后，财产由儿子继承，妻子受儿子供养；无子孙的寡妇“守志”者，得占有、管理和使用丈夫留下的财产，但不得“擅卖田宅”，更不得于改嫁时带走亡夫留下的财产。不仅是中国，在印度，《摩奴法典》也规定，未生儿子的女儿只要一死，女婿就可以立即把那份财产拿走，但是，寡妇却不能拿走亡夫的财产，寡妇如果为无子的亡夫而与同族生了一个儿子，她应该把亡夫的

全部财产交给那个儿子。在中世纪的欧洲，法兰克王国的法律承认，在同一亲等中男性优先，妻子不能继承丈夫的财产。

直到现代，这种歧视妇女的继承权的男女不平等的规则才发生改变。但是，由于我国幅员广大、人口众多，特别是在偏远农村，残余的封建思想仍然发挥着影响，在继承领域歧视妇女的做法仍然存在。同样，也存在歧视赘夫的现象。为保护妇女和赘夫的合法权益，特别是保护其继承权，民法典特设这一条文规定。

二、保护丧偶一方继承权的具体办法

夫妻一方死亡后另一方再婚的，有权处分所继承的财产，任何组织或者个人不得干涉，这是保护丧偶一方继承权的基本方法。具体操作时，应当解决的问题如下。

第一，夫妻一方死亡后另一方再婚，是两个条件：一是一方死亡，二是另一方再婚。两个条件都具备时，方成立保护丧偶一方继承权的前提条件。

第二，有权处分所继承的财产中，究竟是继承了谁的遗产？一般情况是，配偶一方在另一方死亡时，继承了另一方的遗产；也有可能是配偶双方共同继承了先于该配偶之前死亡的子女的财产；或者一方配偶死亡，对方因尽了主要赡养义务而继承了对方的遗产。这些都可能发生本条所说的歧视妇女或者赘夫继承权的情形。

第三，丧偶一方有权处分自己所继承的财产，是将已经继承、取得了所有权的财产，在再婚后进行处理。例如男方死亡，女方继承了遗产之后，与他人再婚，处分了所继承的财产，或者带走了已经继承的财产，另嫁他人。这是继承了财产的该方当事人的合法权益。须知，继承开始，被继承人的遗产由继承人继承后，立即转化为继承人的财产，继承人享有所有权。既然如此，财产的所有权人处分自己的财产，怎么会不合法呢？这是行使所有权的行为，是完全合法的行为。这种处分财产的行为，是所有权权能的体现，任何组织或者个人不得干涉。

第四，任何组织或者个人不得干涉，就是相对于处分自己继承财产的丧偶一方的其他任何人，都是该财产所有权人的义务人，包括其他所有的自然人、法人和非法人组织，都对该财产所有权人的所有权负有不可侵犯的不作为义务。这一规定，正是所有权义务人所负义务的体现。

严格适用这一规则，就能够保障丧偶一方当事人，特别是丧偶女方对所继承的财产的权利，实现继承权男女平等，不受任何人的侵害。

法律适用中应注意的问题

在实践中适用这一规则，最重要的是保护妇女的继承权。在现实社会中，继承权男女不平等的情形还是存在的，特别是在男方死亡，女方继承了丈夫的遗产或者公婆、子女的遗产后，很多地方的习惯是不改嫁还好说，一旦改嫁，是不能带走夫家的财产，甚至要净身出户的。

对此，不仅司法机关应当旗帜鲜明地适用本条，保护好妇女的继承权和财产所有权，而且地方政府部门和有关的人民调解委员会、妇联、居民委员会、村民委员会等组织，都要以本条为指导，保护好妇女的合法权益，使其合法权益不受侵害。

案例链接

田某与武某二等分家析产纠纷案^[1]

基本案情

武某一与李某系夫妻关系，二人育有一子武某二，一女武某三。武某三生有一女幸某。武某三于1990年离婚。1998年，武某一以成本价购买了101号房屋，并于1999年7月22日取得了房屋所有权证。1999年5月19日，李某去世。2001年7月，武某三去世。2002年7月22日，武某一与田某结婚。武某一于2015年1月31日去世。李某去世前关于其遗产未留有遗嘱。

庭审中，田某提交了武某一于2012年12月10日书写的赠与协议一份，其上载明武某一愿意将101号房屋中属于其个人份额赠与田某；田某提交了武某一于2013年8月17日书写的遗嘱一份，其上载明武某一愿意将101号房屋中属于其个人的份额给予田某。田某提交了北京市志诚公证处于2014年4月8日作出的公证书一份。该公证书中的遗嘱内容如下。我叫武某一，今年74岁，现住101号房屋。为避免日后子女为财产发生家庭纠纷，对属于我个人的财产作如下处理：坐落在北京市大兴区×镇×小区×号楼101号的房屋是我和我妻子田某的共有财产，此房产未曾分割，属于我个人所有的那部分房产份额，在我死后遗留给我的妻子田某。该遗嘱的签名人为武某一，并按有指纹。遗嘱的日期

为2014年4月3日。

原告的具体诉讼请求如下：要求分割101号房屋中属于被继承人李某的遗产份额，该房屋归武某一、田某共同共有，二人支付武某二、幸某应继承份额的财产折价款。本案诉讼费由原、被告依法负担。在武某一去世后，原告田某参加诉讼后主张武某一生前留有遗嘱，101号房屋中武某一的份额应由其继承，要求判令：101号房屋归田某所有，其支付武某二和幸某应继承遗产份额的财产折价款。本案的诉讼费和鉴定费由原、被告依法负担。

被告武某二辩称：不同意武某一的诉讼请求。因为田某要出卖诉争房屋，在其提起行政诉讼时，田某在房屋中介已经将房屋挂牌。武某一的年龄越来越大，也需要人照顾，要求分得房屋，愿意支付其他人折价款。在田某参加本案诉讼后，武某二在答辩时主张在本案诉讼前，田某伙同武某一争抢李某的遗产，将房屋登记在田某的名下，武某一明知道房屋是其婚前财产。故应取消田某的遗产继承权利，武某一继承李某的财产也应当少分，诉争房屋应归武某二所有。

法院判决

我国继承法规定，继承从被继承人死亡时开始。继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理。同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等。夫妻在婚姻关系存续期间所得的共同所有的财产，除有约定的以外，如果分割遗产，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产。李某在去世前未留有遗嘱，故101号房屋中二分之一的份额属于李某的遗产，该部分遗产应由武某一、武某二和幸某三人依法继承。

公民可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人的一人或者数人继承。夫妻一方死亡后另一方再婚的，有权处分所继承的财产，任何人不得干涉。武某一所立的两份遗嘱中，第二份遗嘱为公证遗嘱，故应以公证的遗嘱为准。关于武某一自愿将在101号房屋中的属于其个人所有的份额遗留给田某的遗嘱内容，是武某一对其合法权益的处分，该部分内容合法有效。根据武某一的意思表示，101号房屋中属于武某一继承李某的份额以及武某一自有部分的份额，均应由田某继承。法院判决田某取得争议房屋的产权，并向武某二和幸某给付房屋折价款若干元。

注释：

[\[1\]](#)北京市大兴区人民法院（2014）大民初字第9507号民事判决书。

第一千一百五十八条

自然人可以与继承人以外的组织或者个人签订遗赠扶养协议。按照协议，该组织或者个人承担该自然人生养死葬的义务，享有受遗赠的权利。

条文对照

第三十一条 公民可以与扶养人签订遗赠扶养协议。按照协议，扶养人承担该公民生养死葬的义务，享有受遗赠的权利。

公民可以与集体所有制组织签订遗赠扶养协议。按照协议，集体所有制组织承担该公民生养死葬的义务，享有受遗赠的权利。

本条主旨

本条是对遗赠扶养协议的规定。

条文详解

这一条文是对遗赠扶养协议的规定，与原《继承法》第31条规定相比较，没有强调集体所有制组织作为遗赠扶养协议的一方当事人，而是一般性地规定自然人可以与继承人以外的组织或者个人签订遗赠扶养协议。

一、遗赠扶养协议概述

（一）遗赠扶养协议的概念和地位

遗赠扶养协议，是指遗赠人和扶养人为明确相互间遗赠和扶养的权利义务关系所订立的协议。

在遗赠扶养协议中，需要他人扶养并愿将自己的合法财产全部或部分遗赠给扶养人的为遗赠人，也称受扶养人；对遗赠人尽扶养义务并接受遗赠的人为扶养人。接受扶养的遗赠人只能是自然人，而进行

扶养的扶养人既可以是自然人，也可以是有关组织。作为扶养人的自然人不能是法定继承人范围内的人，因为法定继承人与被继承人之间本来就有法定的扶养权利义务关系。

遗赠扶养协议是我国继承法特有的制度，其法律地位究竟如何，有不同意见：一是合同说，认为遗赠扶养协议属于合同问题，不属于继承的问题，不应在继承法中规定。二是继承说，认为遗赠扶养协议是我国继承立法的一个创造，具有中国特色。^[1]三是折中说，认为前两种观点都有道理，遗赠扶养协议虽然属于合同问题，但也与遗产的处置相关，在继承法中加以规定未尝不可。^[2]在上述诸种学说中，继承说和折中说占多数，为主流观点，都肯定在继承法中应当规定遗赠扶养协议。

对于遗赠扶养协议在继承法中处于什么地位，意见也有差异：一是把遗赠扶养协议作为遗嘱继承中遗赠的一部分；二是把遗赠扶养协议作为遗产处理的一部分；三是把遗赠扶养协议作为独立部分单独规定。^[3]

遗赠扶养协议属于继承制度，它既不同于遗赠，也不同于一般的遗产处理，更不是单纯的合同问题，应当作为一种独立的继承法律制度。其原因如下。

首先，遗赠扶养协议不是遗赠，其与遗赠虽然在某些方面具有相似性，比如受扶养人给予扶养人遗产，遗赠人给予受遗赠人遗产，但两者是完全不同的制度。遗赠扶养协议是一种双方法律行为，而遗赠是单方法律行为；遗赠扶养协议具有有偿性，虽然扶养人与被扶养人双方行为不一定等价，而遗赠是一种无偿行为；在生效时间上，遗赠扶养协议是诺成协议，自扶养人与被扶养人双方意思达成一致时发生效力，而遗赠是死因行为，在遗嘱人死亡时才产生法律效力；在适用方面，遗赠扶养协议具有优先性，在遗赠与遗赠扶养协议并存时，应当先执行遗赠扶养协议。这些方面的差异决定了遗赠扶养协议与遗赠是两种根本不同的继承法律制度。

其次，遗赠扶养协议不是单纯的遗产处理。虽然遗赠扶养协议必然涉及遗产处理，但是，它并不仅有遗产处理制度的内容。在遗赠扶养协议中有两个方面，一为扶养，二为遗赠，而且扶养是遗赠扶养协议更重要的方面。在遗赠扶养协议的执行中，由于协议已经对有关财产的遗赠作了明确，因而，这些遗产的处理也比一般的遗产处理简单得多。可见，遗赠扶养协议具有独立于遗产处理的地位。

最后，遗赠扶养协议也不是单纯的合同问题。基于遗赠扶养协议

的订立形式以及有关内容，许多学者认为遗赠扶养协议是合同之一种，没有特殊性，也有人认为遗赠扶养协议属于特别法上的有名合同，是扶养协议与代物清偿预约相融合的结果。^[4]这些观点都值得商榷，虽然遗赠扶养协议具有合同的外观形式，而且多表现为书面形式，但是，并不能简单地将其归结为合同之一种。在我国，遗赠扶养协议承担着一定程度的社会保障功能，虽然扶养人与被扶养人双方签订协议，但是，该协议未必具有完全的对价。例如，有的遗赠扶养协议中的被扶养人具有很少财产，而扶养人对被扶养人承担的责任却大大超过该财产。另外，将遗赠扶养协议等同于合同，也会使遗赠扶养协议成为一种逐利行为，诱发道德风险，导致一些财产很少的孤寡老人无法得到扶养。遗赠扶养协议不是合同法中的合同，是继承法中的独立制度。

原《继承法》第31条规定了遗赠扶养协议规则后，1991年司法部颁布了《遗赠扶养协议公证细则》，对遗赠扶养协议作了专门规定，1996年《老年人权益保障法》第24条也规定：“鼓励公民或者组织与老年人签订扶养协议或者其他扶助协议。”该法修订后，第36条规定：“老年人可以与集体经济组织、基层群众性自治组织、养老机构等组织或者个人签订遗赠扶养协议或者其他扶助协议。”“负有扶养义务的组织或者个人按照遗赠扶养协议，承担该老年人生养死葬的义务，享有受遗赠的权利。”这些规定都体现了遗赠扶养协议的独立地位，也充分说明了遗赠扶养协议在我国的存在并且在不断发展。

（二）遗赠扶养协议的内容

《遗赠扶养协议公证细则》第11条规定，遗赠扶养协议应包括下列主要内容。

1. 当事人的姓名、性别、出生日期、住址，扶养人为组织的应写明单位名称、住址、法定代表人及代理人的姓名。

2. 当事人自愿达成协议的意思表示。

3. 遗赠人受扶养的权利和遗赠的义务，扶养人受遗赠的权利和扶养义务，包括照顾遗赠人的衣、食、住、行、病、葬的具体措施及责任田、口粮田、自留地的耕、种、管、收和遗赠财产的名称、种类、数量、质量、价值、坐落或存放地点、产权归属等。

4. 遗赠财产的保护措施或担保人同意担保的意思表示。

5. 协议变更、解除的条件和争议的解决方法。

6.违约责任。

（三）遗赠扶养协议的特征

1.遗赠扶养协议为双方法律行为

遗赠扶养协议是自然人生前对自己死亡后遗留遗产的一种处置方式，但是，同被继承人立遗嘱处分遗产不同，遗嘱继承或者遗赠是一种单方法律行为，而遗赠扶养协议是双方法律行为，须双方的意思表示一致才能成立。在遗赠扶养协议中存在双方当事人，一方为接受扶养的受扶养人，另一方为扶养人，双方订立协议对有关扶养与遗赠事项进行明确，显然为双方法律行为。有的学者基于遗赠扶养协议的双方法律行为的特征，认为遗赠扶养协议受合同法调整，其订立就须依照合同的订立程序，任何一方不经法定程序和没有法定事由不得擅自变更或解除协议。^[5]遗赠扶养协议与合同不同，不能认为凡是双方法律行为就是合同。我国的合同法不能涵盖一些特殊的双方法律行为，比如婚约。在遗赠扶养协议与合同法的适用关系方面，遗赠扶养协议有一些方面是可以参考适用合同法的，但是，对遗赠扶养协议简单地一律使用合同法的规定是不合适的，还应当适用法律中考虑遗赠扶养协议的特殊性。

2.遗赠扶养协议为诺成法律行为

遗赠扶养协议自双方意思表示达成一致时起即发生效力，因此，遗赠扶养协议是诺成法律行为。遗赠扶养协议包括扶养与遗赠两个方面，在遗赠扶养协议签订后，扶养人就应当按照遗赠扶养协议的规定履行扶养义务，其产生的效力比较明显，但是，有关遗赠人的财产遗赠部分须在遗赠人死亡后才产生转移的效力。对此，遗赠扶养协议的遗赠部分并非死因行为，同遗赠是在遗赠人死亡后产生效力的死因行为不同。因为在遗赠扶养协议订立后，实际上该协议的遗赠部分也是产生法律效力的，比如未征得扶养人的同意，遗赠人不得另行处分遗赠的财产。当然，有关的遗赠财产在受扶养的遗赠人死亡后才发生转移，则属于遗赠扶养协议的履行，而并非遗赠扶养协议于受扶养人死亡时才成立生效。

3.遗赠扶养协议为要式法律行为

关于遗赠扶养协议的形式，本条未作明确规定。根据遗赠扶养协议的性质，遗赠扶养协议应当采用书面形式，不能用口头形式作出。由于遗赠扶养协议涉及扶养人与受扶养人双方利益，而且存续时间较长，法律应当对其形式采取严格要求。对遗赠扶养协议规定采取书面

形式，既有利于维护双方当事人的利益，也可以避免不必要的纷争，还可以具有证明的作用。我国在公证实践中已经确立了遗赠扶养协议的书面形式要求，并在《遗赠扶养协议公证细则》第8条明确规定当事人应当向公证处提交遗赠扶养协议。有人主张，遗赠扶养协议不仅要以书面形式作成，而且应当经过公证，或者请无利害关系人到场见证。遗赠扶养协议是双方当事人的私法行为，只要双方意思表示一致即可生效。书面形式是法律对其形式要件的要求，没有必要要求其必须经过公证或者必须有无利害关系的见证人在场见证，而且强制公证也不经济。遗赠扶养协议只要为书面形式，且是双方当事人的真实意思表示，并合法，该遗赠扶养协议就为有效。有关当事人可以基于自身的考虑，决定是否进行公证。

4. 遗赠扶养协议为双务有偿法律行为

遗赠扶养协议是当事人双方都负有一定义务的法律行为，属于双务法律行为。在遗赠扶养协议中，通过协议确定扶养人负有负责受扶养人的生养死葬的义务，受扶养人也有将自己的财产遗赠给扶养人的义务。遗赠扶养协议是一种有偿的法律行为，任何一方享受权利都以履行一定的义务为对价。扶养人不履行对受扶养人生养死葬的义务，则不能享有受遗赠的权利；受扶养人不将自己的财产遗赠给扶养人，也就不享有要求扶养人扶养的权利。

5. 遗赠扶养协议具有效力优先性

《民法典》第1123条规定，遗赠扶养协议具有效力优先性，在自然人死亡后，如果遗赠扶养协议与遗赠、遗嘱继承并存，则应当优先执行遗赠扶养协议。遗赠扶养协议在发生继承时，具有最优先的效力。

（四）遗赠扶养协议与继承契约

遗赠扶养协议作为我国继承法的一项创造，同其他国家或地区的有关制度存在相似之处，如继承契约。因而，应当准确区分它们之间的界限。

继承契约也称继承合同^[6]，是指两个或两个以上的家庭成员之间所订立的关于遗产继承的合同，是被继承人与对方订立的关于继承或遗赠的协议。继承契约订约的相对人虽可为任何人，但是，以法定继承人为常见，受益人也不限于订约的相对人，可以为第三人。

各国家或地区对继承契约有两种不同的立法例：一是明确承认继

承契约，如德国、瑞士、匈牙利、英国、美国等。二是否定继承契约的效力，甚至明文规定禁止订立继承契约，如法国。日本和我国台湾地区在解释上亦采取否定态度。

订立继承契约的主体，可以是被继承人与继承人，如夫妻之间、家庭成员之间；也可以是被继承人与非继承人之间，如德国民法典所反映的继承契约多发生在订有婚约的未婚男女之间，并可以与婚姻契约结合在同一证书中。继承契约的内容通常有：一是指定继承人或受遗赠人；二是商定遗产分配方式；三是约定承担扶养义务或支付终身定期金；四是规定遗嘱负担；五是约定将来不撤销遗嘱；六是声明被继承人_{不立遗嘱或继承人放弃继承权}。

继承契约一般有如下特征：一是继承契约是双方法律行为，其主体的意思表示是对应互动的一致，具有一般民事合同的共同特性；二是继承契约双方的权利义务可以是单务、无偿性的，也可以是双务、有偿性的，要根据其内容来确定；三是继承契约一旦订立，即对双方产生一定的法律拘束力，尽管继承契约中的某些内容在被继承人死亡时其效力才能实现，但在其效力实现前，双方均应消极地受其约束，不得为积极的违约行为，而关于承担扶养义务或支付终身定期金的义务只能在被继承人生前积极履行；四是继承契约的撤销有严格要求，只能由契约双方当事人通过协议撤销或者基于法定事由撤销或废除。^[7]

我国的遗赠扶养协议与其他国家或地区法律规定的继承契约相似，两者都是双方法律行为，而且协议的双方都应当接受协议的约束。有人认为，在继承契约与遗赠扶养协议的关系上，“遗赠扶养协议是继承合同的一种，扶养人据此承担被继承人生养死葬的义务，享有受遗赠的权利”^[8]。更有学者认为，可以考虑以继承契约代替遗赠扶养协议，因为继承契约既可以约定继承，又可以约定遗赠，适用性更强。^[9]

遗赠扶养协议与继承契约毕竟是两种不同的制度，二者不能互相替代。它们在下列方面不同：第一，订立协议的主体不同，遗赠扶养协议的双方当事人为受扶养人与扶养人，而且扶养人可以为自然人或者组织，而继承契约的主体主要是家庭成员，尤其是夫妻；第二，受益人不同，遗赠扶养协议的受益人就是扶养人，而继承契约的受益人常为法定继承人，也可为第三人；第三，权利义务关系不同，遗赠扶养协议包括扶养人对受扶养人的扶养义务与受扶养人对扶养人遗赠财产的义务，而继承契约指定的继承人、受遗赠人一般不承担扶养义务；第四，成立的方式不同，遗赠扶养协议一般采取书面形式，不必进行公证或者见证等特殊程序，但继承契约必须遵照法律明文规定的

程序和方式，一般采取公证遗嘱的方式。

至于将继承契约界定为被继承人与继承人之间就继承权和受遗赠权的取得或放弃问题订立的合同，因此主张我国继承法应当承认继承契约的看法^[10]，值得探讨，但是不能以继承契约替代遗赠扶养协议。

（五）遗赠扶养协议的意义

遗赠扶养协议作为我国继承法的一项特色制度，符合我国国情，实现了“规范人事，而服务人世”的立法主旨，对我国现实生活具有重要意义。

1. 有利于保护老年人的合法权益

我国已经步入老龄社会，老年人在整个社会人口中所占的比重不断增大，整个社会也面临着老年人权益保障问题。对此，应当从各个方面进行应对。但是，在一些具体的问题上，基于我国的国情以及一些错综复杂的现实情况，需要一些有利于老年人合法权益保障的举措，遗赠扶养协议制度即属一例。在现实生活中，我国实行严格的计划生育政策所带来的结果，正在凸显出来，如一对年轻夫妇担负着四位老人的养老责任，有的老人面临着无后代养老的现实。虽然我国现有的社会保障措施可以在一定程度上维护老年人的权益，但是，老年人的生活需求并非只是简单的物质需求，还有精神等各方面的需求。通过订立遗赠扶养协议，老年人选择适合自己的扶养人，并明确有关的扶养事项，从而使老年人的生活有所保障，实现老有所养和养老优化。遗赠扶养协议制度还有激励需要扶养的人的近亲属尽扶养义务的作用。如果近亲属能够很好地善尽扶养义务，需要扶养的人也就没有必要也不会与他人或组织签订遗赠扶养协议。

2. 有利于发扬我国的优良社会传统

中华民族是一个具有优良道德传统的民族，在源远流长的历史传统中，形成了尊老、敬老、爱老、助老的优良传统。应当坚持这些优良传统，并且发扬光大。在遗赠扶养协议中，通过协议确定扶养人对老年受扶养人的扶养义务，体现了尊老、敬老、爱老、助老的优良传统，可以使丧失劳动能力的孤寡老人或身边无子女照顾的病、残老人得到扶养和照料，安度晚年。

3. 有利于减轻国家和社会的负担

需要他人扶养的是缺乏劳动能力的老年人和残疾人。对于这些需要救助的人，我国《宪法》第45条中有“中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下，有从国家和社会获得物质帮助的权利”的规定，国家应当对这些人提供完善的社会保障。我国现在的社会保障事业还不能完全满足社会的需要，尤其是在农村，社会保障付诸阙如，难以把所有的养老事业全部包下来。遗赠扶养协议制度可以使一些需要扶养的人，尤其是无法定扶养义务人的人的生养死葬问题得到解决，使之有可靠的保障，这无疑可以减轻国家和社会的负担。

遗赠扶养协议对于更好地解决老年人的扶养、发扬优良传统、减轻社会负担、维护受扶养人的利益有重要的作用。

二、遗赠扶养协议的效力

遗赠扶养协议的效力，是指遗赠扶养协议的法律约束力。遗赠扶养协议自订立之日起，就产生法律约束力。

遗赠扶养协议的效力包括两个方面：一是遗赠扶养协议的法律适用效力；二是遗赠扶养协议的对人效力，即遗赠扶养协议对扶养人、受扶养人、第三人的效力。

（一）遗赠扶养协议的法律适用效力

在受扶养人死亡后，要按照遗赠扶养协议向扶养人执行协议约定的遗赠财产。如果遗赠人同时还存在遗赠、遗嘱继承以及法定继承等情形，则遗赠扶养协议在法律适用上具有最高的效力。在继承开始后，如果存在合法有效的遗赠扶养协议，则遗赠扶养协议排除遗赠、遗嘱继承以及法定继承的适用。原因是，遗赠扶养协议是受扶养人与扶养人订立的协议，是受扶养人的真实意思表示，也是受扶养人对自己遗产的处分，应当予以尊重；而且遗赠扶养协议是双务有偿协议，同遗赠、遗嘱继承等单务无偿行为相比，应当具有更高的效力。

（二）遗赠扶养协议的对人效力

遗赠扶养协议由扶养人与受扶养人双方签订，签订后在两者之间产生有关权利义务关系；同时，也会对有关第三人产生效力。

1. 遗赠扶养协议对扶养人的效力

根据遗赠扶养协议的性质，遗赠扶养协议的扶养人依协议的约

定，负有对受扶养人进行生养死葬的义务，享有于受扶养人死亡后取得协议中约定的财产的权利。具体的扶养义务及遗赠财产事项，应当根据具体的遗赠扶养协议确定。

一是扶养人对受扶养人的生养死葬义务。基于遗赠扶养协议的性质，遗赠扶养协议扶养人的扶养义务自协议生效时起即发生法律效力，并且是继续性的。自协议生效时起，扶养人就须对受扶养人按照协议的约定或者合理情形予以扶养，并且这一扶养义务的履行除协议解除或出现法定事由以外不得中断，直至受扶养人死亡。受扶养人死亡时，扶养人还须依协议办理受扶养人的丧葬事宜。扶养人不认真履行扶养义务的，受扶养人有权解除扶养协议，并且对先前扶养费用不必进行补偿。受扶养人不解除协议的，对不尽扶养义务或者以非法手段谋夺受扶养人财产的扶养人，经受扶养人的亲属或者有关单位的请求，人民法院可以剥夺扶养人取得受扶养人遗产的权利；对不认真履行扶养义务，致使受扶养人经常处于生活缺乏照料状况的扶养人，人民法院也可以酌情对扶养人取得受扶养人遗产的数额予以限制。

二是扶养人取得遗赠财产的权利。遗赠扶养协议的扶养人取得约定遗赠财产的权利在受扶养人死亡后才发生法律效力，并且以其认真履行扶养义务为前提条件。在受扶养人生前，扶养人不得向受扶养人主张取得协议中约定的财产。扶养人未尽或不认真履行扶养义务的，其依协议约定的取得财产的权利将会丧失或部分丧失。为了保障扶养人可以取得约定遗赠的财产，未征得扶养人的同意，受扶养人不得另行处分遗赠的财产，但是，对该财产享有使用权。

遗赠扶养协议与收养协议不同。由于遗赠扶养协议的签订并不使对受扶养人承担生养死葬义务的扶养人与受扶养人之间形成拟制的血亲关系，其与自己的亲属也并不因此解除法律上的权利义务关系，因而，扶养人取得受遗赠的财产不能影响其继承父母及其他亲属的遗产，扶养人继承了其父母或其他亲属的遗产也不影响其依遗赠扶养协议取得受遗赠的财产。

2. 遗赠扶养协议对于受扶养人的效力

遗赠扶养协议对受扶养人的效力，表现为受扶养人有权要求扶养人履行扶养义务，并负有于其死亡后将协议中约定的财产能够为扶养人取得的义务。

由于遗赠扶养协议是以受扶养人将其协议约定的财产于死亡后为扶养人取得为条件而订立的，因而，扶养人对于将来可成为受扶养人遗产的财产，享有期待利益。尽管扶养人取得受扶养人遗产的权利在

受扶养人死亡时才产生效力，扶养人在受扶养人生前不能主张其权利，受扶养人仍对财物享有完整的所有权，但是，由于扶养人对协议中约定的财产已经享有期待权，受扶养人若处分协议中约定的财产则会侵害扶养人的权利。因此，如何处理受扶养人的所有权与扶养人的期待权之间的关系，是十分重要的。为平衡扶养人与受扶养人两者之间的利益，法律规定，受扶养人不得擅自处分协议中约定的财产，除非事先征得了扶养人的同意。

3. 遗赠扶养协议对于第三人的效力

遗赠扶养协议虽然在受扶养人与扶养人之间签订，但是，除了对受扶养人、扶养人双方发生法律效力之外，对协议之外的受扶养人的继承人、受遗赠人等也会产生一定的法律效果，即遗赠扶养协议具有对于第三人的效力。此外，由于在遗赠扶养协议的履行期间，虽然受扶养人与扶养人对遗赠财产作了约定，但是，受扶养人依然占有使用该财产，基于该约定遗赠的财产，受扶养人会与其他第三人发生关系，也会因此对第三人产生一定的法律效果。

第一，对遗赠人的继承人、受扶养人的效力。遗赠扶养协议并不以受扶养人没有法定继承人为前提，在被继承人死亡后，有遗赠扶养协议的，须先执行遗赠扶养协议，而后才能进行继承。财产只要是在遗赠扶养协议中约定遗赠的财产，就应依该协议由扶养人取得，不论是受扶养人遗嘱中指定的继承人还是受扶养人的法定继承人，均不得主张取得该财产。因此，受扶养人死后占有约定遗赠财产的继承人，有将遗赠财产转移给扶养人的义务。如果受扶养人死亡时还留有遗赠扶养协议所约定的财产之外的遗产的，则根据遗赠人的意愿，对该遗产进行遗赠、遗嘱继承，或者对其进行法定继承。

第二，对其他第三人的效力。对于在遗赠扶养协议存续期间与受扶养人基于约定遗赠的财产发生关系的继承人或受遗赠人之外的其他第三人，例如，受扶养人未经扶养人同意而转让财物给第三人中的第三人，遗赠扶养协议对其也具有约束力。在受扶养人擅自处分财产，致使扶养人无法实现取得受扶养人遗产的权利时，扶养人有权解除遗赠扶养协议，可以要求受扶养人补偿其已经支付的扶养费用。扶养人不解除遗赠扶养协议的，若该处分行为为有偿的，第三人可以取得受让的财物；若该处分行为是无偿的，扶养人可以在取得遗产权利后向该财物的非善意取得人主张返还不当得利。

（三）遗赠扶养协议作为遗产处理根据的效力

遗赠扶养协议是受扶养人在生前对其财产所作的一种处分，也是

遗产处理的依据之一，而且在处理遗产上有最优先的效力。因此，遗赠扶养协议作为遗产处理的根据是非常重要的，在受扶养人死亡后，扶养人应当对遗赠扶养协议进行证实，以将受扶养人与扶养人签订的协议作为遗产处分的根据。由于遗赠扶养协议通常为采取书面形式的要式行为，扶养人提交书面的遗赠扶养协议即可。

我国公证业务办理遗赠扶养协议公证。公证机构根据当事人的申请，依法证明受扶养人与扶养人之间签订协议行为的真实性、合法性。遗赠扶养协议公证并不是遗赠扶养协议的生效要件，对该协议的生效没有影响，遗赠扶养协议只要自双方当事人的意思达成一致即可生效。不过，遗赠扶养协议公证是对协议的真实性、合法性的证明，可以在当事人对协议的真实性、合法性发生争议时发挥重要作用，证明该协议的合法有效，并且可以予以强制执行。

法律适用中应注意的问题

本条的创新点是，将原《继承法》第31条专门强调集体所有制组织可以作为遗赠扶养协议的扶养人的规定，改为所有的组织都可以作为遗赠扶养人扶养协议的扶养人，具有遗赠扶养协议扶养人的资格。这样规定，扩大了遗赠扶养协议适用的范围，改变了作为组织形式的集体所有制组织具有遗赠扶养协议扶养人资格的现状。

案例链接

1. 涂某一与涂某二、谢某继承纠纷案^[11]

基本案情

涂某三与原告涂某一系兄妹关系，第三人邹某系二人的母亲。某年某月某日，涂某三与陶某一登记结婚，育有被告涂某二一子，被告谢某系陶某一的母亲。涂某三与陶某一婚后购有位于长沙市××航空路××号房屋（以下简称房屋1）。2008年4月2日，被告谢某作为位于长沙市天心区书院××号房屋（以下简称房屋2）的产权人，与陶某一、陶某二签订《赠与协议》，载明其自愿将该房屋赠与给陶某一、陶某二，受赠人自愿接受赠与。自此，房屋2由谢某、陶某二、陶某一三人各占三分之一份额共有。2013年3月5日，陶某一去世，其父陶某三已在此之前去世。2013年10月27日，涂某三入住长沙市望城区安华山庄老年公寓。2015年3月，涂某三被确诊患支气管肺癌，同年6月湖南省直劳动能力鉴定委员会鉴定其完全丧失劳动能力。

2015年7月15日，涂某三（甲方、遗赠人、受扶养人）与原告涂某一（乙方、受赠人、扶养人）签订一份《遗赠扶养协议》，载明：甲方因患肺癌身体衰弱，有一子已成家，不看望不赡养，家中无人照料，长期以来全部依靠妹妹（原告）照顾。甲方愿意将所有的个人财产遗赠给乙方，并由乙方承担扶养甲方义务；乙方愿意承担扶养甲方义务，并愿意接受甲方遗赠的财产，双方就遗赠扶养相关事宜达成如下协议：（1）房屋1中涂某三所有的产权份额及其应继承妻子陶某一的产权份额是涂某三的财产；房屋2中陶某一所有的产权份额系与涂某三的共同财产，涂某三所有的产权份额与其应继承妻子陶某一的产权份额是涂某三的财产。甲方自愿将其上述财产遗赠给乙方。（2）甲方现有安华山庄权益保障金5万元及现金，去世之前用于生活开支和支付医疗费用，如甲方存款及现金不足以支付上述费用，由乙方承担，去世后如有剩余，剩余的全部积蓄赠给乙方。（3）乙方负责甲方的吃、穿、住、行、医疗、养老等扶养义务，保证甲方生病时及时安排治疗，并作为甲方唯一的全权代理人，代为行使门诊、住院期间关于有关病情告知、病情的治疗方案，以及在诊断、治疗及手术过程中需要签署的一切知情同意书等相关签字手续，悉心照顾甲方，经济上给予帮助，精神上给予慰藉。（4）乙方在甲方生前不得转移、处置甲方个人财产，乙方应于甲方去世后办理遗赠财产的所有权转移手续，不需办理财产所有权转移手续的，乙方占有即视为已取得遗赠财产……2015年7月23日，长沙市长沙公证处对上述《遗赠扶养协议》进行了公证。

2017年1月28日涂某三去世，原告为其办理了丧葬事务。除被告涂某二、第三人邹某外，涂某三无其他第一顺序法定继承人。涂某三生前未立有遗嘱。

原告向法院提出诉讼请求：依法分割遗赠人涂某三位于长沙市××航空路××、天心区书院××号房屋，判决原告对该两套房屋各占75%份额；被告于判决生效3天内协助办理房屋产权变更登记手续；本案诉讼费由被告承担。

法院判决

法院认为，《继承法》第31条规定：“公民可以与扶养人签订遗赠扶养协议。按照协议，扶养人承担该公民生养死葬的义务，享有受遗赠的权利。”据此，扶养人系对受扶养人不具有法定扶养义务的人，其按照遗赠扶养协议的约定，对受扶养人承担生养死葬的义务，享有受遗赠的权利。本案中，原告虽与涂某三系兄妹关系，是涂某三第二顺序继承人，但是，在涂某三有第一

顺序继承人的情况下，原告作为第二顺序继承人并不享有继承权。因此，原告作为扶养人与涂某三签订《遗赠扶养协议》，主体资格合法。该《遗赠扶养协议》已经公证，系当事人真实意思表示，内容不违反法律规定，具有法律效力。根据我国《继承法》第5条规定，继承开始后，遗赠扶养协议效力优先于遗嘱和法定继承。原告依约履行了协议义务，依法享有受遗赠的权利。法院判决涂某一继承争议房屋1的三分之二的份额，对争议房屋2继承九分之二的份额。

2.毛某、龙某诉梅某遗赠扶养协议纠纷抗诉案

基本案情

1987年2月17日，出家人毛某、龙某在张某、陈某等人在场，况某、肖某、况某代笔的情况下，立下遗嘱。遗嘱主要内容为：毛某、龙某师徒二人因年高缺乏劳力，……目前生活无人奉养，一旦死了又有谁来安埋？日夜忧思无方可想，只有我的亲侄女梅某可以寄托我们的晚年，为此，经亲邻朋友证明，当人移交给梅某继承我原建的住房三间，在解放东路×号，但我师徒二人的生前生活要梅某负责到底，我们死后要梅某风光安埋，我自立字据之日起这一屋三间的主权属梅某所有，任何人不得侵犯干涉，空口无凭立遗嘱一纸为据。同年3月6日，毛某、龙某与梅某到贵州省赫章县公证处公证。公证文书名为“赠与书”，主要内容为：“赠与人毛某、龙某、受赠人梅某，赠与人毛某、龙某在赫章县城关镇解放东路×号有自己修建的土木瓦结构平房三间，面积约60平方米，价值11 000元，现因年老多病，又无其他亲人，为减轻国家和人民负担，自愿将上述房屋和压面机及其他家具有条件地赠与侄女梅某，从赠与书生效之日起，产权即归梅某所有，同时梅某必须负责毛某、龙某的生养死葬。”同年4月16日，赫章县公证处在出具公证书时，公证员找梅某谈话并作记录，梅某表示：老人在时负责吃、穿，死时负责安葬。如不尽“赠与书”所说的义务，老人有权收回财产。协议签订后，毛某、龙某二人将房屋、压面机等交付梅某，梅某也给毛某、龙某二人提供了粮食、蔬菜等。同年，梅某在征得毛某、龙某二人同意后，对解放东路×号房屋进行重建，将该房屋拆除并修建成面积为120平方米砖混结构一楼一底的房屋，花费约15 000元。拆房之初，毛某、龙某二人向城关镇居委会借房居住。但房屋建好后，梅某并未将毛某、龙某二人接回，而是将该房用作经营，楼上开旅馆，楼下开餐馆。1990年，雷某（女，系出家人）经人介绍来到赫章县与毛某、龙某二人共居住，自食其力。梅某对此不满，双

方产生矛盾，加之毛某的经书被当地公安机关没收，毛某怀疑是梅某告发，双方关系进一步恶化。梅某即放弃了对毛某、龙某二人的扶养，毛某、龙某二人靠借种他人土地、捡拾破烂和群众的接济维持生活。毛某、龙某二人多次向居委会、公证处反映梅某不尽生养死葬的生养义务。赫章县公证处曾经组织调解，城关镇居委会亦于1990、1991年两次组织调解。1991年5月25日城关镇居委会调解时，梅某承认几年来没有尽到义务，自己对不起老人。但因梅某无扶养毛某、龙某二人的诚意，多次调解均无结果。在城关镇居委会和群众的支持下，毛某、龙某二人以“房屋赠与梅某，是有条件的赠与，现梅某对我们不尽义务”为由，于1991年6月5日向贵州省毕节地区赫章县人民法院起诉，请求解除遗赠关系并归还房屋和其他财产。

法院判决

贵州省毕节地区赫章县人民法院审理认为，毛某、龙某二人与梅某之间的遗赠扶养协议属实，但梅某未尽到“生养”义务，双方矛盾逐渐加深，关系日趋恶化，致使原告拒绝梅某对其扶养，遗赠扶养协议难以继续维持。对于原告毛某、龙某二人所赠房屋及财产，梅某理应返还。对于梅某翻修后的房屋与原房屋之间的差价，毛某、龙某二人应适当补偿。1991年11月5日，贵州省毕节地区赫章县人民法院以（1991）赫法民初字第437号民事判决书判决：（1）毛某、龙某与梅某所订立的赠与合同，至本判决生效起废止。（2）梅某将毛某、龙某房屋翻建的房屋归毛某、龙某所有。由梅某退还毛某、龙某压面机2台、电动机1台、大小方桌各1张、木床2张、被子1床、板凳4条、水泥缸1个、碗柜1个、电表1个。（3）由毛某、龙某付给梅某人民币15 000元。（4）上述互相给付的房屋、财产和现金，均在判决生效后2个月内一次付清。梅某不服一审判决，向贵州省毕节地区中级人民法院提出上诉。

贵州省毕节地区中级人民法院审理认为：梅某与毛某、龙某签订“遗赠扶养”协议后，梅某尽了一定的义务。雷某来赫章与毛某共同生活，梅某不满，加之毛某经书被公安机关收缴而怀疑梅某告发，故双方发生纠纷。梅某修建房屋是征得毛某、龙某同意后拆除原房修建的，原房屋已不存在，梅某原住房已出卖，现无房居住，因此对毛某要求返还原房屋的诉讼请求不予支持。双方不能继续履行“遗赠扶养”协议，应由梅某对毛某、龙某的原房折价赔偿。1992年5月13日贵州省毕节地区中级人民法院作出（1991）民上字第592号民事判决书，判决：（1）维持贵州省

毕节地区赫章县人民法院（1991）赫法民字第437号民事判决书第1条；（2）改判贵州省毕节地区赫章县人民法院（1991）赫法民字第437号民事判决书第2、3条为：新建房屋归梅某所有，由梅某付给毛某、龙某人民币15 000元。梅某返还毛某、龙某压面机等财产。

二审判决后，1992年6月21日毛某、龙某二人向检察机关提出了申诉。同年7月，龙某因病死亡，当地群众集资将其安葬。贵州省人民检察院经审查认为，依据《继承法》规定，遗赠扶养协议是一种附条件的法律行为。扶养人只有在全面、切实履行协议规定的“生养死葬”义务后，方可享受接受遗赠物的权利，梅某拒绝履行对毛某、龙某二人的扶养义务，二审法院却判决房屋归其所有，适用法律错误。且经检察机关调查，梅某另有房屋居住。1993年8月，贵州省人民检察院以黔民抗字（1993）第3号抗诉书就本案向贵州省高级人民法院提出抗诉。1993年9月3日，贵州省高级人民法院以（1993）黔民再字第7号民事裁定书，指令贵州省毕节地区中级人民法院另行组成合议庭对本案进行再审。贵州省毕节地区中级人民法院再审认为：梅某与毛某、龙某所签订的遗赠扶养协议，是附条件民事法律行为，其所附条件符合，协议自然生效，否则反之。梅某未能很好地履行生养义务，其所改建之房应归还毛某、龙某，毛某、龙某对梅某作适当补偿。基于上述认识，毕节地区中级人民法院以（1994）民再终字第20号民事判决书判决：（1）撤销本院二审（1991）民上字第592号民事判决，维持一审贵州省毕节地区赫章县人民法院（1991）赫法民字第437号民事判决；（2）房屋归属及一应物品按一审判决执行。梅某不服贵州省毕节地区中级人民法院的再审判决，向贵州省高级人民法院提出申诉。

1995年11月6日，贵州省高级人民法院裁定对本案提审。贵州省高级法院经审理认为：毛某、龙某与梅某于1987年3月16日签订的“赠与书”是双方真实意思表示，并经公证，应认定为合法有效，该“赠与书”不是遗赠扶养协议，亦不是附条件的法律行为，应认定为合法有效的有条件的赠与合同。从该赠与合同的履行情况看，房屋及其他财产的所有权已转归梅某所有，毛某、龙某也接受了梅某的扶养。毛某、龙某二人要求收回房屋及其他财产所有权的理由不充分。该院以（1995）黔民再字第3号民事判决书判决：（1）撤销贵州省毕节地区中级人民法院（1994）民再终字第20号民事判决和（1991）民上字第592号民事判决以及贵州省毕节地区赫章县人民法院（1991）赫法民字第437号民事判决；（2）诉争之房即赫章县双河镇解放东路×号房屋归梅某

所有，其他财产即压面机2台、电动机1台、大小方桌各1张、木床2张、被子1床、板凳4条、水泥缸1个、碗柜1个、电表1个归梅某所有，但应由毛某使用；（3）梅某支付毛某从1991年2月至今的生活补助费5 000元人民币；（4）自本判决生效之日次日起，梅某每月支付给毛某生活费200元，直到毛某死亡；（5）毛某的住院医疗费及死亡安葬由梅某负责。

贵州省高级人民法院再审判决送达后，梅某依据该判决支付给毛某生活补助费5 000元，但毛某拒收，故存放于贵州省毕节市赫章县人民法院。1995年5月3日毛某立下遗嘱，在其死后由赫章县城关镇居委会作为其权利承受人。1996年1月9日，毛某死亡，梅某依据贵州省高级法院的上述判决办理了毛某的后事，共计支出13 717.38元。

贵州省人民检察院认为贵州省高级人民法院（1995）黔民再字第3号民事判决确有错误，依法向最高人民检察院提请抗诉。赫章县城关镇居委会作为毛某的权利承受人，亦向最高人民检察院提出申诉。

1996年12月16日最高人民检察院受理后，以高检发民行抗字（1996）第6号民事抗诉书，向最高人民法院提出抗诉。最高人民检察院认为贵州省高级人民法院（1995）黔民再字第3号民事判决存在下列问题：（1）贵州省高级人民法院再审判决认定毛某和龙某将其所有的房屋和其他财产赠与梅某，经公证以后，梅某即取得该财产的所有权，不符合客观事实。毛某、龙某与梅某签订的遗赠扶养协议，是以遗嘱的形式作出的。在公证过程中，经办的公证员本应公证该遗嘱，但却另行起草“赠与书”进行公证。尽管如此，该“赠与书”的内容仍然是在遗赠财产的同时，梅某必须承担毛某二人的生养死葬义务。该民事法律关系的基本特征，仍然是遗赠扶养协议。且梅某虽然占有毛某、龙某的财产，但是，无论在毛某、龙某的生前还是死后，其房屋的所有权都没有过户，至今仍为毛某二人的遗产。再审判决认定“赠与书”有效，梅某已经取得了毛某二人的财产所有权，违背事实。（2）贵州省高级人民法院再审判决认定梅某对毛某、龙某尽了生养死葬义务，与事实不符。再审判决认定梅某在签订了“赠与书”以后，双方关系尚好，其扶养事实，双方均予以认可，梅某向毛某二人提供生活日用品及钱物均是事实。但客观事实是，梅某在“赠与书”公证以后，仅向毛某二人提供了部分钱物，与毛某二人的生活需要相差悬殊；且梅某在占有了毛某二人的房屋以后，用毛某的房屋经营饭店和旅店，却不再提供任何生活用品及

钱款，毛某二人的生活靠拾破烂、借种他人土地和20多名群众以及赫章县城关镇居民委员会、赫章县城关镇下街村委会的接济帮助来维持。事实证明，梅某与毛某二人签订遗赠扶养协议的真实意图，就是企图侵占毛某二人的财产，在得到财产以后，即不再承担扶养义务。对于这种违背社会主义公德的恶意行为，再审判决却予以支持，严重侵害了当事人的合法权益。（3）贵州省高级人民法院再审判决将遗赠扶养协议确定的权利义务，按照有条件的赠与合同确认当事人的权利义务，适用法律确有错误。再审判决认定，“赠与书”为合法有效的有条件的赠与合同，从赠与生效之日起，所赠的房屋及其他财产即归梅某所有，同时梅某承担毛某二人的生养死葬的义务，这两个内容同时生效。这一认定混淆了遗赠扶养协议与赠与合同的法律界限，违背了《民法通则》规定的公平、正义、等价有偿原则，违背了《继承法》第21条关于“遗嘱继承或者遗赠附有义务的，继承人或者受遗赠人应当履行义务。没有正当理由不履行义务的，经有关单位或者个人请求，人民法院可以取消他接受遗产的权利”的规定，同时，也违背了最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第56条关于“扶养人或者集体组织与公民订有遗赠扶养协议，扶养人或者集体组织无正当理由不履行，致协议解除的，不能享有受遗赠的权利，其支付的供养费用一般不予补偿”的规定。再审判决在扶养人不履行扶养义务的情况下，判令在遗嘱人死亡前其遗赠物就已经转移了所有权，适用法律确有错误。

1998年3月10日最高人民法院受理抗诉后，以（1997）民监字第183号函指令贵州省高级人民法院对本案进行再审。

1998年4月26日，贵州省高级人民法院裁定对本案进行再一次再审。该院再审认为：1987年2月18日毛某、龙某所立下的遗嘱及1987年3月6日与梅某到赫章县公证处签订的“赠与书”的内容为梅某在接受遗赠财产的同时必须承担毛某、龙某二人的生养死葬义务，从梅某对毛某、龙某所赠与的房屋进行修建需征求毛某、龙某二人同意的事实表明，梅某虽然占有了毛某、龙某二人的财产，但房屋的所有权没有过户，其产权的合法转移应在梅某对毛某、龙某二人尽了生养死葬义务后才得以实现，据此，双方协议的真实意思表示应为遗赠扶养的法律关系。赫章县公证处将双方协议的文书公证为“赠与书”，将遗赠扶养的法律关系变更为赠与法律关系，违背了《民法通则》规定的公平、等价有偿原则，亦违背了毛某、龙某的真实意思表示，该“赠与书”应属无效。梅某对毛某、龙某二人没有完全履行生养死葬义务，在当地

造成不良影响，依法不能享有受遗赠财产的权利。原再审判判决认定“赠与书”有效，双方签订的协议属有条件的赠与合同适用法律不当，应予以改判。最高人民检察院的抗诉理由成立。贵州省高级人民法院经审判委员会讨论，依照《继承法》第21条及《民事诉讼法》（1991年）第184条的规定，于1999年2月26日作出（1998）黔民再字第25号民事判决：（1）维持本院（1995）黔民再字第3号民事判决第1项；（2）撤销本院（1995）黔民再字第3号民事判决第2、3、4、5项；（3）诉争之房即赫章县双河镇解放东路×号房归毛某的权利承受人赫章县城关镇居委会所有，其他财产即压面机等亦归赫章县城关镇居委会所有；（4）由赫章县城关镇居委会给付梅某房屋修建费15 000元，毛某安葬费13 717.38元，两项合计28 717.38元；（5）存放于贵州省毕节市赫章县人民法院的梅某支付给毛某的生活补助费人民币5 000元归梅某所有。原一、二审案件受理费1 200元，由梅某负担。

注释：

[1]刘春茂.中国民法学·财产继承.北京：中国人民公安大学出版社，1990：290.

[2]郭明瑞，等.继承法研究.北京：中国人民大学出版社，2003:186.

[3]在中国社会科学院梁慧星教授主持起草的民法典草案以及中国人民大学法学院王利明教授主持起草的民法典草案中都是把遗赠扶养协议作为独立的部分加以规定的。梁慧星.中国民法典草案建议稿.北京：法律出版社，2003；王利明.中国民法典草案建议稿及说明.北京：中国法制出版社，2004.

[4]王利明.中国民法典学者建议稿及立法理由——人格权编·婚姻家庭编·继承编.北京：法律出版社，2005：607.

[5]郭明瑞，等.继承法.2版.北京：法律出版社，2004：220.

[6]“继承合同是被继承人指定继承人以及作出遗赠和遗产信托、抛弃继承权的合同，通过这种合同，他方当事人被指定为其相续人或与其对继承权为处置。”徐国栋.绿色民法典草案.北京：社会科学文献出版社，2004：292.

[7]麻昌华，等.共同遗嘱的认定与建构.法商研究，1999（1）.

[8]徐国栋.绿色民法典草案.北京：社会科学文献出版社，2004：292.

[9]张玉敏.继承法律制度研究.北京：法律出版社，1999：286.

[10]朱凡.继承合同效力研究及我国继承合同制度的构想//陈苇.家事法研究（2006

年卷).北京:群众出版社,2007:142,147.

[11]湖南省长沙市雨花区人民法院(2017)湘0111民初1475号民事判决书。

第一千一百五十九条

分割遗产，应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务；但是，应当为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产。

条文对照

《继承法》没有相应规定。

本条主旨

本条是对遗产债务清偿顺序的规定。

条文详解

一、遗产债务的范围

遗产债务的清偿，说到底，就是对遗产的清算。^[1]

遗产债务，是指应当以遗产负责清偿的债务。被继承人在留下遗产的同时，也可能遗留下有关债务，在继承开始后，还会基于遗产管理等产生一些新的债务，如继承费用。对于这些遗产债务应当进行清偿。

遗产债务清偿的前提，是确定遗产债务的范围。有学者认为，遗产债务即被继承人所欠债务，是指被继承人生前个人依法应当缴纳的税款和完全用于个人生活需要所欠下的债务。遗产债务主要包括以下几类：（1）被继承人依照我国税法的规定应当缴纳的税款；（2）被继承人因合同之债而欠下的债务；（3）被继承人因侵权行为而承担的损害赔偿的债务；（4）被继承人因不当得利而承担的返还不当得利的债务；（5）被继承人因无因管理而承担的补偿管理人必要费用的债务；（6）其他属于被继承人个人的债务，如合伙债务中属于被继承人应当承担的债务，被继承人承担的保证债务。^[2]这种主张与我国《继承法》第33条的规定相一致，但是有遗漏之处。遗产债务虽然主要是被继承人生前所欠下的债务，但是，遗产债务的范围比被继承

人债务的范围要宽，在继承开始后基于遗产产生的债务也属于遗产债务，应当进行清偿。

本条对遗产债务的范围规定得比较简单，只有依法应当缴纳的税款和债务。具体的遗产债务的范围如下。

（一）被继承人应当依法缴纳的税款

被继承人应当依法缴纳的税款，是被继承人作为国家税收管理相对人，对国家应当缴纳的税款，例如营业税、个人所得税、交易税等。在遗产债务中，被继承人依法应当缴纳的税款，是最重要的部分，优先于被继承人所欠的他人债务。

（二）被继承人生前所欠债务

被继承人生前所欠债务，是遗产债务的主要部分，是被继承人生前因自己的行为所欠下的债务，包括被继承人因合同、侵权行为、无因管理、不当得利所欠的债务。为保护被继承人的债权人的合法权益，在用遗产支付的丧葬费、遗产管理费、税款之外，该债务放在优先地位。

除此之外，以往有人认为被继承人的酌情分给的遗产债务和遗赠债务，也属于遗产债务。例如有人认为，酌给遗产债务是基于法律规定和扶养事实产生的，属于遗产债务。^[3]又如有人认为遗赠只是赋予了受遗赠人请求执行遗赠的权利，在本质上属于债权范畴，属于遗产债务。还如有人认为特留份也属于遗产债务^[4]，即继承人中有缺乏劳动能力又没有生活来源的人，即使遗产不足清偿债务，也应为其保留必要的遗产，然后再按有关规定清偿债务。对于这些，民法典继承编都认为是遗产分割的问题，而不是遗产分割之前的债务清偿范围。这样的规定是明确的。

二、遗产债务清偿的连带责任原则

遗产债务的清偿原则，包括有限继承原则、连带责任原则和执行遗赠不得妨害清偿遗赠人应当依法缴纳的税款和债务的原则。有限继承原则和执行遗赠不得妨碍清偿遗赠人应当依法缴纳的税款和债务原则，都有具体条文规定，这里着重说明连带责任原则。

关于继承人共同继承遗产时，各共同继承人对遗产债务应当负何种责任，各国继承立法有不同的规定，主要有三种立法例：一是分割

责任主义，认为各共同继承人对被继承人所负的债务，按各人的应继份承担清偿责任。二是连带责任主义，从保护债权人的利益出发，认为各共同继承人应就被继承人所负的全部债务承担连带清偿责任。三是折中主义，在遗产分割以前，各共同继承人对被继承人债务承担连带责任，但在遗产分割以后，采取分割责任主义，各共同继承人对被继承人债务按其应继份承担按份责任。【5】

本法没有明确规定各共同继承人对遗产债务应当承担何种责任。通说认为，各共同继承人对遗产债务承担的是连带责任。其理由是：首先，有利于保护被继承人债权人的利益。如果采取分割责任，继承人仅仅按照其应继份承担责任，则债权人可能面临难以得到清偿的问题，债权人实现债权过于烦琐。其次，各共同继承人对遗产系共同共有，依照共同共有的原理，共同继承人对遗产债务也应当承担连带责任。最后，我国继承法采取的是限定继承，各共同继承人的连带责任也必须在所继承的遗产价值范围内，不能以继承人的固有财产承担连带责任，因此，采用连带责任不会损害继承人原有的利益。

按照连带责任原则，被继承人的债权人有权向共同继承人全体，或者共同继承人中的一人或数人，请求在遗产实际价值范围内清偿全部遗产债务，任何继承人不得拒绝。尽管共同继承人对外就遗产债务承担连带责任，但是，在共同继承人内部仍有份额之分。当共同继承人全体或共同继承人中的一人或数人清偿了全部遗产债务时，在共同继承人内部，就应当按照各自遗产份额的比例分担遗产债务。在遗产分割后，各共同继承人仍然要对被继承人的债权人负连带责任。不过，遗产分割后的继承人连带责任，应当有一定的时间限制。我国继承法对此没有明文规定，但是，这种时间限制具有合理性，应当予以借鉴。

三、遗产债务清偿的顺序

遗产债务应当按以下顺序清偿。

（一）依法应当缴纳的税款

被继承人生前依法应当缴纳的税款，应当在遗产债务中首先清偿，具有优先权。

（二）被继承人所欠债务

被继承人的遗产源于被继承人生前所从事的各类法律行为。被继

承人生前进行的法律行为，既可能得到债权，也可能负担债务。被继承人生前负有的债务，不论是何种类型的债务，都应当以其遗产清偿。

在以被继承人的遗产清偿债务时，即使遗产不足以清偿债务，也应当为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留适当遗产，按具体情况可以多于或少于其他继承人。

被继承人遗留的遗产不足以清偿全部遗产债务时，同一顺序的债权按照比例受偿。

法律适用中应注意的问题

在司法实践中适用本条规范，应当注意的问题如下。

第一，被继承人的丧葬费应当怎样处理。被继承人的丧葬费，似乎是可以列入遗产债务范围的，甚至可以将丧葬费用列入继承费用之中。^[6]不过，《德国民法典》的规定，丧葬费用不能列入继承费用之中，而应当由继承人负担。笔者认为，丧葬费用既不能列入遗产债务范围，也不能列入继承费用之中。理由是，无论从法律上还是从社会道德上讲，继承人都有义务殡葬已故被继承人。

第二，遗产管理费应否列入遗产债务范围。遗产管理费，也称为继承费用，是指为完成管理、清算、分割遗产及执行遗嘱而支出的费用。对此，本条未作明确规定。在继承进行中，为完成一定的事项，须支出一定的费用，如遗嘱执行费、遗产保管费、遗产维护费、公示催告费、诉讼费等。这些费用是必须支出的，不仅应当从遗产中开支，而且应将遗产管理费用作为享有优先权的债权，置于依法应当缴纳的税款和债务之前。因继承人和遗产管理人过失而支出的费用不属于继承费用，应当由有过失的继承人和遗产管理人自己负担。

第三，应当确定遗产债务清偿的时间。民法典继承编没有对遗产债务清偿时间作出规定。根据民法原理与司法实践一般做法，继承开始后，继承人或遗产管理人在清点完遗产之后，应当及时通知债权人声明债权，以便于继承人清偿债务。对于已到期债务，继承人应当及时清偿；对于未到期债务，继承人经债权人同意可提前清偿，也可以在分割遗产时保留与债权数额相等的遗产数额，或分配给某一继承人负责清偿。关于债权人声明债权是否应当有时间限制，在我国法律没有规定的情况下，继承人不能

限定期间使债权人声明债权。但是，如果债权人超过了法律规定的诉讼时效期间而未申请清偿遗产债务，则继承人可以不负清偿责任。

在遗产债务清偿时间问题上，许多国家都作出了限制性规定，对遗产债务的清偿时间有所限制，赋予继承人在一定期间内有拒绝清偿债务的权利。这种规定是合理的，有利于保护继承人和全体债权人的利益，防止出现不公平的现象。

案例链接

杜某一、王某与陈某一、陈某二继承纠纷案^[7]

基本案情

原告王某系杜某二之母，原告杜某一系杜某二之父，被告陈某一系杜某二之夫，被告陈某二系杜某二之子，杜某二于2018年4月5日去世。杜某二与陈某一在婚姻存续期间购买了重庆市万州区房屋一套，陈某一按份享有50%的份额，杜某二按份享有50%的份额。杜某二与陈某一购买了小型轿车，登记在杜某二名下。杜某二去世时有存款130 000元。重庆市万州区社会保险局出具的重庆市参加基本养老保险未领取养老金因病或非因工死亡人员有关待遇审批表中载明，因杜某二死亡而应领取的抚恤金为24 516.81元，丧葬补助金为2 000元，杜某二个人账户累计存储额为17 376.08元，共43 892.89元。

原告杜某一、王某起诉，请求各继承杜某二1/4份额的遗产，依法分割社保养老金余额和抚恤金。陈某一、陈某二辩称，死者遗产应在扣除债务和应扣款项后再分割，争议房屋是家庭共有，抚恤金不属于遗产，不能作为遗产处理。被告辩称，被继承人的债务，包括向李某和陈某四的举债。

法院判决

法院认为，遗产系公民死亡时遗留的个人合法财产，继承始于被继承人死亡时。继承开始后，按照法定继承办理，有遗嘱的按照遗嘱继承。本案中，原、被告作为被继承人杜某二的第一顺序法定继承人，在被继承人杜某二生前并未立遗嘱的情况下，均享有继承遗产的权利。关于重庆市万州区房屋一套，重庆市土地房屋登记簿上共有情况载明陈某一享有50%的份额，杜某二享有50%的份额，因此被告辩称该房屋被告陈某一的父母也享有份额

的辩称意见，法院不予支持。因此原告王某、杜某一，被告陈某一分别享有重庆市万州区××路××号×单元××和车牌号为渝××××××的小型轿车12.5%的份额（50%份额÷4人），陈某一享有62.5%的份额。杜某二死亡后，被告向法院提交了办理丧葬事宜开支清单共开支70 691元，证人陈某三出庭作证证明其作为支客士（记账员）除对该清单上的加油事项500元和拉死者灵车490元事项不清楚外，其余事项和金额是真实发生的。虽然原告对清单中无发票的支出项目不予认可，但未能向法院提交证据予以证明，且丧葬事宜中无发票的支出项目和金额也符合本地丧葬习俗，因此法院对原告主张丧葬费事宜中加油500元和拉死者灵车490元的支出不予支持，认定杜某二丧葬事宜开支共69 701元。被告主张死者杜某二向李某借款10 000元，向陈某四借款6 000元，因修葺母亲坟墓尚欠8 500元，但二原告对此并不认可，因此本案对债务不予处理，由债权人另行主张权利。杜某二在死亡时夫妻共同财产为147 376.08元（存款130 000元+杜某二社会养老保险个人账户累计存储额17 376.08元），杜某二应分得73 688.04元。遗产分割前，应支付办理丧葬费、遗产管理费，缴纳所欠税款，清偿被继承人的债务等。杜某二遗留下的现金遗产为3 987.04元（存款73 688.04元-葬事宜开支69 701元）。死亡待遇抚恤金是国家在死者死亡后，发给死者直系亲属的费用，与本案当事人的主体一致，为避免产生不必要的累诉，本案对死亡待遇抚恤金一并进行处理。现杜某二死亡后需处理的财产有现金存款3 987.04元，丧葬费2 000元，抚恤金24 516.81元，共30 503.85元。由于本案被告陈某一尚在读书阶段，在分配该财产时应适当照顾，因此原告杜某一、王某和被告陈某一分别分得7 000元，被告陈某二分得9 503.85元。被告陈某一在重庆市社会保险局应领取的金额中应分得20 389.04元[个人账户中归陈某一个人所有的8 688.04元（17 376.08元÷2）+垫付的丧葬费4 701元（杜某二个人账户应得8 688.04元-杜某二现金遗产3 987.04元）+应分得的7 000元]。

注释：

[1]吴歧.民法继承.武汉：武汉大学出版社，1933:42.

[2]郭明瑞，等.继承法.2版.北京：法律出版社，2004：200.

[3]张玉敏.继承法律制度研究.北京：法律出版社，1999：164.

[4]张玉敏.继承法律制度研究.北京：法律出版社，1999：164.

[5]陈棋炎.民法继承.台北：三民书局，1985：121.

[6]史尚宽.继承法论.北京：中国政法大学出版社，2000：164.

[7]重庆市万州区人民法院（2018）渝0101民初5332号民事判决书。

第一千一百六十条

无人继承又无人受遗赠的遗产，归国家所有，用于公益事业；死者生前是集体所有制组织成员的，归所在集体所有制组织所有。

条文对照

第三十二条 无人继承又无人受遗赠的遗产，归国家所有；死者生前是集体所有制组织成员的，归所在集体所有制组织所有。

本条主旨

本条是对无人继承又无人受遗赠遗产处置的规定。

条文详解

这一条文规定的内容与原《继承法》第32条规定相比较，将无人继承又无人受遗赠的遗产收归国家所有的目的，增加规定为“用于公益事业”，这也是继承法规则中的创新，是一个很好的规定。

一、无人继承又无人受遗赠的遗产的概念

无人继承又无人受遗赠，是指在被继承人死亡后，在法定期限内没有人接受继承又没有人受领遗赠。无人继承又无人受遗赠的遗产，是指被继承人死亡后，在法定期限内，既没有人接受继承又没有人受领遗赠的财产。

对于原《继承法》第32条“无人继承又无人受遗赠的遗产，归国家所有；死者生前是集体所有制组织成员的，归所在集体所有制组织所有”的规定，学者们存在不同看法。有的认为该条是对无人继承遗产的处理，“无人继承的遗产，是指公民死亡时，没有法定继承人又无遗嘱继承人与受遗赠人，或者其全部继承人都表示放弃继承，受遗赠人表示不接受遗赠，则死者的遗产即属无人继承的遗产”^[1]。有的认为该条是遗产无人继承，“被继承人死亡以后，不能确定是否有继承人，这种事实状态叫作遗产无人继承。又叫继承人欠缺，无人承认

继承，继承人不存在”^[2]。还有的认为该条是对无人承受的遗产的规定，“根据我国继承法的规定，无人承受的遗产是指没有继承人或受遗赠人承受的遗产”^[3]。对于该条的界定，可以适当借鉴继承人旷缺制度。

在罗马法中，当继承人告缺或者被设立的继承人处于不配者境地时，国库继承空落的财产。最初是由城邦的金库继承该财产的，但是，随着帝国时代的进步，取得权转归国库，就像在落空份额的继承问题上一样。国库不是以遗产继承名义取得遗产的，因而它并不继承死者的法律地位，这是真正的财产取得，其标的只包括盈余部分，即罗马人真正称为“财产”的那一部分。^[4]在日耳曼法中，死者无规定近亲时，其遗产归属于氏族团体或有裁判权之王侯、伯；并规定动产经1年，不动产经3年无人主张继承权时，为无继承人之遗产，归有裁判权者所有。^[5]自1804年《法国民法典》公布以来，大陆法系各国几乎都确立了继承人旷缺制度。

继承人旷缺，是指继承人有无或生死不明的状态，即是否有继承人不能确定。继承人旷缺，须特别设定遗产管理人，对继承人进行搜索，以便最终确定遗产有无承受及其归属。这与我国的无人继承又无人受遗赠是有区别的。我国规定的无人继承又无人受遗赠的遗产，是指确定地知道无人继承，也无人受遗赠，而继承人旷缺则是指继承人的不确定状态，不知道是否有继承人；遗产无人继承又无人受遗赠，必须无继承人，也无受遗赠人，而继承人旷缺认为，受遗赠人之有无与继承人旷缺制度程序的发动无关，即使被继承人指定了受遗赠人，亦不妨碍搜寻继承人等程序的进行；国外立法例的继承人旷缺制度，具有遗产管理人、搜寻继承人等规定，而我国无人继承又无人受遗赠没有这些规定。这两者是有差异的。

我国古代曾经存在户绝制度。所谓户绝，是指被继承人无男性后代。户绝财产之归属，如被继承人生前遗嘱中有处分，则依遗嘱办理；如无遗嘱，则归被继承人女儿所有；如无女儿，则归其他近亲属所有；至于其他近亲属亦无者，则收归官府。这种意义的户绝的遗产同无人继承又无人受遗赠的遗产不同。因为古代的户绝，是指无男系血亲卑亲属继承的遗产。户绝是我国封建继承制度的组成部分，是宗法制度的产物。而无人继承又无人受遗赠的遗产的处理，是我国现行财产继承制度的组成部分，两者在继承人的范围、遗产归属的条件和性质、遗产处理等方面不同。^[6]本条规定的无人继承又无人受遗赠的遗产处置制度，与我国古代户绝制度不同，借鉴的是现代民法的这一制度。

形成无人继承又无人受遗赠的原因包括：没有法定继承人、遗嘱

继承人和受遗赠人；法定继承人、遗嘱继承人放弃继承，受遗赠人放弃受遗赠；法定继承人、遗嘱继承人丧失继承权，受遗赠人丧失受遗赠权。无人继承又无人受遗赠所余留的遗产，就是无人继承又无人受遗赠的遗产。

二、无人继承又无人受遗赠的遗产的管理

民法典继承编对无人继承又无人受遗赠的遗产的管理没有明确规定。无人继承又无人受遗赠作为一种状态，会持续一定的时间，需要进行管理，才能保护有关当事人、国家或集体的利益。对此，继承人旷缺制度中的财产管理方法可以借鉴。

（一）遗产管理人的选任

继承人旷缺制度中，遗产管理人的选任有四种方法：一是瑞士民法规定，由主管官厅负责管理遗产，主管官厅通常委托公证人或私人承担此项职责，被委托者称为遗产管理人。二是德国民法规定，在继承人不知名或不定时，遗产法院负有注意保全遗产的职责，并可指定遗产保佐人。如利害关系人申请，法院应当指定遗产保佐人。三是日本民法规定，在继承人有无不明时，家庭法院因利害关系人或检察官的请求，应选任遗产管理人，并应急速将管理人的选任进行公告。四是我国台湾地区民法规定，继承开始时，继承人有无不明者，由亲属会议于1个月内选定遗产管理人，并将继承开始及选定遗产管理人之事由，向法院报明。

亲属会议在我国大陆并不被认可，台湾地区的做法不具有可行性。国外通过法院、主管官厅管理的方法，在我国也不现实。

对此，应当采取的办法是：借鉴《民法典》第1145～1149条关于遗产管理人的规定，规定没有继承人或者继承人下落不明，而遗嘱中又未指定遗嘱执行人的，经利害关系人申请，人民法院得指定遗产管理人；在指定遗产管理人之前，人民法院得对遗产进行必要的处分。

（二）遗产管理人的职责

遗产管理人主导无人继承又无人受遗赠的遗产的处理。适当借鉴模仿的《民法典》第1147条规定，确定其主要职责如下。

1. 保管遗产

在遗产管理人选任之前，负有保管遗产义务的主体为存有遗产者；在遗产管理人选任之后，即应由遗产管理人决定该项遗产此后的保管方式。遗产管理人应尽善良管理人的注意义务管理遗产。此项管理职责包括不改变物或权利性质的保存、改良及利用，一般不包括处分行为。为防止遗产的减值或毁损，也应赋予遗产管理人于必要情况下以保全遗产为目的而处分遗产的权利^[7]，如变卖易腐物。

2. 编制遗产清单

遗产管理人在确认死者的遗产系无人继承又无人受遗赠的遗产的同时，应当仔细、认真、不遗漏、无差错地清点遗产，编制遗产清单，记明遗产名称、数量、价值、特征等。

3. 进行公告

遗产管理人应当进行公告，督促权利人在一定期间主张权利。权利人主要包括：一是有无不明之继承人；二是受遗赠人；三是遗产债权人；四是其他利害关系人。

4. 清偿债务

遗产管理人应当对死者生前应缴纳的税款和债务进行清偿。

5. 剩余财产的移交

如于法定公告期间内出现继承人，或于遗产清算完毕前出现主张权利者，遗产管理人应在证实继承人或者权利者身份后，将剩余财产交付于继承人或者权利者。如直至遗产清算完毕前仍无继承人主张继承，也无权利者主张权利，且遗产有剩余者，遗产管理人应负责将剩余遗产移交有关部门上缴国库所有；如果死者生前是集体所有制组织成员，移交所在的集体所有制组织。

三、无人继承又无人受遗赠的遗产的归属

各国继承立法对继承人旷缺时的遗产问题都规定归国家所有，但在对国家取得遗产地位的认识上存在着不同，主要有两种观点：一是法定继承权主义，认为国家是作为无人继承遗产的法定继承人而取得遗产的。二是先占权主义，认为国家有优先取得无人承受遗产的权利。

本法关于无人继承又无人受遗赠的遗产的处理与其他国家的规定

有所不同。原《继承法》第32条规定是按死者的身份来确定无人继承遗产归属的：死者生前是国家机关、全民所有制单位的职工，城镇个体劳动者及无业居民的，其无人承受的遗产归国家所有；死者生前是城镇集体所有制单位的职工，农村集体所有制单位的职工、村民的，其无人承受的遗产归死者生前所在的集体所有制组织所有。本条规定有所调整，但基本内容是相同的，即由于无人继承又无人受遗赠所余留的遗产无人承受，因而应当归国家所有，国家用于公益事业；如果死者生前是集体所有制组织成员的，则归所在集体所有制组织所有。

法律适用中应注意的问题

在司法实践中适用本条，应当注意以下两个问题。

第一，应当看到的是，我国继承制度的法定继承人的范围狭窄，只有两个继承顺序，遗赠的适用范围又不广泛，因而容易出现无人继承又无人受遗赠的遗产。对这些无人继承又无人受遗赠的遗产规定其归国家所有或者归集体所有制组织所有，并非最佳的处理方法。遗产是死者生前的个人合法财产，既然如此，在其死亡后，虽其遗产既没有人继承，也没有人受遗赠，但其或许还有其他亲属。这些亲属虽然不是法律规定的法定继承人，但是毕竟与被继承人有血缘关系，将这样的遗产交给他们继承，毕竟还是在他们的家族中流转，国家有什么必要将其收归国有呢？这样的规定，本来是应当进行纠正的。民法典由于在编纂中对继承制度特别是法定继承制度没有进行根本性的改革，基本上还是延续原《继承法》规定的制度，因而仍然没有办法纠正这样的问题，仅仅是在将无人继承且无人受遗赠的遗产收归国有后，作出“用于公益事业”的规定，算是有了一些进步。

第二，在处理无人继承又无人受遗赠的遗产时，如果有继承人以外的依靠被继承人扶养的缺乏劳动能力又没有生活来源的人，或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人，则可以分给他们必要的遗产。

案例链接

招远市温泉街道办事处滕家村村民委员会与滕甲所有权确认纠纷案^[8]

基本案情

孙某系原告村民，生前享受五保待遇，五保证号为：3706851406××××，孙某于2012年农历十月初八死亡，其生

前没有签订五保供养协议，也未立有遗嘱，无法定继承人。其生前所居住的房屋就是本案争议的房屋，该房屋的土地使用证为招集建××字第1240××××号。2014年3月，被告占有该房屋。原告于2015年8月18日向人民法院提起诉讼，要求确认招集建××字第1240××××号房屋归其所有。人民法院于同年11月5日作出（2015）招城民初字第613号民事判决书，确定诉争房屋权属原告所有。宣判后，被告滕甲向山东省烟台市中级人民法院提起上诉。在二审法院审理期间，被告提供新的证据以证明其对孙某生前尽了较多扶养义务，并主张诉争房屋应归其继承，归其所有。山东省烟台市中级人民法院经审理认为，一审法院原审案件事实不清，将本案发回一审法院案重审。重审中，被告又提供了证人滕乙、滕丙、滕丁出庭证明被告对孙某生前尽了较多扶养义务，并在孙某死亡后被告亦操办了殡葬事宜。原告还提供了其自己制作由多名证人签名捺印的书证，以证明孙某生前由其负责照顾。

法院判决

法院认为，《农村五保户供养工作条例》第12条规定：“农村五保供养对象可以在当地的农村五保供养服务机构集中供养，也可以在家分散供养。”孙某系原告村民，在该村居住，其办理了五保证并领取五保费，应认定其为分散供养的五保户，孙某死后的财产应按照有关法律处理。《山东省农村五保供养办法》第16条规定：“农村五保供养对象私有财产按照《中华人民共和国民法通则》《中华人民共和国继承法》等有关法律规定处理。农村五保供养对象拥有占有、使用、收益和处分个人全部财产的权利。农村五保供养对象的动产及房屋，属于农村五保供养对象所有。”《继承法》第10条规定：“遗产按照下列顺序继承：第一顺序：配偶、子女、父母。第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。继承开始后，由第一顺序继承人继承，第二顺序继承人不继承。没有第一顺序继承人继承的，由第二顺序继承人继承。”该法第16条规定：“公民可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产，并可以指定遗嘱执行人。……公民可以立遗嘱将个人财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的人。”该法第32条规定：“无人继承又无人受遗赠的遗产，归国家所有；死者生前是集体所有制组织成员的，归所在集体所有制组织所有。”虽诉争房屋系五保户孙某的遗产，其生前没有签订五保供养协议，也未立有遗嘱，无法定继承人；但《继承法》第14条规定，对继承人以外的依靠被继承人扶养的缺乏劳动能力又没有生活来源的人，或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分配给他们适当的遗产，最

高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第57条规定，遗产因无人继承收归国家或集体组织所有时，按《继承法》第14条规定可以分给遗产的人提出取得遗产的要求，人民法院应视情况适当分给遗产。本案中，有多名证人证实被告在孙某生前存在经常给孙某送饭、送衣服、送柴草，接老人回家住等扶养活动，尽到了扶养义务。原告招远市温泉街道办事处滕家村村民委员会也未提供证据证明是其他人对孙某的吃、穿、住、医、葬方面给予了照顾和帮助，故可以认定滕甲对孙某尽到了较多的扶养义务，依照上述法律规定，滕甲应适当分得孙某的遗产。故判决滕家村村民委员会取得争议房屋的所有权，向被告滕甲给付孙某遗产款2万元。

注释：

[1]刘素萍.继承法.北京：中国人民大学出版社，1988：376.

[2]张玉敏.继承法律制度研究.北京：法律出版社，1999：178.

[3]郭明瑞，等.继承法.2版.北京：法律出版社，2004：224.

[4]彼得罗·彭梵得.罗马法教科书.黄风，译.北京：中国政法大学出版社，1992：520-521.

[5]史尚宽.继承法论.北京：中国政法大学出版社，2000：365.

[6]刘文.继承法比较研究.北京：中国人民公安大学出版社，2004：427.

[7]林秀雄.民法亲属继承争议问题研究.台北：五南图书出版公司，2000：301.

[8]山东省招远市人民法院（2016）鲁0685民初1559号民事判决书。

第一千一百六十一条

继承人以所得遗产实际价值为限清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务。超过遗产实际价值部分，继承人自愿偿还的不在此限。

继承人放弃继承的，对被继承人依法应当缴纳的税款和债务可以不负清偿责任。

条文对照

第三十三条 继承遗产应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务，缴纳税款和清偿债务以他的遗产实际价值为限。超过遗产实际价值部分，继承人自愿偿还的不在此限。

继承人放弃继承的，对被继承人依法应当缴纳的税款和债务可以不负偿还责任。

本条主旨

本条是对有限继承的规定。

条文详解

本条规定与原《继承法》第33条的规定基本相同，只是调整了部分文字的表述方法。

一、有限继承与无限继承

以继承人继承被继承人财产权利义务的范围为标准，可以将继承可以分为有限继承和无限继承。

有限继承又称限定继承，是指继承人可以仅在一定的范围内继承被继承人的财产权利和义务的继承。在有限继承中，继承人继承被继承人的债务范围，仅以遗产的实际价值总额为限度；对于被继承人生前所欠债务超过遗产的实际价值的部分，继承人可不负清偿责任。

无限继承又称不限定继承，是指继承人必须承受被继承人的全部财产权利义务的继承。在无限继承中，即使被继承人的债务大小超过其财产权利大小，继承人也不得拒绝，须继承被继承人的遗产，而以自己的财产清偿被继承人生前所欠的全部债务。所谓的“父债子还”，就是无限继承的表现。无限继承的立法目的，强调的是保护被继承人债权人的利益。

在遗产债务清偿问题上，罗马法起初实行继承人的无限责任原则，即继承人继承的利益不足清偿所继承的债务时，也须该继承人用本身的财产予以补足，没有推卸的理由。至罗马共和国时期，才由大法官赋予继承人以拒绝继承的“不参与遗产权”，即在遗产有不足清偿债务危险时，继承人可以通过将遗产交由遗产债权人处理的方法，免予承担责任。然而，对遗产状况进行调查并非易事，且财产价值时常波动，如果令继承人于承担无限责任与放弃继承之间作出非此即彼的选择，对其亦未免过于苛刻，故公元531年罗马皇帝发布敕令，规定继承人若对遗产造具清册，得享受所谓“财产清册利益”，也即对遗产债务承担有限责任。^[1]这是现代继承法有限继承原则的历史渊源。当代各国继承法都实行有限继承原则。

二、民法典继承编实行有限继承原则

自原《继承法》生效以来，我国一直实行有限继承原则，继承人对被继承人的遗产债务的清偿，只以遗产的实际价值为限，超过遗产实际价值的部分，继承人不负清偿责任。继承人对被继承人的遗产债务不负无限清偿责任，仅以继承的遗产的实际价值负有限的清偿责任。这对于保护继承人的利益非常有利，可以使继承人通过有限继承免予对遗产承担无限责任。在现实生活中，有的子女对亡父、妻子对亡夫所欠债务竭尽全力予以清偿，承担无限责任，这是行为人对自己的严格要求，是受诚信观念和诚信道德所支配的行为，是高尚的行为，但是，有限继承不是对高尚的人制定的规则，而是对一般的普通人制定的规则。法律规定有限继承原则，并不限制继承人自愿实施符合无限继承原则的高尚行为。

理解本条规定的有限继承原则的要旨如下。

第一，本条第1款关于“继承人以所得遗产的实际价值为限清偿被继承人应当依法缴纳的税款和的债务”的规定，就是对有限继承原则的规定。这一规定与《继承法》的规定相比，变化的是表述的文字，主要内容并没有变化。首先，继承人继承了遗产，应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务，缴纳税款和清偿债务以所得遗产实际价

值为限。这是原则。如果继承人不想承担缴纳税款和清偿债务的义务，则可以放弃继承。其次，缴纳税款和清偿债务，以继承人所得遗产实际价值为限，这就是有限继承原则的体现，继承人即使继承了遗产，也以继承的遗产范围为限，承担缴纳税款、清偿债务的义务。最后，将“继承人以所得遗产实际价值为限”移到句前作为定语，进一步强调了有限继承原则的主旨，具有更好的宣示作用。

第二，超过遗产实际价值部分，继承人自愿偿还的不在此限。这是在实行有限继承原则的基础上，对继承人自愿承担无限继承责任的行为，也持肯定态度。因为这对保护债权人的债权有利，也是继承人诚信道德和诚信观念的表现。但是，承担无限继承责任须继承人自愿，而非强制，也不得强制。

第三，继承人放弃继承的，对被继承人依法应当缴纳的税款和债务可以不负偿还责任。依照权利义务相一致原则，继承人如果不继承遗产，则对被继承人应当缴纳的税款和债务，都可以不负偿还责任。

法律适用中应注意的问题

在司法实践中，适用本条规定的有限继承原则，应当注意的问题如下。

第一，按照有限继承原则的要求，除对超过遗产实际价值的部分继承人自愿偿还的不受有限继承原则的限制之外，继承人对遗产债务均负有限责任。任何人都不能强迫继承人偿还超过遗产实际价值的遗产债务。即使共同继承人中的某个继承人自愿承担无限责任，亦不对其他继承人发生效力。

第二，在继承纠纷的民事诉讼中，如果继承人自愿承担无限继承责任，法院在调解中可以予以支持，但是，在判决中不可以如此裁判。因为适用无限继承原则，是继承人的道德义务，不是法律义务。对于超过遗产实际价值部分，如果继承人自愿负担无限继承责任，并写进调解协议以及调解书，就是自愿行为，而不是法律上的强制行为，当然不违反法律；但是，如果法官在判决中判决继承人承担无限继承责任，则违反本法的规定，是违法判决，是没有法律依据的。

案例链接

雷某与谢乙、陶某被继承人债务清偿纠纷案^[2]

基本案情

谢甲，男，1983年出生，离异，无子女，天津市某中学教师，于2019年3月3日在家中自缢死亡。被告谢乙、陶某系夫妻关系，为谢甲之父母。谢甲于2018年10~11月，以要借款周转为由向同事即本案原告雷某借款，雷某先后通过支付宝转给谢甲支付宝账户15 000元，分别为2018年10月23日3 000元，10月26日2 000元，11月1日5 000元，11月30日5 000元。上述借款事实有原告提交的支付宝转账电子回单为证。谢甲遗产尚未继承。

原告雷某向法院起诉，请求法院判令被告在继承遗产范围内立刻偿还剩余欠款15 000元。

法院判决

法院认为，合法的借贷关系受法律保护。原告已将借款交付谢甲，双方间的民间借贷法律关系成立且生效。鉴于目前谢甲已死亡，依据《继承法》第33条关于“继承遗产应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务，缴纳税款和清偿债务以他的遗产实际价值为限。超过遗产实际价值部分，继承人自愿偿还的不在此限”的规定，被告谢甲、陶某作为谢甲的继承人，应当在其遗产继承份额内承担本案借款的清偿责任。庭审中，作为谢甲法定继承人的被告陶某已明确表示不再继承，故不应承担本案责任。被告谢乙表示愿意继承，故依据《继承法》第33条的规定，其应在继承谢甲遗产价值的范围内承担清偿责任，判决支持原告的诉讼请求。

注释：

[1]周栢.罗马法原论（下册）.北京：商务印书馆，2001：472.

[2]天津市河东区人民法院（2019）津0102民初2856号民事判决书。

第一千一百六十二条

执行遗赠不得妨碍清偿遗赠人依法应当缴纳的税款和债务。

条文对照

第三十四条 执行遗赠不得妨碍清偿遗赠人依法应当缴纳的税款和债务。

本条主旨

本条是对执行遗赠不得妨碍清偿遗赠人税款和债务的规定。

条文详解

一、遗赠的执行

遗赠，是指被继承人通过遗嘱，将遗产的部分或者全部处分给继承人以外的人。遗赠只要符合遗嘱的要件，即产生法律效力。

遗赠产生法律效力，并不意味着受遗赠人实际取得遗赠物，还存在遗赠的执行问题。遗赠的执行，是指在受遗赠人接受遗赠后，有关的遗嘱执行人按照遗嘱人的指示，将遗赠的遗赠物移交给受遗赠人受领的继承法律制度。

遗赠执行的义务人，是遗嘱执行人。继承人尽管为被继承人遗产的继承人，但是，在遗嘱执行前，并不能处分遗产。遗赠属于遗嘱的内容，有遗嘱就有遗嘱的执行，因而，应当以遗嘱执行人为遗赠执行的义务人。

遗赠执行的权利人，为受遗赠人。受遗赠人在知道受遗赠后60日内，向遗嘱执行人作出接受遗赠的意思表示的，即享有请求遗嘱执行人依遗赠人的遗嘱，将遗赠物交付其受领的请求权。遗赠执行人应当依受遗赠人的请求，交付遗赠物。

受遗赠权不是一种普通债权，遗赠人的债权人的债权优于受遗赠

人的受遗赠权，受遗赠人不能与遗赠人的债权人平等地分配遗产。因此，遗赠执行人不能先以遗产用于执行遗赠。这就是本条明确规定的原则，遗赠执行人应在清偿完被继承人生前所欠的税款及债务后，才能在遗产剩余的部分中执行遗赠。如果在清偿被继承人生前所欠的税款和债务后没有剩余的遗产，则遗赠不能执行，受遗赠人的权利就消灭，遗赠执行人也就没有执行遗赠的义务。如果遗赠人是以特定物为遗赠物的，而该物已不存在时，则因遗赠失去效力，遗赠执行人当然也无执行的义务。

二、清偿税款、债务优先于执行遗赠

有的学者把清偿税款、债务优先于执行遗赠作为一项原则^[1]，是有一定的道理的。但是，在遗赠和清偿税款、债务的顺序上，清偿债务税款、优先于执行遗赠，并非某种原则使然，而是由于遗赠作为一种遗产债务，同被继承人生前所欠税款、债务在清偿上的顺序不同。因为被继承人生前所欠税款、债务较遗赠债务的顺序靠前，所以，要先清偿遗赠人的生前所欠税款、债务，然后才能执行遗赠。故清偿税款、债务优先于执行遗赠，是一项继承的规则，而不是一个原则。

当执行遗赠妨碍了清偿遗赠人应当缴纳的税款和债务时，执行遗赠的行为无效，应当退回已接受遗赠的财产，仍然先依法缴纳税款和债务，之后的遗产有剩余的，才可以执行遗赠。

法律适用中应注意的问题

在说明了全部有关在遗产分割中的遗产债务清偿规则后，应当说明在司法实践中如何对待遗产债务清偿顺序的问题。

遗产继承，近似于法人或者非法人组织的清算，其中都要涉及债务清偿等的顺序问题。在遗产债务清偿中，既然不同的债务有先后顺序问题，那么其中必然存在优先权的问题。这就是，具有优先顺序的遗产债务，其债权人有优先权作为保障。

优先权也称先取特权，是指特定的债权人依据法律的规定而享有的就债务人的总财产或特定财产优先于其他债权人而受清偿的权利。^[2]

在优先权中，就债务人不特定的总财产上成立的优先权，叫一般优先权，就债务人特定动产或不动产上成立的优先权，叫特别优先权。^[3]

优先权是独立的法定担保物权。它既不是优先受偿效力或特殊债权的清偿顺序，也与抵押权等担保物权具有明显的区别。^[4]在遗产债务上法律规定的优先权的特征是：第一，遗产债务的优先权是一种他物权，其存在的基础在于被继承人的遗产，而不是就自己的财产所设立的物权，因而遗产债务的优先权属于特定的优先权，具有他物权性质。第二，遗产债务优先权是一种担保物权，具有的基本属性在于，对他人财产的代位性和保证性，从属于其所担保的遗产债权而存在。其目的就在于保证遗产债权的实现。因而，遗产债务优先权的性质是担保物权，而不是用益物权。第三，遗产债务优先权是法定担保物权，与留置权一样。不过，遗产债务优先权与一般优先权一样，其法定性更为强烈，都是依据法律的明确规定产生的，而不是由当事人约定设立的。其担保的效力都要依据法律的明确规定；所担保的债权范围、优先权效力所及的标的物范围以及优先权之间、优先权与其他担保物权之间的顺位，都必须依据法律的明确规定，当事人不能自由约定。第四，遗产债务优先权是无须公示而产生的担保物权。尽管物权公示原则是物权法的基本原则，但是，优先权例外，其属于无须公示仅因法律规定就能够产生的担保物权，无须交付，也无须登记。由于优先权欠缺公示性，所以在很大程度上，遗产债务优先权将会对其他权利人，尤其是那些有担保的债权人的利益造成损害。因此，应当对受偿顺序严格限制，遗产债务优先权应先就被继承人遗产中的动产受偿，不足部分才能就遗产中的不动产受偿；以被继承人的不动产遗产受偿时，应先就无担保的不动产受偿，不足部分才能再以有担保的不动产受偿。同时，还要对权利行使期限进行必要限制，否则会使权利处于长期不稳定的状态，影响优先权的积极作用。

这些关于优先权和遗产债务优先权的法理，正是本条关于“执行遗赠不得妨碍清偿遗赠人依法应当缴纳的税款和债务”规定的法理基础。

案例链接

彭某与邓甲民间借贷纠纷案^[5]

基本案情

彭某与邓甲系朋友关系，2013年12月2日，邓甲向彭某借款50万元，彭某通过银行转账的方式将50万元交付给邓甲，2014年8月19日，邓甲再次向彭某借款10万元，彭某通过银行转账的方式将10万元交付给邓甲。2016年10月10日，邓甲出具借条，

载明：2013年12月2日借到彭某现金伍拾万元整，2014年8月19日借到彭某现金壹拾万元整，合计人民币陆拾万元整，约定月利息3分。情况属实。借款人：邓甲，2016年10月10日。2014年12月26日，邓甲向彭某支付利息30 000元，2015年8月27日，邓甲向彭某支付利息35 000元。此后，邓甲未再偿还借款本金及利息。

另查明，邓甲于2016年10月8日立下遗嘱，载明：我的所有财产由我女儿邓乙继承30%，由我儿子邓丙继承30%，母亲汤某继承20%，剩余20%遗赠给前女友张某。2016年10月13日，邓甲因病死亡。

原告彭某向法院起诉，主张被告邓乙、邓丙、张某在继承邓甲遗产范围内偿还原告借款本金60万元，利息47.3万元。

法院判决

法院认为，邓甲向原告彭某借款60万元，并向原告出具了借条，双方之间的借贷关系成立。现邓甲作为债务人已死亡，依据《继承法》第33条关于“继承遗产应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务，缴纳税款和清偿债务以他的遗产实际价值为限。超过遗产实际价值部分，继承人自愿偿还的不在其限。继承人放弃继承的，对被继承人依法应当缴纳的税款和债务可以不负偿还责任”，及34条关于“执行遗赠不得妨碍清偿遗赠人依法应当缴纳的税款和债务”之规定，被告邓丙、汤某作为邓甲的法定继承人，被告张某作为邓甲遗产的受遗赠人，应对邓甲所欠债务在继承遗产范围之内及受遗赠的范围之内承担偿还责任。被告邓乙在诉讼过程中表示放弃对邓甲遗产的继承，可以对该笔债务不负偿还责任。故判决被告邓丙、张某在继承邓甲的遗产范围内及受遗赠的范围内偿还邓甲欠原告借款本金60万元及其利息。

注释：

[1]郭明瑞，等.继承法.2版.北京：法律出版社，2004：202-203.

[2]谢怀栻.外国民商法精要.北京：法律出版社，2002：158.

[3]申卫星.物权立法应设立优先权制度//王利明.物权法专题研究（下册）.长春：吉林人民出版社，2001：414.

[4]王利明.物权法论（修订本）.北京：中国政法大学出版社，2004：720.

[5] 湖南邵阳市双清区人民法院（2016）湘0502民初907号民事判决书。

第一千一百六十三条

既有法定继承又有遗嘱继承、遗赠的，由法定继承人清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务；超过法定继承遗产实际价值部分，由遗嘱继承人和受遗赠人按比例以所得遗产清偿。

条文对照

原《继承法》对此没有相应规定。

本条主旨

本条是对遗产分割后法定继承人优先于遗嘱继承人和受遗赠人清偿债务的规定。

条文详解

这一条文是对法定继承和遗嘱继承、遗赠对被继承人的所欠税款和债务的清偿顺序的规定，与司法解释确定的同一规则相比，有较大的修改。

一、遗产已经分割而未清偿债务

原《继承法》对这一情形没有作出规定。最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第62条规定：“遗产已被分割而未清偿债务时，如有法定继承又有遗嘱继承和遗赠的，首先由法定继承人用其所得遗产清偿债务；不足清偿时，剩余的债务由遗嘱继承人和受遗赠人按比例用所得遗产偿还；如果只有遗嘱继承和遗赠的，由遗嘱继承人和受遗赠人按比例用所得遗产偿还。”本条是在这一司法解释的基础上修改而成的法律规范。

对被继承人的遗产继承，既可以先清偿遗产债务，后进行继承，也可以先继承遗产，再由继承人清偿债务。在实践中，这两种方法都可以适用，并且都受到有限继承原则的限制。

当采用先继承遗产、后清偿遗产债务的方法时，遗产已经分割，而债务尚未清偿的，就是遗产已经分割而债务未受清偿。

遗产已分割、债务未受清偿时，当然应当由已经继承了遗产的人对债务负清偿义务。此时存在的问题是，如果在被继承人的遗产继承中，既有法定继承，又有遗嘱继承、遗赠的，那么，究竟应当由谁承担遗产债务的清偿责任。这就是法定继承人和遗嘱继承人、受遗赠人承担清偿遗产债务的顺序问题。

二、法定继承人或者遗嘱继承人、受遗赠人承担遗产债务清偿责任的顺序

在这种情况下，被继承人的遗产既发生了法定继承，又发生了遗嘱继承、遗赠的，究竟先由哪一部分继承的遗产承担遗产债务，既涉及对不同的继承和遗赠的效力认识问题，也涉及对被继承人的债权人的债权保护问题。

依照本法第1123条关于“继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理”的规定，不同的继承方式和遗赠扶养协议的优先顺序是：第一，遗赠扶养协议；第二，遗嘱继承和遗赠；第三，法定继承。与这一规定相一致，当发生了继承、遗赠后，需要继承人以其继承的遗产、受遗赠人以其接受的遗产，清偿被继承人的遗产债务时，应当按照相反的顺序进行，体现第1123条规定的顺序。

本条规定的规则如下。

首先，由法定继承人清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务。这是因为，遗嘱继承和遗赠的效力优先于法定继承的效力，在清偿遗产债务时，当然应当先用法定继承人继承的遗产部分，清偿被继承人应当依法缴纳的税款和债务。

其次，被继承人依法应当缴纳的税款和债务的数额超过法定继承遗产实际价值的部分，即应当由法定继承人继承的遗产清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务仍有不足的，依照有限继承原则的要求，法定继承人不再承担清偿责任，而由遗嘱继承人和受遗赠人按比例，以所得遗产予以清偿。所谓按比例，就是遗嘱继承人和受遗赠人接受遗产的效力相同，不存在先后顺序问题，因而遗嘱继承人和受遗赠人应当按照所得遗产的比例，以所得遗产清偿债务。

法律适用中应注意的问题

在司法实践中适用本条规范，应当注意的问题如下。

第一，无论是法定继承还是遗嘱继承、遗赠，承担遗产债务清偿责任，都受有限继承原则的约束，对超过其所得遗产部分的遗产债务，包括被继承人依法应当缴纳的税款和债务，都不再承担清偿责任。

第二，由于遗赠扶养协议的扶养人接受遗产是有对价的，因此，遗赠扶养协议的扶养人对遗产债务不承担清偿债务的责任。因而，本条只规定了遗嘱继承人和受遗赠人的义务，并没有规定遗赠扶养协议的扶养人承担这种责任。在司法实践中，不得强制遗赠扶养协议的扶养人以其取得的遗产承担被继承人依法应当缴纳的税款和债务的清偿责任。

案例链接

唐某与潘某、于某一、于某二、刘某被继承人债务清偿纠纷案^[1]

基本案情

被继承人于某四于2013年11月11日死亡。1981年，被继承人于某四与原告唐某登记结婚，婚后生育一女即被告于某二。2005年4月7日，被继承人于某四与原告唐某在中山区民政局办理了离婚登记，《离婚协议书》约定：（1）女儿由男方抚养，女方不承担抚养费；（2）个人财产归个人所有，从2006年起男方每年支付6万元人民币给女方；（3）产权房位于中山区×号房屋，产权人于某四，此房归男方所有；（4）双方共同债务由男方承担。2005年，被继承人于某四与被告潘某登记结婚，婚后生育一子即被告于某一。被告刘某系被继承人于某四的母亲。被继承人于某四的父亲于某五已于2009年8月24日去世。被继承人于某四留有遗嘱。继承人潘某、于某一、于某二均表示不放弃继承。继承人刘某未到庭参加诉讼，亦未向法庭提交是否放弃继承的书面证明。

另查，被继承人于某四遗留的位于大连市中山区×号房屋由被告于某一通过遗嘱继承的方式予以继承，并且办理了产权变更登记。2016年7月21日，辽宁省大连市甘井子区人民法院作出（2016）辽0211民初5351号民事判决书，该判决书认定：案涉房屋由被继承人于某四在世时对外出租，分别经营为××洗浴中

心、诊所和大众浴池。诊所和大众浴池的经营者出庭证实，自其承租案涉房屋开始，房租一直交给第三人，房屋的维修事宜也由第三人负责。××洗浴中心部分由被继承人于某四收取租金，被继承人于某四去世后，由原告潘某重新签订房屋租赁合同，并收取该部分租金。该判决最终判决：被继承人于某四位于大连市甘井子区×号房屋享有的50%份额由原告于某一继承（依据被继承人于某四的遗嘱继承），由原告于某一享有；第三人唐某对位于大连市甘井子区×号享有50%份额。潘某、于某一对上述判决不服，上诉至辽宁省大连市中级人民法院。2016年11月28日，辽宁省大连市中级人民法院作出（2016）辽02民终5990号判决书：法院二审期间，各方当事人均未提供新证据。对一审查明的事实，法院予以确认。最终判决：驳回上诉，维持原判，该判决已生效。经法庭询问，未查明被继承人于某四留有其他遗产。

原告唐某向法院起诉，请求判令四被告共同给付原告2013年生活费6万元。

法院判决

法院认为，继承遗产应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务，缴纳税款和清偿债务以他的遗产实际价值为限：首先，被继承人于某四与原告唐某在《离婚协议书》中约定，个人财产归个人所有，从2006年起男方（被继承人于某四）每年支付6万元人民币给女方（原告唐某）。依据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第8条之规定：“离婚协议中关于财产分割的条款或者当事人因离婚就财产分割达成的协议，对男女双方具有法律约束力。”被继承人于某四与原告唐某在《离婚协议书》中约定以年为单位给付原告6万元，但未约定每年履行的具体时间，应认定每年的1月1日起至12月31日期间，原告唐某均有权要求被继承人于某四履行给付6万元的义务。故，被继承人于某四应履行《离婚协议书》的约定，向原告给付2013年的款项6万元。其次，依据最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的解释》第62条之规定：“遗产已被分割而未清偿债务时，如有法定继承又有遗嘱继承和遗赠的，首先由法定继承人用其所得遗产清偿债务；不足清偿时，剩余的债务由遗嘱继承人和受遗赠人按比例用所得遗产偿还；如果只有遗嘱继承和遗赠的，由遗嘱继承人和受遗赠人按比例用所得遗产偿还。”本案中，被告于某一依据被继承人于某四的《遗嘱书》继承了于某四遗留的位于大连市中山区×号房屋及甘井子区×号房屋50%的份额，本案属于只有遗嘱继承的情

形，应由遗嘱继承人用所得遗产偿还。再次，继承人于某一通过遗嘱继承方式继承的遗产远超过本案标的6万元，且继承人潘某、于某二、刘某均未继承被继承人于某四的遗产。综上，应由被告于某一用其所继承的遗产偿还被继承人于某四应给付原告唐某的款项6万元，原告提出要求被告潘某、于某二、刘某承担共同给付责任的诉讼请求于法无据，法院不予支持。判决被告于某一给付原告唐某6万元。

注释：

[1]辽宁省大连市中山区人民法院（2016）辽0202民初字307号民事判决书。

附录 中国民法典继承编比较法资料汇编

说明：在我国民法典编纂过程中，对继承编的编纂，借鉴了较多比较法的资料。在其他绝大多数的民法典中，继承编是比较复杂的财产法，规则复杂，内容丰富。由于我国《继承法》借鉴的是《苏俄民法典》的继承编，其是规则最简单的继承法，因而我国民法典继承编尽管作了较大的扩充，仍然只有45条。本书选择十多个国家和地区的民法典以及我国台湾地区“民法”继承编的比较法资料，并将其汇编在一起，对于学习、掌握和适用我国民法典继承编规定的规则，具有很好的借鉴意义；借鉴这些比较法资料，对于进一步完善我国民法典继承编中的相应规则，也会有很好的启发作用。

汇编的比较法资料以现行法为主，适当收录了曾经借鉴的一些已经被废除的域外法律，以便在研究中对照分析。

《中华人民共和国民法典》继承编

第一章 一般规定

第一千一百一十九条

本编调整因继承产生的民事关系。

其他法域立法例

原德意志民主共和国民法典

第362条：（一）继承法保护符合于遗嘱人意志及其亲属关系以及社会利益的继承分配，保证公民有权用遗嘱或按法定继承处分自己的财产。

（二）继承法规定死亡公民的财产（遗产）如何向继承人转移，以及由此产生的继承人的权利义务和各继承人之间的相互关系。继承法还规定公证机关适当地处理继承事务的任务。

第一千一百二十条

国家保护自然人的继承权。

其他法域立法例

法国民法典

第724条第1款：法律指定的诸继承人当然占有死者的财产、权利与诉权。

阿根廷共和国民法典

第3288条：自然人或法人享有继承的能力或承认遗产的能力，但法律有相反规定者，除外。

魁北克民法典

第619条：如无遗嘱继承的相续人或依遗嘱接受概括遗赠或部分概括遗赠的人接受继承，自继承开始时成为继承人。

美国路易斯安那州民法典

第871条：继承是死者的遗产向其继承人的传递。继承人因此在符合相关的法律后，有权占有死者资产。

第一千一百二十一条

继承从被继承人死亡时开始。

相互有继承关系的数人在同一事件中死亡，难以确定死亡时间的，推定没有其他继承人的人先死亡。都有其他继承人，辈份不同的，推定长辈先死亡；辈份相同的，推定同时死亡，相互不发生继承。

其他法域立法例

德国民法典

第1922条：I 因人之死亡（继承之开始），其财产（遗产）概括移转于其他一人或数人继承（继承人）。

II 共同继承之应有部分（应继份），适用关于遗产规定。

法国民法典

第720条：继承因被继承人死亡在死者的最后住所开始。

第725-1条：相互有继承权的两人在同一事件中死亡时，死亡之先后得以任何方式证明之。

如死亡之先后无从确定，每一个人的遗产均发生转移，而不由其中一人继承。

但是，如两死者之一留有直系卑亲属，在准许代位继承的情况下，直系卑亲属可以代表（代位）其被继承人继承另一人的遗产。

日本民法典

第32条之二：数人死亡之情形，不能辨明其中一人于他人死亡后仍生存时，推定此等人同时死亡。

第882条：继承，因死亡而开始。

中国台湾地区“民法”

第11条：二人以上同时遇难，不能证明其死亡先后时，推定为同时死亡。

第1147条：继承，因被继承人死亡而开始。

阿根廷共和国民法典

第3282条：在法定继承和遗嘱继承中，继承均自被继承人死亡之时开始，或者因法律规定的死亡推定而开始。

魁北克民法典

第613条：继承因被继承人死亡在其最后住所地开始。

除非被继承人以遗嘱就其财产移转作了不同处分，遗产依法律规定移转。在这一方面，死因赠与视为遗嘱处分。

第616条：如同时死亡的数人中至少有一人对另一人享有继承权，在无法确定他们死亡的先后顺序的情形，视为他们同时死亡。

然后，每位死者的遗产移转于如果没有此等死者将被召集取得此等遗产之人。

美国路易斯安那州民法典

第934条：亡故发生时继承开始。

秘鲁共和国新民法典

第660条：自某人死亡之时起，构成其遗产的财产、权利和义务移转至其继承人。

智利共和国民法典

第955条：对某人财产的继承，自该人死于最后住所之时开始；
明定例外的情形除外。

继承适用继承开始时的住所地法；法定例外者除外。

第79条：如果两人或更多的人死于同一事故，如船舶失事、火灾、建筑物倒塌或战争，或者死于其他原因，但不能知晓他们的死亡发生的顺序，则在任何情况下，上述人等视为在同一时刻死亡，并且他们中的任何人都不比其他人存活得更久。

第958条：两人或更多的人被召唤相互继承时，如发生第79条规定的情形，其中任何一人均不得继承其他人的财产。

埃塞俄比亚民法典

第826条：当某人死亡，对此等被称作死者的继承在其于死亡时拥有主要居所的地方开始。

构成遗产的死者的权利和义务应根据本题的规定移转予其继承人或受遗赠人；因死者的死亡终止的权利和义务不在此限。

第832条：两个或两个以上的人死亡，并且不能证明谁最后死亡时，对这些人中的每人的继承，得按照他们都是最后死亡，但未从其他人的继承中接受任何财产的人的假定调整之。

第一千一百二十二条

遗产是自然人死亡时遗留的个人合法财产。

依照法律规定或者根据其性质不得继承的遗产，不得继承。

其他法域立法例

德国民法典

第1922条：I因人之死亡（继承之开始），其财产（遗产）概括移转于其他一人或数人继承（继承人）。

II共同继承之应有部分（应继份），适用关于遗产规定。

日本民法典

第896条：继承人自继承开始时承继属于被继承人财产之一切权利义务。但专属于被继承人自身者，不在此限。

第897条：族谱、祭器及坟墓之所有权，不论前条之规定，由按习惯应主持祖先祭祀者承继。但有按被继承人之指定而应主持祖先祭祀者时，由其人承继。

前款正文之情形，习惯不明时，应承继同款之权利者，由家庭法院确定。

中国台湾地区“民法”

第1148条：继承人自继承开始时，除“本法”另有规定外，承受被继承人财产上之一切权利、义务。但权利、义务专属于被继承人本身者，不在此限。

继承人对于被继承人债务，以因继承所得遗产为限，负清偿责任。

第1148条之一：继承人在继承开始前2年内，从被继承人受有财产之赠与者，该财产视为其所得遗产。

前项财产如已移转或灭失，其价额，依赠与时之价值计算。

魁北克民法典

第614条：在确定遗产时，法律不考虑财产的来源或性质。全部财产作为整体构成一个遗产财团。

美国路易斯安那州民法典

第872条：死者的遗产指一个人死后留下的财产、权利及义务总和，不论财产多于负担还是负担多于财产，也不论他是否只留下了负担而没有留下任何财产。遗产不仅包括死者亡故时已存在的权利与义务，而且包括自亡故时起因亡故发生的权利与义务，以及遗产后来承受的新的负担。

秘鲁共和国新民法典

第660条：自某人死亡之时起，构成其遗产的财产、权利和义务

移转至其继承人。

智利共和国民法典

第954条：以概括名义所作的分配，称遗产；以单一物所作的分配，称遗赠物。遗产的受分配人称继承人，遗赠物的受分配人称受遗赠人。

埃塞俄比亚民法典

第826条：当某人死亡，对此等被称作死者的继承在其于死亡时拥有主要居所的地方开始。

构成遗产的死者的权利和义务应根据本题的规定移转予其继承人或受遗赠人；因死者的死亡终止的权利和义务不在此限。

第827条：履行死者为当事人的人寿保险合同应得的款项，如果死者未指定受益人或保险是为了死者的继承人的利益订立的而别无其他指示，得构成遗产之一部。

在其他情形，它们不构成遗产之一部。

第828条：因死者的死亡应偿付给其亲属或配偶的抚恤金和赔偿金不构成遗产的一部分。

第一千一百二十三条

继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。

其他法域立法例

苏俄民法典

第416条：继承应当按照法定继承或者遗嘱继承，分别遵照下列各条办理。

日本民法典

第914条：被继承人已以遗嘱表示另外意思时，前三条规定不适

用。

智利共和国民法典

第952条：依遗嘱为继承的，称遗嘱继承，依法律为继承的，称法定继承或无遗嘱继承。

对死者财产的继承，可为部分遗嘱继承、部分法定继承。

埃塞俄比亚民法典

第829条：对死者的继承既可是无遗嘱继承也可是遗嘱继承。

此等继承可以是部分的无遗嘱继承，部分的遗嘱继承。

死者在遗嘱中未加处分的财产得移转于其法定继承人。

第一千一百二十四条

继承开始后，继承人放弃继承的，应当在遗产处理前，以书面形式作出放弃继承的表示；没有表示的，视为接受继承。

受遗赠人应当在知道受遗赠后六十日内，作出接受或者放弃受遗赠的表示；到期没有表示的，视为放弃受遗赠。

其他法域立法例

德国民法典

第1943条：继承人已承认继承，或于拒绝继承之法定期间届满后，不得再拒绝继承；期间届满者，视为已承认继承。

第1944条：I拒绝继承应于6个星期内为之。

II前款期间自继承人知悉遗产之归属及其应为继承人之原因时起算。由死因处分而成为继承人者，在遗产法院宣读该处分前，其期间停止进行。期间之进行，准用第206条及第210条关于时效之规定。

III被继承人仅在外国有其最后住所，或继承人在期间起算时居留于国外者，其期间为6个月。

第1945条：I继承之拒绝，应向遗产法院以意思表示为之；其表示应在遗产法院予以记录或应经认证。

II遗产法院之记录，依公证法相关规定为之。

III意定代理人应有经公证人认证之代理权证书。代理权证书应附于拒绝声明书之后或于拒绝继承期间内补交。

第2180条：I受遗赠人已承认遗赠者，不得再为拒绝。

II遗赠之承认及拒绝，应对受加重负担之人以意思表示为之。该意思表示仅得于继承开始后为之；意思表示附有条件或期限者，无效。

III于此情形，准用第1950条，第1952条第1款、第3款及第1953条第1款、第2款关于继承之承认及拒绝规定。

苏俄民法典

第433条：在遗产继承开始后的6个月内，继承人不报到或者不承认继承（本法典第424条规定的情形除外），以及继承人中的一人或者数人的继承权被遗嘱人剥夺，而又没有在遗嘱内指明全部财产应当留给他所指定的继承人，则上述放弃或者被剥夺继承权的人的应继份就转移给其他法定继承人，并且依照本法典第420条规定的程序分配。

如果在规定的期间内，所有继承人没有报到或者不承认继承，以及被继承人剥夺一切继承人的继承权，这项财产应当认为是无人继承的财产而收归国家所有。

法国民法典

第771条：继承人不得受强制在继承开始起4个月期限届满之前作出选择。

自继承开始后4个月期限届满，由遗产的某一债权人、共同继承人、后一顺序的继承人或者国家采取主动，得以司法外文书催告继承人作出决定。

第772条：继承人在受到催告后2个月之内应当作出选择决定，如其不可能终结已经开始的遗产盘点或者证明有其他严肃的正当理由，可以向法官请求给予补充期限。自延长期限的申请提出至法官作出裁

判决定，期间中止。

继承人在2个月期限终止或者同意延长的期限经过之后仍未作出决定时，视其为无条件接受。

第773条：在没有上述催告的情况下，如继承人没有实施继承行为或者没有按照第778条、第790条与第800条的规定作为无条件继承人承担义务，仍然保有进行选择的权利。

第780条：选择权的时效期间为10年，自继承开始起算。

在此期间内没有作出选择决定的继承人，视为放弃继承。

继承人所表示的接受继承被取消时，对其后顺序的继承人，仅自确认无效事由的判决终局之时才开始计算时效期间。

继承人本人死亡，留有对遗产财产享有使用权的健在配偶时，对该继承人，选择权的时效期间仅自本人的继承开始时计算。

只要继承人有正当理由无从知道其权利已经产生，特别是无从知道继承开始时，时效不进行。

韩国民法典

第1019条：1.继承人自知道继承开始之日起3个月内，可单纯承认或限定承认或放弃。但此期间可根据利害关系人或检察官的请求，由家庭法院延长。

2.继承人可于前款承认或放弃前，调查继承财产。

3.虽为第1款规定，继承人无重大过失，于第1款期间内不知道继承债务超出遗产的事实而为单纯承认（包括根据第1026条第1项及第2项的规定，视为单纯承认的情形）时，自知道该事实之日起3个月内，可表示为限定承认。

第1041条：继承人放弃继承时，应于第1019条第1款的期间内，向家庭法院申报放弃。

第1074条：1.受遗赠人于遗嘱人死亡之后，可随时承认或放弃遗赠。

2.前款承认或放弃，溯及于遗嘱人死亡时发生效力。

第1077条：1.遗赠义务人或利害关系人，可定适当的期间，催告受赠人或其继承人承认或放弃。

2.于前款期间内，受赠人或继承人对遗赠义务人的催告未作出确实答时，视为承认遗赠。

日本民法典

第915条：继承人自己知为自己而有继承开始之事时起3个月以内，应就继承作出单纯、限定之承认或抛弃。但依利害关系人或检察官之请求，此期间得由家庭法院延长。

第921条：下列情形，视为继承人已作出单纯承认。

一、继承人已处分全部或部分继承财产时。但保存行为及不超过第602条规定期间之出租，不在此限。

二、继承人未于第915条第1款之期间内作出限定承认或抛弃继承时。

三、继承人作出限定承认或抛弃继承后，亦隐匿、私自消费全部或部分继承财产，或恶意不将之记载于继承财产目录中时。但因该继承人抛弃继承而成为继承人者已承认继承后，不在此限。

第938条：欲抛弃继承者，应向家庭法院申述其意旨。

第986条：受遗赠人，得于遗嘱人死亡后随时抛弃遗赠。

遗赠之抛弃，溯及至遗嘱人死亡之时生其效力。

第987条：遗赠义务人（负履行遗赠义务者。以下于本节同）及其他利害关系人，得对受遗赠人确定相当之期间，而催告旨在应于其期间内承认或抛弃遗赠。于此情形，受遗赠人未于其期间内对遗赠义务人表示其意思时，视为承认遗赠。

中国台湾地区“民法”

第1174条：继承人得抛弃其继承权。

前项抛弃，应于知悉其得继承之时起3个月内，以书面向法院为之。

抛弃继承后，应以书面通知因其抛弃而应为继承之人。但不能通知者，不在此限。

第1206条：受遗赠人在遗嘱人死亡后，得抛弃遗赠。

遗赠之抛弃，溯及遗嘱人死亡时发生效力。

第1207条：继承人或其他利害关系人，得定相当期限，请求受遗赠人于期限内为承认遗赠与否之表示；期限届满，尚无表示者，视为承认遗赠。

魁北克民法典

第632条：自其权利产生之日起，相续人有6个月的期间考虑是否接受遗产并行使选择权。本期间当然延长到自编制完财产清册后为给予他60天期间所必要的天数。

在考虑期内，不得将相续人视为继承人对其作出判决，他已接受继承的除外。

第633条：如相续人知悉自己有继承权而未在考虑期内放弃继承，推定他已接受继承，但法院延长考虑期的，不在此限。如相续人不知自己有继承权，可以强迫他在法院确定的期间内行使选择权。

如相续人未在法院确定的期间内行使选择权，推定他放弃继承。

第646条：放弃继承应为明示。放弃继承也可根据本法规定的情形发生。

明示放弃应以保存在公证人处的公证书或以记录在案的向法院作出的声明为之。

第741条：像相续人一样，特定遗赠的受遗赠人基于与相续人相同的规则享有考虑权且行使其选择权，并产生相同的法律效力。

秘鲁共和国新民法典

第673条：继承人在共和国境内经历3个月之期限，或其在外国经历6个月之期限，未抛弃遗产者，则推定遗产已被承认。上述期限不因任何原因而中断。

第674条：可自由处分其财产之人，可以抛弃遗产和遗赠。

第675条：抛弃应以公证书或在有权审理该继承的法官面前作成
的文书形式作出，否则无效。文书必须入册。

智利共和国民法典

第1232条：一切受分配人应依任何利害关系人的请求表示接受还是抛弃继承；此等表示应在请求之日后的40天内作出。在受分配人不在或财产处于远地的情形，或者在有其他重大事由时，法官可延展这一期限，但绝对不得超过1年。

在此期限内，一切受分配人都有权检查所分配的物品；可请求采取与其相关的保全措施；并且不应被强制清偿任何遗产债务或遗嘱债务，但遗嘱执行人或无人接受继承之遗产的保佐人分别可被强制清偿此等债务。

在此期限内，继承人也可检查关于继承的账目和文件。

如不在的受分配人未亲自或未委托合法代理人及时到庭，则应为其指定财产保佐人，由其代表该受分配人附清单利益地接受继承。

第1233条：受分配人如迟延作出接受或抛弃继承的表示，视为抛弃继承。

第1235条：仅得在法律规定的情形依法当然推定抛弃继承。

埃塞俄比亚民法典

第978条：自清算人通知继承人召集继承之日起1个月内，继承人可放弃继承。

法院可应继承人的申请，将第1款确定的期限延长至最长3个月。

第979条：放弃继承，除非以书面形式作出或有4名证人在场，无效。

除非它在第978条确定的期限届满之前已让清算人知晓，无效。

第一千一百二十五条

继承人有下列行为之一的，丧失继承权：

(一) 故意杀害被继承人；

(二) 为争夺遗产而杀害其他继承人；

(三) 遗弃被继承人，或者虐待被继承人情节严重；

(四) 伪造、篡改、隐匿或者销毁遗嘱，情节严重；

(五) 以欺诈、胁迫手段迫使或者妨碍被继承人设立、变更或者撤回遗嘱，情节严重。

继承人有前款第三项至第五项行为，确有悔改表现，被继承人表示宽恕或者事后在遗嘱中将其列为继承人的，该继承人不丧失继承权。

受遗赠人有本条第一款规定行为的，丧失受遗赠权。

其他法域立法例

德国民法典

第2339条：I有下列情形之一者，丧失继承权：

1.故意且不法杀害或意图杀害被继承人，或使被继承人生前陷于不能作成或废弃死因处分者。

2.故意且不法妨害被继承人作成或废弃死因处分者。

3.以恶意之诈欺或不法之胁迫使被继承人作成或废弃死因处分者。

4.对于被继承人之死因处分，实施《刑法》第267条、第271条至第274条所定之犯罪行为，而应负责任者。

II于前款第3项及第4项所定之情形，于继承开始前，被继承人所作成之死因处分，或犯罪行为所由实行之死因处分，已不生效力，或被继承人所决定废弃之死因处分，已不生效力者，其继承权不丧失。

第2343条：被继承人对于丧失继承权之人已为宥恕者，不得撤销。

法国民法典

第726条：下列之人丧失继承资格，排除其继承遗产：

1.因故意杀害被继承人既遂或者未遂，作为正犯或共犯被判处重罪之刑罚的；

2.虽无杀人意图但故意对被继承人实施殴打或暴力行为致其死亡，作为正犯或共犯被判处重罪之刑罚的。

第727条：得宣告下列之人丧失继承资格：

1.因故意致被继承人死亡既遂或者未遂，作为正犯或共犯被判处轻罪之刑罚的；

2.虽无杀人意图但因故意对被继承人实施殴打或暴力行为致其死亡，作为正犯或共犯被判处轻罪之刑罚的；

3.因在针对被继承人的刑事诉讼中作伪证被判刑的；

4.在可以作为且对本人或第三人并无危险的情况下，因故意不作为，对侵犯被继承人人身并引起其死亡的重罪或轻罪不加阻止而被判刑的；

5.诽谤被继承人，致其因受到诽谤之事实而被判刑事处罚，行为人为人因诽谤罪被判刑的。

实施第1项与第2项所指行为的人，虽因当事人死亡，公诉未能进行或者消灭，仍得宣告其无继承资格。

第727-1条：第727条规定得丧失继承资格之宣告，由大审法院应其他继承人之一的请求在继承开始之后作出。如判刑判决或有罪宣告是在被继承人死亡之前作出，前项请求应在被继承人死亡后6个月内提出；如判刑判决或有罪宣告是在被继承人死亡之后作出，这一请求应在判决作出后6个月内提出。

没有继承人时，检察院得提出此项请求。

第728条：如被继承人在有继承权的人实行犯罪之后或者在知道此种犯罪事实之后，仍然用遗嘱的形式明文声明其愿意继续保留该人的继承权，或者仍然向该人进行全部概括或部分概括之无偿处分，有第726条与第727条所指的丧失继承资格之原因的人，仍然不被排除在继承之外。

韩国民法典

第1004条：具有下列各项情形之一者，不得为继承人：

- 1.故意杀害或蓄意杀害直系尊亲属、被继承人、其配偶或先顺位或同顺位的继承人的人；
- 2.故意伤害直系尊亲属、被继承人及其配偶而致其死亡的人；
- 3.以欺诈或胁迫妨碍被继承人订立或撤销遗嘱的人；
- 4.以欺诈或胁迫，使被继承人订立遗嘱的人；
- 5.伪造、变造、毁灭或隐匿被继承人的遗嘱的人。

日本民法典

第891条：下列之人不得为继承人。

一、因故意致使或欲致使被继承人或就继承处于先顺位、同顺位之人死亡，而被处以刑罚者。

二、明知被继承人被杀害而不告发或不控告者。但其人不能辨别是非时，或杀害人为自己之配偶或直系血亲时，不在此限。

三、以欺诈或强迫妨害被继承人订立、撤回、撤销或变更继承相关之遗嘱者。

四、以欺诈或强迫使被继承人订立、撤回、撤销或变更继承相关之遗嘱者。

五、伪造、变造、毁坏或隐匿被继承人关于继承之遗嘱者。

第965条：第886条及第891条之规定，准用于受遗赠人。

中国台湾地区“民法”

第1145条：有左列各款情事之一者，丧失其继承权：

一、故意致被继承人或应继承人于死或虽未致死因而受刑之宣告者。

二、以诈欺或胁迫使被继承人为关于继承之遗嘱，或使其撤回或

变更之者。

三、以诈欺或胁迫妨害被继承人为关于继承之遗嘱，或妨害其撤回或变更之者。

四、伪造、变造、隐匿或湮灭被继承人关于继承之遗嘱者。

五、对于被继承人有重大之虐待或侮辱情事，经被继承人表示其不得继承者。

前项第2款至第4款之规定，如经被继承人宥恕者，其继承权不丧失。

第1188条：第1145条丧失继承权之规定，于受遗赠人准用之。

魁北克民法典

第620条：下列人当然不配继承：

1.被确认为试图杀害被继承人者；

2.被剥夺对子女的亲权且其子女免除向他支付抚养费的义务的人对子女的遗产。

第621条：下列人可宣告为不配继承：

1.对被继承人有虐待或其他可严厉指责的行为者；

2.恶意隐匿、篡改或毁坏被继承人的遗嘱者；

3.阻挠遗嘱人书写、修改或撤销遗嘱者。

第622条：如被继承人知道继承人有不配事由仍授予他利益，或在能够变更时未变更施舍性处分，该继承人的不配解消，也不得宣告他为不配。

第740条：为接受遗赠，特定遗赠的受遗赠人应具备继承所要求的资格。

他可以因不配继承的相同原因不配接受遗赠；他像相续人一样，可以申请法院宣告某继承人或其特定遗赠的共同受遗赠人不配。

美国路易斯安那州民法典

第941条：继承人有下列行为时应被宣告不配：

犯有涉及故意杀害或企图杀害被继承人的罪行，或被依法确定参与了故意的非法杀害或企图杀害被继承人的活动。宣告不配之诉应当在被继承人的继承程序中提起。

执行赦免或法律规定的赦免不影响被继承人的不配。

第943条：若继承人证明与被继承人和解或得到了被继承人的宽恕，则不应宣告其不配。

秘鲁共和国新民法典

第667条：下列人因不配而被排除作为继承人或受遗赠人对特定人的继承：

1.故意谋害被继承人或其尊血亲、卑血亲、配偶之生命的主犯和从犯，或者未遂者，此不配原因不因赦免或刑事追诉时效而消灭；

2.因对被继承人或前款所指任何人实施故意犯罪而被判有罪者；

3.诬告被继承人实施犯罪行为之人，而法律对该犯罪行为有剥夺自由之处罚；

4.为阻碍被继承人订立遗嘱，或为强迫其订立遗嘱，或为使其全部或部分撤销已订立之遗嘱，而使用欺诈或胁迫之人；

5.毁损、隐匿、伪造或修改被继承人之遗嘱者，以及故意利用伪造之遗嘱的人；

6.不止一次在凌辱被继承人的家庭暴力案件中被生效判决处罚之人；

7.父母在子女未成年期间未自愿认领的，或者即便在子女成年后，父母在其不能自谋生计时，未依其经济能力提供抚养费和帮助的，不配对子女进行继承。有继承资格的亲属或配偶在依法有义务向被继承人提供帮助和抚养费，且已通过司法途径被作出此等安排，却未予提供的，也不配继承。

第669条：被继承人可依剥夺继承权之规范，以不配为由剥夺其必要继承人的继承权，也可依此等规范宽恕不配者。

智利共和国民法典

第964条：在对其依法当然移转遗产或遗赠之前，某人因和他人发生构成犯罪的性关系而受法院判处时，如该人并未与之缔结具有民事效果的婚姻，则无能力作为继承人或受遗赠人继承该他人。

在对其依法当然移转遗产或遗赠之前被控犯有此等罪行，虽在法院裁决进行之中，亦同。

第968条：下列人不配作为继承人或受遗赠人对死者进行继承：

1.对死者犯有杀人罪者，以协助或教唆参与此等犯罪者，或见死不救者；

2.严重危害被继承人或其配偶、直系尊血亲、直系卑血亲的生命、荣誉或财产者，此等危害须依生效判决予以证实；

3.第六亲等之内的血亲在被继承人处于精神病状态或困难境地时能救济而未予救济者；

4.以胁迫或诈欺方式取得死者遗嘱处分或阻止其订立遗嘱者；

5.故意扣留或隐匿死者的遗嘱者，此等故意仅依单纯的扣留或隐匿行为而予推定。

第969条：成年人未尽快向法院控告对死者的谋杀的，不配继承。

司法机关已着手案件的侦查时，此种不配终止。

但仅在继承人或受遗赠人不是实施或教唆谋杀之人的配偶，或者不是该人的直系尊血亲或直系卑血亲，或者与之不存在三亲等以内的血亲或姻亲关系，才可以此等原因主张不配。

第970条：在无遗嘱情况下被召唤继承未适婚人、精神病人或聋哑人的直系尊血亲或直系卑血亲，如先前未为此等人请求指定监护人或保佐人，且此种懈怠持续1年整，则不配继承上述人等，但显然不可能自行或通过代理人请求指定者，不在此限。

数人被召唤继承的，其中一人履行上述义务所带来的利益惠及其他人。

1年的期间经过后，前述请求指定监护人或保佐人的义务，由被召唤为法定继承之第二顺位的人承担。

此种义务并不扩及于未成年人，一般也不扩及于处于监护、保佐下的人。

自未适婚人达到适婚年龄之时起，或者自精神病人、聋哑人取得对其财产的管理权之时起，此种不配事由即告消灭。

第971条：遗嘱人指定的监护人或保佐人无法定事由主张豁免此等职务者，不配成为继承人。

遗嘱人指定的遗嘱执行人未证明严重不便而主张豁免者，同样不配继承。

对于分配人有义务留给其法定份额的受分配人，以及其职务豁免的主张被法官驳回后即担任该职务者，不适用此种不配事由。

第972条：最后，明知某人无能力继承，却向死者承诺将其财产的全部或一部依任何方式移转于该人者，不配继承。

但对因敬畏而向死者作出此等承诺之人，不得主张其不配；该人已着手履行诺言者，不在此限。

第973条：如果遗嘱处分发生在导致不配的事实之后，则不得以前数条提及的不配事由对抗该处分，即使已证实死者在订立遗嘱之时或之后并不知悉此等事实，亦同。

埃塞俄比亚民法典

第838条：任何因下列罪行受判决的人得因不配而丧失继承死者的能力：

故意导致死者本人、其卑亲属、尊亲属或其配偶死亡的；

试图杀害上述人员之一的；

作出可能会导致上述人员之一被判死刑或10年以上严格监禁的虚假指控或证明的。

第二章 法定继承

第一千一百二十六条

继承权男女平等。

其他法域立法例

法国民法典

第735条：子女，或者他们的直系卑亲，不分性别，也不分长子身份，即使系不同婚姻所生，均得继承其父与母或其他直系尊血亲。

智利共和国民法典

第982条：法定继承不虑及性别和长子身份。

埃塞俄比亚民法典

第837条：继承人的性别、年龄和国籍完全不影响对其继承权的确定。

第一千一百二十七条

遗产按照下列顺序继承：

- （一）第一顺序：配偶、子女、父母；
- （二）第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。

继承开始后，由第一顺序继承人继承，第二顺序继承人不继承；没有第一顺序继承人继承的，由第二顺序继承人继承。

本编所称子女，包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。

本编所称父母，包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。

本编所称兄弟姐妹，包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或者同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹、有扶养关系的继兄弟姐妹。

其他法域立法例

德国民法典

第1924条：I第一顺序之法定继承人为被继承人¹之直系血亲卑亲属。

II继承开始时，直系血亲卑亲属有不同亲等时，以亲等较近者排除亲等较远者继承。

III前款亲等较近之直系血亲卑亲属属于继承开始前死亡者，由其亲等较远之直系血亲卑亲属代位继承（代位继承）。

IV子女按人数平均继承。

第1925条：I第二顺序之法定继承人为被继承人¹之父母及其直系血亲卑亲属。

II继承开始时，被继承人¹之父母均生存者，仅由父母平均继承。

III继承开始时，被继承人¹之父母有一方死亡者，由死亡人之直系血亲卑亲属依前条第一顺位法定继承人¹之规定，代位继承。死亡人无直系血亲卑亲属者，由生存之一方单独继承。

IV于第1956条规定收养之情形，被收养之子女与本生父母之子女或与他方配偶之子女相互间，不为第二顺序之法定继承人。

第1926条：I第三顺序之法定继承人为被继承人¹之祖父母及其直系血亲卑亲属。

II继承开始时，被继承人¹之祖父母均生存者，仅由祖父母平均继承。

III继承开始时，被继承人¹之祖父母有一方死亡者，由死亡人之直系血亲卑亲属，代位继承。死亡人无直系血亲卑亲属者，由生存之一方单独继承；其不存在者，由其直系血亲卑亲属继承。

IV继承开始时，父系或母系之祖父母均死亡，且无直系血亲卑亲

属者，由他系之祖父母或其直系血亲卑亲属单独继承。

V在直系血亲卑亲属代位其父母或其他直系血亲尊亲属继承者，适用关于第一顺序法定继承人之规定。

第1928条：I第四顺序之法定继承人为被继承人曾祖父母及其直系血亲卑亲属。

II继承开始时，被继承人曾祖父母均生存者，仅由曾祖父母平均继承；有多数曾祖父母者，不问其是否属于同一亲系，按人数平均继承。

III继承开始时，曾祖父母均死亡者，由其直系血亲卑亲属中与继承人亲等最近者优先继承；亲等相同之继承人为多数时，按人数平均继承。

第1929条：I第五顺序及更远之法定继承人为被继承人高祖父母、高祖父母以上之直系血亲尊亲属及其直系血亲卑亲属。

II前款情形，准用《民法典》第1928条第2款及第3款规定。

第1930条：有顺序在先之血亲继承人者，其他血亲继承人被排除而不得继承。

法国民法典

第732条：有继承权的配偶是指，没有离婚的健在配偶。

第733条：在确定哪些亲属可以继承遗产时，法律并不按照确立亲子关系的方式进行区分。

由收养关系产生的权利，按照“收养编”所规定的规则处理。

第734条：在没有有继承权的配偶的情况下，亲属按照以下顺序继承遗产：

1. 子女和他们的直系卑血亲；
2. 父母；兄弟姐妹以及他们的直系卑亲；
3. 父母之外的直系尊血亲；
4. 除兄弟姐妹以及他们的直系卑亲以外的旁系亲属。

以上四类亲属各成一个继承人顺序，并排除其后各顺序继承。

第735条：子女，或者他们的直系卑亲，不分性别，也不分长子身份，即使系不同婚姻所生，均得继承其父与母或其他直系尊血亲。

第748条：超过第六亲等的旁系亲属不参与继承。

韩国民法典

第1000条：1.继承按下列顺位为继承人：

- (1) 被继承人的直系卑亲属；
- (2) 被继承人的直系尊亲属；
- (3) 被继承人的兄弟姐妹；
- (4) 被继承人四亲等以内的旁系血亲。

2.于前款情形，同顺位的继承人为数人时，最近亲等为先顺位；同亲等的继承人为数人的，为共同继承人。

3.关于胎儿的继承顺位，视为已经出生。

第1003条：1.根据第1000条第1款第1项及第2项的规定有继承人时，被继承人的配偶与该继承人为同顺位的共同继承人，如无继承人，则为单独继承人。

2.于第1001条情形，继承开始前死亡或欠格的配偶，与本条所定继承人顺位相同，为共同继承人，无继承人时为单独继承人。

日本民法典

第887条第1款：被继承人子女，为继承人。

第889条：无将依第887条之规定成为继承人者之情形，下列之人按下列顺序之顺位，成为继承人。

一被继承人直系尊亲属。但亲等相异者之间，其近者为先。

二被继承人兄弟姐妹。

第887条第2款之规定，准用于前款第2项之情形。

第890条：被继承人之配偶，恒为继承人。于此情形，有将依第887条或前条规定成为继承人者时，与其人为同顺位。

中国台湾地区“民法”

第1138条：遗产继承人，除配偶外，依左列顺序定之：

一、直系血亲卑亲属。

二、父母。

三、兄弟姊妹。

四、祖父母。

第1139条：前条所定第一顺序之继承人，以亲等近者为先。

魁北克民法典

第655条：血亲关系基于血缘或收养产生。

第666条：如被继承人留有配偶和直系卑血亲，遗产移转于他们。

配偶取得遗产的1/3，直系卑血亲取得另外的2/3。

第670条：被继承人的父母为有特权的直系尊血亲。

被继承人的兄弟姐妹及他们的第一亲等的直系卑血亲为有特权的旁系血亲。

第677条：只有在被继承人无生存配偶、直系卑血亲、有特权的直系尊血亲或有特权的旁系血亲时，才召集一般直系尊血亲和一般旁系血亲继承。

第680条：在每一亲系，被继承人的第二亲等的直系尊血亲可以排除其他一般直系尊血亲和旁系血亲取得分配给其亲系的份额。

如某亲系中无第二亲等的直系尊血亲，则分配给该亲系的份额移转于出自该直系尊血亲的最近亲等的一般旁系卑血亲。

第681条：如某亲系无出自第二亲等的直系尊血亲的一般旁系卑血亲，则分配给该亲系的份额移转于第三亲等的直系尊血亲。如无，

则移转于出自他们的最近亲等的一般旁系卑血亲。依次类推，直至不再具有继承权的亲等内的亲属。

第682条：如一亲系中无有继承权亲等内的亲属，另一亲系的亲属继承全部遗产。

第683条：八亲等以外的亲属无继承权。

美国路易斯安那州民法典

第888条：卑亲继承其尊亲的财产。若处在同一亲等，则按人数分得相同的份额。若他们中的全部或部分通过代位继承，则按亲源取得财产。

第889条：若死者无任何卑亲属，则生存配偶继承死者夫妻共同财产中的份额。

第891条：若死者无卑亲属，且有尚生存的父母、兄弟姐妹或其子女，则其兄弟姐妹或其子女继承死者的分别财产，但该财产上负担为尚生存父母利益的用益权。若父母双方均生存，则用益权是共同且可继承的。

第892条：若死者没有后代，也无生存父母，则其兄弟姐妹或其后代，排除其他尊亲或旁系亲属继承其分别财产并对之享有完全所有权。

若死者没有后代，没有兄弟姐妹或其后代，则其父母排除其他尊亲或旁系亲属继承分别财产。

第893条：若死者与其兄弟姐妹有相同的父母，则移交给他们的财产在他们间平分。若他们出自不同的结合，则财产在死者的父系亲属与母系亲属间平均分配：这些亲属包括既属父系又属母系有完全血缘关系的兄弟姐妹，也包括那些有一半血缘关系的仅属一系的兄弟姐妹。若兄弟姐妹仅属于一系，则他们排除另一系的所有亲属取得全部财产。

第894条：若死者无后代、无父母、无兄弟姐妹及其后代，则其未与之别居的配偶排除其他尊亲及旁系亲属地继承其分别财产。

第895条：若死者无后代，无兄弟姐妹及其后代，无生存父母，无未与之别居的配偶，则其他的尊亲属继承其分别财产。若父系的尊亲与母系的尊亲有相同的亲等，则财产被分成相等的两份，一份归于

父系尊亲，另一份归于母系尊亲，不论两系尊亲的数目是否相等。在此情形，每一系的尊亲依人数继承。

若某尊亲与死者亲等最近且既属父系又属母系，则此尊亲排除更远亲等的尊亲。

第896条：若死者无后代、无兄弟姐妹及其后代，无生存父母、无未与之别居的配偶、无其他尊亲，则其他的旁系亲属继承其分别财产。在旁系亲属中，亲等最近的亲属排除所有其他的。如果有若干亲等相同的亲属，则他们依人数均分取得财产。

第897条：若尊亲曾经赠与子女或其他卑亲属不动产，在受赠人亡故且无后时，该尊亲对该不动产享有排除其他继承人的继承权，只要在遗产中发现了此等不动产。

若此等物品被出让且价款全部或部分未付，则尊亲有权收取这些价款。尊亲也继承回赎权，一旦子女或后代在处分此等物时为其利益设定的条件成就，即可行使回赎权。

秘鲁共和国新民法典

第816条：子女和其他直系卑血亲为第一顺序继承人；父母和其他直系尊血亲为第二顺序继承人；配偶或事实结合中生存的一方，为第三顺序继承人；第四、五、六顺序之继承人，分别为第二、三、四亲等的旁系血亲。

配偶或事实结合中生存的一方，亦作为继承人与本条规定的前二顺序之继承人一起参与继承。

第817条：直系卑血亲排斥直系尊血亲。除代位继承外，亲等更近的亲属排斥亲等较远者。

第818条：所有子女对其父母享有平等的继承权。此规定包括婚生子女、被自愿认领或依判决宣告的非婚生子女对父或母以及父母之亲属的继承，也包括被收养的子女。

第826条：配偶之一在结婚之时罹患疾病且在随后的30日之内死亡的，不宜由鰥夫或寡妇进行继承，但婚姻之缔结乃为正常化某种事实状态的，不在此限。

第827条：因与存在结婚障碍者结婚而使婚姻无效的，其无效不影响善意结婚一方的继承权利，但前者在后者之后死亡的除外。

第828条：若无有继承权的直系卑血亲、直系尊血亲和配偶，则遗产归属于第四亲等内的旁系亲属，其中亲等更近者排斥亲等较远者，但依第683条的规定，由侄甥代位其父母而与其叔舅阿姨进行共同继承的权利不受限制。

智利共和国民法典

第983条：死者的直系卑血亲、直系尊血亲、生存配偶、旁系血亲、相应情形下的被收养人以及国家，均被召唤参加法定继承。

被收养人的继承权依相应法律的规定。

第988条：子女排斥其他一切继承人，但同时存在生存配偶者除外，在此情形，生存配偶与子女同时继承。

生存配偶应得的份额，一般应为分配给每一个子女严格特留份或实际特留份的二倍。若仅存在一个子女，配偶的份额应该和该子女严格特留份或实际特留份相同。但依其情形，配偶应得份额绝对不得低于遗产的1/4或作为特留份的半数遗产的1/4。

遗产的1/4或作为特留份的半数遗产的1/4归属于生存的配偶后，剩余部分在子女之间均分。

前述1/4部分应考虑第996条的规定而予计算。

第989条：死者未遗有直系卑血亲的，配偶及其亲等最近的直系尊血亲可继承之。

在此情形，遗产分为3部分，配偶得2份，直系尊血亲得1份。无直系尊血亲的，配偶取得全部财产；无配偶者，直系尊血亲取得全部财产。

只有一个亲等最近的直系尊血亲时，该尊血亲或者继承全部财产，或者继承直系尊血亲的全部遗产份额。

第990条：如死者既未遗有直系卑血亲，亦未遗有直系尊血亲，且未遗有配偶，其兄弟姐妹可继承之。

本条所谓的兄弟姐妹，甚至包括仅同父或仅同母的兄弟姐妹，但仅同父或仅同母的兄弟姐妹的应继份应为同父同母的兄弟姐妹应继份的一半。

第992条：死者未遗有直系卑血亲、直系尊血亲、配偶、兄弟姐妹的，其他亲等最近的旁系血亲，无论是单系抑或双系，在第六亲等的范围内，均可对其进行继承。

单系旁系血亲，亦即死者的父系或母系亲属，有权取得双系旁系血亲亦即死者之父系兼母系亲属的份额的一半。

亲等最近的旁系血亲始终排斥其他旁系血亲。

埃塞俄比亚民法典

第836条：死者或继承人的婚生子女或非婚生子女身份不影响是否将其确定为继承人，也不影响这两种子女各自继承份额的价值。

在不违反本法典第557条规定的前提下，死者的养子女与其他子女地位相同。

第842条：死者的子女得首先被召集继承死者。

他们每人得接受相等份额的遗产。

当死者的子女或子女之一已经死亡并且留有卑亲属时，死者由此等卑亲属代位继承。

第843条：死者未留下卑亲属时，其父母可以被召集继承。

第845条：当死者既未留下卑亲属、父母或父母的卑亲属时，死者的祖父母可以被召集继承他。

祖父母或其卑亲属有权继承一半遗产；外祖父母或其卑亲属有权继承另一半。

第847条：没有第三顺位的继承人时，死者的曾祖父母得被召集继承。

第一千一百二十八条

被继承人的子女先于被继承人死亡的，由被继承人的子女的直系晚辈血亲代位继承。

被继承人的兄弟姐妹先于被继承人死亡的，由被继承人的兄弟姐

妹的子女代位继承。

代位继承人一般只能继承被代位继承人有权继承的遗产份额。

其他法域立法例

德国民法典

第1924条：I第一顺序之法定继承人为被继承人之直系血亲卑亲属。

II继承开始时，直系血亲卑亲属有不同亲等时，以亲等较近者排除亲等较远者继承。

III前款亲等较近之直系血亲卑亲属于继承开始前死亡者，由其亲等较远之直系血亲卑亲属代位继承（代位继承）。

IV子女按人数平均继承。

第1926条：I第三顺序之法定继承人为被继承人之祖父母及其直系血亲卑亲属。

II继承开始时，被继承人之祖父母均生存者，仅由祖父母平均继承。

III继承开始时，被继承人之祖父母有一方死亡者，由死亡人之直系血亲卑亲属，代位继承。死亡人无直系血亲卑亲属者，由生存之一方单独继承；其不存在者，由其直系血亲卑亲属继承。

IV继承开始时，父系或母系之祖父母均死亡，且无直系血亲卑亲属者，由他系之祖父母或其直系血亲卑亲属单独继承。

V直系血亲卑亲属代位其父母或其他直系血亲尊亲属继承者，适用关于第一顺序法定继承人之规定。

苏俄民法典

第418条：法定继承人是被继承人的子女（包括养子女）、配偶和丧失劳动能力的父母，以及其他丧失劳动能力并且在被继承人生前依靠被继承人生活1年以上的人。

如果被继承人的子女，在继承开始前死亡，他的应继份由他的子女（被继承人的孙子女、外孙子女）代位继承；如果代位继承人死亡，由他的子女（被继承人的曾孙子女、外曾孙子女）代位继承。

如果没有上述的继承人，或者继承人不接受继承，法定继承人就是被继承人有劳动能力的父母；如果没有父母，法定继承人就是被继承人的兄弟和姊妹。

法国民法典

第751条：代位继承是法律上的一种拟制，其效果是召唤取代被代位人权利的代位人继承遗产。

第752条：直系卑血亲均得代位继承，并无代数限制。

不论是被继承人自己的子女与其先去世的某一子女留下的直系卑血亲共同继承，也不论是因被继承人的所有子女都已先去世，他们的直系卑血亲的亲等是否相同，所有情况，均准许代位继承。

第752-2条：旁系亲属中，被继承人的兄弟姐妹的子女及直系卑血亲，不论是叔、伯、姑、舅、姨共同继承，还是因被继承人的兄弟姐妹均以死亡，遗产转归与他们的亲等相同或不同的直系卑血亲的情况，均准许代位继承。

第753条：在准许代位继承的所有情况下，如同被代位人本人继承一样，遗产按房数分配；如有必要，按同一房亲属的次分支进行分配。在每一房亲属或者每一房亲属的次分支内，遗产按人头等份分配。

韩国民法典

第1001条：依前条第1款第1项及第3项的规定，得为继承人的直系卑亲属或兄弟姐妹于继承开始前死亡或为欠格者，并有其直系卑亲属时，由其直系卑亲属代替死亡或欠格者的顺位为继承人。

第1010条：1.根据第1001条的规定，代替死者或欠格者成为继承人的人的应继份，应与死者或欠格者的应继份相同。

2.于前款情形，死者或欠格者的直系卑亲属为数人时，其应继份应于死者或欠格者的应继份的限度内，依第1009条的规定而定。于第1003条第2款情形，亦同。

日本民法典

第887条第2款和第3款：被继承人子女，已于继承开始以前死亡时，或因符合第891条之规定或因废除而已丧失其继承权时，其人之子女代位之而成为继承人。但非被继承人直系卑亲属者，不在此限。

前款之规定，准用于代位人已于继承开始前死亡，或因符合第891条之规定或因废除而已丧失其代位继承权之情形。

中国台湾地区“民法”

第1140条：第1138条所定第一顺序之继承人，有于继承开始前死亡或丧失继承权者，由其直系血亲卑亲属代位继承其应继份。

巴西新民法典

第1851条：如法律召集死者的一定亲属继承此死者如活着他自己将继承的权利，发生代位继承权。

第1852条：代位继承权只授予直系卑血亲，绝不授予直系尊血亲。

第1853条：在旁系血亲中，当死者的兄弟姐妹的子女与死者的兄弟姐妹同顺序时，仅将代位继承权授予前者。

第1855条：单数的被代位人的继承份额在复数的代位继承人中均分。

魁北克民法典

第660条：代位继承是法律赋予的利益，据此，被继承人的近亲属被召集继承其尊亲属可能取得的，但由于先于被继承人或与被继承人同时死亡或由于不配继承而不能自己取得的遗产。

第661条：直系卑血亲均可以代位继承，无代数的限制。

不论被继承人的其他子女与被代位子女的直系卑血亲共同继承，还是被继承人所有的子女均已死亡或均构成不配，他们的直系卑血亲在相互关系中的亲等相同与否，均准许代位继承。

第663条：在有特权的旁系血亲之间，为被继承人的兄弟姐妹的

第一亲等的直系卑血亲之利益发生代位继承；在一般旁系血亲之间，为被继承人的兄弟姐妹的其他亲等的直系卑血亲之利益，不论他们相互间的亲等是否相同，也发生代位继承。

第665条：在所有准许代位继承的情形，遗产都按房分配。

如一房有数个支房，每一支房也按该支房所有的房数再分配。同一支房的数个继承人按人数分配。

美国路易斯安那州民法典

第881条：代位是法律的拟制，其效力是代位人处在被代人的位置，具有被代位人的亲等及权利。

第882条：直系卑亲属间的代位不受限制。任何情况下都应允许此等代位，不论死者的子女是否与先死子女的卑亲达成一致，也不论在死者的子女均先于死者亡故时，子女的卑亲是否与死者具有同一亲等。强制继承时，代位仅依第1493条的规定发生。

第884条：涉及旁系亲属时，为了死者的兄弟姐妹之卑亲的利益，允许代位，无论其继承是否与叔舅阿姨达成一致，也不论死者已亡故的兄弟姐妹及其卑亲是否以相等的亲等继承。

第885条：在所有允许代位的场合，按照亲源进行分割；若一亲源产生了若干支系，则次级分割仍然应当在每一支系中按照亲源进行，相同支系的成员则按照人数分割。

第888条：卑亲继承其尊亲的财产。若处在同一亲等，则按人数分得相同的份额。若他们中的全部或部分通过代位继承，则按亲源取得财产。

秘鲁共和国新民法典

第681条：基于代位继承，卑血亲有权取代其尊血亲之地位和亲等，受领后者若生存本归属于他的遗产或者后者所抛弃的或因不配、被剥夺继承权而丧失的遗产。

第682条：在直系卑血亲，代位继承不受限制，且无差别地有利于子女之卑血亲而发生。

第683条：在旁系亲属，仅在对某兄弟姐妹进行继承时，为使先死之兄弟姐妹的子女在第681条规定的情形对其享有的代位继承权能

实现而与其他生存之兄弟姐妹一起参与继承，才发生代位继承。

第684条：基于代位继承而参与继承的人，按房（株）取得其所代位之继承人本应取得的遗产。

第685条：在法定继承中，代位继承适用于第681条至第684条所指诸情形。在遗嘱继承中，代位继承一视同仁地适用于直系卑血亲，对旁系亲属则适用第683条的规定，但遗嘱人另有处分者除外。

智利共和国民法典

第984条：法定继承的发生，或基于人身权，或基于代位继承权。

代位继承为法律的拟制，在此种拟制中，某人在其父或母不愿或不能继承时，被假定取得父或母的地位以及由此而来的亲等与继承权。

父或母在愿意或可能时本可依代位权继承的遗产，其子女也可代位继承之。

第985条：代位继承人在一切情形均按房数继承，也就是说，不问代位继承的子女数目为多少，全体子女取得被代位的父亲或母亲的应继份额并予均分。

非代位继承人按人数继承，亦即全体继承人取得法律指定的份额并予均分；同一法律作不同分割者，不在此限。

第986条：死者的直系卑血亲、其兄弟姐妹的直系卑血亲，均可代位继承。

在此等直系卑血亲之外，不发生代位继承。

埃塞俄比亚民法典

第842条：死者的子女得首先被召集继承死者。

他们每人得接受相等份额的遗产。

当死者的子女或子女之一已经死亡并且留有卑亲属时，死者由此等卑亲属代位继承。

第848条：父系的曾祖父母或其卑亲属有权继承一半遗产，母系的曾祖父母或其卑亲属有权继承另一半。

在不违反第1款规定的前提下，后死的曾祖父或曾祖母或其可以代位继承他或她的卑亲属，得接受遗产中均等的份额。

第853条：发生代位继承时，遗产得按“房”分割。

被代位继承人的子女得取代其地位并行使其与继承有关的诸权利。

当被代位继承人的一个或数个子女死亡时，他们自己根据同样的原则被代位。

第856条：根据法律，在主张有权代位继承的人与死者间无亲属关系时，不发生代位。

第一千一百二十九条

丧偶儿媳对公婆，丧偶女婿对岳父母，尽了主要赡养义务的，作为第一顺序继承人。

其他法域立法例

阿根廷共和国民法典

第3576条：遗孀如果维持寡居身份且无子女，或者其子女在其公婆的继承开始之时已不生存，则有权取得其夫在该继承中本可分得的财产的四分之一。在第3573条、第3574条和第3575条规定的情形，妻不得主张此项权利。

第一千一百三十条

同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等。

对生活有特殊困难又缺乏劳动能力的继承人，分配遗产时，应当予以照顾。

对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承

人，分配遗产时，可以多分。

有扶养能力和有扶养条件的继承人，不尽扶养义务的，分配遗产时，应当不分或者少分。

继承人协商同意的，也可以不均等。

其他法域立法例

苏俄民法典

第421条：依照本法典第418条规定顺序应当继承的继承人，如果和被继承人同居，除依照本法典第420条的规定，在被继承人财产中继承他的应继份外，并且可以取得被继承人的家庭器具和用具（非生活必需品除外）。

埃塞俄比亚民法典

第842条：死者的子女得首先被召集继承死者。

他们每人得接受相等份额的遗产。

当死者的子女或子女之一已经死亡并且留有卑亲属时，死者由此等卑亲属代位继承。

第843条：死者未留下卑亲属时，其父母可以得被召集继承。

第844条：他们每人得接受一半遗产。

先死的父母得由其子女或其他卑亲属代位继承。

父母一方无继承人时，所有的遗产得移转给另一方的继承人。

第一千一百三十一条

对继承人以外的依靠被继承人扶养的人，或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分给适当的遗产。

其他法域立法例

德国民法典

第1969条：I被继承人之家属，于被继承人死亡时，尚在其家中共同生活，且受其扶养者，于继承开始后30日内，继承人对之应负扶养义务，其范围与被继承人生前所为者相同，继承人并应许其使用住屋之家具。被继承人得另以终意处分为不同之指示。

II前款义务，准用有关遗赠之规定。

韩国民法典

第1057b条：1.于第1056条所定期间内无权利主张人时，家庭法院可依曾与被继承人共同生活的人、被继承人的疗养看护人及其他与被继承人有特别关系的人的请求，分配遗产的全部或一部分。

2.第1款的请求，应于第1056条期间届满后2个月内作出。

日本民法典

第958条之三：前条之情形，认为相当时，家庭法院依与被继承人共谋生计者、努力疗养看护被继承人者及其他与被继承人有特别关系者之请求，得将清算后剩余之全部或部分继承财产给予此等人。

前款之请求，应于第958条之期间届满后3个月以内作出。

中国台湾地区“民法”

第1149条：被继承人生前继续扶养之人，应由亲属会议依其所受扶养之程度及其他关系，酌给遗产。

秘鲁共和国新民法典

第870条：居住于被继承人房屋者，或由其承担费用而被供养者，可请求遗嘱执行人或继承人允许其在3个月内，继续由遗产承受负担而享受此等利益。

埃塞俄比亚民法典

第1025条：在支付遗赠之前，清算人得支付特定人可向遗产主张的与生活保持有关的债务。

第1026条：死者的配偶、卑亲属、尊亲属和兄弟姐妹，依以下数

条规定的条件，享有生活保持请求权。

国家取得遗产时，死者死亡时与其共同生活的人，或由其维持生活的人，依以下数条规定的条件享有生活保持请求权。

第1027条：第1026条规定的人，除非为他们需要并且处于不能自食其力的状况，不得请求生活保持。

第1028条：死者的卑亲属、尊亲属和兄弟姐妹，除非他们被法律召集取得死者的遗产或其中的一部分，不得主张生活保持的权利。

如果他们因不配被剥夺继承权，不得主张此等请求权。

根据法律，他们被拥有优先权的继承人排斥时，也不得主张此等请求权。

第1029条：有生活保持请求权的死者的卑亲属、尊亲属和兄弟姐妹，只能获得当死者未作出对其不利的遗嘱处分时，根据法律他们本来会从遗产中得到的份额价值相当的金钱或财物。

死者在其死亡前3年内作出的赠与得被视为遗嘱处分。

第1030条：有权请求生活保持的配偶可根据本法典在关于“生活保持义务”的章中制定的规则（第807条至825条）从遗产中取得生活费。

第1031条：以确认生活保持义务之存在为目的的权利主张，得在继承开始后1年内向清算人提出。

紧急情形下，清算人可为了利害关系人的利益认可临时的生活保持请求。

清算人拒绝认可生活保持请求的决定，可立即向法院提出攻击。

第1032条：当债权人是死者的配偶或至少有60岁时，生活保持请求权得通过终生定期金的方式满足。

在其他情形，它得以一次总付的方式支付。

第1033条：被允许支付年金时，它得从死者死亡之时开始支付。

此等年金的余额得在生活保持债权人有其居所之地支付。

在合适时，法院可命令向债权人提供支付对其负欠的款项的担保。

第1034条：年金的数目须最终确定。

此等数目不得变更，在确定年金数目时对遗产的总数作了错误估价的除外。

付给生存配偶一方的年金，如果其再婚，不再支付。

第1035条：待支付的年金不得被转让或扣押。

但它们甚至可以在到期前被转让给对年金受益人提供了需求品的慈善机构。

它们也可被对年金受益人提供了生活所需之物的人扣押。

第1036条：死者生前就遗产对生活保持承担的最终义务缔结的任何文件或契约，无效。

旨在排除或变更本节制定的规则的遗嘱处分，无效。

第一千一百三十二条

继承人应当本着互谅互让、和睦团结的精神，协商处理继承问题。遗产分割的时间、办法和份额，由继承人协商确定；协商不成的，可以由人民调解委员会调解或者向人民法院提起诉讼。

其他法域立法例

德国民法典

第2047条：I遗产于清偿尚有剩余者，按应继份之比例，归属于继承人。

II文件与被继承人个人或家庭或全部遗产有关者，仍属于共有。

第2048条：被继承人得以终意处分，指定遗产分割方法。被继承人得指定其分割依第三人之公平裁量为之，第三人依该指定所为之决

定，显失公平者，继承人不受其拘束；于此情形，依法院之裁判，定其分割之方法。

法国民法典

第815条：任何人均不受强制维持财产的共有，得随时提出财产分割请求，但如判决或契约规定暂缓分割，不在此限。

第816条：即使共同继承人之一已分开对共有财产之全部或一部享有使用、收益权，如其并无此前分割财产的证书，或者未经充分占有而取得时效，仍得请求分割此种财产。

第820条：如果立即实现共有财产的分割有损于共有财产的价值，或者共有人之一只有在经过一定的时间以后才能接管属于遗产的农业、商业、工业、手工业或自由职业企业，应共有人之一的请求，法院可以最长推迟2年进行财产分割。推迟分割，适用于全部共有财产或者仅适用于其中一部分财产。

如有必要，也可以请求推迟分割公司权益。

第821条：在协商不成的情况下，可以应第822条所指之人提出的请求，按照法院确定的条件维持原来由死者或其配偶负责经营的任何农业、商业、工业、手工业或自由职业企业。

如有必要，也可以就公司权益提出维持共有的请求。

法院根据所涉及的各方利益以及家庭可以从共有财产获得的生活手段作出审理裁判。

即使上述企业里包含有继承人或者健在配偶在继承开始之前就已经是所有权人或共同所有权人的财产，仍可维持共有。

第821-1条：对于在被继承人死亡时由其本人或其配偶实际用于居住或从事职业的场地的所有权，应相同的人的请求并且按照法院确定的条件，也可以维持共有。居住场所内配备的动产物品或者用于从事职业的动产物品，亦同。

第835条：如果全体共有人均到场并且均有能力，可以按照各当事人选择的方式与形式进行财产分割。

在共有财产是应当进行地产公告的财产时，分割文书应经公证人制定。

第836条：如果某一共有人推定失踪，或者距离遥远，因而处于不能表达意思的状况，自愿协商分割得按照第116条规定的条件进行。

同样，如果对一些共有人实行保护制度，得按照第1卷第10编与第11编规定的条件进行自愿协商分割。

第837条：如果某一共有人不到场但并非处于第836条所指的一种情形，在一些共有人的关注下用司法外文书对其进行催告，促其由他人代理参与协商分割。

如该共有人在受到催告起3个月期限内仍不指定委托代理人，共同分割人之一可以请求法官指定任何有资格的人代理不到场的人，直至完全实现财产分割为止。该代理人只有经法官批准才能同意拟进行的分割。

第840条：如共同继承人之一拒绝同意协商分割，或者因分割遗产的方式或终结分割的方式而发生争议，或者在第836条与第837条所指的一种情况下协商分割未得到准许时，由法院裁判分割财产。

第842条：共同分割人得于任何时候放弃经法院裁判分割遗产之途径，并且在具备协商分割的各项条件时，改为自愿协商分割。

韩国民法典

第1012条：被继承人可以以遗嘱决定遗产的分割方法或委托第三人决定；于继承开始之日起不超过5年期间，可禁止分割。

第1013条：1.除前条情形外，共同继承人可随时根据协议分割遗产。

2.第269条的规定，准用于前款遗产的分割。

第1045条：1.继承债权人或受遗赠人或继承人的债权人，自继承开始之日起3个月内，可请求法院分离遗产与继承人的固有财产。

2.继承人未予承认或未放弃继承期间，虽经过前款期间，亦可请求财产的分割。

日本民法典

第907条：除被继承人依次条规定以遗嘱禁止之情形外，共同继

承人得随时以其协议分割遗产。

就遗产分割，共同继承人未达成协议时，或不能订立协议时，各共同继承人得向家庭法院请求其分割。

前款之情形，有特别事由时，家庭法院得确定期间，而就全部或部分遗产，禁止其分割。

第908条：被继承人得以遗嘱确定遗产分割之方法，或委托第三人确定之，或者确定自继承开始时不超过5年之期间而禁止分割遗产。

中国台湾地区“民法”

第1164条：继承人得随时请求分割遗产。但“法律”另有规定或契约另有订定者，不在此限。

第1165条：被继承人之遗嘱，定有分割遗产之方法，或托他人代定者，从其所定。

遗嘱禁止遗产之分割者，其禁止之效力以10年为限。

第1166条：胎儿为继承人时，非保留其应继份，其他继承人不得分割遗产。

胎儿关于遗产之分割，以其母为代理人。

魁北克民法典

第836条：清算终止前，不得进行或申请进行遗产分割。

第837条：基于重大且合法的理由，遗嘱人可以确定全部或部分地在一个有限的期间内推迟遗产的分割。如为了完全执行其意愿，清算人的权力和义务有必要以其他名义继续保留的，遗嘱人也可确定推迟分割遗产。

第838条：如全体继承人同意，遗产按清算人的最终账目中附贴的方案分割，否则，按他们都认为最合适的方案分割。

如继承人无法达成协议，遗产仅可按本题第二章规定的条件并按民事诉讼法典要求的形式分割。

第841条：在被继承人死亡之前积极参与企业经营或居住在家庭住宅中的继承人可以向法院申请维持共有状态。

第842条：法院在裁决维持共有状态的申请时，应考虑被继承人的遗嘱处分、其家庭成员和继承人从此等共有财产中获得的现存利益或谋生手段，在任何情形，以被继承人作为一方当事人的合伙人或股东间的协议，法院应予尊重。

第843条：为避免损失，经继承人申请，法院可以延缓对全部或部分遗产的立即分割，并继续共有状态。

第845条：如支持共有之维持的理由消灭，或共有对继承人变得不可容忍或风险过大，法院可以裁决实施分割。

第853条：共有人作君子式分割时，可按他们认为合适的方式组成遗产份额，并就谁可以取得哪一分配份达成协议或就其抽签方式达成协议。

如他们认为有必要出卖全部或部分待分割的财产，也就出卖的期限和条件达成协议。

第854条：如共有人未能就份额的组成达成一致，由法院指定的专家确定此等份额。如他们未能就份额的分派达成协议，则通过抽签决定。

抽签前，各共有人均可以对遗产份额的组成提出异议。

美国路易斯安那州民法典

第1290条：本章确立的所有规则，除了关于合算的，适用于同一物在共有人间的分割，其情形包括共有人中有失踪人、未成年人或禁治产人，或成年且到场的共有人未能就分割或分割方式达成一致。

但在这些种类的分割中，诉讼必须向分割财产所在地的法官提起，不论利益相关各方是否在该地有住所。

第1291条：两个或两个以上的人是一块连续的位于不同区的土地的共有人时，其中的任何一人或多人可以选择在此等辖区中的任何一个提起分割整块土地的诉讼。

第1292条：某人亡故并有若干法定继承人时，各法定继承人因归予自己的部分或份额成为遗产的共有人，只要财产未分割，在法定继

承人问就形成对财产的共有。

第1293条：对某一遗产的分割是在所有的共同法定继承人之间，根据他们各自的权利，对构成遗产的财产予以分割。

第1295条：分割或是终局的，或是临时的：终局分割是以永久的不可撤销的方式作出的。

临时分割是暂时作出的，是在剩余财产能被分割前针对特定物的分割，或者是各方不处在可作出不可撤销分割的情形时，对所有待分割之物的分割。

第1296条：终局分割也被理解为依法作出的法院分割；临时分割无须遵守法律规定的形式要件，双方也不因此终局地负担义务。

第1297条：不能约定对遗产或共有物永不分割。此等约定无效且无任何法律后果。

第1299条：赠与人或遗嘱人不能指令给予或遗留给两个或两个以上的人共有的财产永不受分割，此等禁止应视为从未作出过。

第1300条：但赠与人或遗嘱人可以指令他给予或遗留的财产，在一个特定期限内或在一个特定条件成就前，不能分割。

但如果从赠与作出或继承开始之日起计算，被确定的时间超过5年，或在5年内特定条件没有成就，则在5年期间届满时，若向法官证明了在共同法定继承人之间不能达成一致或对共同财产的管理有分歧，法官可以指令分割。

第1301条：若父亲或其他尊亲通过遗嘱，指令继承他的未成年子女或未成年孙子女，在未成年时不得进行任何分割，则此禁止必须被遵守，直到子女或孙子女之一成年并主张分割。

第1302条：如下情形不发生分割：死者已在其合法法定继承人或陌生人之间规定了禁止分割，死者已明示授权其执行人，按数额或价值分配特别财产以满足明示的遗赠；在此等情形，法官必须尊重遗嘱人或执行人的意志。

遗嘱人明示地分配了其遗产中的特别财产，或已授权分配其遗产中的特别财产，以满足其子女的强制份额时，产生与上款相同的后果。

第1305条：法定继承人之一单独用益遗产的部分或全部，或所有的共同法定继承人单独地各占有遗产的一部分时，若占有未中断地持续了30年，则单独占有者可以成功地抗辩遗产分割诉讼。

第1306条：如果有且仅有一位法定继承人单独地用益了遗产的一部分达30年，且其他法定继承人共同占有了剩余遗产，则可以提起后者间的分割之诉。

第1725条：此等分割可由生前行为或遗嘱作出。如果遗嘱人指定了按照一定方法或特定数量遗留给受遗赠人财产的数量或价值，则他可以明确授权其执行人选择特定财产以满足此等数量或价值。

第1727条：通过遗嘱所做的分割必须以相应遗嘱要求的形式作出，且受相同规则的约束。

第1728条：无论是通过生前行为的还是通过遗嘱进行分割，如果未纳入尊亲死时留下的所有财产，则未纳入分割的财产依照法律进行分割。

第1729条：无论是通过生前行为还是通过遗嘱进行分割，如果不是在死者亡故时的生存子女以及先死子女的卑亲间作出的，则全部无效；于其中无份额的子女或卑亲可以要求依照法定形式重新分割。

第1730条：尊亲作出的分割，使某一共同法定继承人所得利益超过可处份份额时，则可宣告其无效。

第1731条：反对尊亲所做分割的子女必须预付评估财产的费用，并在其主张不成立时，最终支付此费用及诉讼费。

第1732条：撤销之诉中的被告可通过向原告提供后者享有权利的增补份额以阻止诉讼。

第1733条：撤销分割并不使作为特别利益的赠与无效。

秘鲁共和国新民法典

第663条：被继承人在本国有其最后住所之地的法官，有权受理非讼程序以及和继承有关的案件。

第847条：继承人可约定在第846条所规定的相同期限内就遗产的全部或部分不予分割，也可更新之。

第848条：不分割仅自其登记于相应的登记簿之日起具有对抗第三人的效力。

第849条：在不分割的情形，对于不接受的继承人，应向其支付遗产份额。

第350条：若突发严重情形证明分割合理，则法官可依任一继承人的请求，命令在不分割之期限届满前，就遗产进行全部或部分分割。

第852条：遗嘱人已在遗嘱中作出分割的，不（再）发生分割，在此情形，仅可请求对超过法律允许的部分予以缩减。

尽管有前款之规定，只要继承属于不得分割之情形，而其须遵守的破产程序一直生效，即绝不允许分割。

第853条：所有继承人均为有能力人且同意分割的，应对登记于公共登记簿的财产，以公证书的方式进行分割。在其他情形，以私文书进行分割即为已足，但该文书须有经公证员认证的签名。

第854条：如果不存在不得分割之法律制度，则下列人可向法院申请分割遗产：

- 1.任何继承人；
- 2.继承的任何债权人或任何继承人的债权人。

第855条：在以下情形，必须由法院进行分割：

- 1.存在无能力之继承人，此情形下由其代理人申请；
- 2.存在被宣告不在的继承人，此情形下由被赋予对其财产进行临时占有的人申请。

第858条：如果继承人之间对于其中之一的权利、合算之义务或应予合算之财产的价值存有分歧，则应在分割时为可能提起的诉讼的结果提供担保。

智利共和国民法典

第1317条：概括物或单一物的共同受分配人中的任何一人，无义务维持共有状态；只要共同受分配人未作相反约定，可随时请求分割

分配物。

不得就不分割约定5年以上的期间，但该期间届满时，可以更新约定。

前两款规定不扩张适用于私人所有的湖泊、役权以及诸如信托财产之类的法律命令维持共有的物。

第1318条：如死者已通过生前行为或遗嘱实施分割，在不损害他人权利的限度内，以该分割为分割。

第1319条：共同受分配人之一如被附加停止条件，他无权在条件未成就时请求分割。但其他共同受分配人在对附条件的受分配人在条件成就时的应得部分提供适当担保后，可请求分割。

如分配的物件属于一项遗产信托，则应遵守信托所有权一题的规定。

第1323条：分割人仅可由具备开业资格且能自由处分其财产的律师充任。

法院组织法典就法官规定的的不适格和回避事由，准用于分割人。

第1324条：死者以生前的公文书或遗嘱指定的分割人，即使是遗嘱执行人或共同受分配人，或者有法院组织法典规定的的不适格或回避事由之一，但只要他符合其他法定要件，则指定有效，但任何利害关系人可请求分割之诉管辖地的法官根据任何这些缘由之一宣告该分割人不适格。此等请求应依民事诉讼法典就回避作出的规定提出。

第1325条：即使共同受分配人中有不得自由处分其财产的人，但只要未提出有待裁决的问题，并且所有共同受分配人就分割的方式达成了一致，则共同受分配人可在全体人员在场的情况下自行分割。

但在此等情形，必须由专家对财产进行估价，并依在分割人面前进行分割的同一方式取得普通法院对分配的批准。

共同受分配人即使不得自由处分其财产，也可依合意指定一个分割人。只要被指定者同时符合其他法定要件，也可在前条指出的人中作这样的指定。

由利害关系人指定的分割人，仅因指定之后发生的不适格或回避事由才可被宣告为不适格。

如共同受分配人未就指定达成一致，法官应依他们中任何一人的请求，遵照民事诉讼法典的规定指定一名全部符合各项法定要件的分割人。

第1326条：如共同受分配人之一不得自由处分其财产，则在分割人非由法官指定时，其指定应获得法官的批准。

其财产由夫管理的已婚妇女不适用本规定；在此情形，由妻给予同意或由法官作出替代性同意即为已足。

依第1232条的最后一款为不在人指定的财产保佐人，依关于财产保佐的规定代表不在人参与分割，并管理在分割中判给不在人的财产份额。

第1327条：分割人无义务违背其意愿接受委托，但遗嘱指定的分割人不接受委托的，应遵守对相同情形中的遗嘱执行人作出的规定。

第1330条：在进行分割之前，就受分配人的遗嘱继承权或法定继承权、剥夺继承权、无能力或不配继承存在的争议，由普通法院决定。

第1333条：分割的共同费用应依比例由对分割有利益的人承担。

第1335条：专家的估价是分割人以实物形式析产的依据，但共同受分配人合法而一致地约定其他依据，或在法律规定的情形将实物拍卖的除外。

埃塞俄比亚民法典

第971条：在会议上，清算人得确定谁是死者的继承人或受遗赠人以及他们每人有权得到的遗产份额。

他得毫不迟延地告知利害关系人他所认为的遗产移转方式。

在第2款的范围内，“利害关系人”一语指被召集接受死者遗产的人和¹在无遗嘱的情况下将被召集接受此等遗产的人。

第972条：如果已确定死者未留下遗嘱，清算人得告知利害关系人他认为遗产应以何种方式移转。

上述告知得在确定无遗嘱后立即作出，最迟不得超过死者死亡后40天。

第1060条：遗产得在继承人之间保持共有直至其被分割。

共同继承人对共有的遗产财产的权利，得由本法典关于“共有、用益权和其他物权”之题的规定（第1257条至第1277条）调整。

本条规定不影响关于遗产清算的第2条以及以下数条的规定。

第1061条：共同继承人不得要求拍卖或分割仍属于共有，并构成遗产之一部的特定物。

第1062条：当遗产已清算完毕，每个共同继承人都可随时要求分割遗产之实施。

第1063条：当分割申请在不合适的时间提出时，法院可命令在不超过2年的期限内维持遗产的共有。

除非法院有相反授权，如果作出分割的方式取决于刚受孕的胎儿出生的状况，遗产仍得维持共有。

必要时，法院在此等情形得任命一人管理遗产财产或构成其一部的某项财产。

第1064条：共同继承人的申请分割权可由死者的遗嘱或共同继承人之间达成的协议排除。

任何第1款涉及的规定或协议的有效期不得超过5年，或不超过此等文件确定的某一更短的期限。

无确定的期限或确定的期限超过5年的，该约定或协议在第5年的年尾停止生效。

第1079条：分割可依继承人之间的协议实施。

继承人之间无协议时，得由继承人中最勤勉的人起草分割计划并提交法院批准。

第1080条：当某一继承人失踪或未被合适地代表时，得寻求法院批准分割计划，违者无效。

此等情形，除未取得其参与分割就进行了的人以外，不得主张分割无效。

上述人员在其知道分割后1年内，或从死者死亡之日起10年内，可以申请分割无效；逾期不申请的，丧失申请权。

第1081条：在共同继承人之间作出遗产分割前，共同继承人之一的债权人向法院申请分割无效的，分割协议须寻求法院批准。

在与批准有关的程序中，得听取为上述申请之债权人的意见。

除非法院以共同继承人实施欺诈为由拒绝批准，有关批准程序的费用得由上述债权人承担。

第1082条：分割必须遵循死者作出的有关规定实施。

无此等规定时，它得根据下列数条的规定实施。

第1083条：处于继承人的份额中的财产，得在分割实施之日估价。

财产的估价得由诸继承人自己作出。

他们间不能达成一致时，得由他们选择的仲裁人估价；如果他们就仲裁人的任命不能取得一致，由法院指定的仲裁人估价。

第1084条：在对不动产估价的情形，专家的报告得说明估价的依据。

报告得表明被估价之物能否便利地分割以及分割的方式。

分割的情形下，它得确定可能由此形成的每一份额及其价值。

第1085条：份额得由继承人协议选择的人进行搭配。

他们不能达成一致时，份额得由法院指定的专家搭配。

第1086条：分割通常得以实物形式作出，每个继承人接受遗产中的某些财产。

实物份额中的不均等得以偿付金钱抵销。

第1087条：在不违反下列数条之规定的前提下，继承人得尽可能接受以同样方式组成的份额。

必须尽最大的注意以使给予每个继承人的物对其最有用。

第1088条：在分割中：

死者从其有头衔的父亲先辈得到的不动产，得分派给该系的继承人。

死者从其有头衔的母亲先辈得到的不动产，得分派给该系的继承人。

第1089条：如果某些继承人为埃塞俄比亚籍，其他继承人为外国人，处于埃塞俄比亚境内的不动产得分派给埃塞俄比亚籍的继承人。

第1090条：当继承人之一欠遗产债务时，其债务得被置于其份额中。

第1091条：被分派了为死者的债务被抵押的财产或出质的财产的继承人，得承担此等债务。

第三章 遗嘱继承和遗赠

第一千一百三十三条

自然人可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产，并可以指定遗嘱执行人。

自然人可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人中的一人或者数人继承。

自然人可以立遗嘱将个人财产赠与国家、集体或者法定继承人以外的组织、个人。

自然人可以依法设立遗嘱信托。

其他法域立法例

德国民法典

第1937条：被继承人得以单方之死因处分（遗嘱、终意处分）指定继承人。

第1938条：被继承人得以遗嘱，剥夺血亲配偶或同性伴侣之法定继承权，而不指定继承人。

第1939条：被继承人得以遗嘱将财产上之利益给予他人，而不指定其为继承人。

第2197条：I遗嘱人得以遗嘱指定一人或数人为遗嘱执行人。

II原指定之遗嘱执行人于就任前或就任后出缺者，遗嘱人得另行指定第三人为遗嘱执行人。

第2265条：共同遗嘱仅得由配偶双方订定。

苏俄民法典

第422条：每一个公民都可以用遗嘱把他所有的财产的全部或者

一部，给予本法典第418条所规定的继承人中的一人或者数人，以及国家机关或者社会团体。

遗嘱人不得剥夺未成年子女和其他丧失劳动能力的继承人的法律规定的应继份。

没有本法典第418条规定的继承人的时候，可以用遗嘱把财产给予任何人。

第427条：关于遗嘱的执行，除由遗嘱人在遗嘱内委托的专人——遗嘱执行人——执行遗嘱人的意志外，可以由遗嘱内指定的继承人执行。由遗嘱执行人执行的时候，必须经遗嘱执行人在原遗嘱中或者遗嘱上的声明书里表示同意。

韩国民法典

第1093条：遗嘱人可通过遗嘱指定遗嘱执行人，或委托第三人指定。

日本民法典

第902条：不论前两条之规定，被继承人得以遗嘱确定共同继承人之继承份额，或委托第三人确定之。但被继承人或第三人不得违反特留份相关之规定。

被继承人仅确定或使第三人确定共同继承人中一人或数人之继承份额时，其他共同继承人之继承份额，依前两条之规定而确定。

第964条：遗嘱者得以概括或特定之名义，处分其全部或部分财产。但不得违反特留份相关之规定。

第975条：遗嘱，不得由两人以上者以同一证书订立。

第1006条：遗嘱人得以遗嘱指定一名或数名遗嘱执行人，或委托第三人指定之。

受委托指定遗嘱执行人者，应毫不迟延地作出其指定，并通知继承人。

受委托指定遗嘱执行人者欲辞去其委托时，应毫不迟延地通知继承人其意旨。

中国台湾地区“民法”

第1187条：遗嘱人于不违反关于特留份规定之范围内，得以遗嘱自由处分遗产。

第1209条：遗嘱人得以遗嘱指定遗嘱执行人，或委托他人指定之。

受前项委托者，应即指定遗嘱执行人，并通知继承人。

魁北克民法典

第618条：国家可以依遗嘱接受遗产。法人可以依遗嘱接受它可以合法拥有的财产。

受托人可以接受旨在设立信托的遗赠或用于完成信托目的的遗赠。

第703条：任何具备遗嘱能力的人均可通过遗嘱对他死亡时的全部或部分财产规定不同于法律规定的移转。

第786条：遗嘱人可以指定一名或数名清算人，他也可以规定替换清算人的方式。

遗嘱人指定清算遗产或执行其遗嘱的人，不管他是作为遗产管理人或遗嘱执行人等指定的，均具备清算人资格。

秘鲁共和国新民法典

第686条：一个人可依遗嘱就其死亡后而全部或部分处分其财产，并在法律规定的范围，依法律指定的形式决定其自己的继承内容。

遗嘱所包含的非财产性处分，即使遗嘱仅以此为限，亦为有效。

第756条：遗嘱人可在其自由处分之权限内实施慷慨行为，以遗赠名义处分其一个或多个财产或者财产之一部。

智利共和国民法典

第999条：遗嘱基本上为要式行为，依此行为，一人可全部或部分处分其财产并使该处分在其死后取得完全效果，同时保留在其生存

期间对此等处分内容的撤销权限。

第1003条：两人或更多的人在一個时间訂立的遺囑所包含的处分，不问是为訂立人的相互利益，还是为第三人的利益，均告无效。

第1056条：一切依遺囑的受分配人，不问是依其名称还是依遺囑的明确描述而被确定，均应为特定的自然人或法人。以除此以外的方式作出的遺囑处分视为未訂立。

但遺囑分配以慈善为目的时，即使不是为特定的人作出的，仍然有效。

遺囑分配针对慈善机构作成但未确指时，应将此等遺囑分配授予共和国总统指定的慈善机构，在为此等指定时，应在遺囑人所在市或省的慈善机构中优先选择其一。

遺囑人遺留给自己灵魂的物，在未以其他方式特别指定其用途时，应被理解为遺留给慈善机构，并须遵守前款的规定。

概括遺留给穷人之物，应用于遺囑人所在堂区的穷人。

第1270条：遺囑人赋予执行其处分的职责的人，是遺囑执行人。

第一千一百三十四条

自书遺囑由遺囑人亲笔书写，签名，注明年、月、日。

其他法域立法例

德国民法典

第2247条：I遺囑人得以亲自书写，并以签名表示而立遺囑。

II遺囑人应记明其书写遺囑之日期（年、月、日）及其处所。

III签名应包括遺囑人之姓名。遺囑人以其他方式签名时，如其足以认定确系遺囑人签名，且其意思表示出于真意者，该遺囑之效力不受影响。

IV未成年人或不能阅读文书之人不得依前三款规定立遺囑。

V依第一款规定立遗嘱，欠缺订定日期之记载，致其效力有疑义者，以其日期得依其他方法为必要之认定者为限，其遗嘱视为有效。遗嘱欠缺记载订定之处所者，准用本款规定。

韩国民法典

第1066条：1.自书遗嘱，应由遗嘱人亲自书写其全文及年月日、住所、姓名，并盖章。

2.在前款证书上进行文字的插入、删除或变更时，应由遗嘱人亲自书写并盖章。

日本民法典

第968条：以自书证书订立遗嘱时，遗嘱人应亲笔书写其全文、日期及姓名，并加盖印章。

自书证书中之增删及其他变更，若遗嘱人未指明其变更处、附加变更之意旨而对之特别签名且于其变更处加盖印章，则不生其效力。

中国台湾地区“民法”

第1190条：自书遗嘱者，应自书遗嘱全文，记明年、月、日，并亲自签名；如有增减、涂改，应注明增减、涂改之处所及字数，另行签名。

魁北克民法典

第726条：自书遗嘱应全部由遗嘱人手写并签名，不得使用任何技术手段。

除此以外，自书遗嘱无其他形式要件。

美国路易斯安那州民法典

第1575条：亲笔遗嘱是全部由遗嘱人以手写方式书写、标明日期并签名的遗嘱。虽然日期可出现在遗嘱中的任何地方，但遗嘱人必须在遗嘱的结尾签名。如有遗嘱人在签名之后的书写内容，遗嘱并非无效，此等内容是否作为遗嘱的一部分由法院自由裁量。亲笔遗嘱无须其他形式要件。如果从遗嘱中的信息中可以合理地确定年、月、日，如有必要还可通过外部证据予以明确，此时日期就被充分地指明了。

仅遗嘱人手写的在遗嘱上的增添与删减被赋予效力。

秘鲁共和国新民法典

第707条：亲笔遗嘱的必要程式为：由遗嘱人本人书写全部内容、标注日期并签名。若系视力有障碍之人制作，则应符合第699条第1项第2段的规定。

为产生其效果，亲笔遗嘱应在遗嘱人死后最多1年的期限内预先经过法院验证予以入册。

埃塞俄比亚民法典

第884条：自书遗嘱，除非全部由遗嘱人自己书写，无效。

除非它以明确的方式说明它是一份遗嘱，无效。

除非组成遗嘱的每一页都写明日期，并由遗嘱人签名，无效。

第886条：当遗嘱人为文盲或不懂用以起草遗嘱的语言，而以不知其意的图形符号作成自书遗嘱时，此等遗嘱无效。

第887条：公开遗嘱或自书遗嘱，当它未写明于其中订立的年、月、日或未包括有同样法律效力的其他说明时，无效。

当遗嘱上的虚假日期显然可归之于单纯的疏忽大意，并且真实日期可从遗嘱本身以及从遗嘱人作出的其他书面文件得到的迹象足够精确地确定时，文件中发生的日期的虚假不导致遗嘱无效。

第888条：公开遗嘱或自书遗嘱，当它不能被人理解时无效；得到未经遗嘱人书写并签名的文件的补充的除外。

第903条：自书遗嘱订立后7年内未于公证人或法院登记处备案的，自书遗嘱失效。

第一千一百三十五条

代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，并由遗嘱人、代书人和其他见证人签名，注明年、月、日。

中国台湾地区“民法”

第1194条：代笔遗嘱，由遗嘱人指定3人以上之见证人，由遗嘱人口述遗嘱意旨，使见证人中之一人笔记、宣读、讲解，经遗嘱人认可后，记明年、月、日及代笔人之姓名，由见证人全体及遗嘱人同行签名，遗嘱人不能签名者，应按指印代之。

魁北克民法典

第728条：如遗嘱由第三人或运用技术手段书写，遗嘱人和证人应当在没有其签名的此等文件的每一页上画押或签名。

埃塞俄比亚民法典

第881条：公开遗嘱得由遗嘱人自己或由任何其他人根据遗嘱人的口授书写。

除非它被当着遗嘱人以及4名证人的面阅读，并述及这一手续的履行以及订立的日期，遗嘱无效。

除非遗嘱人和证人立即在遗嘱上签名或按拇指印，遗嘱无效。

第882条：公开遗嘱，当它是当着两名证人的面制作，其中一人是正在履行其职责的登记人或公证人时，有效。

第一千一百三十六条

打印遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。遗嘱人和见证人应当在遗嘱每一页签名，注明年、月、日。

其他法域立法例

土库曼斯坦民法典

第1183条：以通常认可的技术手段制成的书面遗嘱，须有遗嘱人的亲笔签名。在遗嘱人订立遗嘱并亲笔签名时，须有2名见证人确认遗嘱是其在场时以上述技术手段订立的。遗嘱人亲笔签名后，应在遗嘱人和2名见证人均在场的情形下以在遗嘱上添加注明见证人的姓名和住所地之记载方式毫不迟延地对订立的遗嘱进行证实。

越南民法典

第634条：遗嘱人不是自己书写遗嘱的情况下，则可以自己打字或让他人代书或打字，但至少要有2位见证人。遗嘱人必须在见证人当场见证下在遗嘱上签字或按指模；见证人确认遗嘱人的签字、指模并在遗嘱上签字。

订立有见证人的书面遗嘱必须符合本法第631条和第632条的规定。

魁北克民法典

第728条：如遗嘱由第三人或运用技术手段书写，遗嘱人和证人应当在没有其签名的此等文件的每一页上画押或签名。

埃塞俄比亚民法典

第885条：遗嘱人打印的自书遗嘱，除非在每一页上都载有表明它是自书遗嘱的手写说明，无效。

第一千一百三十七条

以录音录像形式立的遗嘱，应当有两个以上见证人在场见证。遗嘱人和见证人应当在录音录像中记录其姓名或者肖像，以及年、月、日。

其他法域立法例

韩国民法典

第1067条：录音遗嘱，由遗嘱人口述口头遗嘱的意旨、其姓名及年、月、日，并由参与的证人口述遗嘱的正确性及其姓名。

第一千一百三十八条

遗嘱人在危急情况下，可以立口头遗嘱。口头遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。危急情况消除后，遗嘱人能够以书面或者录音录像形式立遗嘱的，所立的口头遗嘱无效。

德国民法典

第2249条：I遗嘱人未能及时在公证人面前立遗嘱前，即有死亡之虞者，得于其居所地之地方自治团体之首长面前立遗嘱。该首长应有2位见证人在场见证。在即将订定之遗嘱中为受遗赠人或指定为遗嘱执行人者，不得为前款之见证人；于此情形，准用公证法第7条及第27条规定。遗嘱之订定，准用第2232条、第2233条，公证法第2条、第4条、第5条第1款、第6条至第10条、第11条第1款第2段及第2款、第13条第1款及第3款、第16条、第17条、第23条、第24条、第26条第1款第3项与第4项及第3款、第27条、第28条、第30条、第32条、第34条及第35条规定；地方首长代替公证人之地位为之。记录之文件亦应有见证人之签名。遗嘱人按其陈述或地方自治团体之首长所得之确信，认为立遗嘱人不能书写其自己之姓名者，以确认其陈述或确信之方法代替遗嘱人之签名。

II有不能及时在公证人面前订定遗嘱之虞者，应就笔录予以确认。遗嘱之有效性不因在遗嘱上未记载前段担心之理由而受影响。

III地方自治团体之首长应对立遗嘱人表明，其于第2252条第1款及第2款规定之期间届满后仍生存者，该遗嘱失其效力。地方自治团体之首长应在笔录上确认对遗嘱人有前段规定之表明。

IV[删除]

V遗嘱亦得依法律规定，在有权代理地方自治团体首长之人面前订定之。该代理人应在笔录记明其代理权之依据。

VI依前5款规定立遗嘱，其笔录之方式即使有欠缺，如确实可认定其遗嘱为遗嘱人真意之表示者，方式之违反不影响遗嘱之效力。

第2250条：I遗嘱人所居留之地，因遭遇非常情事而被隔绝，致其不能或显有困难在公证人面前立遗嘱者，得依第2249条所定方式，或于3位见证人面前，以口头表示立遗嘱。

II遗嘱人因遭遇生命危急，预期无法依第2249条之规定立遗嘱者，其遗嘱得在3位见证人面前，以口头表示立遗嘱。

III在3位见证人面前，以口头表示所订定之遗嘱，应制作笔录。关于见证人，适用公证法第6条第1款第1项至第3项、第7条、第26条

第2款第2项至第5项及第27条；关于笔录，适用公证法第8条至第10条，第11条第1款第2段、第2款，第13条第1款、第3款第1段，第23条、第28条，及准用第2249条第1款第5段及第6段、第2款、第6款。其笔录除使用德文以外，其他语言亦得为之。遗嘱人与见证人对在笔录上使用之语言应有足够之能力；如其使用德文以外之语言，应在笔录上加以确认。

第2252条：I依第2249条、第2250条或第2251条规定立遗嘱，自遗嘱订定后3个月遗嘱人仍生存者，其遗嘱视为未订立。

II遗嘱人不能在公证人面前立遗嘱者，前款期间停止起算或停止进行。

III第2251条所定之情形，遗嘱人于期间届满前，其又开始新航行者，其期间中断；自新航行终了时，全部期间重新开始起算。

IV遗嘱人于期间届满后受死亡宣告，或依失踪法规定，确定其已死亡，而获知遗嘱人仍有生存之音信者，该期间尚未届满时，遗嘱之效力不受影响。

韩国民法典

第1070条：1.口头遗嘱，因疾病或其他紧急事由，不能按照前4条所定方式立遗嘱的，在2人以上见证人的列席下，遗嘱人向见证人中的一人口述遗嘱的意旨，由被口授人记载并朗读，得到立遗嘱人的确认后各自签名或签名盖章。

2.依前款方式作出的遗嘱，应由其证人或利害关系人于紧急事由终止之日起7日内，向法院申请检查验证。

3.第1063条第2款的规定，不适用于口头遗嘱。

日本民法典

第976条：因疾病及其他事由而面临死亡危急之人欲订立遗嘱时，得以3名以上证人之见证，对其一口授遗嘱之趣旨，而订立之。于此情形，受其口授者，应笔录之，对遗嘱人及其他证人诵读，或使其阅览之。各证人承认其笔录之正确性后，签名并盖章。

失语者依前款之规定订立遗嘱之情形，遗嘱人应于证人前，通过翻译者之翻译，申述遗嘱之趣旨，而代替同款之口授。

第1款后一句之遗嘱人或其他证人为失聪者之情形，受遗嘱趣旨之口授或申述者，得将同款后一句规定之笔录内容，通过翻译者之翻译，传达至该遗嘱人或其他证人，而代替同款后一句之诵读。

依前3款规定订立之遗嘱，非于订立遗嘱之日起20日以内由证人之一人或利害关系人向家庭法院请求而得其确认，不生其效力。

家庭法院非得前款遗嘱乃出于遗嘱人真意之心证，不得确认之。

第979条：船舶遇难之情形，位于有关船舶中而面临死亡之危急者，得以2名以上证人见证而口头订立遗嘱。

失语者依前款规定订立遗嘱之情形，遗嘱人应通过翻译者之翻译订立之。

按前两款规定订立之遗嘱，非由证人笔录其趣旨、签名并盖章且由证人之一人或利害关系人毫不迟延地向家庭法院请求而得其确认，不生其效力。

第976条第5款之规定，准用于前款之情形。

第982条：第968条第2款及第973条至第975条之规定，准用于第976条至前条规定之遗嘱。

第983条：遗嘱人自得以普通方式订立遗嘱时起6个月间尚生存时，依第976条至前条规定订立之遗嘱，不生其效力。

中国台湾地区“民法”

第1195条：遗嘱人因生命危急或其他特殊情形，不能依其他方式为遗嘱者，得依左列方式之一为口授遗嘱：

一、由遗嘱人指定2人以上之见证人，并口授遗嘱意旨，由见证人中之一人，将该遗嘱意旨，据实作成笔记，并记明年、月、日，与其他见证人同行签名。

二、由遗嘱人指定2人以上之见证人，并口授遗嘱意旨、遗嘱人姓名及年、月、日，由见证人全体口述遗嘱之为真正及见证人姓名，全部予以录音，将录音带当场密封，并记明年、月、日，由见证人全体在封缝处同行签名。

第1196条：口授遗嘱，自遗嘱人能依其他方式为遗嘱之时起，经

过3个月而失其效力。

第1197条：口授遗嘱，应由见证人中之一人或利害关系人，于为遗嘱人死亡后3个月内，提经亲属会议认定其真伪，对于亲属会议之认定如有异议，得声请法院判定之。

智利共和国民法典

第1033条：订立口头遗嘱时，至少应有3名证人到场。

第1034条：订立口头遗嘱时，遗嘱人口头地进行声明和处分，以便所有在场人能耳闻、目睹并理解之。

第1035条：仅得在危险已危及遗嘱人的生命，以致没有办法或时间订立要式遗嘱的情况下，订立口头遗嘱。

第1036条：如遗嘱人在订立遗嘱的30天后死亡，或如果遗嘱人在此之前死亡，在其死亡后的30天内未按以下规定的程式将此等遗嘱作成书面形式，口头遗嘱不发生任何效力。

第1037条：为将口头遗嘱作成书面形式，对遗嘱订立地有管辖权的市镇独任民事法官依对继承有利害关系者的请求，在对居住于该地的其他利害关系人进行传唤后，应接受作为遗嘱证人而目睹此事的人经宣誓的声明，并且法官对于自己认为其证言有利于澄清以下各事项的其他人，也应接受其经宣誓的声明：

1.遗嘱人的姓名、住所、出生地、所属国、其年龄，以及令人相信其生命当时已处于迫近的危险之中的情状；

2.遗嘱证人的姓名及其居住地；

3.订立遗嘱的地点及年、月、日。

第1038条：遗嘱证人应陈述以下各点：

1.遗嘱人在外表上是否处于理智健全的状态；

2.遗嘱人是否在他们面前表示过订立遗嘱的意图；

3.其声明及遗嘱处分的内容。

第1039条：如果前数条所述的资讯并非由最后住所地的市镇独任

民事法官收受，则应向其寄发此等资讯；如该法官认为规定的程式已得到遵守，并且认为资讯中已明确表现遗嘱人的最后意思，则应根据此等资讯裁决遗嘱人已作成遗嘱后部的声明和处分（裁决中应予明列）；他也应判令此等声明和处分作为死者的遗嘱生效，且其裁决应被作为死者的遗嘱而编制成备查的簿册。

只有由依程式到场的证人一致认可的声明或处分，方应被视为遗嘱声明或遗嘱处分。

埃塞俄比亚民法典

第892条：（1）口头遗嘱，是当某人感到他大限将临时，口头向两名证人宣布其遗嘱处分的行为。

（2）证人应是成年人且未受禁治产宣告。

第893条：遗嘱人只能以口头遗嘱为以下处分：

作出关于其葬礼的指示；

作出特别的遗赠处分，每项遗赠的数量不得超过500埃塞俄比亚元；

对其未成年子女的监护人或保佐人作出决定。

第894条：任何以口头遗嘱作出的其他处分无效。

以口头遗嘱作出的超过500埃塞俄比亚元的遗赠得被减少至500埃塞俄比亚元。

第902条：自订立口头遗嘱后3个月届满之日，遗嘱人仍生存的，口头遗嘱失效。

第一千一百三十九条

公证遗嘱由遗嘱人经公证机构办理。

其他法域立法例

德国民法典

第2232条：遗嘱人在公证人面前立遗嘱，并对之声明该遗嘱为其终意之处分，或其对公证人提出书面之意思表示，并声明该书面为其终意之处分。遗嘱人对公证人就其遗嘱以开封或密封提出；该遗嘱无须由遗嘱人自写。

第2233条：I遗嘱人未成年者，其立遗嘱仅得向公证人以意思表示为之，或以开封之书面向公证人提出。

II依遗嘱人之陈述或公证人所得之确信，遗嘱人不能阅读书面文件时，遗嘱人仅得对公证人以意思表示立遗嘱。

苏俄民法典

第425条：遗嘱应当由遗嘱人签字并且送交公证机关经过公证证明。

不识字的遗嘱人，遗嘱由第三人——代签人，代替签字。

韩国民法典

第1068条：公证遗嘱，在2人以上见证人的列席下，遗嘱人于公证人之前口述遗嘱意旨，由公证人笔记、宣读，经遗嘱人认可后各自签名或签名盖章。

日本民法典

第969条：以公证证书订立遗嘱时，应按下列方式。

一、有2名以上证人见证。

二、遗嘱人对公证人口授遗嘱之趣旨。

三、公证人笔录遗嘱人之口述，并对遗嘱人及证人诵读之，或使其阅览之。

四、遗嘱人及证人承认笔录之正确性后，各自签名并盖章。但遗嘱人不能签名之情形，公证人得附记其事由，代为签名。

五、公证人附记其证书乃按前述各项所列方式制作之意旨，并签名盖章。

第969条之二：失语者以公证证书订立遗嘱之情形，遗嘱人应于

公证人及证人前，通过翻译者之翻译，申述遗嘱之趣旨，或亲笔书写，而代替前条第2项之口授。就此情形中同条第3项规定之适用，同项中“口述”为“通过翻译者翻译之申述或亲笔书写”。

前条之遗嘱人或证人为失聪者之情形，公证人得将同条第3项规定之笔录内容，通过翻译者之翻译，传达至遗嘱人或证人，而代替同项之诵读。

公证人按前两款规定之方式制作公证证书时，应于其证书上附记其意旨。

中国台湾地区“民法”

第1191条：公证遗嘱，应指定2人以上之见证人，在公证人前口述遗嘱意旨，由公证人笔记、宣读、讲解，经遗嘱人认可后，记明年、月、日，由公证人、见证人及遗嘱人同行签名；遗嘱人不能签名者，由公证人将其事由记明，使按指印代之。

前项所定公证人之职务，在无公证人之地，得由法院书记官行之，侨民在“中华民国领事”驻在地为遗嘱时，得由“领事”行之。

魁北克民法典

第716条：公证遗嘱应保存在公证人的档案中，应当着1名证人，在某些场合，应当着2名证人制作。

应在遗嘱中注明订立的时间和地点。

第717条：公证遗嘱由公证人单独向遗嘱人宣读，如遗嘱人选择，可当着1名证人宣读。宣读完毕后，遗嘱人应在证人面前声明宣读的遗嘱表达了其最后的意愿。

遗嘱宣读后，在证人、公证人全部在场时，由遗嘱人在遗嘱上签名。

第718条：即使未明确说明，仍推定已符合适用于公证遗嘱的手续，但公证法有保留性规定的除外。

但如某些遗嘱须履行特定手续，应在遗嘱中指出履行该手续的理由。

第719条：不能签名的遗嘱人的公证遗嘱中应包含他就这一情况

作出的声明。此声明也由公证人当着2名证人向遗嘱人宣读，并可以弥补遗嘱人未签名的缺陷。

第720条：盲人的公证遗嘱由公证人当着2名证人向遗嘱人宣读。公证人应在遗嘱中声明他已当着证人宣读遗嘱。此项声明也应宣读。

第721条：聋人或聋哑人的公证遗嘱由遗嘱人自己单独在公证人前宣读，如他选择，也可在公证人和一名证人前宣读。如遗嘱人仅为聋人，则应大声宣读遗嘱。

遗嘱人应在遗嘱中声明他已当着公证人或当着公证人和证人宣读遗嘱。

遗嘱人为聋哑人时，此声明由公证人当着证人向他宣读。如遗嘱人为聋人，则应由遗嘱人自己在公证人和证人前大声宣读该声明。

第722条：希望订立公证遗嘱而又不能大声表达的人应以书面向公证人表达上述希望。

第723条：在任何情形，如公证人为遗嘱人的配偶、三亲等以内的直系或旁系血亲、姻亲或民事结合的亲属，则遗嘱人不得在他面前订立公证遗嘱。

第725条：被召集见证公证遗嘱之订立的证人应在公证遗嘱中列名并指明其承担的角色。

任何成年人均可担任公证遗嘱的证人，但提供公证的公证人的雇员自己不是公证人的，不能担任证人。

美国路易斯安那州民法典

第1576条：公证遗嘱是按照第1577条到第1580.1条的形式要件作出的遗嘱。

第1577条：公证遗嘱要求书面形式、标明日期并按下列方式做成。如果遗嘱人知晓如何签写其姓名并懂得阅读，且体力上能够完成二者，那么：

（1）有1名公证人及2名适格的证人到场，遗嘱人应当向他们宣告或表示凭证为其遗嘱，且他应当在遗嘱末尾及其他每一单独页上签名。

(2) 有遗嘱人及其他每个人到场，公证人与证人签署下列声明，或实质相似的声明：“在我们到场时，遗嘱人已经宣告或表明了此凭证即其遗嘱，且已在遗嘱的末尾及其他每一个单独页上签了名，且在遗嘱人及其他每个人到场时，于某年某月某日，我们在此签上了我们的姓名。”

第1578条：遗嘱人知道如何签其姓名及阅读时，且体力上能够阅读，但体力上不能签其姓名时，公证遗嘱的订立程序应当如下：

(1) 公证人及2名适格证人到场，遗嘱人向他们宣告或表明该凭证为其遗嘱，且他有能力看见并阅读遗嘱，但因为身体的耗弱不能签字，且应在原本需其签名的地方作出标记。如果他不能做标记，则他可以让另一人帮助在该处做标记或签名。另一人可以是证人或公证人中的一个。

(2) 在遗嘱人及其他应到场人到场，公证人及证人应签发如下声明，或实质上相似的声明：“我们到场时，遗嘱人已宣告或表明此即其遗嘱，且他有能力看见并阅读，并知晓如何签名，但因身体的耗弱未能签名。在我们到场时，他在遗嘱的末尾及每一其他独立页上做了标记或签名。遗嘱人及其他每个人到场时，于某年某月某日，我们于此签上了我们的姓名。”

第1579条：遗嘱人不知道如何阅读或体力上的损害已经到了使他不能阅读的程度，则不论他是否能签名，公证遗嘱的订立程序如下：

(1) 被书写的遗嘱必须在遗嘱人、公证人及2名适格证人面前大声阅读。证人及公证人若不是大声朗读遗嘱之人，必须将所读遗嘱与遗嘱的副本核对。阅读之后，遗嘱人必须向他们宣告或表明他听到了所读遗嘱，且所读遗嘱即其遗嘱。如果遗嘱人知道如何签名，并有能力这么做，则遗嘱人必须在遗嘱的末尾及凭证中每一其他单独页上签名。

(2) 在遗嘱人及其他应到场人到场，公证人及证人必须签署如下声明，或实质上相似的声明：“此遗嘱在我们到场及遗嘱人到场时已被大声读出，此阅读已由证人及[公证人（非读出遗嘱之人时的公证人）]与遗嘱的副本核对。在我们的到场时，遗嘱人宣告或表明他听到了所读且所读凭证即其遗嘱，且在遗嘱的末尾及每一其他单独页上他都签了其姓名；遗嘱人及其他应到场人到场时，于某年某月某日，我们于此签上了我们的姓名。”

(3) 若遗嘱人不知如何签名或因身体的耗弱不能签名，则他必

须对此作出表示，并在原本需要其签名的地方作出其标记或使得其标记被作出；若他不能够作出其标记，则他可以让另一个人辅助在该处做标记或签名。此另一人可以是证人或公证人中的一人。在此情形，所需声明必须被修改以另外详述遗嘱人表示了他不知道如何签名或因身体的耗弱而不能签名；并且他在遗嘱的末尾及每一其他单独页附上了其标记或姓名，或使其标记或姓名被附上了。

（4）被第1577条或第1578条授权制作遗嘱的人也可因此条被授权制作遗嘱。

第1580条：遗嘱人知道如何阅读盲文并在体力上能够阅读的，可以根据下列程序制作一份公证遗嘱。

（1）有1名公证人及2名适格证人到场，遗嘱人必须宣告或表明盲文写成的遗嘱即其遗嘱，且必须在遗嘱的末尾及该凭证的每一其他单独页上签名。

（2）在遗嘱人及其他每一个人到场时，公证人及证人必须签署如下声明，或实质类似的声明：“我们到场时遗嘱人在遗嘱的末尾及每一其他单独页上签名且已表示所签凭证即其遗嘱；遗嘱人及其他每个人到场时，于某年某月某日，我们于此签上了我们的姓名。”

（3）如果遗嘱人因身体的耗弱不能签名，则他必须就此作出表示，并在本需其签名之处附上其标记或使其标记被附上；若他不能附上其标记，则他可以指示另一人辅助他在该处附其标记或签名。此另一人可以是证人或公证人中的任意一位。在此情形，所需声明必须被修改以另外详述遗嘱人表示了他因身体的耗弱不能签名；且在遗嘱的末尾及每一个其他单独页上他都附上了其标记或姓名，或使标记或姓名被附上。

（4）盲文形式的公证遗嘱中的声明必须是书面的，非盲文的。

第1580.1条：仅有依法被宣布为体力上的盲人或体力上又聋又盲目不能阅读手语、盲文或可视英文之人，可制作本条规定的公证遗嘱。

公证遗嘱应依以下方式被准备、被注明日期并被做成。

（1）公证人与2名适格证人到场，遗嘱人应当向他们宣告或表明此凭证即其遗嘱并在遗嘱的末尾及该凭证中的每一其他单独页上签名。

(2) 遗嘱人及其他每一个人都到场，公证人及证人应签署下列声明，或性质相似的声明：“遗嘱人已在遗嘱的末尾及其他的每一单独页上签名，并在我们到场时已经宣告或表明该凭证即其遗嘱，且遗嘱人及其他每个人到场时，于某年某月某日，我们于此签上了我们的姓名。”

如果遗嘱人因身体的耗弱不能签名，则遗嘱应当按照以下方式注明日期并做成。

(1) 公证人及2名适格证人到场，遗嘱人应当通过手语或可视英语向他们宣告或表明他因身体耗弱不能签名的遗嘱是其最后遗嘱，然后应当在遗嘱的末尾及凭证的每一其他单独页上附上其标记。

(2) 遗嘱人及其他的每一个人到场，公证人及证人应当签署如下声明，或性质相似的声明：“遗嘱人通过手语或可视英语宣告或表明他知道如何签其姓名，但因身体耗弱不能签名，且他于遗嘱的末尾及凭证中每一其他单独页上附有标记，并在我们到场时宣告或表明此凭证为其遗嘱，且遗嘱人及其他每个人到场时，于某年某月某日，我们于此签上了我们的姓名。”

秘鲁共和国新民法典

第692条：文盲仅得以公证书订立遗嘱，并遵循第697条规定的额外程式。

第696条：公证遗嘱的必要程式为：

1. 遗嘱人、公证员和2名有资格的证人自始至终参与唯一的一次行为；

2. 遗嘱人通过向公证员口述其遗嘱，或亲自向其书面提交遗嘱应包含之处分，以自行表达其意思；

3. 公证员在其公证书登记簿中亲笔书写遗嘱；

4. 遗嘱的每一页均由遗嘱人、证人和公证员签名；

5. 遗嘱应由公证员、遗嘱人或其选择的证人清晰诵读；

6. 诵读遗嘱期间，应在结束每一条款时，验证所含内容是否为其意思表示；如果遗嘱人系听力或语言有障碍之人，可直接或通过翻译表达其同意或意见；

7.公证员应记录遗嘱人在诵读后可能作出的指示，并修正任何已发生的错误；

8.遗嘱人、证人和公证员在同一文书中签署遗嘱。

第697条：遗嘱人若系文盲，应向其诵读两次遗嘱，一次由公证员诵读，另一次则由遗嘱人指定的遗嘱证人诵读。遗嘱人若系视力有障碍之人，遗嘱可由其自己利用技术帮助予以诵读，或者可由公证员或遗嘱人指定的遗嘱证人诵读。遗嘱人若为听力或语言有障碍之人，遗嘱应由其自己诵读，记录于公证员登记簿，或借助于翻译进行诵读。如果遗嘱人不会或不能签名，则由其指定的遗嘱证人，应其请求就遗嘱中一切应予提及的事项进行签署。

第698条：若因任何事由，遗嘱的订立被中止，则应记录该情形，并由遗嘱人签名，若系可能，证人和公证员亦应签名。若欲继续订立遗嘱，应当重新召集遗嘱人以及可能的情况下相同的公证员和证人，或在不可能的情形召集其他公证员或证人。

智利共和国民法典

第1014条：在智利订立的公开要式遗嘱，应在一个适格的公证人和3个证人面前作成，或者应在5个证人面前作成。

遗嘱订立地有管辖权的市镇独任民事法官，可代行公证人的职能；本题所有关于公证人的规定，根据具体情况也适用于此等法官。

第1015条：遗嘱人使证人知悉其处分内容的行为，以及在有公证人时使公证人也知悉此等内容的行为，为公开遗嘱的本质构成因素。

遗嘱的订立应始终有遗嘱人、同一公证人（如有）和相同证人到场。

第1016条：遗嘱应载明遗嘱人的姓名、出生地、所属国、是否定居于智利（如定居于智利，明示其住所）、年龄、处于完全理智的情状，区分死者和生者地，载明与遗嘱人结婚者的名字、每次婚姻中生育的子女的名字以及遗嘱人的其他一切子女的名字，每位证人的姓名和住所。

此等记载应与遗嘱人和证人的相应陈述相符。同样，遗嘱应载明订立地和订立的年、月、日；名在有公证人在场时，应载明其姓名和职务。

第1017条：公开遗嘱可事先写成。

但不问遗嘱是否由遗嘱人书写，也不问遗嘱是被写进一个还是数个文件中，均应在有公证人参与时，由公证人高声诵读遗嘱之全部，或者在无公证人时，由遗嘱人为此效果指定的证人中的一人诵读。

诵读遗嘱时，遗嘱人应亲自在场，并且有必要在场者应聆听其全部处分内容。

第1018条：遗嘱行为依遗嘱人和证人的签名而完成，在有公证人参与时，尚应有公证人的签名。

遗嘱人不会或不能签名时，应在遗嘱中记载此种情况并明示其原因。

如任一证人处于同样情形，其他证人应依其请求代其签名，此种情形亦应载明。

第1019条：盲人只能在公证人面前，或在代行该职能的官员面前，通过精确宣布自己最后意思的方式订立遗嘱。其遗嘱应被高声诵读两次；第一次由公证人或代行其职能的官员诵读，第二次则由遗嘱人为此效果选定的证人中的一人诵读。此等遗嘱应特别记载这一程式。

第1020条：遗嘱在5个证人面前而非在公证人、市镇独任民事法官面前作成的，须依以下形式予以公示：

有管辖权的法官令证人出庭，以便他们识别其签名及遗嘱人的签名。

如证人中的一人或数人因不在或其他障碍而未到庭，则只要到庭的遗嘱证人对遗嘱人、缺席证人及其自己的签名进行识别，即为已足。

在必要情形，只要法官认为适宜，可通过其他可靠人士的誓言证明遗嘱人及缺席证人的签名。

法官应随即在每页遗嘱的首端和末端签章，并命令将已签章的遗嘱交给法院书记官以放入其案卷中。

埃塞俄比亚民法典

第891条：公开遗嘱或自书遗嘱可在第三人，尤其在公证人或法院登记处备案。

每个公证人以及每个法院登记处得置备登记簿，其中按其遗嘱被如此备案的人的姓名的字母顺序为登记。

登记簿上得载明遗嘱备案发生的日期。

第一千一百四十条

下列人员不能作为遗嘱见证人：

（一）无民事行为能力人、限制民事行为能力人以及其他不具有见证能力的人；

（二）继承人、受遗赠人；

（三）与继承人、受遗赠人有利害关系的人。

其他法域立法例

韩国民法典

第1072条：1.符合下列各项者，不得作为参加遗嘱的证人：

（1）未成年人；

（2）禁治产人与限定治产人；

（3）可能从遗嘱中受益之人、其配偶及直系血亲；

2.公证遗嘱，根据公证人法的规定欠格者，不得为证人。

日本民法典

第974条：下列之人，不得为遗嘱之证人或见证人。

一、未成年人。

二、推定继承人及受遗赠人以及此等人之配偶及直系血亲。

三、公证人之配偶、四亲等内之亲属、书记员及受雇者。

中国台湾地区“民法”

第1198条：下列之人，不得为遗嘱见证人：

一、未成年人。

二、受监护或辅助宣告之人。

三、继承人及其配偶或其直系血亲。

四、受遗赠人及其配偶或其直系血亲。

五、为公证人或代行公证职务人之同居人助理人或受雇人。

魁北克民法典

第725条：被召集见证公证遗嘱之订立的证人应在公证遗嘱中列名并指明其承担的角色。

任何成年人均可担任公证遗嘱的证人，但提供公证的公证人的雇员自己不是公证人的，不能担任证人。

美国路易斯安那州民法典

第1581条：如果某人精神失常、失明、不满16岁或不能签名，则他不能成为任何遗嘱的证人。适格但聋或不能阅读的人不能成为第1579条规定的公证遗嘱的证人。

第1582条：证人或公证人是受遗赠人的事实并不使遗嘱无效。对证人或公证人的遗赠是无效的，但若证人在无遗嘱继承时应成为法定继承人，则他可以接受遗嘱中少于其无遗嘱继承时的份额的部分，也可以接受遗嘱规定的遗赠。

第1582.1条：若立遗嘱时某人为受遗赠人的配偶，则不能成为遗嘱的证人。证人是受遗赠人的配偶的事实并不使得遗嘱无效；但若证人在立遗嘱时是受遗赠人的配偶，则对证人配偶的遗赠无效。若遗赠因为本条规定而无效，且受遗赠人本应是无遗嘱继承时的法定继承人，则受遗赠人可以接受遗嘱中少于其无遗嘱继承时的份额的部分或少于接受遗嘱规定的遗赠的部分。遗嘱对遗赠规定的期限或限制仍有效。

秘鲁共和国新民法典

第705条：下列人不得成为遗嘱证人：

- 1.无订立遗嘱能力的人；
- 2.已被废除；
- 3.文盲；
- 4.遗嘱中其本人及其配偶、尊血亲、卑血亲和兄弟姐妹被设立为继承人和受遗赠人的人；
- 5.与遗嘱人存在前项所指之亲属关系的人；
- 6.仅能以遗嘱声明证明其债权正当性的遗嘱人之债权人；
- 7.公证员之配偶，其第四亲等内的血亲或第三亲等内的姻亲，以及其本人或其他公证员的从属人员；
- 8.同一遗嘱中的夫妻。

智利共和国民法典

第1012条：对于在智利订立的要式遗嘱，下列人不得为证人：

- 1.已被废除；
- 2.未满18岁的未成年人；
- 3.因精神病而被禁治产者；
- 4.一切正丧失理性者；
- 5.盲人；
- 6.聋人；
- 7.哑人；
- 8.依第267条第4项被判处刑罚者，以及一般依生效判决无资格作证者；

9.赋予遗嘱以公信力之公证人的书记员；

10.不在智利定居的外国人；

11.不理解遗嘱人之语言的人，但本规定不和第1024条的规定相冲突。

证人中至少应有2人定居在订立遗嘱的市镇，并且在只有3名证人到场时，至少应有1人能读能写，或者在5名证人到场时，应有2人能读能写。

第1013条：如果前条所述的无资格事由在证人的外表或举止中没有表露出来，并且在遗嘱订立地因以积极的和公开的事实为基础的相反意见导致普遍无视该事由，则遗嘱并不因证人的实际无资格无效。

但证人中仅可有一人可以具有此等假定资格。

埃塞俄比亚民法典

第883条：（1）证人应是成年人且未受禁治产宣告。

（2）公开遗嘱的证人必须自己能阅读或听清所读的内容，并理解遗嘱起草所用的语言。

（3）未满足此等要求的，遗嘱无效。

第一千一百四十一条

遗嘱应当为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。

其他法域立法例

德国民法典

第2303条：I被继承人^I之直系血亲卑亲属，因死因处分而被排除继承者，得向继承人请求其特留份。特留份为法定应继份^I之二分之一。

II被继承人^{II}之父母及配偶，因死因处分而被排除继承者，亦有同

一权利。第1371条规定不受影响。

苏俄民法典

第422条第2款：遗嘱人不得剥夺未成年子女和其他丧失劳动能力的继承人的法律规定的应继份。

法国民法典

第721条：死者没有无偿处分其财产时，遗产按照法律的规定转移。

遗产得经死者在不抵触继承人特留份的限度内进行的无偿处分而转移。

日本民法典

第902条：不论前两条之规定，被继承人得以遗嘱确定共同继承人继承份额，或委托第三人确定之。但被继承人或第三人不得违反特留份相关之规定。

被继承人仅确定或使第三人确定共同继承人中一人或数人之继承份额时，其他共同继承人继承份额，依前两条之规定而确定。

第964条：遗嘱者得以概括或特定之名义，处分其全部或部分财产。但不得违反特留份相关之规定。

中国台湾地区“民法”

第1187条：遗嘱人于不违反关于特留份规定之范围内，得以遗嘱自由处分遗产。

美国路易斯安那州民法典

第1494条：不可剥夺法律保留给强制继承人的被称为特留份的死者遗产份额，但死者有正当原因剥夺其继承权的除外。

秘鲁共和国新民法典

第723条：特留份为遗嘱人有必要继承人时不得自由处分的遗产部分。

智利共和国民法典

第1167条：遗嘱人有义务作成的分配，为强制性分配，此等分配即使与明示的遗嘱处分相抵触，也应在遗嘱人未作成它们时予以补充。

强制性分配包括：

- 1.依法应提供给特定人的扶养费；
- 2.特留份额；
- 3.直系卑血亲、直系尊血亲以及配偶继承的1/4的额外份额。

第1181条：特留份是法律分配给被称为特留份继承人的特定人的死者财产的份额。

特留份继承人因此为继承人。

第一千一百四十二条

遗嘱人可以撤回、变更自己所立的遗嘱。

立遗嘱后，遗嘱人实施与遗嘱内容相反的民事法律行为的，视为对遗嘱相关内容的撤回。

立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。

其他法域立法例

德国民法典

第2253条：遗嘱人得随时撤回遗嘱或撤回其中之个别处分。

第2254条：遗嘱之撤回，以遗嘱为之。

第2255条：遗嘱人以废弃遗嘱之意思，销毁遗嘱书，或变更遗嘱书，而其变更通常可认为表达废弃书面之意愿者，其遗嘱亦因而撤回。遗嘱人销毁遗嘱书或依前段规定之方法变更遗嘱书者，推定其有废弃遗嘱之意思。

第2256条：I在公证人面前立遗嘱，或依第2249条规定所订定之遗嘱，其因由行政机关保管而返还于遗嘱人时，视为遗嘱之撤回。该

返还遗嘱书之行政机关，应将前段规定之返还效力告知遗嘱人，且应注明其告知之事实于返还之文书内，并将该两者记明于卷宗内。

II遗嘱人得随时请求返还其所订定之遗嘱。遗嘱仅限于返还遗嘱人本人。

III前款规定亦适用于依第2248条规定保管之遗嘱；该遗嘱之效力，不因返还而受影响。

第2257条：终意处分以遗嘱撤回后，又经撤回者，于有疑义时，其处分仍为有效。

第2258条：I前后遗嘱发生抵触者，其抵触部分，前遗嘱视为废弃。

II后遗嘱经撤回者，于有疑义时，前遗嘱视为未废弃，仍发生效力。

苏俄民法典

第426条：后立的遗嘱如果包括先立的遗嘱的全部规定，可以撤销先立的遗嘱。遗嘱人可以不另立新遗嘱，而用向公证机关声明的方法，撤销先立的遗嘱。

韩国民法典

第1108条：1.遗嘱人可随时撤回遗嘱，或作为其生前行为撤回遗嘱的全部或一部分。

2.遗嘱人不得放弃撤回其遗嘱的权利。

第1109条：遗嘱的前后相抵触，或立遗嘱后所为的生前行为与遗嘱相抵触时，视为撤回被抵触部分的前遗嘱。

第1110条：遗嘱人故意毁损遗嘱或遗赠标的物时，与毁损部分相关的遗嘱视为撤回。

日本民法典

第1022条：遗嘱人得随时按遗嘱之方式撤回其全部或部分遗嘱。

第1023条：前遗嘱与后遗嘱抵触时就其抵触部分，视为以后遗嘱

撤回前遗嘱。

前款规定，准用于遗嘱与遗嘱订立后之生前处分及其他法律行为抵触之情形。

第1024条：遗嘱人故意毁坏遗嘱文书时，就其毁坏部分，视为撤回遗嘱。遗嘱人故意毁坏遗赠标的物时，亦同。

第1025条：依前三条规定被撤回之遗嘱，其撤回行为被撤回、被撤销或已不生效力时，亦不回复其效力。但其行为乃因欺诈或强迫所致之情形，不在此限。

第1026条：遗嘱人不得抛弃撤回其遗嘱之权利。

中国台湾地区“民法”

第1219条：遗嘱人得随时依遗嘱之方式，撤回遗嘱之全部或一部。

第1220条：前后遗嘱有相抵触者，其抵触之部分，前遗嘱视为撤回。

第1221条：遗嘱人于为遗嘱后所为之行为与遗嘱有相抵触者，其抵触部分，遗嘱视为撤回。

第1222条：遗嘱人故意破毁或涂销遗嘱，或在遗嘱上记明废弃之意思者，其遗嘱视为撤回。

魁北克民法典

第763条：遗嘱或遗赠的撤销可以以明示或默示的方式为之。

第764条：除非遗嘱人以遗嘱处分表明不管是否离婚其意图都在于使配偶得益，离婚前或解除民事结合前对配偶所为的遗赠可撤销。

撤销遗赠导致撤销对配偶所为遗产清算人的指定。

如在配偶生存期间，婚姻或民事结合被宣告无效，适用同样的规则。

第765条：遗嘱人以后遗嘱明确表明其变更意图的，为明示撤销。

并不特定指明被撤销的行为的撤销，仍为明示撤销。

第766条：一遗嘱撤销另一遗嘱时，可以以不同于被撤销遗嘱的形式为之。

第767条：如经证实，遗嘱人自己或指示他人故意销毁、撕毁或涂改自书遗嘱或当着证人订立的遗嘱，产生撤销遗嘱的效果。同样，涂改遗嘱中任一处分，也导致撤销以该遗嘱处分作出的遗赠。

遗嘱人明知遗嘱毁坏或灭失，能够以另一遗嘱取代而未取代的，也导致撤销遗嘱。

第768条：后遗嘱处分与前遗嘱处分相似的，导致默示撤销前遗嘱处分与后遗嘱处分相抵触的部分。

即使后遗嘱处分失效，撤销仍具有完全的效力。

第769条：即使是受胁迫、附解除条件或以互易形式让与受遗赠财产，也导致撤销以让与的财产为标的物的遗赠，遗嘱人有相反规定的，不在此限。

除非证实遗嘱人有相反意图，即使被让与的受遗赠财产回归于遗嘱人的财团中，撤销仍然维持。

如受胁迫让与受遗赠财产的行为被宣告无效，此等让与并不导致撤销遗赠。

第770条：对先前明示或默示撤销的撤销并不恢复原遗嘱处分的效力，但遗嘱人表明相反意图或根据具体情况此等意图显然可见的，不在此限。

美国路易斯安那州民法典

第1606条：遗嘱人可随时撤销遗嘱。撤销权不可放弃。

第1607条：遗嘱人有下列行为时，发生对整个遗嘱的撤销：

- （1）物理上毁灭遗嘱或在其指令下将之毁灭；
- （2）以规定的遗嘱形式之一或通过公证行为宣布撤销；
- （3）以其亲笔手写并签名的文件明确清晰地撤销了遗嘱。

第1608条：对遗赠或其他遗嘱条款的撤销发生在遗嘱人：

（1）以规定的遗嘱形式之一如此声明时；

（2）接着做了一个不一致的遗嘱处分或条款；

（3）接着做了对遗赠客体的生前处分，且后来没有再取得它；

（4）在遗嘱上书面签写了对某条款或遗赠的明确撤销；

（5）遗嘱人在遗嘱做成后，在其亡故时与受遗赠人离婚，但遗嘱人有相反表示的除外。对配偶的遗嘱指定，在相同条件下被撤销。

第1609条：如果撤销本身在遗嘱人亡故前被撤销，则除物理毁损遗嘱、之后的生前处分或离婚方式外的任何方式作出的对遗嘱、遗赠或其他遗嘱条款的撤销无效。

第1610条：对遗嘱的其他变更必须以法律规定的遗嘱形式之一为之。

秘鲁共和国新民法典

第798条：遗嘱人有权随时撤销其遗嘱处分。一切相反的意思表示，无效。

第799条：遗嘱之明示撤销，无论是全部还是部分的，抑或是某些处分的撤销，仅得通过任何形式的其他遗嘱为之。

第800条：如果撤销先前遗嘱的遗嘱被另一在后的遗嘱撤销，则最先的遗嘱之处分恢复效力，但遗嘱人明确表示相反意思的除外。

第801条：未由在后遗嘱全部且明确撤销的遗嘱，仅就其与前者相容的处分继续有效。

第804条：如果遗嘱人破损、毁坏或以其他方式废弃亲笔遗嘱，则该遗嘱被撤销。

智利共和国民法典

第1001条：即使遗嘱人在遗嘱中明定不得撤销，一切遗嘱处分在本质上仍可被撤销。对将来的处分订有撤销条款者，虽依宣誓方式得到确认，亦视为未订立。

如果依先前的遗嘱，撤销不以特定词句或标志作成即无效，则该规定视同未订立。

第1136条：赠与人可随意撤销的赠与，为可撤销的赠与。

死因赠与就是可撤销的赠与；生前赠与就是不可撤销的赠与。

第1212条：有效订立的遗嘱仅可通过遗嘱人的撤销失效。

但在法律规定的情形，特权遗嘱无须撤销也可失效。

撤销可以是全部的或部分的。

第1213条：要式遗嘱可通过要式遗嘱或特权遗嘱明示地撤销其全部或一部。

但特权遗嘱中所为的撤销随同包含该撤销的遗嘱失效，而原遗嘱依然有效。

第1214条：撤销原遗嘱的遗嘱也被撤销时，原遗嘱并不因后一撤销恢复效力，但遗嘱人表明相反意思的除外。

第1215条：一份遗嘱并不因日后其他一份或数份遗嘱的存在而被默示地全部撤销。

后遗嘱未明示撤销前遗嘱的，前遗嘱中与后遗嘱并非不相容或抵触的处分依然有效。

埃塞俄比亚民法典

第859条：任何人的约束自己订立、修改或撤销一项遗嘱的承诺无效。

无论是否存在相反的约定，遗嘱人可随时修改或撤销遗嘱。

第895条：某人作出的遗嘱规定可以包含在一个或数个遗嘱中。

包括在不同的遗嘱中的遗嘱规定，在可能时得一并执行。

当两份遗嘱中的规定无法一并执行时，包含在最后订立的遗嘱中的规定得被优先执行。

第898条：遗嘱人以使遗嘱生效所必需的形式明示地宣布撤销其

遗嘱的，遗嘱得完全被撤销。

遗嘱人以上述形式作出不能与遗嘱条款一并执行的处分的，遗嘱得部分被撤销。

第899条：遗嘱人可通过足以表明其撤销或变更其遗嘱的意图的方式，通过在实体上毁损、撕扯或删划遗嘱内容的一部分撤销其遗嘱或遗嘱中的某一规定。

除非有相反的证据，遗嘱人从事上述任何一种行为的，他被视为想撤销其遗嘱。

除非有相反的证据，遗嘱被毁坏或删划时，视为由遗嘱人所为。

第900条：遗嘱人自愿对被遗赠物进行的全部或部分转让，得视为撤销所有涉及被转让部分的遗赠。

尽管日后该物重新属遗嘱人所有，上述遗赠的撤销仍得维持效力。

第901条：除非另有约定，遗嘱的撤销不导致前遗嘱规定的复活。

尽管取代被撤销的遗嘱规定的新规定因受遗赠人无资格或放弃遗赠或任何其他原因不能执行，已被撤销的遗嘱规定不得执行。

第一千一百四十三条

无民事行为能力人或者限制民事行为能力人所立的遗嘱无效。

遗嘱必须表示遗嘱人的真实意思，受欺诈、胁迫所立的遗嘱无效。

伪造的遗嘱无效。

遗嘱被篡改的，篡改的内容无效。

其他法域立法例

德国民法典

第2078条：I被继承人以遗嘱所为意思表示之内容有错误，或通常情形，不欲为该内容之意思表示，且可认为如知其情事，即不为该意思表示者，得撤销其终意处分。

II被继承人所为之终意处分系因认识有错误，或预期情事已发生或不发生有错误，或受不法之胁迫者，亦同。

III于此情形，不适用第122条规定。

第2229条：I未成年人满16岁者，始得订立遗嘱。

II未成年人订定遗嘱，得不经法定代理人之同意。

III[删除]

IV因精神错乱、精神耗弱或意思障碍，致不能理解其所为意思表示之意义，并据之以有所行为者，不得订立遗嘱。

第2265条：共同遗嘱仅得由配偶双方订定。

韩国民法典

第1060条：遗嘱如非依本法所定方式，不发生效力。

第1061条：不满17岁者，不得立遗嘱。

第1062条：第5条、第10条及第13条的规定不适用于遗嘱。

第1063条：1.禁治产人限于其意思能力恢复时，可立遗嘱。

2.于前款情形，医生应将心神恢复状况附记于遗嘱中，并签名盖章。

日本民法典

第960条：遗嘱，非按本法规定之方式，不得订立。

第961条：已达15岁者，得订立遗嘱。

第963条：遗嘱人于订立遗嘱时应有其能力。

第966条：监护结算完毕前，被监护人订立可为监护人或其配偶、直系卑亲属利益之遗嘱时，其遗嘱无效。

前款规定，不适用于直系血亲、配偶或兄弟姐妹为监护人之情
形。

第973条：成年被监护人暂时回复辨识事理之能力时，订立遗嘱
时应由2名以上医生见证。

见证遗嘱之医生，应于遗嘱文书上附记遗嘱人于订立遗嘱时未因
精神上障害而处于欠缺辨识事理能力状态之意旨，并签名盖章。但密
封证书遗嘱，应于其封纸上记载其意思，并签名盖章。

第975条：遗嘱，不得由两人以上者以同一证书订立。

中国台湾地区“民法”

第1186条：无行为能力人，不得为遗嘱。

限制行为能力人，无须经法定代理人之允许，得为遗嘱。但未满
16岁者，不得为遗嘱。

第1202条：遗嘱人以一定之财产为遗赠，而其财产在继承开始
时，有一部分不属于遗产者，其一部分遗赠为无效；全部不属于遗产
者，其全部遗赠为无效。但遗嘱另有意思表示者，从其意思。

魁北克民法典

第704条：遗嘱为遗嘱人按法律规定形式中的一种作出的无偿处
分其全部或部分财产，仅在他死亡后生效的单方可撤销法律行为。

在任何情形，遗嘱均不得由两人或更多人共同订立。

第758条：意欲制止继承人或特定遗赠的受遗赠人对遗赠全部或
其任何部分的效力提出异议的罚则，视为未写。

处于相同目的以罚则形式规定剥夺继承权的，也视为未写。

第759条：对保管遗嘱的公证人或其配偶或其第一亲等的亲属所
为的遗嘱无效，但这不影响遗嘱的其他处分的效力。

第760条：对遗嘱证人所为的遗赠无效，即使对法定人数以外的
证人也不例外，但这不影响该遗嘱的其他处分的效力。

同样规则适用于对遗产清算人或对遗嘱中指定的他人财产的管理

人所为的超过其报酬的遗赠，但以该人也作为遗嘱的证人行事的情形为限。

第761条：在卫生和社会服务机构接受治疗或服务过程中，遗嘱人对该机构的所有人、负责人或雇员所为的遗赠无效，但上述人员为遗嘱人的配偶或近亲属的，不在此限。

在寄养家庭居住期间，遗嘱人对此等家庭的成员所为的遗赠，也无效。

第762条：以他人财产所为的遗赠无效，但如事实表明遗嘱人的目的在于迫使继承人为特定遗赠的受遗赠人取得遗赠财产的，不在此限。

美国路易斯安那州民法典

第1470条：所有的人都能作出或接受生前赠与及死因赠与，但法律另有明确规定的除外。

第1475条：为无接受能力之人利益的赠与无效。

第1476条：16岁以下的未成年人无作出生前赠与及死因赠与的能力，但为其配偶或其子女利益的除外。

已满16岁的未成年人有能力作出赠与，但仅限于死因赠与。他可以为其配偶或子女的利益作出生前赠与。

第1477条：为有能力作出生前赠与或死因赠与，某人必须有能力一般地理解他所为处分的性质与后果。

第1478条：被证明是欺诈或胁迫之结果的生前赠与或死因赠与应宣告无效。

第1479条：若证明赠与是受赠人或其他人影响的结果，该影响干扰了赠与人的意志，以致受赠人或其他人的意志替代了赠与人的意志，则该生前或死因赠与应被宣告无效。

第1480条：生前赠与或死因赠与因不当影响或因欺诈、胁迫被宣告无效时，并没有必要使整个赠与或立遗嘱行为无效。如果其中有条款并不是上述手段的结果，则该条款有效，但它因其他原因无效的除外。

第1481条：任何人，无论单独或与他人一起，在前条的意义上对赠与人为欺诈、胁迫或不当影响，或通过此种方法得到了任命，则不应允许其按照赠与行为或遗嘱行为或对遗嘱的修订或附书中的指定，作为执行人、受信托人、代理人或其他受信托人提供服务或继续提供服务。

第1482条：质疑赠与人能力的人必须以清晰确凿的证据证明赠与人在为生前赠与或立遗嘱时无能力。

完全禁治产人无作出或撤销生前赠与或死因处分的能力。

有限禁治产人在涉及处在其保佐人权力下的财产时，无作出或撤销生前赠与的能力且被推定无作出或撤销死因处分的能力。在涉及其他财产时，有限禁治产人被推定有能力作出或撤销生前赠与或死因处分。这些推定可被优势证据推翻。

第1483条：因欺诈、胁迫或不正当影响质疑赠与人的人，必须以清晰确凿的证据进行证明。但是，如果作出赠与或立遗嘱时，赠与人与不当行为人之间存在信任关系，且不当行为人与赠与人无姻亲关系、血缘关系或收养关系，则质疑赠与人的人仅需以优势证据证明欺诈、胁迫或不当影响。

第1484条：前面条文中的规则同样适用于对遗赠或遗嘱的撤销，对遗嘱条文的变更，及对继承权的其他任何变更。

第1571条：不可由遗嘱人的受托人立遗嘱，也不可在同一凭证中有多人共立遗嘱。

第1573条：必须遵守为立遗嘱规定的形式，否则遗嘱绝对无效。

秘鲁共和国新民法典

第687条：下列人无订立遗嘱的能力：

1.未成年人，但第46条规定的情形除外；……3.订立遗嘱时，由于任何原因（纵为短暂）欠缺为订立遗嘱所必要的清醒心智和自由的人。

第688条：遗嘱处分有利于在其面前订立遗嘱之公证员、其配偶或第四亲等之内的血亲和第二亲等之内的姻亲的，以及有利于遗嘱证人的，无效。

第690条：遗嘱处分应为立遗嘱者意志之直接表达，立遗嘱者不得授权他人订立遗嘱，也不得将其处分委诸第三人认定。

第808条：无能力的未成年人和患有精神疾病、已被宣告为禁治产的成年人所订立的遗嘱，无效。第687条规定的其他无能力人所订立的遗嘱，可予撤销。

第809条：因胁迫、恫吓或欺诈而订立的遗嘱，可予撤销。遗嘱处分乃因遗嘱人对事实或法律的实质错误而订立的，在该错误出现于遗嘱中，且为遗嘱人决定其处分之唯一动机时，该遗嘱亦可撤销。

第810条：某遗嘱之订立若明确将先前另一遗嘱中设立的继承人之死亡作为原因，则在该继承人之死讯实乃虚假时，先前的遗嘱有效，嗣后的遗嘱视为未被订立。

第811条：如果遗嘱违反第695条的规定或第696条、第699条以及第707条的分别规定，则除第697条规定者外，该遗嘱因欠缺形式而依法当然无效。

第812条：如果遗嘱人选择的遗嘱类型所规定的其他程式未被遵守，则该遗嘱因欠缺形式而可被撤销。在此情形，自愿执行遗嘱之人不得行使撤销诉权，且诉权自继承人知悉该情形之日起2年消灭。

第813条：特别遗嘱若欠缺书面形式、遗嘱人或有权收受遗嘱之人的签名，依法当然无效。在第812条的情形，遗嘱可被撤销。

第814条：由两个或更多人共同订立的遗嘱，无效。

智利共和国民法典

第1003条：两人或更多的人在—个时间订立的遗嘱所包含的处分，不问是为订立人的相互利益，还是为第三人的利益，均告无效。

第1004条：订立遗嘱的权限，不得委托行使之。

第1005条：下列人无资格订立遗嘱：

- 1.已被废除；
- 2.未适婚人；
- 3.因精神病而受禁治产宣告的人；

- 4.因酒醉或其他原因正处于不清醒状态的人；
- 5.一切不能以口头或书面清楚地表达其意思的人。

未包含于上述列举之中的人，有订立遗嘱的资格。

第1006条：存在前条所列的无资格原因而订立遗嘱的，即使此等原因随后不再存在，该遗嘱亦告无效。

反之，有效遗嘱并不因随后发生任何此等无资格原因的事实而停止其效力。

第1007条：有任何胁迫成分的遗嘱，全部无效。

第1056条：一切依遗嘱的受分配人，不问是依其名称还是依遗嘱的明确描述而被确定，均应为特定的自然人或法人。以除此以外的方式作出的遗嘱处分视为未订立。

但遗嘱分配以慈善为目的时，即使不是为特定的人作出的，仍然有效。

遗嘱分配针对慈善机构作成但未确指时，应将此等遗嘱分配授予共和国总统指定的慈善机构，在为此等指定时，应在遗嘱人所在市或省的慈善机构中优先选择其一。

遗嘱人遗留给自己灵魂的物，在未以其他方式特别指定用途时，应被理解为遗留给慈善机构，并须遵守前款的规定。

概括遗留给穷人之物，应用于遗嘱人所在堂区的穷人。

第1057条：对受分配人的名称或身份的错误如不致对该人产生疑问，遗嘱处分并不因此无效。

第1058条：基于对事实的错误作出遗嘱分配的，如果显然无此等错误即不可能作出此等分配，则该分配视同未订立。

第1059条：附对价的遗嘱处分无效。

遗嘱人分配其财产的一部时，如以受分配人也须通过遗嘱向他遗留其财产的任何部分为条件，视为附对价的处分。

第1060条：遗嘱人仅对问题回答“是”或“否”，或者仅对问题给出

肯定或否定的手势，从而进行遗嘱处分者，无效。

第1061条：遗嘱处分如为认证遗嘱的公证人、代行公证人职责的官员、此等公证人或官员的配偶或其直系尊血亲、直系卑血亲、兄弟姐妹、姻亲、雇员或工资领取者的利益订定，无效。

遗嘱处分系为证人或其配偶、直系尊血亲、直系卑血亲、兄弟姐妹或姻亲的利益订定者，亦同。

第1066条：一切遗嘱分配，或者应为概括分配，或者应为确定的或依遗嘱的描述能予以确定的特定物之分配，或者应为其种类和数量确定的或依同样方式能予以确定的种类物之分配，除此之外方式的遗嘱处分，视同未订立。

然而，遗嘱中明示处分乃为慈善目的，但未确定用于该目的的份额、数量或种类时，该分配有效，此时应考虑及该目的的性质、遗嘱人的其他处分以及遗嘱人在当时可自由处分的范围内的财力，以确定其份额、数量或种类。

法官应在听取慈善事业监察专员和继承人的意见后为此种确定；此种确定应尽可能符合遗嘱人的意图。

埃塞俄比亚民法典

第857条：遗嘱是严格的死者的人身性文件。

任何人授权他人代表本人订立、修改或撤销遗嘱的协议无效。

任何人不得委托第三人完成确定如何以及向何人移转遗产的任务。

第858条：数人通过一份相同的文件订立其遗嘱时，此等文件无效。

第860条：未成年人可以订立遗嘱的条件，规定于本法典关于“自然人的能力”的题中（第308条）。

第861条：被法院作出禁治产宣告的人可以订立遗嘱的条件，规定于本法典关于“自然人的能力”的题中（第368条）。

第862条：当法院认为相关遗嘱的规定未受到遗嘱人健康状况的影响时，可全部或部分地维持遗嘱中的此等规定的效力。

遗赠超过1万埃塞俄比亚元时，不得以上述方式维持其效力。

禁治产人的法定继承人在任何情况下得接受至少3/4的遗产。

第863条：除非众所周知遗嘱人在订立遗嘱时患有精神病，他所立遗嘱不得被宣告无效。

第864条：法定禁治产人在订立遗嘱方面具有行为能力。

第865条：遗嘱的规定未能以足够清楚的方式指明其受益人或其目的时，无效。

遗嘱的规定不能被强制执行时，无效。

第866条：遗嘱的规定，其目的违反法律或道德时，无效。

第867条：遗嘱中的某一规定是遗嘱人处于胁迫的影响下作出时，无效。

在此等情形，得类推适用本法典关于合同因胁迫无效的规定（第1706条至第1709条和第1808条至第1818条）。

第868条：遗嘱中的某一规定，不得因为有人主张该规定的受益人或任何其他人对遗嘱人施加了过度影响而被宣告无效。

第869条：法院可缩减遗嘱人作出的有利于其监护人或保佐人的遗嘱条款的效力或宣布其无效。

除非遗嘱人在20岁之前死亡，不应适用第1款的规定。

当此等遗嘱规定的受益人是遗嘱人的尊亲属时，不应适用第1款的规定。

第870条：对遗嘱人在其死亡前6个月内作出的有利于其医生或任何其他因职业对其身体为照顾或对其精神为帮助的人的遗嘱条款，法院可缩减其效力或宣布其无效。

在第1款的范围内，“医生”一词指任何甚至非法地为遗嘱人开处方或进行医疗的人。

当遗嘱条款的受益人是遗嘱人的血亲、姻亲或配偶时，不适用本条规定。

第871条：对遗嘱人作出的有利于参与订立遗嘱过程的公证人、登记人、证人或翻译的规定，法院可以缩减其效力或宣布其无效。

第872条：当遗嘱人遗有卑亲属，并且该卑亲属并非其配偶的卑亲属时，对遗嘱人作出的有利于其配偶的遗嘱规定，法院可缩减其效力或宣布其无效。

第873条：对遗嘱人作出的有利于前数条所述之任何人的卑亲属、尊亲属或配偶的遗嘱规定，法院可缩减其效力或宣布其无效。

第874条：当遗嘱规定为有利于遗嘱人的配偶而作出时，只能由遗嘱人的卑亲属要求法院缩减遗嘱规定的效力或宣布其无效。

在其他情形，可以由遗嘱人的卑亲属、尊亲属或配偶提出要求，其他继承人不得提出。

自遗嘱规定的受益人申请执行遗嘱之日起3个月内，未要求缩减效力或宣布无效的要求的，禁止再行提起。

第875条：法院得在其判决中说明它认为宣布遗嘱人作出的遗嘱规定无效或缩减其效力是公平的理由。

第876条：遗嘱中包含的规定，不得因为有人主张受益人使用了不公正的手段获得了遗嘱人的好感，以欺诈的理由被宣布无效。

第877条：（1）在错误之情形，得类推适用本法典关于合同因错误无效的规定（第1697条至1705条和1808条至第1818条）。

（2）遗嘱中包含的规定不得因错误被宣布无效，遗嘱人所犯的并决定性地影响了其心灵的错误来自遗嘱本身的内容，或来自遗嘱以之为依据的书面文件的除外。

第878条：遗嘱中某一规定的无效不导致同一遗嘱中之其他规定的无效；环境证据明确地表明，在遗嘱人的意思中被宣布无效的规定的执行与其他规定间存在必要联系的除外。

第881条：公开遗嘱得由遗嘱人自己或由任何其他人根据遗嘱人的口授书写。

除非它当着遗嘱人以及4名证人的面被阅读，并述及这一手续的履行以及订立的日期，遗嘱无效。

除非遗嘱人和证人立即在遗嘱上签名或按拇指印，遗嘱无效。

第882条：公开遗嘱，当它是当着两名证人的面制作，其中一人是正在履行其职责的登记人或公证人时，有效。

第884条：自书遗嘱，除非全部由遗嘱人自己书写，无效。

除非它以明确的方式说明它是一份遗嘱，无效。

除非组成遗嘱的每一页都写明日期，并由遗嘱人签名，无效。

第885条：遗嘱人打印的自书遗嘱，除非在每一页上都载有表明它是自书遗嘱的手写说明，无效。

第886条：当遗嘱人为文盲或不懂用以起草遗嘱的语言，而以不知其意的图形符号作成自书遗嘱时，此等遗嘱无效。

第887条：公开遗嘱或自书遗嘱，当它未写明于其中订立的年、月、日或未包括有同样法律效力的其他说明时，无效。

当遗嘱上的虚假日期显然可归之于单纯的疏忽大意，并且真实日期可从遗嘱本身以及从遗嘱人作出的其他书面文件得到的迹象足够精确地确定时，文件中发生的日期的虚假不导致遗嘱无效。

第888条：公开遗嘱或自书遗嘱，当它不能被人理解时无效；它得到未经遗嘱人书写并签名的文件的补充的除外。

第889条：公开遗嘱或自书遗嘱，当其包含改变遗嘱人之遗嘱的擦除、删划或在原有文字上的涂改时，无效。

包含擦除、删划或在原有文字上的涂改的遗嘱规定，如果能与遗嘱的其他部分相独立，在考虑遗嘱人的意图和全部环境因素的情况下，可以单独宣告其无效。

擦除、删划或在原有文字上涂改，由遗嘱人以签名附言的明确方式认可的，在公开遗嘱的情形中，由证人以签名附言的明确方式认可的，遗嘱不得被宣布无效。

第890条：第889条之规定应适用于公开遗嘱的页边、其行间或证人签名之后包括了附加内容的情形。

自书遗嘱不得因此等附加成为有缺陷的。

第894条：任何以口头遗嘱作出的其他处分无效。

以口头遗嘱作出的超过500埃塞俄比亚元的遗赠得被减少至500埃塞俄比亚元。

第一千一百四十四条

遗嘱继承或者遗赠附有义务的，继承人或者受遗赠人应当履行义务。没有正当理由不履行义务的，经利害关系人或者有关组织请求，人民法院可以取消其接受附义务部分遗产的权利。

其他法域立法例

德国民法典

第1940条：被继承人得以遗嘱使继承人或受遗赠人负担给付之义务，而不予他人请求该给付之权利。

第2147条：因遗赠得加重继承人或受遗赠人之负担。除被继承人另有指示者外，继承人负担遗赠之义务。

第2148条：多数继承人或多数受遗赠人负担同一遗赠义务者，于有疑义时，由继承人按其应继份比例分担；受遗赠人按其遗赠价额之比例，负其义务。

第2186条：受遗赠人负有遗赠或负担义务者，仅于其得请求对自己所给予之遗赠受清偿者，始负清偿之义务。

第2187条：I以属于遗产之特定标的物为遗赠者，其因受遗赠之所得，不足履行其所应负之义务时，即使其对自己所接受之遗赠承认后，仍得拒绝履行其不足之数额。

II负有义务之受遗赠人，依第2161条规定，由他人代位者，该人仅于遗赠人原应负责之范围内，负其清偿责任。

III于此情形，准用第1992条关于继承人责任之规定。

第2188条：受遗赠人应得之给付，基于继承人有限责任，因特留份请求权之行使或依第2187条规定，而减少者，受遗赠人得按比例减少其所负担之义务。但可认为遗赠人另有意思者，不在此限。

苏俄民法典

第423条：本法典第418条规定的继承人根据遗嘱，而取得遗产的时候，遗嘱人可以责成他为了法定继承人中的其他一人、数人或者全体的利益而履行某种义务，其他法定继承人有权根据这一点向得到遗产的继承人请求履行这项义务；遗嘱人也可以责成上述接受遗产的继承人为了公共利益而实施某种行为。

遗嘱人可以责成依照本法典第422条第3款规定程序根据遗嘱而取得遗产的人，为了任何人的利益而履行某种义务。

把遗产给予国家机关或者社会团体的时候，遗嘱人有权指定这项遗产的用途。

韩国民法典

第1088条：1.得到附负担遗赠的人，于不超出遗赠价额的范围
内，承担履行其负担的责任。

2.遗赠标的因价额的限定承认或财产侵害而减少时，受赠人于其减少限度内免除负担义务。

第1111条：附负担受遗赠人不履行其义务时，继承人或遗嘱执行人可定适当的期间催告其履行，在该期间内未履行时，可请求法院撤销遗嘱。但不得损害第三人的利益。

日本民法典

第1002条：受附负担遗赠者，仅于不超过遗赠标的价额之限度，负有履行负担义务之责任。

受遗赠人抛弃遗赠时，应受负担利益之人，得自己成为受遗赠人。但遗嘱人已于其遗嘱中表示另外意思时，从其意思。

第1003条：附负担遗赠之标的价额因继承之限定承认或特留份回复之诉而减少时，受遗赠人按其减少之比例，免除其负担之义务。但遗嘱人已于其遗嘱中表示另外意思时，从其意思。

第1027条：受附负担遗赠者不履行其负担义务时，继承人得确定相当之期间而催告其履行。于此情形，未于其期间内履行时，得向家庭法院请求撤销该附负担遗赠相关之遗嘱。

中国台湾地区“民法”

第1205条：遗赠附有义务者，受遗赠人以其所受利益为限，履行之责。

魁北克民法典

第752条：负担另一遗赠的遗赠，因取决于受遗赠人的原因失效的，它负担的另一遗赠也失效，只取得已失效遗赠的标的物的继承人或受遗赠人能够履行该负担的，不在此限。

美国路易斯安那州民法典

第1519条：在所有的生前处分或死因处分情形，不可能的条件，与法律或道德相冲突的条件，视为未规定。

埃塞俄比亚民法典

第879条：如果遗嘱人使遗赠取决于一项条件或对之课加了负担，在此等条件或负担变得不能或违反法律或道德时，遗赠得被视为未附条件或未被课加负担。

在此等情形，尽管遗嘱人因考虑到条件或负担才作出处分，遗赠并不无效。

第917条：受遗赠人必须与或不得与某一特定人结婚的条件有效。

以一般条款课加给受遗赠人的不结婚或不得再婚的条件，无效。

遗嘱人可规定，只要受遗赠人不结婚，得享有特定财产的用益权或得接受特定的津贴。

第918条：除非遗嘱人另有明确规定，以受遗赠人不为特定事情为条件设立的遗赠，得视为附解除条件设立的。

前款规定得同样适用于以受遗赠人得继续为特定事情为条件设立的情形。

第919条：遗嘱人作出附解除条件的遗赠时，法院可应任何利害关系人的申请，命令受遗赠人对解除条件成就后受遗赠财产的返还提供担保或其他保证。

遗嘱人作出附延缓条件的遗赠时，法院可应受遗赠人的申请，命令占有被遗赠财产的人对延缓条件成就后交付被遗赠财产给受遗赠人的责任提供担保或其他保证。

第920条：遗嘱人可在财产的价值范围内，指令继承人或受遗赠人对某一或数个特定的人给付某物或做某事。

第921条：被课加负担的继承人或受遗赠人，只在遗产份额或他收受的遗赠的价值范围内承担履行负担的责任。

第922条：为其利益设立负担的受益人可以要求履行负担。

如果根据实际情况上述要求确有理由，上述受益人也可要求被课加负担的继承人或受遗赠人就负担的履行提供担保或其他保证。

遗嘱人以此为目的点名指定的人，或者当没有这种人时，遗嘱人的每个继承人或概括遗赠的每个受遗赠人，可行使同样的权利。

第923条：未履行负担不导致解除遗赠，遗嘱人明确作了此等处分并规定了解除遗赠之后果的除外。

诚信第三人就被遗赠财产已取得的权利，不受影响。

第四章 遗产的处理

第一千一百四十五条

继承开始后，遗嘱执行人为遗产管理人；没有遗嘱执行人的，继承人应当及时推选遗产管理人；继承人未推选的，由继承人共同担任遗产管理人；没有继承人或者继承人均放弃继承的，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人。

其他法域立法例

苏俄民法典

第432条：如果现在知道的继承人不在，而财产（企业、建筑物等）必须加以管理的时候，公证机关可以根据主管该项企业或者财产的机关的推荐，而指定这项财产的负责保管人。

法国民法典

第812条：任何人均可以委托一个或数个自然人或法人以一名或数名已经确定身份的继承人的名义并为他们的利益管理其遗产之全部或一部，但保留赋予遗嘱执行人的权利。

委托代理人可以是某个继承人。

委托代理人应当具备完全的民事能力；在概括遗产中包含有从事职业的财产时，受托人没有受到禁止管理此种财产的处分。

委托代理人不得是负责处理遗产的公证人。

第813条：继承人一致同意时，得委托他们中一人或者第三人管理被继承人得遗产。此项委托受本法典第1984条至第2010条之规定调整。

在至少有一继承人是以净资产为限接受继承的情况下，即使全体继承人一致同意，受托人也只能由法官指定。在此情况下，该项委托受第813-1条至第814条之规定调整。

第813-1条：由于一名或者数名继承人对遗产怠于管理、缺乏管理或者管理中有过错，或者由于继承人之间不和、利益相抵触或者遗产的状况比较复杂，法官得指定任何有资格的自然人或者法人作为管理遗产的受托人暂时管理遗产。

这项请求由一名继承人提出，或者由债权人或在死者生前即为其利益管理全部或一部财产的任何人或其他有利益关系的任何人或检察院提出。

第813-3条：任命遗产委托管理人的决定应进行登记并予公示。

日本民法典

第936条：继承人为数人之情形，家庭法院应自继承人中选任继承财产管理人。

前款之继承财产管理人，为继承人而代之就继承财产管理及债务清偿作出一切必要行为。

第926条至前条之规定，准用于第1款之继承财产管理人。于此情形，第927条第1款中“作出限定承认后五日内”替换为“其继承财产管理人选任后十日以内”。

第951条：继承人之有无不明时，继承财产为法人。

第952条：前条之情形，家庭法院应依利害关系人或检察官之请求，选任继承财产管理人。

已依前款规定选任继承财产管理人时，家庭法院应毫不迟延地公告之。

中国台湾地区“民法”

第1152条：前条公同共有之遗产，得由继承人中互推一人管理之。

第1177条：继承开始时，继承人之有无不明者，由亲属会议于1个月内选定遗产管理人，并将继承开始及选定遗产管理人之事由，向法院报明。

魁北克民法典

第625条：被继承人死亡或使遗赠生效的事件发生时，继承人占有被继承人的遗产财团，但应遵守关于遗产清算的法律规定。

除非为本编规定的例外情形，继承人承担被继承人债务的范围不得超过他们现实取得的遗产的价值，同时保留要求以遗产清偿他们对被继承人享有的债权的权利。

继承人占有对侵害被继承人的人格权的人或其代理人的诉权。

第783条：能充分行使民事权利的人都可担任遗产清算人职务。

经法律许可管理他人财产的法人可以担任遗产清算人职务。

第784条：任何人不负接受清算人职务的义务，唯一的继承人除外。

第785条：除非遗嘱处分作出不同规定，继承人当然为遗产清算人；有数名继承人的，可通过多数决指定清算人并确定替换他的方式。

第786条：遗嘱人可以指定一名或数名清算人，他也可以规定替换清算人的方式。

遗嘱人指定清算遗产或执行其遗嘱的人，不管他是作为遗产管理人或遗嘱执行人等被指定的，均具备清算人资格。

美国路易斯安那州民法典

第1097条：无人继承遗产由法定代表人管理，此等法定代表人也被称为无人继承遗产管理人。

智利共和国民法典

第1240条：如在继承开始后15天内无人接受遗产或其中的份额，也无遗嘱人授权持有财产并已接受该职务的遗嘱执行人，法官应依生存配偶、死者的任何亲属或家属、其他对此有利害关系的人的请求，或者依职权宣告遗产为无人接受继承的遗产；该宣告应被刊登于市镇的报纸上，市镇无报纸的，则应被刊登在省会或大区首府的新闻纸上；对于无人接受继承的遗产，应为之指定保佐人。

如有2个或更多的继承人，且其中一人接受遗产，该人可在事先作成要式财产清单的情况下管理全部共有遗产；其共同继承人如尔后

接受遗产并在财产清单上签字，则可参与管理。

如果完全无人接受遗产，进行管理的继承人的权限同于无人接受继承之遗产的保佐人，但除非有理由惧怕在其管理下的财产承受风险，他不负提供担保的义务。

埃塞俄比亚民法典

第947条：死者死亡之日，清算人的资格得根据事实属于其法定继承人。

第948条：死者留有遗嘱时，清算人的资格得属于死者在其遗嘱中指定的遗嘱执行人。

无这方面的明示规定时，它得当然属于遗嘱指定的概括遗赠的受遗赠人。

法定继承人得与概括遗赠的受遗赠人共同作为清算人；根据遗嘱他们不取得任何遗产份额的除外。

第949条：如果根据前数条规定，某一遗产的清算人是一位未成年人或禁治产人时，他得由其保佐人代理其履行清算人的职责。

第一千一百四十六条

对遗产管理人的确定有争议的，利害关系人可以向人民法院申请指定遗产管理人。

其他法域立法例

德国民法典

第1981条：I遗产法院因继承人申请，应命为遗产之管理。

II因继承人行为或其财产状况，遗产债权人认为有危及其债权清偿之虞者，因遗产债权人申请，应命为遗产之管理。自承认继承后已逾2年者，不得再行申请。

III第1785条规定不适用之。

法国民法典

第809-1条：应任何债权人、为死者的利益负责管理其全部或部分概括财产的任何人、有利益关系的任何其他人士或者检察院提出的申请，受理请求的法官委托负责公产管理的行政机关管理无人继承的遗产。无人继承的遗产的管理制度由本节规定。

法院作出的对无人继承的遗产实行管理的裁定应当公示。

第813条：继承人一致同意时，得委托他们中一人或者第三人管理被继承人的遗产。此项委托受本法典第1984条至第2010条之规定调整。

在至少有一继承人是以净资产为限接受继承的情况下，即使有全体继承人一致同意，受托人也只能由法官指定。在此情况下，该项委托受第813-1条至第814条之规定调整。

第813-1条：由于一名或者数名继承人对遗产怠于管理、缺乏管理或者管理中有过错，或者由于继承人之间不和、利益相抵触或者遗产的状况比较复杂，法官得指定任何有资格的自然人或者法人作为管理遗产的受托人暂时管理遗产。

这项请求由一名继承人提出，或者由债权人或者在死者生前即为其利益管理全部或一部财产的任何人，其他有利益关系的任何人或检察院提出。

第813-3条：任命遗产委托管理人的决定应进行登记并予公示。

第814-1条：在任何情况下，以净资产为限接受继承的继承人均可请求法官指定有资质的人作为遗产的委托管理人，以替代其负责管理与清算遗产。

韩国民法典

第1040条：1.继承人为数人情形，法院可根据各继承人及其他利害关系人的请求，在共同继承人中选任遗产管理人。

2.法院选任的管理人，负有代表共同继承人管理遗产及实施有关债务清偿的所有行为的权利义务。

3.第1022条、第1032条至前条的规定，准用于前款管理人。但第1032条所定5日公告期间，自管理人知道其选任之日起起算。

第1053条：1.继承人存在与否不明确时，法院可根据第777条所定被继承人的亲属及其他利害关系人或检察官的请求，选任遗产管理人并立即公告。

2.第204条至第206条的规定，准用于前款的财产管理人。

日本民法典

第895条：推定继承人废除或其撤销请求作出后，于其裁定确定前开始继承时，家庭法院得依亲属、利害关系人或检察官之请求，就遗产管理命令必要之处分。有废除推定继承人遗嘱时，亦同。

第27条至第29条之规定，准用于家庭法院依前款规定选任遗产管理人之情形。

第918条：继承人，应以与对其固有财产相同之注意，管理继承财产。但已承认或抛弃继承时，不在此限。

家庭法院依利害关系人或检察官之请求，得随时就继承财产之保存，命令必要之处分。

第27条至第29条之规定，准用于家庭法院已依前款规定选任继承财产管理人之情形。

中国台湾地区“民法”

第1178条：亲属会议依前条规定为报明后，法院应依公示催告程序，定6个月以上之期限，公告继承人，命其于期限内承认继承。

无亲属会议或亲属会议未于前条所定期限内选定遗产管理人者，利害关系人或检察官，得声请法院选任遗产管理人，并由法院依前项规定为公示催告。

魁北克民法典

第788条：如继承人之间无法达成协议或不可能指定或替换清算人，经利害关系人申请，法院可以指定或替换清算人。

埃塞俄比亚民法典

第950条：当不知何人是继承人或所有的法定继承人都宣布放弃或不愿清算遗产时，法院得应任何利害关系人的申请，任命一位清算

人。

当遗嘱人未留下继承人，且其遗产将由国家接受时，法院得任命一位清算人。

何人或何种当局将被法院指定为清算人，可由条例规定之。

第951条：出现下列情形之一，法院可应任何利害关系人的申请，任命一名公证人或其他人取代前数条规定的清算人：

因为指定清算人的遗嘱的效力招致争议或因任何其他原因，对于某一清算人的指定存在疑问；

有数个清算人，而他们就遗产的管理和清算不能取得一致意见；

在继承人中有未成年人或禁治产人或因任何其他原因处于不能照料自己利益之状况的人；

清算人消极无为或不诚实，或被发现不能恰当地履行其职责。

第一千一百四十七条

遗产管理人应当履行下列职责：

- （一）清理遗产并制作遗产清单；
- （二）向继承人报告遗产情况；
- （三）采取必要措施防止遗产毁损、灭失；
- （四）处理被继承人的债权债务；
- （五）按照遗嘱或者依照法律规定分割遗产；
- （六）实施与管理遗产有关的其他必要行为。

其他法域立法例

德国民法典

第1985条：I遗产管理人应管理遗产，并以遗产清偿遗产债务。

II遗产管理人就遗产管理亦应对遗产债权人负其责任。于此情形，准用第1978条第2款、第1979条及第1980条规定。

法国民法典

第809-2条：遗产管理人自受指定开始，即应聘请司法拍卖估价人、司法执达员或者公证人，按照适用于这些职业的法律与规章，对遗产的净资产一件一件地进行估价盘存、制作清册，或者由属于管理公产的行政部门的经宣誓道德公务员进行此项盘存估价、制作财产清册。

财产管理人向法院提交的有关制作财产盘存清册的通知，应如同对财产实行管理的判决，同样进行公示。

死者的债权人和钱款的受遗赠人，依据提出的证书为凭证，可以查阅财产盘存清册并可取得其复印件，可以要求在进行任何新的公示时均应向其进行通知。

第809-3条：债权申报，向遗产管理人为之。

第810条：遗产管理人一经指定，即占有由第三人持有的有价证券及其他财产，并收取与追偿他人应向遗产偿还的款项。

遗产管理人可以继续经营属于遗产的个人企业，不论是商业、工业、农业还是手工业企业。

管理人在提取管理费用与销售费用之后，将构成遗产资产的款项以及由遗产财产产生的收入和变现所得款项予以寄存。在企业继续经营活动的情况下，收入中只有超过企业运转所必要的周转资金的部分才需要寄存。

来自无人继承的遗产的款项，不论何种名义，在任何情况下，均只有通过遗产管理人才能寄存。

第810-1条：在继承开始后的6个月期间，遗产管理人只能实施单纯的保全或监管行为和临时管理行为，以及出卖容易变质的财产。

第810-2条：第810-1条规定的期限经过之后，遗产管理人得实施所有的保全行为与管理行为。

遗产管理人进行或者指示进行财产的出卖，直至清偿全部负债。

只有在出卖动产的预计收入仍然不足时，才能转让不动产。保存有困难或者保存代价太高的财产，即使将其变现并非清偿债务所必要，遗产管理人也可出卖或者指示出卖此类财产。

第810-3条：财产出卖，由司法拍卖估价人、司法执达员或者公证人按照适用于这些职业的法律与规章进行，或者在法院进行，或者按照《公法人财产总法典》有关有偿转让属于国家的不动产或动产公产规定的形式进行出卖属于遗产的财产应进行公告。

在考虑协商出卖财产的情况下，任何债权人均可要求进行竞价拍卖。如果竞价拍卖的价格低于协商出卖方案中约定的价格，提出竞价出卖的债权人应对其他债权人承担他们受到的损失。

第810-4条：遗产管理人唯一有资格向遗产债权人进行清偿。管理人仅负有按照资产的数额清偿遗产债务的义务。

在尚未作出清偿债务的方案之前，遗产管理人只能支付保管死者概括财产所必要的费用、丧葬费及其最后患病的费用开支、应纳的税款、应交纳的房租以及其他需要紧急偿还的遗产的债务。

第810-5条：遗产管理人应制定债务清偿方案。

债务清偿方案应按照第796条所定的顺序进行清偿。

清偿方案应予公示。没有获得全数清偿的债权人，可以在清偿方案公示起1个月期限内，对该方案向法官提出异议。

第810-6条：遗产管理人权利的行使，以执行已经开始实行挽救程序、司法重整与司法清算程序的人的遗产所适用的规定为保留条件。

第810-7条：遗产管理人向法官汇报其进行的管理活动。存交遗产管理账目应当公示。

遗产管理人向有此要求的任何债权人或者任何继承人提交账目。

第813-2条：遗产委托管理人只能在按照第815-6条第3款指定的人、按照第812条指定的受托人或者立遗嘱人按照第1025条的规定指定的遗嘱执行人的权力范围内进行管理活动。

第813-4条：只要没有任何继承人接受继承，遗产委托管理人便只能完成第784条所指的活动，但该条第2款规定的活动除外。法官也

可以批准委托管理人进行为遗产的利益所要求的其他活动。法官可以批准遗产委托管理人按照第789条规定的形式制作遗产盘存清册，或者依职权提出这一要求。

第813-8条：每一个继承人均可随时向遗产委托管理人提出查阅有关其执行管理任务的文件。

每年以及管理终结时，遗产委托管理人应向法官，以及应请求，向每一个继承人送交一份其履行任务情况的报告。

韩国民法典

第1022条：继承人应以对其固有财产的相同注意，管理遗产。但单纯承认或放弃时，不在此限。

第1023条：1.法院可根据利害关系人或检察官的请求，命令实施为保存遗产所必要的处分。

2.由法院选任财产管理人时，准用第204条至第206条的规定。

第1040条：1.继承人为数人情形，法院可根据各继承人及其他利害关系人的请求，在共同继承人中选任遗产管理人。

2.法院选任的管理人，负有代表共同继承人管理遗产及实施有关债务清偿的所有行为的权利义务。

3.第1022条、第1032条至前条的规定，准用于前款管理人。但第1032条所定5日公告期间，自管理人知道其选任之日起起算。

第1047条：1.法院命令分割财产时，可责令就遗产的管理为必要的处分。

2.法院选任财产管理人的，准用第204条至第206条的规定。

第1048条：1.虽于继承人表示单纯承认之后，如有财产分割命令时，对遗产亦应以与对自己固有财产同样的注意管理。

2.第683条至第685条及第688条第1款、第2款的规定，准用于前款的财产管理。

第1054条：管理人于继承债权人或受遗赠人请求时，应随时提示遗产目录并报告其状况。

第1056条：1.自发布第1053条第1款所定公告之日起3个月内，无法知道继承人存在与否时，管理人应立即向一般债权人及受遗赠人公告，于一定期间内申报其债权或受赠。其期间应为2个月以上。

2.第88条第2款、第3款及第89条、第1033条至第1039条的规定，准用于前款情形。

日本民法典

第943条：有财产分离请求时，家庭法院得就继承财产之管理命令必要之处分。

第27条至第29条之规定，准用于家庭法院已依前款规定选任继承财产管理人之情事。

第953条：第27条至第29条之规定，准用于前条第1款之继承财产管理人（以下于本章简称“继承财产管理人”）。

第954条：继承财产管理人，有继承债权人或受遗人之请求时，应向作出其请求者报告继承财产之状况。

第955条：已明确有继承人时，第951条之法人，视为未成立。但不碍继承财产管理人于其权限内所作行为之效力。

第956条：继承财产管理人之代理权，自继承人承认继承时消灭。

前款之情形，继承财产管理人应毫不迟延地对继承人作出管理结算。

第957条：有第952条第2款之公告后2个月以内，继承人是否有仍不明时，继承财产管理人，应毫不迟延地对全体继承债权人及受遗赠人，公告应于一定期间内申报其请求之意旨。于此情形，其期间不得少于2个月。

第927条第2款至第4款及第928条至第935条（除第932条但书外）之规定，准用于前款之情形。

第958条：前条第1款之期间届满后，继承人是否有仍不明时，家庭法院应依继承财产管理人或检察官之请求，公告若有继承人则应于一定期间内主张其权利之意旨。于此情形，其期间不得少于6个月。

中国台湾地区“民法”

第1179条：遗产管理人职务如左：

一、编制遗产清册。

二、为保存遗产必要之处置。

三、申请法院依公示催告程序，限定1年以上之期间，公告被继承人债权人及受遗赠人，命其于该期间内报明债权及为愿受遗赠与否之声明，被继承人债权人及受遗赠人为管理人所已知者，应分别通知之。

四、清偿债权或交付遗赠物。

五、有继承人承认继承或遗产归属“国库”时，为遗产之移交。

前项第1款所定之遗产清册，管理人应于就职后3个月内编制之；第4款所定债权之清偿，应先于遗赠物之交付，为清偿债权或交付遗赠物之必要，管理人经亲属会议之同意，得变卖遗产。

第1180条：遗产管理人，因亲属会议，被继承人债权人或受遗赠人之请求，应报告或说明遗产之状况。

第1181条：遗产管理人非于第1179条第1项第3款所定期间届满后，不得对被继承人任何债权人或受遗赠人，偿还债务或交付遗赠物。

第1184条：第1178条所定之期限内，有继承人承认继承时，遗产管理人在继承人承认继承前所为之职务上行为，视为继承人之代理。

魁北克民法典

第776条：无遗嘱继承或遗嘱继承通过以下程序清算遗产：确定相续人的身份并召集他们，确定遗产的范围，收取债权，清偿遗产的包括死者的债务在内的债务、遗产的负担或抚养费债务，偿付特定的受遗赠财产，汇报账目并交付遗产。

第777条：自继承开始时起及在必要的清算时间内，清算人实行对继承人和特定受遗赠人的扣押。

清算人甚至可以向继承人和特定遗赠的受赠人主张财产。

指定或替换遗产清算人应在债权和动产物权登记簿上公示。如继承涉及不动产，还应在土地登记簿上公示。指定或替换行为的登记以提交指明指定或替换行为、确定被继承人和清算人身份的通知完成；如继承涉及不动产，该通知也应包括对不动产的描述。

第787条：除非经遗嘱免除如此，在无遗嘱的情形经继承人免除如此，共同担任清算人职务的人应一致行动。

清算人之一无法履行职责，其他清算人可以独立实施保全性行为和急需处理的行为。

第794条：清算人应按本法关于他人财产的管理题规定的方式编制财产清册。

第795条：财产清册的编制完成，应通过登记确定被继承人的身份和表明利害关系人查询财产清册的地点的通告，在债权和动产物权登记簿中公示。

上述通告也应在被继承人生前最后已知地址之地流通的报纸上公示。

第796条：清算人应将编制完财产清册的通告登记和可以查询财产清册的地点通知继承人和尚未行使其选择权的相续人，特定遗赠的受遗赠人和已知债权人，如方便，应向上述人员传送财产清册的一个副本。

第798条：如一继承人或另一利害关系人已编制财产清册，清算人应核实之。他应证实编制完财产清册的通告是否已登记、是否已通知所有应通知之人。

第799条：仅在所有继承人和相续人都同意的情形，才可免除清算人编制财产清册的义务。

如果他们作出了上述同意，继承人和因该事实成为继承人的相续人应对超过他们取得的遗产的价值的遗产债务承担责任。

第802条：遗产清算人对于遗产中的财产与作为他人财产的管理人一样行事，享有简单管理权。

第803条：遗产清算人应查明被继承人是否立有遗嘱。

被继承人立有遗嘱时，清算人应将遗嘱提交验证，并采取一切必要措施执行之。

第804条：清算人管理遗产。他应在清偿遗产债务和特定遗赠财产所必要的范围内变现遗产中的财产。

为此，他可以独立让与易腐的动产以及极易贬值的或保存费用昂贵的动产。他也可经继承人同意，未得此等同意的，经法院许可让与遗产中的其他财产。

第805条：对遗产起诉的清算人应通知公共保佐人。除非继承人或法院指定其他人，公共保佐人依职权当然成为特别遗产清算人。

第806条：清算时间超过1年时，清算人应在第一年年底向继承人、未获清偿的债权人和特定遗赠的受遗赠人汇报年度管理账目。此后每年至少一次汇报账目。

第807条：如遗产明显足以清偿，清算人在查明所有债权人和特定遗赠的受遗赠人均可获清偿后，可以向扶养权利人、继承人和特定遗赠的受遗赠人预付一笔金钱。此等预付款应从收受人的可得份额中扣除。

第808条：如遗产中的财产足以清偿全部债权人和特定遗赠的受赠人，如果已采取措施清偿在诉讼系属中的请求权，清算人应陆续清偿到场的已知的债权人和特定遗赠的受遗赠人。

清算人应支付普通的公共服务使用费，并陆续清偿到期的非常债务，或根据商定的期限和条件清偿它们。

第809条：经与继承人、特定遗赠的受遗赠人、生存配偶商议，清算人应以与清偿其他遗产债务相同的方式向生存配偶支付补偿金，并清偿因清算婚姻或民事结合的配偶的财产权所生的任何其他债务。在前述人员未能商议一致的情形，由法院决定。

第810条：如遗产明显资不抵债，在编制完财产清册的通告登记之日起或免除编制财产清册义务之日起60天的期限届满前，清算人不得清偿遗产债务和特定遗赠。

但情势如此要求，清算人可以在上述期限届满前支付普通的公共服务使用费，清偿急需清偿的债务。

第811条：如遗产中的财产不足，清算人须起草对债务和特定遗

赠的全面说明，通知此等说明于利害关系人，从法院获得对包括为清偿未来判决确定的债务而采取保留财产的措施的清偿方案的认可，才可以清偿遗产债务和特定遗赠。

第812条：如遗产中的财产不足，清算人应根据其清偿方案，首先依其顺位清偿优先的或享有抵押权的债权人；其次清偿抚养费债权人以外的其他债权人。如他不能全部清偿此等债权人，应对他们按比例清偿其债权。

如清偿上述债权人后尚有剩余遗产，清算人应偿付扶养权利人；如他不能对他们为完全的偿付，应按其请求权的比例支付；然后他应偿付特定遗赠的受遗赠人。

第813条：如遗产中的其他财产不足以清偿全部债务，清算人可以转让作为特定遗赠的受赠财产或削减特定遗赠的数额。

实施上述转让或削减的顺序和比例按照受遗赠人的协议。达不成协议的，清算人首先按其价值的比例削减遗嘱中既未规定优先权又不涉及感情物的遗赠。如财产仍然不足，清算人应转让作为感情物遗赠的标的，然后转让有优先权的遗赠的标的物，或根据其价值的比例削减这些遗赠的数额。

受遗赠人可以同意其他解决方案或通过返还其得到的遗赠物或等额的价值获得义务免除。

第814条：遗产中的财产不足以偿付全部特定遗赠的受赠人时，清算人根据其清偿方案，首先清偿依遗嘱享有优先权的人，然后清偿感情物的受遗赠人，再次按比例削减其他受遗赠人的遗赠物数额，并根据每一份遗赠的价值比例在上述受遗赠人中分割剩余遗产。

第820条：清算人最终账目的目的是确定净资产或遗产的赤字。

此等最终账目应注明未清偿的债务和遗赠、有保证人担保的债务，或继承人或特定遗赠的受遗赠人已承担的债务和遗赠，以及以其他方式清偿的债务和遗赠，并标明各自的清偿方式。如有必要，应确立为清偿未来判决额所必要的保留财产。

如遗嘱或半数以上的继承人要求，清算人应在其账目后附加分割遗产方案。

第822条：最终账目被接受后，清算人卸除其管理职务，并向继承人交付财产。

通过在债权和动产物权登记簿上登记指明被继承人的身份和利害关系可以查询账目的地点的通知，完成封账公示。

美国路易斯安那州民法典

第1171条：继承代表人有权通过当地法院执行长，拍卖人或以自己的行为出卖所管理的财产，但自己为出卖行为时，不得收取任何出卖佣金。

埃塞俄比亚民法典

第944条：遗产的清算包括：

确定将被召从遗产中取得财产的人；

确定继承的内容；

追索遗产的到期债权，偿付可以要求的遗产到期债务；

偿付单一物的遗赠，采取为实现死者所作规定所必要的其他步骤。

第952条：法院可随时应任何利害关系人的申请，要求清算人为其恰当地履行其职责提供担保或其他保证。

第956条：清算人得：

进行搜寻以发现死者是否留有遗嘱，并且确定谁将接受待继承财产；

管理遗产；

偿付遗产的可要求债务；

支付死者命令的遗赠，并采取其他必要措施执行遗嘱。

第957条：死者或法院可限制清算人的权利或对其作出应如何履行职责的指示。

法院可以充分的理由修改第1款规定的指示。

无论是否有相反的约定，违反此等指示的唯一制裁是清算人的责任。

第958条：如果有数个清算人，在不违反死者或法院的任何相反规定的前提下，他们应共同行动。

清算人可在他们间就清算涉及的事务进行分工，或委托他们中的一人进行此等清算。

没有此等约定或委托时，如果某一位清算人自己从事清算活动，应适用关于自愿管理他人事务的规则（第2257条至第2265条）。

第960条：清算人在其完成职责后得汇报管理账目。

他得在由继承人商定或法院确定的日期之前提交汇报账目。

第1003条：清算人得从其被任命之日起管理死者的遗产，直到有权继承的人接受了其有权取得的份额或财产。

第1005条：清算人得在死者死亡之日起40天内，通过编制财产清单确定遗产的组成。

一经发现其他财产，必要时，得在发现后的15天内编制补充说明。

第1006条：遗产的每个组成部分，无论是资产还是负债，都应由清算人在上述期间初步估价。

必要时，估价得在专家的协助下进行。

第1007条：在继承人与遗产的关系中，他们得保留其所有对死者不利或有利的权利或义务，因死亡终止的权利和义务除外。

继承人得告知清算人所有有关上述权利和义务的资料，以便他能编制财产清单。

第1008条：任何被召集接受遗产份额的人都可要求自负费用寄给他财产清单的复制件。

同样的权利可由法院授予死者的债权人或遗产的债权人。

第1009条：在完成对遗产的最终分割前，第1008条规定的人可要求修改清算人对财产作出的初步估价。

如果发现初步估价有错误，专家估价的费用得从遗产中扣除。

在其他情形，有关费用得由导致该费用发生的人承担。

第1010条：清算人得以“善良家父”的审慎和热情管理遗产财产。

依继承人间的协议行事的继承人、应任何利害关系人之申请的法院，都可对清算人进行管理为指示。

第1011条：清算人尤其可：

实施任何必要行为、提起任何必要诉讼以保存待继承遗产，并且对抗主张对待继承遗产享有权利的第三人提起的诉讼。

第1012条：清算人可要求支付对遗产负欠之物，但以此等债权可以要求为条件。

他被授权接受此等债务的清偿并出具收据。

第1013条：清算人可以出卖遗产中的果实和庄稼，以及所有属于遗产的易腐或其保和保存需可观费用或特别照料的动产。

他不得出卖其他动产，此等出卖为支付遗产的债务所必需的情形除外。

他不得出卖不动产，经所有继承人同意或得到法院授权的除外。

第一千一百四十八条

遗产管理人应当依法履行职责，因故意或者重大过失造成继承人、受遗赠人、债权人损害的，应当承担民事责任。

其他法域立法例

荷兰民法典

第4：163条：财产管理人未按照善良管理人的方式管理的，应当对资产权利人承担责任，但管理缺陷不可归责于他的除外。

西班牙民法典

第1031条：遗产不足以支付债务和履行遗赠的，遗产管理人仅以全部遗产为限履行支付义务，但应对其过错和疏忽造成的损害承担责

任。

魁北克民法典

第790条：除非遗嘱人或半数以上的继承人如此要求，或法院应利害关系人的申请如此决定，清算人无须为保证履行其义务认购保险或提供其他担保；或经任何证明有必要采取以上措施的利害关系人申请，法院可以裁决清算人提供担保。

被要求提供担保的清算人未提供或拒绝提供担保的，丧失其清算人职务，法院不追究其过错的除外。

第791条：清算人不能执行其职务、疏于履行其职责或不履行其义务的，任何利害关系人都可以申请法院替换他。

除非法院决定指定临时清算人，在诉讼过程中清算人继续担任此等职务。

第815条：如清算人疏于向已知的债权人、特定遗赠的受遗赠人为清偿，他们除有权向清算人提起损害赔偿之诉外，还对收受预付款的继承人和已向其偿付损害赔偿的特定遗赠的受遗赠人享有诉权。

享有优先权的债权人对其他债权人按其请求权的比例享有后备诉权。

美国路易斯安那州民法典

第1148条：无人继承遗产的保佐人或失踪法定继承人的保佐人，对其管理掌控的遗产的全部或部分不付金钱利息，但他不得因其私人原因使用此等金钱，否则将被解职并对由此造成的损害赔偿负责。

埃塞俄比亚民法典

第961条：清算人得对因其过失或疏忽导致的任何损失承担责任。

当他违反法律规定、遗嘱规定、由死者或法院对他作出的指示行事时，他被视为有过失。

当有迹象表明他已以履行职责的意图诚信行事时，法院可全部或部分地减免他对继承人或受遗赠人的责任。

第一千一百四十九条

遗产管理人可以依照法律规定或者按照约定获得报酬。

其他法域立法例

德国民法典

第1987条：遗产管理人所执行之职务，得请求相当之报酬。

法国民法典

第812-2条：在没有相反约定时，身后遗产的委托管理不取得报酬。

如规定给付报酬，报酬数额应在委托书中明文确定。报酬数额应当与由受托人实行管理所带来的遗产孳息与收入之部分相一致。在由此产生的孳息不足或者没有收入的情况下，此项报酬可以用本金补足或者采取本金的形式。

第812-3条：受托人的报酬是由遗产承担的一种负担，如其引起剥夺继承人全部或一部特留份之后果，得产生减少数额之请求权。委托书指明的各继承人或者他们的代理人如果证明从受托人接受委托的时间或者因该项委托引起的遗产负担来看，给予受托人的报酬过高，可以向法院提出请求，重新议定报酬数额。

第813-9条：法官在指定遗产委托管理人时，确定管理人任务的期限及报酬。应第813-1条或者第814-1条所指的人之一的请求，法官可以延长其原先确定的时间。

在继承人之间订立财产共有协议时，或者在签署遗产分割文书时，遗产委托管理人的任务当然终止。在法官确认其交给遗产委托管理人的任务已经全部完成时，委托亦告停止。

中国台湾地区“民法”

第1183条：遗产管理人得请求报酬，其数额由亲属会议按其劳力及其与被继承人关系酌定之。

魁北克民法典

第789条：清算人有权报销其在履行职责时产生的费用。

清算人如非为继承人，他有权获得报酬；如为继承人，在遗嘱如此规定或其他继承人如此商定的情形，他也可获得报酬。

如遗嘱人未规定报酬数额，由继承人规定；如利害关系人不能取得一致，由法院规定。

埃塞俄比亚民法典

第959条：根据死者确定的条件、继承人间的协议或法院规定，清算人以完成的工作取得报酬属于正当时，他有权取得报酬。

第一千一百五十条

继承开始后，知道被继承人死亡的继承人应当及时通知其他继承人和遗嘱执行人。继承人中无人知道被继承人死亡或者知道被继承人死亡而不能通知的，由被继承人生前所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会负责通知。

其他法域立法例

苏俄民法典

第431条：对于继承人，不采用公示催告或者其他方法通知；继承开始地点的公证机关认为对于国家或者继承人的利益有必要的时候，可以采取保护遗产的方法。这种保护方法应当在得到被继承人死亡的通知后，立即采取。对于被继承财产，可以一直保护到继承人报到的时候，但是不能超过6个月。

智利共和国民法典

第956条：（死因）分配之召领是法律的一种实际召唤，被召唤者可据此接受或者放弃分配。

继承人或受遗赠人未附条件地被召唤的，遗产或遗赠自被继承人死亡之时起依法当然移转给继承人或受遗赠人；继承之召唤附有条件的，则自条件成就之时起依法当然移转。

如条件为取决于受分配人单方意思的不作为，分配（的遗产或遗

赠)在此等情形自遗嘱人死亡之时起被依法当然移转,但为防止违背该条件,须由受分配人对返还被分配物及其从物和孳息提供足够的担保。

然而,如遗嘱人命令被分配物在不作为条件悬置期间归属于其他受分配人,则不适用上述规定。

第一千一百五十一条

存有遗产的人,应当妥善保管遗产,任何组织或者个人不得侵吞或者争抢。

其他法域立法例

奥地利普通民法典

第797条:任何人不得擅自占有遗产。继承权应在法院行使;遗产的交付,即遗产合法占有的移转,应依法院的决定为之。

第798条:被继承人死亡后,法院依职权应采取的行动,以及在处理继承事务时应遵守的期限和应采取的保全措施,由诉讼程序法特别规定之。本法所规定者,系继承人或依其他理由对遗产有请求权的人,为取得自己应得部分的遗产所应实施的行为。

韩国民法典

第1022条:继承人应以对其固有财产的相同注意,管理遗产。但单纯承认或放弃时,不在此限。

日本民法典

第926条:限定承认人,应以与对其固有财产相同之注意,继续管理继承财产。

第645条、第646条、第650条第1款及第2款以及第918条第2款及第3款之规定,准用于前款之情形。

第940条:抛弃继承者,于因其抛弃而成为继承人者得开始管理继承财产前,应以与对自己财产相同之注意,继续管理其财产。

第645条、第646条、第650条第1款及第2款、第918条第2款及第3款之规定，准用于前款之情形。

第944条：继承人作出单纯承认后，在有财产分离请求之后亦应与对其固有财产相同之注意，管理继承财产。但家庭法院选任继承财产管理人的，不在此限。

第645条至第647条、第650条第1款及第2款之规定，准用于前款之情形。

魁北克民法典

第625条：被继承人死亡或使遗赠生效的事件发生时，继承人占有被继承人的遗产财团，但应遵守关于遗产清算的法律规定。

除非为本编规定的例外情形，继承人承担被继承人债务的范围不超过他们现实取得的遗产的价值，同时保留要求以遗产清偿他们对被继承人享有的债权的权利。

继承人占有对侵害被继承人的人格权的人或其代理人的诉权。

智利共和国民法典

第1240条：如在继承开始后15天内无人接受遗产或其中的份额，也无遗嘱人授权持有财产并已接受该职务的遗嘱执行人，法官应依生存配偶、死者的任何亲属或家属、其他对此有利害关系的人的请求，或者依职权宣告遗产为无人接受继承的遗产；该宣告应被刊登于市镇的报纸上，市镇无报纸的，则应被刊登在省会或大区首府的新闻纸上；对于无人接受继承的遗产，应为之指定保佐人。

如有2个或更多的继承人，且其中一人接受遗产，该人可在事先作成要式财产清单的情况下管理全部共有遗产；如其共同继承人尔后接受遗产并在财产清单上签字，则可参与管理。

如果完全无人接受遗产，进行管理的继承人的权限同于无人接受继承之遗产的保佐人，但除非有理由惧怕在其管理下的财产承受风险，他不负提供担保的义务。

第一千一百五十二条

继承开始后，继承人于遗产分割前死亡，并没有放弃继承的，该

继承人应当继承的遗产转给其继承人，但是遗嘱另有安排的除外。

其他法域立法例

瑞士民法典

第542条：继承人在继承开始时有继承能力者，得继承遗产。

继承人在继承开始后死亡者，其对于遗产的权利，转由其继承人继承之。

土库曼斯坦民法典

第1247条：继承开始后接受遗产前继承人死亡的，则其享有的继承份额应转归于他的继承人（转继承），转继承人应在确定的接受遗产的剩余期间内接受遗产，期间不足3个月的，应延长至3个月。

阿根廷共和国民法典

第3459条：共同继承人之一在分割之前死亡，并遗留数个继承人时，只需其中一名继承人请求分割即为已足；但所有此等继承人请求分割或意图参与分割时，应按照单一的代位继承而行动。

埃塞俄比亚民法典

第833条：被召集参加继承的人在继承开始后死亡的，他对该继承的权利得移转于其继承人。

第一千一百五十三条

夫妻共同所有的财产，除有约定的以外，遗产分割时，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产。

遗产在家庭共有财产之中的，遗产分割时，应当先分出他人的财产。

其他法域立法例

荷兰民法典

第4：28条：1.被继承人死亡时，配偶居住的住宅属于遗产或已终止的婚姻共有财产，或者被继承人以租赁以外的方式取得使用权的，配偶对于继承人，在6个月内有权按照原来的条件，继续在住宅居住。配偶在相同的期限内，有权以相同的方式使用家庭用品，只要该家庭用品属于遗产或已终止的婚姻共有财产，或者被继承人有使用权。

2.被继承人死亡时，和被继承人长期共同生活的人，对于继承人和被继承人的配偶，有使用属于遗产或已终止的婚姻共有财产的住宅和家庭用品的相应权利。

第4：51条：1.配偶一方以共同继承人为义务人，对婚姻共有财产中的特定资产有遗赠请求权的，受遗赠人可以请求移交整个资产，然而，如果婚姻共有财产分割时该资产分配给另一方配偶或其继承人，则应当支付该遗产的价值。另一方配偶是唯一的继承人的，他和他的继承人也享有该支付价值的权利。

2.仅在订立遗嘱时，婚姻共同财产尚未终止的情形下，才适用前款规定。

第4：170条：1.财产管理下的资产或者在该资产上设定的定限物权属于共有财产的，财产管理人有权请求分割，经资产权利人同意，有权缔结在一定期限内排除分割的合同。

2.财产管理人经资产权利人同意，有权参与分割。

3.第169条第2款和第3款相应适用。

第4：213条：被继承人已经结婚，并且有婚姻共有资产的，地区法院经遗产清算人申请，可以指定一名已终止的婚姻共有财产的清算人，此种情形下，适用本节关于清算的规定。被继承人死亡前，共有财产已经分割的，不适用第一句的规定。

美国路易斯安那州民法典

第889条：若死者无任何卑亲属，则生存配偶继承死者夫妻共同财产中的份额。

第890条：若亡故配偶一方有生存卑亲属，则对死者未以遗嘱处分的夫妻共有财产中死者的份额，生存配偶有用益权。此用益权于生存配偶亡故或再婚时终止，二者以发生在先的为准。

智利共和国民法典

第1341条：若因配偶的自有财产或所得、合伙合同、尚未分割的先前继承或基于其他任何原因，死者的财产与属于他人的财产发生混淆，应首先依前数条的规定分割共有实物，以分离彼此的财产。

第一千一百五十四条

有下列情形之一的，遗产中的有关部分按照法定继承办理：

- （一）遗嘱继承人放弃继承或者受遗赠人放弃受遗赠；
- （二）遗嘱继承人丧失继承权或者受遗赠人丧失受遗赠权；
- （三）遗嘱继承人、受遗赠人先于遗嘱人死亡或者终止；
- （四）遗嘱无效部分所涉及的遗产；
- （五）遗嘱未处分的遗产。

其他法域立法例

苏俄民法典

第419条：如果法定继承没有被遗嘱改变，在一切情形下都应当适用法定继承。

西班牙民法典

第912条：法定继承于以下情形发生：

- 1.死者无遗嘱、遗嘱无效或遗嘱丧失时效的。
- 2.遗嘱人未对全部或部分遗产设立继承的。法定继承仅在未指定部分有效。
- 3.不具有法定继承人资格的，或其在遗嘱人之前去世的，或继承人放弃继承后无其他替代人的，或无人行使增添权的。
- 4.指定继承人无继承权的。

越南民法典

第650条：1.法定继承适用于以下情形：

（1）没有遗嘱；

（2）遗嘱不合法；

（3）遗嘱规定的那些继承人比遗嘱人先死亡或与遗嘱人同时死亡；遗嘱规定的可享有遗产的机关、组织在继承开始时不复存在；

（4）根据遗嘱被指定为继承人那些人丧失遗产继承权或拒绝承遗产。

2.法定继承也适用于下列遗产：

（1）无法在遗嘱中处置的部分遗产；

（2）与没有法律效力的部分遗嘱相关的遗产；

（3）与遗嘱规定的但丧失继承权或拒绝继承遗产、比遗嘱人先死亡或与遗嘱人同时死亡的继承人相关的部分遗产；与遗嘱规定的可享有遗产但在继承开始时不复存在的机关、组织相关的部分遗产。

魁北克民法典

第653条：除非遗嘱有相反的规定，遗产应按本题规定的顺序和规则由被继承人的生存的婚姻或民事结合配偶和亲属继承。被继承人无继承人时，遗产移转于国家。

美国路易斯安那州民法典

第880条：无有效的遗嘱处分时，为死者因血缘或收养的卑亲、尊亲、旁系亲属的利益，及未与死者别居的配偶的利益，死者未处分的财产依下述条文规定的内容及顺位移交。

第1596条：按前述规定仍未被处分的所有财产按照无遗嘱继承发生移交。

秘鲁共和国新民法典

第815条：在下列情形，遗产属于法定继承人：

1.被继承人未立遗嘱而死亡；所立遗嘱被全部或部分宣告无效；遗嘱因无法院核准而失效；继承权之剥夺被宣告无效；

2.遗嘱未设立继承人，或其设立继承人之处分被宣告失效或无效；

3.必要继承人先于遗嘱人死亡，抛弃继承，或由于不配或被剥夺继承权而丧失继承权，且无直系卑血亲；

4.意定继承人或受遗赠人先于遗嘱人死亡；或者遗嘱人设立的条件未成就；或者此等继承人抛弃继承；或者被宣告为不配而未指定其替补人；

5.无必要继承人或在遗嘱中未设立意定继承人的遗嘱人，未在遗赠中处分其所有财产，此情形下的法定继承仅针对其未处分的财产而实施。

法院就全部或部分的法定继承所作的继承人之宣告，不妨碍被此项宣告遗漏之人利用第664条所赋予的权利。

智利共和国民法典

第980条：死者对其财产未加处分、未依法处分或者其处分不生效力的，其财产的继承依法律规定。

第996条：对同一财产同时存在遗嘱继承和法定继承时，应执行遗嘱处分，剩余部分依通则经裁判分配给法定继承人。

对同时参加遗嘱继承和无遗嘱继承的人，应将依遗嘱收受的份额计入其在法定继承中应得的份额，但前者超过后者时，可以保留全部遗嘱份额。

遗嘱人的明示意思优于以上在法律上所作的一切相应规定。

无论如何，只要有权获得遗产之特留份和额外份额者的这些份额被完全满足，即应适用第1款规定。

第1100条：如除了份额继承人外无概括继承人，并且遗嘱中指定的份额并未完全凑成遗产整体，则法定继承人视为被召唤继承剩余的遗产。

如遗嘱中未作任何概括分配，则法定继承人为概括的继承人。

第一千一百五十五条

遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。胎儿娩出时是死体的，保留的份额按照法定继承办理。

其他法域立法例

德国民法典

第1923条：I继承人。于继承开始时生存者为限。

II继承开始时尚未出生而已受胎者，视为继承开始时既已出生。

第2043条：I因期待共同继承人之出生，致应继份尚未确定者，于其不确定之事由消灭前，不得分割。

II因婚生之宣告、收养之认可，或被继承人所设立财团许可未经裁判，致应继份尚未确定者，亦同。

苏俄民法典

第430条附则：继承开始的时候还没有出生的继承人，他的应继份可以在他出生后3个月内，由他的法定代理人请求继承。

法国民法典

第725条：只有继承开始时生存的人，或者已受胎、出生时存活的人始能继承。

按照第112条之规定推定失踪的人可以继承。

韩国民法典

第1000条第3款：关于胎儿的继承顺位，视为已经出生。

日本民法典

第886条：就继承，胎儿视为既已出生。

前款之规定，不适用于胎儿以死体出生时。

中国台湾地区“民法”

第1166条：胎儿为继承人时，非保留其应继份，他继承人不得分割遗产。

胎儿关于遗产之分割，以其母为代理人。

魁北克民法典

第617条：继承开始时生存的自然人，包括于彼时被推定为生存的失踪人、出生时为活体并能存活的胎儿，可以继承。

在替补或信托的情形，如遗嘱处分关系到某人的部分生效时，该人具备要求的资格，也可以继承。

美国路易斯安那州民法典

第940条：被继承人亡故时，已受孕且之后活着出生的未出生的孩子，应被视为在被继承人亡故时生存。

第1474条：为有能力接受生前赠与，未出生孩子必须在赠与作出时已受孕。为有能力接受死因赠与，未出生孩子必须在遗嘱人亡故时已受孕。在两种情况下，赠与都仅在孩子活着出生时有效。

秘鲁共和国新民法典

第856条：分割涉及胚胎中之继承人的权利的，应中止至其出生。在此期间，其母在有扶养费之需要时，可从相应的遗产中收取之。

埃塞俄比亚民法典

第834条：刚受孕的胎儿可根据本法典关于“自然人”之题的规定（第2条至第4条）被召集参加继承。

第一千一百五十六条

遗产分割应当有利于生产和生活需要，不损害遗产的效用。

不宜分割的遗产，可以采取折价、适当补偿或者共有等方法处理。

其他法域立法例

法国民法典

第820条：如果立即实现共有财产的分割有损于共有财产的价值，或者共有人之一只有在经过一定的时间以后才能接管属于遗产的农业、商业、工业、手工业或自由职业企业，应共有人之一的请求，法院可以最长推迟2年进行财产分割。推迟分割，适用于全部共有财产或者仅适用于其中一部分财产。

如有必要，也可以请求推迟分割公司权益。

第821条：在协商不成的情况下，可以应第822条所指之人提出的请求，按照法院确定的条件维持原来由死者或其配偶负责经营的任何农业、商业、工业、手工业或自由职业企业。

如有必要，也可以就公司权益提出维持共有的请求。

法院根据所涉及的各方利益以及家庭可以从共有财产获得的生活手段作出审理裁判。

即使上述企业里包含有继承人或者健在配偶在继承开始之前就已经是所有权人或共同所有权人的财产，仍可维持共有。

日本民法典

第906条：遗产分割，考虑属于遗产之物或权利之种类及性质、各继承人年龄、职业、身心状况及生活状况及一切情事而为之。

秘鲁共和国新民法典

第857条：立即分割可能对遗产产生显著损害，或有必要保障债务或遗赠之清偿的，亦可由所有继承人一致同意，或依司法裁决，对相应财产的全部或一部推迟或中止分割，但其期限不得多于2年。

第859条：遗产可以实物形式分析给各继承人。如若不能，则以金钱方式向其支付其份额的价值。

第860条：若无第859条所指支付之所需金钱，则应事先获得多数继承人的同意和法官许可，着手出售必要的遗产。

智利共和国民法典

第1337条：分割人应依以下规则清算每位共同受分配人的应得份

额，并据此分配遗产物件：

1.如某一实物不允许分割，或分割将导致其价值减低，则在共同受分配人之间，由报价最高者取得该物件的较优权利；任一共同受分配人都有权请求允许外人参与报价；所得价金在所有共同受分配人间按比例分配。

2.无人报价高于第1335条提及的估价或约定价格时，如2个或更多的受分配人竞相取得某一实物的分配，特留份继承人应优先于非特留份继承人。

3.分配给一个单一的个人的、由一处或多处地产构成的份额，在可能的情况下应是毗连的，但该受分配人同意接受彼此分离的份额的，或者毗连相较分离给其他利害关系人造成更大损失的，不在此限。

4.分配给某一受分配人的地产，应和该人所有的其他地产尽量保持上述毗连。

5.分割地产时，应为其管理和享用的便利设定必要的役权。

6.如两个或更多的人是某一房地产的共同受分配人，分割人在取得利害关系人的合法同意后，可将用益权、居住权或使用权从所有权中分离出来作为分配份。

7.在分割遗产时，或在进行前数项所述的实物分配后分割剩余部分时，应分给每位共同受分配人及其他共同受分配人具有相同性质和相同数量的物，或就可分财产的总数划分份额，以尽可能保障均等性。

8.组成分配份时，不仅须力求所有份额的均等，而且应争取它们类似，但对不便分割的物，或若分离将导致损害的物，应注意不分割或分离它们；利害关系人合法而一致地就此达成协议的，不在此限。

9.在抽签之前，每位利害关系人都可对分配份的组成方式提出异议。

10.尽管如此，生存的配偶在析产时，如果其居住的、构成家庭主要居所的不动产以及附属该不动产的动产构成死者的财产，则有权主张优先以此等财产为其利益凑足其遗产份额。

11.为执行前数项的任一规定，即使部分或全部共同受分配人都

是未成年人或其他不能自由管理其财产的人，也无须遵照第1322条和第1326条的规定取得法院的许可。

如果前述财产的总价值超过配偶的遗产份额，配偶可就未判归其所有的物，主张为其利益并依物的性质，设定无偿的终身居住权和使用权。

设定居住权的裁决未登记于不动产登记簿的，此项权利不得据以对抗善意的第三人。就所有本条未规定的事项而言，使用和居住均应遵守第二编第十题的规定。

本规则所述的优先析产权不得转让和移转。

埃塞俄比亚民法典

第1092条：如果在遗产中有某些物不便实物分割，并且如果继承人之间确又不能就他们之中的何人将在其份额中拥有该物取得一致，可以出卖该物并分割其价金。

第1093条：当继承人之一如此要求时，出卖须以拍卖的方式进行。

共同继承人不能达成一致时，局外人得被接受参加此等以拍卖方式所为之出卖。

第1094条：家庭文件和具有情感价值的物件，继承人之一反对将其出卖时，不得出卖。

如果共同继承人之间不能达成一致，在合适时，法院得决定此等标的是出卖还是分配给共同继承人之一。

在后种情形下，法院得作出为确保此等标的保存于家庭中所必要的指示。

第一千一百五十七条

夫妻一方死亡后另一方再婚的，有权处分所继承的财产，任何组织或个人不得干涉。

西班牙民法典

第968条：除本法典第811条规定的必须保留的之外，鳏寡之人再婚后有义务将其从已故的配偶处通过无遗嘱继承、受赠或通过其他获利行为获得的遗产作为前次婚姻子女及其卑亲属的遗产予以保留，但并非要求达到其婚姻财产的半数。

第969条：前条规定对于通过明确的资格获得的财产、从前次婚姻的子女处获得的财产和死亡者的双亲为鳏寡之人利益而给与的财产有效。

第970条：保留财产的义务在子女成年后明确放弃和双亲明知其会再婚而授予其子女遗产时消灭。

第971条：在第一次婚姻中无子女和卑亲属的鳏寡之人再婚后死亡的，不发生保留。

第972条：尽管有保留的义务，但再婚后的双亲对前次婚姻中的子女应给与的财产支持适用本法典第823条的规定。

第973条：未完全或部分获得前条规定的支持的被继承人，其子女和卑亲属可以继承被继承人根据规定获得的保留遗产的权利，即便遗嘱中对前亡一方子女和卑亲属有不公正的表示或其已经放弃了继承。

被双亲之一正当剥夺继承权的子女丧失一切获得保留财产的权利，若其有子女，适用本法典第857条和第164条第2款的规定。

第974条：鳏寡之人在缔结第二次婚姻之前，为保证前次婚姻的子女及卑亲属的利益，根据其义务而将其保留不动产的权利让与他人的有效。

第975条：鳏寡之人在缔结第二次婚姻之后让与不动产保留义务的，仅在其死亡时前次婚姻无子女和卑亲属时有效，且不得有悖抵押法的规定。

第976条：在第二次婚姻前后让与动产保留义务的均有效，但对其造成的损害应承担赔偿责任。

第977条：鳏寡之人重新缔结婚姻的，应将其保留的全部遗产在财产登记中心制成清单，不动产适用抵押法的规定，动产应进行估价。

第978条：鳏寡之人重新缔结婚姻，进行抵押担保的，还应承担如下义务：

- 1.恢复动产至亡者死亡时该动产的状态。
- 2.对财产因其过错或疏忽受到的损失或可能受到的损失进行赔偿。
- 3.归还已经转让的动产的价金，无偿转让动产的按照其获得该动产时的价格归还价金。
- 4.以及合法转让不动产而获得的价金。

第979条：前述诸条关于第二次婚姻的规定同样适用于第三次婚姻及以后的各次婚姻。

第980条：前述诸条关于保留的义务同样适用于：

- 1.鳏寡之人在后来的婚姻中，或在单身状况下获得非婚生子女的。
- 2.鳏寡之人收养其他儿童的。除非被收养者有其他财产保留对象的双亲的配偶的子女。

上述保留义务自幼儿出生或领养时产生。

美国路易斯安那州民法典

第890条：若亡故配偶一方有生存卑亲属，则对死者未以遗嘱处分的夫妻共有财产中死者的份额，生存配偶有用益权。此用益权于生存配偶亡故或再婚时终止，二者以发生在先的为准。

埃塞俄比亚民法典

第1034条：年金的数目须最终确定。

此等数目不得变更，在确定年金数目时对遗产的总数作了错误估价的除外。

付给生存配偶一方的年金，如果其再婚，不再支付。

第一千一百五十八条

自然人可以与继承人以外的组织或者个人签订遗赠扶养协议。按照协议，该组织或者个人承担该自然人生养死葬的义务，享有受遗赠的权利。

其他法域立法例

德国民法典

第2274条：继承契约仅得由继承人本人亲自订定。

第2275条：I被继承人为完全行为能力人，始得订定继承契约。

II夫妻一方之行为能力受限制者，亦得以被继承人之资格，与配偶他方订定继承契约。于此情形，其应经法定代理人之同意；法定代理人为监护人者，亦应经家事法院之许可。

III第二款规定，于同性共同生活伴侣法所称婚约当事人亦准用之。

葡萄牙民法典

第2028条：一、一人通过合同放弃对在生之人之继承，或通过合同处分本身或第三人尚未开始之继承，称为继承合同。

二、继承合同仅在法律规定之情况下方可接纳，其他情况均属无效，但不影响第946条第2款之规定。

第2029条：一、如某人通过合同作出生前赠与，将其全部或部分财产，不论是否保留用益权，给予一名或多名推定特留份继承人，且经其他推定特留份继承人同意，并由受赠人向其他推定特留份继承人支付该等人按比例在赠与财产上所占之部分之价额，或负起该支付义务者，则该合同不视为继承合同。

二、如嗣后出现或知悉有另一推定特留份继承人，则该人得要求以金钱支付属其所有之相应部分。

三、未能即时支付之金钱抵偿，其金额应按一般规定予以调整。

第一千一百五十九条

分割遗产，应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务；但是，应当为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产。

其他法域立法例

德国民法典

第1968条：继承人应负担被继承人之丧葬费用。

第2046条：I遗产应先清偿遗产债务。遗产债务未至清偿期或有争议者，应保留其清偿所需之数额。

II遗产债务一部分由共同继承人负担者，该共同继承人得请求仅以分割所得之遗产为清偿。

III清偿债务于必要时，得就遗产变换为金钱。

法国民法典

第806条：放弃继承的继承人对遗产的债务与负担不负清偿义务，但是，应按照其财力的比例负担支付其放弃继承的直系尊血亲或者直系卑血亲的丧葬费用。

第815-17条：在财产成为共有财产之前本可追偿债务的债权人，以及其债权是因保管或管理财产而产生的债权人，得在财产分割之前，从财产的资产中先取受偿。此外，这些债权人可以诉请对共有财产进行扣押并予出卖。

共有人个人的债权人，不得对该共有人在共有的动产或不动产财产中占有的份额实施扣押。

但是，共有人个人的债权人有权以其债务人的名义主动提出分割财产的要求，或者参加由其债务人主动提出的财产分割活动。诸财产共有人，得以该债务人的名义并按其应负担的债务额，清偿其债务，以停止分割财产的诉讼。行使此项权利的人，得从共有财产中先取受偿。

韩国民法典

第998b条：有关继承的费用，自遗产中支付。

日本民法典

第885条：继承财产相关之费用，自其财产中支付。但因继承人
之过失所致者，不在此限。

前款之费用，无须以特留份权利人因扣减赠与所得之财产支付。

中国台湾地区“民法”

第1150条：关于遗产管理、分割及执行遗嘱之费用，由遗产支付
之。但因继承人
之过失而支付者，不在此限。

美国路易斯安那州民法典

第1415条：遗产债务是死者的债务与管理费用。死者的债务是死
者的债或因其亡故产生的债，如丧葬费用。管理费用是在对死者的财
产进行收集、保存、管理及分配时发生的债务。

第1427条：尽管存在本章的规定，但因为税务原因，继承代表人
或无代表人时的继承人，可以报告收入并扣除税法认可的支出。

秘鲁共和国新民法典

第869条：以下为遗产的负担：

1. 丧葬费用，在火化的情形，应优先支付该费用；
2. 被继承人最后罹患疾病所支出的费用；
3. 管理费用。

第871条：由遗产承受的债务

遗产未予分割的，被继承人
之债务的清偿义务由遗产承受；但遗
产已分割的，则各继承人按其继承份额之比例对债务负责。

第873条：遗产分割之前的债务清偿

继承人可请求已被适当证明但欠缺物权担保的遗产债务在分割之
前被清偿，或被担保获得清偿。

智利共和国民法典

第959条：在一切死因继承的情形，为使死者或法律的处分达其效果，应自死者遗留的包括遗产债权在内的财产总数中扣除以下项目：

- 1.存在遗嘱时的遗嘱公示费用以及继承开始时的其他附加费用；
- 2.遗产债务；
- 3.对遗产总体征收的国家赋税；
- 4.强制性的扶养性分配；

经扣除的剩余财产为遗嘱或法律得予处分的净产。

第960条：对遗产总体征收的国家赋税，应扩及因死亡而被确认的可撤销赠与。

就特定份额或特定遗赠征收的国家赋税，由相应的受分配人负担。

埃塞俄比亚民法典

第1014条：遗产的债务得按下列顺序清偿：

- 第1顺序，死者的丧葬费；
- 第2顺序，遗产的管理和清算费用；
- 第3顺序，死者的债务；
- 第4顺序，生活保持方面的债务；
- 第5顺序，死者命令作出的单一物遗赠。

第1015条：除非考虑死者的社会地位，丧葬费为必要支出，丧葬费不得优先于其他债务。

它们不得包括纪念死者之仪式的费用。

为死者举行纪念仪式不构成其配偶和亲属的法定义务。

第1016条：遗产的管理和清算费用包括：

粘贴封条、编制财产清单和清算报告的费用；

清算人支出的对遗产财产的普通保存、维修和管理的有益费用；

分割费用和向继承人移交遗产财产的费用；

遗产税。

第1022条：为了支付遗产债务，清算人得首先使用他在遗产中发现之留存现金。

第1023条：如果要通过出卖财产以偿付债务时，清算人在将此等财产出卖给他人前，必须向继承人发出要约。

如果继承人就此等财产提出市场价格或某一更高价格，他得将之出卖给继承人。

第1024条：如果可通过出卖其他财产偿付债务，死者遗赠的财产不得被变卖。

第一千一百六十条

无人继承又无人受遗赠的遗产，归国家所有，用于公益事业；死者生前是集体所有制组织成员的，归所在集体所有制组织所有。

其他法域立法例

德国民法典

第1936条：继承开始时，被继承人无血亲、配偶或同性伴侣者，以其死亡时之最后住所地所属邦之公库为法定继承人；或其住所地不能确定者，以其居所地所属邦之公库为法定继承人。其余情形，以联邦国库为法定继承人。

苏俄民法典

第433条第2款规定：如果在规定的期间内，所有继承人没有报到或者不承认继承，以及被继承人剥夺一切继承人的继承权，这项财产应当认为是无人继承的财产而收归国家所有。

法国民法典

第724条：法律指定的诸继承人当然占有死者的财产、权利与诉权。

全部概括受遗赠人和全部概括受赠与人，按照本卷第二编规定的条件占有遗产。

无前两款所指之人时，遗产由国家取得，国家应当提请作出判决对遗产实行占有。

韩国民法典

第1058条：1.依第1057b条未得到分配的，遗产归属于国家。

2.第1055条第2款的规定，准用于第1款情形。

日本民法典

第959条：未依前条规定而被处分之继承财产，归属于国库。于此情形，准用第956条第2款之规定。

中国台湾地区“民法”

第1185条：第1178条所定之期限届满，无继承人承认继承时，其遗产于清偿债权并交付遗赠物后，如有剩余，归属“国库”。

魁北克民法典

第696条：被继承人未留有配偶或有继承权的亲等内的亲属，或所有的相续人放弃继承，或在所知的范围内无相续人或无相续人主张继承的，国家当然取得位于魁北克境内的遗产中的财产。

任何使上款权利无效又未就遗产转移另外作出规定的遗嘱处分，无效。

美国路易斯安那州民法典

第902条：在无血亲、收养亲或未别居的配偶时，死者的财产属于州。

秘鲁共和国新民法典

第830条：欠缺遗嘱继承人或法定继承人的，审理案件或处理法定继承的法官或公证人，应将继承财产判归被继承人在本国最后住所地的慈善组织，或在无该组织时，判归该地的社会基金委员会，或被继承人定居于国外的，则判归利马市慈善会。

如果被继承人有债务，则被判归者有义务在所判财产价值的范围内清偿之。

所判财产之净值的10%归属于继承程序或法定继承手续之经办人，该份额应由相应机构以出售上述财产之所得予以缴纳，或采用将其一部分判归经办人所有的方式缴纳。

智利共和国民法典

第995条：前数条指定的法定继承人均不存在时，由国库继承。

埃塞俄比亚民法典

第852条：死者无亲属时，其遗产将移转给国家。

第一千一百六十一条

继承遗产以所得遗产实际价值为限清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务。超过遗产实际价值部分，继承人自愿偿还的不在此限。

继承人放弃继承的，对被继承人依法应当缴纳的税款和债务可以不负清偿责任。

其他法域立法例

德国民法典

第1953条：I遗产经拒绝者，视为遗产不归属于拒绝继承之人。

II前款情形，拒绝继承之人视为于继承开始前死亡，其遗产归属于依继承之顺序应继承之人；其归属视为自继承开始时已发生效力。

III遗产法院应将继承之拒绝，通知该因拒绝而取得遗产之人。遗产法院就释明有法律上利害关系之人，应许其阅览拒绝继承所表示之文书。

第1975条：为满足遗产债权人之债务清偿，而命为遗产襄佐（遗产管理）或宣告遗产破产者，继承人就该债务，以遗产为限，负其清偿责任。

苏俄民法典

第434条：接受遗产的继承人，以及接受无人继承的遗产的国家机关或者社会团体，对于应当用遗产偿还的债务，只在遗产实际价值的限度内担负责任。

第433条：在遗产继承开始后的6个月内，继承人不报到或者不承认继承（本法典第424条规定的情形除外），以及继承人中的一人或者数人的继承权被遗嘱人剥夺，而又没有在遗嘱内指明全部财产应当留给他所指定的继承人，则上述放弃或者被剥夺继承权的人的应继份就转移给其他法定继承人，并且依照本法典第420条规定的程序分配。

如果在规定的期间内，所有继承人没有报到或者不承认继承，以及被继承人剥夺一切继承人的继承权的时候，这项财产应当认为是无人继承的财产而收归国家所有。

法国民法典

第791条：以净资产为限接受继承给予继承人以下利益：

- 1.避免其个人财产与属于遗产的财产相混同；
- 2.对遗产保留其此前对死者的财产所享有的全部权利；
- 3.仅有义务按照其受领的财产的价值限度清偿遗产的负债。

第806条：放弃继承的继承人对遗产的债务与负担不负清偿义务，但是，应按照其财力的比例负担支付其放弃继承的直系尊血亲或者直系卑血亲的丧葬费用。

韩国民法典

第1025条：继承人表示单纯承认时，无限制地继承被继承人的权利义务。

第1028条：继承人在因继承而取得的财产限度内，以清偿被继承人的债务及遗赠为条件，承认继承。

第1043条：继承人为数人情形，某一继承人放弃继承时，其应继份按其他继承人的应继份的比例归属于继承人。

日本民法典

第922条：继承人，得保留仅于继承所得财产之限度内清偿被继承人之债务及遗赠，而承认继承。

第939条：抛弃继承者，关于其继承，视为自始不为继承人。

中国台湾地区“民法”

第1153条：继承人对于被继承人之债务，以因继承所得遗产为限，负连带责任。

继承人相互间对于被继承人之债务，除法律另有规定或另有约定外，按其应继份比例负担之。

第1154条：继承人对于被继承人之权利、义务，不因继承而消灭。

魁北克民法典

第625条：被继承人死亡或使遗赠生效的事件发生时，继承人占有被继承人的遗产财团，但应遵守关于遗产清算的法律规定。

除非为本编规定的例外情形，继承人承担被继承人债务的范围不得超过他们现实取得的遗产的价值，同时保留要求以遗产清偿他们对被继承人享有的债权的权利。

继承人占有对侵害被继承人的人格权的人或其代理人的诉权。

第647条：放弃继承的人视为自始即非相续人。

美国路易斯安那州民法典

第1416条：概括继承人均对债权人负有按其在遗产中所占比例支付遗产债务的责任，但每一个继承人仅以他收到的财产在收到时的评估价值为限承担责任。

对没有收到财产的概括继承人，债权人没有主张偿付遗产债务的诉权。

第954条：在继承人接受的继承权范围内，推定他自被继承人亡故时起就已经继承了该权利。在继承人放弃的继承权范围内，推定他从未拥有过此等权利。

秘鲁共和国新民法典

第661条：继承人仅在遗产范围内对遗产债务和负担负责。继承人对超过部分负举证责任，但有通过法院制作的财产清单的除外。

第662条：有以下情形的，继承人丧失第661条所赋予的利益：

- 1.故意隐匿继承财产；
- 2.虚构债务或处分被继承人遗留的财产，损害遗产债权人的权利。

智利共和国民法典

第1245条：未事先作成要式财产清单即实施继承人行为的人，即使死者的一切可移转的债务课加给他的负担超过其继承的财产的价值，也应按其遗产份额的比例继承此等债务。

已预先作成要式清单的人享受清单利益。

第1247条：仅使接受遗产的继承人在其已继承的财产的全部价值的限度内对遗产债务和遗嘱债务承担责任的利益，为财产清单利益。

第1239条：接受遗产或抛弃遗产的效力溯及至遗产被依法当然移转之时。

特定物的遗赠适用同一规则。

埃塞俄比亚民法典

第995条：放弃继承的继承人得被视为从未成为过继承人。

其放弃继承的份额，得移转于其已接受继承的共同继承人，在合适时，移转给下一顺位的继承人。

已接受了继承的人，可在知道其共同继承人放弃继承后的1个月内放弃此等份额。

第一千一百六十二条

执行遗赠不得妨碍清偿遗赠人依法应当缴纳的税款和债务。

其他法域立法例

奥地利普通民法典

第692条：遗产不足清偿债务、支付其他应付费用和向全体受遗赠人给付遗赠时，各受遗赠人应同意按比例扣减其遗赠。只要存在负担超过遗产的危险，对于无担保的遗赠，继承人即不负给付的义务。

第693条：受遗赠人已受领遗赠物者，应扣减的数额，依遗赠物在受领时所具有的价值和由遗赠物中所取得的收益，确定之。但受遗赠人，纵已受领遗赠物，仍得为避免承担义务，而将所受领的遗赠物价值和所取得的收益归还于遗产；受遗赠人对遗赠物的改良或毁损，以善意占有人论。

荷兰民法典

第4：120条：1.仅在遗产可以完全清偿其他遗产债务的情况下，才可以履行遗赠产生的遗产债务。

2.继承人的应继份不足清偿其承担的遗赠义务的，各遗赠义务减少。

3.除非从遗嘱中认为应当以其他方式减少，各遗赠义务应当按比例减少，然而，如果给付可以认为是被继承人履行自然债务，应当首先减少其他遗赠义务。

4.遗赠义务的减少，应当由承担遗赠义务的继承人向受遗赠人作出表示，或者，如果遗产按照第13条分割，应当由被继承人的配偶作出表示。已经作出的给付，其法律上的原因仍然存在，但可以根据第216条和第220条第3款请求返还。

5.减少后，继承人仍应自己的全部财产履行遗赠义务。

韩国民法典

第1036条：限定承认人根据前两条规定，非于对继承债权人清偿完毕之后，不得向受遗赠人清偿。

日本民法典

第931条：限定承认人，非按前两条之规定对各继承债权人作出清偿后，不得对受遗赠人清偿。

中国台湾地区“民法”

第1160条：继承人非依前条规定偿还债务后，不得对受遗赠人交付遗赠。

第1162条之一：继承人未依第1156条、第1156条之一开具遗产清册陈报法院者，对于被继承人债权人之全部债权，仍应按其数额，比例计算，以遗产分别偿还。但不得害及有优先权人之利益。

前项继承人，非依前项规定偿还债务后，不得对受遗赠人交付遗赠。

魁北克民法典

第812条：如遗产中的财产不足，清算人应根据其清偿方案，首先依其顺位清偿优先的或享有抵押权的债权人；其次清偿抚养费债权人以外的其他债权人。如他不能全部清偿此等债权人，应对他们按比例清偿其债权。

如清偿上述债权人后尚有剩余遗产，清算人应偿付扶养权利人；如他不能对他们为完全的偿付，应按其请求权的比例支付；然后他应偿付特定遗赠的受遗赠人。

第813条：如遗产中的其他财产不足以清偿全部债务，清算人可以转让作为特定遗赠的受赠财产或削减特定遗赠的数额。

实施上述转让或削减的顺序和比例按照受遗赠人的协议确定。达不成协议的，清算人首先按其价值的比例削减遗嘱中既未规定优先权又不涉及感情物的遗赠。如财产仍然不足，清算人应转让作为感情物遗赠的标的物，然后转让有优先权的遗赠的标的物，或根据其价值的比例削减这些遗赠的数额。

受遗赠人可以同意其他解决方案或通过返还其得到的遗赠物或等额价值获得义务免除。

秘鲁共和国新民法典

第770条：如果数遗赠的价值超过遗产之可支配部分的价值，则按比例予以缩减，但遗嘱人已确定应予支付之顺序者除外。

对任何共同继承人实施的遗赠无须被缩减，但遗产不足以清偿债务者除外。

第一千一百六十三条

既有法定继承又有遗嘱继承、遗赠的，由法定继承人清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务；超过法定继承遗产实际价值部分，由遗嘱继承人和受遗赠人按比例以所得遗产清偿。

其他法域立法例

法国民法典

第871条：部分概括受遗赠人与各继承人一起，按照其获得的遗赠利益的比例，分担遗产的债务和负担；特定财产遗赠的受领人，除遗赠的不动产上负有抵押请求权以外，对债务与负担不承担义务。

第874条：特定财产的受遗赠人在清偿其受遗赠的不动产所负担的债务之后，对诸继承人代位行使债权人的权利。

秘鲁共和国新民法典

第879条：除遗嘱人有相反处分外，受遗赠人无义务清偿遗产债务。如果受遗赠人已清偿被适当证明且具体由遗赠财产负担的债务，则应由继承人补偿其已为的清偿。

智利共和国民法典

第1362条：对于特留份、对作为额外份额的1/4份额承受负担的分配份或遗产债务，受遗赠人没有分担支付的义务，但对法律保留给特留份继承人或作为额外份额的1/4份额强制性受分配人的财产份额，如遗嘱人将其一部分用于遗赠，或者在继承开始之时遗产中无足够的财产清偿遗产债务，则受遗赠人负有上述义务。

遗产债权人对受遗赠人的诉权仅是他们对继承人享有的诉权的补充。

第1363条：对于特留份、对作为额外份额的1/4份额承受负担的分配份或遗产债务应予分担支付的受遗赠人，应按其应得遗赠的价值比例为之，支付不能的受遗赠人的份额不加重其他受遗赠人的负担。

然而，遗嘱人已明确豁免其分担义务的受遗赠人，无须和其他受遗赠人一起分担。但用尽了其他受遗赠人的分担额仍不能补全特留份或仍未清偿债务的，则被遗嘱人豁免分担义务的受遗赠人也负有支付义务。

慈善事业遗赠或公益遗赠，应被理解为无须明示处分就被遗嘱人豁免了分担的义务，并且其分担的顺位在被明示豁免出资的遗赠之后，但遗嘱人依法律义务提供的严格的扶养性遗赠，其分担的顺位在所有其他遗赠之后。

第1364条：有义务给付一项遗赠的受遗赠人，仅在继承给他带来利益的范围内给付该遗赠，但对超过利益的负担，他应证明其数量。

第1368条：遗嘱人将其一部或者全部财产的用益权遗留给一人，将空虚所有权遗留给另一人的，为分配附于该用益物之上的遗产债务和遗嘱债务，所有人和用益权人应被视为一个单一的人；他们共同承受的义务应依以下规则在他们中分割：

- 1.所有人负担清偿用益物上所附债务，用益权人则有义务向所有人支付在用益权的整个存续期间已清偿数额的通常利息。

- 2.所有人不同意此等清偿时，用益权人可清偿之，并且在用益权期满时，有权请求所有人向其不计利息地偿还本金。

- 3.如为执行由死者就用益物设定的抵押或质押而出卖用益物，则应对用益权人适用第1366条的规定。

中国民法典释评

ZHONGGUO MINFADIAN SHIPING

侵权责任编

张新宝 著



 中国人民大学出版社

版权信息

书名：中国民法典释评·侵权责任编

作者：张新宝

出版社：中国人民大学出版社

出版日期：2020-08-01

ISBN：9787300282688

价格：130.00元

目录

CONTENTS

代总序 民法典的时代意义

前言

第七编 侵权责任

第一章 一般规定

第一千一百六十四条

第一千一百六十五条

第一千一百六十六条

第一千一百六十七条

第一千一百六十八条

第一千一百六十九条

第一千一百七十条

第一千一百七十一条

第一千一百七十二条

第一千一百七十三条

第一千一百七十四条

第一千一百七十五条

第一千一百七十六条

第一千一百七十七条

第一千一百七十八条

第二章 损害赔偿

第一千一百七十九条

第一千一百八十条

第一千一百八十一条

第一千一百八十二条

第一千一百八十三条

第一千一百八十四条

第一千一百八十五条

第一千一百八十六条

第一千一百八十七条

第三章 责任主体的特殊规定

第一千一百八十八条

第一千一百八十九条

第一千一百九十条

第一千一百九十一条

第一千一百九十二条

第一千一百九十三条

第一千一百九十四条

第一千一百九十五条

第一千一百九十六条

第一千一百九十七条

第一千一百九十八条

第一千一百九十九条

第一千二百条

第一千二百零一条

第四章 产品责任

第一千二百零二条

第一千二百零三条

第一千二百零四条

第一千二百零五条

第一千二百零六条

第一千二百零七条

第五章 机动车交通事故责任

第一千二百零八条

第一千二百零九条

第一千二百一十条

第一千二百一十一条

第一千二百一十二条

第一千二百一十三条

第一千二百一十四条

第一千二百一十五条

第一千二百一十六条

第一千二百一十七条

第六章 医疗损害责任

第一千二百一十八条

第一千二百一十九条

第一千二百二十条

第一千二百二十一条

第一千二百二十二条

第一千二百二十三条

第一千二百二十四条

五、医疗机构的比较过错责任

第一千二百二十五条

第一千二百二十六条

[第一千二百二十七条](#)

[第一千二百二十八条](#)

[第七章 环境污染和生态破坏责任](#)

[第一千二百二十九条](#)

[第一千二百三十条](#)

[第一千二百三十一条](#)

[第一千二百三十二条](#)

[第一千二百三十三条](#)

[第一千二百三十四条](#)

[第一千二百三十五条](#)

[第八章 高度危险责任](#)

[第一千二百三十六条](#)

[第一千二百三十七条](#)

[第一千二百三十八条](#)

[第一千二百三十九条](#)

[第一千二百四十条](#)

[第一千二百四十一条](#)

[第一千二百四十二条](#)

[第一千二百四十三条](#)

[第一千二百四十四条](#)

[第九章 饲养动物损害责任](#)

[第一千二百四十五条](#)

[第一千二百四十六条](#)

[第一千二百四十七条](#)

[第一千二百四十八条](#)

[第一千二百四十九条](#)

[第一千二百五十条](#)

[第一千二百五十一条](#)

[第十章 建筑物和物件损害责任](#)

[第一千二百五十二条](#)

[第一千二百五十三条](#)

[第一千二百五十四条](#)

[第一千二百五十五条](#)

[第一千二百五十六条](#)

[第一千二百五十七条](#)

[第一千二百五十八条](#)

[新旧法条对照表](#)

[返回总目录](#)

代总序

民法典的时代意义



民法典是新中国成立以来第一部以“法典”命名的法律，也是第一部直接以“民”命名的法典。以“法典”命名，表明凡是纳入民法典的规则，都具有基础性、典范性的特点；以“民”命名，说明民法典把人民愿望置于首位，充分反映人民的利益诉求。民法典的立法宗旨和目的就是充分反映人民群众的意愿，保障私权，维护广大人民群众的利益。

习近平总书记指出，“民法典在中国特色社会主义法律体系中具有重要地位，是一部固根本、稳预期、利长远的基础性法律”。如何理解习近平总书记所说的“基础性法律”？我认为可以从两个方面理解：一是在整个社会主义法律体系中，民法典是一部基础性法律。所谓“典”，就是典范、典籍的意思，在整个社会主义法律体系中，民法典是宪法之下的基础性法律。法律分为公法与私法两部分，它们分别确认公权与私权。现代法治的核心是规范公权、保障私权。一般认为，保障私权是由民法典等民事法律实现的，而规范公权是由公法承担的，但实际上，民法典通过确认和保护私权，也起到了规范公权的作用，其他法律、行政法规以及单行法等，都应当与民法典保持一致。同时，行政执法、司法也都要以民法典为基本遵循。二是在民事领域，民法典是基础性法律，换言之，民法典是私法的基本法。民事关系纷繁复杂，它不仅依靠民法典调整，还需要大量的民事单行法，而在所有调整民事主体财产和人身关系的法律中，民法典居于基础性地位，民法典也被称为私法基本法。

（一）推进民事立法的体系化

我国民法典的颁布有力地促进了民事立法的体系化。一方面，迄今为止，我国已经颁布了多部民商事法律，在民法典之外，还存在大量的单行法，如公司法、保险法、破产法等。民法典的颁布，使各个民商事单行法在民法典的统帅下，构成一个完整的、系统化的整体。民法典和民事单行法之间的关系，就像树根、主干与枝叶之间的关系，民法典是树根和主干，而民事单行法是枝叶，民事单行法必须以民法典为基础和根据。民法典的颁布有效沟通了民法典和单行法，这有利于消除民法典与单行法之间的冲突和矛盾。另一方面，就内部体系而言，民法典按照“总一分”结构，形成由总则、物权、合同等构成的完整体系，各分编也在一定的价值和原则指引下形成了由概念、规则、制度构成的、具有内在一致性的整体，实现了形式的一致性、内容的完备性以及逻辑自足性。民法典共分七编，即总则编、物权编、合同编、人格权编、婚姻家庭编、继承编、侵权责任编，它们都以对民事权利的确认和保护而形成一個体系化的整体。总则是对民事权利的一般规则作出的规定，各分编则是分别对物权、合同债权、人格权、婚姻家庭中的权利、继承权以及对各项权利的侵权责任制度所组成的规则体系。

民法典有助于制度的科学化，为良法善治奠定基础。在我国，由于长期没有民法典，许多调整民事关系的重要规则不能通过民事法律的方式表现出来，从而留下了法律调整的空白。这些法律空白一般是通过国务院各部委的规章及地方政府颁布的地方性规章予以填补的，而一些规章难免出现不当限制公民私权，或者变相扩张行政权的问题。民法典颁布后，其作为上位法，可以有效指导行政法规等制度，避免民法规范与行政法规、地方法规等的矛盾冲突，防止政出多门，保障交易主体的稳定预期，维持市场经济的正常运行。

（二）有效提升国家治理体系和治理能力的现代化

国家治理体系和治理能力现代化的主要特征是实现法治，即全面依法治国。如前述，现代法治的核心在于规范公权、保障私权。一方面，民法典构建了完备的民事权利体系，确立了完善的民事权利保护规则，鼓励个人积极维护自身权利，这不仅保障了私权，也有利于规范公权。民法典的各项规则也明确了各级政府依法行政的边界，就是说，国家机关要把民法典作为行政决策、行政管理、行政监督的重要标尺，不得违背法律法规随意作出减损自然人、法人和非法人组织合法权益或增加其义务的决定，这

必将有力推动政府治理能力。另一方面，作为市民社会的一般私法以及百科全书，民法典通过合理的架构为民事活动提供各种基本准则，为交易活动确立基本的规则依据，为各种民事纠纷的预防和解决提供基本的遵循。民法典进一步强化私法自治，充分鼓励交易，维护交易安全。合同编从合同的订立到履行都强调了增进合同自由和私法自治这一宗旨，将有力调动市场主体从事交易的积极性。此外，民法典还有效地处理了个人与个人、个人与社会、个人与国家的关系，在对个人的保护中，同时强调对公共利益的维护，以实现个人和社会之间关系的平衡，这必将推动社会共建共治共享，促进社会和谐有序。

（三）完善社会主义市场经济法律体系

社会主义市场经济本质上是法治经济。各项民法制度根植于市场经济的土壤，其也反作用于市场经济，是市场经济有序发展的重要制度保障。我国《民法典》总则编所规定的诚实信用、公平原则等，确立了市场主体活动的基本原则，为诚信经济的建立提供了法律保障；总则编中的民事主体就涵盖了市场主体，民事法律行为制度、代理制度为市场主体从事交易活动提供了极大的便利；民法典的物权制度、合同制度是市场经济最基本的规则，是支撑市场经济最重要的两根法律支柱，民法典的担保制度也为融通资金、繁荣经济、保障债权提供了有力的制度保障。编纂民法典不仅完善了市场经济基本的法律制度，而且有利于营造良好的营商环境，并充分调动民事主体的积极性和创造性，维护市场秩序和交易安全。^[1]

（四）为实现人民群众美好幸福生活提供保障

民法典的要义是为民立法，以民为本。“人民的福祉是最高法律”。编纂民法典，就是顺应保障人民群众合法权益的需求，形成更加完备、更加切实的民事权利体系，完善权利保护和救济规则，形成较为有效的权利保护机制，使人民群众有更多、更直接、更实在的获得感、幸福感和安全感。我国民法典充分保障人民群众美好幸福生活，主要表现在以下几方面。

一是通过人格权编充分保障个人人格尊严。进入新时代，我国已经成为世界第二大经济体，人民物质生活条件得到了极大改善，不久即将全面建成小康社会。在基本温饱得到解决之后，人民群众就会有更高水平的精神生活追求，并希望过上更有尊严、更体面的生活。正因如此，“保护人格权、维护人格尊严，是我国法治建设的重要任务”^[2]，例如，针对发送垃圾短信、垃圾邮

件侵扰个人私人生活安宁的行为，《民法典》人格权编专门在隐私权部分规定了此种侵害隐私权的行为类型，并第一次规定了私人生活安宁权，明确将个人私人生活安宁规定在隐私权之中，禁止非法进入、拍摄、窥视他人的住宅、宾馆房间等私密空间，禁止非法拍摄、窥视、窃听、公开他人的私密活动，禁止非法拍摄、窥视他人身体的私密部位，这有利于保障社会生活的安定有序（第1033条）。

二是民法典通过各项制度安排充分保障人民群众的物质生活需求。例如，《民法典》物权编新增的居住权制度，对于解决“住有所居”问题、保障个人的居住利益具有重要意义。再如，《民法典》合同编典型合同完善了租赁合同的规则，完善了优先购买权规则，新增优先承租权规则（第734条），这对于稳定租赁关系、规范租赁市场秩序、保障承租人的居住利益具有重要意义。又如，合同编典型合同部分还完善了运输合同的规则，这对于保障个人出行安全、维护运输秩序具有重要意义。

三是民法典通过各项民事责任制度充分保障人民的合法权益。民法典通过各项规则，守护老百姓“舌尖上的安全”“车轮上的安全”“头顶上的安全”等财产和人身安全。例如，《民法典》侵权责任编在产品责任部分规定了惩罚性赔偿规则，这必将有力遏制生产、销售不合格食品的行为，有利于保证人们“舌尖上的安全”（第1207条）；侵权责任编还重点完善高楼抛物致人损害的责任，这有利于充分保障人们“头顶上的安全”（第1254条）。

（五）有利于实现依法行政、公正司法

民法典具有基础性和典范性的特点，是公民权利保护的宣言书，是民事主体的行为准则、依法行政的基本依循，也是法院裁判民事案件的基本遵循。民法典对于依法行政、公正司法的作用还表现在：一是资讯集中，方便找法。实践中之所以出现“同案不同判、同法不同解”现象，重要的原因就在于，法官选择法条和裁判依据存在差别。而法典化的一个重要优势在于“资讯集中”，正所谓“法典在手，找法不愁”，执法者、法官只要有一部民法典在手，并通过领悟其规则和精神，就可以找到民事裁判的主要依据。二是统一裁判依据。民法典是基础性法律，是行政执法者、法官适用法律的基本遵循，因此，处理民事纠纷，首先要从民法典中找法。在我国，长期以来，有些新法颁布以后，因为没有废止旧法，且没有指明新法修改了哪些旧有的规定，这就产生了新法与旧法同时适用的现象，造成了规则的不统一。民法典的颁布将从根本上改变这一现象。民法典的颁行可以保障法官裁判

依据的统一性，正是因为法律适用具有一致性，法官的自由裁量权将在规范的约束下进行，这就可以保障法官平等地、统一地对不同案件作出判决，保障“类似情况类似处理”，从而实现判决结果的可预测性，实现法的安定性。三是提升执法和司法人员的能力。民法典是法律工作者今后研究、处理涉及民事纠纷的基本依据，也是执法、司法的基本平台，民事纠纷的解决都应当在该平台中研讨。在民事领域考验我们的执法能力，很大程度上就是衡量我们准确把握、理解和运用民法典的能力。民法典颁布后，如果执法和司法人员都能够真正学懂、弄通民法典的规则，就可以基本把握处理和裁判民事纠纷的基本规则，并能够按照体系化的思维方式处理民事纠纷。

注释：

[1]全国人民代表大会常务委员会副委员长王晨.关于《中华人民共和国民法典（草案）》的说明——2020年5月22日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上.

[2]沈春耀作关于民法典各分编（草案）修改情况和民法典（草案）编纂情况的汇报.人民日报，2018-08-28.

前言

2020年5月28日，十三届全国人民代表大会第三次会议通过《中华人民共和国民法典》（《民法典》）。当日，国家主席习近平以第45号主席令颁布。《中华人民共和国侵权责任法》（《侵权责任法》）被编纂入《民法典》，成为《民法典》第七编“侵权责任”。《民法典》将自2021年1月1日起施行，《侵权责任法》将被其中的“侵权责任编”所取代而废止。

全国人民代表大会常务委员会副委员长王晨在立法说明中对侵权责任编的编纂情况和主要内容进行了概括说明^[1]：

侵权责任是民事主体侵害他人权益应当承担的法律后果。2009年第十一届全国人大常委会第十二次会议通过了侵权责任法。侵权责任法实施以来，在保护民事主体的合法权益、预防和制裁侵权行为方面发挥了重要作用。草案第七编“侵权责任”在总结实践经验的基础上，针对侵权领域出现的新情况，吸收借鉴司法解释的有关规定，对侵权责任制度作了必要的补充和完善。第七编共10章、95条，主要内容有：

1.关于一般规定。第七编第一章规定了侵权责任的归责原则、多数人侵权的责任承担、侵权责任的减轻或者免除等一般规则，并在现行侵权责任法的基础上作了进一步的完善：一是确立“自甘风险”规则，规定自愿参加具有一定风险的文体活动，因其他参加者的行为受到损害的，受害人不得请求没有故意或者重大过失的其他参加者承担侵权责任（草案第一千一百七十六条第一款）。二是规定“自助行为”制度，明确合法权益受到侵害，情况紧迫且不能及时获得国家机关保护，不立即采取措施将使其合法权益受到难以弥补的损害的，受害人可以在保护自己合法权益的必要范围内采取扣留侵权人的财物等合理措施，但是应当立即请求有关国家机关处理。受害人采取的措施不当造成他人损害的，应当承担侵权责任（草案第一千一百七十七条）。

2.关于损害赔偿。第七编第二章规定了侵害人身权益和财产权益的赔偿规则、精神损害赔偿规则等；同时，在现行侵权责任法的基础上，对有关规定作了进一步完善：一是完善精神损害赔偿制度，规定因故意或者重大过失侵害自然人具有人身意义的特定物造成严重精神损害的，被侵权人有权请求精神损害赔偿（草案第一千一百八十三条第二款）。二是为加强对知识产权的保护，提高侵权违法成本，草案增加规定，故意侵害他人知识产权，情节严重的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿（草案第一千一百八十五条）。

3.关于责任主体的特殊规定。第七编第三章规定了无民事行为能力人、限制民事行为能力人及其监护人的侵权责任，用人单位的侵权责任，网络侵权责任，以及公共场所的安全保障义务等。同时，草案在现行侵权责任法的基础上作了进一步完善：一是增加规定委托监护的侵权责任（草案第一千一百八十九条）。二是完善网络侵权责任制度。为了更好地保护权利人的利益，平衡好网络用户和网络服务提供者之间的利益，草案细化了网络侵权责任的具体规定，完善了权利人通知规则和网络服务提供者的转通知规则（草案第一千一百九十五条、第一千一百九十六条）。

4.关于各种具体侵权责任。第七编的其他各章分别对生产销售、机动车交通事故、医疗、环境污染和生态破坏、高度危险、饲养动物、建筑物和物件等领域的侵权责任规则作出了具体规定，并在现行侵权责任法的基础上，对有关内容作了进一步完善：一是完善生产者、销售者召回缺陷产品的责任，增加规定，依照相关规定采取召回措施的，生产者、销售者应当负担被侵权人因此支出的必要费用（草案第一千二百零六条第二款）。二是明确交通事故损害赔偿的顺序，即先由机动车强制保险理赔，不足部分由机动车商业保险理赔，仍不足的由侵权人赔偿（草案第一千二百一十三条）。三是进一步保障患者的知情同意权，明确医务人员的相关说明义务，加强医疗机构及其医务人员对患者隐私和个人信息的保护（草案第一千二百一十九条、第一千二百二十六条）。四是贯彻落实习近平生态文明思想，增加规定生态环境损害的惩罚性赔偿制度，并明确规定了生态环境损害的修复和赔偿规则（草案第一千二百三十二条、第一千二百三十四条、第一千二百三十五条）。五是加强生物安全管理，完善高度危险责任，明确占有或者使用高致病性危险物造成他人损害的，应当承担侵权责任（草案第一千二百三十九条）。六是完善高空抛物坠物治理规则。为保障好人民群众的生命财产安全，草案对高空抛

物坠物治理规则作了进一步的完善，规定禁止从建筑物中抛掷物品，同时针对此类事件处理的主要困难是行为人难以确定的问题，强调有关机关应当依法及时调查，查清责任人，并规定物业服务企业等建筑物管理人应当采取必要的安全保障措施防止此类行为的发生（草案第一千二百五十四条）。

本书对《民法典》第七编“侵权责任”10章95个条文进行了全面解释和少量评论，以文义解释、体系解释等法律解释方法为主要研究方法，兼顾法史学和比较法学方法的应用。对于法律条文的评论，是基于十多年来作者参加《侵权责任法》和《民法典》各编的全程起草工作以及深度关注、跟踪相关司法实践积累的资料和心得感悟。希望将这些贡献出来，帮助读者更好地理解和适用“侵权责任编”的法律原则和具体规定。

张新宝

中国人民大学法学院教授

教育部长江学者特聘教授

中国法学会民法典编纂领导小组成员暨

侵权责任编总召集人

2020年5月28日夜于京西“两河流域”一心斋

注释：

[1]全国人民代表大会常务委员会副委员长王晨.关于《中华人民共和国民法典（草案）》的说明——2020年5月22日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上.

第七编 侵权责任

第一章 一般规定

【本章提要】本章是关于侵权责任的一般规定，共15个条文（第1164条-第1178条）。第1164条是关于本编调整对象的规定。第1165条是关于过错侵权责任一般条款以及过错推定的规定。第1166条是关于无过错侵权责任的规定。第1167条是关于停止侵害、排除妨碍、消除危险等预防性责任方式的规定。第1168条-第1172条是关于数人侵权责任的规定。第1173条和第1174条是关于被侵权人和受害人过错（失）、故意的规定。第1175条是关于第三人责任的规定。第1176条是关于“自甘风险”抗辩事由的规定。第1177条是关于“自助”抗辩事由的规定。

《民法典》第一编总则第八章“民事责任”是本编的“上位法”，在理解与适用本编和本章时，需要联系《民法典》第一编总则第八章民事责任的相关条文进行体系解释。

第一千一百六十四条

本编调整因侵害民事权益产生的民事关系。

本条主旨

本条是关于侵权责任编调整范围的规定。侵权责任编调整因侵害民事权益产生的民事关系。

相关条文

《侵权责任法》^[1]

第2条 侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。

第3条 被侵权人有权请求侵权人承担侵权责任。

《民法典》

第3条 民事主体的人身权利、财产权利以及其他合法权益受法律保护，任何组织或者个人不得侵犯。

第176条 民事主体依照法律规定或者按照当事人约定，履行民事义务，承担民事责任。

第186条 因当事人一方的违约行为，损害对方人身权益、财产权益的，受损害方有权选择请求其承担违约责任或者侵权责任。

理解与适用

一、侵权责任法调整因侵权产生的民事关系

近代以来，法律主要依据其所调整的社会关系之不同而划分为若干“部门”，民法即此等“部门”之一，调整平等主体之间的人身关系和财产关系。在我国，民法确认的平等主体包括自然人、法人和非法人组织（《民法典》第2条）。作为民法分则一编的“侵权责任编”当然也调整平等主体之间的人身关系和财产关系。在学理上，通常会用“侵权责任法的调整对象”或者“侵权责任法保护的民事权益范围”来表达这一问题。

民法所调整的人身关系和财产关系具有多样性，民法分则各编调整的人身关系和财产关系在种类、性质等方面不尽相同：有的仅调整人身关系，有的仅调整财产关系；有的调整基于当事人自愿之民事法律行为产生的人身关系和财产关系，有的调整基于法律的规定产生的人身关系和财产关系。

侵权责任法调整基于法律规定直接产生的人身关系和财产关系，即“依照法律规定”“履行民事义务，承担民事责任”。在侵权责任法调整的民事关系中，被侵权人享有的权利和侵权人应当承担的义务与责任，不是由当事人事先约定的，而是在发生侵害事实的情况下由法律直接加以规定的。因此，因侵权发生的债，被称为法定之债。在这种债的关系中，被侵权人依据法律（主要是侵权责任法）的规定请求侵权人承担侵权责任。侵权责任的承担方式可以是人身性质的，如赔礼道歉、消除影响、恢复名誉；也可以是财产性质的，如赔偿损失、恢复原状。

二、侵权责任法的保护范围：绝对民事权利

民事权利可分为绝对权和相对权。绝对权，指对于一般人请求不作为的权利，如人格权、身份权、物权等。有此权利者，得请求一般人不得侵害其权利，又称为对世权。^[2]

侵权责任法的调整范围，也可以根据侵权责任法保护的民事权益范围进行界定。是否所有的民事权益受到侵害都适用侵权责任法，或者说侵权责任法到底保护哪些民事权益？这是一个民法内部的体系协调问题。大陆法系国家民法理论基本上认为，基于合同约定产生的民事权益原则上不受侵权责任法的保护而受合同法的保护。基于合同约定产生的权利义务属于“意定之债”，不是侵权责任法保护的民事权益。法国民法理论及其实通过“责任非竞合”规则，排除侵权责任法对违约责任之适用，即使违约方的行为既造成违约损失也造成受害人一方固有利益的损失，受害人一方也只能依合同法请求救济。于德国法，单纯违约造成的损害当由合同法救济；只有在违约行为同时构成

对受害人固有权利（如生命、健康等）损害时，受害人一方方可选择损害赔偿请求权或者违约责任请求权，二者只能择一行使。

大陆法系民法大致有这样一个共识：侵权责任法主要保护具有“绝对”性质的民事权益。侵害具有绝对性质的民事权益造成损害，由侵权责任法加以救济；相反，对于因违约造成的债权利益损失，则由合同法予以救济。2009年《侵权责任法》第2条第2款对其所保护的民事权益进行了列举：本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。这里仅仅列举了侵权责任法保护的民事权利，而没有列举侵权责任法保护的“合法权益”，所列举的民事权利均属于绝对性质的民事权利，而不是当事人之间因合同等约定而产生的相对权利——债权。《民法典》虽然没有对侵权责任法保护的具体民事权益进行列举，但是在立法上也似乎遵循了《侵权责任法》第2条第2款的思路，没有另起炉灶作出新的制度安排。

三、侵权责任法对其他合法民事权益的保护

我国民法不仅保护民事主体的人身权利和财产权利，也保护民事主体的“其他合法权益”^[3]。在《民法典》第3条，“人身权利、财产权利”与“其他合法权益”并列加以规定，表明二者并不相互包容，而是分别有所指向的。《民法典》第一编第五章“民事权利”既规定了各种民事权利，也规定了一些“合法权益”。这些民事权利中的绝对权部分，当然受侵权责任法保护。而个人信息（第111条）、数据和网络虚拟财产（第127条）虽然没有明确被规定为民事权利，也应当被认为是侵权责任法所保护的“其他合法权益”。

在民法理论和比较法实践上，某些合理的信赖利益受侵权责任法保护，第三人恶意侵害债权应当承担侵权责任^[4]，死者的某些人格利益受到保护^[5]，这些都可以被看作侵权责任法对“其他合法权益”的保护。在我国，对“其他合法权益”的确认主要依赖于：（1）民法或者其他法律的规定；（2）最高人民法院的司法解释等规范性文件的规定；（3）基于诚实信用原则（《民法典》第7条）和习惯（《民法典》第10条）等，由最高人民法院的指导案例个别确认。

四、侵权责任与违约责任的关系

《民法典》第186条规定：“因当事人一方的违约行为，损害对方

人身权益、财产权益的，受损害方有权选择请求其承担违约责任或者侵权责任。”这条规定承继了《合同法》第122条，是处理侵权责任与违约责任之“责任竞合”的主要规则。

侵权责任与违约责任竞合，是指行为人的同一行为既违反侵权责任的有关规定、符合侵权责任之构成要件，又违反合同法的有关规定或当事人的约定、符合违约责任的构成要件，因此而产生的侵权责任与违约责任并存且相互冲突的现象。侵权责任与违约责任是最基本的两类民事责任。在民事法律领域，责任竞合主要发生于侵权责任与违约责任之间。

违约责任又称违反合同的责任或合同责任，是指在合同成立并生效的情况下，合同当事人不履行或不适当履行合同债务（即当事人的义务）时依法产生的法律责任。而侵权责任是侵权人的行为或者“准侵权行为”侵害他人法定民事权利时依法应承担的民事责任。违约责任与侵权责任均为民事责任，这是二者之间最基本的同一性。

学者们将违约责任与侵权责任的区别归纳为九个方面：（1）归责原则不同。承担违约责任适用严格责任原则甚或无过错责任原则；承担侵权责任一般适用过错责任原则，特殊侵权责任适用无过错责任原则。（2）举证责任不同，承担违约责任，受害人无须对违约行为等进行举证；承担侵权责任，多数情形下受害人一方要对责任构成要件的多个方面进行举证，但法律有特别规定者除外。（3）义务内容不同，承担违约责任通常以违反约定义务为前提；承担侵权责任通常以违反法定义务为前提。（4）时效的区别。现行法律对承担违约责任和承担侵权责任分别规定了不同的时效期间。（5）责任构成要件和免责条件不同。承担违约责任只需要两个要件，即约定的义务和违反该义务的行为；而承担侵权责任视案件具体情况需要符合三个或四个构成要件。此外，法律对这两种民事责任规定了不同的免责事由。（6）责任形式不同。现行法律规定，有些民事责任方式可适用于这两种责任，但有些则是专属的，如支付违约金的民事责任方式只适用于违约责任。（7）责任范围不同。承担违约责任，赔偿范围一般为可预期的履行利益；承担侵权责任，赔偿范围通常为全部实际损失和合理的间接损失。（8）对第三人的责任不同。（9）诉讼管辖不同。^[6]这九个方面都从不同的角度、在不同的层次上揭示了违约责任与侵权责任之区别。笔者认为，二者的根本区别还在于责任基础不同：违约责任的责任基础是违反当事人之间的约定义务，侵权责任的责任基础是行为人违反法律直接规定的法定义务（即侵害他人之法定民事权益）。前者在责任之构成与法律（合同法）规定之间，存在当事人基于意思自治的合意过程；后者在责任之构成与法律（侵权责任法）规

定之间，不存在当事人基于意思自治的合意过程。

根据《民法典》第186条以及最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》，侵权责任与违约责任竞合规定的适用条件为：（1）必须是当事人之间存在合同关系并且一方实施了违约行为。（2）一方当事人的违约行为，同时侵权了对方人身、财产权益。（3）被侵权人享有选择权。被侵权人选择请求权的期限最迟在一审开庭前，一旦开庭，即按照被侵权人选择的请求权开始审理。在允许竞合的前提下，学者主张应对责任竞合进行一定的限制。^[7]笔者认为，我国民事立法在这一问题上的基本对策是承认有限制的责任竞合：（1）承认责任竞合为一种客观现象，不可能或不必一概否认；（2）在立法技术允许的前提下，避免规范竞合过多出现之情形；（3）被侵权人享有双重请求权，但一旦行使其其中之一，另一请求权就当然消灭。

注释：

[1]《民法典》第1260条规定：本法自2021年1月1日起施行。《中华人民共和国婚姻法》、《中华人民共和国继承法》、《中华人民共和国民事诉讼法通则》、《中华人民共和国收养法》、《中华人民共和国担保法》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国物权法》、《中华人民共和国侵权责任法》、《中华人民共和国民事诉讼法总则》同时废止。

[2]王泽鉴.民法概要.北京：中国政法大学出版社，2003:39.

[3]侵权责任法保护的民事法益主要包括“纯粹经济利益”、某些财产性质的信赖利益、某些尚未上升为民事权益的精神利益。没有列举的“权益”，也可能属于“等人身、财产权益”的范畴，如人身自由。此外，债权在一定程度上也属于受到保护的财产利益，但侵害债权的侵权责任之构成往往以侵权人的故意为主观条件。张新宝.侵权责任法.4版.北京：中国人民大学出版社，2016:4-5.

[4]克雷蒂安·冯·巴尔.欧洲比较侵权行为法：上卷.张新宝，译.北京：法律出版社，2001:52.

[5]最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第3条。

[6]王利明主编.民法·侵权行为法.北京：中国人民大学出版社，1993:225-229.

[7]王利明.侵权行为法研究：上卷.北京：中国人民大学出版社，2004:671-672.

第一千一百六十五条

行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵权责任。

依照法律规定推定行为人有过错，其不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。

本条主旨

本条有两款。第1款是关于过错责任一般条款的规定，第2款是关于在过错责任领域，过错推定的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第6条 行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。

根据法律规定推定行为人有过错，行为人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。

第15条 承担侵权责任的方式主要有：（一）停止侵害；（二）排除妨碍；（三）消除危险；（四）返还财产；（五）恢复原状；（六）赔偿损失；（七）赔礼道歉；（八）消除影响、恢复名誉。以上承担侵权责任的方式，可以单独适用，也可以合并适用。

《民法总则》

第179条 承担民事责任的方式主要有：（一）停止侵害；（二）排除妨碍；（三）消除危险；（四）返还财产；（五）恢复原状；（六）修理、重作、更换；（七）继续履行；（八）赔偿损失；（九）支付违约金；（十）消除影响、恢复名誉；（十一）赔礼道歉。法律规定惩罚性赔偿的，依照其规定。

理解与适用

一、过错与作为侵权责任构成要件的过错

（一）过错与过错的判断标准

过错，是指行为人在实施侵害他人民事权益行为时的主观不良心态，包括故意和过失。有些国家的民法典直接将过错表述为“故意或过失”^[1]。所谓故意，是指追求损害结果发生或者明知损害结果发生概率很大而放任自己的行为，从而引发损害结果的一种不良心态。前者谓之直接故意，后者谓之间接故意。故意在法律评价上也可以区分为一般故意和恶意。所谓过失，是指疏忽大意或者过分轻信的不良心态，或者应该预见自己的行为可能导致损害发生而没有预见，或者虽然预见到了损害可能发生，但是过分轻信某些主客观条件，误认为损害结果不会发生或者可以避免。过失按照其程度，可以分为轻微过失、一般过失和重大过失。

在侵权责任法领域，过错是最重要的概念，也是最常见的责任构成要件。在被侵权人方面，如果存在过错，也是减轻乃至免除行为人（侵权人）责任的抗辩事由。过失是最为常见的过错。关于过失的判断标准，有主观说、客观说和折中说三种理论。主流的观点为客观说，或者适当考虑主观方面但是以客观作为主要判断标准的折中说：（1）如果存在法定的注意义务，行为人没有履行该注意义务或者没有达到该注意义务所要求的注意程度，则是有过失的；（2）如果一个理性人（reasonable man）在案件的具体情形能够达到一定的注意程度，而行为人没有达到该注意程度，则有过失。

（二）过错作为填补损失的侵权责任方式之构成要件

本条第1款规定，过错是构成侵权责任的要件。在法律没有特别规定的情况下，行为人有一般过失就满足了侵权责任的主观构成要件的要求，而不要求故意或者重大过失。轻微过失通常不能满足侵权责任主观构成要件的要求，但是法律有特别规定的不在此限。

过错是侵权责任的构成要件。这里的“侵权责任”主要是指填补损失的侵权责任方式，也就是恢复原状、赔偿损失、赔礼道歉、消除影响、恢复名誉等责任方式。对于预防损害的责任方式而言，是不需要过错甚至不要求损害、因果关系作为责任构成要件的。对此，《民法典》第1167条作出了专门规定。

二、侵权责任的归责原则与过错责任原则

（一）侵权责任的归责原则

侵权责任的归责原则，是指责任的伦理、道义基础或者依据：凭什么要求行为人承担侵权责任。一般认为，我国侵权责任法规定过错责任原则为最主要、最基本的归责原则：原则上将行为人承担侵权责任的基础和依据建立在其实施加害行为时的主观过错之上。由于有过错，故而行为人要对其过错心理驱动下的行为造成的损害承担责任。

作为例外或者补充，我国侵权责任法还将“无过错”作为第二个归责原则；在五种特别情形，不考虑行为人有无过错，只要其行为造成了他人民事权益损害，法律规定应当承担侵权责任的，就应承担侵权责任。这是我国侵权责任法规定的侵权责任二元归责原则体系。一般情况下，是有过错才可能承担责任，特别情况下，不考虑行为人有无过错，只要其行为造成损害就要承担责任。

有人主张“公平责任”为侵权责任的归责原则。这缺乏必要的法律条文依据，也不利于严格适用法律，实在不可取。

（二）过错责任原则

古代法律大多实行“结果责任”或说“客观责任”：只要行为人的行为导致损害结果之发生，不管其主观上有无过错，均应承担法律责任。这对于行为人可能是苛求的：尽管他不追求、不放任损害结果的发生，不管自己如何小心谨慎都不能避免损害结果的发生，却要对意志以外的损害结果承担责任。这样的法律责任制度必定严苛束缚人的行为自由和创造力，使其不敢为任何可能致害的行为。

公元前275年，古罗马帝国《阿奎利亚法》^[2]首次规定了过错责任：行为人只对自己有过错的行为造成的损害承担责任。^[3]这是过错责任的肇端。两千多年来，虽然经历了否认过错责任强调结果责任的中世纪法治，但是人类社会最终确立过错责任原则为侵权责任构成的基本原则，将承担侵权责任的伦理和道义正当性建立在行为人的过错之上。

过错责任原则的基本含义是：行为人仅对自己有过错的行为承担侵权责任，不对他人的行为造成的损害承担责任，不对自己没有过错的行为造成的损害承担责任。

三、过错侵权责任的一般条款与构成要件

（一）过错侵权责任的一般条款

在现代大陆法系，侵权责任大致可以分为过错责任和无过错责任两大类。过错责任的案件具有多样性、复杂性和广泛性，因而无法在立法上进行列举规定。无过错责任案件的类型则较少，行为人的某个行为承担无过错责任，往往需要特别的理由并由法律作出明确的规定。

由于民事法律无法对形形色色的构成侵权的案件作出列举性规定，无法贯彻“罪刑法定主义”，因此就有必要在立法技术上对各种过错侵权责任案件进行抽象和提炼，找到其本质特征，再将这些本质特征提升为“一般条款”：行为人的行为符合一般条款规定的全部责任构成要件的，就要承担侵权责任；反之，则不承担侵权责任。所谓过错侵权责任的一般条款，是指在侵权责任法中概括规定过错侵权责任所有构成要件的条款。在侵权责任法中，过错侵权责任的一般条款具有“纲”的地位和作用，统领所有其他相关条款。《民法典》第1165条第1款是我国过错侵权责任的一般条款。

（二）关于过错侵权责任的一般条款的简要比较法考察

一般认为，德国侵权责任法没有设置过错侵权责任的一般条款，其对过错侵权责任是通过“三阶层”的立法技术分别加以规定的：

（1）侵害生命、身体、健康、人身自由、财产等权利的侵权责任（《德国民法典》第823条第1款）；（2）违反“保护性规定”侵害他人权益的侵权责任（《德国民法典》第823条第2款）；（3）故意违反善良风俗致他人损害的侵权责任。尽管德国立法没有建立起过错侵权责任的一般条款，但是学理上对过错侵权责任构成要件的关注并不缺乏。依据德国侵权责任法理论，过错侵权责任的构成需要四个要件：行为的不法性（不法行为）、过错（故意或者过失）、损害、不法行为与损害之间的因果关系。^[4]

《法国民法典》第1382条则是关于过错侵权责任的一般条款规定，因为它将所有过错侵权责任的构成要件都规定在一个条文中。该条规定：“任何行为使他人受到损害时，因自己的过失使损害发生之人，对该他人负赔偿的责任。”法律不列举不同种类或者不同形态的过错侵权责任，而只是统一规定过错侵权责任的构成要件——凡是符合构成要件要求的，就构成侵权责任，行为人因此承担侵权责任；凡是部分或者完全缺乏构成要件的，则不构成侵权责任，行为人无须承担侵权责任。《法国民法典》第1382条规定的过错侵权责任的构成要件包括：过错（客观过错）、损害、因果关系。

（三）我国过错侵权责任一般条款规定的构成要件

1.从《侵权责任法》第6条第1款到《民法典》第1165条第1款

比较《侵权责任法》第6条第1款和《民法典》第1165条第1款会发现一个重要变化，即增加了“造成损害的”5个字。前者规定：“行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。”后者规定：“行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵权责任。”增加“造成损害的”实际上是重塑了我国侵权责任法过错侵权责任的一般条款，使《侵权责任法》第6条第1款那样一个关于过错侵权责任一般条款的“不完全条款”变成了《民法典》第1165条第1款这样一个关于过错侵权责任一般条款的“完全条款”。

说《侵权责任法》第6条第1款是关于过错侵权责任一般条款的“不完全条款”，是因为它是关于过错侵权责任一般条款的规定，但是没有全面准确列举过错侵权责任的构成要件，仅仅规定了侵害行为、过错两个责任构成要件，缺乏对另外两个责任构成要件，即损害和因果关系的规定^[5]；说《民法典》第1165条第1款是关于过错侵权责任一般条款的“完全条款”，是因为它不仅是关于过错侵权责任一般条款的规定，而且全面、准确列举规定了过错侵权责任的四个构成要件，即（1）过错；（2）侵害行为；（3）损害；（4）因果关系。

2.对《民法典》第1165条第1款的文义解释

对《民法典》第1165条第1款进行文义解释，可以得出如下结论：

（1）这是行为人过错侵权责任的一般条款，仅规范行为人的自己责任，不规范基于特定法律关系（如监护、雇佣）而产生的对他人致害的责任。于后者，由侵权责任编第三章“责任主体的特殊规定”加以调整。

（2）确定了过错侵权责任的4个构成要件。条文中的“过错”表达的是过错责任和过错这一构成要件。

（3）条文中的“侵害”表达的是侵害行为这一构成要件，同时对该行为作出了价值上的法定判断。一个“侵害”性质的行为，当然是被法律所否定的行为，是具有不法性的行为。第1165条第1款中的“侵害（行为）”与第1166条规定的“行为造成损害”的行为在价值判断上区别开来，法律没有对第1166条规定的“行为”作出价值判断。

（4）从构成要件的角度看，条文中的“因……侵害他人民事权益造成损害”表达了两个要件：一是损害要件，即他人的民事权益受到损害；二是因果关系要件，即有过错的侵害行为与损害之间应当具有因果关系。“造成”二字是因果关系这一构成要件的立法表达，强调的是“侵害（行为）”与“他人民事权益损害”之间的因果关系。至于“因过错侵害”中的“因”强调的是过错与侵害（行为）之间的内在关系，并非指向作为过错侵权责任构成要件的（侵害行为与损害之间的）因果关系。

由此可见：规定行为人过错责任的第1165条第1款采用了法国侵权责任法的一般条款立法模式，同时吸收了德国关于过错责任的“四要件”说。这也是我国民法学界长期以来的主流观点。^[6]

需要指出的是，法国侵权责任法的“三要件说”与德国侵权责任法的“四要件说”不存在本质区别。不同的是，德国“四要件说”将过错（内心）与行为不法性（外在）作为两个相对独立的构成要件，而“三要件说”则是将过错与行为作为一个整体进行考虑，认为内心的过错（故意或者过失）只有外化为行为的不法才有法律上的意义。按照两种貌似很对立的理论检视绝大多数侵权责任案件，得出的结论基本是一致的。

四、侵权行为：自己的侵害行为与准侵权行为

（一）行为人自己实施的侵害行为

自己的加害行为是指行为人自己实施的侵害他人民事权益的行为。在这一领域，法律一般强调行为人自己责任和过错责任。

从广义上实施加害行为的主体来看，加害行为包括两种：（1）行为人自己实施的加害行为；（2）由他人对其造成的损害负有赔偿等义务的人实施的“行为”（在实施者为有完全民事行为能力者时可以称为行为，而在无民事行为能力人致人损害的情况下，则不是严格意义上的行为，因为实施者没有行为能力，可称为“行为”或举动），这主要是指雇员在执行雇佣工作的过程中或者为了雇主的利益实施的行为以及被监护人致人损害的情况。动物致人损害不是人的加害行为，物件的内在危险之实现造成损害（如建筑物倒塌造成人身伤害），也不是人的加害行为。

在侵权责任法理论中，一般侵权责任构成要件中的“加害行为”，仅指行为人（即某人既是行为实施者也是责任承担者的情况）所实施

的加害行为（构成狭义侵权行为），而不包括雇员、被监护人等实施的加害行为，以及动物、物件致害等情况（构成准侵权行为）。

（二）准侵权行为

在准侵权行为领域，某些民事主体要对“他人的加害行为”承担侵权责任。这些民事主体承担侵权责任，首先是不以自己行为为限，其次是不以过错责任为限。对他人行为承担责任的情况通常包括：

（1）雇主对于雇员在执行雇佣事务过程中实施的加害行为给第三人造成的损害承担侵权责任；（2）监护人对被监护人给第三人造成的损害承担侵权责任；（3）法律规定的其他情况，如国家机关对其工作人员违法执行职务造成的损害承担侵权责任。这些侵权责任不属于“一般侵权责任”，而属于法律有特别规定、不适用《侵权责任法》第6条第1款的侵权责任。

此外，对建筑物、物件造成损害的责任也属于“准侵权行为”责任，而不是行为人实施侵害行为造成损害的责任。

五、损害和因果关系概说

（一）作为侵权责任构成要件的损害

损害，即《民法典》第1165条第1款和第1166条规定的“他人民事权益损害”，是侵权责任特别是填补损失性质的侵权责任如赔偿损失、恢复原状的构成要件，即被侵权人请求赔偿损失或者恢复原状，需要举证和证明损害之存在。

侵权责任法上的损害，是指被侵权人民事权益方面的不利后果，有些是人身性质的，有些是财产性质的，还有一些是精神或者心理层面的。由于侵权行为所生之债为法定之债，债的内容也应当是法定的。基于这样的认识，以赔偿损失和恢复原状等方式救济的被侵权人人身、财产权益损害，也应该是法定的。

尽管《侵权责任法》和《民法典》没有直接对“损害”的种类和范围进行规定，但是通过对相关条文的解读可以认为，我国侵权责任法确认的可以通过赔偿损失或者恢复原状救济的损害包括人身损害（死亡、残疾等，《民法典》第1179条）、精神损害（《民法典》第1183条）和财产损失（《民法典》第1181条第1款、第1182条、第1184条等）三种。在汉语语境，“损害”与“损失”通常不作严格区分，但是对于财产方面的不利后果我们通常称之为“财产损失”，对于人身

和精神方面的不利后果我们通常称之为“人身损害”和“精神损害”。损害，需要被侵权人（原告一方）进行举证和证明。在一些案件中，可能只存在一种损害，而在另一些案件中，可能存在两种或者多种损害，需要分别举证。

（二）作为侵权责任构成要件的因果关系

侵权责任法上的因果关系是指侵权行为（包括行为人的侵权行为和“准侵权行为”，如饲养动物致害）与被侵权人遭受的人身损害、财产损失之间的内在引起与被引起的联系。加害人自己的加害行为、他人（如被监护人、雇员等）的加害行为或者物之内在危险的实现（如建筑物倒塌）是损害发生的原因，受害人遭受到损害则是结果。在这样的因果关系中，内在的联系应当是客观的，而且原因发生于结果之前，原因对于结果而言是仅因并符合“相当因果关系”等的检验标准。因果关系是一般侵权责任，尤其是承担赔偿责任、恢复原状的侵权责任必须具备的条件。

大陆法系因果关系的主要理论包括：（1）条件说。其含义是：凡是对于损害后果之发生起重要作用的条件行为，都是该损害后果法律上的原因。条件说又分为必要条件说与充分条件说。目前多数大陆法系国家不再坚持条件说。（2）相当因果关系说。相当因果关系说也称为充分原因说，其基本含义是：行为人必须对以他的不法行为为相当条件的损害负赔偿责任，但是对于超出这一范围的损害后果不负侵权责任。相当原因必须是损害后果发生的必要条件，并且具有极大增加损害后果发生的可能性，即“客观可能性”。（3）盖然因果关系说。这一理论实质上不是完整意义上的因果关系之认定理论，而仅仅是因果关系的一种证明方式。其含义是：受害人证明加害行为与损害之间存在相当程度的因果关系的可能性即达到了其证明责任的要求，然后由行为人对此进行反证。如果行为人不能证明因果关系不存在则认定因果关系存在；反之，则认定不存在因果关系。^[7]

从英美侵权责任法上看，因果关系理论包括：（1）英美侵权责任法理论将因果关系分为“法律上的因果关系”与“事实上的因果关系”。所谓法律上的因果关系，是指原告所主张的事实和请求与某种特定的侵权诉因之间的关系：如果符合某种侵权诉因的要求，则认为存在法律上的因果关系；如果不符合该侵权诉因的要求，则认为不存在法律上的因果关系，被侵权人即使遭受损害也得不到相关法规则的救济。“事实上的因果关系”是指侵害行为（或者还包括大陆法上的“准侵权行为”）与损害之间的客观的内在联系，与大陆法上的因果关系略同。（2）近因（proximate cause）理论是英美侵权责任法因果关系的一种理论。依有些学者的见解，近因一词大致包含了事实上

的因果关系问题和可能被称为“法律上的原因”或者“应当承担责任的原因”问题两方面的内容，但更多的是指后者。严格说来，近因方面的问题与时间和空间的远近关系不大，只是在事实上的因果关系得到确认之后才发生近因方面的问题。在法律规则要求存在一个“法律上的近因”，侵害行为与损害之间存在一个公平、公正意义上的“近距离”的时候，近因一词才有意义。比如，被告驾驶的汽车撞到另一辆汽车，导致被撞的汽车脱离道路而撞倒一根电线杆，输电线被拉断，该地区的供电停止。显然，事实上被告的过错是引起停电、造成损害的事实上的原因，但是近因规则将在这一案件中被适用，被告将至少被免除部分责任。这只是由于公平的基本原理告诉我们：这些损害已经被远远地排除在过失驾驶的危险之外。^[8]

六、过错推定

（一）过错推定的含义

本条第2款是关于过错推定的规定。在适用过错责任归责原则的案件中，依照法律规定推定行为人有过错的，行为人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。本条第2款两次使用“行为人”概念，解释上认为其含义是一样的，内涵和外延均相同，属于同语反复。理解过错推定，应当掌握以下几点。

1. 过错推定发生在适用过错责任作为归责原则的案件中，也就是说，过错推定的案件，行为人承担侵权责任也是以其过错作为构成要件的。只有行为人在有过错的情况下才可能构成侵权责任，没有过错就不可能构成侵权责任。

2. 哪些案件适用过错推定，由法律加以规定，而不是由法官依审判职权裁量决定，更不是由当事人选择确定。法律在规定“过错推定”时常常采用如下方法：（1）直接规定过错推定，规定“行为人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任”（本条第2款）。（2）规定“但是，能够证明尽到××××职责的，不承担侵权责任”（第1199条、第1248条）。（3）规定“不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任”（第1253条、第1255条等）。

3. 法律推定行为人有过错，这样就免去了被侵权人（原告一方）对行为人的过错进行举证和证明的责任。在过错推定的情况下，行为人（被告一方）如果能够证明举证和证明自己没有过错则无须承担侵权责任；如果不能证明自己没有过错则应当在同时具备侵权责任构成的其他要件（侵害行为、损害、因果关系）的情况下，承担侵权责

任。

4.行为人证明自己没有过错，所应达到的证明程度是：（1）没有致害的故意；（2）不存在疏忽或者轻信过失，即达到了法定的注意程度或者一个理性人在相同条件下应当对被侵权人身和财产安全的注意程度。

（二）过错推定对被侵权人倾斜保护的价值取向

1. 举证责任的倒置

一般情况下，按照“谁主张谁举证”的原理，被侵权人主张行为人（被告一方）承担侵权责任，就负有对侵权责任所有构成要件（包括行为人的过错）的举证责任。在过错推定的情况下，由于法律推定行为人有过错，免去了被侵权人（原告一方）的举证负担，有利于其进行诉讼。过错推定将证明没有过错的举证责任分配给行为人（被告一方），加重其举证负担，不利于其进行诉讼。

2. 责任认定上对被侵权人的倾斜保护

于一些案件，被侵权人（原告一方）证明行为人有过错比较困难，而行为人（被告一方）证明自己没有过错也比较困难。如果按照过错责任原则的一般规定（本条第1款）处理，将会因为缺乏过错要件而判定侵权责任不构成，原告败诉；如果按照过错推定，则由于行为人（被告一方）不能证明自己没有过错而认定其“有过错”，结合具备其他构成要件的情况，而判决其承担侵权责任。因此，在过错难以证明其存在也难以否认其存在的情况下，如果适用过错推定，则有利于被侵权人获得胜诉判决。

过错推定从诉讼程序上的举证责任到实体责任的判断都有利于被侵权人，从而在过错责任领域通过举证责任分配倒置这样一种技术安排，实现对被侵权人倾斜保护的价值取向。

（三）过错推定的适用范围

过错推定的适用范围由法律直接规定。我国侵权责任法规定的过错推定适用的案件包括：（1）在无行为能力人受到人身损害的案件中，幼儿园、学校或者其他教育机构被推定有过错（《民法典》第1199条）。（2）动物园饲养的动物致人损害的，推定动物园有过错，未尽到管理职责（《民法典》第1248条）。（3）在建筑物和物件致人损害的案件中，推定所有人、管理人等有过错（《民法典·侵权

责任编》第十章的相关条文)。此外,对于法律是否规定了医疗损害责任的过错推定(《民法典》第1222条),解释上存在争议。

七、侵权责任与侵权责任方式概述

本条第1款和第2款都出现了“侵权责任”的字样。法律责任包括刑事法律责任、行政法律责任和民事法律责任。所谓侵权责任,是法律责任之一种,是民事法律责任之一种,是指侵权人依法应当承担的人身性质或者财产性质的不利法律后果。

《民法典》第一编总则对民事责任方式集中进行了规定,包括:(1)停止侵害;(2)排除妨碍;(3)消除危险;(4)返还财产;(5)恢复原状;(6)修理、重作、更换;(7)继续履行;(8)赔偿损失;(9)支付违约金;(10)消除影响、恢复名誉;(11)赔礼道歉。法律规定惩罚性赔偿的,依照其规定。

上述民事责任方式,有些属于人身性质的,如(10)消除影响、恢复名誉和(11)赔礼道歉;大多数属于财产性质的。有些是专属于侵权责任的,有些是专属于违约责任的,还有一些同时适用于违约和侵权。在适用于侵权的责任方式中,有些是预防性的,如(1)停止侵害、(2)排除妨碍和(3)消除危险,有些则属于填补损失性质的,如(5)恢复原状、(8)赔偿损失、(10)消除影响、恢复名誉、(11)赔礼道歉。停止侵害、排除妨碍、消除危险和返还财产(原物),也是物权法规定的物权(物上)请求权的内容。

各种侵权责任方式,依案件的具体情况可以单独适用也可以合并适用。

此外,法律规定惩罚性赔偿的,侵权人应依照其规定承担惩罚性赔偿责任。我国民法典以下条文规定了惩罚性赔偿。

第1185条规定:“故意侵害他人知识产权,情节严重的,被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。”第1207条规定:“明知产品存在缺陷仍然生产、销售,或者没有依据前条规定采取补救措施,造成他人死亡或者健康严重损害的,被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。”第1232条规定:“侵权人违反法律规定故意污染环境、破坏生态造成严重后果的,被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。”

在单行法中也有关于惩罚性赔偿的规定:如《食品安全法》第148条规定:“.....生产不符合食品安全标准的食品或者经营明知是不符

合食品安全标准的食品，消费者除要求赔偿损失外，还可以向生产者或者经营者要求支付价款十倍或者损失三倍的赔偿金；增加赔偿的金额不足一千元的，为一千元……”此外，《消费者权益保护法》第49条和第55条、《劳动合同法》第82条、《商品房买卖合同解释》第8、9、14条，以及最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》也都有关于惩罚性赔偿的规定。

赔偿损失和恢复原状为填补损失性质的两种基本的侵权责任方式。传统上，大陆法系强调恢复原状的侵权责任方式之适用，而英美法系侵权责任法则更推崇赔偿损失的侵权责任方式。我国法律没有对哪一种优先适用作出规定。但是，在市场经济条件下，赔偿损失的侵权责任方式有更广泛的适用性，似应当作为首选的侵权责任方式用以救济被侵权人，填补其遭受的损失。

注释：

[1]如《德国民法典》第823条第1款，《日本民法典》第709条。

[2]米健.论阿奎利亚法.政法论坛，1991（4）.

[3]王泽鉴.侵权行为法（第1册）：基本理论·一般侵权行为.北京：中国政法大学出版社，2001:13-14.

[4]张新宝.侵权责任法的一般条款.法学研究，2001（4）.

[5]张新宝.民法分则侵权责任编立法问题研究.中国法学，2017（3）.

[6]张新宝.侵权责任法.4版.北京：中国人民大学出版社，2016:14；杨立新.侵权法论.2版.北京：人民法院出版社，2004:147.

[7]刘士国.论侵权责任中的因果关系.法学研究，1992（2）.

[8]Edward J.Kionka*Torts*（West Nutshell Series.北京：法律出版社，1999:77.

第一千一百六十六条

行为人造成他人民事权益损害，不论行为人有无过错，法律规定应当承担侵权责任的，依照其规定。

本条主旨

本条是关于无过错责任的一般规定。

相关条文

《侵权责任法》

第7条 行为人损害他人民事权益，不论行为人有无过错，法律规定应当承担侵权责任的，依照其规定。

理解与适用

一、无过错责任概述

（一）无过错责任的含义

1. 无过错责任原则的含义

所谓无过错责任，是指在确定行为人承担侵权责任时，不考虑其主观上是否有过错，只要其行为损害了他人的民事权益，法律规定应当承担侵权责任的，就依据法律的规定承担侵权责任。这里的“无过错”不是实际上没有过错，而是指在责任的构成上不以过错为要件，承担责任的依据或者基础不是过错，而是法律的直接规定。

本条两次使用“行为人”概念，解释上认为其含义是一样的，内涵和外延均相同，属于同语反复。

2. 无过错责任原则与过错责任原则的关系

我国侵权责任法将过错责任原则规定为承担侵权责任的基本归责

原则，将无过错责任原则规定为补充的或者说例外的承担侵权责任的归责原则。前者是普遍适用的归责原则，后者是例外的或者说其适用是需要法律特别加以规定的归责原则。

（二）适用无过错责任原则的侵权责任之构成要件

1. 责任构成的三要件

在适用无过错责任归责原则确定行为人侵权责任的案件中，侵权责任的构成要件只有三个：行为人的（致害）行为、被侵权人遭受的损害以及二者之间的因果关系。过错不是侵权责任的构成要件，行为人承担侵权责任的道义和伦理上的正当性，不是建立在其有可归责的不良心理状态之上，而是有法律直接加以规定。

2. 法律不对行为作概括的否定性评价

在过错侵权中，法律将“侵害（行为）”作为侵权责任的构成要件之一。具有侵害性的行为，无疑是在法律上被否定的行为（unlawfulness），是不法行为。而于无过错侵权责任的案件，法律在规定构成要件时没有强调行为人的行为具有“侵害”性，只是规定其行为造成损害（《民法典》第1166条）或者其行为损害他人的民事权益（《侵权责任法》第7条）。也就是说，在无过错责任案件中，行为人的行为并不当然获得法律上的否定评价。比如，高度危险作业，即使造成损害应当承担侵权责任，其行为也是合法的，是社会所需要的。因此，即使是行为人因为适用无过错责任的归责原则承担侵权责任，也不意味相关个人或者组织必然承担行政法律责任或者其他法律责任。

（三）无过错责任原则对被侵权人倾斜保护的价值取向

1. 对被侵权人的倾斜保护

在无过错责任案件中，被侵权人一方无须对行为人的过错加以举证和证明，这就减轻了原告一方的举证责任，使得其诉讼请求（被告承担侵权责任）更容易实现。在这样的案件中，被告不得通过证明自己无过错（没有故意或者过失）而主张不承担侵权责任，使得其免于承担侵权责任更加困难。由于不要求行为人的过错，因而责任构成变得相对容易，逃脱责任变得相对困难，这样的立法实际上在利益平衡上作出了有利于被侵权人一方的倾斜。这是无过错责任原则的价值之所在。

2. 不同于古代法的结果责任

近代以来的无过错责任原则不同于古代法的结果责任或者说客观责任：（1）它是作为对过错责任原则之补充而存在的，而不是一切侵权责任的归责原则。也就是说，过错责任仍然是侵权责任的一般归责原则，行为人的过错仍然是侵权责任的构成要件。这就在整体上坚守了侵权责任法对行为人行为自由的保护，行为人不会动辄得咎而对意志以外的损害承担苛严的责任。（2）法律之所以确定无过错责任原则作为补充的归责原则，旨在对特定类型侵权案件中的被侵权人提供救济。在这样的案件中，被侵权人往往在经济状况、信息获取、避险能力等方面处于劣势，这种制度安排导致的倾斜保护更体现实质公平正义的价值取向。（3）为了避免无过错责任归责原则可能带来的副作用，法律作出了一些特别的安排，如限制最高赔偿金额、限制惩罚性赔偿的适用、被侵权人故意导致免责、被侵权人过失导致减轻责任等。

二、无过错责任原则的归责基础

（一）行为人的“无过错”状态不是归责的基础

过错责任以过错（故意或者过失）作为行为人承担侵权责任的道义和伦理基础，从而使得其承担侵权责任具有正义性，符合公平原则的要求。无过错责任原则对行为人进行归责，不以过错为基础，过错不是责任的构成要件。但是“无过错”只是不考虑过错，即使实际上行为人“无过错”也只是一状态描述，不可能成为归责（强制行为人承担侵权责任）的道义和伦理基础。如果将“无过错”状态作为归责的基础，既不符合法律逻辑的要求，也缺乏侵权责任在道义和伦理上的正义性。因此，无过错责任原则的归责基础不是行为人的“无过错”状态，而应该是在这种状态背后的其他因素。

（二）高度危险是承担无过错责任的基础

危险普遍存在，人们的任何行为都包含着潜在的对他人的人身和财产的危险。这样的危险是可控的，在行为人履行一个理性人的注意义务情况下是可以避免的。但是，如果某人的行为对他人的人身和财产包含着潜在的高度危险，这样的危险即使行为人尽到一个理性人的注意义务也不可避免，而该行为又是社会生活所不可或缺的，则法律需要采取过错责任之外的对策。

从近现代无过错责任的产生和比较法的角度看，超出常态的高度

危险成为承担无过错责任的基础。高空高压等高度危险作业及高速运输工具致人损害、工业产品因缺陷致人损害、饲养动物致人损害以及污染环境致人损害，往往承担无过错责任。这些类型的“作业”，对他人造成损害的危险性远远大于其他类型的人类生产活动的危险性。任何人“保有”高度危险，包括制造了某项高度危险或者将某项高度危险带入人类社会，就要对该高度危险造成的损害承担无过错责任。“保有”的判断标准是对该高度危险的控制力：有控制力者为保有者，是否所有者并不重要，是否合法占有者也不重要。

三、无过错责任的适用范围

（一）无过错责任的适用范围法定

作为侵权责任的归责原则，无过错责任的适用范围由法律加以规定。凡是法律没有规定适用无过错责任原则的侵权案件，均不适用无过错责任原则；只有法律规定适用无过错责任原则的侵权案件，才适用无过错责任原则。因此，无过错责任原则的适用范围，是立法确定的事项，不是行政法规确定的事项，也不是司法解释所确定的事项，更不是在具体案件审判中法官的裁量事项或者当事人任意选择的事项。

（二）无过错责任适用于五种侵权行为（准侵权行为）和两种特殊责任主体

我国侵权责任法和相关法律对无过错责任原则的适用范围作出了明确规定。以下五类侵权行为或者准侵权行为适用无过错责任原则：（1）产品责任案件；（2）机动车交通事故责任中，机动车一方对行人、非机动车造成损害的案件；（3）环境污染和生态破坏责任案件；（4）高度危险责任案件；（5）饲养动物损害责任案件（动物园除外）。

此外，法律对两类特殊责任主体就他人造成的损害承担无过错责任作出了规定：（1）监护人对无行为能力、限制行为能力的被监护人造成他人损害的，承担无过错责任（《民法典》第1188条第1款）；（2）雇主（用人单位、接受劳务的个人）对雇员（工作人员、提供劳务的个人）在执行雇佣事务（工作任务、提供劳务）中造成他人损害的承担无过错责任（《民法典》第1191条第1款、第1192条第1款）。

第一千一百六十七条

侵权行为危及他人人身、财产安全的，被侵权人有权请求侵权人承担停止侵害、排除妨碍、消除危险等侵权责任。

本条主旨

本条是关于停止侵害、排除妨碍、消除危险三种侵权责任方式适用的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第21条 侵权行为危及他人人身、财产安全的，被侵权人可以请求侵权人承担停止侵害、排除妨碍、消除危险等侵权责任。

理解与适用

一、三种预防损害发生或者防止损害扩大的侵权责任方式

（一）预防损害发生或者防止损害扩大的侵权责任方式概述

我国法律规定了较多种类的侵权责任方式，有些是填补损失性质的，有些是预防损害发生或者防止损害扩大性质的。本法第1165条和第1166条主要规定的是填补损害性质责任方式（恢复原状、赔偿损失等）的构成要件。当然，如果符合填补损害责任方式的构成要件，一般也就当然满足预防损害发生或者防止损害扩大性质侵权责任方式构成要件的要求。

本条规定了停止侵害、排除妨碍、消除危险三种预防损害发生或者防止损害扩大性质侵权责任方式的适用。

（二）停止侵害、排除妨碍、消除危险的含义

1.停止侵害。停止侵害，是指在被侵权人的人身、财产遭受不法

侵害的情况下，被侵权人有权请求侵权人停止正在实施的侵权行为的一种侵权责任方式。被请求的侵权人依被侵权人的请求，应当停止正在实施的侵害行为。侵权人拒不停止侵害的，被侵权人得请求人民法院强制执行。法院颁布某些种类的“禁令”，属于强制执行停止侵害的侵权责任方式。停止侵害的侵权责任方式之适用，能够预防损害的发生或者防止损害的扩大。

2.排除妨碍。排除妨碍也称为“排除妨害”，是指被侵权人的人身、财产权益的享有或者行使受到他人不法妨碍的情况下，被侵权人有权请求侵权人以积极方式除去对被侵权人的人身、财产权益构成妨碍的各种有形或者无形情形，以确保被侵权人享有权利和行使权利不受妨碍的一种侵权责任方式。侵权人拒不排除妨碍的，被侵权人得请求人民法院强制执行。排除妨碍侵权责任方式的适用，能够确保被侵权人正常行使和享有特定的民事权利和合法权益，预防损害的发生或者防止损害的扩大。

3.消除危险。消除危险，是指被侵权人的人身、财产受到现实威胁的情况下，被侵权人有权请求侵权人消除此等危险的一种侵权责任方式。侵权人拒不消除危险的，被侵权人得请求人民法院强制执行。消除危险的侵权责任方式之适用，能够预防损害的发生或者防止损害的扩大。

二、适用条件与构成要件

（一）适用条件

本条规定的三种侵权责任方式，适用于正在发生的侵害、已经构成并现实存在的妨碍或者已经构成并现实存在的危险。对于过去曾经发生但是已经完成或者消失的侵害事实、妨碍状态或者危险情况，不适用这三种侵权责任方式。但是，侵害、妨碍或者危险已经造成损害的，被侵权人可以适用赔偿损失、恢复原状等侵权责任方式。

（二）构成要件

侵权人承担停止侵害、排除妨碍、消除危险三种侵权责任，不以主观上具有故意或者过失为构成要件，其为故意或者过失甚至有无过错在所不问。侵权人承担这三种侵权责任，也不要求发生了实际的损害后果。只要侵害行为正在进行、妨害状态现实存在或者民事权利或合法权益受到现实威胁，被侵权人就有权请求侵权人承担此等侵权责任。

法律规定侵权人承担此等侵权责任不需要其有过错，也不需要发生了实际的损害后果，是基于以下理由：（1）本质上，停止侵害、排除妨碍、消除危险也是权利人的绝对权利派生出来的物权（物上）请求权或者人格权请求权^[1]，以保护绝对权为本旨；（2）侵权人承担此等侵权责任，并不需要为积极的给付而损失金钱，而只是停止不法行为、消除其所造成的不正常的妨碍和危险状况。

■ 三、与其他侵权责任方式的合并适用

侵权人承担停止侵害、排除妨碍、消除危险之解决现实的问题，即预防损害的发生或者防止损失的进一步扩大，对于已经造成的损失无法通过这样的侵权责任方式救济被侵权人。因此，在已经实施侵害行为、妨碍事实或者危险状态造成了实际损失的情况下，被侵权人除了可以依法请求侵权人承担停止侵害、排除妨碍、消除危险的侵权责任外，还当然有权请求被侵权人承担赔偿责任、恢复原状等填补损失性质的侵权责任。

注释：

[1]王利明.论人格权请求权与侵权损害赔偿请求权的分离.中国法学，2019（1）；王轶.物权请求权与诉讼时效制度的适用.当代法学，2006（1）：80.

第一千一百六十八条

二人以上共同实施侵权行为，造成他人损害的，应当承担连带责任。

本条主旨

本条是关于二人以上共同实施侵权行为造成他人损害应当承担连带责任的规定。

相关条文

《民法典》

第178条 二人以上依法承担连带责任的，权利人有权请求部分或者全部连带责任人承担责任。

连带责任人的责任份额根据各自责任大小确定；难以确定责任大小的，平均承担责任。实际承担责任超过自己责任份额的连带责任人，有权向其他连带责任人追偿。

《民法通则》

第130条 二人以上共同侵权造成他人损害的，应当承担连带责任。

《侵权责任法》

第8条第1款 二人以上共同实施侵权行为，造成他人损害的，应当承担连带责任。

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》

第3条第1款 二人以上共同故意或者共同过失致人损害，或者虽无共同故意、共同过失，但其侵害行为直接结合发生同一损害后果的，构成共同侵权，应当依照民法通则第一百三十条规定承担连带责任。

一、“共同实施侵权行为”的理解

（一）相关条文分析

本条规定与已经废止的《侵权责任法》的第8条第1款完全相同。此外，《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第3条对共同侵权的连带责任问题也作出过规定。在讨论这一问题时，需要同时考虑本法第1171条后半段和《侵权责任法》第12条后半段的规定。

共同侵权行为，首先是侵权行为，其构成需要符合侵权行为的全部要件。共同侵权行为的所有侵权行为人应当承担连带的侵权责任，对此并无理论或者立法例上的分歧。但是，对于“共同侵权行为”之构成，立法例和学理上却有两种不同意见：（1）主观说。主观说也称为意思说，认为共同侵权行为之构成需要有数个侵权人主观上共同的故意或者共同的过失之主观要件。（2）客观说。客观说也称为行为关联说，认为共同侵权行为之构成不需要数个侵权人主观上共同的故意或者共同的过失，仅仅需要客观上其行为的相互联系，特别是在作为引起损害发生的原因上不可分割，作为一个整体发生作用，即构成共同侵权行为。

《民法通则》仅规定，“二人以上共同侵权造成他人损害的，应当承担连带责任”，没有在立法上对主观说或者客观说进行选择，将这一问题留给了司法解释和理论研究。

前述司法解释第3条在确认共同故意和共同过失构成共同侵权承担连带责任的同时，也规定“虽无共同故意、共同过失，但其侵害行为直接结合发生同一损害后果的，构成共同侵权”。实际上这一规定采用了客观说即行为关联说：没有共同的故意或者过失，但是行为密切相关、直接结合为不可分割的致害原因的，也构成共同侵权行为。

《侵权责任法》第8条第1款和《民法典》第1168条对共同侵权行为之规定，与《民法通则》第130条的规定相比在措辞上有变化，表述为“共同实施侵权行为”。由于“实施”在文义上通常理解为积极行为，这就排除了一些情况：全体侵权人消极不作为行为不构成共同侵权行为；有的侵权人实施积极的侵权行为，有的侵权人消极不作为（如不履行相关的安全保障义务）也不构成共同侵权行为。

（二）基于“主观说”对“共同实施侵权行为”的理解

主观说与客观说在判断某种情况是否构成共同侵权行为的一个根本区别在于：当多个侵权人分别实施的行为密切关联，构成引起损害后果不可分割的原因时，是否确认这些侵权人的行为构成共同侵权行为进而导致数人承担连带责任。如果确认此等情况构成共同侵权行为进而数人承担连带责任，则属于客观说或者行为关联说；反之，则属于主观说或者意思说。由于《民法典》第1168条规定了“共同实施侵权行为”，又由于《民法典》第1172条后半段规定“难以确定责任大小的，平均承担责任”而不是承担连带责任，故而我们比较倾向于认为，自《侵权责任法》以来到《民法典》，我国立法在共同侵权行为构成上选择了主观说或者说意思说。

因此，二人以上共同实施侵权行为构成共同侵权承担连带责任。“共同实施侵权行为”是指具有共同故意或者共同过失的积极侵权行为，不包括部分或者全体的消极侵权行为。分别实施的侵权行为，无论是否分得清责任大小（即各人行为所起作用大小），均不构成共同侵权行为。

二、连带责任的适用

（一）连带责任的概念

本条规定的连带责任即连带的侵权责任，也称为“共同的和分别的责任”，是数人对同一损害承担责任的一种责任形式，连带责任的内容一般为赔偿损失或者偶有恢复原状。连带责任的基本含义是，全体共同侵权行为人对被侵权人在整体上负有不可分割的全部赔偿责任，而且每一个侵权人都负有全部赔偿的责任。

（二）外部关系

将被侵权人作为一方，将全体共同侵权人作为另一方，构成连带责任的外部关系。在这种外部关系中，被侵权人有权请求全体共同侵权人作为一个整体承担全部赔偿责任，也可以请求其中部分共同侵权人承担全部赔偿责任。被请求的全体侵权人依请求承担全部赔偿责任，被请求的部分共同侵权人也依请求承担全部赔偿责任。无论是全体共同侵权人还是部分共同侵权人，承担了赔偿责任，就是所有共同侵权人承担了该赔偿责任。被侵权人不得就该部分赔偿责任再向其他共同侵权人求偿。

（三）内部关系

将各共同侵权人之间的关系界定为连带责任的内部关系。在这种内部关系中，超过自己份额向被侵权人承担了赔偿责任的共同侵权人，有权就超出的部分向其他未承担赔偿责任或者未足额承担赔偿责任的共同侵权人追偿（参见《民法典》第178条第2款）。

各共同侵权人各自应当承担的赔偿份额，可以由其协商确定。不能协商确定的，按份平均承担。如发生争议，法院也可以在按份平均承担的基础上适当考虑过错程度、原因力大小以及赔偿能力等因素加以适当调整。

（四）外部关系决定内部关系

在连带责任的“外部关系”和“内部关系”的关系中，前者决定后者，后者受制于前者。在承担对被侵权人的赔偿责任时，不应考虑内部责任分担和追偿问题。各共同侵权行为人不得推诿，不得以超过自己应当承担的份额而拒绝承担责任或者拒绝承担全部赔偿责任。在处理外部关系阶段，法院不宜依职权对各共同侵权人应当承担的赔偿份额进行分配。

在承担了对被侵权人的连带责任之后，各共同侵权人可以协商各自应当承担的份额，不能协商确定的可以请求法院裁判，然后进行结算、追偿。

第一千一百六十九条

教唆、帮助他人实施侵权行为的，应当与行为人承担连带责任。

教唆、帮助无民事行为能力人、限制民事行为能力人实施侵权行为的，应当承担侵权责任；该无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人未尽到监护职责的，应当承担相应的责任。

本条主旨

本条有两款。第1款是关于教唆、帮助他人实施侵权行为应当与行为人一起承担连带责任的规定。第2款是关于教唆、帮助无民事行为能力人、限制民事行为能力人实施侵权行为之侵权责任的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第9条 教唆、帮助他人实施侵权行为的，应当与行为人承担连带责任。教唆、帮助无民事行为能力人、限制民事行为能力人实施侵权行为的，应当承担侵权责任；该无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人未尽到监护责任的，应当承担相应的责任。

《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》（因与新法抵触而因失效）

第148 教唆、帮助他人实施侵权行为的人，为共同侵权人，应当承担连带民事责任。教唆、帮助无民事行为能力人实施侵权行为的人，为侵权人，应当承担民事责任。教唆、帮助限制民事行为能力人实施侵权行为的人，为共同侵权人，应当承担主要民事责任。

理解与适用

一、教唆者、帮助者与行为人一起承担连带责任

（一）法律规定的变迁

《民法通则》没有对教唆、帮助他人实施侵权行为者的侵权责任作出规定。但是1988年颁布的《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第148条第1款对此作出了规定：“教唆、帮助他人实施侵权行为的人，为共同侵权人，应当承担连带民事责任。”《侵权责任法》第9条条第1款规定：“教唆、帮助他人实施侵权行为的，应当与行为人承担连带责任。”《民法典》第1169条第1款沿袭了这一规定。这一款规定的教唆者、帮助者、被教唆者、被帮助者，均为一般民事主体，可以是自然人、法人和非法人组织。

（二）教唆者、帮助者的连带责任

1. 教唆、帮助行为的理解

教唆和帮助是两种不同的行为。教唆，是指鼓动、唆使、策划他人实施侵权行为，其所侧重的是对行为人意志方面的影响。帮助，是指给行为人提供必要的物质条件，使其能够完成侵权行为，其所侧重的是完成侵权行为的外在条件方面。

2. 教唆者、帮助者的连带责任

法律规定，教唆、帮助他人实施侵权行为的，教唆者、帮助者与实施侵权行为的行为人一起承担连带的侵权责任。教唆者、帮助者为成年人，被教唆者、被帮助者均为成年人的，适用本款规定承担连带责任。依据本款的法律精神，教唆者、帮助者为未成年人，被教唆者、被帮助者也是未成年人的，同样一起承担连带责任。未成年人教唆或帮助成年人实施侵权行为致人损害的，原则上也应一起承担连带责任。

二、教唆、帮助无行为能力、限制行为能力人实施侵权行为的责任

（一）教唆、帮助无行为能力、限制行为能力人实施侵权行为的责任

本条第2款规定：教唆、帮助无民事行为能力人、限制民事行为能力人实施侵权行为的，应当承担侵权责任。这一规定尽管字面提及无民事行为能力人和限制民事行为能力，但是不因被教唆者、被帮助者的民事行为能力差别（无行为能力人、限制行为能力人）而对教唆者、帮助者的侵权责任作出区别规定，即无论是教唆、帮助无民事行为能力人还是限制民事行为能力人，教唆者、帮助者都是独立承担全

部责任。这与《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第148条第2款和第3款的规定不同。后者因与法律规定抵触，应当失效。

需要指出的是，本条对教唆者、帮助者的行为能力方面没有作出特殊的规定，应当理解为具有完全民事行为能力的自然人、法人和非法人组织。只有在民事行为能力对责任的构成或者承担方面有影响，法律才会对不同民事行为能力作出规定，否则应理解为完全民事行为能力。

（二）监护人未尽到监护职责的相应责任

1. 监护人责任的例外规定

一般情况下，具有完全民事行为能力的自然人、法人或非法人组织教唆、帮助无民事行为能力人、限制民事行为能力人实施侵权行为，应由教唆者、帮助者承担全部侵权责任，被教唆、被帮助的被无民事行为能力人、限制民事行为能力人即时实施了侵权行为也不承担侵权责任。但是，本款法律规定了特殊的除外情况，即如果该无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人未尽到监护职责的，应当承担相应的责任。

2. “未尽到监护职责”的判断

《民法典》第26条规定，父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务。第34条规定，监护人的职责是代理被监护人实施民事法律行为，保护被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益。监护人不履行监护职责或者侵害被监护人合法权益的，应当承担法律责任。

本款所规定的监护人“未尽到监护职责”是指监护人没有履行法律规定的抚养、教育和保护义务，特别是疏于管教，使得被监护的未成年人养成恶习。于此等情形，被监护人更容易被教唆、被帮助实施侵权行为。因此，法律规定未尽到监护职责的监护人应当承担相应责任。

3. “相应的责任”的确定

理解本款所称“相应的责任”应当把握以下几个方面：（1）相应责任不是代替或者免除教唆者、帮助者的责任，只是将部分责任分配给未尽到监护职责的监护人，分配的通常是小部分而不是大部分。

（2）所谓“相应”，是指分配的责任份额大小，与监护人的失职程度相适应，与未成年人在实施侵权行为中的过错程度以及行为的作用大小以及独立作出判断的概率等相适应。

第一千一百七十条

二人以上实施危及他人人身、财产安全的行为，其中一人或者数人的行为造成他人损害，能够确定具体侵权人的，由侵权人承担责任；不能确定具体侵权人的，行为人承担连带责任。

本条主旨

本条关于共同危险行为人侵权责任之承担的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第10条 二人以上实施危及他人人身、财产安全的行为，其中一人或者数人的行为造成他人损害，能够确定具体侵权人的，由侵权人承担责任；不能确定具体侵权人的，行为人承担连带责任。

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（部分内容因与新法规定抵触而失效）

第4条 二人以上共同实施危及他人人身安全的行为并造成损害后果，不能确定实际侵害行为人的，应当依照民法通则第一百三十条规定承担连带责任。共同危险行为人能够证明损害后果不是由其行为造成的，不承担赔偿责任。

理解与适用

一、共同危险行为解析

（一）概念与基本法律特征

共同危险行为，是指二人以上的行为人，每一个人都分别实施了危及他人人身、财产安全的行为。共同危险行为具有如下基本法律特征：（1）每一个人的行为都具有危险性，危及他人的人身、财产安全。（2）每一个人的行为都是积极的作为行为，都是“侵害”性行

为，具有不法性，在法律上应得到否定的价值判断。（3）每一个行为人的行为在危险性的种类和危险的内容是相同或者相似的。对他人人身、财产安全不具有危险性的行为，不构成共同危险行为；不同种类、不同性质、不同内容的数个行为人的行为，不构成共同危险行为；消极不作为行为不构成共同危险行为；部分行为人的积极作为行为，部分人的消极不作为行为不构成共同危险行为。（4）分别过错。二人以上的行为人实施共同危险行为，不要求他们之间有共同故意或者意思上的联络，但是每个人都分别有过失，知道或者应当知道自己的行为危及他人的人身、财产安全，存在造成损害的较大概率。

（二）常见案例

常常举例的共同危险行为是所谓“打猎案”的情形：两个猎人几乎同时向同一方向开枪，结果打死的不是头鹿，而是被野草遮挡着的牧羊人。经过检验，认定只有一颗子弹射中牧羊人并致死，但是无法查明到底是哪一个行为人射中的。在这样的案件中，两个猎人都分别实施了危及牧羊人生命的危险行为，都是积极行为，都具有侵害性，在法律上都应得到否定的价值评价。两人的行为就危险而言，在种类、性质、内容上是相同的。

而在实际生活中，共同危险行为致人损害的情况也是事由发生的。比如，两个行为人在马路边燃放鞭炮，炸瞎路人的眼睛。经过检验，只有一小片纸屑进入被侵权人眼球并导致失明，但是无法查明到底是哪一个行为人燃放的鞭炮炸伤了被侵权人。在这样的案件中，两个行为人都分别实施了危及他人生命、健康安全的积极行为，都是积极的侵害行为在法律上得到否定的价值评价，两人的行为就危险而言在种类、性质、内容上是相同的。

（三）致害原因不能完全确定

法律之所以对共同危险行为致害的侵权责任作为专门事项加以规定，是因为在此等侵权案件中，尽管被侵权人遭受的损害是明确和确定的，但是致害的原因往往不能完全确定：每一个共同危险行为人的危险行为都可能导致损害，但是在一定时间段内不能完全准确认定到底是哪一个行为人的危险行为导致了损害。

法律设置共同危险行为致害的侵权责任制度，一方面，督促查明案件真相以确定具体的侵权人进而对其进行归责，以救济被侵权人遭受的损害，同时避免行为未致害者承担责任。另一方面，即使无法查明具体侵权人，也通过连带责任对被侵权人予以救济。于后者，实际上是对致害原因进行了一种法律上的推定，推定全部危险行为人的危

险行为都是致害原因。

■ 二、具体侵权人单独承担全部责任

（一）具体侵权人单独承担全部责任的规则

有些共同危险行为致人损害的侵权案件，在诉讼中能够查明具体侵权人，确认其中一人或者部分人的危险行为造成损害，而其他人的危险行为没有造成损害。在此情形，法律规定由造成损害的具体侵权人单独承担全部责任；其他人尽管也实施了危险行为但是不承担责任。

（二）具体侵权人的确定方法与效果

确定具体侵权行为人的方法，因实施共同危险行为的人数不同而有所差别。在二人实施共同危险行为的情况下，如果能证明其中一人的危险行为造成了损害，则该人就是具体的侵权人，依法由其单独承担全部侵权责任，另一个共同危险行为人不承担侵权责任。同样是在这样的案件中，如果能证明其中一人的危险行为没有造成损害，则该行为人无须承担责任；进而推定另一个危险行为实施者造成了损害，是具体的侵权行为人，依据本条规定单独承担全部责任。

在共同危险行为人为三人或者三人以上之情形，如果能证明其中一人的危险行为造成了损害，则该人就是具体的侵权人，依法由其单独承担全部侵权责任，其他共同危险行为人（二人或者二人以上）不承担侵权责任。同样是在这样的案件中，如果能证明其中一人的危险行为没有造成损害，该行为人是否应当免于承担侵权责任呢？从比较法的情况看，大多规定该行为人无须承担责任，《人身损害赔偿司法解释》也采纳了这一理论观点。但是，从我国法律规定特别是本条的措辞“不能确定具体侵权人的，行为人承担连带责任”来看，在三个或者以上共同危险行为人的案件中，其中部分人证明自己不是具体侵权行为人，只要剩余的共同危险行为人为二人或者二人以上，具体的侵权行为人没有完全确定，就不能免除该行为人的侵权责任，而是要依据本条规定与其他共同危险行为人一起对被侵权人的损害承担连带责任。

■ 三、全体共同危险行为人承担连带责任

（一）不能确定具体侵权人的由全体或剩余的共同危险行为人承

担连带责任

无论是在二人共同实施危险行为致人损害的案件中，还是在更多人实施共同危险行为致人损害的案件中，都会出现不能确定具体侵权人的情况。于“不能确定具体侵权人”的情况，法律规定由全体共同危险行为人承担连带责任。

（二）连带责任的价值基础

法律规定此等连带责任，有利于对被侵权人的保护和救济，避免相互推诿扯皮导致被侵权人的损害赔偿请求落空。但也应该认识到，此等连带责任的设置，是以原因推定为基础的，将全体共同危险行为人或者剩余的共同危险行为人分别实施的危险行为推定为损害发生的原因。尽管无法查明到底是谁的危险行为造成了损害，但是致害的原因在这些人的危险行为集合之中，故而这样的推定可能会“冤枉”部分危险行为实施者但是原因本身不会“出格”。从立法的价值取向看，即使无法查明具体侵权人也应该对被侵权人予以保护和救济。这样的原因推定似乎是实现这一价值的唯一选择。实施共同危险行为的行为人虽然因为此等推定而处于较不利地位，但是由于其实施共同行为存在过错且该行为具有不法性，故而也就有理由承受这样的不利后果。

第一千一百七十一条

二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，每个人的侵权行为都足以造成全部损害的，行为人担连带责任。

本条主旨

本条是关于“原因叠加”情况下数个侵权行为人承担连带责任的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第11条 二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，每个人的侵权行为都足以造成全部损害的，行为人承担连带责任。

理解与适用

一、“原因叠加”的概念

原因叠加，是指造成同一侵权损害的原因有数个，数个原因中的任何一个都足以造成全部损害。

“原因叠加”（也有人称为“充分原因偶然竞合”），是指两个或者两个以上相互独立的致害原因（通常是人的侵权行为，也可以是其他原因）对损害的发生都起到了作用；就单个致害原因而言，它“足以”导致损害的发生；就全部致害原因而言，它们之间相互独立，发生作用时互不依赖、互不关联；就损害而言，只是发生了一个损害，即“同一损害”。致害的多个“原因”导致同一损害发生，每个致害原因都足以造成全部损害的发生，致害原因在客观上具有独立性，致害人在主观上也具有独立性（不存在共同的故意或者过失），谓之“原因叠加”。

在实践中，我们可以举出这样的例子理解“原因叠加”：甲养有一

条烈犬，而被其邻居乙和丙痛恨，欲除之而后快。在未经“通谋”的情况下，在很接近的时间里，乙和丙分别给该烈犬投下含有大剂量毒药的食物（每人投毒的量都足以毒死该烈犬）。烈犬吃完两份有毒食物（不分先后）即暴毙。此时乙和丙的行为即构成“原因叠加”行为。

二、原因叠加致害的侵权责任之构成要件

（一）一般构成要件

原因叠加致害的侵权责任之构成，首先需要具备侵权责任构成的一般要件。由于本条（以及《侵权责任法》第11条，没有修改）规定的“原因叠加”限于行为责任而不包括物件致害责任，因而在过错责任领域，其一般构成要件包括行为人分别的过错（即每一个行为人都有过错，包括故意或者过失）、实施了侵害行为（通常为积极的加害行为）、损害以及在法律上作为整体看待的数个侵害行为与损害之间存在因果关系。在无过错责任领域，原因叠加致害的侵权责任之构成不需要考虑过错要件。

（二）特别构成要件

除了上述一般构成要件之外，构成原因叠加致害之侵权责任还需要具备以下特别要件。

1.主体的复数性，即“二人以上”的主体，这与共同侵权行为、共同危险行为的责任构成之特别构成要件是一样的。

2.行为的分别性，即各侵权行为人实施侵权行为时在主观上不存在共同的故意或过失，在客观上不存在“关联”或者“直接结合”“间接结合”。这与共同侵权行为具有本质区别。

3.结果的同一性，即数个侵权行为人分别实施的侵权行为造成了同一的损害，而不是多个案件中的多项损害。这与共同侵权行为、共同危险行为的责任构成之特别构成要件也是一样的。

4.原因的叠加性与因果关系的推定性，即每一个侵权行为人的行为都“足以”导致损害之发生，其行为对损害的发生都具有100%的原因力。从原因与损害结果的关系来看，发生作用的原因力是导致损害所需的原因力之2倍、3倍或者更多倍。在这样的情况下，法律不再要求对每一个行为人的侵权行为所发生的效果进行深究，而是在立法上推定这些叠加的原因（数个侵权人分别实施的侵权行为）是损害发生

的法律上的原因。

■ 三、原因叠加行为人的连带责任

有些国家的法律对原因叠加行为人的责任规定了“不真正连带责任”^[1]，这是基于因果关系等因素的考虑：每一个行为人的侵权行为都足以导致损害的发生，因此让他承担全部赔偿责任并不冤枉；由于被侵权人只有一个“同一损害”，因而他只能得到一份赔偿，而不能得到多份赔偿，也就是只能向其中一个行为人提出全部赔偿请求；由于行为人之间既缺乏共同的故意或者过失，也缺乏行为关联，因而数个行为人不承担连带责任，一个行为人承担全部赔偿责任之后不得向其他行为人追偿。^[2]

我国在制定《侵权责任法》的立法过程中检讨了上述理论，认为不真正连带责任在此处的适用不利于对被侵权人的保护（如果他错误地选择了一个赔偿能力较低的行为人作为被告，最终将面临判决执行不能的困难）；对于数个侵权行为人而言，有的全赔，有的逍遥于赔偿责任之外，也不尽公平。权衡之后，选择了连带责任，即二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，每个人的侵权行为都足以造成全部损害的，行为人承担连带责任，而不是承担不真正连带责任。《民法典》第1171条完全继受了《侵权责任法》第11条的规定，没有进行任何修改。

注释：

[1]《德国民法典》第421条规定：“数人以各负全部给付的方式负担同一给付，而债权人仅有权要求一次给付的（连带债权人），债权人得任意对每一债务人要求全部或者部分给付。在债权未获得全部清偿前，全体债务人仍应负责。”

[2]关于连带责任与不真正连带责任的区别，参见王利明.侵权责任法研究：上卷.北京：中国人民大学出版社，2010:583-584.

第一千一百七十二条

二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，能够确定责任大小的，各自承担相应的责任；难以确定责任大小的，平均承担责任。

本条主旨

本条是关于数个侵权人承担按份责任的规定。

相关条文

《民法典》

第177条 二人以上依法承担按份责任，能够确定责任大小的，各自承担相应的责任；难以确定责任大小的，平均承担责任。

《侵权责任法》

第12条 二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，能够确定责任大小的，各自承担相应的责任；难以确定责任大小的，平均承担赔偿责任。

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（部分内容因与新法规定抵触而失效）

第3条第2款 二人以上没有共同故意或者共同过失，但其分别实施的数个行为间接结合发生同一损害后果的，应当根据过失大小或者原因力比例各自承担相应的赔偿责任。

理解与适用

一、按份责任与按份的侵权责任

（一）法律规定的承继关系和按份责任的适用

本条与《侵权责任法》第12条的规定完全一样。《民法典》第

177条关于按份责任的规定，也与本条在法律精神上完全一致。所谓“按份责任”，是指承担责任的人按照一定的份额比例承担责任。这种数人对同一给付债务承担责任的情况，可能发生在民商法的诸多领域，如合同领域、不动产负担领域、合伙领域和侵权责任领域。

（二）按份的侵权责任的概 念

本条关于按份的侵权责任之规定，是《民法典》第177条在侵权责任领域的适用。依据该条规定，对被侵权人的同一损害负有共同赔偿责任的数个侵权行为人或准侵权行为人，按照确定的份额比例承担赔偿责任，或者按照平均的份额比例承担赔偿责任。

（三）“同一损害”的理解

“同一损害”是指二人以上的侵权行为人的侵权行为均发生了具有原因力所导致的损害。某人的侵权行为如果对某一损害的发生没有起作用，没有原因力，则该损害不属于其应当承担按份的侵权责任或者其他类型的侵权责任（如连带责任）的“共同损害”。

（四）“分别实施侵权行为”的要求

二人以上分别实施侵权行为，是承担按份的侵权责任的基础。“二人以上”的要求与共同侵权行为的连带责任对主体的要求一致。但是，按份的侵权责任所规范的是“分别实施侵权行为”而不是“共同实施侵权行为”。分别实施排除了具有共同故意或者共同过失的二人以上实施的侵权行为，特别是具有意思通谋的行为不属于“分别实施侵权行为”，不适用按份的侵权责任。

二、按份的侵权责任中份额的确定

（一）比较过错和比较原因力

数人承担按份的侵权责任，其责任份额由两个因素决定。

1.比较各责任主体的过错大小，过错较大的承担较大份额的赔偿责任，过错较小的承担较小份额的赔偿责任；故意实施侵权行为的承担较大份额的赔偿责任，过失实施侵权行为的，承担较小份额的赔偿责任。

2.比较各责任主体的侵害行为原因力的大小，其侵害行为对损害之发生原因力较大的承担较大份额的责任，其侵害行为对损害之发生

原因力较小的承担较小份额的责任。

（二）平均承担责任

在无法对数个侵权行为人的过错大小、其侵害行为对损害产生的原因力大小进行比较（即法律规定的难以确定责任大小）的情况下，数个侵权人平均承担赔偿责任。

三、按份的侵权责任的适用

（一）主要适用于赔偿损失和恢复原状的责任方式

尽管法律没有对哪些侵权责任方式可以适用按份分担作出规定，但是依据不同责任方式的性质，我们倾向于认为，按份的侵权责任适用于赔偿损失和恢复原状等填补被侵权人损失的责任方式。在实践中，其主要适用于赔偿损失的责任方式。

（二）适用的案件类型

无论是数人分别实施侵权行为造成同一损害的情况，还是准侵权行为造成同一损害的情况，均有可能适用按份的侵权责任来救济被侵权人遭受的损害。

（三）不适用按份的侵权责任的情况

二人以上共同实施侵权行为，符合《民法典》第1168条规定的构成要件的，应当承担连带的侵权责任而不适用按份的侵权责任。在法律有特别规定（如第1169-1171条）适用连带侵权责任或者补充责任（如第164条第2款、第786条、第834条、第1198条第2款等）的情况下，应当依据法律的规定适用连带责任或者补充责任而不适用按份的侵权责任。

在二人以上的侵权行为人对同一损害承担侵权责任的情形，法律规定承担连带的侵权责任或者补充责任的，适用连带责任或者补充责任的规定。二人以上共同实施侵权行为符合《民法典》第1168条的构成要件的，适用连带责任的规定。在没有法律特别规定或者不符合连带责任构成要件的情况下，二人以上分别实施侵权行为致人损害的，承担按份责任。

（四）按份的侵权责任适用之效果

二人以上的侵权行为人承担按份的侵权责任，每一个侵权行为人只对其应当承担的责任份额负清偿义务，不与其他侵权行为人发生连带关系，不存在追偿问题。任何一个侵权行为人在承担了自己份额的赔偿责任后，即从损害赔偿等侵权责任关系中解脱出来。从被侵权人一方来看，于二人以上的侵权行为人承担按份的侵权责任之情形，他只能分别向各侵权行为人主张其所应当承担份额的损害赔偿，不能主张超出其份额的损害赔偿，也不得将一部分侵权行为人的赔偿份额向其他侵权行为人转移。这些损害赔偿主张的总和等于其全部损害赔偿请求，但是不能概括地向全体侵权行为人主张。

这样的分别的损害赔偿主张，原则上应当在一个诉讼中提出，各侵权行为人应当作为同一案件的共同被告参加诉讼。

第一千一百七十三条

被侵权人对同一损害的发生或者扩大有过错的，可以减轻侵权人的责任。

本条主旨

本条是关于被侵权人“与有过失”可以减轻侵权人责任的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第26条 被侵权人对损害的发生也有过错的，可以减轻侵权人的责任。

《民法通则》

第131条 受害人对于损害的发生也有过错的，可以减轻侵害人的民事责任。

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（部分内容因与新法规定抵触而失效）

第2条 受害人对同一损害的发生或者扩大有故意、过失的，依照民法通则第一百三十一条的规定，可以减轻或者免除赔偿义务人的赔偿责任。但侵权人因故意或者重大过失致人损害，受害人只有一般过失的，不减轻赔偿义务人的赔偿责任。适用民法通则第一百零六条第三款规定确定赔偿义务人的赔偿责任时，受害人有重大过失的，可以减轻赔偿义务人的赔偿责任。

理解与适用

一、被侵权人与有过失

（一）立法状况

我国从《民法通则》到《侵权责任法》再到《民法典》及相关司法解释都对此作出了基本相同的规定。被侵权人对同一损害的发生或者扩大有过失的，可以减轻侵权人的责任。这是各国侵权责任法均确认的一项抗辩事由。在大陆法系，被侵权人对同一损害有过失的可以减轻侵权人的责任，谓之受害人（被侵权人）“与有过失”或者“过失相抵”的抗辩。^[1]在英美法系，相似的制度是“比较过失”^[2]。本条所称“责任”，字面解释是指任何方式的侵权责任，实际上多指赔偿损失的责任方式，也不排除恢复原状的责任方式。

（二）被侵权人的过失

1. 被侵权人过失的判断标准

在“与有过失”情形，被侵权人的过错只能是过失，不包括故意。^[3]于后者，法律专门设置条文加以规范（《民法典》第1174条）。被侵权人的过失，可以是疏忽大意的过失也可以是盲目轻信的过失。判断其有无过失的标准是：（1）存在法律、法规或者其他规定的，依照其规定。（2）在没有法定标准的情况下，以一个理性人的注意义务和注意程度作为判断标准。如果一个理性人在当时当地等相同情况下认为有合理关照保护自己利益之必要并达到适当的注意程度，被侵权人也认识到有合理关照保护自己利益之必要并达到适当的注意程度，则认为被侵权人没有过失；反之，则认为被侵权人有过失。

2. 被侵权人基于过失的行为参与导致损害发生或者扩大

被侵权人的过失如果仅仅存在于内心，并不产生减轻侵权人责任的效果。之所以产生减轻侵权人责任的效果，是因为被侵权人的过失外化为一定的行为包括作为或者不作为，而这样的基于过失的作为或者不作为行为构成了同一损害发生或者扩大的部分原因。被侵权人对于侵权人将要承担侵权责任的同一损害之发生或者扩大有过失，即被侵权人的疏忽大意或者盲目轻信的不良心态驱动下的作为或者不作为行为，构成同一损害发生或者扩大的部分原因，其有过失的行为“参与”导致了损害的发生或者扩大。

被侵权人有过失的积极作为行为或者消极不作为行为，既可能是同一损害发生的部分原因，也可能是同一损害扩大的部分或者全部原因。只要具备二者之一，被侵权人的“与有过失”就产生可以减轻侵权人侵权责任的效果。如果既导致同一损害的发生又导致同一损害的进一步扩大，当然更加会产生可以减轻侵权人侵权责任的效果。

二、“比较过失”的适用

（一）适用范围

依据《民法通则》和《侵权责任法》之规定，“与有过失”似乎仅仅适用于过错责任案件，因为法律条文强调了被侵权人“也有过错”，意味着侵权人当然有过错（过失）。《民法典》第1173条的措辞发生了一些微变化：“也有”被“有”所取代，暗含的侵权人有过错被取消。这样的变化，使得我们更有理由认为，“与有过失”的抗辩不仅适用于过错侵权类型的案件，在法律没有特别规定的情况下也一般地适用于无过错责任类型的案件。

（二）适用方法

在被侵权人存在过失，其基于过失的作为或者不作为行为构成同一损害发生或者扩大的部分原因时，对侵权人的过错与被侵权人的过错（过失）进行比较，主要是就各自过错行为对损害的发生或者扩大所起的作用进行比较。在一些情况下，我们也考虑过错的种类和程度，通过对过错的种类和程度的比较确定减轻或者不减轻侵权人的责任以及减轻侵权人责任的具体数量。

（三）适用效果

1. 过错责任案件

侵权人因故意或者重大过失导致同一损害发生，被侵权人只有一般过失的，不减轻侵权人的责任。侵权人因一般过失导致同一损害发生，被侵权人有一般过失的，应适当减轻侵权人的责任。侵权人因一般过失导致同一损害发生，被侵权人有重大过失的，应当较大幅度减轻侵权人的责任。侵权人因一般过失导致同一损害发生，但是同一损害之扩大完全是由于被侵权人的过失行为造成，对于扩大部分被侵权人不承担责任。

2. 无过错责任案件

在无过错责任案件中，适用被侵权人“与有过失”减轻侵权人的侵权责任，一般采取比较谨慎的态度，避免因为“过失相抵”而损害无过错责任原则所追求的倾斜保护被侵权人的价值。因此，只有在被侵权人有重大过失情况下才适用“与有过失”的抗辩，减轻行为人的部分侵权责任，或者说抵消被侵权人应得的部分损害赔偿请求。^[4]

注释：

[1]相关文献参见曾世雄.损害赔偿法原理.北京：中国政法大学出版社，2001:259；克里斯蒂安·冯·巴尔.欧洲比较侵权行为法：下卷.焦美华，译.北京：法律出版社，2001:649；U.马格努斯，M·马丁-卡尔萨斯，主编.侵权法的统一：共同过失.叶名怡，陈鑫，译.北京：法律出版社，2009.

[2]《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（部分内容因与新法规定抵触而失效）第2条第2款体现了这一精神。

[3]对这一问题的认识，学界有不同意见。参见王胜明，主编.《中华人民共和国侵权责任法》解读.北京：中国法制出版社，2010:127-128.

[4]王利明.侵权行为法归责原则研究：修订版.北京：中国政法大学出版社，2004:353；杨立新.侵权法论：（上）.北京：人民法院出版社，2004:343-344；张新宝.中国侵权行为法.北京：中国社会科学出版社，1998:612；朱卫国.过失相抵论//梁慧星，主编.民商法论丛：第4卷.北京：法律出版社，1996:437；程啸.论侵权行为法上的过失相抵制度//许章润，主编.清华法学：第6辑：59.

第一千一百七十四条

损害是因受害人故意造成的，行为人不承担责任。

本条主旨

本条是关于受害人故意导致损害发生或者扩大，行为人不承担责任的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第27条 损害是因受害人故意造成的，行为人不承担责任。

理解与适用

一、受害人故意

（一）受害人而非被侵权人，行为人而非侵权人

本条对于相关当事人的称呼不同于前条，没有使用“侵权人”“被侵权人”的概念，而是使用了“行为人”“受害人”的概念。这表明，立法不认为此等情况下的“行为人”是侵权人、“受害人”是被侵权人，进而可以推论的是：受害人故意造成损害（也不要求是否为同一损害）的，并不构成行为人的侵权责任。比如，在“碰瓷”的案件中，受害人直接追求或者高度放任（间接故意）损害的发生，果真发生了死亡或者伤残的后果。在此，行为人的行为不过是被“受害人”利用，当然不构成侵权责任。“受害人”是对其遭受损害的一种客观描述——依常识其在人身、财产方面遭受了损失——没有附加法律价值上的评判，更不涉及他人的责任问题。

（二）受害人故意的形态和内容

受害人故意是一种不良的甚至恶劣的心理状态，分为两种形态：受害人积极追求损害发生的不良乃至恶劣的心理状态，或者明知损害

会发生或者具有极大的发生概率而放任损害发生的不良心理状态。

受害人的故意如果仅仅停留在心理层面并不产生法律效果。只有在受害人在其故意的不良心态驱使下实施某种积极行为或者消极不作为，该积极行为或者消极不作为成为损害发生的原因，导致损害的发生，受害人的故意才有法律上的意义——发生行为人不承担责任的效果。

如果法律对特定案件中受害人故意的内容作出了规定，依照其规定判断受害人是否存在故意。比如《道路交通安全法》第76条第2款规定：“交通事故的损失是由非机动车驾驶人、行人故意碰撞机动车造成的，机动车一方不承担赔偿责任。”此处的“故意”内容不是追求死亡或者伤残等交通事故后果的不良心态，而是“故意碰撞机动车”。“碰瓷”者无须追求死亡或者伤残等交通事故后果的故意，只需要碰撞机动车的故意。此等“受害人”与试图通过交通事故自杀的“受害人”在故意内容上是不相同的。

二、行为人不承担责任

受害人故意导致全部损害发生的，行为人对该全部损害不承担责任。侵权人的行为导致全部损害发生的，行为人是侵权人，对该全部损害承担责任；该损失之发生，被侵权人（受害人）有过失的，应当依据第1173条的规定减轻侵权人的责任；受害人故意造成损害扩大的，应自己承担扩大部分的损害后果，侵权人（行为人）对扩大部分的损害不承担责任。

此外，在有些案件中，受害人故意不仅导致自己遭受损害，而且导致行为人或者第三人的损害。在这样的案件中，受害人不仅要承受自己的损害后果，而且要对行为人遭受的损害和第三人的损害依法承担侵权责任。在对机动车故意“碰瓷”的案件中，实施“碰瓷”行为的受害人不仅要承受自己的人身、财产损失，而且对机动车一方的损失（如车辆的修理费用等）承担赔偿责任。

对上述损害的承担和责任分配，体现了社会主义核心价值观和民法基本原则的要求。自古以来的法律谚语是：任何人不得从其不法行为中获得利益。受害人的故意致害行为属于不法行为，不仅不能从中获得利益，即不能获得赔偿，而且造成行为人或者第三人损害的还应当依法承担赔偿责任。

三、事故保险责任之免除

受害人故意造成损害的，其本人或者相关人员请求保险公司支付责任保险金的，往往不被支持。此等情形，有时可能构成保险诈骗罪。依据《道路交通安全法》《机动车交通事故责任强制保险条例》等制定的《机动车交通事故责任强制保险条款》第10条规定，因受害人故意造成的交通事故损失绝对不予赔付。

第一千一百七十五条

损害是因第三人造成的，第三人应当承担侵权责任。

本条主旨

本条是关于第三人造成损害，由其承担侵权责任的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第28条 损害是因第三人造成的，第三人应当承担侵权责任。

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（部分内容因与新法规定抵触而失效）

第6条第2款 因第三人侵权导致损害结果发生的，由实施侵权行为第三人承担赔偿责任。……

理解与适用

一、第三人造成损害：作为外来原因的抗辩事由

（一）两种基本的责任抗辩事由

行为人被受害人请求承担侵权责任，可以从两个方面提出抗辩，达到全部或者部分抵消被侵权人请求的效果。他可以从其行为的正当性方面提出抗辩，比如主张正当防卫、紧急避险、自愿施救、自愿承担风险、自助等；也可以从因果关系的角度（即外来原因）提出抗辩，比如主张不可抗力、受害人故意或者过失、第三人造成损害等。我国《民法典》在第一编总则第八章民事责任和第七编侵权责任第一章一般规定中，分别对这两类抗辩事由作出了规定，本条规定与已经废止的《侵权责任法》第28条内容完全相同，是从因果关系的角度（即外来原因）规定的抗辩事由。需要指出的是，由于《民法典》第一编总则第八章民事责任和第七编侵权责任第一章一般规定都对侵权

责任的抗辩事由作出了一些规定，因而应当将这两处的规定结合起来考虑，综合判断一个案件的行为人是否具有合格的责任抗辩事由。

（二）外来原因的抗辩

外来原因的抗辩，是指在行为人的行为与受害人的损害因果关系发生的构成中，行为人和受害人之外的人的行为或者客观事件加入因果关系的进行进程，导致正在进行的因果关系中断，已有的原因（行为人的行为）不再是损害发生的原因，新加入的第三人的行为或者客观事件代替原来的原因，继续因果关系之进行和形成，成为导致结果发生的原因。或者，新加入的第三人的行为或者客观事件不代替已有的原因，而是与已有的原因一起共同发生作用，继续因果关系的进行和完成。就原因而言，于前者，原来的原因不再是损害发生的原因；于后者，原来的原因不再是损害发生的唯一原因，而是损害发生的原因之可分部分或者不可分部分。就责任而言，于前者，原来的原因行为实施者（或者准侵权行为人），无须承担侵权责任；于后者，原来的原因行为实施者（或者准侵权行为人）可能需要与新加入的第三人（实施了侵权行为或者准侵权行为）对同一损害承担某种共同的责任，如连带责任、按份责任或者补充责任。

本条规定，损害是因第三人造成的，第三人应当承担赔偿责任。对于作为被告的侵权人（行为人）来说，这是一项外来原因的抗辩。是否能够完全免于承担责任，取决于第三人行为介入正在进行的因果关系导致的因果关系进行与完成所发生的变化。这条规定中，“因”“造成”等文字，界定了第三人行为（准侵权行为）作为损害发生或者扩大的原因这一基本要素。

二、第三人造成损害抗辩事由的适用

（一）关于“第三人原因”范围

法律仅仅规定：损害是因第三人造成的，第三人应当承担侵权责任。没有规定造成损害的“第三人原因”是只包括第三人的积极行为，还是既包括其积极行为也包括其消极不作为行为。依文义解释，笔者比较倾向于认为，本条规定的“第三人原因”既包括其造成损害的积极行为也包括其造成损害的消极行为。

同样，法律没有区分第三人实施的侵权行为和应当承担侵权责任的准侵权行为。依文义解释，笔者比较倾向于认为，“第三人原因”既包括第三人自己实施的侵权行为，也包括第三人应当承担侵权责任的

准侵权行为。

（二）关于因果关系中断与原因加入

完全是第三人原因造成被侵权人损害，第三人的介入导致正在进行的因果关系中断，第三人的侵权行为或准侵权行为完全代替行为人的行为发挥致害的原因作用，此等情况下，第三人应当对由此产生的损害承担全部责任，在先的行为人不承担责任。如果其被被侵权人起诉请求承担侵权责任，该在先的行为人可以依据本条规定主张完全免责。

在先行为人的行为已经造成被侵权人损害，第三人的介入导致正在进行的因果关系变化，加入的第三人原因扩大了损害或者导致新的损害，在先的行为人应当对已经造成的损害承担侵权责任，第三人则应当对扩大的损害或者新的损害承担侵权责任。

第三人介入的侵权行为或者准侵权行为与在先行为人的侵权行为或者准侵权行为共同发生作用，导致损害的发生或者扩大，是否可以适用本条规定，抑或应该适用第1168条或者第1171条的规定处理他们对被侵权人的应当承担的责任，法律没有作出明确规定。笔者比较倾向于认为，在不对被侵权人请求权的实现产生不利影响的情况下，在先的侵权行为人可以进行选择：他可以选择适用本条主张第三人承担相应的责任，也可以选择第三人与其承担按份责任或者连带责任。

第一千一百七十六条

自愿参加具有一定风险的文体活动，因其他参加者的行为受到损害的，受害人不得请求其他参加者承担侵权责任；但是，其他参加者对损害的发生有故意或者重大过失的除外。

活动组织者的责任适用本法第一千一百九十八条至一千二百零一条的规定。

本条主旨

本条有两款。第1款是关于具有一定风险的文体活动参加者“自甘风险”的规定，第2款是关于组织者责任不适用本条的规定。

相关条文

无相关条文。

理解与适用

一、“具有一定风险的文体活动”理解

（一）具有一定风险的文体活动

文体活动指文化活动和体育活动两类活动。文艺表演，如相声、曲艺表演、杂技魔术表演等，属于文化活动。所谓风险，是指从事某类活动发生意外人身伤害等事故的危险性。凡事故率较高的为高风险，不出事故或者事故率低的为零风险或者低风险。有些文化活动没有风险或者风险极低，如歌唱、相声表演；有些文化活动具有一定的风险，如杂技魔术表演、武功气功表演等。体育活动也如此，一些体育活动没有风险或者风险较低，如在社区使用供群众特别是老年人健身的器材，只有极低的风险；但是，大多数竞技体育项目特别是身体直接接触的竞技体育项目则有较高级别度的风险。而拳击一类的体育项目则有极高的风险。

本条所称具有一定风险的文体活动，应当是合法的文体活动，至少是不为法律、行政法规和管理规定禁止的活动。赌博、封建迷信活动、地下拳击比赛、非法飙车等活动具有违法性质，不属于本条所称的“具有一定风险的文体活动”。

（二）风险程度的判断标准

法律、法规和管理性规定将某些文体活动界定为较高风险文体活动的，依照其规定。依据常识和生活经验，一个理性人能够判断为“具有一定风险的文体活动”，则认定此等文体活动为具有一定风险的文体活动。对风险程度的判断，以通常参加此等活动、对其有较充分全面了解的“理性人”之认知为判断依据。其认知的基础，往往包括但是不限于：活动的性质、周围环境对安全的影响、对抗的激烈程度、发生事故特别是人身伤害的概率、发生人身损害的严重程度、防范措施、救助和救济手段能力等。

二、作为抗辩事由的“自甘风险”之适用

（一）自甘风险作为抗辩事由的构成要件

以受害人“自甘风险”——受害人自愿冒险参加具有一定风险的文体活动，即使发生意外损害也不追究相关他人的侵权责任——为抗辩事由主张不承担侵权责任，需要符合以下构成要件。

1. 受害人适格

如果某项具有一定风险的文体活动对参加者的条件或者资格具有一定要求，受害人是符合此等条件和资格的参加者。不符合条件和资格，参加此类文体活动遭受损害，不宜适用本条作为责任抗辩事由，而应该按照过错责任以及受害人过错等规则处理。

2. 受害人知晓风险

参加具有一定风险的文体活动者，知道该活动的风险也是自甘风险作为责任抗辩事由的构成要件。如果参加者都不知道或者不可能知道风险之所在，就无从讨论其“自愿承担损害后果”的问题。受害人知晓风险可以从两个方面判断：其一，活动的组织者对风险进行了明确和充分的告知或者提示；其二，依据参加者的经验和知识应当知道风险的存在和风险的程度，从而推定参加者应当知道风险。比如，参加F1方程式职业赛的选手，当然知道或者应当知道此等赛事的高风险

性。

3. 受害人自愿参加

受害人自愿参加具有一定风险的文体活动，而不是被强迫、胁迫、欺骗参加此等活动。在自愿参加的前提下，受害人以明示或者默示的方式表示自己愿意承受活动的风险，如果发生意外伤害不追究他人的侵权责任。自甘风险包含两层自愿的含义：一是自愿参加具有一定风险的文体活动，二是自愿接受此等活动的风险以及可能造成的损害。受害人自愿也是自甘风险的构成要件。

（二）适用对象

1. 文体活动的其他参加者

依据本条规定，自甘风险适用于与受害人一起参加文体活动的其他参加者，如篮球（足球等）赛的对方球员或者本方队友、拳击赛的对方拳手。实践中，对方人员致害发生较多，己方人员致害也偶有发生。法律并不区别对待对方人员或者己方人员，作为其他参加者的对方人员和己方人员，于其行为致害之情形均可以援引本条作为抗辩事由，不承担侵权责任。

需要指出的是，作为其他参加者的对方人员和己方人员在相关文体活动中对损害发生有故意或者重大过失的，不能援引自甘风险作为侵权责任的抗辩事由。即使受害人一方符合自甘风险的全部构成要件，但是致害的其他参加者由于对损害的发生具有故意或者严重过失的，不能免于侵权责任。比如，在体育比赛中故意犯规、恶意冲撞他人身体等行为造成损害的，不能援引本条主张免责。

法律在规定自甘风险作为责任抗辩事由的同时，规定了故意和重大过失的当然可归责性，体现了社会主义核心价值观（如“友善”）和民法基本原则（如“诚实信用”）对民事活动的根本要求。

2. 其他适用问题讨论

本条措辞上限定适用于“具有一定风险的文体活动”，在立法过程中也有人主张扩大适用范围，但是意见没有被采纳。在实施中，本条是否可以适用于一定风险文体活动之外的其他活动呢？我们倾向于认为：（1）不宜直接引本条作为其他活动中的责任抗辩依据，因为本条的文义限定在“一定风险的文体活动”，其适用范围是确定和封闭的，没有用“等”字样留下扩张的空间。（2）本条规定所包含的法律

原理和精神源于民法的自愿原则、诚实信用原则和过错责任原则。这些原则在其他案件包括类似于“一定风险的文体活动”致害案件中也是适用的，可以提供对这些原则的理解和适用并援引最接近的条文（如《民法典》第1173条被侵权人过错）作出正确的判决。

3.关于“受害人同意”

有些国家将“受害人同意”作为与受害人自甘风险相并列的责任抗辩事由加以规定。理论上认为：受害人同意作为一种正当理由的抗辩事由，是指由于受害人事先明确表示自愿承担某种损害后果，行为人在其所表示的自愿承担的损害后果的范围内对其实施侵害，而不承担民事责任。也有学者称之为“受害人承诺”^[1]。受害人的同意构成一种正当理由的抗辩，应当同时具备以下要件：（1）受害人事先明示的真实意思表示。受害人的同意应当是在加害行为实施之前表示出来的意思，而不是事后表示的意思。（2）行为人主观上的善意。行为人主观上的善意应当是受害人同意这种正当理由的抗辩事由的构成要件，否则，行为人有可能利用受害人的同意。（3）不超过同意的范围和限度。行为人对受害人实施加害，不得超过受害人同意的范围和限度，否则，应对超出限度和范围的损害承担侵权责任。（4）受害人之间同意不违反法律与社会公序良俗。^[2]《民法典》没有对受害人同意作为责任抗辩事由单独加以规定，遇此等情况如果符合受害人自甘风险的构成要件的，可以解释为受害人自甘风险。

三、活动组织者的责任不适用本条规定

本条规定适用于具有一定风险的文体活动的其他参加者，明确规定不适用于文体活动的组织者。有关组织者的侵权责任问题，适用《民法典》第1198条至1201条关于违法安全保障义务承担侵权责任的规定。

注释：

[1]杨立新.侵权法论.2版.北京：人民法院出版社，2004:212.

[2]张新宝.侵权责任法.4版.北京：中国人民大学出版社，2016:60.

第一千一百七十七条

合法权益受到侵害，情况紧迫且不能及时获得国家机关保护，不立即采取措施将使其合法权益受到难以弥补的损害的，受害人可以在保护自己合法权益的必要范围内采取扣留侵权人的财物等合理措施；但是，应当立即请求有关国家机关处理。

受害人采取的措施不当造成他人损害的，应当承担侵权责任。

本条主旨

本条有两款。第1款是关于自助的规定；第2款是关于自助措施不当造成他人损害应当承担侵权责任的规定。

相关条文

无相关条文。

理解与适用

一、自助的概念与意义

（一）法律规定的产生

自《民法通则》以来，我国有关侵权责任的立法和司法解释一直没有对作为侵权责任抗辩事由的自助作出规定。《民法典》第一次在民事立法上规定自助作为侵权责任的抗辩事由，同时规定了受害人采取的措施不当造成他人损害的应当承担侵权责任，以规范自助的正确适用，妥善平衡相关当事人的权利保护与救济。

（二）自助的概念

自助，是指受害人（通常是债权受到威胁者）于情况紧急无法求助于国家机关保护自己的合法权益时，而对他人（通常是债务人）的财产或者人身自由采取合理限度的强制措施以保护自己的合法权益的行为。

自助作为民法确认的侵权责任抗辩事由，其抗辩效果在于：受害人在紧急情况下在必要范围内采取合理的措施自力救济保护其合法权益，不对因此等自助行为给侵权人（债务人）造成的损害承担侵权责任。

自助属于“私立救济”，即以民事主体以自己的能力而不是以国家的公权保护其合法权益。自助属于临时性的强制措施，在实施自助行为之后应当立即请求国家机关处理相关纠纷，通过公权保护其合法权益。

（三）自助的意义

远古法崇尚私立救济，鼓励同态复仇。人类进入文明社会以来，私立救济受到严格限制，同态复仇更是被完全禁止。因此，民法规定自助作为保护受害人合法权益的一种私立救济方式属于近现代法治的例外情形。所以，有些国家的民法并不承认自助作为合格的侵权责任抗辩事由。即使承认自助作为侵权责任抗辩事由的，也对其适用条件等作出了较为严格的规定。

自助的积极意义是毋庸置疑的。在紧急情况下，受害人或者可能的受害人通过采取临时的强制措施比如扣留侵权人的财物，能够有效保护自己免受损失，比如避免债权落空。法律给予这种有限的私力救济一定的空间，对于保护受害人的合法权益、维护社会秩序的和谐稳定具有积极意义。

二、自助的适用条件

（一）目的条件

自助之所以能够在较严格条件下被认可为侵权责任的抗辩事由之一，在于这种行为具有正当性。这种行为的正当性，是通过行为目的的合法性体现出来的。受害人实施自助行为，其目的是保护自己的合法权益。这与正当防卫和紧急避险的目的不尽相同，后二者可以是为了保护他人合法权益或公共利益，也可以是为了保护自己的合法权益。对于非法利益，任何人不得采取自助方式进行自我保护。

（二）情势条件

自助行为必须于情势紧急且无法求助国家机关之时为之。如有寻求国家机关保护的机会和渠道，则不能实施自助行为进行自我保护和

救济。实践中，债权人扣留准备逃逸者的财物，即属于比较典型的自助行为。只有在债务人存在逃逸的现实紧迫性，其一旦逃逸债权将无法实现、产生“难以弥补的损失”的情况下，债权人才能采取必要的措施扣留其财物作为债务人履行债务的担保。

（三）对象条件

理论上认为，自助行为必须是针对侵权人的财产或人身自由实施必要的强制，比如扣留其财物或者暂时限制其人身自由，不得对他人（如其亲属）的人身和财产实施自助行为。^[1]

依据本条规定，在必要范围内被侵权人可以采取“扣留侵权人的财物等合理措施”。显然，针对侵权人（债务人）的财物采取必要范围内的合理措施（如扣留）是法律所许可的自助行为方式。但是“等”字里面是否包含有其他“合理措施”，特别是是否包含了对侵权人（债务人）人身自由进行临时限制的“合理措施”，立法没有作出明确界定，将这一问题留给将来的司法实践特别是最高人民法院的司法解释等来解决。

我们认为，这里的“等”似乎不排除对侵权人（债务人）人身自由的临时强制，但是采取限制人身自由的措施应该特别谨慎，尤其不得造成人身伤害。在采取限制人身自由的措施后，应当立即请求有关国家机关处理。

三、自助适用的具体要求

（一）必要范围和合理限度要求

对侵权人（债务人）实施自助行为，不得超过必要范围和合理限度。如果是对其财物实施扣留措施，以足以保护被侵权人（债权人）的权益（如与债务的数额相当）为限，不得超出这一范围和限度扣留更多的财物；如果是对其人身自由实施强制，以足以控制、其不能脱逃为限。

自助超过必要范围和合理限度，或假自助行为趁机损坏侵权人（债务人）的财产、加害其人身，行为人均应承担相应的侵权责任，不能主张自助而免于对其所造成的损失之侵权责任。

（二）立即报告要求

受害人（债权人）对侵权人（债务人）于紧急情况在必要范围内

采取扣留侵权人的财物等合理措施，属于临时性的措施，应当立即请求有关国家机关处理。是否达到“立即”的要求，有法定标准的依法定标准判断；无法定标准的，按照习惯或者理性人的正常处理方法和速度判断。

四、不当采取自助措施造成损害的侵权责任与违反安全保障义务造成损害的侵权责任

（一）不当采取自助措施造成损害的侵权责任

本条第2款规定，受害人采取的自助行为不当造成他人损害的，应当承担侵权责任。本款适用于三种情况：（1）不符合自助的构成要件，不当对侵权人（债务人）的财物等采取自助措施，导致侵权人（债务人）人身、财产损害的，受害人应当对此等损害承担全部责任。（2）超过必要范围对侵权人（债务人）的财物等采取自助措施，导致不应有损害的，受害人应当对不应有损害部分承担责任。（3）自助行为采取的措施不合理或者不是法律或司法解释认可的合理措施，造成损害的，受害人对此等损害应当承担侵权责任。

（二）违反安全保障义务造成损害的侵权责任

受害人对侵权人（债务人）的财物进行扣留或者对其人身自由进行限制，使得侵权人（债务人）的财产或者人身处于控制之下。对于受制于自己的他人财产、人身权益，采取自助措施的受害人负有安全保障义务。违反安全保障义务导致损害发生的，受害人应当依过错责任原则承担侵权责任。

受害人在此等情况下负有安全保障义务，应当达到一个善良管理人的注意程度，关照受制于自助措施的他人财产和人身安全。如果没有达到这样的注意程度，就是有过错的，造成损害则应当承担侵权责任。

注释：

[1]张新宝.侵权责任法.4版.北京：中国人民大学出版社，2016:70.

第一千一百七十八条

本法和法律对不承担责任或者减轻责任的情形另有规定的，依照其规定。

本条主旨

本条是关于不承担责任或者减轻责任的法律规定之指引性（提示性）规定。提示本法和法律对不承担责任或者减轻责任的情形另有规定的，依照其规定。

相关条文

无相关条文。

理解与适用

一、本条的指引意义

在一部法律或者法典中，少许条文没有直接的规范内容，而是指引和提示如何正确适用法律以及法律条文之间的相互关系等。这样的条文称为“指引性条文”或者“提示条文”或者“提示条款”。

本条提示，除了《民法典》第七编第一章规定的不承担或者减轻责任的条文（第1173-1177条）外，在《民法典》对不承担责任或者减轻责任的情形另有规定的，应当依照其规定适用之；在《民法典》之外的其他法律中，对不承担责任或者减轻责任的情形另有规定的，应当依照其规定适用之。

二、《民法典》中对不承担责任或者减轻责任“另有规定”的情形

《民法典》第一编总则第八章民事责任第180条-第184条集中规定了不承担责任或者减轻责任的情形。这些条文既适用于违约责任也适用于侵权责任，故规定在《民法典》第一编。现将这些条文抄录于

此。^[1]

第一百八十条 因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。法律另有规定的，依照其规定。

不可抗力是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。

第一百八十一条 因正当防卫造成损害的，不承担民事责任。

正当防卫超过必要的限度，造成不应有的损害的，正当防卫人应当承担适当的民事责任。

第一百八十二条 因紧急避险造成损害的，由引起险情发生的人承担民事责任。

危险由自然原因引起的，紧急避险人不承担民事责任，可以给予适当补偿。

紧急避险采取措施不当或者超过必要的限度，造成不应有的损害的，紧急避险人应当承担适当的民事责任。

第一百八十三条 因保护他人民事权益使自己受到损害的，由侵权人承担民事责任，受益人可以给予适当补偿。没有侵权人、侵权人逃逸或者无力承担民事责任，受害人请求补偿的，受益人应当给予适当补偿。

第一百八十四条 因自愿实施紧急救助行为造成受助人损害的，救助人不承担民事责任。

■ 三、其他法律中对不承担责任或者减轻责任“另有规定”的情形

以下是其他法律中对不承担责任或者减轻责任“另有规定”的一些列举（非完全列举）。

《专利法》第69条规定：专利权穷竭、先用权、临时过境、为科学研究和实验目的的使用等情形时，相关行为“不视为侵犯专利权”，行为人不承担侵权责任。

《民用航空法》第125条规定：“……旅客随身携带物品或者托运行李的毁灭、遗失或者损坏完全是由于行李本身的自然属性、质量或者缺陷造成的，承运人不承担责任……因发生在航空运输期间的事

件，造成货物毁灭、遗失或者损坏的，承运人应当承担责任；但是，承运人证明货物的毁灭、遗失或者损坏完全是由于下列原因之一造成的，不承担责任：（一）货物本身的自然属性、质量或者缺陷；（二）承运人或者其受雇人、代理人以外的人包装货物的，货物包装不良；（三）战争或者武装冲突；（四）政府有关部门实施的与货物入境、出境或者过境有关的行为。”

第126条规定：“旅客、行李或者货物在航空运输中因延误造成的损失，承运人应当承担责任；但是，承运人证明本人或者其受雇人、代理人为了避免损失的发生，已经采取一切必要措施或者不可能采取此种措施的，不承担责任。”《旅游法（2018年修正）》第70条第2款规定：“由于旅游者自身原因导致包价旅游合同不能履行或者不能按照约定履行，或者造成旅游者人身损害、财产损失的，旅行社不承担责任。”

《电子商务法》第57条规定：“用户应当妥善保管交易密码、电子签名数据等安全工具。用户发现安全工具遗失、被盗用或者未经授权的支付的，应当及时通知电子支付服务提供者。未经授权的支付造成的损失，由电子支付服务提供者承担；电子支付服务提供者能够证明未经授权的支付是因用户的过错造成的，不承担责任。”

注释：

[1]具体理解和适用，可参见张新宝.《中华人民共和国民法总则》释义.北京：中国人民大学出版社，2017:391-400.

第二章

损害赔偿

【本章提要】本章是关于损害赔偿的规定，共9个条文（第1179条-第1187条）。第1179条-第1181条是关于人身损害赔偿的规定。第1182条-第1184条分别规定侵害人身权益造成财产损失、精神损害、财产损失的损害赔偿规则。第1185条是关于故意侵害知识产权情节严重的情形承担惩罚性赔偿责任的规定。第1186条是关于受害人和行为人分担损失的指引性条文。第1187条是关于赔偿费用支付方式的规定。损害赔偿或者说赔偿损失，是侵权责任法的责任方式之一种。除此以外，侵权责任方式还包括恢复原状、停止侵害、排除妨碍、消除危险、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉等（《民法典》第179条）。侵权责任编以专章规定损害赔偿，凸显了这种责任方式的主导地位。

第一千一百七十九条

侵害他人造成人身损害的，应当赔偿医疗费、护理费、交通费、营养费、住院伙食补助费等为治疗和康复支出的合理费用，以及因误工减少的收入。造成残疾的，还应当赔偿辅助器具费和残疾赔偿金；造成死亡的，还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。

本条主旨

本条是关于侵权行为或者准侵权行为造成被侵权人人身损害，赔偿项目的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第16条 侵害他人造成人身损害的，应当赔偿医疗费、护理费、交通费等为治疗和康复支出的合理费用，以及因误工减少的收入。造成残疾的，还应当赔偿残疾生活辅助具费和残疾赔偿金。造成死亡的，还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。

《民法通则》

第119条 侵害公民身体造成伤害的，应当赔偿医疗费、因误工减少的收入、残废者生活补助费等费用；造成死亡的，并应当支付丧葬费、死者生前扶养的人必要的生活费等费用。

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（部分内容因与新法规定抵触而失效）

第17条 受害人遭受人身损害，因就医治疗支出的各项费用以及因误工减少的收入，包括医疗费、误工费、护理费、交通费、住宿费、住院伙食补助费、必要的营养费，赔偿义务人应当予以赔偿。

受害人因伤致残的，其因增加生活上需要所支出的必要费用以及因丧失劳动能力导致的收入损失，包括残疾赔偿金、残疾辅助器具费、被扶养人生活费，以及因康复护理、继续治疗实际发生的必要的

康复费、护理费、后续治疗费，赔偿义务人也应当予以赔偿。

受害人死亡的，赔偿义务人除应当根据抢救治疗情况赔偿本条第一款规定的相关费用外，还应当赔偿丧葬费、被扶养人生活费、死亡补偿费以及受害人亲属办理丧葬事宜支出的交通费、住宿费和误工损失等其他合理费用。

理解与适用

一、我国人身损害赔偿制度的发展

（一）法律和司法解释建立起来的人身损害赔偿制度

1986年《民法通则》第119条对人身损害赔偿制度作出了规定，赔偿的项目包括：医疗费、因误工减少的收入、残废者生活补助费等费用；造成死亡的，应当支付丧葬费、死者生前扶养的人必要的生活费等费用。

2003年《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第17条规定的赔偿项目包括：（1）一般情形，赔偿医疗费、误工费、护理费、交通费、住宿费、住院伙食补助费、必要的营养费；（2）于侵权致残情形，赔偿残疾赔偿金，残疾辅助器具费，被扶养人生活费，因康复护理、继续治疗实际发生的必要的康复费、护理费、后续治疗费；（3）于侵权致死情形，除了赔偿一般情形产生的费用外，还应赔偿丧葬费、被扶养人生活费、死亡补偿费以及受害人亲属办理丧葬事宜支出的交通费、住宿费和误工损失等其他合理费用。

《侵权责任法》规定的赔偿项目包括：（1）医疗费、护理费、交通费等为治疗和康复支出的合理费用，以及因误工减少的收入。（2）造成残疾的，还应当赔偿残疾生活辅助具费和残疾赔偿金。（3）造成死亡的，还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国侵权责任法〉若干问题的通知》规定：“四、人民法院适用侵权责任法审理民事纠纷案件，如受害人有被抚养人的，应当依据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第二十八条的规定，将被抚养人生活费计入残疾赔偿金或死亡赔偿金。”

《民法典》第1179条的规定与《侵权责任法》第17条的规定基

本相同。

（二）几项重要制度的发展

1. 死亡赔偿金和残疾赔偿金制度的确立

《民法通则》没有规定死亡赔偿金和残疾赔偿金。依其规定，侵权行为导致被侵权人死亡的，如果生前没有被扶养人，无须对死亡这一损害进行赔偿。如果生前有被扶养人的，则需要赔偿被扶养人生活费。2003年司法解释试图改变这种状况，在赔偿项目中除保留被扶养人生活费外，增加了死亡赔偿金。“死亡赔偿金按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入标准，按二十年计算。但六十周岁以上的，年龄每增加一岁减少一年；七十五周岁以上的，按五年计算。”（该《司法解释》第29条）但是这一城乡“同命不同价”的规定一直受到质疑。《侵权责任法》直接规定了死亡赔偿金项目，《民法典》承继了相关规定，最高人民法院新的司法解释要求“将被扶养人生活费计入残疾赔偿金或死亡赔偿金”。至此，死亡赔偿金正式作为人身损害赔偿项目得以确认，被扶养人生活费计入残疾赔偿金或者死亡赔偿金项目。

残疾赔偿金作为人身损害赔偿项目的确认历程与死亡赔偿金大致相同。所不同的是，计算标准不涉及城乡二元结构问题，产生的争议比较小。被扶养人生活费，也计入残疾赔偿金项下。

2. 被扶养人生活费被吸收

《民法通则》第119条被后来的《侵权责任法》第17条和《民法典》第1179条规定的死亡赔偿金和残疾赔偿金吸收，计入死亡赔偿金或残疾赔偿金。

3. 精神损害赔偿性质的变化

《民法通则》没有对死亡赔偿金和残疾赔偿金作出规定，也没有规定人身损害案件中被侵权人的精神损害赔偿请求权。2001年的司法解释^[1]规定：（1）生命权、健康权、身体权受到侵害的，被侵权人一方得请求精神损害赔偿（第1条）；（2）精神抚慰的方式包括死亡赔偿金和残疾赔偿金（第9条）。至此，虽然法律没有对死亡赔偿金和残疾赔偿金的规定，但是司法解释规定了死亡、残疾的精神损害赔偿，精神损害赔偿似乎起到了死亡赔偿金和残疾赔偿金的作用。

2003年的司法解释^[2]明确确认死亡赔偿金项目和残疾赔偿金项

目，并将二者界定为财产性质的赔偿（第31条），同时保留下相关的精神损害赔偿（第18条）。至此，死亡赔偿金和残疾赔偿金与精神损害赔偿并存。《侵权责任法》吸收了司法解释的这一成果，第17条规定了死亡赔偿金和残疾赔偿金，第22条规定的精神损害赔偿也适用于造成死亡和残疾的案件。《民法典》承继了《侵权责任法》的规定。

二、医疗费、护理费、交通费、营养费、住院伙食补助费

（一）医疗费

医疗费是指为医治受伤的被侵权人所花费的诊疗费、医药费、住院费等费用，包括抢救医疗费用和相关的一般治疗的医疗费用；包括即时医疗费用和后续医疗费用；被侵权人死亡前发生的医疗费用也属于应当赔偿的医疗费用。司法解释规定：医疗费根据医疗机构出具的医药费、住院费等收款凭证，结合病历和诊断证明等相关证据确定。赔偿义务人对治疗的必要性和合理性有异议的，应当承担相应的举证责任。^[3]

（二）护理费

护理费是指被侵权人受到人身伤害在医疗、康复期间使用护理人员发生的费用，以及因残疾而使用护理人员照护日常生活发生的费用。司法解释规定：（1）护理费根据护理人员的收入状况和护理人数、护理期限确定。（2）护理人员有收入的，参照误工费的规定计算；护理人员没有收入或者雇佣护工的，参照当地护工从事同等级别护理的劳务报酬标准计算。护理人员原则上为一人，但医疗机构或者鉴定机构有明确意见的，可以参照确定护理人员人数。（3）护理期限应计算至被侵权人恢复生活自理能力时止。被侵权人因残疾不能恢复生活自理能力的，可以根据其年龄、健康状况等因素确定合理的护理期限，但最长不超过20年。（4）受害人定残后的护理，应当根据其护理依赖程度并结合配制残疾辅助器具的情况确定护理级别。^[4]

（三）交通费

交通费是指处理人身损害相关事项发生的交通费用。司法解释规定：交通费根据被侵权人及其必要的陪护人员因就医或者转院治疗实际发生的费用计算。交通费应当以正式票据为凭；有关凭据应当与就医地点、时间、人数、次数相符合。^[5]在目前使用自有乘用车的情况下，使用自有乘用车发生的费用如燃油费、过路费等，似乎也应当计入可以获得赔偿的交通费。

（四）营养费

营养费是指为了促进被侵权人身体康复、技能和体能恢复，购买必要营养食品所发生的费用。司法解释规定，营养费根据被侵权人伤残情况参照医疗机构的意见确定。^[6]笔者认为，购买没有明确疗效或缺乏科学依据的“保健品”，其费用一般不能计入可以获得赔偿的“营养费”。

（五）住院伙食补助费

住院伙食补助费是指被侵权人在住院期间支出的超出日常生活水平且为治疗和康复的需要花费的伙食费用。

三、误工减少的收入

误工减少的收入，是指被侵权人受到人身损害导致不能正常工作而减少的工资收入或其他类型的合理收入。法律规定，侵权人应当赔偿被侵权人因误工减少的收入损失。司法解释规定：（1）误工费（误工收入）根据被侵权人的误工时间和收入状况确定。（2）误工时间根据被侵权人接受治疗的医疗机构出具的证明确定。被侵权人因伤残持续误工的，误工时间可以计算至定残日前一天。（3）被侵权人有固定收入的，误工费按照实际减少的收入计算。被侵权人无固定收入的，按照其最近三年的平均收入计算；被侵权人不能举证证明其最近三年的平均收入状况的，可以参照受诉法院所在地相同或者相近行业上一年度职工的平均工资计算。^[7]

四、残疾生活辅助器具费用

被侵权人受到人身损害，身体健康和肢体、器官功能受损，需要借助辅助器具帮助维持相对正常的生活，因而法律规定对于因侵权行为致残者所需的生活辅助器具费用，侵权人应当予以赔偿。常见的辅助器具包括义眼、假肢、轮椅等。

司法解释规定：（1）残疾辅助器具费按照普通适用器具的合理费用标准计算。（2）伤情有特殊需要的，可以参照辅助器具配制机构的意见确定相应的合理费用标准。（3）辅助器具的更换周期和赔偿期限参照配制机构的意见确定。^[8]

五、丧葬费

（一）丧葬费的概念

丧葬费是指被侵权人死亡情形下，为火化、安葬等支出的必要费用。尽管有些国家（或者其特定的州）的法律拒绝丧葬费的赔偿，认为人迟早总是要死的，应当为自己的死亡“买单”，但我国自古代法以来就确认丧葬费的赔偿，名称上有所谓“烧埋银”等。《民法通则》以来，丧葬费一直是人身损害（侵权致死）赔偿的一个项目。

（二）丧葬费的标准

司法解释规定：丧葬费按照受诉法院所在地上一年度职工月平均工资标准，以6个月总额计算。^[9]这是一个动态的计算标准，如果受诉法院所在地上一年度职工月平均工资逐年提高，丧葬费也将水涨船高。

六、死亡赔偿金

（一）死亡赔偿金的概念与性质

死亡赔偿金是指被侵权人因侵权人的侵权行为而死亡，侵权人应当支付给被侵权人近亲属的金钱赔偿。死亡赔偿金的意义在于维持特定近亲属与被侵权人死亡前大致相当的物质生活水平。^[10]死亡赔偿，是财产性质的损害赔偿而非精神损害赔偿；是对近亲属自身利益受损进行的救济，而不是对生命本身的赔偿，所以不存在“同命同价”或者“同命不同价”的问题；是近亲属自身依法享有的损害赔偿请求权，而不是从死者处继承来的损害赔偿请求权（《民法典》第1181条第1款）。

（二）死亡赔偿金的计算标准

司法解释规定：死亡赔偿金按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入标准，按20年计算。但60周岁以上的，年龄每增加一岁减少一年；75周岁以上的，按5年计算。^[11]司法解释确定的死亡赔偿金的城乡二元计算标准一直受到非议。缓和此等争议的实践做法是：（1）不以户口所在地，而已实际的工作、生活、上学地作为判断“城镇居民”的标准，将没有城镇户口但是在城镇工作、生活、学习的人认定为“城镇居民”。（2）试点取消此等二元标准，统一适用城镇居民可支配收入标准计算死亡赔偿金。^[12]

与《侵权责任法》第16条一样，《民法典》第1179条没有对死亡赔偿金的标准或者数额作出规定，这一问题仍然有赖于最高人民法院通过司法解释等方式解决。过分简单化的城乡二元赔偿标准缺乏足够的公平正义基础，而完全相同数额的死亡赔偿金则更不妥。笔者认为，未来侵权案件中死亡赔偿金的计算，应当更多考虑死者的个体差异，特别是其生前的收入情况。

七、残疾赔偿金

（一）残疾赔偿金的概念与性质

残疾赔偿金，是指在人身损害侵权案件中，被侵权人受害致残，侵权人应当向被侵权人支付的金钱赔偿。残疾赔偿是财产性质的损害赔偿，不是精神损害赔偿。残疾赔偿是对被侵权人丧失或者部分丧失劳动能力即挣钱能力的赔偿，而不是对被侵权人精神损害的赔偿。对于被侵权人因残疾而遭受的精神损害，法律设定了专门条文予以救济（《民法典》第1183条）。

（二）残疾赔偿金的计算标准

1. 三种不同价值取向主导的残疾赔偿金计算标准

残疾赔偿金的计算标准或者说数额确定取决于其立法上的价值取向：（1）如果是为了维持被侵权人的生存或者最低生活水准，则无疑会确定较低的残疾赔偿金。（2）如果是为了保持被侵权人与当地居民生活水准相当的社会水准，就会以当地城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入作为标准确定赔偿数额。（3）如果是“恢复原状”为赔偿的价值取向，损害赔偿的目的在于救济被侵权人，使其维持与受害前大致相当的物质生活水平，就会较多考虑与其劳动能力、收入状况相关的个人因素。《民法通则》及其实实践确定的残疾赔偿标准，大致反映了第一种价值取向；《人身损害赔偿司法解释》以及其后的实践，大致反映了第二种价值取向；笔者理解从第一种价值取向向第二种价值取向的变化，向往未来能够实现第三种价值取向。

2. 司法解释规定的计算标准

司法解释规定：（1）残疾赔偿金根据被侵权人丧失劳动能力程度或者伤残等级，按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入标准，自定残之日起按20年计算。但60周岁以上的，年龄每增加一岁减少一年；75周岁以上的，按5年计

算。（2）被侵权人因伤致残但实际收入没有减少，或者伤残等级较轻但造成职业妨害严重影响其劳动就业的，可以对残疾赔偿金作相应调整。

注释：

[1]《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》（〔2001〕法释7号）。

[2]《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（〔2003〕法释20号）。

[3]同上，第19条第1款。

[4]《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（〔2003〕法释20号），第21条。

[5]同上，第22条。

[6]同上，第24条。

[7]同上，第20条。

[8]《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（〔2003〕法释20号），第26条。

[9]同上，第27条。

[10]张新宝.《侵权责任法》死亡赔偿制度解读.中国法学，2010（3）.

[11]《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（〔2003〕法释20号），第29条。

[12]最高人民法院《关于授权开展人身损害赔偿标准城乡统一试点的通知》（法明传〔2019〕513号）。

第一千一百八十条

因同一侵权行为造成多人死亡的，可以以相同数额确定死亡赔偿金。

本条主旨

本条是关于同一侵权行为造成多人死亡可以以相同数额确定死亡赔偿金的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第17条 因同一侵权行为造成多人死亡的，可以以相同数额确定死亡赔偿金。

理解与适用

一、本条的体系解释

前条是关于人身损害赔偿的一般规定，涉及一般情况下的损害赔偿，也对死亡、残疾情况下的损害赔偿尤其是赔偿项目（赔偿范围）作出了规定。但是，如前所述，该条对死亡赔偿金和残疾赔偿金的计算标准没有作出规定。

本条延续前条的规范范围，仍然是对人身损害赔偿问题进行规定。但是它不再是对人身损害赔偿作出全面的规定，甚至不是对侵权致人死亡的损害赔偿作出全面的规定，它所聚焦的是侵权致人死亡案件中死亡赔偿金问题，而且是特定情形的死亡赔偿金问题。它也没有对死亡赔偿金的计算标准或者具体数额给出确定的答案，而只是规定特定情形下对死亡的多人之近亲属可以以相同数额确定死亡赔偿金。这个“特定情形”就是“同一侵权行为造成多人死亡”。

基于以上讨论可以看出：前条是规定人身损害赔偿一般情形的，

本条是规定人身损害赔偿特别情形的，二者是“普通法与特别法”的关系。同时，由于前条对死亡赔偿金的标准和数额没有作出规定，本条也没有对死亡赔偿金的标准和数额作出规定，但是对部分侵权死亡赔偿案件（多人死亡）的近亲属获得死亡赔偿金的“相同数额”作出了赋予法官裁量权的规定，可以理解为是对前条的补充规定。

基于两条法律规定“普通法与特别法”的关系以及补充与被补充的关系，体系解释的结果是：（1）遇到“同一侵权行为造成多人死亡”的情形，在决定给予多个近亲属原告死亡赔偿金时，可以选择相同数额或者不同数额。相同数额与否，取决于法官基于对各种相关情况的裁量。（2）从本条的规定反观前条，得出的结论是，“一般情况下死亡赔偿金的数额是不相同的”。否则，就不用本条特意规定“同一侵权行为造成多人死亡”的情形可以以相同数额确定死亡赔偿金了。

二、本条的文义解释

（一）同一侵权行为

本条“同一侵权行为”，包括行为人实施的同一侵权行为，也包括同一致害原因的准侵权行为。在实践中，恶性交通事故、矿难事故、空难事故、生产事故、环境事故等，作为“同一侵权行为”造成多人死亡的情况较常见。这里的“同一”一般应从侵权行为或者准侵权行为作为同一原因来界定。单一原因造成损害（多人死亡）、数个原因结合发生作用导致多人死亡，属于本条规定的“同一侵权行为”造成多人死亡。

（二）多人死亡

立法和司法解释没有对“多人”到底是多少人或者多少人以上作出规定，学界对此存在争议，有人认为三人以上即为多人。^[1]本人倾向于认为，此处的“多人”不宜从人们一般理解的文义上进行界定，而应该从立法目的上进行理解。法律区别二人死亡与三人死亡，设专门条文规定前者不适用相同数额的死亡赔偿金、后者可以适用相同数额的死亡赔偿金，是没有任何意义的。法律之所以设本条处理多人死亡的死亡赔偿金问题，旨在及时处理案件，避免群体事件发生影响社会稳定。而能导致群体事件发生影响社会稳定的，绝非三人、四人，而应该是众多的多人。所以，笔者倾向于认为，这条法律主要适用于死亡人数众多，如数十人、数百人、数千人导致大规模侵权案件。交通事故责任中死亡三人或者死亡二人，并无本质区别，也无设置特别规定处理死亡赔偿金的必要性。

（三）“可以”就是“可以”

有学者主张《侵权责任法》第17条规定的“可以”是“应该”的意思。在此等案件中，法官应该判决相同数额的死亡赔偿金对死亡的多人之近亲属予以赔偿救济；如果适用不同数额的死亡赔偿金，则应说明理由。^[2]笔者认为，这里的“可以”就是“可以”而不是“应该”。如果立法者要限制法官的裁量权，使其原则上都判决相同数额的死亡赔偿金，就会使用“应该”的措辞而不是使用“可以”。如果《侵权责任法》立法没有能使用“正确”的措辞，而立法者的本意是“应该”，也会在本次民法典编纂中予以纠正，使用“应该”。但是立法并没有做这样的修正。这表明，立法者在此希望表达的仍然是“可以”而不是“应该”。

在法律条文的文义解释上，“可以”可解释为“可以”和“可以不”两种情况。依此解释，于同一侵权行为造成多人死亡的，法官可以以相同数额确定死者近亲属的死亡赔偿金，也可以以不同数额确定死者近亲属的死亡赔偿金。法官在此等情形下享有依据情势作出不同选择的裁量权。

注释：

[1]有学者认为多人应当理解为2人及2人以上，如此更有利于平衡个案利益，促使侵权责任法内在逻辑的一致性。叶鑫欣、林振泰.论多人死亡交通事故中死亡赔偿金制度的适用——对《侵权责任法》第17条的解读.法律适用，2011（5）.相似观点可参见徐彰.同命该如何同价——浅析侵权责任法第十七条.东南大学学报，2012（6）.

[2]王利明.侵权责任法.北京：中国人民大学出版社，2016:179.相似观点可参见叶名怡.论死亡赔偿范围.法商研究，2010（5）.

第一千一百八十一条

被侵权人死亡的，其近亲属有权请求侵权人承担侵权责任。被侵权人为组织，该组织分立、合并的，承继权利的组织有权请求侵权人承担侵权责任。

被侵权人死亡的，支付被侵权人医疗费、丧葬费等合理费用的人有权请求侵权人赔偿费用，但是侵权人已经支付该费用的除外。

本条主旨

本条有两款规定。第1款有两项内容：一是关于在被侵权人死亡情况下近亲属的损害赔偿请求权的规定；二是关于被侵权人为组织，该组织分立、合并的，承继权利的组织有权请求侵权人承担侵权责任的规定。

第2款是关于适格的案外第三人有权请求侵权人赔偿医疗费、丧葬费等合理费用的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第18条 被侵权人死亡的，其近亲属有权请求侵权人承担侵权责任。被侵权人为单位，该单位分立、合并的，承继权利的单位有权请求侵权人承担侵权责任。

被侵权人死亡的，支付被侵权人医疗费、丧葬费等合理费用的人有权请求侵权人赔偿费用，但侵权人已支付该费用的除外。

理解与适用

一、被侵权人死亡的，其近亲属有权请求侵权人承担侵权责任

被侵权人死亡的，一系列损害赔偿请求权无法通过其自身的行为实现。这些请求权包括已经发生的医疗费、护理费、交通费、营养

费、住院伙食补助费等费用。此外，由于死亡事实的出现，对近亲属造成供养损失和精神损害，同时还需要支付丧葬费和交通等费用。被侵权人死亡，其近亲属“有权请求侵权人承担侵权责任”，此等请求权有些继受于被侵权人，主要是指对已经发生的医疗费、护理费、交通费、营养费等费用的损害赔偿请求权；有些是因为自己的合法权益遭受损害而产生的损害赔偿请求权，主要是指死亡赔偿金请求权、精神损害赔偿请求权、丧葬费等费用的赔偿请求权。在被侵权人死亡的情形，其近亲属享有这两种不同性质、不同来源的损害赔偿请求权。

二、被侵权人为组织，该组织分立、合并的，承继权利的组织有权请求侵权人承担侵权责任

民法原理认为，法人和非法人组织发生分离、合并的，承继其权利的法人或者非法人组织承继其权利也承担其对他人的义务。《民法典》第67条规定：“法人合并的，其权利和义务由合并后的法人享有和承担。”“法人分立的，其权利和义务由分立后的法人享有连带债权，承担连带债务，但是债权人和债务人另有约定的除外。”第108条规定：“非法人组织除适用本章规定外，参照适用本法第三章第一节的有关规定。”

于侵权责任法上之损害赔偿请求权和赔偿义务，也同样适用这一原理。故本条规定在被侵权人为组织（法人或者非法人组织）的情形，该组织分立、合并的，承继权利的组织有权请求侵权人承担侵权责任。

三、适格的案外第三人有权请求侵权人赔偿医疗费、丧葬费等合理费用

某些情况下，案外第三人本来没有义务和责任支付被侵权人医疗费、丧葬费等合理费用，但是出于救助紧急危难或者其他原因而支付了此等费用。此等行为本质上构成无因管理，作为管理人的案外第三人有权向受益人追偿，在这样的案件中，侵权人有义务支付此等费用，因他人的支付而免于支付是受益人。故案外第三人有权请求侵权人赔偿其所支付的医疗费、丧葬费等合理费用。

在另一些情况下，法律规定某些主体有义务垫付医疗费等紧急发生的费用，如交强险的保险人、道路交通事故救助基金等。此等主体在垫付了医疗费等费用后，有权向侵权人追偿（请求赔偿）。

案外第三人之所以有权请求侵权人赔偿医疗费、丧葬费等合理费用，是因为其支付了相关费用。在先支付相关费用是案外第三人“适格”的必要条件。此外，侵权人自己已经为此等支付，则不产生案外第三人的赔偿请求权。如果案外第三人重复进行了此等支付，则可以返还不当得利为由请求接受支付者返还。

第一千一百八十二条

侵害他人人身权益造成财产损失的，按照被侵权人因此受到的损失或者侵权人因此获得的利益赔偿；被侵权人因此受到的损失以及侵权人因此获得的利益难以确定，被侵权人和侵权人就赔偿数额协商不一致，向人民法院提起诉讼的，由人民法院根据实际情况确定赔偿数额。

本条主旨

本条是关于侵害他人人身权益造成财产损失损害赔偿的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第20条 侵害他人人身权益造成财产损失的，按照被侵权人因此受到的损失赔偿；被侵权人的损失难以确定，侵权人因此获得利益的，按照其获得的利益赔偿；侵权人因此获得的利益难以确定，被侵权人和侵权人就赔偿数额协商不一致，向人民法院提起诉讼的，由人民法院根据实际情况确定赔偿数额。

理解与适用

一、适用范围

本条适用于侵害人身权益造成被侵权人财产损失的情况，是关于此等情况下财产损失损害赔偿标准及其标准的适用顺序的规定。以下两者情况不适用本条的规定：（1）侵害被侵权人人身权益只造成精神损害没有造成财产损失的，不适用本条规定；（2）侵害被侵权人财产权益的，不适用本条的规定。

是否所有侵害被侵权人人身权益造成财产损失案件的财产损失之损害赔偿，都适用本条规定呢？法律条文没有明确排除某些类型的案件。但是考虑到本法第1179条对侵害生命权、身体权、健康权造成人

身损害和财产损失的损害赔偿作出了全面规定，医疗费、护理费、交通费、营养费等为治疗和康复支出的合理费用以及误工减少的收入、残疾赔偿金、死亡赔偿金和丧葬费等都纳入了该条的赔偿范围，本条似乎没有适用的余地 and 空间。因此，本条虽然写明适用于“侵害他人人身权益造成财产损失的”案件之财产损失的损害赔偿，但是似乎并不适用于侵害生命、身体、健康权造成财产损失的损害赔偿，而只适用于侵害其他人身权益造成财产损失的损害赔偿，如侵害人身自由和人格尊严、姓名权、名称权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权以及个人信息等受到侵害造成财产损失的案件。人身自由和人格尊严、姓名权、名称权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权以及个人信息，学理上一般称为“非物质性人身权益”。

二、按照被侵权人因此受到损失赔偿或者侵权人因此获得的利益赔偿

侵害被侵权人的人身权益包括侵害“非物质性人身权益”，除可能产生其他损害后果外，还可能造成被侵权人的财产损失。这样的“财产损失”往往不是侵权行为导致的主要损害后果，而是次要的、“附带”的或者衍生的后果，如被侵权人为了保护 and 救济自己受到侵害的人身权益而花费的律师费、交通费、差旅费以及误工减少的收入等。本条对被侵权人因此遭受的财产损失予以救济，规定了损害赔偿的标准和标准之适用顺序。

在发生此等损害赔偿时，法律规定按照被侵权人因此受到损失赔偿或者侵权人因此获得的利益赔偿。这里规定了两个损害赔偿标准：按照被侵权人因此受到的损失进行赔偿；按照侵权人因此获得的利益进行赔偿。这两个标准是并列的和可选择的：被侵权人可以选择其中对自己更为有利的一个标准请求赔偿。

被侵权人主张财产损失的损害赔偿，需要对其遭受的财产损失或者被侵权人因为实施侵权行为获得的财产（经济）利益进行举证和证明。被侵权人进行选择通常会考虑两个因素：一是可能获得赔偿的数额，二是举证的难度。

三、赔偿数额协商不成的由人民法院根据实际情况确定

在无法适用上述两个损害赔偿标准的情况下，双方当事人可以就赔偿数额进行协商，达成一致的协议。在此等协议不违反法律、第三人利益和公序良俗的情况下，法院应当予以认可。而在不能达成协议

的情况下，由法院根据具体情况确定赔偿数额。至于根据哪些“具体情况”，需要进行个案化的考量。

在刘翔诉《精品购物指南》报社等侵害其肖像权的案件^[1]中，一审法院判决侵权责任不构成、原告败诉；二审法院撤销一审法院的判决，改判侵权责任构成、原告（上诉人）胜诉。而对于原告提出的高达百万元的赔偿请求，二审法院并没有支持，而是仅判决数万元的赔偿。查其理由：（1）原告没有对自己遭受的实际损失提供证据加以证明；（2）原告没有对被告获得利益的情况进行举证和证明；（3）双方当事人未能就赔偿协商一致、达成协议。在这样的情况下，二审法院“根据实际情况确定赔偿数额”，赔偿的数额大致等同于原告支付的律师服务费用。这一经典案例可以帮助人们较好理解“由人民法院根据实际情况确定赔偿数额”的旨趣。

注释：

^[1]北京市第一中级人民法院二审（2005）一中民终字第8144号民事判决书。

第一千一百八十三条

侵害自然人人身权益造成严重精神损害的，被侵权人有权请求精神损害赔偿。

因故意或者重大过失侵害自然人具有人身意义的特定物造成严重精神损害的，被侵权人有权请求精神损害赔偿。

本条主旨

本条有两款。第1款是关于侵害自然人人身权益造成严重精神损害的损害赔偿规定。第2款是关于侵害自然人具有人身意义的特定物造成严重精神损害的损害赔偿规定。

相关条文

《侵权责任法》

第22条 侵害他人人身权益，造成他人严重精神损害的，被侵权人可以请求精神损害赔偿。

《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》（法释〔2001〕7号，其所制定的依据《民法通则》，该司法解释应失效）

第4条 具有人格象征意义的特定纪念物品，因侵权行为而永久性灭失或者毁损，物品所有人以侵权为由，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。

理解与适用

一、精神损害赔偿概述

（一）精神损害的概念和分类

精神损害是指自然人因人身权益遭受侵害而产生的精神痛苦、肉

体疼痛或其他精神严重反常情况。在我国目前法律规定框架下，死亡、残疾属于人身损害，不属于精神损害。但是死亡事实可能导致近亲属精神损害，残疾后果可能导致被侵权人精神损害。

精神损害从受害的主体上划分，可以分为被侵权人的精神损害与其近亲属的精神损害，我国法律对二者都予以救济；从程度上可以划分为轻微精神损害、一般精神损害与严重精神损害，我国法律仅对严重精神损害予以救济。

（二）我国精神损害赔偿制度的建立与发展

精神损害赔偿是以支付赔偿金的方式救济被侵权人一方因人身权益遭受侵害而产生的精神损害的一项损害赔偿制度。^[1]

《民法通则》颁布后的较长一段时间，法律规定和司法实践不承认精神损害赔偿。直到2001年《最高人民法院确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》（法释〔2001〕7号），精神损害赔偿才作为一项正式的侵权责任制度得以确立。该司法解释对精神损害赔偿的适用范围、请求精神损害赔偿的合格主体、确定精神损害赔偿数额的因素等基本内容作出了确定。2009年颁布的《侵权责任法》（第22条）吸收了该司法解释的主要内容，但是将死亡赔偿金、残疾赔偿金从精神损害中排除出去，从立法上建立了我国的精神损害赔偿制度。《民法典》第1183条与《侵权责任法》第22条的内容大致相同，继受了业已形成的精神损害赔偿制度，而且增加了第2款的规定，吸收《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》（法释〔2001〕7号）第4条的成果，规定了侵害自然人具有人身意义的特定物造成严重精神损害的损害赔偿。

二、精神损害赔偿的适用范围

（一）对主体的适用范围

对主体的适用范围，是指在被侵权人一方，哪些民事主体可以依法主张精神损害赔偿。本条法律规定，仅自然人的人身权益受到侵害或者其具有人身意义的特定物受到侵害的，作为被侵权人的自然人有权提出精神损害赔偿的请求。其他民事主体，包括法人和非法人组织，不得提出精神损害赔偿请求。法人和非法人组织不具有自然人的思想情感，它们不可能出现类似于自然人精神损害的痛苦、疼痛等，因此不得请求精神损害赔偿。但是法人或非法人组织在其名称权、名誉权、荣誉权、商誉和信用等受到他人侵害而导致财产损失时，得请

求财产上的损害赔偿。

依据相关法律和司法解释的规定及其精神，有以下情况之一的，近亲属享有精神损害赔偿请求权：（1）相关被侵权人死亡（不同于死亡赔偿金）；（2）死者的名誉、隐私、姓名、肖像、遗体、遗骨等受到侵害。

（二）对保护权益的适用范围

1. 自然人的人身权益

本条第1款规定，侵害自然人人身权益造成严重精神损害的，被侵权人可以请求精神损害赔偿。精神损害赔偿主要适用于对自然人人身权益造成严重精神损害的案件。

2. 自然人具有人身意义的特定物

本条第2款规定，侵害自然人具有人身意义的特定物造成严重精神损害的，被侵权人也有权请求精神损害赔偿。

3. 侵害债权、物权或者不履行财产性给付义务的合同不适用精神损害赔偿

债权和物权，本质上属于财产权不属于人身权益，对其侵害造成的是财产性质的损害，应当以赔偿财产损失等方式予以救济，而不能以精神损害赔偿予以救济。但是，侵权人实施侵害债权或者物权的行为，同时造成被侵权人人身权益受到损害的，被侵权的自然人得依据本条主张精神损害赔偿。

不履行财产性给付义务的违约行为给合同的对方当事人造成财产损失，应当依据合同法的有关规定承担违约责任。但是违约行为同时给对方（自然人）造成人身权益方面损害的，对方（被侵害的自然人）得对因人身权益被侵害产生的精神损害请求精神损害赔偿。

在以“精神愉悦”等为主要给付内容的合同中，一方当事人不履行或者不当履行其主给付义务，没有满足对方当事人“精神愉悦”需求甚至产生精神不快或痛苦的，违约一方应当承担违约责任包括精神损害赔偿责任。此等“精神损害赔偿”不属于侵害自然人人身权益造成精神损害的损害赔偿，仍然属于违约的损害赔偿。在旅游合同等服务类合同中，常出现此等违约以及责任承担的问题。

（三）对侵权人的过错种类或程度要求

本条第1款和第2款均要求，侵权人承担精神损害赔偿责任，须有主观上的故意或者重大过失。侵权人只有在故意或者重大过失情况下实施侵害自然人人身权益或者侵害自然人具有人身意义的特定物造成严重精神损害的，才承担精神损害赔偿的责任。

（四）对精神损害之损害程度要求

本条第1款和第2款均要求被侵权的自然人遭受了“严重精神损害”，侵权人才承担精神损害赔偿责任。如果被侵权的自然人只是一般程度的精神损害甚或轻微的精神损害，则侵权人不承担精神损害赔偿责任。

（五）对无过错责任案件的适用

一般而言，无过错责任案件的责任之构成并不以行为人的过错为要件（《民法典》第1166条），故无须查明行为人是故意或者过失造成被侵权人的损害。而精神损害赔偿以侵权人的故意或者重大过失为主观上的构成要件，因此，如果被侵害的自然人在无过错责任案件中主张精神损害赔偿，则需要对行为人（侵权人）的故意或者重大过失进行举证和证明。此外，在无过错责任案件中，如果法律有特别规定适用精神损害赔偿的，依其规定处理。比如，《俄罗斯联邦民法典》明确规定，高度危险来源造成公民生命、健康损害的，适用精神损害赔偿的侵权责任方式。

三、侵害自然人人身权益造成严重精神损害的损害赔偿

本条第1款规定，侵害自然人人身权益造成严重精神损害的，被侵权人可以请求精神损害赔偿。正确理解和适用本款规定需要把握：（1）仅自然人可以请求精神损害赔偿，法人和非法人组织不能请求精神损害赔偿；（2）自然人的人身权益受到侵害；（3）受到侵害的自然人之精神损害达到严重程度。

（1）和（3）所要求的，已经在上面讨论。自然人的人身权益，是指其各项人身权和法律保护的人身利益，具体规定在《民法典》第一编总则第109条至第112条以及第四编人格权第990条至第1039条。特别需要注意第990条第2款的规定：“除前款规定的人格权外，自然人享有基于人身自由、人格尊严产生的其他人格权益。”

四、侵害自然人具有人身意义的特定物造成严重精神损害的损害赔偿

本条第2款规定，侵害自然人具有人身意义的特定物造成严重精神损害的损害赔偿。正确理解和适用本款规定需要把握：（1）仅自然人可以请求精神损害赔偿，法人和非法人组织不能请求精神损害赔偿；（2）自然人的具有人身意义的特定物受到侵害造成被侵权人精神损害；（3）受到侵害的自然人之精神损害达到严重程度。

（1）和（3）所要求的，已经在上面讨论。具有人身意义的特定物是特定物而非种类物。这种特定物具有人身意义，承载其所有人或者合法占有人某种特殊记忆和情感，如老照片、家谱以及记载特定事件的影视物品、文件等。对于此等具有人格意义的特定物，仅仅以物权法的保护方式以及以侵害财产的损害赔偿保护方式，不足以保护其所有人或者合法占有人的精神情感利益，故法律设专门规定予以精神损害赔偿的救济。

侵害自然人具有人身意义的特定物，是指对该有人身意义的特定物造成毁损灭失，使其部分或者完全失去表彰特定“人身意义”的功能。对此等特定物的毁损灭失损害，可能承担两种不同性质的赔偿责任：基于精神损害的精神损害赔偿责任和基于物损的财产损失赔偿责任。

五、精神损害赔偿数额的确定

（一）决定精神损害赔偿数额的考虑因素

最高人民法院在司法解释中多次对确定精神损害数额的考虑因素作出了规定，这些考虑因素包括：（1）侵权人的过错程度，法律另有规定的除外；（2）侵害的手段、场合、行为方式等具体情节；（3）侵权行为所造成的后果；（4）侵权人的获利情况；（5）侵权人承担责任的经济能力；（6）受诉法院所在地平均生活水平。此外，法律对精神损害赔偿数额有明确规定的，适用其规定。^[2]

1. 侵权人过错程度

过错程度是精神损害赔偿数额的决定因素之一。侵权人故意甚至恶意侵害他人人身权益的，应当承担较高数额的精神损害赔偿；具有重大过失的侵权人可能承担较高数额的精神损害赔偿。侵权人仅因为轻微过失或者一般过失侵害他人造成精神损害的，不赔偿精神损害。

2.侵害的手段、场合、行为方式

侵权人具体侵权情节的不同，反映出侵权人的主观恶性程度和行為社会危害性大小的不同。比如在诽谤（侵害名誉权）的案件中，口头传播还是利用大众媒体或者自媒体传播、侵权行为实施于私人场合还是公众场合、侵权手段一般还是极其卑鄙下流……这些具体情节的差异都反映出侵权人的主观恶性程度以及侵权行为的客观社会影响不同。此外，具体情节的不同，给被侵权人带来的心理痛苦程度也是不同的，从而损害程度也不同。因此，侵害的手段、场合、行为方式是确定精神损害赔偿数额的重要考虑因素。

3.侵权行为所造成的后果

精神损害赔偿原则上以侵权行为造成被侵权人严重精神损害后果为要件：在损害后果不严重的情况下，无须精神损害赔偿；后果严重，则精神损害也更严重，侵权人的赔偿责任也更重。可见，侵权行为所造成的后果也是确定精神损害赔偿数额的重要考虑因素。

4.侵权人的获利情况

确定精神损害赔偿数额，之所以要考虑侵权人的获利情况，是因为在有些情况下，可能被侵权人仅遭受了精神损害，没有经济利益的损失，但侵权人获得了利益，如果不考虑侵权人的获利情况而允许侵权人赔偿后仍然获得利益，显然不合理，无法体现精神损害赔偿对侵权人的惩戒与对被侵权人的抚慰功能。

5.侵权人承担责任的經濟能力

侵权人承担责任的經濟能力是否为考虑因素之一，有不同意见。肯定说认为，人们的经济状况千差万别，同样数额的财产损失对不同经济状况的人来说，影响显然不同，如果仅拘泥于形式上的平等，让不同财产状况的人赔偿同等的金额，有可能使富有的侵权人得不到惩戒而相应的被侵权人也得不到抚慰。^[3]否定说则认为，不能以侵权人的钱袋深浅决定赔偿额的多少，否则将会在同样程度精神损害的案件中出现过于悬殊的赔偿后果，不同被侵权人获得的赔偿差异过大。这样的结果有悖司法的统一性。最高人民法院的司法解释支持肯定说。

6.受诉法院所在地平均生活水平

受诉法院所在地的平均生活水平之所以影响精神损害赔偿数额，主要是因为精神损害赔偿的补偿和抚慰功能的实现依赖于被侵权人对

金钱的态度，而这种态度又与当地平均生活水平有关。^[4]一般来说，一定的物质生活条件决定人们的一定的精神世界，包括对精神损害的感知和感受。

（二）精神损害赔偿具体数额的确定

尽管最高人民法院的有关司法解释对于确定精神损害赔偿数额时必须考虑的各种情况作出了规定，但是对于具体赔偿数额或者说赔偿的上限、下限等没有作出规定。确定精神损害赔偿的具体数额时，首先应当考虑的是我国民法设立此项金钱赔偿制度的目的。我国民法设立这一制度，既具有与西方国家民法相应制度相同的意义（即补偿性与惩罚性），又有自己的特殊性：我国民法规定了对精神损害进行救济的其他侵权责任方式（如赔礼道歉、消除影响、恢复名誉等），因此，赔偿精神损害与否并不是用以宣示争讼双方胜败的必要或者唯一手段。考虑到这一点，极低数额的精神赔偿（如有的案件判决1元人民币的赔偿），在我国民法理论上和实践中都是不可取的。

既然精神损害赔偿的目的是补偿（填补）与惩罚（教育），那么赔偿的数额就应当与赔偿目的的要求相一致。过低的赔偿数额既无法补偿被侵权人所受到的损害，也难以惩戒、教育侵权人，使其规范自己的行为、保持应有的注意、以后不再为侵权行为，更无法警戒社会的其他成员。因此，在目前条件下，数百元至数万元或十多万元的精神损害赔偿请求，都是可以支持的；超过这一幅度，则需要极其特殊的理由。对某些案件，法院判决了很高的赔偿额，除了考虑精神损害赔偿外，还考虑到侵权人的获利情况和对不当获利的剥夺与返还。赔偿法上常用的谚语是，“任何人都不得从不法行为中得到利益”。

注释：

[1]杨立新教授指出：“精神损害赔偿是民事主体因其人身权利受到不法侵害，使其人格利益和身份利益受到损害或遭受精神痛苦等无形损害，要求侵权人通过财产形式的赔偿等方法，进行救济和保护的民事法律制度。”杨立新.侵权法论.北京：人民法院出版社，2004:688.

[2]《民事侵权精神损害赔偿解释》第10条。

[3]对此有不同观点。参加精神损害赔偿司法解释起草的陈现杰高级法官认为，考虑侵权人的赔偿能力是“从平均的正义向分配的正义的发展，是现代社会立法和司法解释中一个带有趋势性的重要现象”（陈现杰.最高人民法院关于确定民事侵权案件精神损害赔偿责任若干问题的解释的理解与适用//祝铭山，主编.典型案例与法律适用-名誉权纠纷.北京：中国法制出版社，2003:288.

[4]《俄罗斯联邦民法典》第1101条规定：精神损害赔偿的数额，由法院根据给被侵权人造成身体和精神痛苦的性质决定。当以过错为损害赔偿的依据时，法院还要根据致害人的过错程度确定赔偿数额。在确定精神损害的补偿数额时，应斟酌请求的合理性和公正性。被侵权人身体和精神痛苦的性质，由法院根据被侵权人精神被损害的实际情况以及被侵权人的个人特点作出评定。

第一千一百八十四条

侵害他人财产的，财产损失按照损失发生时的市场价格或者其他合理方式计算。

本条主旨

本条是关于侵害他人财产的，财产损失计算方式的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第19条 侵害他人财产的，财产损失按照损失发生时的市场价格或者其他方式计算。

理解与适用

一、本条的适用范围和财产损失的损害赔偿原则

（一）适用范围

本条适用于侵害财产权益造成财产损失的案件，不适用于侵害人身权益造成财产损失的案件。后者适用《民法典》第1183条。此处的“财产”是指财产权益，包括物权、知识产权、继承权、股权和其他投资性权利以及数据和网络虚拟财产等。侵权责任法保护财产权益的核心部分是动产和不动产权益。对于其他财产权益的保护，除了适用本条的规定外，通常还有特别法加以规定。

（二）财产损失的损害赔偿原则

对财产损失可以以不同的标准进行分类。常见的分类有直接损失与间接损失，既有利益的损失与可得利益的损失，积极财产损失和消极财产损失等。对于财产损失之损害赔偿，理论上通常认为，应当遵循以下规则。

1.完全赔偿（赔偿实际损失）的原则

完全赔偿原则也可以称为赔偿实际损失的原则，其基本含义是：侵权人对自己的侵权行为或者准侵权行为给被侵权人一方造成的实际损失或者说全部财产损失承担赔偿责任。这一赔偿原则主要适用于“物损”的情况，即在被侵权人的有体物财产遭受损害的情况下，通常适用完全赔偿的原则。比如，撞坏他人的车辆，赔偿全部损失（也可能以等量的修理费予以赔偿）；摔坏他人的一只杯子，赔偿这只杯子的全部价值。之所以对“物损”等损害后果适用完全赔偿的原则，是因为传统侵权责任法将对所有权的保护置于优先地位，而所有权神圣的私法原则要求对“物损”予以完全的赔偿。适用完全赔偿原则，以下几点需要注意：（1）适用的范围原则上为“物损”和其他直接财产损失的案件，即作为财产所有权客体的有体物因侵权发生毁损、灭失的损害后果；（2）“物损”的价值是可以计算的；（3）法律对赔偿原则另有规定者，依照其规定。

2.适当赔偿的原则

适当赔偿原则是完全赔偿原则的例外，其含义是，综合考虑案件的各种情况，对被侵权人的财产损失予以“适当”的赔偿而非完全的赔偿。“适当”赔偿并非“少许”“些许”赔偿，民法或者说侵权责任法上的“适当”，往往具有两层含义：一是从法律的价值观、利益平衡角度来看是合适的和妥当的；二是与某些特定的情况相适应或者说相当，如与侵权人的过错大小相适应，或者说与案件双方当事人经济状况的比较结果相当。适当赔偿的结果往往是少于完全赔偿的数额。

适当赔偿的原则往往适用于以下财产损失赔偿的案件：（1）赔偿间接财产损失或者可得利益的案件；（2）赔偿“纯粹经济损失”的案件；（3）难以准确确定财产损失数额的案件。而在“物损”为损害后果的侵权责任案件中，对“物损”部分的赔偿，一般不适用适当赔偿的原则。^[1]此外，法律对赔偿的最高限额和最低限额作出规定的，也可以被认为是适当赔偿原则的适用。

3.损益相抵原则

“损”即被侵权人遭受的财产损失，“益”是指被侵权人在遭受侵害的同时发生财产上的收益，包括财产的积极增加和消极增加，后者如给付义务的减轻或免除。被侵权人因遭受侵害而发生财产增加的，应当在损害赔偿中减去增加的部分，这是所谓“损益相抵”的要求。有些国家的侵权责任法规定了损益相抵原则^[2]，也有一些没有规定。

4.法定赔偿范围与法定计算标准相结合的原则

法律或者法规对某些案件中的全部或者部分财产损失的损害赔偿计算标准作出了明确的规定，适用这样的规定确定财产损失的赔偿，谓之适用法定赔偿原则的赔偿。法定赔偿原则可以是对赔偿范围的法定化，也可以是对赔偿数额计算标准的法定化。有法定赔偿标准的，优先适用。

二、按照损失发生时的市场价格计算

（一）按照损失发生时的市场价格计算概述

依据本条规定，侵害他人财产的，财产损失应当按照损失发生时的市场价格计算。这一规定是财产损失的赔偿金额之计算的主要标准，它包含了市场价格要素和时间要素两个方面的规定性。

市场是各种有交换价值的产品和服务进行交易的场所，经济学上也认为其是为各种资源进行配置的场所。一个产品或者服务的市场价格实际上是市场主体对其价值的认可。而在市场经济条件下，绝大多数产品和服务都是具有相对明确的市场价格的，因此，对于财产损失的赔偿金额以损失发生时的市场价格计算最能够客观反映市场经济规律对法律（赔偿制度）的要求，相对而言也最具有客观性、公正性。需要指出的是：（1）市场价格标准多适用于“物损”的赔偿数额之确定；（2）在某一物同时存在多个交易市场的情况下，应当综合考虑相关因素作出判断。如被侵权人从旧货市场（第一市场）以500元“淘”来一件古玩，在藏友之间（第二市场）可以获得5000元的交易价格，在拍卖会（第三市场）可以获得10000元的售价。如果其在被送往拍卖公司的途中被侵权人撞倒，发生完全的“物损”，应当按照哪一个市场的价格确定赔偿数额呢？第一、第二和第三市场的“市场价格”相差巨大，需要综合考虑各种情况作出判断。

（二）市场价格的时间标准

市场价格永远处在变动之中，对于某些价格波动大的物品而言，以什么时间作为赔偿标准对于被侵权人的影响甚巨。例如，甲在1月1日盗走乙的10两黄金，此时黄金价格为每克270元；1月20日甲将黄金以每克290元的价格卖出；3月1日乙起诉甲时黄金价格为每克280元；6月1日法院判决时黄金价格为每克320元。^[3]究竟该以什么时间的价格来确定被侵权人的损失呢？从现实生活来看，可能发生的情形很多：假如黄金不曾被盗，被侵权人乙一直持有黄金，其损失如何？

被侵权人乙中途卖出黄金，其损失如何？被侵权人乙卖出又买入，其损失如何？其中涉及市场风险与操作风险，涉及对未发生事件的假定，最终被侵权人的损失是一件无法完全客观确定的事情。然而，法律的任务不在于提供绝对真理，而是提供适当的纠纷解决方式，所以要考虑现实各种情形确定比较合理的时间点来衡量被侵权人的损失。

本条对计算财产损失的时间标准作出了明确的规定，这就是“损失发生时”，而不是其他任何时间。相对于人身损害赔偿而言，财产损失之计算的时间标准是比较容易确定的：财产损失的发生时间往往是一个比较容易被人们认识和认可的确定时间，而人身损害由于具有潜伏性、迁延性等情况，其发生时间往往难以确定。

法律不将财产损失的计算时间标准确定为“侵权行为实施时”“被侵权人知道或者应当知道损害发生时”“被侵权人提起诉讼时”或“法院一审辩论结束前”，突出了侵权责任法填补损害（而主要不是制裁侵权行为）的立法旨趣，同时有利于排除当事人乃至审判人员对案件客观事实确定的人为因素影响。

（三）关于市场价格的地点标准

法律仅对财产损失计算的市场标准和时间标准作出了规定，没有对地点标准即“依哪一个地方的市场价格”作出明确规定。可供选择的地点有：（1）侵权行为实施地；（2）财产损失发生地；（3）受诉法院所在地。考虑到法律明确将损害发生的时间确定为财产损失计算的时间标准，排除了侵权行为实施的时间，似可推断排除侵权行为实施地作为财产损失计算的地点，也应符合立法者的意图。笔者认为，财产损失发生时和发生地的市场价格应为计算财产损失的基本标准。^[4]

三、按照其他合理方式计算

（一）法律条文措辞的完善

《侵权责任法》第19条规定了市场价格之外的“其他方式计算”损害赔偿。本条则稍加调整，规定为“其他合理方式计算”损害赔偿。法律表达更为严谨科学，将法官的裁量权限定在“合理”的范围内，而不是任意计算。

（二）对“其他合理方式计算”的理解

侵害他人财产，财产损失可以按照其他合理方式计算。这条法律

规定的“其他合理方式”，是指市场价格标准之外的计算方式。对此，比较法上也有类似的经验。《荷兰民法典》第6:97条规定：“法官以与损害之性质最相适应的方式对损害进行估价。于不能精确确定损害范围之情形，对其进行估定。”^[5]采用“其他合理方式”需要考虑的因素包括：（1）该受损害物的形成（成本）价值；（2）合理的增值或者减值；（3）基于衡平价值观的综合判断。

有学者认为，“条文所谓的‘其他标准’，应当指依法不能自由买卖的‘财产’，因无‘市场’价格，只能采用别的计算标准”^[6]。笔者认为，大多数限制流转物是有市场价格的，仍然可以适用“市场价格标准”；某些自由流转物，由于数量少等原因，却没有形成市场，难以发现其市场价格，因而需要其他方式确定赔偿数额。

正确理解和适用法律规定的以“其他合理方式计算”财产损失，需要把握以下几个方面：（1）与“市场价格计算”标准一样，“其他合理方式计算”标准也只适用于侵权人的侵权行为或准侵权行为侵害被侵权人的财产权益造成财产损失的案件，而不适用于侵害被侵权人人身权益造成财产损失的案件；（2）“市场价格计算”标准主要适用于“物损”并有可供参考的市场价格因素的财产损失案件，“其他方式计算”标准主要适用于非“物损”（如纯粹经济损失）的财产损失案件，以及缺乏可供参考的市场价格因素的“物损”案件；（3）法律没有明确规定“市场价格计算”标准与“其他方式计算”标准为并列关系还是具有先后顺序，笔者倾向于认为，在有条件适用“市场价格计算”标准时应当优先适用，以避免法官过多的任意裁量带来的法律适用不统一的不良后果，背离本条规定的“合理”要求。^[7]

注释：

[1]在个别案件中，侵权行为的危害性与损害后果的严重性不成比例，如北京的“天价葡萄案”，需要考虑公平原则来限制侵权人的赔偿责任，适用适当赔偿的原则。

[2]克雷蒂安·冯·巴尔.欧洲比较侵权行为法：下卷.焦美华，译.北京：法律出版社，2004:515-524.

[3]王利明，主编.中华人民共和国侵权责任法释义.北京：中国法制出版社，2010:91.

[4]王利明，周友军，高圣平.中国侵权责任法教程.北京：人民法院出版社，2010:336.

[5]转引自张新宝，主编.侵权法评论.北京：人民法院出版社，2004:192.

[6]高圣平,主编.《中华人民共和国侵权责任法立法争点、立法例及经典案例》转引的相关观点.北京:北京大学出版社,2010:249.

[7]杨立新教授强调了“坚持客观标准”。参见杨立新.《中华人民共和国侵权责任法》精解.北京:知识产权出版社,2010:85.

第一千一百八十五条

故意侵害他人知识产权，情节严重的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。

本条主旨

本条是关于故意侵害知识产权情节严重的，被侵权人有权请求相应惩罚性赔偿的规定。

相关条文

《民法典》

第179条第2款 法律规定惩罚性赔偿的，依照其规定。

《著作权法》

第49条

侵犯著作权或者与著作权有关的权利的，侵权人应当按照权利人的实际损失给予赔偿；实际损失难以计算的，可以按照侵权人的违法所得给予赔偿。赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。

权利人的实际损失或者侵权人的违法所得不能确定的，由人民法院根据侵权行为的情节，判决给予五十万元以下的赔偿。

《中华人民共和国著作权法（修订草案送审稿）》（2014年发布）

第72条

侵犯著作权或者相关权，违反本法规定的技术保护措施或者权利管理信息有关义务的，应当依法承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任。

第76条

侵犯著作权或者相关权的，在计算损害赔偿数额时，权利人可以选择实际损失、侵权人的违法所得、权利交易费用的合理倍数或者一百万元以下数额请求赔偿。

对于两次以上故意侵犯著作权或者相关权的，人民法院可以根据前款计算的赔偿数额的二至三倍确定赔偿数额。

人民法院在确定赔偿数额时，应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。

人民法院为确定赔偿数额，在权利人已经尽力举证，而与侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握的情况下，可以责令侵权人提供与侵权行为相关的账簿、资料；侵权人不提供或者提供虚假的账簿、资料的，人民法院可以根据权利人的主张判定侵权赔偿数额。

《商标法》

第63条第1款 侵犯商标专用权的赔偿数额，按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定；权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该商标许可使用费的倍数合理确定。对恶意侵犯商标专用权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。

《专利法》

第65条

侵犯专利权的赔偿数额按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定。权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该专利许可使用费的倍数合理确定。赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。

权利人的损失、侵权人获得的利益和专利许可使用费均难以确定的，人民法院可以根据专利权的类型、侵权行为的性质和情节等因素，确定给予一万元以上一百万元以下的赔偿。

《中华人民共和国专利法修正案（草案）》（2019年发布）

第72条

侵犯专利权的赔偿数额按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定。权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该专利许可使用费的倍数合理确定。对故意侵犯专利权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。

权利人的损失、侵权人获得的利益和专利许可使用费均难以确定的，人民法院可以根据专利权的类型、侵权行为的性质和情节等因素，确定给予十万元以上五百万元以下的赔偿。

赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。

人民法院为确定赔偿数额，在权利人已经尽力举证，而与侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握的情况下，可以责令侵权人提供与侵权行为相关的账簿、资料；侵权人不提供或者提供虚假的账簿、资料的，人民法院可以参考权利人的主张和提供的证据判定赔偿数额。

理解与适用

一、本条规定惩罚性赔偿的意义

虽然知识产权所包括的著作权、专利权和商标权属于广义上的民事权利，但是我国一直单独制定《著作权法》《专利法》《商标法》，有关侵害知识产权的损害赔偿责任也规定在这些单行法律中。《民法典》设本条规定具有以下意义：

（一）落实《民法典》总则的有关规定

落实《民法典》第一编总则第八章民事责任第179条第2款关于惩罚性赔偿的规定。《民法通则》没有关于惩罚性赔偿的规定，《侵权责任法》也只有一个条文规定严格条件下的惩罚性赔偿（第47条），以往的民事立法和司法实践对惩罚性赔偿采取了比较谨慎的态度。《民法典》第179条第2款作出“白地条款”的规定，为惩罚性赔偿的扩大适用提供了基础。

（二）宣示加强对知识产权保护的决心，为有关单行法的修改指引方向

立法适应改善营商环境的需要，作出本条规定，强化对知识产权

的保护、加重侵权人的损害赔偿 responsibility，既是一项重要的立法政策宣示，也为几个单行法特别是尚未规定惩罚性赔偿的《著作权法》和《专利法》未来的修改指引了方向、奠定了基调。未来这些法律的修改也应引入惩罚性赔偿。

（三）作为可以直接适用的裁判规则和指引性规范

虽然本条的规定较为简略，但是它对适用的对象和范围（侵害知识产权的案件）、适用的主客观要件等都作出了明确的规定，是可以直接作为裁判规则判案的。同时，作为《民法典》中的“普通法”条文，也可以帮助指引特别法的规定，正确发现、理解和适用《商标法》等单行法规定的惩罚性赔偿。

二、惩罚性赔偿的概念与适用条件

（一）惩罚性赔偿的概念和意义

惩罚性赔偿（punitive damages）是指在损害赔偿中，超过被侵权人或者合同的守约一方遭受的实际损失范围的额外赔偿。即在赔偿了实际损失之后，再加罚一定数额或者一定倍数的赔偿金。

惩罚性赔偿的制度意义在于惩罚责任人（侵权人或者违约方）而不在于救济被侵权人的损失。被侵权人的损失在对其实际损失的赔偿部分即已获得救济。侵权责任法规定惩罚性赔偿，有利于特别警示和一般警示人们尊重他人的民事权益，不为侵权行为，从而实现社会的和谐稳定。

（二）惩罚性赔偿的适用

合同法上，不少违约责任包含惩罚性因素。如定金规则，两倍返还或者没收定金就包含着对违约方的惩罚，约定的违约金往往也包含一定的惩罚性。

侵权责任法上的惩罚性赔偿对侵权人具有鲜明的惩罚性。而这种平等主体之间的惩罚不大为德国侵权责任法理论接受，却为英美法特别是美国侵权责任法所推崇。

依据《民法典》第179条第2款和相关条文的规定，在我国使用惩罚性赔偿需要具备以下条件：（1）法律对特定种类的侵权责任案件适用惩罚性赔偿作出了特别规定；（2）一般要求侵权人有故意或者重大过失的主观要件；（3）一般要求侵权行为情节严重（如本条）

或者损害后果严重（如《侵权责任法》第47条以及《民法典》第1207条）。

■ 三、本条适用的几个主要问题

（一）侵权人故意

本条规定，侵权人故意侵害他人知识产权情节严重的，被侵权人有权请求惩罚性赔偿。侵权人故意是其承担惩罚性赔偿责任的主观要求。

《商标法》第63条规定承担惩罚性赔偿的主观要件是“恶意”，恶意是比一般故意更恶劣的故意。那么，在《民法典》生效之后，在侵害商标权的情形确定侵权人的惩罚性赔偿责任，到底是要求其故意还是要求其恶意呢？笔者以为，侵权人故意就符合惩罚性赔偿的主观要件要求。理由是：（1）新法规定优于旧法规定；（2）虽然《民法典》是普通法，《商标法》是特别法，但是普通法和特别法对同一事项作出不同规定的，不宜适用特别法优先的原则；（3）立法目的在于扩大适用惩罚性赔偿保护知识产权、惩罚侵权人，故而应采用相对宽松的主观要件（故意）而不是采用更为严格的主观要件（恶意）来适用惩罚性赔偿。基于同样考虑，如果法律对主观要件作出了更宽松规定的（如规定为重大过失），则应适用该更宽松主观要件的规定。

（二）侵权行为情节严重

侵害他人知识产权，情节严重包括但不限于以下情形：（1）以侵权为职业或者主要营业；（2）对特定的被侵权人多次、反复侵权；（3）对多个被侵权人侵权；（4）在受到查处或者判决承担相关侵权责任后仍然实施侵权行为；（5）采取隐蔽、隐藏、转移等方式逃避调查和处罚。

（三）关于惩罚性赔偿的赔偿倍数或者具体数额

有些法律对惩罚性赔偿的倍数或者计算方法作出了明确的规定，应依其规定确定惩罚性赔偿的数额。法律没有明确规定惩罚性赔偿的赔偿倍数或者计算标准的，应当考虑侵权人的主观故意或恶意、行为的情节严重程度以及给被侵权人造成的损害等方面的因素确定惩罚性赔偿的具体数额。

第一千一百八十六条

受害人和行为人对损害的发生都没有过错的，依照法律的规定由双方分担损失。

本条主旨

本条是关于双方对损害发生都没有过错，法律规定由双方分担损失的，应当依法分担损失的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第24条 受害人和行为人对损害的发生都没有过错的，可以根据实际情况，由双方分担损失。

理解与适用

一、本条的修改与形成

本条与《侵权责任法》第24条有一定的承继关系，也有重大变化。相同之处在于：都是对双方没有过错情况下的损害分担的规定；不同之处在于，《侵权责任法》第24条是可以直接适用的条文，而本条是一个指引条文不能直接适用。

自《侵权责任法》生效以来，其第24条的适用成为一个比较有争议的问题。突出表现为：（1）不顾“受害人和行为人对损害的发生双方都没有过错”的限制性规定，将其适用于过错责任之外的无过错责任案件；（2）不顾任何赔偿损失、恢复原状的责任之构成需要有侵权行为（或者准侵权行为）与损害之间存在因果关系的公理性要求，在行为人的行为与受害人的损害不存在因果关系的情况下，也依据该规定判决双方分担损失。基于对这条规定的错误理解，出现了一些错误的裁判。“郑州电梯劝烟案”一审判决就是此等错误判决的典型代表。^[1]

在学理上，对《侵权责任法》第24条也存在一些不同的认识。有人认为这条是关于“公平责任”规定，有人基于这条规定认为我国侵权责任法存在“公平责任原则”^[2]。

为了纠正“双方分担损失”被滥用的倾向，在《民法典》侵权责任编立法过程中，一些人主张直接删除此等规定。但是考虑到近十年来“公平责任”对公众造成的“公平”认识之影响，直接删除可能引起误会或误解。基于立法政策考虑，《民法典》没有直接删除这一规定，但是通过删除“可以根据实际情况”和增加“依照法律的规定”，使得新法的条文成为一个指引条文而不是可以直接适用判案的条文。其是否适用，实际上取决于是否有其他法律的相关规定。这样的条文也就变成了一个没有独立意义的条文，更不可能成为所谓“公平责任原则”的依据。

二、本条理解和适用的主要问题

（一）本条是一条指引性条文

本条是一条指引性规定，并不能独立适用作为裁判相关侵权责任案件的实体法依据。只有在符合本条规定的适用条件，且法律有明确规定“由双方分担损失”的情形下，方能按照法律的规定由双方分担损失。

（二）本条仅适用于过错责任案件

本条的措辞是：“受害人和行为人对损害的发生都没有过错”。在无过错责任案件中，责任之构成不考虑行为人的过错（《民法典》第1166条），因此，即使行为人和受害人都没有过错，行为人也应该依法承担侵权责任，不发生“由双方分担损失”的问题。只有在适用过错责任原则进行归责的案件中，才存在“由双方分担损失”的适用空间。

（三）行为人的行为与损害之间须有因果关系

尽管本条没有对因果关系专门作出规定，但是因果关系是行为人承担责任的客观要件之一，也是其对损害承担损害赔偿责任的法理基础之所在。“分担损失”尽管美其名曰不是承担损失，没有对其行为作出否定性评价，但是如同赔偿损失一样也是真金白银地往外支付金钱。因此，行为人的行为与受害人的损害之间仍然需要有因果关系。否则，任何一个路人就有可能要依据本条的规定（结合其所指向的相关条文）承担“分担损失”的后果，若如此将是世间再冤枉不过的事情

了。晚近的司法实践矫正了过去的错误认识，认为“适用《中华人民共和国侵权责任法》第二十四条的前提是行为与损害结果之间有法律上的因果关系，且受害人和行为人对损害的发生都没有过错”^[3]。

（四）本条规定的“过错”仅指过失

本条规定的过错仅仅指过失，不包括故意。不能将故意纳入本条的适用范围进行讨论。在本编中，有部分条文规定的“过错”都应当作限缩解释，其内涵仅仅指过失不包括故意，如第1172条、第1218条等。

（五）被指向的“法律规定”

本条指向的“法律规定”既包括《民法典》的相关规定，也包括其他法律中可能的相关规定。查《民法典》第1190条后半段大致属于此等“分担损害”的规定：“完全民事行为能力人对自己的行为暂时没有意识或者失去控制造成他人损害有过错的，应当承担侵权责任；没有过错的，根据行为人的经济状况对受害人适当补偿。”此外，《民法典》第1254条第1款规定：“经调查难以确定具体侵权人的，除能够证明自己不是侵权人的外，由可能加害的建筑物使用人给予补偿。”这一规定也或多或少含有双方“分担损失”的精神。在其他法律中，暂时没有查到给予双方没有过错分担损失的规定。

注释：

[1]河南省郑州市金水区人民法院（2017）豫0105民初14525号民事判决书。

[2]有关公平责任原则的论述可参见王利明.侵权责任法.北京：中国人民大学出版社，2016:70-80；王利明.我国侵权责任的体系构建——以救济法为中心的思考.中国法学，2008（4）。

[3]河南省郑州市中级人民法院（2017）豫01民终14848号民事判决书（《田某菊、杨某生命权、健康权、身体权纠纷二审民事判决书》）。

第一千一百八十七条

损害发生后，当事人可以协商赔偿费用的支付方式。协商不一致的，赔偿费用应当一次性支付；一次性支付确有困难的，可以分期支付，但是被侵权人有权请求提供相应的担保。

本条主旨

本条是关于协商赔偿费用支付方式以及协商不一致情况下支付方式的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第25条 损害发生后，当事人可以协商赔偿费用的支付方式。协商不一致的，赔偿费用应当一次性支付；一次性支付确有困难的，可以分期支付，但应当提供相应的担保。

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（部分内容因与新法规定抵触而失效）

第33条 赔偿义务人请求以定期金方式给付残疾赔偿金、被扶养人生活费、残疾辅助器具费的，应当提供相应的担保。人民法院可以根据赔偿义务人的给付能力和提供担保的情况，确定以定期金方式给付相关费用。但一审法庭辩论终结前已经发生的费用、死亡赔偿金以及精神损害抚慰金，应当一次性给付。

第34条 人民法院应当在法律文书中明确定期金的给付时间、方式以及每期给付标准。执行期间有关统计数据发生变化的，给付金额应当适时进行相应调整。

定期金按照赔偿权利人的实际生存年限给付，不受本解释有关赔偿期限的限制。

理解与适用

一、一次性支付与分期支付

在损害赔偿金的数额确定之后，被侵权人与侵权人之间的关系转化为金钱之债的关系。在这种金钱之债关系中，被侵权人是债权人，有权请求侵权人支付数额已经确定的赔偿金；侵权人是债务人，有义务依被侵权人的请求向其支付该赔偿金。

对于损害赔偿金的支付时间和支付方式，双方当事人可以进行协商，这体现了民法对当事人意思自治的保护，且不违反侵权之债为法定之债的原理：因侵权造成他人损失的，侵权人依法应当承担损害赔偿责任，赔偿的范围和计算标准等由法律加以规定，一方或者双方当事人不得依其意思改变。这是侵权之债“法定性”的要求。在侵权责任确定之后，当事人可以就履行（支付赔偿金等）的时间和方式进行协商，甚至权利人（被侵权人）一方可以放弃请求。这又体现了债的共通性即“任意性”的本质特征。

本条法律规定，双方当事人可以约定赔偿金的支付方式，包括一次性支付和定期支付等。

二、协商不成：一次性支付为原则；分期支付需担保

本条规定，如果双方当事人不能对一次性支付或者分期支付经过协商达成一致的，法院原则上应当判决侵权人一次性支付确定数额的赔偿金。只有在一次性支付有困难的情况下，法院才能判决适用分期支付。法院判决分期支付的，被侵权人有权请求侵权人提供相应的担保。所谓“相应”，是指与赔偿金的数额相适应和与分期的延缓履行期限相应。“担保”包括抵押、质押或者人的保证。

需要指出的是：（1）只有在协商不成且一次性支付确有困难的情况下，法院才能依职权判决适用分期支付；（2）在法院依职权判决分期支付的情况下，被侵权人有权请求侵权人提供相应的担保，法院应当在判决中满足被侵权人的这一请求；（3）本条规定的是“被侵权人有权请求提供相应的担保”而不是侵权人必须提供担保，这不同于《侵权责任法》第25条的相关规定。

于本条，“请求提供相应的担保”是被侵权人的权利，其可以行使也可以放弃；一旦行使，法院应当支持。于《侵权责任法》第25条，“但应当提供相应的担保”则是被侵权人的强制性义务，必须履行。《民法典》对此进行调整，将侵权人的强制性义务改为被侵权人的权利，更加凸显了民法“权利本位”的本质特征——从权利人享有和

行使权利的角度规范当事人的关系，而不是从义务人的角度规定其所承担的（强制性）义务来规范当事人的关系。

■ 三、关于损害赔偿的“定期金”支付方式

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（部分内容因与新法规定抵触而失效）第33条和第34条规定了“定期金”的损害赔偿支付方式。“定期金”作为损害赔偿的支付方式，是指法院判决侵权人在未来的一定时间内分期如按年或者按月向被侵权人支付赔偿金额。对于被侵权人身体、健康等造成损害以及未来的相应费用支出之损害赔偿，采用“定期金”的支付方式。^[1]

“定期金”支付方式与分期支付方式有相似之处，也有较大区别。前者主要适用于对未来将要发生的金钱损失（如未来的医疗费、护理费等）的赔偿，且支付的时间长短或分期数在判决时并不确定，而是取决于被侵权人将来的实际生命期限。“定期金”支付方式在许多国家的民法中被采用。我国司法解释试图引入这一制度，但是《侵权责任法》和《民法典》在立法上没有采纳，大概与案件的后续执行之管理难度有关。

注释：

[1]张新宝，主编.人身损害赔偿案件的法律适用.北京：中国法制出版社，2004:423.

第三章

责任主体的特殊规定

【本章提要】本章是关于责任主体的特殊规定，共14个条文（第1188条-第1201条）。侵权责任法的基本原理是，行为人对自已造成的损害承担侵权责任而不对他人造成的损害承担责任；例外情形是，基于某种既有的法律关系，某些民事主体尽管自己没有实施侵权行为造成他人损害，却要对特定主体造成他人损害承担侵权责任。本章主要是关于此等例外情形的规定，少量条文涉及密切关联的“自己行为责任”。本章第1188条-第1189条是关于被监护人造成他人损害的侵权责任承担之规定。第1190条是关于完全民事行为能力人暂时没有意识或者失去控制造成他人损害以及因醉酒、滥用麻醉药品或者精神药品造成他人损害的责任之规定。第1191条-第1192条是关于使用人（用人单位、个人劳务接受一方）替代责任的规定。第1193条是关于承揽人责任的规定。第1194条-第1197条是关于网络侵权责任的规定。第1198条是关于违反安全保障义务之侵权责任的规定。第1199条-第1201条是关于幼儿园、学校或者其他教育机构相关侵权责任的规定。

第一千一百八十八条

无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，由监护人承担侵权责任。监护人尽到监护职责的，可以减轻其侵权责任。

有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，从本人财产中支付赔偿费用；不足部分，由监护人赔偿。

本条主旨

本条有两款。第1款是关于无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，由监护人承担侵权责任以及减轻责任的规定。第2款是关于从无民事行为能力人、限制民事行为能力人本人财产中支付赔偿费用，不足部分由监护人赔偿的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第32条 无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，由监护人承担侵权责任。监护人尽到监护责任的，可以减轻其侵权责任。

有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，从本人财产中支付赔偿费用。不足部分，由监护人赔偿。

《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》（被《最高人民法院关于废止2007年底以前发布的有关司法解释（第七批）的决定》，2008年12月18日发布；2008年12月24日实施部分废止第88条、第94条、第115条、第117条、第118条、第177条被废止）

第159条 被监护人造成他人损害的，有明确的监护人时，由监护人承担民事责任；监护人不明，由顺序在前的有监护能力的人承担民事责任。

一、监护人责任概述

（一）监护人责任的概念

监护人责任，是指监护人对于其所监护的被监护人造成他人损害所承担的侵权责任。法律条文中的“无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害”，大致可以简化为“被监护人造成他人损害”。理解监护人责任的概念，需要准确把握监护人与被监护人的含义和范围。

监护，是为了监督和保护无民事行为能力人和限制民事行为能力人的合法权益而设立的一项民事制度。负有监督、保护职责的人为监护人，被监督、保护的人即为被监护人。^[1]父母亲是未成年子女的法定监护人，对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务。成年子女对父母亲负有赡养、扶助和保护的义务。此外，《民法典》还规定了成年人监护制度。^[2]

（二）监护人责任的特征

1. 对他人造成的损害承担责任

监护人责任属于典型的替代责任，即监护人替他人（被监护人）对造成的损害承担赔偿责任。侵权责任法中的特殊侵权责任主要有两类：一类是对他人的不法行为造成损害承担责任，另一类是对物件致害承担责任。监护人责任是对他人的行为承担责任的重要情形。在此，存在着行为主体与责任主体的分离：实际造成损害的是被监护的无民事行为能力人或者限制民事行为能力人，承担责任的主体则是监护人。

2. 无过错责任。我国监护人责任的归责原则是无过错责任，监护人承担责任不以存在过失为必要。即使监护人尽到了监护职责，也只能减轻其侵权责任而不能免除。可见，我国的监护人责任在采纳无过错责任的同时，引入了一点公平衡量的因素，以此来缓解无过错责任的严格性。

3. 补充责任。我国法律这一规定在世界范围内独树一帜，确立了监护人的补充责任。这里的补充责任，是指先从造成他人损害的被监护人的财产中支付赔偿费用，其不足部分全部由监护人承担。如果被

监护人的财产足以支付赔偿费用，监护人实际上不承担责任。这种补充责任是“缺多少补多少”的完全补充责任，不同于“相应的补充责任”。

（三）监护人责任的构成要件

监护人责任需要两个方面的构成要件：一是监护人与被监护人之间存在监护关系；二是被监护人的不法侵害“行为”符合侵权责任的构成要件。我国法律规定监护人责任是一种无过错责任，监护人承担责任不以监护人具有过错为前提，被侵权人不需要证明监护人的过错。只要被监护人的不法侵害“行为”满足了侵权责任的构成要件，即应当由监护人承担责任。因而，考察监护人是否承担责任的核心问题是被监护人的不法“行为”是否符合侵权责任的构成要件：

1. 损害

损害是承担赔偿责任的前提条件。如果没有损害，则不必考虑损害赔偿，监护人自然不承担责任。^[3]

2. 被监护人实施了不法“行为”

（1）被监护人

被监护人与监护人相对应，是指我国《民法典》规定的未成年人、精神病人和丧失或者部分丧失行为能力的成年人（《民法典》第33条）。其中，未成年人是指不满18周岁的自然人，但是不包括16周岁以上的、以自己的劳动收入为主要生活来源而视为完全民事行为能力人的未成年人；精神病人，是精神健康状况存在问题的人。是否属于精神病人，应当经过医学鉴定或者参照当地群众认知而综合判断。需要注意的是，未成年的精神病人属于未成年人的范畴，其被监护人的身份不需要进行精神病鉴定，其监护人的确认也按照未成年人的监护人范围和顺序来确定。

（2）被监护人的不法“行为”

这里的不法“行为”^[4]，是指被监护人没有正当理由而侵害了他人的合法权益。此处的不法，包括结果不法与行为不法两个层面。从结果不法的角度看，被监护人的“行为”不存在正当理由，如正当防卫、紧急避险之类。从行为不法的角度看，被监护人的“行为”不符合理性人的注意义务标准，即没有达到社会大众对于普通社会成员的合理期待。需要强调指出的是：判断被监护人的“行为”合法与否的标准是客

观的理性人标准。适用该标准会发生两个结果：第一，只要被监护人的“行为”没有达到理性人的标准，监护人就要对被监护人的不法侵害承担责任。这里根本不考虑被监护人的特殊情况，如未成年人的行为虽然没有达到理性人的标准但是达到了同龄人的注意义务标准，因为所涉及的是监护人的责任而不是被监护人自己的责任，监护人承担责任的原理就在于通过监护人弥补被监护人的不足来满足社会大众对于理性人标准的安全的期待。第二，如果被监护人的“行为”达到了理性人标准，监护人就不承担赔偿责任。在被监护人造成他人损害的情形，如果行为人是正常的成年人，该成年人都不应承担责任的话，未成年人的行为在客观上就不构成侵权行为，从而监护人也不承担责任。^[5]

为说明以上关系，列表如下。

被监护人的 不法“行为”	低于同龄人标准	符合同龄人标准但 低于理性人标准	符合理性人标准
监护人的责任	监护人承担责任	监护人承担责任	监护人不承担责任

3.不法“行为”与损害之间存在因果关系

因果关系是侵权责任的过滤器，也是所有侵权责任必然要求的构成要件。监护人责任问题上的因果关系并无特殊之处，适用通行的规则与理论，即要求被监护人的不法“行为”与被侵权人遭受的损失之间存在因果关系。

二、监护人承担侵权责任

（一）监护人承担“替代”的侵权责任

依据本条第1款的规定，在被监护人的不法“行为”造成被侵权人损害，符合上述责任构成要件的情况下，如果被监护人没有自己的财产，监护人则应当依法承担损害赔偿赔偿责任。这种责任是无过错责任，即责任之构成与承担不以监护人有过错为要件。这种责任是“替代责任”，即为他人（被监护人）造成的损害承担赔偿责任，而不是为自己的行为造成的损害承担责任。

（二）监护人责任的减轻

尽管监护人承担的是无过错责任，责任之构成与承担不以其存在监护上的过失为要件，监护人也不得以“没有过失”主张免除其替代责任，但是第1款后半段规定“监护人尽到监护职责的，可以减轻其侵权

责任”。

所谓“监护人尽到监护职责”，是指：（1）监护人在日常的教育、管理、监督、保护被监护人方面达到了一个理性人的注意程度，不存在过失；（2）就造成损失的事件而言，监护人不存在具体的过失。如果监护人尽到了监护职责，被监护人造成损害的，可以减轻监护人的侵权责任。

■ 三、被监护人“买单”，监护人承担完全补充责任

在被监护人有财产的情况下，本条第2款规定被监护人造成损害的损害赔偿金额“从本人财产中支付赔偿费用；不足部分，由监护人赔偿”。从被监护人本人财产中支付赔偿费用，等于被监护人承担了财产责任。由此可见，我国对于被监护人责任作出了较为独特的规定。^[6]被监护人是否承担责任，不取决于其有无相应的责任能力，也不取决于相关的注意义务标准，而仅仅与财产相关。对于被监护人来说，其是否承担责任以及责任大小取决于其有无财产以及财产多少。

从理论上讲，监护人就被监护人造成他人损害的行为承担责任，属于代人受过，而代人受过的缘由在于被监护人往往没有财产，不能赔偿被侵权人。所以，如果被监护人有财产，就可以让被监护人承担首位责任，而由监护人承担补充责任甚至不承担责任。由此看来，我国法律的规定也是合乎情理的。从某种意义上说，我国法律的务实规定具有相当的优越之处。被监护人承担责任以其拥有财产为限，既可以避免被监护人无力赔偿被侵权人，又可以避免被监护人背负沉重的债务负担而影响其个性成长与未来生活。

本条第2款同时规定了监护人的补充责任：被监护人财产不足以支付全部损害赔偿金额的，不足部分由监护人承担。此处监护人承担的是一种完全的补充责任，即不足部分缺多少补多少的补充责任，而不是“相应”的补充责任。

注释：

[1] 马俊驹，余延满.民法原论.3版.北京：法律出版社，2007:873.

[2] 《民法典》第26条、第28条、第33条等条文。

[3] 《侵权责任法》第32条和《民法典》第1188条和第1189条所规定的监护人责任等侵权责任，是一种财产性质的损害赔偿責任，停止侵害、消除危险等侵权责任方式不在考虑之列。

[4]“行为”通常是指人的以一定的意志支配的活动。无行为能力人缺乏必要的意志，故而其所实施的不是真正意义上的“行为”。在侵权责任法理论上，此等“行为”被当做“准侵权行为”看待，与饲养动物造成损害的法律意义大致相同。监护人对被监护人造成他人损害承担侵权责任，大致等于动物的饲养人或者管理人承担的相关侵权责任。都是“准侵权责任”。这里没有歧视或者贬损无行为能力人人格的意思，作者也曾年幼和年少、年轻过。

[5]克雷蒂安·冯·巴尔.欧洲比较侵权行为法：上卷.张新宝，译.北京：法律出版社，2001:201页以下.

[6]关注监护人的财产绝不是中国法律的独创之举。尽管不像我国的规定那么突出，俄罗斯、蒙古国、越南也都明确规定：在未成年人的财产不足赔偿时，父母承担补充责任。其中，《越南民法典》的措辞与我国的几乎完全一样：“监护人以被监护人的财产赔偿损害；同时以自己的财产补足。”

第一千一百八十九条

无行为能力人、限制行为能力人造成他人损害，监护人将监护职责委托给他人的，监护人应当承担侵权责任；受托人有过错的，承担相应的责任。

本条主旨

本条是关于委托监护情况下被监护人造成他人损害，监护人承担侵权责任、受托人承担相应过错责任的规定。

相关条文

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（部分内容因与新法规定抵触而失效）

第7条第1款 对未成年人依法负有教育、管理、保护义务的学校、幼儿园或者其他教育机构，未尽职责范围内的相关义务致使未成年人遭受人身损害，或者未成年人致他人人身损害的，应当承担与其过错相应的赔偿责任。

理解与适用

一、监护人承担侵权责任

依本条第1款规定，监护人可以根据需要将对被监护人的教育、管理、监督、保护的职责监护委托他人，但是并不能因此等委托而免于承担监护人的侵权责任。即使在这种委托情形，被监护人造成他人损害的，监护人也应依法承担侵权责任。

二、受托人有过错的，承担相应的责任以及相关的“不真正连带责任”

（一）有过错的受托人承担相应的责任

尽管受托人接受委托负责对被监护人进行监护、行使监护职责，但是不作为监护人承担无过错责任。在被监护人造成他人损害的情况下，作为委托人的监护人仍然依据本条承担侵权责任。如果受托人在履行监护职责过程中有过错（通常是过失），应依过错的大小与严重程度承担相应的过错责任。

（二）委托人责任与受托人责任的关系

于此等情况，被侵权人享有两个请求权：对监护人的无过错责任（替代责任）请求权和对受托人的过错责任请求权。对这两种请求权的关系，法律没有作出明确规定，笔者倾向于认为它们之间构成不真正连带关系：如果在一个侵权案件中，全部损害是10000元，认定受托人因过错应当承担的相应责任是4000元，则被侵权人可以向监护人请求10000元的损害赔偿，作这种选择就不得再向受托人请求4000元或者任何其他数额的损害赔偿；如果被侵权人向受托人请求4000元的损害赔偿，就只能向监护人请求6000元的损害赔偿。无论如何，被侵权人只能提出总计不超过10000元的损害赔偿请求。监护人或受托人在赔偿了相应数额的金钱后，无权向对方（受托人或监护人）追偿。在这样的案件中，赔偿4000元构成不真正连带侵权责任，监护人对6000元独立承担无过错的监护人责任；但是，如果其尽到监护职责的，可以依据前条规定减轻侵权责任。

第一千一百九十条

完全民事行为能力人对自己的行为暂时没有意识或者失去控制造成他人损害有过错的，应当承担侵权责任；没有过错的，根据行为人的经济状况对受害人适当补偿。

完全民事行为能力人因醉酒、滥用麻醉药品或者精神药品对自己的行为暂时没有意识或者失去控制造成他人损害的，应当承担侵权责任。

本条主旨

本条有两款规定。第1款是关于完全民事行为能力人因过错对自己的行为暂时没有意识或者失去控制造成他人损害应当承担侵权责任的规定，以及在有过错情况下进行补偿的规定。第2款是对前款“有过错”的列举规定。

相关条文

《侵权责任法》

第33条 完全民事行为能力人对自己的行为暂时没有意识或者失去控制造成他人损害有过错的，应当承担侵权责任；没有过错的，根据行为人的经济状况对受害人适当补偿。

完全民事行为能力人因醉酒、滥用麻醉药品或者精神药品对自己的行为暂时没有意识或者失去控制造成他人损害的，应当承担侵权责任。

理解与适用

一、完全民事行为能力人有过错造成他人损害：应当承担侵权责任

年满18周岁、精神健全的人具有完全民事行为能力，能够正确认识自己行为的性质和可能发生的后果，进而作出理性的判断和行为选

择。一个完全民事行为能力人基于理性判断作出的行为选择，往往也是其他人的理性判断和选择，达到了理性人的注意标准。在这样的情况下，该完全民事行为能力人的行为被认为是没有过错的，如果没有特别的法律规定（如《民法典》第1166条），即使此等行为造成了损害也不承担侵权责任。

完全民事行为能力人在特殊情况下对自己的行为具有清醒的意识并且具有适当的控制，但是也会出现暂时失去意识或者暂时失去控制的情况。出现此等暂时没有意识或者失去控制，如果是由于完全民事行为能力人自身的原因造成的，应当依据本条规定承担侵权责任。此处法律归责该完全民事行为能力人，不是因为他对损害的发生有疏忽大意的过失或者轻信的过失，而是因为其在实施行为造成损害时处于“暂时没有意识或者暂时失去控制”的状态，已经无法进行正常的思维和判断，进而也就无法构成“疏忽大意”或者轻信。此处法律对该完全民事行为能力人进行归责，是因为他有过错使得自己陷入了“暂时没有意识或者失去控制”状态：他追求自己陷入此等状态，或者疏忽大意没有谨慎意识到陷入此等状态的风险而陷入此等状态；或者轻信某些主客观以为自己不会陷入但是还是陷入了此等状态。承担本条规定的侵权责任之过错，不是完全民事行为能力人实施侵权行为时的故意或者过失，而是其使自己陷入暂时没有意识或者失去控制状态的过失。如果存在这样的过失，完全民事行为能力造成他人损害的，应当承担侵权责任。

二、没有过错造成他人损害：适当补偿

完全民事行为能力人陷入暂时没有意识或者失去控制状态，可能是由于自己的过错造成的，也可能不是由于自己的过错而是由于意志以外的主客观原因造成的。于前者，完全民事行为能力人应当承担侵权责任；于后者，由于缺乏过错，则不应承担侵权责任。

导致完全民事行为能力人陷入暂时没有意识或者失去控制状态的意志以外的原因，常见的，如不可预知和防范的意外事件和疾病，如突发心肌梗死。

法律规定，完全民事行为能力人陷入暂时没有意识或者失去控制状态没有过错的，不承担其行为导致损害的侵权责任，但是根据行为人的经济状况对受害人适当补偿。这一规定的含义是：（1）行为人不承担侵权责任；（2）行为人可能需要对其行为造成的损害予以适当的补偿；（3）是否补偿以及补偿的金钱数额等，取决于行为人的经济状况。如果其有能力补偿的，应进行补偿，如果其经济条件相对

于受害人更好的，则应当为较大份额的补偿；反之，则不补偿或者仅为较小份额的补偿。

适用本条第1款后半段的规定，可以考虑《民法典》第1186条规定的法律精神。本条也可以看作是第1186条“依照法律的规定”之具体例证情况。此外，本条仅仅适用于过错侵权案件，不适用于无过错责任案件。因为无过错责任案件之责任构成不要求行为人有过错，即使是在无过错情况下陷入暂时没有意识或者失去控制状态，实施行为造成他人损害也是应当承担侵权责任的。

三、醉酒、滥用麻醉药品或者精神药品造成他人损害：应当承担侵权责任

本条第2款规定，完全民事行为能力人因醉酒、滥用麻醉药品或者精神药品对自己的行为暂时没有意识或者失去控制造成他人损害的，应当承担侵权责任。这一规定可以理解为是对第1款“有过错的”的列举性规定：完全民事行为能力人因醉酒、滥用麻醉药品或者精神药品对自己的行为暂时没有意识或者失去控制造成他人损害，其实施行为时已经处于暂时没有意识或者失去控制状态，自然无法认定其对损害的发生是故意的还是有过失，但是其对自己陷入暂时没有意识或者失去控制状态是有过错的。基于这样的过错，法律要对其进行归责，规定此等行为人造成损害的应当承担侵权责任。^[1]

正常人摄入过量的酒精会醉酒进而可能实施不当行为乃至侵权、违法犯罪行为。这是任何一个完全民事行为能力人应具有的常识。一个完全民事行为能力人违反这一常识，好酒贪杯使自己陷入醉酒状态，属于没有达到理性人的注意程度，通常是具有轻信的过失。而滥用麻醉药品或者精神药品本身具有违法性，行为人的过错昭然。

理论上往往会讨论“病理性醉酒”问题^[2]，即行为人对酒精的依赖已经达到病理状态，他无法控制自己饮酒。这样的人是否对自己陷入暂时没有意识或者失去控制状态有过错？作者认为，如果行为人对酒精的病理性依赖已经达到自己无法控制的程度，似乎应当对其完全民事行为能力提出质疑：他很可能不再具有完全民事行为能力乃至完全丧失民事行为能力。在此等情况下实施侵权行为造成他人损害，应当按照《民法典》第1188条的规定确定侵权责任之承担。

注释：

[1] 《刑法》第18条第4款规定：“醉酒的人犯罪，应当负刑事责任。”

[2]我国刑法学界普遍认为，醉酒分为生理性醉酒和病理性醉酒，病理性醉酒属于精神病的一种，不具有刑事责任能力。病理性醉酒人的危害行为不构成犯罪，不应适用刑罚。高铭暄.中华人民共和国刑法的孕育和诞生.北京：法律出版社，1981:42；赵秉志.病理性醉酒人的危害行为与刑事责任.西北政法学院学报，1988（3）；高秀东.对“醉酒驾车造成重大伤亡”事件的刑法学分析.法律适用，2010（6）.

第一千一百九十一条

用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任。用人单位承担侵权责任后，可以向有故意或者重大过失的工作人员追偿。

劳务派遣期间，被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由接受劳务派遣的用工单位承担侵权责任；劳务派遣单位有过错的，承担相应的责任。

本条主旨

本条有两款。第1款是关于用人单位对其工作人员因执行工作任务造成他人损害承担责任的规定。第2款是关于劳务派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害，接受劳务派遣的用工单位和劳务派遣单位责任的规定。

相关条文

《民法典》

第62条 法定代表人因执行职务造成他人损害的，由法人承担民事责任。

法人承担民事责任后，依照法律或者法人章程的规定，可以向有过错的法定代表人追偿。

《侵权责任法》

第34条 用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任。

劳务派遣期间，被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由接受劳务派遣的用工单位承担侵权责任；劳务派遣单位有过错的，承担相应的补充责任。

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》

解释》（部分内容因与新法规定抵触而失效）

第9条 雇员在从事雇佣活动中致人损害的，雇主应当承担赔偿责任；雇员因故意或者重大过失致人损害的，应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的，可以向雇员追偿。

前款所称“从事雇佣活动”，是指从事雇主授权或者指示范围内的生产经营活动或者其他劳务活动。雇员的行为超出授权范围，但其表现形式是履行职务或者与履行职务有内在联系的，应当认定为“从事雇佣活动”。

理解与适用

一、用人单位的替代责任与追偿权

（一）用人单位的替代责任概述

1. 用人单位责任的概念

用人单位责任，又称使用人责任、雇用人责任，即传统上所说的雇主责任^[1]，是指用人单位对其工作人员在从事职务活动时造成他人损害承担侵权责任。

在用人单位责任中，用人单位与工作人员（被使用人）是一对核心的概念。用人单位，是指任用工作人员（被使用人），通过对其活动进行委派、指示来实现自己特定目的的人。用人单位涵盖企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织以及国家机关、事业单位、社会团体等。^[2]工作人员（被使用人）与用人单位相对应，是指接受用人单位的指示，根据用人单位的意思提供劳动或劳务的人。

2. 用人单位责任的特征

（1）用人单位责任是一种替代责任。侵权责任可以分为两类：对自己行为的责任和对他人行为或者物件致害的责任。用人单位责任属于自己责任的例外，是用人单位对他人的侵权行为致害承担责任，是典型的替代责任（vicarious liability）。

（2）适用无过错责任原则。对用人单位责任，多数立法例采无过错责任原则，不考虑用人单位的选任、监督过失，在法律上直接将被使用人的侵权责任归由用人单位承担。对于用人单位责任，适用无

过错归责原则是世界立法的趋势，我国法律肯定用人单位责任是一种无过错责任。只要被使用人在职务活动中造成他人损害，该责任即由用人单位承担，并不考虑用人单位的过错。需要注意的是，用人单位责任属于无过错责任，仅涉及用人单位的环节，不涉及被使用人的环节，用人单位承担责任的前提是被使用人的行为满足了侵权责任的构成要件，通常是被使用人有过错。所以，无过错责任是指不考虑用人单位的过错，而不是不考虑被使用人的过错。

（3）用人单位责任以用人单位与直接侵权行为人存在特定关系为前提，即用人单位与被使用人的关系。替代责任人（用人单位）处于特定的地位，这种特定的地位主要指支配性的地位（选任、指示、监督、管理等）。判断侵权行为人是被使用人还是独立的民事主体，取决于用人单位能否对侵权行为人的活动作指示、控制、监督、管理等。

（4）用人单位责任是用人单位对被使用人在执行职务活动中的致害行为承担责任，要求侵权行为人处于特定的状态，包括从事雇佣活动、执行职务等，即被使用人应该在从事用人单位交代的任务或者履行自己的职务过程中造成他人损害。

（二）用人单位替代责任的构成要件

1. 工作人员造成损害构成侵权责任

用人单位责任属于替代责任，由用人单位承担其工作人员造成损害的侵权责任。只有工作人员的行为满足了侵权责任的构成要件、产生了侵权责任，才可能由用人单位来承担该项侵权责任。如果不属于特殊侵权责任，工作人员的行为必须构成一般侵权责任，用人单位才需要承担责任。通常情况下，用人单位承担责任的前提是工作人员有过错。

就一般侵权责任而言，工作人员的行为构成侵权责任要求具备：

（1）损害；（2）不法行为；（3）行为与损害之间的因果关系；（4）过错。以上四个要件的判断适用侵权责任法的一般规则和理论，并无特殊之处。

2. 工作人员实施的侵权行为属于“完成工作任务”的行为

（1）“完成工作任务”的概念和特征

用人单位对工作人员的行为承担责任的主要依据在于“享有其利

益者承受损害”的报偿理论，如此用人单位承担责任的前提自然是存在享有利益的可能性，即要求工作人员是为了用人单位的利益而行为。该种行为通常被称作“完成工作任务”的行为，也称作执行职务行为。

“完成工作任务”的行为具有如下特征：（a）以存在用人单位与工作人员之间的广义上的雇佣即支配与被支配、使用与被使用关系为前提。只有确定了用人单位和工作人员的身份，才有可能把工作人员的行为界定为“完成工作任务”的行为。（b）用人单位支配工作人员的活动的可能性。“完成工作任务”的行为可能是受用人单位直接委派或者命令，也可能是工作人员出于维护用人单位利益的目的而自主决定，但必须存在用人单位对工作人员支配的可能性。如果不存在这种支配的可能性，直接侵权行为人就应当被界定为独立承担人而不是工作人员，用人单位不承担责任。（c）工作人员的活动与用人单位利益的相关性。如果工作人员从事的是完全与用人单位利益无关的行为，该项行为的风险就应当由工作人员承担。

（2）“完成工作任务”的判断

如何认定“完成工作任务”的行为属于理论上和实践中的疑难问题，该项难题的解决，可以考虑三种模式：第一是借助某项统一的理论模型来认定，如德国的“内在关联性”理论、日本的外观理论以及我国通行的客观说。^[3]第二是综合考虑相关因素而具体判断，如英美法的做法。第三是借助判例、学说的努力而逐步实现类型化。以上三种模式中，第一种模式抽象度高、弹性大，第二种模式具体判断仍有相当的不确定性，第三种模式较为理想，不过需要通过判例、学说的长期努力，在我国目前情况下，尤其需要假以时日。

有关“完成工作任务”的判断方法，《人身损害赔偿解释》进行了有益的探索。该解释第9条第2款规定：“前款所称‘从事雇佣活动’，是指从事雇主授权或者指示范围内的生产经营活动或者其他劳务活动。工作人员的行为超出授权范围，但其表现形式是履行职务或者与履行职务有内在联系的，应当认定为‘从事雇佣活动’。”因此，工作人员的行为是否为从事雇佣活动的行为，应当从行为人的主观意思和行为的客观性质两个方面加以判断。一般说来，工作人员主观上认为是从事雇佣活动的行为，而且在客观上又不悖于情理，就可认定该行为是从事雇佣活动的行为。“从事雇佣活动”通常包括：（a）工作人员依据用人单位的指示在自己职权范围内的行为；（b）为了完成职权范围内的事务所为的辅助行为；（c）为了用人单位之利益的合理行为（也可能是超越职权的行为），此等行为应当具有客观上的合理性。将第三种行为纳入工作人员从事雇佣活动的行为，主要是为了保护被

侵权人的利益，使其较为容易得到补偿。^[4]

“完成工作任务”的行为是一个弹性概念，具体判断需要结合个案进行认定，重点考虑的因素有时间要素、地点要素、控制力要素和利益要素。在具体案件中，应综合考虑时间、地点、控制力、利益归属四个因素，然后作出判断。

（三）用人单位的追偿权

考虑到工作人员是直接侵权行为人，用人单位似乎可以向工作人员进行完全追偿，要求工作人员承担终局责任。但是用人单位对工作人员的责任追偿既受到两者之间合同关系的约束，也受到劳动法以及其他法律的限制。国外立法多限制用人单位向工作人员追偿的情形，如仅在工作人员故意或者存在重大过失时可以追偿；也有不少立法限制追偿的数额。^[5]

《侵权责任法》未规定工作人员自己的责任，也不涉及用人单位对工作人员的追偿权。但是《人身损害赔偿解释》第9条第1款作出了相关规定：“雇员在从事雇佣活动中致人损害的，雇主应当承担赔偿责任；雇员因故意或者重大过失致人损害的，应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的，可以向雇员追偿。”该条规定明确工作人员在故意或者存在重大过失时需要和用人单位承担连带责任，并且用人单位可以向工作人员追偿。

本条第1款后半段增加规定，用人单位承担侵权责任后，可以向有故意或者重大过失的工作人员追偿。单位承担无过错责任有利于保护被侵权人的利益。但工作人员在执行工作任务活动时若出现酒后作业、野蛮施工、违章操作等现象，在其因故意或者重大过失造成他人损害的情况下仍然让用人单位单独承担责任，又可能陷入另一个不公平——对用人单位不公平。具有故意或者重大过失的工作人员，对其行为后果毫不顾及，对他人的利益极不尊重，法律当然要对这种不法行为人进行归责。规定用人单位享有追偿权，一方面能弥补用人单位的损失，另一方面能督促雇员在工作中谨慎工作，尽量减少损害的发生。

二、劳务派遣情况下被派遣工作人员因执行工作任务造成他人损害的责任

（一）劳务派遣概述

劳务派遣，是指由劳务派遣单位与被派遣的工作人员签订劳动合同，由被派遣的工作人员向接受劳务派遣的实际用工单位提供劳动服务并领取报酬的特殊劳动关系。在劳务派遣关系中，存在劳务派遣单位、被派遣的工作人员、接受派遣的实际用工单位三方主体，体现了雇佣单位与用工单位的分离状态，是现代企业一种新的用工手段。针对劳务派遣中实际用工单位和劳务派遣单位对被派遣的工作人员因执行工作任务造成损害的侵权责任之特殊性，《民法典》第1191条第2款特别规定：“劳务派遣期间，被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由接受劳务派遣的用工单位承担侵权责任；劳务派遣单位有过错的，承担相应的责任。”

（二）接受劳务派遣单位的替代责任

根据本条第2款，接受劳务派遣的用工单位被视为用人单位，对被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害，承担无过错性质的替代责任：对工作人员造成实际的损害“买单”，且不考虑实际用人单位有无过错（关于被派遣的工作人员过错的要求，见对前款的相关论述）。在劳务派遣关系中，接受派遣的用工单位对被派遣的工作人员进行实际的管理、支配，同时利用被派遣的工作人员进行生产经营活动，以扩大规模、增加利润，应当被认定为用人者，对被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害承担无过错性质的替代责任。

（三）派遣单位的相应过错责任

在劳务派遣关系中，劳务派遣单位从被派遣的工作人员身上获取利润，与被派遣的工作人员的行为具有利益相关性。但是，这种利益链条是通过实际用工单位对被派遣工作人员的使用而实现的，相对而言是一种稍远的利益关系，而且没有对被派遣的工作人员进行现场支配、指令的可能性。所以，劳务派遣单位通常不被认定为用人单位，进而不对被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害承担替代责任、无过错责任。但是，如果劳务派遣单位有过错的，则应当承担相应的过错责任。

注释：

[1]雇主责任是一个含混、笼统的说法，通常并不需要技术意义上的雇主—雇员关系，事实上是用包括多数情形的雇主责任来指代全部的用人单位责任。克雷蒂安·冯·巴尔.欧洲比较侵权行为法：上册.张新宝，译.北京：法律出版社，2001:233.

[2]《劳动合同法》第2条。

[3]王利明，周友军，高圣平.中国侵权责任法教程.北京：人民法院出版社，

2010:495-496.

[4]张新宝.中国侵权行为法.2版.北京：中国社会科学出版社，1998:161.

[5]王利明，周友军，高圣平.中国侵权责任法教程.北京：人民法院出版社，2010:507.

第一千一百九十二条

个人之间形成劳务关系，提供劳务一方因劳务造成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任。接受劳务一方承担侵权责任后，可以向有故意或者重大过失的提供劳务一方追偿。提供劳务一方因劳务受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任。

提供劳务期间，因第三人的行为造成提供劳务一方损害的，提供劳务一方有权请求第三人承担侵权责任，也有权请求接受劳务一方给予补偿。接受劳务一方补偿后，可以向第三人追偿。

本条主旨

本条有两款。第1款是关于个人劳务情况下提供劳务一方因劳务造成他人损害，由接受劳务一方承担侵权责任和追偿的规定，以及关于提供劳务一方因劳务自己受到损害的，根据双方各自的过错承担相应责任的规定。第2款是关于第三人造成提供劳务一方损害之侵权责任的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第35条 个人之间形成劳务关系，提供劳务一方因劳务造成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任。提供劳务一方因劳务自己受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任。

理解与适用

一、接受劳务一方的替代责任与相关追偿权

（一）个人劳务关系概述

个人劳务关系，是指自然人个人之间的雇佣与被雇佣、接受劳动服务与提供劳动服务的民事法律关系。在这种民事法律关系中，雇佣

者或者说接受劳动服务者为“接受劳务一方”，被雇佣者或者提供劳动服务者为“提供劳务一方”。这种民事法律关系为有偿关系，前者支付报酬，后者接受报酬。个人劳务关系可以是较长时间的雇佣关系如住家保姆，也可以是临时雇用的钟点工。在这种民事法律关系中，接受劳务的一方对另一方有指导、指示的权利，提供劳务一方接受前者的指导、指示。因此，个人劳务关系不同于承揽关系，承担侵权责任的规则也不一样。

（二）接受劳务一方的替代责任

依据本条第1款规定，接受劳务一方与用人单位一样，对提供劳务一方因履行劳务造成他人损害的，由接受劳务一方承担无过错的替代责任。

（三）接受劳务一方的追偿权

依据本条第1款中段的规定，接受劳务一方承担侵权责任（替代责任）后，可以向有故意或者重大过失的提供劳务一方追偿。法律作此等规定，弥补了《侵权责任法》第35条的缺陷，使得接受劳务一方与提供劳务一方在利益上更为平衡。同时，这一追偿权规定，有利于促进提供劳务一方谨慎行为，避免造成他人的损害。

二、提供劳务一方自身受到损害的侵权责任承担

本条第1款还规定，提供劳务一方因劳务自己受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任。此等损害，有些类似于“工伤损害”，不是严格意义上的对他人造成损害情况下的替代责任的适用对象。这一规定采用了过错责任原则以及比较过失规则：接受劳务一方有过错的，应当承担侵权责任；如果双方都有过错的，比较过错的大小承担相应的责任或者分担相应份额的损失。

三、第三人造成提供劳务一方损害的侵权责任承担

本条第2款规定，在提供劳务期间，第三人给提供劳务一方造成损害的，提供劳务一方有权选择第三人或者选择接受劳务的一方给予补偿。选择造成损害的第三人承担侵权责任，是因为第三人造成了此等损害，按照自己责任和过错责任原理，其承担侵权责任天经地义。选择接受劳务的一方给予补偿，则是出于提供劳务一方的诉讼便利及使其更可能获得救济的考虑。本质上，接受劳务的一方没有承担此等

侵权责任的法理基础，其所承担的“补偿”既不是对自己行为造成损害的责任，也不是对他人行为造成损害的替代责任，而是一种基于诉讼便利或者弱者保护考虑的“代负责任”。如果接受劳务一方代替造成损害的第三人给予了补偿，有权依据本条第2款，向该第三人全额追偿。

需要指出的是，提供劳务一方此处的两个请求权是竞合的或者相互排斥的：如果选择向造成损害的第三人主张损害赔偿，就不得向接受劳务的一方请求补偿；反之亦然。

第一千一百九十三条

承揽人在完成工作过程中造成第三人损害或者自己损害的，定作人不承担侵权责任。但是，定作人对定作、指示或者选任有过错的，应当承担相应的责任。

本条主旨

本条是关于承揽人在完成工作过程中造成第三人损害或者自己损害之侵权责任承担的规定。

相关条文

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（部分内容因与新法规定抵触而失效）

第10条 承揽人在完成工作过程中对第三人造成损害或者造成自身损害的，定作人不承担赔偿责任。但定作人对定作、指示或者选任有过失的，应当承担相应的赔偿责任。

理解与适用

一、定作人不承担责任

（一）承揽关系概述

承揽关系由承揽合同确定。承揽合同是一种双务有偿合同，在这种合同关系中，承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人给付报酬。在承揽合同中，完成工作并交付工作成果的一方为承揽人，接受工作成果并支付报酬的一方为定作人。建设工程合同是最典型、最常见的承揽合同。由于其典型性和普遍性，合同法对此等合同作出了专门规定。

在承揽关系中，一方面，定作人有选人、指示和提出定作要求等方面的权利，这一权利对承揽人完成具体工作产生宏观层面的影响；

另一方面，承揽人有独立完成工作、交付工作成果的权利和义务，因此在完成工作中，并不需要在细节上听命于定作人。正因为如此，承揽人在完成工作中，对第三人造成损害或者造成自身损害的，定作人不承担责任。定作人只是对定作、指示或者选人有过错的，才应当承担相应的责任。

（二）定作人不承担责任规则的确立

承揽人因独立完成工作，原则上对完成工作过程中造成他人损害和自身损害承担责任或者后果，定作人不承担责任。这是大多数国家侵权责任法确认的规则。2003年的《人身损害赔偿司法解释》接受了这一规则。但是，2009年《侵权责任法》没有采纳这条司法解释规定。当时有人认为：既然是规定定作人不承担责任就没有规定的必要了，因为侵权责任法主要是规定应当承担责任的以及如何承担责任，而不承担责任的情况千千万万，是不可列举的。这种认识在法律逻辑上似乎有些道理，但是也有局限性：此等规则不仅仅是规定定作人不承担责任，也规定其在有过错情况下应当承担相应的责任；规定定作人不承担责任，也就从另一个方面明确了承揽人的责任。此外，承揽关系与委托、雇佣等既有相似之处，也有性质上的区别，法律对承揽关系中的侵权责任承担作出明确规定有利于司法实践中对相关案件的处理。只是考虑到大陆法系相关国家的立法经验，考虑到司法解释的成果，更重要的是考虑到设定相关裁判规则的重要意义，《民法典》第1193条基本接受《人身损害赔偿司法解释》第10条的规定，在立法上确立了定作人不承担责任的相关规则。

（三）侵权责任的承担

在定作人没有相关过错的情况下，定作人不对承揽人在完成工作过程中造成第三人损害或者自己损害承担侵权责任。到底谁对此等损害承担侵权责任，本条法律没有作出明确规定。笔者认为，确定此等损害的侵权责任主体，主要适用其他相关法律条文的规定：（1）如果是一个过错侵权案件，适用《民法典》第1165条的规定；（2）如果是有一个无过错责任案件，适用《民法典》第1166条及相关无过错责任规范的规定；（3）如果涉及被侵权人（受害人）过错，适用《民法典》第1173条或第1174条的规定；（4）如果是工作人员或者个人劳务提供者在执行工作任务或者提供劳务过程中造成的损害，适用《民法典》第1191条或者第1192条的规定。

二、定作人的过错责任

（一）定作人的过错

依据《民法典》第1165条的规定，行为人对自己的过错行为造成的损害应当承担侵权责任。定作人虽然原则上不对承揽人在完成工作过程中造成的对他人的损害或者自己的损害承担责任，但是如果有特定的过错，也应当依据本条规定承担相应的侵权责任。

本条规定的定作人过错应当理解为过失，具体包括定作人的定作过失、指示过失和选人过失这三种过失。“定作过失”是指项目上的过失，比如发包一个违法违规建设项目，定作某种标的违法的工作成果，以及在监督、检查等方面存在过失。“指示过失”是指定作人对承揽人发出错误或者违规违法的具体执行或操作指令，如指示承揽人违反安全保护规范要求野蛮施工。“选人过失”也称为“选任过失”，是指定作人选择承揽人不当，比如选择了没有相应资质的建设施工单位。定作人有以上过失之一，且该过失对损害的发生有原因力的，即应承担相应的过错责任。

（二）定作人承担相应的责任

定作人有上述过错的，应当依据本条的规定承担相应的责任：如果是第三人受到损害，向第三人承担责任；如果是承揽人受到损害，向承揽人承担责任。承担责任的大小，取决于过错、程度以及原因力大小。

第一千一百九十四条

网络用户、网络服务提供者利用网络侵害他人民事权益的，应当承担侵权责任。法律另有规定的，依照其规定。

本条主旨

本条是关于网络侵权责任的一般规定。

相关条文

《侵权责任法》

第36条第1款 网络用户、网络服务提供者利用网络侵害他人民事权益的，应当承担侵权责任。

《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》（与新法相抵触的部分内容无效）

第1条 本规定所称的利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件，是指利用信息网络侵害他人姓名权、名称权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权等人身权益引起的纠纷案件。

理解与适用

一、网络侵权责任概述

（一）网络侵权的概念

网络侵权，是指网络用户、网络服务提供者利用互联网侵害他人的民事权益的侵权行为。侵权人为网络用户（网民）和网络服务提供者。被侵权人为一般民事主体，包括自然人、法人和非法人组织。根据本法的相关规定和司法解释的精神，网络侵权行为所侵害的民事权益包括人身权益，如姓名权、名称权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权和个人信息，以及知识产权，特别是著作权、网络信息传播权。

（二）网络侵权责任的法律适用

依据本条规定，网络用户、网络服务提供者利用网络侵害他人的权益的，应当承担侵权责任。关于网络侵权责任，除了适用本条和《民法典》相关条文的规定外，其他法律和行政法规有规定，适用其规定。最高人民法院对网络侵权责任有几个司法解释，也适用于网络侵权责任案件。

二、网络侵权的基本特征

（一）网络侵权发生在网络空间

网络空间也称为虚拟空间，与现实物理空间相对应。网络侵权发生在网络空间，是网络用户、网络服务提供者利用互联网侵害他人的民事权益的侵权行为。在互联网上发布诽谤他人信息属于网络侵权行为，在互联网上侵害他人隐私或者非法传播他人的个人信息也属于网络侵权行为。

有些侵权行为，网上行为与网下行为相结合，根据具体情况可以视为网络侵权行为，也可以不认为是网络侵权行为。这取决于网络行为部分的作用大小。但是，无论是否归入网络侵权行为，都不影响行为的性质、侵权责任的构成和侵权责任的承担。

（二）网络侵权主要侵害人格权和知识产权

由于网络侵权发生在网络空间，因此，对有体物毁损或者侵占的侵权无法在网络空间实施。对自然人的生命权、身体权和健康权的直接侵害也无法在网络空间实施。网络侵权主要侵害的是非物质性的人身权以及以无体物等作为权利客体的民事权益。

（三）网络侵权涉及网络用户的责任和网络服务提供者的责任

网络侵权可能是由网络用户实施的，也可能是由网络服务提供者实施的，它们作为侵权行为人要对自己的侵权行为承担侵权责任。同时，尽管网络服务提供者没有实施网络侵权行为，如果网络使用者在其拥有或者管理的网络空间实施了侵权行为，在符合特定构成要件且不具有特定免责事由的情况下，网络服务提供者也要对网络使用者的网络侵权行为造成的损害承担责任，包括可能的连带责任。

（四）部分网络侵权表现为“大规模侵权”

一些网络侵权行为涉及的被侵权人在规模上没有显著特征，但是侵害个人信息等网络侵权行为则往往表现为众多受害人的个人信息被侵害。因此，行政和刑事处罚常常适用于此等案件，集体或集团诉讼常常被选做民事救济的方式，甚至也有尝试采取公益诉讼方式保护被侵权人个人信息的。

（五）网络侵权责任适用过错责任原则

尽管本条没有对网络侵权责任的归责原则作出明确规定，但是由于网络侵权行为不是特殊危险行为，因而不宜采用无过错责任原则进行归责。在处理网络侵权行为的个案时，损害赔偿等责任之构成仍然需要满足《民法典》第1165条第1款规定的要件要求。至于停止侵害、排除妨碍、消除危险等责任方式之适用，则需要满足《民法典》第1167条规定的要件要求。

第一千一百九十五条

网络用户利用网络服务实施侵权行为的，权利人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。通知应当包括构成侵权的初步证据及权利人的真实身份信息。

网络服务提供者接到通知后，应当及时将该通知转送相关网络用户，并根据构成侵权的初步证据和服务类型采取必要措施；未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。

权利人因错误通知造成网络用户或者网络服务提供者损害的，应当承担侵权责任。法律另有规定的，依照其规定。

本条主旨

本条有三款，是关于“通知—取下”权利义务与责任规则的规定。第1款是关于权利人有权发出通知的规定。第2款是关于网络服务提供者“通知—取下”的责任规则。第3款是关于错误通知造成损害的侵权责任规定。

相关条文

《侵权责任法》

第36条第2款

网络用户利用网络服务实施侵权行为的，被侵权人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。

《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》（与新法相抵触的部分内容无效）

第5条 依据侵权责任法第三十六条第二款的规定，被侵权人以书面形式或者网络服务提供者公示的方式向网络服务提供者发出的通知，包含下列内容的，人民法院应当认定有效：

(一) 通知人的姓名(名称)和联系方式;

(二) 要求采取必要措施的网络地址或者足以准确定位侵权内容的相关信息;

(三) 通知人要求删除相关信息的理由。

被侵权人发送的通知未满足上述条件,网络服务提供者主张免除责任的,人民法院应予支持。

第6条 人民法院适用侵权责任法第三十六条第二款的规定,认定网络服务提供者采取的删除、屏蔽、断开链接等必要措施是否及时,应当根据网络服务的性质、有效通知的形式和准确程度,网络信息侵害权益的类型和程度等因素综合判断。

第7条 其发布的信息被采取删除、屏蔽、断开链接等措施的网络用户,主张网络服务提供者承担违约责任或者侵权责任,网络服务提供者以收到通知为由抗辩的,人民法院应予支持。

被采取删除、屏蔽、断开链接等措施的网络用户,请求网络服务提供者提供通知内容的,人民法院应予支持。

第8条 因通知人的通知导致网络服务提供者错误采取删除、屏蔽、断开链接等措施,被采取措施的网络用户请求通知人承担侵权责任的,人民法院应予支持。

被错误采取措施的网络用户请求网络服务提供者采取相应恢复措施的,人民法院应予支持,但受技术条件限制无法恢复的除外。

理解与适用

一、权利人发出通知的权利

(一) 权利人的通知与请求概述

本条第1款有两层含义:一是规定权利人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施;二是规定通知的内容。

“权利人”是指自己的民事权益在网络上受到侵害或者自认为受到侵害的自然人、法人或者非法人组织。

“网络服务提供者”是指为网络用户提供信息交流和技术支持的服务提供者。网络服务提供者的组成比较复杂，主要包括网络信息传输基础服务提供者、网络接入服务提供者、网络内容服务提供者、网络空间服务提供者、网络信息搜索服务提供者、网络链接服务提供者以及综合服务提供者。

“网络用户”俗称“网民”，是指利用网络服务提供者的服务在互联网空间进行各种活动的人。网络用户包括自然人用户和企业用户等类型。网络实名制要求网络用户以真实的个人信息注册。

权利人发现自己的民事权益在网络上受到侵害，有权请求网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施，达到停止侵害和防止损害扩大以保护其民事权益的效果。

（二）通知的内容要求

依据本条第1款规定，权利人的通知需要符合两个方面的要求：一是应当包括构成侵权的初步证据，二是包括权利人的真实身份信息。

构成侵权的初步证据也称为“构成侵权的初步证明材料”^[1]包括：（1）涉嫌侵权的网络用户的姓名（名称）、联系方式、网络地址等信息^[2]；（2）用以认定侵权的事实，如侵权信息所在的网络页面位置等^[3]；（3）通知人要求删除相关信息的理由。^[4]发出通知的权利人应当向接受通知的网络服务提供者提供自己的真实身份信息，包括通知人的姓名（名称）和联系方式。^[5]权利人发送的通知未满足上述条件，网络服务提供者主张免除责任的，人民法院应予支持。

法律要求权利人提出构成侵权的初步证据，其意义在于网络服务提供者因此获得进行判断的基础，并进一步作出处理。

二、“通知—取下”的责任规则

（一）取下侵权信息：不承担侵权责任

网络服务提供者在接到权利人的通知后，应当：（1）及时将该通知转送给相关网络用户；（2）根据构成侵权的初步证据和服务类型采取必要措施，即以删除、屏蔽、断开链接等必要措施从网络上“取下”侵权信息。网络服务提供者履行以上义务、实施了相应的行为，就不对此项网络侵权承担责任。

认定网络服务提供者采取的删除、屏蔽、断开链接等必要措施是否及时，应当根据网络服务的性质、有效通知的形式和准确程度、网络信息侵害权益的类型和程度等因素综合判断。

（二）不取下侵权信息：对扩大的损害承担连带责任

网络服务提供者未及时将通知转送给相关网络用户，或者未采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施从网络上“取下”权利人声称侵权的信息，则可能导致损害扩大。依据本条的规定，网络服务提供者与实施侵权行为的网络用户一起对扩大的损害承担连带责任。当然，实施侵权行为的网络用户要对通知之前的损害承担单独的责任。

是否网络服务提供者不取下声称的侵权信息就当然要对扩大的损害部分承担连带责任呢？这取决于声称的“侵权信息”最终是否被法院认定为侵权：如果权利人声称侵权的信息最终被法院认定构成侵权，实施侵权行为的网络用户要对通知前的损害承担单独的侵权责任，还要与网络服务提供者一起对扩大的损害承担连带责任。反之，如果权利人声称的侵权信息最终被法院认定不构成侵权，网络用户则无须承担单独的责任，网络服务提供者也无须对扩大的损害与网络用户一起承担连带责任。

三、错误通知造成损害的侵权责任

本条第3款规定，权利人发出错误通知不当请求取下声称的侵权信息，给网络用户或者网络服务提供者造成损害的，应当承担侵权责任。^[6]因“错误通知”造成损害承担侵权责任需要满足以下要件：

（1）声称某一网络信息构成侵权，但是最终被法院认定不构成侵权；（2）被投诉或者被起诉的网络用户、网络服务提供者受到损害；（3）错误通知行为与网络用户、网络服务提供者遭受损害之间存在因果关系；（4）发出错误通知有过错，或为故意或为过失，没有达到一个理性人应当达到的注意程度。

依据本条第3款承担侵权责任的方式包括赔偿损失、恢复网络信息、消除屏蔽、恢复链接等。赔礼道歉、消除影响、恢复名誉的责任方式也可以适用于此等案件。

注释：

[1] 《信息网络传播权保护条例》第14条第1款第2项。

[2] 参见《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律

律若干问题的规定》第5条第1款第2项。

[3]参见《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第4条。

[4]参见《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第5条第1款第3项。

[5]参见《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第5条第1款第1项。

[6]《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第8条规定：“因通知人的通知导致网络服务提供者错误采取删除、屏蔽、断开链接等措施，被采取措施的网络用户请求通知人承担侵权责任的，人民法院应予支持。”“被错误采取措施的网络用户请求网络服务提供者采取相应恢复措施的，人民法院应予支持，但受技术条件限制无法恢复的除外。”

第一千一百九十六条

网络用户接到转送的通知后，可以向网络服务提供者提交不存在侵权行为的声明。声明应当包括不存在侵权行为的初步证据及网络用户的真实身份信息。

网络服务提供者接到声明后，应当将该声明转送发出通知的权利人，并告知其可以向有关部门投诉或者向人民法院提起诉讼。网络服务提供者在转送声明到达权利人后的合理期限内，未收到权利人已经投诉或者提起诉讼通知的，应当及时终止所采取的措施。

本条主旨

本条有两款，是关于接到通知的网络用户提交声明及相关法律效果的规定。第1款是关于收到通知的网络用户可以提交不存在侵权的声明，以及此等声明应当包括的必要内容的规定。第2款是关于网络服务提供者转送、告知义务以及逾期后应当及时终止所采取措施的规定。

相关条文

《信息网络传播权保护条例》（有效）

第16条 服务对象接到网络服务提供者转送的通知书后，认为其提供的作品、表演、录音录像制品未侵犯他人权利的，可以向网络服务提供者提交书面说明，要求恢复被删除的作品、表演、录音录像制品，或者恢复与被断开的作品、表演、录音录像制品的链接。书面说明应当包含下列内容：

- （一）服务对象的姓名（名称）、联系方式和地址；
- （二）要求恢复的作品、表演、录音录像制品的名称和网络地址；
- （三）不构成侵权的初步证明材料。

服务对象应当对书面说明的真实性负责。

一、收到转送的告知的网络用户可以提交不存在侵权行为的声明

依据前条规定，权利人有权向网络服务提供者发出通知，请求采取删除、屏蔽、断开链接等措施。依据本条规定，网络服务提供者接到通知后应当及时将该通知转送相关网络用户。收到转送的告知的网络用户可以向网络服务提供者提交不存在侵权的声明。该声明应当包括不存在侵权行为的初步证据。具体而言，“不存在侵权行为的初步证据”包括：（1）通知所指的侵权事实不存在或者不真实；（2）尽管存在相关事实，但是不构成侵权；或者（3）具有不承担侵权责任的抗辩事由。

二、网络服务提供者的及时转送、告知义务

网络服务提供者在收到此等声明后，应该将该声明转送发出通知的权利人，并告知其可以向有关部门投诉或者向人民法院起诉。此时，网络服务提供者承担两项义务：一是转送义务，二是告知义务。这两项义务都不是给付性的义务而是程序性的义务。网络服务提供者只需要在程序上完成这两项义务即可，不产生实体意义上的给付义务。

三、网络服务提供者终止所采取措施的义务

网络服务提供者在履行上述两项义务后，权利人接到转送来的声明后会有两种选择：（1）认可声明的内容和主张，明示表示不再要求采取删除、屏蔽、断开链接等措施，或者默示不作进一步的要求。（2）不认可声明的内容和主张，向有关部门投诉或者向人民法院起诉。这里的“有关部门”，指国家网络信息管理部门，如国家互联网信息办公室（国家网信办）。

权利人接到声明并明示表示不再要求采取删除、屏蔽、断开链接等措施的，网络服务提供者应当终止已经采取的措施。网络服务提供者在转送声明到达权利人后的合理期限内，没有收到权利人已经投诉或者起诉通知的，应当及时终止已经采取的相关措施，恢复网络信息、消除屏蔽、恢复链接。这里的“合理期限”应当依据具体情况确定。

网络服务提供者在转送声明到达权利人后的合理期限内，收到权利人已经投诉或者起诉通知的，应当按照投诉程序或者民事诉讼法的有关规定，接受行政调查或者参加民事诉讼，执行有关的决定和裁判。

第一千一百九十七条

网络服务提供者知道或者应当知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，未采取必要措施的，与该网络用户承担连带责任。

本条主旨

本条是关于网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益未采取必要措施，应当与该网络用户承担连带责任的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第36条第3款 网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，未采取必要措施的，与该网络用户承担连带责任。

理解与适用

一、“知道”的判断

在法学理论上，一般用“不知道”“可能知道”“应当知道”“明知”等来表述认知者（民事主体）与被认知对象之间的认知关系。在侵权责任法上，“明知或者应知”通常是认定侵权人承担侵权责任的主观上的要求。“明知”通常是故意或者重大过失的认知基础，“应当知道”通常是过失的认知基础。

本条没有使用“明知或者应当知道”的概念，而是使用“知道或者应当知道”的概念来表述网络服务提供者与“网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益”这一事实之间的认知关系。“知道”仅仅包括“明知”，抑或还包括部分或者全部“应当知道”，法律没有作出具体规定。最高人民法院在司法解释中对此进行了一些界定。

《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案

件适用法律若干问题的规定》第9条规定：“人民法院依据侵权责任法第三十六条第三款认定网络服务提供者是否‘知道’，应当综合考虑下列因素：（一）网络服务提供者是否以人工或者自动方式对侵权网络信息以推荐、排名、选择、编辑、整理、修改等方式作出处理；（二）网络服务提供者应当具备的管理信息的能力，以及所提供服务的性质、方式及其引发侵权的可能性大小；（三）该网络信息侵害人身权益的类型及明显程度；（四）该网络信息的社会影响程度或者一定时间内的浏览量；（五）网络服务提供者采取预防侵权措施的技术可能性及其是否采取了相应的合理措施；（六）网络服务提供者是否针对同一网络用户的重复侵权行为或者同一侵权信息采取了相应的合理措施；（七）与本案相关的其他因素。”

该司法解释根据《中华人民共和国民法通则》《中华人民共和国侵权责任法》《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的決定》《中华人民共和国民事诉讼法》等法律的规定制定。由于《中华人民共和国民法通则》《中华人民共和国侵权责任法》已经废止，该司法解释也应部分或者全部失效，但是其关于认定“知道”的方式和考虑因素仍然可以参考，帮助我们理解本条的规定。“应当知道”是指依据生活常识、一般民事主体的经验等得出的推断结论。

二、网络服务提供者与实施侵权行为的网络用户的连带责任

依据本条规定，网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，未采取必要措施的，与实施侵权行为的网络用户承担连带责任。

适用本条规定，被侵权人无须按照《民法典》第1195条的规定通知网络服务提供者，而是可以直接起诉到人民法院，请求网络服务提供者与实施侵权行为的网络用户承担连带责任。其所需要证明的是：（1）作为被告的网络用户实施了侵害其民事权益的侵权行为；（2）网络服务提供者知道或者应当知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益未采取必要措施。关键是对“知道或者应当知道”的举证和证明。

第一千一百九十八条

宾馆、商场、银行、车站、机场、体育场馆、娱乐场所等经营场所、公共场所的经营者、管理者或者群众性活动的组织者，未尽到安全保障义务，造成他人损害的，应当承担侵权责任。

因第三人的行为造成他人损害的，由第三人承担侵权责任；经营者、管理者或者组织者未尽到安全保障义务的，承担相应的补充责任。经营者、管理者或者组织者承担补充责任后，可以向第三人追偿。

本条主旨

本条有两款，是关于安全保障义务以及违反安全保障义务承担侵权责任的规定。第1款是关于经营者、管理者或者组织者未尽到安全保障义务造成他人损害的侵权责任的规定。第2款是关于第三人造成损害情形的侵权责任规定。

相关条文

《侵权责任法》

第37条 宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所的管理人或者群众性活动的组织者，未尽到安全保障义务，造成他人损害的，应当承担侵权责任。

因第三人的行为造成他人损害的，由第三人承担侵权责任；管理人或者组织者未尽到安全保障义务的，承担相应的补充责任。

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（与新法相抵触的部分内容无效）

第6条 从事住宿、餐饮、娱乐等经营活动或者其他社会活动的自然人、法人、其他组织，未尽合理限度范围内的安全保障义务致使他人遭受人身损害，赔偿权利人请求其承担相应赔偿责任的，人民法院应予支持。

因第三人侵权导致损害结果发生的，由实施侵权行为的第三人承担赔偿责任。安全保障义务人有过错的，应当在其能够防止或者制止损害的范围内承担相应的补充赔偿责任。安全保障义务人承担责任后，可以向第三人追偿。赔偿权利人起诉安全保障义务人的，应当将第三人作为共同被告，但第三人不能确定的除外。

理解与适用

一、未尽到安全保护义务造成他人损害的侵权责任概述

（一）安全保障义务的概念和性质

1. 安全保障义务的概念

安全保障义务，是指宾馆、商场、银行、车站、机场、体育场馆、娱乐场所等经营场所、公共场所的经营者、管理者或者群众性活动的组织者对于进入此等经营场所、公共场所的人、活动参与者（被组织者）所承担的保障其人身安全、财产安全的义务。

一般认为，安全保障义务的法理基础，源自德国法上的“社会交往安全义务”。这种义务并不是《德国民法典》明文规定的一项义务，而是通过1902年“枯树案”、1903年“道路撒盐案”等一系列判例形成的。在“枯树案”中，原告起诉被告（国库）要求赔偿损失的原因是，生长在属于被告的一条公共道路边的一棵树因枯死而折断，原告被砸伤。在“道路撒盐案”中，原告起诉某市一个区的政府，要求赔偿损失，原因是被告没有对积雪的路面喷洒除雪剂和进行清扫，使得原告在用于公共交通的石阶上跌倒。在案件审理过程中，帝国最高法院提出：“如果某人的物品可能造成他人损害，而该人应该对他人的利益尽到合理的注意以防止这种损害的发生时，那么他就要为这种损害的发生承担责任。”所有者负有保证其物品符合交往安全的责任。^[1]

早期罗马法中，只有积极的致害行为才会导致责任的产生，对于不作为，不允许请求赔偿。而在上述案例中，德国法院突破了罗马法“不作为不允许请求赔偿”的理论，提出了“交往安全义务”，并将其广泛适用于交通安全领域。后来随着社会的不断发展，这一义务扩及其他的社会交往活动中。德国法认为，违反交往安全义务的责任的核心功能就在于避免和防止危险，每个人都应该在自己掌控的范围内采取一切措施来防止给他人造成损害。^[2]我国学者在21世纪初引入安全保障义务理论^[3]，2003年《人身损害赔偿司法解释》规定了违反安

全保障义务造成他人损害的侵权责任。《侵权责任法》和《民法典》均吸收司法解释的经验，规定了未尽到安全保障义务的侵权责任。

2.安全保障义务的性质

(1) 作为义务

安全保障义务是一项作为义务，即安全保障义务人必须为积极的作为，保障公众的人身安全和财产安全。具体而言，就是要有符合法律、法规要求或者行业惯例的相关保障措施。作为义务的内容主要体现在相关场所的两个方面：1) 硬件方面，包括设施和人员配备。经营场所、公共场所使用的建筑物及配套设施、设备应当安全可靠。有国家强制标准的，应当符合国家强制标准；没有国家强制标准的，应当符合行业标准；没有行业标准的，也应当达到从事该行业所需要的安全标准。同时，在日常管理中应当保证各种设施设备处于良好的运行状态。经营场所、公共场所应当配备相应的消防设备，并保证其能够随时使用；应当设置合理的紧急疏散通道，以便紧急状态下经营场所、公共场所内的人员有序疏散。同时，经营场所、公共场所的经营者、管理者和群众活动的组织者还应当采取有效措施防范和制止第三人对消费者、活动参与人实施侵害。公共场所，尤其是一些经营场所，应当配备具有相关行业安全保障知识和能力的专业人员。2) 软件方面，包括管理和告知义务。经营场所、公共场所的经营者、管理人员和群众性活动的组织者应当对进入场所内的公众进行相应事项的告知，特别是一些具有危险性的活动，要将注意事项逐项提前告知。比如在电影院开场之前告知观众紧急出口及观众自己所处的位置，又如某些体育运动项目应当注意哪些问题、哪些人不能从事该项运动，等等。软件方面的管理和告知义务没有一个统一的标准，而是与承担安全保障义务的场所的性质、主体的能力、经营者或管理者所能控制的范围等因素相关。

消极的不作为往往构成其对安全保障义务的违反。安全保障义务人不采用符合安全规范要求的设施或设备，不采取适当的安全措施，不设置必要的警示或不进行必要的劝告、说明，不配备适当的保安或救生员等，均属于违反安全保障义务的行为。^[4]

(2) 法定义务

安全保障义务原则上属于法定义务。合同上义务的观点无法解决那些与安全保障义务人没有合同关系的受害人的损害赔偿问题，也无法解决当事人在合同中未约定或者约定不明确事项的损害赔偿问题。在特殊情况下，即使有合同关系存在，合同中也有相应的约定义务，

但根据违约责任获得的赔偿也远远小于根据侵权责任所获得的赔偿。另外，尽管理论上可以将部分安全保障义务解释为合同法上的附随义务，但从我国立法实践看，大量法律、法规规定了各种情况下的安全保障义务，而《合同法》却没有（也不可能）对此作出明确的列举性规定，因此，将我国安全保障义务原则上确定为法定义务比较妥当，符合我国法律、法规所建立起来的义务体系的模式。因此，违反安全保障义务造成损害的，承担的是侵权责任而非违约责任。

（3）与附随义务的关系

附随义务是20世纪以来大陆法系的判例和学说依据诚实信用原则而提出的概念。附随义务并非在给付义务之始确定，而是随着债的关系的发展而在个别情况下要求当事人有所作为或不作为，以维护相对人的利益。附随义务又分为独立的附随义务和非独立的附随义务。非独立的附随义务依其功能可分为辅助实现债权人之给付利益（如照顾义务、说明义务、忠实义务、不作为义务等）和避免侵害债权人之人身或财产上利益（如保护义务）两类。其中保护义务（德国法上统称为Schutzpflicht）的性质与侵权责任法上之交往安全义务的性质相同，而与给付义务的关联较为疏远。^[5]

安全保障义务的性质以法定义务为原则，但不排除特定情况下当事人之间的约定义务。对于法律没有规定的安全保障义务，如果当事人之间以合同进行约定或者当事人之间合同约定的保障义务高于法律规定的安全保障义务，则可以按照合同的约定处理当事人之间的纠纷。

安全保障义务是一项法定义务，在法律没有规定安全保障义务的情况下，当事人之间基于先前行为而产生的信赖利益同样应当受到保护。

（二）未尽到安全保障义务造成他人损害的侵权责任

本条规定了未尽到安全保障义务情况下造成他人损害的几种侵权责任。第1款规定了安全保障义务人未尽到安全保障义务造成他人损害的过错责任。第2款规定了第三人的侵权责任以及第三人侵权责任与安全保障义务人的相应补充责任的关联情况。

二、经营者、管理者或者组织者的过错侵权责任

（一）责任主体

本条对承担责任的主体之列举比《侵权责任法》第37条的列举更为详细，增加了更多场所的经营者和管理者，同时区分了经营场所和公共场所。依据本条规定，未尽到安全保障义务造成他人损害应当承担侵权责任的主体包括：（1）宾馆、商场、银行、车站、机场、体育场馆、娱乐场所等经营场所、公共场所的经营者、管理者；（2）群众性活动的组织者。

（二）责任依据

1. 过失说

按照过错责任理论，过错是行为人承担民事责任的基础。之所以由行为人承担相应的民事责任，是因为其主观上有可归责的事由（故意或者过失）。正如德国著名法学家耶林所述：不是损害而是过错使侵害者负有赔偿义务。过失说认为，既然安全保障义务人对于损害结果的发生有过失，就应承担因过失而产生的侵权责任。

2. 控制说

控制说认为，安全保障义务人对于潜在的危险具有控制力。正如克雷斯蒂安·冯·巴尔教授所言：在属于不作为责任之原始形态的对他人侵权行为之责任领域内，（倘若未规定严格责任）监督者控制潜在危险的义务来源于他对危险源的控制力。^[6]经营场所、公共场所的经营者、管理者和群众性活动的组织者如果了解服务设施、设备的性能以及相应的管理法律、法规的要求，了解服务场所和活动场所的实际情况，就具有更为强大的力量和更加专业的知识，更能预见可能发生的危险和损害，更有可能采取必要的措施（如警示、说明、劝告、救助）防止损害发生或减轻损害。而消费者或者群众性活动的参与者，在接受服务或者参加群众性活动时，就有合理的理由相信经营场所、公共场所的经营者、管理者和群众性活动的组织者能够保护其人身利益和财产利益不受侵害。

3. 利益说

利益说主张风险与收益相一致的理论，该理论主要针对获取经济利益的经营者。克雷斯蒂安·冯·巴尔教授认为，除了特定信任关系也受侵权行为法保护的法律观念外，从危险源中获取经济利益者也经常会被视为具有制止危险义务的人。^[7]服务场所的经营者所从事的是一种营利性的活动，能够从中得到收益，尽管有的消费者并不一定接受服务并支付费用，而只是参观甚至路过，但是作为整体的消费者群无疑会向经营者支付费用而使其获利。经营者当然要为每一位潜在的消

费者尽安全保障方面的义务。而如果每个经营者都做到了“各扫门前雪”的话，虽然可能会增加经营成本，但也会改善消费环境，增加消费者走出家门去消费的兴趣，进而间接地促进经济的繁荣。这样又会增进消费，从而有利于经营者作为一个整体获得更大的长远利益，这最终还是有利于经营者的。可见，法律要求他们承担这个义务是合理的。因此，根据收益与风险相一致的理论，经营者应当承担安全保障义务。

对于非营利性公共场所的管理者和群众性活动的组织者而言，其活动也许无法获取即期的有形的经济利益，但其管理和组织行为是服务于长远的经济利益或者整体的社会利益的。因此，公共场所的管理者和群众性活动的组织者也应当对进入自己管理的场所的人员的人身安全和财产安全承担保障义务。

4.经济分析说

经济分析说主张从社会经济学的角度比较预防损害的发生和对损害进行赔偿哪个成本更低。对于节约社会总成本而言，要求安全保障义务人承担避免和减少损害发生的成本显然比进行损害赔偿的成本要低。因此，要求安全保障义务人承担安全保障义务，避免损害发生，从社会整体角度而言更具有经济性。

（三）责任的承担

尽管在理论上对未尽到安全保障义务造成他人损害应当承担侵权责任的责任基础存在一定的争议，但是对将其作为一种过错责任以及按照过错责任的构成要件来处理相关的责任承担问题并不存在争议。基于这样的认识，本条第1款规定的各种主体承担本条规定的侵权责任，需要满足以下构成要件方面的要求：（1）过错，即未尽到安全保障义务，表现为过失；（2）侵权行为，多表现为消极不作为；（3）造成他人的损害；（4）消极不作为行为与损害之间存在因果关系：如果积极作为、正确作为，可以避免损害的发生；但是安全保障义务人没有按照安全保障义务的要求积极作为和正确作为，使得损害发生的风险显著增加，损害之发生变得难以避免。

三、第三人的侵权责任

依据本条第2款的规定，第三人造成他人损害的，由实施侵权行为的第三人承担侵权责任。安全保障义务人未尽到安全保障义务的，应当承担相应的补充责任。这里的第三人仅指法律上完全独立于安全

保障义务人的自然人、法人或非法人组织，不包括安全保障义务人的雇员、被监护人。

第三人造成他人损害承担侵权责任，是对其过错承担侵权责任，是过错责任原则的要求。第三人承担此等侵权责任，需要具备过错侵权责任的全部要件，即（1）实施了不法侵害他人民事权益的行为；（2）他人的民事权益遭受损害；（3）侵害行为与损害之间有因果关系；（4）第三人主观上有故意或者过失的过错。

四、第三人的侵权责任+经营者、管理者或者组织者的补充责任

（一）侵权责任的构成要件

第三人实施的侵权行为导致损害结果发生的，由实施侵权行为的第三人承担赔偿责任；安全保障义务人未尽到安全保障义务，对损害的发生有过错的，应当在其能够防止或者制止损害的范围内承担相应的补充赔偿责任。此等侵权责任之构成，需要符合以下构成要件的要求。

1. 损害是由于第三人的侵权行为造成的

在安全保障义务人因第三人在自己负有安全保障义务的场所内或者组织的群众性活动中实施侵权行为造成他人损害而承担补充责任的情形，损害是由于第三人的直接侵权行为造成的，而非由于安全保障义务人的过失行为造成的。第三人的侵权行为是损害发生的直接的事实上的原因。

2. 安全保障义务人有过失

在第三人致害情况下，安全保障义务人承担相应的补充责任，仍适用过错责任原则。在这种情况下，既不构成共同侵权，也不适用原因力理论。安全保障义务人之所以对第三人致害的行为承担补充的侵权责任，是由于其对于损害的发生具有过失。在第三人实施侵权行为的情况下，安全保障义务人的过失在于：有义务防止或者制止损害的发生，而没有防止或者制止损害的发生；有义务避免损害的扩大，而没有防止或者制止损害的扩大。当然，其防止或制止损害发生的义务以及避免损害扩大的义务范围，应当在其能够防止或者制止损害发生或者避免损害扩大的范围内确认，如普通的餐馆老板不可能防止或制止全副武装的攻击事件，更不可能防止或制止精心策划的恐怖爆炸事件。安全保障义务人如果尽到了安全保障义务，则不需要承担侵权责任。

任。

3.被侵权人遭受人身损害或财产损失

无损害则无救济。受害人在安全保障义务人管理的场所内或者组织的活动中遭受人身损害或者财产损失，才可以要求安全保障义务人承担补充责任。

4.因果关系

第三人的侵权行为足以导致损害的发生。第三人实施的侵权行为是造成损害结果的直接的事实上的原因，其行为足以导致损害的发生。也就是说，不论是否存在安全保障义务人怠于履行安全保障义务，该第三人的侵权行为都将导致损害的发生。在第三人致害的情况下，安全保障义务人未尽到安全保障义务的行为仅仅是损害发生或扩大的间接原因或者说是损害发生或扩大的“条件”，因为造成损害发生的直接原因是第三人的侵权行为。

（二）相应的补充责任之承担

在第三人致害情况下，安全保障义务人未尽到安全保障义务的，应当承担补充责任。补充责任的含义是：因第三人侵权导致损害结果发生的，由实施侵权行为的第三人承担责任。安全保障义务人有过错的，应当在其能够防止或者制止损害的范围内承担相应的补充赔偿责任。所谓补充责任，则意味着安全保障义务人承担的是第二顺位的赔偿责任。在第三人致害的情况下，实施直接侵权行为的第三人作为直接责任人承担的是第一顺位的赔偿责任，安全保障义务人作为补充责任人承担的是第二顺位的赔偿责任。只有当第一顺位的直接责任人无力赔偿时，第二顺位的安全保障义务人才作为补充责任人承担赔偿责任。

所谓相应的补充责任，是指安全保障义务人承担责任的大小取决于直接责任人承担责任的大小。由实施侵权行为的第三人或其他负有责任的人（如加害人的雇主、监护人）承担责任的，安全保障义务人不承担责任；只有在直接侵权行为人无法确定时，才由安全保障义务人承担相应的补充责任；如果虽能够确定直接侵权行为人，但是其财力不足以承担全部责任时，则先由直接侵权行为人尽力承担责任，剩余部分由负有安全保障义务的人承担相应的补充。所谓“相应”，是指与其过错大小和程度相当。“相应的补充责任”并不意味着“全部补充”。

（三）追偿权

司法解释曾规定，安全保障义务人在承担了相应的补充责任之后有权向造成损害的第三人追偿，但是《侵权责任法》没有确认这一追偿权。《民法典》吸收司法解释的成果，规定“经营者、管理者或者组织者承担补充责任后，可以向第三人追偿”。

法律没有规定安全保障义务人在承担了补充责任后是向造成损害的第三人全部追偿还是部分追偿。这一问题有待司法实践摸索经验来解决。追偿权的行使是否能够实现，不影响未尽到安全保障义务的经营者、管理者或者组织者承担相应的补充责任。承担此等相应补充责任的经营者、管理者或者组织者，也承担追偿不能的风险，即尽管他承担了相应的补充责任但实际上存在这样的风险——无法全部或者部分从造成损害的第三人一方得到追偿。

注释：

[1] 马克西米利安·福克斯.侵权行为法.齐晓琨，译.北京：法律出版社，2006:100-101.

[2] 同上，102.

[3] 张新宝，唐青林.经营者对服务场所的安全保障义务.法学研究，2003（3）.

[4] 张新宝，唐青林.经营者对服务场所的安全保障义务.法学研究，2003（3）.

[5] 王泽鉴.民法学说与判例研究：第4册.北京：中国政法大学出版社，2005:84.

[6] 克雷斯蒂安·冯·巴尔.欧洲比较侵权行为法：下册.焦美华，译，张新宝审校.北京：法律出版社，2001:269.

[7] 同上，271.

第一千一百九十九条

无民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害的，幼儿园、学校或者其他教育机构应当承担侵权责任；但是，能够证明尽到教育、管理职责的，不承担侵权责任。

本条主旨

本条是关于无民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害的侵权责任的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第38条 无民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害的，幼儿园、学校或者其他教育机构应当承担侵权责任，但能够证明尽到教育、管理职责的，不承担责任。

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（与新法相抵触的部分内容无效）

第7条 对未成年人依法负有教育、管理、保护义务的学校、幼儿园或者其他教育机构，未尽职责范围内的相关义务致使未成年人遭受人身损害，或者未成年人致他人人身损害的，应当承担与其过错相应的赔偿责任。

第三人侵权致未成年人遭受人身损害的，应当承担赔偿责任。学校、幼儿园等教育机构有过错的，应当承担相应的补充赔偿责任。

《学生伤害事故处理办法》（教育部第12号令颁布，自2002年9月1日起实施）

第9条 因下列情形之一造成的学生伤害事故，学校应当依法承担相应的责任：

（一）学校的校舍、场地、其他公共设施，以及学校提供给学生

使用的学具、教育教学和生活设施、设备不符合国家规定的标准，或者有明显不安全因素的；

（二）学校的安全保卫、消防、设施设备管理等安全管理制度有明显疏漏，或者管理混乱，存在重大安全隐患，而未及时采取措施的；

（三）学校向学生提供的药品、食品、饮用水等不符合国家或者行业的有关标准、要求的；

（四）学校组织学生参加教育教学活动或者校外活动，未对学生进行相应的安全教育，并未在可预见的范围内采取必要的安全措施的；

（五）学校知道教师或者其他工作人员患有不适宜担任教育教学工作的疾病，但未采取必要措施的；

（六）学校违反有关规定，组织或者安排未成年学生从事不宜未成年人参加的劳动、体育运动或者其他活动的；

（七）学生有特异体质或者特定疾病，不宜参加某种教育教学活动，学校知道或者应当知道，但未予以必要的注意的；

（八）学生在校期间突发疾病或者受到伤害，学校发现，但未根据实际情况及时采取相应措施，导致不良后果加重的；

（九）学校教师或者其他工作人员体罚或者变相体罚学生，或者在履行职责过程中违反工作要求、操作规程、职业道德或者其他有关规定的；

（十）学校教师或者其他工作人员在负有组织、管理未成年学生的职责期间，发现学生行为具有危险性，但未进行必要的管理、告诫或者制止的；

（十一）对未成年学生擅自离校等与学生人身安全直接相关的信息，学校发现或者知道，但未及时告知未成年学生的监护人，导致未成年学生因脱离监护人的保护而发生伤害的；

（十二）学校有未依法履行职责的其他情形的。

第10条 学生或者未成年学生监护人由于过错，有下列情形之一，造成学生伤害事故，应当依法承担相应的责任：

(一) 学生违反法律法规的规定，违反社会公共行为准则、学校的规章制度或者纪律，实施按其年龄和认知能力应当知道具有危险或者可能危及他人的行为的；

(二) 学生行为具有危险性，学校、教师已经告诫、纠正，但学生不听劝阻、拒不改正的；

(三) 学生或者其监护人知道学生有特异体质，或者患有特定疾病，但未告知学校的；

(四) 未成年学生的身体状况、行为、情绪等有异常情况，监护人知道或者已被学校告知，但未履行相应监护职责的；

(五) 学生或者未成年学生监护人有其他过错的。

第11条 学校安排学生参加活动，因提供场地、设备、交通工具、食品及其他消费与服务的经营者，或者学校以外的活动组织者的过错造成的学生伤害事故，有过错的当事人应当依法承担相应的责任。

第12条 因下列情形之一造成的学生伤害事故，学校已履行了相应职责，行为并无不当的，无法律责任：

(一) 地震、雷击、台风、洪水等不可抗的自然因素造成的；

(二) 来自学校外部的突发性、偶发性侵害造成的；

(三) 学生有特异体质、特定疾病或者异常心理状态，学校不知道或者难于知道的；

(四) 学生自杀、自伤的；

(五) 在对抗性或者具有风险性的体育竞赛活动中发生意外伤害的；

(六) 其他意外因素造成的。

第13条 下列情形下发生的造成学生人身损害后果的事故，学校行为并无不当的，不承担事故责任；事故责任应当按有关法律法规或者其他有关规定认定：

(一) 在学生自行上学、放学、返校、离校途中发生的；

(二) 在学生自行外出或者擅自离校期间发生的；

(三) 在放学后、节假日或者假期等学校工作时间以外，学生自行滞留学校或者自行到校发生的；

(四) 其他在学校管理职责范围外发生的。

第14条 因学校教师或者其他工作人员与其职务无关的个人行为，或者因学生、教师及其他个人故意实施的违法犯罪行为，造成学生人身损害的，由致害人依法承担相应的责任。

理解与适用

一、幼儿园、学校或者其他教育机构对无行为能力人受到人身损害的侵权责任概述

(一) 幼儿园、学校或者其他教育机构对无行为能力人人身损害的侵权责任制度的建立与发展

《民法通则》并无关于幼儿园、学校或者其他教育机构侵权责任的规定。《民法通则意见》第160条规定：“在幼儿园、学校生活、学习的无民事行为能力人或者在精神病院治疗的精神病人，受到伤害或者给他人造成损害，单位有过错的，可以责令这些单位适当给予赔偿。”2003年《人身损害赔偿司法解释》第7条规定：“对未成年人依法负有教育、管理、保护义务的学校、幼儿园或者其他教育机构，未尽职责范围内的相关义务致使未成年人遭受人身损害，或者未成年人致他人人身损害的，应当承担与其过错相应的赔偿责任。第三人侵权致未成年人遭受人身损害的，应当承担赔偿责任。学校、幼儿园等教育机构有过错的，应当承担相应的补充赔偿责任。”

《侵权责任法》第38条规定了幼儿园、学校或者其他教育机构对无行为能力人受到人身损害的侵权责任。《民法典》第1199条基本上承继了《侵权责任法》第38条的规定，只是作了少许措辞上的修改，使得法律条文的意义更为准确。

(二) 幼儿园、学校或者其他教育机构对无行为能力人受到人身损害的侵权责任分类

本条及《民法典》第1201条规定了幼儿园、学校或者其他教育机构对无行为能力人受到人身损害的侵权责任，包括：(1) 幼儿园、

学校或者其他教育机构的过错责任；（2）第三人造成损害的侵权责任；（3）第三人造成损害的侵权责任+幼儿园、学校或者其他教育机构的补充责任。幼儿园、学校或者其他教育机构所承担的对无行为能力人受到人身损害的侵权责任与本法第1198条规定的安全保障义务人未尽到安全保障义务造成他人损害所承担的侵权责任大致相同。所不同的是，本条法律规定推定幼儿园、学校或者其他教育机构有过错，其所承担的是过错责任中的推定过错责任。

（三）无行为能力人受到的损害仅限于人身损害

本条仅救济无行为能力人受到的人身损害，包括一般人身伤害、伤残、死亡等（参见《民法典》第1179条）。无行为能力人受到的其他损害如财产损失和精神损害等，其救济不适用本条的规定，而适用《民法典》其他条文如第1182条、第1183条和第1184条的规定。

二、幼儿园、学校或者其他教育机构对无行为能力人受到人身损害的侵权责任的承担

（一）过错的判断标准

幼儿园、学校或者其他教育机构的过错，包括此等机构的过错及其工作人员在进行教育相关活动中的过错。教育部《学生伤害事故处理办法》第9条对学校（等教育机构）应当承担责任（有过错）的情况进行规定：（1）学校的校舍、场地、其他公共设施，以及学校提供给学生使用的学具、教育教学和生活设施、设备不符合国家规定的标准，或者有明显不安全因素的；（2）学校的安全保卫、消防、设施设备管理等安全管理制度有明显疏漏，或者管理混乱，存在重大安全隐患，而未及时采取措施的；（3）学校向学生提供的药品、食品、饮用水等不符合国家或者行业的有关标准、要求的；（4）学校组织学生参加教育教学活动或者校外活动，未对学生进行相应的安全教育，并未在可预见的范围内采取必要的安全措施的；（5）学校知道教师或者其他工作人员患有不适宜担任教育教学工作的疾病，但未采取必要措施的；（6）学校违反有关规定，组织或者安排未成年学生从事不宜未成年人参加的劳动、体育运动或者其他活动的；（7）学生有特异体质或者特定疾病，不宜参加某种教育教学活动，学校知道或者应当知道，但未予以必要的注意的；（8）学生在校期间突发疾病或者受到伤害，学校发现，但未根据实际情况及时采取相应措施，导致不良后果加重的；（9）学校教师或者其他工作人员体罚或者变相体罚学生，或者在履行工作职责过程中违反工作要求、操作规程、职业道德或者其他有关规定的；（10）学校教师或者其他工作人员在

负有组织、管理未成年学生的职责期间，发现学生行为具有危险性，但未进行必要的管理、告诫或者制止的；（11）对未成年学生擅自离校等与学生人身安全直接相关的信息，学校发现或者知道，但未及时告知未成年学生的监护人，导致未成年学生因脱离监护人的保护而发生伤害的；（12）学校有未依法履行职责的其他情形的。

幼儿园、学校或者其他教育机构有以上情况之一的，即可认定有过错。如果此等有过错的行为造成无行为能力人损害，应当承担侵权责任。以上的列举是否为周延的完全列举呢？笔者认为，不是周延的完全列举而是对典型情况的列举。如果法律、行政法规另有规定的，应当依照其规定。此外，尽管没有被列举出来，但如果幼儿园、学校或者其他教育机构的某些行为没有达到一个“理性的学校或教育机构”应当达到的注意程度，也可以认定其存在过错。

（二）过错推定

依据本条规定，无行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害的，幼儿园、学校或者其他教育机构承担过错推定的过错责任：被侵权人一方无须对侵权人的过错承担举证责任；幼儿园、学校或者其他教育机构证明自己尽到教育管理职责的不承担侵权责任，否则将承担侵权责任（综合因果关系等构成要件作出判断）。

幼儿园、学校或者其他教育机构如何证明尽到了教育、管理职责呢？首先，它应当证明自己不存在《学生伤害事故处理办法》第9条所列举的任何一种情况；其次，它可以证明是在《学生伤害事故处理办法》第12条规定的6种情况或者第13条的规定4种情形之一发生的造成无行为能力人的人身损害后果的事故，如果幼儿园、学校或者其他教育机构行为并无不当的，不承担事故责任；事故的侵权责任应当按有关法律法规或者其他规定认定。

此外，因学校教师或者其他工作人员与其职务无关的个人行为，或者因学生、教师及其他个人故意实施的违法犯罪行为，造成学生人身损害的，由造成损害的人依法承担相应的责任。

（三）造成损害的场所和期间

本条以及随后的第1200条和第1201条均规定，无行为能力人或限制行为能力人是在学校（幼儿园）或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害。这是对被侵权人受害场所和期间的规定。只有在符合场所和期间要求的情况下，幼儿园、学校或者其他教育机构才承担

本条以及随后的第1200条和第1201条规定的侵权责任。因为只有在此等特定的场所和期间，幼儿园、学校或者其他教育机构才对相关的无行为能力人和限制行为能力人负有教育管理职责和相应的安全保障义务。

（四）损害范围

本条仅适用于无行为能力人遭受人身损害的情况，不适用于对其财产损失的救济。其财产损失的救济，应当适用《民法典》第1182条和第1184条的规定。有关精神损害赔偿的确定，适用《民法典》第1183条的规定。

第一千二百条

限制民事行为能力人在学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害，学校或者其他教育机构未尽到教育、管理职责的，应当承担侵权责任。

本条主旨

本条是关于限制民事行为能力人在学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害之侵权责任的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第39条 限制民事行为能力人在学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害，学校或者其他教育机构未尽到教育、管理职责的，应当承担责任。

理解与适用

前条规定无民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害的侵权责任，本条规定限制民事行为能力人在学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害的侵权责任。二者的立法目的完全相同，法律规定的相关侵权责任的构成要件等也基本相同。唯一的差异是：对无行为能力人受到人身损害的，幼儿园、学校或者其他教育机构承担过错推定的过错责任；对限制行为能力人受到人身损害的，学校或者其他教育机构承担一般过错责任，不推定其有过错，而是需要被侵权人举证证明其过错。

第一千二百零一条

无民事行为能力人或者限制民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间，受到幼儿园、学校或者其他教育机构以外的第三人人身损害的，由第三人承担侵权责任；幼儿园、学校或者其他教育机构未尽到管理职责的，承担相应的补充责任。幼儿园、学校或者其他教育机构承担补充责任后，可以向第三人追偿。

本条主旨

本条是关于第三人造成无行为能力人、限制行为能力人身损害的责任以及幼儿园、学校或者其他教育机构补充责任的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第40条 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间，受到幼儿园、学校或者其他教育机构以外的人员人身损害的，由侵权人承担侵权责任；幼儿园、学校或者其他教育机构未尽到管理职责的，承担相应的补充责任。

理解与适用

一、第三人的侵权责任

依据本条第1款规定，幼儿园、学校或者其他教育机构之外的第三人造成在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间的无民事行为能力人或者限制民事行为能力人人身损害的，由该第三人承担侵权责任。这一侵权责任为过错责任，且不推定，贯彻过错原则：侵权人对自己有过错的行为承担侵权责任。尽管本条第1款后半段规定了幼儿园、学校或者其他教育机构的补充责任，但是这两种侵权责任既不构成按份关系，也不构成连带关系。在被侵权人选择幼儿园、学校或者其他教育机构承担补充责任的情形，就此部分构成不真正连带关系，但是只存在单向追偿权：如果被侵权人做此等选择，则不能向作

为侵权人的第三人对此部分（幼儿园、学校或者其他教育机构承担相应补充责任的部分）主张损害赔偿。如果被侵权人不选择幼儿园、学校或者其他教育机构承担相应补充责任而是选择作为侵权人的第三人承担全部赔偿责任，该第三人则应当承担全部赔偿责任。

二、幼儿园、学校或者其他教育机构的补充责任

依据本条第1款后半段的规定，幼儿园、学校或者其他教育机构未尽到管理职责的，承担相应的补充责任。这里的侵权责任是过错责任，是补充责任。

幼儿园、学校或者其他教育机构承担的过错责任是相应的补充责任，其所承担的责任大小，与过错程度以及有过错的行为（消极不作为与或者乱作为）与发生损害或者扩大损害后果之间的因果关系相关。

三、幼儿园、学校或者其他教育机构向第三人的追偿权

本条第2款为新增加的规则，规定了幼儿园、学校或者其他教育机构承担补充责任之后可以向作为侵权人的第三人追偿。作为侵权人的第三人被追偿具有公平正义的基础：作为侵权人的第三人的行为足以导致全部损害的发生，其被追偿并最终承担全部赔偿责任是合理的。

此等追偿权是单向的，即仅仅幼儿园、学校或者其他教育机构承担补充责任之后可以向作为侵权人的第三人追偿；如果被侵权人选择作为侵权人的第三人承担全部赔偿责任，其承担全部赔偿责任后无权向可能应当承担相应补充责任的幼儿园、学校或者其他教育机构追偿。

第四章

产品责任

第一千二百零二条

因产品存在缺陷造成他人损害的，生产者应当承担侵权责任。

本条主旨

本条是关于因产品缺陷造成他人损害，生产者应当承担侵权责任的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第41条 因产品存在缺陷造成他人损害的，生产者应当承担侵权责任。

《产品质量法》

第2条 在中华人民共和国境内从事产品生产、销售活动，必须遵守本法。本法所称产品是指经过加工、制作，用于销售的产品。建设工程不适用本法规定；但是，建设工程使用的建筑材料、建筑构配件和设备，属于前款规定的产品范围的，适用本法规定。

第4条 生产者、销售者依照本法规定承担产品质量责任。

第41条第1款 因产品存在缺陷造成人身、缺陷产品以外的其他财产（以下简称他人财产）损害的，生产者应当承担赔偿责任。

第46条 本法所称缺陷，是指产品存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险；产品有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的，是指不符合该标准。

理解与适用

一、产品的概念与范围

（一）产品概念的立法规定

本条完全承继了《侵权责任法》第41条的规定，但是二者都没有对“产品”概念进行定义。《产品质量法》第2条第2款规定：“本法所称产品是指经过加工、制作，用于销售的产品。”1985年欧共体《产品责任指令》（85/374号）第2条规定：本指令所称“产品”，是指一切动产，包括添附于其他动产或不动产的动产，但初级农产品及猎获物除外。所谓“初级农产品”，是指土地、畜牧场及渔场所生产的产品，但已经初级加工者除外。“产品”包括电力。这一规定将初级农产品及猎获物排除在产品之外。1999年欧共体《产品责任指令》（99/34号）则取消了这一排除规定。1999年欧共体《产品责任指令》（99/34号）第1条规定：85/374号指令修正如下：（1）第2条以下列条文取代之：“本指令所称产品，是指一切动产，包括添附于其他动产或不动产的动产。产品包括电力。”（2）第15条第1项（a）款删除。^[1]欧洲共同体（欧盟）的这一改变也值得我们认真研究。

（二）产品的范围讨论

产品是动产。产品不包括不动产本身，但是添附于不动产的动产（如建筑物的空调系统）属于产品；产品包括电力；产品是否包括初级农产品是一个有争议的问题，我国法律没有作出明确规定，在理解上主要是是否符合“经过加工、制作”的要求；人体器官、人类血浆不是产品，但是经过加工、制作的血液制品（如胰岛素、血清制剂等）属于产品。

此外，依据《产品质量法》第73条的规定，军工产品质量监督管理办法，由国务院、中央军事委员会另行制定。因核设施、核产品造成损害的赔偿责任，法律、行政法规另有规定的，依照其规定。

二、缺陷的概念与分类

“缺陷”是产品责任的一个重要的构成要件。欧共体《产品责任指令》第6条对“缺陷”进行了明确的界定：（1）某一件产品不具备人民有权期望的安全性，该产品则是缺陷产品，（在判断该产品是否为缺陷产品时）考虑下述各种因素：（a）该产品的上市；（b）将该产品用于所有正当理由期望的用途；（c）该产品投入流通的时间。（2）不能因为在其后面有一种更好的产品投入流通而认为该产品有缺陷。在美国侵权行为法中，一般使用“缺陷状态的产品”这一术语，并强调缺陷状态的产品对使用者、消费者的人身及财产具有不合理的危险（unreasonable danger）。^[2]根据学者的解释，只是产品的缺陷状态使得产品具有不合理的危险，许多产品并不能完全保证各种消费都是安全的。^[3]

《民法典》没有对产品缺陷概念进行定义，但是《产品质量法》第46条有明确规定：“本法所称缺陷，是指产品存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险；产品有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的，是指不符合该标准。”

（一）产品缺陷的判断标准

依据上述法律规定，缺陷产品的判断标准有两条，即（1）存在危及人身、他人财产的不合理危险；（2）违反或者达不到保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准。

判断某一产品是否存在缺陷的标准，分为一般标准和法定标准。

（1）一般标准。一般标准，即“不合理危险”标准，产品存在危及人身、他人财产的不合理危险就是缺陷产品。人们有权期望的安全性，即一个理性人在正常情况下对一件产品所应具备的安全性的期望。比如，人们有权期望任何一种供饮用的白酒不含其他毒素，但不会期望它不致人酒精中毒。如果白酒含有毒素，这种危及人身安全的危险是不合理的。白酒含有酒精，酒精对人身具有危险，可致人酒精中毒（甚至死亡），但这种危险是合理的。

（2）法定标准。除一般标准外，国家和行业对某些产品（尤其是食品和药品）制定了保障人体健康、人身和财产安全的专门标准，我们将这种标准称为“法定标准”。如果产品达不到或不符合这一法定标准，即可认定该产品属于缺陷产品。如果产品达到国家和行业标准中的其他要求，而没有达到其保障人体健康、人身和财产安全方面的要求，不能认为产品为“合格产品”或“没有缺陷”。如果国家或行业标准中没有包括保障人体健康、人身和财产安全的具体要求，则不能以此作为判断有无缺陷的标准。

产品符合法定标准中关于保证人身、财产安全的要求，却致人损害，该产品是否可以被认定为缺陷产品、其生产者是否需要承担产品责任？比较一致的学术观点是，应当采用单一的一般标准衡量产品是否有缺陷，在确定产品责任时，“符合法定标准”不能作为免除责任的抗辩事由。

（二）产品缺陷的分类

我国《产品质量法》、《侵权责任法》和《民法典》均未直接对缺陷进行分类，而是分别规定生产者和销售者的产品质量责任和义务。在这些规定中，分别涉及缺陷的不同类别。在理论上，我们可以将缺陷分为设计缺陷、制造缺陷和营销缺陷。^[4]而《侵权责任法》和《民法典》（第1206条）接受新的理论观点，规定了“跟踪缺陷”。

1. 设计缺陷

设计缺陷是指生产者在设计产品时，其产品的结构、配方等方面存在不合理的危险性，比如锅炉设计不符合国家规定的安全标准，药品配方中含有高出国家规定的副作用成分等。判断一件产品是否为设计缺陷，其标准是：（1）其设计存在危及人身、财产安全的不合理危险；（2）其设计不符合保障人体健康、人身和财产安全的国家或者行业标准。

设计缺陷的特点是，在批量生产中，存在设计缺陷的产品往往不是单独一件（某些特别定作的产品除外），而是基于该设计方案生产的所有产品均为设计缺陷产品；设计缺陷是因设计产品时忽视产品应有的安全性所致，因此在生产和销售过程中难以克服产品的设计缺陷；批量的具有设计缺陷的产品投入市场后，受害者往往人数众多，在实践中有可能形成集团诉讼。^[5]应当指出的是，认定某件产品是否具有设计缺陷，只有在将其用于其所设计的用途时存在不合理的危险的情况下才能作出决定。如果将产品用于其所设计的用途以外的情形，即使该产品存在“不合理危险”，也不能认为存在设计缺陷。此外，讨论一件产品是否存在设计缺陷，应考虑当时的科学技术发展状况、有无类似的可以替代的设计方案等因素。而且，我们没有理由指望生产者为了产品的安全付出过分高昂的成本而牺牲生产效益，生产者有理由在安全与效益之间保持平衡。

2. 制造缺陷

一个产品生产者可能以两种主要的方式违反其制造“非缺陷”产品的义务：其一，制造该产品的原材料或配件存在物理学上的缺陷；其

二，尽管单个的配件并无缺陷，但在装配成最终产品时犯了某种错误。^[6]据此，我们可以抽象出制造缺陷的概念：制造缺陷是指因产品原材料或配件存在缺陷或者在装配成最终产品的过程中出现某种错误，而导致产品具有不合理的危险性。判断一件产品是否为制造缺陷，其标准是：（1）产品存在危及人身、他人财产安全的不合理危险；或（2）产品的质量检查、工艺流程等不符合保障人体健康、人身和财产安全的国家或者行业标准。

与设计缺陷不同，设计缺陷产品的问题出自设计本身，而制造缺陷产品的问题在于制造该产品的原材料以及配件的质量和总装工艺的质量。因此，制造缺陷与设计无关，生产者如果严把原材料、配件及总装工艺等工序的质量关，则可减少乃至避免制造缺陷之发生。

3. 营销缺陷

营销缺陷是指生产者没有提供警示与说明，或者没有提供适当的警示与说明，致使其产品在使用、储运等情形下具有不合理的危险。“生产者对其所销售的产品负有一些说明的义务。只有当一件产品附带有适当的能够使得消费者在使用该产品时具有合理的安全性的信息‘软件’时，才能认为该产品是‘合理’安全（或非‘缺陷’）的。”^[7]因为没有提供适当的警示与说明，某一产品可能被认定为缺陷产品，这种缺陷称为营销缺陷或者说明与警示不充分的缺陷。我国《产品质量法》有两条规定涉及营销缺陷：第27条规定：“产品或者其包装上的标识必须真实，并符合下列要求……（五）使用不当，容易造成产品本身损坏或者可能危及人身、财产安全的产品，应当有警示标志或者中文警示说明。”第28条规定：“易碎、易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性等危险物品以及储运中不能倒置和其他有特殊要求的产品，其包装质量必须符合相应要求，依照国家有关规定作出警示标志或者中文警示说明，标明储运注意事项。”正确地理解营销缺陷，关键是正确地认识与把握“适当的警示或说明”。

“警示”亦称警告，一般是指对产品本身所具有的危险性所作的警告性标记，可以用标志（如剧毒品所使用的骷髅标志、高压电源使用的闪电形标志）作为警示，也可以用文字作为警示。“说明”一般是指介绍有关产品的主要性能、正确的使用方法以及错误使用可能招致的危险等事项的文字。判断警示与说明适当与否的基本标准是：如果产品是为大众所消费、使用的，警示与说明应为社会上不具专门知识的一般人所能引起注意、知晓、理解；如果产品是为特定人所消费、使用的，警示与说明应为具备专门知识的特定人所能引起注意、知晓、理解。标志与文字之内容应当是正确无误，不会引起误解、歧义的；标志与文字之形式，应当是醒目的、易于辨认的；标志应为公众一般

接受的；在中国境内销售之产品（包括进口产品）应当有中文的文字说明；在我国少数民族聚集生活的地区销售的产品，应当有中文和当地通行的少数民族语言文字的说明。没有适当的警示与说明，在产品的消费、使用过程中造成他人人身、财产损害，则可能认为产品存在营销缺陷，为缺陷产品。相反，如果消费者、使用者无视警示与说明，不按说明的用途、用法使用产品，即使受到损害也不认为产品为缺陷产品。

4.跟踪缺陷

产品的生产者对于自己投入流通的产品负有质量跟踪义务，即使是该产品投入流通时不能发现缺陷的存在，通过跟踪能够发现缺陷的，应当及时采取警示、召回等补救措施。未及时采取补救措施或者补救措施不力造成损害的，应当承担侵权责任。

三、损害的范围与损害赔偿

（一）损害的范围

1.人身损害与“他人财产”损害

《产品质量法》第41条第1款规定：“因产品存在缺陷造成人身、缺陷产品以外的其他财产（以下简称他人财产）损害的，生产者应当承担赔偿责任。”本条规定将被侵权人遭受的人身损害以及缺陷产品之外的财产损失作为产品责任可救济的损害，缺陷产品的生产者应对此应当承担赔偿责任。

法律将缺陷产品本身的损害赔偿排除在产品责任的救济范围之外，是因为考虑到被侵权人可以依据买卖合同的品质担保等获得救济，同时也可以避免将违约责任与侵权责任混淆。缺陷产品本身的价金损害，属于合同责任方面的问题。^[8]欧共体《产品责任指令》对财产损害作出了两项限定：其一，它是对缺陷产品之外的财产损坏或毁灭；其二，它的最低限度为500欧元。

2.精神损害

此外，《产品质量法》第44条第2款后半段规定：“受害人因此遭受其他重大损失的，侵害人应当赔偿损失。”结合《民法典》的有关规定，此处的“其他重大损失”可以理解为严重精神损害。

（二）各种损害的救济

1.人身损害赔偿

因产品存在缺陷造成被侵权人人身伤害的，侵害人应当赔偿医疗费、治疗期间的护理费、因误工减少的收入等费用；造成残疾的，还应当支付残疾者生活自助具费、生活补助费、残疾赔偿金以及由其扶养的人所必需的生活费等费用；造成被侵权人死亡的，并应当支付丧葬费、死亡赔偿金以及由死者生前扶养的人所必需的生活费等费用（《产品质量法》第44条第1款）。

2.财产损失赔偿

因产品存在缺陷造成被侵权人财产损失的，侵害人应当恢复原状或者赔偿损失。这里的财产损失，不包括缺陷产品本身的价值，而是指缺陷产品以外的其他财产损害。

3.精神损害赔偿

被侵权人因产品缺陷遭受严重精神损害的，适用《民法典》第1183条第1款的规定进行救济。

四、“生产者”界定

（一）生产者的一般界定

依据本条规定，因缺陷产品造成他人损害的，该缺陷产品的生产者应当承担侵权责任。法律没有对生产者进行界定。学理上认为，生产者是指以制造、加工产品为业者；或者自己作为产品的生产者在产品上表示其姓名、商号、商标及其他表示者，或被误认为产品的生产者而为姓名等的表示者^[9]；或者根据产品的制造、加工或有关贩卖形态的其他事项可以被认为是产品的实质的生产者的自然人或者法人。产品的进口商，视为产品的生产者。^[10]

（二）最终生产者 of 生产者

原则上，产品的生产者包括产品之生产者、原料之生产者、零配件之生产者，以及任何将其姓名、商标或者其他区别性标志标示于产品以表明自己是生产者的人。^[11]但是，在具体案件中将如此多的“生产者”都作为被告往往是不现实的。一件缺陷产品如果是由多个生产者合作生产的，如甲厂提供部分配件，乙厂提供另一部分配件，丙厂负责装配，如何确定缺陷产品的责任主体呢？对此，我国《产品质量法》没有作出规定。笔者以为，从保护被侵权人的利益出发，原则上

以该产品的最终生产者生产者为生产者。^[12]而提供配件、原料的厂家一般不属于该最终产品的生产者。之所以确定最终生产者对产品责任上的“生产者”，是因为它对于产品的质量有最终的也是最重要的控制力。

注释：

[1] 欧盟各国按照新的指令修改了其产品责任法。例如，《荷兰民法典》第6:187条为本节之目的，‘产品’是指动产，即使在其成为另一件动产或不动产的部件以后仍为可移动的。产品还包括电能。”

[2] 《美国侵权行为法（第二次）重述》第402节A。

[3] 《美国侵权行为法（第二次）重述》第402节A，编者评述。

[4] 也有将缺陷划分为结构缺陷、设计缺陷和警示（或说明）缺陷的，参见美国《标准统一产品责任法》第104条。美国法学会《美国侵权行为法（第三次）重述·产品责任》第2条将产品缺陷分为制造缺陷、设计缺陷、说明或警示不充分的缺陷三类。

[5] 如美国DES案、Agent Orange案。张新宝：《美国有害物体侵权行为法介评》，外国法译评，1994（1）。

[6] W. Page Keeton，等：《产品责任与安全》，2版，The Foundation Press，1988:244。

[7] W. Page Keeton，等：《产品责任与安全》，2版，The Foundation Press，1988:315。

[8] 我国《产品质量法》第29条第1款、第28条第1款；史蒂芬·J·里柯克：《美国产品责任法概述》，邹海林，译，外国法译评，1994（4）。

[9] 最高人民法院《关于产品侵权案件的受害人能否以产品的商标所有人为被告提起民事诉讼的批复》（最高人民法院审判委员会2002年7月4日通过，同年7月28日起施行），就北京市高级人民法院《关于荆某廉、张某荣等诉美国通用汽车公司、美国通用汽车海外公司损害赔偿案诉讼主体确立问题处理结果的请示报告》明确表示：“我们认为，任何将自己的姓名、名称、商标或者可资识别的其他标识体现在产品上，表示其为产品制造者的企业或个人，均属于《中华人民共和国民事诉讼法》第一百二十二条规定的‘产品制造者’和《中华人民共和国产品质量法》规定的‘生产者’。本案中美国通用汽车公司为事故车的商标所有人，根据受害人的起诉和本案的实际情况，本案以通用汽车公司、通用汽车海外公司、通用汽车巴西公司为被告并无不当。”

[10] 梁慧星，主编：《中国民法典草案建议稿》，北京：法律出版社，2003:322。

[11] 欧共体《产品责任指令》（85/374号）第3条第1款。

[12] 王利明教授主持起草的《民法典·侵权行为法草案》第42条持这样的态度：“向

生产者提供有缺陷的原、辅材料，生产者用该材料制造的产品存在缺陷致人损害的，由生产者承担侵权责任。生产者有权向原、辅材料提供者追偿。”

第一千二百零三条

因产品存在缺陷造成他人损害的，被侵权人可以向产品的生产者请求赔偿，也可以向产品的销售者请求赔偿。产品缺陷由生产者造成的，销售者赔偿后，有权向生产者追偿。因销售者的过错使产品存在缺陷的，生产者赔偿后，有权向销售者追偿。

本条主旨

本条有两款。第1款是关于被侵权人可以选择承担赔偿责任主体的规定；第2款是关于缺陷产品生产者或者销售者在承担赔偿责任后追偿权的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第43条 因产品存在缺陷造成损害的，被侵权人可以向产品的生产者请求赔偿，也可以向产品的销售者请求赔偿。产品缺陷由生产者造成的，销售者赔偿后，有权向生产者追偿。因销售者的过错使产品存在缺陷的，生产者赔偿后，有权向销售者追偿。

《产品质量法》

第42条 由于销售者的过错使产品存在缺陷，造成人身、他人财产损害的，销售者应当承担赔偿责任。销售者不能指明缺陷产品的生产者也不能指明缺陷产品的供货者的，销售者应当承担赔偿责任。

第43条 因产品存在缺陷造成人身、他人财产损害的，受害人可以向产品的生产者要求赔偿，也可以向产品的销售者要求赔偿。属于产品的生产者的责任，产品的销售者赔偿的，产品的销售者有权向产品的生产者追偿。属于产品的销售者的责任，产品的生产者赔偿的，产品的生产者有权向产品的销售者追偿。

理解与适用

一、被侵权人对损害赔偿承担者的选择权

（一）债权人选择权的基本理论与被侵权人的选择权

在债的关系中，一方当事人或者双方当事人对债的要素有选择权的，谓之选择之债。如果选择权在债权人一方，谓之选择债权；如果选择权在债务人一方，则谓之选择债务。

依据我国产品责任的有关法律规定，被侵权人作为债权人有权选择缺陷产品的生产者请求损害赔偿，也有权选择该缺陷产品的销售者请求损害赔偿。但是，这两个选择权是竞合的或者说是相互对立的：如果选择了缺陷产品的生产者请求损害赔偿就不得再向销售者请求损害赔偿；同样，如果选择了缺陷产品的销售者请求损害赔偿就不得再向生产者请求损害赔偿。

（二）选择缺陷产品的生产者赔偿损失

1. 生产者的无过错责任

本条法律规定，被侵权人有权选择缺陷产品的生产者请求其承担赔偿责任。缺陷产品的生产者承担产品责任具有充分的依据。从世界范围来看，产品责任原则上为生产者的责任，在例外情形销售者（供货商）得被认定为生产者承担责任或以销售者身份承担责任。我国法律规定，缺陷产品的生产者对该缺陷产品造成的人身损害、他人财产损失承担无过错责任。

如果被侵权人选择了缺陷产品的生产者请求其承担赔偿责任，则不得再请求销售者承担相关的产品责任。缺陷产品的生产者被被侵权人选择承担赔偿责任，因为他生产了具有不合理危险的产品并将其投入市场，当然应当承担无过错责任。如果缺陷不是在生产环节产生的而是在流通环节产生的，依据本条规定，该生产者也应先行承担赔偿责任，然后向销售者追偿。

2. 生产者的特别抗辩事由

我国《产品质量法》第41条第2款规定：“生产者能够证明有下列情形之一的，不承担赔偿责任：（一）未将产品投入流通的；（二）产品投入流通时，引起损害的缺陷尚不存在的；（三）将产品投入流通时的科学技术水平尚不能发现缺陷的存在的。”

（1）未将产品投入流通

生产者虽然生产了某种产品（包括成品和零部件），但未将其投入流通，即使该产品存在缺陷并致人损害，生产者也不因此而承担产品责任法上的责任。未将产品投入流通是各国产品责任法公认的免责条件。“投入流通”的含义是：任何形式的出售、出租、租赁、租卖以及抵押、质押、典当。如果产品仍处于生产阶段或紧接着生产完毕后的仓储阶段，则不认为已投入流通。

（2）产品投入流通时引起损害的缺陷尚不存在

如果产品投入流通时引起损害的缺陷尚不存在，生产者应免责。但此处所免除的是直接责任还是最终责任，抑或二者之全部呢？我国《产品质量法》对此未作出明确规定，但从该法第43条的规范精神来看，免除的应当是最终责任而不是直接责任。质言之，如果产品的缺陷是由于运输者、仓储者或销售者的过错所致，该缺陷产品致人损害，被侵权人向产品生产者主张赔偿，生产者也应先行赔偿，然后向有过错的运输者、仓储者或销售者追偿。这是我国产品责任立法中对生产者免责条件规定的一个特殊性，而这一特殊性又是由立法意图将产品责任区分为直接责任与最终责任这一原因所决定的。

（3）科技发展水平

科技发展水平（the state of art）是许多产品责任案被告的一个重要抗辩，也是各国产品责任法公认的法定免责条件。其基本含义是：如果将产品投入流通时的科学技术水平不能发现缺陷的存在，即使其后由于科学技术的进一步发展而认识到产品存在缺陷，生产者也不对该已投入流通的产品致人损害承担产品责任法上的赔偿责任。在此，有两个问题需要讨论：1）时间。这一免责条件所限定的时间是“投入流通时”，而不是设计产品时、制造产品时或投入流通后。因此，衡量有关科学技术水平，应以产品投入流通时为时间标准。但有些产品是多次投入流通的，每次投入流通的时间相距可能较长，在不断投入的过程中，科学技术发展到了能够发现缺陷存在的水平，于此情形如何处理呢？笔者以为，此种情形既不能以第一次投入流通时间为准，也不能以最后一次投入流通时间为准，应以与“科学技术发展到了能够发现缺陷存在的水平”的时间最接近的一次投入流通的时间为标准时间——对此之前投入流通的产品，生产者免责；对此之后投入流通的产品，生产者不能免责。2）水平。这里的水平是指科学技术的发展水平。衡量科学技术的发展水平能否发现缺陷之存在，应考虑以下因素：（a）一个产品的生产者应当被认为同时也是处在该领域科学技术前沿者；（b）所要考虑的科学技术水平不是指某一地区或一国家的状况，而是指在该领域世界科学技术水平的状况；（c）有无同类替代产品以及科学文献（著作及学术刊物的文章）通常被用

来认定科学技术的发展水平。

（三）选择缺陷产品的销售者赔偿损失

1. 销售者的过错责任

产品的销售者包括：（1）产品的批发商；（2）产品的零售商；（3）以保留所有权等方式销售产品者；（4）以融资租赁等方式销售产品者；（5）以易货贸易等方式销售产品者；（6）以任何其他方式将产品有对价转让给他人者。在互联网上从事上述经营活动的，属于销售者。

《产品质量法》规定：由于销售者的过错使产品存在缺陷，造成人身、他人财产损害的，销售者应当承担赔偿责任。销售者不能指明缺陷产品的生产者也不能指明缺陷产品的供货者的，销售者应当承担赔偿责任。

2. 被侵权人选择销售者请求损害赔偿

本条法律规定，被侵权人有权选择缺陷产品的销售者请求其承担赔偿责任。一旦被侵权人选择缺陷产品的销售者请求其承担赔偿责任，则不得再请求生产者承担相关责任。即使销售者对缺陷的产生没有过错，但是也要承担本该由生产者承担的无过错责任，然后向生产者追偿。

二、承担损害赔偿责任后生产者或者销售者的追偿权

（一）本条追偿权确立的三个规则

本条规定的追偿权确立的规则是：（1）无论被侵权人向缺陷产品的生产者还是销售者请求承担赔偿责任，只要产品责任成立，被请求的缺陷产品生产者或者销售者都应当承担赔偿责任，不得推诿。（2）如果承担的赔偿责任本来就是该自己承担的，则不发生追偿的问题。（3）如果承担了本该由另一方（缺陷产品的生产者或者销售者）承担的责任，则产生相应的追偿权。

（二）代付责任关系

缺陷产品的生产者与销售者不构成对被侵权人的连带责任，也不构成对被侵权人的按份赔偿责任，更不构成“不真正连带”赔偿责任。缺陷产品生产者的责任是独立的责任，销售者的责任也是独立的责

任。这两种责任既不连带也不相互补充，实际上是相互对立的：如果生产者应当承担赔偿责任，则销售者不应该承担赔偿责任；如果销售者应当承担赔偿责任，则生产者不应当承担赔偿责任。

本条法律规定追偿权，是因为一方代替另一方承担了赔偿责任，不是责任的分担或者超出份额的追偿。法律规定这种代付责任的主要意义在于，方便被侵权人诉讼和及时获得赔偿。而承担了代付责任的一方，则有可能因为被追偿的一方支付困难而陷入追偿不能的风险。

第一千二百零四条

因运输者、仓储者等第三人的过错使产品存在缺陷，造成他人损害的，产品的生产者、销售者赔偿后，有权向第三人追偿。

本条主旨

本条是关于相关运输者、仓储者等第三人不直接承担侵权责任，承担赔偿责任的生产者、销售者赔偿后有权向此等第三人追偿的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第44条 因运输者、仓储者等第三人的过错使产品存在缺陷，造成他人损害的，产品的生产者、销售者赔偿后，有权向第三人追偿。

理解与适用

一、运输者、仓储者等第三人不直接承担赔偿责任

缺陷产品的缺陷可能发生在生产环节，可能发生在销售环节，是由于销售者的过错造成的。对于前者，生产者应当承担无过错责任，销售者则可能承担代付责任，然后向生产者追偿。对于后者，销售者应当承担过错责任，生产者则可能承担代付责任，然后向销售者追偿。而另一种情况是，缺陷不是在生产环节造成的，也不是在销售环节造成的，而是在运输、仓储等物流环节由于运输者、仓储者等第三人的过错造成的。在这种情况下，被侵权人不得直接向有过错的第三人请求赔偿，而只能向缺陷产品的生产者或者销售者请求赔偿。

法律作出此等规定，基于以下理由：（1）债的相对性原理。缺陷产品的生产者因缺陷产品致人损害与被侵权人发生债的关系；销售者则因为销售此等产品与被侵权人（买受人）发生债的关系。在这两种债的关系中，生产者和销售者都对该产品负有瑕疵担保义务。相

反，运输者、仓储者等第三人与被侵权人则不存在债的关系。（2）运输、仓储等物流关系较为复杂，被侵权人也难以查明。

■ 二、产品的生产者、销售者赔偿后，有权向有过错的第三人追偿

虽然运输者、仓储者等第三人无须向被侵权人承担赔偿责任，但是产品的生产者、销售者向被侵权人赔偿后有权向第三人追偿。此等追偿权的行使需要符合以下要件要求：（1）生产者或者销售者进行了赔偿，承担了相关的损害赔偿责任；（2）产品的缺陷是在运输、仓储等物流环节造成的；（3）被迫偿的第三人对在物流环节造成产品缺陷有过错。

生产者或者销售者与运输者、仓储者等第三人对此等责任的追偿事先约定的，依其约定；没有约定的，一般以追偿生产者或销售者向被侵权人赔偿的金额为限，并可以考虑将其为解决相关纠纷支出的必要费用纳入追偿范围。

第一千二百零五条

因产品缺陷危及他人人身、财产安全的，被侵权人有权请求生产者、销售者承担停止侵害、排除妨碍、消除危险等侵权责任。

本条主旨

本条是关于适用停止侵害、排除妨碍、消除危险等侵权责任方式的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第45条 因产品缺陷危及他人人身、财产安全的，被侵权人有权请求生产者、销售者承担排除妨碍、消除危险等侵权责任。

理解与适用

缺陷产品存在危及他人人身、财产安全的，被侵权人有权请求该缺陷产品的生产者、销售者承担停止侵害、排除妨碍、消除危险等侵权责任。依据《民法典》第1167条的规定，承担此等侵权责任无须已经造成人身损害或者财产损害，也不要求缺陷产品的生产者、销售者有过错。

第一千二百零六条

产品投入流通后发现存在缺陷的，生产者、销售者应当及时采取停止销售、警示、召回等补救措施；未及时采取补救措施或者补救措施不力造成损害扩大的，对扩大的损害也应当承担侵权责任。

依据前款规定采取召回措施的，生产者、销售者应当负担被侵权人因此支出的必要费用。

本条主旨

本条有两款。第1款是关于采取警示、召回等补救措施的规定。第2款是关于采取召回措施产生费用承担的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第46条 产品投入流通后发现存在缺陷的，生产者、销售者应当及时采取警示、召回等补救措施。未及时采取补救措施或者补救措施不力造成损害的，应当承担侵权责任。

理解与适用

一、跟踪义务和补救措施

（一）跟踪义务

产品投入流通后，生产者有义务跟踪产品的使用情况，特别是及时发现产品可能存在的安全隐患。发现存在缺陷的，应当依据本条的规定和相关的法律、法规规定及时采取补救措施。

（二）补救措施

1. 停止销售

停止销售是指在所有销售渠道和环节停止销售缺陷产品。商业实践中，将某种缺陷产品“下架”处理即为典型的停止销售。停止销售是《民法典》新增加的补救措施。

2. 警示

警示是指缺陷产品的生产者、销售者对该缺陷产品的不合理危险进行警示，告知用户和其他可能的使用者、接触者等，避免发生相关的人身损害和财产损失。警示通常适用于不需要停止销售也不需要召回的缺陷产品，此等产品存在的缺陷往往是警示缺陷。

3. 召回

召回是指缺陷产品的生产者、销售者公开要求产品的购买人、使用者等送回有缺陷（安全隐患）的产品，以进行修理、更换或者退货以消除产品缺陷的一项补救措施。召回具有双重法律性质：一方面，召回是侵权责任法（产品责任）等法律规定的一项侵权责任；另一方面，也是合同法（特别是买卖合同法）规定的一项标的物品质担保义务和责任。在买卖合同中，出卖人负有担保出卖的标的物不存在隐蔽瑕疵的义务。发现此等隐蔽瑕疵（一些情况下也属于缺陷），出卖人有义务更换、修理，严重者可能导致买受人解除合同。

在侵权责任法领域，召回可以分为自愿召回和强制召回，前者是生产者、销售者主动采取的补救措施，后者是国家管理部门依据职权强制要求生产者、销售者采取的补救措施。

国家对汽车、食品等制定了专项召回制度。国务院令第626号颁布的《缺陷汽车产品召回管理条例》自2013年1月1日起施行。《食品安全法》第63条规定：“国家建立食品召回制度。食品生产者发现其生产的食品不符合食品安全标准或者有证据证明可能危害人体健康的，应当立即停止生产，召回已经上市销售的食品，通知相关生产经营者和消费者，并记录召回和通知情况。”“食品经营者发现其经营的食物有前款规定情形的，应当立即停止经营，通知相关生产经营者和消费者，并记录停止经营和通知情况。食品生产者认为应当召回的，应当立即召回。由于食品经营者的原因造成其经营的食物有前款规定情形的，食品经营者应当召回。”国家食品药品监督管理总局令第12号颁布的《食品召回管理办法》自2015年9月1日起实施。此外，还有一些有关产品召回的部门规定，如国家质量监督检验检疫总局令第101号颁布的《儿童玩具召回管理规定》（2007年7月24日国家质量监督检验检疫总局局务会议审议通过，自公布之日起施行）。

二、扩大损害的赔偿责任

依据本条规定，缺陷产品的生产者、销售者未及时采取补救措施或者采取补救措施不力造成损害扩大的，对扩大的损害也应当承担侵权责任。这里的“也”应当理解为在对其他相关损害承担侵权责任的同时，还要对此等扩大的损害承担侵权责任，而不仅仅是对扩大的损害承担侵权责任。

三、召回费用的承担

依据本条第1款采取召回措施的，缺陷产品的生产者、销售者应当负担被侵权人因此支出的必要费用。如果被侵权人也是买卖合同的一方当事人，在买卖合同中对召回费用有约定的，依其约定确定召回费用的数额；没有约定或者被侵权人不是买卖合同的一方当事人，召回费用的数额以实际发生的为准；法律法规对此等费用的计算有规定的，依照其规定确定召回费用的数额。

第一千二百零七条

明知产品存在缺陷仍然生产、销售，或者没有依据前条规定采取有效补救措施，造成他人死亡或者健康严重损害的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。

本条主旨

本条是关于缺陷产品生产者、销售者承担惩罚性赔偿的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第47条 明知产品存在缺陷仍然生产、销售，造成他人死亡或者健康严重损害的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。

《民法典》

第179条第2款 法律规定惩罚性赔偿的，依照其规定。

《消费者权益保护法》

第55条 经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍；增加赔偿的金额不足五百元的，为五百元。法律另有规定的，依照其规定。

经营者明知商品或者服务存在缺陷，仍然向消费者提供，造成消费者或者其他受害人死亡或者健康严重损害的，受害人有权要求经营者依照本法第四十九条、第五十一条等法律规定赔偿损失，并有权要求所受损失二倍以下的惩罚性赔偿。

《食品安全法》

第148条第2款 生产不符合食品安全标准的食品或者经营明知是不符合食品安全标准的食品，消费者除要求赔偿损失外，还可以向生产者或者经营者要求支付价款十倍或者损失三倍的赔偿金；增加赔偿

的金额不足一千元，为一千元。但是，食品的标签、说明书存在不影响食品安全且不会对消费者造成误导的瑕疵的除外。

理解与适用

一、惩罚性赔偿的体系解释

惩罚性赔偿（punitive damages）是指损害赔偿中，超过被侵权人或者合同的守约一方遭受的实际损失范围的额外赔偿。即在赔偿了实际损失（补偿性赔偿）之后，再加罚一定数额或者一定倍数的赔偿金。惩罚性赔偿是依附于补偿性赔偿的。^[1]

《民法典》第179条第2款规定：“法律规定适用惩罚性赔偿的，依照其规定。”本条即属于“法律规定适用惩罚性赔偿的”条文。此外，《民法典》第1185条规定：“故意侵害他人知识产权，情节严重的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。”第1207条规定：“明知产品存在缺陷仍然生产、销售，或者没有依据前条规定采取补救措施，造成他人死亡或者健康严重损害的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。”第1232条规定：“侵权人违反法律规定故意污染环境、破坏生态造成严重后果的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。”以上条文也都是有关惩罚性赔偿的规定。其他法律对惩罚性赔偿也有规定，如《消费者权益保护法》第55条、《食品安全法》第148条第2款。

二、惩罚性赔偿的适用条件

适用本条确定缺陷产品的生产者、销售者承担惩罚性赔偿责任，应当符合相应的主观条件和客观条件。

（一）主观条件

1. 明知缺陷

“明知”是指缺陷产品的生产者、销售者确实、明确知道产品存在缺陷。从过错角度看，侵权人存在故意或者重大过失。“明知”排除一般过失和轻微过失。“明知”需要被侵权人一方证明。

2. 拒绝补救

与《侵权责任法》第47条比较，本条增加了“或者没有依据前条规定采取补救措施”的主观条件规定，即将生产者、销售者拒绝采取补救措施作为承担惩罚性赔偿的主观条件之一。

从法律条文的文义上看，“明知”与“拒绝”的关系是选择关系，即只要具备其中之一就满足主观条件的要求。但是，从认知逻辑上看，拒绝采取补救措施，一般也就已经明知存在缺陷了。

（二）客观条件

适用本条规定的惩罚性赔偿，需要符合的客观条件是造成他人死亡或者健康严重损害的后果。这里的“健康严重损害”是指残疾、完全丧失或者大部分丧失劳动能力以及永久病痛等情况。

本条法律没有对惩罚性赔偿的倍数或者其他计算标准作出规定，这有赖于未来的相关司法解释作出具体规定，以便人民法院准确适用本条法律规定。

注释：

[1]黄忠顺.惩罚性赔偿消费公益诉讼研究.中国法学，2020（1）：260-282.

第五章

机动车交通事故责任

第一千二百零八条

机动车发生交通事故造成损害的，依照道路交通安全法律和本法的有关规定承担赔偿责任。

本条主旨

本条是关于机动车发生交通事故造成损害，承担赔偿责任的法律适用之规定。

相关条文

《侵权责任法》

第48条 机动车发生交通事故造成损害的，依照道路交通安全法的有关规定承担赔偿责任。

《道路交通安全法》

第76条 机动车发生交通事故造成人身伤亡、财产损失的，由保险公司在机动车第三者责任强制保险责任限额范围内予以赔偿；不足的部分，按照下列规定承担赔偿责任：

（一）机动车之间发生交通事故的，由有过错的一方承担赔偿责任；双方都有过错的，按照各自过错的比例分担责任。

（二）机动车与非机动车驾驶人、行人之间发生交通事故，非机动车驾驶人、行人没有过错的，由机动车一方承担赔偿责任；有证据

证明非机动车驾驶人、行人有过错的，根据过错程度适当减轻机动车一方的赔偿责任；机动车一方没有过错的，承担不超过百分之十的赔偿责任。

交通事故的损失是由非机动车驾驶人、行人故意碰撞机动车造成的，机动车一方不承担赔偿责任。

理解与适用

一、机动车交通事故责任概述

（一）交通事故、机动车、机动车交通事故责任的概念

1. 交通事故

依据《道路交通安全法》的规定，交通事故是指机动车在道路上因过错或者意外造成的人身伤亡或者财产损失的事件。

2. 机动车

依据《道路交通安全法》的规定，车辆包括机动车和非机动车。机动车是指以动力装置驱动或者牵引，上道路行驶的供人员乘用或者用于运送物品以及进行工程专项作业的轮式车辆。

3. 机动车交通事故责任

机动车交通事故是机动车之间、机动车与非机动车之间以及机动车与行人之间在道路上发生的交通事故。机动车交通事故责任是指对于机动车交通事故所承担的侵权责任，主要包括责任主体的确定，赔偿范围的划定等。

（二）机动车交通事故责任的法律变迁

1. 从《民法通则》到《道路交通安全法》

20世纪80年代制定《民法通则》时，我国处于改革开放初期，社会保有的机动车数量较少，自然人个人很少拥有乘用车。因此，机动车交通事故责任并没有在《民法通则》中专门规定，仅有第123条通过将高速运输工具纳入高度危险作业的方式，对其作出了概括规定：“从事高空、高压、易燃、易爆、剧毒、放射性、高速运输工具

等对周围环境有高度危险的作业造成他人损害的，应当承担民事责任；如果能够证明损害是由受害人故意造成的，不承担民事责任。”

2. 《道路交通安全法》

21世纪初制定《道路交通安全法》时，我国开始进入“汽车时代”，大量自然人拥有乘用车，其他种类机动车的社会保有量也大为增加。因此，在《民法通则》没有对机动车交通事故责任作出较细密规定的情况下，立法部门在《道路交通安全法》这样一部行政管理法中对机动车交通事故责任作出了较详细的规定。

3. 《侵权责任法》

十多年前制定《侵权责任法》，当时也有人建议将《道路交通安全法》中有关机动车交通事故责任的规定纳入《侵权责任法》草案中，使《道路交通安全法》保留比较纯粹的行政法性质，也使得《侵权责任法》在内容和体系上更为完整。当时这一建议并没有被立法机关采纳，最终的方案是规定一个指引性条文指向《道路交通安全法》的有关规定（特别是第76条）。《侵权责任法》第六章机动车交通事故责任规定的6个条文（第48条-第53条）基本上是对《道路交通安全法》第76条的补充。

4. 《民法典》

本次制定《民法典》，再次有机会考虑将《道路交通安全法》中有关机动车交通事故责任的规定纳入《民法典》侵权责任编草案里面来。但是，这一建议依旧没有被采纳，其理由之一是立法部门将要对《道路交通安全法》的某些规定进行修改，但是改哪些、怎么改尚没有成熟的方案。如果在《民法典》中纳入现行《道路交通安全法》中对于道路交通事故责任的规定，将来与修改过的《道路交通安全法》如何协调存在一定难度。因此，《民法典》侵权责任编仍然保留了《侵权责任法》的模式和框架，规定“机动车发生交通事故造成损害的，依照道路交通安全法和本法的有关规定承担赔偿责任”。所以，目前调整机动车交通事故责任的主要法律规定仍然是《道路交通安全法》中的有关条文，核心是第76条。

（三）机动车交通事故责任的归责原则

依据《道路交通安全法》第76条的规定，道路交通事故责任的归责原则既不能简单地一概适用过错责任原则，也不能一概适用无过错责任原则或严格责任原则，而应该确立一个归责原则体系，对不同情

况下的责任承担适用不同的归责原则，只有这样才最有利于对被侵权人的保护，同时也不至于课加给行为人过重的责任。

1.交强险保险公司在第三者责任强制保险责任限额范围内承担无过错责任。如果肇事车辆参加了机动车第三者责任强制保险，一旦发生交通事故导致他人人身伤害或者财产损失，肇事车辆属于责任一方的，保险公司就应当在机动车交通事故责任强制保险责任限额范围内予以赔偿。

2.道路交通事故社会救助基金对于被侵权人抢救费用的先行垫付适用无过错责任。设立道路交通事故社会救助基金的目的主要在于救济被侵权人，在肇事者无赔偿能力、没有投保交通事故责任强制保险或者无法找到肇事者的情况下，被侵权人的损失很可能得不到赔偿，只能通过道路交通事故社会救助基金进行救济。道路交通事故社会救助基金也是对交通事故责任强制保险的有力保障，两者相结合能更好地实现保护被侵权人的目标。因此，道路交通事故社会救助基金对于被侵权人抢救费用的先行垫付应该适用无过错责任，这与该基金设立的目的相一致。需要注意的是，道路交通事故社会救助基金的垫付对象并不严格限于被侵权人，而是包括交通事故中的所有受伤人员（《道路交通安全法》第75条）。

3.机动车之间的交通事故责任适用过错责任。双方都有过错时适用过错相抵，按照双方的过错比例分担责任。

4.机动车与非机动车驾驶人、行人之间的交通事故适用无过错责任。在机动车与非机动车驾驶人、行人之间发生交通事故时，非机动车驾驶人、行人没有过错的，由机动车一方承担责任；在被侵权人存在过失或者故意时，可以适当减轻或者免除机动车方的责任。

二、对于《道路交通安全法》第76条的理解

（一）交强险赔付

1.交强险的概念和意义

交通事故责任强制保险，简称“交强险”。《机动车交通事故责任强制保险条例》第3条 本条例所称机动车交通事故责任强制保险，是指由保险公司对被保险机动车发生道路交通事故造成本车人员、被保险人以外的受害人的人身伤亡、财产损失，在责任限额内予以赔偿的强制性责任保险。”

实行交强险制度，对于有效地解决道路交通事故赔偿问题，减少社会矛盾，促进社会稳定和保护公民的生命与财产安全有着重要的意义，具体表现在两个方面：一是加强对受害人权益的保护；二是分担肇事者的责任，分担被保险人的损失无疑是保险制度的一项重要功能，而且肇事者还可以从烦琐的赔偿解决程序中解脱出来，享有诉讼程序方面的便利。另外有学者认为，责任保险还能推动民事责任制度的改进。

《机动车交通事故责任强制保险条例》第6条第1款规定：“机动车交通事故责任强制保险实行统一的保险条款和基础保险费率。国务院保险监督管理机构按照机动车交通事故责任强制保险业务总体上不盈利不亏损的原则审批保险费率。”

2. 保险的范围与保险人、被侵权人的权利和义务

(1) 投保交强险的范围

目前，实行交强险的主要是个人保有的车辆以及在中国的一切外国人的机动车。^[1]《机动车交通事故责任强制保险条例》规定，投保人是在中华人民共和国境内道路上行驶的机动车的所有人或者管理人。

(2) 保险公司的赔付义务、追偿权

第一，《道路交通安全法》第76条明确了保险公司的赔付义务：当被保险人的机动车发生交通事故致人损害时，保险公司在被保险人投保范围内对受害人（被侵权人）予以赔偿，被保险人在该范围内的赔偿责任得以免除。这里的“责任限额”，就是保险公司就机动车交强险所应当承担的最高赔偿限额。值得注意的是，在不同的实行交强险的国家，其保险公司的赔付范围并不相同，有的仅赔偿人身损害，有的还赔偿财产损失，而德国的承保范围还包括间接财产损失。我国《道路交通安全法》中规定的是“人身伤亡和财产损失”，对于财产损失，应该解释为直接的财产损失比较合适，而不应包括间接财产损失。保险公司的追偿权主要是指按照责任保险合同的约定对被保险人所享有的追偿权，主要情形有：保险人超出保险限额赔偿或者在合同约定的其他不需要承担保险责任的情况（例如被保险人故意造成损害发生）下承担了给付义务。

第二，交强险、侵权责任与商业第三者责任保险（以下简称“商业三责险”）的相互关系和赔偿次序。在交强险与侵权责任的关系问题上，我国采取的是在一定范围内两者脱钩和相互分离的模式，更加

重视对受害人的损失填补，强调交强险的基本社会保障功能。因此，发生交通事故后，应当首先由交强险在其责任限额（包括分项限额）范围内予以赔偿。与交强险相对应，商业三责险是机动车的所有人或管理人为了分散因机动车运行所可能导致的侵权责任风险而购买的保险，在功能上，商业三责险更加注重对机动车所有人或管理人风险的分散。同时，我国的商业三责险是以交强险赔偿之后被保险人依法应当承担的侵权责任为保险标的的，因此，在确定交强险的赔偿责任之后，再确定违法行为人（被保险人）依法应当承担的侵权责任，然后根据商业三责险合同的约定和《保险法》的相关规定确定商业三责险保险公司的赔偿范围。最后，再由违法行为人（被保险人）依照《侵权责任法》的相关规定承担剩余的侵权责任。另外，《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《交通事故损害赔偿司法解释》）第16条第2款吸收审判实践中的成熟经验，规定精神损害赔偿在交强险中的赔偿次序，由请求权人选择。

第三，在无证驾驶、醉酒驾驶、吸毒后驾驶以及被保险人故意制造交通事故等情形下，承保交强险的保险公司仍应对第三人的人身损害承担赔偿责任。关于这几种违法情形下发生交通事故后，保险公司的责任和侵权人的责任如何承担的问题，在实践中存在争议。有观点认为，这几种违法情形下保险公司不应当承担交强险的赔偿责任，否则，就放纵了此类违法行为，不利于制裁侵权人，不利于提高驾驶人的注意义务。《交通事故损害赔偿司法解释》未采纳这种观点，其主要原因在于交强险的首要功能在于对受害人的保护，因而具有安定社会的功能，而被保险人风险分散的功能则居于次要地位。因此，这些违法情形下保险公司对第三人承担赔偿责任，符合交强险制度的目的。同时，保险公司承担赔偿责任后可以向违法行为人追偿，并不会造成放纵违法行为人的后果。并且，保险公司的追偿能力与受害人相比，显然处于更有利的地位，更有利于实现制裁违法行为的目的。由保险公司先行赔偿、再对违法行为人进行追偿的处理方式更有利于实现交强险保护被侵权人权益、填补被侵权人损失的功能。如果此类违法情形下，保险公司不承担赔偿责任，则显然在很多场合下将难以实现对于被侵权人权益的保护。

第四，违反强制投保义务未投保交强险的责任承担。未依法投保交强险的机动车发生交通事故造成损害，由投保义务人在交强险责任限额范围内对第三人承担赔偿责任；投保义务人和违法行为人不一致的，由两者承担连带责任。保险公司违反法定承保义务违法拒保、拖延承保、违法解除交强险合同，也应承担相应的赔偿责任。但是，在承担责任的方式上有所不同，由投保义务人先向第三人赔偿，再向违

反法定义务的保险公司追偿。

第五，多车事故下保险公司的责任承担。多辆机动车发生交通事故造成第三人损害，损失超出各机动车交强险责任限额之和的，由各保险公司在各自责任限额范围内承担赔偿责任；损失未超出各机动车交强险责任限额之和的，由各保险公司按照其责任限额与责任限额之和的比例承担赔偿责任。依法分别投保交强险的牵引车和挂车连接使用时发生交通事故造成第三人损害的，由各保险公司在各自的责任限额范围内平均赔偿。部分机动车未投保交强险的，依据交强险与侵权责任脱钩的逻辑，《交通事故损害赔偿司法解释》第21条规定，应当先由已承保交强险的保险公司在其责任限额内对第三人赔偿，但保险公司就超出其应承担的部分有权向未投保交强险的投保义务人追偿。

（3）被侵权人的直接请求权

在有些国家（地区），法律规定发生交通事故后事故的被侵权人取得对保险公司的直接请求权，保险公司有义务直接对被侵权人给付赔偿金。如日本《机动车损害赔偿保障法》就规定，被侵权人享有对保险公司的直接请求权，有学者认为，机动车事故被侵权人的直接请求权是法定请求权、独立请求权^[2]，即被侵权人在保险事故发生后取得对保险公司的请求权来自法律的直接规定（在强制保险场合），并且该请求权是一种独立的请求权，在程序意义上，被侵权人在保险合同约定的赔偿范围内可以直接以原告的身份对保险公司提起赔偿诉讼。在我国台湾地区，1996年制定的“强制汽车责任保险法”第5条因交通事故致被侵权人体伤、残废或死亡者，侵权人不论有无过失，在相当于本法规定的保险金额范围内，被侵权人均得请求保险赔偿给付。可见，该法也赋予被侵权人以直接请求权。我国《道路交通安全法》第76条的规定赋予了被侵权人直接请求权，在保险责任限额内保险人对被侵权人负有无条件支付义务。笔者认为这种义务是法定义务，被侵权人的请求权是法定请求权，并且独立存在，这一点类同于日本的做法；在程序上将保险公司直接列为被告也有利于纠纷的及时解决。

（二）机动车之间的事故责任

1.构成要件

（1）一方或者双方有过错

《道路交通安全法》第76条第1款第1项规定，机动车之间发生交通事故的，由有过错的一方承担责任；双方都有过错的，按照各自过

错的比例分担责任。该款规定明确了机动车之间发生交通事故时适用过错责任原则。

机动车之间发生交通事故时适用过错责任的归责原则，由此可见：首先，只有机动车一方或双方存在过错的情况下，才由有过错的一方承担责任；在双方都没有过错的情况下，互不承担赔偿责任。其次，当事人各方承担与其过错程度相当的过错责任。

司法实践中，法院对事故责任的认定一般依据公安机关交通管理部门出具的交通事故认定书，法院很少作出与交通事故认定书中责任划分不一致的责任认定结论。但是，笔者认为，交通事故认定书只是公安机关对交通事故中有无违章行为及该违章行为与事故损害后果间的因果关系作出的事故认定，并不等同于民事法律责任的划分，在有其他充分证据足以推翻交通事故认定书中的事故认定结论时，法院应当采用新证据查清法律事实，而不应该仅依据交通事故认定书中的内容。《道路交通安全法》第73条 公安机关交通管理部门应当根据交通事故现场勘验、检查、调查情况和有关的检验、鉴定结论，及时制作交通事故认定书，作为处理交通事故的证据。”由此可见，交通事故认定书仅仅是法院审理案件的证据之一，而不是法律事实。

（2）一方或者双方存在肇事行为

机动车一方或双方实施了违反道路交通安全法规的不法行为，即存在肇事行为。机动车一方应遵守的规则集中体现在《道路交通安全法》第四章中，尤其是第二节专门关于机动车通行的规定，例如，道路通行规定实行右侧通行；道路划设专用车道的，在专用车道内，只准许规定的车辆通行，其他车辆不得进入专用车道内行驶；不得超过限速标志标明的最高时速；机动车通过交叉路口，应当按照交通信号灯、交通标志、交通标线或者交通警察的指挥通过；通过没有交通信号灯、交通标志、交通标线或者交通警察指挥的交叉路口时，应当减速慢行，并让行人和优先通行的车辆先行等。机动车一方如果违反了上述规定，就被认为存在肇事行为。

（3）造成一方或者双方损害

造成的损害包括人身伤亡和财产损失。根据《交通事故损害赔偿司法解释》第15条的规定，这里的财产损失包括：（a）维修被损坏车辆所支出的费用、车辆所载物品的损失、车辆施救费用；（b）因车辆灭失或者无法修复，为购买交通事故发生时与被损坏车辆价值相当车辆的重置费用；（c）依法从事货物运输、旅客运输等经营性活动的车辆，因无法从事相应经营活动所产生的合理停运损失；（d）

非经营性车辆因无法继续使用，所产生的通常替代性交通工具的合理费用。

（4）肇事行为与损害之间存在因果关系

从事实角度讲，肇事行为与受害人的损害之间应当存在客观联系。判断客观联系依据必要条件理论，即若没有肇事行为，则损害不会发生，则该行为是损害的原因；反之，若无肇事行为，损害仍会发生，则肇事行为非损害之原因。在确定肇事行为与受害人的损害之间存在事实上的因果关系之后，需要进一步确定行为人是否需要承担损害赔偿责任。

2. 机动车之间的事故责任的承担

机动车之间的事故责任，由有过错的一方承担。质言之，过错是机动车之间承担责任的基础。在适用过错责任时，受害人除了应证明行为人的过错，还应证明行为人实施了侵害行为、受害人遭受了损害以及二者之间的因果关系。行为人除了可以第三人过错、受害人过错抗辩外，还可以不可抗力、正当防卫、紧急避险等抗辩。

机动车双方都有过错的，按照各自过错的比例分担责任。行为人所应负的责任应与其过错程度相一致，能够确定过错程度的，各自承担相应的责任；难以确定过错程度的，平均承担赔偿责任。

（三）机动车与行人、非机动车之间的事故责任

1. 概述

机动车一方致非机动车、行人损害的责任问题在理论界和实践中争议颇多。《道路交通安全法》第76条第1款第2项于2007年修订，规定：“机动车与非机动车驾驶人、行人之间发生交通事故，非机动车驾驶人、行人没有过错的，由机动车一方承担赔偿责任；有证据证明非机动车驾驶人、行人有过错的，根据过错程度适当减轻机动车一方的赔偿责任；机动车一方没有过错的，承担不超过百分之十的赔偿责任。”该条第2款还规定：“交通事故的损失是由非机动车驾驶人、行人故意碰撞机动车造成的，机动车一方不承担赔偿责任。”这就是我国《道路交通安全法》关于机动车一方与非机动车、行人之间发生交通事故责任的规定。

2. 侵权责任构成要件

（1）机动车一方不必有过错

由于机动车一方承担的是无过错责任，所以，在责任构成时不必考虑机动车一方主观上是否有过错。关于机动车与非机动车、行人发生交通事故时的归责原则，主要存在无过错责任（危险责任）和过错推定责任两种观点。笔者认为，《道路交通安全法》对于机动车与非机动车、行人发生交通事故的规定适用的是无过错责任原则，理由是：

第一，除了极个别情况，否则，机动车事故对非机动车、行人一方造成损害，机动车一方都是需要承担责任的，这并不因为责任的比例之大小而改变责任的归责原则。无论是承担100%的责任还是承担90%的责任抑或10%的责任，都是承担责任，而与机动车一方的过错没有关系。第二，《道路交通安全法》第76条第1款第2项后半段的规定是关于无过错责任中责任减轻或责任免除的规定。第三，机动车驾驶行为是一种具有高度危险性的活动，适用无过错责任符合现代侵权法的潮流和发展趋势。

机动车和非机动车、行人之间发生交通事故适用无过错责任原则，是对所谓“行人违章撞了白撞”说法的否定，但我们所称的无过错责任也不是在任何情况下都由机动车驾驶人承担全部的损害赔偿赔偿责任。《道路交通安全法》对于机动车驾驶人一方的减责和免责事由作出了明确的规定，在符合法定的条件下，机动车驾驶人是可以减轻甚至免除责任的。无过错责任是从整个社会利益之均衡、不同社会群体力量之对比，以及寻求补偿以息事宁人的角度来体现民法的公平原则的，它反映了高度现代化、社会化大生产条件下的公平正义观，也带有社会法学的某种痕迹。无过错责任对个别案件的适用可能有失公允，但它体现的是整体的公平和正义。为克服无过错责任原则的局限性，法律通常设定一些减责或免责事由。

（2）机动车一方存在肇事行为

机动车一方违反了道路交通安全法规，实施了造成非机动车、行人一方损害的侵害行为。这种行为通常称为“肇事行为”。是否构成肇事，依据《道路交通安全法》及其实施条例的有关规定等进行判断。

（3）非机动车、行人遭受了损害

损害是承担赔偿责任的责任之构成要件，在机动车交通事故责任案件中也不例外。《道路交通安全法》第76条将这里的“损害”界定为“人身伤亡”和“财产损失”。《交通事故损害赔偿司法解释》明确“人身伤亡”和“财产损失”的划分是以交通事故所侵害的客体为标准的：侵害被侵权人的生命权、健康权等人身权益所造成的损害，为“人身伤

亡”；侵害被侵权人的财产权益所造成的损失，为“财产损失”。这样，“人身伤亡”包括医疗费、护理费、交通费等为治疗和康复而支出的合理费用，因误工减少的收入，残疾生活辅助具费和残疾赔偿金（造成残疾时），丧葬费和死亡赔偿金（造成死亡时），以及精神损害。

（4）肇事行为与损害之间存在因果关系

非机动车、行人一方的损害是由机动车的肇事行为造成的，二者之间存在因果关系。

3.责任承担

（1）机动车一方致非机动车、行人损害的责任承担的基本规则

由于机动车一方对非机动车、行人的损害承担无过错责任，所以，机动车一方致非机动车、行人损害的责任承担主要根据非机动车、行人的主观状态而异：（a）非机动车驾驶人、行人没有过错，由机动车一方承担全部的赔偿责任。（b）非机动车驾驶人、行人有过错，根据过错程度适当减轻机动车一方的赔偿责任。需要注意的是，非机动车驾驶人、行人以“故意碰撞机动车”之外的其他故意、重大过失的行为造成交通事故的，只能减轻而不能免除机动车一方的赔偿责任。这里仅排除“故意碰撞机动车”一种情况。（c）机动车一方和非机动车、行人都没有过错的，机动车一方承担不超过10%的赔偿责任。

另外需要强调的是，机动车和非机动车、行人之间发生交通事故后，首先由保险公司承担交通事故责任强制保险责任，超出交通事故责任强制保险的责任限额的部分由承保第三者责任商业保险的保险公司根据保险合同予以赔偿；仍有不足的，才由机动车驾驶人承担无过错责任。因此，实际上机动车驾驶人的赔偿责任已经大大减轻了，不会因为一次交通事故而深陷财务危机。

4.法定免责事由

由于机动车一方承担无过错责任，所以规定了法定的免责事由。《道路交通安全法》第76条第2款规定，仅在非机动车驾驶人、行人故意碰撞机动车造成交通事故的情况下，机动车一方不承担赔偿责任。受害人故意仅限于“非机动车驾驶人、行人故意碰撞机动车造成交通事故”的情况，主要指受害人自杀、自残或“碰瓷”（指故意和机动车相撞以骗取赔偿）的情况。这些情况下，机动车一方来不及避让，

也无法控制风险，因此，机动车一方不具有可责难性，不应当承担赔偿责任。另外，受害人即使存在故意违反交通法规的情况，但是并没有故意碰撞机动车造成交通事故时，只能减轻机动车一方的责任，而不能作为免责事由。

注释：

[1]李薇.日本机动车事故损害赔偿法律制度研究.北京：法律出版社，1997:265-266.

[2]李薇.日本机动车事故损害赔偿法律制度研究.北京：法律出版社，1997:238-241.

第一千二百零九条

因租赁、借用等情形机动车所有人、管理人与使用人不是同一人时，发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任的，由机动车使用人承担赔偿责任；机动车所有人、管理人对损害的发生有过错的，承担相应的赔偿责任。

本条主旨

本条是关于租赁、借用等情形下机动车所有人、管理人承担过错责任的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第49条 因租赁、借用等情形机动车所有人与使用人不是同一人时，发生交通事故后属于该机动车一方责任的，由保险公司在机动车强制保险责任限额范围内予以赔偿。不足部分，由机动车使用人承担赔偿责任；机动车所有人对损害的发生有过错的，承担相应的赔偿责任。

《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》

第1条 机动车发生交通事故造成损害，机动车所有人或者管理人有下列情形之一，人民法院应当认定其对损害的发生有过错，并适用侵权责任法第四十九条的规定确定其相应的赔偿责任：

（一）知道或者应当知道机动车存在缺陷，且该缺陷是交通事故发生原因之一的；

（二）知道或者应当知道驾驶人无驾驶资格或者未取得相应驾驶资格的；

（三）知道或者应当知道驾驶人因饮酒、服用国家管制的精神药品或者麻醉药品，或者患有妨碍安全驾驶机动车的疾病等依法不能驾

驾驶机动车的；

（四）其他应当认定机动车所有人或者管理人有过错的。

理解与适用

一、机动车所有人、管理人过错责任的适用条件

（一）机动车所有、管理与使用分离的情形

多数情况下，机动车的所有人或者管理人使用其所有或者管理的机动车，所有人、管理人也同时是使用人。此时的“机动车一方”主体是单一或者同一的，发生交通事故由使用人承担责任也就是由所有人、管理人承担责任。

本条适用于所有、管理与使用分离的情况：使用机动车发生事故的人（使用人）不是机动车的所有人或者管理人，而是机动车所有人、管理人之外的其他人。在此等情况下，发生交通事故承担侵权责任的主体当然是机动车的使用人，但是机动车的所有人、管理人如果对事故的发生有过错的，也应承担相应的责任。

本条规定了机动车所有、管理与使用分离的原因，即借用和租赁等。借用为无偿民事法律行为，租赁为有偿民事法律行为，二者都是合法的民事法律行为。因此，我们可以认为本条适用的范围既可以是基于无偿原因发生的所有、管理与使用的分离，也可以是基于有偿原因发生的所有、管理与使用的分离，但是不包括因不法占有、盗窃、抢劫、抢夺等非法行为发生的所有、管理与使用的分离。

（二）机动车一方对发生的交通事故负有侵权责任

本条适用的条件还包括：机动车一方对交通事故负有侵权责任。在该机动车导致的交通事故中，机动车一方是否应当承担侵权责任，应当依据《道路交通安全法》第76条等法律规定作出判断。只有在机动车一方被认定应当承担此等侵权责任的情况下，才发生机动车的所有人、管理人是否具有相应过错责任的问题。反之，机动车的所有人、管理人不承担任何侵权责任。

（三）所有人、管理人有过错

适用本条，除了需要满足前两个条件的要求外，还要求所有人、

管理人有过错。只有在有过错的情况下，机动车的所有人、管理人才可能承担本条规定的相应的责任。如果机动车的所有人、管理人没有过错，则不承担本条规定的侵权责任。本条规定的机动车所有人、管理人的责任是过错责任而不是无过错责任，也不推定其过错。

（四）所有人、管理人的过错对于损害的发生存在一定的因果关系

虽然本条并未使用“因果关系”“因”等字眼，但是“对损害的发生有过错的”这一表达，已经暗含了因果关系这一责任构成要件。并非所有人、管理人存在任何过错都构成侵权责任，而只有在这一过错对损害的发生存在一定的因果关系时，所有人、管理人才承担过错责任。

二、机动车所有人、管理人过错的认定

（一）司法解释规定的过错认定标准

适用本条承担侵权责任以所有人、管理人有过错为要件。对于如何判断此等过错，司法解释作出了明确规定。《交通事故损害赔偿司法解释》第1条 机动车发生交通事故造成损害，机动车所有人或者管理人有下列情形之一，人民法院应当认定其对损害的发生有过错，并适用侵权责任法第四十九条的规定确定其相应的赔偿责任：（一）知道或者应当知道机动车存在缺陷，且该缺陷是交通事故发生原因之一的；（二）知道或者应当知道驾驶人无驾驶资格或者未取得相应驾驶资格的；（三）知道或者应当知道驾驶人因饮酒、服用国家管制的精神药品或者麻醉药品，或者患有妨碍安全驾驶机动车的疾病等依法不能驾驶机动车的；（四）其它应当认定机动车所有人或者管理人有过错的。”

（二）其他认定标准

司法解释第4项规定，“其它应当认定机动车所有人或者管理人有过错的”应当认定其有过错。“其它认定标准”应当从两个方面进行判断：其一，法律法规和相关管理规定是否对机动车的所有人或者管理人的相关注意义务作出了规定，及其是否达到了此等规定所要求的注意程度；其二，作为一个“理性人”的机动车所有人、管理人在当时条件下会达到何等注意程度，该机动车所有人或者管理人是否达到了该“理性人”标准所要求的注意程度。

三、机动车所有人、管理人责任的承担

依据本条规定，因租赁、借用等情形，机动车所有人、管理人与使用人不是同一人时，发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任的，由机动车使用人承担赔偿责任；有过错的机动车所有人、管理人责任承担相应的赔偿责任。理解和适用本条规定时需要注意：

（一）租赁人、借用人作为使用人的行为责任

租赁、借用等情形下发生交通事故，责任属于机动车一方的，由机动车的使用人承担赔偿责任，而不是由机动车的所有人、管理人承担责任。本质上，机动车导致的交通事故责任属于行为责任而不是物件致害责任，因此承担责任的主体当然是使用人，而不是机动车的所有人或者管理人。在对非机动车、行人造成损害的情况下，使用人承担的是无过错责任；在与其他机动车发生交通事故造成损害的情况下，使用人承担的是过错责任。这两种责任都是行为责任，不仅适用于所有人、管理人使用机动车的情况，也适用于租赁人、借用人使用机动车的情况。

（二）所有人、管理人的相应责任

于本条规定的情形，机动车的所有人、管理人有过错的，承担相应的责任。此处的“相应的责任”，是指赔偿的数额或者比例与其过错大小和程度相应。如果损害完全是由于机动车所有人、管理人的过错造成的，该机动车所有人、管理人应当承担全部责任；如果其过错对损害发生具有决定性影响，则应当承担主要责任；如果其过错对损害发生具有次要作用，则承担较少份额的责任。

（三）使用人责任与所有人（管理人）责任的关系

在机动车的所有人、管理人有过错的情形下，机动车使用人承担的赔偿责任+所有人、管理人应当承担的相应责任=被侵权人依法应当得到的全部损害赔偿，机动车使用人与所有人（管理人）各自承担责任后不发生相互的追偿。

第一千二百一十条

当事人之间已经以买卖或者其他方式转让并交付机动车但是未办理登记，发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任的，由受让人承担赔偿责任。

本条主旨

本条是关于已经转让并交付但是未办理过户的机动车造成他人损害责任承担主体的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第50条 当事人之间已经以买卖等方式转让并交付机动车但未办理所有权转移登记，发生交通事故后属于该机动车一方责任的，由保险公司在机动车强制保险责任限额范围内予以赔偿。不足部分，由受让人承担赔偿责任。

《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》

第4条 被多次转让但未办理转移登记的机动车发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任，当事人请求由最后一次转让并交付的受让人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。

理解与适用

一、机动车登记制度及其对机动车事故责任的影响

（一）机动车登记制度概述

依据《道路交通安全法》以及公安部《机动车登记规定》，国家对机动车实行登记制度，机动车必须经公安机关交通管理部门登记后，才能在道路上行驶。所有权发生转移的，应当办理转移登记。所

以，一般来说，机动车所有权人就是在公安机关交通管理部门登记的单位或个人。但实践中存在机动车已经通过买卖、赠与等方式转让，但当事人未及时变更登记的情形，甚至存在连环转让但都未办理变更登记的情形。

（二）机动车登记的物权效力

根据我国《民法典》物权编的有关规定，机动车物权变动采用登记对抗主义，未进行登记仅因缺乏公示手段而发生不得对抗善意第三人的效力，并不影响所有权的转移。在这样的情况下，便出现了登记在册的名义所有人与实际所有人不一致的情形。如果发生道路交通事故，究竟谁才是赔偿义务人？对此存在不同的理解。

一种观点认为，既然机动车的管理、支配以及收益的权利均不在名义所有人之手，那么名义所有人对于机动车发生交通事故就不具有防范与控制的能力，要求其承担责任显然是不合理的，赔偿义务人应当是实际所有人；另外一种观点认为，机动车的原所有人在其对机动车的所有权发生变动之时，应当与新的所有人办理转移登记，而且这是法律所要求的，机动车名义所有人违反这一规定，当然要承担相应的风险。办理转移登记也就意味着要对机动车进行检验，从而消除机动车事故的隐患，正是由于没有办理登记，才增加了发生交通事故的可能性，原所有权人当然要承担一部分责任。此外，也有观点认为，要求原所有人与新所有人承担连带责任对于受害人的保障也十分有利。^[1]

（三）司法解释的态度

《最高人民法院关于连环购车未办理过户手续，原车主是否对机动车发生交通事故致人损害承担责任的请示的批复》（〔2001〕民一他字第32号）规定：“连环购车未办理过户手续，因车辆已经交付，原车主既不能支配该车的营运，也不能从该车的营运中获得利益，故原车主不应就机动车发生交通事故致人损害承担责任。但是，连环购车未办理过户手续的行为，违反有关行政管理法规的，应受其规定的调整。”最高人民法院采取的是第一种观点即将实际所有权人认定为赔偿义务人，未办理过户手续只是受到行政管理法规的调整，不影响赔偿义务的转移。我国《侵权责任法》第50条也规定：“当事人之间已经以买卖等方式转让并交付机动车但未办理所有权转移登记，发生交通事故后属于该机动车一方责任的，由保险公司在机动车强制保险责任限额范围内予以赔偿。不足部分，由受让人承担赔偿责任。”《交通事故损害赔偿司法解释》第4条进一步明确：“被多次转让但未办理转移登记的机动车发生交通事故造成损害，属于该机动车

一方责任，当事人请求由最后一次转让并交付的受让人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。”所以，尽管没有进行所有权的变更登记，但只要已经按合同合法交付了机动车，机动车所有权就发生了转移，就应当由新的所有人（受让人）承担赔偿责任。况且，机动车一经交付，受让人就实际占有、控制了该机动车并成为保有者，因此其有“实际的支配力”和“使用收益”，这一点并不受是否办理转移登记的影响。

二、受让人的责任

（一）法律规定的变迁：受让人承担赔偿责任

尽管《侵权责任法》第50条规定由保险公司在机动车强制保险责任限额范围内予以赔偿。不足部分，由受让人承担赔偿责任。本条删除了关于保险公司的责任，直接规定由受让人承担赔偿责任。这并不意味着在机动车上有合格交强险的情况下保险公司不承担赔偿责任，而是考虑到本条的主旨在于明确由受让人承担责任而不是出让人承担责任。至于保险公司是否应该承担限额内的赔偿责任，应当依据《道路交通安全法》第76条的规定以及相关购买交强险的事实等确定。在发生事故时，肇事的机动车之上存在交强险等保险的，受让人可以依法请求承保的保险公司承担相应的赔偿责任。实践中，虽然存在机动车没有办理过户、交强险也没有办理过户而发生事故的情况，也不应当影响保险公司承担相应的赔偿责任。

从《侵权责任法》第50条到《民法典》第1210条并经由相关司法解释，确立了这样一条责任承担规则：已经以买卖或者其他方式转让并交付机动车但是未办理登记，发生交通事故造成损害，属于机动车一方责任的，由受让人承担责任。这里需要提示的是以下两点。第一，只有在机动车一方有责任的情况下，受让人才依据本条承担赔偿责任。如果机动车一方没有责任，则受让人不承担任何赔偿责任。被多次转让但未办理登记的机动车发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任的，最后一次受让并接受交付的受让人应当承担赔偿责任。第二，如果因借用、租赁等而存在机动车所有人与使用人分离的情形，则本条所规定的受让人承担赔偿责任，仅仅是指承担所有人本应承担的相应责任。

（二）对“以买卖或者其他方式转让并交付机动车”的理解

本条法律规定的适用条件是“以买卖或者其他方式转让并交付机动车”。这里实际上规定了两个条件：（1）转让；（2）交付。转让

的原因通常是买卖，但是不限于买卖，因此有“等”字保底。实践中，除了买卖，因赠与、抵债、互易、继承等发生的转让都应当认定为符合本条要求的转让。“交付”包括实际交付、简易交付（如占有改定）。

（三）关于附所有权保留的分期付款

在附所有权保留的分期付款机动车买卖的情形，如果机动车已交付买受人，虽然出卖方仍保留机动车所有权，但并不影响买受人取得机动车的实际支配力和使用收益，因此，在发生道路交通事故时应由买受人承担赔偿责任。最高人民法院在《关于购买人使用分期付款购买的车辆从事运输因交通事故造成他人财产损失保留机动车所有权的出卖方不应承担民事责任的批复》中指出，采取分期付款购车，出卖方在购买方付清全部车款前保留机动车所有权的，购买方以自己名义与他人订立货物运输合同并使用该车运输时，因交通事故造成他人财产损失的，出卖方不承担民事责任。这一个案批复的精神可以扩张适用，不受购买人“从事运输”这一特定用途的限制。

注释：

[1]杨永清.解读《关于连环购车未办理过户手续原车主是否对机动车交通事故致人损害承担责任的复函》//解读最高人民法院请示与答复.北京：人民法院出版社，2004:119.

第一千二百一十一条

以挂靠形式从事道路运输经营活动的机动车，发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任的，由挂靠人和被挂靠人承担连带责任。

本条主旨

本条是关于以挂靠形式从事道路运输经营活动的机动车发生交通事故造成损害，由挂靠人和被挂靠人承担连带责任的规定。

相关条文

《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》

第3条 以挂靠形式从事道路运输经营活动的机动车发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任，当事人请求由挂靠人和被挂靠人承担连带责任的，人民法院应予支持。

理解与适用

一、机动车挂靠经营

机动车挂靠经营是我国交通运输行业普遍存在的经营方式，法律对此没有明确的定义。在学理上，机动车挂靠经营一般是指个人或企业出资购买机动车，经具有运输经营资质的运输企业同意将车辆登记在该企业名下，以该运输企业名义从事运输经营的行为。其中，出资购车人和实际经营者被称为挂靠人，有资质接受他人挂名经营的运输企业被称为被挂靠人。机动车挂靠经营的权利义务关系，一般是由挂靠人与被挂靠人缔结挂靠协议而定。挂靠人一般是不具有运输经营资质的个人或企业，之所以要以被挂靠人的名义从事经营活动，是因为运输行业市场准入较为严格，需得到行政许可方能从业。因此，所谓机动车挂靠经营，更为确切的表述应为运输经营权的挂靠。

二、挂靠人和被挂靠人承担连带责任

（一）法律规则的确立

在《侵权责任法》制定过程中，笔者提出过设置机动车挂靠经营侵权责任规则的建议^[1]，但是《侵权责任法》没有对这一问题作出规定。《交通事故损害赔偿司法解释》第3条以挂靠形式从事道路运输经营活动的机动车发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任，当事人请求由挂靠人和被挂靠人承担连带责任的，人民法院应予支持。”《民法典》第1211条吸收司法解释的成果，规定了在机动车挂靠经营情况下，发生交通事故造成损害，属于机动车一方责任的，由挂靠人和被挂靠人承担连带责任。

（二）连带责任的适用

适用本条法律规定，需要满足以下条件：（1）在当事人之间存在机动车挂靠经营关系，即一方挂靠另一方名下，以另一方的名义从事机动车道路运输经营活动。（2）挂靠的机动车发生交通事故造成挂靠人和被挂靠人之外的他人人身伤亡或者财产损失；（3）依据《道路交通安全法》等法律的规定，机动车一方对该交通事故造成的损害负有损害赔偿赔偿责任。

在满足上述条件的情况下，法律规定由挂靠人和被挂靠人对此等损害承担连带责任。

有观点认为，前述司法解释规定由挂靠人与被挂靠人承担连带责任的主要理由在于：首先，挂靠行为违反了现行的道路运输管理条例，违背了行政许可，规避了国家有关行业准入制度。被挂靠人不承担责任或者承担较小的责任，会纵容挂靠这种违反运输管理秩序、违反交通管理法规的行为；规定被挂靠人承担连带责任有利于以私法的手段实现公法目的，维护法律体系的统一性。其次，被挂靠人是道路运输经营许可证的主体，由被挂靠人承担责任符合民法上的外观主义原则和信赖原则。以被挂靠人的经营许可证和名义从事运输经营，无论是对交易相对人还是对不特定的道路交通参与人而言，都使他们产生了一种信赖，信赖以此经营许可证和名义从事经营的人具有一定资质、具备一定的安全生产条件。再次，被挂靠人通过挂靠形式允许他人使用其经营许可证，允许挂靠人以其名义将机动车投入运输经营，在某种意义上，是危险的开启者，同时也从此种危险活动中获取了包括但不限于经济方面的利益，依据侵权责任法及其理论，开启某种危险、从某种危险活动中获取利益的主体应当承担相应的责任。最后，从《侵权责任法》关于责任主体和连带责任的规定来看，《侵权责任

法》更加关注对违法行为的制裁，更加注重对受害人权益的保护，因此，规定由挂靠人和被挂靠人承担连带责任也符合《侵权责任法》的立法精神。^[2]

由于本条完全吸收了司法解释的规定，所以用以上论述来解释本条规定的连带责任的立法理由，也是合适的。

注释：

[1]张新宝，解娜娜.“机动车一方承担赔偿责任”：道路交通事故赔偿义务人解析.法学家，2008（6）.

[2]杜万华，贺小荣等.《关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》的理解与适用.法律适用，2013（3）.

第一千二百一十二条

未经允许驾驶他人机动车，发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任的，由机动车使用人承担赔偿责任；机动车所有人、管理人对损害的发生有过错的，承担相应的赔偿责任，但是本章另有规定的除外。

本条主旨

本条是关于未经允许驾驶他人机动车发生交通事故造成损害承担侵权责任的规定。

相关条文

《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》

第2条 未经允许驾驶他人机动车发生交通事故造成损害，当事人依照侵权责任法第四十九条的规定请求由机动车驾驶人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。机动车所有人或者管理人有过错的，承担相应的赔偿责任，但具有侵权责任法第五十二条规定情形的除外。

理解与适用

一、未经允许驾驶他人机动车

未经允许驾驶他人机动车，是指行为人未经机动车的所有人或者管理人的允许私自驾驶他人机动车的行为。实践中该行为常常发生于：（1）行为人未经机动车的所有人或者管理人的允许私自驾驶他人停放在停车场等处的机动车；（2）行为人未经机动车的所有人或者管理人的允许私自驾驶他人放置在机动车修理厂或者年检场地的机动车。

未经允许驾驶他人机动车，属于临时性无权占有和使用他人之物的侵权行为，但是不以取得机动车的所有权或者永久使用权为目的。

因此，未经允许驾驶他人机动车在性质上不同于盗窃、抢劫或者抢夺他人机动车等犯罪行为。

未经允许驾驶他人机动车发生交通事故造成机动车所有人、管理人之外的他人人身伤亡、财产损害，属于机动车一方责任的，由机动车使用人依据本条承担责任。造成机动车毁损等损失的，使用人也应当依据《民法典》第1165条第1款和第1184条承担损害赔偿责任。

二、机动车使用人承担赔偿责任

机动车使用人依据本条规定承担赔偿责任，应当符合以下要求。

（一）未经允许驾驶他人机动车

未经允许驾驶他人机动车，是指没有得到机动车的所有人或者管理人的明示、默示同意，私自驾驶他人机动车的侵权行为。就此等侵权行为而言，行为人在主观上一般表现为故意或者重大过失。如果得到所有人、管理人的同意驾驶他人的机动车，或者驾驶的不是机动车而是非机动车，则不适用本条的规定。

（二）发生交通事故且属于该机动车一方的责任

行为人未经允许驾驶他人机动车发生交通事故造成损害，且属于机动车一方责任的，由机动车使用人承担赔偿责任。这里需要满足两个条件：（1）发生交通事故而且造成了损害；（2）依据有关法律规定，机动车一方对此等损害负有赔偿责任。如果没有发生交通事故，或者发生了交通事故没有造成损害，或者尽管发生了交通事故也造成了损害但是机动车一方没有责任，则机动车使用人无须承担此等赔偿责任。

关于是否要求使用人有过错，取决于交通事故的类型：如果是机动车之间的交通事故，确定和承担责任以过错为基础；如果是机动车一方造成非机动车、行人损害，责任的构成则不要求机动车使用人有过错。凡此等等，可以纳入前述“属于机动车一方责任的”范围进行考量。

这里的损害包括对他人造成的人身损害和财产损失等。但是，是否包括对机动车所有人、管理人的损害以及是否包括涉及机动车本身的财产损失，法律没有作出排除性规定。但是，考虑到本条之规范目的，我们认为将本条规定的损害限定在对机动车所有人、管理人之外

的他人造成的人身损害和财产损失比较合适。对机动车所有人、管理人的损害包括涉及机动车本身的财产损失，可以按照一般侵权行为处理，适用《民法典》第1165条及相关条文的规定确定损害赔偿责任。

■ 三、机动车所有人、管理人的过错责任

依据本条的规定，机动车所有人、管理人有过错的，承担相应的赔偿责任。这里的“相应”是指与其过错大小和程度相适应。在此等案件中，所有人、管理人的过错通常是遗忘机动车的启动钥匙、未关严机动车车门、将机动车停放在不宜停放的地方等。机动车的所有人、管理人对机动车存在管理上的过失，其没有达到作为一个“理性人”的所有人、管理人的注意程度。

但是，比较机动车所有人、管理人的过失，行为人未经允许驾驶他人机动车发生交通事故造成损害所具有的过错要严重得多。因此，机动车使用人应当对属于机动车一方的责任负全责，机动车所有人、管理人仅承担相应的责任。这个相应的责任可以是较小份额的按份责任，也可以与使用人应当承担的全部责任构成不真正连带责任：就该部分“相应责任”，被侵权人可以向机动车所有人、管理人请求，也可以向机动车使用人请求承担全部赔偿责任。如果已经向机动车所有人、管理人请求，则应在对使用人的损害赔偿请求中扣除该“相应”部分；如果已经向使用人主张全部损害赔偿，则不能再向机动车所有人、管理人主张该部分“相应”的损害赔偿。机动车使用人与所有人、管理人之间不发生追偿关系。

第一千二百一十三条

机动车发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任的，先由承保机动车强制保险责任的保险人在强制保险责任限额范围内予以赔偿；不足部分，由承保机动车商业保险的保险人按照保险合同的约定予以赔偿；仍然不足或者没有投保机动车商业保险的，由侵权人赔偿。

本条主旨

本条是关于机动车交通事故责任案件中赔偿责任承担顺序的规定。

相关条文

《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》

第16条 同时投保机动车第三者责任强制保险（以下简称“交强险”）和第三者责任商业保险（以下简称“商业三者险”）的机动车发生交通事故造成损害，当事人同时起诉侵权人和保险公司的，人民法院应当按照下列规则确定赔偿责任：

（一）先由承保交强险的保险公司在责任限额范围内予以赔偿；

（二）不足部分，由承保商业三者险的保险公司根据保险合同予以赔偿；

（三）仍有不足的，依照道路交通安全法和侵权责任法的相关规定由侵权人予以赔偿。

被侵权人或者其近亲属请求承保交强险的保险公司优先赔偿精神损害的，人民法院应予支持。

第17条 投保人允许的驾驶人驾驶机动车致使投保人遭受损害，当事人请求承保交强险的保险公司在责任限额范围内予以赔偿的，人民法院应予支持，但投保人为本车上人员的除外。

一、机动车交通事故责任第三者责任商业保险

机动车交通事故责任第三者责任商业保险，简称“商业三者险”，是指被保险人或其允许的驾驶人员在使用保险车辆过程中发生意外事故，致使第三者遭受人身伤亡或财产直接损毁，依法应当由被保险人一方承担赔偿责任的情况下，由出售商业三者险的保险公司在约定限额内负责赔偿的一个自愿的商业性质责任保险险种。在法律性质上，其具有自愿性、补充性等特征，其所保险的是被保险人或者其允许的驾驶人员在使用保险车辆过程中发生意外事故产生的损害赔偿赔偿责任，用以补充交强险赔偿的不足部分。

商业三者险每次事故的最高赔偿限额是保险人计算保险费的依据，同时也是保险人承担商业三者险每次事故赔偿金额的最高限额，由投保人和保险人在签订保险合同时按5万元、10万元、20万元、50万元、100万元和100万元以上不超过1000万元的档次协商确定。

二、机动车交通事故责任案件中赔偿责任的承担顺序

依据本条和相关司法解释规定，机动车发生交通事故造成损害，属于机动车一方责任的，首先，由交强险的保险人在强制保险责任限额范围内予以赔偿；其次，不足部分，由机动车交通事故责任商业三者险的保险人在约定的额度范围内予以赔偿；最后，如果仍然有不足部分，则由依法应当承担损害赔偿责任的侵权人赔偿。

《机动车交通事故责任强制保险条例》第2条第1款规定：“在中华人民共和国境内道路上行驶的机动车的所有人或者管理人，应当依照《中华人民共和国道路交通安全法》的规定投保机动车交通事故责任强制保险。”机动车的所有人、管理人违反此等规定不投保交强险的，除了应当依法承担其他法律责任外，在机动车交通事故责任案件中，首先应承担交强险应当赔偿部分的赔偿责任。

没有投保商业三者险的，由侵权人承担交强险赔偿后剩余的应赔偿部分。

第一千二百一十四条

以买卖或者其他方式转让拼装或者已经达到报废标准的机动车，发生交通事故造成损害的，由转让人和受让人承担连带责任。

本条主旨

本条是关于转让拼装或者已达到报废标准的机动车发生交通事故造成损害，承担侵权责任的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第51条 以买卖等方式转让拼装或者已达到报废标准的机动车，发生交通事故造成损害的，由转让人和受让人承担连带责任。

《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》

第6条 拼装车、已达到报废标准的机动车或者依法禁止行驶的其他机动车被多次转让，并发生交通事故造成损害，当事人请求由所有的转让人和受让人承担连带责任的，人民法院应予支持。

理解与适用

一、拼装机动车、已经达到报废标准的机动车及其管理制度

（一）拼装机动车及其管理制度

《道路交通安全法》第16条 任何单位或者个人不得有下列行为：（一）拼装机动车或者擅自改变机动车已登记的结构、构造或者特征；（二）改变机动车型号、发动机号、车架号或者车辆识别代号；（三）伪造、变造或者使用伪造、变造的机动车登记证书、号牌、行驶证、检验合格标志、保险标志；（四）使用其他机动车的登记证书、号牌、行驶证、检验合格标志、保险标志。”

1950年公布的《汽车管理暂行办法实施细则》中规定：“凡发动机、底盘或外壳任何一种不属同一厂牌者，均称拼装车。”拼装机动车，是指违反国家关于生产汽车方面的有关规定，私自拼凑零部件装配的机动车。拼装机动车一般都存在质量差、成本高、大多不符合安全检验及运行技术标准的问题，有的还因装配技术问题造成事故。因此，拼装机动车依法不得上路运行。《道路交通安全法》第100条第1款规定：“驾驶拼装的机动车或者已达到报废标准的机动车上道路行驶的，公安机关交通管理部门应当予以收缴，强制报废。”

（二）已经达到报废标准的机动车及其管理制度

已经达到报废标准的机动车是指：（1）达到规定使用年限的机动车；（2）经修理和调整仍不符合机动车安全技术国家标准对在用车有关要求的；（3）经修理和调整或者采用控制技术后，向大气排放污染物或者噪声仍不符合国家标准对在用车有关要求的；（4）在检验有效期届满后连续3个机动车检验周期内未取得机动车检验合格标志的。

《机动车强制报废标准规定》第2条 根据机动车使用和安全技术、排放检验状况，国家对达到报废标准的机动车实施强制报废。”

二、转让人和受让人对相关损害承担连带赔偿责任

依据本条规定，以买卖等方式转让拼装或者已经达到报废标准的机动车，发生交通事故造成损害的，由转让人和受让人承担连带责任。《交通事故损害赔偿司法解释》第6条进一步明确，此类车辆被多次转让的，由所有的转让人和受让人承担连带责任。法律规定如此严格的责任承担方式，是因为转让人和受让人违反了国家的禁止性规定，属于违法行为。

“第三人”是指转让人和受让人以外的第三人，但是否包括发生交通事故时的车上人员？交强险中的赔偿对象不包括车上人员和被保险人。另外，如果受让人本人是驾驶员，则受让人不应被包括在内；如果实际驾驶人不是受让人，则应视其主观上是否明知该机动车是拼装的或应报废的情况而定：如果知悉，则适用过错相抵规则；反之，受让人和转让人应当承担连带责任。

需要注意的是，本条规定的转让人与受让人的连带责任与交强险的关系问题。拼装车或应报废车依法不得上路，原则上其不具有投保资格。但是，如果是在投保之后拼装或应报废的，出于保护受害人的

立法精神考量，笔者认为，交强险承保公司仍然应当在限额范围内先予垫付抢救费用，其垫付后可向转让人与受让人追偿。另外，由于驾驶拼装车或应报废车上路这一行为本身就是严重的违法行为，因此原则上无须再考虑机动车一方的过错问题，而应该直接认定为具有过错。

第一千二百一十五条

盗窃、抢劫或者抢夺的机动车发生交通事故造成损害的，由盗窃人、抢劫人或者抢夺人承担赔偿责任。盗窃人、抢劫人或者抢夺人与机动车使用人不是同一人，发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任的，由盗窃人、抢劫人或者抢夺人与机动车使用人承担连带责任。

保险人在机动车强制保险责任限额范围内垫付抢救费用的，有权向交通事故责任人追偿。

本条主旨

本条有两款。第1款是关于盗窃、抢劫或者抢夺的机动车发生交通事故造成损害赔偿责任的規定。第2款是承保交强险的保险公司垫付抢救费用及其追偿权的規定。

相关条文

《侵权责任法》

第52条 盗窃、抢劫或者抢夺的机动车发生交通事故造成损害的，由盗窃人、抢劫人或者抢夺人承担赔偿责任。保险公司在机动车强制保险责任限额范围内垫付抢救费用的，有权向交通事故责任人追偿。

《机动车交通事故责任强制保险条例》

第31条第1款 保险公司可以向被保险人赔偿保险金，也可以直接向受害人赔偿保险金。但是，因抢救受伤人员需要保险公司支付或者垫付抢救费用的，保险公司在接到公安机关交通管理部门通知后，经核对应当及时向医疗机构支付或者垫付抢救费用。

第33条 保险公司赔偿保险金或者垫付抢救费用，救助基金管理机构垫付抢救费用，需要向有关部门、医疗机构核实有关情况的，有关部门、医疗机构应当予以配合。

一、盗窃人、抢劫人或者抢夺人承担赔偿责任

（一）责任依据

盗窃、抢劫或者抢夺机动车属于犯罪行为，盗窃人、抢劫人或者抢夺人应当依法承担刑事责任。对此，《刑法》第263条、第264条和第267条作出了明确规定。盗窃、抢劫或者抢夺他人机动车，除了应当依法承担刑事责任外，还负有返还机动车、赔偿被害人人身、财产损失的民事责任。

盗窃人、抢劫人或者抢夺人使用盗窃、抢劫或者抢夺来的机动车发生交通事故造成损害的，其对被侵权人承担赔偿责任。“一个窃贼永远是保有者。”^[1]机动车被盗窃、抢劫或抢夺以后，机动车的所有人或者管理人失去监管、支配机动车的能力，因而机动车产生的危险责任也应由盗窃者、抢劫者或抢夺者承担。这是绝大部分欧洲国家法律制度的观点。^[2]《最高人民法院关于被盗机动车辆肇事后由谁承担损害赔偿责任问题的批复》规定：“使用盗窃的机动车辆肇事，造成被害人物质损失的，肇事人应当依法承担损害赔偿责任，被盗机动车辆的所有人不承担损害赔偿责任。”《民法典》第1215条承继《侵权责任法》第52条，规定盗窃人、抢劫人或者抢夺人使用盗窃、抢劫或者抢夺来的机动车发生交通事故造成损害的，对被侵权人承担赔偿责任。

（二）适用条件

需要指出的是，尽管法律条文没有写明适用本条需要符合“属于机动车一方的责任”，但笔者认为这一要件对于盗窃人、抢劫人或者抢夺人承担赔偿责任也是必要的。如果发生事故不属于机动车一方的责任，尽管盗窃人、抢劫人或者抢夺人使用盗窃、抢劫或者抢夺来的机动车，使用过程中也发生了交通事故，但是不承担赔偿责任。

（三）所有人、管理人过错

笔者认为，尚需要考虑机动车所有人、管理人是否尽到妥善保管的注意义务，即其对机动车的被盗或者被抢劫、抢夺有无过错。例如，车主忘记关车门或把钥匙忘在车上，使他人有机可乘。如果机动车的所有人、管理人有过错，则应当依据《民法典》第1165条第1款的规定承担其过错限度内的赔偿责任。这应当属于补充责任（忘关车

门、遗忘钥匙等行为似乎不应在盗窃、抢劫、抢夺等情形下承担补充责任)。另外,机动车被盗或被抢后,所有人、管理人应当及时报警、报失,以便警方能够及时控制局面,减少可能造成的损失,否则应当承担相应的补充责任。这是对物之所有权人所要求的社会责任。如果没有及时报警、报失,则缺乏公示性,在具体案件中也很难举证机动车被盗窃、抢劫或抢夺以免责。

■ 二、使用人与盗窃人、抢劫人或者抢夺人的连带责任

(一) 关于连带责任的规定

机动车被盗窃、抢劫或者抢夺后,其所有人、管理人失去对机动车的控制,盗窃人、抢劫人或者抢夺人取得对机动车的实际控制。其后,被盗窃、抢劫或者抢夺的机动车可能由盗窃人、抢劫人或者抢夺人使用,也可能由其他人使用。其他人使用被盗窃、抢劫或者抢夺的机动车,可能是盗窃人、抢劫人或者抢夺人同意的也可能未经其同意。无论是否经过其同意,此等机动车发生交通事故造成损害的,属于机动车一方责任的,法律规定由盗窃人、抢劫人或者抢夺人与机动车使用人承担连带责任。

(二) 关于本条规定的连带责任的排斥条款

本条规定的上述责任规则,排斥《民法典》第1209条(关于租赁、借用等情形发生交通事故造成损害的责任)、第1211条(关于挂靠情形发生交通事故造成损害的责任)以及第1212条(关于未经允许驾驶他人机动车发生交通事故造成损害的责任)之适用。凡是使用盗窃、抢劫或者抢夺的机动车发生交通事故造成损害,属于机动车一方责任的,使用人与盗窃人、抢劫人或者抢夺人承担连带责任(似乎与上述所有人、管理人的过错补充责任存在一定矛盾)。

■ 三、交强险保险公司垫付抢救费及其追偿权

(一) 垫付义务

因犯罪行为以及犯罪相关行为造成的损害,不应通过保险来分散损失转嫁给所有投保人。但是,为了保护被侵权人的利益,特别是保障遭受人身损害的被侵权人及时得到救治,本条第2款规定了交强险保险公司垫付抢救费的义务。按照《机动车交通事故责任强制保险条例》第31条和第33条的规定,因抢救受伤人员需要保险公司支付或者

垫付抢救费用的，保险公司在接到公安机关交通管理部门通知后，经核对应当及时向医疗机构支付或者垫付抢救费用。保险公司垫付抢救费用，需要向有关部门、医疗机构核实有关情况的，有关部门、医疗机构应当予以配合。

（二）追偿权

依据本条第2款规定，保险公司在机动车强制保险责任限额范围内垫付抢救费用的，有权向交通事故责任人追偿。交通事故责任人可以是盗窃人、抢劫人或者抢夺人，也可以是盗窃人、抢劫人或者抢夺人、机动车的实际使用人（连带责任）。

注释：

[1] 克雷蒂安·冯·巴尔. 欧洲比较侵权行为法：上册，张新宝，译. 北京：法律出版社，2001:281.

[2] 卢森堡上诉法院1950年6月4日之判决，载Pas.luxemb.15（1950-1953），89页；法国最高法院综合审判庭1941年12月2日之判决，载D.C.1942，25。

第一千二百一十六条

机动车驾驶人发生交通事故后逃逸，该机动车参加强制保险的，由保险人在机动车强制保险责任限额范围内予以赔偿；机动车不明、该机动车未参加强制保险或者抢救费用超过机动车强制保险责任限额，需要支付被侵权人人身伤亡的抢救、丧葬等费用的，由道路交通事故社会救助基金垫付。道路交通事故社会救助基金垫付后，其管理机构有权向交通事故责任人追偿。

本条主旨

本条是关于逃逸情况下承保交强险的保险公司在责任限额内承担赔偿责任，以及道路交通事故社会救助基金在特定情况下垫付与追偿的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第53条 机动车驾驶人发生交通事故后逃逸，该机动车参加强制保险的，由保险公司在机动车强制保险责任限额范围内予以赔偿；机动车不明或者该机动车未参加强制保险，需要支付被侵权人人身伤亡的抢救、丧葬等费用的，由道路交通事故社会救助基金垫付。道路交通事故社会救助基金垫付后，其管理机构有权向交通事故责任人追偿。

理解与适用

一、逃逸情况下交强险保险公司在责任限额内的赔偿责任

（一）机动车驾驶人发生交通事故后逃逸

机动车驾驶人发生交通事故后逃逸属于违法犯罪行为。一经查获，逃逸者应当承担相应的行政和刑事法律责任。《道路交通安全法》第101条规定，造成交通事故后逃逸的，由公安机关交通管理部门

门吊销机动车驾驶证，且终生不得重新取得机动车驾驶证。

构成本条规定的“机动车驾驶人发生交通事故后逃逸”，需要符合以下要件：（1）发生了机动车事故造成他人损害；（2）机动车驾驶人故意逃离事故现场。

（二）交强险保险公司的赔偿责任

依据本条的规定，在机动车驾驶人发生交通事故后逃逸的情况下，该机动车参加强制保险的，由保险公司在机动车强制保险责任限额范围内予以赔偿。这里需要注意的是：（1）此等情况下承保交强险的保险公司之所以承担该机动车强制保险责任限额范围内的赔偿责任，是因为该机动车参与了交强险。所谓“逃逸”，是指机动车驾驶人在发生交通事故后逃逸，而发生交通事故的机动车以及该机动车的所有人、管理人是明确的，不同于本条后半段规定的“机动车不明”的情况。（2）承保交强险的保险公司仅在该机动车强制保险责任限额范围内承担赔偿责任，对于超出部分的损害不承担赔偿责任。

二、道路交通事故社会救助基金特定情况下的垫付与追偿

（一）道路交通事故社会救助基金概述

《道路交通安全法》第17条规定，国家设立道路交通事故社会救助基金。《道路交通事故社会救助基金管理试行办法》第2条第2款规定：道路交通事故社会救助基金，是指依法筹集用于垫付机动车道路交通事故中受害人人身伤亡的丧葬费用、部分或者全部抢救费用的社会专项基金。该条意义重大：在我国建立了道路交通事故社会救助基金制度，从而能对被侵权人的权益进行更好的保护。被侵权人在以下几种情况下可能得不到足够的救济：被侵权人所受的损害超过交强险的赔偿范围；肇事者逃逸无法找到；肇事者因为没有投保交强险并没有足够的赔偿能力等。在国家设立道路交通事故社会救助基金之后，这些问题能得到较好的解决。建立道路交通事故社会救助基金也是对机动车交强险的有力保障。

依据《道路交通安全法》第98条第2款的规定，道路交通事故社会救助基金的资金来源，一部分是对于未投保机动车交强险的机动车所有人或管理人的罚款。省级人民政府应当设立救助基金。救助基金主管部门及省级以下救助基金管理级次由省级人民政府确定。

《机动车交通事故责任强制保险条例》第25条对救助基金的来源

作了比较详细的规定，包括：（1）按照机动车交强险的保险费的一定比例提取的资金；（2）对未按照规定投保机动车交强险的机动车的所有人、管理人的罚款；（3）救助基金管理机构依法向道路交通事故责任人追偿的资金；（4）救助基金孳息；（5）其他资金。《道路交通事故社会救助基金管理试行办法》第6条规定：救助基金的来源包括：（1）按照机动车交通事故责任强制保险（以下简称交强险）的保险费的一定比例提取的资金；（2）地方政府按照保险公司经营交强险缴纳营业税数额给予的财政补助；（3）对未按照规定投保交强险的机动车的所有人、管理人的罚款；（4）救助基金孳息；（5）救助基金管理机构依法向机动车道路交通事故责任人追偿的资金；（6）社会捐款；（7）其他资金。

《道路交通事故社会救助基金管理试行办法》第12条规定：有下列情形之一的，救助基金垫付道路交通事故中受害人人身伤亡的丧葬费用、部分或者全部抢救费用：（1）抢救费用超过交强险责任限额的；（2）肇事机动车未参加交强险的；（3）机动车肇事后逃逸的。

（二）道路交通事故社会救助基金的垫付与追偿

1. 道路交通事故社会救助基金的垫付

在以下三种情形，道路交通事故社会救助基金应当进行垫付：肇事机动车不明；肇事的机动车没有参加机动车交强险；抢救费用超出了交强险的限额。肇事机动车不明，是指无法查明肇事机动车的情况。

垫付的范围包括：被侵权人人身伤亡的抢救费用、丧葬费用等。抢救费属于紧急情况下发生的医疗费用，不包括后续治疗费用、康复费用等。丧葬费的标准和数额按照《民法典》第1181条以及有关司法解释的规定确定。

2. 道路交通事故社会救助基金的追偿

道路交通事故社会救助基金的管理机构在先行垫付抢救费用后，取得对交通事故实际责任人的追偿权，这种追偿权类似于保险法上的代位求偿权。^[1]道路交通事故社会救助基金管理机构追偿权应当以其实际支出的费用为限，不得超出其支付范围追偿。如果管理机构追偿获得的赔偿金超过其实际支出的范围，应当将超出部分返还给被侵权人，因为被侵权人的损害赔偿请求权还存在，只是应当减掉道路交通事故社会救助基金已支出的部分。如果侵权人将抢救费用等相关费用全部付给了被侵权人，那么管理机构有权要求被侵权人返还其先行

垫付的抢救费用等费用。^[2]

注释：

^[1]代位求偿权也可称为代位追偿权，是指财产保险中保险人赔偿被保险人的损失后，可以取得在其赔付保险金的限度内，要求被保险人转让其对第三人享有的追偿的权利。

^[2]扈纪华，主编.中华人民共和国道路交通安全法释义.北京：中国法制出版社，2003:160.

第一千二百一十七条

非营运机动车发生交通事故造成无偿搭乘人损害，属于该机动车一方责任的，应当减轻其赔偿责任，但是机动车使用人有故意或者重大过失的除外。

本条主旨

本条是关于无偿搭乘情况下减轻机动车使用人责任的规定。

相关条文

无。

理解与适用

一、无偿搭乘减轻责任规则的基本内容

1. 无对价行为人的注意程度

无偿搭乘也称为“好意同乘”，本质上是机动车使用人给搭乘人提供的一种具体免费便利的恩惠行为。民法上的恩惠行为不存在对价：一方给予对方恩惠，对方不支付报酬或者价款。因此，恩惠行为也被认为是无对价的行为。讨论有无对价的意义在于确定施惠一方对接受恩惠一方应当达到的注意程度。一般认为，实施具有对价的行为或者在具有对价的民事法律关系中，行为人对相对人应当达到较高的注意程度，比如达到一个理性人应当达到的注意程度；否则，将会被认定是有过错的。相反，在实施没有对价的行为或者在没有对价的民事法律关系中，行为人的注意程度要相对低一些，对相对人的人身、财产安全的注意只需要达到如同对行为人自己的人身、财产安全的注意程度即可。本条确定的责任规则，是以无对价行为的注意标准为理论基础的：由于无偿搭乘没有对价，因此在发生交通事故造成无偿搭乘人损害时，机动车使用人（施惠人）承担的责任应当减轻。

2. 本条的适用条件与适用效果

（1）非营运机动车

本条仅适用于非营运机动车。凡是从事营运的机动车以及实际上收费（有对价）的机动车发生的相关损害，不适用本条的规定。实践中，在电商平台营运的机动车如“滴滴顺风”等不宜认定为“非营运机动车”，因为滴滴公司的营运活动并非真正意义上的非营运活动而是属于营运活动。登记在“滴滴顺风”等电商平台从事所谓“顺风车”搭乘活动的机动车使用者往往也是职业性或者半职业性的营运者。“营运”与“非营运”可以以实际收费（或者类似的代价）作为判断标准。分摊汽油费、过路费等，也属于实际收费。

（2）发生交通事故造成无偿搭乘人损害

本条适用于交通事故造成无偿搭乘人损害的情况。如果不存在无偿搭乘人或者无偿搭乘人没有受到损害而是其他人（如行人、非机动车一方）受到损害，则不适用本条的规定。

（3）发生交通事故属于机动车一方的责任

只有在发生交通事故属于机动车一方责任的情况下，才适用本条的规定减轻机动车使用人的责任。如果事故不属于机动车一方的责任而属于其他主体如碰撞的对方机动车一方的责任、非机动车或者行人的责任等，机动车一方没有责任，自然也就不存在减轻责任的问题。是否属于机动车一方的责任，依据《民法典》《道路交通安全法》等法律法规的规定进行判断。需要注意，在机动车一方对非机动车、行人一方承担无过错责任的情形下，该无过错责任并不扩展到无对价搭乘人的损害。

在符合上述条件的情况下，适用本条规定达到减轻机动车使用人侵权责任的效果。减轻的程度根据案件的具体情况确定。在被侵权人（无偿搭乘人）也有过错的情况下，还应当依据《民法典》第1173条等条文的规定，进一步减轻机动车使用人的责任。

二、机动车使用人故意或者重大过失的除外规定

机动车使用人因故意或者重大过失造成本条所规范的损害时，不能减轻机动车使用人的赔偿责任。民法的基本价值要求是：任何情况下都不得故意侵害他人的民事权益，也不得对他人的民事权益极端无视或忽视。即使在施惠他人的情况下，对受惠人的安全注意可以有所降低，但是此等施惠行为并不赋予施惠人故意侵害受惠人或者极端无

视或忽视受害人安全和利益的权利。基于此等价值要求，机动车使用人故意或者重大过失的，不减轻其赔偿责任。

此外，实践中商业保险公司向机动车的所有人、管理人出售“车上成员险”。在发生本条所规范的无偿搭乘人人身损害时，承保此等责任险的保险公司应当依保险合同条款的约定进行赔付。

第六章

医疗损害责任

【本章提要】本章是关于医疗损害责任的规定，共11个条文（第1218条-第1228条）。第1218条是关于医疗损害责任的一般规定。医疗损害责任属于专家责任、过错责任、医疗机构的侵权责任。第1219条-第1221条对医疗机构或者医务人员的三种过错责任作出了规定。第1222条是关于“推定”医疗机构过错的规定。第1223条是关于医疗产品责任的规定，在理解与适用上需要与第四章产品责任的规定以及《药品管理法》等法律法规的规定相联系作体系解释。第1224条是关于医疗损害责任特别抗辩事由的规定。第1225条是关于病历管理等行为规范规定。第1226条是关于保护患者隐私权和个人信息的规定。第1227条是关于不得违反诊疗规范实施不必要检查的规定。第1228条是关于保护医疗机构和医务人员合法权益、禁止“医闹”的行为规范规定。从整体看，本章基本承继了《侵权责任法》第七章的规定，修改限于个别文字调整。

第一千二百一十八条

患者在诊疗活动中受到损害，医疗机构或者其医务人员有过错的，由医疗机构承担赔偿责任。

本条主旨

本条是关于医疗损害责任的一般规定。

相关条文

《医疗机构管理条例》

第2条 本条例适用于从事疾病诊断、治疗活动的医院、卫生院、疗养院、门诊部、诊所、卫生所（室）以及急救站等医疗机构。

《侵权责任法》

第54条 患者在诊疗活动中受到损害，医疗机构及其医务人员有过错的，由医疗机构承担赔偿责任。

理解与适用

一、医疗损害责任制度概述

自改革开放以来，我国医疗损害责任制度大致经历了三个历史阶段：以国务院1987年出台的《医疗事故处理办法》（以下简称《办法》）为背景的限制受害患者民事权利、偏重保护医疗机构的时期。以自2002年起实施的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（2019年修正）和2002年公布的《医疗事故处理条例》（以下简称《条例》）为起点，以明确加重医疗机构举证责任为主要标志的较为关注受害患者权益的阶段。由于商业化和市场化的走向违背了医疗事业发展的基本规律，我国出现了医疗资源分布不均、医疗费用上涨过快、医患关系紧张等各类问题，通过法学界和医学界的理性思考与广泛讨论，2009年《侵权责任法》采用专章规定的形式对“医疗损害责

任”进行了明确的规定，对于正确认识医疗损害责任及其构成要件、改善之前我国医疗损害赔偿案件在实际处理过程中存在的法律适用二元化的现象意义重大。2009年《侵权责任法》的颁行，标志着我国医疗损害责任制度进入了平衡医患利益的第三个阶段，有关医疗损害案件的法律适用、赔偿范围与标准以及举证责任等最终得到统一。这三个历史阶段充分体现了我国法律理念的转变历程，以及在此基础上立法规范逐渐周延的过程。《民法典》侵权责任编基本上承继了《侵权责任法》的相关规定。

二、医疗损害与医疗损害责任

（一）医疗损害的概念与范围

医疗损害，是指患者在诊疗活动中因医疗机构或者医务人员的过错而遭受的损害。医疗损害既包括对患者生命、健康的损害（死亡、健康受到伤害），也包括对患者及其家属的财产的损害，还应包括精神损害。对于患者的重大精神损害或者因行为人的故意、严重过失所引起的精神损害，应当列入损害后果，并给予民法上的救济。这样，既有利于保护受害人，也有利于促进医疗机构及医务人员谨慎行医。

在医患关系中，单纯的财产权益纠纷比如过度医疗产生的费用、医药费用的计算等问题，属于诊疗合同调整范围，不属于医疗损害以及相关的赔偿责任。

（二）医疗损害责任

医疗损害责任是指医疗机构及医务人员在诊疗过程中因过失造成患者损害，应当承担的以损害赔偿为主要方式的侵权责任。大多数国家侵权责任法并不单独规定医疗损害责任，因为这种责任是过错责任，可以通过过错责任的一般条款进行规范。细节方面，则有赖于医事法的规定。有些国家如法国，将医疗损害责任完全纳入诊疗合同的调整范围，医疗损害赔偿不属于侵权责任法的调整范围。我国将医疗损害责任这种过错责任纳入侵权责任法（《民法典》第七编侵权责任），具有立法模式上的创新性。

三、过错责任

依据本条规定，患者在诊疗活动中受到损害，医疗机构或者医务人员有过错的，由医疗机构承担赔偿责任。可见，在我国，医疗损害

责任是过错责任而非无过错责任。从本章的整体看，除第1222条规定了“推定”外，医疗损害责任作为过错责任原则上属于一般过错责任即责任之构成以医疗机构或者医务人员有过错作为要件，这一过错需要被侵权人进行举证和证明。本条规定的“过错”一般应理解为过失而不包括故意。

从主体上看，医疗损害责任的过错包括两种：医疗机构的过错和医务人员的过错。只要具备其中一种过错，就认为医疗机构有过错。

本章对医疗机构或者医务人员的具体过错形态进行了规定，包括：（1）违反告知同意义的过错；（2）未尽到与当时的医疗水平相当的诊疗义务的过错；（3）违反有关规定以及病历处置方面的过错。

本章也规定了医疗产品责任（第1223条），适用无过错责任原则。严格意义上，医疗产品责任不是医疗损害责任，而是产品责任。法律在立法上做此等安排，是出于对与医疗有关的侵权责任进行整体集中规定之便利性考虑。

四、医疗机构的责任

医疗机构，是指取得了医疗机构执业许可证从事疾病诊断、治疗活动的医院、卫生院、疗养院、门诊部、诊所、卫生所（室）以及急救站等。在我国，多数医疗机构为非营利性质的事业单位法人，也有少量营利性质的医疗机构。

虽然在医疗损害责任中，实施侵权行为的主体可以是医疗机构及其医务人员，但医疗损害责任的承担主体通常被限定为医疗机构，一般不包括医务人员。日常生活中，医疗损害案件的直接侵权行为人往往是医务人员，然而医疗机构与医务人员之间通常存在劳动合同关系。同时，医疗机构在具体的医疗损害案件当中处于特定的带有支配性质的地位。因此，医疗损害的责任承担形式就表现为医疗机构对于医务人员所造成的损害承担替代责任。替代责任的特征具体表现为侵权行为人与责任人的分离，而在这种情形下，医疗机构不得以“无选任不当之过错”或“已尽监督职责”为由推卸医疗损害的赔偿责任。医疗机构对其医务人员的不当诊疗行为造成患者一方损害所承担的侵权责任，可以用雇主责任或者“代表人责任”来说明。

需要补充说明的是，由医疗机构对其医务人员造成的医疗损害承担直接的、全部的侵权损害赔偿赔偿责任，具有较强的中国特色。在不少

国家，医疗损害责任由医师自己承担，是典型的“专家责任”。之所以有这样的侵权责任制度，是因为在那些法域里，医疗关系被认为是医师与患者之间的医疗服务关系，而不是医疗机构与患者之间的合同关系。至于护士等辅助人员的行为，则被认为是雇员的行为。因为他们是医师的雇员，作为雇主的医师，对作为雇员的护士等辅助人员在执行诊疗任务的过程中给患者造成的损害，承担替代的赔偿责任。

第一千二百一十九条

医务人员在诊疗活动中应当向患者说明病情和医疗措施。需要实施手术、特殊检查、特殊治疗的，医务人员应当及时向患者具体说明医疗风险、替代医疗方案等情况，并取得其明确同意；不能或者不宜向患者说明的，应当向患者的近亲属说明，并取得其明确同意。

v医务人员未尽到前款义务，造成患者损害的，医疗机构应当承担赔偿责任。

本条主旨

本条有两款。第1款是关于告知同意义务内容的规定。第2款是关于未尽到告知同意义务造成损害应当承担侵权责任的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第55条 医务人员在诊疗活动中应当向患者说明病情和医疗措施。需要实施手术、特殊检查、特殊治疗的，医务人员应当及时向患者说明医疗风险、替代医疗方案等情况，并取得其书面同意；不宜向患者说明的，应当向患者的近亲属说明，并取得其书面同意。

医务人员未尽到前款义务，造成患者损害的，医疗机构应当承担赔偿责任。

理解与适用

一、告知同意义务概述

（一）告知同意义务的概念

告知同意义务（informed consent），也称为说明同意义务，是指医务人员向患者或者患者近亲属说明病情和可能采取的医疗措施并在取得患者或其近亲属同意的情况下，实施此等医疗措施的义务。这

一义务包含两个方面的内容：一是告知（说明），即向患者或者其近亲属告知病情和可能采取的医疗措施；二是“同意”，即在告知的前提下，取得患者或其近亲属同意后方能采取相关的医疗措施。由于这一义务是法律直接规定的，因而属于法定义务而非诊疗合同约定的义务。《侵权责任法》第55条规定了医务人员的告知同意义务以及未尽到告知同意义务造成损害的赔偿责任，本条大致承继了《侵权责任法》第55条的规定。

法律规定医务人员在诊疗活动中履行告知同意义务，一是为了满足患者知情权的要求，同时也是为了满足保护患者生命、身体和健康权的要求。患者有权了解与自己疾病及治疗有关的信息，有权对自己生命健康的重大事项特别是医疗措施的选择等作出决定。有人认为：医务人员的说明义务与患者的知情同意权相对应，该项义务主要是指医方为取得患者对医疗行为的同意，而对该诊疗行为的有关事项进行说明。^[1]告知（说明）的内容主要是诊疗过程中可能具有造成严重后果风险、可能产生副作用、后遗症、并发症等的诊疗行为，因该行为可能影响身体机能甚至危及生命，故需要患者在了解病情、知晓风险的基础之上作出是否接受该诊疗行为的决定。

医务人员履行告知同意义务，一般是向患者说明病情和可能采取的医疗措施，取得患者对采取相关医疗措施的同意。如果患者为无行为能力或者限制行为能力人以及暂时丧失意识者，则应向其近亲属说明病情和可能医疗措施，取得患者近亲属对采取相关医疗措施的同意。告知同意应取得患者或其近亲属明确同意。书面形式、录音或录像等方式都可以认为是“明确同意”通常采用的方式。

（二）告知同意的具体内容

本条第1款规定：（1）医务人员在诊疗活动中应当向患者说明病情和医疗措施，如果此等医疗措施为通常采用的医疗措施，为医疗实践普遍采用的而且没有风险和副作用，原则上不必取得患者的明示同意；（2）需要实施手术、特殊检查、特殊治疗的，医务人员应当及时向患者具体说明医疗风险、替代医疗方案等情况，并取得其书面同意；（3）不能或者不宜向患者说明的，应当向患者的近亲属说明，并取得其明确同意。依据本条规定，“同意”的形式不拘泥于书面形式，但是要求其意思表示的内容是明确的。

二、未尽到告知同意义务造成损害的侵权责任

依据本条第2款的规定，医务人员未尽到告知同意义务造成患者

损害的，医疗机构应当承担赔偿责任。

“未尽到”告知同意义务包括以下几种情况：（1）未向患者对病情和医疗措施作出任何说明；（2）尽管作出了说明，但是说明的内容不准确、不正确或者不充分，使得患者无法作出适当的选择、失去选择的机会或者只能基于有限的信息作出选择；（3）在需要取得患者同意的情况下，没有取得患者的同意就采取了具有较高风险可能出现后遗症、并发症的医疗措施。

医疗机构依据本条第2款承担赔偿责任，要求造成了患者损害，而且未尽到告知同意义务的作为行为或者不作为行为与患者遭受的损害之间存在因果关系。法律条文中的“造成”二字，包含了对因果关系的要求。如果患者遭受的损害与不履行或者不适当履行告知同意义务没有因果关系，医疗机构则不依据本条承担赔偿责任。

注释：

[1]王胜明，主编.中华人民共和国侵权责任法释义.北京：法律出版社，2010:282.

第一千二百二十条

因抢救生命垂危的患者等紧急情况，不能取得患者或者其近亲属意见的，经医疗机构负责人或者授权的负责人批准，可以立即实施相应的医疗措施。

本条主旨

本条是关于例外不适用告知同意义务的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第56条 因抢救生命垂危的患者等紧急情况，不能取得患者或者其近亲属意见的，经医疗机构负责人或者授权的负责人批准，可以立即实施相应的医疗措施。

理解与适用

一、例外不适用告知同意义务的条件

（一）“紧急情况”界定

依据本条规定，例外不适用告知同意义务应当是处于“紧急情况”之下。抢救生命垂危的患者是常见的“紧急情况”。这样的紧急情况包含的要素是：（1）时间紧急，处于“抢救”状态，按照医学要求必须尽快采取相应的医疗措施；（2）病情严重，甚至达到生命垂危的程度。

（二）“不能取得患者或者其近亲属意见”

在上述紧急情况下，通常已经无法取得患者的同意。如果患者尚有意识作出是否同意的表示，则应当取得其同意。

在不能取得患者同意的情况下，如果能够取得患者近亲属的同意

也应取得其同意。只有在既不能取得患者同意也不能取得患者近亲属同意的情况下，才能适用本条的规定。不能取得近亲属的意见包括：（1）近亲属不明的；（2）不能及时联系到近亲属的；（3）近亲属拒绝发表意见的；（4）近亲属达不成一致意见的；（5）法律、法规规定的其他情形。

二、实施及其效果

（一）“医疗机构负责人或者授权的负责人批准”

医疗机构负责人通常是指医疗机构的院长等法定代表人。医疗机构负责人授权的负责人一般指科室主任等负责人。卫生部于2010年1月22日印发的《病历书写基本规范》明确规定：“为抢救患者，在法定代理人或被授权人无法及时签字的情况下，可由医疗机构负责人或者授权的负责人签字。”卫生部的文件赋予了医疗机构负责人在患者近亲属无法签字的情况下，以抢救患者为目的，签字准许实施抢救措施，以避免在危及患者生命的紧急情况下，能决定患者生死的抢救行为不得不受制于不懂医学的患者家属的无奈情形发生。

（二）医疗机关不承担未履行告知同意义务的赔偿责任

在满足例外不适用告知同意义务的情况下，经过医疗机构负责人或者授权的负责人批准可以立即实施相应的医疗措施。如果其后发生医疗损害赔偿纠纷，患者及其近亲属不得以未尽到告知同意义务造成损害为由，请求医疗机构承担相应的赔偿责任。本质上，本条规定起到免除医务人员履行告知同意义务，可以抗辩相关侵权责任的效果。

需要指出的是，本条没有给医疗机构设置必须“立即实施相应的医疗措施”的积极作为义务。在抢救生命垂危的患者等紧急情况下不能取得患者或者其近亲属意见，医疗机构是否通过医疗机构负责人或者授权的负责人批准立即实施相应的医疗措施，取决于医疗机构及其医务人员自主的专业判断。不实施相应的医疗措施造成损害也不一定承担赔偿责任。是否承担赔偿责任，取决于是否尽到其他注意义务，特别是《民法典》第1221条规定的诊疗义务。

第一千二百二十一条

医务人员在诊疗活动中未尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务，造成患者损害的，医疗机构应当承担赔偿责任。

本条主旨

本条是关于医务人员违反诊疗义务造成患者损害，医疗机构应当承担赔偿责任的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第57条 医务人员在诊疗活动中未尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务，造成患者损害的，医疗机构应当承担赔偿责任。

理解与适用

一、“当时的医疗水平相应的诊疗义务”理解

（一）诊疗活动

医务人员对患者进行诊疗、提供医疗服务，是基于诸多法律法规和规章制度提供的一种专业服务。医务人员进行诊疗活动，要遵循法律法规的要求、遵循规章制度的要求、遵循医疗行业惯例的要求、遵循告知同意内容的要求等。

患者与医疗机构之间存在医疗服务合同，但是此等合同不同于一般的合同：首先，由于知识和信息的不对称，患者与医疗机构之间不可能进行真正平等、自愿基础上的“议价”，合同的内容基本上是医疗机构一方决定。办理入院手续的过程，本来应该是一个协商诊疗合同条款的过程，但实际上是一个医疗机构开账单、患者一方付款的过程。对于诊疗的内容，几乎不会进行讨论。因此，法律法规等需要对此等合同进行规制，以确保其不偏离民法基本原则所要求的民事秩

序，避免技术的任性与专制。其次，医疗服务合同作为专家服务合同之一种，不同于交付标的物的买卖合同，也不同于完成工作任务的承揽合同。提供医疗服务的一方要履行的是“手段债务”或者说“过程债务”。不能够要求诊疗活动必然达到治愈疾病、使患者完全康复的结果，而只能要求医务人员和医疗机构在诊疗活动中遵循法律法规、行业规范等的要求，尽职尽责完成每一个医疗行为。这就是医务人员在诊疗活动中尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务的要求。只要医务人员在诊疗活动中尽到了与当时医疗水平相应的注意义务，就是适当履行了主给付义务，就没有过错，因而不承担违约责任和侵权责任。至于是否能够治愈患者或者是否完全达到患者一方的预期效果，不是判断医疗机构适当履行合同或者有无过错的标准。

（二）“当时”是指实施诊疗行为的时间

本条规定的“当时的医疗水平相应的诊疗义务”之“当时”，是指医务人员实施医疗行为的时间，不是损害结果发生的时间，更不是争议发生的时间或者案件诉讼的时间。不可能要求医务人员掌握未来的医学科学技术对患者进行诊疗，只能以其在实施诊疗行为时能够获得的知识和能够掌握的技术对患者进行诊疗。“当时”二字强调了在“当时”的条件下，医疗行为必须符合“当时”的诊疗水平，而不可以依事后更为发达的医学科学技术、更先进的诊疗水平去判断当时的诊疗行为是否符合注意义务。这体现了对医务人员的合理保护。

在实施诊疗行为时如果存在多项医疗技术和措施，在满足告知同意义务要求的前提下，医务人员选择其中任何一项都应当被认为符合“当时”的要求。医务人员选择已经被淘汰的技术和措施则应当被认为不满足“当时”的要求；选择相对落后保守但是尚未被淘汰的技术和措施，是否被认为满足“当时”的要求，需要综合其他因素比如价格因素等进行综合考虑。

（三）“当时的医疗水平”

1. 不承认地域差异和个体差别

法律用“当时”对医疗水平进行了界定，但是没有规定“当地”对医疗水平进行限定。尽管在《侵权责任法》以及《民法典》侵权责任编的起草过程中，不少人提出需要考虑“当地”因素甚至医务人员在专业知识、技术和技能上的差异，但是这样的意见没有被采纳。《民法典》第1221条完全继受了《侵权责任法》第57条的规定。这主要是考虑到：（1）医务人员（医师、护士等）的执业准入有国家的统一标准，并不因为不同的地域或者不同的人员而设置不同的标准。一个

持证上岗的专家，需要符合专家的一切执业标准和行为要求，不因为年龄、经验不同而降低某些人的注意要求。（2）我国对医疗机构实行分级管理制度，不同类型和级别的医疗机构有权诊治的疾病是不一样的，比如只有较高级别（如三甲医院）才能实施某些高难度的复杂外科手术。

2. 医务人员“平均”医疗水平抑或社会预期的“合理”医疗水平

本条法律用“当时的医疗水平”作为医务人员和医疗机构过错的判断标准，达到当时医疗水平相应的诊疗义务就被认为是没有过错的；反之，则被认为是有过错的。这里的过错标准大致类似于英美法上的“理性人”（reasonable man）判断标准。但是，用理性人标准判断行为人有无过错，通常是对具体、个别人进行判断，不存在一个作为群体的侵权行为人，侵权行为人也是社会的一分子，社会“理性人”的注意义务也是该侵权行为人应当达到的注意义务。而在医疗损害案件中，对医务人员的过错判断则会遇到这样的问题：是以作为群体的医务人员“平均”的或者“一般”的医疗水平，还是以其服务的社会公众对医务人员所预期或者期待的合理医疗水平作为判断标准？

笔者以为，应当综合考虑以下几个方面，以确定“当时的医疗水平”所要求达到的注意义务：（1）应当达到法律、行政法规、部门规章、行业规范和惯例所确定的义务之要求。（2）应当达到同行医务人员“平均”的或者“一般”的医疗水平之注意程度，同行其他医务人员能想到做到的，涉案的医务人员也应想到做到。（3）社会预期或者期待的医疗水平与同行医务人员“平均”的或者“一般”的医疗水平原则上是一致的。在不一致时，应当考察社会预期或者期待的医疗水平的合理性作出判断。如果此等预期或者期待是合理的，应当以此作为判断标准；如果不合理，则仍然以同行医务人员“平均”的或者“一般”的医疗水平作为判断标准。确定“当时的医疗水平”应当坚持以法律法规为基础、尊重同行医务人员“平均”的或者“一般”的医疗水平、参考社会的合理预期或者期待。

二、医务人员注意义务的具体内容与过错判断

（一）医务人员注意义务的具体内容

有学者认为，对于医务人员注意义务内容的概括包括两个方面：一是对医务人员注意义务的内容作出抽象性的概括；二是明确医务人员在每一项具体医疗行为中的注意义务。其中医务人员具体的注意义务可分为一般注意义务和特殊注意义务。特殊注意义务包括：医疗过

程中的说明义务、转医义务、问诊义务等。在医疗过失的判断标准上，医疗水准问题占据重要地位，除此之外，还需结合医疗行为的专门性、地域性、紧急性等因素作出判断。^[1]

结合相关法律法规、部门规章，笔者认为，医务人员的注意义务具体还包括：第一，取得医师执业证书，按照注册的执业类别、执业范围执业；第二，遵守卫生法律法规、规章和技术操作规范；第三，对患者进行正确诊断的义务；第四，依据诊断结论加以适当治疗的义务；第五，对危急病人应采取紧急救助措施，不得拒绝治疗；第六，应当使用经批准使用的药品、消毒药剂和医疗器械；第七，转诊或转院的义务等。

也有学者认为应该将医务人员的义务层次化，层次化的依据就是患者对医务人员的信赖程度。患者对医务人员的信赖分为两种：第一，医务人员作为专家，他总是在具有从事该行业的基本技术能力方面受到所有患者的信赖；第二，在第一种信赖的基础上，不同的患者对不同的医务人员的信赖程度有所不同，委以医务人员自由决定的领域也不同。基于第一种信赖，医疗者负有“基本的注意义务”；基于第二种信赖，医疗者负有“高度的注意义务”。在此基础上，将医务人员的义务类型化：基本注意义务与高度注意义务。基本注意义务又分为一般义务和特别义务；高度注意义务又可细分为两种。^[2]

（二）过错判断

司法解释规定，对医疗机构及其医务人员的过错，应当依据法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范进行认定，可以综合考虑患者病情的紧急程度、患者个体差异、当地的医疗水平、医疗机构与医务人员资质等因素。

有学者认为，医疗过失的判断标准包括客观标准和主观标准。客观标准是指医务人员通常的、正当的技术水平及注意义务（美国称之为“医师成员的平均、通常具备的技术”；日本则称之为“最善之注意义务或完全之注意义务”），运用客观标准需考虑的因素包括：医疗时的医疗水平（医疗水平不同于医学水平）、专科医务人员的技术水平、地区差异、紧急性、医疗常识等。而主观标准是指需要考虑案件的实际情况、医疗机构及其医务人员的特殊情况；运用主观标准需考虑的因素包括：“最佳判断”法则、造成患者合理信赖的宣传、医师的裁量权、“派别性”理论等。^[3]

笔者认为，在我国医疗损害责任案件中，判断医务人员的过错，应当从以下两个方面考虑：（1）如果没有达到法律、行政法规、部

门规章、行业规范和惯例所确定的义务之要求，则被认为有过错。

（2）如果没有达到同行医务人员“平均”的或者“一般”的医疗水平之注意程度，则被认为有过错。

三、医疗机构的过错责任

依据本条规定，医疗机构对患者的损害承担赔偿责任。医疗机构承担责任的条件包括：（1）医务人员的过错；（2）医务人员实施了有过错的诊疗行为；（3）患者遭受损害，主要是人身损害以及相关的财产损失；（4）医务人员有过错的诊疗行为与患者遭受的损害之间存在因果关系。患者应当对上述四个方面举证和证明。

注释：

[1] 龚赛红. 医疗损害赔偿立法研究. 北京: 法律出版社, 2001: 167-188.

[2] 程啸. 医疗纠纷中的医疗者义务//王利明, 主编. 民法典·侵权责任法研究. 北京: 人民法院出版社, 2003: 393-399.

[3] 尹飞. 论医疗事故侵权责任中的过错//张新宝, 主编. 侵权法评论, 2003 (2): 47-51.

第一千二百二十二条

患者在诊疗活动中受到损害，有下列情形之一的，推定医疗机构有过错：

- （一）违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定；
- （二）隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料；
- （三）遗失、伪造、篡改或者违法销毁病历资料。

本条主旨

本条是关于在三种特定情况下“推定”医疗机构过错的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第58条 患者有损害，因下列情形之一的，推定医疗机构有过错：

- （一）违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定；
- （二）隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料；
- （三）伪造、篡改或者销毁病历资料。

理解与适用

一、“推定”过错的规定与法理

依据本条规定，患者在诊疗活动中受到损害，有以下三种情形之一的，推定医疗机构有过错：一是违反法律、行政法规、规章以及其他

他有关诊疗规范的规定，二是隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料；三是遗失、伪造、篡改或者违法销毁病历资料。司法解释规定，患者依法向人民法院申请医疗机构提交由其保管的与纠纷有关的病历资料等，医疗机构未在人民法院指定期限内提交的，人民法院可以推定医疗机构有过错，但是因不可抗力等客观原因无法提交的除外。

上述三种情形可以归入两个类型：（1）违法。其包括违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定，还包括违法销毁病历资料。（2）病历相关。其包括隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料和遗失、伪造、篡改或者违法销毁病历资料。现代侵权责任法理论认为，行为违法可以直接认定行为人有过错，因为行为人知道或者应当知道广义的法及其相关的义务要求。在知道或者应当知道自己的法定义务而不履行此等义务时，行为人当然有过错。

《医疗机构病历管理规定》第2条 病历是指医务人员在医疗活动过程中形成的文字、符号、图表、影像、切片等资料的总和，包括门（急）诊病历和住院病历。”在规定的期限内保存病历，保持病历的完整性、准确性和真实性，在必要时及时提供病历，这些都是医疗机构的基本义务。《医疗机构病历管理规定》第14条 医疗机构应当严格病历管理，任何人不得随意涂改病历，严禁伪造、隐匿、销毁、抢夺、窃取病历。”第29条 门（急）诊病历由医疗机构保管的，保存时间自患者最后一次就诊之日起不少于15年；住院病历保存时间自患者最后一次住院出院之日起不少于30年。”违反这些法定义务，当然应当被认为有过错。

二、对本条“推定”过错的理解

对于本条规定的“推定”过错，学术界一般不认为是《侵权责任法》第6条第2款或者《民法典》第1165条第2款所规定的过错推定，而较倾向于认为是判断（认定）过错的法定事项或标准：在出现本条规定的三种情况之一时，即可认定医疗机构有过错，而不必再采用其他方式或途径证明其过错。同时，这种“推定”或认定是不可反证的：医疗机构不得以其他方式或途径来证明自己一方尽管违反了法律、行政法规或规章（或者尽管在病历处置上不当），也没有过错。如果一定要认为本条规定的“推定医疗机构有过错”也是一种过错推定，那么这样的推定就是一种不可反证的推定。

第一千二百二十三条

因药品、消毒产品、医疗器械的缺陷，或者输入不合格的血液造成患者损害的，患者可以向药品上市许可持有人、生产者、血液提供机构请求赔偿，也可以向医疗机构请求赔偿。患者向医疗机构请求赔偿的，医疗机构赔偿后，有权向负有责任的药品上市许可持有人、生产者、血液提供机构追偿。

本条主旨

本条是关于药品、消毒药剂、医疗器械的缺陷，或者输入不合格的血液造成患者损害赔偿责任的规定。

相关条文

《药品管理法》

第2条第2款 本法所称药品，是指用于预防、治疗、诊断人的疾病，有目的地调节人的生理机能并规定有适应症或者功能主治、用法和用量的物质，包括中药、化学药和生物制品等。

第6条 国家对药品管理实行药品上市许可持有人制度。药品上市许可持有人依法对药品研制、生产、经营、使用全过程中药品的安全性、有效性和质量可控性负责。

《侵权责任法》

第59条 因药品、消毒药剂、医疗器械的缺陷，或者输入不合格的血液造成患者损害的，患者可以向生产者或者血液提供机构请求赔偿，也可以向医疗机构请求赔偿。患者向医疗机构请求赔偿的，医疗机构赔偿后，有权向负有责任的生产者或者血液提供机构追偿。

理解与适用

一、医疗产品缺陷、输入不合格血液致人损害概述

（一）医疗产品缺陷

《最高人民法院关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第25条第2款规定：“医疗产品”包括药品、消毒药剂、医疗器械等。

药品属于医疗产品。《药品管理法》规定，药品是指用于预防、治疗、诊断人的疾病，有目的地调节人的生理机能并规定有适应症或者功能主治、用法和用量的物质，包括中药、化学药和生物制品等。

医疗产品缺陷，是指医疗产品具有危及患者或其他人身、财产安全的不合理的危险。由于药品等医疗产品具有国家标准，有缺陷的医疗产品一般都不符合国家有关强制性标准的要求。

（二）不合格血液

本条规定的“血液”是指人类血液。人类血液是流动在人的血管和心脏中的一种红色不透明的黏稠液体。血液由血浆和血细胞组成，主要成分为血浆、血细胞、遗传物质（染色体和基因）。用于输血治疗患者疾病的人类血液包括原浆血液和成分血液。在我国，此等血液由红十字血液中心（血站）专门负责采集、储存、加工和提供。《中华人民共和国献血法》第8条 血站是采集、提供临床用血的机构，是不以营利为目的的公益性组织。设立血站向公民采集血液，必须经国务院卫生行政部门或者省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门批准。血站应当为献血者提供各种安全、卫生、便利的条件。血站的设立条件和管理办法由国务院卫生行政部门制定。”

在本条范围内，不合格血液是指用于输血治疗患者疾病的人类血液不符合医学技术规范的要求，存在危及患者人身安全的缺陷的血液。

（三）侵权责任构成要件

医疗产品责任和输入不合格血液造成患者损害的责任，大致属于产品责任的范畴。医疗产品的生产者（含药品上市许可持有人）、不合格血液的提供者对缺陷医疗产品或不合格血液造成的患者人身损害和财产损失承担无过错责任，医疗机构（如果既不是医疗产品的生产者也不是不合格血液的提供者）大致承担如同一般产品销售者一样的责任。

缺陷医疗产品的生产者（含药品上市许可持有人）和不合格血液

提供者对遭受损害的患者承担赔偿责任，其责任之构成应当符合以下要件：（1）医疗产品存在缺陷或者血液不合格；（2）患者遭受了人身损害或者财产损失；（3）使用有缺陷的医疗产品或者输入不合格血液是造成患者损害的原因。此等侵权责任之构成，不要求缺陷产品的生产者（含药品上市许可持有人）或者不合格血液的提供者有过错。

医疗机构如果被受害的患者选择作为被告，其应当依法先行承担该责任，然后向生产者或提供者等追偿。

二、药品缺陷致人损害的责任主体：药品上市许可持有人与药品生产者

（一）药品上市许可持有人制度概述

由于修改后的《药品管理法》引入了药品上市许可持有人制度，本条法律在责任主体的规定上增加了药品上市许可持有人作为医疗产品（药品）责任的无过错赔偿责任主体。

依据《药品管理法》的有关规定：药品上市许可持有人依法对药品研制、生产、经营、使用全过程中药品的安全性、有效性和质量可控性负责。药品上市许可持有人是指取得药品注册证书的企业或者药品研制机构等。药品上市许可持有人应当依照《药品管理法》的规定，对药品的非临床研究、临床试验、生产经营、上市后研究、不良反应监测及报告与处理等承担责任。药品上市许可持有人的法定代表人、主要负责人对药品质量全面负责。

药品上市许可持有人应当建立药品质量保证体系。药品上市许可持有人可以自行生产药品，也可以委托药品生产企业生产。药品上市许可持有人应当对受托药品生产企业、药品经营企业的质量管理体系进行定期审核，监督其持续具备质量保证和控制能力。血液制品、麻醉药品、精神药品、医疗用毒性药品、药品类易制毒化学品不得委托生产；但是，国务院药品监督管理部门另有规定的除外。

药品上市许可持有人应当建立药品上市放行规程，对药品生产企业出厂放行的药品进行审核，经质量授权人签字后方可放行。不符合国家药品标准的，不得放行。

（二）药品上市许可持有人的无过错责任

如果药品上市许可持有人同时也是缺陷药品的生产者，其应当承担本条规定的无过错责任当无争议。如果药品上市许可持有人不是缺陷药品的生产者，该缺陷药品是由其委托药品生产企业生产的，责任主体如何确定呢？笔者认为，虽然本条法律没有作出直接规定，但是从药品上市许可持有人与生产者的密切关系以及从《药品管理法》实质要求药品上市许可持有人对药品质量“负总责”的立法精神来看，确定二者作为连带责任人承担缺陷药品的损害赔偿 responsibility 较为合适。

需要注意的是，虽然医疗产品（药品）责任、使用不合格血液责任是无过错责任，但是由于医疗产品（药品）的使用、血液的使用都需要经过医疗机构医务人员的诊疗行为方可达成，因此，要特别注意产品责任与医疗损害责任在这些情形下的划分。因医疗机构医务人员过错使用本不应当使用的医疗产品（药品）造成损害，该医疗产品（药品）并没有缺陷的，不构成产品责任，而仅仅是医疗损害责任。

三、患者的请求权与责任主体之间的追偿

依据本条规定，遭受损害的患者可以向药品上市许可持有人、生产者、血液提供机构请求赔偿，也可以向医疗机构请求赔偿。

如果医疗机构是缺陷药品、器材等的生产者，则医疗机构应对其所造成的损害负无过错的赔偿责任；如果医疗机构不是缺陷药品、器械等的生产者或者药品的上市许可持有人，则医疗机构应对其所造成的损害负过错的赔偿责任，即只有在有过错（如未按规定严把进货关，在保存药品过程中有过错等）的情况下才负最终的赔偿责任，否则不承担最终的责任而由缺陷医疗产品的上市许可持有人、生产者承担责任；由于受害的患者很难明确指出缺陷药品、器材的生产者，因而得直接向医疗机构主张医疗产品或者不合格血液致害责任，医疗机构不得推诿，但可于无过错之情形向生产者等追偿。患者向医疗机构请求赔偿的，医疗机构赔偿后，有权向负有责任的药品上市许可持有人、生产者、血液提供机构追偿。

如医疗机构不能指明具体生产者，则应作为生产者承担医疗产品责任。

第一千二百二十四条

患者在诊疗活动中受到损害，有下列情形之一的，医疗机构不承担赔偿责任：

（一）患者或者其近亲属不配合医疗机构进行符合诊疗规范的诊疗；

（二）医务人员在抢救生命垂危的患者等紧急情况下已经尽到合理诊疗义务；

（三）限于当时的医疗水平难以诊疗。

前款第一项情形中，医疗机构或者其医务人员也有过错的，应当承担相应的赔偿责任。

本条主旨

本条有两款。第1款是关于医疗机构不承担赔偿责任的三种情形的规定。第2款是关于医疗机构或者医务人员也有过错应当承担相应责任的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第60条 患者有损害，因下列情形之一的，医疗机构不承担赔偿责任：

（一）患者或者其近亲属不配合医疗机构进行符合诊疗规范的诊疗；

（二）医务人员在抢救生命垂危的患者等紧急情况下已经尽到合理诊疗义务；

（三）限于当时的医疗水平难以诊疗。

前款第一项情形中，医疗机构及其医务人员也有过错的，应当承

担相应的赔偿责任。

理解与适用

一、一般免责事由与特别免责事由

《民法典》第180-182条规定了不承担民事责任的一般抗辩事由，第1173条-1177条规定了不承担或者减轻侵权责任的抗辩事由。这些规定，根据具体情况，有可能适用于医疗损害赔偿案件，医疗机构因而不承担赔偿责任或者减轻其赔偿责任。

本条对医疗机构不承担侵权责任的三种情况作出了规定，同时规定，在患者（及其近亲属）与医疗机构均有过错的情况下，医疗机构应当承担相应赔偿责任。本条规定承继了《侵权责任法》第60条的规定。

二、患者或者近亲属不配合诊疗

医患之间在治疗过程中应当相互配合，以期达到理想的治疗效果。如果患者及其近亲属不配合医疗机构符合规范的诊疗活动导致损害的发生，那么就可以推定其主观上存在过错，患者就要对自己的行为承担责任，医疗机构可以不承担责任。本条的这一规定与《民法典》第1173条和第1174条的精神完全一致。

三、紧急情况下尽到合理诊疗义务

对患者进行紧急救治是医疗机构及医务人员的基本职责。虽然在诊疗过程中，患者的身体有可能受到不同程度的损害，但如果同时满足以下两个要件，医疗机构对患者所造成的损害不承担责任。

1. 医务人员处在抢救生命垂危的患者这样的紧急情况下

在这里，“紧急情况”应该包含时间上的紧急性和决断上的紧急性两层含义：一方面，医务人员的诊疗时间非常短暂，难以在技术上作出全面、细致的考量；另一方面，患者常常情况危急如生命垂危，必须迅速作出决断。这种状态必须实际存在，否则，基于假象的危险造成损害后果的，医疗机构仍要承担责任。

2. 医疗机构能够证明其在医疗活动中已经尽到了合理的诊疗义务

虽然在紧急的情况下，医务人员对患者的病情无法作出详细的检查和诊断，对其注意程度的要求理应低于一般的医疗情形，但是医务人员依然应当作出与紧急情况相匹配的合理的诊疗。同时，诊疗合理的举证责任应当由医疗机构承担，如果不能证明，医疗机构仍然难以免除赔偿责任。

四、当时医疗水平限制

医疗机构及医务人员在对患者进行诊疗时，并不负担保证治愈的义务。况且，在医学领域，限于人类的认识水平，并非所有的疾病在当下都可以获得有效的治疗。对于相对复杂的疾病，如果医疗机构及医务人员已经尽到了与当时医疗水平相应的诊疗义务，即使由于当时的医疗水平有限给患者造成了新的损害，医疗机构并不承担责任。

五、医疗机构的比较过错责任

本条第1款第1项虽然规定了医疗机构对于诊疗活动中造成的损害不承担责任的情形，但是这种不承担责任的抗辩事由之成立是建立在医疗机构没有过错的基础上的。如果患者或者其近亲属不配合医疗机构进行符合诊疗规范的诊疗，医疗机构或者医务人员同时也有过错的，则应当在比较过错的基础上承担相应的赔偿责任。

这里的比较过错，是患者一方的过错与医疗机构、医务人员的过错进行比较。如果患者一方的过错大、对损害发生所起的作用大，医疗机构应当承担的“相应的赔偿责任”在损害后果中所占份额或比例就比较小；相反，则比较大。

第一千二百二十五条

医疗机构及其医务人员应当按照规定填写并妥善保管住院志、医嘱单、检验报告、手术及麻醉记录、病理资料、护理记录等病历资料。

患者要求查阅、复制前款规定的病历资料的，医疗机构应当及时提供。

本条主旨

本条有两款。第1款是关于医疗机构及其医务人员应当按照规定填写并妥善保管病历资料的规定。第2款是关于查阅、复制病历资料的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第61条 医疗机构及其医务人员应当按照规定填写并妥善保管住院志、医嘱单、检验报告、手术及麻醉记录、病理资料、护理记录、医疗费用等病历资料。

患者要求查阅、复制前款规定的病历资料的，医疗机构应当提供。

理解与适用

一、附随义务与行为规范

医患之间的诊疗关系，本身也是一种以“手段债务”为基本内容的专家服务合同。从合同法的原理和规定考虑，本条不属于给付义务的内容，而属于附随义务的内容。基于本条不产生独立的给付义务，但是在诊疗活动中，医疗机构及其医务人员应当按照规定填写病历资料并在法律法规规定的期限内妥善保管此等病历资料。“填写”和“保

管”的义务附属于作为主给付义务的诊疗行为。就患者一方“查阅”“复制”的权利和医疗机构应当“提供”的义务而言，也具有附随性：只有在存在诊疗关系的前提下，才可以主张“查阅”“复制”，才产生“提供”的义务。

从侵权责任的角度考虑，本条不构成独立的裁判规则而只构成对医疗机构的行为规定：医疗机构应当填写并妥善保管，在患者一方请求“查阅”“复制”时应当及时提供。

二、关于填写、保管病历资料以及查阅、复制和提供病历资料的具体规定

《医疗机构病历管理规定》对病历的内容、填写的格式等规范作出了具体规定，也对病历资料的保存单位、保存期限等作出了明确规定；对有权请求查阅、复制的主体作出了明确规定，对查阅复制的费用也作出了具体规定。适用本条，应当参考《医疗机构病历管理规定》的具体内容。

第一千二百二十六条

医疗机构及其医务人员应当对患者的隐私和个人信息保密。泄露患者的隐私和个人信息，或者未经患者同意公开其病历资料的，应当承担侵权责任。

本条主旨

本条是关于保护患者隐私和个人信息的规定，侵害患者隐私和个人信息等应当承担侵权责任的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第62条 医疗机构及其医务人员应当对患者的隐私保密。泄露患者隐私或者未经患者同意公开其病历资料，造成患者损害的，应当承担侵权责任。

理解与适用

一、患者隐私和个人信息的保护

任何自然人的隐私和个人信息都受到法律保护，对此，《民法典》第110条、第111条和第1032条、第1033条以及第1035条第2款作出了明确规定。由于在诊疗活动中，医疗机构和医务人员更容易获得患者的个人隐私包括极度私密的个人信息，因此法律设专门条文对患者的隐私和个人信息予以保护，规定医疗机构侵害患者隐私和个人信息等应当承担侵权责任。

需要提出的是，有关的医事法律法规都对保护患者隐私和个人信息作出了规定。《执业医师法》第22条规定，医师在执业活动中应当履行保护患者隐私的义务。《传染病防治法》第12条规定，疾病预防控制机构、医疗机构不得泄露涉及个人隐私的有关信息、资料。《精神卫生法》第23条规定，心理咨询人员应当尊重接受咨询人员的隐

私，并为其保守秘密。

二、侵害患者隐私和个人信息的侵权责任

本条规定，泄露患者隐私和个人信息或者未经患者同意公开其病历资料，应当承担侵权责任。此处的损害赔偿责任之构成要件包括：（1）医疗机构或者医务人员有泄露患者隐私和个人信息，或者未经患者同意公开其病历资料的行为（加害行为）；（2）患者遭受损害，包括精神损害和相关的财产损失；（3）加害行为与患者受到的损害之间存在因果关系。此外，此等侵权责任适用过错责任原则，即医疗机构或者医务人员对于实施加害行为存在过错。法律条文没有对损害要件作出规定，应当从两个方面理解：（1）作为一般侵权行为责任，其侵权构成要件需要符合《民法典》第1165条的要求；（2）对隐私、名誉等侵害造成的损害，特别是精神损害部分，是可以由法官在具体案件中依据常理确认，而无须由侵权人进行实际举证的，即所谓“名义上的损害”。

隐私是指自然人的私人生活安宁和不愿意为他人知晓的私密空间、私密活动和私密信息（《民法典》第1032条）。涉及患者隐私的往往是其私密信息。病历资料大多属于患者的私密信息，是隐私权保护的内容。

隐私权有一个很重要的法律特征，即作为权利主体的自然人对其保护的内容之支配性。基于这一支配性，自然人可以同意向特定的或者不特定的人公开部分私密信息，同意他人介入自己的私人生活、介入自己的私人空间或者了解自己的私人活动。对于私密信息而言，作为权利主体的自然人有权决定是否公开、向谁公开、可否进一步传播等。在其同意范围和限度内，公开和传播其私密信息，不构成侵权。

因此，本条规定“未经患者同意”的泄露或者公开才构成对患者隐私权等的侵害，应当承担侵权责任。反之，如果是经过患者同意的，则不构成侵权；此外，依法向有关部门报告病情疫情以及向司法部门依正当程序提供患者的私密信息或者病历资料，也不构成侵权，不承担侵权责任。

本条没有对承担责任的主体作出明确规定，是仅限于医疗机构抑或还包括行为人的个人责任？笔者倾向于认为，医疗机构当然应当承担相应侵权责任，行为人个人也应承担过错责任。

本条规定的“侵权责任”包括但是不限于赔偿责任，还包括其他适

当的侵权责任方式，如停止侵害、赔礼道歉等。

第一千二百二十七条

医疗机构及其医务人员不得违反诊疗规范实施不必要的检查。

本条主旨

本条是关于不得实施不必要的检查的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第63条 医疗机构及其医务人员不得违反诊疗规范实施不必要的检查。

理解与适用

本条承继《侵权责任法》第63条的规定，是一条行为规范，即禁止医疗机构及其医务人员违反诊疗规范实施不必要的检查。

本条不是裁判规则，不能依据本条独立裁判案件。因为本条没有规定侵权责任的构成要件等实质内容，所以无法依据本条独立裁判侵权案件。

第一千二百二十八条

医疗机构及其医务人员的合法权益受法律保护。

干扰医疗秩序，妨碍医务人员工作、生活，侵害医务人员合法权益的，应当依法承担法律责任。

本条主旨

本条有两款。第1款是关于医疗机构及其医务人员的合法权益受法律保护的规定。第2款是关于干扰医疗秩序，妨害医务人员工作、生活应当依法承担法律责任的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第64条 医疗机构及其医务人员的合法权益受法律保护。干扰医疗秩序，妨害医务人员工作、生活的，应当依法承担法律责任。

理解与适用

一、医疗机构及其医务人员的合法权益受法律保护

本条第1款是一条法律价值和立法政策宣示性的规定。依据本条规定，医疗机构的合法权益受法律保护。医疗机构的合法权益包括其作为民事主体享有的财产权和人身权以及依法从事医疗服务的权利等。医务人员的合法权益包括他们作为民事主体享有的各种民事权利和合法权益，以及作为医务人员享有的职业、劳动、社会保障等方面的权利。医疗机构和医务人员享有的各种权利在《民法典》以及相关的法律法规和规章中有明确的规定，本条没有规定新的或特别的权利，而是对其享有的各种权利进行提示，宣示其受到法律保护。

二、“医闹”者应当依法承担法律责任

干扰医疗秩序、妨害医务人员工作和生活的行为，俗称“医闹”行为。“医闹”行为对医疗机构的正常秩序以及医务人员的工作和生活造成妨害，甚至造成人身损害和财产损失。因此，法律禁止“医闹”行为，追究“医闹”者的法律责任。

本条第2款可以理解为一个指引性条款，即将“医闹”行为指向多种法律责任：本条第2款规定的“应当依法承担法律责任”包括刑事责任、行政法律责任和民事法律责任。根据“医闹”行为的性质以及造成损害的严重程度等确定行为人应当承担何种法律责任。本条第2款也可以理解为一款行为规范而非裁判规则，该款法律本身不构成独立的裁判规则，无法单独引用这一规定裁判案件，确定行为人应当承担的法律责任。

第七章

环境污染和生态破坏责任

【本章概述】本章是关于环境污染和生态破坏侵权责任的规定，一共7个条文（第1229条-第1235条）。第1229条是关于环境污染和生态破坏侵权责任的一般规定，两种侵权行为造成他人损害的，应当依据本条的规定承担无过错责任。第1230条规定了侵权人的两种举证责任。第1231条规定了两个以上侵权人污染环境、破坏生态造成他人损害的按份责任。第1233条规定了因故意的惩罚性赔偿责任。第1233条规定了因第三人过错造成损害的侵权责任承担。第1234条和第1235条分别规定了生态环境损害之生态修复的公益诉讼和生态环境损害之损害赔偿的国家利益诉讼。本章将环境污染和生态破坏作为并列侵权行为，侵权人同样承担无过错责任。除了增加“破坏生态”这种侵权行为外，第1229条-第1233条与《侵权责任法》第八章第65条-第68条的内容大致相同。本章一个重要的发展是增加了生态环境损害之生态修复责任和生态环境损害之损害赔偿两条规定。在这两条规定中，“国家规定的机关”需要在解释论上加以厘清。

第一千二百二十九条

因污染环境、破坏生态造成他人损害的，侵权人应当承担侵权责任。

本条主旨

本条是关于环境污染和生态破坏侵权责任的一般规定。

相关条文

《侵权责任法》

第65条 因污染环境造成损害的，污染者应当承担侵权责任。

《环境保护法》

第64条 因污染环境和破坏生态造成损害的，应当依照《中华人民共和国侵权责任法》的有关规定承担侵权责任。

理解与适用

一、污染环境、破坏生态概述

（一）环境与污染环境

1. 环境的概念

“环境”一词含义颇广，如投资环境、工作环境、生活环境等。“环”者，四周也；“境”者，状况也。环境即主体四周的各种情况。环境，是指对人类生存与发展具有影响的周围自然因素。《环境保护法》第2条规定：“本法所称环境，是指影响人类社会生存和发展的各种天然的和经过人工改造的自然因素的总体，包括大气、水、海洋、土地、矿藏、森林、草原、湿地、野生动物、自然遗迹、人文遗迹、自然保护区、风景名胜区、城市和乡村等。”

环境的特征包括：（1）对人类生存与发展具有影响；（2）由自然因素构成；（3）可划分为天然的自然因素与经过人工改变的自然因素两类。

2.污染环境

人类对环境的基本要求是适宜人类生存和发展，即环境的品质达到相应的环境质量标准。适于人类生存和发展的自然因素的总体，我们称之为优良环境；不适于人类生存和发展的自然因素的总体，我们称之为恶劣环境；引起自然因素总体的不良变化，我们称之为环境污染或环境破坏。污染环境作为一种侵权行为，是指自然人、法人或者非法人组织向周围环境排放污染物导致自然因素总体不良变化的行为。

（二）生态与破坏生态

1.生态的概念

生态是指一切生物的生存状态，以及生物之间、生物与无机环境之间环环相扣的关系。自然界的生态，追求物种多样性，以此来维持自然生态系统的平衡发展。人类处在整个自然界的生态系统中，对生态进行保护以维持自然生态系统的平衡发展，也就是对人类生存和发展环境的保护。

2.破坏生态

生态破坏（ecology destroying）是人类社会活动引起的生态退化及由此衍生的环境效应，导致了环境结构和功能的变化，对人类生存发展以及环境本身发展产生不利影响的现象。生态破坏主要包括：水土流失、沙漠化、荒漠化、盐碱化、森林锐减、土地退化、生物多样性的减少，此外还有湖泊的富营养化、地下水漏斗、地面下沉等。需要注意的是，破坏生态行为与污染环境行为在行为方式上是不同的。污染环境强调对自然系统的“排入”（排放污染物质），破坏生态强调对自然系统的“索取”（为获取自然资源而改变了自然的结构和状态）^[1]。

二、污染环境、破坏生态的侵权责任

（一）制度建设与发展

《侵权责任法》仅仅规定了污染环境致人损害的侵权责任。党的

十八大报告提出了建设生态文明的目标。生态文明是以人与自然、人与人、人与社会和谐共生、良性循环、全面发展、持续繁荣为基本宗旨的社会形态。生态文明是“五位一体”总体布局的重要组成部分。新时代对于环境、生态侵权制度提出了更高的要求。2014年修订的《环境保护法》增加了破坏生态的侵权行为，并规定应当依照《侵权责任法》的有关规定承担侵权责任。《民法典》对污染环境和破坏生态造成损害的侵权责任作出了并列的规定：因污染环境、破坏生态造成他人损害的，侵权人应当承担侵权责任。虽然污染环境和破坏生态在侵权行为方式上存在着较为明显的差异，但是《民法典》原则上对于这两种侵权行为是一体对待的。这主要是考虑到污染环境和破坏生态都是环境侵权的“原因行为”，二者在本质上存在着共性，如损害过程的间接性（以自然要素为媒介而产生对人身和财产的损失）、累积性（往往经过一段时间的累积作用才发生损害后果）。

（二）归责原则

污染环境造成他人损害的，侵权人承担无过错责任。这是国际公认的法律原则，也被我国《侵权责任法》《民法典》等法律所确认，学界没有争议。理由是：（1）在污染环境侵权案件中适用无过错责任的归责原则，是当代世界各国环境保护立法和侵权行为法的基本趋势，我国民事法律与国际接轨，必须顺应这一趋势。（2）有利于强化污染环境者的法律责任，促进其履行保护环境的法律义务，严格控制和积极治理污染。（3）更有利于保护受害人的合法权益，减轻受害人的举证责任。在环境侵权案件实务中，举证证明污染者的过错是十分困难的，尤其是在污染者在法定标准以下排放污染物的情况下，对于污染者过错的证明尤其困难。（4）有利于简化诉讼程序，及时审结案件。

对于破坏生态导致损害的侵权行为是否也应当适用无过错责任原则进行归责，学界曾有一定争议。^[2]笔者认为，破坏生态侵权责任应该同样适用无过错责任原则：第一，破坏生态与污染环境都是环境侵权的具体侵权行为方式。第二，虽然新《环境保护法》第64条仅规定依照《侵权责任法》的有关规定承担侵权责任，但是对此应该理解为依照《侵权责任法》中关于环境侵权的特殊规定承担侵权责任。而原《侵权责任法》对于环境侵权的特殊规定为：环境侵权适用无过错责任原则。第三，破坏生态侵权与污染环境侵权的共性要求其适用无过错责任原则。“二者都是对自然的不合理利用，‘是环境问题的两种表现形式，互为因果’。二者在致害过程和适用特殊规则的内在机理上都高度相似。换言之，污染环境侵权适用无过错责任原则的理由，在破坏生态侵权中都能得到满足。”第四，相较于污染环境，破坏生态的

行为“难度”更大，破坏生态一方的“能力要求”也越高，诉讼双方的地位失衡更为明显。因此，在一定程度上，破坏生态侵权行为适用无过错责任原则的理由甚至更为充分。^[3]依据本条规定，污染环境侵权行为和破坏生态侵权行为都一体适用无过错责任原则。

（三）构成要件

依据本条规定，构成环境污染和（或）生态破坏侵权责任需要符合三个要件：（1）侵权人实施了污染环境或者破坏生态的行为；（2）存在损害；（3）污染环境或者破坏生态的行为与损害之间存在因果关系。由于适用无过错责任原则，责任之构成不要求侵权人有过错。

本条中的“损害”有两层含义。从狭义上讲，本条中的“损害”和原《侵权责任法》第65条中的“损害”一样，仅指他人的人身损害和财产损失。但是，从广义上讲，本条中的损害还包括“环境被污染”“生态被破坏”这一损害本身。这是对《民法典》第1234条和第1235条进行系统解释的结论。《民法典》第1234条和第1235条规定了造成环境被污染、生态被破坏本身的侵权责任。既然环境被污染、生态被破坏的责任也在《民法典》环境污染和生态破坏责任一章项下作出了规定，那么对本条规定的“损害”理应作上述广义理解。

注释：

[1]金瑞林，主编.环境法学.北京：北京大学出版社，2013:10；薄晓波.生态破坏侵权责任研究.北京：知识产权出版社，2013:23-24.

[2]陈海嵩.论环境法与民法典的对接.法学，2016（6）：69-71；张宝.环境侵权归责原则之反思与重构——基于学说和实践的视角.现代法学，2011（4）：89.

[3]张新宝，汪榆森.污染环境与破坏生态侵权责任的再法典化思考.比较法研究，2016（5）.

第一千二百三十条

因污染环境、破坏生态发生纠纷，行为人应当就法律规定的不承担责任或者减轻责任的情形及其行为与损害之间不存在因果关系承担举证责任。

本条主旨

本条是关于行为人对不承担责任或者减轻责任的情形及其行为与损害之间不存在因果关系承担举证责任的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第66条 因污染环境发生纠纷，污染者应当就法律规定的不承担责任或者减轻责任的情形及其行为与损害之间不存在因果关系承担举证责任。

理解与适用

一、本条的结构与基本含义

本条基本承继了《侵权责任法》第66条，增加了破坏生态的相关内容。从具体内容看，本条规定了行为人两项举证责任：一是对不承担责任或者减轻责任的情形承担举证责任，二是对行为与损害之间不存在因果关系承担举证责任。

按照谁主张、谁举证的原则，作为被告的污染环境行为人或者破坏生态行为人，如果主张不承担责任或者减轻责任，就应当对与此相对应的法律规定和事实进行举证。因此，第一项举证责任的规定并无特殊意义。而且，在一个法域内，法官当然应当知晓该法域的法律规定。只有在一些国家的涉外民事诉讼中，外国法可能被作为“事实”，要求相关当事人进行举证。因此，本条规定的行为人“应当就法律规定的不承担责任或者减轻责任的情形”承担举证责任，实际上是重申

了“谁主张、谁举证”的原则。

但是，在一定意义上，本条的这一规定仍然具有规范意义。在民事诉讼中，举证责任和证明过程虽然大体遵循“谁主张、谁举证”的基本原则，但在司法实践和审判过程中，这一举证过程却不是绝对的，在举证责任方面，实际上会依据优势证明力的规则而在诉讼双方之间不断转移，直到达到法定的，或者是法官自由心证所要求的证明标准。从这一意义上说，本条所作的“行为人应当就法律规定的不承担责任或者减轻责任的情形”承担证明责任的规定，就对行为人施加了更为沉重的证明责任，即证明责任更容易地移转到行为人一方，甚至直接对行为人课以这一证明责任。

二、关于因果关系推定及其相关理论

（一）因果关系推定的理解

因果关系是一切侵权责任的构成要件，只有在侵权行为（或者准侵权行为）与损害之间存在法律所认可的因果关系的情况下，行为人（准侵权人）才承担侵权责任。绝大多数情况下，法律要求主张损害赔偿的被侵权人承担存在此等因果关系的举证责任。但是，本条作出了不同的规定，要求行为人应当就其行为与损害之间不存在因果关系承担举证责任。行为人能够证明其行为与损害之间不存在因果关系的，则因为缺乏因果关系要件，而不承担侵权责任。如果行为人拒绝对其行为与损害之间不存在因果关系承担举证责任，或者不能证明其行为与损害之间不存在因果关系，则认定存在因果关系。结合其他构成要件，行为人要对损害承担侵权责任。

本条是对因果关系推定的规定：法律推定因果关系存在，但是给行为人一个反证证明其行为与损害之间不存在因果关系的机会。如果行为人能够证明其行为与损害之间不存在因果关系，则不承担侵权责任；反之，则应当承担侵权责任。《民法典》仅仅本条规定了因果关系推定。法律规定因果关系推定，加重了行为人的举证负担，也增大了侵权责任确定的概率。在立法政策上，向被侵权人利益作出倾斜，更侧重于保护被侵权人的利益。

在理论上，因果关系推定，或者说，因果关系举证责任倒置，会产生两个效果。一是“使得整个证明过程更易启动。因果关系成立与否的证明过程，不是一蹴而就、一步到位的，而是在原、被告双方之间不断移转证明的责任，最终由法官形成自由心证的过程。举证责任的分配只是整个证明活动的开端。在因果关系举证责任倒置下，当被

告就因果关系不成立进行了一定程度的证明、法官形成了一定程度的内心确信之后，相应的证明因果关系成立的责任就落在了原告身上。证明责任的不断移转贯穿着整个举证、质证过程”^[1]。这一点已经为司法解释所明确。

二是“当因果关系是否存在难以确定时判定因果关系在事实层面成立。举证责任的另一个后果是，如果在双方举证、质证之后，待证事项是否成立仍然无法确定，则由负有举证责任的一方承担不利的诉讼后果。不过，在侵权法因果关系的证明上，问题可能更复杂一些。侵权法上的因果关系问题包含了两种完全不同的法律问题，一是因果关系在事实上是否成立，即事实上的因果关系；二是侵权人对损害在多大范围内承担侵权责任，即法律上的因果关系。需要指出的是，证据层面所要解决的始终是事实上的因果关系问题，而与法律上的因果关系无关。质言之，在因果关系举证责任倒置下，即使被告不能证明因果关系不成立，进而认定因果关系成立，这一成立也只是事实层面的成立，并不意味着被告一定会承担侵权责任。在事实因果关系成立的情况下，法官仍有可能认为其并不构成法律上的因果关系。之所以在事实因果关系之外，仍要求成立法律上的因果关系，目的就在于‘通过法政策判断，对责任进行理性限定’。”^[2]因果关系举证责任倒置的这一特性，还没有引起理论研究与实务部门的充分认识。

最高人民法院有关负责人指出：“环境污染侵权行为具有复杂性、技术性强、信息不对称等特点，为充分保护被侵权人的合法权益，侵权责任法第六十六条规定了因果关系的举证责任倒置原则，即由污染者就法律规定的不承担责任或者减轻责任的情形及其行为与损害之间不存在因果关系承担举证责任。但是，因果关系的举证责任倒置并不意味着被侵权人不承担任何举证责任。对此，本《解释》第六条作出明确规定：被侵权人请求环境损害赔偿时，应当提供证明以下事实的证据材料：第一，污染者排放了污染物，即污染者实施了排污行为；第二，被侵权人的损害结果，即被侵权人有损害事实；第三，污染者排放的污染物或者其次生污染物与损害结果之间具有关联性。需要注意的是，人民法院对被侵权人就污染行为与损害结果之间存在因果关系的举证责任要求非常低，只需要证明两者之间存在关联性即可。”^[3]

司法解释规定：“污染者举证证明下列情形之一的，人民法院应当认定其污染行为与损害之间不存在因果关系：（一）排放的污染物没有造成该损害可能的；（二）排放的可造成该损害的污染物未到达该损害发生地的；（三）该损害于排放污染物之前已发生的；（四）其他可以认定污染行为与损害之间不存在因果关系的情形。”^[4]

（二）污染环境、破坏生态侵权案件中几种因果关系理论介绍

1. 盖然因果关系说

盖然因果关系说又称或然因果关系说，其基本含义是：受害人只需证明侵害行为引起损害的可能性达到一定程度，即可推定因果关系之存在。其在污染环境、破坏生态致人损害案件中的具体运用是，被侵权人只需证明：（1）行为人有污染该地区（损害发生地）的行为（通常为排污行为）或者破坏生态的行为；（2）在该地区有众多同样损害之发生。盖然因果关系说是从行为人与被侵权人的经济地位的差别来考虑因果关系之证明的。一般说来，行为人较之被侵权人处于经济地位上的优势，因此行为人更有能力承担损害后果（赔偿）。由于这一证明方法具有较强的主观性，因而应允许行为人对因果关系之不存在提出反证。

2. 社会流行病学的证明方法

社会流行病学的证明方法亦称疫学的因果关系证明方法^[5]，其基本含义是：“就疫学上可能考虑的若干因素，利用统计的方法，调查各因素与疫病之间的关系，选择相关性较大的因素，对其作综合研究，由此判断其与结果之间有无关系。”^[6]被侵权人采用社会流行病学的证明方法，应当证明：（1）该污染物质在发病前曾发生作用；（2）该污染物质质量的增加与发病率呈正比例关系；（3）该污染物质质量的减少与发病率呈负比例关系；（4）该污染物质可能导致该疾病的结论与科学和医学规律不存在矛盾。这种证明方法为许多西方国家的侵权行为法或司法实践所接受，它主要适用于污染环境致人健康损害（产生疫病）的案件。

3. 间接反证法

间接反证法又称举证责任倒置或者因果关系推定。按传统的因果关系理论及证明规则，应由被侵权人对因果关系之存在进行充分的证明，但根据间接反证法，如果被侵权人能证明因果关系锁链中的一部分事实，就推定其他事实存在，而由行为人承担证明其不存在的责任。^[7]例如，在环境污染、生态破坏导致的人身损害的侵权案件中，被侵权人只需证明：（1）行为人具有排放污染物质的行为或者破坏生态的行为；（2）被侵权人曾接触或暴露于污染物质或者被破坏的生态环境；（3）被侵权人在接触、暴露于污染物质或者受到破坏的生态环境之后受到损害（如生病）。在被侵权人对因果关系的大致框架进行证明后，举证责任便转移到侵权人一方，由其证明因果关系的某一锁链环节不存在并进而证明因果关系不存在；否则，即推定因果

关系存在。

注释：

[1]张新宝，汪榆森.污染环境与破坏生态侵权责任的再法典化.比较法研究，2016（5）.

[2]张新宝，汪榆森.污染环境与破坏生态侵权责任的再法典化.比较法研究，2016（5）.

[3]最高人民法院研究室负责人就《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》答记者问.中国法院网<https://www.chinacourt.org/article/detail/2015/06/id/1639599.shtml>. [2020-01-22].

[4]《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第7条。

[5]刘士国.论侵权责任中的因果关系.法学研究，1992（2）.

[6]钱水苗.污染环境侵权民事责任的特点.杭州大学学报，1993（6）.

[7]王利明，主编.民法侵权行为法.北京：中国人民大学出版社，1993:458.

第一千二百三十一条

两个以上侵权人污染环境、破坏生态的，承担责任的大小，根据污染物的种类、浓度、排放量，破坏生态的方式、范围、程度，以及行为对损害后果所起的作用等因素确定。

本条主旨

本条是关于数个侵权人承担污染环境、破坏生态责任的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第67条 两个以上污染者污染环境，污染者承担责任的大小，根据污染物的种类、排放量等因素确定。

《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》

第2条 两个以上污染者共同实施污染行为造成损害，被侵权人根据侵权责任法第八条规定请求污染者承担连带责任的，人民法院应予支持。

第3条 两个以上污染者分别实施污染行为造成同一损害，每一个污染者的污染行为都足以造成全部损害，被侵权人根据侵权责任法第十一条规定请求污染者承担连带责任的，人民法院应予支持。

两个以上污染者分别实施污染行为造成同一损害，每一个污染者的污染行为都不足以造成全部损害，被侵权人根据侵权责任法第十二条规定请求污染者承担责任的，人民法院应予支持。

两个以上污染者分别实施污染行为造成同一损害，部分污染者的污染行为足以造成全部损害，部分污染者的污染行为只造成部分损害，被侵权人根据侵权责任法第十一条规定请求足以造成全部损害的污染者与其他污染者就共同造成的损害部分承担连带责任，并对全部损害承担责任的，人民法院应予支持。

第4条 两个以上污染者污染环境，对污染者承担责任的大小，人民法院应当根据污染物的种类、排放量、危害性以及有无排污许可证、是否超过污染物排放标准、是否超过重点污染物排放总量控制指标等因素确定。

理解与适用

一、数个侵权人按份责任的份额之确定

（一）确定份额的要素

依据本条规定，数个侵权人污染环境或破坏生态，其承担责任的大小即责任份额根据污染物的种类、浓度、排放量、破坏生态的方式、范围、程度，以及行为对损害后果所起的作用等因素确定。这是关于按份责任的规定，与《民法典》第1172条规定的精神一致，或者说是第1172条在污染环境、破坏生态侵权责任中的具体运用。

虽然本条列举了污染物的种类、浓度、排放量、破坏生态的方式、范围、程度以确定不同侵权人的责任份额，但是最重要的是“行为对损害后果所起的作用”这一因素。如果排污的种类相同、浓度相同，排污的不同排放量则对损害发生所起作用不一样，进而确定排放量多的应当承担更大份额的责任，排放量少的则应承担较小份额的责任。以此类推浓度、破坏生态的方式、范围和程度等，都可以得出符合本条规定的结论。在浓度、污染物的排放量等均不相同的情况下，则可以通过换算、折算等方式认定各侵权人的污染行为或破坏行为对损害发生的原因力，进而确定他们各自应当承担的责任比例或者份额。

由此可见，本条规定的具体考虑因素实际上对于“原因力”要素的具体化。需要注意的是，本条的立法精神实际上改变了相关司法解释的规定。《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第4条规定：“两个以上污染者污染环境，对污染者承担责任的大小，人民法院应当根据污染物的种类、排放量、危害性以及有无排污许可证、是否超过污染物排放标准、是否超过重点污染物排放总量控制指标等因素确定。”其中，“有无排污许可证、是否超过污染物排放标准”等因素并不是对行为原因力大小的判断因素，而是对行为人是否具有过错的判断因素。因此，原司法解释的相关规定实际上是将原因力大小和过错大小共同作为判断责任份额的考量因素。但是，《民法典》本条的规定改变了这一做法，本条基本摒弃

了“过错大小”对于责任份额的影响，而是仅考虑原因力大小这一衡量因素。需要注意的是，虽然本条的规定在字面上仍然使用了“等”的表述，但是应当理解为，原则上仅以原因力大小作为判断责任份额的依据。这在一定程度上对于被侵权人的权益进行了倾斜。因为行为人原则上不得再以没有过错或者过错较小作为理由而承担较小的责任。

此外，还需要注意，对于本条的适用不能机械地理解为直接由数个行为人依据原因力大小的比例，成比例地对于损害后果承担100%的责任，例如，三个侵权人的原因力相同，则每一个行为人各承担1/3的侵权责任，而是要理解为：在能够明确每个侵权行为人的行为所导致的损害范围（或可能性）的情况下，该行为人对于该部分损害都要承担侵权责任。这就意味着在一定的范围内，可能有数个行为人对于该部分损害承担实质上的“连带责任”。例如，三个侵权人的原因力相同，但是每一个侵权人的行为实际上都可以造成60%的损害（即，存在80%的损害重叠），那么每一个侵权人都要对该60%的损害承担侵权责任，而不是仅仅承担1/3损害的侵权责任。这在相关司法解释中得到了一定的确认。

（二）理论观点

在环境污染、生态破坏致人损害的因果关系认定中，多因一果的因果关系形态经常出现。例如，数家工厂都向某一河流排污，河水被污染，饮用该河流河水的居民因此而感染某种疾病。于此情形，多个行为共同造成同类污染并致人损害，但受害人不能确切地指明谁为实际侵权行为人。学者多认为，受害人只需证明“分别存在时间、地域和致损（害）物质的同一性，则可成立共同侵权行为的推定”^[1]。这种推定允许行为人提出反证，如果任何一个行为人能证明自己未在同一时间或同一地点排污，或者排出的致人损害的物质为另一种物质，则不承担共同侵权的责任。如果行为人不能提出反证，则全体行为人应按照排污量的比例分担责任或者平均负担赔偿责任。^[2]

二、不适用按份责任的两种情况

（一）司法解释规定的三种适用连带责任的情况

司法解释规定了三种不适用按份责任而适用连带责任的情况：

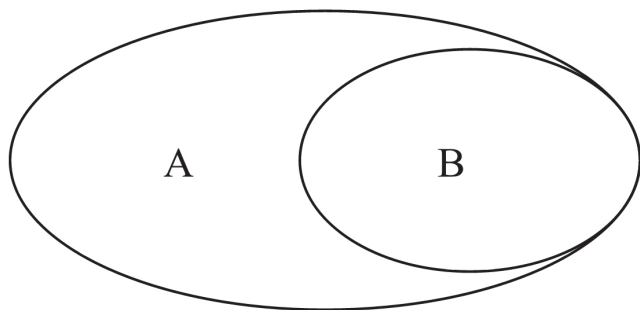
（1）两个以上污染者共同实施污染行为造成损害，两个以上污染者应当承担连带责任；（2）两个以上污染者分别实施污染行为造成同一损害，每一个污染者的污染行为都足以造成全部损害，污染者应当承担连带责任；（3）两个以上污染者分别实施污染行为造成同一损

害，部分污染者的污染行为足以造成全部损害，部分污染者的污染行为只造成部分损害，被侵权人可以根据侵权责任法请求足以造成全部损害的污染者与其他污染者就共同造成的损害部分承担连带责任，并对全部损害承担责任。在这三种情况中，前两种属于一般连带责任，即两个以上污染者无差别地承担责任。第一种情况承担连带责任的法律依据是“共同实施侵权行为”的连带责任（《民法典》第1168条第1款、《侵权责任法》第8条）。第二种情况承担连带责任的法律依据是数人的侵权行为“原因聚合”而承担连带责任（《民法典》第1171条、《侵权责任法》第11条）。

（二）第三种情况下的“单向连带责任”

第三种情况是较为复杂的“单向连带责任”：污染者的污染行为足以造成全部损害的，对全部损害承担赔偿责任；同时他又与其他造成部分损害的污染者就共同造成的损害部分承担连带责任。这种连带责任是单向的，仅仅是污染行为足以造成全部损害的污染者对共同造成的损害部分承担连带责任（如下图中的B部分，全部损害为 $A+B$ ）；其他污染者并不对足以造成全部损害的污染者单独造成的损害部分承担连带责任（如下图中的A部分）。

这一“单向连带责任”并不仅仅适用于一个侵权行为人造成全部损害的情形，而应当理解为：只要某部分损害是确定地由数个侵权行为人共同造成的，那么对于这部分损害，该数个侵权行为人均须承担连带责任。



（三）学者观点：责任的综合适用与扩张适用

在现有侵权责任制度框架下，需要通过法律解释，特别是对连带责任、雇员责任、企业控股股东的“直索责任”等的扩张解释，以及严格适用与综合适用各种侵权责任方式，正确处理污染环境、破坏生态侵权责任与相关行政法律责任及所有法律责任之间的关系，实现污染

环境、破坏生态侵权责任的强化，达到救济受害人，制裁和遏制污染环境、破坏生态行为的法律效果，实现环境友好、生态文明的社会效果。^[3]

注释：

[1]王家福，主编.中国民法学·民法债权.北京：法律出版社，1991:517.

[2]学者起草的《民法典建议稿》对此规定了连带责任：“第一千六百零五条（第二款） 两个或者两个以上排污者污染环境造成他人损害的，适用本法第一千五百五十一条的规定（连带责任）。”（梁慧星，主编.民法典草案建议稿.北京：法律出版社，2003:320.）

[3]张新宝，庄超.扩张与强化：环境侵权责任的综合适用.中国社会科学，2014（3）.

第一千二百三十二条

侵权人违反法律规定故意污染环境、破坏生态造成严重后果的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。

本条主旨

本条是关于侵权人故意违反国家规定污染环境、破坏生态造成严重后果，被侵权人有权请求相应惩罚性赔偿的规定。

相关条文

《民法典》

第179条第2款 法律规定惩罚性赔偿的，依照其规定。

理解与适用

一、惩罚性赔偿在环境污染和生态破坏侵权责任中的适用

在大陆法系侵权责任法中，惩罚性赔偿的适用属于特定情况下的个案而非普遍的责任方式。在《侵权责任法》中，仅仅第47条规定：“明知产品存在缺陷仍然生产、销售，造成他人死亡或者健康严重损害的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。”《民法典》有意扩大惩罚性赔偿的适用范围，第179条第2款规定：“法律规定惩罚性赔偿的，依照其规定。”本条即属于“法律规定惩罚性赔偿”的情况。除了本条规定之外，《民法典》还有一些条文规定了惩罚性赔偿，如第1185条、第1207条等。

《民法典》设置本条规定侵权人的惩罚性赔偿责任，贯彻了严格保护生态环境、保护被侵权人合法权益的立法政策，反映了民法基本原则“绿色原则”（《民法典》第9条）的根本要求。

二、适用惩罚性赔偿的要件

（一）侵权人故意的主观要件

承担本条规定的惩罚性赔偿责任，首先需要符合污染环境、破坏生态侵权责任的一般构成要件，即行为人实施了污染环境、破坏生态的侵权行为，发生了损害，且侵权行为与损害之间存在因果关系。在此等侵权责任构成要件中，因果关系是推定的：法律推定因果关系存在，如果行为人不能证明因果关系不存在的，则认定因果关系成立，进而确定侵权责任。

如果被侵权人请求侵权人承担惩罚性赔偿即超过实际损失的赔偿，则要求侵权人具有主观上故意的构成要件。质言之，侵权人承担惩罚性赔偿责任不是无过错责任而是过错责任，不仅是过错责任而且要求其主观上为故意的过错。与过失相比较，故意具有更严重的反社会秩序性和对他人民事权益的侵害性，故而是承担更严重侵权责任的伦理和法理基础。

本条规定的故意，是指侵权人“故意违反国家规定”。“国家规定”既包括国家有关的法律、行政法规、部门规章等的规定，也包括地方性法规和地方规范性文件的规定。“国家规定”的外延大于“法律规定”，其具体范围将由最高人民法院通过司法解释等予以确定。这里的“故意”是指侵权人明知国家禁止性规定的存在，而无视、恶意规避或者曲解此等规定而实施污染环境、破坏生态的行为。侵权人拒绝管理部门的整改指令、无视被侵权人的投诉等情况，也可以作为认定其故意的证据。

需要注意的是，在大多数情况下，本条的适用对象是企业等组织体，因为有关环境污染、生态破坏的国家规定主要是针对组织体而制定的。但是，在一些情况下，本条也适用于自然人。一个值得思考的问题是，对于组织体和自然人“故意”的认定是否适用相同的标准。笔者认为，从广义上讲，二者的“故意”都适用一般理性人标准。但是，从狭义上讲，二者存在较大的区别。对于组织体而言，尤其是一个从事可能污染环境、破坏生态行为的组织体而言，其有义务必须知晓国家的相关规定，并严格遵守国家的相关规定。因此，笔者认为，只要存在违反国家规定污染环境、破坏生态的行为，就应先推定该组织体是“故意”违反。应当由组织体来举证证明其不存在“故意”。而且对于该举证责任应当设定较高的证明标准。例如，该组织体合法采购的排放检测装置存在质量问题等。而对于作为一般自然人的行为人而言，虽然法律也假定其应当知晓相关国家规定，但是，事实情况是大部分普通自然人并不知晓相关规定，而且自然人的一般行为也无须取得行政审批等前置程序，其知晓相关规定的义务在一定意义上较组织体为轻，而且在作为自然人的行为人和受害人之间也往往并不存在诉讼能

力的巨大差异。因此，对于作为自然人的行为人之“故意”而言，适用正常的民事诉讼程序即可。

（二）损害后果严重的客观要件

法律规定，承担惩罚性赔偿责任，需要造成严重后果，即在损害后果方面出现被侵权人一方严重人身损害（如死亡、严重伤残）和数额巨大的财产损失等情形。造成多人严重损害，也可以是认定“造成严重后果”的情形。

第一千二百三十三条

因第三人的过错污染环境、破坏生态的，被侵权人可以向侵权人请求赔偿，也可以向第三人请求赔偿。侵权人赔偿后，有权向第三人追偿。

本条主旨

本条是关于因第三人的过错污染环境、破坏生态造成损害情况下赔偿责任的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第68条 因第三人的过错污染环境造成损害的，被侵权人可以向污染者请求赔偿，也可以向第三人请求赔偿。污染者赔偿后，有权向第三人追偿。

《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》

第5条 被侵权人根据侵权责任法第六十八条规定分别或者同时起诉污染者、第三人的，人民法院应予受理。

被侵权人请求第三人承担赔偿责任的，人民法院应当根据第三人的过错程度确定其相应赔偿责任。

污染者以第三人的过错污染环境造成损害为由主张不承担责任或者减轻责任的，人民法院不予支持。

理解与适用

一、因第三人过错污染环境、破坏生态造成损害

本条基本承继了《侵权责任法》第68条，增加了“破坏生态”的行

为方式，删除了“造成损害”的表述。增加“破坏生态”是因为本章既规范环境污染的侵权责任，也规范破坏生态的侵权责任。

本条在措辞上删除“造成损害”并不意味着承担本条规定的侵权责任不要求有损害后果的构成要件，本条作出这一修改应该是基于文字表述上的简化便利之考虑。本条没有作为独立裁判规则的价值，其是依附于《民法典》第1229条的，只有在构成第1229条侵权责任的前提下，出现第三人过错行为介入的情况才会适用本条的规定。因为在没有任何“损害”的情况下，甚至都并不存在任何“污染者”“破坏者”。第1229条已经规定了“造成他人损害”，本条是否规定“造成损害”都不会引起歧义，不会被误解为“承担本条规定的侵权责任不要求损害后果”。

“因第三人的过错污染环境、破坏生态”是指侵权人（第一人）、被侵权人（第二人）之外的第三人实施了污染环境、破坏生态的行为，且实施该行为是基于过错即故意或者过失。需要指出的是，理论和立法上均认为环境污染、破坏生态的侵权责任为无过错责任，但是承担本条规定的责任以及侵权人获得相关的追偿权，以第三人的过错为要件。

其理论依据在于：在因第三人过错污染环境、破坏生态的情况下，绝大多数情形是第三人实施了行为，而作为侵权人的“污染者”“破坏者”客观上提供了行为所需的物质基础（如污染物质等）。没有错的“污染行为”“破坏行为”一般是指在国家标准范围内进行的上述行为。而对于第三人而言，由于其并不以该国家标准范围内的“行为”为经常行为或营业行为，因此，对于该第三人而言，只要其从事了这些行为，原则上就是有过错的。质言之，之所以要求第三人具有过错的原因在于，在一般理性人标准下，该第三人的“污染行为”“破坏行为”原则上就是有过错的，因为一个理性人根本不会从事这些行为。此外，还需要注意，在大多数情况下，“污染者”“破坏者”对于其具有污染、破坏能力的物质材料负有一定的看管义务，第三人原则上是无法使用这些物质材料的。而当第三人能够使用这些物质材料时，要么是第三人具有过错，要么是“污染者”“破坏者”具有过错（因其未履行相关义务）。前者在本条予以规定，后者则直接由环境污染、生态破坏侵权责任的一般责任承担规则予以调整。可以理解为，污染环境、破坏生态，既可以是作为行为，也可以是不作为行为。不论是作为行为还是不作为行为，都属于行为，存在该行为时，污染者、破坏者就要承担独立的侵权责任。而只有在污染者、破坏者完全不存在任何“行为”时，因第三人过错污染环境、破坏生态的，才需要由本条予以调整。

第三人过错污染环境、破坏生态可能是损害发生的唯一原因，也可能是损害发生的部分原因。在以下原油泄漏造成损害的案例中我们可以观察到，因第三人过错行为造成损害的情况：侵权人拥有所有权的油轮合法合规停靠在某港口的码头等待卸货。第三人的船只违规驶入该港口，撞在停靠在码头上的油轮，致使油轮破损，所载原油泄漏。泄漏的原油污染一定范围的海域，致使该海域的渔民遭受财产损失。被侵权人（第二人）有权依据《民法典》第1229条请求侵权人（油轮所有人）承担侵权责任；有权依据本条请求侵权人（油轮所有人）承担赔偿责任，也可以依据本条请求有过错的第三人（肇事船只的所有人等）承担赔偿责任。

二、侵权人的赔偿责任与追偿权

（一）对于第三人过错造成的损害部分：被侵权人的选择权

司法解释规定，被侵权人选择请求第三人承担赔偿责任的，人民法院应当根据第三人的过错程度确定其相应赔偿责任。如果第三人的过错行为造成了全部损害，第三人应当赔偿全部损害。如果第三人的过错行为只是部分损害发生的原因，则在被选择的情况下，第三人对该部分损害承担赔偿责任。

依据本条规定，对于第三人过错造成的损害部分，被侵权人可以向侵权人请求赔偿，也可以向有过错造成损害的第三人请求赔偿。但是，对这部分损害，被侵权人只能选择其中之一请求赔偿，而不能同时请求二者承担赔偿责任，也不能在选择其中之一承担赔偿责任（无论是否实现其请求）后再向另一主体请求赔偿。这是因为，就这一部分损害而言：（1）侵权人与第三人之间不构成共同侵权，不适用连带责任的规则；（2）侵权人与第三人之间不适用按份责任的规定；（3）由于法律规定了单向的追偿权，侵权人与第三人之间的责任关系也不构成“不真正连带”或者说只是片面的“不真正连带”——有过错的第三人如果被选择承担了赔偿责任，之后不得向侵权人追偿。

（二）第三人过错（造成损害）不是侵权人不承担责任或者减轻责任的抗辩事由

司法解释规定：“污染者以第三人的过错污染环境造成损害为由主张不承担责任或者减轻责任的，人民法院不予支持。”对于完全是由于第三人的过错造成的损害或者第三人过错造成的部分损害，如果被侵权人选择请求侵权人承担赔偿责任，被侵权人不得拒绝，不得以“损害是第三人造成的”主张不承担责任或者减轻责任。对于此等损

害赔偿，排斥《民法典》第1175条的适用。

（三）侵权人承担责任后的追偿权

侵权人对因第三人过错造成的损害承担赔偿责任后，依据本条规定有权向第三人追偿。是否能够实现追偿权，不影响侵权人对被侵权人的赔偿责任之承担。也就是说，尽管有不能实现追偿权之虞，侵权人也应当依法先行承担赔偿责任，而由自己承受未来可能的追偿不能的风险。

对于不属于第三人过错造成的损害，由侵权人依法承担无过错责任，不享有向第三人追偿的权利。

第一千二百三十四条

违反国家规定造成生态环境损害，生态环境能够修复的，国家规定的机关或者法律规定的组织有权请求侵权人在合理期限内承担修复责任。侵权人在期限内未修复的，国家规定的机关或者法律规定的组织可以自行或者委托他人进行修复，所需费用由侵权人负担。

本条主旨

本条是关于生态环境修复责任的规定。

相关条文

《环境保护法》

第58条 对污染环境、破坏生态，损害社会公共利益的行为，符合下列条件的社会组织可以向人民法院提起诉讼：

- （一）依法在设区的市级以上人民政府民政部门登记；
- （二）专门从事环境保护公益活动连续五年以上且无违法记录。

符合前款规定的社会组织向人民法院提起诉讼，人民法院应当依法受理。提起诉讼的社会组织不得通过诉讼牟取经济利益。

《森林法》

第68条 破坏森林资源造成生态环境损害的，县级以上人民政府自然资源主管部门、林业主管部门可以依法向人民法院提起诉讼，对侵权人提出损害赔偿要求。

《民事诉讼法》

第55条 对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为，法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼。

人民检察院在履行职责中发现破坏生态环境和资源保护、食品药品安全领域侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为，在

没有前款规定的机关和组织或者前款规定的机关和组织不提起诉讼的情况下，可以向人民法院提起诉讼。前款规定的机关或者组织提起诉讼的，人民检察院可以支持起诉。

《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》

第1条 法律规定的机关和有关组织依据民事诉讼法第五十五条、环境保护法第五十八条等法律的规定，对已经损害社会公共利益或者具有损害社会公共利益重大风险的污染环境、破坏生态的行为提起诉讼，符合民事诉讼法第一百一十九条第二项、第三项、第四项规定的，人民法院应予受理。

第2条 依照法律、法规的规定，在设区的市级以上人民政府民政部门登记的社会团体、民办非企业单位以及基金会等，可以认定为环境保护法第五十八条规定的社会组织。

第20条 原告请求恢复原状的，人民法院可以依法判决被告将生态环境修复到损害发生之前的状态和功能。无法完全修复的，可以准许采用替代性修复方式。

人民法院可以在判决被告修复生态环境的同时，确定被告不履行修复义务时应承担的生态环境修复费用；也可以直接判决被告承担生态环境修复费用。

生态环境修复费用包括制定、实施修复方案的费用和监测、监管等费用。

第21条 原告请求被告赔偿生态环境受到损害至恢复原状期间服务功能损失的，人民法院可以依法予以支持。

《最高人民法院关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定（试行）》

第1条 具有下列情形之一，省级、市地级人民政府及其指定的相关部门、机构，或者受国务院委托行使全民所有自然资源资产所有权的部门，因与造成生态环境损害的自然人、法人或者其他组织经磋商未达成一致或者无法进行磋商的，可以作为原告提起生态环境损害赔偿诉讼：

（一）发生较大、重大、特别重大突发环境事件的；

(二) 在国家和省级主体功能区规划中划定的重点生态功能区、禁止开发区发生环境污染、生态破坏事件的；

(三) 发生其他严重影响生态环境后果的。

前款规定的市地级人民政府包括设区的市，自治州、盟、地区，不设区的地级市，直辖市的区、县人民政府。

第2条 下列情形不适用本规定：

(一) 因污染环境、破坏生态造成人身损害、个人和集体财产损失要求赔偿的，适用侵权责任法等法律规定；

(二) 因海洋生态环境损害要求赔偿的，适用海洋环境保护法等法律及相关规定。

第6条 原告主张被告承担生态环境损害赔偿责任的，应当就以下事实承担举证责任：

(一) 被告实施了污染环境、破坏生态的行为或者其他应当依法承担责任的情形；

(二) 生态环境受到损害，以及所需修复费用、损害赔偿等具体数额；

(三) 被告污染环境、破坏生态的行为与生态环境损害之间具有关联性。

第9条 负有相关环境资源保护监督管理职责的部门或者其委托的机构在行政执法过程中形成的事件调查报告、检验报告、检测报告、评估报告、监测数据等，经当事人质证并符合证据标准的，可以作为认定案件事实的根据。

第11条 被告违反法律法规污染环境、破坏生态的，人民法院应当根据原告的诉讼请求以及具体案情，合理判决被告承担修复生态环境、赔偿损失、停止侵害、排除妨碍、消除危险、赔礼道歉等民事责任。

第12条 受损生态环境能够修复的，人民法院应当依法判决被告承担修复责任，并同时确定被告不履行修复义务时应承担的生态环境修复费用。

生态环境修复费用包括制定、实施修复方案的费用，修复期间的监测、监管费用，以及修复完成后的验收费用、修复效果后评估费用等。

原告请求被告赔偿生态环境受到损害至修复完成期间服务功能损失的，人民法院根据具体案情予以判决。

第16条 在生态环境损害赔偿诉讼案件审理过程中，同一损害生态环境行为又被提起民事公益诉讼，符合起诉条件的，应当由受理生态环境损害赔偿诉讼案件的人民法院受理并由同一审判组织审理。

第17条 人民法院受理因同一损害生态环境行为提起的生态环境损害赔偿诉讼案件和民事公益诉讼案件，应先中止民事公益诉讼案件的审理，待生态环境损害赔偿诉讼案件审理完毕后，就民事公益诉讼案件未被涵盖的诉讼请求依法作出裁判。

第18条 生态环境损害赔偿诉讼案件的裁判生效后，有权提起民事公益诉讼的机关或者社会组织就同一损害生态环境行为有证据证明存在前案审理时未发现的损害，并提起民事公益诉讼的，人民法院应予受理。

民事公益诉讼案件的裁判生效后，有权提起生态环境损害赔偿诉讼的主体就同一损害生态环境行为有证据证明存在前案审理时未发现的损害，并提起生态环境损害赔偿诉讼的，人民法院应予受理。

第19条 实际支出应急处置费用的机关提起诉讼主张该费用的，人民法院应予受理，但人民法院已经受理就同一损害生态环境行为提起的生态环境损害赔偿诉讼案件且该案原告已经主张应急处置费用的除外。

生态环境损害赔偿诉讼案件原告未主张应急处置费用，因同一损害生态环境行为实际支出应急处置费用的机关提起诉讼主张该费用的，由受理生态环境损害赔偿诉讼案件的人民法院受理并由同一审判组织审理。

理解与适用

一、可修复的生态环境损害与修复责任的构成要件

（一）“违反国家规定”造成生态环境损害

本条与前面第1229条等形成呼应，共同解决对环境污染和生态破坏造成的损害的民事救济问题。第1229条针对的是因环境污染和生态破坏对他人人身、财产等私人权益造成损害的情形，本条针对的是因环境污染和生态损害造成生态环境损害的情形。换言之，第1229条是对传统人身和财产利益的救济，第1234条则是对生态环境利益（包括与生态环境相关的社会利益和国家利益）的救济。由于损害和救济的客体不同，其制度规则也相应地有所不同。

本条规定，违反国家规定造成生态环境损害的，如果该损害能够修复，应当修复。“违反国家规定”是指违反国家有关环境、生态保护的法律、国家政策、行政法规、部门规章和地方规定，以及基于此等规定制定的具体排放标准、控制指标等。要注意两点：其一，这里的“规定”不仅包括法律意义上的规定，还应包括政策意义上的规定；其二，法律意义上的规定，既包括具有直接法律效力的社会规范，还包括没有直接法律效力的技术规范。以往的侵权责任制度并没有重点关注和全面规定生态环境损害赔偿制度这一块，造成了法律制度的重大遗漏。2012年修订的《民事诉讼法》率先规定了环境民事公益诉讼制度，但其第55条只是采用转介条款作出了宣示性、原则性的规定，并无司法上的可适用性。2014年修订的《环境保护法》第58条在此基础上规定了环境民事公益诉讼制度，对于“污染环境、破坏生态，损害社会公共利益的行为”，符合条件的社会组织可以向人民法院提起诉讼。2017年再次修订的《民事诉讼法》对环境民事公益诉讼作出了较为全面的规定。然而，这些规定都属于程序法的性质，生态环境损害赔偿责任的实体法规定一直阙如。

党中央、国务院高度重视生态环境损害赔偿工作，党的十八届三中全会明确提出对造成生态环境损害的责任者严格实行赔偿制度。2015年，中央办公厅、国务院办公厅印发了《生态环境损害赔偿制度改革试点方案》（中办发〔2015〕57号），在吉林等7个省市部署开展改革试点，取得明显成效。2017年12月，为进一步在全国范围内加快构建生态环境损害赔偿制度，中共中央办公厅、国务院办公厅在总结各地区改革试点实践经验基础上，印发了《生态环境损害赔偿制度改革方案》，对生态环境损害赔偿制度进行了较为全面的规定。从属性上看，这一改革方案并非法律规范，显然属于政策的范畴。2019年6月，为正确审理生态环境损害赔偿案件，严格保护生态环境，依法追究损害生态环境责任者的赔偿责任，最高人民法院制定了《关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定（试行）》，从而建立了较为完善的生态环境损害赔偿及其诉讼制度。2019年12月，修订通过的《森林法》第68条规定了森林生态环境损害赔偿制度。

所谓生态环境损害，是指因污染环境、破坏生态造成大气、地表水、地下水、土壤、森林等环境要素和植物、动物、微生物等生物要素的不利改变，以及上述要素构成的生态系统功能退化。换言之，这里的“生态环境损害”不是指某一个或者数个民事主体遭到的人身损害或者财产损失，而是在特定的区域范围里不特定的个人、组织受到的损害，其所损害的是社会公共利益（《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第1条）。此等损害表现为生态环境利益受损，如珍稀自然资源的自然供给锐减、水土流失、地力下降、沙漠化或者荒漠化、空气污染、水源大幅减少等。

要注意的是，这里的“环境生态损害”仅指生态环境利益损失，不包括“自然资源资产损失”。根据我国《宪法》和《物权法》的规定，除了森林、草原、耕地、湿地等自然资源中的一部分属于集体所有外，绝大部分自然资源（如矿藏、水流、海域等）都属于国家所有。国家所有的自然资源资产由于环境污染和生态破坏而遭受损害的，国务院、国务院授权的省、市级人民政府及其指定的有关自然资源资产管理部门，有权代表国家提起国有自然资源资产损害赔偿诉讼。

（二）能够修复的生态环境损害

本条适用于“能够修复的”情形，即可以通过修复等治理手段救济被污染的环境和被破坏的生态，使其恢复原状或者大致恢复原状。这里的恢复原状应当理解为环境质量达到污染前的标准或者生态功能达到被破坏前的水平。只有对那些通过修复能够实现此等“恢复原状”的案件，才适用本条的规定。如果环境污染和生态破坏特别严重，以致生态环境已无法修复，如千年冻土、丹霞地貌的破坏，则不适用本条的规定。

（三）修复责任的构成要件

本条强调了“违反国家规定造成生态环境损害”是承担修复责任的前提。只有“违反国家规定”造成生态环境损害，才承担本条规定的修复责任；如果造成生态环境损害没有违反国家规定，则不承担本条规定的修复责任。这与本法第1129条、第1230条规定的责任之构成要件是不一样的。因此，承担本条规定的修复责任之构成要件包括：

（1）侵权人实施了污染环境、破坏生态的行为；（2）损害（作为公共利益的环境、生态利益受到损害）；（3）污染环境、破坏生态的行为与损害之间存在因果关系；（4）侵权人的行为具有违法性。要注意的是，只有污染环境、破坏生态的行为存在违法性，才构成生态环境修复责任。例如，超过污染排放控制标准或总量控制标准排放了污染物质，没有采伐许可证或者超过采伐限额砍伐了林木等。换言之

之，只要行为合法，即使造成了生态环境损害，也是无须承担生态环境损害修复责任的。对此，通常采用税费的方式，来实现生态环境负外部性的内部化。譬如，缴纳环境保护税（以前为排污费）、植被恢复费（如森林植被恢复费、草原植被恢复费）、水土保持补偿费等。

二、有权请求修复生态环境的主体

由于本条规定的损害不是民事主体受到的人身损害或者财产损失，因此自然人、法人或者非法人组织不得依据本条提起损害赔偿或者恢复原状的一般（私益）侵权诉讼。因此，法律规定提起诉讼的主体为“国家规定的机关或者法律规定的组织”。

“国家规定的机关”主要是指法律、国家政策和行政法规、部门规章、地方法规以及司法解释规定的有权提起环境公益诉讼和生态环境损害赔偿诉讼的国家机关。根据有关规定，这里的国家机关，包括国家行政机关和国家检察机关两大类型。

“国家规定的机关”首先是指国家行政机关。2017年的《生态环境损害赔偿制度改革方案》规定：“国务院授权省级、市地级政府作为本行政区域内生态环境损害赔偿权利人。……省级、市地级政府可指定相关部门或机构负责生态环境损害赔偿具体工作。省级、市地级政府及其指定的部门或机构均有权提起诉讼。跨省域的生态环境损害，由生态环境损害地的相关省级政府协商开展生态环境损害赔偿工作。”2019年的《最高人民法院关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定（试行）》第1条规定：“省级、市地级人民政府及其指定的相关部门、机构，或者受国务院委托行使全民所有自然资源资产所有权的部门”，可以作为原告提起生态环境损害赔偿诉讼。

“法律规定的组织”是指《民事诉讼法》第55条和《环境保护法》第58条规定的社会组织。有权提起环境民事公益诉讼的社会组织，必须符合法律规定的条件：（1）依法在设区的市级以上人民政府民政部门登记；（2）专门从事环境保护公益活动连续5年以上且无违法记录。此等组织提起修复公益诉讼，不得牟取经济利益。据悉，全国目前仅有700多家NGO符合法定起诉条件。其中，既符合《环境保护法》规定的诉讼资格条件，又具备起诉能力的，加起来还不足30家。

[1]

除国家行政机关外，“国家规定的机关”还有一类是国家检察机关。《民事诉讼法》第55条等法律规定，人民检察院在履行职责中发现破坏生态环境和资源保护等损害社会公共利益的行为，在没有适格

的机关和组织或者有适格的机关和组织但是不提起诉讼的情况下，可以向人民法院提起诉讼。如果有适格的机关或者组织提起诉讼的，人民检察院可以支持起诉。可见，国家检察机关是以候补原告的身份提起生态环境修复诉讼的。

■ 三、修复生态环境请求权的实现

（一）合理期限的修复责任

国家规定的机关或者法律规定的组织有权请求侵权人在合理期限内承担修复责任。

（二）侵权人承担修复生态环境的责任

在此等案件中，法院可以判决侵权人在期限内修复生态环境。“期限”是指依据具体情况组织设计、施工在通常情况下所需要的时间期限。之所以规定“期限”，一是因为生态环境修复需要一个过程，不可能一蹴而就。二是因为生态环境修复必须遵循自然规律，必须将季节条件等因素纳入考量。譬如，大冬天的不可能实现植被恢复。

（三）请求权人自行修复或者委托修复：侵权人承担所需费用

依据本条规定，侵权人在期限内未修复的，国家规定的机关或者法律规定的组织可以自行或者委托他人进行修复，所需费用由侵权人负担。生态环境损害侵权人或者缺乏设施设备等技术条件，或者缺乏专业人才，或者没有主观意愿，都有可能在期限内不能完成生态环境修复。为及时救济受损的生态环境，作为环境民事公益诉讼起诉人的“法律规定的机关和组织”和作为生态环境损害赔偿诉讼起诉人的国家机关们可以自行或者委托他人进行修复。当然，根据“损害担责”原则，修复的费用应由造成生态环境损害的侵权人承担。

注释：

[1]贺震.公益诉讼会出现滥诉现象吗.中国环境报，2015-02-04，第2版。

第一千二百三十五条

违反国家规定造成生态环境损害的，国家规定的机关或者组织有权请求侵权人赔偿下列损失和费用：

- （一）生态环境受到损害至修复完成期间服务功能丧失导致的损失；
- （二）生态环境功能永久性损害造成的损失；
- （三）生态环境损害调查、鉴定评估等费用；
- （四）清除污染、修复生态环境费用；
- （五）防止损害的发生和扩大所支出的合理费用。

本条主旨

本条是关于生态环境损害赔偿责任的规定。

相关条文

中共中央办公厅、国务院办公厅《生态环境损害赔偿制度改革方案》（2017年12月）

生态环境损害赔偿范围包括清除污染费用、生态环境修复费用、生态环境修复期间服务功能的损失、生态环境功能永久性损害造成的损失以及生态环境损害赔偿调查、鉴定评估等合理费用。

《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》

第20条第2款、第3款 人民法院可以在判决被告修复生态环境的同时，确定被告不履行修复义务时应承担的生态环境修复费用；也可以直接判决被告承担生态环境修复费用。

生态环境修复费用包括制定、实施修复方案的费用和监测、监管等费用。

第21条 原告请求被告赔偿生态环境受到损害至恢复原状期间服务功能损失的，人民法院可以依法予以支持。

第22条 原告请求被告承担检验、鉴定费用，合理的律师费以及为诉讼支出的其他合理费用的，人民法院可以依法予以支持。

《最高人民法院关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定（试行）》

第6条 原告主张被告承担生态环境损害赔偿责任的，应当就以下事实承担举证责任：

（一）被告实施了污染环境、破坏生态的行为或者其他应当依法承担责任的情形；

（二）生态环境受到损害，以及所需修复费用、损害赔偿等具体数额；

（三）被告污染环境、破坏生态的行为与生态环境损害之间具有关联性。

第11条 被告违反法律法规污染环境、破坏生态的，人民法院应当根据原告的诉讼请求以及具体案情，合理判决被告承担修复生态环境、赔偿损失、停止侵害、排除妨碍、消除危险、赔礼道歉等民事责任。

第13条 受损生态环境无法修复或者无法完全修复，原告请求被告赔偿生态环境功能永久性损害造成的损失，人民法院根据具体案情予以判决。

第14条 原告请求被告承担下列费用的，人民法院根据具体案情予以判决：

（一）实施应急方案以及为防止生态环境损害的发生和扩大采取合理预防、处置措施发生的应急处置费用；

（二）为生态环境损害赔偿磋商和诉讼支出的调查、检验、鉴定、评估等费用；

（三）合理的律师费以及其他为诉讼支出的合理费用。

第15条 人民法院判决被告承担的生态环境服务功能损失赔偿资

金、生态环境功能永久性损害造成的损失赔偿资金，以及被告不履行生态环境修复义务时所应承担的修复费用，应当依照法律、法规、规章予以缴纳、管理和使用。

理解与适用

一、请求权人

如果说前条是关于以修复方式“恢复原状”的规定，用以救济环境、生态方面受到损害的社会公共利益，而本条则是以赔偿损失的方式救济环境、生态方面受到损害的社会公共利益。^[1]依据本条规定，“国家规定的机关或者组织有权请求侵权人赔偿”。这里没有使用“法律规定”而是“国家规定”，采取了比较灵活的立场，为未来确定侵权人留下了较大的决策空间。从目前的实践情况看，《民事诉讼法》《环境保护法》《海洋环境保护法》《森林法》和《最高人民法院关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定（试行）》等法律意义上的国家规定和《生态环境损害赔偿制度改革方案》等国家政策意义上的国家规定，均规定了有关机关或者组织提起损害赔偿的请求权。至于国家机关（包括行政机关和检察机关）与组织的范围，在前一条的释义中已作具体解析。其中的行政机关，主要是指省级、市地级以上人民政府及其指定的相关部门、机构，或者受国务院委托行使全民所有自然资源资产所有权的部门。其他的，不赘述。

对于发生的生态环境损害，如果以上多个有权的主体都试图积极提起诉讼怎么办呢？为了做好环境民事公益诉讼和生态环境损害赔偿诉讼的衔接，《最高人民法院关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定（试行）》第16-19条就起诉顺位和共同诉讼的问题作出了专门规定。首先，人民法院受理因同一损害生态环境行为提起的生态环境损害赔偿诉讼案件和民事公益诉讼案件，应先中止民事公益诉讼案件的审理，待生态环境损害赔偿诉讼案件审理完毕后，就民事公益诉讼案件未被涵盖的诉讼请求依法作出裁判。换言之，国家行政机关提起的生态环境损害赔偿诉讼具有相对于环保组织提起的环境民事公益诉讼的优先力。其次，生态环境损害赔偿诉讼案件的裁判生效后，有权提起民事公益诉讼的机关或者社会组织就同一损害生态环境行为有证据证明存在前案审理时未发现的损害，可以提起环境民事公益诉讼（作为共同原告）。反之，民事公益诉讼案件的裁判生效后，有权提起生态环境损害赔偿诉讼的主体就同一损害生态环境行为有证据证明存在前案审理时未发现的损害，也可以提起生态环境损害赔偿诉讼。

二、损害赔偿责任的构成要件

需要指出的是，与前条一样，本条强调了“违反国家规定造成生态环境损害”是承担损害赔偿责任的前提。只有“违反国家规定”造成生态环境损害，才承担本条规定的损害赔偿责任；如果造成生态环境损害没有违反国家规定，则不承担本条规定的损害赔偿责任。这与本法第1129条、第1230条规定的责任之构成要件是不一样的。因此，承担本条规定的损害赔偿责任之构成要件包括：（1）侵权人实施了污染环境、破坏生态的行为；（2）损害（作为公共利益的环境功能的暂时或者永久丧失以及相关的费用支出）；（3）污染环境、破坏生态的行为与损害之间存在因果关系；（4）侵权人的行为具有违法性。

三、赔偿的损害和费用种类

本条规定了以下五项可以请求赔偿的损害和费用。

（1）生态环境修复期间服务功能丧失导致的损失；（2）生态环境功能永久性损害造成的损失；（3）生态环境损害调查、鉴定评估等费用；（4）清除污染、修复生态环境费用；（5）防止损害的发生和扩大所支出的合理费用。

2017年12月，中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《生态环境损害赔偿制度改革方案》规定，生态环境损害赔偿的范围包括清除污染费用、生态环境修复费用、生态环境修复期间服务功能的损失、生态环境功能永久性损害造成的损失以及生态环境损害赔偿调查、鉴定评估等合理费用。《民法典》第1235条基本保持了《生态环境损害赔偿制度改革方案》的规定，只是多了“防止损害的发生和扩大所支出的合理费用”一项。

所谓生态环境修复期间服务功能丧失导致的损失，是指自生态环境损害发生至生态环境部分恢复或者完全恢复的期间内，因生态环境服务功能丧失或者部分丧失而导致的损失。譬如，受损林地修复期间，因林地水源涵养、水土保持、气候调节等生态服务功能的丧失和降低而导致的损失。这种损失需要专门的鉴定机构方能完成。

所谓生态环境功能永久性损害造成的损失，是指环境污染和生态破坏过于严重，以致受损生态环境已不可修复，完全丧失原有生态服务功能而导致的损失。譬如，野生动物栖息地、丹霞地貌、千年冻土层的永久性破坏。这种损失，也需要专门的鉴定机构采用专门的方法

才能完成。

所谓生态环境损害调查、鉴定评估等费用，主要是指调查、勘查、监测受损区域和评估鉴定损害风险与实际损害所发生的费用。

所谓清除污染、修复生态环境费用，是指清除受损生态环境中的污染物质（如清除油污）并恢复到受损前原有功能所需的费用，主要包括制定、实施清除污染、修复生态环境方案的费用，清除污染的人工、材料、设备、设施等费用，修复期间的监测、监管费用，以及修复完成后的验收费用、修复后的效果评估费用等。关于生态环境修复费用，2017年通过的《最高人民法院关于审理海洋自然资源与生态环境损害赔偿纠纷案件若干问题的规定》规定，限于现实修复实际发生和将来修复必然发生的合理费用，包括制定和实施修复方案和监测、监管产生的费用。

所谓防止损害的发生和扩大所支出的合理费用，是指为防止环境污染和生态破坏的实际发生和后续扩大而支出的合理费用。所谓合理费用，是指在当时技术经济条件通常水平下所支付的那部分合理耗费的费用，既不提过高要求，也不有意放松要求。

要补充说明的是，关于未来生态环境修复必然发生的合理费用和修复期间服务功能丧失导致的损失，《最高人民法院关于审理海洋自然资源与生态环境损害赔偿纠纷案件若干问题的规定》规定，可以根据有资格的鉴定评估机构依据法律法规、国家主管部门颁布的鉴定评估技术规范作出的鉴定意见予以确定，但当事人有相反证据足以反驳的除外。这一规定，具有可借鉴性。

此外，基于鉴定技术和人才等方面的原因，难以确定生态环境修复费用和修复期间所致损失的，可以根据责任者因损害行为所获得的收益或者所减少支付的污染防治费用，合理确定损失赔偿数额。如果获得的收益或者减少的污染防治费用额也无法认定的，可以参照政府部门相关统计资料或者其他证据所证明的同区域同类生产经营者同期平均收入、同期平均污染防治费用，合理酌定。《最高人民法院关于审理海洋自然资源与生态环境损害赔偿纠纷案件若干问题的规定》的类似规定，值得借鉴和参考。

注释：

[1]有学者有不同意见，认为不宜在《民法典》中对此作出规定，而应当单独立法。李艳芳.生态环境是有内涵赔偿诉讼的目的、比较优势与立法需求.法律适用，2020（4）.

第八章

高度危险责任

【本章提要】本章是关于高度危险侵权责任的规定，共9个条文（第1236条-第1244条）。“高度危险”包括两种情况：高度危险作业和高度危险物。第1236条规定，从事高度危险作业造成他人损害的应当承担侵权责任，这是一种无过错责任。营运民用核设施（包括运入和运出核材料，第1237条）、营运民用航空器（第1238条）以及从事高空、高压、地下挖掘活动或者使用高速轨道运输工具（第1240条）造成他人损害的，营运单位（经营者）应当承担无过错责任。占有或者使用高度危险物造成他人损害的，占有人或者使用人承担无过错责任（第1239条）。法律对遗失、抛弃高度危险物造成他人损害的侵权责任（第1241条）、非法占有高度危险物造成他人损害（第1242条）的侵权责任分别作出规定；法律还对不承担责任、减轻责任的事由（第1237条后段、第1238条后段、第1239条后段、第1240条后段、第1243条）以及赔偿限额（第1244条）等作出了规定。

第一千二百三十六条

从事高度危险作业造成他人损害的，应当承担侵权责任。

本条主旨

本条是关于高度危险作业造成他人损害侵权责任的一般规定。

相关条文

《侵权责任法》

第69条 从事高度危险作业造成他人损害的，应当承担侵权责任。

理解与适用

一、高度危险作业概述

（一）高度危险作业的概念

高度危险作业是指作业本身对周围他人的人身、财产具有高度危险性的活动。任何作业活动对周围他人的人身、财产都具有一定的危险性，但是高度危险作业对周围他人的人身、财产具有高度危险性。

（二）高度危险作业中“高度危险”的判断

法律对具有高度危险的作业活动有一些列举性规定（《民法典》第1237条、第1238条、第1240条等），但是无法对具体的高度危险作业活动进行全面的列举。因此，需要建立判断某项作业活动是否为高度危险作业的标准。笔者认为，应当从以下几个方面进行判断：

（1）其危险性是否能够被他人预见；（2）在其能够被预见的情况下，他人能否对其作出相应的防范，避免损害的发生；（3）其造成损害的广度和强度；（4）现有科技水平能否发现和控制此等危险。如果某种作业的危险性是无法预知和避免的，也是现有科技水平难以发现或者难以控制的，造成的损害往往是巨大的和严重的，则被认为

是高度危险作业。实践中，从事核设施营运、航空器营运以及其他高空、高压、地下挖掘作业以及高速轨道运输工具营运等，被认为是具有高度危险性的高度危险作业。

二、高度危险作业造成他人损害承担侵权责任不以过错为要件

（一）无过错责任原则在高度危险作业造成他人损害侵权责任中的确立

高度危险作业造成他人损害，从事此等高度危险作业的经营者等承担侵权责任不以其具有过错为要件。

自19世纪以来，高度危险作业随着社会化大生产的迅速发展及科学技术的不断进步而兴起。一方面，人们为了提高社会生产力以发展经济和提高物质生活水平，追求高效、快捷，必然借助某些具有高度危险性的作业；另一方面，即使从事高度危险作业者对其行为予以谨慎的关注，也由于高度危险作业本身所具有的对人们人身和财产的巨大潜在危险性，而不能完全避免侵害的发生。

一般认为，1838年《普鲁士铁路企业法》开现代高度危险作业赔偿制度之先河。该法规定：“铁路公司所运输的人及物，或因转运之事故对别的人及物造成损害，应负赔偿责任。容易致人损害的企业虽企业主毫无过失，亦不得以无过失为免除赔偿的理由。”当时，普鲁士全境内只有158公里铁路，但这条法律所确立的原则完全适合现代大规模铁路运输行业的赔偿责任，它规定了侵权人的范围、侵权人的无过错责任，甚至指出这种无过错责任应适用于包括铁路公司在内的一切“容易致人损害（即从事高度危险作业）的企业”。这确实是人类立法史上的一个创举。在大陆法系国家，关于高度危险作业的侵权责任，大多不是直接规定在民法典中，而是由民法典的附属性单行法规加以规定，如德国1871年6月7日的《帝国责任义务法》（铁路）、1952年12月9日的《陆上交通法》（公路交通）和1922年8月1日的《空中交通法》（1959年1月10日修订），这些有关高度危险作业的法律均适用无过失赔偿责任。法国的情形与德国基本相同，有关高度危险作业的侵权责任大多规定于单行的民事法规中，如1985年的《交通事故赔偿法》。1922年《苏俄民法典》第404条也规定了高度危险作业（铁路、电车、有制造工业规模之企业、可燃烧原料之销售商）致人损害的无过错责任。

在美国侵权行为法中，高度危险作业（或称异常危险行为，abnormally dangerous activities）属于严格责任之一种，某些高度危

险作业的侵权责任由法规直接规定。但在制定法以外，法官得确认某些行为为高度危险行为，如打桩机的作业被确认为高度危险作业，运输和贮存易爆物品被确认为高度危险作业，用货车运输汽油往来于高速公路和街道很明显具有高度危险，但非法制造和销售某种手枪，虽可能构成犯罪，却不属于“高度危险作业”。《美国侵权行为法（第二次）重述》第519条和第520条对高度危险作业的含义及条件作出了具体规定。第519条规定：（1）从事某种高度危险行为，即使尽其最大注意避免损害，也应对其行为给他人人身、土地或动产造成的损害承担责任；（2）这一严格责任仅适用于那种因行为具有高度危险性而导致的损害。第520条规定：决定某一行为是否为高度危险，宜考虑下列因素：（a）该行为是否对他人人身、土地或动产具有高度的危险；（b）因该行为产生损害的概率是否很大；（c）通过合理的注意，是否能避免这一危险；（d）该行为是否为一常用的作业；（e）该行为在其实施地点是否不合适；（f）该行为对公众的价值。

美国侵权行为法调整高度危险作业侵权责任的法律既包括某些制定法，也包括大量判例法；它没有对“高度危险作业”进行一一列举，而是给出一组供人们鉴别的因素。它表明此类侵权行为应适用严格责任原则，不得因行为人无过错（或尽最大注意）而免除责任。

（二）高度危险作业造成他人损害适用无过错责任原则的依据

高度危险作业造成他人损害，其侵权责任适用无过错责任原则具有社会经济等方面的正当性，其主要理由如下。

1. 开启高度危险者应当承受其风险

在高度危险作业造成他人损害责任中，高度危险活动者制造了特别的危险来源。尽管法律为了社会发展允许人们从事某些种类的高度危险作业，但是高度危险作业者对其享有特殊权益，因而对造成的损害应当承担赔偿责任。

2. 控制危险的能力

在高度危险作业中，只有相关作业者有可能采取措施控制风险，降低危险实现的可能性。而受害人对于现代科技所生危险几乎无能为力。要求高度危险作业者承担无过错责任，可以激发其采取有力措施控制风险。事实证明，与发生损害后的巨额赔偿相比，采取事先的预防措施成本更小一些。所以，无过错责任可以发挥预防侵害的作用。

3. 报偿理论

享有其利益者，承受其风险。高度危险活动者从相关活动中获得利益，理应承担相关风险和损害。

4. 损害分散与保险机制

高度危险作业者承担无过错责任，通常可以通过价格机制和保险制度分散风险，从而实现风险承担的社会化，比单个受害人承担损害更为有利。

5. 保护受害人

高度危险作业者承担无过错责任，不光是因为其财力雄厚，足以赔偿，更是因为受害人在高度危险责任中存在巨大的证明困难。由于受害人通常不了解致害的危险活动，无过错责任放弃对过错的要求实际上也具有减轻受害人举证责任的作用。

三、高度危险作业侵权责任构成要件

（一）侵权人从事高度危险作业

此等责任构成要件之一是侵权人从事高度危险作业，是高度危险作业者。依据法律规定，高度危险作业活动包括营运民用核设施、营运民用航空器以及从事高空、高压、地下挖掘活动或者使用高速轨道运输工具等“从事高度危险作业”。驾驶机动车高速行驶，本质上也属于“从事高度危险作业”，但是法律对机动车交通事故责任作出了专章规定，不再受本章调整。

高度危险作业者即本条规定的侵权责任之承担者（侵权人），是指在法律上事实上控制该高度危险作业行为的主体，有可能是自然人也可能是法人或者非法人组织。但是在雇佣（用人）情形，具体的操作人员不是责任主体，其雇佣者（用人单位等）才是责任主体。

（二）造成他人损害

造成他人损害也是此等侵权责任的构成要件。法律尽管没有将“侵权责任”仅仅限于赔偿责任，但是应当理解为主要是指赔偿责任。被侵权人是受到损害的“他人”。“他人”指侵权人之外的其他人，不包括侵权人，也不包括侵权人的工作人员、雇员等。即使此等人员在具体操作高度危险作业中受到损害，也不适用本条的规定，而应当适用工伤保险等法律法规的规定进行补偿和救济。

（三）高度危险作业与他人的损害之间存在因果关系

因果关系是一切损害赔偿等侵权责任之构成的要件。本条的责任之构成，也同样要求具有因果关系的要件，即要求高度危险作业与他人的损害之间存在因果关系。本条没有规定因果关系推定，被侵权人应当对因果关系之存在进行举证和证明。只有在其证明因果关系的情况下，才能认定高度危险作业者的侵权（赔偿）责任；如果不能证明因果关系存在，则不能认定高度危险作业者的侵权（赔偿）责任。

法律之所以没有对高度危险行为侵权责任规定因果关系举证责任倒置，主要是因为在这类侵权案件中，致害行为与损害后果之间的因果关系往往较为明显，这也符合“高度危险”的内在含义。一般而言，高度危险行为是在较短时间内、沿着较明确的因果关系链条导致损害。因此，原则上并没有规定因果关系举证责任倒置的迫切需要。但是，需要注意的是，也存在一些高度危险行为，其致害的途径并不明显，因果关系并非显而易见。在法律列举的这些高度危险行为中，最明显的例子是民用核设施致人损害。核辐射是无形的，在核事故中，核辐射导致损害是确定的，但是究竟导致什么范围内的损害却是极难确定的。笔者认为，在这类案件中，应该综合考虑《民法典》中关于污染环境侵权责任的相关规定，而作出综合认定。高度危险行为责任和环境污染侵权责任并不存在概念上的必然排斥关系。基于保护受害人的政策考量，在既构成环境污染侵权责任、又构成高度危险行为责任时，两种责任各自对于受害者的保护规定，可以一并适用。

第一千二百三十七条

民用核设施或者运入运出核设施的核材料发生核事故造成他人损害的，民用核设施的营运单位应当承担侵权责任；但是，能够证明损害是因战争、武装冲突、暴乱等情形或者受害人故意造成的，不承担责任。

本条主旨

本条是关于民用核设施等发生核事故造成他人损害的侵权责任的規定。

相关条文

《侵权责任法》

第70条 民用核设施发生核事故造成他人损害的，民用核设施的经营者应当承担侵权责任，但能够证明损害是因战争等情形或者受害人故意造成的，不承担责任。

理解与适用

一、民用核设施、核材料、核事故概述

（一）民用核设施

根据《民用核设施安全监督管理条例》第2条和《放射性污染防治法》第62条的规定，我国民用核设施主要包括4种：（1）核动力厂（核电厂、核热电厂、核供气供热厂等）；（2）其他反应堆（研究堆、实验堆、临界装置等）；（3）核燃料生产、加工、贮存及后处理设施；（4）放射性废物的处理和处置设施等。以上核设施之外的核材料，如教学、医疗、科研、工农业生产应用的核材料，不属于专门的核设施，如果致害，应当归入高度危险物品致人损害责任的范畴。^[1]侵权责任编所规范的核设施事故和运入运出核材料事故致人损害责任，仅限于民用核设施营运和核材料运入运出发生事故造成他人

损害发生的侵权责任。如果是军用核设施发生事故，则不能适用本条规定，而应按照其他法律法规的规定处理。《放射性污染防治法》第60条规定：“军用设施、装备的放射性污染防治，由国务院和军队的有关主管部门依照本法规定的原则和国务院、中央军事委员会规定的职责实施监督管理。”

（二）核材料

核燃料是指能产生裂变或聚变核反应并释放出巨大核能的物质，可分为裂变燃料和聚变燃料两大类。1987年2月8日生效的《核材料实物保护公约》对“核材料”进行了更为严格专业的定义。根据该公约，核材料是指：钚，但同位素钚-238含量超过80%者除外；铀-233；同位素235或233浓缩的铀；非矿砂或矿渣形式的含有天然存在的同位素混合物的铀；任何含有上述一种或多种成分的材料。根据《核安全法》第2条的规定，核材料是指：铀-235材料及其制品；铀-233材料及其制品；钚-239材料及其制品；法律、行政法规规定的其他需要管制的核材料。

（三）核事故

根据《民用核设施安全监督管理条例》第24条第5项规定，核事故是指“核设施内的核燃料、放射性产物、废料或运入运出核设施的核材料所发生的放射性、毒害性、爆炸性或其他危害性事故，或一系列事故”。

二、营运单位的侵权责任

（一）无过错责任与构成要件

1. 适用无过错责任原则

民用核设施或者运入运出核设施的核材料发生核事故造成他人损害的，民用核设施的营运单位应当承担侵权责任。这种侵权责任适用无过错责任原则，不考虑营运单位对事故之发生有无过错。甚至在非本条明确列举的不可抗力导致事故发生造成他人损害的，也不能免除营业单位的侵权责任。

2. 两种高度危险作业行为

本条规范的“高度危险作业”包括两种作业：一是营运核设施，二是运入运出核材料。在这两种高度危险作业中发生的核事故造成的损

害，适用本条规定，由营运单位承担侵权责任。上述任何一种高度危险作业发生核事故，由其营运单位对相应的损害承担侵权责任。

需要指出的是，对于“运入运出核材料”需要作适当的扩大解释。其不仅仅是指核材料“运入”“运出”该核设施的短暂时间，而是应当理解为在法律上该核设施对该核材料拥有权利的全部期间。因此，“运入”应当理解为自核材料的法律权利转移至该核设施运营单位起；“运出”应当理解为至该核设施运营单位不再对该核材料拥有法律权利为止。例如，核电站需要从核材料储存单位处购买核材料；核电站产生的核废料也要交由核废料处理单位进行处理。因此，在核材料从存在到被使用成为核废料并依法封存的全过程中，都有相应的承担法律义务的核设施运营单位。在某些阶段，可能存在数个义务主体。在存在数个义务主体时，其对于造成的损害承担连带责任。

3. 损害与因果关系

营运者承担本条规定的侵权责任，要求被侵权人受到损害以及其所受到的损害与上述两种过度危险作业行为之间存在因果关系。法律没有规定因果关系推定，被侵权人对损害和因果关系承担举证责任。

在实践中，发生核事故后，要证明损害和因果关系并不困难，但是要确定具体的损害范围则十分困难。这主要是因为核事故致害案件中，因果关系传递的范围很难确定。而核事故致害案件中，在很多情况下会同时构成环境污染致害案件，因此，在构成环境污染侵权案件的核事故致害案件中，同样应当适用生态环境侵权一章中所规定的因果关系举证责任倒置。

（二）责任主体

本条规定的责任主体是营运单位。《核安全法》第93条规定，核设施营运单位，是指在中华人民共和国境内，申请或者持有核设施安全许可证，可以经营和运行核设施的单位。在《国务院关于核事故损害赔偿责任问题的批复》中，责任主体被称作“营运者”，其实质含义与“营运单位”相同，均指“依法取得法人资格，营运核电站、民用研究堆、民用工程实验反应堆的单位或者从事民用核燃料生产、运输和乏燃料贮存、运输、后处理且拥有核设施的单位”。

“单位”通常与个人对应。在我国，单位包括国家机关、企业和事业单位、社会团体等。在民法意义上，单位包括法人和非法人组织。依据有关规定，在我国从事核设施营运和核材料运入运出的只能是依法取得法人资格营运核设施和从事核材料运入运出的单位。

（三）赔偿限额

关于营运民用核设施致人损害责任，《国务院关于核事故损害赔偿问题的批复》第7条规定：“核电站的营运者和乏燃料贮存、运输、后处理的营运者，对一次核事故所造成的核事故损害的最高赔偿额为3亿元人民币；其他营运者对一次核事故所造成的核事故损害的最高赔偿额为1亿元人民币。核事故损害的应赔总额超过规定的最高赔偿额的，国家提供最高限额为8亿元人民币的财政补偿。对非常核事故造成的核事故损害赔偿，需要国家增加财政补偿金额的由国务院评估后决定。”该条规定一方面确认了经营民用核设施致害责任的赔偿限额，另一方面又规定了国家的财政补偿措施。此处的财政补偿是指在赔偿限额之外的补偿。

此外，《民法典》第1244条对赔偿限额问题作出了指引性规定：“承担高度危险责任，法律规定赔偿限额的，依照其规定，但是行为人有故意或者重大过失的除外。”

三、不承担责任的特别事由

（一）概述

《民法典》第一编第八章民事责任第180条、第181条、第182条对不承担民事责任的几种情况作出了规定。《民法典》第1174条、第1175条、第1176条、第1177条也规定了不承担侵权责任的若干情况。这些不承担侵权责任的抗辩事由是否适用于本条规定的侵权责任呢？笔者以为，这些规定原则上不适用于民用核设施或者运入运出核设施的核材料发生核事故造成他人损害的侵权责任。对于后者，本条专门规定了不承担侵权责任的具体事由。

（二）战争、武装冲突、暴乱等情形

法律并没有一般性地规定不可抗力属于营运民用核设施发生事故造成他人损害责任的免责事由，而是将不承担责任的事由限制在战争、武装冲突、暴乱等情形。依据这一规定，仅在战争、武装冲突、暴乱等极端严重的情形，营运单位才能免除责任；而一般的自然原因的不可抗力，如洪水、台风、地震、海啸等导致的事故造成他人损害，则不能免除营运单位的侵权责任。

这主要是因为核设施及核材料是极端危险的物质，在设计、建设核设施的过程中，这些较为常见的不可抗力都已经纳入考量。质言

之，法律要求核设施必须具备能够在洪水、台风、地震、海啸等一般的不可抗力情况下保持安全水平；相应营运单位必须具备在上述一般不可抗力下仍然安全进行运入运出核材料的能力（或者必须停止相关作业）。因此，这些一般的不可抗力并不能构成免责事由。而只有在战争、武装冲突、暴乱这些完全无法预料、控制的情形下，对于核设施营运来说才真正构成法律意义上的“不可抗力”，进而可以免责。因此，与其说是不可抗力在民用核设施致害案件中不构成抗辩；不如说是针对不同的作业活动，不可抗力可能具有不同的具体含义。

（三）受害人故意

受害人故意是适用于所有侵权责任的免责事由，具有不言自明的正当性。受害人故意导致核事故发生造成其损害的，民用核设施的营运单位不承担对该受害人的侵权责任。但是，此等事故造成其他人损害的，民用核设施的营运单位仍然应当承担侵权责任，而且不能因为核事故是由于第三人过错造成的而主张免除或者减轻责任。《国务院关于核事故损害赔偿责任问题的批复》第9条规定，核事故损害是由自然人的故意作为或者不作为造成的，营运者向受害人赔偿后，对该自然人行使追索权。

注释：

[1]王利明，主编.中华人民共和国侵权责任法释义.北京：中国法制出版社，2010:354.

第一千二百三十八条

民用航空器造成他人损害的，民用航空器的经营者应当承担侵权责任；但是，能够证明损害是因受害人故意造成的，不承担责任。

本条主旨

本条是关于民用航空器造成他人损害侵权责任的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第71条 民用航空器造成他人损害的，民用航空器的经营者应当承担侵权责任，但能够证明损害是因受害人故意造成的，不承担责任。

理解与适用

一、民用航空器造成他人损害的侵权责任概述

（一）民用航空器

民用航空器致人损害责任的适用范围限于民用航空器。根据《民用航空法》第5条的规定，民用航空器是指除用于执行军事、海关、警察飞行任务外的航空器。经营民用航空器致人损害责任属于民法上的经营活动（高度危险作业）致人损害，公法上的职权活动致人损害不适用侵权责任编。

（二）民用航空器造成他人损害的侵权责任制度发展

经营民用航空器致人损害责任，是指民用航空器造成他人损害，其经营者应当承担的侵权责任。民用航空器造成他人损害的侵权，除适用《民法典》第1238条的规定外，司法实践中主要适用的是《民用航空法》（1995年10月30日通过，2018年修正）以及《统一国际航空运输某些规则的公约》（以下简称《蒙特利尔公约》）等的规定。

经营民用航空器致人损害责任曾经是《民法通则》第123条所规范的使用高速运输工具致害责任的主要类型之一，在《侵权责任法》中被单独规定，主要原因在于民用航空器致害的概率虽然很低，但其后果非常严重，故民用航空器的危险性更高于一般的高速运输工具，如火车、汽车之类。所以，《侵权责任法》专门针对民用航空器致人损害责任规定了不同于使用高速轨道运输工具致人损害责任的免责事由。《民法典》第1238条基本上承继了《侵权责任法》第71条的规定。

二、经营者的责任

（一）经营者是侵权责任主体

依据本条规定，经营民用航空器致人损害侵权责任的责任主体是经营者。关于经营者的认定，《民用航空法》第158条第2款规定：“前款所称经营人，是指损害发生时使用民用航空器的人。民用航空器的使用权已经直接或者间接地授予他人，本人保留对该民用航空器的航行控制权的，本人仍被视为经营人。”第158条第4款规定：“民用航空器登记的所有人应当被视为经营人，并承担经营人的责任；除非在判定其责任的诉讼中，所有人证明经营人是他人，并在法律程序许可的范围内采取适当措施使该人成为诉讼当事人之一。”

同时，《民用航空法》第158条第3款规定：“经营人的受雇人、代理人在受雇、代理过程中使用民用航空器，无论是否在其受雇、代理范围内行事，均视为经营人使用民用航空器。”

（二）适用无过错责任原则

民用航空器具有高空、高速等高度危险特征，经营民用航空器是一种高度危险的经营行为。经营民用航空器造成他人损害的，适用无过错责任原则确定经营者的侵权责任。

民用航空器发生事故可能导致两种人的损害：一是所搭载的乘客；二是第三人，如飞机坠毁对陆地上的行人造成损害。对于乘客遭受的损害，适用的是无过错责任原则；同时，对乘客的损害可能引起违约责任与侵权责任的竞合：因为一方面，乘客与民用航空器所属企业之间有运输合同关系，该企业有将乘客安全运送到目的地的合同义务，一旦发生事故导致乘客的损害，该企业必须依合同的规定对乘客承担违约责任；另一方面，该企业的行为侵犯了乘客的人身和财产权利，同样可以按照侵权责任法的规定来要求该企业承担侵权责任。

应该区分不同性质的损害适用不同的法律规范：如果事故发生仅仅造成乘客的财产损失，那么应该适用合同法的规定，由承运人对乘客承担违约责任；如果事故造成了乘客的人身伤亡和精神损害，则虽然当事人之间存在合同关系，也应该优先适用侵权责任法的规定，因为一般合同责任并不能对乘客的人身伤亡、精神损害提供救济，只能通过侵权损害赔偿对乘客的这类损害进行救济。如果对于乘客的人身损害、精神损害赔偿有特别法或者是司法解释的规定，则应当优先适用。

对于乘客的人身损害赔偿虽然可以适用无过错责任原则，但同时法律、法规一般都规定了最高赔偿限额，因此实际上这种赔偿是一种法定赔偿、概括赔偿。

在航空运营事故中，对于第三人的损害赔偿在《民用航空法》中有专章规定（第十二章）。对于第三人损害赔偿责任，也适用无过错责任原则。此外还需要注意的是，《民用航空法》第131条规定，有关航空运输中发生的损失的诉讼，不论其根据如何，只能依照该法规定的条件和赔偿责任限额提出，但是不妨碍谁有权提起诉讼以及他们各自的权利。因此，在适用《民法典》本条规定中“航空运输中发生的损失”这一部分侵权案件时，需要特别注意《民用航空法》的相关规定。

（三）责任构成要件

民用航空器经营者对于航空事故造成的他人损害承担无过错责任，需要符合如下责任构成要件：（1）经营民用航空器并发生了事故；（2）他人受到人身损害或者财产损失；（3）事故与损害之间存在因果关系。

《民用航空法》对经营民用航空器事故致人损害责任中的因果关系进行了专门规定。第124条针对旅客人身伤亡规定：“因发生在民用航空器上或者在旅客上、下民用航空器过程中的事件，造成旅客人身伤亡的，承运人应当承担责任；但是，旅客的人身伤亡完全是由于旅客本人的健康状况造成的，承运人不承担责任。”第125条第4款针对货物损失规定：“因发生在航空运输期间的事件，造成货物毁灭、遗失或者损坏的，承运人应当承担责任；但是，承运人证明货物的毁灭、遗失或者损坏完全是由于下列原因之一造成的，不承担责任：

（一）货物本身的自然属性、质量或者缺陷；（二）承运人或者其受雇人、代理人以外的人包装货物的，货物包装不良；（三）战争或者武装冲突；（四）政府有关部门实施的与货物入境、出境或者过境有关的行为。”

需要注意，本条规定的是“民用航空器造成他人损害的”侵权责任，虽然民用航空器造成他人损害在大多数情况下是在其运输期间造成他人损害，但是民用航空器在非运输期间同样可能造成他人损害。例如，民用航空器在维修、补给（加油）的期间、非执行运输任务的飞行期间，都有可能造成他人损害。因此，在运输期间的侵权责任，主要是以《民用航空法》的相关规定为依据，在非运输期间的侵权责任，则不适用《民用航空法》，而应当适用本条规定。较为复杂的问题是，在一些情况下，民用航空器可能同其他行为或因素结合，进而造成损害。此时，是否对于全部损害后果适用本条规定的“无过错”责任原则。笔者认为，当对于同一损害，民用航空器所起的致害原因力是主要的时，则对于该同一损害应当全部适用无过错责任原则，此种情形下民用航空器经营者承担的应当是连带责任。当民用航空器和其他因素结合导致损害，但是民用航空器在其中所起的原因力并不是主要原因力时，则对于该“同一损害”而言，应当认为不再属于“民用航空器造成他人损害”，同时不再适用本条的规定，而适用《民法典》对于侵权责任的一般规定，或者该主要原因行为（因素）所应适用的特殊侵权规则。

三、受害人故意造成损害的民用航空经营者不承担责任

本条后半段“但书”对于经营者不承担侵权责任的事由作出了规定：“但是，能够证明损害是因受害人故意造成的，不承担责任。”这里的证明责任在民用航空器经营者一方。需要指出的是，如果能够证明损害是因受害人故意造成的，民用航空经营者只是不对该受害人遭受的损害承担侵权责任；而对于同一事故中受到损害的其他受害人，民用航空经营者仍然应当承担侵权责任。

需要注意的是，《民用航空法》对于民用航空器经营者的免责事由作出了更宽泛的规定，例如直接导致损害后果的武装冲突和骚乱，可以作为民用航空器致地面第三人损害的免责事由。对于《民法典》本条规定同《民用航空法》相关规定之间如何适用的问题，还需要作进一步细致的研究。

四、关于赔偿责任限额和航空责任保险

（一）赔偿责任限额

我国经营民用航空器致人损害责任实行责任限额制度，《民用航空法》第129条规定了国际航空运输的责任限额。国务院2006年批准

的《国内航空运输承运人赔偿责任限额规定》更新了国内赔偿限额的标准，将对旅客的赔偿限额提高到40万元。这一限额远远低于《蒙特利尔公约》确定的国际标准（113000特别提款权），也与我国的经济水平严重不相适应，有必要修改和大幅提高。

（二）航空责任保险

航空责任保险（aviation liability insurance），是指以航空器的所有人或经营人因航空器造成地面的他人人身或财产损害赔偿赔偿责任为标的的责任保险。航空责任保险所承保的风险责任，因不同的保险单所约定的保险责任条款或者除外责任条款而不同，在我国国内，主要是指民用航空器地面第三者责任保险和承运人旅客法定责任险。

《民用航空法》第105条规定：“公共航空运输企业应当投保地面第三人责任险。”第166条规定：“民用航空器的经营人应当投保地面第三人责任险或者取得相应的责任担保。”可见在我国，地面第三者责任险是强制保险。一般国家或地区都要求航空承运人投保第三者责任保险，这对于受害人损害的及时、充足补偿和承运人的损害分担有着重要的作用。如我国台湾地区“民用航空法”第94条规定：“航空器所有人应于依第8条申请登记前，民用航空运输业应于第48条申请许可前，投保责任保险。前项责任保险，经‘交通部’订定金额者，应依订定之金额投保之。”地面第三者责任险的保险责任范围是航空器在起飞、飞行、降落、滑行或者地面停放过程中，因为航空器坠毁或者航空器上坠人、坠物等原因而造成第三人人身伤亡和财产损失，被保险人应该承担的损害赔偿赔偿责任。关于保险人的抗辩事由，《民用航空法》第167条、第168条中作出了明确规定。

承运人旅客法定责任险的保险责任范围为：被保险人承运的旅客在乘坐或上下飞机时发生意外，造成旅客人身伤亡或所携带和业经交运登记的行李、物件的损失，以及旅客、行李或物件在运输过程中因迟延而造成的损失，依照法律或者合同应当由被保险人承担的赔偿责任，以及因此而支出的诉讼费用。

此外，依据《民用航空法》第189条的规定，在国际航空运输中，民用航空器对地面第三人的损害赔偿，适用侵权行为地法律；如果民用航空器在公海上空对水面第三人造成损害赔偿，则适用受理案件的法院所在地法律。

第一千二百三十九条

占有或者使用易燃、易爆、剧毒、高放射性、强腐蚀性、高致病性等高度危险物造成他人损害的，占有人或者使用人应当承担侵权责任；但是，能够证明损害是因受害人故意或者不可抗力造成的，不承担责任。被侵权人对损害的发生有重大过失的，可以减轻占有人或者使用人的责任。

本条主旨

本条是关于占有或者使用高度危险物造成他人损害的侵权责任的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第72条 占有或者使用易燃、易爆、剧毒、放射性等高度危险物造成他人损害的，占有人或者使用人应当承担侵权责任，但能够证明损害是因受害人故意或者不可抗力造成的，不承担责任。被侵权人对损害的发生有重大过失的，可以减轻占有人或者使用人的责任。

理解与适用

一、高度危险物造成他人损害的侵权责任概述

（一）高度危险物的概念

本条列举了易燃、易爆、剧毒、高放射性、强腐蚀性、高致病性等六种对周围环境有高度危险的高度危险物。这是不完全列举，只是列举了最常见的几种高度危险物。为了在司法实践中明确侵权人的责任，更好地保护因高度危险物的固有危险性而可能受到损害的人，有必要先了解危险物品的概念、范围以及分类等。

由交通部制定的《危险货物分类和品名编号》（GB6944-2005）

自2005年11月1日起执行，替代了之前由交通部和铁道部联合制定的《危险货物分类与品名编号》（GB6944-1986）。该标准对危险物品的概念作出了明确的规定。该标准第3条第1款规定的危险货物为“具有爆炸、易燃、毒害、感染、腐蚀、放射性等危险特性，在运输、储存、生产、经营、使用和处置中，容易造成人身伤亡、财产损毁或环境污染而需要特别防护的物质和物品”。该标准第4条按危险货物具有的危险性或最主要的危险性将危险物品分为9个类别，包括：（1）爆炸品；（2）气体；（3）易燃液体；（4）易燃固体、易于自燃的物质、遇水放出易燃气体的物质；（5）氧化性物质和有机过氧化物；（6）毒性物质和感染性物质；（7）放射性物质；（8）腐蚀性物质；（9）杂项危险物质和物品。其中每个类别又可以分为若干项。该标准第4条对于上述每一类别下的每一项危险物品的概念、性质、分类都进行了明确的规定。可见，危险物品实际上指代的是一类对周围环境有高度危险性的物品，它不仅包括原《侵权责任法》第72条规定的4种危险物品，而且包括《危险货物分类和品名编号》中规定的其他危险物品。

需要注意，核材料在性质上也属于高度危险物品，但是由于核材料的极端危险性，《民法典》对其单独予以规定并设定了更为严格的免责事由，从而不受本条规范。但是，《核安全法》第2条明确区分了核材料与“放射性废物”。所谓“放射性废物”是指“核设施运行、退役产生的，含有放射性核素或者被放射性核素污染，其浓度或者比活度大于国家确定的清洁解控水平，预期不再使用的废弃物”。这类放射性废物不属于核材料，而属于高度危险物品，受本条规范。

（二）规制高度危险物品的法律制度

由于高度危险物的固有危险性，它对周围不特定人的人身和财产很可能造成现实的损害，因而国家有必要通过法律、行政法规以及单行法规等来对高度危险物品进行管制。除了《侵权责任法》和《民法典》中规定对于高度危险物品致人损害适用无过错责任原则以外，相关法律法规也对高度危险物的控制作出了规定，如《安全生产法》和《危险化学品安全管理条例》就有相应的详细规定。本条基本承继了《侵权责任法》第72条，但是增加了“强腐蚀性”，将“放射性”提高为“高放射性”，使得本条侵权责任规范规定更加全面和更加科学。在立法的最后阶段，本条增加“高致病性”高度危险性，回应了抗击“新冠病毒”疫情的社会需求。“高致病性”高度危险物主要指具有高致病性的病毒、细菌。

二、占有人或者使用人的责任

（一）高度危险物的占有人或者使用人承担侵权责任

本条确立了占有人、使用人对高度危险物致人损害承担无过错责任的规则。如何理解占有人、使用人是责任主体，需要从高度危险物致人损害责任的归责依据出发，来进行解释：第一，从风险控制理论出发，占有人是直接的风险控制人，要求其承担责任有利于控制风险；第二，从损益同归的理论出发，享有其利益者承受其风险，使用人享有其利益，应当承受风险。通常情况下，占有人、使用人乃是同一人，由其承担责任合情合理。如果所有人也是占有人或者使用人，当然由其承担侵权责任，承担侵权责任的依据不是对高度危险物享有所有权而是对该高度危险物具有实际控制力。基于这样的考虑，在所有与占有、使用分离的情况下，由对该高度危险物具有实际控制力的占有人、使用人承担侵权责任，而不是由该高度危险物的所有人承担侵权责任。当然，如果该高度危险物的所有人在转移对该高度危险物的占有状态、使用权的过程中有过错的，其要根据侵权责任的一般规则承担过错责任。其过错与占有人、使用人的责任构成共同侵权的，应当承担连带责任。

（二）适用无过错责任原则

对于高度危险物造成损害的侵权责任，应当适用无过错责任原则，即责任之构成不以占有人、使用人有过错为要件。有学者认为，无过错责任（即无过失责任）与危险责任实际上意义相同。无过错责任消极指明了“无过失也应负责任”的原则，危险责任的概念较能积极地凸显无过错责任的归责原因。法律规定由高度危险物的占有人、使用人对该高度危险物造成的损害承担无过错责任，既是风险控制和社会公平的需要，也是当事人之间利益均衡的要求。

（三）侵权责任构成要件

高度危险物致人损害侵权责任与高度危险作业致人损害侵权责任虽同属高度危险责任的重要类型，但两者在性质上存在重要区别。高度危险物致人损害属于物件造成的损害，为准侵权行为之一种。高度危险作业致人损害属于“行为责任”的范畴。此外，高度危险物致人损害侵权责任与普通物件致人损害侵权责任不同：普通物件致人损害侵权责任一般适用过错责任原则（过错推定），而高度危险物的占有人、使用人对高度危险物致人损害承担无过错责任。

高度危险物的占有人、使用人承担此等侵权责任主要是损害赔偿责任，其构成要件包括：（1）侵权人是高度危险物的占有人或者使用人；（2）其所占有、使用的物具有致害的高度危险性；（3）被侵

权人遭受了人身、财产损失；（4）此等损害与致害物的高度危险性之间存在因果关系。

需要指出的是，运输高度危险物品，虽然是一种积极行为，但是仍然受本条规范。这主要是因为：第一，本章第一条虽然概括规定了高度危险作业侵权责任，但是并没有规定具体的免责事由。对此，有两种可能解释：一是高度危险作业侵权责任没有任何免责事由；二是高度危险作业侵权责任与其他一般侵权责任具有相同的免责事由。第一种解释明显不合理，因为受害人故意等免责事由对于所有侵权责任均可以适用。而本条明确规定只有“受害人故意”和“不可抗力”才是本条的完全免责事由。因此，对于一般侵权责任可以适用的其他免责事由不能适用于本条。即使上述第二种解释可以成立，也不适用于运输高度危险物的情形。因为运输高度危险物相较储存高度危险物的危险性更大，而储存高度危险物明确地受本条规范。如果将运输高度危险物解释为受本章第一条规范，会得出危险性更大的侵权责任反而具有更多的免责事由这一无法自洽的结论。因此，运输高度危险物不宜由本章第一条规范。

第二，本章第1240条虽然列举了一些高度危险作业类型，但是却是封闭式列举，致使道路交通运输高度危险品等情形无法纳入第1240条规范。

第三，运输高度危险品虽然存在运输行为，但是运输行为并不是该类案件中危险的主要来源。该类案件中危险的主要来源是物品的高度危险性。因此，该类型为应当受本条关于高度危险品侵权责任的规范。

三、不承担责任和减轻责任的事由

（一）损害是因受害人故意或者不可抗力造成的

本条“但书”规定了高度危险物的占有人、使用人两项不承担侵权责任的抗辩事由：不可抗力与受害人故意。受害人故意使其失去了获得保护的正当性，占有人、使用人自然不承担责任。就不可抗力而言，考虑到高度危险物致人损害的危险程度低于民用核设施和民用航空器，法律规定所有的不可抗力均可以作为不承担责任的抗辩事由，而限于战争、武装冲突、暴乱等情形。

但是，在适用不可抗力作为抗辩事由时，应当特别注意只有在不可抗力是导致损害发生的全部原因或主要原因时，才可以以不可抗力

作为抗辩事由而不承担侵权责任。这是本条但书中“因”字的题中应有之意。如果不可抗力并不是造成损害的原因，或只是造成损害的次要原因，则不能以此不可抗力作为免责事由而不承担侵权责任。在这种情况下，根据本条第二句的立法精神，可以考虑根据该不可抗力而酌定减轻占有人、使用人的侵权责任。

（二）被侵权人对损害的发生有重大过失

本条规定，被侵权人的重大过失是减轻占有人、使用人侵权责任的抗辩事由。被侵权人的重大过失可以作为减轻占有人、使用人侵权责任的抗辩事由，但是不能免除其侵权责任；如果被侵权人的过失是一般过失，则不能减轻占有人、使用人的侵权责任。占有人、使用人主张此等抗辩，对被侵权人的重大过失负有举证责任。

第一千二百四十条

从事高空、高压、地下挖掘活动或者使用高速轨道运输工具造成他人损害的，经营者应当承担侵权责任；但是，能够证明损害是因受害人故意或者不可抗力造成的，不承担责任。被侵权人对损害的发生有重大过失的，可以减轻经营者的责任。

本条主旨

本条是关于几种高度危险作业造成他人损害侵权责任的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第73条 从事高空、高压、地下挖掘活动或者使用高速轨道运输工具造成他人损害的，经营者应当承担侵权责任，但能够证明损害是因受害人故意或者不可抗力造成的，不承担责任。被侵权人对损害的发生有过失的，可以减轻经营者的责任。

《铁路法》

第58条 因铁路行车事故及其他铁路运营事故造成人身伤亡的，铁路运输企业应当承担赔偿责任；如果人身伤亡是因不可抗力或者由于受害人自身的原因造成的，铁路运输企业不承担赔偿责任。

违章通过平交道口或者人行过道，或者在铁路线路上行走、坐卧造成的人身伤亡，属于受害人自身的原因造成的人员伤亡。

《电力法》

第60条 因电力运行事故给用户或者第三人造成损害的，电力企业应当依法承担赔偿责任。

电力运行事故由下列原因之一造成的，电力企业不承担赔偿责任：

（一）不可抗力；

（二）用户自身的过错。

因用户或者第三人的过错给电力企业或者其他用户造成损害的，该用户或者第三人应当依法承担赔偿责任。

理解与适用

一、高度危险作业造成他人损害侵权责任概述

（一）法律规定的完善

从事高空、高压、地下挖掘作业或者经营高速轨道运输工具致人损害责任是一组高度危险作业致人损害责任，延续了《民法通则》第123条规定的高空、高压、高速运输工具的主要情形，又增加了地下挖掘责任。这4种高度危险作业致人损害责任与经营民用核设施致人损害责任、经营民用航空器致人损害责任不同，属于生活中常见多发的高度危险作业致人损害责任，《侵权责任法》第73条规定了多样化的责任减轻与免除事由，其中，不可抗力与受害人故意属于免责事由，受害人与有过失属于责任减轻的事由。除《侵权责任法》第73条和《民法典》第1240条外，一些单行法律也规定了高度危险作业致人损害责任的责任免除或者减轻事由，如2015年修正的《铁路法》第58条第1款中规定：“如果人身伤亡是因不可抗力或者由于受害人自身的原因造成的，铁路运输企业不承担赔偿责任。”2015年修正的《电力法》第60条第2款第2项规定：“因用户自身的过错引起电力运行事故造成自己损害的，电力企业不承担赔偿责任。”对此，应当理解为：该电力运行事故属于本条规定的高度危险作业类型之一的，则只适用本条的规定，即只有在用户故意的情况下才能够予以免责。该电力运行事故不属于本条规定的高度危险作业类型的，则适用《电力法》的有关规定。

（二）几种列举的高度危险作业

1.高空作业

高空作业，是指距离坠落高度基准面2米及以上，在有可能坠落的高处进行的作业，如高空施工、高空维修、高空安装、高空清洗等工业活动与非工业活动。高空作业产生坠落危险。

2.高压作业

高压作业主要包括以高压制造、储藏、运送电力、液体、煤气、蒸汽等。生活中最常见多发的高压作业致人损害责任是高压电流致人损害责任。

3.地下挖掘

地下挖掘制造坍塌危险。地下挖掘活动就是在地表下面向下一一定深度进行挖掘的行为，如地下挖井、构筑坑道、开挖隧道、修建地铁等。

4.使用高速轨道运输工具

高速轨道运输工具指普通列车、动车、高铁、地铁、轻轨列车、磁悬浮列车之类。对于列车等高速轨道运输工具运营致人损害，除了适用本条规定外，目前还适用《铁路法》（1991年5月1日生效、2015年修正）、《最高人民法院关于审理铁路运输人身损害赔偿纠纷案件适用法律若干问题的解释》（2010年1月4日）等法律法规及司法解释的规定。

二、经营者的责任

（一）经营者是责任主体

依据本条规定，从事高空、高压、地下挖掘、使用高速轨道运输工具造成他人损害的，由经营者承担侵权责任。经营者是指对此等作业或营运实际负责和管控的民事主体。在承揽、承包经营关系中，实际经营的承揽人、承包人是经营者，发包人通常不被认为是“经营者”，进而不是承担此等侵权责任的主体。

（二）适用无过错责任原则

鉴于从事高空、高压、地下挖掘、使用高速轨道运输工具所具有的高度危险性，法律规定其经营者对由此造成的他人损害承担无过错责任。经营者的责任之构成，不考虑其是否有过错，不以其有过错为要件。

（三）侵权责任构成要件

经营者构成此等侵权责任，需要符合以下要件：（1）从事了高空、高压、地下挖掘活动或者使用了高速轨道运输工具进行营运活动。（2）他人受到损害，包括人身损害和财产损失。他人是指经营

者之外的民事主体，不包括经营者的相关员工。后者因此发生损害之情形，按照工伤事故等责任处理。（3）高空、高压、地下挖掘活动或者使用高速轨道运输工具进行营运活动与他人的损害之间存在因果关系。

■ 三、不承担责任和减轻责任的事由

（一）损害是因受害人故意或者不可抗力造成的

本条“但书”规定了经营者不承担侵权责任的两项抗辩事由：受害人故意与不可抗力。受害人故意使其失去了获得保护的正当性，经营者自然不应承担侵权责任。就不可抗力而言，法律规定的所有的不可抗力类型均可以作为不承担责任的抗辩事由。经营者对受害人故意或者不可抗力负有举证责任，能够证明受害人故意或者损害是由于不可抗力造成的，则可不承担侵权责任；反之，则应当依法承担侵权责任。

（二）被侵权人对损害的发生有重大过失

本条规定，被侵权人的重大过失是减轻经营者侵权责任的抗辩事由。被侵权人的重大过失可以作为减轻经营者侵权责任的抗辩事由，但是不能免除经营者的侵权责任；如果被侵权人的过失是一般过失，则不能减轻经营者的侵权责任。经营者主张此等抗辩，对被侵权人的重大过失负有举证责任。

第一千二百四十一条

遗失、抛弃高度危险物造成他人损害的，由所有人承担侵权责任。所有人将高度危险物交由他人管理的，由管理人承担侵权责任；所有人有过错的，与管理人承担连带责任。

本条主旨

本条是关于遗失、抛弃高度危险物造成他人损害责任的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第74条 遗失、抛弃高度危险物造成他人损害的，由所有人承担侵权责任。所有人将高度危险物交由他人管理的，由管理人承担侵权责任；所有人有过错的，与管理人承担连带责任。

理解与适用

一、遗失、抛弃高度危险物造成他人损害的侵权责任概述

本条规定根据风险控制理论和利益—风险理论确定了所有人和管理人对遗失、抛弃的高度危险物造成他人损害承担的责任。

在遗失、抛弃高度危险物后，高度危险物的高度危险性并不会减弱，反而会因为得不到合理、适当的管理和控制而增加。在抛弃危险物的情形，所有人、管理人存在严重过错，理所当然应承担致人损害的侵权责任。在遗失危险物的情形，所有人、管理人可能没有过错或过错程度较轻，但基于对危险物的控制义务，所有人、管理人应当对被遗失、抛弃的高度危险物致人损害承担无过错责任。即便其没有过错，也要对无辜的被侵权人承担责任。对此，也可以理解为，所有人、管理人对于高度危险物必须具有高度注意义务，在这一注意义务标准下，“遗失”当然地构成所有人、管理人的“过错”。

依据本条规定，遗失、抛弃高度危险物造成他人损害的侵权责任适用无过错责任原则。侵权责任的构成要件包括：（1）所有人、管理人遗失、抛弃高度危险物；（2）发生他人损害，包括人身损害和财产损失；（3）他人损害是由于被遗失、抛弃的高度危险物造成的，即在二者之间存在因果关系。

二、责任主体与连带责任

（一）所有人责任

所有人对自己所有之物造成的损害承担侵权责任，这是侵权责任法的基本原理所要求的，因为所有人（1）对自己所有之物具有管控能力；（2）自己因为所有该物而享有财产利益。高度危险物的所有人作为该高度危险物的控制者和利益享有者，理应承担无过错责任。

（二）管理人责任

在所有人将高度危险物交由他人管理的情形，法律要求管理人承担侵权责任的原因在于：管理人更有能力、更有机会控制风险，从而避免损害发生。相对于利益—风险理论，高度危险物品致人损害责任归责的核心依据在于风险控制，即谁能控制风险谁就承担责任。法律规则如此设计的目的在于降低整个社会的风险、减少损害的发生。通常情况下，在所有人将危险物品交给他人管理时，管理人（比如危险物品的仓储业者）往往具备专业的保管设备和知识、技能，法律将风险控制义务和损害赔偿 responsibility 施加给管理人是完全合适的。

（三）所有人与管理人的连带责任

所有人的过错可能体现在但不限于以下方面：所有人对于管理人的选任存在过错；所有人对于该高度危险物品的相关信息的告知具有过错；所有人在交接该高度危险物的过程中具有过错等。

本条法律规定，如果所有人对于高度危险物品的遗失或者抛弃有过错，就应当与管理人一起对受害人的损失承担连带责任。其目的在于加强对受害人的保护。此时，所有人与管理人可能构成共同侵权，如双方协商一致将危险物品抛弃。但在多数情形下，所有人与管理人之间不存在意思联络。从性质上说，所有人的责任是过错责任，而管理人的责任是无过错责任，法律规定二者承担连带责任，仅仅是出于保护受害人的目的而特别设计的规则，此等连带责任并不要求符合共同侵权行为的构成要件。

需要指出，虽然这一连带责任是一种特别规则设计，但是其具有相当的理论依据。这主要是在于所有者的过错与管理人的行为在因果关系上相互联结，被认定为是在“法律上”构成不可分割的因果关系，因此承担连带责任。例如，所有者选任了不具资质的管理者来保管高度危险物品。即使该不具资质的管理者的管理行为在事实上完全符合法律法规的相关操作规范，但在该高度危险物造成损害的情况下，所有人仍然需要承担连带责任。在这一例子中，所有者在选任管理者过程中的过错对于损害后果的发生在事实上其实并不具有因果关系，但是其仍然需要承担连带责任，这是因为其仍然构成了“法律上”的因果关系。即法律认为：如果所有者当时选任了合格的管理者，那么损害就“可能”不发生，因此所有者选任行为的过错仍然与损害结果构成法律上的因果关系，需要承担连带责任。之所以对有过错的所有者课以这一十分严苛的法律责任，其目的就在于尽量降低发生损害后果的可能性，对未来的损害风险进行最大程度的控制。

第一千二百四十二条

非法占有高度危险物造成他人损害的，由非法占有人承担侵权责任。所有人、管理人不能证明对防止非法占有尽到高度注意义务的，与非法占有人承担连带责任。

本条主旨

非法占有高度危险物造成他人损害的侵权责任之规定。

相关条文

《侵权责任法》

第75条 非法占有高度危险物造成他人损害的，由非法占有人承担侵权责任。所有人、管理人不能证明对防止他人非法占有尽到高度注意义务的，与非法占有人承担连带责任。

理解与适用

一、非法占有高度危险物造成他人损害的侵权责任概述

（一）非法占有

占有是指民事主体对物（主要是有体物）的实际管领或称管控，是一种事实状态。占有分为有权占有与无权占有、合法占有和非法占有。所有人（管理人）对自己所有（管理）之物的占有，是有权占有也是合法占有；不当得利人对他人之物的占有是无权占有；租赁人对作为租赁标的的他人之物之占有，是非所有（管理）人的占有，也是合法占有。盗窃、抢劫、抢夺等犯罪人对盗窃、抢劫、抢夺之物的占有，是无权占有也是非法占有。

（二）一般规则

对于有体物之致人损害，原则上由该物的所有人、管理人承担侵权责任；如果物的所有（管理）与占有分离，一般由对物具有实际控

制能力的占有人承担侵权责任。所有人或管理人对其所有或者管理之物被他人占有尤其是非法占有有过错的，则承担相应的过错责任。

（三）特别规则

鉴于高度危险物内在致害危险性高于其他有体物，法律规定了特别的侵权责任规则：所有人、管理人对防止非法占有承担高度注意义务；如果没有尽到此等高度注意义务，则应当与非法占有人一同向被侵权人承担连带责任。

二、责任主体与连带责任

（一）非法占有人的责任

在高度危险物致人损害构成侵权责任之情形，责任主体承担责任的原因在于危险控制。有能力实际控制高度危险物之高度危险性的人，就应对该危险造成的损害承担责任。在非法占有的情况下，非法占有人对高度危险物具有控制能力，能够控制其内在危险并避免造成对被侵权人的损害。因此，在发生此等损害时，作为高度危险物之实际控制者的非法占有人应承担侵权责任。

需要指出的是，本条规定的“非法占有人”的侵权责任，究竟是过错责任，还是无过错责任？笔者认为，虽然本条没有明确规定非法占有人的“过错”要件，但是应当认为，本条规定的非法占有人侵权责任适用的是“过错责任”。原因在于：本条规定的“非法占有高度危险物造成他人损害的”中的“非法占有”本身就包含了过错要件。对于这一表述中的“非法占有”，既可以解释为仅仅是一种非法占有的状态，也可以解释为是一种进行非法占有的行为。在进行非法占有的行为的情况下，非法占有人具有过错当属无疑。但是即使在仅仅是事实上非法占有的状态下，也要求事实占有人具有过错才构成此处所说的“非法占有”。在没有任何过错的情况下，即使实际上“占有”了该高度危险物，并且该种占有也不“合法”，但是仍然不构成此处的“非法占有”，并不承担侵权责任。例如，在A没有任何过错的情况下，高度危险物品被放置在其车辆中，而A对此并不知悉。在这种情况下，可以说A事实上非法占有了该高度危险物，但是A并不具有任何过错，其不承担任何侵权责任。

（二）所有人、管理人与非法占有人的连带责任

本条规定了高度危险物的所有人、管理人负有“对防止非法占有

尽到高度注意义务”。所谓高度注意义务是指超过正常义务之注意程度的义务。一般而言，一个民事主体达到了如同照管自己事务一样的注意程度，如果没有对价约定或者法律法规的特别规定，就认为其达到了一般注意程度而没有过错。在有对价约定或者当然的有偿关系中，一个民事主体达到了一个理性人（大陆法称为“善良家父”）应当达到的注意程度，就认为其达到了一般注意程度而没有过错。但是，法律对特定行为人的注意程度有特殊要求的，应当依据法律的相关规定来判断该当事人是否有过错。本条规定的“尽到高度注意义务”是指尽到超过理性人的注意义务。到底注意义务有多“高”，由专门的法律、法规或规章等作出规定。本条法律之所以对高度危险物的所有人、管理人设定“高度注意义务”，是因为高度危险物脱离所有人、管理人的实际控制，造成损害的风险是极大的，所以必须规定所有人、管理人的“高度注意义务”以管控风险，避免或者减少相关侵权事故的发生。

本条基本承继了《侵权责任法》第75条的规定：如果高度危险物的所有人、管理人对防止非法占有没有尽到高度注意义务，则应当与非法占有人一同向被侵权人承担连带责任。这里的连带责任之构成要件包括：（1）非法占有人所占有的高度危险物存在高度的内在危险；（2）被侵权人受到损害；（3）高度危险物的高度内在危险是损害发生的原因，即二者之间存在因果关系；（4）高度危险物的所有人、管理人未尽到高度注意义务。

需要指出的是，这里的“所有人、管理人未尽到高度注意义务”是法律作出的推定。在这种推定之下，法律给予所有人、管理通过反证的方式证明其尽到了高度注意义务的机会：如果所有人、管理人不能证明自己尽到了高度注意义务就确定其承担连带责任；反之，则由非法占有人对被侵权人受到的损失承担侵权责任。

第一千二百四十三条

未经许可进入高度危险活动区域或者高度危险物存放区域受到损害，管理人能够证明已经采取足够安全措施并尽到充分警示义务的，可以减轻或者不承担责任。

本条主旨

本条是关于未经许可进入高度危险活动区域或者高度危险物存放区域受到损害，管理人减轻或者免除责任的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第76条 未经许可进入高度危险活动区域或者高度危险物存放区域受到损害，管理人已经采取安全措施并尽到警示义务的，可以减轻或者不承担责任。

理解与适用

一、适用场所和范围

（一）高度危险活动区域或者高度危险物存放区域

依据本条规定，减轻或者免除管理人责任，仅仅适用于被侵权人（受害人）未经许可进入高度危险活动区域或者高度危险物存放区域受到损害。在其他区域发生的损害，不适用本条减轻或者免除管理人责任的规定。

（二）排除核设施营运场所和民用航空器致人损害

本条实质上是关于被侵权人（受害人）过失相抵或者说比较过错的责任减轻乃至免除条款。因此，在完全排除考虑被侵权人（受害人）过失减轻责任的无过错责任案件中，本条并不适用。比如在核设施营运场所发生的损害以及民用航空器致人损害的案件中，不宜适用

本条减轻或者免除管理者的责任。但是，如果构成受害人故意的，则免除侵权责任。

二、被侵权人未经许可进入

本条规定的被侵权人（受害人）“未经许可进入”，是指其无权进入而擅自进入高度危险活动区域或者高度危险物存放区域。任何合法的或者受到明示、默示许可的进入，以及难以判断是否有权进入情况下的进入，都不属于“未经许可进入”。在此，法律没有对被侵权人（受害人）未经许可进入高度危险活动区域或者高度危险物存放区域是故意为之抑或重大过失为之作出规定。实践中，其进入此等区域往往与违法乃至犯罪行为有关，如盗窃有关设备或者材料。在这样的案件中，在法理上至少可以认为被侵权人存在重大过失，有些则是故意的。本质上，本条规定的可以减轻管理人的责任甚至免除其责任，是被侵权人（受害人）过失相抵（比较）的结果：在管理人没有过失、尽到了相关注意义务的情况下，被侵权人（受害人）故意或者重大过失导致自己受到损害，对二者的主观状况进行比较，得出减轻或者免除管理人责任的结论，而由被侵权人（受害人）对自己受到的损失部分或者全部承担后果。

三、已经采取足够安全措施并尽到充分警示义务

如果减轻或者免除管理人的责任，则要求其已经采取足够安全措施并尽到充分警示义务。与《侵权责任法》第76条相比，本条将“已经采取安全措施”提升为“已经采取足够安全措施”，将“尽到警示义务”提升为“尽到充分警示义务”，提高了管理人的注意程度。这显然高于一般注意程度，高于一般安全措施和一般警示义务。本条的这一修改，体现了对被侵权人更高的保护水准。

同时，管理人依据本条主张减轻或者不承担责任，负有举证责任即证明自己“已经采取足够安全措施并尽到充分警示义务”。本条的抗辩，既可以是不承担责任的抗辩，也可以是减轻责任的抗辩。是不承担责任还是减轻责任，由法官依案件具体情况确定。

四、可以减轻责任或者不承担责任

本条规定的“可以减轻或者不承担责任”，具有以下含义：（1）在符合上述条件的情况下，法院得判决减轻管理人的责任或者判决管

理人不承担责任，也可以判决不减轻责任而是由管理人承担全部赔偿责任。“可以”赋予了法官一定的裁量权。（2）法官裁量的结果可以是管理人减轻责任，也可以是管理人不承担责任。

第一千二百四十四条

承担高度危险责任，法律规定赔偿限额的，依照其规定，但是行为人有故意或者重大过失的除外。

本条主旨

本条是关于承担高度危险责任之赔偿限额的指引性规定。

相关条文

《侵权责任法》

第77条 承担高度危险责任，法律规定赔偿限额的，依照其规定。

理解与适用

一、承担高度危险责任之赔偿限额的指引性规定

本条前半段是关于承担高度危险责任之赔偿限额的指引性规定，承继了《侵权责任法》第77条。

作为一条指引性法律，本条但书之前的部分本身，不能单独作为裁判案件的依据，而只是指向对承担高度危险责任之赔偿限额作出规定的法律条文。但是，本条的但书部分可以作为单独裁判案件的依据。如果行为人有故意或者重大过失的，则不论其他法律对于赔偿限额适用条件的规定为何，行为人确定地不受赔偿限额的限制。

本条规定肯定了高度危险责任可以是限额赔偿而不是完全赔偿，属于侵权责任法完全赔偿原则的例外。从比较法的经验来看，危险活动的经营者或危险物品的保有者承担无过错责任并不是实行赔偿限额的充分理由。高度危险责任是否实行赔偿限额制度应当考虑一国（地区）相关经营者的财力、市场状况、社会情形而综合决定。^[1]比如对于核设施致害责任，德国、日本都是全额赔偿并无限制，我国台湾地

区则是设有赔偿限额。

目前法律层面并没有赔偿数额的限制，但不少行政法规对特定高度危险责任规定了赔偿限额。如国务院《关于核事故损害赔偿若干问题的批复》（国函〔2007〕64号）、《铁路交通事故应急救援和调查处理条例》（2012年修订）、《国内航空运输承运人赔偿责任限额规定》《港口间海上旅客运输赔偿责任限额规定》等，分别针对核事故、铁路交通事故、航空事故和海上运输事故规定了赔偿限额。

考虑到相关行政法规多存在维护本部门利益的嫌疑，有关赔偿责任限额应当以法律的形式规定。

二、行为人有故意或者重大过失的除外规则

本条后半段规定，“但是行为人有故意或者重大过失的除外”。即使有关的法律法规规定了责任限额，但如果行为人有故意或者重大过失，则不受此等限额规定的限制，被侵权人仍然可以主张全额赔偿。比如，在空难事故中，如果事故是由于航空器经营者（包括其工作人员）的故意或者重大过失造成的，被侵权人则有权请求全额赔偿，不受法规规定的赔偿限额的限制。

注释：

[1]王泽鉴.侵权行为法（二）特殊侵权行为.台北：自版，2006:311.

第九章

饲养动物损害责任

【本章提要】本章规定饲养动物造成他人损害的侵权责任，共7个条文（第1245条-第1251条）。第1245条是对饲养动物造成他人损害之侵权责任的一般规定。第1246条规定了违反管理规定未对动物采取安全措施造成他人损害情形的侵权责任。第1247条规定了禁止饲养的烈性犬等危险动物造成他人损害的侵权责任。第1248条规定了动物园对其动物造成他人损害的侵权责任。第1249条规定了遗弃、逃逸的动物造成他人损害的侵权责任。第1250条规定了第三人过错致使动物造成他人损害的侵权责任承担。第1251条是一条关于饲养动物的行为规范规定。除了动物园对其动物造成他人损害承担过错推定责任外，饲养动物造成他人损害，侵权人（动物的饲养人或者管理人、动物的原饲养人或者管理人等）承担无过错责任；有过错的第三人致使动物造成他人损害的，被侵权人可以向动物饲养人或者管理人请求赔偿（无过错责任），也可以向第三人请求赔偿（过错责任）。法律对不承担责任和减轻责任的若干情况作出了规定（第1245条后段、第1246条后段、第1248条后段）。

第一千二百四十五条

饲养的动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任；但是，能够证明损害是因被侵权人故意或者重大过失造成的，可以不承担或者减轻责任。

本条主旨

本条是关于饲养动物造成他人损害侵权责任的一般规定。

相关条文

《侵权责任法》

第78条 饲养的动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任，但能够证明损害是因被侵权人故意或者重大过失造成的，可以不承担或者减轻责任。

理解与适用

一、饲养的动物造成他人损害侵权责任概述

（一）饲养的动物造成他人损害

自罗马法以来，饲养动物造成他人损害就被认为是一种“准侵权行为”，是饲养的动物造成他人损害而不是其所有人的行为造成他人损害，由其所有人、占有人承担侵权责任。近现代各国民法也规定了这种侵权责任，而且一般适用无过错责任原则或者过错推定。

“饲养的动物”是指处于人的饲养、管束之下的动物。动物乃具有生命且可以自主活动之物。一方面，它区别于不可自主活动之植物，它可以自己独立地实施某种加害举动；另一方面，它又区别于作为民事法律关系之主体的人，动物只能成为民事法律关系的客体而非主体，它只能实施某种加害举动而非加害行为。因此，动物造成他人损害责任既不同于树木等造成他人损害责任，也不同于无民事行为能力

人等造成他人损害责任。此外，微生物不属于动物，病菌和病毒传播造成他人损害的，不属于饲养动物造成他人损害，而属于危险物品乃至高度危险物品造成他人损害。

从比较法的角度看，各国或不同时期的法律对动物造成他人损害责任中“动物”的限定和理解并不一致。古代法（罗马法和日耳曼法）将赔偿责任局限于“家畜”所造成的损害；近代大陆法系民法典则一般地规定为“动物”；美国法则采取了分别列举的方式，既包括“放牧牲畜”，也包括“家养动物”和野兽。我国《侵权责任法》和《民法典》继受了《民法通则》的规定，规定为“饲养的动物”造成他人损害的侵权责任。我国民法的这种规定比较科学，它具有一定的抽象性而不必一一列举：既不像古代法的规定那么狭窄，也不像德、日、法等国的民法典的规定那么宽泛；而且它给出了“饲养的”这一定性因素，表明了动物与人类活动之间的关系，便于分析和理解。

本条及本章其他条文所称的“饲养的动物”，应同时具备以下条件。

（1）它为特定的人所有或占有，即为特定的人所饲养或管理，强调动物与人类活动的关系。这是由饲养人、管理人承担责任的法理基础。野生动物，如处于野生状态的虎、豹、狮子、毒蛇等，不属于饲养的动物。

（2）饲养人或管理人对动物具有适当程度的控制力。也正因为此，自然保护区（或野生动物保护区）的野兽，虽可能为人们在一定程度上所饲养或管理（如定期投放食物），但是人们对它的控制力较低，不能认其为“饲养的动物”。

（3）该动物依其自身的特性，有可能对他人的 人身或财产造成损害。那些对他人的 人身或财产不具有可能的危险性的动物，如家养的金鱼，则不构成本条规定的饲养的动物造成他人损害责任意义上的“饲养的动物”。

（4）该动物可以为家畜、家禽、宠物或驯养的野兽、爬行类动物等。例如，人们家养的牛、马、狗、猫或驯养的野生动物（如猛兽、毒蛇、鳄鱼），如果同时符合上述四个条件，应认定为“饲养的动物”；某些实行封闭管理而且收费的场所（如动物园）所驯养的猛兽等动物，同时符合上述四个条件，属于“饲养的动物”，因为人们对它有较强的控制力。本章列举的饲养动物类型有：饲养的一般动物、饲养的危险动物、动物园里的动物、遗弃或逃逸的动物。在实践中，人们饲养的狗咬伤人导致损害的案件最为常见，而国内外报道的最小

的造成他人损害的饲养动物是蜜蜂。

（二）责任主体：饲养人或者管理人责任

关于饲养动物造成他人损害的赔偿义务人，各国法律规定不尽一致。本条规定的责任主体是动物饲养人或者管理人。有学者认为，“动物的饲养人是指动物的所有人”，“动物的管理人是指实际控制和管束动物的人”。这样的解释使我国法律的规定兼采了所有者责任与保有者责任。

在大多数情形下，动物的饲养人或管理人是比较确定的：在饲养或管理自己所有的动物的情形下，动物的饲养人和管理人均是指动物的所有人，可以通过占有状况以及登记情况来确定。但在动物的占有人与饲养人相分离的场合，对责任主体的确认可能出现分歧：既可能由作为所有者的饲养人承担责任，也可能由作为直接占有者的管理人承担责任。应区分如下情形。

1. 雇用或委托他人照管

于动物所有人（饲养人）雇用或委托他人照管其饲养的动物的情形，所有人（饲养人）是动物的管理人。受雇者或受委托者仅是为他人利益而照管动物，尽管他们对动物具有一定的实际控制力，但不属于管理人。此种情形应由所有人（饲养人）承担责任。

2. 动物出租或出借

于将饲养的动物出租给他人使用的情形，所有人无法对动物直接进行控制，而是由承租人实施管理、控制行为，原则上应当由作为承租人的管理人承担责任。在将饲养的动物出借给他人使用的情形也是一样，原则上应由作为实际使用人的管理人承担责任。但如果动物的所有者对动物的保有或出租、出借行为本身存有过错，如非法保有禁止饲养或限制饲养的动物，或者对于具有特定危险性的动物明知或应知他人不具有管理资质或能力而将动物出租或出借给他人，则应由所有人（饲养人）与管理人（承租人、实际使用人）承担连带责任。

3. 非法占有者的责任

在实践中，还会出现这样的情况：某人非法占有（如盗窃）他人的饲养动物，在其非法占有期间该饲养的动物造成他人损害。这时，应该由谁承担赔偿责任呢？笔者以为，解决这一问题涉及两个方面：一是对占有人的解释；二是对“第三人过错”的理解。按照保有者责任

理论，非法占有者可以被解释为“保有者”，从而由其直接承担责任。将非法占有者解释为管理者似乎显得牵强，应当按照《民法典》第1175条规定的“第三人的过错”处理。被侵权人可以向饲养人或者管理人请求赔偿，也可以向作为第三人的非法占有者请求赔偿，动物饲养人或者管理人赔偿后，有权向第三人追偿。

（三）归责原则

从比较法的角度观察，对饲养动物造成他人损害适用无过错责任的归责原则或者严格责任（如过错推定）的归责原则是基本潮流。1922年《苏俄民法典》规定，饲养野兽造成他人损害属于高度危险造成他人损害。1964年《苏俄民法典》虽未专门规定饲养动物造成他人损害的问题，但学理上仍将其解释为高度危险来源造成他人损害之一。我国学者对《德国民法典》第833条、《日本民法典》第718条以及《法国民法典》第1385条进行了比较分析，认为德、日民法典采取的是“相对的无过错责任”或严格责任，而《法国民法典》采取的是“严格的无过错（责任）原则”。

本章所规定的饲养的动物造成他人损害的民事责任，原则上为无过错责任，以动物园的过错推定责任和第三人的过错责任为例外。除动物园的责任和第三人的责任外，其他民事主体构成饲养动物损害责任，不以其有故意或者过失为要件。

（四）“准侵权行为”责任

在饲养的动物造成他人损害责任案件中，饲养人或管理人并没有实施某种积极的行为导致他人损害，动物自身的“举动”是造成损害的直接原因，但造成损害的后果要由动物的饲养人或管理人承担。因此，饲养人或管理人并不是对自己的行为负责，而是对与其具有一定关系（作为所有人、管理人）的“物”造成的损害负责，是对其所控制、管领的物造成对他人的损害承担责任。责任的承担，来自其所饲养或管理的动物这种“物”的内在危险性之实现。

二、侵权责任的构成要件

（一）“准侵权行为”：需饲养的动物独立实施了某种致害举动

饲养的动物本身对他人具有一定的内在危险性，在某种特定的条件下这种内在危险性得以爆发。这种危险性的爆发是通过动物实施某种加害举动实现的。由于动物不具有民法上的意思能力，其实施

的“加害行为”不能称为行为，而只能称为举动。此种举动可以是某种积极的作为，也可以是某种消极的“不作为”。比如，恶犬咬伤孩童是其积极加害举动造成损害；恶犬立于某学童上学所必经之路，导致学童因害怕而不敢上学。^[1]恶犬的消极举动对他人造成了妨碍，甚至恐吓，学童得请求恶犬之饲养人、管理人排除妨碍。

此外，饲养动物实施的加害举动，应具有一定的独立性，而非受人的意志支配或驱使。在此，需要区别饲养动物造成他人损害与以饲养的动物作为侵权工具的情形。在一些案件中，当事人利用饲养的动物作为侵害他人权益的工具，或者在饲养动物造成他人损害的情形包含了当事人的过错因素，例如饲养动物由于人的过错（如当事人的驱使、挑逗）造成他人损害。这时的侵权责任之承担不应当按照饲养动物造成他人损害的民事责任规则处理，而应当按照行为人的过错责任规则处理：有过错的行为人应当对损害后果承担责任；如果行为人（侵权人）和受害人（被侵权人）均有过错，则按照过错程度或原因力大小分担责任。

（二）被侵权人受到损害

只有在被侵权人遭受人身或财产损害的情况下才可能构成饲养动物造成他人损害的侵权责任。如果没有损害，也就不存在相应的责任。饲养动物造成他人损害，与其他侵权案件中的损害并无不同，既可以是人身损害，也可以是财产损害，以及精神损害。饲养的动物造成他人损害，常见的损害情形有如下几种：纯粹的财产损失，如地里的庄稼被牲畜吃掉或践踏；对人身造成暂时损害，被侵权人经过一定时间得到恢复，但需付出医疗、护理费用、损失误工工资或其他收入；对人身造成永久性损伤，如致残或留下难看的疤痕，丧失劳动能力，同时也需付出医疗、护理费用，失去误工工资或其他收入，甚至产生精神损害；致人死亡的也涉及救治费用、丧葬费、死亡赔偿金、精神损害赔偿等。

（三）因果关系

饲养的动物造成他人损害案件中的因果关系，是指动物的致害举动与被侵权人所遭受的损害之间存在因果关系。首先，需要证明饲养的动物本身具有危险性，某些饲养动物对他人的身心和财产具有内在危险性，这种内在危险性爆发出来导致他人损害。如果饲养的动物根本就不具有对他人的身心、财产的内在危险，将导致对因果关系的否定。其次，需要证明饲养的动物之内在危险以一定的方式爆发出来（如狗确实咬了被侵权人）。如果不能证明饲养动物的内在危险曾爆发出来、它“实施”了加害“举动”，将导致对因果关系的否定。最后，

也是最重要的，判断饲养动物的举动与损害之间是否存在因果关系。判断因果关系的一般规则和方法在此均可适用。

因果关系的证明责任由被侵权人承担。但在某些案件中，只需被侵权人对因果关系的证明达到一定程度，即可将举证责任转移至饲养人、管理人一方。设甲之3岁幼儿在其家设有一米多高的木栅栏的后院玩耍，被翻越木栅栏入院的德国种狼犬咬伤。甲未能看清该犬的形状和颜色。查明后院里有两只德国狼犬脚印；周围200平方千米内仅有两人豢养两只此等德国狼犬；医生检查不能断定咬伤为一只或两只狼犬所为。遇此情况，甲只需提供上述医院检查证明、现场勘查报告，即在一定程度上证明了因果关系之存在，从而转由两只狼犬的主人证明他们的狼犬的“举动”与损害之间没有因果关系，否则即应承担侵权责任。

■ 三、被侵权人的故意或者重大过失

本条规定，能够证明损害是因被侵权人故意或者重大过失造成的，可以不承担或者减轻责任。侵权人对此负举证责任。因此，被侵权人的故意或者重大过失可以成为不承担责任或者减轻责任的抗辩事由。被侵权人仅因一般过失或者轻微过失造成损害的，不得免除或减轻饲养的动物所有人或管理人的赔偿责任。

被侵权人的故意或者重大过失，常常表现为盗窃饲养人、管理人的动物，投打动物，投喂或者挑逗动物等行为。被侵权人不听警告或者无视明显的警示私自进入危险动物饲养区域等，也属于具有重大过失的行为。^[2]

被侵权人的故意或重大过失作为法定免责条件，在不同的案件中并不完全相同。当被侵权人的故意或重大过失为引起损害的全部原因时，动物的饲养人或管理人可以免责。如果被侵权人的故意或重大过失只是引起损害的部分原因，则不能免除动物饲养人或管理人的赔偿责任，而应当适用过错相抵规则减轻侵权人的责任。

需要指出的是，《民法典》第一编总则（第八章民事责任）关于不承担民事责任的事由，如不可抗力、紧急避险、正当防卫等，对本条规定的侵权责任都是适用的。

注释：

[1]王家福，主编.中国民法学·民法债权.北京：法律出版社，1991:525.

[2]“7·23北京八达岭野生动物园老虎伤人事件”：2016年7月23日15时许，北京八达岭野生动物园东北虎园内，发生一起老虎伤人事件，造成1死1伤。造成这此次事件的原因：一是赵某未遵守八达岭野生动物世界猛兽区严禁下车的规定，对园区相关管理人员和其他游客的警示未予理会，擅自下车，导致其被虎攻击受伤。二是周某见女儿被虎拖走后，救女心切，未遵守八达岭野生动物世界猛兽区严禁下车的规定，施救措施不当，导致其被虎攻击死亡。李铁柱.八达岭老虎伤人案18日将开庭.中国青年报，2017-09-06：第A07版.该案诉讼到北京市延庆区人民法院，久拖未判。类似的还有2017年发生在浙江省的“1·29宁波动物园老虎咬人事件”，后经园区的视频录像证明，涉事游客是在未先买票的情况下，直接翻越动物园外面的围墙跳进虎园，被园区老虎咬伤，经抢救无效死亡。360百科.<https://baike.so.com/doc/24232139-25023601.html>. [2020-02-12].两起事件均表明，被侵权人不听警告或者无视明显的警示私自进入危险动物饲养区域，具有重大过失。

第一千二百四十六条

违反管理规定，未对动物采取安全措施造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任；但是，能够证明损害是因被侵权人故意造成的，可以减轻责任。

本条主旨

本条是关于违反管理规定、未对动物采取安全措施情况下饲养的动物造成他人损害的侵权责任的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第79条 违反管理规定，未对动物采取安全措施造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任。

理解与适用

一、适用条件：对“违反管理规定，未对动物采取安全措施”的理解

（一）“管理规定”

关于饲养动物的管理规定，通常由省、直辖市、自治区以及较大城市的地方立法机关制定。比如，北京市1994年就制定了《北京市严格限制养犬规定》，此后经过数次修订，并更名为《北京市养犬管理规定》。

本条规定的“违反管理规定”是指违反此类地方立法或者地方行政规章性质的“管理规定”。本条所规范的饲养动物，是此等管理规定中许可饲养的动物，但是需要进行登记并采取必要的安全措施。

（二）“安全措施”

“安全措施”是管理规定中所要求采取的规范饲养行为、保护他人

人身财产安全、避免饲养动物造成他人损害事故发生的各种措施。

《北京市养犬管理规定》第17条明确规定：“养犬人应当遵守下列规定：（一）不得携犬进入市场、商店、商业街区、饭店、公园、公共绿地、学校、医院、展览馆、影剧院、体育场馆、社区公共健身场所、游乐场、候车室等公共场所；（二）不得携犬乘坐除小型出租汽车以外的公共交通工具；携犬乘坐小型出租汽车时，应当征得驾驶员同意，并为犬戴嘴套，或者将犬装入犬袋、犬笼，或者怀抱；（三）携犬乘坐电梯的，应当避开乘坐电梯的高峰时间，并为犬戴嘴套，或者将犬装入犬袋、犬笼；居民委员会、村民委员会、业主委员会可以根据实际情况确定禁止携犬乘坐电梯的具体时间；（四）携犬出户时，应当对犬束犬链，由成年人牵领，携犬人应当携带养犬登记证，并应当避让老年人、残疾人、孕妇和儿童；（五）对烈性犬、大型犬实行拴养或者圈养，不得出户遛犬；因登记、年检、免疫、诊疗等出户的，应当将犬装入犬笼或者为犬戴嘴套、束犬链，由成年人牵领；（六）携犬出户时，对犬在户外排泄的粪便，携犬人应当立即清除；（七）养犬不得干扰他人正常生活；犬吠影响他人休息时，养犬人应当采取有效措施予以制止；（八）定期为犬注射预防狂犬病疫苗；（九）不得虐待、遗弃所养犬；（十）严格履行养犬义务保证书规定的其他义务。”^[1]

（三）适用条件的整体理解

本条所规定的“违反管理规定，未对动物采取安全措施”，是指饲养人、管理人违反了管理规定的要求，没有对饲养的动物采取管理规定所要求的安全措施。如果不存在相关管理规定、管理规定没有对安全措施作出要求，或者采取了管理规定所要求的安全措施，则不能依据本条认定饲养人、管理人的侵权责任。

二、归责原则与侵权责任的构成要件

（一）适用无过错责任原则

饲养依规可以饲养的动物，但是饲养人、管理人违反管理规定没有对动物采取安全措施，饲养的动物造成他人损害的，饲养人、管理人承担无过错责任。此等情况下再无须考虑其“违反管理规定，未对动物采取安全措施”有无过错，只要符合侵权责任的其他三个构成要件，就应当承担侵权责任。

（二）构成侵权责任的三个要件

构成本条规定的侵权责任，除了需要符合上述本条的适用条件外，还需要符合以下构成要件：（1）存在“准侵权行为”，需饲养的动物独立实施了某种致害举动；（2）被侵权人受到损害；（3）“准侵权行为”与被侵权人受到的损害之间存在因果关系。

三、被侵权人故意：减轻责任的抗辩事由

本条前半段承继了《侵权责任法》第79条的规定，后半段增加了“但书”规定。后半段的“但是”是关于被侵权人故意作为减轻责任抗辩事由的规定。在被侵权人故意造成损害的情况下造成损害的，可以减轻侵权人的责任。需要指出的是：（1）依据本条规定，仅仅是在被侵权人故意造成损害的情况下方可减轻饲养人或者管理人的侵权责任，被侵权人的过失包括重大过失不是减轻责任的抗辩事由；（2）被侵权人的故意行为与其受到的损害之间存在因果关系，即“损害是因被侵权人的故意造成的”；（3）“能够证明”是对举证责任进行的分配，即由侵权人举证证明，侵权人能够证明损害是因被侵权人故意造成的可以主张减轻侵权责任。

这里的被侵权人“故意”之内容如何确定是需要考虑的。被侵权人以其行为追求损害的发生（直接故意）和明知道损害发生的概率很大而放任损害的发生（间接故意）被认定为故意当无问题。受害人盗窃动物过程中被动物所伤害，应当被认为是故意造成自己损害。但是，故意违反管理规定、无视警告进入危险区域是否为本条所称的“故意”，需要通过司法实践由司法解释等加以确认。

需要指出的是，《民法典》第一编总则（第八章民事责任）关于不承担民事责任的事由如不可抗力、紧急避险、正当防卫等，对本条规定的侵权责任都是适用的。

注释：

[1]各省、直辖市、自治区大致都有类似的规定，如《上海市养犬管理条例》（2011年2月23日修正）、《天津市养犬管理条例》（2005年12月8日天津市第十四届人民代表大会常务委员会第二十四次会议通过）。

第一千二百四十七条

禁止饲养的烈性犬等危险动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任。

本条主旨

本条是关于禁止饲养的烈性犬等危险动物造成他人损害，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第80条 禁止饲养的烈性犬等危险动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任。

理解与适用

一、适用条件：禁止饲养的烈性犬等危险动物造成他人损害

有关管理规定对禁止饲养的烈性犬等危险动物有专门的规定。比如，《北京市养犬管理规定》第10条规定：“在重点管理区内，每户只准养一只犬，不得养烈性犬、大型犬。禁养犬的具体品种和体高、体长标准，由畜牧兽医行政部门确定，向社会公布。”

北京市农业局发布了《关于发布北京市养犬重点管理区准养犬类公告》（京农畜字〔2003〕47号），规定：（1）重点管理区内原则上应饲养成年体高35厘米以下（含35厘米）的小型玩具犬。如：八哥、北京犬、博美、查理士王小猎犬、蝴蝶犬、吉娃娃、马尔吉斯、迷你杜宾、西施、约克夏、迷你贵宾犬等犬种。（2）重点管理区内应禁止饲养烈性犬及成年体高超过35厘米的犬种。如獒犬、德国杜宾犬、圣伯纳犬、大丹犬、大白熊犬、波恩山犬、罗威纳犬、威玛猎犬、雪达犬、阿富汗猎犬、猎狐犬、寻血猎犬、爱尔兰狼犬、沙克犬、灵缇、苏俄牧羊犬、巴仙吉犬、澳洲牧羊犬、比利时牧羊犬、法

兰德斯牧羊犬、长须牧羊犬、苏格兰牧羊犬、德国牧羊犬、古典英国牧羊犬、英国斗牛犬、松狮犬、斑点犬、荷兰毛狮犬、秋田犬、纽芬兰犬、雪橇犬、贝林登梗、牛头梗、凯丽兰梗等犬种。（3）重点管理区内盲人和肢体重残人饲养的、用于导盲和生活辅助的工作犬，不受35厘米提高的限制。

本条承继了《侵权责任法》第80条，规定违反禁止性规定饲养烈性犬等危险动物的饲养人、管理人承担无过错侵权责任，而且没有规定不承担侵权责任或者减轻侵权责任的抗辩事由。

二、动物饲养人或者管理人的侵权责任

（一）适用无过错责任原则

违反禁止规定，饲养烈性犬等危险动物造成他人损害的，饲养人、管理人承担无过错责任。此等情况下再无须考虑其违反禁止规定有无过错以及对造成的损害是故意的还是过失的，只要符合侵权责任的其他三个构成要件，就应当承担侵权责任。

（二）侵权责任之构成需要符合三个要件

构成本条规定的侵权责任，除了需要符合上述本条的适用条件外，还需要符合以下构成要件：（1）存在“准侵权行为”，需饲养烈性犬等危险动物独立实施了某种致害举动；（2）被侵权人受到损害；（3）“准侵权行为”与被侵权人受到的损害之间存在因果关系。

三、关于抗辩事由

本条没有对抗辩事由作出规定。通过对本章相关条文以及《民法典》第1173条、第1174条和第1175条等作体系解释，可以得出以下结论：（1）被侵权人过失包括重大过失造成损害的，不减轻饲养人、管理人的侵权责任；（2）被侵权人的故意造成损害是否减轻饲养人、管理人的侵权责任，不确定；（3）第三人的过错造成他人损害的，被侵权人可以向此等危险动物的饲养人请求赔偿，也可以向第三人请求赔偿。

之所以说被侵权人故意造成损害是否减轻饲养人、管理人的侵权责任不确定，一方面是因为《民法典》第1174条规定了受害人故意是行为人不承担责任的一般抗辩事由，本条没有明文排除适用第1174

条。另一方面，第1246条仅将被侵权人故意造成损害作为减轻责任的抗辩事由，而本条规定的侵权人方面的情况更为恶劣：饲养禁止饲养的烈性犬等危险动物。依照“举轻明重”的解释方法，在本条规定情形似乎被侵权人故意造成损害也不足以成为减轻饲养人、管理人不承担侵权责任的抗辩事由。

虽然本条没有将被侵权人的故意和重大过失作为不承担责任或者减轻责任的抗辩事由，但是《民法典》第一编总则（第八章民事责任）规定的不可抗力（第180条）等抗辩事由仍然是适用于本条规定的侵权责任的。

第一千二百四十八条

动物园的动物造成他人损害的，动物园应当承担侵权责任；但是，能够证明尽到管理职责的，不承担侵权责任。

本条主旨

本条是关于动物园对其饲养的动物造成他人损害承担侵权责任的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第81条 动物园的动物造成他人损害的，动物园应当承担侵权责任，但能够证明尽到管理职责的，不承担责任。

理解与适用

一、动物园的动物造成他人损害概述

（一）动物园与动物园的动物

法律法规和部门规章尚没有对“动物园”进行专门界定。《城市动物园管理规定》第2条规定：“本规定适用于综合性动物园（水族馆）、专类性动物园、野生动物园、城市公园的动物展区、珍稀濒危动物饲养繁殖研究场所。”^[1]这一规定大致可以理解为关于动物园的分类规定。

百科知识认为：动物园（zoological garden）是搜集饲养各种动物，进行科学研究和迁地保护，供公众观赏并进行科学普及和宣传保护教育的场所。动物园有两个基本特点：一是饲养管理着野生动物，一般不包括家禽、家畜、宠物等家养动物；二是向公众开放。符合这两个基本特点的场所即是广义上的动物园，包括水族馆、专类动物园等类型；狭义上的动物园指城市动物园和野生动物园。动物园的基本

功能是对野生动物的综合保护和对公众的保护教育。^[2]

（二）动物园的动物造成他人损害侵权责任的特征

1. 准侵权行为责任

动物园的动物造成他人损害的侵权责任，首先属于动物造成他人损害的侵权责任，是“物”造成他人损害的责任，而不是人的行为造成他人损害的责任。因此，此等侵权责任也属于“准侵权行为”责任。

2. 未尽到管理职责的责任

其次，国家有关部门对动物园的管理作出了专门规定。比如《城市动物园管理规定》第21条规定：“动物园管理机构应当完善各项安全设施，加强安全管理，确保游人、管理人员和动物的安全。”在这样的安全规定之下，动物园的管理者制定符合专业要求的各种安全措施和紧急情况处理预案等，确保游人、管理人员和动物的安全。只要达到这些安全措施的要求，并且在发生紧急情况时按照预案处理，就能够做到各方安全。因此，法律规定“尽到管理职责”的不承担责任，未尽到管理职责的应当承担责任。

3. 对造成“他人”损害的责任

尽管上述管理规定强调确保游人、管理人员和动物的安全，但是本条规定的侵权责任仅仅适用于“他人”受到损害的情况。“他人”当然包括游人，但是不限于游人，任何不属于动物园一方的人均属于“他人”。动物园的动物脱逃造成园外周围不特定的人员人身损害或者财产损失的，也适用本条侵权责任的规定。

动物园的管理人员、工作人员（兽医、研究人员、技术人员、饲养员、保洁人员等），不属于本条规定的“他人”。此等人员如果遭受动物伤害，适用其他法律法规的规定以及劳动合同、劳务合同的约定等救济其所受到的损害。

二、动物园的过错推定责任

依据本章相关条文的规定，一般的动物饲养人或者管理人不得以尽到管理职责作为其抗辩事由，主张减轻或者免除其所饲养的动物造成他人损害的侵权责任。但是，《侵权责任法》第81条明确规定动物园“能够证明尽到管理职责的，不承担责任”。《民法典》第1248条承继了这一规定。

依据本条规定，动物园的动物造成他人损害的，动物园承担过错侵权责任，即只有在有过错的情况下才承担侵权责任，没有过错则不承担侵权责任。动物园承担的过错责任是推定的过错责任，即在其动物造成他人损害的情况下推定动物园有过错，但是给予动物园一个证明自己没有过错的机会。如果动物园能够证明自己没有过错，则不承担侵权责任。

动物园证明自己没有过错的方法和路径是证明自己“尽到管理职责”。动物园证明自己尽到管理职责实际上是证明自己没有过错。因此，动物园的动物造成他人损害的侵权责任，属于过错推定的侵权责任，并且法律对“没有过错”的证明方法和路径作出了规定。由此可见，动物园承担的此等侵权责任比其他民事主体就饲养动物造成他人损害的侵权责任要轻一些，其所承担的是过错推定的过错责任而不是无过错责任。法律作出这样的规定，一方面考虑到动物园动物的特殊性（野生动物），另一方面也考虑到动物园的社会服务、动物保护和科学研究等特殊功能。

依据本条和《民法典》第1165条的规定，动物园承担本条规定的侵权责任，需要符合以下构成要件：（1）动物园在履行管理职责上有过失；（2）其所管理的动物具有造成他人损害的内在危险性；（3）他人受到人身损害、财产损失；（4）此等人身损害、财产损失与动物的内在危险性之间存在因果关系。

需要指出的是，《民法典》第一编总则（第八章民事责任）关于不承担民事责任的事由如不可抗力、紧急避险、正当防卫等，对本条规定的侵权责任都是适用的。

注释：

[1]1994年8月16日建设部令第37号发布，根据2001年9月7日《建设部关于修改〈城市动物园管理规定〉的决定》、2004年7月23日《建设部关于修改〈城市动物园管理规定〉的决定》修正。

[2]百度百科.<https://baike.baidu.com/item/动物园/2943>. [2020-01-27].

第一千二百四十九条

遗弃、逃逸的动物在遗弃、逃逸期间造成他人损害的，由动物原饲养人或者管理人承担侵权责任。

本条主旨

本条是关于遗弃、逃逸的动物在遗弃、逃逸期间造成他人损害之侵权责任的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第82条 遗弃、逃逸的动物在遗弃、逃逸期间造成他人损害的，由原动物饲养人或者管理人承担侵权责任。

理解与适用

一、遗弃、逃逸的动物在遗弃、逃逸期间造成他人损害的侵权责任概述

（一）遗弃饲养的动物与饲养的动物逃逸

1. 饲养过的动物

本条基本承继了《侵权责任法》第82条，规定由动物原饲养人或者管理人对遗弃、逃逸的动物在遗弃、逃逸期间造成他人损害承担侵权责任。这里的动物，当然是“饲养的动物”，即原来由饲养人、管理人饲养管理的动物，而不是一直处于野生状态的动物。通俗说，造成他人损害的动物是侵权人曾经饲养、管理的动物。

2. 遗弃、逃逸的动物

遗弃动物是原饲养人、管理人有意思的人为行为。从法律行为的角度来看，此等行为以一个处分所有物（管理物）最终命运的内在意

思为驱动，实施一个外在的遗弃行为。所以，遗弃饲养的动物，是一个法律行为，在有些情况下也发生行为人期望得到的效果——处分而使得所有权归于消灭。但是，遗弃的动物在遗弃期间造成他人损害的，遗弃该动物的原饲养人或者管理人应当承担侵权责任。

动物逃逸，非出于其饲养人、管理人的本意，而是动物基于其本能逃离饲养人、管理人管束的“行为”。动物逃逸与所有人、管理人的内在意思无关，但是可能与其疏忽大意或盲目轻信有关。

由于本条适用无过错责任原则归责原饲养人或者管理人的责任，不考虑其有无过错以及过失或故意，因而对于遗弃和逃离的原因不在责任构成要件中考虑。

（二）侵权责任构成要件

依据本条规定，由动物原饲养人或者管理人承担侵权责任，需要符合以下构成要件：（1）遗弃、逃逸的动物具有造成他人损害的内在危险性；（2）他人受到人身损害、财产损失；（3）此等人身损害、财产损失与遗弃、逃逸动物的内在危险性之间存在因果关系。

二、承担责任的依据与举证责任

（一）由动物原饲养人或者管理人承担侵权责任的法理依据

本条法律规定由动物原饲养人或者管理人承担侵权责任并非基于其过错，而是基于其对危险的控制力。饲养和管理动物，实际上是控制着一项危险。饲养人、管理人不仅要对其饲养、管理期间的此等危险加以管控，避免对他人造成损害。即使是遗弃动物或者对逃逸的动物之危险也负有管控的义务。将这一危险推向社会或者听任这一危险流向社会，动物原饲养人或者管理人对此等动物造成他人损害应当承担侵权责任。

需要指出的是，动物原饲养人或者管理人对此等动物造成他人损害承担侵权责任的时间不是无限的，而是在对“在遗弃、逃逸期间造成他人损害”承担侵权责任。遗弃或者逃逸的时间足够长，动物原饲养人或者管理人对此等动物完全失去管控能力，社会也已经将此等动物当作“无主物”的流浪猫、流浪狗等对待和防范。此等情形，动物原饲养人或者管理人则无须对其造成他人损害承担侵权责任。“遗弃、逃逸期间”到底有多长，应当依具体情况由“理性人”的认知、判断能力确定。投喂已经处于野化状态的流浪猫、流浪狗，投喂者对此等动物

造成的损害承担侵权责任。

（二）举证责任

根据“谁主张谁举证”的法则，受害人向某人主张此等侵权责任，需要举证被请求的人是致害动物原来的饲养人或者管理人。如果不能证明这一事实，则不支持其请求。

第一千二百五十条

因第三人的过错致使动物造成他人损害的，被侵权人可以向动物饲养人或者管理人请求赔偿，也可以向第三人请求赔偿。动物饲养人或者管理人赔偿后，有权向第三人追偿。

本条主旨

本条是关于因第三人的过错致使动物造成他人损害的侵权责任之规定。

相关条文

《侵权责任法》

第83条 因第三人的过错致使动物造成他人损害的，被侵权人可以向动物饲养人或者管理人请求赔偿，也可以向第三人请求赔偿。动物饲养人或者管理人赔偿后，有权向第三人追偿。

理解与适用

一、因第三人的过错致使动物造成他人损害概述

（一）第三人过错

本条规定完全承继了《侵权责任法》第83条。本条规定的“因第三人过错致使动物造成他人损害”，是指动物的饲养人、管理人以及被侵权人之外的第三人实施了有过错的行为，激发动物的内在危险（野性）造成他人人身损害、财产损失。

法律规定“因第三人的过错”，表明第三人所承担的侵权责任为过错责任，即只有在其有过错的情况下才承担侵权责任，没有过错则不承担侵权责任。在实践中，第三人投打、投喂、挑逗、挑衅动物致使其“发飙”造成他人损害是常见的第三人过错表现形式。

（二）两层因果关系

法律规定“因第三人的过错致使动物造成他人损害”，表达了两层因果关系：（1）第三人有过错的行为是激发动物危险性的原因，动物的内在危险之所以爆发出来，是由于第三人的过错行为所致；（2）动物的“举动”造成了他人的损害，动物的“举动”是造成他人损害发生的原因。从单纯的条文措辞看，本条规定第三人的责任不涉及多因一果的情况。如果存在多因一果的情况，还应考虑《民法典》第1172条等条文的综合适用。

二、被侵权人的损害赔偿选择权

本条规定了被侵权人的选择权：被侵权人受到损害，可以向动物饲养人或者管理人请求赔偿，也可以向第三人请求赔偿。需要注意的是，这两个选择是相互排除的：如果选择了向动物饲养人或者管理人请求赔偿，则不能再选择向第三人请求赔偿；反之，如果选择了向第三人请求赔偿，也不能再选择向动物饲养人或者管理人请求赔偿。动物饲养人或者管理人与第三人不构成共同侵权责任，也不构成按份的侵权责任，因此不能同时选择二者作为被告请求赔偿。

在此等情况下，法院通常要向作为原告的被侵权人进行“示明”，告知其选择权的内容以及正确的行使方式。

三、动物饲养人或者管理人赔偿后的追偿权

如果被侵权人选择动物饲养人或者管理人作为被告请求其承担赔偿责任，动物饲养人或者管理人应当依据本条规定承担相应的赔偿责任。其承担赔偿责任之后，可以依据本条后半段规定，向有过错的第三人追偿。如果损害完全是由于第三人的过错激发动物野性造成的，承担了赔偿责任的动物饲养人或者管理人得向该第三人追偿全部赔偿金额；如果损害的一部分是由于第三人的过错激发动物野性造成的，承担了该部分赔偿责任的动物饲养人或者管理人得向该第三人追偿相应部分的赔偿金额。

本条规定的追偿权是单向的，仅仅承担了赔偿责任的动物饲养人或者管理人有权向该第三人追偿赔偿金额；第三人承担赔偿责任的，无权向动物饲养人或者管理人追偿。因为第三人有过错激发动物野性造成损害，第三人应当对自己的过错行为引起的损害承担责任。这一过错责任是最终的责任，不发生追偿、分担的问题。

第一千二百五十一条

饲养动物应当遵守法律法规，尊重社会公德，不得妨碍他人生活。

本条主旨

本条是关于饲养动物应当遵守法律、尊重社会公德、不得妨害他人生活的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第84条 饲养动物应当遵守法律，尊重社会公德，不得妨害他人生活。

理解与适用

本条基本承继了《侵权责任法》第84条，要求饲养动物应当遵守法律和法规，尊重社会公德，不得妨害他人生活。本条是一条关于饲养行为（特别是自然人饲养宠物）规范的规定，不是裁判规则，不能单独适用作为裁判案件的依据。

《民法典》第一编总则第1条开宗明义规定“弘扬社会主义核心价值观”。社会主义核心价值观包含“诚信、友善”的内容，即要求人们在民事活动和其他活动中遵守诚实信用原则，友好善意对待他人。

就饲养动物而言，本条要求平衡好饲养者“养”的权利与他人不受妨碍、骚扰、恐吓、侵害的权利。从“养”的合理性、正当性看，一些人饲养动物是生存所需，如盲人饲养导盲犬；一些人饲养动物是生产生活所需，如饲养用于表演的动物、饲养役用动物或者畜牧动物；一些人饲养动物是精神所需，如饲养宠物。不同人群的这些正当需求应当被承认并得到保护。从他人正常生活保护来看，一些人惧怕某些种类的动物，有些人不能接受与动物的过分接近，一些动物具有较强的致害危险特别是针对老人、儿童的危险性，一些动物具有传播疾病的

危险性，等等。所以，就动物饲养而言，国家法律法规应当在“养”“禁”“限”“管”之间处理好各方的利益平衡。

就饲养人而言，应当遵守法律法规和部门规章等的规定，在行使“养”的权利的同时，尊重社会公德，不妨碍他人的生活，不侵害他人的合法权益。对于“他人”而言，也应当理解“养”的合理性和正当性，适度容忍饲养宠物的行为，避免纠纷发生。

第十章

建筑物和物件损害责任

【本章提要】本章规定建筑物和物件造成他人损害的侵权责任，共7个条文（第1252条-第1258条）。第1252条规定在建的建筑物和已经竣工交付使用的建筑物等倒塌造成他人损害的侵权责任。第1253条规定建筑物等脱落、坠落造成他人损害的责任。第1254条规定从建筑物中抛掷物品、坠落物品造成他人损害的责任。第1255条规定堆放物倒塌、滚落或者滑落造成他人损害的责任。第1256条规定在公共道路上堆放、倾倒、遗撒妨碍通行物品造成他人损害的责任。第1257条规定林木折断、倾倒或者果实坠落造成他人损害的责任。第1258条规定施工人的责任以及地下设施造成他人损害的责任。本章规定的侵权责任大多适用过错推定（第1252条、第1253条、第1255条、第1256条、第1257条和第1258条）。关于从建筑物抛掷物品或者坠落物品造成损害的责任规则（第1254条），经过分别具体情况细化处理、引入管理人的违反安全保障义务责任、强调国家机关依法及时调查职责等，比原《侵权责任法》第87条有了较大改进。

第一千二百五十二条

建筑物、构筑物或者其他设施倒塌、塌陷造成他人损害的，由建设单位与施工单位承担连带责任，但是建设单位与施工单位能够证明不存在质量缺陷的除外。建设单位、施工单位赔偿后，有其他责任人的，有权向其他责任人追偿。

因所有人、管理人、使用人或者第三人的原因，建筑物、构筑物或者其他设施倒塌、塌陷造成他人损害的，由所有人、管理人、使用人或者第三人承担侵权责任。

本条主旨

本条有两款。第1款是关于在建建筑物等倒塌造成他人损害的侵权责任之规定。第2款是关于因所有人等原因已经竣工交付使用的建筑物等倒塌造成他人损害的侵权责任之规定。

相关条文

《侵权责任法》

第86条 建筑物、构筑物或者其他设施倒塌造成他人损害的，由建设单位与施工单位承担连带责任。建设单位、施工单位赔偿后，有其他责任人的，有权向其他责任人追偿。

因其他责任人的原因，建筑物、构筑物或者其他设施倒塌造成他人损害的，由其他责任人承担侵权责任。

理解与适用

一、在建建筑物等倒塌造成他人损害：建设单位与施工单位承担连带责任

（一）建筑物等倒塌造成他人损害概述

1. 建筑物、构筑物或者其他设施

本条第1款规定的侵权责任主体是“建设单位”和“施工单位”，而不是建筑物的所有人、管理人、使用人。考虑到第1款和第2款的逻辑关系，这里的建筑物、构筑物或者其他设施是指在建的建筑物、构筑物或者其他设施，不包括已经竣工交付给所有人（业主）使用的建筑物、构筑物或者其他设施。

“建筑物”主要是指房屋，是人工建造的固定在地面，用于居住、生产、储存等的相对封闭空间，如住宅、办公楼、车间、仓库等。“构筑物”是指桥梁、码头、堤坝、隧道、井架、电线杆、路灯、水塔、围坊、纪念碑、雕塑等；“其他设施”指建筑脚手架、起重塔吊、缆车、索道、电线、路标、广告牌、标语牌等。^[1]服务于高空、高压、易燃、剧毒、放射性和高速运输工具作业的某些设施（如高压输电线、高速公路上的设施）不宜纳入此类“建筑物”、“构筑物”或“其他设施”，因为它们属于高度危险作业的设施，其造成侵权损害时，应当适用不同的法律条文（如《民法典》第1240条等）。

2.“倒塌”

依据本条第1款的规定，发生损害的原因是在建的建筑物、构筑物或者其他设施倾覆。这里的倒塌既包括建筑物等完全倒塌，也包括部分倒塌。

3.“塌陷”

本条所称“塌陷”，是指在建的建筑物、构筑物或者其他设施垂直陷落。

4.“他人损害”

本条规定的“损害”包括人身损害、财产损失。“他人”是指建设单位、施工单位之外的其他人。建设单位、施工单位及其工作人员因建筑物等倒塌受到人身损害和财产损失，不适用本条规定承担侵权责任。

（二）侵权责任的构成要件

构成本条第1款规定的侵权责任，需要符合以下要件：（1）有质量缺陷的建筑物等倒塌，这一“质量缺陷”包含了导致发生倒塌的危险性。（2）“他人”受到损害，包括人身损害、财产损失。（3）因果关系。这里有两层因果关系：其一，因质量缺陷导致建筑物等倒塌，质量缺陷是建筑物等倒塌的原因；其二，建筑物等倒塌导致他人损害，

建筑物等倒塌是被侵权人损害发生的原因。（4）建设单位、施工单位对建筑物等存在质量缺陷存在过错。

（三）建设单位与施工单位承担连带责任

1. 责任主体：建设单位与施工单位

本条规定的侵权责任不是行为责任即并不是因为建设单位或者施工单位实施了某种过错行为造成损害而承担责任，而是其所“保有”的在建建筑物等倒塌造成他人损害的侵权责任。是建筑物等物的内在危险之爆发造成损害的责任。法律之所以规定建设单位与施工单位承担此等侵权责任，是因为其对造成他人损害的建筑物有控制力。

2. 过错推定责任

本条第1款规定了过错推定责任：一方面规定建设单位与施工单位对此等损害承担连带责任，另一方面又规定“但是建设单位与施工单位能够证明不存在质量缺陷的除外”。其含义是：法律推定建设单位与施工单位有过错，被侵权人无须对其过错举证和证明。但是给予建设单位与施工单位证明自己没有过错的机会。如果能够证明自己没有过错，则不用承担侵权责任；反之，则需要承担侵权责任。证明没有过错的方法和路径是证明在建的建筑物等“不存在质量缺陷”。关于是否存在质量缺陷，应当依据有关建筑质量的法律法规和部门规章、行业标准进行判断。

这里需要指出的是，建设单位或者施工单位某一方，不能仅仅单方面证明自己没有过错而主张不承担责任，还需要证明在建的建筑物等不存在质量缺陷的情况下才能免除其侵权责任。

3. 连带责任

本条第1款规定了建设单位与施工单位的连带责任。其对外（向被侵权人承担赔偿责任）和内部分担、清偿等，按照连带责任的规则（《民法典》第178条）处理。作出此等规定，加重了其责任负担。规定连带责任的正当性在于：（1）建设单位与施工单位对于在建建筑物的质量管控具有密切合作关系；（2）被侵权人往往是在相关信息、知识等方面处于劣势地位的自然人，规定建设单位与施工单位承担连带责任有利于被侵权人实现其损害赔偿请求权。

（四）建设单位与施工单位承担连带责任后的追偿权

本条第1款进一步规定，建设单位、施工单位赔偿后，有其他责

任人的，有权向其他责任人追偿。这里的“其他责任人”从文义上看，可以包括：（1）其行为导致没有质量缺陷的在建建筑物倒塌的第三人；（2）其行为导致本身有质量缺陷的在建建筑物等倒塌的第三人；（3）对建筑物产生质量缺陷有过错的人，如建筑物的设计人、施工监理人等。

笔者以为，上述（1）所述其行为导致没有质量缺陷的在建建筑物倒塌的第三人，不属于本条所规定的“其他责任人”。因为建设单位与施工单位能够证明建筑物等不存在质量缺陷就无须承担责任了，也就不发生追偿问题。遇到此等情形，被侵权人应当依据《民法典》第1175条的规定，直接请求其行为导致没有缺陷的建筑物等倒塌造成损害的第三人承担侵权责任。

上述（2）和（3）属于本条规定的可以追偿的“其他责任人”。是全额追偿还是部分追偿，取决于“其他责任人”过错大小及其有过错的行为对于损害发生的原因力大小。

二、已经交付的建筑物等倒塌造成他人损害：所有人、管理人、使用人或者第三人承担侵权责任

（一）责任主体：所有人、管理人、使用人或者第三人

本条第2款是关于已经竣工交付给所有人（业主）使用的建筑物等倒塌、塌陷造成他人损害的侵权责任之规定。依据所有权原理，所有人对其所有的物（包括建筑物、构筑物和其他设施）享有占有、使用、收益和处分的权利，同时也承担其所有物造成他人损害的赔偿责任。故而，已经交付的建筑物等倒塌造成他人损害的，如果倒塌是由于所有人的原因引起的，应当由所有人承担侵权责任。

基于国有和集体所有等特殊法律制度的规定，一些建筑物等的所有与管理、使用相分离。在此等情况下，管理人、使用人享有如同所有人的部分权利，同时也承担相应的义务和责任。在建筑物等发生倒塌、塌陷导致他人损害时，管理人、使用人如同所有人一样承担侵权责任。

第三人原因导致已经交付的建筑物倒塌、塌陷造成他人损害，第三人依据过错责任原则承担侵权责任。第三人既包括对建筑物等存在缺陷有过错的原施工单位、设计单位，也包括其过错行为直接导致建筑物等倒塌的第三人。

（二）过错责任与侵权责任构成要件

1. 过错责任

需要指出的是，本条第2款规定“因所有人、管理人、使用人或者第三人的原因，建筑物、构筑物或者其他设施倒塌、塌陷造成他人损害”，包含了此等侵权责任的主体（所有人、管理人、使用人或者第三人）、归责原则和构成要件。

本款没有规定无过错责任和过错推定，应当将本款规定的侵权责任理解为一般过错责任，即所有人、管理人、使用人或者第三人在有过错的情况下才承担责任，没有过错就不承担责任。其过错应当由被侵权人举证证明。

2. 侵权责任构成要件

对于所有人、管理人、使用人而言，其责任构成要件包括：

（1）其所有的、管理的或者使用的建筑物等发生倒塌；（2）他人受到损害，包括人身损害、财产损失；（3）此等损害与建筑物等的倒塌之间存在因果关系；（4）所有人、管理人、使用人存在管理、养护、维修等方面的过失，使得建筑物等具有发生倒塌事故的危险性。

对于“第三人”而言，其责任构成在原因、结果以及因果关系三方面与上述责任构成相同，但是过错要件的内容则各不相同：有的是对建筑物等的质量缺陷存在过错，有的是对建筑物等直接实施了有过错的行为导致其倒塌，如驾驶机动车撞击建筑物使其倒塌。

注释：

[1]王家福，主编.中国民法学·民法债权.北京：法律出版社，1991:522.

第一千二百五十三条

建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物发生脱落、坠落造成他人损害，所有人、管理人或者使用人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。所有人、管理人或者使用人赔偿后，有其他责任人的，有权向其他责任人追偿。

本条主旨

本条是关于建筑物等发生脱落、坠落造成他人损害的侵权责任之规定。

相关条文

《侵权责任法》

第85条 建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物发生脱落、坠落造成他人损害，所有人、管理人或者使用人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。所有人、管理人或者使用人赔偿后，有其他责任人的，有权向其他责任人追偿。

理解与适用

一、建筑物等发生脱落、坠落造成他人损害概述

（一）造成损害的物

前条规定的造成损害的包括建筑物、构筑物或者其他设施。本条除了规定建筑物、构筑物或者其他设施外，还规定了搁置物、悬挂物。

搁置物、悬挂物是我国法律的独特规定，其并非建筑物的组成部分或者从物，仅仅是搁置、悬挂在建筑物上的物件而已。放置在窗台上的花盆是搁置物，安装在建筑物过道的吊灯是悬挂物。龙门吊车的吊斗、吊钩是龙门吊车的组成部分，不是悬挂物。因为搁置物、悬挂

物与建筑物存在物理联系，可能发生坠落风险，故而与建筑物放在一起进行规范。

（二）致害原因：脱落、坠落

前条规定的致害原因是倒塌，即建筑物等倒塌导致他人损害。本条规定的致害原因是脱落和坠落而不是倒塌。建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物发生脱落、坠落是损害发生的原因。“脱落”是指部分与整体相分离并掉落，如玻璃窗的玻璃从窗子框架脱落，建筑物的墙皮包括外墙砖等脱落。坠落一般指从高处向低处掉落，如搁置的花盆从窗台坠落。

（三）“准侵权行为”责任

本条规定的侵权责任不是行为责任，并不是因为所有人、管理人或者使用人实施了某种过错行为造成损害而承担责任，而是其所“保有”的建筑物等发生脱落、坠落造成他人损害的侵权责任，是建筑物等物的内在危险之爆发造成损害的责任。建筑物等物的内在危险在于其结构的松懈和处于相对高度所聚集的物理势能。

二、所有人、管理人或者使用人的过错推定责任

（一）责任主体

本条规定的责任主体包括所有人、管理人或者使用人。需要指出的是，就一个具体的案件而言，责任主体原则上只能是其中之一，不大可能二者或者三者同时成为责任主体。在所有人、管理人和使用人之间，也鲜有可能对本条规定的责任承担连带责任或者按份责任。

本条规定的管理人是与所有人相并列的责任主体，但此处的“管理人”宜作限制性解释：依照法律、法规或者行政命令对国有建筑物进行经营管理的人，包括全民所有制企业、事业单位、国家机关等；依承包、租赁等法律行为而经营管理国家、集体所有的建筑物等的自然人、法人或者非法人组织。但如果承包、租赁者能证明其管理没有过错或为防止损害发生尽到了必要注意，则应由所有人承担赔偿责任。所有人也可以与管理人约定此类责任的承担问题，但其约定一般不能对抗第三人。

使用人是在所有人、管理人之外因为租赁、借用或者其他情形而使用建筑物等设施的人。原则上使用人不对建筑物或其他设施发生脱

落、坠落造成他人损害承担赔偿责任，此类责任应由所有人或者管理人承担。使用人对于其在建筑物上的搁置物、悬挂物（由所有人设置者除外）发生倒塌、脱落、坠落造成的损失负赔偿责任^[1]，但有两个例外情况：一是国有或集体房屋的承租人这类租赁关系带有很大的福利性，不是不动产市场关系的反映，所有人也很难像一个以营利为目的的房东那样对房屋进行严格的管理。因此，承租人可能搭建小厨房一类的“其他设施”。于此情形，承租人应对其建造的或改建的部分（“其他设施”）造成他人损害承担赔偿责任。二是旅店不得以房客占有某间客房（甚或房客有过错）为由，拒绝承担客房的搁置物、悬挂物（如花盆等）造成他人损害的赔偿责任。

（二）过错推定

本条规定，“所有人、管理人或者使用人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任”。法律对本条的侵权责任都规定了推定过错：推定所有人、管理人或者使用人有过错，被侵权人无须证明其存在过错。所有人、管理人或者使用人能够证明自己没有过错的不承担侵权责任；不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。

“证明自己没有过错”，通常是证明其尽到了法律、法规等要求的注意义务，同时在所有、管理、维护、使用等方面尽到了一个“理性人”的所有人、管理人或者使用人应当达到的注意程度。

（三）侵权责任构成要件

构成本条规定的侵权责任，需要符合以下要件：（1）建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物发生脱落、坠落。（2）他人受到损害，包括人身损害或财产损失。“他人”不包括应当承担侵权责任的所有人、管理人或者使用人及其员工等。（3）他人受到的损害与脱落、坠落之间存在因果关系。

三、所有人、管理人或者使用人的追偿权

依据本条规定，所有人、管理人或者使用人赔偿后，有其他责任人的，有权向其他责任人追偿。其他责任人通常是指两种人：一是其行为使建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物发生脱落、坠落造成损害的人；二是对建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物发生脱落、坠落的隐患有过错的人，如施工单位、设计单位以及维修单位等。

是全额追偿还是部分追偿，取决于其他责任人的过错以及与建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物发生脱落、坠落造成损害的原因力大小。

注释：

[1]王家福，主编.中国民法学·民法债权.北京：法律出版社，1991:522.

第一千二百五十四条

禁止从建筑物中抛掷物品。从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品造成他人损害的，由侵权人依法承担侵权责任；经调查难以确定具体侵权人的，除能够证明自己不是侵权人的外，由可能加害的建筑物使用人给予补偿。可能加害的建筑物使用人补偿后，有权向侵权人追偿。

物业服务企业等建筑物管理人应当采取必要的安全保障措施防止前款规定情形的发生；未采取必要的安全保障措施的，应当依法承担未履行安全保障义务的侵权责任。

发生本条第一款规定的情形的，公安等机关应当依法及时调查，查清责任人。

本条主旨

本条有三款。第1款是关于建筑物抛（坠）物造成他人损害的侵权责任和补偿的规定。第2款是关于物业服务企业等未尽到安全保障义务之侵权责任的规定。第3款是强调有关机关及时调查、查清责任人的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第87条 从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品造成他人损害，难以确定具体侵权人的，除能够证明自己不是侵权人的外，由可能加害的建筑物使用人给予补偿。

理解与适用

一、关于建筑物抛（坠）物侵权责任制度的完善

建筑物抛（坠）物（俗称“高空抛物”）造成他人损害的侵权责任

规则，十多年前在制定《侵权责任法》时就是一个争议焦点。《侵权责任法》第87条的起草受到了“重庆烟灰缸案”等一些建筑物抛（坠）物造成他人损害案件的影响，当时的法律条文是对社会需求的回应。但是，该条文实施以后遇到了进一步的问题：不考虑有关机关依法调查的职责，不考虑物业服务企业的安全保障义务，甚至不对侵权人的侵权责任作出直接规定，而强调可能加害的建筑物使用人给予补偿，带来了一些负面社会效果：（1）公安机关懒政，不依法履行调查的职责，即使是在被侵权人死亡或者遭受严重人身伤害的案件中，有些机关也不依法进行调查，以“《侵权责任法》第87条提供了民事救济，被侵权人可以到法院起诉”为由进行推诿，使得本来可以依法查明的案情得不到调查。（2）过分强化由“可能加害的建筑物使用人给予补偿”，采取和稀泥的办法处理侵权案件，没有分清是非曲直，所做的“补偿”缺乏正义性基础，相关当事人不服气，加大了法院的判决执行难度。（3）由于物业服务企业缺位，不利于调动利益相关方面治理“高空抛物”的积极性。

起草《民法典》侵权责任编的一个重要任务，就是修改《侵权责任法》第87条的规定，使建筑物抛（坠）物造成他人损害案件的责任分配与承担更为公正合理，也为“高空抛物”的治理提供必要的立法资源。有趣的现象是，在《侵权责任法》实施9年多之后，最高人民法院在《民法典》侵权责任编有关“高空抛物”责任条文立法草案基本成型的情况下，于2019年10月21日发布《最高人民法院关于依法妥善审理高空抛物、坠物案件的意见》（法发〔2019〕25号），规定：（1）加强源头治理，监督支持依法行政，有效预防和惩治高空抛物、坠物行为；（2）依法惩处构成犯罪的抛物、坠物行为，切实维护人民群众生命财产安全；（3）坚持司法为民、公正司法，依法妥善审理高空抛物、坠物民事案件；（4）注重多元化解，坚持多措并举，不断完善预防和调处高空抛物、坠物纠纷的工作机制。具体条文达16条之多。

与《侵权责任法》第87条比较，本条有以下主要修改：（1）从行为规范的角度规定禁止从建筑物中抛掷物品。（2）强调从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落物品造成他人损害的侵权人的责任。（3）规定了可能加害的建筑物使用人补偿后有权向侵权人追偿。（4）引入物业服务企业的安全保障义务以及未尽到安全保障义务的侵权责任；（5）强调有关机关依法及时调查的职责。

二、禁止从建筑物中抛掷（坠落）物品

本条开宗明义即规定“禁止从建筑物中抛掷物品”。结合全部条文

内容看，除了禁止从建筑物向建筑物的外部空间抛掷物品外，还有防范建筑物上或者建筑物内的物品坠落的立法旨意。这是一条禁止性规定而非授权或者许可性规定；是一条行为规范而非裁判规则。其基本意义在于通过设定禁止事项为人们的民事活动提供行为规范，告诫人们不得为从建筑物中抛掷（坠落）物品的行为。从更广阔的视野看，这一规定也是贯彻《民法典》第1条规定的“弘扬社会主义核心价值观”，建设“诚信、友善”的人际关系尤其是邻里关系所要求的。

三、侵权人依法承担侵权责任

依据本条规定，在发生建筑物抛（坠）物造成他人损害的案件中，应当由侵权人依法承担侵权责任。此处的“侵权人”包括：（1）实施抛掷行为的人（或者其监护人、用人单位、个人雇主等）；（2）致害物品的所有人、管理人、使用人（或者其监护人、用人单位、个人雇主等）。此处的“依法”是指依据《民法典》有关条文和其他法律的规定。《民法典》的有关条文包括第1253条、第1165条、第1188条、第1191条、第1192条等。

在损害发生时侵权人明确的，被侵权人应当请求侵权人承担侵权责任。在诉讼进行中查明了具体侵权人的，被侵权人应当变更诉讼请求，直接请求侵权人承担侵权责任。

四、由可能加害的建筑物使用人给予补偿

（一）“经调查难以确定具体侵权人”

本条规定：经调查难以确定具体侵权人的，除能够证明自己不是侵权人的外，由可能加害的建筑物使用人给予补偿。这里的“经调查难以确定具体侵权人”，是指通过被侵权人的举证、法院依职权进行调查以及本条第3款规定的“有关机关应当依法及时调查”仍然不能确定具体侵权人的情况。

（二）使用人承担“补偿”后果

本条规定，承担“补偿”的是建筑物的使用人，而不是建筑物的所有人。当然，如果建筑物的所有人同时也是使用人的，他应依据本条承担“补偿”的后果。法律之所以规定由建筑物的使用人承担，是因为使用人在案发时实际使用、控制建筑物，最有可能是抛物行为的实施者或者对防范物品坠落负有义务的人。

（三）“证明自己不是侵权人”

“证明自己不是侵权人”包括两层含义：其一，举证责任被分配给被告。在上述“经调查难以确定具体侵权人”情况下，被告承担证明自己不是侵权人的举证责任。其二，被告对一个“不存在的事实”进行举证，是防范“有罪推定”前提下的辩护。此等被告可以提供自己没有“作案时间”、没有能力实施此等抛物行为、没有也不可能拥有致害物品、在力学上其所在位置的抛（坠）物不可能造成本案中的损害等来证明“自己不是侵权人”。如果能够证明自己不是侵权人的，不承担侵权责任也不承担“补偿”的后果；不能证明自己不是侵权人，则要承担“补偿”的后果。

（四）“补偿”的含义与数额确定

本条规定的“补偿”有以下几层含义：（1）补偿是被告真金白银拿出金钱支付给被侵权人（受害人），于此等被告而言，其在经济上承担了不利的后果。（2）在性质上，“补偿”不同于“赔偿”。承担补偿后果，不意味着此等被告实施了侵权行为或者应当对侵权损害后果承担法律上的赔偿责任，质言之，承担补偿后果不意味着司法裁判对此等被告的行为作出了否定判断。

补偿的数额，视具体情况确定。总体上补偿的数额要少于赔偿数额，同时，不同被告对损害承担补偿后果，应当适当考虑致害的可能性大小、被告自身的负担能力等情况。

（五）关于追偿权的规定

本条进一步规定，“可能加害的建筑物使用人补偿后，有权向侵权人追偿”。行使这一追偿权的前提是在案件审理结束且判决得到执行后，查明了真正的侵权人。在此情况下，“可能加害的建筑物使用人”已经支付的补偿失去了支付的原因，因此需要通过向侵权人追偿而填补“可能加害的建筑物使用人”的财产损失。

五、物业服务企业的安全保障义务以及未尽到安全保障义务的侵权责任

（一）物业服务企业的安全保障义务

本条第2款规定了建筑物的物业服务企业等主体采取安全保障措施防止本条规定的损害发生的义务，未尽到此等安全保障义务应当承

担侵权责任。

建筑物的物业服务企业等主体采取安全保障措施由物业管理法规、物业管理公约、物业服务合同等确定。此等义务，有些是保护物业业主利益的，有些是保护不特定第三人人身和财产安全的。《物业管理条例》第45条规定：“对物业管理区域内违反有关治安、环保、物业装饰装修和使用等方面法律、法规规定的行为，物业服务企业应当制止，并及时向有关行政管理部门报告。有关行政管理部门在接到物业服务企业的报告后，应当依法对违法行为予以制止或者依法处理。”第46条规定：“物业服务企业应当协助做好物业管理区域内的安全防范工作。发生安全事故时，物业服务企业在采取应急措施的同时，应当及时向有关行政管理部门报告，协助做好救助工作。物业服务企业雇请保安人员的，应当遵守国家有关规定。保安人员在维护物业管理区域内的公共秩序时，应当履行职责，不得侵害公民的合法权益。”第55条规定：“物业存在安全隐患，危及公共利益及他人合法权益时，责任人应当及时维修养护，有关业主应当给予配合。责任人未履行维修养护义务的，经业主大会同意，可以由物业服务企业维修养护，费用由责任人承担。”

此外，随着监控技术的发展与普遍应用，物业服务企业一般也有义务安装必要的监控设施，记录和保存有关影视资料，以备查清责任人。

（二）未尽到安全保障义务的侵权责任

依据本条第2款规定，物业服务企业等未采取必要的安全保障措施，应当依法承担未履行安全保障义务的侵权责任。物业服务企业等承担此等法律责任是侵权责任而不是违反合同的违约责任，也就是说，此等责任是由法律直接加以规定的，不依赖于物业服务合同等是否有规定。

物业服务企业等承担此等侵权责任的构成要件是：（1）未履行安全保障义务，具有消极不作为或者不当作为的行为。（2）被侵权人损害，包括人身损害、财产损失。（3）未履行安全保障义务与损害发生之间存在因果关系，具体表现为：如果物业服务企业适当履行安全保障义务，就能够防止损害的发生或者减少损害发生。（4）过错。凡是违反安全保障义务产生的侵权责任都是过错责任。

物业服务企业在多大程度上承担侵权责任，本条没有作出明确规定。在有些案件中，物业服务企业没有尽到安全保障义务是损害发生的主要乃至唯一原因，其承担全部赔偿责任当无争议。而在另一些案

件中，物业服务企业没有尽到安全保障义务对于损害发生所起的作用比较小，由其承担全部赔偿责任显然不合理。此等情况下，可以考虑参考《民法典》第1198条第2款的规定确定物业服务企业的侵权责任。

■ 六、有关机关的调查职责

本条第3款是一个提示性条款，提示公安机关等有关机关应当依法及时调查以查清责任人。在公安机关对案件进行治安管理调查或者刑事侦察的情况下，绝大部分案件的侵权人总能查明的。

本条没有民法上的直接功能和意义，不是民法的典型规范。但是提示公安机关等有关机关应当依法及时调查以查清责任人，有利于相关案件的审理，保护被侵权人的合法权益，减少乃至避免“可能加害的建筑物使用人补偿”的适用。

第一千二百五十五条

堆放物倒塌、滚落或者滑落造成他人损害，堆放人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。

本条主旨

本条是关于堆放物倒塌、滚落或者滑落造成他人损害侵权责任的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第88条 堆放物倒塌造成他人损害，堆放人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（与新法相抵触的部分内容无效）

第16条 下列情形，适用民法通则第一百二十六条的规定，由所有人或者管理人承担赔偿责任，但能够证明自己没有过错的除外：

（一）道路、桥梁、隧道等人工建造的构筑物因维护、管理瑕疵致人损害的；

（二）堆放物品滚落、滑落或者堆放物倒塌致人损害的；

（三）树木倾倒、折断或者果实坠落致人损害的。

前款第（一）项情形，因设计、施工缺陷造成损害的，由所有人、管理人与设计、施工者承担连带责任。

《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》[被《最高人民法院关于废止2007年底以前发布的有关司法解释（第七批）的决定》（2008年12月18日发布；2008年12月24日实施）部分废止，本司法解释中的第88条、第94条、第115条、第117条、第118条、第177条被废止]。

第155条 因堆放物品倒塌造成他人损害的，如果当事人均无过错，应当根据公平原则酌情处理。

理解与适用

一、堆放物倒塌、滚落或者滑落造成他人损害的侵权责任概述

（一）相关法律、司法解释规定的发展变化

关于堆放物倒塌、滚落或者滑落造成他人损害的侵权责任，我国法律和司法解释的规定有一个发展的过程。《民法通则》对此没有作出规定。1988年《民法通则意见》第155条规定：“因堆放物品倒塌造成他人损害的，如果当事人均无过错，应当根据公平原则酌情处理。”2003年《人身损害赔偿解释》则将“堆放物品滚落、滑落或者堆放物倒塌致人损害”规定为过错推定责任，由所有人或者管理人承担责任。2009年《侵权责任法》第88条将堆放物倒塌造成他人损害的责任规定为过错推定责任，由堆放人承担责任。本条基本承继了《侵权责任法》第88条的规定，同时吸收司法解释的规定，增加了“滚落或者滑落”的内容。

（二）堆放物倒塌、滚落或者滑落造成他人损害侵权责任的观念、性质

堆放物倒塌、滚落或者滑落造成他人损害责任，是指由于堆放物整体倒塌或者个别物件滚落、滑落造成他人损害，堆放人依据本条规定应当承担的侵权责任，主要是赔偿责任。

堆放物倒塌、滚落或者滑落造成他人损害的侵权责任是我国法律独有的规定，其立法的理论依据与建筑物等造成他人损害的责任相似。堆放物倒塌、滚落或者滑落造成他人损害的侵权责任属于对物造成损害的责任，是“准侵权行为”责任，而不是行为人对自己的侵权行为承担责任。

（三）堆放物倒塌、滚落、滑落的概念

堆放物是人工堆积存放之物。日常生活中，常见的堆放物包括堆放的货物，堆放的农副产品，堆放的建筑材料，堆放的原木、矿石等。堆放物为固体物，是人工堆积之物，堆放是为了临时或者较长时间的存放用途。但是，人工建筑物、构造物等不是堆放物，其发生倒塌造成他人损害，按照《民法典》第1252条和第1253条等条文确定

侵权责任。

倒塌是指堆放物在力学结构上的坍塌和崩溃，包括部分倒塌和完全倒塌。滚落是指堆放物从堆放的高处滚动下落到低处。滑落是指堆放物自身平移从高处下落到低处。

二、堆放人的过错推定责任

（一）过错推定责任

依据本条规定，堆放物倒塌、滚落或者滑落造成他人损害，堆放人不能证明自己没有过错的，由堆放人承担侵权责任。在此处，堆放人承担的是过错推定的侵权责任：法律推定其有过错，并依据过错责任原则承担侵权责任，被侵权人无须对其过错举证证明；但是法律给予堆放人证明自己没有过错的机会，如果能够证明自己没有过错就无须承担侵权责任，如果不能证明自己没有过错则应当承担侵权责任。

堆放人是指以自己的行为或者以其工作人员（雇员）等的行为设置了堆放物的人。堆放人通常以以下方式 and 路径证明自己没有过错：

（1）设置堆放物不违反法律、行政法规、部门规章等的禁止性规定，是其有权实施的行为；（2）堆放的选址没有过错；（3）在堆放的规模、结构、方式等方面没有过错；（4）在堆放物的管理、维护、警示等方面没有过错。

如果堆放人能够证明自己没有过错的，则无须承担侵权责任。由于本条没有规定“代负责任”和追偿权等，一旦认定堆放人没有过错就应当直接确认其不承担责任。如果损害是由于第三人的过错造成的，被侵权人应当另行起诉，请求第三人承担侵权责任。如果是由于受害人自己的故意或者过失造成的损害，则不能请求他人赔偿损失。

（二）侵权责任的构成要件

构成本条的侵权责任，需要符合以下要件：（1）堆放物倒塌、滚落或者滑落。堆放物由于其自身的重量、堆积高度积累的势能以及结构的松散性而具有内在危险性。此等危险性一旦以倒塌、滚落或者滑落的方式爆发出来，就可能成为造成他人损害的原因。（2）被侵权人受到损害，包括人身损害、财产损失。（3）被侵权人受到的损害与堆放物倒塌、滚落或者滑落之间存在因果关系。（4）堆放人有过错。在过错推定的情况下，堆放人不能证明自己没有过错即被认定有过错。其被认定的过错是承担侵权责任的构成要件之一。

第一千二百五十六条

在公共道路上堆放、倾倒、遗撒妨碍通行的物品造成他人损害的，由行为人承担侵权责任。公共道路管理人不能证明已经尽到清理、防护、警示等义务的，应当承担相应的责任。

本条主旨

本条是关于在公共道路上堆放、倾倒、遗撒妨碍通行的物品造成他人损害之侵权责任的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第89条 在公共道路上堆放、倾倒、遗撒妨碍通行的物品造成他人损害的，有关单位或者个人应当承担侵权责任。

理解与适用

一、行为人的责任

（一）行为人在公共道路上堆放、倾倒、遗撒妨碍通行物品的行为

依据本条规定，在公共道路上堆放、倾倒、遗撒妨碍通行的物品造成他人损害的，由行为人承担侵权责任。“公共道路”是指国家或者集体所有开放供公众使用的道路。属于民事主体私有的专用道路以及国有、集体所有的专用道路，不属于公共道路。只有在公共道路上发生堆放、倾倒、遗撒妨碍通行的物品造成他人损害的，才适用本条的规定。

行为人是指在公共道路上堆放、倾倒、遗撒妨碍通行的物品的人。尽管法律规定由行为人承担侵权责任，但是本条规定的侵权责任并非行为责任而是物件造成损害的责任——法律规定行为人承担侵权

责任，不是因为其在公共道路上堆放、倾倒、遗撒物品，而是因为此等物品妨碍了通行。

“造成他人损害”是指在公共道路上处于妨碍通行状态或者说对正常通行起到妨碍作用的堆放物、倾倒物、遗撒物造成他人损害。“他人”是指本条规定的行为人、管理人（及其工作人员）之外的任何使用公共道路的第三人。常见的损害主要是交通事故损害。

（二）归责原则

本条没有对行为人承担侵权责任的归责原则作出规定，笔者认为，这种侵权责任仍然适用过错责任原则，即只有行为人有过错才承担侵权责任，没有过错则不承担侵权责任。基于“违法即有过错”的侵权责任法原理，认定行为人有过错。堆放、倾倒属于故意违法设置道路障碍物，而遗撒则是过失违法制造了道路障碍物。在公共道路上堆放、倾倒、遗撒妨碍通行的物品，属于违反法律、行政法规规定的行为，行为违法当然也就判定行为人有过错。而对于此等在公共道路上的妨碍通行物品极大可能造成损害，是行为人知道或者应当知道的。对于知道或者应当知道可能发生的损害，行为人或者漠不关心或者疏忽大意或者轻信不会发生损害，都表明其存在过错。行为人的过错有两层：一是实施在公共道路上堆放、倾倒、遗撒妨碍通行物品的违法行为，二是对极其可能发生的损害有疏忽大意或者轻信的过错。关于在公共道路上堆放、倾倒、遗撒妨碍通行的物品造成他人损害的责任，也有学者主张适用无过错责任原则。^[1]

（三）侵权责任的构成要件

行为人承担本条规定的侵权责任主要是损害赔偿责任，需要符合以下构成要件：（1）公共道路上存在妨碍通行的物品，此等物品具有妨碍通行造成损害的内在危险性。（2）他人受到损害，包括人身损害、财产损失。（3）他人受到的损害与公共道路上存在妨碍通行的物品存在因果关系。（4）侵权人（行为人）有过错（基于行为违法认定）。

二、管理人责任

（一）管理人责任概述

本条与原《侵权责任法》第89条相比较，一个最大的变化是将侵权责任主体区分为行为人责任与管理人责任，而不是笼统规定“有关

单位或者个人应当承担侵权责任”。

本条规定，公共道路的管理人对此等损害承担过错推定的侵权责任。公共道路的管理人是指实际管理人、营运、养护公共道路的民事主体，比如高速公路的营运人，城市道路的管理人、养护人。在无法确定具体管理人时，公共道路的所有人应当被认为是管理人。

（二）归责原则

管理人承担过错推定的侵权责任。法律推定其有过错，被侵权人无须证明管理人的过错，但是法律给予管理人证明自己没有过错的机会。如果管理人能够证明自己没有过错，则无须承担侵权责任；如果不能证明自己没有过错，则应当承担相应的侵权责任。“相应”是指与其过错种类和程度相应，同时考虑其过错行为（作为或者不作为）对损害发生的原因力。

法律规定了管理人证明自己没有过错的方式与路径：应当从尽到清理、防护、警示等义务方面证明自己没有过错。只有在这些方面都证明没有过错，才认为其没有过错，进而不承担侵权责任；反之，在上述任何一个方面不能证明自己没有过错，就认为其有过错，进而应当承担相应的侵权责任。

（三）管理人侵权责任的构成要件

管理人依据本条第2款承担的侵权责任主要是损害赔偿责任，需要符合以下构成要件：（1）公共道路上存在堆放、倾倒、遗撒妨碍通行的物品，这些物品具有造成他人损害的内在危险；（2）他人受到损害，包括人身损害、财产损失；（3）他人受到的损害与此等物品的内在危险存在因果关系；（4）管理人有过错，法律推定管理人有过错，管理人不能证明已经尽到清理、防护、警示等义务。

（四）管理人责任与行为人责任的关系

管理人承担相应的侵权责任不排斥、不取代行为人的侵权责任，二者之间构成不真正连带关系。比如在一个案件中，造成的全部损害是100万元，行为人当然要对100万元承担全部赔偿责任。同时，由于管理人有过错，因而被认定应当承担30万元的赔偿责任。此时，被侵权人可以向行为人主张100万元的损害赔偿。如果被侵权人选择如此主张，则不能向管理人主张任何损害赔偿，行为人承担侵权责任后也不得向管理人追偿。如果被侵权人向管理人主张30万元的损害赔偿，则只能就剩余的70万元向行为人主张损害赔偿。他们各自承担相

应数额的损害赔偿责任之后，不产生单向或者双向的追偿权。

注释：

[1]程啸.侵权责任法教程.2版.北京：中国人民大学出版社，2014:317.

第一千二百五十七条

因林木折断、倾倒或者果实坠落等造成他人损害，林木的所有人或者管理人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。

本条主旨

本条是关于因林木折断、倾倒或者果实坠落等造成他人损害侵权责任的規定。

相关条文

《侵权责任法》

第90条 因林木折断造成他人损害，林木的所有人或者管理人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。

理解与适用

一、林木折断等造成他人损害责任概述

（一）林木与林木折断等造成他人损害

本条规定的“林木”是指固定种植于土地的树木和竹子。从不动产的角度看，林木属于土地上的附着物。树木是木本植物的总称，有乔木、灌木和木质藤本之分，中国约有8000种树木。竹子为多年生禾本科竹亚科植物，茎为木质，是禾本科的一个分支。

林木折断、倾倒导致他人受到损害的案件时有发生，很常见的是风雨交加导致大树倾倒砸坏路边停放的机动车，脱落的干枯树枝砸伤路人。^[1]果树的果实坠落造成行人损害的情况也偶有发生。

（二）物致害责任

本条规定了林木折断、倾倒或者果实坠落三种情形造成他人损害的侵权责任。这三种情形均属于物致人损害的责任，不是行为责任。

（三）责任主体

依不动产法律制度的原理，土地的所有人同时也是土地上附着物的所有人。不动产所有人对不动产及其附着物发生事故造成的损害承担侵权责任。在土地（及其附着物）的所有与占有、使用和管理等发生分离时，法律规定由管理人（如承租人、国有土地使用权人、集体土地承包经营权人等）享有相关权利并承担相应义务的，依照其规定。本条规定由林木的所有人、管理人承担相关的侵权责任。

二、所有人或者管理人的责任

（一）归责原则：过错推定

依据本条规定，造成损害的折断、倾倒林木或者其坠落果实的所有人或者管理人承担过错推定的侵权责任，即只有在有过错的情形才承担侵权责任，没有过错则不承担侵权责任。但是本条规定的是推定过错：推定此等所有人、管理人有过错，被侵权人无须对所有人或者管理人的过错进行举证证明。在推定过错的同时，法律给予所有人或者管理人证明自己没有过错的机会。如果能证明自己没有过错就不承担侵权责任；反之，如果不能证明自己没有过错则应当承担侵权责任。证明自己没有过错就是证明自己尽到了合理的注意义务，其证明方式和路径通常是：（1）在特定的地点种植林木没有过错，不违反禁止性规定；（2）尽到了养护、管理职责，如及时清除干枯树枝、枯朽或者病害的危险树干，及时采摘成熟的果实；（3）遇到不可抗力或者恶劣气象、地质灾害后作出了及时和适当的处理；（4）在第三人原因造成某种危险的情形进行了及时处理和警示。需要指出的是，不同区域、不同性质场所，所有人或者管理人应当达到的注意程度是不一样的。一般说来，对公共场所的林木等的养护、管理要求更高一些；对私人场所或者不对外开放的场所的林木等的养护、管理要求会低一些；对于山林等的养护、管理要求会更低。受害人无视法规规定和相应的警示，进入禁止进入的林区受到损害，林木的所有人或者管理人没有过错不承担侵权责任。

如果所有人或者管理人没有过错，损害是由于第三人原因或者被侵权人过错造成的，则所有人或者管理人不承担侵权责任。被侵权人应当向第三人请求赔偿损失或者自己承担损害后果。

（二）侵权责任的构成要件

折断、倾倒的林木以及坠落果实的林木所有人承担本条规定的侵

权责任（主要是损害赔偿责任），需要符合以下构成要件：（1）林木折断、倾倒或者其果实坠落。（2）被侵权人受到损害，包括人身损害、财产损失。（3）林木折断、倾倒或者其果实坠落是损害发生的原因，二者之间存在因果关系。（4）所有人或者管理人有过错。法律推定所有人或者管理人有过错，所有人或者管理人不能证明自己没有过错。

注释：

[1]程啸.侵权责任法教程.2版.北京：中国人民大学出版社，2014:311.

第一千二百五十八条

在公共场所或者道路上挖坑、修缮安装地下设施等造成他人损害，施工人不能证明已经设置明显标志和采取安全措施的，应当承担侵权责任。

窨井等地下设施造成他人损害，管理人不能证明尽到管理职责的，应当承担侵权责任。

本条主旨

本条有两款。第1款是关于施工人责任的规定。第2款是关于地下设施管理人责任的规定。

相关条文

《侵权责任法》

第91条 在公共场所或者道路上挖坑、修缮安装地下设施等，没有设置明显标志和采取安全措施造成他人损害的，施工人应当承担侵权责任。

窨井等地下设施造成他人损害，管理人不能证明尽到管理职责的，应当承担侵权责任。

理解与适用

一、地面施工人责任

（一）施工人

本条第1款基本承继了《侵权责任法》第91条第1款，也与《民法通则》第125条的规定基本相同。本条第1款规定的“施工人”，是指在公共场所或者道路上从事挖坑、修缮安装地下设施等施工活动的民事主体。在实践中，有一些地面工程的所有者（或管理者）并不直接进行施工，而是通过承包（承揽）合同等方式发包给他人进行施工；有

的工程还有分包、转包等情形出现。当施工人也是工程的所有者或者管理人时，比较容易确定责任主体。直接进行施工的不是工程的所有者（或管理者），有时会出现认定责任主体困难的问题。对此，认定规则如下：（1）当直接进行施工者为独立的承包建筑商时，该独立的承包建筑商即为施工人，应认定为责任主体。（2）当某项地面工程是以某一特定主体的名义作为施工人进行施工时，认定该以其名义作为施工人的特定主体为施工人，而不问真正的直接施工者是谁，也不问是否存在转包、分包等情形。（3）工程的所有者、管理者雇用零散人员进行施工的或者被侵权人无法判断施工人的，应推定工程的所有者、管理者为施工人，但工程的所有者、管理者可以提出反证。（4）工程的所有者、管理人作为发包人在指示或选任上有过失的，应当承担相应的赔偿责任。^[1]

（二）地面施工

在公共场所、道旁或者通道上挖坑、修缮安装地下设施，一般称作地面施工。它不包括高空作业（如架设高压输电线路），也不包括纯粹的地下施工（如地下采掘、隧道施工等）。本条第1款强调了地面施工的场合，并非在一切场所进行地面施工产生的损害都适用该条规定；只有在公共场所、道旁或者通道上从事挖坑、修缮安装地下设施等施工造成他人损害，才适用本条第1款规定，确定施工人的侵权责任。

（三）施工人的安全保障义务

本条第1款设定了施工人的安全保障义务：设置明显标志和采取安全措施。行为人不设置明显标志或者不采取安全措施，或者其所设置的标志不够明显或其所采取的措施不够安全，就违反了施工人的安全保障义务。

（四）施工人的侵权责任

1. 施工人的行为责任或者物件损害责任

关于本条第1款规定的侵权责任到底是行为责任还是物造成损害的责任，在理论上是有争议的。从立法安排来看，将其规定在“建筑物和物件损害责任”一章，表明立法者倾向于认为此等侵权责任属于物件损害责任。但是，在此等案件中，造成损害的往往不是某个特定的，处于稳定状态的物，而是施工人的具体行为。这种行为在人的行为性质上与“高度危险作业”行为有相似之处，不同的是危险性低一些。造成损害的原因很难归咎于物件的内在危险，而更容易解释为施

工人的不当行为。所以，学理上也可以将此等侵权责任理解为施工人的行为责任。

2. 过错责任

一般认为，本条第1款规定的侵权责任适用过错责任原则，施工人有过错的承担侵权责任，没有过错的不承担侵权责任。由于法律设定了施工人的安全保障义务，施工人违反安全保障义务即被认定有过错，应当承担侵权责任。对于本条规定到底是过错推定还是一般过错责任，理论上有不同的认识。主张一般过错责任的认为：被侵权人仍然需要证明施工人的过错，无非该责任中过错的证明采取了客观标准，即被侵权人只要证明施工人没有“设置明显标志和采取安全措施”，施工人就存在过错，应当承担侵权责任。^[2]主张过错推定的则认为，本条第1款推定施工人有过错，被侵权人无须对过错进行举证证明，但是施工人可以通过证明自己没有过错而不承担侵权责任，证明自己没有过错的方法和路径是已经“设置明显标志和采取安全措施”^[3]。

3. 构成要件

施工人构成本条第1款规定的侵权责任主要是损害赔偿责任，需要符合以下要件：（1）施工行为，即在公共场所或者道路上挖坑、修缮安装地下设施等行为。（2）被侵权人受到损害，包括人身损害、财产损失，但是不包括施工人及其工作人员、雇员等受到的损害。（3）施工行为与被侵权人受到的损害之间存在因果关系。（4）施工人有过错，没有“设置明显标志和采取安全措施”。

二、地下设施管理人责任

（一）地下设施造成他人损害责任概述

1. 窨井、地下设施的概念

窨井是指下水道或者其他管线工程用于检修和疏通而建造的井状构造物。地下设施是指窨井、水井、地下通道等处于地面之下的人力修建的构造物。窨井是最常见的地下设施。

2. 地下设施造成他人损害责任的性质

地下设施原本包含在建筑物、构筑物或者其他设施的范围之内^[4]，地下设施造成他人损害责任完全属于建筑物等造成他人损害责任

的范畴。只是因为我国相关立法强调物件造成他人损害的不同方式，才将地上物脱落、坠落，建筑物倒塌与地下设施致人跌落、碰伤的责任分别规定，其责任依据和构造原理相同。窨井等地下设施造成他人损害的侵权责任是物（建筑物）造成损害的责任，不是行为责任。

（二）管理人的侵权责任

1. 责任主体

窨井等地下设施造成他人损害，应当由相应的管理人承担责任。管理人是指对地下设施负有管理职责的单位或者个人。管理人与所有人可能是同一人。如果管理人与所有人为不同的主体，侵权责任由管理人承担。如果不存在明确的管理人或者无法确认管理人的，所有人被认为是管理人，由其承担侵权责任。

2. 归责原则

本条第2款规定管理人承担过错推定的责任：管理人不能证明尽到管理职责的，应当承担侵权责任。依据这一规定，被侵权人无须对管理人的过错进行举证证明。法律推定管理人有过错，但是给予其证明自己没有过错的机会。如果能够证明自己没有过错，管理人不承担侵权责任；反之，不能证明自己没有过错，管理人则应当承担侵权责任。管理人证明自己没有过错的方法和路径是证明尽到了管理职责，包括达到了法律法规、规章和行业规定等的管理要求，尽到了一个“理性人”管理者的注意义务。

3. 构成要件

管理人承担第2款规定的侵权责任，需要符合以下构成要件：

（1）窨井等地下设施存在造成他人损害的内在危险性。（2）他人受到损害，包括人身损害、财产损失。他人是指管理人（及其工作人员、雇员等）之外的任何第三人。（3）此等损害与窨井等地下设施存在的内在危险性之间有因果关系。（4）管理人有过错。法律推定其有过错，管理人不能证明尽到了管理职责。

注释：

[1]《人身损害赔偿解释》第10条 承揽人在完成工作过程中对第三人造成损害或者造成自身损害的，定作人不承担赔偿责任。但定作人对定作、指示或者选任有过失的，应当承担相应的赔偿责任。”另参见《民法典》第1193条。

[2]程啸.侵权责任法教程.2版.北京：中国人民大学出版社，2014:312.

[3]张新宝.侵权责任法.4版.北京：中国人民大学出版社，2016:328.

[4]王泽鉴.侵权行为法（二）特殊侵权行为.台北：自版，2006:214.

新旧法条对照表^[1]

张新宝

民法典第七编 侵权责任	侵权责任法	条文主旨与 变动情况	变动原因	备注
第一章 一般规定	第一章 一般规定			
	第1条 为保护民事主体的合法权益，明确侵权责任，预防并制裁侵权行为，促进社会和谐稳定，制定本法。	删除。	《侵权责任法》整体并入《民法典》，无须在本编单独规定立法目的。	《民法典》第1条：为了保护民事主体的合法权益，调整民事关系，维护社会和经济秩序，适应中国特色社会主义发展要求，弘扬社会主义核心价值观，根据宪法，制定本法。
第1164条 本编调整因侵害民事权益产生的民事关系。	第2条 侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。 本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。	关于调整对象的规定，修改；删除，删除第1款，删除第2款。	1. 调整对象由《侵权责任法》的调整对象变化为《民法典》第七编的规范范围。 2. “民事权益”已经在《民法典》第五编进行列举，无须在侵权责任编重复规定。	

民法典第七编 侵权责任	侵权责任法	条文主旨与 变动情况	变动原因	备注
	第3条 被侵权人有权请求侵权人承担侵权责任。	删除。	《民法典》第1165条、第1166条已经包含此条的精神。《民法典》第176条也包含了此等精神。	
	第4条 侵权人因同一行为应当承担行政责任或者刑事责任的,不影响依法承担侵权责任。 因同一行为应当承担侵权责任和行政责任、刑事责任,侵权人的财产不足以支付的,先承担侵权责任。	删除。	《民法典》第187条对此作出了规定。	
	第5条 其他法律对侵权责任另有特别规定的,依照其规定。	删除。	《民法典》第11条对此作出了规定。	
	第二章 责任构成和责任方式			
第1165条 行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的,应当承担侵权责任。 依照法律规定推定行为人有过错,其不能证明自己没有过错的,应当承担侵权责任。	第6条 行为人因过错侵害他人民事权益,应当承担侵权责任。 根据法律规定推定行为人有过错,行为人不能证明自己没有过错的,应当承担侵权责任。	关于过错责任的规定。修改第1款。增加“造成损害的”五字,使得过错侵权责任一般条款的表达更加准确。第2款个别文字调整。	技术性修改,弥补旧法条文在表达上不准确的缺陷。	第1款规定的四个构成要件仅适用于赔偿损失、恢复原状的责任方式。
第1166条 行为人造成他人民事权益损害,不论行为人有无过错,法律规定应当承担侵权责任的,依照其规定。	第7条 行为人损害他人民事权益,不论行为人有无过错,法律规定应当承担侵权责任的,依照其规定。	关于无过错责任的规定。个别文字调整。		“行为人”重复。理解上,两个“行为人”应当为同一人。
第1167条 侵权行为危及他人人身、财产安全的,被侵权人可以请求侵权人承担停止侵害、排除妨碍、消除危险等侵权责任。	第21条 侵权行为危及他人人身、财产安全的,被侵权人可以请求侵权人承担停止侵害、排除妨碍、消除危险等侵权责任。	关于其他责任方式构成要件的规定。将旧法第21条提前到第1167条,紧接着关于过错责任的规定。	与第1165条、第1166条相配合,更准确、体系化规定了不同侵权责任方式的构成要件。	

民法典第七编 侵权责任	侵权责任法	条文主旨与 变动情况	变动原因	备注
第1168条 二人以上共同实施侵权行为，造成他人损害的，应当承担连带责任。	第8条 二人以上共同实施侵权行为，造成他人损害的，应当承担连带责任。	关于共同侵权责任连带责任的规定。没有变化。		
第1169条 教唆、帮助他人实施侵权行为的，应当与行为人承担连带责任。 教唆、帮助无民事行为能力人、限制民事行为能力人实施侵权行为的，应当承担侵权责任；该无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人未尽到监护职责的，应当承担相应的责任。	第9条 教唆、帮助他人实施侵权行为的，应当与行为人承担连带责任。 教唆、帮助无民事行为能力人、限制民事行为能力人实施侵权行为的，应当承担侵权责任；该无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人未尽到监护责任的，应当承担相应的责任。	关于教唆、帮助他人实施侵权行为侵权责任的规定。个别文字调整。		将“监护责任”修改为“监护职责”。
第1170条 二人以上实施危及他人人身、财产安全的行为，其中一人或者数人的行为造成他人损害，能够确定具体侵权人的，由侵权人承担责任；不能确定具体侵权人的，行为人承担连带责任。	第10条 二人以上实施危及他人人身、财产安全的行为，其中一人或者数人的行为造成他人损害，能够确定具体侵权人的，由侵权人承担责任；不能确定具体侵权人的，行为人承担连带责任。	关于共同危险行为连带责任的规定。没有变化。		
第1171条 二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，每个人的侵权行为都足以造成全部损害的，行为人承担连带责任。	第11条 二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，每个人的侵权行为都足以造成全部损害的，行为人承担连带责任。	关于“原因叠加”情况下连带责任的规定。没有变化。		
第1172条 二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，能够确定责任大小的，各自承担相应的责任；难以确定责任大小的，平均承担责任。	第12条 二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，能够确定责任大小的，各自承担相应的责任；难以确定责任大小的，平均承担赔偿责任。	关于按份责任的规定。没有变化。		《民法典》第177条对按份责任有类似规定。

民法典第七编 侵权责任	侵权责任法	条文主旨与 变动情况	变动原因	备注
	第13条 法律规定承担连带责任的，被侵权人有权请求部分或者全部连带责任人承担责任。第14条 连带责任人根据各自责任大小确定相应的赔偿数额；难以确定责任大小的，平均承担赔偿责任。支付超出自己赔偿数额的连带责任人，有权向其他连带责任人追偿。	删除。	属于民事责任的共同规则，《民法典》第178条作出了规定。故删除。	《民法典》第178条：二人以上依法承担连带责任的，权利人有权请求部分或者全部连带责任人承担责任。连带责任人责任份额根据各自责任大小确定；难以确定责任大小的，平均承担责任。实际承担责任超过自己责任份额的连带责任人，有权向其他连带责任人追偿。连带责任，由法律规定或者当事人约定。
	第15条 承担侵权责任的方式主要有： （一）停止侵害； （二）排除妨碍； （三）消除危险； （四）返还财产； （五）恢复原状； （六）赔偿损失； （七）赔礼道歉； （八）消除影响、恢复名誉。 以上承担侵权责任的方式，可以单独适用，也可以合并适用。	删除。	承担侵权责任的方式属于承担民事责任的方式。《民法典》第179条对承担民事责任的方式作出了全面规定。故删除。	《民法典》第179条：承担民事责任的方式主要有： （一）停止侵害； （二）排除妨碍； （三）消除危险； （四）返还财产； （五）恢复原状； （六）修理、重作、更换； （七）继续履行； （八）赔偿损失； （九）支付违约金； （十）消除影响、恢复名誉； （十一）赔礼道歉。 法律规定惩罚性赔偿的，依照其规定。本条规定的承担民事责任的方式，可以单独适用，也可以合并适用。
	第三章 不承担责任和减轻责任的情形。	修改。《民法典》侵权责任编不单独设“不承担责任和减轻责任的情形”一章，并入《民法典》侵权责任编第一章“一般规定”和第二章“损害赔偿”。	旧法规范并入《民法典》，体系上进行了整理。	

民法典第七编 侵权责任	侵权责任法	条文主旨与 变动情况	变动原因	备注
第1173条 被侵权人对同一损害的发生或者扩大有过错的，可以减轻侵权人的责任。	第26条 被侵权人对损害的发生也有过错的，可以减轻侵权人的责任。	关于被侵权人过错减轻侵权人责任的规定。修改。1. 限定为“同一损害”也”；3. 增加“或者扩大”。	表达更为准确，同时扩大适用范围至无过错责任案件，扩大适用于“损害扩大”的情形。	本条规定的“过错”一般理解为“过失”。
第1174条 损害是因受害人故意造成的，行为人不承担责任。	第27条 损害是因受害人故意造成的，行为人不承担责任。	关于受害人故意情形行为人不承担责任的规定。没有变化。		本编区别了“受害人”与被侵权人。在侵权责任不构成时，使用“受害人”的概念；在侵权责任构成时，使用被侵权人的概念。
第1175条 损害是因第三人造成的，第三人应当承担侵权责任。	第28条 损害是因第三人造成的，第三人应当承担侵权责任。	关于第三人原因情况下第三人责任的规定。没有变化。		损害是因第三人造成的，原则上第三人应当承担侵权责任。但是，本编规定了由侵权人承担“代负责任”的情况，如第1203条第2款、第1233条等。
第1176条 自愿参加具有一定风险的文体活动，因其他参加者的行为受到损害的，受害人不得请求其他参加者承担侵权责任；但是，其他参加者对损害的发生有故意或者重大过失的除外。活动组织者的责任适用本法第一千一百九十八条至一千二百零一条的规定。		关于“受害人自甘风险”抗辩事由的规定。新增的条文。	有比较法经验参考，也符合实践需要。	
第1177条 合法权益受到侵害，情况紧迫且不能及时获得国家机关保护，不立即采取措施将使其合法权益受到难以弥补的损害的，受害人可以在保护自己合法权益的必要范围内采取扣留侵权人的财物等合理措施；但是，应当立即请求有关国家机关处理。受害人采取的措施不当造成他人损害的，应当承担侵权责任。		关于“自助行为”抗辩事由的规定。新增的条文。	有比较法经验参考，也符合实践需要。	

民法典第七编 侵权责任	侵权责任法	条文主旨与 变动情况	变动原因	备注
第1178条 本法和其 他法律对不承担责任 或者减轻责任的情形 另有规定的，依照其 规定。		关于不承担 责任或者减 轻责任的形 式的指引性 条文。新增 增加的规定。	由于《民法典》总则 编等规定了一些不承 担责任或者减轻责任 的条文，需要有指引 性规定。	
第二章 损害赔偿	第二章 责任构成和 责任方式	修改。《侵权 责任法》第 二章的有关 条文分别并 入《民法典》 侵权责任编 第一章“一 般规定”和 第二章“损 害赔偿”。	旧法并入《民法典》， 体系上进行了整理。	
第1179条 侵害他人 造成人身损害的，应 当赔偿医疗费、护理 费、交通费、营养费、 住院伙食补助费等为 治疗和康复支出的合 理费用，以及因误工 减少的收入。造成残 疾的，还应当赔偿辅 助器具费和残疾赔偿 金；造成死亡的，还 应当赔偿丧葬费和死 亡赔偿金。	第16条 侵害他人造 成人身损害的，应当 赔偿医疗费、护理费、 交通费等为治疗和康 复支出的合理费用， 以及因误工减少的收 入。造成残疾的，还 应当赔偿残疾生活辅 助具费和残疾赔偿金。 造成死亡的，还应当 赔偿丧葬费和死亡赔 偿金。	关于人身损 害赔偿项目 的规定。增 加“住院伙 食补助费” 及个别文字 调整。		
第1180条 因同一侵 权行为造成多人死亡 的，可以以相同数额 确定死亡赔偿金。	第17条 因同一侵权 行为造成多人死亡的， 可以以相同数额确定 死亡赔偿金。	关于因同一侵 权行为造成多 人死亡，可以 以相同数额确 定死亡赔偿金 的规定。没有 变化。		强调：1. 同一侵权行为； 2. 多人死亡；3. 可以以 相同数额确定死亡赔 偿金。
第1181条 被侵权人 死亡的，其近亲属有权 请求侵权人承担侵权责 任。被侵权人为组织， 该组织分立、合并的， 承继权利的组织有权请 求侵权人承担侵权 责任。 被侵权人死亡的，支付 被侵权人医疗费、丧葬 费等合理费用的人有权 请求侵权人赔偿费用， 但是侵权人已经支付该 费用的除外。	第18条 被侵权人死 亡的，其近亲属有权请 求侵权人承担侵权责 任。被侵权人为单位， 该单位分立、合并的， 承继权利的单位有权请 求侵权人承担侵权 责任。被侵权人死亡 的，支付被侵权人医疗 费、丧葬费等合理费 用的人有权请求侵权 人赔偿费用，但侵权 人已支付该费用的除 外。	关于被侵权 人死亡的相 关损害赔偿 请求权的规 定。两款规 定有个别文 字调整。		

民法典第七编 侵权责任	侵权责任法	条文主旨与 变动情况	变动原因	备注
第1182条 侵害他人人身权益造成财产损失，按照被侵权人因此受到的损失或者侵权人因此获得的利益赔偿；被侵权人因此受到的损失以及侵权人因此获得的利益难以确定，被侵权人和侵权人就赔偿数额协商不一致，向人民法院提起诉讼的，由人民法院根据实际情况确定赔偿数额。	第20条 侵害他人人身权益造成财产损失的，按照被侵权人因此受到的损失赔偿；被侵权人的损失难以确定，侵权人因此获得的利益的，按照其获得的利益赔偿；侵权人因此获得的利益难以确定，被侵权人和侵权人就赔偿数额协商不一致，向人民法院提起诉讼的，由人民法院根据实际情况确定赔偿数额。	关于侵害他人人身权益造成财产损失的赔偿标准的规定修改。赔偿标准的顺序发生了变化。	强调“按照被侵权人因此受到的损失或者侵权人因此获得的利益赔偿”优先于其他标准。	突出了侵权责任的填补损失功能。
第1183条 侵害自然人人身权益造成严重精神损害的，被侵权人有权请求精神损害赔偿。因故意或者重大过失侵害自然人具有人身意义的特定物造成严重精神损害的，被侵权人有权请求精神损害赔偿。	第22条 侵害他人人身权益，造成他人严重精神损害的，被侵权人可以请求精神损害赔偿。	关于侵害他人人身权益，造成他人严重精神损害的损害赔偿的规定。第1款个别文字调整，增加第2款。	吸收司法解释的成果。	《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》（法释〔2001〕7号，其所制定的依据《民法通则》，该司法解释应失效）第4条：具有人格象征意义的特定纪念物品，因侵权行为而永久性灭失或者毁损，物品所有人以侵权为由，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。
第1184条 侵害他人财产的，财产损失按照损失发生时的市场价格或者其他合理方式计算。	第19条 侵害他人财产的，财产损失按照损失发生时的市场价格或者其他方式计算。	关于财产损失的计算标准的规定。没有变化。		
第1185条 故意侵害他人知识产权，情节严重的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。		关于侵害知识产权惩罚性赔偿的规定。新增加的条文。	适应强化知识产权保护的需要。	“故意”“情节严重”是适用惩罚性赔偿的要件；与相关知识产权法律法规的规定结合适用。
	第23条 因防止、制止他人民事权益被侵害而使自己受到损害的，由侵权人承担责任。侵权人逃逸或者无力承担责任，被侵权人请求赔偿的，受益人应当给予适当补偿。	删除。	《民法典》第183条包含了此等法律规则和精神。	《民法典》第183条：因保护他人民事权益使自己受到损害的，由侵权人承担民事责任，受益人可以给予适当补偿。没有侵权人、侵权人逃逸或者无力承担民事责任，受害人请求补偿的，受益人应当给予适当补偿。

民法典第七编 侵权责任	侵权责任法	条文主旨与 变动情况	变动原因	备注
第1186条 受害人和行为人对损害的发生都没有过错的,依照法律的规定由双方分担损失。	第24条 受害人和行为人对损害的发生都没有过错的,可以根据实际情况,由双方分担损失。	关于受害人和行为人对损害的发生都没有过错的,依照法律的规定由双方分担损失的规定。修改。删除“可以根据实际情况”,增加“依照法律的规定”。	限制其适用。	将旧法中极具争议的“公平责任”条文改造成一个“无害”但是不能单独适用的指引性条文。
第1187条 损害发生后,当事人可以协商赔偿费用的支付方式。协商不一致的,赔偿费用应当一次性支付;一次性支付确有困难的,可以分期支付,但是被侵权人有权请求提供相应的担保。	第25条 损害发生后,当事人可以协商赔偿费用的支付方式。协商不一致的,赔偿费用应当一次性支付;一次性支付确有困难的,可以分期支付,但是应当提供相应的担保。	关于赔偿费用支付方式的规定。修改。规定被侵权人有权请求提供相应的担保。	有利于对被侵权人的保护,保障其损害赔偿请求权最终得到实现。	
	第三章 不承担责任和减轻责任的情形 第29条 因不可抗力造成他人损害的,不承担责任。法律另有规定的,依照其规定。	删除。	《民法典》第180条已有规定。	《民法典》第180条:因不可抗力不能履行民事义务的,不承担民事责任。法律另有规定的,依照其规定。不可抗力是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。
	第30条 因正当防卫造成损害的,不承担责任。正当防卫超过必要的限度,造成不应有的损害的,正当防卫人应当承担适当的责任。	删除。	《民法典》第181条已有规定。	《民法典》第181条:因正当防卫造成损害的,不承担民事责任。正当防卫超过必要的限度,造成不应有的损害的,正当防卫人应当承担适当的民事责任。
	第31条 因紧急避险造成损害的,由引起险情发生的人承担责任。如果危险是由自然原因引起的,紧急避险人不承担责任或者给予适当补偿。紧急避险采取措施不当或者超过必要的限度,造成不应有的损害的,紧急避险人应当承担适当的责任。	删除。	《民法典》第182条已有规定。	《民法典》182条:因紧急避险造成损害的,由引起险情发生的人承担民事责任。危险由自然原因引起的,紧急避险人不承担民事责任,可以给予适当补偿。紧急避险采取措施不当或者超过必要的限度,造成不应有的损害的,紧急避险人应当承担适当的民事责任。

民法典第七编 侵权责任	侵权责任法	条文主旨与 变动情况	变动原因	备注
第三章 责任主体的 特殊规定	第四章 关于责任主 体的特殊规定	修改。旧法第 四章修改为新 法第三章。	旧法规范并入《民法 典》，体系上进行了 整理。	
第 1188 条 无民事行 为能力人、限制民事 行为能力人造成他人 损害的，监护人应当 承担侵权责任。监护 人尽到监护职责的， 可以减轻其侵权责任。 有财产的无民事行 为能力人、限制民事 行为能力人造成他人 损害的，从本人财产 中支付赔偿费用；不 足部分，由监护人赔 偿。	第 32 条 无民事行 为能力人、限制民事 行为能力人造成他人 损害的，由监护人承 担侵权责任。监护人 尽到监护责任的，可 以减轻其侵权责任。 有财产的无民事行 为能力人、限制民事 行为能力人造成他人 损害的，从本人财产 中支付赔偿费用。不 足部分，由监护人赔 偿。	关于无民事 行为能力人、 限制民事行 为能力人造 成他人损害 的规定。两 款规定没有 变化。		不同于德国的规定也 不同于法国的规定， 具有中国特色。
第 1189 条 无行为能 力人、限制行为能力 人造成他人损害，监 护人将监护职责委托 给他人的，监护人应 当承担侵权责任；受 托人有过错的，承担 相应的责任。		关于委托监 护情况下侵 权责任的规 定。新增的 条文。	吸收司法解释的成果。	《最高人民法院关于审 理人身损害赔偿案件 适用法律若干问题的 解释》（部分内容与 新法规定抵触而失效） 第 7 条第 1 款：对未成 年人依法负有教育、管 理、保护义务的学校、 幼儿园或者其他教育机 构，未尽职责范围内的 相关义务致使未成年人 遭受人身损害，或者未 成年人致他人人身损害 的，应当承担与其过错 相应的赔偿责任。
第 1190 条 完全民事 行为能力人对自己的 行为暂时没有意识或 者失去控制造成他人 损害有过错的，应当 承担侵权责任；没有 过错的，根据行为 人的经济状况对受害 人适当补偿。 完全民事行为能力人 因醉酒、滥用麻醉药 品或者精神药品对自 己的行为暂时没有意 识或者失去控制造成 他人损害的，应当承 担侵权责任。	第 33 条 完全民事 行为能力人对自己的 行为暂时没有意识或 者失去控制造成他人 损害有过错的，应当 承担侵权责任；没有 过错的，根据行为 人的经济状况对受害 人适当补偿。 完全民事行为能力人 因醉酒、滥用麻醉药 品或者精神药品对自 己的行为暂时没有意 识或者失去控制造成 他人损害的，应当承 担侵权责任。	关于完全民 事行为能力 人对自己的 行为暂时没 有意识或者 失去控制造 成他人损害 有过错情形 侵权责任的 规定。两款 规定没有 变化。		

民法典第七编 侵权责任	侵权责任法	条文主旨与 变动情况	变动原因	备注
第 1191 条 用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任。用人单位承担侵权责任后，可以向有故意或者重大过失的工作人员追偿。劳务派遣期间，被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由接受劳务派遣的用工单位承担侵权责任；劳务派遣单位有过错的，承担相应的责任。	第 34 条 用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任。劳务派遣期间，被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由接受劳务派遣的用工单位承担侵权责任；劳务派遣单位有过错的，承担相应的补充责任。	关于用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的侵权责任的规定。修改：第 1 款增加了用人单位的追偿权，第 2 款没有变化。	有比较法经验参考。规定用人单位对有故意或者重大过失的工作人员享有求偿权，一方面能弥补用人单位的损失，另一方面能督促雇员在工作中谨慎工作，尽量减少损害的发生。	
第 1192 条 个人之间形成劳务关系，提供劳务一方因劳务造成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任。接受劳务一方承担侵权责任后，可以向有故意或者重大过失的提供劳务一方追偿。提供劳务一方因劳务受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任。提供劳务期间，因第三人的行为造成提供劳务一方损害的，提供劳务一方有权请求第三人承担侵权责任，也有权请求接受劳务一方给予补偿。接受劳务一方补偿后，可以向第三人追偿。	第 35 条 个人之间形成劳务关系，提供劳务一方因劳务造成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任。提供劳务一方因劳务自己受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任。	关于个人劳务情形之效果侵权责任的规定。修改：1. 第 1 款增加接受劳务一方承担侵权责任后可以向有故意或者重大过失的提供劳务一方追偿。2. 增加第 2 款关于第三人造成损害的责任承担和追偿之规定。	利益平衡，更加合理。增加第 2 款使得调整范围扩大而弥补了可能的法律漏洞。	
第 1193 条 承揽人在完成工作过程中造成第三人损害或者自己损害的，定作人不承担侵权责任。但是，定作人对定作、指示或者选任有过错的，应当承担相应的责任。		关于承揽情形相关侵权责任的规定。新增加的条文。	吸收了司法解释的成果。	《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（部分内容因与新法规定抵触而失效）第 10 条：承揽人在完成工作过程中对第三人造成损害或者造成自身损害的，定作人不承担赔偿责任。但定作人对定作、指示或者选任有过失的，应当承担相应的赔偿责任。

民法典第七编 侵权责任	侵权责任法	条文主旨与 变动情况	变动原因	备注
第 1194 条 网络用户、网络服务提供者利用网络侵害他人民事权益的，应当承担侵权责任。法律另有规定的，依照其规定。	第 36 条第 1 款 网络用户、网络服务提供者利用网络侵害他人民事权益的，应当承担侵权责任。	关于网络侵权的一般规定。修改。拆分第 36 条，将其第 1 款的主要内容作为《民法典》第 1194 条，同时增加后半段“法律另有规定的，依照其规定”。	增加网络侵权的条文数量，同时规定与其他相关法律的衔接。	
第 1195 条 网络用户利用网络服务实施侵权行为的，权利人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。通知应当包括构成侵权的初步证据及权利人的真实身份信息。网络服务提供者接到通知后，应当及时将该通知转送相关网络用户，并根据构成侵权的初步证据和服务类型采取必要措施；未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。权利人因错误通知造成网络用户或者网络服务提供者损害的，应当承担侵权责任。法律另有规定的，依照其规定。	第 36 条第 2 款 网络用户利用网络服务实施侵权行为的，被侵权人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。	关于“通知”情形相关侵权责任的规定。修改。扩充第 36 条第 2 款的内容。	增加网络侵权的条文数量，增加具体规则。	
第 1196 条 网络用户接到转送的通知后，可以向网络服务提供者提交不存在侵权行为的声明。声明应当包括不存在侵权行为的初步证据及网络用户的真实身份信息。网络服务提供者接到声明后，应当将该声明转送发出通知的权利人，并告知其可以向有关部门投诉或者向人民法院提起诉讼。网络服务提供者在转送声明到达权利人后的合理期限内，未收到权利人已经投诉或者提起诉讼通知的，应当及时终止所采取的措施。		关于“反通知”情形相关侵权责任的规定。新增的规定。	规定网络用户“声明”（反通知）规则，使得各方权利义务更为平衡。	

民法典第七编 侵权责任	侵权责任法	条文主旨与 变动情况	变动原因	备注
第1197条 网络服务提供者知道或者应当知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，未采取必要措施的，与该网络用户承担连带责任。	第36条第3款 网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，未采取必要措施的，与该网络用户承担连带责任。	关于“知道”情形相关侵权责任的规定。修改。扩充第36条第3款的内容。	增加网络侵权的条文数量，增加具体规则。	
第1198条 宾馆、商场、银行、车站、机场、体育场馆、娱乐场所等经营场所、公共场所的经营者、管理者或者群众性活动的组织者，未尽到安全保障义务，造成他人损害的，应当承担侵权责任。因第三人的行为造成他人损害的，由第三人承担侵权责任；经营者、管理者或者组织者未尽到安全保障义务的，承担相应的补充责任。经营者、管理者或者组织者承担补充责任后，可以向第三人追偿。	第37条 宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所的经营者或者群众性活动的组织者，未尽到安全保障义务，造成他人损害的，应当承担侵权责任。因第三人的行为造成他人损害的，由第三人承担侵权责任；管理人或者组织者未尽到安全保障义务的，承担相应的补充责任。	关于未尽到安全保障义务造成他人损害侵权责任的规定。修改。1.第1款增加“等经营场所。”的经营者作为责任主体。2.第2款规定了向造成损害的第三人的追偿权。	关于场所和责任主体的规定更加全面。增加追偿权更有利于平衡各方的利益和责任。	
第1199条 无民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害的，幼儿园、学校或者其他教育机构应当承担侵权责任；但是，能够证明尽到教育、管理职责的，不承担侵权责任。	第38条 无民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害的，幼儿园、学校或者其他教育机构应当承担侵权责任，但能够证明尽到教育、管理职责的，不承担责任。	关于无民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害的侵权责任的规定。修改。少量文字调整，将“承担侵权责任；但是，能够……”修改为：“承担侵权责任；但是，能够……”	更加准确，更加符合立法语言规范。	法律条文中，不使用“但”，而是使用“但是”。
第1200条 限制民事行为能力人在学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害，学校或者其他教育机构未尽到教育、管理职责的，应当承担侵权责任。	第39条 限制民事行为能力人在学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害，学校或者其他教育机构未尽到教育、管理职责的，应当承担侵权责任。	关于限制民事行为能力人在学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害之侵权责任的规定。个别文字调整。		

民法典第七编 侵权责任	侵权责任法	条文主旨与 变动情况	变动原因	备注
第 1201 条 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间，受到幼儿园、学校或者其他教育机构的第三人人身损害的，由第三人承担侵权责任；幼儿园、学校或者其他教育机构未尽到管理职责的，承担相应的补充责任。幼儿园、学校或者其他教育机构承担补充责任后，可以向第三人追偿。	第 40 条 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间，受到幼儿园、学校或者其他教育机构以外的人员人身损害的，由侵权人承担侵权责任；幼儿园、学校或者其他教育机构未尽到管理职责的，承担相应的补充责任。	关于相关过错推定责任的规定。修改。增加第 2 款关于追偿权的规定。个别文字调整。	增加追偿权规定，使得各方责任承担更为合理。	
第四章 产品责任	第五章 产品责任	修改。旧法第五章修改为新法第四章。	旧法并入《民法典》，体系上进行了整理。	
第 1202 条 因产品存在缺陷造成他人损害的，生产者应当承担侵权责任。	第 41 条 因产品存在缺陷造成他人损害的，生产者应当承担侵权责任。	关于产品责任的一般规定。没有变化。		关于产品责任的法律规定还有一些存在于《产品质量法》中。
	第 42 条 因销售者的过错使产品存在缺陷，造成他人损害的，销售者应当承担侵权责任。销售者不能指明缺陷产品的生产者也不能指明缺陷产品的供货者的，销售者应当承担侵权责任。	删除。	与第 43 条的内容有重复和冲突。	
第 1203 条 因产品存在缺陷造成他人损害的，被侵权人可以向产品的生产者请求赔偿，也可以向产品的销售者请求赔偿。产品缺陷由生产者造成的，销售者赔偿后，有权向生产者追偿。因销售者的过错使产品存在缺陷的，生产者赔偿后，有权向销售者追偿。	第 43 条 因产品存在缺陷造成损害的，被侵权人可以向产品的生产者请求赔偿，也可以向产品的销售者请求赔偿。产品缺陷由生产者造成的，销售者赔偿后，有权向生产者追偿。因销售者的过错使产品存在缺陷的，生产者赔偿后，有权向销售者追偿。	关于产品责任之责任主体的规定。第 1 款个别文字调整。合并旧法第 2 款和第 3 款作为新法第 2 款。	纯粹技术性修改。	

民法典第七编 侵权责任	侵权责任法	条文主旨与 变动情况	变动原因	备注
第1204条 因运输者、仓储者等第三人的过错使产品存在缺陷，造成他人损害的，产品的生产者、销售者赔偿后，有权向第三人追偿。	第44条 因运输者、仓储者等第三人的过错使产品存在缺陷，造成他人损害的，产品的生产者、销售者赔偿后，有权向第三人追偿。	关于生产者、销售者赔偿后，有权向第三人追偿的规定。没有变化。		
第1205条 因产品缺陷危及他人人身、财产安全的，被侵权人有权请求生产者、销售者承担停止侵害、排除妨碍、消除危险等侵权责任。	第45条 因产品缺陷危及他人人身、财产安全的，被侵权人有权请求生产者、销售者承担排除妨碍、消除危险等侵权责任。	关于产品责任中其他请求权的规定。修改。增加“停止侵害”的责任方式。	增加停止侵害责任，使得责任方式的适用更加全面。	
第1206条 产品投入流通后发现存在缺陷的，生产者、销售者应当及时采取停止销售、警示、召回等补救措施；未及时采取补救措施或者补救措施不力造成损害扩大的，对扩大的损害也应当承担侵权责任。依据前款规定采取召回措施的，生产者、销售者应当负担被侵权人因此支出的必要费用。	第46条 产品投入流通后发现存在缺陷的，生产者、销售者应当及时采取警示、召回等补救措施。未及时采取补救措施或者补救措施不力造成损害的，应当承担侵权责任。	第1款关于采取警示、召回等补救措施的规定，文字调整。增加第2款，规定生产者、销售者应当负担召回费用。	有利于解决召回费用的承担问题。	
第1207条 明知产品存在缺陷仍然生产、销售，或者没有依据前条规定采取有效补救措施，造成他人死亡或者健康严重损害的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。	第47条 明知产品存在缺陷仍然生产、销售，造成他人死亡或者健康严重损害的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。	关于产品责任中惩罚性赔偿的规定。修改。增加“或者没有依据前条规定采取有效补救措施”。	扩大惩罚性赔偿的适用范围。	
第五章 机动车交通事故责任	第六章 机动车交通事故责任	修改。旧法第六章修改为新法第五章。	旧法并入《民法典》，体系上进行了整理。	
第1208条 机动车发生交通事故造成损害的，依照道路交通安全法律和本法的有关规定承担赔偿责任。	第48条 机动车发生交通事故造成损害的，依照道路交通安全法的有关规定承担赔偿责任。	关于机动车交通事故责任法律适用的规定。修改。增加“和本法”。	增加“和本法”，使得关于机动车交通事故责任的法律依据更加全面。	规范机动车交通事故责任的主要法律是《道路交通安全法》第76条。

民法典第七编 侵权责任	侵权责任法	条文主旨与 变动情况	变动原因	备注
第1209条 因租赁、借用等情形机动车所有人、管理人或使用人不是同一人时，发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任的，由机动车使用人承担赔偿责任；机动车所有人、管理人对损害的发生有过错的，承担相应的赔偿责任。	第49条 因租赁、借用等情形机动车所有人与使用人不是同一人时，发生交通事故后属于该机动车一方责任的，由保险公司在机动车强制保险责任限额范围内予以赔偿。不足部分，由机动车使用人承担赔偿责任；机动车所有人对损害的发生有过错的，承担相应的赔偿责任。	关于机动车因租赁、借用等情形侵权责任的规定。修改，删除关于交强险保险人责任的内容。个别文字调整。	《道路交通安全法》第76条已经作出规定，无须重复。另外，将保险公司的赔付责任集中规定到第1213条。	《道路交通安全法》第76条：机动车发生交通事故造成人身伤亡、财产损失的，由保险公司在机动车第三者责任强制保险责任限额范围内予以赔偿；不足的部分，按照下列规定承担赔偿责任：（一）机动车之间发生交通事故的，由有过错的一方承担赔偿责任；双方都有过错的，按照各自过错的比例分担责任。（二）机动车与非机动车驾驶人、行人之间发生交通事故，非机动车驾驶人、行人没有过错的，由机动车一方承担赔偿责任；有证据证明非机动车驾驶人、行人有过错的，根据过错程度适当减轻机动车一方的赔偿责任；机动车一方没有过错的，承担不超过百分之十的赔偿责任。交通事故的损失是由非机动车驾驶人、行人故意碰撞机动车造成的，机动车一方不承担赔偿责任。
第1210条 当事人之间已经以买卖或者其他方式转让并交付机动车但是未办理登记，发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任的，由受让人承担赔偿责任。	第50条 当事人之间已经以买卖等方式转让并交付机动车但未办理所有权转移登记，发生交通事故后属于该机动车一方责任的，由保险公司在机动车强制保险责任限额范围内予以赔偿。不足部分，由受让人承担赔偿责任。	关于未过户机动车造成损害之责任主体的规定。修改。1. 将“以买卖等方式转让并交付机动车”修改为“当事人之间已经以买卖或者其他方式转让并交付机动车”。2. 删除关于交强险保险人责任的内容。个别文字调整。	第1项修改为技术性文字调整。第2项修改是因为《道路交通安全法》第76条已经作出规定，无须重复。另外，将保险公司的赔付责任集中规定到第1213条。	

民法典第七编 侵权责任	侵权责任法	条文主旨与 变动情况	变动原因	备注
第 1211 条 以挂靠形式从事道路运输经营活动的机动车，发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任的，由挂靠人和被挂靠人承担连带责任。		关于挂靠情形机动车造成损害责任主体的规定。新增的规定。	吸收司法解释的成果。	《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》 第 3 条：以挂靠形式从事道路运输经营活动的机动车发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任，当事人请求由挂靠人和被挂靠人承担连带责任的，人民法院应予支持。
第 1212 条 未经允许驾驶他人机动车，发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任的，由机动车使用人承担赔偿责任；机动车所有人、管理人对损害的发生有过错的，承担相应的赔偿责任，但是本章另有规定的除外。		关于未经允许驾驶机动车，发生交通事故造成损害的侵权责任的规定。新增的条文。	吸收司法解释的成果。	《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》 第 2 条：未经允许驾驶机动车发生交通事故造成损害，当事人依照侵权责任法第四十九条的规定请求由机动车驾驶人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。机动车所有人或者管理人有过错的，承担相应的赔偿责任，但具有侵权责任法第五十二条规定情形的除外。
第 1213 条 机动车发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任的，先由承保机动车强制保险责任的保险人在强制保险责任限额范围内予以赔偿；不足部分，由承保机动车商业保险的保险人按照保险合同的约定予以赔偿；仍然不足或者没有投保机动车商业保险的，由侵权人赔偿。		关于涉及侵权责任之赔偿顺序主体的规定。新增的条文。	吸收司法解释的成果。	《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》 第 16 条：同时投保机动车第三者责任强制保险（以下简称“交强险”）和第三者责任商业保险（以下简称“商业三者险”）的机动车发生交通事故造成损害，当事人同时起诉侵权人和保险公司的，人民法院应当按照下列规则确定赔偿责任： （一）先由承保交强险的保险公司在责任限额范围内予以赔偿； （二）不足部分，由承保商业三者险的保险公司根据保险合同予以赔偿； （三）仍有不足的，依照道路交通安全法和侵权责任法的相关规定由侵权人予以赔偿。 被侵权人或者其近亲属请求承保交强险的保险公司优先赔偿精神损害的，人民法院应予支持。

民法典第七编 侵权责任	侵权责任法	条文主旨与 变动情况	变动原因	备注
第 1214 条 以买卖或者其他方式转让拼装或者已经达到报废标准的机动车，发生交通事故造成损害的，由转让人和受让人承担连带责任。	第 51 条 以买卖等方式转让拼装或者已经达到报废标准的机动车，发生交通事故造成损害的，由转让人和受让人承担连带责任。	关于以买卖等方式转让拼装或者已经达到报废标准的机动车，发生交通事故造成损害的责任之规定。没有变化。		
第 1215 条 盗窃、抢劫或者抢夺的机动车发生交通事故造成损害的，由盗窃人、抢劫人或者抢夺人承担赔偿责任。盗窃人、抢劫人或者抢夺人不是同一人，发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任的，由盗窃人、抢劫人或者抢夺人承担连带责任。保险人在机动车强制保险责任限额范围内垫付抢救费用的，有权向交通事故责任人追偿。	第 52 条 盗窃、抢劫或者抢夺的机动车发生交通事故造成损害的，由盗窃人、抢劫人或者抢夺人承担赔偿责任。保险公司在机动车强制保险责任限额范围内垫付抢救费用的，有权向交通事故责任人追偿。	关于盗窃、抢劫或者抢夺的机动车发生交通事故造成损害的侵权责任的规定。修改、增加“盗窃人、抢劫人或者抢夺人与机动车使用人并非同一人，发生交通事故后属于该机动车一方责任的，由盗窃人、抢劫人或者抢夺人与机动车使用人承担连带责任”。同时，将条文分为两款。个别文字调整。	责任规定更加全面。	
第 1216 条 机动车驾驶人发生交通事故后逃逸，该机动车参加强制保险的，由保险人在机动车强制保险责任限额范围内予以赔偿；机动车不明、该机动车未参加强制保险或者抢救费用超过机动车强制保险责任限额，需要支付被侵权人人身伤亡的抢救、丧葬等费用的，由道路交通事故社会救助基金垫付。道路交通事故社会救助基金垫付后，其管理机构有权向交通事故责任人追偿。	第 53 条 机动车驾驶人发生交通事故后逃逸，该机动车参加强制保险的，由保险公司在机动车强制保险责任限额范围内予以赔偿；机动车不明或者该机动车未参加强制保险，需要支付被侵权人人身伤亡的抢救、丧葬等费用的，由道路交通事故社会救助基金垫付。道路交通事故社会救助基金垫付后，其管理机构有权向交通事故责任人追偿。	关于肇事机动车逃逸、机动车不明和未参加交强险等情形责任承担的规定。个别文字调整。		

民法典第七编 侵权责任	侵权责任法	条文主旨与 变动情况	变动原因	备注
第1217条 非营运机动车发生交通事故造成无偿搭乘人损害，属于该机动车一方责任的，应当减轻其赔偿责任，但是机动车使用人有故意或者重大过失的除外。		关于“好意同乘”发生交通事故的侵权责任的規定。新增加的条文。	对社会中常出现的“好意同乘”发生交通事故的责任加以規定。	
第六章 医疗损害责任	第七章 医疗损害责任	修改。旧法第七章修改为新法第六章。	旧法并入《民法典》，体系上进行了整理。	
第1218条 患者在诊疗活动中受到损害，医疗机构或者其医务人员有过错的，由医疗机构承担赔偿责任。	第54条 患者在诊疗活动中受到损害，医疗机构及其医务人员有过错的，由医疗机构承担赔偿责任。	关于医疗损害责任的一般規定。修改。将“及其”修改为“或者其”。	更加明确，只需要二者之一有过错即可。	
第1219条 医务人员在诊疗活动中应当向患者说明病情和医疗措施。需要实施手术、特殊检查、特殊治疗的，医务人员应当及时向患者具体说明医疗风险、替代医疗方案等情况，并取得其明确同意；不能或者不宜向患者说明的，应当向患者的近亲属说明，并取得其明确同意。医务人员未尽到前款义务，造成患者损害的，医疗机构应当承担赔偿责任。	第55条 医务人员在诊疗活动中应当向患者说明病情和医疗措施。需要实施手术、特殊检查、特殊治疗的，医务人员应当及时向患者说明医疗风险、替代医疗方案等情况，并取得其书面同意；不宜向患者说明的，应当向患者的近亲属说明，并取得其书面同意。医务人员未尽到前款义务，造成患者损害的，医疗机构应当承担赔偿责任。	关于告知同意义务以及违反告知同意义务责任的規定。第1款修改删除；1.将“说明”修改为“具体说明”；2.将“书面同意”修改为“明确同意”；3.将“不宜”修改为“不能或者不宜”。第2款没有变化。		
第1220条 因抢救生命垂危的患者等紧急情况，不能取得患者或者其近亲属意见的，经医疗机构负责人或者授权的负责人批准，可以立即实施相应的医疗措施。	第56条 因抢救生命垂危的患者等紧急情况，不能取得患者或者其近亲属意见的，经医疗机构负责人或者授权的负责人批准，可以立即实施相应的医疗措施。	关于告知同意义务例外的規定。没有变化。		
第1221条 医务人员在诊疗活动中未尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务，造成患者损害的，医疗机构应当承担赔偿责任。	第57条 医务人员在诊疗活动中未尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务，造成患者损害的，医疗机构应当承担赔偿责任。	关于医务人员注意义务以及违反注意义务造成损害责任的规定。没有变化。		

民法典第七编 侵权责任	侵权责任法	条文主旨与 变动情况	变动原因	备注
第1222条 患者在诊疗活动中受到损害，有下列情形之一的，推定医疗机构有过错：（一）违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定；（二）隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料；（三）遗失、伪造、篡改或者违法销毁病历资料。	第58条 患者有损害，因下列情形之一，推定医疗机构有过错：（一）违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定；（二）隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料；（三）伪造、篡改或者销毁病历资料。	关于“推定”（认定）医疗机构过错的规定。修改。将“患者有损害”修改为“患者在诊疗活动中受到损害”。增加“遗失”。	文字调整	
第1223条 因药品、消毒产品、医疗器械的缺陷，或者输入不合格的血液造成患者损害的，患者可以向药品上市许可持有人、生产者、血液提供机构请求赔偿，也可以向医疗机构请求赔偿。患者向医疗机构请求赔偿的，医疗机构赔偿后，有权向负有责任的药品上市许可持有人、生产者、血液提供机构追偿。	第59条 因药品、消毒药剂、医疗器械的缺陷，或者输入不合格的血液造成患者损害的，患者可以向生产者或者血液提供机构请求赔偿，也可以向医疗机构请求赔偿。患者向医疗机构请求赔偿的，医疗机构赔偿后，有权向负有责任的生产者或者血液提供机构追偿。	关于医疗产品责任的规定。修改。增加“药品上市许可持有人”。将“消毒药剂”修改为“消毒产品”。	适应《药品管理法》修改建立的“药品上市许可持有人”制度。	
第1224条 患者在诊疗活动中受到损害，有下列情形之一的，医疗机构不承担赔偿责任：（一）患者或者其近亲属不配合医疗机构进行符合诊疗规范的诊疗；（二）医务人员在抢救生命垂危的患者等紧急情况下已经尽到合理诊疗义务；（三）限于当时的医疗水平难以诊疗。前款第一项情形中，医疗机构或者其医务人员也有过错的，应当承担相应的赔偿责任。	第60条 患者有损害，因下列情形之一，医疗机构不承担赔偿责任：（一）患者或者其近亲属不配合医疗机构进行符合诊疗规范的诊疗；（二）医务人员在抢救生命垂危的患者等紧急情况下已经尽到合理诊疗义务；（三）限于当时的医疗水平难以诊疗。前款第一项情形中，医疗机构及其医务人员也有过错的，应当承担相应的赔偿责任。	关于医疗损害责任特别抗辩事由的规定。修改。第1款将“患者有损害”修改为“患者在诊疗活动中受到损害”；第2款将“及其”修改为“或者”。个别文字调整。	文字调整，表达更为准确。	
第1225条 医疗机构及其医务人员应当按照规定填写并妥善保管住院志、医嘱单、检验报告、手术及麻醉记录、病理资料、护理记录等病历资料。患者要求查阅、复制前款规定的病历资料的，医疗机构应当及时提供。	第61条 医疗机构及其医务人员应当按照规定填写并妥善保管住院志、医嘱单、检验报告、手术及麻醉记录、病理资料、护理记录、医疗费用等病历资料。患者要求查阅、复制前款规定的病历资料的，医疗机构应当提供。	关于病历资料的规定。第1款规定没有变化；第2款增加“及时”。个别文字调整。		

民法典第七编 侵权责任	侵权责任法	条文主旨与 变动情况	变动原因	备注
第1226条 医疗机构及其医务人员应当对患者的隐私和个人信息保密。泄露患者的隐私和个人信息，或者未经患者同意公开其病历资料的，应当承担侵权责任。	第62条 医疗机构及其医务人员应当对患者的隐私保密。泄露患者隐私或者未经患者同意公开其病历资料，造成患者损害的，应当承担侵权责任。	关于患者隐私保护的规定。修改。增加“个人信息”，删除“造成患者损害”。		
第1227条 医疗机构及其医务人员不得违反诊疗规范实施不必要的检查。	第63条 医疗机构及其医务人员不得违反诊疗规范实施不必要的检查。	关于禁止过度检查的规定。没有变化。		
第1228条 医疗机构及其医务人员的合法权益受法律保护。干扰医疗秩序，妨碍医务人员工作、生活，侵害医务人员合法权益的，应当依法承担法律责任。	第64条 医疗机构及其医务人员的合法权益受法律保护。干扰医疗秩序，妨害医务人员工作、生活的，应当依法承担法律责任。	关于保护医疗机构及其医务人员的合法权益、禁止“医闹”的规定。修改。将条文分解为两款，增加“侵害医务人员合法权益”。		
第七章 环境污染和生态破坏责任	第八章 环境污染责任	修改：1. 增加“生态破坏”；2. 旧法第八章修改为新法第七章。	1. 适应《环境保护法》的修改，增加生态破坏责任的内容；2. 旧法并入《民法典》，体系上进行了整理。	
第1229条 因污染环境、破坏生态造成他人损害的，侵权人应当承担侵权责任。	第65条 因污染环境造成损害的，污染者应当承担侵权责任。	关于因污染环境、破坏生态造成他人损害的侵权责任的规定。修改。增加“破坏生态”。	适应《环境保护法》的修改，将破坏生态造成的损害责任纳入侵权责任规定。修改。增加“破坏生态”。	
第1230条 因污染环境、破坏生态发生纠纷，行为人应当就法律规定的不承担责任或者减轻责任的情形及其行为与损害之间不存在因果关系承担举证责任。	第66条 因污染环境发生纠纷，污染者应当就法律规定的不承担责任或者减轻责任的情形及其行为与损害之间不存在因果关系承担举证责任。	关于举证责任的规定。修改。增加“破坏生态发生纠纷”等内容。	适应本章调整范围扩大的需要。	
第1231条 两个以上侵权人污染环境、破坏生态的，承担责任的大小，根据污染物的种类、浓度、排放量、破坏生态的方式、范围、程度，以及行为对损害后果所起的作用等因素确定。	第67条 两个以上污染者污染环境，污染者承担责任的大小，根据污染物的种类、排放量等因素确定。	关于按份责任的规定。修改。增加“破坏生态的方式、范围、程度，以及行为对损害后果所起的作用”等内容。	适应本章调整范围扩大的需要。	

民法典第七编 侵权责任	侵权责任法	条文主旨与 变动情况	变动原因	备注
第 1232 条 侵权人违反法律规定故意污染环境、破坏生态造成严重后果的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。		关于惩罚性赔偿的规定，新增加条文。	落实《民法典》第 179 条第 2 款的精神。	惩罚性赔偿在《民法典》中被作为一种单独的侵权责任方式加以规定。
第 1233 条 因第三人的过错污染环境、破坏生态的，被侵权人可以向侵权人请求赔偿，也可以向第三人请求赔偿，侵权人赔偿后，有权向第三人追偿。	第 68 条 因第三人的过错污染环境造成损害的，被侵权人可以向污染者请求赔偿，也可以向第三人请求赔偿。污染者赔偿后，有权向第三人追偿。	关于第三人责任的规定，修改。增加“破坏生态”的相关内容。	适应本章调整范围扩大的需要。	
第 1234 条 违反国家规定造成生态环境损害，生态环境能够修复的，国家规定的机关或者法律规定的组织有权请求侵权人在合理期限内承担修复责任。侵权人在期限内未修复的，国家规定的机关或者法律规定的组织可以自行或者委托他人进行修复，所需费用由侵权人负担。		关于生态环境“修复”责任的规定，新增加条文。	适应环境公益诉讼制度建设的需要。	
第 1235 条 违反国家规定造成生态环境损害的，国家规定的机关或者组织有权请求侵权人赔偿下列损失和费用： （一）生态环境受到损害至修复完成期间服务功能丧失导致的损失； （二）生态环境功能永久性损害造成的损失； （三）生态环境损害调查、鉴定评估等费用； （四）清除污染、修复生态环境费用； （五）防止损害的发生和扩大所支出的合理费用。		关于生态环境损害赔偿的规定，新增加的条文。	为相关“公益诉讼”准备实体法依据。	
第八章 高度危险责任	第九章 高度危险责任	修改。旧法第九章修改为新法第八章。	旧法并入《民法典》，体系上进行了整理。	

民法典第七编 侵权责任	侵权责任法	条文主旨与 变动情况	变动原因	备注
第1236条 从事高度危险作业造成他人损害的，应当承担侵权责任。	第69条 从事高度危险作业的，应当承担侵权责任。	关于高度危险作业造成他人损害之责任的规定，没有变化。		
第1237条 民用核设施或者运入运出核设施的核材料发生核事故造成他人损害的，民用核设施的营运单位应当承担侵权责任；但是，能够证明损害是因战争、武装冲突、暴乱等情形或者受害人故意造成的，不承担责任。	第70条 民用核设施发生核事故造成他人损害的，民用核设施的经营者应当承担侵权责任，但能够证明损害是因战争等情形或者受害人故意造成的，不承担责任。	关于民用核设施等发生核事故侵权责任的规定。修改。 1. 将“侵权责任，但能够”修改为“侵权责任；但是，能够” 2. 增加“武装冲突、暴乱” 3. 将“经营者”改为“营运单位”。	1. 文字修改，更符合立法语言规范要求。 2. 列举的不承担责任的事由更具体。 3. 将“经营者”改为“营运单位”为文字上的调整。	
第1238条 民用航空器造成他人损害的，民用航空器的经营者应当承担侵权责任；但是，能够证明损害是因受害人故意造成的，不承担责任。	第71条 民用航空器造成他人损害的，民用航空器的经营者应当承担责任，但能够证明损害是因受害人故意造成的，不承担责任。	关于民用航空器造成他人损害侵权责任的规定。修改。将“侵权责任，但能够”修改为“侵权责任；但是，能够”。	文字修改，更符合立法语言规范要求。	
第1239条 占有或者使用易燃、易爆、剧毒、高放射性、强腐蚀性、高致病性等高度危险物造成他人损害的，占有人或者使用人应当承担侵权责任；但是，能够证明损害是因受害人故意或者不可抗力造成的，不承担责任。被侵权人对损害的发生有重大过失的，可以减轻占有人的责任。	第72条 占有或者使用易燃、易爆、剧毒、放射性等高度危险物造成他人损害的，占有人或者使用人应当承担侵权责任，但能够证明损害是因受害人故意或者不可抗力造成的，不承担责任。被侵权人对损害的发生有重大过失的，可以减轻占有人的责任。	关于高度危险物造成他人损害侵权责任的规定。修改。将“侵权责任，但能够”修改为“侵权责任；但是，能够” 增加“高致病性”。	文字修改，更符合立法语言规范要求。	
第1240条 从事高空、高压、地下挖掘活动或者使用高速轨道运输工具造成他人损害的，经营者应当承担侵权责任；但是，能够证明损害是因受害人故意或者不可抗力造成的，不承担责任。被侵权人对损害的发生有重大过失的，可以减轻经营者的责任。	第73条 从事高空、高压、地下挖掘活动或者使用高速轨道运输工具造成他人损害的，经营者应当承担侵权责任，但能够证明损害是因受害人故意或者不可抗力造成的，不承担责任。被侵权人对损害的发生有过失的，可以减轻经营者的责任。	关于高度危险作业等造成他人损害的侵权责任的规定。修改。将“侵权责任，但能够”修改为“侵权责任；但是，能够” 将“有过失”修改为“有重大过失”。	文字修改，更符合立法语言规范要求。	

民法典第七编 侵权责任	侵权责任法	条文主旨与 变动情况	变动原因	备注
第1236条 从事高度危险作业造成他人损害的，应当承担侵权责任。	第69条 从事高度危险作业的，应当承担侵权责任。	关于高度危险作业造成他人损害之责任的规定，没有变化。		
第1237条 民用核设施或者运入运出核设施的核材料发生核事故造成他人损害的，民用核设施的营运单位应当承担侵权责任；但是，能够证明损害是因战争、武装冲突、暴乱等情形或者受害人故意造成的，不承担责任。	第70条 民用核设施发生核事故造成他人损害的，民用核设施的经营者应当承担侵权责任，但能够证明损害是因战争等情形或者受害人故意造成的，不承担责任。	关于民用核设施等发生核事故侵权责任的规定。修改。 1. 将“侵权责任，但能够”修改为“侵权责任；但是，能够” 2. 增加“武装冲突、暴乱” 3. 将“经营者”改为“营运单位”。	1. 文字修改，更符合立法语言规范要求。 2. 列举的不承担责任的事由更具体。 3. 将“经营者”改为“营运单位”为文字上的调整。	
第1238条 民用航空器造成他人损害的，民用航空器的经营者应当承担侵权责任；但是，能够证明损害是因受害人故意造成的，不承担责任。	第71条 民用航空器造成他人损害的，民用航空器的经营者应当承担侵权责任，但能够证明损害是因受害人故意造成的，不承担责任。	关于民用航空器造成他人损害侵权责任的规定。修改。 将“侵权责任，但能够”修改为“侵权责任；但是，能够”。	文字修改，更符合立法语言规范要求。	
第1239条 占有或者使用易燃、易爆、剧毒、高放射性、强腐蚀性、高致病性等高度危险物造成他人损害的，占有人或者使用人应当承担侵权责任；但是，能够证明损害是因受害人故意或者不可抗力造成的，不承担责任。被侵权人对损害的发生有重大过失的，可以减轻占有人的责任。	第72条 占有或者使用易燃、易爆、剧毒、放射性等高度危险物造成他人损害的，占有人或者使用人应当承担侵权责任，但能够证明损害是因受害人故意或者不可抗力造成的，不承担责任。被侵权人对损害的发生有重大过失的，可以减轻占有人的责任。	关于高度危险物造成他人损害侵权责任的规定。修改。 将“侵权责任，但能够”修改为“侵权责任；但是，能够” 增加“高致病性”。	文字修改，更符合立法语言规范要求。	
第1240条 从事高空、高压、地下挖掘活动或者使用高速轨道运输工具造成他人损害的，经营者应当承担侵权责任；但是，能够证明损害是因受害人故意或者不可抗力造成的，不承担责任。被侵权人对损害的发生有重大过失的，可以减轻经营者的责任。	第73条 从事高空、高压、地下挖掘活动或者使用高速轨道运输工具造成他人损害的，经营者应当承担侵权责任，但能够证明损害是因受害人故意或者不可抗力造成的，不承担责任。被侵权人对损害的发生有过失的，可以减轻经营者的责任。	关于高度危险作业等造成他人损害侵权责任的规定。修改。 将“侵权责任，但能够”修改为“侵权责任；但是，能够” 将“有过失”修改为“有重大过失”。	文字修改，更符合立法语言规范要求。	

民法典第七编 侵权责任	侵权责任法	条文主旨与 变动情况	变动原因	备注
第1241条 遗失、抛弃高度危险物造成他人损害的，由所有人承担侵权责任。所有人将高度危险物交由他人管理的，由管理人承担侵权责任；所有人有过错的，与管理人承担连带责任。	第74条 遗失、抛弃高度危险物造成他人损害的，由所有人承担侵权责任。所有人将高度危险物交由他人管理的，由管理人承担侵权责任；所有人有过错的，与管理人承担连带责任。	关于遗失、抛弃高度危险物造成他人损害的侵权责任的规定。没有变化。		
第1242条 非法占有高度危险物造成他人损害的，由非法占有人承担侵权责任。所有人、管理人不能证明对防止非法占有尽到高度注意义务的，与非法占有人承担连带责任。	第75条 非法占有高度危险物造成他人损害的，由非法占有人承担侵权责任。所有人、管理人不能证明对防止他人非法占有尽到高度注意义务的，与非法占有人承担连带责任。	关于非法占有高度危险物造成他人损害侵权责任的规定。修改。将“对防止他人非法占有”修改为“对防止非法占有”。	文字调整。	《侵权责任法》和《民法典》中仅有适用“尽到高度注意义务”的规定。
第1243条 未经许可进入高度危险活动区域或者高度危险物存放区域受到损害，管理人能够证明已经采取足够安全措施并尽到充分警示义务的，可以减轻或者不承担责任。	第76条 未经许可进入高度危险活动区域或者高度危险物存放区域受到损害，管理人已经采取安全措施并尽到警示义务的，可以减轻或者不承担责任。	关于管理人可以减轻或者不承担责任的规定。修改。1. 增加“能够证明”；2. 将“安全措施”修改为“足够安全措施”；3. 将“警示义务”修改为“充分警示义务”。	规定举证责任，提高管理人的注意义务。	
第1243条 承担高度危险责任，法律规定赔偿限额的，依照其规定，但是行为人有故意或者重大过失的除外。	第77条 承担高度危险责任，法律规定赔偿限额的，依照其规定。	修改。关于责任限额的指引性规定，增加后半段。	规定“但是行为人有故意或者重大过失的除外”，使得责任之承担更加公平。	
第九章 饲养动物损害责任	第十章 饲养动物损害责任	修改。旧法第十章修改为新法第九章。	旧法并入《民法典》，体系上进行了整理。	
第1245条 饲养的动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任；但是，能够证明损害是因被侵权人故意或者重大过失造成的，可以不承担或者减轻责任。	第78条 饲养的动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任。但能够证明损害是因被侵权人故意或者重大过失造成的，可以不承担或者减轻责任。	关于饲养的动物造成他人损害的侵权责任的规定。修改。将“侵权责任”修改为“侵权责任”；但是，能够”。	文字修改，更符合立法语言规范要求。	

民法典第七编 侵权责任	侵权责任法	条文主旨与 变动情况	变动原因	备注
第1246条 违反管理规定，未对动物采取安全措施造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任；但是，能够证明损害是因被侵权人故意造成的，可以减轻责任。	第79条 违反管理规定，未对动物采取安全措施造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任。	关于违反管理规定，未对动物采取安全措施造成他人损害的侵权责任的规定。修改。增加后半段“但是，能够证明损害是因被侵权人故意造成的，可以减轻责任”。	增加被侵权人故意作为减轻责任的抗辩事由，使得责任承担更加公平。	
第1247条 禁止饲养的烈性犬等危险动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任。	第80条 禁止饲养的烈性犬等危险动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任。	关于禁止饲养的烈性犬等危险动物造成他人损害的侵权责任的规定。没有变化。		
第1248条 动物园的动物造成他人损害的，动物园应当承担侵权责任；但是，能够证明尽到管理职责的，不承担侵权责任。	第81条 动物园的动物造成他人损害的，动物园应当承担侵权责任，但能够证明尽到管理职责的，不承担责任。	关于动物园相关责任的规定。修改。将“侵权责任，但能够”修改为“侵权责任；但是，能够”。个别文字调整。	文字修改，更符合立法语言规范要求。	
第1249条 遗弃、逃逸的动物在遗弃、逃逸期间造成他人损害的，由动物原饲养人或者管理人承担侵权责任。	第82条 遗弃、逃逸的动物在遗弃、逃逸期间造成他人损害的，由原动物饲养人或者管理人承担侵权责任。	关于遗弃、逃逸的动物在遗弃、逃逸期间造成他人损害的侵权责任的规定。修改。将“原动物饲养人或者管理人”修改为“动物原饲养人或者管理人”。	文字调整。	
第1250条 因第三人的过错致使动物造成他人损害的，被侵权人可以向动物饲养人或者管理人请求赔偿，也可以向第三人请求赔偿。动物饲养人或者管理人赔偿后，有权向第三人追偿。	第83条 因第三人的过错致使动物造成他人损害的，被侵权人可以向动物饲养人或者管理人请求赔偿，也可以向第三人请求赔偿。动物饲养人或者管理人赔偿后，有权向第三人追偿。	关于因第三人的过错致使动物造成他人损害的侵权责任的规定。没有变化。		

民法典第七编 侵权责任	侵权责任法	条文主旨与 变动情况	变动原因	备注
第 1251 条 饲养动物应当遵守法律法规, 尊重社会公德, 不得妨碍他人生活。	第 84 条 饲养动物应当遵守法律, 尊重社会公德, 不得妨害他人生活。	关于饲养动物应当遵守法律法规和尊重社会公德, 不得妨碍他人生活的规定。 1. 增加“法规”; 2. 将“妨害”修改为“妨碍”。	扩大适用“法规”以及文字调整。	
第十章 建筑物和物件损害责任	第十一章 物件损害责任	变化。 1. 增加“建筑物”; 2. 旧法第十一章修改为新法第十章。	1. 将“建筑物”从“物件”中分离出来单独表述, 符合生活习惯。2. 旧法并入《民法典》, 体系上进行了整理。	
第 1252 条 建筑物、构筑物或者其他设施倒塌、塌陷造成他人损害的, 由建设单位与施工单位承担连带责任, 但是建设单位与施工单位能够证明不存在质量缺陷的除外。建设单位、施工单位赔偿后, 有其他责任人的, 有权向其他责任人追偿。 因所有人、管理人、使用人或者第三人的原因, 建筑物、构筑物或者其他设施倒塌、塌陷造成他人损害的, 由所有人、管理人、使用人或者第三人承担侵权责任。	第 86 条 建筑物、构筑物或者其他设施倒塌造成他人损害的, 由建设单位与施工单位承担连带责任。建设单位、施工单位赔偿后, 有其他责任人的, 有权向其他责任人追偿。 因其他责任人的原因, 建筑物、构筑物或者其他设施倒塌造成他人损害的, 由其他责任人承担侵权责任。	关于建筑物、构筑物或者其他设施倒塌造成他人损害的侵权责任的规定。 增加“但是建设单位与施工单位能够证明不存在质量缺陷的除外”, 过错推定。第 1 款规定在建建筑物等倒塌造成他人损害的侵权责任, 第 2 款规定使用中的建筑物等倒塌造成他人损害的责任。两款规定的分工更加明确。 增加“但是建设单位与施工单位能够证明不存在质量缺陷的除外”, 过错推定。第 1 款规定在建建筑物等倒塌造成他人损害的侵权责任, 第 2 款规定使用中的建筑物等倒塌造成他人损害的责任。两款规定的分工更加明确。	增加“但是建设单位与施工单位能够证明不存在质量缺陷的除外”, 过错推定。第 1 款规定在建建筑物等倒塌造成他人损害的侵权责任, 第 2 款规定使用中的建筑物等倒塌造成他人损害的责任。两款规定的分工更加明确。	《民法典》第 1252 条与《侵权责任法》第 86 条对应。
第 1253 条 建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物发生脱落、坠落造成他人损害, 所有人、管理人或者使用人不能证明自己没有过错的, 应当承担侵权责任。所有人、管理人或者使用人赔偿后, 有其他责任人的, 有权向其他责任人追偿。	第 85 条 建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物发生脱落、坠落造成他人损害, 所有人、管理人或者使用人不能证明自己没有过错的, 应当承担侵权责任。所有人、管理人或者使用人赔偿后, 有其他责任人的, 有权向其他责任人追偿。	关于建筑物等发生脱落、坠落造成他人损害的责任的规定。没有变化。		《民法典》第 1253 条与《侵权责任法》第 85 条对应。

民法典第七编 侵权责任	侵权责任法	条文主旨与 变动情况	变动原因	备注
第1254条 禁止从建筑物中抛掷物品。从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落物品造成他人损害的，由侵权人依法承担侵权责任；经调查难以确定具体侵权人的，除能够证明自己不是侵权人的外，由可能加害的建筑物使用人给予补偿。可能加害的建筑物使用人补偿后，有权向侵权人追偿。物业服务企业等建筑物管理人应当采取必要的安全保障措施防止前款规定情形的发生；未采取必要的安全保障措施的，应当依法承担未履行安全保障义务的侵权责任。发生本条第一款规定的情形的，公安等机关应当依法及时调查，查清责任人。	第87条 从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品造成他人损害，难以确定具体侵权人的，除能够证明自己不是侵权人的外，由可能加害的建筑物使用人给予补偿。	关于从建筑物抛（坠）物造成他人损害的侵权责任的规定。修改。1. 增加“禁止从建筑物中抛掷物品”；2. 增加第2款；3. 增加第3款。4. 个别文字调整。	全面修改，使得从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落物品造成他人损害的侵权责任承担更加合理，同时强调了物业服务企业的义务和责任，强调了有关机关依法及时调查查清责任人的职责。	讨论最多、社会关注度最高的一个条文。
第1255条 堆放物倒塌、滚落或者滑落造成他人损害，堆放人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。	第88条 堆放物倒塌造成他人损害，堆放人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。	关于堆放物倒塌造成他人损害的侵权责任的规定。修改。增加“滚落或者滑落”。	增加了堆放物造成损害，倒塌之外两种形态的规定，更加全面反映相关案件的事实状况。	
第1256条 在公共道路上堆放、倾倒、遗撒妨碍通行的物品造成他人损害的，由行为人承担侵权责任。公共道路管理人不能证明已经尽到清理、防护、警示等义务的，应当承担相应的责任。	第89条 在公共道路上堆放、倾倒、遗撒妨碍通行的物品造成他人损害的，有关单位或者个人应当承担侵权责任。	关于在公共道路上堆放、倾倒、遗撒妨碍通行的物品造成他人损害的侵权责任的规定。修改。区分了行为人的责任与管理人的责任。	克服《侵权责任法》第89条规定“有关单位或者个人应当承担侵权责任”之笼统、含混不清的弊端，使得责任主体更加明确。	
第1257条 因林木折断、倾倒或者果实坠落等造成他人损害，林木的所有人或者管理人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。	第90条 因林木折断造成他人损害，林木的所有人或者管理人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。	关于因林木折断造成他人损害的侵权责任的规定，没有变化。		
民法典第七编 侵权责任	侵权责任法	条文主旨与 变动情况	变动原因	备注
第1258条 在公共场所或者道路上挖坑、修缮安装地下设施等造成他人损害，施工人不能证明已经设置明显标志和采取安全措施的，应当承担侵权责任。窨井等地下设施造成他人损害，管理人不能证明尽到管理职责的，应当承担侵权责任。	第91条 在公共场所或者道路上挖坑、修缮安装地下设施等，没有设置明显标志和采取安全措施造成他人损害的，施工人应当承担侵权责任。窨井等地下设施造成他人损害，管理人不能证明尽到管理职责的，应当承担侵权责任。	关于在公共场所或者道路上挖坑、修缮安装地下设施等造成他人损害的侵权责任、窨井等地下设施造成他人损害的侵权责任的规定。1. 第1款文字调整；2. 第2款没有变化。	文字调整	
	第十二章 附则	删除。	《侵权责任法》整体并入《民法典》第七编，无须单独的附则。	
	第92条 本法自2010年7月1日起施行。	删除。	《侵权责任法》整体并入《民法典》第七编，该编的实施时间由《民法典》附则第1260条规定。	《民法典》第1260条，本法自2021年1月1日起施行。

注释：

[1]本《新旧法条对照表》中“条文主旨与变动情况”“变动原因”“备注”三个栏目的相关内容由作者撰写或者编辑整理，如需引用请注明出处。